

在留特別許可の諸要件に関する序論的考察

— 国家と国民の責務からのアプローチ —

浦川 源二郎

はじめに

1 憲法・行政法上の問題

1. 1 判断過程審査による裁量統制における裁量

1. 2 国民概念に関し権利を基調とする憲法学の議論

2 責務に関する法・政治哲学の知見の抽出

2. 1 横濱竜也の政治的責務論

2. 2 井上達夫の政治的責務論

2. 3 瀧川裕英の政治的責務論

2. 4 小活

むすびにかえて

はじめに

本稿は憲法上の問題として、入管法上の在留特別許可判断における法務大臣の裁量への司法的統制について、序論的に考察するものである。

本稿では、判断過程審査中の考慮要素の抽出・重み付けの判断時に、裁判官個人の価値判断が含まれることを、非正規滞在者の「長期の滞在」が裁判官によって積極にも消極にも評価され曖昧さを伴う問題の一因として位置付ける。

そしてこの問題の解決には、過程審査中の考慮要素の評価に影響を与える、移民とりわけ非正規滞在者と国民の差異について、「責任」という観点からの憲法上の考察が有望であることを指摘する。その上で、不足した知見を法哲学と政治哲学に求め、国家と個人、国民間の政治的責務の議論を参照することで、国籍法上の国籍に論理先行する憲法上の国民概念についての議論が深化することを確認する。あわせて、従来の在留特別許可をめぐる論争を責務の側面から捉えて、論点がいっそう明確化することも企図する。

以上の関心の下、本稿は、第1章で憲法・行政法上の議論について整理する。第2章で、近時の法哲学の知見を参照する。国家と個人の関係については瀧川裕英の割当責任論を、よき統治をめぐる国民間の政治的な責務については横濱竜也の敬讓論と井上達夫の統制的フェア・プレイ論を参照する。その上で、憲法上の国民概念と、入管法上の在特システムについて、責務

の観点から捕捉しその理解と議論の深化を図る。

1 憲法・行政法上の問題

1. 1 判断過程審査による裁量統制における裁量

かつて憲法学者の門田孝は、入管法上の退去強制・在留特別許可をめぐる訴訟において、非正規滞在者の長期間の滞在に対する法的評価の両義性ない曖昧さを指摘した。すなわち、外国人の入管法の定めに反した長期滞在を、定着性という観点からガイドライン上の積極要素として評価するのか、それとも違法状態の継続として消極的に評価するのか、裁判によって判断が分かれる現状を問題として指摘した¹⁾。

周知の通り、退去強制・在留特別許可に関する法務大臣の権限行使には従来、判例・実務上、広範な裁量が認められてきた²⁾。他方、近時、行政裁量統制理論の深化と裁判所によるその漸次の受容で、裁量統制と判例の事後的チェックの枠が固まりつつあることも指摘される³⁾。

ここで簡単に、本稿と関連する行政裁量統制理論について概観する(ただし、現在相対化しつつある裁量の類型論については措く。また、社会観念審査内の細かい位置付けなどについても簡略化して記述する)。実体審査として、マクリーン事件等の積み重ねにより発展してきた社会観念審査が存在し、その枠内で比例性審査もおこなわれる。そして、日光太郎杉判決等の積み重ねにより判断過程審査が展開され、近時は、社会観念審

査(比例原則)と過程審査の混同、接近、接合が指摘される⁴⁾。他方、過程審査が包含する問題点として、考慮要素に対する評価への裁判官の価値判断の介在(ならびにブラックボックス化)の危険、そしてそこから、司法判断の基準としての困難・問題が生じることが指摘される⁵⁾。

入管法上の在特に関する法務大臣の裁量に対する、諸種の裁判例における司法的統制も、以上の裁量統制理論に照らし整理・理解することができる⁶⁾。また、ガイドライン上の積極要素と消極要素の評価・重み付けと衡量も、過程審査の枠で把握することができる(あるいは、接合された実体審査における、比例原則のなかの具体化された狭義の比例性審査と位置付けることもできる)。そして、冒頭で挙げた、長期滞在という事象を、定着性として重くみるか違法状態継続として扱うかという、裁判所等による両義性の問題の一端も、ここにあると解される。すなわち、定着性を有する非正規滞在者の生活基盤破壊の過酷さ(およびその生活実態の国民への近似)という要素と、入管法等違反行為(ひいては成員資格の決定権を有する国民の主権行使への違背)という要素をどのように位置付けて、どちらにどれだけ重みを与え、衡量するかが公務員の価値判断によって異なることが、1つの問題なのである(こう解したとき、この問題は、アメリカ移民法における公務員個人の裁量判断の不透明さの問題と通底する)。

過程審査における裁判官の価値判断介在問題一般への対処と

して、判断要素の重み付けや評価が、憲法上の権利や憲法的価値、憲法的秩序の維持を踏まえた形で行われ拘束されることを要請する主張が、よくなされる。換言すると、過程審査における考慮要素の取捨選択・評価は、ブラックボックス化された裁判官個人の政治的選好により恣意的になされてはならず、憲法上の価値と原理を用いた理由づけによって、説明・正当化されなくてはならない。

それでは問題を、裁量統制論一般から在特に戻したとき、退去強制・在特と憲法上の原理をめぐる議論は、これまでどのように展開されてきただろうか。入管法違反行為と、定着性への評価には、憲法上の国民概念と国民の自律についての理解を、前提として必要とする。かかる基礎が整えられることで、議論は健全なものとなる。そこで、本節冒頭で挙げた問題を考えるために、次節では、憲法上の国民概念と退去強制を念頭に憲法上の議論を概観する。

1. 2 国民概念に関し権利を基調とする憲法学の議論

入管法制の一般的な比較法的理解と、わが国裁判例から読み取れる裁判所の思考様式は以下の通りである。

わが国入管法の母法である、アメリカ憲法およびアメリカ移民法上の議論を参酌すると、主権国家の国境管理権と政治共同体の成員資格の管理権限は、自己保存と自己統治の観点から正当化され認められてきた。そして成員資格の決定は、高度に政

治的な性質を有するとして、政治部門（とくに連邦議会）の広範な裁量が認められる。その裏返しに、司法府は政治部門の当該決定に対し、「絶対的権限の法理」という特別の名を付した高度の敬讓を示してきた（ただし近時は、裁判所による同法理の名の露骨な使用も、敬遠されつつある）⁸⁾。

アメリカ判例法理同様に、わが国における判例も、法務大臣による退去強制処分関連の裁量権を広範に認める。巨理格の整理によると、在特に付随する法務大臣の広範な裁量の裁判例上の根拠として、①国際慣習法上、外国人を自国内に受け入れるかどうかは、当該国家の自由な決定によるのが原則であること、②憲法上も、わが国に入国する権利や引き続き在留する権利が外国人に対し認められていると解し得ないこと、③諸般の事情の斟酌を要する在留特別許可の事柄の性質上、法務大臣等の裁量に任せるのが妥当であること（政治とりわけ外交という領域的特質・括弧内筆者注）、④入管法上、在留特別許可を付与するか否かの判断を拘束する判断基準を定めた規定がないこと、⑤在特が原則として退去強制されるべきものに対する措置であること、以上の5点があげられる⁹⁾。

この判例法理の背景にあるのは、主権国家である当該政治共同体における成員つまり国民と、非成員・外国人の区別である。国民国家における国民と外国人の区別はわが国憲法においても随所にみられる。同概念の内包について、憲法は網羅的に明示するものではない。そして、その形式的確定は、憲法10条の委

任を受けた国籍法によりなされる。

それでは、国籍という形式に論理先行する憲法上の国民概念は、いかなる要素を内包すると解されているのか。このことは、判例法理に現れた傾注すべき一要素に目を向ける。この一要素を披歴したのが、外国人の地方公務員管理職昇進に関する最高裁判例¹⁰⁾の判決文である。

東京都で保健婦として働く日本国籍を有しない者が、管理職選考試験を受験できなかった当該事案において、最高裁は、「地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下、「公権力行使等地方公務員」という。）については、次のように解するのが相当である。すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有するものである。それゆえ、民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治のあり方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法 1 条、15 条 1 項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公

権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないといふべきである（下線は筆者）と判示した。

当該判決は、日本という政治共同体における、成員に関する判例の思考を読み解く上で示唆に富む。判例は、民主権原理にもとづく統治者であり憲法が想定する国民概念のなかに、権利享有主体という側面だけでなく、「責任」という要素を取り込んで理解している。そして、この要素を加味した考慮が、裁判の場でなされているといえる。

また、これとはやや視点を異にして、国民と国家の関係を、国家が有する国民への責任から捉える見方も存在する。とりわけ社会権に関する判決・学説において広く見られる、国家がその責任を負う対象としての国民という考え方をよく示すのが、塩見訴訟控訴審判決、および行政側によつてよく引かれる宮沢俊義の国民観である。以下、順に引用する。

まず塩見訴訟控訴審判決は、疾病認定日に日本国籍を有しなかった者による障害福祉年金の支給を求める訴訟において、「一国の国民の福祉を図り生活権（社会権）の保障をなすことは先ずはその者が属する国の責任であつて他国の責任ではないとの原則は、今なお世界において通用性を持って……わが国が憲法上、まず健康で文化的な最低限度の生活を営むことを保障する責務を負う者は、日本国民であつて外国人ではなく、外国人に対しては条約の締結等の事由があつてはじめて右責務を負

うことになるといわなければならない(下線は筆者)¹¹⁾として給付を否定した。

そしてこの判決の基礎を支える考えを端的に表すのが、宮沢による次の記述である。すなわち、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利や、教育をうける権利や、勤労の権利は、基本的な人権の性格を有するとされるが、それらを保障することは何より、各人の所属する国の責任である。日本が社会国家の理念に立脚するとは、日本が何よりもまず日本国民に対してそれらの社会権を保障する責任を負うことを意味する。外国人も、もちろん、それらの社会権を基本的人権として享有するが、それらを保障する責任は、もっぱら彼の所属する国家に属する。公務員の選定・罷免権に至っては、国民主権の原理の帰結であり、そうした参政権の保障がもっぱら日本国民に対してなされるべきことは、ことの性質上、きわめて当然である(下線は筆者)¹²⁾」。

以上の権利プラス責任の思考をとる判例に対し、憲法学説は、国民および国家それぞれの責任という要素に傾注した研究をおこなってきただろうか。少なくとも、本稿が検討対象とする退去強制関連の議論では、在留権・滞在権、居住権といった権利の側面偏重の議論、アプローチが主流だったようにみえる。また、「外国人の人権」一般についても、性質説等の議論¹³⁾や、デニズンシップに代表される市民概念の導入による外国人の類型化論と享有する権利の拡張の議論が示すように、権利の側面

からのアプローチが主流のように見受けられる。政治共同体の成員資格には権利と同時に義務が包含されると解されるはずだが、憲法学にあつては、判例が見せた「責任」という側面からアプローチするものは主流でないし、また国家の責任を指摘する場合にもそれがいかなる根拠でどのような道徳的理由で対象を限定するのか、またその国家の責任と権利が一对一で対応するものなのかを論証する研究もさほどみられない¹⁴⁾。つまりここに、判例と学説の対話は必ずしも十全にはなされていない可能性が指摘できる。同時にこれが、憲法上の国民概念の不明瞭さや曖昧さにつながっていると筆者は考える。

アメリカ憲法学者のボズニアックは、成員資格をめぐる議論において *citizenship* 概念が多義的であることを指摘して、その研究の中で同概念の内包の整理の試みについて紹介した。彼女が説くところ、多義的に用いられる *citizenship* 概念は、地位、権利、政治活動(本稿が対象とする責務論もここに含まれる)、アイデンティティないし連帯の4側面から整理できる。そしてボズニアックは、これら異なる理解は、1つの巨大な現象内での次元の違いを反映したものであるにせよ、あるいは同一次元で展開し得ない議論を反映したものであるにせよ、分析的に考察する上で有用との位置付けを与えた¹⁵⁾。

ボズニアックの分類を参酌すると、次のようにいえる。従来のが国憲法学における国民概念と退去強制をめぐる議論は、成員資格の「権利」という一側面に重心がおかれ、「責任」と

いう側面の研究が薄かった。それが、憲法上の国民概念の内包についての、議論の不明瞭さの一因でもある。

以上から本稿は、わが国判例法理が想定しボズニアックも指摘した、国民・国家の「責任」に焦点を当てて考察する。これにより、判例が説くところをより理解する基礎を提供し、国民概念と退去強制をめぐる、学説と判例の対話の深化を目指す。

この国民・国家の責任という概念は政治的責務論として、法哲学や政治哲学で近時活発に議論されている。そこで次章では、わが国における責務論の主要な論客の主張を整理し、判例法理をよりよく理解するための素材を抽出する。これによって、あり得る規範の体系として現行法制・判例法理を読み解き、その上でなお退去強制と国民概念につき何を論じうるのかについて、示唆を得ることを試みる。

なお、政治的責務論は、法概念論と正義論を横断し架橋する難問である。そのため筆者の能力の都合上、取り扱う責務論の内容は、本稿の目的に必要な範囲内に止める。遵法義務論との関連性や、個別性の要請の網羅的考察、法概念との整合性といった一大議論は、その重要性を理解するが扱わない。また筆者の能力の都合上、国際法も扱わない。

くわえて、方法論上の問題として、本稿は判例法理を取り扱うものであるから、判例が言わんとするところから全く離れた理想理論に終始することも回避する。既存の法制と判例法理の主要部分を、責任概念をベースに解釈することを目指す¹⁸⁾。これ

によって、入管法上の在留特別許可と退去強制における移民の地位について、責任をベースに理解された（国民の範囲を形式的に限定・確定する国籍に対して、論理先行する）憲法上の国民概念、および国民との国家の関係について序論的に考察することを目的とする。

かかる仕事によって本稿は、法務大臣の要件・効果裁量を統制する裁判官に対して、考慮要素の抽出と重み付けの判断を拘束し方向付ける、憲法上の国民概念¹⁹⁾および国家と国民の責任についての議論の深化を企図する²⁰⁾。

2 責務に関する法・政治哲学の知見の抽出

政治的責務は一般に、国民の政治的決定に従う責務であると説明され、その責務の内容として、遵法義務や兵役義務などが含められ議論される事もある。

かつて T. H. グリーンは、政治的責務という語に、「主権に対する被治者の責務、国家に対する市民の責務、政治的上位者による執行 (enforced by a political superior) の下にある諸個人相互の義務」という意味を込めて用いた²¹⁾。本稿ではさしあたり、政治的責務を、正統性を有する国家と個人の間、および同じ民主制下で正義構想を互いに主張する国民間に存在する義務ととらえて用いる。

この政治的責務は、従来、特定の国家に対してのみ負う特別義務（個別義務）と考えられ、万人が万人に対して負う一般的

義務(普遍的義務)と異なると解されてきた。²²⁾ゆえに政治的義務の正当化に際しては、この個別性の問題にいかにか答えるかが大きな壁として立ちはだかつてきた。

なぜ国民が、当該国家に対してそのような義務を負うのか。瀧川裕英によれば、ある政治体に対する道徳的義務の正当化理論は、道徳原理を含む以下の4つのアプローチに整理できるといふ。すなわち、国家と国民の関係を親子や友人といった人間関係のアナロジーから説明する関係的義務論、同意は拘束するという社会契約論に代表される同意論、利益を享受するがゆえに義務を負うとする利益論、他者加害の禁止のように自然に負う義務として国家に対する国民の責任を正当化する自然的義務論である。²³⁾

本章では、政治的義務論に関するわが国における主要な論客、横濱竜也、瀧川裕英、井上達夫の研究(およびその基礎的理解のために必要な英語圏の先行研究)を概観する。これにより、義務論と判例法理の理解を深化させることを主目的とする。そのため、義務論における諸論点を勘案するといずれの理論が優れているかといった批判的考察は、本稿の目的とはしない。あくまで、各研究の優れた部分を学び取る、法哲学から憲法学へのフィードバックを目的とする。

なお考察対象の整理として、本章では、憲法学への参照を企図して、各義務論を簡略化して以下のように位置付ける。瀧川の理論の対象とする関係性は、国家と個人の関係である。他方、

横濱と井上の理論の対象は、正義構想を異にする立場の反転可能性を前提とする国民相互の関係(統治者の側に立った国民と被治者の側に立った国民の関係)を対象とするものと捉える。

2. 1 横濱竜也の政治的義務論

本節では、P. ソーパーの敬讓としての義務論を再構築し、かつ義務論の移民問題への応用を図る横濱の研究を概観する。その上で、横濱が移民正義論を論じるなかで指摘する、関係的平等論とステークホルダー・デモクラシーに関する示唆が、憲法上の国民概念の考察のために有用である、という知見を得る。その下準備としてまずは、ソーパーの敬讓論の要点を確認する。

ソーパーは政治的決定への国民の服従という政治的義務論の本質を、自らの判断と抵触する他者の決定への服従としての敬讓(Deference)に見る。ソーパーは、他者の判断への敬讓によって読み解きうる関係性として、友情、約束、フェア・プレイ、政治的義務(political obligation)をあげる。ソーパーの主張するところ、これら関係はいずれも、他者を尊重する義務(duty to respect others)と、その尊重を認められる関係性が有する価値(the values of the relationship)に基づき分析しうるものである。

ソーパーが分析の枠として用いるところ、他者の意見に敬讓する「理由」はまず、道具的理由(instrumental)に基づく功利主義・帰結主義的なものと、内在的理由(intrinsic)に基づく

義務論的 (deontological) なものに分かれる。そして後者の理由はさらに、主観的理由による敬讓と、客観的理由による敬讓とに分かれる。⁽²⁴⁾

敬讓がなされる「理由」に基づき上述の 4 つの関係を整理すると、友情とフェア・プレイにおける敬讓は主として、道具的・帰結主義的理由によってなされる、とソーパーからは説明される。他方、約束と政治的義務における他者の意見の尊重は、内在的・義務論的理由に基づき行われるという。以下では、政治的義務に焦点を当て説明する。

なぜ、法システム (legal system) あるいは政府に対して、被治者は敬意を示すのか。その理由としてソーパーは、多くの被治者が主観的に、政府という存在を価値あるものと考えからである、と答える。コミュニティ全体に、誠実に、規範を普及させる権威を伴う共同事業の必要性を人々が認めるから、国家への敬讓を示さなくてはならない。統治者の決定への自発的遵守への期待は、「もしも現在被治者である私が、統治者であったならば、被治者に対し同様に遵守を期待するに違いない」と考へること、一応の義務としての敬讓の義務が認められる。法規範の尊重の義務は、被治者自身が認める法システム (という関係性) 自体の価値に対する尊重の義務の反射 (reflection) なのである、という。⁽²⁵⁾

以上のソーパーの義務論を、横濱は、内在的かつ主観的価値を有する関係に対する敬讓と整理する。すなわち、互いに敬讓

する関係に内在的価値があり、かつ、統治者と被治者の関係にコミットしている以上、容易にコミットメントを覆すことが一貫性に反する。ゆえに統治が我々にとって基本善保護のために必要と主観的に認められるのであれば、客観的に当該統治が正しくなくとも、被治者は誠実に正義と信じる統治をおこなう統治者に対し敬讓するべきである。なぜなら、自分がかかる誠実な統治者に立った場合において、被治者が統治に従わず、各々の判断する正義構想に従い行動することは、一貫性に反するからだ。⁽²⁶⁾

そしてソーパーの敬讓論の欠点として横濱は、敬讓の理由が基本善なのか一貫性なのか判断としない点を挙げる。前者を重視した場合、個別性の要請を充足できず、後者を重視した場合には、不正な統治者に対しても、「無政府状態よりはマシ」という理由で敬讓を示さなければならなくなる。以上の分析の下、横濱はソーパーの議論の根幹は一貫性による正当化にあって、基本善保護は正当化の射程の限定のための外挿にすぎず、その限界の克服には一貫性と基本善保護を内在的に結びつける議論を要すると診断する。⁽²⁷⁾

そして横濱は、この限界を克服する結節点として、統治者による被治者への説明と対話を挙げる。すなわち、統治者が自ら信じる正義に誠実に従い、かつ、自らと相反する正義を持つ被治者と対話し、自らの正義を弁護する理由を用意しておくことが要請されることで、敬讓は正当化されるとする。⁽²⁸⁾

敷衍すると次の通りである。まず、正義を巡って争いがあるとしても、対立するいずれかの正義を実現するための統治が必要で、かつ正義をめぐる論争の下で政治的決定がおこなわれなくてはならない(政治の情況)²⁸⁾。

統治者は、自らの正義要求を行うためには、自ら正義と信じてるところに従い誠実に統治をおこない、被治者からの反論に対し自らを弁護する理由を備えておかなければならない。そしてこの要求を満たす統治者の判断を、被治者は尊重しなければならぬ。なぜなら、国民の誰が統治者になったとしても(つまり仮に立場が変わり被治者自らが統治者となったときに)、自己の正義要求を伴う判断が尊重されなければ、統治者の判断は被治者の不服従・異議申立てに押し潰されてしまうからである²⁹⁾。

以上のような、統治者が正義要求を行うことを保障する制度はすべての人間にとつて必要である。かつ、個々の国家でそれぞれ正義をめぐる論争の展開が異なるため、統治者が正義要求を行なっていると言える条件もまた、個々の国家で異なる。個々の国家において正義要求を保証する制度の必要性を認める以上、国民は、統治者と被治者の関係にコミットすることになり、この場合において、被治者が自己の信念に応じて統治者の判断を尊重したりしなかつたりすることは、一貫性を欠く³⁰⁾。

正義構想が対立する政治の状況下では、我々は正義を直接なしえないため紛争の裁定、法定立、政治的決定は関係価値

(relational value)を持つ。ゆえに国家は必要である。かくして横濱は、当該国家内における統治者と被治者の関係に着目した、敬讓としての政治的責務論が成立し正当化されると考える。

そして横濱は、国民全員が統治者の立場に立つ権利を与え、統治者と被治者の反事実的立場交換の仮想を切実なものとし、正義要求を保障する制度としての民主制の必要性を指摘する。そしてその政治モデルとして、規範的民主制というモデルを主張する³¹⁾。

以上、横濱の責務論をみた。次に横濱の移民と統合をめぐる議論を紹介する。横濱が考えるところ、すでに国内に存在する移民の社会的排除への対処は正義の関心事で、ホスト国の成員は特定条件下において、かかる移民の問題解決のための負担(burden)を分配的正義の観点から追わなければならないという(ただし、非正規滞在者はこの限りでない)。その根拠として横濱が挙げるのが、関係の平等論。ステークホルダ・シティズンシップ概念、成員資格と政治的責務の相関性である。これから議論は、憲法上の国民概念の内包と外延を考える上で、有用である。そこで以下、順を追っていく。

まずは、Elizabeth Andersonの研究をベースに、横濱が注目する関係の平等(民主的平等)論の特色を紹介する。ドゥオーキンに代表される運平等主義と対比したとき、アンダーソンの関係の平等主義は次のように特徴付けられる。財の分配だけでなく、財が配分される主体間の関係性に着目するアンダーソン

の關係的平等論は、人間間の階級に基づく社会秩序やランクづけを不平等とし、協業システムとして捉えられた社会における諸個人の対等な關係性が存在する「民主的平等 (democratic equality)」を指向する。民主的平等は、消極的には抑圧の除去を、積極的には人々が平等な關係に立つ社会秩序の探究が目的³³⁾。

ここでは、平等の対象として、厚生と資源ではなく、潜在能力 (capability) への権利の保障が重視される。この潜在能力への権利の保障こそが、個人が民主国家の平等な市民として機能・参加するために必要なものである (そして、人々が民主的平等の下で平等な市民としての地位を得るための機能は、人間としての機能、共同生産システムの参加者としての機能、民主的國家の市民としての機能の3つに整理される)³⁴⁾。

そして横濱がアンダーソンを筆頭とする關係的平等論について理解するところ、当該平等論は、個々人が自由に処分できる財の保有量だけでなく、個々人が民主社会でいかなる地位を占めるかにも関心を持つ。換言すると、關係的平等主義は、何を分配されるかにとどまらず、それが誰との關係の下で分配されるかを重視する。そして同平等論の考察対象となる關係には、非自発的に形成される家族や国民同士の關係も含まれる。ゆえに、個々人が各国の政治社会の一員として平等な關係を維持構築することも正義の関心事となる。そして、一時的な労働者や不法移民に十分な民主的平等を保障できない場合には国境を管理し彼らの移住を制限することも、正義に適用として国境管理

論 (解放国境論批判) が正当化される³⁵⁾。

以上の關係的平等論の理解の下、横濱は、どの集団に帰属し包摂されるかが個人の善き生に重大な影響を与える条件であることから、解放国境論批判の立場にコミットする。その上で、移民一般に滞在権を付与する上での必要条件として、「社会的メンバーシップ」を挙げる³⁶⁾。そこで次に、この社会的メンバーシップを考察するために、ステークホルダー・シティズンシップに目を向ける。

横濱が依拠する松尾隆佑および R. バオベックのステークホルダー・シティズンシップによれば、ある政治的共同体の繁栄と自分自身の将来にわたる自律や福祉、人生の展望と結びつけ、その政治的共同体の未来をかたちづくる集合的意思決定に参加したいと考えるような諸個人を、政治共同体におけるステークホルダーと見なすべきであるという。そして定住外国人等も、特定の政体に諸個人の根本的な諸権利の保護を委ねるとともに、諸個人の福祉を同じ政体の共通善へと結びつけるような、メンバーシップそのものに対する利害関心を有していることを条件に、参政権を認められるべきとする (その簡便な指標が、持続的居住とされる)。成員資格の過剰・過小包摂なき配分について考える、ステークホルダー・デモクラシーの知見をベースに、長期の滞在と人間關係の構築によって共同体に根を張り、社会的メンバーとなった者についても、参加の権利を認めると考えるわけである。そして当該移民が統合ないし包摂されるに

あたり要するコストについては、ホスト国が負担を負わなければならないとされる。また同時に、これ等移民が成員資格に関する利害関係について意見を表明するためには、特定政治共同体における政治的責務をその共同体のメンバーとして果たすことも求められるとする。そして移民の側に求められるものとしては、横濱の記述を参照する限り、参加能力の獲得（ホスト国で就労していくために必要な言語能力や制度の理解）に加え、就労や納税といったホスト国社会への貢献も含まれると解される。⁽²⁸⁾

以上が横濱の移民一般についての議論であるが、不法移民の地位については、横濱も容易に正規化・国民の地位の獲得を導くわけではない。横濱が考えるところ、ホスト国は国境を管理する権限を有する。またホスト国国民は、成員資格を決定する自律の権利がある程度は認められる。このことに照らすと、既存の成員の同意を抜きに入国・滞在を続ける不法移民は、ホスト国国民の自律を根本的に損なう。移民の社会的メンバーシップ獲得を、滞在期間の観点からのみ評価することは否定され（つまり移民個人がいかなる関係にあるかを判断の際に十分反映させることを要し）、不法移民を単なる長期滞在によつて社会の一員として処遇することも、論難される。不法移民の合法化には、彼がホスト国に滞在するようになった経緯が道徳的に重要である、と考えられる。⁽²⁹⁾

移民の地位をめぐる横濱の議論は、大要以上の通りである。

整理すると、遵法義務および政治的責務成立の基底に統治者と被治者の関係を据えて、その成立根拠として立場交換の反実仮想を可能にする民主制を重視する横濱の立場⁽³⁰⁾にあつては、国民の自律が（無制限の自由裁量とは言えないまでも）重視される。そして国民間でのあるべき平等について、関係の平等主義に立脚することで、国境の管理が正当化される。しかしその一方で、すでに国内に存在し、道徳的に評価されるべき社会的関係を実際に形成した者に対しては、まさにその平等主義が、社会的メンバーシップを真摯に求める移民に対して付与することを認め、当該国内で対等な関係に入れるような制度を構築するべきと規範づける。また、個人も参加の責務を負う（ただし、非正規滞在者は例外）、というのである。

本稿は以上の横濱の議論から、異なる正義を主張する国民間（つまり政治的能力を有する国民間）における、統治者と被治者の立場の反転可能性に裏打ちされた敬讓の責務の存在の主張という1つの立場が存在することを学びとる（そしてこれは、国民の政治参加という能動的側面について正義概念を基底に論じる、次節紹介の井上達夫の責務論によつて精緻化される）。また、責務論と移民論を架橋する、責務（obligation）と親和的な関係の平等論と、民主制の領域確定をめぐる理論の存在と有望さも、学びとることできる。すなわち、誰がどの政治的共同体と強い利害関係を有し紐帯を有しているのか（また、対等な地位に立つための潜在能力獲得への実効的アクセスを保障

し、参加の権利を与えるか)を考える基礎と、誰をデモスとしてカウントし、政治的決定へ法的効力を有する形で参加させるか、能動的な地位を与えるかについて、検討の方向性を学びとることができる。

2. 2 井上達夫の政治的責務論

よく知られる通り、遵法義務・政治的責務論は、法哲学と政治哲学が交差する領域である。また同時に、法哲学の内部では、法概念論と正義論を架橋する難題でもある。悪法問題としてこれまで認識されてきたこの難題の発展の基礎には、フラートとハート、ハートとドウオーキンの間の法概念論争がある。そしてこれら法概念論争を精緻に考察した上で、井上達夫は法実証主義と自然法論に代わる第三の道として、「正義への企てとしての法」という新たな法概念を唱える。

井上の法概念論において、法とは、正義を志向する理念だが、これを意志する企てにとどまり、正義と同一でない、失敗する可能性も有するものともされる(ゆえに、正義への企てであり、また不正な法も法であり得て、その法への服従が問題となる)。ここでは正義概念の下で、正義の諸構想が、自ら真摯に企てる構想を実現するよう、互いに競合することとなる^⑩。

この競合のステージ上で、正義の諸構想が、正義への企てに失敗したとしても法として尊重される「真摯性」を認められるための条件として、井上からは以下の 2 点が要請される。第一

に、正義への企てとしての法には、自らの服従要求が正義に適った理由により正当であることの承認を要求する正義要求を持つことが求められる。この正義要求が、単なる服従要求にとどまらず真摯なものとして人々に認められるためには、法の正義適合性を絶えず批判的に再吟味する「正義審査への原権利」が制度的に保障されなければならない(要請される制度の具体例として、不利益処分に対する聴聞権、裁判を受ける権利、民主的制度、違憲審査制などがあげられる)^⑪。

第二に、正義構想が相反し競合する場合にあっても、正義への真摯な企てと認められるためには、対立競合する正義の諸構想に通底する共通の制約原理である、正義概念が尊重されることを要する。つまり、自らの正義構想の正当性を主張するには、普遍化不可能な理由に基づく差別が排除されなければならず、ゆえにその構想は「反転可能性テスト」を基底とする諸規範への適合を満足しなければならない。すなわち自己の正義を主張するあらゆる正義構想は、自己と異質な他者の視点からも受容されるべき公共的理由によって正当化されなければならず、これはフリー・ライダー排除、ダブル・スタンダード排除、既得権益の排除、集団のエゴイズムの排除などの形をとる^⑫。

以上の 2 点を満たした政治的決定に対しては、人は、それが自己の正義構想と抵触する(正当性を欠く)としても、同じ正義概念の下で形成された、正義への企てを真摯に営む万人に開かれた公共的論議実践の産物として服する(正統性を認める)

道徳的義務を負うことになる。

以上が、井上の法概念論のアウトラインである。以下では、この「正義への企てとしての法」を前提に、ソーパーの敬讓論を参照しつつこれをフェア・プレイ論で再構築した、井上による政治的責務論を概観していく。

なぜ政府の決定に従わなければならないのか。この問いに答えるためにまずは、なぜ無政府状態であってはならないのか、という問いに答えなければならぬ。そのため井上ははじめに、アナルコ・キャピタリズムと共同体アナキズムを否定し、国家の必要性を論じる。⁴³

その上で次に問われるのが、いかなる理由で、当該政府の決定への服従の要請が正当化されるのかである。この問いに、横濱は敬讓論、瀧川は自然的義務論から答えるが、井上は統治的フェア・プレイ論というフェア・プレイ論の派生型からの回答を展開する。

政治過程において正義の諸構想が競合する状況を前提に、井上は、統治的フェア・プレイ論においては、統治便益とモラル・コストが組み入れられ、前者を享受しているために後者のコストを負担する責務を負うと論じる。⁴⁴ 統治便益とは、政治的意思決定システムの存在そのものが提供する便益を指す。すなわち、正義の諸構想の間での政治的抗争を集合的決定によって裁断し、この集合的決定を勝ち得た勢力に、その政策要求を反対勢力に対しても執行することを可能にするという便益である。⁴⁵

他方、モラル・コストとは、上述の集合的決定による裁断で敗者となった勢力が、それに敬讓し、自らの正義構想との抵触を受忍するというコストである。政治的責務・遵法義務は、統治的フェア・プレイ論においては、政治的抗争の敗者が政治的決定に敬讓するモラル・コストを払う責務として定式化される。そして敗者がモラル・コストを負担する理由は、普遍化不可能な差別を禁じる反転可能性を要請する正義概念に依拠して、以下のように説明される。

政治抗争の敗者も、自らが勝者となった場合には、自己の正義構想を実現する集合的決定としての政治的決定の執行を要請する地位に立つ。だが、かかる主体が勝者となったときは統治便益を享受する（相手方敗者にはモラル・コスト負担を要求する）一方で、敗者となったときにはモラル・コストを支払わない（相手に統治便益を享受させない）という、政治的決定への敬讓の拒否は、「道徳的ただ乗り」にあたる。これは、フリー・ライド一般と同様に、正義概念に反する（視点反転可能性も位置反転可能性も満たさない）ため排除される。以上のように説明することで、井上の統治的フェア・プレイ論は、従来のフェア・プレイ論に対する批判への応答を試みる。⁴⁶

そして最後に考えるべきは、以上の責務を成立させる制度構想である。いかなる制度であれば、正当性を主張する正義の諸構想に正統性を付与する条件を保障するのか。これに対する井上の結論が、批判的民主主義の構想である。従来の政治学にお

ける、対立競合する諸利益の調整の場として民主主義を把握するコンセンサス型民主主義に対し、理念としての批判的民主主義は、正義構想が競合する場たるべきと主張する。そしてそこでは、自己の正義構想の正当性が絶えず、応答責任に基づき、批判され議論されつつけることが想定される。⁵⁰⁾

以上の責務論及び民主主義構想において、それでは、政治的構想に参加すべき国民には、何が求められるだろうか。井上は以下の3点をあげる。統治の責任主体に求められるものの第一が、従来公民的徳性 (civic virtue) として論じられてきた、統治過程に参加する負担・犠牲を厭わず自発的に引き受ける資質・能力である。道徳的ただ乗りを禁じるがゆえに、統治過程に参加する最低限の負担を引き受けることが、公正の責務として要請される。そして、そのための徳性の陶冶も同時に求められる。⁵¹⁾

しかし、公民的徳性を有する市民が、積極的に政治参加する結果、集団的エゴイズムに堕し、自集団とは異質な価値観を有する他者を抑圧・教化する独善をおこなう危険も存在する。そこで第二に、自己と正義構想を異にする他者の構想への、公正な配慮の責任を、市民が相互に引き受けることが必要となる。公民的徳性が、反公共的な政治的能動性に堕する危険を回避するためには、他者への配慮責任の引受が必要不可欠で、またこの意味での責任の遂行は、市民が統治の責任主体として成熟するための必須条件である。しかし、この他者配慮責任の実践は、

元来弱く愚かな市民には困難であり、市民がこの実践を可能となるよう成熟する環境を整えるために、配慮されるべき他者からの追及に晒され、かつこれに対する応答が担保されるなくてはならない。⁵²⁾

そこで第三に、説明責任よりも強い、答責性が市民に要請される。これは、自らが政治的影響力行使して勝ち得た政治的決定により不利に扱われる敗者、モラル・コストを転嫁される他者からの批判的審問への応答の責任とされる。また同時に、当該決定の負の帰結に対し、何らかの責め、ないし制裁を負わされ、非難を受ける可能性の受容でもある。⁵³⁾

以上が井上の責務論である。正義概念を基底とする井上の統治的フェア・プレイ論の下、政治の状況における政治参加能力を持つ国民相互の責務は、横濱の責務論からいっそう精緻化される。従来のフェア・プレイ論に対する批判は、正義概念(理念)の下で統治便益というメタの段階に引き上げられることで克服され、実際に反転可能性を有する民主制下で被治者と統治者の側に立つ国民間での敬讓の責務が導かれる。また、フェア・プレイのゲームの場の上る国民に対し求められる能力として、公民的徳性・寛容・答責性が挙げられ、能動的主体としてこれら能力を獲得するべく陶冶する責務がその基礎として求められることになる。

もちろん、この能力を完全に有する者だけが、政治的抗争に關して能動的主体として参加できるわけではなく、井上の論じ

るところから読み取れる通り、徳性や各自の正義構想は、異質な他者との対話を通じて彫琢されていくものである(くわえて、井上法哲学にあつては、市民社会における諸自由が主張される場にあつても、自由に対する正義の基底性から自己力能化回避のために、諸個人には *regulated* であることが求められ、市民社会でもその能力が陶冶されていくべきこととされるだろう。ここでいう諸自由の領域と、能動的活動の領域の境界も、明確に線引きできるものでない)。だが、そうは言っても誰がこの批判的民主制における抗争のステージに立つのかは、能力の陶冶だけから導かれるものではない。当然、ゲームのプレイヤーを誰にするかは統制的フェア・プレイ論に先行する問題である。そこで、能動的側面から国民の責務を論じるに際して井上の統制的フェア・プレイ論を採用するにせよ、デモスの範囲確定、ないし民主制の領域確定の議論を行う必要がある。横濱の主張したステークホルダー・シティズンシップは、ここで、能動的主体としての国民の範囲画定について示唆を与える。

ところで、以上みてきた責務論にあつては、議論されているのは国政について議論を行い自己の正義構想について一定の主張を行う、能動的主体としての国民である(また、おそらく東京都管理職選考試験判決で最高裁が示したような、「当然の法理」と関連する「責任」の大部分も、加重された公務員としての責務としてこの側面から考えることができよう)。そのため、この能動的地位に立たない場合の国民(憲法学における消極的

地位や積極的地位にある場合の国民、あるいは関係的平等論における議論の関心の対象でもある子どもや意思表示が困難な者等)の位置付けが不鮮明となる。この能動的地位に立つ場合と立たない場合は、大部分において重なるが、必ずしも範囲が一致はしない。この、能動的地位に立たない場合における国民概念や国民相互の関係については、議論の操作ないし修正を要すると解される。

これに関して示唆に富むのが、次節で紹介する瀧川裕英の、国家と個人の関係について自然義務論から責務を考える立場である。

2. 3 瀧川裕英の政治的責務論

前述の通り、横濱・井上責務論と瀧川責務論は、考察対象とする関係をやや異にする。前者が能動的主体としての国民という正義構想を異にする者ら(統治者と被治者)の関係を対象とするのに対し、後者は国家と個人の関係を対象とする⁵⁴⁾。

瀧川は、政治的責務の基底に自然義務を据える。そしてあるべき国家と秩序の構想については、地球共和国、領域的分業および機能的分業、複合国境論という、一見すると突飛だがその実精緻な理想理論を展開する。以下では、瀧川の責務論を概観する。

瀧川の責務論は、カントをベースにしたウォルドロンの自然義務論⁵⁵⁾から示唆を得ながら、一度カントに立ち返って一層これ

を精緻化しつつ、自然義務論が有する課題をグッデインの割当責任で解決するものである。以下、それぞれについて瀧川の主張するところを見ていく。

カントについて瀧川が解釈するところ、自然状態において人間は戦争状態にある(ただしホッブズと異なり、各人が自己の正義を貫徹しようとするが故に、暴力の可能性がカントの理論においても存在する)⁵⁶。人は他者の意思から独立して、自由であることへの権利を持つ(共和主義の自由)⁵⁷。そして人は、万人の自由への権利を尊重する義務を負う⁵⁸。

また、人間は地球という球体に閉じ込められており、根源的に1つの土地共同体に属さざるを得ない(根源的土地共同体)。つまり、他者との関係が不可避であるが故に、自然状態では戦争状態という相互の自由侵害の危険性が存在する⁵⁹。

ゆえに、万人は暴力を脱し、各人の自由が共存しうるために必要な条件の集合である法が実現された、法的状態を実現する義務を負う。法的状態が実現されることで、各人は権利を保障されつつ共生することが可能となる。そしてこの法的状態を実現する義務は、いまだに法的状態が実現されていないときの法的状態移行義務と、法的状態に到達したあとの法的状態維持義務に細分化される⁶⁰。

ここでは、誰もが法的状態を実現することが自然義務として要請されるため、自然状態を脱するかどうかの選択の自由は存在しないことになる。それでは、いかなる状態に達した時、法

的状态が実現されたと言えるのか。現在われわれが想定する、一国内において憲法が共有された国家状態は、瀧川責務論では、半自然状態とされる。確定的な法的状態とは、人類全体に法的状態が実現された状態であり、瀧川はこの状態を地球共和国と呼ぶ。カントについて瀧川が解釈するところ、国家は法的状態の一種であるが、完全に確定的な法的状態ではなく、かかる半自然状態を抜け出す義務を負い、地球共和国へと到達して初めて、完全な法的状態を実現することとなる⁶¹。

以上の瀧川の理解によると、現在の国家状態は、地球共和国という目標を達成するにあたっての途上にあるが、国境と国籍により分断された当該暫定状態には、消極的側面と積極的側面がある。

消極的側面からは、国家は少なくとも内的には支配からの自由を実現した、暫定的状態として評価される。故にこの状態にある国家に対し、他国が外部から、地球共和国に移行するよう強制することは正当化されない。あくまで、世界共和国という目的は、国際連盟のような平和連盟の漸次的な拡張により実現されなくてはならない⁶²。加えて、寿命を持つ死すべき存在たる人間は、地球共和国の到来を待つことができない。しかし、かかる時間的制限を有する人間が暫定的に望みうるのは、不完全な法的状態たる国家であり、これを甘受せざるを得ない。このような意味で、国家は消極的な存在とされる。暫定的法的状態である国家を消極的側面から正当化するのなら、それは、人

間が地表を共有し空間的に閉ざされ、かつ死によって時間的に閉ざされており、地球共和国を実現する過程にある暫定的法的状態を維持構築しなければならないから、と整理できる。

他方、瀧川の理論における積極的側面として国家は、グッディンの割当責任論に基づき、責任と担当者を分割するための単位として評価される。一般的義務としての法的状態実現義務は、国家その他の単位によって細分化されることで特別義務と化し、最も効率的に遂行されることになる。すなわち、全員が負う普遍的責任に関する、課題と担当者が分割され設定されることで、効果的に普遍的責任が実現に移されると考えられる。⁶⁴⁾

このとき、国家が領域内の個人に対して負う義務は、一般的義務の効率的な実行のために分割された義務である。ここでは、国籍や国境は、国家の個人に対する責任の人的・領域的境界確定のために分割方法として位置付けられる。そして国民とは、法的状態実現義務を当該領域内で負う者として、瀧川の理論においては整理されることになる。⁶⁵⁾

万人が負う自然義務としての法的状態実現義務は、瀧川理論においては、非毀損義務（法的状態を毀損しない義務）、遵法義務（法的状態の暫定的具体化である国家法を遵守する義務）、政治的責務に分類・整理される。ここでは政治的責務は、自然義務が責任割当によって、国民としての特別義務へと転化し、特定の国家に対して負うものと位置付けられる。割り当てられた統治責任者である主権者国民には、より良い法的状態の構

築のために、統治担当者に対して情報公開や説明責任を求めるべきとされる。

かかる政治的責務の中に含まれるものとして、瀧川は、B. パレクを引きながら、公共的事柄に能動的な関心を持ち社会を改善するために貢献する責務（公共的事柄に関心をもち参加する責務、政府の活動を批判的に監視する責務、社会の不正に反対して声を上げる責務、虚げられ無力である人々を擁護する責務）を挙げる（ただし、法的状態実現には様々な手法があることから、暫定的法的状態の国家を構築する義務である政治的責務には、多様な責務が含まれるともされる）。⁶⁷⁾

国民概念を責任の観点から考察する本稿が、以上の瀧川の議論からとりわけ学び取るべきは、割当責任論による国家と個人の関係の整理、責任割当の線引き・単位としての国境と国籍という考え方である。これら考え方は、前節で指摘した、井上・横濱責務論の主たる考察の対象外となる、消極的・積極的地位に立つ国民について考え、責務論と憲法学を架橋するのに有益と思われる。この点について、以上3節にわたり概観してきた法哲学者による責務論を、次節で本稿の関心である移民の地位をめぐる憲法上の国民概念と、国籍法違憲判決に引き付けて整理する。⁶⁸⁾

2. 4 小活

前節までみてきた、法・政治哲学における政治的責務論は、

国籍を権利の束とみるのみならず、責任の所在と捉える見方を併有する点で憲法学と異なる。責務論にあつては、国家にとつて国民とは独立人としての自由を保障する責任を負う相手である。また、国民であることは正義にかなう政府および国民相互に対して、良き統治について責任を負う地位に立つ、というのがそこでの議論であつた。以下では、責務論から憲法学が得られる示唆を、憲法上の国民概念と国籍の關係と、在特制度の捉え直しという 2 点に引き付けて論じる。

まずは国家の責任に焦点を当てよう。国家の責任範囲の確定方法には、人的境界や領域的境界などがある。現行国内法は国籍という人的境界を主たる責任範囲確定方法として採用する。誰に国籍を付与すべきかについて、憲法 10 条は法律の定めるところに委ねる。委任を受けて制定された法律が、国籍法である。国籍の取得には、生来的取得と後天的取得(帰化)がある。国籍法は、生来的国籍取得について血統主義を採用し、わが国との密接な結びつきを有することを要件としている(そしてその範囲の修正は、個人からの帰化申請によつておこなわれる)。⁶⁹⁾

他方、領域的境界に目を向ければ、国家の責任は国籍保有者だけに限定されるものではないことがわかる。国家の管轄領域内に存在する者に対しても、一定程度の責任を国家は負うことになる。そして、現実におこなわれる、疾病・テロ時の在外国民の国籍国政府による保護や、領域内の外国人への権利保障、

外国領土での災害時の外国人への人道支援などをみると、領域か人的境界のいずれかで明瞭に切り分けられるものではないことがわかる。さらにこれに、国民として、対等な国民に対して負う責任まで含めて考えると、国家の責任割当についての議論は、いつそうややこしくなる。

以上の錯綜した責任論は、どのように整理し理解すればいいだろうか。国内レベルでの思考のヒントは、大屋雄裕による次の整理にある。大屋は次のように論じる。国家は「自国の領域に存在している個人に対しては、彼がどこの国の国籍を持っているか(あるいは無国籍であるのか)、存在するに至った経緯が合法的なものかそうでないかといった事情に関わらず、その国の政府が一定の保護を行う義務を負っているだろう。典型的には生命や財産を不当に侵害されないという意味での消極的自由は、その対象がいかなる存在であるかとは無縁に、保護されるべきものとされている。そのこと自体が別の問題となつていると最近指摘されたものではあるが、たとえば日本の場合には国内の在留期間が三カ月以上になる場合には健康保険制度への加入義務が生じ、被保険者全員の医療経済に対して一定の責任(保険料の支払い)を負わなくてはならない一方で、被保険者としての配慮(保険給付)を受けることができるようになる。参政権のような積極的自由の領域において国民であること、ある国家のメンバーであることとその国家の集団的意思決定に参画し得る権能を持つことがおおむね一致する関係にあるのに対し、

配慮の範囲としての国民という受動的側面においてはその関係が当初からズレていることが予想されている(下線筆者、傍点原文。以下同様)と表現できる。また「これは一面で、国籍ないし市民権という能動的側面と国家による配慮という受動的側面が対応するものではないこと、したがって最も中核的な人権と考えられる生命権・財産権など第一世代の人権としばしば呼ばれるものの本体が各主体に属する権利ではなく国家の側の義務なのではないかということ、さらに言えばおよそ人権一般が権利としての属性を欠くものではないかとの疑念につながる」²⁰⁾。

権利語法に関する根元的な懐疑はさて置き、ここでは大屋を参考に、血統主義を採用する領域内での国家の責任対象を次のように整理する。大屋が国家による「配慮という受動的側面」と表現した内容は、憲法学で語られてきた消極的地位・積極的地位・能動的地位・受動的地位の分類における、前二者に当たる。これに対応して、国家の配慮の責任がある(以下、大屋の言う配慮の責任の対象としての地位を、カッコ付きで「受動的地位」とする)。また従前、長谷部恭男は「国家による自由」として、表現の自由などの国家からの自由が付随する国家による自由と、国家が防御線を設置することで保護される自由と、国家による公共財の提供・確保により保障される自由があるとした。これら国家により得られる自由に加えて、社会保障などの公共サービスを受ける地位を合わせたものが、上述の「受動

的地位」となる²¹⁾。現行法秩序下の国民国家には、第一次的に、血統主義をベースとする国籍制度下で国籍を取得した国民に対して、その配慮の責任が、割り当てられているといえる。

かかる国家領域内には、第一次的には「受動的地位」を有する国民に対して提供される国家の配慮を受けることができる外国人も存在する²²⁾。そして国民のなかには、「受動的地位」に立つ場合の国民と、能動的地位に立つ国民とが存在する。この両者は大部分で重なるが一致しない。

以上の国家の責任対象となる「受動的地位」に対応するものとして、当該国との密接な関連性を持つ個人の側から、その地位を求める権利が存在するのだろうか。その1つのあり方として高橋和之は、国籍法違憲判決を論じるなかで、国籍を求める憲法上の権利の存在を論じた。その論理構成は次の通りである。国籍法上の国民に論理先行して、憲法上想定される国民というものがあり、国籍はその範囲を制限ないし限定するものである。そして、憲法の下位法にある法律が裁量で、この範囲を自由に決められるわけではない。主権国家は領土・国民・権力という3つの要素からなり、領土と国民という2つのどちらかの要素で関連づけられる者は、その国に帰属するつまり国籍を持つ権利が潜在的に認められる。そして、出発点は血統でも出生地でもどちらでもいいのだが、重国籍回避などの見地から、法律および政策によって国籍を取得する範囲を制限している。後は、どこまでその制限が正当化されるかという問題となる(高橋に

よる「権利論のアプローチ」。⁽⁷⁵⁾

本稿が前節まで論じてきた割当責任論や関係的平等論は、政治哲学の手法を用いて道徳的に許容可能な、「責務」(obligation)の範囲を確定する試みともいえる。そして国民国家を前提としたとき、国家の責任という側面からのアプローチは、権利論のアプローチが想定する憲法上の国民概念の範囲、および制限の正当化の考察にあたって、裏から支える理論となるのではないのだろうか(もちろん、国家の責任と個人の権利は、びつたりと対応するものとは限らない。また国籍の配分は各国における伝統や歴史なども参考に入れなくてはならない。そのため、表裏一体に対応するものとは限らない)。

さらに、以上の国家の責任論からのアプローチによれば、国家の主権領域内に留め置かれるか、放逐されるかを争う退去強制の事案は、この国民としてのあるいは外国人としての「受動的地位」をめぐる争訟である、と表現しなおすことができる。国籍と深い関係を持つ、退去強制・在留特別許可の制度は、個人が国家に対して、自己がその自由の保障について保障を受ける暫定的地位にあることを認めるよう求める制度、と捉え直すことができる。⁽⁷⁶⁾そして、アミネ・カシル事件⁽⁷⁷⁾の原告者らのように、わが国で出生・生育してわが国に埋め込まれ、国籍国に關係財を有しない個人にとっては、その請求する内容は「受動的地位」そのものを求めるのと大差がない。法律のなかでも特別

な地位を与えられた国籍法の求めるわが国との密接関連性が当該者に存在するか否かを、在特をめぐる裁判では、ガイドラインで詳細化された積極・消極要素を通じて、個別に勘案されていると表現できる。

外国人の在留をめぐる憲法論において、外国人の在留または居住の権利の保障の有無がよく論じられるところである。そこでは合わせて、居住・在留の権利が精神的・身体的・経済的自由の基礎となることが引かれる。その意味で、かかる権利は、国籍に準じる重大な利益である、だからこそ人権として保障するべきだ、と主張される。在留または居住の権利の主張を、以上の国家の責任論から捉えなおすと、わが国に長期にわたって滞在して、関係依存的な財を構築した個人にとっては、地位・権利・責任のいずれの側面においても、国家の責任対象となる「受動的地位」を求める主張といえる。⁽⁷⁸⁾

敷衍すると責務という側面から捉える場合、自己の滞在の継続を真摯に主張する非正規滞在者の念頭にある自由は、国籍という形式を備えた憲法上の国民の持つ「受動的地位」に伴う自由とオーバーラップする。⁽⁷⁹⁾長期滞在の非正規滞在者が主張する「居住権なる人権」が国籍に近いのではない。裁判においては、入管法上の制度で争う形式上、権利の側面からは居住権や在留権、家族の結合といった個別の権利として主張され、争われる。だがそれはあくまで、憲法上の権利として主張し、考慮事項の重み付けを自己に有利になしてもらう必要からその形式を取っ

ているだけであり、実際に争われている諸自由は、いずれか一つの権利の名だけで認識・表現されうるものではないのである。そういった意味で、個別の権利に解消して、把握する方法は正確ではなく、地位の把握こそ正当である。

血統によるわが国との関連性の密接さの推定は、1つの方法に過ぎず、これが過少・過剰包摂なく関連性を推定するものではないことの説明には、多言を要しない。⁸⁵⁾

ゆえに責任と地位という面から見ると、在留特別許可制度は、国家が責任を負うわが国との密接な関係に立つ対象者を、血統主義によって確定する現行法制下において、責任の引受漏れや不備、想定外が生じた場合の受け皿として、裏から国籍に基づく責任制度を支えるシステムである、と表現しなすことができる。そして在特を争う訴訟においては、定着性や血縁関係という考慮要素に対する評価は、以上の国家の責任と、他国において尊厳あるまっとうな生を送ることが困難な個人の地位の問題を参酌した重み付けの上で、衡量されなければならない。以上、責任をベースに論じてきたが、国家の責任が存在することから、その裏返しとして、これに対応する地位要求の権利が存在するといえるかは不確定であつて、さらなる考察を必要とする。くわえて、在特を責任引受の補充システムと解して、また国籍請求権類似的の地位を求める構成の何らかの権利を主張して、国籍法違憲判決とのアナロジーにより居住・在留権の権利性質上のハードルを乗り越えようとしても、なお訴訟上の

難題は残る。⁸⁶⁾

むしろむすびにかえて

以上本稿は、判例と政治的責務論をベースに、憲法上の国民概念について、国民と国家の責任という側面から考察し、その議論の深化を試みた。内容を概括すると次の通りである。

入管法上の在特に関する裁判において、非正規滞在者の長期にわたる滞在を積極的に評価するか、消極的に評価するかが曖昧という問題は、判断過程審査という手法に内在する欠点に起因する。判断過程審査の当該欠点への対応として、裁判官の価値判断を憲法上の原理や権利の統制の下に置くべきことが、一般に提唱される。これを上記の問題に対応させるために、外国人の在留に関する憲法上の議論について勘案したところ、憲法上の国民概念について権利の側面に偏重しており、国家と国民の責任という側面からの考察が不足していたことが看取された。

そこで、国民と国家の責任を論題とする政治的責務論に関する、わが国の主要な法哲学者たちの現在の到達点を概観した。なかでも本稿は、普遍的義務としての割当責任論と、敬讓論をフェア・プレイ論と正義概念によって洗練し再構築した統治的フェア・プレイ論による責務の正当化を概観した。また、以上の責務論の対照によって、血統主義による国籍を基本単位とする領土内の個人に対する国民国家の責任割当においては、配慮対象たる外国人、「受動的地位」に立つ国民、能動的地位に立

つ国民の分別が可能かつ有用であることも示唆した。そしてこの責務論は、在特をめぐる従来の憲法・行政法上の議論を深化させるポテンシャルを有していることも示唆した。また、能動的・「受動的」地位に立つ国民の範囲の確定については、関係的平等論およびデモスの範囲確定論が有望であることも、法哲学・政治哲学の知見から学びとることができた。

なお、上述の關係的平等論やステークホルダー・シテイズンシップに関する知見にくわえ、納税・就労といったホスト国への奉仕の評価、国民の自律を侵害する入管法違反行為の評価に関する検討その他について、現状筆者の研究は不足している。小括部分では、国民と非正規滞在者について対比をしたが、永住市民や定住外国人などの対比も要する。また本稿の方法論への批判や、筆者の誤認もあると思う。以降の課題としたい。

(1) 門田孝「退去強制から保障されるべき人権」法律時報84巻5号53頁は、カルデロン事件を念頭に、「日本への長期間の在留・定着」や「初等・中等教育を受けている実子との同居・監護・養育」といった事由自体は、在留特別許可に向けて積極的にも消極的にも解し得る曖昧さを含んでいる」と論じる。当該論点について、同旨、後藤光男「永住市民の人権」(成文堂、2016年)241-268頁、高佐智美「取得事項の理論に

よる非正規滞在者の正規化・試論」一橋法学9巻3号59頁。長期の非正規滞在をネガティブに評価するか、ポジティブに評価するかは、原告・被告が裁判上それぞれ自己の立場を正当化する際に真つ向から対立する。そして、その評価が地裁と高裁で分かれた事例も複数確認される。例えばガイドライン改定前の事実としては、アミネ・カリル事件(東京地判平成15年9月19日判時1836号46頁、東京高判平成16年3月30日訴月51巻2号511頁)を参照。またガイドライン改訂後の事実としては、大阪地判平成24年12月29日判例集未登載、大阪高判平成25年12月20日判時2238号3頁も参照。現行の入管法制については以下の通り。入管法50条1項は、退去強制該当者に対し、次の4要件のいずれかに該当する場合には特別に在留を許可できると規定する。その要件とは、永住許可を受けているとき、かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき、かつ引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき、そのた法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるものであるとき、である。そして、法務大臣による在留特別行使の際に考慮される要素を例示するものとして、「在留ガイドラインでは、外国人が在留を希望する理由、家族状況、素行、内外情勢、人道的配慮の必要性、わが国における不法滞在社に与える影響等の諸般の事情を考慮する際の積極要素と消極要素として、以下が挙げられる。まず積極要素として、①当該外国人が日本人の子または特別永住者の子であること、②当該外国人が日本人または特別永住者との間に出生した実施を扶

養している場合で、子が親の監護・養育の下にあること、③当該外国人が、日本人または特別永住者との婚姻の実態を有する関係にあること、④当該外国人が、本邦の初等・中等教育移管に在学し、実態として監護・養育の関係を有していること、⑤当該外国人が、難病等により本法での治療を必要としていること、またはこのような治療を要する親族を看護することが必要と認められる者であること、⑥自主出頭、⑦当該外国人が、入管法別表第二に掲げる在留資格で在留している者と婚姻が法的に成立している場合であり、かつ上述③で具体化された婚姻の実態を備えていること、⑧当該外国人が、入管法別表第二に掲げる在留資格で在留している実子を扶養している場合であり、上述②で具体化された監護・養育の実態を備えていること、⑨当該外国人が、入管法別表第二に掲げる在留資格で在留している者の扶養を受けている未成年・未婚の実子であること、⑩当該外国人が、本法での滞在期間が長期間におよび、本法への定着性が認められること、(その他人道的配慮を必要とするなど特別な事情があること)を挙げる。消極要素としては、①重大犯罪等により刑に処せられたことがあること、②入管行政の根幹にかかわる違反または反社会性の高い違反をしていること、③船舶による密航、もしくは偽造旅券等または在留資格を偽装して不正に入国したこと、④過去に退去強制手続を受けたことがあること、⑤その他の刑罰法令違反またはこれに準ずる素行不良が認められること、⑥その他在留状況に問題があること、が挙げられる。以上の要素について、法務大臣は事案ごとに個別に評価・勘案し、積極要素として考慮すべき事項が消極要素と

して考慮すべき事情を上回る場合に、許可の方向で検討するとしている (<http://www.moj.go.jp/content/00007321.pdf> 2020年3月20日最終確認)。

(2) 一例として、元入管局長が著した畠山学『出入国管理制度ガイドブック』(日本加除出版、2017年)では「自由裁量」の語が全編にわたり頻繁に見られる。概説書としてよく知られる手塚和彰『外国人と法』(有斐閣、2005年)101頁も在留特別許可の説明に際して、「自由裁量」の語を用いる。

(3) 裁量基準とその規律性については、山下竜一「裁量基準の裁量性と裁量規律性」法律時報85巻2号22頁、亘理格「在留特別許可の裁量性と「在留特別許可に係るガイドライン」の自己拘束性」行政判例研究93巻9号(2017年)133頁を参照。

(4) 比例原則と過程審査の近接は、川神裕「裁量処分と司法審査」判例時報1932号15頁や、原島良成・筑紫圭一『行政裁量論』(放送大学教育振興会、2011年)125頁、榊原秀訓「社会観念審査の審査密度の向上」法律時報85巻2号4頁や橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009年)151-155頁など諸種の研究により広く指摘される。また、以上の統制理論の発展史については、宮田三郎「行政裁量とその統制密度」(増補版)『信山社、2012年』、高橋正人『行政裁量と司法審査論』(晃洋書房、2019年)も参照した。

(5) 榊原・前掲(4)9頁、村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報85巻2号16頁、橋本・前掲(4)151頁などを参照。

(6) 行訴法上のテクニカルな問題として、法務大臣の裁決が処分性ないし裁決性を有するか(有するとしたらどちらか)、収容令

書・退去強制令書発給処分という各段階のいずれにおいて争わせるべきか、退去強制令書発給処分は直接強制か即時強制かなどの論点もあるが、本稿では扱わない。これらについては、巨理格「退去強制手続の構造と取消訴訟(上)(下)」判時1867号164頁、1870号170頁、野口貴公美「判批」判時2039号148頁を参照。

- (7) また、憲法上の権利が事案における問題となると、裁量統制の審査においても、審査密度の向上が一般に期待される。審査密度と憲法上の権利については、榊原・前掲(4)8頁、永田秀樹「憲法と行政裁量」法律時報85巻2号48頁、川神・前掲(4)12-16頁、穴戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号101頁、巨理格「行政裁量の法的統制」行政法の争点118頁を参照。また、裁量の枠内での憲法上の権利の考量か、それとも裁量統制の審査方式それ自体を排斥する強力な機能を持たせるべきかについて論じる研究として、栗田佳泰「行政裁量統制における憲法上の権利と憲法的価値に関する序論的考察」法政理論50巻1号209頁も参照。裁量の存否および広狭の判断に関する要素については、高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」小早川光郎・高橋滋編『行政法と法の支配』(有斐閣、1999年)も参照。

(8) アメリカ憲法・移民法の生成と議論・判例については特に、Alexander Aleinikoff, *SEMPERANCE OF SOVEREIGNTY*, Harvard, 2002, at 151-181, Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND THE JUDICIARY*, Clarendon, 1987, at 177-222, Hiroshi Motomura, *AMERICANS IN WAITING*, Oxford, 2006, Hiroshi Motomura, *IMMIGRATION OUTSIDE THE LAW*, Oxford, 2014, Linda Bosniak, *THE CITIZEN AND THE ALIEN*,

Princeton, 2008 を参照。また同法理に関する国内の先行研究として、新井信之「外国人の退去強制と合衆国憲法」(有信堂、2008年)、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲(1)(2)(3)」北大法学62巻2号174頁、62巻4号268頁、63巻2号256頁が詳しい。また、わが国における退去強制法制史に関する先行研究として、中村義幸「退去強制法研究序説(1)」(4) 拓殖大学論集137号75頁、140号37頁、142号23頁、148号31頁も参照。

- (9) 巨理・前掲(3)135-136頁。同研究でも、入管行政における裁量統制の場面での、裁判所によるマクリン型審査枠組みと小田急型審査枠組みの未分別の可能性が指摘される。同様に、在留特別許可における裁量の司法統制の未整理を指摘するものとして、橋本・前掲(4)145頁も参照。

(10) 最判平成17年1月26日民集59巻1号128頁。
 (11) 大阪高裁昭和59年12月19日判決判タ544号95頁。

- (12) 宮沢俊義「憲法Ⅱ」[新装版] (有斐閣、1974年) 241頁。
 (13) 権利の性質等に関する議論については、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲(7・完) 北大法学65巻6号139頁、同「外国人に対する在留特別許可における親子関係を維持・形成する利益―近年の3判決を素材として」札幌学院法学29巻1号(2012年) 93頁、近藤敦「在留特別許可の展望と課題―性質説から立憲性質説へ―」法政研究1号271頁、柳井健一「外国人の人権論―権利性質説の再検討」愛敬浩二編「講座 人権論の再定位 2 人権の主体」法律文化社、2010年) 158頁、萩野芳夫「国籍・出入国と憲法―アメリカと日本の比較―」(勁

草書房、1982年) 433—434頁を参照。

(14) See: Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, *Theoretical Inquiries in Law* 8, 2(2007), at 380.

(15) 例えば国籍の権利享有の側面を重視する説明として、座談会における阪口正二郎発言は好例である(阪口は、「現在の日本では、国籍というものは、誰が国家の構成員であるのかということを決めると同時に、国籍の有無によって憲法により保障された権利を享受できるか、あるいは公的給付が受けられるかといった差異を生み出すものです」と説明するが、構成員であることから生じる責務や責任についての傾注は見られない。長谷部恭男・阪口正二郎・杉田敦・最上敏樹〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治〕ジュリスト1378号(2009年) 4頁。くわえて、同座談会での杉田敦の提起する疑問(同14頁)についても、問題を整理し考察を深める上で有益なのが、本稿で後述する責務論であると思われる。平成17年判決の前後を問わず、近藤敦「外国人の人權と市民権」(明石書店、2001年)や、近藤敦編「外国人の法的地位と人權擁護」(明石書店、2002年)でも、責任を主軸に扱う論考はみられず、この傾向は、近藤敦・塩原良和・鈴木江理子編「非正規滞在者と在留特別許可—移住者たちの過去・現在・未来」(日本評論社、2010年)、近藤敦編「外国人の人權へのアプローチ」(明石書店、2015年)、移民政策学会設立10周年記念論集刊行委員会編「移民政策のフロンティア」(明石書店、2018年)においても同様である(なお、近藤敦「多文化共生と人權—諸外国の「移民」と日本の「外国人」」(明石書店、2019年)は、その第10章189頁で、「教

育の権利と義務」として、移民の子の学習権と教育を受けさせる義務について扱っている)。魏培軒「構成員資格と憲法上の権利(1)(2)(3:完)」法学論叢181巻6号83頁、183巻2号62頁、183巻3号39頁も、主としてハーバード・マスの憲法パトリオティズムを参照しながら外国人の参政権および参政権を基底とする市民権について検討する優れた研究であるが、責任や義務の側面は扱われていない。江橋崇「主権理論の変容」(公法研究55号1頁は、人權による国境管理権限の制限や国民概念の相対化を論じるが、権利という側面からのアプローチで展開される。外国人の人權とりわけ参政権につき、判例法理の整合的理解を試みる柳井健一「国民と外国人の間—判例法理における「外国人の人權」論の再検討—」法と政治60巻1号1頁も、権利および在留法上の地位の側面から考察を深めるもので、当該テーマを「国民の政治的責任」という切り口からは扱わない。リベラル・ナショナリズムに立脚する栗田佳泰の一連の研究(「多文化社会における「国民の憲法学的考察」久留米大学法学59・60号併号67頁、「公共」における主権者教育、愛国心教育、憲法教育…憲法パトリオティズムとリベラル・ナショナリズム、それぞれ別の視座から)法政理論51巻3・4号(2019年) 1頁、「多文化社会における憲法学の序論的考察・日本・アメリカ・カナダの信教の自由を素材に」法政理論48巻4号(2016年) 72頁など)も、関係(連帯)的責務論に焦点を当てて扱うものではない。歴史的・社会学的観点からシティズンシップ概念を考察する佐藤潤一「日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性」(専修大学出版会、2004年) 152頁は、義

務や徳性、忠誠といった要素を *citizenship* 概念ないし国籍概念からはずして、権利の側面に焦点を当てた議論を行うべきことを主張するが、近時の法哲学の議論を参酌すると、徳性等の要素も軽視できるものではないように思われる(尾吹善人「外国人の基本的人権」ジュリスト483号22頁についても同旨)。後藤・前掲(1)3頁も「地球市民」として生きる責任」に言及するが、本稿が探究する意味での責任に関する研究ではない。なお、責務論に焦点を当てた研究は主流ではないものの、これに言及しまた取り扱う研究も存在する。小泉良幸「リベラルな共同体」(勁草書房、2002年)はドゥオーキンの法哲学を参照して、自由と政治的責務の関係、およびわが国におけるシテイズンシップの内包を明らかにせんと試みた先行研究である(小泉によるその後の、政治的責務論と国民概念を結びつけて考察を深める研究として、『個人として尊重』(勁草書房、2016年)も参照)。グッディングの割当責任論をベースとした、よく知られた先行研究である長谷部恭男『憲法の理性「増補新装版」』(東京大学出版会、2016年)116頁も責務論を扱う。高佐智美『アメリカにおける市民権』(勁草書房、2003年)は米国の独立戦争時における忠誠義務の法理論と歴史について詳細な紹介を行うが、社会契約論によるその克服で当該論点を解消させており、国家ないし政治的決定に対する服従の責務と違法の義務については、その現代的内容および正当化根拠について検討の対象から外している。近時の江藤祥平「憲法・個人として、そして国民として在ること」法律時報92巻1号36頁が冒頭で問題意識としてあげる国民としての義務は、責務論の射程で考察できよう。

基本的な教科書レベルでも、長谷部恭男『憲法』[第7版] (新世社、2018年)105-110頁は、憲法義務・政治的責務論と公共の福祉を統合し、論じる試みを行なっている。また、責務論において論じられる内容は、従来の憲法学における国民主権概念をめぐる議論と、多くの点で重なる。ただし、議論の内容や概念の内包は、必ずしも一致するものではない。辻村みよ子「市民主権の可能性——21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー——」(有信堂、2002年)105頁が「領域間の学際的な研究」における主権論の領域・次元・方法などの明確化の必要性を指摘したように、法哲学・政治哲学における知見を主権論と対照し、研究を深化することが学術上も実践上も求められるが、これにはより詳細な検討を要するため、本稿の射程外とする(そのため、本稿が法哲学の知見を参照しながら記述する国民などのタームも、主権論におけるプーブルやナシオンなどとは対応関係にないことをおことわりしておく)。

(16) Linda Bosniak, *Citizenship Denaturalized*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 7 (2000) at 455, 470-71. このことは裏返すと、多義的な同成員資格概念が各論者で異なるイメージを描きながら使用され、議論されている状況の生産性の低さ、ないし異次元での対話につながりかねないことを意味すると解される。なお、ボズニアックが紹介した区分も相対的なものであると思われるが、思考の整理の上で有益である。以下、ボズニアックによる第三類型である「政治活動としての *citizenship*」について補足する。当該類型では、政治理論家らによる政治共同体内での生活における活動と参加についての議論が念頭に置かれて

いる。民主制における統治者と被治者の同一性もまた、当該類型下での論題である。そして同論文執筆当時のボズニアックの認識では、当時の *civic republican* や *participatory democracy* の議論の活況により、同類型下での議論の焦点が責任 (*responsibility*) の要素に移りつつあるとされる。集合的決定や後述の公民的徳性 (*civic virtue*) とも併せて考えると、政治共同体における国民としての責任に関する議論も、ここに位置付けられる。対する憲法上の権利に関する議論は、言わずもがな、ボズニアックの議論では「諸権利としての *citizenship*」において捕捉される論題である。また、*citizenship* 概念の歴史的・社会学的内包について紹介する佐藤・同上75—77頁も、思考の整理に有用である。

(17) 浦川裕英「道法義務は個別的ではない——法・国家・道徳の相互連関——」法哲学年報2008年181頁、那須耕介「道法義務論への道」法哲学年報2008年190頁を参照。

(18) 以上の方法論については、岸見太一「J. H. カレンズの移民の倫理学——政治理論における理想と現実の統合の一方法——」早稲田政治公法研究105巻17頁より示唆を得た。なお、裁判所も受け入れうる理論の提示という目的上採用された当該方法論に対しては、現行法制・判例に対する批判能力の不足が大いに指摘されうることは筆者も自覚する。また、政治的共同体の成員資格と移動・滞在の自由の関係を切断し、論じることとも哲学的に可能かつ重要とは理解するが、本稿が採用する方法論の都合上、かかる視座は本稿では取り扱わない。

(19) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）88—100頁。

(20) 責務から憲法上の国民概念を考察するアプローチは、政治的責務論により定住外国人の選挙権訴訟という憲法問題の検討を主張する小泉・前掲(15)『リベラな共同体』152頁から少なからぬ示唆を得ている。

(21) See, Thomas Hill Green, *LECTURES ON THE PRINCIPLE OF POLITICAL OBLIGATION*, London, 1895, at 29.

(22) 浦川裕英『国家の哲学』（東京大学出版会、2017年）6頁。
(23) 同上111頁。また、本章で紹介する議論の理解の基礎として、ジェレミー・ウォルドロン著（長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一訳）『立法の復権——議会主義の政治哲学』（岩波書店、2003年）も参照。

(24) なおソーバーが断るところ、これら敬讓の理由は、それぞれなされる敬讓に対し、択一的に当てはめられるものではないという（筆者の解釈するところ、包含される諸要素の強弱に応じて、上述の4つの関係性が読み解きうる、というのであろう）。

(25) 以上、ソーバーの責務論については、Philip Soper, *THE ETHICS OF DEFERENCE*, Cambridge, 2002, at 159-163を参照。なお以上のソーバーの前提とするカントの命題に対する井上達夫の指摘として、井上達夫『立憲主義という企て』（東京大学出版会、2019年）174頁脚注19も参照。

(26) 横濱竜也『道法責務論』（弘文堂、2016年）230—233頁。

(27) 同上233—234頁。

(28) 同上235頁。

(29) 同上235頁。

(30) 同上 2335—2336 頁。

(31) 同上 2336 頁。

(32) 同上 2337 頁。以上の責務論に次いで、横濱が検討するのがその正当化に資する民主制の制度的条件である。その足掛かりとして横濱は、為政者の正義構想の説明・対話の責任と違憲審査制による構造的少数者保護の両立を目指す、井上達夫の批判的民主主義という理念モデルを概観する。同モデルに対し横濱は、主に違憲審査制の位置付けをめぐる異を唱える。すなわち、裁判官が民主的に選任された公務員でないことから、議会立法を無効化するような強い違憲審査制によって治者と被治者の間で行われる正義探究が阻害されると説く。かくして、少数者の権利保障の仕組みも、民主的政治過程に部分的に内在させるべきとする。横濱が構想する規範的民主制の下では、批判的民主主義におけるよりもより重度の責任が、被治者に求められる。ここでは、正義要求のチェックは、統治部門相互のチェックに委ねられてはならず、被治者とその代表者が、統治者が正義要求を行なっているかどうかを、民主的プロセスを通じて自ら問い質すことが望ましいとされる。横濱・前掲(2)237—254 頁。なお、弱い違憲審査制および少数者保護については、同 258 頁を参照。横濱の規範的法実証主義に基づく立法学観については、同「議会主権の再生—規範的法実証主義の立法理論」法哲学年報 2014 年 8 頁、批評については嶋津格「法の権威を律法の権威に改称することの愚かさについて—横濱報告へのコメント」同 23 頁も参照。その後の研究では、シモンズによる責務論批判を叩き台としながら、ソーパーの敬讓論をベースとした

個別性の要請充足について、別の切り口から説明が行われている。横濱が理解するところ、個別性の要請を満たす方法には、関係性に基づく個別性充足と、機能に基づく個別性充足という 2 つの方法がある。同意論、(公平論における)受諾、連帯は前者にあたり、ウォルドロンやクッティンのような自然義務論者は後者の方法を採用する。前者に対しては、その関係性の実在への懷疑と悪しき統治者・法への服従が問題となり、後者に対しては、そもそも「この国家」という個別性が導かれ得ない。その処方箋として横濱は、両方の立場を敬讓論に依拠して統合することを提唱する。すなわち、①政治の状況下にある我々は、その不一致を裁定するための法(且つ又は政治的決定)を要するため、正義を直接には実現し得ない。②これら不一致を裁定し、法と政治的決定を作出する過程それ自体に、ある種の関係的価値が存在する。例えば、ドウオーキンは、純一性の下、「原理の共同体」として描いたモデルが、この問題を解決するとした。③国家の構成員が、純一性に対し敬意を示すことは常に起こりうるものではない。この条件の解明には、恒常的に存在する統治者と被治者の強制的な関係性に目を向ける必要がある。(そして大要、本文記載のとおり)自己の正義について統治者が答責任を備え、誠実である限り、立場の反転の仮想を基に、被治者の敬讓が示されるべきことが導かれる。横濱は、以上のように関係性に基づく個別性充足と、機能に基づく個別性充足の統合によって、敬讓論が政治的責務を正当化すると考える。横濱也「Immigration Justice and Political Obligation」法政研究 23 卷 1 号(2018 年) 16—17 頁。

- (33) Elizabeth S. Anderson, *What Is the Point of Equality?* Ethics, Vol. 109, No. 2, 1999, at 312-313.
- (34) *Ibid.* at 317. また、以上のアンダーソンの関係的平等論を基礎とし、これを彫琢する近時の研究として、森悠一郎「関係の対等性と平等」(弘文堂、2019年)も参照。
- (35) 横濱竜也「解説」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)142-144頁。また、横濱が引くウェルマンの主張の理解については、Christopher Heath Wellman and Philip Cole, *DEBATING THE ETHICS OF IMMIGRATION*, Oxford, 2011, at 13-78を参照。なお横濱が用いる関係依存財などのコンセプトについては、Jonathan Seglow, *DEFENDING ASSOCIATIVE DUTIES*, Routledge, 2013における第1・2・7・8章も参照。
- (36) 横濱・同上181頁。
- (37) ステークホルダー・シテイズンシップについては、松尾隆佑「影響を受ける者が決定せよ」ステークホルダー・デモクラシーの規範的正当化」年報政治学67巻2号(2016年)2頁、同「マルチレベル・ガバナンスにおける民主的正統性と公私再定義」ステークホルダー・デモクラシーのグローバルな実現へ向けて」社会科学研究65巻2号185頁、同「原発事故避難者と二重の住民登録」政治思想研究18号140頁、同「ポスト政治の政治理論」ステークホルダー・デモクラシーを編む」(法政大学出版局、2019年)福原正人「民主主義の境界確定—正当性と正統性」年報政治学2018年度2号224頁、押村高「トランスマシヨナル・デモクラシーはデモクラティックカー脱領域的

政治における市民的忠誠の行方」年報政治学2011年度1号49頁を参照。またその後のバオベックの研究として、Rainer Baubock, *Democratic Inclusion*, Manchester, 2018も参照(同書ではAAIとASCとACSの相補的機能の理論が彫琢されている。また、移民の統合については、横濱竜也「移民正義論は何を考えるべきか—ウェルマンとコールの対論を手掛かりにして」法政研究20巻2号179頁、同「Immigration Justice and Political Obligation」前掲(32)1頁を参照。また政治的責務と民主制におけるデモスの対象確定をめぐる議論を整理する研究として、Robert E. Goodin, *Empowering All Affected Interests, and Its Alternatives*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 35 No. 1 (2007) at 40を参照。なお横濱は本文で紹介した通り、政治的共同体のメンバーシップに対する利害関係を主張しうる社会的メンバーシップを有する者として、就労と納税の責務を果たした者の存在を例示する(あるいは、社会的メンバーシップの強弱の個別の判断要素として、これを挙げる)。これに対します唱えられるであろう批判が、(考察対象としておそらく横濱が念頭に置くのは、合理的判断能力を有した責任能力のある成人であることだろう)、子どもや病人、家事に専念する女性等が考察の対象から外れる点である(なお、横濱の政治的責務論および違法義務論一般に対して、瀧川から「有権者ではない外国人や未成年者の違法責務を否定することに繋がる」と指摘されていた。瀧川裕英「不正な法に従う道徳的義務はあるか」図書新聞3282号3頁。また、「納税と結びつくのは参政権ではなく、むしろ国防・治安教育・福祉などの行政サービス」で、「参政権は納税の対価ではない」の

であり、成人の移民に就労や納税の責務遂行を理由に認めることは、諸主権国家において実現してきた普通選挙の理念それ自体に反する点も、無視できない(瀧川裕英「国民と民族の切断——外国人の参政権問題を巡って——」大阪市立大学法学雑誌 巻1号4—5頁)。松尾隆佑の説くところを下敷きに横濱の主張を解釈すると、生活上の不利益の根底には政治的地位の不安定さがあるため、これを分けて論じるべきではない、という尤もな理解が前提にあるものと思われる。また横濱の主張と同様で、就労と納税の奉仕による成員資格の取得が、通常の移民だけでなく、非正規移民の滞在との関連からも、よくなされる。だが、これによって移民が自己の統合対象適格性すなわち政治的共同体の成員資格を主張するのであれば、その理屈の提示を要すると思われる(なお、納税の対価として福祉という配慮を要求する地位に立つという一般論から、就労・納税の義務を果たす外国人も国民同様の処遇を要求できるといっているのであれば、要求できるのは能動的地位ではない、受動的地位としての国民の地位の要求と読み替えられる)。かかる批判に一定の説得力を認めるのであれば、メンバーシップに内包される権利ないし地位の付与と、それに対応する責務の中身も、個別に対応するものどうしを照応するよう考察するべきと解される。

(38) 横濱・前掲(35)180—181頁。

(39) なお横濱の責務論に対しては、瀧川裕英による以下の批判がある。第一に、ソーパーの敬讓論に依拠する横濱の敬讓論であるが、反転可能性をもってソーパーの「尊重の相互性」を読み解く横濱の理解が正確でないとする(いわく、ソーパーが主張

したのは「被治者が統治任務の意義を尊重しつつ、統治者が被治者の利益や自律を尊重すること」であるため、統治者と被治者の立場が入れ替わらない君主制においても成立するという)。また、横濱が依拠する法固有の道徳的価値としての「誠実さ」という理念自体に疑問を投げかける。説明項である誠実性の理念自体が曖昧で、これについての多くの解明をむしろ必要とする、というのである。加えて、以上の横濱の敬讓論は、同意論における「仮説の同意論」の一類型であり、かつ仮説の同意論からは政治的責務を正当化できないとも指摘する。すなわち、同意の拘束力の根拠を自律・利益・信頼保証のいずれに求めるにせよ、その前提にあるのは同意が現実になされることで、上述の根拠のために、仮説の同意に拘束力を認めることは要請されない。むしろ、仮説の同意は政治的責務ではなく、有限の情報と限定的合理性しか持たない人間が政治的正当性を発見する際の方法として利用される便法だという。批評は、瀧川裕英「法的状態というユートピア」法哲学年報2018年134頁、瀧川前掲(2)125—136、202—204頁を参照。また、瀧川の指摘する横濱のソーパー理解については横濱・前掲(26)115—116、230頁。あわせて Philip Soper, *A THEORY OF LAW*, (1981) at 784も参照。

(40) 井上・前掲(25)9—10頁。

(41) 同上10頁。

(42) 同上10—11頁。正義概念と正義構想の区別、反転可能性については、井上達夫『生ける世界の法と哲学』(信山社、2020年)380—391頁も参照。

(43)

以下では、井上達夫『他者への自由』(創文社、2005年) 52―83頁でのアナキズム批判を概括する。まず市場アナキズムについて、井上は、「他の財の場合と同様、生命・身体・財産の安全についても、「自給自足」の限界を自覚し、社会的供給の必要性を認めるが、その社会的供給源を国家ではなく市場に求める」、「古典的経済学が国家による供給の必要性を承認した、治安・紛争裁定・社会基盤整備などのサーヴィスも、市場に委ねるべきであるとする」立場を紹介する。しかしこの立場に対しては、「防衛サーヴィスの公平活効率的な供給に関する市場の可能性への、その楽観的な信頼」に問題があるとする。その根拠として、まず市場アナキストが安全や秩序を私財化可能と捉える点を批判し、これが排除不可能な公共財であることから、フリーライダー問題および市場での満足な供給が不可能となる点を挙げる。第二に、裁定業者や調停業者を市場で調達でき、紛争解決が可能であるとする市場アナキストの構想は、最終的にはその希望に反して、現在の国際社会における国家間のパワーポリテクスの縮図と化すと予想する。第三に、市場メカニズムにより生成された防衛サーヴィスは規模の経済を参酌すると、早晚、支配的保護代行業者が登場し事業独占を確立、結果国家と等価の存在が出来上がるとする(あるいは、代行業者の企業合同形態であっても、機能的に国家に近似していき、国家同様の非効率・腐敗への傾向を持つとする)。第四に、治安維持や港湾などの社会整備基盤以上の国家機能、外敵からのアナキスト社会の防衛、環境破壊の規制なども、市場メカニズムだけでは解決できないと論じる。ついで、共同体アナキズムについては、

これは社会秩序という公共財の供給システムを共同体に求める立場で、この共同体とは一定の人間関係の様態であると紹介する(この人間関係は、信念と価値の共有、成員間の関係の直接性と多面性、互酬性という3つの核心的特質により性格づけられるとする)。そして、かかる共同体が社会を統制する方法として、互酬性の利益の褒賞的供与と懲罰的撤回、共同体の成員一般による公共化された是認や非難、交際断絶や共同儀式からの排除の3つを挙げる。しかしながら、共同体の可能性により国家なき社会統制を可能と論じる共同体アナキズムは、共同体の限界により行き詰まると指摘する。根拠の第一に、井上は、共同体的統制の実効性は共同体的関係の安定性に依存するが、集団の大規模化と成員の移動の増大により、前提としていた共同体的関係が掘り崩されるとする。また経済的不平等等は、関係の基本的特質である互酬性をさらに弱体化させるとも論じる。共同体アナキストが、以上の問題解決のために、一部成員の集団的離脱と新天地での新共同体設立や、集産主義的経済体制の採用を主張したとしても、その実現可能性および実効性の低さから現実的でない、とも論じる。そうして、共同体内で孤立した個人への抑圧性と、共同体間の闘争の結果生じる国家類似の連合を挙げ、「現代的諸条件の下では、共同体の限界による国家化の必要性は、共同体の内にも、外にも、間にも存在する」と結論づける。なお本稿の関心から外れるため、以上のアナキズム論駁の成否に関する議論は、ここでは扱わない。

(44) 井上・前掲(25)170頁。

(45) 同上170頁。

- (46) 同上 170 頁。
- (47) 同上 171—175 頁。
- (48) また以上は、井上のフェア・ブレイ論に対してなされた、横濱による批判への応答ともなる。詳細は、関連論点も含めて、同上 170—174 頁脚注 16—18 を参照。
- (49) 同上 175—180 頁。なお、レイバハルトのコンセンサス・モデルおよび井上の批判的民主主義に対する分析と批判として、小堀眞裕『ウェストミンスター・モデルの変容』(法律文化社、2012 年)、227—245 頁、松本充郎『現代の貧困』——批判的民主主義の制度論』(瀧川裕英・大屋雄裕・谷口功一編『選しきりベラリストとその批判者たち』(ナカニシヤ出版、2015 年) 59—76 頁、横濱竜也『立法学——「批判的民主主義」をめぐって』同 233—243 頁。また、これに対する井上の応答として、同・前掲 25) 67—76 頁、179—180 頁脚注 21、井上達夫「批判者たちへの「選しきりベラリスト」の応答」法と哲学 2 号 (2016 年) 190—192、231—233 頁も参照。井上の指摘するコンセンサス型民主主義などの概念は、憲法学における外国人の政治参加の理解についても、思考を整理する上で有用と思われる。この点については、やや切り口は異なるが、座談会「外国人の選挙権・被選挙権と公務就任権」ジュリスト 1375 号 82 頁長谷部恭男発言も示唆に富む。
- (50) 井上・前掲 2) 118—119 頁。
- (51) 同上 119 頁。
- (52) 同上 112—120 頁。
- (53) なお、移動の自由を個人の諸権利の共通前提条件として重視
- する井上の立場からは、ホスト国の移民政策における入国管理に関する裁量の制約および送出国側の自国民の居住権の実効性が要請される。井上達夫『世界正義論』(筑摩選書、2012 年) 260—268 頁。
- (54) また、瀧川の理論においては、個別性の要請問題は解体され、政治的責務論の正当化の成功条件として個別性の要請を挙げるものが誤りである、とされる点も特徴である。
- (55) See, Jeremy Waldron, *Special Ties and Natural Duties*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 1 (1993), at 3-30. また、瀧川・前掲 2) 268—270 頁も参照。
- (56) 瀧川・同上 271 頁。
- (57) 同上 276 頁。
- (58) 同上 277 頁。
- (59) 同上 276—277 頁。
- (60) 同上 278—280 頁。
- (61) 同上 280—290 頁。
- (62) 同上 289 頁。
- (63) 同上 289—290 頁。
- (64) 同上 293—306 頁。See, Robert E. Goodin, *What is So Special about Our Fellow Countrymen?* *Ethics*, Vol. 98, No. 4 (1988), at 663-686. 当該論文においてグッディンは、万人が万人に対し負う一般的義務 (general duties) と、特別な関係にある特定個人に対してのみ負う特別義務の関係について考察する。そして、国民相互が負うとこれまで考えられてきた後者の説明モデルとして、強化 (magnifiers) モデル、増殖 (multipliers) モデル、相互

利益社会モデルを概観したのち、これらの欠点を示し、割当責任モデルを提示する。また、相互利益モデルと比したときの割当責任モデルの差異の1つとして、グッデインは、*useless*や*helpless*の地位に立つ人々に対する処遇の差を挙げる。また、国家の責任範囲の領域的境界確定を理想理論として提唱する。また、グッデインは、グッデインは人的な責任範囲の確定を主張している。

(65) 浦川裕英「神は国境を引くか？」ジュリスト71頁。浦川は割当責任論に基づき、国境を引くことは、地球全体を各部分に分割し、各部分における統治を担当する政府を決定することと定義する。そして責任領域確定つまり国境の引き方として、空間、時間、元素、課題といった種類が存在することを確認した上で、これらの中でもっとも「重複なく欠落なく(Mutually Exclusive and Collectively Exhaustive)」統治担当者を割り当てられる国境が、空間による境界確定であるとする(その理由として、移動の物理的制約と情報コストが挙げられる)。そして、統治担当者である領域国家が統治を担当する域内で、誰が統治に対して責任を負うのかというと、統治担当者として区別された統治責任者(国民)とされる。統治責任者は実際に統治作業を担当するのではなく、統治担当者を選抜し、その統治作業を監視する責任を負う(瀧川の理論と整合するように横濱・井上責務論の下方で正義構想を異にする国民・統治責任者の中から、統治担当者が選出され、両者の立場は反転可能である。そして、統治責任者どうしおよび統治責任者と統治担当者の中で、真摯かつ誠実な対話がなされなければならないと導かれる)。瀧川の理論にお

いて興味深いのは、この統治担当候補者には国境は不要である(つまり被選挙権を国籍で限定する必要がない)とされるのに対し、統治責任者については、失敗国家や専制国家を回避し、法的状態を実現するためには国境が必要であり、自ら割り当てられた国家の統治に関する責任を負う国民を要するとされる点である。ここから、従来の憲法学で論じられてきた外国人の参政権における選挙権問題については、統治に対し責任を負う国民と外国人の区別の必要性が導かれる(ただし、国民の要件として、国籍とするか一定期間の居住とするかは次の段階の問題とされる。なお、瀧川・前掲37)19-22頁においては、文化的アイデンティティに関わる民族と、政治的共同存在を指す主権者国民とを切り離して考えるべきで、かつ国民は国籍によってのみ弁別されると論じている。その上で、国民と民族の結びつきを維持したまま外国人に参政権付与を論じるよりも、国民と民族の結びつきを切断了ら上で、国民が統治に関する責務を負い、外国人の参政権は基本的に否定すべきと論じていた。統治責任を果たす国民には、統治に関する関心と、担当者の選抜監視に関する能力が求められ、かつ各国での健全な統治のためには、かかる国民が従前に割り振られていなければならないことから、瀧川は統治を不可能にするレベルでの頭脳流出を問題とし、これを人の移動に対する制限の根拠とする(離脱オプシオンに制限を課し、受人国には有能な統治責任者を過剰に抜き取ることを禁止、送出国には体制批判者を排斥することを禁じる)。ただし統治責任者が十分に確保されている間は、移民制限の必要はないともされる。以上が瀧川の見解の概略であるが、国家の割当責任か

ら論じるのであれば、以上の理想理論を現実に取り付けて具体化する、移民制限が必要となる余地は多少拡大するだろう。グッデンの医者と病院の例に倣い、100人の患者と5人の医者が存在し、有効な治療のために医者1人につき患者20人を割り当てるのが最適とされる措置である。そして、病院と医者が有望に責任を果たしうるキャパシティがこの単位だとする。この場合において当該病院に、新たに患者が50名移送されたら、当然キャパシティを超え、医者にも患者にも不幸な帰結が待ち受ける。そのため、当該病院は暫定的に、これらオーバーする患者を他の病院に割り振る選択を採用せざるを得ない。その上で今後のために、受け持ちうる人数を増やすためのトレーニングを医者に実施し、スタッフを増員し、病院施設を増強するという改善を漸次おこなうだろう。以上の文章中の、病院、増加患者、医者、施設をそれぞれ、国家、移民、公務員（ブラス地域住民）、国民一般への行政サービスおよび統合のための法制ならびに資源へと置き換えると、統合・包摂プログラムが不十分な現状における、暫定的な移民数の制限は、将来における制度改善の継続的努力を条件として正当化される（そして統合に関する複雑な問題は容易に解決できないため、この暫定状態は長期にわたる）。このように、より現実に取り付けて考えると、暫定状態における移民制限は、より認められる許される余地があるようにも思われる（さらにここに、既存の患者の視点からの受け入れ限界、つまりリベラル・ナシヨナリズム提唱者がしばしば口にする、社会構成文化の保持や、受容可能な多様性の限界問題も考慮にいれるなら、制限は一層広く認められるであ

ろう）。問題は、キャパシティの限界の基準を、どこに引くかである。この点については、施光恒「正義理念の力」法哲学年報2013年176頁、および井上・前掲(2)『生ける世界の法と哲学』267―277頁も参照。

(66) 遵法義務をこのように位置付けることで、外国人の遵法義務も、領域内において正当化されることになる。

(67) 瀧川・前掲(2)309―313頁。以上の瀧川の世界共和国構想に対して横濱は、理想理論であるとしてその実現可能性の低さを批判し、これを動機および民主制の軽視と、意見対立の評価のための参照基準の設定の誤りという2点から展開する。まず前者について横濱は、正義構想の対立をめぐる民主的プロセスについての考察の不足ないし評価の軽さを指摘する。すなわち横濱の考えるところ、正義をめぐる意見対立の際に、互いが互いを論的と認め対話を継続するのも、各人が誠実かつ真摯にその意見を主張し振る舞うからである。そして瀧川がカントから引き出した正義の自然義務だけでは、この誠実さを裏付けるに十分な道徳原理を提供し得ないと論じる。その上で横濱は、誠実に議論すべき理由としてメンバー相互の道徳的関係性を捕捉する。また、遵法義務の個別性を擁護する立場に立つ横濱は、瀧川の機能的分業論の必要性を認めつつもなお領域的分業にこだわるべきとする。民主制において、市民は正義をめぐる誠実な議論を通して統治に責任を負うのであるが、かかる安定した責任遂行のためには市民相互が承認し合う道徳的関係性が、安定的に存在することが必要であって、かかる観点から領域的分業を行う主権国家はなお有望である、とするわけである（そし

てここから、メンバー相互の道徳的關係性のために、政治体のメンバーシップに対する利害関心を持つ者をステークホルダーとみなし、定住外国人らに対しても参政権を認めるべきという前述の横濱の主張につながる。後者のベンチマーク設定については、瀧川は他者の意思からの独立としての自由を「在るべき法」の参照基準に設定しているが、「在る法」とその正当化根拠を用いるべきと批判する(横濱電也「政治的責務論は何を問うべきなのか」法哲学年報2018年127頁。なお、横濱と瀧川の間に存在する、法に関わる義務をめぐる議論については、紙幅の都合上大幅に省略し、本稿の関心と重なる部分のみを拾っている)。以上の動機という実現可能性の側面を重視する横濱からの批判については、筆者は、両論者の当該テーマに対する研究スタンスの違い(あるべき規範の学究に重きを置くか、実践可能性をより重視するか)によるところが大きいと考えるため、ここでは割愛する。後者について瀧川は、「在るべき法」をめぐる意見対立が存在する状況下での基準点は、無条件の「在る法」ではなく、法的状態の暫定的実現に資する法ルールという以上の答は現示していないことを認め、既往の研究は当該論点の前段階にあたる理論的考察にとどまっていたことは認めている。そして当該論点に答えるためには、「民主制や多数決ルールの意義と限界を含む政治哲学やそれに依拠した制度構想」を要するとした。瀧川・前掲³⁹⁾「法的状態というユートピア」133頁。なお横濱書評への応答において瀧川は、カントから自身が引き出した法的状態を実現する自然義務を「ほとんど聞いたことさへなく、一見して眉唾の主張」、「この主張に対してさしたる批

判もないことが、私にとつては驚きである」と述懐する。民主制に関する瀧川のその後の小論として、本稿執筆時点ではくじ引き民主主義を扱う、同「偶然に対する態度」法律時報91巻13号1頁、同「くじの御利益」自治実務セミナー2019年3号39頁、同「イントロダクション」論究ジュリスト31号147頁がある。瀧川責務論の理解には、本文での紹介の横濱の批判に加えて、宇野重規による批判とこれに対する応答も参考となる。宇野重規(「書評」政治的責務論から国家を論じる壮大な試み)法と哲学4号111頁は、関係的責務論における共和主義の扱いに対する不満、哲学的アナキズムを利益論に位置付けることの疑問とその射程、法的状態実現義務と地球共和国に共鳴しつつも、現在の暫定状態の国家への政治的義務が派生的義務しか位置づけられないことの違和感、民主的統制の軽視を挙げた。以上の指摘に対し瀧川は「地球共和国とその実現可能性——宇野重規氏への応答」法と哲学5号で応答をおこなっている。哲学的アナキズムについては、自説がある意味では哲学的アナキズムに対する反批判であると同時に、他面において軌を一にする」と説明し、哲学的アナキズムの主張の考察が十全さを指摘する。横濱の動機の軽さ批判とも一部重複する関係的責務と派生論への違和感の指摘に対しては、宇野と瀧川の間の、「理論と現実の関係に対する態度の違い」および「政治哲学・政治思想と法哲学の学理の違い」の反映と分析する。また、実現可能性に関するもう1つの批判であった民主制の軽視については、横濱への応答と重複するため割愛する。

(68) 瀧川の責務論は、国家と個人の関係、および国家の責任(次

節で述べる「受動的的地位」を説明し規範として提示する上で優れている。他方、井上の責務論は、暫定的な法的状態が維持されるなかで、我々の現在の政治社会における国民間での責任（次節における能動的的地位に関する議論）を、実践的観点から論じる基礎を与える。これら議論は、背反し、排他性を有するものだろうか。本稿は、必ずしも原理的に両立し得ないものではないと考える。かつて一国内で道徳問題が複層的に展開されうるとしたウォルドロンを想起すれば、むしろ、アンダーソンの関係的平等論が人々の対等な関係のための諸自由の保障の責任を同胞が負うと論じる場合の全成人市民の責任も、瀧川責務論が論じた国家の最終的引き受け主体としての国民の責任と、公務員として特別加重された責任が混在しているものとみることができるとして、瀧川の責務論とはまた別に、ある政治共同体で、人々が対等な地位で政治的決定過程に参加する場合においてとりわけ妥当し、国民の責務を強化するものが、井上の統制的フェア・プレイ論のように現状、暫定的に思える。ウォルドロンについては、*see*, Waldron, *supra* note (55) at 11 (カントをベースに自然的義務論を説くウォルドロンは、同意論やフェア・プレイと自然的義務が両立不可能の関係に立つものではなく、一国内で複数の道徳問題の層が展開されうるとを示唆する)。合わせて、瀧川・前掲(2)190頁も参照。ただし、「両方のいいとこ取り」をしようとした結果、両方の弱点をも内包し、幅幅状態となりかねないリスクについては、今後の検討とする。また前述の通り、道義義務および法概念論との整合的説明については、筆者の能力を超えるため考察の対象としない。

(69) 法秩序を維持する責任を負う国家が、統治権を及ぼしうる範囲は、こうして領域的・人的に確定される。このような責任範囲の確定は、誰が、どの問題について責任を負うのかを明らかにする必要性から正当化される。人的・地理的な責任範囲の確定は、よき統治のために活動する国家（統治担当者たる公務員）の情報収集能力の限界と人的・物的活動範囲の限界からも認められる。また国際政治の観点からは、弱小主権国家の対外的独立性を超大国から保障するために、正当化されう。以上の観点から、責任範囲が、過剰包摂も過少包摂もなく確定されることが望ましいといえる。そして、過少・過剰包摂の回避の要請は、統治について責任を負う国民の範囲の確定についても同様にいえる。このように確定された境界内で、人々が民主的に対等な関係を構築できる制度の整備が、国家のなすべきこととなる。

(70) 大屋雄裕「割当国籍論の可能性と限界」アステイオン89号120-121頁。また、引用前半部分については、同「配慮の範囲としての国民」中野剛志編『成長なき時代の「国家」を構想する——経済政策のオルタナティブ・ヴィジョン——』（ナカニシヤ出版、2010年）171頁、引用後半部分の理解については権利語法に関する同「権利は存在するか——拡大と拡散——法律時報89巻2号26頁および同『法解釈の言語哲学』（勁草書房、2006年）を参照。また、以上の議論と合わせて、ここで言われている政府の「義務」や「責任」は、法的な意味でのそれではなく、法を超えた道徳上の義務である。実定法の解釈・適用の正当性をはかる上で、これら道徳は機能するが、それ自体

- (71) から直接に何らかの法的義務・責任およびこれに対応する法的権利が発生するという主張まで、本稿は企図しない。この点については、長谷部恭男「前注」長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」（有斐閣、2017年）7頁および同「第10条」同43頁も参照。
- (72) 長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号31頁、同前掲(13)『憲法』第7版〕89―98頁、石川健治「人権享有主体論の再構築」法学教室320号62頁、同「人権論の視座転換」ジュリスト1222号2頁を参照。また、権利義務関係と地位については、瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕著『法哲学』（有斐閣、2014年）132―133頁も参照。
- (73) 説明の便宜上、ここでは準用説に立脚する。
- (74) 高橋和之・岩沢雄司・早川眞一郎「〔鼎談〕国籍法違憲判決をめぐって」ジュリスト1366号46―51頁（高橋発言）。また、同判決のベースラインに通底する国民観を、形式的国民観（反対意見）と実質的国民観（多数意見）に区別し、後者を説得的と評価した上で高橋の上述の権利論的アプローチに賛同する先行研究として、栗田佳泰「判批」法制研究75巻4号112―113頁（栗田は高橋の鼎談発言を引き、「実質的国民観を前提とする場合、より踏み込んで、『国家の構成員』として適格性を有する者は、国籍を請求する権利を有すると介することもできるように思われる」とする）。
- (75) 関係の平等論プラスデモスの範囲確定論としてのステークホルダー・シテイズンシップ論は、特に後者の能動的地位の確定に資する議論となりうる」と現状考えている。
- (76) なお本稿は、先述の通り憲法学における議論への融通性を鑑みて、「受動的地位」に関する責任を「国家」の責任とした。だが、アンダーソンの民主的平等論によれば、この国家の責任も、最終的には「正義の自然的義務に基づき政治機構を通じて、社会の基本構造を正義の原理に適つたものとするべく協働するという、全成人市民の連帯的責務」として論じられうるだろう。森・前掲(34)243頁を参照。そして国家の「受動的地位」保障のための責任範囲も、特定の国民国家における成人市民らが第一次的に責任を負うべき人々の範囲、と引き直すことができるだろう。
- (77) 例えば、東京地判平成30年10月11日ウエストロージャパン2018WLLJPCA10116002は、ベトナム人の父母から日本国内で生まれたベトナム国籍の超低出生体重児とその母の退去強制をめぐる争訟につき、違法性の判断基準時である法務大臣の裁決時点で当該子はベトナムの医療事情においては生存が困難であり、「生命の維持、身体の発育のため本邦での治療を必要としており、ベトナムに送還することにつき著しい支障があった」として裁量の逸脱・濫用を認め、またその母についても、在留状況に一定の悪質性があるものの、子の看護の必要性から在留特別許可を認めるべきと判示した。このような事案は、個人の生存と自由の保障につき、有望に責任を果たしている国家がその責任を引き受けるべきという規範的理解によくなじむ。
- (78) 東京地判平成15年9月19日判示1836号46頁、東京高判平成16年3月30日訴月51巻2号511頁。
- (79) 思考の整理の仕方として、よく知られたT. H. マーシャル

による citizenship の「公民的 (civic) 要素」「政治的 (political) 要素」「社会的 (social) 要素」を用いて、「受動的的地位」と能動的地位に関する本文記載の内容を置き換える見方もありうるだろうが、本稿はマーシャルの整理を採用しない。その理由は、「公民的要素」と記述することで、人身の自由や信教の自由といった、既存の権利の名を有する自由を想起させがちで、長谷部が説いた一般的自由や、瀧川の理論から読み取れる、国家が維持する法秩序から享受するあらゆる便益、というニュアンスから離れてしまうことの危惧にある。Citizenship の要素については、T. H. マーシャル「市民資格 (citizenship) と社会的階級」T. H. マーシャル著 (岡田藤太郎・森定玲子訳) 『社会学・社会福祉学論集』84 頁を参照。

(79) このように捉えると、居住権として主張される内容は、それまで有していた国籍の放棄の宣言を伴うことによつて、(能動的地位を除く) 国籍請求の主張へと内容が接近する。また、以上のような把握はとりわけ、非正規滞在者のなかでも、その地位につき自己の意思や努力による変更が不可能で、また入管法違反行為について責任を負わない子ども等に当てはまりやすい。そして本文で説明したシステム理解ののつとれば、在特は子ども等が他の定住外国人等と並び、正規の「受動的的地位」に立つための機会を付与し、引き続き在留を認める制度と位置付けることができる。他方、自己の選択により不正に入国・超過滞在をおこなった者については、その法定犯としての責任から、子ども等と同視し評価することがなお困難である。くわえて成年の場合には、「受動的的地位」を認めるが普通選挙の原則の都合上、

能動的地位もセットで認めなければいけないとの思考に直結しがちで、当該政治共同体における公共的理由に基づく政治的主張をおこなわない者を排除する評価に繋がりがややす。このような主張も、ある面では妥当といえる。成年者に対する以上の評価を変化させる主張をおこないたい場合、1 つの方策としては、「受動的的地位」と能動的地位を切り離すという思考もある。この場合、先に暫定的に「受動的的地位」を認めたのち、統合プログラムへの参加による公民的徳性の陶冶を擬制し、もつて在特で在留資格を認められている期間に国籍を取得する機会を活用し、能動的地位とセットになった国籍を取得することが可能となる、という制度設計が血統主義を採用する国民国家においては必要となる(あるいは、より過酷な制度設計としては、「二級市民」を国内に作らないために、成人の「受動的的地位」と能動的地位の分離不可能性を説き、当該政治的共同体における能動的主体たり得ないため一切の地位を認めない、と論じることも選択肢としては存在する)。なお在特に関しては、ここでは扱わない。在留資格を付与するかという問題については、ここでは扱わない。

(80) 歴史的・社会学の見地から血統主義と当該国との結びつきにつき論じる研究として、秋葉丈志『国籍法違憲判決と日本の司法』(信山社、2017年) 157頁も参照。

(81) 制度の運用史をみると、出入国管理令の時代には、特別許可は旧植民地出身者の人道配慮に用いられ、またその後は政治犯・政治難民の不引渡しの主張にも用いられ期待を込められた歴史を持つ。このような運用史も、個人の生存への配慮の責任の割当て、および血統主義(あるいは人的境界)の補充という見方

と反するものではないだろう。挽地康彦「ポストコロナアルな交換の政治」近藤敦・塩原良和・鈴木江理子『非正規滞在者と在留特別許可』(日本評論社、2010年)17頁、中村前掲(8)「退去強制法研究序説」(4)51頁も参照。なお在特と国籍請求の訴訟戦略上および責務論的観点からの性質上の親近性を示唆するものとして、丹野清人『国籍の境界を考える「増補版」』(吉田書店、2020年)138、142頁も参照。

(82) 同判決の多数意見は、憲法10条委任の国籍の法律による範囲確定について立法裁量を認めた上で、国籍法3条1項の制定当時の合理性を認めつつ、国家の成員資格である国籍が持つ重要な法的地位という側面、および非嫡出子が準正子となるかは本人の意思や努力によって変えられず、また胎児認知を受けた非準正子などと比較したとき、手段の目的との合理的関連性が認められないとして、直接救済をおこなった。日本国民と血縁関係を有しない非正規滞在者にとっては、同判決との懸隔は大きい。14条による救済がなされた同判決と異なり、在特においては誰と比較すればいいのかも不明である。また、判例においては請求権の存在を想定しているようにはみえない。このようにみると、結論ありきで考え法理を歪めた解釈を展開するのではなく、理論と照合し、道徳的にも是認できるより良き法解釈を試みるのなら、国籍法違憲判決は、在特をめぐる地位の性質の考察素材として有益であるが、実際の裁判まで射程に含むとは思えない。

(83) 本文で述べた内容を敷衍する。横濱、瀧川、井上の責務論からの抽出された以上の結論は、外国人の人権享有主体性に関す

る生活実態に基づく議論や、モトムラが論じた加盟の移民観などが論証を省き、あるいは見落としてきた要素を、洗い出し整理し直す機能を持つ。すなわち、ボズニアックが指摘したところ、国家(ないし国民)が領土内に所在する非市民に対し負う責務の増加の根拠として、従来の議論を整理すると加盟(affiliation)、反カースト(anti-caste)、領域管轄(jurisdiction)という応答が論じられてきたところ、それぞれ難点も同時に抱えてきた(これらにつきボズニアックは、例えば加盟については、単なる領土内の共存性という事実にとどまらない責務の要素を前提としている点などが、また反カーストについては、なぜ平等原則が国境内にとどまるのかなどが難点として挙げられている。補足すると、加盟ベースの移民論に関しモトムラは、移民を成員として迎え入れるべきことを論じる際に、地域での共存に加えて、納税や就労といった居住者として要請される奉仕ないし責務の遂行を挙げる。そしてこのような傾向は、わが国における生活実態をベースとする議論ないし裁判上の主張においても、一部見られるものである。他方、奉仕の性質を排除して考えると、その場合の議論は「国家の責任」に引き寄せられる。いずれにしても、議論の基礎として責務論により精緻化された考察を必要とする)。なお政治的責務論において語られる国民ないし市民の責務の内容は、遵法義務から兵役義務まで多岐に渡る。また、いかなる責務の遂行が、いかなる地位と結びつくかについても考えなくてはならないように思われる。See Linda Bosnak, *supra* note (14) at 403-410. 例えば門田孝「在留特」近藤敦編『外国人の法的地位と人権擁護』(明石書店、2002年)66―68頁は、

日本国民と生活実態が異ならない外国人は、非正規滞在者も含め、「極力日本国民と同様の人権保障がなされるべき」として、国民と平等の処遇を説く。入管法違反の非正規滞在者に対する違法行為の非難に対しても、違法行為の形式性および具体的被害者の不在、勤労と納税の義務の履行をあげて、居住権の保障を必要とする。責務と絡めず、純粋に生活実態へ言及し外国人の社会権・出入国の自由・参政権を論じるわが国の先行研究として、浦部法穂『憲法学教室「第三版」』（日本評論社、2016年）60—68、514、546頁（浦部は国民概念と国籍について、「主権者の範囲を確定する前提として「国籍」の明確化が必要とされた」として、主権者たる国民概念の先行性を説く。その上で、当該国民が「具体的にどの範囲の者を指すかは、どの範囲の者が主権者であるべきかよるのであって、当然に「国籍保持者」に限られるというものではない」とする。ボズニアックが紹介したモトムラの移民観については、Motomura, AMERICANS IN WAITING, *supra* note (5), Motomura, IMMIGRATION OUTSIDE THE LAW, *supra* note (8) を参照。また、モトムラの研究を紹介するものとして、新井信之「出入国・国籍の歴史と合衆国市民への道」アメリカ法2008年2号273頁、大沢秀介「移民と憲法問題——司法は移民規制についてどこまで判断できるか？」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』1頁、Motomura Hiroshi 著（新井信之訳）「アメリカ合衆国における移民・国籍の歴史、法、そして家族について：われわれは労働者を求めたが、家族がやってきた」香川法学32巻2号215頁も参照。また反カースト、反支配的国内秩序維持の主張として、Owen Fiss, A