



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（5）－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(3), 73-120
Issue Date	1992-03-13
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16831
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(3)_p73-120.pdf



手続的デュー・プロセス理論の一断面（五）

——合衆国移民法を素材として——

渡
辺
賢

目次

序

第一章 合衆国移民法手続と手続的デュー・プロセス

第一節 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

第二節 一九五二年移民法（出入国管理国籍法）の処分手続の概要（以上四〇巻三号）

第三節 現行出入国国籍法制定にいたる過程

第四節 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（以上四二巻一号）

第三章 退去強制手続と手続的デュー・プロセス

第一節 手続的デュー・プロセス理論の概要

第二節 退去強制処分と手続的デュー・プロセスをめぐる判例史

第三節 本章のまとめ（以上本号）

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

第三章 退去強制手続と手続的デュー・プロセス

一 前章で紹介・検討したところによれば、合衆国の伝統的な判例法理——これに対しては学説から強い批判が向けられており、また最近では判例法理そのものが揺れ動きつつあるのであるが——は、入国拒否処分の対象とされる外国

人には手続保障を援用可能なものとする憲法上の実体的権原がないとしていた。これに対して退去強制処分の相手方たる外国人にはデュー・プロセス上の保護法益があるものとふるくから解されており、その処分手続には手続的デュー・プロセスの要請が課せられるものとされてきた。では、合衆国の判例理論上、退去強制処分の相手方たる外国人の有する利益のうちいかなる利益が保護法益と解されているのであろうか。また、その際憲法上必要とされる手続はどのようなものと考えられてきたのであろうか。この点を本章で検討する。

二 右の点を検討することには次の三点から意義がある。まず第一に退去強制手続制度の歴史的展開との関係である。すなわち、既に第一章において紹介したように、退去強制処分を行う際にいかなる手続を履践すべきかについては、一九五二年法が制定されるまでの長い間、法律上明文の規定が存在しておらず、これについては専ら行政機関の定める規則及び判例に委ねられていた。したがって、一九五二年法以前の退去強制手続制度の内容を考察する、という意味から、判例理論をフォローすることは重要である。第二に、右の点を分析することを通じて、出入国管理法上の処分として、入国拒否処分と対比した場合に退去強制処分にはいかなる特徴があるのかをうかがい知ることができる。第三に、手続的デュー・プロセス理論一般の展開と比較した場合に、退去強制手続に関する考え方にどのような特徴があるかを知ることができるのである。

三 本章では、まず手続的デュー・プロセス理論の概要を、以下の叙述と関連する限りで要約した後、退去強制手続と手続的デュー・プロセスをめぐる一般論がどのように形成され展開してきたのかを紹介し、退去強制手続をめぐる判例において、第五修正上の保護法益と手続要件がどのように把握されていたのかを検討する。

第一節 手続的デュー・プロセス理論の概要

(一) 手続的デュー・プロセス理論の判例史

一 合衆国において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は第五修正のデュー・プロセス条項である。この第五修正の手続保護の基礎にある考え方は、政府の恣意的な行為に對する何らかの制度的チェックが存在することを前提としてのみ個人の自由が保持されるのだ^②、というものといつてよいであろう。いうまでもなく、この考え方自体は普遍性を持つものではあるが、他方、デュー・プロセス理論を取り巻く合衆国に特有の状況もいくつかある。訴訟構造、実定法制度（行政手続法）の存在及び連邦制といつたものがこれである。しかし、本稿にとつて特に重要な合衆国判例理論の特徴は、手続的デュー・プロセスの一般的判断枠組みが二段階アプローチと言われるものにより構成されていることである。すなわち、まず、デュー・プロセスの保護法益を確定し、しかる後に、適正とされる手続内容を検討する、という手法である。もともと、このアプローチが確立したのは一九七〇年代以降であり、それ以前^③の判例の展開を概観しておく必要がある。とはいへ、手続的デュー・プロセスの基本的枠組みはともかく、その下での具体的な判例理論の展開には一貫性がなく、混乱していることが指摘されており、他面、詳細に判例史を検討する余裕は本稿にはない。そこで、ここでは、一九七〇年代以前の判例理論が持つごく基本的な特徴のみを示すにとどめる。

二 第一の特徴は、非常に早い時期に利益衡量アプローチが形成されていることである。すなわち、いかなる手続が適正とされるかを決する際に用いられた手法は、最初期においては自然法へのレファレンスによつていた^④のであるが、

一九世紀後半の判例により、デュー・プロセスとは「法の形式にしたがった、事案に適した、そして影響を受ける当事者にとって正当な」手続を意味するものとされることとなったのである。しかしながら、この利益衡量アプローチは、エルドリッジ判決以降の判例が用いている、いわゆる功利主義的な利益衡量アプローチではない¹⁴。むしろ、デュー・プロセスがいかなる手続を要求するのか、の決め手となる基準は、問題となる行政機関の行為の性格が準立法法的か準司法的か、によつていたのである¹⁵。つまり、行政機関が準司法的権限を行使して、裁決事実の判定を行う場合には、告知聴聞が要求されるとされたのである¹⁶。

三 特徴の第二は、裁判所が右の抽象的基準を用いてデュー・プロセス上要求される手続を導き出す際に、デュー・プロセスがすべての事案において手続を完全に司法化することを要求するものではないことを認識しつつも、実は裁判手続を念頭においていた、ということである¹⁷。これは一九七〇年代以降の判例法理についても指摘されていることではあるが、一九七〇年以前においては特にその傾向が顕著である。その原因はいくつか考えられようが、一つには、行政手続法が裁決手続に対して一律に裁判手続をモデルとした厳格な手続を要求したことにより、それがあたかも憲法上の要求であるように考えられてきたことが挙げられている¹⁸。しかし、それと同時に、事実問題をめぐる紛争の解決手続としては裁判手続がいくつかの理由から最も合理的であると考えられていたからであろう¹⁹。いかなる手続が適正かを考える際の基準として念頭におかれていたのが裁判手続であったのである。もつとも、行政機関によるヒアリングを司法化しようとすることに対しては長く批判があり、また、二〇世紀に入つてから社会経済立法に基づく諸々の規制がなされるようになってから、さきに述べた「基準」、つまり裁判手続上の手続保障の型から大きく離れる手続保障でも十分であるとされる広範な領域が生じたこともまた留意されねばならない²⁰。

四 第三の特徴は権利特権二分論の存在であるが、この点についてはさきに簡単に触れたので、ここでは繰り返さな

説
論
い。ただし、この権利特権二分論の崩壊により問題が解決したわけではなく、次に述べるように、デュー・プロセスの保護法益の対象となるものとしからざるものとを区別する必要性が存在している以上、問題そのものは残っており、混乱が続いている、ということをごここで改めて指摘しておく。

(2) 保護法益

一 わが国では、実体的な法的利益の有無とは切り離された、「手続上の請求権」が存在することが肯定されている²³が、合衆国ではこのような権利は存在せず、手続的デュー・プロセスを援用するためにはまず手続的デュー・プロセスの保護法益たる「生命、自由、財産」の侵害が必要とされている²⁴。

二 そこで、この「生命、自由、財産」の内容が問題となるわけであるが、初期の判決は右の文言をきわめてルーズに解していたといわれている²⁵。これらのうち、自由という利益については、当初の判例は、デュー・プロセスの保護法益としての自由を、「市民の身体的拘束からの自由」と把握していたが、これが徐々に広がり、ついには Meyer v. *Wigoda* 判決²⁶において、「自由な人による幸福の規律正しい追求にとつて不可欠であるものとしてコモン・ロー上長く認知されてきた特権を享受する権利」を含むものと解されることとなったのである²⁷。とはいえ、ある利益がデュー・プロセスで保護されている「自由」に該当するか否かについては、当該利益のコモン・ロー上の位置づけが一つのポイントとされている。さらには、既述の特権理論が存在していたのである。これがゴールドバーグ判決を一つの契機として掘り崩され²⁸、ロス判決により特権理論が克服されることになる²⁹。ロス判決は、デュー・プロセスという「自由」については広く定義し、契約の自由、結婚、名誉その他「自由な人による幸福の秩序正しい追求にとつて不可欠なもの」と長く

認められてきた特権」を享受する自由を含むものとしたのに対して、デュー・プロセスのもう一つの保護法益として掲げられている「財産」については、これに該当するといえるためにはある給付 (Benefit) を受けるにつき正当な権原 (entitlement) を個人が有することを必要としたのである。ここでこの権原を基礎付けるものは憲法自体でなく州法等であると解されている。³⁶

右のロス判決等により、デュー・プロセスの保護法益が、コモン・ローという「核」を越えて拡張していく途が開かれ、かつて行われていた、「利益」と「単なる期待」といった区分論ではなく、生命、「自由」に該当すると認められ、利益及び財産上の「権原」に該当するか否か、という区分によることとなったのである。³⁷

三 ところが、実際には、この「権原」理論のアプローチは、権利特権二分論に近い機能を果たすものであることが従来よりつとに指摘されている。³⁸ すなわち、そもそも、デュー・プロセスが適用される利益としからざる利益とをカテゴリーカルに区分する、という点でかつての特権理論に類似している。³⁹ とはいえ、「権原」理論は、当初、憲法ないしコモン・ローに基礎付けうる「核となる」利益を越えて、政府と一定の関係下にある個人の合理的な期待に対しても保護を与えようというものであったのだが、しかしながら一九七〇年代半ばより、「権原」理論が逆用され、デュー・プロセスの保護法益を限定化するために用いられる傾向にある。⁴⁰ さらに、「財産」利益を州が創設し得るという考え方で判例は一貫しており、⁴¹ そのため、財産利益の有無は州の自由な判断に依拠することとなったのである。⁴²

四 このような実定法至上主義的発想は、その後、特に収監者に関する判例を中心として「自由」利益の把握方法にも拡大したことが指摘されているが、連邦最高裁は、デュー・プロセスの保護法益としての「自由」も「財産」と同じく単に州の創出するものに過ぎないという原則を、従来、直載に表明したことはない。⁴³ では、第五修正にいう「自由」

利益とはいかなる範囲を持つものであるか。この点、身体の自由や基本的な憲法上の権利以上に及ぶことは明らか、⁴⁷⁾とは言われているが、人間の活動すべてに及ぶものとも考えられておらず、「自由」という文言に特定の意味内容を付与することは現時点では不可能といわざるを得ないようである。⁴⁸⁾

五 なお付言するに、実体的デュー・プロセスの保護法益と手続的デュー・プロセスのそれとで齟齬が生ずる場合がある。⁴⁹⁾典型が福祉受給権であり、実体的デュー・プロセスの保護法益としては否定されているが、手続的デュー・プロセスの保護法益としては肯定されている。⁵⁰⁾その理由につき、連邦最高裁自身は、平等原則下での厳格審査は、権利が憲法上明示もしくは黙示に保障されていることを要するが、デュー・プロセス下の財産利益は憲法により創造されるものではなく、州法のごとき独立の法源に由来する既存の準則もしくは解釈により創造され得るものだからである、⁵¹⁾と説明している。しかし、右のような差異が生ずる根本的理由は、要するに実体的な権利・利益の付与については立法部の判断を信頼しつつ、このような立法府への信頼が手続的デュー・プロセスとの関係では機能せず裁判所による手続的統制が必要となるような法領域が存在することに求めることができると思われる。⁵²⁾

(3) 手続要件論

一 一九七〇年代以前において、非刑事手続でいかなる手続要件が課せられるかを判断する際の一般的基準が、行政機関の行為性質を軸とする利益衡量アプローチであった(いわゆる弾力的デュー・プロセス(Flexible due process)アプローチ)ことは既に述べた。この時代においても、デュー・プロセスは行政手続の最小限の基準を定立している⁵³⁾のであり、その内容は「フェア・プレイの基本要素」というフレーズに要約し得るものであるとされていた。⁵⁴⁾しかし、こ

では、コモン・ロー上の手続が行政手続の決定の際に念頭におかれ、そこからいわば「引算」式に適切な手続の内容が判定されていたといえよう。ところで、ゴールドバーグ判決等によりかつての特権理論は一応の崩壊を見、それにともなつて「デュー・プロセスの爆発」といわれる現象が発生したことはよく知られている。特にゴールドバーグ判決は、被侵害利益の重さ (weight) に着目し、かつ、伝統的な利益衡量の枠組みを用いつつかなり正式手続に近い手続要件を公的扶助の打ち切りに対して要求したのであるが、この「爆発」の結果、正式な手続をリジッドに行政機関に要求することが逆に困難となり、より柔軟な適正手続の観念を発展させざるを得なくなったのである。

二 一九七二年のロス判決により、デュー・プロセスの保護法益として法律上の「権原」の存在が認知され、ここで連邦最高裁は、デュー・プロセスの保護法益の存否の問題と手続要件の問題とを初めて理論的に明確に区分するようになった。すなわち、「権原」の存否は一連の実定法の解釈に依拠して決せられるのに対して、手続要件の確定は憲法上の基準によらねばならぬとし、ここでは連邦最高裁は手続要件確定のため伝統的な分析枠組みを用いている。もともと、一方では、ゴールドバーグ判決以降の連邦最高裁はデュー・プロセスにより要求される最小限の手続以上の手続要件を行政機関に課さないことの重要性も認識していることが指摘されており、その後、徐々に、判例は事実審型ヒアリングを過度に強調することをやめ、公正な略式の手続要件を課す必要性を認識していったのである。

三 右のような手続要件を確定する基準として現在の連邦最高裁は費用便益分析を用いているが、そのリーディング・ケースがエルドリッジ判決である。エルドリッジ判決は、手続要件確定のための基準として、著名な次の三要素を挙げている。⁽⁸⁸⁾①行政機関の行為により影響を受ける処分相手方の利益、②現に用いられている手続によると右の相手方の利益が誤つて剝奪される危険性、及び、既存の手続に付加的もしくは代替的な手続保護がもしあれば、その手続保護が有する蓋然性のある (probable) 価値、③問題となつている政府の行為の機能及び、付加的・代替的手続要件がもたら

すであらう財政上もしくは行政上の負担を含む政府側の利益⁶⁶である。これが功利主義的利益衡量アプローチと言われるものなのであるが、このアプローチの基礎にある考え方を要約すれば、行政機関の瑕疵を最小限のものとし、恣意的行為の危険性を許容できる範囲にまで下げるために必要とされる手続は個々の事案に応じて変わるものであり、このような瑕疵の発生を回避できるための手続要件を確定するため、誤った権利の剝奪から個人を保護することの持つ利益と政府の行為を通じての集団的目的の達成の持つ利益とを比較衡量しようとするものといえる。

四 こうした連邦最高裁の功利主義的アプローチに対して学説からは様々な批判が投げかけられている。例えば、右のようなアプローチを採用したからといって公正な手続を確保することができるとはならず、個人に与えられる保護を否定する方が公益に資するという理由で個人のデュー・プロセス上の保護を否定することは許されるべきではない。⁶⁷ 政府の権限が増大化し、個人が無力化する現代においては、デュー・プロセスはそのような権限のチェック機能を果たすものであつて、たとえコストがかかろうとも非功利主義的立場を採用すべきである。⁶⁸ そもそも功利主義的アプローチは、公正な取扱を受けることについて計測不可能な人間の利益（個人の尊厳など）の存在を見逃しているのみならず、エルドリッジ判決のいう三要素の各々を計量することが非常に困難であり、そのため、これら各々に与えられるべき相対的比重を変えることによつて、極めて粗雑な手続さえも正当化し得る安易な手段を連邦最高裁に与えるものである。⁶⁹ 結局、これら批判を要約すれば、（一）手続的権利が数量化になじみにくいことを考えるならば、手続要件確定の基準として費用便益分析を用いることには無理がある、⁷⁰ という点（功利主義的アプローチを採用していることへの批判）、及び（二）この基準からは手続要件確定のための具体的枠組みが得られず、この不確定な状況の中ではデュー・プロセスの具体的内容を確信を持つて客観的に確定することは困難である（基準としての機能性への批判）、⁷¹ という二点に集約できるように思われる。

しかし、これらの批判がありながらもなお連邦最高裁は功利主義的アプローチに依拠している。その理由はおそらく、このアプローチが持っている単純性、一般性といった長所の存在、及びこの基準に代替し得るだけの実用性のある基準を見いだすことが困難であること⁽⁸²⁾、にあるう。

第三章 第一節 注

(1) Ely, *DEMOCRACY AND DISTRAST*, 87-101 (1980) は、プロセスの保障を二分し、圧倒的に個人的紛争の解決における手続的公正(小文字のプロセス)及び統治のプロセスと配分への広範な参加(大文字のプロセス)の保障のいずれにも憲法典の関心があるとする。この点については松井茂記「司法審査と民主主義(二)」『法学論叢』一一〇巻一号二六頁(一九八一)参照。本稿の対象とするプロセスはこのうちの前者である。

(2) *TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (2nd Ed.) 664 (1988).

(3) 訴訟構造と手続的デュー・プロセス理論との関係については序注(42)(なお、Parratt 判決、Zimmerman 判決の概要、及びいわゆる一九八三条訴訟の権利救済機能に限界があることについては田村泰俊「行政作用の違法と州の救済手続——合衆国法典四二巻一九八三条に基づく不法行為訴訟と手続的デュー・プロセス——」『法学研究六三巻一二号三三八頁以下(一九九〇)参照)、実定法構造の存在については第一章第一節で概略を説明した。

(4) 手続的デュー・プロセス理論と連邦制とは次のように結び付いている(実体的デュー・プロセス理論の基礎の大きな一つが連邦制にあることについては松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」『阪大法学』一四一・一四二号三一〇—頁(一九八七)参照)。一九七〇年代以降の合衆国判例における手続的デュー・プロセス理論は、まず手続的デュー・プロセスの保護法益の有無を判断し、その存在が肯定された後に、いかなる手続によるものが適正とされるかを決定する、というアプローチを採用している。前者を判断するに当たって、連邦最高裁は一九七〇年以降いわゆる権利特権二分論を排し、権原(entitlement)の存否に着目する、という方法を用いて、一時はデュー・プロセスの保護法益を大きく拡張するかに見え

たが、近年ではこの実体的権原の範囲を限定しつつある (See *TRUBE, supra n. (2)* at 760-61. など *Herman, The New Liberty: The Procedural Due Process and Others under the Burger Court*, 59 N. Y. U. L. Rev. 482, 526-28 (1984) は、手続的デュー・プロセスに関するバーガー・コートの特徴として、以下の五点を挙げ、これを批判している。その五点とは、①ロス判決 (Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U. S. 564 (1972)) が二段階テストを創出し、その第一段階として、デュー・プロセスの保護法益たる「自由」「財産」の意義を示す必要性が発生したこと、②このロス判決が「自由」と「財産」とを別個に定義するという方法を確立し、前者は古典的な憲法上の分析に服するのに対して、後者は例えば州法のごとき憲法外的な法源に焦点を当てた実証主義的な分析に服せしめられたこと、③その後、この実証主義的な分析は「自由」利益にも拡大し、特に収監者についてはそうであったこと、④「自由」ないし「財産」上の利益の存否につき、右の実証主義的分析は、州法上の明文の実体的規定及びそれら実体的規定が行政裁量を制限する範囲、もしくは州の行政官による明示的な約束などに焦点を当てるものであること、⑤州法に依拠して決せられる憲法上保護される利益の存否は、いかなる手続的保護を受けるかは区別されていること、である。とはいえ、*Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U. S. 1 (1979) との関係にもつては、あるが、*Rotunda, Nowak, Young*, 2 *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW*, 221 (1986) は、右判決が「自由」も「財産」と同じく単に州の創出するものに過ぎないという原則を表明したものと考えることは誤り、とし、右のように解する見解は、従前の連邦最高裁の実体的・手続的デュー・プロセスに関する判決と抵触する、とする。いずれの見解が正当か、検討の余地がある。その限定化に当り連邦最高裁が着目しているのが州法である。すなわち、州法上の規定のあり方を決めてとして、手続的デュー・プロセスの保護法益の存否を決しようというのである (See *Herman, id.*)。もちろん手続的デュー・プロセスの保護法益の存否に関する右のような判断枠組みは、州の議会 (及びそれに拘束を受ける行政機関) と裁判所の権限分担をいかに調整するか、という考慮に基づくとはいえるが、それと同時に、連邦最高裁の採用しているこのアプローチにより、保護法益の存否につき連邦最高裁をして州法に目を向けさせることにより連邦主義を促進している、ともみることができるのである (See *Herman, id.*, *Notes, Democratic Due Process*, 1977 *DUKE L. J.* 453, 468 n. 89(1977)。その他、連邦制を維持し、州及び地方の定めるべき事項に対する連邦政府の干渉を減少せしめよう、ということにより説明することのできる事案も存在することが示唆されている。 *Trube, supra n. (2)* at 701 & 704.)。なお、この点については本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開——一

九七〇年代および一九八〇年代前半における手続的デュー・プロセスの法理——(二)』『法政論集』一一九号一七二—七三頁、二〇四頁(一九九〇)参照。

(5) See e. g., Tribe, *supra* n. (2) at 706.

(6) わが国で合衆国の手続的デュー・プロセス理論の展開を詳しく紹介した比較的最近のものとしては、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)〜(四)」、『法学論叢』一〇六巻四号二頁以下、同巻六号四四頁以下、一〇七巻一号七二頁以下、同巻四号六二頁以下(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——伝統的行政法理論と手続的デュー・プロセス——(一)(二)」』、『法政論集』一一八号一五九頁以下、一二〇号三三五頁以下(一九八八)、『本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開——一九七〇年代および一九八〇年代前半における手続的デュー・プロセスの法理——(一)(二)」』、『法政論集』一二八号一頁以下、一二九号一六九頁以下(一九八九・一九九〇)がある。詳細はそれらを参照されたい。その他、梅木崇訳 Verkulj「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)) (一)」、『駒大法学部研究紀要』四二巻三六頁以下(一九八四)、『MASHAW, DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE, Ch. 2 (1985)』などが歴史にこそ詳しく論じている。

(7) 松井茂記「非刑事手続領域に於ける手続的デュー・プロセス理論の展開(一)」、『法学論叢』一〇七巻一号七三頁。

(8) Tribe, *supra* n. (2) at 714.

(9) 松井・前掲注(7)四六〜四九頁。See e. g., Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 U. Pa. L. Rev. 1267, 1278 (1975).

(10) Tribe, *supra* n. (2) at 714-15. 一九七〇年代(エルドリッジ判決)以前と以降とでは手続的デュー・プロセスに関する連邦最高裁による判断の基本理念に差異があることを明らかにしているのが MASHAW, *supra* n. (6) at 50ff, 103ff である。これによれば、一九七〇年代以前においていかなるプロセスが「適正」とされるか、を判断する際に用いられたモデルは、決定作成を行う際に合衆国の法制度が通常(customary)用いている手法に照らしつつ、先例を含めた憲法史に依拠して、争われているプロセスの適切性(appropriateness)を判断すべしというものである(at 51)。このような手法に依拠したものとして、例えば MASHAW 氏 Joint Anti-Fascist Committee v. McGrath 判決でのフランクファーターの同意意見(341 U. S. 123, 152-63 (1951))：「デュー・プロセスとは、ある種の法準則とは異なり、一定の固定的内容をもった技術的概念ではない。その内容は、歴史、理性(reason)、一連の先例より構成されているものである」というものである)を取り上げ、

このフランクファーターの同意意見をもって、伝統的な手続モデルを再確認したものと位置づけると同時に、裁判手続もしくは準裁判手続から離れることが例外であるという思考をも右同意意見より読み取り、このような例外が許容されるためには、手続的適正が問題となっている事案が例外的であることを示すものに立証責任があることを示唆するもの、としている (at 82-3)。

ところが *Mashaw* (at 99-100) によれば、この伝統的なモデルに依拠すると、競合する先例及びモデル間での選択が不可避となった場合、右のモデルは憲法判断を枠づける手段を何ら提供しない、という根本的問題が生ずることになる。このような根本的問題を回避し、さらに、伝統的モデルが持つ不分明性、個別的判断性、複雑性を克服し、予見可能性、一般性、単純性を旨とするモデルが、一九七〇年代の判断枠組みであり、これを確立したものがエルドリッジ判決の三要素であるとする (at 102)。その基礎にある考え方は、手続保障とは行政機関の権限行使より発生するエラーを回避するためのものであり、ここではしたがって、誤った権利利益の剝奪から個人を保護するという利益と、政府の行為を通じて集団的目的が達成されることの持つ利益との間のトレード・オフ、という視点から考察がなされることになる (at 103)。その結果、デュー・プロセス適合性の判断は、不分明な、競合する先例・類推・抽象的な法律の性格といったものを戦わせてなされるものではなくなり、ある形式に沿って行政機関の決定作成を組織化していくことから生じる費用と便益を考慮することにより、なされることになるといふのである (at 103)。

この二つのモデルの違いが判例上どのような形で現れているかを、*Mashaw* はゴールドバーグ判決とエルドリッジ判決とを対比しつつ検証し、次のようにいう。すなわち、行政機関の決定が正確たるべしという要請は、ゴールドバーグ判決とエルドリッジ判決との間で下されたいくつかの判決で類似の役割を果たしてはいる。しかし、エルドリッジ判決に至るまで、この正確性の要素は憲法理論上独立した地位を完全には有していない。エルドリッジ判決により初めて、公益 (Public Interest) はすべての決定を正しいものとする利益ではなく、一般的に信頼するに足るとい得る決定プロセスについての利益であるということが明らかになったのである、と (at 103-04)。したがってまた、エルドリッジ判決は、デュー・プロセス上の基準を修正したものであり、またゴールドバーグ判決が明らかにした手続上の準則を縮減するものでもあることを示すものである (at 104) ということにもなるのである。

(11) 詳しくは松井・前掲注(7)四八〜九頁、本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成——伝統的行政法理論と手続

- 的デュー・プロセス——(一)』『法政論集』一一八号一八六〜九〇頁(一九八八)参照。
- (12) 松井・同上。この判例法理が確立したのは *Londner v. Denver* 判決及び *Bi-Metallic* 判決でも知られる。その他 *see e. g. MASHAW, supra n. (6)* at 68-9. なお、この点については本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成——伝統的行政法理論と手続的デュー・プロセス——(二)』『法政論集』一一〇号三四二〜四八頁(一九八八)も参照されたい。
- (13) *See Cafeteria Workers Union v. McElroy*, 367 U. S. 886, 894 (1961).
- (14) *MASHAW, supra n. (6)* at 77, *Rubenstein, Procedural Due Process and the Limits of the Adversary System*, 11 *HARV. CIV. RIGHTS-CIVIL LIBERTIES L. REV.* 48 (1976). *オヤサキ* のことから直せば、裁判手続類似の手続を要求することになるわけではなく(このことについては松井・前掲注(一)四九頁参照)。筆者がここで強調したことは、適正手続を検討する際には、裁判手続がその基準として用いられてきている、という点である。 *See Schwartz, Cost-Benefit Analysis in the Administrative Law: Does It Make Pricelless Procedural Rights Worthless?* 37 *AD. L. REV.* 1, 13 (1985).
- (15) *See Schwartz, id.*, *MASHAW, BUREAUCRATIC JUSTICE* 3 (1983), *Rabin, Job Security and Due Process*, 44 *U. CHI. L. REV.* 60, 75-6 (1976).
- (16) なお橋本公巨「アメリカ合衆国における聴聞を受ける権利」『法学新報』六八卷二号五〜六頁(一九六一)、小高剛「行政法における適正手続の理論」『立命館法学』六七号二四〜五頁(一九六六)も参照。
- (17) 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(三)」『法学論叢』一〇七卷一号七六頁(一九八〇)。
- (18) 例えば *Boyer, Alternative to Administrative Trial-Type Hearings for Resolving Complex Scientific, Economic and Social Issues*, 71 *MICH. L. REV.* 111, 137 (1972) は「フラーの次のような説明を引用している。つまり、行政機関がその権限を濫用するおそれがあり、司法審査以外にも行政機関の行為をチェックする必要がある。ところで、特定の社会の中では、社会を秩序化するために想定し得る形態は限定されており、社会が困難で目新しい問題に直面したときには、問題となっている利害関係を処理するにふさわしい洗練された秩序をあらたに形成しそれを利用可能なものとするとはなかなかできない。その結果として既存のシステムで当該問題を処理しようとするものになり、行政機関に対する手続統制という場面ではそれが裁判モデルに求められることになったのである」と。また *MASHAW, supra n. (15)* at 11 はより直ちに「従来の行政法の中に裁判所に対する信仰があり、それが、裁判手続類似の手続を使用していれば合法である」と考える傾向を育

んで来たのだ」とする。また、Rubenstein, *supra* n. (14) at 48 は、紛争解決権者の中立性、事実認定の正確性、処分の手方への決定参加機会の付与²⁶⁾を挙げている。

(19) MASHAW, *supra* n. (6) at 77.

(20) Schwartz, *supra* n. (14) at 13.

(21) See e. g., SCHWARTZ = WADE, LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT, Foreword by Friendly at XVI-XIX (1972); 伝統的な規制行政は、誰も読まない膨大な記録、多大な出費、とんでもない遅延に悩まされている²⁷⁾、という。また本多・前掲注(12)三四六頁は、現実の行政は、その決定に当たり必要な情報を聴聞のみから得るわけではなく、様々な情報収集活動により得られた情報を基礎として決定を下す²⁸⁾、という行政活動の特質を挙げて、手続の司法化には限界があることを指摘している。

(22) See e. g., MASHAW, *supra* n. (6) at 77-8, Friendly, *supra* n. (9) at 1273-74.

(23) 第二章第一節注(2)。その他本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開(一)——一九七〇年代および一九八〇年代前半における手続的ニュー・プロセスの法理——」『法政論集』二二八号七頁以下(一九八九)参照。

(24) 最判昭三六・三・二八民集一五・三・五九五。阿部泰隆『行政裁量と行政救済』七九頁(一九八七)など参照。

(25) See e. g., ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *supra* n. (4) at 200. チェノー・プロセス自体が一個の実体的権利を設定したものと考へることは誤らざるべきである。See Van Alstyne, *Cracks in "The New Property": Adjudicative Due Process in the Administrative State*, 62 CORNELL L. REV. 445, 451-52 (1977).

(26) ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *id.* at 200-01.

(27) Allgeyer v. Louisiana, 165 U. S. 578, 589 (1897).

(28) 262 U. S. 390, 399 (1923); 実体的なニュー・プロセス理論の展開との関係では批判の強い判決である。

(29) See Monaghan, *Of "Liberty" and "Property"*, 62 CORNELL L. REV. 405, 412-14 (1977).

(30) See e. g., Notes, *supra* n. (4) at 453, 462 n. 57.

(31) なお、コールドバーグ判決——及びそれ以前の Joint Anti-Fascist Committee v. McGrath, 341 U. S. 123, 168(1951)での有名なフランクファーター同意意見(汚名あるいは刑事有罪判決より生ずる不利益(hardship)とまづはいかなくとも、何らかの種類の重大な損害(grievous loss)を受けることを命じられるに先立ちヒアリングを受ける権利が相手方にはある

とらうことがわが国社会にとって基礎的な原理の一つである」というもの(see Wilkinson III, *Goss v. Lopez* : *The Supreme Court as School Superintendent*, 1975 SUP. CT. REV. 25, 35-6 (1975).) 一方、被侵害利益の重さ (weight) と着目するものとの対比は、ロス判決は利益の性質に着目するものである」という差異が存する。Rubin, *Due Process and the Administrative State*, 72 COLUM. L. REV. 1044, 1065-66 (1984) のロス判決のブローナによる「被侵害利益の重さ (損失の重大性) は、いかなる手続が適正とされるか」を判断する際のみ重要であることになる。Herman, *supra* n. (4) at 492. なお、利益の重さから利益の性質へと判例が移行する経過については本多・前掲注(23) 一九二〇頁参照。

(22) Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U. S. 564, 572-74(1972).

(23) ただし、この広範な定義づけによると、公務員になされた不利益な措置のほとんどがデュー・プロセスの保護の対象とされることになりかねず、これをおそらくは避けるために、ロス判決は、公務員がヒアリングを受ける権利を裏付ける実体的な「自由」利益として、①社会における良好な立場を保持する利益と②職業遂行の利益の二つのみを挙げた(408 U. S. at 573-74)と解された。See *Development in the Law — Public Employment*, 97 HARV. L. REV. 1611, 1788(1984).

(24) 408 U. S. at 577. 権原理論の展開については本多・前掲注(4) 一七一頁以下(以下)は entitlement を「資格」と訳されている。) なども参照。

(25) 州法が中心ではあるが、連邦最高裁は、財産上の利益が常に州法に具体化されているべきことを要求しているわけではない。See Wilkinson III, *supra* n. (31) at 48-9.

(26) See Rubin, *supra* n. (31) at 1068-9. 本多・前掲注(4) 一九一頁は、Rubin, *supra* n. (31) at 1151-53を引用して、「保護法益の有無の実際の判断基準が行政裁量の羈束の有無によつて異なる」とする。

(27) See Tribe, *supra* n. (2) at 685-94.

(28) ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *supra* n. (4) at 205.

(29) *Id.* at 236-37. したがって、ロス判決が契機となつてデュー・プロセス条項の適用拡張にストップがかかり、その後の傾向が様々な波及してつたことの評画(See Terrell, "Property", "Due Process" and the Distinction between Definition and Theory in the Legal Analysis, 70 GEORGETOWN L. J. 861, 886-98 (1982).) なども参照。

- (40) Rubin, *supra* n. (31) at 1067.
- (41) TRIBE, *supra* n. (2) at 701-06. 特許問題と知られてゐるのな「世評」(なごし名譽)である。すなわち Paul v. Davis, *id.* at 701-04. 「世評」への侵害(ハ)の「世評」なる利益は財産利益にも自由利益にも加えられ得るものといつて可いである。See ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *supra* n. (4) at 230-32, Wilkinson III, *supra* n. (31) at 51.) の存在のみではデュー・プロセスの保護法益たり得ず、世評・トラス具体的 (tangible) 利益」の侵害という要件を満たすことが必要であると、雇用の機会や私企業での取扱に影響を及ぼすということのみではこの要件を充足しない、としたのである。ここでは、具体的な州の行為との関係で「世評」を保護する法律の存在が認められないのであるからなのである。とは言へ、このような狭い法実証主義的アプローチは他の部分では連邦最高裁により採用されてゐないとの指摘がある (TRIBE, *id.* at 704-05.) ここには留意を要する。
- (42) Herman, *supra* n. (4) at 529-30.
- (43) ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *supra* n. (4) at 205.
- (44) Herman, *supra* n. (4) at 526-28.
- (45) ROTUNDA, NOWAK, YOUNG, *supra* n. (4) at 221.
- (46) *Id.* at 226.
- (47) *Id.* at 212.
- (48) 一九七〇年代以前には「自由」利益については、両者同一線上のものと把握されてゐた。See GUNTHER, CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW, 10th ed. 647 (1980).
- (49) Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471, 487 (1970); トールマンバーグ判決と対比しつつ、連邦最高裁には社会保障上の財源を分配する(実体的)権限を付与されてゐない(とする)。
- (50) 例えばコールドバーグ判決にしてもエドワーツ判決にしてもこの点を否定してゐない。
- (51) See Board of Regents v. Roth, 408 U. S. at 577, Goss v. Lopez, 419 U. S. at 572-73.
- (52) See Wilkinson III, *supra* n. (31) at 54-55.

- (25) See FCC v. Pottville Broadcasting Co., 309 U. S. 134, 143 (1940).
- (26) See *e. g.*, Notes, *Requisites of Administrative Hearings*, 80 U. Pa. L. Rev. 878, 878(1932). とは「え、一九七〇年代以前の判例においては利益衡量の基準が明確ではなく、結果的には手続保障に消極的であったといわれている。本多・前掲注(23)一四頁参照。
- (27) See *e. g.*, Rubin, *supra* n. (31) at 1065, 本多・同上二七八頁。
- (28) 松井・前掲注(7)九〇頁。
- (29) 宇賀克也『アメリカ行政法』一八七頁(一九八八)。
- (30) Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U. S. 564 (1972).
- (31) Tribe, *supra* n. (2) at 706.
- (32) 次の注に述べるような例外もあるが、これが連邦最高裁の伝統的判断枠組みである。
- (33) 連邦最高裁(特にレーンキスト)は、一時これを掘り崩そうとした。すなわち、Arnett v. Kennedy, 416 U. S. 134 (1974) でレーンキストの相対多数意見は、「実体的権利の付与が、それを決するにすぎ用いられるべき手続への制約と分かちがたく結び付いている場合には、(手続的デュー・プロセスの保護を主張するものは) 苦いも甘いも同じく受け入れなくてはならぬ」(416 U. S. at 154) とし、「権原」理論の実定法至上主義的アプローチを手続要件画定という領域にまで拡張しようとした (see *e. g.*, Notes, *supra* n. (4) at 455-56) のである (レーンキストと同じアプローチを採用するものとして Easterbrook, *Substance and Due Process*, 1982 Sup. Ct. Rev. 85 (1982) という論稿がある)。しかし、「右のレーンキストの理論は Goss v. Lopez, 419 U. S. 565 (1975) で採用され、(Wilkinson III, *supra* n. (31) at 35-37.)」最終的には Cleveland Board of Education v. Loudermill, 470 U. S. 532, 541 (1985) において明示的に拒否されることとなったのである。See Tribe, *supra* n. (2) at 707-09.
- (34) Tribe, *id.* at 706-07.
- (35) *Id.* at 707.
- (36) DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 2nd ed. 515 (1979). この間の学説の推移については DAVIS, *id.* at 473-91 (Goss v. Lopez で設定された原則——ある状況の下ではデュー・プロセスは事実審型ヒアリングを要求しないまでも、処分の相手

方に不利益な証拠を要約したものに略式の形で反駁する機会をまず付与しなければ、相手方にとって不利な裁決的事実に關する問題を行政機關が解決することをデュー・プロセスは禁ずる、というものを——を中心に、判例法理の展開を追っている。)

(66) *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319 (1976).

(67) 宇賀・前掲注(58)一八七頁。エルドリッジ判決以降の手續要件論の展開については本多・前掲注(4)一八一頁以下など参照。

(68) 424 U. S. at 334-35. この定式は手續の適正さについての判断を広く行政に委ねるものであることが指摘されている。本多・前掲注(23)二九三〇頁参照。

(69) 松井茂記「非刑事手續領域に於ける手續的デュー・プロセス理論の展開(四)」『法学論叢』一〇七卷四号六七頁(一九八〇)を参考にした。

(70) *TRIBE, supra n. (2)* at 714.

(71) *MASHAW, supra n. (6)* at 102-03.

(72) *Herman, supra n. (4)* at 573 & n. 371.

(73) *See Notes, Specifying the Procedures Required by Due Process : Toward Limits on the Use of Interest Balancing*,

88 *HARV. L. REV.* 1510, 1572 (1975).

(74) *Id.* at 1543.

(75) *See Mashaw, The Supreme Court's Calculus for Administrative Adjudication in Mathews v. Eldridge : Three*

Factors in Search of a Theory of Value, 44 *U. CHI. L. REV.* 28, 48 (1976).

(76) *See e. g., DAVIS, supra n. (65)* at 510-11 (エルドリッジ判決の第二、第三の要素につき「エルドリッジ判決に沿って」

このことを指摘している)。さらにより具体的にこのことを合衆国社会保障法典上の障害保険給付との関係で検証したのが、

MASHAW, supra n. (15) at 79-100 以下。

(77) *TRIBE, supra n. (2)* at 647.

(78) 宇賀・前掲注(58)一八八頁。

(79) この点を強へ批判するものとして *Mashaw, supra n. (75)* at 37-47.

(8) Verkuil, *A Study of Immigration Procedure*, 31 U. C. L. A. L. Rev. 1141, 1149 (1984).

(18) MASHAW, *supra* n. (6) at 102.

(82) DAVIS, *supra* n. (65) at 512.

第二節 退去強制処分と手続的デュー・プロセスをめぐる判例史

一 前節では手続的デュー・プロセスに関する一般論の概略を述べた。では先に述べたような手続的デュー・プロセス理論の中で退去強制処分手続をめぐる理論はどのような位置づけがなされることになり、いかなる特徴が存在するのであるうか。また、入国拒否処分に関する判例理論と比較した場合にはどのような特色の存在を認めることができるのであるうか。これが本章の課題の一端であるが、この検討を行う前に、退去強制処分手続と手続的デュー・プロセスをめぐる判例がどのような展開を示しているかを紹介する必要がある。そこで本節では右に関する判例史を紹介することとする。

二 筆者の知る限りでは、退去強制処分に関する最初の判例はフォン・ユエ・ティン¹判決である。この事件で連邦最高裁はまず、実体的な入国許可・拒否・退去強制事由を定める連邦議会がの権限の絶対的な (plenary) 性格をもつことを認める説示を展開し²、これら権限行使に対する司法審査のあり方が、一般論として、抑制的なものとならざるを得ない旨述べている。すなわち、本判決は、外国人が合衆国内に滞在することを許されているか否か、またいかなる条件で許されるか、という問題は、政府の政治部門により決定されるべきものであって、司法部が、この問題につき憲法上連邦議会に委ねられている権限を行使して制定された手段の正しさなどについて意見を表明することは適切ではない³、と

している。また、本件退去強制処分がデュー・プロセスに反するか否か、に対しては、本判決は、退去強制処分を、犯罪に対する刑罰ではなく、合衆国に滞在するための諸条件を満たしていない外国人を、強制的に本国に送還する手段として位置づけた上で、「したがって、彼（処分の相手方たる外国人）はデュー・プロセスによる保護を受けることなくその生命・自由・財産を剝奪されたものとは言えない」と判示している^⑤。

以上の説示の理論構造については、必ずしも明確とは言えないところがある。しかし、問題はむしろ、以上の説示の内容及び射程が不分明である、という点にある。すなわち、本判決によれば、実体的デュー・プロセスのみならず、手続的デュー・プロセスという観点からも退去強制処分は憲法上問題とならないと考えているのか否か、が明らかではない。また、デュー・プロセスとの関係の説示についても、一見したところ、退去強制処分の相手方たる外国人は、デュー・プロセス上保護されるべき生命・自由・財産といった利益を有していない、と考えているようにも読むことが可能である^⑥。本判決をこのように理解すると、後の判例と本判決とが抵触することになるのである。以上のことからすると、結局、本判決は、移民規制に関して連邦議会は絶対的な権限を有する、という抽象的な命題を定立したものの一つとしてのみ重要である、と評価することができるであろう。

ただし、本判決で注目に値することは、既に本判決が、退去強制処分は刑罰ではない、との性格づけを行っている点である。このことは、後に紹介するように、退去強制手続において完全な事実審型ヒアリング (trial-type hearing) が要求されるものではないという理論を根拠づけるためにしばしば強調されることなのである^⑦。

三 フォン・ユエ・ティン判決において不分明なまま残された問題のうち、デュー・プロセスにより保護される利益、すなわち第五修正に言う生命・自由・財産といった利益を、退去強制処分の相手方たる外国人は有するか否かについては連邦最高裁はどのように考えていたのであるか。前述したとおり、入国拒否事件たるレム・ムーン・シン事件判決^⑧

において、「外国人がわが国に合法に滞在している場合、彼は、いかなる人種であれ、合衆国の管轄権内にあるすべての人に対して生命・自由・財産に対する諸々の保障を受ける権利を有する」として、「合法的な滞在」を要件とするかの如くではあるが、第五修正上の保護法益の有無に関して肯定的に判断されていることが注目される。もつとも、レム・ムーン・シン判決は、事案が入国拒否処分を争うものであったため、退去強制処分と(手続的)デュー・プロセスとの関係については、当然、立ち入った検討を加えていない。

この点を初めて詳細に検討し、退去強制手続と手続的デュー・プロセスとの関係について、現代的ルールの基礎を形成した判決といえるものが、日本人移民事件判決¹³である。すなわち、ここで連邦最高裁は、退去強制事由設定の実体的側面は連邦議会の専権とされ、移民法の執行は行政機関に専ら委任されており、その合憲性については議論の余地なしとすることが判例法上確立したものであることを確認した後、(入国許可を適法に受けた外国人か否かを要件とせず一般的に)上陸後の外国人の処遇と行政機関の裁量権の範囲について検討している。この点、判決は、一方では、法律上前述のように告知と聴聞の規定を欠くことについて、制定法は、聴聞の機会が権利として認められるべき場合について、そのような機会を排斥する趣旨では必ずしもないことと理解し、他方では、従来の判例法上確立されたことは、実体的な入国拒否・退去強制事由の設定権限は政府の政治部門に属すること、及び行政機関に入国拒否・退去強制事由該当性の事実認定権を付与することがデュー・プロセスに反しないこと、であり、行政機関が、第五修正にいう個人の「自由」にかかわる法律上の規定を執行するに際して、デュー・プロセスに内在する諸々の基本原理を無視してもよいとする連邦最高裁判例は存在しない、とする¹⁴。そして、右の諸々の基本原理と退去強制手続との関係について、以下のように説示している。

「右の基本原理の一つとして指摘できるものは、処分を受ける一定の段階において、自己の「自由」が左右される事項につい

て行政機関により聴聞を受ける機会を与えられることのないままに自己の「自由」を剝奪されることは有り得ない、ということである。右の機会を保障される時点は一定の固定したものである必要はなく、また裁判手続形式に沿ったものである必要もないが、連邦議会の意図する迅速かつ有効な行為を妨げないものであると同時に、当該行政官が判断を行うことを要求されている事案の性質に適応したものでなくてはならない。したがって、財務長官その他の執行官は、(中略)既にわが国に入国し、たとえ不法な滞在であると主張されるものではあつても、すべての側面において、わが国の管轄権に服している外国人について、合衆国に滞在する権利をめぐる事項¹⁸に関して聴聞を受けるすべての機会を彼に与えることなく、恣意的に当該外国人の身柄を拘束したり強制する権限を有しない。」

このように極めて漠然とした抽象論としてはあるが、退去強制処分においてもデュー・プロセスの基本原理により、「聴聞を受ける機会」が保障されねばならない、としている。しかしながら、そこで保障されるべき聴聞の形式について、判決は、消極的に、「裁判手続形式に沿ったものである必要はない」とするのみであつて、積極的にこれを定義することをしていない。

また、本判決は、一定の留保を付しながらも、処分の相手方たる外国人に聴聞を受ける機会が保障されるための要件としては、外国人の滞在の合法性は無関係と考えている。この点では前述のレム・ムーン・シン事件判決¹⁷と本判決との間には差異があるものの、両判決とも、退去強制処分においては処分の相手方たる外国人の「自由」という利益が問題となる、という前提に立っている。しかし、両判決とも、なぜこのような前提が成り立ち得るのか、ないし、右の「自由」という利益の内容もしくは軽重いかんといった点については、立ち入った検討を加えていない。

四 もつとも、「自由」という利益の内容としては、外国人は退去強制処分の対象とされると必ず身柄拘束の対象とされていたことから、人身の自由の制約が存することを当然の前提として判例は考えているとの理解も成り立ち得る¹⁹。その他、例えばザコナイト事件²⁰においては、連邦最高裁は、退去強制処分と第五修正との関係をめぐる争点に対して判

例上確立された理論の一つとして、退去強制処分により外国人の継続的居住の自由が侵害されるものと把握されていること、を挙げている²⁴。また、ヌ・フン・ホ事件連邦最高裁判決²⁵をもって、永住外国人が合衆国に残留する権利が第一四修正にいう「自由」の概念により保護されたものであることから、退去強制処分に付されるべき永住外国人にヒアリングを行わねばならないとした判例と理解する見解もある²⁶。さらに、下級審判例ではあるが、ホワイトフィールド事件判決²⁷では、特に退去強制処分の相手方が永住外国人である場合には、彼は自己の職業と財産を失うものであることを理由に、退去強制処分により失われる利益として第五修正にいう「自由」だけでなく「財産」をも挙げている²⁸。

これら種々の、有り得る利益²⁹のいずれが手続的デュー・プロセス上保護されているかについての検討を、その後の判例も含めて連邦最高裁は必ずしも入念に行っているとはいえない。右に列挙してみた利益のいずれかが決定的な利益といえるような状態にもない。すなわち、いずれの利益についても、それをデュー・プロセス上の保護法益と確定するには問題があるのである。まず、人身の自由への拘束——これはそもそも判例には現れていない——であるが、既に合衆国の出入国管理法制の紹介で述べたように、現在では退去強制処分の相手方たる外国人の身柄は原則として拘束されないこととなっている。人身の自由が保護法益として決定的なものとすると、このような制度の下ではもはやヒアリングの保障は憲法上のものでなく制定法上のものであることになる。とすると、法律によりヒアリング手続を削除することも立法政策としては可能となるはずであるが、このような理解を示す下級審判決も論者も存在していない。また、残留ないし居住の自由が手続的デュー・プロセス上保護される利益に当たるか否かについては、判例上統一されているとはいえない³⁰。ことに加えて、特に、右の利益がいかなる程度の手続を要求するものか、という意味での各利益の軽重についての検討がなされていない³¹ことには大きな問題がある。例えば日本人移民事件判決³²についてある論者は、本判決によつて退去強制手続における手続的デュー・プロセスに関する現代的ルールが設定されると同時に、本判決の用いた漢

然とした基準は、退去強制手続と手続的デュー・プロセスをめぐる判例理論に混乱をもたらし、連邦裁判所は一世紀近くの間この問題に悩まされることとなった、と評している。³² この混乱の原因としては、連邦最高裁の課した手続要件の漠然性があることは当然として、手続要件を設定する前提としての実体的な「自由」利益の軽重の分析の欠如も大きかったのではないかと思われる。³³

要するに、日本人移民事件判決によって、退去強制処分においては、外国人は第五修正のデュー・プロセスにより保護されるべき「自由」利益を有すること、したがって何らかの形でヒアリングが退去強制処分を行う際には必要であること、しかしそのヒアリングの形式は略式のものでよいこと、その理由は恐らく、退去強制処分が刑罰ではないことに求められていること、といった、退去強制処分と手続的デュー・プロセスをめぐる一般論が確立されたのであり、行政機関により定められる規則によりヒアリングに関する様々な規定が置かれるようになったことも恐らく一因となつて、後の判例においては、これらの点は既に確立したところとして先例を引用するのみとなり、争点は、手続的デュー・プロセスに合致するといえるためのヒアリングの要件如何に移行していったのである。

五 その後しばらくの間、退去強制処分と手続的デュー・プロセスとの関係につき、少なくとも表面的には連邦最高裁では顕著な動向はみられない。他方、下級審に目を向けると、右に述べた連邦最高裁の一般理論を受けて、退去強制ヒアリングが「公正」であるといえるための一般的基準の内容を積極的に定義しようとする判決が存在している。その典型例がホワイトフィールド事件判決³⁴であり、事案は、永住外国人の退去強制処分をめぐるものである。³⁵ 原審³⁶においては外国人側が勝訴していた。争点は非常に多岐に渡るものであり、被控訴人らが主張していたヒアリングの具体的な瑕疵に関する判断は後述に譲り、ここでは、本判決が提示した右の一般的基準についてのみ言及する。本判決はまず、日本人移民事件連邦最高裁判決³⁷などを引用して、十分かつ公正なヒアリングが退去強制処分においてなされなかつた場合

には、処分の相手方たる外国人は、デュー・プロセスに反して、第五修正上の「自由」を奪われたものとなり、当該処分は違法の評価を受けることを確認し、そのヒアリングは「デュー・プロセスに内在する基本原理」にしたがったものでなくてはならない、とした後^④、これらの基本原理にしたがった公正なヒアリングといえるための要件として、①当該手続過程が事案に応じたものであり、当該処分により影響を受ける当事者にとって公正といえるものであること、②処分の相手方は処分事由を告知され、それを弁明する機会を与えられること、③処分の相手方は聴聞を受ける機会を与えられ、彼に不利な証人に反対尋問を行い得ること、④処分の相手方にとって不利なすべての証拠が提示された後、それを反駁するための証拠及び証人を提示する機会が与えられること、⑤決定はヒアリングで示された証拠のみに基づいて下されるべきこと、⑥その決定には実質的証拠による裏付けが必要であること、が列挙されている^{⑤⑥}（もちろん、ホワイトフィールド判決が指摘したこれら要件も原則的なものであり、これらについての諸判決による具体的判断を個別に検討する必要があるが、その分析は第二部で行う。）。

六 このように下級審レベルでは、退去強制処分の手続要件について積極的な判断がなされていたのであるが、連邦最高裁として手続要件の一般的な基準を示したのが一九五〇年のウォン・ヤン・サン判決^⑦——この判決の論理構造やその意義などについては後に第二部でやや詳しく検討する——である。すなわち、この事件では連邦最高裁は、憲法上要求されるヒアリングとは公正なヒアリングとは、現在用いられている不偏性の基準（currently prevailing standards of impartiality）に合致した審判機関の前でなされることを要する、とした後、右の不偏性の基準と退去強制ヒアリングとの関係につき、以下のように述べている。

「退去強制ヒアリングは、個人の自由、幸福、及び、送還先とされる国の政情によつては、生命自体を左右する諸問題を含むものである。退去強制手続におけるヒアリングの審判機関と同種のものが、より重要でない財産権のごときものが問題とされ

ている手続においても、連邦議会により不公正と非難されているにもかかわらず、退去強制ヒアリングについては憲法上の不偏性の基準に合致するものとして正当化する、ということとは困難である。⁴³⁾

つまり、ウォン・ヤン・サン判決によれば、退去強制処分により剝奪される可能性のある利益（これが直ちにデュー・プロセス上保護される利益となるか否かはさておき）が、財産権——その剝奪の際には行政手続法の適用が（法律上明文の適用排除条項がなければ）認められる——等と比してより重いにもかかわらず、後者の利益剝奪よりも薄い手続的な保護しか前者に対してなされないとすれば、それはデュー・プロセスに反する疑義が生ずる余地がある、というのである。このようにして、ウォン・ヤン・サン判決は、処分により剝奪される利益の軽重と、その際要求される手続との間の相関関係がある程度具体的に示唆したものととして貴重な要素を含んでいるといえよう。⁴⁴⁾

七 このウォン・ヤン・サン判決を一つの契機として、現行一九五二年法が制定されることとなった。⁴⁵⁾ 既に第一章でみたように、現行法によつてかなり詳細に手続制度が整備されたのである。そして、この後、連邦最高裁も下級審も、退去強制手続制度に対して違憲の疑義を表明するものはない。⁴⁶⁾ ある連邦最高裁判決によれば、一九五二年法の退去強制処分に関する手続保障は処分の特徴・性質を反映した十分なものである。⁴⁷⁾ となると、いかなる実体法上の特徴が手続保障に反映されているかが当然問題となるが、これは個別の手続要件を検討することなくしては説明することはできないものである。したがって、この問題は第二部の検討課題とする。

結局、ウォン・ヤン・サン判決以降、退去強制処分手続と手続的デュー・プロセスとの関係を解明する手がかりを与える判決は、連邦最高裁・下級審ともに、存在することなく、争点は専ら法律解釈の問題となつていったのである。

第三章 第二節 注

(1) Fong Yue Ting v. United States, 149 U. S. 698 (1893). 本件については拙稿「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』三四巻五号八四二頁(一九八四)参照。なお、本判決は、他に Wong Quau v. United States v. Lee Joe v. United States の二件を含む合計三件に対して下されたものであり、連邦最高裁はいずれの事件においても実質的な争点としては重大な差はないと考えたようであるが、それぞれ(特に Lee Joe v. United States)の争点には若干の差異がみられる。いずれの事件においても、事案としての共通点は、原告・上告人がいずれも中国人であり、永住の意図で入国後、ニュー・ヨークに一年以上居住していたこと、及び一八九二年五月五日の法律(27 Stat. 25)いわゆる中国人排斥諸法の一つである()の通過後、いずれの原告・上告人も、その第六条により要求されている、当該地域の徴税官(collector internal revenue)からの在留許可証を受けておらず、そのため、連邦保安官は合法に入国したか否かを裁判所で立証させるため、上告人を逮捕したこと、である。各々の事件は、前二者の上告人らは、合衆国への合法的な入国を立証する努力を全く行わなかったのに対して、第三の事案の上告人は、合衆国への合法的な入国の立証の努力をしたが、その立証上同法同条により要求されている、少なくとも二人以上の信用できる白人の証人による合法的な入国の立証を達成することができなかった、という点において差異を有する。Fong Yue Ting は、このような在留許可証を法律上要求される点を捉えて、Wong Quau は、裁判所による退去強制命令発布に際して何らヒアリングが行われなかったと主張して、また Lee Joe は、二人以上の白人の証人を同法同条が必要としている点を捉えて、本件退去強制処分デュー・プロセス違反(そこで主張されているデュー・プロセス違反の内容(手続的なものか実体的なものかなど)については不明である)を主張し、人身保護令状を求めて出訴した。

(2) Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1595 (1959).

(3) 149 U. S. at 711. Nishimura Ekin v. United States, 142 U. S. 651 (1892), *The Chinese Exclusion Case*, 130 U. S. 851 (1889) を引用しつつ、「合衆国は主権を有する独立国家であり、国際関係の完全なコントロール及び右コントロールを維持しそれを実効化させるために必要なすべての権限を、憲法により与えられている」とする。

- (4) *Id.* at 731.
- (5) *Id.* at 730.
- (6) この有名な理解を立けた上で、Fong Yue Ting判決と後の Japanese Immigrant Case判決との間に隔たりがあることを認め、Japanese Immigrant Case判決と同一の時代が終り、新たな時代が始まったとするものに、Note, *Deportation and Due Process*, 5 STAN. L. REV. 722, 744-45 (1953) がある。判例理論の内在的な理解としては、このように解する方がむしろ率直なものである。
- (7) Hesse, *supra* n. (2) at 1580 以下に於て Carlson v. Landon, 342 U. S. 524 (1952), *Harrisades v. Shaughnessy*, 342 U. S. 580 (1952), *Galvan v. Press*, 347 U. S. 522 (1954) の判決と三件に亘つては拙稿・前掲注(一)八六二―六八頁参照)の三判決が、本判決及び Bugajewitz v. Adams, 228 U. S. 585 (1913) に依拠して、絶対的権限論を確立したとされる。
- (8) なお、本判決に全面的に依拠して、合法な滞在があることの立証責任を中国人外国人に課した一八九二年法第三条を合憲と判断したものに於て、Li Sing v. United States, 180 U. S. 486 (1901) がある。その他、*see e. g.*, *Zakonaite v. Wolf*, 226 U. S. 272, 275 (1912), *Bugajewitz v. Adams*, 228 U. S. 585, 591 (1912), *Siniscaldi v. Ebey*, 300 Fed. 558, 559 (1924). 右に引用した一九二二年の二つの連邦最高裁判決は、いずれも、退去強制手続が刑事手続でないことは既に判例上確立したところ、として先例を引用するのみである。
- (9) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. 538 (1895).
- (10) *Id.* at 547.
- (11) *See Gardner, Due Process and Deportation: A Critical Examination of the Plenary Power and the Fundamental Fairness Doctrine*, 8 HASTINGS CONST. L. Q. 397, 405 (1981).
- (12) *Yamataya v. Fisher* (Japanese Immigrant Case), 189 U. S. 86 (1902). 本件は、「公の負担となる蓋然性のある者」として入国拒否事由該当であったにもかかわらず不法に合衆国に入国したものととして、一八九一年三月三日の法律(26 Stat. 1085.) (以下一八九一年法と略)の第一一条を根拠に発せられた退去強制処分が争われたものである。本件において上告人が本件処分の違法事由として主張した点は、上告人に対してなされた移民法反則事由該当性の調査が、その本来の意図を隠ぺいしてなされたものであり、不当であったこと、上告人は英語の理解能力に欠けており、調査当時、本件調査が上告人の

退去強制事由該当性判定のためのものであったことを知らなかったこと、及び、本件調査は弁護人等による弁護を受けることなく行われ、また、上告人が退去強制事由に該当しないことを立証する機会を与えられることなく行われたこと、であった。そして、上告人は、反則事由の告知及び聴聞に関する規定がない一八九一年法は第五修正のデュー・プロセスに反すると主張していた。なお、本件の結論として、連邦最高裁は、本件調査は、上告人は不法滞在しているか否かを確定するためのものである旨の告知を、たとえそれが略式のものであるとしても上告人は受けていたこと、聴聞を受ける機会も保障されていたこと、原告が英語の知識に欠けていたことは不幸なことではあったが、そのみを理由としては人身保護請求を認容する根拠とはならないこと、を理由に本件上告を棄却した。

- その他、処分の手相手たる外国人が翻訳者による通訳をヒアリングにおいて受ける権利についての当時の判例としては *Sim v. United States*, 218 Fed. 432 (2d Cir. 1914) がある。なお、現在では入国(拒否)手続においては手続開始時点で入国許可申請者が英語を理解する能力を有するか否かを決定し、もしその能力がないと判断すれば通訳の使用のための準備を行うこととされており (GORDON AND ROSENFELD, *1A IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE*, § 3. 20e, 3-191 (1984))、また退去強制手続においても通訳が用いられることが前提とされる規則上の規定が存在する (8 C. F. R. § 242. 12 (1984)). *See id.* at § 5. 8a, 5-91). したがって、現在では、判例上、処分の手相手が英語の理解能力を欠いているにもかかわらず、通訳不在のまま退去強制手続が進行した場合には、当該手続は不正なものとして扱われている。 *See e. g.*, *Niachos v. INS*, 393 F. 2d 509 (7th Cir. 1968), *Orozco-Rangel v. INS*, 528 F. 2d 224 (9th Cir. 1976), *Leung v. INS*, 531 F. 2d 166 (3d Cir. 1976).
- (13) 特に *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U. S. 651 (1892), *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. 538 (1895), *Fok Yung Yo v. United States*, 185 U. S. 296 (1902) などける判示を引用しよう。

(14) 189 U. S. at 97-99.

(15) なお、連邦最高裁は、本稿においてこれより後に紹介する論旨を展開するに先立ち、入国審査手続を経ずして合衆国に入国し、その後の滞在期間が非常に短期なものであり、当該外国人の滞在する権利が争われるようになる以前の段階で合衆国人民の一部となっていない外国人が憲法上のデュー・プロセス条項を援用できるか否かの問題は一応置く、としている。 *Id.* at 100.

(16) *Id.*

- (17) *Ching Ekiu v. United States*, *supra* n. (3) at 659, *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U. S. at 713, *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. at 547.
- (18) 189 U. S. at 100.
- (19) *Id.* at 101.
- (20) 拙稿・前掲注(一)参照。
- (21) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. 538, 547 (1895).
- (22) 人身保護令状の請求については、判例上一貫して本案判断に入っていることは、退去強制処分が人身の自由に対する制約であることを認めていることを意味する。
- (23) *Zakonait v. Wolf*, 226 U. S. 272 (1912).
- (24) 本件は、入国後三年以内に売春行為を行ったとして発せられた退去強制処分が争われた事例であり、上告人たる外国人は当該処分の根拠法規(一九〇七年二月二〇日の法律の第三条。34 Stat. 899.)にヒアリングの規定が存しないことなどを捉えて第五修正違反を主張したが、右争点については既に判例上解決をみている、としている。そして判例上完全に確立したことのひとつとして、「外国人が合衆国に入国することを禁止し、その入国を規制する連邦議会の権限は(合衆国に外国人が在留するための)諸々の条件を課す権限をも含むものである。そして、この条件を履行したか否かによつて、外国人が合衆国の領域内に継続して居住する自由は左右されることとなる」(*Id.* at 275)ことを挙げている。このことからすると、連邦最高裁判例は、既に述べたような第五修正に言う「自由」利益の内容として外国人の「継続的居住の自由」を考えていたとみることも可能ではある。しかし、本判決は、右の説示を含めて、他の第五・第六修正上の諸論点に関する判例理論を一括して列挙し、最後に多くの先例を引用する、という形式を用いているが、本判決で引用されている諸判決のいずれにおいても、右の「継続的居住の自由」を明示するものはない。したがって、連邦最高裁は黙示のうちに「自由」利益の一つとして外国人の「継続的居住の自由」を含ましめていた、と理解せざるを得ない。
- (25) *Ng Fung Ho v. White*, 259 U. S. 276 (1922)。本件では、一九一七年二月五日の法律(39 Stat. 874)制定以前に、中国人排斥法に反し入国した中国人が、一九一七年法に規定されている行政手続により退去強制処分に処せられるといえるか否か、が争われた。なお、一九一七年法以前には連邦最高裁は、中国人排斥諸法違反による退去強制処分が課せられるため

には裁判手続を経由することが必要である」と判示していた(See *United States v. Woo Jan*, 245 U. S. 552 (1918)).

(26) *Nowak, Rotunda, Young, CONSTITUTIONAL LAW*, 2d ed. 544 (1983), citing 259 U. S. at 281. じかじか Ng Fung Ho v. White 事件における争点はきわめて特殊なものであった。すなわち、一九〇七年二月二〇日の法律(34 Stat. 898)は行政機関の命令により退去強制処分を行うという処分形式を中国人に適用しておらず、中国人は一九〇七年法の下においても裁判手続を経た後に退去強制処分を課せられることとされていた。ところが、一九一七年法の下で全面的に行政機関による処分決定によることとなったのであるが、これに対して原告・上告人らは、なお裁判所による審問を経た後でなければ退去強制処分が最終的なものとなるのではない、と主張したのである。これに対して本判決は、制定法規の解釈の問題として考え、何らかの憲法問題の決定とは無関係との前提(259 U. S. at 280)において論旨を展開している。したがって、その説示は専ら法律解釈の次元でのものであり、*Nowak, Rotunda, Young, id.* が本判決をどのように解釈して本文中に指摘した理解に達したかは不明なところがある。

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

(28) *Id.* at 750-51.

(29) 当時の判例理論との関係では、身柄拘束を受けない自由が第五修正上の自由利益にはいることは議論の余地のないところであらう。See *Monaghan, Of "Liberty" and "Property"*, 62 *CORNELL L. REV.* 405, 411-12 (1977). また後に詳述する *Colver v. Skeffington*, 265 Fed. 17, 25 (D. Mass. 1920) も退去強制処分に関するそれまでの連邦最高裁判例等を検討した後、憲法により保障される一連の自由(Body of liberties)のもっとも基本的なものとして、不合理な搜索・押収からの自由、デュー・プロセスの保障がされなければならない身柄拘束(arrest)からの自由を挙げている。問題は、したがって、継続的居住の自由が「自由」利益に含まれているといえるか、また退去強制処分による永住外国人の職業・財産の喪失が第五修正に言う「財産」(property)利益の喪失といえるか否か、である。Monaghan, *id.* at 412-14 は「自由」利益についての連邦最高裁の把握方法の変遷について叙述しているが、それによると当初の判例(*Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578 (1897))は第五修正にいう「自由」を「市民の身体的拘束からの自由」と把握していたが、これが徐々に広がり、ついには *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923) が、「自由な人による幸福の規律正しい追求にとって不可欠であるものとしてロモン・ロー上長く認識されてきた特権を享受する権利」を含むものと考えるにいたり、第五修正にいう「自由」利益

は非常に広範なものと把握されることとなったのである。そして、実体的デュー・プロセスにより保護される「自由」利益の捉え方と手続的デュー・プロセス上のそれとの間に差異が生ずるようになったのは一九七〇年代以降であり、それまでは両者同一線上のものと考えられていた (GUNTHER, *CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW*, 10th ed. 647 (1980)) ものとすれば、一般的な法律関係においては、継続的居住の自由は第五修正にいう「自由」に含められる可能性が大であったといえよう (ただし退去強制処分との関係でもこのようにいえるか疑わしいことについては後に本文中で述べる)。他方、退去強制処分による職業・財産の喪失が「財産」利益の喪失とされる可能性は、当時においては公職への就任等が「特権」とされていたことに鑑みれば、移民法上の法律関係が他の一般的な法律関係と同じ性格のものと考えられていたとしても、非常に少なかつたものと推測される。

(30) すなわち、退去強制処分による被侵害利益として、前掲注(26)(27)判決のように、何らかの条件付きながら、継続的居住の自由ないし残留の自由を挙げる判決が一方では存在する。しかし、他方、*The Chinese Exclusion Case*, 130 U. S. 582, 603-04 (1889) 以来、後の *Harisales v. Shaughnessy*, 342 U. S. 580, 587 (1952) に至るまで、連邦最高裁は一貫して外国人が入国及び滞在する権利を有しない旨判示してきたことが指摘されてゐる。See e. g. *Mastlow, Recasting Our Deportation Law: Proposals for Reform*, 56 *Colum. L. Rev.* 309, 319 (1956). これらの二つの判例の立論については、外国人は入国ないし滞在を求め実体的な権利を有しないが、しかし、他方残留ないし継続的居住を打ち切る場合の手続的保護を求める権利を有していると解しているものと把握することが合理的ではあろう。しかし、このように政府の授益行為を求める実体的権利は存しないが、その打ち切りの際には手続的デュー・プロセスの保護が及ぼされる、との考え方が明確化するの是一九七〇年代以降の、例えば社会保障給付の打ち切り、公務員の解雇、仮釈放の取消等をめぐる一連の判例によつてである。実体的権利と手続的権利とを分離する思考の萌芽が既にふるくより存在した一例として退去強制処分をめぐるこれらの判例を理解することが可能である。

(31) *TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 507 (1978) によれば、当時の判例は手続的デュー・プロセス上要求される「基本的公正」(fundamental fairness)の要件を判断するにあたり、①いかなる性格の利益がデュー・プロセス上の保護を受けるに値するか、という問題と、②いかなるプロセスが適正かという問題とを区別して論ずることを知らなかつた、とされていることからすると、判例上各利益の軽重を②との関係でことさらに意識して論じられなかつたこともやむを得なかつたこと

はいえよう。

(32) Gardner, *supra* n. (11) at 405.

(33) Goldberg v. Kelly, 397 U. S. 254 (1970) 以降の現代的な手続的デュー・プロセスの判例理論は、ある処分を行うに際して手続的デュー・プロセス上いかなる要件が課せられるかを決定するために利益衡量アプローチと称されるものを採用していることは周知のところである。一般論として利益衡量アプローチにおいて考慮される要素とは Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319, 335 (1976) によれば、「第一に、政府の機関の処分によって影響を受ける私人の利益」、第二に、「当該私人の利益が既存の手続によれば誤って剝奪される危険性の程度、及び既存の手続とは異なる手続的保護が持ち得る価値、そして最後に、政府側の利益」である(右の二判決についてはとりあえず佐伯祐二「アメリカ社会保障行政に於ける行政統制(一)」『法学論叢』一一八巻三号三三三頁以下(一九八六)参照)。Japanese Immigrant Case においても、本文中に引用した如く、連邦最高裁は政府側の利益とともに処分の対象たる事案の性質を、聴聞を受ける機会の保障の判断要素の一つとして挙げているが、この「事案の性質」には処分の相手方の利益状況も含まれているものと思われ、したがって退去強制処分において剝奪されることとなる利益の内容及び軽重の検討が手続要件確定のためには必要ということにならうと思う。ところが、この点の細かな検討とその積極的な内容確定が、現在に至るまで連邦最高裁判例上なされていなかったのである。利益状況の内容・軽重と関連するものとして指摘できるところであろうと思われることは、Fong Yue Ting v. United States, 149 U. S. 698, 730 (1892) に出現して以降再三強調されることとなる。「退去強制手続は刑事手続ではない」という命題である。この命題は、「したがって刑事手続におけるがごとく手続要件は退去強制手続では課せられない」という結論を導くために用いられるものであるが、右命題は、視角を変えれば、退去強制手続において問題となる利益状況は刑事手続のそれほど重くない旨述べているものと考えることができ。しかしこれもいわば消極的な定義づけにとどまっているのである。

(34) See e. g., United States ex rel. Turner v. Williams, 194 U. S. 279 (1903)；一九〇三年三月三日の法律 (32 Stat. 1213) の第二条、第二〇条に基づくアナーキストの退去強制処分が争われた事例。争点は、本件退去強制処分が第一・第五・第六修正に反するか否か、というものであったが、第五・第六修正をめぐる論点について——例えば退去強制処分のために必要とされるヒアリングは完全な司法手続類似のものでなくてもよいことなどについて——は既に判例上解決済みのものとして先例を引用するのみ、Zakonian v. Wolf, 226 U. S. 272 (1912)；一九〇七年二月二〇日の法律 (34 Stat. 898) 第三条に

より入国後三年以内に売春行為をしたとして発せられた退去強制処分が争われた事例。第五修正をめぐる争点が提起されたが、Pliney の memorandum opinion により、この争点に対する判断は既に確立したとして上告棄却。本判決が判例上確立したところと判断した内容として列挙していることは、連邦議会が外国人の継続的居住の自由に対して制約を課する権限を有すること、退去強制手続は刑事手続ではないこと、略式であっても公正なヒアリングが必要であること、である。Mahler v. Ebby, 264 U. S. 32 (1932)；事後法の禁止をめぐる争点についてはあるが、退去強制処分は刑事処分ではないことは既に判例上確立したところとして Fong Yue Ting v. United States, Bugajewitz v. Adams を引用。

(35) Whitefield v. Hanges, 222 Fed. 745 (8th Cir. 1915).

(36) 処分事由は、当該外国人らがしばしば売春婦の出入りする音楽・ダンスホールその他娯楽場で働いていること、売春宿の経営に参与していたこと及び売春行為により得られた利益の全部もしくは一部から利益を得ていたこと、であり、これは一九〇七年二月二〇日の法律の第三条 (34 Stat. 899) 及びその修正法たる一九一〇年三月二六日の法律の第二条 (36 Stat. 264) に反する行為であったと主張のしある。

(37) Hanges v. Whitefield, 209 Fed. 675 (N. D. Iowa, 1913).

(38) Yamataya v. Fisher (Japanese Immigrant Case), 189 U. S. 86, 100, 101 (1903).

(39) その他 Chin Yow v. United States, 208 U. S. 8, 10, 12, 13 (1097), Low Wah Suey v. Backus, 225 U. S. 460, 468 (1911) を引用。

(40) 222 Fed. at 748.

(41) Id. at 749, citing ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co., 227 U. S. 88, 91-93 (1913).

(42) その後 Unger v. Seaman, 4 F. 2d 80, 82-83 (8th Cir. 1924) も Whitefield 判決に沿った要件を列挙している。ただし実質的証拠については言及していない。

(43) 339 U. S. 33 (1950).

(44) Id. at 50-51.

(45) アメリカ合衆国の判例上、聴聞を受ける権利が憲法上要求されるものであるが、制定法上要求されるものかしばしば不明であることは既にわが国でも指摘されている。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)は、その理由ないし事情として、①制定法上聴聞に関する規定が存しなくとも、デュー・プロセスないし時には立法者の暗黙の意思を認めて聴聞を処分要件とするなどして、聴聞に関する判例が豊富に存すること、②連邦議会が従前の判例法を制定法化する努力を続けてきたこと、③制定法にながしかの手続規定があつても、デュー・プロセスによる補充を受けること、を挙げている。これらはいずれも、その論文の表題どおり、憲法理念が行政法に投影されている、という関係を示すものであるが、本稿で示したウォン・ヤン・サン判決は逆に、行政法(制定法)たる行政手続法が「現在用いられている不偏性の基準」を充足するものとして用いられることによって、憲法理念へと投影されているという関係を示している。あるいはまた、既に何度か本稿でも指摘したように、アメリカ合衆国判例法においてヒアリングの要件というものが裁判手続を念頭に置いて考察されていることもつとに指摘されているところである。See e.g., MASHAW, BUREAUCRATIC JUSTICE 3 (1983), MASHAW, DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE 77 (1985)。これらの現象は、手続的デュー・プロセスにより要求される手続内容が、実は憲法自体から内在的に導き出されるのではなく、何らかの、伝統的に合理的と思われてきた手続のタイプ(合衆国においては例えば裁判手続であり、あるいは行政手続法が思い浮かぶ。なお行政手続法と事実審型ヒアリングとの関係については、DAVIS, 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 2d ed. 447-48 (1979)参照)を念頭におき、その助けを借りつつ、決せられざるを得ない(よかれあしかれ)のではないか、との疑念を生ぜしめるものであるように思う。もちろん、行政手続を「司法手続化」することには限界があり(日本法律家協会編『準司法的行政機関の研究』一〇〇―一一頁(一九七五)参照)、過度に裁判手続に依拠した場合、行政の効率性¹⁾したがってまたその最終的な決定作成機関としての信用が損なわれる²⁾との指摘(See e.g., Smith, *Judicialization: The Twilight of Administrative Law*, 1985 DUKE L. J. 427, 461-62 (1985))に留意する必要があるが、この指摘と、手続要件の考慮を嚮導する手続モデルの存在の必要性とは、次元を異にする問題であらう。この意味でもわが国において一般的な行政手続法の制定が待たれるところである。
- (46) この間の事情については川原謙一『米國退去強制法の研究』五〇〇頁以下(一九六四)に詳述されている。
- (47) 現行法上の職能分離制度が手続的デュー・プロセスの要件を充足するものといえるか否かが問題となつたことはあるが、これは個別の手続要件に関する問題であるので、第二部第二章で紹介する。
- (48) Marcello v. Bonds, 349 U. S. 302, 311 (1955)。

第三節 本章のまとめ

一 既に第一章において述べたように、現行一九五二年出入国管理・国籍法の制定に至るまで、合衆国では、法律上退去強制手続に関する定めとしては、「労働長官等の令状なくしては外国人の身柄拘束・退去強制はなし得ない」と定めるのみであり、その手続について規定をおくことをしていない。このような手続についての法律上の規定の不存在を一部埋める役割を判例は果たしたものと¹いうことができ、判例法の果たした役割は決して小さなものではなかった。以下では、連邦最高裁及び下級審の諸々の判決より読み取ることのできる判例法理の内容、意義及び限界について言及しておく。

二 まず手続的デュー・プロセスの一般論のレベルでは、連邦最高裁は既に日本人移民事件²において、「事案の性質」に応じた手続的保護がデュー・プロセスの要求するところである、³としており、このようにある意味では手続的デュー・プロセスの保護が弾力的な (flexible) ものであるという考え方はふるくより移民法に入り込んでいた⁴といえる。この一般論からは、いかなる退去強制令状もデュー・プロセスに合致した公正なヒアリングを経た後でなくては瑕疵なきものとはされない⁵、ということが少くとも明らかになる。では、第五修正のデュー・プロセスによる保護を援用するため必要とされる、第五修正にいう「生命・自由・財産」に対する侵害の発生は判例上どのようにして認定されていたのか。⁶また、右の被侵害利益の軽重如何はどのようにに解せられていたのか。さらに手続的デュー・プロセスの保護を処分の手方たる外国人が受けるとしていかなる程度の手続的保護を受けると考えられていたのか。

これらの問題のうち、まず、デュー・プロセスの保護法益の問題についてはいまだに解決をみていない。すなわち、

退去強制処分による被侵害利益で、かつデュー・プロセスにより保護される利益としては、先にもみたようにいつかの利益が判例の中で挙げられている。その中では、人身の自由がその中核と考えられていたであろうと思われるが、必ずしも明確とはいえない。また、継続的居住の自由もデュー・プロセス上保護される利益として連邦最高裁は挙げることもあるが、当時のデュー・プロセスの保護法益論一般の中では、退去強制処分との関係ではこの利益のみを独立して取り出してみた場合には、「特権」として位置づけられる可能性が高い。と言うのは、在留資格や在留期間の決定につき第一次的には連邦議会が広い裁量権を有しており、判例上これが絶対的権限と認められていたことに鑑みれば、憲法上在留権を実体的に基礎づけることができないからである。もちろん、実体的利益が憲法上のものでなく法律上のものとしてもなお、それが法律による権原 (entitlement) の付与とみることができれば、一九七〇年代以降の判例理論によれば、手続的デュー・プロセスの保護は受け得る。しかし、このような枠組を一九五〇年代の最高裁は知らなかったのである。また、退去強制処分の結果、特に永住外国人の場合には合衆国における自己の職業や財産を失うことも大きな損害とはなろうが、これをもって第五修正上の「財産」利益の侵害に当たるとはいい難いであろう。このような財産上の損害から処分の相手方たる外国人を保護する法規範を、コモン・ローも含めて、どこにも見いだし得ないからである。

結局、退去強制処分と手続的デュー・プロセスの保護法益をめぐる判例理論においては、手続的デュー・プロセス上保護される利益の判定基準は不分明なまま残されることとなる。にもかかわらず、既に一九五〇年のウォン・ヤン・サン判決においても保護法益の存在を前提とする判断が下されており、その点にことさらに言及する必要性を判例はもはや感じていないようである。

保護法益の有無が問題となった具体的なものとしては、不法入国の外国人にも手続的デュー・プロセスの保護が及ぶかに付き、ある判例 (レム・ムーン・シン判決)¹⁰ はこれを否定的に解しているようであり、先の日本人移民事件判決¹¹ は

これを積極的に解しているが、さらに後のクウォン・ハイ・チュウ事件判決¹²では再び否定的ともとれる説示がなされており、一貫性がない。他方、短期在留の外国人については、日本人移民事件判決¹³は手続的デュー・プロセスの適用につき懐疑的とも思われる説示をしているが、他の連邦最高裁判例ではこの点に触れるものが見あたらない、といった状況である。

もつとも問題となると思われるものは、不法入国の外国人に対する退去強制処分と手続的保護との関係であろう¹⁴。ところが、この点については、たまたま長い間不法入国を隠すことに成功したからといってそれらの人々に厚い保護を与えることは奇妙であり、入国したときの状況を区別すべきであるとの問題提起¹⁵が学説より辛うじてなされているだけであり、なぜそもそも不法入国の外国人にも手続的デュー・プロセスの保護が及ぶのか、についての議論はない。しかし、少なくとも当時の退去強制制度を前提として考えれば、退去強制処分は身柄拘束を伴うものであり、人身の自由というデュー・プロセスのいう「自由」¹⁶のもつとも基礎的なものが剝奪されるのであるから、デュー・プロセスの適用は¹⁷ある、といえそうではある。

なお、デュー・プロセスにより保護される利益という視点からすると、次の点が注目される。それは、既に一九五〇年代以前の判例においてある程度確立されていた手続的デュー・プロセスと実体的デュー・プロセスとの間の断絶が、一九五〇年代の判例によりさらに明確となり、移民規制に関するいわゆる絶対的権限論が判例理論として確固たるものとなった、という点である。判例法は、二つのアプローチを用いて、この理論を確立しているように思われる。一つは、実体的デュー・プロセスにより保護される利益を外国人は有しておらず、外国人が合衆国内に在留する利益は特権である、というアプローチ¹⁸であり、一つは、移民規制権限行使の際の連邦議会の裁量権がきわめて広い、というアプローチ¹⁹である。特に前者のアプローチは、移民法領域における、実体的デュー・プロセスにより保護される利益と手続的デュー・

プロセスによるそれとの間の乖離を顕著にするものである。また、退去強制処分により侵害・剝奪される個人の利益の軽重についても、一九五〇年代以前と同じく、判例は退去強制処分が個人に対して与える打撃の程度が重いことを指摘する⁽²⁰⁾のみであり、この点も、一九五〇年代以降新たな判例理論の展開はない。

三 次に、前述の被侵害利益の軽重の検討もまた判例上意識的になされていない。もつとも、利益の軽重を判例がどのようなものと解していたか、を推認させる説示が展開されていることはある。すなわち、判例は、一方では、退去強制手続は法形式的には刑事手続ではない⁽²¹⁾としつつも、他方、しばしば、その実質的效果が非常に厳しいものであり、刑罰を課した場合のそれと対比し得るものであることを指摘しているのである⁽²²⁾。したがって、判例が退去強制処分による被侵害利益を担当重いものと考えていることは看取し得るのであるが、さらに進んで、このことと手続的デュー・プロセス上の保護との相関関係のあり方を検討する判例は存しない。

四 第三に、退去強制においていかなる手続的保護が適正なものといえるか、については、これに対する伝統的な対応は、①退去強制手続は刑事手続ではなく民事手続であるから、その処分の相手方には刑事裁判手続ほど広範な手続的保護を受ける権利はないが、しかし、②退去強制手続は「公正さについての本質的要素を充足してはならない⁽²³⁾」、ということの基本としていた⁽²⁴⁾。この第二点をやや具体的に判別する基準と目し得るものを示したのがウォン・ヤン・サン判決である。すなわち、同判決は、公正なヒアリングとは、現在用いられている不偏性の基準 (currently prevailing standards of impartiality) に合致した審判機関の前でなされることを要する、との一般論を示すとともに、この不偏性の基準と退去強制ヒアリングとの関係につき、退去強制処分により剝奪される可能性のある利益 (これが直ちにデュー・プロセス上保護される利益となるか否かはさておき) が、財産権——その剝奪の際には行政手続法の適用がある——等と比してより重いにもかかわらず、後者の利益剝奪よりも薄い手続的保障しか前者に対してなされないとすれば、それ

はデュー・プロセス違反の疑いが生ずる、との判断を示している。⁽²⁸⁾ この判断は、利益の軽重と、その剝奪の際に要求される手続との間の相関関係を、退去強制手続というコンテキストの中で示したものと見て、それなりに重要である。なぜなら、当時の手続要件に関する一般論が具体的な実体的処分（ここでは退去強制処分）との関係でどのようにして適用されることになるのか——それが典型的といえるか否かはともかく——が、ここでは示されているからである。

五 既に第一章で検討したように、現在手続的デュー・プロセス要件として一般的に承認されているところを、退去強制処分に関する現行法制定前の規則は概ね満たしており、一般的な手続要件論との関係では問題となるところは少ない。⁽²⁹⁾ そして、現行法制下における退去強制処分手続もまた手続的デュー・プロセスにより要求される最小限の要件を充足していると評価されていることも第一章において述べたところである。

問題は、そのような手続要件の性格及び各手続要件相互の関連性である。この点の検討の詳細は第二部の課題であるので、一般的な点として次の点だけを指摘しておく。すなわち、退去強制処分に際して要求される手続の基本的性格は、当然のことながら、⁽³⁰⁾それが「機会の保障」である、ということである。このような「機会の保障」をなす義務を行政機関に課すことを判例が認めた重要性は、迅速な手続進行にまさる利益を判例が承認した、ということにあるのである。⁽³¹⁾ このこととの関係で注目し値することは、判例が入国審査官によるヒアリングを手続的デュー・プロセスとの関係で問題としている、ということである。これもまた第一章において述べたところであるが、⁽³²⁾入国審査官によるヒアリングは、理論上労働長官等の下級行政機関による調査及び証拠収集手続の一部として位置づけられており、これら証拠等に基づいて上級行政庁、すなわち、労働長官ないしその権限の委任を受けた付属審査局が裁決を下す、というシステムとなっている。そして、付属審査局による審査に際しても一定の手続的保障がなされていること、⁽³³⁾及び労働長官等による処分決定が最終的（final）であるとされていることからすれば、⁽³⁴⁾最終的な処分に至る過程中の裁決権者と位置づけら

れるもの——特に付属審査局——によるヒアリングと手続的デュー・プロセスとの関係をむしろ問題とするという手法⁽³⁶⁾もあり得るのである。にもかかわらず、入国審査官によるヒアリングを独立して、その手続的デュー・プロセスとの整合性を判例が問題としていることは、理論上の位置づけはともかく、実際には入国審査官によるヒアリングがいわば第一審としての役割を果たしているとの認識を判例が有しているためである⁽³⁷⁾。

六 以上の分析から次のようにいうことが許されるであろう。すなわち、確かに移民規制権限の行使は国家主権に内在する権限とされ、その実体的側面への司法統制は非常に消極的になされてきた⁽³⁸⁾。しかし、退去強制処分に関しては、判例はその手続的側面に対して司法統制のための一定の基準を提供してきたのであるし、また、後に第二部で述べるように、具体的なレベルにおいてもかなり厳しく手続統制を行つてゐる。したがつて、移民規制権限行使のすべての局面において司法統制が後退していると考え⁽³⁹⁾ることはできない。合衆国判例は、少なくとも退去強制処分との関係では、一方で実体面については移民規制権限の行使を連邦議会に委ねながら、他方手続面に対する司法統制を行い、これによつて、一方では政府の政治部門における外交政策上の決定——筆者の見解ではこれが移民規制権限の絶対的 (plenary) 性格を導き出すものである——を尊重しつつ、他方では処分の相手方たる外国人の利益を保護しようとしてゐるということができる⁽⁴⁰⁾。換言すれば、司法審査が移民政策の実体面まで及べば連邦議会の外交政策上の権限を侵害することになるのに対して、これを侵さないものと認められた制約が手続保障であつたと思われ⁽⁴¹⁾るのである。

これに対して、入国拒否処分の相手方に対しては、連邦最高裁判例は第二章でみたようないくつかの理論的根拠を用いて、手続保障を認めていない。しかしながら、連邦最高裁は、入国拒否処分との関係でも、法律上「入国」とされるものに対して、憲法上の視点から、一定の手続的保護を付与してゐるのである。次章で紹介・検討する「再入国」理論がこれである。

第三章 第三節 注

- (1) See Note, *Deportation and Due Process*, 5 STAN. L. REV. 722, 729 (1953).
- (2) *Yamataya v. Fisher* (Japanese Immigrant Case), 189 U. S. 86, 101 (1902).
- (3) 本章第二節注 (33) 参照。
- (4) See Verkuil, *A Study of Immigration Procedure*, 31 U. C. L. A. REV. 1141, 1148 (1984).
- (5) See Note, *sbhya* n. (1).
- (6) この点については本章第二節注 (22) ～ (33) 及びその本文参照。
- (7) 本章第二節注 (22) ～ (28) 及びその本文参照。
- (8) 下級審判決の中にこの利益の喪失がデュープロセスにいう「財産」利益の侵害に該当するとするものがあることについては本章第二節注 (27) ～ (28) 参照。
- (9) See *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U. S. 33 (1950), *Carlson v. Landon*, 342 U. S. 524 (1952).
- (10) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. at 547.
- (11) *Yamataya v. Fisher* (Japanese Immigrant Case), 189 U. S. at 101.
- (12) *Kwong Hai Chew v. Kolding*, 334 U. S. 590, 596 (1953). 「合法的永住外国人には第五修正の手続的デュー・プロセスの保護が及ぶ」とする (本件については第二章第二節 (1) 参照)。
- (13) *Yamataya v. Fisher* (Japanese Immigrant Case), 189 U. S. at 100. 本章第二節注 (15) 参照。
- (14) 不法入国の外国人には手続的保護が及ぶとされるのに対して、入国拒否処分相手方には及ばないとされることはバランスに欠ける」という批判がなされるからである。この点については第二章参照。
- (15) *Martin, Due Process and Membership in the National Community*, 44 U. PITT. L. REV. 165, 230 (1983).
- (16) 本章第二節注 (23) 参照。

るための証拠が反対尋問を経ずして収集された場合に、その証拠能力を否定するために、また、*Ng Fung Ho v. White* 判決では、退去強制処分の手手方が市民権保持を主張している際、その点の主張はいかなる手続を経て処理されるべきか、との論点との関連で、その他、一九六〇年代の判例ではあるが、*Woodby v. INS*, 385 U. S. 276, 285 (1966) では、退去強制事由を裏付ける証拠の程度という論点との関連で、前述の説示が展開されている。

(23) なお、「刑罰類似の効果」と述べるところにあたって判例は、退去強制処分を実施する際に必ず身体的拘束が発生する、という手段面、及び、退去強制処分を実施した結果、合衆国内で取得した生活基盤その他財産を失うのみならず、場合によっては家族等の別離という事態を生ぜしめる、といった効果面、の双方を考慮にいれているようである。前掲注(22)の諸判例参照。後者に着目すれば、入国拒否・退去強制区分論にもそれなりの根拠がある、といえそうであるが、既に第二章で述べたように、入国拒否処分の際にも右のような効果が生ずる場合が、例外的にはいえ、存するのであり、したがって、右の二種の処分を絶対的に区分する判例理論は、処分が有する「刑罰類似の効果」への着目、という視点と抵触するものを含んでいるといえよう。

(24) *See e. g.*, *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U. S. 1032, 1038 (1984).

(25) *See e. g.*, *Bridges v. Wixon*, 326 U. S. 135, 154 (1945). なお、この点との関係で注意すべきことは、出入国管理手続が非刑事手続であることを強調したことも初期の判例たる *Fong Yue Ting* 判決(本章第二節注(1)〜(8)及びその本文参照。)當時は、いまだに行政ヒアリングについての考え方は展開されておらず、したがってヒアリングが処分に必要と考えた場合に唯一あり得る選択肢は裁判手続と同じ手続要件を課すことであった、ということである。Note, *supra* n. (1) at 746. したがって、そのあまりに厳格な手続要件を課すことを避けるために連邦最高裁は処分手続の非刑事的性格を強調したという側面があることに留意しなくてはならぬ。

(26) *See e. g.*, *United States ex rel. Bliokumsky v. Tod*, 263 U. S. 149, 154 (1929).

(27) *See e. g.*, *Goodwin-Gill, The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, 47 BRIT. YB. INT'L L. 55, 103 (1974-75), *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1384 (1983).

(28) 339, U. S. at 50-51.

- (29) 本章第二節注(35)〜(42)及びその本文参照。
- (30) See e. g., *Escor-Ruiz v. INS*, 813 F. 2d 283, 293 (9th Cir. 1987; 退去強制手続は Equal Access to Justice Act による「対審的判定」手続に該当する」という)しかし「手続制度が整備されているとはいえず、合衆国移民法が非常に複雑であるため、ヒアリングを受ける権利の行使がしばしば阻害されている」とも指摘されている。See, HULL, WITHOUT JUSTICE FOR ALL — The CONSTITUTIONAL RIGHTS OF ALIENS 107 (1985).
- (31) 非刑事手続における手続保障は基本的には「議会の保障」である。See e. g., SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW, 2d ed. 202-03 (1984).
- (32) *Developments in the Law, supra* n. (25) at 1392-93.
- (33) 第一章第二節注(52)及びその本文参照。
- (34) 第一章第二節注(101)〜(117)及びその本文参照。
- (35) 一九一七年法第十九条。39 Stat. 889-90.
- (36) 旧西ドイツにおける「聴聞」につき「(西ドイツでは)聴聞をいわば実質的にとらえる(ここで「実質的」とは「単に意見を述べる機会を与えるということ」を意味することから、行政過程全体のどこかで自己の権利利益を防御できれば足りる、という発想により、広く(聴聞)の追完、(瑕疵の)治癒を認めることとなつていと思われる。行政上の不服申立が履践されること自体でそれを認めるのがその極端である。」といわれており(高木光「西ドイツ行政手続法の動向」『神戸法学雑誌』三五巻三号六九二〜九三頁(一九八五))、わが国でもこのように解すべきではないかとの主張もなされている(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(田中二郎古希記念(中))』一〇四五〜四六頁(一九七六))が、合衆国の移民法関係の判例は、このような「発想」に依拠しないことでは一致している。
- (37) なお第一章第二節注(117)参照。
- (38) 翻つてわが国の出入国管理法上の手続を考えると、「第二審」と位置づけられている(法務省出入国管理局法令研究会「出入国管理・外国人登録 実務六法」八九頁(一九八三)) 第四八条の特別審理官による口頭審理ではある程度手続的保障がなされているが、「第一審」としてこれと対比し得るはずの第四五条の入国審査官による審査についてはいっさい手続的保障が講ぜられていない。実際上は入国審査官による審査段階に至るまでに処分の方角がほぼ決せられてしまう(例えば法務省

出入国管理局「昭和六〇年における出入国管理の概況」『曹時』三八卷九号一〇一頁第一九表（一九八六）参照。ことに鑑みれば、第四五条の審査につき手続的デュー・プロセス上大きな問題が内包されているのではないかと思われる。わが国の法制下における手続保障が時宜にかなったものといえるか否かに疑問があるからである。

(39) 拙稿・前掲注(18)第一章・第二章参照。

(40) 宮川成雄「アメリカ移民法と人権規範」『同志社アメリカ研究』第二七号七九〜八〇頁（一九九一）はこのように評価しているようである。

(41) 拙稿・前掲注(18)八七一頁。

(42) See Robertson, *An Opportunity to Be Heard: The Right to Counsel in a Deportation Hearing*, 63 WASH. L. REV. 1019, 1026-27 (1988).

(43) 拙稿・前掲注(18)八七一頁。