



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（8・完） ー合衆国移民法制を素材としてー
Author(s)	渡辺, 賢
Citation	北大法学論集, 46(1), 1-76
Issue Date	1995-06-22
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15601">https://hdl.handle.net/2115/15601</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(1)_p1-76.pdf



# 手続的デュー・プロセス理論の一断面（八・完）

——合衆国移民法制を素材として——

渡 邊 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
- （以上四〇卷三号）

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

第二節 判例理論の確立

第三節 判例理論に対する学説の批判

第四節 最近の下級審の動向

第五節 本章のまとめ

第三章 退去強制手続と手続的デュー・プロセス

第一節 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 本章のまとめ

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

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

(以上四〇卷四号)

(以上四一巻二号)

(以上四二巻一号)

(以上四二巻三号)

(以上四二巻五号)

第五節 本章のまとめ

第二章 ウォン・ヤン・サン判決とその後の手続保障の動向

—— 職能分離をめぐって ——

第一節 ウォン・ヤン・サン判決の登場

第二節 制度の改正とその後連邦最高裁

第三節 処分権者の公正

第四節 本章のまとめ

第三章 手続的瑕疵の判断と手続の実効的保護

第一節 処分事由の告知

第二節 処分の相手方による証拠の提示

第三節 反対尋問

第四節 代理人依頼権

第五節 本章のまとめ

まとめにかえて

（以上四三卷六号）

（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

## ——職能分離をめぐる——

## 第一節 ウォン・ヤン・サン判決の登場

一 行政処分手続の公正さを高める方法の一つに、事案を調査・訴追する権限と裁決する権限とを切り離し別個の間が各々これらを行使用すること（本稿ではこれを職能分離と呼んでいる）により裁決権限の独立性を高めるという方法がある。合衆国では職能分離の形態は内部分離と呼ばれるものと完全分離と呼ばれるものとに大別されている。内部分離の方式による職能分離とは、一個の行政機関に調査・訴追・裁決権限を帰属させつつも、当該行政機関の内部では、ある事案につき裁決権限を担当することとされた官吏がその他の権限を行使用することを禁じ、あるいは自己が裁決を担当している事案につき調査・訴追にあつた他の官吏と情報を交換することを禁ずるものである。これに対して、調査・訴追等の行政権限と裁決権限を担当する部門とを分け、各々に専門的に従事する官吏をおく職能分離の方式を完全分離（<sup>1</sup>）という。行政手続法は前者の内部分離方式を採用しているのに対して、一九四七年のいわゆるタフト・ハートレー法制定後の全国労働関係局は完全分離の形態をとるものであるといわれている。<sup>(3)</sup>

では移民法領域ではいかなる形態の職能分離が採用されていたのであろうか。この点については既に紹介したように、<sup>(4)</sup>現行法制定前の一九一七年法下においては裁決権の独立という要請の充足度はきわめて低いものであつた。すなわち、同一の入国審査官が、係争中の移民法違反事件について調査を行い、事実を報告し、令状を送達し、裁決を行っていたのである。

二 このような制度の公正さに対しては前章第四節でみたように学説・裁判例より強い疑問が提示されていたのである。にもかかわらず、この批判に対応すべき第一次的責任を負うはずの連邦議会は移民法上の国外退去手続における裁決権者の独立性を高めることには消極的であった。すなわち、連邦議会は一九四八年に、移民帰化局による国外退去手続は行政手続法の適用の対象外であるという態度を表明したのである。<sup>(5)</sup> この判断の実質的な根拠の一つは、独立した裁決権者を移民手続で創設することがあまりにもコストがかかりすぎる、ということにあった。<sup>(6)</sup> 逆に行政手続法が移民法上の手続にも適用があるとされると、移民法上の「職能融合」状態は行政手続法違反ということになる。問題の焦点はこのように行政手続法が移民法上の手続にも適用があるか否かに収斂することになる。そして、右の点は、行政手続法に規定されているヒアリングに関する諸々の基準が適用されるのはヒアリングが制定法により規定されている場合のみであるとする行政手続法の規定を<sup>(7)</sup>どのように解釈するかにより左右されることとなる。移民帰化局は、移民手続におけるヒアリングは法律上規定されたものではなく、法律についての裁判所の解釈により要求されているもの故、行政手続法の適用はない、という立場に依拠していたとされる。<sup>(8)</sup> 裁判例は退去強制手続法への行政手続法の適用の有無につき消極説に立つものと積極説にたつものとに分裂していた。<sup>(9)</sup> 連邦最高裁がこの問題の解決をはかるとともに、移民法制度上の職能分離に大きな影響を与える判断を下したのは一九五〇年に至ってからであった。これがウォン・ヤン・サン判決 (Wong Yang Sung v. McGrath)<sup>(10)</sup> である。

三 ウォン・ヤン・サン判決は、行政手続法の適用範囲をめぐるものとしても、<sup>(12)</sup>また、移民法制度に与えた影響の大きさと<sup>(13)</sup>いう点からしても著名なものである。事案は、滞在期間超過を理由とする退去強制に関するものであり、原告は退去強制のためのヒアリングが行政手続法第五条 (c) 項<sup>(14)</sup>——職能分離に関する規定——に沿ったものでないことを捉えて違法と主張したのに対して、政府側は、行政手続法は退去強制手続に適用されないとしてこれに反論していた。

第一審・控訴審とも政府側の主張を認めたが、連邦最高裁法廷意見は、行政手続法が退去強制手続にも適用があるとして(15)たうえで、そのヒアリングが行政手続法の定める職能分離の要件を充足していないこと(18)をもって退去強制ヒアリングの瑕疵の存在を肯定した。

本判決は、このようにして行政手続法を移民法に適用できるよう解釈しないと、憲法と移民法とが抵触する危険性が生じるとする。すなわち、本判決は、憲法上要請されるヒアリングとは公正なヒアリングであるが、公正なヒアリングとは、現在用いられている不偏性の基準に合致した審判機関の前でなされることを要する、とした後、退去強制処分により剝奪される可能性のある利益は財産権——その剝奪の際には行政手続法の適用が(法律上明文の適用排除条項がなければ)なされる——等と比してより重いにもかかわらず、財産利益の剝奪の際よりも薄い手続的保護しか退去強制処分の相手方に対してなされないとすれば、それはデュー・プロセスに反する疑義が生じる余地がある、というのである。(19)本判決で連邦最高裁がこのように解した背景には、移民法上の手続の公正さが右の「職能融合」によりかなりの程度侵食されているという認識、及び、処分の結果が与える被処分者に対する打撃の程度の大きさへの配慮が存在していたもの(20)と推測される。

四 移民法における職能分離をめぐって発生していた批判には、長期間連邦議会も対応することもなく、行政機関も制度改正を行わなかったのであるが、ウォン・ヤン・サン判決が行政手続法を適用することにより、制度改正への大きな第一歩が記されることとなったわけである。(21)換言すれば、行政手続法という一般法の制定がウォン・ヤン・サン判決を生み出したのである。そして、このウォン・ヤン・サン判決の論理に素直に従えば、連邦議会は行政手続法の趣旨に従って法改正をすべきこととなるはずであった。ところが、ウォン・ヤン・サン判決に対して連邦議会がみせた対応はそれとは逆方向のものであった。

第二節 制度の改正とその後の連邦最高裁

一 ウォン・ヤン・サン判決の登場に対して連邦議会はすばやい対応を見せた。対応の方向は要するに連邦最高裁判決の見解を拒否するというものであった。すなわち、連邦議会は一九五〇年九月二七日制定の一九五一年度補正予算法の付加条項において、入国拒否・退去強制手続には行政手続法五条、七条及び八条の規定の適用はないと規定したのである。<sup>(23)</sup>このように連邦議会がウォン・ヤン・サン判決を立法で覆した理由は、ウォン・ヤン・サン判決に従ったヒアリングを行うために聴聞官を設ける上で推計四〇〇万ドルのコストがかかることとなるが、これを回避するためであると説明されている。<sup>(24)</sup>しかし、真の理由は、このようなコストの問題というよりは、むしろ、ウォン・ヤン・サン判決の示した立場が政府の行政政策と真っ向から対立するものであったことにあるのではないかと推測される。<sup>(25)</sup>

二 現行法もまた、出入国管理国籍法に定める手続が退去強制には「唯一かつ独占的な」(Sole and exclusive)ものであると定め、<sup>(26)</sup>一九五一年度補正予算法での立場を継承した。<sup>(27)</sup>もつとも、現行の一九五二年法と行政手続法の提案者とともにマツカラン上院議員とウォルター下院議員であり、内容的にも一九五二年法は行政手続法をモデルとしたものであることが指摘されている。<sup>(28)</sup>このような経緯からすると、一九五二年法は行政手続法の影響を相当受けた内容となったようにもみえ、また既に紹介したように退去強制手続に関する規定は従前よりも飛躍的に整備されることとなったが、職能分離に関しては行政手続法よりもかなり弱められた形態とされた。すなわち、一九五二年法により、いかなる特別審理官も自己が調査に参加した事件の手続を行わないものとされたが、<sup>(29)</sup>なお特別審理官を調査から完全に分離することはほぼ不可能であったことに加えて、<sup>(30)</sup>訴訟権と裁決権との分離は計られておらず、<sup>(31)</sup>さらに特別審理官は司法長官及び移民帰化局地方長官の指揮監督に服していたのである。<sup>(32)</sup>その結果、特別審理官の判断が人種的偏見と敵愾心によって左右

される危険が多分にあり、特に国家安全保障の見地からなされる政治的理由に基づく入国許否・退去強制事由が適用される場合にはこの危険性がさらに増すであろうことが指摘されていた。<sup>(33)</sup>

三 一九五二年法の採用した職能分離の形態が行政手続法及びデュー・プロセスに反するか否かが争われたのがマーセロ事件<sup>(34)</sup>である。この事件ではしかし連邦最高裁は、一九五二年法の制定経緯からして行政手続法の適用は退去強制処分にはないことを詳細に説示した後、<sup>(35)</sup>デュー・プロセスとの関係については、本件制度の下でデュー・プロセスとの関係が問題となる点は、特別審理官が調査訴追権を有する官吏の指揮監督下にあることであると上で、このような制度がヒアリングの公正さを奪うものであることを裏付ける先例はないこと、及び連邦議会が移民事項に対して特に広い裁量権を行使する際に考慮することができると特別の考慮要素があることを理由として、職能分離制度がデュー・プロセスに反するとの主張を簡単に退けている。<sup>(36)</sup>右の説示を展開するにあたって、マーセロ判決はウォン・ヤン・サン判決にまったく言及していないのである。

マーセロ判決とウォン・ヤン・サン判決との間には、争われた制度の内容に変化がみられるため、両判決の理由づきの間に抵触が存するか否かは必ずしも一義的に明白とはいえないが、マーセロ判決の右説示に対しては、ウォン・ヤン・サン判決を完全に無視するものとの評価があること<sup>(37)</sup>に留意すべきである。ウォン・ヤン・サン判決の持つ意義が、マーセロ判決によりかなりの限定を受けている可能性があるからである。なお、マーセロ判決には二つの反対意見が付されているが、ダグラスによるそれは事後法の禁止に依拠するものであり、またブラック（フランクファーター同調）<sup>(38)</sup>は行政手続法の規定の適用を認めようとするものであるが、憲法判断を回避している。

四 このように退去強制処分手続について一九五二年法制定当初の職能分離制度は連邦最高裁により合憲であると判断されたものの、これに対する制度論としての批判はなお残されていた。ある論者は一九五二年法の下での職能分離に

向けられた批判を三点に要約している。<sup>(39)</sup> 第一は聴聞官に法的な訓練が欠けている者が任命されていることであり、第二は特別審理官が調査訴追権限を行使した個別の事案でヒアリングを行うことは禁止されたものの、なお訴追権限と裁決権限とを行使することが認められており、職能分離が不完全であること、第三は聴聞官(すなわち特別審理官)が移民帰化局の官吏により指揮監督を受けておりこれは適正とはいえない、ということである。これら三つの欠点は一九五六年に行われた制度改正によりある程度克服されることとなった。すなわち、第一の点については特別審理官の占めるすべての地位に法曹有資格者が任命されることとされ、<sup>(41)</sup> 第二の点については、相手方外国人が退去強制事由該当性を争っている場合につき、<sup>(42)</sup> 当該事案の訴追に関する局面と裁決に関する局面とを分け、前者の役割を担うものとして訴追担当官 (trial attorney) が任命され、特別審理官は後者の役割のみを行うこととなった。<sup>(43)</sup> さらに、第三点目の批判に対応するために、特別審理官に対して直接の指揮監督権をもつ者を地方特別審理官 (Regional Special Inquiry Officers) とした。地方特別審理官は主席特別審理官 (Chief Special Inquiry Officer) に対してのみ責任を負うものとされ、<sup>(44)</sup> こうすることによって、訴追・調査権限をもつ移民帰化局官吏から特別審理官を分離することをはかかったのである。<sup>(45)</sup> しかし、このようない九五六年の規則改正によってもなお特別審理官が移民帰化局の一部とされていたため、その職務の独立性が十分であるとの批判にさらされていた。<sup>(46)</sup> 既に述べたように、特別審理官の権能が裁決に限定され、かつその職の独立性が維持されるようになったのは、一九八三年に新たに創設された移民審査行政局 (Executive Office for Immigration Review) に特別審理官が移され、すべての特別審理官は法曹有資格者 (attorneys) であり、その唯一の責務が裁決を行うこととされるようになってからである。

五 合衆国移民法ではこのように一九五二年法制定以降も職能分離が進められてきた。しかし、連邦最高裁判決であるマーセロ判決によれば、一九五二年法の定める職能分離制度であっても手続的デュー・プロセスの要請を満たすとこ

ろとされたのである。そして、退去強制手続に限っていえば、一九五二年法下で制定された手続制度自体に対して、違憲の疑いを表明する裁判例は、下級審判例を含めて、皆無であり、制度に対する裁判所の信頼感はかなり確固たるものとなっている。したがって、手続的デュー・プロセスという憲法上の視点から法制度に対する疑義を表明しつつ、憲法上の要請を充足するために如何なる解釈を施すべきか、を明示的に考慮する、というウォン・ヤン・サン判決型の判決は、この後影を潜め、争点は専ら法律解釈の問題となる。かくして、以上述べた憲法上の争点をめぐる裁判例もまた、その基本的部分については修正を受けることなく確立することとなり、現在に至っているのである。<sup>(48)</sup>では法律解釈としては裁決権者の独立はどのような形で問題とされてきたのであろうか。次節ではこの点を取り上げる。

### 第三節 処分権者の公正

一 処分権者の公正が争われる局面は大きく二つに分けることができよう。一つは、裁決権者の公正を制度的に担保すべき職能分離がいかなる程度要求されるかという側面であり、一つは、裁決権者が個別の事案において「偏見」(bias)を有するとされるか否かという側面である。これら二つの側面のうち、職能の分離ないし融合の形態は専ら法律上の規定により左右されるところであるから、これに対する法的な攻撃を加えるためには——本稿が検討対象とする出入国管理・国籍法のように行政手続法の規定の適用がないとされる場合には特に——憲法に依拠せざるを得ないこととなる。<sup>(49)</sup>しかし、本章の冒頭で述べたように、この点については判例は完全に固まっておらず、みるべきところはない。従って、ここでは専ら後者の側面に議論を限定する。

二 処分権者の「偏見」はその性格によりいくつかに区分することができるので<sup>(50)</sup>あるが、退去強制ヒアリングにおい

て従来争われた特別審理官の「偏見」は、専ら処分根拠事実 (adjudicative facts) に対する先行判断 (prejudgment) が介在していたといえるか否か、というコンテキストで登場してくる。この点につき、以下、一般行政手続の場合と対比しつつ考察を試みる。

(53) 処分根拠事実に対する先行判断として移民法の歴史上もつとも問題とされた点は、同一案件での「職能融合」であった。他の行政手続においては、調査権限と訴追権限との結合した形態であるにもかかわらず、ヒアリングがデュー・プロセスにより要求されることもあるが、移民法上は、このようなことには違憲の疑いが強い。すなわち、ウォン・ヤン・サン判決は、一応行政手続法の適用という形で一九一七年移民法下の職能融合を違法と判断したのであるが、そこでは行政手続法の適用という形で解決されないとすれば違憲の疑いが生ずる旨説示している。(56) これは、移民法上の手続の公正さが右の「職能融合」によりかなりの程度浸食されているという認識、及び、処分の結果が与える被処分者に対する打撃の程度の大きさに由来するものと推測される。他方、一九五二年法により同一案件における職能分離が実現され、これについてはマーセロ判決が、少なくとも職能分離制度自体についてはデュー・プロセスに反しない、としているのである。

三 次に、処分根拠事実をヒアリングの前に知っていた、という意味での「偏見」が問題となることがある。この種の「偏見」が手続上の瑕疵をもたらすか否かについての一般的な判断枠組みは連邦最高裁により確立したところとなっているようである。(59) すなわち、それは、「非対審構造を採っている調査手続において提示された証拠につき知見を得た」ということのみによつては、対審構造を採っている後のヒアリングにおける委員会メンバーの公正さを損なうということとできない」というものである。(60) 右説示の妥当範囲は各委員会の性格により左右されるものの如くであるが、少なくとも退去強制ヒアリングにおける特別審理官は、その範囲に含ましめられるものと考えてよい。(62)

四 では、処分根拠事実を事前に認識していたといふとどまらず、処分根拠事実に対する自らの見解を処分権者がヒアリングに先立って明示している場合、どのように評価されることとなろうか。このような場合には、ヒアリング開始前に処分の決定が事実上なされており、爾後のヒアリング手続が実質的には無意味なものとなるためであろうか、一般的には処分権者の「偏見」が認定されやすいようである。<sup>(63)</sup> 退去強制ヒアリングにおいて、純然たる形でこの種の「偏見」が問題とされたことはないため、推測の域を出ないが、同様の事理が原則として適用されるものと思われる。

五 処分根拠事実に対する先行判断という限定された局面においてのみではあるが、このように、退去強制ヒアリングにおける処分権者の「偏見」は、通常の行政手続におけるそれとほぼ同一線上で考えることができるものと思われる。ただし、ここで一つ残された問題は、退去強制ヒアリングにおいて「偏見」の存在なしとの結論に至る理論構成である。必ずしも多数とはいえない判決例は、ある場合には「偏見」の存在を処分相手方たる外国人が立証していないと述べ、<sup>(65)</sup> 時に「偏見」の存在を疑わしめる行為があったとしても相手方にとってそれが不利益な瑕疵といえないと説示し、<sup>(66)</sup> あるいは、他に十分な手続的機会の保障があり不利益とはいえないと判断している。<sup>(67)</sup> ここでもやはり不利益な瑕疵のテストが適用されているわけであるが、その内容はそれぞれ異なる。すなわち、第一のタイプの判決はそもそも「偏見」の存在の立証がない、というのに対して、第二のタイプは、処分の実体的違法性を左右する瑕疵といえるか否かを問題とするものであり、さらに第三のタイプの判決は処分権者の公正と他の手続的保障とのトレード・オフ関係を前提とするものである。これらはいずれも他の手続要件をめぐる裁判例上も登場することとなる判断方法であり、処分権者の公正につき特殊に存在しているものではない。しかし、一九一七年法下の諸判決を分析した際にも指摘した問題点が、特に右の第三の判断方法には当てはまる。第三のタイプのテストの問題とは、処分の相手方の権利保障を厚くしてもそれは処分権者の公正の要請を弱める要因には必ずしも結びつかない、ということである。第三のタイプのテストを用いること

がどれほど一般性を有するか不明であるが、このようにトレード・オフの関係には立ち得ない手続要件の充足を持ち出して、手続の瑕疵の有する不利益性の判断を行うことは、<sup>(70)</sup>あり得る一つの手法ではあるが、疑問の残るところである。

#### 第四節 本章のまとめ

一 翻つて考えるに、一九五〇年代初頭は合衆国移民法が大きく動揺した時期であつたといえよう。すなわち、判例理論は、一方で入国許否手続につき外国人の手続的保障を否定するクナウフ判決及びメツアイ判決<sup>(71)</sup>を出しながら、他方では退去強制手続につきウォン・ヤン・サン判決により制度上予定されている以上に厳しい手続保障を認め、さらにクオン・ハイ・チュウ判決で「再入国」手続に手続的保障を及ぼそうとしたのである。<sup>(72)</sup>もちろんそれぞれの判断を分ける理論を連邦最高裁は示していたわけではあるが、全体としてみた場合には、判例理論は手続保障肯定と否定との間を右往左往していたようにみえる。制度的には、ウォン・ヤン・サン判決を契機に一九五〇年に移民法改正がされ、手続面ではこれを受け継ぐ形で現行の一九五二年法が制定されたことは既に述べたとおりである。<sup>(73)</sup>

二 移民法をめぐるこのような制度的・理論的動向の背景にあつたものは、一九四六年に制定された行政手続法の存在と、マッカーシズムであつたように思われる。まず判例理論に目を向けるならば、クナウフ判決及びメツアイ判決で問題となつたことは、緊急時の国家緊急権の下に発せられた規則に基づいて、その開示が公益に反すると認められる機密情報を根拠として司法長官が入国拒否をしたことの是非であり、<sup>(74)</sup>戦争権限に基づき発せられた規則を適用されながら、当事者はマッカーシズムの嵐のまっただ中に投げ込まれた形で展開された事案であつた。<sup>(75)</sup>両判決で展開された判例理論にはもちろんマッカーシズムの直接的な影響があつたことを見て取ることはできないが、入国拒否処分に手続的デ

ユー・プロセスの適用を否定することにより、結果的には判例理論は当事者をめぐるこのような状況を容認する形で機能することとなってしまったのである。しかし、このような判例理論から当事者に発生する過酷な結果を緩和する効果を産むこととなったのが、クオン・ハイ・チュー判決で示された理論とこれを発展させた後のプラゼンシア判決<sup>(80)</sup>であったことは既に述べたところである。<sup>(81)</sup>他方、行政手続法の存在なしにウォン・ヤン・サン判決を考慮することができないことはいままでもない。このように、移民法をめぐる当時の判例理論を全体としてみると、行政手続法を中心とする手続保障の利益の肯定と、マッカーシズムに裏打ちされた手続的利益の否定との間で判例理論は動揺していたと要約することができよう。

次に制度に目を移すと、そこにはより明確な形で行政手続法の存在とマッカーシズムという両者の影響が現れている。確かに一九五二年法は、実体的な入国拒否・退去強制事由をどのようにするかについては連邦最高裁は連邦議会の絶対的権限を認めており、<sup>(82)</sup>、実体的な入国拒否・退去強制事由をどのようにするかについては連邦最高裁は連邦議会の絶対的権限を認めており、<sup>(83)</sup>これを憲法により制約するという発想はみられない。しかし、手続面については、既に見たように、一九五二年法は行政手続法をモデルとしたものといわれており、<sup>(84)</sup>いかに一九五二年法が行政手続法の適用を除外しているとはいえ、処分の相手方の手続的利益を大幅に認める内容となっている。制度を全体としてみた場合には、実体面では国家主権に基づく利益を優先させた代わりに、手続面で外国人の利益を尊重するものとなっていると、把握できないわけではないであろう。そして、このように制度の中で手続保障の利益を正面から認める大きなきっかけとなったものがウォン・ヤン・サン判決であった。<sup>(85)</sup>

三 このように考えるならば、確かにウォン・ヤン・サン判決の判例法としての意義は、現行法により行政手続法が適用除外とされたこととマーセロ判決<sup>(86)</sup>の存在とによってかなり希釈されたものの、この判決が移民法の手続内容をい

ば「行政手続法化」するきつかけとなったことを考えるならば、この判決のもつ意義は決して小さくなかったといえる。そして、制度的に手続保障が充実したことにより、手続保障が重視される素地が生まれたものと推測できる。次章で検討するように、現行法下の裁判例は一九一七年法下に比べて手続要件を厳格に捉えるようになってきているが、そのような変化が発生した大きな要因は右の点に求めることができるものと筆者は考えている。

四 もつとも、右のようなある意味では一般的抽象的な意義を越えた判例法としての意義をウォン・ヤン・サン判決が失っていることも事実である。また、制度を前提として考えても、現在では裁決権者の公正への配慮はかなりの程度行き届いたものとなっており、現行制度は、たとえデュー・プロセスに依拠して攻撃しても、これを十分クリアーできる内容となっている。従って、実際の紛争で提起される問題点は運用のレベルのものに限定されることとなるのである。

そこで、裁決権者の公正につきこれまで検討した裁判例の特徴をごく簡単に要約するならば、第一に、手続的瑕疵が「不利益な瑕疵」に該当するか否かを判断する際に、裁決権者の公正についてはいまだに強い実体的志向性が強く残存しているといえること、第二に、他の手続的権利保障と裁決権者の公正の要請とのトレード・オフ関係を存在を示唆する裁判例が存在することである。<sup>(87)</sup> 第二点にかかわる裁判例はわずか一件のみであるが、この是非はともかくとして、この裁判例が示している発想そのものは重要な点を含んでいるように思われる。というのは、右の考え方に依拠すると、手続保障の瑕疵を検討するときには、裁決権者の公正がそれとして問題となるというよりも、処分の相手方に与えられた手続的権利保障の瑕疵の方がより重要な問題点である、ということとなるからである。この論理を前提としたものではもちろんないのだが、近年の裁判例をみると、裁決権者の公正に関する争点はそれ自体としては提起されることはなく——その原因は裁決権者の公正が制度的に充実したことにあるが——、処分の相手方に付与された手続上の諸権利が適正に保障されているかという紛争形態になっている。次章ではこれをめぐる裁判例を検討する。

- (1) See DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TEXT 258 (3d. Ed. 1972). 合衆国における分離の形態に関する論争については、やや古い「小高剛「聴聞審理官の機能について——適性手続要請の側面——」『立命館法学』三五号五九一六五頁（一九六〇）、「同」米国内政過程と機能分離について——英米行政過程における手続的適正（四）——」『立命館法学』五七・五八号五七一―七九頁（一九六四）を参照されたい。
- (2) 鶴飼信成編『行政手続の研究』七四頁（猪股幸一執筆・一九六一）。宇賀克也『アメリカ行政法』七四―五頁（一九八八）に行政手続法に規定されている職能分離が解説されている。
- (3) See DAVIS, *supra* n. (1) at 258-59. なお全国労働関係局の職能分離形態の歴史については道幸哲也『不当労働行為救済の法理論』一三―一四頁、四三頁（一九八八）参照。なお、道幸・同右書四四頁注（2）は全国労働関係局の職能分離形態は「完全な内部分離」と評しており、この評価が最も適切であるように筆者には思われる。
- (4) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面（二）」『北大法学論集』四〇巻四号九〇〇頁（一九九〇）参照。
- (5) See H. R. 6652, 80th Cong., 2d Sess., 94 CONG. REC. 6374 (1948), House Judiciary Comm., 94 CONG. REC. 6374 (1948)
- (6) もう一つの根拠は「移民規制権限の行使が政治的機能及び外交事項ときわめて密接に結び付いており、行政手続法の規制対象とすることが適切ではなから」ということであつたといわれている。See Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 31-2 (1984).
- (7) 行政手続法七条及び八条「5 U. S. C. §§1006, 1007.
- (8) Note, *Deportation and Exclusion: A Continuing Dialogue between Congress and the Courts*, 71 YALE L. J. 760, 767 (1962).
- (9) この点については川原謙一『米国内政強制定法の研究』四九二―四九四頁（一九六四）に詳し。
- (10) 339 U. S. 33 (1950).
- (11) この判決の内容及びこれをめぐる論争については川原・前掲書注（9）四九四―五〇二頁に詳し。
- (12) See e. g., SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 418-20 (2nd Ed. 1984). その他「本件評釈たる Recent Decisions, 25 N. Y. U. L. REV. 639, 642 (1950), Comments, 48 MICH. L. REV. 1127, 1129 (1950) もこの点を指摘している。なお成田頼明編『行政手続の比較研究』二七〇頁（外間寛執筆）（一九八一）参照。
- (13) 川原・前掲書注（9）五〇〇頁以下参照。

- (14) 5 U. S. C. §554 (d). 「ある事件について行政機関のために調査もしくは訴追の職務を行う官吏、被用者または代理人は、当該事件またはこれと事実上関連ある事件において、第八条に従ってなされる決定、決定の勧告または行政機関による再審査に関与し、または助言をしてはならない」との規定(訳は道幸・前掲書注(3)一三一―一四頁を参考にした。)である。
- (15) Wong Yang Sung v. Clark, 80 F. Supp. 235 (D. Colum. 1948).
- (16) Wong Yang Sung v. Clark, 174 F. 2d 158 (D. C. Cir. 1949).
- (17) 本件法廷意見によれば、「行政手続法第五条(c)項が退去強制手続にも適用されるか否かを判断する際には二つの問題点がある(339 U. S. at 48)」。すなわち、①行政手続法第五条(5 U. S. C. §554 (a))は「法律により要求されている」ヒアリングについての適用を意図しているが、一九一七年移民法には法律上ヒアリングについての定めがなく、ヒアリングは手続的デュー・プロセスの要請するところとされている。この場合、行政手続法第五条の適用はあるか。②行政手続法第七条(a)項(5 U. S. C. §556 (a))の但し書——「ただし、この法律の規定は、特に他の法律によつて設けられた指名された委員会または官吏が、特定の種類の手続を行うことを、全面的にも部分的にも妨げるものではない。」(杉村敏正『行政手続法』七八頁(一九七三)の訳による。)——により、退去強制ヒアリングは行政手続法第五条の要件を免れ得るか、の二点である。これらのうち、①については、「法律により要求される」という限定を行政手続法が付した趣旨は、法律以下の効力を有するもの、つまり行政機関の定める規則等に基づいてなされるヒアリングには当該条項が適用されない、ということであり、法律以上の効力を有するものにより要求される条項が適用されない、ということであり、法律以上の効力を有するものにより要求されるヒアリングには当該条項は適用される、とし(339 U. S. at 50)、②については、一九一七年移民法は、入国審査官が退去強制手続で行うヒアリングの形態を特定して定めているわけではない、として(Id. at 51-52)、退去強制ヒアリングへの行政手続法第五条の適用を認めている。
- (18) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(五)」『北大法学論集』四二巻三号七八七―八八頁(一九九二)参照。
- (19) 339 U. S. at 50-51.
- (20) See *id.*
- (21) GORDON & MAILMAN, 2 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE §5. 7a. 5-76. 4 (1989).
- (22) Supplemental Appropriation Act of 1951, 64 Stat. 1048.

- (23) 川原・前掲書注(9)五〇〇〜一頁参照。See also Note, *supra* n. (8) at 767-73, *Marcello v. Bonds*, 349 U. S. 302, 306-10 (1954).
- (24) 一九五一年度補正予算については see H. Rep. No. 2987, 81st Cong., 2d Sess. at 13-4, 一九五二年出入国管理国籍法に於ては see H. Rep. No. 1365, 82nd Cong., 2d sess., at 55-6. See also 98 CONG. REC. 5626, GORDON & MAILMAN, *supra* n. (21) at 5-77.
- (25) 小高剛「行政過程における正式手続の制限及び排除について——英米行政過程における手続的正義(五)——」『立命館法学』六三・六四号五五二頁(一九六五)参照。
- (26) 8 U. S. C. §242 (b).
- (27) 連邦最高裁もまた退去強制処分手続には行政手続法の適用はないことを承認した。See *Marcello v. Bonds*, 349 U. S. 302, 308-310 (1955).
- (28) 川原・前掲書注(9)五〇三頁参照。
- (29) 一九五二年法第二四二条(ロ)。8 U. S. C. §1252 (b).
- (30) See Note, *Deportation and Due Process*, 5 STAN. L. REV. 722, 732-33 (1953).
- (31) 以上の点については既に第一部第一章第三節で紹介したところである。なお、このような職能分離は行政手続法が定めつつある内部分離以下の分離形態と位置づけられてゐる。See DAVIS, *supra* n. (1) at 270 (3d Ed. 1972).
- (32) See e. g., BREYER-STEWART, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY 739 (1979).
- (33) この点については小高・前掲注(25)五六〇頁参照。
- (34) *Marcello v. Bonds*, 349 U. S. 302 (1955). なお本判決については田中館照橋「英米行政法と大陸行政法(八六)：わが国の行政手続法制とアメリカの適正手続(3)——アメリカにおける「機能の分離」の理論の動向(3)」判時一二二五号四一〜二頁にも紹介がある。
- (35) *Id.* at 306-310.
- (36) *Id.* at 311.
- (37) Note, *supra* n. (8) at 772 n. 64 (1962).

- (38) 349 U. S. at 315.
- (39) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (21) at 5-78-79.
- (40) この点についてはさらに小高・前掲注(25)五六〇―六一頁参照。
- (41) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (21) at 5-78.
- (42) 外国人が退去強制事由の該当性を認めている場合には、特別審理官のなすべきことは、外国人が認めている事実により相手方に退去強制処分を課することができるか否かを判断した上で、裁量的救済申請が出されている場合にはその点についての判断を下す、という点に限定されることとなった。See *id.* at 5-78.
- (43) *Id.* at 5-78-79.
- (44) *Id.* at 5-79.
- (45) See *e. g.*, Lopez-Lopez, *The Rights of Aliens in Deportation and Exclusion*, 20 IDAHO L. REV. 731, 750-51 (1984), Levinson, *A Specialized Court for Immigration Hearings and Appeals*, 56 NOTRE DOME LAWYER, 644, 645-47 (1981).
- (46) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(二)」『北大法学論集』四〇巻四号九一九頁(一九九〇)。
- (47) なお Galvan v. Press, 347 U. S. 522 (1954), Mathews v. Diaz, 426 U. S. 67 (1976) を引用しつつ、比較的最近、出入国管理権限と実体的デュー・プロセスとの関連について判例理論が変化しつつあることを指摘する見解もある(WEISBRODT, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE 35 (1984)) が、にわかには首肯し難い。
- (48) もちろん Landon v. Plascencia 判決により、特に入国許否権限と手続的デュー・プロセスとの関係についての判例理論は一定の変容を受けたものといえることについては第一部第四章参照。
- (49) See SCHWARTZ, *supra* n. (12) at 331. さらにこの問題の根底にはデュー・プロセスとかかわる部分があるものの、裁判所は、ウォン・ヤン・サン判決を除いて、リターシティブをとったことがないことが指摘されている。DAVIS, *supra* n. (1) at 270
- (50) DAVIS, 3 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 371 (2nd Ed. 1980) は、「偏見」(bias) が問題とされている脈絡を五つに分けている。①法律ないし政策問題についての先行判断 ②立法事実 (legislative facts: 田中英夫『英米法のことば』七四頁(一九八六)以下参照。) に関する先行判断 ③争点となっている処分根拠事実を、処分に先立ちあらかじめ認識していること、

④ 処分の相手方個人に対する偏見・先入観、⑤ 処分決定により処分権者が利益を得ること、である。

(51) やや問題となるのは、前掲注(50)④のタイプの「偏見」とマーセロ判決(Marcello v. Bond, 349 U. S. 302 (1955))の事実との関係である。後にやや詳しく述べるように、処分の相手方たる個人につき、司法長官がかなりの偏見を聴聞官に植え付けるであろう言動をなしているからである。ただ、判決は、そのような司法長官の言動により特別審理官の認定が左右されたとの立証なし、としており、特別審理官自身が個人に対する偏見を有しているとはいえない、という形で問題は処理されたのである。

(52) これについては DAVIS, *supra* n. (50) at 371ff を参考にした。

(53) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(七)」『北大法学論集』四三巻六号一四九二—九九三頁(一九九三)参照。

(54) See e. g., Goss v. Lopez, 419 U. S. 565 (1975)；高校生の停学とデュー・プロセス), Wolff v. McDonnell, 418 U. S. 539 (1974)；収監者への自由時間付与拒否とデュー・プロセス)。

(55) Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U. S. 33 (1950)。

(56) *Id.* at 50.

(57) See *id.* at 50-51.

(58) Marcello v. Bonds, 349 U. S. 302 (1955)。

(59) DAVIS, *supra* n. (50) at 384.

(60) Withrow v. Larkin, 421 U. S. 35, 55 (1975)；医師の違法行為を調査し、それとともにその免許停止に関するヒアリングを行う医療審査会の権限行使がデュー・プロセスに反するか否かが争われた事例。調査過程は非公開ではあるが処分の相手方及びその代理人は手続過程全体で関与することを許されていること、代理人は実際にもヒアリングに出廷し、委員会に提示された諸々の事実を知っていること、委員会がその調査により偏見をいだかされたことを疑わしめる特定の証拠も示されていないこと、もまた偏頗の存在を否定する理由とされている。

(61) この点につき DAVIS, *supra* n. (50) at 385ff；Morrisey v. Brewer, 408 U. S. 471 (1972)；仮釈放の取消と手続的デュー・プロセスとの関係が争われた事案)と Hortonville Joint School District No. 1 v. Hortonville Educational Association, 426 U. S. 482 (1976)；州法上禁止されているにもかかわらずストライキに参加したとして州教育委員会により解雇されて教師が、

教育委員会による本件解雇を手続的デュー・プロセス違反と主張して右解雇を争った事例。ストの相手方もまた教育委員会であったため、懲戒権者としての教育委員会が公正 (impartial) といえるか否かが争われた。) とを対比しつつ論じている。前者では parole officer (仮釈放を受けた者が仮釈放の条件に従って行動・生活しているか否かを調査し、仮釈放審査会 (The Board of Parole) に報告する責任を負う。) の公正さが、また後者では教育委員会の公正さが争われたが、連邦最高裁は parole officer と教育委員会との性格の差をひとつの論拠としつつ、前者につき公正な処分権者たることを否定、後者につきこれを肯定している。

(62) See *Acosta v. Landon*, 125 F. Supp. 434 (S. D. Cal. 1954) : 退去強制停止申請に関する事案。政府側の代理人に聴聞官が私的に相談した、ということは、通例なされることとはいえないが、そのことだけでは「偏見」の存在の立証なしとする。David v. INS, 548 F. 2d 219 (8th Cir. 1977) : 特別審理官と trial attorney が昼食をとみにしたことのみに「偏見」の存在の立証は無とされた。

(63) DAVIS, *supra* n. (50) at 382-83

(64) 例えば特別審理官が、処分の相手方となるべき (すなわちヒアリングに出廷すべき) 外国人の退去強制事由該当性につき、ヒアリング前に、処分の行方に関する自己の見解を述べた、という事例は存しない。ただし、この点との関係で移民法上最も問題となるであろう事例はマーセロ判決 (前掲注 (58)) のそれである。本件では退去強制事由該当性自体ではなく、裁量の救済申請のためのヒアリング再開の可否が争われたのであるが、処分の相手方は、退去強制処分に付すべき外国人に関する司法長官のリストが存在すること、及び彼が逮捕された日に司法長官が彼について、ふらちな外国人であり断固退去強制すべし、と公の場で述べており、それにより特別審理官が予断をもってヒアリングを行った、と主張している。判決はいずれの点についても、それらにより特別審理官の認定が左右されたことの立証なしとして、外国人側の主張を排斥している。(349 U.S. at 312-13)。本件では退去強制事由該当性については争われておらず、他方裁量の救済をめぐる手続要件は非常に緩く解されていること、形式的には特別審理官は司法長官とは別個独立の判断主体であることから、判旨にも一応の根拠がある。また、再開前の第一次ヒアリングにおいて、裁量の救済の資格を基礎づけ得る事実が提示されていたか否かは必ずしも判決 (地裁 (United States ex rel. Marcello v. Ahrens, 113 F. Supp. 22 (E. D. La. 1953))、控訴審 (Marcello v. Ahrens, 212 F. 2d 830 (5th Cir. 1954)) を通じて) から明らかではなからため、判決の立論の正当性を軽々

に論ずることはできない。しかし、特別審理官の形式的な独立性が実際にはかなり疑問視されていたこと (See *supra* n. (45)) に鑑みると、特別審理官の判断と司法長官の言動とが断絶したものと見えるか否かには疑義が生じよう。また、退去強制ヒアリングの聴聞官と裁量の救済申請に関するヒアリングのそれとが同一であっても、そのことのみからは「偏見」の立証なしとする *Mackay v. McAlexander*, 268 F. 2d 35 (9th Cir. 1959) がある。

- (65) See *Marcello v. Bonds*, *supra* n. (58) at 312-13.
- (66) See *Acosta v. Landon*, *supra* n. (62) at 439 (正確に説示を翻訳すれば、「政府側代理人と聴聞官とが」私的に相談する、と云うことは、やや通例と異なるものの、そのことをもって不利益な瑕疵と分類することはほぼ不可能である」という)。
- (67) See *David v. INS*, *supra* n. (62) at 222.
- (68) 拙稿・前掲注 (53) 一四五七～五八頁参照。
- (69) 一九一七年法下については拙稿・同右一四九二頁参照。
- (70) このタイプの瑕疵判断基準を多少なりとも提示している判決は、筆者の知る限り、退去強制手続関係では *David v. INS*, *supra* n. (62) 一件のみである。
- (71) *United States ex rel. Knaut v. Shaughnessy*, 338 U. S. 537 (1950).
- (72) *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U. S. 206 (1953). これらの二つの判決については拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(三)」『北大法学論集』四一巻一、号六二七～四三頁(一九九〇)参照。
- (73) 本章第一節参照。
- (74) *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U. S. 590 (1953).
- (75) 拙稿・前掲注 (72) 六四三～四四頁参照。
- (76) 内容については拙稿・同右六四五～四八頁参照。
- (77) 本章第一節参照。
- (78) 拙稿・前掲注 (72) 六三七～三八頁、六四〇頁及び六五七頁参照。
- (79) See *HULL, WITHOUT JUSTICE FOR ALL — THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF ALIENS*, 57 (1985).
- (80) *Landon v. Plasencia*, 489 U. S. 21 (1982).

- (81) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(六)」、『北大法学論集』四二巻五号一三三七―四四頁(一九九二)参照。
- (82) この点の分析については新井信行「アメリカにおける退去強制制度の憲法的考察」、『広島法学』一五巻二号七六頁以下参照。
- (83) 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』三四巻五号八六―二頁以下(一九八四)参照。
- (84) 本章第二節参照。
- (85) 退去強制手続に手続的デュー・プロセスの適用があるとするリーディング・ケースは日本人移民事件(Yamataya v. Fisher (Japanese Immigrant Case), 189 U.S. 86 (1902))ではある(拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(五)」)『北大法学論集』四二巻三三七―八四頁(一九九二)が、本文で述べたような意味からすると、ウォン・ヤン・サン判決をもって外国人にデュー・プロセスの適用を認めたりディング・ケースと位置づけること(小高・前掲注(25)五五―二頁)もできるであろう。
- (86) Marcello v. Bonds, *supra* n. (58).
- (87) 本章第三節参照。
- (88) David v. INS, *supra* n. (62).

### 第三章 手続的瑕疵の判断と手続の実効的保護

既に第一部第一章で述べた述べたように、個別の手続要件は今や法律によりかなり詳細に規定されており、従っていかなる手続が退去強制処分には必要とされるかという要件論という側面から、これら手続についての裁判例を検討することは必ずしも大きいとはいえない。そこで、以下各要件の具体的内容を裁判例にそくして検討しつつ、さらに、各要

件が一連の手続の中でいかなる重みを有しているか——これは一九一七年法下の裁判例の検討でも行ったことである——をも検討する。<sup>(1)</sup> 後者の検討の視角としては、各手続要件の瑕疵が処分の違法判断をどの程度左右するか、を設定することが有効である。<sup>(2)</sup> 本章でも、第二部第一章における同じように、このような分析を行いつつ、手続的瑕疵と取消事由との関係がどのような形で処理されているかを考察し、それによって、一方では各手続要件の「核」となるものは何かを探りつつ、他方で手続的権利を実効的に保護するために裁判所がどのような手法を用いているかを抽出することを目的とする。

### 第一節 処分事由の告知<sup>(3)</sup>

一 一般論として、現在の裁判例<sup>(4)</sup>の解釈によれば、処分の相手方たる外国人が退去強制処分の性格及び退去強制事由の内容の告知を受けるべきことが、憲法上の要請であることは確立したとみてよい。<sup>(5)</sup> 問題となることは十分な告知といえるための具体的な告知内容である。これとの関係でもやはり刑事手続との対比が持ち出されることがあるが、収容令状・退去強制令状の記載内容は起訴状ほどの様式性や詳しさを備えている必要はないことが指摘されている。<sup>(6)</sup> また、処分の相手方たる外国人に尋問に先立ちミランダ警告が与えられるべきか否かが争われることもあるが、この点でも退去強制手続が刑事手続ではないことを理由として、ミランダ警告は不要と解されている。<sup>(7)</sup>

二 では「十分な告知」といえるための積極的要件は何か。必ずしも多数とはいえない裁判例をまとめると、次のようにいうことができよう。つまり、処分の根拠事実を、<sup>(8)</sup> それに対して反駁するための証言を外国人が可能なものとする程度に明確に、記載することである。<sup>(9)</sup> そして、一九一七年法下におけると同様、現行法下においても、右の点の検討は、

専ら、処分の相手方の反駁の機会に影響を与えるような瑕疵といえるか否か、という視点よりなされていることが特徴である。<sup>(10)</sup> すなわち、処分を根拠づけるものとして理由立証命令等に記載されている事実には瑕疵が存在しているとしても、それに対して反駁することによつては処分の効果が覆されないような事項に関する瑕疵であるとすれば、<sup>(11)</sup> 当該瑕疵の存在は手続の瑕疵として認定されるようなことはなく、<sup>(12)</sup> また告知時期についても、処分の相手方の反駁活動を妨げるものといえない限り、<sup>(13)</sup> 時宜になつたものとされることとなる。<sup>(14)</sup>

## 第二節 処分の相手方による証拠の提示

一 ヒアリングでの証拠の提示を行うためには、その前提として、当然、ヒアリングに出廷する権利が保障されていなくてはならない。この権利がデュー・プロセスの一内容であることは、<sup>(15)</sup> 既に一九一七年法下においても確立したところであるが、これはあくまでも機会の保障であることに留意を要する。つまり、現行法の規定<sup>(16)</sup> によれば、処分の相手方にはヒアリング出廷のための合理的機会が与えられていることをもつて、右の権利は充足されるのであつて、<sup>(17)</sup> このような機会さえ与えられていれば、たとえ処分の相手方が現実に出廷しなかつたとしても、右の権利が侵害されたことにはならない。<sup>(18)</sup>

もつとも、当該権利の性格がこのように機会の保障であるとはいへ、法律上、処分の相手方抜きで手続を進行することができるとは、相手方が出廷しないということにつき合理的理由のない場合に限られ、<sup>(19)</sup> かつ、実際には相手方抜きで手続が進捗することはほとんどないといわれていること<sup>(20)</sup> に注意しなくてはならない。処分の相手方のヒアリング出廷は、その後の防御活動にとつて不可欠なものである故、それが「機会の保障」であるとはいつても、かなりの程度「結果の

保障」と近いものであることが、デュー・プロセス上要求されるものと解せられよう。

二 以上のヒアリング出廷の権利が保障されていることを前提として、デュー・プロセスの<sup>(21)</sup>一内容たる証拠の提示権が考えられることになる。この点法律は、処分の相手方が自己に有利な証拠<sup>(22)</sup>を提示する合理的な機会を与えられるべき旨定めている<sup>(24)</sup>。現行法制下において証拠提示権の瑕疵としてもっとも問題となりうるものは、ヒアリングの閉廷及び処分の相手方の論拠を記録に記載しないこと、であろう。

まず前者についてであるが、ヒアリングを閉廷することは特別審理官の裁量とされてはいるものの<sup>(25)</sup>、その裁量権行使が合理的か否かが諸々の状況に照らして判断されることとなる<sup>(26)</sup>。右の判断にあたっては、特別審理官が処分の相手方に対して、さらにヒアリングを続行する必要性を示すよう告知しているか否か、が一つのポイントとなろう<sup>(27)</sup>。しかし、右の告知の後、処分の相手方が続行の必要性を示す前であつても、退去強制事由該当性が導き出される事実が自白されている場合には、口頭弁論を行つても付け加えられるべきものが何もないことを理由に、ヒアリング閉廷を適法とする裁判例もある<sup>(28)</sup>。ヒアリングで提示される証拠には裁量的救済を有利に導くためのものも含まれている<sup>(29)</sup>ことからすれば右の裁判例には疑問があるが、<sup>(30)</sup>実体判断に影響を及ぼさないようなヒアリング閉廷の瑕疵を理由に、処分が違法とされる可能性が少ないことを、この裁判例は示唆している。そして、瑕疵の実体的判断志向を進めると、特別審理官による口頭弁論の拒否があつたとしても、<sup>(31)</sup>移民不服審査委員会において完全なヒアリングが行われていることを理由として、手続の瑕疵が否定されることとなろう。しかし、もし右の立場までも肯定されるとすれば、特別審理官の手続にそれとしての価値を認めて手続要件を課した一九一七年法下の裁判例の流れに<sup>(32)</sup>さえ悖ることとなるのではないかと思われる。

他方、記録への記載との関係では、移民判事（＝特別審理官）は、相手方にブリーフを提示する機会を与えることを条件に、裁量により、申請・反駁等に関する弁論を記録に記載しないことができる旨の規則が定められているものと解

されている。<sup>(34)</sup> 右のような条件が存するためか、裁判例上、これに関する裁量権行使が争われた事例は存しないようである。

### 第三節 反対尋問

一 各手続要件の中で大きな制約が課せられている、不利な証人との対面 (confrontation) についてはそれ自体として取り上げるだけの裁判例の蓄積がない。<sup>(35)</sup>むしろ、反対尋問との関係において、ヒアリングで提示される証拠の質の問題として立ち現れることが多い。そこで、これらを一括して、ここで扱うこととする。

二 一九五二年法は、第二四二条 (b) 項において、処分の相手方が「自己に不利な証拠を検証 (examine) し、自己のために証拠を提示し、政府側の証人に反対尋問を行う合理的機会を有する」<sup>(36)</sup>ことを認めている。この反対尋問の機会の保障もまた手続的デュー・プロセスの要請を具体化したものであり、かつ、一九一七年法下の判例分析の結果得られた知見によれば、手続保障の核ともいえる要素と評価できるものであった。とはいえ、この権利もまた「機会の保障」<sup>(37)</sup>としてのものであり、すべての証人に対面し、反対尋問を行う絶対的な権利が保障されているわけではない。換言すれば、反対尋問を経ている証人による証言ないし証拠であっても、それを根拠として退去強制事由該当政を認定することが直ちに処分の違法を根拠づけることとはならないのである。現行法下における手続をめぐる裁判例の大半は、一九一七年法下におけると同様、この点に関するものであるが、このことは、反対尋問を経ている（ないし経ることができない）証拠が退去強制手続においてしばしば用いられていることを意味するものと思われる。以下では、反対尋問を経ない証言ないし証拠を用いることの許否をめぐる裁判例を分析する。

(a) 一般的な判断枠組

一 右の点の許否に關する一般的な判断枠組を提示したものととして、後の裁判例にしばしば引用される判決として、マールロウ判決 (Marlowe v. INS)<sup>(39)</sup>がある。

本判決によれば、反対尋問を經ていない証人の証言を証拠として用いることの許否を決するためのテストは、当該証言がなされる手続が基本的に公正なもの (fundamental fairness) といえるか否か、及び、当該証拠が証明力あるもの (probative) といえるか否か、の二つの側面から成るものであるという<sup>(41)</sup>。換言すれば、当該証拠が証明力ある (probative) ものといえる性格を有する場合には、専ら、右証言がなされた手続の公正さが問題となるのである。以下で分析する裁判例は、右の二つの側面のテストをいかに適用すべきかに關するものといえよう<sup>(42)</sup>。

(b) 具体的な判断のポイント

一 具体的な判断要素を分析するために裁判例を検討する前提として、二つのことが留意されねばならない。一つは、行政救済を尽くすべきとの要請 (exhaustion) との關係である。つまり、出入国管理法の下では、行政機関において行っていない手続違反の主張は、裁判所において新たに提起することが許されていないところ、<sup>(43)</sup> 反対尋問に關する行政機関の瑕疵の主張が新たに裁判所で提起されたがために、裁判所は右の瑕疵の有無に關わりなく、処分を適法としたものが若干見受けられることである<sup>(44)</sup>。

二 また、退去強制事由の該当性は「合理的で実質的かつ証明力ある証拠 (reasonable, substantial and probative evidence)」により基礎づけられるべきことが要求されているが、<sup>(45)</sup> この判断は証拠全体に基づきなされるものであることにも留意を要する。すなわち、極論すれば、たとえ瑕疵ある証拠が退去強制事由を基礎づける事実と混在していること

しても、他に十分な証拠があれば、手続の瑕疵は否定される傾向にある、ということである。<sup>(47)</sup> 要するに、退去強制事由の判断の第一のポイントは、証拠全体からみてこれを基礎づけることができるか否かである。<sup>(48)</sup> しかし、証拠全体を基礎づけることが許されない以上、いかなる証拠にどのような手続的瑕疵があるかを検討することは必要となるからである。

三 反対尋問権の保障と証拠に基づく退去強制事由の認定との関係で検討の対象とすべき争点は、専ら、反対尋問を経ない証言ないし証拠のみに基づき退去強制事由の認定することは許されるか、また許否の判断のポイントは何か、である。このような視点により、まず、反対尋問を経ないことが適法とされた事案を検討する。第一に、そもそも反対尋問を経ない証拠を利用することが許されるか否かが問題となりうるが、すべての裁判例は、これが許されることを前提とした説示を行っている。その理由とするところは、退去強制手続が刑事手続ではなく、民事的性格であるところから、「(特別審理官の如き)行政審判機関 (administrative tribunals) が、刑事手続 (judicial proceedings) において適用される厳格な証拠法則に拘束されるものではない」という点に集約できるであろう。<sup>(50)</sup> ただ、右のいわば理論的根拠とともに、処分の相手方による反対尋問権の行使の濫用を防止するという実際の配慮も相当大きいのではないかと推測される。<sup>(52)</sup>

四 では、いかなる場合に、反対尋問を経ない証拠を用いることが許容されてきたか。最も多い場合とは、国外に証人がおり、その所在が不明な場合である。<sup>(53)</sup> もっとも、右の如き事情のみでは十分といえず、政府側が当該証人を探す努力をしたことを指摘しつつ、反対尋問を経ない宣誓供述書 (affidavit) を証拠として用いることが許される旨判示するものがある。<sup>(54)</sup> このことは、裏を返せば、政府側が退去強制事由を立証する上で不可欠な証人をヒアリングに召喚する努

力をせずに漫然と宣誓供述書を用いた場合には、当該ヒアリングは瑕疵あるものとして違法となる可能性が存在することを意味する。<sup>(55)</sup> 約言すれば、少なくとも退去強制事由認定のため不可欠な証人については、政府側は、その証人をヒアリングに召喚できるよう努力すべき義務を一定範囲内で有しているのであり、このような義務を政府側に課すことは、退去強制処分が相手方に与える不利益の重大性を反映したものであるとともに、証人の所在不明を奇禍として政府側が外国人を退去強制処分に付すことを防止する上で必要なものともいえよう。

五 外国人側の立証不十分を奇禍とした退去強制を防止するという点では、英語の語学能力が不十分な外国人に対して翻訳を行うことも必要となる。近時の事例では、翻訳が必要であるのにこれをしなかったことも反対尋問権の侵害と認定されている。<sup>(56)</sup>

六 また、反対尋問を経ない証拠——例えば伝聞証拠がその典型だが——をヒアリングで用いること自体禁止されるわけではないものの、真実である旨の認証 (authentication) なき文書に基づき退去強制事由該当性を認定することは許されていない。<sup>(57)</sup>

七 なお、当然のことながら、処分の相手方による権利行使を実質的に妨げる処置を政府側がとることは許されない。<sup>(58)</sup> また、いかに退去強制手続ではミランダ警告や証拠排除法則の適用がないといっても、自白の強要があつた場合には、強制に基づく陳述を証拠として用いることは許されていない。<sup>(59)</sup> 以上が、退去強制手続における反対尋問の際、政府側に課せられる作為・不作為義務の内容といえる。

八 他方、反対尋問を行うことを要求する外国人にもまた一定の努力義務が存在することが指摘できる。その種の義務の内容として、一つには、自らの退去強制事由該当性を反駁するための反対尋問の必要性を立証すること、<sup>(60)</sup> もう一つには、自らの責任で反対尋問を実施する手段を提供すること<sup>(61)</sup>を挙げることができる。これらのうち、前者は、不必要な

反対尋問を回避するという理由から、ある程度承認することができるが、その必要性の具体的立証を相手方に要求することは無理を強いることになろう。<sup>(62)</sup> 後者の義務は、退去強制処分の手続保障が基本的に機会の保障であることから、ある程度やむを得ないものと思われるが、この基本的思考を一貫させると酷な事態が生じうることについては、後に、代理人依頼権の保障に関する叙述で示すこととする。

#### 第四節 代理人依頼権

一 退去強制処分手続では、処分の相手方たる外国人が英語の理解能力に欠けることがしばしばであり、司法制度に對する知識に欠けることが大半であること、及び政府側にとって、その保障にかかるコストが低いことから、代理人依頼権の保障がきわめて重要なものとなっている。<sup>(63)</sup> この代理人依頼権につき、一九五二年法は、二つの規定で、<sup>(64)</sup> 外国人が退去強制手続において、自ら選択した代理人により代理される権利 (Privilege) を有する旨規定している。<sup>(65)</sup> さらに、行政機関の制定した規則によれば、代理人を得られない外国人に、当該地区で利用できる無料の法律サービスがある旨を移民判事は告知すべきものとされている。<sup>(67)</sup> ただし、一九八三年に連邦議会が外国人の代理につき支出していた法律サービス協会 (Legal Service Corporation) への補助金を削減したため、法律サービス協会は無料の法律サービスの対象者を永住外国人、合衆国市民の親族でかつ地位変更 (adjustment of status) を求めている者、難民及び一九五二年法第二四三条 (h) 項により退去強制の留保 (withholding) を認められた外国人に限定する規則を發布した。<sup>(69)</sup> この規則により、不法入国滞在の外国人の大半、アサイラム申請者、非移民たる外国人等は、事実上、代理人による弁護を受けられなくなったといえる。<sup>(70)</sup>

以上の制度を前提として、次の二点につき検討する。第一に、代理人依頼権の保障に瑕疵ありとされる場合とはいかなる場合かを検討し、第二に、代理人不在のまま進行したヒアリング手続に対する審査方法につき考察する。

(a) 代理人依頼権の保障内容

一 退去強制ヒアリングが開始されるとき、特別審理官が処分の事由の告知を行うことは前述した。このとき、特別審理官はまた、処分の相手方に対して、相手方自らの負担で代理人を依頼する権利を有する旨の告知も行うものとされている。<sup>(71)</sup> ヒアリング開始前の予備調査段階では代理人依頼権が保障されていないことは、一九一七年法下と同様であり、この点につきいくつかの裁判例が存在するが、これは証拠排除の問題とかなりの程度重複し、<sup>(72)</sup> 別個の視点からの検討が必要と思われるため、ここでは考察対象から除外する。<sup>(73)</sup>

二 さて、右の告知がなされた後、処分の相手方が代理人依頼を希望した場合には、自己の選択した代理人を出廷させる合理的な機会を与えられねばならない。<sup>(74)</sup> 逆に、右の合理的な機会が与えられていれば、代理人が現実にヒアリングに出廷しなかったとしても、手続に瑕疵ありとは認定されることはない。<sup>(75)</sup> このように抽象的には代理人依頼権の保障が機会の保障であるという点は、一九一七年法下におけると変わるところがない。もつとも、最近の裁判例には、第五修正に由来する代理人依頼権の保障は代理人による実効的援助を受ける権利の保障であることを正面から承認するものがあり、<sup>(76)</sup> このような権利を正面から承認しないまでも、代理人依頼権の保障に瑕疵があるか否かを検討する際に、代理人による実効的援助の阻害がなかったかどうかを考察する裁判例が登場している。<sup>(77)</sup> 近時の大きな特徴といえることができるであろう。

三 では、右にいう機会の保障の合理性の具体的内容については裁判例はいかように把握してきたのであろうか。<sup>(80)</sup> 代

理人依頼権の保障の有無が問題となるのは、当然のことながら代理人不在のまま手続が進行した場合がほとんどであるため、右の合理性の内容もまた、その大半は代理人依頼権放棄の合理性の有無というコンテクストにおいて立ち現れる。しかし、この点を捨象して従来の裁判例をみていくと、これまで代理人依頼権の制約につき瑕疵ありとされた事例は、政府側が代理人抜きの手続を進捗させるにつき積極的な役割を果たしたものであることに気づく<sup>(81)(82)</sup>。この種の事案に対する判決から読み取ることのできる政府側の手続上の義務としては、政府側が何らかの事情により、相手方の権利行使を阻害するような結果を生ぜしめた場合には、政府側は、その後、相手方の権利行使の機会を与えるためにある程度積極的な措置をとること<sup>(83)</sup>、及び、相手方の権利行使の主張に対しては、それが権利濫用にわたらない限り、誠実に対応すること<sup>(84)</sup>、が挙げられよう。

四 では、政府による、代理人依頼権行使に対する積極的妨害行為はなされないが、代理人不在のままヒアリングが進行した場合、当該手続はいかなる評価を受けるか。これが、代理人依頼権放棄の有効性をめぐる問題でもある<sup>(85)</sup>。以下、右の点についての裁判例を検討する。

まず一般論としては、一九一七年法下の判例検討に際して既に指摘したように、代理人依頼権の放棄は可能であり、外国人は代理人依頼権の存在につき告知を受け、代理人抜きで手続を進捗させることを選択することができる<sup>(86)</sup>。そして、代理人依頼権放棄の有効性を判断する際の基準は、抽象的にいえば、当該放棄が「理性的に、熟知の上で、完全に自発的意思の下で (intelligent knowing and completely voluntary)」なされたか否かである<sup>(87)</sup>。問題はしかし、右基準の具体的内実であり、多数の裁判例が蓄積されている。

外国人による代理人依頼権放棄が右の基準に合致したものとイえるか否かを判断するためのファクターとして、ある判決は、年齢・知識・教育・情報・分別・理解能力を挙げており<sup>(88)</sup>、結局のところ、これらの要素の総合勘案により、諸

判決は、権利放棄に瑕疵が認められるか否かを決めているといつてよい。<sup>(89)</sup>しかし、なおいくつかの判断のポイントが存在している。第一に、特別審理官が処分相手方に対して、相手方が手続の性格を十分理解できるような形で、代理人依頼権を有する旨告知することである。この権利告知は、ヒアリング開始時点のみにおいて行えば常に十分であるわけではなく、たとえ相手方が代理人依頼権を放棄していても、ヒアリング開始中、代理人が出廷すればヒアリングを左右するであろうと特別審理官が認めた場合には、特別審理官はその都度、代理人依頼権放棄の意思を相手方に確認しなくてはならない。<sup>(90)</sup>第二に、当然のことながら、相手方が権利放棄の意思表示を明確になしていることである。<sup>(91)</sup>形式的に明示していれば可というわけではなく、手続の性格や代理人依頼権放棄の意味につき十分理解した上でのものでなくてはならず、<sup>(92)</sup>従つて、ここには自ずと、一定程度行政機関側の説明義務——これは前述の権利告知とある程度対応するものであるが——<sup>(93)</sup>が発生していると考えてよい。翻訳を受ける権利もまたこのようなコンテクストで理解されるべきであろう。第三に、行政機関側の対応の誠実さが考慮されていることがしばしばである。特に、行政機関側が外国人に、代理人抜きで手続を進捗させるか、代理人依頼可能な時まで手続を延期するかを問い、外国人側が代理人依頼をしようとしている場合、特に緊急の必要性がなければ、一定の期間手続を延期し、それでもなおかつ代理人を得ることができず、結果的に外国人が代理人依頼を断念した、という場合が存在する。<sup>(95)</sup>なお、この場合、外国人側が手続延長の意思を明示していることが必要とされるようである。<sup>(96)</sup>第四に、外国人側が容易に代理人を依頼することができたか否かを判断のポイントの一つとして考慮する裁判例も見受けられる。ここで特に裁判例が着目していることは、処分の相手方が代理人を依頼するのに十分な金銭的余裕の有無である。<sup>(97)</sup>このことは次のことを示唆している。すなわち、再三指摘したように退去強制手続の性格が刑事ではなく民事である、ということから、判例理論上、一応、退去強制手続においては国選弁護を受ける権利がない、<sup>(98)</sup>とされていると見てよいと思われるのであるが、このように手続上の権利として

一定の権利(ここでは右の国選弁護を受ける権利)が確立されていない場合であっても、例えば貧困者の場合など、一定の状況の下では、右の権利の有無とは別の形で、手続的統制の判断要素の一つとして考慮されることがありうる、ということである。<sup>(99)</sup> 第五に、代理人依頼権を放棄せず、<sup>(100)</sup> 代理人をヒアリングに出廷させていたならば、退去強制事由該当性などの判断が変わりえたか否か、という点への考慮をする裁判例が多い。<sup>(101)</sup> これは、本稿の検討テーマの一つである、手続の瑕疵の効果と直結する論点である。裁判例において、結果の可変性を理由の一つとして手続の瑕疵が認定されることは少なく、<sup>(102)</sup> この判断ポイントは、手続の瑕疵の存在を否定するために持ち出されることが多いのであるが、否定例の多くが有罪判決あるいは許可された滞在期間待遇といった、客観的に明白な退去強制事由であったことが右の一因となつているものと思われる。もつとも、このことから直ちに裁判例の採用する考え方が正当化されるとは思われない。なぜなら、退去強制事由該当性の認定という点にのみ着目すれば、これにも合理性があると思うが、退去強制ヒアリングにおいては、既述の如く、裁量的救済を受ける資格の有無を基礎づける事実も提示されるからである。<sup>(104)</sup> 実体的判断の非可変性に過度に重きを置くことは、右の如き退去強制ヒアリングの対象事項との関係のことだけを考へても許容できないものと思われる。

五 さて、このように代理人依頼権放棄をめぐる判決の具体例をみた上で、翻つて代理人依頼権の性格について再考するならば、この権利には二つの側面のあることが判明する。一つは、既に指摘した、合理的な機会の保障という側面であり、もう一つは、代理人への有意なアクセスの保障という側面である。<sup>(105)</sup> 右の二つの側面は密接に関連するものゆえ、必ずしも判然とこれらを区分することはできないが、例えばあえて代理人依頼権放棄の具体的判断ポイントを右にそくして区分するならば——第五は別として——、前者に該当するものは第一、第二、後者に該当するものが第三、<sup>(106)</sup> 第四の判断ファクターといふことができよう。いずれにせよ、代理人依頼権という手続的権利の保障が「機会の保障」とさ

れつつも、それにとどまらず、ここでも右の保障につき一定の実効化を図ろうとしていることが看取できる点は注目されるべきものと思われる。

(b) 代理人不在手続と審査方法——瑕疵の効果——

一 代理人不在のまま退去強制ヒアリングを進行させざるをえない状況に至る経緯——代理人依頼権放棄に至る経緯といつてもよいが——には様々な態様がある。<sup>(107)</sup>既に、一九一七年法下の裁判例においても、処分庁が相手方に対して、代理人依頼権を行使しないよう圧力をかけた形跡のみられる場合には、当該手続を厳しく審査する手法がとられていたということは記述のとおりである。では、一九五二年法下の裁判例は、代理人不在手続に対する審査をどのようにして行っていたのか。既に述べた、代理人依頼権放棄に関する第五の具体的な判断ファクターからも予想されるように、一九五二年法下の裁判例もまた、一九一七年法下におけると同様、代理人の不在が外国人にとって不利益を与えた瑕疵 (prejudicial error) <sup>(108)</sup>といえるか否か——既に述べたように、退去強制ヒアリングの公正さをデュー・プロセスに基づき攻撃する際に必要とされる要件である——<sup>(109)</sup>、という点から判断しているもの<sup>(110)</sup>の、その具体的な展開は一九一七年法下におけるそれとはかなり異なる様相を呈しているように思う。

二 第一に、不利益性を判断する際の具体的ファクターが多様化している、ということがある。一九一七年法下の裁判例では、代理人依頼権の行使が妨げられ結果的には相手方に不利益を与えたといえるか否かを判断する際のファクターとしては、代理人依頼権の保障が有意な機会の保障として機能していたか否か<sup>(111)</sup>、代理人依頼権の行使に対して積極的な妨害活動が行政機関よりなされていたか否か<sup>(112)</sup>、及び結果の可変性を挙げることができる。これに対して、一九五二年法下の裁判例においては、例えば代理人依頼権放棄に関する五つの具体的判断ファクターのように、不利益性の判断

がより詳密になされるようになっていくことが看取しうる。

三 第二に、不利益性の判断が行政機関にとって厳格化している側面がある。すなわち、一九一七年法下の裁判例もまた、特に行政機関の積極的妨害行為の結果とみることができるとする代理人不在手続<sup>(114)</sup>に対しては、違法性を推定するなどの手法を用いて、処分手続を厳しく審査していたのであるが、一九五二年法下では、この種の事例は見あたらない。ところが、これに代わって新たに、処分の相手方が代理人を依頼するためにヒアリングの開廷延期を希望していたところ、最終的に依頼できる代理人を発見できず、代理人不在のままヒアリングが行われた、という事案につき注目すべき傾向が裁判例の中で生じている。この種の事案には二種類があり、一つは、相手方が代理人依頼権の放棄の意思を示したというものであり、裁判例は、開廷を延期させた事実ないし開廷延期の希望の有無を尋ねた事実を認定しつつ、その放棄に瑕疵なし、として<sup>(115)</sup>いる。他方、相手方が代理人依頼権放棄の意思を明示することがないため、行政機関がヒアリングを開廷しそのため代理人不在のままヒアリングがなされる、という事案が存する。この場合、裁判例は不利益性の存在を緩くとらえる傾向<sup>(116)</sup>にあり、しばしば手続の瑕疵の存在が認定<sup>(117)</sup>されている。

四 第三に、代理人依頼権の瑕疵の判断が独立化する傾向にあることを示唆する裁判例が若干存在する<sup>(117)</sup>。特に、代理人依頼権が重要な手続的権利であることから、不利益な瑕疵テスト (prejudicial error test) の適用はない旨明言した裁判例<sup>(118)</sup>があることが注目される。また、このように正面から不利益な瑕疵テストの適用を否定しないまでも、代理人依頼権の瑕疵の有する不利益性 (prejudice) の判断が、処分手続全体との関係でなされていた一九一七年法下とやや異なり、むしろ、代理人依頼権行使自体の制約としての合理性、という視点からのものになりつつある<sup>(119)</sup>。

この点につき、学説からも、代理人依頼権の否定はそもそも本来的に不利益なものであるから、この点に関する瑕疵は、それが不利益なものではなかったことを理由に治癒される性格のものではない、という、より直截な考え方が示さ

れるに至つて<sup>(121)</sup>いる。ただし、瑕疵の存在が実体に与える影響が、一九五二年法下の裁判例上においてもなお、判断要素として残つており、手続的瑕疵の判断の独立化にもなお限界が存在することは明かである。

### 第五節 本章のまとめ

一 最後に、裁判例の分析より獲られた若干の知見を要約することとする。以下、一九五二年法下において裁判例が展開してきた理論自体の内容、意義及び限界を、一九一七年法下でのそれと対比しつつ論ずる。

二 第五修正の手続的デュー・プロセスと退去強制処分手続との関係でまず問題とされるべきことは、退去強制処分により、第五修正の保護する利益に該当するといえるものが侵害されているか否か、侵害されているとしてそれはいかなる利益に着目してのことかである。たとえ前者が肯定的に答えられるべきものとしても、後者に対する回答が明確な形でなされない限り、手続的デュー・プロセス上要求される手続要件の画定は著しく困難となるはずである。<sup>(122)</sup>一九一七年法下の裁判例においても明かではなかったこの点の解明は一九五二年法下にいたり、ある意味ではさらに放置されることとなつて<sup>(123)</sup>いる。これは一九五二年法の制定により、手続的権利がほぼ完全に制定法化されたため、もはや憲法論をもち出して手続的瑕疵を攻撃する必要がなくなつたことによるものと思われる。一九五二年法下における退去強制手続をめぐる判例理論には検討すべき憲法上の論点を見いだすことができなくなつたのである。<sup>(124)</sup>もつともより子細に各手続要件に対する裁判例を検討すると、手続的デュー・プロセス理論と関連する法理の展開がそこには存在する。まず、いくつかの手続要件につき、その瑕疵の認定が「独立化」している、ということである。手続的瑕疵が処分の違法性を根拠づけるか否かの判断につき、一九一七年法下の裁判例は不利益な瑕疵テストを用いており、その適用にあたっては実

体的判断志向性が強く現れていた。ただこのテストを用い、かつも、反対尋問権の保障に瑕疵があったか否かが、手続的判断の中核を形成していたといえる。一九五二年法下の裁判例もまたこのテストを用いており、未だに実体的判断志向性が、特に処分事由の告知、処分の相手方による証拠の提示権及び前章でみた処分権者の公正については、強く残存している。

三 しかし、他方、同じく不利益な瑕疵テストを用い、かつもその適用に変化のみられる領域がある。代理人依頼権行使の保障がこれである。例えば、代理人不在をめぐる裁判例は——代理人不在が処分結果を左右するものか否かが判断の一要素(その限りで手続要件としての「独立化」に限界があるとはいえ)とし、かつも——不利益性の判断基準を行政機関にとつて厳格なものとしている。<sup>(126)</sup>このことは、不利益な瑕疵テストの適用が一九一七年法下に比べてしほりがかげられつつあることを意味する。さらにいくつかの裁判例では、代理人依頼権の保障に瑕疵があることをもって、直ちに当該瑕疵が当該事案にとつて不利益を与えたことが肯定され、不利益性の判断を独立して行うことが否定されてい<sup>(128)</sup>る。この分脈で考えるならば、代理人依頼権の重要性に照らして不利益な瑕疵テストを放棄する旨明言したある判決<sup>(129)</sup>の立場は決して奇異なものとはいえないであろう。

四 また、処分の相手方が代理人を依頼する権利については、その保障を実現するために政府に一定の努力義務が課せられており、<sup>(130)</sup>権利保障の形態が「結果の保障」へと近づきつつあることが示唆される。このように、一九五二年法下では、一九一七年法下で核とされたと考えうる反対尋問権と並んで、代理人依頼権もまた手続的保障の核の一つとなっているのである。これは退去強制手続では、代理人依頼権の保障が他の手続的保障に比して重要であるとの認識<sup>(131)</sup>によるものと考えることができる。このように、手続要件の瑕疵とその違法性判断にあたり、手続的瑕疵判断の「独立化」が一九五二年法下において一定程度進行している、ということができよう。

五 では、各手続要件の瑕疵の有無自体に対する審査の手法についてはどうか。これについて比較的注目される動向が示されているものは、やはり代理人依頼権の保障についてである。特に代理人不在手続に対する審査方法が一九一七年法下と比しても、精密化しているように思われるのである。<sup>(132)</sup> また、反対尋問の機会の保障についても一九一七年法下の裁判例は主に政府の不作為義務を念頭に置きつつ、その瑕疵の存否を審査していたのに対し、一九五二年法下では、政府に一定範囲で作為義務を課しつつ、審査が行われている点が注目される。<sup>(134)</sup>

六 右のこととの関係で導き出すことのできる結論が一つある。それは、特に代理人不在手続と審査方法に関する裁判例が示唆的なのであるが、手続的デュー・プロセスないし手続的権利保障のタイプには二つがあり、一つは直接手続的権利を処分の相手方に付与する、というもの、もう一つは、手続的権利自体（例えば国選弁護人の弁護を受ける権利）を付与するのではなく、手続そのものの審査を厳格に行うというものである。

退去強制処分手続を対審構造に近づけるといふことに対して、他の場合と同様、<sup>(135)</sup> 必ずしも全面的に賛同しうるといふわけではないことが指摘されている。<sup>(136)</sup> このような指摘への対応策の一つとして、出入国管理関係では特別審理官（＝移民判事）も含めた政府側に、処分の相手方の利益擁護義務を一定程度課し、それを前提に右の義務履行の瑕疵の有無を審査する、という手法がありえよう。対審構造は、両当事者が熟練した法律家であるか、あるいはそのような者により代理されている、ということ为前提とするものであるが、退去強制処分の相手方は必ずしもこれに該当するものではないこと、また、大量処分を必要とする行政の効率性にとって対審構造は欠点を有することに鑑みると、<sup>(137)</sup> 右の手法にはかなりの利点があるように思われる。

七 もっとも、右のような手続的審査の手法は一九一七年法下の裁判例にもみられたところである。そして、いくつかの発展が一九五二年法下の裁判例の理論的展開によりもたらされたことを本章で指摘したが、一九五二年法下の裁判

例は一九一七年法下の裁判例の同一線上にあることも疑いえない。このこと自体が一つの教訓を与えてくれるように筆者には思われる。すなわち、手続的権利保障にとつてはもちろん立法部の対応が重要なのであるが、それにもまして、特にその実効的保護のためには判例法理の果たす役割が大である、ということである。<sup>(138)</sup>

(1) 処分決定理由の告知及びその際依拠した証拠の提示をめぐる裁判例が若干存する (See *Ablett v. Brownell*, 240 F. 2d 625 (D. C. Cir. 1957)；退去強制令状における事実認定が証拠により裏付けられているか否かが争われた事例), *Helzer v. INS*, 420 F. 2d 357 (9th Cir. 1970)；同右), *Hirsh v. INS*, 308 F. 2d 562 (9th Cir. 1962)；退去強制令状の摘示する処分事由が、処分事由の告知に含まれているものといえるか否かが争点となつてゐる), *Gil v. Del Guercio*, 246 F. 2d 553 (9th Cir. 1957)；最終的な処分決定にあつては考慮されなかつた報告書は、たとえそれが誤つたものである可能性があるとしても、退去強制令状の瑕疵を基礎づけるものとはならないとされた事例) が、本文中に述べた(特に後者の)視点からの分析対象としては好材といえないため、検討から除外した。

(2) これもまた一九一七年法下における裁判例の分析視角と同じものといえる。

(3) 処分事由の告知以外に、近年特に裁判上争われているのは、権利告知の要否である。各手続的権利の保障がされている旨の告知についてはそれぞれの項で——紛争があれば——取り上げる。その他権利告知として問題とされた事例としては上訴権の告知 (*Arzani pour v. INS*, 866 F. 2d 743, 746 (5th Cir. 1989)；外国人が実際には不服申立て申請期間内に上訴する権利があることを知っていたことを理由として、移民判事が規則上要求されている外国人への上訴権の告知を行わなかつたことが当該外国人の憲法上のデュー・プロセス上の諸権利を侵害するものではないとされた事例) があるが、非常に多く争われているのは裁量的救済資格に関する告知の要否である (See e. g., *Moran-Enriquez v. INS*, 884 F. 2d 420 (9th Cir. 1989)；退去強制からの救済資格があるらしいことを外国人に告知するよう移民判事に要求する規則は義務的であり、従つて、潜在的に救済を受け得るかも知れないことを外国人に告知しなかつた決定は、救済資格があるらしく見える事項が記録に含まれている場合には、破棄されねばならないとされた事例), *Quezada-Gomez v. INS*, 723 Supp. 1396 (D. Nev.

1989: 特別審理官が外国人に対して有り得る移民法上の便益を告知する義務が発生する場合は、外国人がそのような救済を受ける資格がありそうに見えることを立証した場合のみであるとされた事例)。Bagues-Valles v. INS, 779 F. 2d 483 (9th Cir. 1985: 移民帰化局はビザの誤った配布を理由に政府が一定の外国人を退去強制することを停止してきたこと、及び新たな告知があるまでは退去強制を受けることなくそれら外国人が合衆国に残留することが認められることを外国人に知らせるべきことの告知を外国人に与えたのであるから、移民帰化局はそれ以上法律上の諸権利を外国人に告知する義務を負担しない」とされた事例)。Bu Roe v. INS, 771 F. 2d 1328 (9th Cir. 1985: 有効な労働許可証なく労働する目的で合衆国に入国したことを認めた外国人は、合衆国市民若しくは合法に在留する外国人の配偶者、両親若しくは子である一定の外国人に対して退去強制からの救済を与える規定にいう「その他の点で入国許可事由に該当する」とはいえず、従って、移民判事は、当該規定の下で退去強制からの救済を申請する権利を外国人に告知する義務を負わない」とされた事例)。Duran v. INS, 756 F. 2d 1338 (9th Cir. 1985: 退去強制の停止を求める権利を外国人に移民判事が知らせなかったことは、当該権利を当該外国人の配偶者に移民判事が知らせなかったことと相まって、当該外国人の手続再開申請を拒否した決定を欠陥あるものとされた事例)。Ramirez-Gonzalez v. INS, 695 F. 2d 1208 (9th Cir. 1983: 外国人が政治的迫害を理由とする退去強制留保に関する争点を有意な形で提起しておらず従って外国人が当該救済を受ける資格があるかも知れないことがその証言や証拠から明らかでない場合には移民判事は当該救済を求める権利があることを外国人に告知する義務を負わないとされた事例)。Jean v. Nelson, 711 F. 2d 1455, rehearing granted 714 F. 2d 96, on rehearing 727 F. 2d 957, rehearing denied 733 F. 2d 908, cert. granted 105 S. Ct. 563, 469 U. S. 1071, 83 L. Ed. 2d 504, affirmed 105 S. Ct. 2992, 472 U. S. 846, 86 L. Ed. 2d 664 (11th Cir. 1983: アサイラムを申請する権利を外国人に告知せず、その結果その申請手続への門戸を完全に閉ざされたことは、アサイラム申請を求める権利を迫害するものであるとされた事例)。この種の裁量的救済と手続保障に関しては新たな検討が必要とされるものであるため、本稿では原則として検討対象から除外している。

(4) See, e. g. *Hirsh v. INS*, 308 F. 2d 562, 566-67 (9th Cir. 1962: 旧法下の事案であるが、退去強制手続が依拠する処分事由を告知することはデュー・プロセスにとって不可欠である旨説示。なお、本件処分手続開始当時発効していた規則の内容は一九五二年法と実質的には同一であるとしている点が注目に値する)。

(5) See e. g., *ALENIKOFF & MARTIN, IMMIGRATION PROCESS AND POLICY* 408 (1985).

- (6) *Fougherouse v. Brownell*, 163 F. Supp. 580, 585 (D. Or. 1958).
- (7) *See e. g.*, *Bustos-Torres v. INS*, 898 F. 2d 1053, 1056-57 (5th Cir. 1990); *ミランダー・ルール*に基づいていく諸々の警告は、退去強制手続の性格が刑事ではなく民事であることに鑑みると、退去強制手続には適用されない。 *Perez-Funez v. District Director*, INS, 619 F. Supp. 656, 659 (D. C. Cal. 1985); 退去強制手続の性格は民事であり、それ故、証拠排除法則は適用されず、またミランダ警告は退去強制との関係では一般に適用がなす。
- (8) *MacLeod v. INS*, 424 F. 2d 6, 10 (10th Cir. 1970); 許可を得ることなく雇用されていた旨の記載をもって十分とする)。
- (9) *Supra* n. (6).
- (10) 典型的な例として *Abudu v. INS*, 802 F. 2d 1096 (9th Cir. 1986); 理由立証命令において、法律規定を適切に引用し非違行為に言及していれば、退去強制手続において外国人は適切に自己を弁護できるに十分であることを理由に、理由立証命令中に麻薬の不法所持に関する移民法規定の正確な文言が記載されておらず、かわりに、これと密接に関連するが本件には適用できない条項が記載されているにもかかわらず理由立証命令には瑕疵なしとされた事例) がある。
- (11) この種の瑕疵であるとして手続の違法が認定されなかった例として、入国の時期とは無関係な処分事由に基づく退去強制処分の場合における、入国の時期の特定の誤り (*Fougherouse v. Brownell, supra* n. (6))、理由立証命令中に記載された退去強制先の瑕疵 (*Ho Yee Sze v. INS*, 389 F. 2d 978, 981 (2d Cir. 1968); 退去強制処分の相手方の受入国はヒアリングの後決定される)、『有罪判決を下した判事の名前及び犯罪手段の誤記があった理由立証命令 (*Rassano v. INS*, 377 F. 2d 971, 973 (7th Cir. 1967)) がある。
- (12) 違法とされた例として *MacLeod v. INS, supra* n. (8) —— 処分の根拠事実がまったく示されていないなかった —— がある。
- (13) ヒアリング開始二五分前に処分事由が告知されたことを違法 —— 規則では、特段の事情のない限り七日前に告知すべきものとされていた —— としたものと同一 *Yiu Fong Cheung v. INS*, 418 F. 2d 460, 462-63 (D. C. Cir. 1969) がある。
- (14) *See Abudu v. INS, supra* n. (10). なお、現行法は第二四二条 (a) (8 U. S. C. §1252 (b)) において、状況に照らして合理的な処分事由の告知がなされるべき旨規定している。
- (15) *GORDON & MAILMAN, 2 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE* §5. 9c, 5-106 (1989).
- (16) 一九五二年法第二四二条 (a) 8 U. S. C. §1252 (b).

- (17) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (15).
- (18) United States v. Dekermejian, 508 F. 2d 812, 814 (9th Cir. 1974).
- (19) See *supra* n. (16).
- (20) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (15) at §5, 8a, 5-89. それだけに、「争われた事案も存在しないものと思われる事案としては、現行法下における前掲注 (18) の他、一九一七年法下に数例存するのみである。」
- (21) United States ex rel. Paschalidis v. District Director of Immigration, 143 F. Supp. 310, 313 (S. D. N. Y. 1956).
- (22) 「自己に有利な」証拠とは「退去強制事由を反駁するための証拠のみならず、裁量的救済の資格を有する旨の証拠も含まれる。」
- (23) ハリウッド証拠とは退去強制事由や裁量的救済との関連あるものでなくてはならない。GORDON & MAILMAN, *supra* n. (15) at §5, 9f, 5-107.
- (24) 一九五二年法第二四二条 (a) ' 8 U. S. C. §1252 (b).
- (25) See Howard v. INS, 930 F. 2d 432, 436 (5th Cir. 1991), Patel v. INS, 803 F. 2d 804, 806 (5th Cir. 1986), Yap v. INS, 318 F. 2d 839, 841 (7th Cir. 1963).
- (26) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (23) at 5-108.
- (27) See Yap v. INS, *supra* n. (25), Olivera v. INS, 504 F. 2d 1372, 1374 (5th Cir. 1974).
- (28) See *supra* n. (25).
- (29) 前掲注 (23) 参照。
- (30) この点に配慮を示す裁判例としては *Zamora-Morel v. INS*, 905 F. 2d 833 (5th Cir. 1990) : 当事者が休憩した後ではあるが移民判事が決定を下す前になされた要求で、当該要求の内容が、外国人はマリファナ所持という一つの犯罪のみを侵したものであるから退去強制を停止してくれ、というものである場合、当該請求は時宜にかなったものであり、この点についての決定が発せられるまでは、再開の申請を行う機会が熟していないのであるから、「ヒアリング再開申請がなされる必要なく考慮されねばならない」とされた事例) がある。
- (31) そのような例として *Mannerfirid v. Brownell*, 145 F. Supp. 55, 56 (D. Colum. 1956) 参照。

- (32) そのごく概略については拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(7)」『北大法学論集』四三巻六号一四九一頁を参照。
- (33) 8 C. F. R. §242. 8 (a) (1984).
- (34) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (23) at 5-108.
- (35) 不利な証人との対面については *Baliza v. INS*, 709 F. 2d 1231 (9th Cir. 1983) の裁判例を見いだすことができたのみである。その他、証言の信頼制を移民判事はいかなる場合に否定できるかについて *Vilorio-Lopez v. INS*, 852 F. 2d 1137, 1141-42 (9th Cir. 1988)；信頼性の欠如を理由として証言を否定した移民判事はこの否定を基礎づける理由を特定して説得力のある形で (specific and cogent) 示さなくてはならないとされた事例) *Turcios v. INS*, 821 F. 2d 1396, 1399 (9th Cir. 1987)；信用性に関する移民判事の事実認定は審理裁判所により相当程度の謙讓を与えられなくてはならないが、信頼性を欠如していると判断したことを理由として証人の積極的証言を否定した審理担当者はその理由を特定して説得力のある形で示さなくてはならないとされた事例) があり、重要な問題ではあるが、やはり分析対象とするだけの裁判例を見いだすことができなかった。
- (36) 8 U. S. C. §1252 (b).
- (37) GORDON & MAILMAN, *supra* n. (15) at §5, 9g, 5-110.
- (38) *See e. g.*, *Trias-Hernandez v. INS*, 528 F. 2d 366 (9th Cir. 1975), *Martin-Mendoza v. INS*, 499 F. 2d 918 (9th Cir. 1974).
- (39) 457 F. 2d 1314 (9th Cir. 1972).
- (40) その判断にあたっては、例えば証人が当該証言を行うにあたり宣誓をしたか、というもっぱら証人の証言採取にあたっての手続の公正さと、当該証人を退去強制ヒアリングに召喚できない理由の合理性(証人の所在不明等)の二つの側面が存在するようである。 *See Martin-Mendoza v. INS*, *supra* n. (38) at 921.
- (41) *Marlowe v. INS*, 457 F. 2d at 1315. *See also Bustos-Torres v. INS*, 898 F. 2d 1053, 1055 (5th Cir. 1990).
- (42) なお、退去強制ヒアリングにおいては、退去強制事由該当性をめぐる事実ないし証拠以外に、裁量的救済の許否の判断に必要な事実も収集される(このことを示す裁判例として例えば *Rose v. Woolwine*, 344 F. 2d 993 (4th Cir. 1965)) ので

あるが、退去強制事由の該当性に関する事実についての反対尋問の権利保障と、裁量的救済の際のそれとは——もちろん両者が重複するものであることはしばしば生じようし、それ故に問題もあるところであろうが——異なるものとされている。すなわち、裁量的救済申請の際の手続保障については特別審理官にかなり広い裁量が付与されており (Delucia v. INS, 370 F. 2d 305 (7th Cir. 1966))、例えば機密情報の利用が許容される (Jay v. Boyd, 351 U. S. 345, 356-57 (1956)) のに対し、退去強制事由の該当性を根拠づける証拠として機密情報を用いることはデュー・プロセスに反する (Kwong Hai Chew v. Colting, 344 U. S. 590, 596-98 (1953)) とされているのである。要するに、理論的には両者を区別することが必要なのであって、本稿で検討の対象としていることは専ら退去強制事由の該当性の根拠事実に関する裁判例であることに留意されたい。

(43) GORDON & MAILMAN, 3 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE §8, 4b, 8-31.

(44) See *Wei v. Robinson*, 246 F. 2d 739 (7th Cir. 1957: 退去強制ヒアリングにおいて反対尋問を要求せず、単に処分事由に反してゐることをもつて処分の違法を根拠づけることはできなから、とされた事例); *Impastato v. O'Rourke*, 211 F. 2d 609 (8th Cir. 1954: 一九一七年法下の事例であり、外国人から行政機関において要求されていない、所在不明の証人の反対尋問が經由されていなくても、処分を適法とした事例)。

(45) 一九五二年法第二四二条 (b) (4) (8 U. S. C. §1252 (b) (4)) の立証責任を政府がはたした場合には、外国人側が自らの在留の合法性を立証する責任が発生する。See *Bustos-Torres v. INS*, 838 F. 2d 1053, 1057 (5th Cir. 1990), *Corana Palomera v. INS*, 661 F. 2d 814, 818 (9th Cir. 1981: 検査を受けずに入国したとの反則事由に基づく退去強制手続において、政府は当該事案が外国人に関するものであることを一応 (Prima Facie) 立証する第一的責任を果たさなくてはならず、入国審査を受けずに入国したとの反則事由に基づく退去強制手続で外国人たるものがひとたび立証されれば、当該外国人が出入国管理国籍法に反して合衆国に在留しているとの推定が発生し、処分の相手方の外国人たるものが立証された場合、合衆国への入国の時、場所、態様を立証する責任を移民判事は処分の相手方に移すことが適切であるとの判断がこの判決では明確に示されている)。

(46) この点につき、一時、一般論として証拠排除法則が退去強制手続にも適用され、第四修正に反する証拠を退去強制処分事由を基礎づけるものとして用いてはならないとする裁判例が第九巡回区控訴審で出されたことがあった (*Beritez-Mendez v. INS*, 707 F. 2d 1107, 1108-09 (9th Cir. 1983: 外国人の逮捕が第四修正に反する場合、国境パトロール官に対してな

された陳述を含めて当該逮捕の結果として得られた情報は、退去強制ヒアリングにおいて証拠として用いることができな  
いとされた事例)。Lopez-Mendoza v. INS, 705 F. 2d 1059, 1063-65 (9th Cir. 1983)：証拠排除法則は、移民帰化局が第四  
修正に反して移民帰化局の官史により得られた証拠を退去強制手続で用いることを禁止すると判示)。しかしその後、こ  
のような判断は連邦最高裁により覆されている (INS. v. Lopez-Mendoza, 104 S. Ct. 3479, 468 U. S. 1032, 82 L. Ed. 2d  
778 (1984)：証拠排除法則は移民帰化局で行われる民事的な退去強制ヒアリングには適用されず、従って、違法な逮捕で  
あると主張されている逮捕の後になされた、違法な入国が行われたとの外国人の自白が証拠から除外されるべきであるこ  
とを要求する第四修正に基づく証拠排除法則は退去強制ヒアリングには適用されないとする)。See also Cervantes-Cuevas  
v. INS, 797 F. 2d 707, 710 (9th Cir. 1985)：外国人の車を止めた国境警備隊員に対する外国人の陳述は、たとえ当該外国  
人に対する隊員による拘束が特定して摘示できる事実や合理的な疑いに基づくものでなかったとしても、退去強制手続に  
おいて利用できるし、また、不法な身柄拘束と主張されているものの結果なされた自発的な陳述の持つ証拠価値に疑問を  
投げかける何らかの証拠がなければ、外国人の逮捕が不法であったとの証拠があってもそれは外国人を逮捕した国境警備  
隊員に対して外国人がなした陳述の証拠能力 (admissibility) に影響を与えないとされた事例)。Benitez-Mendez v. INS, 752  
F. 2d 1309, 1312 (9th Cir. 1985)：たとえ外国人の逮捕が第四修正に反するものとしても、当該逮捕の結果外国人から得ら  
れた陳述は退去強制ヒアリングで証拠として用いることができると判示)。

(47) この種の裁判例としては Garcia-Jaramillo v. INS, 604 F. 2d 1236 (9th Cir. 1979)：不適切な証言、あるいは反対尋問を経  
ていない証人の証言が証拠中に混在しているとしても、他に十分な証拠があることを理由に、当該手続の瑕疵により原告  
は不利益を被っていないとされた事例)、Martin-Mendoza v. INS, 499 F. 2d 918 (9th Cir. 1974)：やはり外国在在で所在不  
明の証人の召喚ができなかった事例。本判決は、当該証人が外国人にとって有利なものとは必ずしもいえず、また、他に  
証言があることを理由に、処分を適法とする)、Naverette Naverette v. INS, 223 F. 2d 234 (9th Cir. 1955)：反対尋問の対象  
となるべき証人が外国におり、かつ所在不明ではあるが、右証人の証言以外にも十分な証拠があることをもって、処分が  
適法とされた事例)がある。逆に、相反する証拠があるにもかかわらず一方のみに依拠して退去強制事由該当性を認定す  
ることは許されないとするものとして Guzman-Guzman v. INS, 559 F. 2d 1149 (9th Cir. 1977) がある。

(48) 認定されている証拠からは退去強制事由該当性を基礎づけることができなるとされた事例としては Gameros-Hernandez

v. INS, 883 F. 2d 561 (9th Cir. 1989)：処分の相手方たる外国人自らは適法に合衆国に再入国したのであり、不法入国外国人女性が国境のフェンスにあるよく知られた穴を通ってやってきた後で彼女と会うことを約束したにすぎないという当該外国人の言い分が十分に裏付けられたものでなかったとしても、違法な越境行為があったと主張されているところを実証する目撃証人は存在せず、不法入国の発生を示す検査装置の機能に関する証言は曖昧であることを理由に、メキシコ訪問の後の合衆国への合法的な永住外国人の入国が、退去強制法上、入国検査 (inspection) を受けたものではなかったということとを、移民帰化局は明確で、二義的でなくかつ説得力のある証拠により立証していないとされた事例)、Pointhara v. INS, 708 F. 2d 472 (9th Cir. 1983)：代理人が認めたことは退去強制事由該当性を裏付ける実質的で証明力ある証拠となり得るが、退去強制手続において外国人であることの証明が移民判事と外国人代理人との間の会話での沈黙からの推論によってのみ提供されるものである場合には、移民帰化局は明確で説得力があり二義的でない証拠により外国人の退去強制事由該当性を立証する責任を果たしたとする移民判事の結論は支持することができない (Wright v. INS, 673 F. 2d 153 (6th Cir. 1982)：完全に一貫性を欠きある面では偽証にあたる証言は、便宜的な結婚 (marriage of convenience) であることを理由とする外国人に対する退去強制命令を裏付けることができないとされた事例) 等がある。

(49) *Naverette-Naverette v. INS, supra* n. (47) at 237.

(50) *See also Patel v. Landon*, 739 F. 2d 1455, 1458 (9th Cir. 1984). *See also supra* n. (46).

(51) *GORDON & MAILMAN, supra* n. (15) at 5-109.

(52) 反対尋問権の主張自体がやや濫用的とも考えうるものとして *Hoonsilapa v. INS*, 575 F. 2d 735 (9th Cir. 1978) がある。これは、学生ビザで合衆国に入国を許可された中国人が滞在許可機関を徒過したとして退去強制命令が発せられた事案である。右命令を基礎づける証拠の一つとして提示されたものに、原告の妻により提出されたビザ申請書——当該申請書には、本件で原告の弁護にあつてゐる代理人による証明書 (出生・婚姻が真である旨の証明書) も添付されており、また夫の合衆国入国時の地位が「学生」であることも記載されていた——があつた。原告は、当該申請書が伝聞証拠であり、証拠として用いることができない旨主張したが、裁判所は、「伝聞証拠とえいども、それが証明力あるものでかつその使用が基本的に公正である場合には、証拠として用いることができる」(575 F. 2d at 738) と述べるのみで原告の主張を退けている。本件の場合、もし反対尋問するとすれば、原告の妻及び代理人がその対象となるはずである。しかし、原告の弁

護にあたっては代理人を原告もしくは代理人自らが「反対尋問」するというのはナンセンスであるし、原告の妻を証人としてヒアリングに出廷させることは、「政府側の証人を反対尋問する」というよりむしろ「自らのための証拠を提示する」ことに当てはまるであろう。要するに、本件原告の主張は、自らなすべき責任を政府側に押しつけようとする嫌いがあるように思われる。

(53) 前掲注(47)の事案参照。前掲注(52)もこれにあたる側面を有することは否定できない。

(54) *See de Hernandez v. INS*, 498 F. 2d 919, 921 (9th Cir. 1974).

(55) このような事例として *Baiza v. INS*, 709 F. 2d 1231 (9th Cir. 1983) がある。事案は、合衆国市民との婚姻関係に基づき入国許可を得た外国人が、後にその婚姻関係が虚偽のものであるとして、退去強制処分の対象とされた、というものであった。本件では政府側は専ら当該外国人の妻による宣誓供述書に依拠し退去強制事由の正当性を認定したのであるが、判決は、右の妻が退去強制事由認定にあたり不可欠であることを認識していたにもかかわらず政府側が彼女と接触をはからうとも、またヒアリングに出廷させようとも、努めていないことを認定し、処分を違法としている。

(56) *See Hernandez-Garza v. INS*, 882 F. 2d 945 (5th Cir. 1989)；退去強制処分の相手方たる外国人が読んだり書いたり理解したりすることのできない英語で書かれた、不法入国の外国人によりなされた宣誓供述書 (affidavit) が退去強制処分該当性を基礎づける主要な証拠として用いられており、当該永住外国人が国境警備官を反対尋問できず国境警備官の行った証言が宣誓供述書を補強するために用いられている場合、当該永住外国人は公正なヒアリングを受ける権利を侵害されたと認定された事例)。 *El Rescate Legal Service, Inc. v. Executive Office for Immigration Review*, 727 F. Supp. 557 (C. D. Cal. 1989)；移民判事が翻訳が必要と判断した場合、記録を作成するという目的から外国人の陳述を外国語に翻訳するだけでなく、退去強制もしくは入国拒否手続の全体について翻訳の対象とすることがデュー・プロセス上必要となるにもかかわらず、移民判事の手続を完全に翻訳することをしなかったことは、手続に出廷し・代理人を依頼し・証拠を検討し・及び証人に対面し反対尋問を行う外国人の法律上の権利を大きく阻害するものとなる(とする)。

(57) *See Sandoval-Vera v. INS*, 667 F. 2d 792 (9th Cir. 1982)；理由立証命令に対するヒアリングにおいて、外国人の出生地を立証することを目的とする「情報ページ」と題された文書が真正のものとの証明を得ていない (unauthenticated) ものであった場合、その文書を証拠として容れることに時宜にかなった形で反対がなされたにも関わらずその反対を移民判事が

覆した点に瑕疵ありとされた事例)。Iran v. INS, 656 F. 2d 469 (9th Cir. 1981 : 真実たることの証証なき証拠のみに基づく退去強制は許されないとされた事例)。McNeil v. Kennedy, 298 F. 2d 323 (D. C. Cir. 1962 : 洗礼証明書等、真実たることの証証なき (unauthorized) 文書に基づく出生地の認定は許されないとされた事例)。

(58) See *McConney v. Rogers*, 287 F. 2d 473 (9th Cir. 1961 : 退去強制事由該当性を基礎づける供述録取書 (deposition) を録取した時・場所を処分の方手に知らせず、また、尋問 (interrogation) を行う機会も相手方に与えなかったことをもって、処分を違法とする)。Rose v. Woolwine, 344 F. 2d 993 (4th Cir. 1965 : 再入国等に関連する証拠の反駁が許されなかったことを理由として、退去強制処分を違法とする)。

(59) See *Bustos-Torres v. INS*, 898 F. 2d 1053, 1056-57 (5th Cir. 1990) : 移民帰化局の官吏による強制があったとか脅迫がなされたといった立証がなければ、当該官吏に対する外国人の陳述は任意によらないものとはいえず、退去強制手続で用いることができる。とする。Aliy. INS, 661 F. Supp. 1234, 1245 (D. Mass. 1986 : 退去強制手続において非自発的な陳述を利用することは手続的フェア・プロセス上の諸権利の侵害として許容できないとする)。

(60) See *Marroquin-Marriguez v. INS*, 699 F. 2d 129, 135 (3d Cir. 1983 : 移民手続において、文書調査 (letter rogatory : 外国人が求めた文書調査は、メキシコの官吏が本件外国人を拷問と暗殺の対象とし政治犯罪人の拷問を命じようと考えていることを立証する証言をしてくれると外国人が主張するメキシコの官吏に対するものである) を求める当事者はその必要性と実効可能性を立証する責任を負担するとされた事例)。Impastato v. O'Rourke, 211 F. 2d 609, 611 (8th Cir. 1954 : 一九一七年法下の事例であることに留意された)。

(61) See *Nicholas v. INS*, 590 F. 2d 802 (9th Cir. 1979 : 証拠物件 (exhibits) を開示しなかった点に瑕疵があるが、当該証拠物件を得る機会に相手方に保障されており、相手方は漫然と右の機会を利用しようとしなかったことを理由に、処分を適法とする)。Hyun v. Landon, 219 F. 2d 404, 406-07 (9th Cir. 1955, *aff'd by equally divided*, 350 U. S. 990 : 処分の方手たる外国人が、証人を反対尋問できる場所に自ら赴いたり、代理人を赴かせることが、金銭上不可能であった、という事情があるからといって、このことは外国人の反対尋問権の否定を論拠づけるものとならない (citing *Bhagar Singh v. McGrath*, 104 F. 2d 122, 123 (9th Cir. 1939))。また、反対尋問権を行使すると金銭負担がかかることのみを理由に右権利を行使しなかったのであれば、それは権利放棄と解することができるのみである。とされた)。

- (62) *Trias-Hernandez v. INS*, 528 F. 2d 366, 370 (9th Cir. 1975) もまた「当該事案において瑕疵あるものと主張されている、反対尋問を経ていない」証人をヒアリングに出廷させる必要性を示す証拠がなければ、右証人の不在が基本的に不公正でありデュー・プロセスを侵すほどのものである、ということとはできない」旨説示している。右説示により、もし、当該判決が、被処分者に対して、その必要性を指示する具体的証拠の提示を要求しているものとすれば、被処分者の所有する証拠が通常は限定されているであろうことに鑑みれば、処分相手方に過重な負担を課すことにならうと思われる。
- (63) See Note, *INS Transfer Policy: Interference with Detained Alien's Due Process Right to Retain Counsel*, 100 HARV. L. REV. 2001, 2008 (1987).
- (64) 一九五二年法第二四二条 (b) (2) ' 8 U.S.C. §1252 (b) (2) ' 及び第二九二条、8 U.S.C. §1362。後者の規定は、不服申立手続においても処分の相手方たる外国人は代理人依頼権を有する旨定めている。
- (65) 一九五二年法第二九二条は、退去強制手続に従事することを許可された代理人たることを要件としており、規則 (8 C.F.R. §292.1 (a) (1984)) によれば、一定のカテゴリーに属する法学部学生もまた退去強制ヒアリングで外国人を弁護できるものとされている。
- (66) もっとも、このサービスが利用できるのは通常は大都市のみであり、さらに、大都市においてさえも、人員が限られているため、代理人が出廷できないことが通例であったことが指摘されている。Appelman, *Right to Counsel in Deportation Proceedings*, 14 SAN DIEGO L. REV. 130, 134 (1976).
- (67) 8 C.F.R. §242.16 (1984)。なお無料の法律サービスを受けることのできる資格要件として、所得制度が課せられていた点に注意せよ。See *Henriques v. INS*, 465 F. 2d 119, 120 (1972)。
- (68) 8 U.S.C. §1253 (h)。
- (69) 45 C.F.R. 1626.4 (1983)。
- (70) 以上 ALENIKOFF-MARTIN, *supra* n. (5) at 414-15 を参考にした。
- (71) 8 C.F.R. §242.16 (a) (1984)。
- (72) もっとも、移民帰化局は、代理人同伴を主張するものについては予備調査段階においても代理人による弁護を許しているようであるが、これはあくまで行政上の恩恵と捉えられている。See Haney, *Deportation and the Right to Counsel*, 11 HARV.

- INT. L. J. 177, 186 (1970).
- (72) GORDON & MAILMAN, 1 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE §4.01[6], 4-15~16, n. 56~58 (1989) の裁判例参照。
- (74) 規則 (8 C. F. R. §242. 14 (c) (1984)) は、「特別審理官は、処分相手方その他の者により、調査・尋問・ヒアリングあるいは裁判 (trial) の間なされた、当該案件の争点にとって関連あるいかなる口頭ないし文書上の陳述であれ、これを証拠に入れることができる」と規定しており、代理人不在のままなされた調査において録取された証言等が記録に入れられることが許されるか否か、が争われることが多いからである。
- (75) 形式的には、予備調査段階での代理人不在は、その後のヒアリングで代理人を依頼することが可能であることを理由に、治癒される、という見解が裁判例では示されている。See e. g., *Landon v. Clarke*, 239 F. 2d 631 (1st Cir. 1956), *United States ex rel. Beck v. Neelly*, 202 F. 2d 221 (7th Cir. 1953). ただし、一九一七年法上の裁判例の検討からもある程度明白なように、「問題はことほど左様に単純ではなからぬ」。
- (76) *Van Den Berg v. Lehmann*, 261 F. 2d 828, 829 (6th Cir. 1958).
- (77) *United States v. Dekermanjian*, 508 F. 2d 812, 814 (9th Cir. 1974) : 一度退去強制処分が付された後、再度違法に合衆国に再入国したとして退去強制命令が発せられた (一九五二年法第二七六条, 8 U. S. C. §1326) 外国人に関する事案である。外国人側は、退去強制ヒアリングが代理に不在のまま行われたことを捉えて違法性の存在を主張したが、裁判所は、原告及び代理人がヒアリングの日程を熟知していたにも関わらず出廷しなかったのであり、自発的にヒアリングを欠席したのである、として、原告の主張を排斥した。
- (78) See *Mohsseni Behbahani v. INS*, 796 F. 2d 249, 253 (9th Cir. 1986), *Lopez v. INS*, 775 F. 2d 1015, 1017 (9th Cir. 1985). *あひまふりれに反対するあひまふりれ Mantell v. United States Department of Justice*, INS, 798 F. 2d 124, 127 (5th Cir. 1986) もあひまふりれ。
- (79) この点の判断基準を一般論として示す重要な裁判例としては *Ramirez-Durazo v. INS*, 794 F. 2d 491, 499-50 (9th Cir. 1986) : 退去強制手続で代理人による実効的な援助が得られずデュール・プロセス違反となる場合とは、「当該手続が基本的に不正であり、外国人が合理的に自己の事案を提示する (reasonably presenting his case) ことを妨げられた場合」のみである (citing *Lopez v. INS*, 775 F. 2d 1015, 1017 (9th Cir. 1985) と云々) があひまふりれ。See also *Magallanes-Damian v. INS*, 783

F. 2d 931 (9th Cir. 1986: 任意出国を許可してもらうために退去強制事由を争うことを控えようという代理人の判断は戦術的な選択なのであり、そのような判断を代理人がしたからといって代理人による援助が実効的なものではなくなっており退去強制手続におけるデュー・プロセスを外国人に拒否するほどのものとして非難を受けるものではないとする)。Br Roe v. INS, 771 F. 2d 1328 (9th Cir. 1985: 代理人が一人の証人に対しておこなった質問の仕方、及びもう一人の証人についてはヒアリングに出廷させるのではなく宣誓供述書をとるといふ判断をしたことにつき、外国人は退去強制ヒアリングで代理人の実効的な援助を受けられなかったとはいえないとの判断を示している)。

(8) See *Applaman, supra* n. (66) at 133-34.

(18) See e. g., *Castro-Nuno v. INS*, 577 F. 2d 577 (9th Cir. 1978: 入国審査を経ずして入国したことを理由とする退去強制事件。政府側の度重なるヒアリング延期のために外国人側の代理人は出廷できない状況となったこと、及び外国人が退去強制事由該当性の認定を反駁するためには代理人に大きく依存することから、本件のような場合には、政府は外国人に代理人が出廷できる機会を進んで与えなくてはならない、とされた)。Chomos v. United States Department of Justice, 516 F. 2d 310 (3d Cir. 1975: 船員として合衆国に入国後、許可された滞在期間を徒過して在留の後、合衆国市民と結婚したことを理由に移民ビザを申請したが、許可されず、婚姻が虚偽のものであったこと及び滞在期間徒過を理由に、退去強制命令が発せられた事例。本件で原告は、代理人を依頼した後にヒアリングを開廷してほしい旨再三要求していたが、政府側はこれを無視してヒアリングを強行した。なお、原告側の代理人がヒアリングに出廷できなかった理由は、政府側がヒアリング開廷地を変更したためであると認定されている。また判決は、本件で緊急にヒアリングを開始すべき必要性がなかったことを指摘してゐる)。Van Dan Berg v. Lehman, 261 F. 2d 828 (6th Cir. 1958: 事案の概要は不明。判決は、本件で処分相手方となった外国人が英語の理解能力に欠けていること、また、代理人がヒアリングに出廷していないこと、を理由に、退去強制事由を反駁するための合理的機会が与えられていないと判断した)。

(82) 近時、外国人の身柄拘束地を移し、それに伴い、代理人が外国人と接見する時間を制約する、という移民帰化局の政策が大きな問題となっており、これを、代理人依頼権ひいては fundamental law の侵害である、とする判決 (Nunez v. Boidin, 537 F. Supp. 578 (S. D. Tex. 1982)) が出されるに至っている。ただ、この問題は退去強制処分手続固有のものではなくむしろアサイラム申請者の権利に関するものとして出現しているため、本稿では詳論しない。この問題を扱った比較的近時

の論稿を Note, *supra* n. (63) に於て。

(83) See *Castro-Nuno v. INS, supra* n. (81) at 579.

(84) そのことを最もよく示しているものとしては *Chimos v. United States Department of Justice, supra* n. (81) 参照。

(85) 代理人不在のまま手続が進行する場合としてはその他、代理人依頼をする金銭的余裕がない場合（これについては前述した）、身柄拘束等のため行動の自由が制約された結果である場合（前掲注（82）参照）、あるいはヒアリング開廷地が移され、当初得ることのできた代理人を依頼できなくなった場合（その最も極端な例が *Castro-Nuno v. INS, supra* n. (81)）などがある。

(86) ただし、権利告知がなされていなくても、実際に外国人が代理人選任権を行使していれば、告知の点では瑕疵はないとする裁判例がある。See *Ramirez-Durazo v. INS, 794 F. 2d 491, 499 (9th Cir. 1986)*.

(87) See *Appleman, supra* n. (66) at 135; *Velasquez Espinosa v. INS, 404 F. 2d 544, 546 (1968)*.

(88) See *Murria-Melendez v. INS, 407 F. 2d 207, 209-10 (9th Cir. 1969)*; *プリファナ所持を理由とする、一九歳のメキシコ人に対する退去強制事件*。滞在資格は不明。特別審理官による退去強制ヒアリングでは代理人の弁護を受けていなかった。移民不服審査委員会では右の点を捉えて処分に瑕疵ありと主張。なお委員会では代理人の弁護を受けていた。判決は、処分の相手方が一九歳の少年であるとはいえ、英語の理解能力に欠けるころはなく、代理人依頼権放棄に瑕疵なし、とする。citing *De Souza v. Barber, 263 F. 2d 470, 476-77 (9th Cir. 1959)*。本件処分が先立つこと二六年前に退去強制処分を受けた外国人が再度入国し、右退去強制処分を受けたことを理由に再度の処分が発せられた事例。外国人は、過去の退去強制処分が違法であると主張し、その理由の一つとして、代理人依頼権の放棄に瑕疵があったことを挙げたが、判決は、処分の相手方が当時発せられた退去強制処分を二六年間争うことなく、また、合衆国への合法的な入国を求めているわけでもないことを理由に、右の主張を退けてゐる。

(89) See *Appleman, supra* n. (66) at 134-35.

(90) See *Colindres-Aguilar v. INS, 819 F. 2d 259 (9th Cir. 1987)*。たとえ外国人が代理人抜きでヒアリングに出廷していると移民判事の陳述の後外国人が沈黙している場合であっても、外国人が第一回目のヒアリングで代理人を依頼する希望を明示する陳述をしておりかつ代理人の署名入りで外国人のために動議 (motion) が提出されており、特に外国人が英語を話

せず合衆国及びその法制度・手続を知らない場合には、退去強制ヒアリングを継続させながら、当該手続において外国人が代理人を希望するか否かについて移民判事は何らかの短い審問をすることが必要とされた事例)、*Bartold v. INS*, 517 F. 2d 689 (5th Cir. 1975)；不法入国したハイチ人に対する退去強制事例。外国人側は、退去強制事由該当性を認めつつも、迫害のおそれを理由に退去強制の保留を求めたが、特別審理官はこれを認めなかった。判決は、代理人依頼権の放棄の瑕疵の有無につき、無料の法律サービスの告知がなされていること、翻訳者をつけられており相手方は放棄の意味を十分理解していたこと、その他、移民判事が相手方の権利行使にかなりの配慮を払っている事実を認定し、放棄に瑕疵なしとする)。*Dentico v. Esperdy*, 280 F. 2d 71 (2d Cir. 1960)；ヘロインの売買をしたため有罪判決を受けたことを理由とする退去強制事例。判決は、特別審理官がヒアリング開始時にも、また開始後にも代理人依頼権を有する旨告知しており、相手方はその都度権利放棄の意思を明示していることなどを理由に、放棄に瑕疵なしとする)。

(61) *See e. g. Montilla v. INS*, 926 F. 2d 162 (2d Cir. 1991)；本件処分の手相手たる永住外国人は1回目のヒアリングで代理人依頼権を告知された後2回目のヒアリングで代理人抜きで出廷し、外国人が代理人抜きであることを移民判事が記録で記載した第2回目のヒアリングで外国人は退去強制処分を争っている場合、当該外国人は意図的自発的に (*knowingly and voluntarily*) 代理人依頼権を放棄したものとはいえないとされた事例)、*Prassinos v. District Director*, 193 F. Supp. 416 (N. D. Ohio, 1960)；乗船員として入国後、許可された滞在期間を徒過して合衆国に残留していたことを理由とする退去強制事件。代理人を依頼することを望まない旨の明示の意思表示がなされていた)。*Bartese v. Ryan*, 189 F. Supp. 449 (D. Conn. 1960)；背徳的犯罪を行ったことを理由とする、合衆国に四四年間居住した永住外国人の退去強制事件。判決は、処分の手相手が、特別審理官によるヒアリングにおいては代理人依頼権を放棄したものの、移民不服委員会段階ではこれを放棄していないにも関わらず、代理人不在のまま手続を進行させた点に瑕疵あると判断している。なお、外国人が直ちに代理人を得られなかったことにつき正当な理由があるとしている<sup>9)</sup>。

(62) *See Rosales-Caballero v. INS*, 472 F. 2d 1158 (5th Cir. 1973)；事案の概要は不明だが、永住外国人の退去強制事件である。判決は、相手方の英語の理解能力の不完全性を一つの要素として、代理人不在のヒアリング手続の瑕疵を認定、*Murgia Melendez v. INS*, *subra n.* (88), *Velasquez Espinosa v. INS*, 404 F. 2d 544 (9th Cir. 1968)；虚偽の申請(兵役を免れるため合衆国書へ逃亡した)とあるにもかかわらず、右の事実はないとしてビザ申請をした)に基づき合衆国に入国したこと

を理由とする退去強制事例。退去強制手続の性格を十分理解した上で放棄したと判決は簡略に述べている。Rose v. Woolwine, 344 F. 2d 993 (4th Cir. 1965)；合衆国市民と偽って入国したことを理由とする退去強制事例。退去強制ヒアリングでは旅行代理店業者を代理人として依頼した後、弁護士を見つけたことができたことを理由に退去強制ヒアリングの再開を申請したが、拒否されたことにつき、判決は、確かに自らの意思で旅行代理店業者に弁護を依頼したものの、このことにより証拠を反駁するすべての機会が失われてしまうという結果の重大性に外国人は気づいていなかったこと、及び正規の弁護士を依頼していれば結果は変わったであろうことを理由に、代理人依頼権放棄としては瑕疵あるもの、と判断している。

(93) 十分な権利告知がなされた上で代理人抜きの手続が進捗したことを一つの理由として、代理人依頼権放棄に瑕疵なし、とする *Tupacypanqui-Martin v. INS*, 447 F. 2d 603 (7th Cir. 1971) はこの点をよく現しているものと思われる。もともと、単に、代理人依頼権放棄が権利告知後になされたことのみをもって、代理人依頼権放棄に瑕疵なし、とする判決もある (Coons v. Boyd, 203 F. 2d 804 (9th Cir. 1953)) が、疑問の余地がある。

(94) 翻訳者による翻訳を受ける「権利」は 8 C. F. R. §242.12 (1984) で規定されているが、さらにこれが憲法上の要請であることを示唆するものとして *Tejeda-Mate v. INS*, 626 F. 2d 721, 726 (9th Cir. 1980)；移民判事が行政機関側の証言の同時通訳を拒否したことはヒアリングの基本的公正さを侵すものではあるが、しかし右の点の瑕疵は本件では処分の相手方に不利益を与えていない (本件で翻訳されなかった証言は、外国人たることについての原告自身の自白を裏付けるためのものに過ぎなかった) とされた事例。 *Orozco-Rangel v. INS*, 528 F. 2d 224 (9th Cir. 1976)； *Niarchos v. INS*, 393 F. 2d 509, 511 (7th Cir. 1968)； *Haddan v. Comey*, 401 F. Supp. 717, 720 (D. Mass. 1974) など参照。その他、翻訳を受ける権利に関連するものとしては *Colindres-Aguilar v. INS*, *supra* n. (90)； *Gando-Coello v. INS*, 888 F. 2d 197 (1st Cir. 1989)；外国人は英語をよく理解できないと主張していたが彼自身は合衆国に十七年以上在留していた経歴を持つていることに加え、代理人を獲得しようとしている間移民判事から数度のヒアリング延期を許可されていることを理由として、外国人は代理人の代理を獲得する十分な機会を持っていたとの認定、あるいは、退去強制ヒアリングに代理人不在のまま出廷したが代理人不在に正当な理由があったとはいえないとの認定が恣意専断にわたるとはいえないとされた事例) がある。 See also *supra* n. (56)。

- (95) See *Burr v. INS*, 350 F. 2d 87 (9th Cir. 1965) : 背德的犯罪を行ったことを理由とする退去強制事例。代理人依頼を可能にするため手続を延長したが得ることができず、結果的には代理人不在のまま手続を進行させることに外国人側も同意したことを捉えて、判決は放棄に瑕疵なしとする)。*Bisailon v. Hogan*, 257 F. 2d 435 (9th Cir. 1958) : 背德的犯罪を行った者として退去強制命令が発せられた事例。第一回目のヒアリングでは、代理人不在のまま手続を進行させてもよい旨外国人は答え、また、第二回目のヒアリングでは、手続を延期したものの、結局代理人不在のまま手続を進行させざるをえなくなり、外国人もこれを了承したことなどから、判決は手続の瑕疵を否定。
- (96) See *Millan-Garcia v. INS*, 343 F. 2d 825, 829 (9th Cir. 1965) : 一度永住目的で入国し、兵役に服するなどの後、約三年間合衆国を離れ、その後再入国した際、合衆国市民と偽って入国許可を得たとして退去強制命令が発せられた事例。判決は、外国人が弁護士を雇うだけの金銭的余裕がなかった訳ではないこと、特別審理官に代理人依頼権を放棄する旨明言したこと、他に、代理人を依頼するため手続を延期してほしいとの申請がないこと、を捉えて、代理人不在のまま手続を進行させたことに瑕疵なし、とする)。
- (97) このことをも判断のポイントの一つとして挙げている判決としては *Bisailon v. Hogan*, *supra* n. (95)、*Tupacyupangui-Martin v. INS*, *supra* n. (93) などがある。もっとも、いずれも処分手続の適法性をサポートする一要素として示されていることに注意を要する。
- (98) もっとも、*In re Gault*, 387 U. S. 1 (1966) や *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U. S. 778 (1973) といった、性格上民事とされる手続についても国選弁護を受ける権利を認める判例が存在することから、このような判例理論はもはや通用しないことを指摘する *Black, Due Process and Deportation — Is There a Right to Assigned Counsel?*, 8 U. CAL. DAVIS L. REV. 289, 290 (1975) があろう。
- (99) See *Rosales-Caballero v. INS*, 472 F. 2d 1158 (5th Cir. 1973)。事案の概要は不明であるが、英語の理解能力が完全ではない外国人が、代理人を依頼する金銭的余裕のないことを理由に代理人依頼権を放棄した事案につき、裁判所は、再度代理人を依頼させた後に改めてヒアリングをせよ、とした。この事案では無料の法律サービスの告知がなかったようである。
- (100) ここで退去強制手続における国選弁護を受ける権利の保障という問題に言及しておく。この問題が連邦最高裁において正面から争われた事例はこれまで存在しない。しかし、下級審では、デュー・プロセスにより退去強制手続において国選

弁護を受ける権利が保障されているといえるか否かが争点となった事例が存在する。これらの裁判例もまた右の争点を正  
面から処理することなく別の角度から問題を解決しており、明確な判断が下されていないことを指摘する見解もある (*Black,*  
*supra* n. (98) at 297-99.) が、いくつかの判決では右権利の不存在が明言されており (*See e. g., Ramirez v. INS, 550 F. 2d*  
*560, 563 (9th Cir. 1977, citing Bloksunsky v. Tod, 263 U. S. 149, 157 (1923)). United States v. Gasca-Kraft, 522 F. 2d*  
*149, 152 (9th Cir. 1975), Tupacyupanqui-Martin v. INS, 447 F. 2d 603, 606 (7th Cir. 1971)）、このように、退去強制手*

続に対する、本文中で述べたような性格づけ——そのことの是非は前掲注 (98) で指摘した如く問題ではあるが——  
を合わせ考えるならば、判例理論としては国選弁護権の承認に消極的といわざるを得ない。しかし、注目すべきことは、  
比較的近時、貧困な外国人の国選弁護権が極めて重要な憲法上の主張であることを認知する判決が散見される (*See Bart-*  
*hold v. INS, 517 F. 2d 689, 690 (5th Cir. 1975), Aguilera-Enriquez v. INS, 516 F. 2d 565, 568 n. 3 (6th Cir. 1975), Henri-*  
*ques v. INS, 465 F. 2d 119, 121, n. 3 (2d Cir. 1972), Caronell v. INS, 460 F. 2d 240, 242 (2d Cir. 1972)）となり、*

であり、今後の動向が注目される。

(10) この種の判断を示したものとしては① *Prasinos v. District Director, supra* n. (91) (代理人の弁護を受けていても結果の可  
変性なし)、② *Ballanilla-Gonzalez v. INS, 546 F. 2d 515 (2d Cir. 1976)* : 非移民たる学生として入国後、許可された滞在期  
間を経過しても合衆国に残留していたことを理由とする退去強制命令が争われた事例。本件外国人は、合衆国で子供が生  
まれた (すなわち合衆国民たる親族が存在する) ため退去強制処分が発せられることはない、と信じて代理人依頼権を放  
棄した。判決は、本件での代理人依頼権放棄は法に対する誤解によるものではあるが、たとえ代理人を依頼したとしても、  
その退去強制事由該当性の認定が変わる可能性なし、とする。③ *Rose v. Woolwine, supra* n. (92) (代理人を依頼でき、出  
廷させることができたならば認定は変わったかも知れないことを理由の一つとする)。④ *In re Raimondi, 126 F. Supp. 390*  
*(N. D. Cal. 1954)* : 麻薬犯罪を行ったことを理由とする、永住外国人の退去強制事例。判決は、本件外国人が代理人依頼権  
放棄のやむなきに至った理由は外国人に代理人を依頼するだけの金銭的余裕がなかったために過ぎないこと、及び、退去  
強制事由該当性は代理人が出廷しなくても動かし難いこと、を理由に、ヒアリング手続に瑕疵なし、とする。⑤ *Diric v. INS,*  
*400 F. 2d 658 (9th Cir. 1968)* : 非移民たる学生として入国したが、許可された滞在期間経過後も合衆国に残留したことを  
理由とする退去強制事例。当初原告は代理人依頼権を放棄したが、その後代理人を依頼した。判決は、代理人依頼後改め

てヒアリング開廷の要求があったが行政機関がこれを拒否したことにつき、実体判断を左右する証拠が提示されていないことなどを理由に、手続上の瑕疵を認定せず。⑥ *Farrokh v. INS*, 900 F.2d 697 (4th Cir. 1990)：代理人の出廷・不出廷にかかわらず、当該外国人が学校に通学していないことにより非移民たる地位に明白に反する行為を行っている場合には、当該外国人は退去強制ヒアリングにおける代理人不在により不利益を受けているとはいえないとする）などがある。

(102) 前掲注(101) ③判決のみである。

(103) もっとも、前掲注(101) ③判決もまた、外国人であるにもかかわらず合衆国市民と偽って入国したものの故、本文の指摘が全面的に当てはまるものとも思われない。

(104) 特にこの点からは前掲注(101) ②判決には問題があるのではないか。

(105) *See Note, supra* n. (63) at 2003.

(106) 第四の判断ファクターをこのように理解するゆえんは、貧困者の場合、たとえ「合理的な機会」が与えられたとしてもなお代理人を依頼できないことがありうるわけであるが、それにもかかわらず手続的裁量統制の判断要素とされる可能性があるのは、貧困者たる外国人に代理人への有意なアクセス権が存在しないためである、と考えられるからである。

(107) *See GORDON & MAILMAN, 1 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE* §4, 01[2], 4-8~9 (1989).

(108) *Appelman, supra* n. (66) at 137. ㊦の名称はおそらく行政手続法 (5 U. S. C. §707) に基づく rule of prejudicial error に由来（もしくは継承）するものと推測される。他に「無害な瑕疵」理論と呼ぶ判決もある。 *See Castenada-Delgado v. INS*, 525 F.2d 1295, 1300-01 (7th Cir. 1975).

(109) 拙稿・前掲注(32) 一四五八頁（一九九三）。

(110) *See e. g.*, *Cuadras v. INS*, 910 F.2d 567, 573 (9th Cir. 1990), *Michelson v. INS*, 897 F.2d 465, 468 (10th Cir. 1990), *Hernandez-Garza v. INS*, 882 F.2d 945, 947 (5th Cir. 1989), *Ramirez-Durazo v. INS*, 794 F.2d 491, 500 (9th Cir. 1986)；不服審査委員会手続を対象） *Edmond v. Nelson*, 575 F. Supp. 532, 536 (D. C. La. 1983).

(111) *See* ① *De Bernardo v. Rogers*, 254 F.2d 81 (D. C. Cir. 1958)；背德的犯罪により有罪判決を受けたことを理由とする、永住外国人の退去強制事例。代理人不在は原告たる外国人に不利益をもたらさず、とする。代理人を依頼できなかった理由は金銭的余裕がなかったためのものである。代理人不在のため一度はヒアリングが延期されている。② *Prassinov v. Dis-*

trict Director, *supra* n. (91) (代理人が出廷することができても結果の可変性なし)。③ *Aguilera-Enriquez v. INS*, 516 F. 2d 565 (6th Cir. 1975)：麻薬犯罪の有罪判決を理由とする永住外国人の退去強制事件。判決は、不服審査委員会では外国人が代理人を依頼し、出廷させることができたことを捉えて、移民判事(＝特別審理官)によりヒアリングで代理人が不在であったことにより原告たる外国人の主張を行政機関が考慮しえなかった、という事態は発生しておらず、また、代理人が仮に出廷できたとしても結果は変わりえない、として、手続の瑕疵の存在を否定。④ *Bartese v. Ryan*, *supra* n. (91) (本件原告が半世紀近く合衆国に居住している事実を重視し、不服審査委員会で代理人依頼権を行使させないことは連邦議会の明示の命令(具体的には 8 U.S.C. §1362 を指す)に反する、とする。代理人依頼権の行使を独立した判断ポイントとする考え方に近いように思われる)。⑤ *Cholmos v. United States Department of Justice*, *supra* n. (81) (原告たる外国人の代理人依頼権の行使を妨げた行政機関の行為が原告に不利益を与えたか否か、というアプローチを用いる)。⑥ *Castanada-Delgado v. INS*, 525 F. 2d 1295 (7th Cir. 1975)：入国審査を受けなかったこと、及び許可された滞在機関を徒過して合衆国に残留していること、をそれぞれ理由に、外国人夫婦に退去強制命令が発せられた事例。行政機関側は、外国人が代理人を探するために二回ほどヒアリング開廷を延期したが、その後は延期を許可せず、結果的には退去強制ヒアリングは代理人不在のまま行われた。判決は一方では、外国人を代理してくれる代理人を見つけだすまで手続の延期を許容できない理由なし、とし、他方、不服審査委員会が、代理人の出廷・不出廷により結果が変わるものではない、との理由で不服審査請求を棄却していた点につき、代理人依頼権が極めて重要なものであることを理由に「無害な瑕疵」テスト(前掲注(108)参照)の適用なし、とする)。⑦ *Henriques v. INS*, 465 F. 2d 119 (2d Cir. 1972)：許可された滞在機関徒過を理由とする退去強制事例。原告は、貧困だった故に代理人を依頼できなかったと主張。判決は、原告が貧困者といえるか否かにつきかなりの疑問あり、とするとともに、退去強制事由該当性を基礎づける事実関係については代理人がヒアリングに出廷できても争う余地なし、とする。⑧ *Barthold v. INS*, *supra* n. (90)。⑨ *Castro-O'Ryan v. U. S. Dep. of Immigration and Naturalization*, 847 F. 2d 1307 (9th Cir. 1988)：退去強制手続における代理人不在により発生した外国人にとつての不利益が十分に大きな場合には、デュー・プロセスの保障が否定されたと考えられる場合も有り得るとした上で、その程度までにヒアリングを基本的に不公正なものと判断されるためには、当該瑕疵ないし違法と主張されている行政活動が結果的にヒアリングを拒否したと同視し得るもの (such as might have been led to denial of justice) でなくてはならないか、あるいはデュー・プ

ロセスにとって不可欠と考えられる要素の一つが欠如している場合でなくてはならないとの一般論を提示している。また、本件事案については、確かに本件外国人は、一方では移民判事の審問に対してヒアリングで自らを弁護するつもりであると陳述しているが、本件外国人はサンフランシスコで自らの選択する代理人を依頼する機会があることを求めており、この要求に対する判断は下されてはいないが実際にはこの要求は否定されたものとなっていたことを理由として、当該外国人は退去強制手続における代理人依頼をする法律上の権利を理解した上で適切に (competently and understandingly) 放棄したとはいえないとしている。<sup>⑩</sup>Farrohi v. INS, *supra* n. (101).

(112) 特に代理人依頼権の告知時期ないし保障時期に関する諸判決（第一部第一章第二節①②）参照。

(113) 代理人依頼権放棄に対する圧力行為に関する諸判決（第二部第一章第二節③）参照。

(114) 同右参照。

(115) 前掲注（95）所掲の諸判決参照。

(116) 前掲注（111）判決中、④（不服審査委員会でのヒアリング）、⑤、⑥、⑨判決参照。ただし①、⑦判決をみると、開廷（延期）決定の合理性自体が相手方の状況との相対的關係にかなりの程度左右されるものであることが看取でき、問題は単純ではない。

(117) 前掲注（111）④、⑥判決参照。

(118) 前掲注（111）⑥判決がこれである。

(119) 第一部第一章第二節③参照。

(120) 先に述べた、代理人依頼権放棄に関する第一―四の判断ポイントを参照されたい。これら判断ポイントの裏にある実質的な配慮は、ある個人が手続を進行させるにあたり、当該放棄がいかなる打撃を与えるか、にあるものと思われ、その点からすれば、手続全体から瑕疵の重さを計る、ということにならう。しかし、重要なことは、瑕疵の重さを計る基準が個別の手続的段階内部におろされ、そこで具体的な判断ポイントが形成されている、ということである。

(121) See GORDON & MAILMAN, 3 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE §8, 12b, 8-112 (1989), citing *Castenada-delgado v. INS*, *supra* n. (111).

(122) 肯定的に答えられるべきことは既に一九一七年法下で確立している。

- (123) 個人の被侵害利益の軽重と政府側の利益との比較衡量に基づき手続を決する、という基本的思考もまた既に一九一七年法下で出現していた。
- (124) 争点となりうるものとして残されているのは国選弁護を受ける権利のみといってもよい。
- (125) ただし、手続的デュー・プロセスにより保護される利益とデュー・プロセスのそれとの間の乖離が残存している可能性がある。拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(五)」『北大法学論集』四二巻三号八〇〇～一頁(一九九二)参照。
- (126) 前掲注(114)～(116)及びその本文参照。
- (127) See *Colindres-Aguilar v. INS, supra n. (90)* at 262, *Rios-Berrios v. INS*, 776 F. 2d 859, 862 (9th Cir. 1985), *Chlomos v. INS, supra n. (81)* at 314.
- (128) See *Robertson, An Opportunity to Be Heard: The Right to Counsel in a Deportation Hearing*, 63 WASH. L. REV. 1019, 1027-28 & n. 64 (1988).
- (129) See *Castenada-Delgado v. INS, supra n. (111)*.
- (130) 例えば前掲注(81)～(84)及びその本文参照。
- (131) 前掲注(63)及びその本文参照。
- (132) 前掲注(108)～(116)及びその本文参照。
- (133) 一九一七年法下での政府の作為義務は「機会の提供」義務のみともいえ(拙稿・前掲注(32)一四八七頁注(139)及びその本文参照)、相手方の権利行使を妨害しないという不作為義務が政府側に課せられる義務の中核であった(例えば同右・一四八四頁注(115)及びその本文、あるいは同右一四八五頁注(117)(118)及びその本文参照)。
- (134) 前掲注(53)～(56)及びその本文参照。
- (135) 例えば社会保障給付に *McCashaw, The Managing Side of Due Process: Some Theoretical and Litigation Notes on the Assurance of the Accuracy, Fairness, and Timeliness in the Adjudication of Social Welfare Claims*, 59 CORN. L. REV. 772, 787-90 (1974).
- (136) *ALENIKOFF-MARTIN, supra n. (5)* at 451-52.
- (137) *SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 263* (2ND ED. 1984).

(138) わが国の裁判例が現在制定法準拠主義的な傾向にあることはつとに指摘されているところであり(例えば阿部泰隆『行政の法システム(下)』五三五頁(一九九二)、塩野宏『行政手続法研究会(第二次) 中間報告の公表にあたって』『ジュリスト』九四九号一〇二頁など)、手続要件の確定のためにはその手がかりとなる制定法の必要を実務の側が感じる(研究会『行政手続法(第5回)』『ジュリスト』一〇五八号四七頁(一九九四)での中込秀樹判事の発言参照)ことも理解できるが、手続要件の実効的保護をいかにすべきかは判例法理に待つほかないと思われる。

まとめにかえて

本稿の最後にあたり、合衆国移民法をめぐる議論と一般的な手続的デュー・プロセス論との関係を略述しながら、そこから得られた知見がわが国の議論にいかなる示唆を与えるかについて指摘することで、まとめに代えたい。

「デュー・プロセスの保護法益と入国拒否・退去強制」

合衆国移民法は基本的な処分類型を入国拒否と退去強制とに区分しており、理論上もこの両者の区分は一応厳格になされている。この区分を前提として、判例理論は、いくつかの根拠を示しながら、入国拒否処分に手続的デュー・プロセスによる制約がかかることを否定してきた。<sup>(1)</sup>しかし、実際の法制度をみれば、この二つの処分手続は類似性を帯びつつあり、理論的にもまた入国拒否処分に手続的デュー・プロセスによる制約が課せられる兆しが見える。<sup>(2)</sup>今後は処分類型により外国人への手続的保障の有無をカテゴリカルに決めるのではなく、処分の相手方の利益状況に応じた柔軟な対応が要求されることになるであろうし、その際、いかなる手続保障が必要かを判断する基準となるのは従来の退去強制手続であろう。というのも、法律上規定されている入国(拒否)手続以上の手続要件を課すために、他の類型の手続と

して最も念頭に置きやすいものだからである。<sup>(3)</sup>このようにして合衆国では入国拒否処分の相手方に憲法上の保護を認めようとする努力が続けられていくものと思われる。

他方、退去強制処分については合衆国では古くから手続的デュー・プロセスによる制約があることが認められてきた。判例理論は、不明確な点を含みながらも、外国人の人身の自由及び継続的居住の自由という実体的利益を保護するために手続的制約が必要であると考えたようである。<sup>(4)</sup>もつとも、継続的居住の自由という利益を左右する在留資格制度をどのように設定するかは、再三述べてきたように、合衆国では連邦議会の専権であり、出入国管理制度の実体的側面に対する憲法上の制約はほとんど機能しないものとされている。<sup>(5)</sup>つまり、継続的居住の自由は、憲法上の権利ではなく法律により創設された利益なのである。しかし、在留資格制度を設けた結果、もし外国人に何らかの利益が生まれることが承認されかつその利益が一定の要件を充足する場合（一九七〇年代以降連邦最高裁が定式化したところによればその利益が第五修正にいう「生命・自由・財産」に該当する場合）には、その利益を守ることが憲法上要請されることになる。これを現在の連邦最高裁判例にそくしていえば、退去強制処分により侵害される人身の自由及び継続的居住の自由が手続的デュー・プロセスの保護法益として位置づけられ、不公正な手続によるその剝奪は連邦憲法（第五修正）に反することとなる。このような連邦最高裁の考え方は、「正規の手続で入国許可された者は、その在留資格をみだりに奪われないことを保障されていると解される限度で在留権があ（る）」<sup>(6)</sup>とする声部教授の見解と——権利主張できる外国人の範囲に違いはあるが——ほぼ同一線上にあると位置づけられよう。<sup>(7)</sup>

### 〔退去強制手続の性格〕

右に述べたように、退去強制処分は外国人の継続的な在留の利益とともに、人身の自由を侵害するものでもある。そのため、合衆国では古くから、退去強制処分は刑罰類似の性格をもつものとして刑罰手続に対する憲法上の制約が課せ

られるべきとの主張がしばしば外国人側よりなされてきた。これについては、退去強制処分手続は刑事手続ではないことから刑事手続上の権利保障をそれ自体直接適用することを否定するのが連邦最高裁の確立した判例理論であり、従って国選弁護を受ける権利等の保障は及ばないとされている。また、刑事手続で適用されるミランダ警告や証拠排除法則は退去強制手続ではそのままでは適用されないことも判例上確立されている。<sup>(9)</sup>しかし、この点は比較的最近まで裁判例において争われてきたほどであるし、<sup>(10)</sup>また第五修正を通じてミランダ警告や証拠排除法則に類する原則の適用が認められる余地は十分に<sup>(11)</sup>ある。つまり、退去強制処分は刑罰とは法律上の性格が異なるとはされつつも、外国人の人身の自由を侵害する<sup>(12)</sup>という処分の効果の点からみれば、退去強制は刑罰類似の効果をもつものであるとの認識が実際には相当強く<sup>(13)</sup>あるように思われる。

### 〔手続要件〕

合衆国の議論によれば、手続的デュー・プロセスの保護法益の存在が承認された後に、いかなる手続要件がデュー・プロセスにより要請されるかが確定されることとなる。従って、第五修正にいう生命・自由・財産という保護法益の侵害を否認する連邦最高裁判例がいまだに生き残っている入国拒否処分では手続的デュー・プロセスの要請がそもそも課せられないの<sup>(14)</sup>に対して、人身の自由や継続的居住の自由という保護法益が承認されその侵害が認められる退去強制処分及び再入国処分では手続的デュー・プロセスによる制約がかかる<sup>(15)</sup>とされる。実際、退去強制においては、処分事由の告知をはじめとして法律上多くの手続要件が課せられている。ところが、連邦最高裁判例を前提としても、いずれの要件がデュー・プロセス上の要請かは実ははっきりしない。<sup>(16)</sup>しかし、退去強制をめぐる近年の裁判例では、細部はともかく、一般の行政手続ではデュー・プロセス上の手続要件とされていない代理人依頼権の保障<sup>(17)</sup>がその実効的保障まで含めてデュー・プロセスの要請するところとされる<sup>(18)</sup>など、大筋においては現行法が課している手続要件の中心的な部分はデ

ユー・プロセスの要請するところとみて差し支えなさそうではある。<sup>(19)</sup>とすると、合衆国では、結果的には、退去強制手続につきかなりの程度、裁判手続に類する要件がデュー・プロセス上のもつとされていることとなる。<sup>(20)</sup>合衆国においては、一般的に連邦最高裁は手続要件を裁判手続を念頭に考えているといわれており、<sup>(21)</sup>その理由として、松井教授は、アメリカのデュー・プロセスの考え方の根底には、裁判所の手続を介在させての法律の執行が想定されており、行政機関が裁判所に代わって行うのであるから、裁判所類似の対審型行政手続が要求されると考えられてきたのではないかと指摘している。<sup>(22)</sup>これらの指摘がもし当たっているとすれば、退去強制処分<sup>(23)</sup>にデュー・プロセス上要請される手続要件が裁判手続に類するものとなる理由は次のように説明できよう。すなわち、退去強制処分の性格は、その効果からみると刑事手続にかなり類似するものであることから、退去強制処分手続については、行政処分手続であるにもかかわらず、裁判手続から差し引かれる要件が極めて少なくなり、結果的には手続要件が裁判手続に近いものとなるのではないかと推測される。

### 「手続要件の相互関係と手続の「核」」

このように退去強制処分には多くの手続要件が課せられているが、諸々の手続要件の相互関係には次のような特徴がみられる。すなわち、裁判例を全体としてみると、手続的保障にとって最も重要な要件は、証拠を反駁する機会の保障にあると考えられ、その他の要件は、それを実現するための手段と位置づけられているといえよう。手続的保障がなされるべきものとされる以上、証拠の反駁の機会が重要視されるのは当然であり、その限りでは処分類型としての特异性が反映しているとはいえない。しかし、一九五二年法制定以降、代理人依頼権の保障の重要性が退去強制処分の特殊性から認識され、ここにも一つの手続的保障の「核」が発生することとなる。これら「核」にあたる手続要件に瑕疵がある場合には、当該瑕疵から処分の違法性が導き出されやすいという特徴と、「核」となる手続要件には裁判所はかなり

手厚い保護を与える（具体的には、手続的権利保障を実効化するために、手続を進捗させる際の行政機関の作為義務を創設したり、あるいは司法審査の際に裁判所が処分手続ないし事実認定の過程を厳しくチェックするなどの手法を用いる）という特徴がみられるようになったのである。<sup>(25)</sup>

### 〔手続の瑕疵と取消事由〕

もつとも、これらの手続保障の核となるものを含め、一般に手続要件の瑕疵が直ちに処分の違法性を導くわけではない。処分の違法性はその瑕疵が実体的判断に影響を及ぼしうるものか否かによるのであり、その限りではわが国とほぼ同様の状況を示している。<sup>(26)</sup>ただし、合衆国移民法での考え方の特徴としては、違法性判断の視点がさらに、他の手続的権利行使を阻害するものか否か、というものと、実体的な結果の正しさを左右するか否か、というものとに区分されることを指摘できよう。この二つの視点は、私見によれば次のように使い分けられている。すなわち、「核」に該当しない手続要件の瑕疵は、「核」となる手続要件の保障を阻害した場合に、処分の違法性を根拠づけるものとなる。他方、処分の相手方たる外国人が退去強制事由に該当していることが明白であれば、たとえ手続要件に瑕疵があつても違法と判断されることはほとんどない。ただし、「核」となる手続要件の瑕疵が問題となる場合には、処分が明らかに適法とあることを確定するための努力義務が行政機関に課せられ、これを果たせない限り、その瑕疵は治癒されない。<sup>(27)</sup>

ところで、手続保障の「核」に該当する要件か否かは、もちろんその重要性によることになる。このことは、当事者の攻撃防御・主張立証にとつて重要か否かという観点から判断されるように思われる。すなわち、既に述べたように、裁判所は合衆国退去強制処分について反対尋問の機会の保障と代理人依頼権を重要視し、その点での手続の瑕疵がある処分については違法との判断を示す傾向にあったが、その理由は、筆者の分析によれば、これらの手続要件の遵守をおろそかにすると争点に関する正確な認定判断が困難となるからであると考えられる。換言すれば、裁判所は、手続

のもついわば争点形成機能とでもいうべきもの（処分前の段階で当事者の主張立証活動を通して争点を適正に形成することにより、実体的権利の誤った剥奪を回避する機能）を重視して、手続要件の瑕疵と取消事由とをリンクさせているといえる。

以上のことはわが国の議論にも一定の示唆を与えるように思われる。すなわち、手続の瑕疵のすべてが手続固有の価値<sup>(28)</sup>や一般予防効に鑑みて直ちに取消原因もしくは無効原因となる<sup>(29)</sup>の立場に問題があるとすれば、何らかの形で手続上の瑕疵が取消原因等を構成する場合を限定するほかないわけであるが、手続要件のもつ争点形成機能に着目して取消原因を考察することは、手続自体のもつ機能に着目することによりこれを行おうとするものであり、今後検討に値するものを含んでいよう<sup>(31)</sup>。特に、争点形成の中心（当事者の主張立証・攻撃防御の中心）となる手続の瑕疵<sup>(32)</sup>については、実体的な判断の可変性とは関わりなく、取消事由と考えられるべきではなからうか<sup>(33)</sup>。なお、手続要件のうちいずれが手続保障の「核」とされるべきかが処分の性格等具体的状況により異なることは当然であり、この点との関係では、合衆国移民法において代理人依頼権が手続保障の「核」の一つとされる所以が、処分の相手方たる外国人が退去強制法制度をよく知らなかつたりあるいは語学能力に不足していることにあることは留意されて然るべきことであるように思われる。

### 〔手続保障の価値〕

本稿はこれまで、合衆国連邦最高裁が用いている手続的デュー・プロセス理論の枠組みに沿いながら分析を展開し、また裁判例の内在的分析から手続保障のあり方や手続的瑕疵の効果の問題について合衆国移民法の分野で示されている特徴を探ってきた。しかし、これら合衆国裁判例の基本にあるデュー・プロセス観——すなわち一定の実体的権利利益の誤った剥奪の回避という目的を達する手段としての手続的デュー・プロセス（手続的デュー・プロセスの手段的価値）——に対しては、手続保障それ自体が固有の目的をもつとの立場を対比することが<sup>(34)</sup>できる<sup>(35)</sup>。この立場を押し進め

ると、手続的瑕疵があればすべて処分取消事由として構成すべきとの結論にも行き着き得る。このような立論はどのように考えられるべきであろうか。

いかなるものが「手続固有の価値」と考えられるべきかについては、合衆国においても行政手続保障との関係でいくつかの考え方が示されていることを既に紹介しておいた。<sup>(36)</sup>就中、右の価値として「人間の尊厳」に言及する見解があることは注目される。<sup>(37)</sup>わが国でも同様の趣旨とみられる見解があるからである。<sup>(38)</sup>確かに、行政手続についても「手続固有の価値」を追求しない限り、行政手続を保障する意義は大きく後退するのではないかとの危惧はあろう。人間の尊厳なり個人の尊厳は、すべての人権保障の基礎となつていゝものであり、行政手続の保障もここに基礎があることは疑いない。しかし、その種の議論から、いかなる場合にいかなる手続が行政の事前手続保障として必要とされるかにつき一定の結論を導き出すことは困難であるように思われる。というのは、手続固有の価値を論ずる意義は、なぜ手続保障が必要かを明確化する点にあらうが、これを具体的に明確にするためには、なぜ、ある一定の時点で、ある一定の手続を保障することが必要かを問わなくてはならないからである。この問いに対する解答は、具体的な状況(例えば行政手続との関係では事前にエラーを回避する必要性——これを考える際にまず念頭におかれるべきは訴訟構造であらう<sup>(39)</sup>)や処分により剝奪される利益の重要性(裏からいえば行政活動の性質)などといった事項)を前提としてはじめて可能となるものである。このように行政手続の必要性が具体的な状況の中で考察される他ないため、その必要性や手続要件の判定には利益衡量が要請されることとなるものと解される。<sup>(40)</sup>このような理解がもしあつていゝとすれば、行政手続保障については、手続保障に固有の価値を認める立場によることから直ちに一定の結論が導き出されるものではないといふことにならう。<sup>(42)</sup>さらにいえば、行政手続の保障は手段的な価値を持つものであることを理由としてその保障を軽視してもよいことにもなるまい。手続保障を手段と捉えるにせよ固有の目的と捉えるにせよ、手続保障には手段的な価値で

あれ固有の価値であれ価値があることを確認することが現在の段階では重要といえよう。

手続的瑕疵の効果と取消事由との関係についても、手続保障に固有の価値をたとえ認めるとしても、そこから直ちに例えばすべての手続上の瑕疵を取消原因を構成すべきということもできないであろう。既に述べたように<sup>(43)</sup>、この問題を考える際には手続保障の利益と取消回避の利益との比較衡量が必要となるからである。合衆国退去強制法をめぐる裁判例は右の比較衡量を行う際の基本的視座を示しており、それは、問題となる手続要件の意義を争点形成機能に照らして判定し、争点形成機能の中核となる手続要件の瑕疵を原則として取消原因とする、というものであったのである。

\* \* \* \* \*

合衆国ではこれまでにみてきたように出入国管理法制をめぐり多くの裁判例が出現し、手続的要件との関連で多くの争点が生み出された。これに比べてわが国では——そもそも手続的統制という考え方自体が最近のものであるが——<sup>(44)</sup> 出入国管理法をめぐる裁判例が多くない。しかし、裁判例が少ないことは、問題がないということの意味しない。<sup>(45)</sup> わが国の場合、特に問題となることは審査、口頭審理手続に至る前段階の行政調査、及び口頭審理の実際の審判対象とされる裁量的救済<sup>(46)</sup>に対する統制<sup>(47)</sup>であろう。いずれも今後の検討課題としたい。<sup>(48)</sup>

(1) その内容については第一部第二章第一節及び第二節参照。

(2) 第一部第二章参照。

(3) 例えは *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982) 判決は、具体的に当該事案で課せられるべき手続要件を決することはしていないが、右要件を決定するための判断要素の一つとして、相手方の利益状況が合衆国に継続的に居住する外国人と同質か否かを挙げている。従って、プラゼンシア判決で問題となった手続要件(拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一面断(六)」『北大法学論集』四二巻五号一三五—一頁注(70)(71)(一九九二)参照)が退去強制手続に近い形で規定され

る可能性も高い。

(4) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(五)」『北大法学論集』四二巻三号七八四―七八八頁(一九九二)参照。いわゆる「再入国」処分手続にも、また永住外国人の「入国」手続にも一定の場合には、手続的デュー・プロセスの保障が及ぶ可能性がある(第一部第四章第二節・第三節参照)ことを想起すれば、継続的居住の自由という実体的利益が手続によって保護される利益の中心ないし少なくとも不可欠な部分であることがいっそう明確化する。

(5) なお拙稿「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』三四巻五号八六二頁以下(一九八四)参照。

(6) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』一三九頁(一九九四)

(7) このように考えると、福岡地判平成一・九・二九判時一三三〇号一五頁の如き立論は、かかる権利侵害に対して一定の場合裁判を受ける権利を剝奪するものであり、松井茂記教授が『裁判を受ける権利』(一九九三)で強調される裁判を受ける権利のデュー・プロセス的側面に反するものとして、到底是認できないということになる。

(8) 例えば第一部第三章第二節など参照。

(9) *INS v. Lopez-Mendoza*, 104 S. Ct. 3479, 468 U.S. 1032, 82 L. Ed. 2d 778 (1984).

(10) 裁判例において争いがあったことについては第二部第三章注(46)を参照された。

(11) 任意によらない供述を用いることがデュー・プロセスに反する例など(第二部第三章注(59))はその典型例であろう。より一般的には「*INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1050 (1984) で連邦最高裁は、「第四修正その他の自由を著しく侵害する行為があればそれは基本的公正の理念に反するものとされることとなろう」と説示している。刑事手続上の諸原則が第五修正に流し込まれる可能性は十分にあると云えよう。See Robertson, *An Opportunity to Be Heard: The Right to Counsel in a Deportation Hearing*, 63 WASH. L. REV. 1019, 1032 n. 99 (1988).

(12) 拙稿・前掲注(4)八〇一頁及び八〇六頁注(23)等参照。

(13) 他方わが国では退去強制処分は即時強制の典型例の一つとされており、それが人身の自由という人権に対する重大な侵害となる危険性がある。このことに鑑みれば、行政の行為形式の中では、刑事手続に連動する行政処分に次いで、課刑手続と類似する性質を帯びているものといえる。いわば憲法三一条との距離は行政処分の中では相当に近いものであり、従

つて退去強制処分に限っていえば、刑事手続と対比しつつ手続要件を確定する方法が、憲法三一条の位置や文言に即したものと見えよう。このように考えれば、憲法三一条の立法過程での議論や文言から発生する行政手続保障の一般条項としての限界から、直ちにある行政決定が憲法三一条に定める刑事手続とどれだけ離れているかという議論を一概に「不毛」(塩野宏『行政法Ⅰ(第二版)』一三八頁(一九九四))として斥けることもできないように思われる(もつとも、一般論としていかなる行政処分をもつて刑罰類似の性格をもつものと捉えることが妥当かは困難な問題であり、例えば兼子仁『行政法総論』一四五頁(一九八三))は「義務違反を理由に国民の法益を剝奪ないしそれに準じて制限する制裁的行政処分」がこれに当たるとされるが、見解の一致があるわけではない。行政決定に適正手続が保障されるべき根拠と手続要件とは別次元のものと考えることもできるのであり、根拠論とは別に、憲法三一条からの距離をメルクマールとして手続要件を考えるのが有効な行政活動もあるのである。このような視点から現行の出入国管理及び難民認定法をみると、違反調査については裁判官の許可を得て臨検・搜索・押収をすることができるとされている(三一条一項)にもかかわらず、人権侵害の度合いがより強く人身の自由に対する拘束度の大きな強制収容(三九条)や退去強制(五二条)に裁判官の令状が不要とされている点には、阿部泰隆教授が指摘されているとおり(阿部泰隆『行政の法システム(下)』四四五頁(一九九

一))適正手続違反の疑いが強い。

(14) 第一部第二章第二節参照。

(15) 第一部第三章第二節参照。

(16) 拙稿・前掲注(4)七八四～八五頁(一九九二)参照。

(17) 宇賀克也「アメリカの行政手続——行政手続法研究会「中間報告」との比較を中心として——(上)『ジュリスト』九七六号四六頁。

(18) 第二部第三章第四節参照。

(19) この点については拙稿・前掲注(4)七八七頁(一九九二)及び各手続要件の分析に関する部分を参照されたい。

(20) 他方わが国では、公正取引委員会の準司法的手続を裁判手続に引きつけて理解した上で公正取引委員会の審判につき偏見排除原則の適用を認めた(古城誠「公正取引委員会と偏見排除原則」『公正取引』五二四号三七頁(一九九四))東京高判平成六・二・二五判時一四九三号五三頁があるが、通常の行政処分につきこのような発想がされることはまずなかった。

- (21) MASHAW, BUREAUCRATIC JUSTICE 3 (1983).
- (22) 松井・前掲書注(7)一七八―七九頁
- (23) 争点の形成・確定のために行政機関の職権による調査等が不可欠である多くの行政活動については、行政機関が処分の手相手方に対して後見的な機能を發揮することにより公正な決定が下されるべきであり、そうとすればこのような行政機関の作為義務が認められることはある意味では当然ともいえよう。争点形成機能と、職権主義・当事者主義の問題と、このような行政庁の後見的機能との関係については、国税不服審判所の機能との関係に限定してではあるが、南博方「国税不服審判所の創設期の回顧」『ジュリスト』九五号三〇頁(一九九〇)が示唆的である。
- (24) 社会保障給付につき申請者にとって必要な情報を行政庁が提供する義務があるとする宮崎良夫『行政争訟と行政法学』三六三―六四頁(一九九一)もまた行政機関の手続上の作為義務を認める考え方を提示するものである。
- (25) 同様の発想がわが国でも提起されていることについては拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(七)」『北大法学論集』四三巻六号一四六〇頁(一九九三)参照。
- (26) もっともこの点の議論はわが国で熟したものではないといわれている。阿部・前掲書注(13)五五四頁。
- (27) とくが、近年の裁判例の中には、このような傾向から離れて、手続的瑕疵の存在から直ちに処分の違法性を導き出すとするものもある。第二部第三章注(118)ないし(121)及びその本文参照。
- (28) 松井・前掲書注(7)九七―八頁はこの立場を示唆している。
- (29) 拙稿・前掲注(25)一四五九―六〇頁
- (30) この点については先例が訴訟経済上の配慮を重視していることが指摘されている。例えば原田尚彦「行政手続の意味」『法学教室』一三八号二九頁(一九九二)参照。その結果実体法への志向が極めて強くなることは研究会「行政手続法(第五回)」『ジュリスト』一〇五八号四六―七頁(一九九四)での中込秀樹判事の発言に顕著に現れている。この立場を肯定すると手続保障の意義が矮小化されてしまうため、実体法の世界からいかにして手続瑕疵論を構成することができるかがポイントとなる。筆者は小早川光郎「手続瑕疵による取消し」『法学教室』一五六号九五頁(一九九三)で示されているところ、すなわち「手続に瑕疵のある処分が(中略)取り消されるべき(中略)根拠は基本的には、手続の瑕疵が、慎重公正になされるべき行政庁の実体的判断形成に影響して処分の実体を歪める、あるいは、そうであるかのような疑いを外

部に対して生ぜしめることになるということになるという点に求められよう」との見解に共感を覚えるが、このような「歪み」や「疑い」は核となる手続要件については定型的に発生するものとして、現実にはそれらが発生しなくても、常に取消事由と構成されるべきものと考えている。

(31) この考え方は、一見すると、手続の中で処分の手続が適切な主張立証を行うことが阻害された場合、すなわち的確な攻撃防御手段を講ずる機会を實質的に侵害された場合に手続上の違法が取消事由になるとの考え方に類似している(その種の考え方が採られている裁判例として、行政不服審査という行政争訟手続に關してであるが、国税通則法九六条二項に規定されている審査請求人の閲覧請求に対する拒否が、審査判決を取り消すべき違法事由に当たるか否かが争われた東京地判平成四・三・一八判時一四二一〇六頁等がある)が、争点形成機能の中心に当たるとは否かについては、実地判断への影響の有無とはある程度離れて(合衆国移民法の裁判例が完全に実地判断と離れているわけではないことは既述の通りである)、取消事由と構成していることが特徴といえよう。

(32) 重大な手続上の瑕疵であれば取消原因(ないし無効原因)を構成することにならう(塩野宏『行政法Ⅰ』一三四頁(一九九一)。同『行政法Ⅰ(第二版)』二六七―八頁(一九九四)もこのような考え方に基づいているものと思われる)。し、重大な瑕疵とは、相手方の権利保障のための重大な要素である手続(告知・聴聞)の瑕疵を指す(田村悦一「行政手続履踐の不正と処分の取消事由」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座8行政訴訟Ⅰ』一七七頁(一九八二))といえようが、筆者の見解によれば、争点形成の中心となる手続が相手方の権利保障のための重大な手続ということになる。

(33) この発想がわが国の裁判例でも全くないわけではない。例えば、前掲注(31)に挙げた閲覧請求の例に關しては、正当な理由のない閲覧拒否を直ちに審査判決の取消事由とする大阪地判昭和五五・六・二七判時九八五号七三頁などはこのような考え方を採っているといえよう。ただし、これが事後の行政争訟手続に關するものであることは留意を要する。

(34) TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 666~67 (2d ed. 1988).

(35) 松井・前掲書注(7)はこれを強調される。特に九一―二頁、九七―八頁など参照。棟居快行「憲法と行政手続法」ジュリ一〇三九号三九―四〇頁(一九九四)は、松井教授の「統合的なデュー・プロセス理論」を引き合いに出しつつ、行政手続の権利形成機能、あるいは人權の形成過程として行政手続を考え得ることを指摘される。

(36) 拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(二)」『北大法学論集』四〇巻四号八七頁注(9)参照。

- (37) MASHAW, DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE (1985) の点については拙稿・同右を参照されたい。ただし、その内容は限定的であることについてはマシヨウの同著書に関する松井茂記教授の書評(『アメリカ法』一九八七年三〇九頁以下)を参照されたい。
- (38) 佐藤幸治『憲法(第三版)』四六二頁(一九九五)。また、ここに収斂させる発想がみられる点では奥平康弘「人権体系及び内容の変容」『ジュリスト』六三八号二四八―五〇頁(一九七七)、下山瑛二「人権と行政救済法」一四四―四五頁(一九七九)も同じといえよう。根拠論にみられる塩野教授や高田敏教授らのいわゆる手続的法治国論の見解も類似していることは佐藤・同書四六四頁の認めるところである。
- (39) この点で訴訟構造と行政手続保障との関連性は大きなものとなる。例えばわが国では、処分を争う行政争訟が提起されている間は処分の効力が発生しないという制度がとられておらず、執行不停止原則が採用されていないことが行政手続保障の必要性を高める要素となることが指摘されている。宇賀克也『行政手続法の解説(改訂版)』一七―八頁(一九九四)。
- (40) この必要性を例えば松井・前掲書注(7)もまた否定していない。
- (41) 従ってまた、筆者の見解によれば、すべての行政活動に行政手続が必要というわけではないことになる。場合によってはまったく事前手続が不要とされる行政活動も認められよう。
- (42) 根拠論が不毛であるとの指摘(前掲注(13)参照)はこのあたりの事情を言い当てたものと推測される。研究会「行政手続法(第3回)」『ジュリスト』一〇五四号五一頁(一九九四)での塩野宏教授の発言参照。
- (43) 拙稿・前掲注(25)一四五九―六〇頁(一九九三)。
- (44) わが国の問題と考えられる点として例えば拙稿・前掲注(4)八〇七頁注(38)、拙稿「手続的デュー・プロセス理論の一断面(一)」『北大法学論集』四〇巻三三五―六七頁注(6)(一九九〇)参照。その他鬼束忠則「外国人退去強制手続の「実態」『法学セミナー』四八二号四六頁(一九九五)以下及び本多滝夫「入国管理法制度の手続き及び現行法上の問題」同誌同号五一頁以下にもいくつかの問題が指摘されているが、それらを考える際にも合衆国での議論で参考となる点が多い。
- (45) ここにかなりの問題がありそうであることについては小野幸治・竹村二三夫編『外登証常時携帯制度と人権侵害』一二二頁以下(小野幸治執筆)参照(一九八七)。
- (46) 法務省出入国管理局編『出入国管理の回顧と展望』一五二―五三頁(一九八〇)参照。

- (47) 問題の一端を指摘するものとして座談会「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（園部逸夫教授の発言）（一九八七）参照。
- (48) 既に宮川成雄「退去強制手続の司法審査（一）（二）」『同志社法学』三五卷六号七〇頁（一九八四）以下、三六卷一・二号一六八頁（一九八五）以下がある。