



Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（1）－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, 40(3), 83-126
Issue Date	1990-02-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16687
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(3)_p83-126.pdf



手続的デュー・プロセス理論の一断面（一）

——合衆国移民法制を素材として——

渡
辺
賢

目次

序

第一部 合衆国移民法手続と手続的デュー・プロセス

第一章 合衆国移民法制度の概略——現行法制度制定史を含めて——

はじめに

第一節 一九五二年移民法（出入国管理国籍法）の処分手続の概要（以上本号）

第二節 現行出入国管理国籍法制定にいたる過程

第三節 本章のまとめ

第二章 入国拒否制度に対する判例の評価

第三章 退去強制手続と手続的デュー・プロセス

第四章 再入国理論と手続的保障

第二部 合衆国移民法と手続の実効的保障

はじめに

第一章 手続要件と司法審査の態様

第二章 ウォン・ヤン・サン判決とその後の手続保障の動向

第三章 手続的瑕疵の判断と手続の実効的保障

まとめにかえて

序

一 本稿は合衆国移民法の歴史的 analysis を行い、それを通じて手続的デュー・プロセス理論の具体的な展開のあり方を探り、それによって、出入国管理法により外国人に手続的権利が保障されることの意義を説明することを目的とするものである。ここでは、まず、この目的をやや具体的に、かつ筆者の問題関心と関連させつつ敷衍した後、合衆国移

民法を素材とする理由、合衆国移民法の特徴、検討の意義、本稿の構成、につき順次述べる。

いわゆるマックリオン事件において最高裁は、外国人を退去強制処分⁽¹⁾に付するか否かの判断につき、行政庁に広範な裁量権があることを認め、その裁量権行使に対する司法審査に消極的な姿勢を示した。このような最高裁の説示は、外国人を入国拒否・退去強制処分に付するか否かの実体的判断が国際的な外交関係と密接に関連するものであるとの考え方に依拠するものであると思われる。しかし、入国拒否や退去強制といった処分は、時に、処分の相手方たる外国人にとってはその生命さえも危うくするものである。そのため、外国人の権利・利益の保障にとっては、入国拒否・退去強制処分をどのように制限することができるかは重大な問題なのである。つまり、入国拒否・退去強制処分においては、外国人の権利・利益の保障の要請と行政裁量尊重の要請とをいかにして調整するか、が大きな課題として立ち現れることになるわけである。

では、この点をわが国ではどのように調整しているのであろうか。先に述べたマックリオン事件最高裁判決を前提すると、外国人の入国拒否ないし退去強制処分に関する行政庁の実体判断に対しては裁判所はこれを尊重し、そこでの司法統制が困難な場合に属することになる。他方、これらの処分が外国人に与える打撃の大きさを考慮してか、わが国の出入国管理及び難民認定法(以下、入管法と略す)はこれら処分手続をかなり詳細かつ嚴重に規定している。換言すれば、入管法上の処分にいたる過程において、処分の相手方たる外国人に手続上の諸権利を付与することにより、行政庁の裁量を統制し、もって処分の実体的判断の公正を担保すると同時に外国人の権利・利益の保障をなそうとしているのである。

では、このように、入管法上の処分において、処分の相手方たる外国人の権利保障の主要な場となる現行法上の手続保障の内容は憲法上どのように評価されることになるのであろうか。いわゆる行政処分の事前手続⁽⁴⁾と手続保障に関する

問題⁽⁵⁾であり、これが本稿の検討目的の一つである。

これと並んで本稿が問題関心としているもう一つのことがある。それは、従来、入管法上詳細に規定されている手続保障が実際には形骸化していることが指摘されていること⁽⁶⁾に由来している。そもそも、一般的に手続保障は機会の保障であることから、その保障の実態が形式に墮する恐れが存在する⁽⁷⁾。したがって、手続保障が主張と立証の機会を実質的に保障するものとなるために何らかの手法を考える必要があることになる。このことはいわゆる個人タクシー事件最高裁判決及び群馬中央バス事件最高裁判決⁽⁸⁾においても明確に意識されており、これら最高裁判決は、手続保障の実効化のために行政庁に釈明義務を課したものであると理解されている⁽⁹⁾。しかし、このような形で手続保障の実効化を計り得たとしても、そもそも手続保障自体にさほどの法的重要性が認められないとすれば⁽¹⁰⁾、その努力はあまり意味のないものとなってしまうおそれがある⁽¹¹⁾。そこで、入管法上の処分手続においても、その手続保障が実効的なものであるためにはどのような手法がありうるか、またその前提として入管法上の各手続保障の内容（手続要件）がどのような性質や軽重を持ち、これら要件が一連の手続過程の中でどのように位置づけられるのか、を考察する必要がある。

二 本稿は、これらの点を考察することを目的としているが、本稿が合衆国移民法を検討の素材として選択し、これを歴史的に分析する理由は次のような点にある。すなわち、一九五二年六月二七日に制定された現行の合衆国出入国管理国籍法⁽¹²⁾はわが国旧出入国管理令の母法ともされているが、合衆国移民法は二〇世紀前半より主として行政機関の定める規則により細かい手続規定が定められており、現行の右出入国管理国籍法はこれらの規則及びそれをめぐる判例を集成したものと評価されている⁽¹³⁾。したがって、現行法制度上なされている手続的保障の意味を探るためには、現行法制定前に存在した判例並びに規則にさかのぼることが必要となる。また、手続的デュー・プロセスをめぐる判例法理の展開を検討する対象としても移民法は興味深い内容を持つていえるといえる。なぜなら、古くより、合衆国移民法は、租税

法領域と共に、手続的デュー・プロセスをめぐる大きな判例集団を形成しているといわれていることと並んで、初期の手続的デュー・プロセス一般のリーディング・ケースと評されている判例が移民法の分野には存在する。⁽¹⁷⁾ そのため、個別の手続要件をめぐる判例が多く集積しているのみならず、手続的デュー・プロセスと移民法という個別の制定法との関係いかんを検討する上でも好材を提供しているのである。これらの判例を歴史的に分析することにより、手続的デュー・プロセス理論が個別の実体法領域において判例上どのように展開されてきたのか、を具体的に知ることができ、ひいては、手続保障のために判例、規則及び立法がどのような役割分担を行ってきたか、を窺い知ることもできるであろう。

三 ここで本稿が検討の対象とする合衆国移民法の特色につき、あらかじめごく簡単に言及しておく。合衆国移民法の特色を考える場合、次の二点を分けて考える必要がある。一つは合衆国移民法の憲法上の位置という側面からみた場合の特色である。もう一つはその実定法制度としての特色である。いずれの点についても実体面と手続面とに区分して考えることができる。

まず憲法と移民法の実体面に関する権限行使との関係については次のようにいうことができる。すなわち、連邦最高裁は伝統的にほとんど無制約といってもよいほど広範な権限を連邦議会に付与している。⁽¹⁹⁾ このような広範な権限を基礎付ける根拠となっているものは、出入国管理が対外政策と密接に関連しているため、出入国管理規制は外務権限 (reign affairs power) の行使の一類型と考えられているためであると思われる。⁽²⁰⁾ 他方、移民規制権限に対する手続的規制については、実体的側面に対する統制とは対照的に、移民規制権行使といえども第五修正のデュー・プロセスによる制約に服すべきものとされている。⁽²¹⁾ この制約のあり方につき、一般論及びその具体的内容をめぐり多くの判例が古くより集積している。

次に、実定法制度としての合衆国移民法が持っている特色は、入国拒否事由及び退去強制事由をきわめて詳密に規定していることである。このことは、法が行政機関による権限行使⁽²²⁾に対して厳格な実体的制約を課そうとしていることの現れであると評価されている⁽²³⁾。しかし、もちろん、行政機関の実体的な権限行使を完全に羈束することは不可能であり⁽²⁴⁾、行政機関が裁量権を行使しうる余地が実際にはかなり広く残されている⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾。他方、外国人を国外に退去させる手続については現在かなり整備されており、詳細な手続保障が外国人に付与されることになる。特に退去強制手続は、その手続保障としての実効性を度外視して考えれば、国選弁護人依頼を除いてほぼ刑事手続に匹敵する保障内容となつていえる⁽²⁷⁾。このように、合衆国移民法制度は、全体として、実体面においては立法・行政部の裁量を大きく認めることにより政府側の利益を尊重する反面、手続面において外国人の権利保障を広く承認することにより、政府側・外国人側の各々の利益調整を計つているといえるのである。

四 右のごとき特色を持つている合衆国の出入国管理手続を検討するにあたり、本稿が設定している第一次的な視点は、先にも述べたように、行政過程における手続保障の意義を、移民法という個別の実定法を素材として、歴史的に分析・解明する、というものである。行政手続の保障に関しては、いくつかの論点につき学説及び判例上多様な議論が存在しているが⁽²⁸⁾、行政の事前手続保障がそれとして重要であることについては現在では学説上異論のないところといえよう。しかし、ある処分過程において保障されている手続内容は、処分の根拠法規たる実体法の性格を反映するものであり、当然のことながら、その内容はそれに応じた特色を持つことになる。そこで、手続保障に関する一般論の中で、移民法という個別の法領域における手続保障を位置づけることにより、移民法上の手続保障の特色を解明できるものと考えている。手続保障に関する一般理論は、合衆国においては手続的デュー・プロセス理論及び一九四六年に制定された連邦行政手続法⁽²⁹⁾をめぐる理論⁽³⁰⁾として形成されている。それゆえ、これらの一般理論を紹介し、それと対比しつつ、合衆

国移民法手続の特色を探ることになる。

しかし、それと同時に、本稿では、制定法上の手続保障の意義をより具体的に解明しようとするものであるため、移民法上規定されている個々の手続要件の性質・軽重を考察する、という視点を設定している。右の視点は、概ね次のような意義を有するものと筆者は考えている。まず第一に、最終的な実体的判断にいたる過程においては当然いくつかの手続段階を経なくてはならないわけであるが、処分過程におけるそれら諸々の手続的要件が持つ性質を考察することにより、各手続要件が持つ手続保障としての意義を明確化できる、ということである⁽³¹⁾。それによつて、第二に、処分の相手方の手続的権利保障にとつ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⁽³²⁾。また、第三に、手続保障を実効的なものとするための手法を考察する上で、その保護の対象となる手続要件の性質を考察することは不可欠の前提とならう。保障されている手続のおおのの特性に合わせた形で、手続保障のあり方とその実効化のための手段を考えなくてはならないからである。

五 このようにして出入国管理手続における手続保障のあり方を憲法ないし行政法上の論点と関連させつつ議論することは、外国人の人權⁽³³⁾保障との関係でも大きな意義をもつであろう。すなわち、外国人にとつては出入国管理法令上の入国拒否・退去強制に関する実体的・手続的な制定上の諸々の定めは自己の生命さえも左右しかねないものである。したがつて、これらの規定が憲法上いかに評価されるか、ということ、及び冒頭で述べた理由から外国人の権利・利益の保護にとつて重要な役割を果すはずの手続保障がどのような意義を持ち、どのように実効化されるか、ということ、わが国における人權保障を考える上で重要な問題であるとさえもいふことができよう。

筆者は既に、やはり合衆国移民法を検討対象として、実体的な入国拒否・退去強制事由に関する制定法上の規定とその憲法適合性に言及した論文において、合衆国の判例理論上においては、そのような実体的な法律上の定めについては

司法審査の範囲は著しく制限されていること、またこれには一定の合理的理由もみい出しえないわけではないこと、を指摘したことがある。³⁴⁾しかし、出入国管理上の処遇に関して議会が完全に生殺与奪の権を付与されているわけではない。合衆国においては、判例は第五修正のデュー・プロセス条項を手がかりとして、出入国管理手続における手続保障にかなりの配慮を払い、これによって入国拒否ないし退去強制処分より生ずる厳しい打撃から外国人を保護しているのである。その際、判例が外国人のいかなる利益を保護しようとしてどのような論理を用いて外国人にデュー・プロセス上の保護を与え、あるいは与えることを拒否しているか、を考察することによって、ある外国人を国外退去させるにつき国家主権を背景として政府側が主張しうる利益と、それによって剝奪されることになる外国人側の持つ権利・利益とを、合衆国の判例がどのように調整しようとするものであるか、を解明することができよう。

六 本稿の構成は、筆者の問題関心に対応して、合衆国移民法と手続的デュー・プロセスに関する一般論をめぐる部分(第一部)と各手続要件の相互関連性を検討する部分(第二部)とに分かれている。

第一部においては、まず、便宜上、現行の合衆国出入国管理国籍法上の処分手続とポイントとなる点の概要を提示する(第一部第一章第一節)。次に、現行法の基礎を形成したといわれる一九一七年七月二五日の法律を中心³⁵⁾に、現行法制定にいたる制度史を追う(第一部第二章第二節)。このように、制定史を含めて制度を紹介する理由は、後の判例分析にとって不可欠な前提であるということ他に、次の二点にある。第一に、既に述べたように、合衆国の現行法がその制定当時の実定法制度及び諸判例を法典化したものとされていること、第二に、制定法上の手続保障の内容を知ることが手続的デュー・プロセスの解明のために不可欠なものであること、である。³⁷⁾

これら現行制度及びその制定史の理解を前提として、判例が、入国拒否処分手続(第一部第二章)、退去強制処分手続(第一部第三章)、再入国に当たつての手続保障(第一部第四章)について手続的デュー・プロセス理論をどのように適

用しているか、をそれぞれ検討していく。これらの検討は、手続的デュー・プロセスの一般論と対比して、各処分類型に属する手続がどのような性質と特色を持つか、を明らかにすることを目的とするものである。すなわち、まず第二章では、一九五〇年代の二つの連邦最高裁判決³⁸⁾によってデュー・プロセス理論の適用が全く排除されることが確立されたのであるが、その根拠はいかなるものであり、それはどのような考慮に基づき、どのような判例理論の展開を経て形成されたものであるのか、が問題となる。次に、第三章では、手続的デュー・プロセスに関する二つの論点(いかなる手続要件が憲法上要求されるか、及びデュー・プロセスの保護法益論)が退去強制処分過程ではどのように具体化されているか、を検討する。最後に、第四章では、再入国手続という手続類型を設けることが出入国管理手続上どのような意義を持つものであるか、ということと並んで、特に、再入国手続に関して比較的最近だされた連邦最高裁判例が入国拒否・退去強制という処分類型を掘り崩しかねない内容を持っていることに注目しつつ、右の判例の意義を検討することになる。

第二部においては、手続の瑕疵論に焦点を当てつつ議論を進めることになる。合衆国移民法をめぐる判例においては、手続要件の性質と軽重に関する考え方が、手続の瑕疵と行政機関の判断の違法事由という形で現れているためである。右の点の考察に際し、本稿では、一九五〇年以前(第二部第一章)と以降(第二部第二章)とを分け、それぞれの年代において各手続要件の具体的内容を判例はどのように考えていたか、を検討する。このように年代を区分する理由は、合衆国移民手続との関係ではもともと重要ともいえるウォン・ヤン・サン(Wong Yang Sung v. McGrath)判決⁴⁰⁾が一九五〇年に出されていること、及びこの判決を契機として現行出入国管理国籍法が制定され、現行法下での手続要件に関する判例の展開を検討する必要があること、による。そして、最後に、これらの性質の異なる様々な手続保障の軽重と、その保障を実効的なものとするために判例がいかなる手法を用いているか、を探る(第二部第三章)こととする。

七 以上の検討を通じて、⁽⁴¹⁾移民法という特定の行政法領域において一定の手続を保障することがいかなる意義を有するのか、またその意義を有効ならしめる（すなわち手続保障を実効化する）ために合衆国の判例はいかなる手法を用いているか、を明らかにしたい。合衆国移民法をめぐる判例・制度上の理論がわが国にもそのまま適用できる（あるいはされるべきである）とは筆者自身考えていないが、⁽⁴²⁾憲法・制定法の解釈論及び立法論につき多くの示唆を与えてくれるものがあると思う。

序 注

(1) 最判昭五三・一〇・四民集三二巻七号一二三三頁。

(2) 最高裁判決自体が在留期間更新拒否を決するに当たって法務大臣の考慮すべき事項として挙げるのは、申請者の申請事由の当否、外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事請、国際情勢、外交関係、国際礼讓その他諸般の事情等である。これは、在留期間の更新拒否というある意味では限定された分脈の中の説示であるが、この点につき、越山安久「本件評釈」『法曹時報』三四卷一号二四〇頁（一九八二）は、「元来外国人に対する出入管理の制度は、国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持を目的として行われるものであって、右のような国益の保護の判断については国内はもとより国際的にも広範な情報を収集してその分析のうえにたつて、そのときどきに応じた的確な判断をすることが必要であり、また時には高度に政治的な判断を要求されることもありうる」ことを指摘している。このようにみてくるならば、最高裁のあげた先の考慮事項のうち、出入国管理に特有なものとして指摘できるものは、国際的な外交関係をめぐるそれであるということができよう。なお、萩野芳夫「本件評釈」『憲法の基本判例（別冊法学教室）』八頁（一九八五）も参照。

(3) わが国の法律上規定されている手続も形式的には合衆国のそれにかなり近い内容を備えているが、合衆国におけるヒアリングは、わが国の特別審理官による口頭審理（出入国管理及び難民認定法第四八条）と異なり、当事者対立主義構造となつている（宮川成雄「退去強制手続の司法審査（一）」『同志社法学』三五巻六号七九—八〇頁（一九八四））点で、基本構造に

大きな差が認められるといえる。

- (4) 本稿では行政手続とは第一次的な行政権の行使に先立つという意味での行政の事前手続という意味で用いる。
- (5) よく知られているように、行政手続に手続的デュー・プロセスの要請が及ぶか否かについては、憲法三一条説、一三条説、一三条三一条併用説、手続的法治国説に大きく分けることができる(塩野宏『行政法第一部講義案(下)』二二―二頁(一九八九))。これに関する学説・判例の整理については若干古いものではあるが小高剛『住民参加手続の法理』二八―三六頁(一九七七)がなお有用である。その他、この点の代表的な学説の整理については、さしあたり、樋口陽一『佐藤幸治』中村睦男『浦部法穂』注釈日本国憲法(上)』三〇六―八頁(佐藤執筆)(一九八四)、杉村敏正『行政処分と適正手続』『民商法雑誌』九三巻(創刊五〇周年記念論集I:判例における法理論の展開)三三二頁以下(一九八六)(なお、手島孝『公正手続条項(日本国憲法三一条)再論』『法政研究』五一巻三―四号一五五頁以下(一九八五)は、三一条を、一八条から三〇条までの実体的基本権保障を受け、それら基本権の手続的保障に関する一般規定であると捉え直すものである。また、理論的には憲法二一条も根拠となり得ることについては、中川剛『日本国憲法の人権構造(上)』『判例タイムズ』六九四号二三頁(一九八九)参照。

ところで、わが国の判例を一覧すると、昭和三〇年代までの下級審判決は、行政処分過程において「適法な手続により判定を受くべきことを要求しうる権利」(最判三六・三・二八民集一五巻三九五頁)を基礎づけうるのは実定法であると考え、条理上ないし憲法上より手続保障の必要性を肯定することには消極的である、という傾向があった(浜秀和『行政手続の規制』『ジュリスト』五〇〇号八四―五頁(一九七二))。例外として、宇都宮地判三四・一二・二三行集一〇巻一―二号二五九七頁(教育委員会における教員の懲戒免職処分の際にほとんど事実調査がなされず、原告に釈明の機会も付与されなかったことを、地方公務員法二七条一項の「公正」を根拠として、違法とした事例である。反対・鹿児島地判四〇・四・五行集一六巻五号八二三頁、福岡高判四一・一〇・三一行集一七巻一〇号二二―三頁)、松山地決四三・七・二三行集一九巻七号一―二九五頁(公有水面埋立に関するもの。反対・札幌高判五一・七・二九判時八三九号二八頁、高松高判五九・一二・一四判時一一三六号三七頁等)が著名である)。このように、実定法上の規定を手がかりとして手続保障のあり方を論ずるという手法は、少なくとも判決の論旨の展開の上では、いわゆる個人タクシー事件(最判四六・一〇・二八民集二五巻七号一―三七頁)、群馬中央バス事件(最判五〇・五・二九民集一九巻五号六六二頁)の二つの最高裁判決にも共通するところである(例

えば塩野宏「行政手続の整備と行政改革」、『ジュリスト』七五〇号七三頁（一九七九）、遠藤博也「実定行政法」一五六頁（一九八九）など参照。）。憲法などに基づき実定法の明文にない手続規範を発見して、その不遵守を理由に行政処分を取り消すことには消極的な姿勢は、右の両最高裁判決によっては解消されなかつたのである（阿部泰隆「群馬中央バス事件最高裁判決」、『ジュリスト』五九八号五二頁（一九七五）は、群馬中央バス事件最高裁判決は、公正手続の保障の存否、内容を個々の法令ごとに吟味しようとし、一般的な公正手続原則の樹立は立法論とみているようであつて、その結果、個々の実定法規を離れて公正手続の保障を一般化しようとする考え方にはブレーキがかけられた、と評価している。）。これにはそれなりの理由もある。しかし、表面上の解釈作法はともかくとして、特に個人タクシー事件最高裁判決は簡単な制定法の条項に公正手続の理念を読み込んでゐる（遠藤博也『阿部泰隆編「行政法I」』二六三頁（保木本一郎執筆）（一九八四）、小高剛「行政手続と参加」、『現代行政法大系』第三卷一一〇頁（一九八四）など参照。）といふことができるのである。わが国実定法上の告知、聴聞に関する規定は比較的簡単なものが多いことが指摘されている（綿貫芳源『木村実「行政法概論II」』五七頁（綿貫執筆）（一九八八））。例えば南博方『原田尚彦』田村悦一『新版行政法（2）』二二頁（磯部力執筆）（一九八六）は、わが国における聴聞規定の代表例として道路交通法一〇四条二項の規定を挙げている。）。現状から考えると、右の最高裁判決が採用したアプローチにも相当の意義を認めることができる。

これらの最高裁判決以降、多くの下級審判決もまた右に述べたようなアプローチを採用するものが主流である（浦和地判四九・一二・一一判時七七四号四八頁、東京高判五二・二・三東高時二八卷二号民事一頁、甲府地判五二・三・三一判タ三五五号二二五頁、岡山地判五二・一一・一六判時八九三三三号七六頁、福岡地判五三・九・二六勞判カード三〇六号九頁、大阪地判五五・三・一九行集三一巻二二四八三頁、浦和地判五七・八・二七判時一〇六二二号一四五頁、東京地判五九・三・二九判時一一〇九号一三二頁、東京高判六〇・四・三〇行集三六巻四号六二九頁などがある。なお、憲法三一条が刑事手続に限らず、広く人の権利・自由を制限する行政処分の手続にも及ぶ、とするものとして、大阪高判六二・七・八行集三八巻六〇七号五三二頁、東京地判四九・七・一六判時七五一号四七頁も参照されたい。）。また、明文の規定がない場合には手続保障を認めるか否かは行政庁の裁量であるとして、憲法等に基づき手続規範を発見することに消極的な判例といえども、実際には、問題とされている手続内容を審査した上で判断を下しているものがみられ（佐賀地判五〇・一一・二一訟月二一卷二二号二五四八頁、東京地判五四・九・一三番時九六三三二〇頁。なお、東京地判六二・四・一判タ六四五号一六九頁は校長の

なした原級留置処分は無効等確認訴訟に関するものであるが、判決は、原告に対し告知聴聞の機会を与えるなど一定の手続を経由すべき旨を定めた法規はなく、原告に右の機会を与えるなどの必要があるとも解しがたい、と説示しつつ、「他に本件処分に適正手続を欠いている点を認めるに足る証拠もない」と述べており、やや微妙な表現となっている。)、手続保障を否定するためには、法律の根拠がないということ以外にさらにこれを合理化するための説明を判例は加えているのである(静岡地判五二・一二・一六訟月二三卷一二号二二〇六頁、仙台地判五七・三・三〇判時一〇三九号三六頁、東京地判五九・一二・三判時一一四六号四三頁、東京高判六一・三・一九判時一一八一号一頁、名古屋地判六三・一・二九判時一一二八六号四五頁、大阪高判六二・七・八前掲判決など参照。もちろん、それぞれ論旨が説得的か否かは別途検討しなくてはならない問題である。なお、東京地判五六・一・二〇判時九九九号四〇頁(保護者に対する告知聴聞を経ずに行つた保育所措置解除処分につき、児童福祉法ないし規則には告知聴聞を予定した規定はなく、これを行うか否かは行政庁の合理的裁量に属する、とする。「合理的な裁量」という以上、裁量権が違法となる余地が理論的には存しよう。)参照。)。このように、手続保障に対する判例の態度には、かつてのように手続保障が行政庁の裁量に委ねられているとの一事をもつて手続違背の主張を退けるという態度(例えば京都地判三〇・一・二八行集六卷一二号三〇〇三頁、東京地判四六・六・二九行集二二卷六号八九九頁と佐賀地判五〇・一一・二二訟月二二卷一二号二二五四八頁とを対比されたい。)からすると、明確な変化がみられる(しかし、最近になつても、法令上事前手続の根拠規定がないことを理由にいささか単純に事前手続保障を否定する判例が見られる。横浜地判六二・二・一八判時一二四八号八二頁、東京地判六二・一一・三〇判時一二八二号二二六六頁)。要するに、法律の規定の有無や体裁に拘泥することなく、いずれにせよ、聴聞を実施したか否かのみならず、聴聞の態様等に具体的に立ち入って、問題とされる手続過程を審査する、というのが最近の判例の動向である(原田尚彦『行政法要論 全訂第二版』一〇九頁(一九八九)参照。)。その際、法律上事前手続に関する明文の規定がない場合にも手続保障の憲法上の根拠を三条に求めるか三条に求めるかを深く検討することなく、手続保障の必要性と内容を個別の事例ごとに判断しつつあるということができよう。結局、下級審判例の動向を見る限りにおいては、聴聞が明文で規定されているか否かはもはや手続保障の有無を判断する決め手とはならないといつてよいであろう。

(6) 旧出入国管理令以来、わが国の出入国管理・難民認定法第四五条、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いる(和田英夫「強制送還と入管行政」『ジュリスト』四〇一四頁(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、退去を強制するかをいずれかを選択することにつぎる。(法務省入国管理局編『出入国管理の回顧と展望』一五二—三頁(一九八〇))ものであることを行政庁側が認めている。また、ここでは、かつて第一次臨調の答申が、わが国における行政手続運用の実態に対する批判のひとつとして、聴聞手続が全く形式的言い訳に行われることが多いということを挙げていた(例えば園部逸夫『行政手続』『ジュリスト』三六一号—一〇四頁(一九六七)、今村成和『行政法入門(第三版)』一〇五頁(一九八九)など参照。なお、東京高判五二・二・三東高時報二八巻二号民一一頁は、問題とされた行政庁による審査が形式に流れ委細を尽くしていないことを指摘しつつ、審査手続を違法としている。)ことを想起することができよう。

(7) 例えば井上治典『手続保障の第三の波(一)』、『法学教室』二八号四五頁(一九八三)参照。

(8) 最判四六・一〇・二八民集二五巻七号一〇三七頁。

(9) 最判五〇・五・二九民集二九巻五号六六二頁。

(10) 遠藤博也『講話行政法』三一頁(一九七八)。また、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』一五〇—二頁(一九八七)も参照。

(11) 手続保障にどのような法的重要性が認められるか、は手続瑕疵論において端的に現われていると思われる。この点についてのわが国の判例(前掲注(8))(9)の最高裁判決参照)は、手続の瑕疵は、実体的な違法とは異なり、当然には処分取消の取消事由とはならない、とし、手続の瑕疵の存在が行政庁の実体的な判断を変更させる可能性のあることを処分取消の要件としている(手続違反が存在するということのみを理由として処分を取り消すことを認める判例はごく例外的である。そのような例として、大阪地判五五・三・一九行集三二巻二号四八三頁参照)。この行政庁の判断変更可能性の要件がどのように適用されるかは、個別の実定法ごとに異なるため、一概にいうことはできない。しかし、ごく一般的な形で判例の態度を要約すると、次のようにいうことができる。まず法律上もしくは解釈上必要とされる告知聴聞をそもそも全く行っていない場合については取消事由として認定されることが多い(例えば浦和地判四四・一一・二七行集二〇巻一五・一三頁、浦和地決四九・四・一五行集二五巻一〇号一二二五頁、岡山地判五二・一一・一六判時八九三三七六頁など)。他方、形式的にはある手続を覆踐していないとしても、当該手続保障の趣旨目的に反するような場合(その例としては千葉地判四三・九・一〇行集一九巻一〇号一五六八頁参照)でなければ(保障の趣旨目的に反しないとされた事例として、最判四九・一二・二〇民集二八巻一〇号一八六八頁参照)、実質的には当該手続保障がなされたと同視しうる場合もある(例えば長崎地決三四・一二・

二行集一〇巻一二号二五六一頁、東京地判四九・七・一五訟月二〇巻一〇号四三頁など）。これとは逆に、形式的にはある手続を履践していたとしても、その保障の實質からみて手続の瑕疵があると認定され、処分が取り消される場合もある。事実認定上微妙な事項につき当事者に対し実質的な機会の保障が要求される場合（例えば浦和地判四九・一二・一一判時七七四号四八頁、東京高判五二・二・三東高時二八巻二号民一一頁、大阪高判五五・三・一九行集三一巻二号四八三頁など）などがこれに該当する。その他、時として、処分の相手方の対応を理由として手続の瑕疵の存在が否定される場合もある（東京高判五六・一二・二二判時一〇三二号五〇頁）。

なお、所得税法上の理由付記（この点については例えば室井力・塩野宏『行政法を学ぶ』二五五頁（塩野執筆）（一九八一）（参照）の他、固定資産税評価委員会の手続に関しても、下級審レベルではある程度判例は固まりつつある（札幌高判六〇・三・二七判時一一七一号六四頁、大阪高判六一・六・二六判タ六二六号一三六頁及びそのコメントに掲載されている判例を参照。また、判例法理の内容については、遠藤・前掲書注（五）一五七頁参照）。これに対して、公務員の懲戒処分に関する事例には若干の動揺がみられる。甲府地判五二・三・三一判タ三五五号二二五頁と東京地判五九・三・二九判時一一〇九号一三二頁、東京高判六〇・四・三〇行集三六巻四号六二九頁とでかなり差があることについて、阿部・前掲書注（11）一五四―一五頁参照）。

(12) 前掲注(11)で述べたような、行政庁の実体的判断変更可能性を、手続瑕疵を理由とする処分取消の要件とすることにはそれなりに合理性があるといえることができる。例えば、阿部泰隆「原発訴訟をめぐる法律問題（二）」『判例評論』三一八号一七四頁（一九八五）は、特に憲法や関連法規の解釈から行政の遵守すべき手続の存在が導き出される場合につき、そのような手続規範の不遵守を理由に直ちに行政処分を取り消すことは行政に不測の不利益をもたらすし、判例による法創造との批判を避けたい、という。また、綿貫芳源「告知・聴聞を中心とする公正手続の内容と限界」『公法の理論（田中二郎博士古稀記念論集）（中）』一〇四六―七頁（一九七六）は訴訟経済上の理由を挙げている。さらには、そもそも手続の公平性が重要であるとはいえず、そのみが追求されるべき唯一の価値とはいえない（宇賀克也『アメリカ行政法』一二九頁（一九七八））のである。しかし、そうはいっても、過度に実体法に傾斜して手続保障の存在意義を把握する（和田英夫『東京地判五九・三・二九行集三五巻四号四七六頁に関する判例評釈』六二巻三号一二七頁（一九八六）は、その評釈の対象としている判例に対して、処分手続における強い実体論的理解への傾斜がみられると批判している）と、手続の瑕疵は「裁

判所の実体的判断を支える補強的理由となるか、せいぜい方便的な理由となるだけ」との批判(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))が正鵠を射たものとなるであろう(もつとも、原田教授自身も処分内容の正当性が客観的に明白である場合にまで処分手続の瑕疵が処分の取消事由とはならない、とし、その理由として、「無駄な手続を繰り返すのは妥当ではない」と述べておられ(原田尚彦「判例タイムス」二七四号七八頁(一九七二))、常に手続保障が実体判断に優先するところ(こう考え方を採用されているわけではない)。

(13) Immigration and Nationality Act, Act of June 27, 1952, with Amendments (66Stat. 163), Title 8 of the United States Code.

(14) この点については例えば萩野芳夫『基本的人権の研究』二四頁(一九八〇)、「姜徹『在日朝鮮人の人権と日本の法律』一三三頁(一九八七)など参照。

(15) H. R. REP. CONG. REC. 4301 (1952). See, also, Gardner, *Due Process and Deportation*, 8 HASTINGS CONST. L. Q. 397, 405 (1981).

(16) Notes, *Requisites of an Administrative Hearing*, 80 U. PA. L. REV. 878, 882 (1932).

(17) SCHWARTZ = WADE, LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT, 249 (1972).

(18) Japanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher), 189 U. S. 86 (1903).

(19) これを正当化する法理論として、連邦最高裁判例は絶対的権限理論 (plenary power theses) とつてもいふべきものを展開してきている。その歴史的展開過程と内容については、拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八六二頁以下(一九八四)参照。

(20) 拙稿・前掲注(19)八七〇—二頁。

(21) このように、移民規制権限の行使に対する実体的制約と手続的制約とで差が生ずる理由はこの「絶対的権限論」の保護法益の性格にあるのではないかと筆者は考えている。拙稿・前掲注(19)八七一頁。

(22) 後にもみるように、入国拒否・退去強制処分とも、それ自体に関する行政機関内部における最終的な決定機関は移民不服審査委員会である。

(23) See, GOODWIN - GILL, IMMIGRATION LAW AND THE MOVEMENT OF PERSONS BETWEEN STATES, 243 (1972).

- (24) 実体的な入国拒否・退去強制事由に関して不確定法概念が用いられることは不可避であり、その結果、要件裁量・効果裁量ともに行政機関に与えられることになる。なお、実体的な入国拒否・退去強制事由に関しては後述する。
- (25) 外国人が入国拒否・退去強制事由に該当していても、司法長官が裁量的判断により救済する制度が存在する。裁量的救済制度と呼ばれるものであり、退去強制からの裁量的救済については例えば 8 U.S.C. § 1253 (二四三条)、§ 1254 (二四四条)、入国拒否からのそれに関しては例えば 8 U.S.C. § 1182 (二二二条) 参照。
- (26) 伝統的な裁量統制の手法一般と対比すれば、それでも羈束の程度はきわめて高いといえよう。立法部による伝統的裁量統制の手法とその変化及び立法部による裁量統制と司法部によるそれとの相互関連性については、さしあたり最近のものとして、*see, Shapiro v. Glucksman, Congress, the Supreme Court, and the Quiet Revolution in Administrative Law*, 1988 Duke L. J. 819 (1988)。
- (27) もちろん、国選弁護人の保障以外にも、退去強制手続が「裁判」手続ではないことから当然に生ずる違い(特に職能分離との関係)もあり、また、当該手続が純然たる「刑事」手続ではないことにより生ずる違い(特に証拠法則をめぐる問題)もある。これらの点につき、具体的には、制度及び判例の分析に関する叙述を参照されたい。
- (28) わが国における行政の事前手続保障をめぐる議論は、①行政手続に手続的デュー・プロセスの要請がかかるか否か、②かかるとして憲法上の根拠条文としてはいかなるものがありうるか、③手続的デュー・プロセス上要求される手続内容はいかなるものがありうるか、④手続の瑕疵と実体的な取消事由との関係、の四点に集中しているといつてよいであろう。本稿ではこれらにつき詳しく検討する余裕はない。しかし、本稿の以下の叙述との関係上、次のことのみ言及しておく。それは第一点に関する点であるが、行政過程を過度に「憲法化」「裁判手続化」し、手続的デュー・プロセスの制約に服せしめると、権利剝奪に要される作業が必要以上に複雑化し、他面、実体的な結果の正当性を高めることにもならないであろう(see, *Saphire, Specifying Due Process Values*, 127 U. Pa. L. Rev. 111, 176 (1978)) ということである。全ての処分手続に聴聞が要求されるとすることは行き過ぎ(例えば青木康『行政手続法指針』二七―八頁(一九八〇)参照)なのである。このことを前提として、憲法論からは、行政処分過程と適正手続との関係につき、事前手続がどこまで憲法上の要請として妥当するかは必ずしも容易に断定しがたいことが指摘されており、立法部の判断も考慮しながら、問題となる権利・自由や行政目的に照らし、個別・具体的に判断すべきであるとか(樋口陽一『佐藤幸治』中村睦男『浦部法穂・前掲書注』(5)三一―一頁(佐

藤執筆(一九八四)、いかなる権力が行使されるのか、いかなる目的を達成しようとするのか、緊急性があるか等、諸般の事情を考慮して、憲法上の正当手続の要請を認めうるか否かを判断すべし(橋本公巨「憲法理念の行政法への投影」、『公法研究』四〇号一四三頁(一九七八))といった、一種の利益衡量テストが示されている。

(29) GOStat. 237, Ch. 324, §31-12. なお、一九四六年に制定された元々の法律は一九六六年の合衆国法典第五卷の改編作業により形式的には廃止されているが、一九四六年の条文のうち第一条(「この法律は行政手続法として引用することができる」というもの)以外は、合衆国法典第五卷に組み込まれており、これらの条項を総称して行政手続法と呼ぶ慣行が定着している。宇賀・前掲書注(12)一頁。

(30) 従来の合衆国行政手続法制についてのわが国での文献は枚挙の暇がない。その代表的文献については田中館照橋「わが国の行政手続法制の動向」、『法律論叢』六〇巻二二三号二五九頁(5)、(9)、(10)及び(12)(一九八七)に網羅的に掲載されているので参照されたい。その他最近の行政手続法に関する論稿としては、古城誠「規則制定と行政手続法(APA)——規則制定及び司法審査の変容」藤倉皓一郎編集代表『英米法論集(田中英夫先生還暦記念論集)』二三三頁(一九八七)、紙野健二「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」、『法制論集』八〇号六六頁(一九七九)、荏原明則「行制機関による規則制定の諸問題(一)」「(二)」「(三)」「(四)」、『神戸学院法学』二巻二号一頁、一二巻三九九頁、一二巻四号六九頁、一三巻二号三五頁(一九八一)、大浜啓吉「アメリカにおけるルールメイキングの構造と展開(一)」「(二)」「(三)」「(四)」、『自治研究』六二巻一〇二頁、六二巻二二二頁、六二巻二二〇七頁、六三巻二九九三頁(一九八七)、同「アメリカにおけるルールメイキングの研究(一)」「(二)」、『専修法研論集』一号三七頁、二二二頁(一九八八)、西鳥羽和明「規則の種類と非正式手続の適用除外」、『早稲田政治公法研究』一九号一四九頁(一九八六)、宇賀克也「前掲書注(12)、松井茂記「非刑事領域における手続的デュー・プロセス理論の展開(一)」「(二)」「(三)」「(四)」、『法学論叢』一〇六巻四号二二頁、一〇六巻六号四四頁、一〇七巻一七二頁、一〇七巻四号六二頁(一九八〇)、本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成——伝統的行政理論と手続的デュー・プロセス(一)」「(二)」「(三)」、『法政論集』一一八号一五九頁、一二〇号三三五頁(一九八八)などがある。

(31) このことは、小高剛「行政手続の再検討(二)」、『法学雑誌』一九巻一号二九頁(一九七二)が、問題となっている行政過程が、「適正な実質内容を持つて行われることを簡易迅速な手続の中で獲得し、その過程に対する司法審査を通じて人権保護

を企図する必要がある」り、「この意味での処分にはたる思考過程の明確化が必要であること」を指摘されていることと関連している。もつとも、小高教授と筆者との問題関心ないし視点とはやや異なるかも知れない。筆者自身の問題関心ないし視点は次のようなことにある。当然のことではあるが、わが国の行政訴訟制度は、合衆国のような「記録に基づく審査」方式を採用しておらず、合衆国の訴訟構造の分類に依拠していえば「完全再審査」であるため、当事者は裁判所において行政処分の基礎となる事実関係を十分に争うことができ、したがって、手続上の適否のみを問題とすることには、合衆国の場合とは異なり、相当の限界がある。この点については前掲注(12)及び後述するところを参照。したがって、わが国においては、実体的側面を捨象して、手続のみをそれとして検討することの有効性はかなり限られたものとならざるを得ない。むしろわが国においては、実体法的側面に十分留意しつつ、手続保障の意義を探ること——つまり、実体法と手続法とを連動させつつ、一連の行政過程の中で実体法と手続法との機能分担を考察すること——が必要であると思われるのである。

(32) このことは、手続瑕疵論とも関連するであろう。手続の瑕疵と取消事由との関係を考察するに際して手続の軽重が問題となるとする立場に立てば(越山安久「群馬中央バス最高裁判決(前掲注(9))評釈」『最高裁判例解説民事編(昭和五〇年度)』一五五—一六頁(一九七九)参照。このこと自体には阿部泰隆・前掲書注(10)一五六頁も同調しているようである。)、瑕疵の存在が問題とされる手続保障にいかなる意義があるかを検討することが、当該手続の瑕疵の重要性を判断する上で不可欠と思われるからである。

(33) 外国人の人権に関する文献は枚挙の暇がないが、議論の状況を簡潔明快に略述するものとしては、中村睦男「憲法30講」二四頁以下(一九八四)参照。その他、最近のものとしてさしあたり、芦部信喜「人権の享有主体(二)」「(三)」「法学教室」一〇二—一〇三頁、一〇三—一〇九頁(一九八九)、また、社会保障受給権との関係については高藤明「国際規範からみたわが国社会保障法の国際化の現状と課題——国際的「連携」を中心として——」『社会労働研究』三五卷一—九頁、特に五一—五二頁(一九八八)のみを挙げておく。その他、外国人の人権論との関係で出入国管理手続を検討したものということができるものとして、萩野芳夫「国籍・出入国と憲法」(一九八二)、中村義幸「退去強制法研究序説(一)」「(二)」「拓大論集」一三七—一四〇頁(一九八二)、朴康弘「定住外国人の滞在権の保障(一)」「(二)」「大阪市大法学雑誌」三三卷二—二、三二—三三頁(一九八五—六)がある。合衆国出入国管理手続自体に関する研究としては、川原謙一「米國退去強制法の研究」(一九六四)、布井敬二郎「米國における出入国管理及び国籍法(上)(下)」(一九八五)、行政裁量統制の視点から合衆国退去強制手続を

分析したものとして宮川茂雄「退去強制手続の司法審査——一九五二〜八〇年の日米比較研究——(一)(二)」『同志社法学』一八四号七〇頁、一八五号一六八頁(一九八四)がある。なお、わが国の出入国管理法に関する本格的な解説書が最近公開された。黒木忠正「外事法」(一九八八)である。

(34) 拙稿・前掲注(18)八六二頁以下参照。

(35) See, supra, n. (15).

(36) 39Stat. 874.

(37) 合衆国においても、わが国(佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』一六二―三頁(一九八四)参照)と同じく、聴聞を受ける憲法上の権利と制定法上の権利との境界は不分明である、といわれており、その理由のひとつとして、議会が従来判例法を制定化する努力を続けてきたことが挙げられている(橋本公巨「アメリカ行政法における聴聞を受ける権利」『法学新報』六八巻二号七頁(一九六一)頁等参照)。この状況は基本的には移民法領域においても同様であり、このため、制定法を紹介・検討することも手続的デュー・プロセスの解明のために不可欠なものとなるのである。

(38) United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U. S. 537 (1950), Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345 U. S. 206 (1953).

(39) Landon v. Plasencia, 459 U. S. 21 (1982).

(40) 339 U. S. 33 (1950).

(41) 従来合衆国出入国管理手続に関する研究はいずれも、手続要件のいわばスナップショット的な考察にとどまっております。手続により保護される実体的利益の内容に関する検討が欠如しがちであり(中村義幸「退去強制法研究序説」『拓大論集』一三七号八五―一六頁(一九八二))、他方、手続全体を処分過程としてみた場合の個別の手続要件のもつ意義を検討するという視点を持つてはいない。

(42) ここで、本稿のような研究が持っている限界について言及しておくべきであろう。その限界とは、合衆国においては、わが国と異なり、行政訴訟において裁判所は「記録に基づく審査」(on the record review)を行うことが原則となっている、ということである。つまり、合衆国においては、事実関係に関する事項は行政機関段階で作成された記録に依拠して裁判所は判断を行うことになるのである。そのため、行政機関で記録が作成される段階をきちんとしておかないと、当事者は後に

裁判所に出訴しても事実関係を覆すことができないわけであるから、非常に不公正な結果が発生する。これを回避するためには、記録を作成する段階で当事者に厚い手続的保護を与え、もって裁判所に審理の基礎となる記録の信憑性を確保する必要に迫られるのである。このような合衆国に特有な訴訟構造上の事情が背景となつて、合衆国においては行政手続審査が発達し、多くの判例が積み重ねられているのである（この点に関しては綿貫芳源・前掲注（12）一〇六一—一頁参照。なお、わが国は、合衆国の訴訟構造に当てはめていえば、完全再審査（*de novo review*）である。完全再審査の場合には、行政機関の行為に対するヒアリングの要求は否定される、という法理が合衆国には存在する。DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 499—52 (2d ed. 1979) はこの法理の展開と欠点を指摘しているので、参照されたい。）したがって、このような訴訟構造を採用してはいないわが国においては、合衆国における手続理論をそのままには導入できないということに一定の留意が必要となるのである。

もちろん、このことは、行政手続の適正化の要請が事後救済制度の存在により左右されるべきものである、ということの意味するものではない（例えば杉村敏正「全訂行政法講義総論（上）」二二七頁（一九六九）など参照。また、最判三七・一一・二八刑集一六卷一一号一五七七頁（いわゆる第三者没収事件）も、第三者の所有物を没収するに際して事前に告知・聴聞・防衛の機会を付与することの必要性は、当該第三者が事後においていかなる権利救済の方法が認められているか、ということとは別個の問題である、としている。もっとも、仙台地判五七・三・三〇判時一〇三九号三六頁、東京高判六一・三・一九判時一一八八号一頁（後者に関しては兼子仁「判例評論」三四五号一五四頁（一九八七）参照）では、事後における争訟の方法の存在を理由に事前手続の保障のあり方を簡略化しうることがとき説示を展開している。事前手続保障の目的は、違法な権利侵害を事後的に矯正・回復することではなく、行政の「第一次的判断権」の行使に際して発生しうる瑕疵ある行為の発生を防止することにある（See Rudenstein, *Procedural Due Process and the Limits of the Adversary System*, 11 HARV. CIV. RIGHTS—CIVIL LIBERTIES L. REV. 48, 52—3 (1976). その他「事前の行政手続保障が有する独自の機能については塩野・前掲書注（5）二二〇頁参照）のであって、事後手続と目的を異にするからである。

もっとも、さきに述べたように訴訟構造上事前手続の保障の要請が高くならざるを得ない合衆国においても、手続的デュー・プロセス上要求されるヒアリングが、処分前のものであるという意味で常に事前のものでなくてはならないとされているわけではない。すなわち、いかなる手続がデュー・プロセスにより要求されるか、を判断するにつき、連邦最高裁の

リーディング・ケースであるエルドリッジ判決 (Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319 (1976)) は費用便益分析を用いることとしたのである(このことはよく知られたところであると同時に、後にやや敷衍して述べるので、ここでは立ち入らない。)が、この費用便益分析はヒアリングのタイミングについても適用される (See, Schwartz, *Cost - Benefit Analysis in Administrative Law: Does It Make Painless Procedural Rights Worthless?* 37 AD. L. REV. 1, 8-9 (1985))。その結果、処分前の手続ではなく、処分後のものであっても、デュー・プロセスを充たす手続とされうることとなる。実際、エルドリッジ判決では、障害者手当給付の停止処分後になされるヒアリングで十分とされているのである。このように、ヒアリングのタイミングにも費用便益分析が適用され、事前手続の他の選択枝として事後手続が考慮に入れられる、ということは、換言すれば、事前手続が、事後手続との連関性の中で判断される、ということを意味する(なお、宇賀克也、前掲書注(12)(七二頁参照))。問題はいかなる場合には事後のヒアリングでよいとされるか、及び右の連関性の範囲をどこまで広げうるか、である。前者については、一般的な要件としては、事前のヒアリングが原則であり、例外的に、事後までヒアリングを延期することを正当化するに付きなんらかの政府側の正当な利益が問題となる場合のみ、事後のヒアリングが許容される、とされている (TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (2ND ED.) 719 (1988), citing *Boddie v. Connecticut*, 401 U. S. 371, 379 (1971)). 具体的にいかなる場合にヒアリングの事前性の例外が認められるか、については、TRIBE, *id.* at 720-31. 特に、この例外許容要件が最近緩和されつつある (at 723-9) ことに留意されたい。)

問題はむしろ後者である。ひとつのありうる考え方は、事後の司法救済システムまで全体として含めて考え、その全体が憲法上許容できる一連の救済手段とみることができるときには、手続的デュー・プロセスは侵されたことにはならない、というものである (TRIBE, *id.* at 729)。この考え方を裏付けうるかに見える連邦最高裁判決もいくつか存在する (Mitchell v. W. T. Grant Co., 416 U. S. 600 (1974), *Arnett v. Kennedy*, 416 U. S. 134 (1974); 以上 Rubenstein, *id.* at 52-3), *Parrat v. Taylor*, 451 U. S. 527 (1981), *Hudson v. Palmer*, 468 U. S. 517 (1984), *Ingraham v. Wright*, 430 U. S. 651 (1977); 負傷した生徒の損害賠償訴訟の提起可能性をもって、デュー・プロセスの要請は満たされる、とする。以上 TRIBE, *id.* at 729)。しかし、右の考え方が貫徹されうるものとすれば、さきに述べた、事前手続保障独自の存在意義が失われることにもなる (TRIBE, *id.* at 729) は、ここで述べているような考え方は、州が司法審査や損害補填訴訟を完全に整備している場合でさえ、州権の濫用がデュー・プロセス条項に反するとの先例に反する、とする。また、権利剝奪後の救済が求められそれが拒否さ

れるまでは州の行為は完成していない」との Paratt 判決、Hudson 判決の見解については、求められた救済が州により拒否されるまで権利侵害が発生したとはいえないような憲法上の権利がいくつかある——例えば、正当な補償なく公用収用を受けることのない権利、及び、一定の場合において、適切な権利剝奪後のヒアリングなく財産を剝奪されることのない権利——のであって、このように考えれば、必ずしも矛盾しない、ともいう (at 731)。ため、必ずしも完全にはこれを受容することはできないであろう。もつとも、他面、これを完全に否定することもできないように思う。なぜなら、そもそも合衆国の手続保障理論自体、既に述べたような合衆国特有の訴訟構造の上に生起しているものであるからである (手続保障の目的のひとつとして、対審型構造の手続より生み出された記録が存在することにより行政機関の諸決定に対する司法審査が全うされる、ということこそ手続保障の目的である、とするものとしては、see, McCormack, *Purpose of Due Process: Fair Hearing or Vehicle for Judicial Review?* 52TEX. L. REV. 1257, 1275-6 (1974). See, also, Notes, *Specifying the Procedures Required by Due Process: Toward Limits on the Use of Interest Balancing*, 88HARV. L. REV. 1510, 1540 (1975).)。

なお、このように、デュー・プロセス上要求される事前手続の程度が一定の範囲で事後的な司法救済システムの充実度との相関関係により決定されるにせよ、右にいう「事後的な司法救済システム」の中に損害賠償訴訟を含めて考えることはわが国にはなじまないであろう。なぜなら、抗告訴訟は、覆審的に処分の効果自体を除去するためのものであり処分の効果発生を妨害する、という点では、事前の手続保障と重複するものであるのに対し、損害賠償訴訟は、処分の効果自体を左右するものではなく、始審的に処分の効果として違法に発生した損害を補填するもの (遠藤博也「行政法における法の多元的構造について」、『公法の課題 (田中二郎先生追悼記念論集)』九五—六頁 (一九八五)) であり、制度自体が全く異なるからである。

第一部 合衆国移民法手続と手続的デュー・プロセス

第一章 合衆国移民法制度の概略——現行法制度制定史を含めて——

はじめに

一 本章では、合衆国移民法制定の歴史的経緯の中で、出入国管理の手続制度がどのように整備されていったかを分析する。しかし、右のことを本格的に分析するに先立ち、出入国管理の実体的規制と手続的規制との役割分担がどのようにはかられていたか、に関する歴史的経緯を略述しておく。

二 まず、出入国管理の実体的規制については、その歴史は専ら拡張の歴史であつたといつてよいであらう。^① すなわち、連邦議会が合衆国への出入国管理を規制するためにはじめて包括的な規定を置いたとされる一八七五年三月三日の法律^②では、合衆国入国後の退去強制事由の定めはなく、入国拒否事由が規定されていたのみであり、その事由の内容自体も売春婦と犯罪者を入国拒否の対象者とするのみであつたが、その後入国拒否事由は法改正ごとに拡張されていつたのである。他方、退去強制事由に関しては、一八九一年三月三日の法律^③の第一条においてはじめて入国許可条件違反者の外国人を退去強制する規定が置かれ、その後一九一〇年三月二六日の法律^④により、入国許可条件違反とは離れて入国後生じた事由を基礎として外国人を国外に退去強制する制度の萌芽が出現している。^⑤ この制度が本格的に導入され、入国した外国人の入国前の特性と入国後の行為との因果関係が要求されない形で退去強制事由が規定されることとなつたのは一九一七年二月五日の法律^⑥であり、この法律により、合衆国における出入国管理規制の実体的な規制の骨格が出来上がったのである。

三 他方、手続規制に関していえば、前述の一八七五年法における入国拒否事由認定のための行政手続は極めて簡略なものであった。⁽⁹⁾ 加えて、行政機関により発せられた命令ではなくて裁判所による審問を経た後に入国拒否命令が発せられるという仕組みになっていた。以上のことから、出入国管理手続において行政機関が果たす役割は未だ大きなものと認識されていなかったことがうかがえる。このような手続制度を大幅に改正し、現行法制度の基礎となった一九一七年法のさらに基礎を形成したと評価できると思われるのが一九〇三年三月三日の法律である。⁽¹⁰⁾ この法律により、入国拒否あるいは退去強制に関する決定が行政機関の命令により完結することとされるとともに、後にやや詳しく述べるようないくつかの手続保障を入国拒否ヒアリングについて認めている。これに対して、退去強制ヒアリングについては、この一九〇三年法は、後の一九一七年法と同様、行政手続に関して何ら触れるところなく、単に、ある外国人に退去強制事由ありと財務長官が確信した場合に当該外国人の身柄を拘束し退去強制する、という規定があるのみである。おそらくはこの点の規定は当時より行政機関の定める規則に委ねられていたのである。そして、このような規定の体裁は現行一九五二年法に至るまで続いている。しかし、入国拒否手続に関しては法がある程度の規定を設けているにもかかわらず、外国人にとつては被る打撃の程度がより大きなものと思われる退去強制に関しては専ら規則に委ねられていたことはやや奇妙な点である。

それはさておき、おそらく事務量の増大を理由として、このように退去強制手続は行政手続に移行し、いわば手続の近代化がはかられたわけである。このことには行政の便宜という意義と不服申立を経由させることによる権利救済の迅速化という二つの意義があると思われる。ところで、退去強制手続が裁判所から行政機関に移された、ということは、行政段階で、退去強制独自の手続を整備することが必要となった、ということをも必然的に意味するわけであるが、先に述べたような状況があるため、手続がどのような経緯を経て整備されていったのかは、行政機関の規則に関する資料的

限界があるため、その全貌は必ずしもさだかとはいえない。しかし、後に一九二四年五月二六日の法律⁽¹¹⁾に関する第二次資料⁽¹²⁾及び判例を素材として詳しく紹介するように、入国拒否・退去強制事由の告知、弁護人依頼権、反対尋問、職能分離等につき、判例の影響を受けつつ、様々な経緯を経て、手続保障が充実していくのである。特に、連邦行政手続法(Administrative Procedure Act; 以下、APAと略す。)が制定され、法律上聴聞が要求されている手続に対してAPAの適用がされたことを受けて、法律上ヒアリングを要求する規定がなくとも憲法上ヒアリングが要求されている場合には、APAの適用があると考えないと均衡を失する、という論理を用いて移民法にもAPAの適用を認めたウォン・ヤン・サン判決⁽¹³⁾——これについては後に詳述する——の与えた影響は、現行一九五二年法制定にとつて極めて大きなものがあつたのである。そして、現行一九五二年法制定後も、例えば一九五六年に身柄拘束ではなく理由立証命令(Order to Show Cause)により手続が開始されることとなる⁽¹⁴⁾など、手続整備が続けられているのである。

四 以上の合衆国移民法における実体的規制と手続的規制の特色を要約していえば次のようにいうことができるであろう。すなわち、実体的規制に関しては連邦議会の権限が拡張され、連邦最高裁もこれを正当化する絶対的権限論(Dynary power thesis)を提示し、その権限行使に対して憲法による要請が実際に機能する余地はほとんど存しない。例えば、人種差別的な退去強制事由を規定したとしても、中国人排斥諸法⁽¹⁵⁾をめぐる判例⁽¹⁶⁾より明らかなごとく、平等原則違反で違憲となる余地はほとんどない。これに対して、手続的規制に関しては行政機関の規則が主要な役割をにない、制定法は、特に退去強制に関しては、歴史的に、ほとんど手続規制を行っていない。しかし、入国拒否についてはともかく、退去強制については伝統的に手続的デュー・プロセスによる制約の存在が認められており、⁽¹⁷⁾より具体的には、例えば「アカ狩り」を有利に行うために弁護人依頼権の行使を制限した規則がデュー・プロセス違反とされた事例⁽¹⁸⁾などが存在する。要するに、出入国管理の実体的規制と手続的規制に関する判例を比較すると、実体面で政府の判断を尊重しつつ、手続

面で外国人に与える打撃を小さくしようとする（すなわち、その権利救済をはからうとする）という判例の傾向が見てとれるのである。

五 本章では、まず、制度面において、これら実体と手続の中で政府の出入国規制権限の尊重と外国人の権利救済の必要性という二つの要請がいかなる形で調整されようとしたか、を歴史的経緯に沿ってみていくことを目的とする。しかし、その前に、合衆国出入国管理手続における問題点の見取図を得るために、便宜上、現行法の概略とポイントとなる点をおさえ、後に制度史を分析することとする。

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

一 既に何度か言及したことであるが、合衆国においては、一九五〇年代に確立した連邦最高裁の判決により、出入国管理規制の実体的側面については、連邦議会に広範な裁量権が正当化され、右の権限に基づいて連邦議会は実体的な入国拒否・退去強制事由を法定している⁽¹⁹⁾。このように詳細に実体的事由を規定することにより、行政機関の裁量権限を規制しようとしたわけであるが⁽²⁰⁾、外国人の国外退去事由該当性の事実認定権限は行政機関が有するものであるため、外国人を行政機関の恣意的な裁量権限行使から保護するためには、事実認定の段階で手続保障を外国人に与えることが必要となる。そこで現行の一九五二年法はかなり詳細な手続要件を規定している。

ここでは現行移民法における退去強制、入国拒否処分手続の概要を紹介する。なお、現行法において制定された外国人の入国及び国外退去をめぐる処分手続は原則として右の二種に分類することができるものの、それらとは若干性質を異にする二つの処分手続が存在する。アサイラム申請手続及び再入国許可手続がそれである。しかし、叙述の簡明さを

確保するために、右二種の処分手続については後の章において触れることとし、本節では主に入国拒否、退去強制手続に言及するに止める。

二 ところで、そもそも合衆国出入国管理国籍法上の手続保障は合衆国の行政法制度全体の中でどのような位置を占めるものであるかをあらかじめ紹介しておく必要がある。合衆国においては行政機関の決定行為に手続的適正の理論が適用される憲法上の根拠条文となるものは、いうまでもなく第五修正のデュー・プロセス条項であるが、ここで問題となることは、一九四六年の A P A の枠組みと手続的デュー・プロセス理論との関連性の中で合衆国移民法手続がいかなる位置を占めているか、である。

三 A P A はその規制対象たる手続をまず規則制定 (rulemaking)、⁽²⁵⁾ 裁決 (adjudication) 手続、⁽²⁶⁾ 許認可 (licensing) 手続⁽²⁴⁾ の三種に区分し、⁽²⁵⁾ 各々につき行われるべき手続につき規定している。これらのうち、裁決手続と許認可手続についてはほぼ同様の手続規制がなされており、結局、A P A が規制対象とする手続の性格は規則制定と裁決とに区分されうる。⁽²⁶⁾ 本稿での検討の対象は、個別の行政処分に対する事前の手続統制であるので、先の二種の手続のうち、裁決がここでは問題となるのである。A P A は裁決を、A P A の手続規制の対象となる行政機関の行為 (これを正式 (formal) 裁決と⁽²⁸⁾ いう) と、いくつかの点を除いてはその規制の対象とされない略式 (informal) 裁決の二つに分けている。本稿が検討の素材とする出入国管理国籍法上の個別的決定は、一時、ウォン・ヤン・サン判決 (Wong Yang Sung v. MacGrath)⁽³⁰⁾ で、A P A の規制対象とされたものの、その後、A P A の規定を適用除外する旨を出入国管理国籍法が明文で規定したため、⁽³¹⁾ A P A の定める裁決の性格としては略式裁決ということになる。行政活動上の九〇パーセントはこれに当たるといわれている略式裁決には、⁽³²⁾ A P A の手続規制が及ばず、従って、ここでは、処分の相手方は、A P A ではなく憲法を持ち出して、デュー・プロセスの要請として、現に与えられている以上の手続保障を求めることとなるのである。⁽³³⁾

四 とはいえ、特に現行法上の退去強制ヒアリングは手続的デュー・プロセスの要請たる公正なヒアリングといえるに必要とされる最小限の要件を満たしているとの評価がなされており、それゆえ連邦最高裁は現在に至るまで退去強制処分を課すためのヒアリングとして憲法上最低限いかなる要件が必要かを嚴格に定める、という任務に直面している⁽³⁵⁾、といわれている。このことは次のことを意味する。すなわち、退去強制ヒアリングにおける手続的デュー・プロセス上の要件は何かを検討するためには、判例とともに法制度自体が重要な素材となる、ということである。他方、現行法上規定されている入国拒否ヒアリングについては、手続的デュー・プロセスの保障のために必要とされる要件——もつとも連邦最高裁判決の理論によれば、後に検討するように、入国拒否処分手続には手続的デュー・プロセスの適用はないとされているのであるが——を備えていないと評価する論者もあり、このような評価の適否を考察するために法制度の概要を探る必要性があるといえよう。

五 合衆国における外国人の国外退去手続制度についてはわが国においても既に若干ではあるが詳細な著書⁽³⁷⁾が出版されていることと、前述の如き検討の意義とを合わせ考えるならば、本稿においては、一定の性格を有する手続要件に焦点を当てて制度紹介を進めることとする。すなわち、非刑事手続領域につき一般的に手続的デュー・プロセスを充たすものとして考えられている要件を念頭に置き、退去強制、入国拒否それぞれの処分手続がそれらの手続要件をどの程度充足しているか、を検討する。

では、ここで念頭に置くことのできる手続要件の内容はどのようなものとなるか。まず、行政手続に課せられる手続要件をごく一般的なレベルで要約すると、次のようにいうことができよう。トライプ⁽³⁸⁾によれば、伝統的な手続的デュー・プロセスの中核となっている内容は、告知・聴聞（本稿では以下便宜上これを総称してヒアリングと記す）であるが、これは、公開性、判断権者の公正、判断権者が結論の判定にあたり直接的、個人的、実質的な金銭上の利害関係を有し

ないこと、及び刑事事件における貧困者への国選弁護、を挙げている。また、田中成明教授は、手続的正義の具体的内容として、当事者の対等化と公正な機会の保障、第三者の中立性及び理由づけられた議論と決定という三つのポイントを挙げている。⁽³⁹⁾ 行政手続との関係では、手続要件の最大限と最小限とは、APAに規定する正式裁決手続における手続要件——おおむね一二の構成要素に区分できる⁽⁴⁰⁾——と理由開示要件とに対応することが指摘されているが、例えばゴールドバーグ判決は、①時宜になかった適切な処分事由の告知、②不利な証人との対決 (confrontation)、③口頭弁論、④口頭での証拠の提示、⑤不利な証人に対する反対尋問、⑥自己の主張と対立する証拠の開示、⑦弁護士依頼権、⑧ヒアリングの記録に基づく処分の決定、⑨処分決定理由の告知 (statement) 及びその際依拠した証拠の提示、⑩公正な処分権者、の一一〇要件を摘示して検討している。⁽⁴²⁾ 本稿で合衆国移民法制における手続要件を検討する場合、このゴールドバーグ判決の示す一一〇の要件を検討の基準として主に用いることとする。⁽⁴³⁾

(1) 退去強制処分手続制度の概要

(イ) 手続過程の概要

一 退去強制事件の出発点は、ある個人が合衆国に不法残留する外国人であるか否かを立証する移民帰化局の調査である。⁽⁴⁴⁾ 調査段階においてなされた処分の相手方の陳述等についても、事案の処理と関連するものについては、該外国人の退去強制事由該当性を示す記録にいれることができるが、⁽⁴⁵⁾ 他方、予備調査段階では処分の相手方に弁護士依頼権等の権利保障がなされていなくとも判例上デュー・プロセス違反とされない。⁽⁴⁶⁾

二 予備調査の結果、その相手方が外国人であること及び退去強制事由に該当することが認められると、移民帰化局

の調査官は外国人に、正式の退去強制手続を経ずに任意出国するかあるいは手続を進行させ理由立証命令により正式手続に移行するか、の選択を求めることとなる。⁽⁴⁷⁾ 通常は、退去強制手続は理由立証命令の送達により開始されるのであり、⁽⁴⁸⁾ 理由立証命令には、当該外国人の退去強制事由該当性につき一応有利な事件 (Prima facie case) であることの基礎となる理由が述べられていなくてはならず、このようにすることによって、該外国人が自己に不利な諸々の事由を反駁することが可能ともなる。⁽⁴⁹⁾

三 かくして退去強制ヒアリングが開始されることとなる。ヒアリングは特別審理官により行なわれ、特別審理官は宣誓をさせ、証拠を示し、証拠を受け取り、証人を尋問等する。⁽⁵³⁾

四 ヒアリングの際に外国人が自らの退去強制事由該当性を認めた場合には、一定の状況においては、任意出国の権利が認められることとなるが、⁽⁵⁴⁾ その他の場合には、特別審理官が、ヒアリングに提示された証拠に基づく処分決定をなすこととなる。⁽⁵⁵⁾ この決定に不服があるものは外国人側、行政庁側とも移民不服審査委員会に不服申立てすることができる。⁽⁵⁶⁾ 移民不服審査委員会の決定に不服があるものは裁判所に出訴することができる。⁽⁵⁷⁾

(ロ) 特別審理官によるヒアリングと外国人の手続上の権利

一 では、右のようなプロセス中の特別審理官によるヒアリング⁽⁵⁸⁾においては外国人は法律上いかなる手続的権利を保障されているのだろうか。先のゴールドバーグ判決の一〇要件に即していえば、それらのうち②、③の権利保障については大きな条件ないし制約が課せられており、また⑩につき職能分離との関係で若干問題となっている。⁽⁵⁹⁾ そこで以下では②、③、⑩についてのみ検討する。

二 不利な証人との対決に関する規定は行政機関の規則⁽⁶⁰⁾により定められている。それによれば、関係当事者の申請な

いし職権により特別審理官はある証人がヒアリングの開催地に居らずかつその証人の証言が必要不可欠であると認定した場合には、供述録取書 (deposition) を収録することを命ずることができる、とする。これは、後に述べる罰則付召喚令状の問題⁽⁶¹⁾につらなるものであるが、右の規則の存在により、不利な証人との対決には大きな制約が課せられることとなるわけである。もつとも、政府側の証人の反対尋問権が承認されていること、右供述録取書が開示され、外国人は自己のための証拠を提出しうること、などを考え合わせると、②の権利保障に対する制約が、自己に不利な証拠等を反駁する機会の保障の効果を大きく損なうものとは解せられない。⁽⁶²⁾

三 口頭弁論については、一九五六年二月に定められた規則より、処分の手方が退去強制事由該当性及びそれを基礎づける事実の存在を認めた場合には、特別審理官は退去強制事由該当性が立証されたものとする、としている。処分の手方は右を認めるか否かをヒアリングの本案にはいる前に特別審理官より問われることとなり、処分の手方が退去強制事由に該当するものであることを認めた場合には、特別審理官に残された問題は、相手方により認められた事実関係が処分を基礎づけるものといえるか否かを確定すること、及び裁量的救済の申請を許すか否かを決定することだけ、ということになり、⁽⁶⁷⁾当然、口頭弁論は開催されない。相手方の意思表示の任意性の問題が残るほかには、行政庁の処理の便宜上このような規則が設けられたことはやむを得ないところであろう。⁽⁶⁸⁾

四 職能分離をめぐる制度の変遷については便宜上後に本章のまとめの節でやや詳しく述べる。⁽⁶⁹⁾現在でもなおほとんどの特別審理官が移民帰化局で長年執務してきたものであることなどから、その裁決権者としての職務の独立性に対する疑念が提示されているもの、⁽⁷⁰⁾職能分離を含めて、公正な裁決権者という要請はわが国の場合と比較にならないほど多く充たされているものといわなくてはならない。そして、私見によれば、合衆国とわが国の退去強制手続を比較した場合、理論的には、抽象的な「公正な裁決権者」という要件に対する配慮が著しく欠如しているという意味でも、また

実務的にも、もつとも重大な欠点と思われるのである。

(2) 入国拒否処分手続の概要

(1) 入国手続の概要

一 通常、「入国手続」とは合衆国への入国許可の申請を意味し、入国査証の申請とは別個とされるものであるが、ここでは右の兩者を含めて、その一連の過程の概要を見ておく。まず、入国前の手続としては、合衆国に入国を求める外国人は原則としてすべて有効な査証を所持しなくてはならない。⁽⁷⁴⁾ 一九五二年法は領事官に査証申請の許可を決する排他的権限を与えており、この権限は國務長官の直接の統制に服するものではないが、國務長官は領事官が従わねばならない規則を發布している。⁽⁷⁵⁾ 領事官の決定はほぼ最終的な (final) ものといつてよく、その司法統制・行政統制は極めて弱い。⁽⁷⁶⁾ 右の権限行使に対する手続要件も弱いものではあるが、一九八〇年以降、規則制定を通じて、査証申請拒否処分の相手方に対して、処分の根拠法令、利用可能な行政救済の方途を知らせ、新たな証拠の提示により処分に反駁する機会を保障するなどして、処分に不服あるものに対する応答の手続を備えている。このように査証申請が拒否された場合について、合衆国法令上、非常に略式のものではあるが若干の手続的整備がなされている。

二 他方、査証が発せられ合衆国における出入国港に到着したとしても、単に査証等を所持していることからだけでは直ちに入国許可を受けられることにはならない。まず入国審査官が入国拒否事由該当性を審査し、当該審査官にとって、上陸する資格を有することが明らかかつ疑う余地がないと思料されることのなかつた外国人は身柄拘束され、その後特別審査官による入国拒否ヒアリングが開催されることとなるのである。⁽⁸³⁾

右の特別審理官によるヒアリングに不服ある者は、処分庁側も含めて、移民不服審査委員会に不服申立をなすことができる。⁽⁸⁴⁾ その決定に不服ある外国人は人身保護令状手続によつてのみ司法審査を受けることができる。⁽⁸⁵⁾

(ロ) 入国拒否ヒアリングと外国人の手続的権利

一 この点については退去強制処分の際のヒアリングとほぼ同様の権利が保障されている。⁽⁸⁶⁾ 退去強制ヒアリングと差が存するものとしては、処分事由の告知がある。これは、退去強制処分の際の理由立証命令制度が入国拒否ヒアリングにはないことに由来する差異であるが、入国拒否ヒアリングという場面でも特別審理官はそのヒアリング開始時点において、処分の相手方に対してヒアリングの性質と目的 (nature and purpose) を知らせるものとされており、⁽⁸⁷⁾ これによりある程度処分事由の告知機能は果たされていると思われる。

二 このように通常の入国拒否事件であれば行われる特別審理官によるヒアリングがなされないまま入国拒否処分が下される場合がいくつか法律上認められている。すなわち、①密航者、⁽⁸⁸⁾ ②乗務員 (crewman)⁽⁸⁹⁾ 及び③司法長官が国家安全に関する機密情報に基づき入国資格なしと認定した場合、⁽⁹⁰⁾ である。特に③については、後に検討するように、二件の連邦最高裁判決がその合憲性を肯定したが、強力な反対意見が付されるとともに、強い学説の批判を浴びることとなった。⁽⁹¹⁾

(3) 二つの手続の比較

一 以上極めて簡略にはあるが、退去強制ヒアリング、入国拒否ヒアリングそれぞれの内容を紹介した。ゴールドバーグ判決の一〇要件という手続保障のいわば中心的部分においては、現行法制度上原則的には右両手続の間にさほど

大きな差異はない、ということがわかる。現行法下では入国拒否ヒアリングも退去強制の場合と同程度に詳細な、記録に基づく準司法的な手続となつてしていると評価することが可能であらう。⁽⁹¹⁾

二 もちろん両手続の間には差異が全く設けられていないわけではない。既に述べてきたこと以外にも、告知時期につき、次のような違いがある。すなわち退去強制処分の場合にはヒアリングの少なくとも七日前に告知がなされることとされているの⁽⁹²⁾対して、入国拒否処分の場合には、入国審査官による入国拒否事由該当性認定後二四時間以内に入国資格についてのヒアリングが行なわれることがしばしばであるといわれている。この二四時間以内という期間が、事件の準備を外国人が行ううえで適切といえるか否かという問題が残る。また、純粹に手続上のものとは若干性質を異にする⁽⁹⁵⁾が、立証責任についても、退去強制処分の場合には政府が処分の相手方の退去強制事由該当性につきその責任を負うの⁽⁹⁶⁾対して、入国拒否処分の場合には外国人が自己の入国許可資格を立証しなくてはならないとされている。他方、各処分事由に該当する外国人を司法長官等の裁量により救済する方途については両者の間に大きな差がある。すなわち、退去強制処分の相手方たる外国人は、退去強制停止を求め永住許可の途が開かれてお⁽⁹⁷⁾り、また任意出国を求めることができる⁽⁹⁸⁾が、入国拒否処分の相手方はこれらを利用することができない⁽⁹⁹⁾。さらに、入国拒否処分の相手方たる外国人は国外退去先を指定できない⁽¹⁰⁰⁾が、退去強制処分の相手方はこれを指定できるとい⁽¹⁰¹⁾う差異も存在する。しかし、右のような差異はゴールドバーグ判決の一〇要件に照らした場合の二つの手続の基本的な類似性を阻害するほどのものとは思われない。

三 今や退去強制ヒアリングについては手続的デュー・プロセス上の基本的要件を充たすものと評価されるに至つて⁽¹⁰²⁾いる。このような現行合衆国法制度及びその下で展開された諸々の判決を素材として、退去強制手続と手続的デュー・プロセスとの関係を検討する際には、したがって、個々の手続要件論に焦点をしばらくという手法は必ずしも有効とはい

えない。⁽⁸⁾ なぜなら、ある要件が必要とされるか否かについての議論がなされることはないからである。したがって、現行退去強制手続をめぐる判例の分析につき、手続保障の核となるものは何かを検討することを本稿の基本的視座としたい。

他方、入国拒否処分手続については、原則として退去強制処分手続と同様の手続的保護がなされているが、先に述べたように、ヒアリングなくして入国拒否処分が課せられる事例が存在している。後に入国拒否と手続的保護をめぐる判例、学説、制度に言及する際に特に問題となるのはこの種のものである。

四 いずれの処分手続にせよ、歴史的には、主として行政機関の規則制定及びそれを補充するものとして判例により、手続的保護を充実させてきたのであり、⁽⁹⁾ 実際にはかなり初期の段階より手続保障が整備されている。そこで次に、判例史を検討するに先立ち、入国拒否及び退去強制の手続保障に関する制度史を紹介する。

第一章はじめに及び第一節 注

(1) この点については拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」、『北大法学論集』三四巻五号八三六頁以下(一九八四)参照。

(2) Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1613 (1959). なお、連邦議会が外国人を合衆国から排除する最初の立法を制定したのは一七九八年六月二五日(1 Stat. 570)であった。この法律は、大統領が合衆国の平和と安全にとって危険と判断した外国人を除去できるとするものであり、その際、告知・聴聞あるいは事実認定等は一切要求せず、大統領は右権限を行使できるものとした(Maslou, *Recasting our Deportation Law: Proposals for Reform*, 56 COLUM. L. REV. 309, 311-2 (1956))。しかし、この法律は実際には適用されることなく(田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』二二三頁注47(一九六八)「二年後に廃止された」。

(3) 18Stat. 477.

- (4) 24Stat. 1084.
- (5) 行政機関が当該外国人を退去強制することができるのは入国後一年以内とされ、退去強制の適用期限に制限が設けられていた。
- (6) 36Stat. 263.
- (7) すなわち、一九〇七年二月二〇日の法律(35Stat. 898.ここでは退去強制の適用期限が入国後三年以内と延長されている。)まで付されていた退去強制の適用期限が、売春を行ったことを理由とする退去強制事由に限ってはあつたが、削除されたのである。
- (8) 39Stat. 784.
- (9) 入国拒否事由該当者の存否を調査判断する特別な行政官が置かれておらず、関税徴収官がこれを行っている。
- (10) 32Stat. 1213.
- (11) 43Stat. 153.
- (12) VAN VLECK, ADMINISTRATIVE CONTROL OF ALIENS (1932).
- (13) 339U. S. 33 (1950).
- (14) 一九五六年の行政規則により改正された。川原謙一『米國退去強制法の研究』五二三—四頁(一九六四)。
- (15) これに関しては拙稿・前掲注(一)八三八—九頁参照。
- (16) The Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. United States), 130U. S. 581 (1889).これに関しても拙稿・前掲注(一)八三九—四〇頁を参照された。
- (17) Japanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher), 189U. S. 86 (1903).
- (18) Colyer v. Skeffington, 265Fed. 17 (D. Mass., 1920).
- (19) GOODWIN — GILL, IMMIGRATION LAW AND MOVEMENT OF PERSONS BETWEEN STATES, 255 (1972) を参考にすると、現行合衆国出入国管理籍法上の退去強制事由は、①公の負担 (public charge) となつて (8U. S. C. § 1251 (a) (3), (8))、②背徳的行為を行ったこと (8U. S. C. § 1251 (a) (4), (11), (12), (13), (14), (18))、③政治上ならし国家安全上の事項に照らして望ましくならぬ政治活動に参加する (8U. S. C. § 1251 (a) (6), (7), (17), (15), (16))、軍の規律を乱したとし

て有罪判決を受けたことを理由とする退去強制(1)、の三種に分類することができる。

(20) GOODWIN—GILL, *id.* このような印象は実はあてにならないものであり、外国人が裁量的救済を申請する場合、行政機関の権限がほとんど限定されておらず、入国拒否ないし退去強制事由該当性を無視して外国人を救済する権限を司法長官は付与されていることが指摘されている。

(21) アサイラム申請手続については、入国拒否と手続的デュー・プロセスをめぐる判例理論の動搖に関する部分で、また再入国(許可)手続については第四章で後述する。

(22) 60 Stat. 237, Ch. 324, §§ 1-12. なお、一九四六年に制定された元々の法律は一九六六年の合衆国法典第五卷の改編作業により形式的には廃止されているが、一九四六年の条文のうち第一条(「この法律は行政手続法として引用することができる」というもの)以外は、合衆国法典第五卷に組み込まれており、これらの条項を総称して行政手続法と呼ぶ慣行が定着している。宇賀克也『アメリカ行政法』一頁(一九八八)。

(23) 従来の合衆国行政手続法制制についてのわが国での文献については、序注(30)を参照。

(24) アメリカ法における licensing については園部逸夫「行政許可の法理とアメリカ法」法学論叢七八卷三〇四号一一八頁参照。

(25) 5U. S. C. §551 (12)

(26) 許認可手続に特殊なものとしては、5U. S. C. §558 (c)、『§558 (12) 参照。

(27) 序注(30)にかかげた規則制定に関する諸論文を参照されたい。

(28) 行政庁の聴聞の機会を与えた後、記録に基づく決定を行うよう個別の法律で規定している場合である。§558 (a)。

(29) 宇賀・前掲注(21)六五—六六頁。

(30) 339U. S. 33 (1950)・後に詳述する。

(31) 8U. S. C. §1252 (b)。

(32) 宇賀・前掲注(21)六六頁。DAVIS, 1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, §1:5 (1953)を引用。

(33) 正式判決は、裁判手続に類似の保障を与えられている。もっとも、連邦行政手続法は行政手続を司法手続モデルに無意識・無批判に従属させたものでもない(梅木崇訳・Verkuil「行政手続における新しい概念(The Emerging Concept of Adminis-

- trative Procedure, 78 COLUM. L. REV. 258 (1978) (一)、「駒大法学部研究紀要」四二号五二—五三頁(一九八四)のである。
- (34) See, e. g. Goodwin-Gill, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, 47 BRIT. YB. OF INT'L L. 55, 124 (1974—5), *Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1384 (1983).
- (35) See, Lopez-Lopez, *The Rights of Aliens in Deportation and Exclusion*, 20 IDAHO L. REV. 731, 750n. (134) (1984).
- (36) Parry, *Ensuring Due Process in Alien Exclusion Proceedings after Plasencia*, 34 HASTINGS L. J. 911, 913 (1983).
- (37) 序注 (33) 参照。
- (38) TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (2ND. ED.) 683—4 (1988).
- (39) 田中成明「法哲学・法律学・法実務」現代法哲学三巻25頁(一九八三)。
- (40) 次に本文で述べるコールドバーグ判決の挙げる一〇の要件に加えて、行政法審判官 (Administrative Law Judge) が決定権者であること、事実の調査と法律上の結果を示すこと、の二つをADAは課している。See, 5U. S. C. §554, 556.
- (41) 梅木崇訳・Verkuil「行政手続における新しい概念」(The Emerging Concept of Administrative Procedure, 78 COLUM. L. REV. 258 (1978)) (3)、「駒大法学部研究紀要」四三号八九頁(一九八五)参照。
- (42) *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254, 267—71 (1970). なお、ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, 2 TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW, 250 (1986) は、事実審型手続の不可欠な要素として、①処分事由ないし政府の行為の根拠の適切な告知、②中立な決定作成権者、③決定作成権者に対する口頭での陳述、④決定作成権者に証拠を提出し証人を提示する機会、⑤個人に不利に用いられる証人、証拠に対決し反対尋問する機会、⑥決定作成権者に対して個人の事件を弁護人に代理してもらう権利、⑦決定の理由の陳述を含む記録に基づく決定、を挙げている。
- (43) 多くの要件につき検討することが分析の精確さを確保しよう (Verkuil, *A Study of Immigration Procedure*, 31U. C. L. A. L. REV. 1141, 1156 n. (77) (1984)) からである。
- (44) 入国審査官はすべて、彼が外国人と信するものに対して、令状なくして、合衆国に滞在する権利についての質問、調査を行うことができる、と一九五二、法第二八七条 (a) (8U. S. C. §1357 (a)) は定めている。法の文言上は、その質問等によって、十分な理由 (probable cause) の存在等の制限は設けられつゝない (GORDON AND ROSENFELD, *1A IMMIGRATION*

- LAW AND PROCEDURE, §5. 2b, 5-17 (1984)。³⁴ 同様に Almeida—Sanchez v. INS, 413U. S. 266 (1973) により、交通機関によるルーテインの国境警備の際には「十分な理由」なくして捜索できるが、国境から離れた場所へ車を止めさせて捜索する際には「十分な理由」が必要 (at 272—4) とされた。この点多くの判例があるが、その検討については他日を期したい。
- (45) See, 8C. F. R. §242. 14 (c) (1984).
- (46) 古くから判例が積み重ねられている。例えば弁護士依頼権の保障については Low Wah Sney v. Backus, 225U. S. 460 (1911) は、その後のヒアリングにおいて弁護人を依頼したことは否定されてはならないことなどを理由として、弁護士依頼権なを行政調査を合法としている。その他この点をめぐる判例は Gordon, *Right to Counsel in Immigration Proceedings*, 45 MINN. L. REV. 875, 881n. (41) (1961) 参照。
- (47) Lopez—Lopez, *supra*, n. (35) at 755.
- (48) 移民帰化局の処理案件のうちほんの少数しかヒアリングに移行しない (See, e. g. DAVIS, DISCRETIONARY JUSTICE, 117 (1969); ベーバーバック 1979)。理由のひとつはここにあり。
- (49) 例外的に身柄拘束される場合とは、逃亡のおそれがある場合、公益の要求する場合などである。GOODWIN—GILL, *supra*, n. (34) at 124.
- (50) 一九五六年の規則により改正されたのであり、その以前は身柄拘束により手続が開始されていた。川原謙一『米国退去強制法の研究』五二—四頁(一九六四)。
- (51) GOODWIN—GILL, *supra*, n. (49).
- (52) 一九七三年以降は「移民判事 (immigration judge) と呼ばれてはいるが (GORDON AND ROSENFELD, *supra*, n. (11) at § 5. 76, 5—82)」、両者同義である。8C. F. R. §1. 1 (1) (1984).
- (53) 一九五二年法第二四二条 (b)、『8U. S. C. §1252 (b)』なお、その職能分離が現在にいたるまで除々にではあるが強化されてきたことについては次節を参照されたい。
- (54) 一九五二年法第二四二条 (e)、『8U. S. C. §1253 (e)』参照。
- (55) 一九五二年法第二四二条 (b)、『8U. S. C. §1252 (b)』。
- (56) 移民不服審査委員会の組織、権限については布井敬次郎『米国における出入国管理および国籍法(上)』五五頁以下(1985)

- 参照。なお、当該委員会は一九一七年法下における付属審査局（これについても次節を参照）と同様、行政規則により設置された司法省の内部組織である。See, 8C. F. R. § 3.1 (1984).
- (57) 巡回控訴裁判所に出訴することとされている。一九五二年法第一〇六条 (a) (2) 8U. S. C. § 1105 (a) (2).
- (58) わが国の特別審理官による口頭審理（入管法第四八条）と異なり、合衆国におけるヒアリングが当事者対立主義構造となつてゐることについては宮川成雄「退去強制手続の司法審査（一）」『同志社法学』三五巻六号七九—八〇頁（一九八四）参照。
- その他 *see, e.g.* Lopez-Lopez, *supra*, n. (35) at. 756.
- (59) *See, e.g.* Verkuil, *A Study of Immigration Procedure*, 31U. C. L. A. L. REV. 1141, 1157 (1984). 処分事由の告知については一九五二年法第二四二条 (a) (1) (8U. S. C. § 1252 (b) (3)). 自己のために証拠を提出し、政府が出頭させた証人を反対尋問し、自己に不利な証拠を検討する (examine) 合理的な機会の保障）、弁護士依頼権の保障については法第二四二条 (b) (2) (8U. S. C. § 1252 (b) (2)). ただし国選弁護については明文で否定）、ヒアリングの記録に基づく処分については法第二四二条 (c) (8U. S. C. § 1252 (b) (c)) をそれぞれ参照のこと。これらについてわが国の制度と対比したものととして宮川・前掲注(25)八一—三頁参照。なおヒアリング開始時点において特別審理官は諸々の権利を処分の相手方に告知する。GORDON AND ROSENFELD, *supra*, n. (44) at. 5, 8b, 5—92—3.
- (60) 8C. F. R. § 242, 14 (e) (1984).
- (61) その発布の要件については 8C. F. R. § 287.4 (b) (1984) を参照。かなり厳格な要件が課されている。
- (62) *See, Verkuil, supra*, n. (43) at. 1157.
- (63) *See, GORDON AND ROSENFELD, supra*, n. (44) at. § 5, 8c, 5—93.
- (64) 8C. F. R. § 242, 16 (b).
- (65) GORDON AND ROSENFELD, *supra*, n. (63) は刑事裁判における有罪の答弁に類似する、という。
- (66) *Id.* at. § 5, 7a, 5—78.
- (67) *Id.* によれば、事件全体の約八〇パーセントがこのようにして処理されているという。
- (68) *Yap v. INS*, 318F. 2d. 839, 841 (7th Cir., 1963).
- (69) 詳しくは後述するが、予め次のことについてのみ言及しておく。職能分離の形態にはいわゆる内部分離と完全分離とがあ

り、行政手続法は前者を採用している（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）等参照）。完全分離の形態を採るものとしては一九四七年のいわゆるタフト・ハートルレー法制定後の全国労働関係局（N. L. R. B.）があるが、これは失敗におわたったことが指摘されている（See, DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW, TEXT, 259 (3d ed. 1972)）。これに対して移民帰化局には内部分離以下の職能分離形態が採用されている（DAVIS, *id.* at 270）わけであるが、完全分離の方向で制度の設計をすることが直ちに制度の合理化につながるわけではないこと——全国労働関係局がその例である——を考えるならば、移民帰化局の右の如き職能分離形態のみを捉えて批判することはできまい。問題はむしろ運用の実態にあるように思われる。

(70) Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 73 (1984).

(71) 旧出入国管理令第四八条に定める口頭審理については、独立して訴追機能を果すべき者は存在せず、特別審理官の職務には裁決権者としての機能と訴追権者としての機能が混在していることが既に指摘されており（宮川・前掲注（58）80頁）、現行法第四八条の口頭審理についても事態に変化はない。

(72) 布井・前掲書注（56）二三四頁。

(73) 移民・非移民たるを問わないが、ただし西半球の特定の国の居住者については査証が要求されないからである。See, GOODWIN—GILL, INTERNATIONAL LAW AND THE MOVEMENT OF PERSONS BETWEEN STATES, 128 (1978).

(74) 有効な入国査証を所持していない場合には入国拒否事由に該当する。一九五二年法第二二二条（a）（20）（8U. S. C. §1182（a）（20）,（21））。もちろん難民は別である。

(75) 一九五二年法第二二二条（a）' 8U. S. C. §1201（2）。

(76) GOODWIN—GILL, *supra*, n. (73)。

(77) See, 22C. F. R. §42 (1983)。

(78) See, Verkuil, *supra*, n. (43) at 1160.

(79) もちろん査証申請拒否処分に対する出訴が全く不可能というわけではない。査証申請拒否処分をあらそった事例としては *Kleindienst v. Mandel*, 408 U. S. 753 (1972) をはじめとしていくつかの事例が存在する。行政統制については 22C. F. R. §42. 130 (1983) により、査証申請拒否処分に不服がある旨処分の相手方が申立てた場合には、最終的には國務省の審査

を受ける途が開かれている。

- (80) 正確な年月は不明。DAVIS, 2ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 352 (2d ed. 1979) によった。
- (81) 22C. F. R. §42. 130 (1983).
- (82) 一九五二年法第三三五条 (a), 8U. S. C. §1225 (a).
- (83) 一九五二年法第三三五条 (b), 8U. S. C. §1225 (b).
- (84) 一九五二年法第三三六条 (b), 8U. S. C. §1226 (b).
- (85) 一九五二年法第一〇六条 (b), 8U. S. C. §1105a (b).
- (86) 先のゴールドバーグ判決の10要件に従うならば、②については退去強制と同じ規定が適用されている。③については入国拒否ヒアリングとの関係では法律、行政規則のいずれにおいても規定がない。④については8C. F. R. §236. 3 (2) (1984)、⑤・⑥については8C. F. R. §236. 3(2)、⑦については一九五二年法第二九二条 (8U. S. C. §1362)、⑧については同法第三三六条 (a), 8U. S. C. §1226 (a)、⑨については8C. F. R. §236. 5 (a) (1984) をそれぞれ参照。なお⑩については退去強制ヒアリングと変わるところはない。もともと、退去強制ヒアリングが原則公開とされている (8C. F. R. §242. 16 (a)) が、入国拒否ヒアリングは原則非公開とされている (8C. F. R. §236. 2 (a)) という差異はある。
- (87) 8C. F. R. §236. 2 (a) (1984).
- (88) 一九五二年法第二七三条 (d), 8U. S. C. §1323 (d).
- (89) 8C. F. R. §252. 1 (h) (1984).
- (90) 一九五二年法第三三五条 (c), 8U. S. C. §1225 (c).
- (91) See, Legomsky, *Forum Choices For the Review of Agency Adjudication: A Study of the Immigration Process*, 71IOWA L. REV. 1297, 1345 (1986).
- (92) 8C. F. R. §242. 1 (b) (1984).
- (93) Verkuil, *supra*. n. (43) at. 1173.
- (94) 後に詳述する *Landon v. Plasencia*, 459U. S. 21, 37 (1982) では、七時間前の告知が手続的保護として十分か否かについて判断するよう求めて連邦最高裁は下級審に事件を差し戻している。

- (95) 一九五二年法第二四二条 (d) (4) (8U. S. C. §1252 (b) (4))、Woodby v. INS, 385U. S. 276, 286 (1966).
- (96) 一九五二年法第二九一条 8U. S. C. §1361.
- (97) 一九五二年法第二四四条 (a) 8U. S. C. §1254 (a) その他一九五二年法第二四三条 (d) (8U. S. C. §1253 (b)) による
退去強制留保の制度がある。
- (98) 一九五二年法第二四三条 (a) 8U. S. C. §1253 (e).
- (99) Case Comments, *Getting Back In: The Plascencia Decision and the Permanent Resident Alien's Right to Procedural Due Process*, 36U. MIAMI L. REV. 969, 978-9 (1982).
- (100) 一九五二年法第二三七条 (a) 8U. S. C. §1227 (a).
- (101) 一九五二年法第二四三条 (a) 8U. S. C. §1253 (a).
- (102) 前掲注 (34) 参照。
- (103) 退去強制手続にせよ入国拒否手続にせよ、裁判手続 (特に刑事のそれ) に準ずるものとすればするほど、処分内容の正確
さが担保されることは疑いないが、合衆国においては、現行法以上に手続を「裁判手続化」することも問題であることが指
摘されている。See, Schuck, *supra*, n. (70) at. 68.
- (104) なお裁量的救済とその手続的統制については近年おびただしい数の判例が存在し、大きな問題となっているが、この点の
分析は今後の課題とした。
- (105) この点には、Japaneese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher, 189U. S. 86 (1903)) 当時否定された手続保
護が今も有効な手続であるための前提条件とされている (Note, *Deportation and Due Process*, 52STAN. L. REV. 722,
745&n. (164) (1953)) 及び一九五二年法が一九一七年法における法制度及び判例を法典化することを目的としていた
こと (Gardner, *Due Process and Deportation*, 8HASTINGS CONST. L. Q. 397, 405 (1981)) のみを指摘してはなすべ。

One Aspect of Procedural Due Process Doctrine (1)
— Procedural Restrictions on Immigration Control Power
in the United States —

Masaru WATANABE*

Introduction

Part I. United States Immigration Procedure and Procedural Due Process
Doctrine

1. Outline of United States Immigration Law
— Including its History —

Introduction

- (1) Outline of the Adjudication Process in Immigration Law of 1952 (to be continued)
- (2) Immigration Law and Procedure prior to 1952
- (3) Summary of this Section

2. Exclusion Procedure and Judicial Review
3. Deportation Process and Procedural Due Process
4. Re-entry Doctrine and Procedural Protections

Part II. Manners for Effective Procedural Protection in the United States Immigration Law

Introduction

1. Procedural Requirements and the Manner of Judicial Review
 2. *Wong Yang Sung v. McGrath* and Developments of Procedural Protection in Cases
 3. Judicial Review of Procedural Errors and Effective Procedural Protection
- Summary of this Article

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