



ドイツにおける国籍概念とその変容 : 基本法第116条にみるドイツ人について

高, 希麗

(Citation)

神戸法学年報, 33:21-80

(Issue Date)

2020-03-19

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81012087>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81012087>



ドイツにおける国籍概念とその変容

—基本法第 116 条にみるドイツ人について—

高 希 麗

はじめに

「ドイツ人とは誰か」という命題は、ドイツで絶えることなく議論され続けてきた⁽¹⁾。多くの国民国家は、国民形成のさまざまな過程を経てきたが、ドイツもまた多くの歴史的経験を経て国民を形成してきた。国家と国民は、共同体の組織や団体として相互依存的に関係しており、国家にとって国民が憲法という法的装置を通じた近代国民国家の制度において統一された一方で、国民にとって国家は社会基盤として必須の条件となる⁽²⁾。そしてこのような相互関係は、ドイツのエスノ文化的な血統主義原則の国籍法制として反映されてきた⁽³⁾。

本論文では、憲法からみるドイツの国籍概念とその変容について検討する。かつて「非ドイツ人移民に対しては制限的だが東ヨーロッパやソ連邦からの民族的ドイツ人に対しては著しく拡張的であり、ドイツのネーション理解における明示的なエスノ文化的変容を反映して」⁽⁴⁾いたドイツは、古いドイツ人への

(1) オットー・ダンの著書の訳者代表である高橋秀寿は、フリードリッヒ・ニーチェの言葉を引用しつつ（「彼らは、だれがドイツ人であり、どこまでがドイツの空間であり、ドイツ的であることは何を意味するのかを問い、苦慮し続けている国民であるといえよう」と指摘している（オットー・ダン（末川清他訳）『ドイツ国民とナショナリズム：1770～1990』（名古屋大学出版会、1999年）279頁）。

(2) Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsgs.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II: Verfassungsstaat, C.F. Müller, 2004, S.108.

(3) Elif Askin, Ein Menschenrecht auf Staatsangehörigkeit?, Menschen Rechts Magazin, 2012, S.187.

(4) ロジャース・ブルーベイカー（佐藤成基他監訳）『フランスとドイツの国籍とネー

抵抗から新しいドイツ人の定義という議論を発展させている⁽⁵⁾。血統主義的な国籍への依拠から、「機能的・道具的概念」⁽⁶⁾な国籍への変容を素描し、ドイツにおける国民の範疇の変容過程を明らかにする。

現在基本法 116 条においてドイツ人を定義する 2 つの範疇は、「ドイツ国籍保持者」と「身分としてのドイツ人」である。そこで、以下ではまずフォルク型と称されるドイツの国家と国民観を概観する (1 章)。さらに、基本法 116 条の 2 つのドイツ人の範疇をそれぞれ確認すべく、下位法である国籍法制の変遷 (2 章) と、被追放者法の変遷 (3 章) を、法制度の歴史的展開と判例の分析を通じて明らかにする。以上をふまえて、ドイツにおける国籍概念とその変容について分析する (4 章)。

第1章 フォルク型の国家と国民

第1節 民族共同体と文化国民

(1) フォルク型の国家観

「ドイツの国民概念は、基本的には言語・歴史などの文化的要素に結び付けられ、政治的にこれらの要素を用い、政治的なものとなる」⁽⁷⁾ と、Ernst-Wolfgang Böckenförde によって説明されている。この説明は、ドイツの国家変遷の沿革を見ると、如実に表れている。

フランスのナシオン型の国民 = 国家観と比較して、ドイツはしばしばフォル

ション』(明石書店、2005 年) 36 頁。

(5) Vgl. Herfried Münkler und Marina Münkler, Die neuen Deutschen: ein Land vor seiner Zukunft, Rowohlt Berlin, 2016. 日本語の文献としては、佐藤成基『「ドイツ人」概念の変容—『〇〇系ドイツ人』から考える』駒井洋他『マルチ・エスニック・ジャパンーズ』(明石書店、2016 年)。

(6) 広渡清吾「EU 市民権とドイツ国籍法」比較法研究 67 卷 (2005 年) 137 頁。

(7) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp, 2000, S.49.

ク型の民族＝国家観に基づいていると指摘される⁽⁸⁾。民族（Volk）は、「血縁や地縁を基礎とし、言語、政治、経済、文化、宗教など多方面にわたる生活の共同、歴史的運命の共同、心理状態の共同を特色とする人間集団」⁽⁹⁾であると説明される。ドイツ民族という表現は、ドイツ語系の住民の一部を示す政治的な概念として、18世紀後半になって使われ出した⁽¹⁰⁾。「ドイツの（deutsch）」という言葉はゲルマン人の民族言語を指し示しているが⁽¹¹⁾、言語－文化に重きをおくことで、ドイツの国民は文化国民（Kulturrevolk）という形態で形成された。このような国民概念は、その後のドイツにおける国民形成において、さまざまな影響を与えることから示される。実際にドイツの民族意識は、19世紀初頭以降、統一国家を形成していく中で急速に「深化・強化」されていくことになる⁽¹²⁾。J・G・フィヒテによる「ドイツ国民に告ぐ」は、フランスとの戦いに優れて歴史的な使命をもつドイツ国民を指していたのであり、国民概念の親和性と排他的な民族主義にもとづく国民国家形成が意識されていた。

(8) 梶田孝道『統合と分裂のヨーロッパ EC・国家・民族』（岩波書店、1993年）188頁以下。ただし、この二分法には批判もある（パトリック・ヴェイユ（宮島喬他訳）『フランス人とは何か―国籍をめぐる包摂と排除のポリティクス』（明石書店、2019年）273頁以下）。

(9) 宮崎繁樹「統一条約とドイツ民族」法律論叢 64 卷 3・4 号（1992 年）63 頁。なお、ドイツ人の民族意識の形成には、15 世紀後半の人文主義の影響があった（ウルリヒ・リンス「ドイツ人とドイツ民族の歴史」大西健夫・ウルリヒ・リンス編『ドイツの社会』（早稲田大学出版部、1992 年）14 頁）。

(10) オットー・ダン、前掲注（1）2 頁。

(11) 小林孝輔『ドイツ憲法小史〔改訂版〕』（学陽書房、1992 年）25 頁）。実際言語は地域・諸民族によっても多様であった。標準ドイツ文法の分布を通じて民族集団として形成された民族共同体（Volksgemeinschaft）としてのドイツ言語共同体は、絶えず境界線を変更させていく。これは、政治的な帰属感に基づくドイツ国民の理解とは異なる枠組みになる（オットー・ダン、前掲注（1）17-28 頁）。

(12) フロードリッヒ・マイネッケは、文化経験を共通にすることによって形成された民族と共通の政治的歴史と体制の統合した力を基礎とする民族の違いを明らかにしようとし、文化国民と国家国民を区別している（フリードリッヒ・マイネッケ『世界市民主義と国民国家』（1968 年、岩波書店）22 頁）。対して、オットー・ダンは、文化国民が形成に適用された政治的諸要素を看過することでもたらされる効果を指摘している（オットー・ダン、前掲注（1）28 頁）。

神聖ローマ帝国の事実上の瓦解は、特にドイツ全域に新たな変化を呼ぶ契機となり、ゲルマン民族の連邦は大小の異なる独立した国家として変容し始めた。しかし、このような変容は、神聖ローマ帝国瓦解以後の新たな秩序を模索する過程でより体型的な国民国家形成を必要とした。1840年代に入り、ドイツ三月革命後の統一ドイツ国家の形成にあたって、新しい民族国家の境界をどこに引くべきか見解が対立する⁽¹³⁾。結局オーストリアのドイツ人が排除される形で1871年ドイツ帝国は樹立することになり、これがまさに国民国家ドイツのはじまりとなった。文明国家という形で近代化していく中で、国民国家として未完成であったドイツは、国民国家の内実を作りださねばならないために、ポーランドの反ドイツの教会勢力といった「帝国の敵」とみなされた新生ドイツ帝国と容易に相入れない国民の一部を制約し、ドイツ語を文化的言語として普及させていった⁽¹⁴⁾。

この統合の根強さに伴うエスニックな結合は、全ドイツ的傾向の民族ドイツとその共同体（Volksgemeinschaft）として強化された⁽¹⁵⁾。さらに組織的なナショナリズムを生み、選良的国民観のもとで民族性（Volkstum）を国民に転換し政治化させていく下からのナショナリズムは、ドイツ語を共有する人間集団としての民族を国民と同義にすることを主張した。そして第一次世界大戦⁽¹⁶⁾

(13) ウルリヒ・リンス（大西健夫訳）『ドイツの社会—民族の伝統とその構造—』（早稲田大学出版部、1992年）18頁以下。オーストリアで非ドイツ人居住地域を除いた範囲を含めた統合が大ドイツ主義であり、オーストリアを排除しプロイセン中心とした統合が小ドイツ主義である。

(14) 伊藤定良『ドイツの長い19世紀—ドイツ人・ポーランド人・ユダヤ人』（青木書店、2002年）82頁、佐藤成基「ナショナリズムのダイナミックス—ドイツと日本の『ネーション』概念の形成と変容をめぐって—」社会学評論51巻（2000年）42頁。ポーランド人の排斥は、ドイツ語でしか記録されなかった1874年の結婚登記法や、1908年にポーランド人地主から強制的に土地を没収する法律（収用法）などでも見ることができる。

(15) オットー・ダン、前掲注（1）138頁。

(16) Hagen Schutzは、「戦争は民族の根源ではないが、その触媒である」と指摘する（Hagen Schutz, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, C.H.Beck, 2004, S.126）。「共通の苦悩は歓喜以上に人々を結びつけます。国民的追憶に関しては、哀

を通じて、下からのナショナリズムが戦争によって強化され、民族共同体概念を定着させることになる。

(2) 戦前・戦後の民族概念

戦争の終結と結びついたワイマール共和国は、憲法によって権力の担い手は国民であること（ワイマール憲法1条）を示し、新たな政治体制の国民国家を形成したものの、終戦後のドイツ社会に根付いた民族ドイツ的思考は共通の民族性をもつ者を国民の基盤とする考えが強く、ワイマール共和国の国家国民（Staatsvolk）を固めることはできなくなった⁽¹⁷⁾。ナチスによる第三帝国は、これまでのドイツ帝国がはらんできた問題を先鋭化する。第三帝国が掲げた民族共同体は、言語と人種に同質性をもつ民族同胞（Volksgenosse）を国民化し、ファシスト的公共性をもって政治を展開した⁽¹⁸⁾。

そして第二次世界大戦後のドイツは、冷戦構造の中で一民族一国家を掲げる西ドイツと、一民族二国家を主張する東ドイツに分かれることになる。全てのドイツ語系住民を1つの国家の中に統一する国家形成は、国民概念を民族の範疇に基づかせていたことから困難を極めた⁽¹⁹⁾。ドイツ統一後は、言語や血統の共通性による民族主義や人種主義の国民観を離れ、憲法規範や政治的価値への

悼は勝利以上に価値あるものです。というのも、哀悼は義務を課し、共通の努力を命ずるのですから。」（エルネスト・ルナン（鵜飼哲訳）「国民とは何か」E・ルナン他（鵜飼哲他訳）『国民とは何か』（河出書房新社、1997年）62頁）。

(17) このような民族概念は、ドイツにおけるナショナリズムを盛り上げ、民族至上主義的（völkisch）な人種主義が高揚することになる（オットー・ダン、前掲注（1）188頁以下）。

(18) 佐藤卓巳「ファシスト公共性—公共性の非自由主義モデル—」井上俊他編『民族・国家・エスニシティ』（岩波書店、1996年）186-187頁。ドイツ域内におけるマイノリティとしてのユダヤ人やシンティ・ロマ、スラヴ系民族、そしてポーランド人の退去やゲッター化なども知られるところであり、ひいては周知のとおり大量虐殺の悪しき歴史をもたらしことになった（大野英二『ドイツ問題と民族問題』（未来社、1994年）10頁）。

(19) オットー・ダン、前掲注（1）222頁以下。

同意に基づく自由主義的な国民観が主張されたのである⁽²⁰⁾。

第2節 国民と国籍

(1) 境界線としての国籍

国籍を法的に形成することは、国家と政府の形態としての民主主義にとって必然的であり、国籍は国家の人的要素（国民）に国家形態を築くための法的な構造を与える⁽²¹⁾。このように、国民とは誰かという範囲を決定する国籍は、近代国民国家の成立とともに誕生した若い制度であるが、国民の自己理解によって多少変更されうる⁽²²⁾。国家は、その目的の限りにおいて、国籍保持者の範囲を決定する政治的裁量をもつが、国家の法的定義権限には国際法上の限界、忠誠義務の受け入れという事実上の限界もある⁽²³⁾。

ドイツ基本法は、ドイツ連邦共和国国民あるいはドイツ連邦共和国国籍という表現を条文の主語にはしておらず、ドイツの人民（das deutsche Volk）、ドイツの国籍保持者（Staatsangehöriger）、ドイツ人（Deutschen）という表現を使用している。その理由は、いまだ再統一が実現していない状態でドイツおよびドイツ人は東西合わせて一体であるという理念に基づく⁽²⁴⁾。基本法前文は、16州のドイツ人（Deutschen）によって制定された基本法が全ドイツ国民（das

(20) 川合全弘『再統一ドイツのナショナリズム—西側結合と過去の克服をめぐる—』（ミネルヴァ書房、2002年）36頁。

(21) ヨーゼフ・イゼンゼー（山本悦夫訳）「法的および前法的な統一体としての国民—民主主義と国民国家の相互関係について—」熊本法学95号（1999年）67頁。

(22) Ernst-Wolfgang Böckenförde (Anm.7), S.60-61.

(23) ヨーゼフ・イゼンゼー、前掲注（21）70頁。

(24) 基本法が「ドイツ連邦共和国の国民、ないし国籍という表現をあえて避け」ているのは、「ドイツおよびドイツ人は旧東ドイツの領域を含めて本来一体のものだとの理念に基づくもの」であり、「両ドイツの統一条約に基づく憲法改正以前の基本法前文は、この基本法が旧西ドイツ地域のドイツ人民によって『過渡期のあいだ、国家的生活に新秩序を与えるために』制定された」ためである（宮地基「外国人の選挙権をめぐる憲法上の論点について／ドイツにおける学説、判例の検討を中心として」神戸法学年報7巻（1991年）243頁）。

gesamte Deutsche Volk) によって適用されるとし、集会の自由 (8 条)、結社の自由 (9 条)、移動の自由 (11 条)、職業選択の自由 (12 条) が明示的に保障されている。

国民は、「自らの権利によってある国家に属し、国際法によってある国家に属さなければならない人々の総体」⁽²⁵⁾ であり、マルティン・クリーレが素描するところによると、単に領土高権に服す住民 (国家領域内に居住する全ての人) とは区別された概念である⁽²⁶⁾。ドイツ基本法上の国民は、基本法 116 条 1 項にいうドイツ人で、そうでない者が外国人であり⁽²⁷⁾、ドイツ国民は、基本法 20 条 2 項を通じてドイツ連邦共和国における国家権力の担い手であり主体であることが、外国人の地方参政権をめぐる訴訟を通じて確認されている。

シュレスビヒ・ホルシュタイン州は、地方自治体議会選挙権を外国人に与える立法の制定を目指したが、1990 年連邦憲法裁判所は、「連邦共和国の国家国民 (Staatsvolk) への帰属は、原則として国籍によって決定され」⁽²⁸⁾、「市民

(25) Rolf Grawert (Anm.2), S.116, Rn.20. 国家構成員たる国民が「国家の統一性によって、一つの団体」を形成している点こそ、近代国民国家と近代以前の共同体を区別する指標である (ゲオルグ・イエリネック (芦部信喜他訳)『一般国家学』(学陽書房、1974 年) 331 頁)。

(26) マルティン・クリーレ (初宿正典他訳)『平和・自由・正義 国家学入門』(御茶の水書房、1999 年) 151 頁。国民は、住民だけでなく公民 (Staatsbürgervolk) という概念とも混同されてはならない (同書、154-155 頁)。

(27) 「連邦領域における外国人の滞在、職業活動及び統合に関する法律 (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30. Juli 2004)」(以下、滞在法という) の 2 条 1 項では、「外国人とは、基本法 116 条 1 項にいうドイツ人でないすべての者をいう」と規定されている。ただし、厳密に外国人も 1 つのカテゴリーが存在するものではなく、EU 市民、第三国国民に分けられるという方がより正確であるといえよう (Eniko Horváth and Ruth Rubio-Marín, “Alles oder Nichts”? The outer boundaries of the German citizenship debate, International journal of constitutional law, Volume. 8, Isensee. 1, 2010, p.73)。

(28) BVerfGE 83, 37, S.39. ドイツのシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州が、1989 年 2 月 21 日付の市町村および郡選挙法の改正法律により、特定の条件・国家に限定して外国人に対して選挙権を認めたことが、基本法に違反するとして、ドイツ連邦議会議員およびバイエルン州政府が法律の無効の宣言を申し立てた。当該裁判に關す

資格の獲得と喪失の規則の、したがって国民に帰属することの基準のより正確な決定を立法府に委ねている」ため、「市民資格をめぐる法律は立法府がドイツ連邦共和国の人口構成の変化を公平に判断しうる場となるのである」⁽²⁹⁾と判断した。「基本権の保護は、それが段階的に均衡をとることができるのでなく、常に当該者に『全か無か (Alles oder Nichts)』を意味する決定であるため、きわめて重要である」⁽³⁰⁾という連邦憲法裁判所の考えは、すなわち、市民権の入り口としての国籍の機能は、国家の構成員としての地位に含まれることを一般的には意味し、「ウチとソト」の境界線を明確にする役割を果たすものと考えられる⁽³¹⁾。結局、ドイツに永住する外国人によるドイツ国籍の取得を促進することが、ドイツ国民と永住権者である外国人とのギャップを埋める唯一の方法であるという帰結につながっている⁽³²⁾。E.W. バッケンフェルデは、「政治的行為体・作用体としての国家の中で結合し、国家を支えている人間の総体」たる国民は、「国籍という法的なきずなによって規定され、限界づけられて」おり、「国籍保持者のみが国民を形成するのである」と説明している⁽³³⁾。

このように国民を形成・画定するためのドイツの国籍法制は、複雑な制度と変

る日本語文献については、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権—外国人選挙権 (シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン) 事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ [第2版]』(新山社、2006年)、彼谷環「ハンブルク区議会における外国人の選挙権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ [第2版]』(新山社、2006年) 他。この命題は基本法 28 条 1 項 3 文の導入により修正されている。

(29) BVerfGE 83, 37, S.52.

(30) BVerfG, May 24, 2006, 2 BvR 669-04, Rn.75.

(31) Eniko Horváth and Ruth Rubio-Marín, *supra* note 27, p.73. シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州議会は、基本法における民主主義の原理は人間を構成要素とみなすべきという開放的・普遍主義的なベラルモデルを唱えている (佐藤成基「国民国家と外国人の権利—ドイツの外国人政策から—」社会志林 63 巻 4 号 (2017 年) 84 頁)。

(32) Kay Hailbronner, Germany, in: Rainer Bauböck, Ersbøll Eva, Kees Groenendijk and Harald Waldrauch (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006, p.220.

(33) E. W. バッケンフェルデ (初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社、1999 年) 220 頁。

遷を経てきた⁽³⁴⁾。この複雑なドイツの国籍法制について、Christoph Schönberger は EU 市民権が EU 加盟国国籍を覆う超国家的な傘として包摂するものであることから、帝国国籍と州国籍との関係が二元的であった 1870 年から 1934 年のドイツと比較することができると指摘する⁽³⁵⁾。

(2) 基本法上の国籍規定

ドイツでは、Staatsangehörigkeit = 形式的な国家成員資格としての国籍、Staatsbürgerschaft = 国家市民資格（参加できる資格としての市民権）、Nationalität = 民族性（エスノ文化的なネーション）、Volkszugehörigkeit = 民族所属、という言葉がそれぞれ用いられている。これらは重複することなく独立しているが⁽³⁶⁾、このような区分の中で国籍とはどのようなメルクマールとなるのであろうか。

国籍は、「個人と国家との間の法的なつながり」であり、「国家領土、国民、および国家権力の存在を前提条件」と説明される^{(37) (38)}。基本法において言及さ

(34) 「ドイツの国籍法は複雑」であり、「近代国家は一般的に単一の国籍制度によって国籍を生み出すが、基本法は『ドイツ人』の差別化された概念に依拠しており、その概念は帝国憲法 3 条、ヴァイマル憲法 110 条、そして 1913 年国籍法 1 条の意味において同名の用語とは相当に異なる」（Rolf Grawert (Anm.2), S.124.）。

(35) Vgl. Christoph Schönberger, Unionsbürger: Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, Mohr Siebeck, 2005, S.100f, Josef Isensee, Europäische Nation: Auf dem Weg zu mehr Demokratie und Bürgernähe, 2009, S.257ff.

(36) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (4) 90 頁。

(37) Kay Hailbronner, Hans-Georg Maaßen, Jan Hecker und Marcel Kau, Staatsangehörigkeitsrecht: StAngR, C.H.Beck, 2017, Grundlagen B, Rn.2. すなわち、イエリネックのいう国家三要素説がここでは示されていることがわかる（Rolf Grawert (Anm.2), S.109）。排除ではなく境界を表す国民と外国人の法的な区別は、領土・国家権力・国民という要素からなる国家の自決性と自立性によって導き出されるのである（Ingo Von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeit: Vergangenheit-Gegenwart-Zukunft, Walter de Gruyter, 2011, S.122）。

(38) 連邦憲法裁判所は国家を「歴史的に成長し世界的に認められた効果的な政治共同体の組織形態」とみなしており、いうまでもなく基本法がそのような国家を創設したと自認している（BVerfGE 123, 267, S.346.）。「言及された 3 つの要素を結びつけ

れている国籍に関する規定は、大きく分けて2つである。

基本法

16条1項 ドイツ国籍は、これを剥奪してはならない。国籍の喪失は、法律の根拠に基づいてのみ許され、かつ、当人の意思に反しては本人がそれによって無国籍にならない場合に限り、許される。

2項 いかなるドイツ人も、外国に引き渡されてはならない。欧州連合を構成する一国家又は一の国際裁判所への引渡しに関しては、法治国家の諸原則が保たれている限度で、法律により異なる規律をすることが出来る。

まず、ドイツ基本法16条1項1号は、ドイツ国籍の剥奪を留保なく全面的に禁止している。当該規定は、ナチス時代にドイツ国籍保持者(Staatsangehörige)であり帝国市民(Reichsbürger)ではない者、すなわち後述するユダヤ系ドイツ人らへの国籍剥奪政策の経験に照らして、国籍の剥奪と喪失を憲法上保護することにある⁽³⁹⁾。したがって、当該条文は無国籍者の発生という汎世界的な傾向から採用された条文ではなく、ドイツ特有の事情に照らし憲法条文化したものとみるべきであろう。さらに、2号を通して無国籍者が発生しない限りにおいて法律に基づく国籍喪失を規律している⁽⁴⁰⁾。本人が外国国籍を取得することでドイツ国籍を放棄することについては本人の意思が重要であり、国籍の剥奪という本人の意思を不問とする一般的な国家の行為を通して発生するものであるかどうか区分される⁽⁴¹⁾。

るいずれの集合体も、国際法の観点からは一般的な政治学のカテゴリーと同様に国家である」(Florian Becker, Gebiets-und Personalhoheit des Staates. in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XI, Internationale Bezüge, C.F.Müller, 2013, S.194)。

(39) BverfGE 116, 24, S.37.

(40) Kay Hailbronner, u.a. (Anm.37), GG Art.16, Rn.1.

(41) Ingo Von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Aufl. 5,

基本法

116 条 1 項 本基本法にいうドイツ人とは、その他法律で別途定める場合を留保して、ドイツ国籍を有する者、またはドイツ民族所属性を有する難民もしくは被追放者として、あるいは、その配偶者もしくは直系卑属として、1937 年 12 月 31 日の時点でのドイツ帝国の領域内に受け入れられていた者である。

2 項 1933 年 1 月 30 日から 1945 年 5 月 8 日までの間において、政治的・人種的又は宗教的理由に基づいて国籍を剥奪された旧ドイツ国籍保有者およびその卑属は、申請に基づいて、再び国籍を回復するものとする。これらの者は、1945 年 5 月 8 日以降にその住所をドイツ内に置き、かつ、反対の意思を表明していなかった限りにおいて、国籍を剥奪されなかった者とみなされる。

この 116 条がまさに、基本法の意味におけるドイツ人 (Deutscher) を定義している。「法律で別途定める場合を留保」しているということは、国籍に関する事項について広範な立法裁量があることを意味し、生来的な国籍の取得や婚姻、帰化、公務員としての任命などは別途国内法によって定められる、いわゆる国籍法定主義が採用されているということである。その委任されている法律とは、国籍法および被追放者法である⁽⁴²⁾。基本法をみると、ドイツ人にはドイツ国籍保持者とドイツ民族所属性のある者、すなわち身分としてのドイツ人の 2 つの範疇があり、外国国籍保持者としての外国人と法的に区別される⁽⁴³⁾。

München, 2000, GG Art.16, Rn.12, Theodor Maunz und Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, München, 2018, GG Art.16, Rn.49.

(42) A.a.O., GG Art.16, Rn.1a-1b.

(43) Ingo von Münch (Anm.37), S.122. ただし、その区別は社会的・政治的・経済的な限界とは異なる。

第2章 国籍法制の変遷

第1節 戦前の国籍法制の変遷

(1) 一般ラント法

統一された国民国家の国民としてのドイツ人が単一の法的地位を有することになるのは、ドイツ帝国が誕生することによって可能となる。そのため、ドイツの国籍法制の展開は19世紀を起点に始まるが、まずはそれ以前の歴史的な変遷を素描する⁽⁴⁴⁾。

国籍概念が登場するまで、人の把握は居住によって把握されていた。これは封建制と関連して、臣民を土地の従属物とみなす考え方に基づく。政治的・法的成員資格を編成するために必要であったのは、行政の統一と法的平等であるが、その実現の先進を担ったのが、1794年の「プロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten)」である (以下、一般ラント法という)。一般ラント法は、国家を法律化することで、「国家の成員 (Mitglieder des Staates)」を法的に定義するための土台を作った⁽⁴⁵⁾。封建制の思想の下、中世以来市民は「土地の従属物」としてその国家の所属者であるとされたことから、「居住が臣民をつくる (*domicilium facit subditum*)」という普遍的格言で説明された⁽⁴⁶⁾。すなわち、この時点で人の把握を行う際に「血統主義は基本原則ではなかった」⁽⁴⁷⁾ ということができる⁽⁴⁸⁾。

(44) また、ここでは国籍法と共に「個人を管理する」身分登録制度としての、いわゆる戸籍の変遷についても同時に概観することとする。

(45) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注(4) 101頁。

(46) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注(4) 120頁。

(47) 中村安菜「日本とドイツにおける国籍概念の比較」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』(敬文堂、2013年) 142頁。

(48) なお、個人の身分を登録する役割については、16世紀以来教会が実質的に担当していたが、これはフランス革命とフランス民法の影響により変容することになる。1807年「新しい教会簿と家族簿の導入に関する勅令」によってフランスの影響を受けた身分登録制度がおかれ、家族簿を居住地教会によって管理させた (Ernst-Wolfgang Böckenförde (Anm.7), S.15. フランスのモデルは、個人の身分に関する法

(2) 1842年プロイセン臣民法とプロイセン憲法

成員資格の画定を居住に依存していた過去の制度を離れ、1842年「プロイセン臣民たる身分の取得と喪失および外国公務員就任に関する法律（Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Wigenschaft als preuß. Imtertan sowie über den Eintritt in fremden Staatsdienst vom 31. Dez. 1842）」をきっかけに、ドイツは血統を国民確定のための基準とすることになる（以下、プロイセン臣民法という）。「国家形成と国籍の結びつきが正面に現れた」⁽⁴⁹⁾のは、この時点からといえる。国民を構築するための外的な境界設定は、貧困移住者が都市に流入することになり、受け入れる者と排除する者を分けるために成員資格を管理し規制する必要があったためである⁽⁵⁰⁾。血統主義（*jus Sanguinis*）の原則は、1804年のフランス民法典によって初めて成文化され⁽⁵¹⁾、当時近代的な制度であったことから、1811年オーストリア⁽⁵²⁾をはじめとして各国で国籍法が作られている。これに刺激を受けたプロイセンが当該プロイセン臣民法を制定したことにより、ドイツの国籍法制ははじまったと考えるのが一般的な認識である⁽⁵³⁾。この法律は、近代国民国家概念の国籍法としてではなく、臣民

を世俗化することに貢献した（Fritz Sturm, Ein Wendepunkt in der europäischen Rechtsgeschichte: Das französische Personenstandsgesetz vom 20. September 1792. Das Ständesmt 60, 2007, S.1）。

- (49) 広渡清吾「国籍・市民権・民族所属性：『人と国家の関係』の法的形象をめぐって」専修法学論集 120 巻（2014 年）119 頁。
- (50) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注（4）112 頁以下。
- (51) フランス民法典にはフランス人たる資格（フランス国籍の取得と喪失）が規定されたが、フランス国民のなかには市民である者とそうでない者がおり、これは憲法的法律によって規定された（広渡清吾、前掲注（49）117 頁）。
- (52) オーストリア一般民法典（Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB）は、オーストリア市民権（österreichische Staatsbürgerschaft）の制度を認め、他国人（Fremden）と区別している（広渡清吾、前掲注（49）118 頁）。これは、君主と市民間の関係から、絶対主義的国家における統一的欲求と国籍の理解を恩恵と考えている（Dieter Gosewinkel, Einbürgern und ausschließen: Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund zur Bundesrepublik Deutschland, Göttingen, 2003, S.35-40）。
- (53) Georg Hansen, Die Ethnisierung des deutschen Staatsbürgerrechts und seine

(Unterthan) の所属 (Zugehörigkeit) を規定しており、伝統的な領土主義から血統主義が制度化されたのであった。

プロイセン臣民法

2 条 プロイセンの嫡出子は、たとえ国外で出生しても、出生によりプロイセンの臣民となる。

この法律によると、「プロイセン臣民は、その父親がプロイセン臣民であること」を意味する、父系血統主義を採用している⁽⁵⁴⁾。この時点が、まさにドイツにおける血統主義のはじまりであり、最初のプロイセン臣民の範囲を確定する起点であった⁽⁵⁵⁾。

また、1842 年のプロイセン臣民法制定以後に採択された 1849 年のフランクフルト憲法においては、ドイツ国民＝ドイツ国家を形成する諸邦の成員として規定し (131 条)、全てのドイツ人に帝国市民権 (Reichsbürgerrecht) が与えられることも規定されている (132 条)。ドイツ国民の基本権冒頭に規定されたことから、ドイツ人＝ドイツ帝国市民権保持者＝基本権享有主体として位置

Tauglichkeit in der EU, in: Thomas Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd 6, 2004, S.1. ただし、Ingo von Münch は、国籍法の原型は 1818 年バイエルン王国憲法 (Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818)、1820 年ヘッセン大公国憲法 (Verfassung des großherzogtums hessen vom 17. Dezember 1820) であると主張する (Ingo Von Münch (Anm.41), S.20)。バイエルン王国憲法、プルテベルク憲法、ヘッセン憲法、ザクセン憲法は、国籍に関する規定を置いていた。

- (54) これは、ドイツの家父長主義的な制度を示しているものの、ドイツ人としての特性や民族的定義などはなく、ドイツ語や文化国家への言及なども見受けられない (Georg Hansen (Anm.53), S.1)。ドイツ革命から生まれた国民議会では、ドイツ国民の新しい定義が求められていた (広渡清吾、前掲注 (49) 1119 頁)。
- (55) 中村安楽「日本とドイツにおける国民概念形成の契機」法学研究論集 35 号 (2012 年) 55 頁。中村安楽は、プロイセン臣民法を通じて慣習的な国民概念の画定から、慣習法を断絶して血統主義に基づく国民画定を実施したものと指摘する (同書、56 頁)。

付けられている。

その後制定された1850年プロイセン憲法（Verfassungsurkunde für die Preußischen Staaten）は、3条に国籍条項をおいており、「プロイセン人の資格（Eigenschaft eines Preußen）および公民の権利がどのような条件のもので取得され、行使され、および失われるかは、憲法および法律が定める」ことになる⁽⁵⁶⁾。そして、3条からはじまる2章を通じてプロイセン人の権利（Rechte der Preußen）に関する規定が列挙されることから、プロイセン人の資格とは、すなわち国籍保持者を意味するのであった。

（3）1870年国籍法とドイツ帝国憲法

1870年には北ドイツ連邦によって、「連邦国籍および国籍の取得と喪失に関する法律（Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870）」が制定された（以下、1870年国籍法）。これは、ドイツ地域の連邦に適用される最初の統一された国籍法であり、1842年のプロイセン臣民法を確立する役割を担っている⁽⁵⁷⁾。これまで使用された臣民の概念は用いられなくなり、所属する者（Angehörige）が用いられることになる。また、連邦国家性に基づく国籍の二元的構造に基づき、連邦国籍（Bundesangehörigkeit）と連邦国国籍（Staatsangehörigkeit）の2種類の用語を用いて区別されていた点も特徴としてあげることができる。当該法は北ドイツ連邦で共通した国籍法であったが、1871年ドイツ帝国の誕生と同時に、新たに含まれる南部ドイツ地域に法律についてもその法的効力の領域を拡張させた⁽⁵⁸⁾。適用地域を拡大していくにつれて、全てのドイツ帝国傘下のラント等に

(56) 以下、ドイツの憲法条文（プロイセン憲法、ヴァイマル憲法、ドイツ民主共和国憲法、ドイツ連邦共和国基本法を含む）の日本語訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第7版）』（信山社、2016年）を参照する。

(57) 当該法律は、出生、確認、婚姻、養子、帰化の5つの形で国籍取得の自由を規定している。

(58) Ulrich Herbert, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland: Saisonarbeiter, Zwangsarbeiter, Gastarbeiter, Flüchtlinge, C.H.Beck, 2001, S.15.

効力がおよぶ空間的範囲となったのである⁽⁵⁹⁾。

拡大したドイツ帝国における「ドイツ帝国憲法 (Verfassung des Deutschen Reichs)」は、1871年に成立した(以下、1871年憲法という)。同憲法によると、共通の市民資格 (ein gemeinsames Indigenat) としての統一国籍、すなわち帝国国籍 (Reichsangehörigkeit) がおかれ、各連邦国籍を媒介することでそれが与えられることを明確にした(3条)⁽⁶⁰⁾。なお、各邦国に所属する者には、共通の市民資格を与えられ⁽⁶¹⁾、国籍取得については血統主義的な定義を置いたのに対して、国籍保持と喪失に関しては、領土内からの長期間の不在により国籍喪失をもたらすという領域主義的な処理もされていた⁽⁶²⁾。また、外国人の流入に対しては排他的な政策を維持し、同化または融合政策を通じて新たなドイツ国民を形成していくことには消極的であった⁽⁶³⁾。これは、外国人の帝国国籍取得が帰化によって認められたためである⁽⁶⁴⁾。

(59) Kay Hailbronner, u.a. (Anm.37), S.4-9, Ingo Von Münch (Anm.37), S.21. ドイツ国民の帝国意識および帝国国民意識は、1890年代に高まり、在外ドイツ人の受け入れと定住外国人の帰化受け入れの問題がより顕在化したと考えられる(守屋治善「帝政期ドイツにおける国籍法の改正」政経論叢 77 卷 3・4 号 (2009 年) 298 頁)。

(60) 1871 年帝国憲法 3 条 全ドイツについて、共通の市民資格 (Indigenat) が次の効果をもって成立する。すなわち、各邦国に所属する者 (Angehörige eines jeden Bundesstaates)、臣民 (Untertan)、市民権者 (Staatsbürger) はその他の邦国において内国人 (Inländer) として取り扱われるべきこと、それに応じて、恒常的住所、営業の実施、公職、不動産の取得、市民権 (Staatsbürgerrecht) の獲得、およびその他すべての市民的諸権利 (bürgerliche Rechte) について、自国人 (Einheimische) と同じ条件で享受することが認められ、また訴訟と権利保護に関して自国人と平等に取り扱われるべきことである。

(61) 広渡清吾、前掲注 (49) 121 頁。

(62) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (4) 188-189 頁。

(63) Ulrich Herbert (Anm.63), S.15.

(64) また、1875 年には「人籍の公証および婚姻締結に関する帝国法律 (Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und Eheschließung vom 8. Febr. 1875)」が、最初の統一的身分登録法として成立している(以下、ライヒ身分登録法という)。この法律は、出生・死亡・婚姻を登録するだけの内容であったが、担当職員ほとんどがポーランド語の話せないドイツ人であったことから、ポーランド人地域少なからず不都合が生じた。「結婚登記簿はドイツ語でしか記録されなかつ

1870年国籍法および1871年憲法、そしてライヒ身分登録法は、国民形成のために血統主義を採用した。上述したように、この頃のドイツは国民国家の内実を作り出すことに執心していた時期である。国籍法制の重要な原則である血統主義は、望ましくない要素に対するフィルタとして機能していたことがわかる⁽⁶⁵⁾。

(4) 1913年国籍法

新たな国籍法である「ドイツ帝国国籍法 (Reichs und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913)」は(以下、1913年国籍法という)、血統主義をより純化させた内容を含んでいるが、Dieter Gosewinkelによると、むしろドイツ人が特定の人種的背景を持つことを強制しなかったことを意味しているものであり、道具的に利用した人種創出の手段であったという⁽⁶⁶⁾。

1913年国籍法

1条 ドイツ人とは、1つの邦国において国籍を有する者、または直接的帝国国籍を有する者である。

4条 出生により、嫡出子のドイツ人の子は父親の国籍を取得し、非嫡出子のドイツ人の子は母親の国籍を取得する。

た。意図的であるにせよないにせよ(ともすれば悪意から)、彼らは姓名を間違った発音のまま記録したり、字義通りに翻訳したりした。「国家は、人生の重要な節目に国民を『登記』という形で組み込む際に、ポーランド人に対してドイツ語の重さを十二分に意識させたのである」(伊藤定良、前掲書(14) 95-96頁)。

(65) Dieter Gosewinkel, *The Dominance of nationality?: Nation and Citizenship from the late nineteenth century onwards: a comparative European Perspective*, *German History*, Vol.26, No.1, 2008, p.97.

(66) Dieter Gosewinkel (Anm.52), S.325. なお、ブルーベーカーは、1913年国籍法について、これまでの法的伝統として確定されてきた血統主義を緩めるようなことは考えられず、一貫したエスノネーション的見地が共有されていたとする(ロジャース・ブルーベーカー、前掲注(4) 196頁以下)。

この法律の特徴的な点は、外国に居住する在外ドイツ人 (Auslandsdeutsche) が無期限にドイツ国籍を保持し、子孫に継承することが可能となった点にある。また、1871 年に制定された 10 年以上の外国居住要件を削除することで、国籍と居住を結びつける考え方からも距離をおいたことになる⁽⁶⁷⁾。また、兵役義務の不履行も国籍喪失原因となった (17 条 3 項) ことから、「血統主義を純化させると同時に、国籍が国家に対する忠誠義務を本質とすること、国籍者＝国民共同体が『防衛共同体』であるという考え方を示しており、この点に 19 世紀国籍法との明らかな差異がみられる」⁽⁶⁸⁾。

このような強固な血統主義がとられた背景としては、「19 世紀末以降のプロイセン東部におけるポーランド人との民族的対立という現実と、ドイツの東部境界がユダヤ人やスラブ人への『西の衝動』によって侵害されるかもしれないという不安の広がり」⁽⁶⁹⁾ などが指摘される。ドイツ内のセム系スラブ系といった東方移民としての外国人の数は急増する状態で、外国人の受け入れは顕在化された問題となっていた⁽⁷⁰⁾。そのため、ドイツ民族の存在を脅かすような混血人種の出現を阻止することが必要とされ、その純粹性を阻止するための措置が必要と考えられており、民族的同質性確保のためにも出生地主義の導入などには否定的であった⁽⁷¹⁾。

(67) これは、「一度ドイツ人ならば常にドイツ人」という原則であり、「ドイツ帝国の庇護を頼る」ドイツ人たちへの保護などが求められたとされている (守屋治善、前掲注 (59) 308 頁)。在外ドイツ人に対しては、兵役義務の履行についての負担軽減などが促進されていた (ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (4) 190 頁)。

(68) Dieter Gosewinkel (Anm.52), S.310ff. すなわち、国籍を喪失するためには当事者の明確な意思表示によってのみ可能であり、その意思表示というのは、在住している国外の国籍を取得すること、さらには兵役の義務の不履行であった。

(69) 「こうして東部国境がドイツ人と多民族の文化線として位置付けられることにより、ドイツ国民は血統共同体として定義されたのである」(飯田芳弘『想像のドイツ帝国一統一の時代における国民形成と連邦国家建設』(東京大学出版会、2013 年) 34-35 頁)。

(70) 守屋治善、前掲注 (59) 468 頁。

(71) 守屋治善、前掲注 (59) 301-302 頁。

1913年国籍法の制定後、第一次世界大戦に敗戦したのちのヴァイマル共和国は、1919年「ヴァイマル憲法（Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919）」を発効した。国籍については、第2編ドイツ人の基本権および基本義務に「ライヒおよびラントにおける国籍は、ラント法律の規定によって、これを取得し喪失する。あるラントに所属する者は、同時にライヒに所属する」（110条1項）と規定されている。しかし、1913年国籍法については改正することなく維持しており、憲法が国籍法をより補完する役割を担っている⁽⁷²⁾。これは、連邦制の継続とそれにともなう国籍概念が複数にわたることを改めて示している。ただし、110条1項の規定をおくことで、各ラントの国籍保持者をまとめてドイツの国籍保持者として扱ったのである。

しかし、ナチス政権にさしかかると、連邦制は廃止されることによって、国籍は帝国籍に一元化される⁽⁷³⁾。そして、1935年の帝国市民法（Reichsbürgergesetz vom 15. Sept. 1935）が、国籍の問題に大きな変化をもたらすことになる。

帝国市民法

1条1項 国籍保持者は、ドイツ帝国の保護団体に属し、そのためにとくに義務を負う者である。

2項 国籍は、帝国国籍法にしたがって取得される。

2条1項 帝国市民は、ドイツの血統または人種的に類縁の血統を持ち、その行動によってドイツ民族と国家に忠誠をもって奉仕する意思と適性を証する国籍者のみである。

2項 帝国市民権（Reichsbürgerschaft）は、帝国市民証書の付与に

(72) Marc Morjé Howard, The causes and consequences of Germany's new citizenship law, German politics, Volume 17, Issue 1, 2008, p.42.

(73) 広渡清吾、前掲注(49) 127頁。このようなヒトラーの第三帝国は、均制化を試み中央集権化を進めたものといえることができる（西川正雄「19世紀後半ドイツ」歴史学研究会編『国民国家を問う』（青木書店、1994年）59頁）。

よって取得される。

3 項 帝国市民は、法律の定めるところに従い、完全な政治的権利の唯一の担い手である。

すなわち、帝国市民と国籍保持者を区別して、前者のみが政治的権利の主体となることができると規定したのであり、ドイツ人 = 民族同胞 (Volksgenosse) の価値観に基づきユダヤ人をその対象から外した⁽⁷⁴⁾。ユダヤ人は、帝国市民ではないことを第1命令で具体化され、第11命令によりドイツ国籍も剥奪された⁽⁷⁵⁾。

1937年には新たな人籍法 (Personenstandsgesetz vom 3. Nov. 1937) が施行されており、ナチスによって氏族および種族育成のため「同一人および同一家族に属するものに関する身分登録相互の間に明瞭な関連をつける」⁽⁷⁶⁾ 目的で用いられた。人種政策 (家族簿からユダヤ人の存在を排除すること) が目的であったこの人籍法は、国家による個人ないし家族の統制に対する許容 (あるいは必要性) が前提とされたと理解できる。

第2節 統一前後の国籍法制の論点

(1) 戦後ドイツの国籍法：基本条約判決と Teso 判決

戦後、周知の通りドイツはドイツ連邦共和国 (以下、西ドイツという) とドイツ民主共和国 (以下、東ドイツという) に分断されることになる。戦後ドイツは、ナチス政権時代の純ドイツ人種主義的な政策である「極端な人種主義政

(74) すなわち「ドイツの血または近似の血」をもつ構成員を決めるための法律であったといえる (ミッタイス・リーベリッヒ (世良晃志郎訳) 『ドイツ法制史概説 改訂版』 (創文社、1954年) 563頁)。物理的に血統主義を伝達させた当該法は、ユダヤ人やポーランド人の両親をもつ者が、ドイツで完全な権利を獲得するうえでの絶対的な障害となった (Dieter Gosewinkel, *supra* note 65, p.99)。

(75) 広渡清吾、前掲注 (49) 142-143頁。

(76) 鈴木規子「ドイツ国籍法改正と EU 市民権に関する一考察」法学政治学論究第 45 号 (2000 年) 286 頁。

策の処理と反省、旧東方領土の帰属をめぐる領土問題を抱えた中で国民概念の再構築をはじめた」のであった⁽⁷⁷⁾。

西ドイツは新たな国籍法を設けずに、1913年国籍法をそのまま使用した。したがって西ドイツ国民は、1913年国籍法による中立的な意味の国家に所属した国籍保持者であった⁽⁷⁸⁾。連邦憲法裁判所によると、ドイツ帝国は依然として法的主体として存在し、国際法的な意味でのドイツ帝国の法的継承者として西ドイツが存在するという一貫した立場をとっている⁽⁷⁹⁾。戦後1913年の国籍法をそのまま維持し続けた理由のひとつは、『ドイツの再統一』という連邦共和国の基本法にも規定されていた国是にある⁽⁸⁰⁾と考えられる⁽⁸⁰⁾。

対して東ドイツは、1949年のドイツ民主共和国憲法1条において「ドイツは不可分の民主共和国である。それはドイツ諸州のうえに形成される」(1項)、「1つのドイツ国籍のみが存在する」(4項)としながらも、1913年国籍法を法的に有効な国籍法として適用していた。しかし、「国家市民法 (Gesetz über die Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen republik vom 20. Feb. 1967)」からこのような立場を離れ、「ドイツの分裂を深めることを目的として」固有の東ドイツ国家市民権が強調され、統一されたドイツ国籍の存続を拒否した⁽⁸¹⁾。東ドイツは、分離された2つの主権国家が存在するという自身の政治的

(77) 中村安菜、前掲注(47)143-144頁。帝国市民法をはじめとしたドイツの諸法律は、管理委員会法1号(Kontrollratsgesetz Nr.1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht vom 20. Sept. 1945)によって全て廃止されたが、国籍法はそれを免れたため、そのまま使用された。

(78) Ingo Von Münch (Anm.37), S.xxii. 新たな国籍法に関する議論もあったが、西ドイツに限定された国籍法として、分断されたドイツにおいて共通適用される国籍法の放棄をしなかった。なお、法律の継続した適用は、基本法123条1項に基づいている。

(79) BVerfGE 2, 266.

(80) 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年)84頁; 広渡清吾『統一ドイツの法変動—統一の1つの決算』(有信堂高文社、1996年)8頁以下。

(81) Ingo Von Münch (Anm.41), S.xxi. このような東ドイツの国籍法制定については、アデナウアー時代以来単独代表権を主張する西側ドイツ政府によって、「ドイツ国

基本姿勢に合致した国籍法に改正したのである⁽⁸²⁾。その後、1968年5月9日に発効されたドイツ民主共和国憲法（Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 6. Apr. 1968）は、19条で「ドイツ民主共和国の公民権の取得及び喪失に関する要件は、法律によってこれを定める」と規定している。

1972年に東西ドイツ間で締結した「基本条約（Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, 21. Dez. 1972）」は、相互を主権国家として承認し、領土不可侵・内政不干渉制を基本原則とすることが定められた（6条）。ただし、付属文書を通じて、西ドイツ側の主張として「東ドイツとの国籍問題については留保」されており、「条約によって規律されていない」という内容が添付された。1973年に判示された連邦憲法裁判所によるドイツ基本条約判決は、国籍問題の規律が行われなかったということで、条約が基本法16条と116条1項の意味において国籍に影響を与えないかという問題、そしてこのような影響のいかなる事柄が基本法規定と矛盾するかという問題は解決されていないとする。「基本法16条は、基本法116条1項とも関連する『ドイツ国籍』が同時にドイツ連邦共和国の国籍であるということを前提として」おり、基本法の意味におけるドイツ国籍保持者は、ドイツ連邦共和国の国民としているだけではなく、「基本法の意味においてドイツ人の地位をドイツ連邦共和国が直接・間接的に関与し、いかなる措置によっても縮小あるいは弱体化されてはいけない」⁽⁸³⁾と判断した。

籍の墜落」や「部分的な体制に所属したということ」であるとして非難された（Ingo Von Münch（Anm.37）, S.97.）。

(82) Alexander N. Makarov, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht: Kommentar, Vol.1, A. Metzner, 1966, Rn.11, Kay Hailbronner, u.a.（Anm.37）, Rn 5. この点について、西ドイツ側は「ドイツ国籍の墜落」や「部分的な体制に所属されたもの」であると批判するか、あるいは「東ドイツの国籍をドイツ国籍として再解釈することを望む」ような見解、さらには「東ドイツを別の国家として認識」する見解に分かれた（Ingo Von Münch（Anm.37）, S.97-98）。

(83) BVerfGE 36, 1, S.30-31. 当該裁判は、バイエルン州政府が基本条約の承認法律が基本法に違背しているとして提起した抽象的規範統制申立てである。

本判決は、地理的にはなく⁽⁸⁴⁾、法的な意味での「ドイツ国の存続およびこの存続しているドイツ国とドイツ連邦共和国との同一性を肯定」⁽⁸⁵⁾している。そして、東ドイツ国籍保持者を西ドイツ国籍保持者と同視することを明言したわけではないが、完全に否定するわけでもなく統一された同一性を示しているともみることができよう。1913年帝国国籍法の維持は、結果的に西ドイツによって東ドイツ国民も西ドイツ国民であるとみなすことを主張するための根拠となった。

一方、1987年のTeso判決⁽⁸⁶⁾において、連邦憲法裁判所はどのように判示したのか。当該裁判で問題となったのは、東ドイツ国籍の取得によって、西ドイツ基本法16条、116条1項を意味するドイツ国籍取得の法的効果が発生するのかが争点となった。連邦憲法裁判所は、「ドイツ国籍はドイツ連邦共和国の法的制度であり」、「誰がドイツ人であるかどうかの問題は、ドイツ連邦共和

(84) 当該判決は、基本条約締結後も、東ドイツがドイツの一部であることを改めて指摘している（Rainer Hofmann, Staatsangehörigkeit im geteilten Deutschland: Der Teso-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, ZaöRV, 1989, S.264）。判決は、「ドイツ連邦共和国は、ドイツ（Deutschland）の一部が新たに編成されたものであり、ドイツ連邦共和国は、ドイツ後継国ではなくドイツ国と同一の国家」なのであるが、「空間的範囲はドイツの一部なのである」と説明している（BverfGE 36, 1, S.16）。

(85) 岡田俊幸『『2つのドイツ国家』と連邦憲法裁判所—基本条約判決—』ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（新山社、2006年）423頁。なお、その他の日本語文献として、牧野忠則「西ドイツ連邦憲法裁判所の自己抑制の態度—基本条約をめぐる諸判決の中に表れた“judicial self-restraint”—」北大法学論集29巻2号（1978年）、山内敏弘「西ドイツの憲法裁判と改革立法（上）」法律時報57巻6号（1985年）などがある。

(86) 請求人であるドイツ・ザクセン出身のMarco Tesoは、両親の結婚・離婚により親権者である母はイタリア国籍からドイツ国籍へと帰化したのが、請求人はドイツ国籍帰化の効力が及ばなかった。1954年に東ドイツの身分証明書を発給され、東ドイツ国籍保持者の女性と婚姻後、難民としてイタリアパスポートを用いて西ドイツに移り生活していたが、1969年に東ドイツ国籍保持者であるかの可否が問題となり1974年に東ドイツ国籍確認を申請したにもかかわらず、基本法116条1項の意味での身分としてのドイツ人として該当しないと判断されたことから、基本法違反の可否の判断を求めた訴訟である（BverfGE 77, 137.）。

国の法律によって判断される」⁽⁸⁷⁾とする。そして、「ドイツ民主共和国の国籍取得について、ドイツ連邦共和国の国籍取得の法的効果を付与することは、基本条約によって尊重しなければならない、ドイツ民主共和国の独立性と自主性を侵害することには当たらない」⁽⁸⁸⁾と判示した。「ドイツ民主共和国市民は、原則として16条1項1文の意味におけるドイツ人の地位を有することは疑いのないこと」⁽⁸⁹⁾との判断は、従前の基本条約判決と比較すると、西ドイツにとってドイツ国籍は依然として1つのみであり、西ドイツにとっての東ドイツが外国ではないことを Teso 判決は改めて強調している。そして、東ドイツ国籍への帰化が実施されたことで、西ドイツの国籍取得は充足されることを意味する⁽⁹⁰⁾。当該判決は、国籍法の特異問題に関する拘束力ある解決を試みたのみならず、分断されたドイツの国籍問題における関係性を解明した点で、重要な判決であるといえる。

(2) 1974 年改正：父系血統主義から両系血統主義へ

西ドイツで継続して効力をもってきた1913年国籍法であるが、東西統一を前に父系血統主義原則を改正している。1974年、父系血統主義の原則であった1913年国籍法は両系血統主義を採用する改正を行なっている(4条⁽⁹¹⁾)。Dieter Goswinkelによると、父系血統主義はドイツ国籍概念の家父長的性質・民族主義的側面の両方から反対された⁽⁹²⁾。当該改正には、1974年5月21日連

(87) BVerfGE 77, 137, S.142-143.

(88) BVerfGE 77, 137, S.164-166.

(89) BVerfGE 77, 137, S.169.

(90) Vgl. Christian Hillgruber und Bernhard Kempen, Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes und der Teso-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts. Recht in Ost und West 33, 1989, S.329.

(91) 4条1項 出生により、ドイツ人男の嫡出子は父の国籍を、ドイツ人女の非嫡出子は母の国籍を取得する。ドイツ人女の嫡出子は、そうしないとその者が無国籍となるときは、出生により母の国籍を取得する。

(92) Dieter Goswinkel (Anm.52), S.348f.

邦憲法裁判所判決⁽⁹³⁾が直接の誘因となっている。連邦憲法裁判所は、父系血統主義の原則について、「出生により国籍の取得に関するその規定は、ドイツおよびヨーロッパ大陸の伝統にしたがって、当初から血統主義に依拠していた」⁽⁹⁴⁾が、「嫡出子の国籍の連結にあたって、父の国籍に母の国籍よりも優位を認めていた当時の家長的社会秩序に対応するものであ」⁽⁹⁵⁾と判断した。

すでに国際社会は、国際結婚の増加にともなう国籍問題の渦巻く社会となっていた上に、1979年に採択される女子差別撤廃条約に向けた国際的な運動がヨーロッパにも広がっており、ドイツもその渦中にいたことになる⁽⁹⁶⁾。「このような経過措置は、裁判以後新たな定めが施行されるまでに生まれた子に対しても適用されなければならない」⁽⁹⁷⁾とした当該決定を契機として、国籍法4条1項は父系血統主義から両系血統主義へと改正された。

(3) 統一にともなうドイツ国籍

(93) BVerfGE 37, 217. 1959年にスペイン人と婚姻し国籍を取得したドイツ国籍の女性は、父親と同じスペイン国籍をもつ子供がドイツ国籍保持者となれないことでミュンスターの上級行政裁判所まで訴えたが認められず、連邦行政裁判所の判断を求めたが、ドイツ国籍法4条1項と基本法3条2項との一致可否について連邦憲法裁判所の判断を求めるべく移送された。また、ドイツ国籍保持者である母親とユーゴスラヴィア国籍保持者（あるいは無国籍者）である父親との間で出生し、出生によりヴェネズエラ国籍を取得した原告が、ドイツ国籍保有の確認を求めたフランクフルト行政裁判所が、国籍法4条1項の可否を求め連邦憲法裁判所に求めた。当該決定は、この2種類の申立てによる。本件に関する日本語文献としては、古野豊秋「国籍の異なる両親と子供の国籍—国籍法事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ [第2版]』（新山社、2006年）、澤木敬郎「父系優先血統主義と両性平等」民事研修250号（1978年）、山本敬三「国籍法と男女平等」法律時報53巻8号（1981年）などがある。当該判決の日本語訳については、澤木敬郎「国籍法上の父系優先血統主義と両性平等—ドイツ連邦憲法裁判所判決（翻訳）」立教法学18巻（1979年）を参照、一部文言等を修正している。

(94) BVerfGE 37, 217, S.219.

(95) BVerfGE 37, 217, S.223.

(96) 古野豊秋、前掲注（93）89頁。

(97) BVerfGE 37, 217, S.223.

西ドイツが維持してきた1913年国籍法体系は、1990年の東西統一を通じて、再度ドイツにおける1つの国籍となった。ドイツ連邦共和国と関連する国籍法的に意味のある条約および諸協定は、ドイツの統一によって損傷されることなく、地域的効力は自動的に東ドイツにまで拡大する。

国籍法に変化がなかったことから、当然血統主義原則もまた不動のものとして残された⁽⁹⁸⁾。しかし、血統主義が不動であったことにより国籍を剥奪され移住したユダヤ人らは、その子孫までもドイツに居所をおく場合、ドイツ国籍保持者として「無限遡及」⁽⁹⁹⁾されることになる。というのも、1945年9月20日の連合軍管理理事会は、帝国市民法と関連法律等を全て無効とし、そもそもユダヤ人への国籍剥奪そのものを不法でなかったものとした⁽¹⁰⁰⁾。ただし、実際に国籍を剥奪されたユダヤ人が再びドイツ国籍を取り戻すことを望まない場合を考慮し、基本法116条2項によって自動的な付与規定をおかなかった。すなわち、ドイツ国籍保持を望まない基本法116条2項の対象者は、その意思が明示された限りにおいてドイツ国籍の継続した保持を前提とする必要がなくなり、基本法の発効前に外国国籍を取得している場合でも同様であるとされる⁽¹⁰¹⁾。

第3節 再統一後のドイツにおける新たな諸原則

(1) 1999年国籍法改正：出生地主義原則の導入

1999年、ドイツは長年にわたり維持されてきた国籍法の重要な原則を改正するという歴史的な一歩を歩み始めた。「改正国籍法 (Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts vom 15. Juli 1999)」(以下、1999年国籍法という)

(98) 中村安菜、前掲注(47)145頁。

(99) ロジャース・ブルーベイカー、前掲注(4)199頁。

(100) 武井彩佳「アフーマティブ・アクションの政治—ユダヤ人に対する入国管理を中心に」ドイツ研究50号(2016年)32頁。「ユダヤ人がナチ時代にその『血統』により共同体から排除されたことを思うと、現在その同じ血統主義により、ユダヤ人がドイツの政治共同体に包摂されるのはまさに皮肉であろう」(33頁)。

(101) Kay Hailbronner, u.a. (Anm.37), GG Art.116, Rn.98. これは、判例法理からも導かれる (BverfGE 8, 81)。

は、ドイツに生活する外国人にとってまさに歴史的な局面として受け止められた。改正の重要なポイントは、血統主義原則に出生地主義が追加された点である。これは、1913年国籍法という「時代遅れで制限的な」⁽¹⁰²⁾ 国籍法制からの大きな変化であるといえる。

ドイツは、1913年国籍法で明文化し強化したことからも明らかであるように、血統主義に基づく国籍取得を重要視し、出生地との紐帯は国籍取得の根拠としてこなかった（旧4条）。これに対して改正国籍法によると、2000年以降ドイツで生まれた外国人の子は、両親のどちらかが8年以上ドイツに合法に滞在するか、無期限の滞在資格を有している場合、あるいは1999年6月1日EU加盟国およびスイスと締結した居住移転の自由に関する協定によって居住許可を持つ者の子についてはドイツ国籍を取得できるようになった（4条）⁽¹⁰³⁾。これにより、ドイツで生まれた外国国籍保持者の子は、出生と同時に親の国籍とドイツ国籍を同時に取得する、いわゆる出生地主義を取り入れたことになる。当該子は18歳から23歳までに、ドイツ国籍または親の国籍のいずれかを選択しなければならない（29条）。選択宣言をしなければドイツ国籍は消滅することになり、ドイツ国籍を帰化により取得する場合は、元国籍を放棄することが要件となっている⁽¹⁰⁴⁾。以上のような改正は、伝統的な血統主義原則の時代的な変化を一定程度認め、補完するために出生地主義的な性格を一部許容した。また、帰化に関していえば、国籍取得の請求権について15年以上の滞在が必要とさ

(102) Marc Morjé Howard, *supra* note 72, p.41. Marc Morjé Howard は、1913年国籍法を戦後の共和国においても維持することの正当性については否定的で、統一後はより時代遅れで攻撃的であるように見えると指摘する。この時期政策立案者に対してドイツでは、過去ドイツ国籍法制の歴史における完全な同化の要請とは全く異なる、統合と多文化主義が求められていた（Andreas Fahrmeir, *Citizens and aliens: Foreigners and the law in Britain and German States, 1789–1870*, Berghahn Books, 2000, p.595）。

(103) 出生地主義に基づいてドイツ国籍を取得する場合は、出生登録簿に登録する際、国籍法4条3項に該当するものとして記録され、国籍を取得する。

(104) ただし、外国人法によると、原国籍放棄ができないか著しく困難である場合には、複数国籍が容認される。

れていたのが、8年以上の滞在に短縮されるなど、その要件が緩和されている（4条3項）。

このような制度改正を呼んだ社会の状況としては、後述する帰還者としての在外ドイツ人やガストアルバイターと呼ばれた外国人労働者、それにとまなう移民2世・3世の誕生など、移民の背景をもつ者（Personen mit Migrationshintergrund）の増加があげられよう。移民の背景をもつ者は、①1949年以降に現在のドイツ連邦共和国に移住した人、②ドイツで生まれた全ての外国人、③少なくとも両親の片方が移民であるか、もしくはドイツで生まれた外国人である場合、を指す⁽¹⁰⁵⁾。在住外国人の多くは生活の中心をドイツに置き、ドイツ国民と生活実態が変わらないながらも、ドイツ国籍を保持していないことから国家共同体から排除されていた⁽¹⁰⁶⁾。

また、ヨーロッパの統合過程の中で、EU市民権に関する議論はマーストリヒト条約の締結にともない拡大するための議論が展開された。欧州議会をはじめとした諸機関が、居住に基づくEU市民権取得のための措置を講じたが実現

(105) 佐藤裕子「移民からドイツ人へードイツ帰化テスト導入をめぐる」浜本隆志他『ドイツのマイノリティー人種・民族、社会的差別の実態』（明石書店、2010年）。したがって、ドイツ国籍保持者も移民の背景をもつ者は存在するのであり、ドイツ総人口のうち約20%が「移民の背景をもつ者」であるとされる。

(106) 山口和人「『ドイツ海外法律情報』政府の国籍法等改正草案発表」ジュリスト1152号（1999年）6頁。特に、トルコからの移民およびその子孫がドイツに定着し統合されるうえで法的・社会的障壁に覆われ、不利な立場にあったことが指摘される。「確かにトルコの若者がドイツのアイデンティティとの間に相反する感情があったとしても、その世代のドイツ人が故郷をもつという『道具的な』関係を反映する」のである（Joyce Marie Mushaben, *The changing faces of citizenship: Integration and mobilization among ethnic minorities in Germany*, Vol.21, Berghahn Books, 2008, p.81.）。帰化についても、ドイツはドイツ国内で一定期間居住し学校教育を受けた後に統合が生じると考えていたが、ドイツ語能力・憲法原理へのコミットメント・市民統合テストへの合格等を条件づけており、ヨーロッパ諸国の帰化法制における権利としての要素が確実に強化され、国家の自由裁量であった領域が制約されつつある（クリスチャン・ヨブケ（遠藤乾他訳）『軽いシティズンシップー市民、外国人、リベラリズムのゆくえー』（岩波書店、2013年）89頁）。

しなかった。そのため第三国国民出身者のために EU 市民権取得を拡大させるためには、各加盟国の国籍取得（帰化）に関するルールをリベラル化することが求められたものの、ドイツの国籍法制はまさに「時代遅れの」状態にあったといえる⁽¹⁰⁷⁾。先進的で開放的な西洋近隣諸国の国籍法制と歩みを合わせる形で、EU の中心として存在するためにも、ドイツの国籍法改正は避けることのできない命題であったといえよう。上述した外国人地方選挙権は、その後 EU 市民権の導入をもとに EU 加盟国国籍保持者に認められることとなったが、結局は移民の中で構造的な差異が生じていることから、ドイツのこの取り組みは必須事項であった。この改正によって、両親とも外国人である子どもが、生まれながらにドイツ国籍を保持するドイツ人となることも可能となったのである。

血統や文化的紐帯によって形成され、「ドイツは移民国家にあらず」を固持してきた既存の立場から、「多文化社会であることを認め」、「ドイツは移民国家である」という立場へと変更していった⁽¹⁰⁸⁾。

(2) 2014 年国籍法改正：複数国籍の許容

(107) Douglas B. Klusmeyer and Demetrios G. Papademetriou, *Immigration policy in the Federal Republic of Germany: negotiating membership and remaking the nation*, Berghahn Books, 2009, p.197.

(108) 当該法改正は、社会民主党および緑の党の連立政権が公約としたものであり、移民政策を構想したものであった（Storz Henning, Bernhard Wilmes/Bernhard Wilmes : *Die Reform Staatsangehörigkeitsrechts und das neue Einbürgerungsrecht*, <http://www.bpb.de/themen/OHCOPK.html>. [2019.1.10]）その後ドイツの移民法制は、2007 年には EU 指令などが国内法化されたことにより「連邦領域における外国人の滞在、職業活動および統合に関する法律（Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet）」に改正された（Kay Hailbronner, *Das Grundrecht auf Asyl-unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?*, ZAR, S.371）。ドイツにおける移民関連法制については、近藤潤三『移民国としてのドイツ社会統合と並行社会のゆくえ』（木鐸社、2007 年）、大西楠・テア「グローバル化時代の移民法制と家族の保護—家族呼び寄せ指令とドイツの新移民法制—」社会科学研究 65 巻 2 号（2014 年）など。

上述のように、ドイツ国籍を取得できるようになった外国人の子には、国籍選択制度がおかれていた。すなわち、成人後の複数国籍維持については原則として許可をしない政策をとっていたことになる。1999年の国籍法改正で血統主義から出生地主義の導入を実現したドイツであったが、改正案にはあげられていた複数国籍は最終的に反対派の意向を汲んで回避されることになった⁽¹⁰⁹⁾。また、それ以前の父系血統主義から両系血統主義へと移行するにあたり違憲判断を行った上述の連邦憲法裁判所の判決でも、複数国籍は国家の利益や市民の利益において（特に兵役義務を主要な理由として提示しながら）、可能な限り回避または除去されるべき弊害であると指摘されていた⁽¹¹⁰⁾。「国家の側からは、その対人高権を明白に限定するため、国籍の排他性が追求される。国家は一必要の場合には生命を投げだすことになるような—国民の忠誠義務を確保し、これが他の国家に対して負担された忠誠との生じうるべき抵触によって危うくされることのないことを求める」という説明が、まさに複数国籍に対する考え方であった⁽¹¹¹⁾。

それでも、子の立場から鑑みれば、ドイツで生活することを考慮する際に受ける子の不利益を凌駕するほどのものではないことから、両性血統主義は導入されたのであった。しかし、出生地主義を導入したことによって、成人後に国籍を選択する必要に迫られる者が明らかに増加し⁽¹¹²⁾、社会の変化の中で複数

(109) 反対派（1999年当時野党、保守派）も、「ドイツ国は血統共同体だ」という見地から反対したのではなく、「ドイツ生まれ、というだけで外国人父母の子にドイツ国籍を認めるのは、ドイツ国家に参加する意思がないものにもドイツ国籍を認めることになる（のでよくない）」と主張したにすぎなかった（佐藤成基、前掲注(80) 73頁）。

(110) 近藤敦『人権法』（日本評論社、2016年）41頁。

(111) BVerfGE 37, 217, S. 254-255. なお、基本法 116 条が複数国籍について反対することを示しているとする見解もある（Maunz Theodor und Günter Dürig (Anm.41), GG Art.116, Giegerich, Rn.30.）。

(112) 生来的に生まれながら複数国籍保持者となった者は「ドイツで育ち、ドイツとの内的なつながりを有していても、ドイツ国籍を喪失することになりかねないという状況があった」（渡辺富久子「〔ドイツ〕国籍法の改正」外国の立法 261 巻 2

国籍を制限する国籍選択制度についても多くの批判が提起された。Kay Hailbronner は、国籍選択制度について、かなりの考慮が必要でありどのような評価するかは立法者次第であると留保しつつも、放棄すべきである主張してきた⁽¹¹³⁾。また、ドイツ連邦行政裁判所も、「国際結婚の増加と移住労働者運動の成長との関連で、複数国籍を採用する傾向はますます高まっている」として、複数国籍を許容すべきとの見解を示している⁽¹¹⁴⁾。

このような国籍法制の改正には、EU に所属する加盟国間での水平的な比較のもとで、避けることのできない法的問題となっていた⁽¹¹⁵⁾。それでもドイツが複数国籍に否定的であったのは、ドイツが抱える外国人の多くがトルコなどの EU 域外の国籍保持者であったためである。1963 年欧州評議会において採択された「重国籍の場合の減少及び重国籍の場合の兵役義務に関する条約」によると、基本的に複数国籍は望ましいものではなく、これを可能な限り防止するという立場であった⁽¹¹⁶⁾。しかし、ヨーロッパにおける移住労働者の増加・定住、

号（2014 年）1 頁）。

(113) さらに、Kay Hailbronner は、「法的政策の面では、二重国籍の認定やドイツ国籍の喪失の不当性に関する議論に焦点を当てているが、一時的な二重国籍の問題と大多数の国籍の喪失の問題についてはほとんど知られていない」とする（Kay Hailbronner, Optionsregelung und doppelte Staatsangehörigkeit, ZAR, 2013, S.360）。なお、複数国籍となっている者のうちどの国の国籍保持者が多いかなどは統計上明らかでない（Martin Weinmann, Eine Staatsangehörigkeit “auf Dauer”: der Generationenschnitt als Modell für ein modernes Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 36, 2016, S.320）。

(114) BverwG 107, 223. ドイツで出生したドイツ人が、イタリアの男性との婚姻により、ドイツに継続して居住しながらもイタリア国籍を取得し、ドイツの国籍も継続して保持しようとしたがそれが叶わないことから、ドイツ国籍を喪失しないことを確認するための訴訟を提起した。

(115) 複数国籍を認めない国ももちろん存在したが、イギリスやフランスという EU の中心となる国家が、複数国籍原則をおいていた（David A. Martin, New Rules for Dual Nationality, in: Hansen Randall and Patrick Weil, Dual nationality, social rights and federal citizenship in the US and Europe: the reinvention of citizenship, Berghahn Books, 2002, p.34ff.）。

(116) それ以前には、1930 年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約（Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws）」によって、複数国籍を制限することは、多くの国家における共通認識となっていた。

国際結婚の増加、さらには加盟国間の自由移動など、現実にはそぐわないという認識が欧州各国で広まり、複数国籍防止の原則の見直しを迫られた。欧州評議会の閣僚委員会で1997年に採択された「国籍に関するヨーロッパ条約 (European convention on nationality)」は、出生や婚姻により複数国籍となった場合には、当事国は複数国籍を容認しなければならないとする(14条1項)⁽¹¹⁷⁾。このように国際法は、複数国籍を回避するというルールを維持するのではなく、複数国籍が増加することについて中立的な立場を明確にした⁽¹¹⁸⁾。

このような外的な変化も相まって、ドイツは2014年国籍法改正を通じて、ドイツで出生したことによりドイツ国籍を有する者が一定の要件(①8年間のドイツ国内滞在、②6年間のドイツでの通学、③ドイツ国内の学校卒業または職業教育の修了)を満たすときには、成人後も複数国籍を保持することを認め(国籍法29条1a項)⁽¹¹⁹⁾、現代の移民社会に対応しようとしたのである⁽¹²⁰⁾。

(117) 複数の国籍の問題は、いくつかのヨーロッパ諸国では議論の余地があることを認識しなければならない。いくつかの国は、国家とその国民の間の連帯の考え方に多くの技術的な法的問題と葛藤を引き起こす異常な状況として複数の国籍を考慮する必要があるため、その制度を回避したいと考えている (Gerard-René De Groot, *The European Convention on Nationality: a step towards a ius commune in the field of nationality law*, *Maastricht journal of European and comparative law* 7.2, 2000, p.150, Thomas Faist, *Dual citizenship as overlapping membership*, *Willy Brandt Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relations* 3/01, 2001, p.16ff.) なお、国籍に関するヨーロッパ条約の日本語訳については、奥田安弘・館田晶子「1997年のヨーロッパ国籍条約」北大法学論集50巻5号(2000年)を参照。

(118) Kay Hailbronner (Anm.113), S.363.

(119) 2000年代以降ドイツ国籍法は、新たな社会的環境に必要なに応じて適応させるように、頻繁に国籍法を修正・改正してきた。現行国籍法は、ドイツ人をドイツ国籍保持者として定義する1条をのぞき、ドイツ国籍の取得・複数国籍条項、国籍喪失・離脱放棄・選択・維持などの規定条項、そして国籍関連の行政手続き・法適用と処罰規定の3つの枠組みで構成されている。

(120) しかし、「2014年の改正は制度を後退させるものではないが、複数国籍を無制限に受け入れる他国と比較するともはや最新のものではなく、国籍法の抜本的な改革の機会を失った」との主張もある (Martin Weinmann (Anm.113), S.324)。

第4節 小括：ドイツ国籍保持者としてのドイツ国民とは

ドイツは、血統主義に基づく—Volk 型の—一国籍法制をおいていた。基本法 116 条は法律に国民の範囲を決定する要件を委ねているが、その国籍法は基本法施行以前のを継続して使用していた。しかし、ドイツは元来よりエトノス的な国民形成を採用し続けたのではなかった。

ドイツ国籍法制の変遷を辿っていくと、慣習的には領土を基盤としており、居住する市民の把握を連邦レベルで実施してきた。プロイセン臣民法を契機として血統主義へと転換、1870 年国籍法以降北ドイツ連邦と南部ドイツが統合し帝国が形成されていく過程で、血統は核心概念としておかれるようになり、1913 年国籍法を通じて全般的に国家主義的・民族主義的な所属性を求める意味の血統主義が安着することになる⁽¹²¹⁾。血統主義は、国民と外国人、すなわちウチとソトを区別するための「法的伝統」⁽¹²²⁾として、長年基本原則とされてきたのである。ロジャース・ブルーベーカーは、「エスノ文化的で差異化主義的なドイツのネーション理解が純粹血統主義をとる閉鎖的で制限的な国籍法の形成を促す」と指摘したが⁽¹²³⁾、このような見解は、憲法裁判所の見解にも示されている。血統主義を継続してきたドイツにおいて、国家の構成員たるドイツ国籍保持者は、戦前と戦後も継続性を有していたことを、憲法裁判所は明言している。1913 年国籍法の維持はこれを根拠づけるものとして使用され続けた。

(121) See David Abraham, Constitutional patriotism, citizenship and belonging, *International journal of constitutional law*, Vol.6, No.1, 2008, p.146.

(122) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (4) 196 頁。

(123) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (4) 330 頁。ロジャース・ブルーベーカーは、ドイツの国民の定義が根本的修正をさけてきたのは法的な伝統に基づくと指摘する。「ドイツの諸国家（統一以前のプロイセンや他の領邦、帝政ドイツ、ヴァイマル共和国、第三帝国、そして 1949 年以降の両ドイツ国家）は、国籍法が最初に成文化されてきた。だが、おおまかなパターン（すなわちフランスにおける出生地主義と血統主義との混合、ドイツにおける純然たる血統主義システム）は長い間固定されてきた。それは伝統の慣習的重みと規範的威信を獲得してきた。この慣習力は、国籍のもつ重要性和象徴的中心性によって増大させられたにすぎない」（ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (4) 303 頁）。

そしてこの点は、ドイツ連邦領域内に居住しているドイツ血統をもつ者だけでなく、領域外に居住するドイツ人にとっても重要な意味とされてきた。この点については、後述することとする。

そのような国籍法制も、外的要因などによって変容している。血統主義原則と複数国籍の変化が、まさにそれである。1999年のドイツ国籍法改正の重要な目的は、移民労働者と第2世代および第3世代の子孫によるドイツ国籍の取得を、ドイツ社会への統合のための不可欠な前提条件として促進することであつたといえよう。「移民現象の発展によって、移民の子どもたちに閉じられていた国籍の境界が開かれた」⁽¹²⁴⁾のである。

第3章 民族所属性に基づく受容—戦後ドイツの在外同胞政策—

第1節 在外ドイツ人とは

(1) 歴史的背景

血統主義を採用している限りにおいて、国籍は土地ではなく人によって継承されることになる。そこで、以下では領土外に居住するドイツ人、すなわち在外ドイツ人を扱うことにする。後述するように、基本法116条1項は在外ドイツ人を受け入れるための過渡的条項である。ここで扱う在外ドイツ人は、歴史的経緯から国外に居住することとなった者が対象であり、彼ら彼女らの受け入れについては、国籍法ではなく後述する被追放者法に委任されることになる。ここでは、ドイツ国籍保持者ではない「身分としてのドイツ人」という地位に該当する者が誰か、歴史的展開と法制度から概観する。

ドイツ人が旧ソ連や東ヨーロッパ地域にまともって移住したのは、中世から19世紀、東ヨーロッパ各地でドイツ人居住地やドイツ語圏への移住は20世紀初頭である。第一次世界大戦後、ドイツは東方の領土を喪失することで在外ドイツ人をより生み出すことになり、ハプスブルク帝国の解体によって登場した

(124) パトリック・ヴェイユ、前掲注(8) 304頁。

国民国家によって、在外ドイツ人は多くの国で民族マイノリティとなった⁽¹²⁵⁾。

1919年の時点で、約3000万人がドイツの国境外に居住しており、1939年の時点で、約900万人のドイツ人が現在のポーランドに居住していた。1939年時点第二次世界大戦によってドイツ系住民は法的権利を剥奪され、約80万人がシベリアやカザフスタンに強制移住する迫害を受け、シベリア・東プロシア・ポーランド・チェコスロバキアでは特定の地域だけでの居住を許された。ナチスドイツ敗戦後の1945年以降、オーデル＝ナイセ線以東の領土を喪失したことで、大量のドイツ人が強制的に移住させられた（追放（Vertreibung）⁽¹²⁶⁾）。領土を回復させたポーランドは、少数民族に対する抑圧的な政策を行ったこともあり、在外ドイツ人は被追放者（Vertriebene）となり、自らの「先住性」・「ドイツ的性質」⁽¹²⁷⁾から、ドイツに移住することを求めた。国家の境界線の外にしながら、同一のネーションに帰属する同胞（Stammesgenossen）が在外同胞である。これに基づくと、在外ドイツ人

(125) Wilhelm Bleek, Auslandsdeutsche, in: Andersen Uwe (eds.), Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, Springer-Verlag, 2013, S.19-20, 佐藤成基「国境を超える『民族』—アウスジードラー問題の歴史的経緯—」社会志林 54 巻1号（2007年）24頁。

(126) 「追放」という言葉で表現される移住は、関係各国によってニュアンスが異なる（川喜田敦子『東欧からのドイツ人の「追放」—20世紀の住民移動の歴史のなかで』（白水社、2019年）10頁）。本稿では、ドイツで一般的に用いられていることから、この用語を使用する。

(127) Jannis Panagiotidis, What Is the German's Fatherland?, East European Politics and Societies and Cultures, Vol.29, No.1, 2015, p.120. このようなポストコロニアルな帰還者としては、アフリカの植民地から帰還したポルトガル人、アルジェリアから帰還したフランス人ノワールなどが存在するが、「ヨーロッパの目に見えない移住者（Europe's Invisible Migrants）」として、約5-700万人に及んだと推定される（Andrea Smith, Europe's invisible migrants, Amsterdam University Press, 2002, p.9ff）。在外ドイツ人が、ドイツ人マイノリティであったが故に追放され迫害されたことにより、故郷であるドイツに戻り（帰還）、東ヨーロッパで受けた被害に対する補償・救済を求める権利は、「故郷権（Recht auf die Heimat, Heimatrecht）」と言われ、被追放者諸団体にとって故郷政策の中心であった（佐藤成基「忘れられた領土／東方領土問題と戦後ドイツのナショナル・アイデンティティ」茨城大学人文学部紀要・社会科学論集 27 巻（2002年）21-22頁。

(Auslandesdeutsche) とは、ドイツ連邦共和国の外に位置する移民である。1871 年の統一国家建国以来、ドイツは国境外に多くの在外ドイツ人を抱えてきた⁽¹²⁸⁾。

(2) 身分としてのドイツ人と民族所属性

後述するが、在外ドイツ人（在外同胞）の範囲の大枠は、基本法 116 条で示された身分としてのドイツ人（Status-Deutsche）から導き出すことのできる存在であり、身分としてのドイツ人をドイツ国民とみなしていることを意味する⁽¹²⁹⁾。Peter Häberle が「基本法 116 条は庇護問題と結びつけてはいけない」⁽¹³⁰⁾と指摘するように、身分としてのドイツ人に関する問題は、いわゆる難民を保護する意味の庇護問題とは異なる、第 2 のカテゴリーのドイツ人の処遇に関する問題である⁽¹³¹⁾。ドイツは、身分としてのドイツ人も含めた全てのドイツ人に、同じ国際的権利と義務が適用され、政治参加の権利を除いた憲法上の同等の権

(128) 在外ドイツ人は「その時々政治的・社会的状況の中で、さまざまに理解され、誤解され（時に見過ごされ、忘れられ）、テーマ化され、さまざまな政治的関心の下に道具化されてきた」（佐藤成基、前掲注（127）21 頁）。一方、「1950 年代以来、ドイツで移民問題の議論が本格化したことはない。それはつまり、戦後にポーランドやチェコからドイツ連邦共和国にやって来た 800 万人もの『国外退去者』を、移民とは考えていないからなのだ。それらの人々は、国外の居住地を立ち退くよう不当に強要されたドイツ人だと見なされており、「1 つの民族、1 つの運命共同体という思想を脱せずにいる」との指摘もある（アルブレヒト・キーザー（嶋崎正樹訳）「ドイツ根強い血統主義『民族共同体』と移民の闘い」世界（2006 年）291 頁）。なお、ヴァイマル憲法 113 条で、ドイツ国内の外国語を話す人々（Die fremdspachigen Colksteile des Reichs）の文化的自治を保護する旨を規定しているが、これは在外ドイツ人のドイツ性を維持させることを意図していた（川手圭一「第一次世界大戦後ドイツの東部国境と「マイノリティ問題」（特集／二〇世紀ヨーロッパ史のなかの〈境界〉）」歴史評論 665 巻（2005 年）20 頁以下）。

(129) Pieroth Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, C.H.Beck, 2009, Art.116, Rn.9.

(130) Peter Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Duncker&Humboldt, 2008, S.270.

(131) Theodor Maunz und Günter Dürig (Anm.41), GG Art.116, Giegerich, Rn.56.

利を享受する。基本法 116 条のドイツ国籍保持者と身分としてのドイツ人は、厳密には代替的でドイツ国籍のほうに優先権があり、ドイツ国籍を取得することで、身分としてのドイツ人の地位は失われることになる⁽¹³²⁾。

被追放者という用語は、避難民と被追放者を広義に包摂するために使用されることがあるために使用されている言葉である⁽¹³³⁾。戦後の混乱の中で両者を明確に区分することは難しいものの、少なくとも在外ドイツ人、すなわち民族的背景をもつドイツ人が基本法上の人的基盤に含まれることがわかる。基本法 116 条 1 項にいう「1937 年 12 月 31 日の時点でのドイツ帝国の領域」⁽¹³⁴⁾は、ナチスがオーストリアに對外拡大する以前の領域、すなわちヴァイマル時代のドイツ領域を指し、被追放者はこの領域からの帰還者を意味する。

基本法の条項では具体的な対象やその定義は不明確であるが、「連邦被追放者法（Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge vom 29. Mai 1953）」によって、基本法 116 条にいう民族所属性（Volkszugehörigkeit）の詳細が明示されている⁽¹³⁵⁾。

(132) Theodor Maunz und Günter Dürig (Anm.41), GG Art.116, Giegerich, Rn.57. なお、避難または追放が行われた地域への居住移転は、ドイツ人の法的地位を喪失することにつながる（Rolf Grawert, (Anm.2), Rn.38）。

(133) 近藤潤三『ドイツ移民問題の現代史—移民国への道程』（木鐸社、2013 年）91-92 頁。

(134) これは、1944 年 9 月 12 日のロンドン議定書（London Protokolle）に由来しており、この議定書に基づきアメリカ・イギリス・ソ連によってドイツは 3 つの地域に分割され、ドイツの領域的枠組みとして受け止められた（佐藤成基「忘れられた領土／東方領土問題と戦後ドイツのナショナル・アイデンティティ」茨城大学人文学部紀要・社会科学論集 27 卷（2002 年）10 頁）。

(135) 避難とは、ソ連軍の侵攻を前に自ら避難して来た人々であり、追放とは、実際に東欧の新政府や連合国強制移住を迫られた人々である（佐藤成基「ドイツ人の『追放』、日本人の『引き揚げ』—その戦後における語られ方をめぐって—」立命館言語文化研究 29 卷 3 号（2018 年）76 頁以下参照）。

連邦被追放者法

6条1項 この法律にいうところのドイツ民族性保持者とは、この出身地においてドイツ民族性を自認しており、かつそうした自認が血統、言語、教育、文化などの一定のメルクマールによって確認される者である。

ドイツ民族所属性をもつ者へコミットするには、ドイツ民族に所属しているとみなされるための意思が必要である⁽¹³⁶⁾。すなわち、在外ドイツ人とは、ドイツ国外に居住していながら歴史的経験のみならず実体として文化的・社会的面で出身国家であるドイツの文化共同体と連関があるドイツ民族性(Volksdeutschtum)という文化的要因が客観的に存在することを自認する者という、非常に主観的な定義がされている⁽¹³⁷⁾。ドイツ民族所属性にコミットメントしていることへの確認は、客観的な確認事項だけが存在していてもよく、親族の起源に関する制限が文言上で示されているわけでもないことから、ドイツ人の祖父母を有する場合なども認められる⁽¹³⁸⁾。例えば、1964年に連邦憲法裁判所は、原告がドイツの学校に通いドイツ家庭に養子縁組され(父親はドイツ企業で勤務)、ドイツのスカウトクラブのメンバーであるといった理由から、ドイツ民族性の自認に十分な証拠とみなすことができると判断している⁽¹³⁹⁾。「ユダヤ人の信仰へのコミットメントは、ドイツ国籍のために排除するものではない。ドイツ語がバルト諸国だけで文化的言語として広く使われていたという事

(136) Georg Erbs und Max Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, C.H.Beck, 2018, BVFG Art.6, Volkszugehörigkeit, Rn.2.

(137) Rolf Grawert (Anm.2), S.126, Kay Hailbronner (Anm.41), GG Art.116, Rn.27. しかし、人生の大部分を他国で過ごす中で、「異文化、異なる世界観、異なる政治システムの下で暮らし」、「ドイツ語もままならない者も多い」のは、当然のことであつたといえる(野川忍『外国人労働者法 ドイツの成果と日本の展望』(信山社、1993年)93頁)。

(138) Georg Erbs und Max Kohlhaas (Anm.136) BVFG Art.6 Volkszugehörigkeit, Rn.2.

(139) BVerfGE 17, 224, S.227-228.

実は、家族のライフスタイル全体がドイツ人と密接に結びついていることから、ドイツ国籍に対する告訴人の忠誠を否定することを正当化するものではない⁽¹⁴⁰⁾ ことから、宗教などより言語の重要性が意識されていることがわかる。

「越境的メンバーシップの形態」⁽¹⁴¹⁾ である在外ドイツ人への国籍の拡張について、ロジャース・ブルーベーカーは、①国外のドイツ民族をドイツ帝国により緊密に結びつけドイツ帝国の庇護の下におくことによって強化するもの、②ドイツ帝国をドイツ民族により緊密に結びつけドイツ帝国をよりドイツ的にするもの、の2つの意味に分かれるものと主張する⁽¹⁴²⁾。すでに言及したように、ドイツは国家形成に際して、在外ドイツ人を受け入れることで戦後ドイツのネーションを形成してきた。これは、人道的な面はもちろん、経済的な側面に基づく政策でもあったのである。

上述したように、ロジャース・ブルーベーカーは、1913年国籍法を在外ドイツ人には開かれていて帝国内の移住者（外国人）には排他的な「エスノ文化的」特徴があるとする⁽¹⁴³⁾。たしかに、在外ドイツ人の国民への包摂の要求は、強いナショナリズム的な傾向をもっているようにみることができる。しかし、佐藤成基によると、「東欧からのドイツ人移民に国籍を付与する戦後連邦共和国の国籍政策は、1913年の国籍法とはなんら直接のつながりは持たず、『在外ドイツ人』とは、当時の海外植民地に移住したドイツ国籍保持者（あるいは、かつての保持者）のことを主として意味していた」⁽¹⁴⁴⁾ のであり、あくまでも国

(140) BVerfGE 17, 224, S.228.

(141) ロジャース・ブルーベーカー（佐藤成基他編訳）『グローバル化する世界と「帰属の政治」移民・シティズンシップ・国民国家』（明石書店、2016年）133頁。

(142) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注（4）194頁。

(143) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注（4）114-119頁。伊藤定良は、ドイツ帝国が「真正な国民国家」となるうえで全ドイツ派によって、国境＝民族問題が最重要課題として解決されなければならなかったとする考え方を紹介しつつ、ドイツを「真の国民国家」に作り替えるためには、在外ドイツ人（『民族ドイツ人』）にドイツ市民権を与えねばならず、こうして彼らの要求は、1913年の国籍法に結晶したとする（伊藤定良、前掲注（14）178頁）。

(144) 佐藤成基、前掲注（125）23頁。

家領土内における住民の国籍の血統主義を確立したのみで、民族ドイツ人は問題とされていないと指摘する。

ドイツ（以下では、西ドイツの制度が該当する）における在外同胞の範疇は、特異であり多様であるといえる。そしてその諸政策は、①ドイツへの帰還を求める在外同胞は国籍に関係なく受け入れ、②ドイツへ帰還する同胞に対する社会適応を支援し、③在外同胞（特に東ヨーロッパ、中南米に居住するドイツ系少数民族）の現地定着を支援する、という3点に重きをおいてきた。以下では、特に①の在外ドイツ人の帰還に焦点をおき、連邦被追放者法を中心に、在外同胞である在外ドイツ人概念の範疇を検討したい。

第2節 被追放者とアウスジードラー

(1) 被追放者法と被追放者

上述のように、ドイツは1913年国籍法を維持したまま、戦後在外ドイツ人を国内に法的に編入するための法整備を行なった。これは、ドイツにおける1つの戦後処理の形であった⁽¹⁴⁵⁾。この法律が、上述した「連邦被追放者法」である。まず、被追放者の概念について、1条には次のように規定されている⁽¹⁴⁶⁾。

被追放者法

1条 (1) 被追放者とは、ドイツ国籍保持者あるいはドイツ民族所属性を有する者として、差し当たり外国の行政下にある東方領土に、または1937年12月31日時点でのドイツ帝国国境の外部にある領土において居住地を持ち、その居住地を第二次大戦と関連して追放の結果、

(145) 広渡清吾は、戦後西ドイツの戦後処理に関わる問題として、「在外ドイツ人」を受け入れるには大きく3つの段階があるという（広渡清吾、前掲注（80）222頁）。

第1段階：戦後直後の東方地域からの一般的追放措置によって「故郷を追われた人々」が問題となる時期（1945-1949年）

第2段階：東西冷戦の中で、いわゆるアウスジードラーが「共産圏諸国からのエクソダス」という政治的意味を担われる時期（1950-1990年）

第3段階：冷戦の終結をうけた政策転換の時期（1990年以降）

(146) 被追放者法1条の日本語訳は、佐藤成基、前掲注（125）から引用する。

特に駆逐や避難により失った者のことである。いくつかの居住地がある場合には、その当事者の個人としての生活状況に決定的であった居住地でなければならない。戦争のために、1文で示された領土に居住地を移住した場合に関しては、その者が戦争の後この領土に継続的に定住しようとしていたという事情においてのみ被追放者である。

(2) 被追放者とは（また）、ドイツの国籍保持者あるいはドイツ民族所属性を有する者として、以下のような者である。

1. 1933年1月30日以後、政治的信念、人種、信仰、世界観を理由にその者を脅かしたり、その者に対して行使された国民社会主義の暴力措置の故に、第1段落で示された領土を去り、ドイツ帝国外部に居住地を得た者。

2. 第二次大戦中締結された国家間条約を理由にドイツ外部の領土から移住させられた者、あるいは同時期にドイツの行政機関の措置を理由に、ドイツ陸軍に占領された領土から移住させられた者。（移住者 Umsiedler）

3. 全般的な追放措置が終結したあと、差し当たり外国の行政下にあるドイツ東方領土、ダンツィヒ、エストニア、ラトヴィア、リトアニア、ソヴィエト連邦、ポーランド、チェコスロヴァキア、ハンガリー、ルーマニア、ブルガリア、ユーゴスラヴィア、あるいはアルバニアを離れた（または離れる）者。ただし1945年5月8日以後に初めてこの領土に居住地を定めた者を除外する。（アウスジードラー）

4. 居住地は持たないが、第1段落に示した領土に継続的に仕事あるいは職業を営んでいて、追放の結果その活動をやめざるを得なかった者。

(3) 被追放者とはまた、自らはドイツ国籍保持者あるいはドイツ民族帰属保持者ではないが、被追放者の配偶者として第1段落に示された領域において居住地を失った者をいう。

難民（Flüchlinge）とは、戦争末期に前線が接近してくる中で、自己の判断

あるいは軍や官憲の命令によってやむなく故郷を離れた者である。一方、被追放者（Vertriebene）とは、戦争終結後にドイツ民族（ドイツ文化共同体に属した者）であるという理由で故郷を強制的に退去させられた者である。両者は、被追放者（Verbindene）として総称されており⁽¹⁴⁷⁾、基本法116条の身分としてのドイツ人概念に含まれている。被追放者は、ドイツという名で行われた残虐な行為によって故郷とそこに残した財産を奪われたのである。したがって、ドイツ民族所属性を有していることを自認しているからといって、誰でも難民あるいは被追放者となれるわけではない。

「過渡的な」⁽¹⁴⁸⁾ 規定の1つであった基本法116条は抽象的で、彼ら彼女らの地位を明確にはしておらず、追放されてドイツ国内に帰還した者に安定した地位を保障することを保障したものであったが、1953年の被追放者法によってカテゴライズされ広く受け入れられることになったのである⁽¹⁴⁹⁾。その目的は、「1937年のドイツ帝国または旧ドイツ東部地域の境界外の地域に住み、追放措置の結果として失ったドイツ国民およびその家族の法的地位を規律すること」⁽¹⁵⁰⁾ にあり、結果的に被追放者らを統合するための法的な枠組みを提供したのであった⁽¹⁵¹⁾。

(147) 近藤潤三によると、西ドイツでは1950年代にこれらの人々を処遇する法令が整備されたが、すでに冷戦の時代を迎えていたため、ソ連・東欧圏の体制の邪悪さを強調する反共主義的な意図を込めて、避難民と被追放民を一括して被追放民と呼ぶようになったのであり、法的な面からみるとこのように扱う方が簡便であるとする（近藤潤三、前掲注（133）84頁以下）。アウスジードラーは、1987年までに約140万人、1992年までに約142万人帰還している。

(148) Kay Hailbronner, u.a. (Anm.37), GG Art.116, Rn.4.

(149) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注（4）137頁。

(150) Kay Hailbronner, u.a. (Anm.37), GG Art.116, Rn.21.

(151) Daniel Levy, Integrating Ethnic Germans in West Germany: The Early Postwar Period, in: David Rock and Stefan Wolff (eds.), Coming home to Germany?—The integration of ethnic Germans from central and Eastern Europe in the federal republic, 2002, p.23.

(2) アウスジードラーとシュペートアウスジードラー

アウスジードラー (Aussiedler) の問題は、身分的にはドイツ人として含まれるものの、ドイツ社会の構成員にとって外国人 (Ausländer) のように認識された存在であった⁽¹⁵²⁾。

アウスジードラーとは、被追放者の下位概念に位置しており、上述の被追放者法 1 条 2 項 3 号に規定されている。その由来は、ロシア帝国とその後継であるソ連に居住していたドイツ系住民であり、上記の被追放者が実際に追放された 1950 年以降に、追放された該当領域からドイツ国内に移住する者をさす⁽¹⁵³⁾。したがって、アウスジードラーは被追放者の周縁的な概念であり、ドイツ国民あるいは民族的ドイツ人とみなして拡張された存在ということが出来る。アウスジードラーは、追放が終わった後であっても、移住することができる者をさすカテゴリーであり、被追放者法 7 条をもって、追放以後に生まれた被追放者の直系卑属も広義被追放者の地位を得ることが出来る。アウスジードラーは、自身のドイツ民族所属性を証明することによって、ドイツで基本法 116 条上の身分としてのドイツ人となるが、その国籍については、身分としてのドイツ人としてドイツ国内に受け入れられた場合、国籍を自動的に与えられた。過渡的な条文であった基本法 116 条は、「この憲法の条項には、当初それをもっていなかったし、もつことが意図もされていなかったような潜在的に強力な越境的効力が付与され」、「開放的体制の基礎となった」ということができる⁽¹⁵⁴⁾。

(152) アウスジードラーの前史的な背景については、近藤潤三、前掲注 (133) 59 頁以下、受け入れ等の歴史的経緯については、佐藤成基、前掲注 (125) が詳しい。

(153) 佐藤成基、前掲注 (125) 29 頁。戦争終結後毎年 2 万人前後がドイツへ移住したが、1960 年の時点でドイツは国内に 970 万人の被追放者を抱えることになった (佐藤成基、前掲注 (125) 58 頁)。

(154) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注 (141) 154 頁。アウスジードラー流入に対する政策について、ドイツは「全ドイツ民族へのコミットメント」という形でオーデル＝ナイゼ線より東側に対しても介入することを意味していたが、この点は東欧の社会主義諸国にとっては政治的な争点になるものであり、外交交渉の課題となっていた (佐藤成基、前掲注 (125) 30 頁以下)。「アウスジードラーが、『追放』が事実上終結した後も『被追放者』としての資格で受け入れられ続けたこと

しかし、アウスジードラーは、恒久的に受け入れられてきたわけではない。1993年以降後発的に受け入れたアウスジードラーを、特にシュペートアウスジードラー (Spätaussiedler) という。被追放者法4条1項には、シュペートアウスジードラーについて規定されている⁽¹⁵⁵⁾。

被追放者法

4条1項 シュペートアウスジードラーとは、1992年12月31日以降に旧ソヴィエト連邦を受け入れ手続きの途中で退去し、次の時期に6ヶ月以内に法律上有効な地域に定着したドイツ民族所属性を有する者である。

1号 1945年5月8日以来

2号 自らが追放されるか、両親の一方が追放された場合には1952年3月31日以来

3号 1992年12月31日以前に出生した場合、その出生以来

2項 シュペートアウスジードラーは、1項2号3文第1段落に挙げられた諸国家以外の移住地域から1992年12月31日、またはそれ以降にドイツ民族籍保持者に基づく差別や不利益の影響を受けた者である。

3項 シュペートアウスジードラーは、基本法116条1項の意味でのドイツ人である。27条1項2文に基づき入国通知に含まれたシュペートアウスジードラーの配偶者または子孫は、その包含が無効でない場合は、法的な範囲に含まれこの法的地位を取得する。

の背後には、このような冷戦下におけるアウスジードラー理解の転換があった。このような『追放』概念の解釈転換の背景には、当時の連邦共和国の反共主義があったことは間違いない」(佐藤成基、前掲注(125)31頁)。

- (155) 被追放者法15条に、シュペートアウスジードラー認定に関する手続き的説明がなされているが、この手続きに従い、入国後に申請者とその妻は、基本法116条に定義されるドイツ人の地位が与えられるのである (Fritz Sturm, Die versteckte Novelle des Staatsangehörigkeitsgesetzes, Das Standesamt, Vol. 61, 2008, S.133)。

しかし、追放の影響を受けるアウスジードラーを義務的に受け入れ続けたことはドイツにとって負担であったため、受け入れを見直す動きが活発化していった。被追放者法の後継としての「戦争結果に関する諸法律の整理のための法律（Gesetz zur Bereinigung von Kriegsfolgesetzen vom 21. Dez. 1992）」（以下、戦争結果整理法という）では、アウスジードラーの法的地位は大きく変化した⁽¹⁵⁶⁾。戦争結果整理法4条にシュペートアウスジードラーの規定がおかれているが、これは被追放者法上の概念とは異なるものであった。

戦争結果整理法

4条1項 シュペートアウスジードラーとは、1992年12月31日以降に旧ソヴィエト連邦を受け入れ手続きの途中で退去し、次の時期に6ヶ月以内に法律上有効な地域に定着したドイツ民族所属者である。

1号 1945年5月8日以来

2号 自らが追放されるか、両親の一方が追放された場合には1952年3月31日以来

3号 1992年12月31日以前に出生した場合、その出生以来

2項 シュペートアウスジードラーは、1項2号3文第1段落に挙げられた諸国家以外の移住地域から1992年12月31日、またはそれ以降にドイツ民族所属性を有する者に基づく差別や不利益の影響を受けたことを、自身で疎明することができる者である。

3項 シュペートアウスジードラーは、基本法116条1項の意味でのドイツ人である。27条1項2文に基づき入国通知に含まれたシュペートアウスジードラーの配偶者または子孫は、その包含が無効でない場

(156) 「アウスジードラーの問題は、1980年代末から始まる東欧の民主化、社会主義体制の解体、ドイツの『再統一』という大きな政治・社会変動の中で、再びその意味を大きく変化させる。そして、1990年代にはいると、アウスジードラーという地位そのものが終結に向かうことが確実となったのである」（佐藤成基、前掲注（125）36頁）。

合は、法的な範囲に含まれこの法的地位を取得する。

また、同時に被追放者法6条には、2項が追加されることとなった。

被追放者法

6条2項 1923年12月31日以降に生まれた者で、次の条件にあてはまる場合、ドイツ民族所属性を有する者である。

1号 ドイツ国籍やドイツ民族所属性を有する者の子孫で、

2号 その両親や両親のどちらか一方もしくは親戚が言語、教育、文化などのような証明される特徴を受け継いでいて、

3号 かつ移住領域を退去するまで自身をドイツ国籍であると宣言し、それまで何らかの方法でドイツ民族所属性を有する者であることを証明するか、出身国の法律によってドイツ国籍を有する者⁽¹⁵⁷⁾

すなわち、法律上ドイツ民族所属性を有する者を1924年1月1日以降に出生した者として、時期的な限界を示したことになる。また、シュベートアウスジードラーは、追放されたことを自身で疎明しなければならず、その他の難民および被追放者（アウスジードラーも含む）のように身分としてのドイツ人として認められて直ちにドイツ国籍を付与されるわけではない。帰化手続き簡略化のために、被追放者法15条によって被追放者証明書を所持することができ

(157) 2項2号は、出身地域の状況が理由で明らかな特徴を伝えることができないか期待不可能な場合、2項3号はドイツの民族性の告白が身体及び生活の危険、または重大な職業上または経済的な不利益とつながる可能性があったが、総合的な状況からドイツの民族集団に属し、他の集団に属さない意志に疑いがなく認められる場合、充足しているものと見なされる。民族性は実際に発行された書類、国税調査、登録、入学、及び身分証明書及びパスポートの所有によって認められ、そのほかに同郷人会の民族性証明書、ドイツ民族籍の身分証明書、ドイツ学校の証明書、ドイツクラブの会員証、ナチス時代の移住通知も有効である（四釜綾子「現代移民の多様性／ドイツ系帰国者（Aussiedler）受け入れ政策と統合問題—移民と血統主義のはざまで—」国立民俗学博物館調査報告83号（2009年）161頁）。

た場合、ドイツ国籍を取得することができるのである（国籍法7条）。

新たな改正ポイントとして指摘することのできる点は、シュペートアウスジードラーの配偶者およびその子が除外されている点である。さらに注目すべき点は、1996年以降シュペートアウスジードラーの認定においてドイツ語テストが導入されたことにある。シュペートアウスジードラーのドイツ語の水準が低いということは問題とされており、ドイツ語テストの導入は、現代ドイツへの統合を容易にするための手段であったとされる⁽¹⁵⁸⁾。ドイツ語能力が、民族所属性を示す要件として重要であることは、1996年の連邦行政裁判所判決においてドイツ語ではなくロシア語を母語としてあるいは好んで口語として話す者は、ロシアの文化に属する者である、と指摘している点からも明らかといえよう⁽¹⁵⁹⁾。

このような法改正等を経て、アウスジードラーの緩やかな受け入れの時期は終わり、徐々に減少傾向へと進むことになる。これは、民族所属性を有する者は、かつてのそれと同義ではなくなったことを意味し、外国人としての庇護申請者の受け入れにおける実質的な条件に近似するといえる⁽¹⁶⁰⁾。

シュペートアウスジードラーは、外国人ともその地位は異なるものの⁽¹⁶¹⁾、「均衡がとれないほど大きい流入は、地元住民に対する脅威の感情を引き起こす」⁽¹⁶²⁾とも指摘されることから鑑みると、移民としての外国人と実態的には同

(158) Amanda Klekowski von Koppenfels, Second-class citizens: Restriction of freedom of movement for Spätaussiedler is constitutional, German Law Journal Vol.5, 2004, p.773。このドイツ語テストに合格した受容対象者は、年々減少することになった。また、被追放者法9条1項によって、シュペートアウスジードラーとその家族には、外国人を統合するために「ドイツの言語、法秩序、文化及び歴史を外国人に伝える」ことを目的とした「統合講習」（滞在法43条）への参加請求権が与えられており、講習の参加費用も免除されている。

(159) BVerwGE 102, 214, DÖV 1997, S.686.

(160) Hermann von Mangoldt, et al. Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 3: Artikel 83 bis 146, 2005, Art.116, Rn.79.

(161) BVerfG Mar.17. 2004, 1 BvR 1266/00, Rn.35.

(162) BVerfG Mar.17. 2004, 1 BvR 1266/00, Rn.20. 本件は「シュペートアウスジード

視されていたことは明らかであろう。基本法 116 条に含まれるはずのシュペートアウスジードラーも、国外から帰還するという限りにおいて、身分としてのドイツ人の中で変則的状态を引き起こしているとみることができよう⁽¹⁶³⁾。

以上のように、アウスジードラー概念を定義したこれらの諸法制は、「ドイツ連邦共和国がその国家を構成する国民という概念において一面で『開かれた存在』であることを示して」いる。しかし、「『開かれている』のが東方に対してのみであり、かつ『ドイツ民族性』が基準となっているという点で」、「制度の『開放性』は民族主義的『閉鎖性』と表裏一体なのである」⁽¹⁶⁴⁾。

(3) 東西分断の中でのユーバージードラー

一方で、越境移住者、いわゆるユーバージードラー (Übersiedler) は、東ドイツから西ドイツへの (あるいは西ドイツから東ドイツへの) 移住者をさす (広義)⁽¹⁶⁵⁾。Herbert Wendt は、ユーバージードラーを「西ドイツ地域において

ラーの居住割り当てに関する法律 (Neufassung des Gesetzes über die Festlegung eines vorläufigen Wohnortes für Spätaussiedler vom 26. Feb. 1996)」に関連する訴訟である。ドイツは、ドイツ国内で働くことができず社会的利益に依存せざるをえないシュペートアウスジードラーとその家族を対象に、州ごとに均等配分する法制度を旧ソ連からシュペートアウスジードラーとして帰還した申立人の親子は、ニーダーザクセン州で数ヶ月の社会援助を受けていたが、離れた町に移ることとなったことで給付が制限されることが問題となったケースである。裁判所は、社会的支援に顕著な不利益を与え、移動の自由に関する権利を制限した場合、基本権の間接侵害となると判断している (BVerfG Mar.17, 2004, 1 BvR 1266/00, Rn.35ff.)。

(163) Eriko Horváth and Ruth Rubio-Marin, *supra* note 27, p.77.

(164) 河上倫逸『ヨーロッパ法と普遍法—諸世界システムの共存』(未来社、2009年) 155頁。「ドイツ民族を証明できるポーランド人やロシア人などのいわゆる民族同胞は以前と同様にドイツ国籍の恩恵を受けているのです。ところが、ドイツに長年住んでいる外国人労働者などは、居住権はあっても二重の国籍をとることは認められていません。たとえばドイツで生まれた子供たち、さらに孫たちは、フランスとは違い、無条件でドイツ国籍が取れるものではありません」(ユルゲン・ハーバーマス (河上倫逸編)『法と正義のディスクール—ハーバーマス京都講演集—』(未来社、1999年) 10頁。

(165) 1984年から1988年の間に、15万人以上の人々が東ドイツから西ドイツに移住した。この緩やかな流入は、ハンガリーが1989年5月に国境を開いたときに劇的に

永住する目的で共産国家である東ドイツを離れた者として、その結果多様な形態の請求権の付与を受ける東ドイツ市民を指す」と狭義的に説明すると同時に、「同一の歴史と文化および言語をもつものの、第二次世界大戦以後異なる経済、政治および社会体制で発展した東ドイツと西ドイツの両ドイツ地域間の移住者に対して適用される概念」であると指摘している⁽¹⁶⁶⁾。統一以来、この移住の範疇はもはや適用されていない。分断国家にとって一方の分断国住民の他方への移動（移住）を規律することは、すなわち分断国および分断国住民の法的地位・国籍問題に対する立場を指すものであった。東から西への移住は、正式な許可を得て移住する者（合法出国旅行者（legale Ausreiser）、狭義のユーバージードラー（Übersiedler）、東ドイツ法上不法移住民に該当する者（避難民（Flüchtlinge））に分けられる。

許可の有無にかかわらず東ドイツから西ドイツに移住した彼らは、広義には政治的な理由による迫害に晒されていたとみなしうるとしても、西ドイツが東ドイツの市民に対してもドイツ国籍を認めていた関係で、法的な面では西ドイツ市民と同じドイツ人としてただちに処遇された。これは、西ドイツが東ドイツ市民を潜在的な西ドイツ国籍保持者であるという、形式的な二重国籍状態にあったことを意味している。国籍法上の問題については2章で示したため、ここでは在外同胞政策としての法制度を概観したい。ユーバージードラーと関連する法的な概念定義としては、「ドイツ連邦区域内の緊急に対する法（Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 22. Aug. 1950）」（以下、緊急受入法という）および連邦被追放者3条を確認する必要がある⁽¹⁶⁷⁾。

増加した。その結果としての流出は、1989年11月旧東ドイツの政府に東西ドイツ間の国境を開放することを余儀なくされた。しかし、この措置は動きを止めることなく、1989年から1993年の間には、東ドイツから約140万人が西ドイツに移住した（Thomas K. Bauer and Klaus F. Zimmermann, Occupational Mobility of Ethnic Migrants, IZA Discussion paper series, No.58, 1999, p.4）。

(166) Hartmut Wendt, Die deutsch-deutschen Wanderungen-Bilanz einer 40 jährigen Geschichte von Flucht und Ausreise. Deutschland Archiv 24.4, 1991, S.387.

(167) 近藤潤三「ドイツ内部国境の変容と強制立ち退き問題（1）—ベルリンの壁構築

緊急受入法

1 条 1 項 ソ連占領地域または東ベルリンに住所をおく、あるいは置いていたドイツ国民およびドイツ民族に属する者は、当該法律が適用される領域内で許可なく在留した場合、持続的な在留のための特別許可を必要とする。その限りにおいて、居住移転の自由は、ドイツ連邦共和国の基本法 11 条 2 項に従い制限される。

2 項 生命および身体または個人の自由に関与する危険によって、またはその他の必要不可欠な事由によって 1 項により言及された領域を離れる他ないドイツ民主共和国住民に対する在留を拒絶してはいいない。

緊急受入法は、ドイツ国民およびドイツ民族帰属性をもつ者を対象としている⁽¹⁶⁸⁾。ただし、収容の際の要件等が規定されておらず、基本法 11 条の居住・移転の自由と関連して違憲性が問題となった。1953 年の連邦憲法裁判所判決によると、居住・移転の自由は、基本法の効力が及ぶ連邦地域のいかなる場所でもドイツ国家権力の妨害を受けずに地域内に入国する権利を含み、ソ連占領地域およびベルリンのソ連占領地域内の東ドイツ住民もまた、同様の基本権（入国する権利）を享有することを意味する。緊急受入法は、1 条でその範疇を示しているが、基本法 11 条 2 項に従い個別事案で緊急受入の拒否が正当化されるか否かを審査することとなるため、基本法に違背するものではないとす

までを中心に一」南山大学ヨーロッパ研究センター報告 22 号（2016 年）74 頁。なお、近藤潤三は、ユーバージェドラーの西ドイツへの流入について、東ドイツ建国からベルリンの壁建設までの前期（1949-1961 年）、ベルリンの壁崩壊までの後期（-1990 年）に分けて、その実態を詳細に検討しているが（近藤潤三、前掲注（133）102 頁以下）、連邦調整庁は、1949 年-1961 年 8 月 12 日、1961 年 8 月 13 日-1988 年、1989 年-1990 年 6 月 30 日の 3 期に区分している。

- (168) 緊急受入法は、東西ドイツ間の政治的争点を考慮し、東ドイツからの過度な受け入れを統制し両国の経済的な余地を考慮しつつ、ユーバージェドラーを社会・経済的に新たな体制で同化させることなどを目的としている。

る⁽¹⁶⁹⁾。また、本判決は、「ドイツ連邦共和国内における社会的・経済的事情に対する脅威は、ソ連占領地域からの多くの移民によって懸念されており、今日も依然として恐れられていることから、その法的文面におけるソ連地域に枠づけた移住者の明確な名称は、単に構成された要件の一種」であり、「緊急受入法1条は、基本法3条3項で禁止されている、ソ連占領地域におけるドイツ人に対する差別に含まれない」⁽¹⁷⁰⁾として、基本法3条3項の差別的取り扱いと故郷・出身地の関係について言及している点が興味深い。

この連邦憲法裁判所の判決から鑑みても、緊急受入法は基本的に人道主義的性格を有しているものの、本質的には東ドイツ住民の移動の自由は西ドイツの住民にあると捉えられていることがわかる。ただし、基本的で民主的な秩序に反するか否か（すなわち、西ドイツの社会的かつ経済的な脅威がない範囲内）を、裁量に基づいて個別的に判断する必要があるということを意味する。

緊急受入法と別途に、連邦被追放者法3条はユーバージードラーについての法律上の定義を提示している。

連邦被追放者法

3条 ソ連地区避難民（Sowjetzonenflüchtling）とはソヴィエト占領地域またはベルリンのソヴィエト占領地区（東ベルリン）にその住所を有するかあるいは有していたドイツ国籍保持者（deutsche Staatsangehörige）またはドイツ民族所属者（deutsche Volkszugehörige）として、政治的関係に条件づけられた特別の強制状態を脱するために1990年7月1日以前に上記地域より逃亡した者である。

(169) BverfGE 2, 266, S.279ff. 本件は、ソ連占領地域を離れ緊急受入法に基づく移住を求めたが、これに該当しないとして滞在を不許可としたことから、州行政裁判所に行政訴訟を提起、基本法に合致するか否かの判断を連邦憲法裁判所に求めた訴訟である。

(170) BverfGE 2, 266, S.286.

特別の強制状態は、生命・身体または人格の自由に直接の危険が存在する場合である。特別の強制状態は、重大な良心の葛藤が存在する場合にも認められる。生存の基礎が破壊され、また決定的に侵害され、侵害されるおそれが差し迫っているという経済的な理由が存在する場合もまた、これを認められる。

ここでいうソ連地区避難民は、ユーバージードラーの法的根拠を提供している⁽¹⁷¹⁾。西ドイツにとっては東ドイツ公民権を有する場合、西ドイツへとその居所を移してもドイツ国籍保持者として扱われ、もし公民権が確認されない前期段階での移住であったとしても、ドイツ民族に所属する者にあたることから、その他の避難民同様に基本法 116 条 1 項の対象となるのである。移住後の生活については、アウスジードラーらと共に編入にともなう給付金の支給等、居住と生活が保障された。1990 年までの包括的な国籍概念に含まれる東ドイツ国民、そして避難民であるユーバージードラーの法的地位の根拠は、維持されてきた 1913 年国籍法であった。このように諸法律が制定された背景は、両ドイツ間の政治的争点としてユーバージードラーの問題が存在していたことを考慮したうえで、過度の流入を適切に統制するためにあった⁽¹⁷²⁾。

第3節 小括：ドイツ民族所属性を有するドイツ人とは

以上のように本節は、ドイツ連邦共和国が発足して以降約 1300 万人以上が帰還した一連の在外ドイツ人について、どのようにカテゴライズしてきたのかを概観してきた。在外ドイツ人の受け入れは、「第二次世界大戦後のドイツ領

(171) 広渡清吾、前掲注 (80) 227 頁。

(172) 受け入れ以後は、新たな社会体制へと適切に同化する必要があったため、西ドイツは受け入れをはじめとして居住・定着支援、社会保障、教育・就業支援などさまざまな点から負担を負うこととなった。なお、ユーバージードラーの問題は、ドイツの統一によってすでにその意義を失っているものの、東西地区の経済格差に基づく問題は依然として残されたままである。

土の分断、もしくは消滅の中で発生した歴史的出来事によって辛酸をなめることになったドイツ人、とりわけドイツ系であることだけで迫害されている人々を対象としており、その受け入れはドイツ帝国の正当な継承国であるドイツ連邦共和国が行うべきナショナルな課題である点が強調された」⁽¹⁷³⁾。すなわち、ドイツにとっての在外ドイツ人の受け入れは、ドイツが戦後と向き合うための1つの作業であったといえよう。西ドイツが戦後も維持した1913年国籍法は、「実用的かつ政治的理由のために、有効なままで」⁽¹⁷⁴⁾作用したのであった。

在外ドイツ人が身分としてのドイツ人たる国民になるために必要とされたのは、ドイツ民族性を自認するという抽象的な要件の充足であった。ドイツ人という理由だけで居住地を追放されるか、あるいはさまざまな迫害を受けてきた者にとって、祖国への帰還という選択肢はある種自明のことであったが、ドイツにとってはその数が増加すればするほど疲弊することとなった。

身分としてのドイツ人とみなされるためのドイツ民族所属性の定義は、被追放者法6条によると、「ドイツ民族性を自認しており、かつそうした自認が血統、言語、教育、文化などの一定のメルクマールによって確認される者」と定義しているが、具体的な判例をみると、どのカテゴリーに属する在外ドイツ人かによって、個別具体的でグラデーションのある認定がなされている。例えば、ドイツ人としてのライフスタイルとの密接な紐帯が自認される場合は、言語が異なっても、あるいは宗教が異なっても認められた一方で、社会的・経済的脅威や地元住民に対する脅威が存在しない限りという広範な裁量が認められうる場合などには、制約することも憲法上の違背にはならないとされた。

基本的にはドイツ民族性を自認することによって、在外ドイツ人を選び出し受け入れてきた弊害は、財政と社会に及ぶことになる。シュペートアウスジードラーについては、ドイツ語能力を確認するためのテストを実施するなど、明

(173) 昔農英明『「移民国家ドイツ」の難民庇護政策』（慶應義塾大学出版会、2014年）48頁。

(174) Marc Morjé Howard, *supra* note 72, p.42.

らかに異なる（高い）ハードルを設けていた。家族のライフスタイルなど、自認できるものを総合的に考慮していた時期から、客観的かつ明確な判断基準をおいたこの境界は、誰がドイツ人であるかをどのように捉えていたのかを明らかにしているように見える。シュペートアウスジードラー概念は恣意的に収斂され、これ以上に増幅することのないように制限をかけることになった。戦争結果整理法および諸政策は、ドイツ人という血統の重視というよりも、外国人を統合へと導くうえで必要な要件（言語・教育・文化）を重要視していたとみることも⁽¹⁷⁵⁾、ドイツ民族所属性における文化的同質性の重要性を改めて示しているということができるのではないだろうか⁽¹⁷⁶⁾。

第4章 ドイツにおける国籍概念とその変容

第1節 国内的な要因にともなうエスニックな枠組み

ドイツにおける国籍法制は、連邦制の中で各々が独立した国籍をおいていたかつての姿から、1913年国籍法への収斂によって血統主義の伝統を確実なものとし、100年近くにわたってこれを維持してきた。その間には、ドイツという国民国家であらゆる歴史的な変化を経験している。第三帝国による純血主義的でかつ中央集権的な国籍は、民族としてのドイツ人のみを枠づけるために利用された。そして1913年国籍法は、戦後も西ドイツにおいて継続的に使用されてきた。これは、1945年5月8日以降もエスニックな連続性が明らかであり、国民の画定には *Stunde null*（零時）が置かれなかったということである⁽¹⁷⁷⁾。統一後も、ドイツはすぐさま新しい国籍法を作り上げたわけではなく、新たな国民を受け入れる積極的な方針転換はなされないままであった。ドイツにおける

(175) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注(141) 162頁。

(176) なお、ドイツの在外同胞政策は、韓国のそれと対比すると多くの類似点を見ることができる。拙稿「大韓民国における『国籍』概念と『国民』：国籍法および在外同胞法の検討から」六甲台論集64巻1号（2017年）を参照されたい。

(177) Georg Hansen (Anm.53), S.16.

国籍取得における血統主義は、「国家イコール民族という構造、閉ざされた国家を構成しがち」であり、「そのような文化はいきおい不可視のドイツ民族を前提とすることになり、ある種の権威主義をもたら」していたのだが、「現実が増大する外国人労働者の増加によって影響を受けずにおかなかった」⁽¹⁷⁸⁾。そうしてようやく、ドイツの国籍法制は改めて大きな転換期をむかえたのである。

対して、ドイツの在外同胞政策はどのようなものであったか。ドイツにとって、在外ドイツ人たる被追放者は、ドイツにとって国民形成の重要なアクターであったといえることができる⁽¹⁷⁹⁾。被追放者法は、被追放者の未来を管理するための法的枠組みを提供し、最終的には彼ら彼女らを統合することに成功した。

被追放者を受け入れてきたドイツが、アウスジードラーにまでその範囲を拡張し広く受け入れたのは、強制移住が終わってからもなお社会主義国家に残留するドイツ人に対して追放圧力をかけつづけたからといえることができる。その分、ドイツは受け入れに莫大な財政的負担を背負うこととなった。法的・行政的実践における拡張的な定義は、民族ドイツ人である在外ドイツ人に対して安定した法的地位を認めており、無制限の受け入れ体制を取っていたといえよう。1913年に純粋な血統主義原則へと改正した国籍法は、ユダヤ人を排斥するために用いられた一方、戦後もその形を残すことで追放された民族ドイツ人を受け入れる基盤となったことは、皮肉なことであった。1913年国籍法が維持されたからこそ、「鉄のカーテンの向こう側にいるドイツ人との絆を保つことができたからである」⁽¹⁸⁰⁾。冷戦対立という枠組みの中で、「共産主義国の閉鎖性や抑圧の退避で、自由資本主義国の開放性と自由を際立たせる」⁽¹⁸¹⁾ 東方政策の一環

(178) 塩津徹『現代ドイツ憲法史—ワイマール憲法からボン基本法へ—』（成文堂、2003年）144頁。

(179) 高橋秀寿は、戦争と戦後の犠牲によって犠牲となって排除された多くの在外ドイツ人によって、「ハイマート（故郷）」は、失われた財産と秩序を回復し、安定を求めるための空間であったとする（高橋秀寿『時間／空間の戦後ドイツ史—いかに「ひとつの国民」は形成されたのか』（ミネルヴァ書房、2018年）271頁以下）。

(180) パトリック・ヴェイユ、前掲注（8）299頁。

(181) ロジャース・ブルーベーカー、前掲注（4）140頁。

であった、このような拡張型の民族ドイツ人受け入れは、歴史的な背景と領土の拡張・縮小、東西の分断という状況が産んだ、ドイツの特殊な側面である。

しかし、彼ら彼女らを単にドイツ人として緩やかに受け入れた時期からその範囲を収斂していく過程が、法制度からは見受けられる。特にその基準となっていたのは、追放圧力による不利益を自身で疎明する必要性である。また、その収斂の過程では、ドイツ語テストに基づくドイツへの統合が試みられてもいた⁽¹⁸²⁾。シュペートアウスジードラーに対する政策で、その対象を収斂しドイツ語能力さえも基準としたのは、被追放者全体の過度な受け入れの増加であり⁽¹⁸³⁾、シュペートアウスジードラーを外国人のようにみなしていたことを意味する。こうして、民族所属性による国民拡張の時代は幕を下ろすことになる⁽¹⁸⁴⁾。

第2節 外的要因への反応にともなう国籍概念の変容

1999年の国籍法改正は、これまでの慣行の連続性を途切れさせることになった⁽¹⁸⁵⁾。これは、ドイツ国内の社会的な変容が大きな理由であり、当然の帰結であったというほかない。というのも、ドイツ語の能力が（文化の知識も）不足する在外ドイツ人を無制限に受け入れる一方で、ドイツで生まれ流暢なドイツ語を話しドイツで教育を受け就職しているトルコ移民2世については国籍を帰

(182) 被追放者やアウスジードラーに対してドイツ語テストの通過を必要としなかったのは、中央ヨーロッパと東ヨーロッパにおける民族的差別の顕著な特徴であり、中東欧諸国政府の強制同化政策の一環として、ドイツ語を話すことは許されていなかったことにある。したがって、ドイツ語能力を基本とすることは合理的ではなかったといえよう (Amanda Klekowski von Koppenfels, *supra* note 158, p.767)。

(183) 1990年代初頭にとられたこのような措置は、中東欧からのシュペーとアウスジードラーはドイツ国籍を取得することを困難にし、その支援はそれほど魅力的なものでもなかった。このような措置が望ましい効果を達成したのか、ディアスポリックな共同体が縮小したのかどうかは議論の余地がある (James Koranyi and Ruth Wittlinger, *From Diaspora to Diaspora: The Case of Transylvanian Saxons in Romania and Germany. Nationalism and Ethnic Politics* 17.1, 2011, p.108)。

(184) 広渡清吾「領土と国籍・市民権—『ナショナルなもの』を考える—」ドイツ研究 48号 (2014年) 70頁。

(185) Georg Hansen (Anm.53), S.17.

化でのみ取得することができるというのは、道徳的にも経済的にも正当化することはますます困難となっていく⁽¹⁸⁶⁾。これまでは、ドイツ国籍法制の変容について血統主義の遵守とその硬直性が指摘されてきたが、現実の課題に応じて改正されたという意味において柔軟性をもっていたとも指摘される⁽¹⁸⁷⁾。

在外ドイツ人の受け入れも、冷戦が終結する中で収斂されシュベートアウスジードラー概念へと変容することで、数自体が減少し、その効力を失いつつある。その一方で必要とされていったのは、その他移民の背景をもつ者が（帰化等によって）ドイツ国民となり、（生来的な）ドイツ国民である存在としていくための制度構築であった。この点を改めていくことが、国籍法制の大きな分岐点となった。

このような国籍法制の改正に対する内的な要因はもちろん大きかったものの、ドイツの国籍法制改正に対してEUが与えた影響も決して少なくはない。EU市民権が導入されてもお国籍法制は加盟国の裁量に委ねられているが、その加盟国裁量にもEUの枠組みに基づく影響が存在し、EUの権利レジームへの統合はかなり進んでいる傾向にあるといえる⁽¹⁸⁸⁾。欧州における市民統合政策の広がりとは、「主として各国がより厳格に移民を制限し、同化可能な移民を選択しようとするナショナルな対抗の試みとして理解され、EUへの市民統合の導入も同様の観点から理解されて」おり、実際にヨーロッパにおける市民権法制はヨーロッパ化に向かっている⁽¹⁸⁹⁾。

(186) Marc Morjé Howard, *supra* note 72 p.43.

(187) 中村安菜、前掲注(47) 146-147頁。

(188) セイラ・ベンハビブ（向山恭一訳）『他者の権利：外国人・居留民・市民』（法政大学出版局、2014年）、152頁）。ただし、大西楠・テアによると、定住外国人の滞在権保障についても、ヨーロッパ人権裁判所は「規範的指針を打ち出す役割」を担いつつも、加盟国の主権に基づく裁量を重視するため加盟国に直接具体的な義務を課していない、とする（大西楠・テア「グローバル化時代の移民法制—多元的システムから見たドイツの移民法制」浅野有紀・原田大樹・藤谷武史・横溝大編著『グローバル化と公法私法関係の再編』（弘文堂、2015年）253頁）。

(189) 佐藤俊輔「EUにおける移民統合モデルの収斂？—『市民統合』政策を事例として—」日本EU学会35号（2015年）184-185頁。「EUとしては、せめて域外の出

今日、多くのヨーロッパ諸国が移民の受け入れ国となる中、「移民国家ではない」とされてきたドイツも、その国籍法制について、大量の外国人労働者とその家族、移住労働者とその家族、難民らの国際移動を契機として、彼ら彼女らを包摂していくべく、国籍を「機能的、道具的理解」⁽¹⁹⁰⁾ に沿う形として変容させてきた。1999年改正国籍法は、血統主義原則から一部出生地主義を導入した法制度へと変容することで、他のヨーロッパ諸国のようにリベラル化している⁽¹⁹¹⁾。ドイツ国内に居住するドイツ国籍をもたないEU市民と非EU市民との間で、地方政治への参加という点において格差が生じてしまうことは、EU条約における「加盟国の国民アイデンティティの尊重」と「民主主義の原則」に矛盾することから、ドイツ国籍を取得していない外国人住民らを社会に統合させる政治的・社会的意図をもって、帰化を促進させる国籍法改正を導いたのである⁽¹⁹²⁾。また、複数国籍を許容することとなった2014年改正国籍法もまた、EU加盟国の影響やヨーロッパ国籍条約における国籍法上の変化の傾向を汲む形で変容させたといえよう。

おわりに

以上の点から、ドイツのメンバーシップに関する構想には、大きく2つのアプローチが可能である。1つは、1913年から長年固執しつづけた血統主義原則に基づく国籍法制の在外同胞である民族ドイツ人の大量移動を中心とした国内

身者が加盟国の国民となれるための要件に、なるべく差がないようにしたいと考え」、「特に『帰化へのアクセスを容易に』という要請はたびたび加盟国宛に表明されてきた」(宮島喬『現代ヨーロッパと移民問題の原点-1970、80年代、開かれたシティズンシップの生成と試練』(明石書店、2004年)122頁)。

(190) 広渡清吾、前掲注(6)137頁。

(191) Andreas Busch, Extensive Politik in den Klippen der Semisouveränität: Die Innen-und Rechtspolitik der rot-grünen Koalition, in: Egle Christoph, Tobias Ostheim and Reimut Zohnhöfer (eds.), Das rot-grüne Projekt: Eine Bilanz der Regierung Schröder 1998-2002, Springer-Verlag, 2013, S.313.

(192) 鈴木規子、前掲注(76)255-256頁。

的な展開であり、もう1つは、EUの拡張とヒトの移動の活性化にともなう出生地主義・複数国籍の許容という外的影響による転換的な変容である。

血統主義との関係から連なってきたドイツ人理解は、かつてのエスニックな紐帯を離れ、ドイツ人を細分化する形へと変容したとも言える。ドイツ人概念と対置される外国人 (Ausländer) は、国籍の機能的な側面から鑑みると国籍保持者であるか否かという単純な二分論に終始するのであるが、基本法 116 条とその下位法からみた国籍概念は、「複雑な概念体型の連続性」⁽¹⁹³⁾ を含んでいることがわかる。

ところで、移民の背景をもつ人々は、ドイツ国籍保持者もいればそうでない者も含まれ、移民の背景を持たないドイツ人は、ドイツ人のドイツ人 (Deutsch-Deutsche) などとも呼称される⁽¹⁹⁴⁾。また、近年では Herfried Münkler・Marina Münkler などから、新しいドイツ人概念に関する議論が提起されてもいる⁽¹⁹⁵⁾。このような新たなドイツ人の定義は、かつての血統主義的な国籍とは距離を置く、自由主義的な移民国家の価値観を示しているといえる。新たなドイツ人定義は、たしかにその発想がいかにも開放的なデモス的概念といえるかもしれない。文化的に異なる移民の受け入れにおいて、並行社会を形成するためにドイツの主導文化を維持し合流させる同化主義的なプロセスは、新しいドイツ人議論の中でより今後どのように変容していくのだろうか⁽¹⁹⁶⁾。移

(193) 石川真作「『並行社会』と『主導文化』—移民国化するドイツの社会的統一—」日本移民学会編『移民研究と多文化共生』(御茶の水書房、2011年) 64頁。

(194) 佐藤成基、前掲注(5) 45頁以下。

(195) ①労働あるいは資産によって自分と自分の家族を養う能力、②社会的な出世などの上昇が自分にも可能であるという社会制度への信頼、③信仰は私的なものであり、公的なものとは区別することへの理解、④パートナー選び・結婚は個々人の自由意思に基づく決断であり、家族によって決められるものではないという理解、⑤ドイツ基本法(憲法)がドイツ社会の基礎を成すということへの承認、である(Herfried Münkler und Marina Münkler (Anm.5), S.283ff.)。

(196) 主導文化とは、ドイツ社会において一般的な文化的態様、すなわちドイツにおける主流文化を指すとも指摘され解釈される場合があるが、本来は複合的に構成されたものであり、現実主義的な多元的統合を目指す思想である(石川真作「『移民

民の受け入れを拡張する日本においても、注目していくべきである。

国家』ドイツの社会空間—『並行社会』と「統合」の狭間で」高橋進他編『「再国民化」に揺らぐヨーロッパ—新たなナショナリズムの隆盛と移民排斥のゆくえ』(法律文化社、2016 年)) 159 頁以下。