



Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（４）－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, 42(1), 175-228
Issue Date	1991-11-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16815">https://hdl.handle.net/2115/16815</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(1)_p175-228.pdf



# 手続的デュー・プロセス理論の一断面(四)

——合衆国移民法制を素材として——

渡  
辺  
賢

## 目次

- 序
- 第一部 合衆国移民法手続と手続的デュー・プロセス
- 第一章 合衆国移民法制度の概略——現行法制度制定史を含めて——  
はじめに
- 第一節 一九五二年移民法(出入国管理国籍法)の処分手続の概要(以上四〇卷三号)
- 第二節 現行出入国管理国籍法制定にいたる過程
- 第三節 本章のまとめ

## 第二章 入国拒否制度に対する判例の評価

第一節 一九五〇年以前における入国拒否処分をめぐる判例の動向（以上四〇巻四号）

## 第二節 判例理論の確立

第三節 判例理論に対する学説の批判（以上四一巻二号）

## 第四節 最近の下級審の動向

第五節 本章のまとめ（以上本号）

## 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

## 第二章 入国拒否制度に対する判例の評価

### 第四節 最近の下級審の動向

一 入国拒否制度を手続的デュー・プロセスとの関係でどのように位置づけるかについては、一九五〇年代に判例理論が確立した後しばらくの間、下級審判決を含めた判例上、大きな動きは見られない。これは、そもそも入国拒否処分が裁判で争われることが決して多くないこと<sup>①</sup>、および、特に一九五四年に身柄拘束施設を司法省が閉鎖して以降、入国拒否処分の対象とされた外国人の圧倒的多数が仮釈放の対象とされたこと<sup>②</sup>、にその原因があると推測される。このような状況を一変させたのが難民問題<sup>③</sup>の発生であった。

二 最近約二〇年余りの間、合衆国もまた難民問題への対処に苦慮しており、後に述べるように一九八〇年に入国管理国籍法を修正（以下これを難民法<sup>④</sup>という）し難民問題を処理するための制度をかなり整備した<sup>⑤</sup>。そして、この制度の整備ないし修正によって、従来の入国拒否理論の一部が、主として難民との関係では、見直しを迫られることになった。これに対応する形で、一九八〇年前後から難民に関する極めて多くの判例が出現しているのである。そこで、本節では、難民をめぐる現行法制度の概略を紹介した後、入国拒否と手続的デュー・プロセスに関する従来の判例法理に関連する限りで、下級審判例の動向を分析することとする。

三 ここで難民問題に関する下級審判例の動向を分析する意義は次の二点に見いだすことができる。第一に、下級審判例の中には古典的な出入国管理理論からかなり大きくはなれるものがいくつかみられ、そこでは、利益衡量により

説  
デュー・プロセスの内容を確定していく手続的デュー・プロセス理論（いわゆる弾力的デュー・プロセス (Flexible due process) 理論<sup>7)</sup>）が入国拒否ヒアリングとの関係でも適用されている<sup>8)</sup>。古典的入国拒否理論に対するこれら下級審判決によるチャレンジはある程度成功したとの評価も下されているが、このような評価の是非はともかく、近年この種の下級審判決が出現していること自体、従来の入国拒否理論の根拠と限界を注意深く検討する必要があることを示唆するもの<sup>9)</sup>として重要といえよう。第二に、連邦最高裁判例（の理解）の混乱が下級審判決に現れており、連邦最高裁の各判決が

いかなる射程を持つものと考えることができかねるかを考察する上でも下級審判決を分析することに意義があると思われるのである。

以下では、合衆国における難民救済制度の概要を示した後、古典的入国拒否理論の射程が問題となったポイントに関する下級審判決を紹介し、その意義について分析する。

### （1）難民救済制度の概要<sup>1)</sup>

一 一九八〇年難民法<sup>12)</sup>は難民に対して三つの救済方法を規定している<sup>13)</sup>。第一は出入国管理国籍法二〇七条<sup>14)</sup>に規定されている方法であり、合衆国外で審査・選抜された個人が利用できる「難民」たる地位である。他方、既に合衆国の国境に到達しているかあるいは国内に入った者が利用できる救済制度に二つのものがある。一つは出入国管理国籍法二〇八条<sup>15)</sup>が規定する亡命的庇護であり、もう一つは二四三条<sup>16)</sup>に規定する退去強制留保制度である。これら三つの制度を区別して理解しないと合衆国難民法制に関する理解が混乱するため、それぞれにつき簡単に述べておく。

二 まず、二〇七条の規定する海外からの難民救済プログラムは、難民の定義に該当する外国人でかつ合衆国に居住

地をもっていない外国での居住・滞在者(たとえば外国の難民キャンプにいる者)が対象となっている。これらの者は合衆国外で移民局を通じて入国許可を受けることができ、この場合には二一二条(c)<sup>18</sup>に規定する入国拒否事由の多くはその適用が禁止されているかあるいは司法長官の裁量による適用免除が可能とされている。二〇七条により難民として入国を許可された者は入国から一年経過した後には合法的な永住外国人たる地位に在留資格を変更することができる。二〇七条による救済は難民に対するものであるから、その救済を求める者は自己が難民であること、すなわち人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受ける恐れがあるという十分に理由のある恐怖が存在することを立証しなくてはならない<sup>19</sup>。しかし、この海外からの難民プログラム申請者に対しては移民帰化局は比較的寛大であり、故国へ送還された場合に当該外国人が迫害に直面する蓋然性の立証もさして厳格なことを要求していないといわれている<sup>20</sup>。

三 これに対して二〇八条の救済は、既に合衆国内にいるかあるいは合衆国国境に到着している外国人が司法長官に対して亡命的庇護(asylum)を申請し、司法長官が当該外国人を難民と認定して右の申請を認めた場合に、司法長官の裁量的判断により、付与されるものである<sup>21</sup>。この救済もまた難民を対象とするものであるから、形式的には、二〇八条の救済を受ける資格の有無は二〇七条と同じ基準により判定されることになる<sup>22</sup>。この救済はいまだに合衆国内に入国していない者にも適用があるわけであるから、入国拒否ヒアリングでもこの救済を申請することができる<sup>23</sup>。

二〇八条の救済で特徴的なのは、外国人が亡命的庇護の申請を提出した場合、移民帰化局地方局の地方官や移民判事は当該申請を国務省に送付して、迫害の有無が問題となる外国の状況に関する国務省の判断を仰ぎ、その勧告的意見を求めることが規則上要求されていることである<sup>24</sup>。一方では、移民局の地方官や移民判事は当該外国人の故国の政治状況に関する主張を評価する情報も、またそれを判断する経験も訓練も受けていないことが大半であり、他方では、国務省

が外国の事情については最良の情報源であることから、この制度はそれなりに合理性を有している。ところが、この国務省の勧告的意見制度に対しては二つの側面から強い批判が投げかけられている。一つは、この制度の存在によつて国務省の政治的判断が庇護申請の裁決に混入することである。もう一つは、国務省の見解が「勧告」とされながらも実際にはこれがかかなり強く移民判事等の見解を拘束するように機能しているようであるが、そうすると、処分の相手方たる外国人は自己の主張を国務省で説明する手続的保障がなく、国務省の情報源について問い質すことはできないわけであるから、實際上亡命的庇護手続における判断の主要事項は完全にヒアリングの外で決定されてしまうことになる。これは手続保障との関係で問題が生じる。

なお、亡命的庇護の救済が認められると、一年後に永住者に地位を変更する道が開かれている。ただし、この点では、二〇七条による救済と二〇八条による救済とはかなり異なる。第一に、二〇八条による救済の対象となつた者は、地位変更の時点でも難民としての要件を満たしていることの立証が必要とされているが、二〇七条による救済対象者の場合にはこのような立証は必要とされていない。第二に、二〇七条による救済の対象者が永住者となるについての人数制限は設けられていないが、二〇八条による救済対象者の場合には毎年五〇〇〇人に永住者への地位変更ができる人数を限定しており、しかも司法長官の裁量によりこの数字を引き下げることができるとされている。

四 第三の救済方法として、二四三条(h)により退去強制留保(withholding of deportation)といわれる制度がある。これは難民条約三三条を受けていわゆるノン・フルマンの原則を実定法化したものである。この規定による救済は一九八〇年難民法が制定される以前においては退去強制処分の相手方に対してのみ適用があるとされていたのであるが、一九八〇年難民法の制定によつて入国拒否処分の相手方にも拡張されたのである。さらに一九八〇年難民法は、かつてこの救済が司法長官の裁量により付与されるものと規定されていたのを修正し、羈束的なものとした。す

なわち、救済を申請した外国人の生命・自由がその国において人種・宗教・国籍・特定の社会集団への加入・政治的見解を理由として脅かされるであろう (would be persecuted) と認定された場合には必ず救済が認められなくてはならないとされたのである。ただし、迫害の脅威がない第三国への送還が禁止されるものではないことはいうまでもない。

救済手続については二〇八条による救済とほぼ同じである。ただし、二〇八条で規定されている国務省の勧告的意見は二四三条 (h) には適用がないとされているのであるが、移民判事の面前で進行する入国拒否・退去強制ヒアリング<sup>47)</sup>で二〇八条ないし二四三条 (h) のいずれかの救済申請がなされた場合には他方の救済もまた申請されたとみなされるため、実際上は二四三条 (h) の救済の際にも大きな影響を及ぼしているものと推測される。なお、難民の定義——したがって二〇八条の救済の対象に関する定義——は「迫害を受ける恐れがあるという十分に理由のある恐怖」(well founded fear of persecution) という主観的な要素から構成されており、この点で退去強制留保の救済対象者に関する定義と異なる。このことが、二〇八条と二四三条 (h) とで救済を得るうえで申請者が充足すべき証明の基準が異なるか否か、という問題を惹起させることになるのである。<sup>48)</sup>

五 以上が救済制度の概要であるが、これとは別に、難民問題の発生に伴い、本稿と関連のある問題が発生した。それは入国拒否処分の方に対する身柄拘留留問題である。すなわち、合衆国司法省は一九五四年にエリス島その他の身柄拘留施設を閉鎖したのであるが、難民流入の増加に伴い身柄拘留を再度行う必要性に迫られてこれを再開したのである。しかも、後に判例を具体的に紹介する際により明らかになると思われるが、この身柄拘留が相手方の手続上の権利を剝奪することを目的としてかなり恣意的に行われたようである。そのためにいくつかの訴訟が提起され、重要な判断が下されている。そこで本稿ではこの点も検討の対象に含めることとする。

六 以下では、上述した難民政策の中で登場した手続に関する個別的な論点をめぐる判例を紹介・検討する。ここで

は入国拒否手続と手続的デュー・プロセスに関する問題の一環として検討するわけであるから、①入国拒否処分の相手方に対する亡命的庇護、ノン・ルフールマンの適用と手続的デュー・プロセスの保護法益の存否、及び②入国拒否処分の相手方に対する身柄拘束の問題を検討する必要がある。ただし、亡命的庇護及びノン・ルフールマンの原則のいずれも一九八〇年難民法下では退去強制・入国拒否処分の相手方のいずれに対しても適用されるため、資料的意味も考えあえて、入国拒否処分に限定されないが従来提起されてきた問題、すなわち、③庇護申請権の告知、④弁護人依頼権の保障、及び⑤国務省の勧告的意見に関する問題も含めてここで検討することとする。

(2) 個別的論点に関する判例の動向

①二〇八条、二四三条(h)の存在と手続的デュー・プロセスの保護法益

一 難民・亡命的庇護の申請に関する裁決手続は当然のことながら移民手続の一種であり、したがって、他の移民法上の法律関係に適用されると同じデュー・プロセス上のルールに服することになる。<sup>1)</sup>そして、本章第二節で紹介したクナウフ<sup>2)</sup>メツアイ理論によれば、入国拒否処分の相手方たる外国人はデュー・プロセス上の権利をまったく主張できないということになる。すなわち、入国拒否処分は無制限な主権の行使であり、その行使に対してはデュー・プロセスによる制限はかからない、というのが従来<sup>3)</sup>の判例法理の一つの内容であった。ところが、連邦議会は、一九八〇年難民法二四三条(h)の義務的ノン・ルフールマンをはじめとする一連の難民救済規定を設けて、国際法上の義務に対応するために、いわば主権の行使を自己規制したのである。この点が、従来<sup>4)</sup>の判例法理の前提となっていた問題状況と難民・

亡命的庇護申請裁決をめぐる問題状況とで大きく異なっている。

ところで、第五修正の「生命、自由もしくは財産」という、デュー・プロセス上の保護法益には憲法のみならず法律や場合によっては行政機関の定める規則によって保護されている利益も該当し得る。そこで、難民法に難民救済規定が設けられたことによつて、デュー・プロセス上の保護法益が発生したといえるか否かが問題となる。従来特に下級審で争われてきたのは二〇八条及び二四三条(h)に基づき救済である。もしこれら法律上の救済規定の存在によつてデュー・プロセス上の保護法益が設定されたといえるとする、クナウフ<sup>43</sup>メツアイ理論の射程はもはや亡命的庇護申請裁決には及ばないことになる。もしそうといえるとする、その影響はきわめて大きい。なぜなら、これら救済規定は、確かに法律上のものではあるが、国際法上の義務に対応しようとするものであることを考えるならば、容易には削除することはできないであろうからである。さらに、ここで検討する問題は、単に難民に関するものというよりも、むしろいかなる法律上の規定が存在する場合にデュー・プロセス上の保護法益が承認されることになるのか、というデュー・プロセス一般論に関するものであり、これを考察する意義は大きいといえよう。

二 まず判例の動向を紹介する。一九八〇年難民法が制定されて以降、入国拒否処分手続での庇護申請と手続的適正の問題に関していくつかの下級審判例が出され、はつきりとした考え方の対立が現れている。既に述べたように、庇護に関しては二つの救済の道、つまり裁量的救済である二〇八条と義務的救済である二四三条(h)がある。これらのうちまず二〇八条の規定の存在によりデュー・プロセスの保護法益が創設されたものといえるか、という問題について、これを積極に解する判例として、ヌネツツ判決<sup>44</sup>がある。事件は、庇護申請の権利告知などがデュー・プロセスにより必要とされるか否かが争われたものである。この判決は、「迫害の故に故国への送還を恐れる政治的庇護申請者は生命、自由及び財産のまさに厳しい剝奪の恐怖を訴えてきたのである。(しかも)その結果発生するのは、困惑、投獄、鞭打ち、

拷問そして死である」ことを指摘し、このような判断を前提として、二〇八条は確かに庇護を承認するか拒否するかが司法長官の裁量に委ねてはいるとはいっても、庇護申請の提出権は法律によつて付与されていると法律を解釈したうえで、この法律により規定されている便益が手続的デュー・プロセスの保護法益となると判断している。このように、又 NETTS 判決は、難民の性格論から出発しているのであり、もしこのような理論を採用することが可能であるとすれば、その射程は相当に広いものとなるであろう。又 NETTS 判決とは逆に、保護法益が創設されたものとはいえないとするのが ジーン判決である。この事件は庇護申請の処理に差別があり違憲であるといえるか否かが主要な争点となつたものであるが、それと共に、やはり庇護申請の機会告知が必要といえるか否かも問題とされている。この判決は、要するに、「法律上の便益の提供が明らかに行政機関の裁量による場合、あるいは法律が単にある種の手続的指針がある判断に至るうえで守られなくてはならないと規定しているに過ぎない場合、憲法により保護される実体的利益が創設されているとはいえず」、「したがつて庇護の付与はデュー・プロセス条項により保護されている利益を創設していない」としている。又 NETTS 判決と比較すると、ジーン判決の方が、おそらくは、従来の判例理論（入国拒否理論及び手続的デュー・プロセスの保護法益に関する理論）に忠実なものといえるであろう。

他方、二四三条（h）による義務的救済に関しては、いくつかの判例は、留保規定の存在により入国拒否処分の手方たる外国人がロス判決の基準を充足するものであると、ディクタの中で示唆している。特にオーグステイン事件判決はこの点を詳細に論じている。つまり、「移民法二四三条（h）が外国人の生命あるいは自由が危険に晒される国へ外国人を送還することを司法長官に対して禁止することにより、「そのような国への退去強制あるいは送還からの救済を受ける実体的権原は創設されて」おり、したがつて、「特定の国への送還が自己の生命あるいは自由を危険を及ぼしたがつてその国への送還に対する命令的禁止を援用することができることを十分に外国人が立証したか否かの決定に対しては

なんらかのデュー・プロセス上の保護が与えられる」と判断している。ここでは、手続的デュー・プロセスの保障は、二四三条(h)の救済を受けるに値することの立証活動を対象とするものであるとされており、そうすると、手続的デュー・プロセスの特に手続要件いかに判断するうえで、二四三条(h)の救済を受けるために必要とされる証明の基準がどのようなものとされているかが重要な問題となってくることになる。つまり、一方では、この証明基準をクリアーするための立証活動にとつて必要とされる手続保障はどのようなものが次に問題となってくるはずだからであるし、他方では、例えば送還された場合に危険な結果が発生することを単に主張しているだけで、手続的保護を受ける十分な確固たる基礎となるのか、という問題がでてくるからである。

三 以上のような判例の状況に対する学説の反応は次のようにまとめることができる。まず、ヌネッツ判決以外の判決が裁量的救済か義務的救済かに着目して、権原の有無を判断しようとしていることに対する評価は概ね三つに分けることができる。第一に、デュー・プロセスの保護法益に関する従来の最高裁判例法理にマッチしているとして好意的な評価を下す論者がいる<sup>28)</sup>。この論者の見解は次のようなものである。すなわち、一方では、法律は申請が承認されるための条件を法律上明記しており、しかも、それら条件が満たされた場合には救済を承認する義務を設定していること、及び、他方では、申請を棄却できる要件を明確化し、迫害に参加したこと、重大な犯罪行為、合衆国の安全にとつて危険な行為をしたことに限定していること、にこの論者は着目する。そして、このように法律が裁決権者の裁量を羈束しており、この救済を付与するか否かについての基準を明示していることを理由として、退去強制の留保の申請に対する正当な期待(権)を法律は創設したのだ、<sup>29)</sup>というのである。他方、実定法の構造によって憲法上の保護法益が左右されるのはおかしい、とするものもある。これは実は手続的デュー・プロセスの保護法益一般の理論的問題でもあり、このような論者の主張を評価するためには、結局は権原理論自体の果たした歴史的役割とその限界を検討しなくてはならない。

つまり、この問題はいわば手続的デュー・プロセス理論プロパーの問題であるので、ここでは難民法との関係に絞って、次のことだけを指摘しておく。それは、おそらくは立法部は退去強制留保の実体的構造（つまり、その義務的性格）を修正しようなどとはしないであろう、ということである。なぜなら、近年のある連邦最高裁判決によれば、この実体的構造は、合衆国が批准・署名した国際条約の要件の中に根拠があるとされているからである。<sup>44</sup> 第三に、そもそも手続保障の拡張が決定の遅延をもたらすだけでよろしくないとして否定的な論者も存在する。<sup>45</sup> 難民問題発生との因果関係、つまり、難民の大量流入↓手続の簡素化↓判例の批判とそれへの行政の対応↓手続の複雑化↓残務量の急激な増大↓難民を抑止しようとおおきなインセンティブの発生と正確な決定の阻害↓手続保障の意義の喪失、という因果関係が存在しかねない（現に合衆国でこのような状況が発生しているか否かは議論の対象となっている）<sup>47</sup>ことを考えると、この指摘には当たっている側面がないわけではない。しかし、他方、退去強制留保申請の裁決ではエラーが発生しやすいということから、現実到手続を保障する必要があることを指摘する論者がいることにも留意が必要である。また、手続保障拡張を否定する論理は、理論的にみてもおかしいように思われる。過度の手続要件の拡大がもたらす弊害と、保護法益の有無の問題とは別の次元だからである。

## ② 入国拒否処分の手相手方に対する身柄拘束（及び仮釈放）の問題

一 既に本章第二節（2）（ロ）で述べたように、クナウフ||メツアイ理論によって、入国拒否処分の手相手たる外国人に対しては、たとえ処分手続を実施するための一つの手段である身柄拘束の間であっても入国したことはならず、したがって手続的デュー・プロセスによる保障が及ばない、ということが判例法上確立した。ところが、その後一九五

四年に至り、主として経済的理由から、司法省はエリス島その他の身柄収容施設を閉鎖し、その後は原則として入国資格の有無の決定をペンディングにされた外国人を国内に仮釈放することとした。このような制度改革があったことが一因となり、メツアイ判決以降裁判所で入国拒否処分相手方たる外国人の身柄拘束の合憲性が争われることはなくなつたのである。また、入国拒否手続の一環である仮釈放の対象となつた外国人に手続的デュー・プロセスの保護が及ぶか、という問題についても、一九五八年の *Leng May Ma v. Barber* 判決において、このような外国人は未だ合衆国に入国したものとはみなされず、したがつてその保障は及ばない、という判断が示され、これによつて判例状況は一応の確立を見たのである。

このように身柄拘束及び仮釈放の法的性格に関する判例状況は一時安定していたのであるが、難民問題の発生とこれへの政府の対応策はこのような状態を完全に覆した。難民流入者数が増大した原因の一つが一九五四年以降採用されてきた仮釈放政策であると考えたレーガン政権——レーガン政権がこのように考えた根拠は、外国人が亡命的庇護申請を入国拒否手続中でした場合、本案の理由が明らかにない場合でさえも、申請処理まで数カ月場合によつては数年を要し、この間通常は身体的拘束から免れて労働することが許可されたため、虚偽の申請数が増大したのだ、という点にある——は、一九八一年夏以降、少なくとも入国許可文書を所持せずに到着した外国人に対しては原則として身柄を拘束することとしたのである。それと同時に、レーガン政権はまた亡命的庇護申請に関する裁決が継続中の者が労働する機会を大幅に制約し、当該申請が「虚偽のものではない」と移民帰化局地方局長によつて判断された場合にのみ合衆国内での労働が認められることとされた。さらに、後に下級審判例の紹介を通じて具体的に明らかになるが、レーガン政権は難民の権利行使を意図的に妨害するような形で身柄拘束——例えば身柄拘束の場所を都心部から離れた地点に設定し亡命的庇護申請者と弁護士とが連絡をとりにくいようにしたなど——を行つた。加えて、仮釈放手続にはほとんど手続

的保護がされておらず、仮釈放に関する決定は申請者に対する裁決権者のインタビューと当該申請者に関する移民帰化局のファイルによる審査に基づくものであり、仮釈放申請の機会についての告知もされていない。以上のような状況を背景として、その身柄拘束政策の合憲性をめぐって多数の訴訟が提起されることとなったのである。<sup>②⑥</sup>

二 なお、身柄拘束政策の合憲性に関する訴訟が多発することとなった背景には、マリエリート(Mariellos)と呼ばれるキューバ人が一九八〇年四月から九月にかけて合衆国へ大量に流入したこと、及びハイチ人の合衆国への上陸もほぼ同時期に最大数に達し上陸地であるフロリダ州内の行政機関にとつては彼らの提出する亡命的庇護申請の処理が大きな負担となつていた、という事情がある。<sup>②⑦</sup>特にキューバ人についてはさらに特殊な事情があつた。すなわち、マリエリート達のかんりの人数は犯罪歴をもつており、そのため合衆国政府はそれらの者に対して身柄を拘束すると共に入国拒否処分の対象者としてキューバに送還しようとしたのである。ところが、キューバ政府は彼らの受け入れを拒否したため、キューバと合衆国との調整がつかない限りは彼らは無期限に身柄を拘束される事態となつたのである。<sup>②⑧</sup>

三 このような事案の特殊性を反映して、下級審判決は伝統的なクナウフ・メツアイ理論に従いデュー・プロセス上の保護法益がまつたく存在しないとすもの、伝統的理論が発生した状況とは異なる利益状況にあることを認定してこれに従わないもの、及び憲法によつて保護されるデュー・プロセス上の権利がないとする点については伝統理論に従うが法律その他によつてデュー・プロセス上の保護法益が設定されているとするものに分かれている。第三の立論の判決はごく少数であり、判決の流れとして重要なのは第一及び第二のものであるため、この二つの立場に属する判例の論理をやや詳しく紹介する。第一の立場を採用するものとして代表的なジーン事件控訴審判決は、仮釈放が入国許可を与えたものではなくしたがって仮釈放が認められたからといつても合衆国に入国したことにはならないという伝統的な理論がフィクションであること及びこの理論に対して多くの批判が浴びせられておりそれには一定の説得力があることを認

めながらも、しかし伝統的な理論に従う、という。その理由は、一つは伝統的理論を維持する旨の最高裁判例が既に一九八二年に出されていること、及び仮釈放は、入国について何らの権利もない外国人に一時的に合衆国社会に入国を認めるものでありしたがって国家により付与される大きな恩恵といえることに求められている<sup>⑧</sup>。この立論によれば、仮釈放の対象とされずあるいは仮釈放を取り消された外国人は、その後の身柄拘束期間が無期限となつても、これに対して第五修正に基づく攻撃をまつたくできない、ということになる。なぜなら、彼ら外国人は、第五修正の保護法益を憲法上も法律上も設定されているとはいえないからである。

第二の類型に属する下級審判決も少なからず存在する。それらのうちでも重要なものが *Fernandez-Roque v. Smith*<sup>⑨</sup> であろう。この事件はアトランタ連邦刑務所において身柄拘束を受けている一〇〇〇人以上のキューバ人によるクラス・アクションである人身保護請求事件である。この事件で連邦地裁は、移民帰化法が司法長官に入国拒否事由該当の外国人を無期限に身柄拘束する権限を付与していることを承認しつつも、憲法がこの権限行使に対して強い制約を課している<sup>⑩</sup>と判示する。本地裁判決によると、本件では入国拒否事由該当の外国人の身柄拘束が入国拒否を実施するための単なる一手段としてはもはや正当化できなくなっており、このような場合には、さらに身柄拘束を継続することを正当化する新たな事由が立証されない限りは当該拘束は終了するであらうことについて正当な期待権が生じるとする。この期待権の根拠は、なんらかの法的に十分な理由がなければ身体的拘束からの自由を享受する権原に求められている。そして、政府は、たとえ即時的な入国拒否が実効不能な場合に入国拒否事由該当の外国人を無期限に身柄拘束する権原を付与されているとしても、第一次的かつ暫定的な期間だけしかこの権原を行使できないのであり、この期間経過後には、外国人の被拘束者のための自由利益が立ち現れ、拘束権限の継続的行使は、釈放された場合に当該被拘束者が逃亡する蓋然性があるとか、国家安全に対する危険性を有しているとか、あるいは合衆国内の個人もしくは財産に対して重

大かつ重要な危険性をもっている、といったことを手続的に適切に事実認定し、その事実認定に基づいてのみ行使することができる、という要件が発生することになる」と本地裁判決は説示する<sup>82</sup>。このように本地裁判決は自由利益と認識可能な利益が存在することを認定した上で、要求されるべき手続につき、手続的には入国拒否ヒアリングは表面的には適切であることを承認しつつも、そこでの手続的保護の大半が幻想であるとの認識の下<sup>83</sup>、付与されるべき手続的保護を詳細に命じたのである<sup>84</sup>。この地裁判決は控訴審により覆され、「入国拒否事由該当の外国人は憲法上の権利を主張することによって入国許可や仮釈放に関する決定を攻撃することはできない」と判断されたのであるが、身柄拘束が持っている行政強制手段としての性格からその権限行使に制約をはめようとする地裁判決のアプローチ方法には注目すべきものがあるように思われる。

四 これら二つのまったく異なる立論が身柄拘束の合憲性に関して下級審判決により提示されてきたが、現在のところ、下級審判決全体としてみた場合には、ジーン事件控訴審判決が採用した前者の立論、すなわち伝統的なメツァイ判決を踏襲する立場が有力といえる。しかし、ジーン事件最高裁判決は、このような下級審の分裂があったにもかかわらず、この点の憲法問題に立ち入ることなく、法律解釈のレベルで事案を処理したため<sup>85</sup>、論争に決着がつけられたとはいえない状況が続いている。

この論争状態の中で特に問題とされているのは、一つはメツァイ判決において外国人がおかれていた利益状況と難民・亡命的庇護を求める外国人の身柄拘束の場合の利益状況の違い、もう一つは、後に第四章で詳しく検討するプラゼンシア判決(Landon v. Plasencia)との関係である。まずメツァイ判決が前提としていた利益状況の違いを指摘する多くの下級審判決がある<sup>86</sup>。これらで指摘されている差異は次の二点に大別することができる。すなわち、第一はメツァイ判決は国家安全に関するものであるが、難民・亡命的庇護を求める外国人の身柄拘束の場合にはこれは問題とはなつて

いない、ということ<sup>91</sup>、第二は、メツアイ判決を含む従来の先例は入国許可を外国人が求めている事例であり、難民・亡命的庇護を求める外国人のように入国許可ではなく仮釈放だけを要求している事例に対しては有効な先例とはならない、ということである<sup>92</sup>。このような利益状況の相違が指摘されていたにもかかわらず、ジーン事件控訴審判決等はこれを無視して伝統的な判例法理の枠組みの中で判断を下したわけである<sup>93</sup>。しかし、外国人が法律上「入国」とされるものを果たす前においてもなお外国人の利益状況がまったく考慮されないわけではない。その代表的な場合が永住外国人の再入国であり、この場合に外国人の利益状況を考慮して手続的保障を及ぼしたのがプラゼンシア判決である。プラゼンシア判決が出入国管理に関する合衆国判例の中でどのような位置を占めるかは大きな問題であるので詳細は第四章で検討するが、プラゼンシア判決は「合衆国への第一次の入国を求めている外国人は特権を要求しているのであって、この点の申請に関しては憲法上の権利を有していない」こと、逆にいえば、第一次の入国の許可を求める場合でなければ別の論理が成立し得ることを前提として、永住外国人の再入国許可申請に第五修正の保障が及ぶことを認めたと解釈することができる<sup>94</sup>。もしこのような解釈が正当といえるならば、正式の入国許可を求めているわけではなく仮釈放を求めている難民・亡命的庇護申請者の場合にメツアイ判決——換言すれば伝統的な入国拒否に関する理論——を適用することは誤りであるということになる<sup>95</sup>。

### ③ 庇護申請権の告知

一 庇護を申請する権利を処分の方相手方に対して、いつ、どのような場合に告知するか、という問題は、行政当局・立法部でも厳しい議論の対立を生み出しているようである。この議論の背景には、次のような二つの状況がある。一方

では、権利告知がなされないと、本来であれば救済の対象になるはずの者が救済を受けられないことになる可能性が大きくなり、したがって、権利告知がされる要件を緩和することが、この面からは、望ましい、という政策判断がでてくることになる。しかし、庇護申請は、現実の機能としては、入国拒否・退去強制処分の実施を差し止める大きな機能を果たしており、<sup>97</sup>あまりにこの要件を緩和することは、それでなくても大きなプラスチックに見まわれている合衆国難民法制度がさらに機能不全に陥ってしまう、という恐れを行政当局・立法部は持っているようである。例えば一八二二年に上院を通過した法案では、二〇八条による庇護を申請していないものと移民官により判断された不法入国を試みた外国人に対して、ヒアリング抜きの入国拒否処分を規定すると共に、相手方が二〇八条による救済を求めてきた場合には、入国拒否ヒアリングで対象とされる争点を庇護申請に限定しようとした。その趣旨は、外国人の受け答えの中で、「その外国人が迫害を受けることにつき十分な根拠のある恐れをもっている」という証拠があると認定できる場合にのみ、移民官はさらに庇護を請求する意図の有無に関して質問を行うものとする「ことにある」とされ、「迫害に関する庇護や行政機関の主導による質問を受ける権利を告知されることを含んではならない」ことが審議過程で確認されている。この法案は、その他の点での合意ができず、成立しなかったのであるが、行政機関は、規則により権利告知がなされる場合をかなり限定している。すなわち、権利告知がされる場合とは、移民判事が留保申請を行うに適切であると判断した事案においてのみなされるとされ、<sup>98</sup>処分の相手方に対して一律に告知がされることにはなっていないのである。しかも、規則によれば、このような個別的告知の要件は、退去強制手続が既に開始されている事案にのみ適用されるものとされている。<sup>99</sup>ところが、このように限定されると、合衆国の法律制度に関する知識を持つていない多くの外国人にとってみれば、実際には、庇護救済申請制度を知らないままに、国外に追放されることになり、権利救済の実効性がなくなる危険性が高いことになる。<sup>100</sup>この点についての最近の判例で現れた見解を紹介する。

二 退去強制手続において庇護申請と送還の留保を申請する機会の自動的告知を受ける権利の有無が争われた同種の事案においては、裁判所の判断は分かれている。この点を積極的に解する判決の挙げる論拠は、帰化局が被拘留者に対して、庇護申請する権利を告知しなかったことは、条約と法律及びその背後にある意図(つまり、故国で迫害されることへの恐れを主張してわが国にやつてくる外国人の言い分をヒアリングするという意図)を、庇護を申請する資格があるかも知れない人々の大半にとつては殆どないと同じものとする、という効果をもつてくること、デュー・プロセスの基本的要件は、「有意な時期に、有意な方法で」ヒアリングを受ける機会を保障することであるが、処分相手の語学能力や手続への無知を考えると、手続的保障を実効的なものとするために、行政機関に一定の積極的な義務が課せられなくてはならないこと、庇護申請に関する争点の全体像をつまびらかにするためには、その争点の告知からはじめなくてはならないこと、一律の告知を要求することによって発生する行政にとつての負担は、判断に値する請求を行うことができる人がその主張をヒアリングで聞いてもらう必要性に勝るとはいえないこと、<sup>(10)</sup> 権利告知はその権利を放棄することが意図的・自発的かつ理解に基づいてなされることを確保するためにも必要であること、<sup>(11)</sup> 権利告知がなされなければ、庇護申請・退去強制留保申請をする権利を誤つて剝奪する蓋然性はかなり大きいこと、<sup>(12)</sup> などである。他方、消極説の根拠は、ある機会の利用可能性を連邦議会が設定することと、それを告知しなくてはならないとすることは別であり、告知の要・不要に関しては連邦議会の判断が必要であること、庇護を求める機会の一律告知が必要とすると、迫害の危険を持たない者が最後の希望として庇護によりかかろうとし、その結果、庇護申請が余りに多くなりすぎ、個々の申請に対する注意深い評価を妨げることになり、<sup>(13)</sup> 真実の発見が不可能となるであろうこと、<sup>(14)</sup> 一九八〇年難民法の文言も立法事実も告知について明示的に言及していないこと、帰化局の実務上では、一律の告知を回避しつつも、まったく権利告知をしないという扱いをしておらず、この処理が不合理であるとはいえないこと(つまり、送還により迫害の危険が発生

する外国人に対しては権利告知を実務上しているものであつてこのように迫害の危険が高い人々にのみ庇護申請権を告知することによつて、退去強制を遅らせるために庇護手続を援用する外国人の手続の濫用を行政機関側が回避することはそれとして合理性をもっている、ということ、庇護申請の権利は、十分に熟知された権利放棄が不可欠とされる権利に該当するとは即断できないこと、一律の告知をしないことにより発生するマイナス面である多くの外国人が庇護申請の権利に気が付かないであろうということよりも、これを要求した場合に生じるであろう新たな行政機関の負担と勝ち目のない外国人を見分けるために使用される手続が必要になつてくるという効果を考えると、デュー・プロセスが一律告知を要求するものとも解せられないこと、である。要するに、これら二つの説は、連邦議会の意思、熟慮に基づく権利放棄との関係、一律告知を要求した場合のコスト・ベネフィットの判断、現行の規則による規定上の告知での十分性・合理性に関する判断、といったすべての面に対立しているのである。

三 この問題は、権利保護の実効性のために行政機関はどこまで積極的に手続保障の役割を果たすべきか、また、その際、難民問題の処理をめぐるコスト・ベネフィットをどのようにカウントしていくのか、という非常に難しい問題と直結している。著者の考え（本稿の結論部分で述べるべきこともいくぶん含めていえば）では、権利告知は手続的権利保障にとつて非常に重要なものであり、このように、手続保障のいわば「核」となるものに対しては、行政機関は原則としてこれを保護する必要があるといえる。そして、手続保障が「機会の保障」であり、その機会を利用するか否かは相手方の判断に委ねられている以上、そのような機会の保障が存在することについては行政機関は常に告知を行うことが原則として必要である。そのことによつてもたらされるコストが大きな場合には、この原則は適用されないことになる。そして、ここで問題となつている権利告知もまた、このような例外に該当するといふことがもしてできるとしても（＝つまり、現行の規則上の処理が合理的であるとしても）、相手方が庇護申請資格を有しているか否かは相手方の主

張ではなく、行政機関がある程度自主的に判断することになるわけであるから、相手方の主張を十分に引き出せるようにするという配慮義務が行政機関には発生するものといえる。というのは、元来、手続保障の一つの重要な機能は争点形成機能であり、これを当事者の主張に委ねないとする判断を行政機関はした以上、行政機関自らが争点形成に付きかなり積極的な役割を果たすべきであると考えられるからである。

このような点から考えると、現在の行政側の対応にはかなりの問題があるように思われる。第一に、自ら制定した規則を遵守していない場合があることである。第二に、さきに述べたように考えると、入国拒否手続・退去強制手続及び庇護申請手続では、翻訳者の適切な翻訳を受けることが重要な意義を持つてくるものと思うが(そして、このような翻訳を受ける権利は規則上明記されている)、これを行っていないで事件となつて例がみられる。加えて、先の身柄拘束に関する制度や次の弁護人依頼権に関する判例の紹介で述べるように、行政機関は亡命的庇護申請を外国人が提出しないような様々な措置を講じてきている。このような点を配慮すると、行政機関が適切な争点形成の役割を果たしているといえるか、かなり疑わしいのである。

#### ④ 弁護人依頼権の保障

一 現行法の下では、入国拒否・退去強制手続の対象とされている者に対して、弁護人依頼権が保障されていることを告知することが必要とされており、これは憲法上のデュー・プロセスの要求するところであると解されている<sup>11)</sup>。もっとも、行政手続での手続保障が機会の保障であることが原則であることから、退去強制手続の場合にも、弁護人依頼権を実際に行役することを保障すること、すなわち、国選弁護の保障までは必要ではないとするのが判例である。これに

説 対して学説では、特に貧困者の場合には、国選弁護が必要であると主張するものもある。<sup>115)</sup> もつとも、現在の行政規則は、移民帰化局に対して、入国拒否手続の対象者に対して無料の法律サービスを行う事務所のリストを提供するよう要求しており、<sup>116)</sup> その限りでは、国選弁護権の保障の代替的手段を提供しているといえることができる。

二 問題は、行政実務が、このような規則上の取扱に反することを実際にやっていることである。従来問題となつたのは主として三点である。第一に、難民の大量流入に対処する難民抑止政策の一環として、難民の身柄拘束地をへき地に設置して、実際には、弁護人依頼権を行使することができなくする、ということが行われている。<sup>117)</sup> 第二に、法律サービスのリストを意図的に不完全なものとして、實際上弁護人依頼権を行使させないようにする例がある。<sup>118)</sup> 第三に翻訳が不適切なものであるために、弁護人依頼権を行使できないことになるという事例がいくつか存在する。<sup>119)</sup> これらのいずれの事例においても、判例は法律・規則違反の行為であつて、違法であると判断している。

三 法律論としては、この結論は当然のところであり、理論的に面白い点はない。しかし、弁護人依頼権という手続保障の中心的な部分で、このように行政による意図的な形骸化が行われていることは、庇護申請手続の保障に対して行政当局がかなり悪意を持っていることの現れといえることができるように思われる。

#### ⑤ 国務省の勧告的意見

一 庇護請求を文書により基礎づけるための証拠は入手することが困難なことが有り得る。<sup>120)</sup> ある場合には、難民はバックの中に衣服を入れる以上の持ち物は何もない状態で故国を逃亡してくる。国連難民高等弁務官 (United Nations High Commissioner for Refugees) はこのような問題に対処するために、難民の地位に関する議定書を実施するため

一九七九年に「難民の地位を判定するための手続と基準に関するハンドブック」を公刊した。このハンドブックは合衆国判例によってもきわめて重視されているものである。このハンドブックは、証拠が欠落している場合には疑わしきは外国人の利益になるよう取り扱う必要がしばしば存在するのに対して、外国人の陳述が公知の事実と反している場合には、そのような取扱はなされない旨を述べている。<sup>(12)</sup>

ところで、合衆国の場合、特定の国についての「公知の事実」については、合衆国國務省がもつとも情報を持っていることは疑いない。<sup>(13)</sup> 他方、移民判事も移民帰化局地方長官その他実際に庇護事件を裁決しているその権限の委譲を受けた機関は、外国の状況に関して特別な専門性を持っていない。そのため、難民法二〇八条に関する規則——他方、二四三条 (h) では勧告的意見が証拠の一部とされるべきことを要求する規則はない——は移民帰化局地方長官 (district director) が各個別の庇護申請者に関して國務省人権人道主義問題局から勧告的意見を要請すべきことを要求している。<sup>(14)</sup> この局は、実状が問題となつている国に関して責任を持つているデスク・オフィサーを含む、國務省内の他の課の承認を得たうえで、勧告的意見の文書を地方長官や移民判事に送達する。したがって、その勧告的意見は移民帰化局への庇護請求の手助けとなる重要な情報を提供することができる。<sup>(15)</sup> つまり、ある特定の国についての政治的状況についての詳細な事実を提供することにより、國務省は移民帰化局が庇護申請者の主張の信頼性を判断する手助けとなり得るわけである。

この國務省の勧告的意見は、理論的には、移民帰化局を拘束するものではなく、移民帰化局の事務の実施を補助することを目的とする「単なる勧告である」とされている。<sup>(16)</sup> したがって、理論的には勧告的意見を移民判事は無視することができるのであるが、ところが、実際には、このような理論的合理的根拠をはるかに越える機能を國務省の勧告的意見制度は果たしているといわれており、通常の場合、移民帰化局は國務省の勧告的意見を単なる勧告とは見なさず、問題

となる事案の解決の方向を決定するものと考えていることが指摘されている。<sup>(12)</sup>

このような勧告的意見制度の実際的な機能がもたらしているものと指摘されている問題点は次の二つに集約できる。

第一に、外国人は自己の申請内容を国務省で説明する手続が保障されておらず、国務省の情報源について問い質すことのできないのである。そのため、国務省の勧告的意見制度が過度に重要視されることになること、實際上、庇護手続における主要な事柄は完全にヒアリング以外の場で決められてしまうことになる。第二に、国務省の内部的手続の問題がある。つまり、国務省の勧告的意見が下される仕組みは、まず国務省内の人権・人道主義問題局の庇護問題課で個別的に審査され、その後国務省内の関係国デスク官に送付されるというのが基本になっている（その後の手続の流れの詳細は略）。ところが、このように庇護申請に関係国デスクを関与させるために、庇護の承認・不承認がきわめて政治的な判断によつて左右されているといわれている。つまり、国務省の関係国デスク官は、庇護申請を承認（あるいは不承認）した場合にそのことが合衆国の外交政策上の目的の達成にどのような影響を与えるか、ということに強い関心を抱いているといわれているのである。その結果、政治的バイアスに基づく判断が下されることになる、というわけである。<sup>(13)</sup> デュー・プロセスとの関係でこの問題を一般的な形で換言するとすれば、外国と合衆国との間の現在の関係によるバイアスのかかつていない国務省の勧告的意見がデュー・プロセスにより要求されることになるのか、<sup>(14)</sup> また、この勧告的意見に反駁する機会（特に勧告的意見の具体的根拠に反駁する機会）の保障はデュー・プロセスにより要求されることになるのか、<sup>(15)</sup> ということになる。この点をめぐりいくつかの判例が出されているので、これを紹介する。

二 この問題に関するもつとも重要な判決は一九七六年のツァモラ判決<sup>(16)</sup>であり、ここではフレンドリー判事が裁判所の見解を述べている。本判決でフレンドリー判事は、立法事実と裁決事実の区分論を前提として判断している。庇護申請との関係では、立法事実に当たるのは、外国人に対して退去強制がなされた場合にその国がどのような態度を当該外

國人に対してとるか、ということであり、このような事実に関しては、証人との対面や反対尋問などは必要とはされず、移民判事は、自らの手元にある必要な情報をすべて利用できるとする。このような判断の実質的根拠としてフレンドリーが挙げていることは、国情が悪化すればするほど(=救済の必要性が高くなればなるほど)、申請者個人やその親族・友人からの情報は得られなくなるのであり、このような場合には、国務省が外国の事情に通じているのだから、そこからの情報に依拠することが合理的である、ということである。<sup>15</sup>しかし、この勧告的意見が二四三条(h)の申請に関する審理に持ち込まれる場合、これら勧告的意見は裁決事実に関する国務省の結論も含んでいることになるが、裁決事実に関する認定は移民判事や不服審査委員会の専権である、とする。したがって、裁決事実については、反対尋問等の権利が保障されることになる、というのがフレンドリーの見解であった。

ところが、ツアモラ判決が設定した指針には移民帰化局も国務省もしばらくの間——ツアモラ判決の趣旨にしたがった形で、立法事実についてのみ勧告を行うものとされたのは一九八八年のようである——<sup>16</sup>したがっていないといわれている。相変わらず、国務省の勧告的意見はなお審査対象となつている個々の申請の判断を決定的に左右しており、しかも、それら文書は、国務省がその結論に到達した理由を説明する詳細な情報を提供しない形式的文書であることがしばしばであることが指摘されている。<sup>17</sup>そのため、この種の問題がいくつかの判例で取り扱われている。例えば *Carvajal-Munoz v. INS*<sup>18</sup> は、二四三条(h)の救済の中で国務省の勧告的意見が用いられることの可否が争われたのであるが、この判決では、ツアモラ判決を引用しつつ、「国務省の勧告的意見は裁決の内容と関連するものであり、したがってこれを考慮することは許されるが、その考慮の程度は、退去強制先の国が迫害を行っている程度を明らかにすることに限定されるべきであり、そこで示された知見を個別の事案(の裁決事実)に適用してはならない」という判断を示し、勧告的意見が機能し過ぎていた点に瑕疵の存在を認めている。<sup>19</sup> また、*Saballo-Cortes v. INS*でも、当事者に反駁の機

説  
会を与えられていないニカラグア大使館からの文書のコピーを証拠として採用することに瑕疵があるとされている。<sup>10)</sup>

三 難民・亡命的庇護申請を判断する際に国務省がその果たすべき適切な役割を越え、国務省の勧告的意見制度の存在により、庇護決定が過度に政治的判断によって左右されているとするならば、その政治的バイアスの存在により国務省の勧告的意見が違法と判定されることは当然である。むしろここで興味深いのは、勧告的意見をめぐる先に挙げた判例が、手続の瑕疵を認定しながらも、結論としては、移民判事が独自の認定・判断を行っているという理由で、その瑕疵の存在を理由として処分を取り消すということをしていないということである。<sup>11)</sup>つまり、一連の手続過程全体としてみた場合には手続保障が十分になされていることから、国務省の勧告的意見は決定を取り消すに値する瑕疵(reversible error)としていないのである。このように手続全体との関係で一定の個別の手続的瑕疵が取り消しうべき瑕疵といえるか否かを判断するという手法は後に詳細に検討するように移民法全体を通じて採用されているものである。そこでの基本的な発想は、ある手続要件に瑕疵が認められたとしても、他の点での手続保障がその瑕疵を補っている場合には決定を取り消さない、というものであると思われる。このように、手続的瑕疵が取り消しうべき瑕疵とならないためには、他の手続保障による補完的機能が認められる場合でなくてはならないはずであるが、<sup>12)</sup>国務省の勧告的意見の場合他の手続にこのような補完的機能が存在するかといえるかにはやや疑問の点がある。もしさきに合衆国における勧告的意見への批判として紹介したところが正鵠を射ており、勧告的意見が決定過程全体を左右するほどの機能を果たしているとするれば、手続全体がいわばそれによって「汚された」状態となつていられるかと思われるからである。にもかかわらず先の各下級審判決が勧告的意見の存在をもつて取り消しうべき瑕疵としていないのは、実質的には勧告的意見制度の存在の必要性をある程度認めざるを得ないと考えているのではないかと推測される。

（3）小括

一 以上、難民救済制度と手続的デュー・プロセスをめぐるいくつかの論点に関する諸判決を紹介してきた。しかし、本章のテーマに直接関係するものは（2）①及び②である。そこで、ここでは、右の二点を通じて見た場合に、下級審判決の動向が、伝統的な入国拒否理論に対して示唆するところが何かを筆者なりに要約しておく。

二 入国拒否・退去強制制度との関係では、難民は、自国に送還された場合に思想等を理由に自らの生命が危うくされる点で、他の外国人への対処と異なる特殊性を有している。このような難民の地位の特殊性を考慮して条約が締結され、合衆国においてもまた難民法が制定されたわけである。手続的デュー・プロセス理論との関係でこの特殊性が特に顕著に現れるのが二四三条（h）による救済であり、ここでは司法長官による救済権限行使が法律上羈束行為とされたことから、法律によりデュー・プロセス上の保護法益が設定されたと多くの判決が考えているのである<sup>15</sup>。この点に関する諸判決の態度はクナウフ<sup>16</sup>メツァイ理論の修正を迫るものではない。なぜなら、法律により保護法益が設定されたものと解することができる以上、クナウフ<sup>17</sup>メツァイ理論の射程はもはやここには及ばないことになるからである。逆にいえば、法律上保護法益が設定されたとみることができなければ、クナウフ<sup>18</sup>メツァイ理論が適用され、手続的デュー・プロセスの保護は及ばないことになる。すなわち、クナウフ<sup>19</sup>メツァイ理論を前提として考えれば、重要なのは、難民の地位の特殊性を実定法がどのように取り込んでいるかであり、難民の特殊性一般ではないということになる。

三 しかし、下級審の動向をみると、実定法の構造よりもむしろそれを規定するものとしての難民の地位の特殊性そのものを重視し、そこからアプローチしようとする傾向もまた根強く存在している。例えば、裁量的救済規定である二

○八条について、救済申請権が認められているとの解釈を根拠に保護法益の創設を認めようとするヌネツツ判決<sup>④</sup>や、入国拒否処分相手方に対する身柄拘束にも手続的保護を及ぼそうとする一連の判決<sup>⑤</sup>がこれに当たる。伝統的なクナウフⅡメツアイ理論によれば、憲法上入国拒否処分の相手方にはデュー・プロセスの保護が及ばないのであるから、法律により保護法益が設定されているとみることができない以上、外国人の地位や性格はデュー・プロセスの保護が及ぶか否かとは無関係のほずである。したがって、連邦最高裁判例によれば当然このような下級審判決の中にある傾向は否定されるべきものであるはずだが、連邦最高裁は、このような傾向を否定する機会があつたにもかかわらず、これを明示的に否定することはしていない(ジーン事件最高裁判決<sup>⑥</sup>)。むしろ、第一次的入国を求めているわけではない外国人にはクナウフⅡメツアイ理論の適用がないとする連邦最高裁判例(ブラゼンシア判決<sup>⑦</sup>)との関係では、を前提として考えれば、伝統的理論を採用しない下級審判決の方がより適合的——特に身柄拘束については——ともいうことができるのである<sup>⑧</sup>。

四 このようにみてくると、下級審判決の中にみられる二つのアプローチ方法の対立・混乱状況は深刻なものであることがわかる。なぜなら、このアプローチの混乱の源は、クナウフⅡメツアイ理論とブラゼンシア判決という二つの連邦最高裁理論に現れている考え方の筋道に対する理解の混乱にあるということができるからである。そして、ジーン判決がこの混乱に決着をつけなかつた以上、下級審の混迷は今後もなお続くことが推測される。

しかし、翻ってみると、難民の地位の特殊性が判決にも反映しているものとして、この混乱状況自体が重要ともいえない。すなわち、難民は通常の外国人と異なるからこそ、いかなる理論的筋道で考えてよいか判然としないわけであり、したがって通常の例えば新規入国者とは異なる理論的・制度的対処<sup>⑨</sup>が必要となつていることを、これら合衆国下級審判決の動向は示しているとみることができるのである<sup>⑩</sup>。

第二章 第四節 注

- (1) See Legomsky, *Forum Choices for the Review of Agency Adjudication: A Study of Immigration Process*, 71 *Iowa L. Rev.* 1297, 1345(1986). 難民問題が発生しない限り、外国人が入国拒否処分の司法審査を求める事件数は少ないこと及びその理由を指摘している。
- (2) 仮釈放の対象から除外される場合とは、相手方たる外国人が危険であると判断されるか、あるいはヒアリングを前に逃亡する恐れがあると考えられるなららかな重大な理由がある場合のみであつたとされる。See ALENIKOFF || MARTIN, *IMMIGRATION PROCESS AND POLICY*, 293-94(1985).
- (3) ここで「難民」とは、一九五一年七月二八日に採択され一九五四年四月二二日に効力発生した難民の地位に関する条約第一条で定義(一九六七年一〇月四日に効力発生した難民の地位に関する議定書第一条で修正)されたもの、すなわち、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受ける恐れがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者」を指すものとする。なお旧西ドイツの判例における難民概念の解釈については川島慶雄「西ドイツにおける難民概念の形成——『難民の地位に関する条約』適用の一例(二)〜(四)」、『阪大法学』九六号一頁、九九号一九三頁、一〇五号九七頁、一一二号一頁、(一九七五〜一九七九)、また欧米各国の難民認定手続や基準の概要については川島慶雄「難民認定に関する最低基準」、『阪大法学』一四一・一四二号一二五頁(一九八七)参照。ところで、本来であれば、外国人が難民に該当するか否かはこの定義に当該外国人が当てはまるか否かにより決まるはずであるが、合衆国移民不服審査委員会はこの定義基準を適用するに当たり、申請者の合衆国への入国状況(不法入国か否か)を決定的に重視していることが指摘されており、これに疑問を投げかける論稿(Anker, *Discretionary Asylum: A Protection Remedy for Refugees Under the Refugee Act of 1980*, 28 *Va. J. Int'l L.* (1987))が発表されたこと。
- (4) Pub. L. No. 96-212, 94 Stat. 102(1980).
- (5) 一九八〇年難民法制定の背景にあった具体的な問題状況については Martin, *The Refugee Act of 1980: Its Past and Future*, in: *TRANSNATIONAL LEGAL PROBLEMS OF REFUGEES* (MICHIGAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LEGAL STUDIES),

92-96(1982)を参照されたい。

(6) 後に紹介するように、難民法では難民たる地位に基づく救済と亡命的庇護 (asylum) を求める者に対する救済とが區別され、後者の救済を受ける資格要件として難民たる地位の存否への言及は、法文上「なされていない。したがって、難民たる地位は亡命的庇護を」与えられる人的範囲の一つの表現であって、全く別個の存在ではない」(篠木真理「国際法における asylum-seeker の入国許可(一)」、『法政理論』二一巻三号一三八頁(一九八九) )といつても、合衆国ではこれら二つの救済認定のための基準及び手續が理論的には異なるものとされている(実際には、後述するように、かなり重複しているとはいえ)以上、両者を區別して考える必要があることには留意を要する。

(7) これらについては第一部第三章でやや詳しく述べる。

(8) See e.g., Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 Colum.L.Rev. 1, 70(1984), Verkuij, *A Study of Immigration Procedures*, 31 U. C. L. A. L. Rev. 1141, 1148(1984).

(9) See e.g., Aleinikoff, *Political Asylum in the Federal Republic of Germany and the Republic of France: Lessons for the United States*, 17 U. Mich. J. L. Ref. 183, 190-91(1984), Martin, *Due Process and Membership in the National Community: Political Asylum and Beyond*, 44 U. Pitt. L. Rev. 165, 168-69(1983).<sup>1)</sup>これはあつた例だけを示すだけ。それは *Sannon v. United States*, 427 F. Supp. 1270(S. D. Fla., 1977) という連邦地裁判決が与えた影響である。この事件は三〇〇人のハイチ人がアサイラム申請拒否処分を争った事例である。本件では外国人らは一九五二年法第二二二条(d) (5) (8 U. S. C. § 1182 (d)(5)) により合衆国内に仮釈放されていたが、その後移民帰化局側は、外国人にインタビューを行った後、彼らのアサイラム申請を拒否し、その後、入国拒否処分に付すべきか否かのヒアリングにおいて、有効な査証等を所持していないものとして入国拒否決定をした(一九五二年法第二二二条(a) (20) 8 U. S. C. § 1182(a)(20))。その後、移民判事は、政治的迫害について彼らが提出した証拠及びアサイラム申請についてのヒアリングを行うことを拒否し、移民不服審査委員会も移民判事に右決定を支持したため、外国人らは出訴に及んだ。外国人側の主張は、処分庁が従来行ってきたよりも正式な証拠に基づくヒアリングが必要であるというものである。これに対して本判決は、一方では、仮釈放により合衆国に入国した外国人はなお「窓口に立っている」(standing at the gate) ものであり、したがって退去強制ではなく入国拒否処分の相手方たる外国人として処理すべきであるとしながらも、他方では、法律上要求されている入国拒否ヒ

アリングは、入国拒否し得るか否かの基準が満たされている旨の決定には限定されるのではなく、移民判事は、規則の文言にかかわらず、入国拒否の対象たる外国人のアサイラム申請に関連ある証拠をヒアリングにおいて考慮しなくてはならない、とし、入国拒否ヒアリングを主宰する移民判事がこのアサイラム申請をヒアリングすることを拒否した場合には裁量の濫用に当たる、とした。本判決は一応法律解釈のレベルで問題を処理しているかにもみえるが、控訴審(566 F.2d 1045th Cir., 1977)は本判決を手続的デュー・プロセスに基づく議論と解したようであり、難民の地位に関する議定書は難民にデュー・プロセス上の保護を受ける憲法上の権利を付与するものとはいえず、したがってアサイラム申請手続においては証拠に基づくヒアリングはデュー・プロセスにより要請されるものとはいえない、とした Pierre v. United States(547 F. 2d 1281, 1288-895th Cir., 1977: 本件もまたハイチ人によるクラスアクションであり、移民帰化局側が彼らを政治的難民として合衆国内に仮釈放する申請を拒否したことを不当として争われたものであり、争点は Sannon 事件とはほぼ同じである。)に従った判断を下すよう地裁に求めて(See Sannon v. United States, 631 F. 2d 1247, 12495th Cir., 1980.) 破棄差し戻した。ところで、Pierre 判決において敗訴していた外国人らは連邦最高裁へ上告していたところ、連邦最高裁は mootness を示唆して Pierre 事件を原審に差し戻した (Pierre v. United States, 434 U.S. 962(1977))。その理由は判文から推定かではないが、カーター政権が Sannon 事件第一審判決に沿ったヒアリングを認めたためであったようであり (Martin, *id.* at 169 n. (15))、その後若干の紆余曲折を経た (See 631 F. 2d at 1249 n. 5, 460 F. Supp. 458(S. D. Fla., 1978)) 後、一九七九年に至って移民帰化局の発した規則は、政治的庇護を求める難民が入国拒否ヒアリングにおいてそのアサイラム申請を提出することを認めることとなったのである (631 F. 2d at 1249, citing 44 Fed. Reg. 21253-21259, Sannon 判決差し戻し後第二審は本件を moot として)。631 F. 2d at 1252)。

(10) See Note, *Constitutional Limits on the Power to Exclude Aliens*, 82 COLUM. L. REV. 957, 965 (1982).

(11) 一九八〇年難民法制定以前の難民認定(及び救済)手続の概要については、Martin, *Reforming Asylum Adjudication: On Navigating the Coast of Bohemia*, 138 U. PENN. L. REV. 1247, 1294-98(1990), 及び、田中ハートマン及び庇護認定手続については本間浩『個人の基本権としての庇護権』第三章(一九八五)参照。

(12) 一九八〇年難民法制定以前における合衆国の難民政策と制度については、Lapointe, *Discrimination in Asylum Law: The Implications of Jean v. Nelson*, 62 INDIANA L. J. 127, 133-39 (1986), ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 620-23,

638-41が有用である。Roth, *The Rights of Asylum under the United States Immigration Law*, 31 U. Fla. L. Rev. 539, 541-47 (1981), Fuchs, *Immigration Policy and the Rule of Law*, 44 U. Pitt. L. Rev. 433, 434-36, Helton, *Political Asylum under the 1980 Refugee Act: An Unfulfilled Promise*, 17 U. Mich. J. L. Reform, 243, 243-50(1983-1984), Liebowitz, *IMMIGRATION LAW AND REFUGEE POLICY*, 1-1~1-19(1983: Viallet, *A Brief History of United States Immigration Policy*. LIBRARY OF CONGRESS (1980)が掲載されている。)など多くの文献がある。

(13) See GORDON & MAILMAN, *1 IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE* (Revised Ed.), § 1. 03 [6] [b], 1-33(1989).

(14) 8 U. S. C. § 1155.

(15) 8 U. S. C. § 1158.

(16) 8 U. S. C. § 1253.

(17) 特に海外からの難民プログラムと後二者との区別は重要であり、これを区別していない学説・判例が多いことが難民に関する議論を混乱させていることを指摘する論者もある。ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n.(2) at 618.

(18) 8 U. S. C. § 1182 (c).

(19) この点については二〇七条 (c) (2) (8 U. S. C. § 1155 (c) (3))参照。

(20) 二〇九条 (a) (1) (B) 8 U. S. C. § 1159. (a) (1) (B)参照。在留資格の変更の効果は入国許可時点に遡及する。二〇

九条 (a) (1) (C) (2) 8 U. S. C. § 1159 (a) (1) (C) (2).

(21) 前掲注 (3) 参照。

(22) See GORDON & MAILMAN, *supra* n. (13) at § 1. 03 [6] [c], 1-34.このように海外からの難民プログラムでは庇護要件を

より緩和して適用することの是非に関する議論については see ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n.(2) at 634-35.

(23) 8 U. S. C. § 1158 (a).

(24) 一九八〇年に難民法が制定され、二四三条 (h) に基づく司法長官による救済が義務的・羈束的なものとなったわけであるが、その救済が認められるための要件、すなわち「外国人の生命・自由が人種・宗教・国籍・特定の社会的集団への加入・政治的見解の故に脅かされるであろうと認定された場合」という要件が充足されるためには申請者がいかなる立証をすべきかが問題となった。この点について、下級審判決は、連邦議会はこの法律を制定して庇護規定を修正しその文言を条約によ

り近づけたという立法事実から、合衆国の庇護を受ける権原を立証する要件を緩和することが連邦議会の法修正の意図であったとして、個人が迫害の対象として選抜されるであろうことの「明白な蓋然性」に欠ける立証であっても、庇護は承認され得るとするもの(すなわち、従来この要件を充足するうえで客観的証拠のみに着目してきた行政実務の基準は狭きに失しており、「十分に基礎づけられた恐れ」は主観的な要素と客観的な要素を含んでいるとする。See e. g., *Stevic v. Sava*, 678 F. 2d 401, 405-06 (2nd Cir., 1982), *Reyes v. INS*, 693 F. 2d 597 (6th Cir., 1982))と、裁判所は難民法制定により庇護の認定基準を修正することを連邦議会が要求しておらず、「明白な蓋然性」の基準によるべきであるとすることを(See e. g., *Rejaie v. INS*, 691 F. 2d 139, 146 (3d Cir., 1982), *Marroquin-Manriquez v. INS*, 699 F. 2d 129 (3d Cir., 1983))とに分かれた(この状況の比較的詳しい分析については See, *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 Harv. L. Rev. 1286, 1354-55 (1983))。このような判例の対立を解決するために「ステビック事件のサーショラリーを最高裁は認め、一応の一般的判断枠組みを定立した(INS v. Stevic, 104 S. Ct. 2489 (1984))。その一般的判断枠組みとは、迫害の明白な蓋然性の立証が必要であるということ(以下で「迫害の明白な蓋然性」とは、外国人が迫害の対象となる半々以上の蓋然性があるか否か、ということ。at 2498)であり、このような一般論を越えてさらにこの基準を詳らかにしないことを最高裁自身明言したのである(at 2501。なお萩原重夫「難民条約適用上の問題点——アメリカの判例を手がかりとして」、『法律時報』五八巻二二九号九二—九四頁(一九八六)も参照されたい)。

ところで、右のステビック事件最高裁判決は、二〇八条の救済「資格」を得るための基準は二四三条(h)の救済を得るための基準よりも緩やかであってよい、といことを示唆していた(at 2498)が、この示唆はあくまでもディクタであって、しかも、ステビック判決自身その射程が二四三条(h)に限定される旨を明示した(at 2501)ため、この「迫害の明白な蓋然性」の基準が適用される射程は曖昧なまま残ったのである。さらにこの点を混乱させる原因となったのは、二四三条(h)による救済申請と二〇八条の救済申請が通常退去強制ヒアリングの中で同時に出来ることに加えて、実務上、これら二つの申請は一つの文書で出されることとされており、一方の申請がされれば他方の申請もされたとみなされることとされていたことである。そのため、ここでも、下級審の判断は対立することになる。つまり、一方では、さきに述べた行政上の処理を前提として、両者同一の基準によるべきであると判断が出来る(See e. g., *Sotto v. INS*, 748 F. 2d 832, 836 (3d Cir., 1984))と共に、他方では、二四三条(h)が義務的であるのに対して二〇八条は裁量的救済である点(つまり、申

請をして本案判断に入ったからといって必ずしも司法長官による救済を得られるわけではないこと）、及び両者の文言が違  
 う点（特に、二四三条（h）は難民の定義に言及していない点）を捉えて、両者は異なる証明の基準によるべきであるとす  
 る判例も出されることになった（*See e. g., Bolanos-Hernandez v. INS*, 749 F. 2d 1316, 1321-22 (9th Cir., 1984),  
*Carzai v. INS*, 743 F. 2d 562, 572-75 (7th Cir., 1984), *Youkhanna v. INS*, 749 F. 2d 360, 362 (6th Cir., 1984).）  
 の二〇八条の証明基準については、最高裁は一九八七年に至り正面から判断を下している。INS v. Cardoza-Fonseca 判決  
 (55 L. W. 4313) である。結論をあらかじめ述べると、最高裁は、下級審の後の見解「つまり、二〇八条の証明基準と二  
 四三条（h）の証明基準は異なる」との見解を支持した。その理由は大別して二つであり、ひとつは文言、ひとつは立法事実  
 である。まず、文言については、二四三条（h）では「脅かされるであろう」という文言を用いており、ここには主観的要  
 素はなく、したがって明白な蓋然性を立証する客観的証拠が必要であるとされている。これに対して、二〇八条ではその文  
 言の中で「恐れ」に言及しており、ある程度主観的でメンタルな要素が入って来ることが承認されている、と最高裁は説示  
 している（at 4316）。また、最高裁は二〇八条が裁量的救済であることにも言及しており（at 4315, 4319）、おそらくは、  
 義務的救済規定である二四三条（h）の場合よりも、その分証明の程度を緩和することが合理的であるということが暗黙の  
 前提となっているように思われる。第二に、立法事実に関しては、最高裁は三つの側面からこれに言及している。第一に、  
 一九八〇年難民法制定以前に存在していた旧二〇三条（a）（7）（人種等を理由とする迫害の恐れを理由に共產主義国や中  
 東から逃れてきた人の条件付入国に関する規定）の下での実務上の処理であり、その条件付入国を承認する際に主観的要素  
 を考慮していたことである（at 4316-17）。第二に、議定書の「難民」の定義と合衆国庇護法を合わせるということが一九八  
 〇年難民法の制定目的であった、ということである。このことから、二〇八条の解釈にあたって国際法上「難民」がどのよ  
 うに定義されていたかが重視され、特に一九七九年に難民高等弁務官が出した *HANDBOOK ON PROCEDURE AND CRITERIA FOR  
 DETERMINING REFUGEE STATUS, infra n. (120), (121)* が、難民の地位の認定に当たって、必ずしも客観的状況のみに着目して  
 はいない点を重視している（at 4318 & n.24）。第三に、二四三条（h）と同一の基準を二〇八条にも持ち込もうとした法  
 案が議会で否決されたことである（at 4319）。以上のような理由から、二四三条（h）と二〇八条の場合とで証明の基準が  
 異なるとするわけであるが、ではどのような基準によるべきであると最高裁は考えたのか、が問題となる。この点の判断も、  
 最高裁判例であるという性格上、二四三条（h）の場合と同じくかなり一般論的なものとならざるを得ないわけであるが、

一応、次のように最高裁は考えている。つまり、「迫害の発生の可能性が50パーセント以下であっても、迫害が発生するといふ恐れが十分な根拠をもっている場合というのは十分に考えられる。」(at 436)「ステビック判決で説示したように(中略)、ある客観的状況が証拠により立証されている限り、その状況において迫害が発生する蓋然性があることを立証する必要はないのであって、合理的可能性として迫害が発生することの立証で十分である」というのである (at 438)。

このように、二四三条(h)と二〇八条とで証明の基準に差異があることが、二つの最高裁判例によって承認されたわけであり、このことの意義は大きい。わが国でいえば、ノンフルマンの場合と難民認定に基づく特別在留許可との場合とで、申請者が証明すべき程度が異なることが明確化されたことになるとおもわれる。ただし、合衆国の場合においても、これですべての問題点が解決したわけではもちろんない。二四三条(h)の救済の場合にも、その具体的適用のあり方がさらに問題とされねばならないし、さらに、二〇八条に関する最高裁の判断は従来の実務が採用していたものとは異なる基準を合理的と考えたものであるから、今後これにどのように実務が対応していくかはまた別個の問題として残るのである。二〇八条に関しては、ようやく証明基準に関する一般的判断枠組みが最高裁によって出されたところであり、その具体的適用の仕方をめぐる問題が本格的に検討されるのは今後に委ねられることになる。この点に関しては、二四三条(h)と二〇八条とで証明の基準が異なることを説く判例のうちの中に、二〇八条の要件を立証するためには、「できれば客観的証拠により、それができない場合には彼自身の説得力ある、信用できる証言により」、「迫害を受けることを恐れる十分な理由があることを摘示できる個別的事実(specific facts)を示さなくてはならず、あるいはこのような立証に代えまたはこのような立証に加えて、補強証拠(corroborative evidence)等による立証を必要とするものがあり(Carvajal-Munoz v. INS, 743 F. 2d at 574)、注目できると思われる。

(25) この救済の申請処理手続は次のようになっていいる。庇護の申請手続は Form I-539 といわれる文書の提出により開始される(これは二〇八条の場合でも二四三条(h)の救済の場合でも同様である。)(8 C. F. R. Part 208)。故国に送還された場合に迫害されるであろうと信じる理由という質問以外に、この文書では、当該申請者の過去の活動や組織とのつながり、現在家族の構成員がどこにいてどのような状況であるか、出国の状況、などが質問事項とされている。この文書が受領されれば、全ての案件において國務省の審査が決定に至る以前に求められるべきことが規則により要求されている(8 C. F. R. § 208.7)。入国拒否手続も退去強制手続も開始されない場合、庇護申請者は地方局の官吏により、まず最初はヒアリン

グを受け、国務省の審査に回される前にここで当該申請人に対するインタビューが行われる(8 C. F. R. § 208.1)。これらの官吏は「対審的ではない方法で」インタビューを実施するよう行政解釈により特に命じられている(51 Interp. Reg. 522, 523(1984))。その後、当該官吏が、地方長官の名前で発布される決定を下す。不利な決定に対しては申請人は上訴することができる(8 C. F. R. § 208.8(c))が、入国拒否・退去強制手続が開始されたときに移民判事の面前において改めて庇護申請を提出することができ(8 C. F. R. § 208.9)この場合移民判事は、庇護申請に対する地方長官の判断とは無関係に、当該申請を改めて判断することになる。申請人は正式の「対審的な」退去強制・入国拒否ヒアリングにおいて当該請求に関する新たな証拠を提出することができることになるわけである。他方、庇護申請が提出される前にその手続が既に進行中である場合には、庇護申請は専ら移民判事によりヒアリングの対象とされることになる。そして、申請人が入国拒否・退去強制処分発布後になってから庇護を申請した場合には、当該申請はヒアリング再開申請の手段として提出されねばならず、この場合、入国拒否・退去強制手続終了に先立ち庇護を申請しなかったことを合理的に説明しなくてはならないこととされている(8 C. F. R. § 208.11)。このような移民判事の決定に対しては移民不服審査委員会に上訴することができる。もともと、それ以前の段階でも、初期の庇護手続に大きな誤りがあったと主張されている場合には、裁判所に出訴することも可能とする判例もある(Haitian Refugee Center v. Smith, 676 F. 2d 1023, 1033-36(5th Cir. 1982))。司法審査は、通常の場合と同じく、申請が入国拒否手続においてなされたものか退去強制手続においてなされたものか、により、地裁あるいは控訴審で開始されることになる。なお、庇護申請に関する情報は、なお故国にとどまっている家族の構成員や友人を保護するため、また庇護申請を提出したという事実だけで申請者が直面するかも知れない危険を惹起させないため、機密のものとされてゐる。以上、ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 642-43を参考にした。

- (26) 前掲注(25)参照。
- (27) See Aleinikoff, *supra* n. (9) at 188.
- (28) See *id.* at 236.
- (29) See *id.* at 194.
- (30) See *id.* at 193, ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n.(2) at 705, Lapointe, *supra* n. (12) at 141.
- (31) See Aleinikoff, *supra* n. (9) at 194.

- (32) 出入国管理国籍法二〇九条 (a) 8 U. S. C. § 1159 (b).
- (33) *Martin, supra n. (5)* at 109-10.
- (34) *See e. g., Lapointe, supra n. (12)* at 136-37.
- (35) *Id.* at 137.
- (36) 国務省の勧告的意見に関する 8 C. F. R. § 208. 7 は専ら二〇八条の救済のみに関するものであり、同様の規定は二四三条 (h) については設けられていない。
- (37) 二四三条 (h) の救済は申請を行っている外国人が入国拒否・退去強制事由該当の判断を前提として行われるのであり、移民判事のみがそのような認定を下すことができるのであるから、移民判事のみが二四三条 (h) の救済申請もまた考慮することができ、移民帰化局地方局の管理の下での手続はこのような問題は発生しない。ALENIKOFF = MARTIN, *supra n. (2)* at 243 n. (18).
- (38) 8 C. F. R. § 208. 3(b).
- (39) 前掲注 (24) 参照。
- (40) これは主として経済的配慮に基づくものとかわれてくる。See ALENIKOFF = MARTIN, *supra n. (2)* at 294.
- (41) ALENIKOFF = MARTIN, *supra n. (2)* at 708.
- (42) 入国拒否処分との関係では例えば *Augustin v. Sava*, 735 F. 2d 32 (2d Cir. 1984) を参照。この事件では入国拒否処分の相手方 (ハイチ人) に対する亡命的庇護申請に関するヒアリングにおいて、移民帰化局の翻訳者の翻訳が適切なものといえるか否かが問題とされたが、裁判所は、その翻訳があまりにも粗雑でそのため手続保障としては無意味になってしまっており、したがって「法律及び移民帰化局の規則により保護されている手続的権利」を侵害した (*id.* at 38.) と判断している。
- (43) 海外からの難民プログラム (二〇七条) との関係でデュー・プロセス上の保護法益の有無が問われた事例が見あたらない理由として考えられるのは、一つは海外からの難民プログラム申請者に対して移民帰化局が比較的寛大であること (前掲注 (22) 参照)、もう一つは事実上出訴の道がとざされていること (なお通常の査証申請拒否処分に関する審査方法については第一章第一節注 (79) 参照) である。
- (44) See *Klinsberg, Penetrating the Entry Doctrine: Excludable Alien's Constitutional Rights in Immigration Processes*,

98 YALE L. J. 639, 650(1989).

- (45) Nunez v. Boldin, 537 F. Supp. 578(S. D. Tex., 1982).
- (46) Citing Haitian Refugee Center v. Civiletti, 503 F. Supp. 442, 455 (S. D. Fla., 1980).
- (47) Citing Goldberg v. Kelly, 397 U. S. 254(1969).
- (48) Jean v. Nelson, 727 F. 2d 957, 981 (11th Cir., 1984), citing Hewitt v. Helms, 459 U. S.460 (1983).
- (49) Jean v. Nelson, 727 F. 2d at 981n. 33, Chun v. Sava, 708 F. 2d 869, 876-77 & n. 25(2d Cir., 1983), Klinsberg, *supra* n. (44) 651 n. 77.
- (50) Augustin v. Sava, 735 F. 2d 32, 37-38(2d Cir., 1984).
- (51) See e. g., Board of Regents v. Roth, 408 U. S. 564(1972). この点については第一節第三章を註しておく。
- (52) Klinsberg, *supra* n. (44) at 651.
- (53) ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n.(2) at 710.
- (54) INS v. Cardoza-Fonseca, 107 S. Ct. 1207, 1212 n. 7(1987).
- (55) Klinsberg, *supra* n. (44) at 650 n. 70.
- (56) Schuck, *supra* n. (8) at 82-83; Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 Wis. L.Rev. 29, 113-30.
- (57) See ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 684-85; ALENIKOFF, *supra* n. (9) at 188-91. また、旧西ドイツにおいても、手続的保護を手厚くしたことが一因となり、庇護手続が濫用されたことが指摘されている。本間・前掲書注(11)五〇〜六五頁参照。
- (58) Martin, *supra* n. (5) at 114-15は、難民たる地位を認めるか否かの決定はきわめて不明瞭な事実関係を基礎としてされるを得ず、しかも、応々にして、この事実関係についての情報を合衆国政府さえも入手し得ないことがあり、結局、申請者の人間性を信頼できるか否かにより決定されてしまう、ということ、及び、過去の事実状況だけではなく申請者の将来的な迫害の蓋然性に関する認定が必要であることを指摘している。
- (59) Klinsberg, *supra* n. (44) at 650 n. 71.

- (60) See ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 294.
- (61) 例外的に身柄を拘束する場合としては、逃亡のおそれがある場合、あるいは国家の安全や公の秩序の保持のために外国人の身柄拘束が必要と認められる場合がある。See Schuck, *supra* n. (8) at 29.
- (62) 以上についても本章第二節(ニ) (ロ) 参照。
- (63) ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 293. はさらに通常の場合国家が自国民の帰国を受け入れる国際法上の義務がありこれを履行しているためにメソマイ事件のような事案が比較稀であったことを理由として挙げている。
- (64) 357 U. S. 185 (1958).
- (65) 本判決の概要については本章第二節注(72) 参照。
- (66) 以上についても本章第二節(ニ) (ロ) 参照。
- (67) ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 294-95.
- (68) Aleinikoff, *supra* n. (9) at 227.
- (69) Klinsberg, *supra* n. (44) at 655.
- (70) See e. g., Aleinikoff, *supra* n. (9) at 226.
- (71) See ALENIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 293-94.
- (72) これは合衆国政府にとっても厄介な問題であった。すなわち、合衆国政府にとって長期的な身柄拘束の費用を負担することは、その人数が多いことから、回避したくもあるのだが、しかし、犯罪人を国内へと仮釈放したくもない、というジレンマが発生したのである。この問題を解決するため、移民帰化局は身柄拘束を受けているキューバ人を仮釈放の対象とするか否かを判断する地位審査計画(Status Review Plan)を作成した。これによると(以下 Fernandez-Roque v. Smith, 734 F. 2d 576, 579(11th Cir., 1984) を参考にした)、「まず司法省のいくつかの部局から選出された構成員からなる審査パネルが創設され、このパネルが被拘留者の仮釈放申請を検討するものとされた。そして審査パネルが(1)被拘留者が現在非暴力的な人間であること、(2)非拘留者が非暴力的なまま滞在する蓋然性があること、(3)非拘留者がその仮釈放後刑事犯罪を侵す蓋然性がないことという三要件を申請者がクリアしておりしたがって仮釈放する旨の判断を下した場合には、右判断は Commissioner of Immigration and Naturalization Service に送付されることになる。この時 Commissioner がパ

ネルの勧告を拒否した場合、あるいはパネルが非拘留者の申請書類にのみ依拠して判断を下すことができない場合には、当該外国人の意見がパネルにより個別的に聴取される。この意見聴取の際には、外国人は自らの選択する人による援助を受けることができる。この援助者は文書を検討し、外国人の釈放に有利となる文書によるあるいは口頭での情報を提出することができる。この意見聴取の後パネルはその勧告を Commissioner に提出する。Commissioner が釈放を承認する場合には、Commissioner は「自ら適切と判断する特別の条件」を課すことができる。仮釈放が承認されない場合、外国人は身柄拘束を受けたままの状態となる。いずれの場合についても被拘留者は Commissioner の最終決定を英語もしくはスペイン語で告知される。また、この地位審査計画によれば、外国人が拘留されている限りは当該外国人の事案を少なくとも年一回は審査しなくてはならない。なお、外国人が合衆国内で重罪もしくは重大な軽罪のために有罪判決を受けた場合には仮釈放は取り消され、社会もしくは自己に対して明白かつ差し迫った危険を有している外国人もまた身柄を再度拘束されることがある。仮釈放条件に反する行為をした外国人もまた同様である。

- (73) *Fernandez v. Wilkinson*, 505 F. Supp. 787 (D. Kan., 1980) は入国拒否された外国人の仮釈放に関する法律の規定が存在していることを重視しつつ (メツァイ判決当時にはこの制度はなく、この制度の不存在をメツァイ判決は一つの理由としていた。) 国際慣習法が正当な理由なき身柄拘束を受けない外国人の権利を創設している (at 796-98. 特に国際人権宣言二条、九条及びアメリカ人権宣言 (The American Convention on Human Rights) の七条を挙げている)。また、*Fernandez-Roque v. Smith*, 622 F. Supp. 887 (D. C. Ga., 1985) は「精神病者や犯罪者ではないキューバ人は合衆国大統領の招きに応じて合衆国にきたのであり、そのことによつて、仮釈放継続についての保護法益としての自由利益が創設されているとする。」
- (74) *Jean v. Nelson*, 727 F. 2d 957(11th Cir., 1984). 事案はレーガン政権下での移民帰化局の政策 (入国拒否事由該当の外国人が身柄を拘束された場合、彼らが入国許可について「一応有利な事件であることを示す証拠をもって自己の主張を裏付けることができるようになるまでその仮釈放を拒否する」というもの) がハイチ人に対して差別的に適用されたこと、及びこの政策が行政手続法に定める notice and comment の要件を満たしていないこと、を理由として、ハイチ人が右政策の無効を主張して出訴したというものである。第一審 (*Louis v. Nelson*, 544 F. Supp. 973(S. D. Fla., 1982)) は差別的適用の事実があることは否定しながらも、行政手続法上の notice and comment 手続を履行していない点に違法があるとして原告が勝訴した。これに対して控訴審小法廷 (panel decision) 判決 (*Jean v. Nelson*, 711 F. 2d 1456(11th Cir., 1983)) は

notice and comment 要件は本件政策変更には適用されないがハイチ人に対する差別的適用がなかったとの一番の判断には審理不尽があるとしてこれを差し戻そうとした。この小法廷判決を破棄したのが本判決である。その他この立場を採用する判決例としては *see e. g., Garcia-Mir v. Meese*, 788 F.2d 1446 (1986; Refugee Education Assistance Act により特別の移民・仮釈放に関する地位を与えられたキューバ難民であっても、いまだに入国を許可されていない外国人であり、右法律が存在することを理由として仮釈放取消につきヒアリングを受けるデュー・プロセス上の保護法益である自由利益を基礎付けることはできないとされた。)、 *Bertrand v. Sava*, 684 F.2d 204 (2nd Cir., 1982; ニューヨークの身柄拘束施設に拘留されているハイチ人が、移民帰化局地方長官が仮釈放権限をハイチ人に対して差別的に行使しており違法であるとして出訴した事件。一審判決635 F.Supp. 1020(S.D.N.Y., 1982)も、第五修正上の権利を原告は有していないとしながら、裁量権行使の違法性を認める。外国人は入国・滞在について何ら憲法上の権利も有しておらず、また難民の地位に関する条約及び議定書も合衆国内法に規定されている以上の権利を外国人に付与するものでもない」と判断。)、 *Palma v. Verdeyen*, 676 F.2d 1004(4th Cir., 1982; マリエリートの身柄拘束に関する事案。難民釈放審査パネル(前掲注(72)参照)の仮釈放勧告に commissioner が従わず、身柄拘束が継続されたことの合法性・合憲性が争われた。連邦議会は外国人の入国条件決定につき絶対的権限をもっており、そのような連邦議会の判断である法律上の規定に基づいて、治安上危険であり他国への入国を拒否された外国人を無期限に身柄拘束することも許され、このような身柄拘束に対しては憲法上の制約はない(クナウフ判決、メツアイ判決を引用)、とする。)

(75) 後に第四章で詳しく検討するブラゼンシンプ判決(Landon v. Plasencia, 459 U. S. 21 (1982)) である。

(76) 727 F. 2d at 971-72.

(77) *See e. g., Fernandez-Roque v. Smith*, 567 F. Supp. 1115(N. D. Ga., 1983), *Louis v. Nelson*, 544 F. Supp. 973(S. D. Fla., 1982), *Jean v. Nelson*, 711 F. 2d 1455, U. S. v. Henry, 604 F. 2d 908(5th, 1979).

(78) 567 F. Supp. 1115(N. D. Ga., 1983), reversed 734 F. 2d 576(11th Cir., 1984). *Alenikoff = MARTIN, supra n. (2)* at 303. はこの判決が身柄拘束と第五修正に関して今なお最も勇氣ある判断を下したものであると評価する。

(79) その他重要なものとしては *Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson*, 654 F. 2d 1382(10th Cir., 1981)がある。原告フェルナンデスはキューバ国民であるが、窃盗を行ったため有罪判決を受け、キューバから国外退去をせられ、合衆国に送られてき

たところ、入国審査官はフェルナンデツが背德的犯罪 (moral turpitude) を犯しているとして、上陸する権利を明白に有しているとはいえないため、入国拒否ヒアリングの間身柄拘束すべきである旨決定した。フェルナンデツは合衆国に無期限に残留することを希望していたが、移民判事は、入国拒否ヒアリングの結果、背德的犯罪を含む犯罪を犯していたことなどを理由に入国拒否事由該当とし、またアサイラム申請も拒否した。そこで、移民帰化局は、フェルナンデツを含むキューバ国民をキューバに送還しようとしたがキューバはその受け入れを拒否したため、フェルナンデツはその身柄拘束を継続されることになったため、人身保護令状を求めて出訴した、という事案である。争点は、合衆国において罪を犯して有罪判決を受けているわけでもないのに無期限に身柄を拘束されることは第五修正のデュー・プロセスに反するか否かである。第一審 (505 F. Supp. 787(D. Kan. 1980)) は、入国を果たしていない入国拒否事由該当の外国人に第五修正の保護が及ばないことは判例上確立しており (505 F. Supp. at 790)、仮釈放についても同様とされていることからして、身柄拘束についても第五修正の保護が及ばない (505 F. Supp. at 790-92) としつつも、身柄拘束という制度が国外退去を執行することを唯一の目的として設定されたものであることを理由に、国外退去が実現不能となれば身柄拘束の継続も正当な理由を失う (505 F. Supp. at 793) とすると共に、そのような身柄拘束を受けない外国人の権利を国際慣習法が創設している (505 F. Supp. at 796-98) ことから、本件身柄拘束の継続を違法とした。このように第一審が身柄拘束の継続の合憲性を認めたのに対して、控訴審はその合憲性を問題としている (なお、本判決もフェルナンデツが入国拒否処分に対して憲法上の保障を援用できないことは明らかとしている。654 F. 2d at 1386)。判決は、合衆国内で身柄拘束されている入国拒否事由該当の外国人は、第五修正による手続的・実体的デュー・プロセスによる保護なくして刑罰を課せられることはない、という前提から出発する (654 F. 2d at 1387)。そして、国外退去をペンディングにした身柄拘束は、国外退去を執行するために必要かつ一時的な手段としてのみ正当化できるものであるところ、身柄拘束が無期に及び、外国人を国外退去しようとする合理的努力を越えて継続された場合には、それは行政官による刑罰として許されないものとなり、本件はこれに該当するから、本件外国人は仮釈放されるべきである、とした (654 F. 2d at 1387-88)。また、メツアイ判決と本件との関係については、前者の事件における外国人が求めていた救済は、身柄拘束からの解放だけではなく、合衆国への入国許可も含まれていたことなど、両者の事案に差異があることを強調しつつも (654 F. 2d at 1388)、他方で、デュー・プロセスは静態的な概念ではなく、変動しつつある公正さについての現在の基準を取り込まねばならないものとし (654 F. 2d at 1388-89)、今日ではメツアイ判決は

重視に値しないことを示唆している(なお、本判決については *see* Notes, *Constitutional Limits on the Power to Exclude Aliens*, 82 COLUM. L. REV. 957, 964(1982).)

(80) なお、当時既に「移民帰化局は身柄拘留を受けているキューバ人の仮釈放を判断するためにさきに述べた地位審査計画(Status Review Plan)を展開していった。

(81) *in* Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson, *supra* n. (79)と異なるわけである。

(82) 567 F. Supp. at 1128.

(83) 本地裁判決は、メツァイ氏の身柄拘留が戦時緊急手段に基づいたものであるという点、及びメツァイ氏がわが国への正式の入国許可を求めていたのであり仮釈放を求めていたわけではなかったという点で、本件とメツァイ判決と区別した。Id. at 1129. つまり、本件での原告は正式の入国許可を求めているわけではないのであるから、彼らは入国許可の申請に関する憲法上の権利の存在を裁判所に求めているわけではないことになる。そうではなくて、彼らはキューバへの送還に関する調整がなされている間の仮釈放を求めているだけということになる。

(84) 567 F. Supp. at 1128.

(85) その内容は、(1)身柄拘束の係属を裏付ける事実関係に関する文書化された告知をあらかじめ行うこと、及び政府のファイルにある基礎的な情報へのアクセスを認めること、(2)証人の強制的召喚を受ける権利、(3)拘留規律に関連する十分な理由が立証されない限り、不利な証人に対し対面し反対尋問を行う権利を有すること、(4)ヒアリングで示された証拠のみに基づいて判断を下しかつ処分の理由を文書化して示す(しかもその決定が他の政府官吏によつては審理されない)中立な判断権者の存在(5)自己負罪禁止の保護、(6)政府の費用による弁護士依頼権、(7)「明確かつ説得力のある証拠」基準にしたがつて、被拘留者が「逃亡する蓋然性があること、国家の安全への危険を及ぼす蓋然性があること」を政府が立証する責任があるという要件である (*Id.* at 1145).

(86) *Fernandez-Roque v. Smith*, 734 F. 2d 576, 582(11th Cir. 1984)

(87) 53 U. S. L. W. 4892(1985).

(88) 現在の法律・規則は非差別的な仮釈放の決定をすべきことを規定しており、憲法問題を判断する必要はない (*Id.* at 4894) としたのである。

- (88) 459 U. S. 21(1982)
- (89) Fernandez-Roque v. Smith 地裁判決になびるこの点の指摘については前掲注(88) Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson 判決における指摘については前掲注(79)参照。
- (90) Soroa-Gonzales v. Civiletti, 515 F. Supp. 1049, 1055 n. 3(N. D. Ga., 1981), Fernandez-Roque v. Smith, 567 F. Supp. 1115, 1129(N. D. Ga., 1983).
- (91) Louis v. Nelson, 544 F. Supp. 973, 998-99(S. D. Fla., 1982): 本件原告は最終的には合衆国への入国許可を求めているが、本件訴訟は入国許可に関連するものではなく、入国に関する連邦議会の権限を争うものではないとして、クナウフ・メツァイ判決の系統に属する事案ではないとす。Jean v. Nelson, 711 F. 2d 1445, 1484-85(11th Cir., 1983).
- (92) 前掲注(74)など参照。
- (93) 459 U. S. at 32.
- (94) これが Fernandez-Roque v. Smith, 567 F. Supp. 1115, 1128 (N. D. Ga., 1983) のラゼンミア判決への理解である。
- (95) ALENIKOFF — MARTIN, *supra* n. (2) at 314 はこの点を示唆している。なお Aleinikoff, *supra* n. (9) at 232-33 は身柄拘束を受けている者の利害状態を三つに分類し各々の身柄拘束に関する合理性につき次に述べている。その三種とは国境で庇護を要請している外国人、庇護を要請しながら合衆国に合法に居住している外国人、及び退去強制手続に乗せられた後でだけ庇護を申請している外国人、である。第一の集団については、短期的な身柄拘束は合理的なものとし、その身柄拘束が短期的なものであるためには、虚偽ではない申請を行っている外国人の身柄の釈放のためのメカニズムが利用できること、及び裁決手続が迅速に進行することが必要とする。しかし、長期的身柄拘束は非人道的なものとなり外国人が正当な申請を放棄することを引き起こす現実的な危険性があることを指摘する。第二のカテゴリの外国人については、身柄拘束は適切ではないとする。その理由は、このカテゴリに属する外国人は正当な申請をする蓋然性が最も高いものであり、彼らに政府の施設入所措置施設に入所するよう要求することは不必要な負担を課するものとなることにある。第三の集団については、共同体による施設入所措置政策は外国人に負担を課するものであると同時に、不確かな結果を発生させるといふ。というのは、虚偽の申請を出したとしても、外国人が自分の合衆国内の居宅に帰らない理由は殆どないし、さらに、退去強制ヒアリングで庇護申請を提出することを待機しているすべての外国人が虚偽の申請をなしていると推定する理由は何も

なにかいひませぬ。

- (97) Aleinikoff, *id.* at 185.
- (98) 本案の回答を念のため以上の点についてALEINIKOFF = MARTIN, *supra* n. (2) at 718.
- (99) Jean v. Nelson, 727 F. 2d at 983 n. 35.
- (100) 8 C. F. R. §242. 17.
- (101) Nunetz v. Boldin, 537 F. Supp. 578, 586 (S. D. Tex., 1982).
- (102) Armstrong v. Manzo, 380 U. S. 545, 552(1965)をマクネン判決は引用している。
- (103) Nunez v. Boldin, 537 F. Supp. at 586.
- (104) Orantes-Hernandez v. Meese, 685 F. Supp. 1488(C. D. Cal., 1988). なお、本件でのエルドリッジ判決のテスト適用の結果は他の国籍国民に対してはまったく別のものとなり得ることを注記している。
- (105) See also, Duran v. INS, 756 F. 2d 1338, 1344. (9th Cir. 1984).
- (106) Jean v. Nelson, 727 F. 2d at 982-83, see also, Note, *Protecting Aliens from Persecution Without Overloading the INS*, 69 VA. L. REV. 901, 922, 924(1983).
- (107) 以上 Ramirez-Osorio v. INS, 745 F. 2d 937(5th Cir., 84).
- (108) 手続保障の目的の一つはエラーの回避であること、このように行政決定の正確性を確保するために第一次的な決定に先立って国民と政府との間での「対話」(dialogue)を行うことが手続保障の果たす基本的役割であることを指摘する論者がいることはまさに第一節第三節注(9)で述べたところである。ここにいう「対話」が争点形成機能であり、各決定段階に応じた「対話」すなわち争点形成機能があるものと筆者は解している。なお、Nunet v. Boldin, 537 F. Supp. at 586. また固定資産評価委員会の審査手続についてはあるが古城誠「東京高判四八・一〇・三二行集二四卷一〇号一一五〇頁に関する評釈」『自治研究』五一巻一〇号一五六頁(一九七四)参照。
- (109) Villegas v. INS, 745 F. 2d 950, 951(5th Cir., 1984)は「遵守したか否かは記録上不明として、ヒアリングを差し戻しているが、遵守した場合には記録にとりめられるであろうから、おそらくはこの事件では遵守していないのではないかと推測される。」



- (127) *Id.*
- (128) *Id.* at 141-42.
- (129) 大上(大)の引文 Aleinikoff, *supra* n. (9) at 194.
- (130) Klinsberg, *supra* n. (44) at 652 n. 82.
- (131) Zamora v. INS, 534 F. 2d 1055(2nd Cir., 1976).
- (132) *Id.* at 1062.
- (133) *Id.*
- (134) *Id.* at 1063.
- (135) See Martin, *supra* n. (11) at 1312-13.
- (136) Aleinikoff = Martin, *supra* n. (2) at 704-05.
- (137) Lapointe, *supra* n. (12) at 142.
- (138) 743 F. 2d 562(7th Cir., 1984).
- (139) *Id.* at 576.
- (140) 749 F. 2d 1354(9th Cir., 1984).
- (141) *Id.* at 1361.
- (142) Zamora v. INS, 534 F. 2d at 1063; Carvajal-Munoz v. INS, 743 F. 2d at 576; Saballo-Cortes v. INS, 749 F. 2d at 1361.
- (143) 第二部第三章参照。
- (144) わが国のように実体的判断の正当性により手続的瑕疵が違法とされないことは、少なくとも司法審査が記録に基づいてなされている場合には、合衆国ではあり得ないであろう。記録に基づく司法審査の場合には手続自体が独立した重要な意味を持つからである。第一部序注(42)参照。
- (145) 前掲注(49) (50)参照。
- (146) 前掲注(48)及びその本文参照。

(17) 前掲注(45) (47) 及びその本文参照。

(18) 前掲注(77) (79) 参照。

(19) 前掲注(87) (88) 参照。

(150) 前掲注(94) (95) 及びその本文参照。

(151) 前掲注(96) 及びその本文参照。

(152) 外国人の人權を考ふる際に難民の特殊性も考慮すべきことはわが国でも意識されている。例えば芦部信喜「人權の享有主体(2)」『法学教室』一〇二号三三―四頁(一九八九)など参照。

(153) 望ましい(あるいはあるべき)難民認定手続を考える際にも、ほかの場合と同じく、正確な決定の重要性とコストとのトレード・オフ關係を考慮すべきことになるが、その考え方の基本として、Aleinikoff, *supra* n. (9) at 229 は次のようにいう。すなわち、「庇護を誤って拒否することから恐ろしい結末が発生してしまうという懸念からすると、庇護申請をできるだけ完全に調査する方向が望ましいということになる。しかし、迫害の蓋然性を正確に判断するためには膨大な費用を要することになる(そのような正確性をそもそも達成できるとして)。しかし、これに対する選択肢は問題がより少ないわけでは決してない。判断決定の正確性のレベルをより低いものに緩和すると、些細な申請の提出を促進することにもなり得る(証明の基準が余りにも緩やかな場合である)。あるいは難民を送還しないわが国の義務を侵害する危険性が増大する(証明の基準が厳格すぎる場合である)。これらの要素を考慮すると、基本的な合衆国の目標をより精練して述べると次のようになる。つまり、故国に送還された場合に迫害を受ける蓋然性のある外国人の受容可能な数を、許容できる正確さをもって、確定する一連の政策と手続を作成することであり、その前提として、これら政策と手続が一見して資格のない請求を数多く提出することを促進しないものでなくてはならない。と言うのは、このような状態になると、決定の正確性とプログラムに対する国民の支持を阻害することになるからである」というのである。そして、この観点から、現在の合衆国難民制度は二つの致命的欠陥、すなわち、第一に、出身国が合衆国にとって友好的である国(特にハイチとエル・サルバドル)からきた外国人による全ての庇護申請を抑止するということ、第二に、国務省による効果的な決定統制があり、その結果、政治的考慮が不十分で訓練を受けていない移民官吏を手助けするという外観をまとうと、庇護手続に流れ込んで、ということを挙げている (*Id.* at 230)。

第五節 本章のまとめ

一 本章では、第一節で入国拒否権限の行使とその合憲性に関する初期の判例理論を紹介した後、第二節で述べた連邦最高裁の二つの僅差の判決により、入国拒否手続には憲法上の保護がまったく及ばないこととなり、その結果、外人側がいかなる利益状況にあらうとも裁判所はそのことを考慮しないことになったこと<sup>①</sup>、これに対して学説が多くの批判を向けており(第三節)、またこの理論に対する下級審の攻撃も難民認定をめぐる手続を対象として始まり、入国拒否手続をめぐる判例法理は流動状態に陥っていること(第四節)をこれまで述べてきた。

二 右の学説及び下級審の状態はいわば入国拒否処分を憲法の取り込む努力と評価することができるのであるが、問題となることはこの「努力」の方向である。例えば、前述した下級審判例の動向に対しては、連邦議会等政府の政治部門で決すべき問題に対して司法が介入し過ぎていくとの批判があり、また、ひとたびデュー・プロセスの適用が認められることとなると、一般にデュー・プロセスというものが一個の概念としては拡大化傾向を内包しており、これを抑えることが困難であることも指摘されている<sup>②</sup>。しかし、このように批判する論者もまた、伝統的なクナウフ<sup>③</sup>メツアイ理論が問題であったことは認めており、その再検討の必要性は合衆国においても否定し得ないところと思われる。しかし、合衆国においては現状では確信をもって入国拒否処分の際の手続的デュー・プロセスの輪郭を確定することは不可能であることも指摘されている<sup>④</sup>。

三 さらに入国拒否処分と手続的デュー・プロセスをめぐる合衆国の論争を考察する際に厄介な問題は、クナウフ<sup>⑤</sup>

メツアイ理論という伝統的な判例法理と、一九八二年に出されたプラゼンシア判決において示されたアプローチの間に齟齬があるかにもえることである。このことが端的に現れているのが、第四節でみた難民認定をめぐる手続——特に身柄拘束の合憲性——に関する下級審判例の混乱であった。この齟齬とは、要するに、伝統的な判例理論によると利益衡量の余地なく入国拒否処分の手相手方には手続的デュー・プロセスの適用がないことになるはずであるにもかかわらず、プラゼンシア判決——この判決の事案自体は永住外国人の再入国許可に関するものであるが——は利益衡量の余地を一定の場合——すなわち、第一次的入国を求めているわけではない外国人について——に認めることになるアプローチを示した、ということである。しかも、第三節において紹介した学説による伝統的理論に対する批判を通じて判明したように、そもそもクナウフメツアイ理論自体が、入国拒否処分以外に関する連邦最高裁判例と必ずしも整合的とはいえない面を多分に備えていたのである。少なくとも合衆国における判例法理としては、入国拒否処分の相手方に対して手続的保障がまったく及び得ないとする説得的な理論的根拠が示されているとはいえない。

四 要するに、合衆国の諸判決や諸学説を通じてみた場合、入国拒否処分の相手方に対して手続的デュー・プロセスの保護が及ぶか否かの問題にしても、また及ぶとしていかなる手続が適正といえるかについても、確定的な回答を必ずしも得られるものではないといえる。繰り返しを厭わずに再言するならば、クナウフメツアイ理論により示された、入国拒否手続にはデュー・プロセスの保障が及ばないことの根拠——主権理論、憲法の効力の属地性論及び特権理論——はいずれもデュー・プロセスの適用を排除する論拠としては説得力に欠け、また入国拒否手続以外に関する連邦最高裁判例との整合性にも欠けている。またプラゼンシア判決はクナウフメツアイ理論の射程を限定するものではあるが、プラゼンシア判決自体の射程が明確とはいえず、そのため下級審判例の混乱の一因となっている。さらに手続確定の問題については、他の連邦最高裁判例が一般論を示すのみであり、当然のことながら入国拒否手続においていかな

る手続が適正といえるかは判例上まったく触れられるところがないのである。

とはいえ、このような議論の混乱状況の中で明らかにされてきたことが一つだけある。それは議論の出発点であり、各主権国家が外国人を規制する権限を有するということを否定することは現状では不可能ではあるものの、本当の問題は、どの程度で各主権国家がこの権限を適切に行使し得るか、ということであること<sup>15</sup>、及び、この問題を解く際には、各外国人個人の必要性等利益状況に応じて手続を評価・判定するという利益分析が重要である、ということである<sup>16</sup>。後者との関係では、法律上「入国」とされる場合であっても、永住外国人の「再入国」については手続的保障が付与されることを認める再入国理論が重要である。そこでこの点については第四章で詳しく分析する。

五 さて、このように議論の出発点はある程度明らかになっているとはいっても、残されている問題は大きい。すなわち、外国人の実体的な入国の自由の不存在が——「特権」等のラベルを張られるか否かはともかく——直ちに入国「拒否」処分の対象たるすべての外国人に手続的保障が及ばないことを帰結するものではない、という立場に立つとしても、手続的デュー・プロセスにより保護されるべき利益としからざる利益との区分が必要であるとするならば、きわめて厄介な問題が残ることになる。なぜなら、入国拒否処分の相手方たる外国人の利益状況は多様であるところ、これを右のように区分する必要があるからである。他方、この種の利益状況の多様性もしくは差異は、デュー・プロセスにより保護される手続内容を決するに於いてのみ重要であり、憲法適用可能性や保護の有無との関係で問題とすることはおかし<sup>17</sup>い、とする立場に立つても、同様の問題は残る。いずれにせよ、手続内容を決する(実体的)利益を確定する必要性及び右両者の対応関係を決定する必要性が存するからである。

六 このように合衆国の判例や学説においては、入国拒否と手続的保障について依然大きな問題が残っているといえ、入国拒否処分に対して憲法上の保障がまったく及ばないとする伝統的な理論は相当程度掘り崩されてきているとい

えよう。これとは対照的に、退去強制処分に対しては、古くより、手続的デュー・プロセスの保障が及ぼされることが判例上認められており、そのこと自体に対してはさしたる疑問も投げかけられていない。すなわち、合衆国においては、入国拒否処分との関係では（伝統的理論を前提とすれば）デュー・プロセス条項における実体的権原（生命・自由・財産など）に該当するものを処分の相手方は有していないのに対して、退去強制処分の相手方はこれを有するとする、入国拒否・退去強制二分論が採用されていたわけである。次章においては、退去強制と手続的デュー・プロセスをめぐる一般論に関する議論状況を紹介・検討する。

## 第五節 注

- (1) 本章第二節①判決においては外国人がアメリカ人の夫の妻であること、②判決においては外国人が二五年間合衆国に居住していたこと、は連邦最高裁により考慮されることはなかったのである。See Note, *Deportation and Exclusion* : A Continuing Dialogue Between Congress and the Courts, 71 *YALE L. J.* 760, 788(1962).
- (2) 難民認定に関する手続以外の局面では入国拒否処分を争う事案は少ない。しかし、本章第二節①②判決等による伝統的な入国拒否理論に従う下級審判例として以下のものがある。Pena v. Kissinger, 409 F. Supp. 1182(S. D. N. Y. 1976; 永住外国人の夫による領事館へのビザ申請拒否が争われた事例。原告は合衆国内に住む永住外国人たる妻であり、拒否処分の理由は、外国人の合衆国での雇用が合衆国における労働者の賃金に悪影響を及ぼす（一九五二年法第二二二条 (a) (14) (8 U. S. C. § 1182 (a) (14) と同じことであった。原告適格は肯定されてゐる) Sague v. United States, 416 F. Supp. 217(D. P. R. 1976; 合衆国市民の夫たる外国人のビザ申請不許可処分が争われた事例。処分事由は不明。) Petition of Cahill, 447 F. 2d 1343(2nd Cir. 1971; その所持するビザが國務長官・司法長官により取り消されたことを理由とする入国拒否処分が争われた事例)

(3) See Verkuij, *A Study of Immigration Procedures*, 31 *U. C. L. A. L. Rev.* 1141, 1148-49(1984).

- (4) See Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 62-65(1984).
- (5) Martin, *Due Process and Membership in the National Community: Political Asylum and Beyond*, 44 U. PITT. L. REV. 165, 171-72(1983).
- (6) *Id.* at 188-90.
- (7) なお、難民認定・亡命的庇護申請の際の手続保障が厚くなればなるほど、申請処理手続がひどい障害に巻き込まれた例として旧西ドイツが挙げられており、それによれば、一九八〇年頃には申請が年一〇万件ほどであり、旅行会社が難民・亡命的庇護申請のバック旅行を組むほどであったが、手続保障を簡略化した結果、申請は激減したといわれている。*Id.* at 180-81. この点については本間浩『個人の基本権としての庇護権』五〇〜六五頁(一九八五)も参照されたい。
- (8) See *e. g.*, *id.* at 171.
- (9) See Verkuil, *supra* n. (3) at 1149.
- (10) 先に本章第四節で述べたように、他 see Yukins, *The Measure of a Nation: Granting Excludable Aliens Fundamental Protections of Due Process*, 73 VA. L. REV. 1501, 1531(1987).
- (11) 入国拒否手続の合憲性に関する判例上現れているもの以外にも、外国人に憲法上の保護を及ぼすことや移民法上の諸決定に対する裁判所の合憲性審査を阻む理論としては政治問題の法理 (LEGOMSKY, IMMIGRATION AND THE JUDICIARY: LAW AND POLITICS IN BRITAIN AND AMERICAN, 301-14(1987))、国際法と国内法という二重の法源から利益を享受することは不公平であるという考え方 (LEGOMSKY, *id.* at 317-18)、国家への忠誠を不明確にしたまま滞在している以上外国での居住が不安定となるのはやむを得ないのだという考え方 (LEGOMSKY, *id.* at 318-19) といったものが有り得る。しかし、移民法分野で政治問題の法理が用いられた例はなく(その理由などについては拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八七〜七二頁(一九八四)参照)、国際法違反の処遇に対して与えられる外交的保護と国内法違反に対する司法的救済とは別次元のものであり (LEGOMSKY, *id.* at 318)、忠誠を不明確にして帰化をしていないことが司法的救済の範囲を縮減しあるいは救済を拒否する理由となり得るとはいえない (LEGOMSKY, *id.* at 319) である。
- (12) この点については第三章で触れる。

- (13) Natziger, *Restating the Rights of Aliens*, 25 VA. J. INT'L L. 125, 133(1984). 本章第三節における学説の検討で明らかになったように、入国拒否処分相手方に対して手続保障をまったく否定する伝統理論の論拠が合衆国判例法理の中で説得力をもっているとはいえないのである。
- (14) Verkuil, *supra* n. (9). この点については、ラゼンシア判決の存在がきわめて大きい。
- (15) たゞえ、Klinsberg, *Penetrating the Entry Doctrine: Excludable Alien's Constitutional Rights in Immigration Process*, 98 YALE L. J. 639, 645(1989) は、移民プロセスにおいて残酷な (inhumane) 取扱を免れる権利をもって、入国拒否処分の相手方が援用可能なデュー・プロセス上の保護法益とする近時の下級審判決を紹介しつつ、連邦裁判所は、入国の権利とは別次元のデュー・プロセス上の利益が存するか否かを各事案ごとに検討すべし、とする。
- (16) See DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 2nd Ed., 343(1979).
- (17) See e. g., Martin, *supra* n. (5) at 230. 例えは新規入国者と合法的な永住外国人との間にも大きなグレーゾーンがあり、非移民たる外国人、仮釈放された者、不法入国外国人などがそこに含まれる。
- (18) Hart, *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts*, 66 HARV. L. REV. 1362, 1392-93(1953).