



## 憲法からみた国籍概念 : 血統主義と国民の範囲

高, 希麗

---

(Citation)

神戸法學雑誌, 70(2):135-190

(Issue Date)

2020-09-30

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81012481>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81012481>



神戸法学雑誌第七十巻第二号二〇二〇年九月

# 憲法からみた国籍概念 ——血統主義と国民の範囲——

高 希 麗

第1章 はじめに

第2章 国民国家枠組みと国籍

第3章 国籍概念の分析：日本・ドイツ・韓国の比較の観点から

第4章 国籍はどのような意味をもつ概念なのか

第5章 おわりに

## 第1章 はじめに

### 第1節 国民国家の相対化と近年の変化

国民国家概念の揺らぎ・国民概念の揺らぎ、というフレーズは、すでに言及されて久しく、人口流入・流出の移動や、多文化社会の到来などグローバリゼーションやボーダレス化の流れは、もはや自明の前提となっている。各国が民族的、宗教的または文化的に多様化するにつれて、個人の特定の集団への帰属も複層化している<sup>(1)</sup>。

かつては、国民国家概念の揺らぎの現象が、さまざまな形で持ち出され、言

---

(1) 西谷祐子「国際家族法における個人のアイデンティティ (1)」民商法雑誌152巻3号(2015年)233頁。

及され、そして議論されてきた。<sup>(2)</sup>特に、「国民国家の相対化」について「国際化による国家主権の制限などによって国民国家を超える」相対化が指摘されているが、<sup>(3)</sup>欧州連合（以下、EUとする）の存在はまさに国民国家を相対化するうえで頻繁に取り上げられてきた題材である。国家を揺るがす一国家を相対化する一とされたEUは、「現在の国際社会を基礎づける近代の主権的国民国家のモデルを形成したヨーロッパにおいて、その国家という存在の枠組みを超越しようとする試みとしてこれまで発展してきた」<sup>(4)</sup>。

しかし、そのEUでさえも、リーマンショックやギリシャ債務危機、2015年の移民難民問題、そしてBrexitなどの現象により、近年「その運営に揺らぎが生じている」<sup>(5)</sup>。すなわち、かつて指摘された国民国家の揺らぎと比較して、近

- (2) 2001年の公法学会テーマは「国家のゆらぎと公法」であり、森英樹が「国家の『ゆらぎ』と憲法」という題で研究報告を行ない（森英樹「国家の『ゆらぎ』と憲法」公法研究64号（2002年）、山元一の論考も、グローバリゼーションによる「国家の相対化」について言及している（山元一「近未来の憲法理論を考える」法律時報80巻6号（2008年）、〈グローバリゼーション〉の中の憲法学一『ヨーロッパ立憲主義』の『規範論的転回』一』『岩波講座憲法5グローバリゼーションと憲法』長谷部恭男編（岩波書店、2007年））。
- (3) 辻村みよ子「国家の相対化と憲法学」法律時報73巻1号（2002年）18頁。辻村みよ子の主張については、『市民主権の可能性—21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』（有信堂、2002年）も参照されたい。また、これ以外にもグローバル化という国際社会の変動にともなう、国民国家枠組みの検討としては、駒村圭吾「国家なき立憲主義は可能か」ジュリスト1422号（2011年）、井上典之「国境を越える立憲主義」ジュリスト1378号（2009年）、大津浩「国境を越える民主主義」ジュリスト1378号（2009年）なども挙げられる。
- (4) 井上典之・吉井昌彦編『EUの揺らぎ』（勁草書房、2017年）i頁。
- (5) 井上典之・吉井昌彦編、前掲注（4）i頁。グローバル化に対する期待は、特にEU（さらにはマーストリヒト条約の調印）などから導かれていたが、「グローバル化がもたらした現在の世界が、そのような期待とはかけ離れた姿で私たちの前に立ち現れている」。「グローバル化はその対義語であると思われていたナショナリズムと共存するどころか、むしろその誘因であることが誰の目にも明らかになってしまった」（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）278頁以下）。

年のそれは、これまでのものとは異なる新たな形態へと変容している。これは、再国民化・再国家化（re-naturalization）ということばで表現することもできよう。高橋進・石田徹によると、「再国民化・再国家化」とは、「ナショナリズムの隆盛、国民国家単位への回帰」、それにともなう「国民の再定義」を指す<sup>(6)</sup>。このような現象は、ヨーロッパの文脈で論じられることが多かったが、決してヨーロッパだけにとどまるものではなく、世界的な状況は、グローバル化の動きとは異なる新たなベクトルへと向いているということができるとであろう。戦後長らく日本の憲法学で不在であった国家論、憲法学において前提としてきた国家の見直し、再定義の議論傾向も、このような状況と付随して、改めて注目することができる<sup>(7)</sup>。

憲法学の一般的な体系書によると、国家とは何かに言及するうえで、G・イェリネックの国家三要素説は外すことのできない定義である。すなわち、国民・領土・国家権力（あるいは主権、統治権）の3つは国家にとって不可欠の要件である、ということが当然に了解されてきた。ただし、このイェリネックによる（社会学的・歴史的）国家概念は、法的な国家概念である国家法人説と共に冒頭で言及されるにも関わらず、その後本論部分で言及されることはない。し

- 
- (6) 高橋進・石田徹『「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）ii頁。
- (7) 憲法施行70年に当たって、「国家学的たるもの」に主眼をおいた『「国家と法」の主要問題』と題した連載企画が辻村みよ子・長谷部恭男・石川健治・愛敬浩二らを中心に「法律時報」に掲載されている（辻村みよ子・長谷部恭男・石川健治・愛敬浩二『「国家と法」の主要問題』（日本評論社、2018年）。それ以外にもさしあたり、林知更『現代憲法学の位相—国家論・デモクラシー・立憲主義』（岩波書店、2016年）など。なお、石川健治は、「Globalisationや国家のFluctuationを、法学として受け止めるためには、まず我々の国家論の点検作業が不可欠である」と指摘している（石川健治「憲法学における一者と多者」公法研究65巻（2003年）134頁）。「グローバル化をめぐる現状分析と、国家学・憲法学の理論的レパートリーとの、ほとんど埋めがたい落差」の中、「支柱となる法学的国家論を、これからどのように再編してゆけるかが、問題であろう」（同書、137頁）。

たがって、国家概念は「挨拶をしておくべき概念であるが、それ以上のものではない」<sup>(8)</sup>と指摘されてきた。

## 第2節 国民、民族、そして国籍

### 1. 国民と民族

国家三要素説において、国民は国民国家の不可欠な構成要素である。国民国家概念の登場以後、いかなる者を国民とするかについて、国家は自由に決定することができる、国家管轄事項であるとされてきた。

国民国家の本質的要素の1つである国民は、法的に国籍制度を整備することによってその人的範囲の確定が行われる。ある国家の正統な構成員の総体である国民は、国民主権を前提にすると、国家の基礎的な担い手であり、「他のグループから区別されるグループの特殊性を実現したいという要求を実現するための母胎となるものであり、内にあっては共通性を志向し、外に対しては区別を志向する」<sup>(9)</sup>存在である。

ところで、近代国民国家 (nation state) というときの国民 (nation) の意味が、自然の存在としてのエトノス (ethnos) なのか、人為の産物としてのデモス (demos) なのかはしばしば議論される。というのも、後者は諸個人の社会契約という擬制の論理でもって説明される近代的意味の国民であり、前者はエ

- (8) 小山剛「陰画としての国家」法學研究12号(2007年)144頁。内野正幸は「国家とは何であろうか。国家(=国)には広義の区別がある。国家三要素説によると、国家は領土・国民・政府からなる、とされるが、この場合の国家は広義のものである。他方、ここにいう政府は、統治機構という広い意味のものであり、それは狭義の国家にあたる。憲法学などで国家という場合、ふつう狭義の方を示す」として、国家概念の二重性について指摘する(内野正幸『憲法解釈の論点』(日本評論社、2005年)7頁)。なお、国家概念の二重性について議論したものと、赤坂正浩「機構としての国家—R・ヘルツォークとP・バルンターラの国家観」『憲法理論とその展開』(信山社、2017年)がある。
- (9) 栗城壽夫「国家・国民・憲法」憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』(敬文堂、2001年)11頁。

スニシティの単位や民族を意味すると考えられるからである。<sup>(10)</sup>

人間集団を言語、生活様式（服装、髪形、食事、家族構成など）を基準として分類すると、それらはエスニック集団あるいは民族とみなされる。<sup>(11)</sup> 民族は、人々を結合させ、自己および集団の存在意味を歴史的に確認・納得させる重要な原理として機能するが、異質を排除・抑圧しようとする潜在的な可能性も秘めている。<sup>(12)</sup>

国民国家が与える身分証明と、文化・言語・生活様式などで規定される民族は、本来別物であるにもかかわらず、別の概念として認識されない場合がある。<sup>(13)</sup> 国民国家が与える身分証明のなかでも最も基本的で、「国家の基本的要因」としての国民を示すメルクマールとして機能するのが、まさに国籍ということができよう。<sup>(14)</sup>

- (10) 樋口陽一『憲法と国家—どう時代を問う—』（岩波新書、1999年）72頁以下、樋口陽一『転換期の憲法？』（敬文堂、1996年）13頁以下。「〈ネイション〉という言葉は、国民であったり、民族であったりしますが、民族というと、民族的アイデンティティとか、本質的な属性のようにいわれることもあります。これもやはり人為的なものという側面があります。ましてや国民となると、一つの民族が一つの国家を形成しているということには実際にはない。民族自体も人為的な所産だし、国民となればますますそうだろう」（浦部法穂・山元一「外国人の人権」、井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く—ロースクール・憲法講義』（日本評論社、2004年）、146頁）。
- (11) 梶田孝道『国際社会学』（日本放送出版協会、1995年）68頁。アンソニー・D・スミスによると、エスニシティの構成要素は、集団に固有の名前の存在、集団に独自の文化的特徴の共有、共通の祖先に関する神話、歴史的記憶の共有、固有の「ホームランド」との関係あるいは心理的結びつき、集団を構成する多数の連帯感の存在であるとする（アンソニー・D・スミス（巢山靖司他訳）『ネイションとエスニシティ—歴史社会学的考察—』（名古屋大学出版会、1999）30頁以下）。
- (12) 尹健次『日本国民論—近代日本のアイデンティティ』（筑摩書房、1997年）218頁。
- (13) 徐京植『半難民の位置から—戦後責任論争と在日朝鮮人』（影書房、2002年）262頁。
- (14) 木棚照一『逐条解説・国籍法』（日本加除出版、2003年）2頁。

国籍は、「個人が特定の国家の構成員である資格<sup>(15)</sup>」、または「人を特定の国家に属せしめる法的な紐帯<sup>(16)</sup>」として定義される<sup>(17)</sup>。「帰属の社会的事実、存在の真正な牽連関係、利害および感情を基礎とした、相互の権利義務を伴う法的紐帯 (legal bond)」として、名目的な紐帯関係だけでは国籍を認めることができないと判断されたノッテボーム事件<sup>(18)</sup>以来、これは比較的一貫された国籍の意義として受け止められてきた。国家の構成員である国民としての資格を法的連結である国籍とみることは、今でも相当に支配的な認識である。一方、国籍を各国の憲法次元から国民としての地位、ないしそれに対する法的資格と把握した結果、与えられた国家の国籍をもつ者は当該国の国民となり、これを持たない者は少なくとも当該国との関係では外国人となる。

現代的な意味での国籍が、人々の日常に影響力を行使し始めたのは、近代国民国家が成立しフランス革命期に法律的に国民または市民が定義づけられてからである。近代以降、国民国家への所属性を表すためのメルクマールとしての国籍は、人と国家の関係において、またグローバル化の動きの中で、重要な問題関心とされてきた。「国民を登録する制度は、近代国家およびその国民統合と表裏一体の関係で」あり、「身分登録の有様は、国家が個人をどのような価値観に基づいて把握するのかの表現である<sup>(19)</sup>」。一般的に、国籍制度というのは、当然の社会秩序の枠内であるかのように認識されている。そのような認

(15) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 [第6版]』(岩波書店、2015年) 232頁、辻村みよ子『憲法 [第5版]』(日本評論社、2016年) 256頁、齊藤正彰『憲法と国際規律』(信山社、2012年) 4頁など、日本の憲法学においては、概ねこのように定義される。

(16) 江川英文・山田録一・早田芳郎『国籍法 [第3版]』(有斐閣、1997年) 3頁。

(17) ヨーロッパ国籍条約2条においても、国籍は、「個人と国家間の法的連帯」と定義されている。

(18) Ntottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955:I.C.J. Reports, 1955.

(19) 齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」公法研究第75号(2013年) 118頁。

識が、疑いの余地がない程度に明白なものではないという必要がある。国籍法は、「その国家の構成員すなわち『国民』を定義する法的制度」であり、「国籍法が変われば当然『国民』の構成のあり方が大きく変化する」ため、「『ネーション』の自己理解の方法（ナショナル・アイデンティティ）と密接な関係ももつ<sup>(20)</sup>」。

ただし、「世界中の他の地域において、国籍への連結の意味が変化しつつあることに注意する必要がある<sup>(21)</sup>」。「国家の権利から個人の権利へ、国家の恩恵から、個人の意思にもとづく国籍へ、国家利益のための国籍から人権へ<sup>(22)</sup>」という変容は、なお各国（各地域）でそれぞれの状況に応じて進み続けている。国籍は、国民国家の構成員への資格を意味しており、個人と国家との公法上の紐帯を示すものとして、特定の国民国家に帰属することで、国民としての権利を享有し義務を負い、政治参加を認められる。その手法としての国籍法制は、各国の国家の管轄事項とされ、「何が国民を構成し、誰がその国民国家に帰属するかは、各々の国民国家の自己定義によってきた<sup>(23)</sup>」のである。しかし、1997年のヨーロッパ国籍条約などを契機として、ヨーロッパ諸国では国籍法制の収斂化の動きも見受けられる<sup>(25)</sup>。特に、国籍法制の議論の中で論点となるのは、先天的な国籍取得の原則、複数国籍の許容、そして帰化等による国籍取得の条

---

(20) 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）73頁。

(21) 西谷祐子、前掲注（1）242頁。

(22) 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法：アメリカと日本の比較』（勁草書房、1982年）  
404頁。

(23) デイヴィッド・ミラーは、国民のアイデンティティは、自らの共同体に対する  
信念および共通の歴史に支えられ、動態的な政治参加を基礎とし、他の国民と  
は区別される自国民に固有の特性を享有する領域的な集団性にあると指摘する  
（デイヴィッド・ミラー（富沢克他訳）『ナショナルリティについて』（風行社、  
2007）92頁以下）。

(24) 西谷祐子、前掲注（1）、241頁。

(25) 拙稿「EU市民権概念をめぐる収斂と揺らぎ」井上典之他編『EUの揺らぎ』（勁  
草書房、2017年）20頁以下。



件などである。

## 2. 国籍法の主要な原則

国籍の取得には、先天的な取得と後天的な取得の方法がある<sup>(26)</sup>。出生による国籍の取得には、大別すれば血統主義 (*jus Sanguinis*) と出生地主義 (*jus Soli*) とに分類される。血統主義とは、国家が自国国民から生まれた子に自国の国籍の取得を認める、血縁関係によって国家の構成員たる資格を与えるものであり、出生地主義とは、国家が自国で生まれた子に、自国の国籍の取得を認める、地縁関係によって国家の構成員たる資格を与えるものである<sup>(27)</sup>。

国家が血縁共同体としての性格をもち、子の出生によって家族共同体を形成するが、それは純然たる血縁関係を基礎とするものであり、家族共同体の形成を通じて民族の文化的伝統は親から子へと伝承される<sup>(28)</sup>。したがって、国家の構成員たる資格も親から子へと伝承されるべきであると考えるのが血統主義であるとする。

一方、国土を基礎とするという点において地縁共同体としての性格のもとで、出生にともなう出生地との地縁関係の発生は、地域社会の構成員としての住民たる資格の取得を意味する<sup>(29)</sup>。出生地主義は、自国で生まれた住民としてその文化に同化した者を自国民とすることに合理性をおく原則であるといえる。

出生に基づく国籍の先天的取得の要件としての血統主義と出生地主義の区別は、国籍を何に根拠づけ、結びつけているのかに関する国家の理念の1つの形状である。血統主義は、言語や慣習などの文化的な同質性などが、国民を形成

---

(26) 人が出生により取得する国籍を生来の国籍または根源国籍といい、出生後の事由により取得する国籍を伝来の国籍という (江川英文・山田鎌一・早田芳郎、前掲注 (16) 57頁)。

(27) 江川英文・山田鎌一・早田芳郎、前掲注 (16) 59頁。

(28) 平賀健太『国籍法上巻』(帝国判例法規出版社、1950年) 201-202頁。

(29) 平賀健太、前掲注 (28) 201-202頁。

するうえでの要素として強調されがちである。

このような2つの大きな基準が置かれる中で、人の移動と行動がすでに活発であるにも関わらず、「血統も出生地も『国籍』という非常に重要なステータスを根拠づけるには恣意的で、不公正な結果をもたらす可能性が存在する<sup>(30)</sup>」ことも、近年指摘されていることである。

複数国籍の容認については、近年大きくその傾向が変わりつつある。1930年「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」前文では、「各個人が一個の国籍を有すべきであり、かつ一個のみを有すべきである」として、人はただ1つの国籍を保持すべきとする「国籍唯一の原則」を国際法上の理想としていた。しかし、その原則は国際法上の要請ではなくなっている<sup>(31)</sup>。

「最近の急激な国際化の動きは、『国籍唯一の原則』に基づく従来の厳格な重国籍防止の考え方に波紋を投げかけている<sup>(32)</sup>」。例えば、平和主義、民主主義、人権擁護などを促進する手段として、複数国籍の増大を歓迎する見解が増加傾向にあるという指摘もある<sup>(33)</sup>。1997年にヨーロッパ評議会が採択した「ヨーロッパ国籍条約 (European Convention on Nationality)」前文によると、「国家が重国籍問題についてさまざまな立場にあることに留意すると共に、いずれの国家も、自国民による外国国籍の取得又は保有に対してはいかなる結果を国内法上付与するか自由であることを認め、重国籍の効果、とりわけ重国籍者の権利義務について、適切な解決を見いだすことが望ましいことを合意し、2つ

---

(30) 秋葉文志「国籍法違憲判決と血統主義」上石圭一他編『現代日本の法過程（下巻）』（信山社、2017年）488頁。

(31) 近藤敦「複数国籍の現状と課題」法学セミナー62巻3号（2017年3月）1頁。なお、近藤敦が「2つの国籍をもつ『二重国籍』にかぎらず、3つ以上の国籍をもつ場合もあり、本稿では『複数国籍』ということばを中心に用いる」と説明するのに従い、本論文でも複数国籍という用語で統一する。

(32) 芦部信喜・高橋和之『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）頁。

(33) 近藤敦「複数国籍の容認傾向」陳天璽・近藤敦・小森宏美・佐々木てる編著『越境とアイでンティフィケーション—国籍・パスポート・ID』（新曜社、2012年）。

以上の締約国の国籍を有する者は、かかる締約国のうち1つにおいてのみ兵役義務の履行を求められることが望ましいことを考慮」<sup>(34)</sup>とされている。また、14条1項によると、当然に取得した2つの国籍の保持の容認を加盟国に要請し、15条では締約国に対して複数国籍を認める権利を定めている。

先天的な国籍取得が複数の国家と重なり合う場合、あるいは新たに後天的に国籍を取得した場合、その国籍を維持させるのか、あるいは放棄させるのかは、グローバル化にともない国籍法制における重要な論点とされている。<sup>(34)</sup>

### 第3節 憲法学における国籍研究の現在地

#### 1. 外国人の人権論からの国籍

法学において、国籍に関する問題はさまざまな観点から論じられてきた。かつて、国籍研究の多くは国際私法がその役割を担っていた。これは、私権享有の前提として位置付けられ、民法典に国籍の得喪規定等が含まれていたためである。

憲法学においては、2008年の国籍法違憲判決を契機に研究の幅自体が広がったといえることができるものの、伝統的には外国人の人権という観点から国籍の機能的側面について論じられる場合が多かったように思う。<sup>(35)</sup>憲法のコンメンタールにおける、第3章「国民の権利及び義務」総説部分でも、「人権享有主体—誰の人権が保障されるか」を論じるうえで、外国人について、日本国籍をもたない者（外国籍をもつ者と無国籍者）と説明している。<sup>(36)</sup>マククリーン事件

(34) See Randall Hansen and Patrick Weil, Dual nationality, social rights and federal citizenship in the US and Europe: the reinvention of citizenship, Berghahn Books, 2002, Thomas Faist, Jürgen Gerdes and Beate Rieple, Dual Citizenship as a Path-Dependent Process 1, The International Migration Review, Vol.38, No.3, 2004.

(35) 国籍の機能的側面については、大沼保昭「国籍とその機能的把握」法学教室55号（1985年）132頁以下がある。芹沢齊・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール・憲法 [第1版]』（日本評論社、2011年）204頁 [小林剛執筆箇所]。

(36) また、週ればかつて伊藤博文は、「日本臣民たる者は各々法律上の公権及私権

最高裁判決をリーディングケースとして、権利性質説は通説・判例の立場として定着してきた。また、2008年の国籍法違憲判決で最高裁が「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味をもつ重要な地位でもある」と説明したことにより、このような見解はさらに補完されたといえるであろう。<sup>(37)</sup>このような見解に従うと、国籍は、権利・義務を享有する国家の完全な構成員資格を示すためのメルクマールであるといえよう。ただしこの点については、外国人がそもそも入国・在留する権利を憲法上保障されているわけではなく、出入国管理システムの枠組み内に置かれる存在であるという点からの疑問が提示されている。<sup>(38)</sup>メルクマールとしての国籍は、「ほとんどの人が一<sup>(39)</sup>国のなかで生まれ育ち、生涯を過ごすのが当たり前であった」時に有効に機能してきたためである。人の移動の自由化やグローバル化はすでに自明の現象で

---

を享有すべし。此れ臣民たるの要件は法律を以て之を定むるを必要とする所以なり」としていた(伊藤博文(宮沢俊義校注)『憲法義解』(岩波書店、1940年)46-47頁)。

- (37) 最大判1977(昭和52)年10月2日民集32巻7号1223頁。
- (38) この国籍法違憲判決には、「本来、基本的人権、人が人であるという理由だけで、誰でももっているはずなので、国籍によって変わるのはおかしいという議論も、常にあるとは思う」という批判がなされている(長谷部恭男=阪口正二郎=杉田敦=最上敏樹「(座談会)グローバル化する世界の法と政治—ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号4頁(2009年)4頁[阪口正二郎発言])。また、門田孝は「国籍の相対化」という議論を通じて、権利性質説への批判を展開している(門田孝「憲法における『国籍』の意義」憲法問題9号(1998年)118頁)。
- (39) 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開(上)』(有斐閣、1993年)163頁以下、日比野勤「外国人の人権(3)」法学教室218号(1998年)65頁以下を参照。なお、権利性質説への批判としては、浦部法穂・山元一「外国人の人権」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004年)145頁以下。浦部法穂は、国籍に基づく二分論ではなく、居住に基づく市民権を主張している。
- (40) 江橋崇「国籍再考」ジュリスト1996号(1996年)8頁。

あり、「ほとんどの国民が国籍国の国内で生活して生涯を終えるという事実<sup>(41)</sup>」の揺らぎが、国籍概念の揺らぎをもたらしていることは明らかである。すなわち、「国民という概念が多様な内包を有する多義的なものである以上、その地位を法的に表象するとされる国籍概念も同様なのでは」ないだろうか。<sup>(42)</sup>

## 2. 諸外国との比較分析

日本の憲法学においては、2008年の国籍法違憲判決を前後として、さまざまな研究成果が提示されてきた。特に、諸外国との比較法的観点から、イギリス、<sup>(43)</sup>

---

(41) 江橋崇、前掲注(40) 8頁。

(42) 柳井健一『イギリス近代国籍法史研究—憲法学・国民国家・帝国』（日本評論社、2004年）15頁。

(43) 柳井健一、前掲注(42)、佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性—「外国人法制」の憲法的統制に向けて』（専修大学出版局、2004年）、宮内紀子「1948年イギリス国籍法における国籍概念の考察：入国の自由の観点から」法と政治62巻2号（2011年）、「イギリス国籍法制の構造的転換：1981年イギリス国籍法における現代化および国籍概念」法と政治63巻2号（2012年）、「1981年イギリス国籍法制定以後の国籍関連法について：帝国的構造と国籍概念の観点から」法と政治64巻1号（2013年）、「EUにおける『イギリス国民』をめぐる国籍概念の考察」法と政治65巻2号（2014年）。

フランス<sup>(44)</sup>、アメリカ<sup>(45)</sup>、ドイツ<sup>(46)</sup>などの分析、特にこれらの史的展開に関する研究が散見される。

柳井健一によると、国民という概念自体は抽象的、一義的なものではなく、歴史的、社会的に相対的かつ多義的な概念であるはずであり、それゆえに、国民の地位を法的に表象する国籍概念もまた同様に各々の国民ごとに異なりうる相対的、多義的な概念である<sup>(47)</sup>。言い換えると、「国籍という身分的境界は、政治的公共体の歴史・伝統・政治環境等によって設定され<sup>(48)</sup>」、形作られてきたのである。個人がある国家の構成員として国籍を有することに関して考察を行お

- 
- (44) 館田晶子「フランスにおける国籍制度と国民概念—その歴史的考察 (1)―(3)」北大法学論集55巻4号(2004年)、56巻5号(2006年)、57巻4号(2006年)、菅原真「フランス革命期における『外国人』の政治参加 (1)―(5・完)」現代社会文化研究17号、18号、22号、「フランスにおける外国人の公務就任権 (2) 近代国民国家における『国籍』・『市民権』観念研究序説」法学74巻1号(2010年)、山元一「《デモスの国民国家》とアイデンティティーフランスの場合」樋口陽一他『国家と自由・再論』(日本評論社、2012年)、上田将由「グローバル化時代における脱国民(国家)市民権の可能性:《国籍=市民権》構図再考」法學政治學論究115号(2017年)など。
- (45) 萩野芳夫、前掲注(22)、高佐智美『アメリカにおける市民権—歴史に揺らぐ「国民」概念—』(勁草書房、2003年)、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲: アメリカ合衆国における『市民権』の検討を通じて (1~7・完)」北大法学論集62巻2号(2011年)、北大法学論集62巻4号(2011年)、北大法学論集63巻2号(2012年)、北大法学論集63巻6号(2013年)、北大法学論集64巻5号(2014年)、北大法学論集65巻2号(2014年)、北大法学論集65巻6号(2015年)。
- (46) 中村安菜「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)、中村安菜「国籍概念の形成と変容—憲法と国籍法の観点から、日本とドイツの比較を通して—」博士論文(2012年度、明治大学)。なお、法社会学研究者である広渡清吾による研究が存在も、ここに付言しておく(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)、広渡清吾「EU市民権とドイツ国籍法(ミニ・シンポジウム: 国籍・市民権法の歴史的展開と現代の機能)」比較法研究67巻(2005年)など)。
- (47) 柳井健一、前掲注(42)15頁。
- (48) 駒村圭吾、前掲注(3)25頁。

うとする際には、当該国家がいかなる国家であるのか、また、当該国家が掲げる統合原理に主体的にコミットする国民とはいかなる存在でありうるのかという点についての検討を、当該国民国家の歴史的展開に即したかたちで行うことが必要である<sup>(49)</sup>。

### 3. 新たな視点の必要性—在外同胞の視点—

上記のような柳井健一の指摘については、筆者も同意する。しかし、憲法学における国籍研究は、国家の内側に終始してきたように思う。これは、国民＝国籍保持者という等式が成立する中、国籍は国民と外国人を二分するものとして機能してきたことに起因していたためである。もともと国籍は、ある国家に属する人と属さない人を区別する概念であり、内と外の区別は自明であるかにも見えるが、「外に住む同胞にどのように対するかが大きな問題になる」<sup>(50)</sup>場合がある。このように、国家の境界線の外にいながら、同一のネーション（民族）に帰属する同胞を、在外同胞（国外同胞ということもできる）<sup>(51)</sup>といい、Ethnonational kin abroad, Ethnic diaspora, Ethnic conationals abroad, あるいはKin-minorityな

(49) 柳井健一、前掲注(42)15頁。

(50) 塩川伸明「国家の統合・分裂とシティズンシップ」塩川伸明・中谷和弘編『国際社会と法』（東京大学出版会、2007年）111頁。

(51) 佐藤成基「国境を越える『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）21頁。佐藤成基は、ナショナリズムにおける在外同胞問題を扱った研究としてRogers Brubakerを挙げる。Rogers Brubakerによると、民族化する国家・民族ナショナリティ・外部の民族的故郷の三項関係モデルを提唱しており、国籍と民族籍が存在する地域で有効な分析枠組みであると指摘している（See Rogers Brubaker, *Nationalism reframed: Nationhood and the national question in the new Europe*, (Cambridge University Press, 1996)）。Brubakerのナショナリズム理解については、梶田孝道「R・ブルーベイカーのナショナリズム理解をめぐって—『ナショナリズムの再構成：新生ヨーロッパにおける国民性とナショナルな問題』を中心に—」一橋論叢120巻2号（1998年）が参考となる。



どという英訳が主に用いられている。<sup>(52)</sup>なお、類似する用語であるディアスポラ (Diaspora) とは、ある民族的集団の国外への離散という現象、あるいは離散した<sup>(53)</sup> (撒き散らされた) 人々の集団を表す用語として今日では広く使われており、

- 
- (52) Kin-minorityは、法による民主主義のための欧州委員会 (以下、ヴェネチア委員会) で使用された用語である (Co-Operation Between The Venice Commission and The Republic Of moldova on Constitutional Reform, CDL-INF (2001)19.)。ハンガリーは、近隣諸国7カ国に約300万人のハンガリー国籍を持たない在外ハンガリー人が居住しているが、オルバーン政権は、「国境を超えた統一的ハンガリー国民形成」のために、「隣接諸国に住むハンガリー人に関する2001年62号法」(以下、地位法)を2001年国会で採択した。これはハンガリーがEUへの加盟を準備する最中に採択されたものであるが、問題は、EU枠外の(当時加盟予定のなかった)ウクライナやユーゴスラビアにも在外ハンガリー人がいるため、EU市民ではない在外ハンガリー人が、その他の第三国国民と比べて優遇されることとなる。EUへの加盟に際して当該地位法がEU法に抵触するか否かについてヴェネチア委員会が裁定によって、「欧州の価値観や規範」(Renate Weber, *The Kin-State and Its Minorities: Which European Standards? The Hungarian Status Law: Its Antecedents and Consequences*, (2004), p.352)といった一定の基本原則に反しない範囲に限定する条件を付した。ハンガリーの在外同胞政策についての日本語文献としては家田修「ハンガリーにおける新国民形成と地位法の制定」スラブ研究51号(2004年)が詳しい。
- (53) ディアスポラという用語は、もともとユダヤ人と関連しており、パレスチナから離散し世界に散らばり、「国なき民」として生き続けてきた民族の運命を表してもいる(沼野充義「ディアスポラ論」塩川伸明他編『ユーラシア世界2ディアスポラ論』(東京大学出版会、2012年)1頁)。移民・難民・亡命者・移住者といった用語とは区別して使用されてきたのは、起点・祖国としての「ある場所からの追放」という点に重きをおくためであり、デリダの「離種」概念も同方向性をもつと考えられる(同書、6頁)。ディアスポラという用語は、「国外追放者、難民、外国人労働者、亡命者、在外共同体、宗教共同体などの領域まで拡大している」という指摘もある(白杵陽監修、赤尾光春・早尾貴紀編『ディアスポラから世界を読む—離散を架橋するために』(明石書店、2009年)22頁)。もっとも、白杵陽は「ディアスポラは21世紀のグローバリゼーションの状況下において起こる新しい現象を説明する『道具』として使えるかどうか」について、「あくまで批判的言説戦略のための『道具』だと私は考える」とする(同書、29頁)。



人文社会科学の一定領域において研究がすでに展開されている。

塩川伸明によると、外に住む同胞が問題となるのは、歴史的に大きな帝国を建設したり、大々的な国外植民を行った後に領土を縮小させた国によくみられる問題であり、ロシア（ソ連の継続国家としてラトヴィア、エストリア、カザフスタンなどに大きな比率のロシア人を残した）、ドイツ（東方諸国に大量のドイツ人を残した）、ハンガリー（ハプスブルグ帝国解体後の「小さなハンガリー」の外に多くのハンガリー人を残した）、セルビア（ユーゴスラヴィア解体後、セルビア以外の各地に多くのセルビア人を残した）などと共通する<sup>(54)</sup>。特に、彼ら彼女らが故国（home land）に帰還する際、すなわち「民族的移住帰還者（ethnic return migrants）」として帰還する場合に問題となる。

在外同胞に関する研究は、主に社会学者による移民研究の領域において取り上げられてきた<sup>(55)</sup>。筆者は、在外同胞の国籍問題について検討することは、血統主義の原則を採用してきた国家における国籍概念の検討に重要な意義をもたらすのではないかと考える。というのも、国籍法は国家と民族の歴史を如実に反映する法制度である一方で、他の制度がそうであるように、国籍制度もまた時の経過に応じて少くない変化を経験してきた。その理由がヒト・モノ・カネ・サービスの移動が活発化したというグローバル化と、それにとまなう諸外国の変容の影響であることは明らかである。すなわち、グローバル化の下での「国民の国家離れ」によるもので、「国家が国民との間の紐帯を強固なものにしようとするれば、国籍要件を国民生活の現状に合わせて拡大してゆくほかない」ためである<sup>(56)</sup>。当該議論は、在外同胞と祖国との間で意見の不一致があったときに、より問題が生じる。したがって、在外同胞の法的地位やその受容に対す

---

(54) 塩川伸明、前掲注（50）、111頁。

(55) さしあたり、ロジャース・ブルーベイカー（佐藤成基他編訳）『グローバル化する世界と「帰属の政治」』（明石書店、2016年）、See Michael Collyer. *Diasporas and Transnational Citizenship*, in: *The Oxford Handbook of Citizenship*, (Oxford University Press, 2017) など。

(56) 棟居快行「グローバル化社会と憲法」法律時報87巻11号（2015年）121頁。

る諸法制度を同時に検討することで、国籍概念の性質がより如実に現れるのではないかと筆者は考える。<sup>(57)</sup> 血統主義の原則を採用してきた国家にとっては、エスニックな紐帯に基づいて親から子へとその国籍を継承することになるわけであるが、それは領土の域内でのみ適用されるのではない。

では、血統主義の観点から継承される国籍は、国内で出生した者と国外で出生した者と同様に運用されているのだろうか？在外同胞に対する政策から、このような境界事例における国籍の意味を知ることができる。<sup>(58)</sup> ひいては、国家が血統主義をどこまで厳格にとらえるのか、あるいはそこに内包する国籍に求める紐帯の要素を知ることにもなる。上述したように、再国民化の議論が持ち上がり、国家の揺らぎ自体も異なるベクトルへと変容する中、憲法の視点からも当該問題に向き合う意義があるのではないかと考える。<sup>(59)</sup>

本論文では、在外同胞の祖国への（長期的あるいは一時的にでも）帰還という事象を中心に、国籍法制あるいは在外同胞に対する法制度において彼ら彼女らをどのように定義するのか、それが国籍概念にいかなる影響を及ぼすのか、憲

(57) ハーバーマスは、ドイツにおける国籍概念と亡命者問題を同時に挙げながら、「この問題をもちだしたのは、国籍にかんする政策にそれぞれ国民性が表れていると思えるからです。今日議論されている亡命者問題もこうした歴史的背景を考慮して議論されるべきでしょう」と指摘する（ユルゲン・ハーバーマス著・河上倫逸編『法と正義のディスクルスーハーバーマス京都講演集一』（未来社、1999年）10頁）。

(58) 「元国民による国籍再取得を促進すること」は、「その国の民族・文化に親和性のある者に対する広範な政策の1つの要素」であるといえる（Rainer Bauböck, Eva Ersbøll, Kees Groenendijk and Harald Waldrauch. *Acquisition and loss of nationality: Policies and trends in 15 European states*. Vol. 2. (Amsterdam University Press, 2006), p.10）。

(59) Adeno Addisによると、ディアスポラの問題を法的な観点から議論することは、「定義づけることの難しい曖昧な存在について制度的に対応する言語を見つけることは、21世紀の法学・政治学における新たな挑戦である」という（Adeno Addis. *Imagining the homeland from afar: Community and Peoplehood in the Age of the Diaspora*. *Vandebilt Journal of Transnational Law*, Vol.45, (2012), p.983）。

法上どのような問題として理解されるべきか、といった問題へと向き合うことになる。

## 第2章 国民国家枠組みと国籍

「国境線に区切られた一定の領域から成る、主権を備えた国家で、その中にすむ人々（ネイション＝国民）が国民的一体性の意識（ナショナル・アイデンティティ＝国民的アイデンティティ）を共有している<sup>(60)</sup>」国家が、国民国家である。国民国家は、領域的・人的関係における「排除と包摂」を本質としており、その基準であるネイションの「法律学的構成物が国籍概念である<sup>(61)</sup>」。国籍概念について把握するためには、国民国家自体の「変容の相<sup>(62)</sup>」の歴史的展開に即したかたちで分析することが重要である。

本章では、国籍概念の把握を国民国家の歴史的展開に即して分析することを前提に、憲法から見た概念の検討を試みる。憲法からみた国籍概念の検討には、3つの範疇に大別して議論すべきだと筆者は考えるが、まずはその範疇がどのようなものであり、本論文ではどの範疇の議論を論じているのかを示したい。

### 第1節 憲法からみた国籍概念

#### 1. 国家管轄事項としての国籍

出生と国籍の連続性が、国家と個人を結びつけることは、国民国家の形成枠組みにおいて自明のことと考えられてきた。近代国民国家を構成する3つの要素のうち、領土と国民の画定が国家管轄事項の領域となるが、国境という線引きによって人権保障等の任務の領域的境界が設定され、国籍という線引きによって規制と保護の人的対象を画する身分的境界が設定される。主権は規制と保護を実現するために行使される権力の頂点に立つ権力であるが、それは国境

(60) 木畑洋一「世界史の構造と国民国家」歴史学研究会編『国民国家を問う』（青木書店、1994年）5頁。

(61) 広渡清吾『比較法社会論研究』（日本評論社、2009年）174頁。

(62) 広渡清吾、前掲注（61）185頁。

と国籍によって領域的にも人的にもその妥当範囲が画される。国家は、その保護の範囲を国境という領域的境界によって画すだけでなく、国籍という身分的境界によっても線引きしてきた。<sup>(63)</sup>そして、国家からみれば「同質的なネーションは、政治社会の構成員としての地位（シティズンシップ）を確定するという観点と、安定した生活（セキユリティ）を保障すべき範囲の決定という観点の両方によって要請された」といえるのであるが、国民の範囲を確定するために「どこに境界線を引くかについては、常に恣意性が伴う」<sup>(64)</sup>のである。

そのため、国籍法制はいくつかの国際法上の原則が共有されてはいるもの

- 
- (63) 駒村圭吾、前掲注(3) 23頁以下。「国家、あるいは国家を区切っている国境線の人為性というものは、歴史的に見てもはっきりしています。ネーションという言葉は、国民であったり、民族であったりしますが、民族というと、民族的アイデンティティとか、本質的な属性のようにいわれることもありますが、これもやはり人為的なものという側面があります。ましてや国民となると、一つの民族が一つの国民を形成しているということは実際にはない。民族自体も人為的な所産だし、国民となればますますそうだろう。そういうものを前提として、国境線で囲まれた枠内だけで、とりわけ人権の問題を考えるとということが、本当に妥当なのかどうか。それが、最近の私自身の非常に大きな問題関心なのです」(浦部法穂・山元一、前掲注(10) 146頁) [浦部法穂発言]。
- (64) 井上典之「立憲主義と憲法パトリオティズム—多元主義とコンセンサスの調和をめざして—」公法研究第70巻(2008年) 85頁。同様の説明に、マイケル・ウォルツァー(山口晃訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護』(而立書房、1999年) 109頁など。

<sup>(65)</sup>の、国際法上国家の管轄事項であるとされてきた。<sup>(66)</sup>ただしこれは、無制限に国家の立法裁量に委ねられるのではなく、法の一般原則やその他原則を考慮することが求められるが、直接的に国籍の取得や喪失に関する基準を提示していないことは明らかである。<sup>(67)</sup>国家は、国籍（シティズンシップ）を付与するという規範的なアイデンティティがもつ「自由を制限し公共秩序を生み出すような」、<sup>(68)</sup>「統合的であるような潜在力を手放したことはない」。これはまさに「国民形成の目的そのもの」を意味するのである。<sup>(69)</sup>

- 
- (65) 例えば、差別禁止原則は、ヨーロッパ国籍条約5条1、2項、女子差別撤廃条約などを根拠としており、国籍の得喪に関して個人の自由意思を尊重すべきという国籍自由の原則は、世界人権宣言15条2項、ヨーロッパ国籍条約4条のdに規定されている。また、単一国籍原則も世界人権宣言15条1項、市民的および政治的権利に関する国際規約24条3項（児童の権利に関する条約7条1項）などで、国籍を取得する権利という形で言及されている。この点からも明らかであるように、無国籍防止原則としての側面をこの原則は定めているといえる。しかし、この原則については近年その重要性が弱まっており、複数国籍を許容する傾向にある。
- (66) 国内管轄の原則は、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」（以下、国籍法抵触条約という）と定めている1条「何人が自国民であるかを自国の法令によって決定することは、各国の権限に属する。右の法令は、国際条約、国際慣習及び国籍に関して一般的に認められた法の原則と一致する限り、他の国により承認されなければならない」、2条「個人がある国の国籍を有するかどうかに関する全ての問題は、その国の法令にしたがって決定する」でも示されている。また、ヨーロッパ国籍条約3条も1項「何人が自国民であるかを自国の法令によって決定することは、各国の権限に属する」、2項「右の法令は、国籍に関する国際条約、慣習国際法および一般に承認された法の原則に反しない限り、他の国家により承認されなければならない」と規定する。
- (67) Robert D. Sloane, *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*. *Harvard International Law Journal*, Vol.50, No.1, (2009), p.9.
- (68) クリスチャン・ヨプケ（遠藤乾他訳）『軽いシティズンシップ—市民、外国人、リベラリズムのゆくえ—』（岩波書店、2013年）45頁。
- (69) クリスチャン・ヨプケ、前掲注（68）45頁。

国民国家にとっては、外国人と区別して国民の範囲を画定する必要があり、国民は国家における主体的性質かつ国家行為の対象である。このような国民国家の枠組みの中で、一体的な帰属意識をもった国民を確定させるために機能するのが国籍である。

## 2. 憲法からみた国籍概念—3つの範疇

国籍法制の決定が国家の管轄事項であるということは、上記のように強調した。それでは国籍概念は、憲法の文脈の中でどのように論じるべきであろうか。筆者は、憲法から国籍概念について論じる際、3つの範疇に分けたうえで検討すべきだと考える。

1. 国籍はどのような意味をもつ概念なのか
2. 国籍の取喪にはどのような要件がおかれているのか
3. 国籍を保持することでどのような効果が発生するのか

第1の範疇「国籍はどのような意味をもつ概念なのか」とは、国籍が近代国民国家の成立の中で国民を画定するために用いられるツールであるという観点から、誰を国民国家の人的構成員として観念してきたのかを検討する縦軸である。国籍の内実、国民国家がその発展のなかでもつ性質に大きく依存することになる。すなわち、歴史的伝統や経験、社会的な理念や変化、さらには経済的な利害という影響を多く受ける中で、国家が求める国民像を国籍に反映させるものといえることができる<sup>(70)</sup>。すなわちこれは、理念としての国籍といえることができる。この縦軸は、国民国家の変容に応じて変わりうるものであり、その変動に対して憲法はまったく無防備なのではなく、平等原則や国籍の恣意的

---

(70) 「近代国家およびその国民統合と表裏一体の関係で」あり、「身分登録の有様は、国家が個人をどのような価値観に基づいて把握するのかの表現」である国籍法制は、国家の歴史的な経験や価値観を如実に反映する法律である（齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」公法研究75号（2013年）118頁）。

な剥奪の禁止など、憲法審査の対象とされるということが出来る。

第2の範疇である、国籍の取喪にはどのような要件がおかれているのかは、まさにどのような要件で国籍を取得し、または喪失するのかという問題であり、国籍保持者である国民の具体的な範囲を決定する横軸である。国によっては憲法で具体的に規定する場合もあれば、国籍法などに委任する場合もありうる。特に国籍の取得という点からいえば、この第2の範疇には、生来的な国籍の取得と後天的な国籍の取得がある。前者が出生による血統主義と出生地主義に大別される国籍取得要件、後者が帰化制度の要件であり、両者は国籍概念の「形式的・技術的」<sup>(71)</sup>な観点である。

そして、第3の範疇、国籍を保持することでどのような効果が発生するのかについては、文字通り国籍を保持することがどのような権利義務に関わるのか、すなわち個別具体的な権利義務関係を決定する権利享有資格の基準としての国籍の機能的側面の領域<sup>(72)</sup>について把握することを意味する。これは、外国人の人権享有主体性を権利性質説の立場で論じる通説・判例の考えを踏まえる<sup>(73)</sup>と、国籍が個人の人権享有主体を決めるメルクマールとしての資格としてどこまで絶対的なものであるかという議論であり、国籍を要件とする基本的人権の範囲を検討することである。<sup>(74)</sup>

国籍概念を次のような3つの範疇に分け、それぞれ検討すべきと考える理由

(71) 柳井健一、前掲注(42)27頁。

(72) 大沼保昭「国籍とその機能的把握」法学教室55号(1985年)133-137頁。

(73) マクリン事件(最大判1977(昭和52)年10月2日民集32巻7号1223頁)。なお、近年の権利性質説の再検討について言及している先行研究としては、柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二編『人権の主体』(法律文化社、2010年)、中村安菜「権利性質説と権利保障の枠組みの再検討—無国籍者となった台湾人の事例を素材として—」(2018年)、坂東祐介、前掲注(45)。

(74) 社会・政治への参加の権利に関する問題を国籍という観点で検討する限り、国籍は国民国家に完全に所属した者の排他的な資格にすぎない(이효덕 「[비평] 국민국가의 안과 밖 : 국민국가·국가·주체」 [= 国民国家の中と外 : 国民国家·国家·主体] 당대비평 (1996년) 204면)。



は、国籍というものが国民国家という枠組みと切り離すことができないからである。これを如実に示す事柄が、国民国家の相対化<sup>(75)</sup>に関する議論とその限界である。グローバル化やボーダレス化にともなう国民国家概念の揺らぎは、国家における国民像を変えざるはずである。すなわち、人・モノ・カネ・サービスの移動が顕著となる中で、構成員資格としての国籍にも、その連結の意味に変化がもたらわれている点に留意する必要がある。国籍制度は国家の管轄事項であるという国家主権原則の中で、国籍制度（あるいは入国管理）について各国が「他国の動向に敏感<sup>(76)</sup>」となっている。この点について国民国家の垣根を低くしようと試みた実験が、EU市民権（あるいはシェンゲン体制）<sup>(77)</sup>であろう。「主権国家の法」と「主権国家間の法」の二元システムを揺らがせたEUは、国民国家の相対化の典型的な例としてしばしば取り上げられてきた。ヨーロッパ諸国は、EU法などを通じて変容してきたといえる。EUによるEU市民権の導入も含めて、ヨーロッパでの国籍に関する変容は注目するべきであろう。

---

(75) 近代国民国家の相対化が叫ばれるなかで、概念の近代性が、むしろ限界・桎梏と感ぜられるようになってきたのもまた、事実である（石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって—憲法の観点から(1)」法学教室343号(2009年)38頁）。

(76) 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、2016年）318頁。

(77) シェンゲン協定（The Schengen acquis - Agreement between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJL 239, 22.09.2000. p.13-18.）およびそれにともなうシェンゲン体制・シェンゲン圏については、岡部みどり「すべてはシェンゲン圏からはじまった—EU出入国管理政策の変遷」岡部みどり他編『人の国際移動とEU：地域統合は「国境」をどのように変えるのか?』（法律文化社、2016年）などを参照されたい。



## 第2節 国民国家の相対化：EUを事例として

### 1. EU市民権の収斂

EU運営条約20条は、加盟国の国籍を有する全ての者がEU市民となることを定めている。EU市民権の創設により、EU市民は領域内における移動の自由はもちろんのこと、国境を越えて個人の権利保障が強化された<sup>(78)</sup>。EU市民権の本質それ自体は、加盟国国籍を保持していることが前提とされているため、加盟国国籍に代替するものではない。加盟国の国民としての属性と欧州市民としての属性は、互いに排除しあったり、取り変わったりすることはなく、このような考えは、はっきりと拒絶されている<sup>(79)</sup>。したがって、EU市民権と加盟国のナショナルな国籍との関係を確認しておけば、EU市民権は国籍ではなく、「各人の構成国への所属性に媒介された資格（被媒介的資格）」であり<sup>(80)</sup>、「それぞれの根拠づけは必要ない」<sup>(81)</sup>。

(78) EU市民権によって享受される権利は、①加盟国領域内での自由移動および居住する権利、②欧州議会選挙および居住している加盟国の地方選挙権および被選挙権、③出身加盟国が代表部を設置していない第三国において全ての加盟国の国籍を有する者と同じ条件で外交・領事機関による保護を受ける権利、の4つに分かれる。なお、EU市民権は、市民権取得にともなう諸権利が付与されているものの、義務と呼べるものはほとんどない。(See Dimitry Kochenov, *EU Citizenship without Duties*. *European Law Journal*, Vol.20 No.4, (2014))。

(79) Damian Chalmers, Gareth Davies and Giorgion Monti, *European Union Law: cases and materials*, Third Edition, (Cambridge University Press, 2014)。

(80) 広渡清吾「EU市民権とドイツ国籍法」比較法研究67巻（2005年）133-139頁。ブルース・アッカマン（辻健太・川岸令和訳）「立憲主義への三つの道—そしてヨーロッパ連合の危機」法律時報87巻5号（2015年）134頁。なお、EU市民権については、欧州憲法条約の第I・10条において、「加盟国の国籍を有する者（national of a member state）は、連合市民（citizen of the Union）である。連合市民権（citizenship of the Union）は、加盟国の国籍に代わるものではなく、これに付加するものである」と定義づけている。

(81) Rudolf Streinz, *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*. (München, 2012), S.607. 国籍に基づく差別禁止は、EU市民という立場は加盟国自体の国民であれば自動的に付与されるものであり、EU市民権の公正な適用を受けるためには、国籍に基づく差別があつ

国籍概念に対する価値観（国民の一体性、国民国家概念）は、ヨーロッパにおいても当然各国で異なる<sup>(82)</sup>。フランスとドイツとの対比によって顕著に示されるように、ドイツがエトノス型である一方で、フランスはデモス型の国民民主権概念を採用している関係から、国籍法制もそれぞれ血統主義と出生地主義を国籍の生来的取得の原則とするなど、その違いが見られていた。しかし、本論文でも示したように、ドイツは血統主義を国籍取得の原則としていたが、出生地主義を導入するなど移民国家としての一步をすでに歩み始めている。また、ヨーロッパ国籍条約の発効（2000年）などによって、複数国籍にともなう不都合として従来指摘されてきた兵役義務、外国保護権などの問題は複数国籍を禁止しなくとも、実務的に解決し得るとして、複数国籍の一方が加盟国であるかどうか、同条約の加盟国であるかどうかにかかわらず複数国籍を承認している。

欧州司法裁判所も、加盟国の国籍法に対して、EU法から制約を受けないのか、完全に国内管轄事項としての裁量権を有するのかという観点に踏み込んだ判断をしている。例えば、Rottmann事件<sup>(83)</sup>は、国籍得喪の要件は国内管轄事

---

てはならないという前提を意味する（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」浅野有紀他編『グローバル化と公法私法関係の再編』（弘文堂、2015年）178頁）。

- (82) 「一口に『ヨーロッパ』といっても、個別の状況の差異はかなり大きい。あたかもヨーロッパに『純粋かつ模範的な近代』・『純粋な国民国家』があったかのように想定し」ているが、「ヨーロッパ諸国においても」それが「実在したわけではない」（塩川伸明『民族とネーション—ナショナリズムという難問』（岩波新書、2008年）42頁）。
- (83) 本件の原告は、オーストリア国籍保持者であったが、帰化によってドイツ国籍を取得したものの、ドイツが依然として単一国籍主義を採用しているため、オーストリア国籍を自動的に喪失した。しかし、原告が自身に犯罪の嫌疑があることを開示していなかったことから、帰化決定は撤回され、ドイツ国籍も剥奪されることとなったため、ドイツの国籍剥奪行為が原告のEU市民権を侵害するか否かが争われることとなった（Case C-135/08 Janko Rottmann v Freistaat Bayern, 2010, ECR I-1449）。

項であると判断する一方で、EU法を尊重することが求められると判断した。<sup>(84)</sup>原告は、元来EU市民であり加盟国の国籍が喪失すると無国籍者となるため、EU市民権およびその諸権利が失われてしまうという危機に瀕した中で、EU法に照らして、その喪失は免れることとなった。<sup>(85)</sup>すなわち、加盟国の国籍法は、EU法から一定の審査を受けるとということが示されたのである。<sup>(86)</sup>当該判決は、「派生的で従属的なEU市民権について言及」し、「門番としての加盟国の役割を強調」する従前の判例を変えるものであり、「国籍とEU市民権との間の伝統的な関係を転換するための扉を開けた」ものと評価することができる。<sup>(87)</sup>

また、移民政策の場面においては、加盟国の管轄事項としての権力が未だ強いなかにも、「トランスナショナルな領域のかなりの範疇の公式化が進展している」<sup>(88)</sup>といえる。EUの統合は、既存の国民国家の枠組みを相対化することが

(84) Case C-135/08, para 39.

(85) Rottman事件後のRuiz Zambrano事件 (Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi, 2011, ECR I-nyr) も、「EU市民としての地位により付与された権利の実質の現実の享受をEU市民から奪う効果のある各国措置を運営条約20条は排除する」と判断している。これは、EU加盟国の国籍に基づく派生的な側面を示した判断であったとして、EU市民権の本質面における大きな転換点であると指示される (中村民雄「判例にみるEU市民権の現在—移動市民の権利から居住市民の権利へ?—」日本EU学会年報32巻 (2012年) 147頁以下、Dimitry Kochenov, supra note 17, pp.482-498)。

(86) 大谷良雄は、Rottman事件について、「EU法による制約を受けることになるのか、すなわち加盟国が国籍に関する国内的権限を行使することに対して、EUは『監視権』を行使するのか否かという問題を提起することになる」指摘する (大谷良雄「国際法方々 (8) ロットマン事件 (下) 加盟国国籍の得喪とEU市民権 [欧州司法裁判所2010.3.2判決]」時の法令1869号 (2010年) 53頁)。ただし、欧州司法裁判所は、既述の事項を考慮し、ドイツが国籍法に基づき原告への国籍付与を撤回した点について、比例性の原則の観点から鑑みて「EU市民権を喪失することになって」EU法、とくにEC条約17条 (現行EU運営条約20条) の規定に抵触しないと留保している (Case C-135/08, para 59)。

(87) Damian Chalmers, Gareth Davies and Giorgio Monti, supra note 81, p.474.

(88) サスキア・サッセン (伊豫谷登士翁監修・伊藤茂訳) 『領土・権威・諸権利—グローバルゼーション・スタディーズの現在』 (明石書店、2011年) 341頁。

期待され、その中でEU市民権はその固有の意味を拡張させ、部分的には各加盟国の国籍法等をEU法によって収斂させていくことが期待されてきた。

しかし、加盟国間の揺らぎは近年顕著に表れている。「EUから押し付けられるのではなく、自己決定したい」、「ナショナルなものを取り戻そう」<sup>(89)</sup>という近年の傾向は、国家と国民との普遍的な関係を超越し、国家を相対化するという、EU市民権に向けられたかつての期待から大きく後退しているとみるべきであろう。これは、「再国民化・再国家化 (re-nationalization)」<sup>(90)</sup>という用語でも説明されている。

例えばマルタは、個人投資である第三国国民に対して、投資によって国籍を短期間で取得させる制度（個人投資家プログラム (Individual Investor Programme)）を2013年に国籍法改正で導入したが、裕福な第三国国民としての外国人がEU市民権を得ることにより域内移動の自由や平等な取り扱い等の権利を購入することができる、という構造が問題視された<sup>(91)</sup>。また、2015年難民問題<sup>(92)</sup>やBrexitなどを通じて顕在化したEUの現体制への懐疑は、東西のヨー

---

(89) 『毎日新聞』2016年12月6日朝刊。

(90) 再国民化は、欧州連合を中心とする、国民国家・主権国家という単位への回帰の状況をいう（高橋進・石田徹編、前掲注（6）。当該研究では、「再国民化を自国民優先と移民排除という文字通りの再国民化の意味とEU統合反対と主権回復という再国家化の意味を含むものとして捉えながら、執筆者が各々多義的に、あるいは多様な現象を包み込む概念」として用いられている（同書、223頁）。

(91) マルタの国籍法制については、See Segio Carrera, How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, No. 64, (2014)。

(92) Brexit後のイギリスで、EU市民は数千人にわたり喪失される可能性があり、今後EU市民の地位や雇用の非公式化（安全でない形態の労働や居住環境に追いやられるといった不安定な状況）をもたらす可能性があるとも考えられる（Theodora Kostakopoulou and Anastasia Tataryn, Homo objectus, homo subjectus and Brexit. Framing the Subjects and Objects of Contemporary EU Law. Edward Elgar Publishing, (2017), p.12)。

ロッパの間で大きな溝を置くことにもなった。これらのような現象というのは、欧州憲法条約が霧散した時にすで予見されていたということができるともかもしれない。欧州憲法条約の失敗は、憲法が「国民の集合的なアイデンティティの形成に寄与すること」<sup>(93)</sup>、すなわち、国民の主権意思の所産でなければならないという公理を、批判的な視点から援用したのである。<sup>(95)</sup>

## 2. EU市民権の限界

結局、現在のEU市民権のアポリアともいえるが、「さしあたりナショナルな市民権から独立したヨーロッパ市民権なるものは存在しない」のであり、「ヨーロッパ市民権を発生させるのは、フランス市民なりドイツ市民なりであるという事実」<sup>(96)</sup>である。上記のRottman判決に対する批判も、欧州司法裁判所は「無国籍の問題」、そして「欧州人権条約への積極的な言及」において果たすことのできるEUの役割については沈黙しているなど、その限界に対する<sup>(97)</sup>

(93) 欧州憲法条約は、既存の国民国家的な憲法概念が、国際法における国際的憲法概念に拡大されることを意味する。EUを通じた憲法化過程の拡大として条約の改正の形態として設立された欧州憲法条約は、条約と憲法的な要素の両者を全て含んだものということができる。

(94) 林知更「日本憲法学はEU憲法論から何を学べるか」比較法研究第71巻（2009年）103頁。

(95) ブルース・アッカマンは、欧州憲法条約の批准を通じたヨーロッパの政治的アイデンティティの憲法化が成功していれば、EU全体の正統性を脅かす近年の民族主義的運動は全く異なる枠付けがされていただろうと指摘する（ブルース・アッカマン（辻健太・川岸令和訳）「立憲主義への三つの道—そしてヨーロッパ連合の危機」法律時報87巻5号（2015年）104頁）。

(96) ドミニク・シュナペール（中嶋洋平訳）『市民の共同体：国民という近代的概念について』（法政大学出版局、2015年）250頁。

(97) Theodora Kostakoupoulpu, When EU Citizenship becomes Foreigners, *European Law Journal*, Vol.20, No.4, (2014), p.453. なお、Dimitry Kochenovは、近年のEU市民権に関する欧州司法裁判所の諸判決は刷新的であり期待できるものであるが、真に説得的とはいえないと指摘している（Dimitry Kochenov, *The Right to Have What Rights?: EU Citizenship in Need of Clarification*, *European*

指摘である。

ロジャース・ブルーベイカーは、「予測できる限りでの未来に関していえば、国民国家と国民的シティズンシップ（国籍としてのシティズンシップ）はまだまだ大いに（おそらくは過剰に）残存するだろう<sup>(98)</sup>」とかつて指摘したが、たしかに現在のEUは、このような指摘通りの様相を呈しているといえるだろう<sup>(99)</sup>。いまだに国民国家が国籍法制を管轄するという前提は強く作用しており、EU市民権さえもそれを覆す基盤になっていないことがわかる<sup>(100)</sup>。

以上のEU市民権の事例から明らかであるのは、EU市民権の取得は加盟国の管轄事項に基づく国籍が前提におかれているということである。言い換えれば、加盟国の国籍さえあればEU市民権は自動的に付与されるものであり、EU市民権保持にともないEU領域のいかなる場所でも、同じように生活することができるということである。ユルゲン・ハーバーマスの指摘からも明らかであるように、EUは所与のものとしてのEU市民を存在させることはできな<sup>(101)</sup>

Law Journal, Vol.19, issue.4, (2013), p.2)。

- (98) ロジャース・ブルーベイカー（佐藤成基、佐々木てる監訳）『フランスとドイツの国籍とネーション—国籍形成の比較歴史社会学』（2005年、明石書店）306頁。
- (99) サスキア・サッセンは、移民問題はグローバル化の現代社会において、国家主権の管轄を超えた調整が求められてきたのであるが、「『市民』とは違って」法や政策を通じて主体として構成される移民は、「ポストナショナルな場の脱境界化」によって「移民の定義に多価的な意味を生み出す」か、他方で「再国民化」によって「市民の定義を狭め、移民の定義も狭めている」とする（サスキア・サッセン、前掲注（88）321頁）。
- (100) Marc Morjé Howardも「共通のヨーロッパ基準はなく、それが現れる兆しもない」と主張する（Marc Morjé Howard, *The politics of citizenship in Europe*, (Cambridge University Press, 2009), p.190.)。
- (101) 「政治的な意味をもつ憲法は、ワインレッド色のパスポート [EU共通のパスポート] の持ち主というだけのEU市民から、ほんとうの意味でのヨーロッパ市民を創出するはずのものだった。…（中略）…域内の国々の国境を超えて、ブリュッセルとストラスブールにおいてより透明な政治的意思形成が可能となるための市民の参加をさらに進めるはずだった。しかし、やせ細られた機構改

かった。上述した3つの範疇は、EU市民権を議論するうえでは、「権限が限定された団体<sup>(102)</sup>」というその性質ゆえに無用ということができよう。超国家的な共同体は、構成員資格をもつことによってどのような効果が与えられるのか、それがどこまで拡張されていくのかという議論に収斂されることになる。

トートロジーな言い方でいえば、国家主権の相対化現象として取り上げられ注目されてきた欧州統合も、加盟国という国民国家枠組みの限界があるのであり、国民国家が動揺しているなかでも、国民国家という枠組みとその枠組みのもとでの国籍という装置がいまだなくてはならないものであることを意味している。

### 第3章 国籍概念の分析：日本・ドイツ・韓国の比較の観点から

#### 第1節 国籍概念を検討する射程

国民国家枠組みのもと、憲法からみた国籍概念を複数の国家を対象として比較し検討することを、本論文は目的としている。憲法からみた国籍概念を検討するにあたっては、上述した3つの範疇のどれを比較の射程としているのか明示しておきたい。

本論文では、日本・ドイツ・韓国がそれぞれ考える国籍の必要性にどのような違いがあるのか、国籍概念は共通して存在する概念なのかをリサーチクエスチョンとして設定している。これは、「誰が国民であるか」を国家がどう捉えているかを理解するためである。したがって、本論文で射程とするのは、第1の範疇である、国籍はどのような意味をもつ概念なのか、である。第1の範疇を検討するということは、国家の成立過程において誰を構成員とするかを理解することであり、その理解のためには国民国家自体の歴史的な変遷をたどるこ

---

革条約は、市民とは無縁な政治的出来事というエリート的な性質のものになってしまった」(ユルゲン・ハーバーマス (三島憲一・鈴木直・大貫敦子訳)『ああ、ヨーロッパ』(岩波書店、2010年) 134頁)。

(102) 井上典之、前掲注 (3) 43頁。



とが不可欠である<sup>(103)</sup>。

第1の範疇は、第2の範疇である国籍の得喪にはどのような要件がおかれているのか、という点に影響を与えることから、同時に議論する必要がある<sup>(104)</sup>。国籍概念を検討する縦軸となる第1の範疇は、国民国家の歴史の変容に応じて異なり、横軸となる第2の範疇は、各国の管轄で制定されるルールであるが、近年は他国における制度の変化を意識する領域でもある。本論文は、第2の範疇である国籍の得喪要件（特に取得要件）のなかでも、とりわけ出生に基づく国籍取得の要件を中心とした制度の変容について、各国の国民国家の歴史の変容が影響する第1の範疇と同時に検討を試みてきた。

ところで、高橋和之の指摘には次のようなものがある。「論理上は国民の範囲は『社会構成員』として憲法以前に定まっていると想定しなければならない。…（中略）…自由に定めるといふよりは、論理上法律制定以前に想定されている国民をいわば確認する規定をおくという趣旨と解される。そうである以上、憲法が想定したはずの国民（憲法上の国民）がいかなるものであるかを憲法解釈として明らかにすることが必要となる<sup>(105)</sup>」。すなわち「論理的には憲法上の国

---

(103) 柳井健一は、「近代国家における国籍法制には各国のネイション・ビルディングに関する多様な歴史的経緯、あるいは政治共同体としての国家の特質などが色濃く反映されてきた」のであり、「国民とは何かについて考えるとき、実定国籍制度を所与の前提として議論するのみでなく、その背景をも踏まえた歴史的考察が必要である」と指摘している（柳井健一、前掲注（42）15頁）。

(104) 「国民国家概念の相違は、各々の国家において、出生（血統主義又は聖地主義のいずれか、あるいはその組み合わせ）、身分変動、そして帰化等による国籍取得の条件の相違に反映されてきた」（西谷祐子、前掲注（1）242頁）。

(105) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2010年）83頁。憲法10条規定は、いかなる基準も法律で自由に定めることができるものではなく、国籍得喪に関する事項が憲法事項であるとの前提に立つた上で、その内容の具体化を法律に委任したものであり、憲法の各条項及び基本原理に従いこれと調和するように定めるべきことを要求しているものと理解すべきである、という東京地裁の判断もある（東京地判1981（昭和56）年3月30日判時996号23頁）。韓国の憲法裁判所も、国籍は成文の法令を介してではなく、国家の成り立ちと共に発生するのであり、憲法の委任に基づいて国籍法が制定される



民というものが存在し、法律の役割はその範囲を確認するということ<sup>(106)</sup>」、というのが、高橋和之の指摘である。この命題は、まさに憲法からみた国籍概念を検討するうえでの第1の範疇を明らかにすることが、憲法上の国民というフレームを認識することであり、第2の範疇で法律上の範囲を確認するという、筆者の冒頭の指摘とも符合する。

国民国家の歴史的な変遷をたどると、その枠組みの中で生じる不一致が存在する。すなわち、自身のアイデンティティとは異なる帰属に置かれるか、あるいはどの国家の帰属からもこぼれ落ちる存在が発生するという問題が生じうる。「理念化された国民国家の概念モデルの中心には、領土と国民の一致、国家とネーションの一致、政治組織体と文化の一致、法的なシティズンシップとエスノ文化的なナショナリティの一致などの一連の一致の原理があり」、<sup>(107)</sup>「理念化されたモデルを明示的・暗示的に参照することで問題のあるものとして表象される、このような一致の欠如こそが、内的な帰属の政治と外的な帰属の政治の双方を引き起こす」とロジャース・ブルーベイカーは指摘する。ここで、内的な帰属をめぐる不一致は、国家内の外国人、すなわち移民やその子孫の長期居住者であって国籍保持者でない場合、そして外的な帰属をめぐる不一致は、在外同胞、すなわちある国家の長期居住者でありながらエスノ文化的な意味で他国に帰属している場合をいう<sup>(108)</sup>。さらに、「国家と国民を一对一で結びつける国民国家という政治的共同性を前提にするかぎり、自前の国家をもつことができない（＝国民となることができない）民族」<sup>(109)</sup>は、結局難民という立場におか

---

が、その内容は国の構成要素である国民の範囲を具体化、現実化する憲法事項を規律しているのである」と指摘する（헌재 2000년 8월 31일, 97헌가12, 판례집 12-2, 178면）。

(106) 高橋和之、岩沢雄司、早川眞一郎「[[鼎談] 国籍法違憲判決をめぐる]」ジュリスト1366号（2008年）46頁。

(107) ロジャース・ブルーベイカー、前掲注（98）45頁。

(108) ロジャース・ブルーベイカー、前掲注（98）310頁〔佐藤成基執筆部分〕。

(109) 山岡健次郎「難民不在の『難民問題』」駒井洋・人見泰弘編『難民問題と人権理念の危機：国民国家体制の矛盾』（明石書店、2017年）58頁。

れることにもなる。

このような不一致は、「ほとんどの人が一国のなかで生まれ育ち、生涯を過ごすのが当たり前であった」<sup>(110)</sup>時には可視化されてこなかったが、国民国家による領土の拡張という要因、あるいはグローバル化にともなう移動の自由化により、「ほとんどの国民が国籍国の国内で生活して生涯を終えるという事実」<sup>(111)</sup>に揺らぎが生じたために、問題として表象化されたのである。

筆者は、この不一致の問題を内的な帰属をめぐる不一致のみ検討するのではなく、外的な帰属をめぐる不一致も含めて検討することを、本論文を通じて主張してきた。これが、すなわち在外同胞の問題である。したがって、国籍法制だけでなく在外同胞の受け入れ法制も同時に検討することは有用である。

そこで、日本、ドイツ、韓国という3つの国家を対象として、第2の範疇である法制度とその変容にまつわる諸議論を中心に、第1の範疇を明らかにすべく、いくつかの争点に分けて比較分析する<sup>(112)</sup>。

## 第2節 憲法における国民の規定

日本、ドイツ、韓国の各国は、国家の管轄事項である国民の範囲画定の詳細な規定を立法に委任しているが、それが完全な委任ではなく憲法事項であるということも共通した認識とされている。では、そもそも各国は憲法に「誰が国民であるか」を画定することをどのように規定しているのであろうか？

---

(110) 江橋崇、前掲注(40)8頁。

(111) 江橋崇、前掲注(40)8頁。

(112) 国籍法制および在外同胞の受け入れ法制に基づく、日本・ドイツ・韓国それぞれの国籍概念については、拙著「日本における「国籍」概念に関する一考察：在外日本人の側面から（東アジアにおける法学研究・教育のための国際集会（東亜法學研究・教育之國際集會）」神戸法学年報30号（2016年）、「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」六甲台論集法学政治学篇64巻1号（2017年）、「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」神戸法学年報33号（2020年）にて詳細を論じている。

## 1. 国籍法定主義

日本、ドイツ、韓国における国民概念と国籍との関係において、共通項として示すことができるのは、権利享有主体のメルクマールとしての国籍保持者が国民とイコールとなる関係にあるという点である。これは、「連邦共和国の国家国民への帰属は、原則として、国籍によって決定される<sup>(113)</sup>」としたドイツの外国人選挙権事件、国籍保持者である「『国民』が基本権の主体である<sup>(114)</sup>」とした韓国の父系血統主義違憲憲法裁判所判決、そして「我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受けるうえで意味を持つ重要な法的地位<sup>(115)</sup>」とした日本の2008年国籍法違憲判決等で強調されている点である。国民＝国籍保持者＝権利享有主体という公式は、三国間で共有されている要素であった。

また、憲法上の国民規定についても、国籍法定主義を採用している点が共通している。そもそも日本の憲法10条（明治憲法18条）は、ドイツのワイマール憲法の条文を継受したものであり、韓国の憲法2条は、日本の憲法の文言を踏襲したものである。

なお、無国籍を防止するためには、国籍の恣意的な剥奪を防止する必要があるが<sup>(116)</sup>、ドイツはナチスによる国籍剥奪・国外追放の反省から、国籍の恣意的な剥奪を基本法16条で禁止した。対して、日本および韓国に関してはこのような規定はない。ただし、離脱の自由（韓国は明文規定こそないものの）を憲法上保障することで無国籍の発生については防止していると解釈している。

(113) BVerfGE 83, 37, S.39.

(114) 헌재 2000년 8월 31 일 선고, 97 헌가12, 판례집 12-2, 178 면.

(115) 最大判 2008（平成20）年 6月 4日 民集 62卷 6号 1371頁。

(116) 国籍が虚偽や詐欺によって取得された場合や、他国の兵役に従事するなど国家の重大な公益を侵害したような場合に、国籍の剥奪が許容されるが、例外的かつ狭く理解されるべきである（新垣修『無国籍条約と日本の国内法その接点と隔たり』（UNHCR駐日事務所、2015年）55頁）。

## 2. 「最初の国民」規定

その一方で異なる点は、憲法上「最初の国民」規定が明確であるか否かであろう。日本、ドイツ、韓国はそれぞれ血統主義の原則を採用してきた。血統主義は承継の理論に立つことから、本来その源流が示されている必要がある<sup>(117)</sup>。これは、国家に変容が生じたときに、必ずしも当該国の領域内に国民が存在するわけでもなく、他国との抵触も考えるためである。

日本は、憲法にも、憲法から委任された国籍法にも、最初の日本国民規定が存在していない。韓国のように国家の分断という直面する問題に影響を及ぼしたわけではないものの、国家の連続性との観点は考慮される必要がある。日本は、明治期と戦後の間で臣民と国民を不一致にしてきた。国家が抱えていた人々の扱いを、領土の縮小に伴って矮小化し、国内の旧植民地出身者に対しては憲法を制定する直前に外国人とみなすことにより、その国籍の所在をあいまいにごまかし、「意識的にか、無意識的にか」<sup>(118)</sup>排除してきたということができ<sup>(119)</sup>る。

韓国もまた、憲法にも、委任された国籍法にも、最初の韓国国民規定が存在しない。この欠缺がもたらす弊害は、韓国と北朝鮮の関係における問題、すなわち、北朝鮮公民は韓国国民であるのか否かの論点に対する根拠が示されていない点にある。この論点については、ドイツの判例法理が参照され、北朝鮮<sup>(120)</sup>

(117) 広渡清吾、前掲注 (61) 221頁。

(118) 後藤光男「日本国憲法制定史における『日本国民』と『外国人』—米国の人権政策と日本政府との狭間で—」比較法学45巻3号(2012年)16頁。

(119) サンフランシスコ講和条約による領土の移譲と通達1つで国籍を喪失するに至った旧植民地出身者の問題がある。このような国籍の恣意的な剥奪によって無国籍状態に陥ることになったといえる(江橋崇「国民国家の基本概念」『現代国家と法』(岩波書店、1997年)22-23頁)。江橋崇も指摘するように、本来であれば、国籍選択権を剥奪した点についてその違憲性・違法性が論じられるべきであったにもかかわらず、ほとんど問題とはされなかった(同上、23頁)。

(120) 허영『한국헌법론 [전정8판] [=韓国憲法論 [全訂8版]] (박영사, 2012년) 189면, 헌법재판소헌법재판연구원『통일과 헌법재판2』 [=統一と憲法裁判] (2017년).

離脱民については韓国国民とみなすことになり、韓国が北朝鮮政府を国家として承認しない以上、北朝鮮公民は韓国にとっての「法律上の国民」であり、北朝鮮にとっての「事実上の国民」と認めなければならない。<sup>(121)</sup>最初の国民規定の不在は、在外同胞の概念定義を確定させるうえでも不都合を生じさせることになった。特に韓国は、この定義の不在に伴う具体的な問題が顕在化している。盧泳墩は、戦後国家の「歴史と歴史意識、現在の国籍法の運営が結果的に地理的な離散家族ではなく国籍による法的な離散家族をもたらした」<sup>(122)</sup>のであり、「法的根拠もなく国籍法制定当時南韓に存在したという偶然の事実によって」、特定の者を韓国人とし、それ以外の者を外国人として扱ったことは、「国籍の剥奪」であると指摘した。<sup>(122)</sup>これは、朝鮮半島の南北間に離散家族を生み出しただけでなく、在外同胞も離散家族にしてしまったことへの指摘を意味する。

日本・韓国とは異なり、ドイツは過渡的な条項としておかれた基本法116条1項をもって、ドイツ国民をドイツ国籍保持者とし、権利の享有主体とした。さらに、身分としてのドイツ人として、2項をもってドイツ民族所属性（*deutsche Volkszugehörigkeit*）を有する者をドイツ国民に含めることを規定する。ドイツ民族所属性を有する者とは、難民・被追放者・配偶者・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として、被追放者法にその立法を委ねている。この時期的・地理的な枠付けによって、その後の血統主義原則は正当性を与えられ、また被追放者をはじめとした在外ドイツ人らの法的地位を明確にするために援用された。

(121) 金明基「北韓住民을 大韓民國國民으로 본 大法院 判決의 法理論」 [=北韓住民を大韓民国国民とみる大法院判決の法理論] *자스티스* 30권 2호 (1997年) 199면.

(122) 盧泳墩「우리나라 國籍法の 몇가지 문제에 관한 考察」 [=我が国国籍法のいくつかの問題に関する考察] *國際法學會論叢* 41卷2號 (1996年) 57면.

### 第3節 血統主義原則の意味

日本、ドイツ、韓国を比較するうえでのもっとも重要な比較軸は、血統主義原則に基づく国籍法制を重視してきた点であると言えることができる。しかし、比較するとその根拠や変容には様々な異同があるとわかる。

#### 1. 血統主義原則とその厳格性

日本の国籍法制は、その原点ともいえる条理国籍法を筆頭に、血統主義を貫徹してきた。この血統主義の考え方は文字通り血縁を重視するものであり、異なる民族集団には排他的であった。植民地支配の際には国籍ではなく戸籍を利用して異なる民族集団を区別・管理し、戦後も戸籍を利用しながら、血統主義に基づいて日本人と外国人を区別するなど、かなり厳格であったと言えることができる。しかし、国籍法制定過程で血統主義の採用についてまとまった議論はされておらず、条理国籍法で人種的日本人＝法律的意思の日本人がそのまま引き継がれ、現在も原則とされているように思う。日本の社会において血統が日本人または日本国家の同一性にかかわる問題として根強く意識されていたからであろう。<sup>(123)</sup> その血統主義について、「血統から発する個人と個人又は個人と社会とのかわりを媒介にして、将来に向かって国家との密接な結び付きを形成しようとするしくみ<sup>(124)</sup>」とみることもできるが、ある種確定した国籍概念として自明視されていたと考えることができる。

血統主義の国籍概念を自明視してきたという点でいえば、韓国も日本と類似しているといえる。韓国では朝鮮半島の以南地域に政府を樹立するにあたって、国家・国民精神・民族正体性（アイデンティティ）などを確立することを

---

(123) 法務省民事局内法務研究会編『改正国籍法・戸籍法の解説』（金融財政事情研究会、1985年）8頁〔細川清（法務省民事局第2課長（前民事局第5課長）〔執筆当時〕）執筆部分〕。

(124) 館田晶子「血統主義と親子関係—最高裁判決を素材にして—」陳天璽・近藤敦・小森宏美・佐々木てる編『越境とアイデンティフィケーション—国籍・パスポート・IDカード』（新曜社、2012年）62頁。

強調する傾向にあり、民族の同質性という点を充足するための血統主義が採用された。朝鮮の血統を受け継ぐ血縁的な同質性をもった民族共同体という普遍的な共通認識のもとで国民形成を行った韓国にとって、血統主義はある意味当然の原則であったといえる。この血統主義国籍法制の原型である臨時条例での父系血統主義の採用は、韓国における慣習的な宗法制に由来する家父長的な儒教観念を根拠としており、制定国籍法にも継承された。

一方ドイツは、ラントに委ねられていて本来分散していた住民を、国民として把握し直し一括りにする必要が生じる中で、作為的に血統主義を取り入れてきた。「居住が臣民を作る」からの転換は、未完成の国民国家を成立させるための転換であった。さらに血統主義に基づく国家との紐帯は、文化国民観念と同期されていたように思う。言い換えると、他言語話者としての外国人を排斥するために、国籍は血統主義に基づいて排除の役割を担っていたことになる。その血統主義が1913年の国籍法として制定される中で、強固にエスニックな紐帯を主張することになり、結果的には人種主義的な排除の法理としての帝国市民法にまで行き着いてしまった。戦後は、人種主義政策に反省したうえでの国民形成が必要であったが、血統主義はその後にも有効に機能した。1913年国籍法を西ドイツはそのまま使用することで、西ドイツは第三帝国に居住していた住民を引き継ぐことを正当化したのである。これは、当然ながら国家そのものを西ドイツが継承することを明示することでもあった。また、1913年国籍法の継承にみる残存する民族アイデンティティについては、在外ドイツ人の問題で顕在化することになる。

## 2. 血統主義の変容

なお、ドイツは1974年に家父長的・民族主義的性質の父系血統主義から両系血統主義へ、1999年に血統主義から一部出生地主義を導入する複合型へとその形を変えた。<sup>(125)</sup> 伝統的な血統主義のドイツ国籍法が時代的な変化を一定程

---

(125) BVerfGE 37, 217.



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この改正の背景には、ドイツ国内での移民の増加と定着があげられる。外国出身の同胞市民 (Ausländische Mitbürger) であったドイツ出身の外国人移民2・3世は、ここで初めてドイツの一国民としての資格を生来的に得る機会を得たのである。この変容は、EUの拡張とEU法制という外的な要因と、ガストアルバイターのような移民2世以降の子孫らを統合する必要性という内的な要因が作用したといえる。こうしてドイツは、移民国家へとその立場を変更していったのであり、この改正は「新しい国民アイデンティティの模索に向かう起点」となったといえる。<sup>(126)</sup> このような血統主義から出生地主義の許容へと原則を変えることができたのも、血統主義自体の選択が、自明のものとして取り入れられたものではなく、小さい集団で構成されていたドイツ市民を国民国家の構成員としてまとめ上げるために、意識的に取り入れられた原則であったからといえよう。

対して、日本と韓国は現在も血統主義原則を維持している。ただし、血統主義から出生地主義へと法制度を変更すること自体を、憲法違反とはみなしていない。<sup>(127)</sup> 韓国においては複数国籍を導入する際に、外国人の受け入れ増加と共に1999年改正したドイツ型の出生地主義を一部容認した国籍法改正も議論として取り上げられたものの、反発が強いことなどから現在も導入には至っておらず、結果的には血統主義を放棄することはできなかった。日本も同様に、血統主義については変更される議論は公にされていない。

#### 第4節 複数国籍の受容と拒絶

Thomas Faistが指摘するように、二重国籍や多重国籍といった複数国籍は、

---

(126) 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）154頁。

(127) 현재 2000년 8월 31일 선고, 97 헌가 12, 판례집 12-2, 178면, 血統主義や出生地主義といった違いや帰化の要件等の区別は、性別や出自による区別とは異なる(近藤敦『人権法』(日本評論社、2016年) 40頁)。



国境を超えた移住労働者やその子孫が所属国家を離れ、二重的あるいは多重的な生活を営むすることを可能とする、トランスナショナルな経験の政治的な基礎とされる。<sup>(128)</sup>

## 1. 複数国籍の制約と国籍選択制度

複数国籍の導入に関していえば、当初は日本・ドイツ・韓国とも制限的であったことはいうまでもない。それぞれで導入されていた国籍選択制度は、複数国籍を事後的に解消するための手段として用いられていた。

日本における単一国籍主義への固執は、かなり強固である。改正前の父系血統主義を必要とする意義としても、「重国籍防止における必要性及び有用性」<sup>(129)</sup>からみたやむをえない立法であると裁判所は判示しており、複数国籍保持者への国籍選択制度、海外に居住権をおく場合の国籍留保制度など、複数国籍の発生を制限する根拠条文がいくつかおかれている。現在、日本国外に在住している元日本国籍保持者が、外国国籍を取得することで自動的に日本国籍を喪失する旨を定めた国籍法11条1項が、憲法22条の国籍離脱の自由に該当するか否かを問う国籍確認等請求訴訟を提起されている。「選択を強制することが個人の尊重に反しないかどうか、真剣に考えるべき時がきている」<sup>(130)</sup>といえよう。

ドイツでは、2014年に制限的に複数国籍を認めるまでは、単一国籍主義を採用しており、複数国籍は可能な限り回避または除去されるべき弊害 (Übel)

(128) Thomas Faist, *Transnationalization in International Migration: Implication for the Study of Citizenship and Culture*, *Ethnic and Racial Studies* 23, (2000), pp.209-210.

(129) 東京地判1981(昭和56)年3月30日行裁集33巻6号1395-1396頁。

(130) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第3版]』(有斐閣、2013年)245頁。山内敏弘は「国籍単一の原則を見直して重国籍を日本でも積極的に認めることを、あるいはそれに関連して日本の国籍法が伝統的に採用してきた血統主義を見直して出生地主義に切り替えることを本格的に検討することの方がより適切で、かつ現実的ではないか」と指摘している(山内敏弘「外国人の人権と国籍の再検討」国際人権8号(1997年)2頁以下)。

であると再三指摘されていた<sup>(131)</sup>。1999年の国籍法改正を通じて8年以上ドイツに居住し、永住権を有する外国人の親から生まれた子どもも、ドイツにおいて生来的な国籍の取得を認めたにもかかわらず、23歳までにドイツ国籍を選択しなかった場合当該国籍を失うという国籍選択制度は、批判の対象となっていた。

韓国も単一国籍主義を積極的に取り入れていた国であり、父系血統主義から両系血統主義へと国籍法を改正する中で国籍選択制度は導入された。しかし、10年間の運営の中で韓国国籍を放棄し外国国籍を選択する者が続出したため、低出産・高齢化社会という現実的な問題への対応として単一国籍主義を再考することが迫られた。

## 2. 複数国籍の許容と国際的動向による影響

出生地主義の導入と同様、ドイツの複数国籍の許容には、ドイツが加盟するEUによる収斂が働いているといえる。「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<sup>(132)</sup>」中で、当該問題はEU内でも避けることのできない法的問題となっていた<sup>(133)</sup>。外的な変化も相まって、2014年の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<sup>(134)</sup>た。

---

(131) BVerfGE 37, 217, S.254-255.

(132) BVerwG 107, 223.

(133) Randall Hansen and Patrick Weil, Dual nationality, social rights and federal citizenship in the US and Europe: the reinvention of citizenship, (Berghahn Books, 2002), p.34ff)。

(134) 政策と実務において、複数国籍については1999年の改正を通じて自由化しつつあったにもかかわらず、法律自体は明示的な制限を含んでいた。そのような意味では、ヨーロッパ諸国と比較しても1999年の改正国籍法が不十分であったことがわかる (Morjé Howard, Marc, The causes and consequences of Germany's new citizenship law, German politics, Volume.17, issue.1, (2008),

韓国も複数国籍を許容したが、これは独自の制度に基づいている。2010年の第10次国籍法は、父系血統主義と共に骨子とされてきた原則である国籍単一主義を緩和する画期的な改正であった。韓国の複数国籍の限定的な許容は、多くの国外移民が外国の国籍を取得したことによって韓国国籍を放棄するケースの増加、また兵役忌避や遠征出産といった現象に対する対策の必要性という点から模索された。特徴的な制度としてあげることができるのは、国籍不行使誓約を国籍選択の代替策として制度化したことであろう。これは、兵役拒否との関連で大きな影響を与える。すなわち、生来的に複数国籍になったとしても、その複数国籍保持者が韓国以外を選択する割合が高かったのである。国籍不行使誓約をとまなう複数国籍制度については、違憲の可否が争われる訴訟が提起されたものの、憲法裁判所は国籍の問題については一貫して「国の主権者の範囲を確定する高度の政治的属性」<sup>(135)</sup>をもつとして明言を避けた判断をしている点を見ると、国籍に対する憲法判断自体にはかなり消極的とみるべきであろう。しかし、一部の裁判官の意見として、国籍を保持しこれを変更することができる権利を人間の尊厳と価値および幸福追求権から導出すべきとする主張がいかんが発展するかは、今後注視すべきポイントであるといえる。

複数国籍の許容については、国籍法の内容のなかでも国際的影響を受ける可能性がもっとも高い要件の1つということができる。ヨーロッパ条約などからもわかるように、徹底した単一国籍を重要な国際法原則としていた時期は過ぎたといえる。しかし、韓国のように複数国籍を認めながらも国籍選択の代替策として不行使誓約を課すような形で国内での忠誠を確認する制度もある。ドイツの複数国籍も無制限ではなく、条件付きの複数国籍許容規定をおいている。

ところで、在外同胞の存在と複数国籍との問題を考慮すると、韓国のように不行使誓約という代替策をおくことで、国籍離脱者の増加にブレーキをかけるというのは、一つの打開策にもなりうる。国籍に「人と本国との実質的かつ文

---

p.54)。

(135) 현재 2014년 6월 26일 선고, 2011 헌마 502, 판례집 26-1 하, 578면.

化的な結びつき」を求め「固有の家族関係を反映する」<sup>(136)</sup>アジア諸国にとっては、より有効であるとみることもできよう。このような試行錯誤は、国籍法の国際協調という観点からも重要と考える。<sup>(137)</sup>また、このような選択が、国籍に対する個人の権利が保障されうる1つの方法になるとも考えられるのではないだろうか。

### 第5節 在外同胞、その定義と範疇

在外同胞に関する法理を検討することは、血統主義の原則に基づき国民を把握してきた国家が、領土という地縁的な要素を離れたとしても血縁をどこまで重視してきたかを明らかにすることになる。これは、国籍法以外でエスニックな紐帯が意識される法制度上で、血統をどのように捉えていたのかを把握するために有用である。また、戦後どのように国民形成していくか、その中で領土外に居住する同胞をどのように扱ってきたのかを観察することでもある。これは、戦後そのものといかに向かい合うのかに関する各国の姿勢を把握することにもなる<sup>(138)</sup>と考える。以下では、日本・ドイツ・韓国の在外同胞に対する定義を比較する。

---

(136) 西谷祐子、前掲注 (1) 241頁。

(137) 萩野芳夫も「わが国だけがひとりよがりの制度をつくることは、国際協調主義とも相いれ」ず、「国籍制度は、国際法上の諸原則をふまえ、憲法の内容を全体的に体现するものでなければならない」とする（萩野芳夫、前掲注 (22) 410頁）。

(138) 詳細は今後の課題としたいが、戦後社会に関する対比としては、日本とドイツの間で改めて行われる必要はあると考える。民族国家の悲惨を経験したドイツにとって、血統主義的に基礎づけられた国民国家のイデオロギーの克服が、ドイツにとっての移民社会への転換であった（広渡清吾『戦後社会』にこだわる一憲法問題を中心に最近の日本とドイツを考える」法律時報65巻12号(1993年)9頁)。戦後の対照については、樋口陽一『憲法近代知の復権へ』（東京大学出版会、2002年）87頁以下も参照。

## 1. 在外国民

血統主義の国籍法制を採用しているということは、国民が国家の領土を離れても、人的構成員であり続けることを意味する。したがって、日本・ドイツ・韓国はそれぞれ国籍保持者である在外国民に対して選挙権を付与している。すなわち、国籍の行使という面において、国外に居住していることは影響を及ぼすわけではない。

しかし、権利の行使ではなく根本的に国籍を取得するという場面において、日本は国籍留保制度をおいている。これは、本来国内で出生した場合には血統主義を採用しているにもかかわらず、出生から3ヶ月以内に日本の国籍を留保しなければ日本国籍を生来的に取得できないという制度である。これは、国籍国である日本との結びつきは血統とされているにも関わらず、「生活基盤が永続的に国外にある場合の形骸化した日本国籍の発生を防止すること」<sup>(139)</sup>を目的としている。しかし、思うにその実態は、血縁だけでなく日本という国家との地縁的な結びつきによる紐帯さえも意識しているとみることができる。

## 2. 在外同胞の明文規定とその範疇

血統主義を前提に、国境外に存在する在外国民（在外同胞）が権利の享有主体として包摂されているのか、あるいは排除されているのか、という問題も、基本的人権の内容に応じて検討すべき部分である。しかし、このような論点とは別に、戦前戦後の境界の中で国境外に居住していたかつての国民である在外同胞をどのような要件で定義づけ、どのように再度包摂していったのか（あるいは外国人として排除したのか）は、比較するうえでのポイントとなる。

ドイツの在外同胞である在外ドイツ人は、基本法116条の定義に基づいて身分としてのドイツ人を定義し、その範疇を拡張的に認めてきた。ドイツが、基本法で身分としてのドイツ人の地位を明文化する形で民族所属性をおいた点は、注目する必要がある。これは過渡的な条文であったものの、東西ドイツ

---

(139) 最小判2015（平成27）年3月10日民集69巻2号265頁。

の再統一、そして被追放者らの受け入れの重要な根拠条文となった。基本法116条に委任された被追放者法を通じて在外ドイツ人を定義する際、在外ドイツ人であること、すなわち民族所属性の確認は、ドイツに民族的にコミットしていることを自認することがメルクマールとされた。さらに、実際に追放や避難を直接経験しないアウスジードラーにも帰還した際に民族所属性を認めたことは、ドイツの国民をエスニックな紐帯に基づいて意識的に拡張させたことを意味する。この概念は、歴史的な事情の連鎖と特有の状況の中で、生み出された定義であったといえることができる。また、ユーバージードラーの受け入れについては、東ドイツ市民を西ドイツ国民として取り扱った点に特徴がある。これは、共通したドイツ国籍を東西ドイツに適用させるべきとする憲法裁判所の判例法理からも示されている。このような一連の政策は、1つの東方政策としての性質をもっていたが、人道的な観点からの配慮についても当然大きく関わっていた。<sup>(140)</sup>外国国籍のいかんを問わずに基本法上のドイツ人としての地位を認め、すみやかにドイツ国籍を認める制度枠組みは、国内の外国人との差異を考慮すると民族優遇政策として批判されたのであった。

一方、大規模な移民排出国である韓国は、在外国民の保護義務を憲法改正(1988年)により現行憲法2条においている。在外国民は国籍保持者を意味するものであるが、エスニックな紐帯をもつ在外同胞全てを包摂すべきとの理念をもつ。韓国の特徴は、国外に居住する在外コリアンが生活基盤を国外においていたとしても、遠隔地民族主義の観点から包摂していこうという民族共同体的な構想が強い点にある。しかし、そのカテゴリーの分類については、強い恣意性をもっていた。すなわち、外国国籍同胞として認められるには、過去に韓国国籍を取得していたかどうかという過去国籍主義をメルクマールとしていた

---

(140) 「東方領土問題と東西ドイツ問題とその取り組みは西ドイツ人の国民的な空間表象と歴史的空間観念の形成と密接にかかわっていたのであり、ナショナル・アイデンティティはまさにこのような時間／空間の編成の結果にほかならない」(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)259頁)。

のである。したがって、韓国政府樹立前に国外に移った中国朝鮮族、高麗人、在日朝鮮人（朝鮮籍に限定）といった在外コリアンに対してはその適用を排除した。この法制度は改正し過去国籍主義を改めたことで、中国朝鮮族、高麗人に対して外国国籍同胞としての地位が認められた。在外同胞法の改正が実施された一方で、意図しない国外移住により無国籍となった状態をどのように勘案するかが問題となる。中国朝鮮族について、特殊な事情と高度の政治的判断を要すると説明しながらも、一般的には中国国籍をもつ外国人であるとし、国籍判定手続によって国籍を選択しうるという指針・判例の立場が明らかとされている。しかし、無国籍のサハリン同胞については、国民としての地位をもつ者として扱う必要があるというソウル行政法院の判断があるのみである<sup>(141)</sup>。朝鮮籍在日朝鮮人に関しては、韓国国籍を確認するのみで足りるとしながら、実体としては国籍未確認の状態におかれている。

一方で日本に関しては、韓国やドイツのように移民を多く排出したわけではなかった。しかし、両国のように規模が大きいわけではないものの、在外同胞が存在しないわけではなく、中国残留日本人や日系人は国民の画定・把握という観点からは議論されてこなかったといえることができる。中国残留日本人についての日本の対応は、中国との国交が樹立され1996年に支援法が制定されるまで、1953年の援護法で帰還を援助し、1959年に未帰還者措置法を通じて戸籍を抹消した。支援法についても国交樹立日を起点に「日本国籍を喪失し、中国国籍者」として中国残留日本人を扱い、帰還の際にはまず外国人として扱った。なお、外国国籍を表見上取得したことによる日本国籍の喪失は自分の意思による喪失を意味しないのではないかという中国残留日本人側の主張は、国籍確認訴訟で日本国籍の証明を求めたことにより、中国残留日本人の法的地位の確認に重要な意味をもったといえる。しかし、これは制度化したものではなく、日本国籍の確認は訴訟手続きを踏襲しなければならない。また、個別具体的に

(141) 현재 2006년 3월 30일 선고, 2003 헌마 806, 공보제 114호, 542면.

(142) 서울행정법원 2014년 6월 19일 선고, 2012구합26159 판결.



判断された点を鑑みると、「中国残留日本人は日本という主権国家から排除され、法の保護対象からはずされ<sup>(143)</sup>」たとみるべきであろう。

以上のように、中国残留日本人や中国朝鮮族・高麗人・朝鮮籍在日朝鮮人と  
いった者にとっては、自身が元来帰属していると考えた国家から国籍を確認されず  
に剥奪されたものとみる必要があるのではないだろうか。

### 3. 政策的な面からの在外同胞概念の収斂

ところで、ドイツのシュペートアウスジードラー、韓国の中国朝鮮族・高麗人、そして日本の日系人は、帰還の社会的背景から鑑みても共通した立場にあったといえることができる。すなわち、労働力としての役割を期待され、その同質性を根拠にその他の外国人より優遇された。共通する政策的な側面としては、中国朝鮮族・高麗人や日系人は、特別の法的地位で入国することができる世代を3世までに制限、4世以降は一般的な外国人とみなすか、あるいはより厳格な審査に基づいて入国(査証発給)を認めた。一方、シュペートアウスジードラーに関しては、1992年12月31日以前に出生した者でドイツ民族所属性をもつことで、不利益があったことを自身で証明できるドイツ語能力が認められる者と改め、該当者が増えることを防ぐことになった。この点からいえば、シュペートアウスジードラーは外国人として甘受されていたとみるべきである。ただし、ドイツはこのような範疇定義を収斂させてはいるものの、基本法上の身分としてのドイツ人、すなわちドイツ国民として含めている点が、日本と韓国とのもっとも大きな差異点といえよう。

以上の点から鑑みると、在外同胞受け入れには人道的・政策的側面の両面から規定されたカテゴリーが存在し、一種のグラデーションが存在することが明らかである。そしてそのグラデーションの拡張範囲の広狭が、相互の大きな違いであるといえることができ、この領域が、血統主義の国籍法を採用する国家に

---

(143) 南誠『中国帰国者をめぐる包摂と排除の歴史社会学』(明石書店、2016年)95頁。

において、国家の構成員資格をもつ者とするか否かの境界線であるといえよう。

## 第4章 国籍はどのような意味をもつ概念なのか

### 第1節 日本・ドイツ・韓国の国籍概念とは

以上の点から日本・ドイツ・韓国において、国籍はどのような意味をもつ概念なのかを総合的に考察すると、以下のようになる。

日本の国籍は、条理的な血統主義に連なる血縁というベースを軸として、さらに国家との地縁という要素に重点を置いた、狭小的な概念であるといえる。このような概念は、まさに「ほとんどの人が一国のなかで生まれ育ち、生涯を過ごすのが当たり前<sup>(144)</sup>」という考え、さらに単一民族による国家であるという錯覚が現在もなお影響しているからではないだろうか。地縁という要素が意味をもつのは、日本に被支配の経験がなかったことも関係するように思う<sup>(145)</sup>。日本の国籍概念で当てはまるのは、まさに「中心部日本国民」の考え方であり、均質な日本人が保持するものが国籍であると考えているようにみえる。複数国籍を現在も忌避し続け、国外での出生者に国籍の留保を求める点も、中国残留日本人を自己の疎明によってのみ日本人と甘受してきた点も、国民国家の枠組みにおける変数に対しての寛容性に欠けるからだとすることができる。

一方、ドイツの国籍は、国民国家形成のために血縁を意図的かつ手段的に利用し、また国家の変容に応じて柔軟に原則を改変していく、道具的な概念であるといえる。ドイツにおける変数は、国民国家形成のために用いてきた血統主義が厳格に適用されることと文化民族がナショナリズムと絡み合うことで

(144) 江橋崇、前掲注(40)8頁。

(145) 「中国・朝鮮に比べ、日本では血縁もさることながら、地縁の要素が強くなったのも、異質の集団に支配されなかったということと無関係ではないのかもしれない」(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)62頁)。

(146) 徐慶植『半難民の位置から一戦後責任論争と在日朝鮮人一』(影書房、2002年)279頁。

生じた、民族的マイノリティの排除であろう。戦後、東西分断という政治的な状況や領土変更によって他国の民族的マイノリティとなった在外ドイツ人に対して、人道的配慮により血統主義的な要素を拡張し、「自動的に国籍を解放した」<sup>(147)</sup>ことは国内で批判を生むことにもなった。しかし、それは無自覚に拡張されたのではなくその後立法政策によって収斂され、欧州統合の発展的なプロセスを通じて新たな国民国家としてのあり方を形成する方向へとシフトした。その結果が、出生地主義の導入と複数国籍の許容という形で示された。こうしてドイツの国籍概念は、より道具的になったといえることができる。

最後に、韓国の国籍は、同質的な血縁をもつ者が国家の基本的な人的基盤であるという価値観を持ちつつも、忠誠義務やイデオロギー的な要素を内包させた概念であるといえる。この内包させている要素は、在外同胞を全て包括的に扱うのではなく意識的に特定の国家に属する者について制限している点、さらには国際状況の変化にも影響を受けながら複数国籍を許容しながらも不行使を誓約させる制度などの側面から垣間見える。これは、当該国家が抱える独自の歴史的・政治的な特殊性を理由に、遠隔地民族主義的に国民を拡張させたいという要望と、国家の安定のための功利主義的な要素、その両方が混在している中で顕在化している概念である。

国籍概念について把握するためには、国民国家自体の「変容の相」<sup>(148)</sup>を歴史的展開に即したかたちで分析する必要があることはすでに指摘したが、ドイツと韓国は、国民国家変動の結果多くの在外同胞を生んだと理解されていることから、地縁を離れた在外同胞をどのように包摂するか（あるいは排除するか）は大きな関心事であり、国民国家形成に大きく影響した。また、戦後ドイツに関しては国民国家の外縁の大きな変化に起因した国籍概念の変容がみられ、韓国に関しても外縁の変化にともない喪失しうる国民を確保するための国籍概念の変容を実践してきたといえる。

---

(147) 佐藤成基「国民国家と外国人の権利—戦後ドイツの外国人政策から—」社会志林64巻1号（2017年）70頁。

(148) 広渡清吾、前掲注（61）185頁。

その一方で、日本に関しては国民国家の劇的な変容は、まさに戦前戦後を通して発生したものといえるが、上述したような狭小的な国籍概念から鑑みると、国家が変容したとしても、それと共に国民のあり方を変容させることには鈍感であったのではないだろうか。<sup>(149)</sup> また、血統主義に関していえば、「日本が血統主義を放棄しないのであれば、血統主義を『開かれた』ものとして構成し直すことは、現代のこの国のあり方を考える上で避けることのできない課題のひとつなのではないだろうか」と館田晶子は指摘するが、一般的に議論されてきた血統主義に加え、地縁という要素が加重的に（合わせ技のように）考慮されているのであれば、開かれた血統主義を構成することは、生地主義の導入と同様に困難を極めるのではないかと（少なからず現状では困難であると悲観せざるを得ない）。<sup>(150)</sup>

## 第2節 国籍概念は統一的に存在する概念なのか

上述のように、同じ血統主義をベースとして国民を形成し画定させてきた日本・ドイツ・韓国の国籍概念を比較することで明らかとなったのは、一口に血統主義といってもそこにどのように意味を付与するのか、それゆえにどのような根拠でこれを収斂させるかという点に異同が存在することがわかる。また、国家によってどこまで国際的な状況や共通するルールに依拠するのかという政策的な側面についても、影響の受け方には濃淡がある。このような点から鑑みると、同じ血統主義の原則をもつ国家であったとしても、国籍概念が統一的に存在するものではないとみるべきであろう。たしかに、ヨーロッパを中心にグローバル化で社会が変化し、民族・宗教・文化なども多様化し、個人の帰属も

(149) 片上孝洋は「日本は、長年の鎖国のおかげで、きわめて特殊で明快な状況にあった」ため、「民族と国家と国民とが全て重なり合っていた」とし、「このような経緯もあって、現代のわれわれは、日本国と日本国民の枠でしか憲法を考えられなくなっている」とする（片上孝洋「日本国憲法と国民国家—『日本国民』とは誰なのか」社学研論集26巻（2015年）83頁）

(150) 館田晶子「血統主義の意味・試論—国籍法違憲判決を素材として」跡見学園女子大学マネジメント学部紀要9号（2010年）61頁）。

複層化していることから、個人の国家への帰属や共同体への帰属なども再定義されるだろう。<sup>(151)</sup>しかし、特に本論文で第1の範疇を検討してきた限りにおいては、全く同一の歴史的経験を経た国家はない限り、理念としての国籍は一致するものではない。

なお、EUのような超国家的な機関が、国民国家という垣根を低くさせて共同体を形成し発展していく場合、EU市民権のような共通のメルクマールの理念は、どの加盟国に属していても統一的に存在すべきであり、加盟国の国籍を保持することが市民権取得の前提となるのであれば、加盟国間の理念としての国籍概念や国籍取得要件は統一的である方が望ましい。「戦後の『欧州統合』設立の動きは、ヨーロッパの歴史的・文化的統一体としての歴史を背景としながら、永年の悲願を達成する壮大な試み」であった。<sup>(152)</sup>ヨーロッパ諸国における国籍法制の収斂化は指摘されているものの、<sup>(153)</sup>理念としての国籍概念を統一的に均すことは、EU市民権が加盟国に傘のように覆われている概念に過ぎないことから、難しいといえる。

しかし、日本、ドイツ、韓国の3カ国を相対的にみる場合、ドイツはヨーロッパに所属する国家であり、権利享有主体としての意味がEU市民権におかれて

---

(151) 西谷祐子、前掲注(1) 233頁。

(152) 森原隆「ヨーロッパとは何か—欧州統合の理念と歴史—」高橋進・石田徹編、前掲注(6) 2頁。

(153) Randall Hansen and Patrick Weil (eds), *Towards a European nationality: Citizenship, immigration and nationality law in the EU*. (Macmillan, 2001), p.5ff. ヨーロッパ大学機構 (European University Institute) にはロベール・シューマン高等研究センター (Robert Schuman Centre for Advanced Studies) が設置されており、EUDO (European Union Observatory on Democracy) が事業として推進する EUDO Citizenship プロジェクトは、現在47カ国の市民権法制を持続的に研究している。このプロジェクトが開発した CITLAW (Citizenship Law indicators) は、国籍取得、帰化、市民権の喪失に関する規則について比較するための指標である (See Kristen Jeffers, Iselt Honohan and Rainer Bauböck. *How to Measure the Purposes of Citizenship Laws: Explanatory Report for the CITLAW Indicators*. (European University Institute, 2017))。

いることを考えると、特定の加盟国の国籍に固執するという意味は強くないとみることができる。しかし、日本、韓国に関しては、そのような地域共同体の影響もないという点でいえば、国家と結びつく国籍の意味は強固である。また、日本や韓国のような東アジアにおいては、国籍を至高のもののように重要視し、そこに民族的な紐帯や家族関係を反映している部分も強い。日本や韓国は、国籍—名前—アイデンティティの3点について一括りの中で議論されることが多く、血統主義原則の国籍概念にエスニックな内実を強く含めるとみることができる。<sup>(154)</sup>

もちろん、日本、ドイツ、韓国のみを取り上げ、また、第2の範疇である国籍の得喪要件についても限定的に考察した本論文だけをもって、このリサーチクエスションに対する結論を提示することは難しいといわざるをえない。

## 第5章 おわりに

本論文で対象としてきたリサーチクエスションに対するさしあたりの結論は、上述した通りである。そこで、本論文で射程とする領域であったものの詳細に扱うことができなかつた論点について提示することを、本論文のまとめと

---

(154) この点は、在日朝鮮人の例を挙げるとわかりやすい。在日朝鮮人にとって、国籍、言語、教育、風習、名前は民族性の度合いを測る指標とされてきた（酒井はるみ「在日韓国人の名前の名乗り方」茨城大学教育学部紀要・人文・社会学・芸術61巻（2012年）36頁）。しかし、帰化制度を用いて在日朝鮮人が日本国籍を取得する上で、「日本国民とするのにふさわしい者」となるために、日本式氏名への変更を指導されていた（稲葉威雄「帰化と戸籍上の処理」民事月報30巻9号（1975年）13頁）。このような慣習は、帰化により日本国籍を取得することを忌避する大きな要因であった。ただし、ドイツでかつてポーランド姓への軽蔑があったことなどを鑑みると（伊藤定良『異郷と故郷—ドイツ帝国主義とルール・ポーランド人』（東京大学出版会、1987年）10頁以下）、民族的マイノリティについては国籍・名前・アイデンティティが一体の問題として存在していたのは、決して日本・韓国のような東アジアに限定されるとは言い難い。

したい。

本論文で扱ってきた国籍概念は、「出生という偶然的な事実」<sup>(155)</sup>を根拠に国籍が受動的に付与されるものを対象にしている。しかし、国民国家という枠組みについて、国家の理念という縦軸の中で付与する国籍と、国民自身が本来持ちうるべきと考える国籍には不一致が生じることが少なくない。これは、アイデンティティの不一致である場合もあれば、主権の転換のような国家の変動期に国民国家の枠組みからこぼれ落ちる場合もある。この問題に対する憲法からのアプローチには、どのようなものがあるだろうか。

第1に、国籍に対する権利が憲法上導かれるのか、という点である。

これまで憲法学においては、子が親の国籍を継承する「憲法上の権利」<sup>(156)</sup>、国籍取得権・国籍保持権・国籍離脱権を一括りとした「国籍権」<sup>(157)</sup>、国際人権文書に由来する「人権としての国籍」<sup>(158)</sup>などが提起されてきた。このアプローチは、

(155) 柳井健一、前掲注(42)23頁。

(156) 樋口陽一・佐藤幸治・中村陸男・浦部法穂『憲法I—前文・第1条—第20条』(青林書院、1994年)209頁[佐藤幸治執筆部分]。

(157) 萩野芳夫、前掲注(22)404頁以下。一方、高橋正俊は「国籍権」に疑問を提起する(高橋正俊「日本国民の観念」米沢広一・松井茂記・土井真一編『佐藤幸治先生還暦記念現代立憲主義と司法』(青林書院、1998年)543-544頁)。戸波江二は、実体権として国籍取得権を考えなくとも平等に違反して違憲だとすれば国籍を取得できる地位が事実上認められるのだと主張する(近藤博徳・木棚照一・戸波江二「[鼎談]—国籍法3条1項から見える『日本』—」LAW AND PRACTICE3号(2009年)30頁[戸波江二発言部分])。

(158) 門田孝は、「国籍を持つということが、少なくとも国際法上はひとつの『権利』として保障されるようになった」とする(門田孝、前掲注(38)121頁)。

(159) 萩野芳夫・門田孝以外にも、坂東雄介、前掲注(45)176頁以下などがある。ただし長尾英彦は、「人権としての国籍」は「スローガ的な意図」であって、「国籍そのものがイコール権利ないし人権だ、という説明の仕方に対しては慎重」である(長尾英彦「憲法と国籍」憲法論叢第7号(2002年)47頁)。一方、百地章らはこのような権利を当然に認められないものとする(百地章・山田亮介「判例研究 国籍法3条1項における国籍取得要件と法の下での平等」最高裁大法廷平成20.6.4判決」日本法學第75巻1号(2009年)223頁)。最高裁は、国籍法違憲訴訟の判決における反対意見を通じて「特定の国の国籍付与を権利とし



アイデンティティと国籍の不一致という論点と結びつくものである。すなわち、自身が本来保持している（保持すべき）と考える国家の国籍を生来的に取得できない、あるいは一方の国籍を取得した場合別の国籍を放棄しなければならぬという問題に対して、憲法上どのように解釈すべきかである<sup>(160)</sup>。この点に関しては、「国籍を恣意的に剥奪されない権利」として立論することも可能であり、違憲性を判断する余地があるのではないか<sup>(161)</sup>。

第2に、無国籍者をどのように位置付けるのか、という論点がある。無国籍者とは、1954年の「無国籍者の地位に関する条約」において「いずれの国家によってもその法の運用において、国民とみなされない者」（1条1項）と定義される<sup>(162)</sup>。国民国家が存在するということは、そこからこぼれ落ちる者、すな

て請求することは認められない」とする（最大判2008（平成20）年6月4日民集62巻6号1399頁〔横尾和子・津野修・古田佑起裁判官反対意見〕。加藤隆之は平等原則を適用し、憲法上の基本原則の枠内で「国籍を取得する資格」をおくことで立法裁量の狭小化を検討している（加藤隆之「国籍法違憲判決の検討」*亜細亜法学*46巻2号（2012年）94頁以下）。

(160) 「たとえば在日外国人のシティズンシップをどう考えるか、といった問題も、単純に法技術的な障害によって停滞しているわけではないだろうと思います。…（中略）…しかし、彼らが争っているのは、むしろ意味の剥奪ではないか、と思うのです。本当に人が傷ついたり痛んだりするというのは、そういう局面なわけで、可能ならば人権というものはそういう問題をカバーしなければいけないと思うわけです」（石川健治・杉田敦「法・文化・境界線—国家をどうとらえるか—」*世界*755号（2006年）219頁）〔石川健治発言部分〕。

(161) 近藤敦、前掲注（127）44頁。

(162) 無国籍者は出生時にいずれの国籍も取得できない者、または自らの国籍を事後なんらかの事情で喪失し新たな国籍を取得できない者である「法律上の（*de jure*）無国籍者」と、法形式的には特定の国家の国籍を有しているものの、その国籍国の国民として享受しうはずの権利・利益を自己の国籍国から受けられない状態の者と定義される「事実上（*de facto*）の無国籍者」に分けられるが、「概念上は法形式的な基準により分かれていたとはいえ、本質的には、国籍国による保護を欠いている点において重なり合っている。その意味で両者は国際法上、同等の保護を受けてしかるべき」とも指摘される（阿部浩己『無国籍者の情景—国際法の視座、日本の課題』（UNHCR駐日事務所、2012年）8頁）。

わち「国家によって把握されない場合<sup>(163)</sup>」が存在することになる。

国籍という身分的境界は 政治的公共体の歴史・伝統・政治環境等によって設定され、それは国家による保護の有無や程度を一元的に決定する基本的地位、つまり「諸権利をもつ権利 (right to have rights)」として機能する<sup>(164)</sup>。主権国家を超えた人権保障はいまだ懐疑的であるからこそ、国家の構成員となる権利は最低ラインとして想定されなければならない。無国籍者に対する国籍付与は、国籍の付与を国家に強制する国家に優越する法の成立がない限り構成されえず、前国家的な権利、社会的権利に基づくものではないとして、国際法上の行き詰まりとなる問題であることが指摘される。各国は、国籍離脱の自由を憲法上保障することで、国籍の恣意的な剥奪を制限してきたが、国家の転換期に自身が元来帰属していると考えた国家から国籍を確認されずに剥奪された国民も存在するのである。そのため、無国籍であるという地位を認めて、地位確認と移動の自由を保障するためにアイデンティフィケーションを行うなど<sup>(167)</sup>

(163) 館田晶子「国家による個人の把握」『高見勝利先生古希記念、憲法の基底と憲法論—思想・制度・運用』(2015年) 28頁。

(164) ハンナ・アレント『全体主義の起源 2 帝国主義』(みすず書房、1971年) 2頁。国籍の有無が明確でない無国籍のリスクを抱えるということは、差別や迫害から保護する国家がない、脆弱な存在になってしまうことを意味する。

(165) ハンナ・アレントのこのような言説を受けてジョルジュ・アガンベンは、「非市民は往々にして出身国の国籍をもってはいるが、本国による保護を享受しないことを望むときから、難民と同様に、『事実上の無国籍者』という条件下に置かれる」とする(ジョルジュ・アガンベン(高桑和巳訳)『人権の彼方—政治哲学ノート』(以文社、2000年) 31頁)。鶴飼信成は、「無国籍となることを憲法自身が禁じているものとみることには正しくない」とするが、その理由を「世界国家への第一歩としてむしろのぞましいというべき」としている(鶴飼信成『憲法』(1956年、岩波書店) 135頁)。しかし、この理由づけについては、首肯することは難しいように思う。

(166) 渡貫諒「憲法理論の問題としての無国籍」21世紀研究9号(2018年) 40頁。

(167) 例えば、無国籍者の認定制度をおくラトビア(河原祐馬「ラトヴィア共和国の市民権政策と『非市民』の帰化プロセス」岡山大学法学会雑誌53巻3・4号(2004年))、インドのチベット難民への旅行証明書の発行(三谷純子「インドのアイ

の政策的な実施もみられる。国家がそれぞれの管轄の中で国籍法制をおいているが、そこで個人を把握していると、国家間の齟齬によって無国籍者（身分証明書への記載と国籍の実態が一致していない者、国籍未確認者等を含めて）を生み出しうる。無国籍を発生させないための法制化はもちろん、無国籍者の権利面での保障も今後は検討する必要がある<sup>(168)</sup>。

人と国家との関係に関する諸議論は、あらゆる視角からのアプローチが可能である。しかし、いずれかの国家に居住する市民という最小単位の構成主体がこぼれ落ちることのない制度構築を、不断の目標として検討することが求められるのではないだろうか。

---

デンティティ・サーティフィケート (IC)」陳天璽・大西広之・小森宏美・佐々木てる編著『パスポート学』（北海道大学出版会、2016年）などがある。

- (168) 例えば、自身のアイデンティティと合致できる国家が存在しなくなってしまう場合などに自主的に無国籍状態を選択した者について、網羅的に国籍を付与することがだけが正しい行為なのか。この点については、疑問の余地がある。石川健治は、国家で個人が権利を行使し責任の主体となるためには、法共同体としての国家によって法人格性の承認を受ける必要があるとする（石川健治「承認と自己拘束」岩村雅彦他編『岩波講座現代の法1・現代国家と法』（岩波書店、1997年）45頁以下）。