



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手続的デュー・プロセス理論の一断面（6） ー合衆国移民法制を素材としてー
Author(s)	渡辺, 賢; WATANABE, Masaru
Citation	北大法学論集, 42(5), 57-86
Issue Date	1992-06-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16849
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(5)_p57-86.pdf



手続的デュー・プロセス理論の一断面（六）

——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（以上四〇卷四号）

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（以上四二巻三号）

第四章 再入国理論と手続的保障——入国拒否と利益衡量——

第一節 外国人の再入国と立法上の措置

第二節 連邦最高裁における再入国理論の展開とブラゼンシア判決

第三節 ブラゼンシア判決と出入国管理手続（以上本号）

第二部 合衆国移民法と手続の実効的保護

はじめに

第一章 手続要件と司法審査の態様

第二章 ウォン・ヤン・サン判決とその後の手続保障の動向

第三章 手続的瑕疵の判断と手続の実効的保護

まとめにかえて

第四章 再入国理論と手続的保障

——入国拒否と利益衡量——

一 合衆国連邦最高裁の伝統的な判例法理は、一方では退去強制処分^①の法的性質を刑事制裁とは位置づけること^②ができないとしつつも、他方ではその実際上の効果が非常に厳しいものであることを認めており、退去強制処分^③の過程で与えられている手続的保障の大半は、このような退去強制処分^④のいわば「刑罰的效果」から外国人（特に長期の永住外国人）を守るためのものである^⑤とも言えることができることは既に述べたところである。

二 とところで、永住外国人を含む外国人が合衆国に在留している限りでは、彼は手続的デュー・プロセスの要件を充足すべきものとされる退去強制処分^⑥手続にのっとつてのみ国外退去させられるわけであるが、永住外国人が合衆国外へ出国した後帰還した場合、右の合衆国への帰還が一九五二年法第一〇一条(a)(13)にいう「入国」に当たるとされるならば、当該永住外国人は新規入国を申請する外国人と同じく処理され、入国拒否ヒアリングを経た後入国を拒否される可能性が生ずる。ところが、第二章第二節で紹介したいいわゆるクナウフリメツアイ理論によれば、退去強制処分の相手方たる外国人は一律に憲法による手続的保障を与えられることとなるのに対して、入国拒否処分の相手方たる外国人は一律にこれを与えられない、ということになる。このことは、換言すれば、たとえ永住外国人であっても国外旅行から合衆国に帰還して国境に留まっている場合には処分（及び手続）類型としては入国拒否のカテゴリーにはいるが、入国審査を免れて入国してしまった外国人は退去強制のカテゴリーにはいる^⑦ということになる。この理論を徹底させた場合に生ずる不合理の一端について既に第二章でみたのであるが、永住外国人が一時的に合衆国より出国後帰還した際入

国拒否事由に該当する事情がある場合、それら外国人を一律に入国拒否処分の対象とすると、その効果はあまりに厳しいこととなりかねない。そこで、合衆国では立法上古くより、合衆国に帰還した一定の要件を満たす外国人に対して一種の緩和措置が講ぜられており、また連邦最高裁も一応右の不合理を解消するための理論枠組みを提示してきている。

三 本章では、右判例理論を再入国理論と呼び、これと手続的デュー・プロセスとの関連を考察する。この検討を通じて、一連の出入国管理手続を対象として捉えた場合、連邦最高裁判例が、入国拒否処分との関係でも処分の相手方の利益状況を踏まえつつ処分手続が手続的デュー・プロセスに適合しているか否かを判断していることが判明するであろう。それとともに、永住外国人の再入国事例に関する一九八二年の連邦最高裁判決が、出入国管理手続をめぐる一連の判決の中でいかなる位置を占めるものであるか——結論を先取りしていえば、この判決は、永住外国人の再入国事例という限定された処分の局面においてはであるが、出入国管理手続をめぐる判例としては初めていわば現代型手続的デュー・プロセス訴訟に典型的な手法を用いたものであるもの、それは従来の退去強制手続をめぐる一連の判例理論を確認したに過ぎないものであること、右判例の注目すべき点は、再入国という入国拒否処分の効果を緩和するための理論枠組みに関する事例ゆえ、事案としては入国拒否処分手続に近いものであるにもかかわらず、その判断枠組みは退去強制手続をめぐる判例理論を用いたものであること、したがって、右判例は立法上設けられた退去強制・入国拒否という二つの処分類型の他に、再入国（許可・拒否）処分という第三の処分類型を創設したとの評価が可能であるとともに、退去強制・入国拒否処分という区分の相対化の契機となるものともいえること——を述べることにする。なお、このような判例理論に立ち入る前に、まず立法上、外国人の再入国につきいかなる措置がなされているかを素描しておく。

第一節 外国人の再入国と立法上の措置

一 例えば外国人の国外退去強制が入国拒否手続によるべきか、退去強制手続によるべきかは、相手方外国人が合衆国への「入国」(entry)を果たしたか否かによることとなる。このように、出入国管理法上の諸々の規定の執行にとつて、合衆国への「入国」ということは重要な意味を有するものであり、「入国」の意味につき一九五二年法第一〇一条(a)(13)は、「任意か否かにかかわらず、外国の港、地点、場所もしくは外縁の属領から外国人が合衆国に入ることの意味する」と規定し、これに該当する外国人の行為は、特に法律上明文の規定がない限りは、入国手続により処理されることとなる。しかし、この制度枠組みのみにより入国手続を進捗させると、既に述べたように、特に永住外国人に対して非常に酷な効果を生ずることとなる。

二 右のような効果を緩和するため、いくつかの立法上の措置が講ぜられている。そのようなものとしては、例えば「入国」の意味を定める規定自体、自発的意思によらない外国人の出国後の合衆国への再上陸を「入国」に該当しないとしていること、あるいは、永住外国人の一時的な合衆国からの出国につき再入国許可書(reentry permits)の発行を認めることなどがこれに当たる。

しかし、再入国をめぐる立法上の制度として最も重要なものは、恐らく一九五二年法第二一二条(c)であろう。この規定は、七年間継続的に居住した合法的居所に帰ってくる永住外国人が入国拒否事由に該当する場合、これを司法長官の裁量により入国させることを認めたものである。現行法の規定は一九一七年法第三条に由来するものであるが、その適用が比較的寛容になされていたため、かえって悪性の外国人(criminal)の残留を許す結果となり、批判を浴びることとなった。そのため、一九五二年法第二一二条(c)の要件は一九一七年法第三条のそれより厳しいものに絞られて

いるが、右第二一二条(c)に関する裁判所及び行政機関の解釈は法律の文言を拡張しており、その適用につき寛大な態度を示している。²¹⁾ もっとも、このような一般的な傾向を別とすれば、第二一二条(c)の適用をめぐるいくつかの論点につき、下級審判決上深刻な衝突が生じている。²²⁾

なお、第二一二条(c)の適用対象を判決が拡大したことに関連するが、第二一二条(c)の文言からは、ひとたび合衆国を出国した後に再度の入国を求める外国人がその適用の対象となっているため、一九五二年より一九七六年までの間外国人が第二一二条(c)による救済を求めた例はわずか二四件のみであったとされている。²³⁾ところが、一九七六年のフランシス判決(Francis v. INS)が、退去強制手続においても第二一二条(c)の救済を申請することが可能である旨判示し、この点については判例の動向がその後フランシス判決の方向で一貫したため、第二一二条(c)の救済申立がその後増大したことが指摘されている。²⁴⁾

三 さて、以上概略をみてきた外国人の「再入国」をめぐる立法上の措置は、いずれもその実体要件及び救済に関するものである。右の二点については、法律は「再入国」を求める外国人(特に永住外国人)の地位の特殊性を認めた処理を施しているが、手続面——すなわち、合衆国へ「再入国」する(永住)外国人は入国拒否手続により処理されるべきか、退去強制手続によるべきか——については、法律上特に定めがおかれているわけではなく、この点は専ら判例理論の展開に委ねられることとなったのである。以下、「再入国」という概念の形成及びその際とらえられるべき手続の相手方に注目しつつ、連邦最高裁判例の流れを検討する。

第二節 連邦最高裁における再入国理論の展開とプラゼンシア判決⁽²⁷⁾

合衆国判例により展開されてきた外国人の再入国をめぐる理論は、大別して二つの側面を有するものである。一つは、ある外国人の「再入国」が移民法上の「入国」に該当するか否か、をめぐる側面であり、これを本稿では仮に再入国理論の実体的側面と称しておく。他の一つは、ある外国人が「再入国」を申請した場合、その拒否処分はいかなる手続を通して処理されるべきか、をめぐる側面であり、これを再入国理論の手続的側面と称することとする。本稿の主題との関係では、後者が検討の中心とされるべきものであるが、右の両者は表裏一体のものであるため、便宜上まず前者につき略述しておく。⁽²⁸⁾

(1) 再入国理論の実体的側面⁽²⁹⁾

一 一九一七年法下における判例は、外国人の移民法上の地位とは無関係に、国外から合衆国へ外国人がきた場合には一律に「入国」に当たるとしていた。⁽³⁰⁾ すなわち、一九〇七年法下の事案であるが、合衆国に一〇年間滞在した外国人が約三ヶ月間国外へ旅行した後再入国し、売春行為をなした、という事案につき、入国後三年以内に売春行為をなした外国人を退去強制事由該当とする規定の適用があるか否かが争われたが、連邦最高裁は、合衆国において一〇年間居住していたという事実は、右法条の適用とは無関係とし、⁽³¹⁾ 当該外国人を退去強制事由に該当する、としている。その後、⁽³²⁾ ほぼ同種の事案につき同旨の判決が下されるにおよび、永住外国人の出国期間がいかに短いものであれ、国外からの第二の入国は移民法にいう「入国」に該当するとの判例法理は確立することとなった。⁽³³⁾

二 このように、かつての判例は、外国人の身体が国境を越えて合衆国に入るものか否かのみに着目して、移民法にいう「入国」に該当するか否かを判断していたわけであるが、この考え方を貫いて適用した場合に不合理が生ずることもあるため、その出国が任意のものであったか否かを問うことにより右の不合理を回避しようとする判例が出現した。例えば、連邦最高裁判例としては、永住外国人が乗船した商船がカリブ海で難破した後、治療のためキューバに連行された外国人は合衆国を任意に出国したものでないとして、その後合衆国への帰還は「入国」に当たらないとするデルガディオ判決 (Delgado v. Carnichael) がこれである。連邦最高裁は本判決の説示の中で、退去強制が永住外国人にとって刑罰と同じような効果を有するものであることを指摘しており、このように外国人の出国の任意性を問題とするという手法は、主として永住外国人の保護のためのものであったといえることができるであろう。

三 既に述べたように、一九五二年法第一〇一条 (a) (13) は、永住外国人の意図したものであるかない出国後の入国は移民法にいう「入国」には該当しない、としているが、これは右の判例を受けたものといわれている。もともと連邦議会は、「意図した」あるいは「任意の」(voluntary) 出国とは何かを明らかにしていなかったため、不明残さが残ることとなった。この点を明らかにしようとしたものが一九六三年のフルーティ判決 (Rosenberg v. Fleuti) であり、永住目的で七年間合衆国に滞在していた外国人が右滞在中約二―三時間メキシコに出国し、再度合衆国に戻ったことが「入国」に当たるか否かが争点の一つとなった事案である。連邦最高裁は、法第一〇一条 (a) (13) にいう外国人の「意図した出国」が、「外国人の永住を断ち切るほどの意味を持つとみられるような態様で出国する意図」を意味するものとして、その判断要素として、とりあえず①外国人の不在期間の長さ、②出国の意図、③外国人が旅行をするために何らかの旅行証明書 (travel documents) を得なくてはならないものであったか否か、を挙げている。

その後下級審レベルでは、右のフルーティ判決の三要素に固執するものと、比較的再入国を緩く解するものとに分か

れているが、いかなる行為が「入国」に該当するかについての判断枠組みはフルーティ判決により確立されたといえるものと思われる。

四 もつとも、以上述べた諸判決はいずれも退去強制処分との関係で入国時点をいつとするかが争われたものであり、各外国人が合衆国への「再入国」の際に「入国」を拒否された場合にいかなる手続により処理されるべきかは、これら判例からは判然としない。しかし、移民法にいう「入国」には該当しないというわけであるから、このような場合には退去強制手続により処理されるべきことになろう。³⁰⁾

五 このように「入国」に該当しないとされる場合以外、すなわち移民法にいう「入国」に該当する場合には、相手方が合衆国に帰ってきた永住外国人であれ新規入国の外国人であれ、入国拒否事由該当性が認められた場合には一律に入国拒否ヒアリングを経た後に処分が課せられることとなる、という制度枠組みを移民法は採用している。にもかかわらず、判例は一定の要件を備えた永住外国人の入国拒否事件につき、通常の入国拒否手続とは異なった手続により処分を行うべきことを要求することがある。クオン・ハイ・チュー事件判決(第二章第二節③判決)もその例であるが、さらに一九八二年にこの点に関する重要な連邦最高裁判決が出されている。以下ではその下級審判決及び連邦最高裁判決においてどのような判断が下されたかを中心に紹介・検討する。

(2) 再入国理論の手続的側面

——ブラゼンシア判決(Landon v. Plasencia, 489, U.S. 21 (1982))とその再入国判例理論上の位置づけ——

一 さて、永住外国人が「再入国」を申請した場合に用いられるべき処理手続をこれまで本稿で紹介・検討した判例から抽出するならば、一応以下の三種に分けることが可能である。①まず、永住外国人の「再入国」が移民法にいう「入国」に該当しないとされた場合（フルーティ判決）には、右永住外国人の国外退去措置は退去強制手続によるべきこととなるであろう。②次にクォン・ハイ・チュウ判決（第二章第二節③判決）によれば、継続的に国内に居住している永住外国人の地位と同質の地位を有するとみられる永住外国人が「再入国」を申請した場合には、右の申請を処理する行政機関の行為は、入国拒否・退去強制と区別される第三の処分類型と性格づけられ、その処理手続は手続的デュー・プロセスの要件に合致したものでなくてはならない、とされている。③右の二つの類型に該当しない（永住）外国人の「再入国」申請は、手続的デュー・プロセスの保護の及ばない入国許可（拒否）手続により処理される（クナウフ・メツァイ理論・第二章第二節①②判決）。

では、④永住外国人が合衆国に「再入国」しようとした際、その「再入国」が移民法にいう「入国」に該当するか否かは、いかなる手続により認定されるべきこととなるのであろうか。この点が正面から争点となったのがプラゼンシア事件である。

二 本件は、永住目的で入国を許可された外国人女性（プラゼンシア）が、五年間合衆国に在留後、数日間メキシコへ出国し滞在中、外国人を合衆国へと不法入国させることを約し、これを実行すべく、自らの車にそれら外国人を同乗させて合衆国に入国しようとしたものの発覚し、一九五二年法第二二二条（a）³¹に該当するとして入国拒否ヒアリングを経て入国拒否処分が発せられた、という事案であった。この事案で外国人は次の二つの主張をなしている。第一に、移民法にいう「入国」に該当するか否かは退去強制ヒアリングを経て認定されるべきである、との主張、第二に、たとえ然らざるものとしても、本件入国拒否ヒアリングは手続的デュー・プロセス上の要件を満たしていない、という

主張である。⁽⁵²⁾

三 控訴審は次のように判示して外国人の第一の主張を認めた。まず、フルーティ判決は本件では直接関係ないという。なぜなら、フルーティ事件ではいかなる行為が「入国」に該当するかが争われたのであり、右を認定するためのプログラムが争われたわけではないからである。⁽⁵³⁾むしろ、数カ月間合衆国より出国後帰還した永住外国人に対して、その「再入国」が移民法上の「入国」に当たるか否かを判断する必要なしとして、処分の相手方が合衆国を去らなければ受ける権利を有していたはずである手続的デュー・プロセスによる保護を受けることなくして入国拒否処分を受けることではないとしたクオン・ハイ・チュー判決及びその差戻審が入国拒否手続上課せられていない要件を必要と認定したこと⁽⁵⁵⁾を捉えて、本件外国人もまた右事件と同様に入国拒否手続には服せしめられない⁽⁵⁶⁾、との理由から、結局、本件外国人が移民法にいう「入国」に当たたる行為をなした否かは入国拒否手続ではない手続、すなわち退去強制手続により判断さるべしとした。⁽⁵⁷⁾

四 右控訴審判決の特色はいくつかあるが、最も重要な点は、入国拒否手続と退去強制手続以外には処分手続は存在しない、という前提の下に、前者でなければ後者による他ない、としている点である。既に述べたように、制度の建前はおそらくこのような二分論に依拠しているものと思われる。

五 これに対して、この事件の連邦最高裁判決の最大の特徴は、実質的に入国拒否・退去強制の手続二分論を掘り崩すものといえる点にある。すなわち、連邦最高裁は、フルーティ判決における事案と本件事案との間に差異が存在することを認め⁽⁵⁸⁾たものの、クオン・ハイ・チュー判決に対する原審の評価につき、「チュー氏が退去強制手続を受ける権利を有するか否かを判断しないことを本法廷は明示した⁽⁵⁹⁾」ものであり、原審のクオン・ハイ・チュー判決に対する評価に同意できないとする。しかる後に、右④の論点——「入国」に該当する行為の有無を判定する手続いかんという論点——

—につき、連邦議会の意図としては「入国」に当たる行為を外国人がなしたか否か及び入国拒否事由該当性のいずれについても入国拒否ヒアリングで決せられるべきものであることは「明らか」——理由の説明はない——であるとの判断を示している。⁶⁰⁾

もつとも、本判決はさらに進んで、「本件処分の相手方が退去強制処分を受ける権利を有しない、との本法院の判断により本件事案の処理が終了するわけではない。(中略)本件事案の下ではわが国への帰還に際しデュー・プロセス条項を援用し得るとのブラゼンシアの主張に本法院は同意するものである」とする。右の判断を根拠づける先例として本判決が依拠するものがクオン・ハイ・チュー判決である。すなわち、本判決は、帰還してきた永住外国人の地位が継続して国内に在留している外国人のそれと同質のものである場合には、当該永住外国人は入国拒否処分事由につきヒアリングを受けるデュー・プロセス上の権利を有する旨を判示したものととして、クオン・ハイ・チュー判決を理解しているのである。⁶³⁾

かくして、本件でなされた入国拒否ヒアリングがデュー・プロセスに適合するものといえるか否かについての審査が必要となるわけである。その評価の基本的視座として本判決はエルドリッジ判決(Mathews v. Eldridge)の三要素に従い、(イ)処分の相手方の利益状況として、合衆国における滞在、生活、労働の権利の喪失、及び家族的結合の喪失を挙げ、これは非常に重い利益の喪失とし、(ロ)効率的な移民行政の運用という政府の利益もまた非常に重いものであり、かつ、それに関する政府行為に対する司法審査にあたっては、移民行為の執行につき連邦議会・執行部が有する主権的権益(sovereign prerogative)を侵害しないよう配慮しなくてはならないことを指摘し、(ハ)したがって、単にそれが好ましいというだけで退去強制手続という選択肢を採用することは許されない、とする。⁶⁶⁾

これら基本的視座に加えて、さらにまた、事案を提起する機会を受ける外国人の権利保障が実質的なものでなくては

ならない、という要請をしつつ、連邦最高裁はプラゼンシアの提起した以下三点の手続上の問題点につき再考を求めて原審に差し戻した。その三点とは、立証責任、処分事由の告知時期、及び弁護士依頼権の放棄である。

六 本件連邦最高裁判決の重要性に鑑み、その判旨をやや詳細に紹介した。本判決は、再入国理論の手続的側面との関係、及び退去強制ヒアリングと入国拒否ヒアリングの区分を相対化する契機を内包していること、の二点において重要であるが、ここでは前者について言及し、後者については節を改めて検討する。

七 本判決は、本件事案の争点がフルーティ事件と異なるとしつつ、基本的にはクオン・ハイ・チュー判決の立論にしたがって判断を下しているといつてよい。本件事案における永住外国人が他の外国人の不法入国を幫助しようとしたものであったことに鑑みれば、フルーティ判決が提示した、外国人の行為が移民法にいう「入国」に該当しないと見えるための要件を本件外国人が満たすことはできなかつたであろう。外国人の再入国を保護しようとする視点よりすれば、本判決が事案(と争点)をフルーティ判決と異なると判断したことは正当ということになるであろう。

問題は本判決とクオン・ハイ・チュー判決との関係である(クオン・ハイ・チュー判決の立論は既述の②に要約した)。すなわち、いずれの判決も、処分の相手方たる外国人の地位が合衆国に継続的に在留していた永住外国人の地位と同質の場合には、相手方に手続的デュー・プロセス上の保護が及ぶとの前提に立っており、したがって、いずれの判決によっても、右のような要件を備えた永住外国人の入国拒否ヒアリングは法律上規定されたそれとは異なるものとなる可能性を認めている。ところが、クオン・ハイ・チュー判決では、右のような手続のとられる処分類型は、「入国拒否でもなく、退去強制でもない」ものとされるところ、本判決では、その処分類型は入国拒否処分であるとされている。なぜこのような差異が生じたかについては、本判決は何も語っていない。おそらく、両事件における論点の差異によるものであろうと推測されるが、定かではない。

八、右に摘示した両判決の差異は本質的なものではなく、いわばレトリックの差とみることも一応可能である。しかし、その意義は決して小さなものではない。クオン・ハイ・チュー判決の手法によれば、一定の要件を備えた外国人を処理する手続は、入国拒否処分手続とは異なるものとなり、これは手続的デュー・プロセスの要請を充足した手続でなくしてはならない、ということになるわけである——また、この種の処分手続を受けるに値する外国人とはどのようなかを設定する、というレベルで利益衡量がなされる——から、入国拒否処分手続と法律上規定されているものに手続的デュー・プロセスの適用なしとする伝統的な判例理論も生き残ることとなる。要するに、この場合には、入国拒否手続とは別異の処分類型を設定する、というレベルで利益衡量が行われることとなるわけである。ところが、本判決によれば、入国拒否手続そのものに手続的デュー・プロセスの適用があることが認められたこととなるわけであり、したがって、伝統的な判例理論を正面から掘り崩すという機能を本判決の立論は果たすこととなる。ここに、本判決が永住外国人の再入国事例であるにもかかわらず、それを越えた広範な意義を有するゆえんが存在する。⁷⁵以下、この点に付き節を改めて検討を進める。

第三節 プラゼンシア判決と出入国管理手続

一 まず、入国拒否手続と手続的デュー・プロセスをめぐる従来の連邦最高裁判例とプラゼンシア判決との関係を検討する。結論を先取りしていえば、これまで本稿でみてきたように伝統的な判例理論によれば、退去強制処分の相手方たる外国人は手続的デュー・プロセスによる保護を受けることができるのに対して、入国拒否処分の相手方たる外国人は何らの保護も受け得ないとされていた。⁷⁶プラゼンシア判決は、このような入国拒否処分手続を憲法に取り込もうとす

る努力を示したものと⁽⁷⁹⁾いえる。もちろん、プラゼンシア判決も一方では従来の伝統的な判例を肯定的に引用するとともに、本件事案との類似性という点では特に問題となる第二章第二節②(メツアイ事件)判決がプラゼンシア判決の事案と差異があることを指摘し、先例との区別をはかることにより、伝統的な判例理論との整合性を維持しようと意を払って⁽⁸⁰⁾はいる。

二 しかし、それにもかかわらず、なおプラゼンシア判決が伝統的な入国拒否手続をめぐる判例理論を掘り崩すものとの評価が生ずる理由は、プラゼンシア判決が入国拒否ヒアリングに手続的デュー・プロセスの適用があることを認めるレトリックを用いたことによる⁽⁸¹⁾。第二章では、入国拒否手続に手続的デュー・プロセスの適用がない根拠として判例が挙げたものを(イ)主権理論、(ロ)憲法の効力の属地性、(ハ)特権理論に分け、それぞれ検討した(その結果、(イ)は退去強制手続に手続的デュー・プロセスの適用があることを説明し得ないことは既述した⁽⁸²⁾)。が、右のプラゼンシア判決の立論によると、憲法の適用あり、というわけであるから、(ロ)の根拠はほぼ自動的に崩れることになろう⁽⁸³⁾。また、相手方の利益状況いかにかわらず入国の自由は政府により付与される特権であるから手続的デュー・プロセスの適用なし、とする(ハ)の立論も、処分の相手方の利益状況(プラゼンシア判決の表現によれば、合衆国に継続的に居住する外国人と同質の地位を享受する資格(entitlement)の有無)により手続的デュー・プロセスによる保障の有無が決められるということになるわけであるから、伝統的な判例理論とは相当距離のある立論をプラゼンシア判決は展開しているといえよう。

三 このようにプラゼンシア判決は伝統的な判例理論及びその根拠とするところを根本的に否定しかねない側面を有するものといえる。ではなぜ、このようにある意味ではラディカルな面を有する立論を連邦最高裁は打ち出したのであろうか。基本的には、処分の相手方の利益状況に関係なく、移民法にいう「入国」に当たる行為をなす外国人にはまっ

たく憲法の保障が及ばないとする従来の判例理論を貫いた場合に生ずる本件事案解決の不合理、ということにその理由は求められるであろう。しかし、とすれば、本件事案のみに固有の解決手段（例えばクォン・ハイ・チュウ判決の手法のような）を用いればよかつたのであり、右の理由からだけでは、なぜブラゼンシア判決が比較的広い射程となる可能性を秘めた理論に依拠したかを説明することは不可能であろう。このことについての理由づけとしては、その立論の射程の潜在的な広範さに連邦最高裁が無顧慮であった、と考えるか、あるいは、伝統的な判例理論の再考の意欲を示したものの、と考えるかのいずれかであろう。⁸⁷しかし、いずれと考えるにせよ、重要なことは、連邦最高裁が処分の相手方の利益状況を入国拒否処分手続との関係でも考慮し始めた、ということである。

四　ところで、ブラゼンシア判決は、処分の相手方の利益状況、政府の有する利益等のバランスングにより手続内容が決定されるべし、とし、さらにバランスングされるべき各利益の重さについてまで判断しながら、なぜ本件では「再入国」の際のあるべき手続要件を決定しなかつたのであろうか。連邦最高裁自身は、ブリーフやアーギュメントからだけでは個別の事案において要求される手続内容を決し得ないことを、その理由として挙げているが、他の現代型手続的デュー・プロセス訴訟では自らあるべき手続内容につき積極的に判断を下していることからして、説得力ある理由づけとはいえない。学説もわずかに、移民法ないしその手続が歴史的に連邦議会の排他的権限内にある領域だったためであろう、と指摘するものがあるのみで、その理由づけは十分な論議の対象とはなっていない。⁸⁸

五　ブラゼンシア事件の差戻審判決以降の経緯は不明であり、いかなる手続が適切と判断されるかは推測の域をでない。⁸⁹しかし、ブラゼンシア事件連邦判決により、法律上規定されている入国拒否処分の手続要件が手続的デュー・プロセスの要請により加重される可能性が示され、その結果として退去強制手続と入国拒否手続とのいわば中間に、移民法上規定されていない不確定な移民手続が存在することを連邦最高裁が認めたことにより、本稿でこれまで何度か摘示し

たように制度上相当進行している入国拒否・退去強制手続の相対化が、特に永住外国人との関係で、理論上も促進される契機が生まれていると評価することができるのである。

第四章 注

- (1) See *e. g.*, *Bugajewitz v. Adams*, 228 U. S. 585, 591(1913), *Hariades v. Shaughnessy*, 342 U. S. 580, 594(1952), *Carlson v. Landon*, 342 U. S. 524, 537(1952).
- (2) See *e. g.*, *Bridges v. Wixon*, 326 U. S. 135, 154 (1945); 「(退去強制は) 個人に対して大きな不利益(hardship)を課すものであり、わが国において滞在し生活し労働する権利を奪うものである」; *Ng Fung Ho v. White*, 259 U. S. 276, 284 (1922); 「(退去強制の) 結果、財産及び生活あるいはその他生活を生きるに値するものとするすべてのものの喪失が生ずること(もろろ)」。
- (3) See Case Comments, *Getting Back in: The Pascencia Decision and the Permanent Resident Alien's Right to Procedural Due Process*, 36 U. MIAMI L. REV. 969, 979(1982), なお第三章第三節参照。
- (4) 8 U. S. C. 81101(a) (13), 「入国」という文言は、任意か否かにかかわらず、外国の港、地点もしくは場所または外縁の属領から外国人が合衆国に入ることを指す」としながら、永住外国人が自発的意図によらず国外に出た後帰還する場合には「入国」に該当しないとす。
- (5) See *e. g.*, *Martin, Membership in the National Community*, 44 U. PITT. L. REV. 165, 213-15(1983).
- (6) 本来、「再入国理論」(reentry doctrine)とは、合衆国から出国した外国人は、その出国期間がいかに短期のものであっても、その帰還の際には、移民法の命ずる諸々の制約に服する、というものである。See GORDEN & ROSEFIELD, 1A IMMIGRATION Law and Procedure, § 4.6c, ¶ 37(1984)。その結果、例えばもし合衆国に残留しているならば退去強制事由とはならないような有罪判決を過去受けている長期間の永住外国人であっても、もし彼が国境を越えて出国した場合には、出国という事実のみにより、右有罪判決を理由として入国拒否事由該当の外国人として入国を拒否される、ということともなる。本稿

ではこの「再入国理論」をむしろ緩和するための理論を再入国理論と称している。

- (7) 459 U. S. 21(1982).
- (8) See *Parry, Ensuring Due Process in Alien Exclusion Proceedings After Landon v. Pansencia*, 34 HASTINGS CONST. L. J. 911, 924(1983).
- (9) 8 U. S. C. §1101(a)(13).
- (10) 一九五二年法第二一二条 (d) (7) (8 U. S. C. §1182(d)(7)) 参照。
- (11) 例えば前掲注 (6) 参照。
- (12) 前掲注 (4) 参照。
- (13) 一九五二年法第二二三条 8 U. S. C. §1203. もともと再入国許可書を得ている外国人については入国の際ビザが不要とされる (*Developments in the Law - Immigration and Nationality*, 66 HARV. L. REV. 643, 661(1953))。ものの、右許可書は外国人に再入国許可を付与するものではなく、単に、かつて合衆国に居住していたことの事実を証するものにすぎない (*Developments in the Law - Immigration and Nationality, id.* at 664.)。
- (14) 8 U. S. C. §1182(c).
- (15) 39 Stat. 875. 「一時的出国の後継続して七年間放棄しなかった合衆国内の居所に帰ってきた外国人は、労働長官の裁量によりその定める条件の下で入国を許可されることができ」と規定していた。
- (16) この規定は人道主義的な配慮によるものであったといわれている。See *Reiber, Section 212(c) of the Immigration and Nationality Act in the Federal Courts*, 24 COLUM. J. TRANSNATIONAL L. 623, 625(1986).
- (17) かつて共産黨員であった者に対しても一九一七年法第三条を適用して救済(現行法下ではこれは許されない)しており (See *Reiber, id.* at 625 n. 624.)、また、合衆国内に残留する外国人にもこの規定を用いて救済していたことが指摘されており⁹⁰。GORDON & ROSENFELD, *supra* n. (6) at §7, 4a, 7-40.
- (18) See *Reiber, id.* at 626 n. 33, citing S. Rep. 1515, 81st Cong. 2d Sess. 383(1950).
- (19) 一九五二年法制定に先立ち、上院司法委員会は一九一七年法第三条に対して批判を寄せ、この種の救済が、①永住目的で合法に入国して許可された、②退去強制処分によらずして任意に合衆国を出国した、③破壊活動をめぐる処分事由には

該当しない外国人に限定されるべきことを勧告したようである。GORDON & ROSENFIELD, *supra* n. (6) at § 7.4a, 7-41.

(20) 一九一七年法に比して厳格な文言が採用された点としては、一九五二年法により①合衆国内の居所が「合法な」ものであることが要求されたこと、②永住目的で合法に合衆国への入国が許可された外国人にその適用が限定されたこと、③破壊活動を理由とする処分事由該当の外国人への当該法案の適用が明文で否定されたこと、を挙げることができよう。

(21) 特に、法の文言にもかかわらず、退去強制手続においても第二二二条(c)の救済を申請できるとする点である。後述するところを参照されたい。

(22) 特に判例上一貫性がみられない点は、①第二二二条(c)との関係では外国人の「合法的な居住」の開始時点をいつとするか(See e. g., *Lok v. INS*, 548 F. 2d 372(2d Cir. 1977); 永住目的の外国人としての入国許可を得た後七年間経過していないくとも(本件外国人は当初船員として入国。後に入国許可期間後不法残留の後永住資格を取得)、第二二二条(c)は、その救済に値する外国人が合衆国における家族的結合を継続することを許可する裁量を司法長官に与えたものであり、また、法文上の「永住目的で合法に入国許可を受けた」と、「放棄されていない合法的な居住」とは同義ではない、ということとを理由に、右の論点との限りで外国人の救済資格を認め、事案を行政機関に差し戻す)。Castillo-Felix v. INS, 661 F. 2d 459(9th Cir. 1979); もし外国人が一時的滞在の目的で入国したものとすれば居所を確立する(establish domicile)ことはできないのであり、他方、もしそのような外国人がわが国に留まろうと意図したものとすれば、その入国許可条件に反することとなるわけであるから、いずれにせよ、第二二二条(c)の救済を認められる者としての合法的な滞在という要件を充足し得ない。外国人は永住目的の入国許可後合法的な放棄されない七年間の居住を、救済資格として必要とする。したがって右の *Lok v. INS* の解釈は採用できない。②「合法的な居住を放棄する」ということの意味(See e. g., *Wall v. INS*, 722 F. 2d 1442 (9th Cir. 1984); 行政機関による退去強制事由該当性の認定が七年間の合法的な居住に達する前になされたとしても、その後裁判所に出訴して右処分係争中に七年間経過した場合には、七年間の合法的な居住を外国人が達成したものと見える)。Lok v. INS, 681 F. 2d 107 (2d Cir. 1982); 行政機関の退去強制処分が最終的な(final)ものとなった後に移民帰化局が退去強制処分の執行を停止させている行為は思慮的なものであって、外国人の権利としてこれを要求できるものではない。したがって、右処分が最終的なものとなったときに、外国人の合法的な居住は終了する)。Martí-Xiques v. INS, 741 F. 2d 350 (11th Cir. 1984; 理由立証命令を行政機関が発した日が、その他の選択肢に比して生ずる害悪が少ない、という)である。

See Reiber, *supra* n. (16) at 624.

(23) Reiber, *id.* at 628 n. 46.

(24) 532 F. 2d 268(2d Cir. 1976). 第二二二条(c)の裁量的救済を、出国していない永住外国人に適用を拒否し、一時的に国外に出国した永住外国人にのみその適用を限定することは、第五修正のデュー・プロセスに内包されている平等原則に反するとした事例。判決は、連邦議会が外国人の異なるグループに対して、入国・退去強制につき、別異の基準を設定する権限を有することは認めつつも、一度右に関する選択がなされた場合には、ある一定のグループの中にはいる個人は、正当な政府の利益とは無関係な基準により別異の処理を受けることは許されない(*id.* at 275)とし、本件で争われている区分については合理的根拠なし、として右の結論を導き出している。なお Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 Sup. Ct. Rev. 255, 298(1984)は、「本判決を望まじくと評価しながらも、連邦最高裁の一連の判決とは抵触するところを指摘している」。

(25) 全体の動向については Reiber, *supra* n. (16) at 629 n. 57 & 58 の諸判決参照。

(26) Reiber, *id.* at 630.

(27) 459 U. S. 21(1982).

(28) 外国人の「再入国」をめぐる合衆国の理論枠組みの紹介は専らその実体的側面に限定されていたように思われる。

(29) この点についての判例理論の変遷の重要な部分については既に萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』二〇二―三頁(一九八二)により紹介されている。したがって、この点については萩野教授の叙述をやや詳細に跡づけているにすぎない。

(30) See Case Comments, *supra* n. (3) at 972.

(31) 一九〇七年二月二〇日の法律(34 Stat. 898)の第二条。

(32) Lapina v. Williams, 232 U. S. 78, 91(1914).

(33) Lewis v. Frick, 233 U. S. 291, 296(1914). 売春目的で婦人を国外より入国させたとして、短期間(具体的な期間は不明)カナダに出国後再入国した永住外国人(六年間合衆国に在留)に対して発せられた退去処分が争われた事例。前掲注(32)判決を引用し、説示を展開している。

(34) United States ex rel. Volpe v. Smith, 289 U. S. 422, 425(1933). キューバへ短期間旅行後合衆国に帰還した永住外国人(二

- 四年間合衆国に在留) に対して、右旅行より三年前に下された有罪判決を理由として退去強制処分が争われた事例。本文で述べたことは前掲注(33)判決より十分明らかとする。
- (35) 例えば *Di Pasquale v. Karunth*, 158 F. 2d 878(2d Cir. 1947) では、寝台列車でバッファローからデトロイトに行く際、列車の路線がカナダを通っているため、デトロイトに行くまでの間合衆国を出国し再度入国していることになるわけであるが、これが移民法にいう「入国」に当たるか否かが争われた。外国人の身体的要素のみに着目すればこれも「入国」ということになるわけであるが、これはいかにも不合理である。
- (36) *Developments in the Law, supra* n. (13) at 663 の表現によれば意思作用 (*volition*) の導入、ということになる。
- (37) その他下級審判決としては前掲注(35)その他 *Yukio Chai v. Bonham*, 165 F. 2d 207 (9th Cir. 1947), *Carmichael v. Delay*, 170 F. 2d 239 (9th Cir. 1948), *Savoletti v. United States ex rel. Pincus*, 214 F. 2d 314 (5th Cir. 1954) があげられる。
- (38) 332 U. S. 388, 391 (1947)。本件では外国人は合衆国に一九九一年間在留していた。またキューバに滞在していた期間はほぼ一ヶ月であった。
- (39) *Id.*
- (40) 8 U. S. C. §1101(a)(13)。
- (41) *See e. g.*, *Parry, supra* n. (8) at 918。
- (42) 374 U. S. 449(1963)。
- (43) 他に第二二二条 (a) (4) (8 U. S. C. §1182(a)(4)) が漠然としており違憲ではないかが争われた(原審(302 F. 2d 652 (9th Cir. 1962))は漠然性故に違憲としていた)が、本判決はこの争点を検討する必要なし(本件では第一〇一条 (a) (13) の適用可能性をまず考慮すべきだから)とした。*Id.* at 451-52。
- (44) 本件外国人(フルーティ)は一九五二年に永住目的で合衆国に入国し、一九五六年にメキシコに数時間出国した後再び合衆国に戻った。その後一九五九年に右メキシコより帰還の際に彼が精神病に罹患したものととして入国拒否事由に該当することを理由に、第二二二条 (a) (4) を根拠法令として、退去強制令状が発せられた、という事案である。
- (45) 374 U. S. Nt. 462。
- (46) 判決はこれら三つの要件以外にも関連するファクターが存在するであろう可能性を認めている。*Id.*

- (47) *Id.*
- (48) *See e. g.*, Laredo—Miranda v. INS, 55 F. 2d 1242 (5th Cir. 1977), Cuevas—Cuevas v. INS, 523 F. 2d 883 (9th Cir. 1975), Lozano—Giron v. INS, 506 F. 2d 1073 (7th Cir. 1974), Palatian v. INS, 502 F. 2d 1091 (9th Cir. 1974), Martin—Mendoza v. INS, 499 F. 2d 918 (9th Cir. 1974).
- (49) *See e. g.*, Yanez—Jaequez v. INS, 440 F. 2d 701 (5th Cir. 1971), Vargas—Banelos v. INS, 466 F. 2d 1371 (5th Cir. 1972), Lozano—Giron v. INS, 506 F. 2d 1073 (7th Cir. 1974).
- (50) 回直の判決としては例えば Stacher v. Rosenberg, 216 F. Supp. 511 (S. D. Cal. 1963), Maldonado—Sandoval v. INS, 518 F. 2d 278 (9th Cir. 1975) 参照。
- (51) 8 U. S. C. §1182(a)(31).
- (52) *See* 459 U. S. at 32.
- (53) Plansencia v. Sureck, 637 F. 2d 1286 (9th Cir. 1980). なお地裁判決は判例集に掲載されていない。ただし基本的には控訴審と回直の判断のようである。*See* 637 F. 2d at 1287.
- (54) *Id.* at 1288.
- (55) Kwong Hai Chew v. Rogers, 257 F. 2d 606, 606 (D. C. Cir. 1958).
- (56) 637 F. 2d at 1288.
- (57) *Id.* at 1289.
- (58) 459 U. S. at 30 & 32 において控訴審の判断を肯定的に引用している。
- (59) *Id.* at 31 n. 7.
- (60) *Id.* at 32.
- (61) *Id.* ただしいかなる手続が適正といえるか及びブラゼンシアに与えられた手続保障が十分であったか否かの判断は差し控えるべきを明言している。
- (62) *Id.* at 33.
- (63) *Id.* Rosenberg v. Fleuti 判決 (374 U. S. at 460) の説示を引用している。なお、第二章第二節②事件では外国人は約一〇カ

- 月合衆国を離れていたのに対して、本件は約数日である点に、両事件の事案の差異がある、とする。 *Id.* at 34.
- (64) 424 U. S. at 334-35. 既述したところであるために繰り返さない。
- (65) 459 U. S. at 34.
- (66) *Id.* at 34-35.
- (67) *Id.* at 35.
- (68) *Id.* at 36.
- (69) クォン・ハイ・チュウ事件差戻審判決では移民帰化局が立証責任を負うとされた (*Kwong Hai Chew v. Rogers*, 257 F. 2d 606, 606 (D. C. Cir. 1958)) が、本件ではプラゼンシアに立証責任が課せられている。この点どうか。 *Id.* at 35.
- (70) プラゼンシアはヒアリング開催一時間前に処分事由等の告知を受けている。法律・規則上には定めがないが、本件の場合、防衛の機会の保障との関係で十分な時間的余裕があるといえるか。 *Id.* at 35-36.
- (71) プラゼンシアは弁護士依頼権ないしその放棄の意味及び効果を十分了承させられることなく、右権利を放棄した。また、現行規則 (8 C. F. R. § 236.2 (1984)) によると無料の法的援助が利用可能である場合には移民判事は外国人にその旨通知しなくてはならないとされているが、これが遵守されていない。この点をどのように評価するか。 *Id.* at 36.
- (72) See Case Comments, *supra* n. (3) at 969.
- (73) 朴康弘「定住外国人の滞在権 (二・完) ——アメリカ合衆国の入国拒否事例を中心として——」『大阪市大法学雑誌』三二巻三号五三六—三七頁 (一九八六)。
- (74) 344 U. S. at 598.
- (75) 本件連邦最高裁判決は原審によるクォン・ハイ・チュウ判決の解釈を批判している (45 U. S. at 31-32) のみであり、この点判然としない。
- (76) すなわち、クォン・ハイ・チュウ事件では処分の相手方の「国外退去」事由該当性をめぐるヒアリングが問題とされ、かつ、法律に基づきヒアリングがまったくなされなかったことの当否が争点であったのに対して、本件では、主として処分相手方の行為が「入国」に該当するか否かの認定をめぐるヒアリングの要件が問題とされ、かつ、入国拒否ヒアリングは一応なされていたのである。したがって、前者においてヒアリングが必要と判断するためには、法律の規定の適用を

まったく排除する必要があったわけであるが、後者では、法律上のヒアリングの要件を一定程度加重する、という手法による対応が可能であったわけである。もっとも、前掲注(69)の状況を考えるならば、これが説得力を持つ説明とは思われな。

- (77) See Case Comments, *supra* n. (3) at 969.
- (78) See Martin, *supra* n. (5) at 213.
- (79) See Shuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 62 (1984).
- (80) 459 U. S. at 32.
- (81) クォン・ハイ・チュー事件の外国人は、合衆国の船舶により航海に出たものであり、その航海中は船舶から出ていなかったのに対して、メツァイ事件及びブラゼンシア事件の外国人とも、より以上に明確な「出国」といえる行為をなしているからである。なお朴・前掲注(73)五三七頁参照。
- (82) 459 U. S. at 33-34. 出国の期間の長さが一方は二〇カ月、ブラゼンシアは数日、という点の差異を強調している。
- (83) See Verkuil, *A Study of Immigration Procedure*, 31 U. C. L. A. L. REV. 1141, 1148 (1984).
- (84) 第二章第二節注(57)〜(80)及びその本文を参照。
- (85) 第二章第二節注(63)及びその本文参照。
- (86) See *Developments in the Law, supra* n. (13) at 1323. Silvers, *The Exclusion and Deportation of Homosexual Aliens*, 15 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 295, 321 n. 195 (1984).
- (87) 後者の立場に立つと思われる論者は、Martin, *supra* n. (5) at 167-168, Verkuil, *supra* n. (83) である。
- (88) 459 U. S. at 37 n. 9.
- (89) Parry, *supra* n. (8) at 925-26.
- (90) どのような手続が要求されることとなるかの推測については、Parry, *id.* at 927-37 参照。なお、入国拒否ヒアリングで弁護人不在の場合、ヒアリング前一一時間の処分事由等の告知がブラゼンシアに事件の準備をする現実的な機会を与えたか否か、という問題の立て方(459 U. S. at 37)に注意すべきである。ここには、各個別の手続要件ではなく、むしろ手続過程全体の公正さという視点から判断すべきである、との姿勢が現れていると思われるからである。

(16) *Parry, id. at 924.*

* * * * *

一 以上第一部においては、入国拒否処分・退去強制処分及び再入国の際の手続保障が手続的デュー・プロセス理論の中で各々どのような位置づけを与えられるものと解されてきたかについて、合衆国判例法理を中心として検討してきた。これまでの分析の中からここでは、合衆国における判例が外国人のいかなる利益を保護しようとしていかなる論理を用いてきたかを中心として、これまで述べてきたことのごく概略を要約することとする。

二 現行一九五二年出入国管理国籍法の制定前には、入国拒否処分手続と退去強制処分手続では、処分の相手方に対する手続保障のあり方には大きな違いがあった。現行法の制定とともに、両処分手続における処分の相手方への手続保障には以前ほどの差異はみられなくなったものの、依然として入国拒否処分の場合にはヒアリングを経ずして処分を行うことが可能な場合が認められているのである。これに対して退去強制処分の場合にはこのような場合は認められていない(第一章)。このような差異は憲法上どのようにして正当化されてきているのかということが、制度を通じてみた場合に出てくる、手続的デュー・プロセスの出発点となる問題である。

三 まず入国拒否処分と手続的デュー・プロセスとの関係であるが、判例は当初より実体的権限行使の側面へのチェックに否定的であった。このように司法的チェックに否定的となる根拠として示されたのは、入国拒否権限が国家主権に基づく権限行使であること、及び憲法の効力が領域外には及ぶものではないということであったが、一九五〇年代に入り、わが国に入国する利益は権利ではなく特権であり、したがってそれに対する憲法上の保護は及ばないとする論拠

も加わり、結局入国拒否権限の行使に対しては手続的デュー・プロセスによる制約も課せられないという判例法理が確立することになる。この判例法理によると、入国拒否処分を実施するために行われる身柄拘束も、それがいかに長期化するものとしても、第五修正にいう「自由」などの利益の剝奪には該当しないことになる。このような判例理論に対しては学説より強い批判があり、また難民の取り扱いをめぐる下級審判決もこれに対しては批判的なものが多くみられるが、連邦最高裁自身明示的には従来の判例法理を変更しようとはしていない(第二章)。

四 これとは対照的に、退去強制権限の行使に際しては、その実体的側面への司法的統制は入国拒否権限の場合と同じくきわめて消極的でありながら、手続的デュープロセスの適用があることがはやくより判例上認められている。そしてここでは利益衡量に基づく弾力的デュー・プロセスの考え方が現れているのである。もつとも、実際に退去強制手続と手続的デュー・プロセスの一般論をめぐる争点が連邦最高裁において正面から判断されているのは一九五〇年のウォン・ヤン・サン判決までであり、現行一九五二年法により確立された手続制度の合憲性は、職能分離に関する紛争——これについては第二部で紹介・検討する——を除いて、問題とされていない。そして現行法制度は全体的には手続的デュー・プロセスの要請を充足するものであると学説も承認しているのである。しかし、右の結論はともかくとして、現行一九五二年法における退去強制手続制度が憲法のいかなる論理に照らしていかなる評価を受けるものかを検討しなくてはならない。ところが、その検討の素材となる連邦最高裁判例は一九五〇年までに限定されており、一九七〇年以降のいわゆる二段階アプローチ(第五修正の保護法益の有無を検討し、しかる後に適正とされる手続を検討するというアプローチ)を知らないため、現在の法理論に照らした場合にどのように構成されるかは必ずしも定かとはいえない。にもかかわらずあえて現代のデュー・プロセス理論一般と対比してみると、概ね次のようにまとめることができる。

まず退去強制処分により剝奪される処分の相手方の利益のうちいかなるものが第五修正の保護法益である「生命」

「自由」「財産」に該当するといえるか。まず一九五〇年代までの判例は処分実施のための身柄拘束による身体的自由の剝奪をもって被侵害利益の中心とみていたのではないかと推測されるが、判例上必ずしも明示されているわけではないことに加えて、それ自体としてみた場合には入国拒否処分の場合に処分実施のための身柄拘束が「自由」の剝奪には該当しないとされていることとのひょうそくが合わない。判例がしばしば挙げるのは継続的居住の自由の剝奪であるが、これは当時の手続的デュー・プロセスの一般論からするとむしろ特権類似のものであり、これが直ちに第五修正の保護法益に該当するとはいえないように思われる。しかも当時の判例は法律上の権原(entitlement)という概念を当然のことながら知らなかったのである。では権利特権二分論の崩壊した現在の理論枠組みで考えた場合には継続的居住の自由は第五修正にいう「自由」に該当するといえるであろうか。承認された在留期間中に退去強制処分の相手方となる場合には、法律等により認められた居住の継続が打ち切られることになるわけであるから、「自由」利益の剝奪に該当するということは可能である。しかし、不法入国・滞在中の外国人を退去強制処分とする場合にはこのような利益をもつて第五修正上の保護法益と解することは非常に困難である。この点は後に触れる。なお、職業・財産の喪失や家族的結合の喪失も保護法益の侵害としてはあり得そうではあるが、これらはいわば事実上の侵害であり、その利益喪失がいかに重いものであっても、利益の性質としては第五修正の保護法益というには困難を感じる。退去強制による生命侵害の発生可能性についても同様である。このように退去強制により発生するいかなる利益の剝奪をもって第五修正の保護法益に対する侵害とみることができかねるかを確定することは非常に困難であるにもかかわらず、ウォン・ヤン・サン判決等いずれも第五修正の適用があることを前提として判断を下しているのである。

第五修正に列挙されている法益の侵害があることが認められた後に、いかなる手続が適正とされるかという検討がされることになる。その検討に際しては処分の相手方に発生する打撃の軽重が一つの問題となる。この点では合衆国判例

は一貫して、退去強制処分が刑罰類似の厳しい効果を持つことを強調しており、財産の喪失や家族的結合の破壊や生命への危険などが考慮されることになる。このように退去強制処分は刑罰類似の厳しい効果を伴うのであり、したがって行政手続法の適用があるとされる財産権の剝奪よりも当然打撃の程度としては重いものであるから、財産権剝奪の場合よりも薄い手続保障しか与えられない場合には憲法違反の疑義が発生する、というのがウオン・ヤン・サン判決の判断枠組みであった。もつとも、憲法上具体的にいかなる手続が必要とされることとなるかは不明である。手続保障の適否は手続過程全体を通じてみて考えなくてはならないところ、この点に判断を及ぼす判例もないからである。学説は現行法が手続的デュー・プロセスの最低限の要請を満たしているとするが、個別の手続要件の十分性の問題については後に第二部で検討することとなる（第三章）。

五 以上のように、合衆国判例は入国拒否処分手続と退去強制処分手続とを区分し、憲法上これに対してまったく異なる位置づけを与えている。その結果、退去強制処分の相手方は不法入国者であったとしても手続的デュー・プロセスの保護を受けることとなるのに対して、入国拒否処分の相手方とされれば場合にはたとえ永住外国人であり永住権を放棄する意図がないとしても、手続的デュー・プロセスの保護を受けず、したがってヒアリングを受ける機会を失う可能性もある、という大きな差が生ずる。これは特に永住外国人の場合には非常に不合理な結果となることがあり（それを学説は入国拒否に関する判例理論攻撃の根拠としていたのであるが）、判例も一定の場合には、実定法上「入国」に該当する場合にも手続保障を相手方に承認するための理論（本稿ではこれを再入国理論と呼んでいる）を設定し、利益の調整をはかっているとみることができ。判例に現れた手続保障のためのレトリックには二つある。一つは、退去強制処分手続と入国拒否手続以外の第三の手続、すなわち再入国拒否処分手続とも呼ぶべきものの存在を認めそれへの手続的デュー・プロセスの適用を認める方法である。もう一つは、永住外国人が「再入国」しようとする行為が移民法に

いう「入国」に該当するか否かを判定する場合に、その判定をすべき入国拒否手続に手続的デュー・プロセスの適用を認める方法である。いずれのレトリックによるにせよ、永住外国人の再入国に対して手続的デュー・プロセスの保障が及ぶといえるための要件は、「帰還してきた永住外国人の地位が継続して国内に在留している外国人のそれと同質のものである場合」には、デュー・プロセス上の権利としてヒアリングを受ける権利が発生する、というものである（第四章）。

このような説示及び制度などから考えた場合、先に退去強制処分につき判例が掲げていた保護法益のうちのいかなるものが永住外国人の再入国処分手続にデュー・プロセスの保障が及ぶことを根拠づけるといえるであろうか。まず第一に処分の相手方に対する身体的拘束であるが、身体的拘束は現在では退去強制処分の実施の手段としては原則的に行われておらず、退去強制処分により剝奪される利益との関係で右の同質性を根拠づけることができない。また、実質的に考えてみても、身体的拘束の発生の有無は右の利益の同質性とは無関係といえよう。また、財産的喪失や家族的結合の喪失は先にも述べたように事実上のものであり、それ自体は保護法益の存在を根拠づけることはできない。このようにみても結局残るのは継続的居住の利益であり、これが法律上付与された権原の一種としてデュー・プロセスの保護法益を構成していると解することができる。そしてこのような理解は右にみた要件の中で「継続して国内に在留している」外国人の地位との同質性を判断のポイントとしていえることとも整合するものといえるように思われる。

六　ここで翻って退去強制処分において手続的保障の存在を根拠づけるデュー・プロセス上の保護法益如何について再度考察する。既に見たように、判例上不法入国・残留の外国人にもデュー・プロセスの保護は及ぶとされる傾向にあるが、現行法制度では処分の相手方への身体的拘束なく処分がなされるのが原則となっており、身体的拘束からの自由を基礎として不法入国・残留の外国人に対する退去強制処分においてもデュー・プロセス上の保護法益の剝奪があるこ

とを根拠づけることは不可能である。また右のような外国人は適法な在留権を有しているわけではなく、法律上の権原となり得る継続的居住の自由が退去強制処分により剝奪されることにはならない。したがって、これら外国人に対するヒアリングについては次のような二つの位置づけの仕方があり得る。一つは、これら外国人に対するヒアリングは現在では憲法上のものではなく法律上のものとなったとする考え方である。もう一つは、法律上の権原として承認されている継続的居住の資格を処分の相手方が有しているか否かを判定するためにヒアリングが行われているのであり、相手方が不法入国であればヒアリングの結果当該外国人に継続的居住の資格がないことが判明するだけのことであるから、退去強制制度としてみた場合には剝奪する利益は外国人の継続的居住の利益であつて、たとえ不法入国の外国人を相手方とするヒアリングであつたとしてもそれは憲法上のものであるとする考え方である。この二つの考え方のうちのいずれが判例や制度的伝統とより親和的といえるであろうか。まず、相手方が不法入国・在留の外国人であれば退去強制の際何らのヒアリングも憲法上不要と考えることは退去強制処分制度の伝統に適合的とはいえないであろう。また、相手方が外国人が不法入国・残留であるか否かはヒアリングを経た後に初めて判明することであり、したがって、外国人が不法入国・残留であるか否かはヒアリングが行われるための根拠如何とは無関係である。相手方が不法入国・残留者であるか否かから離れて退去強制制度に着目してヒアリングの根拠を考えなくてはならないのである。そして、退去強制処分は外国人の継続的居住を切断して国外に外国人を退去させることを目的とするものであり、継続的居住の利益が第五修正の保護法益と認められる以上、何らかのヒアリングが憲法上要求されるところと解される。

以上、要するに少なくとも手続的デュー・プロセスとの関係では、外国人の継続的居住の利益が第五修正の保護法益としてその存在を肯定することができるのである。