

所有論から考察する非正規滞在者の地位

浦川 源二郎

はじめに

第1章 所有論と退去強制(排除)の諸接点

第1節 国家の退去強制権と所有権

第2節 市民権の取得時効的所有

第3節 地理的空間と「占有権」

第2章

所有論を参照に考察

第1節 シャツハー理論の分析

第2節 所有論と人格論からの示唆

むすびにかえて

はじめに

長期滞在する外国人の権利を憲法上どう考えるか。これが、本稿の扱う問題である。なかでも本稿は、長期にわたり滞在する非正規滞在者の地位の正規化(アムネステイ、在留特別許可等)について扱う。

外国人の人権問題を論じる上でハードルとなるのが、(外国

人の権利保障に関して国民說的立場をとるなら、)人権や自然権は万人にあるが、国家が当該領域内において憲法上の権利を保障する対象が市民権を有する国民であることである。¹⁾この問題を考える上で鍵となるのが、土地、空間、紐帯(関係性)、そして市民権概念である。

本稿では、国家の退去強制権と個人の利益をめぐる以上の問題を、所有論との関連から論じる近時のアメリカ法哲学・憲法学に注目し、検討する。これにより、退去強制をめぐる議論を深化させることを目的とする。

本稿の構成は次のとおりである。第1章で、所有論と絡めて退去強制を論じる3種の議論を確認する。第1節では、ジェレミー・ウォルドロンによる、財産権と所有の理論から導かれる移民の退去強制正当化への批判を紹介する。第2節では、市民権の取得時効的所有を論じた、アイエレット・シャツハーの議論を整理する。その議論が、第2章の検討の1つの軸となる。第3節では、強い結びつきを有する地理的空間への「占有権」を主張した、アンナ・ステイルツの議論を紹介し、またその後、ステイルツの移民論についても概観する。

第2章では、シャツハーの議論を既存の所有論の観点から分析しながら、退去強制と移民の地位をめぐる議論の深化を図る。第1節では、財産および所有権保障と市民権の相違について検討し、私有財産と市民権の類比論を批判する。第2節では所有論から示唆を得ながら、高橋一行によるヘーゲルの所有論と、

G・H・クーリーやG・E・ミードらの社会学的自我論と、デレク・パーフィットおよび森村進の人格論から、地位取得の理論の思考の背景に流れるものを明瞭化し、基礎付けることを試みる。

以上から得られる知見は、次の通りである。いわゆる所有論によっても、既往の人権と憲法上の権利の懸隔を乗り越えることは、困難である。しかし人格に関する分析は、個人主義的見地から、非正規滞在者の置かれる地位とその道徳的評価の基礎を与える。また、不法な滞在がいつから不法でなくなるかという問いにも示唆を与える。

第1章 所有論と退去強制（排除）の諸接点

本章では、ジュレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) の「所有論による国家の退去強制権の正当化批判」(第1節)、アイエレット・シャツハー (Ayellet Schachar) の「市民としての地位の時間・関係に基づく取得論」(第2節)、アンナ・ステイルツ (Anna Stilz) の「地理的空間の「占有権」論」(第3節)について概観し検討する。

第1節 国家の退去強制権と所有権

国家創設以前のアナキーを想定する自然状態テーゼから、国家による移民の排除の権限の正当化根拠を導出しようのか。

換言すると、国家成立以前に諸個人が有していた Property をベースに、国家の国境管理の道徳的根拠を論じようのか。この問いについて考察したウォルドロンの先行研究は、本稿の関心を考察する上で示唆に富む。そこでまずは、ウォルドロンの研究を概略する。

ロックの自然状態を措定したとき、個人ないし非公式に組織化された共同体 (informally organized community) は、自分(たち)の住居(・集落)の隣地に住もうとして無害な他者に石を投げつけ、脅迫し、テントを引き裂いて追い払うことができるのか。無論、そのような行為を正当化するのは、困難である。また、公共財に関しても、そこからコミュニティ外の他者の排除することは、正当化が困難である²⁾。

人々が共同体において行使しうる権能のリストの中には、論者によつては経済的なものや文化的なものが挙げられる。だが、この両者から排除権を正当化することも難しい。故に、ロック的な自然状態から排除権の正当化根拠を導出することは困難である。国家による当該権限行使の正当化根拠が導かれるとするなら、それは、社会契約以前に諸個人が有していなかったが、国家がなおも正当に行使しうる権限によるものであろう。ウォルドロンは以上のように論じる³⁾。

またウォルドロンは、以上の研究を彫琢したその後の研究で、主権と財産権を区別し、土地の所有権に基づく移民の排除権とのアナロジーによつて、国家の主権に基づく排除権の正当化の

論証の困難さを指摘する。

すなわち、土地という財産の所有権者は、望まぬ客を退去させられる。そこで(特に移民規制に親和的な論者においては)、国家による外国人の退去強制も、財産の所有権とのアナロジーから正当化できるのではないかとという発想が導かれる。(かかる国家の主権と土地の所有権を類比する思考は、歴史的に広く見られた。例えば前近代の君主制下では、領土と国家は王の家産であり、領土管轄権や裁判権も財産権に由来するものとされ、あるいは主権としての権限行使との区別が曖昧であった。またアメリカ・ドゥ・ヴァattel (Emmett de Vattel) ら前近代の法思想家においても、国家の所有と私人の所有の劃然とした区別はなされていない⁴⁾。

しかしながら、前近代の家産国家と違い、現代は、主権は土地の所有権から独立して存在すると考えるのが通常だろう。現代国家の主権原理は財産権(とりわけ土地所有権)に由来するものではない。また共産主義国家などを例証すれば分かるように、財産権制度は国家によって構築されるものである。領土における主権は、当該領域における方と法システムの整備のための責任を有し、当該主権によって、当該社会に私有財産が存在するかどうかや、いかなる資源が私有されるか、私的所有権の外延がどこまでかが決定される。

財の再配分も主権の行使によってなされるが、それは所有権者としてなされるのではなく、責任としてなされる。主権は財

産権から独立して存在し、財産権から引き出されるものではない。そしてこの責任も、所有権から導かれるものではない。

また、所有権は他の所有権とつまり個人間の位相で論じられるべき事項で、主権は他の主権との位相で論じられるべき事項である。主権に基づく排除の権限は、当該国の主権を侵そうとする敵国の侵攻などを阻止するために排除の権限を行使しうるであろう。だが、財産の所有権者間の排除の権利と類比して、個人を排除させることまでは論じられない。位相の異なる議論の混同は、カテゴリー錯誤を犯す。

ウォルドロンの主張を敷衍すると、国家が国境を管理し移民を排除する権限の正当化根拠の候補には、「主権の所有権構想⁵⁾」と、「主権の責任構想⁶⁾」の2つがある。そして、前者によっては、当該権限を正当化できない。望みがあるとするなら後者の、どの主権国家(ないし共同体)が誰に責任を負うかを問う、「主権の責任構想」にある。以上がウォルドロンの論旨である⁷⁾。

ウォルドロンの議論を一応正当と措定したとき、得られる示唆は、退去強制および当該権限行使への制約を論じるとしても、カテゴリーを混同してはならないという点である。以下では、カテゴリー錯誤に警戒しながら、シャッターとステイルツの議論を概観する。

第2節 市民権の取得時効的所有

アメリカ移民法を研究する憲法学者、リンダ・ボズニアック

(Linda Bosniak) は、非正規滞在者の滞在を正当化する議論のアプローチの 1 つとして、権利アプローチという類型を設けた。その中でボズニアックは、本稿で紹介するシャットハーの取得論とステイルツの「占有権」論、そして家族の統合の権利を挙げた。

本稿は、前二者を所有論から整理し、批判しつつ、従来の議論の統合と深化を図る。加えて、家族の関係性と統合の権利に関する議論についても、所有論と人格の議論のなかに落とし込む。かくて、個人主義の立場から、財産の所有と関係構築を理解し論じうる立場を提示する。

まず、シャットハーの研究を紹介する。移民とホスト国の関係の「根深々 (rootedness)」に注目し、市民権を財産権類似 (property-like) の新しい財産 (new property) と見て、その権利の取得の正当化を試みる彼女の理論は、次のとおりである。

まずシャットハーは、ウィリアム・ブラックストーン (William Blackstone) に依拠し、政治的メンバーシップに関する公的な権原 (public entitlement) へのアクセスについて、「初めは許可なく財産権の上に存在していた個人も、特定の法的条件の下でその後、法的権原を取得することができる。同じことは、政府が発する新しい財産権類似な財に関する権原についても、少なくとも同程度の効力を持って妥当する」と述べて、財産権と市民権の類比を試みる。

シャットハーが注目するのは、財産権と市民権の機能上の類似

性である。財産権には、時間と根深さによって変化する関係性を反映して、形式上不完全であった基礎の上に、権原の取得を認めるエクイティ上の諸法理が存在する (その例として、権利不行使の怠慢による消滅時効など)。その要点は、当初の法形式が永続するのではなく、その後の関係性の変化によって権利が変動するということである。

また財産権の性質を分析すると、たとえ物権でも、そもそもその権利は現存する物自体を対象にしておらず、物に関わる諸個人の関係性を創造し、規律する人造の概念である (またこの支配関係は、今や、物でない不可触の商標や特許などに関しても及ぶ)。そしてかかる財産権の保護は、保護を実現しうる法システムおよび統治と連携して初めて意味を持つ。こうして財産権は、人々の間の権原と義務をめぐる、国家によって執行される関係性として認識される。

またシャットハーは市民権についても、次のように説く。まず、財産権を「権利の束」と置く。また、ウォルドロンによる、「財産関係とは、(希少な) 資源へのアクセスとコントロールを支配するルール体系を提供するもの」という経済学的アプローチに基づく財産権の定義を援用する。以上を参照し、市民権とは国家によって形成される新たな財産権である、すなわち「移民法により、メンバーシップという希少な資源へのアクセス・コントロールを支配するルール体系が形成される」と導く。

かくしてシャットハー理論においては、市民権という公的な権

原と、私有財産の類比の基盤が整備される。その上で、根深さによって非正規滞在者も社会的メンバースhipを事実上形成し、関係性を変動させることから、関係性によって変動が生じる私有財産同様、市民権をめぐる権原にも時間と関係性による変動が生じる、とされる。加えて、市民権のような成員資格は、物権と違って排他性を有せず、その権利の新たな付与が生じても既存の成員資格の喪失は生じないことから、時効取得の道德的許容性を語る。

かくして、非正規滞在という原罪が、財産理論によって赦される。取得時効類似の理論によって許可なく居住を始めた者も特定の法的条件の下で、正当な権原を取得する余地がある。そう導かれる。以上のシャツハーの論理を整理すると、次のようになる。

- (1) 不正に取得された財産も、時間と根深さで変化する関係性を反映する財産法理により、法的権原を入手しうる (①、ブラックストン、エクイティ上の法理)。
- (2) 財産権と市民権は類似する (②)、財産権は権利の束、財産権理論の定義は「希少な資源へのアクセス・コントロール理論」、財産として保障される対象の中には特許や商標などの市民権同様に不可触のものもある (③)。
- (3) 財産権類似の市民権にも、財産理論に関する法理が妥当する。

- (4) 財産理論における不正な原因から始まる関係変化に基づく権原取得の理論が、非正規市民の市民権取得についても同様に通用する。

以上の取得時効とのアナロジーの成否については次章で検討する。それより先に、以上のシャツハーの研究を参照したステイルツの研究を整理する。

第3節 地理的空間と「占有権」

第1款 利益説による「占有権」¹⁰⁾

長期にわたる移民の滞在と定着が何らかの道德的根拠に基づく権利につながる、という主張は、しばしばなされる。

移民についてはではないが、長期の滞在が空間の占有の請求権に発展しうることを、財産権アプローチにより論証する研究として、前述の通りアメリカ移民法研究の第一人者リнда・ボズニャック (Linda Bosniak) は、ナバホ族の強制移動を例にとるアンナ・ステイルツ (Anna Stiltz) の研究を紹介した (そしてその後、ステイルツはこれとはまた別に、道德上の国家の退去強制権に関する研究を発表している)。そこで本節では、地理的空間の「占有権」(right to occupy a particular geographical space、以下ステイルツの同概念はカッコ付きで「占有権」と記述する。)や移民に対する国家の退去強制権に関するステイルツの一連の研究を紹介し、財産権との類比で語る道德的権利に関する理論を学ぶ。

ステイルツは、国境開放論を掣肘しつつ、現在の主権国家とグローバルな正義の並立を模索する。その検討にあたり必要な核心的価値 (core value) として、①「占有権」、②人々の法的状態を志向する基本的正義 (basic justice)、③人民の集合的自己決定 (collective self-determination) の 3 つを挙げる。これらは諸個人の自律を尊重し保護することを我々に要請する、正義に関する根本的な自然的義務から導出されるものである。上記の諸価値から主権国家も支持される。そして、基本的正義の拘束下にある主権国家は、部外者が領土内の住民に対し著しい害悪を及ぼし、またそれら部外者が差し迫った入国の利益を持たない場合に、その排除を正当化しうる、という¹¹⁾。

以下ではまず、ステイルツ理論において個人がその土地・空間を占拠することを正当化し、またその限界を画する際の鍵となる「占有権」を論じる (第 1 款、第 2 款)。次いで、集合的自己決定を勘案した移民の入国拒否の正当化論を紹介する。そして筆者によるステイルツ解釈として、以上の二者を勘案し統合した退去強制論を提示する (第 3 款)。

「占有権」を論じるにあたり、ステイルツは、土地や空間の使用・占有を主張する権利である点と、多数当事者間での関係を起立する点から、領域内における成員を統制するルールが、財産に関するルールと類似する点を指摘する。そして「占有」を原始的で財産権類似 (primitive, property-like) な前制度的権利と位置付ける。その論証は、以下の通りである。

空間の支配や使用に関する財産権類似の権限には、以下の 3 つがある。第 1 に、私人が有するような、家屋や私有地の使用収益処分の権利を束ねた私的所有権 (private ownership) である。第 2 に、国家が特定領域に通用する法を制定し執行する領域管轄権 (territorial jurisdiction) である。第 3 に、特定地域における社会・文化・経済的慣行に参加するために定住し、退去を強制されず、かつ帰還することを保障する「占有権」である。

この「占有権」は、労働、礼拝、購買など市民社会における、当人とって重要な場所にアクセスすることを認める権利と位置付けられる。この権原は、私的所有権よりも対象空間への支配力が弱い反面、所有権よりもアクセスできる範囲が広い。この「占有権」は、地表に関する財産権 (property) の弱い形態の 1 つである。そしてこれは制度によって設定される権利ではなく、前制度的な道徳的内容を持つものであるため、道徳的規範として国家が設計した財産権理論を拘束する (以上、傍線は筆者)。

財産権理論の講学上の考察は、制度的アプローチと、法や規約から独立した制度以前の道徳論的アプローチの 2 つがある。制度的アプローチはさらに、社会制度や法制度外には物理的な財に関するいかなる権利も存在しないと強いアプローチと、制度外から財産権の形態等を一定程度枠づける規範的存在を是認するハイブリッドな弱いアプローチに分かれる。そしてステイルツの立場は、制度以前の道徳的規範の存在を認めなが

ら、なおも不鮮明な調整問題の解決等を図るために、人造の明確な法制度の設計を要請するというハイブリッドなアプローチを採用する、というものである。制度が財産権の中身を全て決するのでなく、道徳論に基づく主張が存在し、財産権制度が存在しない状況においてもなお守られるべき規範が存在する、というのである。かくして「占有権」ゆえに、個人はそれまで居住した地を容易に退去させられたり、奪われたりしないという前制度的な道徳上の権原が導かれる。

かかる道徳上の請求権の根拠は、地理的空間が個人にとって最も重要な人生設計と関係構築に占める役割に求められる。安定した土地の占有は、善の構想のほぼ全てに関わり、重要である。そしてステイルツにおいては、「Xが権利を持つ」ということは、Xの利益が他者に対して義務を負わせるに足る理由を持つ場合、かつその場合のみをいう」とするラズの利益説の下、当該占有が道徳的権利であると論じられる。その論証は、利益の重大性と、他者にその利益の尊重義務を負わせる十分性、という2段階からなる。

論証を簡略化すると以下の通りである。複合的な生の目的と個人の関係性のほとんどは、居住する場所の継続的使用とアクセスを必要とする。我々が構想する世の目標や関係性等は、特定の場所に位置付けられたものである (located life plan、位置付けられた生の計画)。この位置付けられた生の計画実現の利益は、当該計画が自律的に選択されたものであるか否かに依存し

ないが、特定領域の占有は個人の自律的生にとって重大なものである。ゆえに、ロッキの公正使用の但書 (fair-use proviso) という制約はかかるものの、位置付けられた生の計画には道徳的重みがある。

この占有の利益は、他者にその尊重義務を負わせるに十分なものと考えられる。土地を追われることで生じる、生の計画に対する損害は、激甚である。対して、多くの場合に退去させることで得られる利益は、それに釣り合わない。かつ、他者の空間占有を認める義務の遵守から生じる負担も、さして重大でない。無論、占有にもロッキの但書からくる公正利用の制約がかかるものの、「占有権」尊重の義務は、他者の退去強制などから得られる経済効果などの潜在的主張を排除するに足る。そうして、それまでその土地に住んでいた者に対する強制移住や排除は、「占有権」を覆すほどの重大な理由が存しない限り、一応の誤り (pro tanto wrong) とされる。

以上の、財産権との類比から個人が重大な利益を有する地理的空間から退去させられない権利として、「占有権」を論じるステイルツの論理構造を、ここで整理しておく(またボズニアツクが読み込んだと思しき移民論への転用も「黙示」として記述する)。

- (1) 誰もが「占有権」という財産権類似の権原を持つ (cf. ラズ利益説)。
- (2) 前財産制度的道徳内容が、「占有権」にはある。

(3) 前財産制度的道徳規範は、国家が設計した財産制度を拘束する。

(4) 個人の「占有権」を尊重する財産理論上の義務を国家は負う。

(5) 所有権同様に、国家による移民の退去強制権は、かかる「占有権」により制限を受ける「黙示」。

以上のステイルツの議論は、北米大陸の先住民族であるナバホ族の土地の「占有権」を例証している。これを主権に基づく移民の退去強制権に直接応用することは難しい。また、私的所有権と国家の領域管轄権と「占有権」が並置され、ここにもカテゴリ錯誤が見られることになる。前述のウォルドロンの理論を参酌するに妥当でない。さらに、この段階ではまだ、諸個人が有する権利と、国家が行使する排除の権限の關係が明らかでなく、個人から一足飛びで国家へと議論が飛躍している感が否めない。

第2款 グロテイウス典拠の「占有権」¹³⁾

シャッハーのその後の論考では、本来共有物であった土地を占有する権利の発生根拠や、財産権と「占有権」の類比的意図などが論じられる。そして上記の曖昧さへの対応も図られることになる。

ステイルツはフーゴー・グロテイウス (Hugo Grotius) を引用しながら、次のように述べる。国際政治上の制度や共同所有

者の同意がなくとも、地理的空間に関する制限的な独占権を取得することができる。この原始的な権利は、物質的財や土地などに関する当該権利は自己保存 (self-preservation) の尊重と他者の自立の尊重という道徳上の義務から発生する。そして「占有権」もこの原始的権利の一種である。

すなわち、財産権制度の創設以前であろうと、自己保存と人生の構想をもとに、個人は物質に関して道徳上の諸種の権利を有している。そこから、共有物であった物の使用と消費が認められる。地上で共有されていた物を、妨害されることなく使用する権利を、ここで原始的権利とおく。そしてこの道徳的権利が及ぶ範囲の中心に、グロテイウスを参照し「自己保存に必要な手段」を置く。またグロテイウスをベースに語ると、原始的権利の主張には、他者の自律と共存する範囲内にとどまる、という制約が内在することになる (そして、他者が同様に使用できる地位にあることを認めるこの制約が、ロック的但書のいう公正利用と通底すると考える)。こうして導かれた原始的権利は、個人がその生の構想のために空間・物体を使用することを尊重する一応の理由 (pro tanto reason) という重みが与えられる。

原始的な「占有権」と、制度によって創設された財産権は区別される。「占有権」は永続的なものではなく使用に関する権利で、時間を越えた承継が認められない。これらの点から、上記財産権と異なる。自由主義的な私有財産権は制度であり、その内容は natural primitive right から派生したものである。

原始的権利は、自己が使用する空間からの他者の排除も、制限付きで正当化する。他者の排除が許容される要件として、以下の3つが挙げられる。第1に、その空間等が個人の一般的な活動に不可欠なものとして供されていること、第2に、他者の競合的な使用によって当該活動が妨げられること、第3に、公正利用の但書が満たされることである。これら要件を満たす場合、排除が許容される。

位置付けられた生の計画を有する諸個人が持つ「占有権」は、それが束になることで、国家が当該空間を法的に管轄する権限を有し責任を負う根拠たる、根本的な権原 (foundational title) となる。国家は、これら既存の住人である「占有権者」のために、排除・退去強制の権限を、責任を持って行使することになる。

以上の論理を整理すると、次のようになる。

- (1) 個人は自己保存に関する、道徳的権利たる「占有権」を原始的権利として有す。
- (2) 個人は、自己保存のために必要な共有物の消費の権利を有す。
- (3) 個人は、他者の自律尊重の義務を負う (C)、グロテイクス、ロツクの但書)。
- (4) 「占有権」と共有物消費の権利を有する個人は、他者排除を特定の要件を充足することで、正当になしうる。

(5) 諸個人が有する原始的権利の束として、国家は諸権限を行使する。

(6) 国家は、既往の「占有権」者のために排除の権限を、但書の範囲内で行使しなければならない。

以上のステイルツの論理は、国家の排除権の正当化根拠とその制約原理を、個人が自然状態下で有していた原始的権利に求めるものである。しかし個人が自然状態において行使しうる権利の範囲内では、国家は排除の権限を行使し得ないことになる。しかし、(後述する集団的自律とコスト論という) ステイルツが認める移民の入国拒否正当化事由はこれよりも広い。するとこのままでは、移民の排除に関する上述のウォルドロンの論難を回避できない。どうやら問題は、個人から国家へと権限の理論をつなげる点にある。

そしてその後のステイルツの移民に関する研究においては、国家が行使する退去強制権につき、諸個人の権利の束と但書という視点を薄れさせても成立する形で議論が展開される。そして国家の特別責任としての個人の引き受けとコスト負担に比重を置いた、移民の入国拒否が論じられる。⁽¹⁴⁾

第3款 主権国家による入国拒否の正当化と移民の利益の比較
[衡量]

「位置付けられた生の計画」と「占有権」、そして個人の自律と集団的自己決定 (collective self-definition) を重視するステイ

ルトにおいては、移民の地位と処遇の道徳論はその後、次のように理論化される。すなわちステイルツのスタンスは、コスモポリタンの国境解放論を否定する一方で、他方では退去強制と入国拒否につきベラル・ナシヨナリストほど強い裁量を認めない、入国・滞在の許可を原則としつつ条件付きで退去強制が許容される、というものである(ただし、人々の「移民の自由という人権 (a human right to immigrate)」すなわち「移民権」までは認めない)。

本節では最後に、難民など急迫の地位に立つ移住者ではなく、より良い機会を求めて移住してきた機会移民 (opportunity migrants) に関するステイルツの見解を整理する。そして、長期にわたり滞在する非正規滞在者への退去強制の正当性にフォーカスして、ステイルツの理論の統合を試みる。

個人の自律と、諸個人の自律を可能ならしめるための構成員自身による集団的自己決定を重視するのなら、当該地域内の統治が正義に反していない限り、植民地総督府による支配が如き外部からの一方的支配は認められない。しかしそこから直ちに、ウォルツァーやミラー、ウエルマンのように、国家による移民排除の権限の裁量的行使まで導かれるものでもない。国家による排除の権限行使は、それが成員の志向する価値や優先事項を反映した制度下における、特定の利益を保護するために必要な場合に行使される。

また、排除は一定の条件下で正当化されるが、その条件は、

裁量的な排除権の是認論者による「望まぬ責務 (unwanted obligation)」論に基づく退去強制の正当化の修正によって具体化される。すなわち、マイケル・ブレイク (Michael Blake) は、「望まぬ責務の回避権 (right to avoid unwanted obligation)」を指定し、そこから広範な排除権を導出する論を展開した。¹⁶⁾ ステイルツはこれを換骨奪胎し、当該回避権を正当化した上で、排除権限行使に制限をかけるというアプローチをとる。

ブレイクの主張するところ、国家はそれぞれ異なる領域について管轄権を有する。そして当該管轄区域内における人権の保護と実現に特別の責務を負う。人権尊重の責務は普遍的であるが、その保護と実現の責務は、特定の地域におけるものである。すでに母国で人権を保護されている者が移住を希望するとき、その者は移住先の住民に対して、自身の権利保障に寄与するよう求めることになる。つまり移住者によるこの主張は、ホスト国の住民の自由へ制約を課すものである。そしてホスト国の人は、望まぬ責務の増大を回避するための一応の権利が認められる。

以上のブレイクの主張に対し、ステイルツは、移民の流入と住民の自由制限の連関性には疑義があるため、既存の法制度に対するコスト増大として捕え直すべきと主張する。かくして国家が移住を拒絶することができるのは、移民の増大コストが高くなり、ホスト国の既存の法制がその負担に耐えられないときである、と主張される。¹⁷⁾

ステイルツにおいては、以上の移民制限の正当化根拠としてのコスト的理由は、妥当な理由 (fair reason) と、望ましくないが暫定的に許容せざるを得ない理由 (nonideal reason) に二分される。前者の例は、国防、制度の転覆の予防、公共サービスの維持、福祉国家の維持、住民の生活様式の保護、国内の貧困者に対する特別義務である。また後者の理由の具体例として、移民の大量流入による移民排斥運動激化による大衆の反発を抑制して、国家や公衆が非リベラル化するのを回避する場合、および社会の一体性 (cohesion) を保つ場合が想定されている。

以上の妥当な理由と、許容せざるを得ない理由は、排除を正当化する一応の理由として扱われる (なお正当化理由にはそれぞれ、異なる重みづけがなされる)。そして国家が当該領域における正統な統治に特別の責務と、無害な移民の移住を許容する義務を同時に負うことを前提に、流入による増加コストと、移住希望者が有する利益の比較衡量によって、ケースごとに、その処遇が決められることになる。

ステイルツが想定する移民側の事情は、次の通りである。まず前述の通り、諸個人が外国に自由に入国し、そこに住むことができるという移民権までは認めない。カレンズの *canthlover* 論 (国内的移動自由と国際的移動自由の同視) 批判を念頭に置くステイルツの論旨は、以下の通りである。

権利の形や射程は、そこに通底する利益に依拠する (表現の自由保障に通底する価値がその例である)。国境管理が国際的

移動の自由の制約に該当するか否かの判断も、当該移動の自由がいかなる利益をもたらし、またその制限が何を侵奪するのかを具体的に論じ、考慮しなければならない。

移民権賛成論者は、「あらゆる人生の選択肢」がごとき、広範な自由や利益をのべつまくなしに挙げる。しかしそれは説得的ではない。なぜなら、賛成論者の主張は利益中心が過ぎ、移民の流入が既存の住民の人生設計に与える影響 (あるいは受入国の負担するコスト) について語ることが少ない。また上述のように、茫漠とした自由の利益を主張するだけでは、リバタリアン相手でない限り説得的たりえない。制約からの自由という一般的利益だけでは不十分である。単なる消極的な自由という広範な概念では、いかなる自由が重大か否かを考えるのに役立つたない (交通規制や、一方通行の道を逆向きに進む自由なるものへの制約は、礼拝所参拝の制限と等しく不正とは言えない)。我々は、選択肢の量だけでなく、それを希求する理由たる質も重視し、問題にしているはずである。

以上から、*basic liberty* と *nonbasic liberty* 間の区別が要請される。ロールズを参酌すると、*basic liberty* は人格の自律あるいは政治参加にコミットするものであることが要請される。移民権は、人格の自律に繋がる、重大なものだろうか。おそらく、およそあらゆる移住目的がこれに該当するわけではないため、移住を希望する諸個人の追求する利益を、個別に検討しなければならない。そしてそれらそれぞれに、異なる重み付けを与え

なければならぬ。そして、自律と深く関わる重要な利益ほど、入国を請求しうるだけの一応の重み (weighty pro tanto claim to enter) の根拠となる。

その上で、ステイルツが主張の切迫度に応じて挙げる具体例は以下のようなものである。より良い気候を楽しむための移住希望、高賃金にありつくための移住希望、母国でも享受できるがさほど首尾よくは満足されない教育・キャリア・宗教上の機会にアクセスするための移住希望、(無神論者が強固な宗教社会からの離脱を望むがごとき) 自己の気質と野心により適合する社会や文化へのアクセスのための移住希望、真つ当な賃金にアクセスするための移住希望、母国には到底存在しない教育・キャリア・宗教上の機会のための移住希望、配偶者や子どもと再会し結合するための移住希望、根本的な人権や文化・政治的抑圧を回避し生活可能な環境で生存するための移住希望。後者ほど、その重要度が高まるといふ。

これら移住希望者の主張する利益という一応の理由と、既存のホスト国住民のための入国拒否の一応の理由とを衡量する結果、終局的な判断が下されることになる。

以上のステイルツの移民の入国拒否論が暗黙のうちに前提とする事項を捕捉し、その主張するところを本稿なりに最適化する。

- (1) 国家は、管轄領域内において、諸個人の自律と自己保存、集団的自己決定を保障する責務を負う。

- (2) 国家は、そのための法制を維持する責務を負う。
- (3) 国家は原則として、既存の法制の維持が可能な範囲内において、移住者も引き受けその人権を保障する責務を負う。

- (4) 責任の引き受けの可否は、一応の理由同士の比較衡量により決せられる。

ここにおいては国家の権限行使に関する自然状態の想定や財産権の発想が後退し、また国家は、諸個人の自律と自己保存、集団的自己決定のための装置と化しつつある(換言すると、主権の責任構成に近づく。そしてその見方は、ウォルドロン¹⁸やロバート・グッデン(Robert E. Goodin)¹⁹、瀧川裕英²⁰などと近似する)。

以上のステイルツの「占有権」と入国拒否の議論を整合するよう解釈すると、上記の比較衡量の天秤に、非正規滞在者が長期の滞在により得る「占有権」的利益が載せられ、またこれに法違反への非難としての責任というマイナス要素が加味される、という構図に近づくのだろう。そして、かかる(筆者の解釈による)整理は、わが国入管法や米国移民法におけるアムネステイ等制度と近似することが看取される。

第2章 所有論を参照に考察

本章では、前章第2節のシャツハーの議論の構造を参考にし

ながら、これをアメリカ法の文脈から独立させる。その上でなお、その主張を成立させることは困難であると論じる。⁽²¹⁾しかし、その検討を通じて得られた知見を参照し、関係性に基づく非正規移民の地位の変化について憲法的に考察する。

第1節 シャットハー理論の分析

まずはシャットハーの議論を、わが国法と共約可能な形に修正しながら考察する。

(1) 財産権に関する法理の中には、時間と根深さによって変化する関係性を反映して、不完全な形式の上に権原の取得を認めるものがある。

時効論に代表される通り、時間と関係の変化を基にした法関係変動の理論が、財産と所有をめぐり全世界的かつ通時的に見られることは、確かである。近代以前から、取得や消滅の時効をめぐる議論とその正当化の試みは存在する。⁽²²⁾ シャットハーが生きたる、現代のアメリカ法の文脈においても、敵対的占有 (adverse possession) による取得時効論⁽²³⁾などの議論が存在する。⁽²⁴⁾ 現代のリバタリアンの法哲学においても、私的所有の前提となる歴史的確限の理論と、時効取得を整合的に理解しようとする研究が見られる。⁽²⁵⁾ わが国民法(および刑法)上も時効制度が存在する。また財の取得・消滅時効正当化の哲学的根拠として、自己所有権と人格への一体化・拡張、および人格の同一性の減少をあげた森村進のような議論もある。⁽²⁶⁾

非正規滞在者による違法な居住の継続による関係変化は、一見するとこれに類似する。しかし、果たして移民法上の非正規滞在者と、民法上の不法占拠者を同視しうるものなのか。この点を考えるために、次に、財産権と市民権それぞれの特質について分析する。

(2) 財産権と市民権は類似する。

アメリカ公法学においては、政府が供給する福利 (welfare) を財産 (property) として把握し、これに対する市民の利益へ憲法上の財産権保障を及ぼして、実体・手続上の保護と救済を企図する議論も存在する。かかる試みの著名なものとして、チャールズ・A・ライヒ (Charles A. Reich) の New Property 論がある。シャットハーも、この考えを少なからず下敷きにしている。そこでまずは、ライヒの主張を概観する。⁽²⁷⁾

ライヒ論文の主眼は、政府が提供する福利 (wealth) と、この贈物 (gift) ⁽²⁸⁾ に人々の生活が依存し、私経済活動と密接に結びつき、私人はその影響を受けやすくなり、かつ私有財産と公的福利の境界が曖昧になった現代国家において、いかに個人の自律と自由と権利を保障するか、にある。そしてプラグマティックな観点から、法的統制が緩い公的福利を財産権に組み込んだ、新しい財産権理論を構築することで、諸問題に対する「ものの見方」をシフトさせ、財産理論上の権利保障と権力統制を及ぼす必要を説く。

ライヒの議論は、「財産権は法の産物である。財産を所有す

る者は、福利の品目に関する、特定の法的所権利を有する。財産権とは、かかる福利とその所有者の関係性を表現するものである。しかしながら、政府の福利は単なる福利であり、必ずしも財産権と扱われない²⁸⁾ことを確認する。

その上で、しかし「土地であれ資源であれ、米国における私有財産はいずれも、もとを辿れば、国家や主権により与えられたという点で政府の福利と共通する」²⁹⁾、「私有財産における所得喪と内包も、法の産物であり法に依拠する点で変わりはない」として、政府の贈物と伝統的財産権の架橋および法的統制と保護がなされるべきと導かれる。

以上のように論じるライヒの慧眼は、1960年代にあって、国家の関与・財産権の変容と公私協働 (public private partnership) の出現を指摘した。これをシャツハー理論に援用したとき、市民権という政府が提供する福利は、財産として捕捉され、かつ財産法理における時間と関係の変化による取得と消滅の理論を及ぼしうる、というのだろう。

しかしこの議論には、乗り越えるべき障害がある。

まず、物や商品を中心とする従来の財産概念と、政府が提供する市民権なる財(ないし福利)を性質上同視できるか、真剣に検討しなければならぬ。そうして、前者に妥当する所有論上の法的な取り扱いを、後者にも同様に及ぼしうるか、検討する必要がある。

財産権とのアナロジーにおいては、シャツハー理論は、主と

して市民権の権利・利益的側面に焦点を当てているものと思われる。しかし市民権概念は複雑かつ多義的である。かつてリンダ・ボズニアック (Linda Bosniak) が指摘したところ、市民権をめぐる議論は少なくとも4つの側面から整理できるといえる。すなわち、地位、権利、政治活動、アイデンティティ(連帯)という4側面である³⁰⁾。かかる不可触の権利・義務の束を有する実質の意味での国民は、当該領域における法的状態の実現についての責任を負う主体となるとともに、当該国政府によって第一次的にその生存と自由を保障される責任単位となる³¹⁾。

対する財産権の対象は、時代や地域によって異なるが、歴史的に想定されてきたのは物で、かつ本稿が取り上げた類比論者らが念頭に置いているのも物(とりわけ土地)ある(そして、市民権の保有と、土地の所有はセットで捉えられてきた)。現代の日本においては、財産の対象として物、債権、著作権や特許なども語られる。しかし、「所有」の出発点と主眼は、いまだ物である。また、人造の財産権たる著作権は、その性質と保障をめぐる複雑な議論がある(自然権的側面がない、完全な制度創出的権利だから、その内容と保障のあり方はいくらでも法律で決められるのか、その排他性はいかに正当化されるのか、などがその例³²⁾)。

所有権や財産権が、物それ自体に対する権利ではなく、人々の関係性の規律だとしても、ベースにあるのは物を中項とした人々の関係で、出発点として(あるいは雛形として)考える

べき基礎理論は、物をめぐる関係である。そして現代の所有の法理においては、市場における融通性や譲渡可能性が当然視される。

他方の市民権は、第一次的には、市民間で流通・通用する財を取り巻く関係性というよりも、国家に対する関係性と捉えるのが素直な理解ではないだろうか。少なくとも、市民権ひいては政府による福利一般については、その非譲渡性等から、市場価値や交換価値などは認めるべきではないことは論を俟たない。³²⁾

(そもそも、市民権をもつばら権利利益の観点のみから捉え、これが他の政府提供福利と同じ位相で語りうるのかの疑義も存するが) 仮に財産権の枠内に市民権を収めたとして、それだけでは何も問題は解決しない。「国家の法によって形成され、国家によって実現され、かつ権利関係の束である。ゆえに、所有権も市民権も同様に財産権に属する」といつても、語法上の疑義が指摘される。仮に、両者を財産権という語法に包摂しても、同じ「財産」という語の中にも、性質の違いが存在する。したがって、適切な規律やルールを志向するのであれば、(広義の)「財産」という枠の中で、さらに一段下位分類を設け、(狭義の)「財産」と市民権の性質の差に着目し、扱いを変えざるを得なくなる。そのとき同じ(広義の)「財産」といつても、性質の違いから、適用される法理も異なるものになる。結局、性質の同一性と同様の取扱いの許容ないし要請を示しえない限り、性

質に応じた異なる法理を適用しなければならない。そして上述の通り、大雑把に見れば所有権と主権に幾らかの共通点がみられ、また歴史上密接に論じられてきたとしても、市民権と財産権の性質は同様の処遇を要請しうるほど一致してはいない(あるいはその厳密な論証がなされていない)³³⁾。多様な側面を有する市民権概念を、利益の側面ばかり過度に重視して、財産と同等で語ることが果たして妥当なのか、疑義がある。

敷衍すると、財産権を関係性と理解して、希少な資源の配分ルールと捉えてもなお、財の性質の違いから、市民権を市場における財や商品と同視するのは無理がある。かかる性質の差から生じる、扱いの区別の要請は、無視し得ない問題である。財産論とりわけ所有の理論を援用したのであれば、この点を等閑視せず論究する必要がある。³⁴⁾

また、財産とのアナロジーを論じる論者が想定する財の「所有」と、市民権の「保有」は同義だろうか。取得時効類比論者が想定する「所有」概念と、国家の責任対象となることを含意する「保有」概念が同義か。財産に関する所有と取得の理論と、主権・国家論から導出される市民権の保有・付与は同一次元で語ることができるのか。カテゴリー錯誤を犯してはいないか。これらは、もつと真剣に検討されるべきだろう。³⁵⁾

さらにいえば、そもそも、移民が労働や地域社会への貢献で関係性を築く、という議論で第一に想定されているのは、政府に対するなんらかの債権や財産上の関係性などではなく、生活

の基盤となる住居等の財産であり、かつ、家族関係や地域社会関係、紐帯である（そして財産類比論者が考察に取り入れる後者の「関係性」は、なんらかの価値を創出する労働によらずとも良い）。国家が設定する防御線による自由の保障は、少なくとも労働の対価として提供される利益でない。また個人にとつて、これら関係性が一般に、金銭等の対価と替えがたい価値を持つが、それは通常想定されるころの財産理論によるものではない。そして、親密な関係性や紐帯から一足飛びで国家への請求権を導出する議論には、必要な途中の論証のおおざりや要考慮事項の考慮不尽という短絡の感がある。

以上総括すると、通常の法的な財産の所有論から市民権の得喪を論じることが、現代国家においては著しく困難に思われる。それでも、以上の所有論は本稿のテーマを考える上で有益な示唆を与える。次節ではこの点につき、ヘーゲル風の記述的所有論を参照に、個人の人格的自律と所有、並びに他者との関係を論じていく。

第2節 所有論と人格論からの示唆

森村進はロック所有論の解釈によつて、私的所有権の正当化根拠には以下4つがあると整理した。すなわち「価値の創造」、「功績」、「人格の拡張」、「生存と繁栄」である³³。以下では特に、「人格との拡張」に焦点を当てて、人格論の観点からの非正規滞在者の地位取得に関する考察を進める。

カール・オリークローナ (Karl Olivecrona) は、グロティウスやジョン・ロック (John Lock) の所有論を参照しながら、ロック所有論における私的所有の正当化根拠として、「労働によつて、物に、私の人格が拡張される」ことを挙げる。すなわち、17世紀当時の Property の語法には、「人格にとつて固有のもの (proper to a person)」や「誰かに属するもの (belongs to somebody)」も含まれていた。これらから 'labour-action' によつて、拾つたドンクリヤ、狩つた鹿に行爲主体の人格が注入されるとする³⁴。

確かに、ある物を所有することによつて愛着³⁵や思い入れが湧き、大切なその物を喪失した時、自分の一部を無くしてしまつたような喪失感を覚えることもある。あるいは、わが身のように手放しがたいと思う物は、しばしば存在する。かかる直観的理解をもとにすれば、私が所有する大事な物を侵されることが、私や私の人格への攻撃に当たると、主張するのもうなすける。

しかしながら、労働によつて人格が物に実際に流入し、所有された財が私の身体の延長となるという形而上学の説明は、原理的にはあり得るが妙な話で、むしろこれは「私の人格に入つてくる (私の自我の一部を構成するようになる)」と置いた方がいいだろう。そしてそれが、占有によつて他者に承認される、とここでは捉える。

かかる人格の付着ないし拡張を前提としたとき、所有と他者との関係について検討する上で、参考になるのが、ヘーゲル所

有論と、高橋一行によるその解釈である。筆者は所有論一般や、難解を極めるヘーゲル哲学の専門家を僭称する勇氣はない。なので、以下では差し当たり、ゲオルグ・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) の所有論に関する先行研究による一つの理解のあり方を参照する。

ヘーゲル所有論および認識論は、高橋一行によると次のように整理できる⁽⁴⁴⁾。

- (1) 占有取得 (肉体的獲得、形作り、標識)
- (2) 物件の使用 (使用により所有されていることが明確化)
- (3) 自分のものの外化 (所有の放棄、時効、譲渡等)

高橋の整理によれば、労働の成果である所有物には自己が投影され、それは自己そのものとなる。そして第三段階に至り他者との関係である契約概念が現れ、かつ自他の所有をそれぞれ相互に承認するべきことが導かれる。相互承認においては、自己と他者は相互に、各々の所有を認め合う⁽⁴⁵⁾。

また、所有の始原には精神がある。精神が身体を所有し、これを中項にして自然に働きかけ、他の物を自分の所有にしている(また身体は、他者により認識され、かつ他者と触れ合うことができる自己でもある)。こうして、手段が目的を獲得し、獲得された目的がさらにその先の目的のための手段となる、という連続性が導かれる。

そして行き着くのが、(高橋の整理によれば)「他者の所有」

である。「所有概念は、必然的に、交換、譲渡、売買に行き着くこと、そこに他者が招来されること、そして、その他者との関わりの中から、主体が成立する」ことを含意する。自己は他者との交わりを通じて自己として生成していく。すなわち、自己は本質的に、その生成において他者を必要とし、他者から承認されることよってのみ、自己が成立するのだから、他者からの承認こそが自己関係を作り、また自己関係することで自己が完成し、その自己がまた他者から承認されて、他者を承認していく。かくて他者も生成される、という⁽⁴⁶⁾。

もはやかかる認識論の段階までくると、(高橋も自認する通り)狭義の所有論の範疇にない。

だが、心と自我と認識、「他者の所有」、身体の自己所有と人格の形成、および他者との関係性の所有に関する知見は、本稿の扱う非正規市民の地位や、地域社会との関係構築が持つ意味を考察する上で示唆に富む。

そこで次に、以上の認識論および解釈と深く関わる、他者との関係の所有による自我の社会的形成と役割取得について概略する。概略にあたっては、高橋の記述と通底する、社会学内外でよく知られたチャールズ・ホートン・クーリー (C.H. Cooley) とジョージ・ハーバード・ミード (G.H. Mead) の自我論を参照する。

まず概括するのは、クーリーの「鏡に映った自我 (looking-glass self)」である。人は、鏡を見ることで自分の顔を知るように、

自我を知るにも他者という鏡を通じる必要がある。人の自我は近代個人主義が誤認していたように真空にあるのではなく、社会において獲得・発展されるものである。赤子は自我を伴い誕生するものではなく、親兄弟や教師らとの関係において形成される社会的なものである。人は、これら他者が自分をどう見て、またどう評価しているのかを通じて、自分が何者であるのかを知るようになる。他者という視線を学習し手に入れ、自己の中に取り入れていくのである。

そして人間の社会性と理想も、家族や遊び仲間、近隣集団といったフェイス・トウ・フェイスの親密な結びつきを持つ集団(第一次集団、primary group)を通じて、形成されていく。以上の自己の認識と自己主張には、相手の立場に立ち、相手との関連において自分を位置付ける能力を必要とする、これにより、他者の観点から自分を捉えることを身につけるようになる(子どもの「自我獲得」self appropriation)。そしてこのことは子どもに限らず、大人にも当てはまる。人間の完全な自我は、自我の内に仲間の目的を取り入れて、自分の人生をその目的達成のための戦いに費やすことにおいて、初めて成し遂げられる。⁴⁸⁾

以上のクーリーの自我観から影響を受けたミードの自我論において自我 (self) は、自我 (I) と客我 (Me) の二側面から整理される。すなわち、客我は他者の期待から形成された自我であり、自我は客我を観測し主体的に活動する自我である。そしてクーリーの説いた「鏡に映った自我」たる客我は、ミード

によれば、他者の期待を取り入れる「役割取得 (role-taking)」によって形成される。ミードの用語においては、親兄弟や教師といった他者は「意味のある他者 (significant other)」と呼ばれる。これら他者が自己に対して向ける期待をとり入れることによって、自我が形成される。これら期待は、他者によって異なるものだが、かかる多様な期待をまとめ一般化すること(つまり「一般化された他者」の期待を取り入れること)で、子どもは十全な自我が形成される。大人の場合には、他者の範囲が時空両側面から、より広いものになる。かくして、自我の社会性が拡大し、自我の発展が推し進められる。⁴⁹⁾

しかしながら、人間の自我は他者の期待や社会規範によって、外から一方的に形成される(役割期待)だけのものではない。人間の自我は、他者の期待や社会規範を自己の中で解釈し規定し直し、ナラティブとして構築する能力も持っている(役割形成)。人は内省によって、他者の期待や態度を通じて客観的に自分の内側を振り返り、過去や未来と関連付けながら、自分を再構築しうる側面もあるのである(創発的内省)。⁵⁰⁾

かくて物の所有と「他者の所有」から、人格を構成する所有物と他者ないし社会的経験という知見が得られる。獲得された所有物と、他者との関係が、個人の人格を構築する。我々は、「様々な属性や所属集団あるいは「私」が居住したり所有したりしている様々なもの等に囲まれて、暮らしている。このような、他者や社会から与えられた属性や自分自身に所属するもの

ごとに囲まれていることによってはじめて、私は『私とは誰か』を認識することができる。この意味での『私』とは、他者からみた、他者の役割期待としての『私』、すなわちミードがいうところの『客我』である⁵¹⁾と説明できる。

そして、以上みてきた自我の通時的同一性をめぐる議論は、人格の同一性の議論と密接に関わる。以下、本稿が参照としたのは、アレク・パーフィット (Derek Parfit) の R 関係による同一性と重大性の一般的優先性を主張する立場、並びにこれを参酌する森村進による幸福論である。以下、順を追ってその骨子をまとめる。

つとに知られたところ、人格の同一性の源泉をめぐっては、身体・脳や記憶・性格などの心理といった、人格の存在を前提にせずとも記述しうる特定の事実を求める還元説と、物理的連続性や心理的連続性よりもっと深いレベルの、これらから切り離された何らかの实在⁵²⁾に同一性を求めた非還元説がある。ウィットに富んだ各種の思考実験の末にパーフィットが採用するのが還元説で、なかでも彼は分岐しない R 関係 (心理的連続性かつまたは心理的継続性)こそが一般に、人格の同一性の成立に不可欠とする。その上で、人の生にとつて一般に重要なのは、厳密な人格の同一性関係それ自体ではなく、時間とともに薄れつつも継続する記憶の連結性、R 関係だと説く。その上で、功績 (desert) をめぐる議論において、長期間が経過した犯行への処罰に関し、犯行時と長期間経過後の人格の間の連結性が

弱まることを理由に、人格への非難としての処罰の公訴時効を正当化する。もはや犯行時のその人と、現時点でのその人の間に R 関係が強固に成立しないため、その人格への責任を問うことが妥当でないというのである⁵³⁾(なおその後、パーフィットは責任については説を改めている⁵⁴⁾)。

以上のパーフィットの R 関係と重要性関係を検討した上で、人の幸福度を測定・判断するのに相応しい時間的な単位を考えるのが、森村進である。森村は、個人の幸福や効用の評価における適切な期間はどこからどこまでかという問題に対し、現在状態説や全生涯説などを排して、問題の時点から密接な R 関係が遡れる過去までの期間 (近過去説) と主張する⁵⁵⁾。

以上の R 関係、重要性関係、幸福計測期間に関する哲学的議論は尽きないが、ロックと少なからず法学に親和的局面の多いこの知見を、本稿は (憲法が国家存立の根本的価値とする) 個人の人格的自律に反映したい⁵⁶⁾。

すなわち、個人は一般に他者との関係の中で自己を規定する。反省し、他者の期待を参照しながら、自己の道徳的生の内容を判断し形成していく。しかし、自我や人格は不変といえない。また諸個人にとつて重要な「私」とは、通常、過去の自分と現在の自分との心理的連結性が強固な範囲内の自我でもある。そして形成・判断される道徳的な生、人格的自律の中身も、生来不変のものではなく、時間と共に変動する他者と自己の関係の中で、変化していく。我々が重視し規範論の中で前提としてい

る人格的自律とは、このように時間の経過と関係の変化によって変動する可能性を持った、しかも人生において一貫したのではなく、数年（から十数年）の間のものであることが多い。さらに、以上を長期にわたり違法に滞在する非正規滞在者の人格に当てはめると、地域社会との紐帯や関係性といった議論も、所有と人格的自律、非難可能性の減少という観点から、次のように整理できる。

すなわち、違法な長期滞在による関係構築と紐帯、財の所有により、非正規滞在者が認識する自我は変動し、またその人格的自律の構想内容も、連結性を強く感じられる自己に重要性を置いて判断される。そしてこれら、所有物と他者とのつながりの喪失、つまり退去強制が、個人の人格的な意味での生存と、物質的な生存に影響を与えることも、よりよく理解される。また、その入管法や移民法の潜脱などの行為に対する非難の程度も、不正時と現在の心理的連結性の弱まりとともに低下する。

以上のように、時間と人格の観点から移民を論じることで、紐帯による個人の人格的・物質的生存に関わる当該空間・関係性の意味が個人主義的により良く理解される。また、過去の不正に対する非難・結果負担の責任の減少を論じうる。

そして、諸国家を諸個人の物質的・人格的生存およびそれに必須の法的状態実現の責任を負う諸主体と想定したとき、誰が責任を負うのに最適かを問い、責任対象の配置換えを要請する根拠・重みも確固たるものになる⁽⁵⁹⁾。

また、以上のバーフィットの重要性関係を参酌すれば、「不法移民はいつ不法でなくなるのか」という期間の計算の問いに對しても、不正時から責任追及のための心理的連結性が薄れ、かつ当該土地における人格的自律を構想するに値するだけの他者との関係を構築するに十分な期間が経過したとき、という1つの視点あるいは検討材料が供される⁽⁶⁰⁾。

ただし上述の通り、もはやこれは、憲法が想定する所有論の範疇を超えている。すなわち所有と人格の関連から、以上のように社会学的・法哲学的に論じることができたとしても、これを憲法上の財産理論や所有の理論として論じるには無理がある。当該議論は、一般には、個人像や人格的自律の項で語られるべき内容であろう。あるいは、居住移転や家族の結合で論じようとも、その議論は国民説がいうところの人権と憲法上の権利の懸隔を、市民権の財産権の時効取得がごとき論で一網打尽に埋めることはできない。せいぜい、入管法上の在特をめぐる、行政争訟における過程審査内の積極要素と消極要素への評価を、規範論的に整理し体系的に説明する程度にとどまる。

敷衍する。

以上から個人の事情として、時間の経過による関係性の構築という要素は、物質的生存のみならず人格的生存につながり、その尊重が要請されるという。

これが、他方の責任負担者の国家の側からすると、コスト論や誰が答責性を有するかという責任の議論の中に位置付けられ

る。しかしその議論は依然として、どこまで外国人の人権が保障されるかという従来の議論の範疇にある。外国人が憲法上の権利全てを当然に保障される地位を時間によって直接に取得する、という主張との懸隔はなお大きい。

しかしながら、人格の同一性よりも連結性を重視するパーフィットや森村の主張から、「不法移民はいつ不法でなくなるのか」の時期の計算のための基礎が同時に見出される。

所有論と自我論、人格論からは、以上のことが学びとれる。また、従来の移民法上の議論も整理できる。

むすびに代えて

以上、本稿は長期にわたる非正規滞在者の在留特別許可について、所有と関係性と人格の観点から論じてきた。第1章では、所有論との関連から、主権と市民権を論じる先行研究を概観し、諸種の視点を学んだ。第1節では、現代国家の退去強制権を自然状態テーゼあるいは財産権から導出し論じることカテゴリー錯誤があると指摘するウォルドロンの見解を紹介した。第2節では、市民権が政府によって創出される財産であるとの想定のもと、「時間の経過による関係性の変動」に注目し、財の時効取得同様に市民権も取得しようと論じるアイエレット・シャツハーの理論を整理した。第3節では、独自の「占有権」というアイデアによって議論の展開を試みるアンナ・ステイルツの

研究、並びに国家のコスト論への重心の移動をみた。

第2章では、以上の所有論の知見を参照しながら、「時間の経過による関係性の変化」の含意と規範的内容を検討した。第1節では、シャツハー理論の難点を整理した。第2節では、財を所有し、他者と関係を構築するということが、個人にとって何を意味するのか、人格という観点から検討した。ここでは、財の所有と他者の視線の獲得によって、自分で認識する自分という自我が形成・獲得されること、また人格の通時的同一性につき、その同一性は必ずしも重要ではなく、一般に我々が生において重要と考えているのは心理的連結性なのかもしれないこと、また個人にとつて道徳上意味のある自律的生の内容も不変の一貫したものではなく、時間と関係性の変化によって変動するものと把握するのがリアルなのかもしれないことを論じた。そして、人格・愛着の観点から考えれば、以上の議論は（広義に）所有論の枠内で論じうる可能性はあるが、市民権を取得時効的に権利として当然取得するなどといえるかはなお怪しい、という暫定的結論に達した。

本稿の心の哲学や社会学については、生兵法の誇りを受けるかもしれない。人格と責任の関係や、自我と人格に関する検討も十分でない。これらについてはさらに今後研究を深め、より多くを学びたい。

(1) なお人権に何が含まれるかはまた別の問題である。外国人の人権に関する従来の議論を整理し、また退去強制や収容・仮放免についても論じる近時の研究として、曾我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法学教室 483 号 71 頁。

(2) 主権概念を家産国家における領土所有から導出するのではなく、国家の責任としての主権の行使と把握するウォルドンの共和主義的理解からは、公共財は万人に使われるべきものである、そこからの移民の排除も、財産理論によるべきでないこととなる。国家未満の共同体における共有財産についてもウォルドンは考察するが、ここでは財産の所有権それ自体からは排除の権能が導出できないとする。すなわち、共有財産の共有のあり方として、(a)「共同体全体」として理解するか、(b) 特定の人々の名前の下にあるもののように理解するか、(b) 特定があるが、(b) においてはそれは「主権」でなく「排他性ある巨大なクラブ」で、(a) は現代における主権概念の理解に妥当するが、新参者を迎え入れる義務はなくとも部外者を排除するにはまた別の適当な根拠を要することになる。真性の共有財産所有者としての地位はその領域内にいる者全員の福利のために行使されなければならない、かつその成員が誰であるかは、(後述する)「主権の所有構想」からは独立して決まらなければならない問題である。Waldon, Jeremy Waldron, *Exclusion: Property Analogies in the Immigration Debate*, Theoretical Inquiries L. Vol. 18 (2017), at 483, 487.

(3) ウォルドン W. の議論については、Jeremy Waldron, *Immigration: A Lockean Approach*, NYU school of law, public law research paper No.

15-37, May 2015, at 1 を参照。

(4) またかかる主権と所有権の類比の思考は過去の遺物ではなく、移民の文脈を離れた現代の財産理論においても、いまだ見られる。例えば James Charles Smith, *Property and Sovereignty in the Twenty-First Century*, in eds by James Charles Smith, PROPERTY AND SOVEREIGNTY (Routledge, 2013) at 1, Larissa Katz, *Adverse Possession and Sovereignty*, in eds by James Charles Smith, PROPERTY AND SOVEREIGNTY (Routledge, 2013) at 243 など、色濃く見られる。

(5) 原文では、sovereignty ownership conception となっている。君主の家産である国家に誰を立ち入らせ、誰を排除するかという発想がこの典型。アメリカのルイジアナ州購入や、国土の保有といった用語法に、当該思考パターンの存在が例証されるとする。

(6) 原文では、responsibility conception of sovereignty。主権は人民の利益の管理のために存在し、政府は人民に対して権限行使の責任を負うとする考え。私有財産制や私法も、主権が有する公的責任の所産とされる。

(7) *Supra* note (2), at 469.

(8) 以下引用するシャッハーの研究は、Ayelet Schachar, *Citizenship for Sale? The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford (2017), at 789, Ayelet Schachar, *Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform*, Yale Journal of Law & the Humanities, Vol. 23 (2011), at 114, Ayelet Schachar and Ran Hirshtal, *Citizenship as Inherited Property*, Political Theory Vol. 35, No. 3 (2007), at 253, かな。

(9) なお、悪意者の取得時効との類比は、非正規移民の地位の法

的な正規化・正当化を図る研究は、シャットハーの専売特許ではなく、これと類する研究は諸種存在する。例えば、Timothy J. Lukes and Minh T. Hong, *Open and Notorious: Adverse Possession and Immigration Reform*, Washington University Journal of Law & Policy, Vol. 27 (2008) at 123 は、アメリカ法における Adverse Possession (敵対的占有) の法理による土地等の財産の時効取得との類比で非正規移民の地位の正規化が法的に正当化できると、かかる「法的」な理論構成によって、寛容やアムネスティ(赦し) などといったセンチメンタルな議論を廃し、また過去の不正への償いなどの議論も不要となる旨を主張する。しかし同研究の内容は、専ら同法理へ、非正規移民が置かれた境遇を言い換えた事実を当て嵌めるだけである。これら類比の研究の多くは、シャットハーのように、なぜ同法理が移民という別のカテゴリーにも適用ないし準用できるのかという根源的な問いには答えていない。ゆえに本稿は、シャットハーの研究を理解と理論を深化させる叩き台として参照した。

- (10) 本款におけるステイルツの主張については、主に Anna Stiz, *TERRITORIAL SOVEREIGNTY*, Oxford (2019) at 1 を参照。
 (11) なおステイルツの政治的責務論等の検討については、本稿では割愛する。また、ステイルツの前提は、外国人の入国 (access) に対する拒否 (exclusion) であり、国境の閉鎖と管理であるように思われ、これをすでに国内にいる外国人の退去強制 (deportation) と直ちに同視することはできないだろうが、本稿ではステイルツの思考を可能な限り善解し、退去強制について考察を深める。

(12) なお財産権との類比で語るステイルツは、シャットハーの論稿から示唆を得ていると明言する。

- (13) 本款におけるステイルツの主張については、*supra* note (10), at 59-65 を参照。

(14) なお、ステイルツの記述するところ、財産権というラベルを付して論じるところは、彼女の道徳論上、さしたる重要性を持たないという。財産権のラベルの下で論じる彼女の意図は、財産権同様に、「占有権」が「物や資源に関する権利の束」という共通性を有することを、表現する点にあるのだという。「占有権」と財産権は、土地に対する権利と他者の義務について、諸種の共通点を有する。ゆえに、「占有権」による土地の一方的な原始取得と他者のその尊重義務の発生、ならびに領土占有に対する配分上の制約も、財産理論 (とりわけ *provisio*) から引き出すところなのである。しかし、自由主義下での完全な所有権と、(ステイルツの定義する) 原始的権利は、市場での交換可能性や譲渡可能性などの性質について相違点が大い。くわえて、原始的権利に付随する制約は、所有権に伴う制約よりも広範である。ステイルツ自身もこれを認める (同書 22-23 頁)。なお前述の通り、財産理論と国家主権の連結は近世の政治思想においてはよくあるものだっただろう。だが、歴史的な問題と理論上の問題は、分けて考えるべきだろう。そして原始的権利が、一般に財産権と呼ばれるものほど強力ではないことから、財産権という語をもっと広範に裁量的排除可能性と譲渡可能性を伴う特定の権原に限定し使用するべきと言われるならば、原始的権利がなんらかの財産権類似な利益を保護していると認識できるのなら、別

- にそのラベルを付すことに留保がされても構わない、と譲歩の姿勢をみせる (ステイルツは、Nicolaus Corneli) による、「財産権は『物 (thing)』それ自体につき直接生じる権利であるが、原始的権利は『たまたまその物に関連して (happen to concern the thing)』人と人の間で生じる道徳的義務である」という批判を容れる。同書 72 頁)。ここに至っては、「占有権」は財産理論とアナロジーが半ば放棄され、但書 (proviso) は自己保存と両立する程度での他者への配慮、というグローバル正義的道徳立を引き出すツールへと二段、一般化される。
- (15) 本款におけるステイルツの主張については、*supra* note (10), at 185-215 を参照。
- (16) Michael Blake, *Immigration, Jurisdiction, and Exclusion*, *Philosophy & Public Affairs* 41, no. 2 (2013), at 103.
- (17) なおステイルツのブレイク分析は、Michael Kates and Ryan Pevnick, *Immigration, Jurisdiction, and History*, *Philosophy & Public Affairs* 42, no. 2 (2014), at 179 をベースにしている。
- (18) Jeremy Waldron, *Special Tres and Natural Duties*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 1 (1993), at 3.
- (19) Robert E. Goodin, *What is So Special about Our Fellow Country?* *Ethics* Vol. 98, No. 4 (1988), at 663.
- (20) 瀧川裕英『国家の哲学』(東京大学出版会、2017年)。
 (21) なおわが国においても、アメリカ法上の Adverse Possession の法理を参照しながら、わが国民法の法理と理解に引き直し、非正規移民の地位の正規化を論じようとする研究が存在する。その例として、高佐智美「取得時効の理論による非正規滞在者の正規化・試論」一橋法学 9 卷 3 号 (2010 年) 731 頁 (また関連研究として、同「国籍取得の「権利」性と国家の「裁量」論」独協法学 63 号 (2004 年) 107 頁) がある (本稿のように財産権の性質やカテゴリー論を直接に扱うものではないが、研究の上で多くの示唆を得た)。
- (22) この点、吉野悟「比較法史の基礎としての自然法学の所有権概念」法学紀要 35 卷 2 15 頁、同「グロチウスとプーフエンドルフにおける所有権思想 (1) (2)」日本法学 53 卷 1 号 35 頁、54 卷 1 号 35 頁、津野義堂「ヨーロッパ近世自然法の二重譲渡論における売買と所有権の移転」津野義堂編『オントロジー法学』(中央大学出版部、2017年) 239 頁、出雲孝「近世自然法論における usucapio のオントロジー」同 287 頁などが参考になる。出雲研究においては、近世の取得事項の根拠として、(国家の領土問題を前提にしながら) 沈黙・不作為が既知と懈怠を推定させそこから遺棄の推定を働かせるもの、懈怠への懲戒を説くもの、沈黙・不作為から合意の推定を働かせるもの、証拠の散逸に基づくものが紹介される。また時効という技術についても、これを所有の安定による人類の平穏確保という保守的理由に根拠を求める主張などが見られる。また別の論点として、正当権限と善意は求めるか、どのようにこれらの推定を働かせるかなども見られる。
- (23) ここでは、不法占有に基づく時効取得とこれをおく。
- (24) Larissa Katz, *supra* note (9), at 243. 同研究においては、敵対的占有正当化モデルとして、①手続モデル、②法道徳主義者モデル、③矛盾使用モデルが示され、カッツは③モデルをベースに所有

と主権概念を類比させながら平和的クーデターとしてこれを論じる(また、正当化理由として、責任の所在の明確化を挙げる)。近時の英国で取り入れられたところある①モデルでは、*adverse possession* (以下 A P) は非敵対性と手続性が強調される。その)では、元の所有者の所有の喪失は占有者による新たな取得の反射として生じるもので、かつそれは不法な剥奪ではないとされる。その思考の根底には、完全な所有など存在せず、所詮は他者に主張しうる力の強弱のヒエラルキー問題だ、という封建的、所有観が見受けられる。②モデルはアメリカ的アプローチで、ここでは A P を新たな所有者へと転じることから生じる影響が考慮される。不法占有者による取得は「窃取 (theft)」という用語によって表され、A P 法制は善意の不法占有者の誤りを正すツール (*tool to correct the mistakes of good faith squatters*) と扱われる。悪意の不法占有者は、A P の利益を享受するに値せず、と考えられる。その正当化根拠については、功利主義や真の所有者の怠惰 (*lazy owners*) などがある。③モデルでは、①モデルに反して時効取得のラディカルな影響力を認めつつ、かつ②モデルが陥った道徳的パラドクスも回避しながら、A P は元の所有者が設定していた行動指針 (*agenda*) と両立しないやり方で、占有者が土地を使用しただけで、成立すると説く。そこでは、主権と所有のアナロジーから、元の所有者に対する所有保持の手段に訴えかけることが重視される。カッツの主権とのアナロジーについては他に、*Larissa Katz, The Moral Paradox of Adverse Possession: Sovereignty and Revolution in Property Law*, 53 McGill L. J. at 47, *Larissa Katz, Exclusion and Exclusivity in Property Law*, 38

University of Toronto Law Journal (2008), at 273, *Larissa Katz, Property's Sovereignty*, 8 *Theoretical Inq. In Law* (2017), at 8 (以下参照。)の他、A P 論については、*Richard H. Helmholz, Adverse Possession and Subjective Intent*, 61 *Washington University Law Quarterly* 331 (1983), *Jeffrey Evans Stake, The Uneasy Case for Adverse Possession*, articles by Maurer Faculty (2001) at 2419, *Margaret Jane Radin, Time, Possession, and Alienation*, 64 *Wash. U. L. Q.* (1986) at 739 も参照した。

(25) 例えは *M. Garnett Roth, Reconciling Competing Systems of Property Rights Through Adverse Possession*, *Libertarian Papers*, Vol. 10, No. 1 (2018), at 113 はリバタリアニズムと功利主義を対照し、労働による価値の創出と取得を前提としながらも、当初の権原が永続するものではなく、真の所有者が懈怠する間に新たに労働により改善を行った者への権利の移転を正当化する。

(26) 森村進『権利と人格』(創文社、1989年)、同『財産権の理論』(弘文堂、1995年) 115—116頁、119—121頁、また *Derek Parfit, REASONS AND PERSONS*, *Oxford* (1984) も参照のこと。

(27) *Charles A. Reich, The New Property*, *Yale L.J.*, 73 (1964) at 733.

(28) 政府の贈物 (*government largess*) たる政府提供の福利 (*wealth*) の具体例としては、公務員への給金、社会保障、公共財調達のための政府との事業契約、補助金、特許、許認可、資格制、公有資源の取得・利用などがあげられる。

(29) ライヒは米国のイングランドやスペインの王からの贈物であるという歴史を挙げる。だが、この点に関してはウォールドロン

のカテゴリ錯誤の疑義を検討するべきだろう。

- (30) なおその論じるところは、少なくとも現代の我が国においては、権利の憲法上の保護は財産権ではなく25条の存在によって社会権就中生存権の観点から主として行われるであろう。また、その統制枠組みは、行政法理論の精緻化によって彫琢されてきた内容と通底する。

- (31) Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 7 (2000) at 455, 470-471.

- (32) ここでは本稿が扱う財産アナロジの諸研究の関心と、議論の簡潔性のために、「国家と国民の関係」から市民権を記述している。ここに「国民どうしの関係」という民主制と政治的正統性の話を加味すると、議論は一層複雑になり、かつ財産理論から遠のく。財産とはまた違う、市民権固有の意味や価値を比較法的に研究する近時の先行研究として、坂東雄介「オーストラリアにおける市民権の取得と喪失に関する法制度」商学討究67巻2・3号(2016年)235頁、同「オーストラリアにおける二重市民権の位相」同70巻2・3号(2019年)も参照。フランスにおける政治的正統性の観点からの思想的な研究としては、上田将由「現代憲法論における市民権の可能性」法学政治学論究122号(2019年)33頁も参照。また、ヨーロッパ諸国における歴史的な(政治的正統性としての)市民権概念の発展と形成、並びに(いわゆる)エスノ的な市民権とシヴィック的な市民権の統一的理解を試みる研究として、ドミニク・シュナペール著(富沢克・長谷川一年訳)『市民権とは何か』(風行社、2012年)、同著(中嶋洋平訳)『市民の共同体』(法政大学出

版局、2015年)も参照。ドイツに関しては、広渡清吾「国籍・市民権・民族所属性」専修法学論集120号(2014年)103頁も参照。また、グローバル化時代におけるあるべき市民権の研究としては、デレック・ヒーター著(田中俊郎・関根政美訳)『市民権とは何か』(岩波書店、2002年)も参照。

- (33) 著作権のような、無形で人工的な利益の財産権としての正当化困難の議論については、差し当たり森村進「権利と人格」前掲注(26)、同「財産権の理論」前掲注(26)、同「ロック所有論の再生」(有斐閣、1997年)を参照。また、これとは反対に知的所有を所有の真理とするものとして、高橋一行『所有論』(御茶の水書房、2010年)、同『知的所有』(御茶の水書房、2013年)も参照。

- (34) See Ayeler Schacht, *Citizenship for Sale? supra note (8)*, at 789.

- (35) また市民権等の政府の福利の非譲渡性は、譲渡性を備える情報や知的所有とも区別するメルクマールとなる。

- (36) 所有論の側から、主権論への接近を批判する研究もある。アーサー・リップシュタインによる類比批判のポイントは、権利・権限行使に対する統制規範の内在性・外在性、および両権の目的である。現代の立憲主義下での財産権の根拠としてはしばしば、人格的自律や功利が挙げられるが、いずれも過剰かつ過小包摂である。財産権の法理・性質を素朴(naive)に説明するならば、私的目的(private purpose)に使いうる、当該財の行使によりいかなる目的を追求するか、誰に譲渡するか、さらには毀損することまで自由である。そして財産権に対し統制を加える規範は、その外部(external)から及ぼされるものであって、権利者の使

用目的に内在 (internal) するものではない。対して、カントを基礎とする現代の主権国家体制における国家の主権は、前近代の家産国家における主権とは違い、市民皆のためという公的目的 (public purpose) のために行使されなければならない。国家は非人格的な装置として、自己の利益を図るのではなく当該目的の実現のために権限を行使しなければならないという義務的なものである。権限行使は公的目的及び諸種の制度目的の実現のため、という拘束に服し、私利私欲のための行使は規範的にもつての外で、かつその譲渡も認められない。かかる権限に対する統制規範は、個人の尊重という内 (internal) と、主権の対外的独立性という外 (external) の両方から及ぼされる。そして主権が行使する徴税や富の再配分といった作用は、個人が本来的に有する権利からは引き出されないものである。以上の差異を勘案するなら、主権を財産権のように理解する時代逆行的構想も、また財産権を主権から委託された管理者 (stewardship) としての権限と組み換える構想も妥当でない。以上リプシュタインの類似批判がある (Arthur Ripstein, *Property and Sovereignty: How to Tell the Difference*, 18 *Theoretical Inquiries* L. 213 (2017))。

(37) わが国公法学において、財産権と政府の贈物のアナロジーを検討する上で、1つの導きの糸となるのが、恐らく最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁(および松本克美「国に対する損害賠償請求と消滅時効」行政法判例百選7版64頁)と最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁(および福重さと子「公共用財産と取得時効」行政法判例百選7版32頁)である。問われる内容を整理すると、恐らく以下の通りになるだろう。ま

ず物である私有財産を前提に、その法理が土地・水路等の公共性を有する公物、金銭にどれだけ妥当させられるのか、の問いがある(学説は時効取得否定説、黙示の公用廃止説、制限の時効取得説、完全時効取得説に整理できる。なお判例は、公共用財産の長年の放置による公共用財産としての機能・形態の喪失、占有者の公然平穩の占有継続、当該公共用財産維持の必要性の消失を要件とする黙示の公用廃止、および時効取得の成立の可能性を判示した)。そこからさらに、一身専属性の強い公法上の地位についても、同様の取得と所有の法理を適用させられるのかという問いがある(公法上の地位に利益が伴うと言っても、それは当該利益を必要とする者あるいはその資格を有する者だからこそ享受する利益であって、例えば生活保護を20年間悪意で不正受給しようが、その後の適正な受給資格の時効取得や税制上の優遇の地位の当然取得はあり得るべきでないだろう。また、私法の領域内においても、身分を時効取得しうるのかどうかを論じなければならず、さらに市民権が身分・地位なのか財なのか、前者だとしたらどこまで財と近似するのかをより論究しなければなるまい)。ただし以上はあくまで、同一カテゴリ内で市民権と私有財産を語りうるとした場合の話で、そもそも財産論と、国家の主権論が別カテゴリであるというウォルドロンの論を参照するのならば、私有財産云々のアナロジーを主権の責任対象としての市民権の議論に及ぼすことに一層の疑義が生じる。

(38) 主権の責任構成としての市民権の枠内に、国家による人権尊重(とりわけ財産保障)を論じ、その保障を非正規滞在者に及

はす論理構成もありうるのかもしれないが、それでは国家の主権を財産法理プロパーによって拘束し、人権と憲法上の権利の懸隔を乗り越えられまい。

(39) 森村進『ロック所有論の再生』前掲注(33) 115—157頁。

(40) Karl Olivecrona, *Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property*, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 35 No. 2 (1974) at 211.

(41) 太田寿明「アダム・スミスの所有論」—橋法学会19巻1号(2020年) 189頁は、スミスの所有権論において、労働が持つ意味を次のように説明する。すなわち、「労働(時間と労苦)の概念は、先占⇨所有権を直接に正当化する論拠とならず、所有権の成立や正当化契機をもたらず誘因の位置を占めるに過ぎない。しかし他方で、労働は先占⇨所有を開始させ、「愛着」形成させることで人と物との行為に過ぎなかつた所有を人と人との間の社会的営為に転化させるという重要な役目を負う」という。かかる「愛着(attachment)」のある物を奪取された場合に侵害の感覚が生じ、これが正義の下、所有権の排他性と侵害者からの奪還・処罰を正当化する根拠たりうるというのである(同177頁)。また太田の解釈するところ、この「愛着」概念は時効においても少なからぬ意味を持ち、①「愛着」は労働によっても占有によっても増加する、②労働による愛着は永続せず占有なしにやがて薄れる(かくして、旧占有者の「愛着」は長期間の当該物の放置により剥離し、かつ新たな長期占有者の愛着が想定される)、として時効取得(usucapio)が説明・正当化される(同177—178頁)。なお同研究は、公平な観察者とい

う合意論的契機を欠く森村所有論への批判も提示する(同190—191頁)。

(42) この点については、稲葉振一郎・立岩真也『所有と国家のゆくえ』(NHKブックス、2006年) 40—41頁を参照。

(43) *Supra note* (40), at 219 以下の表現をロックから同時に引用して可也。

(44) 以下、高橋からの引用は、高橋一行『所有論』(御茶の水書房、2010年) 67—123頁、同『他者の所有』(御茶の水書房、2014年) 11頁を参照した。なお「否定の否定による徹底的な否定かつ肯定」や無限判断、悪無限などの概念については立ち入らない。

(45) なおこれとはやや異なるヘーゲル所有論の説明を行う研究として、山辺知紀『ヘーゲル『法の哲学』に学ぶ』(昭和堂、2005年)も参照。

(46) 高橋において興味深いのは、鬱親和型の人間は他者ないし人間関係を無意識の内にも所有物化し、死別や引越して人間関係を喪失すると自我の喪失を感じ鬱を発症する、という理解である。(その当否はさておき) ここにも、他者の存在が自己のうちに入り、自我を基礎付ける見方が通底している。これについては、高橋一行『所有しないということ』(御茶の水書房、2017年)も参照のこと。

(47) クーリー曰く、第一次集団の他者は、①他の人間がどのような認識しているかについての想像、②他の人間がいかに評価しているかについての想像、③以上に対して自分が持つ自己感情という3つの側面から、自我形成に関わるといふ。

- (48) C・H・クーリー著(大橋幸・菊池美代志訳)『社会組織論』(青木書店、1974年)。またその理解に当たっては、船津衛『自分とは何か』(恒星社、2011年) 14―22頁を参照した。また、大庭健『私という迷宮』(専修大学出版局、2001年)は言語哲学的アプローチで同様の問題に取り組み、示唆に富む。
- (49) George H. Mead, *MIND, SELF, AND SOCIETY*, The University of Chicago Press (1962)。またその理解に当たっては、船津衛『自分とは何か』(恒星社、2011年) 51―57頁を参照した。また、近代における独我論的な個人主義と自律観を批判し、グローバル化した現代における社会と個人と自律のあり方を模索する片桐雅隆『自己の発見』(世界思想社、2011年)は、社会学における自我論の発展史を理解する上で大いに参考とした。同様に、現代社会の問題とナラティブ構築主義の理解については、片桐雅隆『自己と「語り」の社会学』(世界思想社、2000年)も参考となった。
- (50) 以上は、船津衛『社会的自我論の現代的展開』(東信堂、2012年)全編にわたり論じられる。
- (51) 江原由美子「私を変える」井上俊・船津衛編『自己と他者の社会学』(有斐閣アルマ、2005年) 118―119頁。
- (52) なお本稿では、心理的連結性の要素に何を含ませるか、身体の同一性にどれだけの重みを与えるか、循環の誤りや、自我同一性と人格同一性に関する議論については、紙幅と準備不足から論じず、そのまとまった整理は今後の課題とした。
- (53) 靈魂やデカルト的精神がその典型である。
- (54) Derek Parfit, *supra* note (26)。またその理解と解釈にあたっては、
- (55) 福田敦史「自己／自我」信原幸弘編『心の哲学』(新曜社、2017年) 130―137頁、林禪之「人格の同一性」同 144―151頁、David J. Chalmers, *The Singularity: A Philosophical Analysis*, Journal of Consciousness Studies Vol.17 (2010), at 7, David J. Chalmers, *The Singularity: A Reply*, Journal of Consciousness Studies Vol.19 (2012), at 147、奥野満里子「バーミンハムの人格および人格同一性の議論について」実践哲学研究 18巻 (1995年) 21頁、福田敦史「人格の同一性」現在からの視点」科学基礎論研究 Vol.29, No.4, 37頁、高橋隆雄「人格同一性の問題」科学部論叢 30巻 (1990年) 38頁、浪岡淳「記憶・循環・還元」科学哲学 35巻 1号 (2002年) 85頁、トマス・ネーゲル著(永井均訳)『コウモリであるとはどのようなことか』(勁草書房、1989年)、ロダリック・M・チザム著(中堀誠二訳)『人と対象』(みすず書房、1991年)、Raymond Martin and John Barresi, *The Rise and Fall of Soul and Self*, (Columbia University Press, 2006), Raymond Martin John Barresi ed.ed., *PERSONAL IDENTITY*, (Blackwell, 2003)も参照した。
- (56) Derek Parfit, *Comments*, Ethics Vol. 96, No. 4 (1986), at 832。レプリカへの帰責性判断をもとに展開される改説へ、森村進は批判する。森村進「権利と人格」前掲注(26) 120―121頁。本稿も森村に同意する。パーフィットの人格同一性論と責任帰属に対する社会的実践の観点からの批判的研究としては、常松淳「人格同一性論と責任帰属」年報社会学論集 13号 (2000年) 73頁。
- (57) 森村進『法哲学はこんなに面白く』(信山社、2020年)

219—225頁。

(57) 幸福と人格的自律や *decent life* がいかなる関係に立つかについてはここではさて措く。幸福概念の定義の困難性とその時間的計算については、森村進『幸福とは何か』（ちくまプリマー新書、2018年）からも多くを学んだ。また、森村進「ウィリアム・ハズリットの人格同一性論」人文・自然研究4号（2010年）45頁も参照。また、以上の本稿の視座に対するものとして、小坂井敏晶『増補責任という虚構』（ちくま学芸文庫、2020年）47—49ページも参照。

(58) なおこの場合、非難の減少の程度等については、非難の対象が違法義務違反の道徳的責任か、刑法犯やテロ行為等かで評価が異なるだろうが、紙幅の都合上ここでは扱わない。刑法上の議論ではあるが、非難と人格同一性をめぐる検討の上で示唆に富むものとして、森村進「行為責任・性格責任・人格責任」ホセ・ヨンバルト・三島淑臣編『法の理論8』（成文堂、1987年）51頁、林美月子「森村進論文「行為責任・性格責任・人格形成責任」を読んで」ホセ・ヨンバルト・三島淑臣編『法の理論9』（成文堂、1988年）279頁、森村進「行為責任論再説」ホセ・ヨンバルト・三島淑臣編『法の理論10』（成文堂、1990年）209頁、上原大佑「人格同一性と刑事責任能力」広島法学39巻3号（2016年）154頁など。

(59) この要請を権利と呼びうるかは留保する。

(60) この論点については、ジョセフ・カレンズ著（横濱竜也訳）『不法移民はいつ「不法」でなくなるのか』（白水社、2017年）が詳しい。

(61) 無論、これを単一の指標とすることまでは含意していない。またこれを参酌しても、規順の作成時に当該期間の決定がある程度恣意性を帯びることになるのは回避できないだろう。

(62) なおこの国家の責任という論点については、デイヴィッド・ミラー著（富沢克・伊東恭彦・施光恒・竹島博之訳）『国際正義とは何か』（風向社、2011年）も示唆に富む