HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	移民法の諸問題、基礎理論のディレンマ構造と市民権（公民権）の意義（２・完）：とくに民法（所有法）との関連で
Author(s)	吉田, 邦彦
Citation	北大法学論集, 71(5), 167-208
Issue Date	2021-01-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80324
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_5_05_Yoshida.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

移民法の諸問題、基礎理論のディレンマ構造と市民権（公民権）の意義（２・完）

――とくに民法（所有法）との関連で――

吉　田　邦　彦

目　　次

１．はじめに（日本の状況の変化）
２．移民問題の所在
　２－１．アメリカの移民問題
　２－２．難民問題――とくにシリア難民
　２－３．問題の所在　　（以上、前号）
３．「所有論」「公民権（市民権）」と移民問題――D・エイブラハム教授の研究に沿いつつ
　３－１．「公民権（市民権）」と「所有」の関連を巡る議論（1996年論文）
　３－２．「公民権（市民権）」と移民とのディレンマの指摘（2007年論文以降）
　　（１）「公民権」（市民権）の追求
　　（２）移民法との緊張関係の指摘
　　（３）移民を巡るディレンマ構造の分析（とくに2010年論文）
　　（４）その後の承継（多数説とは言えないが）
　３－３．越境的労働市民権の試み（ゴードン教授）（2007年論文を中心として）
　　（１）移民労働者の現場的考察
　　（２）「越境的労働市民権・公民権」の提唱
　　（３）関連する批判法学者
　　（４）後続論文（2010年論文など）による背景考察
４．移民問題の哲学的・原理的検討の進捗――移民コントロールの諸見解

４－１．文化的アイデンティティ（共同体構成員）として（M・ウォルザー教授、D・ミラー教授）
４－２．所有権アプローチ――ロック的な領域権
（１）個人主義的アプローチ（A・J・シモンズ教授）
（２）団体主義的・集団主義的アプローチ（R・ペヴニック教授）
４－３．団体形成（結社）の自由から（Ch. ウェルマン教授）
４－４．義務論的見解
（１）「望まない義務からの自由」から（M・ブレイク教授）
（２） 集団的自己決定から（S・ソン教授）――移民自由化の原理的議論との調和
５．若干の検討
５－１．所有論との連続・不連続と市民権・公民権論の意義
５－２．移民法学のディレンマ――規範論と実証論との関わり
５－３．管轄と「住所」「国籍」
５－４．新自由主義的現実への処し方――労働者連携の緒
５－５．わが国の移民政策の遅れとその理論的背景――補償問題との関わり（以上　本号）

３．「所有論」「公民権（市民権）」と移民問題――D・エイブラハム教授の研究に沿いつつ

それではここで、D・エイブラハム教授（マイアミ大学ロースクール）（元プリンストン大学歴史学部）の業績に沿いつつ、民法（とくに所有論）との関係で、移民問題・移民法学を理論的に位置づけてみたい。同教授は、（移民法学の手ほどきを受けたという個人的事情とは別に）第１に、数少ない移民法学の基礎理論研究者として注目でき（それに対して、大方の移民法学者は実務的な性格が強く、分野的にも行政法学の一分野として、扱い方次第では、細かな実務的規定の連続で、退屈なことになりかねない）、その理論的掘り下げ方も論争的で、移民問題が「国家」ないし「国境」問題のあり方と密接であることを説いたかなり嚆矢的存在であることに気付かされる（次述する）。そして第２に、所有法学者、労働法学者として、そうした機能的な隣接分野との関係で、移民法学を位置づけようとされていて、民法学者からは極めて興味深い。



（D・エイブラハム教授）（北大サマーインスティチュートのときに）
（2017年６月）



（エイブラハム教授夫妻は、中央）

またそれとの関係で第３に、「公民権（citizenship）」の概念を軸として、批判法学的な社会のあり方（つまり、社会編成原理）として、従来福祉国家の問題を歴史学者として考察された（法学者となる前に、ドイツの歴史学者として、いわゆる『ワイマール論争』が引き起こされた当事者であった）[43]ことの延長線上として、それと移民法学との関わりを論じ

[43] 移民法学を扱う本稿とは直接的には関係しないが、間接的には関わる問題なので、ごく簡単にそのあらましを述べると、David Abraham, The Collapse of the Weimar Republic: Political Economy and Crisis (2nd ed.) (Holmes & Meier, 1986) は、エイブラハム教授が、1977年にシカゴ大学に提出して博士号を取得

られ、しかもその扱い方として、アメリカ法学だけではなく（アメリカ法学ではそうした自国法オンリーの研究者がメインストリームである）、ドイツ法学、イスラエル法学などとの比較で、視野広く比較法的知見から扱おうとする点で示唆的なのである。

３－１．「公民権（市民権）」と「所有」の関連を巡る議論（1996年論文）

エイブラハム教授の移民法に繋がる所有法論文[44]をまず見ると、そこではアメリカ法における「所有」ないし「消極的自由」論が支配的だとしてそれを歴史的に跡づけ[45]、その批判するのだが、そうだからこそとし

した論文であるが、オーバーハウゼンのアーカイブの論文を使いながら、当時のドイツ産業ないしルール地方の農業が、大事業を求め、ワイマールを転覆させるヒトラーの選択を導いたとするテーゼを示そうとするものであり、わが国の文脈では、松浦正孝・「大東亜戦争」はなぜ起きたのか――汎アジア主義の政治経済史（名古屋大学出版会、2010）（新版、2019）を想起させるものである。これについて、当初キャリフォーニア大学バークレー校のフェルドマン教授は、批判をしつつも、1979年の修正稿を「かなり良くなった」として、1981年６月に初版が刊行された。ところが同じテーマで論文を書こうとしていたイェール大学のターナー教授は、これを酷評したために、同教授は、――多くの歴史学者はエイブラハム教授を擁護したのに――プリンストン大学でのテニュアが拒否されたのである。そのために、同教授は、1977年から85年までプリンストン大学だが、1985年から87年までニュースクール（New School for Social Research）に移り、1989年ペンシルベニア大ロースクールを卒業し（43歳）、1991年（当時45歳）からマイアミ大学ロースクール教授である。この「論争」については、さしあたり、Colin Compbell, *A Quarrel Over Weimar Book*, The New York Times, December 23rd, 1984参照。

[44] David Abraham, *Liberty without Equality: The Property-Rights Connection in a "Negative Citizenship" Regime*, 21 Law & Soc'y Inquiry 1 (1996).

[45] 福祉国家的システムは米国では決して支配的ではなく、「個人的繁栄」を狙い、「正義」よりも「公平」（fairness）（ロールズのプロセス的な公平で、結果・帰結の正義ではない）を重視し、ロック的・マディソン的な「所有」「消極的自由」を基底としており、アリストテレス的な「共和主義」と対照する（*id.* at 2, 3-5, 8-9）。第１に、南北戦争期・再建期でも第14修正〔平等主義条項〕による急進的改革の側面は弱く、再建期の終了とともに、その機運はなくなるとする（*id.* at 10-, 14）。そして第２に司法でも、例えば、屠殺場事件（Slaughter House

て、公民権（市民権）概念を媒介に、リベラルな福祉国家ビジョンを展開するのである（そして、ヨーロッパ法システムは、「所有」と「公民権・市民権」とを切り離し、ヨリ民主的・普遍的な概念である後者を追求しようと言うことで、とくにドイツでは基本法14条２項では、「所有権は義務づけられる」との規律もされていて（さらに同法20条１項では、ドイツは、「社会的・民主的・連邦国家」とされる）、福祉国家を目指した、積極的な社会的平等に向けての国家義務の憲法指導原理も謳われていて、この点でアメリカ合衆国の社会編成原理とは異なるとされる[46]）。

しかし、大方の所有法論者はこういうアプローチを採らず、エイブラ

Cases, 83 U.S. 36; 21 L. Ed. 394 (1873)〔ルイジアナ州法で、ニューオーリンズの屠殺場の独占権を特定企業に与えるのは、第14修正違反かが問われて、州市民の特権を問題としないとして合憲とした〕）にしても、またニューディール期を導いた、ロックナー事件など（Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)〔国民の健康に関する立法（パン屋の州労働時間を60時間に制限したもの）に関する〕; Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1(1915)〔黄犬契約（労組に入らないことを条件とする雇用契約）〕; Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S.525 (1923)〔最低賃金制〕; Weaver v. Palmer Brothers, 270 U.S. 402 (1926)〔不衛生な布の使用禁止〕）に対して、契約自由という自由資本主義原理から無効にした（*id.* at 15-）。第３に、確かにニューディール期の政府の規制立法を支持する司法はその後出て(e.g., Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934)〔牛乳規制局による卸売り・小売価格の規制〕; West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)〔女性の最低賃金規制〕)、積極的自由論への動きも見られるが、冷戦期のバックラッシュで覆滅されたとする（22）。第４に、ウォーレン・コート以降の注目判例（e.g., Brown v. Board of Education, 344 U.S. 1 (1954); Heart of Atlanta Motel v. U.S., 379 U.S. 241 (1964); Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964); Jones v. Alfred Mayer Co., 392 U.S. 409 (1968)）や公民権運動期にしても、再建期ないしニューディール期の法理の適用で、プライバシー、中絶、福祉などの新たな議論の領域でも、積極的自由概念に依拠することなく、「表現の自由」の如く消極的概念の拡充に過ぎず、やはり伝統的な所有は中核だとされる（*id.* at 23-24）。かくして、再建期・ニューディール期の、「実質的平等保護」の論理は、結局米国にはなく、「社会的民主」（social democracy）無しには実現できないとされる（*id.* at 31）。

[46] *Id.* at 32-36, 39-41. See also, Abraham, *supra* note 42, at 1-41. またこれに同旨のドイツ法の把握として、Donald Kommers, *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, 40 Emory L.J. 837, at 859 (1991).

ハム教授同様のリベラルなビジョンを示すにせよ、それを「所有権」概念を進歩的に展開させることにより導こうとしているのである。例えば、①故 Ch・ライク教授（イェール大学）は、拡大する国家に対して新たな基盤としての「新たな所有」概念が必要だとし（もっともそれは、古典的自然権、個人の消極的自由・オートノミーの源としての所有論であり、国家・政治の外に位置づけられており、その後の論者の所有論とは異質であった[47]。もっとも、著名な動きとして、ブレナン裁判官が、このライク教授の所有概念から福祉受給権の強化を導き出したこと[48]は見逃せないだろう（やや転用的だが））。またその後、②Ｆ・マイクルマン教授（ハーバード大学）は、修正14条による貧困者保護ないし福祉権追求など進歩的な憲法ビジョンを打ち出すことに尽力したが（共和主義ともいう）[49]、これを収用などの所有理論の中で説いているし[50]、③（私自身も影

---

[47] See, Charles Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733, at 768-774 (1964). See also, do., THE GREENING OF AMERICA: HOW THE YOUTH REVOLUTION IS TRYING TO MAKE AMERICA LIVABLE (Random House, 1970). 本書は、メリトクラシー的な組織社会から、1960年代のカウンターカルチャー、個人の自由、平等、麻薬へと向かうという社会学的分析であり、1970年代の若者革命の文化からは賞賛された。その一般的影響力は、HILARY RODHAM CLINTON, LIVING HISTORY (Simon & Shuster, 2003) 44にも触れられる。

[48] Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, at 262 (Brennan J.) (1970)（ニューヨーク市の福祉受給者のキャンセルに関する。受給者の「所有権」として、第14修正〔平等条項〕からの（受給終了における）手続的デュープロセスとしての聴聞権を認める。ブレナン裁判官は、その際にライク論文を引用し、受給権は「恩恵と言うより、所有権だ」とした）．その他、公的扶助・医療支援における居住要件に関しても、同様の論法が使われた（Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969); Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250 (1974)）。See also, Cesar Persales, *The Legacy of Goldberg v. Kelley: A Twenty Year Perspective*, 56 BROOKLYN L. REV. 889 (1991).

[49] E.g., Frank Michelman, *Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, 83 HARV. L. REV. 7 (1969); do., *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawl's Theory of Justice*, 121 U.PA. L. REV. 962 (1973); do., *Law's Republic*, 97 YALE L.J. 1493 (1988); do., *Liberties, Fair Values, and Constitutional Methods*, 59 U.CHI. L. REV. 91 (1992).

[50] See, Frank Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the*

響を受けている）M・J・レイディン教授（スタンフォード大学、ミシガン大学）は、人格的所有理論（人格的な所有権（例えば、住宅や人体など）は、代替的所有権と異なり、市場主義的なレトリックとは異なる法規制が必要であるとする）[51]により、所有レジームを変革しようとしている。さらに、④故E・ベイカー教授（ペンシルベニア大学）も、「自由」の意味の実質的拡充のためには、所有の福祉・人格的機能をさらに発展させる必要があるとし、意味ある労働へのアクセス、その確保のためのコントロールが必要だと説いている[52]。また、⑤W・サイモン教授（コロンビア大学）は、コミュニティ再生運動の旗手ないし理論家としても有名だが[53]、かねて福祉権分析をしており、ライク論文のような、「新たな所有権としての福祉権」で、再分配の政治を置き換えてしまう法的戦略には歪みがあるとして、いわゆるリベラル福祉（liberal welfare）の議論を批判し、そうした立論では、必要性（need）に応じた議論が弱くなり、社会的不平等拡大への政治的対応にも有害となるとするのであった[54]。

Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, 80 HARV. L. REV. 1165 (1967); do., *Property as a Constitutional Right*, 38 WASH. & LEE L. REV. 1097 (1981); do., *Ethics, Economics, and the Law of Property*, NOMOS XXIV (1982); do., *Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property*, 72 IOWA L. REV. 1319 (1987); do., *Takings, 1987*, 88 COLUM. L.REV. 1600 (1988).

[51] Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982); do., *Market Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987). これらについては、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究1巻）（有斐閣、2000）第7章参照。

[52] Edwin Baker, *Property and Its Relation to Constitutionally Protected Liberty*, 134 U. PA. L. REV. 741, at 774- (1986). 同教授は、所有概念を、使用価値・福祉・人格・保護・配分・統治の各機能に分解して、検討する（*id*. at 744-）。

[53] これについては、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究3巻）（有斐閣、2006）第2章、とくに122頁以下（「コミュニティ再生団体」の住宅所有法上の意義）参照（初出、民商法雑誌129巻1～3号（2003））。

[54] William Simon, *Rights and Redistribution in the Welfare System*, 38 STAN. L. REV. 1431, at 1432-, 1439-, 1516 (1986). 因みに、ライク論文に沿うようにして、社会保障権を位置づけようとする菊池馨実教授の立場（同「『社会保障の権利』論（1）（2・完）――アメリカにおける議論を手がかりとして」北大法学論集

しかしそういう同教授も自身の立場を「社会共和的所有論」として所有法の一環で捉えている[55]ことは興味深い。その他ややニュアンスが異なる所有法アプローチをするものとして、⑥所有法の論客であるＣ・ロウズ教授（イェール大学、アリゾナ大学）のものがある。彼女は、所有は市民の独立ないし自己規律、全体主義的な権力への反発、非政治的な沈静化、財産基盤的シンボルなどの意味合いがあるが、所有から社会主義経済を導くことはできず、しかし所有内在的な教育的機能として、その協調性、責任、他者への配慮の重要性を説く[56]。また、⑦Ｊ･ネデルスキー教授（コーネル大学）にしても、民主的社会のための社会的関係の創出のためには、所有の規制である富の配分が必要であるとする[57]。もっとも同教授の場合、そうした平等主義的な財の配分をも所有法の枠内に含めるという捉え方でもある[58]。

この違いをどう考えたらよいのだろうか。エイブラハム教授の場合には、所有論の歴史的考察から、アメリカ合衆国ではドイツとは異なり、古典的所有論にとどまっているとの確信的なものがあり[59]、だからこそ、官僚化を脱した福祉国家における「平等アクセス」の保護（これは進歩的な所有論者とて同じ筈である）のためには、公民権概念が有用だとす

47巻１号210頁以下、２号688頁以下（1996）（同・社会保障の法理念（有斐閣、2000）に所収））も、同様に、サイモン教授の批判に晒されるであろう。

[55] See, William Simon, *Social-Republican Property*, 38 U.C.L.A. L. Rev. 1335 (1991).

[56] Carol Rose, *Property as Wealth, Property as Propriety*, NOMOS XXXIII 223, at 245-246 (1991). See also, do., *Property as the Keystone Right?*, 71 Notre Dame L. Rev. 329 (1995-96)（同様に、所有の諸機能に触れて、最後に、所有制度の内発的な教育的機能として、協調性・自己制限・他者への配慮・責任を説く（364-365））.

[57] Jeniffer Nedelsky, *Reconceiving Rights as Relationship*, 1 Rev. Const. Stud. 1 (1993). See also, do., The Idea of Property: Its Meaning of Power (Oxford U. P., 2003); Gregory Alexander & Eduardo Peñalver, Community and Property (Oxford U.P., 2010).

[58] それ故に、こうした一群の所有論を、私は、平等主義的所有論と称している。吉田邦彦・所有法（物権法）・担保物権法講義録（信山社、2010）35-36頁参照。

[59] Abraham, *supra* note 44, at 24, 28 n.94, 32, 39.

るのである[60]。そしてここには、認識上の相違の問題のみならず、批判法学実現上の戦略的な相違があり、（グラムシを引用しつつ）①所有論レベルで戦争するのではなく（レイディン教授らのようにそれをやろうとするのは「地位の戦争」（war of position）とし、それでは長期的対立を余儀なくされるとする）、むしろ②それは将来の課題として棚上げしつつ、それに替わる形で、公民権（市民権）レベルで実質的に批判ビジョンを達成するという手法（それは「危機時期の操作戦争」（war of maneuver）であり、プラグマティズムからはむしろこちらが要請されるとする）がベターだという方法論が示されるのである[61]。なお、コメンテイターのマイクルマン教授（既に示したように、進歩的な所有論者のリーダーである）自身が、アメリカ法学の憲法思考が、所有論につきすぎ、市民権・公民権の議論が弱いとの（エイブラハム教授の）主張に同意・同情すると告白されている[62]ことには、注目されて良いだろう。

この点で、若干のコメントを述べると、第1に、確かに「所有権」概念について社会が分断している場合には（とくに近時のトランプ大統領のような保守政権の下ではそうである）、「公民権（市民権）」という別の土俵で福祉社会実現を説くのはプラグマティックであろう。また第２に、

---

[60] *Id.* at 32-, 48-, 55-, 64-65. こうした同教授の所有概念への悲観論は、法的リベラリズムの限界の認識とも通ずる（*id.* at 44, 56-）。同じ労働法学者であるW・フォーバス教授（テキサス大学）が、積極的な社会的・経済的権利をアメリカの憲法法理として抽出する際に、所有以外のものとしての公民権（市民権）における個人的・団体的自己規律によろうとする（William Forbath, *Why Is This Right Talk Different from All Other Rights Talk?: Demoting the Court and Reimagining the Constitution*, 46 STAN. L.REV. 1771, at 1803, 1804 (1994)）のは、類似の見解である。

[61] Abraham, *supra* note 44, at 2, 59 & note 201. この点は、エイブラハム論文に対するタシュネット論文（Mark Tushnet, *The New Citizenship and Wars of Position*, 21 LAW & SOC'Y INQUIRY 89, at 89-91 (1996)）でも触れられる。See also, ANTONIO GRAMSCI, SELECTIONS FROM THE PRISON NOTEBOOKS OF ANTONIO GRAMSCI (Int'l Pub. Co., 1971) 161, 181-; CARL BOGGS, GRAMSCI'S MARXISM (Plato Press, 1976) 114-115.

[62] Frank Michelman, *Anti-Negativity as Form*, 21 L. & SOC'Y INQUIRY 83, at 83 (1996).

実際の問題が「所有権」では対処できないこともある。この点で、例えば、マイクルマン教授が対峙した「収用」問題（注50参照）や、レイディン教授が苦闘したレントコントロールの問題（そしてそこにおける人格的所有論の適用）[63]などに示される、住宅問題などは、所有権の一環で対処できるであろう（なお、所有権条項〔第５修正〕が、アメリカ憲法訴訟で大きなウェイトを占めているのは、それ（所有権の憲法原理上の意義の大きさ）自体、アメリカ社会の編成原理を示唆するものと言えよう）。しかし、市民権・公民権として束ねられる基本権には、例えば、教育を受ける権利（例えば、ロドリゲス事件[64]）や、医療･福祉を受ける権利（例えば、ゴールドベルグ事件（注48参照）や、納税の問題など、所有権の域を超えることも少なくない。その意味では、エイブラハム教授のように、こうした進歩的な福祉国家における市民の側からの受け皿の権限の束としては、「公民権（市民権）」の方が、無理がないということができよう。

３－２．「公民権（市民権）」と移民とのディレンマの指摘（2007年論文以降）

（１）「公民権」（市民権）の追求

①ここまでは、所有論・公民権（市民権）論ないしそれによる批判的社会編成論の提示の話であったが、徐々にエイブラハム教授のその後の著作を基に、移民法の基礎理論に話を進めていきたい。まず前稿の続きとして、「公民権」（市民権）に、個人主義的な近代所有権ないしそれをベー

---

[63] E.g., Margaret Jane Radin, *Residential Rent Control*, 15 (4) PHIL. & POL. AFF. 350(1986). これについては、吉田・前掲書（注53）（2006）83頁以下、同「居住福祉法学の理論構想と諸課題――とくにその所有法学との関わり」前掲書（注14）（2019）337頁以下（初出、日本土地法学会編･居住の権利（土地問題双書39）（有斐閣、2011刊行予定）（未刊））参照。

[64] San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973)（テキサス州の地方課税に依存する学校財政の格差の是非が問われたもの。教育権は基本権ではないので、第14修正違反にはならないとされた。これに対して、マーシャル裁判官、ブレナン裁判官らは反対し、教育は子どもの「表現の自由」（第１修正）の能力に関わり、基本権性があるとする（111-112）。

スとする消極的自由権に批判的に社会編成原理を考えると、それを充実すべく、積極的・参加的自由ないし社会的権利を盛り込んだ、共同体主義に留意した「連帯」を強調することになるが（それは、「共和主義」（republicanism）とも言われた）、そうした「福祉国家」の追求は、世界各地で破綻し（アメリカでは既に1970年代に、ドイツでは1980年代に、イスラエルでは1990年代にそうなったとされる）、新自由主義に席巻されたとされる[65]。しかし、国家の再配分機能（ないしケインズ主義的なプロジェクト）は残り、その限りで、「閉じたシステム」（closure）は必要であるとする[66]。

そして、多くの社会理論家（社会正義論者）も、類似の見解を示すと述べ、例えば、故J・ロールズ教授も、晩年の著作で類似の立場を示す際に「適切なパトリオティズム」が必要だとされるが[67]、そうした用法を始めたJ・ハーバーマース教授（ハイデルベルグ大学）は、公正な手続主義の「憲法パトリオティスムス」（Verfassungspatriotismus）[68]を説き、法的レジームの自己言及的な正統性をはかる。すなわち、1980年代に、同教授は、民族主義的モデルに対峙して[69]、市民権についてリベラルな

---

[65] David Abraham, *The Boundaries and Bonds of Citizenship: Recognition and Redistribution in the United States, Germany, and Israel*, in: Migration in History: Human Migration in Comparative Perspective (Marc Rodrigues & Anthony Grafton eds.,) (Univ. of Rochester P., 2007) 201, at 213-.

[66] David Abraham, *Doing Justice on Two Fronts: The Liberal Dilemma in Immigration*, 33 (6) Ethnic & Racial Stud. 968, at 976-977 (2010).

[67] John Rawls, The Law of Peoples (Harvard U.P., 1993) 44.

[68] なお、屡々これを「憲法愛国主義」と訳されることがあるが（例えば、上村岳生「ハーバーマスの国家論」京都社会学年報９号（2001）124頁以下、松村芳明「共和主義と憲法文化――憲法愛国主義論の検討を端緒として」専修法学論集123号（2011）285頁以下）、それでは趣旨が明らかにならないと思われる。「手続に即してその正統性を考える」という趣旨だから、まだ「憲法忠誠主義」の方が、語義に近い。なお、毛利透・民主性の規範理論――憲法パトリアティズムは可能か（勁草書房、2002）は、それに従っていない如くである。

[69] それまでのドイツ文献で逸することができないのは、M・ウェーバーの社会学文献であり、そこで議論される「同士帰属感情」（Zusammengehörigkeitsgefühl）は、民族的コミュニティのアイデンティティで、その人為性ゆえに、権力・

議論を進めたのである。そこでは、憲法に則して、市民的・合意的・非宗教的な相互性の問題として、市民権理解に努め、個人主義的な権利及び平等への社会的コミットを重視した。しかしそう言う同教授でも、背景のコンセンサスとしての「前・政治的な」市民社会のエネルギーとしての共通善は承認しているから、リベラルな社会構造としての歴史的コンセンサスとしての連帯性は承認されているわけである[70]。その他、著名な政治思想学者Ｊ・コーエン教授（コロンビア大学）も、社会的市民権の意義を考える際に共同体的関心を寄せる[71]のも同様であるし、移民法学の第一人者のアリニコフ教授（ジョージタウン大学、ニュースクール）が、「世代を超えた帰属」を問題にする[72]のも同根である。こうした

地位志向による集団形成がなされ、「我々の限界」があり、産業的・官僚的社会にも添うとされる（Guenther Roth & Claus Wittich, Max Weber Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology vol. 1 (U. California P., 1978) 389-398）。ここには、「ベッケンフェールデのディレンマ」（Böckenförde Dilemma）というものがあり、ドイツの憲法裁判所に務めたＥ・-Ｗ・ベッケンフェールデ裁判官の著作（Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht (Suhrkamp Verlag, 1976) S.60) ((English version) State, Society, and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law (Berg, 1991)）によれば、民主主義的自由を重んずるドイツにおいても、宗教や同質性などの非経済的価値の役割は否定できず、それが自由の価値と鬩ぎ合いになるというもので、ウェーバーは、世俗主義に徹したマルクスと違い、ポスト世俗主義の前政治的価値の重要性とも格闘して、上記叙述になったわけであった。

[70] これについては、Jürgen Habermas & Josef Ratzinger, The Dialectics of Secularization: On Reason and Religion (Ignatius Press, 2006) 30-31, 33-34. なおこの点に関するエイブラハム教授の文献として、David Abraham, *Constitutional Patriotism, Citizenship and Belonging in America and Germany*, 16 (2) Temple Pol. & Civil Rights L. Rev. 457 (2007) 参照。

[71] Jean Cohen, *Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos*, 14 (3) Int'l Sociol. 245, at 252(1999). See also, do., Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism (Cambridge U.P., 2012).

[72] Alexander Aleinikoff, Semblances of Sovereignty: The Constitution, The State, and American Citizenship (Harvard U.P., 2002) 478.

考慮の赴くところは奈辺かを考えると、それは、フランスの宗教家・思想家Ｅ・ルナン講義が追求した「統治権問題」（そこで、国家は、「日々の国民投票」で、価値･同意･共生願望が試されるとし、他方で、国家は、そこで共有される政治原理・憲法忠誠を超えた営為・犠牲により承継される文化的アイデンティティの生成があるとする）（1882年）[73]であると、エイブラハム教授は説き（注66箇所）、移民法学者としてこの問題に目を付けたのは、早い（今多くの論者がこの問題を論じているが）。

②さらに注目できるのは、この「公民権（市民権）」概念について、アメリカ、ドイツ、イスラエルの比較法的相違を説くところ[74]も有益である。すなわち、ドイツでは、ワイマール的な福祉国家の伝統があり、他方で、1870年代以来の小ドイツ主義もあり、労働市場の規制もなされ、1913年の国籍法以来その国籍の認め方は血統主義であった（日本と同様に、移民法はない）。しかしそういうドイツでも、1999年改正で、2000年以降出生地主義も併せて採用された[75]。他方でイスラエルは、従来団体主義からもっとも平等主義的な社会構成であったが、1980年代後半からは急速にネオ・リベラル化が進んだ（従来型労働党は終焉し、1992年には、個人主義的な市民権基本法が制定された）[76]。

---

[73] Ernest Renan, Qu'est-ce qu'une nation? (1882); (English Version) do., What Is Nation? And Other Political Writings (Columbia U.P., 2018)). See also, Homi Bhabha ed., Nation and Narration (Routledge, 1990).

[74] Abraham, *supra* note 65 (2007), at 220-; do., *The Price of Entry: Whatever Happened to Zusammengehörigkeitsgefühl?*, 19 The Berlin Journal 40, at 41- (2010); do, *Immigrant Integration and Social Solidarity in a Time of Crisis: Europe and the United States in a Postwelfare State,* 1 (2) Crit. Historical Stud. 215 (2014).

[75] これについては、Thomas Heller, *Change and Convergence: Is American Immigration Still Exceptional?*, in: Citizenship in Global World: Comparing Citizenship Rights for Aliens (Atsushi Kondo ed.) (Palgrave, 2000). また、佐藤成基「『血統共同体』からの決別：ドイツの国籍法改正と政治的公共圏」社会志林55巻４号（2009）も参照。

[76] See, Gershon Shafir & Yoav Peled, Being Israeli: The Dynamics of Multiple Citizenship (Cambridge U.P., 2002) 147-.



（長年の友人のモトムラ教授（右側））（前記北大サマーインスティチュートのときに）
（スカイプ画像は、カレ教授（後述））

（２）移民法との緊張関係の指摘

移民法学者の多数は、（つい最近までは）あまり国境のことなど議論せず「移民自由」に積極的な論者が多かった（例えば、移民法の代表論客のモトムラ教授（UCLA）[77]）。しかし他方で、政治哲学領域では、それとは不整合な形で、M･ウォルザー教授が、1980年代前半に断片的に、「連帯原理・共同体主義からは、移民制限になる」とするだけで[78]、長い

---

[77] E.g., Motomura, *supra* note 21 (2005). これに対して、近時の do., Immigration Outside the Law (Oxford U.P., 2014) 34, 89-95では、「国境・統合・市民権（公民権）問題」と「平等・人間の尊厳へのコミットメント」との緊張関係を意識されているが、それは本稿に記すエイブラハム論文の後のことである。See also, Hiroshi Motomura, *The New Migration Law: Migrants, Refugees, and Citizens in an Anxious Age*, 105 Cornell L. Rev. 101 (2020)（「公民権運動的論法」では、経済的利益分配の問題などを充分考慮できていなかったとする（103-104）。公民権運動の枠組みに、移民と公民権（市民権）との関わり、移民のもたらす経済的ディレンマを考慮することが新たな移民法では必要だとする（193-194））.

[78] Walzer, *supra* note 27 (1983), at 39（移民の制限・コントロールに言及する）; 62（コミュニティ独立・自己決定として、移民の「受容」か「排除」かの判断が必要とする）. その他、移民政治学者のG・フリーマン教授（テキサス大学）も、かねて類似のことを述べていた（e.g., Gary Freeman, *Migration and the Political Economy of the Welfare State*, 485 Annals of the American Academy of Pol. & Soc. Science 51 (1986)（福祉国家の閉鎖性があり、豊かな国で強い社

論述でもなく、空白時代となっていた。

そしてこの点を正面から論じたのが、エイブラハム教授であり、移民法学の理論枠組みとして、従来のアメリカ法学では、支配的なのは、自由主義・個人主義、普遍主義、平等主義、選択・プライバシーの価値であり、これに対して、団体（class）の問題（これを階級問題と訳すと、ミスリーディングだろう）は閑却されており、例えば、社会的市民権（公民権）の問題ないし福祉国家の一構成員であることが、移民法学上どういう意味をもってくるかについての論及はなされてこなかったとする。他方で、移民法学は、「国家利益」に資するものとして、大きな裁量が与えられてしまうこともあり（前述の「全権理論」など）、こうした中で民主的自己統治の意義を考究する必要があるとされるのである（同じく労働法においても、アメリカ労働法は特殊で、労働者の個人権の展開が浮き出てしまい、集団的労働法（団体的労働法）への取組みが弱い[79]。移民法もこれと同じで、下級階級の団体的利益の観点からの再分配的考量をどう理論枠組みに組み込むかが、重要だとされる）[80]。かくして、そうした団体的利益考慮からは、どうしても移民法学理論としては、「排除問題」が出るとされるのである[81]。

なお関連して、移民による国内労働力との緊張関係（とくに、移民者とアフリカ系アメリカ人とのそれ）を指摘し、移民労働力の受け入れは、非熟練労働賃金の停滞を導き、その貧困化にも繋がりうることを指摘した[82]のも、当時のアメリカ移民法学界としては嚆矢的であろう。

（3）移民を巡るディレンマ構造の分析（とくに2010年論文）

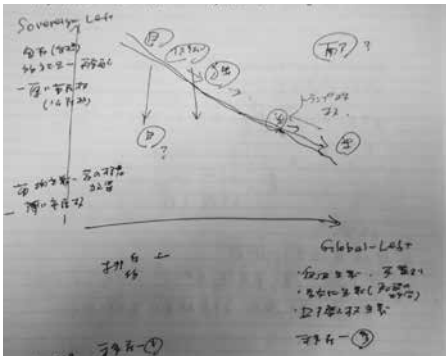
会的市民権があるところでは、境界コントロールがなされるとされる））。

[79] この点は、David Abraham, *Individual Autonomy and Collective Empowerment in Labor Law: Union Membership Resignations and Strikebreaking in the New Economy*, 63 NYU L.Rev. 1268 (1988-89) 参照。

[80] Abraham, *supra* note 65 (2007), at 208-209, 210, 211-212.

[81] *Id*. at 211-212.

[82] Abraham, *supra* note 65 (2007), at 210; do., *supra* note 66 (2010), at 971-（移民のコスト）, 973-974.



（移民問題のディレンマのイメージ図）

さらに興味深いのは、移民法学のディレンマ構造を剔出されていることである。すなわち、「平等」の移民法における両義的帰結として、一方で、「普遍的人権」（越境的・コスモポリタンのリベラリズム）があるとともに、他方で、国家的「市民権（公民権）」（福祉国家観）があるとされて、近時のグローバルな資本主義への対峙には、それなりの「強い政体」（そしてそのための「連帯」（共同体主義））が求められるが、それは移民にはマイナスに作用しうると言うディレンマである[83]。そしてエイブラハム教授は、それを各々「グローバル左派（ないし人権左派）」（global left; human right left）、「統治権左派」（sovereignty left）と呼称されるが、近時の移民法学においては、自由市場における人権論、つまり前者が支配的になっており、後者とのディレンマという構造問題は閑却されているとするのである[84]。それに沿って作成してみたものが、上記イメージ図であり、そこにおけるアメリカ合衆国、ドイツ、イスラエル、日本などの位置づけも描いてみた（X軸に、グローバル左派か否か（従って、移民が多いか否かを示し、Y軸で、統治権左派か否か、従って、厚い公民権（市民権）（包有的（包摂的）社会）か薄い市民権（富の格差を放置する市場主義社会）かを示した。こうしてみると、日本社会は、移民に冷淡で排斥的な移民政策を採り、他方で、医療保障政策の面などでは、共

[83] Abraham, *supra* note 66 (2010), at 969.

[84] *Id.* at 970.

同体主義的な統治権左派に位置づけられよう。しかし移民の労働力供給の側面に即して見るならば、「厚い市民権」のようで（もっとも近時、ネオ・リベラル化、アメリカが進んでいる）、社会の空洞化（少子高齢化）が深刻で、労働者不足の面で、移民政策に失敗していると言えるであろう。（なお、この点で、「グローバル左派」に位置するCh･ヨプケ教授（ベルン大学）（ドイツの政治社会学者）の著作[85]のコメントとして、遠藤乾教授が、「日本は西洋諸国に見られる普遍主義的リベラリズムの逸脱例」とするが[86]、エイブラハム教授が指摘するディレンマに即してみると、そう単純なものではないことが分ろう。）

なお当時既に類似のことを指摘していた論者として、ボズニアック教授（ラトガーズ大学）がいて、境界におけるディレンマ構造を描いたが、彼女とて、移民者に対する「外国人市民権」（alien citizenship rights）を説き、その意味で普遍化志向はやはりあるから[87]、エイブラハム論文は、この側面の指摘としても嚆矢的と見ることができよう（なお、その後現在ではこうした構造問題の認識はかなり広がっているが、そのオリジナルな指摘として同教授を引くものは多くはない）。

（4）その後の承継（多数説とは言えないが）

このような問題提起は、その後承継するものも現われている。例えば、トルコ系の批判政治理論家のS・ベンハビブ教授（イエール大学）や新進気鋭の移民法学者C・ロドリゲス教授（イェール大学）のものなど[88]が

---

[85] Christian Joppke, Citizenship and Immigration (Polity, 2010).

[86] 遠藤乾「試されているリベラリズム」Ch・ヨプケ（遠藤ほか訳）軽いシティズンシップ（岩波書店、2013）272頁。

[87] Linda Bosniak, The Citizen and the Alien: Dilemma of Contemporary Membership (Princeton U.P., 2006) 51-. なお、「外国人市民権」の指摘は、*id.* at 99-100.

[88] See, e.g., Seyla Benhabib, *Twilight of Sovereignty or the Emergence of Cosmopolitan Norm?: Rethinking Citizenship in Volatile Times,* 11(1) Citizenship Studies 19 (2007); do. & Judith Resnik, *Citizenship and Migration Theory Engendered*, in: Benhabib & Resnik eds., Migration and Mobilities: Citizenship, Borders, and Gender (NYU Press, 2009) 1-, esp.11; Cristina

そうであり、前者では、エイブラハム教授のものを引用し、越境問題について、人権保護の見地からの法実現が充分に進まない理論的背景として、「国民国家レベルでの民主的実践支持のアイデンティティ維持としての内的構成のルール形成」と「普遍的な人間性確保の要望」との緊張関係があると述べていて、それは、理論枠組みとしては、エイブラハム教授のそれと同様であることが分る（これに関して、ベンハビブ教授は普遍化志向が強く、それに対して、連邦制などの専門家のＪ・レズニック教授（イェール大学）は、各国民国家への帰属にもヨリ留意することが興味深い）。

また後者ではもっと移民法学的な立場への踏み込みがあり、第１のアプローチとして、「人格アプローチ」（personhood approach）があり、そこでは、「普遍主義的正義（universalist justice）」が前面に出て、第２のアプローチは、「団体化アプローチ」（incorporation approach）であり、そこでは、「再分配正義（redistributive justice）」が説かれるとする（エイブラハム文献の引用はないが）。そして、第１のアプローチとして、モトムラ教授、Ｐ・スピロー教授（テンプル大学）、Ｄ・カンストローム教授（ボストン・カレッジ）などを挙げている[89]。他方で、Ｐ・シャック

Rodríguez, *Immigration, Civil Rights, and the Formation of People*, 142 Daedelos 1, at 3-（人格理論批判）, 6-（団体化アプローチ）. See also, Seyla Benhabib, The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizenship (Cambridge U.P., 2004); Judith Resnik, *Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogue, and Federalism's Multiple Ports of Entry*, 115 Yale L.J. 1591 (2006); do., *Law as Affiliation: 'Foreign' Law, Democratic Federalism, and the Sovereigntism of the Nation-state*, 6 (1) Int'l J. of Constitutional Law 33 (2008).

[89] E.g., Motomura, *supra* note 21; Peter Spiro, Beyond Citizenship: American Identity after Globalization (Oxford U.P., 2007) 81-108; Daniel Kanstroom, *supra* note 21 (2007), at 3-（違法移民送還システムの批判）. 市民権論としても、Christian Joppke, Selecting by Origin: Ethnic Migration and the Liberal State (Harvard U.P., 2005); do., *supra* note 85 (2010) などは、同様に薄い市民権論を志向するのに対し、Ｊ・コーエン教授（Cohen, *supra* note 71）などは、共同体的関心から社会的市民権（公民権）を希求してやや方向性が異なることは前述した。

教授（同じイェール大学）[90]などは、強く第２の系譜であろう。こうした中で、クリスチナ教授自身は、この中間（middle ground）で、利益考量により、構成員の拡充を図ろうとする[91]。

３－３．越境的労働市民権の試み（ゴードン教授）（2007年論文を中心として）

（１）移民労働者の現場的考察

J・ゴードン教授（フォーダム大学）は、移民法学者として「市民権・公民権」概念に取り組む異色の理論家である。但し、彼女の場合は、「市民権・公民権」概念が、排外的（排他的）に作用することをわきまえつつ[92]、移民労働者の現場に焦点を当てる。だから、単なる理論的な自由尊重主義的な市場主義ないしは進歩的人道主義とは区別する。そして、移民者と労働組合との緊張関係を歴史的に詳述している[93]。

すなわち、伝統的に労組は新たな移民に反対し、（移民が含まれる）農業労組（United Farm Workers［UFW］）には従来労働法（1935年ワグナー法）（National Labor Relations Act［NLRA］）の適用はなかったが、1975年のキャリフォーニア農業労働関係法（Cal. Agricultural Labor Relations Act［ALRA］）の適用でようやく平準化された。しかし1970年代以降も、「精神分裂的」（schizophrenic）としつつ、不法移民者を受入れてきて（例えば、反差別法、労災補償の適用、またNLRAの被用者

---

[90] Peter Schuck, Citizens, Strangers and In-Betweens (Westview, 1998); do., Diversity in America: Keeping Government at a Safe Stance (Harvard U.P., 2003).

[91] Rodríguez, *supra* note 88, at 9-10.

[92] Walzer, *supra* note 27 及び Boaventura de Sousa Santos, Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition (Routledge, 1995) 311-312（市民権にはその排他性ゆえに否定的である）に注目する。もっともゴードン教授は、ウォルザー教授は、無権限労働者（undocumented workers）のことをよく考えていないようだとする（Gordon, *infra* note 93, at 521 n.55）。

[93] Jennifer Gordon, *Transnational Labor Citizenship*, 80 S. Cal.L.Rev. 503, at 519-520, 524-525, 531- (2007).

となった)、連帯への動きがあるとされる[94]（しかしそれでも、使用者の報復・解雇を容認するホフマン判決（2002年)[95]などは大きな例外であった)。そしてついに、2000年代には、排除的姿勢は廃棄されたとのことであるが(2003年９月23日の歴史的妥協)、それでも H-2A ビザ労働者（農業労働者）に対する制限的スタンスもあり、見えにくい（賃金低下をもたらすことに警戒的で、賃金格差は大きい)[96]。

（２）「越境的労働市民権・公民権」の提唱

こうした状況を踏まえて、ゴードン教授は、越境的外国人労働者の地位向上を目指して、「越境的労働市民権・公民権」（trans-national labor citizenship）を提唱するのである[97]。その際には、国家間の協調システムに留意され、さらに越境的労働組織、その相互のネットワークによる労働条件向上へのコミットメントがなされる[98]。いわば､政府･労働者組織･企業の三者構造による（越境的外国人労働者のための）権利実現メカニズムの検討である[99]（そしてこれは、後述のソン教授による司法的解決（４－４（２）参照）よりも洗練されていると言えるだろう)。

そしてそのために、例えばその構想の第１として、低賃金雇用の企業は排除する（職が減っても労働者の人権のためである[100])。この点で、いささか功利主義的・能力主義的に、カナダとのプログラムでは、（メキシコ政府は）教育レベル、家族のサイズ、資産の多寡などで、優劣の

---

[94] *Id.* at 536-, 542-.

[95] Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB, 535 U.S. 137 (2002)（不知で不法移民を雇用し、組合支持の報復として、NLRA に違反して解雇した場合でも、その労働者の復帰、バックペイなどの救済はないとした）.

[96] See, Gordon, *supra* note 93, at 554-556.

[97] *Id.* at 563-.

[98] *Id.* at 568 n.221.

[99] See also, Janice Fine & Jennifer Gordon, *Strengthening Labor Standards Enforcement through Partnerships with Workers' Organizations*, 38 (4) POLITICS & SOC. 552, at 558-559, 561 (2010).

[100] Gordon, *supra* note 93, at 568 n.221.



（ゴードン教授とともに（フォーダム大学ロースクールの彼女の研究室にて））
（2013年７月の面会時に）

序列化を行っている[101]が、そういうアプローチは採らない。第２に、外国人労働者の組織化をはかり[102]、第３に、移民者の医療・福祉・安全面での権利実現をはかるというものである[103]。現実がこうした構想通りになるかどうかはわからないが、この理想主義的な（理想を目指しての現実牽引的な）アプローチは、わが国の技能実習生問題にも示唆的である。

（３）関連する批判法学者

しかしその際にも、一定の「障壁」は必要とするのであり、その意味で、エイブラハム教授の問題意識とは通底していると思われる。そして興味深いのは、2013年７月の同教授との初対面の面会時に、D・ケネディ教授の「団体的解決」の提案（ナイジェリア・ラゴスのイジョラーバディラのコミュニティの強制立退き問題に関する）[104]を高評価されていたこ

---

[101] この点につき、Tanya Basok, Tortillas & Tomatoes: Transmigrant Mexican Harvesters in Canada (McGill-Queen's Press, 2002) 37-. See also, Basok et al., Rethinking Transit Migration: Precarity, Mobility, And Self-Making in Mexico (Palgrave, 2015).

[102] Gordon, *supra* note 93, at 574-.

[103] *Id.* at 576-.

[104] Duncan Kennedy, *Commentary on Anti-Eviction and Development in the Global State*, in: Lucie White et al., Eds., Stone of Hope: How African

とである。すなわち、ケネディ論文でも、貧困コミュニティの底上げのためには、アフリカ所有論では伝統的な「社会的所有」、つまり譲渡制限がなされた信託的なコミュニティ所有論に注目されて[105]、そこでは、ゾーニング、住宅規律、占有制限などでコミュニティ保護が図られるが、その際には、外からの移民は制限せざるを得ない。そうして「障壁」を設けて、スラム居住者保護の改善を図らないと、上昇スパイラルに持っていくことはできないとされているのである[106]。従って、ゴードン教授の試みも、類似のボトムアップ式の越境コミュニティの底上げの問題ではないかと思われ、その際にも、コミュニティの内・外問題は意識されざるを得ないわけである。

（４）後続論文（2010年論文など）による背景考察

さて、ゴードン教授は、後続論文（2010年論文[107]）で、「移民はどうして貿易と同様に自由に進まないのか」との問いかけを発して、背景考察を行っている（なお、これに関連して、イギリスの政治経済学者のＤ・リカード（David Ricardo（1772 ～ 1923））は、貿易と移民は同視できて、どちらも富を最大化するという自由貿易論を展開している[108]）。

そして、移民の反対論との関係で、その文化的・経済的コストの検討をしている[109]。すると、未熟練労働者の場合には、利益は出身国ないし

American Activists Reclaim Human Rights to Challenge Global Poverty (Stanford U.P., 2011) 41-, esp. 46-.

[105] See also, Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in: The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal (David Trubek & Alvaro Santos eds.) (Cambridge U.P., 2006).

[106] Kennedy, *supra* note 104, at 49-50.

[107] Jennifer Gordon, *People Are Not Bananas: How Immigration Differs from Trade*, 104 Nw.U.L.Rev. 1109 (2010).

[108] David Ricardo, On the Principles of Political Economy and Taxation (1817) (John Murray ed.) (Everyman's Library) (1911) 80.

[109] Gordon, *supra* note 107, at 1130-1131, 1136. See also, George Borjas, *The Labor Demand Curve Is Downward Sloping: Reexamining the Impact of Immigration on the Labor Market*, 118 Q. J. Econ.1335 (2003)（国内労働者への負の影響を検討する）; do., *Globalization and Immigration*, in: Globalization:

移住者自身に行くとし、熟練労働者の場合には、受入国に利益になり、他方で、受入国の社会的負担として、教育・住宅・医療などのコストがかかり、また労働機会のコストもあるとする（これは国内労働者との競合の問題である）。また、「二国間労働移民合意」（Bilateral Labor Migration Agreement［BLMA］）はまだ少なく、労働需要として、国内労働者がやらない低賃金労働や国内労働者が不足する熟練労働にあるとする[110]。

ゴードン教授は、かくして、コストはあるが、移民は不可避であるとされ[111]、それならばとして、ボトムアップの越境的協調モデルで、職場基準のベースライン作りに尽力するしかないとされるのである。そしてその際に、EU での実践としての労働移民枠組み作りに注目している（2011年論文）[112]。

４．移民問題の哲学的・原理的検討の進捗――移民コントロールの諸見解

移民法学は、行政法の一部門で、法技術色が強いが、反面で人権問題も関わり、実定法研究者は、臨床法学（移民法クリニック関係者）を含めて、近時は移民擁護派が多数である。これに例外的に、理論研究としてディレンマ構造を示したのが、例えばエイブラハム教授であったことは、前章に既に見た。

しかし哲学（政治理論、政治哲学）領域では、進歩的な共和主義・共同体主義の論者が、むしろ逆に、移民には冷淡に、排外主義的な指摘を

What's New (Michael Weinstein ed.) (Columbia U.P., 2005).

[110] *Id.* at 1140-1141.

[111] *Id.* at 1143, 1144.

[112] Jennifer Gordon, *Free Movement and Equal Rights for Low-Wage Workers?: What the United States Can Learn from the New EU Migration to Britain*, The Chief Justice Earl Warren Institute on Law and Social Policy Issue Report (2011) 1-. 本稿は、東部・中央ヨーロッパからイギリスへの移民労働者に関する分析で、イギリスの EU 離脱（Brexit）（2017年3月英政府は公式表明、2020年２月から発効）により、事情は変わろうとしているが、移民労働のイギリスにとっての利害得失は、離脱の一つの論点であったとも言えるであろう。

1980年代に「断片的」に行うにとどまった（既に触れたウォルザー教授）。しかし当時移民問題が哲学的・原理的に議論されることはあまりなく、20世紀は概して空白地帯で、むしろ「孤立的」な指摘であったとも言える。それに関する本格的な議論が始動したのは、21世紀になってからであり（せいぜい早くて1990年代である）、近年ようやく両者を架橋する研究が出て、ここではこれを考察する。関心の的は、移民法学界では、例外的見解を別とすれば、あまり深められていなかった「移民コントロール」の根拠付けであることも興味深い。

４－１．文化的アイデンティティ（共同体構成員）として（M・ウォルザー教授、D・ミラー教授）

第１の系譜は、政治的共同体ないし文化的コミュニティの見地から、移民制限に触れる見解であり、その嚆矢が、M・ウォルザー教授（プリンストン大学）であったことは既に見たとおりである。共同体は移民の受入・排除を自己決定する旨の断片的叙述であり[113]、同教授は共同体主義（コミュニタリアン）の論客で、その意味では弱者保護的な進歩派であるために、移民に対する冷淡さは、違和感はあったが、断片的・孤立的叙述であり、あまり深められることもなかった（もっとも、「一時的労働者」に関しては、国家統治に服するものに「二流市民」を認めることになり、平等主義に反するとして否定するところ[114]は、彼のリベラル

[113] WALZER, *supra* note 27 (1983), at 39-40（現代民主主義の政治・文化（根無し草の集まりではなく、安定した人間的生活）には、境界（閉じたもの）が必要で、人々の自由・福祉を守るためには、移民の制限・コントロールがなされる。それは出国規制ではなく、入国コントロールである）, 62（コミュニティ独立の中核部分として、「受容」か「排除」かの自己決定がある。それがないと、安定した特定の共通目的を持ったコミュニティが存立できないとする）. See also, do., JUST AND UNJUST WARS (Basic Books, 1977); do., THICK AND THIN: MORAL ARGUMENT AT HOME AND ABROAD (Notre Dame Press, 1995).

[114] WALZER, *supra* note 27, at 60-61（一時的労働プログラムは、（ｉ）搾取への脆弱性があり、（ii）民主的政治的コミュニティの規範的要請から、真の意味で任意的ではなく、良き国家の自己決定プロセスは、その領域のメンバー全てに開放されるべきだとする）.

さが出ているところで注目されようが、この点も、定着している既成事実とも乖離するので、それほど着目されなかった）。

同様に、D・ミラー教授（オックスフォード大学）は、国家的アイデンティティ（それは、（ⅰ）信念・相互の結びつきによるコミュニティ、（ⅱ）歴史、（ⅲ）活動、（ⅳ）領域との繋がり、（ⅴ）公共的文化による他のコミュニティとの区別による。移民は国家アイデンティティを共有すれば良いとする[115]）からの集団的権利を問題にする。同教授は、その国家的自己決定ないし民主的自己決定として[116]、移民のコントロールができるとする（移民との関係の叙述は、近著で明示的になる）。移民により民族的・宗教的多様性は増すが、他方で、相互的信頼は低下し、熟慮ある経済的再配分政策は信頼が低下すると難しくなるとするのであり、この辺りは、エイブラハム教授と類似する。また、ミラー教授には、ロックの国家ヴァージョン的なところがあり、「国家の労働」により、経済的・文化的な意味が付与されて、国家構成員にその価値に時間を越えた意味をもたせるために領域権を認める必要があるとする[117]。

４－２．所有権アプローチ――ロック的な領域権

（１）個人主義的アプローチ（A・J・シモンズ教授）

第２は、所有権アプローチであり、かねてロック的な領域権をといていたのが、A·J·シモンズ教授（バージニア大学）である。同教授は、ロックの『統治二論』[118]を基にして、個人（領域居住者）が「社会契約」として委託することにより、快適・安全・平和的生活のため（安全な所有権享受のため）に、国家の領域的管轄権が形成され、そこから国家的権威

---

[115] David Miller, On Nationality (Oxford U.P., 1995) 26, 27.

[116] *Id*. at 81-; do., Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration (Oxford U.P., 2016) 64-65.

[117] David Miller, National Resposibility and Global Justice (Oxford U.P., 2007) 218-219. See also, do., *Territorial Rights: Concept and Justification*, 60 (2) Pol. Stud. 252(2012).

[118] John Locke, Two Treatises of Government (1689) (Peter Laslett ed.) (Cambridge U.P., 1988); do., Second Treatise of Government (C.B. Macpherson ed.) (Hackett, 1980) chap.8, §120.

が導かれるとする[119]。一定の集団が、一定の土地に関連付けられていることから、国家領域の権威を基礎づけようとする[120]。

しかしこれに対しては、M・モーア教授（クイーンズ大学）の反論がある。彼女が言うには、実際には多くが所有権の委託に同意しておらず、管轄領域に連続性が認められなければならず、同意を拒むものに対して、どのように管轄領域の連続性（連結性）を確保するかという難問に窮することになろう[121]。さらに、H･スタイナー教授（マンチェスター大学）も、構成員の「個人の自由」を尊重して、国家から離脱できるとするから[122]、これでは、国家が独占的に権力行使して、安定した領域権行使が出来なくなるのではないかという問題が出よう（なお、同教授は、自由尊重主義者として、また次述の結社の自由も持ち出して、国境制限の可否を論じており、むしろ逆向きに、国際移民には反対すべきではなく、せいぜいその制限は、トレスパス、基本権侵害者の抑留に止めるべきだとされる[123]ことは次述ウェルマン教授と逆向きで、興味深い）。

（２）団体主義的・集団主義的アプローチ（R・ペヴニック教授）

これに対して、R・ペヴニック教授（ニューヨーク大学）は、団体論と結びつけて、ロック的な移民コントロール理論を検討しており、団体の自己決定から集団の所有権を導いている[124]。家族農場からの類推で、メンバーの労働・貢献から同様に考えるということであり、所有権と管

---

[119] A. John Simmons, The Lockean Theory of Rights (Princeton U.P., 1992) 223-.

[120] A. John Simmons, Boundaries of Authority (Oxford U.P., 2016) 93-. See also, do., *On the Territorial Rights of States*, 11 Phil. Issues 313 (2001).

[121] See, Margaret Moore, A Political Theory of Territory (Oxford U.P., 2015) 15-.

[122] Hillel Steiner, *Territorial Justice*, in: Simon Caney et al. eds., National Rights, International Obligations (Westview, 1996).

[123] Hillel Steiner, *Libertarianism and the Transnational Migration of People*, in; Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money (Brian Barry et al. eds.) (Pa. St. U.P., 1992) 89-, at 91-93.

[124] Ryan Pevnick, Immigration and the Constraints of Justice: Between Open Borders and Absolute Sovereignty (Cambridge U.P., 2011) 33-, esp. 43-44.

轄権とは連続的に考えられるとのことである（なおこの点で、後述のソン教授は、それはロックの理解にも反するとして反対される[125]）。

その上で、ペヴニックの著作では、不法移民の労働に関しては、所有権譲渡義務はないとされる（市民的同意がないからとする）[126]。また、集団的所有には、自己決定が必要とするが、その説明はない[127]。

４－３．団体形成（結社）の自由から（Ch. ウェルマン教授）

第３は、団体形成の自由（結社の自由）から、移民コントロールを導こうとする見解である。既にウォルザー教授が、倶楽部との類推で述べていたが[128]、Ch・ウェルマン教授（ワシントン大学、セントルイス校）は、集団的自己決定として、団体形成・解消の権利を根拠に、親密団体や宗教団体からの類比で、自由尊重主義にも触れつつ、移民の拒絶を根拠づけようとしている[129]。

しかしこれに対しても、自由民主のリベラルな国家には、不合意が内包されており（この点は、ファイン論文[130]）、親密な規範的組合団体からの類推には無理があるのではないかとの疑問が出るだろう。

４－４．義務論的見解

（１）「望まない義務からの自由」から（M・ブレイク教授）

最後に、義務論的な見解に触れておく。その第１は、カント的領域説

---

[125] Sarah Song, Immigration and Democracy (Oxford U.P., 2019) 41. ロック自身は、グロチウスの影響を受けており、統治権（sovereignty [imperium]）と所有権（ownership [dominium]）とは区別しているとされる。

[126] Pevnick, *supra* note 124, at 164-165.

[127] See, *id*. at 27-.

[128] Walzer, *supra* note 27, at 40. See also, Stuart White, *Freedom of Association and the Right to Exclude*, 5 (4) J. of Pol. Phil. 373 (1997).

[129] Christopher Heath Wellman & Phillip Cole, Debating the Ethics of Immigration: Is There a Right to Exclude? (Oxford U.P., 2011) 13-. See also, Wellman, *Immigration and Freedom of Association*, 119 Ethics 109 (2008).

[130] Sarah Fine, *Freedom of Association Is Not the Answer*, 120 (2) Ethics 338, at 349-350 (2010).

とでも言える、「望まない義務からの自由」から移民コントロールを導く、M・ブレイク教授（ワシントン大学）のものである[131]（もっとも、同教授はカントに言及するが、カント自身は、コスモポリタン的であり、やや異なる）。

同教授の場合は、上記自由から国家の管轄主体としての排除権を認め、同時に国家は管轄内の人々の保護義務を負うとし、制度的な権利保護義務を導く[132]。また管轄的コントロール（jurisdictional control）下にある構成員特質として、強制的コントロール、一定の地理的領域、行使される特定の人々がいるということであり、場合により「正統国家」は、移民を拒否できるとする[133]。しかし他方で、彼には団体的義務を重視し、関係的コンテクストの下では、平等主義的な分配的正義を重視する面がある[134]ことは留意しておいて良いだろう。

なお、同じくカント的色彩のあるJ・ウォールドロン教授（コロンビア大学）は、一定領域での紛争が多いときには、領域国家の法的合意が望ましく、領域的画定（territorial demarcation）がなされる必要があるとする。そうした領域国家の法は、国家の一定の管轄内での強制力を前提に認められ、それは個人権の確立のためにあるとする[135]。

---

[131] Michael Blake, *Distributive Justice, State Coercion, and Authority*, 30 (3) Phil. & Pub. Aff. 257 (2001); do., *Immigration and Political Equality*, 45 San Diego L. Rev. 963 (2008); do., *Immigration, Jurisdiction and Exclusion*, 41 (2) Phil. & Pub. Aff. 103 (2013). See also, do., Justice, Migration, and Mercy (Oxford U.P., 2020). カント的な議論としてはさらに、Allen Buchanan, Justice and Self-Determination: Moral Foundations of International Law (Oxford U.P., 2004) 参照。

[132] Blake, *supra* note 131 (2013), at 109-113.

[133] *Id*. at 120.

[134] See, e.g., Michael Blake, *Global Distributive Justice*, 15 Annual Rev. of Pol. Sci. 121 (2012).

[135] Jeremy Waldron, *The Conceptions of Self-Determination*, in: The Philosophy of International Law (Samantha Besson & John Tasioulas eds.,) (Oxford U.P., 2010) 411-412.

（2）集団的自己決定から（S・ソン教授）――移民自由化の原理的議論との調和

①（立論の特徴）最後に、やはり移民法の原理的問題を突き詰めているソン教授（キャリフォーニア大学バークレー校）の著作（注125参照）の立場を見てみたい（同教授は、カント的な義務論的考察も行うが、移民の利害得失という費用便益分析も否定しないので、これをカント的な義務論的考察の中に入れるのは無理があるかも知れない）。

彼女は、D・ミラー教授の教え子であるが、ある意味では、それと真逆のJ・キャレンズ教授（トロント大学）（それは開かれた国境を求める立場であり、前章の分析によれば、「グローバル左派」ということになり、換言すると「人権としての移住権」を認める立場である[136]）に近い立場となっている。その潮流は、「移民コントロールの諸見解」を検討する本章では扱っていないが、前章で見たディレンマのもう一方の柱となっている（そしてこの潮流は、T・ポッギ教授（イェール大学）のような、グローバル正義の論者[137]に繋がっている）ことは言うまでもなく、移民法学者の多数説に対応する哲学的見解である。

ソン教授に戻ると、ブレイク教授と比べても、移民自由ないし移民人権に向けて開放的なのであり、その立論の仕方は、まず領域設定ないし移民コントロールの必要は認めつつ、その上の原理的衡量ないし利益考量として結論として、移民サイドに落ち着いているところが多いのである。すなわち、領域権（それは領域内の個人の居住権（占有権）とは区別されるものである）の導き方として、それは集団的権利ないし団体的義務に由来するとし、しかもそれは集団的自己決定の価値から、人々の権利（人権）・自由の保護、公共的議論への参加・討議を経て導出され

---

[136] See, e.g., Joseph Carens, *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*, 49 Rev. of Pol. 252 (1987); do., *Migration and Morality*, in: Free Movement, *supra* note 134(1992); do., Culture, Citizenship and Community (Oxford U.P., 2000); do., The Ethics of Immigration (Oxford U.P., 2013). 類似の見解として、Kieran Oberman, *Immigration as a Human Right*, in: Migration in Political Theory (Sarah Fine et al. eds.) (Oxford U.P., 2016) 参照。

[137] See, Thomas Pogge, World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms (2nd ed.) (Polity Press, 2008).



（アメリカ「法と社会」学会年次大会（2019年６月）における
ソン教授の著書の書評会）

るとする[138]ところが目新しい。

それに関連して、過去の歴史的不正義の問題はどうなるかという問題があるが（例えば、先住民族の問題、植民地主義の問題）、彼女は、それについては、個人の責任と言うよりも、領域責任として、当該政治コミュニティの責任が前面に出るとされる[139]。この点については、確かに、証拠法上の問題から個人責任の追及は実際上困難で、国家責任が問われることが多かろうが、原理的に個人責任が呑み込まれてしまうわけではなかろう。

また付随問題として、ポスト植民地移民の可否が問われることがあろう（近時目についたのは、アフリカからヨーロッパへの移民・難民現象である）。そうした難民・庇護請求の問題への対処で、補償問題を考慮するとの見解（T･アチユミ教授）が出ている[140]ことは興味深いことであろう。

---

[138] Song, *supra* note 125, at 56-, 61-.

[139] これに関し、Sarah Song, Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism (Cambridge U.P., 2007) chap.3 参照。さらに、Iris Young, *Responsibility and Global Labor Justice*, 12 (4) J. of Pol. Phil. 365 (2004); do., Responsibility for Justice (Oxford U.P., 2011) 参照。

[140] E. Tendayi Achiume, *Migration as Decolonization*, 71 Stan. L. Rev. 1509 (2019). See also, do., *Syria and Responsibility to Protect Refugees*, 100 Minn. L. Rev. 687 (2015).

②（各論的問題の詰め）ソン教授の著作の特色は、各論的詰めを行っていることであり、具体的論争点について、批判的な移民政策を展開させている。すなわち、一方で、集団的な自己決定として、各国の移民コントロール権限を認めつつ、他方で、民主的価値から移民政策の公共的熟慮がなされるべきであるとして[141]、（ａ）難民支援策（すべての国家は、統合能力、因果責任により、難民受入の公平分配の責任を負い、地理的な近接性で決められるべきではないとする）[142]、（ｂ）家族統合からの移民支援策（その際の基準として、家族を超えた「配慮関係」に留意した平等主義、婚姻・血縁を分極化する多元的家族を念頭に置く「関係的アプローチ」（機能主義アプローチ）をとる）[143]。

そして、（ｃ）無権限移民についても、――子どものみならず、本人についても――第１に、社会構成員原理（一時的労働者プログラムでも、権利保護がなされていれば、平等保護の見地から社会的に容認し、（ｉ）国家安全、（ii）公衆衛生、（iii）経済的影響の面からも承認できるとする）[144]、第２に、公平な役割負担（例えば、納税、近隣コミュニティへの貢献）からも積極的立場を展開する[145]（そして、無権限移民が、永続居住権を取得する基準として、５～７年居住を目処とするキャレンズ教授の立場[146]を支持する）。また第３に、その労働者の権利保護（基本権保護）（職場の労働インフラの整備）の確保のために、そのプロセスから出てきた無権限労働者情報に関して、移民法実現・執行（送還手続きなど）とは切断するという「障壁」（firewall）理論（これもキャレンズ教授が提唱する[147]）を、

---

[141] Song, *supra* note 125, at 69.

[142] *Id.* at 125-. コストを考慮して、「移民ターゲット」を設けて、難民制限を行う、ミラー教授の立場（Miller, *supra* note 116 (2016), at 93）に反対する（129）。

[143] *Id.* at 146-.

[144] *Id.* at 158, 160-168.

[145] *Id.* at 185-188.

[146] Carens, *supra* note 136 (2013) 150, 151.

[147] *Id.* at 132-135. なお、この「障壁」理論に類似したこととして、ごく最近言われているのは、蔓延するコロナウィルスとの関連である。非正規移民労働者は、ウィルスに感染しても、逮捕・送還手続きを恐れて、隠そうとすると感染が広まってしまうという構造的問題があるので、感染による隔離医療施設にお

ソン教授自身も採用している[148]。

ける ICE（移民・関税実施局）による強制執行は控えるべきだとの議論が有力に出されているのである。

これについては、See, NYT (IE) Editorials, *The Wall That Didn't Stop Covid-19: Hostility Toward Immigrants in the U.S. Is Hurting the Fight Against the Pandemic*, The New York Times, International Edition, April 2nd, 2020, p.10（３週間前、アメリカ合衆国がコロナウィルスの拡がりを抑えるべくギヤチェンジしていた頃、トランプ政権の移民主席裁判官は、パンデミックに関するポスターを取り外すように指示し、その後、マイアミヘラルドが明らかにしたように、移民裁判所を所管する司法省は、「その掲示は取り外さずに、維持すべきだ」とした。これは単なる行政上のミスなのか。行政の移民問題への拘りが、パンデミック問題への対処を見誤ったのではないか。南西国境の違法越境者への厳しい対処ということは、それなりに分る。米国の南部国境沿いの移民システムには、無理強いがあり、米国中の拘留センターには、４万人近くが収容されて、伝染の多大なリスクがある。コロナウィルスはキャリアで差等を設けない。ICE（移民関税実施局）は、逮捕し続け、非暴力的な拘留者を解放しようとする意思はみじんもない（移民裁判官は、時に健康上の理由から解放命令を出すが）。トランプ政権の違法（非正規）移民への敵意が、国境でコロナウィルスを食い止めるとの努力にも反映している。しかし、M・ジョーダン記者の記事（Miriam Jordan, *Judges Urges Release of Migrant Children After 4 Test Positive for Coronavirus in Detention*, The New York Times, March 30th, 2020, A7（移民裁判所が、コロナウィルス管理との関係で、公衆衛生上移民者拘留のあり方を問題としたとする）が示すように、移民者の間でコロナウィルス感染は広まっている。３月の初めに700以上の公衆衛生及び法律家がM・ペンス副大統領に申請書を提出し、医療施設は執行免除領域とすべきことを主張した。非正規移民たちは、医療施設に行くと、ICE につかまると思い、回避し、今や彼らはパンデミックに晒されている。彼らは密集的生活をし、金銭的報酬も乏しく、医療休暇もない。カイザーの財団によると、適法な非市民の23%、非正規移民の45%は保険を有していない。殆どの移民裁判所は、州・連邦の裁判所が活動規模を大幅に縮小した今でもフル稼働している。移民者を擁護する法律家は、パンデミックの今、こうした手続きをストップすべきことを述べている。ようやく司法省が動き出したのは、３月下旬のことである。コロナウィルスは、国籍や言語を選ばずに感染していく。国境・壁を越えて、この人類共通の苦難を認識することが良い実践である）．非正規移民への対応の厳格さが移民者におけるコロナ感染の深刻さを招いていることを示す社説である。

[148] Song, *supra* note 125, at 183.

５．若干の検討

５－１．所有論との連続・不連続と市民権・公民権論の意義

移民法学において、「移民・難民などの受入・排除の可否」を論ずる際の《議論の道具》を整理すると、一方で、個人主義的概念として、所有権、市民権（公民権）（そのサブカテゴリーとして、憲法上の基本的人権として、市民的自由、社会的・積極的自由など）があり、他方で、団体主義的概念として、（従来市民権と不即不離に考えられた「国民国家」概念があり）、それと密接な、「統治権」（sovereignty）ないし「管轄権」（jurisdiction）も屢々説かれた。

問題は、「国境」（border）をどのように根拠づけられるかということでもあるが、ソン教授は、こうした中で、明示的にこれは「集団的自己決定」の問題だとし、移民コントロールはこのレベルの問題として、従来の議論を整理した。そういうレンズで見ると、所有権論の延長線上ないしその集積で、国境ないし移民コントロールを捉えようとする論者（例えば、シモンズ教授、ペヴニック教授など）には、論理の組み立てに飛躍があり、その不連続に留意しなければならないということになろう。

また、アメリカ法学界（所有法学界）で屢々見られた、従来の進歩的な所有論、例えば、共和主義的な所有論などは、団体的制約を含意して、――それを所有論とするか、公民権（市民権）論とするかはともかく――個人主義対共同体主義（団体主義）の緊張関係を内包させており、その移民法学上の意義は、民法学者とて、考察すべき課題であったと言えるだろう。この種の問題をいかなるタームで議論すべきかは既に論じているが、納税システムや団体法まで所有論で説くよりは、福祉国家論を挙げて「市民権・公民権」論に位置づけて、議論しようとするエイブラハム教授の立場も、整理としてはすっきりすると言えるだろう。何故ならば、移民法学で問題になるのは、所有法学に収まりやすい「居住権」の問題以外にも、「教育権」、「医療・福祉権」、「労働権」など所有権に包摂できないものもあり、さらには、「政治への参加」「裁判を受ける権利」「公務員になる権利」なども問題にされるからである（例えば、「外国人の選挙権」に関する平成７年（1995年）最判、「外国人の公務就任」に関する同17年（2005年）最大判など[149]）。いずれにしても、わが国の外国人

への権利の認め方は、諸外国に比して狭隘に過ぎる。

５－２．移民法学のディレンマ――規範論と実証論との関わり

それでは、統治権左派（sovereign-left）とグローバル化左派（global-left）との緊張関係はどう考えたらよいのか。ソン教授の立論は、かなり説得的だが、後者に統一されてしまうかというと、そう簡単ではないと思われる。移民政策の公共的熟慮のためには、規範論（原理論）と実証論との組み合わせが必要であり、それがまた故平井宣雄博士の法政策学からのレッスンであるが（それは、「効率性」（費用便益分析の実証データ）と「正義性」との組み合わせである[150]）（さらに、M･J･レイディン教授が、代理母を中心とした人工生殖医療の法政策に打ち込んでおられた1990年

---

[149]「在日外国人の選挙権」に関する、最判平成７年２月28日民集49巻２号639頁（在日韓国人事例）では、憲法93条２項にもかかわらず、永住権ある外国人に首長、議員の選挙権はないとした（もっとも一般論としては、同条項の「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民であり、在留外国人に地方公共団体の選挙権を保障したものではないが、在留外国人でも永住者など当該地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至った者につき、その意思を日常生活に密接な地方公共団体の公共的事務に反映させるべく、地方公共団体の長、議会議員などに対する選挙権を付与する立法措置を講ずることは、憲法上禁止されていないとする）。諸外国の状況よりも制限的と言えるだろう（この点で、米国は国籍を要求している）。また、「在日外国人の公務員就任」に関する、最大判平成17年１月26日民集59巻１号128頁（東京都管理職選考試験事件。在日韓国人２世の保健婦が、管理職の昇任試験を受験しようとしたところ、国籍条項から受験を拒否された事例）では、国民主権原理から原則として地方公務員の職とこれへの昇任に必要な経験を積むための管理職の任用制度を構築し、日本国民である職員に限り管理職への昇任を可能とするのは合理的な理由があるとし、原審を破棄して、合憲とした（なお、泉徳治裁判官は、特別永住者は職業選択の自由を保障され、住宅地の地方公共団体の担い手の一人でもあり、制限には厳格な合理性が必要だとして、反対する）。

なお、最大判昭和53年10月４日民集32巻７号1223頁（マクリーン事件）は、米国人の在留期間更新拒否の取消訴訟（同判決は取消しを認めなかった）で、語学学校からの転職及びベ平連活動への参加をしたという事例であった。

[150] 平井･前掲書（注16）（初版）（有斐閣、1987）99頁以下、同（第二版）（有斐閣、1995）70頁以下参照。

代半ばに、同教授から伺ったのは、「反商品化の義務論的な原理論だけではなく、帰結主義的な政策論が必要だ」と言うことだったが、それも同趣旨である[151]、ここでの問題の難しさは、実証的論拠としても、移民労働者のプラス・マイナスが、そう簡単ではないことと関連していると思われる[152]。

整理するならば、移民のプラス面で、非熟練労働者の送出国へのプラスと、熟練労働者の受入国へのプラスであり、他方で移民のマイナス面は、非熟練労働者の受入国へのマイナス（公共的負担）（しかし、納税の面で、長期的にはプラスとされる）、熟練労働者の送出国へのマイナス（「頭脳流出」の問題）、国内労働者へのマイナスである。しかし他方で、人道主義的な規範原理としては、難民法制の充実や無権限労働者の適法居住化が求められる。この点で、トランプ大統領の壁建設、送還強化、庇護請求者への非人道的処遇などは、非道徳的に評価されるであろう。この点で、ゴードン教授のように、草の根的に越境的な労働者移動のインフラ作りをするという実証面での努力が決め手となろう。

また、社会保障・福祉の強化との関係で、移民のもつ意味について、立場が分かれている。元々は、G・フリーマン教授（テキサス大学）な

---

[151] この点は、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究1巻）（有斐閣、2000）第7章、同・前掲書（注10）民法学と公共政策講義録――批判的・横断的民法のすすめ（具体的法政策学）（信山社、2018）93頁以下参照。

[152] すなわち、移民のマイナス面を協調するのは、G・ボルジャス教授（ハーバード大学ケネディスクール）（自らはキューバ移民）であり、とくに未熟練労働者の国内労働者などへの悪影響などを指摘する（George Borjas, We Wanted Workers: Unraveling the Immigrant Narrative (Norton, 2016); do., *supra* note 109 (2003)）。また、労働移民のコストを説くのは、A・ポルテス教授（マイアミ大学＝プリンストン大学）である（Alejandro Portes, *Migration and Development: Recounting Opposite Views*, 32 Ethics & Soc. Stud. 5 (2009)）。

他方で、キューバ移民のケーススタディで、移民のプラス面を説くのは、David Card, *The Impact of the Mariel Boatlift on the Miami Labor Market*, 43 Ind. & Labor Rev. 252 (1990) であり、財政との関連でプラス面を説くのは、James Smith et al. eds., The New Americans: Economic, Demographic, and Fiscal Effects of Immigration (National Academy Press, 1997) 325 である。

どが消極的立場であり[153]、その後近時は、R･パトナム教授（ハーバード大学ケネディスクール）やR・ヒーロー教授（アリゾナ州立大学）もそうであり[154]、この辺りはエイブラハム教授に類似すると言えよう。しかしこれに対しては、キムリカ教授（クイーンズ大学）など、多文化主義論者は、多文化的移民による福祉低下を否定しており[155]、この面でも評価は一筋縄ではなく、問題を難しくしていると言えよう。

５－３．管轄と「住所」「国籍」

近時の世界のグローバル化現象は、移民・難民現象を増大化させ、国民国家システムは動揺を来している。それは、移民・難民と国家側・国籍側からの抵抗との鬩ぎ合いという見方をすることもできようが、21世紀世界において、こうした現象は今後とも、様々な形で増大するであろう[156]。とくに地球温暖化が深刻化するので、気候・災害難民も増大するのではないか[157]。（なお、別の形での同様現象は、国民国家システムで併

---

[153] E.g., Gary Freeman, *supra* note 78 (1986); do., *Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States*, 24 Int'l Migration Rev. 881 (1995); do., *National Models, Policy Types, and the Politics of Immigration in Liberal Democracies*, 29 West European Pol. 227 (2006). See also, Gary Freeman, Immigrant Labor and Racial Conflict in Industrial Societies: The French and British Experience 1945-1975 (Princeton U.P., 1979).

[154] See, Robert Putnam, *E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century*, 30 (2) Scandinavian Pol. Stud. 137 (2007); Rodney Hero, Faces of Inequality: Social Diversity in American Politics (Oxford U.P., 1998).

[155] See, Will Kymlicka & Keith Banting, *Immigration, Multiculturalism, and the Welfare State*, 20 (3) Ethics & Int'l Aff. 287 (2006).

[156] David Martin, Maryellen Fullerton et al., Forced Migration: Law and Policy (2nd ed.) (West, 2013)7-43 は、強制移住的移民現象を、（ⅰ）紛争由来、（ⅱ）開発由来、（ⅲ）災害由来に分けて、そうした現象の広がりを概観している。

[157] この点で、参考になるのは、J・マクアダムス教授（ニューサウスウェールズ大学）の著作（Jane Mcadam, Climate Change, Forced Migration, and International Law (Oxford U.P., 2012) である（バングラディッシュ、インド、キリバチ、ツバルの実証的研究を基として、長期的、包括的、先取り的な、（法的と言うより）道義的・政治的対応が求められるとする）。

呑されていた、先住民族の復権現象であり、その局面からも統治権の問題がクローズアップされていることは冒頭にも述べた。）

国民国家体制の進行という特殊「近代法」化のコンテクストで、川島武宜博士は、住所規定（民法22条～24条）の形骸化、そしてその裁判管轄、準拠法への発展的解消を説かれた[158]。しかし、今日のポスト・ウェストファリア的状況を前に、ローマ期の都市共同体（res publica）の濫立状況にも似た事態は、まさに移民・難民現象を通じて再現されていると言えるわけであり[159]、今後「住所」（domicilium）が持つ、共同体帰属上の意義は再浮上して、『公民権概念』も、国民ないし政治的自己決定国家との直結は流動化して、新たな移民法形成の基盤は動揺していると言える。

５－４．新自由主義的現実への処し方――労働者連携の緒

もとより現実は、排他主義的な「国家主義」（nationalism）が横行し、そして労働者の非正規化、流動化は進行している。その意味で、ゴードン教授などが尽力される、移民を支える越境労働者の保護の受け皿は、わが国では弱体と言えるし、そもそも移民政策が諸外国には大きく遅れをとる貧弱な状況であることは冒頭に見たとおりである。

しかしながら、そのような日本においても、例外的ながら、社会横断的な組織で、既に40年の実績のある「労協（労働者協同組合）」が、保育・高齢者支援・災害復興・中山間地活性化・環境に配慮した生産活動など、包有的な労働環境の形成の方向性も育ってきている。その外国人労働者の包有の可能性、労働条件向上は、今後の課題である[160]（小泉政権以来、

---

158 川島武宜「民法体系における『住所』規定の地位」法協58巻8号（1940）同・民法解釈學の諸問題（弘文堂、1949）227頁以下。

159 この点で、川島・前掲（注158）231-232頁参照。

160 その活動については、さしあたり、笹森清ほか「（特集）労働者協同組合の過去・現在・未来」労旬1668号（2008）６頁以下、協同総合研究所・協同ではたらくガイドブック（同研究所、2019）参照。その移民問題への取組みはまだまだであるが（因みに私は同研究所の理事である）、その方向性があることは2019年の全国集会での記念講演をシリア難民問題で尽力する安田菜津紀さんが行っていることに窺え（安田菜津紀「いま、『ともに生きる』を問う――ファインダー越しのいのち」協同の発見327号（2020）36頁以下参照。同・君とまた、

小さな「政府」への舵を切ったわが国において、この新たな労働者連携組織がどのように「新たな公共」を担えるかが問われている[161]。

その意味で、トルコにおける難民包有の努力、とくにオスマントルコ帝国以来の伝統的なミレット・システム（millet system）は、今日のシリア難民危機を招く排外主義的な近代国家の挫折とは、対蹠的な包有（包摂）メカニズムであり、今こそそういう歴史的叡智に学ぶべきであり、注目に値しよう（この点に注目するのは、カレ教授（トルコ中東工業大学）である[162]）。近時のエイブラハム論文（2015年）[163]の関心も、「統合努力」の方向に向かっていることも注目すべきであろう。

５－５．わが国の移民政策の遅れとその理論的背景――補償問題との関わり

いずれにしても、日本の移民政策（外交政策）、つまり出入国管理の実態は、未だにこの問題では江戸時代の鎖国政策を継続させているかの如く、時代錯誤的で、世界標準には遠く隔たる閉鎖的なものであり、今

あの場所へ――シリア難民の明日（新潮社、2016）も参照）、さらにそれに続くパネルディスカッションで、多文化共生のヘイト社会で、在日外国人問題も含めて、「協同労働」のあり方が問われているところが興味深い（加藤彰彦ほか「であう、つながる、いのち――ちがいがおりなす豊かな未来」同号59頁以下、とくに68頁以下（裵安発言）参照）。

161 この点では、協同総合研究所・新しい公共と市民自治（同研究所、2008）参照。

162 Başak Kale, *Transforming an Empire: The Ottoman Empire's Immigration and Settlement Policies into 19th and Early 20th Centuries*, 50 (2) Middle Eastern Stud. 252, at 255-256, 265-266 (2014). なお、同准教授が、影響を受けているのは、オスマントルコ帝国との連続性を重視する故K・カルパット教授（ニューヨーク大学、イスタンブール・セヒーア大学）(see, e.g., Kemal Karpat, *Millets and Nationality*, in: do., Studies on Ottoman Social and Political History (Brill, 2002). See also, do., The Politicization of Islam: Identity, State, Belief and Congregation in the Ottoman Empire in the Last Period (Oxford U.P., 2001); The Ottoman Heritage and Nationalism in the Balkans (Image, 2004)) である。

163 David Abraham, *Law and Migration: Many Constructs*, Few Changes, in: Migration Theory: Talking across Disciplines (3rd ed.) (Routledge, 2015).

回の改正を契機に、原理的・政策的な根拠付けに裏打ちされた長期ビジョンを据えることが急務であろうと思われる。すなわち、労働市場も見据えた外国人移民の導入、さらには難民受入という国際法（国際人道法）上の義務に真摯に向かい合い、他方でそれと不即不離のものとして、外国人労働者の日本社会への平等主義的統合（差別、排除、ヘイトスピーチの除去など）という国内法的な諸課題に対処することが待ったなしの民法的諸課題として現われるという認識を持つことが重要であろう（その中で、アイヌ民族、琉球民族などの先住民族の問題は、これまで歴史的に閑却されてきた「歴史的不正義」に留意しつつ、単なる移民者以上の統治権（自己決定権）的な原理への留意が求められるであろう）。つまり、外からの移民、内からの（従来の征服・抑圧・植民地化の裏返しとしての）統治権の主張に対して、近代国家のウェストファリア体制は、21世紀には、大きな変遷を見るとの観測の下で、ディレンマ・緊張関係を意識しつつも、従来の観念に批判的に、「新たな国」イメージでの市民の権利保護を再考していく姿勢が必要なわけである。

それでは、そうした「単一国家主義」の揺らぎとともに、移民現象は、不可避とも言えるのに（また先住民族問題への気付きは、「内なる移民問題」への気付きである（統治権が元々異なるものの取り込み〔征服〕なのだから））、わが国においては冒頭に示した如く、何故「移民問題への拒否反応」があるのか（未だに日本国家は移民問題を正面から論じようとしないトラウマのようなものがある）。ここには諸外国の文献で、移民ないし多文化主義の隣接問題とされる「補償問題」[164]の解決に、わが国でこれまで詰めて考えてこなかったことと関連していると考えられ、未だに外国人問題（外国人労働者問題、朝鮮学校の問題など）が、根強い差別問題・ヘイトスピーチ問題として温存されていることはそれを暗示する。

その意味で、近年の著作で、E・ヤマモト教授（ハワイ大学）が、東

[164] Song, *supra* note 139; Young, *supra* note 139. See also, Will Kymlicka & Bashir Bashir eds., The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies (Oxford U.P., 2008) 9, 17（従来の民主主義論・法の支配論では、少数者の排除・周縁化の問題を適切に解決しておらず、そのことを、「歴史和解・関係修復（補償）の政治」は突きつけている。「差異の政治」とコインの表裏をなすとする）.



（E・ヤマモト教授とともに）（ハワイ大学の同教授研究室にて）（2015年１月）

アジア問題のコンテクストで（例えば、慰安婦問題）、国際人権法上の補償問題の解決ないし人権価値の尊重は、国際コミュニティにおける人権・民主主義にコミットする国としての正統性に繋がることを力説されている[165]ことが示唆的であろう。戦時･戦中の植民地化時代においては、わが国おける「移民問題は花盛りであった」が、その負の側面である「強制連行・労働」「日本軍慰安婦」などにおいての補償問題について、「未完の事業」（unfinished business）としている[166]ことが、わが国の人権・民主主義への踏み込みの正統性欠如という構造問題に繋がり、そうした

[165] See, e.g., Eric Yamamoto et al., *Korean "Comfort Women" Redress 2012 Through the Lens of U.S. Civil and Human Rights Reparatory Justice Experiences*, (with Lee), 11 J. KOREAN LAW 123, at 139- (2012); *Unfinished Business: A Joint United States and South Korea Jeju 4.3 Tragedy Task Force to Further Implement Recommendations and Foster Comprehensive and Enduring "Social Healing Through Justice*, (with Pettit and Lee), 15 ASIAN PAC. L.& POL. J. 1, at 44- (2014).

[166] これについては、私もこれまで様々なところで指摘してきた（吉田・前掲書（注53）（民法理論研究３巻）（2006）７章、８章、同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究４巻）（有斐閣、2011）５～８章、同・前掲書（注19）（民法理論研究５巻）（2015）３～６章、同・東アジア民法学と災害･居住･民族補償（中編）補償法学現場発信集ほか（民法理論研究６巻）（信山社、2017）10章、11章など）。

いわば、「臑に傷を負った状態」が維持されて、移民を巡る国際人権秩序をリードする立場に未だわが国は踏み込めておらず、移民問題・外国人労働者問題にも未だ世界に誇れる形で取り組めていないこと、そしてそれらの問題は理論的に表裏をなし連続していることに、改めて思いを致す必要があろう。

つまり、わが国は、過去の外国人労働者の人権問題の清算（補償問題）が出来ていないためか、未だに入口のところで、足踏みを続けているが、しかしながら現実は、労働市場のグローバル化現象として世界規模で進んでおり、その国際人権法的な、つまり民事法と国際法とを交錯させた形での再検討の必要性に迫られている。具体的には、（本稿では、アメリカにおける季節労働・出稼ぎ労働の移民労働の問題に触れたが、）家事労働の商品化による、その人種化、階級化（外国人労働の「第二階級」化）の問題は、東南アジアや中近東では、普遍的な規模となっており、フェミニズムの角度からも深刻な課題を投げかけている。例えば、フィリピンやインドネシアなどが送り出し国となり、シンガポールやマレーシア、香港や台湾に出稼ぎ労働として定着し、しかし1990年代後半の IMF の金融危機の頃には、90万人ものそうした移民労働者の首切り・排除がなされたりするのである（その日本版は、冒頭に見た「技能実習生」問題に他ならない）。

そしてこうした労働者の法的保護という民事法的問題へのアプローチの仕方としては、本稿で何度も述べた移民法学のディレンマがここでも反映し、（Ⅰ）移民労働者という越境問題を「国境外」（市民権（公民権）の外）の「外国人問題」として別枠に括るか（単に労働力資源、スキル・技能の資源とみる）、それとも（Ⅱ）コスモポリタン的・普遍主義的に、彼女ら（彼ら）の人権保護の問題として、これまでの民法の枠を国際人権法的に視野拡大して追試を行うかの態度決定を迫られて久しいとも言えるわけである[167]（例えば、国際法学的には従来当然とされる、戦後補

[167] この点で、Benhabib & Resnik, *supra* note 88 (2009), at 23- は示唆的である。なお、東南アジア・中近東での家事労働問題の実作としては、Aihwa Ong, *A Bio-Cartography: Maids, Neoslavery, and NGOs*, Benhabib & Resnik eds., *supra* note 88, at 157-; Valentine Moghadam, *Global Feminism, Citizenship, and the*

償の免責条項にしても、国内法たる民法学的に認められることなのか（「免責約款規制」論との比較でも、公序良俗（民法90条）違反ではないか）と批判的・交錯的考察を試みた[168]のは、ここでの（Ⅱ）のアプローチのつもりである）。従来は、国内法規範と移民文化とは別物として、その乖離を当然視したからか、この思考様式を批判的に脱構築することにより、新たな21世紀的民事法学が控えていることを、今更ながら気付かされるのである。〔もっとも、最近のコロナ・パンデミックの事態は、各国の自国中心主義的な動向が強くなり、（Ⅰ）の方向でのベクトルが前面に出て、「出稼ぎ労働者」などの帰国現象は相次いでおり、予断を許さない。しかし、同時にパンデミックは、貧富の格差、国際的南北格差を増幅させており、（Ⅱ）の平等主義的方向性は不可避のものとして、認識すべきものであろう。〕かくして、「移民法学の序章的・理論的考察」にとどまった本稿の次は、実定法学的考察が続くことをお約束して、ひとまず擱筆することとする。

（追記）
本稿は、科研費基盤研究（B）（特設分野研究）（グローバル・スタディーズ）「過去の不正義・先住民族・戦争・移民の民事法理論――補償・市民（公民）権の意義」（2016 ～ 19年度）の研究成果である。記して、お礼申し上げる。

State: Negotiating Women's Rights in the Middle East and North Africa, ibid. 255- 参照。

また、本稿に見たゴードン教授やソン教授が、越境的な外国人労働者に対して労働条件の保護を拡充・平準化しようとする努力（前述３－３（２）、４－４（２）参照）も、ここでの（Ⅱ）の方向性の現れである。また筆者が1990年代半ばに滞在したスタンフォード大学において、フェミニズム理論の恩師であり、その後間もなく早逝された故Ｓ・オーキン教授が、晩年に提起された「多文化主義に対するフェミニズムの側からの批判」も、同様の（Ⅱ）のアプローチで女性の権利保護の追試をされた（Susan Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in: Joshua Cohen et al.eds., Is Multiculturalism Bad for Women? (Princeton U.P., 1999)）ことも興味深い。

[168] 例えば、吉田・前掲書（注166）（民法理論研究４巻）183-184頁。