



Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（7）－合衆国移民法制を素材として－
Author(s)	渡辺, 賢; WATANABE, Masaru
Citation	北大法学論集, 43(6), 179-239
Issue Date	1993-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15508
Type	departmental bulletin paper
File Information	43(6)_p179-239.pdf



手続的デュー・プロセス理論の一断面（七）

——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
- 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

（以上四〇卷三三号）

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

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 本節のまとめ

第三章 退去強制手続と手続的デュー・プロセス

第一節 手続的デュー・プロセス理論の概要

第二節 退去強制処分と手続的デュー・プロセスをめぐる判例史

第三節 本節のまとめ

第四章 再入国理論と手続的保障——入国拒否と利益衡量——

第一節 外国人の再入国と立法上の措置

第二節 連邦最高裁における再入国理論の展開とブラゼンシア判決

第三節 ブラゼンシア判決と出入国管理手続

(以上四二卷五号)

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——旧法下における手続要件をめぐる諸判決の動向——

第一節 退去強制事由の告知

第二節 代理人依頼権の保障

第三節 証拠を反駁する機会の保障をめぐる諸問題

第四節 職能分離

第五節 本章のまとめ

(以上本号)

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

第二部 合衆国移民法と手続の実効的保護

はじめに

一 第一部においては、出入国管理に関する権限が行使された場合、合衆国においては、実体的側面では国家主権・外交関係に基づく政府側の利益が優先し移民規制権限の行使に対する憲法による実体的制約がほとんど機能しないとされていること、他方、裁判例は退去強制処分や再入国拒否処分には手続的デュー・プロセスの要請がかかることとしているが、デュー・プロセスの保護を援用可能なものとする実体的利益としては継続的居住の自由が考えられることを考察した。合衆国でも退去強制処分手続の手続要件が——そして結果的には入国拒否処分手続もまた——制度的にも相当に厳格なものとなっているのはそのような実体的利益の保護のためということができよう。入国拒否処分に対しては憲法上実体的制約はもとより、手続的制約も課せられないとするのが連邦最高裁判例の立場であるが、入国拒否処分についてこのように手続的制約が一切ないとすることにより発生する過酷な結果を緩和するために再入国処分という処分類型を認めそこに手続的制約を認めるという形で、いわば局面を変えて外国人（特に永住外国人）の継続的居住の自由に対す

る配慮を払っているのである。このように、合衆国における出入国管理法関係全体を通してみると、実体面では政府側の国家主権に基づく利益が優先されるのに対して、手続面では外国人側の継続的居住の自由への配慮が、手続の迅速な進行という政府側の利益に優先するものとされており、このような形で両者の利益調整が図られているということができよう。この場合、外国人の継続的居住の自由は、憲法上の実体的権利とはいえないとしても、制度全体としてみた場合には法的な保護に値するものとされているということができるのである。

二 再入国拒否処分や退去強制処分に手続的デュー・プロセスの制約が課せられるとして、憲法上いかなる手続がそれによって要求されることとなるか定かではないことも第一部で述べた通りである。デュー・プロセスの要請するところの「何らかの形態のヒアリング」(some kind of hearing)が再入国拒否処分や退去強制処分ではどのようなものであるかは各処分類型の実体的特色に依じて決定されるものということができようが、処分類型の実体的特色を措定しそれを前提としてデュー・プロセスの要請する手続要件を確定することも、右の実体的特色を確定することそのものが困難であるとする⁽¹⁾、また困難といえよう。

そこで本稿では、法律あるいは行政機関の制定した規則において定められた個別の手続要件をめぐる裁判例を検討し、その上で、手続を全体としてみた場合に最も重視されている要件は何かを考察するという方法をとりたい。これによって、一連の手続の中でもポイントとなる、いわば手続保障の「核」とでもいうべき部分を抽出することが可能となり、これを中心としてデュー・プロセスの要請するヒアリングの形態を想定することができると思われるからである。ただし、本稿では、この検討は退去強制処分手続に限定せざるを得ない。退去強制処分手続では各手続要件につき従来より相当数の裁判例の蓄積をみているが、その他の処分類型については裁判例が——筆者の知り得た限りでは——少数にとどまり、右の視点から分析するには十分とはいえないからである。

三 右のような視点から合衆国の裁判例を分析することに筆者がいかなる意義を見いだしているかについては既に述べたところではあるが、⁽²⁾繰り返しをいとわずに要約すれば、一つには、処分過程で課せられている各手続要件のもつ手続保障としての意義を明確化でき、処分の相手方の手続保障にとって重要な点はいずれにあるかを知ることができるであろうということである。そして、右の点について考察する過程から、さらに二つの点について示唆を得ることが可能であろう。一つは、それぞれの手続要件の性格や重要性に合わせた形で、合衆国移民法領域では裁判所が手続の実効的保護のために意を払っているのであるが、いかなる努力が払われているのかを知ることが可能となる。⁽³⁾その努力の内容や意義・限界については各手続要件に関する検討の中で具体的に指摘することとし、ここではこれ以上言及しない。

もう一つは、一連の手続にも軽重があることを分析する際、本稿では、移民法をめぐる合衆国裁判例において、いかなる手続上の瑕疵が違法事由とされ、またそれが処分の取消事由を構成するものとされているか——合衆国においても手続上の瑕疵が直ちに処分取消事由を構成するとはされていない——を考察するという手法を用いているのであるが、このような分析を進めることを通して、合衆国移民法では、手続過程の中に瑕疵があり処分を取り消す場合裁判所はいかなる視点からこれを判断しているのか、についても知見を得ることができると筆者は考えている。この点に関連してさらにあらかじめ二つの点に言及しておく。一つは、合衆国における手続の瑕疵と取消事由との関係に関する理論状況についてであり、もう一点は、合衆国における手続の瑕疵と取消事由に関する判断の視点がわが国にとって有していると思われる意義についてである。

四 合衆国において手続上の瑕疵が直ちに処分の取消事由を構成するわけではないことはわが国では必ずしも自明ではないと思われる。⁽⁴⁾しかし、合衆国においても、すべての手続上の瑕疵が取消事由を構成するものとはされておらず、手続上の瑕疵のうちでも、当該瑕疵が権利を侵害された当事者にとって不利益なもの (prejudicial error) でなければ取

り消されることはない。⁽⁵⁾この原則は現行行政手続法に規定されているが、行政機関の行為に対する司法審査が行政手続法以外の制定法に明示的に規定されている場合——現行出入国管理国籍法はこれに該当する——でも同様に適用されることとなる。⁽⁷⁾したがって、退去強制手続でデュー・プロセスに基づく攻撃を行う際にもまた、処分相手方が手続的瑕疵による不利益を被ったとの立証が必要となる。⁽⁸⁾このように、裁判所が、手続要件に反する行政機関の裁決行為を無効とする場合、当該行政決定を覆す根拠はデュー・プロセスではなくむしろ行政法のルールであるが、⁽⁹⁾さきに述べたような筆者の問題関心からすれば、このルールが手続的デュー・プロセスとまったく無関係なものと評することもまたできないように思われるのである。

処分を取り消すものとなるような瑕疵の不利益性についての立証責任は、当該瑕疵が不利益であることを主張する当事者側にあるとされているが、⁽¹⁰⁾問題は、いかなることを立証すれば当該瑕疵の不利益性（裏からいえば無害性）を立証できることとなるかである。不利益な瑕疵に該当しないとされる典型例は例えば、規則制定手続において行政機関が法律に規定された態様で告知を行わなかったとしても、⁽¹¹⁾実際に告知が行われているような場合であろうし、逆に、行政機関の事実認定が実質的証拠に裏付けされていない場合には、当該瑕疵は無害とはされることはあるまい。⁽¹²⁾このような具体例を離れてさらに一般論として、問題とされている事実認定がなされなくとも同じ結論が下されたであろうことに相対当の疑い（substantial doubt）を裁判所が有している場合には当該瑕疵は不利益なものとされ、行政決定は破棄されるとする裁判例があるが、⁽¹³⁾無害な瑕疵原則の適用を支配する基準は各行政領域において異なることもまた指摘されており、⁽¹⁴⁾あらかじめ過度に一般化して不利益性の判断基準を措定することは危険といえよう。要するに、このテストの適用基準や内容は具体的に移民法領域についての裁判例を検討することにより見定めるより他あるまい。

五 合衆国においては行政機関の決定が争われる場合になされる司法審査は原則として「記録に基づく審査」である

ため、一般的にいつて、手続の瑕疵が処分の取消事由となるか否かを判断する際に合衆国でもわが国と同じように強い実体法志向性がみられるわけではないものと推測される。⁽¹⁵⁾ いかなる手続の瑕疵が取消事由を構成するかは訴訟システムの違いに由来する側面が大きいとすると、⁽¹⁶⁾ 合衆国における理論状況とわが国のそれとの間に差異が存在することも当然ということができよう。しかし、手続の瑕疵が取消事由を構成すると考えられるか否かを判断する際に合衆国でいかなる視点を用いていると考えられるかはわが国の理論状況にとつてもかなり示唆的であろう。すでに述べたように、わが国ではヒアリング手続⁽¹⁷⁾に現れた手続上の瑕疵についてはその瑕疵が実体的判断に影響を及ぼす可能性がある場合にのみ取消事由とするのが判例である。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾ このような考え方の背景には、手続の瑕疵が認められるとしても処分内容に影響がない場合には処分を取り消してみても再度同一内容の処分の繰り返し返しが当然に予測されるために処分の相手方にとつても⁽²¹⁾ 処分の取消が認められる実益が乏しく、また、訴訟経済の観点からも望ましくないと、ということがあるのであろう。しかし、実体的な判断の変更可能性を重視し裁判所がこの面のみから審理することとなると、手続の瑕疵が裁判所の実体的判断を支える方便的な理由になるだけとなり、⁽²²⁾ 行政に裁量⁽²³⁾が認められる場合には、実体法上の瑕疵がないことを捉えて結果が同じと考えるのは行政の裁量を無視するものであるとの評価が妥当することとなろう。ではどのように考えたらよいのであろうか。

この問題を検討する際にも、まず手続保障の目的がいかななるものであるかを念頭におくべきであらう。手続保障の目的には様々なものがあり得るが、⁽²⁴⁾ 合衆国の判例理論においてはヒアリングを受ける権利を保障する目的の一つとして⁽²⁵⁾ 特に正確な決定の確保が正面に出ている。⁽²⁶⁾ 行政決定においてエラーが発生することを防止するという、いわば一般予防的效果が行政の事前手続保障にはあることはわが国でも認識されており、⁽²⁷⁾ 手続の持つこの一般予防効果に鑑みれば実体的判断の可変性にかかわらず手続的瑕疵は取消原因となることを考へ方にも説得力があるであらう。しかしながら、多く

の論者はこのような手続保障の一般予防効果の存在のみを理由として手続の瑕疵のすべてが処分⁽²⁸⁾の取消原因となるとは考えていない。「当該行政行為を取消したときの利益不利益と取消を回避したときの利益不利益の比較衡量」が必要となるからである。手続を保障すべきとする決断を憲法もしくは制定法に基づき行つた以上法治国原理や手続保障の持つ一般予防効の存在に鑑みれば手続的瑕疵が直ちに取消原因を構成するとされてもおかしくないにもかかわらずなおそのように解されない理由はまさにここに存在する。右にいう取消回避による利益の一つでありかつ中心は訴訟経済上の配慮であろう。問題は、これら利益不利益の比較衡量を行う際の基本的視座である。例えば「重要な手続原則違反」が無効原因もしくは取消原因を構成する⁽²⁹⁾とかあるいは瑕疵が問題とされている手続の軽重により判定されるべきであるといつた主張などがこれまで学説等より提起されており、筆者が本稿で設定している「手続保障の核」という視点もこれに類するものではあるが、どのような手続違反が「重要」であるかとか、手続の核といつたものをいかなる視点から判断すべきかを検討する必要があるのである。本稿では、さきに述べたような検討を通して、合衆国移民法をめぐる状況下で展開された裁判例においてどのような視座より右の比較衡量がなされているかを導出しようとしているのである。

結論的に述べるならば、いかなる手続要件が手続保障の「核」をなすかは当該手続要件の有する争点形成機能——これもまた手続保障の目的の一つと解される⁽³⁰⁾——によるのであり、除去強制処分⁽³¹⁾の認定に用意された各手続要件の中で当事者に対して争点を提示しそれを争わせる上で不可欠な要件と裁判所が考えるものについては、原則として取消原因とされているということができるのである。このような知見はあくまでも合衆国移民法をめぐる裁判例を素材として得られたものであるという限定があることに加えて、手続的瑕疵を取消原因と構成するか否かを考察する上では、例えば各制定法の趣旨であるとか、あるいは問題とされている手続の構造がどのようなものであるか（例えば審判型か否か）といったことも重要であり、一概に争点形成機能のみから判定することはできない。しかし、各手続要件のもつ争点形成

機能もまた手続の瑕疵と取消原因との関係を考察する上でのかかなり重要な一要素となり得るのではないかと思われる。

第一部はじめに 注

- (1) 連邦最高裁はこの点、退去強制処分は刑罰的效果を有するとするのみであることも第一部で述べた通りである。
- (2) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面——合衆国移民法制を素材として——」、『北大法学論集』四〇巻三頁五六一頁及び五七三頁注(31)(32)(一九九〇)参照。
- (3) わが国の最高裁もまたいわゆる個人タクシー事件や群馬中央バス事件判決で、主張と立証の機会を実質的に保障する「公正な機会」ないし「全体として適正な過程」でなければならぬとし、これに反することを違法事由としている点共通であることが指摘されている。遠藤博也『実定行政法』一五四頁(一九八九)参照。
- (4) 少なくとも筆者は合衆国行政法理論をわが国で紹介した文献でこの点に詳しく触れられているものを見いだすことができなかった。
- (5) See *Estate of Finkel v. Donovan*, 614 F. Supp. 1245, 1249(C. I. T. 1985), *Barnhart v. U. S. Treasury Dep.*, 588 F. Supp. 1432, 1437(C. I. T.), *appeal after remand* 613 F. Supp. 370(1984), *Woodrum v. Donovan*, 544 F. Supp. 202, 207(C. I. T.), *appeal after remand* 564 F. Supp. 826, *affirmed* 737 F. 2d 1575(1982), *Anderson v. U. S. Forest Service*, 645 F. Supp. 3, 7(E. D. Cal. 1985), *Bethlehem Steel Corp. v. Gorsuch*, 742 F. 2d 1028, 1036(7th Cir. 1984), 公聴会における手続的瑕疵にどうして *see Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 432 F. 2d 1307, 1314-15(6th Cir.), *reversed* 401 U. S. 402, *on remand* 335 F. Supp. 873(W.D.Tenn.), *supplemented* 357 F. Supp. 846, *reversed* 494 F. 2d 1212, *certiorari denied* 421 U. S. 991(1970).
- (6) 5 U. S. C. §706.
- (7) See *Brantiff Airways, Inc. v. CAB*, 379 F. 2d 453, 465 (D. C. Cir. 1967); 審理裁判所は不利益な誤謬のルールに適切な考慮を払うべしとする行政手続法の規定は、それが規定されたと同様の根拠をもって、行政機関の行為に対する司法審査が行

- 政手続法以外の制定法に明示的に規定されている場合でも同様に適用される。), Consolidated Gas Supply Corp. v. Federal Energy Regulatory Commission, 606 F. 2d 323, 328-29(D. C. Cir.), *certiorari denied* 444 U. S. 1073(1979).
- (8) See Colinders-Aguilar v. INS, 819 F. 2d 259, 261-62(9th Cir. 1987).
- (9) See Consolidated Gas Supply Corp. v. Federal Energy Regulatory Commission, 606 F. 2d at 328.
- (10) See Bernhart v. U. S. Treasury Dep., 588 F. Supp. 1432, 1437(C. I. T.), *appeal after remand* 613 F. Supp.370(1984), Anderson v. U. S. Forest Service, 645 F. Supp. 3,7(E. D. Cal.1985).
- (11) See Siera Club v. Costle, 657 F. 2d 298, 355, 360, 398-99(D. C. Cir. 1981). See also, Small Refiner Lead Phase-Down Task Force v. USEPA, 705 F. 2d 506, 549(D. C. Cir. 1983).
- (12) See Butler Lime and Cement Co. v. Occupational Safety and Health Review Commission, 658 F. 2d 544, 550(7th Cir. 1981).
- (13) See Denton v. Secretary of Air Force, 483 F. 2d 21, 28(9th Cir., citing Fairmont Foods Co. v. Hardin, 442 F. 2d 762, 770-71(D. C. Cir. 1971), Tashof v. FTC, 437 F. 2d 707, 713(D. C. Cir. 1970), NLRB v. Reed & Price Mfg. Co., 205 F. 2d 131, 139(1st Cir. 1953), Braniff Airways, Inc. v. CAB, 379 F. 2d 453(D. C. Cir. 1967).), *cert. denied* 414 U. S. 1146(1973). また、行政機関の補足的な事実認定が証拠による裏付けを欠きあるいは誤っている場合であっても、その認定事実の存在が最終的な事実認定にとって不可欠ではない場合には、行政決定を破棄することは適切ではなく、裁判所は、無害な瑕疵理論の余地がある場合には、重要とはいえない瑕疵を理由として行政決定を覆してはならないとするものもある (Delta Air Lines, Inc. v. CAB, 564 F. 2d 592, 598 (D. C. Cir. 1977).) が、本文において検討対象とするように、まさに何をもって「重要」な瑕疵と判断するかが問題となるのであり、このような一般の枠組みでは判断基準として用をなさないように思われる。
- (14) See Braniff Airways, Inc. v. CAB, 379 F. 2d 453, 465(D. C. Cir. 1967).
- (15) 「記録に基づく審査」と手続保障との関連性については拙稿・前掲注(2)五七四頁注(42)参照。
- (16) 塩野宏『行政法1』二二三―二二四頁(一九九一)はこの点を注意深く指摘されている。
- (17) 手続の瑕疵といっても様々なものがあり得る。例えばドイツ行政手続法典四六条は手続の瑕疵の効果について規定しているが、そこでは手続的瑕疵として「手続、形式、または地域の管轄に関する規定に違反して成立した」ものとしている(例

えば梶哲教「手続的瑕疵ある行政行為の裁判による取消(一)」『法学論叢』一二九卷二号六六頁(一九九一)参照)。本稿のこれまでの検討対象に即して手続的瑕疵に関する議論を以下でも分析することとなるので、ここでの手続的瑕疵もまた、ドイツ行政手続法典四六条にいう狭義の手続を指す。

(18) その他所得税法上の青色申告をめぐる理由付記(最判三八・五・三一民集一七卷四号六一七頁(青色申告更正処分)、最判四九・四・二五民集二八卷三号四〇五頁(青色申告承認取消処分))や旅券法上の理由付記(最判六〇・一・二二民集三九卷一号一頁)については判例は独立した取消事由としている。

(19) この点に関するわが国の裁判例の動向については山田洋「手続的瑕疵の効果」『ジュリスト増刊・行政法の争点(新版)』九二頁(一九九〇)、拙稿・前掲注(2)五六八頁注(11)参照。これらに掲載されていない裁判例としては大阪地判平一・九・一二判時一三四五号六三頁がある。

(20) なお、戦前の学説については宮崎良夫「行政手続法理の形成(序論的考察)——戦前の日本における実定法・判例・学説——」『行政法学の現状分析(高柳信一先生古希記念論集)』二二六二頁以下(一九九一)を参照されたい。特に美濃部達吉が一定の手続要件の欠缺を無効と解していることが注目を引く(宮崎・同上二七〇頁参照)。戦後の学説状況の詳しい分析は後日を期したいが、さしあたりここでは田中二郎『行政法総論』三五〇―五二頁(一九六四)が手続的瑕疵の効果について、当該手続が相対立する当事者間の利害調整を目的としたまたは利害関係人の権利利益を保護することを目的として定められている場合に当該手続に瑕疵が存在する場合にはその瑕疵は重大とされ、さらにこれが明白であれば処分が無効となるのに対して、その手続が単に行政の円滑かつ合理的運営のための参考の供する等行政の便宜を目的とする場合には、当然無効とはならないとされており、公開の聴問・弁明の機会の供与を欠く行為は原則として無効と解すべしとしていることを指摘しておく。

(21) 山田・前掲注(19)九二頁参照。その他、実体的判断変更可能性をもって処分取消の要件とする理由として考えられることについては拙稿・前掲注(2)五六九頁注(12)参照。

(22) 原田尚彦「行政訴訟の構造と実体審査」『公法の課題(田中二郎博士追悼記念論集)』三六八頁(一九八五)

(23) 阿部泰隆「行政裁量と行政救済」一五六頁(一九八七)

(24) この点に関する合衆国における議論状況については拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面——合衆国移民法制を

素材として——(二)『北大法学論集』四〇巻四号九二二頁注(9)(一九九〇)参照

(25) ヒアリングを受ける権利が利害関係人の権利保護を目的とすることは当然である。そのことから、利害関係人の権利を保護するための手続に関する瑕疵は直ちに取消原因もしくは無効原因を構成するとする考え方も発生し得る(例えば田中・前掲注(20)、田村悦一「権利概念の変遷と行政事件訴訟(四・完)」『立命館法学』九九・一〇〇号合併号三三頁(一九七二)、東平好史「個人タクシー事業の免許申請の審査と公正手続(個人タクシー事件最判に対する評釈)」『民商法雑誌』六七巻一号一四三頁(一九七二)等)。しかし、梶哲教「手続的瑕疵ある行政行為の裁判による取消(二)」『法学論叢』一二二巻四号六八頁(一九九二)が正当に指摘するように、手続的瑕疵の存在により処分の相手方が侵害された手続的利益は、「手続的規定の本来の諸機能が損なわれて生じた不利益全てではな」いのであり、いかなる手続上の利益が毀損された場合に取消原因として構成可能かという問題がなお残るのである。したがって、手続的瑕疵と取消原因との関係を考察する上では、手続保障の目的が相手方の権利保護にあるということを描しても、問いをもって問いを答える類の一種の循環論法に類似するものとなるように筆者には思われるため、ここでの分脈においては、手続保障の目的としての権利保障という観点は除外して考える。

(26) 拙稿・前掲注(24)九二三頁参照。このような決定の正確性の担保手段としての手続保障という判例法理の立論に対しては、ヒアリングの保障が公正さにとつて重要なのは、これを保障することによって関係当事者への尊重を生み出すからであるとして、ヒアリングを保障することによって結果の正確性が改善されるであろうことが予測できない場合であってもヒアリングを受ける権利は重要であるという批判はある。See EBLEY, ADMINISTRATIVE LAW 14 n.1 (1990), citing Michelman, *Formal Aims in Procedural Due Process*, 18 NOMOS 126:28 (1977), TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §810.7-9, 10-19 at 501:22, 559, 563 (1978).

(27) 例えば遠藤博也・阿部泰隆編『行政法Ⅰ』二六五頁(保木本一郎執筆・一九八四)

(28) 例えば塩野宏・室井努編『行政法を学ぶⅠ』二五九頁(塩野執筆・一九七八)

(29) 梶・前掲注(25)七四頁参照。なおこの梶論文はドイツ行政手続法典四六条をめぐる議論の中から右の利益不利益を詳細に分析している。

(30) その他の利益としては第三者の利益、行政目的達成の利益、規制事実を覆すことに伴う社会的損失を梶・前掲注(25)

六七頁は挙げてゐる。また、梶・同右六八頁が、「原告の侵害された手続的利益は、手続的規定の本来の諸機能が損なわれて生じた不利益全てではなく、取消後に回復される手続においてなお回復可能と見込まれるものに限り比較衡量の対象となりうるにすぎない」とされていることも参照されたい。

(31) 塩野・前掲注(16) 二二四頁参照。

(32) 阿部・前掲注(23) 一五六―五七頁参照。

(33) 拙稿・前掲注(24) 及び「手続的デュー・プロセス理論の一断面——合衆国移民法制を素材として——」(三)『北大法学論集』四二卷一号二九頁注(108) (一九九一) 参照。

第一章 手続要件と司法審査の態様

——旧法下における手続要件をめぐる諸判決の動向——

一 第一部第三章第二節において述べたように、判例法上、退去強制処分を課すにあつては、略式ではあつても公正といえるヒアリングを行うことをもつて当該処分⁽¹⁾の適法(憲)要件とする一般原則は、いわゆる日本人移民事件(Japanese Immigrant Case)により確立されたといひ得るのであるが、当然のことながら、この一般原則のみではあまりに抽象的であり、本章においては、より具体的な手続上の論点に関する諸判決の動向を紹介することにより、右の一般原則の具体的内実を探ることとする。ここで検討の対象とする個別の論点は、(1) 退去強制事由の告知、(2) 代理人依頼権、(3) 証拠を反駁する機会の保障、(4) 職能分離、の四点である。これらの検討を通じて、ホワイトフィールド判決(Whitfield v. Hanges)⁽²⁾の示した、公正なヒアリングといえるための一般基準による手続的保障の具体的範囲を

概観することが可能であろう。

二 なお、右四点の手続的デュー・プロセスとの関係で検討の対象とすべき論点としては、(5) 最終的な退去強制処分が課せられる際の理由付記、及び(6) 実質的証拠による処分の裏付け、がある。しかし、(5) の理由付記については、法律上労働長官が発する権限を有する退去強制令状により退去強制事由が示されることとなっているため、入国審査官によりなされる手続を検討の対象としようとする本節のテーマとは必ずしも適合しないこと、また、(6) の実質的証拠の要求もまた、労働長官の処分決定の際に問題となるものであるとともに、手続の問題というよりもむしろ手続の結果得られたものの評価を問題とするものであること、から、本章においては詳細な検討を加えず、ここで略述するにとどめる。

三 まず、(5) については、理由付記の程度及び理由の差し換えの二点において重要な制約が判例上課せられている。これらのうち、前者については、退去強制令状に記載さるべき事項として、処分の根拠法令のみならず、処分事由を基礎づける労働長官による事実認定もまた記載されていなくてはならない、とする連邦最高裁判決が存在する。(5) 本件においては、退去強制令状には処分の根拠法令の記載しかされていなかったのであるが、判決は、法律の文言及び「立憲政府ということから生じる一般原則(*general principles of constitutional government*)」によれば、行政府は、立法部より権限を委任された場合には、その権限行使に際して、実質上、法律上の要件すべてについて従わなくてはならないのであり、その事実認定が処分の前提条件とされている場合には、その条件を満たした旨が記録に現れていなくてはならないとして、処分に瑕疵があることを認めたのである。(7) 他方、収容令状(*warrant for arrest*)に記載され、ヒアリングの対象とされた退去強制事由に差し換えて、他の事由を根拠として退去強制令状を発することも違法とする下級審判決があるが、退去強制処分の相手方がヒアリングを受ける権利を有する以上、この結論は当然であろう。なお、処分事由の(8)

差し換えについては、後に証拠を反駁する機会の保障に関する箇所でも触れる。

四 次に、(6) についてであるが、退去強制処分が、記録に示された証拠によりいかなる程度裏付けられることが要求されるか、を検討することは、手続的デュー・プロセスとの関係においては二つの意味で重要である。第一に、手続参加の機会の保障を裏付ける、という観点からの重要性が挙げられる。例えば、処分が記録外の情報等に基づいて下されるならば、手続保障の意義は大きく減じられてしまうことは自明であり、ヒアリングにおいて提示された証拠によりどの程度当該処分が裏付けられることが要請されるか、によって、手続保障の意義が左右されることは少なくないであろう。⁽⁹⁾ 第二に、個別の手続を審査する際には、審査基準を緩和する代償措置として証拠を厳格に審査する、という手法があり得るのであり、個別の手続に対する審査と密接な関係を有する場合がある、という観点からも重要といえる。では、処分を裏付けるのに必要とされる証拠の程度はどのように考えられていたのであるか。この点については、法律ないし行政機関の定めた規則においてはまったく定めがなされておらず、専ら判例法理に委ねられていたようである。この点につき、連邦最高裁は、古くは「証拠」により裏付けられていれば十分、としていたが、その後「何らかの証拠」(some evidence)により裏付けられていけばよい、とするようになる。⁽¹⁰⁾ 下級審においては、「実質的証拠」が必要である、とするものも存在していた。⁽¹¹⁾ これら三種の概念のいずれが憲法上のデュー・プロセスを充足するものであるか、⁽¹²⁾ とするものも存在していた。⁽¹³⁾ これら三種の概念のいずれが憲法上のデュー・プロセスを充足するものであるかについてその文言のみを捉えて抽象的に論ずることはほとんど実益はないように思われる。問題はその具体的内容にあると考えられるからである。では、右にみた三つの概念それぞれを充足する証拠は具体的にいかなるものか、であるが、これを特定することはきわめて困難といわざるを得ない。⁽¹⁴⁾ 一九五二年法は、証拠の程度につきはじめて規定をおき、「正当で実質的かつ立証的な証拠」⁽¹⁵⁾ によるべきこととし、連邦最高裁はこれを「明白で、一義的でない、信憑性のある証拠」と定義したが、⁽¹⁶⁾ いかように一般の定義をなしても、出入国管理法領域において実質的証拠の要件は伸縮自

在であり、様々なバリエーションがあり得るため、その内容を探るためには、個別の事案にわたる検討が必要となる。しかし、この点については他日を期す他なく、本稿においては非常に抽象的な用語法のレベルにおいては、処分を根拠づけるのに要求される証拠の程度の厳格性が増加したことを確認するにとどめざるを得ない。

第一節 退去強制事由の告知

一 一般に、不利益処分を課すにあたっては、処分事由の告知が合理的になされるべきことが、デュー・プロセスの不可欠な要素とされており、前述したように、出入国管理法関係においても、判例上古くよりこのことは認識されていた。もっとも、処分事由の告知の形態は様々であり、合衆国移民法制度下においても、現行法は、処分事由の告知を受ける権利を明記し、「(退去強制処分の相手方たる)外国人は、すべての状況下において、その者に対する処分事由の性質、及び手続が行われる時と場所について、正当な告知を与えられるべきこと」とされている。一九五六年二月六日以降、退去強制手続が理由立証命令(Order to Show Cause)により開始されることに伴い、右の命令書は、処分事由の根拠事実まで含めた告知を行うこととなったのであるが、すでに第一部第一章第二節において述べたように、一九一七年度の下では、処分事由の告知という機能を果たす行政機関の行為としては収容令状が存在していたのである。

二 もっとも、収容令状における処分事由の告知は、実際にはしばしば該当する法律上の条文を列挙するのみであり、処分事由及びその根拠事実の特定性は弱いものであった。しかし、諸判決は右の実務を肯定している。その典型例であり、かつリーディング・ケースと目し得る連邦最高裁判決が日本人移民事件判決であり、「(外国人である)上告人が不法に合衆国に在留するものであるか否かを確かめる目的で開始された調査であるとの告知を、きちんとした(formal)も

のではないにせよ、上告人は受けていた」ことをもって、処分事由の告知が十分であると判断している。このことをより具体的に述べるある判決は次のようにいう。

〔(前略) 外国人の退去強制のための收容令状は、起訴状 (indictment) と同等の形式性及び詳細さを持つものである必要はない。当該令状が、処分の相手方に対して、処分事由該当の根拠となった行為について適切な情報を与え、これをヒアリングで反駁するための証言を彼が提供することができるようなものであれば十分である。〕⁽²⁷⁾

この説示からある程度明らかのように、收容令状に記載されている事項の特定性が弱いことを裏付ける理由としては、退去強制手続が刑事手続ではないこと、及び処分の相手方には後のヒアリングにおいて証拠を反駁する機会が与えられていること、が考えられていたように思われる。後者の理由づけから導き出される結論の一つは、後のヒアリングにおいて不利な証拠等を反駁する機会が与えられていれば、收容令状の瑕疵はそれとしては処分の違法事由とならない、ということである。これが下級審諸判決の採用する立場であり、この立場によれば、收容令状の瑕疵の問題は、後のヒアリング手続が公正なものといえるか否か、という問題に解消されることとなる。右の立場よりすれば、外国人が收容令状を検証することを許されず、右令状が依拠する証拠が彼に示されることがなかったとしても、そのこと自体は、決して重要ではない、ということにもなる。⁽²⁸⁾ また、收容令状に記載されていない事由に基づき退去強制令状が発せられても、当該事由に反駁する機会が与えられれば違法とはいえない、とする結論もまた、この立場より導き出し得る。⁽³⁰⁾

三 以上の制度及び諸判決の立論から看取し得ることは、当時においては、收容令状に記載さるべき処分事由の特定性の要請が非常に弱かったばかりでなく、そこにたとえ瑕疵の存在が認定されても、右瑕疵は、後のヒアリング手続において容易に補正し得るものであり、この補正がなされず処分の相手方に不利益を及ぼしたと判決上認定されることは非常に例外的な場合にとどまる、⁽³¹⁾ ということである。

このように、一九一七年法下においては、処分事由の告知はデュー・プロセスの要求するところとされながら、その内実はきわめて怪しいものであり、右のような制度・諸判決に対して、このような特定性に欠ける収容令状では、処分事由の内容を処分の相手方に正確に伝えることは不可能であり、結局処分の相手方はヒアリングの段階になってはじめて処分事由の正確な性格を知ることがしばしばであつて、これでは処分事由の告知としては時宜を失っている、との批判が寄せられていたことはある意味では当然といえよう。しかし、この批判を前提としつつ逆に裁判所の立論を構成するならば、収容令状を告知する段階では、叙上のような程度の特定性を有する処分事由の内容を知り得れば、後に行われるヒアリング手続での当事者の攻撃防御には十分であると裁判所は考えたということもできよう。要するに、裁判所は、収容令状の告知の有する争点形成機能をさほど重視していなかつた訳である。

四 いずれにせよ、手続的デュー・プロセス上の要請たる処分事由の告知が、実は手続上の瑕疵の認定との関係で、独立した判断のポイントとなり難いとされていたのであつて、処分事由の告知の瑕疵は、主として証拠を反駁する機会の保障の有無・充分性と抱合せにして判断される、との理論を当時の諸判決は採用していたといえるのである。

第二節 代理人依頼権の保障

一 移民法上の諸々の手続は、刑事手続との評価を受けない。このため、退去強制処分の手続たる外国人には、第六修正による弁護士依頼権の保障を受けることはできないこととなる。しかし、このことから、処分の相手方たる外国人になんらの憲法上の保護も及ばないこととなるのではなく、第五修正による手続的デュー・プロセスの保護が及ぼされるものとするのが判例理論であつたことは前述した。このような退去強制処分の相手方たる外国人には国選代理人に

よる弁護を受ける権利は保障されない、という理論⁽³³⁾と裏腹の関係として導き出されることの一つに、退去強制処分において問題となる代理人依頼権の保障とは、主に処分の相手方に対する、代理人を依頼するための公正な機会の保障を意味する、ということがある⁽³⁴⁾。以下、退去強制手続における代理人依頼権の保障を論ずるが、右の権利保障は、その機会の保障であることに留意する必要がある。

二 ところで、第一部第三章第二節で概観した裁判例のいずれにおいても、代理人依頼権の保障が手続的デュー・プロセス上の要請するところであるか否かについて、明示的に言及されていない。このことに対しては、諸判決は代理人依頼権をデュー・プロセス上のものと解していないとして消極的に評価することも可能であろうが、むしろ、代理人依頼権は公平な処理手続の全体像のうちの一側面として把握されたものと積極的に評価する方が合理的であろう⁽³⁵⁾。なぜなら、諸判決では、例えば①外国人を弁護するためのヒアリングへの代理人による出廷要請の拒否については移民官に、右の拒否を説明し、諸手続の公正さを立証する責任が課せられる、とし⁽³⁶⁾、あるいは、ヒアリング閉廷五分前に至るまで処分の相手方たる外国人に代理人と面会・相談することを拒否すること、すなわちヒアリングでの尋問(examination)開始前に代理人と面会・相談することを外国人に許さず、当該尋問手続に参加させることを許さないことは、直接、公正なヒアリングを妨げるものとなりがちである(tend to prevent a fair hearing)とするなど⁽³⁷⁾、代理人依頼権を実質的に否定する行為については強い違法性の推定を働かせたり⁽³⁸⁾、あるいは②在留外国人を逮捕し身柄拘束をした直後に、退去強制事由の告知も行わず、また代理人もつけられておらず、真の退去強制事由を弁明する機会も与えられていない場合に、身柄拘束を行った官吏による当該外国人の質問及びその後のヒアリングにおいて、証拠として彼の回答を用いることは違法であるとして⁽³⁹⁾、手続過程全体を通して公正であるといえるための一要素として代理人依頼権を把握しているからである。

三 以上のことは、換言すれば、逆に代理人依頼権に瑕疵があることが、例えば実体的な違法事由などから完全に獨立した一個の違法事由とはいい難いことを意味する。このことを示唆する当時の判決例としては、United States ex rel. Ciccerelli v. Curran 及び Sumio Madokoro v. Del Guercio⁽⁴¹⁾がある。前者は、第二級の暴行罪を犯した結果二ないし四年の拘禁判決を受けたため、一九一七年法の第一九条により退去強制事由に該当するとされた永住目的の外国人に関するものである。法第一九条は、入国後五年以内に背徳行為に関する犯罪 (a crime involving moral turpitude) を犯した結果二年以上の拘禁に処せられたものを退去強制処分⁽⁴²⁾に付する旨規定しており、本件外国人の行為が背徳行為に関する犯罪である点については争いがなかった。本件における主な争点は (イ) 入国後五年以内になされたものか否か、及び (ロ) ヒアリングが州の刑務所で行われたことが違法か否か、であった。判決は (イ) の点を積極に解した⁽⁴³⁾うえで、外国人側が代理人依頼権及び証拠を提示する機会を与えられており、自己の防御を行うための完全な機会を得ていたことを理由に、(ロ) を適法と解した⁽⁴⁴⁾。このような判決は、自己の防御を行うための機会が完全に保障されていたという形式的な理由を挙げるのみであり、州の刑務所内でヒアリングが行われたことが、右の機会の保障に対して実質上いかなる影響を与えたかに言及することなく、ごく簡略に説示を展開しているにとどまる。このような簡略な形式論を説示するのみで足りると右判決が考えた原因は、判決自身明示してはいないが、恐らく、本件は実質的には法律問題のみに関する争いであり、実体的な退去強制事由について事実問題のレベルで争いが生じる余地はほとんどなかったためと思われる。他方、後者の事件は、短期滞在許可を得た船員がその期間経過後も合衆国に残留したため、退去強制処分の対象とされたものであり、外国人は、たとえ事実関係を認めるとしても、ヒアリング手続がデュー・プロセスに反するものゆえ処分は無効とさるべきである、と主張した。これに対して、本判決は、デュー・プロセス違反が存在したか否かを判断する必要なし、とし、その理由として、ヒアリングにおいて原告より引き出された退去強制を基礎づける事実がすべて真

実と認められており、たとえ代理人依頼権について何らかの瑕疵があったとしても、そのことは外国人に不利益となる (prejudicial) ものではないことを述べている。⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾

四 以上の判決例の紹介より看取し得ることは、一般的にいつて、代理人依頼権が手続的デュー・プロセスにより保障されているとたといいい得るとしても、当時の判決例の立論によれば、代理人依頼権保障の瑕疵が一個の独立した違法事由となるとは考えられておらず、むしろ、代理人依頼権の保障に瑕疵が存するとして、その瑕疵の存在により処分の手手方が不利益を被った場合にはじめて違法事由となるものと考えていた、ということである。したがって、さらに進んでここで検討すべき内容は、いかなる不利益が存する場合に代理人依頼権の保障の瑕疵が違法と評価されるか、である。この点につき、退去強制手続を①予備調査段階、及び②退去強制ヒアリングの段階に分けて考察した後、最後に③代理人依頼権の放棄をめぐる判決例を紹介する。

① 予備調査段階における代理人依頼権の保障

一 当時の退去強制手続においては、退去強制事由該当性に関する証言の大半は予備調査 (preliminary investigation) 段階で獲得され、入国審査官によるヒアリングでは、外国人は陳述書のコピーを見せられそれに同意するか否かが問われるのみであり、ヒアリングでは新たな事実が示されることは稀であって、實際上、予備調査がヒアリングとしての機能を果たしている、という状況であったことが指摘されている。⁽⁴⁷⁾ さらに、実務上ヒアリングの最初に代理人に関するすべての権利を放棄することが常態であったともいわれており、⁽⁴⁸⁾ 処分手続全体において予備調査の占める比重は相対的には非常に重いものであったといわねばならない。しかしながら、結論的にいえば、このように退去強制事由認定のため予備調査は非常に重要な役割を果たしていたにもかかわらず、判例の一般理論として、既に紹介したように、処分手続

の何らかの段階においてヒアリングを受ける権利が保障されていけば、手続的デュー・プロセスとの関係においては瑕疵はないとされており、⁽⁴⁹⁾その結果として、予備調査段階においていかなる手続を採用するかは処分庁の完全な裁量に委ねられることとなり、ここでたとえ代理人依頼権の保障がなされなくとも、手続上の瑕疵は存しないこととされるのである。以下では、右のことについて個別の判決例を紹介しつつ検討する。

二 予備調査段階における代理人依頼権の保障の要否に関するリーディング・ケースはロウ・ワー・スウェイ事件判決 (Low Wah Sney v. Backus)⁽⁵⁰⁾ 及びピロカムスキー事件判決 (United States ex rel. Blukumsky v. Tod)⁽⁵¹⁾ である。事案としては、前者は、予備調査が入国審査官による身柄拘束の下で行われたものであるのに対して、後者においては、州扇動法違反容疑で州の刑務所に拘留中になされたものである、という点に若干の相違がみられ、⁽⁵²⁾また、当事者の主張としては、前者では、代理人依頼権の保障なき予備調査そのものが手続的デュー・プロセスに反するというものであるのに対して、後者では、代理人依頼権の保障なくして予備調査を行うことは違法な搜索押収に該当し、また、行政機関自身の制定した規則に反するものであって、したがって右調査に基づいたヒアリングは公正なヒアリングとはいえない、という内容である点にやはり若干の差が存するが、いずれの判決も、その論調・実質的内容ともに差異はなく、予備調査段階において代理人依頼権の保障がないことを明言している。⁽⁵⁴⁾

三 その他下級審判決の多くも、予備調査後のヒアリングにおいて代理人依頼権の保障がなされていけば、手続上の瑕疵は存しない、として、予備調査固有の段階における代理人依頼権の保障には消極的な態度を示している。⁽⁵⁵⁾ここで「固有の」と述べた理由は、処分手続全体を通して何らかの段階において代理人依頼権の保障がなされればよい、とする考え方を諸判決は示しているからである。そして、判決例の中には、調査段階において代理人依頼権の保障の欠落を正当化するための理由として、後に手続において実際に処分の相手方が右権利を行使したことを示したり、⁽⁵⁶⁾理由として殊更

に挙げることはないが、事実認定の中でこのことを強調するものも散見されるのである。⁽⁵⁷⁾

四 このことは、逆に、後続の手続における手続保障を実質的に掘り崩すごとき行為が予備調査段階でなされたような例外的な場合には、処分手続が全体として不公正と判断されることはあり得ることを意味する。その例が、「*Shan v. Seaman*」⁽⁵⁸⁾である。本件については、既に述べたところであるが、その説示を再び要約して述べると、在留外国人が逮捕され身柄拘束を受けた直後、退去強制事由の告知もなされず、また代理人依頼権の保障もされず、真の退去強制事由を弁明する機会も与えられていない場合に、身柄拘束を行った官吏による外国人に対する質問及びこの後のヒアリングにおいて、証拠として彼の回答を用いることは違法である、としたのである。⁽⁶⁰⁾ 本件は、二つの事件が併合されたものであるが、一件については退去強制事由、代理人依頼権の告知もなされずそのまま身柄を拘束され、一昼夜にわたり質問を受け、その後の第一回目のヒアリングにおいても代理人不在のまま手続が進行し、第二回目のヒアリングにいたり外国人の要求によりはじめて代理人を出廷させることが認められたものの、伝聞証拠が反対尋問もないまま記録に記載され、さらに裁判所の説示によれば収容令状に記載された退去強制事由も非常に漠然としたものであった、等の事実認定がなされてお⁽⁶¹⁾り、他の一件についても、予備調査段階の手続の不公正さだけではなく、ヒアリング手続も不公正であると認定⁽⁶²⁾をしている。要するに、このように予備調査段階での手続の瑕疵を捉えて処分手続を違法とする場合であっても、その基本的視点は調査段階のみに向けられておらず、ヒアリング(ないし処分)手続全体に対する評価を基礎とするものといえるのである。

五 もっとも、右のごとき諸判決の考え方及びその支持を受けた制度構造には問題がなかったわけではない。なぜなら、そこには、実務上予備調査手続が処分手続全体の中に占めていた比重、という視点が欠けているからである。すなわち、予備調査の段階で外国人から退去強制処分を基礎づけるに必要なすべての情報を獲得するようになれば、その後

のヒアリングはいわば「ルーティン」と化してしまうのであり、もし外国人が代理人の弁護を受ける機会を享受する前に、すべての必要な情報が得られてしまえば、その後のヒアリングにおいて処分の結果を左右する機会是非常に少ないものとなってしまふのである。⁽⁶³⁾したがって、予備調査段階において代理人依頼権の保障を認めることは、行政機関の活動をより困難なものにすることは確かではあるが、にもかかわらず、このようにその活動が困難となることにより、⁽⁶⁴⁾ 案の処理により慎重となり、より入念に事案について考慮を払うという結果が生まれることも合わせ考えるならば、処分の相手方にとっては、予備調査段階で代理人依頼権の保障が認められることこそ、処分手続全体の中で自己の防御を図るうえで必要性の最も高いものの一つであったということができるように思われる。

② 退去強制ヒアリングと代理人依頼権

一 既に第一部第一章第二節において述べたように、行政機関が当時定めた規則により、退去強制ヒアリングにおいては代理人依頼権が認められるべきことが定められていたためか、代理人依頼権の保障の有無自体について判決上争われた事例はみあたらない。裁判例において特に争点とされたことは、既に本節①で述べたところを除けば、代理人依頼権が付与されるものとされる時期である。⁽⁶⁵⁾右の点について、以下判決例の中ではどのような処理がなされていたかを紹介する。

二 先に述べたロウ・ワー・スウェイ事件判決⁽⁶⁶⁾は、予備調査段階後の手続において、ヒアリング閉廷前なし処分決定前に代理人依頼権の保障がなされていることを理由として、⁽⁶⁷⁾予備調査段階における代理人依頼権の保障がなされていないことを正当とした。この説示は、予備調査段階には代理人依頼権の保障が及ばないこととの関係で展開されたものであるため、その射程がヒアリングにどの程度及ぶものかについては疑問の余地が存するのであるが、若干の裁判例は

ロウ・ワー・スウェイ事件判決に依拠して、ヒアリングがある程度進行した後代理人依頼権の告知がなされたとしても、ヒアリング手続は不公正なものとはいえない、としている。⁽⁶⁸⁾ただし、その際、これら裁判例が代理人依頼権放棄の意思の有無等もあわせて考慮にいれていることに鑑みると、処分手続全体をみた場合に代理人依頼権の保障ないしその告知時期の遅滞が処分の相手方にとって不利益なものとなったか否かが判断のポイントとなっているといえよう。

三 以上のことは、換言すれば、右の不利益が重大と思料された場合には、代理人依頼権の保障の遅滞によりヒアリングは不公正なものとされることを意味する。このような例としては、いずれも既に紹介した裁判例ではあるが、ホワイトフィールド判決⁽⁷⁰⁾(Whitefield v. Hanges)及びEx parte Chin Loy You事件判決⁽⁷¹⁾を挙げることができるであろう。右両事件とも、処分の相手方たる外国人が代理人依頼権を行使してヒアリングに代理人を出廷させることが許可された時期は、ヒアリングにおける実質的な審理が終了した直後であり、ホワイトフィールド判決は、このような出廷制限が処分の相手方の権利行使の制限のみを目的としたものであるとして、⁽⁷²⁾また、Chin Loy You判決は、代理人依頼権の行使が多大な制約を受けたことと並んで、個人の自由を保護するために不可欠と考えられる多くの事項が無視されたことも認定しつづ、⁽⁷³⁾ヒアリングを不公正なものと判断している。代理人がヒアリングに出廷して論争点に対する攻撃防御を行う機会が大きく阻害された場合にはヒアリングが違法とされ処分が取り消されているのである。

四 さて、これまで紹介した裁判例は、すべて、個別の行政官の具体的な行為がヒアリングの公正さとの関係で争われた事例であるが、さらに進んで、代理人依頼権の告知時期に関して行政機関が制定した規則の規定が争われ、かつ、いわば動機の不正を理由として違法とされた事例が存する。Colyer v. Skelington判決⁽⁷⁴⁾がこれであり、⁽⁷⁵⁾既に第一部第一章第二節において述べた、一九一九年末から一九二〇年初頭における規則による一連の代理人依頼権の告知時期の規定の修正をめぐって生じた事例である。本件原告外国人らは二〇名であり、退去強制処分は、彼らがストライキ等に参加

したことを捉えて、彼らが共産党ないし労働党のメンバーであったことを理由とするものであった。⁽⁷⁶⁾ 当時の行政機関の見解によれば、これらいずれか一方の党員であれば、そのことだけで退去強制処分が発せられるべきものとされていた。なお、本件では法定助言者として、当時ハーバード・ロー・スクールの教授であったフランクファーターとチャファイアが参加していることが興味深い。

本件における争点は多岐にわたるが、⁽⁷⁷⁾ここでは専ら処分の手続的瑕疵との関係に焦点をあてる。まず、本判決は、既に判例上確立したところとして、一方では入国拒否・退去強制権限の実体的側面については憲法上の制約が及ばないこと、他方しかし、手続的デュー・プロセスの不可欠な要素が欠如した処分では連邦裁判所が審査しなくてはならないこと、を確認し、⁽⁷⁸⁾デュー・プロセスの一般論を指摘した後、⁽⁷⁹⁾本件事案の内容を詳細に認定している。⁽⁸⁰⁾そこでは、特に次のようなことが強調されている。すなわち、本件退去強制が一九二〇年一月二日の晩「アカ狩り」の一環として全国一斉になされたものであり、これによって、当局の推計では約六〇〇名（裁判所は八〇〇〜一二〇〇名と推計）が令状なくして逮捕されたこと、この逮捕は司法省の主導により各自自治体の警察及び司法省の官吏によってなされ、その後の調査あるいはヒアリングも司法省——出入国管理の権限は当時労働長官が有していたにも関わらず——主導で行われたこと、逮捕された外国人のほとんどは、遠からぬ過去においてロシアの農民であった者であり、たいていは完全に平穏な生活を送っている無害な労働者であったこと、身柄を拘束していた収容所の環境は非常に劣悪なものであったこと、などである。以上のごとき一般的な事件の概要に触れた後、判決は、個別の争点との関係について説示を展開しており、本件におけるヒアリングが公正であったといえるか否かについては、行政機関の規則の修正をめぐる異常な状況に特に注目する必要がある、とする。すなわち、本件「アカ狩り」以前の規則においては、ヒアリング開始時において外国人は代理人依頼権を有する旨の告知を受ける、とされていたのであるが、「アカ狩り」の直前になって移民局総長

は右規則を修正し、その告知時期を、「主としてヒアリング開始時、あるいはヒアリングが進行し、政府側の利益を保護する事実を十分に明らかにすることが可能となった時点」とした。このように、代理人依頼権を制約した実際上の効果として、共産党ないし労働党の黨員であるという明確な自白を、処分の相手方たる外国人から得ようとする司法省の熱心な努力から彼らがまったく保護されないこととなった、ということの本判決は指摘している。⁽⁸¹⁾ところが、修正された規則は、外国人が代理人から真の援助を受ける権利を侵害するものとして、約一ヶ月後修正され、修正前の規則が再び効力を有することとされたが、その時点では、本件で訴訟を提起した外国人のヒアリングは終了していたのである。⁽⁸²⁾以上の規則の修正について、本判決は以下のような評価を下している。

「本件規則修正は）これら外国人が、暴力等によるわが国政府の転覆を唱道する組織の一員ないしそれと関係を持つものであることを明白に自白するまで、代理人の勧告と援助を受けることを制限する意図の下に行われたのであって、もしこれと同じことがわが国市民に対する「反逆罪」について行われたとすれば、それはデュー・プロセスの概念に内包されるすべての要件と矛盾することは明かである。⁽⁸³⁾」

行政機関の定める規則自体を違法とする裁判例は、本章の叙述の時期区分では、この「アカ狩り」に関する判決のみであるが、処分の相手方に対し害悪をもたらすことを目的とする他事考慮であることをもって、手続的デュー・プロセス違反を認定した本判決は、当然の結論とは思われるが注目に値しよう。⁽⁸⁴⁾ただし、本判決の理論は、代理人依頼権の告知時期について行政機関に裁量の余地があることをを前提としたものであることは明白である。

五 以上要するに、代理人依頼権の告知時期をいつとするかは一応行政機関が裁量権を有するとされつつも、その時期が処分の相手方にとって重大な不利益を課す場合には違法と判定される可能性があるものであり、右の重大な不利益とは、右告知時期の遅滞がその後のヒアリングの過程における争点形成に及ぼした影響やこれを阻害した程度により、決

説
定されることになるのである。

論
③ 代理人依頼権の放棄をめぐる諸判決

一 実務上の処理としては、ヒアリングの開始時点において、処分の相手方は代理人に関するすべての権利を放棄するか否かが問われ、もし代理人を依頼する希望がないとの回答が得られた場合には、代理人不在のままヒアリングが進行することとなる⁽⁸⁵⁾。そして、既に述べたように退去強制手続における代理人依頼権の保障は、基本的にはその機会の保障であるため、あるヒアリングが代理人不在のままなされたことのみをもつては、不公正な手続との判断を受けることとはならない。また、右の権利放棄の意思を処分の相手方に問うこと自体を争い、あるいはこれを違法とする事例も存在しない。

二 しかしながら、処分庁が処分の相手方に対して、代理人依頼権を行使しないように圧力をかけることがしばしば行われたようであって、このことをめぐり比較的多くの事例が存在している。裁判例上争われた右のような性質を持つ行為としては、利益誘導⁽⁸⁶⁾、説得⁽⁸⁷⁾、相手方の理解能力欠如を奇貨として権利放棄をさせること⁽⁸⁸⁾、があり、これらの事例において判決は、あるいは代理人依頼権放棄自体に瑕疵の存在を認定し⁽⁸⁹⁾、あるいは代理人不在の手続を厳しく審査して、「真実を明らかにする」という方法及び目的にでたものではなく、既に存在する結論を実証するという方法及び目的⁽⁹⁰⁾より「ヒアリング全体が進行したものととして、ヒアリングを違法⁽⁹¹⁾としている。

三 右に挙げた事例のうち、代理人依頼権を放棄させるための利益誘導、説得、さらには脅迫といった行為が処分庁によってなされた場合に瑕疵が認定されることは当然のことであり、論ずる実益はほとんどないといえよう。注目に値するのは、相手方の理解能力が語学あるいは精神病といった理由により欠如している場合には、形式的な手続進行が許

されず、結果としては、翻訳者をヒアリングに出廷させるべき義務あるいは親族などを出廷させるべき義務等が処分庁に課せられることである。この種の作為義務は、当然法律あるいは規則に規定されたものではなく、相手方の利益状況に応じて判例が作り出したものであり、手続保障を実効化するにつき処分の相手方の個別的な事情が考慮される端的な一例といえるであろう。⁽⁹²⁾そして、右のごとき作為義務が行政機関に課せられる由縁は、退去強制事由を基礎づける事実関係につき適切な攻撃防御を尽くさせ、もって相手方の権利保障を図るとともに正確な決定がなされることを担保しようとするにあらう。

第三節 証拠を反駁する機会の保障をめぐる諸問題

一 さて、既に検討した退去強制事由の告知及び代理人依頼権の保障をめぐる判例より窺い知ることができることは、退去強制処分と手続的デュー・プロセスをめぐる当時の判例法理からして、退去強制手続上最も重要な問題は、反対尋問及び証拠を反駁する機会の保障である、ということである。なぜなら、判例理論によれば、退去強制事由の告知の問題は証拠を反駁する機会の保障の有無と抱き合わせにして論じられており、また代理人依頼権の保障の瑕疵は、ヒアリング手続全体において右瑕疵が与えた影響(つまり処分の相手方に不利益を及ぼしたか否か)をメルクマールとして違法の評価が加えられることになるが、この「不利益」は処分の根拠事由を反駁する機会との関係で考えられることが多いからである。

二 このことを換言すれば以下のようにいうことが可能であらう。すなわち、手続的デュー・プロセスに内包されている諸々の価値と、手続的デュー・プロセス上要求される特定の処分手続とを分けて考察する必要性を強調する近年の

ある論稿⁽⁹³⁾によれば、「過去において必要とされた手続は何か、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、それはデュー・プロセスが内包している諸々のタイプの価値に光を当ててくれるものである⁽⁹⁴⁾」ことを指摘している。他方、当時の判例理論によれば、退去強制処分における手続的デュー・プロセスの保障の目的は、処分事由を基礎づける自己に不利な証拠を反駁する機会の保障であり、他の手続的保護は右目的達成のための手段とみることができるとして、退去強制処分と手続的デュー・プロセスとの関係では、証拠を反駁する機会の保障こそが手続的デュー・プロセスに内包されている価値を探るうえで最も重要な問題であり、退去強制処分における手続的デュー・プロセスの保障の意義を決定づけるものといえよう。

以下では、この問題を①反対尋問、②証拠収集の強制、③証拠能力と証拠排除、に分けて判決例を紹介・検討する。

① 反対尋問

一 既に第一部第三章第二節において述べたように、連邦最高裁判例は、処分の相手方たる外国人が政府側の認定を反駁する機会を与えられるべきことがデュー・プロセス上要求されるものとし、また第一部第一章第二節において紹介したように、行政機関の制定した規則においても反対尋問を行う機会を外国人に与えるものとされている⁽⁹⁵⁾。反対尋問を行う権利の重要性につき、*Ex parte Radivoelf*⁽⁹⁶⁾は、「もし行政機関が、陳述を行った者を外国人の反対尋問に服せしめることなく(中略)右陳述に依拠するとすれば、距離あるいは費用を口実として、一方的で不適切な証拠により諸々の判断を下すことを免れない。反対尋問が行われなければ、外国人は無力であることがきわめてしばしばあるのである⁽⁹⁷⁾」という。

二 しかし、他方退去強制手続の性格が刑事手続ではなく民事手続であるということから、反対尋問が絶対に必要と⁽⁹⁸⁾

されることがならず、多くの制約を受けることとなる。すなわち、そもそも入国審査官が、ヒアリングにおいて提示された証拠以外の証拠・証言を収集することを禁じる法律・規則ないし判例法理が存在しないため、ヒアリングにおける外国人側代理人のヒアリングへの出廷は、必ずしも外国人に不利な証拠を審尋し、反対尋問する機会の保障とはならない——この点については後に改めて述べる——ことを別として、行政調査を含めたすべての手続過程において反対尋問が必要とされるわけではなく、また、外国人あるいはその代理人が反対尋問を明示的に要求しなければ、たとえ反対尋問に欠ける手続であっても当該手続に瑕疵はないこととされるのである。⁽¹⁰⁾

したがって、一般論のみ紹介・検討しても、反対尋問の機会の保障の具体的実効性は必ずしも明かとはならない。そこで、以下では、反対尋問の欠如が違法とされた例及び適法とされた例を検討しつつ、右の点を明らかにすることを試みる。

三 まず、反対尋問の保障に瑕疵があり、ヒアリングを違法とする裁判例を概観すると、そこには二つの類型が存することが分かる。一つは実体的な退去強制事由該当性そのものが疑わしい場合であり、一つは手続過程全体を通して重大な瑕疵が存する場合である。特に Ex parte Jackson⁽¹⁰⁴⁾ は前者の点について「(反対尋問がなされていようと) いずれにせよ処分の相手方たる外国人は退去強制される」といえば「(反対尋問がなされているか否かを問わず) いずれにせよ処分は同一内容のものである」として処分が適法とされる可能性を認めながらも、後者の点との関係において、処分事由を根拠づけるにつき最も重要な証人に対する反対尋問の機会が否定されていることのみを理由としてヒアリングを違法としており、手続全体を左右する瑕疵が反対尋問の機会に見いだされた場合には、その瑕疵を理由にヒアリングが違法となることを示唆するものとして注目される。⁽¹⁰⁵⁾

他方、反対尋問を経ない証拠を用いて発せられた退去強制処分であっても、手続全体を通して重大な瑕疵が見い

だされない場合には、反対尋問の機会の保障との関係においても瑕疵の存在は認定されることはなく、極端な場合には、⁽¹⁰⁸⁾反対尋問の機会の保障に瑕疵があるとしても、退去強制処分の実体的な面での適法性に疑いがなければ、ヒアリングは違法とされることはなかったのである。⁽¹⁰⁹⁾

四 このように裁判例をみると、一方では、退去強制処分に対する裁判による手続的統制という観点からは、実体的適法性への志向が強く、その手続的瑕疵の存在だけでは違法とは認定され難い状況であったにもかかわらず、他方で、反対尋問の機会の保障が処分の相手方にとって非常に重要であることが意識され、⁽¹¹⁰⁾処分の相手方が在席中のヒアリングにおいて処分側側の証人の証言がなされるべきことが要求されたり、⁽¹¹¹⁾処分側は反対尋問を拒否するにあたり、処分の相手方に理由を述べるべきであり、その理由は当該事件との関係で合理的なものでなくてはならないとされている。⁽¹¹²⁾

結局、当時の裁判例より導き出すことのできる反対尋問の保障とはあくまで「機会の保障」であり、右の機会の告知を一般的に与えさえすれば、反対尋問の瑕疵を理由としてヒアリングが不公正と判定されることはなかったと思われ⁽¹¹³⁾るものの、実的な退去強制事由該当性を左右するがごとき証人に対しては反対尋問の機会を処分側は保障しなくてはならない、というものといえることができ、このような場合には、「距離あるいは費用を口実として」⁽¹¹⁴⁾反対尋問の機会の保障を拒否することは許されないとされているのである。⁽¹¹⁵⁾

② 証拠収集の強制（罰則付召喚令状をめぐる制度と裁判例）

一 証拠を反駁する機会の保障を実効的なものであらしめるためには、自己に有利な証人ないし証拠を強制的にヒアリングに提示し、政府側の証拠を反駁する機会が与えられることが必要である。この「自己に有利な証人を得るために強制的な手続をとる権利」は、合衆国憲法上第六修正により刑事被告人に保障されるものではあるが、退去強制手続は刑

事手続ではない、という性質論のため、右権利が第五修正のデュー・プロセスの保障に含まれるか否かが問題となることはここでも他の場合と同様である。しかし、この点については連邦最高裁判決は否定的であった。すなわち、未だ罰則付召喚令状の定めが法律上置かれていない一九〇七年法の下で、売春行為に基づく退去強制処分が争われた事件において、処分の相手方に有利な証言を得るための証人の出廷強制手段を処分庁がとらなかったことが、ヒアリングを不正なものとするか否かが争われたことがあるが、連邦最高裁は、法律が処分庁に証人出廷を強制する令状を発する権限を与えていないこと、他に原告に有利な証人の聴聞がなされていること、証人の出廷を妨げる行為はなされていないこと、を理由に、ヒアリングに瑕疵なしと判断した。⁽¹¹⁷⁾⁽¹¹⁸⁾

二 その後、一九一七年法により、移民局長及び入国管理官に対して、外国人の入国ないし在留の権利に関する証人等を罰則付召喚令状により要求する権限が与えられたが、⁽¹¹⁹⁾右権限行使の要件については規則が定めるところとなった。そして、規則はこの点につき、処分の相手方が罰則付召喚令状を要求する場合には、文書により、当該証拠が処分と関連ある重要なものであること、及び処分の相手方自らが当該証拠を示そうと真摯な努力をしたが成功しなかったことを示さなくてはならず、⁽¹²⁰⁾また、召喚された証人の尋問は申請時に特定された目的に限定される、と規定し、また罰則付召喚令状を発する権限行使は、それが処分を左右するほどに決定的に重要である (absolutely necessary) 場合に限られるともされていたようである。⁽¹²¹⁾もちろん、行政機関の定める規則が法としての効力 (the force of law) を有することを承認し、⁽¹²²⁾規則に従って処分を行うこともデュー・プロセスの要求するところとする判例理論よりすれば、前記規則に従わず恣意的に下された処分は違法となることは当然であろうが、この規則自体は合理的なものとしてされ、⁽¹²⁴⁾右要件を満たすことができずに罰則付召喚令状の発布が拒否されても、ヒアリングは不公正なものとはならない、とされている。⁽¹²⁵⁾⁽¹²⁶⁾

このように罰則付召喚令状が発せられるための要件を厳格に絞ることは、⁽¹²⁷⁾現在に至るまで連邦最高裁により違憲と判

断されておらず、本質的な要件の修正がなされないまま現行法制度にも受け継がれている。⁽¹²⁸⁾

③ 証拠能力と証拠排除

一 既に反対尋問の機会の保障の意義については述べたところであるが、これと表裏の関係にあるものとして、反対尋問を経ない証拠——例えば一方的証拠(ex parte evidence)、伝聞証拠、機密情報に基づく証拠(confidential evidence)がこれに当たる——の証拠能力及びこれら証拠を含む記録に基づく処分の有効性いかん、という問題がある。この点についても連邦最高裁の一般論は、退去強制手続が刑事手続ではないことから、刑事裁判において課せられる証拠法則は退去強制手続には適用されない、⁽¹²⁹⁾という前提で議論を進めている。⁽¹³⁰⁾

二 もつとも、連邦最高裁もこれらの証拠に無条件に証拠能力を認めているわけではない。このことが最も鮮明に現れたものがブリッジス事件判決(Bridges v. Wixon)⁽¹³¹⁾である。事案は、かつて共產主義的組織のリーダーと目されていた組織のリーダーであった者に対する退去強制処分が争われたものである。⁽¹³²⁾本件における争点は、本件退去強制処分の根拠条文の解釈、⁽¹³³⁾行政機関の制定した規則の持つ意味、伝聞証拠の証拠能力、に大別でき、いずれについても重要な説示を展開しているが、ここでは最後の争点についてのみ紹介しておく。判決は、まず、行政機関によるヒアリングにおいては通常の証拠法則が緩和されることを認めながらも、証言の証拠能力が認められ易くなればなるほど、諸々の権利を防御する手段たる証拠法則の本質的な部分を保持する責務が重要となるとし、⁽¹³⁴⁾他方で、退去強制手続が技術的には刑事手続ではないにせよ、それが個人に対して大きな不利益(Ardshin)を課すものであり、合衆国において滞在し、生活し、労働する権利を奪うものであることを指摘した後、⁽¹³⁵⁾本件伝聞証拠が処分を基礎づけるものといえるか否かを判断する。本件では、上告人が暴力等による政府転覆を唱道する組織と「関係を結んだ」(affiliated)者といえるか否かが争われ、

この点処分庁でも議論が大きく分かれていたようであるが、最終的には司法長官⁽¹³⁶⁾は、本件で争点となった伝聞証拠のみを退去強制処分を發する際に根拠としたのに対し、判決は、伝聞証拠の提供者の一人が当該外国人に対して敵意を持っていたことに加えて、右の伝聞証拠を除外して考えれば処分事由を基礎づける証拠があまりに薄弱であることを認定し、⁽¹³⁷⁾当該伝聞証拠の使用は処分の相手方にとって非常に不利なものであり、それに証拠能力を認めることには瑕疵があると
している。

このように連邦最高裁は、一方では通常の証拠法則は退去強制手続では課せられないとしつつも、他方で手続的保障⁽¹³⁸⁾の見地から、反対尋問を経していない証拠を用いて処分することに瑕疵が認められる余地を認めているわけであるが、退去強制事由該当性の認定にあたりいかなる証拠を用いることが禁止されるかについては、連邦最高裁判例上必ずしも明示されていないので、この点については下級審判決を素材として検討する。

三 反対尋問を経していない証拠の証拠能力が認められるための一般的な要件として下級審裁判例上一致していることは、これら反対尋問を経していない証拠を用いる場合には、処分の相手方はそれらを説明して反駁する機会を与えられねばならない、ということである。⁽¹³⁹⁾この場合、反駁する機会とは、提供された情報の内容を処分の相手方ないしその代理人にみせることで十分とされている。例えば、具体的に証拠を見せることなく、処分庁が相手方の反論が不十分であることを指摘しつつ、さらに証拠を提出せよ、とすることは、当該証拠が処分において占める軽重等事案の状況⁽¹⁴⁰⁾によって公正なヒアリングに欠けることと判定されることとなる。もつとも、反対尋問を経していない証拠に関する場合⁽¹⁴¹⁾と同じく、反駁の機会との関係で瑕疵ある証拠であっても、他に処分を基礎づける証拠があれば、当該処分を課すにいたるヒアリングが不公正なものと認定されない可能性は残るであろう。⁽¹⁴²⁾

総じて当時の下級審判決は、反対尋問を経していない証拠であってもそれを反駁する機会が保障されていれば十分とす

るとともに、その点の瑕疵については比較的厳格に、そのみを独立した手続上の瑕疵として認定していたものと思うが、その原因は、規則が証拠を反駁する機会の保障を明定している⁽¹⁴³⁾とともに、その機会の保障が、相手方に証拠を監査させるという比較的処分庁にとって容易な形で満たされ得ると裁判例及び実務上考えられたところにあるのではないかと推測される。

四 以上のことは、一方的証拠についても伝聞証拠についても同様にあてはまるところであるが、当時多くの批判を浴びていたといわれており⁽¹⁴⁴⁾、また実務上の例の存在も紹介されて⁽¹⁴⁵⁾いる機密情報より成る証拠 (confidential evidence) に依拠して退去強制事由該当性を認定した事例はなぜか裁判例に現れていない。このことに筆者が奇異を感じるのは次のような理由による。すなわち、現行法制度下においては、法律上の明文の規定の存在とあいまって⁽¹⁴⁶⁾ではあるが、公正なヒアリングという憲法上の要請よりして、外国人の退去強制事由該当性の認定に際しては機密情報に依拠することは許されないであろうことが指摘されている⁽¹⁴⁷⁾が、当時よりこのような考え方が存在していたか否かそもそも疑問であることに加えて、たとえ存在していたとしても実務上これが浸透していたとは考えにくいからである。

五 なお、以上述べた伝統的な裁判例の立論——すなわち、証拠を反駁する機会の保障を担保として伝聞証拠等の証拠能力を認める、というもの——は、いまだに捨て去られていないことが指摘されている⁽¹⁴⁸⁾ことを付言しておく。

第四節 職能分離

一 手続的デュー・プロセスの要請として最も根源的・抽象的なものはもちろん手続の公正さである。すなわち、ある手続は、処分の相手方より生命・自由・財産という第五修正の保護法益を剝奪する処分庁の諸々の行為の根拠となる

事実及び法律問題を解決するに際して、処分の相手方にとって基本的に公正なものでなくてはならないわけであり、抽象的にいえば、常に処分手続が公正かつ公平 (fair and impartial) なるものであることが要求される。したがって、これまた抽象的にいえば、処分の決定権者が中立かつ公平なものであることが要請される⁽¹⁴⁹⁾。移民法の領域においては、裁判例上、手続的デュー・プロセスの一般的要請として公正な処分権者を挙げるものはほとんど存在しない⁽¹⁵⁰⁾が、これは意識的なもの⁽¹⁵¹⁾というよりむしろ、一般論としては自明の前提と考えられていたためであろうと思われる⁽¹⁵²⁾。

二 問題は、右の抽象的・一般的要請がさらに具体的にいかなる形で満たされるべきことが手続的デュー・プロセス上要請されると考えられるか、である。特に移民法との関係では、前述したように当時より、入国審査官が調査の訴追・裁決権者の機能を実務上果たしていたことに対して強い批判が学説よりなされており、裁判例もこの点についてはしばしば疑念を表明している⁽¹⁵⁴⁾。特に、イオリオ判決 (United States ex rel. Iorio v. Day)⁽¹⁵⁵⁾は、職能分離がなされていないシステムにおいては、「処分に至るに必要な手続をとばして、処分を合理的に基礎づける明確な法根拠や証拠なしに、事件の最終的処理へと突入していくことがいかに容易であるかは明白である⁽¹⁵⁶⁾」として、強い批判を寄せている。

三 では、以上のような実務の状況に対して、裁判例はいかなる手法を用いていかなる法的評価を下していたのであろうか。裁判例の対応としては (イ) 職能分離していないこと自体を捉えて公正なヒアリングに欠けるとすること、(ロ) 職能分離がなされていないこと自体は合法としながら証拠を厳格に審査する、という二つの選択肢が有り得る⁽¹⁵⁷⁾。このうち (ロ) は、いかなる証拠による裏付けがあれば処分庁の認定は有効とされるか、ということであり、実質的証拠法則と重複する論点となるため、ここでは (イ) を中心に検討するが、連邦最高裁はこの問題が争点とされた事案につき、ウォン・ヤン・サン判決 (Wong Yang Sung v. McGrath)⁽¹⁵⁸⁾に至るまで上訴請求を斥けていたため、検討の対象となるものはすべて下級審判決であり、その数も決して多くはない⁽¹⁵⁹⁾。しかし、総じていえることは、(イ) との関係では裁判例の

態度は弱い、ということである。すなわち、職能が分離されていないこと自体を捉えて公正なヒアリングに欠けるとするものは地裁判決が一件あるのみであり、この判決はその理由として、自己の調査結果たる証拠を裁決権者として客観的に判断することは不可能であることなどを挙げているが、上級審ではこの判断は破棄されている。⁽¹⁰⁵⁾ また、ヒアリングが全体として不公正とする際のいわば補強材料とする判決が一件存在するにとどまり、前述のイオリオ判決は、職能分離されていないことに対して強い批判を加え、かつ他の点を捉えて処分を違法としているにもかかわらず、職能分離がなされていないことは処分の違法とは関係がないことを明言している。その他判決の大勢は、職能分離がなされていないことを主張するだけではヒアリングは不公正と判断できず、そのことにより相手方が不利益を被ったことを立証すべきことを、何らかの形で要求しており、職能分離がなされていないことに対するデュー・プロセス上の制約は非常に弱いものであった。

四 いわば「職能融合」とでもいうべきこの状況に対して、後のウォン・ヤン・サン判決もまた、後述するように一九一七年移民法及び行政手続法の解釈という手法を用いて対処したのであり、デュー・プロセス上の制約を積極的・具体的に課したとは必ずしもいえない。このように「職能融合」に対するデュー・プロセス上の制約が弱いことは移民法領域に限られたものではないが、当時の移民法領域の裁判例では、職能分離とデュー・プロセスとの関係においても、処分の相手方が「職能融合」によって不利益を受けたこと、すなわち、それによって違法に退去強制事由該当性を認定されたとの具体的な因果関係の存在の立証を公正なヒアリングの欠如の認定のために要求しており、ここでもまた、なぜこの種の「不利益」の立証が必要とされるかが問われなくてはならないこととなる。

第五節 本章のまとめ

一 退去強制処分においては当時より既に種々の手続的保障がなされていたが、これら手続の基本的性格が「機会の保障」であつたことは⁽¹⁰⁸⁾現在と共通である。しかし、手続保障が「機会の保障」であるからといって、その重要性はいささかも減じられるものではない。それら手続保障をなす責務が行政機関に課せられることによつて、迅速な手続進行にまさる利益——その利益がいかなるものであるかは第一部で分析したところである——があることが承認されたことなるからである。加えて、この「機会の保障」が単に形式的なものではなく、その実効化を画る裁判例が当時より存在⁽¹⁰⁹⁾することは注目に値する。⁽¹¹⁰⁾

二 各手続要件相互の関連性については、各要件に関する下級審判決より読み取ることができるとして、諸々の手続の中でも裁判例により最も重視されているものは証拠を反駁する機会の保障である、ということである。⁽¹¹²⁾一般的にヒアリング保障の中心は各当事者が相手方の証拠及び陳述を知り反駁する機会の保障である、といわれているが、退去強制手続においても同様であつたわけである。そして、退去強制手続においてもまた、証拠を反駁する機会の保障に瑕疵がある場合を比較的厳しく認定しているように思われる。⁽¹¹¹⁾各手続要件の持つ争点形成機能という側面からみると、裁判所は退去強制手続において保障されている証拠を反駁する場面を最も重視し、その他処分事由の告知や代理人依頼権の保障については比較的低い機能しか与えていないということができよう。このようにみえてくるならば、処分手続に公正さを判断する決め手は、証拠を反駁する機会の保障がどの程度実効的なものといえるか、ということになるであろう。その他個別の手続要件の判断につき興味をひかれるものとしては、ある種の類型に属する代理人不在の場合に、一種の「違法性の推定」とでもいうことのできるものを裁判傾向から読み取り得る、⁽¹¹⁵⁾ということがある。これもまた、手続

保障の実効化を図るものといえる。⁽¹⁷⁶⁾ もっとも、これらの手続要件に瑕疵があることから直ちに処分違法の判断を導き出す裁判例は皆無といつてよい。処分が違法というために、裁判例は手続の瑕疵の存在により処分の相手方が不利益 (Prejudice) を被ったことを要求しているのである。右の「不利益」とは、当時の退去強制処分をめぐる裁判例の中では、「実体的判断に影響を及ぼす瑕疵の存在」と言い換えることのできるものであり、具体的な紛争処理との関係では、判決は実体的適法性を重視していることの現れとみることができるといえる。その結果、手続的瑕疵のみを理由に処分を違法と認定する場合には、個別の手続上の瑕疵をいわずに「手続全体の公正さ」という観点から把握するという⁽¹⁷⁷⁾ことになるとも、手続的瑕疵が認められる場合に処分の相手方の人身保護請求を認め、身柄を釈放することをせず、行政機関に事案を差し戻すという事例が多くなるのではないかと推測される。

三 さて、証拠を反駁する機会の保障の実効化、という先に述べた視点から一九一七年法下における制度及びそれに對する裁判例を評価した場合、最も問題となるものは、処分権者が公正な裁決権者といえるか否かである。いかに処分の相手方の手続的権利保障を厚くしても、処分庁が「聞く耳」を持たなければ、それら権利保障は画餅と化すといつても過言ではない。⁽¹⁷⁸⁾ その意味では、処分の相手方の権利保障が厚いことは、裁決権者の独立の要請——その意味するところは多様であるが、抽象的には偏頗のない処分権者の要請といえる——を弱める要因とはならないことが指摘されている。⁽¹⁷⁹⁾ もちろん、裁決権者の独立の要請を満たすための手段は多様であり、訴追権者と裁決権者との独立を裁判所が憲法上の要請として直ちに実現しようとする⁽¹⁸⁰⁾ことにも無理があろう。その意味では、裁判所が、一方では処分の相手方の手続上の諸権利の保障を実質化する努力を示しつつ、他方では、そのような手続要件の充足を理由として、処分の相手方が不利益を被っていないとして、裁決権者の独立の要請を緩和する⁽¹⁸⁰⁾という手法を採用したことは、現実的な有り得る解決策のひとつとして評価に値するであろう。しかし、いずれにせよ、一人の入国審査官がある事件を調査・訴追・裁

決するという一九一七年法下における制度が、果して「公正な処分権者」たることを確保し得たものであったといえるか否かには疑念が残る。この点を連邦最高裁はウォン・ヤン・サン事件判決で正面から取り上げたのである。次章ではこの判決を中心に、退去強制処分における職能分離をめぐる動向を紹介する。

第一部第一章 注

- (1) 189 U. S. 86(1903).
- (2) 222 Fed. 745, 748(8th Cir. 1915).
- (3) 一九一七年法第十九条。39 Stat. 889.
- (4) VAN VLECK, ADMINISTRATIVE CONTROL OF ALIENS 178(1932).
- (5) *Mahler v. Eby*, 264 U. S. 32(1924). 事案は以下のようなものであった。上告人は一九一三年頃不法入国し、その後一九一八年に刑事犯罪を犯して逮捕され実刑判決を受けた。その後入国審査官のヒアリングにより、他にも違反行為が存在することが判明したため、退去強制処分が課せられたのであるが、退去強制令状には処分の根拠法令に違反するものと認定された旨の記載しかなされていなかった。これを捉えて処分を違法と主張して人身保護令状を求めて出訴したのが本件である。
- (6) *Id.* at 44.
- (7) もっとも、このように処分に瑕疵が存在することは認めながらも、外国人の身柄は釈放しないものとし、合理的な期間内に労働長官が適切な事実認定をすべきものとして事案を行政機関に差し戻している。
なお付言するに、後に多くの裁判例を検討した結果判明するであろうに、退去強制処分手続に手続的瑕疵が存在しても、処分が実体的に適法であれば、その瑕疵をもって処分を違法と認定して事案を行政機関に差し戻すことは決して多くはない。しかし本件においては処分の実体的適法性を理由に上告人の請求を棄却するという手法は用いられていない。その理

由は、恐らく、本件において遵守されていない手続要件が法律上規定されているものと判決が考えたため、その遵守を行政機関に厳しく要求することとなったのではないかと推測される。なお阿部泰隆「原発訴訟をめぐる法律問題(2)」『判例評論』三一八号一七四―七五頁(一九八五)参照。

(8) *Throumoulopoulos v. United States*, 3 F. 2d 803(1st Cir. 1925).

(9) *See GORDON & MAILMAN, IA IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE* §5, 9h, 5-114(1984).

(10) 処分庁の職能が分離されていなく、自体は手続上の瑕疵を把握せず、処分庁により処分の基礎とされた証拠を厳しく審査する、などである。See Note, *Deportation and Due Process*, 5 STAN. L. REV. 722, 738 & 739(1953).

(11) アメリカ合衆国における実質的証拠法則一般については既に多くの文献が存在するが、比較的最近のものとして山川隆一「不当労働行為事件命令の司法審査(1)」『法学協会雑誌』一〇三巻二号、二二頁以下(一九八六)参照。

(12) *United States ex rel. Bilokumsky v. Tod*, 263 U. S. 149, 153(1923).

(13) *United States ex rel. Valtauer v. Commissioner of Immigration*, 273 U. S. 103, 106(1927).

(14) 本文で紹介したホワイトフィールド事件判決の他、*Matta v. Harf*, 116 F. 2d 337, 338(9th Cir. 1940).

(15) 「何らかの証拠」が要求されるは憲法上の要件は満たされるであらう、とするものもあり(*Developments in the Law — Immigration and Nationality*, 66 HARV. L. REV. 643, 698(1953))、¹⁾「実質的証拠」がデュー・プロセスの要求するところ、²⁾とすべし(GORDON & MAILMAN, *supra* n. (9) at §5, 9h, 5-114.)。

(16) *GORDON & MAILMAN, id.* at §5, 10d, 5-135. 一般的定義としては、当初の裁判例は、³⁾退去強制の事実認定を推論により支持できればよく、また審査手続にむづい目を通せばよくとしていたと理解し、⁴⁾証拠の「実質性」が要求されることとなるのはその後の諸判決に於て、⁵⁾と考えるものもあり(Mitgang, *Alternatives to Deportation: Relief Provisions of Immigration and Nationality Act*, 8 U. CAL. DAVIS L. REV. 323, 342 n. 234(1975))、⁶⁾現行一九五二年法第二四二条(d)(4)(8 U. S. C. §1252(d)(4))により課せられてくる「正当な実質的かつ立証的な証拠(reasonable, substantial and probative evidence)」⁷⁾、⁸⁾合理的な心(reasonable mind)があれば当該処分を裏付けるに適切なものとして認容できるものと定義して、⁹⁾ *United States ex rel. Valtauer v. Commissioner of Immigration, supra* n. (13) 判決を引用するものもあり(GORDON & MAILMAN, *id.*)、¹⁰⁾それぞれ本文に示した三つの用語がいかなる一般的定義を与えられるべきものか、と一致をみているとはいい難い状況である。

- (17) 前掲注 (16) 参照。
- (18) *Woodby v. INS*, 385 U. S. 276, 286(1966). これが民事裁判と刑事裁判の立証責任の中間であることは指摘されている。
Mitgang, supra n. (16).
- (19) 他の法分野一般におらつこのやうであつたことについては山川・前掲注 (11) 二二〇頁において指摘されている。
- (20) *GORDON & MAILMAN, 2 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE* §8. 12c, 8-117(1984).
- (21) *DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 429(1979) 以下では、若干の法領域における現代型の手続的デュー・プロセス諸判決を素材として、略式的 (informal) 手続においていかなる手続要件が課せられるとされているかが論じられているが、処分事由の告知の形態は様々であれ、いわば状況に応じた何らかの「告知」がなされるべきことが常に要件とされていることを看取できる。
- (22) 8 U. S. C. §1252(b)(1).
- (23) *Gordon & Mailman, supra n.* (9) at §5. 3a, 5-35-36.
- (24) これもまた既に第一部第一章第二節において述べたところである。
- (25) *Japanese Immigrant Case*, 189 U. S. 87(1902).
- (26) *Id.* at 101.
- (27) *Kostenowczk v. Nagle*, 18 F. 2d 834, 835(9th Cir. 1927). 他〇多くの裁判例も同旨である。 *See e. g.*: ① *United States ex rel. Rosen v. Williams*, 200 Fed. 538, 541(2nd Cir. 1912), ② *United States ex rel. Bander v. Uhl*, 211 Fed. 628, 633(2nd Cir. 1914), ③ *Healy v. Backus*, 221 Fed. 358, 360(161(9th Cir. 1915), ④ *Guiney v. Bonham*, 261 Fed. 582, 584(9th Cir. 1919).
- (28) 前掲注 (27) ①②判決 (①事件では、ヒアリングにおいて処分の相手方が自白した犯罪行為が退去強制事由であつたが、収容令状の段階で既に自白があつたものとされてきた。また②事件では、判決は収容令状にかなる瑕疵があつたかを認定していない。いずれも収容令状の瑕疵は、公正なヒアリングがなされた後の退去強制令状により身柄拘束を継続されている外国人の地位に影響を与えず、とする) 参照。その他同旨のものとしてたとえば *Ex parte Guest*, 287 Fed. 884, 887-88 (D. Rhode Island, 1923: 行政機関の定めた規則上、収容令状は情報提供者の宣誓供述書を伴うべきものとされている

たが、これを伴っていないという瑕疵があった事例)、Wong Shee v. Nagle, 7 F. 2d 612, 612-13 (9th Cir. 1925; 処分の相手方の名前の誤記)、Matez v. Nagle, 27 F. 2d 835 (9th Cir. 1928; 収容令状はいくつかの異種の背德的行為を処分事由とし、時・場所の特定がないことを判決は認めながら、その後ヒアリングに先だって処分事由に係る陳述書が与えられたことを理由に、右瑕疵によって処分の相手方たる外国人はいかなる不利益も受けていない、とする)などが存在する。

(29) *Self v. Nagle*, 14 F. 2d 416, 417(9th Cir. 1926).

(30) *Siniscalchi v. Thomas*, 195 Fed. 701, 705(6th Cir. 1912).

(31) その種の事例としては筆者は *Wong Sun Fay v. United States*, 13 F. 2d 67(9th Cir. 1926) を知り得たのみである。

(32) *VAN VLECK*, *supra* n. (4) at 96, 100 & 228.

(33) 現行法もこの立場を採用してゐる。8 U. S. C. §1252(b).

(34) *See e. g.*, *Weinbrand v. Prentiss*, 4 F. 2d 778, 780 (6th Cir. 1925; 売春行為を理由とする永住外国人の退去強制事例。代理人依頼権の告知が行われ、処分の相手方は代理人と連絡をとったが、実際には代理人はヒアリングに出廷せず。ただし、代理人は自己が不在のままヒアリングが進行することについて異議のないことを事前に入国審査官に通知していた。判決は代理人依頼権の保障に瑕疵を認めず)。 *United States ex rel. Gould v. Uhl*, 6 F. Supp. 696(S. D. N. Y. 1934; 密入国者として合衆国に入国後五年以内に背德的行為に関する犯罪を犯したとして退去強制処分が発せられた事例。争点は入国時期をめぐらるものであった。原告は代理人を二名依頼していたが、いずれもヒアリングに出廷せず。判決は、出廷時期が正確に代理人に通知されているにもかかわらずヒアリングに出廷せず、その後裁判所で代理人がこの点を捉えて違法と主張することとは恣意的であり、したがって処分の相手方の代理人依頼権が侵害されたとはいえない、とする)。

(35) *Gordon, Right to Counsel in Immigration Proceedings*, 45 *MINN. L. REV.* 875, 877(1961).

(36) *Ex parte Chin Loy You*, 223 Fed. 833, 838-39(D. Mass. 1915). 本件は合衆国に在留している外国人の息子であるとの虚偽の事実に基づいて入国許可を得たとの理由で発せられた退去強制処分が争われた事例である。なお人身保護令状が求められた本件においては裁判所はヒアリングを違法としながらも、公正なヒアリングを原告に行う機会を行政機関に付与するために、退去強制処分の執行を三〇日間停止させるにとどめた。

(37) *Whitefield v. Hanges*, 222 Fed. 745, 751(8th Cir. 1915).

(38) また一般的な傾向としては、退去強制手続において代理人の存在が認められる場合には裁判所は処分の公正手続原則違反を認定する蓋然性が低い(See e. g. Schenck v. Ward, 80 F. 2d 422, 426(1st Cir. 1935); 処分の相手方が、代理人のいる前で退去強制事由の性質を知らされ、ヒアリングのいずれの段階においても電話による收容令状(telegraphic warrant of arrest)では処分事由を理解し難いとの主張が処分の相手方ないしその代理人よりなされておらず、ヒアリング閉廷段階において処分の相手方もその代理人も、さらに提出すべき証拠等の有無を問われたことに対して「ない」と回答していること、などの事実認定に基づき、電話による收容令状により処分の相手方は何らの不利益も受けておらず、右令状は適法とする(Greco v. Haft, 63 F. 2d 863, 864 (9th Cir. 1933); ヒアリングの閉廷する時点で新たな処分事由を付加することについては、当該処分事由に対する代理人の反論を認め、かつブリーフを提出するため一〇日間の猶予が認められたことをもって、手続は不公正ではないとする)が、他方、当事者が代理人により代理されていない場合には当該手続はより厳しい審査を受け、疑問の余地ある問題が処分の相手方にとって有利に解決されることもある(See e. g. United States ex rel. Castro-Louzan v. Zimmerman, 94 F. Supp. 22, 25-26(E. D. Penn. 1950); 「本法廷は、行政委員会における代理人依頼権が絶対的なものであると判示するものでもなく、また、代理人依頼権が否定された手続がすべての事例において不公正なものとなると判示するものでもない。しかし、本件におけるように、事件の最終的判断にとって非常に重大な関係を有する重要な事実が代理人不在を理由に提示されていない場合には、代理人の不在により公正なヒアリングといえるための諸要件が充足されていないこととなると判断することにやぶさかではない。(中略)本法廷に提示されたすべての事実が移民帰化局によるヒアリングにおいても示されていたとすれば、たとえ代理人が不在であっても、本件における本法廷の判断はまったく逆のものとなっていた(すなわちヒアリングは公正と判断された)であろう。しかし、移民帰化局の判断にとって重要な関係がある蓋然性の高い事実が示されていない場合には、(代理人不在により)右事実を提示する機会が否定されたということは公正さの感覚に反するものとなる。」); Ex parte Keizo Kamiyama, 44 F. 2d 503, 505(9th Cir. 1930); 「外国人が移民当局の面前において代理人により代理されている場合には、そのような当事者に対して要求し得る最低限のことは、彼は、後の人身保護令状手続において裁判所で、ある手続を不正と主張するためには、それに先立ちまず行政機関における手続において右が不正であることを主張してはならない、ということである。他方、もし代理人による弁護を受けていないければ、右のルールは厳格に適用されることはない。」)、「ということが指摘されている。See Gordon, *supra* n. (35) at 880.

(36) *Ungar v. Seaman*, 4 F. 2d 80, 84(8th Cir. 1925). 本件は、共産黨員であるとして暴力による政府転覆などを唱道する組織の会員ないしはそれに影響を受けたものである、という退去強制処分（一九一八年一〇月一六日の法律の第一条40 Stat. 1012.）が課せられた永住外国人が人身保護令状を請求した事件である。本判決は、他に、反対尋問がなされていないことについても違法と評価している。本判決は原告・控訴人たる外国人の保釈を認めている。

(40) 12 F. 2d 394(2nd Cir. 1926).

(41) 160 F. 2d 164(9th Cir. 1947).

(42) 39 Stat. 889.

(43) すなわち、本件外国人は一九一三年に永住目的で入国したが、本国における兵役のため一九一九年に一度合衆国を離国し、一九二〇年に再度入国している。有罪判決を下された時点が一九二四年であったため、入国時期をいずれと捉えるかが争われたのであるが、判決は、法律上、第一の入国時期より法の期間制限が計算されるとの明文の規定がないことを理由に、第一九条を、直近の入国時点より五年以内と解したのである。12 F. 2d at 395.

(44) *Id.* at 395-96.

(45) 160 F. 2d at 167.

(46) その他同種の判決例としては *Dengeleski ex rel. Seccardio v. Tillinghast*, 65 F. 2d 440, 441-42 (1st Cir. 1933; 売春行為を理由とする永住外国人の退去強制事例。既に州法違反で逮捕され服役中の州刑務所内で代理人依頼権を告知し、ヒアリングを行う。外国人は代理人による弁護を受けることを望んだが、代理人は外国人の要求に従わず、代理人不在のままヒアリング進行。その後は外国人から抗議あるいは代理人の要請は出されていない。判決は、本件が退去強制処分の根拠事実が争われている事例ではないため、証人の反対尋問によって外国人の退去強制処分が覆る可能性がないことを理由として、本件では代理人依頼権の機会の保障には瑕疵なしとする。 *United States ex rel. Wlodinger v. Reimer*, 103 F. 2d 435, 436-37(2nd Cir. 1939; 事案は右 *Seccardio* 事件とは同種。判決は、代理人を依頼する機会は保障されていたこと、代理人不在によりその後の反対尋問等で外国人が不利益を受けた事実が存しないこと、を理由に、ヒアリングを公正なものとする)がある。

なす *Davis, Requirement of a Trial-Type Hearing*, 70 HARV. L. REV. 193, 219-22(1956) は、裁決事実（つれにつては

DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 413(2nd Ed. 1979)及び田中英夫『英米法のことば』七四頁以下(一九八六)参照)が争点となっていない場合には、デュー・プロセスは恐らくヒアリング (argument-type)のそれさえを要求しないであろうとし、その例及び理由を示しているが、右に挙げた諸判決もこのようなデイスの立論に沿うような一例とみることが出来る。

- (47) CLARK, DEPORTATION OF ALIENS FROM THE UNITED STATES TO EUROPE 366 n. 2(1931).
- (48) *Id.* at 365-66.
- (49) Japanese Immigrant Case, 189 U. S. 101(1902).
- (50) 225 U. S. 460(1912).
- (51) 263 U. S. 149(1923).
- (52) Low Wah Suey は売春行為を、Blokumsky は共産党員であることを、それぞれ退去強制事由とされている。
- (53) すなわち、外国人側の主張は、処分手続全体を通じて代理人依頼権の保障がなされていなければ、当該手続はデュー・プロセスに反するといふものであった。
- (54) すなわち連邦最高裁はロー・ワー・スウェイ事件判決においては、「上告人の主張は実質的には入国審査官による尋問(examination)に際して、当初、上告人は代理人の代理を受けていなかった、ということにある。しかし、この種の尋問は法律による授權の範囲内にあるものであり、また、その後の手続段階において、ヒアリングが閉廷されあるいは処分が下されるに先立ち上告人が代理人の援助と助言を得ることができることについては否定されていない」(225 U. S. at 470)ことを理由として、またビロカムスキー事件判決においては、「合法に身柄拘束されている者に対して政府の官吏が宣誓の下で調査を行うことは第四修正の搜索押収に該当するものでなく、また、「調査対象とされている者に対して、彼が黙秘し代理人を依頼する権利を有する旨知らせることなく調査を行うことを禁止する規則を行政機関が制定した旨も摘示されていない」のであって、代理人依頼及びヒアリングにおける政府側の証拠へのアクセスをめぐる規則の構造からすれば、「処分手続の初期を規律する同種の規定(代理人依頼権などに関する規定を指す)が欠けていることは意図的なものであった」という結論が導き出される。調査を禁じたり、あるいは代理人の在席を要求する規定が存在しないことに鑑みれば、単に代理人の不在のうちに尋問がなされたというのみではヒアリングを不公平なものとすることはできない」(263 U. S. at 155-56)

と判示している。

- (55) *See e. g.*, In re Kosopound, 272 Fed. 330, 337 (N. D. Ohio, 1920); 入国審査官による身柄拘束下での調査の適法性が争われた事例。暴力等による政府転覆を唱道なごしたことが退去強制事由であった。Plane v. Carr, 19 F. 2d 470, 471 (9th Cir. 1927); ロサンゼルス市警察による逮捕・身柄拘束下での調査。退去強制事由は売春行為。Drachmos v. Hughes, 26 F. Supp. 192, 193 (D. N. J. 1938); 処分の相手方は身柄拘束を受けていない。船員として入国した後、許可された上陸期間経過後も残留していたことが退去強制事由。Ex parte Vilavino, 50 F. 2d 582, 586-87 (9th Cir. 1931); 市警察による身柄拘束下での調査の適法性が争われた事例。退去強制事由は共産党員であること。また、他の裁判例を引用するのみで、理由を改めて説示しない判決例も存在する。*See e. g.*, Chan Wnong v. Nagle, 17 F. 2d 987 (9th Cir. 1927); 地方公共団体の警察による逮捕・身柄拘束下での調査。退去強制事由は売春行為。Ex parte Kishimoto, 32 F. 2d 991, 992 (9th Cir. 1929); 入国審査官による身柄拘束下での調査。退去強制事由は不明。本件では代理人をヒアリングに出廷させるべく外国人の要請に応じて数度にわたりヒアリングが延期されている。なお、Gordon, *supra* n. (35) at 882 は、身柄拘束下での調査か否かが当該調査における代理人依頼権の保障が正当か否かの判断のポイントとなっているとするが、このように解すべきか否かは別として、裁判例の立論からはこのような結論を導くことはできなうであろう。

(56) 前掲注 (55) の裁判例中 Plane v. Carr がこれに当たる。

(57) 前掲注 (55) の裁判例中 Ex parte Kishimoto, Drachmos v. Hughes がこれに当たる。

(58) 4 F. 2d 80(8th Cir. 1924).

(59) 本章第一節及び前掲注 (39)

(60) 4 F. 2d at 84.

(61) Husman v. Seaman, *id.* at 83-84.

(62) Ungar v. Seaman, *id.* at 84.

(63) Clark, *supra* n. (47) at 331-32.

(64) VAN VLECK, *supra* n. (4) at 231-32.

(65) その他入選弁護人による弁護を受ける権利が与えられるべきであると処分の相手方が主張する事例もあるが、裁判例は、

退去強制手続が刑事手続ではないことを理由に、右権利を否定している。

(66) 225 U. S. 460(1912).

(67) *Id.* at 470.

(68) *See e. g.*, *Seif v. Nagle*, 14 F. 2d 416, 417, (9th Cir. 1926; 売春行為による退去強制処分が争われた事例。代理人依頼権は第二回目のヒアリングの途中で告知されたが、裁判所は、「外国人が自己の地位を十分説明しかつ明示的に代理人依頼権を放棄した」ことを理由に、「ヒアリングは不公正なものといえない」とする。); *Guiney v. Bouhan*, 261 Fed. 582, 585 (9th Cir. 1919; 暴力等による政府の破壊を唱道する者として課せられた退去強制処分が争われた事例。証言の約五分の三がとられるまで代理人依頼権が告知されなかつたことにつき、代理人依頼権を告知されたときには外国人は代理人依頼権を行使しようとは思わないと述べたことを捉えて、ヒアリングを不公正なものとならないとする)。

(69) 前掲注 (68) 参照。

(70) 222 Fed. 745(8th Cir. 1915); ヒアリング閉廷五分前に至るまで代理人を出廷させることが許可されなかつた。

(71) 223 Fed. 833(D. Mass. 1915); 第二回目のヒアリング後ようやく代理人の出廷が許可された。

(72) 222 Fed. at 750-51. 規則によれば、ヒアリングの期間中、行政機関が適切と思料した段階において、処分の相手方たる外国人は代理人を出廷させることを許されるものとする、と定められており、したがって代理人の出廷期間については行政機関に裁量権はあるが、この裁量権はヒアリングが完全かつ公正なものとなるよう行使されねばならず、「公正といえる法ないし規則が」行政当局により害意をもって適用され、処分の相手方の基本的諸権利を奪うものとなつた場合には、裁量権行使は合法といえない」とする。

(73) 223 Fed. at 836-37. () 中でもやはり行政機関側は、政府の事案の検討が終了した後、外国人に自己の防衛をするため証拠を提示する機会が与えられており、代理人の主張が労働長官によつてヒアリングの対象とされたことを理由に、本件手続は公正なものである、と主張したが、外国人側が代理人出廷時に証言をとり反対尋問を行えるよう要求したにもかかわらず代理人不在のまま証言がとられ、記録に記載されたなどの認定を経た後、「処分の相手方たる外国人は、彼に不利な証人が証言をしている間右証人に会うことを許されず、反対尋問をすることも許されなかつた。また、彼は、右証人をその後強制的に証言させる権限を有してもいない。(中略) 外国人ないしその代理人への告知なくして、外国人に不利なすべて

の口頭での証言は彼の目から隠された。(中略)原告は、入国審査官による第一回目のいわゆる「ヒアリング」の前及びそこで証言を行っている間及び第二回目のヒアリングのいずれにおいても代理人の援助を拒否された。処分の相手方ないし移民局いづれとも関係のない者によりなされた。宣誓のなされていないかつヒアリングでも示されていない諸々の陳述が彼に不利に用いられてゐる」ことを指摘している。

(74) 265 Fed. 17(D. Mass. 1920).

(75) その他 *Ex parte Radivoef*, 278 Fed. 227, 229(D. Mont. 1922) 及 *Colyer v. Sketfington* 判決を引用することによつて、この間の規則の改正が違法であつた旨判示する。

(76) 一九一八年一〇月一六日の法律の第一条 (40 Stat. 1012)

(77) その他本件では特に、共産党が合衆国政府を暴力等により転覆することを唱道する団体であるか、及び共産党員以外の者について右のような事項を唱道などした者ということを裏付ける証拠があるか、が争われたが、本判決はいずれについても消極に解してゐる。265 Fed. at 51-77.

(78) *Id.* at 22-26.

(79) *Id.* at 30. 処分の根拠となる記録が、略式であつても公正な入国審査官による審問 (*in*) の下で作成されたこと、右の審問は公正で偏頗なく公平なものであるべきこと、すなわち、右の審問は裁判手続の諸形式を備えるものでなくともよいが、真実を確認し報告するために誠実かつ合理的な理性に基づくものでなくてはならないこと、合衆国の一般的な政策の指針としては、特に望ましくないものとされた以外の移民すべてを歓迎し、その入国を許可するものであること、などを説示してゐる。

(80) *Id.* at 31-45.

(81) *Id.* at 46-47.

(82) *Id.* at 47.

(83) *Id.* at 48. さらにこれに続いて、ある種の権利を保護する既存の規則が存在する場合、行政機関が処理しなくてはならない事件の目的を達成することのみを目的として右の保護を廃棄することはデュー・プロセスの核心である礼節 (*decency*) の感覺すべてに反するものである、とのフラン克福ァーターの主張を肯定的に引用している。

- (84) 芝池義一「行政決定における考慮事項」『法学論叢』一一六卷一―六号五八六頁(一九八五)の分類に従えば、本判決は「目的拘束の法理」により考慮事項を限定したものと見えよう。
- (85) *Clark, supra* n. (47) at 365-66. 同書によれば、処分相手方は代理人を依頼する希望を有しないと回答することが通常であると考えられている。
- (86) *United States ex rel. Bosny v. Williams*, 185 Fed. 598, 602-03 (S. D. N. Y. 1911: 移民局長が処分の相手方に、代理人をつけない方が有利であると示唆する。その他、相手方の母国語がフランス語であり、相手方の十分な理解能力がなかったことも認定されている。)
- (87) *Roux v. Commissioner of Immigration*, 203 Fed. 413, 416-17(9th Cir. 1913: 処分の相手方に代理人を依頼しても無意味だと告げらる。)
- (88) ① *United States ex rel. Castro-Louzan v. Zimmerman*, 94 F. Supp. 22, 25 (E. D. Penn. 1950: 英語の理解能力のない者に対して、単に形式的に代理人依頼権を有する旨告知しても、その実質は空虚な意思表示に過ぎないとする。)
- (89) ② *In re Osteloh*, 34 F. 2d 223, 223-24(S. D. Tex. 1929: 英語の理解能力が完全ではない者に対して、形式的に代理人依頼権を告知したのみで、後続のヒアリングを迅速に進行させる。)
- (90) ③ *United States ex rel. Diognardi v. Flynn*, 15 F. 2d 576, 577 (W. D. N. Y. 1926: 精神病の永住外国人の退去強制事例。相手方が精神病であったことに鑑みれば、彼の妻ないし親族が代理人依頼権(ないしその放棄)の告知を受け、反論の機会を与えられるべきであったとし、本件権利放棄は不十分な理解に基づくものである。)
- (91) ④ *United States ex rel. Shaw v. Van De Mark*, 3 F. Supp. 101, 102 (W. D. N. Y. 1933: 精神病の永住外国人(三〇年間合衆国に在留)の退去強制事例。争点は二度目の入国時期をめぐるものであった。ヒアリングにおいて代理人を依頼する権利を有していることを理解する精神的能力を有していなかったことは明白であったにもかかわらず、相手方の形式的な権利放棄の意思表示のみを捉えて、代理人不在のまま手続を進行させた。)
- (92) 前掲注(86)(87) 所掲の裁判例及び前掲注(88) ①③がこれに該当する。
- (93) 前掲注(88) 所掲の裁判例中②がこれに該当する。
- (94) 前掲注(88) 判決は②の説示を引用する。
- (95) さらに前掲注(88) ②④判決では処分の相手方が永住外国人であることも注目されるところである。

- (93) *Redish=Marshall, Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, 95 *Yale L. J.* 455(1986).
- (94) *Id.* at 474-75.
- (95) 手続的デュー・プロセス一般においても、一般論としては反対尋問及び証拠を反駁する機会がデュー・プロセスの要件の一つとされているが、しかしこの一般論の具体的射程については、事実反駁する機会を与えることなく処分の方の裁決事実を証拠として用いることを認める連邦最高裁判例も存在する (*See Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949); 陪審に提示されていない被告人の背景及び性格等を理由に死刑を下した判決につき「これら事実を反駁する機会を与えること等を裁判官は被告人ないしその弁護士より求められていなかったことなどを理由に、被告人の有罪がひとたび立証されれば、判決を下す裁判官は、課せられるべき刑の性格・範囲を決するにつき、証人の尋問及び反対尋問を経た証拠に制約されず、犯罪の状況及び被告人の性格に関する「法廷外の (out-of-court)」情報等を考慮してもデュー・プロセスに反するところなしとする。), *Williams v. Oklahoma*, 358 U.S. 576 (1959); *Williams v. New York* を引用) ため、必ずしも明確とはいえないところがある。 *See Davis, supra* n. (21) at 426.
- (96) 278 Fed. 227(D. Mont. 1922).
- (97) *Id.* at 230.
- (98) 反対尋問との関係でその旨を説示するものとして *see e. g.*, *Bhagat Singh v. McGrath*, 104 F. 2d 122, 123(9th Cir. 1939); *Naranjan Singh v. District Director of Immigration*, 96 F. 2d 969, 971(9th Cir. 1938); *Berkman v. Tillinghast*, 58 F. 2d 621, 622(1st Cir. 1932).
- (99) *Clark, supra* n. (47) at 368 n. 2.
- (100) その旨を明示するものとして *Ex parte Vilarino*, 50 F. 2d 582, 587(9th Cir. 1931).
- (101) *See e. g.*, *Moncado v. Ramsey*, 167 F. 2d 191 (8th Cir. 1948; 移民当局は「その証言が争われていない証人あるいは外国人が尋問を要求しなかった証人に外国人を対面させる (confront) 義務なし」とする。), *United States ex rel. Karpation v. Schlotfeldt*, 106 F. 2d 928 (7th Cir. 1939; 反対尋問の機会が処分の相手方に与えられている限りでは「反対尋問を経たない証人の証言を証拠とすることができるとする。), *United States ex rel. Diamond v. Uhl*, 266 Fed. 34, 40 (2nd Cir. 1920; 代理人が反対尋問を要求していないため、その欠如は遺憾であるとしても「これを適法とする。).

(102) *See e. g.*, *United States ex rel. Huber v. Shray*, 178 Fed. 144 (Cir. Ct. W. D. Penn. 1910); 入国拒否事由該当(公の負担となる者)の外国人と認定され退去強制処分が下された事例。判決は、収容令状が発せられる際の根拠となる情報が明らかでなく、また、第一回目のヒアリングには処分の相手方は在席していたが第二回、第三回のヒアリングでは、証人が尋問されたにもかかわらず、相手方にヒアリングの告知がなされず、このような証言に基づき退去強制令状が発せられ、反対尋問の機会が与えられなかったことを認定しており、ヒアリングを違法なものとしているが、同時に、そもそも処分の相手方が法律に違反して合衆国に滞在していることを示す事実が存在するものと認められないことを指摘している。178 Fed. at 143-44.) *McDonald v. Su Tak Sam*, 225 Fed. 710 (8th Cir. 1915); 労働者として合衆国に滞在しており中国人排斥法に該当するとして下された退去強制処分が争われた事例。処分を根拠づける証言がヒアリングでなされた時、処分の相手方もその代理人もヒアリングに出廷しておらず、また出廷する機会も与えられておらず、したがって右証言の重要な部分を反駁する機会の保障に欠けているとともに、「それら証言から成る証拠は処分の相手方が労働者であったことを立証するに十分なものといえない」とする。225 Fed. at 713-14.) *Maltez v. Nagle*, 27 F. 2d 835 (9th Cir. 1928); 売春行為を理由とする退去強制処分が争われた事例。反対尋問を行うことを処分庁が拒否するにつき何らの説明もないことに加えて、処分を基礎づけるべき事実が摘示されていなくことを指摘する。27 F. 2d at 837.)

(103) *See e. g.* *Ex parte Raitivoeff*, 278 Fed. 227 (D. Mont. 1922); 財産の不法な破壊を唱道などするものとして下された退去強制処分が争われた事例。反対尋問の欠如の他に、「収容令状に合理的根拠(Probable cause)がないこと、ヒアリングが公開ではなく、処分を根拠づける証拠が外国人に示されず、また代理人を依頼する時間も与えられなかったこと等の手続上の瑕疵が認定されてゐる。)(*Ungar v. Seaman*, 4 F. 2d 80 (8th Cir. 1924); 処分事由の告知、代理人依頼権の保障、反対尋問の機会の保障、不適切な証拠の考慮などの瑕疵が認定されてゐる。)(*In re Sugano*, 40 F. 2d 961 (S. D. Cal. 1930); 不法入国に基づく退去強制処分が争われた事例。退去強制令状を基礎づける事実が入国審査官により行われた調査の際になされた処分の相手方の自白だけであるが、処分の相手方は英語を話せず、右自白は通訳を通じてのものであり、かつ、右自白は入国審査官のピストルによる負傷中のものであること、その後のヒアリングにおいて代理人を依頼し、右入国審査官の反対尋問を要求したが拒否されたこと、その拒否の理由は、既に処分の相手方が不法入国であることを自白しており、反対尋問は重要ではない、ということにあり、これは拒否の理由としては説得的なものではないこと、が処分の違法事由である。)

Gonzales v. Zurbrick, 45 F. 2d 934 (6th Cir. 1930): 売春行為に基づく退去強制事例。通訳の不適切な翻訳による誤解から生じた自由（後に外国人はこれを撤回）に基づき売春行為を理由とする退去強制処分が下されており、これを正すための反対尋問の機会が保障がなされておらず、代理人も不在であった。）

(104) 263 Fed. 110 (D. Mont. 1920): 財産の不法な破壊を唱道するなどする者として、また入国時において公の負担となる蓋然性のあった者として下された退去強制処分が争われた事例。

(105) *Id.* at 114.

(106) *Id.*

(107) 非常に稀ではあるが、そのような事例としては *McCandless v. United States ex rel. Chila*, 37 F. 2d 575(3d Cir. 1930) がある。本件は、処分の相手方の父親に恨みを持つ者からの伝聞証拠に基づき発せられた退去強制処分（処分事由不明）が争われた事例であるが、判決は、処分の相手方不在のヒアリングで反対尋問を経ることなくとられた右証拠には証拠能力がなく、処分は違法とされている。

(108) *Choy Gunn v. Backus*, 223 Fed. 487 (9th Cir. 1915): 売春行為を理由とする退去強制処分が争われた事例。反対尋問を経ない宣誓供述書の証拠能力が問題となったが、判決は、処分の相手方が代理人に弁護されかつ収容令状あるいは処分を基礎づける証拠すべてを検討したことを理由に、手続に瑕疵なしとする。）

(109) *See e. g., Quack Sa Muir v. Nagle*, 11 F. 2d 492 (9th Cir. 1926): 売春行為を理由とする退去強制事例。証人のうちの一人を処分の相手方が反対尋問できなかったとしても、そのことにより処分の実体的側面に影響は及ぼされていないとしてヒアリングを適法とする。）; *United States ex rel. Ng Wing v. Brough*, 15 F. 2d 377 (2nd Cir. 1926): 売春行為を理由とする退去強制事例。一方的陳述 (*ex parte statements*) を行った証人を見つけ出すことができず、右証人を処分の相手方が反対尋問できなかったとしても、それを証拠として用いることは、退去強制処分手続きの性格が民事手続きであることに鑑み、許されるのみならず、これら一方的陳述以外にも処分を基礎づけるに十分な証拠ありとして処分を適法とする。）; *Schenck ex rel. Capodilupo v. Ward*, 80 F. 2d 422 (1st Cir. 1935): 有効なビザを所持せず入国したものとして発せられた退去強制処分が争われた事例。反対尋問を経ない証言であっても、それが重複証拠 (*cumulative evidence*) である場合には、右証言を証拠に入れることは処分の相手方に不利益を及ぼすものではない。）

- (110) また、後述するように、少なくとも出入国管理法関係では現在に至るまで合衆国においてもこのような形で手続審査と実体審査が交錯している。もちろんその是非は別の問題である。
- (111) *Ex parte Radivoeff*, 278 Fed. 227, 230(D. Mont. 1922).
- (112) *Unites States ex rel. Huber v. Sibray*, *supra* n. (102).
- (113) *Maltez v. Nagle*, *supra* n. (102).
- (114) *Ex parte Jackson*, 263 F. 110 (D. Mont.).
- (115) 前掲注(97) 所掲の諸判決、特に *United States ex rel. Karpathiou v. Schlotfeldt* 判決参照。
- (116) *Ex parte Radivoeff*, *supra* n. (110).
- (117) *Low Wah Suey v. Backus*, 225 U. S. 460, 470-71(1911).
- (118) もちろん処分の相手方に有利な証人がヒアリングに出廷することを入国審査官が妨害すればヒアリングは違法とされる。一般論としては *Whitefield v. Hanges*, 222 Fed. 745, 749(8th Cir. 1915) 参照。また、脅迫により処分の相手方に有利な証人のヒアリング出廷を入国審査官が拒否したためヒアリングが不公正なものとされた事例としては *Jouras v. Allen*, 222 Fed. 756, 758-59(8th Cir. 1915)がある。
- (119) 一九一七年法第一六条。39 Stat. 886.
- (120) *See Chun Shee v. Nagle*, 9 F. 2d 342, 343(9th Cir. 1926).
- (121) *VAN VLECK*, *supra* n. (4) at 164, Note, *Subpoenas and Due Process in Administrative Hearings*, 53 HARV. L. REV. 842, 846(1953).
- (122) *Fok Yung Yo v. United States*, 185 U. S. 296, 303(1902).
- (123) *See e. g.*, *Bridges v. Wixon*, 326 U. S. 135, 150ff(1945).
- (124) *Chun Shee v. Nagle*, 9 F. 2d 342, 343(9th Cir. 1926). なぜ合理的であるかの理由は述べられていない。
- (125) 罰則付召喚令状を発して証人を召喚しなくとも、他に処分を根拠づけるに十分な証拠があるとして、右令状の発布をしなかつたことをもってヒアリングが不公正となるものといえないとする裁判例としては *Murdoch v. Clark*, 53 F. 2d 155, 157(8th Cir. 1931), *Berkman v. Tillinghast*, 58 F. 2d 621, 623(8th Cir. 1932) がある。

- (126) なお、この点で検討している規則は外国人側の証人の召喚に関するものであり、政府側の証人の召喚に関するものではない。
See Ex parte Radivoefi, 278 Fed. 277, 279-30D. Mont. 1922).
- (127) *Developments in the Law — Immigration and Nationality*, 66 Harv. L. Rev. 643, 694(1953)は、これら要件が刑事訴訟手続において通常課せられているものよりも不当に過重されていると批判している。
- (128) 8 U. S. C. §287, 4(b)(1984).
- (129) *Gordon, Due Process of Law in Immigration Procedure*, 50 A. B. A. L. J. 34, 38(1964).
- (130) *Low Wah Suey v. Backus*, 225 U. S. 460, 471 (1911): 伝聞証拠に依拠した処分は違法性を上告人は主張している。上告人は、情報提供者の名前が告げられていないこと、及び当該伝聞証拠を埋め合わせあるいは反証する機会が与えられていないと主張したが、連邦最高裁は、右証言の性質（おそらく重要性のこと）が示されておらず、また、当該証拠がヒアリングで適切な判断の対象とされるようなものではないことを知るすべもない、として、上告人の主張を斥けた。). *United States ex rel. Tsi v. Tod*, 264 U. S. 131, 133 (1923: 暴力による政府転覆を唱道する文書を配布する目的で所持していたことを理由とする退去強制事例。争点は、処分の相手方が文書の性質を知っていたとの認定を裏付ける証拠の有無であるが、連邦最高裁は、一般論として、記録に記載された証拠が処分を基礎づける事実の法律上の証拠 (*legal evidence*) であると判断が誤っていたということ、あるいは当該証言からの推論を誤ったこと、だけでは公正なヒアリングに欠けるとはいえないこととする。).
- (131) 326 U. S. 135(1945).
- (132) 根拠法令は一九四〇年七月二十八日の法律(54 Stat. 670)の第二三条である。
- (133) この点については既に拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会への移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八四四頁(一九八四)において紹介した。
- (134) *Citing Interstate Commerce Commission v. Louisville & Nashville R. R. Co.*, 227 U. S. 88, 93(1913).
- (135) 326 U. S. at 154.
- (136) 一九四〇年七月二十八日の法律(前掲注(132))により、司法長官の令状により外国人は収容され退去強制されることとなる。

(137) 326 U. S. at 154-56.

(138) *Id.* at 154.

(139) 処分の相手方に反駁の機会を保障していないとして違法とされた事例としては *McDonald v. Sim Tak Sam*, 225 Fed. 710 (8th Cir. 1915); 入国時において公の負担となる蓋然性のあった者及び中国人排斥法に反して入国した者として発せられた退去強制処分が争われた事例。処分の相手方が出廷する機会の与えられないヒアリングでとられた不利な証言につき、それら陳述の内容を反駁する機会が与えられなかったことを、処分の違法事由のひとつとする⁹⁾。 *In re Chan Foo Lin*, 243 Fed. 137 (8th Cir. 1917); 中国人排斥法に反して、また、入国審査を受けずに入国したとして発せられた退去強制処分の適法性が争われた事例。処分の相手方不在のヒアリングにおいて、代理人依頼権の告知もなく、反対尋問の機会の保障もありませんとられた証言に基づく処分につき、「単なる証拠を提出せよとの責任を相手方に課すことをせず、処分の相手方は少なくとも写真（本件での証拠である）を検討し、処分の根拠とされた陳述を反論する合理的機会を与えられるべきことが、公正なヒアリングといえるためには必要である」 (*Id.* at 141) として、処分を違法とする。); *Sbray v. United States ex rel. Plichta*, 282 Fed. 795 (3d Cir. 1962); 売春その他不道德な目的で人を合衆国に入国させあるいはさせようとしたとして退去強制処分が課せられた永住外国人が人身保護令状を求めて出訴した事例。当時の規則に反して収容令状及びそれに依拠した証拠を処分の相手方が監査する (*suspect*) ことを許さなかった点を捉えて、外国人・代理人は収容令状及びすべての証拠を監査する権利があることを理由に、「公正なヒアリングに欠けるとする」 (*Ex parte Guest*, 287 Fed. 884 (D. Rhode Island, 1923); 入国時に公の負担となる蓋然性のあった者及び入国審査を受けず入国した者として発せられた退去強制処分が争われた事例。原告は収容令状記載の証拠を一切監査することを許されず。その他多くの手続上の瑕疵あり。) などがある。また、宣誓供述書を代理人が監査していることをひとつの理由に右供述書を証拠として記録に記載したことに瑕疵はない、とするものに *Chow Gunn v. Backus*, 223 Fed. 487, 492 (9th Cir. 1915) があり、反対尋問の機会が与えられたことを理由に、代理人の尋問を経ていない証拠を記録に記載したことに瑕疵なし¹⁰⁾ とするものに *Weinbrand v. Prents*, 4 F. 2d 780 (6th Cir. 1925) が挙げられる。

(140) *In re Chan Foo Lin*, *supra* n. (139) at 41.

(141) 既に紹介した裁判例の他、伝聞証拠の情報提供者に対する反対尋問の欠如が処分の相手方にとって不利益を与えてい

い（つまり処分内容を変更させるものとはならない）とするものに *Lau Shee v. Nagle*, 19 F. 2d 747, 748-49(9th Cir. 1927) 不道徳な目的で入国したこと及び虚偽の申告によって入国したことを理由とする退去強制処分が争われた事例）がある。

(142) 売春行為を理由とする退去強制事例である *Caranica v. Nagle*, 23 F. 2d 545(9th Cir. 1928) における争点のひとつは伝聞証拠の情報提供者の名前を処分庁が開示しなかったことの適法性であったが、判決は「これに瑕疵がないことの理由のひとつとして、処分を裏づけるに十分な証拠が他にあることを挙げている。もっとも本件では右の情報自体が労働長官に提示される事案の報告書には記載されていないため、形式的にはそもそも処分を基礎づけるものとはいえない性格のものであり、本文のようにいえるか否かについて直接回答を与えてくれるものではない。

(143) このことが最もよく示されているものが *Sibray v. United States ex rel. Plichta*, *supra* n. (139) at 797-98 である。

(144) *Gordon, supra* n. (129) at 38.

(145) *VAN VLECK, supra* n. (4) at 109-10.

(146) 一九五二年法第二四二条（ロ）。8 U. S. C. §1252(b).

(147) *GORDON & MAILMAN, supra* n. (9) at §5. 9g. 5-112(1984).

(148) *Id.* at §5. 10a. 5-117.

(149) *Nowak, Rotunda, Young, CONSTITUTIONAL LAW* 557-58(2nd Ed. 1983).

(150) 例えは前述した *Whitefield v. Hanges* (222 Fed. 745 (8th Cir. 1915)) 判決もそうは *Ungar v. Seaman* (4 F. 2d 80(8th Cir. 1924)) 判決も「記録に基づく処分の決定」というのみで「公正な処分権者がデュー・プロセスの要請するところである旨明示してはいない。

(151) そのような例と思われるものが *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254, 266(1970) において公正な審判 (trial) のための要件として挙げられていた「公正な処分権者」が *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319(1976) では除外されていることである。See *DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 502(1979).

(152) なお、退去強制処分において職能分離が行われていないことのみを理由として手続上の瑕疵の存在を認定したという特殊な判決ではあるが、*United States ex rel. Dean v. Reynolds*, 2 F. Supp. 290, 292(N. D. Ind. 1932) は「合衆国の正義の思

想は偏頗のないヒアリング主宰者の要請を含むものである」ことを明言してゐる。

(131) VAN VLECK, *supra* n. (4) at 230. CLARK, *supra* n. (47) at 487-89.

(132) See e. g., United States ex rel. Bosny v. Williams, 185 Fed. 598, 599 (S. D. N. Y. 1911: 通常すべての退去強制手続は一人の入国審査官がコントロールし、彼が調査・訴追・裁決を当該事件において行うものであり、これは公正な判断を阻害する要因となることを指摘してゐる。), Palmer v. Ultimo, 69 F. 2d 1, 2 (7th Cir. 1934: 職能分離がなされていないことを「不幸なことであり、批判にさらされてゐるものとの認識を示してゐる」)。

(133) 34 F. 2d 920(2nd Cir. 1929).

(134) *Id.* at 922.

(135) Note, *Deportation and Due Process*, 5 STAN. L. REV. 722, 738(1953).

(136) 339 U. S. 33(1950).

(137) Palmer v. Ultimo, 69 F. 2d 1(7th Cir.), cert. denied, 293 U. S. 570(1934). United States ex rel. Dean v. Reynolds, 2 F. Supp. 290(N. D. Ind. 1932), *revers'd*, Reynolds v. United States ex rel. Dean, 68 F. 2d 346(7th Cir.), cert. denied, 344 U. S. 817(1934).

(138) 筆者の知る限り以下の六件のみである。①Ex parte Kawan So, 211 Fed. 772 (N. D. Cal. 1913: 売春行為を理由とする退去強制処分が争われた事例。もともと本件での争点は、記録外の情報源によって得られた情報によって入国審査官が処分の相手方に対して偏見を持って判断を下したか否かであつて、職能分離そのものが争点となつたわけではない。), ②In re Osterloh, 34 F. 2d 223 (S. D. Tex. 1929: 主として入国時に精神障害者であり、かつ公の負担となる蓋然性のあつた者として発せられた永住外国人に対する退去強制処分が争われた事例。), ③前掲注(135)事件(母国に一年間帰国後合衆国への再入国の際に虚偽の陳述により入国審査を受けることなく入国した者として、また入国時に公の負担となる蓋然性のあつた者として発せられた退去強制処分が争われた事例。), ④United States ex rel. Dean v. Reynolds, *supra* n. (135) (売春行為を理由とする退去強制命令が争われた事例。滞在資格は不明。), ⑤Palmer v. Ultimo, *supra* n. (135) (売春行為を理由とする退去強制命令が争われた事例。原審では外国人が勝訴してゐたようであるが、その内容は不明である。), ⑥In re Giacobbi, 32 F. Supp. 508(N. D. N. Y. 1939), *aff'd sub nom. without opinion*, United States ex rel. Giacobbi v. Fluckey, 111 F. 2d 297 (2nd

Cir. 1940: 売春行為を理由とする退去強制命令が争われた事例)。

(161) 前掲注 (160) 地裁判決。

(162) 2 F. Supp. at 292.

(163) 68 F. 2d at 347で、職能分離をめぐる争点につき、代理人依頼権・反対尋問の機会の保障など法律上の手続要件すべてが充足されており、また職能分離されていないことよって外国人にとつて相当程度不利益を被つたり不公正なものであったといえるものでもない、としてヒアリングは公正であつたと判断している。

(164) 前掲注 (160) 判決。職能分離されていないことともに、証拠を反駁する機会の保障がなく、代理人依頼権の保障も十分であり、既にあつた結論を正当化するためのみヒアリングを行ったとする。34 F. 2d at 223-24.

(165) 退去強制処分を基礎づける証拠がないということを捉えて処分に瑕疵ありとする。

(166) 前掲注 (160) ①判決は、職権で証拠を収集することは裁判所の権限としても認められているところであり、また、処分相手方は、その主張する処分庁の偏見によつて不利益を受けたことの立証をしていない(211 Fed. at 773)とし、⑤控訴審判決は、職能分離がなされていないことを不幸としながらも、そのような行政官によつてなされた事実認定を損なうほどの不公正さの立証はない(69 F. 2d at 2)とし、また⑥地裁判決は、④控訴審判決 (*supra* n. (163)) に従つて、非常に簡単に、職能非分離により不利益を被つたとの立証なし(32 F. Supp. at 515)とする。

(167) See DAVIS, 3 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 343-47(1980)。一般的には、同一の行政機関の「職能融合」に対する憲法上の制約は何ら存在しないといわれられており (Rotunda, *The Combination of Functions in the Administrative Actions: An Examination of European Alternatives*, 40 FORB. L. REV. 101, 109(1971))、一般的な判例傾向としてはそのように見えるとしても、当時の退去強制手続において問題とされた「職能融合」とは、ある行政機関内の一人の行政官が、同一の案件につき調査・訴追・裁決権限を有している、というものであり、その弊害発生危険性は著しく大きなものであつた。

(168) 非刑事手続における手続保障は基本的には「機会の保障」である。See SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 202-03(2nd Ed. 1984)。

(169) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1392-93(1983)。

(170) 例えは前掲注 (73) 所掲の諸判決参照。

- (171) 個人タクシー上告審判決(最判昭四六・一〇・二八民集二五卷七号一〇三七頁)、群馬中央バス上告審判決(最判昭五〇・五・二九民集二九卷五号六六二頁)ともに「機会の保障」が実質的なものでなくてはならない旨判示している。なお例えば遠藤博也『行政法スケッチ』一七八頁(一九八七)参照。
- (172) 諸々の手続要件に関する裁判所の判断が証拠を反駁する機会の保障の判断へと収斂してゆく過程が第二節から第四節における裁判例の分析より読み取ることが可能であろう。
- (173) Davis, *The Requirement of a Trial-Type Hearing*, 70 HARV. L. REV. 193, 194(1956). わが国でも同様と思われる。例えば杉村敏正「行政処分と適正手続」『民商法雑誌(判例における法理論の展開)』九三巻臨増号(一)三二九頁(一九八六)以下参照。
- (174) 例えば前掲注(139)の諸判決参照。
- (175) 前掲注(38)参照。
- (176) わが国の出入国管理・難民認定法第四五条、第四八条の入国審査官の審査・特別審理官の口頭審理の形式化が指摘されて久しい(和田英夫「強制送還と入管行政」『ジュリスト』四〇一四一頁(一九六八)が、現在でも、「違反事件が審査段階に移った後の処理は、在留を特別に許可するか、退去を強制するかいずれかを選択することにつきる」(法務省入国管理局編『出入国管理の回顧と展望』一五二―一五三頁(一九八〇)ものと位置づけられており、「入管行政に関する行政手続法制は、基本的にはよくできている」(座談会「入国管理の現状と外国人の就労問題」『ジュリスト』八七七号一八頁(園部逸夫発言)(一九八七))といひ得るとしても、その運用面の根幹に大きな問題が潜んでいるのではないかと思われるのである。
- (177) このことを明言するものとして Berkman v. Tillinghast, 58 F. 2d 621, 623(1st Cir. 1932)がある。なお前掲注(7)参照。
- (178) 宇賀克也『アメリカ行政法』九七頁(一九八八)参照。
- (179) Redish-Marshall, *supra* n. (93) at 477.
- (180) 例えば前掲注(77)及びその本文参照。