HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（２）　－合衆国移民法制を素材として－
Author(s)	渡辺, 賢
Citation	北大法学論集, 40(4), 53-112
Issue Date	1990-03-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16695
Type	bulletin (article)
File Information	40(4)_p53-112.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

手続的デュー・プロセス理論の一断面（二）
——合衆国移民法制を素材として——

渡辺賢

目次

序
第一部　合衆国移民法手続と手続的デュー・プロセス
第一章　合衆国移民法制度の概略——現行法制度制定史を含めて——
はじめに
第一節　一九五二年移民法（出入国管理国籍法）の処分手続の概要（以上四〇巻三号）

第二節　現行出入国管理国籍法制定にいたる過程
第三節　本章のまとめ
第二章　入国拒否制度に対する判例の評価
第一節　一九五〇年以前における入国拒否処分をめぐる判例の動向（以上本号）
第二節　判例理論の確立
第三節　判例理論に対する学説の批判
第四節　最近の下級審の動向
第五節　本章のまとめ
第三章　退去強制手続と手続的デュー・プロセス
第四章　再入国理論と手続的保障
第二部　合衆国移民法と手続の実効的保護
はじめに
第一章　手続要件と司法審査の態様
第二章　ウォン・ヤン・サン判決とその後の手続保障の動向
第三章　手続的瑕疵の判断と手続の実効的保護
まとめにかえて

第一章　合衆国移民法制度の概略——現行法制度制定史を含めて——

第二節　現行出入国管理国籍法制定にいたる過程

本節では、現行法制定に至るまでの法制度の変遷を概観する。[1] その紹介に当たっては一九一七年七月二五日の移民法[2]を中心として行う。その理由は、一九一七年法が現行一九五二年法に至るまでの移民制度の基礎を形成したとされているからである。[3]

（1）　一九一七年法制定前における「国外退去」手続

一　連邦議会が外国人を合衆国内から排除する最初の立法を制定したのは一七九八年六月二五日であった。[4] この法律は、大統領が合衆国の平和と安全にとって危険と判断した外国人を除去できるとするものであり、その際、告知・聴聞あるいは事実認定等一切要求せず、大統領は右権限を行使できるものとした。[5] しかし、この法律は実際には適用されることなく、[6] 二年後に廃止された。このような次第で、連邦議会が初めて移民規制のための包括的規定を定めたのは一八七五年三月三日の法律[7]であるとされている。[8]

この一八七五年法において規定されている退去強制事由は入国拒否事由のみであり、[9] 退去強制事由該当性の認定手続もいまだきわめて簡略なものである。すなわち、まず、入国拒否事由該当者の存否については、これを監査(inspection)する特別の公務員がおかれているわけではなく、関税徴収官がこれを行っている。また、特徴的なことは、行政機関に

より発せられた命令により退去強制がなされることとされておらず、裁判所による審問（hearing）を経た後に、退去強制がなされるという仕組みになっていることである。[10]

二　このような初期の法制度を大改正し、各行政機関の機能・権限を明確化したものが、一九〇三年三月三日の法律[11]である。実体的な退去強制事由に関する定めについては、この法律より前から、入国要件不該当を理由とする退去強制（ejection）[12]の定めがなされていたが、[13]手続的な側面では、これによって、一九一七年法の基礎が形成されたと評価できるであろう。

一九〇三年法で定められている、各行政機関の権限及び入国審査手続の概要は以下のようなものである。外国人が入国を求める場合には、各入国地点で、入国審査官[14]による審査を受ける。入国審査官は、外国人に宣誓をさせ、合衆国への入国を求める外国人の権利に関する証言をさせ、必要と認められる場合にはさらに当該証言の記録を文書化する。入国審査の結果、入国審査官が、明確かつ疑いなく（clear and beyond a doubt）、入国する権利を有すると思料する外国人については、当該外国人の入国が許可される。そして、この種の、外国人の入国に有利な決定については、それに不服がある他の入国審査官により争われる道が開かれており、その場合には、外国人は特別審査局（boards of special inquiry）[15]において調査を受けることとなる。他方、当該外国人が、明確かつ疑いなく、入国する権利を有するとの判断を入国審査官が下さなかった場合には、外国人は特別審査局により身柄を拘束され、[16]特別審査局によるヒアリングを経た後、入国を許可されるか国外退去処分に付されるかの決定を受けることとなり、[17][18]この決定が最終的（final）なものとされている。なお、このヒアリングについては、非公開とされていることの他には、[19]法律上に規定がなく、その具体的な形態につていは不明である。

三　以上のように、一九〇三年法により、退去強制処分は行政機関の命令により一応完結されることとなり、司法手

続を経ずして外国人を退去強制処分に付することが可能となった。さらに、一九〇三年法段階で、入国審査官の命令が外国人にとって不利な場合、特別審査局へと自動的に判断の場が移され、特別審査局の判断を経ずしては退去強制（ここでは入国拒否）できないという制度が既に確立している。このように、必ず特別審査局のヒアリングを経た後に入国拒否の最終的な判断がくだされるという制度は——そのヒアリングの形態については法律自体に規定がないためなんともいえないが——現行一九五二年法に継受されている。[20]

他方、本法においては、入国要件不該当を理由とする退去強制についても規定があるが、この場合については、法律は、財務長官に対し、簡略な手続で退去強制できる広範な権限を付与している。すなわち、一九〇三年法は、この種の退去強制の際に踏まれるべき行政手続についてなんら触れるところがなく、単に、ある外国人が法令に違反して合衆国に滞在していると財務長官が確信した場合には、当該外国人の身柄を拘束し退去強制する、という規定があるのみである。[21]後述する一九一七年法の例からして、この場合の行政手続の詳細については、おそらく行政機関の制定する規則により定められていたものと思われるが、資料的限界により、この点は定かではない。

以上略述した一九〇三年法の構造は、若干の修正を受けつつも、[22]一九〇七年二月二〇日[23]の法律に受け継がれている。[24]ただし、入国要件不該当を理由とする退去強制の際の行政手続については、次の点がその要件として法律上規定されたことが注目される。すなわち、外国人の身柄拘束の際には通商・労働長官の令状（warrant）が必要とされたことである。もっとも、この場合の行政手続の要件——例えばヒアリング等について、その細目にわたる規定がなされていない点は一九〇三年法と同様である。

四　なお付言するに、一九五二年法制定に至るまで、合衆国移民法は、外国人が労働長官等、各時点で移民規制権限を有するとされる各省長官の令状により収容され退去強制される、とする以外には、退去強制手続についてなんらの規

定も置いていない。[25] 従って、この手続は専ら行政機関の制定する規則及び判例により規定されることとなるのであり、判例が処分庁に対して規則の遵守を強く求める一因はここにあるのではないかと思われる。[26]

（2）一九一七年法以降の「国外退去」手続

一　一九一七年法は現行一九五二年出入国管理国籍法の基礎をなすものと評されているが、[27] このように評価される主な理由は、退去強制事由として新たな性格を有するものが法律上規定されるに至ったことにあるものと思われる。[28] すなわち、入国要件不該当ではなく在留要件違反を理由とする退去強制（banishment）と分類される制度の導入である。[29] この制度に導入によって、現行法制度上定められている三種の「国外退去」事由が出そろったことになる。

二　他方、入国拒否・退去強制をめぐる行政手続に関する規定は一九〇三年法ないし一九〇七年法と基本的に変化はない。[30] 従って、少なくとも手続面においては、一九一七年法の叙述に重きを置く必然性は薄いといわなければならない。しかし、一九一七年法及び手続面でこれを若干修正した一九二四年五月二六日の法律（43Stat. 153）については、Van Vleck による詳細な解説書があり、[31] これにより、規則レベルまでさかのぼって入国拒否・退去強制手続の細目がある程度まで説明されており、これら処分に関する当時の手続制度が大要どのようなものであったかが明らかになると思われる。従って、以下、この著書を参考に、一九一七年法、一九二四年法及びそれに基づく規則により定められた入国拒否・退去強制手続を紹介する。

（a）入国拒否手続

入国審査官の権限[32]、特別審査局の権限、その局員の任命方法等[33]に関する法律上の規定は、一九〇三年法並びに一九〇七年法と同様である。ただし、特別審査局により入国拒否決定を受けた外国人に対して、労働長官に不服申立[34]できること及びその際弁護人依頼権を有すること、を告知すべき旨が明文化された[35]。また、特別審査局によるヒアリングは非公開とされながらも、処分の相手方たる外国人は、労働長官の定める規則にしたがって、一名の友人ないし親族を同伴できることとしている[36]。もっとも、通常、外国人は、特別審査局によるヒアリングが終了するまで、これら友人・親族に面接することは許されなかったようである[37]。

法律上規定されている入国拒否ヒアリングの要件は右の事項のみであるが、その他いくつかの要件が規則により定められていたようであり、当時の入国拒否ヒアリングをいくつかの側面に分けて、さらに述べることとする[38]。

①特別審査局におけるヒアリング[39]の審査対象

入国拒否ヒアリングの第一段階は、年齢・到着港・入国目的等いくつかの基本的な事項を記録に収めることである[40]。この作業が終了した後、主任審査官は外国人に質問を発するが、この質問は、通常、主任審査官が当該外国人の身柄拘束の根拠となると考える事実に限定される。

②弁護人依頼及び反対尋問（cross-examination）

外国人への質問が終了すると、証人が召喚され、主任審査官等より質問を受ける。入国拒否ヒアリングにおいては、外国人が弁護人を伴うことは許されていない。当時の規則によれば、法律上[41]外国人に同伴することが認められている親族・友人は弁護人として活動してはならない旨定められていたようである[42]。さらに、規則によれば、これら証人は、外

国人に対する尋問の間、ヒアリングに外国人と同席してはならない、ともされていたようである。[43] また、通常、右の証人は、ヒアリングの前に外国人と面会することも許されなかったとされている。他方、弁護人が存在しないのであるから、入国拒否ヒアリングにおいては、外国人側弁護人が政府側証人に反対尋問をすることもない、ということになる。

このように、入国拒否のヒアリング手続において弁護人依頼権が認められなかった理由は、弁護人依頼権を認めると入国（拒否）手続において必要とされる迅速な決定に支障を来すこと、及び、被処分者の権利は、不服申立の段階で弁護人の依頼を認めることにより十分保護されることとなる、ということにあった。[44]

③特別審査局による独自の事実認定

最初の入国審査の段階で行われた質問と解答について作成された記録は入国審査官から特別審査局に回送されることはなく、ただ、入国審査の段階で外国人が身柄拘束を受けた理由[45]を示すカードのみが特別審査局に提出されるものとされていた。[46] 従って、入国審査官により収集された事実には触れることなく、特別審査局におけるヒアリングは進行することになる。

④処分事由、すなわち入国拒否事由の告知

この点については、規則においても規定はなかったようである。

(b)　退去強制手続

一　退去強制手続についての法律上の定めは、既に紹介したように、一九〇三年法より一九一七年法までほぼ同様で

あり、法律上の規定のみからでは、その手続の全貌は全く不明といってよい。しかしながら、後に詳述するように、一度入国を果たした外国人を退去強制させるためにはヒアリングを行うべきことが憲法上の手続的デュー・プロセスの要請するところ、と判例上解されていた。[47] この判例の要請を満たすべく、退去強制手続の要件を行政機関の制定する規則が規定していたようであるが、直接これら規則を検索することは、遺憾ながら、行い得なかった。従って、ここでもVan Vleckの著書に依拠しつつ論述を進めざるを得ない。[48] なお、Van Vleckは退去強制手続を違反調査、収容令状の申請、外国人の収容、各地方の入国審査官によるヒアリング、付属審査局による記録の審査、[49] 及び労働長官による最終的な処分の決定、の六段階に分類している。[50] 本稿では、これら六段階の手続のうち、主として入国審査官のヒアリングに焦点を当てて紹介しておく。退去強制という行政処分と事前行政手続との関係では、この段階がもっとも問題となるところと思われるからである。[51]

二　ただし、入国審査官による手続を検討する際に念頭におかなくてはならない留意点がひとつある。それは、退去強制手続の場合、入国審査官によるヒアリングは、理論上、下級行政機関による調査及び証拠収集手続にすぎず、これら証拠ないし調査段階に依拠して判断・処分権者たる上級行政庁、すなわち労働長官さらにいえば付属審査局、が一定の処分を下す、という構造とされていることである。[52] 労働長官が不服申立の審査・裁決庁とされている入国拒否手続とはこの点で差異があるわけである。従って、入国審査官による手続が調査手続として位置づけられることから、そこでの手続は自ずから略式のものとならざるを得ない、ということを考慮にいれなくてはならない。

三　以上のことを踏まえた上で、以下、入国審査官によるヒアリングを①弁護人依頼権、②告知、③立証責任、④職能分離、⑤反対尋問、の各要素に分解して紹介し、[53] さらに、⑥労働長官による処分手続、⑦裁量による救済制度を略述する。

①弁護人依頼権とその告知

弁護人依頼権が処分の相手方たる外国人にいかなる時点から認められるのか、とは、換言すれば、処分のいかなる段階で外国人に弁護人依頼権が告知されたか、ということになる。この点、一九一七年当時においては、「原則としてヒアリングの開始時点で、もしくは、遅くとも、ヒアリングが十分進捗し、政府の有する利益を保護する事実が提示された時点で」弁護人依頼権の告知がなされるもの、とされていた。しかし、右告知時期を定める規則は一九一九年一二月三一日を境として修正が重ねられていた。[54] すなわち、一九一九年一二月以前の規則では、ヒアリングの開始時点で弁護人依頼権を有する旨外国人は告知され、弁護人を依頼することができるとされていたが、一九一九年の規則改正により再び一九一七年当時の規定に戻ったのである。[55] この規則改正の効果として、外国人の弁護人依頼権の保障は縮減され、入国審査官が右のごとき状況に至ったと判断するまで、外国人は弁護人を依頼することができないこととなったのである。[56] しかし、この規則は約一ケ月後廃止され、弁護人の告知時期は再び以前の規則によることとなった。[57] さらに右規則もその後廃止され、一九三二年当時、「収容令状に基づくヒアリングにおいて外国人は弁護人を依頼することができる旨の告知を受けるものとする」とされ、弁護人が依頼された場合、当該弁護人はヒアリング開始より終了まで審理に在席することが許されるものとされた。[58] 規則の文面からは明確ではないが、実務上は、ヒアリングが開始される時点において、弁護人依頼権が、処分の相手方たる外国人に告知されていたようである。[59]

もっとも、以下の二点より考えると、弁護人依頼権が現実にどの程度その機能を果たしていたかには疑問が残る。すなわち、まず第一に、弁護人依頼権を告知された場合、処分の相手方たる外国人は弁護人依頼権を行使しようとしないことが通常であったとされているのみならず、[60] 外国人が弁護人依頼権を行使しないよう行政機関が説得・脅迫することをもって違法とする下級審判例が多く存在するのであり、[61] このことは、この種の説得・脅迫がしばしば行われていたで

あろうことを推測させるのである。さらに、第二に、行政機関の摘示した処分理由に対して外国人側弁護人は弁論要旨書（brief）により反論を示し得るにすぎないことに加えて、労働長官に提出される記録に記載される内容は外国人側弁護人が処分理由に反対しているという事実のみであり、その反論の理由等については記載されることはなかったのである。[62] このように、入国審査官による退去強制ヒアリングにおいて弁護人依頼権が保障されているとはいっても、その内実はきわめて怪しいものであった。

②退去強制事由の告知

一九一七年法第一九条[63]によれば、労働長官により発せられた収容令状（warrant of arrest）により、退去強制事由該当容疑のある外国人は身柄を拘束される、と規定されている。そして、一九三二年当時の規則によれば、収容令状の申請に際して、入国審査官は、当該事案が行政機関側にとって一応有利な事件（prima facie case）である旨を示し、これは収容令状に記載されねばならず、また当事者はヒアリングにおいて当該収容令状を検分する（inspect）ことを認められるものとされていた。[64] さらに、ヒアリングが行われている時点で、収容令状に記載されている理由に加えて、他にも反則事由が存在するとの心証を入国審査官が得た場合には、そのような新たな反則事由が加えられるであろう旨の告知を外国人は受けるものとされ、これに反駁する機会を外国人は与えられるものとされていた。[65] このように、収容令状は起訴状の役割をある程度果たすとともに、[66] 反則容疑事由を外国人に告知せしめるという機能を有していたのである。

しかしながら、収容令状の具体的形態を Van Vleck の著書により知りうる限りでは、収容令状の有する処分理由の告知機能は相当低いものだったと評価せざるを得ない。すなわち、正式の収容令状の記載内容は、収容権限を行政機関が有すること、及び一般的な処分理由つまり当該外国人が違反していると思料される法律条文の文言のみであり、従って、

収容令状のみからでは処分の相手方たる外国人は、処分理由の正確な内容・性質を把握できないものであった。場合によっては、処分理由を裏付ける証拠も記載されていたようであるが、そもそも収容令状は労働長官より入国審査官に宛てられた文書という性格を有するものであったため[67]、前述の如くヒアリングにおいて外国人が検分できるということ以外、ヒアリングに先立って外国人に処分理由の詳細を告知することについて、規則は何も定めておらず、実務上もそのような告知は行われていなかったようである。

また、弁護人による手続延期の申請がなされ、これに入国審査官が同意する、という手続が履行されない限り、退去強制手続は開始され、ヒアリング開始時点において収容令状が開示され、手続が進行することとされており、また、新たな反則事由が記録に記載される場合であっても、これを反駁するための準備を行うための延期を弁護人等が申請しない限り、やはり手続は進行し、入国審査官等による質問に対して外国人が答えるという手続のみが、外国人にとって現実的な防御の機会であったようである[68]。しかし、判例は、後にも詳述するように、退去強制手続の性格は刑事ではなく民事手続たるものである、という立論より[69]、収容令状が、外国人に対して退去強制処分が課せられる理由の重要な部分について告知していること(substantial notice)、及び処分庁により提示された記録を反駁する証拠を示す公正かつ合理的な機会を外国人が与えられていること、を要件として[70]、以上の制度を合憲・合法としている。

もっとも、これらの制度及び判例の一般論からは収容令状の具体的形態はいまだ不鮮明である。従って、個別の事例において、具体的に、収容令状のいかなる瑕疵が争われたものであったかを検討する必要がある。しかし、この点については、便宜上、判例の紹介の箇所でのべることとする。

③入国審査官によるヒアリングにおける退去強制事由の立証責任

退去強制手続において問題となる立証責任には二種のものがある。ひとつは外国人が合法に入国したことの立証責任であり、これは入国要件不該当を理由とする退去強制について問題となるものである。[71] 第二には、外国人が合法に在留していることの立証責任である。こちらは入国後生じた在留要件違反を理由とする退去強制について問題となるものである。[72]

右の如く性質を異にする二種の立証責任については、当時二つの点が不明確なまま、法律上及び規則上、放置されていた。ひとつは、(1)市民権を有する旨を処分の相手方が主張した場合、その者が外国人たることないし市民たることを、政府ないし外国人のいずれが立証すべきか、である。また、(2)入国後生じた在留要件違反を理由とする退去強制の場合、合法に合衆国に入国したことを立証すべき責任がなお外国人に課せられることとなるか否かについても、法律・規則上明文が置かれていない。

まず前者の点についてであるが、一九一七年法下における事件である United States ex rel. Bilokumsky v. Tod[73] において、外国人たることの立証責任が政府側にある旨説示されている。[74] この説示はいわゆる付随的意見であるが、その後いくつかの下級審判例[75]により、右の旨の説示がなされている。移民・出入国管理法令の適用を受けるか否かは、その相手方が外国人たるか否かに係るのであり、外国人たることの立証責任を処分の相手方に課すことは、極論すれば、国家の主権下に置かれている者すべてを——出入国管理法令との関係に限ってではあるが——、外国人と推定することにもなりかねないのであるから、外国人たることの立証責任を政府側に課すことには合理的理由があるものと思う。[76][77]

次の後者の点についてであるが、この点につきまず、一九一七年法はその第一九条で、退去強制事由ありとして収容された者は自らの入国もしくは滞在する権利を立証する責任を負うとのみ規定していた。[78] 一九一七年法を改正した一九二四年法は規定の体裁を相当変化させ、その第二三条により、退去強制手続においては外国人が合法に合衆国に入国し

たこと及びその入国の時・場所・方法を立証しなくてはならない、と定めた。[79] 他方、規則においても、（2）の点に留意した規定はおかれていなかったようである。[80] 一九二四年法第二三条の規定の文面からは、当該条項はすべての退去強制手続に適用されるかのように解することも可能であろうが、入国後生じた退去強制事由に基づき処分がなされようとしている場合、それとは一応無関係な、入国の合法性を外国人が立証しなくてはならないとすることは不合理との謗りを免れないであろう。[81] なお、当時この点につき判例上正面から争われた事例は存在しなかったようである。[82]

④職能分離

移民法初期の制度及び実務の中で最も厳しい批判にさらされていたといわれるものが、[83] 退去強制手続における調査機能と裁決機能との結合、及び訴追機能と裁決機能との結合である。すなわち、当時の実務においては、同一の入国審査官が、ある移民法違反事件について調査を行い、収容令状の申請対象となる事実を報告し、令状を送達し、ヒアリングを主宰し、当該事件の最終的処分についての勧告を行い、さらには審査官自らが行った証言を記録として残す場合もあった。[84]

理論的には、前述したように、入国審査官による退去強制手続は行政調査手続として位置づけられるものである。換言すれば、入国審査官は訴追権者でも裁決権者でもなく、単に、労働長官の下級機関として労働長官が処分を行うための情報を収集しているにすぎない。[85] 従って、理論的には、このように訴追権者とも裁決権者とも位置づけられない行政機関の活動が職能分離との関係で問題を生ずる余地はあまり大きくないはずであり、この問題が生ずる余地がある局面は、むしろ主として労働長官ないしその付属審査局による手続であるはずである。しかしながら、（1）前述したように、実際には入国審査官が訴追権者及び裁決権者を兼ねた役割を課せられていること、（2）さらに、労働長官ないしその付

属審査局による審査が、入国審査官によるヒアリングの結果得られた記録に基づくものであること[86]に加えて、ここでの審査では証人への尋問が行われない[87]等の制約があるため、最終的な処分に至る一連の過程の中では入国審査官による手続の比重が大きいこと[88]、などから、入国審査官による手続と職能分離との関係が種々議論され、判例が集積することとなったものと思われる。

⑤反対尋問及び証拠を反駁する機会の保障

当時の規則によれば、入国審査官によるヒアリングにおいて証人が尋問を受ける場合には、外国人側弁護人は当該証人に反対尋問を行う機会を与えられるものとされていたようである[89]。しかし、退去強制手続における反対尋問の機会の保障にはいくつかの大きな制約があった。まず第一に、証人を入国審査官がヒアリングに召喚しなくてはならないとされるためには、その召喚の必要性が重大でなくてはならないとされていたことである。他方、外国人側弁護人が行政機関に右の権限を行使させ証人を召喚させようとする場合には、弁護人は、当該証人が任意に出廷するよう真摯な努力を自らが既に行った旨を示さねばならない、と規則は定めていた[90]。すなわち、退去強制ヒアリングの場に証人を召喚することからして処分の相手方たる外国人には相当困難なことであったのである。

第二に、当時の規則の解釈として、召喚の対象とされる証人とは、入国審査官のヒアリングにおいて尋問を受けた証人に限られるものとされる可能性があったことである[91]。このような解釈が採用されるならば、様々な非公式の形で収集された証拠及び証人[92]に対して外国人が反駁を行う機会は大幅な制約を受けることを免れない。

さらに、種々のタイプの非公式な性格を有する情報に基づき処分を行うことが許されており、これについても、多くの場合、外国人側弁護人による反対尋問は不可能であった[93]。すなわち、入国審査官がヒアリング以外の手段を通じて諸々

の証拠・証言を収集することを禁止する法律ないし規則上の規定が存しなかったため、外国人側弁護人がヒアリングに出廷することは、必ずしも、処分の相手方たる外国人にとって不利な証言を審尋し証人に反対尋問する機会を保障することとはならなかったのである。[94] もっとも、後述するように、これらの情報については、当該証言を行った者に対する反対尋問は認められないとしても、入国審査官が処分の根拠とした証拠はすべて処分の相手方たる外国人に開示され、外国人がその証拠を反駁する機会を保障されるべきことは判例上確立していたともいえる。[95] 従って、その限りにおいては、外国人は自己の権利・利益を守るため攻撃・防御を行いうるものとはされていた。

ところが、外国人が反駁する機会を与えられることを否定されていた証拠があり、このことが当時より強い批判にさらされていた。すなわち、いわゆる機密情報（confidential information）といわれるものがこれであり、その批判の内容とは、退去強制事由該当性の判定が、機密情報の使用により、不当な影響を受けている、というものであったようである。[96]

なお、現行法上機密情報を用いて処分内容を決定することが許容されている場合とは、入国拒否事由該当性の決定、[97] 退去強制事由に該当する外国人を司法長官が裁量により救済する場合、[98] 及び、迫害の危険にさらされている国への退去強制の禁止規定[99] において、迫害の危険の有無の判定を行う場合[100] である。

⑥労働長官及びその付属審査局による処分手続の概要

労働長官の退去強制処分権限が実際にはその付属審査局に委任されていたこと、その他付属審査局の機能についてはさきに述べたところである。[101] 従ってここでは専ら付属審査局における手続について略述する。なお、付属審査局での審査手続は、入国拒否・退去強制のいずれの処分の場合にも基本的には同一内容であったと評価されている。[102] とはいえ、

退去強制手続の場合には労働長官（＝付属審査局）が理論的には処分権者である（従って、入国審査官が下級行政機関となる）とされているのに対して、入国拒否手続では労働長官（＝付属審査局）は特別審査局の審査・裁決庁とされている、ということから生ずる違いはある。そこで、以下、基本的には退去強制処分における付属審査局の手続を念頭に置き、必要に応じて入国拒否手続に言及する。

まず、処分理由は、前述[103]したように非常に不十分なものではあったが、一応入国審査官によるヒアリングに先立ち発せられる収容令状により告知されることとなる。なお、先にも述べたように、入国拒否手続での処分事由の告知については不明といわざるを得ない。

第二に、職能分離を含めた、中立な処分権者という視点から付属審査局の手続を見る。前述したように、退去強制手続では入国審査官による調査結果たる記録及び勧告に基づき、付属審査局の審査は進渉することとされていた（入国拒否手続では、特別審査局の決定に基づき審査）が、理論的には入国審査官により一連の手続は調査手続であって、入国審査官は訴追権者でも裁決権者でもないとされていた。しかしながら、入国審査官の役割と付属審査局との関係は、実際には入国審査官が訴追権者であり、付属審査局が、入国審査官よりある程度独立した裁決権者と位置づけることが可能と思われる。すなわち、確かに入国審査官には外国人を訴追しない権限はなく[104]、また付属審査局でのヒアリングに出廷することもないようであるが[105]、原則として、事実関係に関する調査結果の記録、及び調査の相手方たる外国人が退去強制処分に処せられるべきか否かについての自らの判断を、たとえ「勧告」という形式ではあっても、付属審査局に対して示すこととされていたからである。他方、付属審査局も、入国審査官による「勧告」に拘束されることなく、自らの見解を労働長官に「勧告」として示すという構造になっているのである[106]。

次に、関係者より特に要請があれば、口頭審問（oral hearing）を行うこととされていた[107]。

問題は右のヒアリングの形式であるが、まず、対審的構造がとられておらず、また、付属審査局におけるヒアリングでは、処分の相手方たる外国人も処分庁も新たな証拠を提示できるものの、証人をヒアリングに出廷させることはできず、[108]従って、反対尋問を行うことも不可能であった。[109]加えて、労働長官が新たな証拠をヒアリングで提出した場合、外国人側はこれを反駁する機会を保障されていたが、[110]機密情報を典型とする、外国人側に反駁の機会が与えられない証拠を用いることも処分庁は可能であったようである。[111]

他方、弁護人依頼権については、入国拒否事件の場合、特別審査局の処分を労働長官に不服申立する際に弁護人依頼権の告知がなされるとの法律上の規定があること、[112]及び右に述べたように入国拒否の際と退去強制の際とで付属審査局の手続が基本的に同様とされていること、あるいは理論的にみて入国審査官による手続（調査・情報収集手続と位置づけられている）よりも付属審査局の手続が正式のものと考えられること、などからして、退去強制事件においても外国人は付属審査局によるヒアリングに弁護人を出廷させることが可能であったと思われる。

最後に、最終的な退去強制処分の理由付記との関係では、退去強制処分がなされた後に労働長官により発せられる退去強制令状（warrant of deportation）[113]において退去強制の根拠が示されることとなっている。[114]その際記載されるべき事項としては、該当する法文上の根拠は当然含まれ、また、退去強制事由を基礎づける、労働長官によりなされた事実認定もまた記載されなくてはならないということが判例上要求されている。[115]さらに、収容令状及びヒアリングの対象とされた退去強制事由を、退去強制令状において、他の事由に差し替えることも判例上違法とされている。[116]

以上が付属審査局における手続の概要である。これを退去強制手続での入国審査官によるヒアリングと対比して考えると、理論上は調査手続とされる入国審査官によるヒアリングにおいては証人の喚問が認められ、一定の制約を受けつつも反対尋問が認められているのに対して、理論上正式の処分手続とされる付属審査局の手続においては証人の喚問等

が認められておらず、全体としてはむしろ付属審査局の手続は入国審査官のヒアリングに比して対審構造が弱められているかの印象を受ける。もっともこのことが手続的デュー・プロセスとの関係でいかなる評価を受けるものであるか、は困難な問題を含むものであり、この点が争われた事例も存しない。(117)

⑦裁量による救済

現行法下においては、入国拒否事由ないし退去強制事由該当の外国人を司法長官がその裁量により救済する際の手続的裁量統制が大きな問題となっている。しかし一九一七年法の下では、裁量による救済制度自体がいまだ確立したものとなっていない。(118) 右の裁量権行使のための手続を規則が定めることも特になかったようである。

第一章第二節　注

(1) 実体的な処分事由に関する制度の変遷は拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八三八頁以下（一九八四）で検討した。
(2) 39Stat. 874.
(3) 一九二四年五月二六日の移民法 (43Stat. 153) によりクォータ制度が合衆国移民法の永久的な部分とされたわけであるが、一九一七年法及び一九二四年法が移民政策及び法制度の基礎をなしたのであり、これらにより形成された制度の基礎は、一九五二年法に至るまで、実質的には修正を受けていないと評価されている。GORDON & ROSENFIELD, 1 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE, §1. 2d, 1−12~3 (1984).
(4) 1Stat. 570.
(5) Maslow, *Recasting our Deportation Law : Proposals for Reform*, 56COLUM. L. REV. 309, 311−2 (1956).
(6) 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』二一三頁注47（一九六八）。

（7）18Stat. 477.

（8）拙稿・前掲注（1）八三八頁。

（9）自国の管轄権から外国人を排斥する制度の分類方法にはいくつかのものが考えられる。例えばNote, *Deportation and Exclusion: A Continuing Dialogue between Congress and the Courts*, 71 YALE L. J. 760, 761n. 8 (1962) は、非永住外国人の入国を拒否する exclusion, 合衆国内にいる外国人あるいは国境で身柄を拘束されている外国人に対する排除手続である deportation という分類を採用しており、また、Goodwin-Gill, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, 47 BRITISH YB. OF INT'L. L. 55 (1974–75) は、expulsion を、国家の領土から、種々の手段——任意から強制を含む——を用いて、外国人を除去する国家の権限行使一般を指すものとし、deportation を、入国港において開始され、入国の拒否後の離国を執行するために採用された手続であるとする。Goodwin-Gill は、また、合衆国内において、"deportation statute" は当初、不法入国の移民の除去を行うため制定されたが、その後その内容が発展していったことを指摘する。

しかし、本稿においては「国外退去」制度を一応以下の三種に分けて考えるものとする。ひとつは、入国拒否 (exclusion) である。他方、ひとたび合衆国に入国後の外国人を排除する制度については、Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Aliens: Pre-1917 Case*, 68 YALE L. J. 1578, 1580-1 (1959) にならって、これを二つに分類する。ひとつは、不法ないし誤って (erroneously) 入国を認められた外国人を、入国後相当の期間内に国外に除去する制度であり、Hesse はこれを ejection と称している。これを一応入国許可要件不該当を理由とする退去強制と訳すが、場合によってはこれを単に退去強制とすることもある。これに対して、行為の性質及びその行為の行われた時間等からして、当初より入国を拒否し得るものであったはずであるとの推定が働き得ないような行為に関与した者の国外除去制度を banishment と称している。これを在留要件違反を理由とする退去強制と訳し、また後二者を総称して退去強制としておく。なお拙稿・前掲注（1）八五〇頁注38参照。

（10）一八七五年三月三日の法律の第五条。18Stat. 477.

（11）32Stat. 1213.

（12）前掲注（9）参照。

（13）拙稿・前掲注（1）八四〇頁以下。

(14) immigration officer ないし immigration inspector と称されている。その任命は財務長官によりなされる。一九〇三年法第二四条。32Stat. 1213, 1219.

(15) 特別審査局委員は、各到着地点における移民局長（commissioners of immigration）により任命される。その構成委員は三名であり、移民局の入国審査官より、財務長官の承認を得て、移民局総長（Commissioner-General of Immigration）が適任と判断するものが任命される。ただし、三名以下の入国審査官しかいない到着地点では、財務長官が、移民局総長の勧告に基づき、他の合衆国官吏より任命することとされている。一九〇三年法第二五条。32Stat. 1213, 1220.

(16) 以上が一九〇三年法第二四条（32Stat. at 1219-20）の定めるところである。

(17) 一九〇三年法第二五条。32Stat. at 1220. なお、同条によると、ある審査局内の二人の委員の決定が審査局の決定として最終的なものとなるが、不利な決定を受けた外国人ないし当該審査局の反対意見の委員は、各到着地点の移民局長及び移民局総長を通じて、財務長官に対して不服申立が可能であり、この場合には財務長官の決定が最終的なものとなる。

(18) なお、この法律では、中国人排斥諸法についてはこの法律による修正を受けない、と定めている（第三六条）ため、中国人に対しては、なお裁判所の審問を経た後でなければ、退去強制できないこととされている。この点が修正され、行政機関の命令により退去強制されることとなるのは一九一七年法によってである。

(19) ヒアリングが非公開とされていることに加えて、ヒアリングの開催される場についても、例えば州の刑務所において行われたヒアリングは不公正とされないとする判例がある。*See, e. g.*, United States ex rel. Ciccereli v. Curran, 12F. 2d 394 (2d Cir., 1926). この判例によれば、処分の相手方には、ヒアリングが行われるに際して、弁護人依頼権を有する旨の告知がなされており、その他、当該外国人は、自ら獲得し得た証拠を提示するためのあらゆる機会が与えられていた、として、右の結論が導き出されている。*Id.* at 395-6.

(20) 一九五二年出入国管理・国籍法第二三五条（b）、（c）、第二三六条（a）（8U. S. C. §1225 (a)）において同様の構造が採用されている。ただし、一九五二年法においては、特別審理官（special inquiry officer）の面前で行われる入国審査の内容・要件が詳細に規定されている。なお付言すれば、一九五二年法における特別審理官による入国審査については、機密情報との関係から、聴聞なしに入国を拒否される場合が認められている。一九五二年法第二三五条(c)(8U.S.C. §1225 (c))。他方、わが国の出入国管理及び難民認定法では、第九条、第一〇条により、一九五二年法と同様の内容が定められているが、

機密情報についての例外規定は設けられていない。

(21) 一九〇三年法第二一条。32Stat. at 1218.

(22) 一九〇三年法の下で財務長官の権限とされていたものはすべて通商・労働長官（Secretary of Commerce and Labor）の権限とされた。その他不服申立をめぐって若干の改正点がある。そのうち注目に値するものは以下の二点である。第一点、通商・労働長官への不服申立がなされた場合には、長官の決定を、各出入国港の移民局長が受領するまで、退去強制処分の最終的な執行が停止されること、及び第二点、当該長官による決定は、特別審査局において提示された証拠に基づいてのみなされること、である。一九〇七年法第二五条、34Stat. 898, 907. これらは現行法第二三六条（b）、8U. S. C. §1226（b）に至るまで継受されている。

(23) 34Stat. 898.

(24) なお、一九〇六年六月二九日の法律（34Stat. 596）により移民・帰化局（Bureau of Immigration and Naturalization）が設置され、移民に関する記録を備えるという権限が与えられた。

(25) *See*, Note, *Deportation and Due Process*, 5STAN. L. REV. 722, 729 (1953).

(26) 後述するが、移民法領域において、行政機関の制定する規則が法としての効力（the force of law）を有することを承認するものとしてFok Yung Yo v. United States, 185U. S. 296, 303 (1902)、また、デュー・プロセスは行政機関が自ら制定した規則を遵守することを要求する旨説示したものとしてBridges v. Wixon, 326U. S. 135, 152 (1944) 参照。

(27) 前掲注（3）

(28) 拙稿・前掲注（1）八四一頁。

(29) Hesse, *supra* n. (9).

(30) 通商・労働長官の権限とされていたものは労働長官（Secretary of Labor）の権限とされている。

(31) VAN VLECK, ADMINISTRATIVE CONTROL OF ALIENS (1932).

(32) 一九一七年法第一六条、39Stat. 874, 885-87.

(33) 一九一七年法第一七条、39Stat. at 887.

(34) なお、法律上は不服申立は労働長官に対してなされることとされていたわけであるが、不服申立がなされた際、当該事件

についての調査勧告を行う権限が他に委任されていた。すなわち、一九二二年以前には、この権限は労働省の各職員個人に委任されていたが、一九二二年以降においては、労働長官及び移民局総長付属審査局（Secretary and Commissioner-General's Board of Review）に委任されていた。これは法律により創設されたものではなく、その権限はあくまで助言を行うこととされており、労働長官の判断によりその手続を経ずして決定を行うことができた。しかし、通常は、付属審査局の勧告が労働長官の決定となったようである。これは、退去強制事例の増加に伴い、労働長官が記録を読み処分を決定することが不可能となったことによるといわれている。そして、労働長官が付属審査局の勧告に不満がある場合には、付属審査局と協議した後、その勧告を受入れるか自らの判断を下すという選択を行ったとされている。*See*, Clark, *Administrative Standards in Deportation Procedure*, 44 POLITICAL SCIENCE Q. 193, 206 (1929). また、付属審査局で行われる口頭審理は、例えば審査局員が外国人及びその弁護人にいくつかの質問を発する等、極めて略式のものに過ぎなかったようである。VAN VLECK, *supra* n. (31) at 78-80. なお、付属審査局の性格等についてはSoo Hoo Doo v. Johnson, 281 Fed. 870 (D. Mass., 1922）で議論されたことがある。事案は、合衆国市民の子供であると主張する原告に対して、父と主張されているものと原告との間の関係の存在が立証されていないとして入国拒否処分が下されたというものである。判決は結論として右認定を支持し、処分を適法としているが、原告は、本件における争点のひとつとして、原告の事案が付属審査局という法律外の審理機関によって判断を加えられ、労働長官がその勧告に従って結論を下したことを捉えて、原告に対して法律上認められている労働長官への不服申立の権利が侵害されたものと主張した。これに対して判決は、この問題は主として各省の組織の問題であり、「労働長官は、自己の処理すべき案件につき、自己の下級機関に調査・勘案させる権限を有し、また処分を下すに際してそれら下級機関の報告書を考慮する権限を有する」（281Fed. at 872）ことを理由に、原告の主張を退けている。要するに、この判決もまた、付属審査局の機能は調査・勧告という内部的なものにとどまり、相手方に対する最終処分は労働長官によりなされる、という組織法上の構造を承認したものとなっているのである。

(35) 一九一七年法第一六条、39Stat. 874, 886-7.

(36) 一九一七年法第一七条、39Stat. at 887.

(37) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 47.

(38) 以下の叙述については *id*. at 48-53 参照。

(39) ヒアリングは特別審査局局員の面前において行われるが、外国人に対して質問を発するのは審査局主任である。*Id.* at 48.

(40) 入国する権利を有することを外国人が立証しなければ入国拒否される、という制度となっている(一九一七年法第一九条、39Stat. at 889)のであるから、外国人がこれらの点を黙秘した場合には外国人は入国拒否されることとなる。このことが第五修正に反しないか否かが争われたことがあるが、連邦最高裁の伝統的な立場は、退去強制手続が刑事手続ではなく民事手続であることを強調して、第五修正に反しない、というものである。そのリーディング・ケースはUnited States ex rel. Bilokumsky v. Tod, 263U. S. 149 (1923)である。なお参照、*Developments in the Law-Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96HARV. L. REV. 1286, 1386-9 (1983).

(41) 一九一七年法第一七条、39Stat. at 887.

(42) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 49, citing Immigration Rule 11, subd. B. このこと及び一九一七年法第一六条(39Stat. at 887)——外国人は、労働長官への不服申立において、弁護人等を依頼する権利を有し、その旨の告知を受ける、というもの——から、入国拒否手続において外国人が弁護人を依頼する権利を認められるのは、入国拒否処分が下され、不服申立の意思が示された後ということになる。

(43) VAN VLECK, *id.* at 50. 規則についての引用はない。

(44) Gordon, *Right to Counsel in Immigration Proceedings*, 45MINN. L. REV. 875, 888 (1961), VAN VLECK, *id.* at 180. なお、一九四六年の行政手続法の制定を契機として規則により、入国拒否ヒアリングにおいても弁護人依頼権が認められることとなった。*See*, 8C. F. R. §236. 2 (a) (1984).

(45) ここでは身柄拘束の根拠、すなわち当該外国人が該当すると思料された入国拒否事由等が示されている。

(46) 以上の叙述はVAN VLECK, *supra* n. (31) at 48-9による。

(47) そのリーディング・ケースと目しうるものはJapanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher), 189U. S. 86 (1903)である。移民法と手続的デュー・プロセスとの関係については第二次大戦より多くの判例が集積されているが、この点については後述する。

(48) なお、VAN VLECK, *supra* n. (31)は一九三二年の著作であり、この著書に掲載されている規則もまた一九三二年当時のものである。行政規則の変遷が述べられている場合ないし判例等より明かにできる場合には一九三二年以前の規則にも言及

するが、これができない場合も多々あり、以下の叙述は一九一七年法及びその改正法下での退去強制手続に関するもの、ということになる。

(49) 前掲注（34）。

(50) Van Vleck, *supra* n. (31) at 83.

(51) なお、違反事件の調査段階においても、規則等に特に定めがなされていたわけではないが実務上、手続的適正の要請を満たすためと思われる処理を行っていたようである。特に注目されるものとしては、違反事件の調査を行うに先立ち入国審査官が自らの地位を明示し、調査対象たる外国人に対して、外国人のなす弁明ないし回答が任意になされるべきこと及びそれら弁明・回答が外国人に不利に取り扱われ得ること、を告知していたことである。Van Vleck, *id.* at 92. 行政調査段階を憲法上どのように評価すべきか、は移民法の分野においてもひとつの重要な問題であり、最近の Immigration and Naturalization Service v. Delgado, 466U. S. 210, 104 S. Ct. 1758 (1984；この判例については、宮川成雄〔一九八六—一〕アメリカ法二一〇頁以下の紹介がある。）をはじめとして、主として第四修正の search and seizure との関係で、極めて多くの判例があるが、本稿では取り上げない。また、行政調査段階において第五修正上いかなる保護が外国人に与えられるか、については、古くから争いがあるが、例えば弁護人依頼権について Low Wah Suey v. Backus, 225U. S. 460 (1911) は、その後のヒアリングにおいて弁護人を依頼したことは否定されていないことなどを理由に、弁護人依頼権の保障なき行政調査を合法とした。その他この点をめぐる判例は Gordon, *supra* n. (44) at 881n. 41 参照。しかし、一九五六年二月四日以前においては退去強制手続は被疑者の身柄拘束をもって開始されたこと（Gordon, *Due Process of Law in Immigration Proceedings*, 50A. B. A. J. 34, 35 (1964). 一九五六年二月以降は、身柄拘束ではなく、原則として理由立証命令（Order to Show Cause）の送達により手続が開始されることとなり、収容令状が発せられる場合は、被疑者が逃亡する恐れがある場合ないし被疑者を放置すると国家の安全が脅かされる場合に限定されている。8C. F. R. §242. 2 (a) (1984)）、及び行政調査が行われる時期がしばしばこの身柄拘束の後ヒアリングの前であったこと、からすると、行政調査段階においても弁護人依頼権を認めるべきであるとの主張はかなりの説得力があったのではないかと思う。Godon, *supra* n. (44) at 881.

(52) Van Vleck, *supra* n. (31) at 142.

(53) 後にも検討するように、連邦最高裁は退去強制手続において外国人が手続的デュー・プロセス上いかなる権利を有するかを判定できる正確な基準を明示していない。すなわち、連邦最高裁はいわゆるJapanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher, 189U. S. 86, 100 (1903)) において、外国人の「自由」(第五修正のデュー・プロセスの保護法益) を侵害する法律の執行に当たっては、処分庁はデュー・プロセス上の諸々の基本原則 (fundamental principles) を守らなければならない、という現代的な準則を定立した (Gardner, *Due Process and Deportation*, 8HASTINGS CONST. L. Q. 397, 405 (1981)) のであるが、いかなる手続が適正といえるかについての考察を連邦最高裁はその後現在に至るまで行っていない。このように、退去強制手続において課せられる手続上の要件について連邦最高裁が判断を下していない現状では、本文であげた五つの検討対象はいわば当座のものである。では、なぜこの五つの要件にしぼったのか、であるが、先に (第一章第一節注 (42) 及びその本文) 挙げたゴールドバーグ判決の十要件中、口頭での証拠の提示・反対尋問・不利な証人との対決及び自己の主張と対立する証拠の提示をひとつにまとめ、記録に基づく決定についての検討を除外 (後述するように、入国審査官自らが調査・訴追・裁決権限を有するという構造となっているため、論ずる実益がさほどないと考えたらである。) し、口頭弁論は制度上所与の前提となっているためこれも紹介から除き、また、処分理由の告知は⑥で検討することとした。これらに、退去強制制度特殊に問題となる立証責任を加えた。なお宮川茂雄「退去強制手続の司法審査 (一)」『同志社法学』三五巻六号七九頁 (一九八四) 参照。

(54) Colyer v. Skeffington, 265Fed. 17, 46 (D. Mass., 1920).

(55) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 98.

(56) Colyer v. Skeffington, 265Fed. at 46. 手続的デュー・プロセスの要請といえる弁護人依頼権 (*See*, Ex parte Chin Loy You, 223Fed. 838 (1915)) について、処分庁の裁量によりその告知時期を左右することは、場合によっては弁護人依頼権の実質的な否定にもつながり得るため、憲法上問題があろうかと思う。しかし Low Wah Suey v. Backus, 225U. S. 460, 470 (1912) は、ヒアリングが終了する前に処分の相手方が弁護人依頼をしたことが否定されていないことをひとつの理由として、予備調査段階における弁護人依頼権保障の欠如を正当としており、このことからすると、当時の判例法理の下では弁護人依頼権の告知時期をめぐる行政庁の裁量は相当広範なものではなかったかと思われる。しかしながら、一九一九年における規則の改正はもっぱら外国人の弁護人依頼権を制約することのみを目的とするもの、すなわち動機に不正があるものとし

て、下級審により無効とされている。Colyer v. Skeffington 判決以外のものとしては Ex parte Radivoeff, 278Fed. 227, 229 (D. Mont., 1922) 参照。

(57) 265Fed. at 47.

(58) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 181, citing Immigration Rule 19 subd. D, par. 2.

(59) Id. at 98-9.

(60) CLARK, DEPORTATION OF ALIENS FROM UNITED STATES TO EUROPE, 365-6 (1931). なお、当時の退去強制手続に関する研究によれば、弁護人を依頼してその弁護を受けた件数は二〇パーセントに満たないものであったことが指摘されていたようである。*See*, Gordon, *Right to Counsel in Immigration Proceedings*, 45MINN. L. REV. 875, 878 (1961).

(61) *See, e. g.*, United States ex rel. Bosney v. Williams, 185Fed. 598 (1911), Roux v. Commissioner of Immigration, 203 Fed. 413 (1913), Ex parte Lam Pui, 217Fed. 456 (1914), Ex parte Chin Loy You, 223Fed. 833 (1915), Guiney v. Borham, 261Fed. 582 (1919).

(62) CLARK, *supra* n. (60) at 367.

(63) 39Stat. 874, 889-90.

(64) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 176, citing Immigration Rule 19, subd. D, par. 2.

(65) *Id.* at 100.

(66) *Id.* at 176.

(67) *Id.* at 96. なお VAN VLECK 同頁によると、収容令状には正式の収容令状と電報によるそれの二種があったとされており、後者の場合、処分理由の該当する法律の文言が、より短縮されて記載されていたようである。

(68) *Id.* at 100-1. なお現行規則 8C. F. R. §242. 17 (1984) 参照。

(69) これを強調した判例の典型が United States ex rel. Bilokumsky v. Tod, 263U. S. 149 (1923) である。

(70) Ex parte Hidekuri Iwata, 219Fed. 610, 611−2 (S. D. Cal., 1915).

(71) 一九五二年法第二九一条、8U. S. C. §1361.

(72) 一九五二年法第二四二条（b）（4）(8U. S. C. §1252 (b) (4)) は「退去強制処分の決定は合理的で実質的かつ立証的な

証拠（reasonable, substantial and probative evidence）に基づくものでない限り有効ではない」と規定している。この規定につき連邦最高裁は、退去強制処分を基礎づけるものとして主張されている諸々の事実である旨を明らかにし、一義的な、説得力ある証拠（clear, unequivocal and convincing evidence）を、退去強制事由該当性を立証する証拠の程度として要求するものと解釈している。Woodby v. Immigration and Naturalization Service, 385U. S. 276, 286 (1966).

(73) 263U. S. 149 (1923).

(74) *Id.* at 153.

(75) *See, e. g.,* Riley v. Hawes, 24F. 2d 686 (1st Cir., 1928), Brader v. Zurbick, 38F. 2d 472 (6th Cir., 1930), United States ex rel. Bishop v. Watkins, 159F. 2d 505 (2nd Cir.) *cert. denied* 331U. S. 839 (1947).

(76) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 206も同旨と思われる。

(77) なお GORDON & ROSENFIELD, 1A IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE, §5. 10b, 5-119 (1984) は、処分の相手方が外国人たることの立証責任は政府側にある、とする。わが国では、この点が最高裁により判断されたことはないが、下級審判決で、外国人であることの立証責任は入国審査官にあるとしたものとして、大阪地判四〇・一・三〇判時四〇四号七頁、東京地判五四・一・二三判時九一五号四七頁等がある。右の大阪地判はその理由を、退去強制処分の重大性及び国籍の存否の認定の重大性に求めている。このような下級審判決を尾吹善人「外国人と人権」清宮四郎・佐藤功・阿部照哉・杉原泰雄編『新版演習憲法1総論・人権I』一一六頁（一九八〇）は妥当であると評価している。

(78) 39Stat. 874, 890.

(79) 43Stat. 153, 165-6.

(80) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 101.

(81) 現行法下においても同様である。すなわち一九五二年法第二九一条（8U. S. C. §1361）は、退去強制手続においては合衆国への入国の時・場所・方法を明らかにする立証責任が処分の相手方にある、とするのみであり、規定の文言等からは、すべての退去強制手続に適用あるようにも見える。GORDON & ROSENFIELD, *supra* n. (77) at §5. 10b, 5-118. 4 (1984) は、この規定は入国の合法性が問題となっている場合に関するものであることは明らか、としているが、このような結論は理論的には必ずしも「明らか」とはいえず、右のような解釈を施すにはそれなりの根拠が必要であろう。

筆者の知る限り、この点を正面から論じた判例はIran v. Immigration and Naturalization Service, 656F. 2d 469, 471 (1981) のみである。本判決は右のごとき解釈を施す理由を三点挙げている。すなわち、①不法入国が争点となっていない事案において、そのような争点について証拠を要求する正当な理由がないこと、②現行法第二九一条は、立証責任という手続的な問題を定めたものであって、実体的な退去強制事由を規定したものではない。ところが、入国の合法性が争われていない事案においても第二九一条が適用されるとすると、合法な入国の立証責任以外の点では入国の合法性とは無関係な事件において、退去強制事由が創設されたこととなること、③不法入国が退去強制事由の要素ではない事案に本条を適用すれば、理由立証命令（Order to Shaw Cause）に示されていない事由に基づく退去強制ということになり、デュー・プロセスに反することと、である。

(82) Van Vleck, *supra* n. (31) at 205.

(83) Gordon, *Due Process of Law in Immigration Proceeding*, 50A. B. A. J. 34, 36 (1964).

(84) Van Vleck, *supra* n. (31) at 230.

(85) *Id.*

(86) Clark, *supra* n. (34) at 205. もっとも、Van Vleck, *id.* at 175-77によれば、退去強制手続においては労働長官が退去強制処分に付するか否かを始審的に判断するのであるから、入国審査官によるヒアリングが終了した後に得られた新たな証拠を考慮することも可能である（ただし、外国人が当該証拠を反駁する機会の保障が必要）、という。

(87) Van Vleck, *supra* n. (31) at 147.

(88) *See*, *id.* at 230.

(89) *Id.* at 106, citing Immigration Rule 24, subd. 4.

(90) *Id.* at 105-6.

(91) 実際にこのような解釈により予備調査段階でとられた証言につき、外国人が該証言を行った証人に対して反対尋問を行うことなく、右証言を証拠として処分の根拠としても合法である、との判例がある。Chow Gum v. Backus, 223Fed. 487 (9th Cir., 1915).

(92) *See*, Van Vleck, *supra* n. (31) at 106. 証人がimmigration stationにきてインタビューを受けたり、入国審査官が証人の

家や職場を訪問してインタビューを行うなど。

(93) この種の情報としては予備調査段階における証言の他、宣誓供述書 (affidavits)、証人の宣誓の有無が不明な供述より成る記録、伝聞証拠などがあったようである。*Id.* at 107-12.

(94) CLARK, *supra* n. (60) at 368.

(95) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 167.

(96) Gordon, *supra* n. (83) at 38, citing REPORT OF SECRETARY OF LABOR'S COMMITTEE, 86 (1940).

(97) 一九五二年法第二三五条（c）、8U. S. C. §1225 (c).

(98) 8C. F. R. §242. 17 (a) (1984). これを合法・合憲とする判例は多々あるが、退去強制の停止に関するJay v. Boyd, 351U. S. 345 (1950) がリーディング・ケースである。

(99) 一九五二年法第二四三条（h）、8U. S. C. §1253 (h).

(100) これを合憲とする多くの下級審判例があることは後述の通りである。

(101) その権限・機能については前掲注（34）参照。

(102) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 147.

(103) 本節（2）（b）②参照。

(104) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 142.

(105) *Id.* at 147 によれば、付属審査局での手続は専ら記録に基づくものであり、また *id.* at 80 によれば、ヒアリングが開かれる場合、そのヒアリングは主として付属審査局局員が処分の相手方たる外国人及びその弁護人の主張を聞く、というもののようであった。

(106) ただし、入国審査官と付属審査局局員相互が現実にはどれほど密接な連絡を取り合っていたか等は不明。*Id.* at 145 は、入国審査官が労働省と連絡を行うことは例外とされる。

(107) *Id.* at 147.

(108) 入国拒否事件の場合には、特別審査局で提示された記録のみに基づいて付属審査局は判断するものとされ（一九一七年法第一七条、39Stat. 874, 877)、これが入国拒否事件と退去強制事件との間で差異を生ずるひとつの場合である。

(109) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 147.

(110) *Id.* at 176.

(111) *Id.* at 146.

(112) 一九一七年法第一六条、39Stat. 874, 886-7.

(113) 一九一七年法第一九条、39Stat. at 889.

(114) VAN VLECK, *supra* n. (31) at 178.

(115) Mahler v. Eby, 264U. S. 32, 44 (1924).

(116) Throumoulous v. United States, 3F. 2d 803 (1st Cir., 1925).

(117) 当然のことではあるが、①trialとして理論上位置づけられていることと、完全なtrialとしての要件を備えているということとは別問題であり、反対尋問あるいは証人喚問といった権利が保障されていないタイプのヒアリングであっても手続的デュー・プロセスの要件を満たし得るものであるし、また、②一連の退去強制手続において、入国審査官によるヒアリング及び付属審査局における手続の相互関係がいかなるものとして把握できるかということも考慮しなければ、右両者の手続に対する手続的デュー・プロセスからの評価を下すことはできないものと思われる。そして②に関していえば、いかに理論上付属審査局の手続がtrialとされ、さらにはそのtrialが完全再審理（de novo trial）とされているとしても、前述したような、入国審査官による手続が有していた実務上の機能の重要性、及び付属審査局における手続形態の簡略性を考えると、後に検討する、入国審査官によるヒアリングをめぐる多くの判例が、後続の付属審査局によるtrial手続の存在に注目せず、入国審査官によるヒアリング手続をそれとして手続的デュー・プロセスという視点から検討したことは正当であったと思われる。

(118) 一九一七年法において、入国拒否事由該当の外国人を裁量により労働長官が救済できる場合が第三条（39Stat. 874, 877-8）、及び第二一条（39Stat. at 891. 仮釈放に関する規定）において規定されているが、その際の手続要件は法律上、さらには規則によっても定めがなされていなかったようである。他方、退去強制事由該当の外国人を裁量により救済する場合については、裁量権行使のための実体的要件さえ法令上なんら規定されていなかった。*See*, VAN VLECK, *supra* n. (31) at 134. しかし、退去強制事由該当の外国人を実際に退去強制処分に付した場合非常に大きくかつ不合理な過酷な状況を外国人

に与える場合があることは当時より意識されており、この種の外国人を救済するため、実務上労働長官によりいくつかの手段が採用されていた。右の手段としては、退去強制執行の延期、収容令状の取り下げ、任意出国の許可といったものがあった。*Id.* at 138. なお、これら裁量権の行使に対して手続的統制を問題とする判例はこの時期末だに出現していない。

第三節　本章のまとめ

一　ここではまず、一九五二年（現行）移民法の処分手続と一九五二年法制定以前における処分手続のそれぞれにつき、その概要を改めてごく簡単に述べた後、一九五二年前後でどのような変化がみられるかを指摘することとする。

まず一九五二年法下の処分手続については、現行法の手続は手続的デュー・プロセスの要請をほぼ満たすものといわれている。特に退去強制手続は、国選弁護人の保障以外は刑事手続に類似する内容となっており、また、入国拒否処分手続も、いくつかの点で問題はあるものの、退去強制手続に類似するものとなっている。

他方、一九五二年以前には、入国拒否処分手続においては、第一次的な行政処分段階での手続的保護は薄い。これは、不服申立手続等による手続保障で十分であるという考え方によるものといえよう。これに対して、退去強制手続は、形式的には行政機関の制定する規則によりかなりの程度整備されたものとなっているが、その実質的な内容は相当脆弱なものであり、例えば処分事由の告知は適用法条の告知のみで十分とされたり、あるいは証拠への反駁については、機密情報の存在が承認され、それへの反駁が制限されていた。さらには、行政機関が規則違反の行為をしばしば行っていた事実が窺われる。

二　このように、現行一九五二年法制定前後の法律ないし規則上の手続制度を比較してみると、入国拒否手続につい

ては現行法制定の前後で顕著な差異があるのに対して、退去強制手続制度は一九五二年以前に既に相当その整備が進行しており、一九二四年当時[(1)]の処分手続と現行法下のそれとは基本的には同一の内容であるということができる[(2)]。しかし、もちろん、退去強制手続についてもいくつかの重要な差異があることには留意すべきであるし、また現行法のもとでも手続保障の進展は常になされているのである[(3)]。

この、現行法下での手続保障の進展という点で最も注目されるのは、職能分離の進行である。すなわち、現行法の制定により、いかなる特別審理官も自己が調査に参加した事件の手続を行わないものとされたのであるが[(4)]、なお特別審理官を調査から完全に離すことはほぼ不可能であったことに[(5)]加えて、訴追権と裁決権との分離は図られていなかった。この点を改正し、訴追権限を特別審理官から分離したものが一九五六年三月六日施行の規則[(6)]であったが、それでもなお、特別審理官が移民帰化局の一部であったため、その職務の独立性が不十分であるとの批判にさらされていた[(7)]。特別審理官の権能が裁決に限定され、かつその職の独立性が維持されるようになったのは、一九八三年に新たに創設された移民審査行政局（Executive Office for Immigration Review）に特別審理局が移され、すべての特別審理官は attoneys であり、その唯一の責務は裁決とされるようになってからである[(8)]。

さらに、現行法下での手続保障の進展は退去強制手続のみならず、入国拒否手続についても行われており、現行法の制定及びその後の手続制度の整備により、入国拒否処分手続と退去強制処分手続との類似性が増してきているのである。

三　では、このように、出入国管理手続の整備をもたらした要因、及び入国拒否手続と退去強制手続との差異をもたらした要因は何に求めることができるのであろうか。まず出入国管理手続の整備をもたらした要因としては、実体的な「国外退去事由」の性格の変化（既に述べたように、歴史的には、まず入国拒否事由が登場し、その後入国要件不該当を理由とする退去強制、最後に在留要件違反を理由とする退去強制事由が規定されるようになった、ということ）及び「国

外退去事由」の内容の拡大を挙げることができるのではないかと思われる。すなわち、合衆国移民法は、その歴史の初期の段階では、その処分を司法手続に委ねていたのであるが、ここでは、処分事由の性格の多様化と処分事由の内容の拡張に伴い、処分を下すことが裁判所にとっては過重負担となる、という判断に基づいて、処分手続が行政機関に移行したものと推測される。ここで新たに、いなかる処分手続により行政機関はその判断を下すべきか、という問題が発生することになる。ところで、行政手続を整備する目的（換言すれば、手続的デュー・プロセスを行政手続にも適用する目的）については様々な議論があり、現段階でこれを確定することは非常に困難ではあるが、さしあたり、行政段階で事実関係を正確に確定する必要性と迅速な権利救済の必要性の二つに大別することができるであろう。[9] 実体的な「国外退去」事由の多様化と複雑化により、行政段階で事実関係を正確に確定するためには、行政手続をそれに応じて整備することが必要となるのである。そして、その限りでは、入国拒否であれ、退去強制であれ、手続整備の必要性には変わりはないはずである。[10] ではなぜ、現行法制定以前においては、入国拒否手続と退去強制手続との間でその内容に大きな違いがみられたのであろうか。考えられる理由は次の二つである。第一には、処分の相手方の利益状況の違いであり、第二には、右の点と密接な結び付きを有するのであるが、判例法上、手続的デュー・プロセスは退去強制手続には適用があるが、入国拒否手続には適用がないとされてきたことである。このような捉え方の適否と考え方の妥当性も含めて、以下の章では判例を分析することとする。

第一章第三節　注

（1）本稿で、現行法制定以前の制度を分析するに際して依拠した Van Vleck, Administrative Control of Aliens (1932) が検討の対象としている法制度は一九一七年法を改正した一九二四年法及びその下での規則である。

（2）職能分離がその代表である。現行法制定以前においては、調査機能、訴追機能、裁決機能が同一の入国審査官に帰属していたのであるが、現行法制定により、いかなる特別審理官も自己が調査に参加した事件の手続を行わないものとされたのである。一九五二年法第二四二条（b）、8U. S. C.§1252(b).

（3）一九五六年の規則の改正により、身柄拘束による手続開始ではなく、理由立証命令により退去強制手続が開始されるようになったことはその一例である。本章第一節注（50）及びその本文参照。

（4）前掲注（2）。

（5）*See*, Note, *Deportation and Due Process*, 5STAN. L. REV. 722, 732-3 (1953).

（6）*See*, Note, *The Special Inquiry Officer in Deportation Proceedings*, 42VA. L. REV. 803, 806-7 (1956).

（7）*See, e. g.*, Lopez-Lopez, *The Rights of Aliens in Deportation and Exclusion*, 20IDAHO L. REV. 731, 750-1 accompanying n. 139 (1984), Levinson, *A Specialized Court for Immigration Hearings and Appeals*, 56NOTRE DOME LAWYER, 644, 645-7 (1981).

（8）8C. F. R. §236, 242. 8-20 (1984), Legomsky, *Forum Choices for the Review of Agency Adjudication : A Study of Immigration Process*, 71IOWA L. REV. 1297, 1305 (1986).

（9）ここで、行政処分過程に手続保障を承認する意義と目的（手続保障の価値）に関する議論状況を紹介しておく必要があろう。まず、機能という側面からみた場合、手続とは、決定作成者の行う決定を裏付ける情報の交換、獲得及び処理のメカニズムである（Hahn III, *Procedural Adequacy in Administrative Decisionmaking : A United Formation*, 30AD. L. REV. 467, 469 (1978).）といってよいであろう。このメカニズムを持つものとしての手続きを行政機関の決定作成という場面で保障する、ということが果たす基本的役割とは、行政機関のなす決定の更正さと正当性を確保するために、政府と国民との間で、決定に先立ち、「対話」(dialogue) を行うことであるという指摘（*See*, Saphire, *Specifying Due Process Values : Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection*, 127U. PA. L. REV. 111, 161 (1978), citing TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 550 (1st ed. 1978).）がある。右のことに、手続保障により実体判断の正確さが担保される、ということを加えれば、抽象的には手続保障のもつ意義の大半をカバーし得るであろう(例えば梅木崇訳 Verkuil「行政手続における新しい概念（二）」(The Emerging Concept of Administrative Procedure, 78COLUM. L. REV. 258 (1978))『駒大法学部

政治学論集』二〇号三三頁（一九八四）参照）。要するに、手続的正義の観念の核心は、ある問題に対する決定に先立って競いあっている諸々の要求に対して公正な手続に乗っ取った公平な配慮を要請することによって、決定における恣意専断を排除しようとするところにある（田中成明「法哲学・法律学・法実務」『現代法哲学』第三巻二五頁（一九八三））。

にもかかわらず、近年、さらに、手続保障の基礎にある価値とはそもそも何か、を検討することの重要性が強調され（この点については、Redish=Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, 95 Yale L. J. 455, 474-5 (1986) が次のように述べて、デュー・プロセスの持つ価値と特定の手続保障のあり方とを分けて考察すべき必要性を指摘している点が、本稿の考察対象との関係においても特に示唆的であるように思う。「デュー・プロセスの内容は、裁判所が要求する特定の手続内容如何という点では可変的（flexible）である必要がある。他方、デュー・プロセス条項が具現する価値はより永続的なものである。（中略）過去において必要とされた手続はいかなるものであったかを知ることは、その手続が現在でもなお必要とされるか否かに答えてくれるものではない。しかし、右の作業は、デュー・プロセスが内包している諸々の価値とは何かを探求するうえで必要なことである。」）、多くの議論がなされている。議論を呼び起こした背景としては、手続的デュー・プロセスの保護法益及びデュー・プロセス上要求される手続要件の各々につき、形こそちがえ、実体法志向性が強いものがある（まず、手続的デュー・プロセスの保護法益についていえば、手続保障の有無が実体的権利の存否により左右されるとすると、実定法（多くの場合州法）により政府から一定の給付をうける権原（entitlement）が設定されたことを前提として、手続保障を受ける憲法上の権利が生ずることになってしまう、ということになる（中島徹「適正な手続により判定を受けるべき法的な利益――「公正と効率」のためのノート（1）――」『早稲田法学会誌』三五巻二五六頁（一九八五））。こうなると、実体的権利を規定する個別の実定法により憲法上の保障の有無が左右されることにもなる。また、デュー・プロセス上要求される手続要件については、エルドリッジ判決以降、一定の手続を保障することによりどれだけ実体判断のエラーを回避し得るか、という視点より手続要件が規定されるという判断枠組みを連邦最高裁は採用している（Mashaw, Due Process in the Administrative State, 102-3 (1985).）。）ため、改めて、手続的保護自体に何らかの価値があるのではないか、が問われ出した、ということを挙げることができよう。このような問題状況の存在にもかかわらず、連邦最高裁は、これまで、非刑事手続領域での憲法上の手続的保護を判断するに際して、デュー・プロセスの基礎にある価値を特定化することに失敗しており（*See*, Saphire, *id.* at 113. その結果、手続的デュー・プロセスに関する基準は、調和

性，継続性，原理といったものに欠けるものになっているという。)，連邦最高裁の判例の中には，様々な価値が混在しているのである(前述したように，MASHAWはエルドリッジ判決以降連邦最高裁が行政機関の決定の正確性という視点を基礎とする，というが，他方，例えばMarshall v. Jerrico, Inc., 446U. S. 238 (1980) でマーシャルの多数意見は，手続的デュー・プロセスの基礎にある二つの理念として，ひとつは「不当もしくは誤った利益の剥奪を防止すること」，ひとつは「決定作成プロセスにおいて影響を受ける個人による対話と参加を促進することである」(446U. S. at 242) と述べているのである。*See*, TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 672 (2d ed. 1988).)。

判例あるいは学説が，手続的デュー・プロセスの価値として挙げるものには様々ある。従来の学説が，手続的デュー・プロセスの価値として挙げてきたものとしては，①決定過程での大衆の同意(public consent)の形成(Hahn III, *id.* at 499-50)，②決定作成者の実体判断の正確性の担保 (*See, e. g.*, McCormack, *Purpose of Due Process : Fair Hearing or Vehicle for Judicial Review?*, 52TEX. L. REV. 1257, 1275-6 (1974), MASHAW, *id.* at 173, TRIBE, *id* (2nd Ed). at 666-7, Notes, *Specifying the Procedures Required by Due Process : Toward Limits on the Use of Interest Balancing*, 88HARV. L. REV. 1510, 1540 (1975).)，③対審構造への参加により相手方が制度に対して親近感，信頼感等を得ること (McCormack, *id.*, MASHAW, *id.* at 180, Notes, *id.* at 1540)，④司法審査の基礎となる記録の作成 (McCormack, *id.*, Notes, *id.* at 1540)，⑤平等 (MASHAW, *id.* at 173-5)，⑥プライバシー (MASHAW, *id.* at 180-1)，⑦処分の相手方に対して処分決定がなされるプロセスへの参加の機会を与え，もって，個人としての彼らの尊厳を保護すること (TRIBE, *id.* at 666. MASHAWの展開する，いわゆる「個人の尊厳理論」(dignitary theory) である。その内容及び支持者等についてはさしあたり，*see*, MASHAW, *id.* at 161-2. Alexander, *The Relationship between Procedural Due Process and Substantive Constitutional Rights*, 39U. FLA. L. REV. 39 (1987) もMASHAWに賛意を評している。その他，Saphire, *id.* at 162-6, Pincoffs, *Due Process, Fraternity and a Kantanian Injunction*, in ; PENNOCK & CHAPMAN (ed.), DUE PROCESS, NOMOS XVIII, 172, 175-9 (1977). また，Michelman, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in ; PENNOCK & CHAPMAN (ed.), DUE PROCESS, NOMOS XVIII, 126 (1977) は association(「間主観的結合」とでも訳すべきか)を挙げている)等がある。その他，*see*, Rabin, *Job Security and Due Process*, 44U. CHI. L. REV. 60, 76, 78 & n. 62 (1976). なお，⑦の考え方は，わが国の学説の中にも若干現れている(芦部信喜編『憲法II人権(1)』(一九七八)(種谷春洋執筆))。しかし，これを大別すれば，手続への参加が重要であり，

この参加を通じて、処分の相手方の個人の尊厳が保持され得る、といった主張に代表される考え方がひとつある（右に挙げた諸説のうち、①③⑤⑥⑦がこれに該当しよう。要するに、手続保障の価値は、少なくとも、ヒアリングを受ける権利が相手方に影響を与える決定につき有意でかつ満足できる参加を付与する、ということにあり、そのとき実体判断の結果は関係ない、というのである。TRIBE, *id.* at 673.)。手続保障には、実体法と切り離された独自の価値がある、とするものである。この場合、例えばヒアリングを受ける権利は、その保障を通じて異なる処分結果が獲られる機会を得る権利とは、理論的に別次元のもの、ということになる（TRIBE, *id.* at 666.）。第二に、手続保障を付与することは、それを通じて、行政機関の判断のエラーを回避することを目的とする、という主張に代表される考え方がある。手続保障は実体法に付随する価値しか持たない、とするものである（右の②参照。その他、④もこれに該当しよう。）。この考え方に立てば、手続保障のポイントは、参加を確保することにではなく、実体判断の正確さを担保するために参加を手段として用いることにある（TRIBE, *id.* at 667）、ということになる。連邦最高裁の判例は様々な価値を挙げているが、MASHAW は、エルドリッジ判決以降の判例枠組みは後者に依拠している、と分析している（MASHAW, *id.* at 102-4）。

手続保障の価値をどのようなものとして把握すべきかは、法哲学等における最近の議論（例えば、田中成明「手続的正義に関する一考察」『法の理論（原秀里博士追悼記念）』第六巻三七頁（一九八五）。結論的には、手続保障の意義には、結果志向的な派生的・従属的なものと、手続志向的な独自なものとの二種類があり、前者が第一次的だが、後者はそれに還元されず、独立に、前者に対して促進的ないし規制的に作用する、という。）を踏まえたうえで、これを検討しなくてはならないため、本稿ではこれをなし得ない。しかし、思うに、各々の考え方には、当然のことながら、長所と欠点とがある、ということが留意されるべきであろう。この点につき、まず、手続そのものに実体法と切り離された独自の価値を持っているという議論の長所として、MASHAW, *id.* at 162-7 は、――「個人の尊厳理論」との関係においてであるが――①直感のレベルでの長所（すなわち、我々はみなプロセスそのものが、結果の如何にかかわらず、我々にとって重要だと感じていること）、②実体法の規定の態様により憲法上のデュー・プロセスのあり方が左右される、ということがなくなる（手続的デュー・プロセスの保護法益との関係）、③非刑事手続領域で手続的デュー・プロセスを解釈適用するに際して我々は、行政機関が個人をどのように取り扱うべきか、に付き関心を寄せているが、行政機関の決定の正確さということだけでは、憲法上の他の諸価値（精神）と合致するものとしては不十分である、ということを挙げている。他方、手続独自の価値を重視する考え方に対

して向けられ得る批判として TRIBE, *id.* at 670 は、この考え方によると、聴聞手続が憲法条文になんら確固たる基礎を持たないまま構築されることになること、かくして裁判官を法律の世界から切り離して過度に政治的事項に巻き込むものであること、特定の裁判官の主観的好みに不当に依拠するものであること、を挙げている(これに対する TRIBE の反論については、*see, id.* at 670-1.)。また、MASHAW 自身が自己の論理の欠点とする点については、MASHAW, *id.* at 167. その他の批判としては、EDLEY, JUDICIAL GOVERNANCE, 265-78 (要するに、ただひとつの要素のみに目を向けさせようとすると全体が逆に歪められる、というもののようである。ただし遺憾ながら、筆者自身はこの原著にはあたることができなかった。TRIBE, *id.* at 764n. 31 からの引用である。)、Easterbrook, *Substance and Due Process*, 1982SUP. CT. REV. 85, 115-5 (1982) がある。他方、実体判断に付随するものとして手続の持つ価値を考える、という態度は、連邦最高裁の判例法理に裏打ちされているといえよう (*see*, MASHAW, *id.* at 102-4.)。また、行政手続の重要な任務が実体的な規制計画を不当に遅延あるいは不成就にすることのないよう組織建てすることにある (梅木訳・同上三三頁) ことに異論はないであろう。しかし、手続保障のあり方を実体法に従属させるという考え方に対しては、①そもそもデュー・プロセスという規定は、制憲者が、自由な社会において基本的と考えながらも多数者による否認の危険に曝されやすい権利と価値を守ろうと決断した、ということを反映したものであること (TRIBE, *id.* at 718.)、②実体判断に手続の価値を従属させる考え方は、多くの場合、単に行政過程への盲目の忠誠を示すものであること (McCormack, *id.* at 1275.)、③正確な決定を受ける、ということは、手続的デュー・プロセスとの関係では、それ自体独立した権利 (つまり、デュー・プロセス上問題とされる権利は正確な決定を受ける権利である) とはいえず、むしろ f (x) の x である (MASHAW, *id.* at 156-7.) という批判が向けられている。

さらに、実体志向的な手続観と手続固有の価値を重視する考え方とには、相互補完的な側面も見いだし得る。例えば MASHAW も、手続的デュー・プロセスの核となる原理を支えるものとして決定の正確さを摘示しており (*id.* at 173.)、また功利主義的利益衡量を全面的に否定するものでもない (Mashaw, *Administrative Due Process : The Quest for a Dignitary Theory*, 61BOSTON U. L. REV. 885, 910ff (1981).)。もちろん、核となる価値も違えば、自らのアプローチが慎重細心な考慮要素を示すものである、とする。See, MASHAW, *id.* at 170 & Chapter 5.

このように、両者の考え方には各々長所と欠点があり、かつ相互補完的な点も存在する以上、一概にいずれかに立脚すべきかを決することはできまい。ただし、このことは、逆に、いずれか一方のみに偏った考え方には無理が生ずる、というこ

とを意味する。わが国の判例には、後者の考え方が強く立ち現れているのであって、前者の理念をいかに具現化すべきか、という視点が欠落していることには大きな問題があるように思われる。

なお、手続的デュー・プロセスの保障の価値として、時に、行政機関の行為に対する司法審査の際の記録を作成することが挙げられることがある（先に手続的デュー・プロセスの価値として学説上摘示されたもののうちの④である。特に McCormack, *id.* at 1276 は、この立場こそが連邦最高裁の判例を最も説得的に説明し得る、とする。）。これは、合衆国の訴訟構造が「記録に基づく審査」を基本としていることのひとつの現れであって、ここにも特殊アメリカ的な側面を持つ主張が存在していることに留意すべきであろう。

(10) 特に一九一七年法以降は、入国拒否事由はそのまま退去強制事由として規定されている。拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八四一頁（一九八四）参照。

第二章　入国拒否制度に対する判例の評価

一　一九五二年法前後での入国拒否手続の概要は前章で紹介したようなものであった。これに対して判例はいかなる評価を下していたか、及び学説はどのように対応したかを検討することが本章のテーマである。

二　以下、まず、一九五〇年[1]以前における入国拒否制度をめぐる手続的デュー・プロセスという視点からの評価を、連邦最高裁及び下級裁判所の判例に分けて叙述する。このように分ける理由は以下の二点にある。ひとつは、後に述べる退去強制手続をめぐる判例を検討する際にやはりこのように分けて検討していることと対応したものとするためである。このようにすることによって連邦最高裁の示した一般理論の射程が少しでも明らかとなりうるからである。第二に――あるいは第一点を敷衍したものともいえるが――、後に具体的に検討するように、一九五〇年以前において最高裁

の提示した入国拒否処分をめぐる理論が手続的適正に焦点を当てたものではないことがある。従って、この時期の連邦最高裁の理論枠組みが入国拒否処分の手続的適正との関係でいかなる意味を持ちうるものかを検討する素材が必要となるからである。

三　次に、一九五〇年前後に出された二つの連邦最高裁判決——United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy (338 U. S. 537 (1950)), Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei (345U. S. 206 (1953))——を紹介し、これを検討する。この二つの判例により入国拒否と手続的デュー・プロセスに関する連邦最高裁の判例理論が確立し、Knauff-Mezei 理論として学説から多大な批判を浴びることになる。そこで、本章の後半では、前記二判例を中心に叙述を進め、その判例法上の位置づけを検討した後、これに対する学説及び下級審の対応を紹介する。

第一節　一九五〇年以前における入国拒否処分をめぐる判例の動向

本節ではまず一九五〇年以前の判例が入国拒否手続に対していかなる一般理論を展開しようとしたか、を検討する。これによって、後に Knauff-Mezei 理論(2)と言われるもの——その内容は要するに入国拒否処分には憲法上の手続的デュー・プロセスによる保障は及ばない、ということであり、その理論的根拠としては主権理論、権利・特権二分論(3)及び憲法上の効力の属地性がある(4)——この骨格がこの時期どの程度形成されていたといえるかが看取できるであろう。次に、この時期の下級審の動向をみていく。この点を紹介することは、この時期の連邦最高裁判決の理論がどのようなものとして下級審に理解され、どの程度それが波及していたかを知ることができる、とい意味を持つ。この時期の連邦最高裁判決が実ははっきりした内容を持っていないだけに、連邦最高裁判決の内容を下級審がどのように把握していたか、

は判例の理解にとって重要な意味を持つであろう。

(1) 入国拒否処分をめぐる連邦最高裁判例の一般理論

一　入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる判例の動向を検討するに先立ち、合衆国において移民規制権限を有する主体の問題にあらかじめ言及しておく必要がある。現在、移民規制権限は連邦議会に属するとされているが[(5)]、建国当時においては、外国人の出入国に関する権限は大港を有する州により行使されており[(6)]、当初この権限は連邦最高裁により合憲と判断されていた[(7)]。しかし、一八七五年の Henderson v. Mayor of New York[(8)], Chy Lung v. Freeman[(9)] の二判決により、移民規制権限が連邦議会に専属する、ということが確立したといえる[(10)]。

二　このようにして確立された移民規制権限を行使して連邦議会は、第一章で述べた如く、一八七五年三月三日の法律[(11)]で、入国拒否に関する規定を置き、その後も入国拒否事由を拡大化するなど、一般的な入国拒否制度を確立していった[(12)]。その一方で、特定の人種の外国人の入国拒否のみを定める立法も制定された。すなわち、これが一八八二年五月六日の法律[(13)]に始まる、一連のいわゆる中国人排斥諸法 (Chinese Exclusion Act) である[(14)]。右一八八二年の中国人排斥法は、中国人労働者の入国拒否及び帰化禁止を定めたものであったが、これは、法制定当時合衆国内にいた中国人には適用がなく、そのような中国人については、再入国を促進するために再入国許可証とでもいうべきものを発行していた。ところが一八八八年一〇月一日の法律[(15)]により、この再入国許可証を所持する中国人に対しても再入国を拒否することとされた。この法律が、当時の清と合衆国との間の一八八〇年一一月一七日の条約[(16)]に反しており無効といえるか否か、が争われていたものがいわゆる Chinese Exclusion Case[(17)] である。この事件は、連邦議会の入国拒否権限行使が争われた初めて

の事件であり、ここで判決は、入国拒否権限の性質論を展開しているものの[18]、争点はあくまで条約と国内立法との抵触関係及び法律の効力いかんであって[19]、右の入国拒否権限の性質論にしても、当該権限の正当性の憲法上の根拠[20]に言及するのみであり、さらに進んで、この権限行使を司法部が憲法にてらしていかなる判断を下すか、またその際の基準いかんにまで触れるものではなかった。

三　連邦議会の入国拒否権限行使に対して司法部はいかなる程度の審査を及ぼすべきか、を初めて判断した連邦最高裁判決が Nishimura Ekiu v. United States[21] である。本件は、外国人の入国資格を入国審査官が独立して (exclusive) 決定する権限を有するとする一八九一年三月三日の法律[22]の第八条がデュー・プロセスに反するか否かが主として争われた[23]。[24]判決はまず外国人の入国を禁止する権限を主権に固有なものとして、すべての主権国家が有すること、及び、この権限は、憲法上外国との通商を規制する権限・帰化の統一的規則を制定する権限・戦争を宣言する権限などが付与されている連邦議会など連邦政府 (political departments of government) に属する[25]、とし、Chinese Exclusion Case[26] と同様の説示をもって、入国拒否権限行使の正当性を論じている。これに続けて、連邦議会が入国拒否権限を行使した結果、裁判所はこれをどの程度審査するか、について判断し、外国人の入国資格に関する事実を認定する最終的権限は連邦議会により行政機関に委任されており、右事実の存否については行政機関が唯一かつ独立して判定権限を持つ者 (judge) である、とした後、以下のような判断を示した。

「国籍をいまだに取得しておらず、あるいは合衆国内に住居地を有していない外国人、その他法に従ってわが国への入国を許可されていない外国人が入国を許されるべきか否かについては、連邦政府の立法部、執行部が合憲・合法な権限を行使してこれを判定した場合には、右判定を覆して入国を許可すべき旨命ずる権限を司法部は有しない。入国を求める外国人については、連邦政府により明示的に付与された権限内で活動する行政機関の決定がデュー・プロセスなのである[27]。」

ここに引用した判決の最後の一文は、入国拒否と手続的デュー・プロセスに関する決定的判決であり[28]、後に紹介・検討する Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei 判決[29]における、入国を求める外国人については「連邦議会が決定した手続はなんであれ、それがデュー・プロセスである。」との説示[30]を想起させるものである。それはともあれ、右のごとき説示により、入国拒否権限行使については、その実体面であれ、手続面であれ、裁判所は干渉しない、という理論的素地が右の Ekiu 判決により形成されたといえるであろう[31]。

四　しかし、Ekiu 判決によって示されたことはいわば結論のみであり、なぜ、連邦議会による入国拒否権限の行使に裁判所は介入しようとしないか、の理論的根拠は右判決では言及されていない。この点に初めて触れた連邦最高裁判決[32]が Lem Moon Sing v. United States[33] である。本件も中国人排斥法をめぐるものであり[34]、上告人は、永住資格を有する中国人小売商であった。ところが、上告人が約十カ月間中国に一時的に渡航している間に新たな中国人排斥法が制定され、そのため合衆国へ帰還した際上陸を拒否された、という事案である。上告人は、彼が不在の間に制定された中国人排斥法により、裁判所の審問を経ることなく入国審査官による入国拒否処分が最終的（final）とされたことがデュー・プロセスに反する、と主張した。

本判決も、前述の Chinese Exclusion Case, Ekiu v. United States, 及び退去強制事例である Fong Yue Ting v. United States[35] などの諸判決を引用しつつ、立法部及び行政機関による入国拒否権限の行使を合憲と判断しているが、「連邦議会が合衆国への外国人の入国を全く拒否したり、入国の際の諸々の条件を決定する権限」などに対して裁判所の介入をなし得ない理由[36]として、以下のように述べている。

「外国人がわが国に合法に滞在している場合、彼は、いかなる人種であれ、合衆国の管轄権内にいるすべての人に対して憲法により保護されている生命、自由及び財産といった権利より生ずる諸々の保護を受ける権利を有する。（中略）しかし、彼が自

発的にわが国を出国し、合衆国の管轄権外にある場合、彼は、立法権限の行使により生み出された諸々の立法において明示された政府の意思に反して合衆国に再入国することはできない。[37]」

このように本判決は、合衆国の管轄権内にある外国人については――本判決の説示においては、外国人が「合法に滞在している」ことがその条件とされているようにもよめるものの――憲法上の保護が及ぶが、ひとたびその管轄権外に出た場合には、いかなる利益を合衆国内での生活について該外国人が有していようとも、憲法による保護は及ばず、そのような外国人の処遇は専ら第一次的には立法部により決定される、とした。これは憲法の効力の属地性(territoriality)を、連邦議会による入国拒否権限行使に対して司法部が介入をしない理論的根拠とするものといえる。[38]

五　他方、本判決は退去強制手続との関係で重要な説示をしている。すなわち、外国人が合衆国の管轄権内にある場合には、当該外国人には第五修正上の生命、自由及び財産という利益を有する、ということである。この説示の重要性は、合衆国の管轄権内にある外国人は手続的デュー・プロセスにより保護を受けるべき利益を有することが指摘されている、ということにある。換言すれば、本判決により、はやくも、退去強制手続には手続的デュー・プロセスの要請が働くことが示唆された、ということになろう。

六　さて、その後の連邦最高裁判決においては、入国拒否権限に憲法の適用が及ばないことは既に判例上確立したものとされ、先例を引用する以上に具体的に論理を展開することなく簡略にこの点を判断する、という手法により、結論を下している。[39]その際右の結論を根拠づける理論的根拠としては、前述した憲法の効力の属地性が存在するだけのようである。[40]この憲法の効力の属地性という理論的根拠は非常に簡潔明快といえ、[41]その意味では説得力を持つものとして当時通用していたものとも思われる。しかし、他方、この理論によれば、例えば利益衡量の余地なく、また当該手続が憲法にてらして公正といえるか否かを検討することなく、自動的に、連邦議会の決定した手続に従って行政機関が処分を

なせば、当該処分の合法性・合憲性は肯定されることとなるわけである。[42][43] このような効果を持つ立論であるがゆえに、後に学説から多くの批判を浴びることとなるのであるが、それはともかく、憲法の効力の属地性に基づく、入国拒否手続への第五修正適用可能性の否定は、連邦最高裁判例上確立した判例法理となったものとの評価にもそれなりの根拠があったのである。[44]

（2）下級審判例の動向

一　当時の下級審判決の多くも、右に述べた連邦最高裁の理論枠組みを基本的に踏襲しており、[45] 入国拒否処分を不公正とする場合も、その不公正さは法律にてらして判断されていた。[46] 例えば、入国拒否手続において外国人には弁護人依頼権なしとする Brownlow v. Miers[47] は、合衆国への外国人の入国については連邦議会が完全かつ絶対的な権限 (full and plenary power) を有するとし、入国拒否手続と退去強制手続に法律上差異が設けられていることに言及しつつ、入国拒否手続におけるヒアリングが簡略なものとされていることの目的として以下のように述べている。

「入国を求める者については、一九一七年法は、迅速さを保つために、略式のヒアリングを定めており、その結果、行政機関の面前に毎年来る数千という移民は迅速な処理を受けることができる。この場合行政機関の効率だけではなく、事案の決着がつくまで身柄拘束を受けねばならない処分の相手方の利益、及び外国人を出国港に送還しなくてはならない船舶の管理者の利益といったことも考慮に入られているのである。[48]」

本件では、弁護人依頼権については、法律上その保障規定がないばかりか、一九一七年法の第一六条[49]にてらせば、弁護人がヒアリングにおいて処分の相手方たる外国人を弁護することが許されるべきであるとの考え方を排斥することが

合理的、として、[50] 専ら法律の解釈のみに専念し、手続的デュー・プロセスなどとの関連性については全く検討していない。

二　もっとも、法律あるいは規則の解釈を通じて、処分の相手方たる外国人の利益を保護しようとする判例も存在する。例えば Mah Shee v. White[51] は、合衆国市民の妻であると主張して入国しようとした中国人の入国拒否処分が争われた事例[52]であるが、控訴人[53]たる外国人は、処分の違法事由のひとつとして、入国拒否処分につき労働長官への不服申立に際して、外国人が自己の弁護人と相談することが許されなかったことが外国人の公正なヒアリングを受ける権利を侵害するものであることをあげていた。この点につき当時の規則は①不服申立の告知がなされた後、入国許可申請者の弁護人は入国拒否処分の記録を検討することを許されるべきこと、及び②不服申立に際して特別審査局のヒアリングにおいて提示された証拠以外の証拠が提示された場合には、それは、権限ある行政機関による適切な調査に服するものとされ、当該行政機関の報告書を付せられたものでなくてはならない、などとするのみであり、[54] 必ずしも明確に規定されていなかった。しかし、本判決は、規則の②の規定がヒアリングに示された以外の証拠の提示を認めていることを捉えて、規則の解釈より導き出される手続の過程は以下のようなものであるとしている。すなわち、

「入国許可申請者にとって有利な新証拠が発見された場合もしくはヒアリングで示された以外の証拠を申請者ないしその弁護人が所有するに至った場合には、申請者はこれらに対する判断を求めて労働長官に提示することができる。かくして、この種の新証拠をさらに提示することは申請者の権利であるにもかかわらず、もし申請者が、入国拒否の証拠に含まれている証言を読んだ弁護人と連絡することができなければ、右の規則上の便益（benefit）を申請者は利用することができないことになる。（中略）公正な手続に関するすべてのルールの要請するところとしては、不服申立に際して考慮されるべき新たな証拠が弁護人により提示することができる、ということがある。[55]」

このようにして本判決は、本件における弁護人と申請者との面会拒否処分を「法（law）及び規則に沿った、略式ではあっても公正なヒアリング」を否定するものとして違法とした。(56)このように、行政機関の制定する規則をいわば構造的に解釈することにより「法及び規則に沿った公正なヒアリング」という要件を満たそうとする手法を用いた判例が当時より存在すること自体注目に値する。

三　なお、例外的にではあるが、下級審判決において、法律に規定された以上の手続が入国拒否手続上要求される、とするものがある。しかし、筆者の知り得たこの種の判決は一件のみである。これは、永住外国人たる中国人の妻としてなされた入国申請を、いわゆる機密情報に依拠して拒否したことが違法であり、不公正なヒアリングにあたる、とされたChew Hoy Quong v. White(57)である。本件において機密情報が示していた内容とは、本件外国人が不道徳な目的（immoral purpose）のため合衆国に入国せんとしている、というものであったが、本判決は、いかに入国拒否手続におけるヒアリングが、司法手続に対してデュー・プロセス上要求されるものと異なるとはいえ、機密情報により処分を基礎づけることを許す理由は何もない、としている。法律上、機密情報の使用を禁止する明文の規定はなく、法律により委任された権限内においては行政機関はいわば自由裁量により入国（拒否）手続を運用できる、とする判例理論からは右の判例は大きく離れるものともいえる。(58)にもかかわらず本判決はなぜ右のように考えたのであろうか。おそらく、相手方の利益状況（すなわち、本件入国拒否処分の相手方たる外国人の夫は既に合衆国に二〇年以上合法に在留していた）及び機密情報の性格・内容（国家の安全をめぐる情報ではなかった）といったことに考慮してのことと考えられ得るが、判旨は一般的に機密情報の使用を禁ずるかのごとき説示を展開していることからすると、このような個別の特殊事情にその判断根拠を求めることは困難かも知れない。

（3） 小括

一　本節においては連邦最高裁判決における入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる問題と関連する一般理論及び下級審判例を紹介してきたわけであるが、市民権主張事件を除けば事件数は全体的に必ずしも多くないことに気づく。[59]そして、(1)で述べたところから看取できるように、連邦最高裁に現れた事例では、入国拒否処分の際の入国審査官によるヒアリング手続が手続的デュー・プロセスの要件を満たすものといえるか否かについて争われ正面から憲法判断が下された事例は実は存在しない。一九五〇年代以前には、第五修正のデュー・プロセスの手続的保護が入国拒否処分手続に及ぶかの問題は連邦最高裁によって十分に扱われることがなかった、[60]と評されるゆえんである。

二　しかし、後に一九五〇年代に入ってから連邦最高裁により確立された、入国拒否処分手続には手続的デュー・プロセスの保護が及ぼされない、とする際の三つの理論的根拠（①主権、②憲法の効力の属地性、③権利・特権二分論）の二つ（右①、②）までは既に判例上提示されており、この時期には既にその理論枠組みの骨格が右の限度で形成されていたものということもできる。もし右①、②により手続的デュー・プロセスの保護が入国拒否処分には及ぼされないこととなれば、相手方の利益状況に注目することなく、違憲の主張は自動的に退けられることとなるはずである。なお、処分の相手方が市民権の保持を主張する事案においては別異の処理がなされ、手続的デュー・プロセスの適用を認めていることは既述したところである。[61]このことを捉えて、入国拒否処分においても個人（外国人）の利益の重要性と司法による保護の程度との間の関連性を示すものとする論者も存在するが、[62]相手方が市民権保有を主張している場合には「外国人」たることを前提とした利益衡量を行っているとはいえず、[63]特殊な状況であり、外国人の入国拒否と同列に扱うことはできないであろう。

三　他方、下級審の動向は、（イ）憲法の効力がまったく及ばないことを貫徹して説示を展開するもの、（ロ）法律・規則の解釈を通じて処分の相手方の利益保護を図るもの、（ハ）ある程度処分の相手方の利益を考慮してか、法律上規定されていない手続要件を処分庁に要求するもの、に分けることができよう。（ハ）のタイプの判例は特殊なものとはいえ、このように下級審判例に諸々のタイプのものが出現していること自体、必ずしも入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる理論枠組みが確立されていない証左といえる。連邦最高裁による理論の明確化は一九五〇年以降になされることとなる。

四　なお、本節の叙述とは直接の関連性が薄い問題として言及しなかった重要な点が若干ある。[64] それは、入国拒否処分を執行するための手段たる身柄拘束の合憲性、及び右の身柄拘束により処分の相手方は合衆国に「入国」したものとされるか否か、である。前者については Wong Wing v. United States[65] において、「入国拒否処分を執行するに必要な手段の一部[66]」であるとしてこれを正当と認め、後者については United States v. Ju Toy[67] により、そのような身柄拘束中にはいまだに国境で足止されているものと見なされ、「入国」したものとはいえない[68]、とされている。いずれも次節において問題となるところである。

第二章第一節　注

（1）　一九五〇年を入国拒否制度に関する判例評価の節目とする理由は、現在の判例法理を確立したと評される判例のうちのひとつ、すなわち United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338U. S. 537 (1950) がこの年に下されているからである。通常、右の判例及び Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345U. S. 206 (1953) が、入国拒否手続に手続的デュー・プロセスを含む憲法上の保護がまったく及ばないとするリーディング・ケースとされている。*See, e. g.*, DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 357-60 (2d ed. 1979), *Development in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens,*

96 HARV. L. REV. 1286, 1322-3 (1983), GORDON & ROSENFIELD, 1A IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE, §3. 1, 3－7n. (3) (1984).

（2）これは前掲注（1）の二判例に由来する名称である。

（3）権利・特権二分論についてはおびただしい数の文献があるが、比較的最近のものとしてはRubin, *Due Process and the Administrative State*, 72CAL. L. REV. 1044, 1047-65 (1984) が詳細にこの理論の生成と展開、崩壊の過程について触れている。また、Notes, *Democratic Due Process*, 1977DUKE L. J. 453, 469-73 (1977) も権利・特権二分論の歴史を簡明に概略している。わが国のものとしては松井茂記「非刑事手続領域に於ける手続的デュー・プロセス理論の展開（二）」『法学論叢』一〇六巻六号六四頁以下（一九八〇）がもっとも詳細であろう。その他、本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成——伝統的行政法理論と手続的デュー・プロセス——（一）」『法政論集』一一八号一六五－八〇頁（一九八八）、米沢光一「福祉受給権をめぐる法律問題（一）」『民商法雑誌』七八巻六号八〇六頁以下（一九七八）、荏原明則「行政機関による規則制定の諸問題（二）」『神戸学院法学』一二巻三号一一一頁及びその注（一九八一）等参照。この理論が最初に合衆国の判例上出現したのは、政治活動を制限する法律に反したとして解雇された警察官が、当該解雇の違法を争って出訴したMcAfuliffe v. Mayor of New Bedford, 155Mass. 216, 220, 29N. E. 517, 517-8 (1892) においてホームズが述べた見解（その内容については本多・同上一七二－三頁参照。）であるといわれている（*See e. g.*, Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81HARV. L. REV. 1439, 1439-40 (1968).）。この理論によると、伝統的には政府の侵害に対する憲法上の保護を受ける利益とは、私人の侵害に対するコモン・ロー上の保護対象とされる利益のみであり、それ以外の利益については「特権」とされ（Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88HARV. L. REV. 1667, 1717-8 (1976).）、デュー・プロセス上の保護法益とはなり得ないとされたのである（*See, e. g.*, Rubin, *id.* at 1051-2, 本多・同上一六五頁以下）。この理論に基づき、様々な行政機関の行為（その例については*see*, Herman, *The New Liberty : The Procedural Due Process and Others under the Burger Court*, 59N. Y. U. L. REV. 482, 487n. (10) (1984)）が「特権」付与行為とされたが、その後、「違憲の条件」理論の展開などを経由して（「違憲の条件」理論とは、州は、自らが行うことを直接禁止されていることを間接的にも行うことが許されない、というものである。この間の経緯についてはさしあたり、*see*, ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, 2 TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW, 203-4 (1986).）、この理論自体は一九七〇年代に入って

崩壊した（*See*, Rubin, *id.* at 161-2, 松井・同上六九頁。連邦最高裁がこの理論を「完全に」(full and finally) 放棄することを明言した判決は一九七二年の Board of Regents v. Roth 判決である。）。連邦最高裁が権利・特権二分論から撤退した理由としては、福祉国家化により個人と国家との関係が変化したことがあげられている（*See*, Herman, *id.* at 488-9.）。しかし、権利・特権二分論自体は克服されたとしても、デュー・プロセスの保護法益の対象となるものとしからざるものとを区分する必要性は存続しており（*See*, DAVIS, *supra* n. (1) at 343.）、デュー・プロセスの保護法益の有無を判定するにあたり現在の連邦最高裁が用いている基準――「権原」(entitlement) 理論と呼ばれるものであり、これについては第三章で後述する――は権利・特権二分論の変形であるとする論者も多い（*See, e. g.*, Monaghan, *Of "Liberty" and "Property"*, 62 CORNELL L. REV. 405 (1977；とはいえ、現在の連邦最高裁の理論は柔軟性を持っているとする（ただし、分析の対象は Bishop v. Wood までの判決。））、Smolla, *Reemergence of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law: The Price of Protecting Too Much*, 35 STAN. L. REV. 69, 70-1 (1983), Simon, *Liberty and Property in the Supreme Court: A Defence of Roth and Perry*, 71 CAL. L. REV. 146 (1983；実体的権利の創設を州法に委ねるという現在の連邦最高裁の手法を擁護するもの。その理由は、憲法は裁判所に財産権を保護させようとするものではあるが、財産権を創設する役割までは付与していない、ということにある。）, ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *id* at 205-6.）。他面では権利・特権二分論の崩壊が行政機構の硬直化を招いている、というマイナス効果を指摘する論者さえ現れている（Smith, *Judicialization: Twilight of Administrative Law*, 1985 DUKE L. J. 427, 460 (1985)）。要するに、権利・特権二分論自体は崩壊したが、問題そのものは残り、混乱が続いている（一定の「授益行為」(largess) が財産利益を与えたといえるか否か、といった具体的局面につき特に混乱しており（例えば公務員の解雇等については Rabin, *Job Security and Due Process*, 44 U. CHI. L. REV. 60, 65-8 (1976), *Developments in the Law――Public Employment*, 97 HARV. L. REV. 1611, 1780-90 (1984).）、自由利益の把握についても判例の混乱が指摘されている（Herman, *id.* at 499-528 においていわば州法至上主義とでもいうべきものへの判例の傾斜が詳細に述べられている。この点についても第三章で後述する。）のが現状であると見てよいであろう。

（4）さしあたり *Developments in the Law*, *supra* n. (1) at 1318-22 参照。

（5）萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』一九一-二頁（一九八二）

（6）*See*, HARVARD ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN ETHNIC GROUPS, 488 (1980).

(7) City of New York v. Miln, 36U. S. (11Pet.) 102 (1837). 本件では、移民を乗船させている船長に報告義務を課し、その違反に対して罰金を徴収するものとする州法の合憲性が争われたが、連邦最高裁は、当該州法を警察権限（police power）の行使と把握し、結果的にこれを合憲とする。

(8) 92U. S. 259 (1875).

(9) 92U. S. 275 (1875).

(10) 前掲注（8）（9）及び以上の叙述については拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八三七頁（一九八四）参照。

(11) 18Stat. 477.

(12) この点については拙稿・前掲注（10）八三八頁参照。

(13) 22Stat. 58.

(14) この点については拙稿・前掲注（10）八五一頁注（48）参照。

(15) 第二条、22Stat. 504.

(16) 22Stat. 826. その第一条では合衆国政府の意見で合衆国への中国人労働者の渡来ないし居住が合衆国の利益に反すると認められた場合、完全に中国人労働者の渡来・居住を禁止しないまでも、それを規制・制限・一時停止でき、そのための国内立法を制定できる、としており、また第二条では「現在合衆国に在留する中国人労働者は自己の自由な意思により任意に行き来することを許され、また最恵国待遇国の市民及び臣民に与えられるすべての権利・特権・免責・免除を与えられるものとする」と定められていた。

(17) Chae Chan Ping v. United States, 130U. S. 581 (1889).

(18) *Id.* at 603-4. 「合衆国政府が、立法部を通じて、自国の領土から外国人を入国拒否できる、ということは議論の余地のないところである。この自国の管轄権は、すべての独立国家に付随するものである。それは国家の独立に不可欠のものである。もしある国家が外国人の入国を拒否できなければ、その国家は、右の限度において、外国の権限のコントロールに服しているということとなる。」

(19) 結論を要約すれば、本判決は、当該立法が条約に抵触することを認めながらも、連邦政府が他国との条約を無視すること

が正当か否かは裁判所の決すべき問題ではない（*Id*. at 600-1, citing Head Money Cases, 112U. S. 580, 599（1884））とした。

(20) 第一条第八節、特に戦争・条約・対外通商及び帰化権限をあげる。*Id*. at 604.

(21) 142U. S. 651.（1892）.

(22) 26Stat. 1084.

(23) 例えばグレイ判事の事案の要約によっても、原告・上告人の主張は、もし一八九一年法が上告人の入国する権利を決定する排他的権限を入国審査官等に与えているものと解されるならば、その限りでデュー・プロセスなくして上告人の自由利益を奪うものとして違憲である、ということであり（*Id*. at 656）、本判決を読む限りでは、ここで争われている「デュー・プロセス」違反が実体的なものか手続的なものか、は判然としない。

(24) 事案の概要は以下のようなものであった。Nishimura は一八九一年日本からサンフランシスコへ渡来し、自分は二年前に結婚し、夫はその後一年間合衆国で暮らしているが、夫の住所がわからず、ホテルへ夫から電話がかかって来ることになっていること、また二二ドル所持している旨の陳述を、カリフォルニア州移民局長の面前で行ったが、移民局長は彼女に上陸許可を与えなかった。その理由は、彼女が生活基盤なき者であり、親族ないし友人が合衆国におらず（夫が合衆国にいることは虚偽の陳述と認定されたようである）、独力では生活できず公の負担（public charge）になる恐れがあり、一八九一年法第一条に該当する、ということにあった。入国審査官による審査・検討の結果もこれを支持するものであり、さらに巡回控訴裁判所も右の判断を肯定したため、Nishimura が右判断を違憲と主張して出訴したものが本件である。

(25) 142U. S. at 659.

(26) Chae Chan Ping V. United States, 130U. S. 581（1889）.

(27) 142U. S. at 660.

(28) 拙稿・前掲注（10）八六九頁以下参照。

(29) 345 U. S. 206（1953）.

(30) *Id*. at 212.

(31) 換言すれば、それ故にこそ、前掲注(23)で述べたように、実体的デュー・プロセスが問題となっているか、手続的デュー・

プロセスであるか、に連邦最高裁はさして意を払わなかったものともいえよう。

(32) *Development in the Law*, *supra* n. (1) at 1315-22 は、入国拒否手続に憲法の保障が及ばない理由として連邦最高裁判決が用いてきた理論的根拠を、入国拒否権限の行使が主権の属性であること、権利・特権二分論、及び憲法の効力の属地性(territoriality) という三点に分類し、検討している。これら三点のうち、第一の理論的根拠をめぐる判例・学説については拙稿・前掲注（10）八三八―七六頁において検討を加えたところであるため、本稿における検討は後二者に焦点を当てる。そして *id.* at 1320 は、憲法の効力の属地性を入国拒否手続に憲法上の諸々の保護が及ばない根拠として用いた判例として前述の Chinese Exclusion Case, 130U. S. at 603-4 を引用しているが、その引用する説示は憲法の効力の及ぶ範囲いかんとの関係において展開されているものではなく、むしろ入国拒否権限が主権の属性であることとの関係で展開されているものであり、従って右説示を捉えて憲法の効力の属地性に言及したものと評価することはできないと思われる。

(33) 158U.S. 538 (1895).

(34) 本件で問題となった法律は一八九四年八月一八日の法律（28Stat. 390）である。

(35) 149U. S. 698 (1893).

(36) *Id.* at 547.

(37) *Id.* at 547-8.

(38) *See*, Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984SUP. CT. REV. 255, 275 (1984).

(39) *See, e. g.*, Fok Yung Yo v. United States, 185U. S. 296 (1902；中国人による通過許可申請が拒否された事例。判決は、入国拒否権限の行使は連邦議会の専権とする一般理論は確立したところ、とし、前述の Lem Moon Sing v. United States 判決の他、入国要件不該当を理由とする退去強制事件である Li Sing v. United States, 180U. S. 486 (1901；中国人が不法に入国しているという理由で逮捕された場合、合法に入国していることを当該中国人が立証しなくてはならない、との立法を制定することは、連邦最高裁により認められてきた連邦議会の権限内にある、とする。) を引用している)、Japanese Immigrant Case, 189U. S. 86 (1903；入国拒否権限の行使をめぐる判例理論は既に確立したところ、として、Nishimura Ekiu v. Unitsd States, Lem Moon Sing v. United States などを引用するのみ) を引用している。

(40) この理論を明示するものとしてはFong Yue Ting v. United States, 149U. S. 698, 738 (1892, Brewer, J., dissenting,「憲法は国家の管轄権外 (extraterritorial) に対して何らの効力も有せず、しかして未だにわが国の領域内に合法に入国していないものは憲法上の保護が及ぼされていることを主張できない) が見うけられるのみであるが、処分の相手方たる外国人が専ら合衆国の管轄権内にあるか管轄権外にあるか、を当該外国人に憲法上の保護が及ぶか否かの決め手としようとする判例 (*See, e. g.,* Ng Fung Ho v. White, 259U. S. 276, 282 (1922), Japanese Immigrant Case, 189U. S. 86, 101 (1903)) は憲法の効力の属地性を暗黙のうちにその理論的根拠としているものと思われる。

(41) 外国人の入国の自由が日本国憲法第二二条等の保障の対象とされない、とする論拠のひとつとして現在でも憲法の効力の属地性が主張されることがある。尾吹善人「外国人と人権」清宮四郎他編『新版憲法演習1』(一九八〇) 一一七頁は、わが国憲法が外国人の「入国の自由」を保障するものか否か、という問いは「本来ナンセンス」として、「日本国憲法が韓国にいる韓国人に「表現の自由」を保障しえないように、外国人への憲法第三章の諸規定の適用の有無が問題になるのは、外国人がともかく入国してからのことである」とされる。しかしながら、入国拒否された外国人とわが国の行政庁との間には入国拒否処分という形で法律関係が形成されているのであり、まったく法律関係が形成されていない外国人とわが国との関係と同等視できないばかりか、法律関係を形成する根拠である法律の憲法適合性が処分の相手方たる外国人との関係でまったく問題とならない、ということは疑問である。

(42) 当時の入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる争いの大半は、相手方が市民権の主体であることを主張した事例であった (Van Vleck, The Administrative Control of Aliens, 158 (1932)) が、このように処分の相手方が市民権を主張している場合については、通常の入国拒否理論とは異なる処理が判例上なされていた。この点については、下級審判例を含めて極めて多数の判決が出されており、ここではその全貌を紹介することはしない。専ら連邦最高裁判例の流れのみを要約すると次のようであった。最も初期の判例はUnited States v. Ju Toy, 198U. S. 253 (1905) であり、この判決は、入国許可申請者には市民権主張について完全再審理 (de novo review) を受ける権利なし、として、裁判所の審査対象は法の適用の誤り、処分を裏付ける証拠の有無、公正なヒアリングの有無に限られる、とした。既にこの判決によりデュー・プロセスの適用があることは暗黙の前提となっていたものと思われるが、Chin Yow v. United States, 208U. S. 8 (1908) が、処分の相手方が手続的デュー・プロセス上の権利 (本件では証拠へのアクセスの権利) を奪われていることを理由として入国拒

否処分を違法としたことをはじめとして、一貫してデュー・プロセスの適用があることを連邦最高裁は認めている。*See, e.g.*, Tang Tun v. Edsell, 223U. S. 673 (1912), Kwock Jan Fat v. White, 253U. S. 454 (1920). これらの事例を通じて最も問題とされたことは、手続的デュー・プロセスの適用の可否ではなく、その入国拒否処分に対する裁判所の審査が完全再審査であるか、あるいは右United States v. Ju Toy判決の説示するがごとき限定された範囲内においてなされるものであるか、にあったといえよう（*See*, Hart, *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts*, 66Harv. L. Rev. 1363, 1388-9 (1953)）。なぜなら、退去強制手続において有市民権者であることを主張した場合には、裁判所が完全再審理を行うことがデュー・プロセスの要求するところ、とする判例（Ng Fung Ho v. White, 259U. S. 276 (1922)）が後に出されたからである。しかし右Ju Toy判決はその後長く支配的なものと考えられている（*See*, Gordon & Rosenfield, *supra* n. (1) vol. 2 at §8. 29b, 8-182 (1984), Agosto v. Immigration and Naturalization Service, 436U. S. 748 (1978；一九五二法第一〇六条（a）（5）（8U. S. C. §1105a (a) (5)）の解釈として、国籍の主張に関して重大な事実について実質的な争点（genuine issue of material facts）が提示されている場合には、合衆国市民と主張して退去強制処分の審査を求める者は完全再審理を受けるものである旨説示している））。

(43) なお、入国拒否手続においても、法律上定められている以上の手続要件を課していると思われる連邦最高裁判決が一例のみ存在する。Tod v. Waldman, 266U. S. 113 (1924) がこれである。本件では、入国拒否処分を根拠づける事実認定等に関する記録の記載に瑕疵があると認められたが、判決はその理由につき、次のように説示している。すなわち、「（前略）本件における記録は、尋問において行われた言語試験の詳細を十分に摘示していない。またWaldman婦人（被上告人・筆者注）が証拠において示した争点に対して、移民局長ないし特別審査局が明確な判断を示していない点においても、本件記録には瑕疵がある。被上告人が宗教的迫害による難民である旨の主張（筆者注・当時の移民法によると、宗教的迫害を理由とする難民に対しては言語能力テストが課せられなかったようである。*Id.* at 115, 120）を明らかにしようとする証拠が示されているにもかかわらず（中略）、この点についての認定がなされていない。（中略）言語試験が課せられたことを理由として外国人の主張が不利に判断されねばならない、ということを単に暗示するのみでは十分ではない。処分に必要な認定が実際になされたのであれば、それは記録の一部とされねばならない。」というのである。この点につき、法律上、入国審査官にせよ特別審査局にせよ、その手続より生じた事項の記録を作成すべきものとされており（一九一七年二月二五日の法律の第一六

条（39Stat. 866：入国審査官）及び第一七条（39Stata. at 887：特別審査局））、また、引用した本判決の説示よりすると、行政機関は概括的に一定の事実認定を記録に記載していたようである。これに対して、本判決は、一定の結果を推定させるような事項を暗示するだけでは足りず、「処分に必要な認定が実際になされたのであれば、それは記録の一部とされねばならない」という行為規範を、処分の相手方との関係において行政機関に課したのである。この場合、その根拠をいずれに求めているのかは不明であるが、少なくとも手続的公正という憲法上の要請をある程度考慮にいれていたものと考えることは可能であろう。

(44) もっとも、このように解することに障害となる判例が二件この時期に出されている。Russian Volunteer Fleet v. United States, 282U. S. 481 (1931), Wong Wing v. United States, 163U. S. 228 (1896) であり、これらを含めて考えた場合、判例をどのように理解すべきか、については後述する。

(45) *See, e. g.,* United States ex rel. Buccino v. Williams, 190Fed. 897 (Cir. Ct., S. D. N. Y., 1911：入国審査官による入国拒否手続において外国人は弁護人依頼権なし、とする。その理由としては専ら法律上右権利が保障されていない、ということであり、憲法論なし)、United States ex rel. Fink v. Tod, 1F. 2d 246 (2d Cir., 1924：入国拒否するか否かの決定権限は司法部門にはなく、連邦議会等にあり (citing Fong Yue Ting v. United States)、ある外国人が入国する権利を有するか否かを判定する手続は行政的なものであって司法的なものではなく、連邦議会の委任を受けた移民局官吏が、該手続において示された事実問題を判定する、という一般論を展開。また、医療審査局 (the board of medical officers) のメンバーとして誰を選択するかはその任命権者の裁量権内にある問題である、として、外国人の身体検査に当たった者を右審査局のメンバーに選択したことをもって不公正とはいえないとする。さらに、特別審査局による該外国人の入国拒否処分が最終的 (final) かつ不服申立機関が経過した後に、移民局長より移民局総長にあてられた手紙が入国拒否手続状の記録として採用されたことをもってしても、これは入国拒否処分が決定された後のことであり、外国人がそれにより不利益を被ったわけではないことを理由に、ヒアリングを不公正とするものではない、とする)、Ex parte Domigo Corypus, 6F. 2d 336 (D. Ct., W. D. Wash. N. D., 1925：入国拒否と退去強制との間の性質の差を強調)、Chin Hing v. White, 234Fed. 616 (9th Cir., 1916：移民局長及び特別審査局による入国拒否処分に対して労働長官等に不服申立がなされた場合、審査庁たる労働長官は不服申立の対象とされた手続を再審査 (review) する機能を営むものであり、当該事案を完全再審査するわけではないこと、及び

労働長官等が処分庁において示された証拠を考慮にいれて判断を下したことが記録上示されていることを理由として、不服申立手続の口頭陳述 (oral argument) において外国人側弁護人の主張を労働長官が尋問することを拒否したことを適法とする)。

(46) *See, e. g.*, Ex parte Low Joe, 287Fed. 545 (N. D. Cal., 1922：合衆国に永住外国人として入国している中国人商人の未成年の息子として入国許可申請したが、親子の関係が満足のいくような形で立証されていないとして入国を拒否された事例。右の親子関係について行政庁が親、息子、代理人等から証拠を追加的に得ようとしなかったことを捉えて、本件ヒアリングを不公正とする)

(47) 28F. 2d 653 (5th Cir., 1928)

(48) *Id.* at 656.

(49) 第一章第二節（2）参照。

(50) 28F. 2d at 657.

(51) 242Fed. 868 (9th Cir., 1917).

(52) 本件外国人が入国を拒否された理由は、市民の妻であるとの外国人の陳述が完全に虚偽のものであると認定されたことにある。

(53) 第一審においては敗訴しているが、その掲載誌は不明である。

(54) *See*, 242Fed. at 872.

(55) *Id.*

(56) ただし人身保護令状の請求は認められず、本件は行政機関に差し戻されるにとどまった。なお本件と同種の事案につき、本判決を援用してヒアリングを不公正とするものとして Chew Hoy Quong v. White, 249Fed. 869 (9th Cir., 1918) 参照。

(57) 249Fed. 869 (9th Cir., 1918).

(58) 機密情報の使用に対して強い批判があったことについては第一章参照。この時期、退去強制手続において機密情報を使用することを肯定する判例としては Unger v. Seaman, 4F. 2d 80 (8th Cir., 1924) がある。また、United States ex rel. Smith v. Curran, 12F. 2d 636 (2d Cir., 1926) は、伝聞法則その他コモン・ロー上の証拠排除法則は移民手続においては適用がない

ことは既に確立したところ、として伝聞証拠の証拠能力を認めた後、問題となることは、当該証拠が特別審査局の事実認定を裏付けるに十分なものといえるか否かである、とする。なお、後に検討する United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338U. S. 537 (1950), Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345U. S. 206 (1953) はいずれも入国拒否手続における機密情報の使用を合憲としており、現行法制度下においてもその旨規定されている。一九五二年法第二三五条 (b) (8U. S. C. §1225 (b)) 参照。

(59) 難民問題が発生しない限り、外国人が入国拒否処分の司法審査を求める事件数は少ないといわれており、その理由・要因としては①入国拒否事由該当の外国人は通常は査証申請の段階で振り落とされていること、②入国審査官が入国を拒否しても、外国人は特別審理官等による正式のヒアリングを要求するよりもむしろその決定を受容する(その理由――ヒアリングが行われない間身柄を拘束されることを避けること、正式に入国拒否されると一年間再度入国できないこと、弁護人を依頼できないこと) こと、が指摘されている。Legomsky, *Forum Choices for the Review of Agency Adjudication : A Study of Immigration Process*, 71IOWA L. REV. 1297, 1345 (1986).

(60) UNITED STATES SUPREME COURT REPORTS, 94LAW ED. 330 (1951 ; United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy 判決のアノテーション)。

(61) 前掲注 (42) 参照。

(62) *See*, Note, *Deportation and Due Process*, 5STAN. L. REV. 722, 745n. 165 (1953), *Developments in the Law*, *supra* n (1) at 1317n. 23 & 1323n. 54.

(63) 市民権というものが持つ重要性に鑑みれば、相手方を「外国人」と推定して手続を進行させることはできないであろうと思う。

(64) なお再入国をめぐる判例・制度については第一部第四章で述べる予定である。

(65) 163U. S. 228 (1896).

(66) *Id*. at 235.

(67) 198U. S. 253 (1905).

(68) *Id*. at 263.

One Aspect of Procedural Due Process Doctrine (2)
—— Procedural Restrictions on Immigration Control Power in the United States ——

Masaru WATANABE*

Introduction
Part I. United States Immigration Procedure and Procedural Due Process Doctrine
1. Outline of United States Immigration Law
—— Including its History ——
Introduction
(1) Outline of the Adjudication Process in Immigration Law of 1952 (No. 3 issue of this volume)
(2) Immigration Law prior to 1952
(3) Summary of this Section
2. Exclusion Procedure and Judicial Reveiw
(1) Pre-1950 Cases regarding Exclusion Process (to be continued)
(2) Applicability of Procedural Due Process Doctrine to Exclusion Process and Leading Cases
(3) Criticisms of *Knauff-Mezei* Doctrine
(4) Recent Trends of Lower Courts
(5) Summary of this Section
3. Deportation Process and Procedural Due Pocess
4. Re-entry Doctrine and Procedural Protections
Part II. Manners for Effective Procedural Protection in the Unites States Immigration Law
Introduction
1. Procedural Requirements and the Manner of Judicial Reveiw
2. *Wong Yang Sung v. McGrath* and Developments of Procedural Protection in Cases
3. Juducial Reveiw of Procedural Errors and Effective Procedural Protection
Summary of this Article

* Lecturer in Law at the Hokkaido University of Education, Iwamizawa Campus