

リーガル・プロテクションポリシーリサーチシリーズ
基本に立ち返って：難民、難民認定申請者、無国籍者
その他の移住者の人身の自由と安全への権利と『拘禁
の代替措置』について

著：専門家/コンサルタント アリス・エドワーズ

UNHCR 国際保護局

PPLA/2011/01.Rev.1

2011年4月

**DIVISION OF INTERNATIONAL PROTECTION
UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR)**

CP2500, 1211 Geneva 2

Switzerland

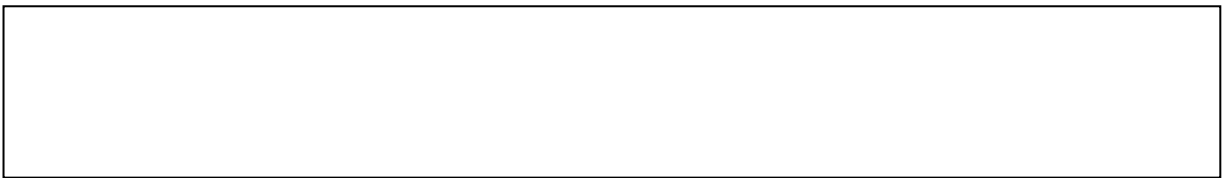
E-mail: hqpr02@unhcr.org

Website: www.unhcr.org

This background paper was prepared for the Global Roundtable on Alternatives to Detention, to be held 11-12 May 2011. The views expressed in this paper are those of the author and do not necessarily reflect those of the United Nations or UNHCR. This paper may be freely quoted, cited and copied for academic, educational or other non-commercial purposes without prior permission from UNHCR, provided that the source and author are acknowledged. The paper is available online at <http://www.unhcr.org/protect>.

© United Nations High Commissioner for Refugees 2011.

要旨	4
A. イントロダクション	7
B. 国際的な法的枠組み	17
1. 庇護を求め、享受する権利、自由かつ人間的な処遇体制、刑罰の禁止および移動の自由	17
1.1 庇護を求め、享受する権利、自由且つ人間的な処遇体制および不法入国または不法滞在に対する刑罰の禁止	17
1.2 難民条約第 26 条	20
1.2.1 「合法的に」領域内にいる	20
1.2.2 取扱いの基準：「外国人一般」	23
2. 無国籍者	23
3. 国際法における身体の自由および安全	25
3.1 ICCPR 第 9 条にいう身体の自由および安全についての権利	26
3.1.1 拘禁は法律に従い、法律に定められたものでなくてはならない	27
3.1.2 拘禁は恣意的なものであってはならない	29
4. 地域的取極の下での身体の自由および安全	38
4.1 欧州評議会(Council of Europe)及び欧州人権条約	39
4.2 欧州連合 (EU)	43
4.3 米州	46
4.4 アフリカ	47
5. 手続的保障	47
5.1 逮捕又は拘禁の理由を告げられる	49
5.2 定期的な再審	49
5.3 拘禁及び釈放命令の可能性について裁判所に訴える権利	50
5.4 立証責任	51
5.5 不法又は恣意的な拘禁に対する賠償の権利	52
5.6 独立したモニタリング及び視察	52
6. 恣意的な拘禁に繋がる拘禁施設内での処遇基準	53
7. 国際法上の移動の自由及び居住地選択に対する権利	54
7.1 領域内に合法的にいる	55
7.2 移動の自由に対する権利の制限	55
8. 特別な保護及び配慮	56
8.1 子ども	56
8.2 精神的・身体的疾患又は障害を持つ人々	60
8.3 女性	62
8.4 高齢者	62
C. 入管拘禁の代替措置：実務的および機能的な問題	63
1. 非拘禁、無条件放免、または本人の誓約に基づく放免	65



2. 条件付放免	65
3. 保証金、保証書、保証人に基づく放免	67
3.1 カナダの「トロント保証金プログラム」：自動的な保証金ヒアリングおよび政府資金による保証金制度	68
4. コミュニティを基盤とする監督付放免またはケースマネジメント	73
4.1 NGO運営型	74
4.1.1 オーストラリア：「ブリッジング・ビザ」または一時的合法滞在ビザとコミュニティベースの監督および支援	74
4.1.2 香港:コミュニティからのサポートと本人の誓約書をもとにした放免 ..	78
4.2 政府とNGO混合の協力型またはパートナーシップ型	81
4.2.1 オーストラリア：コミュニティ支援サポートプログラム (Community Assistance Support Programme (以下CASP)).....	81
4.3 政府運営型	84
4.3.1 ベルギーの「リターンハウス」	84
4.3.2 グラスゴー：「家族帰還プロジェクト」	89
5. 住居指定	94
6. 電子標識・電子報告、または人工衛星によるトラッキング	94
7. 自宅での門限設定	95
8. 拘禁代替措置の補完的措置	95
8.1 オーストラリア：コミュニティ地位解決サービス (Australia: Community Status Resolution Service (CSRS))	95
8.2 リバプール：「ボランティアセクター・キーワーカー・パイロット事業」(‘Voluntary Sector Key Worker Pilot’)	96
8.3 リスクおよびニーズの評価ツール	97
D. 各国の例から分かること(Lessons Learned)及び費用対効果分析	99
1. 順守率または協力率	99
2. 費用の概観	102
3. 難民認定申請の結果不認定とされた者やその他の移民の自主帰還の促進	103
4. 「最低限の保障」の確立およびその他の問題	103
E. 結論	106
Annex A: Table of cases.....	108

要旨

広範に渡り、増大する入管拘禁の使用は、近年、實際上（実務上及び機能上）の理由および人権上／法律上の理由により、大変注視されている。本稿は、拘禁及びその代替措置に関する国際法の現状を明確化し、実証研究から引き出された既存または可能な拘禁代替措置（alternative to detentionまたはA2D）の選択肢について批判的に概観する。調査訪問は、オーストラリア、ベルギー、カナダ、香港および英国の5カ国で実施した。本稿は、難民、難民認定申請者、無国籍者の拘禁に関する国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）の一連の研究に貢献し、同問題に関する世界円卓会議のための背景報告書の一つとなるものである。

実利的に言えば、拘禁の脅威が不正規移民を抑止し、さらに具体的に言えば、人々が庇護を求めることを思い留まらせるという仮定に信憑性を与える実証的証拠は存在しない。厳しさを増す政府の拘禁政策に関わらず、国際移民に関する統計は増加し続けている。特定の個別事案を除き、拘禁は、特に移民流入の不均一性に鑑みて、概して非正規移民問題への対応策としては非常に切れ味の悪い手段である。批判的に言えば、経由国または目的国における拘禁政策によって形成される如何なる阻害要因よりも、個人の出身国における生命または自由に対する脅威が重要なプッシュ要因である可能性が高い。さらに具体的に言えば、適切な監督と施設の下に放免された場合、逃亡する難民認定申請者は10パーセント以下である（換言すれば、90パーセントに上る者が放免の条件を順守する）ことを本稿は明らかにしている。さらに、代替措置は、拘禁と比較して、短期的にも長期的にも非常に安価な選択肢である。

庇護の（また、より広い移民の）文脈における拘禁の利用の合法性は、様々な国際裁判所、地域裁判所、そして国内裁判所によって検証されてきた。かなりの数の判決が、政府に対し、違法な自由の剥奪およびその他の移動の自由の制限に対して個人の人権を保護する義務を繰り返し指摘してきた。裁判所は、例えば、無期限又は長期に渡る拘禁や難民認定申請者（及びその他の移民）の義務的で再考手段のない拘禁を違法と判断している。確立された手続的保障が尊重されない場合に拘禁が違法となることも示されている。同様に、精神的ダメージなど被拘禁者の健康及び福祉に対する拘禁の悪影響は、数え切れない人権救済の申立てに繋がり、子どもの拘禁はとりわけ批判されている。特に拘禁代替措置と関連して、国際判例は、恣意性に対する保障を設ける政府の義務の存在を確認しており、そのような保障が存在しない場合、拘禁は違法となり得る。そのような保障は必然的に抑圧性の低い拘禁代替措置の利用可能性を含むものであり、それなしには比例性、必要性または合理性の原則を検証することはできず、またそれらの原則を満たすことはできない。これ

らの原則は、拘禁が最終手段としての例外的措置たることを要求するものと解釈されなくてはならない。この点について、国家は、同じ目的を達成するにあたり、より侵害性の低い手段が存在しないことを示さなくてはならない。究極的な拘禁代替措置とは、拘禁を全く行わないことか、無条件の放免である。本稿は、政府が拘禁代替措置の試行・体系化すら行わないことは、その拘禁政策および実行を国際法に直接抵触させるものであると論じる。¹

国際法は、庇護を求めることは違法な行為ではなく、難民認定申請者であることのみをもって拘禁され得ないことを確認している。さらに、不法入国または不法滞在を理由とした処罰に対する具体的な国際法による保障が存在し、これには拘禁の形態による処罰が含まれ得る。したがって、拘禁は最終手段として、難民認定申請者であること以外の正当化された目的に従ってのみ利用されなくてはならない。同様に、法律上および事実上の無国籍者について、彼らが法的地位または証拠書類を持たないことは彼らが無期限に拘束されるおそれがあることを意味しているが、それは国際法上、違法である。無国籍であることは放免の障害とはなり得ず、国籍がないことを拘禁の自動的な理由とすることは無差別原則に抵触する。

多くの国家は拘禁代替措置を法制化し、または「拘禁代替措置の利用可能性、有効性および妥当性が考慮されなくてはならない」ことを要求している²。様々な実施中の拘禁代替措置が存在するが、それには報告または居住に関する要件、保証、保証書または保証金、コミュニティでの監督またはケースマネジメント、電子監視および自宅での門限設定が含まれる。究極的な拘禁代替措置は自由である。様々な人権機関やその他の機関が、国家に対し、開発された如何なる代替措置も拘禁の代替形態として機能してはならないと警告している。多くの拘禁代替措置は、実行において、多かれ少なかれ移動を制限し、自由を剥奪するものである。そのようなものとして、拘禁代替措置も恣意的な自由の剥奪の禁止によって規制され、拘禁代替措置の適用が必要であり、かつ問題となっている目的に比例するものである場合にのみ課されるべきである。これらの要件を満たすため、各個別事案について最も侵害性の低い代替措置が取られるべきである。

本稿のC章では、多くの拘禁代替措置が描写・検討されている。これらの代替措置は、それらが運用される特定の経済的、法的、政治的、社会的文脈において設計され、その文脈に合わせられたものであるため、一定程度は独特なものと言える。しかし本稿では、他の国家の文脈において複製・修正が可能であり、成功または実行

¹国際法は入管拘禁の問題について様々な基準を生み出しているが、それについては本稿のB部で詳細に述べる。

²例えば、カナダ移民難民委員会、ガイドライン2『拘禁に関するガイドライン』（オタワ、カナダ、1998年3月12日）4頁で引用された *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1995] 1 F.C. 214 (T.D.)（カナダ連邦裁判所）を参照。

可能性を説明し得る共通の要素または特徴の特定を試みる。研究結果は、フィールドおよびエドワードによる2006年の研究の「(難民または) 難民認定申請者は、申請の最終的な却下に先立ち、またはその退去が実行可能な現実となる時点に先立って、拘禁または移動を制限される必要はほとんどない」という結論に合致するものである。³実際には、同じ結論が、(難民認定申請が) 不認定になった後、退去強制または他の法的地位を待つ元難民認定申請者にも該当することが分かっている。益々多くの証拠が、不正規移民を抑止し、逃亡を阻止し、退去時に人々を確保するための政策としての拘禁の目的と有効性を疑問視している。政府の拘禁に関する政策の動機を実証的証拠に基づかせることは益々できなくなっている。⁴上述の通り、本稿は90パーセント以上の難民認定申請者(および退去強制を待つ人々)が放免の条件を順守している複数の事例を挙げている。ここで紹介される証拠の多くは、少なくとも拘禁の必要性について多くの政府が持つ仮定と矛盾するという点において、最初、直観にそぐわないものに見えるかもしれない。そのため本稿は、政策立案の根拠として、移民の行動に関する長年の誤った仮定ではなく、実証的証拠を考慮することを要請するものである。

概して、研究対象となったパイロット事業およびプログラムにおいて、高い順守率または協力率を説明していると思われる多くの共通の要素が特定されたが、それらの要素には以下が含まれる。

- 関連する移民手続全体にわたる難民、難民認定申請者、無国籍者、その他の移民の尊厳、人間性、敬意のある取扱い
- 拘禁代替措置の下での権利・義務および不履行の結果に関する明確で簡明な情報提供
- 滞在のための全ての法的手段に関する助言を含む、関連手続の早い段階で開始され、手続中継続する法的助言へのリファール
- 十分な物質的支援、住居、その他の処遇体制へのアクセス
- 個別化された「監督」またはケースマネジメントサービス

フィールドとエドワードの研究は、コミュニティまたは家族との絆を順守率を向上させる一つの要素と特定したが、本稿は、個人が適切な監督および支援の下で放免された場合、コミュニティまたは家族との絆の欠如は必ずしも個人の順守率を低下させるものではないことを示唆するものである。本稿は、適切に機能する拘禁代替措置は、庇護、処遇および移民管理制度の連鎖的な改善に繋がることを注記する。

³O. Field and A. Edwards, *Study on Alternatives to Detention*, UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, POLAS/2006/03, 2006, p. 50.

⁴本稿では、政府が拘禁政策を追求する政治的動機(例えば、管理の問題)については扱わないものとする。

A. イントロダクション

外国人であることは、犯罪だろうか。我々は、そう思わない。⁵ 何らの罪も犯さず、罪を犯すつもりもない人の自由を相当期間にわたり剥奪することは、甚だしい不公正である。如何なる文明国も、そのような不公正を積極的に容認すべきではない。⁶ 犬や猫のためには専門の法律があり、独立委員会に対する異議申立ての権利や、拘禁期間を変える決定に関する明示の規定が設けられている。犬や猫は、難民よりも多くの保護を有している。⁷

広範に渡り、増大する入管拘禁（以下で定義）の使用は、近年、大変注視されている。領域への入国を管理する手段および抑止の一形態としての入管拘禁は、実務上および機能上の根拠、そして、人権上／法律上の根拠により、益々疑問視されている。政治的にも、多くの国々が、入管拘禁の実行に対する市民の反対の高まりに直面している。実利的に言えば、拘禁されるという可能性が不正規移民を抑止し、人々が庇護を求めることを思い留まらせるという実証的な証拠は存在しない。⁸ 実際に、様々な国において移民および難民認定申請者の拘禁が増加するにつれ、そのような領域への入国を求める個人の数も増加するか、一定であった。⁹ 世界的にも、政府の拘禁政策に関わらず、移民は増加している。¹⁰ 特定の個別事案を除き、拘禁は、移民に関する政府の政策立案手段として、概して非常に切れ味の悪いものである。このことは、多くの移民の選択肢の複雑さと入り交ざった動機によって説明され得るが、これらは最終目的国の移民政策とはほとんど関係がない可能性が高い。¹¹

⁵ *Saadi v. United Kingdom*, ECtHR, Applic. No. 13229/03, 29 January 2008, per joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Hajiyev, Spielman and Hirvelä (no page or paragraph number).

⁶ Lord T. Bingham, *The Rule of Law* (London: Allen Lane, 2010), p. 73.

⁷ M. Daly, 'Refugee Law in Hong Kong: Building the Legal Infrastructure', (2009) 9 *Hong Kong Lawyer* 14, p. 15.

⁸ Any reduction in global asylum numbers have been associated with non-entrée policies, including containment in regions of origin and interception/interdiction measures, or can be attributed to large-scale repatriation programmes.

⁹ For example, Council of Europe Member States have 'significantly expanded their use of detention as a response to the arrival of asylum seekers and irregular migrants': see, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 12105, 11 January 2010, *The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*, Rapporteur Mrs Ana Catarina Mendonça, para. 1 (referring in particular to the UK, France and Italy), yet migration into Europe has also surged: European migration figures have increased from an estimated 49 million in 1990 to 58 million in 2000 to 70 million in 2010: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008), available at: <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1>.

¹⁰ According to the United Nations, the global migration 'stock' has been increasing as follows: between 1990-1995 (+1.3%); 1995-2000 (+1.5%); 2000-2005 (+1.8%); and 2005-2010 (+1.8%): In 1990, there was an estimated global migrant 'stock' of 155 million; in 2000, it was estimated to be 178 million and in 2010, this is estimated to be 214 million, constituting 3.1 per cent of the global population: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008), available at: <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1>.

¹¹ See, e.g., S. Castles, 'Towards a Sociology of Forced Migration and Social Transformation' (2003) 77(1) *Sociology* 13-34, at p. 12: 'Migration policies fail because policy makers refuse to see migration as a dynamic

難民にとっては、出身国における生命または自由に対する脅威が、目的国における拘禁政策によって形成される如何なる阻害要因よりも、重要なプッシュ要因である可能性が高い。¹²しかしながら、ある国において拘禁される可能性は、個人の最終目的地の選択、移動の時期、入国経路または入国方法に影響を与え得る。そのことは、この問題に関する基準を、最低でも、地域化させる必要性を示している。¹³その一方で、適切な監督と施設の下に放免された場合、逃亡する庇護申請者や退去¹⁴待ちの者は10%に満たないことを示す証拠が存在する。¹⁵換言すれば、90%以上の者が、自身の事案に関するあらゆる法的条件を定期的に順守している。さらに、いくつかの政府は、違法な拘禁政策に対する賠償に数百万ドルを支払い、または予測不可能な賠償請求に直面しているが¹⁶、代替的選択肢は、政府にとって相当な費用削減となる。¹⁷

移民の文脈において許容される拘禁の使用に対する制限は、様々な国際裁判所、地域裁判所、そして国内裁判所でも検証されてきたが、多くの事案において、国家は難民認定申請者またはその他の移民を拘禁から放免するよう命じられてきた。¹⁸ある主要判例は、「ま

social process linked to broader patterns of social transformation. Ministers and bureaucrats still see migration as something that [can] be turned on and off like a tap through laws and policies.’

¹² For example, despite Australia’s policy of mandatory detention (introduced in 1997), asylum-seekers continued to arrive throughout the 1990s and 2000s. Only with the introduction of comprehensive interception measures in the early-mid-2000s did the numbers of asylum-seekers fall markedly.

¹³ Belgium, for example, recorded an increase in asylum applications at the border since it began permitting families with children arriving this way to be housed in the community: Verbauwheide, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, a discussion paper for EU Asylum Conference 13-14 September 2010, p.2. It is nonetheless too simplistic to attribute this increase to a more generous alternative to detention regime, as asylum application rates have been increasing overall in Belgium. There was no statistical breakdown for asylum applications submitted at the border visa-à-vis those submitted on the territory available at the time of writing. If there are more applications being submitted at the border, this may be a positive development, if it means more persons opting to announce their intention to apply for asylum at the border, rather than to enter Belgium clandestinely and to apply for asylum later, including only after having been arrested for illegal entry or stay. Any increase may also be attributable to altering asylum practices in neighbouring countries (e.g., according to Amnesty International, The Netherlands ‘puts aliens in detention more frequently and for longer periods of time’, *Harcopy Trouw*, 5 November 2010), and this points to the need for an EU-wide discussion on A2D.

¹⁴ The term ‘deportation’ is used synonymously with ‘removal’ and ‘expulsion’ for the purposes of this study, unless otherwise indicated. It is noted that the terms may have different usages and meanings in various national and international laws.

¹⁵ See, *infra*. See, also, O. Field and A. Edwards, *Study on Alternatives to Detention*, UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, POLAS/2006/03, 2006.

¹⁶ The UK, for example, has paid out at least £2 million to 112 individuals over the last three years where it has been proved that immigrants have been wrongly held: see, Medical Justice, ‘Review into ending the detention of children for immigration purposes: Response by Medical Justice’, July 2010. According to Medical Justice, the £2 million does not include the costs of legal advice, court costs, etc. Successful litigation in Hong Kong that forced the Hong Kong Government to change its detention policy (discussed *infra*) has, for example, given rise to over 200 pending compensation claims: Interview, Barnes and Daly, Lawyers, Hong Kong, 15 September 2010. South Africa’s Lawyers for Human Rights has also lodged 90 separate reviews of detention in South Africa: Statement, K. Ramjatham-Keogh, LHR, 17 November 2010. For some of the cases, see LHR, *Monitoring Immigration Detention in South Africa*, Annex, September 2010.

¹⁷ See, *infra*.

¹⁸ See, *infra*.

すます頻繁に行われる移民制限を回避しようとする試みを挫こうとする国家の正当な懸念は、難民認定申請者（またはその他の者）から（人権法によって）付与される保護を剥奪するものであってはならない」と判示しているが¹⁹、この立場は他の多くの決定においても反映されている。例えば、難民認定申請者の義務的で再考不能な拘禁は、無期限または長期に渡る拘禁と同様、国際法上違法と判断されている。²⁰また、領域内に留まる権利を持たないが、妥当な期間内に帰国させることができない元難民認定申請者やその他の移民の長期に渡る拘禁も、拘禁を恣意的なものとする判断されている。²¹拘禁は移民の健康および福祉に悪影響を与えたとして絶えず批判されてきたが、とりわけ、精神的ダメージの原因となっている。²²このことは、転じて、数え切れない人権救済の申立てに繋がっている。²³他方、子どもの拘禁は複数の人権事件の勝訴に繋がっているが、それには、子どもを無関係の成人と一緒に拘禁することは尊厳および身体の安全に対する権利に反するものであるとの判断が含まれる。²⁴最低でも、恣意性に対する保障を設ける国家の義務が存在し、そのような保障なしでは拘禁は違法なものとなる可能性が高い。この保障には、拘禁に対する拘束を伴わない代替的選択肢の利用可能性が必然的に含まれるだろう（以下で議論）。

入国管理における国家の裁量が国際人権保障から生じる制限の対象となることは、十分に確立された国際法の原則の一つである。²⁵これらの制限には、とりわけ、庇護を求め、享受する権利、不法入国または不法滞在を理由とした難民認定申請者及び難民に対する刑罰の禁止および人間的な処遇体制の問題が含まれる。さらに、身体の自由および安全に対する権利や恣意的な自由の剥奪の禁止も適用される基本的人権である。このことは第B章で詳述する。合理性、比例性および必要性の国際法原則は、国家に対して、同じ目的を達成するにあたりより侵害性の低い手段が存在しなかったことを示すことにより、それぞれの事例において拘禁の使用を正当化することを要求している。²⁶また、比例性の原則は、拘禁が最終手段であることを要求するものとして解釈されなくてはならない。²⁷多くの政府が如何なる拘禁代替措置も提供せず、または、そのような措置の試行・体系化を行わないことは、その拘禁政策および実行を国際法に直接抵触させるものである。同様に、各個人についての拘禁の必要性の評価の体系化を行わないことにより、拘禁を行う政府は国際法を遵守していないことになる。第B章で詳述する通り、国際法は入管拘禁の問題についての包括的な基準を生み出しているが、これらの基準が必ずしも国内庇護制度または帰還制度に組み込まれているわけで

¹⁹ *Amuur v. France*, ECtHR, Applic. No. 19776/92, 25 June 1996, para. 43.

²⁰ See, *infra*.

²¹ See, *infra*.

²² See, *infra*.

²³ See, *infra*.

²⁴ See, *infra*.

²⁵ See, e.g., *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco – Advisory Opinion*, 1922 PCIJ Ser. B No. 2, para.

24, in which the Permanent Court of International Justice held, for example, that even the regulation of nationality, which falls within the ‘reserved domain’ of states, must be consistent with the rules and obligations of international law. See, further, A. Edwards and C. Ferstman, ‘Humanizing Non-Citizens: The Convergence of Human Rights and Human Security’, in A. Edwards and C. Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), ch. 1.

²⁶ See, *infra*.

²⁷ WGAD, Report of the WGAD to 15th Session, A/HRC/13/130, 15 January 2010, para. 59.

はない。

この国際法との抵触は、世界中で高まる入管拘禁の使用に対する批判（拘禁の高いコストを含む）と相俟って、近年、拘禁代替措置（alternatives to detention. 略してA2Dと呼ばれることもある）に対する関心の高まりに繋がっている。米国は、2009年、「入管拘禁制度を見直すための実質的措置を直ちに取る」計画を発表し²⁸、全国的な拘禁代替措置プログラムおよび関連する個別リスク評価ツールを構築することを示している。²⁹英国連立政府は、2010年、子どもの拘禁をなくすための取組みを発表し³⁰、それは、概ね実行されている。同様に、日本政府は、保護者のいない子どもの拘禁および被拘禁者の長期拘禁をなくすための措置を取った。³¹オーストラリア政府は、許可を得ないオーストラリア入国者の全件無期限拘禁に対する市民の非難の高まりを受け、当局に協力しているにも関わらず退去させられない者を対象とした「ブリッジング・ビザ (bridging visas)」を導入した。³²オーストラリアでは、条件付放免と並んで、様々なコミュニティでの監視またはケースマネジメントプログラムが実施されている。³³現政権はさらに、「子どもおよび脆弱な家族」をクリスマス島の拘禁施設から「コミュニティ居住施設」へ放免することを約束している。³⁴ベルギー政府は、同国における子どもの拘禁を違法とした欧州人権裁判所（European Court of Human Rights. 略してECtHR）判決による圧力を受け、専門の「コーチング」サービスと共に、家族を対象とした「リターンハウス」プログラムを制度化している。³⁵同様に、香港における拘禁の実行を違法とした国内裁判所の様々な判決を経て、香港政府は社会サービスおよびコミュニティサービスにより支援された自己誓約による放免を制度化している。³⁶

²⁸ US Immigration and Customs Enforcement (ICE), *2009 Immigration Detention Reform*, available at: http://www.ice.gov/pi/news/factsheets/2009_immigration_detention_reforms.htm.

²⁹ US Immigration and Customs Enforcement (ICE), *2009 Immigration Detention Reform*, available at: http://www.ice.gov/pi/news/factsheets/2009_immigration_detention_reforms.htm.

³⁰ *The Coalition: Our Programme for Government – Freedom, Fairness, Responsibility*, May 2010, 17: Immigration, p. 21, available at: <http://programmeforgovernment.hmg.gov.uk/files/2010/05/coalitionprogramme.pdf>.

³¹ On prolonged detention, the Japanese government has issued a statement that ‘from now on’ persons in prolonged detention will have their cases regularly considered under bail, and regardless of whether an application for bail has been made, their cases will be reviewed, see Ministry of Japan, Immigration Control Department, ‘Re: Bail consideration process for immigration detainees under removal order’, 30 July 2010, available at: http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri09_00006.html. Translation supplied by the International Detention Coalition, email 11 October 2010 (on file with the author).

³² Australian Department of Immigration and Citizenship, Fact Sheet 85: Removal Pending Bridging Visa, available at: <http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/85removalpending.htm>. The visas were introduced on 11 May 2005. The visa is however completely discretionary at the hands of the minister. Meanwhile, Australia continues to detain mandatorily other unauthorised entrants. Discussed in Part C.

³³ Discussed in Part C.

³⁴ ‘PM softens detention stance’, *The Australian*, 19 October 2010; Joint Statement of the Prime Minister and the Minister for Immigration and Citizenship, ‘Government to move children and vulnerable families into community-based accommodation’, 18 October 2010, available at: <http://www.minister.immi.gov.au/media/media-releases/2010/cb10071.htm>. The families and children will remain ‘detained’ for the purposes of the Migration Act, but will be moved to community housing. Other restrictions may be imposed, such as reporting requirements, etc. In the same press briefing, the government announced an expansion of mainland detention facilities.

³⁵ Discussed in Part C.

³⁶ Discussed in Part C.

他方、その他の多くの国は、難民認定申請者を全く拘禁しないか³⁷、長年に渡り拘禁代替措置の運営に成功している。³⁸これらの国家の実行は、拘禁を行使することなく移民を管理し、庇護を求める権利と身体的自由および安全に対する権利を尊重している国がある中で、どうしていくつかの国家が難民認定申請者（および元難民認定申請者を含むその他の移民）の拘禁を正当化し続けることができるのかという疑問を投げかける。入管拘禁は先進工業国における実行に限られない一方で、先進工業国における移民管理および国境管理戦略の日常的特徴としてより一般的に見られる。したがって、本稿はあらゆる国に広く関係するものであるが、より具体的には庇護または移民管理制度の支配的要素として拘禁を採用している国々に関するものである。

入管拘禁および可能性のある代替措置の問題は、現在、国際人権に関する課題にもしっかりと挙げられている。国連人権理事会（United Nations Human Rights Council. 以下UN-HRC）（当時、委員会）は、「恣意的拘禁作業部会（Working Group on Arbitrary Detention. 以下WGAD）」の任務を拡大し、1997年に入管拘禁を含むことにした。³⁹その後、作業部会は、この問題に関する様々な報告書を作成している。⁴⁰2007年、作業部会は、UN-HRCが「世界中で拘禁されている多くの難民認定申請者および不正規移民の権利の侵害を防ぐために、有効な代替措置を追求するための掘り下げた緊急の審議」を実施するよう勧告した。⁴¹勧告は、依然として保留中である。⁴²2009年、WGADは、入管拘禁が2010年の主要優先事項の一つとなることを示唆した。移住者の人権に関する国連特別報告者も行政拘禁一般⁴³および子どもに関する代替措置の問題を検討した。⁴⁴国連人権高等弁務官は移民の拘禁を優先課題とし、これに関して、2009年にパネルディスカッションを主催した。⁴⁵欧州評議会の議員会議と欧州における難民認定申請者および不正規移民の拘禁に関する特別報告者は、2010年上旬に報告書、決議および勧告を出し、とりわけ、拘禁代替措置に関する実証的研究を呼びかけた。⁴⁶EU基本権庁（European Union Agency for Fundamental Rights. 以下EU-FRA）は、最近、帰還に関する国家実行に関する研究の会議版を発表したが、それには、帰還の文脈における拘禁および拘禁代替措置に関する章が含まれている。⁴⁷

³⁷ E.g., Brazil, the Philippines and South Africa. Other countries detain asylum-seekers only for minimal periods and have a general policy objective to release asylum-seekers as soon as possible from detention: e.g. Canada, Sweden, and the United Kingdom (the exception here is persons undergoing accelerated processes in which detention is automatic).

³⁸ See, e.g., Canada's Toronto Bail Program, discussed *infra*.

³⁹ Human Rights Commission res.1997/5 (15 April 1997).

⁴⁰ UN Docs. E/CN.4/1999/63 (1998), E/CN.4/2004/3 (2003), E/CN.4/2006/7 (2005) and A/HRC/10/21 (2008).

⁴¹ WGAD, Report to the 10th Session of the Human Rights Council, A/HRC/10/21, 16 February 2009, para. 80(a).

⁴² *Ibid.*, para. 51.

⁴³ See, Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, Report to the 54th Session of the Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 December 2003.

⁴⁴ See, Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Mr. Jorge Bustamante, Report to the 11th Session of the Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 May 2009, paras. 24, 27 and 43 (on children in detention).

⁴⁵ See, <http://www.ohchr.org/EN/NEWSEVENTS/Pages/MigrationPanel.aspx>.

⁴⁶ See, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 12105, 11 January 2010, *The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*, Rapporteur Mrs Ana Catarina Mendonça (CoE Special Rapporteur, *Report on Detention*), available at: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12105.htm>.

⁴⁷ European Union Agency for Fundamental Rights (EU-FRA), *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, 10 November 2010, available at: http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per

UNHCRは、難民認定申請者、難民および無国籍者に対する具体的任務を持つが、長きに渡り、拘禁代替措置に興味を有してきた。直近では、2009年に執行委員会（ExCom）において拘禁代替措置に関するサイドミーティングを組織し、30カ国の政府がこれに参加している。⁴⁸また、1999年の「庇護希望者の拘禁に関する適用可能な判断の基準と尺度についてのガイドライン」を更新中である。さらに、2010年5月には東アジア円卓会議を実施し、オーストラリア、香港、日本、ニュージーランドおよび大韓民国の政府、そして各国の非政府組織が参加している。更なる地域的円卓会議も予定されている。ExComは、1977年以来多くの機会において、拘禁の実行に関する懸念を提起し、加盟国によって実施されるあらゆる処遇が人間の尊厳および適用可能な人権基準を尊重するものでなくてはならないと勧告している。⁴⁹難民保護への課題（Agenda for Protection）も、国家に対して、「いっそうの共同歩調を通じて、庇護希望者と難民の拘禁に代わる措置を検討する」ことを呼びかけている。⁵⁰

本稿は、拘禁および拘禁代替措置に関するUNHCRの一連の研究に貢献するものである。本稿は、拘禁およびその代替措置に関する国際法の現状を明確化し、実証研究から引き出された既存または可能な拘禁代替措置の選択肢について批判的に概観する。また、本稿は、2011年5月にUNHCRと国連人権高等弁務官事務所（Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 略称OHCHR）共催でジュネーブにて開催される「入管拘禁に対する代替措置に関する世界円卓会議」のための背景報告書の一つとなるものである。

A. 構成および内容

本稿は、2つの主要部分に分けられる。第一に、難民、難民認定申請者、無国籍者、その他の移民（不認定処分を受けた元難民認定申請者など）に対する自由の剥奪と移動の自由に対するその他の制限に関する一般的な国際法的枠組みを概観する。ここでは、恣意的な拘禁に対する実質的・手続的保障の両方を取り扱う。さらに、国際的基準および地位的基準を順に検討し、特定のグループに関して取られる必要のある特別措置についても検討する。本稿は、拘禁中のケアおよび処遇に関する国際基準についての概観を提供するものではない。⁵¹拘禁中の処遇は、劣悪または不十分な処遇が拘禁自体を違法または恣意的なものにする限りにおいて本稿と関係する（第B章で議論）。むしろ、本稿は、拘禁代替措置を規定する義務に関する法的枠組みに焦点を当てている。

第二に、拘禁代替措置に関する国家実行を、実務的または機能的な観点から検討する。これら

[year/pub detention en htm.](#)

⁴⁸ See, <http://idcoalition.org/alternatives-to-immigration-detention-side-meeting-geneva-2010/>.

⁴⁹ See, UNHCR, *Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions (4th edition)*, 2009, pp. 136-140. See, in particular, ExCom Conclusion Nos. 7 (XXVIII) (1977) on custody prior to execution of expulsion order, para. (c), 44 (XXXVII) (1986) on Detention of Refugees and Asylum-Seekers, and 93 (LIII) (2002), on reception of asylum-seekers in individual asylum systems, para. (b)(i).

⁵⁰ UNHCR, Agenda for Protection, UN Doc. EC/52/SC/CRP.9/Rev.1, 26 June 2002, Part II, Goal 1, Point 9.

⁵¹ A number of human rights provisions are specifically relevant to conditions in detention, such as Articles 7 (prohibition against torture and cruel, inhuman or degrading treatment), 10 (right to humane conditions in detention) and 17 (right to family life and privacy) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). See, also, UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, adopted by GA res. 43/173 (9 December 1988).

の実行を、様々な代替措置のタイプ別に、実際の国家実行からの具体的な例を引いて検討する。本稿のために、実証研究のための訪問を5カ国で実施し、二次的文献と並んで、分析の対象とした。⁵² 研究の対象となった事例は、特定の経済的、法的、政治的、社会的文脈において設計されたものである。そのため、多くの意味において独特のものであり、既存の形式においては再現できないかもしれないが、これらの例から複数の特徴を導き出し、可能な代替的手管のリストを形成することが可能である。これに関して、本稿は、拘禁代替措置が注意深い計画、適切な規制および事後のモニタリング・監督なしに追求された場合の様々な関連リスクについても強調する。

本稿は、特に、難民認定申請者、難民および無国籍者を対象とした拘禁代替措置に関するものである。しかしながら、本稿は、入管拘禁一般に関する、帰還または退去強制の文脈における様々な判例、法的基準および実行も活用する。これは、最新の国際判例の多くが、入国段階ではなく、帰還の文脈において発展しているためであり、本研究の対象となった複数の代替事業も帰還に関するものであるか、庇護手続とより広い移民手続を合体させたものであるからである。したがって、帰還の文脈における判例および実行は有益なものとなる。難民認定申請者、難民および無国籍者は様々な具体的法的文書による権利保護を享受し、それらについては第B章で詳述するが、身体的自由および安全に対する権利と恣意的拘禁に対する権利は基本的人権であり、移民またはその他の法的地位（又はそのような地位の欠如）に関わらず、あらゆる者に適用される。

本稿は、キャンプにおける監禁状態⁵³または刑事罰やテロのおそれと関連した移民の拘禁を具体的に扱うものではない（下記、「定義」で説明）。

B. 方法論に関する注意

本稿では、描写される様々な代替措置に対して放免された個人（直接のクライアントまたは受益者）のインタビューは行わなかった。そのため、本稿は、これらのプログラムの参加者について、どうして彼らが決まりを遵守したか、何が協力の動機となったかなどについて語ることはできない。そのようなインタビューが可能であれば、間違いなく、本研究に重要な側面を加えたであろう。そしてその側面は、間違いなく、更なる調査の価値を有するだろう。しかしながら、インタビューは5カ国の広範な利害関係者に対して行われ、様々な代替プログラムのそれぞれの現場への訪問が実施された。

C. 定義

本稿では、「**入管拘禁**」の文言を、領域への入国を求めた時点（初期段階の拘禁）または領域からの退去強制、退去又は帰還までの間（最終段階の拘禁）における、難民、難民認定申請者、無国籍者およびその他の移民の拘禁に言及するために使用する。主に行政的に許可された拘禁を言うが、司法により認められた拘禁も対象とする。「入管拘禁」は、「刑事拘留（criminal detention）」および「安全上の理由による拘禁（security detention）」と区別される。刑事拘留は

⁵² The countries visited were Australia, Belgium, Canada, Hong Kong and the United Kingdom (Scotland) over the period from May to September 2010.

⁵³ See, instead, A. Edwards, 'The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees' (2008) 57 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 789-825, which includes a section dealing with the legal arguments around camp confinement policies amounting to a deprivation of liberty.

刑法犯罪を行ったことを理由とした国民および外国人の拘禁またはその他の自由の制限を意味し、安全上の理由による拘禁は国家の安全またはテロリズム関係の理由によるものを意味する。⁵⁴

移民の文脈においては、「拘禁」⁵⁵について様々な定義が生まれている。基本的には、拘禁は、刑務所や専用の閉鎖型レセプションセンターまたは拘留所などの拘束場所における自由の剥奪を含む。それは自由の剥奪の最たるものであるが、このことは拘禁に至らない措置が恣意的な拘禁に対する保障と無関係であることを意味しない。国際法は、閉鎖的空間における完全な監禁と同様、より軽度の自由の剥奪および移動に対するその他の制限に関するものである。第B章で説明する通り、これは程度の問題である。

多くの「拘禁代替措置」は、何らかの形態の移動に対する制限を含み、個人の自由を剥奪するものであるため、人権保障の対象とならなくてはならない。自由に対する全ての制限は、それが閉鎖された場所での監禁による完全な剥奪であるか、報告要件や居住指定を含むより少ない制限であるかに関わらず、人権的な監督の対象となる。本稿は、様々な拘禁代替措置の実行を、「自由」、「自由の制限または剥奪」、そして「拘禁」の連続性に沿って位置付ける。それらは、第C章においてこの連続性の下に位置付けられる（図1参照）。この連続性を進むにつれ（換言すれば、自由に対する侵害が増大するほど）、行政的越権行為、恣意性および不公平な処罰に対してより多くの人権保障が整備されなくてはならない。上述の通り、難民認定申請者および難民について重要視されるべきは、庇護を求める権利、不法入国または滞在に対する刑罰の禁止、人間的な処遇体制、身体的自由および安全に対する権利、そして移動の自由である。自由に対する如何なる制限に関する正当化も二義的なものであり、ほとんどの入管拘禁が発生する非刑事的・非司法的文脈に鑑みて、厳密に制限されなくてはならない。多くの国では、このことが逆の順序で実施されている。⁵⁶究極的な拘禁代替措置は全く拘禁を行わないことである。

⁵⁴ The Equal Rights Trust study on stateless persons contains sections on both these forms of detention: see, ERT, *Unravelling Anomaly: Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, London, July 2010.

⁵⁵ UNHCR has, for example, defined detention as: ‘confinement within a narrowly bounded or restricted location, including prisons, closed camps, detention facilities or airport transit zones, where freedom of movement is substantially curtailed, and where the only opportunity to leave this limited area is to leave the territory.’ (UNHCR, *Guidelines on Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 1999). The Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT) defines ‘place of detention’ as: ‘where persons are or may be deprived of their liberty, either by virtue of an order given by a public authority or at its instigation or with its consent or acquiescence’ (Article 4(1)). The OPCAT also defines ‘deprivation of liberty’ as: ‘any form of detention or imprisonment or the placement of a person in a public or private custodial setting which that person is not permitted to leave at will by order of any judicial, administrative or other authority’ (Article 4(2)). The emphasis in relation to the OPCAT is on the physical location of detention, rather than deprivation of liberty *per se*. The European Union Reception Directive, discussed *infra*, defines ‘detention’ as ‘confinement of an asylum seeker by a Member State within a particular place, where the applicant is deprived of his or her freedom of movement’. The Inter-American Commission on Human Rights (I-ACmHR) has defined ‘deprivation of liberty’ as ‘Any form of detention, imprisonment, institutionalization, or custody of a person in a public or private institution which that person is not permitted to leave at will, by order of or under *de facto* control of a judicial, administrative or any other authority ...’ (I-ACmHR, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, approved by the Commission during its 131st regular period of sessions, 3-14 March 2008, General Provision).

⁵⁶ See, Council of Europe, Parliamentary Assembly Committee on Migration, Refugees and Population, *The Detention of Asylum-Seekers and Irregular Migrants in Europe*, Doc. 12105, 11 Jan. 2010, Rapporteur: Ms Ana Catarina Mendonça.

名称は、誤解を招き得る。ある特定の実行を「拘禁代替措置」と呼ぶことは、その実行を国際人権法の範囲から除外するものではない。Amuur v. France事件判決が思い起こさせてくれるように、拘禁の場所がどのように呼ばれるかは問題ではなく、それが「国際区域」などと呼ばれるものであっても、人権は適用され続ける。⁵⁷フィールドおよびエドワーズは、2006年の研究において、「時には、拘禁代替措置と呼ばれるものが、実際には拘禁の代替形態であるかもしれない」と警告している。⁵⁸各事例を事実に基づく現実在即して評価することが重要である。

判例法はこのアプローチを支持するものである。例えば、米国の移民に関する判決では、足首につける監視装置は「自由の重大な喪失をもたらし、毎日午後7時から午前7時までの時間、被告の自宅など、ある特定の場所での監禁を要求するものであるため、「拘束」に相当し、人身保護を暗示するものである」としている。ただし、その後の事件では、米国の国内法上、「拘束」と「拘禁」が区別されている。⁵⁹英国貴族院は、18時間の外出禁止令に相当する制限は、対象者から自由を剥奪するものであると判示している。⁶⁰同様に、欧州人権裁判所 (ECtHR) は、申請者が2.5キロ平米の小さな村落内で毎日の報告義務および夜間外出禁止令の下で16ヶ月間を過ごしたサルジニア沿岸沖の離島での監禁は、欧州人権条約の第5条の範囲内に該当するも

⁵⁷ *Amuur v. France*, para. 52: ‘Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status.’ Here France argued unsuccessfully that because the asylum-seekers had passed via Syria on their way to France, they were free to return there and were therefore not in detention. This was rejected, as the European Court of Human Rights (ECtHR) argued that the ability to leave detention must be a real possibility and not merely theoretical. A Dutch decision has also held that holding someone in the transit zone of an airport constitutes a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR): *Shokuh v. The Netherlands*, Hoge Raad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court), 9 December 1988, *Revue du droit des étrangers* (RDDE), No. 52, January-February 1989, p. 16, as referred to in G. Goodwin-Gill, ‘Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection’, in E. Feller, V. Türk and F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003) 185, n 83.

⁵⁸ Field and Edwards, *Study on Alternatives to Detention*, p. 4.

⁵⁹ Executive Office for Immigration Review, Immigration Court, Los Angeles, USA, 5-18-08, 18 May 2008, parties are not named, before Bass L.J., available at: <http://www.bibdaily.com/pdfs/Bass%20IJ%205-18-08%20electronic%20bracelet%20bond%20decision.pdf> (on file with the author). Case distinguished *Nguyen v. B.I. Incorporated*, 435 F.Supp.2d 1109 (D. Oregon 2006), in which the use of an ankle bracelet for someone pending deportation was not deemed to be ‘custody’. Identical decision taken in *X v. Department of Homeland Security*, US Immigration Court, Orlando, Florida, FL 03/06/09, 6 March 2009, available at: <http://drop.io/BondVictoryOrlando06Mar2009>. These cases are to be compared to *Matter of Jose Aguilar-Aquino*, 24 I&N Dec. 747 (Board of Immigration Appeals 2009), File A095 748 786 (Los Angeles, California), 12 March 2009, in which a distinction was made between ‘detention’ and ‘custody’. Persons released on parole and those still incarcerated were considered to be in ‘custody’, whereas ‘detention’ referred to ‘actual physical restraint or confinement in a given space’ (referring to *Matter of Sanchez*, 20 I&N Dec. 223, 225 (BIA 1990)). Thus ‘... whilst a person in custody is not necessarily in detention, one who is in detention is necessarily in custody’. Custody means ‘actual physical restraint or confinement in a given space’ (p.6). The reason for distinguishing between the two terms was relevant as far as it permitted the immigration judge to vary the conditions of ‘custody’ or ‘release’.

⁶⁰ *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* [2007] UKHL 45, [2008] 1 AC 385, however, it found shorter curfews of 10-12 hours and less rigorous restrictions in other cases to be compatible with Article 5 of the ECHR (*Secretary of State for the Home Department v. AF* [2007] UKHL 46, [2008] 1 AC 440; *Secretary of State for the Home Department v. E and another* [2007] UKHL 47, [2008] 1 AC 499). Note that each of these cases involved terrorism suspects who were found to pose a threat to national security, which is not normally the case with asylum applicants.

のであると判示している。⁶¹また、精神的疾患を持つ患者を「開放型」であった（つまり、施設されていない）精神病院に監禁することも第5条による保護を喚起するものであると判断されている。⁶²

更に、特定の国内法の枠組みにおいては、法律上、それを「拘禁」と位置付けることが要求される場合でも、いくつかの国内的「拘禁」措置は拘禁代替措置に分類され得る。⁶³同様に、特定の個人が移動の自由を行使する権限を持たず、あらゆる意味において事実上拘禁されている場合でも、当該個人は法律上拘禁されていないものと分類する国内法が存在する。⁶⁴身体的な拘禁の「場所」と拘禁されている「地位」の間に区別を設けることが必要かもしれない。本稿において（そして国際法上）最も重要なことは、誰かがその自由を剥奪されているかどうかであり、それに与えられる名称ではない。多くの点において、本稿は人間的な処遇体制に関するものであり、拘束を伴わない拘禁代替措置はその一要素に過ぎない。⁶⁵

⁶¹ *Guzzardi v. Italy*, ECtHR, Applic. No. 7367/76, 6 November 1980, p. 33, paras. 92 and 93.

⁶² See, *Ashingdane v. United Kingdom*, ECtHR, Applic. No. 8225/78, 28 May 1985.

⁶³ Here I have in mind the Australian system of ‘community detention’, in which families with children are permitted to reside in the community in unguarded houses, and are free to come and go as they please. For the purposes of Australian domestic law, they remain ‘in detention’ as they have no lawful status; however, for the purposes of this study, this may well constitute an ‘alternative to detention’. Other ‘community detention’ practices in Australia, however, have involved restrictions on freedom of movement, such as being accompanied at all times and being confined to guarded houses in the community, and this would not be similarly classified: see, further, Parliament of the Commonwealth of Australia, *Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, Second report of the inquiry into immigration detention in Australia, Joint Standing Committee on Migration, Canberra, May 2009.

⁶⁴ Here I refer to the Canadian practice of confining parents with children to immigration holding facilities. As their children are not technically subject to the detention order, they are not considered to be ‘in detention’ *de jure* under Canadian law, yet they are as equally confined as their parents and, for all practical purposes, they are not free to come and go: Interview and visit, Canadian Citizenship and Immigration, Immigration Holding Centre, Toronto, May 2010.

⁶⁵ A singular focus on alternatives can overlook other important human rights issues arising from alternative practice. In Australia, for example, there is a serious issue around destitution of some released asylum-seekers or persons pending removal owing to their lack of eligibility for social services [and in the past, the right to work]. So while they may be released from detention, they may face other human rights concerns: see, Hotham Mission Asylum Seeker Project, *Australia’s Hidden Homeless: Community-based Approaches to Asylum Seeker Homelessness*, August 2010. This indicates that. Discussed further in Part C.

B. 国際的な法的枠組み

1. 庇護を求め、享受する権利、自由かつ人間的な処遇体制、刑罰の禁止および移動の自由

1.1 庇護を求め、享受する権利、自由かつ人間的な処遇体制および不法入国または不法滞在に対する刑罰の禁止

身体の自由の権利に関して以下で詳述する一般原則の他、1951年難民の地位に関する条約（以下「難民条約」）には、難民および難民認定申請者に関連する恣意的な拘禁又は移動に対するその他の制限について、いくつかの具体的な保障が存在する。国際レベルでは、国家は庇護を「付与する」義務を持たないと考えられる一方で、地域レベルでは、庇護を付与する義務が益々認められるようになっている。⁶⁶最低でも、庇護を求めることは、違法行為ではない。このことは、政府が、安全で、尊厳のある人権に即した取扱いを含む開放的で人間的な処遇体制を設けること余儀なくさせる。⁶⁷

さらに、難民条約の第31条1項は、直接来た難民は、遅滞なく当局に出頭し、且つ、不法入国又は不法滞在の相当な理由を示した場合、不法入国または不法滞在を理由として刑罰を科されるべきではないと規定する。不法に入国したこと又は不法に滞在していることのみを理由として難民認定申請者又は難民の自由を剥奪することは、第31条1項にいう刑罰に相当し得る⁶⁸（そして、如何なる場合においても、

⁶⁶例えば、1969年米州人権条約（ACHR）の第22条7項は、「すべての人は、（中略）その国の国内法および国際条約に従って、外国の領域において庇護を求め、かつ、与えられる権利を有する」と規定する。また、1981年人および人民の権利に関するアフリカ憲章（African Charter on Human and Peoples' Rights. 以下ACHPR）第12条3項は、「すべての個人は、迫害されたとき、その国の法律および国際条約に従い他国に庇護を求め、かつ、享受する権利を有する」と規定する。EU資格指令の第13条は、「加盟国は、第三国国民又は無国籍者に対して難民の地位を付与するものとする」と規定する。また、欧州人権裁判所が、難民条約は「国家が難民の地位を求めた者に対してそれを付与すべき状況、およびその者たちの権利・義務を定義している」と示した*M.S.S. v. Belgium and Greece*事件も参照のこと。*M.S.S. v. Belgium and Greece*, ECtHR, Applic. No. 30696/09, 21 January 2011, para. 54（強調筆者）

⁶⁷特に、UNHCR執行委員会結論第93号（LIII）、2002年、個別庇護制度の文脈における難民認定申請者の処遇を参照のこと。

⁶⁸例えば、難民の拘禁が第31条2項の必要性のテストを満たさない場合は、当該拘禁は刑罰的であり、第31条1項によって禁止されると主張するノルを参照。G. Noll, 'Article 31(Refugees lawfully in the country of refuge/Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil)', in A.

後述の身体の自由と安全に対する権利に反する)。また、第31条1項は、庇護を求めることを目的としてある国に入国する行為は、違法行為と見なされてはならないことを意味すると解釈されるべきである。難民認定申請者又は無国籍者をその地位のみを理由として自動的に拘禁することは、恣意的な自由の剥奪に相当し得る。⁶⁹ 国連恣意的拘禁作業部会 (Working Group on Arbitrary Detention. 以下WGAD) は、例えば、「ある国への不法入国を犯罪化することは、不法移民を管理・制限する国家の正当な利益を超えるものであり、不必要な(従って、恣意的な)拘禁に繋がる」と述べている。⁷⁰

さらに、第31条2項は、不法に入国または不法に滞在している難民の拘禁の問題に具体的に対応するものである。同規定は、そのような難民の移動に対して、国家がいくつかの制限を課すことを認めている。しかしながら、如何なる制限も「必要な」ものでなくてはならず、「当該難民の当該締約国における滞在が合法的なものとなるまでの間又は当該難民が他の国への入国許可を得るまでの間に限って課することができる」。⁷¹ 第31条2項は、1966年市民的及び政治的権利に関する国際規約 (International Covenant on Civil and Political Rights. 以下ICCPR) の第9条との関連で適用される必要性の要件を共有するものである(以下で詳述)。「拘禁は通常避けられるべきである」こと、さらに拘禁が例外的措置であることを前提として、UNHCR執行委員会 (Executive Committee. 略称ExCom) は、個別事案において拘禁又はその他の移動に対する制限が必要と見なされる限られた状況を定め、以下の通り述べている。

拘禁は随伴する苦痛に鑑みて、通常は回避されるべきである。必要な場合、拘禁は、身元を確認し、難民の地位もしくは庇護の申請の基礎となる要素を確定し、難民もしくは庇護希望者が庇護を申請しようとする国の機関の判断を誤らせる目的で旅行および／もしくは身分証明書を破棄しもしくは不真正文書を使用した場合に対処し、または、国の安全もしくは公の秩序を保護するために、法律で定められた理由にもとづいてのみ行うことができる。⁷² (強調追加)

Zimmermann (ed.), *Commentary on the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 1243, at para. 96 et seq. グラル・マッセンは、その論文において、拘禁は刑罰に相当すると明示に特定している。A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II (1972), p. 209 (脚注省略)

⁶⁹ 下記参照。

⁷⁰ WGAD, Report to the Seventh Session of the Human Rights Council, A/HRC/7/4/Add.1, 10 January 2008, para. 53.

⁷¹ 難民条約第31条2項

⁷² 難民及び庇護希望者の拘禁に関するUNHCR執行委員会結論第44号 (XXXVII) (1986) (b) 項。「『すべての国家は密入国をした各難民の事案について捜査し、彼が必要な入国要件を満た

UNHCRの1999年の拘禁に関するガイドラインは同じ理由を繰り返している。⁷³

これらの各状況において、如何なる拘禁も個別事案において示されなくてはならず、包括的な拘禁の方針に相当するものであってはならない。例えば、国家安全保障上の理由で拘禁するという決定は、個別事案においてのみ取られるべきであり、司法による監視の対象となる。⁷⁴公の秩序を理由とした拘禁の決定は、身元、文書または健康に関する初期スクリーニングまたは、例外的に、難民の大量流入の文脈で取られ得るが、後者の状況においては秩序が回復するまでの間に限定される。庇護申請の基礎となる要素を評価するために人々を拘禁する国家の権利については、初期スクリーニングにのみ適用され、個別事案において必要な場合を除き難民認定手続の全体に適用されるのではない。⁷⁵

また、UNHCR執行委員会は、「公正で迅速な（難民認定）手続」が、長期に渡る拘禁に対する保障となり、難民および難民認定申請者の拘禁措置が、司法的審査または行政審査の対象となるべきことも注記している。⁷⁶さらに、拘禁中には、庇護手続における適正手続に対する権利が損なわれ得ることが分かっている。⁷⁷とりわけ、UNHCRにアクセスする被拘禁者の権利もUNHCR執行委員会に認められている⁷⁸が、これは難民条約第35条にいうUNHCRとの協力義務に反映されている。⁷⁹

しているか確認する完全な権利を有する...従って、第31条2項は、身分事項、到着状況、庇護申請の基本的要素及び安全上の懸念に関する捜査のための必要な制限を認めている』という『一般的合意』が存在する」との主張がされたSaadi v. United Kingdom, Written Submissions on behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees, 30 March 2007, ECtHR, Applic. No. 13299/03, paras. 26も参照のこと。

⁷³ UNHCR, *Guidelines on Detention*, Guideline 3.

⁷⁴例えば、*A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56（「ベルマーシュ拘禁者」事件）

⁷⁵益々多くの国々が、庇護手続の初期段階において、便宜上の理由により難民認定申請者を拘禁するようになっている（例えば、英国の「迅速拘禁手続」、オーストリア、ハンガリー、スロバキアなど）が、それ自体として合法とはなり得ず、他のあらゆる拘禁の形態と同様に、正当化される必要がある。行政上の便宜は7日間までの当初の拘禁期間を正当化するかもしれないが、それは自動的なものであってはならず、各個別事案において示されなくてはならない。Saadi v. UK事件における下記の議論を参照のこと。

⁷⁶ UNHCR執行委員会結論第44号c項。また、1951年難民の地位に関する条約第31条に関する結論要旨（修正版）（Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees-Revised）、ジュネーブ専門家会議、2001年11月8-9日（<http://www.safecom.org.au/pdfs/roundtable-summaries.pdf>で入手可能）も参照。

⁷⁷ 上記参照。

⁷⁸ 国際的保護に関するUNHCR執行委員会結論第85号（XLIX）、1998年。

⁷⁹ 参照：Goodwin-Gill, ‘Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees’, p. 225.

1.2 難民条約第 26 条

難民条約において、難民および難民認定申請者の自由への権利に関連するもう一つの規定は、第 26 条である。難民条約の第 26 条（および 1954 年無国籍者の地位に関する条約第 26 条の同様の規定）は、以下のように規定する。

締約国は、合法的にその領域内にいる難民に対し、当該難民が同一の事情の下で一般に外国人に対して適用される規制に従うことを条件として、居住地を選択する権利及び当該締約国の領域内を自由に移動する権利を与える。

同規定の適用には二つの制限が存在する。第一に、同条は領域内に「合法的に」いる難民にのみ適用され、第二に、適用されるべき基準は、「同一の事情の下で一般に外国人」に対して適用される規制の基準（両条約に含まれる最低基準）である。

1.2.1 「合法的に」領域内にいる

難民条約上の権利は、「物理的に存在」、「合法的に存在」、「合法的に滞在」及び「常居」といった概念に基づく「取扱いの階級」制度によって構成されている。⁸⁰第 26 条は、2 番目の段階である「合法的に存在」に対応する。同じ「合法的に存在」（または「合法的にいる」）の基準は、ICCPR 第 12 条（後述）、並びに ICCPR 第 13 条 1 項及び難民条約第 32 条にいう追放からの保護に適用される。難民として認定された難民がこれらの規定の対象となることが明らかであるが、難民認定申請者もこれらの規定の利益を享受すべきであると主張されている。そうでなければ、保護が無意味なものとなり得るためである。ハサウェイが述べるように、難民認定申請を行った難民認定申請者が「合法的に存在」しないと、合理的に結論付けることはできない。⁸¹このことは、難民の地位を確認する義務の不在によって部分的に説明することができるが、それは難民の地位を確認する義務が存在しないことにより、「単に難民の地位を確認することを拒否することによって、国家は難民の条約上の権利を恒久的に否定できることになってしまうためである」。⁸²UNHCR もこのアプローチを採用し、「難民認定手続へのアクセスの国内法上の形式が整い、第 31 条の他の

⁸⁰グッドウィンギルは、単に存在、合法的存在、合法的居住および常居の 4 つのカテゴリーを区別している。G. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee in International Law* (2nd ed.) (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp. 305-307.

⁸¹ Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Ch. 3.1.2.

⁸² Hathaway, 前掲書。また、A. Edwards, 'Human Rights, Refugees and the Right to "Enjoy" Asylum' (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 297-330 も参照。

要件が満たされれば、地位は正規化され、第 26 条が適用される」と注記している。

83

これらの規定上、難民認定申請者が領域内に「合法的に」いるかどうかに関する他のアプローチは、同じ結論に至るものであるが、マルクスのアプローチである。彼は、ICCPR 第 12 条（及びその他の人権条約）と難民条約第 26 条に関するいくつかの事案において、「合法的に」の文言がどのように適用されているかの区別を行った。とりわけ、マルクスは、難民（および難民の地位を求める人々）は領域内に存在すると同時に領域内に合法的にいると見なされなくてはならないが、他の移民は入国又は滞在の権利について追加的要件を付され得ると論じる。マルクスは、難民法上の「領域内に合法的にいる」の文言は、単に国内法上の問題と見なすことはできず、その通常の意味は、難民条約の趣旨および目的から得られるものであると論じる。⁸⁴

とりわけ、第 26 条（及び ICCPR の第 12 条）の適用基準は、難民条約及び／又は無国籍者の地位に関する条約の他の規定上の「合法的に滞在」の適用基準ほど高くない。このことは、退去強制の対象となっているが退去させることができない個人が、第 12 条にいう「スウェーデン領域内に合法的にいる」と見なされた *Celepi v. Sweden* 事件における国連規約人権委員会（Human Rights Committee, 略称 HRC）の決定に合致するものである。⁸⁵

難民条約の第 26 条にいう「合法的にいる」の要件は、移動の自由に関する ICCPR 第 12 条の要件に対応するが、それについては後述する。規約人権委員会は以下のように述べる。

外国人がその国の領域内に「合法的に」いるか否かの問題は、国内法によって決められる事柄であり、国内法はその国の領域内への外国人の入国に制限を課すことが可能である。但し、国内法はその国の国際法上の義務に

⁸³ *Saadi v. United Kingdom*, Written Submissions on behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees, supra, para. 27.

⁸⁴ R. Marx, 'Article 26 (Freedom of Movement/Liberté de Circulation)', in Zimmermann (ed.), *Commentary on the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* (Oxford University Press, 2011), 1147, at para. 49.

⁸⁵ *Celepli v. Sweden*, para. 9.2. Celepli は、テロ活動への関与の容疑に基づき、退去強制令書の対象とされたクルド系のトルコ国籍者であった。帰国に際して、彼（及び彼の仲間の容疑者たち）がトルコにおける政治的迫害に晒されるおそれがあるとされていたために退去強制令書は執行されなかった。スウェーデンは、彼らに滞在許可を付与し、これは第 12 条にいう「合法的にいる」に相当すると判断された。スウェーデンは、第 12 条 3 項上の国の安全を根拠に移動に対する制限を正当化し、これは規約人権委員会に認められた。

適合するものでなければならない。⁸⁶

さらに規約人権委員会は、「不法に入国した外国人であっても、その地位が正規化（regularized）された場合には、その者は第 12 条の目的との関係においては、合法的に領域内にいるものと解さなければならない」としている。⁸⁷この見解によれば、難民認定を受けた難民は、第 12 条の目的との関係においては合法的に領域内にいると解され得る。これは、個別認定、集団認定又は*prima facie*認定など、適用された難民認定手続に関わらず、該当する。⁸⁸この解釈の下では、登録された難民認定申請者も領域内に「合法的に存在」し得る。⁸⁹なお、まだ合法的に領域内にいない期間は、ICCPRの第 9 条の対象となり得る（下記参照）。

⁸⁶ HRC, General Comment No. 27: Freedom of Movement, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 Nov. 1999, para. 4（強調追加）

⁸⁷ 同上、第 4 段落。

⁸⁸ *Karker v. France*, HRC Comm. No. 833/1998, 26 October 2000 参照。この事件では、Karkerが難民認定を受けた難民であったため、第 12 条が自動的に適用されると見なされた。Karkerはチュニジア国籍者であり、フランスで難民認定を受けた難民であったが、暴力的方法を使用した「テロ組織」（当該通報で使われた言語）に対する積極的支援の疑いにより、追放命令の対象とされた。難民の地位のために、追放命令は執行不能であり、チュニジアに帰国させることができなかった。Karkerは特定のフランスの地区に住むように要求され、断続的に移動させられた。また、彼は毎日警察に出頭するよう要求された。規約人権委員会は、国の安全の根拠に基づき、ICCPR第 12 条違反は存在しないと判断した。従って、規約人権委員会は、同氏が難民の地位によって合法的にフランスにいると認め、この点は本件では争点とならなかった。さらに本件では、「Karker氏が対象とされようとしている措置は規約第 9 条が予期する自由の剥奪に相当しないため」、第 9 条上の議論は事項的管轄がなく受理不能と判断された。同氏が住むように要求された地域は「比較的広い地域」であり、彼はコミュニティ内で自由に移動ができた（第 9.2 段落）。また、同氏は許可を得て当該地域を離れることもできた。当該通報は、日常的な報告要件の問題や、その要件自体又は他の要件との組み合わせが第 12 条ではなく第 9 条の文脈における自由の剥奪を構成するかについて取り扱わなかった。

⁸⁹ 領域への入国を許可され特定の指定地域に居住するよう要求された難民認定申請者は、この指定に従わない場合でも、領域内に「合法的にいる」状態が継続すると論じうる。庇護申請は国家全体に対するものであり、特定の行政地区に対するものではない。指定場所に留まることを拒否する難民認定申請者を国家がどのように扱うかは、別個の問題である。例えば、*Omwenyeye v. Germany*, ECtHR, Applic. No. 44294/04, 20 November 2007。この事件では、ある外国人が、国内法の関連規定に基づき居住許可を受ける資格を有するかどうかを判断する手続の間、国家領域内の特定の地区にすることが暫定的に認められた。ECtHRによれば、彼は、彼の入国及び滞在が認められた条件に従う限りにおいて、ドイツに「合法的にいる」状態にある。さらに、Marx, 'Article 26 (Freedom of Movement/Liberté de Circulation)'を参照。ICCPR第 12 条及び難民条約（及び無国籍者の地位に関する条約）第 26 条は、移動の自由に対する制限を禁止していないが、あらゆる制限が正当化されることを要求していることに注意が必要である。

1.2.2 取扱いの基準：「外国人一般」

多くの国家は、「領域内にいる」者とまだ入国していないと見なされる者（例えば、領域内に不法にいる者）との間に法的な区別を設けている。これらの区別は、入管拘禁体制との関連でも定期的に機能している。⁹⁰これらの法的な区別にも関わらず、人権保障は依然として適用される。⁹¹従って、上述の意味において、ある者が「合法的に」国家内にいる場合、移動の自由又は居住地の選択に対する如何なる制限も「外国人一般」の基準に従って判断されなくてはならない。「外国人一般」に課される如何なる制限も国際法に合致する必要がある。例えばICCPR第12条1項については、第12条3項において別異の取扱いの正当化理由の包括的リストが規定されている。⁹²

ハサウェイ（マルクスも同様）によれば、難民条約（また、類推により無国籍者の地位に関する条約）の起草者たちは、「難民（および無国籍者）は、一旦、合法的に締約国の領域内にいれば、その他の非市民が受ける国内移動の自由および居住地選択に対する制限のみを受けるべきである」という見解を固持している。⁹³第26条の起草時において、「その他の非市民」（ここでは戦前・戦後の労働移民プログラムの下で領域内にいた外国人労働者に言及）にはわずかであるが移動の自由および居住地選択に対する制限が課されていた。最低でも、第26条は、締約国が難民または無国籍者のみに適用される制限を課さないことを保障している。換言すれば、難民および無国籍者に対する特別の制限は許されない。⁹⁴

2. 無国籍者

無国籍者は、他の人間と同様、身体の自由および安全についての権利による利益を享有する。しかし、無国籍者は、しばしば違法または恣意的な拘禁のより高いリスクに晒される。常居国内に居住する多くの法律上の無国籍者は、法的文書または地位の不在と人種差別や民族差別の複合により、恣意的な拘禁のおそれがある。常居国の外にいる多くの事実上の無国籍者も、特に身分証や渡航文書を所持せず、国籍

⁹⁰例えば、ベルギーでは、ベルギーはECHR上に拘禁の根拠を有さないため、不法に入国した者は拘禁の対象とならない（彼らは既に不法入国を達成しているため）。他方、国境に到着し、不法入国を試みようとしている者は、一般的に拘禁の対象となる。

⁹¹*Amuur v. France* 事件。

⁹²HRC, General Comment No. 27: Art. 12: Freedom of Movement, UN Doc. A/55/40 Vol. I (2000), para. 4.

⁹³Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, p. 705. 同様に、Marx, 'Article 26 (Freedom of Movement/Liberté de Circulation)'.

⁹⁴マルクス、前掲論文。

国または元常居国が帰還のための協力を拒否する場合、拘禁のおそれがある。そのような人々は、特に無期限拘禁のリスクに直面する。⁹⁵いずれのグループも、本稿で概観されるものと同じ人権保障の対象となる。さらに、1954年の無国籍者の地位に関する条約の下では、迅速且つ効率的な認定手続が実施されなくてはならない。

⁹⁶

国連人種差別撤廃委員会（UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination. 以下CERD委員会）は、「無国籍者を含む非市民の安全は、恣意的拘禁について確保されなくてはならない」とした。⁹⁷さらに、UNHCRの拘禁に関するガイドラインは、「無国籍であること、すなわち、渡航文書の発行について自動的な申請を行うことができる国を持たないことが、無期限の拘禁に繋がってはならない。無国籍であることが放免の妨げとなってはならない」と明記している。⁹⁸また、同ガイドラインは、国家に対し、以下のように要請している。

拘禁を行う当局は、案件の解決のため、時宜を得た方法により、あらゆる努力をしなければならぬ。このような努力は、帰還先となり得る国家を特定するため、個々の国籍の状態を特定・確認するための実務的手順を通じて、または、彼らの再入国を準備するための常居国との交渉などを通じてなされるべきである。⁹⁹

（移動の自由に関する）無国籍者の地位に関する条約第 26 条も関係し、上述の難民条約の同じ規定と同一である。無国籍者が常居所に居住しているが、同国の国籍をまだ持たない場合において、第 26 条は合法的に存在する者に移動と居住地の自由を与える。（自らの状況を正規化し得る国を他に持たないという）無国籍者に特有の状況のために、彼らは、常に居住する国に「合法的に」いると見なされるべきである。反対の主張をすることは、国籍の欠如のみに基づいて、それらの人々の移動を制限することを可能にし、二重処罰に該当し得る。ある無国籍者がその常居国の外にいる場合で、彼または彼女が当局に登録した場合（地位の認定のための登録を含む）、上記の難民認定申請者に適用されたのと同じ議論が当該無国籍者にも適

⁹⁵例えば、*Al-Nashif v. Bulgaria*, ECtHR, Applic. No. 50963/99, 20 June 2002 を参照。申立人はパレスチナ出身の無国籍者であった。

⁹⁶ 1961年無国籍の減少に関する条約第 11 条も参照。また、UNHCR、結論要旨：無国籍認定手続及び無国籍者の地位（Summary Conclusions: Statelessness Determination Procedures and the Status of Stateless Persons）、UNHCR・Open Society Institute主催専門家会議、2010年12月6-7日（<http://www.unhcr.org/4d919a436.html>）で入手可能）も参照のこと。

⁹⁷ CERD, General Recommendation No. 30: Discrimination against Non-Citizens, 1 October 2004, para. 19.

⁹⁸ UNHCR *Guidelines on Detention*, Guideline 9.

⁹⁹同上

用され得る。

しかしながら、無国籍者については、難民条約の第 31 条に相当する規定は存在しない。しかし、「無国籍者の難民」も第 31 条の利益を享受し得る。難民条約と同様に、無国籍者に対する拘禁の例外的措置は、当該個人が無国籍であること又は元の国籍のみを理由として適用されてはならず¹⁰⁰、さらに、国の安全を理由に取られるあらゆる暫定措置は、当該個人の無国籍者としての地位が確認されるまでの間のみ継続が可能であり、当該措置は当該個別事案において必要なものでなくてはならない。¹⁰¹

3. 国際法における身体の自由および安全

身体の自由および安全についての権利は基本的人権であり、法の支配を享受する法制度の不可欠な構成要素である。¹⁰²すべての人権と同様に、身体の自由および安全についての権利は、移民その他の地位に関わらず、原則的に全ての人間に適用される。¹⁰³この権利は、1948 年世界人権宣言（*Universal Declaration of Human Rights*. 以下UDHR）の「すべて人は、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有する」（第 3 条）および「何人も、ほしいままに逮捕、拘禁、又は追放されることはない」（第 9 条）という二つの規定に見られる。これらは、その後、ICCPR 第 9 条に編入されたが、第 9 条は身体の自由と安全を保障し、そのような自由の恣意的な剥奪を禁止する。領域内に合法的にいる者の移動の自由及び居住地の選択に対する制限に関する同規約の第 12 条も適用可能であるが、以下で別個に取り扱う。

自由の剥奪がどこで行われるかは、例えば島¹⁰⁴であろうと船上¹⁰⁵であろうと関係せ

¹⁰⁰ 1954 年無国籍者の地位に関する条約第 8 条。

¹⁰¹ 1954 年無国籍者の地位に関する条約第 9 条。

¹⁰² Bingham, *The Rule of Law* 参照。同書は、人身保護の様々な歴史的根拠に言及している。「人身保護令状は、法に反して自由を剥奪されていた場合に、人間が自由を回復する最も通例となっている救済方法である」（*Bushell* 事件（1670 年）における *Vaughan* 裁判長意見第 135、136 段落より）。米国最高裁判所も、「身体的制限からの自由は、常に適正手続条項により政府の恣意的行為から保護される自由の中核をなしてきた」（*Foucha v. Louisiana* 事件、504 U.S. 71, p. 80（1992））と一貫して認めている。

¹⁰³ HRC, General Comment No. 18: Non-discrimination, 11 October 1989, para. 1; HRC, General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, para. 1.

¹⁰⁴ 例えば、*Guzzardi v. Italy* 事件を参照。また、下記のグアンタナモ湾に拘禁される外国人テロ容疑者に関してグアンタナモ湾における人身保護に関する訴訟も参照のこと。実際に、拘禁の手段としての島々の使用は長い歴史を持つ。クラレンドン伯爵の弾劾は、それらの場所には人身保護令状が適用されないという理由のみで、当時の英国の辺境（「島々、駐屯地、その他の場所」）に囚人たちを配置したことによる行政権の違法な行使を理由に起こった（Bingham, *The*

ず、それが拘禁と描写されるかどうかにも関係しない（上述）。

3.1 ICCPR 第 9 条にいう身体の自由および安全についての権利

第 9 条 1 項は、以下の通り規定する。

すべての者は、身体の自由及び安全についての権利を有する。何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない。何人も、法律で定める理由及び手続によらない限り、その自由を奪われない。

第 9 条は、身体の自由および安全に関する一般原則を示している。第 9 条は、出入国管理を目的とした拘禁を含むあらゆる自由の剥奪に適用される。¹⁰⁶あらゆる自由の剥奪は、関連する人権法によって発展した第 9 条に定められる文言に合致するものでなくてはならない。第 9 条は入管拘禁を禁止するものではなく、身体の自由および安全についての権利も絶対のものではない。¹⁰⁷第 9 条は、むしろ、不法な拘禁

Rule of Law, p. 22 で言及された Clarendon (1668) 6 St Tr 291, at 291, 330, 296 を参照)。クラレンドンの実行は、難民認定申請者及びその他の移民をその国の法律が適用されない島嶼国を含む他の国に送るいくつかの政府の今日の戦略と馴染みの薄いものではないが、人身保護が受入国の法的枠組みにない場合、それらの難民認定申請者及びその他の移民は人身保護に対する権利を剥奪され得る。

¹⁰⁵例えば、*Medvedyev v. France*, ECtHR, Applic. No. 3394/03, 29 March 2010 を参照。この事件は、麻薬密輸業者であるとの容疑による公海上でのフランスによるカンボジア船舶の拿捕とそれに続く 13 日間に渡る船倉での乗員の拘禁、進路制限に関するものであった。これは欧州人権条約第 5 条に違反する自由の剥奪に相当すると判断された。フランスは、彼らをこのように拘禁することについての「明確に定義され、予見可能な法的根拠」を有していなかった。また、スペインが、救助の時点からモーリタニアでの拘禁を通じて、移民たちに対する支配を行使していたと拷問等禁止委員会が注記した *J.H.A. v. Spain*, UN Committee against Torture (CAT), Comm. No. 323/2007, 21 November 2008 も参照。他方、オーストラリア高等裁判所判決 *Ruddock v. Vadarlis*, [2001] FCA 1329 では、救助した難民認定申請者のオーストラリア領域への上陸を妨げたことは、船舶および乗客を掌握するために軍隊を送り、彼らの上陸を拒否したオーストラリア政府の行為に「付随するもの」であったため、人身保護令状がノルウェーのコンテナ船 MV タンパ号に救助された 433 名の難民認定申請者に対して適用されることを認めなかった（ただし、ブラック裁判長の反対意見第 69 段落及び第 80 段落を参照）。

¹⁰⁶ HRC General Comment No. 8 (1982) on Article 9 (Right to liberty and security of person), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, para. 1.

¹⁰⁷第 9 条は、「事態の緊急性が真に必要なとされている限度において」、「その措置は、国際法に基づき負う他の義務に抵触してはならず、差別を含んではならない」ことを条件として、公の緊急事態の場合において、逸脱が可能である。（ICCPR 第 4 条）逸脱によって取られたあらゆる措置も、必要かどうかについての評価（比例性の問題を含む）の対象となり、緊急事態が終了次第、終了する。英国貴族院、テロの現状は許容可能な逸脱の根拠であるが、拷問のおそれにより国籍国に帰国させられない外国人テロ容疑者の無期限の拘禁は不均衡且つ差別的なもので

及び恣意的な拘禁に対する実質的な保障である。次節は、自由の剥奪が、国際法上、合法及び／又は恣意的なものかどうかを決定する5つの要件について詳述する。以下、2項、4項及び5項に含まれる手続的保障を個別に扱う。

同様の規定は、その他の国際的・地域的人権文書にも見られる。¹⁰⁸

3.1.1 拘禁は法律に従い、法律に定められたものでなくてはならない

第一に、あらゆる拘禁は法律に従い、法律に定められたものでなくてはならない。国内法に合致しないあらゆる自由の剥奪は、国内法上および国際法上の問題として違法となり、従って、第9条1項に違反する。さらに、拘禁の使用を許容するが、国際人権基準に合致しない国内法も第9条1項違反となり得る。例えば、難民認定申請者の全件拘禁は、国際法上の問題として¹⁰⁹、当該実行を認める国内法の存在に関わらず¹¹⁰、それ自体違法であると判断された。

法の予見可能性および予測可能性、並びに特定の行動の法的影響も、拘禁が違法と見なされるかどうかを知らせるものである。拘禁を認める法律は、例えば、遡及効を持つものであってはならない。¹¹¹欧州人権条約（European Convention on Human Rights. 略称ECHR）第5条（以下の別節で取り上げる）とは異なり、（ICCPRの）第9条は、拘禁が国家によって行使され得る理由の包括的なリスト（時に「拘禁の権限」と呼ばれるもの）を規定するものではない。むしろ、第9条は、不法または恣意的なあらゆる拘禁の形態を禁止する。¹¹²「合法性」の基準は、全ての法律が、「市民（又は当該措置の対象となるその他の者）が、必要な場合は適切な助言を得

あり、ECHR第5条及び14条に違反すると認めたベルマーシュ拘禁者」事件を参照。また、*A v. Australia*, HRC, Comm. No. 560/1993, 3 April 1997 では、難民認定申請者の拘禁が慣習国際法上で禁止されていたことを示す根拠がないとした。

¹⁰⁸すべての移民労働者及びその家族構成員の権利の保護に関する国際条約第16条、児童の権利に関する条約第37条。地域的取極については、下記参照。

¹⁰⁹*A v. Australia; C v. Australia*, HRC, Comm. No. 900/2000, 13 November 2002. 恣意的拘禁作業部会も、送還の文脈において、全件拘禁は不均衡なものであるため恣意的なものであると述べている。WGAD, *Civil and Political Rights, Including the Question of: Torture and Detention*, UN Doc. E/CN.4/2000/4 (1999) Annex 2.

¹¹⁰*Al-Kateb v. Godwin*事件（[2004] HCA 37）におけるオーストラリアの判決を参照のこと。この事件において、オーストラリア高等裁判所は、個人が難民の地位を得るか、退去されるまでの再審不能な全件拘禁を要求する1958年移民法の第189節は憲法違反と判断した。

¹¹¹*Amuur v. France*事件第53段落。

¹¹²国連総会第三委員会における議論（UN Doc. A/4045）の第43ff段落を参照。M. J. Bossuyt, *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, (Boston: M. Nijhoff, 1987), p. 199.

て、当該状況において合理的な程度にまで、所与の行為が引き起こす結果を予見できるよう十分に明確であること」を要求する。¹¹³つまり、一定の法的確実性がなくてはならない。¹¹⁴このことは、法の支配に基づき機能しているあらゆる法制度について要求される。

このことは、例えば、ある者が保証書または自己誓約に基づいて放免された場合、再拘禁の可能性を含め出頭しなかった場合の結果について知らされることを要求するかもしれない。¹¹⁵また、拘禁が必要性、比例性、合理性を有するかどうか（下記参照）を評価するにあたり考慮されるべき様々な要因とともに、拘禁の根拠が法律で明確に規定されることも要求され得る。¹¹⁶この後者の要件も第9条2項（逮捕または拘禁の根拠）（下記参照）に対応するものであるが、拘禁が認められる根拠が国内法に規定されるか、その他の方法で透明性のあるものでなくてはならないというより広範な議論にも関係する。さらに、拘禁の期間に制限がない、または、効果的な救済へのアクセスが存在しないなど、恣意的な拘禁からの保護に対する法による保障が不十分な場合も、あらゆる拘禁の合法性が疑問視され得る。¹¹⁷ある法規定が曖昧であったり不明確な場合、自由に対する権利の基本的な性質により、当該規定の厳格な解釈が求められ得る。¹¹⁸

¹¹³*H.L. v. United Kingdom*, ECtHR, Applic. No. 45508/99, 5 October 2004, para. 114. また、法律は「法は、あらゆる恣意性のリスクを避けるために、『十分にアクセス可能で明確』なものでなくてはならない」（第55段落）とした*Dougoz v. Greece*, ECtHR, Applic. No. 40907/98, 6 March 2001 も参照。

¹¹⁴*Bozano v. France*, ECtHR, Applic. No. 9990/82, 18 Dec. 1986, para. 54. また、*Shum Kwok-sheer v. Hong Kong SAR* [2002] 5 HKCFAR 318 及び '*A*' v. *Director of Immigration* [2008] HKCU 1109, 18 July 2008 (HK Court of Appeal) も参照。これらの事件では、香港権利憲章 (Hong Kong Bill of Rights) 第5条は、拘禁と関連して、法的確実性及びアクセス可能性を命じるものであると判断された。拘禁の権限がどのように行使されるのかを規定する政策声明が存在しないため、法的確実性及びアクセス可能性の両方の違反が認められた。香港政府は2つの文書を採択したが、後の事件では、2つの通達とさらに2つの文書も不十分と判断した。参照：*HashimiHabibHalim v. Director of Immigration* [2008] HKCU 1576 (HK Court of First Instance)。

¹¹⁵例えば、新たな被拘禁者のための場所を確保するために報告義務について全く伝えずに多くの被拘禁者を放免したことについて、米国NGOによる重大な批判があった。予想通りに高い逃亡率に繋がった。参照：*Lutheran Immigration and Refugee Service*, 'Alternatives to Detention Programs: An International Perspective' (Baltimore: LIRS, 2009)。

¹¹⁶これは下記第5節手続的保障で扱うWGADの提言である。さらに、*Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand Inc.* [2003] 2 NZLR 577 (New Zealand), para. 259 も参照。この事件では、Baragwanath裁判官が「私の見解では、『必要』の文言は、課される制限の範囲及びそのような制限の理由の双方を限定する」と判断した。

¹¹⁷*Massoud v. Malta*, ECtHR, Applic. No. 24340/08, 27 July 2010.

¹¹⁸例えば、*HoomanHassani and HootanHassani v. The Minister for Home Affairs and Two Others* (10/01187) [2010] SGHC (5 February 2010) (South Gauteng High Court (Johannesburg))におけるDukada裁判官の意見を参照。この事件において、Dukada裁判官は、「(Akwen) 判決の欠点は、

3.1.2 拘禁は恣意的なものであってはならない

第9条の第二の基準は、如何なる自由の剥奪も恣意的なものであってはならないというものである。この基準は、合理性、必要性、比例性および無差別の概念を必然的に意味するものである。規約人権委員会は、以下を明らかにしている。

「恣意性」は「法に反する」こと（のみ）と結び付けられるべきものではなく、不適切性、不当性および予測可能性の欠如の要素を含むよう、より広く解釈されなくてはならない。このことは、合法的な逮捕に基づく再拘留は、単に合法であるだけでなく、あらゆる状況において合理的なものでなくてはならない。さらに、再拘留は、例えば逃亡、証拠隠滅、犯罪の再発を防止するためなど、あらゆる状況において必要なものでなくてはならない。¹¹⁹

... この文脈において、比例性の要素が関連する...¹²⁰

a) 合理性、必要性および比例性

UNHCRによれば、難民認定申請者および難民の拘禁は、最終手段でなくてはならない。¹²¹これは、単なる政策声明ではなく、拘禁は、対象となる個別事案の事実に鑑みて評価され、あらゆる状況において必要なものでなくてはならないという法原則を前提とするものである。ある個人の監禁が全ての事案及び期間において必要であることを確保するために個別評価が要求されるが、そのことは、転じて、比例性の問題と呼び起こす。さらにこの立場は、上述の庇護を求めることは不法行為ではなく、難民は不法入国または滞在を理由に処罰されてはならないことを確立する国際法の一般原則に基づくものである。また、不正規移民の文脈においてすらも、密

それが個人の自由を侵害するものであるため、裁判所が当該小節に対して厳格な解釈を行う義務を無視したことである」(第27段落)と述べた。比較：*Akwen v. Minister for Home Affairs* (46875/07) [2007] TPD (High Court of South Africa (Transvaal Provincial District, Pretoria))。また、裁判所は「過酷さ及び不正義を避け、(基本的権利を侵害しない)(法規定の)解釈を選ぶ」(p.11)べきであるとした*AS and Eight Others v. Minister of Home Affairs and Three Others* (2010/101) [2010] SGHC (12 February 2010) (South Gauteng High Court (Johannesburg))も参照。

¹¹⁹ *Van Alphen v. The Netherlands*, HRC, Comm. No. 305/1988, 23 July 1990, para. 5.8.

¹²⁰ *A v. Australia*, paras. 9.2.-9.4.

¹²¹ UNHCR, *Guidelines on Detention*, para. 3 (これらのガイドラインは更新作業中であることに注意)。また、「難民認定申請者の拘禁が必要であるかどうかを判断するに当たり、そうすることが合理的であるか及び達成されるべき目的に比例するものであるかが考慮されるべきである」とする同ガイドラインの4頁も参照。

入国業者の利用を通じて不法に移動する選択をした移民は刑事訴追されるべきではないという一般的見解が存在する。¹²²庇護を求めることは人権であるため、この権利を行使する人々に対するあらゆる自由の制限は、注意深く制限されるべきことが内在する。既に述べたように、国家はその領域への入国または領域内での滞在を管理する権利を有するが、その裁量は人権保障によって限定される。移民を規制するために拘禁を使用する政府にとって、各個人を拘禁する必要性の標準的評価を体系化しないことは、このよく認識された法原則を損なうものである。

あらゆる状況において拘禁が必要で合理的なものであるかどうかを評価するに当たり、比例性の基準が適用される。¹²³比例性の一般原則は、民主主義社会において当該義務を直ちに確保することの重要性と当該権利を制限または否定する公共政策の目的との間にバランスが図られることを要求している。¹²⁴要するに、政府は、追求される目的を達成するために必要以上の行為を取るべきではない。このことは、自由の制限に対する保守的なアプローチを必要とする。

全件拘禁及び拘禁に有利な推定はこれに基づいて不法と判断されている。¹²⁵既に明確にした通り、難民認定申請者であることのみをもって個人を拘禁することも違法である。¹²⁶欧州基本権庁 (European Union Agency for Fundamental Rights. 略称 EU-FRA) が実施した研究によると、(少なくとも) 欧州連合 (European Union. 以下 EU) 加盟国のほぼ半数の国において、比例性が、国家の利益と個人の身体的自由及び安全の権利との間でバランスを取るに当たり、行政・司法機関が考慮すべき一つの要素となっている。¹²⁷

帰還の文脈においては、例えば、退去について「現実的で具体的な」¹²⁸または「合理的に予見可能な」¹²⁹見込みがない場合に誰かを拘禁し続けることは不均衡であると判断されている。個人を帰還させられないことは、無国籍¹³⁰、拷問のおそれ¹³¹、

¹²²国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約を補足する陸路、海路及び空路により移民を密入国させることの防止に関する議定書 (移民密入国防止議定書) 第 5 条。

¹²³ *A v. Australia* 事件第 9.2 段落。

¹²⁴ *Vasileva v. Denmark*, ECtHRApplic. No. 52792/99 (25 September 2003), para. 37. もちろん、比例性に関する議論は、拷問などの絶対的権利には関係しない。

¹²⁵ 例えば、*A v. Australia* 事件、*C v. Australia* 事件、*N (Kenya) v. Secretary for State for Home Department* 事件及び *Ulde v. Minister of Home Affairs* 事件 (上記) を参照のこと。

¹²⁶ 難民条約第 31 条。

¹²⁷ EU-FRA, *Detention of Third-Country Nationals in Return Procedures*, p. 18.

¹²⁸ Report of Working Group on Arbitrary Detention, 13th Session of the UN Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/13/30, 15 January 2010, para. 64 を参照。

¹²⁹ *Al-Kateb* 事件でオーストラリア高等裁判所が使用した文言。

¹³⁰ WGAD, Opinion 45/2006, UN Doc. A/HRC/7/4/Add.1, para. 10 を参照。

¹³¹ 例えば、ベルマーシュ拘禁者事件では、「国民の生存を脅かす公の緊急事態」による逸脱を認

あるいは、個人又は出身国が帰還への協力を拒否している¹³²などの理由で起こり得る。同様に、安全な帰還ルートが存在しない場合、または、帰還のために必要な文書を所持しない場合に、その者を拘禁し続けることは不均衡である。¹³³帰還の文脈において、文書の欠如に基づく拘禁が時間と共に不均衡と見なされるのであれば、同じ窮状にある難民認定申請者を拘禁し続けることも、彼らが協力に応じない場合または不誠実である場合を除き（次節参照）、同等に不均衡となり得る。そのような状況は技術的には無期限の拘禁に相当し、それ自体として違法である。比例性のテストを満たすためには、国家は目的達成のために拘禁以外の代替手段に頼らなくてはならない（下記参照）。

いくつかの政府は、拘禁が、問題となっている正当な目的に比例したものであるかどうか判断するために、様々な「バランステスト」または関係し得る要因リスト（ニーズおよびリスク評価）を発展させている。これらについては本稿のC章第9節で論じる。

b) 入管拘禁の理由

上述の通り、ICCPRは拘禁が許される根拠の包括的なリストを含んでいない。むしろ、全ての拘禁は、個別に正当化され、その是非について評価されなくてはならない。しかしながら、規約人権委員会は、拘禁が許される理由には、逃亡のおそれ及び協力の欠如が含まれると判断している。¹³⁴しかし、規約人権委員会は、「それらの要因がない場合は、入国が不法なものであった場合でも、拘禁は恣意的なものに見なされ得る」と明確化している。¹³⁵換言すれば、拘禁が当該個別事案において必要であることを示す追加的的要因がない限り、不法入国は、第9条のもと国家に対して拘禁に対する自動的な権限を与えるものではない。上記の通り、拘禁の必要性が適切に評価されるためには、合法的な目的が国内法においてははっきりと明示されなくてはならないことも論じられている。拘禁の根拠が（法律ではなく）政策ガイドラインにのみ含まれている少なくとも一つの管轄区域において、この政策ガイドラインを参照しないことは、行政法上の法的異議申立てに繋がると判断されている。¹³⁶

めつつ、無期限の拘禁は不均衡と見なされ、従って9名のテロ容疑者についてECHR 第5条違反と見なされた。

¹³²例えば、*Mikolenko v. Estonia*, ECtHRApplic. No. 10664/05, 8 January 2010 を参照。

¹³³ *The Queen on the Application of Abdi Ahmed Abdillahi v. The Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 808, R. (Khadir) v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 39, *Mohamad Aziz Ibrahim and Aran Omer v. Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 746.

¹³⁴ *A. v. Australia* 事件第 9.4 段落。

¹³⁵ 同上

¹³⁶ 例えば、*R v. SSHD ex p. Khan* [1985] 1 All ER 40（英国）を参照。しかしながら、拘禁施設規

(ICCPR) 第 9 条の立場は欧州人権条約 (ECHR) と対比されるが、ECHR は第 5 条 1 項 (f) で国家の拘禁の権限に関する 2 つの包括的な理由を定めており、表面的には、拘禁の必要性を無視しているように思われる (以下で議論)。

c) 拘禁の期間と延長

比例性は、当初の拘禁命令と延長の双方に関係して適用される。拘禁の期間は、合法的な拘禁の決定を恣意的なものとなし得る。規約人権委員会が例示するように、「... 拘禁は、国家が適切に正当化できる期間を超えて継続してはならない」。¹³⁷ 一方では、庇護手続の初期確認のための 7 日間は許容範囲のように思われる。¹³⁸ 他方、無期限拘禁はそうではない。¹³⁹ 各個別事案がその是非について検討され、定期的に再審されなくてはならないため、標準的な許容可能拘禁期間を特定することは不可能である。その一方で、最長拘禁期間は、恣意性に対する保障として定められなくてはならない。

最長期間について、EU は、6 ヶ月が退去を待つ間拘禁される人々の最長期間であると示している (更に 12 ヶ月の延長が可能な 2 つの例外的根拠が存在)。この期限は

則の不順守は、拘禁を違法なものとし得る。参照 : SK (Zimbabwe) v SSHD [2008] EWCA Civ 1204 (英国控訴院)。英国の帰還制度及び拘禁については、A. Edwards, *Thematic National Legal Study on Rights of Irregular Migrants in Voluntary and Involuntary Return Procedures: The United Kingdom (Nottingham, United Kingdom, September 2009)*、EU-FRA による依頼 (未発表論文。著者が保管)。

¹³⁷ A v. Australia 事件第 9.4 段落。また、「被拘禁者は、その拘禁を正当化できない当局職員によって一秒足りとも自由を剥奪されない絶対的な権利を有する」(第 18 段落)とした Kanyo Aruforse v. Minister of Home Affairs and Two Others (2010/1189) [2010] SGHC (25 January 2010) (South Gauteng High Court (Johannesburg)) における Meyer 裁判官判決も参照のこと。

¹³⁸ Saadi v. UK 事件を参照。

¹³⁹ A v. Australia 事件第 9.2 段落、van Alphen v. The Netherlands 事件第 5.8 段落、Spakmo v. Norway, HRC Comm. No. 631/1995, 5 November 1999 第 6.3 段落、Mukong v. Cameroon, HRC Comm. No. 458/1991, 21 July 1994 第 9.8 段落を参照。また、公の利益に反するとして送還される外国国民は合理的期間のみ拘禁され得るが、無期限に拘禁され得ないとしたに R v. Governor of Durham Prison, ex p. Hardial Singh [1984] 1 WLR 704 も参照。さらに、入管職員による継続的な拘禁の延長を認めることは、無期限の拘禁に繋がる可能性があり、裁判所が再審によって被拘禁者を保護することを不可能にするため、「90 日を超えない十分な期間について」延長可能な 30 日の当初期限を定める法規定の非合理的な解釈となり得るとした Hooman Hassani and Hootan Hassani (10/01187) [2010] SGHC (5 February 2010) (South Gauteng High Court (Johannesburg)) も参照。意図された最大期間は 120 日であった。また、WGAD, Mission to Angola, A/HRC/7/4/Add.4, 29 February 2008, para. 97 は、「不法移民の拘禁は、規則ではなく、例外ではなくてはならず、無期限拘禁は、自由の剥奪に関する適用可能な国際人権文書に明らかに違反するものであることが想起されなくてはならない」としている。

広く批判されている¹⁴⁰が、それは、特にEU加盟国の大多数ははるかに短い期限を課しており¹⁴¹、概して国家実行を反映したものではないためである。例えばフランスでは、行政拘禁所における拘禁の期限は32日間（2003年から12日増加）、待機ゾーンでは20日間である。¹⁴²米国最高裁判所は、政府は最終的な退去命令により外国人を拘禁し得るが、「合理的に予見可能な将来における退去に大きな可能性がない」場合は、6ヵ月後には放免しなくてはならないと判示した。¹⁴³また、英米法諸国では、制定法が拘禁の期間に対して明示の最長期間を課していなくても、拘禁の期間は制限の対象となり合理的なものでなくてはならないというのが一般的に許容された法原則となっている。¹⁴⁴さらに、退去手続の文脈において、そのような手続における当局側の相当注意義務違反は、当初は合法であった拘禁の決定を違法なものとする判断されている。¹⁴⁵特に個人が庇護手続期間中に拘禁されている場合、これらの違法性に関する議論と同じ議論が、庇護手続における相当注意義務違反との関係でも適用可能である。

普遍的に受け入れられた入管拘禁の最長期間は存在しないが、最長期間の設定が、恣意性に対する保障として推奨されている。例えば、恣意的拘禁に関する作業部会（Working Group on Arbitrary Detention. 以下WGAD）は、「更なる保障には、拘禁の最長期間が法律によって確立されなくてはならず、この期間満了と同時に被拘禁者

¹⁴⁰例えば、UNHCR, *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 16 June 2008 (<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4856322c2.pdf>で入手可能) 及びEuropean Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Returns Directive: EU Fails to Uphold Human Rights*, Press Release, Brussels, 18 June 2008 (<http://www.ecre.org/files/ECRE%20press%20release%20Returns%20Dir.pdf>で入手可能) を参照のこと。2008年6月時点で、17のEU加盟国が退去に先立つ拘禁について18ヶ月以下の最大期限を定めていたが、7カ国は法律に定められた最大期限を持たなかった。ECRE, *Returns Directive: EU Fails to Uphold Human Rights*.

¹⁴¹BlachierとMelanderによれば、EU加盟国の3分の2は、EU帰還指令で予見されている6ヶ月の期間をはるかに下回る拘禁期間を定めている。参照：G. Blachier and I. Melander, *Union Européenne: les pays africains condamnent la 'directive retour'*, Reuters, 10 July 2008。2008年6月時点で、17のEU加盟国が退去に先立つ拘禁について18ヶ月以下の最大期限を定めていたが、7カ国は法律に定められた最大期限を持たなかった。ECRE, *Returns Directive: EU Fails to Uphold Human Rights*.

¹⁴² E. Lambert Abdelgawad et al., 'French Law on the Detention and Return of Irregular Migrants and the European Directive' (2010) 4 *European Human Rights Law Review* 384-395 を参照。

¹⁴³*Zadvydas v. Davis*, US Supreme Court, 533 US 678 (2001), para. 701.

¹⁴⁴例えば、*Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) (Canadian Federal Court) 及び*R v. Governor of Durham Prison, ex p. Singh* [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.)におけるWolf裁判官の意見を参照。

¹⁴⁵例えば、*Mikolenko v. Estonia*, ECtHR, Applic. No. 10664/05, 8 December 2009 及び*Massoud v. Malta*を参照。

は自動的に放免されなくてはならないという事実が含まれる」と述べている。¹⁴⁶最長期間なしでは拘禁は長期化し、いくつかの事例では無期限のものとなる可能性があり、それは特に身分事項の確認ができない、または、庇護手続が遅れている無国籍者または難民認定申請者、そして、法的または実務上の理由により追放を実施することができないその他に移民について該当する。¹⁴⁷上記および下記の通り、そのような状況における無期限の拘禁は、恣意的なものとなる可能性が極めて高い。¹⁴⁸

d) 同じ目的を達成するに当たりより侵害性の低い手段を考慮する義務

さらに、合理性、必要性及び比例性の原則は、国家が身体の自由および安全の権利を侵害することなく、目的を達成し得る他の方法が存在しないかを考慮することを要求している。規約人権委員会は、ICCPRの第9条は、国家に対して、「特定の状況に鑑みて、同じ目的を達成するためにより侵害性の低い方法が存在しない」ことを示すことを要求している。¹⁴⁹この立場は帰還の文脈にも関連し、送還の可能性が非現実的と見なされる場合、拘禁に代わる措置を検討する国家の義務が存在する。

合理的な期間内での退去の可能性がありそうにない場合、拘禁代替措置を追及する政府の義務はより喫緊したものとなる。¹⁵⁰

多くの国家は、拘禁代替措置を法制化しているか、¹⁵¹「拘禁代替措置の利用可能性、有効性および適切性が検討されなくてはならない」ことを要求している。¹⁵²EUは、同様に、後述の帰還指令において、拘禁に関する規則を「具体的な事案において、他の十分であるが抑圧性の低い措置が有効に適用され得るか」の検討の対象としている。¹⁵³これらの実行および原則は、身体の自由および安全についての基本的人権

¹⁴⁶ UN WGAD, Report to the 13th Session of the Human Rights Council, 18 January 2010, para. 61。また、Principle 7, UN Doc. E/CN.4/2000/4, 28 December 2009。さらに、*Massoud v. Malta*事件も参照のこと。

¹⁴⁷ WGAD2010年報告書第62段落。

¹⁴⁸ 同上第63段落。WGADは、出身国の領事機関が協力しない場合、問題となる国への移送手段が存在しない場合又はノン・ルフルマン原則により追放命令が実行できない場合、そのような拘禁は恣意的なものとなり得るとしている。

¹⁴⁹ *C v. Australia*事件第8.2.段落。

¹⁵⁰ WGAD, *Opinion No. 45/2006*, UN Doc. A/HRC/7/4/Add.1, 16 January 2008, para. 25.

¹⁵¹ 複数の国の法律が、保釈、仮釈放、自宅拘禁、半自由、一定の保証金の支払い、警察による監督、出国禁止、所定の住所に居住する義務及び当局への定期報告、旅券の使用禁止など、行政拘禁に対する代替措置を規定している。Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, Report to the 54th Session of the Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 December 2003, para. 39.

¹⁵² 例えば、Immigration and Refugee Board of Canada, Guideline 2, Guidelines on Detention, Ottawa, Canada, 12 March 1998, p. 4 に引用される *Sahin v. Canada* 事件を参照。

¹⁵³ EU帰還指令第15条1項。

が存在し、それらの権利は正当な状況下で、最小限にのみ干渉され得るという本分析の出発点と合致するものである。規約人権委員会は、報告要件、保証又は当該個人の特別な状況を考慮したその他の条件など、入国管理を達成するための様々なその他の方法に言及している。¹⁵⁴UNHCRも、報告、居住要件、保証、保証人または保証金など様々な代替措置を列挙している。¹⁵⁵同様に、人権の促進と保護に関する小委員会（Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights）は、「国家が難民認定申請者の拘禁に関する適用可能な基準及び要件に関する指針に列挙されるような拘禁代替措置を採用すること」を推奨している。¹⁵⁶WGADも同様に、「報告要件のような代替的非拘禁措置が、拘禁が使用される前に常に検討されなくてはならない」と主張する。¹⁵⁷このことは、さらに、同作業部会の保障 13¹⁵⁸にも反映されている。

必要性、合理性及び比例性の原則は、国家が拘禁に頼る前に他の選択肢を検討することを要求しているが、それなしには、自由の剥奪の許容範囲に関する個別評価は架空のものでしかない。島嶼国の大きさ及び地形は、後の退去を確保するために、拘禁以外の措置を国家が有しているべきだとする要因の一つとして挙げられている（下記）。¹⁵⁹同様に、この事例は、同じことが難民認定申請者にも適用可能であることを示している。つまり、難民認定申請を処理するために拘禁以外の措置を国家が有しているべきである。そのような事案において多くの国が拘禁を行わないという事実も、難民認定申請を待つ個人について、一般的に拘禁が必要でないことを確認している。

要するに、国家は、代替的選択肢が存在しないことを示すことのみによって、個人を拘禁することはできない。これは、国際的義務の不誠実な履行となり、国際条約法に抵触し得る。¹⁶⁰あらゆる人権と同様に、身体的自由および安全についての権利は、国家に消極的義務および積極的義務を課すものである。積極的義務に関連して、国家は拘禁の使用に際し、再審手続及び放免その他の拘禁代替措置の形態を命じる選択肢の存在を確保しなければならず、またそうすることがその利益となる（C章

¹⁵⁴ *A v. Australia* 事件第 8.2 段落。

¹⁵⁵ Guideline 4, UNHCR, *Guidelines on Detention*.

¹⁵⁶ Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights res. 2000/21, (no document number), para. 6.

¹⁵⁷ WGAD, Report of the Visit to the United Kingdom on the issue of immigrants and asylum seekers, UN Doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 December 1998, para. 33.

¹⁵⁸ WGAD, *Legal Opinion on the Situation regarding Immigrants and Asylum-seekers*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, para. 69: 'Possibility for the alien to benefit from alternatives to administrative custody.'

¹⁵⁹ *Massoud v. Malta* 事件、下記参照。

¹⁶⁰ 国家は、条約上の義務を誠実に履行することが求められている。1969 年条約法に関するウィーン条約。

参照)。拘禁代替措置を（まだ）提供していないほとんどの国家が、仮釈放など、いくつかの修正を加え、別個の手続を設けることによって入国管理の文脈においても適用し得る刑事制度上の拘禁に代わる措置を持っている。個人のニーズと国家の目的に合わせて、出入国管理及び庇護の文脈内において他の選択肢が具体的に構築される必要があるかもしれない。自由に対する権利は、国家が個人の自由を制限しようとするに当たり、とりわけ庇護の文脈において、含まれるリスクと当該個人の特別な状況に対応する様々なより少ない制限を可能とする責任を国家に課すものである。特にWGADは、構築される代替措置が、放免に対する代替として機能してはならないと警告している。¹⁶¹

e) 無差別

ICCPRの第2条は、第9条および第12条を含む同条約に含まれる権利が、平等に、差別なく享受されるよう要求している。したがって、国家は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又はその他の地位等を理由にある者を拘禁し、又は移動を制限することはできない。これは、非常事態においても適用される。¹⁶²同様に、難民条約及び無国籍者の地位に関する条約第26条の移動の自由に対する権利は差別なく適用される。¹⁶³規約人権委員会によれば、「各権利は・・・外国人と市民の間の差別なく保障されなくてはならないというのが（国際人権法の）一般原則であり」¹⁶⁴、「(それらは) 相互主義に関わらず、またその者の国籍または無国籍であることに関わらず、全ての者に適用される」¹⁶⁵。国民ではないという事実は、第9条について、異なる基準を適用する権利を国家に与えるものではない。規約人権委員会は、「規約上の権利は、締約国の市民に限られず、国籍又は無国籍であることに関わらず、難民認定申請者、難民、移住労働者、及び領域内にいるか又は締約国の管轄権に服するその他の者など、全ての個人が享有できなくてはならない」ことを明確化している。¹⁶⁶

例えば、「外国人」テロ容疑者に対する無期限拘禁の形態の適用は、差別的であるばかりでなく、問題となる差別が拘禁を不均衡なものとして特徴付ける要因となる

¹⁶¹ WGAD, Report to the 13th Session of the Human Rights Council, A/HRC/13/30, 15 January 2010, para. 65.

¹⁶² 如何なる逸脱も差別的根拠に基づくことはできない (ICCPR 第4条)。同様の規定は、ECHR 第15条にも見られる。

¹⁶³ 国際人権法の発展によって補完された難民条約第3条及び無国籍者の地位に関する条約第3条。

¹⁶⁴ HRC, General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant, CCPR/C/21/Rev. 1, 11 April 1986, para. 2.

¹⁶⁵ 同上第1段落。

¹⁶⁶ HRC, General Comment No. 31: Article 2: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 21 April 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 10.

と判断されている。¹⁶⁷同様に、「外国人」テロ容疑者は、その権利を否定する法律の存在や国家の物理的領域外にいることに関わらず、文民裁判所において拘禁に対する異議を訴える権利を剥奪され得ない。¹⁶⁸

「特定の国籍」の人々に対して拘禁を課す国家も、1965年のあらゆる形態の人種差別撤廃に関する国際条約（以下ICERD）の下での人種差別の責任を問われ得る。¹⁶⁹ICERDの下での差別には、直接のおよび間接的な差別が含まれる。¹⁷⁰ある特定の措置が、例えば、ある特定の民族的、人種的、宗教的集団に不均衡に適用され、合理的で客観的な正当化がされない場合、当該措置はICERDの下での差別的措置となり得る。¹⁷¹効果が差別的である場合、意図の問題は差別に関する国際法と無関係となる。¹⁷²そのことは、いわゆる「安全な出身国」からの「迅速手続」のための拘禁の合法性に関する問題を提起し得る。なぜなら、これらの迅速手続は特定の国または地域の人々に適用され、特定の国籍を差別しているためである。最低でも、個人はそのような理由に基づく拘禁に対して異議申立てを行う権利を有し、国家はこの点について国民と非国民を区別する客観的で合理的な根拠が存在することを示さなくてはならない。¹⁷³とりわけ、CERD委員会は、特に恣意的な拘禁の文脈において、非市民の安全を尊重し、難民及び難民認定申請者のための施設が国際基準を満たすことを確保するよう国家に要請している。¹⁷⁴

¹⁶⁷ベルマーシュ拘禁者事件を参照。

¹⁶⁸ここで、*Rasul v. Bush*事件 (542 U.S. 466 (2004); 124 S. Ct. 2868) (米国最高裁判所) (非市民は、米国裁判所において、その拘禁に異議を申し立てる法的権利を有する)、*Hamden v. Rumsfeld*事件 (548 U.S. 557 (2006); 126 S. Ct. 2749) (*Rasul*における判断に有利となるようグアンタナモ湾の被拘禁者について法改正が行われたが、裁判所は、既に審査中の人身保護請求を継続する権利を有すると判断した) 及び多数意見が、特に、被拘禁者は人身保護の憲法上の権利を有し、それを否定する法律は違憲であると判断した*Boumediene v. Bush*事件 (553 U.S. 723 (2008); 128 S. Ct. 2229) を参照のこと。

¹⁶⁹ ICERD第1条3項。

¹⁷⁰ CERD, General Recommendation No. 14: Definition of discrimination, UN Doc. A/48/19, 22 March 1993, para. 1.

¹⁷¹ A. Edwards, 'Tampering with Refugee Protection: The Case of Australia' (2003) 15 Int'l J. Ref. L. 192-211. 違法な方法で到着する者は、学生、観光又はその他の合法ビザで到着する者と比較し、アフガニスタン、イラン、イラク及びスリランカの出身者である可能性が高いため、オーストラリアの「陸上」に到着した者の全件拘禁政策は、間接的に特定の国籍を差別していると非難された。

¹⁷²例えば、CERD, General Recommendation XIV (Forty-second session, 1993): On Article 1, Paragraph 1, of the Convention, UN Doc. A/48/18 (1993) 114, at paras. 1-3 を参照のこと。

¹⁷³例えば、送還手続において、国民は自国に居住する権利を有し、自国から追放され得ないという点において、国民と非国民の間に正当化される区別が存在し得る。参照：*Moustaquim v. Belgium* (1991) 13 EHRR 802. See, also, *Agee v. UK* (1976) 7 DR 164 (欧州人権委員会決定)。

¹⁷⁴ CERD, General Recommendation No. 30: Discrimination against Non-Citizens, UN Doc. A/59/18, 10 January 2004, para. 19.

f) 誠実で適切な目的

「不誠実で不適切な目的によって行われた」拘禁の決定も、拘禁を恣意的なものとし得る。¹⁷⁵例えば、ある特定の集団に対する差別は不適切な目的となり得る(上記)。非正規移民一般を抑止するための拘禁の使用は、ある個別事案を対象としたものではないために、不適切な目的に相当し得る。また、それは集団処罰にも相当し得る。¹⁷⁶さらに政府は、例えば(入管関係の公の秩序の理由に対して)犯罪性を理由に公の秩序を脅かす個人を拘禁するために入管権力を使用することはできない。なぜなら、それは刑法によって取り扱われるべきであるからである。¹⁷⁷

4. 地域的取極の下での身体の自由および安全

各主要地域的人権条約は、ICCPRの規定と同様の文言で恣意的な自由の剥奪の禁止を含んでいる。¹⁷⁸更に、準地域的組織としてのEUも、庇護及び帰還の文脈における拘禁の問題について基準を発展させている。国際人権基準と地域的・準地域的人権基準の間には、特定の規定の明示の文言又は判例によるこれまでの発展により、国家の義務について僅かに違いが見られる。このように規定が複数存在することは、基準の不一致が生じた場合、どちらの権利が適用されるのかという問題を生じる。難民条約及び無国籍者の地位に関する条約第5条は、「この条約のいかなる規定も、締約国がこの条約に係わりなく難民(または無国籍者)に与える権利及び利益を害するものではない」ことを明確化している。難民条約の意図は、最も高い基準が優先することを提案することにより、難民に対して基本的な人権のできる限り広範な

¹⁷⁵ 参照 : *Bozano v. France*; *Shamsa v. Poland* ECtHR, *Applic. Nos. 45355/99 and 45357/99*, 27 November 2003; *Gonzalez v. Spain*, ECtHR, *Applic. No. 43544/98*, 29 June 1999 and *Amuur v. France*, ECtHR, *Applic. No. 19776/92*, 25 June 1996.

¹⁷⁶ A.C. Helton, 'The Detention of Refugees and Asylum-Seekers: A Misguided Threat to Refugee Protection,' in G. Loescher and L. Monahan (eds.), *Refugees and International Relations* (Oxford: Oxford University Press, 1989) p. 135 at 137 参照。「抑止目的の拘禁は、他ならぬ彼らが亡命を余儀なくされたという理由によって自由を剥奪するという点において、刑罰の一形態である。抑止目的の拘禁は、(中略)許容されない。(Goodwin-Gill, 'Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection', p. 185 at 225.)

¹⁷⁷ WGAD, *Opinion No. 45/2006*, 第 28 段落。しかしながら、非国民を入管拘禁施設での拘禁に関する公の秩序の理由は、これらが入管上の理由(例えば、逃亡のおそれ)に関するものである場合、正当化され得る。また、公の秩序及び安全を理由にある者を拘禁することは、それがEU帰還指令に明示に含まれていないため、同指令に基づくことはできないとした *Kadzoev v. Bulgaria* 事件 (ECJ Case C-357/09, 30 November 2009) における欧州裁判所の判断も参照のこと。

¹⁷⁸ 下記で議論。

行使を保障することであった。¹⁷⁹ある国家が2つ以上の取極の締約国であり、両者が関係する場合で、それらの条約のより低い基準のみを満たす措置を取った場合、依然として他の条約で適用されるより高い基準に違反することになる。

4.1 欧州評議会(Council of Europe)及び欧州人権条約

欧州人権条約(ECHR)第5条1項(f)は、以下の通り規定する。

(1) すべての者は、身体の自由および安全についての権利を有する。何人も、次の場合において、かつ、法律で定める手続によらない限り、その自由を奪われない。(省略)

(f) 不正規に入国することを防ぐための、または退去強制もしくは犯罪人引渡しの手続がなされている者の合法的な逮捕または抑留

ICCPR 第9条のように、第5条1項(f)の出発点は、欧州評議会のECHRの基本原則としての身体の自由および安全についての権利である。欧州諸国は、長きに渡り、法の支配及び民主的統治の枠組みにおいて、基本的な人身保護の保障を認めてきた。¹⁸⁰1700年代以来、人身保護及びその他の権利の保障は国民と同様、非国民にも適用されてきた。¹⁸¹従って、身体の自由及び安全についての権利に対する如何なる制限も厳しく制限されなくてはならない。非常事態時における逸脱は許されるが、逸脱の下で導入されるあらゆる措置も比例性および必要性のテストの対象となり、非常事態が存在する限りにおいてのみ続くものでなくてはならない。¹⁸²第5条1項(f)の明示の文言が出発点である。第5条2項、4項及び5項も手続的保障と関係するが、それらについては以下で別個に取り扱う。

第一に、拘禁の権利は、国内法に規定されなくてはならない。¹⁸³これは、ICCPR第

¹⁷⁹難民条約前文。どちらの基準が適用されるかについては、Edwards, ‘Human Rights, Refugees and the Right to “Enjoy” Asylum’, at pp. 305-307 を参照。

¹⁸⁰例えば、過剰な罰金、保証金及び残忍で異常な刑罰の禁止により、個人の自由及び安全に対する保護を含んでいた1689年英国権利章典を参照。Bingham, *The Rule of Law*, p. 24 を参照。また、第7条で、法律で規定されるものを除き、訴追、逮捕及び拘禁を禁止した1789年フランス人権宣言も参照。

¹⁸¹ Bingham, *The Rule of Law*, p. 58 で言及された上述のSommersett’s Case (1772) 20 St. T. J.。さらに、*R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khawaja* [1984] AC 74, paras. 111-12 を参照のこと。

¹⁸² ECHR第15条。

¹⁸³ *Shamsa v. Poland*, ECtHR, Applic. Nos. 45355/99 and 45357/99, 27 November 2003。法的確実性のためには、拘禁の権限は、法で定められるか、法律によって規定されるか、裁判官、裁判所又は司法権の行使の権限を与えられた機関によって命じられなくてはならない。この事件では、2

9条の下で適用されるものと同一の基準であり、上記で取り上げられた。

第二に、拘禁は、第5条に含まれる規定された目的によるものでなくてはならない。第5条1項(f)は、(a)不正規入国の防止と(b)退去強制又は犯罪人引渡しの2つの入国管理に関連する状況において拘禁を認めている。換言すれば、国家はこれらの明示の目的でのみ、拘禁する権利を有する。欧州人権裁判所(European Court of Human Rights. 以下ECtHR)によれば、それらは性質上、包括的なものであり、厳格に解釈されるべきである。¹⁸⁴Vasileva事件においてECtHRが判示した通り、「(身体の自由及び安全に対する)例外の狭義の解釈のみが、当該規定の目的と合致する」。¹⁸⁵さらに、拘禁が合法的なものであり続けるためには、これらの目的と「真に合致する」ものでなくてはならない。¹⁸⁶第5条1項(f)の帰還に関する第二の目的の文脈において、退去を実行するためのあらゆる状況において、拘禁は合理的なものでなくてはならないと判断されている。¹⁸⁷例えば、退去がもはや可能でない場合は、(帰還に向けたプロセスの真正の一部でない可能性があるため)拘禁は合法でなくなり得る。このことは、被拘禁者がその退去に協力しない場合ですらも該当するようである。¹⁸⁸(比較:EU帰還指令については、下記参照)

よく議論されるように、ECtHR大法廷は、*Saadi v. United Kingdom*事件において、第5条は、「ある者が不正規に入国することを防ぐための拘禁は、例えば、その者が犯罪を行ったり逃亡したりするのを防ぐためなど、合理的に必要と見なされるかどうかを検討する要件を課すものではない」と判断した。¹⁸⁹この判決は、拘禁の追加的根拠は要求されず、ただChahal氏が「退去強制を目的として」拘禁されたことのみが要求されるとしたChahal事件に続くものである¹⁹⁰。他方、Saadi氏は、彼が不正規

人の兄弟が、法的権限なしで、退去のための法で定められた90日間を超えて拘禁された。彼らは、複数の退去の試みの対象とされたが、申請者たちの協力の欠如により、退去は失敗していた。

¹⁸⁴*Vasileva v. Denmark*, ECtHR, Applic. No. 52792/99, 25 September 2003, paras. 32-36; *Ciulla v. Italy*, ECtHR, Applic. No. 11152/84, 22 February 1989, para. 41; *Wloch v. Poland*, ECtHR, Applic. No. 27785/95, 19 October 2000, para. 108.

¹⁸⁵*Vasileva v. Denmark*事件第33段落。

¹⁸⁶*Winterwerp v. The Netherlands*, Judgment 24 Oct. 1979, Ser. A No. 33, para. 39; *Bouamar v. Belgium*, Judgment 29 February 1988, Ser. A. No. 129, para. 50.

¹⁸⁷例えば、*Abdi Ahmed Abdillahi v. The Secretary of State for the Home Department*事件を参照。

¹⁸⁸例えば、第5条1項(f)を満たす退去を実施するための拘禁の根拠が、時間が経過し、退去が不能になるにつれて正当なものではなくなるとした*Mikolenko v. Estonia*事件を参照。*Mikolenko*は退去強制手続への協力を拒否し(ロシア旅券の申請書の記入を拒否)、ロシア当局はエストニア当局が発給した一時渡航文書に基づく彼の受け入れを拒否した。彼は3年11ヶ月以上を拘禁所で過ごし、拘禁は恣意的と判断された。協力の欠如については、さらに、*Massoud v. Malta*事件を参照のこと。

¹⁸⁹*Saadi v. UK*事件第45段落。

¹⁹⁰*Chahal v. United Kingdom*, ECtHR, Applic. No. 22414/93, 15 November 1996. ECtHRは、Chahal

に入国することを防ぐために拘禁された。裁判所は、庇護申請を迅速に処理することを目的とした7日間の拘禁は正当な拘禁の根拠であるとした。換言すれば、ECHRの下では、国家は不法入国を防止するために拘禁することができ、これが不法入国を防止するために必要かどうかは関係しないようである。対照的に、規約人権委員会は、行政的迅速性は、それ自体では拘禁の有効な基盤とならないと判断した。¹⁹¹しかしながら、ICCPRとECHRの締約国にはかなりの重複があるため、ECHRの締約国は、ECHRの2つの根拠のみに基づいて更なる正当化を行わず自動的に拘禁を行う場合、ICCPR第9条上の個人の権利を侵害する可能性がある。さらに具体的に言えば、ECHRは、第60条において、「本条約の如何なる規定も、締約国の法律又は締約国が加盟しているその他の取極の下で確保され得る人権及び基本的な自由を制限又は逸脱するものと解釈されてはならない。」と規定している。

しかしながら、Saadi事件における論拠は、多くの根拠において欠陥がある。第一に、拘禁の根拠又は目的をその必要性和分離させている。もし、拘禁が必要でなければ、如何にしてその目的を達成し、又はその目的と関係し得るだろうか。従って、目的が存在しないことになる。Chahal事件は、Saadi事件とある程度異なる。なぜなら、前者では、拘禁は退去強制のために（又は退去強制を「目的として」）要求され、裁判所の判断では、そのような退去強制は合理的に予見可能なものでなくてはならない。つまり、必要性の要件が、根拠に既に組み込まれている。Saadi事件におけるECtHRが、帰還に適用されるのと異なるアプローチを取り得るのはどういうことであろうか。Saadi事件についての二つ目の深刻な懸念は、庇護申請を合法行為と見なさず、裁判所が、拘禁に先立って庇護申請を行ったSaadi氏を領域内に「合法的にいない」ものとして扱ったことである。これは、領域内に「合法的にいる」（また、類推により、不法にいる又は不法入国）の意味に関するその他の様々な判決と対照をなすものであり、上記1.2.1.で議論された。反対意見も、「(Saadi氏が到着と同時に庇護を求めた) 事実に対して如何なる重要性も付しておらず」¹⁹²、非国民のカテゴリー間で区別を行っていないとして多数派意見を批判している。

しかしながら、ECtHRは、Chahal事件とSaadi事件の両事件において、そのような拘禁には限界が存在し、恣意性に関する規則の対象となることを認めている。裁判所は、Saadi事件において、拘禁が入管の認可を付与するための「過程の真正な一部」であることが要求されるとした。¹⁹³このことに基づき、例えば、特にSaadi事件で認められた7日間の期限を超える場合、迅速処理（fast-track）手続又は迅速手続が拘禁の合法的基盤であることが示される必要があるかもしれない。入管当局において、

の拘禁の長さが拘禁を恣意的なものとし得たことを認めたが、そうならないためのいくつかの保障が存在したと判断した。また、Massoud v. Malta事件も参照。

¹⁹¹van Alphen v. The Netherlands事件第5.8段落

¹⁹²Saadi v. UK事件、反対意見p. 31。

¹⁹³Saadi v. UK事件第45段落。

拘禁以外では手続を迅速に処理できなかったことが示されるか、延長に際して、迅速庇護手続が拘禁の基盤であり続ける必要があるかもしれない。

拘禁がECHR上違法でないことを確保するための第三の要因は、許された自由の剥奪の根拠と拘禁の場所及び条件の間にも連関が存在しなくてはならないというものである。¹⁹⁴ ECtHRは、1人が深刻な精神的トラウマの兆候を見せている4人の子どもを成人と一緒に閉鎖型施設に拘禁することは、彼らの非常な脆弱性に鑑みて不相当であり、第5条1項(f)（及び上述のケア基準に関するその他の規定）の違反であると判断した。¹⁹⁵そのため、ECHR上、初期拘禁の権限が存在する一方で、必要性及び比例性の原則がその延長及び拘禁条件に適用されるように思われる。

第四に、ICCPR第9条のように、ECHR上、拘禁は、当局側に不誠実又は策略の要素が存在した場合も違法となり得る。¹⁹⁶

最後に、これは本稿に最も関連するものであるが、ECtHRは、多くはないが、拘禁代替措置に関していくつかの言及を行っている。しかし、各国家は、恣意的な拘禁に対する十分な法律上の保障を導入すべきであり、それには拘禁代替措置が含まれると述べている。とりわけ、ECtHRはMassoud事件において以下のように述べている。

マルタのような、生命を危険に晒すことなく海路で逃亡することがありそうもなく、空路による逃亡が厳格な管理の対象となっている小さな島国において、当局が退去を確保するためのその他の措置を持ち得なかったとは認めがたい。¹⁹⁷

帰還の具体的文脈において、強制的帰還に関する欧州評議会の20のガイドライン（Council of Europe's Twenty Guidelines on Forced Return）は代替措置の問題及びその他の問題を取り上げている。¹⁹⁸これらのガイドラインは、いくつかの重要な追加的保障の他、ECHRに含まれる義務を大方反映するものである。本稿に特に関連するのがガイドライン6.1であるが、同ガイドラインは以下の通り規定する。

人は、退去命令が執行されることを確保する目的によってのみ、また、各個別事案における剥奪の必要性に関する注意深い検討の後、受け入れ国政

¹⁹⁴Bouamar, para. 50; Aerts v. Belgium, Reports 1998-V, 30 July 1998, para. 46; Enhorn v. Sweden, Applic. No. 56529/00, 10 December 2002, para. 42.

¹⁹⁵Muskhadzhiyeva et autres v. Belgique, ECtHR, Applic. No. 41442/07, 19 January 2010, para. 69-75.

¹⁹⁶Bozano v. France; Conka v. Belgium, ECtHR, Applic. No. 51564/99, 5 February 2002.

¹⁹⁷Massoud v. Malta事件第68段落。

¹⁹⁸Council of Europe, *Twenty Guidelines on Forced Return* (<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/42ef32984.pdf>で入手可能。)

府が、退去命令の順守が監視制度、当局への定期的報告、保証金又はその他の保障制度などの非拘禁措置の使用によってでは効果的に確保され得ないと判断した際にのみ、自由を剥奪され得る。(強調追加)

同じ原則が、類推により、初期段階での拘禁にも適用され得る。

4.2 欧州連合 (EU)

EU は、庇護及び帰還の両方の文脈において、拘禁の問題を検討している。それぞれを順に取り上げる。

入管拘禁は、まだ、EU 共通庇護政策 (Asylum Acquis) の中で包括的に規制されていない。二つの指令が拘禁に言及しているが、いずれも国際的義務又は欧州における義務を完全に示すものではない。第一のEU手続指令は、「加盟国は、庇護申請者であることのみを理由に、ある者を拘禁施設に拘束してはならない」と規定する。¹⁹⁹これは、庇護を求めることは不法行為ではなく、難民認定申請者は刑事罰又はその他の処罰の対象とされてはならないという難民条約上の一般原則にも合致する。²⁰⁰第 18 条 1 項は、Saadi事件に従い、不正規に入国することを防ぐための拘禁を許容するECHR の第 5 条 1 項 (f) に対する例外、つまり当該個人が庇護を求めている場合の例外を暗示していると解釈し得る。Saadi氏は彼が難民認定申請者であったこと「のみ」により拘禁されたのではなく、彼の庇護申請を迅速に処理するために拘禁されたとの主張も同じく可能であるが、これはほぼ間違いなく、Saadi事件により発展した基準よりもより厳格な基準である。それにも係わらず、拘禁が自動的に庇護を申請する意図を考慮しない場合は、庇護申請の処理を促進することが目的であっても、第 18 条 1 項違反に相当すると考えられる。

さらに、第 18 条 2 項は、「迅速な司法審査」について規定する。同指令の第 21 条 1 項 (a) は、UNHCRは拘禁中の者を含む全ての難民認定申請者へのアクセスを有するものとするとして規定する。第 15 条に沿って法的扶助及び代理が提供される場合、そのような法的助言者及びその他のカウンセラーは、拘禁施設やトランジット・ゾーンなどの閉鎖型施設へのアクセスを有する。²⁰¹

共通庇護政策の二つ目の文書であるEU処遇指令も、拘禁については同様に曖昧で

¹⁹⁹第 18 条 1 項、加盟国での難民の地位の付与及び取消手続についての最低基準に関する理事会指令 2005/85/EC、L 326/13。

²⁰⁰難民条約第 31 条 1 項 (上述)。

²⁰¹ EU手続指令第 16 条。

ある。同指令は、「拘禁」を「締約国による難民認定申請者のその移動の自由が剥奪される場所での監禁」と定義する。²⁰²この定義は、自由の完全な剥奪を超え、自由と移動の自由を制限する措置の様々な範囲に適用されるように思われる。とりわけ、EU処遇指令は、拘禁中の難民認定申請者の処遇は、その状況下における彼らのニーズを満たすよう特別に設計されなくてはならないと規定する。²⁰³彼らのニーズを満たさない拘禁は違法となり、上記で概観したMuskhadzhiyeva事件におけるECtHR判決に合致するであろう。

最後に、EU基本権憲章は、EU市民の身体的自由及び安全についての権利を保障しており²⁰⁴、庇護申請中、退去強制、刑法による追放、あるいは公の秩序又は安全の理由でEU市民が入管施設に拘禁されている限りにおいて、この文脈に関連する。さらに、連合内での移動の自由は、平等の基盤に基づき、差別を受けることなく享受されなくてはならない。²⁰⁵

帰還の文脈においても、EU帰還指令は、「拘禁は、退去を促進する目的のみを果たすものでなくてはならない。それは、退去の手配が『進行し、相当な注意義務をもって執行される』間の可能な限り短い期間でなくてはならない（第15条1項）。また、ある者が退去させられるという合理的な見込みがない場合、拘禁は正当化されず、当該人物は直ちに放免されなくてはならない（第15条4項）」²⁰⁶など、恣意的な拘禁に対する確立された国際法原則のいくつかを成文化している。さらに、同指令は、加盟国は、「具体的な事案において、他の十分だが抑圧性の低い措置が効果的に適用されない」場合にのみ、第三国国民の拘禁を選択し得ると規定する²⁰⁷。このことは、各個人について、ある拘禁代替措置が懸念を満たすために十分であるかどうかを検討する一義的な義務を創設する。²⁰⁸帰還指令は身体的自由および安全を

²⁰²第2条k項、難民認定申請者の処遇についての最低基準を定める2003年1月27日の理事会指令2003/9/EC、L31/18、2003年2月6日（EU処遇指令）。

²⁰³EU処遇指令前文（10）及び第13条。

²⁰⁴EU憲章第6条。

²⁰⁵例えば、フランスは、執筆時点において、欧州委員会の捜査によれば、約700名のロマ民族のEU市民を適正手続なしで追放していた。European Commission, 'European Commission assesses recent developments in France, discusses overall situation of the Roma and EU law on free movement of EU citizens', Doc. IP/10/1207, Brussels, 29 September 2010. また、'Have your Roma back', The Economist, 19 August 2010 (http://www.economist.com/blogs/easternapproaches/2010/08/frances_expulsion_romaで入手可能)その後、捜査は、フランスが法改正に着手したことにより中止された。

²⁰⁶A. Balaccini, 'The EU Directive on Return: Principles and Protests' (2010) 28(4) Refugee Survey Quarterly 114-138, at p. 129.

²⁰⁷第15条1項、理事会指令2008/115/EC（EU帰還指令）。

²⁰⁸同様の立場は、その報告書*Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*（p. 67）において、欧州基本権庁にも取られている。

確保するための代替的選択肢を評価する国際法における一般的傾向にも合致する。実際に、欧州基本権庁によれば、EU諸国の約 3 分の 2 が、初期又は再審段階で拘禁代替措置を使用する可能性について規定しており²⁰⁹、複数の国内判決が、拘禁が必要でない場合、当局はより寛大な措置を適用しなくてはならないとしている。²¹⁰問題は、これらの代替措置がほとんど使われていないこと、または、多くの場合拘禁所が満員の場合にのみ適用されるということである（後述）。

代替措置は退去が延期された場合に想定され、当局への定期的な報告、保証金の納付、特定の書類の引渡し又は指定された場所での滞在が含まれる。²¹¹Baldacciniが強調するように、「取り込まれるべきことが前文で奨励されているにも係わらず（前文 12）、これらの状況下の人々に対して、必要最低限の生活の基本的な基準を確保する強制的義務は、加盟国にはない」。²¹²放免後の義務に関する一般国際法上の欠陥は、複数の理由により国家により取り込まれなくてはならない重大な分野であり、少なくとも人々が人間的に取り扱われ、要請に応じて出頭できることを確保することを含む（後述）。

上記原則に加えて、帰還指令は退去を目的とした拘禁の最長期間を定める。²¹³これらの制限はかなり批判されており²¹⁴、人権基準との適合性についていずれの国際裁判所でもまだ検証されていない。しかしながら、その者が有効な文書を所持していない、攻撃的な行動をした、生活手段又は住居を持たないなどの理由による場合で

²⁰⁹ EU-FRA, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, pp. 72-81.

²¹⁰例えば、オーストリア憲法裁判所（Verfassungsgerichtshof Österreich）：B 223/06, 291/06 (27 February 2001), B 362/06 (24 June 2006)、スロベニア憲法裁判所U-I-297/95 (28 October 1998)を参照。

²¹¹ EU帰還指令第 10 条 2 項。

²¹² Baldaccini, 'The EU Directive on Return: Principles and Protections', p. 129.

²¹³ EU帰還指令は、退去前の拘禁に 6 ヶ月の当初上限を課しており（第 15 条 5 項）、これは通常延長されるべきではない。しかし、2 つの明示に定義された「例外的状況」においては、更に 12 ヶ月間までの延長が可能である。これらの例外は、(a) 退去が、当該人物による協力の欠如により遅滞するものである場合及び (b) 文書を発給する帰還先国の遅れである（第 15 条 6 項）。両方の状況において、あらゆる延長は法律によって規制され、退去業務の実施のためのあらゆる合理的努力が取られなくてはならない。したがって、EU帰還指令の下での拘禁の絶対的な最長期間は 18 ヶ月であり、その後は放免が命令されなくてはならない。ECJによって *Kadzoev v. Bulgaria* 事件で決定された通り、第 15 条 5 項及び 6 項上の期限は、拘禁の最長期間と解釈されなくてはならず、指令が適用される前に経過したあらゆる拘禁期間を含まなくてはならない。ただし、これには他の法律によって制限される庇護申請中の拘禁期間は含まれない。

²¹⁴ UNHCR, *Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals*, 16 June 2008, 2 を参照。また、European Council on Refugees and Exiles and Amnesty International joint statement, 'Returns' Directive: European Parliament and Member States risk compromising respect for migrants' rights', 20 May 2008 ([http://www.ecre.org/files/ECRE%20AI%20Joint%20PR%20Returns%20 Directive.pdf](http://www.ecre.org/files/ECRE%20AI%20Joint%20PR%20Returns%20Directive.pdf) で入手可能)

も、個人は最長期間を超えて拘禁され得ないことが欧州司法裁判所(ECJ)によって判示されている。²¹⁵換言すれば、第 15 条は、公の秩序又は安全の理由により、最長期間を超えて拘禁することを許していない。²¹⁶加盟 27 カ国中、9 カ国のみが退去前拘禁又は特定の退去に関する拘禁の法的な期限を確立していない。²¹⁷当初及び最長の期限を確立している 17 カ国中、それぞれの期限は 60 日から 6 ヶ月、6 ヶ月から 18 ヶ月と様々である。²¹⁸帰還指令によって定められた最長期間は EU 加盟国の大半によって課されている期間よりも長く、国家実行との適合性が疑問視されており、また、いくつかの国が既存の期限を延長することを促したことが懸念として残っている。²¹⁹最長期間の設定が拘禁の恣意的性格の減少の一助となる一方で、これらの期限は人間的で再審可能なものでなくてはならない。拘禁代替措置の存在（またはその不存在）は、拘禁が必要であるかどうか、そして、拘禁の目的が他の手段によって達成され得たかどうかを判断するにあたり関係し得る。

4.3 米州²²⁰

拘禁の問題に対しては、国連人権委員会のアプローチと同様のアプローチが米州の人権制度で取られている。つまり、「法の適正手続に対する権利は、移民の地位に係わらず、すべての者に確保されなくてはならない」とされている。²²¹拘禁は、各個別事案において必要性が評価された後、例外的措置としてのみ適用されるべきであり、可能な限り短期間について継続する。²²²委員会原則及び米州における自由を剥奪された人々の保護に関するベスト・プラクティスは、「米州機構加盟国は、国際人権基準を十分に考慮し、自由の剥奪に対する一連の代替又は代用措置を法によ

²¹⁵ *Kadzoev v. Bulgaria* 事件。

²¹⁶ 同上。

²¹⁷ EU-FRA, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, p. 43 参照 (有用な地図 p. 44)。

²¹⁸ 前掲書 p.44。

²¹⁹ 少なくとも加盟国の一つイタリアが、指令で許容される最長期間まで拘禁期間を既に延長した (60 日から 18 ヶ月)。*'Italy targets illegal immigrants'*, BBC News, 23 June 2008, as cited in Balaccini, *'The EU Directive on Return: Principles and Protests'*, at p. 130. もう一つの加盟国ギリシャが 2010 年 6 月に拘禁期間を 3 ヶ月から 6 ヶ月に延長した。CoE Special Rapporteur, *Report on Detention*, n.5.

²²⁰ I-ACmHR による拘禁に関するテーマ別報告書は、現在、遅れている。

²²¹ I-ACtHR, *Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, OC-18, 17 September 2003, Ser. A No. 18/03, para. 121. この文脈における法の適正手続は、I-ACtHR, *Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance within the Framework of the Guarantees of Due Process of Law*, OC-16/99, 1 October 1999, Ser. A No. 16 への言及により、領事サービスに対する権利を含む。

²²² I-ACmHR, res. 03/08 Human Rights of Migrants, International Standards and the Return Directive of the EU (日付なし) (<http://www.cidh.org/resoluciones/resolucion.03.08.eng.pdf> で入手可能)

り確立するものとする」と明確に述べている。さらに、代替又は代用措置を適用するにあたり、米州機構加盟国は、「社会及び家族の参加を促進するものとする」。²²³ 米州裁判所は、緊急事態においても人身保護の文脈において無差別原則が適用されることを確認しており²²⁴、米州委員会は、自由に対する権利は公海上で拿捕された個人にも適用されると述べている。²²⁵

裁判所は最近、あるエクアドル移民による度重なる不正規入国に関する決定の中でその立場を確認し、不法移民の全件拘禁を主要要素とする移民政策は恣意的で米州人権条約(American Convention on Human Rights, 略称ACHR)に合致しないとした。とりわけ裁判所は、権限ある当局は、各個別事案において、より制限の少ない措置を適用する可能性を確認しなくてはならないと強調した。²²⁶

4.4 アフリカ

人および人民の権利に関するアフリカ裁判所での具体的な難民に関する判例の代わりに、人および人民の権利に関するアフリカ憲章第6条の法的基準は、ICCPR 第9条の基準と同じであると主張されている。²²⁷

5. 手続的保障

国際人権条約及び地域的人権条約は、拘禁に関する様々な手続的保障を定めている

²²³ 223 I-ACmHR, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, Principle III(4).

²²⁴ I-ACtHR, *Advisory Opinion on Habeas Corpus in Emergency Situations*, OC-8/87, 30 January 1987, Ser. A No. 8, para. 19.

²²⁵ *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, I-ACmHR, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), 13 March, 1997 を参照。この事件において、I-ACmHRは、「米州人権宣言第I条に規定される『自由に対する権利』に関して、委員会は、公海上の船舶にいるハイチ人を阻止することは、米州宣言の第I条にいうハイチ人の自由に対する権利の侵害を構成する。そのため、委員会は、Jeannette Gedeon、DukensLuma、Fito Jeanおよび匿名の1名のグアタナモの米国海軍基地でインタビューされた4人のハイチ人の自由に対する権利が米国政府によって侵害されたと判断した。」(第169段落)

²²⁶ *VélezLloor v. Panama*, I-ACtHR, Ser. C No. 218, 10 December 2010 (<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=347>で入手可能)

²²⁷ この立場を支持する恣意的拘禁の禁止に関するいくつかの一般判例が存在する。African Human Rights Law Reports (<http://www.chr.up.ac.za/index.php/ahrlr-downloads.html>で入手可能)を参照。アフリカの難民、移民及び国内避難民に関するAU特別報告者は、南アフリカのリンデラレセプションセンターにおける被拘禁者の取扱いに関する具体的な申立てに対処した。Report of the Activities of the Inter-Session Period June – November 2006 for Commissioner Bahame Tom Nyanduga, (http://www.achpr.org/english/info/rdp_intersess.htmlで入手可能)

が、それらの保障なしでは拘禁は恣意的となり、従って、違法なものとなり得る。²²⁸ほとんどは、関連規定に明示に含まれ、判例によって更に発展したものである。手続に関する指導的原則は、「個人の生活に対して影響が大きいほど手続的保護の必要性は高まる」というものである。²²⁹ICCPR 第 9 条の関連する項は、次のように規定している。

2. 逮捕される者は、逮捕の時にその理由を告げられるものとし、自己に対する被疑事実を速やかに告げられる。
4. 逮捕又は抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命じることができるように、裁判所において手続をとる権利を有する。
5. 違法に逮捕され又は抑留された者は、賠償を受ける権利を有する。

同様に手続的権利は、アフリカ、米州及び欧州評議会にも見られる。²³⁰

要するに、入管拘禁に関する手続的保障は、以下のものである。

- 拘禁されている難民認定申請者及び移民は、裁判所又はその他の当局の面前に速やかに連れて行かれなくてはならない。
- 拘禁の根拠は、正式に権限を与えられた当局により法として確立されているなど、合法性の基準に基づくものでなくてはならない。
- 最長期間は、法によって定められ、拘禁は、如何なる場合でも、無期限又は過剰なものであってはならない。
- 難民認定申請者又は移民は、その者が理解する言語により、拘禁措置について告げられなくてはならないが、それには当該措置の合法性についてすみやかに決定し、適切な場合は、その者の釈放を命じる権限を持つ司法審査への申請の条件が含まれる。

²²⁸例えば、問題となった拘禁及び退去強制は「法に規定される確定的な手続に従わずに執行されたために、違法である」(第 53 段落)と判断した *Jeebhai v. Minister of Home Affairs* 事件(139/2008) [2009] ZASCA 35 (31 March 2009) (南アフリカ共和国最高控訴裁判所) を参照。

²²⁹*Suresh v. Canada (Minister for Immigration and Citizenship)* [2002] 1 S.C.R. 3, 11 January 2002 (Supreme Court of Canada) as cited in *Charkaoui v. Canada (Minister for Citizenship and Immigration)* [2007] 1 S.C.R. 350, 23 February 2007 (カナダ最高裁判所)

²³⁰ACHPR 第 6 条及び ACHR 第 7 条。ECHR 第 5 条は、同様に、以下のように規定する。「2 逮捕された者は、速やかに、自己の理解する言語で、逮捕の理由および自己に対する被疑事実を告げられる。」「4 逮捕または抑留によって自由を奪われた者は、裁判所が抑留が合法的であるかを迅速に決定し、抑留が合法的でない場合には釈放を命じることができるように、手続をとる権利を有する。」「5 本条の規定に違反して逮捕されまたは抑留された者は、賠償を受ける権利を有する。」

- 国家は、難民認定申請者及び移民を、刑法に基づき投獄された人々と別の施設に置かなくてはならない。
- UNHCR、赤十字国際委員会（ICRC）及び適切な場合は、非政府組織が、拘禁場所へのアクセスを与えられなくてはならない。²³¹

これらの手続的保障は、難民認定申請者又はその他の移民といったその者の地位やその者が入国しようとしているのか退去されようとしているのかに関わりなく、適用される。

5.1 逮捕又は拘禁の理由を告げられる

被拘禁者は、その拘禁の理由又は根拠を知らされなくてはならず、それは速やかに、（その者が理解すると思われるだけではなく）その者が理解する言語により告げられなくてはならない。何がそのような情報の提供の非合理的な遅滞を構成するかについて、ECtHRは、拘禁理由の提供までに76時間待つことは長すぎると判断した。²³²提供される情報には、拘禁令書の合法性に異議を申し立てるための利用可能な手続も含まれなくてはならない。²³³

5.2 定期的な再審

上述の通り、拘禁の当初期間は合法であっても、延長された期間がそうでない場合もある。²³⁴合法的な拘禁が違法又は恣意的なものとならないためには、あらゆる拘禁の期間が定期的な再審の対象とされなくてはならない。²³⁵例えば、退去強制を待つ事実上の無国籍者を独房に拘禁することは違法であると判断されている。²³⁶再審不能な全件拘禁も、恣意的であると判断されている。²³⁷何が許容可能な定期的再審であるかについてのガイドラインは限られているが、欧州基本権庁の研究は、EU諸国の半数以上が制限を規定し、それは48時間から72時間²³⁸と様々であるが、各国中で最長のものは10日間である（ラトビア）。一方で、カナダは定期的な行政によ

²³¹原則3、6、7、8、9 および10に言及するWGAD Deliberation No. 5, E/CN.4/2000/4, annex II; WGAD Report 1998, E/CN.4/1999/63, 第69段落及び第70段落を参照のこと。

²³²*Saadi v. UK*事件84頁。

²³³ ECPT, *Twenty Years of Combating Torture*, 19th annual report, para. 86; WGAD, A/HRC/13/30, para. 61.

²³⁴*Spakmo v. Norway*, HRC, Comm. No. 631/1995, para. 6.3.

²³⁵*A v. Australia*事件第9.2段落。

²³⁶*Al-Nashif v. Bulgaria*, ECtHRApplic. No. 50963/99 (20 June 2002).

²³⁷*A v. Australia*事件及び*C v. Australia*事件。

²³⁸ EU-FRA, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, p. 57.

る再審のプロセスを設けており、最初は48時間、次に7日、その後は30日毎に再審がなされ、おそらくこれがベスト・プラクティスである。²³⁹

5.3 拘禁及び釈放命令の可能性について裁判所に訴える権利

拘禁の合法性を問う権利は、裁判所にアクセスする権利を含むものでなくてはならない。²⁴⁰裁判所以外のものは、ICCPR第9条4項又はその他の国際文書の下での国家の義務を満たさない。²⁴¹当初の拘禁決定が行政機関によるものであっても、ICCPR第9条4項（及び同等の規定）は、司法審査の権利を保障している。²⁴²さらに、そのような審査は有効なものでなくてはならず、それには救済を評価する現実的な可能性を含む。²⁴³裁判所は釈放を命じる権限を与えられなくてはならず（これは自由及び移動に対するより少ない制限を課す代替的な措置を必要とし得る）²⁴⁴、裁判所は、国際人権条約の要件又は地域的人権条約の基準に鑑みてあらゆる拘禁の合法性を検討する権限を持たなくてはならない。²⁴⁵単なる公的な再審は、これらの規定の下での国家の義務を果たすものではない。²⁴⁶さらに、再審は迅速で即座のものでなくてはならない。例えば、長期にわたる、面倒な憲法訴訟やその他の訴訟は、この要件を満たすのに十分ではない。²⁴⁷国連の、あらゆる形態の抑留または拘禁の下にあるすべての者の保護のための諸原則は、あらゆる形態の拘禁又は投獄は、司

²³⁹ *Immigration and Refugee Protection Act (Canada)*, Division 6.

²⁴⁰ *Al-Nashif v. Bulgaria*, para. 92; *S.D. v. Greece*, 53541/07, 11 June 2009, p. 76.

²⁴¹ *Torres v. Finland*, HRC Comm. No. 291/1988, 5 April 1990; *Vuolanne v. Finland*, HRC Comm. No. 265/1987, 7 April 1989; *Amuur v. France*. また、Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Jorge Bustamante, Mission to the United States of America, in Report to the Human Rights Council, Seventh Session, A/HRC/7/12/Add. 2, 5 March 2008, p. 9 も参照。「米国の政策は、国際的な義務とかけ離れている。入管執行当局は、適切な異議申立手続を発展させておらず、全ての実務上の目的について、非市民が拘禁から釈放され得るかに関する決定について完全な裁量を有している。これらの裁量的措置が司法審査の対象とならないことに鑑みて、現在の米国の実行は国際法に違反する。」オーストラリアの拘禁制度も、適切で有効な手続保障を持たないと判断されている。*C v. Australia*事件参照。

²⁴² *Vuolanne v. Finland*事件第9.6段落。

²⁴³ *Conka v. Belgium*事件第46段落及び55段落。

²⁴⁴ *A v. Australia*事件第9.5段落及び*C v. Australia*事件第8.3段落。

²⁴⁵ *Massoud v. Malta*事件では、マルタ刑法の第409A条では、拘禁の合法性をECHRの要件に鑑みて審査ができないため、有効ではない申立手段であると判断された。この立場は、国際法を国内法化していない他の裁判管轄にも有効となり得る。入管拘禁に関する決定において国際人権条約上の義務を考慮することに消極的なオーストラリア及びオーストラリア高等裁判所に関して、*Al-Kateb*事件を参照。

²⁴⁶ これは、国際法上の権利の侵害に対する救済の権利を必要とするICCPR第2条3項にも合致する。

²⁴⁷ *Massoud v. Malta*事件。

法又はその他の当局に命令されるか、その有効な管理の対象とされなくてはならないと繰り返している。²⁴⁸

司法審査の遅れは、身体的自由及び安全に対する権利の侵害に繋がり得る。例えば、ECtHRは、拘禁の合法性に関する裁判所による再審の32日から46日間の遅れは、過剰であると判断した。²⁴⁹いくつかの国は、行政法上の司法審査に対する権利を行使する者の申請について期限を課している。とりわけ、乱訴又は「希望のない」訴訟を避けるために、通常、いくつかの制限法が存在するが、課される期限は合理的なものでなくてはならない。しかしながら、拘禁に異議を申立てることに対する制限は、拘禁が長期に渡るにつれて、恣意性が高まる可能性があり、その目的の達成からより遠くなる。

「有効な申立て」は、法的支援を提供する義務も国家に課し得る。法の支配の二つの「敵」は、それを必要とする人に対して法律扶助を提供しないこと（特に、難民に対する法律扶助の否定）と救済提供の遅れであると言われている。²⁵⁰*Zamir v. United Kingdom*事件において、欧州人権委員会（ECmHR）は、「関係する手続の複雑さ及び彼の限られた英語能力に鑑みて、申請者が自分で訴えることを期待することは合理的ではないだろう」と判断した。²⁵¹また、ECtHRが既存の救済が有効であったかどうかを判断するに当たり、法的代理の欠如にかなりの重要性を認めた*Chahal and Conka v. Belgium*事件判決も参照されたい。²⁵²欧州評議会の強制帰還に対する20のガイドラインのガイドライン9も、「国内法に従って、法的扶助が提供されるべきである」と示している。²⁵³さらに、欧州帰還指令の第13条4項は、「加盟国は、法的扶助に関する国内法又は規則に従って、必要な法的支援及び／又は代理が要求に応じて無償で付与されることを確保するものとする」としている。

5.4 立証責任

拘禁の合法性を立証する立証責任は、問題となる政府にある。²⁵⁴上記で強調された

²⁴⁸ 1988年12月9日国連総会決議43/173。

²⁴⁹ *Sanchez-Reisse v. Switzerland*, ECtHR, Applic. No. 9862/82, paras. 59-60.

²⁵⁰ Bingham, *The Rule of Law*, p. 87-88.

²⁵¹ *Mohammed Zamir v. United Kingdom*, ECmHR, Applic. No. 9174/80, Report of the Commission 11 October 1983, para. 113

²⁵² *Chahal v. UK*事件130段落及び*Conka v. Belgium*事件第44段落から45段落。

²⁵³ また、国籍又は外国人であることは、法的扶助又は法的代理の障害とならないと判断した*Luboya and Another v. State* (2007) AHRLR 165（ナミビア最高裁判所27/2003、2007年5月3日）も参照のこと。

²⁵⁴ 例えば、*Khan and Others v. Minister of Home Affairs and One Other* (15343/06) [2006] TPD (26 June 2006)（南アフリカ高等裁判所Transvaal州地区）を参照。

ように、国家は、問題となる拘禁に法的根拠があることを立証し、拘禁が比例性及び必要性の原則に従って正当化され²⁵⁵、国家が同じ目的を達成するに当たってその他の、より侵害性の低い手段を考慮したが、存在しなかったことを立証する必要がある。

5.5 不法又は恣意的な拘禁に対する賠償の権利

様々な人権条約に見られる人権侵害に対する救済への権利と共に²⁵⁶、違法又は恣意的な拘禁の場合には、賠償に関する具体的な保障が存在する。

5.6 独立したモニタリング及び視察

恣意的な拘禁に対する必要な保障は、定期的かつ独立したモニタリングと視察である。難民条約第35条は国家にUNHCRとの協力を要求しており、これには、拘禁中の者を含む難民認定申請者（及びUNHCRの任務内のその他の者）に対してUNHCRへのアクセスを与えることが含まれると判断されている。²⁵⁷多くの国はUNHCRに対して定期的に難民認定申請者へのアクセスを与えているが、他の多くの国はそうしていない。²⁵⁸現在、多くの国際的・地域的なモニタリング及び／又は視察機関が存在するが、国内の視察機関も設立されなくてはならない。拷問等禁止条約選択議定書（Optional Protocol to the Convention against Torture. 略称OPCAT）は、拘禁施設への自動的訪問及び指定された国内視察メカニズムを設置する義務を規定しており、この規範を強化するものである。²⁵⁹

²⁵⁵ 必要性の要件に対する潜在的な例外（上記）について、Saadi v. UK事件を参照のこと。

²⁵⁶ 例えば、ICCPR第2条3項、ACHR第25条、ECHR第13条。

²⁵⁷ UNHCR, *Guidelines on Detention*, Guideline 5(v).

²⁵⁸ 例えば、UNHCR, *Written Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, ECtHR, Applic. No. 30471/0, January 2009 (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4991ad9f2.html>で入手可能)を参照のこと。トルコの拘禁施設内の庇護希望者である可能性がある者へのアクセスの欠如を示している。

²⁵⁹ OPCAT及び難民・難民認定申請者の拘禁については、A. Edwards, 'The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees' (2008) 57 *International and Comparative Law Quarterly* 789-825も参照。また、*Khan and Others v. Minister of Home Affairs and One Other*事件 ((15343/06) [2006] TPD) (2006年6月26日) (南アフリカ裁判所Transvaal州地区)において、裁判所は、入国管理官及び申請者の間のやりとりのいずれも独立した統制の対象となっておらず、これらの措置はOPCATと抵触するとした（この声明は、当時、南アフリカがOPCATの締約国でなかったにも関わらず行われた）。

6. 恣意的な拘禁に繋がる拘禁施設内での処遇基準

本稿は具体的な拘禁施設自体の条件に関するものではないが、劣悪で不十分な基準又は特定の人々に不適切な基準は合法的な拘禁を恣意的なものにし、よってICCPR第9条及びその他の関連する国際的又は地域的規定に反するものにするという意味で関連する。ECtHRは、例えば、Muskhadzhiyeva事件において、子どもを成人向けのトランジットセンターに拘禁することは、ECHR第3条に違反する非人間的で品位を傷つける取扱いに相当するだけでなく（4人の子どもの内、1名は深刻な精神的苦痛の兆候及び精神的トラウマの症状を示していた）、子どもたちの拘禁を違法なものにする判断した。²⁶⁰米州人権委員会も、移民は刑務所に拘禁されてはならず、国家は脆弱な人々に対して特別な保護を制度化しなくてはならないとした。²⁶¹そのような状況は、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱いの禁止²⁶²、拘禁中の人間的な取扱いに対する権利²⁶³、私生活および家族に対する権利²⁶⁴など、その他の個別規定にも違反し得る。また、子どもの発育²⁶⁵、健康、とりわけ精神衛生²⁶⁶、十分な生活水準に対する権利²⁶⁷も侵害し得る。拘禁は、個人の訴訟能力に対して著しい障害を生じさせるため²⁶⁸、特別の状況において、庇護を求める権利、

²⁶⁰ *Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*, ECtHR, Applic. No. 41442/07, 19 January 2010.

²⁶¹ I-ACmHR、決議 03/08「移民の人権、国際基準及びEU帰還指令」、2頁。例えば、米国では2006年、入管被拘禁者の約57%が市町村又は郡の刑務所に拘禁されていた。参照：‘Critics Decry Immigrant Detention Push’, Associated Press, 25 June 2006。カナダで、精神疾患を持つ人々又は攻撃性の兆候を持つ人々が入管拘禁施設から州刑務所に頻繁に移送されている。Interview, Citizenship and Immigration Canada, Toronto, May 2010。同様に、Schizophrenia Society of Ontario, *Double Jeopardy: Deportation of the Criminalized Mentally Ill: A Discussion Paper*, March 2010を参照のこと。

²⁶² ICCPR第7条、UNCAT第1条及び16条、UDHR第5条、ECHR第3条、ACHR第5条及びACHPR第5条。これに関して、難民を警察本部の地下に3ヶ月に渡り拘禁することはECHR第3条に違反すると裁判所が判断した*Abdolkhani and Karimnia v. Turkey (No.2)*事件 (ECtHRApplic. No. 30471/08, 27 July 2010)を参照のこと。また、ギリシャ拘禁施設において不潔な状態での難民認定申請者の拘禁について、第3条違反が認められた*A.A. v. Greece*事件 (ECtHRApplic. 12186/08, 22 July 2010)も参照。

²⁶³ ICCPR第10条。例えば、*Francesco Madafferi et al. v. Australia*, HRC, Comm. No. 1011/2001, 26 August 2004を参照。規約人権委員会は、財政的・精神的困難の原因となる退去強制までの家族の分離はICCPR第10条1項に違反し得ると判断した。

²⁶⁴ ICCPR第17条及び第23条、ACHR第11条、ECHR第8条、UDHR第12条。

²⁶⁵ 下記参照。

²⁶⁶ 経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 略称ICESCR) 第12条、CEDAW第12条、CRC第24条。

²⁶⁷ ICESCR第11条。

²⁶⁸ 米国の*DeMore v. Kim*事件において、Souter裁判官は、その反対意見において、退去に先立つ拘禁は、「その退去可能性に関しての訴訟を準備し、提訴する外国人の能力を阻害する」とした。そのため、同裁判官は、そのような手続における移民の拘禁は、退去の最終的命令を受けた者

適正手続に対する権利、有効な救済に対する権利にも干渉し得る。

7. 国際法上の移動の自由及び居住地選択に対する権利

ICCPR第12条は、領域内に合法的にいる者の移動と居住地選択の権利について規定する。ほとんどの拘禁代替措置が自由又は移動・居住地選択に対する一定の制限を含むものであり、それらは国際法によって規制されるものであるため、第12条（及び後述の国際法及び地域法上の同等の規定）は本稿に関係する。一定の住所又は具体的な地区／地域での居住指定が、関係する事例である。領域内に合法的にいる者の移動の自由の厳しい制限は自由の剥奪と見なされ、第12条上の検討から第9条上の検討に移る可能性がある。²⁶⁹移動の自由の制限と自由の剥奪の区別は、「単に程度又は強度の問題であり、性質又は実質に関するものではない」²⁷⁰。

第12条の関連する項は、以下の通り、規定する。

1. 合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者は、当該領域内において、移動の自由及び居住の自由についての権利を有する。
3. (上記の) 権利は、いかなる制限も受けない。ただし、その制限が、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立するものである場合は、この限りでない。

「居住国の国民ではない個人の人権に関する国連総会宣言 (*Declaration on the Human Rights of Individuals Who are Not Nationals of the Country in Which They Live*)」は、ほぼ同一の規定を繰り返しており²⁷¹、全ての移住労働者及びその家族の権利の

の拘禁の場合より高度な政府の利益を要求するものでなくてはならないと主張した。また、裁判官は、「(最高裁判所の) 退去という深刻な処罰はより高い立証基準によって正当化されなくてはならないという認識は、INSが外国人を拘禁し、移送し、弁護士、承認及び証拠から隔離することができるのであれば、あまり意味をなさない」と述べている (*DeMore v. Kim*, 538 US 510, 554 (2003) (Souter裁判官反対意見))。拘禁が庇護申請の準備をする能力に干渉し得ることも想像に難くない。移民の権利に関する国連特別報告者も同様の見解を示しており、「移民は、しばしば遠隔地の拘禁施設に移送されるが、それは助言及び家族へのアクセスに大いに干渉するものである」としている (Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Jorge Bustamante, Mission to the United States of America, in Report to the Human Rights Council, Seventh Session, A/HRC/7/12/Add. 2, 5 March 2008, p. 11)。

²⁶⁹例えば、*Celepli v. Sweden*, HRC Comm. No. 456/1991, 26 July 1994 及び *Karker v. France*, HRC Comm. No. 833/1998, 30 October 2000 を参照のこと。

²⁷⁰*Guzzardi v. Italy* 事件第93段落。

²⁷¹「居住国の国民ではない個人の人権に関する国連総会宣言」第5条、UN Doc. A/RES/40/144、1985年12月13日。

保護に関する国際条約（International Convention on the Protection of Migrant Workers and Members of their Families. 略称ICPMW）は、（合法か不法であるかを問わず）移住労働者及びその家族に対して同じ権利を保障している。²⁷²ほとんどの地域的・準地域的文書も同一の規定を含んでいる。²⁷³ ICERDも、国家領域内の移動及び居住の自由は、無差別義務を順守するものでなくてはならないと規定する。²⁷⁴ 上記 1.2.1. の難民条約及び無国籍者の地位に関する条約第 26 条の議論も参照のこと。

7.1 領域内に合法的にいる

第 12 条（及び移動の自由に関する同等の地域的人権規定、ならびに難民条約及び無国籍者の地位に関する条約第 26 条）は、「領域内に合法的にいる」者にのみ適用される。このことは、上記の難民条約及び無国籍者の地位に関する条約第 26 条との関係で十分に説明されたが、一般的に、難民、登録された難民認定申請者及び登録された常居国の外にいる無国籍者又は常居所に居住する無国籍者も含まれると解されている。そのため、ICCPR 第 12 条に対する如何なる制限も、第 12 条 1 項の厳格な解釈と関連してではなく、第 12 条 3 項の明示の文言に照らして考慮されなくてはならない。

7.2 移動の自由に対する権利の制限

第 12 条 1 項は、領域内に合法的にいるあらゆる者は、移動及び居住地選択に対する自由を有するという一般的原則を確立している。人々は場所から場所へ移動し、自らが選択した場所に定住する権利を有し、そのような選択を正当化する必要はない。²⁷⁵ それは移動の自由について拘束されない権利ではないが、あらゆる制限は、「移動の自由の原則を無効化」してはならない。²⁷⁶ 国連人権委員会は、「移動の自由は人の自由な発展にとって不可欠な条件」²⁷⁷であり、移動の自由に対するあらゆる制限は厳格に必要なものでなくてはならないとはっきりと述べている。²⁷⁸

²⁷² ICPMW 第 39 条。

²⁷³ 例えば、ACHPR 第 12 条、ACHR 第 22 条、ECHR 第 2 条、ECHR 「条約およびその第一議定書にすでに含まれているもの以外の若干の権利及び自由を確保する第四議定書」第 2 条を参照。また、難民認定申請者に対して「領域内で自由に移動する」自由をほぼ明示に認めている EU 処遇指令第 7 条 1 項も参照。ただ、同条は、そのような自由を「指定された地域」に制限することを加盟国に認めている。また、「公の利益、公の秩序又は申請の迅速な処理及び有効なモニタリングのために必要な場合、難民認定申請者は特定の地域を指定され得ると規定しているが、それは彼らの私生活又は指令に規定される利益にアクセスを害するものであってはならない。

²⁷⁴ ICERD 第 5 条 (d) (i)。

²⁷⁵ HRC General Comment No 27: Freedom of Movement, para. 5.

²⁷⁶ HRC General Comment No 27: Freedom of Movement, para. 2.

²⁷⁷ 同上第 1 段落。

²⁷⁸ 同上第 2 段落。

第 12 条 3 項には複数の許容される例外が詳述されているが、それらは、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由である。これらの許容される制限は、以下の 3 つの要件に合致するものでなくてはならない。

- 制限は、法律で定められたものでなくてはならない（ICCPR 第 9 条の下での同じ要件に関する上記の分析を参照のこと）。
- 制限は、列挙された許容される目的のためのみに課されるものでなくてはならず、それらを保護するために必要なものでなくてはならない。²⁷⁹
- 制限は、規約において認められる他の権利と両立するものでなくてはならない（とりわけ、無差別原則）。

第 12 条に列挙された制限は網羅的なものである。それらは、自由及び移動の自由という一般規則に対する制限であるため、あらゆる状況において必要であり、比例性の評価を意味し、制限を正当化するための立証責任は国家の側にある。²⁸⁰また、それらの制限は、示された目的を達成するに当たり「侵害性が最も少ない」手段でなくてはならない。²⁸¹従って、移動の制限は自由の剥奪と同様の保障の対象となる。居住地指定ではなく、報告条件が望まれた目的を達成できる場合、より侵害性の低い措置が採用されなくてはならない。保証金の支払いが命令の目的を満たし、これが個人にとってより侵害性が低いと見なされるのであれば、これが命じられるべきである。

8. 特別な保護及び配慮

8.1 子ども

以上で概観した成人および子どもに適用される一般的な保障に加え、子どもの特別な脆弱性は恣意的な自由の剥奪に対する追加的な保障を必要とする。ECtHR が *Muskhadzhiyeva* 事件で記したように、子どもの非常な脆弱性は、不法外国人であるという地位に優先する。²⁸²国連児童の権利に関する条約（Convention on the Rights of the Child. 以下CRC）は、子ども一般及び難民認定申請者である子どもの権利の保護に関する多くの規定を含む。²⁸³第 37 条は、子どもに対して、拘禁又は自由を剥

²⁷⁹同上第 14 段落。

²⁸⁰*Ackla v. Togo*, HRC, Comm. No. 505/1992, 25 March 1996, para. 10.

²⁸¹HRC, General Comment No. 27: Freedom of Movement, para. 14.

²⁸²*Muskhadzhiyeva and others v. Belgium* 事件。

²⁸³本稿では、「子ども」は 18 歳未満のすべての者と定義される。CRC 第 1 条参照。CRC 第 1

奪されない一般的権利を付与する。許容されたあらゆる拘禁は法に合致するものでなくてはならず、最終手段として最も短い適当な期間のみ用いられる。²⁸⁴あらゆる状況において、また、如何なる時でも、「子どもの最善の利益」が主として考慮される。²⁸⁵一般規則として、「未成年の庇護希望者は拘禁されるべきではない」。²⁸⁶

このことは、無条件の放免を含むあらゆる可能な代替措置が拘禁に先立って考慮される必要があることを要求する（C章参照）²⁸⁷。さらに、保護者のいない子ども又は養育者から引き離された子どもを拘禁から即時に放免し、その他の適切な宿泊施設に置くことを可能にするために、「関連手続の迅速化（又は優先化）を含むあらゆる努力がなされるべきことを要求する」。²⁸⁸無国籍の子どもについては、国籍及び

条は、「児童とは、18歳未満のすべての者をいう。ただし、当該児童で、その者に適用される法律により早く成年に達したものを除く」と規定している。

²⁸⁴CRC第37条(b)は、「いかなる児童も、不法に又は恣意的にその自由を奪われないこと。児童の逮捕、抑留又は拘禁は、法律に従って行うものとし、最後の解決手段として最も短い適当な期間のみ用いること」と規定する。また、「自由を奪われた青少年の保護に関する国連規則（United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty）」（1990年）の第1、第2規則及び「少年司法制度における標準最低規則（Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice）」（北京規則）（1985年）の第17規則(b)及び(c)のほぼ同一の規定も参照のこと。さらに、UNHCR, *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care* (1994)の第7章も参照。また、Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Mr. Jorge Bustamante, Annual Report to the 11th Session of the Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 May 2009の第43段落は、「公共政策及び事業は、子どもの拘禁及び退去強制からの保護を確保するものでなくてはならず、移民法は、そのような状況下での子どもの権利及びニーズを満たす具体的な規定を含むべきである。とりわけ、これらの法律は、最終手段としての拘禁、拘禁に対する優先的代替措置、不正規移民の地位に対する処罰としての保護者のいない未成年の退去強制の禁止に対する子どもの権利を含むべきである」としている。また、*EU Action Plan on Unaccompanied Minors* (2010-2014), 6 May 2010, COM(2010)213 final, 9頁も参照。

²⁸⁵CRC第3条。例えば、*Bakhityari v. Australia*事件（HRC 1069/2002）を参照。この事件では、子どもが放免の時点まで、拘禁の実証可能で記録された継続する悪影響に苦しんだことを認め、その結果、当該措置（拘禁）は子どもの最善の利益によるものではなかったと結論付けた。2人の子どもは、放免までの2年8ヶ月の間、入管拘禁施設にいた。そのため、拘禁はICCPR第9条1項に反する恣意的なものであり、同規約の第24条1項にも違反するとされた。また、EU帰還指令の第5条、第10条1項及び第17条5項も参照。さらに、I-ACmHR、決議03/08「移民の人権、国際基準及びEU帰還指令」2頁も参照。

²⁸⁶ Guideline 6, UNHCR, *Guidelines on Detention*.

²⁸⁷例えば、*Bakhityari v. Australia*, HRC Comm. No. 1069/2002, 6 November 2003。また、I-ACtHR, Advisory Opinion on the Juridical Status and Human Rights of the Child, OC-17/02, 28 August 2002, Ser. A No. 17「子どもの拘禁の前提として、拘禁は、法律に従い、最も短い適当な期間のみ、例外性、一時的決定及び最終手段の原則を尊重して行われなくてはならない。また、子どもの拘禁は、「その他の如何なる措置によっても状況の解決が不可能な、より特殊な状況を要求する」（段落又は頁番号なし）。

²⁸⁸ CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), *The Treatment of Unaccompanied and Separated*

身元の問題の解決も優先事項とされる必要があるかもしれない。²⁸⁹拘禁中の無国籍の両親から生まれた外国人の子どもについては、出生が登録され、出生地主義に基づき国籍を取得する選択肢を含め、無国籍を回避する措置が取られなくてはならない。²⁹⁰

多くの国が保護者のいない子ども又は養育者から分離された子どもは決して拘禁されてはならないことを認めており²⁹¹、その他の国も例外的な状況にのみ拘禁が用いられるべきであることを認めている。²⁹²CRC委員会は、保護者がいない子ども又は養育者から分離された子どもであること、又は、子どもの移民又は在留資格のみを持って拘禁を正当化することはできないと記している。²⁹³そのような子どもたちは、長期的な解決が検討される間、拘禁の代わりに児童施設または養護施設に置かれるべきである。²⁹⁴同様に、WGADも「拘禁代替措置の利用可能性に鑑みて、保護者のいない未成年の拘禁が、拘禁は最終手段として用いられ得るとする（CRCの）第37条（b）の要件に合致する状況を想定することは困難である」としている。²⁹⁵

保護者のいない未成年又は養育者と分離された未成年に加え、益々多くの国が子どものいる家族も拘禁されるべきではないと認識しており²⁹⁶、様々な国において様々な代替的選択肢が導入されている（C章で議論）。しかし、子どもの両親の一人又は両方を拘禁する必要がある場合、難しい問題が生じる。その場合も、子どもに関するあらゆる場合と同様に、子どもの最善の利益が最重要である。このため、また、

Children Outside their Country of Origin, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, para. 61.

²⁸⁹第24条。CRCは、子どもは出生登録、氏名、国籍の権利を有すると規定する。

²⁹⁰無国籍者の特定、防止、減少及び無国籍者の保護に関するUNHCR執行委員会決議第106号（LVII）（2006年）第（j）、（l）及び（q）段落。1997年国籍に関する欧州条約第6条2項、無国籍者の減少に関する1961年条約第1項。

²⁹¹例えば、欧州基本権庁の研究では、EU諸国の3分の1が、退去のための拘禁を禁止していることが分かっている。EU-FRA, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, pp. 82-96. しかしながら、庇護手続に先立つ子どもの拘禁については情報がない。

²⁹²同上。

²⁹³CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), *The Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, para. 61.

²⁹⁴UNHCR, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, Geneva, 1997, p. 7; UNHCR, *Guidelines on Detention*, Guideline 6.

²⁹⁵WGAD, Report of Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur El Hadji Malick Sow, UN Doc. A/HRC/13/30, 15 January 2010, para. 60. また、成人と比較して、拘禁代替措置が十分でないかと判断するためにはより高い基準が要求されると判示したドイツ裁判所判決も参照。Germany/Oberlandesgericht (Regional Court) Köln, decision of 11 September 2001, Case No. 16 Wx 164/02, cited in EU-FRA, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, n. 350.

²⁹⁶ハンガリー、イタリア及びアイルランドは、子どもの退去前拘禁を禁止している。他方、ベルギー、キプロス及びマルタは、18歳未満の子どもは拘禁されるべきではないとの政策を持っている。EU-FRA, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*, pp. 82-96 より。2010年に、英国は子どもの行政拘禁を終了した。

(家族生活に対する権利など)²⁹⁷ 関係するその他の人権のために、子どもに対して責任を有する難民認定申請者は、例外的な状況でのみ拘禁されるべきである。両親の拘禁が他の者（つまり彼らの子ども）の権利に与える影響のために、国家は拘禁の必要性について注意深く評価しなくてはならず、上述の通り、その他のより制限的な措置では同じ目的を達成できないことを確信しなくてはならない。その意思に反して子どもを両親から分離する決定は、司法審査の対象とならなくてはならない。²⁹⁸ とりわけ、難民認定申請者（および無国籍）である子どもで、家庭環境を奪われた子どもは、特別な保護及び支援に値する。²⁹⁹

難民認定申請中の子ども又は無国籍の子どもが拘禁されている例外的な事例においては、その子どもは、弁護士その他適当な援助を行う者と速やかに接触する権利を有し、裁判所その他の権限のある、独立の、かつ、公平な当局においてその拘禁の合法性を争い並びにこれについての決定を速やかに受ける権利を有する。³⁰⁰ 子どもはその生活に影響を及ぼす決定に参加する権利を持ち³⁰¹、それには、全ての庇護・入管手続を含む司法・行政手続で意見を述べる権利を子どもに与える国家の義務が含まれる。³⁰² また、あらゆる司法審査は有効なものでなくてはならず、つまり、裁判所は放免又は再統合を命じる権限を持たなくてはならない。さらに、（身体または精神の養護、保護又は治療など）ケアを目的として拘禁されたあらゆる子どもは、その処遇及び拘禁に関連する他のすべての状況に関する定期的な審査を受ける権利を有する。³⁰³

拘禁条件が子どものニーズに合うものあることが確保されない場合、当該拘禁は恣意的なものとなり得る。「子どもに適する居住区域については特別な配慮がされ、そうしないことが子どもの最善の利益であると見なされる場合を除き、成人と分離されなくてはならない」。³⁰⁴ ECtHRは、閉鎖型施設は、特に施設が子どもの特別なニーズに対応するものでないために、保護者のいない子どもの「非常な脆弱性」に

²⁹⁷ CRC第9条1項、ICCPR第17条、ECHR第8条、EU基本権憲章第7条、ACHPR第18条及びACHR第17条。

²⁹⁸ CRC第9条1項。

²⁹⁹ CRC第20条1項及び第22条2項。

³⁰⁰ CRC第37条d項。

³⁰¹ CRC第12条。

³⁰² UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, fully revised edition, 2002, pages 166 and 179 ('UNICEF Implementation Handbook on CRC').

³⁰³ CRC第25条。

³⁰⁴ CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), *The Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, para. 63. また、*Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*事件、欧州評議会の強制帰還に対する20のガイドラインのガイドライン11.3及びEU帰還指令第17条3項も参照。

適したものではないと明確化した。³⁰⁵南アフリカの裁判所も、「全ての子ども、とりわけ、保護者のいない（移民の）子どもが基本的な生活必需品を与えられる」ことを確保する国家の義務を強調したが、基本的な生活必需品には、適切な住居、衛生、監督及び子どもに適した食事要件が含まれる。³⁰⁶実行においては、子どもに適した拘禁設備の例は限られ、多くの研究が拘禁の子どもへの深刻な損傷効果を明らかにしている。³⁰⁷CRCも、あらゆる形態の暴力及び搾取から子どもを保護するための全ての必要な措置に関する多くの規定を含んでいる³⁰⁸が、それらは拘禁中に発生する可能性が高い。³⁰⁹CRC委員会も明らかにしているように、「基本的なアプローチ」は『拘禁』ではなく、『ケア』であるべきである。³¹⁰これには、不適切な年齢確認は難民認定申請者である未成年者の拘禁の長期化に繋がる可能性があるため、適切な年齢確認が含まれ得る。³¹¹

8.2 精神的・身体的疾患又は障害を持つ人々

入管拘禁は、監禁された者の精神衛生（そして時には身体的健康）に広範且つ深刻な損傷効果をもたらすことが研究により示されている。³¹²精神疾患を持つ者又はト

³⁰⁵*Mitunga v. Belgium*, ECtHR, Applic. No.13178/03, 12 October 2006, para. 103. また、*Centre for Child Law v. Minister of Home Affairs and Others*事件 ((22866/04) [2004] TPD) (2004年9月13日) (南アフリカ高等裁判所(Transvaal州地区))も参照。同事件では、子どもを、成人と一緒にLindela拘禁センターに拘禁することは違法であると判断された。De Vos裁判官は、同事件において、「国家は、家族によるケアを欠く子どもに対する基本的な社会経済的支援を確保する直接の義務を持ち、それは保護者のいない外国人の子どもにも該当する」(第17段落)と述べた。

³⁰⁶*Lawyers for Human Rights v. The Minister for Safety and Security and 17 Others* (5824/2009) [2009] NGHC (15 May 2009) (南アフリカ高等裁判所、プレトリア南北Gauteng 裁判所)、pp.31-34を参照。

³⁰⁷例えば、Australian Human Rights Commission, *National Inquiry into Children in Immigration Detention*, 13 May 2004 (http://www.hreoc.gov.au/human_rights/children_detention_report/report/index.htm で入手可能) 及びMedical Justice, 'State Sponsored Cruelty' – Children in Immigration Detention, 9 September 2010, (<http://www.medicaljustice.org.uk/content/view/full/1420/89/>で入手可能) を参照。

³⁰⁸CRC第19条。また、CRCの第11条、32条、33条、34条、35条及び36条も参照。

³⁰⁹子どもが暴動、自殺未遂及びその他の暴力に晒されることは、様々な状況において起こっている。特にオーストラリア人権委員会報告書*National Inquiry into Children in Immigration Detention*及びMedical Justice, 'State Sponsored Cruelty' – Children in Immigration Detentionを参照。

³¹⁰CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), *The Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, para. 63.

³¹¹この文脈において、無関係の成人が子どもと一緒に拘禁され、又は、同じ住居に入れられることを避けるためにも年齢確認は重要になる。

³¹²例えば、G.J. Coffey et al., 'The Meaning and Mental Health Consequences of Long-Term Immigration Detention for People Seeking Asylum' (2010) 70 *Social Science & Medicine* 2070-2079を参照。同論文には、同じテーマに関する最近の研究の要約も含まれている。

ラウマを持つ者については、拘禁代替措置又は彼らの治療ニーズを満たすその他の手配が真剣に検討され、ICCPR第9条に詳述される保障（上述）の対象とされなくてはならない。ここでは、様々な人権問題が関係し、それには残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰からの保護及び人間的な拘禁条件に対する権利が含まれる。³¹³年齢及び／又はジェンダーといったその他の「リスク」カテゴリー又は脆弱性と、非常に明らかな共通部分が存在する。³¹⁴

さらに、研究は、既存の傾向に関わらず、長期間拘禁されることで心理的なダメージが発生し得ることを示している。Jesuit Refugee Serviceが実施したEU加盟23カ国の入管被拘禁者を対象に実施した研究は、例えば、拘禁は、当初そのような脆弱性を示さない者又は政府の「特別なニーズ」を持つ者の要件を満たさない者にも脆弱性を生じさせると結論付けている。³¹⁵このことは、難民として又はその他の合法的な滞在方法を通じて領域への入国が許可された者のための国又は地域の医療制度に長期的な影響を与える。深刻な精神疾患のある者又は深刻なトラウマ若しくはストレスの兆候を示している者をより良い代替措置ではなく州刑務所に移送するという、いくつかの国家による実行は、人権に対する義務の不誠実な履行と見なされなくてはならず、身体的自由および安全に対する権利と非人間的又は品位を傷つける取扱いからの保護に対する権利の侵害に関する問題を提起する。³¹⁶ EU処遇指令は、障害者を含む特別なニーズを持つ人々は個別に評価される必要があることを要求している。³¹⁷さらに、障害者の権利に関する条約（International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. 以下ICRPD）は、障害者が差別を受けることなくその権利を享受することを要求しており、それには身体的自由および安全についての権利が明示に含まれ、「適切な施設」を作ること、または、その要件及びニーズに合わせて拘禁政策を変更することを要求している。³¹⁸さらに、ICRPDは、入管手続は障害を持つ人にもアクセス可能なものでなくてはならず、特に彼らの移動の自由を促進する必要があると規定している。³¹⁹一般規則として、「長期に渡る身体的、

³¹³それぞれ、ICCPR第7条及び第10条1項。

³¹⁴UNHCRによる保護及び支援を受ける障害を持つ難民及び障害を持つその他の者に関するUNHCR執行委員会結論第110号（LXI）（2010年）は、前文第6段落において、差別の複合的・交錯的性質を注記している。同結論は、例えば、「障害を持つ子どもは、虐待、ネグレクト、遺棄、搾取、健康上の懸念、長期に渡る精神疾患、家族との分離及び教育に対する権利の否定のおそれがより高い」ことを注記している（前文第7段落）。

³¹⁵Jesuit Refugee Service - Europe (JRS-E), *Becoming Vulnerable in Detention*, June 2010 は、ストレス、不眠症、うつ、恐怖、自己認識の悪化及び自己嫌悪などに言及している。同研究は、被拘禁者自身の見解に焦点を当てている。

³¹⁶例えば、カナダは、精神疾患を抱える入管被拘禁者を、放免を命じるのではなく、州刑務所に移送している。Canada Citizenship and Immigration, Interview, May 2010.

³¹⁷EU処遇指令第17条1項。

³¹⁸ICRPD第14条。

³¹⁹ICRPD第18条1項（b）。

精神的、知的及び知覚的障害」³²⁰を持つ人は、拘禁されるべきではない。拘禁が個別事案においてどうしても必要であり、同じ目的を達成するより侵害性の低い手段が存在しない場合、拘禁条件は彼らのニーズに合わせたものでなくてはならず、それには、障害を持つ子どもに適した教育の利用可能性、情報、手続、決定及び政策の適切かつアクセス可能な伝達、専門医療及びその他のサービス、迅速で組織的な特定及び登録が含まれる。³²¹同様に、拘禁代替措置も障害を持つ人々及びその家族のニーズに合わせ、彼らが健常者と平等に身体的自由及び安全に対する権利を享受できるようにする必要がある。これには、例えば、**ICRPD** が要求する身体的又は知的な障害に適した居住施設や³²²、可動性の問題又は障害を持つ人については電話など電子的な方法での報告の可能性などが含まれる。

8.3 女性

男性と女性を分ける分離した設備がない場合、又は拘禁中には女性の特別なニーズが満たされ得ない場合、拘禁代替措置が唯一の答えとなるかもしれない。一般規則として、妊娠中の女性及び養育中の母親については、双方ともに特別なニーズがあり、その拘禁は回避されるべきである。³²³代替措置は、暴力及び差別の懸念を含む女性の特別なニーズを考慮したものでなくてはならない。³²⁴

8.4 高齢者

高齢者も、その年齢、脆弱性、低下した可動性、心理的健康その他の状況により、特別なケアと支援を必要とする。そのようなケア又は支援なしでは、如何なる拘禁も違法となり得る。さらに、代替措置も、身体的・精神的福祉を含む高齢者の特別な状況を考慮する必要があるだろう。³²⁵

³²⁰UNHCR執行委員会決議第 110 号前文第 3 段落。

³²¹同上 (c)、(f)、(h) および (j) 段落。

³²²社会の中の自立した生活に関するICRPD第 19 条を参照。同条は、障害者が社会の中で自立して生活し、「社会における生活及び社会への受け入れを支援し、ならびに社会からの孤立及び隔離を防止するために必要な在宅サービス、居住サービスその他の社会支援サービス（人的援助を含む）を利用」する権利を認めている（第 19 条b項）。

³²³UNHCR, *Guidelines on Detention*, Guideline 8.

³²⁴例えば、特別措置は、人身売買された女性の尊厳ある生活に対する権利を守るために必要となり得る。

³²⁵例えば、EU処遇指令第 17 条 1 項を参照。

C. 入管拘禁の代替措置：実務的および機能的な問題

現在、拘禁の代替措置プログラムや取決めが多くの国で幅広く運用されている。³²² これらは以下のカテゴリーに分類することができる（詳細は後記参照）。

1. 非拘禁または無条件放免もしくは本人の誓約に基づく放免
2. 条件付放免
3. 保証金 (bail)、保証書 (bond)、保証人 (surety/guarantee) にもとづく放免
4. コミュニティ（地域社会）を基盤とする監督付放免またはケースマネジメント
 - 4.1 NGO運営型
 - 4.2 政府とNGO混合の協力型またはパートナーシップ型
 - 4.3 政府運営型
5. 特定の宿泊施設における居住指定
6. 電子標識や電子端末による報告、または人工衛星によるトラッキング
7. 自宅における門限設定
8. 補足的措置

B章で述べたように、拘禁代替措置の多くは何らかの形で移動の制限やその他の自由の剥奪を含むものであり、よって人権の観点からの監視が必要である。移動の制限や自由の剥奪を意味するいかなる代替措置も、必要性があり、かつ目的との比例性が保たれている場合にのみ利用されなければならない。これらの要件を満たすためには、各個別ケースにおいて最も侵害性の低い措置をとる必要がある。これには放免に条件を付すことが必要かどうかの評価も必然的に含まれるであろう。拘禁の必要性および比例性の評価基準の例は「補足的措置」と題するセクションで扱われている。これらのツールは拘禁の代替措置そのものに関するものではないが、身体的自由および安全についての権利にもとづく義務を履行するにあたり重要な要素となりうる。

³²²Approximately two-thirds of EU Member-States provide for the possibility to impose A2D in relation to returns, either before resorting to detention or at the time of extension (EU-FRA Study, Figure 6, p. 73).

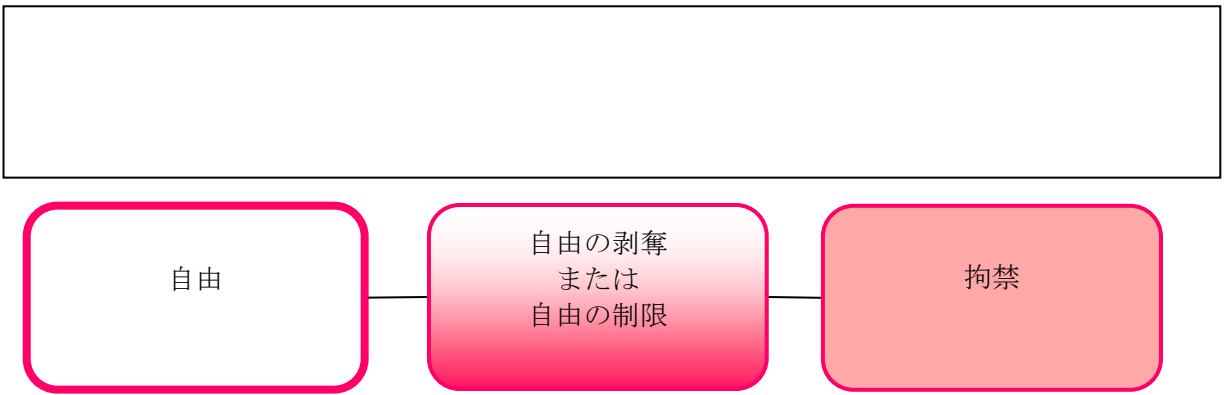


図 1

ここでは、様々な拘禁代替措置のオプションを概説し、それらが実際にどのように機能するかのごく具体例を示すとともに、その成功や有効性の原因となる要素や特徴を分析していく。³²³代替措置に関して指針となる原則や最低限の中身を明らかにするために、既存および過去のパイロット事業やプログラムを検討する。

拘禁の代替措置が組織化されるにはまだ長い道のりがある。欧州評議会の拘禁に関する特別報告者は以下のように述べている。

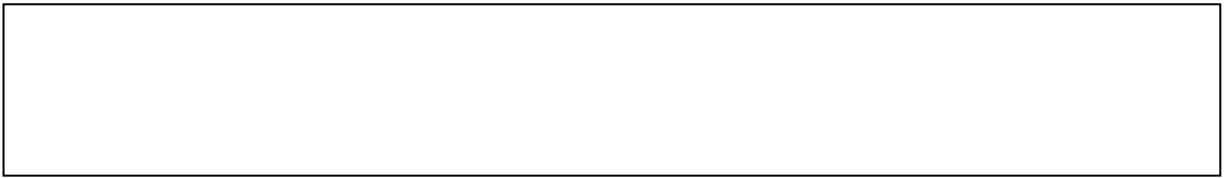
法律上代替措置がある場合でも、規定があいまいであったり、適用前に当該個人が厳しい要件を満たすことが要求されていたりする。さらに、代替措置の利用にはしばしば高度の裁量が付随しており、明確で一貫した指針が少ないことが多い。³²⁴

しかしながら、拘禁の代替措置の例でそのまま複製・拡張したりできるものや、他の文脈に合うよう調整して利用できるものは増加している。本稿の主眼はオーストラリア、ベルギー、カナダ、香港、英国（スコットランド）という5つの現場における実証研究であり、それに加えて二次的資料からの補足的な材料を利用している。各国の状況および特定の法的、社会経済的、政治的文脈にあわせて調整の必要があることは十分認識されている。一部の代替措置は独特の性質を有するが、特定の地域内では同様の手法を採用することが勧められうる。拘禁の代替措置がある場所とない場所の存在を知る人々が代替措置のある場所に向かって移動することを回避することが、国家の関心だからである。

また、一部の拘禁代替措置が意図せぬマイナスの結果と関連付けられていることに

³²³The question of whether a particular A2D is a success or effective is obviously a loaded one and will depend on the perspective taken and the aims that each alternative is attempting to achieve. For governments, rates of absconding and return of rejected asylum-seekers may be the ultimate goal; for human rights groups, a programme may be seen as a success simply by virtue of the fact that persons are released from detention. It is therefore a rather fluid notion, and is more qualitative than quantitative. It is used in this study primarily to respond to governmental objectives, noting that most alternatives to detention satisfy many human rights concerns (except those at the extreme end) and thus can also be viewed as a ‘success’ on that front.

³²⁴CoE Special Rapporteur, *Report on Detention*, para. 38.



留意することも重要である。これらは、そのようなマイナスの結果を最小限にとどめるための措置をとるという観点から検討していく。

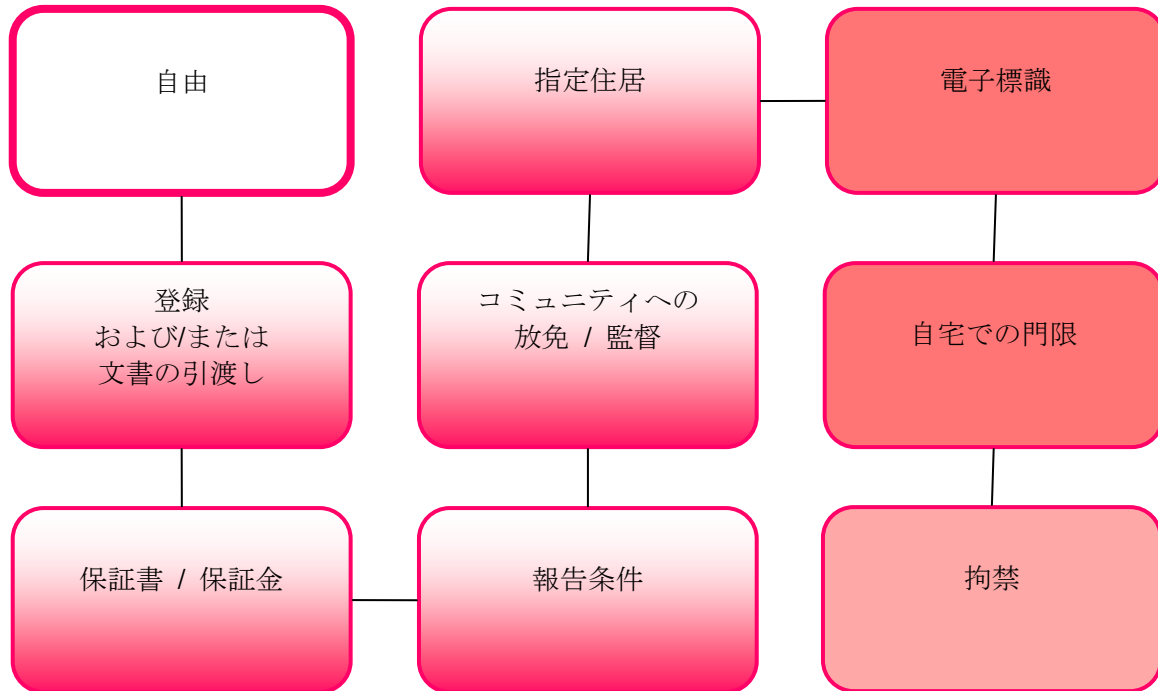


図 2

1. 非拘禁、無条件放免、または本人の誓約に基づく放免

究極の拘禁代替措置とは、そもそも拘禁の命令を發布しないこと、あるいは無条件または本人の誓約に基づく放免である。たとえばフィリピンでは、難民認定申請者には証明書が与えられ、無条件で拘禁を解かれる。南アフリカでは法律上、安全保障など他の懸念が勝る場合を例外として、あらゆる難民認定申請者の身柄の解放が要求されている。B章で述べたように、国際人権法上、拘禁は必要性和比例性を有するときのみ合法であり、これは各個別ケースに基づいて判断されなければならない。これは、各個別ケースにおいて何故拘禁が必要性和比例性を有するかの根拠を示す立証責任を国家の側に負わせるものである。多くの場合、これは拘禁を否定する推定を導く。言い換えれば、法律に則って拘禁が正当と判断されうる場合を除き、人は身体的自由および安全に関する権利を有するのである。

2. 条件付放免

ほとんどの国が行政上の拘禁について正式な再審査制度を運用している。³²⁵これらの制度は、無条件放免あるいは個々の事情により一つまたは複数の条件を付けた放免を可能にする。たとえばフランス、ルクセンブルグ、南アフリカでは、難民認定申請者が身分証明書の更新のために出頭することが要求されている。³²⁶オーストリア、カナダ、デンマーク、ギリシャ、香港、アイルランド、日本、ノルウェー、スウェーデン、米国等では、定期的に警察や出入国管理当局への出頭を要求できる法的な枠組みがある。³²⁷EUのほぼすべての国やオーストラリアでは、報告および/または登録を代替措置として利用することができる。³²⁸しかし実務的な問題はまだまだある。これらの代替措置が法律上認められている国でも実際には常に利用できるわけではないこと、条件の必要性についての個別の評価がなく自動的に条件が付与されること、ときとして条件が非常に厄介であること（これは不必要な移動の制限や恣意的な自由の剥奪に至りうる場合もある（B章参照））等である。

放免の条件には、以下の義務がひとつ以上含まれうる。

- a. 住所を関係当局に登録し、住所変更を報告すること、または住所変更前に許可を得ること
- b. 旅券その他の身分証明書を引き渡すこと
- c. 難民または無国籍の地位の認定手続を含め、決められたときに出頭すること
- d. 定期的に当局またはその他の団体（例：地域団体）に報告すること—移動の心配や障害のあるケースなど、場合により電話で達成することも可能³²⁹
- e. 指定住所または特定の行政区内に居住すること、または一定の場所における居住の禁止。いくつかの国では、難民認定申請者および移住者を国内に均等に分散させ、各地域による負担の分担を保障するとともに難民認定申請者のニーズに応えるための資源の公正な分配を保障するために、この代替措置が利用されている。

条件付放免を可能とする制度については魔法のようなものは何もない。保証金制度（後記参照）とともに、これが国家にとって最も手のかからないモデルであるといえる。通常は既存の拘禁の定期的審査制度に依存できるため、最低限のコストしかかからない。それにもかかわらずこの代替措置は十分に利用されておらず、一部の国の司法裁判所や行政裁判所はこれらのスキームのもとで移民を放免するのを躊

³²⁵As noted in Part B, the right to liberty and security of person requires that any detention is subject to periodic review and that the administrative or judicial review body must have the power to order release. The only exception to this in the industrialised world seems to be Australia.

³²⁶Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, pp.28-30.

³²⁷Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, pp. 28-30.

³²⁸CoE Special Rapporteur, *Report on Detention*, para. 44.

³²⁹For example, the US ISAPII program permits persons to report by telephone.

躊躇しているようである。³³⁰

3. 保証金、保証書、保証人に基づく放免

多くの国において、保証金、保証書、または保証人に基づく放免を許可する制度が運用されている。たとえば、英国、スロベニア、フィンランド、デンマーク、³³¹カナダ、日本、韓国³³²がそうである。「保証金」(bail)、「保証書」(bond)、「保証/保証人」(surety/guarantor)の用語は同様の性質であり、各国の法的枠組みにより適用が異なる。一般的に、「保証金」という用語は、将来の面接、聞き取り調査その他の報告義務の際の出頭を保証するために当局に預ける預金の意味で使われる。約束どおり出頭すれば保証金は払い戻され、出頭しなければ没収される。保証金の額は、当該人物が払える見込みがあり出頭を促す（または逃亡を防止する）に足りる額として公正な根拠により算出されなければならない。難民認定申請者の多くはまとまった金額を支払うことが出来ないということ（また、香港の経験によると、まとまった金額を支払える者はたとえそれが没収されても困らない立場にあることが多いこと³³³）を考慮に入れる必要がある。「トロント保証金プログラム」との関係で後述する通り、保証金制度に内在する財政的差別を軽減する方法はある。保証金の支払いは出頭率とほとんど関連性がないこと、また、特に対象者が既に希望地に到達しており出頭するインセンティブが働いている場合には不必要に課せられることを示す研究もある。³³⁴

「保証書」という用語は、将来の面接、調査、出国手続や定期的な報告義務の際の出頭等、誠実な行動および義務の履行を保証する法的合意の意味で使われ、ときに保証人による保証（後述）を伴う。「保証」という用語は、ある人物または団体が難民認定申請者またはその他の非正規な移民の出頭を約束する場合に適用される。「保証人」は、当該人物が出頭しなかった場合に合意された金額の一部または全額を支払う義務を負う。³³⁵事前の支払いは不要である。

保証金・保証書・保証人オプションに関する最善のアプローチは、拘禁の合法性に関する通常の再審査手続の中で利用することであり、これらの再審査は定期的かつ自動的に行われることが望ましい。多くの法制度が保証金制度を設けているものの、

³³⁰CoE Special Rapporteur, *Report on Detention*, para. 44.

³³¹CoE Special Rapporteur, *Report on Detention*, para. 47.

³³²Information supplied by the International Detention Coalition, email exchange December 2010.

³³³Interview, Security Bureau, Hong Kong, September 2010.

³³⁴Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 50.

³³⁵Note that in some systems, the 'surety' refers to the person making the guarantee (the guarantor).

外国人がどこまでそれを利用することが出来るかについては疑問がある。³³⁶少なくともカナダの場合、政府が政府資金による保証人制度を導入するに至った。

3.1 カナダの「トロント保証金プログラム」：自動的な保証金ヒアリングおよび政府資金による保証金制度

カナダでは、「移民難民保護法」(Immigration and Refugee Protection Act (IRPA))により、入管拘禁の自動的かつ定期的な再審査を受ける権利が認められ、無条件または条件付放免が許可されている。カナダには通常の保証金制度があり、それは政府資金による専門的な保証金プログラム(トロント保証金プログラム、またはTBP)によって補われている。TBPは1996年から運用されている。カナダでは、入管拘禁は一更正施設³³⁷または入管拘禁施設における拘禁のいずれの場合も「(当該個人が)公衆に対する脅威となる場合、身元不明の場合、または出入国管理手続に出頭しないと信じる理由がある場合」に許容されている。³³⁸ 入国管理職員は最初の48時間以内に拘禁の理由を見直すことが要求され、無条件または条件付で放免する権限を与えられている。拘禁の再審査は48時間後またはそれ以降遅滞なく行われ、さらに7日後、その後は30日ごとに自動的かつ定期的に行われる。³³⁹これらの再審査は移民難民委員会(準司法的な難民認定機関。Immigration and Refugee Board (IRB))の移民部門の一員の面前で行われる。³⁴⁰また、司法審査も可能である。拘禁の再審査および入国審査(admissibility hearings)においては、カナダ国境サービス局(Canadian Border Services Agency. 以下CBSA)が政府を代表する。被拘禁者は、資力審査および本案審査を条件として弁護人および法律扶助を受ける権利を有する。

³³⁶For example, the UK system of non-automatic bail is technically available to all immigration detainees after 7 days, and legal aid is provided for such applications. Nonetheless, the rate of successful bail applications remains low and many detainees regularly represent themselves at bail hearings owing to a reluctance on the part of some lawyers to seek their release. In 2007, for example, there were 8,950 applications for bail, of which only 1,990 were granted (or 22%), 4,108 cases (46%) were refused and 2,830 (32%) of cases were withdrawn before a decision was issued: Bail for Immigration Detainees (BID), Immigration Detention in the UK – FAQs, available at: <http://www.biduk.org/library/BID%20FAQ%20final.pdf>. Bail for Immigration Detainees (BID) is a non-governmental organisation that assists detained migrants make bail applications. In 2007, it assisted in 2,000 bail applications, owing to the reluctance of legal advisers to seek bail for their clients.

³³⁷There are many concerns about the detention of asylum-seekers and other migrants within correctional facilities: see Part B of this study.

³³⁸Canadian Border Service Agency (CBSA), Fact Sheet: Arrests and Detention, July 2009, available at: <http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/facts-faits/007-eng.html>. The Immigration and Refugee Protection Regulations set out relevant factors to consider, including whether the person has past criminal convictions; has a history of non-compliance with immigration regulations; has ties with the community; shows a willingness to cooperate with the authorities; any links to organised crime, including smuggling and trafficking; and public order and national security considerations.

³³⁹S. 57, Immigration and Refugee Protection Act.

³⁴⁰Please note that the information presented herein was legally valid as at the date of May 2010, although there have been a range of proposed changes to the asylum system in Canada ongoing during the period of the research and throughout the subsequent period.

この制度の目的は、拘禁の必要性がなく出頭の確保につき他の条件によって当局を満足させられる場合に、出来るだけ早く身柄を解放することにある。色々な意味でカナダは拘禁を否定する推定に基づいて制度を運用している。CBSAによると、難民認定者の90-95%が地域社会に放免されている。³⁴¹2002年の法律には「拘禁の代替措置」が検討されなければならないと明確に規定されている。³⁴²初期段階と最終段階における拘禁（難民認定申請中の者と国外退去になる者）について同様の制度が適用される。放免の条件には、一定金額の預金（通常の最低金額は2000カナダドルで、5000カナダドルが一般的）や一定金額の支払保証書への署名（条件順守の保証）があり、報告、住所登録、入管手続への出頭等その他の「行動」に関する条件を伴う場合もある。これらの場合に第三者が保証金を納付することも可能である。

上記の制度は、入管の保証金制度に内在する「財政的差別」の排除を目的とするTBPによって補充されている。³⁴³この「差別」は、資金が限られているかまったく資金がなく、またコミュニティや家族とのつながりも限定的な難民認定申請者を特に不利な立場におきやすい。カナダには、後述のように移住者の団体や地域団体が特定の個人のために保証金を納付したり保証人として名前を提供したりする、よりアドホックなコミュニティモデルもあるが、TBPのディレクターによると、TBPはそれらと違い「専門的保証」制度である。TBPでは通常の保証金・保証書制度とは異なる運用がなされており、このプログラムのもとで移住者を拘禁から解放するためには当局に何も支払う必要はなく、義務の履行保証書への署名も不要である。³⁴⁴かわりに、TBPはCBSAとの合意のもと、他の方法では放免することができない特定の個人のために保証人としての役割を担う。TBPは難民認定申請者だけでなく退去強制を待つ者も受け入れている。TBPは、監督業務との適合性を評価するために徹底的な選考インタビューを行う（後記参照）。TBPとCBSAとの間の協力合意は、通常の保証金手続と異なり、CBSAがTBPによるクライアント選考の判断を信頼していることを意味し、政府がTBPによる特定個人の放免に異を唱えることは稀であるため、制度の合理化をもたらす。放免された個人または家族は特定の条件（以下説明）にもとづきTBPの「監督」下におかれる。

TBPプログラムは順守率で見ると相当な成功を収めている。2009-2010年において

³⁴¹Interview, CBSA, Toronto, May 2010.

³⁴²Regulation 248(e), Immigration and Refugee Protection Regulations 2002.

³⁴³Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 86.

³⁴⁴The Field and Edwards' study wrongly stated that there were financial incentives directly linked to the payment of bond for individuals over to the immigration authorities. Rather, a set sum of money is paid for the service by the CBSA to TBP on an annual basis and no 'bond' is handed over by TBP to the authorities for the release of any specific persons. Should an individual abscond from the programme, there are no penalties and no money is lost as none has been handed over. Nonetheless, the TBP does have an incentive to ensure that persons comply with the requirements of the programme in order to ensure that it remains effective and is funded in subsequent years. This has led to some charges by NGOs that the TBP is 'too selective' in who it agrees to supervise; charges denied by the TBP.

TBPに放免されたクライアント250-275人のうち、逃亡したのはたったの3.65%、つまり12人のみである。この「ロスト・クライアント」率は近年さらに改善されている。³⁴⁵難民認定申請者と退去強制待機者の「ロスト・クライアント」率の間には最低限の差異しかない。³⁴⁶プログラムのディレクターによると、プログラムの成功の源はいくつかの基本的要因にある。³⁴⁷第一は、本人がTBPによる監督に「合意」という「自主的な順守」のコンセプトである。³⁴⁸本人とTBPそれぞれの義務に関する合意への署名を含め、これは個人の尊厳を意識させ責任感を生み出すとされる。合意には、アポイントメントに出頭することを怠ったりその他の合意の条件に違反したりした場合にはCBSAに報告されることが明記されている（CBSAはそれを受けてカナダ国内全域で有効な逮捕礼状を發布する）。³⁴⁹TBPは、クライアントに対して様々なサービス等に関する情報やアドバイスを提供することに合意する。

第二の基本的要素は「コミュニティによる監督」である。後にも述べるが、難民認定申請者やその他の移住者にとってはこのプログラムに関与することが有益であるため、より合意を順守しやすくなると考えられている。つまり、合意を順守するインセンティブが働くのである。TBPの下に放免された個人はカナダの庇護制度、出入国管理制度、社会保障制度等についてアドバイスや支援を受ける。TBPは、住居探し、医療や社会保障へのアクセス、就職活動（許可がある場合）、あるいは難民認定申請や就労許可申請を含む必要書類の提出等についてクライアントを援助する。メンタルヘルスおよび中毒関連の専門スタッフも最近雇い入れられた。これにより、従来のようにそのような人を入管拘禁施設から厳重警備の地方刑務所に移送するかわりに、TBPの下に放免するケースが増加することが期待される。³⁵⁰この種の監督がすべての移民に適合するわけではないことは明白である。

³⁴⁵E.g., in FY 2002-3, the total lost client ratio of all immigration applicants was 5.65 percent: Fieldand Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 88.

³⁴⁶Interview, Dave Scott, Executive Director, TBP, May 2010.

³⁴⁷Interview, Dave Scott, Executive Director, TBP, May 2010.

³⁴⁸Although there is a notion of 'voluntary compliance' in so far as individuals agree to be released to the supervision of TBP, where no other release options are available, it is hardly an entirely voluntary process of equality of arms.

³⁴⁹The reporting of non-complying individuals by TBP to the government is considered by the TBP to be one of its strengths as it is an important incentive to participate; however, it is this factor that has prevented Canadian NGOs from expanding the system with the government. This is to be compared to the Australian model (discussed later), where NGOs appeared far less concerned about reporting on individuals that fail to comply with the terms of their release. An alternative option that may bridge the gap between these two viewpoints is that any reporting obligations are made to the immigration authorities, whereas the NGO sector provides assistance and other services without any duty to report on non-compliant clients. That is, the NGOs become the service delivery agencies without enforcement responsibility, which remains with the immigration authorities.

³⁵⁰See, Schizophrenia Society of Ontario, *Double Jeopardy: Deportation of the Criminalized Mentally Ill: A Discussion Paper*, March 2010. Along the lines of the *Muskhadzhiyeva et autres v. Belgique* decision (see Part B), it is arguable that detaining persons with mental health and other psychological problems in maximum security provincial jails constitutes arbitrary detention as the facilities are clearly unsuited to their treatment and recovery.

TBPの下に放免された者は、当初週2回、トロント市内にあるTBP事務所に報告することが要求される。報告に空白がなく両者の間に信頼関係が生まれるにつれ、報告義務は軽減される。そのうち面談による報告のかわりに電話による報告を行うこともできるようになる。英語の語学コースのレシート、就労している場合は給与明細の控え、必要な場合には治療プランの合意等、TBPはクライアントが指定プログラムに参加したことの証明を要求する。また、クライアントはTBPの許可を受けた住所に住居し、住所を変更する場合にはTBPに報告しなければならない。TBPは、しばしば地域のシェルターと共に住居探しの支援を行い、抜き打ち検査を行う。さらに、個人はIRPAで許可された範囲で「何か生産的なこと」を行わなければならない（就労が許可されない者もいる）。また、国外退去を円滑に進めるための書類の入手等を含め、あらゆる入管手続およびTBPと協力するという条件もある。報告を怠ったりその他の放免の条件を満たさなかったりした場合はTBPが当局に通知し、それにより強制執行手続が開始されることになる。

高い放免率および放免条件の順守率にもかかわらず、当プログラムには批判も多い。第一に、TBPとCBSAは過度に緊密になりすぎており、TBPのクライアント選考が「厳密すぎる」ために、放免することができない本来のプログラム対象者が除外されていると、一部のNGOは批判する。あるNGOは、TBPの選考制度は「入管の取調べと類似」しており、そのため放免対象者の範囲は拡大していないと批判する。第二の批判は、TBPの下に放免される者の多くはそれ以前に最低限の条件で放免されてしかるべき者であり、IRBはTBPに頼りすぎ（つまりTBPを使いすぎ）であるという点である。たとえばTBPによる放免申請の約99%が許可されている。³⁵¹もうひとつの批判は選考プロセスの長さである。選考プロセスは約一ヶ月を要し、それ以上かかる場合もある。ディレクターが個人的に各申請を検討することが遅延のひとつの理由である。³⁵²一方TBPは、本人の誓約によっては放免されない者や本人が自ら満たすことができる条件では放免されない者のみを受け入れることを保障するために、ときに個別ケースへの関与をわざと遅らせることがある、と説明する。バランスをうまくとることがこのプロセスの難しさのようである。

他のNGO関係者は当プログラムをカナダ全国へ広めるよう呼びかけており（現在のところ運営されているのはトロントのみである³⁵³）、当プログラムで放免される者

³⁵¹Interview, Director, Dave Scott, TBP, May 2010. This would indicate that it is very rare that an immigration official of the IRB would release a detainee on minimal conditions where the TBP offersto provide 'bail', even if such extensive supervision is not needed.

³⁵²Interview, Dave Scott, Director, TBP, May 2010.

³⁵³The reason behind its focus on Ontario is that the province receives the lion's share of asylum applicants and other irregular migrants entering Canada and has the largest number of immigration detainees. In February 2010, for example, the total number of detained persons in Canada was 1180, of which 709 were in Ontario. Of the 574 asylum claimants detained, 344 were located in Ontario. CBSA, National Detention Statistics, February 2010 (on file with the author).

の数が少なすぎるとの批判もある（2009-2010年度で250-275人。そのうち113人（37%）が「新たな」放免であった。このうち、42人が難民カテゴリーであった。残りは既存のケースであった）。同期間内にTBPは計412件の申請を受理しており、認容率は67%である（33%はクライアントとして受け入れられなかった）。これと比べて、オンタリオでは月に平均377人が新たに拘禁されている（年平均4524人）。³⁵⁴TBPへの紹介は弁護士や難民・移民コミュニティからなされるケースもあるが、大多数はCBSAから直接付託されている。

TBPは、保証金を払うための十分な資金を持たず家族やその他の者に頼ることもできない者のために、本質的に保証人としての役割を果たしている。よってTBPは拘禁の代替措置のひとつであるが、同時に、より伝統的な放免の形態に対する代替としての役割を果たすこともできる。当局がある放免の形態に頼りすぎるあまり、それが放免の必要条件となってしまう場合などがそうである。たとえばTBPは、送還が不可能な個人のケース（キューバ人等）は受け付けていない。なぜならそのような者は最低限の条件で放免されるべきだからである。他方TBPは、逃亡の危険が高いケースや犯罪に関連したケースはクライアントとして受け入れている。³⁵⁵

政府の資金によるものではないが、カナダ国内にはTBPと同様の機能を果たしている団体が他にもある。多くのコミュニティ団体やシェルターが、個人または家族の放免を容易にするために保証人として名前や住所を提供している。これらには海外に移住した同国民の団体や登録された非政府組織、その他の慈善団体が含まれる。これらの団体への放免とより正式なTBPに対する放免との間で、逃亡率に大差はないようである。³⁵⁶しかしTBPは、国外退去の際に空港までクライアントに付き添う等のチェック機能や厳しい報告義務を課しているおかげで、「ロスト・クライアント」の総数を確認することが出来る。これに対し、様々な他の団体のケアのもとに放免された者は、ごく短期間しかそこに滞在しないこともあり、放免条件の順守状況のモニタリングは同様には行われていない。

移民法専門の弁護士は、既存の関係や真の関係がないにもかかわらず海外に移住した同国民の団体が保証人となり保証金を払って放免されるケースについて、一定の懸念を示している。保証金制度のこの側面は規制されておらずモニタリングも行わ

³⁵⁴This figure is drawn from three months of statistics, so may not be entirely accurate for any year:410 new detainees in December 2009, 340 in January 2010, and 380 in February 2010. This amounts to 58 per cent of the total received into Canada (total 1,945 over the same three month period). Annual statistics were not readily available.

³⁵⁵Interview, Dave Scott, TBP, May 2010.

³⁵⁶Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 26: Hamilton House, for example, reported that 99 per cent of its residents have complied with the full asylum procedure; Matthew House reported that only 3 out of 300 residents (or 1 per cent) disappeared over a five-year period; Sojourn House reported statistics of 3 asylum applicants out of 3,600 over a six-year period had disappeared from its premises and the asylum procedure.

れていないため、特定の個人や団体のケアのもとに放免された者の搾取や虐待につながることもありうるからである。移民が社会福祉の受領金を保証人に渡さなければならなかったケースが報告されている他、不潔で混雑しすぎた劣悪な状況で暮らしているケースが発見されている。言い換えれば、保証人制度は返済制度として機能することもあり、保証人が5人以上の「クライアント」を抱える等ケースによっては強奪に近いものにもなりうる。保証人から性的・物理的な暴行を受けたケースや売春を強要された女性のケースも浮上している。弁護士によるとこのような場合、クライアントは拘禁に戻されるリスクのために搾取や虐待について報告することを躊躇することが多い。しかし、このようなケースはTBPによる監督への移送に適しているという。皮肉なことに、カナダでは放免の条件について法的に争う権利は自動的に与えられておらず制度化もされていない。これは、特にコミュニティと「真の」関係をもたない者にとって、適切に管理された保証金制度に利点があることを示している。³⁵⁷

最後に、TBPの費用は非常に魅力的である。地方刑務所における拘禁が一日一人あたり平均179ドルかかるのに対し、TBPの費用は一日一人あたりたったの10ドルから12ドルである（カナダドル）。

4. コミュニティを基盤とする監督付放免またはケースマネジメント

このセクションでは、いわゆる「コミュニティによる監督」または「コミュニティベースのケースマネジメント」という拘禁の代替措置を扱う。3種類の代替措置がこのカテゴリーに入る。第一は、地域団体およびNGOが直接「監督」または「ケースマネジメント」を実施する場合である。オーストラリアおよび香港の例がある。第二は政府とNGOの共同プログラムがある場合であり、ハイブリッド協力型またはパートナーシップ型ということができる。オーストラリアに例がある。第三は政府による拘禁代替措置であり、個人は政府職員によって監督され、既存のまたは拡張された政府サービスを利用するものである。ベルギーおよびスコットランドに例がある。コミュニティへの放免はしばしば、当局への報告義務や保証金等、他の拘禁代替措置と共に行われる。

³⁵⁷Many bail/bond systems operate on the basis that having community links is an indicator in favour of appearance, yet it is not clear that there is evidence to support this assumption. The more crucial factor may be whether the individual has reached his or her preferred destination, which may or may not be related to family or pre-existing community ties; that s/he is within a procedure for asylum or is otherwise cooperating with the authorities regarding return; and is otherwise treated with dignity and humanity while these procedures are ongoing.

4.1 NGO 運営型

4.1.1 オーストラリア：「ブリッジング・ビザ」または一時的合法滞在ビザとコミュニティベースの監督および支援

オーストラリアの出入国管理制度の下では、非合法の外国人の拘禁は、当人がビザを取得するか（例えば難民の地位またはブリッジング・ビザでもよい）送還されるまで義務的である。³⁵⁸ よって個別ケースにおける拘禁の必要性や他の要素についてはまったく検討されない。³⁵⁹ この制度のもとでは、放免の唯一の可能性は当人に一時的に合法的地位を与えることにある。³⁶⁰ これは（例えば難民の地位のような）実質的ビザまたは自由裁量の「ブリッジング・ビザ」で行うことができる。³⁶¹ ブリッジング・ビザとは、実質的ビザを申請中の者または出国準備中の者に対して大臣の裁量により与えられる一時的ビザである。このビザは特定の期間ないし特定の事件発生までの間付与される。³⁶² ブリッジング・ビザの有効期間、当該個人はコミュニティで暮らすことができる。ブリッジング・ビザを有する者は推定5万6千人おり、³⁶³ そのほとんどは観光、学生、短期滞在等のビザで合法的にオーストラリアに入国し、以後なんらかの入管手続中の者である。³⁶⁴ つまり、当プログラムの主な受益者は、既に地域社会で暮らしていて不法残留（オーバーステイ）した等なんらかのビザの条件に違反した者である。ブリッジング・ビザを入管拘禁中の者に対して付与し、放免を可能にすることもできる。この対象者は主にオーストラリアから送還で

³⁵⁸Per s. 189(1), Migration Act 1958. Curiously, persons entering Australia via an ‘excised territory’ are regulated by s. 189(3) of the Migration Act, which provides that ‘If an officer knows or reasonably suspects that a person in an excised offshore place is an unlawful non-citizen, the officer *may* detain the person.’ It might appear that they are exempt from the mandatory detention policy that applies elsewhere, and could open up possibilities for litigation if no individual assessment is made.

³⁵⁹The Migration Act 1958 provides that any unauthorised entrant to Australia must be detained. Section 189(1) of the Act provides that if an officer knows or reasonably suspects that a person in the migration zone is an unlawful non-citizen – that is, a person who is not Australian and has no valid visa – the officer must detain the person. Detention lasts until a protection visa is granted or they are removed from Australia. As noted in Part B of this study, this system has been widely found to be in violation of the right to liberty under international law and in violation of Australia’s international legal obligations: see, *A v. Australia*; *C v. Australia*; *Bakhityari v. Australia*; etc.

³⁶⁰For more on the entire system of ‘bridging visas’, see The Parliament of the Commonwealth of Australia, *Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, Second Report of the inquiry into immigration detention in Australia, Joint Standing Committee on Migration, May 2009, Canberra, p.25.

³⁶¹Although their use has expanded in recent years, bridging visas have always been available under the Migration Act: Interview, DIAC, Melbourne, September 2010.

³⁶²For example, a bridging visa may cease when a substantial one is granted; or, for example, 28 days after withdrawal of a visa application, notification of a visa decision or notification of a merits review or judicial appeal outcome: *ibid.*

³⁶³*Ibid.*

³⁶⁴The Australian government confirms that only 10 per cent of ‘overstayers’ were detained in 2009-10: DIAC, Annual Report 2009-10, p.171, available at: <http://www.immi.gov.au/about/reports/annual/2009-10/pdf/diac-annual-report-2009-10-fullversion.pdf>.

きない者である。³⁶⁵

オーストラリアの制度は、二段階の処遇を生じる構造になっている。合法的に入国した後不法残留し、それからなんらかの入管手続を行う者は通常拘禁されないが、不法入国しようとする者（海または空経由の不法上陸者）は日常的に拘禁される。2009年5月現在、不法外国人の約15%が発見後拘禁されている。³⁶⁶この統計には、現在クリスマス島等でなんらかの形で拘禁されている5,000人超のボートピープル（子ども700人を含む）は含まれていない。³⁶⁷ブリッジング・ビザには様々な条件を付けることができる。³⁶⁸そのため他の管轄権内における保証金制度と性質は同様である。しかし、他の多くの国の保証金制度のもとで放免される者が領域内に合法的に滞在しているとは必ずしもみなされないのに対し、ブリッジング・ビザは一時的であるにせよ「合法的地位」を付与する点に違いがある。³⁶⁹他方、ブリッジング・ビザは独立した行政審査手続や司法手続を経ることなく完全な行政裁量により判断される点で、他の保証金制度とは異なる。これがオーストラリアの制度の最大の弱点であり、他の国ではこのような制度が人権の観点からの批判に耐えて存続する可能性は低いであろう。

ブリッジング・ビザには幾つかのクラスがありそれぞれ付随する権利が異なるが、この制度のすべてを説明することは本稿の範囲外である。³⁷⁰2008年7月1日から2008年12月31日までの間に付与されたブリッジング・ビザの平均期間はオーストラリア出国前の79日間である（難民認定手続中の者に関する同様の統計は入手できなかった）が、ブリッジング・ビザE（「送還準備」）の保有者の約40%は2年間以上この

³⁶⁵In fact, it was amid pressure from backbench Liberal members of parliament following the decision in *Al-Kateb*, which confirmed that his detention was lawful despite the fact that there was no reasonable prospect of his removal, that a group of such persons similarly situated were released from detention following the High Court decision. This group now benefits from the 'pending removal' bridging visa (these are essentially 'intractable' cases).

³⁶⁶*Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, p. 25.

³⁶⁷DIAC, *Immigration Detention Statistics Summary*, 22 October 2010.

³⁶⁸These conditions may include: a requirement to live at a specific address and to notify the authorities of a change of address; a requirement to pay the costs of detention or to make arrangements to do so (this is unique to Australia and, at least for asylum applicants, would amount to a double penalty in violation of Article 31, 1951 Convention); a requirement to lodge a security bond, generally between \$5,000 and \$50,000 AUD; a no work condition, or a restriction on working hours; a no study condition, or restrictions on study; restrictions on overseas travel: *Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, para. 2.49. Recently, there has been agreement that individuals on bridging visas may work, subject to an individual assessment, including whether they are cooperating with the authorities, which replaced the previous 45-day rule. This rule provided that an individual was not entitled to work if they had not registered their intention to apply for a lawful visa within 45 days of their arrival. Difficulties in exercising this right to work remain, including language barriers, the temporary (4-6 weeks) nature of the bridging visa, etc.

³⁶⁹They could be compared to 'temporary admission' visas in the UK, which are granted at the discretion of the Minister; however, persons on temporary admission visas are not considered to have entered the territory of the UK and so continue to be unlawfully present for the purposes of domestic law.

³⁷⁰See, instead, *Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*.

ビザを有し、約20%がオーストラリアに5年以上滞在していた。³⁷¹ブリッジング・ビザ制度の長期的懸念とは、多くの者、特に送還の可能性が極めて低いかまったくない者、あるいは難民認定申請の処理が遅滞していたり一時停止されていたりする者³⁷²にとっては、この制度はせいぜい一時的な法的地位であり、最悪の場合は不安定なまま長期化し、かついつでも取り上げられる可能性のある地位でしかないということである。³⁷³この制度のさらなる欠点は、ビザの付与が大臣の完全な裁量によることである。言い換えれば、拘禁から身柄を解放されるか（既に地域社会で暮らしている場合に）拘禁されない唯一の方法が裁量権によるものであり、再審査を求める権利を伴わないということである。さらに、オーストラリアの全件拘禁制度の下では拘禁の合法性に関する定期的な見直しがなされず（なぜなら拘禁自体が合法であると判断されるため。アル・カテブ事件参照。）、裁判所は身柄の解放を命令する力を持たない。³⁷⁴

ブリッジング・ビザとともに、オーストラリアでは政府資金による拘禁代替プログラムが二種類用意されている。ひとつは「難民認定申請者支援制度」(Asylum-Seeker Assistance Scheme、下記a)であり、資金は政府から出ているが運営は完全に市民社会にまかされている。もうひとつは「コミュニティ支援サポートプログラム」

(Community Assistance Support Programme、下記b)で、これは混合協力型またはパートナーシップ型であることが特徴である。これらは様々なNGOによって運営されているが、他にもこの二種類の基準からもれてしまう者のために補完的プログラムがいくつかある。本稿の調査においてはビクトリア州メルボルンのホッサム・ミッションを訪問した。

(a) 難民認定申請者支援制度 (Asylum-Seeker Assistance Scheme (ASAS))

³⁷¹*Ibid.*, p. 34.

³⁷²The Australian government has in the past, for example, suspended the processing of asylum applications of the East Timorese in the 1990s; and recently suspended asylum applications for Afghans and Sri Lankans: 'Australia Suspends Asylum Applications from Sri Lanka and Afghanistan', *Govmonitor*, 11 April 2010. The routine suspension of asylum applications is contrary to the spirit, if not the letter, of the 1951 Convention in so far as the Convention provides a scheme for the cessation of refugee status in Article 1C to which the government could have recourse at the relevant time. Suspending asylum applications for particular groups may also constitute an indirect form of discrimination and, in any event, does not relieve the government of due process obligations under international human rights law or as implied into the 1951 Convention once any suspension is lifted.

³⁷³It remains arguable, albeit not yet established, that prolonged lack of status with no ability to be returned could constitute inhuman or degrading treatment. At a minimum, Australia should review the claims of persons who have been on such visas for longer than 2 years and who cannot be removed. They may in due course qualify for some form of complementary protection visa under proposed legislation, which is currently under review by the government.

³⁷⁴See, criticism of this from the UN Human Rights Committee, *C v. Australia*, *supra*. In fact, there were at least 14 occasions in which the UN Human Rights Committee made adverse findings against Australia in immigration detention cases: Mr. Evans, Minister for Immigration and Citizenship, Australian Department of Immigration and Citizenship, *New Directions in Detention – Restoring Integrity to Australia's Immigration System*, Australian National University, Canberra, 29 July 2008.

この制度はオーストラリア国内の難民認定申請者であって地域社会で生活するためにブリッジング・ビザの発布を受けた者のうち、「特に弱い立場にある (vulnerable)」特定のグループを対象としている。このプログラムでは、生活費用の小遣い、基本的医療、医薬品の補助の他、拷問およびトラウマに関するカウンセリングが提供されている。これは「コミュニティ支援サポートプログラム」(4.2.1参照)ほど包括的ではなく資力審査がある。他の政府支援を受ける資格のある者、永住者と交際関係にある者(配偶者、保証人である婚約者、事実上の婚約者のいずれか)、第一次決定の待機期間が6ヶ月未満の者は不適格とされる。つまり、このプログラムは最初の庇護決定が6ヶ月以上遅滞した後にはじめて適用されるのである。

この基準の適用にはいくつかの例外がある。例えば保護者を伴わない未成年、高齢者、18歳未満の子どものいる家族、障害・病気または拷問の影響・トラウマのために働くことができない者は例外とされる。³⁷⁵実際、当プログラムの受益者の95%は、第一次決定の待機期間が6ヶ月未満であるものの例外として適格とされた者である。³⁷⁶当プログラムの支援は難民認定とともに、または不認定決定の通知から28日後に停止される。³⁷⁷難民上訴裁判所(Refugee Review Tribunal)に対し異議申し立てを行う者について支援の延長は可能であるが、控訴局の決定後は停止され、司法審査や大臣の裁量権行使を求める者には延長されない(ここでは他の、政府以外の資金による支援団体の参入により、支援のギャップが埋められている。下記ホッサム・ミッション参照)。³⁷⁸

オーストラリア赤十字社が主たる実施団体であり、(1990年代の東チモール難民等)長期のグループを含め、1992年以来当プログラムに関与している。当プログラムへの紹介は移民・市民権省(Department of Immigration and Citizenship (DIAC))や他団体経由で行われるか、または直接本人の連絡による(難民認定申請者全員に対し、書簡により当プログラムに関する通知が行われている)。³⁷⁹2009-2010年度の新規ケース数は1797件で、1464件のケースが同期間内に処理された。³⁸⁰オーストラリア赤十字社によると、本プログラムからの逃亡率は「ごくわずか」とのことである。³⁸¹逃亡率の低さの理由としては、本プログラムの支援の側面、また多くの参加者が自分でプログラムに連絡してきたということが挙げられる。

³⁷⁵*Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, p. 38-39.

³⁷⁶*Ibid.*

³⁷⁷*Ibid.*

³⁷⁸Interview, Australian Red Cross, Melbourne, September 2010.

³⁷⁹Interview, Australian Red Cross, Melbourne, September 2010.

³⁸⁰Australian Red Cross, Annual Program Analysis FY2009-2010, Migration Support Programs, November 2010. There was no breakdown of how the closed cases had been resolved.

³⁸¹Interview, ARC, Melbourne, September 2010. No statistics were accessible at the date of writing.

(b) ホッサム・ミッション(Hotham Mission)

政府資金による拘禁代替プログラムの存在にもかかわらず、支援および監督の網からもれてしまう者はまだ大勢いる。正式の拘禁代替プログラムの実施団体はオーストラリア赤十字社のみである。これに対しホッサム・ミッションは、正規のプログラムではカバーされない者のためのプログラムを運営している多くの非政府組織のひとつである。ホッサム・ミッションは「コミュニティ支援サポートプログラム」(下記参照)を模したものであるが、右プログラムの支援を受ける資格のない者を対象とする。DIACと緊密に協力はするがDIACから独立しているため、「独立のケースマネジメント型」と評される。ミッションの主目的のひとつは、地域社会における難民認定申請者の窮乏を回避することであり、これはオーストラリア国内で深刻な問題となってきた。³⁸²

ホッサム・ミッションのスタッフはDIACでのインタビューやミーティングの際にクライアントに付き添い、入管関連のアドバイス、住居探しの支援、他のサービスへのリファール等を行う。現在220-250人のクライアントを支援している。5人の「ケースマネジャー」が、それぞれ25-30人のクライアントを受け持っている。クライアントに他の収入援助がまったくない場合、ホッサム・ミッションは一人につき毎週33ドルの小遣いを提供する。ミッションには自前の住宅があるが(20軒)、これではニーズをカバーするには不十分と考えられている。³⁸³オーストラリアの住宅不足はこれらのプログラムを機能させるにあたっての現実的なジレンマとして、いくつかの組織により指摘されている。「逃亡」率は非常に低く、前年度中にホッサム・ミッションのプログラムへの参加をやめた者は1ケースしかなかった。ホッサム・ミッションが指摘するように、これは任意のプログラムであるため「逃亡」という用語は正確でなく、「逃亡」というよりもプログラムへの参加をやめたかどうかの問題である。これは、入管当局との連絡を維持したかどうかとは切り離して考えるべき問題であり、この点についての統計は入手不可能であった。正式の拘禁代替プログラムが対処するのは全体のニーズのごく一部でしかないため、ホッサム・ミッションのような団体がこれらのサービスを提供し続けている。

4.1.2 香港:コミュニティからのサポートと本人の誓約書をもとにした放免

香港における拘禁政策の適法性を疑わせる一連のさまざまな決定から生じた圧力にさらされ³⁸⁴、香港政府は2008年に拘禁政策を改め、拘禁するという決定はすべて、

³⁸²Hotham Mission Asylum Seeker Project, *Australia's Hidden Homeless: Community-based Approaches to Asylum Seeker Homelessness*, August 2010.

³⁸³Interview, Hotham Mission, Melbourne, September 2010.

³⁸⁴ Several of these cases were highlighted in Part B. Others include *Tan Te Lam v. Tai A Chau Detention Centre* [1997] AC 97 (PC), which involved the detention of Vietnamese asylum seekers of Chinese ethnic origin who had

個別事案の具体的事情に基づいてなされなければならないと示唆した。この新政策のもと、難民認定申請者や拷問されたと主張する者の大多数は既に放免され、今も放免されつつある。³⁸⁵ 拘禁期間の上限は設けられていないものの、平均拘禁期間はおおよそ14日間といわれている。³⁸⁶

放免された難民認定申請者および拷問されたと主張する申請者は、「誓約書」を渡される。これには、最寄りの入国管理所に出頭することや保証金の支払いなど、いくつかの条件を付すことができる。「誓約書」は通常、6週間から8週間の期間について発行され、延長のために定期的に出頭する必要性を動機づける。しかしながら、「誓約書」は申請者に法的な地位を与えるものではない。香港の法律の趣旨においては、彼らは「退去を待つ間拘禁され」続けているが、拘禁所に代わる場所（つまり、コミュニティ内）に居住していることになる。

このような放免制度は、政府の資金提供を受け、（NGOである）「国際社会サービス」（International Social Service、以下ISS）が運営する支援サービスにより補完されている。香港政府は難民認定申請者に対する政府の責任の有無を争っているが、³⁸⁷ 難民認定申請者は政府とISSが運営している支援サービスにより引き受けられている。サービスの対象として含まれているのは、宿泊先探し、食料その他の物品の配布、交通費の払い戻しおよびカウンセリングである。支援は「現物」で提供されるので、交通費の払い戻し以外は金銭の授受がなされることはない。難民認定申請者は大規模なセンターではなく、コミュニティ内に滞在先を得る。就労の権利はない。ISSは5,526人のクライアントを支援しており、これはおそらく世界の中でも最も広範に実施されている拘禁代替措置のプログラムであろう。

been refused refugee status but who could not be removed to Vietnam since the Vietnamese Government would not readmit those it did not consider to be Vietnamese nationals. The Privy Council held that if such removal could not be accomplished within a reasonable time period, then further detention was unlawful. In 1996, the Privy Council reversed a decision by the Court of Appeal and determined, in *Nguyen Tuan Cuong and Others and Director of Immigration and Others* [1996] 423 HKCU 1, that the Director of Immigration had not upheld his statutory duty under Part IIIA of the Immigration Ordinance by refusing to screen Vietnamese migrants who had arrived in Hong Kong from southern China. Taken from K. Loper, 'Human Rights, *Non-Refoulement*, and the Protection of Refugees in Hong Kong' (2010) 22(3) *International Journal of Refugee Law* 404-39.

³⁸⁵ Hong Kong operates a two-tiered system in which persons can apply for asylum (and will be assessed by UNHCR, as Hong Kong is not a party to the 1951 Convention) or they can apply not to be returned owing to a fear of torture (Hong Kong is a party to the UN Convention against Torture and is thus responsible for processing these claims). On the Hong Kong system, see Loper, *ibid*.

³⁸⁶ Interview, UNHCR, September 2010. Many individuals are still subject to detention for criminal offences as well as some immigration offences, although the latter has been challenged: see, *Mohammad Rahman v. HKSAR*, (2010) 13 HKCFAR 20, FACC 9/2009, 11-Feb-10. For more on the Hong Kong detention system, see http://www.immd.gov.hk/a_report_08-09/eng/ch4/index.htm.

³⁸⁷ The question of whether Hong Kong, a non-state-party to the 1951 Convention and the 1967 Protocol, has responsibility over asylum-seekers by virtue of the customary international law principle of *non-refoulement* is currently before the courts: *C v. Director of Immigration* [2008] HKCU 256 on appeal.

ISSは大変よく組織されたNGOで、事案のさまざまな側面について専門的知識のあるスタッフを擁する。個別のケースマネジャーが各難民認定申請者のニーズを評価し確定する。ISSは、ケースワーカー一人あたり135人のクライアントを基本として運営することを目指している。ただし、現在の比率は1対200クライアントである。ISSは38人のケースワーカーを雇用している。³⁸⁸ISSは、九龍(Kowloon)に2か所、新界(New Territories)に1か所ある3か所のオフィスを拠点に活動している。調査対象となったその他のケースマネジメントモデルの一部と同様に、ISSと難民認定申請者との間で、双方の権利義務について規定した契約書が締結され、この契約書は毎月更新される。食料の受け取りに2度現れなかった場合、契約は解除される。申請者が現れない場合でも、ISSと政府の間で何らかの正式な報告がなされるわけではないが、月次の統計で食料その他の物品の受取りが減少したことが明らかになる。政府の報告によると、逃亡率は約3パーセントと非常に低い。³⁸⁹

このプログラムのコストは、一人一日当たり108香港ドルである。このうち85パーセントが直接的なサービスのコスト、15パーセントが運営費である。比較可能な入国管理当局による拘禁のコストは入手できなかったが、はるかに高いと推計される。

放免制度とともに、政府は「拡充された行政審査」(enhanced administrative screening)と呼ばれる制度を設け、手続的な規制を課した。この制度のもと、現在、政府は「当番弁護士」サービスを運用し、支払い能力がない者に対して法的扶助を提供している。³⁹⁰香港における問題点の一つは、拷問の被害申請の処理が遅いことであり、事実、2010年には、未解決の事案が6,600件あり、毎月推計120件(2009年の毎月約300件からは減少)の新規事案が追加されている。³⁹¹事実、300人もの当番弁護士をもってしても、滞留事案の処理には8年から10年かかるだろうとの憶測がある。難民認定申請の手続にかかる期間も長く、処理にかかる平均期間は8ヶ月から12カ月であり、³⁹²一方で同伴されない未成年者の場合、決定まで待つ期間は5-6カ月である。³⁹³

³⁸⁸ISS, Interview, September 2010.

³⁸⁹Interview, Security Bureau, Hong Kong Government, May 2010. They reported that about 100 out of 3000 persons abscond.

³⁹⁰*FB v. Director of Immigration* [2007] HCAL 51/2007, 5 December 2008.

³⁹¹*Ibid.*

³⁹²Information supplied by UNHCR Hong Kong, 18 November 2010.

³⁹³Interviews, non-governmental organisations, Hong Kong, September 2010.

4.2 政府と NGO 混合の協力型またはパートナーシップ型

4.2.1 オーストラリア: コミュニティ支援サポートプログラム (Community Assistance Support Programme (以下 CASP))

[前身はコミュニティケア・パイロット事業 (Community Care Pilot)]

オーストラリアで運営されているASASプログラムの他に、医療や福祉の支援と援助を特定のニーズを持つ者（または「例外的な」もしくは「脆弱な」事案）に提供するため、コミュニティケア・パイロット事業 (Community Care Pilot、以下CCP) が2005年に導入された。³⁹⁴パイロット事業の背後にある理論的根拠は、申請者を公正に取り扱えば、彼らが入国管理プロセスに関わりを持つ可能性が高まり、事案の解決がより効率的にできるというものである。³⁹⁵このプログラムには4つの「指針となる原則」がある。クライアントとの公正かつ合理的なやりとり、クライアントに対する注意義務(duty of care)、十分な情報に基づく行政側およびクライアント側の意思決定、そして適時に入管関連の審査結果を出すことである。³⁹⁶プログラムが強調しているのは「ケースマネジメント」で、DIAC「ケースマネジャー」の個別ケースへの割り当てを意味する。ケースマネジャーは担当する者のファイルについて責任を負う。これにはあらゆる入管関連の審査結果に対する支援と準備や、社会福祉の問題が含まれる。³⁹⁷プログラムの他の三つの参加機関、すなわち、医療や福祉についての責任を委ねられているオーストラリア赤十字社、扶助を受ける資格がある場合は法的サービス提供者、および/またはカウンセリングや自主的帰還支援 (assisted voluntary return (AVR))のための国際移住機構(IOM)のうちの一者への紹介が含まれる場合もある。

プログラムへの参加は、「脆弱性(vulnerability)」を主とした参加資格に関する判断基準に基づいている。³⁹⁸脆弱でない者(non-vulnerable persons)は、代わりにコミュニ

³⁹⁴Australian Government, Department of Immigration and Citizenship, Fact Sheet 64 – Community Assistance Support program, 30 September 2009.

³⁹⁵Interview, DIAC, Melbourne, September 2010.

³⁹⁶International Detention Coalition, email exchange, December 2010.

³⁹⁷In some ways, the assignment of a ‘case manager’ is not unlike the United Kingdom’s ‘new asylum model’ (NAM) in which the Home Office assigns a ‘case owner’ who is responsible for dealing with all aspects of their case from initial interview to final integration or removal. The NAM was introduced in 2007. The difference is that the ‘case manager’ in the UK has been limited to the refugee status determination process and later integration or removal; rather than related necessarily to other needs or services. Furthermore, case owners are assigned for those inside and outside detention: see, Immigration Law Practitioners’ Association, Information Sheet: New Asylum Model, 5 Mar. 2007.

³⁹⁸Eligible persons will generally indicate one or more of the following ‘vulnerabilities’: living with the effects of torture and trauma; experiencing significant mental health issues; living with serious medical conditions; incapable of independently supporting themselves in the community (for example, if elderly, frail, mentally ill, disabled); facing serious family difficulties, including child abuse, domestic violence, serious relationship issues, child behavioural problems; suicidal: Australian Government, Department of Immigration and Citizenship, Fact Sheet 64

ティ地位解決サービス (Community Status Resolution Service。以下の「補完的措置」で詳述)への参加資格を有する。このプログラムは、コミュニティへの統合を援助するための移行支援として、難民と認定された者で入管拘禁施設から放免された者にも適用される。³⁹⁹重要なことに、オーストラリア赤十字社(ARC)やその他の参加機関は、申請の認定・不認定について何ら役割を持たない。ARCは常習的に出頭を怠る者については報告するが、「彼らを追いかける」ことはしない、と述べた(それは政府の法執行機関の役割だと考えられている)。⁴⁰⁰パイロット事業はビクトリア、ニューサウスウェールズ、およびクイーンズランドで行われ、⁴⁰¹現在はプログラムとして受け入れられている。

プログラムへの参加は任意である。⁴⁰²プログラムは、支援内容を適合させるための参加者のニーズと状況の評価から構成される。支援内容は以下のすべてまたはその中のいくつかを含みうる。

- 基礎的な生活費についての援助
- 適切な滞在先を探すための支援。ARCが滞在先の適切さを検証し、定期的な抜き打ち検査を行う。支援対象者がその後、賃料の支払いに責任を持つ。
- 必要な医療と医療費
- カウンセリング
- 基礎的な医療上のまたは福祉上のニーズを満たすためのその他の支援。危機対応または緊急入院・救急車の費用のような「一度限りの」援助を提供できるよう、緊急事態準備基金(emergency fund)が使えるようになっている。

⁴⁰³

2006年5月から2008年6月30日までの期間中、パイロット事業は746名をさまざまな形で支援した。パイロット事業で最も多かったのは、中国人、スリランカ人、フィジー人、インドネシア人、インド人、およびレバノン人だった。⁴⁰⁴上述したプログラムの参加資格を現在有する者の数より、このような支援を必要としている者の数の方がはるかに多いことが、証拠により示唆されている。2009-10年度において、このプログラムは184件に対応した。うち、102件は同じ報告期間内に解決済み(closed)となった。解決済み案件のうち、38パーセントはビザが交付され、8パーセントは自発的に出国し、クライアント1名が非自発的に退去させられた(involuntarily

– Community Assistance Support program, 30 September 2009.

³⁹⁹*Ibid.*

⁴⁰⁰Interview, Australian Red Cross, Melbourne, September 2010. According to the ARC, this has caused some concerns relating to one of its key founding principles, confidentiality, but has overall been seen as a necessary component of the program.

⁴⁰¹*Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, p. 36.

⁴⁰²DIAC, Fact Sheet 64 – Community Assistance Support program, 30 September 2009.

⁴⁰³*Ibid.*

⁴⁰⁴*Immigration Detention in Australia: Community-based Alternatives to Detention*, p. 37.

removed)。⁴⁰⁵

CCPは3年間で94パーセントの順守率をもたらした。⁴⁰⁶2009-10年において、これらのプログラムにより直接支援されていない者も含め、なんらかの形でブリッジング・ビザを与えられたすべての者についてみると、順守率は「約90パーセント」だった。⁴⁰⁷さらに、ビザを得る資格がないとされた者のうち67パーセントが、拘禁という強制的な手段に頼るまでもなく、自発的にオーストラリアを出国した。⁴⁰⁸国際拘禁連盟（International Detention Coalition、以下IDC）によると、「ケースマネジメント」プログラムの2つの不可欠な特色は、早期介入と個別のニーズ評価である。⁴⁰⁹オーストラリア政府は画一的な強制モデル(enforcement model)から、個別のケースマネジメント・リスクマネジメントモデルに移行した。それが成功しているのは明白である。⁴¹⁰IDCは「ケースマネジメント」モデルを次のように説明している。

ケースマネジメントとは、包括的で連携のとれたサービス提供のアプローチで、対人援助を行う専門分野において、複雑で多様なニーズがあるクライアントに対してケアの継続性を実現する方法として幅広く活用されている。ケースマネジメントは、「組織」ではなく「クライアント」がきっかけとなってサービスが提供されることを担保し、個別化されて柔軟な、強みをベースにしたケアのモデルを必要とする。ケースマネジャーは、多くの場合ソーシャルワーカーや福祉の専門職でありながら、同時にケースマネジメントのアプローチが使われている特定のセクターにおいてスキルと経験を持っている人たちでもある。⁴¹¹

ケースマネジメントのプロセスには3つの段階がある。最初のニーズ評価、それらのニーズを満たすための計画策定、そして継続的なモニタリングと関与である。⁴¹²政府の立場からすれば、ケースマネジメントはコミュニティの中で移住を管理する手段となる。尊厳をもって申請者に接し、最低限の支援と援助を保証する一方で、自発的な帰還を促す。プログラムは早期介入原則に基づいており、送還だけでなく、

⁴⁰⁵ARC, Annual Program Analysis FY2009-10, p. 13. There was no further explanation of what happened to the remaining closed cases.

⁴⁰⁶International Detention Coalition, *Care Management as an Alternative to Immigration Detention: The Australian Experience*, June 2009, at p. 1, available at: <http://idcoalition.org/wpcontent/uploads/2009/06/casemanagementinaustralia.pdf>.

⁴⁰⁷DIAC, Annual Report 2009-10, p. 171.

⁴⁰⁸IDC, *Case Management as an Alternative to Immigration Detention: The Australian Experience*.

⁴⁰⁹*Ibid.*

⁴¹⁰*Ibid.*

⁴¹¹IDC, *Case Management: the Australian Experience*, p. 4.

⁴¹²*Ibid.*

すべての起こりうる結果が提示される。このようなアプローチは自発的な帰還の助けとなることが判明している。これは（4.3.1項で詳述されている）ベルギーの経験と異なるものではない。

多くの面において、オーストラリアのプログラムは、子どものいる家族をシェアードハウス(shared housing)に放免するスウェーデンのモデルに基づいているが、⁴¹³その他の多くの諸国も類似のマネジメント体制を運用していることが知られている。⁴¹⁴その他の「ケースマネジメント」モデルも非常に高い順守率（および協力率）という意味で同様の成功率を有している。⁴¹⁵

4.3 政府運営型

4.3.1 ベルギーの「リターンハウス」⁴¹⁶

2008年10月、ベルギーは2つの「リターンハウス」を設置した。ベルギーでの在留権を持たない、未成年の子どもがいる家族の帰還を、拘禁という強制的な手段に頼ることなく促すことを目的としている。これらの事案の多くは、在留許可証(documentation)の不存在を理由とする警察による逮捕を介して、または難民認定申請手続で採りうる手段を尽くした後の終局的なベルギーからの退去命令書の期限経過によりAliens Officeを介して、または、ダブリン規則による手続(Dublin II-procedures)の文脈においてベルギーを出国する命令書の送達後に、当局の知るところとなる。⁴¹⁷送還のみに絞られていた焦点は、後に、家族が適法に滞在し続ける

⁴¹³IDC, *Case Management: The Australian Experience*.

⁴¹⁴E.g. see Belgium below. IDC also mentions, inter alia, the UK's Milibank Alternative to Detention Project and the New Asylum Model, and the Vera Institute in the US: IDC, *Case Management: The Australian Experience*, at p. 5.

⁴¹⁵The Vera Institute of Justice, for example, had a 93 per cent appearance rate: Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, Annex on United States. See, Table 1.

⁴¹⁶Note that Belgium also operates two 'Observation and Orientation Centres' for unaccompanied and separated children in which they are provided with specialised care, maintenance, education and assessment in an open centre for the first 15 days of their stay before being transferred to a reception centre and other local places with appropriate facilities for minors. However, due to a shortage of places, at the end of April 2010, 134 minors were still accommodated together with unrelated adults: *Arrêté royal du 9 Avril 2007 déterminant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux centres d'observation et d'orientation pour les mineurs étrangers non accompagnés*, Official State Gazette, 7 May 2009. In addition, there have been recent discussions in parliament on extending the non-detention philosophy to families with children in an irregular situation (proposed new Article 74/9 of the *Aliens Act*). Discussions in parliament are ongoing based on proposals of law introduced in 2007-2008 by the Flemish Christian Democrats. Pointedly there is no clear prohibition on the detention of unaccompanied minors. Rather, it is merely stated in the Belgian law on reception that unaccompanied minors are to be housed in an 'Observation and Orientation Centre', but no principle of non-detention as such is explicit in the law.

⁴¹⁷Interview, Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010.

手段があるかどうかの調査を含むように改定された。⁴¹⁸直観に反することでありオーストラリアでの調査結果と同様であるが、在留のためのすべての法的手段を調査するという、より包括的な(holistic)アプローチは、自発的に帰還する家族の数を増やすという結果をもたらした。⁴¹⁹逃亡する家族の数を減少させるという結果ももたしている。「コーチ」によると、このような結果になったのは、家族が「(自分たちの声を)聞いてもらえたと感じた」ことによる。⁴²⁰

2009年10月にはプログラムは拡大され、国境に到着した子ども連れの難民認定申請者の家族も対象として含まれるようになった。通常は、そしてほぼ例外なく、国境における難民認定申請者は難民認定手続の進行中、トランジットセンター(センター127)に拘禁される。法律には2ヶ月間という拘禁期間の上限が含まれており、庇護申請がなお処理中である場合は放免を命令しなければならないとされている。庇護申請が不認定となった場合、拘禁期間は2カ月に加えて更に1カ月(2+1)延長される。⁴²¹このいわゆる5か月の期間制限は、出国を拒む者に対してはしばしば軽んじられ(flouted)、再拘禁が命令されると、期間の始期が再設定されていると報告されている。⁴²²UNHCRは2009年のベルギーにおける全被拘禁者の約30パーセントが難民認定申請者であると計算した。⁴²³「リターンハウス」に移送される「越境家族」(border case families)のほとんどは国境到着時に難民認定申請をしており、⁴²⁴このうち、最新の数字によると約50%がその後難民認定を受けている。⁴²⁵この数字を、ベルギー全体の平均的な難民認定率である26.85パーセントと比較されたい。⁴²⁶

ベルギーの法律の趣旨においては、「リターンハウス」に滞在している家族はなお「拘禁されている」。⁴²⁷しかし、現実には彼らは自由に出入りできる。毎晩電話に

⁴¹⁸This was partly driven by the realisation by the coaching staff that some of the families had not applied for regularisation under various ad hoc schemes, yet would have benefited from such schemes: Interview, Coaching Staff, Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010.

⁴¹⁹Initially when the focus was purely on return, only 10 per cent of families returned voluntarily. After this was expanded to include advice in relation to all possible avenues for stay, the return rate increased to 30 per cent: Interview, Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010.

⁴²⁰Interview, Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010.

⁴²¹See, Comité Belge d'aide aux réfugiés (BCAR), *Fiche d'aide juridique*, 6 August 2009, available at: <http://www.cbar-bchv.be/InformationJuridique/NotesJuridique/Detention&Vulnerabilite.pdf>.

⁴²²This is likely to amount to indefinite and therefore unlawful detention as the time limits become meaningless: see Part B of this study.

⁴²³Communication with UNHCR Belgium, November 2010.

⁴²⁴Of the other 11 cases in which there was a decision 5 obtained protection status and 6 were rejected: Verbauwheide, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, a discussion paper for EU Asylum Conference 13-14 September 2010, p. 4.

⁴²⁵Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010 (note that these are not official statistics).

⁴²⁶UNHCR, statistics for 2009 (note that this figure does not include the rate of acceptance for subsidiary protection).

⁴²⁷This is not dissimilar to Australia's 'community detention' in which persons are released into the community but are considered 'detained' for legal purposes: see, *Immigration Detention in Australia: Community-based*

よる呼び出しに備えている(on call)「コーチ」(以下で詳述)一人を除き、リターンハウスは24時間警備されているわけではないが、夜10時から朝の8時までは外出禁止となっている。リターンハウスに滞在している者のカテゴリーのうち3つ目は、ダブリン規則の適用がある事案である。

ベルギーには、ズルテ(Zulte)、テュビーズ(Tubize)、シント=ギッリス=ワース(Sint-Gillis-Waas)に3つの「リターンハウス」がある。拘禁力は、テュビーズの集合住宅に6戸、ズルテにハウス3棟、シント=ギッリス=ワースに5棟である。したがって拘禁力は限られているが、拡張計画が内部で検討されている。⁴²⁸ (リターン)ハウスはコミュニティ内にあり、国が提供し維持管理している集合住宅内にある。⁴²⁹

退去処分を待っている家族からすれば、「リターンハウス」は退去前の拘禁の代替措置と考えてよいだろう。国家は、家族の送還が合理的に予見可能であれば、彼らを拘禁する権限を有している。⁴³⁰しかし、難民認定申請をしている家族にとって、リターンハウスは拘禁の代替措置として機能しているだろうか？これらの家族の多くは無条件で放免されるべきか、もしくは無条件で放免されうる状況にあり、そうでなければベルギーで運用されているオープンな受入れセンターに滞在すべきところ、リターンハウスは単に別の宿泊(または管理)施設として利用されているだけなのだろうか？ベルギーに不法にまたは適法に入国した難民認定申請者で(後発性の難民認定申請)、たとえばコミュニティ内で発見された者は、一般的に拘禁されず、代わりにオープンな宿泊センターに滞在先を得るのが通常である。

ベルギーの「リターンハウス」の「ケースマネジメント」モデルの主要目的は、「家族に対し、帰還であれ在留であれ、すべての起こりうる入管審査の結果に向け準備させること」である。⁴³¹ベルギーのケースマネジメントモデルは、市民社会のグル

Alternatives to Detention, p. 24.

⁴²⁸Since September 2010, the project was extended to 5 housing units in St. Gillis-Waas (Flanders). In Dentergem (near Zulte), 3 more units have been identified, but for now, there does not seem to be any prospect these will be used due to administrative problems: Information, Belgium NGO, November 2010.

⁴²⁹According to a recent report, the right to freedom of movement is subject to specific rules: for example, they are entitled to visit their lawyer, take their children to school, buy groceries and participate in religious celebrations: Verbauwhede, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, a discussion paper for EU Asylum Conference 13-14 September 2010, p. 2. During my visit to the return houses, any rules that did exist operated in a very informal manner, in which almost complete freedom of movement was enjoyed by the families. There was no formal reporting to the office, for example, when persons were leaving the centre for daily activities, and there were no daily checks that families were still in their apartments: Interview, Return House staff, 7 June 2010.

⁴³⁰See, Part B of this study.

⁴³¹Verbauwhede, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, a discussion paper for EU Asylum Conference 13-14 September 2010, p. 5. Initially the approach was merely to focus on returns, however, it was felt that better cooperation with the families would be ensured if it was a holistic approach to their situation. While some of the families have been permitted to remain under regularisation exercises, it does beg the

ープに委託されているのではなく、政府により管理・運営されているので、オーストラリアおよび香港のコミュニティに根差した代替措置とは区別される。この違いが、オーストラリアおよび香港の順守率に比べ、ベルギーの数字が低いことの要因でありうるだろう。少なくとも更なる調査が求められる。たとえば、政府運営型モデルの距離感のなさがプログラムの参加者に疑念を抱かせると憶測することもできよう。

リターンハウスの特色である「ケースマネジメント」には献身的な「コーチ」陣が必要である。彼らはリターンハウスに常駐し(on-site)、家族に対し退去プロセスを説明したり、在留するための潜在的な法的手段がないかどうか検討したり、ハウスの監督をしたり、物品その他を配布したり、ハウスのルールを説明したり、弁護士はもちろん入国管理当局、医療従事者など、関係者との面談の予約をとったりする。家族に対してさまざまな自主帰還パッケージに関する説明を行うIOMとの予約もとる。家族は、1世帯あたり1週間分の手当て(allowance)を受け取り、食料品以外の様々な物品、たとえば衛生用品、ベビー用品、掃除用具などはリターンハウスで提供される。家族とコーチは、お互いの尊重と、ハウスの規則に従うことに基づいた「条件付き自由」の考え方に基づく「信頼の契約(contrat de confiance)」を締結する。コーチは入国管理局(Immigration Office)に雇用されており政府から独立していないものの、家族からの信頼を得ることに成功したとしている。コーチは、家族がプロセスに対して協力するか逃亡するかは最初の24時間以内に分かる、と示唆している。⁴³²家族がハウスから行方不明になった場合、コーチは入管当局に報告する義務を負っている。

未成年の子ども連れの家族を拘禁させないようにしたベルギーのリターンハウスの試みは、称賛されるべきである。しかしながら、一部の家族はそもそもこのプログラムの下におかれるべきではないのでは、という疑問を生じさせるものでもある。30パーセントの家族がベルギーに在留するその他の法的手段を見つけたという事実は、ベルギーの移民制度の状況に関する疑問を呈する。なぜ、これほど遅い段階になって初めて、ベルギーに適法に在留する様々な方法について家族が知ることになったのか？なぜ、退去命令が発せられた後になってからのみ、または家族がベルギーで警察に保護されて(picked up)からのみ、このレベルのカウンセリングが行われているのか？これは、難民認定申請手続全体における、より早期の介入と法的アドバイスへのアクセスを中心にしたより包括的なアプローチの必要性を示している(以下の「補完的措置」を参照)。

question about the nature of procedures up to this point if 33 of the 106 families (i.e., 31 per cent) who have passed through the houses have been given permission to remain, either permanently or temporarily, including on medical grounds, new asylum claims, temporary non-removable grounds, court decision, or refugee/subsidiary status.

⁴³²Interview, Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010.

一方でオーストラリアと香港のアプローチ、他方でベルギーの「リターンハウス」のアプローチがあるが、両者の主たる違いの一つは、後者の場合、コミュニティまたは民間の住宅セクターに家族を組み込む代わりに、特別に指定された住居が提供されている点である。政府は「リターンハウス」は「通常的生活からの離脱(break)」を意味し、家族に帰還のための準備をさせる手助けをするものである（「家族の退去処分について、我々が本気であることは彼らも分かっている」⁴³³）との見方に動機づけられているものの、これが真実その通りであると証明する何らかの証拠が既にあるかどうかは明らかではない。

特に子どもが就学している場合、（時には受入れ施設から）家族を移動させるという余分な日常生活の断絶を家族に強いるよりも、そして特にそのために余分なコストをかけるよりも、「コーチング」サービスをより早い時期に、コミュニティ内で又はオープンな受入れセンターで、提供できないものかという疑問が生じる。⁴³⁴ベルギーには、拘禁されずに赤十字や州(state)、地域の取組みもしくはその他のNGOが運営する様々な宿泊センターにいる難民認定申請中の家族が数多くいる。⁴³⁵何を根拠に、ベルギーにおいてこのような2段階の制度が正当とされるのか明らかでない。難民認定を申請する家族の身元が確認でき次第、「リターンハウス」に送る代わりにこれらのオープンな宿泊施設に移すこともできよう。⁴³⁶フレミッシュ・レフュジー・アクション(Flemish Refugee Action)とその他9つのベルギーのNGOも、リターンハウスは、適法な在留と帰還についてのカウンセリングという、より広範な政策の一部である必要があり、このようなカウンセリングは難民認定申請手続の開始時または当局との最初の接触時に始められるべきであると勧告している。これは、コーチングを他の受入れ施設および/または拘禁施設で行いうることを意味するだろう。⁴³⁷

拘禁と異なることなく、退去処分が予定されている家族の居所が当局に知られ、理屈の上では彼らは退去処分を受けられる状態にあることを確かに意味する。しかし、特に自発的に帰還する家族については、これは定期的な住所の報告を課すことでも達成できるであろう。

⁴³³Interview, Coaching Staff, Tubize, Belgium, 7 June 2010.

⁴³⁴In the Belgian context, coaching in the earlier phases would not then be performed by the Immigration Office (since it would not yet be in the phase of forced removal), but by Fedasil, which is responsible for reception and social assistance to asylum seekers during their procedure, and for voluntary return after their procedure.

⁴³⁵None of these accommodation centres were visited. N. Chmelickova (ed.), *Survey of Alternatives to Detention of Asylum Seekers in EU Member States*, 2006, available at: <http://www.detention-in-europe.org/>.

⁴³⁶One advantage of the 'return houses' for asylum applicants appears to be the higher rate of asylum success (as noted in the text above). This might be due to special guidance ('coaching') on how to navigate the asylum process and appointments made with lawyers.

⁴³⁷Flemish Refugee Action and nine other NGOs, *An Alternative to Detention of Families with Children: Review of One Year of Operation*, December 2009.

リターンハウスにおける平均滞在期間は21.4日である。難民認定申請が審理される期間はベルギーでは通常6ヶ月から8カ月なので、難民認定申請中の家族も含めると、この日数は長くなりうる。⁴³⁸もっとも、リターンハウスに滞在している間に難民と認定された難民認定申請家族の難民認定までにかかった平均期間は、実際、24日間であった。しかしながら、これは「例外的に速い」とされており、異議申立てがなされるとさらに長くなる。⁴³⁹繰り返すが、このような家族が広くコミュニティに滞在しうるようにできないものか、疑問が生じる。この意味で、「リターンハウス」は「指定住居」(“designated residence”)の一形態として機能している。

2年近くの期間(2008年10月1日から2010年9月2日まで)、189人の未成年の子どものいる106家族がリターンハウスに滞在した。同じ期間内にリターンハウスを退出した99家族のうち、46家族(46%)が出身国に戻ったか第三国に移送され、⁴⁴⁰19家族(19%)が失踪し、33家族(33%)が様々な理由でコミュニティに放免され、⁴⁴¹子ども1人が未成年者のためのオープンなセンターに放免された。⁴⁴²2010年6月18日時点で、その日までにリターンハウスを退出した90件のうち、44件(39%)が不法滞在または当初からのグループの一部で、30件(33%)はダブリン規則による手続中で、16件(18%)は国境で難民認定申請を行ったケースだった。⁴⁴³

4.3.2 グラスゴー：「家族帰還プロジェクト」

英国では難民認定申請者の大多数は拘禁されていないものの、多くが初期の段階における身元確認またはセキュリティ・チェックのため、⁴⁴⁴あるいは迅速手続の間、拘禁されている。2010年の途中までは、毎年推定2,000人の子どもたちが入管目的で拘禁されていた。⁴⁴⁵子どもの拘禁停止への連立政権のコミットメントにより、トランジット中の子どもを除くすべての子どもが身柄を解放されたと報告されている。⁴⁴⁶また英国では拘禁は通常送還業務の一部となってきたが、⁴⁴⁷最近の報告書による

⁴³⁸Information, Belgium NGO, November 2010.

⁴³⁹Information, Belgium NGO, November 2010.

⁴⁴⁰Of these, 15 returned with the support of IOM; 18 Dublin II cases; 1 transferred on the basis of abilateral agreement; 5 ‘forced’ removals; and 7 border cases refusals: Verbauwhede, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, p. 3.

⁴⁴¹The reasons included regularization, medical grounds, new asylum claim, temporary non-removable status, court decision, refugee/subsidiary status: Verbauwhede, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, p. 3.

⁴⁴²This was because it was established that the child was not related to the adult who was accompanying the child: Verbauwhede, *Alternatives to Detention for Families with Minor Children – The Belgian Approach*, p. 3.

⁴⁴³Information, Belgium NGO, November 2010.

⁴⁴⁴See, e.g., *Saadi v. UK*.

⁴⁴⁵Edwards, *Thematic Legal Study: United Kingdom*.

⁴⁴⁶According to the UK Border Agency, approximately 12 children are in detention each month. However, these children are not asylum-seekers and are said to be awaiting return or are in transit zones at the airport awaiting immediate return to their countries of origin. Information supplied to the author, London, November 2010. On the

と拘禁された移民の大多数は送還されないことが指摘されており、無期限の、よって恣意的な拘禁の問題が浮上してきている。⁴⁴⁸英国国境局 (UK Border Agency (UKBA)) の業務執行マニュアル(OEM)によると、英国には三つの「拘禁代替措置」がある。仮入国、制限付放免、保証金制度である。これら三つのオプションの違いはまず、仮入国と制限付放免は拘禁が行われる前に命令することができるが、保証金による放免は既に拘禁されている場合にのみ該当するものであるという点にある。⁴⁴⁹これらにはここでは触れない。業務執行マニュアルは、出来る限り拘禁代替措置が利用されるべきであること、拘禁は最後の手段としてのみ利用されるべきであること、さらには仮放免が望ましいとの推定が働くべきであることを規定する。⁴⁵⁰これらの規定にもかかわらず、国連の規約人権委員会は、実際には拘禁代替措置は拘禁スペースが利用できないときにのみ適用され、単なる行政上の便宜のために拘禁がしばしば利用されていると指摘する。⁴⁵¹さらに、拘禁期間について法律上制限がないために、拘禁の定期的な司法審査が高いお金をかけて行われている。⁴⁵²

英国では多くのパイロット事業が実施されており、グラスゴー「家族帰還プロジェクト」もその一例にすぎない。⁴⁵³UKBAによるグラスゴーのパイロットプロジェクトはベルギーの「リターンハウス」と類似しているが、結果は若干異なっている。ベルギーのプロジェクトと同様、スコットランドの本プロジェクトの目的は「スコットランドにおける強制送還および拘禁の必要性の削減」にある。⁴⁵⁴これは「家族に対する集中的なサポート」を提供することにより、難民認定申請が不認定とされた者の出身国への自主的な帰還を促すものである。このサポートは、「家族がスコットランドでの滞在の意義を理解するための支援、帰還を遅らせている問題への対

commitment, see *The Coalition: Our Programme for Government – Freedom, Fairness, Responsibility*, May 2010, 17: Immigration, p. 21, available at:

<http://programmeforgovernment.hmg.gov.uk/files/2010/05/coalition-programme.pdf>.

⁴⁴⁷The UK also has a system of assisted voluntary return options, which it implements in conjunction with the IOM: see Edwards, *Thematic Legal Study: United Kingdom*.

⁴⁴⁸London Detainee Support Group, *No Return, No Release, No Reason: Challenging Indefinite Detention*, September 2010, available at: <http://www.ldsg.org.uk/files/uploads/NoReasonReport0910.pdf>.

⁴⁴⁹UKBA (2008) *Operational Enforcement Manual*, Ch. 55.20. For more on the UK detention pending return process, see Edwards, *Thematic Legal Study: United Kingdom*.

⁴⁵⁰UKBA (2008) *Operational Enforcement Manual*, Chs. 55.1.1, 55.20; UK Home Office (1998) *Fairer, Faster, Firmer: A Modern Approach to Immigration and Asylum*.

⁴⁵¹UN Human Rights Committee (HRC) (2001) *Concluding Observations of the Human Rights Committee: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, UN Doc. CCPR/CO/73/UK and CCPR/CO/73/UKOT, 6 December 2001, available at:

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.73.UK;CCPR.CO.73.UKOT.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.73.UK;CCPR.CO.73.UKOT.En?Opendocument) (25.06.2009).

⁴⁵²See, cases mentioned in Part B of this study.

⁴⁵³Other pilots included the Milbank Project in Kent 2007-2008 and the Liverpool Key Worker pilot (April 2009-March 2010); the latter is described under ‘complementary measures’. There is also another project of which I am aware in the East Midlands, but documentation about it is virtually non-existent.

⁴⁵⁴Memorandum of Understanding – Family Return Project, Glasgow City Council, UK Border Agency and the Scottish Government, final version May 2009 (on file with the author).

処、自主帰還へ向けたスキルアップと心の準備」を中心とするものである。⁴⁵⁵対象は家族のみで、一時に4-5家族が当プロジェクトのもとで必要施設の備わったアパートに入居することができる。ここではプロジェクトで対応できる数よりも多くの家族が支援を受ける資格がある点が認められている。当パイロットプロジェクトの主たる特徴は「介入」(intervention)であるとされる。⁴⁵⁶

(前述の通り) ベルギーとグラスゴウのプロジェクトはどちらも、帰還の選択に関する「コーチング」やカウンセリングは家族の通常の住居では行うことができず、家族を新しい住居に移動させることは「通常的生活」からの「離脱」を意味し「一家に帰還について真剣に考えさせる」ため帰還を促進するとの見解にもとづいている。⁴⁵⁷グラスゴウのプロジェクトはまだこの点を立証するに至っていない。プロジェクト開始後の一年間で「リターンハウス」から自主的に帰還した家族はひとつもない。⁴⁵⁸これには多くの要因が考えられ、ここではその幾つかをとりあげる。⁴⁵⁹

第一に、ベルギーの場合と異なり、グラスゴウではリターンハウスの所在は移民コミュニティの中でよく知られており、本人達の以前の住居に近接している。家族がハウスに入居しても後に退去してコミュニティに戻るにつれ、送還されないとのメッセージが広まって帰還への抵抗を促している可能性がある。第二に、以前の住居の近くにあるハウスに家族を移動させることは過去からの「離脱」とはいえず、滞

⁴⁵⁵*Ibid.*

⁴⁵⁶*Ibid.*

⁴⁵⁷Interview, UKBA, Glasgow, July 2010.

⁴⁵⁸Interview, UKBA, Glasgow, July 2010. See, also, the Ashford pilot in which only one family voluntarily accepted to be removed within nine months and the Clan Ebor project in Yorkshire and Humberside which did not see a return of any of its 60-family caseload: IOM, Submission to the Child Detention Review, 22 June 2010. The IOM reported that in 1999, the IOM assisted more than 34,000 persons to return to their countries of origin, of which 79 per cent were single men. It is not clear why the IOM relied on 1999 statistics in their submission. More recent statistics include that in 2007-2008 (August 2007 – July 2008), 2702 persons were returned under the VARRP and 1598 under the AVRIM programmes respectively. The *Voluntary Assisted Return and Reintegration Programme* (VARRP) is aimed at asylum-seekers (including failed asylum-seekers) and their dependents, including persons whose claims are still pending, whose claims have been rejected and who have either exhausted all appeal options or who are in the process of appeal, or persons who fall within one of these categories and is in detention on immigration offences. It also applies to asylum-seekers who have been refused asylum but granted discretionary leave to remain. The *Assisted Voluntary Return for Irregular Migrants* (AVRIM) Programme generally applies to persons and their dependents who have entered or stayed in the UK illegally, as well as persons who are accepted by the UK Border Agency (UKBA) as victims of trafficking. The majority of the applications under VARRP were from single applicants (94.83 per cent) who were typically male (nearly 83.69 per cent). For the AVRIM over the same period, the majority of the applications (84.64 per cent) were from single applicants (56 per cent male; 44 per cent female): Information supplied by IOM, London, and cited in Edwards, *Thematic Legal Study: United Kingdom*. In 2009, only 14 per cent of returns of asylum-seekers and migrants from the UK were made through one of these schemes: Home Office, Control of Immigration: Quarterly Statistical Summary, United Kingdom, December 2009, London: Office of National Statistics, cited in The Children's Society and Bail for Immigration Detainees, 'Review into ending the detention of children for immigration purposes: Response', 1 July 2010.

⁴⁵⁹These are my the author's own initial observations. A proper evaluation of the project has not yet been conducted.

在に対するさらなる行政上の障害と（権力の濫用とさえ）見られかねず、尊厳ある待遇を受けていないとの批判を招くものである。⁴⁶⁰第三に、2007-2008年にケントのミリバンクで行われた批判の多いパイロット事業によると、家族の選考が特に重要である。⁴⁶¹このパイロット事業から適切なレッスンが学ばれたかどうかは定かでない。グラスゴーのプロジェクトの資格審査基準はこのような「介入」への適性よりも外的な要因に関するもののようである。⁴⁶²グラスゴーパイロットプロジェクトのソーシャルワーカーによると、プロジェクト内の家族のほとんどは難民認定手続の中で不公正でないとしても不十分な処遇を受けたと感じており、よって帰還に関する話し合いに応じる意思はなく、それよりも滞在を続けるための他の方法を探しているとのことである。⁴⁶³ソーシャルワーカー達の見解では、パイロットプロジェクト内の家族は難民認定手続が特にディスエンパワーされるもの(disempowering)であると感じており、よって帰還に関する決断をすることでエンパワー(empower)される用意はない。さらに、スコットランドでは司法審査の申し立て回数の制限がないため（イングランドおよびウェールズと比較）、プログラム参加者の一部はその後新たな司法審査の申し立てを行い「リターンハウス」からコミュニティに戻っている。資格審査基準のひとつは、家族が最終段階に来ており他の滞在オプションがないことである。

第四の関連した要因は「帰還のみ」に焦点が当てられていることである。滞在のための他のあらゆる法的手段を含めるように焦点を拡大すべきである。そうでなければ建設的な関与は生じない。（ベルギーのパイロット事業ではそのように焦点を拡大することで帰還率および順守率の改善がみられた。オーストラリアのケースマネジメント型アプローチも、滞在のための他の法的手段に焦点をあてている。）第五の難点は、このパイロット事業のケースワーカーが政府のソーシャルワーカーであることである。彼らは「ソーシャルワークの倫理的規範」と帰還の強制との間で葛藤を感じている。このように、家族が必ずしも社会的な問題についてカウンセリングを求めているのではなく法的なオプションについての現実的なガイダンスを求

⁴⁶⁰Without empirical research into the reasons why families have not cooperated with the project, this view is purely speculative and deductive.

⁴⁶¹In fact, the Milibank Pilot was criticised for failing (a) to reduce the number of children going through detention and (b) to improve the rate of voluntary return. In particular an evaluation highlighted how families were inappropriately referred to the project, including those who were notable to return to their country of origin for a variety of reasons and so made the job of those running the pilot virtually impossible: See, e.g., The Children's Society, *An Evaluative Report on the Milibank Alternative to Detention Pilot*, Milibank, Kent 2007-2008, June 2009, available at: http://www.childrensociety.org.uk/whats_happening/media_office/latest_news/17137_prhtm.

⁴⁶²The eligibility criteria include having at least one minor dependant; have exhausted appeal rights; no history of violent behaviour or inclination towards violence; no medical problems requiring significant medical intervention; no child at risk under child protection arrangements; no child sitting examinations within the next three months; be removable; be eligible for assisted voluntary return through IOM; be accommodated in Glasgow and on s.95 support: Annex A to Memorandum of Understanding – Family Return Project.

⁴⁶³Interview, Social workers, Glasgow Family Return Project, Glasgow, July 2010.

めている場合に、この種のプログラムにおいて「ソーシャルワーク」モデルが必ずしも適切かどうかは不明である。さらなる懸念は、このパイロット事業が（家族を拘禁から解放したり特定の家族にとっての拘禁を回避したりする）拘禁代替措置というよりも、送還プロジェクトとして位置づけられているようにみえる点である。一部の家族は（本稿のB章で述べたような必要的法的保障を条件として）退去強制までの間拘禁されうる状況にあったが、ほとんどの家族はまだ拘禁の対象になっていなかった。ベルギーのプロジェクトとのさらなる違いは、家族が3ヶ月間リターンハウスに滞在するよう期待されている点である（これに対しベルギーの「リターンハウス」での平均滞在期間は21日間であった）。これは、帰還に関する評価・企画段階の緊急性が限定され送還の緊急性および切迫性が欠如していること、そして帰還に向けたプロセスが引き伸ばされていると論じうることを意味する。⁴⁶⁴通常の居住環境においてより早期の介入を行なう方が、より人道的でより有効な資源の利用であるといえるであろう。

全体的にみて、グラスゴーパイロット事業を自主帰還の増加と家族の拘禁の削減という二つの目的に照らして評価するのは時期尚早である。前者に関しては、本稿執筆の時点で自主帰還はまだ行われていなかった。後者に関しては、これが送還手続の一段階ではなく真に拘禁代替措置として機能するのかどうか不明である。明確なのは、家族が本プロジェクトに関与する意思がない理由を含め、更なるリサーチが必要であるということである。⁴⁶⁵多くのNGOは庇護制度全体の改善を呼びかけており、それが最終段階を含め手続の各段階においてよりよい関与を促すだろうと考えられている。手続の改善は個人に対するより早期のより良い情報提供および法的アドバイスの提供、そして自主帰還の選択についてのより良いアクセスを具体化するだろう（下記9.2のリバプールプロジェクトを参照）。

多くのNGOはまた、子どものいる家族の逃亡率の低さ⁴⁶⁶は拘禁が有用な目的を果たさずしたがって不要であることを意味すると指摘する。⁴⁶⁷抑止力としての拘禁の利

⁴⁶⁴Some NGOs disagree with this position and suggest that families need sufficient time to prepare for return. My own view (and shared with the social workers) is that three months is too long, and may hinder rather than foster returns. A period between 14 days and 30 days would seem optimal.

⁴⁶⁵Some research has been conducted into why detainees have not engaged with return processes by Bail for Immigration Detainees and the Children's Society, which indicated that for families, the main imperative to cooperation has been child welfare considerations: Submission, 'Review into ending the detention of children for immigration purposes: Response', 1 July 2010

⁴⁶⁶See, also, Oral evidence given by Dave Wood, UKBA to the Home Affairs Committee 16 September 2009, HC 970-I (Question 25), cited in Medical Justice submission. The general rate of absconding for asylum-seekers has also been found to be negligible in the UK. South Bank University's study in 2002 traced the compliance rates for 98 asylum-seekers released on bail between July 2000 and October 2001 and found that 90 per cent satisfied the conditions of their bail, despite having been originally detained because of an allegedly high risk of absconding: I. Bruegel and E. Natamba, *Maintaining Contact: What happens after detained asylum seekers get bail?*, South Bank University, 2002.

⁴⁶⁷Medical Justice submission.

用もよく批判されており、本稿の随所で述べているとおりに実証にもとづいていない。これらの見解は、既存の拘禁代替措置に頼るよりも家族帰還プロジェクトのようなより正式な拘禁代替措置を英国内で開発し促進しようとする根拠を疑問視する。既存の代替措置に含まれるのは、無条件放免およびわずかの条件での放免を含む保証金納付による放免（および保証金オプションの拡大とアクセスの改善）、制限付放免と仮入国、そして拘禁されていない家族にとってはコミュニティ内での居住の継続とそこでのカウンセリングの提供等である。真の問題は、英国内に残留するための法的手段を使い果たした家族をいかにして帰還プロセスに関与させていくかにあるようである。これは入管拘禁およびその代替措置と関連してはいるが別の問題である。ひとつの解決は、庇護手続の改善とそれにより制度全体の信頼を構築していくことである。⁴⁶⁸もうひとつの対応は、家族が社会保障面のサポートの受給資格を引き続き保有できるよう保障し、就労の権利等その他の権利へのアクセスも送還時まで与えられるよう保障することであり、それにより当局との関与を促すことである。例えばカナダのモデルではほとんどのケースに就労の権利を許可しており、これが当局との関与を奨励しているようである。

5. 住居指定

住居の指定（または「分散」）はEU内でよくみられる慣行である。⁴⁶⁹これはEU処遇指令に基づいて認められている（B章の法的分析を参照）。たとえばスウェーデンは人々を共同の家屋やアパートに居住させる制度を運用しており、⁴⁷⁰英国は国内の様々な地域に難民認定申請者を分散させている。

6. 電子標識・電子報告、または人工衛星によるトラッキング

自由の制限の極端なものは電子標識・電子報告、または人工衛星によるトラッキングの選択である。⁴⁷¹本人が出頭するよりも電話で報告する可能性のほうが制限は少ないが、人の動きを追跡する他の電子的方法は特に侵害的になりうる。たとえば腕輪や足輪は、充電のために一日3時間も壁につながれることを必要とするものもある。

⁴⁶⁸It is beyond the scope of this paper to examine this proposal in-depth, but it is based on the theory that a fairer and more humane asylum system will facilitate voluntary return for those families not entitled to remain in the UK: see, Liverpool Key Worker Project, discussed below. Other systems, such as Belgium, indicate that there is evidence to support this view. For a range of sound recommendations on the same, see Medical Justice submission.

⁴⁶⁹Marx indicates that many EU Member States have laws that allow asylum-seekers to be required to live in designated locations: Marx, 'Article 26 (Freedom of Movement/Liberté de Circulation)'.

⁴⁷⁰G. Mitchell, 'Asylum Seekers in Sweden: An Integrated Approach to Reception, Detention, Determination, Integration and Return', August 2001, available at: <http://idcoalition.org/asylumseekers-in-sweden/>.

⁴⁷¹See, Part B of this study on whether ankle bracelets amount to a form of deprivation of liberty or custody.

る。⁴⁷²これは自由の制限にあたり働く能力を妨げうるものなので、難民認定申請者やその他の者に就労の権利を許可する制度においては不適切である。一部の足輪モニターには着用者に対して話しかける音声通知機能があるものもある。何らかの精神病を患っている者にはこれは適切でない。さらに、腕輪や足輪の使用は着用者を犯罪者のように扱うという影響があり、使用される場合の多くは不必要に使用されている。⁴⁷³たとえば足輪は無理矢理外すこともできるため逃亡の防止にはならず、難民認定手続やその他の手続に従う意思を示している者に対して使用する場合は過剰かつ不要である可能性が高い。

7. 自宅での門限設定

自宅での門限設定も拘禁代替措置の極端なものであり、例外的なケースにのみ適用されるべきである。多くの場合、これは自由の剥奪にあたる（B章参照）。したがって本稿では扱わない。

8. 拘禁代替措置の補完的措置

8.1 オーストラリア：コミュニティ地位解決サービス（Australia: Community Status Resolution Service (CSRS)）

CSRSは、事案の早期解決を容易にすべくオーストラリア政府を支援するメカニズムである。これは脆弱(vulnerable)でないケースに適用される（脆弱なケースは代わりに上述の他の代替措置が利用可能である）。これは政府が事案の解決を迅速化させるのを助ける補完的措置であり、拘禁代替措置というよりもコミュニティで暮らしている者に対して適用される。しかしながら、これは拘禁代替措置とともに運用され拘禁への依拠を削減する。**CSRS**は、早期の介入が拘禁からの解放とより迅速な地位の解決を意味することに政府が気づいたために開発された。このサービスのもと、個人は報告条件やオーストラリア出国のために積極的措置を取るなど幾つかの条件付で、ブリッジング・ビザにより放免される。このスキームでは保証書はめったに利用されない。⁴⁷⁴DIACのケースマネジャーは当該個人が利用できる移住のオプションを探求し、その中でオーストラリアからの出国はひとつの選択に過ぎない。オーストラリア政府は、IOMの帰還パッケージとともに、このサービスは

⁴⁷²Communication with the IDC on their visit to the US, September 2010.

⁴⁷³In the US, for example, where ankle bracelets were used routinely for asylum-seekers, it is reported that the private organisation that won the government tender to provide monitoring of asylum-seekers released from detention, was paid according to how many units were used. Interview, US NGOs, 2010.

⁴⁷⁴Interview, DIAC, Melbourne, September 2010.

「拘禁および送還」モデルよりも安価であると計算した。⁴⁷⁵このサービスのもと、大多数が二週間以内にオーストラリアを出国し、出国しない者のうちごくわずかな率が拘禁されている。⁴⁷⁶

8.2 リバプール：「ボランティアセクター・キーワーカー・パイロット事業」 （‘Voluntary Sector Key Worker Pilot’）

英国で2010年4月に開始されたもうひとつのパイロット事業は、リバプールで実施された「ボランティアセクター・キーワーカー・パイロット事業」である。このパイロット事業は、難民認定申請者による難民認定手続の理解および信頼（いわゆるクライアント・コンフィデンス）の促進が帰還率に与える影響を試すものである。本プロジェクトは難民認定申請の効果的かつ持続可能な法的解決へのアクセスを容易にするとともに、残留する法的根拠のない者に対しては自主帰還プログラムへのアクセスを容易にするものである。これはまた、難民認定申請の結果不認定とされた者が処分後に困窮することを削減することをも目的として始められた。このプロジェクトはオーストラリアのNGO運営の「ケースマネジメント」型アプローチに類似し、クライアントの支援ニーズを識別して対応しており、クライアントは難民認定手続のみならず、難民認定や他の保護される地位が得られなかった場合の結果についても十分な理解を得るために一対一の連絡を与えられる。これは滞在と帰還の双方に対応する「二重計画」と称される。しかし、カウンセリング・セッションにおいては他の潜在的移住オプション、拘禁および送還の現実性、困窮の可能性など、他の話題も幅広く取りあげられている。⁴⁷⁷

2010年11月現在、200人のクライアントが英国国境局より本プロジェクトに紹介されている。このうち大多数（183名）は独身のクライアントであり（男性78%、女性22%）、ほかに17家族がいる。当プロジェクトに対する紹介はシステムティックではなく、要はなんら特定の基準は定められていない。プロジェクトのアドバイスおよび支援部分は「レフュジー・アクション」という非政府組織が運営している。クライアント35-40名につき「キーワーカー」が指定され、キーとなる介入ポイントやその他定期的な関与を行う。⁴⁷⁸プロジェクトへの参加はまったくの任意であり、たとえば保証金による放免の条件として利用されたりはしていない。英国ではほとんどの難民認定申請者が（初期の段階を除き）難民認定手続期間中拘禁されないた

⁴⁷⁵Interview, Australian Department of Immigration and Citizenship, Melbourne, September 2010.

⁴⁷⁶*Ibid.*

⁴⁷⁷Destitution is a real concern in the UK for refused asylum-seekers: Still Human Still Herecampaign: <http://stillhumanstillhere.wordpress.com/>.

⁴⁷⁸The five key intervention points are: 1. Before the initial substantive hearing for asylum (if this is not possible, then before the initial decision is made so further information can be supplied if need be); 2. After the initial decision; 3. Before the appeal; 4. After the appeal; and 5. When support is terminated. At all stages, ‘dual planning’ occurs.

め、⁴⁷⁹その意味で本プロジェクトは拘禁代替措置としては運用されていない。しかしながら、当プロジェクトではクライアントの難民認定手続に対する満足度の向上およびその結果としての自主帰還の増加が期待されている。二次的な目的は自主帰還を選択することで送還までの間拘禁される者の数を削減することにある。

この仮説の正しさが証明されるかどうか判断するには時期尚早であるが、7ヶ月の後5名が自主的に帰還することを選択し、この他に3名が強制的に退去させられ、1名が他の理由で拘禁されている。⁴⁸⁰統計は少ないが、「コントロール・グループ」(キーワーカー・パイロット事業へのアクセスがない者)のうち同期間内に自主的に帰還したのは1名のみであった。99名のクライアントが難民認定され(約50%)、ほかに32名が送還不能と判断された(通常大使館による国籍確認に対する協力欠如のため)。69名のクライアントがまだ手続中で、12名は国内の他の地方に移動したためプロジェクトから去っている。パイロット期間内に約7-9名が「逃亡」している(4.5%)。⁴⁸¹

8.3 リスクおよびニーズの評価ツール

いかなる場合にいかなる者に関して拘禁の必要性と比例性があるかについて、行政の決定権者に対して指針を提供することは、恣意的な拘禁に対する重要な保障となる。たとえば香港の裁判所はこれを合法的な拘禁政策の必要条件であると述べている。⁴⁸²しかしいかなる指針も注意深くバランスがとられたものでなければならず、拘禁を前提としたり自由よりも拘禁を不公正に奨励したりするものであってはならない。そうでなければそれもまた違法となるであろう。

たとえば英国国境局(UKBA)は、拘禁の必要性と比例性について判断するにあたり検討しなければならない要因について詳述している。退去強制の見込みおよび関連するタイムフレーム、これまでの逃亡の証拠、仮放免や保証金に基づく放免の条件を順守しなかった証拠、入管に従わなかったこれまでの履歴、英国との絆、個別ケースに関するその他の申し立ての有無、年齢、拷問を受けた経験、肉体的または精神的な病歴等である。⁴⁸³

⁴⁷⁹The real exception to this statement is individuals facing fast-track procedures, which occur withindetention.

⁴⁸⁰Interview, Ryan Nelson, Refugee Action, 11 November 2010.

⁴⁸¹The UKBA statistics indicate that 11 clients have absconded according to their criteria; however,Refugee Action remains aware and in touch with two of these persons, while another was identified asa victim of trafficking and referred to other services (so wrongly counted); meanwhile one individualhas voluntarily returned (and so was wrongly counted). It is not clear that ‘absconding’ is the rightterminology for a pilot that is voluntary in nature, rather than persons having opted to discontinue theirinvolvement with the pilot.

⁴⁸²Discussed in Part B.

⁴⁸³See, e.g., UKBA, *Enforcement Instructions and Guidance*, Ch. 55.3.1 – Factors influencing adecision to detain, available at: www.ukba.homeoffice.gov.uk/.

米国は現在、個人の事情およびプロフィールに基づいてポイントを足したり引いたりしてスコアを計算する詳細な「リスク評価ツール」を開発中である。これに含まれるのは緊急および既存の医療上および精神医療上の問題、他の特別の脆弱性、安全保障上の問題、公衆衛生および治安上の要因、身元の確定状況、送還の可能性、重大な犯罪歴、⁴⁸⁴監督上の履歴（これまでの逃亡の試み等）、逃亡の危険（地域コミュニティとのつながりを含む）等である。概して「まず拘禁、聞くのは後」というこれまでの政策に比べればリスク評価ツールは改善ではあるが、数学的計算に基づく米国のリスク評価ツールは官僚的な、四角に印をつけるだけの練習となるおそれがあり、真の評価よりも単なるうわべだけの個別評価となる可能性がある。またひどく拘禁に傾いているように見受けられる。⁴⁸⁵

同様に、香港政府は個人を拘禁するか身柄を解放するかの判断における検討要因に関する政策ステートメントを公表しているが、「拘禁を肯定」する要因15項目に対し「拘禁を否定」する要因が6項目しかないためまだ重大な問題がある。⁴⁸⁶この不均衡をみると、この政策は拘禁を肯定する前提に立ったものであると論じることができ、それは諸外国の判例によれば違法となる可能性がありまったくバランス・テストとなっていない。⁴⁸⁷各個別ケースについて各要因を検討しバランスをとることが適切である。

⁴⁸⁴Note that these should be dealt with via criminal law, rather than in relation to immigration law, as per decisions identified in Part B.

⁴⁸⁵Pilot Version 5/28/2010, Intake Worksheet (on file with the author).

⁴⁸⁶Hong Kong Special Administrative Region Government, Security Bureau, Notice on Detention Authority Section 29 of the Immigration Ordinance (Cap. 115), January 2009 (on file with the author).

⁴⁸⁷See, e.g., *N (Kenya) v. Secretary for State for Home Department* [2004] INLR 612 and *Ulde v. Minister of Home Affairs* (320/2008 [2009] ZASCA 34 (31 March 2009) (The Supreme Court of Appeal, South Africa)).

D. 各国の例から分かること(Lessons Learned)及び費用対効果分析

この部分では、C章で扱った各国の例から分かる様々なことをまとめる。特に、各国の例を順守・出頭率に関して評価するとともに、拘禁との費用の比較を行う。また、様々な代替措置の様々な要因のうち、他国でもそのまま使えるか修正して使えるようなものを識別する。

1. 順守率または協力率

フィールドとエドワードは2006年に、「難民認定申請者は、申請の最終的な却下に先立ち、またはその退去が実行可能な現実となる時点に先立って、拘禁または移動を制限される必要はほとんどない」との結論に達している。⁴⁸⁸本研究も、その後5年間のデータをふまえ、同じ結論に達している（表1参照）。加えて、いくつかの人権に関する重要判例や地域における規制の試み（たとえばEUによるもの）が拘禁の許容される範囲を線引きしており、これにより一部政府は拘禁を日常的なものとして捉えて運用していた立場から拘禁を例外的措置とする立場に変更せざるをえなかった。後者に関しては、拘禁代替措置の検討が拘禁率削減の重要な要素となっている。益々多くの証拠が、不正規移民を抑止し、逃亡を阻止し、退去時に身柄を確保するための政策としての拘禁の目的と有効性を疑問視している。政府の拘禁を肯定する政策上の動機を実証的証拠に基づかせることは益々できなくなっている。⁴⁸⁹

表1：順守率または協力率

プログラム（難民認定申請者、送還ケース、混合ケース）	順守率/協力率（%） ⁴⁹⁰	逃亡率（%）
オーストラリア（混合）	94	6

⁴⁸⁸Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 50.

⁴⁸⁹In comparison, the political motivations of governments in pursuing harsh detention policies cannot be easily accounted for, yet they certainly call into question the necessity and proportionality of detention and are in fact irrelevant to testing the lawfulness of detention in an individual case.

⁴⁹⁰These rates do not always take into account whether an individual at the end of a process returns voluntarily, but they do encompass whether an individual complies with the various requirements while released to one of the alternatives.



ベルギー (混合)	80	20
ペンシルバニア州 フレンドシップハウス ⁴⁹¹	99	1
カナダ ハミルトンハウス (主に申請者) ⁴⁹²	99.9	0.01
香港 (混合)	97	3
リバプール・キーワーカー・パイロット事業(申請者)	95.5	4.5
ルーテル移民難民サービス (申請者) ⁴⁹³	99	1
カナダ マシューハウス (主に申請者) ⁴⁹⁴	99	1
ニューオーリンズ ⁴⁹⁵ (混合)	96	4
カナダ、一時滞在ハウス (申請者) ⁴⁹⁶	99.95	0.05
サウスバンク大学 (申請者)	90	10
トロント保証金プログラム(混合)	96.35	3.65
ヴェラ・インスティテュート・オブ・ジャスティス ⁴⁹⁷ (申請者)	84	16

フィールドとエドワードは、難民認定申請者等が放免の条件を順守するか否か、また様々な行政手続や司法手続に出頭するか否かに影響を与える幾つかの要因を指摘している。本研究はこれを確認し発展させるとともに、一部の結論に疑問を投げかけるものである。順守の要因は以下のようまとめることができる。⁴⁹⁸

- (a) 法的助言の提供。本研究は更に、庇護手続の早期段階における法的な助言やガイダンスの提供を推奨する。また、退去強制に直面している者に対する法的な助言やガイダンスにはあらゆる利用可能な法的オプションが含まれるべきである。これは自主帰還率を改善することが認

⁴⁹¹Field and Edwards reported that Friendship House in Pennsylvania had a one per cent absconding rate for persons released to their supervision (of 100 persons released to their care over a four-year period): Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, Annex on United States.

⁴⁹²Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, Annex on Canada.

⁴⁹³The Lutheran Immigration and Refugee Service's experimental project in 1999 reported a 96 percent appearance rate of a so-called 'high flight risk' group of 25 Chinese asylum-seekers released without bond or surety. See, also, Esther Ebrahimian, 'The Ullin 22: Shelters and Legal Service Providers Offer Viable Alternatives to Detention', Detention Watch Network, August/September 2000, p. 8.

⁴⁹⁴Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, Annex on Canada. Matthew House reported that of 300 asylum-seekers released to them, only 3 absconded over a five-year period.

⁴⁹⁵New Orleans 1998, INS released asylum-seekers and other persons with over 90-day-old removal orders to a program run by the Catholic Charities with a 96% appearance rate: Joan Treadway, 'Detainees get chance to change their lives', *New Orleans Times Picayune*, 22 January 2001, p. B-3.

⁴⁹⁶Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, Annex on Canada. Sojourn House reported that over a 6 year period with 3,600 (approximately 600 per year), only two individuals absconded.

⁴⁹⁷Between 1997-2000, the Vera Institute of Justice was invited by the US government to conduct a three-year pilot to supervise the release of selected detainees. Vera's Appearance Assistance Program found that 84 per cent of asylum seekers who were put under 'regular supervision' (mainly support services and referrals, with reminder letters and telephone calls) appeared for all their hearings, compared with 62 per cent of asylum-seekers (over 80 per cent appearance rate was observed if one excluded a sub-set of the control group who had indicated that they wished to transit to Canada) whose actions post-release were tracked as part of the a non-participant control group. Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, Annex on USA.

⁴⁹⁸Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 45.

められている。

- (b) 各人は、出頭しなかった場合の結果を含め、難民認定手続および放免に関するすべての義務を理解する必要がある。本研究では、難民認定申請が失敗した場合の結果について早期段階において情報提供しておくことは個人や家族を自主帰還に向けて準備させるにあたって役立ち、送還を含むプロセスに対する彼らの協力を促進することが判明している。
- (c) 難民認定手続全般にわたる十分な物質的支援および住居の提供。本研究はこの結論を確認するとともに、さらに、そのような支援は送還前の段階においても利用可能とすべきであると認める。それにより送還手続における個人の協力を促進することができる。
- (d) フィールドとエドワードは、家族または地域社会との絆について調査すること、または「地域団体を通してそのような絆を創出すること」が遵守率に貢献すると指摘した。本研究はこの側面について詳しい検討は行っていないものの、そのような制度の危険性を強調し、制度の規制またはモニタリングを推奨する。たとえば、保証金のための名義貸しを行う同国民団体や地域団体を登録する制度は、搾取やその他の形態の虐待の危険性を抑えることができる。本研究はまた、家族や地域社会との絆の欠如は必ずしも低い順守率をもたらすものではないことを指摘する（実は本研究と2006年のフィールドとエドワードの研究のいずれも、この点について包括的なテストを実施していない）。ベルギーの「リターンハウス」は親類や地域の絆のない土地に家族を移動させるプログラムにおいて80%の順守率を達成している。同プログラムのマネジャー達は、これを順守や協力に関するプラス要因またはマイナス要因のいずれとも確認していない。

この研究から、より高い順守率に貢献する共通の要因をいくつか取り出すことができる。

- 関連する入管手続全体にわたる難民、難民認定申請者、無国籍者、その他の移民の尊厳、人間性、敬意のある取扱い
- 拘禁代替措置の下での権利・義務および不履行の結果に関する明確で簡明な情報提供
- 滞在のための全ての法的手段に関する助言を含む、関連手続の早い段階で開始され、手続中継続する法的助言へのリファール
- 十分な物質的支援、住居、その他の処遇体制へのアクセス

● 個別化された「監督」またはケースマネジメントサービス

難民認定手続や他の法的手続中の処遇は、制度に対する肯定的関与に貢献する最大の要因の一つのようである。個人が制度に不満を抱いている場合や不公正な扱いを受けたと感じている場合、手続の最終段階において制度に協力し自主的に帰還する決断をする可能性は低くなる。

いわゆる「トランジット」国における拘禁代替措置に関する研究はまだ十分でないが、⁴⁹⁹送還に直面している者と希望目的地に未到達の者（つまりトランジット中の者）は同様の状態にあると推定することができる。送還に直面している者の方が希望した結果を達成していないために逃亡する可能性が高いとの政府の推定があるが、これは実証にそぐわない傾向がある。たとえばトロント保証金プログラムでは、難民認定申請者と送還待機者との間で出頭率に違いがなかった。一方、ベルギーでは（統計はきわめて少数のサンプルによるものであるが）送還待機中の子どものいる家族の逃亡率は20%であり、合法的滞在オプションの幅広い検討を導入してからは自主帰還率が改善されている。

2. 費用の概観

費用の議論は単純である。拘禁はほとんどの拘禁代替措置と比べて相当費用がかかる。政治や選挙の要因の方が影響力がある場合には経費の節約は十分な動機とならないかもしれないが、少なくとも代替オプションを検討するひとつのインセンティブとなる。表2は、拘禁に対する拘禁代替措置の費用を示している。留意すべきは、精神的・肉体的健康に関する拘禁の長期的影響や関連サービス、そして個人の社会への再統合の見通しに関するコストが拘禁の費用に含まれていないことである。同様に、一部の拘禁代替措置の費用には、実施機関が直接行うものではないメインストリームのサービスへのアクセスが含まれていない。さらに、ここで扱われている拘禁代替プログラムは、政府から様々な組織や政府内部局への直接の資金援助を含む、最も集中的なものである。C章で述べたとおり、保証金および保証書制度は比較的費用がかからない。しかし費用に関するデータはほとんど見つからなかった。

表2：拘禁と拘禁代替措置の費用（一日一人当たり）

⁴⁹⁹The classification of countries into destination and transit is somewhat artificial and is based on crude global trends, rather than the motivations of individuals. In any assessment as to the need for detention to prevent absconding might include questions around preferred destination country, although this would need to be balanced by other factors. In general, almost all countries are both simultaneously transit and destination countries.

--	--	--	--

国	拘禁の費用 ⁵⁰⁰	拘禁代替措置の費用	節約される費用
オーストラリア	\$339 AUD ⁵⁰¹ 「コミュニティ拘禁」の場合\$124 AUD	\$7 AUD ⁵⁰² - \$39 AUD ⁵⁰³	\$333 AUDから\$117 AUD
カナダ：トロント保証金プログラム	\$179 CAD	\$10-12 CAD	\$167 CAD
香港	\$108 HKD	不明	不明
アメリカ	\$95 USD ⁵⁰⁴	\$22 USD ⁵⁰⁵	\$73 USD

3. 難民認定申請の結果不認定とされた者やその他の移民の自主帰還の促進

まだ数は少なくややバラバラではあるが、本研究では難民認定申請者やその他の移民は拘禁代替措置のプロセスの外にいるよりも中にいる方が自主帰還を選択しやすいとの証拠がみついている。ベルギーの例は皮肉なことに、「コーチ」が滞在のためのあらゆる法的手段を検討するよう課されたときに自主帰還が促進されることを示している。オーストラリアでも、拘禁代替プログラムの対象者は67%の自主帰還率の上昇がみられたが、これは非常に満足のいく数字である。オーストラリアのプログラムも帰還だけでなく滞在のためのあらゆる法的オプションを検討している。リバプールのパイロット事業はこれまでのところコントロール・グループと比べてプロジェクト対象者のほうが多く自主帰還することを示唆している（5:1）が、まだ統計が少ないため確たる結論を導くことはできない。各個人が手続に建設的に関与するかどうかは、なるべく早い段階で入管上のオプションについて協力して信頼関係を築き、法的助言や帰還支援へのアクセスを保障するケースマネジャーやコーチの役割が鍵となるようである。

4. 「最低限の保障」の確立およびその他の問題

拘禁の代替措置は、より大きな庇護制度および移民制度のほんの一部にすぎない。

⁵⁰⁰Costs may vary depending on the number of detainees, as specially built immigration facilities bear a cost regardless of number of detainees.

⁵⁰¹FY 2005-6.

⁵⁰²\$7 AUD per person per day under the Asylum Seeker Assistance Scheme in 2007-8 was based on 1,867 persons at cost of \$4.79 million. Comparative date in the corrections field: parole \$5.39 AUD pppd; probation \$3.94 pppd and home detention \$58.83 pppd.

⁵⁰³This is the figure for the CASP programme, which involves a more comprehensive approach.

⁵⁰⁴'US Detention of Asylum-Seekers and Human Rights', by Bill Frelick, Amnesty International USA, 1 March 2005.

⁵⁰⁵'Immigration Enforcement Benefits Prison Firms', *New York Times*, 19 July 2006; 'Detention and Removal of Illegal Aliens', Office of the Inspector General, Department of Homeland Security, April 2006; www.ice.gov, 7 August 2006. [H. Rep. 109-476 (2006), p. 38 in Lutherin Report n. 38.]

そのような制度は人身の自由に関する国際的な権利に則ったものであり違法性や恣意性に対する保障を取り入れたものであることが必要である。後者には以下が含まれるべきである。

- 拘禁の最長期間の法的制限の設定
- 拘禁に関する法律上の明確な根拠の設定
- 仮に拘禁が検討されている場合には最も侵害性の低い方法をまず検討することの義務付け。これには拘禁を否定する推定が含まれうる。
- 個別ケースにおいて拘禁の必要性と比例性をどのように評価するかについての明確なガイドラインの設定
- 定期的かつ自動的な拘禁の見直し（48時間以内、その後7日後、その後毎30日というのが最善の慣行である）
- 拘禁令書に対する司法審査の機会の提供。裁判所には身柄の解放を命令する権限や放免に条件を課す権限がなければならない。
- 仮に拘禁が必要な場合には、人権上の基準に則ったものであることの保障
- 子ども、高齢者、妊婦、肉体的・精神的障害者等、特定の集団のための特別の保障や条件の設定
- 拘禁代替措置が移動の制限を伴う場合、要請にもとづき放免の条件を定期的に見直す制度の設立

拘禁代替措置に関しては、ここでは特にケースマネジメント制度に関連していくつかの総合的なポイントを列挙する。

- 難民認定手続の最初の段階からケースマネジメントを導入すること。これには十分な法的助言、医療その他必要なサービスの案内が含まれるべき。
- ニーズの評価、計画、実施の三段階において、ケースマネジメントや地域社会による監督を各個人に合わせて調整すること
- 望ましい場合には、個人と実施機関またはケースマネジャーの間で契約を結ぶこと。それぞれの権利義務と不履行の場合の結果について双方が認識するよう保障するためである。
- 可能な限り「自主的な関与」を促進すること
- 特に最終段階においては参加者を注意深く選定すること（手続に関与し協力する意思があるか。ない場合は何故か。）
- 無条件放免や本人の誓約による放免が可能な場合に、なんらかの自由の制限を伴う拘禁代替プログラムへの放免がデフォルトの選択とならないようにするために保障措置を講じること
- 信頼醸成および手続への協力促進のため、罰則や強制執行を伴う正式の入管報告義務と、ケースマネジメントやサービス提供部門との分離。これはパートナーシップ関係の取り決めにもよる。
- クライアントの選定およびリファールをサービス実施組織から切り離すこと（トロント保証金プログラムは独自の審査を行っているので例外）

-
- 滞在のためのあらゆる法的オプションおよび順守しなかった場合の結果について個人に認識させること
 - 障害者や子ども等、個人や集団の特別のニーズに合わせて拘禁代替プログラムを調整すること
 - 子どもに対しては、特別に調整されたアレンジメント、後見人制度、専門のアドバイスおよびカウンセリングを含め、「強制」型よりも「ケア」型モデルを追求すること。保護者を伴わない子どもについては特別のアレンジメントが必要である。
 - 搾取やその他の虐待の危険等、拘禁代替措置の危険性を認識して対応すること
 - 実施機関との契約が必要以上に制限的な措置を講じるインセンティブを与えないよう保障すること⁵⁰⁶
 - 拘禁代替措置の主たる目的および二次的目的を認識すること。これは代替措置が成功と見られるか否かを左右しその長期的存続に影響を与えうる。⁵⁰⁷

⁵⁰⁶For example, the US government's contract with Behaviour Inc. included payments for how many ankle bracelets were employed and thus was seen as encouraging the unnecessary tagging of many persons: Interview, US NGOs, July 2010.

⁵⁰⁷E.g. the Scotland pilot is primarily about facilitating voluntary return, rather than necessarily keeping persons out of detention, although this is a secondary outcome/objective.

E. 結論

本稿の前半では、入管拘禁に適用される国際的な法的枠組みについて概説した。特に、拘禁によって追求される目的達成のために国家は最も侵害性の低い手段を検討する義務があることが強調された。拘禁代替措置の実施はこれを達成するひとつの方法となりうる。

本稿の後半では、無条件放免から様々な条件付放免、十分な資金のもと組織された地域社会による監督制度、支援およびケースマネジメントプログラムにいたるまで、様々な国で現在実施されている拘禁代替措置のいくつかに焦点をあてた。本研究は、適切に運営されたプロジェクトや手続（保証金手続等）が、庇護手続や送還手続における高い順守率を確保しうることを確認した。これらはまた、直接的な費用のみならず医療サービスへの影響や社会への再統合の問題等の拘禁に関する長期的費用に関しても、拘禁よりも相当安価であることが示された。

唯一のお勧めの例というものはないが、本研究を通して浮上する重要なひとつの結論は、庇護手続・送還手続の全般にわたり人々を尊厳と人間性をもって扱うこと、そして権利義務に関する明確なガイドラインを設定することが、よりよい順守率、より低いコスト、より良くより有効な庇護制度、そしてより高い自主帰還率につながるという点である。法的助言、十分な社会保障や医療サービス、満足いく物質的支援や住居へのアクセスを提供する拘禁代替措置は、クライアントが様々な報告義務やその他の条件を順守する意思を持つことにつながり、場合によっては自主帰還オプションの選択の増加をもたらすことが分かった。さらに、これらの措置は庇護、処遇及び移民管理制度の改善を連鎖的に導きうる。本研究では、困窮等の他の問題を回避するために、人道的な処遇条件の確保を保障する必要性が強調されている。

この分野における政策の発展は、移民の行動に関する思い込みではなく実証に基づいてなされる必要がある。本研究のために行った調査では他の調査とともに、個人が適切な監督と支援のもとで放免された場合、ほとんどの拘禁代替措置が90%以上の順守率を達成することを明らかにした。また、滞在のためのすべての法的オプションの探求がケースマネジメント手続の一環とされれば、（直感的には逆のように思えるが）自主帰還率が増加することが明らかになった。本研究の直接の対象ではないが、退去強制を待つ者に関するプログラムの（順守率と帰還率の双方における）成功は、目的国よりもトランジット国の方が順守率が低くなるだろうと考える一般の見解に疑問を投げかける。⁵⁰⁸送還に関して明らかになったことがいわゆる「トラ

⁵⁰⁸Cf. Field and Edwards considered that appearance rates may vary depending on whether an individual is in their

ンジット国」にも適用されうるかどうか、さらに探ってみる価値がある。⁵⁰⁹

本研究はまた、放免と放免の条件に関する明確なガイダンスとモニタリングがない限り搾取の危険性が生じ、これに対する保障措置を講じる必要があることを指摘した。また、拘禁代替措置の強制的側面は入国管理制度の一部であるものの、代替プロジェクトを運営する組織とは切り離されるべきであると一般的に考えられる。同時に、様々な組織が強制的側面の一端を担うことにつきなんら懸念を抱いていないいくつかの例外もあった。これは問題となる特定の国の事情をもとに評価される必要がある。

preferred destination, but this was not made out on the evidence: Field and Edwards, *Alternatives to Detention*, p. 45.

⁵⁰⁹The description of a particular country as a ‘transit’ versus a ‘destination’ country is rather mono-dimensional. Most countries are both transit and destination countries and the more relevant question is whether individuals are in their preferred destination.

Annex A: Table of cases

International Cases

European Commission on Human Rights

Agee v. UK 7 DR 164, 1976

Zamir v. United Kingdom, ECmHR, Applic. No. 9174/80, 11 October 1983

European Court of Human Rights

Aerts v. Belgium, ECtHR, Reports 1998-V, 30 July 1998

Al-Nashif v. Bulgaria, ECtHR, Applic. No. 50963/99, 20 June 2002

Amuur v. France, ECtHR, Applic. No. 19776/92, 25 June 1996

Ashingdane v. United Kingdom, ECtHR, Applic. No. 8225/78, 28 May 1985

Bouamar v. Belgium, ECtHR, Ser. A. No. 129, 29 February 1988

Bozano v. France, ECtHR, Applic. No. 9990/82, 18 December 1986

Chahal v. United Kingdom, ECtHR, Applic. No. 22414/93, 15 November 1996

Ciulla v. Italy, ECtHR, Applic. No. 11152/84, 22 February 1989

Conka v. Belgium, ECtHR, Applic. No. 51564/99, 5 February 2002

Dougoz v. Greece, ECtHR, Applic. No. 40907/98, 6 March 2001

Enhorn v. Sweden, ECtHR, Applic. No. 56529/00, 10 December 2002

Gonzalez v. Spain, ECtHR, Applic. No. 43544/98, 29 June 1999

Guzzardi v. Italy, ECtHR, Applic. No. 7367/76, 6 November 1980

H.L. v. United Kingdom, ECtHR, Applic. No. 45508/99, 5 October 2004

Massoud v. Malta, ECtHR, Applic. No. 24340/08, 27 July 2010

Medvedyev v. France, ECtHR, Applic. No. 3394/03, 29 March 2010

Mikolenko v. Estonia, ECtHR, Applic. No. 10664/05, 8 January 2010

Mitunga v. Belgium, ECtHR, Applic. No. 13178/03, 12 October 2006

Moustaquim v. Belgium, ECtHR, 13 EHRR 802, 1991

Muskhadzhiyeva et autres v. Belgique, ECtHR, Applic. No. 41442/07, 19 January 2010

Omwenyeye v. Germany, ECtHR, Applic. No. 44294/04, 20 November 2007

Saadi v. United Kingdom, ECtHR, Applic. No. 13229/03, 29 January 2008

Sanchez-Reisse v. Switzerland, ECtHR, Applic. No. 9862/82, 21 October 1986

Salah Sheek v. The Netherlands, ECtHR, Applic. No. 1948/04, 11 January 2007

S.D. v. Greece, ECtHR, Applic. No. 53541/07, 11 June 2009

Shamsa v. Poland, ECtHR, Applic. Nos. 45355/99 and 45357/99, 27 November 2003

Vasileva v. Denmark, ECtHR, Applic. No. 52792/99, 25 September 2003

Winterwerp v. The Netherlands, ECtHR, Ser. A, No. 33, 24 October 1979

Wloch v. Poland, ECtHR, Applic. No. 27785/95, 19 October 2000

European Court of Justice

Kadzoev v. Bulgaria, ECJ, Case C-357/09, 30 November 2009

Inter-American Commission on Human Rights

The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, I-ACmHR, Case 10.675, Report No. 51/96, 13 March 1997

United Nations Committee Against Torture

J.H.A. v. Spain, CAT, Comm. No. 323/2007, 21 November 2008

United Nations Human Rights Committee

A v. Australia, HRC, Comm. No. 560/1993, 3 April 1997

Ackla v. Togo, HRC, Comm. No. 505/1992, 25 March 1996

Bakhtiyari v. Australia, HRC, Comm. No. 1069/2002, 23 October 2003

C v. Australia, HRC, Comm. No. 900/00, 13 November 2002

Celepli v. Sweden, HRC, Comm. No. 456/1991, 26 July 1994

Francesco Madafferi et al. v. Australia, HRC, Comm. No. 1011/2001, 26 August 2004

Karker v. France, HRC, Comm. No. 833/1998, 30 October 2000

Mukong v. Cameroon, HRC, Comm. No. 458/1991, 21 July 1994

Spakmo v. Norway, HRC, Comm. No. 631/1995, 5 November 1999

Torres v. Finland, HRC, Comm. No. 291/1988, 5 April 1990

van Alphen v. The Netherlands, HRC, Comm. No. 305/1988, 23 July 1990

Vuolanne v. Finland, HRC, Comm. No. 265/1987, 7 April 1989

United Nations Working Group on Arbitrary Detention

WGAD Opinion No. 45/2006, Report of the Working Group on Arbitrary Detention to the Seventh Session of the Human Rights Council, A/HRC/7/4/Add.1, 10 January 2008

National Case Law

Australia

Al-Kateb v. Godwin [2004] HCA 37

Ruddock v. Vadarlis [2001] FCA 1329

Canada

Charkaoui v. Canada (Minister for Citizenship and Immigration) [2007] 1 S.C.R. 350

Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1995] 1 FC 214

Suresh v. Canada (Minister for Immigration and Citizenship) [2002] 1 S.C.R. 3

Hong Kong

'A' v. Director of Immigration [2008] HKCU 1109

C v. Director of Immigration [2008] HKCU 256

FB v. Director of Immigration [2007] HCAL 51/2007

HashimiHabibHalim v. Director of Immigration [2008] HKCU 1576

Nguyen Tuan Cuong and Others and Director of Immigration and Others [1996] 423HKCU 1

Shum Kwok-sheer v. Hong Kong SAR [2002] 5 HKCFAR 318

Tan Te Lam v. Tai A Chau Detention Centre [1997] AC 97 (PC)

Namibia

Luboya and Another v. State [2007] AHRLR 165

Netherlands

Shokuh v. The Netherlands, HogeRaad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court), 9 December 1988, *Revue du droit des étrangers*, No. 52, January- February 1989

New Zealand

Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand Inc. [2003] 2 NZLR 577

South Africa

Akwen v. Minister for Home Affairs (46875/07) [2007] TPD

AS and Eight Others v. Minister of Home Affairs and Three Others (2010/101) [2010]SGHC (12 February 2010)

Centre for Child Law v. Minister of Home Affairs and Others (22866/04) [2004] TPD(13 September 2004)

HoomanHassani and HootanHassani v. The Minister for Home Affairs and TwoOthers (10/01187) [2010] SGHC (5 February 2010)

Jeebhai v. Minister of Home Affairs (139/2008) [2009] ZASCA 35 (31 March 2009)

KanyoAruforse v. Minister of Home Affairs and Two Others (2010/1189) [2010]SGHC (25 January 2010)

Khan and Others v. Minister of Home Affairs and One Other (15343/06) [2006] TPD(26 June 2006)

Lawyers for Human Rights v. The Minister for Safety and Security and 17 Others(5824/2009) [2009] NGHC (15 May 2009)

Ulde v. Minister of Home Affairs (320/2008) [2009] ZASCA 34 (31 March 2009)

United Kingdom

A and others v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56

Abdi Ahmed Abdillahi v. The Secretary of State for the Home Department [2010]EWHC 808

Mohamad Aziz Ibrahim and Aran Omer v. Secretary of State for the HomeDepartment [2010] EWHC 746

N (Kenya) v. Secretary for State for Home Department [2004] INLR 612

The Queen on the Application of Abdi Ahmed Abdillahi v. The Secretary of State forthe Home Department [2010] EWHC 808

The Queen on the Application of MM (Somalia) v. Secretary of State for the HomeDepartment [2009] EWHC 2353 (Admin.)

R v. Governor of Durham Prison, ex p. Hardial Singh [1984] 1 WLR 704

R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khawaja[1984] AC 74

R. (Khadir) v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 39

Secretary of State for the Home Department v. JJ and others [2007] UKHL 45

Secretary of State for the Home Department v. AF [2007] UKHL 46, [2008] 1 AC 440

Secretary of State for the Home Department v. E and another [2007] UKHL 47,[2008] 1 AC 499

United States

Boumediene v. Bush 553 U.S. 723 (2008)

DeMore v. Kim 538 U.S. 510, 554 (2003)

Foucha v. Louisiana 504 U.S. 71 (1992)

Hamden v. Rumsfeld 548 U.S. 557 (2006); 126 S. Ct. 2749

Nguyen v. B.I. Incorporated 435 F.Supp.2d 1109 (D. Oregon 2006)

Rasul v. Bush 542 U.S. 466 (2004); 124 S. Ct. 2868

Zadvydas v. Davis 533 U.S. 678 (2001)

原文 : UN High Commissioner for Refugees, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, April 2011, PPLA/2011/01.Rev.1

注意 : In case of dispute over translation, English text shall prevail. (当文書は仮訳であり、正文は原文とします。)