

博士論文

不法移民と時間の関係の法的検討

令和4年3月

広島大学大学院社会科学研究科

浦川源二郎

## 目次

### はじめに

#### 第1章 問題提起

##### 第1節 アムネ스티・在特をめぐる諸判決とその論点

第1款 絶対的権限の法理をめぐるアメリカ移民法上の著名判例

第2款 長期間の滞在をめぐる判断

第3款 責任をめぐる判断

第4款 国家の責任配分をめぐる判断(生物としての生存)

第5款 国家の責任配分をめぐる判断(人格としての生存)

##### 第2節 わが国における行政裁量統制理論

##### 第3節 権利を基調とする憲法学の議論

#### 第2章 在特をめぐる議論の構造の整理

##### 第1節 supersession 論と歴史的不正

##### 第2節 ボズニアックによる supersession 論の移民法への援用

##### 第3節 議論の位相の整理

#### 第3章 非正規滞在者の不正がいつ不正でなくなるかの人格・責任・許しからの研究

##### 序論

##### 第1節 人格論の概要と論点整理

第1款 ジョン・ロックの問題提起

第2款 各説の長短

第3款 デレク・パーフィットの『理由と人格』

##### 第2節 人格と責任とその減少

第1款 人格と責任をめぐる諸説

第2款 責任論の参照

第3款 小活

##### 第3節 許し

- 第1款 ノーヴィッツによる研究
- 第2款 ヒエロニーミによる研究
- 第3款 ハンプトンによる研究
- 第4款 スキャンロンによる研究
- 第5款 グリスウォルドによる研究
- 第6款 小活

#### 第4章 国家と国民の関係についての政治哲学的知見

##### 第1節 政治的責務論の議論構造

##### 第2節 ソーパーの敬讓論

- 第1款 ソーパーの敬讓論の概要
- 第2款 批判の紹介

##### 第3節 横濱竜也の政治的責務論

- 第1款 横濱の責務論
- 第2款 横濱の移民論
- 第3款 検討

##### 第4節 井上達夫の政治的責務論

- 第1款 井上の政治的責務・遵法義務論
- 第2款 検討

##### 第5節 グッデインの割当責任論

- 第1款 割当責任論
- 第2款 検討

##### 第6節 ウォルドロンの自然義務論

- 第1款 ウォルドロンによる研究
- 第2款 検討

##### 第7節 スティルツの政治的責務論

- 第1款 スティルツの『リベラルな忠誠』の構造
- 第2款 スティルツによる研究
- 第3款 検討

## 第8節 瀧川裕英の自然義務論

### 第1款 瀧川による研究

### 第2款 国境管理と国籍付与の正当化

### 第3款 憲法上の国民概念の検討

## 第9節 哲学的アナキズム

### 第1款 シモンズによる哲学的アナキズムの整理

### 第2款 シモンズによる自然義務論批判

## 第10節 小括

## 第5章 非正規滞在者の地位をめぐる所有論的発想

### 第1節 国家の退去強制（国境管理）権と所有権の類比批判

#### 第1款 ウォルドロンによる類比批判

#### 第2款 ナインによるシモンズの類否批判

#### 第3款 スティルツによるシモンズの類否批判

#### 第4款 ムーアによる類否批判

### 第2節 労働と納税による貢献

#### 第1款 フェア・プレイ？

#### 第2款 その他

### 第3節 地理的空間と「占有権」

#### 第1款 地理的空間と「占有権」

#### 第2款 グロティウス典拠の「占有権」

#### 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

### 第4節 市民権の取得時効的所有

### 第5節 強いて所有論と類比するならば

#### 第1款 シャツハー理論の分析

#### 第2款 所有論と人格論からの示唆

#### 第3款 自我論

## 第6節 小括

## 第6章 結論

- 第1節 移民・入管法およびその違反行為の位置付け
- 第2節 マクリーン構造の再構築
- 第3節 変化に感応する法と正義の時間的視点
- 第4節 責任から読み解く憲法上の国民概念
- 第5節 判断過程審査における諸要素の整理と重み付け
  - 第1款 生物としての生存
  - 第2款 人格としての生存
  - 第3款 不正に対する非難と許し

おわりに

はじめに

「法的許しの奨励は、しかしながら、法の支配によって要求される予見可能性、確実性、平等な処遇の要請を危険に晒しうる」<sup>1</sup>。マーサ・ミノウ (Martha Minow) は、戦争犯罪や借金の帳消しなど、許しと法の間をめぐり研究においてかく語る。このことは、許しやパードウンとも互換的に用いられ、また論者によってその定義が微妙に異なるアムネステイにおいても、同様に警句として通用する。

ある者に対し、法に抵触する過去の行為への法の適用をとりやめることは、他の違反者や法遵守者との関わりにおいて、不公平を生みかねない<sup>2</sup>。ゆえにアムネステイの実践は、法の公平な適用と執行を要請する、法の支配に抵触する危険性を内包する。

だが、法と道徳をめぐり実践において、法の支配と対立する可能性を理解してもなお我々は、アムネステイを実践せざるを得ない、あるいはアムネステイを実践すべきと考える局面に直面する。

このことは、しばしアムネステイの一類型として講学上語られる、わが国入管法における在留特別許可の実践においても同様に論じうるものである。

すなわち、長期にわたり滞在する非正規滞在者は、元々、退去強制の対象である。だが、時間の経過によりこれを憚らせる事情が蓄積することとなる。そうして、退去させるべき理由と、退去を憚らせる理由、これら理由間の葛藤が起こる。

こうした一義に決しがたい葛藤により、入管法上の退去強制および在特を争う事件では、事案を審理する裁判所によって、あるときは“長期にわたる非正規滞在”がプラスに評価され、またあるときはマイナスに評価され、一義な結論が導かれられないという難問が生まれる。

時間をめぐりこの問題は、諸種の要素に分解し、整理することができる。また、これとあわせて根源的な問いが派生する。

例えば、当初は法違反が不正な行為であったもののこれが時効的に不問とされる、あるいは地位を取得時効的に付与されるとする考えがある。さらには、そもそも移民・入管法違反は被害者のいない形式的な違反にすぎないとまで主張し、なぜその法を守らなければならないのかという根源的な問いにまで達する。

さらには、非正規滞在が長期間にわたるにつれて、地域社会と紐帯を形成し、生活実態が国籍保有者と近似していくことで、国籍という形式で非正規滞者と国民を区別することの平等性が問われることになる。これはとりわけ、幼少期に親に連れられ入国し滞在先で生育し、あるいは非正規滞在先で出生し、国籍国についてほとんど知識も持たず、慣れ親しん

---

<sup>1</sup> Martha Minow, WHEN SHOULD LAW FORGIVE? (Norton, 2019), at 146.

<sup>2</sup> また当該不正による被害を被った者が存在する場合には、許しすぎるのが共存のためのより良き将来を構築することを阻害しかねない (そして、不正を被った者に対し、許すよう方が強制しすぎることもまた、警戒すべきである)。腐敗に加担することにもなりかねない。このように許しとは、過剰に与えることが、過少に与えることと同様に、不正につながりかねない困難な営為である。

だ言語や文化が非正規滞在先のそれである子において、いっそう妥当する。そしてこの問いも、問いを重ねていくにつれて、国家とは何なのか、国家にとって国民とは如何なる存在なのか、憲法が想定する国民という概念の内包とは何か、国家が有する領土権および主権とは一体何かという、根源的な問いにまで深化させられる。

これらは、実践的にも学術的にも、解決されなければならない問いである。そしてこの難問を解決するには、なにがこの葛藤と分断、混乱を生んでいるのかという原因にまで遡り、検討しなければならない。しかしながら、この入管法上の論点と深く関わる難問は、従来の権利一辺倒の憲法学のみによっては、十全に思考し理解することができないものでもある。

以上から本稿は、“長期にわたる非正規滞在を行う者に対する、在留特別許可をめぐる裁量的判断の憲法的検討”を主題として選択する。そしてこの検討対象を、憲法を含む法一般の基礎に存在すると解される、法・政治・道徳哲学的価値の見地から検討し、問題の解決を図る。すなわち道徳哲学的知見を参照しながら移民法を規定し、国民概念を責任の側面から捕捉し、かつ時間をもたらす非正規滞在者の地位の変動に関する検討を行なう。

換言する。

長期間滞在する非正規滞在者に対する退去強制・在留特別許可をめぐる裁判において、行政の有する裁量の適正な統制のための理論を考究することを目的として設定する。そして、裁量統制における過程審査においては、諸考慮要素を憲法的価値に基づき判断するべきところ、時間と法関係をめぐる当該問題において、憲法典および憲法学内に十分な答えがない。しかしその答えを求め、法の道徳的解釈を行うための参照先である法哲学、政治哲学、道徳哲学の知見を摂取する。

以下、かかる本稿の内容と構成を総括する。

第1章は、以上の関心を問題として設定する過程である。日米の裁判例・行政法学・憲法学から諸論点を抽出し、問題として構築し、問題提起を行う。

第1節では、わが国裁判例から“時間と非正規滞在者の地位”について、裁判所間で判断基準の定まらない難点や論点を抽出する。非正規滞在者と時間をめぐる法学的難点は枚挙にいとまがない。だが本稿では論点を、個人主義の立場から論じうる“責任”と“生存”に限定する。そして“責任”に関しては、入管法や移民法への違反に対する「帰責性」の問題と、時間の経過によるその評価の変化の可能性に注目する。また他方の“生存”についてはこれを“生物としての生存”と“人格としての生存”に切り分け、どの国家が当該非正規滞在者の生存について責任を負うべきかという問題に注目する。

第2節では、第1節でみた諸裁判における判断のバラつきや、葛藤の原因を探るため、わが国行政法学における裁量統制理論一般を概観する。そして実体審査における狭義の比例審査と過程審査が部分的に接合されるこんにちの統制理論において、過程審査中の考慮要素への重みづけ・評価は、憲法の価値に照らしなされるべきことを確認する。

第3節では、この問題を憲法的に研究するには、外国人の権利享有主体性、および憲法上

の国民概念の検討も必要なところ、当該問題に関する従来の憲法学においては、権利の側面からの研究ばかりがみられ、十分な検討素材が見つからないという見解に達する。また帰責性をめぐる法的検討に関しても、憲法の語るところが少ない。そこで法の道徳的解釈のため、当該問題の検討に示唆を与えうる法・政治・道徳哲学の知見を学ぶことにする。

第2章では、英語圏の法哲学・憲法者の研究を参照し、時間の経過によって過去の不正の上に構築された現在における責任をめぐる問題群と、これらへのアプローチを学ぶ。

第1節ではまず、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) による supersession 論をみて、「過去の不正が不正であっても、現在においてその不正の矯正に限界が生じうる」ことを認める理論についての示唆を得る。またカトリーナ・ミリアム・ワイマン (Katrina Miriam Wyman) やアーサー・ジョン・シモンズ (Arthur John Simmons) らの研究から、時間の経過と過去の不正への償いの限界についても示唆を得る。

第2節では、ウォルドロンの提示した supersession 論をベースに、これを非正規滞在者へのアムネ스티に應用することを試みた、リンダ・ボズニアック (Linda Bosniak) のアムネスティ論をみる。そしてボズニアックによるアムネスティ論を参照し、非正規滞在者への在特に関する議論の構造の整理を行ない、本稿の研究の位置付けを明確化する。

第3章ではボズニアックを参照した整理の下、過去の不正に対する道徳的錬金術の正体を理解するべく、人格と責任をめぐる形而上学・道徳哲学を検討する。ここでは、人格を法廷用語として採用したジョン・ロック (John Locke) の研究から発展する、デレク・パーフィット (Derek Parfit) の人格の重要部分の時間の経過による変化、および人格に対する功績の評価の変化の可能性をみる。

第1節では、人格論の概要と、本稿に関連する論点の整理を行う。

続く第2節では、行為主体に対する責任が時間の経過により減少することをめぐる、現代英米哲学の先端的知見を摂取する。

そして第3節では、行為主体に対する非難の錬金術的変質に関する知見を、アムネスティの主要な部分をなす許し (forgiveness) という観点から検討する。かかる許しに関する先端的研究の検討と参照が、わが国入管法上の「帰責性」要件や償い、反省といった裁判過程中の道徳的考慮要素に対して、理解と評価の基礎を与える。

道徳哲学の参照によって、本章で得られる知見を整理すると、以下の通りである。

まずデイヴィッド・シューメーカー (David Shoemaker) の研究をもとに、行為に対する責任追求とは、非難でありかつ理由応答の要求であるとするところから、行為主体性を欲求と理由の判断過程を基礎とするディスポジションであり、そして行為に対する責任を負う過去時点の行為主体と、問責時の現在時点の行為主体の乖離が著しい場合、非難としての責任を問いえなくなる可能性があることを提示する。

しかし以上の結論は、わが国入管法上の「帰責性」や「その後の反省」、「自主出頭」などの責任をめぐる議論を説明し、整理するには十分でない。



そこで本稿は、行為の責任と、悔恨による行為主体の変化、そして「許し」について研究する、道徳哲学上の知見を参照する。そして、許しの条件として、①過去に不正をなした主体が、今やその不正を望まないことを示す、②過去と現在の自我を継続させながら、過去の悪事を拒絶する、③自己の行為に対する悔恨を経験する、④もはや自身が、加害・不正にコミットするものでないことを行動で示す、⑤不正を非難する側の視点を理解したことを示す、⑥なぜそれをなしたのかを十分に説明する、といった諸条件があることを示す。また、不正に対する第三者による反応・判断として、義憤 (indignation) という概念に傾注する。そこから、第三者による非難と第三者による許しの可能性も示唆する。加えて、かかる許しをめぐる判断が司法の場でもなされ、これがアムネ스티の理由の一部を構成する場合があることも示す。そしてこれら許しに関する思考が、わが国裁判における上記諸問題をよりよく位置付け、かつ教導しうるものであることを確認する。

第4章では、憲法上の国民概念の探究のため、また「入管法違反がなぜ道徳的不正か」を根源的に考えるため、国家と国民について政治哲学的検討を行なう。参照するのは、近時のアメリカ法・政治哲学における政治的責務論と遵法義務論、ならびにこれと関連する諸研究である。(本章の構成の詳細な説明は割愛するが)本章では、ロバート・グッディン (Robert Goodin) 等の研究を踏まえた、瀧川裕英の政治的責務・遵法義務論をもとに、万人の遵法義務および割り当てられた管轄領域における政治的責務の存在を確認する。その論証構造を、シモンズの先行研究をもとに整理し記述すると、以下の通りである。

前提1：正義をめぐる闘争がある自然状態下で、法的状態は人類にとって必要である (自然状態テーゼ+政治の情況)。

前提2：すべての人間は、以下の自然的・道徳的義務を負う。

d1：人は万人の自由への権利を尊重する義務を負う。

d2：隣接する他者と「法的状態」を実現する義務を負う。

結論1：人は皆、以下の自然義務を負う。

a：自然状態を脱して、隣接する他者と協力して法的状態を実現する (法的状態移行義務)。

b：国家が既に存在し、当該国家の管轄内に存在するのであれば、安定している当該政府と法を支持し、維持する (半自然状態における法的状態移行/維持義務→地球共和国における法的状態維持義務)。

c：正統な他国の法的状態を阻害しない (自然義務としての領域無制限的な遵法義務、非毀損義務)。

結論2：各人は効率の観点から割り当てられた範囲内で、法的状態を維持し貢献する義務を負う。

そして、松元雅和とアンナ・スティルツ (Anna Stilz) による研究を参照し、国家に割り当てられる責任範囲を制限する移民法が、非理想的な現実における諸制約として整理でき

ることを示す。これを表でまとめると、以下の通りである。

【表 移動の自由をめぐる制約】

制約度合い	実行可能性	概要	スティルツによる整理の当てはめ
強い制約	技術的実行可能性	ある正義原理が自然法則や物理法則、あるいは人間一般の心理的傾向に照らして実現可能かどうか。	
中間	実践的実行可能性	財政的、法的、倫理的、制度的、文化的実行可能性・制約、「資源の希少性」。	「妥当な理由」 (fair reason)
弱い制約	政治的実行可能性	ある正義原理を実行に移す公共政策立案が、世論から十分に支持を得られるかどうか。	「望ましくないが暫定的に許容せざるを得ない非理想的理由」 (nonideal reason)

(松元およびスティルツをもとに筆者が作成)

かくして、法にはそれが法であるという理由だけで、万人が遵守すべき法内在道徳があるとともに、遵法義務違反が道徳的非難にあたること、そして入管法違反において問われる「責任」の根源にある思考をここに求めうることを示す。

そしてグッディンや大屋雄裕の研究をもとに、国家にとって国民は責任の引き受け単位であること、憲法上の国民概念には「能動的側面」と「受動的側面」があり、両者の範囲は必ずしも一致しないこと、かつ在特において問題となるのは、生活実態や紐帯等の形成により、長期間滞在した非正規滞在者の実質が「受動的側面」から捕捉される国民に近接することなどを示唆する。

そして第5章では、時間を起因とする権利取得の主張への批判を行う。

まず本章では、国家の退去強制権と、財産の所有権を類比する思考の批判を行う。そしてこれをもとに、財産理論に基づき退去強制権の制限を導く諸理論を批判する。そこでは、市民権の取得時効的所有や、空間への「占有権」に基づく物権的排除請求権類比の退去強制権制限を論難する。加えて、労働や納税により地位を取得するという、人口に膾炙した、しかしその根拠が不明な主張に対しても、諸種の根拠を検討したうえで、そのどれもが正当性が見込めないことを示す。

そしてその土地・空間との関係の「根深さ」や紐帯、およびこれらに基づく善き生の構想について、所有論との関わりから理解するならば、人格に関する所有論の知見を参照することに一定の有益性があることも示す。そしてパーフィットらの研究に照らし、「善き生の構

想」が生来不変ではなく、時間とともに変遷しうるものであり、現在と近接した直近の過去とのつながりを持つ生の構想にこそ重要性をおくべきで、かつ国家が価値の重みを与えるべき構想もこのようなものであることを示す。そして割当責任論との関わりにおいて、責任配分の調整が、人格的生存に最もコミットしうる国家へとなされるべきことも併せて指摘する。

そして最終章たる第6章では、本稿の結論として、以下を提示する。

まず第1節で、上述の瀧川による政治的責務論およびグッディンと松元、スティルツの研究に基づく移動の自由をめぐる制約モデルを提示する。そして、遵法義務違反が道徳的非難に値する不正であることも示す。

第2節では、以上の研究に基づき、マクリーン判決の構造の再構築を行う。マクリーン判決が示した判断の枠組みは、以下の通りである。

- ①外国人に入国の自由はない。
- ②憲法第3章規定の諸権利は、日本に在留する外国人に対しては、その性質が許す限りにおいて保障する。
- ③法務大臣は「国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定など国益の保持の見地に立って、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、時宜に応じた的確な判断」を最適になすために、広範な裁量が認められる。
- ④法務大臣は外国人の出入国・在留に関するその裁量権行使に際し、外国人にも保障が及ぶ諸権利の行使を消極的事由として勘案し、権限を行使することも許される。
- ⑤外国人に対する権利保障は、在留制度の枠内で与えられているものに過ぎない。

本稿はこれを、松元やスティルツの制約論等をもとに再構築し、以下のように読むべきと主張する。

- ①外国人に入国の自由はない。
- ②憲法第3章規定の諸権利は、日本に在留する外国人に対しては、その性質が許す限りにおいて保障する。
- ③行政はその領域における特質を鑑み、その判断を最適になすため、その制約理由に応じて、広範な裁量が認められる。
- ③' 司法裁判所は、行政の提示するその理由を検証し、裁量の広狭および司法裁判所の敬讓の度合いを決しなければならない。
- ④行政は外国人の出入国・在留に関するその裁量権行使に際しては、外国人の行為を、保障が及ぶ諸権利の行使であるとの相応の評価と重み付けを行いながら、これと競合する正当な理由を説明し、それら諸理由の衡量によって終局的な決断を行い、その権限を行使せざるを得ない場合がある。

⑤外国人に対する権利保障は、在留制度の設定した判断の枠組みを用いて、それに応じた相応の評価と重み付けがなされなければならない。

第3節では、正義論、政治哲学、道徳哲学から、時間と変化をとりまく状況の複雑化、およびこれに感応すべき規範論の存在を示す。そこでの結論は、「我々は、過去・現在・未来いずれにも目を向けた、道徳的思考を行わなければならない」というものである。そして現在における、道徳的な法の解釈と適用に際しても、かかる時間的意識の下、その仕事を行うべきであることも指摘する。

第4節では、憲法上の国民概念を責任から読みとくことの意義とその結論について簡略化して整理する（結論は上述と同旨のため割愛する）。

第5節では、現行入管法における在特をめぐる積極・消極要素について、これを「生物としての生存」、「人格としての生存」、「不正に対する非難と許し」の観点から整理し、これに対する理解と評価・重み付けに対するあり方を提示する。そして第1章で確認した諸裁判例から抽出した要素につき、本稿で検討した内容を参照することで、その道徳的評価と整理がよりよく行いうることを示す。

本稿が行なう仕事は、以上である。

## 第1章 問題提起

長期にわたり、法に違反して滞在する非正規滞在者に対する処遇をいかにするべきか。より簡明に換言すると、不法移民はいつまで経っても不法移民なのか。

これは、法的にも道徳的にも結論を出しがたい問題である。

一見、長期の非正規滞在は法に違反した行為であるから、即座に退去を強制すればよいだけのように思われる。また長期の非正規滞在は、法違反状態の継続であるから、その評価にあたっては何ら迷うことなく、ネガティブに評価されるべき行為でしかないと思えるかもしれない。

しかしながら、問題はそれほど簡単ではない。非正規滞在者が長期にわたり滞在することで、地域社会との紐帯が生まれ、形式的には国籍の点で地元住民と区別せられても、生活実態をみると地元住民と何ら変わらないものへとようになっていく。そして滞在が長期にわたるにつれ、移民法や入管法といった国境管理の法を違反した行為主体の、生活関連の資本や生活の本拠地が滞在先へと移り始める。結婚や出産の結果、違法に滞在する土地からの離脱が困難となる。くわえて、親の非正規滞在先で出生ないし生育した子が、その国の国籍を持たないまま、かつ国籍国とのつながりを持たないまま、その地域の人間と変わらない成長と生活を行うこととなる。以上のような生活実態を同じくする離脱困難な者を、国籍という形式に従い退去させることが平等な処遇といえるのか。

さらに根元へと問いを深めると、移民法等への違反は殺人や窃盗と異なり、それ自体には顕著な被害者が存在しない。このような行為を不正と非難し、責任を問うことが規範的に妥当なのか<sup>1</sup>。思考を深めるにつれ、上述の問いは解き難い迷路へと姿を変える。

そして以上の葛藤は、非正規滞在者の退去をめぐる、行政事件訴訟法上の取消訴訟においても垣間見られる。わが国法においては、入管法に違反する非正規滞在者は原則として退去の対象とされ、これに対し在留を特別に認める事情が存在する場合には、その在留を特別に許可するという法制が構築されている。そして在留特別許可（以下、「在特」）判断に関しては、入管作成のガイドラインで、許可判断につき積極的に解される要件と、消極的に解される要件が示されている。しかしガイドラインで積極・消極要件が提示されても、長期にわたる非正規滞在が、単なる違法行為の継続という非難にあたる悪質な行為として消極的に扱われるべきか、それとも紐帯の形成による送還の支障」として積極的に扱われるべきかを

---

<sup>1</sup> 例えば駒井洋は、「入国や滞在の仕方に違法行為があったとしてもそれは形式的なものにすぎず、また具体的な被害者はいない。そればかりでなく、この人びとは長期にわたり職場でかけがえのない人材として勤労し納税の義務を果たしてきたのである。それにたいして人生の設計の全面的なやりなおしを迫る退去強制は、当を失していかに厳しすぎるといわざるをえない」と主張する。駒井洋「超過滞在外国人の定住化と在留特別許可」駒井洋・渡戸一郎・山脇啓造編『超過滞在外国人と在留特別許可』（明石書店、2000年）12-13頁。また門田孝も駒村による主張を引き、非正規滞在外国人の居住権の議論における考慮要素とすべきと主張する。門田孝「在留権」駒井洋監修・近藤敦編著『外国人の法的地位と人権擁護』（明石書店、2002年）68頁。

めぐりなお葛藤がある。そしてこれは事案に応じて、また裁判所に応じて、その法的評価が分かれるポイントとなる。

本稿はかかる難問を伴う、“長期にわたる非正規滞在を行う者に対する在留特別許可をめぐる裁量問題の憲法学的検討”をテーマとする。かかるテーマを検討することで本稿は、ガイドラインおよび判決文中に現れる諸考慮要素に対し、それをいかに評価し、重み付けるかについて、思考の方向性を示唆する。

そしてその検討に際しては、時間と関係の変化にまつわるこの難点を解決するための十分な答えが憲法典および憲法学に明示されていないことを鑑み、法を道徳的に解釈するべく、その参照先となる法哲学・政治哲学・道徳哲学における知見を学ぶ。

本章では、以上の問題関心をより明確にし、問題として具体化する作業を行う。かかる関心からなる本章ではまず、退去強制をめぐる諸裁判から論点と検証ポイントを抽出する（第1節）。そして、入管法上の難点の所在と原因を理解するべく、わが国における行政裁量統制理論を検証する（第2節）。またその行政法上の問題を解決するための参照先となる憲法学の先行諸研究を概観し、権利を基調とする憲法学の議論では問題の解決のための知見が不足していることを指摘する（第3節）。かくて、次章以降は、わが国入管法の継受元であり、かつ法と正義をめぐる哲学が現在もっとも充実しているものと解される、アメリカ法・政治・道徳哲学に知見を求めることとする（なお念の為、本稿は上述した問題の全てに直接かつ即断的な解決をもたらすものではない。本稿の主たる目的は、これら問題に対しアプローチするための思考の整理と、解決の緒を提示することである）。

## 第1節 アムネスティ・在特をめぐる諸判決とその論点

以下本節では、長期にわたり滞在する非正規滞在者の在特・アムネスティをめぐる裁判における論点と検討のためのポイントを諸判決から抽出する。対象とするのは、わが国地裁・高裁・最高裁判決、およびわが国入管法の継受元である米国移民法上の絶対的権限の法理をめぐる連邦最高裁判決である。

ただし、長期滞在の非正規滞在者の在留をめぐる日米諸判決上の論点は多岐にわたる。家族の紐帯・結合（関係性）、未成年者が退去強制対象の場合の扶養者の責任、国籍を保有する配偶者の有無など、当該裁判類型における難問は尽きない。しかしながら本稿で、難題でもある諸論点を全て論究し尽くすことはできない。しかして本稿では、憲法上の中核的価値である個人主義、および従来の憲法上の移民法領域において等閑視されてきた責任という視点に立脚し、取り扱う論点を以下に限定する。

- ① 個人が自己のなした行為に対しとらなければならない責任の問題を扱う。すなわち、違法に入国し、あるいは法に違反し滞在するという個人の行為の責任を、時間の経過を鑑みたとき、いかに勘案するべきかという問題を扱う。
- ② どの国家が、どの個人の生存に関する責任を負うべきかという問題を扱う。

すなわち、国家は諸個人の生存に関する責任を負うべき機関であるが、その責任の範囲は確定され、かつ限定されざるを得ない。かかる前提を採用したとき、一体どの国がどの個人の生存に関する責任を負うべきかという問題を扱う。また、その“生存”にも、“生物としての生存”と“人格としての生存”の別があり、これらは密接に関係するが、わが国法制においては一応、分けて考えるべきであるという点も示唆する。

上記問題は、同一裁判内に併存し、積極・消極理由として勘案される。本稿が扱うこれら問題を、まず本節では、諸判決に内在する論点という形で抽出する（ただし、同一事項につき評価・価値判断が統一されない判決が、わが国の下級審レベルでも膨大に存在する現状、論点を扱う判決を網羅するのは筆者の能力を超える。そのため、当該論点が特に顕著に浮かび上がるような判例に焦点を当て、次章以降の哲学的論点探究を行うための素地を整えることとする）。

以下本節ではまず、わが国移民法の継受元である、アメリカ移民法における著名判決を紹介する。これにより、国家による広範な退去強制権についての理解と、第5章で展開される、移民法上の国家権限の統制に関するアメリカ憲法・法哲学的理論の理解が容易になると目される（第1款）。ついで論点の簡略化のために、わが国における“長期間の滞在をめぐる判断”に関する法制度全体と、これを扱う判例を総則的に概観し、その議論の構造を看取する（第2款）。その次に、上記①論点に対応する“責任をめぐる判断”が前面に出た判決を概観する（第3款）。そして、上記②論点に対応する“国家の責任配分をめぐる判断(生物としての生存)”および“国家の責任配分をめぐる判断(人格としての生存)”が論点として顕著に表れた判決を概観する（第4款、第5款）。また本節では、以上の順で諸論点およびこれを包含する諸判決を整理していく（ただし各論点は、1つの事案の中でも複雑に絡まり、葛藤を生む）。判決の紹介はいずれも、判決理由中からの論点の抽出、事案の概要、裁判所の判断という順序で記述する。また判決の紹介文は、各裁判所のスタンスや判決文のニュアンスを再現するため、極力判決文の用語を用いながら、その簡略化を図った形で紹介する。

#### 第1款 絶対的権限の法理をめぐるアメリカ移民法上の著名判例

以下本款では、退去強制権について政府による広範な権限行使を認め、かつ司法部門による政治部門の判断への敬讓を認める根拠となった、アメリカ移民法上の理論「絶対的権限の法理」(plenary power doctrine)に関する判例を概観する。本稿は、アメリカ移民法上の法理を直接の検討対象とするものではないが、以下の判決はわが国入管法の継受元であるアメリカ移民法の一部を理解し、また同国での法的議論を理解するうえで一定の有益性を持つ。

確認する判例は、絶対的権限の法理を認めた初期の判例である Chae Chang Ping 判決(1889年)、Nishimura Ekiu 判決(1892年)、Fong Yue Ting 判決(1893年)、Kaoru Yamataya

判決（1903年）、絶対的権限の法理に揺らぎがみられ始めた頃の判決とされる *Shaughnessy* 判決（1953年）、司法部門が正面から「絶対的権限の法理」の言葉を用いずまたその裁量の広範さも認めなかった *Zadvydas* 判決（2001年）、国際政治と連邦最高裁判所内でのパワーバランスという政治的状況により波をみせる *Demore* 判決（2003年）である。

## 第1項 *Chae Chang Ping* 判決（1889年）<sup>2</sup>

### 第1目 事案

事実の概要は以下のとおりである。すなわち、中国皇帝の臣民である *Chae Chang Ping* が、1875年に蒸気船でアメリカ合衆国へと出稼ぎにやってきて、1887年まで稼働していた。そして *Chae* は合衆国への再入国資格を有した状態で、本国に帰国する。しかし1888年に彼が再入国しようとしたときには、入国許可関連の法規が改正されており、再入国許可が無効になっていた。そのため、上陸許可がおりなかった *Chae* を蒸気船の船長が勾留し、これに対して *Chae* が人身保護令状の発給を求めたのが本件事案である。当該事案の裁判においては、1888年の中国人労働者の合衆国上陸を禁止・制限する立法の有効性、および合衆国と中国の間の条約への抵触も争点の1つとなる。

### 第2目 判決要旨

これに対し最高裁は、以下のように判示して、議会の広範な立法権を認めた。すなわち、連邦最高裁はまず、米中間での1800年代の国際政治・法史を確認し、1868年の米中間での条約において、移住に関する相互条約および自国における相手国市民・市民の特権に関する最恵国待遇を確認する。しかしながら合衆国はなお、自国の文明を保全するために、特定層の中国人の移住を制限する権限を有することも確認される。また、過去の法律に基づき与えられた権利を無効化する1888年法の有効性も認められ、議会の立法によって条約内容の撤廃を行いうることも認められる。そして、合衆国政府が他国との誓約の無視・軽視が正当化可能かどうかの判断は、司法の管轄外である。これら条約の執行の拒絶が如きは、大権（*prerogative*）に属する事項であって、いかなる国もその独立を侵されぬ限り剥奪されるものではない（*no nation could be deprived without deeply affecting its independence*）。これらは、司法の扱う問題ではなく（*not judicial questions*）、政府の執政および立法部門（*executive and legislative departments of the government*）の役割である。

そして、合衆国政府は、立法部門の活動を通じて、その管轄から外国人を排除する権限を有する。これはいかなる独立した主権国家においても認められる権利である。もしもこれをなしえぬと言うのであれば、その国の政府は他国の支配に服していると言わざるを得ない。宣戦布告、条約締結、暴徒の鎮圧、侵略への抵抗、外国との通商の規制、諸政府からなる共和的政府の保持、他国臣民への市民権の付与、これらの権限はいずれも主権に属するもので

---

<sup>2</sup> *Chae Chang Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889).



ある。そしてこれらは、大なり小なり、文明化された諸国を支配する公共政策及び正義に関する憲法および憲法的思索によってのみ制限されるものである。

以上のようにして連邦最高裁は、移民の統制権限が憲法上のいかなる条文ないし理論に基礎を持つかについては明示しないが、その権限が独立して主権を行使する国家において固有のものとして認め、かつ連邦の立法・執政府による当該権限行使に対する司法府の敬讓を示した。

## 第2項 Nishimura Ekiu 判決 (1892年)<sup>3</sup>

### 第1目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、白痴 (idiots)、狂人 (insane)、乞食 (paupers) もしくは公的扶助受給者となりそうな者 (persons likely to become a public charge)、重大または危険な伝染病罹患者 (persons suffering from loathsome or a dangerous contagious disease)、特定の犯罪に関する前科者など、以上のような特徴を有する特定の外国人については、合衆国への入国を拒否できることを 1891 年法が規定していた。そして同法は、移民調査官 (inspectors of immigration) の決定に対する不服は、移民監督最高責任者 (superintendent of immigration) に対する不服申し立てが認められた場合を除いて、最終的 (final and conclusive) なものとして扱われることも規定していた (最終的な判断権は、移民監督最高責任者もしくは財務省長官にあるものとされ、当該判断が終局的なものとして規定されていた)。かかる状況下で、日本皇帝の臣民である女性 Nishimura Ekiu が、日本の横浜から蒸気船に乗って、サンフランシスコまでやってきた。同女は 2 年前から結婚し、1 年前から合衆国に居住する夫に会いに来たと証言するが、その住所を知らず、かつ所持金は 22 ドルしかなかった。彼女の上陸は、「公的扶助受給者となりそうな者」の類型に該当するとして認められず、退去までの間、港で勾留されることになる。これに対し Nishimura が人身保護令状の発給を求めたのが本件事案である。

### 第2目 判決要旨

これに対し、連邦最高裁は以下のように国家の主権から移民に関する規制権限を認め、Nishimura の請求を退けた。すなわち、あらゆる主権国家が、主権固有 (inherent in sovereignty) のものとして、また自己保存の本質的要素 (essential to self-preservation) として、自国領土内への外国人の入国を禁止し、または条件付きでその入国を認めうるということは、国際法上認められた格率 (an accepted maxim of international law) である。合衆国においては、当該権限は国民政府に与えられ、そこでの平時および戦時下における国際関係の統制は、憲法により委ねられたものである。そして条約締結や宣戦布告、通商の規制、外国臣民の帰化といった、憲法により付与された権限は、政府の政治部門により行使さ

---

<sup>3</sup> Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651 (1892).

れるべきものである<sup>4</sup>。そして、移民調査官の決定を最終のものとする 1891 年法は有効なものである。調査官は適正に任命され、上告人による合衆国上陸の権利に対するその決定は法が彼に授権した範囲内で行使されたものであり、移民監督最高責任者への不服申し立てはなく、その決定は最終的なものである。上告人は、不法にその自由を制限されているものとは認められない。

以上が、Chae Chang Ping 判決に基づき、立法への敬讓を示し、司法府による権利救済の範囲を画定させていく途上の、Nishimura Ekiu 判決の要旨である。

### 第 3 項 Fong Yue Ting 判決ほか (1893 年)<sup>5</sup>

#### 第 1 目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、中国で出生した合衆国非市民の上告人らは、1892 年法が要求する居住許可証 (certificate of residence) を保有していないことを発見された。その廉で収容され、合衆国から退去させられることとなる。これに対し、人身保護令状を求め出訴したのが、本件事案である。

#### 第 2 目 判決要旨

連邦最高裁は、Chae 判決や Nishimura 判決を引き、主権国家が国際法上外国人の入国を拒否し、あるいは条件を付して入国を許可しうるとする格率は、主権に固有のものでありかつ自己保存の本質であることを確認する。また以上に加えて、外国人を退去させることも当該権限内に存するともする。また、あらゆる社会は、自己の成員となるものに関する決定の権利も有していると示す。そして国家の成員でない外国人の引き受けは、純粋な許可および寛容性に属す事項であって、そこに義務は存在しないことなども、引用文を経て述べる。

そして連邦最高裁は、いずれの事件においても人身保護令状の発布を認めなかった巡回区裁判所の判断が正当であると判示し、すでに国内にいる中国人労働者らの退去強制を認めた<sup>6</sup>。

### 第 4 項 Kaoru Yamataya 判決 (1903 年)<sup>7</sup>

#### 第 1 目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、1901 年に日本国の臣民である Yamataya が、アメリカ合衆国ワシントンに上陸した。そして移民調査官は同人の事実関係について調査

---

<sup>4</sup> かかる判断に際しては、前述の Chae Chang Ping 判決が引用されている。

<sup>5</sup> Fong Yue Ting v. United States, et al. Wong Quan v. Same, Lee Joe v. Same, 149 U.S. 698 (1893).

<sup>6</sup> すでに国内に在留している者に対する退去強制と、法的に上陸する前の者に対する入国拒否は、アメリカ移民法理論上、「内と外の区別」という問題を構成するものではある。移民法上の当該問題は、後述する Mezei 判決でも 1 つの争点となる。しかしながら、アメリカ移民法における当該論点について論じることが本稿の主題ではないため、これについてのアメリカ移民法上の検討は行わない。

<sup>7</sup> Kaoru Yamataya v. Thomas M. Fisher, 189 U.S. 86 (1903).

したうえで、同人が「公的扶助受給者となりそうな者」の類型に該当するにもかかわらず米国にやってきており、1891年法に違反しているとの判断を下した。調査官の収集した証拠は、財務長官に移送され、1891年法違反が確認される。そして同人の収容、および同人の負担による日本への送還が決定される。Yamataya は、人身保護令状発給を求め地裁に訴えを提起した。そしてその訴えの中で、Yamataya は、調査官による手続上の違反<sup>8</sup>を主張し、裁判においてもこれが1つの争点となった。

## 第2目 判決要旨

連邦最高裁は、「公的扶助受給者となりそうな者」の類型に該当する者が、いかなる国の出身者であれ、入国拒否対象となることを認める。また、移民に関する条約を締結した日本との間においても、移民に入国の自由がないことも確認される。そして Nishimura 判決を引用しながら、議会による移民統制権を認め、かつ議会により権限を委任された法執行官にも広範な裁量権が存することを認める。そして、これら行政部門による判断が最終的なものとなりうることもまた、法の適正手続 (due process of law) の下、認めらる。ただし、議会が無制約の権限行使を認めるような授權をしたものと解することは妥当でない。また上陸後の外国人に対する権限行使に関しては、合衆国憲法修正5条の適正手続に照らし、事前の告知・聴聞の機会を与うべきことが求められる。そして外国人が憲法上の適正手続に基づく訴えを提起しうるか等の問題はさておいても、我々の人民の一部を構成する者に対して告知・聴聞の機会を付与しないような、議会の立法は正当化されるものではない。個人の自由に関する法を執行するに際し、行政官は、憲法制定時に理解された「法の適正手続」が本来備える基本的な原理を無視してはならないのである。そしてかかる原理の中には、何人も聴聞の機会の付与なくして自由を奪われないこと、司法類似の手続きを踏むことなどが含まれる。しかし、例え不法 (illegal) に入国した者という推定を受けた者であるといえど、すでに入国し、合衆国の法管轄の対象となり、人民の一部を構成するに至ったのならば、合衆国における在留の可否をめぐる問題について聴聞の機会を付与することなく、恣意的に扱う権限まで持つものではない。

連邦最高裁は、議会の法の解釈という形を通じて、以上のように手続的保護が外国人に対しても及びうると示した。そして外国人に対する法的保護の可能性が開かれた事件と評される。だが、本件においては上告人に対し聴聞の機会は付与されており、Yamataya が英語を解す能力の不足ゆえに調査において不利益があったとしても、不運な出来事 (misfortune) であり、裁判所による人身保護令状発給の根拠とならない、とされた。

---

<sup>8</sup> すなわち、Yamataya は、英語を解しない同人に対し英語でなされた調査は「上辺だけのもの」(pretended) であり、同人はその調査が送還に関するものであることを調査当時知らず、調査も彼女の弁護士や友人らによる補助なく行われたものであり、自身が「公的扶助受給者となりそうな者」の類型に該当しないことを示す機会を与えられなかったと主張した。

## 第5項 Shaughnessy 判決 (1953年)<sup>9</sup>

### 第1目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち本件は、退去強制該当者であるにもかかわらず、当該外国人を引き受ける国が存在しないため退去させられず、ひたすらエリス島に収容し続けざるを得ない状況において、人身保護令状の発給が求められた。仮放免を争った外国人、Ignatz Mezei の経歴は判然としない部分が多い。ハンガリー人またはルーマニア人の両親の下に生まれ Mezei は、1923年から1948年までアメリカに居住し、ルーマニアで亡くなった母の元を訪れるために出国した。ルーマニアから入国を拒否されたため、Mezei は19ヶ月間ハンガリーに滞在し、合衆国へと戻る。しかし「合衆国の利益を損なうおそれのある外国人」と認定された Mezei は、旅券法1条および関連する連邦規則によって、聴聞を受けることなく入国を拒否される。そして Mezei はフランスとイギリスに運ばれるも、いずれの国からも彼の身柄の引き受けを拒絶され、合衆国はその身柄の引受先となる他国を探すも、いずれも成功しなかった。21ヶ月に及ぶエリス島での収容の末、Mezei は保証金に基づく仮放免を求め、人身保護令状の発給を裁判所に求めた。地裁、高裁はいずれも、Mezei の放免を認めた、事件は連邦最高裁に係属することとなる。

裁判中の1つの争点は、「Mezei は未だ物理的にはエリス等に上陸しているものの、法的にはいまだ入国しておらず、かつ Mezei が争っているのは「入国拒否」(exclusion) であり「退去強制」(deportation) ではなく、いかなる外国人も合衆国に対し自己の入国を命じられる地位にない」という法的分別 (entry fiction doctrine, あるいは「内と外の区別」)、およびその基底をなす国家主権に基づく議会による立法への司法の敬讓 (plenary power doctrine, 絶対的権限の法理) の是非である。

### 第2目 判決要旨

これに対し連邦最高裁は、国外退去準備期間中の、Mezei の一時的な合衆国への(法的意味での)入国を認めなかった。連邦最高裁は、Chae Chamg Ping 判決や Fong Yue Ting 判決等を引用し、連邦議会から権限の委任を受けた大統領が外国人の出入国に関する規制を付加しうることを認める。そして、大統領のためにその権限を行使する司法長官 (Attorney General) が、1918年の旅券法の下で、「合衆国の利益を損なうおそれのある外国人」の入国を拒否しうることも認める。そしてその入国拒否が国益上公開されるべきでない機密に基づく場合には、聴聞なくその入国を拒否しうることも確認された。

そして Yamataya 判決等に照らすと、一度入国した外国人はそれが不法なものであっても適正手続条の保護が及びうるものではあるが、本件においては入国拒否であるためその保護が及ばず、そして入国拒否事案においては司法長官の判断が最終のものとなるとした。ま

---

<sup>9</sup> Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345 U.S. 206 (1953). なお、フランクファーター裁判官による反対意見は割愛する。

た法廷意見中では、「議会が、他国の負うべき負担を自分たちに転嫁するべきでない、と感じるのも無理からぬことである」(Congress may well have felt that other countries ought not shift the onus to us) とも表現される。そうして、被上告人 Mezei が合衆国に入国する権利を有するかは、議会の意思次第であり、裁判所は立法府の命令に代替する判断をなし得ないとして、原判決を覆した。

以上のように、連邦最高裁判所は、移民の出入国に関する連邦議会および大統領ら政治部門の権限を広範に認め、その判断に高度の敬讓を示してきた。しかしながらその法理に対し歯止めをかけるように、Zadvydas 判決が下されることとなる。

## 第6項 Zadvydas 判決 (2001年)<sup>10</sup>

### 第1目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわちリトアニア人の両親の下で、ドイツで出生しアメリカに移住しアメリカでの永住資格を有する Kestutis Zadvydas は、刑事事件で有罪判決を受け、仮釈放後、同判決を理由とする最終的な退去命令を下された。だがリトアニアとドイツは、Zadvydas が国民でないためその受け入れを拒否し、受け入れ先がみつからないまま退去は完了しなかった。そして移民法上規定された、90日間の退去強制期間も経過した。こうして、退去の見込みもなく、当該期間の経過後も収容を継続する行為に意見の疑いがあるとして、Zadvydas は人身保護令状を求め、出訴した。

### 第2目 判決要旨

連邦最高裁は、問題となっている法律を、無期限の収容を許容する法と解した場合には違憲の疑いが強くなるとして、当該法を合憲限定解釈する。そして、政府が主張した絶対的権限の法理に対しては、修正5条に基づく制限を加え、6ヶ月おきの仮放免のための聴聞の実施を命じる判決を下した。

本判決は、絶対的権限の法理に対して司法裁判所が制限を課し、非市民の権利保障を宣言した点から、判決当時大きな注目を浴びた<sup>11</sup>。そして本判決を皮切りに、絶対的権限の法理の凋落が進むものと目された矢先、9.11同時多発テロが合衆国で発生し、移民関連諸法およびその運用が厳格化されることとなる。その例証として、次に見る Demore 判決がしばしば引用される。

## 第7項 Demore 判決 (2003年)<sup>12</sup>

### 第1目 事案

---

<sup>10</sup> Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001).

<sup>11</sup> 加えて、本件は先例である Mezei 判決の射程外とされ、「内と外の区別」とりわけ当手下級審で形成され始めていた出国フィクション (exit fiction) を曖昧化させた点も注目される。

<sup>12</sup> Demore v. Hyung Joon Kim 538 U.S. 510 (2003)

事実の概要は以下の通りである。すなわち、Hyung Joon Kimは6歳から合衆国に居住する永住者だが、押込強盗の廉で有罪判決を受ける。そしてこれを理由に、INA236 (c) の規定する退去の実施のため、収容される。命令的収容を規定した道場は、仮砲煙の機会を与えておらず、Kimはその実体的デュー・プロセス違反を主張した。連邦地裁は、収容の当否を争う機会を付与しない点で違憲と判断する。また第9巡回区連邦控訴裁判所は、Kimが適法な永住外国人であることを理由に、同規定が本件に適用される限りにおいて、実体的デュー・プロセス違反であると判示した。

## 第2目 判決要旨

しかし連邦最高裁は、本件の退去決定前の長期の収容に対する憲法上の制約を認めず、ほぼ完全な議会権限を認めた。その根拠には、退去処分から仮放免された非市民の再犯率の高さ、退去手続きを完了するまでに要する非市民の収容期間の短さなど、政府による統計が援用された。また Zadvydas 判決との区別の指標として、主に以下2点が示される。第一に、Zadvydas 判決は退去の最終決定後、もはや退去を実行し得ないにもかかわらず収容を継続することが争われていたが、本件では退去手続きが行われている最中の収容が争われており、かかる収容は退去に関する手続きを実行的に進めるうえで必要がある。第二に、Zadvydas 判決では永続しかねない収容が争われたが、この事案では退去に関する最終的な決定が出るまでの収容が比較的短期で、不服申立てを行なっても短期であることが挙げられた。

## 第2款 長期間の滞在をめぐる判断

前款では、米国において出入国・移民をめぐる政治部門の広範な裁量権を法部門が認め、敬讓を示す根拠である絶対的権限の法理という判例法理の形成過程をみた。そしてかかる考え方は、わが国入管行政上の裁量行使への司法の敬讓とも通底する。

以下本款では、入管行政に広範な敬讓を示すわが国諸裁判例を紹介し、そこから、本稿の注目する要素を抽出していく。

その前段階として、我が国判例を読むに際して必要な、現行入管法の基本構造について簡単に説明する。まず、入管法24条各号は、出入国管理秩序違反、刑罰法令違反、社会秩序違反、日本の利益および公安上の問題等を退去強制事由として挙げる（具体的には、不法入国や不法残留、資格外活動などの入管法違反、所定の犯罪、入管法違反行為の幫助、日本の公安を害する場合などが退去強制事由となる）。

以上の退去強制事由に該当する外国人は、同法27条の下、入国警備官による違反調査のために必要な取り調べを受けうる。そして44条の下、調書や証拠とともに、身柄が入国審査官へと引き渡される。

身柄を引き渡された入国審査官は、47条の下で、当該外国人が退去強制事由に該当するかどうかを審査する。該当した場合には、理由を付した書面により、当該外国人および主任

審査官へと通知がなされる（このとき、容疑者が認定に服すと、退去強制令書が発布される）。

上述の通知に対し外国人が異議を有するときは、48条の下、特別審査官に対して口頭審理を請求できる。当該外国人の異議申立てに対し、特別審査官は判定を行う（このとき、容疑者が退去を認める判定に服すと、退去強制令書が発布される）。

特別審査官による上記判定に対しても、当該外国人が異議を有する場合には、49条の下で、法務大臣に対して異議申出を行うことが認められている。異議申出を受けて、法務大臣は裁決を下す（このとき、容疑者が退去を正当と認める裁定に服すと、退去強制令書が発布される）。なお、法務大臣には50条により、異議申出に理由がないと認められる場合でも、在留特別許可を行う権限が与えられている。同条は、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、かつ日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき、人身取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、その他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、のいずれかである。そしてこの在留特別許可が、退去により過酷な境遇に置かれる者への特別の救済として（行政の言を借りるなら、恩恵として）与えられる場合がある。そのため、退去強制事由に該当する外国人（就中、本稿の検討対象である非正規滞在者）は、退去強制を認める裁決の取消し、および自己に対し在留特別許可を付与するよう求め、訴えを提起する。

さてこの在留特別許可には、一般に、法務大臣の広範な裁量が認められると説明される。だがその裁量行使における考慮要素（いわゆる裁量基準）が、出入国管理制度の安定的運用および説明責任に基づく適正な行政運営という観点から、ガイドラインとして公開されている。同ガイドラインは平成18年に公表され、21年に一部改定され、現在も運用されている。また、許可例・不許可例も掲示されている。

同ガイドラインでは、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<sup>13</sup>。

以上、在特法制度を概観したところで次に、現在の在特法制の基礎をなす重要判例をみていく。ここでは、当該判例自体は長期にわたる非正規滞在をめぐるものではないが、その後の一連の裁判の基礎をなし、広範な裁量権および法律の範囲内での外国人の権利保障という枠組みを導いた、マクリーン事件を紹介する。その後、長期にわたる非正規滞在をめぐる個別の判決を見ていく。

## 第1項 マクリーン事件<sup>14</sup>

### 第1目 事案

事実の概要は以下のとおりである。すなわち、アメリカ国籍のマクリーンは、当時の出入国管理令に基づき、在留期間を1年とする上陸許可を受けた。1年後、マクリーンが法務大臣に対し、在留期間更新の申請を行ったところ、法務大臣はこれを認めず、出国準備期間を120日とする在留更新のみを許可した。これに対し、マクリーンが処分の取消しを求め出訴したのが、本件事案である。

当該処分の理由としてあげられるのが、マクリーンによる在留期間中の無許可転職、および反戦活動等の政治活動である。地裁は、在留更新の判断について法務大臣に広範な裁量があることを認めつつも、その裁量権が憲法その他の法令による一定の制限に服することを確認する。そのうえで、上記の諸事情に基づく裁量権行使は、社会観念上著しく妥当性を欠くものとする判断を下した。

他方高裁は、外国人の受け入れが基本的には受入国の自由であり、法務大臣は在留期間更新を適当と認めるにたる事情が存する場合にのみ許可するものと、出入国管理令を解釈する。そしてその判断は、法務大臣の自由な裁量に任されており、高度の政治的配慮から、政

<sup>13</sup> <http://www.moj.go.jp/content/000007321.pdf> (2021年9月10日最終確認)を参照。

<sup>14</sup> 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。



治活動を理由とする本件判断も違法ではないとして、原審の判断を取り消した。

## 第2目 最高裁判決要旨

最高裁の判断は以下の通りである。すなわち、憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する規定にとどまり、外国人がわが国に入国することについては規定していない（このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくする）。したがって憲法上、外国人には入国の自由が保障されないのはもちろんのこと、引き続き在留する権利も保障されていない。

また出入国管理令が、原則として一定の期間に限り、外国人の上陸や在留等について法務大臣が適当と認める相当の理由がある場合にのみ許可することとしているのは、法務大臣に一定期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して、その許否を決定させようとする趣旨にでたものである。そして在留期間更新事由が、概括的に規定され、その判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広範なものとする趣旨からであると解される。すなわち、法務大臣は、その決定にあたっては、外国人に対する出入国の管理および在留の規制目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定など国益の保持の見地に立って、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、時宜に応じた的確な判断をしなければならない。そしてこのような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければ到底適切な結果を期待することができないものと考えられる。以上から、法務大臣の裁量の広範さ等が認められる。

そして行政による裁量行使が、その準則に違背したとしても、原則として当不当の問題にとどまり、当然に違法の問題となることはない。処分が違法となるのは、それが法の認める裁量権の範囲を超え、またはその濫用があった場合に限られる。そしてこの場合に限り、裁判所は当該処分を取り消すことができる。もっとも、法が処分を行政庁の裁量にまかせる趣旨、目的、範囲は、各種処分によって一様ではない。したがって、裁量権の逸脱濫用があったとして違法とされる場合も、それぞれ異なるものであり、各種処分ごとにこれを検討しなければならない。

以上を出入国管理令に基づく法務大臣の在留更新にかかる判断についてみれば、その判断に関する法務大臣の裁量権の性質に鑑みると、その判断が全く事実の基礎を欠き、または社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の逸脱濫用があったものとして違法となるというべきである。したがって裁判所は、法務大臣の判断が違法となるかどうかを審理判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実と誤認があるこ

などによる右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、または事実に対する評価が明白に合理性を欠くことなどにより、右判断が社会通念にてらし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、裁量権の逸脱濫用があったものとして違法と判断できると解するのが妥当である。

以上に照らし、本件処分の適否について検討すると次のようになる。まず、憲法第3章の規定する基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、我が国の政治的意思決定またはその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位に鑑みこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、保障が及ぶと解するのが相当である。

しかしながら、外国人の在留の許否は、国の裁量に委ねられる。わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求できる権利を保障されてはいない。それはただ、出入国管理令上、法務大臣がその裁量によって更新を適当と認めるにたる相当の理由があると判断する場合に限り、更新を受けられる地位を与えられているに過ぎないものである。したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度の枠内で与えられているに過ぎないものと解するのが相当である。在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を、在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在留中の外国人の行為が、合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を当不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価し、また右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行う恐れがあると推認することは、その行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといって、何ら妨げられるものではない。

マクリーンによる在留期間中の政治活動は、その行動の態様等からみて、直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえない。しかしながら、その行動の中には、当時の内外の情勢に鑑み、日本国にとって好ましいものではないと評価し、また将来日本国の利益を害する行為を行うおそれがある認め、在留期間の更新を適当と認めるにたる相当の理由なしと判断しても、その事実の評価が明白に合理性を欠き、その判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとはいえない。したがって、裁量権の逸脱濫用があったものとはいえない。

### 第3目 小活

以上が、法律の枠内での外国人の権利保障という悪評を受けるマクリーン判決の要旨である。そして以上みた裁量の逸脱濫用をめぐる統制の枠組みが、本稿の研究対象とする退去強制および在留特別許可をめぐる諸裁判においても用いられるものとなる。

## 第2項 アミネ・カ ril 事件

### 第1目 抽出要素

長期にわたる非正規滞在の評価をめぐり、地裁と高裁で判断が分かれた本件では、およそ以下のような要素が、検討すべき要素として抽出できる。すなわち、“善良な一市民”、“法違反状況についての評価”、“地裁と高裁で与える『長期の在留』への評価の違い”、“帰国先での物質的・人格的生存の困難”である。以下、事案と判決をそれぞれみていく。

### 第2目 事案<sup>15</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、イランで出生したイラン国籍の原告父母、イランで出生しイラン国籍を有する原告長女、日本で出生しイラン国籍を有する原告次女に対する、不法在留を理由とする一連の退去強制手続きに対し、その裁量権行使に関する逸脱濫用を原告らが主張し取消訴訟を提起したのが本件事案である。

原告父母は、それぞれ平成2年および3年に、ビジネスないし旅行目的で在留資格を取得し、在留期間経過後も資格変更ないし期間更新の許可申請を行うことなく、不法残留となった。そして原告らは、平成11年に東京入管に自主出頭し、口頭審理、異議申立のうえで退去強制令書発付を受けた。これに対し取消訴訟を提起したのが本件事案である。

原告父母は在留中に日本語能力試験3級に合格し、また原告子らの学校・保育園の行事等には必ず参加するなど、地域に溶け込んだ生活を送っている。原告長女は裁判時中学3年生に在学し、原告父母が話すペルシャ語は理解できるものの、ペルシャ語を話したり書いたりすることはできない<sup>16</sup>。長女も次女も、日本語で会話をしている。

原告らは以下のように主張し、裁量権の逸脱濫用を主張した。すなわち、政情・経済状況の不安定なイランへ、原告父母が帰国し職を得ることの困難、最後にイランに滞在した歳が2歳の原告長女およびイランを訪れたことがない原告次女らのイランへの環境への順応性<sup>17</sup>などが問題として存在する。

また外国人に在留の権利は保証されないが、外国人でも日本国にあってその主権に服している者に限っては居住・移転の自由が及ぶものとされるのであるから、在留資格を有しない者も、退去強制の合理性の判断なしに恣意的に住居の選択を妨害されない権利を憲法上保障されているというべきであるところ、法務大臣による本件各裁決は、原告らが日本に生

<sup>15</sup> 東京地判平成15年9月19日判時1836号46頁。

<sup>16</sup> また地裁の認定事実においては、「長女は服装もイランでは着用することが考えられない日本の女兒が着る服を着用し、食事も日本の子どもが好む食事を好みイラン料理を好まない。交友関係や家族との関係も、イランの習慣には馴染んでおらず、完全に日本の習慣に馴染んでおり、引き続き在留し、勉学を続けることを強く望んでいる。また父母は、子らに宗教教育を行なってはいるものの、子どもらが実際に宗教教育を行うことはなく、原告らがモスクに行くことなどもない」などとされている。

<sup>17</sup> すなわち、「イスラムの戒律が厳しいイランにあっては、言語、文化等の違いにより、その生活に馴染むことが非常に困難であることが明白である。原告長女は、日本語を用いた学習により、その教育制度に適応して優秀な成績をあげ、高等教育を受けることも望み、将来においては通訳等の職業につくことを思い描いているものであり、原告子らが帰国した場合、上記のような困難な事態が生じるために、原告長女が学習を継続することは不可能であり、そのため長女は精神的に危機的状態に置かれ、自殺の危険さえ生じかねない。」などと主張された。

活の基盤を有している事実を考慮せず、居住の自由を侵害する違法なものである<sup>18</sup>。

### 第3目 地裁判決の要旨

これに対し東京地裁は、マクリーン判決を引いて法務大臣の裁量を広範に認めつつ、原告父母、原告長女、原告次女についてそれぞれ以下のように判示し、退令処分を違法とした。

まず原告ら一家は、10年近くにわたり平穏かつ公然と在留を継続し、すでに善良な一市民として生活の基盤を築いている。このことは、在留特別許可を与えるか否かの判断にあたって、容疑者側に有利な事情の第一にあげることが、実務上、少なくとも黙示的な基準として確立しているものと認められる。本件処分はこれを無視し、逆の結論を導く事由として考慮している。ここに、当然考慮すべき事由を考慮せず、裁決等の判断が左右されたものと認められる。以上によると、本件処分は、上記事項の評価を誤った点のみからしても、裁量権の逸脱濫用として取り消されるべきものである。

また被告法務大臣らは、原告父母の親兄弟がイランに在住していること、原告夫名義の自宅を本国において購入していることの2点を根拠として、原告らが帰国しても支障がないと主張するが、これらについても考慮が尽くされていない<sup>19</sup>。

また被告らは、原告子らが未だ可塑性に富む年代であることを根拠に、両親とともに帰国することが、その福祉または最善の利益にかなうと主張する。

しかし被告らの上記主張の根拠は極めて抽象的なもので、幼少から日本で過ごした原告子らが、言語や風俗等を全く異にするイランに帰国した場合に、どのような影響を受けるかについて具体的かつ真摯に検討したものは到底伺われない。特に、我が国とイランにおける女性の地位には著しい差異があり、イランの女性が法律上も事実上も男性よりも劣った地位に置かれていることを耐えうるのは、宗教教育等により幼少時からそれをやむを得ないものとして受け入れていることによるところが大きいと考えられる。

原告ら家族は、日本では在留資格を得られない苦しい状況の中、家族4人での生活基盤を築いたものであり、その基盤は在留資格を得られることによりさらに強固になることが予測され、自治体やこれまでの勤務先も、在留資格を得られることを条件に、原告らを受け入れ、正式に支援する体制が築かれている。また同人らは、入管法違反以外に何らの犯罪等を行なったことはなく、社会にも積極的に溶け込んでいるといえる。また原告父の在留期間は現在で13年と長期在留していると評価しうる期間に達している上、原告ら家族は子どもがいずれも学齢に達し、また在留資格を有しないことによる不利益も多いことから、悩んだ末、やむに止まれず自ら不法残留事実を自己申告したものであり、これら事情は、原告の在

<sup>18</sup> そのほか原告らは、子どもの権利条約違反や、国益への影響のなさ、公平原則違反なども主張した。またこれに続く予備的主張については、本章第2節で解説する論点のため割愛する。

<sup>19</sup> すなわち裁判所は大要、「親類らの職業や収入状況等は明らかでなく、どの程度の援助を得られるかは明らかでない。また自宅が存在することから当面居住する場所を確保しようと被告らは判断したのだろうが、原告らが収入を得る途については何ら考慮が払われておらず、原告らが特段の技能を有するものでもなく、本国における失業率等も鑑みるに、帰国した場合には相当な困難が生じると予測するのが、通常人の常識にかなうものと認められる」と判断する。

留資格付与にとって有利な事情というべきである。

以上諸般の事情を勘案すれば、退去により原告ら家族の生活は大きな変化が生じることが予想され、特に長女に生じる負担は想像を絶するものであり、これら自体は人道に反するものとの評価をすることも十分可能である。そして前期のような不法在留外国人の取締りの必要性があることは確かであるが、不法残留以外に何らの犯罪行為等をしていない原告ら家族につき、在留資格を与えたとしても、それにより生じる支障は、同種の事案について在留資格を付与せざるを得なくなることなど、出入国管理全体という観点において生じる、いわば抽象的なものに限られ、原告ら家族の在留資格を認めることそのものにより具体的に生じる支障は認められない。

以上によれば、原告ら家族が受ける著しい不利益との比較衡量において、本件処分により達成される利益は決して大きいものではないというべきであり、本件退令処分は比例原則に反した違法なものというべきである。また、入管当局としても不法滞在外国人の取り締まり等を可能な限り行なっていることは認められるが、本件に限ってみても外国人登録の際や小学校・中学校への入学時など、原告らが公的機関と接触を持っている期間は多数あり、そのような場面での取り締まりが制度化しておらず、取り締まりが行われなかったことで長期化した在留について、その非を全て原告に負わせるというのは無理があると考えられる。

#### 第4目 地裁判決の小括

東京地裁はおよそ以上のように判断し、処分を違法として取り消した。情緒に訴えるような修辭の多い理由部分においては、「原告らは法違反行為を行なったが、取り締まらなかった入管も悪い」とする、やや混乱した判断もみられる。

そして当該判決は、控訴審で覆されることとなる。地裁においてポジティブに判断された「長期の在留」が、高裁では「違法行為の継続」とネガティブに判断される。

#### 第5目 高裁判決の要旨<sup>20</sup>

控訴審において東京高裁は、裁量の逸脱濫用を認めなかった。まず、帰国による被控訴人一家の不利益について概略すると以下の通りである。すなわち、被控訴人らは政情・経済状況がともに不安定かつ就職困難な状況にあつて、帰国すれば生活が困難になるなどと主張するが、父母は自らの判断においてイランを出国し、日本に不法在留して不法就労を行うなどしていたものであり、その結果、イランにおける就職が困難になる等生活基盤が失われたとしても、それは自己責任の問題であり、日本に解決を求める筋合いのものではない<sup>21</sup>。

ついで、長女と次女への影響については以下のように判断する。すなわち、被控訴人らは

<sup>20</sup> 東京高判平成16年3月30日訴月51巻2号511頁。

<sup>21</sup> また東京高裁は、イランへの国際送金、及びその送金で購入したテヘラン市内の住宅が売却されていたとしても、イランにおける年収の10年分程度の代金が支払われたことが認められるとする。またイラン国内における親類らの生活状況も鑑みるに、帰国しても生活基盤を有することが認められるとも判断する。

帰国によって子らが、馴染みのないイランにおける女性の処遇のギャップに苦しむことを主張する。そして、日本の文化に馴染んだ人格形成をしてきた被控訴人子らの精神状態に、深刻な影響が生じる危険性があると主張する。しかしながら被控訴人父母はともにイランで出生し、それら習慣等に習熟しており、親族らもイランに在住しているのであるから、子らが帰国してもこれらの者から援助や庇護を与えられることが十分に期待しうる。また本件各裁決時、長女も次女も未だ人格の可塑性に富む年齢であり、健康上の問題も伺われない。そしてイランにおける女性の地位が日本よりも劣り、日本の文化に馴染んだ女性にとって、イランで生活することが精神的苦痛を伴うものであるなどとは一概に断定しうる筋合いでないことなどからも考慮すると、子らのイランの生活、社会、文化等に順応することが著しく困難であるとは認められない。そして本件各裁決時に子らは未だ可塑性に富む年齢で、ペルシャ語にもある程度接してきており、両親とともにイランに帰国させることが、その生存や健全な成長を困難にするほど過酷であり、社会通念上著しく妥当性を欠くとはいえない。

また被控訴人らは、退令処分の原因となった法違反以外には何ら法律に違反しておらず、長期間平穏かつ公然と在留を継続し、善良な市民として地域社会にとけ込んだ生活を送ってきたものであり、これら在留資格を認めないことにより保護されるべき国の利益は何ら存在しないと主張する。しかし、被控訴人父は不法就労目的で入国審査官に対し虚偽の申告をして上陸許可を得た上で不法就労を開始し、稼働を続けてきた。母についても、当初から日本で被控訴人父と共同生活を営むことを予定しながら、入国審査官に対して虚偽の申告をして上陸許可を得た上、不法就労を開始している。これらの事実を照らせば、被控訴人父母が残留期限を超えて滞在し、不法就労を行なったことは、いずれも計画的な行動と言わざるを得ない。

したがって、仮に被控訴人らが日本において退令処分の原因となった法違反以外に法律に違反したことがなく、長期間平穏且つ公然と在留してきたものであり、また退去強制の結果、被控訴人らが日本で形成してきた生活の基盤が失われるなどの不利益を被るとしても、在留特別許可を付与すべきかどうかの判断において、それら事情を被上告人らに有利に考慮すべきであるとはいえず、そのような考慮をしないで帰国させることが、社会通念上著しく妥当性を欠くとはいえない。そして被控訴人らが主張する憲法上の居住の自由は、在留制度の枠内でのみ保障されているに過ぎない。そのため、憲法上の居住の自由を侵害するとする主張には理由がない<sup>22</sup>。

東京高裁は、およそ以上のように判示して、一家の在留を認めなかった。

---

<sup>22</sup> その余の論点については割愛する。また、その後長女にのみ裁判外で特別に在留が認められたことなどについても扱わない。

### 第3項 カルデロン事件

#### 第1目 抽出要素

カルデロン事件の名で知られる本件は、メディアで取り上げられ、最高裁まで上告された事件である。しかし控訴審判決が基本的に1審判決を踏襲し、かつ最高裁においても上告不受理とされたため<sup>23</sup>、ここでは地裁判決のみを取り上げ、その要素を抽出する。本件からは、“10年を超える滞在の長さ”、“入管法違反行為への責任の有無”、“法制度遵守意識の有無”、“人格の可塑性および新たな環境への順応性”といった要素を抽出する。

#### 第2目 事案<sup>24</sup>

事実の概要は以下のとおりである。すなわち、フィリピンで出生しフィリピン国籍を有する原告父母、および日本で出生したフィリピン国籍の原告子（裁判当時11歳）が、入管法に違反し、所定の退去事由に該当するものとして、一連の手続きの末、退去強制令書の発付を受けた。これに対し原告らが、入管法50条1項4号規定の在留特別許可をせずに本件裁判をしたことが、裁量権の逸脱濫用にあたるとして争ったのが、本件事案である。

#### 第3目 地裁判決の要旨

本件に対し地裁は、原告父母および原告子についてそれぞれ以下のように判断し、在留を認めなかった。

すなわち、原告父母については、平成4ないし5年に就労目的で、ブローカーから他人名義の旅券を入手し日本に入国した。そして国内で稼働し、フィリピンの親族らへと送金を行っていた。そして原告らはそのまま、13ないし14年間日本に滞在した。いずれも入管法違反以外に犯罪歴はなく、長年にわたって平穩に暮らしてきたと主張する。

しかし在留資格を有しないものは本来日本に在留できず、その継続は違法状態の継続にほかならない。ゆえに長期間平穩に暮らす者に在留特別許可を与えなかったとしても、それが直ちに社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとはいえない。

また原告父母らには偽造旅券の使用、不法就労の継続、本国への送金などの行為が認められる。さらに原告らの両親等家族らには、そのほとんどが日本に不法入国や不法残留の経歴があることが認められ、日本でそれら家族と同居するなどしていたことに照らすと、親族関係にあるものが感化しあって集団で入管法違反を敢行していたともいえる。そしてそこには、出入国管理制度を遵守しようという意識が極めて希薄であると言わざるを得ない。また原告母は入管法70条2項違反によって起訴され、懲役2年6月執行猶予4年の有罪判決を受けている。このように原告父母は、入管制度等を見做して不法な滞在を続けていたのであり、このような態度は、在留特別許可の審査において不利に斟酌されてもやむを得ない事情であるといえる。

<sup>23</sup> 事件の経緯については、馬場里美「フィリピン一家退去強制事件・コメント」国際人権21巻（2010年）86頁も参照。

<sup>24</sup> 東京地判平成20年1月17日 WestlawJapan 文献番号 2008WLJPCA01178010。

続いて、原告子の判断に移る。

原告子は、出生後は他人名義の旅券に記載された氏名を名乗っていたが、母が本人名義のフィリピン旅券を取得した後は、氏名を改め、平成14年から日本の小学校に入学し、裁決当時も5年生のクラスに在籍している。原告子は、母が逮捕されるまで、一家が不法残留をしている事実を知らなかった。また原告子は日本語での読み書きができるが、タガログや英語はできず、フィリピンを訪問したこともない。

そして原告らは、このような原告子の退去強制が、教育の抜本的なやり直しを原告子に強いて、人格の完成を妨げ、個人の尊厳を脅かし、自由な社会に効果的に参加することを著しく妨げると主張する。

確かに原告子においては、不法残留者となったことについて、自身に責められるべき行為があったとはいえない。またその生育歴や生活状況に照らせば、言語も生活習慣も異なるフィリピンにおいて、原告子が生活を始めた場合、相当程度の困難が伴うことも認められる。

しかしながら、そもそも外国で長く生活をした子女が本国に戻った際に、上記のような困難に直面することは原告子に限られたものではない。前提事実等の通り、原告子の父母はフィリピンでの生活に慣れ親しんでおり、現地には親族らもいる。さらに裁決当時の原告子は11歳と可塑性に富む年齢であることをもあわせ考慮すると、フィリピンの言語・生活・社会・文化等に順応し、フィリピンに帰国した当初の困難を克服することも十分に可能である。

また原告子は年少で、自立できるまでの間両親の扶養を受けざるを得ず、両親とともに生活するのがその福祉にかなうというべきであるから、不法入国をした原告父母が退去を命じられた場合、これに伴い一定の不利益を被ることもやむを得ない。

#### 第4項 約22年間不法在留したフィリピン人の生活実態を重視し在特を認めた判決

##### 第1目 抽出要素

本件には、本稿が焦点をあてる論点以外にも、非正規滞在中の就労と母国への送金をめぐる法的評価如何などの論点がある。しかしここでは、本件における論点として、“不法滞在後の入管法違反状況の有無と程度”、“当該個人が生存する上で最適な国を決するための基準としての、生活実態および本国における環境”、“前二者に関わってくる非正規滞在期間の長さ”という3点を要素として抽出する。

##### 第1目 事案<sup>25</sup>

事案の概要は以下の通りである。すなわち、フィリピン国籍を有する控訴人が、名古屋入管入国審査官から、不法残留該当の認定を受け、一連の手続きの末、退去強制令書発布処分を受けたため法務大臣から権限の委任を受けた入管局長による本件裁決に裁量権の逸脱濫

---

<sup>25</sup> 名古屋高判平成28年1月27日裁判所HP参照（平成27年（行コ）36号）。



用があるとして、処分の取消等を求め出訴した。なお原告は、満 25 歳から満 48 歳まで長年にわたり日本で平穩に生活し、すでに日本に生活基盤を有するにいたり、日本人男性と婚姻しようとしていた者である<sup>26</sup>。

これに対し、地裁は、裁量権の逸脱濫用を認めず、処分を適法とし、請求をいずれも棄却した。

## 第 2 目 高裁判決の要旨

これに対し名古屋高裁は、次のように判決し、退去強制令書発布処分を取り消した。すなわち、控訴人は 22 年 9 ヶ月の長きにわたり平穩に定住し、飲食店等で勤務して自活し、日本語で日常会話を行い、親族とも日本で交流するなど、すでに日本社会に深く根付いていた。また、日本人男性と交際し、逮捕前月には婚姻の約束も結び、婚姻届提出に必要な書類もフィリピンから取り寄せつつあった。

他方、控訴人は入国以降、不法残留罪（入管法 70 条 1 項 5 号）以外の違法行為を行なった痕跡はない。以上のような控訴人から、生活基盤を根底から奪うことは、不法残留期間の長さのみを消極的に考慮するあまり、控訴人の本邦における生活実態を無視し、人道的配慮に著しくかけたものと言わざるを得ない。しかして退去強制を支持する本件判決は、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠く、裁量の範囲を逸脱した違法なものに該当する。

また国側は、控訴人が母国へ送金してきた事実から、フィリピンに帰国しても生活の支障はないと主張する。しかしながら、在留期間経過後の就労の事実は資格外活動罪に該当しないのでこれを犯罪視することはできない。控訴人による送金も、両親の医療費や墓の購入代金など人道上やむを得ないものである。また控訴人が長きにわたり本邦で生活する間に両親は死亡し、送金もその用途からして資産として残存しているとは認め難いから、フィリピンへの親和性よりも本邦への定着性の方がはるかに強いというべきである。本邦での生活の長さや控訴人の年齢など諸事情を考慮すると、今更フィリピンに帰国してもそこでの生活に支障がないとは言い切れない。

## 第 2 款 責任をめぐる判断

### 第 1 項 未成年者には帰責性はないものの退去強制を認めた事案

#### 第 1 目 抽出要素

本件では、本稿の主題と関わる論点を原告子の P1 に注目し抽出する。P1 においては、“P1 個人の生存について適切な環境は本邦とフィリピンのいずれであるかが、本人の言語能力や親類等の存在を勘案して判断されていること”、“子どもの人格の可塑性”、“法違反による長期滞在が『違法状態の継続』として扱われること”、“法違反状態に関する P1 個人の責任の有無が考慮要素の 1 つとして明確に用いられていること”の 3 点を抽出する。

---

<sup>26</sup> 多賀谷一照編『実務裁判令出入国管理及び難民認定法』（日本加除出版、2016 年）65 頁。

## 第2目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、フィリピンにおいて出生したフィリピン国籍の両親(P2、P3)は、在留期限を超えた不法残留中に、日本でフィリピン国籍の子 P1、P4、P5、P6 を出生した(日本で生育した子らも不法残留となる)。以上 P1 乃至 P6 に対して入管局長が退去強制処分を下しかつ在留特別許可を認めなかったことに対し、P1 乃至 P6 の原告らが裁量権の逸脱濫用を主張し出訴したのが本件事案である。訴えにおいて原告らは、来日後の労働や家族・地域社会との紐帯、子らの日本文化への定着性、退去強制により課される不利益の重大さ、入管法以外の法違反のないこと(善良な市民として地域社会に溶け込んだ生活)<sup>27</sup>等を主張した。また行政の裁量を統制する規範として、憲法 14 条規定の平等原則、同法 22 条 1 項規定の居住の自由、国際規約・児童の権利条約等の国際法、諸外国における動向も主張した。

## 第3目 地裁判決の要旨<sup>28</sup>

これに対し東京地裁は、行政の広範な裁量を認めた上で次のように判断し、本件裁決時 15 歳の P1 のみに在留を許可した。すなわち原告父母については、無免許運転の反復継続等諸般の事情を勘案するに、父母 P1、P2 の在留状況は極めて不良というほかなく、かつ入国経緯や不法就労・不法残留の期間が長期に及ぶことは、出入国管理行政の適正を著しく害するものである。また父母はフィリピンで出生しかつては同国で就職しており、かつ親族もいるため、帰国しても困難な状態に置かれると認めるにたる証拠はない<sup>29</sup>。そして、嘆願書等の原告父母らに有利な事情を考慮してもなお、退去強制処分および在留特別許可の権限の不行使を違法と判断することはできない。

他方、原告子 P1 については、本件裁決までの 15 年間自らが不法残留であることを知らなかったことや、フィリピンの言語であるタガログ語の不習熟、帰国未経験、本人の在留希望などの事情が存在する。そして原告 P1 においては、不法残留者の両親の下に出生したという本人には如何ともし難い事情により当該状況に陥ったものであり、このことについては何ら責任がない。15 年間も日本で生活した後で、フィリピンに帰国し生活することには非常な困難が生じるであろうことが推測される。また裁決時中学 3 年である P1 は、自らの将来について自分で判断できる年齢になっており、両親が帰国してもその援助や、児童福祉制度等による公的援助、地域住民や学校関係者からの協力により、引き続き日本で生活することも不可能ではない(かつ、親元から離れることの心理的・物理的影響の比較的軽微さも認められる)。これらを勘案するに、入管の判断は事実の基礎を欠くことが明らかである

<sup>27</sup> ただしこれら主張に対しては被告国側から、両親の無免許運転の事実や知人からの借金の踏み倒し等の悪評が主張されている。

<sup>28</sup> 東京地判平成 16 年 11 月 5 日裁判所 HP (平成 15 年(行ウ) 340 号)。

<sup>29</sup> なお憲法上の権利の主張に関しては、「外国人は入管法に基づく外国人在留制度の枠内でのみ、憲法の基本的人権の保障が与えられているにすぎないというべきであって、在留の許否を決定する国家の裁量を拘束するまでの保障与えられているものと解することはできない」というマククリーン基準により退けられている。

かまたは社会通念条著しく妥当性を欠くことが明らかであり、裁量権の逸脱濫用にあたる。

しかしながら裁決当時いまだ幼かった原告 P4（小学 4 年）、P5（保育園児）、P6（保育園児）については、P1 同様に言語や文化の壁によるフィリピン帰国時の不利益を認め、かつ本人の責任がないことも認めるが、幼いゆえの人格の可塑性と順応性も認められる。また自分の将来について判断する能力の未成熟、親から離れて生活することの不利益等を勘案し、これら 3 人を退去強制させることで生じる悪影響よりも、原告父母らと共に暮らすことができない悪影響の方が小さいとは言えない。そうすると、フィリピンに送還した場合、これら 3 人はしばらくの間は心理的・物理的に相当な負担を負うとしても、このことを理由として、これら 3 人の原告をフィリピンに送還することが人道に反するとまでは言い難い。

以上のことから、地裁は原告 P1 の請求のみに理由を認め、その余の請求については棄却した。これに対し原告 P2 乃至 P6 らへの判決を不服として原告らが、また P1 への判決を不服として被告入管らが、それぞれ控訴を行なった。

### 第 3 目 高裁判決の要旨<sup>30</sup>

控訴審において、東京高裁は次のように判断し、原審の判断を覆して未成年者に対する退去強制処分を正当化した。

すなわち、原告 P1 が主として使用できる言語は日本語のみで、タガログ語・英語については流暢に使用することができない。また原告らの在留を希望する旨の署名は、近隣から 4800 名分以上寄せられている。そして、原告が引き続き日本で学習を継続し、日本での就職を希望したことは明らかである。しかしながら原告 P1 は、出生以来両親の監護養育を受けてきたものであり、P1 のみに在留特別許可を与えると、両親の監護を受けられないまま生活することになり、経済的・心理的・物理的に大きな影響を被ることになるが、その生活を支えるだけの養育環境は整備されていない<sup>31</sup>。また P1 は約 15 年間に渡り日本で生活し日本の社会に馴染んでいるも、その基盤にあるのは旧入管法に違反した不法在留であり、すなわち在留の継続は違法状態の継続にほかならず、それが長期間平穩に継続されたからといって、直ちに法的保護を受け得ることにはならない。

もっとも、P1 は不法残留者である両親の間に出生したという、本人には如何ともし難い事情により不法残留者として生活することになったものであり、不法残留についてなんの責任もないということ是可以する。しかしながら、入管法は出生その他の自由により上陸の手続きを経ることなく本邦に在留することになる外国人が、同法 22 条の 2 所定の在留資格の取得の許可を受けないで 60 日の期間を超えて本邦にいる場合についても退去強制事由に該当するとしている（同法 24 条 7 号）。こうしたことに照らすと、入管法は、退去強制事由に該当するために帰責性を要件とはしていないということができる。

<sup>30</sup> 東京高判平成 17 年 4 月 13 日 WestlawJapan 文献番号 2005WLJPCA04139003。

<sup>31</sup> 加えて入管法上、中学生が扶養者を離れて単独で就学することを想定した定型的な在留資格が設けられていないことも指摘されている。

したがって、帰責性がないことは、在留特別許可の判断に際し斟酌されうる事情の1つになりうるとしても、それにより、直ちに法的保護を受けうることにはならないというべきである。さらに、P1はフィリピンで生活することには大きな困難が伴うことが予想されるが、フィリピンには両親を含む親類が多数存在し、人格の可塑性もいまだに富んでいる年齢であるから、かかる困難を乗り越えることも十分可能である<sup>32</sup>。

およそ以上のように判断し、高裁は在留を認めなかった。

## 第2項 帰責性のない者に対する退去強制処分を違法とし、判断を高裁でも維持した事案

### 第1目 抽出要素

本件では、論点に関わる要素として、“過去の非違行為の帰責性の重視およびこれに基づく判断の変動可能性”、“帰責性の有無・大小に伴い重みづけが変わる、個人の利益の変動の評価”、“長時間の経過による人格形成”を抽出する。

### 第2目 事案

事案の概要は次の通りである。すなわち、中国国籍を有する男性（処分当時17歳）が、出入国法24条2号の不法上陸に該当する旨の認定を受け、退去強制処分を受けた。これに対し、不法上陸当時9歳であった原告にはこれにつき帰責性がなく、かつ原告は9歳から日本において教育を受けており、日本での教育を継続する必要があること等を理由に、処分の違法、および在留特別許可を付与すべきであるにもかかわらず付与しなかった裁決の違法等を主張し、出訴したのが本件である。

### 第3目 地裁判決の要旨<sup>33</sup>

これに対する地裁の判断は以下の通りである。

原告一家はいずれも中国国籍を有するものである。原告の父が日本国籍を有する者の子でないにもかかわらず、「日本人の配偶者等」と記載して上陸申請を行い、その余は定住目的で上陸申請を行った。その後、原告父が日本人の子でないことが判明し、家族一同への上陸許可が取り消された。そして在留特別許可等をめぐり、原告は訴訟を提起したものである。

原告は、来日以降中国に一時帰国時以外には、家庭内を除いて中国語を使う機会がなく、また来日して以降約8年間にわたり日本語による授業を受け、その日本語能力に問題はなし。そして現在では、中国語による読み書きをほとんどすることができない。原告には非行歴・犯罪行為・問題行動等も認められず、模範的な高校生生活を継続している。そして原告を支援する協力者団体は、嘆願書や訴訟費用等の資金を準備し保有している（原告らに対する支援が期待できる）。また原告は裁決当時、すでに一人で生活していくことも可能であり、

<sup>32</sup> 日本で出生したP1の兄弟姉妹（P4、P5、P6）、両親P2、P3については割愛する。

<sup>33</sup> 東京地判平成18年3月28日判タ1236号126頁。

自分の将来の生き方等を考察する時期に達しており、将来についての判断能力も認められる。

原告は、父が身分を偽り来日した際に、その事情を知らなかったのであって、これは原告にとってはいかんともし難い事情である。本邦における原告の不法上陸および不法滞在について、何らの帰責性もない。したがって通常は、出入国法 24 条所定の退去事由に該当するという事はそれだけで典型的に見てわが国に滞在させることが好ましくない外国人であるということの意味するが、原告の場合はこのような典型的な評価をすることはできず、より慎重な吟味が必要というべきである。また外国人自身に責めるべき点がない場合には、通常不法上陸・不法滞在の事案と異なり、本邦における生活・学習等の実績、将来設計や、国外退去させられることによって失われる不利益についても、違法状態の上に築かれたものとして軽視することは不相当であり、不利益も大きなものと見るべきときがあり、本件はこれに該当する。そして裁決時において入管等は、上記諸種の考慮事項に関する評価に誤りがあるというべきである。

以上を勘案すると、在留特別許可の付与の可否につき法務大臣から権限の委任を受けた被告東京入管局長に与えられた裁量権が極めて広範なものであることを前提としても、原告に在留特別許可を付与しないとする被告の判断は、全く事実の基礎を欠くことが明らかであるかまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであり、裁量権の範囲の逸脱濫用にあたるというべきである。

以上に対し、入管側が控訴を行う<sup>34</sup>。

#### 第 4 目 高裁判決の要旨<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> 控訴における主張は、およそ以下の通りである。すなわち、被控訴人一家は残留孤児の子孫であると偽装して上陸し残留していたものであり、その不法入国・在留状況は、中国残留日本人孤児を救済しようとする国民感情や中国残留日本人孤児の救済政策を悪用するもので、わが国の社会秩序あるいは法秩序を著しく乱す、悪質性の極めて大きなものである。この点で、未成年者であった被控訴人自身に責任がなかったとしても、在留特別許可を行えば、結局、違法な手段や方法を使ってでも入国国際してしまえば、少なくともその点について責任のない親族は在留特別許可が認められるとの期待を増長させることにつながりかねず、出入国管理行政上、看過できない事態を招くものと言わざるを得ない。また、本件における父親の不法入国は就労を目的とするもので、その模倣性は高く、このような違法な行為を看過することはできない。加えて本件のような偽装残留孤児等の背後には犯罪組織が存在し、かかる偽装工作に関して多額の不正な資金が流通するとともに、相当数の偽装残留孤児等が奔放に残留しているとされている。本件においても、一家が身分関係を偽って本邦に不法に上陸するに際しては、協力者の存在や金銭授受、偽装証明書の斡旋などが見られる。かかる状況を前提とすると、どのような違法な手段や方法を使って、入国しさえすれば、少なくともその点に責任のない親族は在留特別許可が認められるとの期待を増長させることになりかねず、出入国管理行政上、看過できない事態を招くものと言わざるを得ない。この点に対する高裁の判断は、要約すると以下の通りである。すなわち、本件においてはそのような偽装を行なったのは被控訴人の父であり、被控訴人は関与しておらず、控訴人東京入管局長が非難する偽装の悪質性や模倣性は、被控訴人に対しては当てはまらない。またそもそも、控訴人の主張するような犯罪組織の存在および金銭授受と、本件の関連性は必ずしも明らかではないし、被控訴人についても当該犯罪組織との繋がりや金銭授受の経緯を知っていたことを認めるにたる証拠もない。控訴人の主張する、「違法な手段を使ってでも入国さえしてしまえば良い」とする期待の増長についても、その可能性は否定できないが、それがどの程度の蓋然性を持つのかを示す確な証拠はない。また偽装について責任のない親族が常に在留特別許可を与えられるものではないことはもとよりであり、被控訴人のような特別な事由がある場合に限定されるものである。

<sup>35</sup> 東京高判平成 19 年 2 月 27 日 WestlawJapan 文献番号 2007WLJPCA02279015。

地裁の判断は東京高裁においても維持されることとなる。まず高裁は、マクリーン事件における外国人の権利の法律の枠内での保障というロジックと、入管行政に認められた広範な裁量権を前提に、被控訴人の入国までの経緯や在留状況を確認する。その上で、大要、以下のように判決理由を述べる。

父に連れられ 9 歳の時に入国した被控訴人には、不法上陸および滞在について帰責性がない。この点を鑑みると、通常は出入国法 24 条所定の退去事由に該当するという事は類型性的に見てそれだけでわが国に滞在させることが好ましくない外国人であることを意味するが、被控訴人の場合にはこのような類型的な評価をすることはできず、より慎重な吟味が必要となる。そして、本人に帰責性がない場合には、通常の事案とは異なり、我が国における生活・学習等の実績・将来の設計や、それらが国外退去させられることにより失われる不利益についても、これを違法状態の上に築かれたものとして軽視することは不相当であり、その不利益も大きなものとするべきである。そして本件はこれに該当する。

また本件においては、被控訴人らが両親と離れて日本で暮らすことになろうとも、高校生が親元を離れて暮らすことは日本であっても珍しくないことで、かつ被控訴人らにはそれを可能とする能力・環境も整っている。

また本件の被控訴人の生活状況等を考慮するに、在留特別許可を与えるべき特別の事情があるものと認められる。すなわち、日本語を習得するためにたゆまぬ努力をしてきた被控訴人はもはや、中国語については簡単な日常会話しかなし得ず、年齢もいわゆる人格形成機を過ぎつつある。今後仮に、被控訴人が現在の日本語の読み書き能力のレベルにまで中国語を身につけるためには、相当の困難を伴うことは明らかであり、中国において高校に編入したり、大学に進学することが当面不可能であることは十分推認できる。

以上の事情を勘案するに、在留特別許可の付与につき入管局長の有する裁量権が極めて広範なものであることを前提としても、被控訴人に在留特別許可を付与しないとする控訴人東京入管局長の判断は全く事実の基礎を欠くことが明らかであるかまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであり、裁量権の範囲の逸脱または濫用にあたるというべきである。

### 第 3 項 帰責性なき子らの在留が自活能力の不在により認められなかった事案

#### 第 1 目 抽出要素

本件からは、本稿の論点と関わる要素として、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“人格の可塑性”、“母国での生存の可能性”、“帰責性のない者の生育に関する責任を誰が負担するかという問題”、“子どもたちだけでわが国で生存することの悪影響”を抽出する。

## 第2目 事案<sup>36</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、フィリピンにおいて出生し、フィリピン国籍を有する父母、日本で出生したフィリピン国籍の長女と次女が、不法在留等を理由に退去強制処分の対象となった。これに対し原告らは、在留特別許可がされるべきことなどを、児童の権利条約等とも合わせて主張した。

## 第3目 地裁判決の要旨

地裁は、マクリーン事件判決等を通例通り引用した上で、原告らはいずれも原則として法律上当然に退去強制されるべき外国人であるという前提の下、裁量権行使の逸脱濫用をめぐり、父母、子らについて次のように判断する。

すなわち、父母については、長期の不法残留および複数回の不法入国があり、不法在留の間に父母は不法就労をして母国に送金し、フィリピンに原告母名義の家も建てている。その入国および在留の状況は悪質である。長期にわたる在留という事実は、確かにわが国との結びつきや生活の安定および滞在の見込み等を示すものであり、在留特別許可をなすかの判断にあたり有利な事情として考慮されうるものではある。

しかしながら、その在留が適法な在留資格を有しない不法在留によるものである場合には、長期間の在留は当該外国人の違法行為が長期間に及んだことを意味するものであるから、むしろ消極的要素として考慮されうるものである。そして本件における原告父母は、フィリピンで生育し、健康にも問題なく、本国で稼働でき、親族もいるため、帰国して子らと共に生活を始めることには相当程度の苦労が伴うであろうとも、在留特別許可を認めなかったことに裁量権の逸脱濫用はない。

子らについては、不法在留等につき自身に何ら責めに帰すべき事由はなくその境遇には同情すべき点がある。子らはフィリピンでの生活よりも日本での生活になじみ、退去強制されると周囲の環境や生活習慣が変化することで、大きな心理的・物理的影響を受けるものと考えられる。しかしながら、原告子らがフィリピンに帰国した際に生じる上記のような困難は、両親が外国で生活中に当該外国で生まれ育った子供が、両親とともに本国に帰国する際には一般に生じるものであって、現代のような国際化が進んだ社会においてはある程度起りうるもので、それほど特殊なものとはまでは言えない。

また本件裁決当時、長女は12歳、次女は4歳といずれも幼いことからすると、子らが自分の意思で今後日本で生活していくべきか否かを適切に判断することができるとは言い難い。さらに言えば、人格の可塑性に富む年齢であることから、帰国しても時の経過によって、フィリピンにおける生活環境に慣れ親しむことは十分に可能であると考えられる。しかも前述の通り父母に対する在留特別不許可は違法でないため、仮に子らに在留特別許可をしても、その場合には子らが両親と離れて暮らさなければならなくなり、その場合の悪影響

---

<sup>36</sup> 東京地判平成21年5月22日 WestlawJapan 文献番号 2009WLJPCA05228010。

は、強制送還されることの悪影響よりも大きなものとなる。そうすると、子らがフィリピンに帰国した場合に、しばらくの間は心理的・物理的に相当な負担を負うとしても、父母がともに帰国するのであれば、子らをフィリピンへ退去強制するとした入管局長の判断が、裁量権の範囲を逸脱濫用したものであるということとはできない。

#### 第4項 責任のない子と、責任のある父の在留を認めなかった事案

##### 第1目 抽出要素

本件でも論点は多岐にわたるが、本稿では差し当たり、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“人格の形成と可塑性”、“母国での生存の可能性”、“帰責性のない者の生育に関する責任を誰が負担するかという問題”、“帰責性ある者の、自己がなした不正な行為への反省と、その後の振る舞い”を検討すべき論点と関わる要素として抽出する。

##### 第2目 事案<sup>37</sup>

事実の概要は以下のとおりである。すなわち、原告父は中国で出生し中国籍を有する者である。原告子は、日本で出生した中国籍を有する者である。父子はともに在留期限を超過して不法に残留した。そして父は入管法違反並びに有印私文書偽造及び同行使の罪を犯した疑いにより逮捕され、父子ともに退去強制の対象となった。これに対し父子が在留特別許可をしないことが裁量権の逸脱濫用に該当し違法であると出訴したのが本件である。

##### 第3目 地裁判決の要旨

地裁は次のように判断し、原告父子それぞれにつき、裁量行使の違法性を認めなかった。

すなわち、まず原告父には不法残留、不法就労、偽造文書の使用、無免許運転およびこれに基づく出頭命令、原告子を遺棄した逃亡などの行為が認められる。警察から身を隠した原告父はその後、永住許可を有し原告子の世帯主として登録される B と自動車に乗車しているところを発見され、逮捕された。

原告らは長期間の在留が積極要素として考慮されるべきと主張する。だが、そもそも不法残留という違法状態が長期間平穩に継続されたからといって、これに直ちに法的保護を与えなければならないということとはできないし、その間に不法就労を継続していたことや、父には入管法違反以外の法令違反があったこと、帰国につき客観的な障害は認められないこと等を考慮すると、その主張を採用することができない。

原告父の行為は計画的で悪質であり、その後の行動も考慮すれば、自らの送還を避けるためには法秩序を侵害することなども厭わないといった規範意識の乏しさが強くうかがわれるところである。また原告父は自らの行為を深く反省している旨を述べるが、前期の不法残留に至る経緯についても、偽造身分証の入手についても、そもそもの自らの規範意識の乏しさに係る根本的な問題に思いを致すことなく、自らの帰責性を少しでも低くするために弁

---

<sup>37</sup> 東京地判平成 21 年 8 月 3 日 WestlawJapan 文献番号 2009WLJPCA08038002。



解をしているものと見ざるを得ない。

他方、原告子は幼少の頃から中国に帰ることを嫌がり、日本語に習熟しているが中国語には習熟していない。子が、自らが不法残留の状態にあると告げられたのは小学6年生の頃で、当時は大きな衝撃を受けた。それでも子は勉学に励み、中学受験に合格して選抜クラスに所属するなど優秀な成績をおさめた。子は日本での継続した在留を望み、またその扶養の責任を申し出る者としてBがある。原告子は、裁決までの約12年7ヶ月の間もっぱら本邦との繋がりにおいて人格を形成し、また自らを日本人であると思って生活してきた。そして不法残留となったことにつき、自身には何らの帰責性がない。教育による人格形成や言語能力の発達等に係る問題を考慮すれば、退去強制により原告子が受け得る不利益は少なからぬものである。

しかし裁決当時の原告子の年齢からすれば、いまだに環境の変化に対する順応性や可塑性に富む年齢でもあった。また幼少期には中国語を学び、中国文化との一定の繋がりの中で成長しており、中国での生活に対する順応性が相当程度に高いことが合理的に推測できる。そして中国には原告子の養育を望む実母がおり、監護養育を申し出る叔母Bの存在を前提としても<sup>38</sup>、なお中国にいる母に深い愛慕の情を示している(加えて親族もいる)ことから、送還されてもなお親族らの支えの下で、生活に順応していくことが期待できる。そのため、原告子を中国に送還することが直ちに人道上許されないほどの不利益を原告子に課するとまでは言い切れない。以上のような事情を鑑みれば、父子それぞれに在留特別許可を与えないことに裁量権の逸脱濫用があったと認めることは。

## 第5項 責任のない子が、責任ある父母と家族全員で在留することを認めなかった事案

### 第1目 抽出要素

本件からは、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“人格の可塑性”、“母国での生存の可能性”、“帰責性のない者の生育に関する責任を誰が負担するかという問題”を注目すべき要素として抽出する。

### 第2目 事案<sup>39</sup>

事実の概要は以下のとおりである。すなわち、韓国で出生し韓国籍を有する原告父母と、日本で出生した韓国籍の子らが、不法在留等により退去強制処分の対象となったことに対し、裁量権の逸脱濫用を主張し出訴したのが本件である。

### 第3目 地裁判決の要旨

東京地裁は以下のように判断し、原則として当然に退去されるべき法的地位に置かれた

---

<sup>38</sup> なお裁判所は、母親が叔母であるBの原告子に対する監護について、原告子がひとりぼっちでいる時間が長いといった不安を表明しており、かつ12歳という年齢についてはいまだに父母の愛情が十分に必要年齢であることも指摘する。

<sup>39</sup> 東京地判平成24年4月13日 WestlawJapan 文献番号 2012WLJPCA04138008。

父母、子らそれぞれに在留特別許可を与えないことが裁量権の逸脱濫用に当たらないとの判断を下した。

すなわち、父母については複数回の不法残留・不法就労の経歴があり、資格外で活動する父母のような不法残留者による不法就労は、制度の根幹に関わる問題として、公正な出入国管理の秩序を乱すものという評価を免れない。外登法違反などの事情も合わせて考えれば、父母の在留状況は悪質であると言わざるを得ず、これらの事情をもって、東京入国管理局長が原告父母に対し在留特別許可をするか否かを判断する上で消極的に評価されるべきものと考えたとしても、裁量権の逸脱濫用とは言えない。また原告父母らは、在留期間が長期にわたり、本法で勤勉に働き、また入管法以外での法令違反がないこと等を挙げ、本邦への定着の程度が大きく、有利な事情として考慮されるべきことを主張する。

しかし、違法状態が長期にわたって平穩に継続したからといって、これに直ちに法的保護を与えなければならないということはできないし、労働も不法就労の継続であり、これらをもって有利な事情として考慮しなければならないものではない。また入管法以外で法令違反の事情がないことも、いわば当然のことであり、いずれも法務大臣等が当該外国人に対して在留を特別に許可すべきか否かの判断をする際に斟酌されうる事情の1つにとどまるというべきである<sup>40</sup>。

他方の子らについては、本邦で出生して、もっぱら本邦との繋がりにおいて人格を形成してきており、韓国語も解しないというのであるから、父母とともに韓国に帰国することには生活や教育についての一定の困難が伴うであろうし、不法残留状態に至ったことについても、本人に非難されるべき点があるとはいえない。

しかし子に生じるその困難は、両親が外国で生活中に当該外国で生まれ育った子が両親と共に本国に帰国する際に一般に生じるものであり、現代のように国際化が進んだ社会においてはある程度起こりうるものであって、本件に限っての特殊な事態とは言えない。また子に困難が生じるというのであれば、幼少の子を保護する立場にあった父において、そのような事態を避けるべく行動するべきであったのであり、事態が生じるとすればその主たる責任は父にあると言わざるを得ない。

そして裁決当時13歳の子については、環境の変化に十分に対応しうるものであり、父母が韓国語や同国での生活習慣等にも熟知していることからすれば、父母との帰国によっても新たな生活環境に馴染んでいくことは十分可能である。原告らが家族全員での在留を希

---

<sup>40</sup> また帰国の支障も、以下のように判断して認めなかった。すなわち、原告父母は韓国において生育し、稼働能力もあり、言語的に不自由はなく、韓国国内に親類もいるため、退去強制による特段の支障は認められない。原告らは、韓国には生活の基盤が全くなく、父母の就業の機会も期待できないとして、韓国での生活が困難である旨を主張するが、法務大臣等において在留特別許可の許否の判断にあたりそのような原告らの不利益まで考慮しなければならない理由はない（ことに、父母に関しては、そのような不利益は、本邦に不法残留し、長期にわたり不法就労を続けることを自ら選択したことの結果に他ならないものであり、在留特別許可の判断にあたり特に有利に斟酌すべき事情とは言い難い）から、その主張を採用することはできない。

望していることも考慮すれば、在留特別許可をしなかったことにつき裁量権の逸脱濫用があったものとは言えない。また、裁決時に0歳の子への処分についても同様である。

## 第6項 帰責性のない子の在留を認め、帰責性ある父母の在留を認めなかった事案

### 第1目 抽出要素

本件からは、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“人格の形成と可塑性”、“母国での生存の可能性”、“帰責性のない者の生育に関する責任を誰が負担するかという問題”、“帰責性ある者の、自己がなした不正な行為への反省と、その後の振る舞い”、“帰責性のある者はその行為の責任を自ら負担すべきであり、他方、その不正な行為に向けた意志決定をしていない者に責任を負わせることは妥当でないとする判断”を、本稿が検討すべき論点と関わる要素として抽出する。

### 第2目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、フィリピンで出生したフィリピン国籍の原告父母と、日本で出生したフィリピン国籍の原告子に対し、不法残留を理由とする退去強制処分等がなされた。これに対し、原告らは子の監護養育や地域社会への定着性、子の帰責性のなさや生活状況などの積極要素の強調、および父母らの有する消極要素の僅少さや同情の余地、その後の真摯な反省などを主張し、裁量権の逸脱濫用等を理由とする訴訟を提起した。

### 第3目 地裁判決の要旨<sup>41</sup>

これに対し地裁は以下のように述べて、マクリーン基準に基づく入管の広範な裁量を認めた上で、退去強制処分および在留特別許可の権限の不行使について、裁量権の逸脱濫用を認めず、退去を適法とした。

すなわち原告父については、タガログ語を不自由なく使用でき、健康状態に問題なく、母国に親族がある。原告父は以前にも不法入国後に不法就労し、14年間の不法残留中に自動車運転で交通事故を起こし、執行猶予付きの有罪判決を受け、退去強制処分を受け、自費出国した。その後同人は、フィリピンでブローカーに依頼し入手した偽造旅券を使用し、再び不法入国し就労する（また長期に渡り、外国人登録は行っていなかった）。その東京入国管理局に出頭申告するまでのその期間は約8年間にわたり、その間、本国に送金も行っている。以上の事情は消極要素として斟酌されるべきものである。

原告父は過去の有罪判決が悪質でないこと、その後反省し車の運転を控えていることなどを主張し、また本裁判により在留資格が与えられた場合には2度と法を犯すことの内容留意する旨を公証人の面前で宣誓した交渉人の認証付きの宣誓供述書を提出する。

だが、原告父は過去にも退去強制を受けており、過去の有罪判決によって入管法上原則と

---

<sup>41</sup> 東京地判平成25年12月25日 WestlawJapan 文献番号 2013WLJPCA12258034。

して本邦に上陸できない地位にあったにもかかわらず、偽造旅券を使用して不法入国している。そして前回の約14年間の不法在留および今回の約8年間の不法在留とその間の長期の不法就労を勘案すると、原告らが主張する上記各事情を踏まえても、入管行政上看過できない悪質さを原告父が有すると評価されても不合理ではない。

また原告父はフィリピンで生まれ育ち、タガログ語を不自由なく使用でき、フィリピンで稼働した経験を有することから、原告父を送還することに特段の支障があるとも認め難い<sup>42</sup>。

原告子について判断する。原告子も、入管法条は在留資格の取得許可を受けることなく、出生後60日を経過して不法残留するものであるから、入管法上原則として当然に退去されるべき法的地位にある。もっとも、原告子は日本で出生後、不法残留となりそのまま日本で生育し、日本の高校に進学している。そしてその定着性は強いものである。またフィリピンに訪れたことはなく、タガログ語についても習熟度は低く、送還された場合には、現地への生活習慣への適応や言語習得について困難を覚えるものと考えられる。加えて年齢に応じた言語習得に要する時間と学力停滞・低下を鑑みたとき、送還によって勉学の継続についても困難に直面することは否定できない。そして原告子が長期間にわたり不法に残留することになったことは、原告父母の不法入国によるもので、原告子自身が意思決定をしたものではない。以上の各事情は、積極要素として考慮されるものであるといえることができる<sup>43</sup>。

しかし原告ら家族全体として検討しても、在留は認められない。原告らは、家族3人で引き続き日本で生活することを希望している。かつ原告子は、日本で一人で残って高校に進学するという可能性については今まで考えたことがないと述べており、本件裁決時においても1人で日本に残り生活・進学することは考えていなかったものと認められる。また原告子の裁決時の年齢を鑑みると、父母から独立して生活する能力を当然有しているとはいえず、単独で在留した場合にも親族や知人等から生活の支援を受けて単身生活することが可能と認められる証拠もない。以上見てきた事実と評価から、原告ら家族全体の事情を総合して検討すると、原告子も含めて、原告らに対して在留特別許可をしなかった東京入国管理局長の判断に、裁量権の逸脱濫用があったものとは認められない。

以上の地裁判決に対し、原告らは原判決の取り消しを求め控訴した。

#### 第4目 高裁判決の要旨<sup>44</sup>

東京高裁は控訴人子の敗訴部分だけを取り消し、控訴人父母の請求については棄却する旨の判決を下した。父母および子に関する判旨は以下の通りである。

すなわち控訴人父母においては、定着性を積極要素として考慮できるものの、その在留状

<sup>42</sup> 原告母もほぼ同旨なので割愛する。

<sup>43</sup> なお本件においてはこれに続けて、退去強制手続上の瑕疵をめぐる裁判所の判断も展開されているが、本稿では割愛する。

<sup>44</sup> 東京高判平成26年9月19日 WestlawJapan 文献番号 2014WLJPCA09196006。

況が入管行政上看過できない悪質なものであって、消極要素として斟酌されても不合理ではない。また、原判決の通り、送還されたとしても特段の支障があるとは認め難い。よって、父母の請求はいずれも理由がない。

他方、控訴人子に関しては、原判決から当事者の主張が改められ、家族全員での在留がかなわなければ日本で一人で生活を続けることをも決意していること、そして日本の福祉制度や地域の助けの下一人でも生活できることなどと補正された。

そしてこれに加え、「外国で生まれ育った子供が親とともに自らの意思で帰国する場合、親がこれに備えて、本国での生活にも順応できるように子供を教育するなどの準備をするのが通常であり、本件をこのような場合と同視することはできない。そのような準備をしてこなかったのは控訴人父母の責任であるが、だからと言って、その不利益を控訴人子が被ることを強制することが直ちに正当化されるものではない。そして、控訴人子が可塑性や順応性に富む年齢であっても、本国に帰国することによりその後の限られた成長期間において、学力の向上や周囲との交友関係の発展の面で大きな損失を被る恐れがあることは前記……の通りである」。

### 第3款 国家の責任配分をめぐる判断(生物としての生存)

#### 第1項 未成年者を生存が危ぶまれる国籍国に送還することが人道に反するとした事案

##### 第1目 抽出要素

本稿では判決から、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“人格の形成”、“国籍国での生物としてのまた人格としての生存の可能性”、“帰責性のない者の生育に関する責任を誰が負担するかという問題”、“どの国家が当該個人の生存について最適に責任を負うかの問題”という要素を抽出する。

##### 第2目 事案<sup>45</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、本件原告 X は中国において中国人の父母の間で出生し、中国籍を取得したものである。母は中国当局から旅券発給を受け、在北京ボリヴィア共和国大使館において観光査証の発給を受け、ボリヴィアに入国した。次いで母は、在ボリヴィア日本人大使館事務所で日本の通過査証を取得し日本に到着、東京入国管理局入国審査官から、在留期間を2日とする上陸許を受けた。しかしその後、資格変更許可等を受けることなく、不法残留する。そして不法就労を始める。原告はその後、X名義の旅券の発給を受けて父とともに中国からボリヴィアに出国し、その後父はボリヴィアで台湾発給の旅券を入手する。また原告はボリヴィア政府の出入国管理局から、Xと生年月日の異なるボリヴィア共和国サンタ・クルス州ワルネス郡オキナワ地区出生とする A 名義の旅券の発給

---

<sup>45</sup> 東京地判平成13年3月15日 WestlawJapan 文献番号 2001WLJPCA03150006。

を受けた（発給当時、原告は11歳）<sup>46</sup>。

原告は同年に日本の通過査証を取得し、父とともに、東京入管入国審査官から在留期間15日とする上陸許可を受けて上陸する。そして父母は入国後同居を始め、原告も父母と同居を始め、不法残留となる。そして原告は平成6年に日本の小学校を卒業して中学生になる。そして平成8年の中学校在籍時に、児童福祉法33条に基づく一時保護を受け、東京都立の児童福祉施設への入所を措置されるとともに、中学を転校、翌平成9年に卒業し、専門学校に入学する。

原告は平成8年に東京都児童相談センター児童福祉司に付き添われて東京入管に出頭し、不法残留の事実を申告するとともに、引き続き本邦に在留したい旨を申し出た。申し出を受けて入管は違反調査を開始し、平成10年には退去強制処分が下される。同年、これに対する異議の申出に理由がない旨の裁決が法務大臣によってなされ、入管主任審査官は、原告に本件裁決を告知するとともに、送還先をボリヴィアとする退去強制令書を発付した<sup>47</sup>。これを争ったのが本件である。

原告側は大要、国際法等による在留特別許可に関する被告法務大臣の裁量統制、ボリヴィア送還の非人道性、原告と日本社会のつながりの密着性、原告が虚偽の事実を申告していないことの4点を地裁において主張した<sup>48</sup>。

### 第3目 地裁判決の要旨

---

<sup>46</sup> これら旅券は父が不正な方法で入手した出生証明書および身分証明書を使用することによって発給を受けたものであったが、ボリヴィアにおいてはそれら証明書が不正な方法で取得されたものであっても当局によって取り消されない限り真正なものとされており、これらにより取得した旅券も有効なものとされるため、原告は有効なボリヴィア旅券を所持することによりボリヴィア国籍を取得し、かつ中国国籍法に基づき中国国籍を喪失した。

<sup>47</sup> 同年には父母の退去強制処分がなされ、父母はともに中国に向け送還された。

<sup>48</sup> 原告の主張は以下のとおりである。すなわち、まず原告がボリヴィアに送還された場合、スペイン語を理解できず資産等も有しない原告が他国に出国できず、また中国が原告を簡単に入国させるとも考えられない結果、原告はそのままボリヴィアにとどまらざるを得ないことになる。しかしボリヴィアに身よりも知り合いもない原告が、ボリヴィアでまともに生活できるはずもない。ボリヴィア在住の中国人居住者や、貧しい国の孤児院が原告を助けられる保障はなく（このことは多数のストリート・チルドレンの存在から明らかであり）、原告と父母の関係も通常の親子関係のようなものではなく、その援助が現在皆無であることからすると、ボリヴィア送還後もその援助は期待できない。そうすると原告が送還された場合には、ストリート・チルドレンまたは乞食でもしない限り、生計を立てることは極めて困難である。またボリヴィアの言語であるスペイン語の読み書きや日常会話もできないのであるから、乞食もできず性的奴隷となる現実的危険性が高い。また原告は入国以来、小中学校および専門学校での教育を受けており、かつ日本人の知人等も有している。また人格形成において重要な時期には日本語による教育を受け、日本文化の中で成長してきたものであり、今更他国の言語や習慣に馴染むことができない。また原告はこの間、不法残留以外に法にふれる行為を行なっておらず、またその不法残留も原告が望んだことではなく、両親によるものであって原告には選択の余地はなかった。また原告は、自分の記憶の通りにボリヴィアで出生したAであるとの供述を調査中に行なっている。両親からそのように言われ続けてきたためその記憶が形成され、意識として固定化されたものであるから、原告は自己の供述が虚偽であるとの認識はない。そして原告は、宗教活動に没頭してほとんど自宅に寄り付かない父と、数ヶ月も家を空けて時折しか帰宅しない母の子として、喧嘩口論が絶えずに子どもにも関心を払わない父母の下で育ち、外国を転々とさせられ、名前や生年月日とその都度適当に変えられ、親との信頼関係の上に自己のアイデンティティを確立すべき重要な時期に、それがかなえられなかったものである。ネグレクトを受けた結果、通常人が獲得するはずの記憶等にも様々な障害が存在しており、原告にはとりわけ解離性健忘の傾向が顕著である。従って、原告の供述内容が客観的事実と異なるからといって、原告が虚偽事実を認識しつつ申告を行なった悪質な不法滞在者であると判断することは誤りである。以上が、原告側の主張である。

これに対し、地裁は法務大臣の裁量権を広範に認めながらも、原告の在留特別許可を認めない法務大臣の権限行使が裁量権の逸脱濫用にあたり違法であると判断した。

すなわち、まずは中学生の原告が両親から十分な監護養育を受けていなかった事情と、非正規滞在の事実が判明した経緯が確認される。そして諸種の証拠に照らして、原告両親が平成8年8月以前においては不在がちであり、同月以降は自らの不法滞在の事実の発覚を恐れて、原告と表立って接触することを避け、その養育に関わることもやめたものと判断できる。

そして原告に対する退去強制令書における送還先は、原告の国籍国たるボリヴィアである。だが原告は、本件裁決の7年半前に約2ヶ月滞在しただけのボリヴィアとの結びつきはなく、スペイン語も全く理解できないことが認められる。そして同地に、原告を援助できる親類や知人がいるかも確かでない。

ボリヴィアには在留邦人や日系人、青年海外協力隊員等の日本語を理解できる者らが所在することを確認できるが、原告がこれら関係者の援助等を受けることができる保証はない。以上、ボリヴィアに親族、知己、友人もおらず、スペイン語を全く理解しない未成年の女子が、ボリヴィアで生計を立てることは、ストリート・チルドレンまたは乞食でもしない限り極めて困難であるとする、在東京ボリヴィア共和国名誉領事館事務局長および社団法人日本ボリヴィア協会事務局長の意見は傾聴すべきであり、これをあながち誇張にすぎるとは認め難い。さらに原告両親によって、原告に対する十分な経済的援助が期待できるかも疑わしい。

これに対し被告らは、ボリヴィア送還後に他国に出国することは原告の自由であると主張する。しかし、そのために要する費用などを原告が負担できるか否かや、他国が原告を受け入れるべき義務がないなどの問題もあり、現実に原告が他国における在留資格を取得して出国することができる裏付けはない。そうすると、原告に対して在留特別許可を認めなければ、原告がボリヴィアで生計を立てることが極めて困難であり、場合によっては人間としての最低限の人格的尊厳の保持や生存さえも危殆に瀕する事態が予想される。このような事態は甚だ人道に反するという他ない。また被告の主張する原告による虚偽事実の申告についても、原告が両親によって真実と異なる記憶を形成された可能性は否定しきれない。

## 第2項 聴覚障害を有する無国籍の子を含む一家の在留を認めなかった事案

### 第1目 抽出要素

本事案では、“子の帰責性のなさ”をことさら積極要素として考慮すべきでないことが明示され、父母の消極要素の文脈においてその評価の背景として用いられている点が看取される。本稿では本件事案から、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“人格の形成と可塑性”、“中耳炎や聴覚障害といった事情が、送還された母国での生存及び教育に及ぼす影響の程度という観点から勘案され、低く評価されていること”、一般化して整理すると“当

該個人の生存と生育に関してどの国が責任を第一次的に負担するか、及び第一次責任主体たる国家が責任を負えない場合の二次的な責任は誰が負うかという判断”が判決の裏に流れていると解釈し、抽出する。

## 第2目 事案<sup>49</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、中国で出生した中国籍の原告父と、スリランカで出生したスリランカ国籍の原告母の下、日本で生まれた無国籍の原告子（裁決時6歳）が、不法残留に該当することを理由として退去強制処分を受け、かつ法務大臣からも異議申出に理由がない旨の裁決を受け、入管主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けた。そのため、原告らは以下のように主張し、本件各裁決及び退去強制令書発付処分の取消しを求め出訴した。

すなわち原告子は無国籍であり、原告父母が退去強制されると、原告子のみが日本から出国できない状況に置かれる。原告子は中国・スリランカいずれの国籍も持たないため、どちらの国からも旅券の発行を受けることができないのである。原告子は本件裁決時わずか6歳であり、一人で生活することは困難であるから、このことを原告らに在留特別許可を与えるべき事情として考慮すべきである。

また原告子の右耳にはストレスを原因とする改善の見込みのない聴力障害があり、父母と離れて暮らすことで残る左耳の聴力も失う可能性が高い。また、障害者である原告子の生育にとって、差別の根強く残るスリランカ、貧困地域であり障害児教育の発達していない中国福建省いずれにおいても、日本語しか話せない原告子が普通教育を受けることは困難である。加えて10年以上にわたる原告らの在留状況は良好である<sup>50</sup>。

## 第3目 地裁判決の要旨<sup>51</sup>

これに対し東京地裁は、原告父母<sup>52</sup>、子それぞれに対して判決を下し、その在留を認めな

---

<sup>49</sup> 東京地判平成25年1月15日 WestlawJapan 文献番号 2013WLJPCA01158004。

<sup>50</sup> なお以上の原告の主張に対しては、被告法務大臣らによる、入国・在留状況の悪質性、原告子が中国国籍を適法に取得しうること、聴覚障害を持つ原告子の普通教育が中国とスリランカいずれにおいても可能であることなどの反論がなされている。

<sup>51</sup> 以下本文では、原告子についてのみ紹介する。

<sup>52</sup> 原告父母については、以下のように判断し、その請求を容れなかった。すなわち原告父については、中国で出生し、中国国籍を有し、中国で稼働の経験がある。また中国語も自由に使うことができる。原告母については、スリランカで出生し、スリランカ国籍を有し、スリランカで稼働した経験がある。またスリランカの公用語であるシンハラ語も自由に使うことができる。原告父母は、本件裁決時まで、10年以上にわたる不法残留と不法就労を継続している。また外登法上の違反行為も確認できる。これらは消極要素として考慮されるべきものである。原告父母は、入管法および外登法以外の法違反がなく、長期間平穩に日本で生活してきたことを主張し、かつその事実が確認できる。しかし外国人の不法残留が長期間にわたるということは、違法行為が長期間にわたり継続したことを意味するから、出入国管理の秩序への影響の観点からはむしろ、在留特別許可をすべきか否かの判断にあたって消極的な要素として考慮すべき事情といえる。また、国内に滞在する外国人が日本の法律を遵守して生活することは当然のことであるから、上記法違反以外に法令違反がないことをもって、在留特別許可の判断にあたり、ことさら有利に斟酌すべきとはいえない。そして退去強制の結果、原告らが日本において形成してきた生活の基盤が失われるなどの不利益を被るとしても、それは原告らの違法行為の長期継続が原因である。しかも原告父母は互いが不法残留の状態であることをそれぞれ認識しながら、入管に出頭するなどせず漫然と同居を継続していた。以上によれば原告父母の関係は、通常の夫婦関係と比べて保護の必要性に乏しく、退去強



かった。

すなわち原告子については、その残留期間は約 6 年という長期であることが認められるから、かかる原告子の不法残留の態様は我が国の出入国管理の秩序を害するものであるといわざるを得ず、原告子に対して在留特別許可を付与するか否かの判断において、このような原告子の在留状況が消極要素として評価されることになってもやむを得ない<sup>53</sup>。

そして原告らについて、国籍国へ強制送還されることにつき特段の支障も認められない。原告父母は言語、稼働歴、国籍国での親類の存在などが認められる。また仮に退去強制された先で、原告父母がその生活の立ち上げに多少苦勞するとしても、それは長期間にわたる不法残留を続けたことに起因するものであるから、このような不利益まで在留特別許可を付与するか否かの判断にあたって考慮すべきものとはいえない。また原告らが別居を強いられるという点についても、通信・交通手段の発達した現在では、家庭崩壊の危険ははまだ抽象的なものにとどまるというべきである。

原告子についても、父が中国国籍を持ち、かつ本人は日本国籍もスリランカ国籍も持っていないため、中国大使館における国籍取得のための必要な手続きを完了させれば、中国国籍を取得しうるものである。よって、原告子が無国籍であることを理由に、原告父母が退去強制された場合に原告子のみが日本に在留を強いられることになることは認められない。また原告子が中国に退去強制された場合には生活に困難を伴う旨の主張をするが、その困難は、親が外国で生活中に当該外国で生まれ育った子が親とともに本国に帰国する際にも生じるものであり、国際化が進んだ現代社会においてはある程度起こりうるものである。原告子は未だ人格の可塑性に富む年齢であり、中国社会や言語、文化等に順応し、帰国当初の生活面での支障を克服することは十分可能である。

原告子の右耳の聴覚障害、および頻繁に中耳炎を引き起こす左耳についても、ことさらに有利に斟酌する要素とはならない。まず障害については、国民にどのような教育を与えるかは基本的に国籍国の責任の下に行われるべき性格のものであるから、障害者に対する教育体制が整っていないことをもって原告らに対する在留特別許可を付与する事情とはいえない。さらには、中国とスリランカのいずれにおいても、障害を有する子供に対する教育システムが一定程度整備されていることからすれば、教育を受けることはなお可能である。また中耳炎についても、日本でなければその治療を受けることができないという理由はない。よって、本件退去強制処分は適法なものである。

---

制により不利益を受けることもやむを得ない。さらに原告父母は、不法滞在の状態の子をもうける事の問題を認識しないで原告子をもうけていることによれば、原告子がいることを持って、これを有利に斟酌することは相当とはいえない。

<sup>53</sup> すなわち、「たとえ原告子自身に帰責事由がなかったとしても、入管法はこのような事情を持って在留特別許可の判断に際して積極要素として考慮しなければならないものとはしていないと解すべきである」ということである。

### 第3項 日本でのダウン症候群のための療育等を必要とする子を養育する者の送還を認めなかった事案

#### 第1目 抽出要素

本件事案にも考慮要素が膨大に含まれているが、本稿の関心上ここでは、“個人が生物としてまた人格として生存する上で適当にその責任を負いうる国家はどこかという問題”を重視し、要素として抽出する。

#### 第2目 事案<sup>54</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、原告はフィリピンで出生したフィリピン国籍を有する男性であり、不法入国に該当する退去強制対象とされ、また異議の申し出にも理由がない旨の裁決を受け、退去強制令書発布処分を受けた。これに対して、原告は永住者の在留資格を有する外国人女性 D と内縁関係にあり、その間に2人の子がいる<sup>55</sup>ことなどから、在留特別許可をするべきであり、この点、裁量権の逸脱濫用があるとの主張に基づき、裁決および退去令発付処分の取消訴訟が提起された。

#### 第3目 地裁判決の要旨

これに対し地裁は、行政の裁量を広範に認めた上で、以下の通り、在留特別許可をなさなかったことについて裁量権の逸脱濫用があったとする判断をくだした。すなわち、原告は平成9年4月ごろ、日本に不法入国した。そして在留中に D と交際し、婚姻の意思を固めるも書類不足および書類を揃えるための費用の不足に直面し、婚姻手続きを行えず内縁関係を継続する。その後出生した E は出生直後にダウン症候群と診断される。そして医師により、ダウン症候群による知的障害については、リハビリテーションを含めた療育が必要であり、甲状腺機能低下症については定期的なフォローアップが必要とされている。そして E は市の紹介により、障害を持つ幼児を受け入れる体制のある幼稚園に入園した<sup>56</sup>。

フィリピンにおいては他国と比較して、教育や保険に配分されている予算が少なく、また貧困層が保険・医療面において厳しい状況に置かれている。また学校施設や障害児専門の教師が不足しているため、障害児を受け入れる学校が限られており、高い教育を受けた障害者

---

<sup>54</sup> 東京地判平成26年1月10日判タ1408号323頁。

<sup>55</sup> そしてその内の片方 E が、ダウン症候群である。D と原告の間の子はいずれも、日本国籍を有しない。加えて、D は離婚した前夫（日本人）との間の子も3人養育している。

<sup>56</sup> 幼児期におけるダウン症候群の症状は易感染症や、精神運動発達遅滞、言語発達遅滞である。ダウン症候群の合併症としては、先天性心疾患が約50%に見られる。その他消化管症状、難聴、環軸椎亜脱臼、外反扁平足、白血病、一過性以上骨髄増殖症、甲状腺機能障害、斜視、てんかんなどが見られる。またダウン症児については、3歳ごろまでは中耳炎や気管支炎などの感染症、特にRSウイルス感染には注意する必要がある。乳児期には2ヶ月ごとに身体計測をして健康管理を行い、幼児期には3ヶ月ないし6ヶ月ごとに、学童期以降も1年に1回ないし2回は経過観察を行い、眼科疾患や耳鼻科疾患のフォローも1歳前と3歳以降には毎年行われ、甲状腺機能については3歳ごろからは機能低下や亢進に注意して血液検査が行われる。そして運動発達は遅れ、言語発達は遅く、発語も不明瞭であるため、集団生活や療育が進められているところ、他の障害児に比べて早期からの療育の機会が少ないが、少なくとも乳幼児期には一般的用語に配慮して、年長児になれば身体的精神的な特性に基礎を置いた訓練、学習、生活療法を行うことが必要であり、ダウン症児の知的および身体的発達や生活能力および社会適応能力の向上には、早期療育により適切な働きかけが行われることが重要とされる。

が相当数いる一方で、教育機会を全く得ていない障害児が同程度の割合いるという調査結果がある。

原告の入国および在留状況は悪質であったことを否めず、これらは消極要素として考慮すべきである。しかし原告とDの内縁関係は真正であり、またEとの間の生物学的な父子関係も存在する。そして原告と、Dの前夫の子の間には良好な関係がある（これら関係に関する東京入管局長の判断については、事実の誤認または評価の誤りが認められる）。

そして原告がフィリピンに送還された場合、日本に残ったDとしては、自ら収入を得ながら、ダウン症候群等のあるEら子を養育しなければならず、このことは原告との間で安定かつ成熟した内縁関係ないし家族関係を形成していたD、Eらの生活を極めて困難なものに変化させることは明らかである。これらは積極要素として考慮すべきである。以上から、原告に対して在留特別許可を与えるべきではないとした入管局長の判断は、考慮すべき積極要素を過小評価したものであり、裁量権の逸脱濫用が認められる。

#### 第4項 裁決当時14歳で脳腫瘍が発見された未成年の子への在留特別許可が認められた事案

##### 第1目 抽出要素

本判決からは、“生物としての生存の責任をどの国が負担すべきかという問題”、“違法な在留の後に構築された長期滞在は、原因が不正であるからその後の事実も不正であり続け、ネガティブな評価を受けるとする判断”<sup>57</sup>、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”を検討すべき要素として抽出する。

##### 第2目 事案<sup>58</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、原告父母はペルーで出生したペルー国籍を有する者である。父母の間に、原告長男（裁決当時14歳）および原告長女（裁決当時11歳）は、日本において出生したペルー国籍を有する者である。原告父母は有効な旅券等を所持せず、他人名義の旅券を用いて短期滞在の上陸許可を受け、上陸した。そしてその不法入国後の不法残留中に、原告子らが出生した。そして原告らは入管法違反等の疑いで逮捕され、違反調査ののち、退去強制令書の発付を受ける。これに対し、裁決および退令処分の取り消し

<sup>57</sup> なおこれに対して本稿は、後の章で触れる通り、通時的な道徳的判断においては過去、現在（公平）、未来（理想）いずれの視点をも考慮に入れなければならないという立場をとる。そのため、裁判所や原告のリジッドな判断は融通の悪さと不相当さを認めないとするスタンスを示すだろう。

<sup>58</sup> 東京地判平成22年1月22日判タ1353号97頁。本件判決以降の事情については、裁判において明示されていない政治の事項のため、考察の検討から外すものとし、ここでは裁判上在留を唯一認められた原告長男の脳腫瘍という積極要素に特に注目する。裁決当時14歳の長男の判断においては人格形成期か否か・可塑性や順応性は理由中において特に言及されず、その定着度関係の判断は脳腫瘍という積極要素を補強するためのほとんど枕詞として用いられている（換言すると、生物としての生存の危殆化可能性がとりわけ重視され、これが最大の決め手とされており、人格としての生存についてはさしたる重要性が払われていない）ことが看取される。また原告父母については、度重なる法違反および遵法意識の低さが如実にネガティブな要素として考慮に入れられ重視されており、行政および裁判所においては、非正規の入国・在留後の法遵守状況が問題視されていることも指摘できる。

を求め訴訟を提起したのが本件事案である。

### 第3目 地裁判決の要旨

これに対し東京地裁は、入管の裁量を後半に認めた上で、原告父母、原告長女、原告長男について以下のように判断し、長男にのみ在留特別許可を認める判断を下した<sup>59</sup>。すなわち、まず原告父母についてであるが、いずれもペルーで出生し、ペルー国籍を有し、ペルーに親類がある。入国時には他人名義の旅券を用いて日系人と身分を偽り、不法入国した。また原告母は就職面接を受ける際に、身分証明用に偽造外国人登録証明書を行使し、かつ普通自動車を無免許で運転して有罪判決を受けた前歴もある。

以上のような原告父母はいずれも法律上当然に退去強制されるべき外国人に該当する。そしてその入国・在留状況は相当に悪質なものであると言わざるを得ない。また本件裁決後にも、原告母は執行猶予期間中に無免許運転を行なって罰金刑に処せられ、遵法意識に問題があることもうかがわれる。これら事情は、重大な消極的要素として考慮されるべき事情である。

これに対し原告父母は、約16年という長期間にわたる日本での在留を有利な事情として考慮すべきと主張する。確かに、在留が長期間にわたるという事実は、当該外国人と日本との結びつきや生活の安定および滞在の見込み等を示すものであり、在留特別許可をどうかの判断にあたって有利な事情として考慮されうるものではある。しかしながらその在留が適法な在留資格を有しない不法残留あるいは不法残留によるものである場合には、長期間の在留は当該外国人の違法行為が長期間に及んだことを意味するものであるから、在留特別許可をどうかの判断にあたって必ずしも有利な事情として考慮すべきものということとはできず、むしろ消極的要素として考慮されうるものである。そして原告父母をペルーへ退去強制するとした入管局長の判断に、裁量権の逸脱濫用はない。

原告長女については、原告父母の子として日本で出生し、日本で生育した。ペルーに帰国したことはなく、日本語を習得し、人間関係を構築していることが確認される。原告長男よりもスペイン語の会話能力が若干高いものの、スペイン語での読み書きはできない。そして不法残留となったことについて、原告長女自身には何ら責めに帰すべき事由がなく、その境遇には同情すべき点がある。そしてペルーへの退去強制により、大きな心理的・物理的影響を受けるものと考えられる。

しかし原告長女が帰国時に被る困難は、両親が外国で生活中に当該外国で生まれ育った子どもが、両親とともに本国に帰国する際に一般に生じるものであるから、現代のように国際化が進んだ社会においてはある程度起こりうるものであって、それほど特殊とは言えない。また裁決当時11歳の原告長女はいまだ幼く、環境への順応性や可塑性を十分に有して

---

<sup>59</sup> なお、本判決は控訴がなく確定したが、その後の法務大臣から原告ら全員に対する在留特別許可がされたとされる。

いることも容易に推認できる。両親である原告父母がともに帰国するのであれば、原告長女をペルーへ退去強制するとした入管局長の判断に裁量権の逸脱濫用は認められない<sup>60</sup>。

原告長男については、日本で原告父母の子として出生し、日本で生育した。原告長男はペルーに帰国したことはなく、日本語を習得し、人間関係も構築している。他方、スペイン語は基本的な会話や簡単な単語しか理解することができない。原告長男は平成 21 年に脳腫瘍に罹患していることが判明した<sup>61</sup>。

その腫瘍は比較的大きく、すでに難聴等の症状が生じており、将来的には下位脳神経障害や脳幹症状の出現が懸念され、その摘出手術を受けた。手術は成功し、腫瘍はほぼ全て摘出され、その後良性腫瘍であるとの確定診断がされたが、腫瘍細胞が残存していることなどから再発のおそれなしとは言えないとも判断される。平成 21 年ごろにおいても、痛みなどの症状は残っており、主治医からは術後約 5 年間は半年から 1 年ごとに画像検査による継続的な検査および観察が必要とされた。また腫瘍が再発した場合には、定位放射線治療または再手術を受ける必要が生じうるが、定位放射線治療については国内の大学病院でもその装置を配備した施設は多くなく、再手術については高度な頭蓋底手術手技が要求される。ペルーにおける人口 1000 人あたりの病床数は日本と比して低く、医療費の支出についても対 GDP 比率で、南アメリカ大陸において最低水準である。ペルーにおける公立病院は貧困層を主たる対象とした病院で、必要最低限の設備も老朽化等で使用できないことが多く、健康保険病院も医療レベルは高いと言えない。私立病院は、大都市において民間健康保険の加入者、富裕層、外国人等を対象としており、設備は比較的整っているものの、医療技術や診断能力は医師によって差があり、一般的には日本や欧米先進国と比して高いとは言えない<sup>62</sup>。

以上によれば、原告長男については日本への定着性が非常に強く、ペルーに帰国した場合に被る不利益の内容は相当に大きいというべきであり、またその健康および生命の維持という人道的配慮から、特別に在留を認めるか否かについて特に慎重な判断を要するというべきである。そして入管局長が裁決時に原告長男の病状を正確に把握しこれを正当に評価していたのであれば少なくともその診断と適切な治療を受けるまでの間は、人道的配慮からも在留を特別に認める判断をすべきだったというべきである。また法務省作成のガイドライン上の積極要素としても認められ、在留を特別に認める判断がされた可能性が高かったというべきである。したがって、原告長男に対し在留特別許可をしないという判断は、本来、考慮すべき事項を考慮せずにされたものと言わざるを得ず、その判断の基礎とされた重要な事実と誤認があることにより全く事実の基礎を欠く、裁量権の逸脱濫用があったもの

<sup>60</sup> この後に続く国際規約や児童権利条約関連の判断については割愛する。

<sup>61</sup> 脳腫瘍の判明は、本件裁決後のことである。

<sup>62</sup> また国際協力銀行作成の「貧困プロファイル」によると、ペルーの貧困者比率は高く、何らかの保険制度に加入している物が少なく、最も裕福な層以外のすべての階層において「治療のための資金を確保すること」が最も深刻な問題とされている。

と言わざるを得ない<sup>63</sup>。

以上が、東京地裁による判断の要旨である。

## 第5項 暫定的な無国籍者への在留特別許可を付与しなかった事案

### 第1目 抽出要素

本件においては、原告の特殊な家庭環境などの事情による送還先の不確定や、これに基づくその後の口頭審理請求権放棄といった事案固有の事情が諸々存在する。そして、タイ国籍法の解釈によりその後原告にタイへの退去強制可能性が存在することなどの事情も加味し、裁判所が入管法を形式的に解釈適用し、在留を認めなかった判決とも解することができる。以上諸点についてはなお別途、法的批評がなされるべきところではあるが、これを行うのは本稿の主題から外れるものである。

本稿では、“無国籍者が存在する場合においてはどの国がその生存のための法的諸条件を保障する責務責任を負うかという問題”が本件においても基底を流れ、事案における判断及び批評にコミットしうることを指摘するにとどめる。

### 第2目 事案<sup>64</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、外国人である原告は不法入国に該当する旨の認定を受け、これについて口頭審理の請求をしない旨の記載をした文書に署名し、東京入管主任審査官からその国籍および送還先をタイとする退去強制令書の発付処分を受けた。しかし原告はタイ政府からタイ国籍を認められておらず、受け入れを拒否された。そのため、国籍および送還先をタイとする退去令発付処分に明白かつ重大な瑕疵があると主張し、その無効確認を求めるとともに、入管局長が原告に対し在留特別許可をすることを義務付けることを求めた訴えを提起した。

これに対し東京地裁は以下のように判断し、被告法務大臣らの裁量を広範に認めた上で、

---

<sup>63</sup> 他方原告らはこの点につき、家族一体としての在留の検討から、原告父母および原告長女についても、在留特別許可をすべき旨を主張する。しかし地裁は以下のように判断し、これを容れなかった。すなわち「確かに本件裁決時において原告長男は14歳であり、両親の援助が必要な年齢であったといえ、同人が罹患する疾病の治療のためにも両親とともに日本で生活することが望ましい。したがって、法務大臣等の裁量権の行使のあり方として、原告父母や長女についても許可を下すことも考えられなくはない。しかしながら、児童権利条約9条4項を参照するに、国家が父母の一方もしくは双方または児童に対して退去強制を行う結果として児童の父母の一方または双方から分離される場合があることは条約上予定されている。そして原告長男は裁決の数日後には中学校3年生に進級することが予定されており、すでに両親からは独立した人格的基礎を築いていたものと推認することができる。そして原告らの居住する地域には、多くのペルー人が居住しており、ペルー人同士の集まりがあったり、相互扶助するなどして生活していることが認められ、原告長男が1人で在留しても、引き続き周囲のペルー人の援助が期待できる。また原告長男には多くの日本人の友人があり、周囲の日本人の家族の援助を期待できなくはない。また原告と関わる教育機関や医療機関等の公的機関の支援を期待することもできる状況であり、原告長男にのみ在留を特別に許可するという判断が明らか位に不合理とまでは言えない。さらに、原告父母の在留状況は相当に悪質であると言わざるを得ず、また法務大臣等の裁量権の範囲が広範であることを考慮すると、原告長男の病状を考慮しても、なお原告父母や長女について在留特別許可をしなかったことが違法とまでは言えない」とされる。

<sup>64</sup> 東京地判平成22年11月19日 WestlawJapan 文献番号 2010WLJPCA11198016。

無効確認の請求を棄却し、また義務付けの訴えを却下する判決を下した。すなわち、原告は昭和 47 年に出生し、日本に入国するまでの間タイにおいて生活していた外国人の女性で、平成 3 年に有効な旅券を所持することなく日本に不法入国した。そして平成 20 年に原告は入管法違反により逮捕され、原告の国籍および送還先をタイとする退令発付処分を受ける。しかしながら入管が駐日タイ大使館領事部に原告の渡航文書の発給を申請したものの、タイ政府が原告の出生登録事実を確認できないことを理由に渡航文書を現状発給できないとの回答を行う。以上の経緯の下、原告は本件訴えを行なったものである<sup>65</sup>。

裁判所の認定するところ、なお原告の出生は、母親から原告が教えられた記憶によれば、タイのバンコクであると認められる。また、原告の父がタイ語のみを話し、その両親らはタイ国内にいたもので、原告の父親がタイ以外の国籍を有していたことを窺わせる事情もみあたらないことから、原告の父親はタイ国籍を有していたと認めるのが相当である。そうすると原告はタイ国内で出生したものであり、タイ旧国籍法 7 条 3 号に該当するため出生によりタイ国籍を取得したといえることができる<sup>66</sup>。

退去の送還先は原則としてその者の国籍または市民権の属する国とされ、当該外国人をその国籍国に送還することができないときは、本人の希望により国籍国以外の国に送還されるものとされているところ、本件処分の時点で原告をタイに送還することができなかつたとまでは言えず、原告がタイ以外の国への送還を希望していた事実も認められない。また入管法上、主任審査官が送還先を指定するにあたり、送還先の国に受け入れ意思を確認することなどは求められていない。したがって、主任審査官が本件で原告の送還先をタイとしたことに違法はない。

## 第 6 項 胸腺ガン治療中の非正規滞在者の在留特別許可を認めた事案

### 第 1 目 抽出要素

本稿は本件事案から、“違法状態の原因となった行為の責任の問題”、“母国での生物・人間としての生存の可能性の問題”、“行為の責任という消極的な要素と生存に関する最適地が当該国であるという積極的な要素の併存”、“個人の生存に関する最適な責任を負う国家はどこかという問題”という要素を抽出する。

### 第 2 目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、本件原告は昭和 36 年に韓国で出生した韓国国籍を有する女性である。平成 11 年に在留資格を文化活動、在留期間を 1 年とする上陸許可を受け上陸後、平成 16 年に在留活動を特定活動、在留期間を 2 月とする在留資格変更許可

---

<sup>65</sup> なお原告は裁判時点で仮放免を受けている。

<sup>66</sup> また、革命評議会布告 1 条規定の事由に該当しないことから、タイ国籍を剥奪されていないことも確認されている。加えて、新国籍法に照らしても、原告は出生によりたい国籍を取得したものと扱われることも確認されている。

を受けた。その後原告は在留期限を超えて日本に不法残留する。そして原告は平成 21 年 8 月に病院で胸腺ガンと診断され、同年 10 月にその手術を受けた。その後の平成 22 年 3 月、稼働中に入管及び警察による摘発を受け、最終的に平成 23 年 1 月 4 日、名古屋入管主任審査官は韓国を送還先とする退令処分をくだす。これに対し、名古屋入管局長が原告に在留特別許可をしなかった判断に裁量権の逸脱濫用があるものとして取消訴訟を提起したのが本件事案である。

原告は、第 1 審で以下を主張する。すなわち自身が胸腺ガンに罹患しその経過観察中で、病状が進行しているためほぼ 100% の確率で再発が見込まれ、また転移性骨腫瘍や放射性皮膚炎等の治療も受けている。そして胸腺ガンは治療方法が確立されていないため早期に適切な治療を施せる医療機関は限られており、韓国では適切な治療を受けられない、また原告がこれまで治療を受けてきた病院には原告のこれまでの診療記録等の蓄積があるので、同病院による治療が必要である。さらに病身の原告が退去強制されると、韓国で医師との信頼関係や生活基盤を再構築せねばならず、その精神的・経済的負担も大きい。原告への退去強制は、原告をしに直面させることになりかねず、非人道的で、人間の尊厳を軽視するものである。加えて、原告は約 12 年間日本に在留し、友人も多く、日本に定着しており、その滞在も悪質なものではなく、他に法令違反等の問題もない<sup>67</sup>。

### 第 3 目 地裁判決の要旨<sup>68</sup>

これに対し名古屋地裁は、入管の裁量を広範に認めた上で、以下のように述べて原告への退去強制を認めた。

すなわち、原告は韓国で出生し、韓国籍を有し、韓国での稼働歴がある。入国後原告は名古屋市内に居住していた長兄夫婦の下に身を寄せ、市内で文化活動を行う。原告は平成 12 年ごろから名古屋市内の美容室で就労するようになり、その収入を文化活動費や生活費に当てたうえ、韓国の母に送金を行う。その後、美容室での稼働時間の方が長くなる。平成 16 年の名古屋入管による実態調査によって、原告の主たる活動が文化活動と認められないとして、申請通りの内容ではもはや許可できないと通告する。その後、原告は不法残留となる。そして平成 21 年に、胸腺ガンと診断される<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> なおこれに対し被告法務大臣・入管側は、在特の恩恵性、胸腺ガンの韓国での治療可能性、原告の在留状況の悪質性を主張した。

<sup>68</sup> 名古屋地判平成 25 年 1 月 31 日 WestlawJapan 文献番号 2013WLJPCA1316004。

<sup>69</sup> 原告の診療経過等は以下の通りである。すなわち原告は平成 19 年頃から体調不良を覚え、平成 21 年に胸腺ガンと診断され、放射線化学療法を受けた上、縦隔腫瘍手術を受ける。術後の病理検査では、リンパ節転移があるとの診断を受ける。その後も原告の通院と経過観察、治療が継続する。原告の摘発後、名古屋入管入国警備官は、原告の通院する病院に病状を照会し、担当医からは、手術はしたが現在は経過観察をしているだけで収容には問題がないこと、日本で継続治療しなければならないという理由はなく、普通に生活していれば日常生活に問題はなく、韓国でも経過観察可能であり、必要であれば診断書を作成することといった回答を受けた。また原告は平成 22 年の違反調査において、胸腺ガンの病気があるが日常生活に支障がないとの供述を行なっている。また、韓国でもガンの治療をする病院はあると思うが、自分の場合は治療を受けた病院の方がよくわかっていると思う、韓国に帰ってからどのような保険に入れるかは今のところ調べていないし韓国の医療制度についてもよくわからない、韓国で治療できない理由は金銭、保



本件裁決後の平成 23 年には CT 検査の結果、再発が否定された。そして医師からは、現在明らかな再発所見はないが、引き続き経過観察の必要あり、また治療データの蓄積の観点から、再発等の異常が疑われた場合の適切な検査や最善の治療のために当院への通院及び的検査受診が強く望まれる旨の、診断書の発行を受けた。平成 24 年の検査ではガン移転の疑いがあるとされ、また再発が考えられるとされた<sup>70</sup>。

韓国における医療施設の状況とは以下の通りである。原告の出身地釜山市内には 5 つの大学病院と 2 3 の総合病院があり、医療インフラが構築されている。またその 1 つの釜山大学病院には釜山地域ガンセンターが設置され、最先端の医療装備を揃え、ガンの種類ごとに専門のクリニックが運営されている。また釜山以外の都市でも医療インフラの整備が進んでおり、縦隔腫瘍を専門診療分野とする医師が診療にあたっている<sup>71</sup>。

以上認定された事実によると、以下の諸点が指摘できる。すなわち、原告は文化活動の在留資格で本邦に在留中に不法就労を行い、出国準備を目的とする在留資格変更許可を受けながら実際には帰国せず、5 年半以上にわたり不法残留を続け、再び不法就労に及んだ。このような原告の行動は、外国人の出入国の公正な管理を図ることを目的とする入管法の趣旨に反するものであり、在留特別許可の判断にあたっては明らかな消極要素となる。

他方原告は、再発率や死亡率の高い稀な疾患に罹患し、国内の病院で手術を受けた。本件裁決時には経過観察を受けており、同病院での診療継続がより望ましいということではできるが、国内外の他病院でもそれらは可能である。また韓国には、専門クリニック等の医療インフラが整備されている。韓国でも胸腺ガンに対応することは十分可能である。

そうすると、原告の日本での診療継続の利益は、在留特別許可の拒否の判断においては特に積極的に考慮すべき事情とまでは言えない。また原告は韓国で出生し韓国での稼働歴がある。そして韓国には頻りに連絡をとる親類がいる。以上を総合すると、在留特別許可を与えない入管局長の判断が、裁量権の逸脱濫用にあたるものとはいえず、適法である。

以上が名古屋地裁の判決の要旨である。これに対し原告は、胸腺ガンの治療のため、これまで治療を受けてきた病院（本件病院）で引き続き経過観察や治療を受ける必要があり、在留特別許可が与えられるべきであるとの主張を維持し、控訴を行なった。また控訴に際しては、病院間での情報の引き継ぎは言語が異なるため困難であり、ガン患者が健常者ほど十分に情報を伝えられるか疑問もあり、病院・医師との信頼関係の再構築に要する精神的負担が過大である等の主張も付加している。

---

除の問題で、親族にも経済的余裕がなく、保険もなく死を待つしかない、などと供述したとされる。

<sup>70</sup> 裁判記録中の胸腺ガンに関する生存率や病期等の説明については割愛する。

<sup>71</sup> また、釜山大学の胸部外科副教授に対して自らの病状に関する資料を示し、当該医師から診断証明書の発行も受けている。原告の診療を担当する医師は平成 23 年、名古屋入管の照会に対し、韓国の病院でも経過観察ができる（紹介状も書くことができる）、病院の規模で言えば大学病院や市民病院クラスが望ましい旨の回答をしている。また、再発が確認された場合にも、国内外問わずに当該病院以外でも検査や治療を行なっていくことは可能であるし、当該病院で検査や治療を行なっていく必要性は強くない旨の説明をしている。

#### 第4目 高裁判決の要旨<sup>72</sup>

これに対し名古屋高裁は、以下のように述べて控訴人の請求を認容し在留を認めた。

すなわち、原告の不法残留および不法就労は消極要素となることを否定できない。もっとも控訴人は、名古屋入管係官から在留資格変更申請の指導を受けた時点においても、まったく文化活動を行なっていなかったわけではなく、講座を週に4回程度真面目に受講していた。入管の上記指導はこの程度の活動では在留の主たる目的が文化活動にあたらぬとの判断に基づくものであったこと、そもそも在留特別許可の制度は適法な在留資格を有しない外国人を対象とするものであること、不法就労についてもその期間は十数年に及ぶ滞在期間と比して短期間に過ぎないこと、就労の内容・態様も犯罪的であったり社会通念上不相当でなく対価も多額でなかったこと、最初の約1年の就労はアルバイト程度なら構わないであろうとの軽い気持ちから行ったもので、摘発時の就労も病気治療等により負担をかけている長兄の負担を軽くしようとの意図に出たものであること等を勘案すると、本件では、上記不法滞在・不法就労が明らかな消極要素であると過大視することは不相当である。

他方控訴人は死亡率・再発率の高い稀な疾患に罹患し、通院・経過観察等を受けていた。その時点でも再発はほぼ避けられず、経過観察の継続が不可欠と診断され、裁決後にはその危惧が現実のものとなっている。

この点につき被控訴人は、韓国でも治療等が可能であると主張する。そしてそれは実際に可能である。しかしながらそれら事実をもっぱら医学的水準の観点からのものであり、実際に控訴人が大きな支障なく診察や治療等を受けられることを保障するものではない。名古屋入管係官の作成した記録によれば、本件病院はそのデータを新たな病院に提供することは可能であり、また主治医は英語表記の紹介状を作成し、交付する用意があると述べている。しかしこれら情報を韓国の医師が活用するためには、これを英語ないし朝鮮語に翻訳する必要が生じるが、これについては控訴人側で負担しなければならず、仮に支援のボランティアが存在していても、医学用語を適切に翻訳できるかは不明である。

そうすると、仮に控訴人が釜山市内の病院を受診するにしても、再度、各種の検査等を繰り返さざるを得ない状況に追い込まれ、控訴人にとって無視できない大きな負担を余儀なくされる可能性が高いというべきである。

そして控訴人は、本来は被保険者資格を欠くとしても、日本でこれまで保険給付を活用して治療等を受けていたところ、韓国内での医療保険状の受給資格があるかについて明らかではなく、親族からの経済的援助も期待できないことを考慮すると、控訴人が韓国内で治療等を受けることに現実性があるかについても疑問を抱かざるを得ない。以上を考慮すると、被控訴人の上記主張は、実態に即して調査・検討された結果に基づくものではなく、机上の理屈にとどまるものである。したがって、病院を変わることに伴う重い負担は、不法残

---

<sup>72</sup> 名古屋高判平成25年6月27日 WestlawJapan 文献番号 2013WLJPCA06276002。

留という道を選択した控訴人の自己責任で対応すべきであるなどと判断するのは、到底相当とは考えられない。

#### 第5目 小括

以上が名古屋高裁の判決の要旨である。名古屋高裁の判断は、消極要素の評価を軽くしつつ、積極要素である難病への罹患を医学的見地ではなく罹患者の実情という観点から評価することで重みづけ、かつ入管作成の記録の引用を文脈無視の切り抜きの評価とすることでこれを補強するという構造をとる。

原告・控訴人である非正規滞在者自身にも、法違反や保険制度の不正利用といった責められるべき点があるものの、それら責めに帰すべき事情を軽量化し評価し、難病罹患者の生物としての生存を實際上保障するという人道的結論を導いている。注視すべきは、非正規滞在者を何の落ち度もない聖人・被害者として扱うのではなく、不正はあったがそれでもなおこれを上回る積極的な事情が存在すると扱う構造である。

### 第7項 潰瘍性大腸炎に罹患する父と停留精巣に罹患する子を含む一家に在留特別許可をしないことが適法とされた事案

#### 第1目 抽出要素

本件は、非正規滞在者らの病状の認定が、1つの判断の分かれめとなった事案である。また同時に、誰が当該個人の生物としての生存の責務を負うべきか（外国人の難病治療）に関する範囲の広狭についても、地裁と高裁で微妙な差が看取される。

差し当たり本稿では、本件事案から、以下の要素を抽出する。すなわち、“自主出頭という自己の不正を認め改める行為が、帰責性の有無という消極要素の減殺のみに関わり検討されるべきか、それともそれ自体が一つの積極要素となりうるのか”、“国民の生存についての責務責任を負担する第一義的責任を国籍国が負うという視点”、“当該個人の生物としての生存をもっとも適切に担当・負担しうる国家はいずれか”、“積極的な事由と消極的な事由の同居”、これら要素を検討すべき事項として抽出し、かつ在特判断を道徳的かつ個人主義的に判断するための手掛かりとなる論点と置く。

#### 第2目 事案

事実の概要は以下の通りである。すなわち、バングラデシュで出生した同国籍の原告父母と、その間に日本で出生したバングラデシュ国籍の原告子が、不法入国、不法残留を理由とする退去強制者に該当すると認定され、これに対する異議の申出にも理由がない旨の裁決および退令発付処分を受けた。これに対し、原告父と原告子が難病等により日本での治療を必要とし、また原告母がその監護をする必要があるなどの事情を考慮せずに在留を特別に許可しなかったことが、裁量権の逸脱濫用にあたり処分に取り消されるべき違法がある旨を主張して出訴したのが本件事案である。

#### 第3目 地裁判決の要旨

これに対し地裁は、入管等の裁量を広範に認めた上で、原告父<sup>73</sup>、原告母および原告子に対しそれぞれ以下のように判断して、その在留を認めた。

原告らは、平成24年10月4日、東京入管に出頭して、それぞれ入管法違反を申告した。そして一連の手続きの末、平成25年11月6日、原告ら各自に対する退令発付処分がなされる。これに対し原告らは、送還によって原告父の疾病である潰瘍性大腸炎への悪影響およびバングラデシュによる治療の困難、および原告子の疾病である停留精巣への悪影響およびバングラデシュによる治療の困難、原告ら一家の自発的な出頭申告、日本への定着性、入管法違反行為に対する原告らそれぞれの事情および帰責性に関する主張の下、取消訴訟を提起した。

原告父は、入管法上原則として当然に退去すべき地位にある。また、ブローカーを経由したD名義の旅券の入手およびその複数回の利用、偽造旅券に基づく原告母のための偽造書類の作成・利用など9年間もの長期にわたる虚偽の身分利用状況を鑑みるに、その悪質性は相当であり、入管行政上看過できず、消極要素として考慮されるべきなのは明らかである。しかし他方で、原告父は遅きに失したとはいえ、自主出頭申告をし、その不正な在留がこれ以上長期化するのを自発的に防止したのであるから、この点は上記消極要素を減殺するものとしてある程度の評価をすべきである。

ついで原告父を送還することについての支障であるが、原告父はバングラデシュで生育し、言語に不自由はなく、親族も同国で生活しているため、この点については特段の支障はない。

しかし他方、原告父は平成17年12月から、国特定疾患治療研究事業の対象とされている潰瘍性大腸炎に罹患していることが認められる。多くの場合、同疾病罹患者は投薬を中心とする内科的治療によって発症前と同様の日常生活を送ることができるものの、精神・身体的ストレスによって再燃する可能性もあり、また広範囲に及んだ炎症を長期間放置するとガン等の合併症も引き起こす蓋然性がある。そのため、寛解状態を維持するには、重症・軽症いずれにしても、内科的治療を継続的に受けるとともに、定期的に内視鏡検査を受けることが必要である。

そして原告父は、その発症から現在に至るまで軽症と診断され、投薬によって日常生活を

---

<sup>73</sup> 原告父の不法残留に至る経緯は以下のとおりとされる。すなわち、まず原告父についてであるが、原告父は平成9年に在留資格を留学及びその期間を1年とする上陸許可を受けて上陸した。そして原告父は平成13年までは在留期間の更新・変更を受けて在留していたが、その後不法残留となる。また原告父は平成14年に別人D名義の身分事項によって、在留資格を修学としてその期間を1年とする在留資格認定証明書の交付を受けるも、平成15年に東京入管に出頭して入管法違反を申告し、退去強制令書の執行を受けて自費による退去を行う。その同年原告父はまた、D名義の旅券（以下、本件旅券）を用いて、在留資格を修学としてその期間を1年とする上陸許可を受ける。平成19年には名古屋入管において他人名義の身分事項により、名古屋入管局長から、在留資格を人文知識・国際業務、在留期間を1年とする在留資格の変更許可と数次の再入国許可（以下、本件再入国許可）を受けた（これらにより、原告父は出国と再入国を行う）。そして原告父は、平成22年9月11日に本件旅券を行使して、東京入管から在留期間を2日とする在留期間の更新許可を受け、同年9月11日以降、不法残留となる。

送ることができているものの、平成20年4月には約1ヶ月にわたる入院を必要とする状態になり、また複数回にわたり内視鏡検査を受診しているところ、原告父は今後も日本において現在同様の通院治療を継続できるのであれば、一時的に症状が再燃して入院を要するとしても、引き続き適切な治療を受けて日常生活を送ることが可能と推認される<sup>74</sup>。

原告父は平成19年9月に一時帰国した際、日本の医療機関から処方されていた製薬を持参して投与していたが、バングラデシュにおいて潰瘍性大腸炎の症状が一時的に再燃したことから、同国公立病院を受診したところ、必ずしも効果的な治療を受けられなかった。しかも原告が日本で処方された製薬は、バングラデシュ政府が公表した必須薬のリストに含まれておらず、バングラデシュで確実に処方されるものということとはできない。またその他潰瘍性大腸炎の治療薬を、バングラデシュで一般人が容易に入手できる環境が整備されているかは不明である。また原告父が今後も必要な製薬をバングラデシュで入手するとなると、公的健康保険制度が存在せずまた国民の所得状況を鑑みるに、裕福な家庭環境にはない原告父が母子を扶養しながらその治療を継続することは事実上困難である。以上に加え、バングラデシュでは大多数の国民が利用する公立病院等の医療サービスの水準が高いとは言えない上、衛生状態も良くなく消化器疾患が頻発していることなどにも鑑みると、仮に原告父の潰瘍性大腸炎の症状が再燃した場合において、これを適切に治療することはなおいっそう困難になることは明らかである。

以上を総合考慮すると、原告父の入国・在留状況が相当に悪質という消極要素を考慮してもなお、考慮すべき積極要素を過小評価したもので、社会通念に照らして著しく妥当性を欠く判断であると言わざるを得ない<sup>75</sup>。

ついで、原告子<sup>76</sup>については以下の通りである。

すなわち、原告子も原則として、当然に退去すべき地位にある。もっとも原告子が不法残留に至った経緯については、本人に何ら責めに帰すべき事由がなく、その境遇には同情すべ

---

<sup>74</sup> なお本件各裁決当時、原告父は30日分で約1万0674円の薬を服用しており、一般の日本国民において支払うことが可能な金額であった。しかも、在留資格を有していれば、都道府県から医療費の助成を受けられるものとうかがわれるとする裁判所の判断が付されている。

<sup>75</sup> なお原告父は、バングラデシュへの一時帰国によって疾病の症状が著しく悪化したことから、その治療のために再度来日せざるを得なかった旨を主張した。この点地裁は、本国における医師が作成した診断書によると、原告父が同病院で診察を受けた事実が認められるところ、診断書には「原告父の症状は改善されず、かえって悪化の傾向にあった」旨が記載されていることからすると、その受診の動機は、帰国後の症状が一時的に再燃したためであると推認される。もっとも上記診断書には、具体的な症状や治療内容等が記載されておらず、日常生活を困難化させるほど悪化していたことを窺わせる記載はなく、原告父がバングラデシュで日本と同等またはそれに近い程度の治療を受けることは不可能である旨の記載があるにとどまる。そうすると、上記診断書をもって、本件一時帰国中の原告父の症状が日常生活を困難にする程度にまで極めて悪化していたと認めることはできない。またその後の原告父の就労等の状況を見るに、その時点で直ちに特別の治療を必要とする程度にまで極めて悪化していたとまではうかがわれない。総合して、原告父の症状が日常生活を困難にする程度にまで極めて悪化していたと認めることはできない、とする判断を下している。

<sup>76</sup> 原告子は平成21年7月13日に名古屋入管において、在留資格を家族滞在、その期間を1年とする在留資格の取得許可を受けた。また衛生22年9月8日に、東京入管局長から在留資格を特定活動、その期間を2日とする更新許可を受け、同年9月11日以降、不法残留となった。

き点がある。しかも原告子は、親権者である原告父母とともに本件出頭申告を行い、不法残留が長期化することが防止されている。以上の点は、積極要素として考慮されるべきである。

また、原告子の送還による支障は以下のように認められる。すなわち、本件各不許可判断当時、原告子は停留精巣に罹患し、手術を実施する必要性が高く、これ放置すると精巣に各種悪影響が生じ、悪性腫瘍の発生頻度も高くなることが懸念されていた。加えてバングラデシュにおいては医療スタッフの数が慢性的に不足しており、大多数の国民が利用できる公立病院等の医療サービスの水準が高いとは言えない上に、衛生状態も良くないことが認められる。これらに照らすと、原告子は帰国した場合に、早期に上記の手術を受けることができず、また適切な治療を受けることができない結果深刻な事態が生じていた可能性も高かったと言える。

平成26年9月、原告子は手術を受け成功した。しかしこの事実は本件各不許可判断の後に生じた事情である上、停留精巣の性質等に照らすと、同手術の後も定期的に経過観察を受けていく必要があることが推認され、かつ上記バングラデシュ医療事情等を鑑みると、帰国後に適切な診療を受けられるかについては疑念を抱かざるを得ない<sup>77</sup>。

以上を総合考慮すると、原告子には同情すべき境遇が認められ、自ら入管に出頭している上、本件各不許可判断当時日本での治療を必要とし、または人道的配慮を必要とする事情があったことも認められるから、その在留特別許可に関する判断にあたっては、これらの点が積極要素として考慮されるべきであった。そして入管局長による判断は、その基礎とする重要な事実を誤認があり、または事実に対する評価が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くことが明らかである<sup>78</sup>。

被告国は、外国人は日本の社会制度や医療水準を前提とした医療を受ける法的地位または利益を保障されておらず、低所得者でも十分な医療を受けることのできる体制を充実させる第一義的な責務を負うのは当該外国人の本国であるから、原告父子の疾病は、原告らの在留特別許可に関する判断にあたって格別斟酌すべき事情にあたらぬ旨を主張する。この点、確かに外国人一般について、日本の社会制度や医療水準を前提とした医療を受ける地位または利益が法的に保障されているわけではない。

しかしながら、外国人が日本滞在中に偶々難病とされる疾病等に罹患したことから日本

---

<sup>77</sup> また子の積極要素として、地裁は大要以下のように述べる。すなわち、原告子は、これまで一貫して日本で生活しており、保育園等に通ったことはないものの、近所の児童らとの交流を通じるなどして日本語を習得しつつあり、生活環境に適応していることが窺われる。そうすると帰国時に環境の変化によって、大きな心理的負担を受けることが予想される。他方で本件各不許可判断当時、原告子は4歳とまだ幼く、順応性を十分に有していたとも言える。しかし、原告父がバングラデシュに送還されることにつき特段の支障があると認められる以上、原告子の在留特別許可に関する判断にあたっては、原告父が同国に帰国するのを前提とすることができず、また児童条約各規定の趣旨に照らせば、原告子がそのような原告父から分離されないことが原告子にとっての最善の利益と考えられる。

<sup>78</sup> 原告母については、他の事案とほぼ同旨であるため割愛する。

での治療を開始し、それが奏功している一方、国籍国に帰国すれば十分な治療を受けられず重症化が見込まれるといった事情がある場合は、上記一般論とは別異に解する余地がある。現に入管の定めたガイドラインは、在留特別許可に関する判断における考慮事項の積極要素として難病治療その他人道的配慮を必要とするなど特別な事情の存在を挙げている<sup>79</sup>。そうすると、当該外国人について上記のような特別な事情がある場合には、人道的配慮の見地からこれを適切に勘案した上、ここの事案の事情に応じて特別な恩恵を与えるべきことは、わが国の責務であると言わねばならない<sup>80</sup>。

以上が、東京地裁の判決の要旨である。これに対し国は、以下のように主張して控訴する。すなわち、言判決における外国人の難病罹患者に対する処遇につき、国民の保護は第一義的には国籍国がその責任を負うものであり、国籍国に強制送還されることにより滞在国と同等の医療水準を享受できなくなるとしても、これは直ちに在留特別許可を認めない裁決の違法事由となるものではない。そして原告らの治療は、バングラデシュ公立病院でも治療は十分可能である。

以上に加え、被控訴人父の入国及び在留状況が悪質であること、東京入管に出頭し申告した事実を過大に評価すべきでないこと等を併せ考慮すると、被控訴人父に在留を許可しなかったことに、裁量権の逸脱濫用はなかった。

#### 第4目 高裁判決の要旨<sup>81</sup>

以上の控訴に対し、東京高裁は以下のように判示して原審の判断を覆した<sup>82</sup>。すなわち、まず被控訴人父についてであるが、一般に潰瘍性大腸炎に罹患した患者は寛解のため内科的治療を継続し、かつ適宜経過観察を受ける必要があることは原審における判断の通りである。そして被控訴人父は、平成17年12月に発症してから現在に至るまで、重症度において軽症であり、また病態が初回発作型であると診断され、投薬により日常生活を送ることができている。被控訴人父は平成20年4月に約1ヶ月の入院をしたことがあるものの、その後は入院加療を要する状態になったことはない<sup>83</sup>。

そうすると被控訴人父は、今後も日本同様の通院治療を継続できるのであれば、健常人と同じ生活を送っていくことが可能である。そしてバングラデシュの衛生状態や薬剤の入手状況、金銭的負担等を勘案しても、バングラデシュにおけるその治療の継続はなお可能である。被控訴人父は、バングラデシュにおいてもその重症化を早期に発見するための診察や、

---

<sup>79</sup> 地裁はこれに加えて、社会権規約も理由に付しているが、国際法に関する論点は、本稿では割愛する。

<sup>80</sup> また自主出頭についても、「違反調査において虚偽の事項を告げたのは原告父のみである上、原告らが本件申告をしていなかったならば、その不正な在留が今後も継続していたであろうことが明らかであるから、本件出頭申告が遅きに失したとはいえ、原告らの不正な在留がこれ以上長期化することを防いだという点において、ある程度は積極要素として考慮されるべきである」と、積極要素として評価された。

<sup>81</sup> 東京高判平成28年1月20日 WestlawJapan 文献番号 2016WLJPCA1209005。

<sup>82</sup> なおここでは、送還後の支障について、被控訴人父・子についてのみ要旨を述べる。

<sup>83</sup> また当該入院も、潰瘍性大腸炎の悪化によるものではなく、029の感染によるものと推認できる。そして被控訴人父は、平成24年6月以降、内視鏡検査を受けていない。

万が一重症化した場合の寛解導入のための適切な医療を受けられる蓋然性があると認められる。以上を総合考慮すると、被控訴人父が潰瘍性大腸炎に罹患しその治療を要すとしても、日本でのそれが必要とは認められず、この点について同国に送還することに支障はない。

ついで、被控訴人子についてである。被控訴人の入国・在留の状況については、本人に責めに帰すべき事由はなく、その境遇には同情すべきである。しかも被控訴人子は親である父母とともに本件出頭申告をし、不法残留の長期化の防止をしている。以上は、被控訴人子の在留特別許可に関する判断にあたり積極要素として考慮されるべきである。

他方、送還に関する支障についてであるが、被控訴人子は本件裁決当時は停留精巣に罹患し、手術の必要性が高かった。しかしながら、バングラデシュにおいてもその手術を受けることは可能であった。そして同国における手術の費用は、平均的な世帯ごとの収入額に比して相当高額であるものの、被控訴人父が少なくとも平成 24 年 11 月ごろまで稼働して相当額の収入を得ていたことに照らすと、本件各裁決時にそれを受けることは可能であったと推認できる。また、手術後の診療もバングラデシュにおいて可能である<sup>84</sup>。

以上を総合考慮すれば、被控訴人子は、その境遇に同情すべき点があり自主出頭を積極要素として考慮するとしても、日本において停留清掃の手術及びその後の経過観察を受ける必要があったとは言えない。そのため在留特別許可を付与しないとする判断に、裁量権の逸脱濫用は認められない<sup>85</sup>。

なお補足として。外国人は日本の社会制度や医療水準を前提とした医療を受ける法的地位または利益を保障されておらず、低所得者でも十分な医療を受けることのできる体制を充実させる第一義的な責務を負うのは当該外国人の本国である。

また、自主出頭申告が自発的なものであると評価できるとしても、被控訴人父は違反調査時に入管に対して真正な身分事項を告げておらず、その結果違反容疑なしの処分を受け、その後も約 2 年 10 ヶ月の間、不正な在留を継続していたことから、本件出頭申告は遅きに失したものであり、積極要素として考慮できる程度は大きくない。

## 第 8 項 知的障害やてんかんが積極要素として勘案されなかった事案

### 第 1 目 抽出要素

本稿では、当該判決から、“違反行為に対する責任の有無の勘案”、“裁判官により微妙に

---

<sup>84</sup> 疾病以外の帰国の支障についても、以下のように判断する。すなわち、被控訴人子はこれまで一貫して日本で生活してきており、日本に馴染むなどしているとしても、不許可判断当時は 4 歳とまだ幼く、環境の変化に対する順応性を十字文に有していると推認されるから、両親とともに帰国して、時間が経過するにつれて同国の生活環境に慣れ親しむことは十分に可能といえることができる。そして被控訴人父母が送還されることにつき、特段の支障がないものと認められる以上、被控訴人子もバングラデシュに送還することで親子関係の断絶が生じないように考慮することも不要となる。したがって被控訴人子は、本件各不許可判断当時も現時点も、バングラデシュに送還されることにつき特段の支障はない。

<sup>85</sup> なお、被控訴人母に関する母の判決要旨については割愛する。



異なる判断枠組み、考慮要素への重み付けと評価”、“本国における、生物たる人間としての生存の十分な可能性”といった要素を抽出する。

## 第2目 事案<sup>86</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、フィリピン出生でフィリピン国籍の父母の間に生まれた、フィリピン国籍で日本生育の原告長男（X1、裁決当時14歳）と原告長女（X2、裁決当時6歳）らが、入管法上の退去強制に該当する者とされ、その後の行政手続きにおいて異議申出に理由がない旨の裁決等を受け退令発付処分を受けた。これに対し原告らが、本件において在留特別許可を行わないとする入管局長の判断が裁量権の逸脱濫用にあたる違法なものであるとして、本件各裁決および退令処分の取り消しを求めたが、地裁は在留を認めなかった。

## 第3目 地裁判決の要旨

東京地裁は、入管の裁量を広範に認めた上で、原告長男および長女に対し以下のように判断を下し、本件処分を適法とした。すなわち、まず原告長男についてであるが、同人は平成8年に不法残留中の両親の下、日本で出生し、平成9年に生後約6ヶ月で出国、フィリピンに居住する父の親族のもとに身を寄せ養育された。その後平成12年と14年と15年に、自分を別人Fとする偽造旅券を所持して日本に入国し、これを行って在留資格を短期滞在、在留期間を90日とする上陸許可を受けた。そしてその期間内に日本から出国した。

そして平成16年に同様の上陸許可を受け、外登法に基づく登録を行い、資格を家族滞在、期間を3年とする変更許可を受けた。そして平成16年と17年と18年に出国と再入国を行い、19年に在留期間を3年とする更新許可を受けた。そして平成19年に父のみが自主出頭により父が出国命令を受け、父母とともに出国ののち、単身入国した母が虚偽事実記載の書類を使用して家族滞在の資格を取得し、原告らは父とともに再入国を行なった。原告長男は平成20年に出国と再入国を行い、フィリピンと日本の往来を行っていた。

そして平成20年末に、入管法違反が発覚して父母らの在留資格が取り消され、21年には本件各裁決と退令処分が下される。取消訴訟の提起において、原告らは、自身については入管法違反に落ち度がないこと、日本への定着性、長男の知的障害とてんかん、言語的問題、憲法違反等を主張する。

しかし原告長男の知的障害は軽度の精神遅滞に分類され、言語の理解と使用領域の発達は遅く、学習に困難が見られるものの、タガログ語や日本語による会話、平仮名の読み書き、簡単な漢字を書くことができ、単独で抗痙攣剤の服薬管理や登下校、学校行事への参加も行うことができている。そしてフィリピンにおいても、知的障害者やてんかん患者向けの教育機関や支援が存在しており、帰国後も十分に教育等を享受することは可能と言える<sup>87</sup>。

<sup>86</sup> 東京地判平成24年11月15日 Westlaw Japan 文献番号 2012WLJPCA11158004。

<sup>87</sup> またその他の支障についても、「原告らの本国であるフィリピンには、父母のほか親族が多数居住し、稼働や健康状態に問題はない。また父母は本国に不動産を所有しているほか、母がレストランを所有し、そ

そして原告長男の在留状況は、虚偽の身分事項により合計 11 回にわたる出入国手続き、および 3 回にわたる在留資格取得を行う間のもので、かかる状況は客観的に見てわが国入管秩序を甚だしく混乱させたというべきである。そのため、入管法違反行為につき長男に責任があるとは言えないことを斟酌しても、かかる事情が在留特別許可の判断にあたり、重要な消極要素として考慮されることはやむを得ないというべきである。

入管法違反に原告らの落ち度がないとする主張については、確かに、年齢や知的障害等を鑑みれば、違反行為に責任があるということではできないものである。しかし、在留特別許可の判断は、当該外国人に特別に在留を許可すべき事情があると認められるか否かという見地からなされるものである。そして、当該外国人の出入国・在留状況が入管秩序を混乱させたという客観的事実は、責任がないとしても、なお消極要素となるということが出来る。もっとも、上記客観的事実があり、なおかつ責任を認められる場合と比較すると、責任がない場合にはその消極性の程度は相対的に低いものになると解される。だが、原告長男は虚偽の身分事項により手続きを繰り返し、客観的に見てわが国の入管秩序を甚だしく混乱させたものである。そして、その帰国にあたり特段の支障も認められないことから、以上の事情を勘案してなされた、在留を特別に認めないとする入管局長の判断は適法なものである。

原告長女は、平成 16 年に日本で出生し、在留資格を家族滞在、在留期間を 3 年とする資格の取得許可を受けた。そしてその後の経緯は、原告長男と同様である。長女も、家族内でのタガログ語の使用により同言語を使用可能で、またフィリピン文化にも親しんでいる。そして帰国後の周囲の支援の環境や在留状況も、原告長男における認定と同様である。

原告長女の在留状況については、不法残留を除いた入管法違反行為がないことを考慮しても、その在留状況が客観的に見てわが国入管秩序を著しく混乱させたということが出来る。入管法違反行為につき、原告長女に責任があるとは言えないことを斟酌しても、在留特別許可の判断にあたり消極要素として考慮されることはやむを得ない。以上の事情を勘案してなされた、在留を特別に認めないとする入管局長の判断は適法なものである。

#### 第 4 目 小括

本件においては、行為の態様の客観的悪質性から、これが「入管秩序を甚だしく混乱」させるため「重要な消極要素」（原告長男）として勘案され、あるいは「入管秩序を著しく混乱」させるため単なる「消極要素」（原告長女）として勘案され、地裁においては用語の使い分けがなされているが、結論にさしたる影響が及んでいるとは見受けられない。また、違反行為と責任との関わりについては、前者後者をそれぞれ単独で消極要素として評価し、重み付けを行うという枠組みが判断に際し用いられており、かかる判断は本章でこれまでみてきた他の判決と比して異彩を放つ。ここに、裁判官ごとに異なる理由づけの重みや評価の

---

の弟夫妻がこれを経営している。原告長男は、家族内でのタガログ語の使用により同言語を使用可能で、またフィリピン文化にも親しんでいる」と判断される。

分かれ方、という一つの問題が看取される。また原告長男については、フィリピンへの帰国を度々行なっており、また長女は比較的年齢が低いいためか、定着性判断（加えて、人格の可塑性や順応性に関する判断）が希薄で、当該考慮要素に大した重みづけがなされていないことも看取される。

#### 第4款 国家の責任配分をめぐる判断(人格としての生存)

ここでは、特に人格としての生存に関する要素を抽出しやすい事例を概観する。といっても、これまでみてきた諸判決においても、人格としての生存の問題は扱われ、かつその判断と理由づけにも厚みをもたせて行われたものが多々みられた。以下で概観する諸判決は、これまでの判決と重複する部分があり、かつ帰責性や生物としての生存といった要素が前面に出てこない判決となる。そしてかかる判決は枚挙にいとまがないものの、ここでは差し当たり、「判決理由マイナス帰責性マイナス難病等の生物としての生存」という形で整理しやすい10年以上にわたる滞在に対し在留特別許可を認めなかった事案、およびこれに対する判決を概観することとする。

##### 第1目 抽出要素

本件事案から本稿は、“長期の滞在が違法行為の継続という消極要素か、それとも定着性という積極要素かという価値判断の対立”、“個人の人格的生存に関する責任配分にあたり、その負担をどの国が負うかという責任配分の判断”という要素を抽出する。

##### 第2目 事案<sup>88</sup>

事実の概要は以下の通りである。すなわち、韓国において出生した韓国籍の父母および日本で出生した韓国籍の子らに対し、不法残留に該当すること等を理由に退去強制該当の判定および異議申出に理由がない旨の裁決と退去強制処分がなされた。これに対し、原告らが本件各裁決における裁量権の逸脱濫用の違法を主張し、取消訴訟を提起したのが本件事案である。

これに対し東京地裁は、入管の裁量を広範に認めた上で、原告父母および原告子らについてそれぞれ以下のように判示し、請求を棄却した。すなわち、原告父は平成元年8月、東京入管から在留期間を6月とする上陸許可を受け、国内の日本語学校に入学し、就学に資格を変更等行い在留する。そして平成3年に上記学校を卒業し出国する。その後原告父は、在留中にアルバイトを行っていた飯田技研で働くため、平成3年8月から平成6年3月までの間、在留資格を短期滞在とする上陸許可を受けて入国し、期間内に韓国へ帰国する方法で、計44回にわたり出入国を繰り返し、その各在留中に飯田技研で働いた。

その後、原告父母は平成7年に婚姻し、夫婦で共に日本国内で生活することを決め、平成7年5月に大阪入管で在留資格を短期滞在、期間を15日とする上陸許可を受け入国したが、

---

<sup>88</sup> 東京地判平成21年3月27日 WestlawJapan 文献番号 2009WLJPCA03278059。

以後、期間の更新許可または資格変更許可を受けることなく在留を継続した。

原告父は平成 17 年頃から、運転免許を受けていないにもかかわらず自動車を運転していた。そして原告父母は平成 20 年 2 月に、原告父の運転する自動車に乗車中、警察官から職務質問を受け、不法残留の現行犯として逮捕された。そして一連の手続きにより、同年 4 月に退令処分を受け、翌月に訴訟を提起したものである。

原告父は就学の在留資格を得ていた頃から不法就労を繰り返し、本件逮捕に至るまで 12 年以上という極めて長期にわたる不法残留を続けている。そして、退去強制に至る契機も本件逮捕であり、自ら進んで不法残留の事実を申告したものではない。本件逮捕がなければ、さらに相当の期間にわたり上記態様の不法残留および不法就労を継続したものと推認される。加えて、原告父は外国人登録法上の違反も認められ、その在留状況は、入管行政の秩序を害するものである。また認定事実によれば、原告父は、約 3 年にわたり自動車の無免許運転を日常的に繰り返しており、その規範意識の欠如は顕著であって、これを在留特別許可の付与に消極的の要素として評価してもやむを得ないものである。また韓国での稼働歴や親族との交流の維持、および家族の資産の保有による援助も期待できると推認され、送還によって特に困難な生活状況に置かれるとは考え難い。

原告母は、当初より日本国内で生活する目的を持って、観光旅行を装い入国し、12 年以上という極めて長期にわたり不法残留を続けていた。そして、退去強制に至る契機も本件逮捕であり、自ら進んで不法残留の事実を申告したものではない。本件逮捕がなければ、さらに相当の期間にわたり上記態様の不法残留を継続したものと推認される。加えて、原告母は外国人登録法上の違反も認められ、その在留状況は、入管行政の秩序を害するものである。また韓国での稼働歴や親族との交流の維持、および家族の資産の保有による援助も期待できると推認され、送還によって特に困難な生活状況に置かれるとは考え難い。

したがって、仮に原告父が入管法違反および無免許運転以外に法令違反の行為をしたことがなく、また原告母が退去強制手続きの原因となった入管法違反以外に法令違反の行為がなく、いずれも長期間平穩に在留してきたものであり、退去強制によってこれまで形成してきた生活の基盤が失われるなどの不利益を被るとしても、それら事情をことさらに積極的な要素として考慮すべきとは言えず、むしろ外国人の不法残留が長期間にわたるといふ事実は、その違反行為が長期間に及んでいたことを意味するものであって、消極要素として考慮されうる。以上を踏まえ、原告父母にかかる諸事情を総合考慮すれば、東京入国管理局長による在留特別許可を付与しない判断に、裁量権の逸脱濫用があったとはいえない。

ついで、原告子らについてである。原告子らは、本件各裁決時それぞれ小学校 6 年生と小学校 2 年生に在籍し、学校の友人と交流を深めていた。原告父母は夫婦間の会話の 3 割程度は韓国語で行うなどして、子らは挨拶程度の韓国語会話を交わすことは可能で、簡単な韓国語は理解できる。そして健康状態に特段問題はない。

原告子らの本件各裁決当時の年齢は、それぞれ 11 歳と 7 歳といういずれも幼少であり、

可塑性に富む年代であって、原告子らに特段の健康上の問題は認められないこと、幼少時から韓国語に接する機会の多い環境で生育していること、父母が韓国で生育し稼働しておりまた親類も韓国にいることなどを考慮すれば、原告子らが韓国の言語や生活習慣等に習熟した父母と共に帰国して、親族との交流を深めつつ本国で生活することにより、韓国の言語や文化に順応することは十分に可能であると言える。早期に本国での生活の基盤を確立し、父母の監護養育および国籍国の保護の下で安定した生活を営むことが、原告子らの利益・福祉にかなうものである。よって、原告子らに対し父母とともに送還させ、在留を特別に認めないとする入管の判断に、裁量権の逸脱濫用は認められない。

#### 第4目 小括

原告らは、原告長男の嘔吐等を基に体調の不良と送還の支障を主張したものの、地裁によって否定され退去強制の判断が維持された。また原告子らに対する判断に際しては、その帰責性などは特段考慮されず、人格の可塑性や母国における物質的な生存の可能性に比重を置いた判断が下されることとなる。そして人格の可塑性に関する検討ないし理由の提示は、他の判決と比して薄いものとなっている。他方、原告父の判断に際しては、道交法違反に対する責任が問われているものの、違反が特になく原告母においても判断の構造と結論は大差ないものとなっており、父母両名に同一の結論を出すためか、地裁がこの点を特段強調・重視し説明する描写はみられない。

#### 第2節 わが国における行政裁量統制理論

以上、冒頭で提示した“長期にわたる非正規滞在”をめぐる葛藤をみせる、わが国における諸判決を概観してきた。

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し曖昧さを指摘した。すなわち、外国人の入管法の定め反した長期滞在を、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<sup>89</sup>。

周知の通り、退去強制・在特に関する法務大臣の権限行使には従来、判例・実務上の広範な裁量が認められてきた<sup>90</sup>。他方、近時では行政裁量統制理論の深化と裁判所によるその漸

---

<sup>89</sup> 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 巻 3 号 59 頁。長期の不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っ向から対立する。

<sup>90</sup> 一例として、元入管局長が著した島山学『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。

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<sup>91</sup>。

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<sup>92</sup>。(論者によって整理・区分にばらつきが見られるが一応の整理として見ると)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行われる(あるいは社会観念審査と比例原則審査が結合しているような判決がみられる)。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(あるいは比例原則)と過程審査の混同・接近・接合が指摘される<sup>93</sup>。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<sup>94</sup>。

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一応、以上の裁量統制理論に照らして、整理し理解することができる<sup>95</sup>。また、在特の判断基準に関する入管作成の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し説明することができる<sup>96</sup>。

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、それとも違法状態の継続として扱うかという、裁判所等による法的評価の両義性の問題の一端も、ここにあると解される。すなわち一方には、定着性を有する非正規滞在者の生活基盤破壊と生の構想への打撃の過酷さ(およびその生活実態の国民への近似)という要素がある。他方には、入管法等違反行為の継続という消極要素がある。これらをどのように位置付けて、どちらにどれだけ重みを与えて、衡量するのかが、公務員の価値判断により異なること、それが1つの問題となるのである(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)。

---

<sup>91</sup> 裁量基準とその規律については、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。

<sup>92</sup> ただし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

<sup>93</sup> 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、山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1933号11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。

<sup>94</sup> 榊原・同上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・同上151頁などを参照。

<sup>95</sup> 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、亘理格「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。

<sup>96</sup> あるいは、接合された実体審査における、比例原則の中の具体化された協議の比例性審査と位置付けることもできる。そしてこのとき、利益の衡量は、精緻化された理由の衡量ともなる。

過程審査における裁判官の価値判断介入問題一般への対処として、判断要素の重み付けや評価が、憲法的価値・憲法的秩序の維持・憲法上の権利の尊重を踏まえて行われ、判断理由を拘束することを要請する主張がしばしばなされる<sup>97</sup>。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って恣意的になされはならず、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というのである。

それでは問題を、裁量統制論一般から入管法上の在特における裁量行使に戻したとき、退去強制・在特と憲法上の価値や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、憲法上の国民概念や、国民の自律といった事項に関する理解が、前提として求められる。かかる基礎が整えられることで、入管法上の在特をめぐる、正当な理由に基づいた議論が成立しうる。

そこで本節冒頭で挙げた問題を考えるために、次節では、憲法上の国民概念や退去強制を念頭に、憲法上の議論を概観する。

### 第3節 権利を基調とする憲法学の議論

前節末尾で挙げた論点に関する、入管法制の一般的な比較法的理解、およびわが国諸裁判例から読み取れる思考様式は以下の通りである。

すなわち、わが国入管法の母国法であるアメリカ移民法およびアメリカ憲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）に広範な裁量が認められることになる。そしてその裏返しとして、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て、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）<sup>98</sup>。

<sup>97</sup> 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・前掲注93、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・前掲注93、12-16頁、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号101頁、亘理格「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。

<sup>98</sup> アメリカ憲法・移民法の生成と議論・判例については特に、T. Alexander Aleinikoff, *SEMPRANCE 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。

アメリカ判例法同様に、我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。わが国の行政法学者、亘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権の裁判上の根拠として、以下の5点が挙げられてきたという<sup>99</sup>。

- 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。
- ②憲法上も、我が国に入国する権利や引き続き在留する権利が、外国人に対して認められていると解し得ない。
- 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（政治とりわけ外交という領域的特質：括弧内は筆者注）。
- 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。
- ⑤在留特別許可が原則として、退去強制されるべきものに対する措置である。

以上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、非成員たる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。しかし憲法は、その概念の内包について、網羅的に明示するものではない。そして国民概念の形式の確定は、憲法10条の委任を受けた国籍法によって、行われるべきことと規定されている。

それでは、憲法10条の委任を受けた国籍法上の国籍という形式、これに論理先行する国民概念には、いかなる要素が内包されていると解されるのか。ここでは、判例法理に現れた傾注すべき一要素に目を向ける。この一要素を披瀝したのが、外国人の地方公務員管理職昇進に関する最高裁判例<sup>100</sup>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、も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、次のように会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かわりを有するものである。それゆえ、国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

<sup>99</sup> 亘理・前掲注91、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・前掲注93、145頁も参照。

<sup>100</sup> 最判平成17年1月26日民集59巻1号128頁。



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うべきである」(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、国民主権原理に基づく統治者であり、憲法が想定する国民概念の中に、権利享有主体という側面だけでなく、「統治への責任」という要素をも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、裁判中でなされている。

またこれとはやや視点を異にして、国民と国家の関係を、国家が負う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・学説において広くみられる、国家の責任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、および行政側によってよく引かれる宮沢俊義の国民観である。(また、責任対象としての国民という見方は、本章第1節でみてきた在特関連諸裁判例においても広くみられるものでもあるが)以下では、それぞれ順に引用する。

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もの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凶り生活圏(社会権)の補償をなすことは先ずはその者が属する国の責任であっ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いて……我が国が憲法上、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、日本国民であって外国人ではなく、外国人に対しては条約の締結等の事由があっ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」<sup>101</sup>(下線は筆者)として、障害福祉年金の給付を否定した。

そしてこの判決の基礎を支える考えを端的に表すのが、宮沢俊義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、教育を受ける権利や、勤労の権利は、基本的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」<sup>102</sup>(下線は筆者)。

それでは、以上の権利プラス責任の思考を取る判例に対し、憲法学説は、国民および国家

<sup>101</sup> 大阪高判昭和59年12月19日判タ544号95頁。

<sup>102</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ [新装版]』(有斐閣、1974年)241頁。

それぞれの責任という要素に傾注した研究を行ってきただろうか。

管見の限り、従来の憲法学においても国家および国民の責任につき注目されることは少ないように思われる。むしろ本稿の主題は憲法学においては、「外国人の人権」というパッケージで語られてきたものである。

まず一般的な憲法学の議論においては、外国人の人権享有主体性をめぐり、否定説（消極説）と肯定説（積極説）の対立から論じられる。各説の概要を素描すると以下の通りである。

否定説は、憲法第3章「国民の権利及び義務」が権利を保障する主体は国民であり、外国人はこれに含まれないとする立場である（憲法中に用いられる「何人も」という語は、「日本国民について何人も」と解釈される）。ただしこの説も、憲法がある事項については、国民に認める地位を外国人に対して与えることを政治道徳上妥当とする場合が少なくないことを認め、立法政策として外国人をできる限り国民に準じて取り扱うことが憲法の精神に適合し望ましい、ともする<sup>103</sup>。

他方の外国人の人権享有主体性を認める肯定説の中には、さらに、「人権規定のうち、『何人も』という文言が用いられている条項は外国人にも適用されるが、『国民』という文言が用いられている条項は、日本国民にのみ適用される」<sup>104</sup>とする文言説と、「権利の性質によって外国人に適用されるものと、そうでないものとを区別し、できるかぎり（その範囲・程度については争いがあるが）人権の保障を外国人にも及ぼすべき」<sup>105</sup>とする性質説の別がある。多くの教科書では、性質説がマクリーン以降の通説・判例とされる<sup>106</sup>。

そしてここから、それではいかなる外国人にどれだけの権利を認めるのか、という方向に議論がシフトする<sup>107</sup>。

外国人の態様としては、入管法の区分をもとに定住外国人、（広義の）難民、一般外国人とする区分がよく用いられてきた。だが状況の変化に照らし、永住市民、居住市民、非正規滞在者とする区分<sup>108</sup>（あるいは永住市民、その他の正規滞在者、非正規滞在者とする区分<sup>109</sup>）も論者によっては用いられる。そしてこれら区分に応じて、権利保障の状況を議論し分析していく流れとなる。

---

<sup>103</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）121-122頁。

なお近時の国民説の動向を語る研究として、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頁を参照。また国民説に立脚し、性質説の議論の正当性を批判する研究として、加藤隆之「外国人の人権共有に関する『国民説』の再評価」法学新報 120巻 1・2号 57頁も参照。

<sup>104</sup> 芦部・同上 125頁。

<sup>105</sup> 同上 126頁。

<sup>106</sup> 同上 126頁。ただし性質説にも理論の不完全さが認められる。例えば性質説を採用する柳井健一「外国人の人権論」愛敬浩二編『人権の主体』（法律文化社、2010年）からは、自然権的発想および国際協調に立脚する同説の理論的基礎の弱さも指摘される。

<sup>107</sup> 日比野勤「外国人の人権(1)」法学教室 210号 36頁。

<sup>108</sup> 近藤敦「人権・市民権・国籍」駒井洋監修・近藤敦編著『外国人の法的地位と人権擁護』（明石書店、2002年）27頁。

<sup>109</sup> 近藤敦『移民の人権』（明石書店、2021年）19頁。

外国人への保障が制限される権利の類別としては、市民的権利、政治的権利、経済的権利、社会的権利、文化的権利といった区分により整理・分析されることがある<sup>110</sup>。そしてそこに含まれる権利ごとに、その保障の可否と程度を論究することになる。

以上の区分に照らしたとき、本稿の検討対象と関わるのは、上述の区分に照らせば、「非正規滞在者」の「在留」の権利（ないし自由）に関する議論となる。それでは学術上の区分の話から次に、本稿の扱うジャンルと関わる主要先行研究についてみていこう。

まず議論の前提として、そもそも外国人に“人権”が保障されるのか。それとも外国人に保障される“人権”は、在留法制度という法律の枠内で与えられたものに過ぎないのか。かかる問いを提示したのが、よく知られた安念潤司の論考『『外国人の人権』再考』である。

安念の整理するところ、マクリーン事件最高裁判決の展開した一般論は、次の通りだという（ここでは、安念による整理を筆者が簡略化して記述する）。

- (1)憲法第3章の保障する基本的人権の保障は、性質が許す限り、在留する外国人にも及ぶ。
- (2)政治活動の自由も、外国人の地位に相応しくないものでない限り、外国人に保障される。
- (3)外国人には憲法上、日本に入国し、在留し、または引き続き在留する権利を認められていない<sup>111</sup>。
- (4)以上を前提に、外国人の享有する人権は、外国人在留制度の枠内で与えられているに過ぎない。よって、外国人の享有する人権は、在留の許否を決する国の裁量を拘束する作用をもたない。ゆえに、在留期間中の人権の保障を受ける行為を、期間更新時の消極的事実として斟酌することも許容される。

また、在留法制度の規定する在留資格によって、精神的自由も経済的自由も含め、外国人の行いうる活動範囲が規定される。よって在留資格制度は、外国人の人権保障という要請に配慮するものではない。資格等の決定は、かえって、立法者が自由な裁量によって行いうるという前提に立って構成される。無論、純粋な憲法論としては、フリーハンドの立法裁量は不可とされる。在留外国人にも一定程度の人権享有を認めるものでなければ違憲となると考えることは可能である。しかしこの考え方では、セグメント化された活動の自由しか認めない現行法制は憲法の要請をパスしない。なお、現行法制の間隙に人権を充填するという構成は可能だが、在留資格制度が外国人の人権に配慮した制度でない以上、人権の充填は現行法制の間隙を埋めるに止まらず、制度それ自体を破壊せざるを得ない<sup>112</sup>。

---

<sup>110</sup> 以上の整理については、近藤・同上を参照した。

<sup>111</sup> その根拠は、憲法21条の保障が日本国内におけるそれを規定するにとどまり、外国人の入国につき何も規定しておらず、また国際慣習法上も外国人の受け入れは当該国の自由裁量に委ねられていることに求められる。

<sup>112</sup> 安念潤司『『外国人の人権』再考』165頁。

以上が、「本邦に在留する外国人にどこまで人権が保障されるのか、という問題の立て方自体、甚だミスリーディングではないか」との疑義を呈す、いわゆる“安念潤司のパラドクス”である。

上述の安念論文の後に執筆された日比野勤の論考、「外国人の人権(1)―(3)」は、多数の判例を詳細に分析し、マクリーン前後で判例の思考様式が変化したものと整理する。すなわち、マクリーン以前に採用されていた「基本的人権優位説」は、出入国システムも基本的人権の射程に含まれ、基本的人権は外国人を含め全ての人間に保障されるが、権利の性質上外国人には日本国民と異なる制約が課せられる、というものである。この立場においては、外国人に保障される基本的人権には入国・在留・出国の自由も含まれるが、外国人であるがゆえにこれらの自由は諸種の制約を受ける、と考えられる。

他方、マクリーン以降の最高裁は、「出入国システム優位説」の思考枠組みを採用しており、この立場においては出入国システムと基本的人権は異なる次元の存在とされ、入国・在留・出国など出入国に関わる事項が基本的人権の射程から外されることになるという。この立場においては、在留外国人の基本的人権は、出入国システムの枠内で保障されると考えられることになる。

いずれの説を採用しても、出国の自由が肯定され、入国の自由が否定される点は共通する。だが、その理由づけは異なる。そして、出入国にかかる当局の裁量的判断が、基本的人権によって制約されるかどうかという点で、両説の差が生じる<sup>113</sup>。以上が、日比野が提示した整理である。

これらにおける人権観に対しては、まずそもそも議論されているのは自然法上の性質から導かれる“人権”を、憲法第3章における実定法上の基本権と同視して議論できるのか（あるいはまた、そもそもどこへでも行きたいところへ行き、留まる自由が人権として存在するのか、するとしたらどの程度か）を論じておくことが、議論の前提において重要ではあるだろう。だが本稿の主たる検討対象は、先述のとおり“権利”の議論ではなく、“責任”の議論である。そこでこの点については措き、憲法学における先行研究に話を戻す。

「非正規滞在者」の「在留」権の議論に関してはまず、外国人に「入国の自由がない以上、在留の権利もまた、外国人には憲法上保障されているとはいいがたい」<sup>114</sup>というのが一般的な思考法であろう。しかし、入管法上の在留資格を喪失する（あるいはそもそも正規の資格を有していない）外国人が退去強制により生活基盤が失われる過酷さなどを鑑み、何らかの形で引き続き在留する権利を保障しようとする議論もある。例えば門田孝は過去に、かかる

---

<sup>113</sup> 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室 217号 44頁。

<sup>114</sup> 芦部・前掲注 103、139頁。ただし芦部も、「もっとも、正規の手続きで入国を許可された者は、その在留資格をみだりに奪われないことを保障されていると解されるので、その限度での在留権なるものは、認められると言ってよい。このことはいわゆる定住外国人については、一段と強い程度で妥当しよう」という留保は付す。

見地から退去強制対象である非正規滞在者への在留特別許可を、「居住権」という見地から議論している。以下では、非正規滞在者に対する居住ないし在留の権利に関する議論を分析するのに最適な、門田の論考「在留権」を概観する。

まず門田は、論者によって概念がまちまちな「居住権」概念を、「生活の本拠たる定住の住所ないし一時的な滞在地たる居所を定める権利」と暫定的に定義する。そしてこの権利が非正規滞在者にも保障される根拠として、以下のように論じる（下記は、門田の論証を本稿が整理したものである）。

（い）憲法 22 条 1 項の保障する居住移転の自由は、あらゆる自由の基礎であり重要な権利である。

（ろ）「居住権」もこの居住移転の自由とほぼ同義ないし密接な関連を持つ。

（は）かかる権利の性格からしても、その享有主体から外国人が排除されるという結論は当然には生じてこない。

（に）非正規滞在者も日本滞在が長期におよび生活基盤が形成されている事情下では、そうした現在の生活の本拠地に居住し続けることを現在の生活の本拠地に居住し続けることを、一個の「権利」として理解することもまた、理由のないことではない。

そして門田は、前出の「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」の別を挙げて、論点としてこれが存在することを前提とした上で、「もし何らかのかたちで『在留権』なるものを語り得るとするなら、それは、法務大臣の裁量が基本的人権保障のために制限され得ることを認めることにより、換言すれば、人権の論理により在留制度をコントロールする可能性を認めることにより、初めて可能となるであろう。さきにみた、『在留資格をみだりに奪われない権利』あるいは『引き続き日本に在留する権利』としての在留権の観念も、こうした文脈で理解することができる」と小括する。

他方で、以上のような人権による裁量統制の議論を理解しつつも、「在留権を貫徹しようとするならば……現行の在留制度そのものを否定することにつながるであろう。翻って考えるなら、そもそも現行の在留制度を前提に、どれだけ外国人の人権保障を実あるものとして観念できるのかが、より根本的な問題として提示されることになるであろうが、それは別にしても、『外国人の在留権』を一般的に認めることは、主権国家の枠組みとの関係で、困難な問題をはらむものであることは確かであろう」<sup>115</sup>と、安念の提示した難問に苦慮も示す<sup>116</sup>。

---

<sup>115</sup> 門田・前掲注 1、59-68 頁。

<sup>116</sup> この難問に対し、近藤敦は「将来の国民」規定を媒介として、非正規滞在者といえどもその在留期間の長さに応じて権利に対する制約の範囲が小さくなり、現在の国民に近いかたちで権利が保障されることの説明を導くことを可能にする、と論じる。だが、憲法上の国民概念の内包を十分明らかにしないまま、何をもって「現在の国民」に近づくのかの論証が不十分である。また享有主体性に関する「立憲性質説」という独自説も、その根拠づけが十分でない。例えば、参政権の享有主体の範囲確定は、民主制の基礎をなす重要問題である。憲法 22 条の規定する国籍離脱の自由は日本国民に限定される。また諸外国の外国

かかる在留権をめぐる難問の迂回路として、近時は、国際条約上の権利<sup>117</sup>および家族の権利（憲法 24 条）が、裁量統制の観点から注目されている。すなわち、エホバの証人剣道不受講事件のように人権が問題となる事案においては、裁判所による裁量統制密度が高まるというのが行政法学の一般理論であり、同様のことを論じようとして在特裁判中に条約上の権利を主張する傾向がしばしばみられる（なお、本稿の主眼は国際法ではないため、これに関する検討は行わない<sup>118</sup>）。

以上みてきた従来の一般的な憲法学上の研究は、外国人の「権利」に関する検討を中心問題とし、そこでは外国人に在留の権利が当初から存在するや否やを、主権との関わりで論じるものだった。

しかしながら、以上の研究の流れにおいては、国民国家の権限にして裁量の広範さの根拠でもある、主権についての論究が十分とは言い難い。すなわち、容易には解き難い在留権をめぐる問題の一角をなす主権について言及を避け、あるいはその研究を十分にしないままにその権能を矮小化しようとする傾向がしばしばみられる。その結果、主権を有する国家の行使する国境管理権がいかなる性質のものであるのかを、十分に検討していない。また、“外国人”の権利を論じる上で所与とされる“国民”概念についても、規範的な探究が不十分である。そして“権利”に重きを置いた議論の傾向から、前述した主権国家と国民の“責任”についても、研究が十分になされない。

かねてアメリカ憲法学者のリンダ・ボズニアック（Linda Bosniak）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、その研究の中で同概念の内包の整理の試みについて、以下のように紹介した。その説くところ、多義的に用いられる同概念は、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、分析的に考察するうえで有用との位置付けを与えた<sup>119</sup>。

---

人住民を引き合いに出す議論は誤謬論である。以上については、近藤・前掲注 108、18-32 頁を参照。

<sup>117</sup> 先行研究においてしばしば主張されあるいは検討されたものとして、例えば世界人権宣言 12 条（私生活および家族に対する干渉からの防御）、13 条（恣意的な追放の禁止）、自由権規約 13 条（恣意的追放の禁止）、17 条（私生活および家族に対する干渉からの防御）、23 条（家族の結合）、児童の権利に関する条約 3 条（児童の最善の利益）、9 条（意に反する分離の禁止）、10 条（家族の再統合）などがある。特に、子どもの利益を中心に、親子分離などに際して家族関係を維持する利益を強調する主張が多くみられる。また、マククリーンが提示した主権による退去の権能が「国際慣習法」であることから、ノンルフールマン原則、恣意的な収容禁止、差別禁止などを挙げるものもある。また国際条約と退去強制の解釈をめぐる問題については、荒牧重人「国際人権条約からみた「退去強制」問題」法学論集 49 卷 11 頁が詳しい。

<sup>118</sup> かかる動向に対する憲法学からの悲観的な評価として、門田・前掲注 89、51 頁も参照。

<sup>119</sup> Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, *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

ボズニアックの分類を参酌すると、次のようにいえる。従来のわ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1つの側面に重心が置かれ、“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。

また“権利”を論じる従来の議論においても、「人権享有主体性」という自然法と実定法の区分が曖昧な問題設定のせい、その権利が当初からあるや否やという形で議論が進みがちで、時間の経過により発生する権利、という形で明確化された研究が十分になされていないとは言い難い。

最後に、これが最も重大な問題点であるが、従来の憲法学の議論においてはその土壌の性質上仕方のないことだが、非正規滞在者が行なった行為の“責任”についての検討が著しく不十分である。“権利”が非正規滞在者にもある、あるいは認めなければならない、とする議論ばかりで、当該行為主体が過去に行った法違反行為に、正面から向き合っていないのである。

以上要するに、本稿が検討対象とする退去強制関連の議論においては、在留権・滞在権、居住権といった権利の側面偏重の議論、アプローチが主流であった。また外国人の人権一般の議論においても、性質説等の議論<sup>120</sup>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共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である。政治共同街の成員資格には、権利と同時に義務・責任が包含されると<sup>121</sup>解することもできるのだが、憲法学においては、判例がみせた“責任”という側面からアプローチする研究は主流ではないし、また国家責任を指摘する場合にもそれが如何なる根拠でどのような法・政治・道徳哲学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、大してみられない<sup>122</sup>。

---

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。集会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。

<sup>120</sup> 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、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。

<sup>121</sup> See, Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, *Theoretical Inquiries in Law* 8. 2 (2007), at 390.

<sup>122</sup> 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

つまりここに、判例と学説の対話および概念の十全な探究が、必ずしも十全にはなされて  
いない可能性を指摘できる。ゆえに、これが憲法上の国民概念の不明瞭さや曖昧さ、そして  
摘示の在特法制における判断の不鮮明さにつながっているものと、筆者は思料する。

かくして本稿は、以上みたような従来の憲法学で積み残された課題である、主権国家の国

---

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『外国人の人権と市民権』(明石書店、2001年)や、近藤敦編『外国人の法的地位と人権擁護』(明石書店、2002年)でも、責任を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『外国人の人権へのアプローチ』(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『多文化共生と人権——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)」法学叢論181巻6号83頁、183巻2号62頁、183巻3号39頁も、主としてハーバーマスの憲法パトリオティズムを参酌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、人権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。外国人の人権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「外国人の人権」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「外国人の基本的権利」ジュリスト483号22頁についても同旨)。後藤・前掲注88、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、これに言及しました取り扱う研究は従来存在する。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ィ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遵法の義務については、その現代的な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、遵法義務・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プルやナションなどとは対応関係にないことをおことわりしておく)。



境管理権、国家と国民の責任、憲法上の国民概念、時間とともに発生する権利の可能性の検討、非正規滞在者の責任という諸問題に取り組むものである。無論、これら問題に余すことなく、単純明快な結論を提示することはできないし、責任に注目した本稿の研究はいわば車輪の片側で、従来の権利の議論と相互補完的に機能するような性質のものである。だがこれも換言すると、かかる本稿の研究によって、従来の研究の不足点への検討が深化し、権利の議論を補完するものである。

これにより、わが国諸裁判が説くところをより理解する基礎を提供し、学説と判例の対話の深化を目指し、またあるべき法の解釈・適用の形態を提示することを試みる。そして実践的問題である、入管法上の裁量をめぐる判例法理の解釈にも示唆を与えることを企図する。

ところで、以上の国家・国民の責任という概念は、法哲学や政治哲学において、近時盛んに議論されている事項である。また、行為の責任という論題は、西洋哲学においても連綿と論じられ続けてきた事項でもある。そこで本稿は、第3章以降、憲法的思考の基礎を支えるこれら諸哲学における知見を参照し、示唆を得るという仕事を行う。かかる仕事によって、本稿は、規範を哲学的に分析し、また法を道徳的に解釈し、判決における理由づけも憲法およびその基底をなす道徳的思考に依拠させることを試みるものとする。本稿のかかる試みは換言すると、法の解釈をめぐり議論がある状況において、正義をとりまく道徳哲学的検討によって法の解釈を正しい方向へと導く試みでもある。

## 第2章 在特をめぐる議論の構造の整理

非正規滞在者に在留資格を付与する手段およびその思考の根拠として、アムネステイというものがある<sup>1</sup>。この場合のアムネステイは、移民が過去に行った義務違反に対する、特別の救済という制度理解を前提とする。主権国家はしばしば、退去を強制するのに不都合な事情がある場合に、アムネステイを行う。前章でとり上げたわが国入管法45条ないし50条における在留特別許可も、このアムネステイの制度化として理解することができる。しかしながらわが国移民法上の議論においては、アムネステイ制度に対する理論面からの研究に、不十分さが認められる。

そこで本稿は、アメリカにおける憲法・法哲学上の議論をベースに、非正規滞在移民に対するアムネステイについて、その根拠と理論モデルを検討する。特に、移民へのアムネステイ関連研究で多くの業績を残す、リンダ・ボズニアック (Linda Bosniak) の理論を参考に<sup>2</sup>する。

これにより、わが国でも実際に主張される在特を争う諸種の主張の整理と、その妥当性を考えるための素地を整える。あわせて、現行法が採用する退去強制・在特制度の理論的基盤を整備し、後続する第3ないし第5章の研究が、当該理論的基盤のどこに位置づけられ、かつ在特論争のどこで議論を展開しているのかの見取り図を与える。

以上の目的からなる本章は、次の構成をとる。

まず第1節では、本稿が在特・アムネステイ関連議論の基盤整理に参照するボズニアックの研究の基礎をなす、歴史的不正に対する規範的分析を概観する。ここではまず、歴史的不正をめぐるジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) の supersession 論 (置換論) を検討する。そしてこれに続けて、カトリーナ・ミリアム・ワイマン (Katrina Miriam Wyman) といった歴史的不正関連研究も概観する。これら、過去になされた不正への償いの正当化をめぐる研究の概観によって、過去に行われかつ現在その償いや矯正を従前に行うことが難しい、現存する不正をめぐる議論の1つのあり方を確認する。

第2節では、移民法におけるボズニアックのアムネステイに関する整理と、その理論化の試みを紹介する。ボズニアックの研究から、アメリカ法における移民をめぐる、法哲学・憲法学上の議論を確認する。また、アメリカ移民法を継受したわが国入管法における在特制度

---

<sup>1</sup> アムネステイは、一括的付与と個別的付与に大別できる。なお、近藤敦「一般アムネステイ・在留特別許可・特別アムネステイ」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』(日本評論者、2010年)167頁は、両者の折衷として特別アムネステイの類型を設けて、3分類で説明する。

<sup>2</sup> 本稿が参照するボズニアックの業績を扱った先行研究として、横濱竜也「解説 不法移民をいかに処遇すべきか」ジョセフ・カレンズ著(横濱竜也訳)『不法移民はいつく不法でなくなるのか』(白水社、2017年)がある。

に関する、理論的説明のあり方も読み取る。

そして第3節では、以上の内容を基にして、本稿の第3章以下の研究がどこに位置付けられるかを整理する。

## 第1節 supersession 論と歴史的不正

### 第1款 ウォルドロンの supersession 理論

本稿が多くを学ぶボズニアックは、移民法領域におけるその理論展開にあたり、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) の論考を基礎とする。ウォルドロンの同研究は、ニュージーランドにおける白人入植者による先住民の土地収奪という過去の不正行為と、その上に築かれた現代世代の土地利用・所有をめぐる、現代の先住民の子孫の所有権主等の道徳的正当性を対象にしている。そしてウォルドロンは、歴史上なされた不正な土地収奪に対する、現代世代の道徳的主張が、それほど確固たるものではないと論じる。つまり、過去の不正が不正であるにもかかわらず、その後の時間の経過と事情の変更によって、完全な償いをなすことができず、不正を矯正できない可能性を認めざるを得ないとするのである。以下、先住民に対する歴史的不正問題への、ウォルドロンの主張の骨子をまとめる。

先住民 (indigenous) の定義の仕方には、(A) 当該土地の最初の住人の子孫とするか、それとも (B) ヨーロッパ人の入植以前の住人の子孫とするか、2通りがある。そして先住民の土地所有の権原の正当化原理として、(A) の場合には「最初の占有原則」(Principle of first occupancy. 以下、(A) 原則。) が用いられる。(B) の場合には、「直前の占有原則」(principle of prior occupancy. 以下、(B) 原則) が用いられる。だが、(A) 原則も (B) 原則も、いずれもその正当化が成功しているとは言い難いという。

(A) 原則は、「ある土地の所有を始めた最初の人または人々は、所有権と主権の範囲内において、その土地に特別の権利を有する」ことを主張する考え方と要約できる。この考えの基礎にあるのは、財の権原の原始取得と移転の正当性に関する、ロックやノージック的所有権理解である。すなわち、財の権原の取得につき、他者の権利を妨げてはならず、権利侵害により積み重ねられたその後の財の承継も不正なものとカウントされる、このような理解である。以上の考えに従い、先住民の子孫は現代においても、奪われたその土地について、権利を主張しうるというのである。

しかしながら、(A) の先住民概念に該当する者を、現代から遡って突き止めて、その子孫を特定することには、著しい困難が存在する<sup>3</sup>。また、歴史的権原 (historical entitlement)

---

<sup>3</sup> とりわけ、インド周辺地域のように、数百万年前まで遡りインダス文明の発生以前の最初の土地占有民族とその後継を特定することには、地獄のような困難が伴う。また、民族や部族内における小規模な征服と統合があった場合にも、同原理によっては正当化されえない。

というロックの財産論を参照するなら、そこには同時に、ロック的但書も適用される。この場合、自らの必要以上に土地等を取得・占有し、遅れて来た者に先占者が何も残さないことは不正な行為とされる。この道德規範を是認すると、単に早い者勝ちでその土地を占拠したからといって、先住民に遅れてたどり着いたがもはや現在は他に行き場のない入植者の子孫らも、現在定着するその土地について、先住民の子孫らが当該土地の占有を主張し、入植者子孫の退去を強制することも正当化できなくなる<sup>4</sup>。さらに、権原保持者に要請される配慮の内容や程度は、状況に応じて異なること、そのため、権原が状況に感応的であることが要請される。したがって、当初の収奪から長期間が経過し、その間に背景事情が変化した時、権原は弱まることになる<sup>5</sup>。

他方の (B) 原則は、(A) 原則のような始原的な権原を主張しない。ヨーロッパ人の不正な占有開始に先住民の占有が先行していたことから、その土地にまつわる自決権や、経済的・所有権的主張の優越性を導く<sup>6</sup>。そしてこれは、その土地への先住民の結びつきと時間を要素とするが、同原則は権原取得の起源を問わず、むしろ現状維持 (preserving status quo) を主張する保守的立場である (ゆえに、潜在的に (A) 原則と対立する)。

だが、当該原則を 21 世紀で用い、所有権や主権の回復を主張することは困難である。その理由として、特定の一時点を切り出してその不正を断じる (B) 原則が、まさに当該不正の上に築かれた入植後の社会様式を正当化するものとしても機能してしまう点が挙げられる。

すなわち (B) 原則は、安定性・安全・確実性・平和に関心を持つ。そして既存の取り決めに覆すことを禁じ、現状維持への一応の権利 (*prima facie right*) を与える。そして、先住民からの不正な土地の取得から長期間が経過し、現代において新たな安定した秩序が成立しているのであれば、原稿秩序の維持のために、同様、その保守が一応の正当性を持つものとして導かれることになる。こうして、時間が罪を洗い流すのである<sup>7</sup>。

---

<sup>4</sup> Jeremy Waldron, *Indigeneity? First Peoples and Last Occupancy*, (2013) 1 NZJPIL, at 75-81.

<sup>5</sup> 以上をウォルドロンは、以下にみるサバンナと水場の例を用いて説明する。例えば当初、諸民族は正当な権原を持って、自分たちの水場を占有・利用してきたとする。このとき、諸民族はそれぞれ、自分たちの水場の権限を主張し、かつ他集団による使用を拒むことができる。しかし環境変化によって 1 箇所を除く、一帯の水場が全て干上がった場合には、ロック的但書によって、他者の使用に配慮せざるを得なくなる。権原を有する者が他人からその財を奪われて、不正な財の侵奪が起こった場合にも、同様に、事情変更によって権原に基づく主張が制限されうる。すでに別の水場を占有する集団 Q の成員が、ある日集団 P の占有する水場にやってきて、一方的に分前を主張し使用しはじめたとする。Q の成員の行動は不正であるが、その後 P 以外の水場が全て枯れてしまった場合には、すでにその水場から水を分けてもらっている (掠め取っている) Q の成員には、ロック的但書により権原が認められなければならないことになる。そしてこのことは、入植者の子孫と先住民の間でも成立しうるのである。

<sup>6</sup> ただし先住民の (B) 概念においては、当該先住民がヨーロッパ人による植民地化以前に、その土地を長期にわたって占有してきたことが基底にあるが、その期間がどれだけ長期であれば良いかは、一意に決せられない。

<sup>7</sup> *Supra* note 4, at 62-74.

以上のように、前の世代の不正な土地収奪に対する現代世代の返還が、事実上も理論上も困難な状況が存在する。これについてウォルドロンは、矯正による占有の移転ではなく、当初不正であった財の継続的所持が、ただの時間の経過と当該占有の継続によって覆され、不正以前の権利の道徳的重要性が消滅する可能性を説く (superseded) のであった<sup>8</sup>。

以上が、ウォルドロンによる supersession 論の骨子である。ところで、以上の過去の不正な土地・財産取得をめぐる現代世代の正義の問題は、先住民関連以外においても、歴史的不正 (historical injustice) の問題として、広く議論されるものである。例えばこれを合衆国の文脈に限定しても、第二次世界大戦時の日系アメリカ人隔離への戦後の償いの問題、ネイティブ・アメリカンからの土地収奪問題、アフリカから連れてこられた黒人奴隷問題などにおいても、同様に論じられる問題である。そこで次款では、過去の不正と、その上に積み重ねられた動かし難い現在との相剋をめぐる研究の1つとして、カトリーナ・ミリアム・ワイマン (Katrina Miriam Wyman) による整理を概観する。

## 第2款 ワイマンの歴史的不正論

歴史的不正への償い (redress) をめぐる研究は諸種存在する。だが本項では、研究の関心上、ワイマンによる研究をとりあげる。同研究は、ウォルドロン同様に時間の経過による過去の不正糾弾の限界と、その場合の償いのあり方について論じており、示唆に富む。

ワイマンは歴史的不正概念の要素として、(イ) 1世代以上前の行為、(ロ) 政府や企業といった集団のコミットメント、(ハ) 害された個人の複数性、(ニ) 人権侵害を含む行為、以上の4つをあげる。そしてこれら不正に対する償いの主張を、「文化と法」、「経済と象徴 (symbol)」の要素を用いて分析し、被害とその償いの要求を類型化する<sup>9</sup>。

また、歴史的不正の被害者の主張の道徳的根拠として、以下4つをあげる。すなわち、今後の人権侵害行為を抑止するための償いを主張する功利主義的抑止論、歴史的不正により現代世代が置かれている格差への配慮を主張する配分的正義、アリストテレス的矯正的正義、ロック・ノージック的矯正的正義の4つである。ワイマンは同研究中、歴史的不正への

---

<sup>8</sup> Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustice*, *Ethics* Vol. 103, No. 1 (1992), at 20-28. 同論考中ウォルドロンは、時間の経過によって権原が fade しまうこと、歴史的不正とその後の矯正または補償における反事実的条件文の成立の困難さ、不正な状況が残存しつつなお supersede されうる supersession 理論を展開する。なお supersession 理論については、ウォルドロン自身が、①不正を未来に向け正しく修正しようとする真摯な試みがなされている場合にのみ適用されること、②自説があらゆる改善活動に対して優先する解決策を供するものでないこと、という留保を付している。See also, Jeremy Waldron, *Redressing Historic Injustice*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 1 (2002), at 135-160.

<sup>9</sup> 例えば、文化的・象徴的償いの例として、ネイティブアメリカンの文化財と先祖の遺品等に対する主張を、法的・経済的償いの例として、アフロ・アメリカンに対する奴隷と差別をめぐるこんにちの主張を挙げる。

償いの道徳根拠として将来志向 (forward-looking) の前二者は見込みが少ないとする。その一方で、過去志向 (backward-looking) の後二者による正当化可能性を認めるが、その通用力の限界も指摘する。本稿の関心上、以下では、後二者に注目する。

ワイマンいわく、アリストテレス的矯正的正義が課すものは、「ある人が相応に保有するもの (equality) への侵害を行なったものへの変換の義務」である。その性質は、当事者固有 (agent-specific) のものとされる。そしてその成立要件は、①被害者・加害者両当事者の現在性 (existence)、②保護された利益に対する侵害 (violation of protected interest)、③侵害からの救済可能性 (remediable violation) の3つだという。

歴史的不正の被害者の子孫が、アリストテレス的強制的正義に依拠して償いを請求する際、その限界は特に①から生じる。不正を行なった者か、その被害者が存在しなくなったときに、矯正的正義が終結する。そのため、当該根拠に基づく償いの要求には、タイムリミットが存在する。この個人間でのタイムリミットを、国家や会社を当事者として再構築すると、法人等の集合体およびその構成員に対しては、団体の連続性をもとに、当事者としての地位をなお引き継ぎうる。しかしながら、他方の個人においては、被害者が死亡した後にその子孫が当該正義を主張するには、①要件を緩やかに解そうとも限界がある<sup>10</sup>。ワイマンは以上のように分析する。

他方のロック・ノージック的矯正的正義についても、やはり時間に基づく限界というものが認められる。ワイマンは、ロックやノージック理論を分析し、また但書の分析に際しては上述のウォルドロン理論にも検討を加え、その上で、ロック・ノージック的矯正的正義にも救済の限界があることを指摘する。ノージック的矯正的正義の主張の要件は、(a) 歴史的権原によって保護された利益の侵害、(b) 侵害からの救済可能性、(c) ノージック的但書、以上の3つである<sup>11</sup> (その通用力の限界については、上述のウォルドロンによる状況感应性に関する説明を典拠にする)。

こうしてロック・ノージック (およびウォルドロン)、アリストテレス両理論の矯正的正義を比較したとき、①当事者の現在性要件の方が、(c) 但書よりも、償いの根拠として広い

---

<sup>10</sup> 被害者本人死亡後の矯正の義務継続を認める主張として、亡くなった直接の被害者 (の子孫に向けての無念) は未だ存在していると考えて死者への償いを求めるものと、その子孫たちがまさに、先祖からの支援の減少や相続財産の減少によって被害を被っているのだとして償いを求めるものの2つがある。だがこれら主張を認めるにしても、どちらもせいぜい子と孫の2世代程度しか、射程に含まないというのである。このような考え方に対しては、家系の伝統という意味ある繋がり喜びが、世代を超えた持続性を主張し、歴史的不正に対する矯正の必要性をより広く認めるべきとする批判もある。See, Janna Thompson, *Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants*, *Ethics* Vol. 112, No. 1 (2001), at 114. 同研究は、ウォルドロンの反事実条件節に対する批判も検討する。

<sup>11</sup> ウォルドロンがロック理論に対して行なった権原の正当性の確認の困難さは (a) への批判として、反事実条件節による現状回復の困難さは (b) への批判として、またロック的但書の修正は同時に (c) に対する修正としても整理できる。

制約を負うが、それでもどちらにおいても時間の経過とその後の状況変化による限界を内包するものである。以上が、ワイマンによる歴史的不正問題とその償いの限界をめぐる整理である<sup>12</sup>。

### 第3款 シモンズによる歴史的権原尊重の主張

以上みてきたのは、歴史的不正に対する現代世代における救済の困難と、当初の不正が現在において、過去の正当性のある主張を覆斥しうる可能性の擁護であった。しかしこれを、財産権（および人民・個人・先住民による領土の所有権）をめぐる議論に引き直し、現在において完全な姿で原状回復することが不可能であろうとも、なお不正に対する矯正的正義の主張がなされるべきこと、過去の不正からの救済を現在においてもなお実践しなければならないことを主張する立場が存在する。参照するのは A・J・シモンズ (Arthur John Simmons) による、ロック、ノージック、ウォルドロンを対象とした研究である。

かつてシモンズは、以上みてきた財産権・所有権とその歴史に関する議論を、歴史的議論 (historical argument)<sup>13</sup>と最終状態議論 (end-state argument)<sup>14</sup>に分類し説明する。そしてシモンズの主張するところ、歴史的経緯から論証される権利をよりよく理解すべき理由の一つとして、ネイティブアメリカンのような者らの存在をあげる。すなわち、我々の過去の不正からシステムチックに被害を被った、被害者の子孫に対する社会的責任に関する歴史的構成要素をよりよく理解するために、歴史的議論が意義を持つとする<sup>15</sup>。

上述のように、所有の歴史的経緯を正当性の判断基準に用いる歴史的議論は、ロックの所有論ないし財産論を基礎に展開するのがメジャーである。取得 (acquisition) の開始は、未だ誰にも支配されていない土地や天然資源の占有から始まる。そして、他者の所有する財産に関しては、自由な同意に基づく移転によらなければならない。そしてその所有権に対しては、ロック的但書による制約がかかることになる。

シモンズいわく、財産権の歴史理論に対する最大の疑問は、その取得と移転に関する理論の理想理論的説明ではなく、財産権侵害に対する矯正の非理想的説明 (non-ideal accounts

---

<sup>12</sup> Katrina Miriam Wyman, *Is There A Moral Justification For Redressing Historical Injustice?*, 61Vanderbilt Law Review 127 (2008), at 127-196. 当該論考において歴史的不正への償いの道徳的基礎付けの困難さと限界を指摘し、そのうえでカトリーナは、現在の不正を対象とする議論によって、残存する不正への対処を考えるべきことを示唆する。

<sup>13</sup> シモンズにおいては、歴史的経緯から、所持の正当性を判断する立場を指す。

<sup>14</sup> 歴史的経緯からではなく、所持の構造の道徳的性格からその正当性を判断する。現在時点という最終状態のみを問題とする。

<sup>15</sup> A. John Simmons, *The Obligation of Citizens and The Justification of Conscription*, JUSTIFICATION AND LEGITIMACY (Cambridge University Press, 2001), at 222-223. 以上のシモンズの問題意識は、本稿が採用する「行為に対する道徳的評価は、時間が経過してもなお社会的に残存する」という理解と通底し、示唆に富む。

of rectification) にあるという。すなわち、取得と移転に関する理想理論を前提としたとき、これによらない財産権侵害に対する矯正として、「不正が起こらなかったかのような」(as though the injustice had not happened) 状態の復元が求められる。そして上述の歴史的不正の問題をみれば分かる通り、この矯正は、時間が経過するほど困難になる<sup>16</sup>。

歴史的議論は、歴史的不正に対する応答能力について、原理的な疑義を呈される。しかしそれでも、シモンズは歴史理論を放棄することなく、歴史的不正の上に築かれた現状と折り合いをつける形でこれを維持することを試みる。その際に用いるのが、ロック的但書である。

(ロックやノージックによる理論そのものを採用するものではないが) シモンズはロック的但書から、財産の所有を現在の状況への感応性を導くことを主張する。すなわち、シモンズはまず、諸個人が土地や天然資源にアクセスする機会を得る公平な権利 (rights of fair access to available land and natural resources) を認める。そして地表とその資源への所有権は、我々の所有を目的とする正統な行為 (our legitimate purposive activities) により取得される。しかしその後の状況の変化が、公平な取り分 (fair share) の基礎づけを変化させうることも同時に認める。かくして状況の変化により、アクセスの機会の権利と所有権の展開および内容 (extent or content) が、状況の変化によって変わりうることを認める。そしてシモンズは、「8人の漂流者」の例を用いて、これを説明する(例の細部は、文脈に応じて、筆者による多少の修正が入れられている)。

【8人の漂流者】あるところに、8人の漂流者がいた。漂流者は8つの群島にたどり着いた。彼らはそれぞれ、8つの島のうちのどれかとその資源に対するアクセス権を有する。そして8人はそれぞれ、完全な公平な取り分により裏打ちされる財産を手にする。しかし土地や資源の量がそのままに、その後、この漂流者の子孫たちが増えて人口が増加したとする。このとき最初の8人は、増加した人口に公平なアクセスを与え、土地と資源につきそれまで有していた正統な持分をダウンサイズさせなくてはならなくなる。もしも当初の持分を有していた者らがその分与を拒絶した場合、自分の公平な取り分以上の資源については、新たにやってきた者らのアクセス権 (rights to access) のために没収されることも正当化される<sup>17</sup>。

以上の説明は、財産を強制的に変化させられあるいは盗まれた者らについても適用され

---

<sup>16</sup> *Id.*, at 226-227. これに対する反論としての反事実条件節や当該財の性質変化、当事者の死亡等へのシモンズによる応答としては、A. John Simmons, *BOUNDARIES AUTHORITY* (Oxford, 2016), at 153-186 を参照。

<sup>17</sup> *Supra* note 15, at 233-234.



ることになる。彼らの場合においても、取り分に関する歴史的な権利が、ダウンサイズされることになる（このように変動させられる取り分を、シモンズは「個別化された取り分」(particularized share)と呼ぶ。そしてこの財産の取得という歴史的な経緯を踏まえた取り分を、単なる資源の公平な配分とは区別する<sup>18</sup>)。かくして導出される権利は、公平性のための分割という最終状態議論のアイデアにも依拠しているため、純粋な歴史的権利ではないものとなる<sup>19</sup>。

シモンズは以上のように、一方では財産権の射程を公平なアクセス権により限界づけながら、他方では、歴史的経緯をも踏まえた所有の正当化も両立させることを試みる<sup>20</sup>。そして以上の議論を、先住民の土地に対する歴史的不正の問題に引き直したとき、歴史的不正はウォルドロンが導いたように単に「(元の権原を完全に消滅させる形で)置換」(superseded)されるのではなく、正当な財産の取り分の喪失に苦しむ者らへの不正はなおも残存し続け、状況とその公平な取り分 (circumstances and fair shares) が変化するまで、なおもこれに対する補償 (compensation) は残存し続けることになる<sup>21</sup>。当初の所有者は現在において

---

<sup>18</sup> そして、先住民の土地の過去における不正な収奪に対しては、現在の世代間においてその取り分が修正されるべきとする。すなわち、社会的な財全体から不正を被った者らの子孫に配分がされると考えるのではなく、不正を行なった側の子孫の持ち分から、不正を被った者らの子孫に取り分が返されなくてはならない、と考えるのである。シモンズによるこの思考は、なるほど直観的には妥当なように思える。しかし後の章でみるとおり、時間と状況の変化が積み重なるにつれて、被害者と加害者の特定は“技術的に”も困難（あるいは不可能）なものとなる。シモンズは不正の矯正を、あたかも不正がなかったような場合の「保守的」(conservative) なイメージによってなされるべきこと、また数世紀を跨ぐ過去の不正に対しては「黙示の放棄」の理論で片をつけようとする。だがシモンズの理論は、非難と補償いずれにおいても不正の帰属先の特定に難問を抱えているように思われる。

<sup>19</sup> *Supra* note 15, at 234–235.

<sup>20</sup> *Id.*, at 235.

<sup>21</sup> なお本稿では supersede も override も等しく覆斥と訳しているが、土地の所有をめぐるシモンズの議論においては、「道徳的残基」(moral residue) の存否をめぐる「真正な置換」(genuine supersede) と単なる「覆斥」(override, outweigh) が区別されている。すなわち、後者の override は帰結主義的なその後の状況変化により、過去の不正が乗り越えられるケースを指し、元の道徳的所有権という道徳的権利の残基が認められ、結果補償を要するとされる。これに対し、前者 supersede の場合には、労働により所有権を獲得した過去の所有者の生の計画へのコミットを、現在の占有者の労働による生の計画へのコミットの刻印が上回り、元の所有権の衰微が所有権の状況への感応性によって認められるとする。シモンズの整理によれば、ウォルドロンが主張する状況への道徳的権利の感応性の根拠には、①カント的隣接原理、②不占有の歴史的継続により、いかなる plausible な権利もそれ自体が不可避免的に弱められていく (fading basis)、③権利はその背景となる社会・経済的状況の変化に感応的でなくてはならない、との大要3点が用いられる。しかしながらシモンズの批判・検討するところ、①カントの同原理の内容は多元的でウォルドロンが自明視するものとは限らない、②労働による原資取得の「刻印」(mark) は、いかなる不正の経路によっても消滅しない、③返還の現実的不可能性や反事実性 (counterfactual) ・主体の変遷・万人のための正義など、カント主義者によるいずれの批判を考慮してもシモンズのロック主義的な所有権構成の方が妥当な答えを導きうるという。本稿の検討対象は、歴史的不正を被った原住民子孫らの現在の土地所有問題ではなく、過去に不正を行なった非正規滞在者の現在の地位をめぐる問題であり、かつ本稿の結論するところこの問題は道徳的な所有権と所有権が対立する問題ではない。そのため(シモンズが功利主義をその道徳理論内でいかに位置づけるかはなお不明確ではあるが)シモンズのいうところの「真正な置換」(genuine supersede) の問題ではないことになろうが、これを覆斥の問題として措定し、議論していく。

もなおも「個別化された取り分」に関する権利を有しており、現在において最も適当な規模にダウンサイズされた土地の取り分を有することが認められる<sup>22</sup>。

つまりシモンズの理解するところ、過去の不正からその後の状況変化により、当初の権利が覆斥 (outweigh, override) される可能性があるものの、それは単に当初の権利が消滅 (nullified) するからではなく、状況変化等に基づく帰結主義的な主張等に劣後することとなるからなのである<sup>23</sup>。そして劣後することとなる当初の権利や理由は、「道徳的残基」 (moral residue) として残り続け<sup>24</sup>、正当な補償がなされるべきというのである。

以上が、過去と現在のいずれについても理由と状況を重視し、非理想的な現実において理想的な現実を目指すシモンズの主張の骨子であった。シモンズの議論は道徳的意味での財産論や所有論をも勘案しなければならないものであるため、ここではひとまずその批判的検討を措く。だが差し当たりここでは、現在のみならず過去に対しても一定の視線を向ける道徳論の必要性と、いずれも正当だが両立が困難な事情の併存およびその葛藤の調整の必要性という実践問題に対する意識、この2点をシモンズから学ぶ。そして次節では、以上の不正と時間をめぐる議論を、移民論へと発展させよう。

## 第2節 ボズニアックによる supersession 論の移民法への援用

### 第1款 アムネスティの3モデル

前節まで見て来たのは、先住民などに対する歴史的不正への研究だった。以下本節では、以上の歴史的不正をめぐる議論を非正規滞在者へのアムネスティに引きつけようとするリンド・ボズニアック (Linda Bosniak) による、アムネスティの理論モデルを紹介する。そしてこれにより、移民に関するアメリカ法哲学・憲法学上の議論の構造を確認する。そしてこれをもとに、国家が移民に対する退去強制権を有することを前提とした議論において、非正規滞在者の地位の正規化理論の根底にある思考を探る。

ボズニアックは、アムネスティの根幹には、違反行為の抹消、寛容、解放という3つの側面があり、アムネスティの実践においては、これらが組み合わさってアムネスティの語が用いられるとする。そしてこれら要素から発展し実施されるアムネスティを、①「許しと忘却」 (forgive and forget)、②「行政運営上のリセット」 (administrative reset)、③「正当性の立証」 (vindication) の3つのコンセプト・モデルで整理する<sup>25</sup>。

<sup>22</sup> *Supra* note 15, at 238.

<sup>23</sup> Simmons, BOUNDARIES, *supra* note 16, at 155.

<sup>24</sup> *Id.*, at 158.

<sup>25</sup> 現実社会におけるアムネスティの議論は、これらのうちの1つまたは複数の組み合わせによりなされる枠組みに従って展開されている、とボズニアックは述べる。Linda Bosniak, *Amnesty in immigration: forgetting, forgiving, freedom*, Critical Review of International Social and Political

以下、各コンセプト・モデルの概要を記述する。①「許しと忘却」モデルにおけるアムネスティは、何らかの公的に認知された違反を行なった行為者への、寛容と違反行為の影響の抹消をメルクマールとする。これら違反行為に対する処罰を許し、水に流すというのが、この場合のアムネスティ理解である<sup>26</sup>。このモデルに対しては、アムネスティの利益のために違反行為を是認することになるという象徴的コスト (symbolic cost) 批判が存在する。加えて、違反者に対し制裁ではなく寛容な免除をもたらす点や、違反行為を行わない真面目な法遵守者への悪影響も同時に指摘される<sup>27</sup>。

②「行政運営上のリセット」モデルでは、アムネスティは、執行可能なキャパシティを超えた場合における、政治・行政上の負債の一掃として、プラグマティックに理解される。この場合、不正行為は、ガバナンス全体の機能性を確保するために忘却されるものと扱われる。そしてこのモデルでは、正義をめぐる問題が議論の中心から外される。またこのモデルに対しては、正義の問題の捨象に加え、不正行為の有する罪責への宥恕と報酬につながる点が、①「許しと忘却」モデル同様に批判される<sup>28</sup>。

他方の③「正当性の立証」モデルは、前二者と発想を異にする。この場合に実施されるアムネスティは、不正を行なったとして糾弾された者への庇護と、その行動の正当化という意味を持つ。このモデルでは、非難されるべきは、アムネスティの対象となる何らかの違法行為を行った者 (理想的には、不正な法への不服従者) ではなく、その違法を取り締まった側であり、アムネスティはこの場合、本来罰せられるべきでなかった者の自由と名誉を回復する手段として捉えられる。

この例としてボズニアックが挙げるのが、ベトナム戦争反戦活動を理由に逮捕された者である。反戦活動に対する逮捕という不正な法の被害者として、被逮捕者は、アムネスティによりその自由を取り戻すというのである。そしてこの③モデルの下では、アムネスティによる被害者救済は、被害者の不正を断じた法それ自体の不正を認めることになる<sup>29</sup>。

以上のモデルは、移民法領域におけるアムネスティ議論とも通底する。そして、どのモデ

---

Philosophy Vol. 16, No. 3 (2013), at 347.

<sup>26</sup> ゆえにこのモデルには、国家による当該行為の不正 (wrong) とその非難が含まれる。

<sup>27</sup> そこで、これら批判に応じる形で、アムネスティと同時に、罰金などの何らかの条件を課し、違反行為があったことそれ自体を明確にすることを必要視する主張もみられる。また戦争犯罪ではさらに、国際法および応報律に従う人道犯罪の処罰義務が国家に対して課されることから、アムネスティの道徳的正当化の難しさが増大するとされる。すなわち、本文で見た内容は「許しと忘却」における許し (forgive) に対する批判であるが、違反行為の忘却 (forget) については、特に移行期正義における説明責任・真相究明の要請が加味され、正当化の議論と批判がいつそう複雑になる。特に戦争犯罪に対するアムネスティの批判をめぐる議論については、Renee Jeffery, *Amnesties, Accountability, and Human Rights*, University of Pennsylvania Press (2014) が詳しい。

<sup>28</sup> *Supra* note 25, at 348-349. なお念のため、以上の整理はボズニアックによる整理の記述であり、功利や効率性が正義の問題か否かという議論については、ここでは措く。

<sup>29</sup> *Id.*, at 340-350.

ルに引きつけて移民法上のアムネステイを理解するかによって、いかなるアムネステイがなされるべきかの結論に差が出る。そしてアメリカにおける移民へのアムネステイ議論の主流は、①「許しと忘却」モデルと②「行政運営上のリセット」モデルの中間である、とボズニアックは診断する。

①「許しと忘却」モデルでは、道徳的問題としてアムネステイが扱われる。そしてこの場合のアムネステイ議論には、「違反者への褒賞」という批判と、「事実上のメンバーシップを有する者としての移民の存在承認」の両論が、同じ枠内で展開されるという<sup>30</sup>。

他方、②「行政運営上のリセット」モデルでは、論調はプラグマティズムに傾斜する<sup>31</sup>（なお、国境解放論に親和的と思われるボズニアックは、③モデルを志向するようである。わが国法を主たる理解・検討対象とする本稿においては、解放論それ自体と③モデルに関する分析を本格的に展開するものではない。また、第4章で記述する通り、強いアナキズムを支持する者でない限り、国家による責任対象の範囲確定のために、何らかの形と名称の下で成員の確定を行うことは避けられないであろうとするのが、本稿の基本的な立場である）。

以上の通り、移民をめぐるアムネステイも、移民の違反行為を前提として議論するものと、国家による国境管理を批判する議論とがある。前者においては、非正規移民が国内で長期にわたり滞在し、地域と紐帯を形成して来た事実（関係性）という、時間と紐帯に注目したアムネステイの主張がしばしばなされる。紐帯と時間による正規化の議論にもバリエーションがあるが、その議論の構造は、当初の違反行為を後続の社会変化の事情が置換（supersede）する、というものである。労働、通学、家族生活、地元の宗教施設への礼拝といった、移民の日々の生活の蓄積が社会における実質的なメンバーシップを形成し、始原にある違反行為を覆い隠す（eclipse）と、ボズニアックは表現する<sup>32</sup>。そして時間と紐帯による置換（supersession）の主張者は、国家の国境管理の権限を正当なもの認めながらも、個人の尊厳や共同体の価値、民主的平等（democratic equality）、根本的礼節へのコミット

<sup>30</sup> *Id.*, at 351.

<sup>31</sup> *Id.*, at 351-352. 以上に対する、理論家による理想理論の展開と現状への批判の必要性を主張するボズニアックの「正当化」モデルによるアムネステイの主張もまた、哲学的価値を有する興味深いものである。しかしながら、わが国現行法における国家の国境管理権を前提とする本稿の関心の主題から外れるため、以下ではかいつまんで、非正規移民が不正な行為として処遇される現状においても成立しうる、「正当化」モデルの骨子を紹介するにとどめる。移民領域のアムネステイの「正当化」モデルとして、ボズニアックは以下の4つを挙げる。第一が、受入国が退去強制の権能を失うパターンである。長期にわたり、国境管理を徹底せず事実上の寛容政策（de facto tolerance）をとっていた場合がこれにあたるという。第二が、受入国が非正規移民のもたらす利益を直接享受してきた場合、契約的互酬性あるいはある種の自然権により、その存在承認とメンバーシップ付与の責任を負う、という。第三は、メキシコとアメリカの関係のように、受入国と送出国の間にある、移民の発生過程に特殊な歴史が関係している場合である。第四が、受入国が送出国に対して政治的・経済的に困難な状況を作出し、送出国の人口流出に関与している場合である。なお、ボズニアックによる整理が矛盾も遺脱もないものかという点についてはひとまず措く。

<sup>32</sup> *Id.* これがウォールドロンによる supersession 理論に由来する。

メントにより、アムネスティを正当視する。

以上、国家の国境管理権の正当性を指し、国家の正当な権限行使に違反した非正規滞在者の責任を免除するアムネスティのモデルをみた。ひとまず、上述のアムネスティモデルを実際の移民法上の議論と照合して理解するために、ここで、移民と国境管理をめぐる法・政治哲学的議論の大枠を簡単に確認する。

まず、国家の国境管理権の道徳的正・不正をめぐる議論がある。そして個人の移動の自由であれ、カントの歓待理論をアレンジするものであれ、グローバルな平等に基づくものであれ国境管理を不正とみる立場からは、国境解放論的主張が展開される。

他方、国家の国境管理権と、非正規滞在者に対する退去強制権限を肯定する場合には、外国人には移民法を遵守する義務が認められる。そして、外国人の義務違反行為が侵害する国家の権限の性質（国家の自己決定侵害か、文化的統一性侵害か、あるいは単なる遵法義務違反か<sup>33</sup>）や、退去強制における適正手続関連の議論<sup>34</sup>がこれに続く。そしてここからさらに、非正規滞在者側の義務違反行為の性質およびこれへのアムネスティをめぐる議論が覆しうる程度の「一応の不正」(pro tanto wrong) か、そうでないかをめぐる議論が加わることとなる。

以上が、ボズニャックによるアムネスティのモデルの整理、およびこれの移民論への反映である。次いで、ボズニャックが用いる概念、「一応の不正」(pro tanto wrong) に関する検討に移る。

## 第2款 非正規滞在者の一応の不正 (pro tanto wrong)

国家による国境管理とその法の正当性を前提として、移民法の遵守義務違反行為が、その後の事情変更によって覆しうると考える場合、ボズニャックは、当該違反を「一応の」(*prima facie*, pro tanto) <sup>35</sup>の違反行為と扱う。そしてこれにより退去を「一応の」理由として扱

---

<sup>33</sup> Linda Bosniak, *Wrongs, Rights and Regularization*, *Moral Philosophy and Politics* Vol. 3 No. 2 (2016), at 189. またこれは、国境管理権の正当化根拠をめぐる議論ともつながる。合衆国移民法判例における絶対的権限の法理とその根拠については、Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND THE JUDICIARY* (Oxford, 1987)やT. Alexander Aleinikoff, *SEMPER PARATUS: SOVEREIGNTY AND THE JUDICIARY* (Harvard, 2002)を参照（なおBosniakの論考の中では、国家の権限もpro tantoと表現される）。

<sup>34</sup> Bosniak, *id.*, at 192-193.

<sup>35</sup> 「一応の義務 (prima facie duty)」は、それ自体妥当な内容を持つ道徳上の諸義務を指す。これが問題となるのが、妥当する2つの義務の同時履行が事実上不可能であるジレンマの状況である（例えば、友人との会食の約束を守らなければならないが、その道中で困っている見知らぬ人と出会い、困っている人を助けなければならない場合がこれにあたる）。どちらも妥当する義務だが両立が事実上困難なジレンマにおいては、その状況下での熟慮や反省によって、遵守すべき義務が選択される。このとき、選択された義務が「終局的義務」となる。ただしこの場合においても、覆された (override) 義務にも規範的妥当性はなお存在しているため、この覆された義務の内容の遂行が免除されるといっても、その代償となる行為（事情説明や代替的給付）などを義務の名宛人のために行う規範的要請が、義務主体には課されるとされる。以上の説明については、井上達夫『立憲主義という企て』（東京大学出版会、2019年）174頁、奈良

いつつ、この一応の理由と両立できない比較不能・共約不能な理由の登場により、後者の理由に基づいて退去がなされ得ない場合がありうる、これが①「許しと忘却」モデルにおけるアムネ스티であるとここでは解する。すなわち、移民法違反行為による退去を行うには、「一応の理由」(pro tanto reason)が存在する。しかし、これと両立できない他の「一応の理由」が後発的に発生し、これらの間での調整や熟考の末に、終局的な決定が下されると理解するのである。このように理解するとき、この「一応の理由」を覆す、競合する他の理由があるとすればそれが何なのかを、次いで分析する必要がある。

ボズニアックの議論においては、この「一応の」理由を覆し、置き換え、あるいは覆斥する際の道徳的根拠となるのが、先述の①「許しと忘却」モデルと、③「正当性の立証」モデルである。これらはさらに、置換理論 (supersession argument) と、覆斥理論 (override argument) として論じられることとなる。以下、それぞれについて大要を記述する。

まず置換理論は、最初に何らかの違反行為があったが、その後、状況が変化してこれにより道徳上の計算も変化し、その結果、最初の違反行為が不正でなくなる (not-wrong) という構造をとる。移民法領域における正規化に当てはめると、まず国家はこの非正規滞在者に対して侵入と滞在を制限する請求権 (claim-right) を有する。移住希望者はこれに従う義務を負い、その違反は違反行為として、国家による法執行並びに制裁が課されることとなる。しかし、当該非正規滞在者が滞在中に関係を構築し、根を下ろし、また国家に対し貢献した場合には、事実上のメンバーシップ・社会的メンバーシップ・利害関係発生という事情変更が起こる。こうして、当初の違反行為がもはや違反行為でなくなる<sup>36</sup>。置換理論について、ボズニアックはこのように整理する。

なお、置換理論における以上の道徳計算に対しては、「どうやって」(how) と、「なぜ」(why) の問いがあり、またこれら問いに答えなければならないともいう。「どうやって」の議論では、この法および道徳上の計算による錬金術がどのようにして起こるのか (何がこれを引き起こすのか) が説明されなければならない。これについては論者により立場は微妙に異なるが、広く共通して見られる要素は、領域内での現在性と滞在時間である。これを加味して、法規定に従い、「現在性+時間-刑法上の違反行為やテロ活動などの道徳上の変質を阻害する要因」という計算が行われ、正規化か退去かが決せられるという<sup>37</sup>。

---

雅俊「倫理理論」赤林朗・児玉聡編『入門・倫理学』(勁草書房、2018年)42-43頁、安彦一恵『「道徳的である」とはどういうことか』(世界思想社、2013年)22頁を参照。また一応の義務概念については、David Ross, *THE RIGHT AND THE GOOD* (Oxford, 2009)も参照。なお、かかる override の理解や先述のシモンズによる理解と、ボズニアックによる override の理解が等号で示しうるかについては留保する。

<sup>36</sup> Bosniak, *supra* note 33, at 198.

<sup>37</sup> *Id.*, at 199. なお時間については、どれだけの時間が経てば違反行為の supersession が生じるのかが問われうる。またこれ以外にも、加点要素として文化適応や奉仕活動といった他の要素もあるのではないかが争われうる。アムネスティを付与するとしても、そこから許容される滞在が、一時滞在中かそれとも帰

他方、「なぜ」の議論は、道徳的変化を正当化するものは何なのかという形をとり、これに対する解答がなされなくてはならない。この問いへのアプローチとしては、権利論からのアプローチ、デモクラシー原理からのアプローチ、プラグマティズムに基づくアプローチなどが考えられる。

ボズニアクが傾注する権利論アプローチはさらに、人生設計のための「占有権」発生というアプローチと、法の状況感応性についての時効類似理論による市民権取得のアプローチと、家族の統合と保全への妨害排除のアプローチなどに分類される（個人主義的に在特法制を検討する本稿においては、関係性に基づく価値が、権利や功利と同様に比較不能だがそれでもなお正当な価値を有するという価値多元主義的理解を排斥しないものの、家族などの関係性それ自体の価値は本稿では扱わず、前二者について第5章で所有論の枠組みの下で検討する）。

デモクラシー原理からのアプローチは、平等な市民からなる民主的共同体においては、長期的に基本的諸権利を付与されない二級市民が存在することが、まさに受け入れ国における民主制の価値を毀損することから、非正規滞在者の正規化ないし市民権付与を導こうとする立場である<sup>38</sup>。他方のプラグマティズムによるアプローチは、周縁化された非正規滞在者が、発覚と退去を恐れて免許不所持や健康保険不加入等の社会への負の影響を及ぼす行動を取ることを防ぐという実利的観点から、アムネ스티の議論を行う<sup>39</sup>。

ついで、残る覆斥理論についても概観する。覆斥理論も、国家による国境管理権の存在を前提に正規化を議論するもので、そこには同時発生的覆斥（contemporaneous override）と矯正的覆斥（corrective override）の二者がある。それぞれ概観する。

同時発生的覆斥論は、端的には、移民法違反行為への責任がない者には、違反行為と同時にその責任を阻却する根拠が発生するとして、アムネスティ付与の道徳的根拠を見出す理論である。この典型が、難民や子どもでもある。彼らについては、違反行為への非難の免除と、違反行為を上回る理由の存在が、違反行為と同時に発生し、かつ違反行為の性質に直接的影響を与える点で、その後の時間の蓄積と状況変化に依存する置換理論との差が生じる<sup>40</sup>。

だが、子どもには違反への非難可能性がないといっても、それでもなお、「本来の国籍国

---

化の機会まで付与するものかも論点となる。

<sup>38</sup> だが、ボズニアクの指摘する通り、「ならば二級市民とならないよう退去させれば良いだけ」というタイプの議論もこの場合展開可能なため、これは直接的かつ強力な根拠となりづらい。Supra note 33, at 202–203. 成員資格の付与については、Rainer Bauböck, DEMOCRATIC INCLUSION (Manchester, 2018), Owen Fiss, A COMMUNITY OF EQUALS (Beacon Press, 1999)も参照。

<sup>39</sup> Bosniak, supra note 33, at 203.

<sup>40</sup> なおボズニアクは、同時発生的覆斥の別バージョンとして、国境開放に親和的な正義論による国家の権限の批判および移動の自由などの権利の主張、ならびに非正規移民から利益を得てこれを黙認する場合の2つを挙げる。後者は、上述の「正当化」モデルにおける第1と第2にあたる。前者については本稿の射程外として、後者については次章で扱う。Id., at 206.

に戻せばいい」ということができってしまう。子どもや幼少期に越境し、そのまま成長した非正規滞在者を退去させることの過酷さにおいて、その最大の要因の1つは、国内での関係構築による当該国からの離脱の困難さにあるはずである（なおここには、諸種の財の構築や国籍国における財の滅失、非正規滞在先の文化や言語や価値観に基づく人格形成などが含まれる）。また広義の難民についても、国籍国における危難が去ったのであれば国籍国に戻せば良いところ、その後もなお滞在を望むのであれば、それは前述の通り時間の経過と現存性による関係構築が前提にある<sup>41</sup>。そう考えると、国家の退去強制権を前提にして、なおかつ退去を原則として考えると、実務上は、同時発生的覆斥論もアムネ스티の計算における積極要素ないし消極要素のいずれかにおいて、非正規滞在者に有利に働く一要素として捉えられることになるだろう。

矯正的覆斥論でも、国家に国境管理の権限が一応存在し、かつ移民一般にその遵守義務が一応のものとして措定される。しかし、特に国家間や領土をめぐる歴史的要素に注目し、移民の送り出し国と受け入れ国の間に過去の不正に起因する責任関係がある場合には、矯正的正義の観点から、受け入れ国の権限行使の余地が縮減するとこの立場においては考えられる、とボズニアックは整理する<sup>42</sup>。しかしこれに対しては、ボズニアックの指摘する通り、被害者と加害者の同一性問題、何を「不正」(wrongdoing)としてカウントするかの問題、不正と現在の結果の因果関係、不正に対する適正な救済手段、これら難点の山積から、歴史的事実をアムネ스티の根拠として主張するには困難があるだろう<sup>43</sup>。

以上がボズニアックによる、移民法における「一応の」不正と理由に関する整理である。最後に、次節で本章第1節と第2節の記述を小括し、また本稿の分析対象をその整理の中に位置づける。

### 第3節 議論の位相の整理

以上、過去の不正と土地をめぐる英語圏の法哲学・憲法上の研究について概観した。

第1節では、歴史的不正の観点から、過去の不正が紛れもなく不正であったとしても、その後の事情の変化によって、その矯正を現在では行い得なくなる可能性があることを、理論面から検討した。ウォルドロンにおいては、ニュージーランドの原住民の土地収奪問題を素

---

<sup>41</sup> ただしそれにとどまらず、戦争や災害による国籍国のインフラが破壊され生活が困難である場合には、また別の滞在を正当化する理由となるであろう。これらについては、カリド・コーザー著（是川夕監訳、平井和也訳）『移民をどう考えるか』（勁草書房、2021年）が入門書として優れている。また墓田桂・杉木明子・池田丈祐・小澤藍編著『難民・強制移動のフロンティア』（現代人文社、2014年）も難民に関する多様な論点について紹介し示唆に富む

<sup>42</sup> 脚注21で補足した③「正当性の立証」モデルにおける第3がこれである。

<sup>43</sup> *Supra* note 33. at 209-217. なお以上の矯正的覆斥の議論は、ボズニアックの③「正当性の立証」モデルにおける第1から第4のそれぞれに該当するものと整理できる。



材に、supersession としてこれが検討された。またこれに続くワイマンにおいては、より広い視点から、過去の不正に対する償いの問題が検討された。

そして第2節では、ボズニアクによるアムネ스티研究を概観した。ボズニアクにおいてアムネスティ一般は、①「許しと忘却」、②「行政運営上のリセット」、③「正当性の立証」の3つに分類し整理された。そして、国家による国境管理権の正当性と、移民法違反行為を「一応の不正」とし、これに基づく退去強制に「一応の理由」を認めたとうえでなお、その後の事情の変化により、この「一応の理由」と競合するそれ自体も正当だが両立不可能な「一応の理由」がまた別途生じると構成し、アムネスティを導く理論モデルも提示された。退去強制を覆しうる一応の理由の根拠の議論としては、置換理論と覆斥理論があることもそこでは示された。

これらにつき、以下、筆者による若干の批判と補足、および本稿のこの先の展開に関する説明を行う。批判・補足は、supersession 理論の移民法領域への参照に関するものと、ボズニアクの置換論の難点の2点からなる。

まず、ウォルドロンの supersession 理論について検討する。ボズニアクはウォルドロンの supersession 理論から示唆を得ているが、留意すべきは、ウォルドロンが直接の議論の対象としたのはニュージーランドの先住民であって、それは「歴史的不正」と呼ばれる問題群への理論的アプローチであるという点である。そして、非正規滞在者の問題と歴史的不正の問題は、当事者の位置付けといった問題の性質も異なる。

すなわち、国家による歴史的不正問題の議論の大部分においては、不正の主体は政府ないし国家であり、不正の被害者は個人や集団であることが多い。そしてそこには、深刻な人権侵害という被害が指摘される。他方の非正規滞在者の問題においては、不正の主体は往々にして現在する個人で、また不正を指摘する側は政府ないし国家であり、そこでは（不正を非難する側の政府が）直接に人権を侵害されたとする主張は考え難い（あるいは、成員資格に関する国民の自己統治の権利や、文化的同一性の保持の権利、集合体としての国家の主権と構成する論者もあるかもしれないが、本稿ではこれを措く）。

問題の性質に関して列挙するだけでも、非正規移民と入植者の間には、不正を行なった主体の規模や属性、当事者の現在性、問題群における被侵害者側の要求内容とその実現可能性、時間の経過の度合いなどについても、著しい差が認められる<sup>44</sup>。

また、歴史的不正においては、不正時に存在した権利が、その後の状況の変化によって生じた権利により劣後するものとなり、当初の権利をそのままの形で主張できなくなるとい

---

<sup>44</sup> この点に関しては、ウィル・キムリッカ著（稲田恭明・施光恒訳）『多文化主義のゆくえ』（法政大学出版局、2018年）も参照。

う議論の運びとなるのだろう。だが本稿の理解するところ、移民論における時間の経過と事情の変化はこの構造ではない。これは後述する内容とも関わることだが、非正規滞在者を退去させることを躊躇させる事情が生じることは、誰かの財産あるいは所有の“権利”を制限することではなく、また移民の側も財産・所有論におけるような“権利”を取得するものといえるかは怪しい。

そのため、ボズニアックも自認する通り、直ちに非正規滞在と入植を同視して、無邪気にウォルドロンやシモンズの議論をそのまま当てはめることは妥当でない。

しかしながら、後述するように、多元論的の立場から非正規滞在者の問題を捉え、ウォルドロンの議論を一段メタ化した、両立できない道徳的正当性を有する一応の理由間の葛藤として問題を分析し、検討することはなお可能であると筆者は考える。

すなわち、モラル・ジレンマをめぐる議論において「一応の」(*pro tanto, prima facie*)という概念はしばしば、それ自体は妥当な内容を持つのだが、これと両立できない競合する別の道徳的事項により覆されうる場合を想定して用いられる。そしてこれを、正当性を持つ理由間の葛藤について考慮したとき、両立不可能だがそれぞれ正当性を持つ理由間の衡量の結果、終局的な行為理由が決定される、という構造をとることとなる。このとき、採用されなかった理由は、当該状況において行為理由たり得なかつただけで、なおその理由には規範的妥当性が存在しうることになる<sup>45</sup>(以上の「一応の」概念に関する議論は、「一応の義務」(*prima facie duty*)として、後述の政治的責務・遵法義務論においても同様に問題となる。すなわち、政治的責務等はしばしば「一応の義務」と表現されるが、デイヴィッド・ロス(David Ross)の義務論を基底に据えたこの概念に関するシモンズの整理を参照すると、「いついかなる時もその義務の履行強制が道徳的に正当化されるわけではなく、対立競合する他の道徳的義務と合わせて考慮することで、他方の義務に拠って覆される可能性がある」ような場合の義務を指す<sup>46</sup>。前述のシモンズが例として検討するのが、「特定の状況・文脈下において、政府が徴兵を行い、市民に軍役の責務が課されることが措定される場合」である。かかる徴兵の責務が措定される場合でも、それは一応の義務に留まり、競合する他の一応の義務への重み付けの結果、徴兵責務が覆斥される可能性がなおありうると説明される。なおシモンズはこの場合の他義務として、自分に生活を依拠する家族を支える責務、良

---

<sup>45</sup> ボズニアックは、違反行為がもはや違反でなくなる、との表現を用いる。しかしながら、法的には違法性を問えなくなるとしてもなお、用いる概念を参酌したとき、道徳上は違反が違反として意味を持ち続けると考えるべきだろう。すなわち、違反を指摘する規範はなおも正当性を有し続けるのであり、それと両立できない正当な事情が後発的に発生することで葛藤がおこり、理由間での熟慮と調整が生じるというのが、本稿の理解である。

<sup>46</sup> *Supra* note 15, at 59.

心的不服従が如き宗教的・道徳的判断に由来する責務を挙げる<sup>47)</sup>。

そしてウォルドロンにおける覆斥・supersession 論の移民法への援用を、この一応の理由間の葛藤と捉えて、当初存在する退去強制に関する「一応の理由」が、後発するなんらかの価値尊重や行為理由となる義務発生といった、当初存在する「一応の理由」とは両立できないまた別の「一応の理由」と構成し、後発する理由が先発の理由に優位すると考えることは、なお可能と解される<sup>48)</sup>。

以上の思考から本稿では、次にみるボズニアックの理論批判における、「許しと忘却」モデルの検討についても、かかる理解を前提として採用する。

ついで、ボズニアック理論への批判に移る。

まず、前節でみたボズニアックによる整理には、不鮮明な部分が多い。また議論間の位相の関係が明確でない部分もある。

だが、議論が込み入る移民法領域において、筆者はなお、ボズニアックによる整理は見取り図として有用と考える。そして「長期にわたる非正規滞在者の法的地位」を研究対象とする本稿においては、以上のボズニアックによる整理を参照して、議論を展開していくものとする<sup>49)</sup>。

まず、わが国現行法上の理解と精緻化を目指す本稿では、在留特別許可をアムネ스티と置き、ボズニアックにおける①「許しと忘却」モデルを検討対象とする。また、移民法違反行為を「一応の不正」として扱い、退去強制にも一応の理由が存在するものとする。そのうえで、その後の事情の変化によって、これと同様に正当だが両立できない競合する理由が生じ、道徳上の勘案の結果、終局的には在留を特別に許可すべきアムネ스티の余地があると構成する。そして、覆す根拠の理論として、置換理論と同時発生的覆斥理論のカテゴリに

---

<sup>47)</sup> *Id.*, at 59-61.

<sup>48)</sup> 「いずれも正当なのだが、現実において両立できない状況にあり、それらが共約不可能」という状況は、価値多元論における共約不能な価値の葛藤にも似る。この点例えばトマス・ネーゲルは、諸価値が衝突し葛藤を引き起こす状況をディレンマと規定し、どの選択もそれらがより劣った根拠であると主張できないまま、いくつかの根拠に抗して行為せざるを得ない場合の存在を認める。ネーゲルが整理する価値は、C. テイラーを参照しつつ、関係から生じる特殊な責務、誰もが持つ一般的権利に由来する行為への強制、功利性、完全主義的目的、個人的献身の5つを挙げる（そしてこれら価値に関しては、価値間の葛藤のみならず、価値内部での更なる葛藤をもありうるとする）。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）202-222頁。また、チャールズ・テイラー「善の多様性」アマルティア・セン、バーナードウィリアムズ編（後藤玲子訳）『功利主義をのりこえて』（ミネルヴァ書房、2019年）175頁も参照。また価値の多元性に対する強力な反論として、安藤馨『統治と功利』（勁草書房、2007年）も参照。他にも、価値多元論については他にも、深真一郎「現代正義論と価値多元論の可能性：ジョン・グレイの議論を素材として」同志社法学会 50巻4号（1999年）39頁、同「アイザック・バーリンの価値多元論：現代性議論におけるその可能性」同志社法学会 51巻4号（1999年）1頁、ジョン・グレイ著（河合秀和訳）『バーリンの政治哲学入門』（岩波書店、2009年）などもある。

<sup>49)</sup> なお、移民法領域における議論の構造の整理による体系の完成は、もちろん、必要かつ有用な仕事である。だが、本稿においては筆者の能力の都合上、体系化の仕事そのものには従事しない。代わりに、そこで論じられる要素の検討に主軸を置く。

振り分けられた事項を検討する。

ただし、置換理論については、ボズニアックの理論の不備を感じるため、これをそのまま無批判に採用するものでもない。そこで、その理論の枠組みを大いに参照しながら、その議論の不備を補充し、理論における補足と精緻化を行いながら、検討を深めていく。

またボズニアックに対しなしうる批判として、以下も指摘できる。

まず、どうして最初の違反が「違反行為でなくなる」のかの根拠が不明である。筆者には、どういう意味で「法違反が違反行為でなくなる」のかが、理解できないのである。これは非常に難問ではあると思うが、筆者の考えるところ、不正な行為の意味は時間が経過してもなお不正という意味を持つものであり、単に時間が経過するだけでその意味が変わるということは滅多にない。

例えば法に違反する不正な行為がなされた後で、その後に当該法が改正されあるいは判例変更により、その行為が法的意味においてもはや不正という意味を持たなくなる、という議論はありうるだろう<sup>50</sup>。しかしながらボズニアックの議論の本旨はおそらくそういったところにはないものと思われる。そしてそうであるなら、その後も同様の理由に基づく国境管理を行う限り、法違反行為が有する意味は、なお非難に値する不正のはずだと本稿は思考する。

しかしてこの点につき本稿は、ボズニアックと異なり、当該問題を以下のように理解し、整理し、議論を展開する。すなわち、一応の不正を行なった者の責任と非難を認める置換理論においては、「当初、行為主体が負っていた責任が、時間の経過と事情の変化等によってもはや現在の行為主体に帰属させるのが妥当でなくなる場合がある」ことを示す。この置換理論における道徳的錬金術なるものの論証は、本稿第3章において展開する。そしてその議論は、道徳哲学および形而上学を参照しながら、デレク・パーフィット (Derek Parfit) による人格変遷と功績の帰属先の議論、および許しに関する議論の2つに基づき展開される。①「許しと忘却」モデルに対し指摘された、罪責への宥恕に対する論難となお両立し成立する議論が、我々の道徳論において内在することから、道徳的錬金術の実態の論究を行う。

こうして、ボズニアックによる「どうやって」(how) の問いにおける道徳的変質の錬金術についても、道徳哲学に基づき、一つのありうる解答を提示することを試みる<sup>51</sup>。

加えて、第3章の議論の発展型として、「地域社会との紐帯」がいかなる意味を持つかについて、第4章と第5章で個人主義的観点から理論を展開する。これは置換理論と同時発生的覆斥理論のいずれにおいても共通する議論となるが、生身の個人が当該空間において関

---

<sup>50</sup> これにはまた別の議論が付随して発生するであろうが。

<sup>51</sup> なお、how と why をめぐる解放国境論者のボズニアックの用語法が指す事項について、本稿は経験的分析の観点から捉えるのではなく、本文の記述から読み取れる通り、規範的見地から分析する。

係を構築し、そこで財を構築し、長期間経過することに対し、法と国家は道徳的見地からいかにこれを評価すべきかを、憲法の根本的価値である個人主義の見地から分析する。かかる仕事にあたり、第4章では国家と国民の関係を、政治哲学における政治的責務論から分析し、描写する。そして第5章では、所有と財産をめぐる法哲学から、これを分析する（ここにおいて、ボズニアックが権利論アプローチとして挙げた「占有権」や取得時効類比論が批判的に分析される事になる）。

また「なぜ」(why)の問いにおける権利論アプローチの時効論等は、「どうやって」の問いに対する解答を提示の試みでもあるが、これらを検討し批判することも本稿の仕事とする。そうして、「なぜ」の議論における権利論の議論内容が、責任対象としての国民という議論の主戦場であり、後発的な「一応の理由」となりうることを提示する。

### 第3章 非正規滞在者の不正がいつ不正でなくなるかの人格・責任・許しからの研究

#### 序論

前章でみたボズニアックの議論における道徳的錬金術は、果たして本当にありうるのか。あるとしたら、それはいかにして起こるのか。本稿はこの問いに、人格に対する責任が時間の経過と状況の変化により不問とされること、という方面からアプローチし、その錬金術の可否およびあり方を探る。換言すると本章では、第1章でみた諸判決における「帰責性」と時間の関係を検討するものである（なお念のため。帰責性といった責任にまつわる道徳概念は、主として刑法分野で論じられることだが、行政法においてもこれが考慮要素とされる場合が存在する。行政法において帰責性を考慮要素とすることは、入管行政のみにみられる異常な問題ではない<sup>1</sup>）。

そして、過去の不正に対する責任をその後不問とする思考がいかなる道徳的基礎を持つのかという上記の問いは、非難への時効とも通底する。そこで本章では、法違反時点で責任能力のある非正規滞在者における、「不法移民はいつ不法でなくなるか<sup>2</sup>」という問いを、人格論、責任論、許しに関する道徳理論をベースに考察する。すなわち、過去に移民法（入管法）違反を行なった非正規滞在者（特に機会移民/opportunity immigrant）に対し、その後の長期にわたる滞在によって、過去の不正に対する道徳的非難ができなくなる可能性<sup>3</sup>を道徳的見地から論究する。かかる知見は、長期の非正規滞在が罪の赦しとなるか、それとも単なる不正の継続すなわち悪質な入管法違反の態様と評価されるのかをめぐる、わが国現行入管法45ないし50条における在留特別許可（在特）処分上の論点を検討する材料となる。人格と責任をめぐる道徳的重み付けを、行政裁量統制における過程審査中の積極・消極要素の検討に適正に反映させるための素地を整えることが、本章の主眼である。

なお本章でも、入管法違反を「一応の不正」（*prima facie* wrong）と扱い、退去強制の一応の理由に該当すると措定する。

---

<sup>1</sup> 例えば、行政行為の取消し・撤回の文脈において、「虚偽の申告に基づく生活保護決定がなされた等、本人に帰責性が認められる場合には、取消し・撤回が制限されるいわれはない。その際、取り消しの効果を遡及させるかどうか、取消しの効果を遡及させるとして、既払いの生活保護費の返還範囲を現存利益にとどめるか、悪意の受益者として利息まで付して返還させるか（民法703条・704条参照）といった点についても、本人の帰責性の程度等を含めて総合的に判断することになる」という思考が存在する。引用部分は、櫻井敬子・橋本博之『行政法 [第6版]』（弘文堂、2021年）96-97頁を参照。

<sup>2</sup> この問いについては、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）も参照。

<sup>3</sup> 移民論とはまた別に、先住民等に関する歴史的不正と、これに対する矯正的正義の限界の問題を考察するものとして、Jeremy Waldron, *Indigeneity? First People and Last Occupancy*, (2013) 1 NZJPL, at 75, Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustice*, Ethics Vol. 103, No. 1 (1992) at 20, Jeremy Waldron *Redressing Historical Injustice*, The University of Toronto Law Journal, Vol. 52, No. 1 (2002), at 135, Katrina Miriam Wyman, *Is There A Moral Justification For Redressing Historical Injustice?* 61 Vanderbilt Law Review 127 (2008), at 127がある。戦争犯罪の許しについては、Renee Jeffery, *AMNESTIES, ACCOUNTABILITY, AND HUMAN RIGHTS*, University of Pennsylvania Press (2014)がある。またアムネスティ一般に関するアメリカ法上の研究としては、Martha Minow, *WHAT SHOULD LAW FORGIVE?* Norton (2019)も示唆に富む。

また本章は人格論と責任論および許しをめぐる議論を扱うが、これらを網羅するものではないし、またその難問を解くこともしない。あくまで、人格同一性論と責任論および許しをめぐる道徳理論の知見を参照しながら、過去の不正への責任（非難と答責）がいかに道徳論上論じられるかに、射程を限定する。また、冒頭に述べた問題を考察するための学術的素地を整えることを目的とし、難解な当該問題への結論を即断しない。そして、人格同一性をめぐるジョン・ロック（John Locke）から続く方法論上の伝統を汲み、脳移植や分裂、空間転移装置といった思考実験も紹介する<sup>4</sup>。

本章の議論は、英米哲学をベースに展開する。構成は以下の通りである。第1節では、まず、道徳的応報および法的責任の単位として「人格（person）」を最初に措定した、ジョン・ロックの議論を概観する（第1款）。そして、この人格概念をめぐる現代哲学の議論の様相を、還元説（物理説、心理説）と非還元説の区分で説明する（第2款）。そしてこれら議論に大きな影響を与えた、デレク・パーフィットの『理由と人格』における議論を紹介する（第3款）。以上から、人格と責任をめぐる議論の素地を一応整える。

第2節では、パーフィットの責任論を発展させる、時間の経過による人格への責任減少の議論を紹介する（第1款）。かかる議論は、責任減少による時効の根拠の道徳的検討にもつながる。さらに、行為への非難をめぐる責任実践についての哲学的研究にも目を向ける（第2款）。ここから、非難の対象たる行為主体について検討するための糸口を得る。

そして第3節では、許しに関する道徳理論を概観する。まず第1款では、同情・憐れみから許しを捉えるノーヴィッツによる研究を紹介する。第2款では、ノーヴィッツに対し批判を加えるヒエロニーミによる研究を検討する。第3款ないし第5款では、第三者による非難と許しについて検討するために、ハンプトン、スキャンロン、グリスウォルドによる研究をまとめ、先行研究から知見を吸収する。そして以上の議論を非正規滞在者の長期滞在と責任減少に反映し、小括する（第6款）。以上の検討を通じて本稿は、非正規滞在者を、道徳を理解しない怪物（moral monster）として扱う愚を避けると同時に、一片の曇りもない無事の聖人として扱う愚も避けつつ、我々同様に道徳的責任を負いうる対等な行為主体として把握することをも試みる。

以上の研究から得られる本章の結論は以下の通りである。

すなわち行為に対する責任追求を構成するのは、非難でありかつ理由応答の要求である。行為主体性とは、信念や意図、欲求、理由といった判断過程からなるディスポジションである。そして行為に対する責任を負う過去時点の行為主体と、問責時の現在時点の行為主体の乖離が著しい場合、非難としての責任を問いえなくなる可能性がある。

しかし以上の結論は、わが国入管法上の「帰責性」や「その後の反省」、「自主出頭」など

---

<sup>4</sup> これら思考実験の実現困難さや突飛さを理解しながら、我々の直観レベルでの理解や潜在的思考を剔抉する上で、なお一定の有用性を認める弁護については、Raymond Martin, SELF-CONCERN (Cambridge, 1998), at 10などを参照。

の責任をめぐる議論を説明し、整理するには十分でない。これらは、行為の責任と、悔恨による行為主体の変化、そして「許し」について道徳哲学上研究によって整理し、よりよく理解することができる。そして、許しの条件として、①過去に不正をなした主体が、今やその不正を望まないことを示す、②過去と現在の自我を継続させながら、過去の悪事を拒絶する、③自己の行為に対する悔恨を経験する、④もはや自身が、加害・不正にコミットするものでないことを行動で示す、⑤不正を非難する側の視点を理解したことを示す、⑥なぜそれをなしたのかを十分に説明する、といった諸条件がある。また、不正に対する第三者による反応・判断として、義憤 (indignation) という概念がある。そこから、第三者による非難と第三者による許しの可能性もある。また、かかる許し等をめぐる判断が、司法の場においてもなされ、これがアムネ스티の理由の一部を構成する場合がある。加えて、これら許し<sup>5</sup>に関する思考が、わが国裁判における上記諸問題をよりよく位置付け、かつ教導しうるものである。

## 第1節 人格論の概要と論点整理

### 第1款 ジョン・ロックの問題提起

人格や自我をめぐる議論は古くから存在する。かつては特に、魂の普遍性、死後生、復活などとの関連から議論された<sup>6</sup>。その後「人格」(person)は、現代の法的議論における、権利・義務・責任の対象および単位となる。

人格を法廷用語とする向きは、一般に、ジョン・ロックの『人間知性論』<sup>7</sup>に端を発すとされる。そこでまずは、ロックの議論を概略する。

ロックは草木や動物などの時間を通じた同一性とはまた別のものとして、人格の通時的同一性を検討する<sup>8</sup>。(現代では人格同一性の基準をめぐっては、それ以上還元できない実体、物理的要素、心理的要素の三位一体的思考から整理されることが多いが)ロックの説くところ、人格を有する者とは、理知と省察を持つ、自分で自分を同定しうる思考を有する者であり、これは意識によってなされるものだという。そしてこの意識の同一性が、人格の通時的同一性を与えるというのである<sup>9</sup>。

---

<sup>5</sup> 場合によっては、ここに許しとは区別される慈悲 (mercy) も含まれるのかもしれないが、本稿では許しに議論を限定する。

<sup>6</sup> 西洋の思想史における人格論の位置づけについては、Raymond Martin, *THE RISE AND FALL OF SOUL AND SELF*, Columbia University Press (2006)が詳しい。

<sup>7</sup> John Locke, *AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING*, Clarendon (1979)のロックの見解の訳出に際しては、用語を多少修正しながら、ジョン・ロック著 (大槻春彦訳)『人間知性論 (二)』(岩波文庫、1974年)を参考としている。ロック解釈にあたっては、Harnold W. Noonan, *PERSONAL IDENTITY* 3<sup>RD</sup> EDS, Routledge (2019), at 24-45も参照。

<sup>8</sup> なおロックの見解においては、動物同様に分子やその組成をベースに判断される「人間 (man)」と、「人格 (person)」は区別され、人間の同一性と人格の同一性も区別される。本稿においても、一応両者を区別し記述する。

<sup>9</sup> 一般にこの意識は、経験記憶と引き直される。ただし論者によっては、意識を経験記憶と置かない論者もある。この立場については、一ノ瀬正樹『人格知識論の生成』(東京大学出版会、1997年)を参照。



例えば、四肢を切り落とされて、物理的要素の一部が欠落しようとも、人格の通時的同一性を維持されるだろう。また霊魂が仮にあって、かつそれが転生を繰り返しているとしても、そこに前世の意識がない場合、果たして我々はそれを同一人格と呼べるだろうか。およそこのようにしてロックは、現在の人格と過去の人格を合一させるものは意識であると論じる。そして賞罰の対象も意識であり、我々が法廷用語で用いる人格もここから判断される<sup>10</sup>。ロックの見解を概括すると、およそ以上の通りとなる。次に、この法廷用語であり道徳的賞罰の対象とされる、人格概念をめぐる現代の議論を概観する。

## 第2款 各説の長短

以下、異時点間における人格どうしを同一 (identify) たらしめ、かつ同一なものが一対一対応であること<sup>11</sup>を意味する、人格の数的同一性 (numerical personal identity) が何によって構成されるかの必要十分条件に関する基準 (criterion) の議論を紹介する。基準はパーフィットの分類を参考に、非還元説、物理説、心理説の順に、それぞれ概要と長短を紹介し記述する。

まず非還元説 (non reductional theory、あるいは「さらなる事実説」などとも。) について紹介する。

この立場からは、人格はあくまで人格であり、記憶や脳といったそれ以上の要素に還元できないもの、と捉えられる<sup>12</sup>。従来、前近代の宗教的色彩から弁護されたこの立場は、現代では装いを新たに一つの論陣を張る。この立場を支持する者の中には、人格同一性概念には不明瞭さが残ることから、後述する分裂や空間転移による複製問題において元の人格がなお残存するかも語り得ず (これらパズル・ケースにおいて我々の判断が一致することもなく)、そもそも諸種の事例を語る意味がない、とする戦略をとる者もある (他方、非還元説に対しては、こんにち霊魂やデカルト的自我を検証することが不可能で、我々はそのようなものを信じるべき証拠がないとする批判がなされうる)<sup>13</sup>。

次に、人格の構成要素を、人格以外の別の要素に還元し求める還元主義 (reductionism) を紹介する。還元主義は大まかに、物理説と心理説に分けることができる。物理的基準 (physical criterion) を人格の構成要素として求める説もバリエーションに富むが、以

---

<sup>10</sup> ロックにおいては、正気の者の行為と狂気の者の行為が別人として扱われることもこのように説明される。また、泥酔者などの行為については、心理説を維持しながらこれとは別の説明によって、なお自説の維持が試みられる。

<sup>11</sup> つまり one-one の関係であり、one-many の関係に立たないことを指す。

<sup>12</sup> その典型は、霊魂といった霊的実体や、二元論をとったデカルト的自我である。

<sup>13</sup> パーフィットは、「転生による前世の記憶」がごとき場合があるのであれば、非還元主義説を否定できないし、また完全にその主張を論駁できるわけでもないとしながらも、デカルト的自我のような実体の存在を信じ証明する証拠が見当たらず、内的にも外的にも我々の実践や実感と乖離していることから、この立場を採用しない。ただし、後述する責任や配分といった功績を論じる場では、かかる実体を単位に考慮すべきとする立場に傾斜する。デレク・パーフィット著 (森村進訳) 『理由と人格』(勁草書房、1998年) 317頁。

下、身体基準 (bodily criterion) と脳基準 (brain criterion) を解説する。

身体基準を採用する場合、我々が異なる時点間の人格を同定する基準は、代謝によって日々刻々とその要素が変化し、細胞が入れ替わり、また部位の欠損や喪失もありうるがなお時空間的連続性を維持し続ける、肉体に求められる。この場合、人間は動植物と同様の基準によって、同一性を判断されることとなる<sup>14</sup>。哲学や医療などの応用倫理の文脈の外では、一般に我々はこの基準によって人を同定し区別することが多いとされる<sup>15</sup>。

しかし我々は、以前の記憶をなくし「人が変わったような」振る舞いをする人物を、その後も同一の人格だと認めるだろうか。我々は純粋に、タンパク質の連続性だけで人格というものを判断しているのだろうか。そうではなく、記憶や意識といった要素にも注目して、その人格がかつての知り合いの人格と同一かどうかを判断するのではないのだろうか。

かくして、身体説批判に登場するのが、脳移植の思考実験である。例えば、脳は正常だがそれ以外の肉体に損傷を負った A という人物から脳を摘出し、脳死した B という人物の健康な肉体に移植したとする。この時、A としての記憶を持ち、そう振る舞いながら B という身体を有するこの人物は、果たして A であると判断せざるを得ないに違いない。ならば、身体説は採用できないことになる。

この批判を容れる物理説論者は、それならば人格同一性を構成するのは、記憶の保持に不可欠な器官である脳とする、脳基準を提唱することになる。しかし思考実験を重ねると、脳基準もそれほど強固な基盤を持たないように思われる。例えば、三つ子のうちの一人の脳を、左右両半球に分割し、それぞれ残りの二人に移植したとする。この時、意識の基盤が倍加し、本来一対一対応するべきであった人格の通時的同一性が失われることになる<sup>16</sup>。

あるいは、記憶や性格は脳の電気信号の集積である事実から、このパターンと脳の地図を正確に模写し記録しておくとする。そして脳をナノマシンで逐次破壊していきながら、同時に理想的な素材でできたシリコンに置換し、記憶を順次ダウンロードしていくとする<sup>17</sup>。ナノマシンによる処置の結果、前後で記憶や性格、思考パターンなどが変化していない当該人物は、もはや同一性を失ったのか。失ったとしたら、脳の何%がシリコンで置き換えられた時点か<sup>18</sup>。このような思考実験も交えて考えていくと、身体や脳を基準とする人格同一性判断は、次第に困難となる<sup>19</sup>。

---

<sup>14</sup> そしてその一つの答えが animalism である。

<sup>15</sup> ちなみに物理的基準を重視する場合には、胎児や植物状態の人間も同一性を有する人格として扱われるため、その処遇に対する責任や権利義務関係を論じやすいという面もある。

<sup>16</sup> 分割脳実験から一応、半球だけでも意識は保持しうるとされる。この時、右半球のライティと、左半球レフティ、どちらか一方だけを元の人格と同一とし、他方を別人格と判断するのは恣意的となる。

<sup>17</sup> なお当該設問はバリエーションに富み、また分析上の正確さを期する上ではより厳密な議論を要するが、本稿では簡略化し記載する。

<sup>18</sup> なおスライディング・スケールのスペクトラムと閾値の問題は、心理的連結性においても問題となり、パーフィットはここから「生存にとって人格同一性は重要な問題ではない」とする後述の主張につなげる。またパーフィットの見解を彫琢したものとして、ルイスによる「同一性はそもそも程度問題に過ぎない」とする見解もありうる。

<sup>19</sup> さらに人語を解し語る「知的なオウム」がごとき、人間でないが人格を認めうる存在を措定するな

そこで最後に紹介するのが心理説である。これは、人格の通時的同一性を何らかの心理的 (psychological) 要素の継続性 (continuity) かつ/または連結性 (connection) に求める立場である<sup>20</sup>。ロックの立場を批判的に継承するこの立場では、特に経験記憶の継続性があることを基準とする説がしばしば代表例として挙げられる<sup>21</sup>。多数説とされる心理説は、人格同一性判断の権威者を、外からこれを観察する第三者ではなく、意識を持つ本人自身としたとき、直観的共感をより得られるものとなる (そしてこの場合、自分自身の反省により得られる自我の同一性が、人格同一性問題と緊密になる)。

ただし、記憶に「私」という人格の通時的同一性を求めるこの説にも、批判がある。ここでは二点、批判を紹介する。批判の第一が、循環問題 (circularity objection) である。これはロックの心理説に対し向けられたものだが、ロックの文脈における人格同一性の構成要素つまり自己意識は記憶、とりわけ『私』があれやこれやの経験をしたことの記憶である。そしてこの記憶を持つものが、「私」であると導出される。だが、ロックはここで、「私」という人格を同定するための要素の中で、すでに『私』の経験した記憶」と人格を密輸入しており、すでにそこで私という人格の同一性が前提とされている、という批判がなされることになる。心理的基準を人格論に採用する論者は、かかる批判への応答を必要とする。

第二の批判として、複製問題 (reduplication argument) がある。

例えば、「生まれ変わり (reincarnation)」の思考実験で、この問題を考えてみよう。現代人のある人に、幾百年前に死んだ人物の記憶が蘇り、その記憶に従い、記憶通りに当時の新事実が発見されたとする。この場合、生まれ変わった人は同一人格であると言えるか。そしてその後、同様の現象が、当該現代人の近親者の身の上にも起こったとする。この場合、過去の死者と人格的同一性を有するとすると、現代に二人存在することになり、もはや数的同一性が失われることになる。しかし人格同一性 (あるいは生存/survival) は、外的にライバルが存在するかどうかに依存して判断・決定されるものなのだろうか (脳の分裂ケースや、火星への空間転移・遠隔輸送装置の誤作動等による地球と火星の同時存在でも、同様のことが言える。本稿では割愛する)<sup>22</sup>。

---

ら、人格同一性の判断基準に物理基準を用いることが一層論難される

<sup>20</sup> なお議論の簡明化のため、存在と時間をめぐる三次元主義・四次元主義の形而上学的論争や、内的・外的視点といった現代人格論の発展及びその詳細な説明も、本稿では割愛する。本稿が人格論を紹介する主たる目的は、移民論への反映可能性の探求である。

<sup>21</sup> 大人になり、幼少期の記憶を失っても、直接的な記憶の継続性が存在すれば、人格の通時的同一性が認められる。この他、いかなる要素をここに加味し修正するかはまた別途論点となるが、本稿では割愛する。

<sup>22</sup> この問いへの応答をめぐり、内的関連 (intrinsic relationship) のみで判断して良いとする説や、最近接者がライバルとの勝ち抜き競争に勝利するとする説、前後で同一の人物が空間的に分かれてなおかつ分裂後の人物相互は別人であるとする説などが競合することになる。さらにここに、「生存にとって人格同一性は重要な問題ではない」とするパーフィットの重要性関係説も加わり、議論は百花繚乱咲き乱れる。

以上の批判を念頭に、次節ではパーフィットの理論と、上記批判への応答を概観する<sup>23</sup>。

### 第3款 デレク・パーフィットの『理由と人格』<sup>24</sup>

我々が通常、責任と配慮の道徳論において無意識に人格同一性を前提とすることへ、疑問と批判を展開した論者の一人として、デレク・パーフィットが挙げられる。

我々の生存にとって重要なものは、人格同一性ではなく心理的連結・継続性であると指摘したパーフィットの議論はその後、人格と責任と時間経過をめぐる哲学的議論において多大な影響を及ぼした。本節では、同書におけるパーフィットの主張を、責任論との関係において必要な範囲で紹介する。

パーフィットは、時間を通じた人格の同一性を、過去の人格と現在の人格の一对一の対応関係であると置く。その上で、時間を通じた同一性が含んでいるのはR関係（心理的連結性<sup>25</sup>かつ/または心理的継続性<sup>26</sup>）であり、かつ、同一性が成立するのはR関係の一对一対応関係が成立する場合（現在において、他にも同様のR関係を有する分裂などの分岐がない場合）とする<sup>27</sup>。そして、人格の通時的同一性は我々の生存にとって重要ではなく、重要なのはどのような原因であっても、R関係（特に心理的連結性）であるとする<sup>28</sup>。

循環批判への反論としてパーフィットが持ち出すのが、Q記憶という概念である。（記憶痕跡のコピーを将来どのような形で他者に再現できるかといった技術上の問題はさておいて）ここでは、誰かの記憶（Q記憶）を別の人格が何らかの方法で追体験できるような環境が存在するとする。このQ記憶は、別に「私の」記憶として扱われずとも、「誰かの」記憶と記述され、体験されれば良い。そしてこのQ記憶の連結性が縄のようにより合わされ系列をなし、継続性を有するのであれば、これが人格同一性の心理基準たりうる、と主張する。このようにして、パーフィットにおいては循環批判への対応が図られる<sup>29</sup>。

<sup>23</sup> 以上の三説の記述に際しては、Noonan, *supra* note 7, at 2-23、久保田顕二「人格の同一性」牛島謙・久保田顕二・谷口佳津宏・菊池恵善・円谷裕二著『哲学への旅』（北樹出版、1988年）41頁を主に参照した。

<sup>24</sup> 以下、Derek Parfit, *REASONS AND PERSONS*, Oxford University Press (1984)に関する本節の記述と訳出は、前述の森村進による訳著から大きな恩恵を得ている。

<sup>25</sup> 過去の経験記憶を現在においても思い出し、そこから影響を受けるがごとき連結性と、ここでは簡単に置く。連結性は推移的なものではなく、また継続性と違い、強弱の問題となりうる。

<sup>26</sup> 異なる時点間において（例え忘却などによる記憶の欠落があろうと）、一連の途切れない系列が存在することとここでは置く。連結性と違い、推移的關係が成立しうる。

<sup>27</sup> これを簡略化すると、 $PI=R+U$ となる（PIは人格同一性、RはR関係、Uはただ一人であるユニークさ、とここでは置く）。

<sup>28</sup> つまり、（遠隔輸送などによる）分裂などの分岐が生じたとしても、それはR関係を有するものが私以外にも存在するようになった（ $PI=R+U$ におけるUが失われた）というだけで、私がダブルになることはゼロになる（死ぬ）ことと比べるとそれほど悪くない、というのである。またパーフィットは、個人の生にとり重要なことは一般に心理的連結性だが、中には外見・容姿といった物理的基準にも重きを置く人間もいるかもしれないことを認める。この点については、森村進の「蓼食う虫も好き好き」との指摘が納得いくだろう。

<sup>29</sup> ただしこれで本当に批判に有効な反論ができていのかは、また別の問題となる。例えばMarya Shechtman, *Personhood and Personal Identity*, *The Journal of Philosophy* Vol. 87, No. 2 (1990), at 71などがある。

「生存にとり重要なのは、人格同一性ではなく R 関係」とする重要性関係説は、パーフィットにおいては、スペクトラム・ケースの考察を通じて提案される。すなわち、人格の基準を人格以外の心理ないし物理的要素に求める還元説を採るとして、それではこれら要素がどれだけ維持されていればなお同一性が保たれ、いくら失われればもはや同一性が存在しないものと言えるのか。シリコン脳で略述したこの問いに対し、我々は、明確な答えを持たない。仮に何%かの線引きを行うとするのなら、そこで設けられる境界は恣意的である<sup>30</sup>。我々は靈魂のような別個に存在する実体によって同一性を確定される存在ではないが、スペクトラムのボーダーラインを恣意的にしか選択できない。そしてこれは、重要な事についてのいかなる主張も正当化できない。かくしてパーフィットが主張するのは、ボーダーを争うケースの範囲において、人格の同一性を重要としていないとする立場である。

そして、自分の脳の左右両半球を双子に移植し、自分と同一の R 関係を持つ人格が二つ誕生した（つまり、人格のユニークさが失われ、一対一対応の同一性が失われた）ケースの考察を通じて、次のように整理する。すなわち、現在における重複が生じる結果、同一性が失われる。だが、これは死ぬことによる同一性喪失とは遥かに異なる。2 と 0 は違うのである。重複によってユニークさが損なわれようとも、R はその価値の大部分を保持し続けている。R 関係こそが生存にとって格段に重要であり、我々が人格同一性を大事に思うのも、その大部分は R 関係がそこに含まれるからである<sup>31</sup>。

そして、パーフィットが以上の存在論上の重要性関係説を規範論に反映したとき、導出されるのが、心理的連結性に対する功績の弾力性である。すなわち、以上の還元主義、および心理的連結性を生存において重要な事項と理解し、これを我々の人格概念に基づく規範や道徳実践に反映させる。ここで問題となるテーマの一つが功績で、善行をなした人格に対する称賛や、不正をなした人格に対する非難である。

後者に関するパーフィットの（自説修正前の）見解は、端的に、犯行時と現在の人格間の心理的連結性が薄れればそれだけ、行為時の過去の人格に対する責任を現在の人格へ問えなくなる、というものである。こうして、過去の行為に対する道徳的非難を現在行うことが憚られることを説明し、また公訴時効の根拠とする。

以上が、パーフィットによる研究の概略である。

しかし、波紋を生んだ『理由と人格』におけるパーフィットの上記諸見解に対しては、批判も少なからず存在する。その中でも以下では、バート・シュルツ (Bart Schultz) による

---

<sup>30</sup> 例を敷衍する。物理説の脳基準を採用したとする。このとき、脳移植やシリコン置換を行っていったとき、一体何%オリジナルの脳が残されていればなお同一であり、何%失えばもはや同一でないと言えるのか。50%か、25%か、それとも 1%でも残ればよいのか。線引きを設けた時、その閾値は恣意性を帯び、この恣意性が問題となる。

<sup>31</sup> 過剰供給によって U が失われることの何が悪いのかについては、supra note 4 などが検討しており、参考になる。

『理由と人格』批評論文<sup>32</sup>を紹介する<sup>33</sup>。

シュルツがパーフィットの主張を解釈するところ、人格ではなく R 関係を重視するようになれば、人格への傾注が減る代わりに経験の重要性が増大するようになる。かくて、人格同一性を前提とした議論が見直され、功績や配分的正義、契約などに関する道徳理論にも修正が及ぶ。そして人格に対し負わされる責任も、この修正を受けることになる。以上のパーフィット要旨への、シュルツの批判を抽出すると次のようになる。パーフィットは、経験主体への傾注から経験そのものへの傾注を重視すべきとして、ロールズによる功利主義批判に応答しようとしているが、その論証は不十分である。還元主義によって、パーフィットが修正を図ろうとする「以降の自我とこれに関する道徳原理」(later selves and moral principle)の射程が狭まろうと、その結果起こるのは他にもっと多くの道徳主体と状況が現出し、当該原理がこれらに適用されるだけであろう。『理由と人格』においてパーフィットは、還元主義がいかに功績原理に影響を及ぼすのかを、十分明らかにしていない。また、形而上学上の事実が変動することで、これと関連する議論への道徳的重みづけも変動すると自明視はできず、論証には注意を要する<sup>34</sup>。還元主義的見解が、功績の単位を非還元主義的人格に求める主張を否定しきったとは言えない。総括すると、パーフィットの議論に内在する人格論と道徳の関係の曖昧さが、還元主義的視点からの功利主義擁護など、彼の主張の説得力を損ねている。以上の指摘が、シュルツによってなされた<sup>35</sup>。パーフィットはその後、シュルツ論文への応答論文の中で、責任と人格に関する自説を修正し、連結性低下による責任減少を撤回し、功績の単位として非還元主義的人格を採用したとされる。

次に、かかるパーフィットの改説に関する、他の研究者らの分析をみていく。

## 第2節 人格と責任とその減少

### 第1款 人格と責任をめぐる諸説

#### 第1項 パーフィット批判

前節第3款で紹介した時間の経過による人格への責任減少の議論は、その後、諸種の研究者によって一層検討されることとなる。本節ではその議論を紹介し、我々が移民へのアムネスティ(在特)の文脈で論じる積極・消極要素で「いったい我々が無意識のうちに前提としているものは何なのか。またこれを哲学的知見を参照し説明するとしたらどうなるのか」を

---

<sup>32</sup> Bart Schultz, *Persons, Selves, and Utilitarianism*, *Ethics* Vol. 96, No. 4 (1986), at 721.

<sup>33</sup> パーフィットの還元主義は功利主義に親和的かどうか、という観点から議論を展開させるシュルツの主張は、諸種の論点を含み入り組んでいる。本稿は、本稿の関心に射程を限定し論じる。

<sup>34</sup> この点につき、存在論的人格論は、規範論における道徳的責任問題の前提ではないとして、ナラティブ主義から責任を論じる試みを行う研究として、Marc Slors, *Personal Identity and Responsibility for Past Actions*, Ton van den Beld eds, *MORAL RESPONSIBILITY AND ONTOLOGY* (Kluwer Academic Publishers, 2000), at 63がある。

<sup>35</sup> また、これと関連するR関係批判として、Susan Wolf, *Self-Interest and Interest in Selves*, *Ethics* Vol. 96, No. 4 (1986), at 704も参照。

考察するための素地を整える。

本節ではまず、パーフィットの改説を批判し、なお責任は心理的連結性と相関すると主張する森村進の主張をみる。また、パーフィットの R 関係と責任減少の主張を批判するウォルター・グラノン (Walter Glannon) 論文、およびこれを止揚し別の責任減少理論を主張するデイビッド・シューメーカー (David Shoemaker) 論文もとりあげる。以上を通じて、人格論と責任減少の主張に関わる論拠および議論状況の一端を紹介し、以降の研究の深化および移民論への反映の素地を整えることを企図する。

本節の構造を確認したところで、まずは森村による主張をみる。

森村はパーフィットの改説に対し、彼が翻意に際して用いた事例をそのまま用いて、なおも責任は R 関係を重視していると主張する。

パーフィットは、『理由と人格』批評論文の各内容に対するコメントを行い、そこで思考実験によって、責任が心理的連結性だけでなく非還元主義的人格を前提にしていると、説を改めた。そこで用いられたのが、以下の分岐線ケースの一種である。

「まず、私 (P1) が犯罪を犯したとする。そして私のレプリカでもあるバックアップ (P2) に、逃げろと警告する (P2 は P1 と同じ心理的連結性を有するとする)。しかし P2 は、警告虚しく捕まってしまった。裁判官達は P2 へ、P1 の犯した罪ゆえに無期懲役を宣告する。裁判官は、P2 が P1 でないにもかかわらず、心理的連結性があり、その他の面でも酷似するために、P1 の罪責を負わねばならない、というのである」。この場合、我々は P2 を非難し、罪責を負わせるべきだろうか。パーフィットは、このケースにおいては、レプリカの P2 に帰責性がないと論じる。その根拠は、P2 と P1 の間に通常の因果関係 (normal cause) の有無などでなく、かかる帰責性については非還元主義的な「更なる事実」をベースに我々が判断しているからだ、という<sup>36</sup>。

以上に対する森村の評は、次の通りである。パーフィットは、「レプリカが分裂 (自分の誕生) 以前の本人と密接な心理的關係を持っていても、分裂以前の本人の行為については責任を負わないと考えられるだろう、という論拠をあげる。しかしここでも R 関係を重視して、本人同様レプリカもその行為に責任を負うと考えることは十分弁護できるだろう……一般的にパーフィットは彼の〈還元主義〉の反直感的性質を誇張しているのではないかと思う。少し前でも述べたように、一生を統一的に構築しようという意志をあまり持たない人にとっては、〈還元主義〉の方が自然な見解だと思われるかもしれない」<sup>37</sup>。

森村の人格論の基本的スタンスは、人格の同一性は必ずしも、オール・オア・ナッシングではなく<sup>38</sup>、人格同一性は R 関係と分裂の程度との関数である、R 関係が弱かったり、多数

<sup>36</sup> Derek Parfit, *Comments*, *Ethics* Vol. 96, No. 4 (1986), at 837-839.

<sup>37</sup> 森村進「訳者解説 倫理学も進歩する」前掲注 13、745 頁。

<sup>38</sup> 森村の主張を解釈すると、ここからさらに、一対一対応でなくとも人格同一性を部分的に有する、と論じることになる。なおかかる用語法は森村によるもので、論理学や形而上学とはまた違う、倫理学ないし法学上の関心から用いられている。

の個体に分裂すればするほど同一性の程度が小さくなる（程度説）、というものである。かかる人格観を前提に、森村は、過去の行為に対する責任の程度は、行為時の人格との R 関係が密接なほど大きく、希薄なほど小さくなるとする<sup>39</sup>。

しかし森村の程度説から責任を論じる形而上学的観点に対しては、瀧川裕英による批判が存在する。すなわち、「人格の同一性問題は、あくまで責任の問題の一部として考察されるべきであり、責任実践を離れて人格の同一性を考察するのは不毛な哲学パズルに終わる可能性がある……この点、森村進は D・パーフィットに影響を受けつつ『人格の同一性の程度説』を提唱するが、森村も承認するように程度説は我々の直感的な責任判断といくつかの点で衝突するので、根本的な問題があるように思われる」という<sup>40</sup>。

この形而上学下での哲学パズル批判を、本稿でも考慮に容れる。そこで次に、人格と責任の研究の中でも、責任論と人格への非難をめぐる知見を参酌しながら、パーフィットの提起した問題を深化させる、グラノンやシューメーカーによる研究を検討する<sup>41</sup>。

## 第2項 グラノンの見解

ウォルター・グラノンはおよそ以下のようにして、責任と人格の関係の問題に、行為と帰責性に関する従来の研究の蓄積をリンクさせる。すなわち、我々がある人をその作為・不作為等につき道徳的に責任があると判断するとき、当該個人は行為時の過去と判断時の現在において数的同一性を保持していると推測する。そして個人を責任ある道徳的行為主体として把握するための条件を検討すると、責任は、身体と脳の一般的構造および機能的特性を基礎とする、心理的連結性および継続性からなる人格同一性の構想を前提としているといえる。心理的連結性は程度問題であって、単一・不変の通時的な主体というアイディアに必要な連結性の閾値は低いものである。このような意味で、連結性が薄れようとも、人格同一性はオール・オア・ナッシングなものである。そしてこの場合、連結性の減少は責任減少を

---

<sup>39</sup> 森村進『権利と人格』（創文社、1989年）76-133頁。また森村は、刑事上の時効の根拠の一つには時間の経過に伴う責任の減少があるとする。法律上の画一的取扱は、人によって異なる R 関係の変化に法律が一々対応できないためだとも論じる。そして、時効の根拠は責任減少だけでなく、真実発見の困難さや社会的関係の安定の要請など諸種の根拠が存在するとも語る。また、その後の研究では、森村自身の人格論がより詳細に説明されている。人格同一性をめぐる理論の検討は、存在論的見地からと実践的・道徳論的見地からなされるが、森村が重視するのは後者で、かつ相互が相互に影響を及ぼし合っていると捉える。そして、後者の検討においては、「唯一の人格概念だけが正当なのではなくて、問題や文脈によって異なる解決法が適切かもしれない」として、「ある時点での人々の状態が関心事である時は三次元主義」が、「分裂の場合には四次元主義のうち段階説」が、「生涯全体についての言明では時空ワーム説」が妥当だとする。森村進『法哲学はこんなに面白い』（信山社、2020年）214-215頁。

<sup>40</sup> 瀧川裕英『責任の意味と制度』（勁草書房、2003年）248頁。またこの論点については、Mark Johnston, *Constitution is not Identity*, Mind Vol. 101 (1992), at 89も参照。なおその後の森村による責任論の哲学的研究については、森村進「法における自由の意義」同『自由と正義と幸福と』（信山社、2021年）21-63頁、森村進「神経科学の法理論的含意と人類総無責任論」現代思想 Vol. 49-9 (2021) 154頁を参照。

<sup>41</sup> なお森村においても、R 関係の強弱の判断は、専ら本人の intrinsic な観点からなされるべきものでもなく、第三者が外部から「その行為者の振舞いを観察し、自分の経験や世人一般の行動から類推して、行為者の過去と現在の R 関係の程度を判断することができる」と extrinsic な視点を容れている。森村『権利と人格』・前掲注 39、119頁。



含意しない。また、以上の主題は現在から未来を想起する個人の主観的能力と、当該個人を身体的継続性の下で社会的に同定する他者の客観的能力により決せられる。個人は仮に自分が過去に行ったことを忘れていたとしても、責任を負いうる。しかしこれは、責任が程度問題であることを否定するものではない。行為主体の行為に向けた、主観的な欲望や信念、意図、理由 (desires, beliefs, intentions, and reasons for actions) のための能力や、外部からの強制などといったものが、行為等の責任を減少させることはありうる。しかしながら、人格へ責任を部分的または完全に帰属させる者は、心理状態の前後の結びつきの強さではなく、行為時の予見可能な結果についての意図や信念である<sup>42</sup>。

以上が、グラノン論文の要旨である。それでは以下、グラノンの研究を詳細に見ていこう。

まず、ある人格が自身の行為について道徳的に責任を負うのは、特定の行為について、賛否いずれかを道徳的理由に基づき応答しうる場合のみである。完全に責任を負いうる道徳的行為主体は、応答性 (responsiveness) に関する2つの構成要素 (道徳的理由の認識能力とその理由に基づき行動を動機づける能力) を必要とする。他方、これら構成要素を欠く人は、完全に責任を免れる。このことは、人格に上記の能力が備わっていることに基づく責任が、程度問題であることを示唆する<sup>43</sup>。

また上記の理由応答の説明は、行為等に関する信念・知識を取り巻く能力も必要とする。そして行為主体が備えておくべき理由能力は、実践的および理論的 (practical and theoretical) 理由能力に整理できる<sup>44</sup>。

ところで還元主義を採ったパーフィットは、その理論において、心理的連結性と継続性を区別した。また、アイデンティティそれ自体は問題ではなく、重要なのはR関係であると論じた。還元主義は、パーフィットの採ったような強い (strong) 立場 (特定の身体や脳は心理的連結性・継続性に不可欠ではないとする立場) と、弱い (weak) 立場 (心理的状態の結びつきは、1つの同一な一般的機能を持つ身体と脳を基礎にもつとする立場) に分けられる<sup>45</sup>。

そしてグラノンはパーフィットのような四次元主義の強い還元主義を、特に責任帰属に必要な行為主体性との関わりから論難する。すなわち、行為主体であることは、興味や長期的目標の形成、目標達成に向けた行為の帰結を予期する信念といったものを含む、行為についての実践的理由のための能力を有することを意味する。この能力は、主体が通時的で、各時間において存在するものであることを含意する。そして、かかる特徴を持つ行為主体性を、人格段階やタイムスライスとして説明する四次元主義によって捕捉すること難しい。ゆえに我々は四次元主義的な強い還元主義ではなく、三次元主義の弱い還元主義を採用する

---

<sup>42</sup> Walte Glannon, *Moral Responsibility and Personal Identity*, American Philosophical Quarterly, Vol. 35, No. 3 (1998), at 231-232.

<sup>43</sup> *Id.*, at 232.

<sup>44</sup> *Id.*, at 233-234.

<sup>45</sup> *Id.*, at 234.

べきである<sup>46</sup>。グラノンはかくのごとく説明し、責任との関わりにおいて、人格の基礎を弱い立場の心理的な還元主義に求める。

またグラノンは、我々が責任との関わりにおいて想定する、閾値の低い心理的連結性・継続性からなる人格同一性は、プラグマティックな構想 (pragmatic conception) であるとも位置付ける。また、であるがゆえに、主観的な同一性と同じくらい、通時的同一性の認定のための客観的基準も重要であると導く。ここから、記憶の幾らかが失われても、社会的に過去の行為主体と現在の主体の同一性を認めるのに十分な身体、脳、心理状況の継続性がありうる場合も存在するとも説く<sup>47</sup>。

道徳的行為主体としての人格が、道徳的責任の帰属先たるのは、理由応答の能力のおかげである。応答能力のある行為者とは、瞬間的なスナップ写真ではなく、自発的な身体の運動によって同定される施心理状況と行動を包含する、通時的で因果的に複雑なプロセスである。

以上が、人格論を主軸に、責任と時間の経過の関係を追求するグラノンの研究である。しかしこれに対しては、シューメーカーが行うように、責任 (responsibility, accountability<sup>48</sup>) と人格同一性を直接に結びつけて論じることへの批判がありうる<sup>49</sup>。

### 第3項 シューメーカーのアプローチ

分析的に論究するシューメーカーいわく、「各人は自分の行為についてのみ道徳的責任を負う」という「決まり文句」(platitude) は真である。だが、ここに「道徳的責任は、人格同一性を前提とする」とする「スローガン」(slogan) は含まれていないという。以上の検討の上で重要になってくるのが、「(功績の) 帰属性」(attributability)<sup>50</sup> という概念である<sup>51</sup>。

---

<sup>46</sup> *Id.*, at 235.

<sup>47</sup> *Id.*, at 237-238.

<sup>48</sup> 責任概念は多義的であり、非難や答責性、負担、原因など諸種の定義を包含し複雑に結合するが、本稿におけるシューメーカーの先行研究紹介においては、前二者に重心を置いて説明する。

<sup>49</sup> 以下のシューメーカーの主張については、David Shoemaker, *Responsibility Without Identity*, *Harvard Review of Philosophy* Vol. XVIII (2012), at 109 を参照。

<sup>50</sup> シューメーカーは、論考中では *attributability=ownership* と互換的に記載し論じるが、(哲学の土俵においてははいざ知らず) 法学の議論においては多分に誤導的で、また理解の混乱も生じかねないため、本稿では帰属性で統一し、また所有権とのアナロジーで論じることについても留保する。

<sup>51</sup> ストローソンの基本的立場を継承しつつ、これを一層洗練させ発展させることを企図する、シューメーカーの帰属性という概念については補足を要すると思われるため、以下では他著におけるシューメーカーの責任論と同概念について概括する。決定論と両立可能な責任論の展開を企図したストローソンは、意志の質 (quality of will) に注目する理論を展開した。そしてストローソン継承者たちは、意志の質に関する説明を精緻化する試みを行ってきた。精緻化の理論は大別して、意志を性格 (character)、判断 (judge)、認識 (regard) に区分することができる。しかしこれら理論においては、アルツハイマーやサイコパス、自閉症などといった境界 (marginal) 問題における責任をうまく説明することができない。そこでシューメーカーは、かかる議論の状況において、性格・判断・認識をそれぞれ異なる意志の性質・要素と位置づけた上で、どれか一つのみを選択することを避け、多元論的立場から併存させるべきとする立場を取る。そして責任応答 (responsibility response) の下位群として、帰属性 (attributability)、応答性 (answerability)、功罪性 (accountability) の3つを設ける。そして帰属性においては、意志の

かかるシューメーカーの基本的なスタンスは、「人格」概念それ自体を放棄しない代わりに、我々の道徳にまつわるあらゆる実践を「人格」という単一の概念で統合的に理解し説明することには方法論上の困難を説き、文脈に応じて何が検討されるべき対象かを見分けるべきである、とするものである。過去の行為の責任を現在の人格に帰属させるとはいかなることかという本題に入る前に、まずは、シューメーカーの基本的なスタンスを確認する。

検討にあたり、人格論研究の理由づけ・始発点となる問題としてシューメーカーが最初に挙げるのが、以下9つの動機付け問題 (motivating questions) である。

すなわち、以下9つの問題の基礎付けや説明に際し、人格概念が用いられるため、我々は人格という概念を形而上学的に検討し、その理解を深めんとしてきた。動機付け問題の第一が、将来の自分の経験に対する期待を正当化するものは何かである。第二が、将来の自分に対する特別の配慮を正当化するものは何かである。第三が、肉体が死滅した後の、いわゆる死後生の問題を期待することが正当化されるかである。第四が、個人がまさに自分自身の行為についてのみ道徳的責任を負うことを正当化するものは何かである。第五が、自己の支払った犠牲への補償を正当化するものは何かである。第六が、異なる人格間 (interpersonal) においてではなく、一つの人格内 (intrapersonal) における利益の最大化を正当化するもの何かである。第七が、羞恥やプライド、後悔といった我々の感情を正当化するものは何かである。第八が、我々が特別の感情を向ける人格を第三者的視点から、時間を通じて同定せうる、正当な条件とは何かである。第九が、第八の問いに関する一人称視点からの同定問題である。以上全ての問いにつき、従来 of 研究者の多くは、形而上学的に追究される人格という概念をその基礎に置き、検討を深めてきた<sup>52</sup>。

以上の動機付け問題、および我々の道徳実践においては、以下4段階の前提が採用されて

---

構造 (volitional structure) すなわち性格が問題となるとする。応答性においては、自分の行為について応答する能力が問題となり、ここでは他者の要求に応じてなんらかの理由に基づく価値判断を示しながら自己の行為を正当化することが問題になるとする (上述の3要素においては、判断が中心問題となる)。説明性は功罪の付加に関する議論であり、認識が問題になるとする。そして、本稿が目指す帰属性概念の検討においてシューメーカーは、フランクファートの deep self 理論および一階の欲求と二階の欲求の区別を念頭に置きながら、どちらか一方に限定せず両者を deep self の内容に加えるような見解をとる。かかるシューメーカーの帰属性および性格に関する検討は、著書の大部分において徳倫理の文脈において展開されるもので、徳倫理以外の帰結主義やカント主義においても同様の枠が用いられることは示唆するものの、その構造がどのように修正されるべきかについては明らかにしていない。自己の行為に関する理由に基づく他者への応答という正義の問題を検討する本稿においては、シューメーカーの整理に則れば応答性と判断の問題を中心に扱っていることになる。そして論究しているのは、そこで想定されている責任ある行為主体であり、責任の帰属先である。理由に基づく応答をなしうる行為主体として想定されるべきは、自己の認識の下、いかなる欲求をいかなる意志によって計算し、最終的に行為として外部に表出したかを説明し正当化できる主体であり、かかる主体こそ責任の帰属先として正義論において指定されるべきである。ゆえに本稿では、シューメーカーの帰属性等に関する研究に敬意を払いつつも、行為に関する道徳的な理由に基づく応答という正義にまつわる責任の帰属性・帰属主体については、以上の全てを一応包含物として扱う (これら諸要素の関連性と整理についてはまた、他日を期したい。また、シューメーカーが主張する deep self と reason response の対応関係・統合可能性についても、大筋においてその主張を認めつつ、詳細な検討については将来の課題としたい)。以上のシューメーカーの責任論の精緻化については、David Shoemaker, *RESPONSIBILITY FROM THE MARGINS* (Oxford University Press, 2015) を参照。

<sup>52</sup> David W. Shoemaker, *Personal Identity and Practical Concerns*, *Mind*, Vol. 116 (2007), at 317-319.

いる<sup>53</sup>。

前提1：動機付け問題における道德実践等は、合理的基礎 (rational ground) を持つ。

前提2：かかる基礎は、人格同一性に関する形而上学的説明に基づく。

前提3：かかる形而上学的説明は、「時点 t1 における Y と t2 における X を同一のものたらしめるものは何か？」という問いに答えうる、同定基準により構成される。

前提4：以上の前提1-3から導かれる人格同一性に関する説明は、それがいかなるものであれ、我々の道德実践や道德的配慮をそれに従い、確定 (fix) させる。

以上の前提に対し、シューメーカーは、しばしば指摘される方法論上の批判を並べる。批判は、適合性 (relevance)、極端主義 (extremism)、ミニマリズム (minimalism)、非合理的配慮 (non-rational concerns) の4点から説明される。

これら批判から人格論の研究を擁護しつつ、シューメーカーが導く結論は、我々の道德実践・配慮と人格同一性基準が不整合である場合もあれば、形而上学以外にも多元的要素が文脈に応じて養成される場合もあり、また合理的基礎として全く異なる要素が求められる場合もあるというものである。かかる視座において、次に検討すべきは、以下の4点である。すなわち第一に、問題となっている動機付け問題がいかなる性質かを精密に検討することである。第二に、動機付け問題間の関係の性質の検討である。第三に、特定の動機付け問題に 대응するために必要なものは何かを精密に検討することである。第四に、形而上学的な結論が、我々の道德的実践・配慮にいかなる影響を及ぼしうるかの検討である<sup>54</sup>。そしてシューメーカーは、責任の帰属をめぐる問題において検討すべきは、人格概念ではなく行為主体性であるとして、責任の問題を人格関連の研究の射程から外す。

以上のシューメーカーの基本的なスタンスを念頭に、次に、その責任論と行為主体の時間的変遷に関する議論をみていこう。検討に際し、その軸に据えるのは、その後発表されたシューメーカーによる「アイデンティティなしの責任」という論考である<sup>55</sup>。

#### 第4項 時間と責任をめぐるシューメーカーの研究

シューメーカーは、人格の通時的同一性を一対一関係と置く。そして分裂や複製といった定番の空想事例を多用しながら、責任帰属と人格同一性に関するロックの意識 (記憶) 基準、生物学的基準、心理的基準、ナラティブ基準などの同一性構成基準それぞれを検討する。そしていずれもが、責任帰属につき妥当な結論を導きえない場面を挙げる。そうして、人格の同一性基準から帰責性を導く、前述の「スローガン」(slogan) を偽とする。

---

<sup>53</sup> *Id.*, at 319.

<sup>54</sup> *Supra* note 48, at 348-355.

<sup>55</sup> *Supra* note 45, at 109.

このことは例えば、犯罪を犯したある人格が、身体ないし心理的な性質を保持しながら（さながらプラナリアかアメーバの様に）二つに分裂し数的同一性が失われたとき、もはや我々はどちらの人格に対しても過去の行為の責任を問いただせないのだろうか、という（パーフィットの実験をアレンジしたような）思考実験を例証すると、説得力を持つ<sup>56</sup>。

この難題に臨みシューメーカーが主張するのは、責任の帰属性は「一对多」でも成立する「行為と行為主体」の関係だが、人格同一性は「一对一」対応の「人格と人格」の関係である、とする定義化である<sup>57</sup>。以上のように論じることによって、「決まり文句」を真とし、なおかつ行為主体に責任を問うるとしながら、他方、「スローガン」を偽とし、責任帰属に人格同一性の要素は不要とするのである<sup>58</sup>。

では、過去に行われた行為（act）に対し、一体誰が現在、責任を負うべきなのか。シューメーカーは、責任の帰属先の決定について、人格（person）ではなく行為主体（agent）という概念を帰属先とし、従来的人格論からの脱却を試みる。また、アイデンティティを問題としない、実生活のケースにおいても、帰責性の考え方に基づく説明が通用しうると主張する。そして帰責性に必要な要素は、信念や欲求、性格特性（beliefs, desires, and character traits）といった、心理的要素のいくつかであるとする。

「決まり文句」通り、責任は行為を出発点とする。しかし、行為主体は必ずしも自分で行為を行う必要はなく<sup>59</sup>、必要なのは行為に向けた意志（will）である。まず、行為に向けた意志を持つことが、行為主体への問責につき最低限必要不可欠となる。そして行為主体は行為および意志により発見され、同定される。

過去の行為を現在の行為主体に帰属させるには、①行為、②意志、③行為主体それぞれの同定の連鎖を辿る必要がある。以下、それぞれの同定について概観する。

①まず、行為の責任を主体に帰属させるには、行為が主体の意志に不可避的に依存している必要がある（行為者次第性）。②意志は、欲求から行為選択に向かう意志の網目（volitional web, 以下「VW」<sup>60</sup>）に埋め込まれており、VWが行為への意志を形成し、あるいは傾向性を与える。主体の同定に必要な真の自我（real self）の側面は、このVWに見

---

<sup>56</sup> アメーバが納得できないのならば、パーフィットの例においてレプリカ（P2, P3）を二つ用意し、オリジナル（P1）が記憶データをレプリカからへ移送後に、自身を原子分解させ消滅した場合でも良い。この時、我々は一体誰を存在論上同一人格とみなし、また誰が規範的に責任主体とみなすべきだろうか。此のほか、シューメーカーにおいては、酔漢とシラフ、意識喪失時の別人格の行為、心理的継続性を維持したままでの連結性の漸次変化などの例を用いて、検討がなされる。

<sup>57</sup> 以上については、デュエット・ソングや集団訴訟、銀行強盗、子供の行為への親の責任、戦場での兵士の行動と将軍の関与といった、応報や責任が複数の主体に帰属しうる場面などをもって、その例とする。なお責任の種類や原因について、シューメーカーは区別をしていないが、この点についても検討を要す。責任概念の詳細な研究として、前掲注40が示唆に富む。

<sup>58</sup> なお個人と集団の責任という付随論点を扱う研究として、Keith Graham, *Collective Responsibility*, *supra* note 34, at 49がある。

<sup>59</sup> 例えば親や将軍がこの例である。

<sup>60</sup> VWは、心情・判断・選好・態度・配慮などにより編み上げられる、責任主体に必要な心理的要素とされる。

出される<sup>61</sup>。そして真の自我が意志により表出された時、その者は意志により同定される。かくして「行為→意志→（行為時点という過去における）行為主体」という責任帰属の連鎖が組み上がる。③しかし責任を負う行為主体の同定は往々にして、行為が行われた瞬間ではなく、さらにそこから後の時点でなされることになる。そこでも同定に求められるのは、人格（person）同一性ではなく、行為主体の類似性である<sup>62</sup>。程度問題である過去主体と現在主体の結びつきは、VWの特権的な部分集合（privileged subset）の類似性により判断される。そしてこのVWは、過去主体と現在主体間で原因依存関係（causal dependence relation）に基づき流れるものであることが求められる。

以上が、責任を程度問題とし、人格の数的同一性を推移的・一対一対応関係とみる、シューメーカーの責任論であった。かかるシューメーカーの研究は、人格論を参照しながら、責任論を時間の経過と問責主体の同定問題に落とし込み、整理するものである。その責任帰属の構造を4段階で示すと、以下の通りとなる。

- ① 不正な行為→
- ② 行為に向けた意志→
- ③ 意志を決定した過去の行為主体→
- ③' 現在の行為主体

そして上記構造における「③≠③'」といえるとき、過去の行為主体に帰属すべき責任をもはや現在時点における行為主体に帰属させられないというのである。

本稿も、以上のシューメーカーの議論を大枠において採用する（ただしシューメーカーの議論においては、諸種の責任が行為の下で併置されているが、本稿ではこれに留保をしておく。また、責任実践の意味や、意志の意味の探究、行為主体性の構造についても、更なる検討を要す。そして本稿は、所有／ownershipと帰責／attributabilityを等しく扱うことにも留保を付す）。

そして次款では実践から離れた形而上学的見地からではなく、実践との関りから議論をより精緻化するために、責任論（および若干の行為論）を概観する<sup>63</sup>。

---

<sup>61</sup> また、フランクファートの高次（2階）の意志なども、この網目の中に位置付けられる。なお後述の成田や瀧川は、フランクファート等を参照に、意図的行為を2層構造で説明する。意図的行為の前提に、欲求とその調整および制御を想定する見方は広く見られるものであり、これが行為の帰責の中核問題となるのであろうが、行為時に常にその階層性が機能しているのか、また我々の問責という責任実践においてその階層性が問題となっているかについては注意を要す（意図せざる行為、過失、自分ではコントロールできなかった結果の帰責を問題とする場面がこの例である）。この点につき、フランクファートやブラットマンを検討する研究として、古田徹也『それはわたしがしたことなのか』（新曜社、2013年）142-143頁が示唆に富む。

<sup>62</sup> シューメーカーの用語においては、数的同一性（numerical identity）は一対一対応の推移率が働くものであるのに対し、主体の同定（agent identity）は一対多でも成立し、かつ程度問題とされる。

<sup>63</sup> なお、ここで紹介した以外にも、人格と責任をめぐる研究は多岐にわたり存在する。例えば、前述のQ記憶を参照したQ責任の概念を導入し、人格と責任をめぐる論争に新体系構築を模索する研究として、Eric Wiland, *Personal Identity and Quasi-Responsibility*, *supra* note 34, at 77がある。そこでは、ある事実に関するQ責任が決定され、Q責任から人格を画定するという理論展開の順序をとる。その前提には、人格概念がそもそも自然科学的な存在ではなく、personが根本的に道徳的存在であるなら、

## 第2款 責任論の参照

これまで本稿では、道徳的な責任対象たる人格をめぐる難問を紹介してきた。本款では、更なる難問として哲学者たちを悩ませる、責任論を概略する。ただし、論点を紹介するだけで本を一冊書けるこの難問の参照も、本稿のテーマを扱う上で必要な限度に止める。また本稿は、形而上学上の諸難問への独自説の提示もおこなわない。以下おこなうのは、人格への責任を問うという責任実践を解説するのに必要な議論の状況と構造、現行の責任実践と筆者の立場に親和的な理論の紹介である。もって、時間の経過による非難の減免を論じるための知見を参照する。

手始めに、哲学における責任とその追及をめぐる初歩的な説明を概観する。ここでは、パメラ・ヒエロニーミの入門的解説を参照する（第1項）。そしてそこから、行為主体をめぐる哲学上の責任論を概観する（第2項）。その中でも特に本稿は、成田和信による責任論（第1目）と、瀧川裕英による責任論（第2目）に注目する。

### 第1項 ヒエロニーミによる入門的説明

「責任」(responsibility)を「行為主体性」(agency)に負わせるとは、一体どういうことか。ヒエロニーミは行為主体と責任それぞれの内包と関係を次のように整理する。まず「責任」についてだが、これは非常に多義的な言葉である。日常的なその用法を確認するだけでも、「原因」(cause)、「義務、責務、仕事」(duty, obligation, job)、「功績への人間の関与」(at fault for, to be thanked for)など種々雑多な概念が、「責任」(responsibility)という一語に置き換えられ用いられている。これらの中、ヒエロニーミが解説において焦点を当てるのは、「誤り」(fault)としての責任である。そして、(後述するストローソンの対人的感情の反射的心情/reactive attitudeに関する知見を引用しながら)我々が誤りについて人格に責任を問うという営みは、物に対して向ける感情とは異なる点を指摘する<sup>64</sup>。ここで、ヒエロニーミの例示をみてみよう。

【ヒエロニーミの例示】「車のタイヤがパンクした」ことに対する、以下2つの怒りを比較したとき、我々の怒りという感情の種類が異なることに気付く。すなわ

---

道徳が存在を説明し、道徳から存在論へと影響を及ぼすという関係もありうるというスタンスがある。しかし本稿では紙幅の都合上、その他の研究の考察等は今後の課題とする。また、本稿では扱えない論点も、簡単に整理する。当該研究を過去の行為の責任と絡めて論じるにあたっては、還元主義か非還元主義か、形而上学と規範論・功績論の関係（還元主義により、道徳上の功績論は修正を受けるか）、過去の特定時点の人格を三次元主義と四次元主義のどちらで捉えるか、人格同一性はオール・オア・ナッシングか程度問題か、人格同一性は一対一対応か一対多対応か、人格同一性判断は本人の主観と第三者の外的視点のどちらを重視するべきか、そもそも責任とは何なのか（とりわけ責任の性質と団体責任の問題）、責任と行為・意志・人格・行為主体の関係の整理など、これらの論点も個別の詳細な検討対象となりうる。

<sup>64</sup> Pamela Hieronymi, *Agency and Responsibility* (forth coming in *The Routledge Handbook for the philosophy of Agency*, 2019), at 1-2. (<https://philpapers.org/rec/HIEAAR>, checked in June 15, 2021).

ち、路傍の釘がタイヤをパンクさせ、立ち往生した場合と、何者かがなんらかの目的・意図を持って、タイヤをパンクさせた場合に、我々の怒り方は異なるものになる。後者の場合には、我々はパンクをさせた人間の意志の質(quality of will)を問題とし、これに対して「なぜそのような行為をしたのか」を問い、その理由に対して非難を向け、補償や制裁を求める<sup>65</sup>。

近時の哲学的議論において、以上のように、何者かに対してネガティブな反射的心情で応答し、その行為を不承認とすることを、「非難」(blame, blameworthy. なおヒエロニーミは、自己の研究中では culpable や at fault という語を用いる。)と呼ぶ。そして、反射的心情に基づき、不正をなした者へ、「制裁や処罰」(sanctions, punishment, penalty) という負担となる処置を課す(ただしヒエロニーミは、反射的心情と制裁を等置することに対しては懐疑を向ける)<sup>66</sup>。

次に、「行為主体性」(agency)に関するヒエロニーミの説明を概観する。我々の日常的な実践において、非難を受ける行為主体を想像したとき、我々は、無数に連なる出来事の連鎖の中で、なんらかの結果発生につき原因として強固に寄与する行為と、その行為主体を選択する。そして前述の通り、我々はその行為に対する意志の質を問題とする。また、我々が行為の誤り(at fault)を非難するとき、我々は、行為主体が理解すべきであった結果について、予見する能力があったかを探す(ここで要求されるのは、予見する能力と、予見される結果に対し評価を下す能力の両方である)。そして結果が発生すると、その行為に向けた以上の予見(認識)と評価に関する説明と正当化が求められる(このような人間の行為主体性の探求は、悪い結果の発生につき誤りがあった人物へ、正統に責務・罰・制裁とともに負担を負わせられるかどうかという、倫理的問題をめぐる洞察を与えるものである。またここで、形而上学における「自由意志と責任」の問題も生じることになるが、ここでは割愛する)<sup>67</sup>。

以上をもとにした、ヒエロニーミによる「責任」と「行為主体」の関係の整理は以下のとおりである。反射的心情とは、他者の意志の質に対する反応(reaction)である。この意志(will)は、行為者の世界に対する心理状態により構成される。ある人格の意志(A person's will)は顕著に、その者の信念や意図、信頼、不信、敬愛、侮蔑、配慮などを含んでいる。そして反射的心情は、この意志の中の特定の質(one particular quality of will)に向けられた反応である。ある人格が他者から有責と判断されるとき、行為をなした者の振る舞いに対する反応が、振る舞いとして後続することを意味する。行為について責任を問われる行

---

<sup>65</sup> あるいは、「私の髪が、電車の中で引っ張られる」ということに対して向ける感情についても、「振り向いたら、母親に抱かれた赤ん坊が、自分の行為の意味も理解しないまま引っ張っていた場合」と、「振り向いたら、赤ん坊を抱いた母親が引っ張っていた場合」とでは、怒るかどうか、怒るとしたら何にどのような種類の怒りに向けるかが異なるだろう。

<sup>66</sup> *Supra* note 66, at 3-5.

<sup>67</sup> *Id.*, at 6-8.



為主体は、自己の行為に関する説明 (explanation) と正当化 (justification) を求められる。責任を問われるとき、我々は、自己の信念 (認識) や、重視する対象への配慮、価値の重み付け (選好) といった内容を含む理由を提示し、自己弁護することを求められるのである<sup>68</sup>。

換言すると、責任を負いうる行為主体とは、一般化された規範的な予期に基づく信頼関係を引き受け、自己の行為をめぐる問いかけに対し呼応する可能性を有する主体である。過去の行為に責任を問われた場合、その「責任」の本質は、行為の理由を相手に説明することである。かくて人は、自己の行為の理由が正当化不可能なものであるならばその非を認めて謝罪し、相手の許しを乞い、関係の修復にコミットする<sup>69</sup>。

本章では、およそ以上のような責任と行為者に関する認識および責任実践をベースに、移民論に参照可能な形で議論の整理を進める。そして、時間の経過による非難の限界の可能性へと言及し、また同時に非難と許し (forgiveness) の関わりについても若干の検討を行う。

## 第2項 責任論の概観

まず、本項で問題とする責任概念について整理する。配慮や負担などの意味も包含する多義的なこの語を、本項ではおよそ、「過去の不正に対する道徳的非難」に限定し、検討する。そして、後述する P. F. ストローソンや成田和信、瀧川裕英ら、反応的心情と責任実践に注目し、当該難問にアプローチする各論者を参照する。そして、「行った行為について責任がある」ということを、差し当たり、「行為主体の行った行為が、他者との関係において、現在通用している価値判断の諸基準に照らしたとき、非難という反応的心情を向けるに値する」と置く。

また従来、哲学において責任は、自由と決定論の両立可能性から論じられてきた。本稿は哲学史やその立場の是非を扱うものではないため、自由と決定論は差し当たり次のように簡単に規定し、状況を整理する。すなわち、「自由」を広く「その人の行為がその人次第であること (行為者次第)<sup>70</sup>」と置く。そして決定論は、「全ての出来事・状態は決定されている<sup>71</sup>」とする命題と置く。

次に、「自由と決定論」の両立をめぐる議論の状況を略述する。この議論は、両者が両立しないとする非両立論と、両立しうるとする両立論に分かれる。そして非両立論は一般に、決定論を認め自由を認めないハードな決定論と、決定論を否定し自由を認める意志自由論 (リバタリアニズム) に分けて説明される。

ハードな決定論は、決定論が成り立つことを認めた上で、自由意志が決定論と両立し得

---

<sup>68</sup> *Id.*, at 9-11.

<sup>69</sup> 大庭健『「責任」ってなに?』(講談社現代新書、2005年) 12-38頁。

<sup>70</sup> ジョセフ・K. キャンベル著 (高崎将平訳)『自由意志』(岩波書店、2019年) 6頁。

<sup>71</sup> 前掲注 40、54頁。

ず、自由は不可能であると論じる立場である。ゆえに通常、自由と責任の連関を認めた場合、何事も自由になしえないのであるから、同時に人格や行為主体に対する責任も問いきれないことになる。ただし、自由と責任をセットに捉えない立場からは、決定論が仮に妥当するとしてもなお責任を問うという責任実践は可能である（この場合、刑罰や非難に人の行為の規制の働きがあり、将来の不正を抑止するという目的刑論的な観点から、責任実践が正当化される。公益説とも呼ばれる<sup>72</sup>）。また、決定論と自由意志が両立しないとしてもなお、自由意志やこれを前提とする正義や道徳的価値の幻想の下で生きる方が良いとする幻想主義もあり得る<sup>73</sup>ため、自由と決定論と責任をめぐる議論は単純ではない。

リバタリアニズムは、人間の行為は必ずしも全てが物理的に決定されているわけではないがゆえに、選択と行為は、それが単に個人が制御し得ない先行する物理的出来事の結果でないという限りにおいて、自由でありうるとする立場である<sup>74</sup>。この立場は、自由な行為とこれに伴う責任を素直に論じることができる。だがこの立場には、自由意志のジレンマや、非物質的自己と物理的出来事の応答関係・相互関係の形而上学的説明といった難題が伴う<sup>75</sup>。

両立論は、自由と決定論が両立するとする立場である。そしてこの場合、決定論と両立する自由なるものをいかに定義するかが、大きな問題となる。一般に、自由の内包を巡っては、「行為されたのとは別のように行為することができた」場合に自由であり責任もあるとする他行為可能性論と、意志に注目する立場に二分される。そして古典的な、他行為可能性論に対してはフランクファートの反例<sup>76</sup>（重複問題）からの批判がなされ得る。自由を意志に着目し定義する立場としては、仮意志実現説、意志実現説、本心実現説、合理的実践能力に注目する成田説など諸種存在するが、それぞれに対しても批判がなおありうる。

以上、責任を問うために、自由と決定論の関係をめぐる錯綜した議論状況を概観してきた。ここでひとまず、責任を問うための前提条件について、J. K. キャンベルの整理を参照する。キャンベルは、道徳的責任の条件として無難に、行為者の連続性の条件<sup>77</sup>と能力条件

<sup>72</sup> 成田和信『責任と自由』（勁草書房、2004年）16頁。

<sup>73</sup> 前掲注72、100頁。

<sup>74</sup> ジェニファー・トラステイド著（金井壽男訳）『自由意志と責任』（ナカニシヤ出版、2020年）11頁。

<sup>75</sup> ただしどの立場をとろうとも、哲学的な難点が付随するのではあるが。

<sup>76</sup> フランクファートの反例は、瀧川の整理によると、「ある人が、行為1から行為nのうちどの行為をなすかを決めようとしている。その人は、行為k以外をなすことができないと思い、その決定に従って行為kをなした。しかし、その人は知らなかったが、行為k以外の行為を行うことを不可能にするような様々な要因が存在していた。これらの要因は、もしその人が行為k以外を行うような兆候を示していたならば実際に作動していた。が、実際にはその人はそのような兆候を示さなかったので、これらの要因は、その人が行為kを行う際に何ら作動しなかった。このような場合に、行為k以外の選択肢がないことは明らかであり、同時に、行為者が行為kをなしたことへの責任を負うことも明らかである。したがって、他行為可能性原理は正しくない」というものである。前掲注40、70-71頁。フランクファート型事例については、Harry G. Frankfurt, *Alternative Possibilities and Moral Responsibility*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 66, No. 23 (1969), at 829を参照。なお、フランクファート型事例が示す重複問題は、意志自由論に対しても向きうる。これについては前掲注74、94-107頁を参照。

<sup>77</sup> 本稿がこれまで扱ってきた人格同一性問題のこと。キャンベルは、パーフィットやロック、人格の形而上学における三次元主義・四次元主義についても軽く触れている。

<sup>78</sup>の2点を挙げる。また、より詳細な原理として、道徳的条件<sup>79</sup>、(訴求的な)自由の条件<sup>80</sup>、(訴求的な)認知的条件<sup>81</sup>の3つを挙げる<sup>82</sup>。

しかしながら、責任をめぐるのは、必ずしも自由が条件として求められる訳ではない。「自由と決定論の両立問題」という問いの立て方以外にも、自由を考察から外して、「責任と決定論の両立問題」という問いを立てる方法もある。かかる立場を示し、責任をめぐる議論の一層の深化に寄与したのが、P. F. ストローソンである<sup>83</sup>。

ストローソンは、責任には自由が必要ではないが、責任と決定論は両立するという立場をとる。曰く、責任は、行為に対する称賛や非難といった反応的心情という形をとる、(物に向けた態度・関係においてではなく)人間相互の人間的な関係において成立する。我々の責任実践においては、非決定論的自由は必要ではない。我々の世界における責任の根拠は、形而上学ではなく、我々が知る通りの事実の観察によって基礎付けられるというのである<sup>84</sup>。

かかるストローソンのアプローチを参照しながら、「自由と決定論の両立論」を採用し、かつ責任の基礎となる自由を、「合理的実践能力に基礎付けられた意志」に求めるのが、成田和信である。

## 第1目 成田による責任論

成田はストローソンが示したように、憤慨や称賛といった責任と密接な関係を持つ反応的心情を手掛かりに、責任と自由の概念を分析する。ただし、責任を語る時は「(原初的な)事実を見つめるだけでよい」とするストローソンの主張を修正し、『責任』という概念にとって重要なのは、これらの心情を向けるに『値する』かどうかという、規範的な判断から分析を行う<sup>85</sup>。

まず責任について、成田は、「ある人Sが行った行為Aに関して責任を負う」ということを、「Sは対人的関係のネットワークに身をおいており、かつ、①Aを行ったことを理由にSに何らかの反応的心情を向けることは『値する』という意味で適切であるか、あるいは、②

---

<sup>78</sup> 行為者の一定の認知能力のこと。キャンベルは、2歳の子どもの行為は非難できないが、11歳の子どもの行為については非難としての責任を問うることを挙げ、認知能力が自由の条件に属することも挙げる。

<sup>79</sup> 人が行為について道徳的責任を持つのは、その行為が道徳的に正・不正を問うる場合に限る、ということの意味する。

<sup>80</sup> 人が行為について道徳的責任を持つのは、その行為が彼次第であることを意味する。

<sup>81</sup> 人が行為について道徳的責任を持つのは、その行為の詳細について無知ではないこと、あるいは自身の無知について過失があったことを意味する。

<sup>82</sup> 以上、責任の条件については前掲注72、33-50頁を参照。なお、フランクファートのPAPや、インワゲンのPPAは異論の余地ある必要条件として紹介されている。

<sup>83</sup> ストローソンの方法論や道徳理論を、メタ倫理および形而上学という一段メタな視点から研究するものとして、Pamela Hieronymi, *FREEDOM, RESENTMENT, AND THE METAPHYSICS OF MORALS* (Princeton University Press, 2020)がある。

<sup>84</sup> Peter F. Strawson, *Freedom and Resentment* (FREEDOM AND RESENTMENT AND OTHER ESSAYS, Routledge, 2008) at 1. また、ストローソンの解釈に際しては、前掲注74、13-27頁も参照した。

<sup>85</sup> 前掲注74、ii-iii頁。

Aに何らかの価値判断が妥当するという想定のもとでは、Aを行ったことを理由に何らかの反応的心情をSに向けることは『値する』という意味で適切である」と定義する<sup>86</sup>。

そして責任に必要なコントロールとしての自由は、行為に向けた意志 (will) を導く基盤である合理的実践能力 (ディスポジション<sup>87</sup>の一種) の発揮に求められる。すなわち、人は実現を望む欲求 (群) を有し、これを効果的に実践するために、合理的実践能力を行使する (この合理的実践能力の前段階には、手段の合理性<sup>88</sup>、欲求群充足の合理性<sup>89</sup>、道徳的価値判断のための合理性<sup>90</sup>を導く合理的思考能力が措定される)。かかる能力を発揮した思慮の結果、意志が生じ、それが実現されれば「責任に必要なコントロール」がなされているとするのである<sup>91</sup>。

以上概観したのは、ストローソンの主張を「自由と決定論の両立論」に修正し、精緻化した成田の見解だった。しかしこれとはまた別に、「責任と決定論の両立論」として問題を構成し検討する立場もある。

## 第2目 瀧川による責任論

瀧川裕英は、責任の意味を問うにあたり、形而上学的な責任の概念分析によるのではなく、責任実践<sup>92</sup>において人間が何を行っているのか、という観点から問いを構成し、アプローチする。そして責任実践の解釈に際しては、決定論問題 (他行為不可能性論と機械論) を触媒として、決定論と責任実践の両立可能性を説く。そして、責任を問うという実践において我々が行っているのは、「責任」を「応答」として捉え、「責任実践」とは「問責に対する応答の過程」と捉える解釈を示す。そこでなされる「応答」も、配慮による応答ではなく、「理由による応答 (理由応答)」であるとする。かくして、責任実践を保障する制度として法を捉える見方を提示し、その知見を刑事法における修復的司法、応答刑論、民事法における第三の波論、象徴的賠償論に反映することを法哲学的見地から試みた。以下、上述の瀧川の責任論を敷衍する。

まず瀧川は、「責任と決定論の両立論」に検討の射程を限定する<sup>93</sup>。そして、両立不可能論の主張内容を、「責任実践に関する基本的な直感が決定論<sup>94</sup>と両立しない」という主張と整

---

<sup>86</sup> 同上 39 頁。

<sup>87</sup> もしも一定の状況に置かれれば、一定の振る舞いをする、という形式の条件文によって表される性質を意味する。

<sup>88</sup> 欲求を満たす手段となる行為を行うべきである、という意味での合理性。

<sup>89</sup> 欲求群を全体としてなるべく充足させる、という意味での合理性。

<sup>90</sup> 自分だけでなく、あらゆる人々の欲求群をも思い描いて、それらの欲求群を全体としてなるべく充足させよるように行為すべきとする意味での合理性。前二者との関係については、還元可能か否かについて留保を付している。

<sup>91</sup> 前掲注 74、159-231 頁。

<sup>92</sup> 責任実践はこの場合、責任を問う、責任を負う、責任を果たすといった実践を中核とした、緩い意味での責任をめぐる実践と措定される。前掲注 40、12 頁。

<sup>93</sup> 限定の理由は、問題の問題性、共通了解の存在、問題構成の明確性の 3 点を挙げる。同上 51 頁。

<sup>94</sup> ここでは、「すべての出来事・状態は決定されている」とする命題と置く。また、科学的方法論として

理し直す。そしてかかる基本的直感を、他行為不可能性論<sup>95</sup>と機械論<sup>96</sup>に抵触するものとして引き直す。そして、責任実践において前提とされる他行為可能性は、行為の意味を確定するために必要とされる「意味的他行為可能性」<sup>97</sup>であり、決定論はかかる意味的他行為可能性を否定しない。責任実践においては行為の意味こそ重要であるとする（そしてかかる行為の理由は、行為者の主観的意図に還元されず、第三者の視点から解明される行為の客観的（間主観的）意図である）。また、責任を問われるべき人間の行為者性を否定し物理的・生物学的説明を採用する結果、責任実践を否定する機械論に対しては、ストローソンの対人的関係における反射的態度をベースに批判し、責任の最終的帰属点である「行為者」概念を模索する。ダニエル・デネット（Daniel C. Dennett）の「構え」論<sup>98</sup>やハリー・フランクファート（Harry G. Frankfurt）の「欲求の階層」説<sup>99</sup>の批判的評価の上に瀧川が築くのは、「行為者」を、競合する複数の一階の欲求のうちのどれを自らの意志とするか、諸種の理由を考慮に入れつつ判断する「理由過程」とする見方である。すなわち、諸種の欲求の実現を求め一階の欲求と、一階の欲求によって実際に行為することを欲する二階の欲求（二階の意志作用）を通じて行為のための意志を導く理由過程それ自体を、行為者とみなす見方がここでは採用される（この理由過程は、無時間的な能力として捉えられる。かかる理由過程を行い、それに従い行為する能力を理由能力と呼ぶ。そして、求められるのは、この理由に反応する可能性程度である）。このように行為主体を把握することで、瀧川は機械論の還元主義的説明を退け、責任実践と決定論が両立しうると説いた<sup>100</sup>。

### 第3款 小括

以上のストローソン、成田、瀧川の研究と、前述でのシューメーカーの研究を踏まえ、責任実践を重視する“責任と決定論の両立論”の立場から、人格に対する非難としての問責と

---

の決定論、量子力学の知見を要する決定論、確率論的決定論は、責任と決定論の両立論問題との関連で重要性を持たないとしてこれらを排除する。

<sup>95</sup> どうしようもなかったことに対して責任を問えないとするものである。他にどうしようもないことの責任を問うことは無意味かつ不正で、責任を問うためには、別様に行為し得たことを求める立場が、他行為不可能性論としての決定論と両立しないとするのである。

<sup>96</sup> 人間は法則通りに動く機械ではないため、機械や猿畜生と違い責任実践を為しうるのであるが、人間が所詮法則通り動く機械に過ぎないとする機械論的な決定論が正しい場合には、機械に責任を問うのが無意味であるように、人間に責任を問うのも無意味となってしまう両立しないとする思考がこれにあたる。

<sup>97</sup> これと対比して、形而上学において問われているのは「事実的他行為可能性」であるとする。すなわち、フランクファート反例から考察したとき、重要なのは他行為不可能性の有無ではなく行為の理由であり、他行為不可能性はそれが唯一の行為理由である場合に限り責任を阻却するため、決定論が他行為不可能性を含意しているとしても、他行為不可能性問題は責任実践の妥当性を否定せず、決定論と責任実践は両立しうるとするのである。

<sup>98</sup> ストローソン等の研究を発展させた形で展開されるデネットの構え（stance）については、Daniel C. Dennett, *Mechanism and Responsibility*, in T. Honderich, ed., *ESSAYS ON FREEDOM OF ACTION* (London: Routledge & Kegan Paul, 1973)を参照。

<sup>99</sup> 欲求や意志作用を二階構造で説明するフランクファートの研究については、Harry G. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 68, No. 1 (1971), at 5を参照。

<sup>100</sup> 前掲注40、47-114頁。

時間の経過に関する私見を論じる。

道徳的非難としての責任を問う、問責の責任実践においては、行為をなした主体はその意志決定に至るまでの判断過程を説明し、応答（答責）しなければならない。すなわち、行為時における欲求群と、これに対する合理的実践能力なるものに照らした判断過程を提示し、自分がいかなる欲求の下で判断を行い、それが他者との関係で正当化されるのかを説明することが、責任実践である。そして行為主体（agent）であり、現在、道徳的責任を問う際に重視されるのは、かかる理由過程としての側面である。問責において、非難を受ける行為主体は、行為時におけるこれら理由過程の説明と応答を、誠実に行わなければならない。しかしながら、行為時と問責・答責時の間には、時間的なズレが必然的に生じる。そしてまたこの両時点間で長期間が経過すると、行為時の帰責先たる行為主体性と、答責時のそれが変遷により乖離し、責任を帰属させられなくなる可能性がある<sup>101</sup>。このとき、我々は両時点での行為主体性を同一とみなし得なくなり、その結果、人格に対する責任実践の限界が訪れることとなる。責任実践をベースとするかかる理解は、おおよそ人格同一性論における心理説を採用した重要性関係説と近似することになる。だが、説明の細部は微妙に異なる。また、その判断基準も、より詳細化されたものになる。

過去の不正に対する現在の非難の限界につき、理論的に整理すると、以上のように説明することができるだろう<sup>102</sup>。

しかし、以上みてきた時間の経過による責任の限界の議論は、果たして本当に、我々が非正規滞在をめぐる責任の議論において行う議論と通底する、道徳的錬金術の全てを説明できるものだろうか。

換言すると、以上の責任論および行為主体の変化の研究のみによって、“帰責性”や、“行為者の反省”、“その後の違反行為の累積および規範意識の低さ”、“自主出頭”、“善良な市民としての振る舞い”、“反省や善良さをアピールする公証人の面前での宣誓供述書”といった実践を説明し整理できるだろうか。筆者はこれら移民法上の論点を、行為主体の変遷の議論のみで論じることが妥当でないと考える。

むしろ、過去の不正な行為に対する悔恨や償い、あるいは無反省をめぐるその議論と実践は、行為主体が後悔、改心、反省と悔恨を示し、自分がその意識の同一性を保ちながら、なお変化したことによって非難が止むことを望む、“許し”の営為に近く、またその要素を多分に含むものとする。

そこで次節では、過去の不正な行為の責任と、その後の時間の経過による許しをめぐる道

---

<sup>101</sup> ただしこの判断も専ら主観的になされるものではなく、三人称から客観的になされるべきものである。

<sup>102</sup> なお、非難としての責任についてはこのように論じるものの、ここから即座に負担としての責任の配分の問題にも決着がつくと考えるべきではないだろう。たとえば、人格ないし行為主体に対する非難と、これに対する真摯な答責が不可能となるといっても、不正による被害や結果、痛みはなお残存するわけで、この結果を埋め合わせる負担をいかなる観点から振り分けるかはまた、追加で考慮されるべき問題であるように思われる。

徳哲学上の知見を探究する。

### 第3節 許し

前節まで、非難としての責任と、時間の経過によるその限界について、形而上学及び道徳哲学の知見を概観してきた。かかる議論において気になるのが、「非難の限界」と「許し」の関係である。時間の経過により、人格の行為主体的側面に対して非難をなし得なくなることは、許しと同義なのか。これは、しばしばアムネスティと同義に語られる在特を検討の対象とする本稿とも、関わってくる論点である。そこで以下では、許しに関する道徳哲学的知見を瞥見し、非難の限界と整合性を図るのであればいかにこれを理解すべきかを検討する。もって、責任ある行為主体に対してなされる在特の許しとしての側面を検討し、これを在特法制の解釈・運用に反映させるとどうなるか、という問いに答える素地としたい。

以下、検討にあたり主軸に据えるのは、パメラ・ヒエロニーミによる論考、「妥協なき許しの論究」(*Articulating an Uncompromising Forgiveness*)である。ヒエロニーミによる同論考およびこれと関連する諸種の研究の検討を通じて導かれる本節の結論は、以下4点である<sup>103</sup>。第一に、非難の限界は許しと要素の一部を共有するが同義ではなく、強いていえば、ある面ではその準備段階程度にとどまる。第二に、非難を行う者には許す義務が生じるか否かについては議論があるが、少なくとも、非難をされる者に許しを請求する道徳的権利があると主張することは困難である。第三に、道徳的不正への非難を誰がどの程度なしうるかは、その不正や義務違反との関わりの中で変動する可能性がある。第四に、在特法制を、非難と許しおよび非難の限界という側面から理解することで、およそ以上のように法の解釈適用過程における問いを構成し、かつ現在よりもクリティカルでまともな議論と、考慮要素への評価を行うことを可能とする議論を展開できるものとする<sup>104</sup>。

それでは、許しに関する道徳哲学の知見の参照に移る。ただし、許しをめぐる本稿の基本的立場を提供するヒエロニーミの論考は、デイヴィッド・ノーヴィッツ (David Novitz) の論考「許しと自尊」(*Forgiveness and Self-Respect*)を前提としている。そこでまずは、ノーヴィッツ論考の要旨を簡単に紹介する(第1款)。その後、ヒエロニーミの論考を検討する(第2款)。そしてその次に、第三者による非難および許しに関する先行研究を取り上げる。これにより、許しをめぐる実践とその理論に関する理解を深め、かつ在特法制に伏在する許しの側面を剔抉するための基礎を整える。第三者による非難と許しをめぐる検討は、ジーン・ハンプトン (Jean Hampton, 第3款)、トーマス・スキャンロン (T. M. Scanlon, 第4款)、チャールズ・グリスウォルド (Charles L. Griswold, 第5款)による研究を参照

---

<sup>103</sup> なお以下4点は、本稿の主題である非正規滞在者の地位とその権利をめぐる従来論じられてきた論点に対する示唆という観点から列挙するものである。

<sup>104</sup> また、以上の許しに関する道徳哲学的検討は、在特以外にも、戦争犯罪といった他のアムネスティの解釈においても、検討の上で示唆を与えうるものである。

する。これらから得られた知見の上に、在特法制における許しの側面の検討を積み重ねていく（第6款）という順番をとる。

### 第1款 ノーヴィッツによる研究

ノーヴィッツの研究が試みたのは、ユダヤ・キリスト教的な視点からなされる許しという美德の実践を整序し、これを脱神学化した道徳理論として提示することであった。ノーヴィッツにおいては、許しをなし得るということは美德であり、これは習慣や実践を通じて獲得されるべきディスポジションであると位置付けられる。許しをなしえぬことは悪徳 (vice) であり、また同時に、いとも容易く許しすぎてしまうこともまた、自尊 (self-respect) を損なう悪徳であるとされる<sup>105</sup>。それでは以下、かかるノーヴィッツの論考の要旨を概観していこう。

ノーヴィッツにおいて、許しの対象は不正な行為 (wrongful action) それ自体ではなく、それを成した人格 (person) である。そしてその前提には、不正と危害に対する怒り (resentment) が存在する。そして怒りという激情により保護される基幹的な価値は、自尊であると位置付けられる。そして許しとは、不正に対する自身の主張の放棄だけであるにとどまらず、そのネガティブな感情を解消するものでもなければならない<sup>106</sup>。

かかる許しは、不正の被害者だけがなしうるものである。ギルドフォード・フォー事件<sup>107</sup>で不正にイギリス警察に逮捕されたことに対し、警察の不正を許すことができるのは、当のギルドフォード・フォーだけである。同様に、飲酒運転によりわが子に肢体不自由の被害を負わされた父親であろうとも、四肢が麻痺した子どもに代わって正当に許しをなすことはできない。父親にできるのはせいぜい、父親として苦しんだことについて、父親として許すことだけである<sup>108</sup>。

そして許しとは、相手の立場や考え、後悔といった相手の心情を理解し、共感するところから起こる。許しとは真正な憐れみ (genuine compassion) や愛 (love) のことをいい、これは、許せない自分自身の罪悪感や羞恥心から起こる同情とはまた異なるものである。適切な方式の許しとは、相手の苦しみに対する共感に基づくものであり、これにより怒りを抱き続けることをやめることである。そして行為者による謝罪は、不正をなした本人がその不正を認め、真摯に後悔を表明し、二度と同じような不正をなさない相手方から信じられる場

---

<sup>105</sup> David Novitz, *Forgiveness and Self-Respect*, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 58, No. 2 (1998), at 299-300, 313-315.

<sup>106</sup> *Id.*, at 300-303.

<sup>107</sup> 1974年のイギリスにおいて、アイルランド人の4人がIRAによる爆弾テロの容疑で逮捕され有罪の評決を受けたがその後、冤罪であるとして1989年に有罪判決の破棄がなされた事件である。事件については、播磨信義「英国の近年の主要な冤罪事件とその救済運動」神戸学院法学25巻2号(1995年)31-42頁を参照。

<sup>108</sup> *Supra* note 107, at 302.



合に受け入れられやすくなる<sup>109</sup>。

以上の憐れみを基礎付ける共感とは、自然に獲得されるものではなく、発達させられるべき能力である。ただし、我々は許す義務というものには負わない。なぜなら許すとは、直接に当人がそうする力の外にあるものだからである。無論そこには、許すという仕事に取り掛かる義務はあるかもしれないが、許しがないのはかかる仕事を人々が為し得た場合においてのみである。許すという困難な仕事を成功裏になしうるか否かは、個人のコントロールを超えた諸種の要素に左右されるものである。共感もその仕事に必要な内容だが、これもその成功を保証されるものではない。人はしばし、その冷淡さと想像力の欠如ゆえに許すことに失敗する。そしてそれら許すに失敗した人々が自身の欠点を認識するに至った場合においても、自身を成長させるよう努める義務を負う。しかしかかる義務は、許す義務そのものではない<sup>110</sup>。

それでは次に、以上のノーヴィッツ論考に対するヒエロニーミの批判と、ヒエロニーミ自身の許すの理論をみていこう。

## 第2款 ヒエロニーミによる研究

### 第1項 ヒエロニーミの見解

以上のノーヴィッツの研究をヒエロニーミは失敗と評し、敬意とともに批判を加える。ヒエロニーミによる批判は、(1)我々が抱く怒りという感情の把握の失敗と、(2)理解・同情を許すと同視してしまった点への失敗という2点に向けられる。まず、これら2点の批判をそれぞれ簡単にみていこう。

まず(1)怒りについてであるが、ノーヴィッツにおいては、怒りはもっぱら除去され克服されるべき対象、というネガティブな意味しか与えられていない。しかし先述のストローソンを軸とする責任論を思い起こすと、我々の怒りという感情は、道徳的非難に値する不正な行為に対し向けられるものであり、これに怒りの声をあげるということは、不正に対し抗議することでもある<sup>111</sup>。

我々の道徳的不正に対する怒りは、なされた行為が不正なものであり、その行為主体が怒りに向けられるべき我々の道徳共同体の一員である責任主体であり、かつ人格性を傷つけられた相手は不当に扱われるべきでなかった、という判断を前提とする。

しかしながら、ノーヴィッツが説くように、相手の見方に共感し、「自分の見方を修正し」、

---

<sup>109</sup> *Id.*, at 304-309.

<sup>110</sup> *Id.*, at 309-313.

<sup>111</sup> なお以下では筆者の判断により、本稿において、怒りをもっぱら道徳的不正に向けられる正当なもの、義憤を中核として包含するものに種類を限定し、私利私欲やエゴイズムや幼稚さに基づく、道徳的には是認されない類の怒りは射程から外す。また、筆者の私見の範囲においては、怒りや義憤から、「実際に怒りという感情を抱いているか」という感情的側面を外し、もっぱら規範に対する判断というミニマムな意味のみにおいてこれら用語を使用する。当事者や第三者らが感情については、そこに付加されるかどうかという問題として、差し当たり除外する。

怒りや恨みを克服することこそ許しであるのであれば、それは、上述の前提となる判断を覆すことを意味する。これは妥当ではない。非難に値すべき不正な行為はなおも、非難されるべき不正な行為であるという意味を持ち続け、かつそのように評価され続けるべきである。だからこそ我々は行為に対し不承認の意を示し、怒る正当な理由を持つ。

我々は、上記の前提となる判断を保持し続けたまま、なおも、許さなければならないのである<sup>112</sup>（ここにおいて、怒りは必ずしもネガティブなものであるばかりではなく、ポジティブな意味をも持つことが示される<sup>113</sup>。また同時に、相手に怒りを向けることが、我々の責任実践においては、相手を物として扱うつまり対象的態度や子どもに対するのと同様の態度を向けるのではなく、道徳的な対等者として扱うことを意味するとも理解される）。以上が批判の第1についてである。

次いで、(2)同情と許しの同視に対する批判を紹介する。相手の視点に立ち、相手の思考や立場を理解したとしても、なお、不正をなされた者の視点と感情は残存するべきものである。理解と怒り、愛と怒りは併存しうる。そして、怒りの前提となる判断・理由は、なおも残存しうる。ノーヴィッツにおいては、他者の理解が共感をうみ、相手への共感が同情と憐れみ、他者への愛をもたらし、かかる憐れみや愛こそ許しと同義であると理解されている。しかしながら、憐れみや愛は許しの前段階の準備であり、許しそのものではない（時として、侵害的行為に関する共感的理解が不要である場合もありうる）。またノーヴィッツにおいて、憐れみと謝罪（apology）が許しにつながると考えられているようだが、なぜ謝罪が憐れみを許しに変えるのかという、許しに関する検討も十分でない。我々は、謝罪の持つ意味を、もっと深く考える必要がある。そしてヒエロニーミの理解するところ、謝罪は、同情が怒りを放逐するための前提条件である<sup>114</sup>。

以上のようにノーヴィッツを批判するヒエロニーミにおいて、許しと怒りはどのように説明されるのであろうか。まず、許しの前提にある道徳的判断、および道徳的な不正に対する怒りと許しに関するヒエロニーミの理解を整理すると、以下の5段階をなす。

- ①当該行為は、道徳的に注意を払うべき、間違っただけのものである。
- ②当該行為の行為主体は、怒りを向けられるべき責任主体である（責任主体であるということは、子どもや物と違って、我々の道徳共同体の一員であることを承認する）。
- ③その人格性を傷つけられた者は、問題とされる行為によって、不当に扱われるべき存在ではなかった。

---

<sup>112</sup> Pamela Hieronymi, *Articulating an Uncompromising Forgiveness*, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 62, No. 2 (2001), at 534-537.

<sup>113</sup> 怒りや非難が持つ積極的意味についての研究として、George Tsai, *Respect and the Efficacy of Blame*, eds by David Shoemaker, *OXFORD STUDIES IN AGENCY AND RESPONSIBILITY* vol. 4 (Oxford University Press, 2017), at 248、アグネス・カラードほか著（小川仁志監訳・森山文那生訳）『怒りの哲学』（NEWTON PRESS、2021年）などもある。

<sup>114</sup> *Supra* note 114, at 537-545.

④抗議として、我々は怒りを向ける（怒りは不正に対する抗議である。怒りを、malice や ill-will のような害意と同視してはならない）。

⑤許しとは、④抗議の放棄である（謝罪は、怒りを衰微させるものである。そして①—③の道徳的判断は、なお残存する）。

我々の怒りが不正に対する道徳的非難・抗議として正当なものであるのなら、その怒りの根源たる判断は、覆されるべきではない。不正な行為に対する我々の評価は、なおもそのまま残存し、我々の道徳的判断の基礎をなす。許しとは、かかる判断をなお残存させたまま、怒りを放棄することである。妥協なき許しとは、このように理解されなければならない<sup>115</sup>。

真摯な謝罪は、過去になされた行為が不正であることを認め、かつ、行為主体がそれをなしたことに悔恨を持つことを前提とする。しかし、悔恨を抱くことだけで、その人物が、過去の人物と別人になるわけではない。また、謝罪が悪事の意味を根源から断ち切り、怒りの矛先を消滅させるわけでもない。我々のアイデンティティと行為の意味は、社会的に与えられるものであり、その罪と悪事の意味は、なお地上に残存する。不正をなした者は、悔恨と謝罪によって、社会的に残存する行為を不正だと評価する側に周り、被害者と同じ道徳的視点に立つ。そして、被害者による謝罪の受容によって、加害者の改心が承認される。許しにより、元々の行為の意味が、過去のものとなる。

そして行為の意味や罪の残存と、被害 (damage) の残存は、別種のものである。許しにより、被害者は、不正のコストが自身に生じたことを認め、同時に、更なる抗議と報復なくして、その傷を自らの人生のうちに組み入れることを承認する。そして以上の許しは、他者の要求によってなされうるものではない、超義務的 (supererogatory) な営みである<sup>116</sup>。罪を免れさせる (excuse) ことと、罪を許す (forgive) ことは異なる<sup>117</sup>。そして許しとは、怒りにより非難を行う者が、実践すべき営みである<sup>118</sup>。

---

<sup>115</sup> *Id.*, at 530, 545–554.

<sup>116</sup> *Id.*, at 550–552.

<sup>117</sup> *Id.*, at 552.

<sup>118</sup> ただし、非難と許しが常に同じ射程なのかについては、これを疑問視する見方もある。例えば、ジュリア・ドライヴァー (Julia Driver) は論考「不正、非難そして許し」で、一応の義務 (pro tanto duty) どうしが競合するディレンマにおける非難を通じた、非難と許しの射程の差を指摘する。ディレンマの検討材料としてドライヴァーが採用するのが、ギリシア悲劇『アガメムノン』である。悲劇は大要、ギリシア総大将のアガメムノンが、トロイア戦争に出征する際、神の怒りによって吹き荒ぶ逆風を止めて船出をするために、娘のイーピゲネイアを生贄に差し出すよう予言を受ける。アガメムノンは葛藤の末、娘を生贄に捧げる決断を下す。そして娘も、国のために生贄となることを決心する。以上の物語の構造をもとに (アガメムノン自身の不評な人間性は傍に置いて)、アガメムノンは「父親として娘を犠牲にするか」さもなくば「娘の代わりに大勢の命を犠牲にするか」を選ばされる状況を措定する。以上の構造において、出兵する王の行為は、自身の子を守り育むという特別の責務 (一応の義務) に反するものである。いずれも正当だが両立できない義務のディレンマの末に、王は、どちらかを終局的義務として選択しなければならない。しかしながら選択されなかった義務は、削除 (eliminated) されるのではなく覆斥される (overweighed)。ゆえにアガメムノンは、たとえ正しいことをしたとしても、娘に対し罪の意識を抱き、謝罪する責めを負う (owe) ことになるのだろうか。この問いに対しドライヴァーは、このようなディレンマのケースにおいては非難は不適当である場合があると主張する。個別の特別な関係性から生じる規範上、アガメムノンは正しく行動していたとしても、娘に対し不正をなしてもいる。かかる場合において、アガメムノンはイーピゲネイアに許しを求め、またイーピゲネイアも許しを与えることが適当である。そして

以上が、ヒエロニーミの研究の概要である。

## 第2項 検討

以上の、ヒエロニーミの論考で一貫して論じられる、免罪と許しの質的差異を念頭に置いたとき、シューメーカーによる非難の限界の議論と、道徳哲学上の「許し」は、必ずしも同義とはいえないように思われる。だが、行為主体の悔恨による改心を、当該行為が不正であるという評価を行うように判断過程や、ディスポジションの変遷と把握したとき、非難の限界と許しの前提は一部通底する。すなわち、前節で紹介したシューメーカーの議論における、行為主体としてのディスポジションの変遷において、その変遷が過去の行為を不正だと認めるような、当該道徳共同体において改心とされるものであるとき、それは行為主体の悔恨による改心だと把握されるべきものとなる。

ただし、ここから直ちに改心した者に、「許しを請求する権利」が認められるなどと論じることができない。

またヒエロニーミにおいては、許しとは「他者に対して負うものではなく、むしろ自由に与えるものである」(not something we owe to another but rather something we freely give)、そして「許さないということは当然に非難を描き出す」(“unforgiving” rightly draws blame)と形容されている<sup>119</sup>。微妙な表現ではあるが、ヒエロニーミにおいて許しは、義務を超えた行為、超義務と位置付けられている<sup>120</sup>。

筆者も、大枠においてヒエロニーミの思考に同意する。

然り、我々の道徳実践においては、不正をなし、悔恨し、謝罪する人間には、それでもなお“相手に許すよう要求する権利”なるものは想定できない（おそらく我々の誰もが、「私は悔悟を抱き、謝罪をした。ゆえに、私はあなたに許しを請求する権利を有す。そしてあなたはかかる私の請求に従い、許す義務を負う」などという主張を認めないだろう。そして、そのような要求をする者を許すこともないだろう）。我々の道徳実践において、“許される権利”などというものは考え難い。その意味で、ヒエロニーミの主張は正しい（なおヒエロニーミ自身も留保を付す通り、我々には許される権利はないが、許す義務というものはなおあり得るのかもしれない<sup>121</sup>）。また以上のように解するならば、諸法制を許しの文脈から道徳

---

非難は妥当でないが、許しは妥当であるのなら、許しが非難を不適当にすることができない場合もあり得ることになる。かくしてドライバーは、非難が妥当でない場合においても許しが妥当する場合の存在を示す。またかかるドライバーの論考中では、関係の修復もまた謝罪の重要な機能の1つであることが主張される。ドライバーについては、Julia Driver, *Wronging, Blame, and Forgiveness*, *supra* note 115, at 206 を参照。

<sup>119</sup> *Supra* note 114, at 551-552.

<sup>120</sup> 許しが超義務か義務かをめぐる議論を研究するものとして、Cheshire Calhoun, *Changing One's Heart*, *Ethics*, Vol. 103, No. 1 (1992), at 76 も参照。

<sup>121</sup> かかる問いを検討する上で、ミリヤード・シューメーカー著（加藤尚武・松川俊夫訳）『正義と愛の構造』（晃洋書房、2001年）において示された、不完全義務と超義務の区別もまた示唆に富む。だが、本稿で当該問題を検討することは過重であるため、論点の指摘に止める。

的に解釈しようとも、非難の対象となる行為主体には、許しを請求する道徳的基礎は想定し得ないものとなる。

### 第3款 ハンプトンによる研究

#### 第1項 ハンプトンの見解

以上の非難と許しの議論の中で、「非難は、誰がいかなる基準を用いて行うのか」、「怒りと非難と許しの関係はどう整理されるのか」といった点について、疑問が付されて然るべきである。そこで次に、これら問題に対する先行研究の知見の抽出とその整理を行なっていく<sup>122</sup>。

ジーン・ハンプトン (Jean Hampton) はその論考「許しと怒りと憎悪」(Forgiveness, resentment and hatred) において、我々が怒りを向ける対象たる不正に共通する性格は、「他者の格下げ」(dishonoring, demeaning) であり、その怒りの基準は客観的であるべきで、かつ不正に対し義憤を向ける第三者による許しも是認する。以下、ジェフリー・マーフィー (Jeffrie G. Murphy) との共著『許しと慈悲』(Forgiveness and Mercy) に収録されたハンプトン論文から、要点を抽出する。

なぜ我々は、不正に扱われることに苛立ちを覚えるのか。この問いに対しハンプトンは(共著であるマーフィー論文の記述を引用しながら)、それが単に「精神的・肉体的ダメージを受ける」ことを超えた、価値の引き下げをもたらし、あるいは意味するからだと主張する。すなわち、その人の価値(value, worth)に相応しい処遇がなされるべきという前提に反し、ある者が他者に対し行う不正は、被害者の価値を引き下げる、あるいはより低位であるという見積もりに基づくものである。そして、その人に見合わぬ処遇(not to give them the treatment they deserve)こそが、人々を傷つけるのである<sup>123</sup>。

この引き下げが実際に行われたか否かは、問題となる処遇がそれら個人の価値に見合う

---

<sup>122</sup> ただしもとよりこれらは、それ単体でも結論の一致をなかなか見ない難問であるため本稿が行う整理と私見の展開は、本稿の主題を扱う上で必要な範囲にとどまること、またそれが暫定的な回答であることを留保しておく。

<sup>123</sup> Jean Hampton, *Forgiveness, Resentment and Hatred*, in Jeffrie G. Murphy and Jean Hampton, *FORGIVENESS AND MERCY* (Cambridge University Press, 1988), at 44-45. ところでハンプトンの引用するマーフィー論文が、不正に対する反応である怒りの種類としてあげていたのは、①ある者の権利の直接の侵害に対する怒り、②互恵的協力による相互利益的制度へのタダ乗りにより他人の犠牲から不公平に利益を享受すること(フリーライダー)という2つのモデルを挙げていた。これらも加味し、後述する義憤をも射程に含めた怒りの対象を検討するのなら、マーフィーを引用するハンプトンは、以下のように整理するべきだっただろうと筆者は考える。すなわち道徳的非難において共通するのは、他者の引き下げのみならず、不正をなした者が特権的地位に立つことを許さぬことでもあり、両者を包括する概念として、主体の対等性を否定する「不公平」が挙げられる。他者を不当に引き下げるのみならず、自分の特権的地位に置く行為もまた、我々が非難を向ける行為に含まれるのである、と。なおマーフィー論文は、怒りの主体の観点から怒りの種類を被害者による resentment と第三者市民による indignation に分類し、不正と怒りと非難を desert の概念で整理せんと試みている。Jeffrie G. Murphy, *Forgiveness and Resentment*, in Jeffrie G. Murphy and Jean Hampton, *FORGIVENESS AND MERCY* (Cambridge University Press, 1988), at 16.

ものかどうかにより判断されることになる<sup>124</sup>。また、怒り (resentment) はただの本能的な激情にとどまらない。我々は、他者から意図的に人間の価値を引き下げるといふ不正を被ったとき、怒りを覚えるのである。しかして怒りの対象は、怒る主体が単に腹立たしく感じるものではなく、「非難に値する不正」(culpable wrongdoings) という内実を伴った客観的なものである。人々の怒りの前提には、当該行為を、我々が批判するような、人間の価値を損なう不正だといふ認識があるのである。

そしてこの批判は、怒るべきひどい価値の引き下げに対し、怒りをおぼえない人々へも向けられる。不正な行為に対して怒りを覚える能力は、その処遇が不相当であり、また抗議を向けるに値すると考えるのに十分な感覚を有しているかに依存する。怒りは不正に対する抗議であると同時に、道徳的な不正に対する防御でもある<sup>125</sup>。

ところで、上記の道徳的な不正に対する怒りには、不正の被害を被った本人による「怒り」(resentment) と、被害を被っていない第三者による不正に向けられた「義憤」(indignation) の別がありうる。前者は、個人的な防御的抗議であるのに対し、後者は、自分以外の誰か他者に不正がなされたことを目撃した者が抱く怒りである。そして義憤を抱く人々は、将来、人々の価値に対する引き下げの挑戦へとつながりかねない現在の誰かの価値の引き下げに対し、何の抗議も示さぬことへの恐怖を抱く。義憤を抱く人々は、自分たちの共有する社会的な道徳的理想を、不正を行う者の不道徳な大義と対立するものであると理解し、これを打倒することを企図する<sup>126</sup>。

整理すると、義憤とは不道徳な処遇に対する感情的な抗議であり、不正な行為により侵奪される価値を守ることを目的とする、第三者による怒りなのである<sup>127</sup>。

そして許しは、かかる不正をなした者に対して与えられる<sup>128</sup>ものなのだがハンプトンの整理においては、resentment は不正な「行為」に対する感情であるのに対し、我々が許すのは「行為」ではなく「人間」であり、かつ我々が道徳的な抗議ないし非難を向ける対象も「行為」以外に「人間」が存在するのであろうとの区別が行われる。かくてハンプトンは、行為に向けられる義憤と、性格や傾向性といった人格 (person) に対し向けられる「道徳的憎悪」(moral hatred) を区別することになる。そしてハンプトンにおいては、許しの対象は後者ということになる<sup>129</sup> (ただしハンプトンのこの整理の不味さに対しては、後述のグリ

---

<sup>124</sup> なおハンプトンの用いるこの思考自体に内包される、平等主義への挑戦的問題については本稿では扱わない。

<sup>125</sup> Hampton, *supra* note 125, at 54-56.

<sup>126</sup> *Id.*, at 56-59.

<sup>127</sup> *Id.*, at 59-60. なお同所でハンプトンは、一人称の怒りは喜びを伴うが、義憤は喜びを伴わぬとの評を下す。それが規範論か事実論かは判然としないが、事実論であるなら筆者は賛同しない。我々がシャーデンフロイデを感じることは動かし難い事実で、ゆえにその文脈においてノーヴィッツのような思考も受容に値する。

<sup>128</sup> *Id.*, at 35.

<sup>129</sup> *Id.*, at 60. なお本稿では、ハンプトンによる simple hatred, moral hatred, malicious/spiteful hatred の区別およびマーフィーによる retributive hatred の可能性の議論については割愛し、もっぱら moral hatred についてのみ扱う。

スウォールドによる批判があり、また筆者もそれに賛同する)。

怒りないし義憤は行為に対して向けられるものであるのに対し、道徳的憎悪は人格ないし人(より正確には、性格や傾向性)に対して向けられる。すなわち道徳的憎悪は、非道徳的な主義主張や慣行と結び付けられたものに対する反感で、それは道徳的義憤に惹起され、往々にして正義などといった道徳原則や目的の下、当該主義主張や慣行の打破という目標をも伴う<sup>130</sup>(なお、ハンプトンの説明においては、第三者による義憤が、道徳的憎悪と特に結びつけられ説明されている)。そして許しは、ハンプトンにおいては、許す側の心情の変化として捉えられることになる。すなわち、許しとは、不正を行なった者との関係を再構築するために、不正を行なった者が道徳的に生まれ変わったことを証明されるまで待つことではない。そうではなく、不正を行なった者がいまだに十分善良である(still “good enough”)であることを、許しを行う側が信頼する(trusts)行為だということである。換言すると、ハンプトンにおいて許しとは、不正を行う者を、新たに好意的な光の下で見つめるということの決心なのである<sup>131</sup>。

以上がハンプトンによる許しの理論の概略である。

## 第2項 検討

以上のハンプトンの説明における許しの説明は、義憤と道徳的憎悪の切断(行為と主体の別)によって破綻しているように思われる。ハンプトンにおける非難の対象は行為であり、我々が許しを行うのは道徳的不正であり、なおかつ許しとは許す側の心情の変化であるという説明では、我々の義憤を向ける不正な行為がいかに道徳的に解決されるのかを説明することができない。

義憤を向けるべき不正な行為が宙に浮き、そして許しとはあたかも非難をなす側の「勘違いである」とでも言うかの如き奇怪かつ一貫性を欠く説明になったのも、「罪を憎んで人を憎まず」の言葉の解釈を誤っているからか、あるいは当該格言自体に誤りがあるからであることを疑うべきである。そして行為と主体の関係については、シューメーカーやヒエロニミ、スキャンロンによる整理を参照し、理解するべきである。

しかしながら、不正と非難の基準を単なる怒りや被害ではなく、「怒り・非難を向けるべき」という社会的に共有された判断基準が存在するという前提があり、これに対し我々は非難を行うという立論に対しては同意する(さもなくば、我々は物であれ人であれ被害を与えるもの全てに対し等しく怒りを向け非難する羽目になるか、あるいは、怒っていることそれ自体からそれが不正であるなどと言う羽目になる)。また、義憤という第三者による非難の概念も、我々の道徳実践を的確に切り出すものとして同意する。

---

<sup>130</sup> *Id.*, at 61.

<sup>131</sup> *Id.*, at 83-86.

そしてかかる第三者による非難と許しの議論は、ハンプトンやマーフィーのみによってなされるものではなく、トーマス・スキャンロンもまた議論の対象としたテーマである。そこで次に、スキャンロンによる非難と許し、および第三者の関わりについて概観する。

#### 第4款 スキャンロンによる研究

##### 第1項 スキャンロンの見解

非難をどのように説明するかをめぐっては、主に評価 (evaluative) とみる立場と、処罰 (punishment) とみる立場とがあるところ、スキャンロンは、非難には制裁とはまた異なり、そして評価以上の要素である、関係性の毀損という性質に注目する。そして非難をかかるとの観点から捉え、非難の倫理に関する説明を試みる<sup>132</sup>。

我々の非難は、当該行為が、我々が通常重要であると認識するに足る理由を備えた何らかの道徳的基準に違反することをもって行われる。道徳的重要性の一元性ないし多元性については議論があるが、その中心問題において共通するのは、当該道徳的基準は我々が相互に負う配慮と関連していることである。そしてある人が批判に値するという事は、その人が何らかの不正を行なったからである (ただし不正と非難はそれぞれ異なるものであり、不正な行為がなされたとしても、非難できないような事情が行為者の側に存在する場合もありうる)<sup>133</sup>。

スキャンロンにおいては、非難は一般にある者の性格 (character) 評価に関わるのに対し、不正はその人がとった行為 (action) にのみ関わるものであると整理される (無論、非難は性格に向けられるが行為と無関係でない)。そしてスキャンロンは責任に関するストーリーソンの反射的心情の検討の上で、非難を次のように定義する。すなわち、ある人がある行為のゆえに非難に値する (blameworthy) と主張することは、当該行為主体の他者に向けた態度 (attitude) が、当該主体と関係を持ちうる他者との関係を毀損する (impair) ものであるということを主張するものである<sup>134</sup>。

換言すると、ある人がその行為のゆえに非難に値する (blameworthy) ということは、当該人物のとった態度が当該人物と、他者の関係を毀損するものであるとの判断に関わるものである。そして実際にその人を非難する (blame) するということは、その行為が関係を毀損したものであると、当該行為主体に対して態度・判断を向けることをいう<sup>135</sup>。

そしてスキャンロンは以上の説明の補足のため、次に関係性に関する検討と説明に移る。

スキャンロンの診断するところ、関係性は、特定の態度と傾向性 (certain attitudes and dispositions) により構成される。これらの中核にあるのは、当該行為主体が他者に対して

---

<sup>132</sup> T. M. Scanlon, *MORAL DIMENSIONS* (Belknap Press of Harvard University Press, 2008), at 122-123.

<sup>133</sup> *Id.*, at 124.

<sup>134</sup> *Id.*, at 126-128.

<sup>135</sup> *Id.*, at 131.



どのような行動に出るのかという見込みと期待 (intentions and expectations) である (そしてこの見込みと期待には、その行動に関する他者の感情や検討といった意味の側面も含まれる)。また、関係性は多様かつ多層的で、そこから求められる責務も関係に応じたものとして千差万別となる (例えば、友人関係にある者どうしの助け合いの見込みは、万人に対して負う責任を超えたものとなるように)。かかる関係の多様性に応じて、道徳的基準も多様性を持つ<sup>136</sup>。

そして、友情を裏切るような行為に対し当該(元)友人が怒りと非難を向けうる。加えて、非難に値する行為を行なった者に対しては、当該関係に参加していない第三者もまた、その行為を非として、その人物がもはや良き友ではないとする判断を下すこともできる。ただし第三者における議論はもちろん、直接の被害を被った友情関係内の人物のそれとは異なる。不正の被害を被った関係の参加者にとっては、当該関係の毀損は、それまでの友人としての相互行為の意味に対し問題を投げかけるものであるため、重大な事項である。他方、特別の関係を有してこなかった第三者にとっては、そのような重大性はない。第三者は、関係の毀損(友情に対する裏切り)に関する判断を当事者同様に行うことができるが、関係の毀損に関する特別の感情(おそらくは特別の怒り)を持ち得ない。第三者は関係の参加者ではないがゆえに、見込みや期待の修正といった、関係の当事者が抱きうる態度を持つことができないのである<sup>137</sup>。

それでは、被害を受けていない第三者は非難を行えるのだろうか。スキャンロンはこの問いを、「非難をなしうるような関係性を、およそあらゆる見知らぬ他者とも有しているのだろうか」と組み替え、その上で「一般的な意味で、我々は非難をなしうる」と答える<sup>138</sup>。

スキャンロンがここで想定する関係性とは道徳的關係性である。それは規範的理想 (normative ideal) とでもいふべきものであって、かかる理想が、当該関係において相手に対し向けるべき態度や期待が如何なるものであるべきかを特定する<sup>139</sup>。スキャンロンの言うこの道徳的關係 (moral relationships) が、万人との間で道徳的義務として何をなすべきかを教え、示すというのである。そして当該道徳的關係を毀損する行為もまた非難に値することとなる。だが注意を要すべきことは、「非難に値する」という判断を誰が行いうるかという問題と、誰が実際に非難を行うかの区別である。前者は、当該行為や行為主体と離れた者であっても行える。他方後者は、非難をなす者にとってその主体および行為がどれだけ重大かに左右される(非難は、友人や家族、近隣住民や職場の同僚、あるいは同胞市民といった、行為主体と相互交流を行う人々にとって、最も重大な意味を持つ)。したがって、不正な行為に対する適切な判断が何かという問題は、非難に値する行為、およびそれが明ら

---

<sup>136</sup> *Id.*, at 131-134.

<sup>137</sup> *Id.*, at 137.

<sup>138</sup> *Id.*, at 138.

<sup>139</sup> *Id.*, at 139.

かにする行為主体の態度と、非難をなす者の間に実在する関係に左右される（換言すると、被害者と、それと同じ扱いを受けうる主体<sup>140</sup>など、人によってなしうべき反応が異なる）<sup>141</sup>。そして以上のように非難を解釈したとき、許しには、毀損された関係の修復（the restoration of an impaired relationship, perhaps in modified form）が含まれることとなる<sup>142</sup>。

また上述の「誰が非難をなしうるか」という論点との関係で、スキャンロンは、不正な行為に対して社会の人々がなすべき非難という議論にも触れる。すなわち、個人による非難だけで終わらず、人々が義憤を抱くだけでなく公的な非難を表明することが、大量殺戮や甚大な人権侵害といった行為類型に対してなされるべきとする。このような場合、当該不正を行なった人々を、なおも尊敬すべき同胞市民として処遇することが妥当でないという。そして非難に失敗することは、それもまた批判の対象となり、非難に値する（blameworthy）ともスキャンロンは評する<sup>143</sup>。

以上、関係性を基に非難と許しを検討するスキャンロンの議論を概括した。

## 第2項 検討

道徳が人と人の関係を規律する規範であることを鑑みるならば、然り、道徳的非難を関係の観点から解きほぐすスキャンロンのアプローチは示唆に富む。しかしながら、非難を行為者と非難者の関係の断絶であるとして、誰が非難をなしうるかを行為者との関係およびその行為という関係のみから行う判断については、批判も存するところである。

例えばスーザン・ウルフ（Susan Wolf）はその論考においてスキャンロンの責任論を検討した上で、①スキャンロンが非難だと定義するがウルフにおいては非難と呼ばないケース<sup>144</sup>、②スキャンロンの定義においては非難に該当しないがウルフにおいては非難をなしているとは判断するケース<sup>145</sup>の2種類を提示する<sup>146</sup>。

あるいはまた、スキャンロンの論証プロセスに対する批判もある。上述の通りスキャンロンは、友人関係における非難という個別で特殊なケースから、市民間でも成立しうる一般的

---

<sup>140</sup> 例えば、レイプという不正に対する被害者と、レイプの被害者と同性の者をここで想定するとよい。

<sup>141</sup> *Supra* note 134, at 139-146.

<sup>142</sup> *Id.*, at 160.

<sup>143</sup> *Id.*, at 169-170.

<sup>144</sup> この例として挙げるのが、論文集を出版すると約束したにも関わらず締め切りを守らないウルフと編集者の関係、過酷な幼少期を送ったアメリカの犯罪者ロバート・ハリスに対し我々が向ける感情、というケースである。

<sup>145</sup> この例として挙げるのが、何度注意しても母親のクローゼットから勝手に服や靴を拝借する娘といった、ウルフ一家における家族の諍いである。この例において、ウルフ一家は家族の振る舞いに対する非難をなしているはずであるが、スキャンロンの想定するような関係の毀損という要件は満たさないというのが、ウルフの診断である。またこのケースから非難は必ずしも制裁を導くものではないことにも言及されている。

<sup>146</sup> Susan Wolf, *Blame, Italian Style*, in R. Jay Wallace, Rahul Kumar, and Samuel Freeman eds., REASONS AND RECOGNITION (Oxford University Press, 2011), at 332-335.

な道徳的非難までも導いた。だがR・ジェイ・ウォラス (R. Jay. Wallace) は、それまで現実的な結びつきのない諸個人間における道徳的非難を、特殊化された友情関係における責務から導くというスキャンロンの方法の不適切さを指摘する。また、スキャンロンの非難概念の骨子は関係毀損的であることとディスポジションの矯正であることの2点を挙げた上で、自分による非難 (self-blame) や自分以外への不正に対する非難 (impersonal blame) においてこれが妥当しないと述べる。加えて、非難するとはどういうことかを分析するにあたり、認識論的な事実の指摘と、報復的な制裁的態度を向けることという両極だけでは捉え難い非難概念の感情的側面を、スキャンロンの定義ではすくいきれていないとも批判する<sup>147</sup>。

然り、スキャンロンの整理はあくまで、友情関係の破壊に対する非難といった、不正以前に密接な関係を持つ当事者間での限られた行為を基軸に説明するものであることが理解され、無関係な諸個人間における非難という我々の道徳実践を余すことなく規定し説明するかは、なお留保を要する (そして非難の本質が何であるかという道徳哲学的難問は、本稿の研究から大きく外れる課題であるため、ここでは深く追究しない)<sup>148</sup>。

しかしながら、非難を規範の内容とそれが保護する価値の重大性という観点から理解し、また誰がどれだけの非難をなしうるかを、不正な行為との関わりに応じて非難の中身やその程度が異なるとする思考を、スキャンロンの研究とその批判研究から学ぶことはなお意義がある。また許しを、非難を止めることと結びつけるその思考にも同意する。

以上をスキャンロンから学び、最後に、チャールズ・L・グリスウォルドによる、個人的な許しと、その社会的・国家的な営みに関する研究を参照し、在特制度における法制としての許しの側面を理解するための知見を得る。

## 第5款 グリスウォルドによる研究

許しをめぐる道徳哲学を探求するグリスウォルドの研究は要旨、次の通りである。

すなわち、許しは付随する条件により成立する、規範に基づくものである (またその性質は超義務的である)。そして許しは、加害者と被害者という2つの人格間のやりとりを想定しその関係の修復を目指す、その例外として、第三者による許し、死者への許し、自分自身による許し、神による許し、神に対する許しといった不完全な形態の許しもありうる。また、許しと家族的類似の関係に立つがなお区別されるべきものとして、政治的謝罪、経済的

---

<sup>147</sup> R. Jay Wallace, *Dispassionate Opprobrium*, in R. Jay Wallace, Rahul Kumar, and Samuel Freeman eds., *REASONS AND RECOGNITION* (Oxford University Press, 2011), at 348. 同研究においてウォラスも、第三者による義憤を認める。そして反射的心情に注目するウォラスは、我々が実際に感情を発露させる意味での怒りや義憤、自責 (guilt) なき態度の調整としての非難は、真正な道徳的非難に該当しないと論じる。しかしながら本文でも記載の通り、国家における正義や裁判を終極的な議論の舞台として想定する本稿が検討の対象とするのは、実際に感情を有しているか否かという現象的な事項ではなく、それが規範的に怒るに値するか、かつこれに対する非難と許しの関係である。

<sup>148</sup> なお以上の空想事例の設定と難点の指摘に当たっては、*supra* note 120, at 210 も参照した。

許し、政治的減刑・放免、司法的減刑・放免、形而上学的許しがある。怒り (resentment) は、なされた行為・態度がもたらす不公平な損害に対する審判であり (我々は怒るに値する行為に対し怒り)、これに対する報復 (revenge) が続く。また怒りは、story-telling な感情 (narrative) でもある。許しは、報復を治めるものである。許しという相互的な営みは、いずれも相手の状態に左右され、許す側にも許される側にも一定の条件を満たすことが求められる。

以上がグリスウォルドの許しに関する研究の全体描写である。以下、在特法制を単なる非難と法執行の宥恕というだけでなく、過去に不正をなした者を正式に、同じ道徳を共有する者として関係を再構築するための営みという側面をも有することを理解し、在特制度の解釈運用をよりよく理解し統制するために、グリスウォルドの研究をより細かく参照していく。

### 第1項 グリスウォルドの“許し”に関する概念整理

許しとは何か。グリスウォルドは、自身の研究対象とする許しについて、以下のような特徴を挙げる。まずそれは、単に被害や苦痛、怒りとうまく付き合うための治療的な手段ではない。またそれは、脱宗教化された世俗的な美德である。そしてそれは特定の条件を満たすことでなされる、規範により統制されたものである。グリスウォルドの検討する許しは基本的に、当事者間でなされる個人間 (interpersonal) の営みである (被害者と加害者が現在し、相互に交流できる状況における許しを、グリスウォルドは模範的事例/paradigm case と呼ぶ)。しかしながら、なかにはこのモデルケースが有する特徴のうちのいくつかを欠く、例外的で非理想的なものもある。グリスウォルドの整理によれば、非理想的な許しとして、他人に対してなされた不正への第三者による許し (third-party forgiveness)、死者や改悛なき者への許し (forgiving the dead or unrepentant)、自分による許し (self-forgiving)、などがあるとされる。そして世俗的な許しであるこれら三者についても、若干の研究を行なっている (なお本稿では三者の中でも、本稿の関心の都合上、第三者による許しにのみ触れる) <sup>149</sup>。

また、グリスウォルドの検討する個人間での許しと家族的類似 (family resemblance) の性質を持つものとして、政治的謝罪<sup>150</sup> (political apology)、経済的許し<sup>151</sup> (economic forgiveness)、政治的減刑・放免<sup>152</sup> (political pardon)、司法的減刑・放免<sup>153</sup> (judicial

---

<sup>149</sup> Charles L. Griswold, *FORGIVENESS* (Cambridge University Press, 2007), at x iii-x vii.

<sup>150</sup> グリスウォルドの定義においては、政治的文脈において供される謝罪であり、その典型例として国家が犯した過ちを国家公務員が謝罪することがその典型として挙げられる。

<sup>151</sup> 借金の帳消しはその例である。

<sup>152</sup> 政府の非司法部門が宥赦を与えること (granting of amnesty) とされ、その例として戦勝国が敗戦国の元首を刑に処すことをやめることがその例として挙げられる。そしてそこには、戦略や政治的利益、人道主義といった諸種の要素が決断に至るまでの要素として包含される。

<sup>153</sup> 法廷において司法部門が、情状酌量などの形で諸般の状況を勘案し、慈悲や宥恕 (mercy or

pardon)、形而上学的許し<sup>154</sup> (metaphysical forgiveness) を挙げる。そしてグリスウォルドにおいては、政治的・司法的減刑・放免 (pardon) は被害を被った者が宥恕を加えるわけでないため、個人の不正に対する許し (forgiveness) でないとされる<sup>155</sup> (なお、本稿が検討の対象とする入管法上の在特法制およびその運用も、行政府と司法府による法執行の差控えであり、この類型に属するものと解される。しかしながら本稿が行いたいのは、法遵守の義務違反に対する道徳的非難とこれへの道徳的許しに関する理論を、法解釈の次元において読み込むことである。そうすることで、現行法制における行政・司法上の考慮事項を説明し、また法解釈・適用を道徳的に裏付け統制することを企図する。しかして以下では、グリスウォルドによる個人と政治の区分を理解した上でなお、前者を後者の解釈に読み込むという作業のため、個人における許しの道徳理論の探究を深める)。

## 第2項 グリスウォルドの“怒り”に関する概念整理

ここで、怒りに関する検討に移る。

グリスウォルドは、許しをめぐる研究においても著名なバトラー僧正のキリスト教的教説の検討を経て、許しとは怒りに続く報復をやめることと定義する (なおここでいう怒りは単なる感情ではなく、正当性を欠く侵害に対する反射的心情であり、そこには不正な行為やその意図に対する、公平性をめぐる審判という要素も含まれる。そしてそこには、適正な処罰を求める報復的心情も包含される。加えて、ある種の怒りと許しはなお同時に抱きうる、というのがグリスウォルドの整理である)<sup>156</sup>。

そして、不正の被害を被った者が、適切な怒りを表明することに失敗することも、自尊の低さを表すかもしれないとしながらも、グリスウォルドが重視するのは、不正の社会的意味の方である。すなわち彼が重視するのは、怒り (resentment) の非個人的側面 (impersonal) であり、「誰かをそのように処遇するということは不正である」(it is wrong to treat someone like this) という不正に向けた抗議である。そして前掲のハンプトンを引き、不正に対する怒りに含まれる要素として、非人称的な義憤 (indignation) を指摘する (なお念のため、本稿ではグリスウォルドと異なり、行為者の行為の規範違反および価値の毀損を不正と捉え、これに対する抗議を非難と措定している。すなわち本稿の措定する非難は、非人称的なものであり、かつ報復を必然としていない)<sup>157</sup>。怒りは、不正をなした者に対し、

---

clemency) を加えることとされる。非正規滞在者のアムネスティをめぐる判断においても、許し特別される慈悲の要素は、「同情の余地」として介在することはあるだろう。そしてそれを許しと明確に区別することは困難であろう。

<sup>154</sup> 無数の世界の不完全さにより引き起こされるルサンチマン (ressentiment) をやめる努力と性格づけられる。

<sup>155</sup> *Supra* note 151, at x vii-x x.

<sup>156</sup> *Id.*, at 38-43.

<sup>157</sup> *Id.*, at 45. なお、怒りに軽蔑が伴うかといった仔細な問題については、本稿の関心から外れるため割愛する。

他者へ適正な尊敬を示すよう求めるものであり、また、なぜそのような敬意を示さなかったのかの説明を求めるものである<sup>158</sup>。

### 第3項 グリスウォルドの“許し”の理論

次に、許しに関する検討に移る。

我々が怒りを向けるのは、悪事 (deed) に対してである。他方、我々が許すのは、行為主体 (agent) である。我々は、不正をなした行為主体が行状を改め、自己のなしたことに悔恨を示すとき、許しを与える。許す側も許される側も、その営為は単独でなしうるものではなく、相手の状態に左右される。かくしてグリスウォルドは、許される側の条件の分析を行う。許される側の条件 (怒りを向け続けるのがもはや正当でなくなる条件) として、グリスウォルドは、以下の6点を真摯に満たすべきと整理する (ただし、許されるべきか否か、またそれがいつ訪れるのかといった判断は機械的なものではなく、細部や要素の修正も、文脈に応じて判断されるべきこととされる)<sup>159</sup>。

- ① 過去に不正をなした主体が、今やその不正を望まないことを示す。
- ② 過去と現在の自我を継続させながら、過去の悪事を拒絶する。
- ③ 自己の行為に対する悔恨を経験する。
- ④ もはや自身が、加害・不正にコミットするものではないことを行動で示す。
- ⑤ 不正を被った側の視点を理解したこと (共感) を示す。
- ⑥ なぜその不正をなしたのかを十分に説明する<sup>160</sup>。

不正をなした者は、許しを求める。罪の重荷を軽減するよう求めることは、許しを求める動機となる。罪悪感、内なる道徳的権威の声という、良心により生み出される道徳的感情である。またそれは、いかに良心の声が強制的なものであるかのみならず、我々の本性がいかに社会的かつ相互依存的なものであるかをも示す。内なる道徳的権威の声は、道徳共同体

---

<sup>158</sup> *Id.*, at 46.

<sup>159</sup> なおグリスウォルドにおいても、許しは賞賛されるべき美德 (praiseworthy virtue) であり、あるいは超義務 (supererogation) であると扱われる。同時に、許される側に許しを要求する権利は存在しない点も、大勢と一致する。さらに、本文記載の許される側の満たすべき6条件を満たしたにもかかわらず、「被害者が侵害者を許さないことは、非難に値するかもしれないが不正ではない」(It is not unjust for a victim to fail to forgive the offender, though it may be blamable)、とする苦慮に満ちた扱いもみせる。また、上記条件を満たすことで許しを与えることを被害者が加害者に対し約束する結果、許しが超義務から義務論 (deontology) へと変遷する可能性についても触れる。以上については、*id.*, at 67-68, 72 を参照。

<sup>160</sup> グリスウォルドは、不正とそれをなしたものを切り分ける視点に異を唱える。そしてその点において、アウグスティヌスらによる「罪を憎んで人を憎まず」(hate the sin, love the sinner / hate the sin, but not the sinner) といった格言は誤りであるとする。そして許しについても、行為者に言及することなく行為に許しを与えるなどという言明は、行為に対し独立した理由を与える扱いであり、現象学的にも形而上学的にもまこと疑わしいとする。我々は行為をなしたが故にその行為主体に怒りを向けるのであり、行為者が上記6点の条件を満たすことのないまま怒りを止めるなどと考えることに理由はないのである。他方グリスウォルドも、上記6点は、被害者が不正をなした者を、その行為主体性と還元するとする見方を修正するためのものであるとの留保を付し、人格そのものを悪とみなすかのごとき見方に対する一定の注意を払っている。

の存在をも描き出す。そして許しにより罪悪感は軽減されるという考えは、不正をなした者の自己理解が道德共同体の目を通じて行われることをも示す。不正をなした者は、当該共同体へ再び加わることを望み、かつ被害を受けた者らが彼を道徳的孤立から救う地位にあることも理解する。模範的事例において、道德共同体は被害者に、許しを与える地位を譲り渡す (the moral community defers to the victim to grant …… forgiveness) <sup>161</sup>。

そして以上の許しにおいては、不正を被った個人によるもののみならず、第三者による許しというものもありうるという。

すなわち、許しを与えるという行為は一般論としては、(被害者のみに帰属するものであるとは言えないが) 被害を受けた者に帰属する (the act of forgiveness properly belongs to the injured party to offer)。許しを行うか否かを決断する際、被害を受けた人物が、その場合における許しとは何であるかを決めなければならない (the injured person must decide what forgiveness is) <sup>162</sup>。模範的なケースにおける許しは、人格間の営みであり、不正を被った被害者のみが通常、許しをなしうる地位に立つ。だが、平和を構築するためにそれは、社会的に命令されるプロセス (socially mandated process) でもある<sup>163</sup>。

被害者の許しの意志と加害者の側の条件の充足、損害が人道的に許し得るものであることといった諸条件を全て満たすことで達成されるのが、模範的かつ理想的な許し (paradigmatic, ideal forgiveness) である。しかしながら前述の通り、第三者が行う許しや、死者に対する許しといった、非模範的であり非理想的である許し (non-paradigmatic, non-ideal forgiveness) というものも存在しうる。これら非模範的な許しは、模範的な許しが充足すべき要素を全て包含するものではない、模範的かつ理想的な許しと同一のスペクトラム上に位置する許しである。

ここで、非模範的許しのうち、第三者による許しに関するグリスウォルドの分析を整理する。彼の整理において、ありうる第三者による許しとはいかなるものなのかを、以下にみていく。

グリスウォルドの考えるところ、第三者による許しは我々の社会で継続してなされてきたものであり、かつ諸種の理由から自然なものでもあるという。まず我々は、ナラティブを共有する人々との間で怒りを共感的に共有する。そしてこれは、我々がとりわけ配慮を示す者との間で起こる。我々は程度の差こそあれ、被害者と自己を重ね合わせ、その怒りに対し何がなされるべきかに思いをめぐらせ、また義憤と報復的欲求を経験する。グリスウォルドにおいてはかくして、第三者における許し (報復の取りやめおよび怒りの抹消に向けた努め) の示唆が始まる (この場合の第三者とは、愛するものを殺害され奪われた者の痛みとはまた異なる。この場合はあくまで、被害者と加害者の関係であるとされる。ただし、これと

---

<sup>161</sup> *Supra* note 151, at 52.

<sup>162</sup> *Id.*, at 91.

<sup>163</sup> *Id.*, at 48-49.

第三者による許しとの境界は不明確ではあるが)<sup>164</sup>。

かかる第三者による許しは、被害者からの許しが期待できないような、以下の場合において特に問題となる。すなわち、不正をなした者が許される場合の原則を満たしているが、被害を被った者が許しを拒絶し、かつその理由が擁護できない場合である<sup>165</sup>。

グリスウォールドは被害 (injury) を、被害者に対してなされた被害と、被害者に対する被害を通じて自分自身に対しなされたもの (the injury done to oneself by the victim's injury) とに分類する。また、不正をなした者に対して怒る理由も、上記の区分に応じた怒りの分類が成立しうるとする。その上で、加害をなした者が許される条件を満たしていながら、被害者が許しを行わないものの、我々が第三者的視点から許しを与えることが妥当であり、かつ許すことが人道上可能であると判断する場合で、なおかつ第三者がそのように振る舞うことについて適格である場合に限り、第三者は被害者を代表して (on behalf of the victim) 許しをなしうるとする。当該許しは不完全なものではあるが、第三者はこの場合、被害者ならばきつとこのようにしたであろうしするべきであろうという想像の下、不正をなした者の性質に適合するような形で許しを与える地位に立つのである<sup>166</sup>。

以上が、グリスウォールドによる許しの理論と、第三者による許しに関する検討である。

#### 第4項 検討

グリスウォールドの研究は示唆に富む部分が多く、とりわけ許される側の諸条件や、当事者の怒りの非人称的側面である義憤、および第三者による不完全かつ非理想的な許しの可能性などについて、筆者も大筋で同意する部分が多い。しかしながら、なお以下の2点について、グリスウォールドの理論に対するコメントを付したい。そうして、以上みてきた許しに関する理論を本稿の主題と照合する作業の素地を整えたい。コメントは、不正と非難に関する判断基準、および許しの地位の移転についてである。

まず、(グリスウォールド以外の論者においてもみられたことだが) 非難に値する不正の評価について被害の存在を起点に考える点に、修正の余地があるように思われる。すなわち、道徳的非難に値する不正の多くは確かに、被害が実際に発生し、その被害を被った者らが非難を行うという形態をとるだろう。だが、自身が被害を被っていない者でも、非難をなす地位に立つ場合というの、なおあり得る。

例えば、大規模な虐殺や拷問といった人道に反する不正に対しては、我々は同じ人類であるという理由だけで、その不正を非難するだろう。

あるいはまた、公共輸送のフリーライダーに対しては、(直接的には損害を被っていない、

---

<sup>164</sup> *Id.*, at 117.

<sup>165</sup> *Id.*, at 118.

<sup>166</sup> この場合においても、特別の適格を有する第三者としては、単に義憤を覚えるのみならず、被害者を自己と同一化すること (被害者に配慮をなす紐帯を有し、かつ加害者の不正および被害者に関する合理的に詳細化された知識を有していること) を条件としてあげる。 *Id.*, at 119.



単に逸失利益を主張する運輸会社でなくとも) 料金を定額支払って乗車した乗客は、たとえ自身が何の積極的な損害を負っていなかったとしても、フリーライダーを「不公平だ」、「自分だけズルい」と非難するはずである(あるいはまた、運賃による出費を節約するために、我慢して徒歩通勤している人間も、運賃を払わないフリーライダーを非難するに値する地位に立つかもしれない)<sup>167</sup>。以上の2例を考えたとき、非難に値する不正であるとする評価、および誰が非難をなし得る地位に立つのかという算定は、必ずしも被害を受けたか否かという単一の視点から行われるべきものでもないことが想定される<sup>168</sup>。

思うに、我々の道徳実践を観察すると、非難の評価は義務・規範への違反、価値の毀損、それら態様の程度といった、複数の要素が複雑に絡み合っているように見える。そして誰が非難をなしうる地位に立つのかについても、非難に値する行為との距離(関わり合い)という側面から我々は判断しているのではないだろうか。

責任と非難の検討につき、多くの論者が基底に据えるのは、我々の責任実践に注目したストローソンによる「怒り」(resentment)である。だが、「私が怒った対象それ自体が不正である」などとする馬鹿げた話が成立するはずもなく、その前提にはやはり何らかの「怒るに値する不正な行為」という基準が客観的な形で想定されなければならない。ハンプトンにおいては「価値の引き下げ」(地位に見合わぬ処遇)、スキャンロンにおいては「関係性の毀損」、グリスウォルドにおいては被害に重点を置いた「不釣り合いな処遇」として、不正な行為の基準が措定されていた。もしかしたら、本質を剔抉し尽くせば、かくの如き表現にまでたどり着くのもかもしれない。だが筆者には現状、我々の責任実践のなかから、そのような本質を規定できない。

ゆえに現状は上述の通り、非難の基準を多元的に捉え、義務・規範への違反、価値の毀損、それら態様の程度といった複数の要素から理解する、緩い立場を暫定的に採用する。そして誰が非難をなしうるかの問題についても、不正の態様に応じて、範囲が拡張しうるという立場を採用する。かかる立場を採用したとき、自己を特権化するエゴイスティックで不公平な行為や、多数の被害を生じさせる酷い不正に対しても、被害者およびその関係者でなくとも、第三者も非難をなしうべき地位に立つことになる。

以上の結論の確認のために、以下の設例を検討する(また、当該設例を通じて、コメント

---

<sup>167</sup> あるいはまた一般国民が、租税回避や脱税を行い自分だけ納税義務を果たさない同国人に対しても、トータルでみたとき、自身が大了したロスやコストの影響を被っていなかったとしても、なお「不公平だ」、「自分だけ卑怯だ」と、その行為を不正として非難するはずである。

<sup>168</sup> 我々は怒りに基づく議論に際して、日常的に、「部外者はすっこんでろ!」という言葉を聞くと同時に、一定のケースではこれに納得する。例えばそれが痴話喧嘩のごとき特別な関係性を前提とする議論でなく、車両の接触をめぐる怒りであっても、それが重大な不正や事故でない限り、当事者間の話となるだろう。他方、酸鼻を極める不正で悪質な行為に対しては、我々は、「それは人類として恥ずべき行為であり、我々はその罪をいつの時代においても非難し、またそれが罪であるとの記憶を薄れさせないためにも、永劫語り継がなければならない」といった字句を並べるだろう。このとき、非難に値する不正への糾弾者の地位に立つことが、“誰でもできる行為→地位の特定”という順に狭められて決まるのか、それとも“特定の者がなす行為→行為者が不在の場合には他者が代理し、あるいは普遍的なまでに糾弾者の地位が拡張される”という順で拡大していくのかはまた、検討の余地がある問題ではあるだろう。

の第二である許しの地位の移転についても検討を加えていく)。

【設例】ある者が、道徳的に到底正当化できない理由に基づき、無関係な人間を複数巻き込む、死傷を伴う悲惨な事件を起こした。そしてこの事件の被害者 A1 は死亡し肉親 A2 が遺され、被害者 B は生存するも重大な障害を負った。そしてこの事件を、第三者市民 C が複数のメディアで触れ、事件の全貌を知り、義憤を覚えたとする<sup>169</sup>。

この場合、不正をなした者に対する非難をなしうるものは誰か。

またその後、男が服役の末に改悛し、謝罪や賠償という形で真摯に償いをなし、許される側の諸条件を満たしたとする。この場合、誰が許しを行いうる地位に立つか。

上記の問いに対する答えとして導き出された許しをなしうる地位にある者が、許しを行わなかったとする。この場合、誰がその代わりに許しをなしうる地位に立つか。

上記設例において、まず当然に被害者 B は非難をなす。A2 も、子を失った親として非難をなす<sup>170</sup>。そして不正の態様に応じては、ハンプトンやスキャンロンの論じるように、第三者市民である C も、行為の意味を理解し、義憤に基づく非難をなしうると考えるべきである。

それでは次に、誰が許しをなしうべき地位に立つか。これは難問であるが、非難をなす者とその外延を同じくするものではないのではないか、というのが筆者の考えである。すなわち、B は当然に、許しをなしうる地位に立つように思われる。おそらくこれに、異論を挟む者はいないだろう。

では次に、A2 はどうか。A2 も基本的に、許しをなしうる地位に立つと考えて良いだろう<sup>171</sup>。それでは、B と A2 の許しはいかなる関係に立つか（そこに優劣関係は成立するか）。B が許しをなしたとき、A2 はもはや許しを行えなくなるのか。かかる推論を是認する者はなかなかいないだろう。たとえ B が加害者を許したとしても、A2 はなお B とは独立した地位で、許しを与えるか否か（なお行為主体に非難を加え続けるか否か）を判断する地位に立つと考えるべきである。

それでは C についてはどうか。我々の責任実践を見る限り、C は原則として A2 や B から独立して許しを与える地位にはないと考えるべきではないのだろうか。すなわち、非難と許しの営みをみるに、我々は第三者としてなお非難を行うのであるが、非難をいつ止めるのかという許しの決断に関しては、主に当事者にこれを委ねている。我々の実践は、こういうも

<sup>169</sup> ここでは事例を簡易にするため、被害者やその関係者といった登場人物を以上の形で削減する。

<sup>170</sup> そしてかかる実践は法的にも、例えば民法上の不法行為に対する家族の独立した地位としては是認されている。

<sup>171</sup> しかし A2 の非難と許しが、「被害者 A1 を奪われた当人としての非難かつ許し」なのか、「被害者 A1 の代理人つまり A1' として非難かつ許し」なのか、またはその両方なのかは、なお難問として残る。

のではないのだろうか。

そして当事者が怒りという感情を覚えながらもなお、これをもはや非難しないとする正当な許しの決断を下した場合には、我々はその判断を尊重し非難を止めるという振る舞いをしている、こう解することができるだろう<sup>172</sup>。

換言すると、(この表現がなお正確であるかは不明だが)我々はある段階で許しをめぐる決定を序列の高順位者<sup>173</sup>あるいは代表者に委ね、自己の許しも代表者の判断に合わせている。

そして許しという社会的な営みをなす者が、許される条件を備えた者に対してなおも正当な理由なく許しを与えないとき、我々第三者が社会的に不完全ながら許しを与え、引き続く非難をどこかで打ち止めるということもありうべきである(そして被害者本人固有の感情の問題を排し、行為が不正であるかおよび許される側の諸条件を満たしているかという客観的側面に問題を限定するのであれば、その判断を行う地位を他者に移譲しあるいは代表させるということは可能である)。

許しの内包が何かをめぐってもまた、議論が分かれる。

許しは、(感情を伴う)怒りを止めることなのか(それともこれは、感情を排した義憤という最小限の側面においてのみを意味するのか)、不正をなした者の視点に共感を示し自己の視点を改めることなのか、報復の感情を打ち止めることなのか、これらの探究は、そもそも道徳的非難とは何かの探究と深く結びついており、即断できるものではない。

しかしながら、その内容の最小限として、少なくとも以下1点が含まれると措定することは、なお許されるだろう。すなわち、許しをなすことで我々は行為が不正であったという社会的な意味を残しながら、なお、行為主体に対する非難を終わらせることである。つまり不正に対する非難に付随するネガティブな反応を打ち止めることが、許しという営みに包含されることについては主張しても良いだろう。

以上が、推定形の多い不完全なものではあるが、現状、筆者による許しの雑駁な整理である。不完全な当該私見は、批判を受けて修正・彫琢されるべきものであるが、現状これを暫定解答とする。そして以上をもとに、本章の結びとして、在特法制の許し(forgiveness)の側面と、単なる放免(pardon)・限界・忘却の側面について整理する。

## 第6款 小活

本款では、入管法上の在特制度が持つ、入管法上の規定違反による退去強制を、長期の滞在を原因として取りやめることについて、「許し」と「単なる放免・限界・忘却」の2側面

<sup>172</sup> このように解することで、被害者を伴う不正な行為に対して、国家や法が許しを与えすぎることや、許しをなすよう被害者に強制することもまた、不正であると論じるミノウの研究もよりよく理解されよう。ミノウの見解については、Martha Minow, WHEN SHOULD LAW FORGIVE? (Norton, 2019), at 145-163 を特に参照。

<sup>173</sup> ないしは行為とより密接な関係を有する者。

があることを主張し、それらの性質についてこれまで本章でみてきた内容をもとに整理する<sup>174</sup>。

まず、過去に行った不正な行為に対する許しについてである。我々は、怒りを向けるに値する（非難に値する）不正な行為を非難する。そして非難をなしうる者は、当該不正との関係の深さから判断する。非難において我々は、行為主体にその行為をめぐる認識・合理性・理由までの判断をめぐる説明を求めた上で、その行為に対する不承認の意を示し、その行為の理由の導出過程を咎める。そして許しは、①過去に不正をなした主体が、今やその不正を望まないことを示す、②過去と現在の自我を継続させながら、過去の悪事を拒絶する、③自己の行為に対する悔恨を経験する、④もはや自身が、加害・不正にコミットするものではないことを行動で示す、⑤不正を非難する側の視点を理解したことを示す<sup>175</sup>、⑥なぜそれをなしたのかを十分に説明する、といった許される側の満たすべき諸条件が充足されたときに与えられる。許しを求める側に、許される権利は存在しない（他方、許すことが義務であるかをめぐっては議論がある）。許しがなされるとき、過去に行われた行為はなおも不正なものであったという意味を地上に残しながら、行為主体はその行為を不正なものであると評価し拒絶する側に立つ。許しは、非難を止めることを含む。

そして以上の非難と許しをめぐる思考法を踏まえることで、わが国入管法上の在特をめぐる行政・司法上の諸決定中の理由において、法違反への非難を前提に、非正規移民の反省的態度が考慮要素に組み入れられていることの意味を理解できる。すなわち非正規滞在者は、一片の曇りもない聖人でもなければ、道徳的怪物でもない。我々同様に過ちをおかす可能性を持つ、対等な行為主体である。

そして、自己の行為に対する責任能力を有する（すなわち帰責性ある）非正規滞在者に対し、その法違反に至る過程の説明を求め、その行為を導出した意志に不承認としての非難を与えるという営みを、入管法上の処分および裁判所における訴訟のなかに読み込むことができる。また同時に裁決・判決に至る過程で、非正規滞在者が長期にわたる滞在の間に、社会奉仕等を行い善良な市民として振る舞ってきた（あるいは過去の法違反に対する反省・改悛）かどうかを問題とすることも、償いと改心、悔恨をめぐる判断という意味で構成し直し、理解することができる。

在特法制の運用には、上述の許しに関する判断が、考慮要素に付随して混在している。そして我々は、かかる側面をも理解し、過去の不正に対する道徳的判断およびこれに立脚する法の解釈適用をも加味し、行わなければならないのである<sup>176</sup>。

---

<sup>174</sup> なお、理論上は過去の不正を現在において問題にしないことについて以上のような整理が行えるだろうが、現実の法適用においては両者の性質が混在し、画然と区別できない場合も多いことは留保する。

<sup>175</sup> 被害が伴わぬ不正の存在を念頭に置き、本稿はオリジナルをこのように修正する。なお論者および文脈によってはここに、行為の制御能力の獲得ないし矯正を含める場合もありうるだろう。

<sup>176</sup> なおわが国入管法においては、行政側がしばしば「望ましい外国人と望ましくない外国人」という観点から帰責性および非違行為の履歴を論じる。その検討に当たっては熟慮を要するであろうが、その理屈を前提とした場合には、国民の中にも非違行為をなす「望ましくない国民」が存在するのであり、なぜ

続けて、非難と許しという側面をも読み込んだ在特法制の解釈・運用についても若干の示唆を行う。

許しに関する道徳の一般理論上は、(許しが美德であれ超義務であれ、あるいは何らかの義務を伴うものであれ、)許しを求める側においてはこれを請求する道徳的権利などというものは想定できないとされる。許しの理論を在特法制に読み込んだ場合、同様のことが言える。すなわち、仮に法制度上、非正規滞在者の側に何らかの措置を求める権利が認められていたとしても、それは単に制度創設的な法的権利というに過ぎない。そこに道徳的な許しの基礎はなく、道徳的請求権もないと言わざるを得ない<sup>177</sup>。

また、本章で扱った非難と責任の理論を参照し、法違反を道徳的非難の対象たる不正と理解したとき、なぜ長期にわたる非正規滞在者に、他の移民法・入管法遵守者同様に滞在の地位を付与することに対する反感が起こるのか、また入管と裁判所が法違反に対する責任を重視し、誰がその結果を負担するべきかを決する際の一つの考慮要素としているのかについても、説明し正当化することができる。

すなわち、法違反は不正である。自己の行為に対し責任を負う個人は、自己の不正な行為に対する「責任」を負わなくてはならない。「責任」の中にも、非難や負担、責務といった諸種の責任が存在する。瀧川の整理するところ、自己の行為が非難に値する不正として非難を受けるまでの流れにおいては、行為に関与した行為主体の行為・生成責任を基に、非難に値するという有責責任が成立し、そしてこれに対しては実際に非難や制裁、法的処罰を与える負担責任が連なる。過去の行為に基づく不利益・負担は、有責責任(問責とこれに対する理由応答という責任実践の中心的理念)の延長線上にあり、有責責任に対する理由応答・証し立てが十全でない場合に課されるものだという<sup>178</sup>。

以上を敷衍すると、非難に値する有責責任と、非難や不利益といったコスト負担としての責任は、多くの場合連続的なものとして捉えられる。そして両者をセットとして捉えるとき、我々は、非難されるべき者に非難を与え、法的文脈においては賠償や刑罰を与え、自己の行為に伴う不利益や負担を求めることとなる<sup>179</sup>。また我々は同時に、「何人も、自己の不

---

「望ましくない外国人」と「望ましくない国民」を区別するのが正当化されるのか、そしてそこから、なぜ「望ましくない国民」を放逐しないのかを論証する必要がある。

<sup>177</sup> なお本文で後述するように、許しを感情から切り離し、また社会・国家によるものとしての許しを対象とするとき、その許しの性格は個人的な美德というよりも社会的かつ規範により統制されるものと解されよう(あるいは、許すことが義務へと接近するのかもしれない)。だがなお、不正をなした個人の側に、「許しを請求する権利」が我々の道徳実践上認められるかは不明である。当該問題については本稿の検討から外し、今後の課題としたい。

<sup>178</sup> 前掲注40、144頁。なお我々の方実践においては、危険負担のように純粋にコストや不利益を有責性とは無関係に、調整問題として配分する場面もしばしば存在することは論を俟たない。責務責任においてもコストや負担の配分が問題となる場合があるが、この場合のコストは事前責任という性格を持ち、事後責任たる負担責任とは区別されることとなる。また責務責任という責務には、瀧川によれば obligation のみならず duty も含まれることとなるが、政治的責務を第4章で扱う本稿では、文章の平易化と理解の容易化を企図して、文脈に応じて「負担」や「コスト」の語のなかに責務責任を含めたり、あるいはそのまま責務責任と記述したりする。

<sup>179</sup> 無論、それが不正ではない単なる行為であっても、「自分でしたことの責任は自分で取るべきだ」とい

正な行為から利益を得るべきではない」(no man shall be profited from his own wrongdoing) という思考を持つ。そして、かかる言明に一定の正当性を認めるとき、不正の矯正を道徳的要請として導く<sup>180</sup>。我々は、何人も自己の行為から予見可能な結果を一定程度引き受けるべきだとはんだんする。また我々は、非難に値する者が自己の不正から生じる負担を負うべきであり、また、自己の不正から利益を受けるべきでないと判断するのである。

以上の思考を、非正規滞在者に対する在特に置き換えてみよう。

規範は、同じ境遇に置かれた者すべてが公平に遵守すべきであり、法違反をなした非難を受けるべき者が法を遵守した者と同様の利益ないし処遇を受けることは、違反者に特権的地位を認める不公平である、と我々は評価するはずである。であるならば、非正規滞在者の地位の正規化を特段の理由もなく認めることへの反感にも、一定の根拠があると認めざるを得ないはずである。

しかしながら本節でこれまでみてきた通り、非難はいつかどこかでうち止められるべきものでもあるのかもしれない。本稿で紹介した研究のいずれにおいても共通する見解として、許される条件を満たした者を、未来永劫非難に晒し続けることは、賞賛に値する行為とはいえないという点が挙げられる。許されるべき者に対する許しは、なされるべきものでもあろう（許すことが美德か、義務かという点で論争の対象であるとしても）。そして非難と負担を牽連関係に立つと捉えた場合、行為の非難がもはや帰属しえない行為主体に対し、非難に牽連する負担を負わせることもまた、許しによりうち止められるべきこととなる。

そしてこれを我々の法実践に引き直すと、およそ次のように論じることができるだろう。すなわち、国家状態における法実践を概観するに、義憤という側面から法違反に対する非難を公的になし、またこれに対する許しも公的に行うのは、第一次的に正統国家においては国家の役割であるということができる。そして、道徳の最小限を読み込んだ法の解釈適用による、客観的意味での許しが国家によってなされることで、原則として、非難と許しの第一次的判断を国家に委ねた第三者市民も、それ以上の非難をなしえず、義憤に基づくネガティブな反応をうち止めることになる<sup>181</sup>。

ただし、不正をなした者に対する非難、および制裁を取り止めることを国家が決することを、一括りに「放免」(pardon)と呼んだとしても、放免の根拠は多元的でありうる。

例えば、悔恨と共感という概念に着目し、pardon が正義と民主制に反するとする批判に応えることを試みたリンダ・ロス・マイヤー (Linda Ross Meyer) は、刑法上の pardon に

---

う判断はありうる。そして本稿第1章第1節で確認した諸判決のなかには、帰責性に非難の意味を込めて不正な行為の責任を問うているのか、それとも狭い意味での負担責任とは異なる意味で、行為の責任を問うているのか判別し難いものも見受けられる。

<sup>180</sup> なおこの点については、ファインバーグによる desert の研究も示唆に富む。ジョエル・ファインバーグ「正義と人のデザート (報いに値すること)」ジョエル・ファインバーグ著 (島津格・飯田亘久編集・監訳)『倫理学と法学の架橋 ファインバーグ論文選』(東信堂、2018年) 117頁も参照。

<sup>181</sup> なお、国家による法的な許しが常に万人を代表したものであるとまでは強弁しない。不正による被害者が存在する場合には、許しの主体をめぐる複雑で難解な議論をいっそう検討する作業が必要となる。

における考慮要素を衡平 (equity)、平和構築 (peacemaking)、忠誠/自責 (allegiance/remorse)、憐れみ (compassion)、役割間の衝突 (role conflict) を挙げる<sup>182</sup>。

またメイヤー・ダン・コーエン (Meir Dan-Cohen) はその研究において、悔恨 (repentance) と許し (forgiveness) と放免 (pardon) を修正的実践 (revisionary practice) という概念の下、一まとまりに捉え分析する<sup>183</sup>。ダン・コーエンいわく、上記三者はいずれも同一の不正な行為に対する、加害者、被害者、社会・国家それぞれのリアクションである。加害者は悔恨によって罪 (guilt) を和らげ、被害者は許しにより怒り (resentment) を鎮め、社会・国家は放免によりスティグマ (stigma) を取り払う。修正的実践は、不正な行為に対するネガティブな反応を終わらせるものだというのである。また、悔恨・許し・放免は、過去の不正な行為と行為主体との境界を引き直す作業でもあり、境界が引き直されることにより、罪・怒り・スティグマを当該行為主体に帰属させるのを不相当とする。そして、不正をなしたものの境界を引き直すという規範的権限 (normative power) は、上述の全主体によって行使されるものであるとも分析する<sup>184</sup>。

以上のように、我々の道徳およびこれに基づき解釈される法実践を鑑みたとき、社会・国家による非難の取りやめの原因の一部においては、行為主体の悔恨が考慮要素として引き入れられ、かつ許しとも密接に関わる側面が存在してきたことを指摘できる。

そしてこのことは、本稿が主たる検討の対象とする入管法上の在特においても、同様であると解される。行為主体の帰責性が問われる裁判内で、在留を求める非正規滞在者側は“反省や善良さをアピールする公証人の面前での宣誓供述書”、“不正な行為への反省とその後の振る舞い”という、自己の後悔、改心、反省を示すための材料を提示するが、これらも責任を“非難”と解し、かつ悔恨と結びつく“許し”の文脈で再構築することで、その意味を理解し整理することが可能となる。

法違反に対する責任を問われる非正規滞在者は、過去の行為主体である自分に対する、入管法違反および素行不良行為の責任が、もはや現在の行為主体である自分に帰属しないこと、すなわち悔恨と改悛に基づく許しを求める営みを、当該文脈において行なっている。そして国家は、上述の道徳哲学的意味における「義憤」から、第三者としてその非難を行い、かつ許しの判断をアムネスティとしての在特の中で行なっている<sup>185</sup>。

---

<sup>182</sup> Linda Ross Meyer, *The Merciful State*, in Austin Sarat and Nasser Hussain eds, *FORGIVENESS, MERCY, AND CLEMENCY* (Stanford University Press, 2007), at 64. なお本稿は、メイヤーによる pardon の哲学的根拠に関する分析を全面的に受容するものではない。

<sup>183</sup> 許しという研究領域において、用語は論者において異なり、一貫していない点が指摘できる。そのためある論者が用いる用語が、同じ単語であるという理由だけで同じ概念を指すものと即断することは妥当でない。これらは、各論者がその用語に付与する意義を理解し、その異同を判断するべきものである。

<sup>184</sup> Meir Dan-Cohen, *Revising the Past: On the Metaphysics of Repentance, Forgiveness, and Pardon*, *supra* note 184, at 117. なお本稿は、メイヤー自身が採用する国家と自我のアナロジーを全面的に受け入れて受容するものではない。

<sup>185</sup> なおこの点につき、国家による改悛の評価と刑罰への反映について否定的に評価する立場として、アンドレアス・フォン・ハーシュ著 (松澤伸訳) 『デザートモデルの量刑論』(成文堂、2021年) 37頁も参照。同著の少年犯罪に対する量刑をめぐる同著の研究も示唆に富む。

そして許しを行う国家は、ヒエロニーミの示す許しの条件を前提に、非正規滞在者の最初の法違反後の不正を評価し、判断するべきだろう。かかる要件を満たしている場合に、ポズニアックの言うところの道徳的錬金術が起り、もはや当初の不正を現在の行為主体に帰属させることが妥当でなくなるため、罪責を問うことが止められるべきなのである。

他方、上述の許しの諸条件は、不正の行為主体によって、行動を伴う真摯なものとしてなされなければならない。そうであるならば、金を払い公証人の面前で供述を行うだけで、これが満たされると考えることは妥当でない。許しに値する行為主体への変化の本質はそうではなく、その後の善良な市民としての法規範遵守の態度や、地域社会での長期にわたる奉仕や貢献といった、長期間継続せられた真摯な道徳実践を通じて示され、他者から把握されるべきものなのである。我々の道徳実践は、そう解されるべきである。

そして当該法違反を不正と理解したとき、「納税や労働による地域への貢献」も、「請求権の発生根拠」ではなく、行動を伴う「償い」という意味から解釈するべきものとなる<sup>186</sup>。そして、当初の違法以後の在留状況の悪質さや無反省、度重なる法令違反から推認される遵法意識の欠如といった事項は、この道徳的錬金術が生じないことを周囲に推認させるものとして扱われるべきこととなる。「長期にわたる非正規滞在の評価」をめぐり、「それが違反行為の継続」という消極要素なのかは、かかる「許し」の営為に照らし、判断されなければならない<sup>187</sup>。

しかしながら許しがなされたとしても、非正規滞在者への在特をめぐっては、不正に対する非難や、非難に値する不正者の享受する利益云々の議論以外にも、国家間での責務責任配分関係という問題はなお残存する。ゆえに、許しがなされたからすべての問題がそこで解決するとまで即断するべきではない。

非難に値する行為への負担責任から離れても、非難可能性とは無関係に、コストの配分によってコストを支払うよう求める意味での責任配分はなおありうる。なので、これを長期滞

---

<sup>186</sup> この点については、第4および第5章でより細かく解説する。

<sup>187</sup> ただし以上の許しの議論が、しばしば在特裁判上で問題となる過去の不正への道徳的判断に直接かつ即時にコミットするかはまた別途、検討を要すると思われる。すなわち、本稿が参照し概括した許しの一般理論は、1回限りで発生し完了する不正に対して特に妥当する原則的かつ原型的な理論であり、行政が言う「不法滞在」という継続的な不正に対しても同様に当てはめられるとは即断し難い。継続的不正に対する時間・状況の変化に基づく非難の取りやめを論じる方途としては、“許しの理論を組み替える”パターン、“許しと類似する別の根拠を与える理論を構築する”パターン、(これを即成犯・状態犯・継続犯などと誤導的な名で呼ぶかは別にして)“不正の終了時期に関する区分を組み替える”パターンなどが考えられる。これら発展型に関して体系的な議論をする準備も余裕も本稿にはないが、筆者個人の見解としては、継続した不正に関しても、状況によってはなお許しが成立する余地がありうる。すなわち、たとえば「在留期間を過ぎた不法滞在」が問題となっている事案において、その不正のカウントおよび終結時点を法違反発生の一時点のみに限定するという思考もありうるだろうが、なお継続する不正としてカウントし、不正を継続しているなかで良心的な葛藤や反省、償いを積み重ね、許されるに値する行為主体へと変化したことを、見返りを求めぬ自主出頭等の第三者からも知覚できる形で示したとき、法益侵害が止み、もはや当該行為主体に有責任を帰属させることは妥当ではないと言いうる事案もありうるのではないのだろうか。無論、事案に応じて状況や考慮要素が千差万別であろうから、全てにおいて同様の結論が導かれるわけではないし、継続的不正の場合においては許しの条件も厳格化するだろう。だが、我々の道徳実践および理論的整理をみる限り、上記のように解することもなお可能ではないだろうか。



在する非正規滞在者の問題に引き直したとき、非難としての責任を問い得なくなること一点のみをもって、即座に誰がどれだけ過去と将来に関するコスト・負担を負うかについて、解答が導かれるともいえない。

加えて、非正規滞在者が許しの対象でなくとも、他に受け入れ先がないなどといった特殊事情がある場合には、やはり当該国で受け入れざるを得ない。この場合における法執行の差し控えは、forgivenessではなく、pardonあるいはexcuseとなる。あるいはまた、記憶・行為主体性の連結を前提とする許しを論じ得ぬなど、過去の行為主体と現在の行為主体が乖離し、忘却がされている場合には、不正に対する非難の限界として、パーフィットやシューメーカーらが人格や責任の形而上学で論じてきた非難の“限界”、あるいは“忘却”として検討すべき問題となる。そしてこの場合において、在特処分を下すべき考慮要素として「労働・納税などを通じた善良な市民としての振舞い云々」を論じることに對しては、論理的関連性を疑うべきである<sup>188</sup>。

在特法制を、非難と許しおよび非難の限界という側面から理解することで、およそ以上のように法の解釈適用過程における問いを構成し、入管・移民法における「許しと忘却」の道徳的錬金術の一端も、説明することが可能となる。くわえて、現在の混沌とした議論よりも、クリティカルな議論を展開することができるのではないだろうか。本章における示唆は、およそ以上のようなものである。

しかしながらまだ、「長期間にわたる非正規滞在者と在特」を主題とする本稿が検討すべき問題は、なお残存している。そこで次章においては、なぜ入管法違反が道徳的非難に値する不正な行為であるのかを、より根元的に、近時の政治哲学的知見を参照しながら検討する。

---

<sup>188</sup> ただしこれらを「慈悲」(mercy)として論じるのであれば、また別個の考慮要素となるであろうことは留保する。そしてこの概念についての研究は、本稿では都合上扱わない。なお、以上の人格と責任の道徳論を、在特時の過程審査における考慮に入れたとしても、具体的かつ画一的に「n年n月」という数字も決せられるものではない。これは、本来的に具体的数値によって還元し尽くすことが困難であり、かつ、個別のケースにおける諸考慮要素を事例に応じてそれぞれ計算することによって最適の解答がケースごとに出されるべき問題でもある。それでもなお、裁量を排した全ケースにおける画一的取り扱いのための数値を成立させるとしたら、それは多分に政治の妥協の芸術の上に設定される恣意的な数値である。

## 第4章 国家と国民の関係についての政治哲学的知見

非正規滞在に寛容な移民論者の中には、「法違反は不利益が小さく、実質的にみて不正ではないから、取消訴訟において責任を問うべきでない」とする根源的疑義を呈すものや、「移民法は行政事件であり刑事事件でない」、「被害者がいないから問題視するべきでない」とする懐疑を示すものがある。

また、非正規滞在者が長期にわたり滞在することで、地域社会との紐帯が生まれ、形式的には国籍の点で地元住民と区別できても、生活実態をみると地元住民と何ら変わらないものへとになっていく。そして滞在が長期にわたるにつれ、移民法や入管法といった国境管理の法に違反した行為主体の生活関連の資本や生活の本拠地が滞在先へと移り始め、結婚や出産を行う結果、違法に滞在する先からの離脱が困難となる。加えて、親の非正規滞在先で出生ないし生育した子が、その国の国籍を持たないまま、かつ国籍国とのつながりを持たないまま、その地域の人間と変わらない成長と生活を行うこととなる。それでも当該者を、国籍の有無という形式的な違いに応じて区別することがなお平等といえるのか。このように考え始めると、我々は、憲法が想定する国民という概念の内包とはいったい何なのか、という問いを考究することとなる。

なぜ法違反に対する非難があるのか。また、憲法が想定する国民とはいかなるものと規範的に考えるべきか。これらについて考える上で、導きの糸となるのが、本章で検討する遵法義務論および政治的責務論である。

### 第1節 政治的責務論の議論構造

政治的責務は一般に、国民の政治的決定に従う責務と説明される。そしてその責務の内容として、遵法義務や兵役義務などが包含され、議論される場合もある。

かつてT・H・グリーン (T. H. Green) 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<sup>1</sup>。本稿では差し当たり、政治的責務に関する議論内容を、正統性を有する国家と個人の間、および同じ民主制下で異なる正義構想を互いに主張する国民間に存在する義務が争われる議論、と広く捉え議

---

<sup>1</sup> See, Thomas Hill Green, LECTURES ON THE PRINCIPLE OF POLITICAL OBLIGATION (London, 1895), at 29.

論を開始する。

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（個別的義務）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。故に、政治的責務の正当化に際しては、この個別性の問題にいかにかたえるかが、大きな壁として立ちただかってきた。

また当該義務の正当化根拠の提示およびそこから論証は、政治的責務研究における中核をなし、古今東西多くの政治哲学者・法哲学者を苦悩させてきたようである。この問題に対する正当化根拠とアプローチはバリエーションに富み、また同じ根拠を用いる論者間にあってもニュアンスに微妙な相違が認められるが、その大まかな議論の状況を把握する上で有用なのが、アーサー・ジョン・シモンズ (A. J. Simmons) による以下の整理である。

シモンズの整理は、(道徳的要求の宛名・対象が)「一般的か個別的か」(general or special)<sup>2</sup>、(道徳的要求の引き受け・コミットが)「自発的か非自発的か」(voluntary or nonvoluntary) という二項から分類がなされる。そして責務の根拠は、「関係的責務」(associative obligation)、「取引的責務」(transactional obligation)、「自然義務」(natural duty) に三分され、これらの中でさらに諸種の学説へと細分化されることになる<sup>3</sup>。

【表 4.1 政治的責務論・自然義務論の議論構造】

	自発的 (voluntary)	非自発的 (nonvoluntary)
一般的 (general)	null	自然義務 (natural)
個別的 (special)	取引的責務 (transactional)	関係的責務 (associative)

(シモンズ<sup>4</sup>をもとに筆者が作成)

あるいはまた、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、以下の4つのアプローチに整理できるとされる。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責務論、社会契約論に代表される同意は拘

<sup>2</sup> 換言すると、個別の役割や関係や格別の行為によって道徳的要求が発生する場合には個別的と扱われ、他方、その道徳的要求が人格性や道徳的平等性などに依拠する場合には一般的と扱われる。後者の類似の道徳的義務として、殺人や嘘の禁止、正義や幸福といった不偏的価値の促進などが挙げられる。

<sup>3</sup> A. John Simmons, *The Duty to Obey and Our Natural Moral Duties*, in Christopher Heath Wellman and A. John Simmons, *IS THERE A DUTY TO OBEY THE LAW?* (Cambridge, 2005) at 108.

<sup>4</sup> *Id.*

束するという同意論、利益を享受するが故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義務論の4つである<sup>5</sup>。

以上のような内容で論じられる政治的義務(および遵法義務・責務)の根拠をめぐっては、諸種の対立がある。そして、責務の根拠の分類・整理も論者によって異なるところであるが、本稿では差し当たって、シモンズによる整理を参照しながら、政治的義務論争の基本的な構造、および責務の各根拠を簡単に整理し紹介する(また、本稿が根拠として採用し、次節以下で重点的に扱うのが自然義務論である<sup>6</sup>。そこで本節では、自然義務以外の内容について、シモンズの整理を参照しながら概観し、責務論の議論のおおよその構造と、議論のされ方を紹介する<sup>7</sup>)。

関係的責務においては、責務の根拠として、我々が身を置く法的・社会的・政治的な非自発的役割ないし地位(nonvoluntary roles or positions)が強調される。そして法遵守等の責務は、各人が占める個別の関係性に依拠するものとされる(ゆえに、個別的でありかつ非自発的な道徳的要求となる。この立場の典型として、国家と国民の関係および国法遵守の義務は、親子の関係や兄弟の関係において生じる責務と類比して、個別的かつ非自発的責務として論じるものが、現在よく知られている)。

しかしながら、かかる主張に対してなされる批判として、関係から生じるその義務の主張が、あまりに強すぎるものである、あるいは、取引や自然義務から区別されるものであるにもかかわらず、関係から導出される義務が、取引や自然義務から導出される義務とあまりに近似しすぎている、という点があげられる。しかして関係的責務論は、その主張内容を反直

---

<sup>5</sup> 瀧川裕英『国家の哲学』(東京大学出版会、2017年) ii-iii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』(岩波書店、2003年)も参照。

<sup>6</sup> なお、以上のような義務と責務の区別は一般に受容されるものだが、義務(duty)と取引責務(obligation)の現代的理解に対し批判を行う研究も存在する。例えばシュタインバーガーは、自身の受諾等により生じる派生的義務(derivative duty = obligation)と自然的な義務である根本的義務(primary duty = natural duty)の区別に対し、法的議論上は有益かもしれないが、道徳理論においてどれほど関連してくるのかは疑わしいとする。シュタインバーガーは前者を、強い派生(strongly derivative)と弱い派生(weakly derivative)、および違反により許容されない約束由来の責務に区分し、prima facie oughtの衡量から、自発的に引き受けられた全ての責務は、大なり小なり、primaryでnaturalな義務に淵源を持つとする。また、参加(participate)と自発的な受諾(voluntary acceptance)は程度問題として、参加に基づく黙示の同意論の展開も試みる。Peter J. Steinberger, Political Obligation and Derivative Duties, *The Journal of Politics*, Vol. 64, No. 2 (2002) at 449.

<sup>7</sup> なお、本稿で紹介する自然義務論以外の根拠についても、その議論はバリエーションに富んでおり、かつ批評と応答の応酬も盛んになされている。そのため、本稿でそれらを余すことなく拾い尽くすことは不可能である。本稿が本節で紹介する内容は、シモンズをベースとした、広く浅いものとなる。

感的かつ擁護不可能なものに変更させることを迫られる。あるいはまた、その主張内容を説得力のあるものに修正した場合には、非関係的責務論へと鞍替えをせざるを得なくなる<sup>8</sup>。

すなわち、いくつかの関係的責務論のアプローチは、遵法や自国政府の支持の責務が、市民が権威を有する国家の支配の対象であるという概念的分析から導かれる。しかしながらそのような強い主張が、明白に非正統な政府に対してであれ、市民という概念の分析によって導かれるとは信じがたい<sup>9</sup>。

あるいは、より穏当かつ洗練された主張を行う関係的責務論を展開しようとする、その道徳的主張は、取引責務や自然義務における主張と識別が困難なものとなってしまう。シモンズの整理するところ、穏当な弱い関係的責務論として、「非自発的契約論」(nonvoluntarist contract theories)<sup>10</sup>、「属性論」(identity theories)<sup>11</sup>、「規範的独立性論」(normative independence theories)<sup>12</sup>の3つがある。しかしながら、これら3つの立場は、どれも成功の見込みがない<sup>13</sup>。

そうして次に検討されるのが、取引理論である。

取引理論においては、我々の個別的かつ自発的な活動に、道徳的要求の基礎が求められる。その際に例証されるのが、約束 (promise) や共同事業による利益の自由な受諾 (free acceptance of cooperatively produced benefits) といった、義務の発生根拠である。すなわち、同意 (consent)、契約 (contract)、約束 (promise)、自発的な引き受けや協定 (voluntary undertaking and agreements)、互惠 (reciprocation) などに基づき、義務が発生すると主張する理論が、この取引論に分類される。取引論はさらに、シモンズの大別に

---

<sup>8</sup> *Supra* note 3, at 111.

<sup>9</sup> *Id.*, at 112.

<sup>10</sup> この立場からは、「通常の政治社会における市民は、当該社会における善良な市民として互いに行動する、参加的に境界を確定させる非自発的かつ拘束的で契約的な、期待とコミットメントのネットワークの中で成長する存在」と説明される。しかしながら、コミットメントから道徳的要求を導くのであれば、それは取引論の一種へと変貌する。他者の期待に基礎を置くと、自然義務における功利主義、あるいは説得の基礎を持たない別の何物かへと転化する。

<sup>11</sup> この立場からは、友人や隣人が互いに負う責務のように、広域で展開される多元的な政治共同体の構成員が、他の同胞市民に対して政治的責務等を負うと主張される。しかし、義務を付与された社会的役割から同定される単なる属性が、真正の道徳的義務 (genuine moral duties) の基礎として十分であると信じなければならぬのが、不明確である (たとえば、第三帝国の市民という役割は、関係的責務論が要求するような道徳的義務を正当化しないように)。

<sup>12</sup> この立場は、地域における慣習・実践の規範的権威 (normative authority of local practices) が、道徳的要求を個人に対し負わせるに十分な根拠となると主張する。しかし、この類の主張を受け入れるということは、外敵正当化根拠や実践に備わる徳それ自体とは独立して、単なる慣習の単なる社会的具体化を、道徳的要求を備えるに十分なものとして受け入れるということである。しかしこの主張を採用することは、義務の主張の道徳的正当化に関する考えを、まったくないものにしてしまうことを意味する。

<sup>13</sup> *Supra* note 3, at 113-115.

よると、同意論 (consent theories) と互惠論 (reciprocation theories) に分類される。

同意論によれば、我々の政治的責務や遵法義務は、我々自身の自発的な引受けないし協定といった熟考された行為にもとづくものと説明される。かかる説明は、ジョン・ロックやアメリカ独立宣言といった社会契約的思想の基底をなすものである。他方の互惠論は、我々が法システムや政府、同胞市民から利益を受諾 (accept) ないし受領 (receive) する行為に、責務の基礎を求める立場である。同異論も互惠論も、いずれも法・政治制度および同胞市民との道徳的に重要な相互作用を考慮に入れる立場であり、そこに共通するのは取引的な性格 (transactional in character) であるとシモンズからは整理される<sup>14</sup>。

同意論に対してしばし向けられる批判は、次の通りである。すなわち、我々の大半は現実にはそのような契約等を同胞市民や国家と取り交わしてはいない。この理論から説明できるのはせいぜい、公務員や帰化市民といった、国家への忠誠の宣誓を現実に行った者らだけである。

すなわち、「同意は拘束する」という一般常識の下で通常我々が想定するのは、個人的かつ現実になされる同意 (actual, personal consent of individuals) である。現実の同意 (actual consent) は、明示 (express) でも黙示 (tacit) でもなされうる。そしてこれら現実の同意に関する説明を、市民の義務を論証するための非現実的な同意 (nonactual consent) に援用するのは妥当でない<sup>15</sup>。ゆえに、社会契約論はファンタジーである。取引論における真正の同意論としてみなされるのは、現実の同意をその責務の根拠とする理論だけである<sup>16</sup>。

そして、現実の市民の大部分は、明らかに、実際にそのような同意や宣誓をおこなっていない。国内法遵守の約束も、政治共同体への連帯と忠誠の宣誓も、我々の大部分はおこなっていない。ゆえに、明示の同意があったとはいえない。他方、黙示の同意論から責務を導出しようとする試みも、成功しているとはいえない。長期にわたる居住 (mere continued residence) や政府に対して反抗してこなかったこと (nonresistance) から政治的責務・遵法責務を負う市民としての状態にふさわしい黙示の同意があったものと論じる者がある。

---

<sup>14</sup> *Id.*, at 116.

<sup>15</sup> たとえば、責務の論証の試みの一つとして、仮説の同意 (hypothetical consent) というものがある。これは、我々が完全に合理的な存在であるのならば同意をおこなうに違いない、という形で我々の仮説の同意を導出しようとする。しかしながらシモンズの分析するところ、もはやかかる同意論は自然義務論と同義となる。すなわち、現実に存在する人間ではなく、理想化された人間の同意に依拠しており、我々が実際に行う同意という行為がその基礎とはなっていない。

<sup>16</sup> *Supra* note 3, at 116-117.

だが、我々の大部分には、他国への居住や政府への反抗といった行為が受容可能な選択肢として存在していない。そしてそこに、十分な程度の自発性が認めら得るものではなく、これら行為は道徳的義務の基礎として採用することはできない<sup>17</sup>。

他方の互惠論も、問題含みである。互惠論はさらに、公平 (fair) という原理から責務ないし義務を導く立場と、感謝 (gratitude) から導く立場とに整理することができる。公平性 (fairness) を採用する理論からは、他人の協力的な犠牲から利益を得る人間はそのスキームから割り当てられる負担も公平に負わなければならない、といったロジックから、責務の正当化の試みがなされる。共同事業から生じる利益を、そのスキームに協力することなく受け取り続けることは、他人の努力にタダ乗りし続ける不公平なフリー・ライダーに他ならない、というのがその主張の骨子である<sup>18</sup>。

H・L・A・ハート (H. L. A. Hart) やジョン・ロールズ (John Rawls) の影響によって人気となった公平論だが、フェア・プレーに関する理論を政治的責務においても援用することに対しては、批判がある。最大の批判として、次のようなものがある。すなわち、市民が政治的責務を共同事業の恩恵から負うといえるためには、市民がその恩恵・利益を自由に受諾 (freely accepted) していなければならないが、現実の政治共同体において人間が、社会の生み出す利益を自由に受諾したといえる状況は滅多にない。

ゆえに市民は、互惠性を拒絶したとしても、他者を不公平に扱っているということにはならない。そして、かかる受諾に基づかずとも利益の受領という観点から責務を導出しようとすると、その立論は次に見る感謝論か、または後述する自然義務へと転化することになる<sup>19</sup>。

感謝論は、単純に、他人から受け取った利益に対して、適当なお返しをしなければいけない、という道徳的な義務から政治的責務を論証しようとする立場である。すなわち、真つ当な国家における政治的な生活は、莫大な利益を我々にもたらす。ゆえに、それに報いるよう政治的責務を負うべきだというのが、感謝論の主張の骨子である<sup>20</sup>。

しかしながら、感謝という道徳的な負債に関する慈善事業の分析を行うこととなる感謝論も、政治的責務や遵法義務を基礎付けるには不十分である。すなわち遵法責務に関していえば、上述の道徳的負債に対応する内容が、国内法への服従義務を基礎付ける性格を持つと

---

<sup>17</sup> *Id.*, at 118. またよくなされる黙示の同意論批判として、無理矢理その場所に連れてこられ、長期にわたり拘束を受け続ける人間が、その空間を支配する人間に忠誠を誓う義務など認められない、という類いのものもある。

<sup>18</sup> *Id.*, at 119.

<sup>19</sup> *Id.*, at 120.

<sup>20</sup> *Id.*, at 119.

説得的に論じることは不可能である。感謝の負債は、特定の動機に基づいて行動した恩人に対して負う<sup>21</sup>。そして恩人には、恩恵に見合う返報 (fitting return) の内容を決定する権限を持たない<sup>22</sup>。

政府が我々に恩恵をもたらしたとしても、国家と法システムの動機は、複雑かつ曖昧である (そして、かかる機械的・制度的恩恵に対して、動機や感情というものを付与するなどという行為は、理解に苦しむ)。加えて、国家が返報の内容として遵法を要求してくる権限も認められない。また、恩恵に見合う返報が遵法であるといえるのかも、なお論証を要する事項である。以上のように考えたとき、感謝論も、責務を基礎付ける理論としての説得力に乏しいことになる<sup>23</sup>。

かくして検討は、自然義務論へと移る。

自然義務論は、我々の人格性のみを理由に我々を拘束する不偏的な価値や道徳的要求を、責務の根拠として用いる立場である。義務発生根拠としては、(A) 何らかの不偏的な道徳的善の推進に関する道徳的重要性、または (B) 役割や関係性、取引といったものとは関係なく、道徳的に対等な人格として万人が万人に対して負うと考えられる何らかの道徳的義務のいずれかが援用されることになる。そしてこの場合、我々の遵法義務等は、ある種の一般的かつ非自発的な道徳的義務とさる。(A) の立場は、何らかの道徳的価値の最大化を企図する帰結主義者の道徳的義務となる。他方、(B) の立場が持ち出す道徳的な義務は、他者加害の禁止や正義の義務、チャリティーの義務、相互配慮の義務、救助義務といった不偏的な義務である<sup>24</sup>。

本稿が依拠することになる自然義務論は、(B) の立場である。そしてその内容は、本章の後半で解説するため、以下では、自然義務論全般における論証の基本パターン、および (A) の帰結主義的自然義務論について議論を整理する。

まず、シモンズによる自然義務論の論証の構造の基本的なパターン (the argument) の整理をみていく。遵法義務にスポットを当てたシモンズの整理は、前提 1・2、結論 1・2 という順になされる<sup>25</sup>。

前提 1 : 政府 (政治的共同体、法) は人類にとって必要である。

---

<sup>21</sup> たとえば、ある人が他者に危害を与える意図を持って行動したところ、事故によってその他者に利益を与えたとしても、その人は感謝の返報を受ける地位に立つことはない。

<sup>22</sup> *Supra* note 3, at 119.

<sup>23</sup> *Id.*, at 119-120.

<sup>24</sup> *Id.*, at 121.

<sup>25</sup> 論証の基本パターンは、*Id.*, at 122-124 を参照。



前提 2 : すべての人間は、以下 a-e いずれか一つまたは複数の自然的・道徳的義務を負う。

a: 世界における善を最大化する<sup>26</sup>。

b: 必要な仕事を行う相手に適合する、支援や服従といった、必要な行為をなす。

c: 我々に必要な仕事を行う、権威者の地位にある者に敬意と敬讓 (respect and deference) を示す。

d: 正義をなし、かつまたは、推進する。

e: 危難にある者を救ける (assist those in peril)。

結論 1 : 人は皆、以下 a-b の自然義務を負う。

a: 自然状態を脱して、他者と協力して国家を形成する。

b: 国家が既に存在し、当該国家の管轄内に存在するのであれば、安定している当該政府と法を支持し、遵守する<sup>27</sup>。

結論 2 : すべての人間は、国内法を遵守する道徳的な義務を負う<sup>28</sup>。

以上の論証の基本パターンを念頭に、本節では最後に、(A) 帰結主義の解説とこれに対する批判を概観する。

一般に、帰結主義は「結果によって行為の良し悪しを判断すべきだとする道徳理論」と理解される<sup>29</sup>。遵法の一般的義務を正当化するに際し、帰結主義者は、上述の前提 1 において政府が不在であることがもたらす悪い帰結を指摘することになる。かかる帰結は、既存の政府を転覆させない義務を導くのに十分な根拠となりうる。そして帰結主義者はさらに、特定の政治的・法的不服従が、法服従よりも悪しき帰結をもたらすかを論証することになる<sup>30</sup>。

シモンズは、行為帰結主義的に直接に帰結の良し悪しを論じる立場は、政治的責務や遵法義務を正当化することに失敗していると診断する。すなわち、不服従はしばしば服従よりも悪しき直接的な帰結をもたらすかもしれないが、いかなるケースがそれに該当するかを保

---

<sup>26</sup> 善の具体例として、幸福や選好充足、卓越主義的な人格の完成などが含まれる。

<sup>27</sup> なおこの場合付加される但書として、当該政府と法が合理的に正当/reasonably just であること、というものがある。また結論 1 は、前提 2 が包含する人間社会の諸条件に関する重要な事実の詳細な検討により、示唆されることになる。

<sup>28</sup> 前述の但書はここでも共通する。また結論 2 は、結論 1 が示唆するものである。

<sup>29</sup> ジュリアン・バッジーニ、ピーター・フォスル著 (長滝祥司・廣瀬覚訳) 『倫理学の道具箱』 60 頁。帰結主義も、帰結の良し悪しが何によって決まるかをめぐって、その内部でさらに議論が細分化されることになるが、議論の軸を責務論に置く本稿では割愛する。

<sup>30</sup> *Supra* note 3, at 124-125.

障することはできず、また不服従がより良い帰結をもたらすケースも想像できる。そして、個人的あるいは個人間の莫大なる善が、(不法な遊びや租税回避、窃盗などの)法への不服従による僅少なコストによって実現される可能性も存在する。以上を敷衍すると、直接的または行為帰結主義者 (direct- or act-consequentialist) は、善の最大化という第一次的義務を超えた、いかなる二次的な義務の原理をも正当化できない、というよく知られた主張へとつながる<sup>31</sup>。

ルール帰結主義の立場に立っても、政治的責務や遵法義務の正当化は困難であり続ける。すなわち、ルールに従うことが端的に非合理的である場合において、ルールに従うことを承認することが、どうして非難されるべきでないのかを説明しなければならないという、これまた困難な課題に直面する羽目になる<sup>32</sup>。(本稿では割愛した部分も多々あるが) 以上のような諸理由から、哲学的アナキストのシモンズは自然義務の(A)理論に見切りをつけ、(B)理論の検討とこれに対する批判へと移る。

本稿では、シモンズの批判をみる前に、次節以下でまず、本稿との関係上主要かつまたは著名な自然義務論を概観していく。すなわち、政治的責務論それ自体の研究に際しては、これらいずれにも目を向け分析を深めるべきであろうことは論を俟たないが、本稿の主題は責務論それ自体ではなく、あくまで「長期にわたり滞在する非正規滞在者の処遇をめぐる裁量統制理論とその内部における法的判断の精緻化」である。しかして本章では、本稿の主題および関心、わが国裁判所の思考形式の道徳的評価、加えて筆者の見解と深く関わる責務論として、自然義務論に焦点を当てて責務論を概観する。そしてその中でも本稿は、フィリップ・ソーパー (Philip Soper)、横濱竜也、井上達夫、ジョン・ロールズ、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron)、アンナ・スティルツ (Anna Stilz)、瀧川裕英らの研究に関心を絞り概観していく。これによって、国家と国民の責務、および第1章と第2章で整理したわが国判例・学説の説くところの理解を深化させることを主目的とする(換言すると、あくまで本稿の主目的は、法・政治哲学上の各研究の優れた部分を学び取り、これを憲法学および法の憲法・道徳的解釈にフィードバックすることにある。繰り返すが、本稿の主目的は、政治哲学等において新奇な理論を打ち立てることにはない)。

まずみていくのは自然義務論の一つに整理されたソーパーの敬讓論<sup>33</sup>(第2節)とその派

---

<sup>31</sup> *Id.*, at 125.

<sup>32</sup> これはよく知られる「ルール崇拜」批判であり、シモンズは決定的な批判となると考えている。

<sup>33</sup> シモンズの整理による前提2の(c)と対応する。

生系の横濱竜也の責務論（第3節）、および（一見すると公平論に思えるがその実自然義務論と解される）井上達夫の責務論・遵法義務論をみる（第4節）。そして本稿の結論を導出するのに必要な素地を整えるために、ロバート・グッディン（Robert Goodin）による割当責任論を概観する（第5節）。さらに、同じく自然義務から責務論を展開するウォルドロン（第6節）、これを参酌し発展させようと試みたアンナ・スティルツの責務論（第7節）、瀧川裕英の責務論（第8節）を順にみていく<sup>34</sup>。そうして、以上の責務論を参照した本稿の責務論理解への障害として、最後に、シモンズによる自然義務論批判を概観し、本稿が参照する責務論がこれに応答をしていることを確認する（第9節）。そして最後に、小括を行う（第10節）。

## 第2節 ソーパーの敬讓論

### 第1款 ソーパーの敬讓論の概要

ここでは、シモンズの整理における「前提1」（自然状態を脱して政府・国家を創設しなければならないという自然状態テーゼ）の論証を割愛し、後者「前提2」についてのみ検討する（ソーパーの主張は、シモンズの整理における前提2cに該当する）。

ソーパーは、政治的決定への国民の服従という政治的責務論の本質を、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）にみる。すなわち、なぜ自分の判断が他者によるその決定と合致するものでないにもかかわらず、他者による当該決定に敬意を払い、その決定に従うのかという点こそが、政治的責務の本質であると捉えるのである。

ソーパーは、他者の判断への敬讓という視点から読み解きうる関係性として、友情、約束、フェア・プレイ、政治的責務（political obligation）を挙げる。そして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）に基づき分析しようという。

ソーパーの分析によれば、他者の意見に敬讓を示す「理由」はまず、道具的理由（instrumental）に基づく功利主義的・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

---

<sup>34</sup> これらは、およそシモンズの整理による前提2の(d)と対応する。なお瀧川の自然義務は他者加害禁止も含んでいる。また、スティルツの責務論は、個別性の要請充足のために、ドゥオーキンの関係的責務論も取り込んでいるものと解される。

理由による敬讓と、客觀的理由による敬讓に分かれる<sup>35</sup>。

敬讓がなされる「理由」に基づき上述の4つの関係性を整理すると、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、とソーパーは説明する。他方、約束と政治的責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。以下ではこの中でも、政治的責務に焦点を当てて説明する。

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、多くの被治者が主觀的に、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。すなわち、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のである。

統治者の決定への自発的遵守の期待は、「もしも現在被治者である私が仮に統治者であったとしたら、被治者に対しても同様に遵守を期待するに違いない」、このように考えることで、一応の義務としての敬讓の責務が認められることになる。法規範の尊重の義務は、統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<sup>36</sup>。

以上のソーパーの責務論を、次節でみる横濱は、内在的かつ主觀的価値を有する関係に対する敬讓、と整理する。すなわち、ソーパーは敬讓としての政治的責務を「自分の信念を犠牲にしても他人の判断を尊重してこれに従うこと」と置き、その敬讓が自律（自分が正しいと判断したことに従い行動すること）に優越するだけの一応の義務としての重みを持つのがなぜかを検討した。そして、その道徳的理由として、①互いに敬讓を示し合う関係そのものが内在的価値を有する、②統治者と被治者の関係にコミットしてしまっている以上、その関係がときに客觀的に望ましくない性質を帯びることがあったとしても、あるいは関係が客觀的に望ましいかが争われていたとしても、安易にコミットメントを翻すのは一貫性に

---

<sup>35</sup> なおソーパーいわく、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（この点筆者の解釈するに、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）。

<sup>36</sup> 以上、ソーパーの責務論については、Philip Soper, *THE ETHICS OF DEFERENCE* (Cambridge, 2002), at 159-183 を参照。なお以上のソーパ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。

反する<sup>37</sup>、という2つの理由がある<sup>38</sup>。

以上を、先述のシモンズの定式に置き直し、整理すると以下ようになる。

前提1：我々は、基本善を保護する統治を必要とする。

前提2-c：我々は統治を必要とする以上、統治者と被治者の関係にコミットしながら、統治者の判断が不正だと信じるときだけ尊重しないのは一貫性を欠くため、敬讓を示すべきである。

結論：現在存在する国家の管轄内で、基本善を保護する当該政府と法を支持し、遵守する義務を負う。その統治の中でなされた統治者の判断や法が客観的に道徳的正当性を有さずとも、これに従う一応の義務を道徳的に負う。

それでは次に、かかるソーパーの敬讓論に対する批判をみていこう。

## 第2款 批判の紹介

ソーパーは、家族や約束、フェア・プレイなどいずれについても、その本質は「その内容が自分の意思に反していても、そしてそれが誤りであったとしても、なおそれを尊重し敬讓を示す」点にあると考えた。かくしてソーパーは、権威者の意思への服従としての政治的責務・遵法義務も同様に敬讓の倫理として論証するものであった。以下では、かかるソーパーの主張に対する批判を概観する。ここでは、シモンズによるものと、横濱によるものを紹介する。

シモンズは、以下のようにソーパーの敬讓論を解釈し、批判する。

すなわちソーパーの主張によれば、「法への不服従は、仮想された他者（その意図が明確な立法者）への無礼」(disrespect)ということになる。だが、法への不服従が単純に、現実の立法者への無礼という道徳的な不正を示すことにはなり得ないという。

その根拠としてまず、シモンズは、現実には立法者の動機や意図は、諸々の政治的意図が入り混じったものであり、その意図に対する無礼を市民がなすには不明確だと指摘する。また立法者の意図・期待には、明らかに、一般市民らによる普遍的な自発的法遵守が含まれていない。そして、仮に私が立法者として市民に服従を求めていたとしても、市民にこれを求

---

<sup>37</sup> ソーパーにおいては、敬讓の主観的理由のうちの重要なものに、自尊 (self-respect) がある。そして我々の見解が客観的には誤りだとしても、自分の立場が正しいか間違っているか不安で腰が座らず変節を繰り返す場合よりも、一貫して立場を守り続けている場合の方が、自尊に照らして道徳的に望ましいとされる。

<sup>38</sup> 横濱竜也『遵法責務論』(弘文堂、2016年) 230-233頁。

める根拠とならない。このことは、私が製造業者で、自分の製品を買って欲しいと思っても、消費者には製造業者の意思に敬讓を示す必要がないのと同様である。仮に、その仕事特定の権利や義務の根拠たるに十分必要なものであろうとも、「仮説の願望」(hypothetical desire) から説得力を導出するには十分でないのである。「その仕事が必要である」ということから、直ちに、責務や義務が導かれることなどないのである<sup>39</sup>。

さらにシモンズは、他者に敬意を示す、というソーパーのアイディアが著しく不明瞭であることも批判する。そして、無礼にも程度の差というものがあるが、それら無礼の全てが道徳的に不正とまでいえるものでもないことも指摘する<sup>40</sup>。我々が「無礼」(disrespectful) と呼ぶ行為の中には、風変わりでただ単に失礼な行為な行為 (unconventionality and simple impoliteness) から、他人を暴力的に傷つけるものまで含まれる。そしてその無礼のスペクトラムの末端に、道徳的見地からいかなる行為が設定されるかをめぐっては、共通了解というものが少ない<sup>41</sup>。

シモンズの理解するところ、カント理論における無礼とは、他者を自律した目的自体ではなく、単なる自分の目的のための手段として扱うことである。かかる無礼を、我々は殺人といった自律の阻害を通じてなす。相互尊重と市民の共存のために自然的な道徳的義務が我々に禁じる行為も、この類のものである。そして、単なる法への不服従は、道徳的に重要かつ強力な意味において、このような明白な無礼な行為をなすものとはなりそうもない。ゆえにソーパーの敬讓論は、不服従が自然的な道徳的義務により禁じられる他者への深刻な無礼である、と説得的に提示することに失敗していると診断されるのである<sup>42</sup>。

シモンズによるソーパー批判はなおも続き、ソーパーによる価値の帰属論についても向けられる。すなわち、ソーパーの議論においては、何かを理解しその価値を認めることは、そのことを支持し推進する特定の道徳的義務を受諾することまでをも含むものと説明される。しかし、道徳的義務を受諾すること (accepting moral duties) と、道徳的義務を現実を持つこと (actually having those duties) は、明らかに違う。さらにいえば、価値を認めることは、義務を受諾することを含まない<sup>43</sup>。

---

<sup>39</sup> *Supra* note 3, at 145.

<sup>40</sup> このことの例として、シモンズは、「教師の医師と期待を裏切り、学校をサボって遊んでいる子どもの行為」が、道徳的に禁じられる無礼かを問う。

<sup>41</sup> *Supra* note 3, at 145-146.

<sup>42</sup> *Id.*, at 146.

<sup>43</sup> この場合の例として、シモンズは次の例をあげる。「私が、将軍の権力者としての地位を理解し、かつ、窃盗や殺人などを禁じる彼のルールに価値を認めることは可能である。それも、彼の立場を支持することや彼のルールに服従することを求める道徳的義務にコミットすることなしに」。以上の議論は、シモ

以上がシモンズによる、ソーパー敬讓論批判である。続けて、横濱による批判を紹介する。

横濱は、ソーパーの敬讓論の欠点として、敬讓の理由が基本善なのか、それとも一貫性なのかを判然としない点を挙げる。そして前者を重視した場合には、政治的責務論の求める特定の国家への責務という性質、個別性の要請が充足できないことになる。他方、後者を重視した場合には、不正な統治者に対してさえも、現在の状態が無政府状態である自然状態よりもマシである、という理由で敬讓を示さなければならなくなる。こうして、いずれにしてもソーパーの敬讓論は政治的責務の正当化に失敗することとなる。

以上概括した横濱の批判を、それぞれ詳しくみていく。

まず、ソーパーによれば我々が治者と被治者の関係にコミットする経緯は、基本善を保護する統治の必要にある。誰もが基本善保護を必要とする以上、統治の関係にコミットせざるを得ない。そしてコミットしたからには、統治者の判断が客観的に正しいときだけ尊重するという態度を示すのは、一貫性を欠く。ソーパーの論旨は以上の通りである。

しかし以上のソーパーの立論は、基本善を別の何かに置き換えても成立する、と横濱は指摘する。例えば「被治者の精神的自由を著しく侵害しているが、十分な生活保障を行うため、全ての被治者が必要性を認めている統治者」に基本善を置き換えても、「十分な生活保障を行う統治者は必要である。そしてその統治にコミットしたので、一貫性ある敬讓の態度を示す義務を負う」という立論が成り立ちうる。あるいは敬讓の理由としての“一貫性”を重視し、さらに進めて、「権威主義的統治者または軍事独裁者も、無政府状態を回避するために必要である。また、別の形でより良き統治がなされる可能性が低い。そしてその統治にコミットしたので、一貫性ある敬讓の態度を示す義務を負う」としてみよう。この場合にもソーパーの立論は成立しかねないが、この結論は道徳的に適切とはいえない。この場合、“一貫性”という正当化の要素からは敬讓の正当性を導けても、“基本善保護”という要素に価値を認めるのであれば、この立論は受け入れられないはずである。

他方、それでは「基本善保護」を敬讓の理由として重視しても、政治的責務の正当化はうまくいかない。すなわち、「基本善を保護する政府ならば、我々はそれを必要とするため、それに従う自然義務を負う」とする立論は、「基本善保護を果たす政府であればどれであれ服従する」ことになり、まさに自国の統治者に対する責務を負うとする個別性の要件を満た

---

ンズの整理するところの justification と legitimacy の区別により敷衍される場所であるが、議論の簡略化のため本稿では割愛する。以上については、*Supra* note 3, at 147-148 を参照。

さないことになる<sup>44</sup>。

そうして横濱は、次のように分析する。すなわち、ソーパーが「一貫性だけでなく、基本善保護を条件としたのは、敬讓の条件をより厳格化し、あまり不正な統治者に対する政治的責務を否定するためである。しかし、我々のみるところ、ソーパーの敬讓論の狙いは成功していない。彼の議論の根幹は一貫性による正当化にあり、基本善保護は正当化の射程の限定のために外挿されているにすぎない。一貫性と基本善保護とを内在的に結びつける議論がない限りは、上記の限界は克服できない」<sup>45</sup>。

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上げる。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、敬讓が正当化されると主張する<sup>46</sup>。

そこで次節では、かかる横濱の見解、および横濱による移民論をそれぞれ概観しよう。

### 第3節 横濱竜也の政治的責務論

#### 第1款 横濱の責務論

前節でみたソーパーの敬讓論を補完する形で、政治的責務の正当化を試みる横濱の立論は、以下の通りである。

まず、「敬讓論を成功させるための鍵は、統治者の正義要求が、何を含んでいるかを考えることにある。統治者が正義要求を行なっていると言える条件として、統治者が自らの信念に誠実であることだけでは十分ではない。自らに反対する統治者との対話に備えることも必要である。そのためには、自らの判断にいかなる反対意見が出されうるかを想定し、その意見に対して自らを弁護する理由を用意しておかなくてはならない。その備えがある限りは、被治者は統治者の判断を尊重すべきである」<sup>47</sup>と横濱は置く。そして、統治の必要性、正義要求を保障する制度、一貫性の3点から政治的責務を導く。以下、横濱の立論をシモンズの構造に倣い、整理してみよう。

前提1：統治が実現すべき正義が何であるかが争われているとしても、何らかの正義を実現するための統治は必要であり、正義をめぐる議論の下で、政治的決定

---

<sup>44</sup> 前掲注38、233-234頁。

<sup>45</sup> 同上234頁。

<sup>46</sup> 同上234-235頁。

<sup>47</sup> 同上235頁。



を行うこともまた必要である（政治の状況<sup>48</sup>+自然状態テーゼ）。

前提2：すべての人間は、次の c1 と c2 の自然的・道徳的義務を負う。

c1：自らの信じる正義を誠実に実践し統治し、被治者からの反論に対する応答を備えた統治者を、我々は、反転可能性から尊重しなければならない<sup>49</sup>。

c2：統治者と被治者との統治関係にコミットする者が、自らの信念に応じて統治者の判断を尊重したりしなかったりすることは、一貫性を欠く。

結論：現在存在する国家の管轄内で、誠実に正義を執行し、反論者と対話をなす当該政府と法を支持し、遵守する義務を負う。その統治の中でなされた統治者の判断や法が客観的に道徳的正当性を有さずとも、これに敬讓し従う一応の義務を道徳的に負う<sup>50</sup>。

そして以上のような敬讓としての政治的責務成立のために、横濱は、国民全員が統治者の立場に立つ権利を与え、これにより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て、正義要求を保障する制度としての民主制の指摘を必要とする。またかかる政治モデルとして、規範的民主制というモデルを主張する<sup>51</sup>。

---

<sup>48</sup> 正義構想が対立する政治の状況において、我々は、正義を直接なし得ない。そのため、紛争の裁定、法定立、政治的決定が、関係価値 (relational value) を持つ。故に国家は必要である。このように横濱は主張し、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の正当化を試みる。

<sup>49</sup> 本稿が圧縮した内容について、横濱は原文では、次のように記述する。「統治者が正義要求を行うためには、自らが正義であると信じる場所に誠実に統治を行い、被治者からの反論に対し自らを弁護する理由を備えなくてはならない。このような統治者の判断を被治者は尊重すべきである。仮に立場が変わって被治者が統治者となり、正義要求を伴う自らの判断を尊重されなかったとしたら、その扱いは道徳に反すると考えるだろうからである。異議があるとしても、すぐさま自分が正しいと信じる場所に従って行わしてはならない。統治者の判断が備えている理由を十分に上回るだけの理由がない限り、その判断に従うべきである。そうでなくては、国民の誰が統治者になったとしても、統治者の判断は異議申立てに押しつぶされてしまうことになる」。前掲注 38、235-236 頁。

<sup>50</sup> 以上については、同上 235-236 頁を参照。

<sup>51</sup> 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。そこでは、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。同上 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裕「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

そして個別性要請については、c2の一貫性の条件と合わせて、「個々の国家で正義をめぐる論争のありようが異なるため、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障する制度が必要だと認める以上、国民はその国の統治者と被治者との関係にコミットすることになる」とされる。政治的責務・遵法責務は、横濱の主張する批判的民主主義制下における成員間で生じることとなる<sup>52</sup>。

以上が横濱による政治的責務・遵法責務論である。これに対する瀧川の批判等をみる前に、移民論を本旨とする本稿では、横濱による移民論もこれと付随する形で概観する。

## 第2款 横濱の移民論

横濱は、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あって、ホスト国の成員は特定の条件下において、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負わなければならないという (ただしここに直接、非正規滞在者も同様にカウントするものではない)。

その根拠として横濱が挙げるのが、関係的平等論、ステークホルダー・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。これら議論は、憲法上の国民概念の内包と外延を、(特に民主制の観点から) 検討する上で有用である。そこで以下、横濱の主張を順を追って紹介していく。

まずは、横濱が注目する関係的平等 (民主的平等) 論の特色を、エリザベス・S・アンダーソン (Elizabeth S. Anderson) の研究をベースに概観する。アンダーソンの関係的平等主義は、ドゥオーキンらに代表される運平等主義と対比したとき、以下の特徴があげられ

---

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、ウォルドロンやグッデ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懐疑と悪しき統治者・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、ドゥオーキンは、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性を備え、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 竜也「Immigration Justice and Political Obligation」法政研究 23 巻 1 号 (2018 年) 16-17 頁。

<sup>52</sup> そしてその成員の範囲は、横濱においては次款でみるステイクホルダー・シティズンシップの理念に基づき画定されるべきものとされるのであろう。

る。すなわち、アンダーソンの関係的平等論は、財の配分それ自体の平等だけでなく、財が配分される主体間の関係性にも注目する。そのため、人間の間階級に基づく社会秩序やランク付けを不平等と評価する。こうして、協業システムとして捉えられた社会における、個人の対等な関係性が存在する「民主的平等」(democratic equality)を志向する。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関係に立つ社会秩序の探究を目指す<sup>53</sup>。

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し、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つの機能によって整理される)<sup>54</sup>。

そして、横濱がアンダーソンを筆頭とする関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払う。換言すると、関係的平等主義は、何を分配されるかにとどまらず、それが誰との関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関係には、非自発的に形成される家族や、国民同士の関係もまた、含まれる。故に、個々人が各国の政治社会の一員として平等な関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、国境を管理して、彼らの移住を制限することも、正義に適うとして、国境管理論(解放国境論批判)が正当化される<sup>55</sup>。

以上の関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。かかる前提の下、移民一般に滞在権を付与するうえでの必要条件として、「社会的メンバーシップ」を挙げる<sup>56</sup>。横濱の主張を理解するため次に、この社会的メンバーおよびその起点にあるステークホルダー・シティズンシップという考え方に目を向ける。

---

<sup>53</sup> Elizabeth S. Anderson, *What Is the Point of Equality?*, *Ethics*, Vol. 109, No. 2, 1999, at 312-313.

<sup>54</sup> *Id.*, 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ながら、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。

<sup>55</sup> 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 Phillip Cole, *DEBATING THE ETHICS OF IMMIGRATION* (Oxford, 2011), at 13-78を参照。

<sup>56</sup> 同上181頁。

横濱が依拠する松尾隆佑およびレイナー・バオベック (Rainer Bauböck) 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、政治的共同体におけるステークホルダーとみなすべきだという。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生態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 (その簡単な指標が、持続的居住とされる)。

ステークホルダー・シティズンシップは以上のように、成員資格の過剰包摂も過小包摂もない、適正な配分について考えるものである。そしてこの知見をベースに、長期の滞在と人間関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ものについても、参加の権利を認めようとするのである。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は、ホスト国が負担しなければならないとされる。また同時に、これら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。

他方、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<sup>57</sup>。

---

<sup>57</sup> ステークホルダー・シティ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 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、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「トランスナショナル・デモクラシーはデモクラティックか——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、移民の統合については前掲注 55、横濱竜也「移民正義論は何を考へべきか ——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、前掲注 51、法政研究 23 巻 1 号 (2018 年) 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, *Enfranchising 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有無の個別の判断要素として、これを挙げる)。これに対し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からだろう) 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遵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遵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「国民と民族の切斷——外国人の参政権問題を巡って——」大阪市立大学法学雑誌 49 巻 1 号 4-5 頁)。松尾隆佑の説

以上が横濱の、移民一般についての議論の概括である。ただし、不法移民の地位については、横濱もまた、容易に正規化・国民の地位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。このことと照らすと、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、ホスト国の国民の自律を根本的に損なう。

かくして移民の社会的メンバーシップ獲得を、滞在期間の観点のみから評価することが否定される。そして、移民個々人がいかなる関係にあるかを十分判断し、評価し、その重み付けを行うことが要求され、不法移民を単なる長期滞在によって、社会の一員として処遇することが論難される。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、道徳的に必要であると考えられるのである<sup>58</sup>。

移民の地位をめぐる横濱の議論は概要、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規定に、統治者と被治者の関係が据えられる。そしてその成立根拠として、統治者と被治者の立場の交換の、反実仮想を可能とする民主制が重視される。かかる立場にあっては、国民の自律が、無制限の自由裁量とまではいかないが、重視される。

そして国民間でのあるべき平等について、関係的平等論に立脚することで、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ものに対しては、まさにその平等論が、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、かつ当該国内で対等な関係に入れるような制度を構築すべきだと規範づける。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。

政治的責務論と結びつけて理解された横濱の移民論を概観したところで、次に、横濱の責務論に対する瀧川の批判をみていく。合わせて、本稿が横濱の移民論から摂取する知見についても検討する。

---

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の、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、本稿が前章で検討したように、なぜ法定犯該当行為が奉仕活動により免責されるのかの論証を要すると思われる。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。

<sup>58</sup> 前掲注 55、180-181 頁。

### 第3款 検討

前述の通り、横濱の責務論はソーパーの敬讓論を発展させたものであった。だがこれに対しては、同じく政治的責務・遵法義務論を研究する法哲学者、瀧川裕英による批判が存在する。本稿では、「横濱によるソーパー理解の不適切さ」、「誠実性概念の曖昧さ」、「仮説の同意論批判」の3点からこれをみていく。

まず瀧川は、横濱の責務論がソーパーの敬讓論に依拠するものであるが、ソーパーが敬讓論において用いたカント由来の「尊重の相互性」を、「反転可能性」と読み替える横濱の理解が正確でないと批判する。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ものであるという。ゆえにこれを、統治者と被治者の立場の反転可能性に置き換え、民主制に限定する横濱の理解が不正確であるというのである。

第二に、横濱は「誠実さ」という理念に法固有の道徳的価値を与え、これに依拠して責務論を成立させようと試みた。しかしながら、説明項である「誠実さ」これ自体が、理念として曖昧で、この概念について、多くの解明をむしろ必要とする。ゆえに、意味が曖昧な概念を用いて正当化根拠の論証を行なっても、なおその論証は不十分であるというのであろう。そして、誠実さを横濱の主張するように「応答責任」と解した場合には、次にみる「仮説の同意」が内包する問題が、横濱の敬讓論にも生じることになる。

第三に、横濱の敬讓論は、ソーパーの敬讓論批判が、同様に妥当する不十分なものであるという<sup>59</sup>。そして横濱の敬讓論においては、ソーパーの敬讓論同様に、「仮説の同意論」の一類型である<sup>60</sup>。すなわち、横濱は誠実性条件を、統治者の被治者に対する応答責任として捉える。そしてその議論は、「自分が統治者であれば当然期待するような同意を被治者は与え

---

<sup>59</sup> 前述の通り、シモンズはソーパー敬讓論に対し、「仮説の願望」批判を行なった。瀧川による「仮説の同意論」批判は、これと軌を一にする。

<sup>60</sup> 仮説の同意論とは前述のとおり、社会契約論に代表される同意論（明示、黙示の同意論）が持つ欠点を克服するべくして主張される、同意論の一種である。同意論に対する最大の批判は、「そもそもその同意は現実には存在していない」というものである。仮説の同意論は、「仮に同意が現実には存在しないとしても、同意することが合理的である」として、政治的責務を正当化しようとする。かかる仮説の同意は、本文で後述するように責務の正当化根拠として成立しないという。すなわちまず、「それが合理的である」ことから「そうすべきこと」は導かれぬ。例えば、忙しい私にとってあるライフハック・アイテムを買うことが「時短となる商品なので合理的」だとしても、契約しない限りそれを買う義務は生じない。こうして瀧川においては、仮説の同意論は、「その国家に対して、全ての国民が同意するだろうか」という政治的正当性を考え批判する際の方法としての有用性しか認められないのである。

るだろう、ということによって被治者の遵法義務を正当化する」ものである。これは現実の同意ではなく、「仮説の同意」に依拠する議論である。そして、「仮説の同意論」からは政治的責務を正当化できない。同意の拘束力の根拠を、自律、利益、信頼保障のいずれに求めるとしても、その前提にあるのは、同意が現実になされることである。そして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備えていない人間が、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であるというのである<sup>61</sup>。

本稿の目的は責務論それ自体の批判と彫琢ではなく、非正規滞在者に対する行政法上の在特判断の道徳的解釈・統制にある。そのため、誠実さ概念の精緻化はここでは問題としない。また、横濱によるスーパー解釈の妥当性や、スーパーの原意から離れて、横濱による理解によってもその立論が成立しうるかの究明も問題としない。しかし、仮説の同意論批判が横濱およびスーパーの立論いずれにおいても妥当するとき、その責務論正当化の試みは見込みが絶たれることとなる。

加えて、仮に横濱の政治的責務論が成立しえたとしても、その射程は国内の民主政参加主体に限定される。そのため、遵法義務を負い、本来規範に服従すべき者全てが、当該立論によって道徳的義務を負う者の射程から外れることになる（そして外れた者に対してはまた別途、遵法義務を負わしめる理論が必要になる）。

まず国内の（一定の）未成年者や、選挙権を停止された在監者といった、意志と責任能力は有するが政治参加への能力ないし資格を欠くことになり、彼らは法遵守の義務を道徳的に負わないことになる。そのため、法が法であるがゆえに遵守すべき一応の義務に違反したことに対する、道徳的非難が彼らに妥当しないこととなるのだが、これは適当でない。

加えて、国内に存在する外国人の遵法義務の根拠づけもまた、別途問題となる。旅行者などの外国人は当然に、参政権を与えられるべき対象ではない。だが彼らも国内に居住する限り、当該法管轄内における法に服する義務があるはずである。これを、入国の際の諸手続きにおける同意等をもって、明示・黙示の同意があったとして同意論から当該義務を引き出すことはなお可能であろう。だがそうすると、正規の手続きをとらず、密航等により国内に違法に入国した外国人は、遵法義務を負わないことになる。

---

<sup>61</sup> 以上の批評については、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、前掲注5、125-136、202-204頁を参照。また合わせて、Philip Soper, A THEORY OF LAW (Harvard University Press, 1981), at 78-84も参照。

このように、民主政の参加者と、道徳的義務を遵守すべき責任能力を有する者の間に懸隔が存在する。従って、民主政参加者から議論をスタートすることは妥当でなく、むしろ民主制参加の有無は、行為することについての理由の付加と考えるのが妥当のように、筆者には解される。

責務論に関する検討は以上である。ついで、横濱による移民論に検討を移す。

横濱の参照する関係的平等論については筆者も学ぶべきところが多く、とりわけ、平等性の比較対象、および要請される平等の対象については大要同意する。また本章で後述するように、国境の管理は理想的でない現実状態においては、なお正当化される場面が存在することにも、本稿は同意する。また前章における非難と許しとその限界でみた通り、非正規滞在者の処遇の問題を単なる長期滞在という要素のみで片付けるのはいささか乱暴すぎるものであり、道徳的諸要素に関する考究がなされるべきとする横濱のスタンスについても、筆者は同意する。

他方のステークホルダー・シティズンシップについては、これは民主制に代表される決定過程への参加者の範囲画定のための理論であり、本稿の検討対象とする「当該国家がその生存について将来的かつ事前の責務責任を負う範囲と対象の画定」とは主題が異なる議論である。そのため、これに関する詳細な検討は本稿の射程から外す<sup>62</sup>。

横濱の研究からの知見の摂取は差し当たりここまでにとどめ、次に、ソーパーの敬讓論を発展させる井上達夫の政治的責務論・遵法義務論を概観する。

#### 第4節 井上達夫の政治的責務論

##### 第1款 井上の政治的責務・遵法義務論

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、法哲学内部でも、法概念論と正義論が架橋される難題でもある。法哲学においては、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、フラーとハート、ハートとドゥオーキンの間の、法概念論争がある。そして井上は、これら法概念論争を考察したうえで、従来の法実証主義と自然法論の分別に代わる第三の道として、「正義への

---

<sup>62</sup> なおこの考え方に従い民主制の参加者の範囲を画定するにしてもステークホルダーの認定も、ある程度客観化かつ形式化する必要はあるだろう。そして基準も、当事者の権利性のみから語るのは妥当でなく、当該法領域において法的状態を成立・維持させるための他の諸条件（治者と被治者の範囲の可能な限りの一致、当該政治的共同体の権力に服しない者がその権力行使に影響を及ぼさないようなシステムの構築）へも配慮した制度設計が、なお求められることとなるだろう。



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、正義と同一ではない。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になる<sup>63</sup>。

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、違憲審査制などが挙げられる）<sup>64</sup>。

第二に、正義構想が相反し、競合する場合であっても、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ない。ゆえにその構想は「反転可能性テスト」を規定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ない。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、集団的エゴイズムの排除といった形をとる<sup>65</sup>。

以上の2点を満たした政治的決定に対して、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議論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

---

<sup>63</sup> 前掲注 36、9-10 頁。

<sup>64</sup> 同上 10 頁。

<sup>65</sup> 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。

法」を前提に、ソーパールの敬讓論を参照しつつこれを再構築した、井上による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。この問いに答えるにはまず、なぜ無政府状態であってはならないかという問いに応えなければならない。そうして井上は手始めに、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<sup>66</sup>。

そして次に問われるのが、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かである。この問いに対し井上は、統治的フェア・プレイ論を展開し、責務の正当化を試みる。

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。統治便益とは、政治的意志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構想を集散的決定によって裁断し、この集散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。

---

<sup>66</sup> 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に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ビスも、市場に委ねるべきであるとする」立場と紹介する。しかしこの立場に対しては、「防衛サービスの公平かつ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ィ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ビ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、一部成員の集団の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、以上のアナキズムに関する検討は扱わない。

他方のモラル・コストとは、上述の集合的決定による裁断で敗者になった勢力が、勝者の正義構想に敬讓を示し、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<sup>67</sup>。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、政治的構想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時は統治便益を享受する（相手型敗者にはモラル・コスト負担を要求する）一方で、敗者となった時にはモラル・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・位置反転可能性のいずれも満たさない）ため、排除される<sup>68</sup>。以上のように説明し、井上はフェア・プレイ論に対する批判を超克した、別種の統治的フェア・プレイを展開する。

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証するのか。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であるべきだと、井上は主張する。そしてそこでは、自己の正義構想の正当性が絶えず、応答責任に基づいて批判され、議論され続けることが想定される<sup>69</sup>。

以上の責務論およ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のか。井上は、以下の3点を挙げる。統治の責任主体に求められるものの第一が、従来は公民的徳性（civic virtue）として論じられてきた、統治過程に参与する負担・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、統治過程に参与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。

---

<sup>67</sup> 前掲注 36、170 頁。

<sup>68</sup> 同上 170 頁。

<sup>69</sup> 同上 171-175 頁。

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墮して、自集団とは異質な価値観を有する他者を抑圧・教化する独善を行う危険も存在する。

そこで第二に、自己と正義構想をこととする他者の構想への公平な配慮の責任を、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墮する危険を回避するためには、他者への配慮責任の引き受けが必要不可欠で、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求に晒され、かつ、これに対する応答が担保されなくてはならない<sup>70</sup>。

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を行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、あるいは制裁を負わされ、非難を受ける可能性も受容しなければならない<sup>71</sup>。

以上が井上の政治的責務・遵法義務論である。公正さを基底とする井上の統治的フェア・プレイ論を、本稿では取引論におけるフェア・プレイ論ではなく、また井上自身の批判する仮説の同意論でもなく、正義の自然義務論の発展系として整理することを試みる。そして、その前提となることを筆者の解釈により補充し、シモンズの論証パターンにあえて引き直して整理すると、おそらく統治的フェア・プレイ論の骨子は、以下のようになる（なお筆者が解釈によって補充した事項には、【黙示】を付している<sup>72</sup>）。

前提1：我々は、国家による統治を必要とし、またそこでは正義概念のもとにある正義構想に基づいた決定が下されなければならない（政治の情況、自然状態テ一ゼ）。

前提2：すべての人間は、以下 d、gf の自然的・道徳的義務を負う。

---

<sup>70</sup> また以上は、井上のフェア・プ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。

<sup>71</sup> 同上 175-180 頁。なお、レイプ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、小堀真裕『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。また、これに対する井上の応答として、前掲注 36、67-76 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『逞しきリ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」をめぐる」同 233-243 頁、井上達夫「批判者たちへの「逞しきリベラリスト」の応答」法と哲学 2号（2016年）190-192、231-233 頁なども参照。

<sup>72</sup> なお当然、井上の責務論への誤読・誤解の責任は筆者が負うものである。

d:我々には、正義をなし、かつ推進する義務がある【黙示】。

gf:我々は、公正の責務を負う。規範は公平に適用されなければならない、自己の正義構想を政治的決定に反映させられなかった政治抗争の敗者も、統治的便益のみを享受する道徳的タダ乗りは許されない。

結論：政治的抗争の敗者は、集合的決定に基づく政治的決定に敬讓するモラル・コストを払う責務（政治的責務・遵法義務）を負う。

そして前提2-gfを欺瞞化させず、真摯性を保持するために、井上においては、「治者と被治者の現実的な反転可能性」<sup>73</sup>と「民主的体制下で政権獲得の可能性がない構造的少数者保護のための立憲的制度」（基本的人権の成文硬性憲法による明定や違憲審査制）<sup>74</sup>が求められる。また個別性は、現行の政治的決定過程（政治抗争）に参加している者同士の間での法・政治決定への服従義務とされることで満たされる。

## 第2款 検討

以上の、正義概念をもとに展開される井上の統治的フェア・プレイ論は、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を、いっそう詳細に描き出すものである。瀧川の批判する誠実性の内容不明確さは、「誠実さ＝真摯性」としてその中身が精緻なものとなっている。また黙示的に正義の自然義務を前提2-dとして読み込むことにより、正義概念の下で展開される正義の諸構想間における集团的決定の結果として、敬讓としての政治的責務論が導出される構造となる。

そして従来のフェア・プレイ論に対する批判は、一段メタな段階に引き上げられることにより克服され、実際に反転可能性を有する民主制下での、被治者である国民と統治者の側に立つ国民の間での敬讓の責務が導かれる。また、政治抗争の舞台に立つ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つとめが、その基礎として求められることとなる。

もちろん井上の理想とする民主制下で、この能力を完全に有するものだけが、政治的構想に関して能動的主体として参加できるわけではないだろう。井上の記述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<sup>75</sup>。

---

<sup>73</sup> 前掲注36、177頁。

<sup>74</sup> 同上178頁。

<sup>75</sup> 加えて井上法哲学にあっては、市民社会における諸自由が主張される場にあっても、自由に対する正義の基底性から、自己力能化を回避するために、諸個人にはruggedであることが求められ、市民社会でも

しかしながら、世界政府を否定しつつ諸国家のムラを志向する井上においても、批判的民主主義の抗争のステージに誰が立つのかを、また別途決めなければならない。ゲームのプレイヤーの選定には、一定の能力の保持のみならず、何らかの選定基準も要するところである。統制的フェア・プレイ論に先行する当該問題の検討にあたっては、能動的主体の範囲をどのように画定するかを検討する政治・道徳理論を必要とする<sup>76</sup>（かかる能動的主体の範囲確定は、前述の通り、本稿の主題でないため詳細な検討は行わない）。

そして本稿は、これまでみてきた井上と横濱の責務論から、政治の状況における正義の諸構想の対立、およびこの決定の要請としての民主的決定というエッセンスを抽出する。この政治の状況に関する知見が、本稿でのちに展開する移民法の規範解釈、とりわけ引き受ける責任対象の範囲画定規順尊重の根拠として参酌することになる。

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。そのため、この能動的な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特別の関心対象でもある子供や意思表示が困難な者等）の位置付けが不鮮明となる<sup>77</sup>。

そして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こそ、本稿が検討する、長期にわたる非正規滞在者の処遇を検討する上でより重要なポイントであり、入管法上の在特制度の道徳的解釈に寄与するものである。

そしてこの点、考究にあたり重要なものとなるのが、グッディンの割当責任論および瀧川の自然義務論である。そこで次節では、グッディンの割当責任論を、また続く3節ではウォールドロン、スティルツ、瀧川らそれぞれ正義の自然義務論を発展させる論者を、それぞれ概観していく。

---

その能力が陶冶されていくべきものとされるだろう。ただしここでいう諸自由の領域と、能動的活動の領域の境界は、なお明確に線引きされるものではないが。

<sup>76</sup> そしてその際の検討材料として、前節でみた横濱のデモスの範囲画定に関する議論が、有益なものとなる。

<sup>77</sup> また井上は、統制的フェア・プレイ論を展開した同書内で関心対象を政治社会の成員間の政治的決定により算出される公共的決定に従う義務を検討対象としている。議論の主眼は、政治共同体の成員にとって、政治的責務と遵法義務が結合していることを示すことにあるようである。そして外国人の遵法義務については、その根拠が成員への責務発生根拠と同一でなくとも良いとする（外国人については、入国時の入国許可条件に法令遵守を含めそれに対する明治の同意がなされた、と解するように）。差し当たりここでは、井上の責務論の主眼が国内成員間の責務であり、また主体に応じて、その正当化根拠が複数ありうることだけ確認しておく。前掲注 36、159-160、165 頁。

## 第5節 グッディンの割当責任論

我々が「責任」と包括的に呼ぶものの中にも諸種の異なる概念が含まれ、その性質に応じて分類・整理・体系化される。同様に、「義務」と呼ばれるものの中にも、その性質の差異がある。そしてクリティカルな検討を展開するにあたっては、その性質に応じた分別がなされなければならない。

義務に関する道徳哲学上のよく知られた分類の一つに、一般的義務 (general duty) と個別的 (特殊) 義務 (special duty) という区別がある。例えば我々は、誰に対しても、人を殺してはならないとか、物を盗んではならないとか、眼前で困っている人に対しては自身に重大な危害が及ばない範囲で助けなければならないといった、道徳上の義務を負うものと考えられる。人がおよそ人一般誰に対しても負うこのような義務を、一般的義務と呼ぶ。

他方、義務の中には、家族のメンバーに対してのみ家族が負う義務、自分の友人に対してのみ負う義務、自分の子どもに対してのみ負う義務、自分の両親に対してのみ負う義務といった、個別化された義務も存在する。これら、自己と特殊な関係にある個別の相手に対してのみ負い、無関係な他者に対しては負わない義務を、個別的義務と呼ぶ (そしてこれらが責務とも呼ばれる)。

義務に関する上記の区分を念頭に、ロバート・グッディン (Robert Goodin) が検討するのが、国民どうしの間で負う義務はいかなるものかである。そしてグッディンは、「国民どうしで負う義務は、人が人一般に対して負う一般的義務を効率性のために個別化し割り振った義務である」という、著名な「割当責任論」を展開する。つまり、グッディンにとって国境とは、国家の管轄する責任領域の空間的割当範囲と解されるべきものであり、また国民・市民権・国籍とは、国家が負うべき責任対象の割り当ての基準というのである。

以下では、大要上記のような主張を行うグッディンの見解を、その著書『公共哲学としての功利主義』 (UTILITARIANISM AS A PUBLIC PHILOSOPHY) に収録された論文「我々の同胞国民の何がそれほどまでに特別なのか？」 (*What is so Special about our Fellow Countrymen?*) を通じて学ぶ。かかるグッディンの割当責任論が、後述する瀧川の責務論の重要な基礎をなし、かつ在特をめぐるわが国諸裁判の理解においても重要な役割を持つこととなる。

### 第1款 割当責任論

功利主義においても、またカント的義務論においても、その道徳的要求内容が誰に対して

も公平に適用されるべきこと、普遍性かつ不偏性は共通する<sup>78</sup>。他方、前述の通り義務の中にも、特別な関係性から生じる、個別の相手に対する責務というものもある<sup>79</sup>。グッディンは、特別な関係から生じる義務に基づいて、特別な関係にある者を他者よりもよく処遇することが求められる場合もあれば、他方で、特別な関係にある者を他者よりも悪く扱うことが許容され、あるいは要求される場合もありうると考える。そしてこれについて一時的に、国民と外国人という形で具体化し、検討していく<sup>80</sup>。

グッディンは、国民を外国人よりも優遇する場合の典型として、福祉などの同国人への優先を挙げる。他方の同国人をより悪く処遇する場合として、①国境内での公共目的に基づく財産の徴用、②徴兵、③徴税、⑤排ガス規制の緩和、⑥工業製品における事故の責任減少、⑦国際法上許容される同国人の「裁量に基づく恣意的処遇」の許容といったものが挙げられる<sup>81</sup>。そしてこの同国人と外国人の区別は、国境を隔てた場合のみならず、国境の内部においても存在する。一国内で、非市民による投票や公職保持といった政治的権利は否定され、また公的サービスからも排除される。さらには、土地の所有権も否定されうる<sup>82</sup>。このように、我々が置かれた状況は複雑で、同胞市民をよりよく扱うことが許容・要請される場合もあれば、非市民の方をよりよく処遇することが要請される場合もありうる。そしてこの状況は、我々が個別的義務に関する従来の哲学的議論の想定するところよりも、いっそうの複雑さを呈するものであるという<sup>83</sup>。

すなわち、従来の個別的義務の根拠をめぐる議論においては、既存の義務が強化される (magnify) として説明する立場と、新たに義務を増やす (multiply) として説明する立場が考えうる。しかしこれらにおいては、「同胞市民をよりよく扱うことが許容・要請される場合もあれば、非市民の方をよりよく処遇することが要請される場合もありうる」という如上の現象を説明できない。前者の強化 (magnify) の説明においては、処遇のポジティブな

---

<sup>78</sup> 功利主義の提唱された時代背景において、それが持っていた重大な意味の1つが、「身分に関係なく、誰の快樂であれ等しく快樂としてカウントされ、かつその公平にカウントされる快樂が最大化されなければならないこと」であったのは、よく知られた話である。なおカントの格率 (maxim) については説明を割愛する。

<sup>79</sup> 無論、個別的な責務を正当視するにしても、なおそこにおいては、「誰においても個別的責務が正当である」という形での規範の公平性は共通するであろうが。

<sup>80</sup> Robert Goodin, *What is so special about our Fellow Countrymen?* in *UTILITARIANISM AS A PUBLIC PHILOSOPHY* (Cambridge, 1995), at 266-269.

<sup>81</sup> なお規範的にはそうであっても、現実においては逆の構造をとる事例も散見されるものではあるが、これについては措く。

<sup>82</sup> なおこれら問題の学術的検討に際しては、規範論以外にも、他国からの侵略や干渉、影響力行使、ロビイングといった、非理想的な現在かつ現実の国際政治をも加味しなければならことは当然であるが、これらについては議論の簡略化のため、本稿では措く。

<sup>83</sup> *Supra* note 80, at 269-272.



側面に関しては、例えば他者へのチャリティといった不完全義務が福祉として完全義務化されるといった風に、うまく説明することができるが、①-⑦のネガティブな側面については妥当しない（純粹に強化の議論を展開するのであれば、空気の汚染や自由・財産の侵奪から、国民が一層手厚く保護されるべきであることが論じられるはずである）<sup>84</sup>。

他方の後者、増殖（multiply）は、契約に代表されるような「新たな義務の発生」を説明し、強化（magnify）の説明を補完することは可能だが、上述の同国人に対するネガティブな義務の弱体化を説明することはできない。増殖の説明において我々が通常想定するのもまた、何らかの、より重い義務の発生なのである<sup>85</sup>。

同国人に対するポジティブな義務の要求内容が強化されるとともに、ネガティブな義務の要求内容が減少するというこの傾向に関する、別のありうる説明として、グッディンは「互惠社会モデル」（mutual-benefit-society-model）を挙げる。しかしながら、この互惠社会モデルも、我々の国民・外国人関係を説明し、かつ規範的に正当な帰結をもたらすものとは目されないと結論づける。

すなわち、関係性は本質的に、「わたしとあなた」を相互に拘束する双方向のものである。そして個別的義務は、関係性が持つ上記の特質に従うものである。我々は通常、他者があることをなす義務に拘束されることにより、それがなされない場合よりも利益を得る。しかし、ポジティブな義務の強化が現れる。同様にまた、我々は追加（extra）の義務を課されることにより、追加の負担を負うことになる。しかし、特別な関係性においては、ネガティブな義務が減少せられる。課される義務は、価値ある補助を提供する特別な義務の下にあることについての、公正な価格以上でも以下でもない<sup>86</sup>。

以上のような説明は、一見すると、同国人が相互に負う義務についての上述の難題に回答しているようだが、その説明に基づきもたらされる規範的結論はあまり幸福なものではない。

たとえば、互惠社会モデルの論理に従えば、将来において得られる利益のために、現在幾らかの人々を犠牲とすることも完全に許容される。あるいは、現在または将来のより大きな利益のために、現在の犠牲をも正当化できる。互惠社会モデルにおいては、何らかの危害によってポジティブな結果が訪れ、かつその危害に苦しむものが当該社会に属する成員であ

---

<sup>84</sup> *Id.*, at 273-274.

<sup>85</sup> *Id.*, at 274-275.

<sup>86</sup> *Id.*, at 275-276.

るという条件を満たすことによって、何らかの危害を課すことが許容されうるのである。そして国境に囲まれた国家を、この互惠社会モデルに照らして理解したとき、上述の「同胞市民をよりよく扱うことが許容・要請される場合もあれば、非市民の方をよりよく処遇することが要請される場合もありうる」という問題も、この枠内で説明されうることになる<sup>87</sup>。

それでは互惠社会モデルにおける、メンバーの決定はいかになされるべきか、あるいはいかに説明されるのか。換言すると、誰が市民であり、誰が市民でないのか。法が確定する形式上の成員の地位は、互惠社会モデルにおいて実際に利益を享受し、または利益を生み出している人間と重なるものではない。例えば居住外国人は、当該国の利益に貢献するが、完全な利益の享受からは排除される<sup>88</sup>。また生来的には市民であるが重度の障害等 (severely handicapped) により、互惠社会において純粋に利益を受けとり続けるばかり (net-drain) の人々もいる。互惠社会モデルのロジックを厳密に貫徹するのであれば、人々が社会から享受する利益は、自身が生み出した利益と精確に比例するものであることが要求されるはずである。あるいは最低でも、何人も自身が支払った以上のものを、利益として引き出すべきでないことが要求されるべきである。互惠社会モデルのロジックにおいて、我々が個別的義務を負う相手は共同的利益をもたらす者であり、かつ共同的利益をもたらす者のみを指す<sup>89</sup>。

だがかかる互惠社会モデルは、全くもって機能・実践しえない (utterly inoperable) ものである<sup>90</sup>。明らかに我々の社会の成員について基底をなす考えは、この互惠社会モデルのロジックではないし、そうあるべきでもない<sup>91</sup>。

強化、増殖、互惠社会モデルいずれも、同国人への個別的義務を論証しえない。そこで、これらに代替する説明および規範としてグッディンが提示するのが、割当責任モデル (assigned responsibility model) である。

割当責任論においては、個別的義務が単に、配分された一般的義務 (distributed general duties) と規定される。この説明においては、個別的義務は大部分において一般的義務に由

---

<sup>87</sup> *Id.*, at 276-278.

<sup>88</sup> なおグッディンにおいてはこのように記述されるが、当該国の利益となっているか否かは、主体や国家、時代、利益の枠内に何を含めるかに応じて異なるものとなるであろう。

<sup>89</sup> *Supra* note 80, at 278-279.

<sup>90</sup> ただしこれに対して筆者は、国家における成員の範囲決定をめぐっては、個人主義の下、このことが一際強く妥当するのかもしれないが、およそあらゆるシステムがこの要素から無関係でありうるとは考えないとする留保を付す。

<sup>91</sup> *Supra* note 80, at 279-280.

来しまたは一般的義務から派生するものと説明される<sup>92</sup>。そして個別的義務が一般的義務との繋がりからその道徳的根拠を引き出すものであると論じることで、より一般的な配慮に基づき、個別的義務が免除されることを許容しうる (susceptible to being overridden) ものとなる<sup>93</sup>。

このことは、以下の例によって、容易に理解されうる。例えば我々は、一般的義務として救助義務を負う。誰かが海で溺れていて、その救助を私が果たしえて、かつそこに私しかない場合、その救助義務は私に個別化されるはずである。次に、ビーチで溺れている人間がいて、これを数百人の人間が目当たりにしたとする。彼らのうちの誰もが顕著に、溺れている人間と近い距離にいない、かつその誰もが優れた水泳技術を持つものでないでしょう。このとき誰一人として、「自然主義的に」(naturalistically) 救助の適任者として選任されない。そしてもしも全員がめいめいに救助に向かった場合には、混雑の果て、溺れる者の数が増えるという望ましくない結果が生じるだろう。しかしここに、自然主義的にではなく、「社会的に」(socially) 選任されるライフガードという適任者が選任されれば、結論は変わる。このような場合には当該ライフガードが、個別的義務として発展せられた一般定義義務たる救助義務を負うことになる<sup>94</sup>。

あるいはまた、病院における患者と医者との関係を想起しても良い。全ての医者が、病院にいる  $n$  人の患者へ、平等に  $n$  分の 1 の時間を割くよりも、特定の患者を特定の医者に割り振るほうが、明らかによりよく処置等を行いうる。

あるいはまた、刑事訴追を受けた者も、特定の弁護士を割り振られる方が、プールされた国選弁護人の中から弁護人が日替わりでやってきて弁護されるよりも、よりよく法的サービスを受けられる。無論、医者や弁護人の中でも優劣の差は出るだろうが、何にせよ、全員が全員を現実に受け持つよりはマシである<sup>95</sup>。

このような義務の配分は、我々の生活において多様な次元で、頻繁にみられるものである。ある場合においては、個別化された義務の配分の根拠は、その者がその領域において特別な優位性を誇ることに求められるかもしれない。またある場合には、最良の仕事をするうえで求められる、保有する情報の量に根拠が見出されるかもしれない。いかなる理由に基づ

---

<sup>92</sup> 無論、およそ全てのケースにおいて、一般的義務のみから責任解放が導かれると推論するべきではないとの留保がグッディンにおいても付されている。

<sup>93</sup> *Supra* note 80, at 280-281.

<sup>94</sup> *Id.*, at 281.

<sup>95</sup> *Id.*, at 283.

くにせよ、万人に向けられた一般的義務が、特定の個人に個別化された義務として配分されることにより、より効率的に解消されるということは起こりうるものなのである<sup>96</sup>。

国境も、これと同じ機能を果たす。根本にあるのは、世界的に展開される一般義務である。国境は国家という主体にとって、そのような一般的義務を互いに個別化し、責任をその市民に対して負うよう特定させるものである（そしてこのとき、心理的な愛着と「自国」という一体感が、より効率的な責任の遂行に資するかもしれない）。諸国家は、自国の市民の利益を保護し、推進するという個別的な責任を割り振られている。他国が自国の市民を傷つけたとき、他国は一応の不正（*prima facie* wrong）をなしたものであり、責任を負う国は自国の市民のために補償を求めるような行動をとる、一応の義務（*prima facie* duty）を負う。しかし国内の市民間においては、場合によっては公共の利益のために、諸種の制度の下で市民に対し犠牲を強いることも妥当なものとされる<sup>97</sup>。

互惠社会モデルにおいては、無用者（*useless*）は不要な成員（*superfluous members*）として扱われる。また難民や無国籍者といった無力な者（*helpless*）らも、利益を生む範囲において互惠社会に迎え入れられ、その教条に従うのならばボート・ピープルのような利益を享受する者ら（*net drain on society*）は、迎え入れられうる（*may*）ものでもないし、迎え入れられてはならない（*must deny them entry*）ものとなる。しかしながら割当責任論においては、これら無用者や無力な者らも、元の責任者である国がその個別的義務を効率的に負いうるものでない場合には、他国がその責任を割り当てられるべきものとなる<sup>98</sup>。

割当責任論においては、個別的義務は単に、一般的義務をより効率的に解消するための行政上の装置として割り振られたものにすぎない（*assigned merely as an administrative device for discharging our general duties more efficiently*）。そしてそうであるのならば、主体への責任も、効率的に事案を処理できる能力を持つものに対して割り振られるべきである。そして配分の誤りが生じた場合には、再配分が求められる（*reallocation is called for*）。また、もしもある国々がその効率的な責任の遂行をなしえないことを証明する場合には、それら国々は再建（*reconstituted*）されるか、補助されなければならない<sup>99</sup>。

国境とは単に、ある人物にある庇護者をマッチングするための便利な装置にすぎない。市民権は単に、我々が互いに特定人に対して負う一般的義務を遂行するための、個別的義務を

---

<sup>96</sup> *Id.*, at 282.

<sup>97</sup> *Id.*, at 283-284.

<sup>98</sup> *Id.*, at 284-285.

<sup>99</sup> *Id.*, at 286.

画定させる装置にすぎない。そしてその根源において、我々は万人に対し道徳的な一般的義務を負っている。もちろん、責任の割り振りは完全になされうるものではなく、現在の世界システムにおいては不完全である。そして現在の世界システムにおいて、同国人の主張に対し優先性を与えることが、往々にして不正である場合が多い<sup>100</sup>。

以上が、国家を互惠社会モデルで捉えることを拒絶し、国境と国籍から民族的なファンタジーを取り除いて、効率性という観点から説明し規範的に再編するグッディンの試みの概要である。

## 第2款 検討

前款でみたグッディンの割当責任論は、義務を前提としながら、その効率的（あるいは功利的？）<sup>101</sup>な遂行のために責任を割り振るという理論であったが、かかる立論は成立しうるものなのだろうか。功利と直観、あるいは帰結主義と義務論の関係について頭を悩ませる哲学者にとって、価値の存在や関係性をどのように整理するかは一つの難題である<sup>102</sup>。そして義務論者にとって、権利や義務、規範ひいては道徳的価値全般を、功利あるいは効用の最大化に還元する功利主義の主張は、グロテスクで到底受容できるものではないかもしれない。

だが、たとえばいかに人道主義的かつ権利を重んじる義務論者の医者であっても、大規模な災害を前にしては、患者の傷病の重症度や緊急度に応じた、治療優先順位をつけざるを得ない。そして、技術的限界と資源の不足が存在する状況下でのトリアージの結果、救命不可能な者に黒のタグを付すことも、場合によってはしなければならない。

このように我々が生きる世界はユートピアから程遠く、いかなる理想的規範であっても、それらは非理想的な現実において実践されざるをえないものである。そして我々が道徳的基礎に基づいて主張する正義構想は、実行可能性を持つものでなければならない<sup>103</sup>。

---

<sup>100</sup> *Id.*, at 287.

<sup>101</sup> 功利性と効率性の傾向的關係性については、松元雅和『応用政治哲学』（風行社、2015年）158-159頁を参照。

<sup>102</sup> かかる問題を扱う著名な研究として、瞥見するだけでも例えば以下のものがある。Tom L. Beauchamp, James F. Childress, *PRINCIPLE OF BIOMEDICAL ETHICS* (Oxford, 2019)、安藤馨『統治と功利』（勁草書房、2007年）、赤林朗・児玉聡編『入門・倫理学』（勁草書房、2018年）、児玉聡『功利と直観』（勁草書房、2010年）、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）、R・M・ヘア著（内井惣七・山内友三郎監訳）『道徳的に考えること』（勁草書房1994年）、奥野満里子『シジウィックと現代功利主義』（勁草書房、1999年）、アマルティア・セン/バーナード・ウィリアムズ編著（後藤玲子監訳）『功利主義をのりこえて』（ミネルヴァ書房、2019年）。

<sup>103</sup> 実行可能性概念も、それ自体複雑なものであり、何を指して実行可能と呼ぶかはまたそれ自体難問であるが。後述する松元雅和はこれを、技術的実行可能性と、実践的実行可能性と、政治的実行可能性に区別し説明する。前掲注101、144頁。

以上の政治哲学における実行可能性につき、本稿が参照したいのは、「公共政策立案に向けた政治哲学は、実行可能性の観点から、＜権利＞と＜功利＞の両観点のあいだに何らかのバランスをとる必要がある」<sup>104</sup>と主張する、松元雅和による研究である<sup>105</sup>。

松元は、政治哲学研究における分析には、「望ましさ」の側面からなされるものと、「実行可能性」の側面からなされるものがあると整理する。そして後者においては、資源の希少さといった諸種の実践的制約が無視しえぬものであることも確認する。そして、実行可能性の諸制約の下で正義原理を案出するためには、実現されるべき価値の間での優先順位の決定が必要であって、その順位づけの方法として、権利論者の好むレキシカル・オーダー（辞書的優位付け）と、功利主義者が好むトレード・オフのモデルが存在すること、同時にそのそれぞれにおいて特有の難点が存することを指摘する。そのうえで松元は、「実行可能な正義原理とは、さしあたり＜権利＞と＜効用＞の双観点に同時に目を配るようなものであることが望ましい」と主張する<sup>106</sup>。

前款にみたグッディンの議論を参照する権利論は、義務論を前提としながらこれを効率の下で配分する、理論的には純化していない。だが、実行可能性の観点から捉えたとき、権利と効用、あるいは権利の効率的な保障という、非理想的な現実世界での実行の可能性をも検討に入れることは、とりわけ実定法制とその運用を、実現可能な範囲内において批判する論者に必要な仕事である。その仕事は、権利のユートピアばかりを説き、その実現可能性や、やむをえぬ価値の優先順位付けの存在を検討対象として認識しない純粋理論よりも、なお誠実なものである<sup>107</sup>。

本稿ではかかる視座から、グッディンや松元らの知見を参酌しながら、移民と国籍、国境をめぐる実践可能な道徳理論を追究する<sup>108</sup>。そしてかかる理論に基づき、現在運用される非

---

<sup>104</sup> 前掲注 101、140 頁。

<sup>105</sup> 多元的な価値とその政策過程における編入、整理をめぐる難点を整理する先行研究として、足立幸男『政策と価値』（ミネルヴァ書房、1991年）も参照。その228頁において足立は、政治哲学上の議論を現実の政策に反映し、あるいは政策を批判することの難しさを次のように整理する。「個々の政治社会の基本構造や政策の是非、適切さの程度、相互間の相対的優劣を判定しようとするとき、われわれにとって一般に無視することができない様々な政治・社会的価値」すなわち政策原理が存在する。そしてこれら政策原理として足立においては「自由、平等、効用、公共の利益」が挙げられ、これらは「相互に矛盾・対立を秘めた価値」であり、これらに従い社会の基本構造や政策への整合的な評価を下そうと思うのであれば「諸価値観の優先順位あるいは相対的重要性の差異を設定することがどうしても必要になる」。つ

<sup>106</sup> 前掲注 101、139-163 頁。

<sup>107</sup> なお、理想と現実の逕庭を理解しながら根本原理や理想理論を追究する仕事も、学術的に価値あるものであり、なされるべき仕事であることは論を俟たない。

<sup>108</sup> なお念のため。グッディンの知見を参照するものといっても、このことは国家との関わりにおいて功績概念を完全に放棄することまでは含意しない。

正規滞在者に対する在特法制を批判的に検討する<sup>109</sup>。

## 第6節 ウォルドロンの自然義務論

元々フェア・プレイ論に基づく責務論を展開していたロールズは、後年、政治的責務の根拠を正義の自然義務 (the natural duty of justice) に求める理論を展開した。よく知られたその構造をシモンズによる整理に照らし簡略化すると、以下の通りである。

前提1：政府（政治的共同体、法）は人類にとって必要である。

前提2：すべての人間は、自然義務 d を負う。

d:正義をなし、かつまたは、推進する。

結論1：人は皆、以下 a-b の自然義務を負う。

a:正しい制度が存在しないときには、少なくとも自分たちの負担にならない限りで、その確立に助力する。

b:正しい制度が存在し、それらが自分たちに適用されるときには、当該制度下で自らの役割を果たす。

結論2：すべての人間は、自分に適用される正義の制度を支持し、遵守する義務を負う。

しかしこのようなロールズの責務論に対しては、諸種の批判や疑義がなされることになる。まず、正義要求をなす主体が複数存在する中で、なぜ服従対象が国家なのかが問われる。また個別性問題も問われる。すなわち、正義に適う正しい制度（国家）が複数存在する中で、なぜ一国の国民は、隣国ではなくまさに自国に対し責務を負うのか。この個別化が図られなければならないのである。加えて、結論1-b および結論2のいう「適用される」の意味についても不明であり、どの範囲の人間がその責務に服することとなるのかが判然としないことも問題視された。

しかしロールズの自然義務論は、以上のような批判によって潰えたものではなく、その後、ジェレミー・ウォルドロンがロールズの自然義務論をより精緻化した自然義務論を展開する。ウォルドロンによる自然義務論に対しては、その後、なおもシモンズらの批判が行われることとなる。だが、ウォルドロンによる責務論を彫琢し発展させた責務論が、その後も

---

<sup>109</sup> 具体的には、義務論の展開においても効率性を度外視しえないことを前提に、本章第7節では、国籍付与をめぐる強い制約と弱い制約およびその中間に関する整理を提示する。そして第5章では、スティルツによる国境管理における諸価値の衡量を基礎として、現行の諸裁判例とも照らした退去に関する衡量の可能性を提示する。

他の論者によってさらに展開されることとなる（本稿でみるスティルツ、瀧川の理論も、ウォルドロンによる研究の一部ないし大部分を批判的に受容するものである）。

そこで以下本節では、かかるウォルドロンの責務論を「特別な紐帯と自然義務」(*Special Ties and Natural Duties*) から学びつつ、これに対する批判もみていく。

## 第1款 ウォルドロンによる研究

ウォルドロンはまず、ロールズの自然義務論に対し上述したような批判点を、特別の忠誠批判 (*special allegiance objection*)、適用批判 (*application objection*) という形で剔抉する。これらを、自身が乗り越えるべき問題と規定する。そしてこれら両者に答える理論の構築を図る<sup>110</sup>。

ウォルドロンは、ニュージーランド人がフランスに訪れている間は、例え自分がフランス人でなくとも、またその規範がニュージーランドで適用される法と異なっても、フランスの法を遵守しなければならないことを指摘する<sup>111</sup>。そしてこのことは、例え当該ニュージーランド人が、フランス法に同意を明示・黙示のうちに示したとは言えない、またはフェア・プレイ論から義務を導けない場合であろうとも同様であることも確認する<sup>112</sup>。人はどこにしようとも、そしてたとえ自分がその制度に属しておらずとも、正義を実現するための公正な制度を損なってはならないのである<sup>113</sup>。

ウォルドロンは具体例を用いながら、配分的正義の原則の適用範囲が限定されうること、場合によっては公平な分配が要請される範囲の確定によって、内部者と外部者の区分が生じうることを示す (*range-limited*)。これをより形式的に簡略化すると、次のようになる。

ある正義の原理 P1 があるとする。正義の原則は、容易に範囲を狭め、限定して用いられ

---

<sup>110</sup> Jeremy Waldron, *Special Ties and Natural Duties*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, No. 1 (1993), at 4-8.

<sup>111</sup> この例としてウォルドロンは、交通法規、租税、憲兵隊による職務質問などを挙げる。

<sup>112</sup> この例としてウォルドロンは、「虹の戦士号爆破事件」を挙げる。これは、フランス情報機関が、ニュージーランドに停泊中の、過激さで知られる政治活動団体グリーンピースの活動船を爆破した事件で、死者が1名出た。現地で作戦を実行したフランス人軍人2名は、ニュージーランド当局によって逮捕されたものの、フランス政府はイギリスとアメリカ政府を説得して、2名を引き渡すようニュージーランド政府に経済的プレッシャーをかけた。フランス政府の官吏が、諸種の手段を用いて、ニュージーランドにおける刑事法制度のオペレーションを損なうことを企んだ事件として、ウォルドロンにおいては説明される。そしてウォルドロンは、この事件において注目すべきは「人を殺してはならない」という自然義務違反ではなく、「ある国における刑事法制度が十分に構成なものである場合には、誰もがどこにしようとも、それを妨害するべきではないという義務を負うことである。そしてそこには、特定の国に対する忠誠があろうとも関係ない」と整理する。

<sup>113</sup> *Supra* note 110, at 10-11.



るべきものではない<sup>114</sup>。規範の正当性およびその適用範囲を考えるうえで、一つの導きの糸となるのがカントである。カントは、「不可避免的に他者と隣り合って生きねばならない状況においては、自然状態を脱して、全ての他者同様、配分的法的正義 (distributive legal justice) をなす法的状態 (juridical state) へと移行しなければならない」とする。さもなくば、資源をめぐる闘争を回避することができないからである。たとえ自然状態において善人らがいようとも、その誰もが他者の意見から独立して、自分が自分にとって正当であると信じることを成すのであれば、他者による暴力から安全を保障されない<sup>115</sup>。

カント理論においては、地表の人類による共有原理が確認され、誰もが誰かに対して資源をめぐる闘争状態に入る可能性があることが確認される。しかしながら、万人が一挙にたった1つの統合された法的状態へと入ることはありえない。そのため、とりあえずどこか、各人は自分と隣接する社会へと至急入らなければならない。そして闘争は、公正な政治・法を実現しうる諸制度において、速やかに解決されなければならない。かかる解決は暫定的なものである。そしてカント理論においては、人間の相互交流が拡大するにつれて、紛争も拡大する可能性が高まり、法的枠組みの射程もまた、拡大されなければならないこととなる<sup>116</sup>。

どうやら、少なくとも暫定的な状況において、正義の原理の適用範囲は限定されうるものようである。そしてこのことは、内部者と外部者の区分を設けるのに十分な根拠となる。そして正義の原理は、それ自体においては自力で遂行されえないものである。正義の原理 P1 は、実際に稼働している制度によって遂行されなければならない。ここで、この遂行にあたる制度を L と呼ぼう。

まず制度 L が要求するのは、正義原理 P1 に包含される正義の要求である。また L は、その正義の実現に関する指揮監督 (supervision) を、その成員らに受容するよう要求する。正義原理 P1 をめぐる紛争の調停は、L の執行人によってなされることとなる。こうして P1 に付随する正義原理 P2 が、「P1 の実践に関する L の指揮監督を受容せよ」という形で析出する。派生する正義原理 P2 も、P1 同様に範囲限定的なものである。

そしてさらに、これに付随する原理 P3 も、「L による P1 の遂行を損なってはならない」という形で析出する。これは範囲無限定的で、内部者においても外部者においても、同様に

---

<sup>114</sup> なおウォルドロンは、「ニュージーランドにおける最も貧乏な者は、バングラディッシュにおける大半のものよりも相当にマシ」と置くが、横濱が説くように、何の平等がいかなる関係において問題とされているのかを考えたとき、かかる議論は必ずしも真ではないだろう。

<sup>115</sup> *Supra* note 110, at 11-14.

<sup>116</sup> *Id.*, at 15.

守られなくてはならない原理である<sup>117</sup>。

以上、ウォルドロンが正義原理 P1 の実現のため導いたのは、以下 (1) — (4) の 4 段階の説明である。

- (1) 正義原理 P1 の具体化は、制度 L によってなされる。
- (2) L による指揮監督を、内部者は受容しなければならない。
- (3) L による P1 実践を、誰であっても妨害してはならない。

以上の内部者と外部者の区別は、制度と国内の個人の特別な関係性をよりよく説明するものである。また、ルールズに対する適用批判にも応えるものである<sup>118</sup>。

それでは我々は、L のような役割を果たす機関は、どのように創設すればいいのだろうか。まずもって当該機関に求められる条件は、当該領域において正義を実現する能力を有していることである。そしてその機関が効果的であるか否かは、ある部分において、人々がその要求を受諾する備えをしているか否かにある。そしてこの効果的という条件は一般に、現代の諸条件下においては、多くの社会ですでに達成されている（無論、その条件が満たされていないケースも存在する。たとえば 1 つの領域において、ライバルたちが多元的に存在する場合はこれにあたる）<sup>119</sup>。

そしてウォルドロンの整理するところ、自然義務をなしうる機関は、正義 (justice)、有効性 (effectiveness)、そして正統性 (legitimacy) のテストを満たすものである。構築されるべきは、この組織を認識する十分な理由が存在するということであり、与えられた領域、または問題となる特定の事項について正義をなす、まさに 1 つの機関がライバルを排して存在することである。そのような理由が存在する場合に、当該機関は「正統である」。

- (4) その領域において生じる正義をめぐる問題・主張について、1 つの機関 L のみが顕著 (salient) な存在としてあるとき、その機関は正統である。

そしてこの「正統性」は、以下 3 つの部分からなるとウォルドロンは主張する。すなわち、①我々は、なぜ正義をなす諸制度が存在することが大事であるのか、思い起こさなければならない (must recall)。②我々は、たった 1 つの制度のみがその領域に存在することがどうして大事なのか、示さなければならない。③我々は、特定の 1 つの機関が、他のライバルよ

---

<sup>117</sup> *Id.*, at 16-17.

<sup>118</sup> *Id.*, at 18.

<sup>119</sup> *Id.*, at 19-20.

りもその主張について適任でありうるといえるための根拠を示さなければならない<sup>120</sup>。

そしてその回答は、以下の通りである。①我々が誠実に正義を信奉しようとも、その正義をめぐる争いが回避され、あるいは最小化されなければならない。なぜなら、正義をめぐる争いも、暴力を伴う脅威を孕むからである。そして政治的制度は、その対立を調停し、そこでの決定を実行しうるものである。ゆえに、そのような諸制度の創設は、道徳上明白な利益がある<sup>121</sup>。

また、②についても、同程度の実力を持つライバルたちが一つの領域において併存すると、組織化された抗争が生じる。そのため、制度は1つであることが望ましい。また、協力体制が構築されることで、個々の力では十全になしえないこともなしうるようになる。制度が単一であることによって、協力に関する確証が、よりよく付与されうる。あるいはまた、集合問題もよりよく解決されるだろう<sup>122</sup>。

そして③の基準に関しては、上述の②の検討を通じて答えが導かれる。たとえば調整問題を解決するのに最適なシステムは、他よりも顕著性 (salience) を有すことである。そして多くの事例において、そこに国家があり、その領域において支配的であり、かつ挑戦を受けていないという事実があれば、これは十分満たされる。そして競争者が存在する場合には、より強力なほうを選択すると良い。あるいは、人民によるより大きな支持を集めている方を選ぶにも十分な理由がある<sup>123</sup>。

以上が、ウォルドロンによる正義の自然義務論の発展形である。

## 第2款 検討

ウォルドロンの議論には学ぶべきところが多い。横濱や井上も説くように、我々各人が正義を志向しそのために行動しようとも、それら正義の構想は人によって異なる部分が多い。そしてそれは、容易に妥協できるものではないし、決着もつけられない (政治の状況)。そして歴史上も、正義を主張する戦争が無数発生してきた (あるいは、闘争を開始するにも、正義の口実を必要とする)。かくして、異なる正義の構想を主張する人々が共生できるための制度が必要で、当該制度は政治を通じて正義の問題を調停し、執行する顕著な存在であることも求められる。またカントを引用しながら、「手っ取り早く、隣接する者らと国家状態

---

<sup>120</sup> *Id.*, at 22.

<sup>121</sup> *Id.*, at 22.

<sup>122</sup> *Id.*, at 22-24.

<sup>123</sup> *Id.*, at 24-27.

に入るべき」とする主張も、非理想的な現実を前提にするならば、ありえないものではない。

しかしながらこの国家形成の近接性についてはなおも、シモンズによる次のような批判がありうるところではある。すなわち、ウォルドロンの顕著性 (salience) 主張に対し、シモンズが投げかける疑問は、当該射程が現実具体的にはどの範囲に限定されるのかが不明だ、という点である<sup>124</sup>。また、ウォルドロンは当該領域において正義を執行する正当な制度を、「最もそこで効果的に正義を執行できそうな制度」と指定するが、かかる決め方では、我々が最も正当な領域主権だとみなしがちな、(住民らによる現実の同意や手続的規約といった) 歴史的考慮要素の全てを無視する点に問題があるとも批判する<sup>125</sup>。

またウォルドロンに対する批判をよりよく整理する瀧川からは、次のような批判もなされる。すなわちまず、ウォルドロンは制度内に存在する内部者の責務を論証し個別性要請を満たしたとしても、その範囲内には依然として居住外国人が存在するため、それだけでは同国人が負う個別的義務を論証したことにはならない。ウォルドロンの議論からすると、説明されるべき境界線は、内部者か外部者かの区別であり、国民が国民に対して特別な義務を負うことの説明にはならない<sup>126</sup>。

加えて、ウォルドロンによれば、手っ取り早く国家状態に入るべき人々は、資源をめぐる対立を最も頻繁かつ深刻に惹起しそうな他者であるが、往々にしてそれらと共同し国家を建設することこそが、最も困難である。また別稿においてウォルドロンは、現に近くにいることが援助義務という特別義務を発生させるとも主張する。だが、現に近くにいることが、なぜ道徳的にそれを義務付けるのかに関する論証が不足している(義務が存在することと、義務感が発生することは異なる)<sup>127</sup>。

かくしてウォルドロンの議論には依然として、なぜ内部者ではなく同国人への責務として個別化されるのかと、近接性がいかに義務を正当化するのが、課題として残されるわけである。

第7節では、カントベースのウォルドロンの議論を下敷きにしながら、これにルソーの議論を外挿することによって、同国人への責務の論証を図ったアンナ・スティルツの議論を概

---

<sup>124</sup> 「私があなたを脅威にさらしたと言える近接性の範囲は、10 マイル近くに住んだときか、それとも5 マイルか？ 川の対岸や山の向こうに住んだときか？ もしもハイキングであなたの所有する土地を通り過ぎたとき、あるいはあなたの存在を友人から教えられたときか？ それとも一般的な仕方で、あなたと交流したときか？」とシモンズは問う。

<sup>125</sup> *Supra* note 3 at 173.

<sup>126</sup> 前掲注5、268-269頁。

<sup>127</sup> 同上269頁。

観する。そして第8節では、ウォルドロンから一度カントに立ち返り、グッディンの知見を参酌しながら義務の個別性を導いた瀧川裕英の責務論をみる。

## 第7節 スティルツの政治的責務論

本節では、アンナ・スティルツ (Anna Stilz) の著作『リベラルな忠誠』<sup>128</sup>においてスティルツが展開した政治的責務論を概観する。もって、責務論で何が克服すべき問題となるか、またスティルツの研究から何を学びとれるかを整理する。加えて、次章で概観するスティルツの移民論の理解と検討のための素材も提供する。

本節は、まずスティルツの議論を理解する前段階として、同著の全体の構造および研究の主眼の紹介から始まる (第1款)。もって、スティルツが主たる論敵として据えた哲学的アナキズム、およびコスモポリタニズム (cosmopolitanism) が政治的責務論と深く関わり、本稿の対象とする移民論でも学び取るべきものが豊富に見出せることをも確認する。

次いで、自然義務論を基礎に展開される、スティルツの政治的責務論を概括する (第2款)。次節で扱う瀧川の政治的責務論と通底するスティルツの研究は、イマヌエル・カントおよびジャン=ジャック・ルソー (Jean-Jacques Rousseau) の自然義務から、国家状態の実現義務を導き、正統な民主的国家における法を遵守し、またそこでの政治を納税等の形で支える責務を負うと論じる。

以上のスティルツの研究においては、なお説明が不十分である点や、見通しがナイーブである面もみられる。最終款ではこれらを批判しながら、民主政と自然義務論に関する私見を記述する (第3款)。

### 第1款 スティルツの『リベラルな忠誠』の構造

リベラリズムを保持しながら政治的責務を導出し正当化することを企図するスティルツの議論は、カントおよびカント的に解釈されたルソーを基に、およそ以下の構造をとる。

まずスティルツは、国家に対する市民の政治的責務が、「人格の自由と平等保障」というリベラルな目的から論証されるとする。そして、同じくリベラリズムを基礎とするコスモポリタンやネイションの文化の共有をリベラルな民主制に不可欠な要素と主張するリベラル・ナショナリズムそれぞれを批判する。

---

<sup>128</sup> Anna Stilz, *LIBERAL LOYALTY* (Princeton University Press, 2009).

まず、リベラル・ナショナリズムに対しては、文化的メンバーシップでは伝統的なリベラリズムの自律と個人主義という価値を保障できないとして、これを批判する。また、ハーバーマスの捉え所のない憲法パトリオティズムに対しても、ハーバーマスの奉じる普遍的価値では政治的責務の要求する個別性の要請を充足できず、あるいは個別性の濃度を上げるべく文化や歴史といった要素を注ぎこむとはやリベラル・ナショナリズムと大差がなくなるという批判を行う。その上でスティルツは、憲法パトリオティズムが目指した普遍的な正義の原則から出発しながらも、なお、特定の制度と同胞に対する忠誠・団結の根拠を論証しようと試みる<sup>129</sup>。

他方のコスモポリタンに対しては、国家の存在を軽視しすぎているとの批判を行う。スティルツは、リベラリズムが包含する「平等な自由」の内包はアナキー状態においては曖昧であるため、国家状態と民主制を通じて「平等な自由」の内包が具体化され、かつ実現されなければならないというスタンスをとる。自然状態において諸個人に自然権ないし人権があろうとも、諸個人の理性による省察だけでは実現され得ない（つまり国家がなければ実現しない）、そしてその内容の具体化のために民主制が必要だ、というのである。コスモポリタン、および哲学的アナキストの主張の骨子は、「政治的権威なく、我々の正義に関する権利と義務は実現される。しかもそれは、人格間の明瞭な道徳的義務を通じて」と要約される。だがこれに対するスティルツの批判は、現実的かつ実践的なものである<sup>130</sup>。

以上みてきたようにスティルツは、一方でリベラル・ナショナリズムのような、特定ネイションの文化という濃い要素から個別性要請を導出する立場を拒む。他方、特定国家に対する道徳的義務の存在を否定するコスモポリタン、および国家の権能の正統性を批判する哲学的アナキズムにも与しない。この両者の間に立ちながら、スティルツは、国家を構築する一般的正義の根拠と、リベラリズムは特定の国家への忠誠と団結を正当化の論証を試みる。

次に、かかるスティルツの責務論論証を、とりわけ個別性の要請に焦点を当ててみていく。

## 第2款 スティルツによる研究

### 第1項 領域内の「国民」という個別性

スティルツが政治的責務の具体的内容として挙げるのは、特定の政治共同体における遵法義務、政治参加、納税、市民的再配分への参加、公民的ないし軍事的サービスへの従事、

---

<sup>129</sup> *Id.*, at 137-172.

<sup>130</sup> *Id.*, at 9-14.

国家全体での外部への賠償・補償への参加である。かかる内容を含む政治的責務がなぜ正当化され、かつ個別化されるのか。

スティルツは、民主制を集団的行動 (collective action) と置き、民主国家と日常生活の中で形成される集団 (everyday groups) の対比・類比から説明していく。

論証においてスティルツはまず、共有された意志 (shared intentions) に基づく集合的協働 (collective corporation) という考えからスタートする。スティルツ曰く、共有された意志による集合的協働を、そのために創設されまたは参加した集団・制度を通じて遂行することで、他の成員に対する我々の道徳的関係が変化するという。

我々は日々の道徳的生活において、同じ制度や集団の中で道徳的関係を変動させる。そのような生活の中で、我々は、「我々が何かをともに行っていることのせいでまたそれに従い、何かをしていると自分で考えているときにはいつでも、共有されている意志<sup>131</sup>」を持つのだという。これが共有された意志であり、そして民主的参加 (democratic participation) もこの一種であるとする。正義とは、その実現のために参加の意志を実践して、協力することを要求する価値である。そしてかかる正義は、民主制という制度と、当該制度内で課される法の制定を必要とする (加えて、その基礎にある民主的連帯と公民的忠誠は、それ自体に価値があるものだともされる<sup>132</sup>)。

共有された意志は、日常的な協力活動においてもみられる。ここで日常的協力活動の典型として、オーケストラという集団と、集団での演奏を例にとる。

**【集団での演奏】** 私はトロンボーン奏者であり、ベートーベンの第九を弾くことに価値を見出しているとする。私は単独では演奏できず、オーケストラに入ることを決意する。オーケストラでの演奏という目的をメンバーと共有するという事実から、他のパートを演奏するメンバーに手助けをする理由が与えられる場合もある (例えば、失業したクラリネット奏者が、自分の楽器を修理できない場合に5ドルを分けてやる理由は、失意の中にあるただの隣人が同じ楽器を買うために同額を与える理由よりも強い)。

既存の成員との契約によりオーケストラに加入した私は、まさしく「この」オーケストラにおいてメンバーとの間で新たに、特別な責務を負う地位に立つ。し

---

<sup>131</sup> “I have a shared intention whenever I think of myself as doing something because and insofar as we are doing something together” .

<sup>132</sup> *Supra* note 128, at 25.

かしながら私は、加入したオーケストラを辞めて、何ならバスケットを始められることも妨げられない。

では例えば、加入したオーケストラが演奏会を開催することに同意した場合、私は、気まぐれでこの日の演奏会をすっぽかして他所の演奏会に行っても良いであらうか？

以上のオーケストラのメンバー間での責務は、同意に基づき生じるものである。そして共同事業に参加するという同意は、道徳的に相関する事実や理由をもたらす。また、演奏会をすっぽかしてはならないという責務は、演奏という共同事業に参加するという同意がもたらす、他の成員の期待から生じるものである。ゆえに、演奏会をすっぽかして他の成員たちと共有した目的を達成しないことは、不正となる。

しかしながら、同意から生じる私のトロンボーンを弾く責務は、永遠にそのオーケストラでトロンボーンを弾き続けることを義務付けるような無条件の責務でもない。事前の通告によって、このオーケストラを脱退し、バスケットボールを始められることも正当化される。

そして、以上の自発的に私が参加したオーケストラの活動の最中に生じた事故等について、私個人に何の責任がなくとも、その団体の一員として責任を取らなければならない場面も考えうる。

**【集団の責任】** 例えばある日の演奏会で、歴史ある家屋を会場として借りたとする。その日の演奏では、第九の演奏の音圧によって、不運にも高価なステンドグラスが割れてしまったとする。このとき、トロンボーン奏者の私が演奏していようがいまいが、ステンドグラスは割れていて、私個人には責任がないとする。それでもなお我々はオーケストラ全体で、被害の補償を行う責任を負うことになる。

以上の自発的な同意に基づいた、団体への加入と目的・意志の共有および責務の発生を、スティルツは以下のように3段階のモデルで説明する。

tier 1: 個人が有する、実現を望む、目的および価値がある（以上の設例においてはベートーベンの交響曲の演奏）。そしてその実現のために、オーケストラに加入するという同意を行う。

tier2: 自己をその成員であるとみなし、また集団での目的達成のための寄与に向けた意志（we-intention）が生じる。これが、①同僚の奏者を敬意を持って、その期待を損ねないようにし、オーケストラに関する文脈において尊重しと配慮を示すという扱いをする、また、②集団での責務を果たすにあたり、自分の役割



を果たすという、道徳的理由を濃密にする。また、相互応答と相互支援の動機も生まれる。

outcome: ベートーベンの第九演奏が行われる。

かかる同意に基づく議論を、民主制国家における政治的責務に応用することはできるだろうか。

この問いに対してスティルツは、同意を基礎とする政治的責務論に対して行われる2つの異議をもって、否定する。異議は、「明白なゴールは存在しないという異議」(no clear goal objection)と、「国家を自発的な同意に基づく結社と同視できないという異議」(voluntary association objection)という形をとる。以下、それぞれ概観する。

前者の異議は、「民主制における共同活動においては、オーケストラにおける第九演奏が如き、共有されたゴールが存在しない」とする異議である。民主制下において同胞市民は、無論、投票や納税などをともに行うが、それら行動も明確な参加意識のもとでの共有された目的に基づく活動と呼ぶことはできないのである。これに対しスティルツは、自身の「民主制は、意識的な参加型の活動である」とする自身の主張を説得的なものとするために、共有目的についての補論を、後述するカントとルソーから導く<sup>133</sup>。

後者の異議は、民主制ひいては国家は、オーケストラのような自発的な結社ではないとする、非常によく聞く批判である。然り、オーケストラなどの市民団体は、自己目的の追求のため、諸個人が自発的に参加に同意するものであり、その同意から諸々の責務や特別の配慮が発生する。そして、結社からの離脱も個人の自由になしうるところが大きい。他方の民主国家に関しては、生来国籍を有する市民はまず国家への参加に明示の同意をしたことはなく、出生国からの離脱コストも著しく高いものとなる。このとき、自発的結社における説明を、民主制国家においても同列に論じることが不適當となる。スティルツもこの批判を容れる。それでもなお、参加が基本的に自発的であり、目的が共有された共同活動であると論じうる途があるのか、あるいはそれ以外の方途があるのかを探る<sup>134</sup>。以下、両異議に対するスティルツの応答をみていく。

まず「明白なゴールは存在しないという異議」についてである。民主制国家において共有される目的の導出に、スティルツはカント的目的とルソー的目的を挙げる。

まずカント的目的をみてみよう。上述の通り、カントの政治論において国家は、権利義務

---

<sup>133</sup> *Id.*, at 191.

<sup>134</sup> *Id.*, at 192.

の客観的定義を規定し執行することで、正義を実現するという基本的役割を果たす。諸個人は市民的権利 (civil rights) の保護という利益を有し、その実現は諸法律からなる公的制度に依存する (さもないと、他の私人による支配と強制の対象となる)。権利義務に関する客観的システムの構築は、我々の振舞いにおいて他者との調整を要請する。すなわち、法執行は権威の一部として直接的かつ強制的な行為を通じてなされるものではなく、それら諸法の実現に向け活動する人々という広範囲かつ浸透的な振る舞いに依存する。

法服従により、当該法律に道徳的な顕著さ (moral salience) を認める当該国の住民は、国家状態において獲得される諸権利の効果的实现に寄与する。カントいわく、正義をめぐる諸種の私的な解釈が競合する状況下においては、平等な自由が確保されないため、国家が構築された状態を通じて諸個人が法をめぐる振る舞いを調和させることが、正義によって要求されているのだという。換言すると、正義の強制とは、統一された対法体系としての公的制度による定義化と執行なのである<sup>135</sup>。

かかるカント的な共有された目的に寄与するにあたり、法に服従する構成員は、国家が実施する公的強制システムの全体までは予期せずとも良い。求められるのは単に、処罰を回避することの意識、あるいは法に服従することの意識といった程度のことで良い<sup>136</sup>。

そしてルソー的目的として、民主制国家に生きる市民は納税や法服従によって当該国の他の成員を助けるだけでなく、政治過程に自身が意識的に参加する責務も負う。民主制国家に関するルソー的ゴールは、共同することで権利義務の正当な体系 (just scheme of rights and duties) を構築することである。政治過程に向けた自身の発言と投票により、民主的な市民は、単に法に服従する場合の市民よりも一層強固な、共有された意識の一部となる<sup>137</sup>。

民主主義の過程において、市民の間には諸価値の対立がある。このような中、協力して法律を制定することにより、人々は互いの利益を考慮に入れなければならない、それゆえに互いを当該集団の成員としてみなすことになる。また、互いに、相手の公共性をめぐる意見を効果的に、考慮に入れなければならない。もしも一方が他方に自分の私的な意思を押し付けるだけならば、一般意志の形成に寄与することにはならない。政治への参加と投票によって、我々諸個人の意識は、他者の意見をも効果的に取り込んで、「我々」により法律を制定することへと向かう。民主制への参加の中で、我々は、「他者も同様に寄与する共有された活動

---

<sup>135</sup> *Id.*, at 192-193.

<sup>136</sup> *Id.*, at 193.

<sup>137</sup> *Id.*, at 194.

を推進している」と理解しなければならない<sup>138</sup>。

以上のことから、我々の市民的権利を定義する方が正統性を有するのは、諸個人が対等な市民として政治過程に寄与する権利を与えられた、公平な集団的プロセスから産出されたものである場合に限られることを意味する。また、そこでは参加者たちは、相互に (reflexively) 他者の寄与の成功も意図しなければならない。民主制下の政治過程において、市民は、共有された目的のもとで活動することになる。民主的な市民が共同によって究極的に生み出す「善」(good) は、彼ら自身の市民的権利の正当な特定化である<sup>139</sup>。

以上、民主制国家の住民と市民 (citizens and residents in a democratic state) は、カント的なゴールと、ルソー的ゴールという、2種の共通ゴールを有することになる。

## 第2項 良きサマリア人としてのつとめと正義の自然義務のアナロジー

次に、「国家を自発的な同意に基づく結社と同視できないという異議」に対するスティルツの応答を概観する。上述の通り、民主制国家は大半の市民にとって、同意に基づく自発的結社と同視できるものではない。そこでスティルツは、同意に責務の発生根拠を求めるのをやめ、代わりに万人が同意もコミットもなく負わねばならない自然義務にその根拠を求め、同時に個別性の要請を充足しうる根拠を探る途を模索する。模索の際に、スティルツがアナロジーとして用いるのが、「強制的な(私設)消防団」(involuntary fire brigade) の例である。

【強制的な私設消防団】深夜に目覚めた私は、隣家が火事に遭い、中に子どもが閉じ込められていることに気付いた。このとき私は、私自身に莫大なリスクが及ばぬ範囲で、子どもを救う義務 (duty) を負う。当該救助義務の実践のための方法の1つとして、私は自宅のバスタブを水でみたし、バケツで水を汲んで火にかけるというものがあろう。だがこれは効果的な手段ではない。かかる状況において、消防団が駆けつけたが、一人、人員が不足しているとしよう。消防団は消化のために、トラックに座り、トラックを操作する人間を必要としている。もしも私が彼らを助ければ、我々が協力して子どもを助ける可能性は高いものとなる。このような状況下で、子どもが死ぬ莫大なリスクが存在するにもかかわらず、私

---

<sup>138</sup> *Id.*, at 194.

<sup>139</sup> *Id.*, at 194.

が消防団の活動に参加することを拒むことは正当化されるだろうか？<sup>140</sup>

良きサマリア人としてのつとめ (Good Samaritan duties) から、他者救助の義務が生じると考えられる以上の設例において、私は、私が消防団の事業に参加したり同意したりといった過去がないにもかかわらず、消防団と共に活動することを拒絶する道徳的な自由を持つとは考えられない。他者を救助するという先在する (preexisting) 義務が、設例においては、消防団に協力し活動するという個別化された義務を引き受けさせるのである<sup>141</sup>。

そして消防団のトラックに座る私は、子どもの救出のために他に良い戦略を思いつかない限り、そこから離れることも許されない。なぜなら消防団の正規のメンバーたちは私の貢献を頼りにしているのであり、私は正統にも、レスキューの手助けをする積極的な義務 (positive duty) を負うのである。トラックから離れることで、私は、参加した事業全体の成功を危機にさらし、義務の遂行を目指した全員の努力を水泡に帰せしめかねない。ゆえに、私が負う一般的義務 (general duty) は消防団が登場した時から、消防団への加担が最善である場合に、個別化されたものとなる。そしてその義務は、他のメンバーが私の寄与に期待しているため、拘束的なものとして残り続ける<sup>142</sup>。

以上の設例においては、すでに組織化された消防団を前提としていた。そしてかかる他者救助の一般義務は、いまだグループが形成されていない状況下においても、グループを形成し他者を救助する道徳的義務を導出する可能性がある。かかる例としてスティルツは、次に、「受動的な地下鉄の乗客たち」 (passive subway riders) を挙げる。

【受動的な地下鉄の乗客たち】ある地下鉄車両に、互いに見知らぬ7人の乗客がいる。そのうちの1人がやおら立ち上がり、最も小柄な乗客を床に押し飛ばして殴打し、彼を抑えつけた。残る5人の乗客の誰もが、単独で、その暴力者を鎮圧することができそうにない。だが、5人がかりで協力してその暴力者に挑んだならば、5人のうちの誰もが深刻な怪我を負うこともなく鎮圧できるとする (またこの設例において、暴力者は銃もナイフも所持していないものとする)。地下鉄の乗客たちが眼前の暴行を拱手傍観する場合、我々は、この5人に対して一致団結し行動しなかったこと責任を問うことはできるだろうか<sup>143</sup>？

スティルツいわく、本設例において我々は、間違いなく、共同して行動することに失敗し

---

<sup>140</sup> *Id.*, at 195–196.

<sup>141</sup> *Id.*, at 196.

<sup>142</sup> *Id.*, at 196.

<sup>143</sup> *Id.*, at 197.

た乗客たちの責任を問いうるという。

この設例において乗客らは、共同して行動するという義務を果たすために、互いに意思疎通しグループを結成するという、「強制的な消防団」の場合よりもさらに加重された責任を負う。ここでも、同意の有無は関係ない。彼らは、抑えつけられた人物を救助するための手段として団結することが適当な方途であるのだから、自分たちで組織を結成し、救出にあたる義務を負うのである。もしも彼らがこれを拒むのであれば、我々は彼らの道徳的責任を問いうるのである<sup>144</sup>。

以上、2つの設例をみてきた。これらをもとに、民主制国家を形成し、またはそこに参加する自然義務について検討する。

我々は、自分のゴールや選択とは関係なしに、正当な国家 (just state) に参加するという義務を無条件に負う。これは、ジョン・ロールズが「正義の自然義務」と通底する。上述したカント・ルソー的主張を受け入れた時、我々は正義の義務により、諸個人の生命・財産の不可侵という権利を具体化し実現する公共制度 (民主制国家) を形成するよう要求される。この正義の義務は制度を通じてのみ実現されるものであり、私人が好き勝手に行動するだけでは達成され得ない。また、かかる正義の義務は、同意や自発的な参加に基づくものでもない。当該義務は救助義務同様に自然義務であり、我々が合理的主体であるということのみに基づいて、我々を拘束しまた権力的に執行される<sup>145</sup>。

この正義の自然義務は、公共的な法的制度の創設を通じてしか、実現され得ないものである。民主制は意識的な参加の実践であるという分析を保持するとき、我々は以上の正義の自然義務を、以下のように解釈するべきである。すなわち、法服従と納税を通じて、権利義務に関する当一的体系を強制的に課す国家の権力的行為に協力する義務と、これら権利を確定する民主的過程に参加するという共有された意識を形成することで、上述の統一的体系を正当なもの (just one) であると判断する義務である<sup>146</sup>。

そして、個別性要請は以下のように考えられる。すなわち、個人は自分の行為によって一般に、権利に影響を及ぼされる人々のグループとともに、制度を形成しこれを支持する義務を負う。そして自然義務は、アナーキーな自然状態下と、すでに国家が存在する場合に応じて、それぞれ個別化されていく<sup>147</sup>。

---

<sup>144</sup> *Id.*, at 197.

<sup>145</sup> *Id.*, at 197-198-

<sup>146</sup> *Id.*, at 198.

<sup>147</sup> *Id.*, at 198.

自然状態においては、国家を創設するという共同事業に参加する義務を負う。正当な国家（just state）の建設を拒む諸個人は、「受動的な地下鉄の乗客たち」におけるように道徳的責任を問われる。スティルツは前述のウォルドロンの「近接原理」（proximity principle）を、「大地を共有し、隣り合って生きねばならない人々は、必然的に互いの行為によって影響を受ける。自然状態において我々は、我々の資源管理行為によって影響を被る者であるならば誰とでも、ともに国家を建設する義務を負う。そして、現在の我々は、地球レベルで見れば無政府状態であり、また国境を越えて相手の自由に悪影響を及ぼしているのだから、我々はいまだ充足されざる国際的な法制度を創設する集団的義務を負う」と引用する<sup>148</sup>。

そしてここからスティルツは、国家を建設する道徳的な義務を負う人々は、それまでリベラル・ナショナリストが説くような特別な文化的紐帯などを有しておらずとも、互いに影響を及ぼしうることのみによって、協力し国家を建設しなければならないのである。ただし、国家の建設は相互作用を要するので、その地理状況によって、相互に交流が図りうる範囲に限定されるとも述べる<sup>149</sup>。

他方現在のように、すでに国家が存在するが上述の近接性原理によらず国家の法管轄によって領域が確定されている場合には事情が異なる。世界には、正統性を主張しうる国家が無数に存在する。このとき、我々はそれら諸国家のうちのどれに税を納め、またどの法を遵守すべきなのだろうか。スティルツは、「我々の行為が、正統な強制によって一般に他者に影響を与える、すなわち他者の権利保障に悪影響を及ぼす、既存の国家内において」<sup>150</sup>と個別性を導く<sup>151</sup>。

国家の成員として、法を遵守し、税を払い、自他の権利保障を享受する中で、およそ人はすでに強制的な同胞関係に巻き込まれている（implicated in coercing one's compatriots）。法遵守等の振る舞いを志向する中で、すでにその人は、当該領域における特定の人々に対する法の執行に協力している。そしてこの協力は、人類全体に向けたものではない。

カントを下敷きにする、国家の構成員と政治的責務に関するこの説明は、主に領域に着目した説明であり、我々の財産権（our rights of property）の定義化と保護に関する国家の

---

<sup>148</sup> *Id.*, at 198.

<sup>149</sup> *Id.*, at 198-199.

<sup>150</sup> “existing state in which our actions regularly affect the legitimate coercion of which other people, and therefore impinge on the security of their rights” .

<sup>151</sup> *Supra* note 128, at 199-200.

道徳的重要性を強調する理論であると考えるべきである。領域内の他者の自由について再三言及することにより、領域内にいる人物は法遵守と納税を通じて、その領域を治める国家を支持する責務を負うことになる。ただし、他国の住人や旅行客らは、当該領域における強制的な権力行使の影響を被るといえども、参加型の法執行の実践（joint law-enforcement practice）に関する「一時的なメンバー」（temporary members）にすぎず、オーケストラで言うならば「代役」（fill-in players）にむしろ近い。これら一時的メンバーは、他者の権利の尊重や法遵守など各自の責務を負うが、当該国との繋がりは浮動的であり、一時的なものに過ぎない。そして一時メンバーはその領域を離れることで、当該国の成員の法執行への寄与をなさなくなるので、責務を負わなくなる<sup>152</sup>。

そして、領域内での強制力の行使が不正が著しい場合には、寄与の政治的責務は、法への不服従義務、ないし同胞市民と協力し現行政府の追放する、という形で析出する。不正が軽微である場合には、民主的過程への参加による不正の修復という方途をとりうる。カント的な国家の指示の責務に加えて、正義の自然的義務はルソー的な民主的参加の責務にも同様に基盤を持つ。国家が強制する権利義務の体系は、前成員の利益を考慮に入れた、政治過程への参加者たちの共同事業の結果であるために、正当かつ非支配的（just and nondominating）なものとなる<sup>153</sup>。

また、ルソー的な見方は、市民権を誰に与えるかという問題にも示唆を与える。ルソー的な民主的市民権の視点によれば、当該国の領域内のすべての永住者は、市民権を与えられるべきことになる。成員資格に関する高次の地位の範囲を、長期にわたり当該領域における制度によって、人生を広範に形成される者に伸長させることは妥当である。

カント・ルソー的な市民権に関する領域理論は、市民権付与の基準を民族や文化に基づき確定することを是認しない。特定領域内で方に服従することを強制的に期待されるものは誰でも、市民権の取得の道を開かれているべきである。また、その領域の成員は団体としての責任も対外的に負うこととなる<sup>154</sup>。

以上の議論の構造を、オーケストラへの自発的加入と責務発生の3段階モデルになぞらえて記述すると、以下のようなになる。

tier 1: 正義の自然義務を万人が負う。それゆえ、法の共通体系を産出する。

---

<sup>152</sup> *Id.*, at 201.

<sup>153</sup> *Id.*, at 201

<sup>154</sup> *Id.*, at 203.

tier 2: 民主的市民として行動する義務を負う。かかる義務の中には、いずれかの国家の成員として行動する道徳的義務がある。また、カント的義務を実施し、納税や法服従と言った、法体系の支持の責務も負う。市民権に関するルソー的な義務から、民主的過程において投票し参加する責務、および同胞市民の参加権が保証されるよう、なしうることをなす責務も負う。さらには、自分の参加する国家の活動によって危害を及ぼす場合には、その危害へ償いを行う責務を負う。

outcome: 正当な法の体系が形成され、領域内で強制される<sup>155</sup>。

以上のスティルツの理論を、しいてシモンズの枠組みに引き直すと、以下のようになるだろう。

前提1: すべての人間にとって、民主的な国家は以下の理由から必要である。

a: 曖昧な概念である「平等な自由」を具体化し実現するため、我々は民主的な国家を必要とする。

b: 正義はその実現のため、集合的行為・協働を必要とする価値である。

c: 平等な自由に関する一般意志 (general will) は、公民的連帯 (civic solidarity) を通じてのみ獲得される。

前提2: すべての人間は、以下の義務を負う。

d: 正義をなし、推進する。

dm: 民主的市民として行動する。

結論1: 人は皆、以下 a-c の義務を負う。

a: 自然状態を脱して、隣接する他者と協力して民主的な国家を形成する。

b: 正統な民主的な国家が既に存するのであれば、当該政府と法を支持する。

c: 領域内における外国人は、一時的メンバーとして、他者の権利の尊重や法遵守など各自の責務を負う。

結論2: 自身が参加しコミットする国内法の遵守と政治的協同に関する道徳的な義務を負う。

以上のようにして、自然義務から議論を始めながら、共有された目的および正統な強制という2点から、領域および国民という制限がかけられ、個別性が導かれる。

---

<sup>155</sup> *Id.*, at 204.



### 第3款 検討

以上みてきたスティルツの議論は、カントとルソーをベースに、自然義務に個別性を付与し、政治的責務を正当化しようとするものだった。他者を救助する良きサマリア人としてのつとめという自然義務との類比で、正義の自然義務を論じる。そして万人に国家形成の義務を負わせ、また自己の行為により影響を受ける者とその近接性から協力義務の範囲を確定しようとする議論の構造は、後述する瀧川の政治的責務論と類似する。

しかしながら、スティルツの議論に関しては、諸種の疑義を抱く。以下、批判点を概括する。

まず、正義に裏打ちされた権利義務体系が具体化されるプロセスとしての、民主制国家における政治過程の認識が若干ナイーブ過ぎるように思われる。スティルツの議論においては、およそ「みんなで決めたのだから、万人の利益も考慮される。だから、遵守するに値するだけの内容も担保される。そして我々はそれに集団として服従することになる」とでも捉えられているようだが、現実の政治過程はそれほどナイーブなものではないだろう。

確かに我々は、市民としてそのようにあるべきかもしれないが、現実の市民の多くは、いかに自己利益を社会全体の負担の中から引き出すか、自分の利益を他人の不利益の上に確保するかに腐心している。そのような過程の中での相互認識も、同胞というよりも政治的敵対者という方がふさわしい。政治的責務論とセットで論じられる遵法義務論が、井上の指摘する通り、自己の信奉する正義構想に反する構想が政治過程で採用されたとしても、なおそれに服従する義務と捉えられるものであるならば、スティルツの民主政観には賛同しがたい。ルソーをベースとするスティルツの議論は、正義構想の対立と敗者の服従を不可視化する包帯となりかねない。

スティルツは、(後述するように、自然義務論をベースとする政治的責務論への最大の批判点である) 個別性の要請批判を克服し、かつ民主制への他の参加者の利益も「平等な自由」の配慮の中に組み込むよう方向づける(動機づける?) ために、ドゥオーキンの関係的責務類似の要素を付け足しているようにもみえる。しかしその試みは、民主政という政治体制への評価のナイーブさから、筆者にとっては説得力を欠く。我々は、民主制を「皆を団結させて集合的意識を形成させるためのもの」と認識するのではなく、競合する構想を有するものたちが平和のうちに抗争を終わらせるための手段と認識しておくべきだろう。

そのため、自然義務からスタートしながら、政治的責務の個別性要請を充足するための現

状の共同体への評価の甘さに疑問が残る事になる。民主制および現在の民主主義の実践を基礎とする、政治共同体を関係的責務論の基盤と捉えることに対しては、ドゥオーキンの関係的責務論に対してシモンズが行った批判が妥当する。現在広域に展開される民主政治は、実際に、兄弟や親子同様に国民相互に感情的結びつきを与えるものではない。ゆえに、「感情的絆・紐帯」(emotional bond)を持つものとは十分にはいえない<sup>156</sup>。

また、そういうものだと「解釈」することも、政治の状況を想定したとき、なお論証が不足している(また、実際にはなんらそういう感情的絆を持っていないにもかかわらず、最善に解釈すればその様な感情的な絆を持っているということになるということになるのか、そしてそこからなぜ関係的責務が生じるのかは不明である)。

加えて、「行為により影響を受ける者」云々から民主制の範囲確定を導くその議論についても、民主制の範囲確定に関する一般論の検討の不十分さを否めない。民主制により統治の正統性を担保しながら、同時に権力の行使に被影響者が参加することで自由保障を試みるという面をも鑑みるならば、民主制の範囲は過小包摂も過剰包摂も極力回避しなければならない。本章第3節でみたバオベックの議論を鑑みるならば、「行為により権利に影響を受ける者は皆」という論じ方では、まだファジーに過ぎる。「およそあらゆる影響を被るのであれば決定過程に参加できる」というのではルーズに過ぎて、決定過程に含めるべきでない者まで含めてしまう羽目になる。

そのような問題も勘案して、スティルツも、遵法や納税の責務からなる政治的責務を、当該領域内に現在する者らに限定し、さらに領域内に現在してもなお外国の居住者や旅行者を政治過程から外している。かくして外国人といえども正統な国家の内部では、その法を遵守するべし、という責務を導くのだが、それでもなお民主制の範囲の確定と、個別化について明確さを欠く。

まず、影響の種類を限定することなくおよそ「自分の行為によって権利に影響が及ぶ人々のグループ」に参加するべしという個別化と民主制の範囲確定を行うのであれば、そのときの範囲はスモールワールド理論さながら、輪は無尽蔵に拡散する。グローバル化した現代においては、コミュニケーションの方途も先鋭化しているため、民主政国家の範囲は地球全土に及び、世界政府の樹立要請を導出するだろう。

これに対しスティルツは、「現代においては正統な国家が無数存在する」という二段構え

---

<sup>156</sup> A. John Simmons, *The Obligation of Citizens and The Justification of Conscription*, JUSTIFICATION AND LEGITIMACY (Cambridge University Press, 2001), at 77-79.

で世界政府論を回避しているようにみえるが、そこにはなぜ多国間の問題についての統一した法が存在せず、かつ相互に影響を及ぼし合っている現状が正当化されるのかを論証する議論がない。

また思い起こすべきは、ウォルドロン指摘した「虹の戦士号爆破事件」である。後述の瀧川も論じる通り、現在では領域外から領域内の法を侵し権利に影響を与えることも可能となっている。この場合において、領域外から当該国の法に違反し権利を侵害する行為について何の道徳的非難もなしえない、と認めるべきではなかろう。

このように考えていくと、スティルツの議論にはなお、不十分さが残る。かくして、ブラッシュアップすべきポイントが残ることとなる。そして、これら批判点をも検討の射程に入れた責務論を展開するのが、次節で概観する瀧川裕英である。

## 第8節 瀧川裕英の自然義務論

本節では、ウォルドロンからカントに立ち返り、これをグッディンの割当責任論を応用して、個別化された自然義務としての政治的責務論を展開する、瀧川裕英の責務論を概観する。そしてそこから目指すべき理想としての世界国家と、その途上にある現実におけるありべき責務という区分を学ぶ。また本稿では、瀧川およびグッディンの理論から、非理想状態における許容される国境管理と国籍付与を論じる。かかる議論が、現在現実に主権国家が行う国境管理・国籍付与の正当化根拠を提示するとともに、移民論においてなされるべき裁量統制を考える際の1つの視座も提示する。

### 第1款 瀧川による研究

これまでに見たソーパー、横濱、井上の責務論は、国民と国民（統治者と被治者）の関係を主として検討する責務論であった（スティルツの議論も、民主制に関わる部分においては、ここにかかる）。ここでは、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の関係が前面に出てくる。

他方、これからみていく瀧川の理論でも、異なる正義を主張する者らの共生のために国家は要請される。また、個々人に規範や政治的決定を遵守する姿勢と能力も前提として措定される。しかしそこでの主たる検討対象は、国家と個人の関係である<sup>157</sup>。

---

<sup>157</sup> 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ことが誤りである、とされるところも特徴である。

瀧川は、政治的責務の基礎に、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、一見突飛な理想理論を展開する。以下、かかる瀧川の理論を検討する。

瀧川の責務論は、カントをベースにしたウォルドロン<sup>158</sup>の自然義務論から示唆を得ながら、一度カントに立ち返る。そしてこれを再解釈し、ウォルドロンの自然義務論が有する課題を、グッディンの割当責任論で解決し、発展させるものである。以下、それぞれについて瀧川の主張するところをみていく。

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、暴力の可能性が指摘される。これはウォルドロン同様、カントの理論から導かれる<sup>159</sup>）。人は、他者の意思から独立して自由であることの権利を持つ（共和主義の自由<sup>160</sup>）。そして人は、万人の自由への権利を尊重する義務を負う<sup>161</sup>。

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ため、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<sup>162</sup>。

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実現義務は、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後の法的状態維持義務に細分化される<sup>163</sup>。

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ときに、法的状態が実現されたと言えるのか。現在我々が想定する、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

---

<sup>158</sup> *Supra* note 110, at 3.

<sup>159</sup> 前掲注5、271頁。

<sup>160</sup> 同上276頁。

<sup>161</sup> 同上277頁。

<sup>162</sup> 同上276-277頁。

<sup>163</sup> 同上279-280頁。

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<sup>164</sup>。

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であるが、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。ゆえ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、地球共和国という目的は、国際連盟のように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<sup>165</sup>。

加えて、寿命を持つ、死すべき存在である人間は、地球共和国の到来を待つことができない。しかして、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<sup>166</sup>、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の国家は、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<sup>167</sup>。

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。そこでは、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づけられる。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<sup>168</sup>。

---

<sup>164</sup> 同上 280-290 頁。

<sup>165</sup> 同上 289 頁。

<sup>166</sup> 同上 289-290 頁。

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> 瀧川裕英「神は国境を引くか？」ジュリスト 71 頁。瀧川は割当責任論に基づき、国境を引くこととは、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、人間、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

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<sup>169</sup>。

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嫁し、特定の国家に対して負うものと位置づけられる。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内容として、瀧川はB・パレク（Bhikhu Parekh）を引

---

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こと、統治担当者と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・井上責務論の為政者ないし統治者・被治者の語を位置付けると、正義概念の下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間で、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 49 巻 1 号 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した上で、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（離脱オプションに制限を課し、受入国には有能な統治責任者を過剰に抜き取ることを禁じ、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を引き付けて具体化すると、移民制限が必要となる余地は多少拡大するだろう。グッディ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 人を割り当てることが最適とされると推定する。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、より現実を引き付けて考えると、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・ナショ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、および前掲注 65、267-277 頁も参照。

<sup>169</sup> 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。

き、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持ち参加する責務、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、虐げられ無力である人々を擁護する責務）を挙げる（ただし、法的状態実現にはさまざま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）<sup>170</sup>。

以上の瀧川理論を便宜上、シモンズの自然義務論の構造にしいて当てはめ、整理すると以下になるだろう。

前提1：正義をめぐる闘争がある自然状態下で、法的状態は人類にとって必要である（自然状態テーゼ+政治の情況）。

前提2：すべての人間は、以下の自然的・道徳的義務を負う。

---

<sup>170</sup> 前掲注5、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、これを動機と民主制の軽視と、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、互いが互いを論敵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補足する。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関係性のために、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（横濱竜也「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。批判の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状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ることは認めている。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。瀧川裕英「法的状態というユートピア」法哲学年報2018年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もなく、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、私にとっては驚きである」と述懐する。民主制に関する瀧川その後の小論としては、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責務が派生的義務と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、他面においては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。

d1：人は万人の自由への権利を尊重する義務を負う。

d2：隣接する他者と「法的状態」を実現する義務を負う。

結論1：人は皆、以下の自然義務を負う。

a：自然状態を脱して、隣接する他者と協力して法的状態を実現する（法的状態移行義務）。

b：国家が既に存在し、当該国家の管轄内に存在するのであれば、安定している当該政府と法を支持し、維持する（半自然状態における法的状態移行／維持義務→地球共和国における法的状態維持義務）。

c：正統な他国の法的状態を阻害しない（自然義務としての領域無限定的な遵法義務、非毀損義務）。

結論2：各人は効率の観点から割り当てられた範囲内で、法的状態を維持し貢献する義務を負う。

そして義務の向かう暫定的対象は、グッディンの割当責任論的思考から論証される。すなわち、暫定的な現状において、人々の政治的義務の対象は割当責任論から、もっとも効率的に暫定的な法的状態の維持をなしうる単位に一応、限定される。

以上が、瀧川の義務論である。

憲法上の国民概念を検討主題とする本章が、特に瀧川から学びとるべき知見は、割当責任論による国家と個人の関係、責任割り当ての線引き・単位としての国境と国籍という思考である。これらの考え方は、井上や横濱の義務論においては検討の中心には置かれず、消極的・積極的地位に立つ国民について考え、義務論と憲法学を架橋するのに有益である<sup>171</sup>。

他方、瀧川の理論の主眼は「国家と国民の関係」の検討に置かれるため、「正義構想を異にする国民と国民の関係」および、そこでのあるべき民主主義の構造は、検討から外された（そして民主制それ自体を検討の対象とはしない本稿においても、デモスの範囲確定同様に、あるべき民主主義の探究は対象としない。差し当たり本稿では、くじ引き民主主義をさておいて、正義概念の下での正義の諸構想の政治抗争を、井上の描いたような民主主義下で決せられ、敬讓により争いが止められるべきものと措定しておく）<sup>172</sup>。

そして次に、国民を責任の割当単位と捉えたとき、非理想的な現在現実において、国籍を

---

<sup>171</sup> かかる考察は、本章第10節の小括で整理する。

<sup>172</sup> なお民主制の成立史とこれを推進する要素を抽出しながら、グローバルな民主制が成立する見込みと見通しについて検討した研究として、Robert E. Goodin, *Global democracy: in the beginning, International Theory*, Vol. 10, Issue 10 (2010), at 175がある。



付与し国境を管理することの意味を考えていく。

## 第2款 国境管理と国籍付与の正当化

世界政府を目指す理論においても、国境の管理と国籍付与は、正当化しうる。カント的世界政府を理想理論としながら、非理想状態の現実における許容可能な領土権の正当化理論を構築する試みも存在する。それでは、その理論はいかにしてか。

以下本稿が参照したいのが、レア・イーピー (Lea Ypi) の許容可能論 (permissive theory of territorial rights) である。まず以下では、イーピーの主張を概観し、そこから本稿が学びとれる視点を抽出する。その上で、前述の松元による実行可能性の枠に従い、本稿の立場において許容しうる国境管理と国籍管理の非理想理論の展開を試みる。そしてこれを、現行の裁量統制理論へと反映することも試みる。

### 第1項 非理想状態における実行可能性

カント的なコスモポリタニズムを理想として設定するイーピーは、しかしながら戦略的に、現実における許容可能な領土権の正当化理論を模索する。市民の持つ特定地域に関する権利から導かれる、正当性を論証すべき国家の領土権の内容として、イーピーは、居住権 (settlement)、退去強制権 (exclusion)、居住・退去強制権の特定地域における主張可能性 (particularity) の3つを挙げる。そして、自身の主張する領土権正当化の許容可能論のライバルとして原始取得論 (acquisition theory)、ナショナリズム論 (nationalism theory)、正統性論 (legitimacy-based theory) を挙げる。また、領土に関する包括的・固定的権利を主張するこれら三者に対し、許容可能論は、領土に関し主張しうる権利が条件付きかつ暫定的なものである点で異なる<sup>173</sup>として、自説の優位を主張する。市民の土地に関する権利から、国家の領土権に関する主張を導出し、その権利の歴史的経緯と現在の事情の双方に視線を向けることを重視するイーピーの主張を、まずは整理していく<sup>174</sup>。

許容可能論の展開にあたり、イーピーがまず用いるのが、以下の設例である<sup>175</sup>。

【設例】現代のあるところに、環境保護に熱心なNGOがあった。当該団体のメン

---

<sup>173</sup> そのほかにも他説との違いとして、イーピーは、他説は正当化が国内の主体 (agent) のみに注目して行われるものであるのに対して、自説は空間と時間の横断に注目する点も挙げる。

<sup>174</sup> なお整理に当たっては、観念論的色彩の滲むイーピーの主張を、筆者の解釈により簡略化して記述している。解釈の不整合や記述の不正確がある場合、それは筆者の解釈の責任である。

<sup>175</sup> なお設例の記述に当たっては、理解の容易化を促進するために、筆者が多少の整理と修正を施している。

バーは、飛行機を決して利用しないことによって、カーボン・フットプリントを削減することを決めていた。

しかしながら、過去に当該団体は、飛行機を用いた旅行による炭素排出の削減をめぐる環境保全関連のミーティングに、彼ら団体の活動の目的や動機を説明することを求められ、招待を受けていたとする。そしてそのミーティングに参加するためには当時、飛行機を利用する以外に方法が存在しなかったとする。

このとき、当該団体の活動の評価は、許容可能原則によって検討することができる。すなわち、許容可能原則によって、飛行機利用禁止という決定を一時棚上げにすることは、飛行機を用いた旅行の削減を促進するミーティングに参加するという目的から、どのように許容されるかを説明することができる。ここで、イーピーの解する許容可能原則について、議論の型を簡単に整理してみよう。

T1: 「Φする」という行為が問題を起こす場合、「Φするべからず」の原則が推進される。

T2: Φすることにより将来Φする行為の害悪を減らし、かつ現在Φする以外に代替手段がない場合、「Φするべからず」の原則が停止される。

・許容可能原則は、条件付き (conditional) かつ暫定的 (provisional) である。

イーピーは、カントの許容法則 (permissive laws) という解釈の余地の大きい概念<sup>176</sup>に引きつけ、以上を正当化する。すなわち、平等な自由という理想の追求と一致しない (incompatible) 行為へ、状況に応じた評価を行うための許容原則を、イーピーは引き出す<sup>177</sup>。

イーピーがその研究の中で行うのは、以上の許容原則に従い、コスモポリタンの理想の下で領土管理がなおも権利として条件付きかつ暫定的に許容されることの論証、およびその条件の論証である。

そしてイーピーによるその論証は、市民が持つ、特定の領域に対する一方的な意思決定による支配権 (取得と排除の権利) が、条件付き・暫定的であることを基礎とし、国家に許容された領土権もまた、普遍的な格率の実現に責任を有する政治的權威の創設に向かう国家

---

<sup>176</sup> イーピーは permissive law を、「それをすることが必要とされ得ないようにするための、その行為の必要性」 (necessiation to an act such that one cannot be necessitated to do it) と説明する。カント主義者はこれにより、指令と禁止以外の、格率とは一致しない例外的な第三の規範を導出する。

<sup>177</sup> Lea Ypi, *A Permissive Theory of Territorial Rights*, *The European Journal of Philosophy*, Vol. 22, No. 2, at 3-4.

の責務 (states' obligation to create a political authority responsible for realizing the universal principle of right) のなかで認められる、条件付きかつ暫定的なものであることを導く<sup>178</sup>。

次に、かかる許容可能論において領土権に関する居住権、退去強制権、特定性の3点について、イーピーの主張を概観する。市民が無主地を先占し、その土地の支配の権利を原始取得することは、当該土地に関する居住権を認めると同時に、他者に対してその侵害を差し控えるよう要求する排除の権利をも認めることとなる。以上の権利は、「厳重に保護されるような自分の領域を持つことへの失敗は、自己の目的を追求することに関する個人の能力を損なうことになる」ということから正当化される。まさに個人の地位を安定させ、脆弱性から保護するために、取得と排除の権利が道徳的に正当化されるというのが、イーピーの立論である<sup>179</sup>。

しかしながら以上の権利は、あくまで一応の (*prima facie*) ものとして正当化されるに過ぎない。所有は、万人の名の下に支配を行う政治的權威の創設の必要性を、我々が受諾する場合においてのみ、正当に (*rightfully*) になしうる。一方的な取得という行為は、人格間の関係が公共的な政治的權威により統制される政治的状态 (*political condition*) への加入についてのコミットを条件としてのみ、正当化される。国家が享受する領土権も、隣り合う人々が共存するための正当な条件を創設する、公的な法システムを人々に課すが故に、認められる。そして人々同様に、国家も限られた地表において、他国と隣り合わざるを得ない関係に立つ。故に、国家間においても正しい関係を創設する必要性が導かれる<sup>180</sup>。

個人の支配権から国家の領土権を導くイーピーの論拠については、「相互に関連する議論に、個人の権利も国家の権利も基づいている」(they are grounded on an argument of interdependence) という説明がなされる。すなわち、取得を許容する原理は、普遍的な政治的權威への参加の責務を課すことによるのみ、他者の自由に制約を加えるものとして成立する。この場合においてのみ、他者の排除を伴う土地の支配のシステムは終局的なものとなり得ない<sup>181</sup>。

特定の土地に関する権利の主張は、先占に価値の重みを認めるべきである。また、侵略の

---

<sup>178</sup> *Id.*, at 5-6.

<sup>179</sup> *Id.*, at 11-13.

<sup>180</sup> *Id.*, at 18-21.

<sup>181</sup> *Id.*, at 25. いわく、ある国家における市民の国内での土地所有権すら、暫定的なものに過ぎないということになるのであろう。他国の市民との関係においても権利を確定させる統一的な政治的權威を確立しない限り、その所有権は未確定な条件付きかつ暫定的なものに過ぎないと主張するものと解される。

ような不正な手段による国家による領土の取得も認めない。先住民らの領土の篡奪についても、その後の時間の経過によってもなお、不正は強制されるべきである。土地の正当な配分を主張するメカニズムが施行されたとき、過去における一方的な土地の取得の不正に対する矯正が実施させるべきである。これは、一国内において民主的な意思決定システムが成立した国家における市民においても同様で、過去の不正を乗り越えるような再配分が要求される<sup>182</sup>。

以上が、イーピーのカントをベースとする許容可能論である。

## 第2項 検討

イーピーによる政治的責務に関する捉え方や、所有と主権に関する捉え方が本稿とは異なる。そのため、イーピーの主張をそのまま丸呑みするような形で、主張を採用することはしない。また、市民の土地所有権から議論を始めるイーピーの主張は、本稿の採用するところではない。

加えて、イーピーは大要「市民の土地所有と国家の領土権はアナロジーではなく、相互依存の理論である」と言いながらも、居住権と退去強制権をメルクマールとするその領土権の説明は、市民の土地所有権の内容に引きずられ過ぎている。

(第5章で詳述するように) 国家にとって、領土は個人が主張するような、いかように扱ってもよい権利・財産・対象ではなく、責任をもって受け持つべき管轄である。ゆえに、国家が主張する責任から派生する管轄権の中身を、「ほとんどアナロジーに近い形で」市民の土地所有権から融通無碍に定義化するべきではないだろう。

またイーピーの議論は、カントの言説の解釈により、自己の主張の基礎付けを確保する傾向が強く、論拠の弱い部分や、主張間の繋がりや構造が曖昧である部分も多い(なお、「カントはこう言った。カントの言葉は、こう解釈するべきである」に重きを置く論証の当否判断は、カント専門家ではない筆者には荷が重いので回避する)。

以上がイーピー理論への批判である。

次に、本稿と基本的に共通する視点をイーピーから抽出する作業に移る。

---

<sup>182</sup> *Id.*, at 26-37. なおイーピーは、近時の移民の流入に関する配分と文化に関する議論・紛争において、階級(class)の境界・指標に着目した分析と議論の必要性を指摘し示唆に富む。恣意的かつ比較に適しない対象ではなく、適当な対象間での比較がなされるよう対象を選出しなければならないとするその主張は当を射ている。See, Lea Ypi, *Borders of Class: Migration and Citizenship in the Capitalist State*, *Ethics and International Affairs*, 32 (2) (2018), at 141.

まず、イーピーの許容可能論および暫定かつ条件付きという視点は、上述の理想理論と非理想理論の別と通底するものである。そして理想理論を追求する現実における非理想理論内での許容可能な行為を、許容可能原則から判断し評価するという視点も、学習に値する。

加えて、国家の管轄権の許容性判断において、過去・現在・未来<sup>183</sup>いずれに関してもそれぞれ重みを与え、可能な限り整合的に理論を構築しなければならないというイーピーの基本姿勢も、本稿の基本的立場と軌を一にする。

国家の理論においても、我々は、過去の不正に対する答責とその矯正の責任を負いつつも、その上に構築された現在の状況も尊重しなければならず、そのうえでさらに、理想理論たる未来を追求しなければならない。国家の管轄権と管轄範囲は、かかる時間的な視点から検討されるべき問題である（ただし、先住民等の管轄地に関する歴史的不正については本稿の関心から外れるため、以下では特に現在と未来という視点に重点を置く）。

以上の視点から、理想的ではない現在において論じうる、国家の責任対象の範囲の限定である国境管理と国籍管理に関する許容可能な非理想理論を検討する。

### 第3項 正当化しうる国境・国籍管理理由

以下本項では、政治理論の「実行可能性」をめぐる松元雅和の方法論を参照し、これを応用する形で、長期にわたる非正規滞在者の処遇をめぐる理論を構築することを試みる。

すなわち、第2章でみたボズニアックの議論の構造を念頭に、松元の理論から理論の実行可能性をめぐる制約の強度に関する整理・思考法を学び、第5章で展開するスティルツの価値の衡量論的思考に、退去強制争訟における共約不能な諸価値・諸理由の葛藤状態を落とし込む。これにより、現行入管法制下における行政裁量統制論の批判および精緻化を試みる。

そのために以下本項で検討したいのが、前述の松元の整理である。

松元は政治理論における「実行可能性」の問題を、現実におけるその制約の強度に応じて「技術的実行可能性」、「実践的実行可能性」、「政治的実行可能性」に三分する。前者ほど制約が強く、政治理論において無視し得ないものである。そして後者ほど制約が弱く、無視しうるものであり、その中間点にさまざまな種類と程度の実行可能性が存在する。以上が松元の整理である<sup>184</sup>。次に、それぞれの実行可能性の中身を概観する。

---

<sup>183</sup> ロック主義者のシモンズにおける財産論ベースの歴史的不正問題解釈の方が、過去と現在の繋がりに関する論証の筋においては洗練されたものではある。だが、本稿はこれを採用しない。

<sup>184</sup> 前掲注 101、144 頁。

松元によると、技術的実行可能性とは、ある正義原理が自然法則や物理法則、あるいは人間一般の心理的傾向に照らして実現可能かどうかであるとされる。この技術的実行可能性を満たさない提案が、「貴方は空を飛ぶべきである」といったものである。他方、「子どもは両親ではなく国家が養育するべきである」という提案は、歴史上実践されたものであり、技術的実行可能性をクリアしているので、別の次元の実行可能性の問題となる<sup>185</sup>。

他方、政治的実行可能性とは、ある正義原理を実行に移す公共政策立案が、世論から十分に支持を得られるかどうか、ということとされる。例えば現代の民主主義国家においては、「子どもは国家が養育するべきである」といった世論の常識から乖離した提案は、政治的に実行不可能である。なぜならば、世論に背を向けたままで政治家や政党が選挙で勝利することはできないし、仮に実行に移したとしても、大規模な批判や不服従に直面することが不可避だからである（ただし、この種の政治的実行可能性の制約を理由に、正義原理を棄却するのは保守的にすぎる、とも評される。政治理論の、現状批判的な能力は損なわれるべきではない、とする松元の主張は妥当である。ただし後述するように、これが理論を踏み越え実践されるときに、法の維持にとって莫大なコストを支払わざるを得ないのであれば、その実践は無論漸次的かつ現実的なものとされなければならないであろうが）<sup>186</sup>。

そして、以上の強い制約と弱い制約の中間に、さまざまな種類と程度の実践的実行可能性が存在するとされる。その例として、財政的、法的、倫理的、制度的、文化的実行可能性・制約が挙げられる。「資源の希少性」もここに含まれる。観念的には、分配的正義が問題にならないような物質的に豊かな社会を想像することは不可能ではなく、それは過去または未来において存在しうるものかもしれない。ゆえにこれは、技術的実行可能性よりは弱く、しかし政治的実行可能性よりも強い制約なのである。そして実行可能性に関する政治哲学者同士の対立の多くは、この中間的次元における制約の取り扱いをめぐって生じるものとされる<sup>187</sup>。

政治哲学者はさまざまな「望ましさ」を提案し、理想社会を描きだすが、その理想には諸種の実践的制約がかかる。例えば社会のセキュリティを高めれば市民的自由が損なわれかねず、経済発展を充填化すると環境破壊が生じかねず、文化的多様性を認めれば社会的連帯が脅かされかねない。財政的、法的、倫理的、制度的、文化的諸制約の下では、多種多様な

---

<sup>185</sup> 同上 145 頁。

<sup>186</sup> 同上 145 頁。

<sup>187</sup> 前掲注 101、145-146 頁。

価値の両立が困難を伴う結果、それら価値の間で優先順位をつけることが求められるのである。かくして、「何を実現するべきか」のみならず、「いかに実現するべきか」も考えなければならなくなる<sup>188</sup>。

以上が、松元による実行可能性の整理である。本稿ではかかる見方を直接採用するものではないが、応用する形で、既存の法・政治哲学的移民研究の分析に際し、参照したい。検討するのは、アンナ・スティルツによる国家による国境管理の利益と、個人の移動の自由の衡量に関する検討である。

#### 第4項 スティルツの見解と裁量統制への応用

入国・滞在の許可を原則としつつ、条件付きで国家による退去強制が許容されるとするスティルツは、移民の増大を、既存の法制度に対するコスト増大として捕捉し直すべきと主張する。かくして国家が、機会移民の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つき、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する。

そしてスティルツは、以上の移民制限の正当化根拠としてのコスト的理由の中には、「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非理想的な理由」(nonideal reason)の2つがあると説明される。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の激化に伴う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、というものが想定されている。

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とする<sup>189</sup>。

以上が、移民の移動の自由に親和的なスティルツによる、国境管理の可能性の示唆である。

これを、先述の松元による制約としての実行可能性の議論に引きつけ理解すると、そこでは、「個人の自律、あるいは善き生の構想と密接に関わる居住・移転の自由は、重要な価値

---

<sup>188</sup> 同上 146 頁。

<sup>189</sup> Anna Stiliz, TERRITORIAL SOVEREIGNTY (Oxford, 2019), at 185-215.

を持つ<sup>190</sup>。だがそれでも、どの国・法管轄で生きるかについての自由は、完全に認められることがなく、そこには諸種の制約がかかる。そしてその制約には、より強度のものと、より弱く、軽い重み付けをするべきものがある」と換言できる。

そしてスティルツの整理においては、技術的実行可能性の存在、およびその制約へ服さざるを得ないことは所与とされ<sup>191</sup>、「妥当な理由」には実践的実行可能性が、「許容せざるをえない理由」には政治的実行可能性が該当し、現実世界での政策実現において異なる重みづけ・評価がなされるべきとされているものと整理し直すことができる。スティルツによる「妥当な理由／許容せざるをえない理由」の分類には、なおいっそうの精緻化の余地があるだろうが、それでもその主張するところは、現実的かつ妥当である。

上でみた通り、現在存在する諸国家は、まず自国の国民の生存条件について責任を負い、かつ自己の管轄領域内での法的状態を維持する責めを負う。世界や万人に向けた義務の個別化として、国内における責任を持つ。そして移住者を引き受ける、あるいはその責任を半永続的な形で確認する（国籍を付与する）ことは、国家にとって、引き受けるべき責任を増大させることを意味する。

そして、国籍を国家による諸個人の生存についての責務責任の配分単位とみたとき、いかなる統治の形態を将来世界的に形成したとしても、その登録と付与はなくなる。国家ないし政府が、諸種の行政サービスの提供や、デモスの範囲確定、正確な国政の把握といった観点から、その範囲内に生きる人間の情報を登録する必要性は、なお残り続ける。そして生存に関する責任範囲の把握に絞って、国籍（あるいは他の何らかの形態の単位の付与）を検討しても、その時々政府の能力限界、および法管轄領域における人間の愚劣さや偏狭さ、不完全さから、責任の引受可能単位は、時局等に応じて上限を設定せざるを得ない。

以上の制約は、地球政府においても存在するだろう。また、その実現の途上にあっては、各国における法的状態の維持のために、より多くの制約がかからざるを得ないだろう。

---

<sup>190</sup> ただし次章でみる通り、当該自由それ自体に価値があるのではないし、主張する者に応じてその重要度は変動する。無制約の自由それ自体が望ましいわけではない。

<sup>191</sup> 移民における技術的制約として差し当たり筆者が思いつくものとしては、「それ以上人類が暮らすことが不可能なほどの過密、あるいは環境の悪化が存在する場所に、さらに人を送り込む」ようなことだろうか。現状、海面上昇により島嶼国家のいくつかが将来の消滅を危惧されるものの、移民の受入国となる国家に、かかる技術的制約が存在するとは思えないが。ただしこういった問題を国家でなく地域レベルで考えれば、水道供給能力の観点から移住を制限した志免町給水拒否事件のようなケースは容易に考えうるだろう。また制約の次元をより広げて検討すると、オーバーツーリズム問題のように、単なる観光目的の人の移動ですら地域社会に害をもたらすがゆえに、流入数の抑制・制御が要請される場合も現実存在する。移動の自由なるものを論じるにあたっては、これら現実的な制約をも考慮に入れる必要があるだろう。



かかる責任の引受単位としての国籍付与の範囲は、時局に応じて変動する。のみならず、いかなる観点からの付与が望ましいか、責任をどの範囲まで負うべきか、受け入れる責任の単位の優先順位をどのように決するかをめぐっては、各人が考える正義の構想に応じて異なる。そのため、これは民主的な政治抗争の上に決せられるべき事項となる。そしてその具体化が、法の制定改廃や政策という形をとる。

諸正義構想の反映として生まれる、国家の責任範囲に関する法（移民法や国籍法）およびこれらに関する政策については、例えそれと異なる正義構想を抱く者であったとしても、これに敬讓し、遵守する一応の義務を負う。またその外部者も、法的状態を毀損しないよう、行動する一応の義務を負う。

そして以上の諸制約に関する整理を、外国人の退去強制をめぐるわが国現行公法および判例法理に照らすと、次のようにいえる。すなわち、マクリーン事件においては、司法裁判所が行政による裁量に敬讓を示す理由として提示されたのが、「外国人に対する出入国の管理および在留の規制目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保険・衛生の確保、労働市場の安定など国益の保持の見地に立って、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、時宜に応じた的確な判断」が、事柄の性質上、法務大臣の裁量に任せるのでなければ適切な結果を期待できない、とする判断が裁判所によって示された。それゆえに、当該政治・外交的事項は裁判所による判断になじまず、行政裁量が広範であると判断される。

然り、法的状態を維持する責任を負う国家とりわけその判断を担う政治部門は、変化する内外の状況に照らしながら、時局と事案に応じた制約の理由を採用すべきことは論を俟たない。そして、その制約の具体的内容および判断に至る過程と理由につき、説明する責任をも負う。ゆえに、その説明責任を真摯に果たすことを企図するものであるのならば、その説明内容は、マクリーンが示したような雑多な“合わせ技一本”では、不十分だろう。それが争われる個別の事案において、その時局およびその事案に関し、いかなる制約がかかってくるのかをより具体的に示し、説明する責任が政治部門には存する。

そして、どれほど強い制約が存在するのかの十分な説明がなされ、これに対する司法部門の能力の不足・不適格が説明されるとき、裁量統制密度が決まってくる。これにより、政治部門に対する司法の敬讓の度合いが決まる<sup>192</sup>。そしてその枠内で、非正規市民の退去強制に

---

<sup>192</sup> 十分な理由が提示されたとしても、大抵の事案においてはその判断の政治性ゆえ、司法が高度の敬讓を示し、統制密度が高まることはあまり見込めないだろう。だがここで重要なのは、その判断過程が検証

における諸理由（諸考慮要素）への重み付け、および衡量がなしうるところとなる。このように解すべきではないのだろうか。

### 第3款 憲法上の国民概念の検討

以上みてきた責務論は、国籍を権利の束とみるのではなく責任の所在とみる点で、憲法学一般における国民観と視点を異にする。責務論にあつては、国家にとっ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った。

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関係と、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）があるが、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っておこなわれる）<sup>193</sup>。

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

---

可能なものとなり、かつそれぞれの権限を行使する国家機関が批判と応答を行い、十分な責任に基づく行動をとることである。

<sup>193</sup> 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、正当化されうる。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。

についての議論は、いっ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っていると最近指摘されたのではあるが、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なのではないかとの疑念につながる」<sup>194</sup>。

権利語法に関する根元的な懐疑はさて置き、本稿は大屋を参考に、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・受動的地位の分類からはひとまず離れ）、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）と捉え直す。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

---

<sup>194</sup> 大屋雄裕「割当国籍論の可能性と限界」アスティオン 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。

に付随する国家による自由と、国家が防御線を設営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<sup>195</sup>。現行法秩序下の国民国家は、その憲法上の権利の保障の責任は、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。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」と相関するものとして、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。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」

<sup>196</sup>。

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、政治哲学の思考を用いて道徳的に許容可能な、責任の範囲を確定する試みともいえる<sup>197</sup>。そして国民国家を前提としたと

---

<sup>195</sup> 長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号31頁、同『憲法[第7版]』（新世社、2018年）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。

<sup>196</sup> 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）。

<sup>197</sup> 関係的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・シティズンシップ論は、後者の能動的地位の確定に資する議論となる。

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、裏面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、ぴったりと対応するものとは限らない<sup>198</sup>。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」をめぐる争訟との関わりで理解できる。すなわち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<sup>199</sup>。そして、アミネ・カ ril 事件<sup>200</sup>の原告子らのように、わが国で出生・生育してわが国に埋め込まれ（embeded）、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、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。

これを、以上の国家の責任論から言い換えれば、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、在留

---

<sup>198</sup> 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っ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」として論じられよう。森悠一郎『関係の対等性と平等』（弘文堂、2019年）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。

<sup>199</sup> 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2018WLJPCA10116002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う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。

<sup>200</sup> 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。

または居住の権利(なるもの)は、国家の責任対象となる「受動的地位」と同義といえる<sup>201</sup>。

敷衍する。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」に伴う自由とほぼ同義である<sup>202</sup>。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。入管法上の制度で争う形式から、権利の側面からは居住権や在留権、家族の結合(さらには国際条約上の諸権利)といった個別の権利として争われる。だがそれはあくまで、権利としての主張をする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。そういった意味で、個別の権利に解消し把握する方法は、正確ではない。

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、想定外の事態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もある<sup>203</sup>。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が、以上の国家の責任と個

---

<sup>201</sup> 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」の整理を用いて、「受動的地位」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、長谷部が説いた諸自由や、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。

<sup>202</sup> このように捉えると、居住権として主張される内容は、国籍の放棄の宣言によって、国籍請求権の主張へと形式を変える。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にのっとれば、在特は子ども等が正規の「受動的地位」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困難となる。加えて成年の場合には、「受動的地位」を認めると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やすい。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、もっ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ろう(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、と論じることを選択肢としては存在する)。

<sup>203</sup> 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(あるいは人種的境界)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「ポストコロニアルな交換の政治」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、中村義幸「退去強制法政研究序説(4)」拓殖大学論集148号51頁も参照。

人の地位の問題を参酌して、重み付けられなければならない。

なお、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権利が存在するといえるかは不確定で、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・在留権の権利性質説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<sup>204</sup>。

## 第9節 哲学的アナキズム

最後に補論として、政治的責務論の最大の論敵となる哲学的アナキズムを概観する。そして、哲学的アナキズムの議論の構造と、アナキズムが政治的責務論に投げかける批判への応答をみていく。これによって、本稿が参照した責務論が責務論として成立していることの、一応の確認とする。

とはいっても、膨大なアナキズムを網羅し検討することは、移民の法的地位と時間の関係を検討する本稿の関心から外れる。また、筆者の能力の埒外でもある。そこで以下では主として、シモンズの哲学的アナキズム、およびシモンズが自然義務論に対して向ける批判を中心に、議論の整理と検討を行う（そして批判は、ロールズの正義の自然義務と、ウォルドロン<sup>204</sup>のサマリア人の救助義務に対するものを、ここでは中心に扱う）。

本節は、シモンズによる哲学的アナキズムの整理（第1款）と、シモンズによる自然義務批判（第2項）およびその検討（第3節）で構成される（なおシモンズの整理において、遵法義務は、政治的責務に包含されるものと位置付けられる点で、瀧川の責務論とは異なる）。

### 第1款 シモンズによる哲学的アナキズムの整理

国家の正当性ないし正統性を認めないアナキズムの主張の根拠にも、色々なものがある。自発性という価値を重視するアナキストは、非自発的ないし強制的な国家の存在を批判する。平等主義者のアナキストは、国家が差別的ヒエラルキーであることを批判する。共同体

---

<sup>204</sup> 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を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純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、いわゆる合憲補充解釈によっ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、同判決において最高裁が示したとされるベースラインはなお高い壁として残る。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わからない。また、判例も国籍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、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。むしろ、結論ありきで考えるのではなく、理論と照合し、道徳的にも是認できるより良き法解釈を目指すべきだろう。

の価値に重きを置くアナキストは、国家が共同体に対し侵略的ないし分断的 (divisive) であることを批判する (以上3つの根拠の組み合わせによる批判も展開しうる)。また、国家の正統性論証の不十分さを批判するアナキストも存在する<sup>205</sup>。

アナキズムの一類型である哲学的アナキズムは、国家の正統性を否定し、かつ上述のいずれかの理由に基づき、懐疑論を展開する。哲学的アナキズムの多くは、正統性を有しない国家に対し、これに対する服従の義務を認めない、あるいはこれを支持する義務を負わないという形をとって現れる<sup>206</sup>。

そしてアナキズム理論は、以下2つの観点から整理される。分類の1つ目が「アプリオリ・アナキズム」と「アポステリオリ・アナキズム」の別である<sup>207</sup>。アプリオリ・アナキズムは、「すべてのありうる国家は、その性質上、道徳的正統性を欠く」とするアナキズムであり、国家の強制性 (自律への脅威) や階層性 (不平等さ) といった特徴に言及するが多い。対するアポステリオリ・アナキズムは、「現存する国家はすべて、その現在の現実の特徴から、道徳的正統性を欠く」と主張する立場である。この立場をとる場合には、「現実世界に実在してはいないが、理想国家たるビジョン」を描くことは許容される<sup>208</sup>。

そして国家の非正統性に対する態度から、アナキズムは「弱いアナキズム」 (weak anarchism) と「強いアナキズム」 (strong anarchism) という観点でさらに分析することが可能である。弱いアナキズムは、一般的な政治的責務は存在しないとする立場である。この立場からは、すべての国におけるすべての被治者には、法を拘束力なきものとして扱い、また政府には権威が存在しないものとして扱う道徳的な自由があると導かれる。他方の強いアナキズムは、弱いアナキズムの主張する最小限の、国家の非正統性に関する判断の道徳的含意を認める。加えて、国家の非正統性の含意として、国家に反抗しこれを転覆 (oppose and eliminate) する道徳的責務ないし義務 (moral obligation or duty) すら認める。対する弱いアナキズムの立場のなかにも、もちろん、国家に反抗し転覆させるべき独立した根拠を見出すものがある。しかしながら、その場合においても、かかる責務は、ここで問題となっている国家の非正統性以上の要素を根拠に求めるものである。そして、強いアナキズムがど

---

<sup>205</sup> A. John Simmons, *Philosophical Anarchism*, in *supra* note 156, at 103-104.

<sup>206</sup> *Id.*, at 104.

<sup>207</sup> アナキズム分類はシモンズによる上述のもの以外にも、ウェルマンによる descriptive (function) と normative (morally) の別など諸種がありうるが、ここではシモンズによるものを採用する。ウェルマンについては、Christopher H. Wellman, *Liberalism, Samaritanism, and Political Legitimacy*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, No. 3 (1996), at 230 を参照。

<sup>208</sup> *Supra* note 205, at 104-105.



れだけ強い主張を行うかは、国家に反抗する責務にどれだけの重みが与えられるかに左右される<sup>209</sup>。

それでは、国家の非正統性判断に包含される、以上の権利ないし責務の重みについて、我々はどのような理解をとればいいのだろうか。この点をめぐっては、非正統性判断に絶対的とも言える道徳的重みを即座に持たせる立場と、非正統性判断に均衡する道徳的な理由の存在を認め衡量を行う立場（balance-of-reasons）が存在する<sup>210</sup>。

前者の場合、国家に反抗する終局的かつ包括的な道徳的理由が存在し、ゆえに国家に反抗する責務が我々に存在するとの議論を展開することになる。当該責務は、他の競合する考慮事項を覆斥する完全なものである<sup>211</sup>。

他方、理由間の衡量を行う後者の場合、議論はより穏当なものとなる。こちらにおいても、法を不遵守する権利と、政府に反抗する責務は強いものと扱われる。しかしながら、実際に行動に移すだけの重みを持つような包括的理由としては扱わない。この立場においては、他の競合する理由との衡量によって、実際にいかなる行動がとられるべきかが判断され、場合によっては反抗する理由を上回る理由も見出される。ある行動をするに足るだけの十分に強力な賢慮に基づく理由が存在する場合、弱い責務を覆斥するだけの理由が存在されるとこの場合には考えるのである<sup>212</sup>。

そして哲学的アナキズムは、国家の非正統性に関する判断を、非正統国家に反抗する要請へと即座に結合させない点において、政治的アナキズム（political anarchism）と区別される。哲学的アナキズムは、法に従わない権利と国家に反抗する責務を認めながら、なおこれを上回る道徳的理由の存在をも指摘する余地を残す立場である。哲学的アナキズムはその実践にあって、特定の政治的状况における、行動を導くあらゆる理由に対して注意深い検討と賢慮に基づく重みづけがなされるべきことを旨とするスタンスを採用する。以上が含意することは、第一に、哲学的アナキズムは上述の責務・権利を終局的な道徳的理由としてみる見方を退け、ある種の理由間の衡量というアプローチを採用しなければならない、ということである。また第二に、哲学的アナキズムは、上述の弱いアナキズム一般、および、いくつかの強いアナキズムを包含するものでもある<sup>213</sup>。

---

<sup>209</sup> *Id.*, at 107.

<sup>210</sup> *Id.*, at 107-108.

<sup>211</sup> *Id.*, at 108.

<sup>212</sup> *Id.*, at 108.

<sup>213</sup> *Id.*, at 109.

しかしながら哲学的アナキズムは、特定の状況下において国家にいかなる命令権限がないとまでは論じないし、また、一般的な政治的責務が市民に存しないがゆえに、国家に反抗し、法的要請に反抗する包括的権利の存在まで認めるものでもない。対等な人格として同胞市民に対し負う一般的義務や、正義その他価値を促進する一般義務、他者を善く扱う非義務的な道徳的理由などは、しばしば国家の機能を阻害したり、法に違反したりする行為を抑制するに足る善い理由を与える<sup>214</sup>。以上を総括して、シモンズがあるべき哲学的アナキズムの形態として導くのは、「アポステリオリ」で「弱い」アナキズムである（ただし、強いアナキズムをとることもなお可能である）<sup>215</sup>。

シモンズの診断するところ、「アプリオリなアナキズム」は、その根拠を自発性（自律）、平等、共同体主義いずれに論拠を求めるにせよ、国家に関するあらゆる理想像がそれら要件を充足し得ないと措定するのは困難である。アプリオリなアナキストは、自分たちの拠って立つ価値を充足するような国家がこれまでもこれからも存在しないということを示すだけにとどまらず、より積極的に、それが存在し得ないということを提示しなければならないところ、そのようなビジョンは困難であるというのである<sup>216</sup>。

かくして、アプリオリなアナキズムを排除するシモンズの哲学的アナキズムの整理に従えば、政治的責務論者がなすべきは、市民が政治的責務を負う根拠・理由を積極的に論証し、かつその論証の根拠に対する批判に応答することとなる。つまりシモンズによる整理を前提にすると、責務肯定論者がなすべきは、シモンズの批判を検討したうえで、その批判に該当しないあるいはその批判を超克した責務論の展開および正当化ということである。

そこで次に、本稿が依拠する自然義務論に対する批判とその応答の可能性を検討する。

## 第2款 シモンズによる自然義務論批判

自然義務から国家形成・加入の義務を導出する立場を採用する本稿は、まず自然義務（とりわけ正義の義務およびサマリタン論）に対する批判を紹介する。そして続けて、これに対する応答を試みる。

---

<sup>214</sup> このことは、例え差別的で不公平な非正当国家であろうとも、国家が制定した「人を殺してはならない」などの、一般的義務を命じる法律を遵守する道徳的理由が市民にはなお存在することを想起するとよい。

<sup>215</sup> *Supra* note 205, at 110.

<sup>216</sup> *Id.*, at 111.

## 第1項 ロールズ批判

まず、ロールズの正義の自然義務論に対する、シモンズの批判を紹介する。ロールズの正義の自然義務は、カントの自然義務論を多分に参照するものであった。

カントの自然義務論においては、他者尊重の失敗として、正義の制度的執行なしに隣接し、生存することがあげられる。なぜなら、正義執行の制度の不存在によって、隣接する他者が、不正な法執行の脅威にさらされる恐れがあるからである。他者への配慮から、我々は他者にかかる脅威にさらさぬことが求められる。そしてこれは、人権の内容が法により確定され執行される、法的状態を実現する政府・国家を構築し、これに加入する義務として語られることになる。つまりカントの主張の解釈により、我々には正義をなし、正義を推進するという一般的な自然的道徳義務があり、かかる義務から自国の法に服従する義務が導かれる。これが、ロールズの主張した正義の自然義務である。

以上の議論によれば、我々自身が個人的に他者の権利を侵害せず、かつまたは、他者の権利がいかなる者からも侵害されない状況の実現を助ける包括的義務を果たすことによって、我々は正義をなし、推進したことになるという。対するシモンズの指摘は、以下の通りである。正義の自然義務のミニマルな理解は、自分自身が他者の権利を侵害しないということである（他者の他者による権利侵害の恐れのみでは含んでいない）。ここで問題となっている権利は純粋に消極的 (negative) つまり不作為を求めるものであり、我々が正義の実現においてなすべきはかかる消極的権利を侵害しないことである。あるいは、かかる権利のなかには、レスキュー (rescue) やチャリティー (charity) といったなにがしかの積極的 (positive) 権利も含まれるのかもしれない<sup>217</sup>。

しかしながら以上のミニマルな正義の自然義務論においては、義務の履行はもっぱら個人レベルで果たされ、社会的状況というものは考慮に入れられていない。自然法の要請する他者の権利尊重の義務は、個人のレベルで完遂されることになる。政治的共同体を欠く平和な社会でも、正義の実行は容易になされることとなろう (doing justice would presumably be easier)。そして正義の義務が非政治的社会という状況下においてはたされうるのであれば、国家の法への遵法義務という自然義務を正義の義務から導くことが、合理的であるかが疑われることになる<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> たとえばジョン・ロックの権利論においては、他者贖の禁止を導く消極的権利と同時に、生存のために必要な財を余剰のある他者から受け取る権利であるチャリティーという積極的権利が明確に認められている。 *Supra* note 3, at 151-152.

<sup>218</sup> *Id.*, at 152.

正義の下にある他者の権利を、現代の主たる潮流に合わせてより拡張的に理解した場合には、遵法義務が正義の自然義務から導かれるということ信じやすくなるかもしれない。たとえば、正義のなかに社会的財や所得、富の再配分まで含めて理解したとする。すなわち、諸個人が自律を獲得し、まっとうな人生に十分な水準の物質的福利を手にすることを追求するという平等をめぐる構想が、正義のなかに含まれていると理解したとする。このとき、すべての人は万人に対して、かかる配分的目標に向けた道徳的権利を有している、との主張をさらに続けて述べる事が可能になる<sup>219</sup>。

他者の権利および正義の義務を以上のように解したとき、遵法義務も自然義務との関わりを有することになる。そして、このように広く正義の義務を理解したとき、万人に向けた正当な配分を可能にする国家的ないし国際的制度の創設と支持が、義務の履行（すなわち配分的正義に関する他者の権利を侵害しないという私の義務の履行）として要請されることとなる。そしてこれらに関する法の遵守もまた、正義の推進に関する遵法義務として語られることとなる<sup>220</sup>。

カントの理論を参照したロールズの責務論においても、正義の自然義務は、正当な制度を支持し促進させることである。すなわち、正当な制度が存在しそれが我々に適用される場合には、自分の領分をなしてそれに従うべきであり、もしもかかる制度が存在しない場合には、我々の支払うコストが少ない限りにおいてその創設を助けるべきである。ロールズの主張を概括すると、このようになる。これに対し、シモンズは、ロールズが論じた自己の領分をなして従うことにつき、個人に深刻なコストが生じないと措定する。そして、ロールズが設けた正義の二原則を十分に満たす社会的条件を除いて、不適格な遵法義務が生じないという議論も前提として加える。また、いかなる場合においても遵法を要請されるのではなく、状況によっては不服従が求められうる場合もあることも、ロールズの研究から引用する。その上でなおシモンズは、ロールズの自然義務論は議論として不十分であると批判する。

シモンズの診断するところ、ロールズの正当な制度を創設し支持する自然義務は、我々が一般に理解するところのチャリティ（あるいは相互援助）の道徳的義務であり、どのように遠くに居住する人間であろうともこれに参加することが求められてしまう。チャリティは一つの家から始まるかもしれないが、チャリティの義務はそこでとどまらず、正当な制度の

---

<sup>219</sup> *Id.*, at 153.

<sup>220</sup> *Id.*, at 153-154.

創設義務も、我々の所属する社会以外の社会に対しても向きうる。そしてこれが国家規模で伸展したとき、我々は自分が所属しない国家を支持するために、自国の支持をおろそかにしあるいは自国の法を破る場合も生じてしまう<sup>221</sup>。ロールズは、このような問題に対する応答を示していない<sup>222</sup>。

加えてシモンズは、ロールズが論じた「正当な制度の創設を助ける」義務も、普通に読むのであれば、特定の行為を要請しているものではなく、ただ推進すべき目標を設定しているにすぎないとの批判も行う。シモンズの解釈するところ、正当な制度の創設を助けるということは、世界における正義の量を最大化することによって、または正当な世界に関する理想を抱きながらその理想を一般的に増進させるものとされる行動をとることいずれかの手段によって、世界における正義と善を推進することを単に意味するものである。これらの方法による正義の推進は、権利を尊重する行為の統一的な実践 (uniform performance) を要請するともしないとも言えない<sup>223</sup>。

そして、正義を推進する義務があるといっても、あらゆる合理的に正当な国家の市民が、全く異なる能力や状況下に置かれている状況において、導出される結論が同じものになることはありそうにない。そうであるならば、どのような一般的な遵法の道徳的義務が、正義という目標推進の自然義務から導かれるのかも理解が困難となる。局所的な遵法 (local obedience of law) が、正義に関する世界的な目標 (global end of justice) の推進にとって最善の方法であるとも言えないがゆえに、このような困難が生じることになる<sup>224</sup>。

またシモンズは、ロールズの自然義務論は遵法と支持の宛先を特定できず、議論として不十分であるとも批判する。自然義務から政治的責務・遵法責務を導く立論に対してまず挙げられる批判が、個別性要請である。すなわち、たとえばカント的な自然状態から特定の権利の内容を確定させるための正義構想を決める必要性を導き、特定国家における納税や政治参加としての政治的責務、および正義構想を具体化した法を遵守する遵法責務を論証する立場があるとする<sup>225</sup>。このとき問題になるのが、「なぜ市民は、その特定の国に対して責務を負うのか」という個別性の要請の問題である。「正義にかなう国家」に対し責務を負うとする条件だけでは、「正義にかなう世界中の国家」に対して責務を負うことになり、まさに

---

<sup>221</sup> シモンズは、この例として、「国内法が市民に対して他国への旅行や交流を禁じているが、その他国が正当な制度を創設するための援助を必要としている場合」を挙げる。

<sup>222</sup> *Supra* note 3, at 159-160.

<sup>223</sup> *Id.*, at 160-161.

<sup>224</sup> *Id.*, at 161.

<sup>225</sup> 前述のウォルドロン、スティルツ、瀧川らもこれにあたる。

自分が市民として居住する当該国に対してのみ責務を負うことを説明できなくなる（例えば、日本に居住する日本の市民が、アメリカに対して政治的・遵法責務を負うことになる）。

なぜ我々に対して適用される法に対し、我々は特別の地位を与え、その遵守の義務を負うのか。自然義務論者は、シモンズが突きつけるこの難問に、誠実に応答しなければならない。そしてロールズの責務論は、この個別性の要請に対する応答ができていない。遵守する法および支持する政治共同体に対する指定がなされるべきところ、ロールズも議論の念頭に適用領域の限定を有しているが、その暗黙の適用領域の限定が、人間が人間であるがゆえに人間一般に対して負う自然義務の射程の制限に成功していないため、個別性の要請を満たしていないのである<sup>226</sup>。

以上が、ロールズの自然義務論に対する、シモンズの批判の概要である。そしてシモンズは、ウォルドロン<sup>227</sup>の自然義務論に対しても批判を向ける。

## 第2項 ウォルドロン批判

前述のウォルドロン論文は、ロールズの正義の自然義務論の問題点として、特別の忠誠批判 (special allegiance objection)<sup>227</sup>、適用批判 (application objection)<sup>228</sup>の2点を洗い出した。そしてウォルドロンは、カント・ロールズにおける正義の自然義務論を洗練させ、個別性の要請を充足しながら、なおも他国の正当な法制度を台無しにしないような義務を負うということを論証しうる責務論を彫琢せんと試みた<sup>229</sup>。

ウォルドロンが行なったのは、例えば法原理の適用範囲が個別の国家の領土内に在住する個人に対してしか適用されないように、道徳原理の射程の限定 (range-limited) の正当化だった。そしてこの射程の限定は、「正当な政治・法制度を持たぬまま隣り合って暮らす人々は、たとえ自身が正当に振る舞っていようと互いに脅威にさらされているため、かかる危害を除去するために正当な制度を創設しこれを支持する義務を負う」、そして「かかる義務は原理的に、直近の (immediate vicinity) 他者に対して負うこととなる」、ゆえに「有効な正義の原理は、万人が万人に対して負うものであるが、その適用の射程が限定される」

---

<sup>226</sup> *Supra* note 3, at 162-170.

<sup>227</sup> シモンズにおける個別性要請と同様の批判である。

<sup>228</sup> 遵法義務の対象が自国のみ限定されることへの批判である。

<sup>229</sup> *Supra* note 3, at 170-171. なお、後者の他国の法と制度を台無しにしないように尊重する義務を正義の自然義務から導出するウォルドロンに対し、シモンズは批判を展開する。いわく、他国の正当な法制度を台無しにしない義務は、正義の義務ではなく、他者の利益を不当に害しない義務から導かれるというのである。

という射程の限定が論証されることとなる<sup>230</sup>。

以上の、射程が限定された正義の原理の遂行のためには、我々は、当該地域を担当する制度的構造を必要とし、かつ、当該制度が正義を執行することになる。法遵守と政治制度の支持義務の条件として、ウォルドロンは、その政治制度が当該地域において正義を執行するに足る能力を持ち、かつ当該政治体制が領域内で正義を執行すべきと認める善い理由 (good reason) があることを挙げる (legitimacy/salient)。この legitimacy/salient は、その制度の強靱性ないし (現実的ないし仮説上の) 人民の支持により確立される。あらゆる人間はしたがって、自身に対しルールを適用する特定の正当な制度 (あるいは諸制度の組み合わせ) を支持し遵守する、(射程が制限された) 正義の自然義務を負うことになる<sup>231</sup>。

以上の salient に関する主張に対しシモンズが投げかける疑問は、当該射程が現実具体的にどの範囲に限定されるのかが不明だ、という点である<sup>232</sup>。また、ウォルドロンは当該領域において正義を執行する正当な制度を、「最もそこで効果的に正義を執行できそうな制度」と指定するが、かかる決め方では、我々が最も正当な領域主権だとみなしがちな、(住民らによる現実の同意や手続的規約といった) 歴史的考慮要素の全てを無視する点に問題があるとも批判する<sup>233</sup>。

また、ウォルドロンは自然義務から我々の政治的責務と遵法義務の対象を、現在する (existing) 合理的に正当な政治的・法的制度を指定する。だが現在の国家の統治する領域は、その歴史的淵源をたどると暴力や不正、恣意という歴史的事実をはらんでいる。これを踏まえると、現在の強靱な正義執行制度が、カント的議論により、現在領域内にいる者ら全てに対して特別の義務を課すことを正当化しうるのかを、整合的に説明することができない。ウォルドロンの説明は、歴史的な要素を現在の権威の正統性と完全に無関係なものと考えられる場合においてのみ、成立する。そしてかかる歴史的な非正統性は、単なる時間の経過のみによって消却されるものではない<sup>234</sup>。

---

<sup>230</sup> *Id.*, at 171-172.

<sup>231</sup> *Id.*, at 172-173.

<sup>232</sup> 前述の通り、「私があなたを脅威にさらしたと言える近接性の範囲は、10 マイル近くに住んだときか、それとも 5 マイルか? 川の対岸や山の向こうに住んだときか? もしもハイキングであなたの所有する土地を通り過ぎたとき、あるいはあなたの存在を友人から教えられたときか? それとも一般的な仕方で、あなたと交流したときか?」とシモンズは問う。

<sup>233</sup> *Supra* note 3, at 173.

<sup>234</sup> *Id.*, at 173-174. かかる歴史的な側面から統治の系譜としての正統性をも問題とするシモンズの見解は、確かに妥当だろう。機能的見地から正義を実現するという理由によって、他国に対する植民地化とでもいうような正義の拡張をなすべきでないことは論を俟たない。しかしながらシモンズ自身が採用する国家観は、財産論的アプローチによるものであり、その歴史的な正統性の主張もロック的な歴史的権原理論に依拠することに批判があることは注意を要す。この点については、次章で批判的に解説する。

そして現在の政府が果たす機能の中には、明らかに、正義の執行とは無関係なものが混じっている。ゆえにウォルドロンの主張により権威が正統化 (legitimated) されようとも、現代国家が現実に主張する権威よりも少ない内容しか、支持と遵守が義務付けられない<sup>235</sup>。

また、ウォルドロンの自然義務論は、義務の個別化・特定化にも失敗している。カントの自然義務論は、我々に正義を執行する権威的制度を拒絶したとき、それが自分の周囲に対する不正を構成する、というものであった。まず、周囲に対する特定化された脅威をもたらすという発想は、それ自体説得力を欠き、また時代遅れ (dated) である。我々は、我々の周囲にいる人間ほど親密に交流し、なおかつ脅威をもたらす可能性が低く、囚人のジレンマが如き非合理的行為を解消させる交流も生じやすい。他方、現代においては離れたところに住んでいる相手でも、手紙爆弾・炭疽菌 (mail letter bomb or anthrax) といった方法で、無害な非参加者に対する脅威をもたらすことができる。我々や我々の国家の脅威となりうるものは、他国やその邪悪な住人である<sup>236</sup>。

正義執行の制度に相互のコミットをせず生活するものは誰でも、(近隣であれ遠方であれ) 不正に他者を「脅威にさらす」、という主張の説得力も乏しい。このような仕方では他者の脅威になる、というのは客観的な観念である。我々は、他者が主観的に「脅威にさらされている」と感じることにのみより、不正をなしたことにはならない。そうであれば、権威的な制度に加入することを拒絶した者は、いかにして不正に他者を脅威にさらしたと言えるのであろうか。そしてこのことは、もはや無政府状態が存在しない現在において、政府に参加しない者がいようとも、他者は政府の庇護により脅威から保護されることから、いっそう明らかとなる<sup>237</sup>。

シモンズは、正義をめぐる構想 (conception of justice) に齟齬がある状況下において、道徳的に中立的な権威者の下に入らないことが他者を害することになる、という主張に対しても検討を加えるが、これに対しても否定的な見解をとる。シモンズの考えるところ、まず、異なる正義を主張するものの正義構想が「正しい」(correct) ものであるなら、当該構想に従い行動していたとしても他者を不正に処遇する可能性はあり得ない。そして、当該構想が正しくなくても、ここで我々が検討している脅威は良心あるものの行動によるもので、悪漢によるものではない。そして競合する諸構想間においては、その要求内容の核心 (core

---

<sup>235</sup> *Id.*, at 174.

<sup>236</sup> *Id.*, at 174-175. なおシモンズは、近くの人間とほどより上手く付き合えるというのが、筆者の考えは「どっちもどっち」である。

<sup>237</sup> *Id.*, at 175-176.



requirements) については広範な一致 (broad agreement) があるのだから、良心ある正義構想の主張者による危害はさほど深刻なものとなりそうにない<sup>238</sup>。また、例えば私の法遵守義務違反があろうとも、国家が保証する正義を破滅させることにはつながらない (なお、これに対するフリー・ライダー批判についてシモンズは、次にみるウェルマン批判において検討を行う) <sup>239</sup>。

### 第3項 サマリア人論証批判

シモンズの批判は、サマリア人論証に対しても及ぶ。そして叩き台として、クリストファー・ヒース・ウェルマン (Christopher Heath Wellman) によるサマリタンの義務 (救助義務) が採用される。

ウォルドロン其自然義務論は、他者加害禁止という消極的な自然義務に依拠するものであった。対してウェルマンは、より積極的な、救助の義務であるよきサマリア人のつとめという自然義務から責務論と遵法義務の基礎づけを試みる。ウェルマンの主張の骨子は以下の通りである。すなわち我々には、自身が支払うコストが甚大なものにならない範囲内で、危難 (perish) にある他者を救助する義務がある。そしてこれを国家への参加という義務の基礎づけとして用いると、「正当な制度という共同事業に参加することで、権利が保障されないという危難から他者を助ける。なおかつ、これに対して支払わなければならないコストは、過剰でない」という主張へとシフトする。以上の主張はシモンズの整理するところ、他者救助の道德義務 (救助義務、サマリタン論) と、フェア・プレイ (救助義務の配分の公平性) という二本柱で構成されている。そして個別性要請については、無法状態という問題は主権の多元的状态において各地域で解決されなければならない問題であり、全ての領域における遵守事項を単一的に裁量を用いて決定することは不可能であるという2点から対処される<sup>240</sup>。

以上のウェルマンの自然義務論に対するシモンズの批判はコストと、義務のキメラ化、公平性という3点から展開されることになる。まずコストについてであるが、ウェルマンによるコスト論では、市民としての実質的な利益と要求されるコストを比較したとき、純粋なコストは不合理とはいえない (the net costs as not unreasonable) と位置付けられている。

---

<sup>238</sup> *Id.*, at 177.

<sup>239</sup> *Id.*, at 177-178.

<sup>240</sup> *Id.*, at 180-181.

かかる主張が、ウェルマンの展開する議論において、奇怪な形態をとるとシモンズは批判する。すなわち、法の支配を維持するという集合的な仕事に参加する個々の市民は、服従のコストを我慢するか、それとも無法の自然状態のコストを我慢するかという選択を迫られることはない。個人の不服従（レスキューへの不参加）は仮想的に、国家転覆のコストへととなりそうもない。代わりに、諸個人の不参加のコストは一般に、全体にとって無視できる程度のものである。このとき個人にとっては、法服従に伴うコストは、検討に値するべき（considerable）なものとなる<sup>241</sup>。

コスト論を傍においても、ウェルマンの採用する救助義務ないし相互援助の義務は、風変わりかつ、道徳的に怪しげなものである。ウェルマンがサマリア人の義務それ自体の具体例として挙げる設例は、批判されるものではない。そして、積極的義務の存在については、シモンズ自身も存在を認める。問題は、ウェルマンの主張する政治的責務論の要請内容が、サマリタンの義務の内容に十分適合しておらず、結果、異なる2種の積極義務のキメラと化している点である。

すなわちシモンズの整理するところ、積極的な道徳的義務にも、「チャリティ」（charity, mutual assistance, beneficence）と「レスキュー」（rescue, Samaritan, mutual aid）2種類がある。そして「チャリティ」は苦しんでいる者や欠乏にある者へ、その苦しみを軽減する義務であり、一般にこれは不完全義務（imperfect duty）と解される。そして、全ての平等に貧窮に喘ぐ人間は、資源に対して同様に強い主張を等しく持つため、権利を持つ個別の対象に対し義務を負うことはない（owed no particular right holder）。このことから、人一般に対して義務を負う、あるいは正当な道徳的義務であるが誰に対しても負わないことになる。そしてこの義務の存在を擁護するに際しては、その要求する内容をどこまで制限するかが常に、大きな課題として存在する。世界には、助けるべき欠乏者が無数にいる。だ

---

<sup>241</sup> *Id.*, at 181-182. また、共著者であるウェルマンによるサマリア人の義務（救助義務）については、Supra note 207, at 211 も参照（同論考に対しては、ウェルマンによる利益とコストの認識とその均衡に対する批判がクロスコによってなされている。だが、かかる利益の均衡の問題は自然義務としてのサマリア人論証の検討の中心問題として据えるべきではない事項のように思われる。批判については、George Klosko, *Samaritanism and Political Obligation: A Response to Christopher Wellman's "Liberal Theory of Political Obligation"*, *Ethics*, Vol. 113, No. 4 (2003), at 835 も参照）。なおウェルマンの議論内在の不整合については、本稿はウェルマン自身のサマリタン論証を対象とするものではないため、詳細については割愛するが、シモンズによる以外にもウェルマンのサマリア人論証に対しては批判が存在する。例えばウィリアム・A・エドモンソンは、ウェルマンが遵法義務の対象となる法を「正統な国家における正当な法のみ」に明確に限定していることへ、それが遵法義務論の問題を切り出すのに失敗しており、哲学的アナキストであるシモンズと立場が変わらないことを指摘する（そしてこの批判は妥当である）。シモンズとウェルマンの共著に対するエドモンソンの書評については、William A. Edmundson, *Book Review*, *Law and Philosophy*, Vol. 28, No. 1 (2009), at 101 を参照。

が、その射程はどのように限定されるべきか。アメリカのゲイテッド・コミュニティの住民だけを対象とするにはあまりに簡単に過ぎ、インドの人口全員を対象とするにはあまりに困難にすぎる。ゆえに、チャリティの義務は一般に、我々の余剰の資源の範囲内にて行われべきものか、それとも我々全員が自分の相応の仕事をするればその貧窮を撲滅できるという範囲内でなされるべきものと考えられることになる。そしてこのチャリティは、国家がなくとも、私的なチャリティ組織ないし個人において担われうるものである<sup>242</sup>。

他方レスキューの義務の場合、この義務は、貧困のような継続的な問題よりもむしろ、差し迫った危険 (emergency) に対処する道徳的義務であると一般に解される。深刻な危害に直面し、著しく大きなコストやリスクを払うことなくそれに対処できる場合、我々にはそのような危難を無視して通り過ぎることが許されない。ゆえにこの義務は、完全義務 (perfect duty) である。しかしレスキューを求める権利は、万人に対して主張しうるものとは考えられず、その射程は限定される。人々は、危難の存在に関する情報の知・不知と、危難の場所からの距離により義務の有無を判断され、救助に当たりうる余地のない人間は義務違反すらし得ないことになる。結果、レスキューの義務は一般に、レスキューを容易になしうる特別のシチュエーションにある者のみを拘束することになる (一般に、義務はフェイス・トゥ・フェイスの関係で成立することになる)。さらにこのことから、我々は、レスキューの求めに対する公平な事務配分を実施する義務を負うなどとも考えられない。関連する負担の配分を許すような差し迫った危機というものも想像できない。道徳的な負担は単純に、その危難に直面することとなった者に、非常に不平等にも降りかかるものなのである<sup>243</sup>。

そして以上のレスキューの義務の特徴に照らすと、正義を執行する制度への参加の義務というものがこれに対応しておらず、チャリティーとレスキューのキメラであることがみてとれる。ウェルマンが個別性要請で論じたかったフェイス・トゥ・フェイスの射程の限定は、後者のレスキューの内容である。他方、義務の内容自体は、応分の仕事をなすことが求められるチャリティに近い。そして義務の名宛人は、面と向かった相手ではなく、政治共同体に属する人間全員である。求められる義務の性質も、差し迫った危難というよりも、継続的な問題である。以上のように、ウェルマンのサマリア人としての自然義務は、チャリティでもレスキューでもない別の何かなのである<sup>244</sup>。

---

<sup>242</sup> *Supra* note 3, at 183.

<sup>243</sup> *Id.*, at 183-184.

<sup>244</sup> *Id.*, at 184-185.

シモンズの指摘と批判は、ウェルマンの用いる公平性と、応分の負担 (fair share) という概念に対しても向けられる。個人が、共同事業に対し応分の負担を負うと言えるのは、個人が集団とその事業に道徳的に結び付けられ、拘束されている (individual is morally bound) 場合だけである (そしてこれは、事実として結び付けられていることだけでは不十分である)。我々が、ある人が窮乏にある他者を救うために必要なチャリティへの応分の負担を負うという場合、例えば、人間性により自然に拘束され、かつ窮乏から救うという仕事が集合的な (collectivity) 性格ゆえ道徳的に命じられるからである。しかしながら、ウェルマンの局所的な (local) 仕事に関する応分の負担という主張は、以下の公平性の原理が妥当する二者いずれかのうちのどちらも満たさない。すなわち、ウェルマンの公平性に関する主張が妥当であると言っているのは、(a) 全ての人間がその局所的な (local) 政治共同体と局所的な仕事に自然的に拘束される場合、あるいは、(b) 人が局所的な政治スキームにおいてその一部として働く、公平な特別な責務 (special obligation) を負う場合のいずれかである<sup>245</sup>。

だが (b) が真であるなら、我々は我々の遵法義務を、公平論として直裁に説明することができる。この場合、論証の基礎は (シモンズの言うところの) 取引論となる。他方、(a) においても公平性を論じることはなお可能であるが、(a) が含むのは、個別の自然義務の推定だけであり、まさにこれが問題となっている。ウェルマンの議論は、個別化された自然義務を結論づけているものと思われる。だが、フェア・プレイに関する議論は、結論を無条件かつ論争の余地のない結論たるものへと導くものではない。仮に、キメラ的な自然義務がウェルマンの言うところのサマリア人の義務として存在しようとも、それは共同事業における応分の負担を人に義務付けるものとして主張し得ない<sup>246</sup>。

そしてまた、ウェルマンにおいてもまだ、個別性要請は解決されきっていない。他者を救う義務の内容が、法を遵守する義務など以外の形で論じられる可能性も十分にありうる (例えば、現実には他者から権利の侵害を受けそうになっている人を保護することや、安全な建物を自分で作って他者をそこに招くが如し)<sup>247</sup>。

以上、特に遵法義務に焦点を当てたシモンズによる批判を紹介した。これら批判は、遵法義務批判を行う文献において行われたものだが、共通する論拠等に関しては政治的責務論

---

<sup>245</sup> *Id.*, at 186.

<sup>246</sup> *Id.*, at 185-187.

<sup>247</sup> *Id.*, at 187-188.

においても批判として立ち塞がることになる。そこで次に、前節までで学んだ責務論がどのようにしてシモンズの批判に応答しうるか、シモンズの批判の正当性をも含め、検討していく。

### 第3款 批判の検討

以上、哲学的アナキズムと自然義務論批判を、シモンズによるものを中心に概観してきた。以下では、本稿が参照する瀧川の政治的責務論・自然義務論が、いかにしてこれら批判を克服しているかをみていく。

まず、自然義務論がいずれも直面する個別性の要請について、瀧川は前章でみた通り、所謂理想理論として世界政府を想定し、万人の法的状態実現・維持義務を一般的義務として設定する。そして他方では、その実行可能性 (feasibility) のためにグッディンによる割当責任論を用い、一般義務が配分され個別的な責務として析出させている<sup>248</sup>。

こうして、理想理論における国家の積極的意義を認めながら、非理想状態である現在の国家への政治的責務を非理想理論として正当化するアプローチをとることとなる。また、以上のように「目指すべき理想・将来」としての世界国家を描写することで、現在の国家の国境の恣意性と歴史的不正に対する非難も回避することが可能となる<sup>249</sup>。

外国人の遵法義務や距離問題についても、遵法義務を政治的政務と切り離し、それぞれ個別の義務として構成することで、批判に対する応答がなされることになる。チャリティ・レスキュー、無危害等の自然義務は、法的状態実現・維持義務から導出される下位の義務として、新たに定位される。そしてこれらが想定する危害も、「権利侵害」として定義が付与され、応答される。

ところで以上みたのはシモンズによる批判への応答だが、シモンズの批判それ自体が不当であるという反批判もありうる。たとえばシモンズは、ウォルドロン批判で次のように語る。すなわち、正義をめぐる構想に齟齬がある状況下において、異なる正義を主張するものの正義構想が正しくとも正しくなくても、その要求内容の核心には広範な一致があるから危害はさほど深刻なものとなりそうにない、と。

---

<sup>248</sup> 功利主義も義務論も、それ単体では、現実世界における実行可能性ないし現実性を十全に確保しきれないことは、よく知られた問題である。そして前述の通り、近時は道徳価値と政治理論の多元性を支持する立場もみられる。

<sup>249</sup> ただし、世界国家が実現される理想状態においてもなお、執行機関ないし責任引受単位としての領域の確定においては、現状を反映した上での歴史的不正への対処がなされるべきことはなお論じられるであろう。

だがその認識は、いささかナイーブが過ぎると言わざるを得ない。シモンズはおそらく、その義務の中身として、殺人や強盗の禁止といったコンセンサスが広く容易に得られるものを想定していたと思われるが、対立する正義構想間での齟齬は、それだけにとどまらないはずである。たとえば外敵からのをめぐっても、徴兵制と傭兵制と志願兵制とゲリラのいずれが望ましいか、各々正義構想を真摯に主張する者らの間でも大きな相違がある。そして我々は、自己の正義構想に重大な価値を置き、容易に譲歩することができない。また深刻な抗争は、かかる正義を原因としあるいはこれを口実に用いて、生じることになる。ゆえに、井上達夫が指摘するように政治の状況を想起としたとき、我々は正義概念の下で正義構想を調停し、かつこれに従い権利を具体化する制度・状態としての国家が必要なのであろう。

またシモンズは、たとえ私の法遵守義務違反があろうとも、国家が保障する正義を破滅させることにはつながらないともいう。だがそれは、少数の法違反によっても法制度が破綻しないように、法が“弛み”を持っているからであり、重大な違反が累積すればやがて破綻をきたすだろう。そして、無害な拷問者がなおも不正であるように、法違反の害が少なくとも不正であることに変わりはないと論じる余地もある。この問題はシモンズが切り捨てるほど簡単な問題ではない。このことは、移民法上の違反においても同様である。

くわえて、不正を行なった者が「私の害は小さいから私に責任はない」と主張するのは筋の通らない話であり、その行為が持つ「意味」への非難はなおありうる。義務が普遍化可能性を持つ公平なものであるとき、自分「A」だけが「A」であるという理由のみをもってその義務から免除されると主張することは、不正である。ゆえに我々は、脱税や租税回避、公共輸送のフリーライダーを卑怯と非難する。

「法的許しの奨励は、しかしながら、法の支配によって要求される予見可能性、確実性、平等な処遇の要請を危険に晒しうる」<sup>250</sup>。マーサ・ミノウ (Martha Minow) は、許しと法の関係をめぐる研究においてかく語る。このことは、許しやパードウンとしばし互換的に用いられ、また論者によってその定義が微妙に異なるアムネ스티においても同様に、警句として通用する。ゆえに我々は、アムネ스티に内在する不公平さへのリスクを理解せぬまま、これを無批判に濫用してはならないのである<sup>251</sup>。

またレスキューの事務配分に対しては、一般義務の効率的配分という、当のシモンズ自身

---

<sup>250</sup> Martha Minow, *WHEN SHOULD LAW FORGIVE?* (Norton, 2019), at 146.

<sup>251</sup> なおこの点については、ジョエル・ファインバーグ著 (島津格・飯田亘之訳) 『倫理学と法学の架橋』 (東信堂、2018年) 163-165頁も示唆に富む。

が同一論考において引用したグッディンの「ビーチにおける救助」の割当責任から回答するものである。

このように、哲学的アナキストの代表であるシモンズによる批判は鋭いものが多いが、一応の応答が可能である。またその批判のなかには、必ずしも妥当とは言えない、あるいはその批判としての正当性の検討を要すべきものであることが看取されたであろう。

#### 第10節 小括

以上本稿では、なぜ移民法違反が非難に値する不正なのかについて応答した。

また、憲法上の国民概念についても、これをグッディンや瀧川、大屋らの知見をもとに「能動的地位」と「受動的地位」から整理し、退去強制で問題となるのは後者であると整理した。

そしてグッディン、松元、スティルツらの知見をもとに、裁量統制理論への示唆も提示した。またこの示唆は、本稿の結論を述べる第6章でさらに進めた検討に用いられる。

## 第5章 非正規滞在者の地位をめぐる所有論的発想

本章では、所有論における知見をもとに、移民に関する裁判中に登場する「人格」の意味と重みを考える。また、ボズニアックが示唆した道徳的錬金術における、不正の帳消しとしての権利取得を主張する理論についても検討し、これを否定する。

外国人の人権問題を論じるうえでハードルとなるのが、(外国人の権利保障に関して国民説的立場をとるなら)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<sup>1</sup>。この問題を考えるうえで鍵となるのが、土地、空間、紐帯、そして市民権概念である。

本章では、国家の退去強制権と非正規滞在者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。

構成は次のとおりである。まず、何らかの所有や取得との関わりから退去強制を論じる、4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 (Jeremy Waldron) 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、所有の議論とはやや色彩を異にするが、非正規滞在者の地位の正規化を論じるに際ししばしば議論に上がる、“労働等による当該国・地域への寄与と貢献”という議論へ、批判的検討を加える。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・スティルツの議論を紹介し、またその後のスティルツの移民論についても批判的に概観する。第4節では、市民権の取得時効的所有を論じた、アイエレット・シャッターの議論を整理する。

第5節では、シャッターやスティルツの議論を既存の所有論の観点から批判的に分析しながら、退去強制と移民の地位をめぐる議論の深化を図る。そこでは、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。そのうえで所有論から示唆を得ながら、上述の所有との類比論者たちが規定しなかったことを、人格の所有論に即して具体化し記述する。かかる仕事から、時間の経過によって何を獲得しそれがいかに覆斥をなすかを考え、また在特をめぐるわが国行政事件訴訟上の「人格の可塑性」といった議論において措定される「人格」概念の内包を明らかにする。また憲法的所有の議論から、これを論じることが妥当かについての検討も、なしうるところとなる。かかる仕事に際し本稿が参照するのは、人格の観点から物の所有を論じるロック的所有論と、ヘーゲル的所有論である。そしてこれを、C・H・クーリーやG・E・ミードらの社会的自我論から裏付け、議論として一応成立しうることを確認する。そしてわが国在特法制において、これらを財産権の議論から論じることは妥当でないこと、また自我

---

<sup>1</sup> なお、この人権に何が含まれるのかはまた別の問題であるが。



論的に想定された「人格」の議論においては、それが時間と関係に応じて変化する可能性があることを挙げ、これを固定されたものという前提から行う法的議論が妥当でないことも指摘する。

## 第1節 国家の退去強制（国境管理）権と所有権の類比批判

### 第1款 ウォルドロンによる類比批判

国家創設以前のアーキーを想定する自然状態において、諸個人が有していた財産への（自然権的）所有権から、国家による移民の排除の権限ないし国家による国境管理の権限の正当化根拠を導出しうるのか。換言すると、国家成立以前に諸個人が有していたと想定される property をベースに、国家による国境管理の道徳的根拠を論じうるのか。

この問いについて考察したウォルドロンの研究は、本稿の関心を考察するうえで示唆に富む。そこでまずは、ウォルドロンによる先行研究を概観し、その骨子を素描する。

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 communities）は、自分（たち）の住居（・集落）の隣地に住もうとしている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、そこから財産を所有しないコミュニティ外の他者を排除することについては、正当化が困難である<sup>2</sup>。換言すると、コミュニティの成員の私有財産を直接に侵害しない部外者を、私有財産以外の公共空間から追放する権限を、共有財産の管理権限から導き出し、正当化することができなくなる。かくして、国家が有する国境管理権を、諸個人が有する私有財産の共同管理権と類比させ、外国人の退去強制権限を道徳的に論証・正当化することに対し、疑義が投げかけられることとなる。

また、人々が共同体において行使しうる権能のリストの中に、論者によっては経済的なものや文化的なものが挙げられることもある。だが、この両者から、国家の行使する排除権を正当化することも難しい。よって、ロック的な自然状態において諸個人が有する所有権から、国家の排除権の正当化根拠を導出することはいよいよ困難になる。国家による排除・国境管理権限行使の正当化根拠が導かれるとするならば、それは、社会契約以前に諸

---

<sup>2</sup> 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ロ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り、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。また、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ロンは検討を加えるが、そこでは財産の所有権それ自体からは排除の権能を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)特定の人々の名の下にあるもののように理解するか、の2通りがあるが、(b)においてはそれは「主権」でなくて「排他性のある巨大なクラブ」であり、(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。真正の共有財産所有者としての地位はその領域内にいるもの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」からは独立して決せられなければならない問題である、とする。Jeremy Waldron, *Exclusion: Property Analogies in the Immigration Debate*, *Theoretical Inquiries L*, Vol. 18 (2007), at 483, 487.

個人が有していなかったものの、国家がなおも正当に行使しうる権限によるものである。先行研究において、ウォルドロンは以上のように述べる<sup>3</sup>。

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妨害排除権と、移民の排除権のアナロジーにより、国家の主権に基づく排除権の正当化論証を論難した。

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いう発想が導かれる（かかる国家の主権と土地の所有縁を類比する思考は、歴史的に広くみられた。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。またエメリッヒ・ドゥ・ヴァッテル（Emmerich 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画然とした区別は行われていない）<sup>4</sup>。

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（とりわけ土地の所有権）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わかるように、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、当該領域における法と法システムの整備のための責任を伴うものである。そして当該主権によって、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、私的所有の外延がどこまでかが決定される。

財産の再配分も主権の行使によってなされるが、国家によるそれも財産の所有権者としてではなく、統治の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。そしてこの統治の責任も、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あり、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、行使しうるものであろう。だがこ

---

<sup>3</sup> ウォルドロンのこの議論については、Jeremy Waldron, *Immigration: A Lockean Approach*, NYU school of law, public law research paper No. 15-37 (2015), at 1 を参照。

<sup>4</sup> 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、未だ見られる。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 などに濃く見られる。

れを、財産の所有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、カテゴリ錯誤を犯す<sup>5</sup>。

以上のウォルドロンの議論を敷衍すると、国家が国境を管理し移民を排除する権限を正当化する根拠の候補としては、「主権の所有権構想<sup>6</sup>」と「主権の責任構想<sup>7</sup>」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ば後者の、どの主権国家（ないし共同体）が誰に責任を負うかをとう、「主権の責任構想」にある。以上がウォルドロンの先行研究の論旨である<sup>8</sup>。

以上のウォルドロンによるに類する研究は、アメリカ法・政治哲学において近時盛んに行われている。例えばカーラ・ナイン（Cara Nine）やデイヴィッド・ミラー（David Miller）、アンナ・スティルツらは、領土内の主権を財産権理論において説明し正当化しようとするA. J. シモンズの著作『権威の境界』（BOUNDARIES OF AUTHORITY）に対し批評を加えるシンポジウムにおいて、その財産権的主権の説明に対する分析と批判を加えている。ここでは、シモンズのロック的アプローチを簡単に紹介したうえで、ナインによる批判とスティルツによる批判をそれぞれ概観する。

## 第2款 ナインによるシモンズの類比批判

シモンズは『権威の境界』において、完全な政治的正しさについての理想を目指す理想理論と、目標へ到達するためにとるべき実行・許容可能な方途を特定する移行原理たる非理想理論を区別し、理論を構築する。そして、国境管理権の正当化根拠としてナショナリズム、機能主義、同意主義（voluntarism）を挙げ、自身はロック主義的アプローチに基づく同意論に比重を置いた理想理論を支持する。そのうえで、前述のウォルドロンによるsupersession理論を批判し<sup>9</sup>、残存する歴史的権原の下、歴史的不正によって土地を奪われた少数者等に対する補償の要請もなす。

かかるシモンズに対しナインは、各人が有する財産権および、個別の財産所有者らによる自己統治権からの論証によっては、現代の国家における退去・排除の権限を正当化し得

---

<sup>5</sup> 以上のカテゴリ錯誤論に関しては、現代国家が行使する領土権の中に国境管理および部外者の排除の権限が含まれていることを鑑みると、「排除権を主権間の問題であり、個人との関係での問題ではない」、とする扱いは解釈は妥当ではないだろう。主権を管轄領域における法的状態維持のための責任と構成するのであれば、法的状態維持に必要な範囲で行使されるものであり、かつその権限行使に関わる法理は、自由な意思に基づく「使用・収益・処分」と異質かつ位相の異なるものである。このように敷衍する方が妥当だろう。

<sup>6</sup> 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、また誰を排除するかという発想がこの典型である。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。

<sup>7</sup> 原文では、responsibility conception of sovereignty となっている。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がこれにあたる。私有財産制や司法も、主権が有する公的責任の所産とされる。

<sup>8</sup> *Supra* note 2, at 469.

<sup>9</sup> ただしシモンズも、完全に歴史的権原のみから問題を決めるのではなくて、その後に生じた経緯を加味した解決は許容する。

ないとする。すなわち、ロックを引証した領土論においては、個別の財産所有者らが、各人の財産の上位にある領土主権に同意することによって、領土主権が正当化される。そして国家の排除権は、成員等が有する妨害排除権と類比し語りうるものである。だがこれに対しナインは、現代国家においてこれは妥当でないとする。すなわち、外国人が領土に上陸できる場合についての判断<sup>10</sup>、領土内に外国人が残留しうる場合についての判断<sup>11</sup>、外国人が当該領土において成員となりうる場合についての判断・決定<sup>12</sup>いずれの局面に関しても、その権限行使は上記のロック理論を超えるあるいは実情にそぐわぬものである<sup>13</sup>。

以上が、現代国家の行使する領土権を前提とした、ナインの見解である<sup>14</sup>。

---

<sup>10</sup> この点につきナインが行う批判は例えば以下のようなものである。すなわち、まずそもそも国家創設時点において万人の同意などというものはなかったし、加えて、国家創設時点において現在の国家に帰属している全ての土地は所有の対象ではなかったはずである。そして所有の理論からは、成員の所有に属しない公共空間から成員以外の者を排除することはできない。

<sup>11</sup> ナインは、「多くのケースにおいて、偏見に基づく外国人の強制立退は、成員個人が有する自己統治の権利を損なうものである」と、ネイティブ・アメリカンのナバホ族の土地利用の例を用いて説明する。そして、財産の共有権から発生する権利は、その諸個人の自己統治・自己決定の能力と調和する形での財産の共同管理の権限を包含するものであり、共有物の成員に独占の使用を必然的に要請することを固有のこととして含むものではないとする。共有財産はその共有された計画を実現するために用いられうるが、ここにおいてもなお、その下位レベルでの個人目的の使用は認められる。そして一度外国人と内部成員が交流を持ち始めると、当該外国人の排除が成員の自己統治権行使を損いかねないものとなる。さらに都市は、広範なネットワークを展開し成立する、見知らぬ者同士の相互利益を調整し規律するようデザインされている。外国人であろうともその共有目的を損なわない限りは排除されえないものとなる、というのである。

<sup>12</sup> ロック理論においては、社会契約後においてもなお、新参者は当該社会における契約に同意することで、成員として加入できるはずである。あるいは、土地所有者による成員決定権が国家による成員決定権に上位するのであれば、国家創設以後も、土地所有者が国土の統一性を損なわない限りにおいて外国人に土地を売却し、その新たな所有者が社会契約への同意を示すことにより当該国家における成員つまり国民となれるはずである。

<sup>13</sup> Cara Nine, *Do Territorial Rights Include the Right to Exclude?* Politics, Philosophy & Economics, Vol. 18, No. 4 (2019), at 307.

<sup>14</sup> なお、同シンポジウムにおいてシモンズは、ナイン、ミラー、スティルツ全員の批判に対する応答を行っている。以下では軽く、シモンズによる応答をみていく。まずシモンズが断るところ、シモンズの理想理論は「ロック的」な同意論であるが、「ロックによるもの」それ自体ではない。かつ、彼が提示するのはあるべき世界、非理想的な現実の政治的世界が向かうべき世界の像を描く理想理論であり、現実そのものではない。かつ、現在の秩序下において国家が行使する領土権や国際法上の国家の主張を正当性なきものと否定する。そして、理想理論は向かうべき未来のみならず、過去の不正に対する矯正も含むものでなければならないという。かかる理解の上で彼が行うナイン批判は以下の通りである。まずナインは、労働の混入を権原獲得の根拠とするロック的財産理論において、労働を「価値創出」(value-adding)と解しているが、シモンズにおいて労働は「目的実現に向けた行為」(purposive activity)である。ナインは、「所有していない財の上の領土権は、市民に対する義務を満たすのに必要な範囲内においてのみ認められる」(need-based claim)とするが、それもおかしい。大抵のパブリック・スペースは、非市民の使用排除を意図している、あるいは招待者にのみ認めていると解するべきであろうが、これを措いてもそもそもシモンズの領土確定は、ナインが否定した「斑模様」の飛び地を許容するものである(なぜなら、国家が主張しうるのは、個別的にまたは集団的にその成員によって実際に「目的実現に向けた行為」に供されているものだからである)。そしてこの「斑模様」の領土を認めるなら、排除権はまさに財産権類似(property-like)となる。そしてナインは領土権の「概念」(Concept)に排除権を含めて理解するが、それは妥当でない。大地の使用は、排除権を必然としない。排除権が領土権に含まれるかどうかは未確定であり、諸成員の同意・選択により決せられる。また、ナインのような「都会の外国人」についても、排除されていないのは「見知らぬ同国人」であり、「見知らぬ異邦人」は排除の対象であろうとして、これに同意しない。また、成員資格関連のナインの批判についても、これに同意しない。以上がシモンズによる反論である。A. J. Simmons, *Rights and Territories: A Reply to Nine, Miller, Stilz*, Politics, Philosophy & Economics, Vol. 18, No. 4 (2019), at ix-x iii. 前述の通り、同意論者かつ哲学的アナキストのシモンズにおいては現在の諸国家の大抵はその正統性が認められず、領土権も政治的責務・遵法

### 第3款 スティルツによるシモンズの類比批判

スティルツによる批判は、カント主義者の立場から、ロックの歴史主義的立場を過度に重視するシモンズを批判する、という形態をとる。まずスティルツは、シモンズの主張を弱いテーゼ<sup>15</sup>と強いテーゼ<sup>16</sup>に分け、前者については同意しつつも、後者については、歴史的権原に重きを置くシモンズを掣肘する<sup>17</sup>。特にスティルツは、歴史的不正をめぐる歴史アプローチに対し、大昔の不正を根拠にする取るに足らない主張<sup>18</sup>と、現代の先住民の子

---

責務も二階の同意を含む同意によらなければ正当化されない（そしてそこでは、理想的でない現在において、正しさをめぐり対立し、かつ容易に解決できない問題を抱えた政治の状況下でもなお、従うべき一階の理由たる責務が否定される）。本稿が続く章で検討対象とする理論はどれも、現在国家が有する領土権及び排除権を前提とし、かつこれを財産理論に基づいて説明しあるいは統制しようとするものであるため、シモンズの反論および特殊な理想理論に基づく反論は、本稿検討の諸理論と関わってこない（加えて、シモンズの理想理論は、それに基づく非理想理論に従わない、現在するいかなる国家の領土権に対してもこれを正当化するものではない）。その上で本稿は、領土権を財産権的（property-like）側面と管轄権的（jurisdictional）側面から理解しようとするシモンズの類比論は妥当でないと判断する。すなわち、シモンズは『権威の境界』において、理想理論として正統な国家の管轄権は、自然状態下の財産権の諸要素から成立し、かつ土地に関する自然権的所有権の一部と、そこには含まれていない人に対する権利を包含すると説明する。そして、土地所有者は管轄権（jurisdictional right）を有すとも説明する。だが、シモンズの上記理解は妥当でないと本稿は考える。まずありうる批判として、自然権としての所有権さらには但書が哲学的に正当かというものがありうるだろうが、これは措く。その上で本稿が疑問を呈するのは、ミニマムなものとしてシモンズが考える所有にかかる制約および但書による制約が、現代国家が主権行使に際し要請される主権に対する制約と一部似る部分はあるが別物だという点である。仲良しクラブにおいては、敷地に招き入れる者は仲良しだけで良いし、なんとなれば自分（たち）の好みの問題で差別を行なっても良いはずであるが、現代国家においてはそれが是認されない。シモンズの描く“理想国家”においては、但書と他者加害禁止、チャリティー、レスキューの自然義務に違背しない限り、所有権者たちは自分らの同意によって入国と成員資格をめぐる条件を設定できるとされているが、筆者にとってそれは“理想的”ではない。現在の我々が国家の権限行使に求める公平性等の諸種の法の支配の要請は、シモンズが指定する所有権への制約根拠から十全に導かれるかは極めて疑わしく、なんとなればシモンズの仲良しクラブにおいては、但書等の制約を満たす限り、肌の色や文化を根拠とする差別的な条件すらも正統な“理想国家”のproperty-likeな境界管轄権・排除権としては是認されはしないだろうか。そして、土地の私的所有者が行使する管理権は、自己の利益を最大化するあるいはしない目的で行使されても良いし、他者の利益を勘案しない目的であっても良いし、その動機は他者に危害を及ぼすか但書に反する結果をもたらすものでない限り問題とされないはずである。しかし国家の行使する権限は、正当な理由にもとづく、効率的・効果的で、正統なものであることが要請される。またシモンズがロック的所有権構成で国家の権威の領域を理解・説明・正当化する目的の1つには、歴史的不正により無理矢理編入された者らへの問題に対応することが認められる。そして、過去の不正を等閑視せず、現状を無批判に受け入れないその意識は間違いではない。しかし、過去の不正を現在の各主体に、いかに帰属させるかをめぐる点で、シモンズの議論・理解は貫徹しうるものではない。シモンズは「真の置換」（genuine supersede）が起こらない限り、労働によって財産に刻まれた刻印（mark）は消えず、その子孫がなおも、「不正がなければ自分がその財産を完全な形で承継できていたはずである」と主張することを許す。（物に権利が「刻印される」労働理論の当否はさておいても）道徳的権利が消滅することなく残存し続ける、そしてその子孫に帰属し続ける、また加害者の子孫が不正の非難を受け続けるという議論は、どこまで技術的にまた理論的に実現可能な理想理論なのか。少なくとも、集団的権利なるものを所与としない本稿には疑問である。以上のシモンズの理論については、A. John Simmons, *BOUNDARIES OF AUTHORITY* (Oxford, 2016)を参照。

<sup>15</sup> 政治的境界の正統性は、政治体制の正義とはまた別の話である、というテーゼである。

<sup>16</sup> 境界の正当性に関する歴史に基づく理論（説明）が必要とするテーゼである。

<sup>17</sup> またシモンズにおいては、歴史的権原に依拠した同意論が理想理論であるが、これを貫徹すると世界が不安定下するため、非理想理論を構築するという構造を取る。

<sup>18</sup> この点例えば、8世紀に現在のイギリスにあったマーシア王国（Mercian Kingdom）を征服・支配したヴァイキングの不正を現代において補償問題とし、現代のマーシアの末裔に対する補償の必要性和、ヴァイキングの子孫に対する非難と補償の負担を負わせることは妥当でないことを想起すれば良い。また、（仮にマーシア王国による領土の始原的取得が正当化されるものであったとしても）マーシアの末裔が、現代のイギリス政府とそこに居住する一般人らに対し、その歴史的権原を如何程にまで主張できるのかは

孫たちが切実に直面する状況に対する主張を等価に扱うことで、後者を矮小化していると批判する。またスティルツは、不正に国家に参加させられた集団の末裔も、往々にして現在の関係、とりわけ先祖との関係ではなく現在の国家との関係に依存した議論であることから、歴史的アプローチを批判する<sup>19</sup>。

スティルツは加えて、シモンズが採用するロックの歴史的権原、および財産所有者の同意に基づく国境の画定というアプローチに対しても疑義を投げかける。まず、ロックの想定した財産権は自然状態下で存在したのか、という「財産権が自然権かそれとも後国家的協定か」のよく知られた批判がその一つである。続けてスティルツは、同意主義の反直観性も批判する。すなわちシモンズの主張を採用した場合、現在の国家に居住するほとんどの市民つまり所有者は同意を行っていないため、一般市民らとアナキストらは、植民地下の臣民がなすものと同様の抗弁を主張しうることとなるのだが、これが妥当でないというのである。スティルツにおいても、およそ以上のようにして、財産権・所有権

(property) および同意論に基づく国境確定と正当化が批判される<sup>20</sup>。

以上がスティルツによるシモンズ批判である<sup>21</sup>。

#### 第4款 ムーアによる類比批判

---

明らかでない。かかるスティルツの主張の根底には、「行為が不正である」という認識と、「行為に対する補償」という負担の問題という区別が看取される（シモンズも、その後の状況変化による supersession および override においてはこれを条件付きで是認する）。そして本稿も、現代におけるかかる区別に賛同する。

<sup>19</sup> スティルツは、「たとえ領土から放逐された少数者らの居住場所を回復させるべきであるとしても、それがなぜ過去の状態への回帰に直結するのかわからない」との疑義を供す。必ずしも過去の現状に服せしめる（分離独立状態へと回帰する）のではなく、現在の政府との関係から、末裔たちの主張を現在の状況と適合する形で自治権を付与することも選択肢としてはありうるのである。

<sup>20</sup> Anna Stilz, *Territorial Boundaries and History*, Politics, Philosophy & Economics, Vol. 18, No. 4 (2019), at 374.

<sup>21</sup> スティルツによる批判に対しても、シモンズは応答しなかつ反批判を行う。シモンズによるスティルツ批判の一つの軸は、カントとロールズをベースとするスティルツの見解が、土地をめぐる歴史と不正を等閑視するところである（加えて、スティルツ自身の責務論に対しては、二階の意思を共有しない者らの政治的責務を正当化できない点も批判が及ぶ）。また、スティルツによる過去の不正への補償の整理に対しては、「現在の要求をしていない者らもいる。また、太古の不正を主張していない者らもいる」とする。そして、「現在うまくやれている」マーシア王国の末裔を引き合いに出す議論に対しては、これが「最近行われた不正の矯正を否定する道徳的理由とはならない」とし、「スティルツは古代の不正と最近の不正の明白な違いを曖昧化している」と批判する。すなわち、どちらも歴史的な不正という点でロック的議論においては同様であるが、古代の不正は明白に、要求される矯正の実現に対する経験上の障害が膨大である特別な例の典型であり、全ての利害関係当事者の死亡においてはその補償の権利が、その追求における利益の明確な欠如により暗黙のうちに (tacitly) 放棄されるか、代わりとなる協定の積極的な受諾 (willing acceptance) により暗黙のうちに撤回されるとする。そしてこの古代の不正と、最近の不正は異なるものとする（そしてシモンズは、第一次世界大戦に続くクルドとアルメニアの領土の分離や、パレスチナとイスラエルの問題を歴史的な不正に基づく矯正のために道徳的に議論することは馬鹿げた/sillyものでないと主張する）。またシモンズは、シモンズのような現代における同意論者（およびアナキスト）と、植民地下の人々が、集団に対する不正をも認めうるロック理論においては明確に区別されると反論する。なお、シモンズが簡潔に説明する「暗黙・黙示の」同意論に頼って良いものか、なお疑問は残る。また、どの程度までの過去の主張が馬鹿げていて、どこからが馬鹿げていないのかも、境界が曖昧ではある。

あるいは体系的に、国家の権限と財産権・所有権とのアナロジー批判を行い、国境の正当化根拠を所有以外に求める研究がある。マーガレット・ムーア (Margaret Moore) は、領土を所有物や国家の管理により作り出される人工物、配分可能な財と考えるいずれの立場も否定し<sup>22</sup>、領土を個人が有する道徳的居住権と、集団が有する道徳的占有権から境界画定の正当化を試みる。ムーアは領土権と所有権が形態として似ることを認めつつも、所有権と領土権はその内在的統制ルールが異なることを指摘する。そしてムーアにおいては、所有に基づく領土権の説明を展開する政治哲学的解釈が、ロック的解釈と、ネオ・ロック的解釈とに分類され、いずれも妥当でないと論難される<sup>23</sup>。

すなわち、ロック的解釈は、国家を複数の個人所有者により構成されるとする解釈で、主に個人主義的観点から領土が捉えられ、領土は個人の所有物の集合体だと捉えられる。かかる理解のメリットとして、歴史的不正等に対する矯正的正義の主張の基盤が強固でかつ説得力を持ちやすいことを挙げる。また、所有とのアナロジーによって、領土権が包含する国境を管理する権利（移民や国境を越える財の流れ）や、資源を管理する権利等の説明しやすくなる。しかしながら、財産権の自然権的構成に対しては、財産権が協定つまり政治的権威により創設されたものであるとする批判が存在する。また、個人の私的所有から領土的管轄を導き出そうとする過程においては、同意しない者が存在したあるいは存在することの問題や、境界線が連続していなかったことによる現行の領域の不確定の問題がある。そのため、個人的所有権構成から、現在我々が知るような領土権を正当化することが困難とされる<sup>24</sup>。

他方のネオ・ロック的解釈も問題含みとされる。こちらにおいては、領土を、ある集団が保持する所有物のようなものであると捉える。また、国家は集団的主体であり、領土は国家の所有物として概念化される、と理解される。しかしこの立場は、現在する既存の国家の領土権をほとんどを正当化する代わりに、その領土権の出自の正当化を問わない点が問題視される<sup>25</sup>。

以上、財産理論および所有論との対比から、国家の主権論を規定し規範を考える立場に対する諸種の批判をみてきた。そこでの議論を踏まえ<sup>26</sup>本稿はまず大前提として、「退去強制および当該権限行使の正当化およびその制約を論じるとしても、国家の退去強制を財産論とのアナロジーで無邪気に論じるべきではない」、とする見方を採用する。そしてかかる立場から、領土権を財産理論に基づき理解し、あるいはこれを統制しようとする、シャッハーやスティルツらの類比論を分析していく。

---

<sup>22</sup> マーガレット・ムーア著 (白川俊介訳)『領土の政治理論』(法政大学出版社、2020年) 9頁。

<sup>23</sup> 同上 22-23頁。

<sup>24</sup> 同上 24-30頁。

<sup>25</sup> 同上 30-33頁。カーラ・ナインによる解釈を批判対象とするムーアの研究においては正統性批判もなされているが、ここでは割愛する。

<sup>26</sup> 無論、上述の財産権類比批判を全て正当なものとして受諾するわけではない。

しかしその前に次の第2節で、移民法上しばしば主張される、地位取得のための「労働や納税による貢献」という取得の議論を非正規滞在者の文脈において検討する。かかる検討により、「在留・市民権に関する権利・地位の当然取得」という議論が自明でないこと、またこれにより、その克服のために財産権や所有権を用いた試みが持つ意味もよりよく理解されるであろう。

## 第2節 労働と納税による貢献

### 第1款 フェア・プレイ？

非正規滞在者へのアムネ스티を求めてしばしば主張される根拠が、「労働や納税による貢献」である。そしてその論者によっては、許しや慈悲 (mercy) という道徳論を伴うことなく、非正規滞在者の過去の行為が「仮に不正だとしても」、貢献をアムネスティ付与の理由として提示する。入管法・移民法違反を一応の不正と置き、これを非難の対象とする筆者には、悔恨や償いを伴わぬこの主張に、正当性の根拠がどこにあるのかあまりよく分からない<sup>27</sup>。差し当たり許しや慈悲の文脈から離れた「貢献」の主張の根拠として筆者が考える候補としては、相互性や互惠やバランスの理念に立脚するもの (フェア・プレイ論、公平論)、ナショナリズムに基づくもの、国家による自由保障と貢献・寄与を対価関係で捉えるものの3つである。以下本節では、当該主張の根拠としてこれらを措定し、順に検討してみる。

まずフェア・プレイについて検討する。

フェア・プレイ原則は、「人々の協力関係から利益を受けている人は、自分もそれに協力する義務を負うという原則<sup>28</sup>」と説明される。これを基に、先述の在特・アムネスティ付与の主張を敷衍すると、「当該国の国民は、非正規滞在者の労働・納税によって一定の便益を享受している。なので、それに見合う法的保護とサービスを付与すべきである。あるいは、公平な処遇を要す」となるだろう (そもそも名前も顔も知らぬ国民間で、このような互惠性に基づく議論をできるのかについては疑義があるが)。

以上の主張をフェア・プレイ論から検討するうえで、示唆に富むのがシモンズの公平論に関する分析および理論の精緻化である。まず、互惠性や互酬性に基づくフェア・プレイを分析する、シモンズの思考実験からみていこう (なおシモンズによる空想事例の細部は、筆者が一部改変している)。

---

<sup>27</sup> 過去の自身の不正を認めただけで、自己の不正に対し、「金を払ったからもうチャラでいいだろう！」とする主張は、恐らく多くの者にとって、道徳的直観に反するものだろう。あるいはかかる主張を認めることは、「金さえ払えば不正をやってもいいだろう」という主張を認めるが如きグロテスクさを感じさせるものだろう。

<sup>28</sup> 瀧川裕英・宇佐美誠・大谷雄裕『法哲学』(有斐閣、2018年) 339頁。また、井上達夫『立憲主義という企て』(東京大学出版会、2019年) 168頁も参照。



【マッド・サイエンティストとの互惠関係？】私はある日、正体不明のマッド・サイエンティストに誘拐された。そして、彼の研究所へと連れていかれ、実験用の薬物を注射された。そしてその後、私は、この注射によって、私の知能と強靱さが著しく増大していることに気づいた。どうやら私は、この注射によって便益を受領 (receive) しており、そのことについては否定のしようがないようである。

このとき私は、便益を受諾 (acceptance) したと言えるだろうか？ そして便益を受諾した私は、注射を無理やり行ったマッド・サイエンティストに対し、互惠性に基づき、なんらかの報いをなす義務を負うべきだろうか<sup>29</sup>？

以上の思考実験において「私」は、マッド・サイエンティストに受けた便益に見合う報酬を払う義務などないだろう。なぜなら「私」は、何らかの便益をそこから受けているとしても、それを望んで受けたわけではないからである。押し売りの商人が家にやって来て、勝手に商品を設置して帰り、そこから便益を受けたとしてもその代価を支払う義務がないように、望まず勝手に与えられた利益に対して我々は、報いる義務を負うものではない。

以上から言えるのは、単に便益を受領 (receive) <sup>30</sup>するだけでは互惠性に基づく主張は成立せず、その便益を受けることを知りながらなお自発性を発揮して受諾 (accept) する場合でなければならない、ということである<sup>31</sup>。敷衍すると、便益を受諾しているというためには、我々は、当該個人が①その便益を得ようと努力した (そしてそれに成功した) 場合か、②その便益を知りながらそして意図して (willingly and knowingly) 受け取った場合でないとならないのである<sup>32</sup>。以上がシモンズによるフェア・プレイ論の分析である。

これを、非正規滞在者への在特の議論に置き換えて検討してみよう。国境の取り締まりと就労管理を行う国家において、国民が、違法に入国・滞在し資格外で活動する非正規滞在者がもたらす便益を「受諾」していると言えるだろうか<sup>33</sup>。このように解したとき、労働・納税等による貢献論は自明でなくなる (むしろ、法の公平な遵守という自然義務の観点から捉えるのであれば、法遵守の義務に違背する非正規滞在者の行為は、国境で法を遵守した外国人と比較したとき、自己を特権化する不公平だと非難されるはずである)。

---

<sup>29</sup> A. John Simmons, *The Principle of Fair Play*, in JUSTIFICATION AND LEGITIMACY (Cambridge University Press, 2001), at 5.

<sup>30</sup> ここでは、便益を受け取ることへの同意や受容などもなく、ただ与えられることを指す。

<sup>31</sup> *Supra* note 29, at 5.

<sup>32</sup> *Id.*, at 18.

<sup>33</sup> 労働市場に勝手に入り込んで勝手に納税している排除困難な状況下においては、「同意」と「受領」から区別される「受諾」を国家が行なっていると主張するのも、どうも筋が良くないように思う。なお、非正規滞在者の在特議論上の「黙示の同意」の有無については、その国における政策や制度運用を考察する必要がある (また、待機列の長さの問題などもしばしば併せて論じられる)。これらについては割愛する。

## 第2款 その他

それでは、フェア・プレイ以外の根拠についてはどうだろうか。残る“貢献”に着目したナショナリズム的根拠や、国家による自由保障を“サービスの購入”と同視する主張も、少し検討し始めると、あまり説得的でないようにみえてくる。

まず、ナショナリズム的に貢献を考えてみる。「我々Xという共同体に貢献したからこそ我々X共同体（ないし民族）の同胞として迎え入れるべきである」と主張するならば、それはあまりに我々という共同体に価値を与えたナショナリズムである。アムネスティ賛成論者のほとんどが、おそらくかかる根拠から主張するわけではなかろう<sup>34</sup>。

それでは前記の貢献論を、サービスの対価とのアナロジーから検討してはどうだろうか。保険や警備サービス同様に、国家による国民としての権利保障という開かれた便益（open benefit）を、労働や納税といった対価を給付することで入手できる、と主張する立場もあるかもしれない。

だが、国家の事業とその提供するサービス一般、とりわけ自由権から参政権まで含む国民としての地位を対価関係から捉えるそれも正当性が怪しい<sup>35</sup>。かかる主張をなすには、国家の行う事業が、国民の提供する何らかの貢献・寄与と対価関係にあることを論証すべきだが、どうみても現代国家は一般的にそういうものではない。

労働・納税を通じて対価を払えば国家による庇護の地位を取得するという主張がもたらす帰結は、「対価を払えば、例えその地に住んでおらずとも、また必要でなくとも、国籍を付与される」となるべきだろう。だが、そもそも、国家による諸自由の保障という地位は、対価を払わねば得られないものではないはずである<sup>36</sup>。権利や自由の保障は、貧富に関わらず与えられるべきである。また、政治参加の権利と義務を包含する市民権は、現代国家においては、対価関係に立つべきものではない<sup>37</sup>。それとも（さらに一步進めて）、政府による自由保障の対価を払えない役立たずは、当該領域から放逐されるべき者なのか

---

<sup>34</sup> あるいは、労働が持つ意味を勤勉という美德と捉え、「勤勉な者にこそ我々と同様の地位を与えるべきである」といった主張も考えうるが、パーフェクショニズムの漂うその主張の正当性は自明でない。またこの見方は、労働に何らかの価値を見出し、あるいは権原の根拠とする考え方も一部通底するだろうが、それとて後述するように疑わしい。

<sup>35</sup> 国家が提供する自由保障や諸サービスは、市場における対価関係において供給することが困難なものであるはずだという批判が、そもそもなされるべきだろうが。

<sup>36</sup> たとえばアメリカのシリコンバレーに居住し、インドに生活実態を持たない富豪が、インドにシステム・エンジニア向けオフィスを設立し、インドに莫大な投資を行うとする。そして、インド人エンジニアとの取引によってインドに莫大な納税を行ったとする。この勤勉な富豪は、アメリカのオフィスで労働することによって、インドに所在する会社を設立し、インド人のための雇用も創出した。だがこの富豪が、労働と納税といった当該国への寄与により、インド国籍や特別の在留許可を道徳的に与えられるべきであるとは言えない。あるいはまた、グローバル化した今日においては、インターネットを通じて外国人が外国に所在しながら日本のために労働し、あるいはオンラインでの活動で何らかの形で税を支払うことになったとき、当該主体は同様の主張の下で在留を主張しうるだろうか。考えるほど、この主張の正当性はそれほど単純明白ではなく、なお一層怪しいものになってくる。

<sup>37</sup> Ayelet Schachar, *Citizenship for Sale?* THE OXFORD HANDBOOK OF CITIZENSHIP (Oxford, 2017), at 789.

38。そもそも、共同体の利益になる者ほど共同体に迎え入れるべきである、という議論は個人主義というプロジェクトに反する、互惠社会モデル的理解への傾斜がすぎるのではないのだろうか。

前述の通り、在特をアムネ스티という観点から解釈し、許しという営みから不正の評価を検討する本稿においては、不正をなした者が「私は善行をなした。ゆえに私は許される権利を持つ（あるいは不正を不問とされ、その不正から獲得した便益を正当なものとして承認される地位を、当然自動的に取得する）。あなたたちは私を許さなければならぬ」という道徳的な請求権を主張しうるという結論を、是認することができない。

不正を非難される者が、その後の善行や改心、償いによって「許されるに値する行為主体」へと変化しうるとは本稿も認めるところである。そして、勤勉な奉仕といった形で地域社会に貢献し、善良な市民として振る舞うことは、過去の法軽視という不正に対する悔恨と改心を外部から推認させ、また償いとして評価されるものかもしれない。この限りで、「貢献」は、主張されても良い<sup>39</sup>。だがそれを超えて、当該主体に何らかの請求権があると主張することは認め難い。

過去に不正をなした行為主体にできることは、真摯な謝罪や反省、償いを通じて、不正を行った過去の行為主体の不正を現在の行為主体が認め、これを誠実に非難する者であることを客観的に認識できるよう振舞うことである。そして、不正をなした者の行為主体性が秩序と道徳を重んじる者へと変遷したことを認めたとき、許されるに値する者となる<sup>40</sup>。行為に対する不正という評価は、時間を通じてもおお社会に残り続ける。我々が道徳的になすべきは、不正をなした者を対等な人格であると認めながら、その行為の責任を非難し、かつその真摯な反省を受容することである。

### 第3節 地理的空間と「占有権」<sup>41</sup>

#### 第1款 利益説による「占有権」<sup>42</sup>

長期にわたる移民の滞在と定着が何らかの道徳的根拠に基づく権利につながる、かかる主張はしばしば諸種の論者によってなされる。

「移民についてではないが、長期の滞在が空間の占有の請求権に発展しうるとを、財産権アプローチにより論証する研究」として、ボズニアックは、ナバホ族の強制移動を例

---

<sup>38</sup> 「望ましい国民」をめぐるのは、Bridget Adneron, *US & THEM?* (Oxford, 2013) が示唆に富む。

<sup>39</sup> 加えてその労働も、周囲から「償い」としての意味を持つことも認められるものでなければならないだろう。無論、労働と奉仕、労働と拷問の境界を明確に定めることは不可能だろうが。

<sup>40</sup> 他方、不正をなした者への非難と許しのグレードを、金銭等による貢献の程度に応じて区別することを積極的に称揚する法制度の国家による構築は、唾棄すべきものである。それはあたかも、贖宥のために免罪符を販売するカトリック教会が如き醜悪さを彷彿とさせる。

<sup>41</sup> なお念のため。シモンズの位置付けを借りると、スティルツの議論は、カント的機能論と財産論のハイブリッドとされる。

<sup>42</sup> ここでのスティルツの主張については、主に、Anna Stilz, *TERRITORIAL SOVEREIGNTY* (Oxford, 2019), at 1 を参照した。

に取るアンナ・スティルツの研究を紹介した。(そしてその後、スティルツはこれとはまた別に、道徳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 geographical space. 以下スティルツの同概念は、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ィルツの一連の研究を紹介し、財産権との類比で語る道徳的権利に関する理論を学ぶ。

スティルツは、国境解放論を掣肘しつつ、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立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義務から導出されるものである。上記の諸価値から、(スティルツにおいては前章で紹介したように)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て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、こう主張する<sup>43</sup>。

以下ではまず、カント的機能論と財産論のハイブリッドとして扱われる、スティルツ理論においてその個人がその土地・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」について論じる(第1款、第2款)。ついで、集合的自己決定を勘案した、移民の入国拒否正当化に関する理論を紹介する。そして筆者によるスティルツ解釈として、上述の二者を勘案し統合した退去強制論を提示する(第3款)。

それでは以下、スティルツの「占有権」に関する研究の整理に移る。

「占有権」を論じるにあたり、スティルツは、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規律する点から、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ことを指摘する。そして「占有権」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<sup>44</sup>。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

---

<sup>43</sup> なおスティルツの政治的責務論については、前章を参照。またスティルツの前提は、外国人の入国 (access) に対する入国拒否 (exclusion) であり、国境の閉鎖と管理であるように解される。そしてこれを、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妥当でないだろう。しかしながら本稿では、スティルツの思考を解釈したうえで、退去強制についての考察を深めるという作業を行う。

<sup>44</sup> なお財産権との類比で語るスティルツは、後述のシャッハーの論考から示唆を得ている旨を明示する。

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、当人に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、下線2箇所は筆者)。

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、社会制度や法制度の外には、物理的な際に関するいかなる権利も存在しないとする「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の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。

そしてスティルツの立場は、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めるのではなく、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。そしてスティルツにおいては、「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重要性の、2段階から構成される。

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大半は、居住する場所の継続的使用とアクセスを必要とする。我々が構想する生の目標や関係性等は、特定の場所に位置づ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の実現の利益は、当該計画が自立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。ゆえにその主張には、公正使用の但書 (fair-use proviso) という制約がかかるものの、位置付けられた生の計画には道徳的重みが存在する。

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、当該個人を退去させることで得られる利益は、それと釣り合うものではない。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、さして重大ではない。無論、占有にもロック的但書からくる公正利用の但書による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たる。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在しない限り、一応の不正 (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」を論じるスティルツの理論の構造をここで整理しておく（また本稿第2章で紹介した、移民論への転用を望むボズニアックの真意は不明であるが、これをスティルツによる説明と整合的な形で【黙示】として記述し、提示する）。

- ①誰もが「占有権」という財産権類似の権限を持つ<sup>45</sup>。
- ②前制度的道德内容が、「占有権」にはある。
- ③前制度的道德は、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、個人も国家は負う。
- 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」による制限を受ける【黙示】。

以上のスティルツの議論は、北米大陸の先住民族であるナバホ族の土地の「占有権」から例証されたものであり、これを移民の退去強制という文脈に直接結びつけることには注意すべきである。換言すると、(正当に原始取得したのであれば) 先住民族はもともとその土地に関する正当な権原を有していたにもかかわらずこれを侵奪された者であり、ロック的発想を基にするのであれば歴史的権原から、その空間に対し主張しうる権利は強力なものであるはずである。だが、本稿が研究対象とする機会移民に属する非正規滞在者は別にそういう存在ではないため、長期にわたりそこに居住することで構築する関係に基づく「占有」の利益も増大することは認められるだろうが、先住民と直接同視することについては疑義がある（スティルツにおいては先述の通り、歴史的アプローチよりもあるいはこれと並行して、現在の国家の機能論に比重を置いた説明を行うだろうことから、なお原住民と移民の現在時点における類比を正当化する可能性もありうるが。だとしても、国家形成後の現在時点における法関係を重視するのであれば、スティルツも認める責務論から、非正規滞在者の法違反に対する問題はまた別途、考察すべき対象となるであろう）。

---

<sup>45</sup> 前述の通り、スティルツにおいてはラズ利益説がその根拠とされる。

またスティルツにおいては、私的所有権と、国家の領域的管轄権と、「占有権」が財産権類似の権利として併置されていた。ここにも、カテゴリ錯誤が見られることになる。そしてこれらを併置したまま、非正規滞在者の排除権制限の理論を財産権ないし所有権制約理論に基づいて展開すると、前述のウォルドロンらの所有と主権の類比批判理論から、妥当でないことになる。

とはいえスティルツは本研究の外、諸個人が有する権利と、国家が行使する排除の権限に関する研究も公表している。そして当該研究において、個人の有する権利と、国家が行使する権利の関係の整理が試みられている。そこで次に、この点に関するスティルツの見解を明らかにするため、これに続く研究も検討しよう。

## 第2款 グロティウス典拠の「占有権」<sup>46</sup>

スティルツ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」の類比の意図などが論じられる。そこで以下では、これに関するスティルツの議論をみていこう。

スティルツは、フーゴー・グロティウス (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や制限的な独占権を取得することができる。この原始的な権利であり、物質的財や土地などに関する当該権利は、自己保存 (self-preservation) の尊重と他者の自律の尊重という、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、ここでは原始的権利 (primitive right) と置く。そしてこの道徳的権利が及ぶ範囲の中核に、グロティウスを参照し、「自己保存に必要な手段」を置く (なお、ロック的アプローチによっても、所有の道徳的根拠を保存に求める立場はありうるだろう)。またグロティ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での権利主張、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られる)。こうして導かれた原始的権利には、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) という重みを与えられることになる。

ただし、原始的な「占有権」と、制度によって創設された権利は区別される。「占有権」は永続的なものではなく、使用に関する権利であって、時間を越えた承継が認められ

---

<sup>46</sup> スティルツの主張については *supra* note 42, at 59-85 を参照した。

ない。これらの点から、上記財産権とは異なる。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。そしてこの、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。すなわち第1に、その空間等が個人の一般的活動に不可欠なものとして供されていること、第2に、他者の競合的な仕様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3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原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。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、下線は筆者)。

以上の論理を整理すると、以下のようになる。

- 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<sup>47</sup>。
- ④「占有権」と共有物消費の権利を有する個人は、他者排除の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、既存の「占有権者」のために、排除の権限を、但し書きの範囲内で行使しなければならない。

以上のスティルツの論理は、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。しかして個人が自然状態において行使しうる権利の範囲内でしか、国家は排除の権限を行使し得ないことになろう。しかしながら、(後述する、集団的自律とコスト論という) スティルツが認めたい移民の入国拒否正当化事由は、諸個人が自然状態で有していたその権限とは異質である。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。どうやら問題はやはり、個人から国家へと権限の理論を繋げる点にあるらしい。

そしてその後のスティ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

---

<sup>47</sup> その根拠としては、グロティウスやロック的但書を参照。



れることになる。加えてそれは、すでに国内に存在し「占有権」と「集団的自己統治」を主張する人民らのための国家による、コスト負担に比重を置いた議論となる<sup>48</sup>。

そこで次に、ボズニアックが解釈によって読み込むものではなく、スティルツ自身が直接規定した国家の退去強制権と移民に関する道徳的議論を、概観し整理していこう<sup>49</sup>。

### 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<sup>50</sup>

「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) を重視するスティルツにおいては、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、スティルツのスタンスは、コスモポリタンの国境解放論を否定する一方で、他方では国家による退去強制と入国拒否・制限につき、リベラル・ナショナリストほど強い裁量を認めるものでもない。入国・滞在の許可を原則としつつ、条件付きで国家による退去強制が許容される。およそこのようなものである（ただし、人々の「移民の自由という人権/a human right to immigrate）つまり「移民権」というものまでは認めない）。

本節で紹介するスティルツの検討対象は、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) である。かかる対

---

<sup>48</sup> なおスティ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ことは、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、諸種の共通性を有する。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、並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 proviso）から引き出すというのである。しかし、自由主義下での完全な所有権と、（スティルツの定義する）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関して、その相違点が大きいのである。加えて、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。そしてこれらについては、スティルツ自身も認める（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であったが、歴史的な問題と現代の理論上の問題は、分けて考えるべきであろう）。そして原始的権利が、一般に財産権と呼ばれているものほど強力ではないことから、財産権という用語を、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いうのであれば、原始的権利が何らかの財産権類似の利益を保護していると認識できる限り、別に、そのラベルを付すことに留保が為されても構わない、との譲歩の姿勢をとる（スティルツは Niculus Cornell 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) 人と人の中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」と財産理論とのアナロジーが半ば放棄され、但書 (proviso) も、グローバル正義的な、自己保存と両立する程度での他者への配慮という道徳律を引き出すためのツールへと、一段一般化される。

<sup>49</sup> ボズニアックの引用した論考は 2013 年のものであり、本稿が引用したのはそれ以降の諸論文を集め加筆修正がなされた 2019 年のものである。当初の財産理論に傾斜した（あるいは自説修正前の？）スティルツの見解のその後の変化について、整合性がとれるよう再構築し擁護することは本稿の主題から外れ、また本稿の仕事でもないで行わない。差し当たり、その後のスティルツの「占有権」と国家の領土権の扱いについては、『『占有権』が直接、領土権に全質変化（注・パンと葡萄酒がキリストの血肉に変わるといふ考）させられるわけでもない』(Occupancy is not directly “transubstantiated” into territorial rights) という扱いにされている。また「占有」開始も、不法原因でないことが留保されている。本稿では扱わないスティルツへの批判とその応答に関しては、Anna Stilz, *Territorial Sovereignty: A Brief Introduction*, *J Soc Philos.* 2021;52:6-9.

<https://doi.org/10.1111/josp/12404> や Anna Stilz, *Reply to my Critics*, *J. Soc Philos.* 2021;52:40-49. <https://doi.org/10.1111/josp/12403>（いずれも最終確認 2021/09/27）を参照。

<sup>50</sup> ここでのスティルツの主張については、*supra* note 42, at 185-215 を参照した。

象を設定するスティルツの研究を基点とし、これを本稿がこれまで分析してきた「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」に反映することを試みる。

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、外部からの一方的な支配は認められてはならない。しかしながらそこから直ちに、ウォルツァーやミラー、ウェルマンら所謂リベラル・ナショナリストのように、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おいて、行使されうる。

また、排除は一定の条件下で正当化されうるが、その条件は裁量的な排除権の是認論者により展開された、「望まぬ責務」(unwanted obligation) 論に基づく退去強制正当化を修正することによって、具体的なものとされる。

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) を措定し、そこから広範な排除権を導出する理論を展開した<sup>51</sup>。スティルツはこれを換骨奪胎し、当該回避権それ自体は正当化したうえで、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者である。そしてホスト国の人民は、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、スティルツは、移民の流入と住民の自由制限の連関性に疑義を呈する。そしてこれを踏まえ、移民の増大を、既存の法制度に対するコスト増大として捕捉し直すべきと主張する。かくして国家が、機会移民の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つき、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、という主張につながる<sup>52</sup>。

スティルツにおいては、以上の移民制限の正当化根拠としてのコスト的理由の中には、「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非理想的な理由」(nonideal reason) の2つがあると説明される。前者の例は、国防、制度の転覆

---

<sup>51</sup> Michael Blake, *Immigration, Jurisdiction, and Exclusion*, *Philosophy & Public Affairs* 41, No. 2 (2013), at 103.

<sup>52</sup> なおスティルツによるブレイク分析は、Michael Kates and Ryan Pevnik, *Immigration, Jurisdiction, and History*, *Philosophy & Public Affairs* 42, No 2 (2014), at 179 をベースとしている。

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の激化に伴う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、というものが想定されている。

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。

スティルツが想定する、機会移民側の事情の例は、次の通りである。まず前述の通りスティルツは、諸個人が外国へと自由に入国し、そこに住むことができるという移民権までは認めない。ジョセフ・カレンズ (Joseph H. Carens) の cantiliver 論 (国内的移動の自由と国際的移動の自由の同視) 批判を念頭に置くスティルツの論旨は、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」が如き、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ない。なぜなら、賛成論者の主張は利益中心がすぎ、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) について語るものが少ない。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、説得的たり得ない。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である、などと論じることにどれほどの説得力があるだろうか)。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についても重視し、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的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、人格の自律につながる重大なものであろうか。おそらく、およそあらゆる移住目的がこれに該当するというわけでもない。なので、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、異なる重みづけを与えなければならない。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。

そのうえで、スティルツが主張の切迫度に応じてあげる具体例は、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離脱を望むが如き) 自己の気質と野心により一層適合する社会・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、これらがその例である。そして移住希望者の利益は、後ろのものほど重要視され、その重みづけがなされることになるという。

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コスト論的観点からの入国拒否という一応の理由、これらの衡量の結果、終局的な判断が下されることになる。

以上のスティルツの、移民の入国拒否・制限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と、次の通りである。

- 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責務の引き受けの可否は、移民側と国家側、双方の一応の理由どうしの衡量により決せられる。

ここにおいては、国家の領土権を「財産権類似」に構成するスティルツの理論においても、国家の権限行使に関する自然状態の想定や財産権的発想が後退する。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へと接近する<sup>53</sup> (換言すると、主権の責任構成に近づく。そしてその見方は、先述のウォルドロン<sup>54</sup>やグッディン<sup>55</sup>、瀧川裕英<sup>56</sup>等と近似するようになる<sup>57</sup>)。

---

<sup>53</sup> なお「財産権類似」に領土権を構成するスティルツの立論に対しては、なぜ自己保存が単独取得・所有と直結するのか、およびグローバル正義の観点から国家主権の行使に対する統制を強化すべきとして、なお残存する土地所有の見方を批判する書評がある。以上については、Anna Stilz and Anna Jurkevics, *Crises in Territorial Sovereignty: Critical Exchange on Anna Stilz's Territorial Sovereignty: A Philosophical Explanation*, Political Theory, Vol. 49, issue 5 (2021), at 856.

<sup>54</sup> Jeremy Waldron, *Special Ties and Natural Duties*, Philosophy & Public Affairs 22, No. 1 (1993), at 3.

<sup>55</sup> Robert E. Goodin, *What is Special about Our Fellow Country?* Ethics Vol. 98, No. 4 (1988), at 663.

<sup>56</sup> 瀧川裕英『国家の哲学』(東京大学出版界、2017年)。

<sup>57</sup> なお本稿は前述のとおり、「責任」から非正規滞在者の法的地位を論じることを主目的としている。国家の国境管理権と移民の問題をめぐる、よく俎上に上がる「自己決定権」という権利論について、直接換

そして以上のスティルツの「占有権」と入国拒否・制限の議論を非正規滞在者の問題に引き直し、整合するように解釈すると、上記の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、また他方には、法適用・執行の公平や法違反への非難といった一応の理由が載せられる、という構図に近づくのであろう。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在特・アムネ스티等の現行制度と近似することが看取される。

#### 第4節 市民権の取得時効的所有

本節では、アイエレット・シャッハーの研究を紹介する<sup>58</sup>。

移民とホスト国の関係の「根深さ」(rootedness)に注目し、市民権を財産権類似の(property-like)の新しい財産(new property)とみて、その権利の取得の正当化を試みる彼女の理論は、大要、以下の通りである。

まずシャッハーは、ウィリアム・ブラックストン(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の財に関する権原についても、少なくとも同程度の効力をもって妥当する」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いない。物権も、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いまや、物でない不可触の商標や特許などに対しても及ぶ)。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

---

討の対象とするものではないが、一応本脚注で簡単に触れておく。個人的・集団的な“自己決定権”は、国境を管理することおよび排除を正当化する論者からも、また移民権なる権利の積極論者からも用いられる概念である。そして論者によっては稀に、それが(あまりに自説にとって都合の良い形で援用され)究極的かつ比較を許さない無制約なものとして扱われることもある。だが本稿はそのような立場は採用しない。この点については本文に引用したスティルツや、A. J. シモンズの『自己決定』は、単純な全か無かの概念というよりもむしろ、種類と程度の問題でもある」(self-determination is also plainly a matter of kind and degree, rather than a simple, all-or-nothing concept)とする考えに賛同するところが大きい。上述のシモンズについては、*supra* note 14, at 231を引用。

<sup>58</sup> 以下引用するシャッハーの研究は、*supra* note 37, 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 Hirshal, *Citizenship as Inherited Property*, *Political Theory*, Vol. 35m No. 3 (2007), at 235などを参照している。

て初めて意味を持つ。かくして財産権は、人々の中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うる。

またシャッハーは、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。加えて、ウォルドロンによる財産権の定義、すなわち「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と結論づける。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」と導き、市民権と財産権を等置するのである。

かくしてシャッ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。そのうえで、根深さによって、非正規滞在者も社会的メンバーシップを事実上形成し、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うる私有財産同様、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がなく、その権利の新たな付与がなされたとしても、既存の成員資格の得喪が生じないとして、時効取得の道徳的許容性を語る。

こうして、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。このように導かれる。

以上のシャッハー理論を整理すると、以下のようなになる。

- 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<sup>59</sup>。
- ②財産権と市民権は類似する<sup>60</sup>。
- 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。

それでは次に、以上の取得時効とのアナロジーの成否につき検討する<sup>61</sup>。

---

<sup>59</sup> ブラックストーン、エクイティ上の法理などがその根拠である。なおこれに対しては、本章冒頭で紹介したシモンズのような論者から、諸種の批判や留保が付されることとなろうが。

<sup>60</sup> 「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」とするスティルツの記述を参照。

<sup>61</sup> なお、悪意占有による取得事項との類比によって、時間経過後の非正規移民の地位の法的な正規化・正当化を図る研究は、シャッハーによるもの以外にも存在する。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) の法理における土地等の財産の取得時効との類比で、非正規移民の地位の正規化が法的に正当化できることを主張する。また、かかる「法的」な理論構成により、寛容やアムネ스티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の主張も行う。しかし同研究の内容は、もっぱら同法理へと、非正規移民が置かれた境遇を言い換えた事実を当てはめるだけの作業に

## 第5節 強いて所有論と類比するならば

最後に本節では、本章第4節で紹介したシャッハーの議論を批判的に検討しながら、これをアメリカ法の文脈から独立させる。また、移民法論者が財産の取得・所有理論とのアナロジーによって真に主張したかったことを汲み、これをまた別の、一つのありうる所有論の形態で表現する。そうしてそのうえでなお、財産の所有論的類比によるその主張を成立させることが困難であると論じる<sup>62</sup>。しかし同時に、その検討を通じて得られた知見から、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款 シャッハー理論の分析

シャッハー理論の骨子を再度整理すると、以下の通りである。

- 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。
- ②財産権と市民権は類似する。
- 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。

まず、①について検討する。時効論に代表される通り、時間と関係の変化をもと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みられること確かである。近代以前から、取得や消滅の時効をめぐり議論と、その正当化の試みは存在する<sup>63</sup>。シャッハーが生きる現代アメリカ法の文脈においても、敵対的占有 (adverse

---

終始する感が否めない。また本稿からすると、同研究が廃したい「センチメンタルな議論」の分析こそ、我々の道徳実践と実社会における移民をめぐる議論に応答する営みであり、これを欠く機械的な当て嵌め判断への終始は妥当でないものである。また、上記研究以外にも、事項との類比研究の多くが、なぜ敵対的占有の法理が移民という別カテゴリにも適用ないし準用できるのかという根源的な問いに答えるものではない。故に本項では、シャッハーの研究を、当該論点に対する理解と理論を進化させる叩き台として採用し、参照した。

<sup>62</sup> 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先行研究がある。例えば、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巻3号731頁（また関連研修として、同「国籍取得の「権利」性と国家の「裁量」論」独協法学63号107頁）がある。（本項のように財産権の性質やカテゴリ論を直接に扱うものではないが、研究に際し示唆を得た）。

<sup>63</sup> この点、吉野悟「比較法史の基礎としての自然法学の所有概念」法学紀要35巻215頁、同「グロチウスとプーフENDORFにおける所有権思想（1）（2）」日本法学53巻1号35頁、54巻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頁などが参考となる。出雲研究においては、近世の取得時効の根拠として、（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、証拠の散逸に基づくものが紹介される。また事項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穩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、正当権原と善意は求めるか、どのようにしてこれらの推定を働かせるか、なども見られる。

possession) <sup>64</sup>による取得時効論<sup>65</sup>などの議論が存在する<sup>66</sup>。現代のリバタリアンの法哲学においても、歴史的権原のみから所有を論じるのではなく、私的所有の前提となる歴史的権限と時効取得を統合的に理解しようとする研究が見られる<sup>67</sup>。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減少をあげる、森村進のような議論もある<sup>68</sup>。

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による所有権の取得時効等を同視することはできるのだろうか。この点を考えるために、次にシャッハー理論の②財産権と市民権それぞれの特質について分析する。

---

<sup>64</sup> ここでは差し当たり、ある不動産をめぐる、権原 (title) に基づく権利主張と、占有権 (possession) に基づく権利を主張する当事者らの中で相容れない敵対的關係から、特定の時間の経過によって、占有者に不動産の原始取得が起こる法理ないし制度を想定する (なお、用益物権に認められる取得時効とはまた区別されるべきものである)。敵対的占有による取得時効の要件として一般に、公然の占有 (open and notorious possession)、現実の占有 (actual possession)、自主占有 (hostile possession)、継続的占有 (continuous) が求められる。アメリカでは基本 20 年で制度が構築され、加重要件として表見的権原 (color of title) や固定資産税の支払い、善意性などが州によっては別に求められる。以上については、田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991 年) 31 頁を参照。

<sup>65</sup> ここでは、不法な占有に基づく時効取得とこれを置く。

<sup>66</sup> Larissa Katz, *Adverse Possession and Sovereignty*, in eds by James Charles Smith, *supra* note 4, 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つつある①モデルでは、Adverse Possession (以下 AP) は非敵対性と手続性が強調されるという。そこでは、元の所有者の所有の喪失は、占有者による新たな取得の販社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、そこでは AP が、新たな所有者へと転じることから生じる影響から考慮されるという。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、AP 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) として扱われる。悪意の不法占有者は AP 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モデルに反して事項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、AP 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場合にのみ成立する、と説く。ここでは、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も、Larissa Katz, *The Moral Paradox of Adverse Possession: Sovereignty and Revolution in Property Law*, 55 McGill L. J. at 47, Larissa Katz, *Exclusion and Exclusivity in Property Law*, 58 University of Toronto Law Journal (2008), at 273, Larissa Katz, *Property's Sovereignty*, 8 Theoretical Inq. in Law (2017), at 8 なども参照。このほか AP 論については、Richard H. Helms, *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。また、カッツ以外にも、Smith, *Introduction*, *supra* note 4, at 1 などが米国法学における所有と主権の同視の傾向を端的に示す。

<sup>67</sup> 例えば、M. Garnett Roth, *Reconciling Competing Systems of Property Rights Through Adverse Possession*, 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、労働による価値創出と取得を前提としながらも、当初の権原が永続する物ではなく、真の所有者が懈怠する間に新たに労働により改善を行なった者への権利の移転を正当化する。

<sup>68</sup> 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。



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補償を及ぼし、実体・手続上の保護と救済を企図する議論が存在する。かかる試みの中でも著名なものとして、チャールズ・A・ライヒ (Charles A. Reich) の New Property 論がある。シャッハーも、ライヒの当該理論を少なからず参照している。そこでまずは、かかるライヒの主張を概観しよう<sup>69</sup>。

ライヒ論文の主眼は、政府が提供する福利 (wealth) という贈り物 (largess)<sup>70</sup>に人々の生活が依存し、市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、如何に諸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、法的保護の弱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、社会保障とこれに対する国民の権利保障という諸問題に対する「ものの見方」をシフトさせ、政府による福利に対する財産理論上の権利保障と、政府権力に対し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、特定の法的諸権利を有する。財産権とは、かかる福利とその所有権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、必ずしも財産権とは扱われない」ことを確認する。

そのうえで、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、元を辿れば国家や主権によって与えられたという点で、政府の福利と共通する」<sup>71</sup>。「私有財産におけるその得喪と内包も、法の産物であり、法に依拠する点で変わりはない」として、政府の贈り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く。

以上のように論じることでライヒは、1960年代の国家の関与・財産権の変容と、公私協働 (public private partnership) を指摘した<sup>72</sup>。これをシャッ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、取得と消滅の時効論を及ぼしうる、というのであろう。

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、性質上同視できるだろうか。これをまずは、真剣に検討しなければならない

---

<sup>69</sup> Charles A. Reich, *The New Property*, Yale L. J., 73 (1964), at 733.

<sup>70</sup> 政府の贈り物 (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・利用などが挙げられる。

<sup>71</sup> ライヒは、米国がイングランドやスペインの王からの贈り物である、という歴史を挙げる。だがこれに関しては、ウォルドロンによるカテゴリ錯誤の疑義を検討するべきであろう。

<sup>72</sup> なおその論じる場所は、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なく、25条の存在によって、社会権なかんづく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。

い。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のか、検討していく必要がある。

財産権とのアナロジーにおいてシャッハー理論は、主として市民権の権利・利益的側面に焦点を当て、論じ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、利益の側面以外も検討に入れる必要がある。かつてボズニアクが指摘したところ、市民権をめぐる議論は少なくとも以下4つの側面から整理できるという。すなわち、地位、権利、政治活動、アイデンティティ（連帯）の4側面である<sup>73</sup>。かかる不可触の権利・義務の束を有する実質的意味での国民は、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<sup>74</sup>。

対する財産権の対象は、時代や地域によって異なるが、歴史的にも現代的にも想定されてきたのは物である。また本稿がとりあげた、財産権と市民権の類比論者らが念頭に置いてきたのも物、とりわけ土地（ないし空間）である（そして市民権の保有と土地の所有は、歴史的に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。またその歴史の浅い、人造の財産権として広く理解される著作権は、その性質と補償をめぐって複雑な議論がある（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か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、などがその例である）<sup>75</sup>。

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であるといっても、ベースにあるのは物を中項とした人と人との関係で、法的議論の出発点として

---

<sup>73</sup> Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 7 (2000), at 455, 470-471.

<sup>74</sup> ここでは本稿が扱う財産アナロジーの諸研究の関心と、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「国民同士の関係」という民主制と政治的正当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似の先行研究として、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）、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）215 頁も参照。フランスにおける政治的正統性の観点からの思想史的研究としては、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ビ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。

<sup>75</sup> 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『権利と人格』前掲注 68、同『財産権の理論』前掲注 68、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、知的所有を所有の心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。

(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、現代国家における市民権は、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<sup>76</sup>、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を認めるべきでないことは論を俟たない<sup>77</sup>。いずれも利益をもたらすとはいえ、対象の性質があまりに違いすぎるため、乱雑に類比することが妥当ではないのである。

(そもそも、市民権をもっぱ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。故に、所有権も市民権も同様に財産権に属する」と、「新しい財産権」(new property) 概念を創設して語ったとて、そこには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ある。従って、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て、「狭義の財産」と市民権の性質上の差異を明らかにし、「狭義の財産」と市民権の扱いを変えざるを得なくなる。このとき、同じ「広義の財産」といっても、その性質の違いから、適用される法理も自ずと異なるものとなる。結局、性質の同一性と、同様の取り扱いの許容ないし要請を示し得ぬ限り、性質に応じた異なる法理を適用しなければならない。

さてこれを、移民論における市民権の時効取得類比論に引き直してみよう。

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はされていない)<sup>78</sup>。多様な側面を有する市

---

<sup>76</sup> See, *supra* note 37, at 789.

<sup>77</sup> 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。

<sup>78</sup> 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 (Arthur Ripstein) 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、および両権利の目的である。現代の立憲主義下での財産権の根拠としてしばしば、人格的自律や功利が挙がるが、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、さらには棄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り、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共目的 (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。権限行使は公共目的及び諸種の制度目的実現のためという拘束に服し、私的目的のための行使は規範的にもってのほか、なおかつその権限の譲渡も認められない。かかる権限に対する統制期間は、個

民権概念を、利益の側面ばかり過度に重視して、財産と同義で語ることは果たして妥当なのか、疑念を感じざるを得ない。

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、市民権を私人間において通用する財や商品をめぐる権利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。財産理論とりわけ所有の理論を援用したいのであれば、この点を等閑視せず論究する必要がある<sup>79</sup>。

また財産とのアナロジーを論じる論者が想定する財産の「所有」と、市民権の「保有」は同義であるかも検討しなければならない。すなわち、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。財産に関する取得と所有の理論は、主権・国家論から導出される市民権の付与・保有と、同次元で語ることができるのか。これは、カテゴリ錯誤を犯していないか。これらは、類比論者において、もっと真剣に検討されるべき問題だろう<sup>80</sup>。

この問題について、特に関係性という観点から、もう少し分析してみよう。

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、などといったよく耳にする議論で第一に想定されているのは、政府に対する何らかの債権や財産上の関係性ではなく、生活の基盤となる住居等の財産の尊重の要請であり、かつ家族関係や地域社会との関係、

---

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ば、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) として組み替える構想も妥当でない。以上が、リップシュタインによる類比批判の骨子である (Arthur Ripstein, *Property and Sovereignty: How to Tell the Difference*, 18 *Theoretical Inquiries L.* 243 (2017))。

<sup>79</sup> わが国公法学において、財産権と政府の贈り物のアナロジーを検討するうえで1つの導きの糸となるのが、おそらく最判昭和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、おそ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鉱物、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、黙示的公用廃止説、制限的時効取得説、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。だが後述する通り、市民権の時効取得の議論は、これとは性質を異にする類のはずである)。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いっても、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。また私法領域内においても、身分を時効取得しうるかどうかも論じなければならず、さらに市民権が身分・地位なのか財産なのか、前者だとしたらどこまで財産と近似するのかをより論究しなければならぬ)。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論を参酌するならば、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。

<sup>80</sup> 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ぼ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るという、財産権論者が目指した目的は達成されないだろう。

紐帯である（そして財産類比論者が考察にとり入れる後者の関係性は無論、何らかの財産的価値を創出する労働によらずとも良い）。前述の通り、国家が設定する防衛線による自由の保障は、すくなくとも労働の対価として提供される利益ではない。また個人にとって、これら関係性が一般に、金銭等の対価とかえ難い価値を持つが、それは通常想定されると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（いかなるカテゴリに属すのかも不明な）請求権を導出する議論には、必要な途中の論証の等閑や要考慮事項の考慮不尽という短絡の感がある。

以上を総括すると、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は、現代国家においては著しく困難に思われる。

しかしながら、以上の「関係性」に注目する所有の議論は、本稿第1章で概観した非正規滞在者側の主張する積極的要素の個人主義的理解と理論化にあたり、有益な示唆を与えるものでもある。すなわち、「人格の可塑性」や「長時間の経過による人格形成」、「人格としての生存」といった入管法をめぐる諸判決の要素を理解し、付与されるべき価値をめぐる根本的理解の深化に示唆を与える。

そこで次款以降では、シャッハーの説いた「時間の経過と根深さの強化による関係の変化」を反映する個人の地位や、スティルツの説いた「特定の地理的空間において構想される生の計画」や「占有権」を統合し、より深く理解することを可能とする所有論を探究する。そしてこれによって、前節までみてきた議論のコアにある内容を所有の観点から規定し、かつわが国裁判例における「人格」をめぐるタームの内包をも明らかにする。かかる仕事に際して、次款ではロックおよびヘーゲル的な所有論を参照して、個人の人格的自律と所有、並びに他者との関係構築を検討していく。つづく第3款では、所有の哲学の規定する内容を基礎付け、よりよく理解するために、社会学における自我論を参照する。そしてこれによって、諸裁判や憲法学で用いられる「人格の可塑性」などに通底する「人格」概念を理解する。あわせて、憲法学の基底的价值をなす「人格的自律」についても、この文脈に適合しうる形で、かつ社会における実践という基礎を備えた形での理解の仕方を提示する。

## 第2款 所有論と人格論からの示唆

### 第1項 ロック所有論と人格論

所有論において、所有と人格は、密接な関連を有す。

たとえば森村進は、ロック所有論の解釈によって、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<sup>81</sup>。以下では特に、これらの中でも「人格の拡張」に焦点を当てて、人格論の観点から非正規滞在者の地位に関する考察を進める。

森村が「人格の拡張」の理解にあたり参考にしたカール・オリヴクローナ (Karl Olivecrona) による先行研究は、property 概念を手がかりに、所有するという事は所有対象に人格が流入すると規定する。すなわちオリヴクローナは、グロティウスやロック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、「労働によって、物に、私の人格が拡張される」ことを挙げる。17世紀当時の property の語法には、「人格にとって固有のもの」(proper to a person) や「誰かに属するもの」(belongs to somebody) も含まれていた。これらからオリヴクローナは、労働 (labor=action) によって、拾ったどんぐりや狩った鹿に、行為主体の人格が注入されるとする<sup>82</sup>。

確かに、あるものを所有することによって、愛着<sup>83</sup>や思い入れが湧き、大切なその物を喪失したとき、自分の一部をなくしてしまったような喪失感を覚えることもある。あるいは我が身のように手放し難いと思う物は、しばしば存在する。かかる直観をもとにすれば、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あたる、と主張することにも頷ける。

しかしながら、労働や行為によって人格が物に実際に流入し、所有された財が私という人格の延長となる、という形而上学的説明は、原理的にはありうるが妙な話でもあり<sup>84</sup>、むしろこれは「私の人格に入ってくる」<sup>85</sup> (私の自我の一部を構成するようになる) と置いた方が、我々の直観に適うものである。そしてそれが、占有によって他者に承認される、と捉える方がスマートであろう。

あるいはロック所有論に関して、上記のオリヴクローナや森村の理解とはまた異なる見方で理解する論者も存在する。例えば一ノ瀬正樹の説くところ、ロック所有論にお

---

<sup>81</sup> 森村進『ロック所有論の再生』(有斐閣、1997年) 115-157頁。

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 太田寿明「アダム・スミスの所有論」一橋法学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す誘引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」を形成させることで人と物との行為に過ぎなかった所有を人と人との間の社会的鋭意に転訛させるという重要な役目を負う」という。かかる愛着(attachment)のあるものを奪取された場合に侵害の感覚が生じ、これが正義の下、所有権の排他性と新会社からの奪還・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)。

<sup>84</sup> 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。

<sup>85</sup> *Supra* note 82, at 219もこの表現をロックから同時に引用している。

いては、人格は知識などといった財を獲得することによって形成されていくという理解を示す。ロックのいう人格は、知識と行為の両場面に通底する主体で、他者との相互的な交流の中でのみ生い育つ社会的・法的な概念であるとも考えられる<sup>86</sup>。また、労働の混合による所有権の取得も、それによって「何かは人格を構成する要素になる、つまり所有権が確立することによって同時に人格が確立されていく」とも表現される<sup>87</sup>。これは簡略化すると、もともと外部にあったものにより、人格の一部が形成されていくという理解である（そして所有権は人格の要素となることであるので、他者の所有権侵害は、他者の人格への攻撃に他ならない、戦争状態であるとさえも、この場合には規定される<sup>88</sup>）。そして所有権概念は知識に対しても適用される。このとき、所有権が人格を構成する要素となる、ということがより顕著に理解される<sup>89</sup>。そして人格そのものについての知識を得ること、つまり他の人格と知り合うこともまた、人格の形成へとつながる（そしてこの知り合うという営為の中には、言葉を気遣ったり、儀礼的な配慮をしたりといった努力探究としての労働、および実際の交流という同意決定の行為も、一ノ瀬においては読み込まれる）<sup>90</sup>。人格と所有をめぐっては、このような理解の仕方も存在するのである<sup>91</sup>。

## 第2項 ヘーゲル所有論と人格論

---

<sup>86</sup> 一ノ瀬正樹『人格知識論の生成』（東京大学出版会、1997年）174頁。

<sup>87</sup> 同上 220頁。

<sup>88</sup> 同上 239頁。

<sup>89</sup> 同上 260頁。

<sup>90</sup> 同上 262頁。

<sup>91</sup> ここで簡単に、一ノ瀬の解釈するロック人格論をみてみよう。一ノ瀬の解釈するところ、ロックの指した人格は身体と同一視され得ないものであり、かつ、所有権の原点であると同時に、刑罰権の対象ともなるものである。かかる人格は、記憶という心的なものには還元し尽くせないものであり、なおかつ道徳的営為を営む身体も含むものと理解される。そして、人格を意識と置く。この意識は本来的には「罪の意識」である。一人称的で心的なものを超えており、「反復できる」もので、ある根源的な次元においては第三者による同一的人格の決定というあり方を許容するものだという。一ノ瀬の解釈するところ、ロックの指した人格は身体と同一視され得ないものであり、かつ、所有権の原点であると同時に、刑罰権の対象ともなるものである（同上 72-73頁）。かかる人格は、記憶という心的なものには還元し尽くせないものであり、なおかつ道徳的営為を営む身体も含むものと理解される。そして、人格を意識と置く。この意識は本来的には「罪の意識」である。一人称的で心的なものを超えており、「反復できる」もので、ある根源的な次元においては第三者による同一的人格の決定というあり方を許容するものだという（同上 97-153頁）。それではその人格は一体どのような定義を持つ概念か、と問われることになるが、一ノ瀬においては、人格と意識は第三者による決定を媒介して確定されていくものであるため、人格や意識の概念は原理的に多様でありうるし、変容も起こりうる（すなわち「神の善性に訴える」より他ない）ものとだけ、規定される。同 163頁。あるいは、人格概念は「法や道徳を探究し決定していく行為とともに、成立すると言ふべき」で、換言すると「法や道徳をさぐり同意決定していくことがすなわち人格概念が成立すること」であるとも表現される。そしてかかる視点は、法廷用語である人格概念を、「人格と法廷の交錯する、そのつど創造され揺れ動く真の実践の場のなかへと論じ詰めていくという見方」でもあるという。そして同意を重視する一ノ瀬にあっては、かかる人格は、第三者のよって決定され、そして当の本人がそうした第三者による決定を自らに関する決定として一人称的に受け入れて同意することによって初めて成立するものとされる。

前項でみたロック所有論は、所有と所有主体の人格、および他者との関係について説くものである。そしてかかる知見は、「根深さ」や「位置付けられた生の計画」、「人格の可塑性と形成」といった論題の理解に、少なからぬ示唆を与えてくれる。そしてこれら理解にコミットする、所有をめぐる研究領域は、ロック以外にも存在する。

その一例がヘーゲル所有論である<sup>92</sup>（ただし筆者には、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気がない。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、先行研究による解釈のあり方を参照する）。

ヘーゲル所有論は、高橋一行によると以下のように整理できる<sup>93</sup>。

- 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の明確化）
- 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<sup>94</sup>。

また所有の始源には精神がある。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く（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。

こうした所有の連続の先に行き着くのが、（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。だが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によるのみ、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<sup>95</sup>。

---

<sup>92</sup> ロックにおける人格論は、知識などの材の獲得により人格が形成されていく、というものであったが、他方のヘーゲルの場合は後述のように、幽霊のような人格・自我というものが想定され、それが知識などを「所有」することを通じて手段を獲得していくというような違いは、厳密な議論において存在する。

<sup>93</sup> 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、本稿は立ち入らない。

<sup>94</sup> 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。

<sup>95</sup> 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て鬱を発症する、という理解である。（その頭皮はさ



難解を極める上記内容を、哲学者の加藤尚武の解釈と表現を借りて簡略化すると、次のように記述することもできるだろう。

すなわちヘーゲルにおいてはまず、何かを所有する主体である人格というものを措定できる。この人格は純粹自我とも表現される。この純粹自我は、所有対象を捨象された所有主体である<sup>96</sup>。かかる人格を有する人間だけが、自分の命を含む全ての所有を放棄でき、そのうえでかつ、自分の意志により所有を選択することができる（そして全てを放棄し無になった瞬間のみ、全ての人は平等となる）。このような生命に対する自己決定すら含む自由という内面的自由により、「私」は、自身の生命や身体、財産を選択する主体となる。何かを選択する前の「私」は、いわば存在する純粹な欠乏、飢餓、空腹であるため、空白の自我に欲望の内容が流れ込む。欲望の充足により空白を否定した自我は、普遍的な存在から特殊化された存在へとかわる（自我は、内省により普遍化され自由を達成し、行為により自分を特殊化して現実世界に身を置き、自由でなくなるという否定作用の往復を行う）<sup>97</sup>。しかしこの自我の核心には無限の自由があり、「私」が現に「私」である事柄の全てを否定できるのであれば、根源の自由は失われず、なおも自由であり続けられる<sup>98</sup>。

「私」の中心にあるものは普遍性であり、この外側に、私の特殊性が付着する。この「私」を規定する特殊性は、教師である自分や、父親である自分や、日本人である自分といった存在規定である。こうした外側にある特殊化した自分によって、「私」は世界と関わる。この中心にある普遍性と、これを取り巻く外側の特殊性が一つになっていることが、「私」の個別性である<sup>99</sup>。

そしてこれを、人格による所有という所有論に引きつけ、敷衍してみよう。

所有の主体は、自由な意志である。そして、所有主体と所有主体間の関係は、身体を含め、所有物を媒介して行われる。人格という身体のない主体が存在し、人格が身体をも含めて所有を行う<sup>100</sup>。権利の本質は、かかる所有の権利である。人格は常に所有の主体であり、人格は所有の対象とならない。あくまで所有の対象は、人格以外の物件である。こうしてここに、所有の主体と対象の二元論が完成する。主体は内的なものであり、対象は外的なものである（ただし、内と外の境界線は明らかでない）。そして内的なものは所有も譲渡もできないが、外的なものならば所有も譲渡もできることとなる<sup>101</sup>。

---

ておき）ここにも、他者の存在が自己のうちに入り、自我を基礎付けるとする見方が通底する。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。

<sup>96</sup> 加藤尚武『ヘーゲルの「法」哲学』（青土社、1993年）38頁。ここにおいて人格は、幽霊のような非還元的なものとして現出する。

<sup>97</sup> 同上 42-43頁。

<sup>98</sup> 同上 44-45頁。

<sup>99</sup> 同上 47頁。

<sup>100</sup> 他方、他者にとっては「私」はあくまで「私」の身体である。そして、身体を媒介としない他者関係は存在しない。だがそれでも、身体の所有主体は、存在しない幽霊であるとされる。

<sup>101</sup> 前掲注 96、62-67頁。

身体に関しては、身体は直接的な物であると同時に、自我・人格の現存在とされる。そのため、他者にとって「私」は身体でありながら（心身統合体）、同時に「私」は純粹自我において身体を持つものである（心身分離体）。この2つが統合されることで、「私」のアイデンティティ、つまり固有性を持つ「私」が導かれる（私にとっての私が、他者にとっての私と重なり合う。自分を占有し、自分を自分の所有とするとき、それは同時に他者にとっての自己の存在となり、アイデンティティが形成される）。そして、所有、占有、労働、加工（形成）には、「外界にある外的なものの自己への同化、自然の人間化、身体の問題化」という同じ意味が含まれる。ここには例えば、栄養の摂取により、有機的的身体を錬成して熟練させることや、自分自身の心身に労働を加えて形成加工し、才能を伸ばして音楽家としての能力を身につけることなども含まれる<sup>102</sup>。

またヘーゲルにおいては、所有の具体的なあり方は上述の通り、自分のものにする「占有」、その「使用」、他人への「譲渡（交換）」と規定される。そして、譲渡が成り立たないものに、所有は成立しないとまで主張する。譲渡とは、「ものの側にくっついてきた意志が、ものから自立すること、すなわち私の内面的意志がものから自立すること」をいう。そしてこの譲渡の可能性こそが、私の内なる所有権の社会的な承認であり、ゆえに譲渡は所有の完成でさえある。そしてかかる譲渡の対象となり得ないものは、自我の核心すなわち普遍的な意志、内面にある人格である。それ以外のものは、内面的なものであっても一度外化すれば譲渡が可能となり、所有の対象となる。知識や学問、熟練の技能なども、精神の媒介や主体的活動によって疎外化されれば外化が成り立ち、肉体労働も教育も譲渡対象となる<sup>103</sup>。

以上が加藤によるヘーゲル所有論の解釈である。加藤の解釈においても、内面的な主体たる人格は所有の対象たり得ないが、内面的なものが外化されることで所有の対象となることを、知識や学問を例証して説く。そしてここにいる、外化による占有（取得）と譲渡（交換）の対象は、ロック所有論において一ノ瀬が指定した、他者が「私」に対して示す態度や振舞い、意思なども含まれると解して良いだろう。これらを学習し、取り込み、自己のものとするにより、空白の自我は特殊化される。そして他者により認識される特殊化された「私」と、人格たる「私」の所有が一致することによって、個別性を有する「私」というアイデンティティが成立する。所有と自我、人格は、このように記述されうるものでもある。

無論、もはやこのような段階まで来ると、前述の高橋も自認した通り、狭義の所有論の範疇から外れる。だがそれでも、以上の心と自我と認識、「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、本章においてこれま

---

<sup>102</sup> 同上 60-73 頁。

<sup>103</sup> 同上 79-90 頁。

で所有の議論内で検討してきた事項に対し、少なからぬ示唆を与える。当該知見をより深く分析し理解することで、シャッハーの「根深さ」や、スティルツの主張した善の構想の特定空間との密接な関連性を規定する「位置付けられた生の計画」のより深い解釈や、本稿の扱う非正規市民の地位、および地域社会との関係構築が持つ意味についても理解を深める。

換言すると、在特関連の裁判上しばしば説かれる、「人格の可塑性」や関係性の構築、退去強制への支障などを、「根深さ」との関わりから理解するうえで、所有論とともに展開される人格論・自我論は示唆に富むものである。そして、前節までの類比論者たちが説きたかった内容の核心を、個人主義的見地から所有の議論と絡めて論じるルートも、ここに存在する。そしてこれらへの理解により、人格的生存の価値への重み付けと、その時間的検討が可能となる

そして以上の記述的なヘーゲル所有論や、ロック所有論に対する理解を深め、その基礎をより確固たるものにするのが、次款でみる社会学における自我論である。

### 第3款 自我論

前款ではロックやヘーゲルの所有論を通じて、個人の人格と他者との関係を所有の観点から哲学的に概観した。ロック人格論における意識説においては、一般に、個人の人格は所有によって形成されていくと説明されるのに対し、ヘーゲル人格論においては、所有に先立って幽霊のような人格があり、空白かつ空腹の当該人格（純粹自我）が外界にあるものを所有していくと説明される。本稿の関心は非正規滞在者に対する在特に関する道徳的研究にあり、ロックとヘーゲルいずれの所有論と人格論が正しいのかを説くことにならないため、両論の比較検討は行わない。

代わりに本稿が行いたいのは、財産と所有の類比論において展開された「根深さによる関係変動」や「位置付けられた生の計画」の核心をよりよく理解し、またその理解をわが国諸裁判例において主張される「人格の可塑性と形成」というタームと統合し理解することである。そしてそのための思考のヒントは、社会学における自我論にある。

すなわち、他者との関係による自我の社会的形成と役割取得に関する社会的知見が、これまでみてきた所有と人格の議論の理解を深め、かつ在特法制における積極要素に対する記述的基礎を付加することとなる。かかる分析および概略にあたっては、高橋の記述と通底し、社会学内外でその名をよく知られるチャールズ・ホートン・クーリー (C. H. Cooley) およびジョージ・ハーバード・ミード (G. H. Mead) の自我論を参照する。

まずみたいのは、クーリーの「鏡に映った自我」(looking-glass self) にまつわる議論である。いわく、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のではなく、その自我は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みており、またどう評価しているのかの理解を通じて、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、自己の中にとりいれていくことで、自我を獲得し、発展させ、維持するのである。

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・トゥ・フェイスの親密な結びつきを持つ集団（primary group. 第一次集団）を通じて、形成されていく<sup>104</sup>。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、自我のうち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<sup>105</sup>。

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は、自我（self）は主我（I）と客我（Me）の2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る。また主我は、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取り入れることによって、自我が形成される。これら期待は、他者それぞれによって異なるものだが、かかる多様な期待をまとめあげて一般化することで（つまり「一般化された他者」の期待を取り入れることで）、子どもの十分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、より広いものとなる。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<sup>106</sup>。

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。人間の主我は、他者の期待や社会規範を自己の中で解釈して、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）。

---

<sup>104</sup> クーリーいわく、第一次集団の他者は、①他の人間がどのように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う。

<sup>105</sup> C. H. クーリー著（大橋幸・菊池三代志訳）『社会組織論』（青木書店、1974年）。またその理解にあたっては、船津衛『自分とは何か』（恒星社、2011年）14-22頁も参照した。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。

<sup>106</sup> George H. Mead, MIND, SELF, AND SOCIETY (The University of Chicago Press, 1962). またその理解にあたっては、船津衛『自分とは何か』（恒星社、2011年）51-57頁も参照した。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の理解にあたり参考とした。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）も参考とした。

人は内省し、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、過去や未来と関連づけながら、自分を再構築できる側面もあるのである（創発的内省）<sup>107</sup>。

かくて、ものの所有と「他者の所有」から、自我を構成する所有物および他者（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、「さまざま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<sup>108</sup>」と説明できる。

以上の社会学的自我論から、これまでの所有と人格の哲学においてみてきた個人の人格と他者との関係について深化した理解をなしうる、一つの解釈が可能となる<sup>109</sup>（ここでは、自我が学習する視線を、対象に対し向ける視線と、対象に対し付与する価値の尺度とに分節し、整理する。また、「私」という意識と、記憶がどのような関係に立つかは、ロック人格論においても一つの大きな論題となるもので<sup>110</sup>、これを規定し尽くすことは本稿の能力・主題いずれにおいても埒外となる<sup>111</sup>。そのためここでは簡単に、社会学における獲得された自我と、心理的要素である記憶の関係を以下のように簡単に整理する）。

すなわち、他者との関係を通じて獲得すると説かれるものは、事象に対する意味と評価の視点・尺度であり、かかる視点に基づく視線が自己に向かうとき、それは他者の視線を学習した自己認識と言いうる。そして人は、対象や世界に対していかなる意味を付与するかという認識の視点のみならず、それがいかにあるべきかという規範に関する尺度も同時に学ぶ。そしてこれら獲得された視点と尺度に基づく自己のあり方は、他者と

---

<sup>107</sup> 以上は、船津衛『社会的自我論の現代的展開』（東進堂、2012年）の全編にわたり論じられる。

<sup>108</sup> 江原由美子「私を変える」井上俊・船津衛『自己と他者の社会学』（有斐閣アルマ、2005年）118-119頁。

<sup>109</sup> ただし無論、哲学的用語と社会学的用語が厳密な通有性を持つものとするのは妥当でない。また前述の通り、本稿は形而上学における「人格」が一体何であり、またその通時的同一性の基準たるや如何といった難問に対する答えを出すものではない。あくまで、当該文脈において用いられる「人格」が、いかなる意味を持たされており、またいかに解釈されるべきかという、実践における用法を検討するに過ぎない。

<sup>110</sup> このことは、循環の誤り批判やQ記憶といった議論を想起すると、容易に理解される。

<sup>111</sup> 前述の一ノ瀬によれば、意識つまり人格が、記憶と同義であるとする「意識＝記憶」という理解をとるのが、「かなり一般的で根強い見方」だという。しかし一ノ瀬は、ロック人格論において意識を純粹に心的なものとして捉えることに疑義を呈し、加えて意識概念に身体をも含めて理解する立場を採用したうえで、両者を同視しないとする立場をとる（例えば、「意識のある観点から見たとき、それが記憶という概念の外延と重なることは十分にありうる」と表現する）。すなわち、両者は同一の事項について述べているが、位相の異なる議論である。意識という概念によって記述される一つの事象が、たまたま記憶という概念によっても記述される。このように理解する。前掲注86、90-96頁。

の関係において特殊化された諸要素に基づき規定されるものであり、かつ他者によるその意味づけと規範的期待が一致することが個別化された「私」でもある。

そして、獲得された視点と尺度に基づく、自己の送るべき規範的生活の自認は、関係を有する他者の期待と、自己の創発性により形成されるものでもある。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。個人は内省し、他者の期待を反照しながら、自己の道徳的生の内容を判断し、形成していく。

事象に対し意味を与える認識とその価値判断は当然、自己以外の他者や、外部のものに対しても向かう。諸個人が他者や社会から学び取り、また創発的に発展させるのもまた、以上のように関係の中で獲得され、彫琢された視点である<sup>112</sup>。経験するとは、ある空間の、ある身体において現れた世界に、意味を与えることと措定する。そしてかかる理解の下では記憶は、過去の一つの視点から捉えられた経験を、現在において証拠と理論に基づき推測しながら、現在視点から遡って推測、認識、評価されたもの、と整理できる<sup>113</sup>。差し当たり本稿では、このように簡単に整理しておく<sup>114</sup>。

移民論および在特をめぐる諸裁判の文脈で用いられる「人格」もまた、おそらくはこのようなものだろう。すなわち、関係のなかで形成され、可塑性を問題とする「人格」は、以上のように整理した自我であり、ないしは個別化された「私」と、ほとんど同視して捉えられた「人格」である。そして、他者との関係の中で自己を規定された自己の認識をもとに、他者の期待を反照しながら判断され形成されていく自己の道徳的生の内容こそ、スティルツが説いた「位置付けられた生の計画」と通底するものでもあり、かつこの文脈において「人格的自律」と呼ばれるものの主たる内容でもある<sup>115</sup>。このように解釈することが妥当だろう<sup>116</sup>。

#### 第4款 人生の各時点において一貫していない善の構想

第3款では、人格的自律あるいは善の構想は、他者や社会との関係において形成され、また自身の内省により彫琢されていくものであるとの解釈を示した。

それでは、このように解釈された善の構想は、時間との関わりからはいかに評価されるべきだろうか。

---

<sup>112</sup> いわば、社会から与えられ自身で彫琢した認識と評価に基づき、その人にとって世界がいかなる見え方をするのかがここでの問題なのである。

<sup>113</sup> また記憶は、個人の世界の見方を形成し、基礎付けるものでもあるのだろう。本文では、現在の視点から意識と記憶の関わりについて記述したが、時点を限定せずに、「各時点の意識の積み重ねが記憶である」とする単純化された記述でもよい。

<sup>114</sup> 記述に際しては、野谷茂樹『心という難問』（講談社、2016年）の素朴实在論の視点を参照。

<sup>115</sup> 無論このことは、人格的自律における人格を抽象的個人という要素や、規律化した個人という要素を排斥するものではない。またここでいう「人格」が行為論における行為主体とどのような関係が立つのか、これを超長期的な計画性を有する時間的な幅を持った行為主体の規範面との関わりから語りうるのかについては措く。

<sup>116</sup> なお念のため。少年法や、猥褻表現をめぐる子どもの知る自由の文脈における「人格の可塑性」が、ここでいうところの「人格の可塑性」と同義かはまた別途、詳細に検討することを要すように思われる。

換言すると、他者との関係および内省の下で形成され変動する自律への評価は、どの時点において行われるべきか。国家においては、どの時点の善の諸構想を、諸個人において尊重されるものと扱うべきか。

かかる問いに対する応答を導く上で、本稿が参照したいのは、ロックの人格論を発展させたパーフィットの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、並びにこれを参酌した、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。

本稿第3章で紹介した通り、人格の同一性の源泉をめぐっては、身体・脳や、記憶・性格・意識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に求める還元説と、物理的連続性や心理的連続性よりももっと深いレベルの、これらから切り離された何らかの實在に同一性を求める非還元説がある。ウィットに富んだ各種思考実験の末にパーフィットが採用するのは還元説である。中でも彼は、分岐しないR関係（心理的連結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。そのうえで、人の生にとっ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関係であると説く。そして功績（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<sup>117</sup>（なお前述の通り、その後パーフィットは責任については自説を改めている<sup>118</sup>）。

以上のパーフィットのR関係と重要性関係を検討したうえで、人の幸福度を測定・判断するのにふさわしい時間的な単位を考えるのが、森村進の研究である。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退け、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<sup>119</sup>。

---

<sup>117</sup> Derek Parfit, *REASONS AND PERSONS* (Oxford, 1984). またその理解と解釈に当たっては、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 Chalmers, *The Singularity: A Philosophical Analysis*, *Journal of Consciousness Studies*, Vol. 17 (2010), at 7, David Chalmers, *The Singularity: A Reply*, *Journal of Consciousness Studies*, Vol. 19 (2012), at 147, 奥野満理子「パーフィット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「人格の同一性と「現在からの視点」」科学基礎論研究Vol. 29, No. 2, 37頁、高橋隆雄「人格同一性の問題」文学部論叢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 and John Barresi edited, *PERSONAL IDENTITY* (Blackwell, 2003)も参照した。

<sup>118</sup> Derek Parfit, *Comments*, *Ethics*, Vol. 96, No. 4 (1986), at 832.

<sup>119</sup> 森村進『法哲学はこんなに面白い』（信山社、2020年）219-225頁。

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、本稿は以上の知見を、憲法学における基底的価値たる個人の人格的自律へと反映したい<sup>120</sup>。

すなわち、我々が直観的に理解し、また日常において経験するように、人が生存するうえで有する自我や（この場合に用いられる）人格は、生来不変でもない。また諸個人が現在時点で認識する「私」とは、通常、現在の自分との心理的連結性が強固な範囲内における自我でもある。そして形成・判断される道徳的な生や、人格的自律の中身も生来不変ではなく、時間とともに変動する他者と自己の関係の中で変化する。

我々が「人格的自律」の文脈において重視し、前提としている自我や「人格」も、このように時間の経過と関係の変化によって変動する関係を持つ、しかも人生において一貫したものではない場合が多い。そして尊重されるべき、現在の個人が抱く将来に向けた善の構想は、もはや現在においては価値を見出せない遠い過去の構想ではなく、近過去において真摯に構築し描いてきた構想である、このように考えるべきだろう。

そして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、所有と人格的自律の観点から次のように整理できる<sup>121</sup>。

すなわち、違法な長期滞在による関係構築と紐帯、自己を取り巻く財産の所有により、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近過去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<sup>122</sup>。

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、個人主義的によりよく理解される。そして、諸国家を諸個人の物質的・人格的生存及びそれに必須の法的状態実現の責任を負う諸装置と想定したとき、どの国家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、確固たるものとなる<sup>123</sup>。

おそらく、移民論において多くの論者が退去強制を批判するに際し、個人主義的に主張したいのはおよそ以上のようなことであり、これは財産・所有論との類比論者におい

---

<sup>120</sup> 幸福と人格的自立や decent life がいかなる関係に立つかについても、ここではさて置く。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）も参考にした。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。

<sup>121</sup> なお、本稿による以上の説明は人格に着目した所有論に基づくものであり、財産に関する所有の議論とは通底する部分もあるが、性質をやや異にするものである。前掲注22、54-55頁でムーアも、本稿の人格論的な所有論に基づく分析と同旨を、個人の居住権と集団の占有権から導く。

<sup>122</sup> なお筆者は、旧稿においては責任減少もR関係との関連から記述していたが、説明ないし記述を改める。また、以上みてきた自我論やロックの意識説と、責任論におけるディスポジションがそれぞれいかなる位相にあり、どのように相関するのかの分析・整理については、本稿の検討から外す。なおこの点に関しては、戸田山和久『哲学入門』（ちくま新書、2014年）が示唆に富む。

<sup>123</sup> ただしこの要請を権利と呼ぶうかは留保する。



ても同様であろう。そして、所有や財産との類比により語ることによって、ある者はこれを時効取得の法理を援用して過去の不正をもはや現在において問いえぬものとし、かつ現在のその地位を正当化することを試みる。また別の論者は、財産権内在の法理によって国家の権限行使を抑制し、かつそれを非正規滞在者の退去強制論にも及ぼすことを企図したものとみられる。類比によって過去の不正を超克し、現在の事実状態と適合する地位を法的・道徳的に正当化することを試みたものと、本稿では思料する。

そしてこれまでみてきた通り、本稿も法と道徳を語るうえで、その歴史的始原という過去のみ傾注するのではなく、その不正の上に構築された非理想的たる現在の機能と衡平性をも勘案し、そのうえで理想と描いた将来を実現するような実践を要することは、国家論においても、また個人レベルでの法・道徳実践においても、妥当すると解する。

しかしながら、過去・現在・未来の視点から論を展開すべきとはいえ、そこで展開されるべき道徳的議論や法理は領域に応じて異なるものであり、ワンサイズオール的に一領域における議論を他領域においても展開すべきでないことは論を俟たない。

加えて、上述の通り本節で検討した事項はもはや、憲法が想定する財産論や、財産の私的所有をめぐる議論の範疇を超えている。すなわち自己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、これを憲法学上の財産理論や私的所有の理論として論じるには少なからず無理がある。当該議論は憲法学上、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、市民権の財産権的取得時効が如き論で、一足飛びで乗り越えることはできない。ゆえに、以上みた人格論的理解を加味して、スティルツが主張したような「占有権」が道徳的権利として存在することを認めてもなお、その研究の果実は、従来通り入管法上の在特をめぐり、行政争訟における過程審査内での積極・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だろう（移民に対する寛容論者ないし積極容認論者の批判する現行法制は、非理想的な現実における「議論の構造」としては、あながち極端に間違いとまではいえないのである）。

敷衍する。

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繋がり、その尊重が要請されるべきと云う。これが、他方の責務責任の担当者たる国家の側からすると、将来に向けたコストや負担を伴う責務責任<sup>124</sup>の議論の中に位置づけられる。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

---

<sup>124</sup> なおこの国家の責任という論点について、リベラル・ナショナリズムの観点から検討するものとして、デイヴィッド・ミラー著（友沢克・伊藤禎彦・施光恒・竹島博之訳）『国際正義とは何か』（風行社、2011年）があり、リベラル・ナショナリストの視点の理解にあたり参考になる。

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、以上的人格的自律の時間を通じた理解によって、積極要素における諸種の価値の重みはよりよく理解されたであろうし、また許しをめぐる哲学的論究と責任論を通じて、消極要素に対する理解と判断についても、よりよく理解され、かつその判断の基底が整序されたものとする。所有論と自我論、人格論からは、以上のことが学びとれ、また従来の移民法上の議論も整理できるのである。

## 第6節 小括

以上本章では、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、カテゴリ錯誤があると指摘するウォルドロンらの研究を摂取した。第2節では、「役に立ったから」という大雑把な議論で、非正規滞在者の地位を正当化しようとする議論について批判を行なった。第3節では、「占有権」というアイディアによって、国家と個人の関係を道徳的に論じようと試みたアンナ・スティルツの研究、並びにその国家の責任論への言及をみた。第4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うると論じる、アイレット・シャッハーの理論を整理した。第5節では、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。そこではまず、シャッハー理論の難点を指摘し、そのうえで、財を所有した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を、自我や人格という観点から検討した。そこでは、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（憲法上の）個人にとって道徳上意味のある自律的生の内容も生涯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しうるものと把握することがリアルで、かつそのように理解し実践すべきことを示唆した。そして、以上の議論は、広義には所有論において論じうる可能性はあるが、退去から免れる市民権（ないし居住権？）を取得時効的に法的権利として道徳的基礎を伴い一律に当然取得するなどと言えるかはなお怪しい、という結論に達した。

以上を踏まえ、次章では本稿の結論をまとめる。

## 第6章 結論

以上本稿では、責任の観点から、長期にわたる非正規滞在を行った者をめぐる、法と正義の理論を検討してきた。以下では、主にアメリカ法・政治哲学上の研究の参照によって得られた諸種の知見を、わが国実定法学の解釈に反映させる。反映させた記述・整理は、現代国家において内と外を区別し、外部者の領域内への進入を制限することの意味についての整理、わが国憲法における国民および外国人の処遇についての整理、入管法における過去の不正を現在評価する際の基本的スタンスについての整理、現在における評価の際に要する国民概念についての整理、退去強制の可否を現在判断する際の各考慮要素についての整理、という大枠から細部へと詰めてく順序と構造をとる。

かかる本章の構造を、より丁寧に整理すると以下の通りである。

まず、政治的責務・遵法義務論からえられた知見をもとに、移民法を責任という観点からどのように解釈すればよいか、またその違反がどのように評価されるかを整理する（第1節）。

ついで、かかる知見からマクリーン判決が示した「法律の範囲内での人権保障」という枠組みを、どのように解釈し規定し直すことができるのかについて示す（第2節）。

そして、法を道徳的に解釈するための基底をなす道徳・正義・政治の理論において、時間と変化をめぐる思考が存在し、それに基づく法の道徳的解釈も、過去・現在・未来という時間と変化を踏まえ、なされなければならないことを示す（第3節）。

また、従来の憲法学においてはもっぱら権利の側面からなされてきた、憲法上の国民概念の解釈を、政治哲学における責任という側面から解釈し直すことで、その内容を拡充し、かつ退去強制法理においてもよりの射た議論がなしうることを示す（第4節）。

そして最後に、研究の各部で得られた知見を、わが国の在特をめぐる裁量統制法理に反映し、その議論を拡充する（第5節）。シューメーカーの文脈的理解およびグッディンの割当責任論からは、生物としての生存に関する責任引受として、難病等による母国での生存困難者の在留特別許可を説明しうることを示す（第1款）。

また、割当責任論に加え、第5章でみた所有論と人格論およびその時間的変遷に関する議論を踏まえることで、「人格の可塑性」といった議論における「人格」概念が何を指しており、かつどのように重みづけられるのかを示す（第2款）。

そして最後に、非難と許しと人格同一性をめぐる第3章での研究から、不正をなした者にその要求内容を与えることへの我々の葛藤とその解決、および裁判中に現れる「反省」や「遵法意識」、「違反後の行為態様の悪質さ」、「本人の帰責性のなさ」といった要素がどのように整理されるべきか、またどのように整理されてはならないかを示す（第3款）。

### 第1節 移民・入管法およびその違反行為の位置付け

本稿第4章では、グッディンおよびカントをベースにした、瀧川の政治的責務・遵法義務論をもとに、万人の遵法義務および割り当てられた管轄領域における政治的責務の存在を確認した。シモンズによる整理をもとに作成した、同章第8節の論証構造を再度記述すると以下の通りである。

前提1：正義をめぐる闘争がある自然状態下で、法的状態は人類にとって必要である（自然状態テーゼ+政治の情況）。

前提2：すべての人間は、以下の自然的・道徳的義務を負う。

d1：人は万人の自由への権利を尊重する義務を負う。

d2：隣接する他者と「法的状態」を実現する義務を負う。

結論1：人は皆、以下の自然義務を負う。

a：自然状態を脱して、隣接する他者と協力して法的状態を実現する（法的状態移行義務）。

b：国家が既に存在し、当該国家の管轄内に存在するのであれば、安定している当該政府と法を支持し、維持する（半自然状態における法的状態移行／維持義務→地球共和国における法的状態維持義務）。

c：正統な他国の法的状態を阻害しない（自然義務としての領域無限定的な遵法義務、非毀損義務）。

結論2：各人は効率の観点から割り当てられた範囲内で、法的状態を維持し貢献する義務を負う。

そして、松元とスティルツによる研究を参照し、国家に割り当てられる責任範囲を制限する移民法上の諸制限を、非理想的な現実における諸制約として整理できることを示した。これを表でまとめると、以下の通りである。

【表 6.1 移動の自由をめぐる制約】

制約度合い	実行可能性	概要	スティルツによる整理の当てはめ
強い制約	技術的実行可能性	ある正義原理が自然法則や物理法則、あるいは人間一般の心理的傾向に照らして実現可能かどうか。	
中間	実践的実行可能性	財政的、法的、倫理的、制度的、文化的実行可能性・制約、「資源の希少性」。	「妥当な理由」(fair reason)
弱い制約	政治的実行可能性	ある正義原理を実行に移す公	「望ましくないが暫

		共政策立案が、世論から十分に支持を得られるかどうか。	定的に許容せざるを得ない非理想的理由」 (nonideal reason)
--	--	----------------------------	--

(松元およびスティルツをもとに筆者が作成)

制約の存在を理解したとき、仮に国境を跨ぐ人の居住・移転の自由に親和的な正義の構想を採用するものであっても、実行可能性の観点から以下のように考えざるを得ないものとなる。すなわち、個人の自律、あるいは善き生の構想と密接に関わる居住・移転の自由は、重要な価値を持つ。だがそれでも、どの国・法管轄で生きるかについての自由は、完全に認められることがなく、そこには諸種の制約がかかる。そしてその制約には、より強度のものと、より弱く、軽い重み付けをするべきものがある。

我々は、あらゆる欠乏から解放され、人が人に対して無限の善意と寛容さを持ち、そこに正義の構想の差異がみられないような理想的な世界に生きていないし、今後もそのような世界に生きることはありそうにない。ゆえに我々は、当該法領域において負うべき責任範囲をどこまで広げ、どこまでの限度とするか、また優先順位をどのようにつけるかを具体化しなければならない。すなわち、現存する諸国家は、まず自国の国民の生存条件について責任を負い、かつ自己の管轄領域内での法的状態を維持する責めを負う。世界や万人に向けた義務の個別化として、国内における責任を持つ。そして移住者を引き受ける（移民を受け入れる）、あるいはその責任を半永続的な形で確認する（国籍を付与する）ことは、国家にとって、引き受けるべき責任を増大させることを意味する。

かかる責任の引受単位としての国籍付与の範囲は、時局に応じて変動する。のみならず、いかなる観点からの付与が望ましいか、責任をどの範囲まで負うべきか、受け入れる責任の単位の優先順位をどのように決するかをめぐっては、各人が考える正義の構想に応じて異なる。そのため、これは政治抗争の上で決せられるべき事項となる<sup>1</sup>。そしてその具体化が、法の制定改廃や政策という形をとる。

くわえてその法は、公平な法の解釈適用および執行を求める「法の支配」に照らし、その適用対象者に対しては公平に効力が及ぼされなければならない。また、適用対象者は誰もが、その法を遵守すべきであり、自分だけの特権化することは、諸個人の人格の対等さを否定することであるがゆえに許されない。遵法義務は一応の義務である。そしてその違反は、一応の不正であり、道徳的非難の対象となる。

諸正義構想の反映として生まれる、国家の責任範囲に関する法（移民法や国籍法）およびこれらに関する政策については、例えそれと異なる正義構想を抱く者であったとしても、こ

<sup>1</sup> ただしこの場合にも、グローバルな正義の観点から諸種の制約が及ぶことは論を俟たない。

れに敬讓し、遵守する一応の義務を負う。またその外部者も、法的状態を毀損しないよう、行動する一応の義務を負う。ゆえに、「自分だけ遵守しない」非正規滞在者の諸行為は、一般的な義務の違反であり、一応の不正であり、道徳的非難に値する。

移民に対し親和的な研究者において、しばし、「なぜ非正規滞在が責められなければならないのか」と根源を問うものがあるが、これに対する本稿の応答は以上である。

## 第2節 マクリーン構造の再構築

以上のように責任の観点から移民法を解釈する本稿の立場をとったとき、マクリーン事件において最高裁が提示した外国人の人権に関する判断枠組みにも、再解釈に基づく認識の構造転換が及ぼされなければならないこととなる。そして、かかるマクリーンの判例法理の再解釈は、同法理を基礎とする在特裁判時の裁量統制にも影響を及ぼす可能性がある。

まず、マクリーン判決が示した判断の枠組みを簡略化して整理すると以下の通りである。

①外国人に入国の自由はない。

②憲法第3章規定の諸権利は、日本に在留する外国人に対しては、その性質が許す限りにおいて保障する。

③法務大臣は「国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定など国益の保持の見地に立って、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、時宜に応じた的確な判断」を最適になすために、広範な裁量が認められる。

④法務大臣は外国人の出入国・在留に関するその裁量権行使に際し、外国人にも保障が及ぶ諸権利の行使を消極的事由として勘案し、権限を行使することも許される。

⑤外国人に対する権利保障は、在留制度の枠内で与えられているものに過ぎない。

本稿では①と②について論究はさておく。また憲法・行政法学上、一般論として③も司法部門の政治部門に対する敬讓の根拠として、大枠で認められる。問題視されるのが、④および⑤である。以下、本稿の立場から、移民法・入管法に関する基本的解釈の転換および④と⑤の再評価を行う。

本稿第5章において、スティルツが「望まぬ責務の回避」の議論から引き出したのは、移民の増大を、既存の法制度に対する責務増大と捉え、移民の主張利益の理由とホスト国の既存の法制度の負担を、正当に衡量することの必要性であった。そして移民制限の正当化根拠たるコスト的理由としてスティルツは、上述の「妥当な理由」と「許容せざるを得ない理由」の整理を行なった。また衡量の天秤の他方の皿に乗せられる理由として、移民側の主張する理由をあげる。そしてその行為の持つ意味が、当人の人格的自律にとってどれほどの重大さを持つのか検討し、その重大さに応じた「一応の重み」をその理由に付与すべきことを主張した。そして入国の局面においては、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コスト論的観点からの入国拒否という一応の理由、これらの衡量の結果、終局的な判断が下されることになる」と主張した。

以上から読み取れるのは、まず、「人の移動」という1つの事実が、国家にとっては「コストの増大」を意味し、他方の移民にとっては（理由に応じて）「善き生へのコミット」を意味することである。すなわち、1つの事実に対して、評価が多元的でありうる。説明も不要なほどに至極当然のことだが、1つの事実が複数の意味を持ち、諸当事者における理由を構成する。そしてこれに基づき、その理由間の衡量がなされなければならないのである。

このように解したとき、（マククリーン事件それ自体における判決の当否は度外視して）理由や価値の複数性を前提に④について検討すると、行為者にとっては価値があることであっても、その管轄領域において統治の責任を負う主体にとっては統治に関するコストとなるものもありうる、という凡庸な結論が導かれる。そして行為に対する評価を行う者は、以上の評価の多元性を理解した評価を行わざるを得ない局面に直面しうる。かくて、マククリーンにおける④は次のように再定式化される。

④行政は外国人の出入国・在留に関するその裁量権行使に際しては、外国人の行為を、保障が及ぶ諸権利の行使であるとの相応の評価と重み付けを行いながら、これと競合する正当な理由を説明し、それら諸理由の衡量によって終局的な決断を行い、権限を行使せざるを得ない場合がある<sup>2</sup>。

そして以上の再定式化から、⑤も次のように修正される。

⑤外国人に対する権利保障は、在留制度の設定した判断の枠組みを用いて、それに応じた相応の評価と重み付けがなされなければならない。

加えて、前出のスティルツによる人の国際的移動に対する諸国家の制約理由を踏まえ、かつ統治者の権限行使に関する説明責任に基づく要請を加味するのであれば、マククリーンにおける③にも、微修正が加わる。すなわち、その引き受ける責任範囲を限定する国家は、その時局・事案において、いかなる事由を制約と認定して採用しているのか、十分な論証を行う義務を負う。

マククリーンにおいて判示された制約理由は、「外国人に対する出入国の管理および在留の規制目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保険・衛生の確保、労働市場の安定など国益の保持の見地に立って、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、時宜に応じた的確な判断」という雑多で検証不可能なものであった。然り、管轄領域における法的状態を維持する責任を負う国家にあっては、非理想的な現実において、以上の諸理由に基づく制約に直面するのはやむをえない。しかしながら説明責任を負う国家は、これら事情のうちいずれを当該時局と事案において重視し、それを理

---

<sup>2</sup> 行政立法時の裁量行使であるが、近時の裁量行使に対する統制において憲法上の権利が考慮要素として組み込まれたのではないかとされる判例として、たとえば旧薬事法施行規則をめぐる最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁。

由として、どれほどの重み付けを行なったのかを、説明可能な範囲で具体化し提示しなければならない。

マクリーンにより提示された上記の制約理由が、行訴法上の裁量統制においては、司法裁判所による敬讓、および裁量統制密度の低さの根拠とされてきた。以上の議論を前提としたとき、裁量の広さを主張する行政は、その根拠を十分に提示する責任を負う。そして憲法により与えられた権限の行使に際し、政治部門へと敬讓を示す司法裁判所は、行政により提示される根拠に相応の重み付けを行い、その当否を確認し、その時局・事案においてあるべき裁量の統制密度を決定することになる。

法的状態を維持する責任を負う国家とりわけその判断を担う政治部門は、変化する内外の状況に照らしながら、時局と事案に応じた制約の理由を採用すべきである。そして、その制約の具体的内容および判断に至る過程と理由につき、説明する責任をも負う。

ゆえに、その説明責任を真摯に果たすことを企図するものであるのならば、その説明内容は、マクリーンが示したような雑多で具体性を欠く、「合わせ技一本」では不十分だろう。それが争われる個別の事案において、その時局およびその事案に関し、いかなる制約がかかってくるのかをより具体的に示し、説明する責任が政治部門には存する。

そして、どれほど強い制約が存在するのかの十分な説明がなされ、これに対する司法部門の能力の不足・不適格が説明されるとき、裁量統制密度が狭まる。これにより、政治部門に対する司法の敬讓の度合いが決まる。そしてその枠内で、非正規市民の退去強制における諸理由（諸考慮要素）への重み付け、および衡量がなしうるところとなる（またこれに対する司法の事後的統制は、裁量統制理論の枠を用いてなされることになる）。このように解すべきではないのだろうか。

以上述べてきたマクリーン枠組みの再解釈を整理すると、以下のようになる（なお権利の享有主体性をめぐる論点については、本稿は深く立ち入って検討しておらず、またその余裕もない。そのため、暫定的に判例が用いた形式のまま記述している）。

- ①外国人に入国の自由はない。
- ②憲法第3章規定の諸権利は、日本に在留する外国人に対しては、その性質が許す限りにおいて保障する。
- ③行政はその領域における特質を鑑み、その判断を最適になすため、その制約理由に応じて、広範な裁量が認められる。
- ③' 司法裁判所は、行政の提示するその理由を検証し、裁量の広狭および司法裁判所の敬讓の度合いを決しなければならない。
- ④行政は外国人の出入国・在留に関するその裁量権行使に際しては、外国人の行為を、保障が及ぶ諸権利の行使であるとの相応の評価と重み付けを行いながら、これと競合する正当な理由を説明し、それら諸理由の衡量によって終局的な決断を行い、その権限を行使せざるを得ない場合がある。



⑤外国人に対する権利保障においては、在留制度の設定した判断の枠組みを用いて、それに応じた相応の評価と重み付けがなされなければならない。

本稿が参照し再構築した、アメリカ法・政治哲学および移民法上の知見に基づく、およそ以上が導かれる。

### 第3節 変化に感応する法と正義の時間的視点

本稿は、法を道徳的に解釈するために、その参照先としての正義論、政治哲学、道徳哲学から知見を学んできた。そこから得られたものは、時間と変化をとりまく状況の複雑化、およびこれに感応すべき規範論の存在である。

まず第2章においては、ウォルドロン *supersession* 論を皮切りに、歴史的な不正問題を見つめてきた。そして、過去の不正の上に構築された現在をなおも尊重せざるを得ない場合があることから、これを非正規滞在者に対するアムネ스티ーに応用しようとするボズニアックの理論を確認した。そして本稿は、倫理学における「一応の」(*prima facie, pro tanto*)の参照によって、両立できない葛藤状況がありうること、そして終局的にはそのいずれかの理由に基づく決断が下されざるを得ないこと、また選択されなかった理由はなおも妥当性を有する理由であり、これに対する補償等がなされるべきことを認めた。かくて、不正な過去に対する評価と、その上に構築された現在に対する評価の葛藤が起こる、複雑な状況が生じること、そして非正規滞在者の長期滞在がこのモデルに該当すると位置付けた。

そして第3章では、非正規滞在者に対する正規化ないし国籍付与に際し、人々が抱く葛藤の一端が、「何人も自己の行為から予見可能な結果をひきうけるべきである」、「何人も自己の不正から利益を得るべきでない」といった規範的判断に起因するものと推量し、これに関する道徳的錬金術が起こりうる可能性を、パーフィットらの人格同一性をめぐる議論と、許しに関する道徳哲学上の議論から検討した。

前者に関しては、シューメーカーによる理論をもとに、過去の行為を行なう意志を導いた過去の行為主体と、現在の行為主体が十分に同一でない場合には、責任を帰属させ得ない場合もあることを導いた。そして非難に対する責任を理由応答と置き、行為主体性を一階の欲求と二階の意志という理由の過程、および実践能力と措定し、その内容を補足した。

そして責任をめぐる判断が、かかる行為主体性と変化と関連することを前提に、許しに関する道徳論も検討した。許しの条件として、①過去に不正をなした主体が、今やその不正を望まないことを示す、②過去と現在の自我を継続させながら、過去の悪事を拒絶する、③自己の行為に対する悔恨を経験する、④もはや自身が、加害・不正にコミットするものでないことを行動で示す、⑤不正を非難する側の視点を理解したことを示す、⑥なぜそれをなしたのかを十分に説明する、といった諸条件があることを示した。また、不正に対する第三者による反応・判断として、義憤 (*indignation*) という概念を析出させた。そこから、第三者による非難と第三者による許しの可能性も示唆した。また、かかる許しをめぐる判断が、司

法の場合においてもなされ、これがアムネ스티の理由の一部を構成する可能性があることも示した<sup>3</sup>(そしてかかる思考を採用することで、わが国における在特裁判の諸要素を理解し、かつその相互の関連性について整理できることをも第5節で示す)。

そして第5章では、瀧川、イーピー、シモンズらの知見から、不正な過去の上に構築された、理想的ではない現在においても、理想とする将来に接近しそれを実現すべき正義の構想の存在を学んだ。

以上、法の道徳的解釈に際し参照先となる道徳における時間的知見を総括すると、以下のような凡庸な結論となる。

“我々は、過去・現在・未来いずれにも目を向けた、道徳的思考を行わなければならない”。

そして現在における、道徳的な法の解釈と適用に際しても、かかる時間的意識の下、その仕事を行うべきである。またこのことは、入管法の道徳的解釈をめぐる、過去に不正を行なった非正規滞在者の現在時点における評価においても同様である。非正規滞在に対する現在時点における法の道徳的解釈と適用においては、過去の一点のみにしか視線を向けない硬直的かつ狭隘な思考ではなく、その後の事情の変化や主体の変遷についてまでも、法執行者は勘案する責任を負うのである。

換言すると、非正規滞在者による“長期にわたる非正規滞在の評価”は、“過去の不正が現在まで継続していること”と、“その後蓄積された過去の理由を覆斥しうるほどの理由”の両側面から、多面的に考えなければならない問題である。詳細は、第5節第3款で論じるが、本稿はこれを“プラスかマイナスか結論が画一的に決せられる問題”とする単純な思考は採用しない。そして以上の思考を、次に考慮要素の時間的検討として、続く2節で詳述していく。

#### 第4節 責任から読み解く憲法上の国民概念

主として第5章でみてきた責務・義務・責任という観点から、憲法上の国民概念の内包を検討すると、次のようになる。まず、国家にとって国民とは、その独立人としての自由を保障し、生存について責任を負うことを効率性の観点から正当化された責任単位である。そしてある国の国民であるということは、そこでの正義にかなう政府および国民相互に対し、良き統治についての責任を負う地位に立つ、というものだった。

そして現在の主権国家体制を前者の観点から解釈しなおした時、国籍法および入管法は、その責任範囲の画定に関する法であることが導かれる。国籍を有するものが国民と呼ばれるが、それが包含する意味は文脈に応じて異なる。当然のことだが、参政権のような積極的自由の領域において能動的な国民と、生存に関する配慮の対象としての受動的な国民は、範

---

<sup>3</sup> そしてまた許しは、不正をなした者と社会、とりわけ不正を被った者との関係を再構築し、共生のための基盤を再構築する未来志向性が、しばし許しの研究において説かれる。

囲にズレがある。

そして、「生活実態」や「紐帯」等が主張される長期の非正規滞在者の退去強制、在留特別許可の文脈において問題とされているのは、退去の対象とされている非正規滞在者が後者の「受動的地位」に立つ国民と実質的にどれほど近いのか、である。かかる責任の配分単位という観点から国民を理解したうえで、長期にわたり滞在する非正規滞在者の生存に関する責任をどの国家が負うべきか、考慮しなければならない。そしてこの“どの国家が当該個人の生存につき責任を負うのに妥当か”という問題における“生存”は、次節でみるように、“生物としての生存”と（移民・入管法の文脈における）“人格としての生存”という2側面から整理し、勘案できるものである。

## 第5節 判断過程審査における諸要素の整理と重み付け

最後に本節では、現行入管法における在特をめぐる積極・消極要素について、これを“生物としての生存”、“人格としての生存”、“不正に対する非難と許し”の観点から整理し、これに対する理解と評価・重み付けに対するあり方を示唆する（なおここでは、たとえ法が“人格”を処遇の単位としているとしても、その意味内容が文脈に応じて異なりうることを留保しておく。そして入管法上の生存に対する配慮を、人格同一性論における整理を参酌して、“生物としての生存”と“人格としての生存”の2側面から整理し記述する<sup>4)</sup>。

### 第1款 生物としての生存

第1章で確認した諸判決では、例えば以下のような非正規滞在者らが、在留を特別に許可された。すなわち、縁者もない治安の悪いボリヴィアへの未成年者の単身での送還、ダウン症候群のための療育等を必要とする子の養育者、脳腫瘍を患う者、胸腺ガン治療中の者らに対して、裁判所は入管の判断を覆し、在特を行わないとする判断に裁量権の逸脱濫用があることを認め、処分を違法とした。

他方、聴覚障害の子、将来の国籍取得が見込まれる暫定的な無国籍者、潰瘍性大腸炎の父と停留精巣の子、知的障害やてんかんの子については、在特を認めないとする判断に裁量の逸脱濫用を認めなかった。

以上の判断に当たり考慮の要素となったのが、母国での生存の可能性である。すなわち、個人の生存に関する最適な責任をおいする国家はどこかという問いが前提にあり、第一次的には国籍国がその生存に関する責任を負うものの、国籍国がその責任を負うに十分でない状況にある場合には、国籍国でない日本でその生存に関する責任を引き受けることもやむを得ないとする思考が伏在していることを看取できる<sup>5)</sup>。

<sup>4)</sup> なおこの点については哲学的には、横濱がエリザベス等から参照した関係的平等をめぐる基礎的な諸能力による方が、より精緻に分析することが可能ではあるだろう。

<sup>5)</sup> そして諸裁判例をみる限り、生物としての生存が他の法管轄で不可能な場合には、憲法上の拷問の絶対

そして一個の生物としての生存すら怪しい場合には、その要素をとりわけ重く評価し、非難のポイントが多くても在留が認められる傾向にあることが指摘できる。

また生存に関する責任の判断にあたっては、子どもに関しては、国家のみならず親など周囲が、生存に関する責任の負担をなしうるか、その最適環境が当該国において存在するかということも検討に入れられている。在特の許否をめぐるガイドライン上の積極要素である難病、また第1章でみた諸判決に伏在する思考等も、このような見地から説明し、正当化しうる。

また、負担としての責任という観点からは、現在における負担の配分という事案の解決にあたり、当該国と個人のどちらが負担としての責任を負うべきかという問題として再構築することも可能である。そしてこのように構成したとき、過去の自己の行為にまつわる第一次的責任は行為主体が負い、それに非難が伴う場合には不利益を行為主体に負わせるべきとする道徳的判断がいっそう強く働くものと整理できる。ゆえに、消極要素となる。

しかしこのように問いを構成する場合、無論、子どものように自分で選んで行為したとは言えない者に、行為の責任を非難に基づき負担させるという思考は妥当しない。また、行為時に責任能力を有していない者に対し、法違反への責任云々を非難と絡めて論じ、過去の行為から生じた現在における負担の転嫁を正当化することは混乱した議論であり、正当ではない。ゆえに、非違行為発生当時に子どもであった者に関して、行為への責任を消極要素として論じることは妥当でない。

そして消極要素としての責任を負うべき者に関しては、非違行為後の事情によっては、第3款でみる許しの議論が関わってくることとなる。

## 第2款 人格としての生存

難病や治安など、生命と直結する生存条件に関しては、裁判所は要素として重視し、日本国による責任の引き受けを認めやすい傾向にある。反面、環境の変化が「人格」に与える影響については、さほどの重み付けを行わない傾向にある。大人にあっては、人格としての生存を「送還による支障」として考慮に入れることが少なく、また子どもに関しても問題を人格の可塑性および新たな環境への順応性として扱い、高校生や大学生といった「行為時は責任能力がなく、日本の環境・文化で『人格』を形成し、かつ現在保護者から独立して生活の負担を負いうる年頃の者」について、在留を認める傾向にある。

しかしながら本稿第5章で概観した、人格に関する所有論を想起すると、その評価については疑義が呈される。

裁判所がこの文脈で用いる「人格」は、自己の道徳的生に関する「人格的自律」と通底す

---

的禁止のように、当該理由が一応の理由から絶対的理由とでも呼びうるものにまで近接し評価・重み付けされることとなるようである。

るものであり、そこでのあるべき生の内容は、自我を取り巻く他者との関係の内において形成され、かつ自我の創発的内省により彫琢される。またそれは生来不変ではなく、時々刻々と変化する諸関係の中で変動し、修正されていくものである。そして過去・現在・未来の視点を備えるべき法解釈においては、人格的自律が時間のなかで形成され、かつ変動することを理解した、評価がなされるべきである。またこのことは、大人においても子どもにおいても変わらない。

裁判においては、非正規滞在者の誰においてもこの「人格的自律」が問題となり、かつ居住地の変化が物質的生活基盤のみならず、人格的生存の基盤にも重大な影響を及ぼすことを、より重く評価するべきである。そして割当責任の観点からは、その「人格的生存」について最も効率よく責任を果たしうべき国家が、現在から将来に向けた負担を肩代わりするべきことも示唆される。そしてガイドライン上の積極要素である本邦での在学、滞在期間の長期化による定着性も、かかる基礎をふまえ理解し、評価時に重みを与えるべきと言える。

ただしそうは言っても、これが生命に直結する「生物的生存」ほどの重みがあるかはまた、個別の事例において検討を要するところではあるだろう。加えて、「何年経てば在特」という風にこれを定式化することも難しく、その正確な評価については、事案に大きく左右されることとなることは間違いない。そして画一的基準を設けた場合、その基準が行政上の便宜と画一処分の目的で設定された、恣意的なものとなることは論を俟たない。

### 第3款 不正に対する非難と許し

第1章で概観した諸判決においてみられたのは、「不法滞在となった原因に関する行為の帰責性」という要素である。すなわち、入管法違反行為による行為があり、過去の当該行為に関する責任が裁判時現在において問われている。

非正規滞中に寛容な移民論者の中には、「法違反は不利益が小さく、実質的にみて不正ではないから、取消訴訟において責任を問うべきでない」とする根源的疑義を呈すものや、「移民法は行政事件であり刑事事件でない。故に帰責性を問うことは間違いである」、「被害者がいないから問題視するべきでない」とする懐疑を示すものがある。

かかる懐疑に対し本稿は、「法違反に対する不正への非難」と「過去の非難に値する行為を行なった行為主体へ負担を負わせる」意味での責任がここで問題になっているのではないかという答えを提示したい。行訴法上の判断過程審査における考慮要素に介在しているのは、「何人も自己の不正から利益を得るべきでない」とする道徳的判断であり、そこで問われているのは「遵法義務違反の不正」であり、その責任は「非難」で、これが「負担」とも結び付けられる。ゆえにこれが、消極要素として評価される。

そして、入管法上の在特に関する諸要件をこのように解することで、本稿第1章の諸裁判から抽出した、「不法滞後の入管法違反状況の有無と程度」、「帰責性」、「違法状態の原因となった行為の責任の問題」、「帰責性のある者は、その行為の責任自ら負担すべきである。

他方、不正な行為に向けた意志決定をしていない者に責任を負わせることは妥当でない」とする裁判所の判断が、道徳的根拠から理解できる。

くわえて、行為主体の帰責性が問われる裁判内で、在留を求める非正規滞在者側は「反省や善良さをアピールする公証人の面前での宣誓供述書」、「不正な行為への反省とその後の振る舞い」という、自己の後悔、改心、反省を示すための材料を提示していた。これらも責任を「非難」と解し、かつ悔恨と結びつく「許し」の文脈で再構築し、過去の入管法違反および素行不良の責任が現在の行為主体に帰属しないよう判断することを求める行為と整理することで、その意味を理解することが可能となる。

法違反に対する責任を問われる非正規滞在者は、過去の行為主体である自分に対するその非難が、もはや現在の行為主体である自分に帰属しないこと、すなわち悔恨と改悛に基づく許しを求める営みを、当該文脈において行なっているのである。そして国家は、上述の道徳哲学的意味における「義憤」(indignation)の側面からその非難を行い、かつ許しの判断をアムネ스티としての在特の中で行なっている。

そして定式に従えば、許しの条件として、①過去に不正をなした主体が、今やその不正を望まないことを示す、②過去と現在の自我を継続させながら、過去の悪事を拒絶する、③自己の行為に対する悔恨を経験する、④もはや自身が、加害・不正にコミットするものでないことを行動で示す、⑤不正を非難する側の視点を理解したことを示す、⑥なぜそれをなしたのかを十分に説明する、という要素が挙げられる。国家はかかる観点から、非正規滞在者の最初の法違反後の不正を評価し、判断しなければならない。かかる要件を満たしている場合には、ボズニアックの言うところの道徳的錬金術が起り、もはや当初の不正の責任を現在の行為主体に帰属させることが妥当でなくなるため、罪責を問うことが止められるべきなのである。

上述の許しの諸条件は、不正の行為主体によって、行動を伴う真摯なものとして行われなければならない。そうであるのならば、金を払い公証人の面前で供述を行うだけでこれが満たされると考えることは妥当でない。許しに値する行為主体への変化の本質はそうではなく、その後の善良な市民としての法規範遵守の態度や、地域社会での長期にわたる奉仕や貢献といった、長期間継続せられた真摯な道徳実践を通じて示され、他者から把握されるべきものである。我々の道徳実践は、そう解されるべきである。

そして当該法違反を不正と理解したとき、「納税や労働<sup>6</sup>による地域への貢献」も、「請求権の発生根拠」ではなく、行動を伴う「償い」という意味から解釈するべきものとなる。そ

---

<sup>6</sup> そしてこの「労働」も、ただの稼得ではなく、償いの意味を持つものとして第三者から認識されるようなものであり、かつ行為主体による一定の正当な動機に基づくものが道徳的に要請されるだろう。誰でも行う「納税」や、自己の生活を支える目的で行われる「労働」が「勤勉さ」という美德としてカウントされ、かつ「善良な市民」と繋がり、「償い、改悛」と導かれるのかはなお不明であるが、紙幅の都合上扱わない。また、違法な入国後に継続的に行われる移民法違反の稼得労働が、道徳的錬金術を起こす「償い」に該当するのかも、さらなる詳細な検討を要するため扱わない。

して、当初の違法以後の在留状況の悪質さや無反省、度重なる法令違反から推認される遵法意識の欠如といった事項は、この道徳的錬金術が生じないことを周囲に推認させるものとして扱われるべきこととなる。「長期にわたる非正規滞在の評価」をめぐり、「それが違反行為の継続」という消極要素なのかは、かかる「許し」の當為に照らし、判断されなければならない。そして在特の許否をめぐるガイドライン上の消極要素たる素行不良等についても、このような許しの見地から評価し、重みを与えるべきである。また、判例等において現れる、違反行為の帰責性の基礎もかかる観点から理解・説明することができると同時に、法運用も当該許しの哲学を起訴としながら、統一的になされなければならない。

本稿が第2章から第5章までみてきた内容から、在特時の諸考慮要素を時間的かつ道徳的に解釈する基本的姿勢として、およそ以上のように整理することができる。そしてこれにより、第1章で提示した“過去に不正を行なった非正規滞在者の現在における道徳的評価、および法の解釈適用”の問題に、より丁寧にアプローチし、その判断内容を理解・論証・事後的検証可能な形で判示することも可能とする。無論、以上の思考法をもとにいかなる結論が下されるべきかは、それぞれの事案が備える諸考慮要素に応じて、個別具体的に検討されなければならない。

そのため全ての非正規滞在者を、“道徳的怪物”か“無辜の聖人”のいずれかに仕立て上げて、「およそ全ての事案はこのように解釈し結論づけるべきである」といった馬鹿馬鹿しいほどに明快な結論を提示することはできないし、するつもりもない。

あくまで本稿が提示したのは、長期にわたる非正規滞在者の退去強制・在特判断における時間的・道徳的法解釈の基本的視座と、その判断時の思考法に過ぎない。各事案における結論と評価は、精緻化された枠の下にある行政、司法裁判所、弁護士、法学者、市民による論証と、事後的批判に開かれているべきものである。

おわりに

以上、“長期にわたる非正規滞在を行う者に対する在留特別許可をめぐる裁量的判断の憲法学的検討”を主題とする本稿は、これを憲法に内在すると解される法・政治・道徳哲学的見地から、移民法を規定し、国民概念を責任の側面から捕捉し、かつ時間がもたらす非正規滞在者の地位に関する検討を行なった。

以下、本稿の記述内容を総括する。総括は、裁判例・行政法学・憲法学からの問題の抽出（第1章）、非正規滞在者へのアムネ스티議論の構造の整理（第2章）、非難としての責任と許しと人格同一性論（第3章）、国家と国民の政治哲学的検討（第4章）、時間を起因とする権利取得の主張への批判（第5章）、本稿の結論（第6章）の順に行う。

第1章は、本稿の関心を、問題として設定する過程である。裁判例・行政法学・憲法学から諸論点を抽出し、問題として構築した。

まず第1節では、わが国裁判例から“時間と非正規滞在者の地位”に関し、裁判所間で判断基準の定まらない難点や論点を抽出した。非正規滞在者と時間をめぐる法学的難点は枚挙にいとまがないが、本稿では論点を、個人主義の立場から論じうる「責任」と「生存」に限定した。そして「責任」に関しては、入管法や移民法への違反に対する「帰責性」の問題と、時間の経過によるその評価の変化の可能性に注目することとした。また他方の「生存」についてはこれを「生物としての生存」と「人格としての生存」に切り分け、どの国家が当該非正規滞在者の生存について責任を負うべきかという問題に注目することとした。

第2節では、第1節でみた諸裁判における判断のバラつきや、葛藤の原因を探るため、わが国行政法学における裁量統制理論一般を概観した。そして実体審査における狭義の比例制審査と過程審査が接合されるこんにちの統制理論において、過程審査中の考慮要素への重みづけ・評価は、憲法の価値に照らしなされるべきことを確認した。

第3節では、この問題を憲法上研究するには外国人の権利享有主体性、および憲法上の国民概念の検討が必要なところ、当該問題に関する従来の憲法学においては、権利の側面からの研究ばかりで、十分な検討素材が見つからないという見解に達した。そこで、法の道徳的解釈のため、法・政治・道徳哲学の知見を学ぶこととした。

第2章では、英語圏の法哲学・憲法者の研究を参照し、時間の経過によって過去の不正の上に構築された現在における責任をめぐる問題群と、これらへのアプローチを学んだ。

第1節では、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) による supersession 論をみて、“過去の不正が不正であっても、現在においてその不正の矯正に限界が生じうる”ことを認める理論についての示唆を得た。

第2節では、これを移民法への応用を試みた、リンダ・ボズニアック (Linda Bosniak)



のアムネステイ論をみた。そしてボズニアックによるアムネステイ論を参照し、非正規滞在者への在特に関する議論の構造の整理を行ない、自己の研究の位置付けを明確化した。

第3章では、過去の不正に対する“道徳的錬金術”の正体を理解するべく、人格と責任をめぐる形而上学・道徳哲学を検討した。そこでは、人格を法廷用語として採用したロックの研究から発展する、パーフィットの人格の重要部分の時間の経過による変化、および人格に対する功績の評価の変化の可能性をみた。そしてシューメーカーの研究をもとに、行為に対する責任追求とは、非難でありかつ理由応答の要求であるとするところから、行為主体性を欲求と理由からなるディスポジションであり、そして行為に対する責任を負う過去時点の行為主体と、問責時の現在時点の行為主体の乖離が著しい場合、非難としての責任を問いえなくなることを分析哲学的に提示した。

しかし以上の結論は、わが国入管法上の「帰責性」や「その後の反省」、「自主出頭」などの責任をめぐる議論を説明し、整理するには十分でなかった。そこで本稿は、行為の責任と、悔恨による行為主体の変化、そして「許し」について研究する、道徳哲学上の知見を参照した。そして、許しの諸条件を示した。また、不正に対する第三者による反応・判断として、義憤 (indignation) という概念を析出させた。そこから、第三者による非難と第三者による許しの可能性も示唆した。そして、かかる許しをめぐる判断が司法の場においてもなされ、これがアムネステイの理由の一部を構成する可能性があることも示した。

第4章では、憲法上の国民概念の探究のため、また“入管法違反がなぜ道徳的不正か”を根源的に考えるため、国家と国民の政治哲学的検討を行なった。参照したのは、近時のアメリカ法・政治哲学における政治的責務論と遵法義務論、ならびにこれと関連する諸研究である。そしてそこでは、グッディン等の研究を踏まえた、瀧川の政治的責務・遵法義務論をもとに、万人の遵法義務および割り当てられた管轄領域における政治的責務の存在を確認した。そして、松元とスティルツによる研究を参照し、国家に割り当てられる責任範囲を制限する移民法が、非理想的な現実における諸制約として整理できることを示した。

かくして、法にはそれが法であるという理由だけで、万人が遵守すべき法内在道徳があるとともに、遵法義務違反が道徳的非難にあたること、そして入管法違反において問われる「責任」の根源にある思考をここに求めうることを示した。

そしてグッディンや大屋の研究をもとに、国家にとって国民は責任の引き受け単位であること、憲法上の国民概念には「能動的側面」と「受動的側面」があり、両者の範囲は必ずしも一致しないこと、かつ在特において問題となるのは、生活実態や紐帯等の形成により、長期間滞在した非正規滞在者の実質が「受動的側面」から捕捉される国民に近接することなどを示唆した。

第5章では、時間を起因とする権利取得の主張への批判を行った。

まず、国家の退去強制権と、財産の所有権を類比する思考の批判を行った。そしてこれをもとに、財産理論に基づき退去強制権の制限を導く諸理論を批判した。そこでは、市民権の取得時効的所有や、空間への「占有権」に基づく物権的排除請求権類比の退去強制権制限を論難した。加えて、労働や納税により地位を取得するという根拠が不明な主張に対しても、正当化が容易に見込めないことを示した。

そして、その土地との関係の「根深さ」や、紐帯、およびこれらに基づく善き生の構想について、所有論との関わりから理解するならば、人格に関する所有論の知見を参照することが有益であることも示した。そしてパーフィットらの研究に照らし、「善き生の構想」が生来不変ではなく、時間とともに変遷しうるものであり、現在と近接した直近の過去とのつながりを持つ生の構想にこそ重要性をおくべきで、かつ国家が価値の重みを与えるべき生の構想もこのようなものであることを示した。そして割当責任論との関わりにおいて、責任配分の調整が、人格的生存に最もコミットしうる国家へとなされるべきことも併せて指摘した。

第6章では、本稿の結論として以下を提示した。

第1節では、上述の瀧川による政治的責務論およびグッディンと松元、スティルツの研究に基づく移動の自由をめぐる制約モデルを提示した。そして、遵法義務違反が道徳的非難に値する不正であることも示した。

第2節では、以上の研究に基づき、マクリーン判決の構造の再構築を行った。

第3節では、正義論、政治哲学、道徳哲学から、時間と変化をとりまく状況の複雑化、およびこれに感応すべき規範論の存在を示した。結論は、「我々は、過去・現在・未来いずれにも目を向けた、道徳的思考を行わなければならない」というものだった。

第4節では、憲法上の国民概念を責任から読みとくことの意義と、その結論について簡略化して整理した。

第5節では、現行入管法における在特をめぐる積極・消極要素について、これを「生物としての生存」、「人格としての生存」、「不正に対する非難と許し」の観点から整理し、これに対する理解と評価・重み付けに対するあり方を提示した。そして第1章で確認した諸裁判例から抽出した要素につき、本稿で検討した内容を参照することで、その道徳的評価と整理がよりよく行いうることを示した。

本稿が行なった仕事は、以上である。なお本稿で検討できなかった事項として、継続する不正への許しの問題、論者によっては許しと区別される慈悲 (mercy) の研究およびその移民論への反映、関係的価値および責務の規範的検討と評価、ならびにその移民論への反映、当該論題の権利の側面からの研究など、無数にある。入管法上の諸考慮要素の序列付けや具体的な重みの評価法についても、スティルツによる先行研究を示唆するばかりで、実用いた

える具体化および基準の緻密化を行なってはいない。哲学的アナキストであり、主権と所有権の類比論者であり、本稿に最も多大な知見と視座を与えた研究者の一人である、シモンズその人の諸研究についても、十分な批判的検討を行えていないうらみがある。

これら、列挙しきることさえ一大事業である膨大な難問群の研究は、今後の課題としたい。

また、非正規滞在者の不正と時間をめぐる法を主題として選択した本稿は、多領域にまたがる先行研究を参照した。そこには十中八九、議論の不十分な箇所や、論証に失敗しており、批判によって彫琢されるべき箇所があるに違いない。あるいは、議論や結論それ自体が失敗しており、放棄する必要がある思考や基礎すらあるのかもしれない。

仮にそれらが失敗であったとしても、せめて建設的な失敗であったことを望む。