HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（３）　－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, 41(2), 125-158
Issue Date	1990-12-14
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16764
Type	bulletin (article)
File Information	41(2)_p125-158.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（三）

――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（以上四〇巻四号）
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（以上本号）
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

第二章　入国拒否制度に対する判例の評価

第二節　判例理論の確立

一　本節ではUnited States ex rel. Knauff v. Shauyghnessy,[1] Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei[2]という二つの判例を中心に、判例上確立した入国拒否理論を紹介し、これら二つの判例法上の位置を検討する。

二　ところで、あらかじめ結論のひとつを先取りしていえば、これらの判例により、政府の入国拒否権限が行使された場合には外国人側の利益と政府側の利益とをバランシングして手続的デュー・プロセスのはかりにかける、という考え方が否定されたことになるのであるが、それによって、合衆国管轄権外から外国人が合衆国内にはいるすべての事件におけるバランシングが否定されたわけではない。連邦最高裁は、一定の条件を満たす外国人の「再入国」が問題となっている場合には移民法にいう「入国」拒否に該当しない事例が存在することを認めるという形で、いわば場面を変えて、バランシングを行う、という手法を用いることとなったのである。この「再入国」理論が連邦最高裁において完成を見るのは一九六三年の Rosenberg v. Fleuti 判決[4]によってであるが、前記二判例と同時期にその萌芽のひとつである Kwong Hai Chew v. Colding 判決[5]が出されており、これについても下級審、連邦最高裁判決とも併せて紹介する。それによって「入国」拒否の際の利益のバランシングが場面を変えてなされていることを端的に示しうると思われるからである。

（1）判例の紹介

①United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U. S. 537 (1950).

一　原告（控訴人・上告人）は一九一五年にドイツに生まれたが、ヒットラー政権の支配するところとなったドイツを離れ、チェコに渡り、さらに一九三九年にイギリスに難民として入国した女性である。右のような経緯によるためか、彼女は無国籍者であった。戦後ドイツに戻り、一九四八年に合衆国に合衆国軍人と結婚し、いわゆる戦争花嫁法（War Brides Act）[6]に基づき合衆国への入国許可を求めたが、司法長官は緊急時の国家緊急権の下に発せられた規則[7]に基づき、

その開示が公益に反すると認められる機密情報により彼女が入国拒否事由に該当するものと認定して、ヒアリングを行うことなく、彼女を入国拒否処分に付した。そこで彼女は人身保護令状を求めて出訴したというのが本件である。

二　第一審は掲載誌が不明である。第二審[8]は本件においてヒアリングがなされなかったことについて合衆国が西ドイツとなお交戦状態にあること――実際の交戦は終了したものの――を理由として、正当としているが[9]、手続との関係では必ずしも立ち入った検討を加えているわけではない。ただし、全体的には特に権限委任が漠然すぎるとの控訴人の主張に対応する説示において、外国人の入国を拒否する連邦議会の権限が絶対的なものであることとともに、本件規則が戦争権限に基づく委任によるものであったこと、及びなおドイツと戦争状態であること[10]、を強調しており、戦時という特殊性を全面に押し出したものとなっている。

三　ところが、最高裁多数意見は、戦時という特殊状況からはなれて、入国拒否処分の相手方たる外国人の人権一般について論ずることからその説示を展開している。すなわち、本件においてヒアリングが拒否されたことの合憲性について連邦最高裁は次のようにいう。

「まず本法廷は、わが国に入国を求める外国人が権利としてそのようにすることを主張できるものではないことを指摘したい。合衆国への外国人の入国許可は主権を有する合衆国政府により与えられる特権(privilege)である。そのような特権は合衆国が規定した条件に基づいてのみ外国人に与えられるのである。この特権は合衆国が規定した手続に従ってのみ行使されねばならない。[11]」

そして、合衆国に入国するという特権が付与されるための条件は、通常連邦議会が決するところであって[12]、この場合、「連邦議会により承認された手続がなんであれ、入国拒否に関する限り、それがデュー・プロセスなのである[14]」とする。従って連邦議会がヒアリングを行うことなく入国拒否処分を課すものとすると定めた場合、本判決多数意見によれば、

憲法上の問題は生じないこととなる。ところが、本件では、そのように定めているのは行政機関の制定した規則であり、これが合理的といえるか否かはさらに検討する必要がある。この点については本判決多数意見は、第二次大戦という国家緊急状態に鑑みて合理性がある[15]、と判断している。ここに至って本判決多数意見もまた戦時という特殊状況を、本件におけるヒアリング欠如の正当化事由として用いているのであるが、さらに進んで結論部において「国家緊急時期において合衆国に入国を求めるすべての外国人に適用ある移民法及び規則の下で、彼女はヒアリングを受けることなく司法長官により入国拒否処分を課せられたのである[16]」とし、規則のみならず、法律との関係においても戦時という特殊状況に着目するに至っている。

四　このように本判決多数意見は、一方では、入国許可を受ける外国人の利益は「特権」であり、それを規定する連邦議会の権限は絶対的である、としつつも、他方で本件における事案の特殊性を念頭においた説示を展開している。そのため、一方では、後に詳述するように、この「特権」理論が学説によって厳しい批判にさらされることとなる[17]とともに、他方、本判決の射程範囲が問題となってくるのである。

五　本判決にはダグラス、クラークの二名の判事が参加しておらず、四対三という僅差のものであったが、三名による二つの反対意見の中では特にフランクファーターのそれが手続的デュー・プロセスとの関係では注目に値する[18]。すなわち、フランクファーターは戦争花嫁法の目的がアメリカ人の家族的結合を促進することにあることからして、五分間程度でも反対尋問がなされれば、アメリカ軍人の妻たる本件上告人は、彼女が国家安全上危険であるとの認定に影響を与える情報を打ち消すことができるかもしれないのに、それさえ不必要とすることは不合理とする[19]。フランクファーターがこのように考える理由は、「本件の問題の核心は、連邦議会が、一方では、（外国人の入国の機会という）特権を外国人のためにではなくそのアメリカ人たる夫のために拡大しておきながら、他方では与えられたものを冷酷にも取り去る

機会を広く残したままにしておいたといえるか否か、である」[20]と考えるからであるが、これは処分で侵害される利益を有するものを外国人からむしろ合衆国市民に転換させたものといえる。このように、フランクファーターの意見は入国拒否処分の際に家族的結合が問題となる場合には、入国拒否処分の直接の相手方たる外国人ではなく、国内に存在する家族（特に国民あるいは永住外国人）に着目しうることを示唆するものといえよう。

②Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345 U.S. 206 (1953).

一　本件も①事件と同じく、一九四一年六月二一日の法律を根拠法令とする規則[21]に基づき、その開示が公益に反すると認められる機密情報により入国拒否事由に該当すると認められた外国人に対してヒアリングがなされないまま入国拒否処分が課せられた、という事例である。原告（被控訴人・被上告人）はハンガリーないしルーマニア生まれの外国人である。彼はニュー・ヨーク州バッファロー市で一九二三年から一九四八年までの間在留しており、一九四八年五月一七日、ルーマニアで死んだ母親の墓参のため、出国した。ところが、ハンガリーへの入国を果たせたものの、ルーマニアへ入国することはできず、一九五〇年二月[22]、合衆国に戻ってきたところ、機密情報に基づき、ヒアリングを受けることなく一九五〇年五月一〇日入国拒否処分が課され、身柄を拘束されるに至った。しかしながら、合衆国政府及びメツァイ氏が受容国を探したが、見つからず[23]、身柄拘束が継続され続けていた。

原告自身は機密情報に基づくヒアリングなき入国拒否権限を政府が有することは争っておらず、その後ヒアリングを受けることなく身柄拘束され続けていることが違法であると主張している。

二　これに対して第一審[24]は、まず、一般論として、憲法の属地的効力の範囲は例えば各出入国港をも含むものであることを指摘しつつ[25]、入国を拒否され身柄拘束中の外国人にも憲法の適用があるとした上で、本件身柄拘束が不合理なも

のといえるか否かについて判断を下している。この点との関係では処分の相手方が出国することは自由であるから、不合理な身柄拘束には当たらないとする政府の主張に対しては、政府及び原告自らが受容国を探そうと努力しているにもかかわらず、成功していないことを認定して、その主張を失当[26]としたうえで、本件事案では身柄拘束期間が、他の類似の事案[27]と比較して、異常に長期に及んでおり、従って、その身柄拘束が合理的であること、すなわち退去強制処分の執行を停止して原告を仮釈放することが公の秩序に反することを政府が立証しなくてはならず、その根拠たる機密情報の開示が秩序の重大な侵害になるならば、非公開の法廷で立証がなされればよい[28]、として本件を処理している。

これに対して控訴審判決[29]は、憲法論としては、ヒアリングなき身柄拘束の開始は、入国拒否する主権の行使として正当化されるが、本件のように、身柄拘束が処分の相手方の国外退去を執行する手段としてはもはや正当化できない場合には、第五修正上保護されている「自由」利益の侵害の有無が問題となり、処分の相手方はデュー・プロセスを援用することができる[30]としたうえで、入国拒否処分の際の身柄拘束は入国拒否した相手方を国外へ追放する手段として存在するものであって、本件事案の下では[31]本件身柄拘束はいわば右目的を達成するための手段としては正当化し得ないものとして違法としている[32]。

三　これを不服として連邦政府側が上告したわけであるが、連邦最高裁多数意見（五名）は、上告人の主張を全面的に認め、原審判断を破棄した。すなわち、判旨は入国後の退去強制手続と入国前の手続とを分け、前者についてはデュー・プロセスに内包されている公正さから生じる、伝統的な基準に合致した手続によらねばならないが、入国前の外国人に関しては「連邦議会が決めた手続はなんであれ、それがデュー・プロセスである[33]」から司法長官の法律上の権限が最終的かつ終結的（final and conclusive）である場合、司法長官は自己の処分を基礎づける証拠を開示する必要がない、とする[34]。そして、判例上、エリス島収容所で身柄を拘束されていることが「入国」に該当しないことは既に確立したと

ころであるから[36]、以上の理論は本件被上告人にも当然適用されることとなり、メツァイ氏の身柄拘束の継続は彼の法律上・憲法上の権利を奪うものといえず、合法[37]とされたのである[38]。

四　本判決にはブラック（ダグラス同調）、及びジャクソン（フランクファーター同調）の二つの反対意見が付されている。前者は本件事案の下では外国人の身柄拘束が無期――一生の可能性もある――であり、ヒアリングを受けることなく身柄の拘束を継続されることはデュー・プロセスに反すると解すべきである、とするもの[39]であり、このことをより詳細に展開したものが後者の反対意見である。すなわち、まず、本件外国人が第五修正の保護法益である「自由」を剝奪されているかについては、「常識中の常識を持って判断すれば拘束されているといえる場合にまで法的には自由であるとすることは過度のフィクションである」ことから、これを肯定し[40]、この自由の剝奪がデュー・プロセスに反するか否かを問題とする。この点については手続的デュー・プロセスの保障の核心たる処分事由の告知・反対尋問権・自己に有利な証拠を提出する権利は身柄拘束の原因が将来的な非違行為への恐れにある場合には特に必要であって[41]、外国人に入国する権利がないことから直ちに彼がなんらの権利を持たないこととはならないばかりか[42]、「裁判手続類似のヒアリングなき外国人の入国拒否は、それが単に彼を国外に退去させ、本国に送還することによって達成できる場合にはデュー・プロセス違反とならない」が、本件の場合には身柄拘束は入国拒否処分を執行するための手段ではなく、それ自体目的となっていることから、これを入国拒否処分の一環として正当化することは不可能であるとして[43]、本件においては処分事由の公正な告知を伴う公正なヒアリングが必要である、と結論づけている。

このように、本件におけるジャクソン反対意見は入国拒否処分と手続的デュー・プロセスの一般論全体にわたって非常に示唆的なものであり、特に、入国の権利がないことから外国人にはなんらの権利もないとの結論は導き出せないこと、及び、入国拒否処分に裁判手続類似のヒアリングが存在しなくてもデュー・プロセス違反とならない理由は通常は

それが便益の付与の拒否だからであることを示唆するものであること、の二点は注目できると思われる。[44]

五　以上の強力な反対意見の存在にもかかわらず、法廷意見は連邦政府を勝訴させたのであるが、本件のその後の経緯は、本判決多数意見の事案処理が合理的なものとはいい難かったことを端的に示している。すなわち、実際には本判決後、司法省の特別委員が任命され、証拠を受け取り、メツァイ氏に証拠を反駁する機会を与えた後、彼がバッファローの自宅に帰ることが許可されることとなったのである。[45]

③ Kwong Hai Chew v. Colding, 344 U.S. 590 (1953).

一　本件連邦最高裁判決は②判決より約一ヶ月前に下されたものである。事案は比較的単純で、原告（控訴人・上告人）は一九四五年に合衆国に入国した永住目的の在留外国人である。彼は一九五〇年一一月、商船の乗員として雇われ、極東諸国に寄港して合衆国に帰国したが、まだ船上にあった翌年三月、本件もまた①事件、②事件と同じく一九四一年六月二一日の法律を根拠法令として行政機関が制定した規則により、ヒアリングを受けることなく入国拒否処分に付せられた。

二　本件では第一審[46]も控訴審[47]も本件外国人の入国を新規入国として処理している。すなわち、いずれの判決も本件で争点となった規則の合憲性については既に①事件の連邦最高裁判決によって解決済みとする[48]とともに、本件における外国人は、自らの地位が①事件の外国人のそれと異なることを主張していたが、いずれの判決も両者の間に差異はなく、外国から合衆国に戻り再入国を求める外国人といえども移民法上のすべての入国拒否条項に服するのであり、新規入国も再入国も移民法上同一の性格とされることは既に連邦最高裁の判例上確立したところ[49]としている。

一般論として述べるならば、外国人を国外に退去させる手続が入国拒否に該当するか退去強制に該当するかは法律の

文言によるのであって、これらの二つの各々の範疇を決定する連邦政府（特に議会）の権限は絶大であり、この権限行使に対して、憲法上の目的から、新たな範疇の処分手続を裁判所は創設しないという考え方が判例の伝統ということができ、[50]専ら移民法の目的からアプローチするこれらの二つの下級審は、その意味では右の判例の伝統に合致するものといえる。

三　しかしながら、本件では連邦最高裁はこのようなアプローチを用いず、「憲法上の目的」（for the constitutional purpose）から「再入国」という新たな範疇の処分類型（と手続）を創設する萌芽を形成したのである。まず、本判決は、本件における争点は、入国拒否・国外追放（expulsion）あるいは退去強制といった問題ではなく、法律の解釈及び手続的デュー・プロセスに関する争点[51]であるとする。ここでは連邦最高裁は、外国人が航海に先立って享受していた憲法上の地位が該航海によって終了したものとは考えず、「移民法上の目的から彼が入国を求める外国人（entrant aliens）に該当するか否かにかかわらず憲法という視点から、彼はデュー・プロセス上の保護を受ける権利を有する」こととなるわけである。[52]かくして、本件規則は本件外国人には適用されないこととなり、[53]本件外国人は公正なヒアリングを受けることなく処分を課せられることはない、[54]とされたのである。

四　以上のようにして本判決は①事件との差異を認め、上告人を勝訴させたわけではあるが、本判決の最大の特色は、入国拒否、退去強制とは別に、憲法上の視点から第三の範疇の処分類型を創設することにより、たとえ移民法上「入国」の事案とされるものであれ、そこに手続的デュー・プロセスによる保護を認めたことにある。本判決において、連邦最高裁はこの第三の範疇に該当すると認められるための要件を明示しているわけではないが、これに該当するといえるか否かが外国人の利益状況により規定されることは明白である。従って連邦最高裁判例の理論によれば、「入国拒否」に該当するか否か、という側面で利益衡量がなされることとなったのである。[55]

（2）判例法上の位置づけ

（1）において紹介した三件の連邦最高裁判決により、入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる重要な理論的枠組みが完成したといえる。その内容は、（イ）入国拒否処分への手続的デュー・プロセスの適用可能性が明確に否定されたこと、（ロ）入国拒否処分執行のための身柄拘束の位置づけが確立したこと、（ハ）これらのことから生ずる、外国人にとっての厳しい効果を緩和するため、「再入国」理論の成立の可能性を認め、入国拒否処分の相手方たる外国人の利益を衡量する余地を残したこと、である。以下では（イ）、（ロ）について述べ、（ハ）については章を改めて検討する。

（イ）入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる一般理論の成立

一　既に検討したように、①・②判決前においては、連邦最高裁は、主として第五修正の実体的デュー・プロセスとの関係では入国拒否権限の抽象的な性格に関する理論を提示していたものの、手続的デュー・プロセスによる保障が入国拒否手続にも及ぶか、については十分議論されることはなかったといえる。しかしながら、①・②判決前の諸判例の理論枠組みは手続的デュー・プロセスとの関係でも否定的な作用を及ぼし得る内容を持つものであったことは確かであり、実際にも①・②判決ともそれら多くの先例を引用しつつ、手続的デュー・プロセス適用否定論を展開している。

結局、①・②判決により、入国拒否処分に対しては手続的にも実体的にも憲法上の保護が及ばないということとなり、いかなる人道的価値が問題となっていようとも、主として連邦議会の判断に対して、裁判所は介入できないこととなっ

た[56]のであるが、連邦最高裁が示しているその理論的根拠は以下の三つに要約できる。[57] ひとつは入国拒否権限の性格に着目するものであり、（a）外国人を入国拒否する権限は主権概念に固有なものである、ということである。他の二つは、入国拒否処分の相手方の利益状況に着目するものであり、（b）憲法の効力の属地性、及び（c）特権理論を挙げることができる。以下、順次これらを説明しておく。

二　まず主権理論についてであるが、その内容は、入国拒否権限は外交関係を規律する主権に関する権限であり、これは、憲法上の制約に服さない特殊な政府権限である、というものと要約することができる。[58] ①・②判決とも、Chinese Exclusion Case,[59] Ekiu v. United States,[60] Fong Yue Ting v. United States[61]等の判決を引用しつつ、入国拒否権限が主権の基本的属性であり、政府の政治部門（political departments）によるその行使は司法審査を大きく免れる旨説示している。[62] この理論は合衆国においても長い伝統を有するものであり、かつ根強く、入国拒否権限のみならず、出入国管理権限及び外国人の在留管理権限一般の基礎となっていることは既に拙稿において指摘したところであるため、本稿では再論しない。ただし、本稿においてひとつ指摘すべきことがある。すなわち、退去強制権限はやはり入国拒否権限と同じく主権に基づく権限とされながらも、退去強制権限の行使に対する手続的制約が課せられることは連邦最高裁判例上承認されているため、これのみによっては、入国拒否権限行使が手続的制約を免れる根拠とはなり得ない[63]ということである。

三　このことを説明するための理論のひとつが（b）であり、憲法は合衆国管轄権外への効力を有していないのであるから外国人は入国拒否手続においては憲法を援用することができない、というものである。[64] これを連邦最高裁がはじめて明言した判決はIn re Ross[65]であるとされている。[66] この理論が、入国拒否処分の合憲性が争われた事例においてはじめて明言されたものが、前述したLem Moon Sing v. United States[67]であり、憲法の効力が自国の管轄権外には及ばな

いことを理由に、外国人のデュー・プロセス上の主張を退けている。[68] しかし、ここで連邦最高裁が念頭においている連邦議会の入国拒否権限の行使態様は、「すべての外国人の合衆国への入国を拒否する権限、あるいはその入国の条件を規定する権限」[69]であり、手続的デュー・プロセスとの関係で論ぜられたものとはいえない。その後、退去強制処分に手続的デュー・プロセスの保障が及ぶとする判例は、処分の相手方が合衆国の管轄権内にいるか否かを、その保障が及ぶか否かの決め手としようとしたことは、やはり憲法の効力の属地性を前提としたものといえるが、この（b）の論理を用いることによって手続的デュー・プロセスが否定されることとなるか否かが正面より論じられることはなかった。[70]

これをはじめて論じ、手続的デュー・プロセスの適用を否定したものが②判決である。すなわち、本判決は、不法にであれひとたび入国した外国人はデュー・プロセスに内包されている伝統的な公正さの基準に合致した手続によってのみ国外退去させられるのであるが、新規入国を求めて窓口に立つ（on the threshold）外国人については、連邦議会の定めた手続が違憲の問題を生ずることはない[71]というのである。この考え方は、後に入国拒否事由該当の外国人が仮釈放されたことが合衆国に「入国」したことになるか否かが争われたLeng May Ma v. Barber事件[72]においても援用され、入国拒否処分後の身柄拘束あるいは仮釈放により合衆国へ上陸したとしても、それによっては手続的デュー・プロセスを援用することはできない、ということを理論的に基礎づけることともなるのである。

四　このように、憲法の効力の属地性を理由として、入国拒否処分に手続的デュー・プロセスの保障が及ばないとする考え方は、出入国管理法領域においては長い伝統を有するものといえるが、これとは別に、新たに①判決で登場したものが、入国の自由は、その付与の許否及び条件が政府により一方的に左右される「特権」であって、従って、手続的デュー・プロセスにより保護される利益とはいえない、というものであった。[73] この理論は、後にみるように、多くの厳しい批判を招くことになるものであるが、出入国管理に関する最高裁判例においては、[74] その後この考え方は二つの事件

において付随的に提示されたのみであり[75]、特権理論自体が入国許否と手続的デュー・プロセスをめぐる議論の中でいかなる重みを有するかは実は定かではない[76]。また、出入国管理法領域では伝統的な憲法の効力の属地性以外に特権理論が存在する意義はいかなる点にあるのか、さらに、特権理論という根拠づけを用いて、ヒアリングなき退去強制に服するとの条件で外国人の入国を許可することを連邦議会がなし得ないと連邦最高裁がしているのはなぜか[77]については、連邦最高裁の判例上明らかにされていない。

五　そのことはさておくとして、①・②判決により、連邦最高裁は、入国の条件を決定する連邦議会等の権限の絶対的性格を認め、永住外国人等の利益と政府の有する利益とのバランシングを拒否することを確立し、その後の連邦最高裁判決[78]はこのことを再確認することとなるのである[79]。

（ロ）入国拒否処分に伴う身柄拘束に対する位置づけの確立[80]

一　かつて連邦最高裁は、入国拒否事由該当の中国人外国人に対して、陪審による裁判なくして懲役刑を課そうとした法律[81]の合憲性が争われた事例[82]において、これを第五修正に反するとしながらも[83]、入国拒否事由該当の外国人の身柄拘束は、外国人の入国拒否ないし国外退去の規定を執行するに必要な手段としてであれば有効であることを認めていた[84]。これを有効と連邦最高裁が認めた理由は、処分の相手方の真の性格を検討したり、国外退去のための準備を行う間外国人の身柄拘束ができないとすれば、国外退去規定の実効性が失われてしまうことに求められており[85]、このこと自体は自明のところといえるであろうが[86]、入国拒否事由に該当するものとして合衆国内に身柄拘束されている外国人は、合衆国に「入国」[87]したこととなり、第五修正のデュー・プロセスなどの保護を受けることとなるか否かについては右の判決は説示していない[88]。

二　この点については、合衆国市民たることを主張しながら入国拒否処分を受けた中国人が、処分庁の決定が最終的とされることが違憲であるなどとして争った事件[89]において連邦最高裁は付随的意見として、本件外国人は、その身体は合衆国管轄権内にあるけれども、その入国資格が争われている間管轄権の境界において止められているものとして考えられるべきであるとし[90]、また、父親の帰化に伴って合衆国市民権を得たと主張しながら入国拒否処分を受けた外国人が、合衆国市民たることを主張して出訴した事例[91]において、その市民たることを主張する根拠法令中の「合衆国内に居住している（dwelling in the United States）」こととという要件の解釈が問題となった際に、処分の相手方たる外国人がこれに該当しない理由のひとつとして、入国拒否事由に該当するものとして身柄拘束を受けている間は法律論としては合衆国へ入国したこととはならない旨説示するものが存在するのみであった。①・②判決は、入国拒否事由に該当することを理由に身柄を拘束されている外国人にも手続的デュー・プロセス上の保障が及ばないことを認めた最初の連邦最高裁判決といえるであろう[93]。

三　なお、一九五四年以前の移民帰化局（Immigration and Naturalization Service）の政策は、入国資格の有無の決定をペンディングにして、ほぼすべての外国人の身柄を出入国港において拘束する、というものであったようである[94]が、一九五四年に司法省はこの政策を変更し、エリス島を閉鎖し、入国資格の有無の決定をペンディングにされた外国人を合衆国に仮釈放することとし、ただし逃亡するおそれのある場合、あるいは国家の安全や公の秩序の保持のため外国人の身柄拘束が必要と認められる場合には例外的に身柄拘束がなされることとなった[95]。このように国内に仮釈放された外国人についても、連邦最高裁は前述の Leng May Ma v. Barber 判決において、既に入国したものとは見なされないと位置づけている[96]。

第二章　第二節　注

(1) 338 U.S. 537 (1950).
(2) 345 U.S. 206 (1953).
(3) *See* Note, *Constitutional Limits on the Power to Exclude Aliens*, 82 COLUM. L. REV. 957, 961 (1982).
(4) 374 U.S. 449 (1963). 合衆国における「再入国」理論の大枠については、萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』二〇二―三頁（一九八二）、同「再入国の自由について」『南山法学』一〇巻一号一〇六―八頁（一九八六）参照。これらでは Kwong Hai Chew 判決への言及はなされていない。
(5) 344 U.S. 590 (1953).
(6) 一九四五年一二月二八日の法律、59 Stat. 659. この法律によれば、「精神的、肉体的欠陥ある外国人の入国を拒否する一九一七年二月五日の法律の第三条の条項にもかかわらず、またその下に発せられた移民法、規則（中略）の文書に関する要件にもかかわらず、第二次大戦中合衆国の軍隊に所属し、あるいはその名誉除隊証明書を有する合衆国市民の外国人配偶者及び外国人子女は、移民法の上の他の点で入国許可要件に合致しており、入国許可申請が本法の施行後三年以内になされれば、合衆国への入国を許されるものとする」とされている。
(7) 一九四一年六月二一日の法律（55 Stat. 252）は、大統領は、合衆国の公益上必要と認める場合には、一九四一年五月二七日に宣言された国家緊急状態の期間中、合衆国への入国及び出国につき新たな諸要件、諸制約を課すことができる、とし、この法律に基づき、大統領は新たな制約等が必要であり、それら制約のための規則を司法長官等が発すべきものとの声明（Proclamation）を発し、右声明に基づき司法長官は、諸々の規則を発布した。それら規則の条項のひとつが、その開示が公益に反すると認められる機密情報により入国拒否事由に該当すると認められる外国人は、ヒアリングなくして、入国拒否処分が課せられる、というものであった。338 U.S. at 540-1.
(8) United States ex rel. Knauff v. Watkins, 173 F.2d 599 (2d Cir.1949).
(9) *Id.* at 602.
(10) *Id.* at 603.

(11) 338 U.S. at 542, citing Nishimura Ekiu v. United. States, 142 U.S. 651, 659 (1892), Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 711 (1893).

(12) *Id.* at 543.

(13) なお外国人を入国拒否する権限は立法権に由来するものだけではなく、国家の外交関係をコントロールする執行権に固有のものとしても存在する、という (*Id.* at 542)。この判決以外では入国拒否権限を執行権に固有なものとする判例はないといわれている。Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien : Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1602 (1059).

(14) *Id.* at 544, citing Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651 (1892), Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948). いずれも引用箇所の特定はない。

(15) *Id.*

(16) *Id.* at 546.

(17) 従って、しばしば学説は、本判決多数意見の一般論である「特権理論」のみに着目し、これを批判し、本判決が事案の特殊性を念頭においていることに触れないのであるが、これは問題である。

(18) ジャクソン（ブラック、フランクファーター同調）の反対意見は戦争花嫁法の解釈に焦点を当てたものとなっており、ここでは検討しない。

(19) 338 U.S. at 548-9.

(20) *Id.* at 549. したがってフランクファーターの意見もまた戦争花嫁法の解釈を問題とするものである。

(21) 前掲注（11）参照。

(22) ハンガリーからの出国も困難だったようである。United States ex rel. Mezei v. Shaughnessy, 161 F. Supp. 66, 67 (S. D. N. Y. 1951).

(23) 政府はフランス、イギリス、ハンガリー等に打診したが、これらの国は受け入れず、またメツァイ氏自身は少なくとも五カ国に入国を求めたが成功しなかった旨地裁で認定されている。Id. at 68, 70.

(24) 前掲注（22）判決。

(25) *Id.* at 69, citing In re Krajcirorie, 87 F. Supp. 379, 382 (D. Mass. 1949).
(26) *Id.* at 70.
(27) すなわち、United States ex rel. Bojarchnk v. Shaugnessy (S. D. N. Y. 1951 ;掲載誌なし) では一三カ月の身柄拘束が有効とされたが、その理由のひとつは、出国が自由であることに求められていたとされている。*Id.*
(28) *Id.*
(29) 政府側が地裁判決を不服として控訴したことは当然であるが、メツァイ氏も、地裁判決の課した保釈条件――五〇〇〇ドルの保釈金を支払えば一時的入国許可が認められる、というもの――を不服として控訴している。
(30) United States ex rel. Shaugnessy v. Mezei, 195 F. 2d 964 (2d Cir. 1952).
(31) *Id.* at 967. なお、Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356, 369 (1886 ;本件については拙稿「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』三四巻五号八七七頁（一九八四）) を引用し、第五修正は、合衆国の領土管轄権内にいるすべての者に適用される、とする。
(32) *Id.* at 968-9.
(33) 保釈条件については、再考を求めて原審に差し戻している。*Id.* at 970. これを受けて原審は、保釈金を三〇〇〇ドルとし、ニュー・ヨーク州バッファロー市で在留することを許可した。
(34) 345 U.S. at 212, citing United States ex rel. Knauff v. Shaugnessy, 338 U.S. at 544, Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. at 660.
(35) *Id.*
(36) *Id.* at. 213, citing Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. at 661, Kalpan v. Tod, 267 U.S. 228, 230 (1925), United States v. Ju Toy, 198 U.S. 263 (1905).
(37) *Id.* at 215-6.
(38) なお、後述するKwong Hai Chew v. Colding (344 U.S. 590 (1953).)と本件とでは、合法な永住外国人である、という点では共通性があるが、前者は合衆国からの一時的出国であるのに対して、本件では、「鉄のカーテンの後ろに」一九カ月間滞在しており、合衆国における継続的居住に明確な切断 (clear break) がある点で差異がある、と認定している。*Id.* at

213-14.

(39) *Id.* at 217.

(40) *Id.* at 220-21.

(41) *Id.* at 225.

(42) *Id.* at 226-27. その例として、入国拒否処分を執行するために処分の相手方を海中に投ずることは許されないことや、財産権の収用をあげている。

(43) *Id.* at 227.

(44) *See* Legomsky, *Forum Choices for the Review of Agency Adjudication : A Study of the Immigration Process,* 71 IOWA L. REV. 1297, 1344 (1986).

(45) Davis, *The Requirement of a Trial-Type Hearing,* 70 HARV. L. REV. 193, 251 (1956).

(46) United States ex rel. Kwong Hai Chew v. Colding, 97 F. Supp. 592 (E. D. N. Y. 1951).

(47) 192 F. 2d 1009 (1951).

(48) 第一審については 97 F. Supp. at 594、控訴審については 192 F. 2d at 1010。

(49) 第一審については 97 F. Supp. at 594-5, citing United States ex rel. Volpe v. Smith, 289 U.S. 422 (1933), Lewis v. Frick, 233 U.S. 291 (1914)、控訴審については 192 F. 2d at 1010-11, citing Lewis v. Frick。

(50) これが拙稿・前掲注（31）の検討テーマであった。

(51) 344 U.S. at 598.

(52) *Id.* at 600.

(53) *Id.* at 599.

(54) *Id.* at 601.

(55) 萩野・前掲書注（4）一一〇一一一三頁参照。

(56) Davis, *supra* n. (45) at 249.

(57) *See, Developments in the Law —— Immigration Policy and the Rights of Aliens,* 96 HARV. L. REV. 1286, 1314

(1983), Note, *supra* n. (3) at 965-66.

(58) Note, *id.*

(59) 130 U.S. 581 (1889).

(60) 142 U.S. 651 (1892).

(61) 149 U.S. 698 (1893).

(61) ①判決については338 U.S. at 542、②判決については345 U.S. at 210参照。

(63) とりあえず拙稿・前掲注（31）八七〇―一頁参照。

(64) *See, e. g.*, Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 Sup. Ct. Rev. 255, 275 (1984).

(65) 140 U.S. 453 (1891). 本件は国外で犯罪行為を行った者が領事官により審問され、有罪判決を受けたことが合衆国憲法第五・第六修正に反するか否かが争われたものであり、連邦最高裁は憲法の効力の属地性をひとつの理由として、右の主張をしりぞけている。なお、本判決はその後 Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1957) により変更されている。

(66) *See* Note, *supra* n. (3) at 978.

(67) 158 U.S. 538 (1895).

(68) *Id.* at 547-48.

(69) *Id.* at 547.

(70) Japanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher), 189 U.S. 86 (1903) をリーディング・ケースとする一連の判例。特に189 U.S. at 101参照。

(71) 345 U.S. at 212.

(72) 357 U.S. 185 (1958).本件は、合衆国への入国許可を求めた中国人女性が、処分決定までの間仮釈放されていたところ、結局入国拒否されたため、本国送還による迫害の危険性を主張して、一九五二年法第二四三条（h）(8 U.S.C. § 1253 (h)) に基づく司法長官の裁量的救済を求めたが、司法長官は彼女がいまだ合衆国に入国しておらず、第二四三条（h）の救済対象とならないとして救済を拒否した、というものである。本判決もまた五対四であったが、多数意見は①・②判決を引用し

つつ、彼女のように入国許可処分の決定をペンディングにして仮釈放を受けている場合には法的には入国とはいえない、として、本件における救済拒否を正当としたが、反対意見は、司法長官の仮釈放権限を定めた一九五二年法第二一二条（d）（5）は、その裁量により外国人を仮釈放して「合衆国へと入れる（into the United States）」という規定であるにもかかわらず、このような状態になっていまだ「合衆国内にいる（within the United States）」のではないというのは奇異である（at 192）という。

(73) 338 U.S. at 542. なお、特権理論の展開過程の概略については本章第一節（四〇巻四号）注（3）を参照されたい。

(74) 下級審においても、特権理論を判例が正面より直接採用することは稀である。③判決の第一審、第二審の他、United States ex rel. Kaloudis v. Shaughnessy, 180 F. 2d 489 (2d Cir. 1950 ; 退去強制を停止する司法長官の権限（一九一七年法第一九条（c）（1）、（2）（a））は、恩赦と同じく恩恵の付与（matter of grace）であって、それはデュー・プロセスに基づく裁判所の審査には服しないとされた例）参照。

(75) Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753, 762 (1972), Landon v. Plasencia, 459 U.S. 21, 32 (1982).

(76) 他には退去強制を停止する司法長官の権限（一九五二年法第二四四条、8 U.S.C. § 1254）が恩恵付与行為（an act of grace）であるとする Jay v. Boyd, 351 U.S. 345 (1956) が注目される程度である。

(77) したがって、連邦最高裁の入国拒否判決のこの理論的根拠にのみ着目して判決を攻撃することは正当とはいえない。Note, *supra* n. (3) at 976 n. 126.

(78) BREYER-STEWART, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, 597 (1979).

(79) *See* Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753 (1972), Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787 (1977).

(80) *See* Note, *supra* n. (3) at 961.

(81) 現行法上、身柄拘束には、入国拒否処分を執行するためのものと退去強制処分のためのそれの二種類があり、連邦議会は両者の身柄拘束期間の間に差を設けている。すなわち、前者については身柄拘束期間に制約はない（一九五二年法第二三七条（a）、8 U.S.C. §1227 (a)）のに対して、後者には六カ月の制限を設けているのである（一九五二年法第二四二条（c）、8 U. S. C. §1252 (c)）。*See* Verkuil, *A Study of Immigration Procedure*, 31 U. C. L. A. L. REV. 1141, 1169 n. 176 (1984).

(82) 一八九二年五月五日の法律（27 Stat. 25）の第四条。

(83) Wong Wing v. United States, 163 U.S. 228 (1896). 本判決以前のものである Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651, 661 (1892)は、処分庁が外国人を監査拘留する権限について明確な意見を表明する必要なし、としていた。

(84) *Id.* at 236-37.

(85) *Id.* at 235.

(86) *Id.*

(87) *See* Levy, *Detention in the Asylum Context,* 44 U. PITT. L. REV. 297, 308 (1983).

(88) 外国人が既に合衆国に「入国」しているか否かが、当該外国人を国外に退去させる際に、入国拒否手続によるか、退去強制手続によるか、を決することとなるのであるが、これを判断する際には、合衆国内に外国人の身体が存するか否かは必ずしも決めてとなるものではない。*See* Legomsky, *Forum Choices for the Review of Agency Adjudication : A Study of Immigration Process,* 71 IOWA L. REV. 1297, 1362 (1986). 例えば、一九五二年法第一〇一条（a）（13）（8 U.S.C. § 1101 (a) (13)）にいう「入国」について、移民不服審査委員会は、合衆国に到着して身柄拘束されている外国人は、たとえ入国審査を受けているとしても、なお「入国」をしたものとはされない、と定義している。Levy, *id.* at 298-99.

(89) United States v. Ju Toy, 198 U.S. 253 (1903).

(90) *Id.* at 263.

(91) Kalpan v. Tod, 267 U.S. 228 (1925).

(92) *Id.* at 230.

(93) *See* Levy, *supra* n. (87) at 309-10.

(94) *See* Schuck, *The Transformation of Immigration Law,* 84 COLUM. L. REV. 1, 29 (1984).

(95) *Id.*

(96) 前掲注（72）参照。

第三節　判例理論に対する学説の批判

一　第二節でみた判例理論の三つの根拠に対しては学説から強い批判が寄せられており、最近の下級審においてもまた、確立した連邦最高裁の判例から離れようとする傾向が現れ始めている。そこで、以下本節では、学説の批判を紹介・検討する。

二　第二節①・②判決により、入国拒否処分が争われている場合には、いかなる人道的価値が問題となっていようとも、連邦議会はデュー・プロセスの適用を拒否することを選択でき、裁判所はその判断に介入しないことが確立したといえる。[1] 連邦議会は、連邦最高裁の黙認を背景に、通常の行政処分に必要なプロセスと、移民帰化局、移民判事に要求されるプロセスとの間に差異を設けている[2]ものと理解することができる。もっとも、右両判決については若干の解釈の余地がないわけではない。そもそもいずれの事件判決も、一九五〇年代初頭のマッカーシズムの嵐の中で出されたものであって[3]——すなわち処分の背景の特殊性——、さらに、両事件において争われた処分の根拠法令が戦争権限に基づくものであった[4]——すなわち、処分の根拠法令の性格の特殊性——ことを合わせ、その判決の射程に限定を加えることも可能ではある。[5] また、第二節②判決については、憲法が入国拒否処分の相手方たる外国人に適用がないとは連邦最高裁が明示的に判示していないことを捉えて、判決を限定解釈し、当該判決が、処分の相手方たる外国人の身柄拘束がデュー・プロセスに反しない、とした理由は、国家の利益と外国人の利益とをバランシングした結果であって、連邦最高裁の理由づけはその結論のみを示したものにすぎないとする考え方も示されている。[6]

三　これらの考え方は、しかし、第一節①・②判決のあるべき解釈を示したものといえ、学説は一般に、これら二つの判決を、手続的デュー・プロセスによる保護を利益衡量により決定するという考え方を否定し、出入国管理法一〇一

条を退去強制手続と入国拒否手続とに区分し、後者については憲法の適用の余地を認めないものと解した[7]うえで、強い批判を浴びせているのである。以下では、右両判決も合わせた入国拒否処分手続をめぐる判例の一般法理に対する批判を第二節に述べた三つの理論的根拠に区分して紹介する[8]。

(1) 主権理論に対する批判

一　主権に由来する権限という考え方を用いて連邦政府の権限行使が合法とされる例は決して少なくない[9]が、ある権限が主権の行使と性格づけられるとしても、それによって当然に憲法の保護がまったく及ばないという結論が導き出されるという論理的必然性はないばかり[10]か、裁判所がそれに対して消極的な審査しか行わないということともならない。例えば、移民規制権限の正当性の根拠は、主権に固有な「外務権限」(Foreign Affairs Power) に求められているといえるのであるが[11]、これとほぼ同性質のものにその権限の根拠が求められている[12]市民権剝奪 (loss of nationality：国籍の喪失[13]) 事由を定める連邦議会の権限の行使に対しては連邦最高裁はほぼ一貫して、積極的な司法介入をしてきている[14]。従って、各法律領域における主権理論の生成、射程、内容 (保護法益) を検討することが必要となろう。

二　では出入国管理法領域においてはこれらの点はいかなるものであったのか。右の問題については既に拙稿で検討したところであるので、その結論のみを述べると、まず理論の生成という側面では、判例は当初入国拒否、退去強制権限の行使を何らかの個別の憲法上の規定に根拠を求めようとしていた[15]が、一九五〇年代に入り、いずれの権限行使についても、連邦憲法典中に根拠を求めることなく、憲法外的な、主権に根拠を求めるようになったことが認められる[16]。この理論により保護される利益は、連邦議会の外交政策決定権限と判例は把握しているように思われる[17]が、外交関係に触

れるすべての事件が司法判断の及ばないところにあると考えることが誤りであることは連邦最高裁自身が後に指摘するところであることに加えて、そもそもすべての出入国管理法上の処分が外交関係に影響を与えるものであるはずはなく、[19]むしろ、そうではないことが大半[20]といえる。

三　しかし、主権理論により入国拒否処分に憲法上の手続的デュー・プロセスの保障が及ばないことを説明することが不可能である決定的な理由は、同じく主権の行使として性格づけられる退去強制処分にはなぜ手続的デュー・プロセスの保障が及ぶとされるか、を説明できないことにある。[21]既述したように、これを説明するものとして、古くより判例法上となえられていたものが、憲法の効力の属地性であるといえる。次に、これに対する学説の批判を検討する。

（2）憲法の効力の属地性（territoriality）に対する批判

一　既に第二節で述べたように、憲法の効力の属地性を理由に政府の行為を正当化する、という手法は、既にIn re Ross判決[22]において出現していたのであるが、その後、国外にいるアメリカ人については憲法上の効力が及ぶとする一九五七年の連邦最高裁判決[23]が出現するにいたり、少なくともアメリカ人との法律関係においてはこの理論は放棄されることになったといえる。[24]しかし、現在に至るまで、外国人との法律関係においては、これを放棄する旨の連邦最高裁判決は現れていない。[25]

二　入国拒否処分の相手方たる外国人には手続的デュー・プロセスの適用がない、とする理論的根拠としての憲法の効力の属地性に対する批判としてまず考えられることは、特にこの理論が入国拒否処分後の身柄拘束にまでその適用が及んだこと等から、物理的現実に反する（すなわち、実際には外国人の身体は主権国家の管轄権内に入っている）、とい

うこと、[26]及び、不法入国の外国人には憲法の適用がありながら、正規に入国審査を受けた結果入国拒否処分を課せられた外国人にはその適用がないとすることはバランスに欠ける、ということ[27]が挙げられよう。しかし、この批判は、いかに現実としてそのようにいえるとしても、その現実に対する法律論に基づく法的評価はまた別の問題であって、その結果いかに厳しい結果が生じようとも、法律論としてはやむを得ない、とする連邦最高裁判例の立論との関係においては、水掛論の様相を呈するものとなる。

三　従って、ここでもまた連邦最高裁の従来の判例理論の射程を考えることが必要となると思われる。これを検討する際に重要な連邦最高裁判決が二件存する。一件は、合衆国管轄権外にある外国法人の財産を合衆国政府が収用したところ、これに対する正当な補償が支払われていないとして、当該外国法人が合衆国政府に対して補償請求をなした事件において、[28]連邦最高裁は、友好国の外国人（alien friend）は、正当な補償なき財産収用に対して、第五修正を援用する権利を有する[29]ことを認めた、というものである。第二節②判決のジャクソン判事（フランクファーター判事同調）の反対意見は、法廷意見が示した憲法の効力の属地性に反論する際に財産権の収用の例を挙げている[30]が、おそらく本件を念頭においてものではないかと推測される。他の一件は、入国拒否ないし退去強制処分に伴って裁判（judicial trial）なくして入国審査官による略式のヒアリングのみによって懲役刑を処分の相手方たる外国人に課す法律[31]の合憲性が争われた事案[32]である。この事案において懲役刑を課された外国人は、退去強制処分の相手方たるものであったが、連邦最高裁は、当該法律が憲法のデュー・プロセス条項あるいは陪審による裁判に関する規定に反することを説示するに際して、入国拒否・退去強制処分の区別をせず、「連邦議会がそのような政策（入国拒否ないし退去強制政策を指す）をさらに促進するためには、懲役刑をそのような外国人に課すこと（中略）が適切であると考えた場合には、本法廷は、そのような法が有効であるためには、処分の相手方の有罪を確定するには裁判（judicial trial）が必要と考える[33]」としているの

である。[34]

四　これらの判例の存在を手がかりとして、学説は、憲法の効力の属地性という理論的根拠を批判するものがあるが、[35]その批判は右の判例の存在を摘示するにとどまり、なぜ、これらの判例が、手続的デュー・プロセスの保障を否定するために主張される憲法の効力の属地性を批判するものたり得るかは必ずしも明らかにはされていない。私見によれば、前述の二つの連邦最高裁判決の事案においては、例えば刑事法上の法律関係等何らかの法律関係が合衆国と外国人との間に生じているために、それら法律関係を規律する憲法規定の適用が認められることとなったものと思われる。[36]この場合問題は、憲法が適用されるべき法律関係とはいかなるものであるか、であり、このことを一般的に定義することは非常に困難ではある。しかし、入国拒否処分を例にとって考えるならば、例えば、第二節①・②判決は、明確な法律上の授権がなければ裁判所は当該処分を審査できない、とするのであるが、[37]法律上には、人身保護令状による審査であれば可、との規定は存しないにもかかわらず、連邦最高裁判例は伝統的に、入国拒否処分の相手方が、それによって生ずる身柄拘束が合法か否かを審判してもらうために人身保護令状による審査を受ける権利を有することは「疑いない」、[38]としているのである。このように、連邦最高裁は、入国拒否処分の相手方と合衆国との間には、人身保護令状による審査を保障される法律関係が存在していることは当然の前提としているのであり、ある事件が人身保護令状の裁判管轄権内にあるときには裁判所は憲法を適用することが基本原則といえるとすれば、[39]入国拒否処分に憲法の効力の属地性を理由として手続的デュー・プロセスの適用を否定することは不可能ということになろう。逆に、人身保護令状による審査を否定されたJohnson v. Eisentrager[40]のごとき事例においては、憲法の適用が肯定されるための法律関係は存しない、ということになろう。

五　要するに、入国拒否処分という法律関係の存在は、憲法の適用を肯定するために十分なものと思われるが、たと

えそのようにいえるとしても、連邦最高裁判決の理論によれば、入国拒否処分に手続的デュー・プロセスが及ぶものといえることとはならない。なぜなら、第二節①判決によれば、入国資格を外国人が与えられることは「特権」の付与に当たるものであり、これは第五修正のデュー・プロセスの保護法益たる「生命、自由、財産」に該当しないとされるからである。最後に、この点に対する学説の批判を紹介する。

(3) 権利・特権二分論

一　非刑事手続領域において手続的デュー・プロセスの保護を、特権理論等を用いて当然かつ全面的にカテゴリカルに排斥する連邦最高裁の理論が一九六〇年代後半より次第に後退してきた[41]ことはよく知られているところであり、特に一九七二年のロス判決（Board of Regents v. Roth）[42]は、「権利」と「特権」という区分を「完全に（fully and finally）否定する」[43]ことを明言している。ところが、出入国管理法領域においては、同じく一九七二年の Kleindienst v. Mandel[44]において、外国人が憲法上の入国の権利を有しないことを述べるにあたり第二節①判決が特権理論を展開した部分[45]を援用[46]し、また、比較的最近のプラゼンシア判決（Landon v. Plasencia）[48]も、第二節①・②判決を引用して、新規入国の際の古典的理論を再確認していることから[49]、「特権理論」を放棄することを明示しておらず[50]、第二節①判決は現在もなお有効な判例法として存在しているといわれている[51]。

二　このように出入国管理法領域において特権理論が適用されていることに対しては次のような批判が提示されている。まず、その適用により、バランスの欠ける結論が生み出されることである。すなわち、デイビス教授は、第二節①判決をとらえて、そこで問題とされたことは当該外国人の一生を通じて最も重要なもののひとつ、すなわち、その後の

一生を通じてその夫から強制的に（involuntary）離別させられることであって、当該夫妻の有する利益が非常に重要なものであることを指摘した後、一方ではデュー・プロセスがこの種の一生を通じて最も重要ともいえる利益について公正な手続を要求しないとしながら、他方では二〇〇ドル程度の価値しかない財産利益が問題となる場合には公正な手続が要求される、ということは正義の観念に反すると述べている。[52] また、入国拒否処分手続に手続的デュー・プロセスの適用がないことを正当化するために権利・特権二分論を用いることは、他の非刑事領域で「特権」さえも違憲に拒否され得ないことを連邦最高裁自身が承認していることと矛盾するものであるともいわれている。[53] 要するに、移民法領域のみにおいて特権理論という時代錯誤的な理論を用い続けることは正当化できない、[54] というわけである。

三　このように、ある意味では、特権理論自体を批判することは容易であり、[55] また、[56] 入国拒否処分手続に手続的デュー・プロセスの適用がないことを説くにあたり、連邦最高裁が特権理論に依拠することが少ないことは、特権理論のみではこのことを正当化できないと連邦最高裁が考えている証拠であると考えることも可能である。[57] また、特権理論を一貫させるならば、連邦議会は、外国人がヒアリングを受けることなく退去強制に服するとの条件でその入国を許可することができる、とすることも可能[58]であるが、このような立論を連邦最高裁が採用していないこともまた、特権理論のみからは説明し得ない。結局、連邦最高裁においては、これまで述べた三つの理論的根拠が、必ずしもその相互の関連等を吟味されることなく、いわば三位一体として、その入国拒否手続理論を説明するために用いられてきたと考えざるを得ず、それぞれの理論的根拠に向けられた学説の批判には説得力があると思われる。にもかかわらず、連邦最高裁はいまだにその入国拒否手続理論を放棄していないのであるが、近年、下級審判決に注目すべき動きが生じている。次節ではこれを紹介する。

第二章　第三節　注

(1) Davis, *The Requirement of a Trial-Type Hearing*, 70 HARV. L. REV. 193, 249 (1956).

(2) *See* Verkuil, *A Study of Immigration Procedures*, 31 U.C.L.A. L. REV. 1141, 1146 (1984).

(3) HULL, WITHOUT JUSTICE FOR ALL——THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF ALIENS, 57 (1985) は、このことが「エレン・クナウフ及びイグナッツ・メツァイにとって不幸」であったという。

(4) 本章前節注 (7) 参照。

(5) *Developments in the Law —— Immigration and Nationality*, 66 HARV. L. REV. 643, 676 (1953) は、本章第二節①判決の理由付けを疑問としながら、国家の安全の保護もまた重要であり、デュー・プロセスは合理性に関する基準ゆえ個人の地位と要件の目的との相関関係によって決まるとして、判決の結論については正当とするが、おそらくこれは本文のように考えてのことであろう。なお、この考えを用いて本章第二節②判決の射程を制限しようとする判例が存在する (Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson, 654 F. 2d 1382 (10th Cir. 1981)) ことについては第三節で言及する。

(6) *See* Note, *The Constitutional Rights of Excluded Aliens : Proposed Limitations on the Indefinite Detention of the Cuban Refugees*, 70 GEO. L. J. 1303, 1325-26 (1982). この考え方によれば本章第二節②判決の誤りはそのバランシングの方法ないし結果にある、ということになる。

(7) *See, e. g.*, Hart, *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts*, 66 HARV. L. REV. 1362, 1392-93 (1953).

(8) 学説は、その一般法理としての側面を批判するとともに、本章第二節①・②判決に内在的な問題点があることも指摘している。特に以下の二点が重要であろう。ひとつは、右両判決が主として依拠している判例は Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651 (1892) である (*See, e. g.*, Martin, *Due Process and Membership in the National Community : Political Asylum and Beyond*, 44 U. PITT. L. REV. 165, 173 (1983)) が、本章第二節①・②判決と右エキウ判決とでは争点が異なる (Martin, *id.* at 173-74 は、エキウ判決は、入国拒否処分を決するフォーラムが裁判所であることがデュー・プロセスによって要求されるか、あるいは行政機関でよいのか、が争われたものであって、ひとたび行政機関というフォー

ラムが確立された後における公正なヒアリングの要素如何ではない、という）のみならず、エキウ判決以降の重要な判例法理の展開を見逃しており、特に Japanese Immigrant Case (189 U.S. 86 (1903) を説明・検討することなく「参照」という形で引用している（Hart, *id.* at 1394 n. 94）ということである。また本章第二節②判決については、司法省自らがその判例の結論に満足せず、特別委員会を任命し、不利な証拠を知り、その証拠を反駁する機会をメツァイ氏に与えた後、特別委員会はメツァイ氏がバッファローシの自宅に帰ることを勧告し、司法省もまたこの勧告に従った、という結果から、②判決は必ずしも将来的に有効といえる法ではない（Davis, *supra* n. (1) at 251）ことが指摘されている。いずれにせよ、厳格な入国拒否・退去強制区分論を貫き、入国拒否処分には手続的保護が全く及ばない、とすることによって、一方では、本章第二節②判決のように合衆国に二五年間も在留していた永住外国人が、法律上許容されている墓参のため出国し、再度入国しようとしたところ、入国拒否処分を受けた場合には憲法上の保護がまったくないとされつつ、他方では、不法にではあれ入国してしまえば憲法上の保護を受ける資格がある、とされることはいかにも奇異である（Hart, *id.* at 1395）、ということが問題の出発点といえるであろう。

(9) たとえば Jones v. United States, 202 U.S. 202. 212 (1890；領土獲得に関する)、B. Altman & Co. v. United States, 224 U.S. 583, 600-01 (1912；条約には該当しない国際協定の締結)、United States v. Bowman, 260 U.S. 94 (1922；国外にいるアメリカ国民の行為の規制)、Zemel v. Rusk, 381 U.S. 1 (1965；外交関係に影響を及ぼしかねない自国民の旅行の規制）など。Note, *Constitutional Limits on the Power to Exclude Aliens*, 82 COLUM. L. Rev. 957, 970 n. 92 (1982).

(10) *See, e. g., Developments in the Law —— Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1317 (1983).

(11) 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』三四巻五号八七一頁及び九〇二頁（一九八四）参照。

(12) HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION, 74-5 (1972).

(13) 帰化の取消（revocation of naturalization）ではない。

(14) この点については拙稿・前掲注（11）八五九頁注（148）参照。

(15) 拙稿・同上八四七頁

(16) 拙稿・同上八七〇頁
(17) 拙稿・同上八七一頁
(18) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 211 (1962).
(19) *See* Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 262 (1984).
(20) *Id.* at 268 は、「従って、裁判所は、各個別の事案において、司法審査が外交政策に介入するものか否かを考えなくてはならない」とする。
(21) 本稿における検討からも既に明らかであるが、このことを指摘するものとしては *see, e. g., Developments in the Law, supra* n. (10) at 1317.
(22) 140 U.S. 453 (1891).
(23) Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1957). 本件は二つの事案が併合されたものであり、一件では日本、他の一件はイギリスにおいて、いずれも殺人罪を犯した者として、それぞれ軍法会議 (court-martial) により文民たるアメリカ人が有罪判決を受けた、というものである。争点は多岐にわたるが、特に陪審による裁判を受ける権利を保障した憲法の規定に右の軍法会議が反しないか否か、が争われた。連邦最高裁判事の意見は、生命に関する罪 (capital offenses) が合衆国外で発生した場合、平時にはこれを軍法会議により審問し判断を下すことは合憲とはいえない、という点では六名の判事の一致を見たものの、右六名のうち四名はさらに文民に対して軍法会議により有罪・無罪を決することは一般に憲法に反する、という立場を採用している。
(24) *See* Legomsky, *supra* n. (19) at 275-76.
(25) 本章第二節①・②判決とほぼ同時期において、敵性外国人が合衆国国外の軍事裁判の結果アメリカ軍により身柄拘束されたことに対して人身保護令状の発布が求められた事例において連邦最高裁はやはり憲法の効力の属地性をひとつの理由として、当該請求をしりぞけている。Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763, 771 (1953).
(26) *See, e. g.*, Martin, *supra* n. (8) at 179, *Developments in the Law, supra* n. (10) at 1321.
(27) *See, e. g.*, Note, *supra* n. (9) at 980.

(28) Russian Volunteer Fleet v. United States, 282 U.S. 481 (1931).
(29) *Id.* at 489.
(30) 本章第二節注（42）参照。
(31) 一八九二年五月五日の中国人排斥法（27 Stat. 25）の第四条。
(32) Wong Wing v. United States, 163 U.S. 228 (1896).
(33) *Id.* at 237.
(34) *See Developments in the Law*, *supra* n. (10) at 1316 n. 20.
(35) *See, e. g.*, Note, *supra* n. (6) at 1307-08, Note, *supra* n. (9) at 980.
(36) *See* Legmsky, *supra* n. (19) at 275.
(37) 338 U.S. at 543, 345 U.S. at 210-12.
(38) Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651, 660 (1892).
(39) *See* Hart, *supra* n. (7) at 1393.
(40) 339 U.S. 763, 781 (1953 ; 事案については前掲注（25）参照。)
(41) 特に松井茂記「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』一〇六巻六号六八―九頁（一九八〇）参照。
(42) 408 U.S. 564 (1972).
(43) *Id.* at 571.
(44) 408 U.S. 753 (1972).
(45) 338 U.S. at 542.
(46) 408 U.S. at 762.
(47) これは権利・特権二分論に言及したものとされている。*See* Note, *supra* n. (9) at 977 n. 138.
(48) 459 U.S. 21 (1982).
(49) *Id.* at 32.

(50) *See, e. g.,* Verkuil, *supra* n. (2) at 1149 n. 41, Schuck, *The Transformation of Immigration Law,* 84 COLUM. L. REV. 1, 62-63 (1984).

(51) *See* DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 345 (2nd Ed., 1979).

(52) *Id.* at 344.

(53) *Developments in the Law, supra* n. (10) at 1318.

(54) Note, *supra* n. (9) at 977.

(55) *Id.* at 976 n. 126.

(56) 特権理論が批判・克服されるべきものとしても非常に厄介な問題が残る。いずれにせよ手続的デュー・プロセスにより保護されるべき利益とそうとはいえない利益との区分が必要だからである。*See* DAVIS, *supra* n. (51) at 343. また、本章第一節（四〇巻四号）注（3）も参照されたい。

(57) *See* Note, *supra* n. (9) at 977 n. 138.

(58) *See* BREYER-STEWART, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, 597 (1979).

One Aspect of Procedural Due Process Doctrine (3) ——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 vol. 40)
(2) Immigration Law prior to 1952
(3) Summary of this Section
2. Exclusion Procedure and Judicial Reveiw
(1) Pre-1950 Cases regarding Exclusion Process (No.4 issue of vol. 40)
(2) Applicability of Procedural Due Process Doctrine to Exclusion Process and Leading Cases
(3) Criticisms of *Knauff-Mezei* Doctrine (to be continued)
(4) Recent Trends of Lower Courts
(5) Summary of this Section
3. Deportation Process and Procedural Due Process
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

---

*Assistant Professor in Law at the Hokkaido University of Education, Iwamizawa Campus.

3. Juducial Reveiw of Procedural Errors and Effective Procedural Protection
Summary of this Article