退去強制手続の司法審査（二・完）

――一九五二～八〇年の日米比較研究――

宮川成雄

第三章　米国の退去強制留保の司法審査

移民国籍法第二四三条(h)項の退去強制留保についての判例は極めて多数存在する。同条項は送還先での政治的・宗教的・人種的理由による迫害の危険にさらされている外国人に、米国を一時的な安住の地として提供する規定であり、国際法で庇護権として論ぜられるものを規定する米国国内法の一部である。同条項は外国人に一時的にせよ安住の地を提供する故に、真に迫害の危険にさらされている外国人にとっては極めて重要な規定であるが、真の危険のない外国人にとっては退去強制手続を単に遅滞させる手段となっている。

一、行政記録の審査

退去強制留保の裁判所による審査は覆審的審査ではなく、(1)退去強制手続で行政機関によって作成された記録について審査が行なわれるにすぎない。外国人が新証拠発見の主張をした場合も、裁判所は直接にその新証拠を採用せず、

反対当事者たる行政機関にその新証拠を採用した上で既決定を再考することを命ずるにすぎない。(2)

退去強制留保の裁判所による審査は、行政上の救済が尽された後でしか行なわれない。(3)退去強制留保の権限は、スペシャル・インクワイアリー・オフィサーに委任されており、この権限行使の審査は移民不服審査委員会が管轄する。(4)同委員会の裁決の後に退去強制留保は行政上の終局的性質を持つ。(5)裁判所はこの行政上の終局的性質を持つ決定について審査を行なう。行政上の終局性を持つ退去強制留保の諾否決定自体が裁判所の審査対象となる故に、留保拒否決定の場合も退去強制令書の発付を待たずとも、留保拒否決定の審査を請求しうる。(6)

退去強制留保の裁判所による審査は、同決定についての司法審査請求(7)によって、あるいは、身柄を拘束されている外国人については人身保護令状の請求(8)によっても行なわれる。(9)司法審査請求が却下されない限り、行政機関は留保拒否決定に関する行政記録を、裁判所に提出しなければならない。(10)あるいは人身保護令状の請求の場合も、身柄拘束の適法性を立証する為に留保拒否決定に関する行政記録を提出しなければならない。(11)司法審査請求は連邦控訴裁判所に対してなされ、(12)人身保護令状の請求は原則的に連邦地方裁判所に対してなされる。(13)司法審査請求がなされると、退去強制令書の執行は裁判所の判決が下されるまで停止される。(14)

裁判所の審査は行政記録についての審査である故に、行政機関によってなされた決定の基礎たる事実認定を、裁判所による事実認定でもって代置しない。米国行政法理論では一般に、行政決定の実体面の事実認定について裁判所が審査しうるのは、合理的人間の判断基準に照らして当該行政決定が、全行政記録にあらわれている実質的な証拠に基礎づけられているか否かの判断、即ち実質的証拠法則による審査であるとされている。(15)この実質的証拠法則が、退去強制事由該当性の認定についての審査に適用されることは、移民国籍法に明文で規定されている。(16)

しかし実質的証拠法則が退去強制留保の審査に、適用されるか否かについては争いがある。ただしこの議論は実質的証拠法則の司法審査制限の側面を否定して審査範囲を広げることについてではなく[17]、実質的証拠法則のもとでの狭い審査範囲をも否定して、審査を更に制限することについての議論である。即ち退去強制留保は実質的証拠に基礎づけられていなくとも適法であるとの議論が存在する。この主張の論拠は退去強制留保制度を定める移民国籍法第二四三条(h)項の規定そのものである。即ち同条項は司法長官が留保決定権を行使するにあたって、迫害の蓋然性を示す事実の認定をなすことを義務づけず、単に蓋然性についての司法長官の「意見」[18]を、留保決定の基礎として要求しているに過ぎない[19]。留保決定が事実認定に基礎を置かず、司法長官の単なる「意見」によって行なわれている点に、退去強制留保の裁量行為たる性質が見出される故に、実質的証拠法則は退去強制留保の司法審査に適用されないと主張される。この立場をとるのが、ジャオ＝リン・ワン事件における第七区控訴裁判所である[20]。

実質的証拠法則を適用しないとする第七区控訴裁判所に対し、同法則の適用をほのめかす第二区控訴裁判所が対立する。第二区控訴裁判所は、退去強制留保が裁量行為たる性質を持つことを判示した自らの先例判決[21]の存在の故に慎重な表現をとるが、実質的証拠法則の適用の余地を認めようとする。その手がかりは筆者が第一章の終わりに指摘した、退去強制留保の意思形成過程を二つに分けることである。即ち迫害要件の認定と、留保決定の行政目的適合性の判断過程である。

退去強制留保の意思形成過程を二つに分けうることは、一九六三年のフォティ事件において連邦最高裁が示唆している。この事件で問題となったのは退去強制留保についてではなく、これと同じく恩恵行為たる性質を持ち、事実認定ではなく司法長官の「意見」に拠ってなされる故に裁量行為とされる退去強制中止（suspension of deportation）[22]

についてであり、最高裁はその意思形成過程が二つに分けられると指摘している。[23] 最高裁は次のように述べる。「〔退去強制中止を受ける〕適格性の認定と裁量の行使（あるいはその行使拒否）が異なったものとして分離して考えうることは、おそらく正しいであろう。適格性の認定は事実問題と法律問題を含む故に、[24]〔移民国籍法の司法審査条項〕第一〇六条(a)項(4)号は、この認定が記録上の実質的証拠に基礎を持つことを要請している、と解釈しうるかもしれない。[25]」

最高裁は実質的証拠法則の適用については結論を出していないが、裁量行為たる性質を持つ決定の意思形成過程を、決定を受ける適格性認定と裁量行使とに区別したことは注目に値いする。両者はそれぞれ退去強制留保との関連では、迫害要件の認定と留保決定の行政目的適合性判断に対応する。

実質的証拠法則の退去強制留保への適用可能性は、第二区控訴裁判所のウォン・ウィン・ハン事件判決[26]、コールディク事件判決[27]そしてザモラ事件判決[28]で論及されている。同法則の適用可能性はウォン・ウィン・ハン事件判決で肯定されており、他の二つの判決における同法則の適用可能性の判断も、同事件判決に依拠している。[29] 但し注意しなければならないことは、ウォン・ウィン・ハン事件判決が退去強制留保についての審査事例ではなく、同じく裁量行為たる性質を持つ退去強制中止についての審査事例であること、[30] 同事件判決が実質的証拠法則を適用して行政決定を取消した事例ではなく、同法則を適用して行政決定の適法性を認めた事例であることである。即ち同法則を適用せずして行政決定の適法性を認めた場合と結果としては変わらないことである。しかし同事件判決の意義は裁量行為たる行政決定にも、事実の基礎が存在することを確認していることである。

コールディク事件判決は、ウォン・ウィン・ハン事件判決を前提としているとはいえ、退去強制留保への実質的証

拠法則の適用可能性を、判決の傍論において肯定しているにすぎない。即ち、控訴人の主張は裁量行為たる性質を持つ行政決定にも事実認定たる性質を持つ部分があるにもかかわらず、第一審判決[31]が同法則を審査基準とせず、単に裁量濫用の存否を審査基準としたのは誤りである、との主張であったのに対して、第二区控訴裁判所は、原審判決が行政記録にあらわれた事実を吟味した上で、迫害蓋然性についての肯定評価・否定評価のいずれをも推論しうることを述べている点を指摘し、実質的証拠法則が適用されたに違いないと判示して控訴人の主張をしりぞけている。この事件においても裁判所は、実質的証拠法則を適用して行政決定を取消したのではない。

ザモラ事件判決における実質的証拠法則の適用可能性の主張も、判決の傍論において慎重に述べられているにすぎない。この事件で第二区控訴裁判所は、退去強制留保の決定手続が事実審的性質を持つことに関連して、同留保決定の審査基準として実質的証拠法則の適用をほのめかす。しかし本件の争点は、外国人が自己の迫害蓋然性の証明に不利な証拠を攻撃する手続上の権利の存否であり、迫害蓋然性を示す事実についての行政機関の評価が、実質的証拠に基礎づけられているか否かではない。

第二区控訴裁判所のこれら三つの判決に示されている、実質的証拠法則を退去強制留保の審査基準としようとする試みの意義は、行政機関の裁量行使範囲を限定することにある。即ち審査の対象たる行政決定が裁量行為であろうとも、裁量の濫用の存否のみを審査基準とするのではなく、裁量行為にも事実の基礎が存在することに着目し、行政機関の事実認定についての審査基準である実質的証拠法則の適用によって、裁量の基礎を明確にすることである。

裁量行為と呼ばれる種類の行政決定の審査基準として実質的証拠法則を用いることは、裁判所が行政機関に代って裁量（行政目的適合性の判断）を行なうことではない。このことは司法審査の範囲との関連で、同法則が占める領域

の一方の境界線として注意されねばならない。同法則が占める領域の他方の境界線として注意されるべきことは、同法則が裁量の基礎たる事実認定の合理性を確保するだけであり、事実認定そのものをやり直さないことである。このことは前述のコールディク事件第一審判決が端的に示している。即ち、全記録にあらわれている証拠から迫害の蓋然性について肯定評価・否定評価のいずれをも合理的に推論しうる場合は、たとえ裁判所が肯定評価をより妥当であると判断しても、その肯定評価を行政機関の否定評価に代置することはできないということである。(32)

退去強制留保の司法審査は、行政記録にあらわれた事実についてのみ行なわれることと、更にこの制限的な事実審査では実質的証拠法則の適用によって、合理的な複数の推論から、より妥当な推論を選択することも許されないことが、これまでの考察で明らかとなった。それでは実質的証拠法則が適用されない場合、司法審査の範囲はどうなるのであろうか。

同法則が適用されない場合、審査範囲は更に狭くなり、裁量の濫用の有無の審査となる。裁量の濫用がなければ裁量行為は審査範囲外に位置づけられる。退去強制留保についての判例では、実質的証拠法則に全く触れることなく、外国人が送還された場合に迫害を受けるか否かの問題を、政治問題（political issue）であるとして審査範囲外に位置づける判例も多数存在する。(33)

退去強制留保について、裁量濫用を理由として行政決定を取消した事例はみあたらないが、(34)一般的にどのような場合に裁量の濫用とされるのかを、フレンドリー判事の説明によって一瞥しておく。彼は裁量濫用の基準を三つに整理している。その一は、合理的な理由に基づかず説明もなく、確立された行政方針から逸脱した決定をなす場合である。その二は、特定の人種や集団に対して不公平な差別に基づいた決定をなすことである。その三は、裁量権を行政機関

に与えた議会が、裁量行使の考慮事項と考えたとは思われない事項を、行政機関が考慮して決定がなされた場合である。(35)

裁量行為たる退去強制留保について一般的に認められている審査基準は裁量濫用の有無であるが、(36)この基準の適用を受け濫用有りとされる事例はかなり極端な決定の場合であり、濫用有りとされた事例はみあたらない。(37)実質的証拠法則を裁量行為たる退去強制留保の審査基準として適用することは、一般には認められていない。しかし同法則の適用を肯定しようとする判例は、裁量行為たる行政決定にも事実の基礎があることに着目していることにその意義を持つ。もう一つ、裁量行為の事実的基礎に着目した審査基準がある。それが憲法上のデュー・プロセス概念による手続審査である。

二、裁量の統制方法としての積極的な手続審査

一般的行政法理論によれば、行政決定の基礎たる事実認定についての司法審査は、実質的証拠法則によって制限され、決定要件を定める法律問題についての司法審査は、その解釈問題についての審査に制限され、その適用問題は事実問題として行政機関に任され、裁判所は法律の適用問題については審査しないとされる。(38)即ち決定の実体面についての司法審査はかなり限定されている。そこで審査は行政決定の決定手続の審査をその中心課題とする。

退去強制留保の司法審査も、実体審査は前述のように極めて制限されており、手続審査が大きな役割を占める。しかし同留保決定の手続審査にあたって、裁判所は二つの大きな障害を克服しなければならない。その一つは、同留保決定によって与えられる利益が恩恵たる性質を持つことである。伝統的行政法理論における権利対特権（恩恵）の二元論に従えば、退去強制留保の決定手続は、同留保決定の恩恵行為たる性質の故に、行政手続類型の一方の極である

全く簡略な手続[39]で十分であるとされる。即ち裁判所にとって、憲法上のデュー・プロセス概念を適用して、手続上の権利を保障することが極めて困難なのである。

障害のその二は、退去強制留保を規定する移民国籍法第二四三条(h)項が、同留保決定の決定手続を全く規定していないことである。同条項が何らかの手続規定を設けておれば、裁判所にとって憲法上のデュー・プロセス概念を適用することが困難であっても、議会が法律で定めた手続規定の解釈によって、外国人の手続的権利を保障してゆく手がかりとなる。しかし同条項はそのような手続規定を持たず、司法省規則が退去強制留保の決定手続について若干の規定を持っているにすぎない[40]。

退去強制留保の手続審査に際して裁判所に課せられる問題は、この二つの障害をいかに克服するかである。つまり、いかにして権利対特権の二元論を克服するかの問題と、いかにして実定法の欠缺を判例法の形成によって補充するかの問題である。裁判所はこの二つの問題を次の方法で解決しようとする。即ち、スペシャル・インクワイアリー・オフィサーが退去強制事由該当性を判定するヒアリングにおいて保障されている手続上の権利を、退去強制留保の決定手続においても保障することである。第一章の用語で言えば、ヒアリングにおいて保障されている「公正な聴聞の諸要素」を、退去強制留保の決定手続においても等しく保障しようとするのである。

それでは退去強制留保の決定手続は、退去強制事由該当性の判定手続たるヒアリングとどれだけ相似した構造を持つのであろうか。以下では前者の手続を留保決定ヒアリング（ないし手続）と呼び、後者の手続を退去強制判定ヒアリング（ないし手続）と呼んで論述する。

退去強制判定ヒアリングは、第一章でみたように、当事者対立主義に近い手続構造をとっている。留保決定手続は

一九六二年以前には、当事者対立主義とはほど遠い手続構造をとっていた。即ち、外国人は退去強制判定ヒアリングの終了後、スペシャル・インクワイアリー・オフィサーに留保決定の申請をなす。同オフィサーは留保決定の権限を持たず、申請について尋問を行なった後に、移民帰化局のリージョナル・ディレクターに調書を送付する。そして同ディレクターが留保決定をなす。このような手続構造がとられていた。(41) 一九六二年以前の留保決定手続は、退去強制判定手続と同等なヒアリングと呼ぶには、あまりにも「公正な聴聞の諸要素」が欠けていた。(42) しかし一九六二年一月の規則改正により留保決定手続は、ヒアリングと呼ぶにふさわしく、当事者対立主義に近い手続構造となった。即ち、退去強制留保の決定権限がスペシャル・インクワイアリー・オフィサーに与えられ、留保決定手続が退去強制判定ヒアリングの継続としてなされることになった。退去強制判定手続と留保決定手続との相似化は、まず手続構造の点で実現されたのである。(43)

この手続構造の相似化には、第二区控訴裁判所のドレンツ事件判決(44)とヴァルジャン事件判決(45)が影響を与えたことが指摘される。(46) 特にドレンツ事件判決は、他の巡回区の控訴裁判所や連邦地方裁判所の判決でも頻繁に引用され、退去強制留保の司法審査についてのリーディング・ケースたる地位を占めている。

一九五三年のドレンツ事件判決は、その後の判例展開の重要な四つの争点を含んでいる。争点の一は、留保決定手続に憲法上のデュー・プロセス概念が適用されるか否かである。同判決は、移民帰化局コミッショナーが退去強制留保の決定を、政府機密情報に基礎づけたことについて、これは手続的デュー・プロセスに違反しないと判示し、デュー・プロセス概念を適用した。

憲法上のデュー・プロセス概念の適用があるならば、どの程度まで「公正な聴聞の諸要素」が、留保決定手続に保

障されるのか。この問題との関連で、他の三つの争点が生じる。

即ち争点の二は、留保決定手続で外国人は、証人・証拠を提出する権利を持つか否かである。ドレンッ事件判決はこの争点について、肯定の答えを前提として議論を進めている。

争点の三は、迫害蓋然性について外国人に不利な証人を反対尋問し証拠を攻撃する権利の存否である。ドレンッ事件判決は、政府機密情報を外国人に開示せずに使用することを容認する故に、この争点に否定の答えを出す。

争点の四は、行政記録外の証拠を留保決定の基礎として用いることが禁止されるか否かである。ドレンッ事件判決は、開示されない政府機密情報の使用を容認するのであるから、この争点についても否定の答えを出す。

そしてドレンッ事件判決では触れられていないが、留保決定手続での弁護士任用権の存否が、判例展開の上で争点の五としてある。以下では、それぞれの争点を判例の流れの中で明らかにしてゆく。

争点の一は、留保決定手続を憲法上あるいは移民国籍法上の権利として、外国人が積極的に手続保障を要求しうる性質を認めるか、あるいはそうではなく、単に司法長官が行政運営の統一をはかる為に制定した規則にすぎず、外国人が積極的に手続保障を要求しえない性質と考えるかである。この争点については二つの大きな判例の流れがある。その一つは、第二区控訴裁判所を中心とした判例の流れであり、前者の性質を認めようとする。(47) その二は第九区控訴裁判所を中心とした判例の流れであり、後者の性質を認めようとする。(48)

一見対立するかに見える二つの判例の流れは、「公正な聴聞の諸要素」をどの程度まで、留保決定手続に保障するかの点で一致している。(49) この一致点は、他の四つの争点についてほぼ等しい答えが出されていることに示されている。結局二つの判例の流れの相違は、留保決定の手続保障を権利と名づけるか否かの、名目上の相違であるともいえる。

しかし留保決定手続を憲法上あるいは法律上の権利と認めない立場は、外国人の積極的な手続保障の要求を認めず、留保決定の裁量行為たる性質を根拠として、留保決定手続を司法長官の規則制定権に一任するという、消極的な意義しか持たないともいえる。

争点の二である証人・証拠を提出する権利については、これを否定する判例は存在しない。[50] しかし迫害蓋然性の主張が明白に手続の遅滞を目的とする場合は、証人・証拠の提出機会は制限されるとする判例や、[51] 単に証人・証拠の提出機会は十分に与えられたと確認する判例が存在する。[52] 召喚令状による証人の出頭強制も認められているが、留保決定ヒアリングを主宰するスペシャル・インクワイアリー・オフィサーの裁量によって制限されうる。[53]

争点の三である外国人に不利な証人の反対尋問と証拠を攻撃する機会を与えることについては、多くの判例がこれを認めない判断を下している。特に近年では、退去強制留保の申請がなされた場合、国務省の難民移民問題担当室（Office of Refugee and Migration Affairs）に迫害の蓋然性について照会がなされ、国務省からの返答書をも当該退去強制留保の決定証拠の一つとしている故に、[54] 外国人に不利な返答書の信憑性を攻撃する機会を与えないことは、手続的デュー・プロセスに反するという主張がなされる。

第九区控訴裁判所は、カスラヴィ事件でこれと同様な主張について、信憑性を攻撃する機会を与えなかった留保決定手続を是認しながらも、国務省の返答書の証拠能力一般について、鋭い疑問を提起している。[55] 即ち、外交行政を担当する国務省が発する文書の中で、友好国政府を政治犯の迫害者として指摘することは、良好な外交関係の維持にとって好ましいことではない。国務省の返答書は、移民帰化局から迫害の蓋然性の照会を受けた国について、たとえ高い蓋然性があっても低く評価して記述することが十分に考えられる。従って司法手続での証拠法によれば国務省の返

答書は、専門家の文書としての証拠能力を欠くことになる。裁判所の疑問はこのように要約される。

第九区控訴裁判所は、同判決で国務省の返答書の証拠能力を述べながらも、退去強制留保をなす際には事実認定をすべきことが法律上必要ではなく[56]、いかなる留保決定手続を定めるかは司法長官の裁量に任されている故に、証拠能力に疑いのある証拠を攻撃する機会を、外国人に与えない留保決定手続も適法であると支持している。第九区控訴裁判所は同旨の判断を他の事件についても示している[57]。

これに対して第二区控訴裁判所は、国務省の返答書の証拠能力を攻撃する機会を不必要とする結論は同じなのであるが、第九区控訴裁判所とは異なるアプローチをとる。即ち、第九区控訴裁判所は、退去強制留保が裁量行為たることに着目して、同留保決定手続も司法長官の裁量に一任して規定されてよいとする。これに対して第二区控訴裁判所は、実質的証拠法則を退去強制留保の司法審査基準に採用しようとする試みの場合と同じく、裁量行為たる同留保決定にも権限行使の基礎として、事実認定の性質を持つ部分が存在することに着目する。そしてこの事実認定の部分に、憲法上のデュー・プロセス概念に照らした手続審査をすることによって、裁量行為たる退去強制留保を統制しようとするのである。

ザモラ事件での第二区控訴裁判所判決は、留保決定手続が退去強制判定手続と同じく、事実審的ヒアリングたる性質を持つことに着目する。ただ留保決定ヒアリングで認定される事実の種類が立法事実（legislative fact）であり、退去強制判定ヒアリングで認定される事実の種類が審判事実（adjudicative fact）である点が異なることを指摘する[58]。退去強制留保の意思形成過程のうち、事実認定たる性質を持つ迫害要件の認定は、留保決定ヒアリングでなされる。この迫害要件の認定は、審判事実の認定ではなく、立法事実の認定である。従って特定の当事者と直接つながりのな

い立法事実について、証拠・証言の証拠能力を攻撃する機会を外国人に与えても、当該事件の迫害要件認定には無益である。行政機関が国務省の返答書等の特定の情報源にのみ、迫害要件の認定を基礎づけない限り、即ち外国人が留保拒否決定につき返答書の過大な影響力を証明しない限り、返答書の作成人に対して、その信憑性について反対尋問をなす機会が外国人に与えられなくとも、手続的デュー・プロセスに反しない、とザモラ事件判決は論じるのである。(59)

第二区控訴裁判所はこのように、第九区控訴裁判所と同じ結論に達しながらも、退去強制留保の基礎たる事実認定要素に着目し、憲法概念たるデュー・プロセスに照らして、裁量行為を手続審査によって統制しようとする。

争点の四である行政記録外の証拠に決定を基礎づけることの禁止については、記録外の証拠が政府の機密情報である場合が問題となる。この問題については、先例たるドレンツ事件判決による禁止の否定解答のみがある。(60)連邦地裁が記録外証拠の使用をデュー・プロセス違反と判示した例があるが、これは政府の機密情報が主張された事例ではない。(61)司法省規則は、スペシャル・インクワイアリー・オフィサーあるいは移民不服審査委員会が、大統領命令により国家安全保障のため非公開と指定されていると決定した場合に限り、記録外の証拠を使用してよいと規定している。(62)

争点の五である弁護士の任用(63)を否定する判例はない。外国人が弁護士の有効な役務提供を受けなかったと認められた場合、手続的デュー・プロセスの違反を判示する判例もある。(64)弁護士の役務提供がデュー・プロセス概念に含まれることを、単に確認した判例も多数存在する。(65)

以上みてきたように、裁判所は憲法上のデュー・プロセス概念を適用して「公正な聴聞の諸要素」を保障することの困難な、恩恵行為たる退去強制留保の決定手続を、「公正な聴聞の諸要素」が法律上保障されている退去強制判定

ヒアリングに相似したヒアリングにまで、高めることにある程度成功している。[66] 法律上の手続が全く存在せず、退去強制留保をなすに際し、いかなる手続をとることも許されているとも考えられる留保決定手続について、憲法上のデュー・プロセス概念に照らして、「公正な聴聞の諸要素」を保障してゆく試みは、ザモラ事件の第二区控訴裁判所の判決の中に鮮明に表われている。即ち留保決定手続が退去強制判定手続と同じく、事実審的ヒアリングの性質を持つことに着目し、迫害要件の認定という留保決定の事実認定部分について、憲法上のデュー・プロセス概念に照らした手続審査をすることによって、裁量行為たる退去強制留保を統制しようとするのである。

三、米国の裁判所による審査の特徴

締めくくりに、退去強制留保についての米国の裁判所による審査の特徴を摘記しておく。[67]

まず裁判所の審査は覆審的審査ではなく、行政記録の審査である。従って裁判所は行政機関による事実認定に原則的に拘束される。但し行政機関の事実認定が、全行政記録にあらわれる実質的な証拠の基礎を持たない場合には、裁判所は自らの事実認定を行政機関のそれに代置するのではなく、行政決定そのものを取消す。これが実質的証拠法則といわれるものであるが、同法則は事実認定の審査を極めて制限する。即ち事実Aと事実Jの双方が、全行政記録にあらわれている証拠から合理的に推論しうるとき、裁判所はたとえ事実Jの推論がより妥当だと考えても、行政機関の認定した事実Aを退けることはできない。

裁量行為たる退去強制留保の審査基準として、実質的証拠法則を適用するか否かについては争いがある。適用しなければ、留保決定の実体面の審査基準は、裁量濫用の有無という極めて限定された審査基準だけとなる。実質的証拠法則を適用したとしても、迫害蓋然性についての肯定評価と否定評価のいずれをも合理的に推論しうる場合、たとえ

裁判所が肯定評価をより妥当であると判断しても、その肯定評価を行政機関の否定評価に代置することはできない。但し実質的証拠法則を適用すれば、留保決定の事実的基礎をある程度合理的なものにすることができる。同法則を裁量行為たる退去強制留保に適用しようとする試みの意義は、裁量行為の事実的基礎に着目し、その事実認定要素を手がかりにして、裁量行為の統制をはかろうとするところにある。

退去強制留保の手続審査も同じく、裁量行為の事実的基礎に着目する裁量統制の方法である。退去強制留保の決定手続は法律上全く規定されていないが、裁判所は判例の積み重ねによって、留保決定手続を退去強制判定手続に相似させてゆく。その手がかりは、両手続が事実認定を行なう性質を持つことである。この共通項を媒介として、移民国籍法が退去強制判定手続に保障している「公正な聴聞の諸要素」を、憲法上のデュー・プロセス概念に照らして、留保決定手続にも保障してゆく。このことは、裁量行為という司法審査の及びにくい行政決定についても、憲法上のデュー・プロセス概念に照らした手続審査をすることによって、裁量行為を統制しようとする米国裁判所の積極的な特徴を示している。

（1）合衆国国民たることが主張される事件においては、連邦地方裁判所による覆審的審査がなされねばならない。8 U. S. C. A. § 1105a (a) (5) (1970 & Supp. 1980).

（2）28 U. S. C. A. § 2347 (c) (1978 & Supp. 1980). Paul v. INS, 521 F. 2d 194, 197 (5th Cir. 1975).

（3）Kimn v. Hoy, 263 F. 2d 773 (9th Cir. 1959), *aff'd*, 363 U. S. 405 (1960).

（4）8 C. F. R. § 3.1 (b) (2) (1980).

（5）*Id.* § 3.1 (d) (2).

（6）Hosseinmardi v. INS, 405 F. 2d 25 (9th Cir. 1968).

(7) 8 U. S. C. A. § 1105a (a) (1) (1970 & Supp. 1980).

(8) *Id.* § 1105a (a) (9).

(9) 退去強制手続における行政機関の決定についての司法審査規定である 8 U. S. C. A. § 1105a は，一九六一年に追加された規定である。Pub. L. 87-301, § 5(a), 75 Stat. 651 (1961).

(10) 28 U. S. C. A. § 2346 (1978 & Supp. 1980).

(11) *Id.* § 2249 (1971 & Supp. 1980).

(12) 8 U. S. C. A. § 1105a (a) (1970 & Supp. 1980).

(13) 28 U. S. C. A. §§ 2241-42 (1971 & Supp. 1980).

(14) 8 U. S. C. A. § 1105a (a) (3) (1970 & Supp. 1980).

(15) K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TEXT §§ 29.01-29.03, 29.07 (1972), B. SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 591-600 (1976).

(16) 8 U. S. C. A. § 1252 (b) (4) (1970 & Supp. 1980). 同条項の規定する実質的証拠法則の定義は，立法時に議会自身によって与えられている。H. R. REP. No. 1365, 82d. Cong., 2d Sess. reprinted in 1952 U. S. CODE CONG. & AD. NEWS 1653, 1712.

(17) 事実認定への司法審査に加えて，行政手続における外国人の立証責任にも司法審査が及ぶが，立証の基準は明確でないと指摘されている。Note, *Immigration Law—Persecution Claims—The Expanding Scope of Section 243 (h) of the Immigration and Nationality Act*, 13 TEX. INT'L L. J. 327, 332-34 (1978). (特に一九六八年に米国が加入した難民の地位に関する議定書と一九八〇年難民法との関連で，立証の基準が不明確であった。この点について，本稿脱稿後，連邦最高裁は "clear probability of persecution standard" が基準であると判示した。INS v. Stevic, 81 L. Ed. 2d 321 (1984).)

(18) 原語は opinion である。8 U. S. C. A. § 1253 (h) (1970 & Supp. 1980).

(19) 移民国籍法第二四三条(h)項の前身たる Internal Security Act of 1950, § 23, Pub. L. No. 81-831, 64 Stat. 1010 (1950) は，事実認定を義務づけていたと解釈される。United States *ex rel.* Harisiades v. Shaughnessy, 187 F. 2d 137 (2d Cir.), *aff'd*, 342 U. S. 580 (1951). Note, *Protecting Deportable Aliens from Physical Persecution: Section 243 (h) of the*

Immigration and Nationality Act of 1952, 62 YALE L. J. 845 (1953) は、旧規定から新規定への法改正とそれに伴う判例の動きを分析している。

(20) Chao-Ling Wang v. Pilliod, 285 F. 2d 517, 519 (7th Cir. 1960). 移民法の重要な体系書の著者も、実質的証拠法則の適用は誤りであるとする。2 C. GORDON & H. ROSENFIELD, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE § 8.17b (1966).

(21) U. S. *ex rel.* Dolenz v. Shaughnessy, 206 F. 2d 392 (2d Cir. 1953), Vardjan v. Esperdy, 197 F. Supp. 931 (S. D. N. Y. 1961), *aff'd per curiam*, 303 F. 2d 279 (2d Cir. 1962).

(22) Suspension of deportation は極度の経済的困窮の蓋然性がある場合になされる決定であり、withholding of deportation とは異なり一時的救済ではなく、この決定を受けると永住目的の合法的入国者たる地位が与えられる。8 U. S. C. A. § 1254 (1970 & Supp. 1980)。なお、この決定には、いわゆる legislative veto と呼ばれる議会の審査手続が存在したが、一九八三年に連邦最高裁はこの審査手続を違憲であると判示した。INS v. Chadha, 103 S. Ct. 2764 (1983). この判決については、釜田泰介「議会拒否権違憲判決の意味するもの」（『ジュリスト』七九九号七六頁）、宇賀克也「議会拒否権条項違憲判決と今後の動向」（『ジュリスト』八一二号六八頁）参照。その原審判決については、拙稿「〈最近の判例〉Chadha v. INS, 634 F. 2d 408 (1980)」（『アメリカ法』一九八三―一号一五二頁）。

(23) Foti v. INS, 375 U. S. 217, 228 n. 15 (1963).

(24) 何を適格性の要件と解するかは法律問題であり、当該事件の事実のうちいずれが要件に該当するかは事実問題である。

(25) 最高裁は本件が、退去強制中止拒否を審査する控訴裁判所の管轄権の存否を争点とする事件である故に、実質的証拠法則の適用性については、判断する必要がないと判示している。Foti v. INS, 375 U. S. 217, 228 n. 15 (1963).

(26) Wong Wing Hang v. INS, 360 F. 2d 715 (2d Cir. 1966).

(27) United States *ex rel.* Kordic v. Esperdy, 386 F. 2d 232 (2d Cir. 1967), *cert. denied*, 392 U. S. 935 (1968), *rehearing denied*, 395 U. S. 941 (1969).

(28) Zamora v. INS, 534 F. 2d 1055 (2d Cir. 1976).

(29) ニューヨーク地区控訴裁も第二区控訴裁の立場に賛成している。Hamad v. INS, 420 F. 2d 645, 646 (D. C. Cir. 1969).

(30) Note, *Judicial Review of Administrative Stays of Deportation: Section 243 (h) of the Immigration and Nation-*

ality Act of 1952, 1976 WASH. U. L. Q. 59, 103は，退去強制中止については，裁量行使にあたっての基準が，具体的要件として規定されていることが，退去強制留保の規定とは異なると指摘する。

(31) United States *ex rel.* Kordic v. Esperdy, 276 F. Supp. 1 (S. D. N. Y. 1967).

(32) 退去強制留保の他の判決にも同旨のことが指摘されている。例えば，Hosseinmardi v. INS, 405 F. 2d 25 (9th Cir. 1968), Batistic v. Pilliod, 286 F. 2d 268 (7th Cir. 1961). 移民国籍法第二四二条(b)項に規定される実質的証拠法則は，立法過程で議会自身が定義しており，同旨のことが示されている。H. R. REP. No. 1365, 82d Cong., 2d. Sess. reprinted in 1952 U. S. CODE CONG. & AD. NEWS 1653, 1712. 日米の論文にも同旨のことが指摘されている。例えば，Jaffe, *Judicial Review: "Substantial Evidence on the Whole Record,"* 64 HARV. L. REV. 1233 (1951), 高柳信一「行政行為の司法審査——英米における審査手段及び審査範囲——」(『公法研究』一四号六五頁)。なお，日本で実質的証拠法則を採用しているといわれる独禁法第八〇条の裁判所による運用は，米国での同法則の運用とは異なることが指摘されている。即ち，日本の裁判所は「記録により自ら事実を再構成することにより，〔公正取引〕委員会の認定の当否を判断しようとする傾向がある」。今村成和『新版・独占禁止法』(一九七八年，有斐閣)二六三頁，和田英夫「司法審査と実質的証拠の理論」(『公法研究』八号一一九頁)。また，田中真次「実質的証拠の法則」(『神奈川法学』四巻二号五巻一号合併号一頁)は，日本法における事実概念は，米国法のそれよりも狭いことを指摘する。

(33) 例えば，Namkung v. Boyd, 226 F. 2d 385 (9th Cir. 1955), United States *ex rel.* Dolenz v. Shaughnessy, 206 F. 2d 392 (2d Cir. 1953), Sunjka v. Esperdy, 182 F. Supp 599 (S. D. N. Y.), *cert. denied*, 364 U. S. 815 (1960), Granado Almeida v. Murff, 159 F. Supp. 484 (S. D. N. Y. 1958). 通常いわゆる政治問題の法理が言及される場合，political question の語が用いられるようであるが，これらの判決の多くは political issue の語を用いる。またこれらの判決が依拠する先例は，外交政策に関する行政府の決定は政治的なものであり司法的なものでない，と判示した最高裁判決 Chicago & S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp., 333 U. S. 103 (1948) である。

(34) 迫害の蓋然性を示す証拠を提出するためになされた行政手続再開請求が却下されたことについて，裁量濫用を指摘し手続再開を命ずる判例が存在するが，これは厳密な意味では，退去強制留保の実体的権限内の裁量濫用ではない。*E. g.*, Leung v. INS, 531 F. 2d 166 (3d Cir. 1976), Kovac v. INS, 407 F. 2d 102 (9th Cir. 1969), United States *ex rel.* Mercer

v. Esperdy, 234 F. Supp. 611 (S. D. N. Y. 1964).

(35) Wong Wing Hang v. INS, 360 F. 2d 715, 718–19 (2d Cir. 1966).

(36) K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TEXT § 29.07 (3d ed. 1972) 参照。

(37) なお、行政機関の裁量行為に対する司法審査不適合性を、裁量に含まれる諸要素を考慮して検討した論文として、Saferstein, *Nonreviewability: A Functional Analysis of "Committed to Agency Discretion,"* 82 HARV. L. REV. 367 (1968) がある。

(38) 訴訟における争点を事実問題と法律問題に峻別することは、陪審制に根ざす英米法の伝統である。田中英夫『英米法総論上』（一九八〇年、東京大学出版会）一一九頁参照。しかし両者の中間には法律適用の問題という両者の混合の問題が存在する。これを裁判官に任せるのか陪審に任せるのかは、当該事実の性質を考慮してどちらが適任であるかによって、決せられるべきことが指摘されている。Z. CHAFEE, FREE SPEECH IN THE UNITED STATES 501–503 (1954). 行政法分野においても司法審査の範囲との関連で、法律適用の問題を事実問題として行政機関に任せることには、疑問が投げかけられている。K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TEXT § 30.01–30.07 (3d ed. 1972).

(39) 行政手続類型の他方の極は、トライアル・タイプ・ヒアリングである。本稿（一）七三一四頁参照。

(40) 8 C. F. R. § 242.17 (c) (1980).

(41) 改正前の留保決定手続についての叙述は、Vardjan v. Esperdy, 197 F. Supp. 931, 935 (S. D. N. Y. 1961), Zamora v. INS, 534 F. 2d 1055, 1060–61 n. 3 (2d Cir. 1976) の記述による。

(42) 移民国籍法制定の四年後に早くも、Maslow, *Recasting Our Deportation Law: Proposals for Reform,* 56 COLUM. L. REV. 309 (1956) が、この点を指摘しており、一九六五年の改正で実現された迫害概念の明確化とともに、手続構造の改正などを提案している。*Id.* 362–64.

(43) 8 C. F. R. § 242.17 (c) (1980).

(44) United States *ex rel.* Dolenz v. Shaughnessy, 206 F. 2d 392 (2d Cir. 1953).

(45) Vardjan v. Esperdy, 303 F. 2d 279 (2d Cir. 1962).

(46) Zamora v. INS, 534 F. 2d 1055, 1060–61 n. 3 (2d Cir. 1976).

(47) 例えば United States *ex rel.* Dolenz v. Shaughnessy, 206 F. 2d 392 (2d Cir. 1953), United States *ex rel.* Leong Choy Moon v. Shaughnessy, 218 F. 2d 316 (2d Cir. 1954), Sovich v. Esperdy, 319 F. 2d 21 (2d Cir. 1963), Zamora v. INS, 534 F. 2d 1055 (2d Cir. 1976).

(48) 例えば Chiu But Hao v. Barber, 222 F. 2d 821 (9th Cir.), *vacated and remanded for dismissal as moot*, 350 U. S. 878 (1955), Cakmar v. Hoy, 265 F. 2d 59 (9th Cir. 1959), Kasravi v. INS, 400 F. 2d 675 (9th Cir. 1968), Hosseinmardi v. INS, 405 F. 2d 25 (9th Cir. 1968).

(49) Davis, *Requirement of a Trial-Type Hearing*, 70 HARV. L. REV. 193, 255 n. 244 (1956) は二つの判例の流れのうち第九区控訴裁判所の流れだけをとりあげ「公正な聴聞の諸要素」の保障を否定する判例の傾向を指摘するが、これは判例の大勢についての誤解を招く指摘ではなかろうか。

(50) United States *ex rel.* Paschalidis v. Dist. Director of INS, 143 F. Supp. 310 (S. D. N. Y. 1956) は証拠準備の為の時間延長の拒否は証拠提出の機会を奪ったと判示して人身保護令状請求を認めている。Kovac v. INS, 407 F. 2d 102 (9th Cir. 1969) は留保決定手続で決定される外国人の利害は極めて重大である故に証拠提出の機会の重要性を強調する。

(51) Paul v. INS, 521 F. 2d 194 (5th Cir. 1975).

(52) Blazina v. Bouchard, 286 F. 2d 507 (3d Cir. 1961), Sunjka v. Esperdy, 182 F. Supp. 599 (S. D. N. Y. 1960), Lee Wei Fang v. Kennedy, 317 F. 2d 180 (D. C. Cir. 1963) の各判決は弁護士の任用と証拠提出権を確認している。

(53) De Lucia v. INS, 370 F. 2d 305 (7th Cir. 1966) では迫害蓋然性の主張が瑣末であるとされている。

(54) 44 Fed. Reg. 21, 259 (1979). Passante, Jr., *Recent Developments in the Immigration Laws of the United States*, 17 SAN DIEGO L. REV. 173, 197 (1979).

(55) Kasravi v. INS, 400 F. 2d 675, 677 n. 1 (9th Cir. 1968).

(56) 移民国籍法が退去強制留保の決定に事実認定を義務づけていないとの解釈についても United States *ex rel.* Dolenz v. Shaughnessy, 206 F. 2d 392 (2d Cir. 1953) がリーディング・ケースである。しかし移民国籍法の立法過程を考察すれば事実認定の義務づけがあるとの解釈も可能であると思われる。H. R. REP. No. 1365, 82d Cong. 2d Sess., reprinted in 1952 U. S. CODE CONG. AD. NEWS 1653.

(57) Asghari v. INS, 396 F. 2d 391 (9th Cir. 1968), Hosseinmardi v. INS, 405 F. 2d 25 (9th Cir. 1968), Pereira-Diaz v. INS, 551 F. 2d 1149 (9th Cir. 1977).

(58) 立法事実とは、議会が法律を制定するときに考慮するような、特定の個人とは直接つながりを持たない事実である。審判事実とは、裁判所が裁判において考慮するような、特定の当事者と直接のつながりを持つ事実である。Zamora v. INS, 534 F. 2d 1055, 1062 n. 4 (2d Cir. 1976) は、立法事実と審判事実の定義につき、K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE § 7.02 at 413 (1958) を引用する。

(59) 同旨の判例、Paul v. INS, 521 F. 2d 194 (5th Cir. 1975), Jaen v. INS, 564 F 2d 155 (3d Cir. 1977). ザモラ事件判決が示したこの判断について、*Due Process and the Deportable Alien: Limitation on State Department Participation in Withholding of Deportation Inquiry*, 22 CATHOLIC LAW. 275, 285 (1976) は、国務省文書の有用性と国務省関与の不適切性のバランスをとった判断であると評価している。

(60) 入国拒否手続については、記録外の政府機密情報の使用を是認した最高裁判例があるが、入国を果していない外国人には憲法上のデュー・プロセスは保障されない。United States *ex rel.* Accardi v. Shaughnessy, 347 U. S. 260 (1954), Shaughnessy v. United States *ex rel* Mezei, 345 U. S. 206 (1953). なお、*Constitutional Law—Deportation—Use of Confidential Information in Denial of Discretionary Relief*, 54 MICH. L. REV. 854 (1956) 参照。

(61) Radic v. Fullilove, 198 F. Supp. 162 (N. D. Cal. 1961). *Government Need not Disclose Evidence in Denying Alien Stay of Deportation*, 14 STAN L. REV. 861, 865 (1962) は、この事件と Milutin v. Bouchard, 299 F. 2d 50 (3d Cir.), *vacated as moot*, 370 U. S. 292. (1962) とを比較する。

(62) 8 C. F. R. § 242.17 (c) (1980). なお、右崎正博「国家機密の保護と情報の自由化——アメリカにおける国家安全情報の秘密指定制度とFOIAとの交錯」（『法律時報』五二巻四号三二頁）参照。

(63) 退去強制手続における弁護士の任用については、Appleman, *Right to Counsel in Deportation Proceedings*, 14 SAN DIEGO L. REV. 130 (1976) 参照。

(64) Leung v. INS, 531 F. 2d 166 (3d Cir. 1976) は弁護士の有効な役務提供がなかったとされた事例。Paul v. INS, 521 F. 2d 194 (5th Cir. 1975) は弁護士の有効な役務提供がなかったとの立証が、不十分とされた事例。

(65) 例えば、Lee Wei Fang v. Kennedy, 317 F. 2d 180 (D. C. Cir. 1963), Blazina v. Bouchard, 286 F. 2d 507 (3d Cir. 1961), Sunjka v. Esperdy, 182 F. Supp. 599 (S. D. N. Y. 1960).

(66) Note, *Aliens: No Right to Fair Hearing for Deportable Alien Subject to Physical Persecution*—Vardjan v. Esperdy (*2d Cir. 1962*), 50 CAL. L. REV. 880, 883 (1962) は、留保決定ヒアリングが外国人の生死をも決定する重要性を持つことを理由に、Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U. S. 33 (1950) で述べられた "constitutional compulsion" doctrine を援用して、留保決定ヒアリングへの「公正な聴聞の諸要素」の保障を論ずる。

(67) 入国拒否の事例についてではあるが、川原謙一「羽田のバーバラ・バイに関する法律問題——最高裁決定批判——」(『ジュリスト』四七四号七六頁) において、米国移民法に造詣の深い著者が行なっている判例批判は、米国の司法審査権行使の特徴を簡潔に指摘している。

終章

戦後日本の採用した行政事件の訴訟法制は、「ヨーロッパ大陸型の行政国家体制から英米型の司法国家体制への変革」と呼ばれている。これがいったい何を意味するのかという問題意識が本稿の出発点であった。この答えの手がかりをつかむ為に、米国での行政事件の訴訟法制を比較の対象として選び、運用実態のレヴェルで日米の比較をする為に、退去強制権の行使についての、日米の裁判所による審査記録たる裁判判決を研究素材とした。

結論としてまず述べうることは、日本の行政事件訴訟法制が制度の枠組として、広い審査範囲を持つのに対し、米国の行政事件訴訟法制は狭い審査範囲を持つことである。

日本の裁判所は、退去強制手続で行政機関がなしたいかなる決定にも拘束されることなく、覆審的に行政権行使について審査することができる。裁判所は行政機関のなした事実認定に拘束されることはないし、当該処分を行なうに

ついて行政機関がとった手続についても審査することができる。即ち裁判所は退去強制権行使について、実体審査・手続審査の両方をなす権限を有している。

これに対して米国の裁判所は、退去強制手続で行政機関がなした事実認定に拘束され、審査ができるのは行政記録についてだけである。即ち全行政記録にあらわれた事実認定の合理性を実質的証拠法則に依って審査し、行政記録にあらわれた当該処分にあたっての行政手続を審査するのである。

日本の裁判所は制度枠組として、広い司法審査範囲を持つにもかかわらず、退去強制権の積極的な統制の役割を果していないが、米国の裁判所は狭い司法審査範囲ではあるが、退去強制権の積極的な統制の役割を果している。この消極性と積極性のコントラストは、両国裁判所の審査権が共通して制約される裁量行為の司法審査において鮮明となった。比較した裁量行為は、法務大臣の在留特別許可と司法長官の退去強制留保である。日本の出入国管理法制は米国のそれを母法としており、行政権行使の準則が相似している故に、日本の裁判所の消極性と米国の裁判所の積極性のコントラントは、裁判所の行政権行使に対する審査の取り組み方の相違として認識できる。

日本の裁判所の消極性は、裁判所の内在的な制約にその一因がある。即ち事実認定たる性質と行政目的適合性判断たる性質を併せ持つ迫害蓋然性の評価についての司法審査においては、裁判所が本来判断能力を欠く性質の事柄が審査の対象である故に、裁判所は審査を自制せざるをえない。

実体審査を著しく制限されている米国の裁判所は、本来判断能力を欠く性質の事柄について、行政機関の判断にかえて裁判所の判断を代置するようなことは制度上許されない。しかし実体審査を制限されていようとも、また審査対象が裁量行為であろうとも、裁量行為にも事実的基礎が存在することに着目し、裁判所は実質的証拠法則を適用する

ことによって裁量行為を統制しようと試みている。

日本の裁判所の消極性にはもう一つより大きな原因がある。それはせっかく与えられている手続審査権を行使しないことである。

米国の裁判所は手続審査権を積極的に行使する。退去強制留保は裁量行為である故に、司法審査が困難となるだけでなく、恩恵行為である故に、裁判所が憲法上のデュー・プロセス概念を適用して、留保決定手続に「公正な聴聞の諸要素」を保障することが困難となる。しかしここでも裁判所は、留保決定手続が事実認定手続たる性質を持つことに着目して、憲法上のデュー・プロセス概念に照らした手続審査を積極的に行なうことによって、裁量行為の統制を行なっている。

日本の裁判所が在留特別許可について手続審査をしない理由は、同処分手続が法定化されていないことや、憲法第三一条の法定手続条項が行政手続に適用されないとする解釈にあるのではない。なぜなら、「公正な聴聞の諸要素」を十分に備えた手続が法律上明文規定されている退去強制事由該当性の認定手続の司法審査においても、裁判所は手続規定を制限的に解釈したり、手続規定を逸脱した行政権行使を事後追認する判決をしているからである。手続審査放棄の真の理由は、手続の保障自体に価値を認める適正手続の理念が、日本の裁判所をしてこの理念を条理として具体的事件に適用せしめる程十分には、日本社会の中に根づいていないからではないだろうか。行政事件の司法審査における日本の裁判所に特徴的なことは、結果として判断が正しければ、それに至る手続に瑕疵があっても、それは重要なことではない[1]、とする適正手続の理念の欠如ではなかろうか。

米国の裁判所による行政権行使の審査においては、憲法上のデュー・プロセス概念の適用が大きな位置を占めてい

る。裁判所によるデュー・プロセス概念の積極的な適用を支えるものは、単なる憲法条文の存在ではなく、手続の保障自体に価値を認め、実体判断の妥当性を判断形成手続の公正さによって確保しようとするデュー・プロセスの理念が、米国社会に深く定着していることではなかろうか。

本稿では主として憲法上のデュー・プロセス概念の手続的側面、即ち手続的デュー・プロセスについて考察した。とりわけこの概念の行政手続への適用に焦点をあてて考察した。この概念は司法手続との関連において、裁判を受ける権利[2]の中核をなす概念として考察されねばならない。行政手続におけるデュー・プロセスの考察と、司法手続におけるデュー・プロセスの考察との両者が相俟ってはじめて、米国型の「司法国家体制」なるものの実像がより鮮明となるであろう。[3] そのとき、手続保障を重視する米国型の「司法国家体制」と、実体的真実追求を重視する日本型の「司法国家体制」とは、いかに異なるものであるかがより鮮明になるであろう。[4]

小稿において論述してきたように、少なくとも退去強制手続の司法審査を見る限りは、日米の司法審査権はその制度枠組においても異なり、審査権行使の基礎となる制度の運用理念においても異なると考えるのである。

（1）綿貫芳源「告知・聴聞を中心とする公正手続の内容と限界――行政機関の行為に対する司法審査の範囲――」（雄川一郎編『公法の理論㈠』一九七六年、有斐閣、九九五頁所収、一〇四〇―四一頁）は、日本の行政手続上の告知・聴聞に関する判例を検討し、その特徴の一つとして、「手続の瑕疵により処分が違法となるのは、原則として、結果に異動を及ぼす場合に限ることになる。」と指摘している。

（2）合衆国憲法では裁判を受ける権利なるものの明文規定は存在しない。存在するのは憲法上の due process 概念に適合する保護を受ける権利である。誤解を恐れずに言えば、行政権行使による侵害について、due process に適合する保護・救済を与える機関は、司法裁判所である必要はない。H. M. Hart, Jr., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, 66 HARV. L. REV. 1362, 1372-73 (1953) 参照。このことは退去強制との

関連では、Carson v. Landon, 342 U. S. 524, 537 (1952) において述べられている。これに対し、日本国憲法第三二条は裁判を受ける権利を規定し、実質的証拠法則のように裁判所の事実認定権を制限することは、違憲の疑いさえ生ぜしめる。原田尚彦「行政審判の司法審査――実質的証拠法則と関連して――」(前掲『訴えの利益』一九二―九四頁)、今村成和「最新判例批評、テレビ局の開設免許に関する郵政大臣の異議申立棄却決定に電波監理審議会の認定した事実の記載を欠く場合と右棄却決定の効力」(『判例評論』八四号七二頁)、法学協会編『註解日本国憲法・下巻』(一九五四年、有斐閣)一一三七頁及び註(七)参照。また、英米法の制度で裁判所の事実認定権との関連では、陪審制が日本国憲法第三二条に適合するかの問題がある。田中真次、前掲「実質的証拠の法則」一三頁は、陪審制が我国に定着しない理由も、裁判官の事実認定権制限という考え方が我国では受け入れられないからではないかと示唆する。なお、山中俊夫「陪審、参審制度採用の当否」(松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』一九七九年、有斐閣、四八頁所収)、前掲『註解日本国憲法・下巻』一一二八頁参照。

(3) 英米法の司法手続の検討の必要性が、我国行政法体系の再構成との関連でも指摘されている。綿貫、前掲「告知・聴聞を中心とする公正手続の内容と限界」一〇〇〇頁。

(4) 本稿では行政事件を対象として、日米裁判所の司法権行使について考察し、米国の手続審査重視、日本の実体審査重視という結論をえたのであるが、刑事事件における日米裁判所の司法権行使の相違についても、佐藤欣子『取引の社会・アメリカの刑事司法』(一九七四年、中央公論社)七二―七五頁が、アメリカの「手続上事実主義」、日本の「実体的真実主義」という差異を指摘している。