Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-02

憲法からみた国籍概念-日・独・韓を対象とした一考察-

髙, 希麗

(Degree)
博士（法学）

(Date of Degree)
2019-03-25

(Date of Publication)
2021-03-25

(Resource Type)
doctoral thesis

(Report Number)
甲第7391号

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1007391

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。

博士学位論文

憲法からみた国籍概念
-日・独・韓を対象とした一考察-

神戸大学大学院法学研究科
専　　攻：理論法学専攻
指導教授：井上典之教授
学籍番号：128j015j
名　　前：高希麗
提出年月日：2019年1月10日

論文要旨

本論文は，憲法からみた国籍概念について，日本・ドイツ・韓国を対象として比較法的観点から考察する。国民国家が与える身分証明のなかで最も基本的で,「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，まさに国籍である。国籍概念を検討する上で，国民国家の形成過程に関する歴史的変遷を無視することはできず，その変容に応じて「誰が国民であるか」の理念は異なる。日本・ドイツ・韓国は，血統主義の国籍法制をおいてきた国家であるが，国家の形成や外的な要因等に応じて様々な異同が存在する。

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が，これは私権享有の前提として位置付けられていたためである。また，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う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。

そこで本論文では,憲法からみた国籍概念を比較すること,すなわち,国民がどのようなものとして画定されてきたのかという点について検討を試みる。国民の地位を法的に表象する国籍概念は，各国の国民ごとに異なりうる相対的，多義的な概念であることから，国民国家の変遷過程と国籍法制の変遷を概観することによって，分析することができる。しかし，本論文は，それに加えて在外同胞にも焦点をあてて，在外同胞の法的地位やその受容に対す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考える。血統主義の原則を採用してきた国家にとっては，親から子へとその国籍を継承することになるが,それは当該国家の領域内でのみ適用されるわけではない。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(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)に焦点を当てることで，国家が血統主義の厳格性や，そこに内包する国籍に求める紐帯の要素を明らかにできる。また，国民国家の転換期に国外に居住していた国民が，国民国家の狭間で不一致の状態に陥る場合もあることから，在外同胞が祖国にどのような存在として扱われたかは，国民の範囲の画定における境界事例を把握し、国籍の意味を理解することにも繋がる。

本論文では，日本・ドイツ・韓国の各国における国籍の意味にどのような違いがあるのか，国籍概念は国民国家を前提とする現代の法秩序において共通して存在する概念なのか，といったリサーチクエスチョンに対する検討を試みる。その方法として，国民の境界という根源的な問いに際して，法制度の変遷過程，裁判所の判例および学界の議論をもとに国籍概念を分析・検討する。

第 1 章では，日本における国籍概念に関する議論について検討する。

日本は，血統主義と単一国籍主義を原則とする国籍法制をおいており，血縁と一個人と一国家との関係を重要視していると考えられる。本章では，まず日本における単一民族観と国家の形成，そして憲法からみた国民概念についての基本的な内容について概観する(第 2 節)。そして，日本の国籍法制の沿革について時系列的に整理する(第 3 節)。最初の日本国民を遡るうえで戸籍法制は重要な意味をもつため，国籍法制および戸籍法制の両者を平行して整理するが，特に日本において血統主義がどのように規定されてきたのかを検討の中心とする。次に，在外同胞である在外日本人に焦点を当て，在外日本人，すなわち日系人および中国残留日本人が日本に帰還する際の法的地位の変遷を概観し，彼ら彼女らが直面してきた国籍問題について整理する(第 4 節)。日本では(特に法学においては)，在外同胞の問題を他人事のように捉えてきたが，在外同胞の扱いを概観すると，日本は血縁だけでなく日本との地縁という密接なつながりも，国民画定の理念に影響しているのではないかと考える(第 5 節)。

第 2 章では，ドイツにおける国籍概念に関する議論について検討する。ドイツは，国民国家の形成の過程で様々な事柄を経験してきた(第 2 節)。国民国家形成の過程で，ドイツが国民を画定するためにいかに血統主義を取り入れ，1999 年の改正国籍法により出生地主義へと変容していったかについて検討する(第 3 節)。ドイツのこのような変容は，移民 2・3 世の増加にともなう政策と，ヨーロッパ化に基づく収斂であるとみることができる。その一方で，ドイツは在外ドイツ人についても，ドイツに帰還後は基本法 116 条上の身分としてのドイツ人であるドイツ国民として扱った。その在外ドイツ人にはどのような範疇があるのか，被追放者法内の定義と解釈を中心に検討する(第 4 節)。在外ドイツ人は，東欧圏よりの移住者である被追放者，難民，アウスジードラー，そして旧東ドイツからの移住者であるユーバージードラーであるが，彼ら彼女ら(特にアウスジードラー)を受け入れるためのメルクマールは，ドイツの民族に帰属しているという自認であった。在外同胞である民族ドイツ人の受け入れは，制度の開放性と民族主義的な閉鎖性が指摘されている。血統主義を長年維持してきたドイツの国籍概念の史的変遷，在外同胞である民族ドイツ人を分けるメルクマールの意味，そして近年のヨーロッパ化へむけた収斂という側面からみた国籍概念の変容を検討する(第 5 節)。

第 3 章では，韓国における国籍概念に関する議論について検討する。まず，朝鮮半島の歴史的背景および情勢等の事情をふまえたうえで，現行憲法 2 条 1 項で規定される国家の構成要素としての国民概念と，国家に強力な正統性を与える民族観について概観したうえで(第 2 節)，同条項により委任された国籍法の変遷について検討する(第 3 節)。さらに，韓国の国籍法がもつ欠缺について言及し，このような欠缺に関する議論・判例について整理する。続いて，現行憲法 2 条 2 項が規定する在外国民保護義務規定について叙述し，2 条 2 項の趣旨に則った在外同胞に対する法制度の中心立法である，在外同胞法における概念定義と国籍にまつわ

る議論との関連性を検討する(第 4 節)。さらに，在外同胞法の概念定義がもつ恣意性を明らかにするうえで，中国朝鮮族，高麗人，朝鮮籍在日朝鮮人の国籍にまつわる事例も紹介したい。そして，韓国におけるメルクマールとしての国籍がいかなる概念であって，いかに重要なものとされているかを明らかにし，韓国の国籍概念に内包される性質について検討する(第 5 節)。

第 4 章では，憲法からみた国籍概念を明らかにするための 3 つの範疇を提示したうえで，いかなる範疇の議論を本論文が射程としているのかについて明らかにする(第 1 節)。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，その基準である国民を決定する概念が国籍である。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。そこで，具体的な法制度と国家の歴史的変容について，法制度および解釈がどのような点で類似しておりどのような点で異なっているのかを明らかにする(第 2 節)。その際，憲法からみた国籍を検討する前に，国民国家を相対化するものとしてしばしば議論にのぼってきた EU を取り上げ，国民国家を超えた EU 市民権の限界を明らかにする。そして，日本・ドイツ・韓国における国籍はどのような意味をもつ概念であるかについての比較法的考察を行い(第 3 節)，リサーチクエスチョンである，国籍はどのような意味を持つ概念であるか，統一的な概念であるかを明らかにする(第 4 節)。

結論としては，各国の国籍概念は次の通りである。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。そして，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。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。ドイツや韓国の国籍概念を踏まえたうえで日本をみると，日本の概念は，上述したような狭小的な国籍概念であるがゆえに，国家が変容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といえよう。また，国籍概念が統一的なものであるかについては，日本・ドイツ・韓国のみを取りあげ論じるには限界があるものの，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。

終章では，今後の研究課題について提示している。第 4 章でも言及しているが，本論文で明らかにしようと試みた，憲法からみた国籍概念に関する議論は，その射程が限定的であり積み残した課題が多く存在する。詳細な部分での積み残した議論だけでなく，憲法学における国籍に関する議論，移民法制，共同体論といった広範な諸課題も最後に提示する。

論文題目

憲法からみた国籍概念
-日・独・韓を対象とした一考察-

髙 希 麗

目次

序章 6
１．国民国家枠組みの揺らぎと国籍 6
２．憲法学における国籍研究の現在地 12
３．本論文の目的と構成 18

第１章 日本における国籍概念 -血縁と地縁にともなう紐帯― 21
第１節 はじめに 21
第２節 日本における民族，国民，そして国籍 22
第３節 国籍法制の変遷 28
第４節 在外日本人と国籍-在外国民と日本国籍なき在外日本人- 47
第５節 国籍概念の閉鎖性 64
第６節 小括 69

第２章 ドイツにおける国籍概念 ―エスニックな紐帯とその変容― .. 71
第１節 はじめに 71
第２節 フォルク型の国家と国民 72
第３節 国籍法制の変遷 80
第４節 民族所属性に基づく受容-戦後ドイツの在外同胞政策- 100
第５節 ドイツにおける国籍概念とその変容 116
第６節 小括 119

第３章 韓国における国籍概念 ―歴史的背景と現代的問題に基づく民族性，恣意性― 122
第１節 はじめに 122
第２節 韓国における国民と民族言説 123
第３節 国籍法制の変遷 128
第４節 在外国民・在外同胞・外国国籍同胞 146
第５節 韓国における国籍概念の民族性および恣意性 170
第６節 小括 173

第４章 憲法からみた国籍概念 ―日本・ドイツ・韓国を対象とした比較

法的考察― **175**
第１節 はじめに 175
第２節 国民国家枠組みと国籍 175
第３節 日本・ドイツ・韓国の国籍概念の比較法的考察 184
第４節 国籍はどのような意味をもつ概念なのか 197
第５節 小括 201
終章 **204**
１．結論として 204
２．残された課題として 206

序章

１．　国民国家枠組みの揺らぎと国籍

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[1]。

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，言及され，そして議論されてきた[2]。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[3]，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–国家を相対化する–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」[4]。

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[5]。すなわち，かつて指摘された国民国家の揺

---

[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ー(1)」民商法雑誌 152 巻 3 号(2015 年)233 頁。

[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-『ヨーロッパ立憲主義』の『規範論的転回』-」『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。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

らぎと比較して，近年のそれは，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[6]。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[7]。

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」[8]と指摘されてきた。

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)。

[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)。「国家のゆらぐ・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)。

[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

国民，民族，そして国籍

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」[9]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)なのかは非常に重要である。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[10]。

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[11]。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・

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して，赤坂正浩「機構としての国家-R・ヘルツォークとP・ベ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。

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家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」(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(巣山靖司他訳)『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)。

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[12]。

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[13]。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[14]。

国籍は，「個人が特定の国家の構成員である資格」[15]，または「人を特定の国家に属せしめる法的な紐帯」[16]として定義される[17]。「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[18]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する。その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」[19]。一般的に，国籍制度というものは，当然の社会秩序の枠内であ

---

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。

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，斉藤正彰『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・山田鐐一・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。

るかのように認識されている。そのような認識が，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ろう。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」[20]。

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」[21]。「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」[22]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[23]。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」[24]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[25]。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件などである。

国籍法の主要な原則

血統主義と出生地主義

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[26]。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

---

[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。

[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・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(16)57 頁)。

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[27]。

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[28]。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[29]。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」[30]ことも，近年指摘されていることである。

単一国籍主義と複数国籍

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[31]。

「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」[32]。例えば，平和主義，

---

27 江川英文・山田鐐一・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。
30 秋葉丈志「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，近藤敦が論考で「２つの国籍をもつ『二重国籍』にかぎらず，３つ以上の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。

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[33]。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に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」するとしている。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。

先天的な国籍取得際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[34]。

２．憲法学における国籍研究の現在地
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う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[35]。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

---

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『越境とアイデンティフィケーション -国籍・パスポート・ID』(新曜社，2012 年)。なお，ここで二重国籍ではなく複数国籍としているのは，すでに近藤敦による指摘もあるように(同上，108 頁)，国籍が重なるのは必ずしも 2 カ国ではなく，三重国籍等も当然成立しうるからである。

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。芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法

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)であるとする[36]。マクリーン事件最高裁判決[37]をリーディングケースとし,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[38]。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もいる[39]。また,権利性質説に基づいた二分論自体にも,異議が唱えられている[40]。メルクマールとしての国籍は,「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」[41]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」[42]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

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,遡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,門田孝が「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。

[40] 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。

[41] 江橋崇「国籍再考」ジュリスト1996号(1996年)8頁。

[42] 江橋崇,前掲注(26)8頁。

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[43]。

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[44]，フランス[45]，アメリカ[46]，ドイツ[47]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

---

43 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。

44 柳井健一，前掲注(43)，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)。

45 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。

46 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)，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(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)。

47 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)。

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[48]。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」[49]，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[50]。

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，国家内部の問題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みえるが，「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」[51]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)といい[52]，Ethnonational kin abroad, Ethnic diaspora, Ethnic conationals abroad，あるいは Kin-minority などという英訳が主に用いられている[53]。なお，類似する用語であるディア

---

48 柳井健一，前掲注(43)15 頁。
49 駒村圭吾，前掲注(3)25 頁。
50 柳井健一，前掲注(43)15 頁。
51 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。
52 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。
53 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 Commissionand The Republic Ofmoldova 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

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(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[54],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[55]。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[56]。

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[57]。筆者は，在外同胞の国籍問題について検討する

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。

[54] 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「総論ディアスポラ論」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る。デリダの「離種」概念も同方向性をもつと考えられる(沼野充義，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(臼杵陽監修，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)。なお，臼杵陽は「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)。

[55] 塩川伸明，前掲注(51)，111 頁。

[56] 民族的同胞(co-ethnics)によるホームランドへの帰還という形の国際移動については，Rogers Brubaker ナショナリズムの再構築を参照。

[57] 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

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な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，それにとも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[58]。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考える[59]。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は，このような境界の事例における国籍の意味を知ることができると考える[60]。これは，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[61]。

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。

58 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。

59 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-ハーバーマス京都講演集-』(未来社, 1999 年)10 頁)。

60 「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)。

61 Adeno Addis は,ディアスポラの問題を法的な観点から議論するうえで,「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」と指摘する(Adeno Addis. Imagining the homeland from afar: Community and Peoplehood in the Age of the Diaspora. Vandebilt Journal of Transnational Law, Vol.45,

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おいて彼ら彼女らをどのように概念定義するのか，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。

３．本論文の目的と構成

目的

本論文の目的は，既存の外国人の人権論の枠組みを離れて，憲法学からみた国籍概念を比較することである。より具体的には,「近代国民国家の形成プロセスという文脈のなかで」[62], 国民がどのようなものとして画定されてきたのかという点について，生来的な国籍取得の原則等を中心とした国籍法制，そして血統主義の国籍法制をおく国家における在外同胞の帰還にともなう受け入れ法制にかかるカテゴリーを検討することで,これを明らかにする。これは,「誰を国民とするか」ではなく,「誰が国民であるか」をどのように捉えているか，その理念を理解するためである。

本論文はとりわけ，日本・ドイツ・韓国を対象に，各国における国籍の意味にどのような違いがあるのか，国籍概念は国民国家を前提とする現代の法秩序において共通して存在する概念なのか，といったリサーチクエスチョンに対する検討を試みる。したがって，法学(憲法学)における法解釈論的な議論に沈潜するのではなく，それらを相対化し外的視座から捉えるべく，社会学・政治学・歴史学といった隣接分野にも依拠している。

構成

本論文では，以下のような構成で，国籍概念の比較法的分析を行う。

第 1 章では，日本における国籍概念に関する議論について検討する。日本は，血統主義と単一国籍主義を原則とする国籍法制をおいており，血縁と一個人と一国家との関係を重要視していると考えられる。本章では，まず日本における単一民族観と国家の形成，そして憲法からみた国民概念についての基本的な内容について概観する(第 2 節)。そして，日本

(2012), p.983)。

[62] 「近代国民国家の形成のプロセスという文脈のなかで，国民という存在がどのようなものとして想定されていたのか，それに対して国籍概念ないし制度がどのように形成され，どのように推移してきたのかという具体的かつ歴史的な問題に，憲法学はもう少しセンシティヴであってもいいように思われる」(柳井健一，前掲注(43)28 頁)。

の国籍法制の沿革について時系列的に整理する(第 3 節)。最初の日本国民を遡るうえで戸籍法制は重要な意味をもつため，ここでは国籍法制および戸籍法制の両者を平行して整理するが，特に日本において血統主義がどのように規定されてきたのかを検討の中心とする。次に，在外同胞である在外日本人に焦点を当て，在外日本人，すなわち日系人および中国残留日本人が日本に帰還する際の法的地位の変遷を概観し，彼ら彼女らが直面してきた国籍問題について整理する(第 4 節)。日本では(特に憲法学においては)，在外同胞の問題を他人事のように捉えてきたが，在外同胞の扱いを概観すると，日本は血縁だけでなく日本との地縁という密接なつながりも，国民画定の理念に影響しているのではないかと考える(第 5 節)。単純に血統主義原則・単一国籍主義といった固有の原則が，日本の国籍法制を閉鎖的にしているのかについて検討する。

第 2 章では，ドイツにおける国籍概念に関する議論について検討する。ドイツは，国民国家の形成の過程で様々な事柄を経験してきた(第 2 節)。国民国家形成の過程で，ドイツが国民を画定するためにいかに血統主義を取り入れ，1999 年の改正国籍法により出生地主義へと変容していったかについて検討する(第 3 節)。「ドイツのこのような変容は，移民 2・3 世の増加にともなう政策と，ヨーロッパ化に基づく収斂であるとみることができる。その一方で，ドイツは在外ドイツ人についても，ドイツに帰還後は基本法 116 条上の身分としてのドイツ人であるドイツ国民として扱われた。その在外ドイツ人にはどのような範疇があるのか，被追放者法内の定義と解釈を中心に検討する(第 4 節)。在外ドイツ人は，東欧圏よりの移住者である被追放者，難民，アウスジードラー，そして旧東ドイツからの移住者であるユーバージードラーであるが，彼ら彼女ら(特にアウスジードラー)を受け入れるためのメルクマールは，ドイツの民族にコミットしているという自認であった。在外同胞である民族ドイツ人の受け入れは，制度の開放性と民族主義的な閉鎖性が指摘されている。血統主義を長年維持してきたドイツの国籍概念の史的変遷，在外同胞である民族ドイツ人を分けるメルクマールの意味，そして近年のヨーロッパ化へむけた収斂という側面からみた国籍概念の変容を検討する(第 5 節)。ドイツにおける国籍概念の変遷をみることは，日本の今後の国籍概念の政策的な転換を模索するうえでも有用ではないかと考える。

第 3 章では，韓国における国籍概念に関する議論について検討する。まず，朝鮮半島の歴史的背景および情勢等の事情をふまえたうえで，現行憲法 2 条 1 項で規定される国家の構成要素としての国民概念と，国家に強力な正統性を与える民族観について概観したうえで(第 2 節)，同条項により委任された国籍法の変遷について検討する(第 3 節)。さらに，韓国の国籍法がもつ欠缺について言及し，このような欠缺に関する議論・判例について整理する。続いて，現行憲法 2 条 2 項が規定する在外国民保護義務規定について叙述し，2 条 2 項の趣旨に則った在外同胞に対する

法制度の中心立法である，在外同胞法における概念定義と国籍にまつわる議論との関連性を検討する(第 4 節)。さらに，在外同胞法の概念定義がもつ恣意性を明らかにするうえで，中国朝鮮族，高麗人，朝鮮籍在日朝鮮人の国籍にまつわる事例も紹介したい。そして，韓国におけるメルクマールとしての国籍がいかなる概念であって，いかに重要なものとされているかを明らかにし，韓国の国籍概念に内包される性質について検討する(第 5 節)。

第 4 章では，憲法からみた国籍概念を明らかにするための 3 つの範疇を提示したうえで，いかなる範疇の議論を，本論文を通じて明らかにする。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，その基準である国民を決定する概念が国籍である。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。そこで，具体的な法制度と国家の歴史的変容について，法制度および解釈がどのような点で類似しておりどのような点で異なっているのかを明らかにする(第 2 節)。その際，憲法からみた国籍を検討する前に，国民国家を相対化するものとしてしばしば議論にのぼってきた EU を取り上げ，国民国家を超えた EU 市民権の限界を明らかにする。そして，日本・ドイツ・韓国における国籍はどのような意味をもつ概念であるかについての比較法的考察を行い(第 3 節)，リサーチクエスチョンである，国籍はどのような意味を持つ概念であるか，統一的な概念であるかを明らかにする(第 4 節)。

最後に，終章を通じて本論文で検討してきた憲法からみた国籍概念に関して総合的に考察する。第 4 章でも最後に言及するが，本論文で明らかにしようと試みてきた憲法からみた国籍概念に関する議論は限定的であり，積み残した課題が多く存在する。本論文で射程としてきた領域でのでの積み残した議論だけでなく，憲法学における国籍に関する議論，移民法制，共同体論といった広範な諸課題も最後に示しておくこととする。

第１章
日本における国籍概念
–血縁と地縁にともなう紐帯–

第１節　はじめに

日本人と外国人という二分法は，日本社会で「自然的」かつ「固定的」に捉えられてきた[1]。外圧に対処するなかで国民不在の問題に向き合うべく，国民の範囲を法的に画定しはじめた日本において[2]，国籍は包摂のために用いられてきたのであったが，その国籍を付与するメルクマールとして血縁が重視されてきた。そしてそのメルクマールは，エスニックな紐帯としてエトノスの意味での国民概念と強く関連づけられている。

本章では，日本における国籍概念についての検討を試みる。日本の国籍概念は，一個人と一国家との密接な関係を重要視していると考えられるが，それを体現するために長年維持し続けてきた諸原則の中の一つが，血統主義原則である。はじめに，日本における国籍法制の沿革について概観する。この沿革を検討するうえで，戸籍法制は重要な意味をもつため，ここでは国籍法制および戸籍法制の両者を平行して整理する。本稿の検討課題との関連から，特に国籍の生来的な取得に関する部分を中心に扱う。続いて，本稿で検討の対象とする在外日本人のなかでも，日系人および中国残留日本人に焦点を当てる[3]。日系人および中国残留日本人が，日本に帰還(入国・帰国)する際の法的地位の変遷を概観し，彼ら彼女らが直面してきた国籍問題について整理する。特にここでは血統主義に加えた地縁的要素について検討する。そして，最後に日本の国籍概念に

---

[1] 田口ローレンス吉孝「『混血児』をめぐる境界策定(特集：歴史のなかの〈異国人/日本人〉の子ども)」歴史評論 815 号(2018 年)56 頁。

[2] 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)91 頁。

[3] 足立伸子の定義によると「日系人ディアスポラの特徴の一つは，数千の日系人が『祖国』に戻ってきたことである。どの離散した民族集団も，そのうちのいくらかは祖国に戻ることがあるが，日系人ディアスポラのユニークな側面は，この帰国のプロセスが制度化していることである。そこに私が日系人ディアスポラと呼ぶ理由がある。現在，日本における日系人ディアスポラは，おもに二つのカテゴリーに分けられる。①出稼ぎ移住労働者–多くはラテンアメリカ出身で，日本政府によって，国内の労働力不足の克服のため，『帰国』を奨励された者。②海外残留孤児–海外で生まれ，現地の人たちによって養育された人たちで，近年日本政府によって日本への帰国を許された者」と説明する(足立伸子「ジャパニーズ・ディアスポラの考察」足立伸子他編『ジャパニーズ・ディアスポラ』(新泉社，2008 年)33-34 頁)。本章が事例として主に取り上げるのは，このように外国人として日本への帰還を経験している存在である。

ついて考察する。

第2節　日本における民族，国民，そして国籍

1. 日本における単一民族観と国民

日本人の定義

日本という国家のまとまり・一体性は，歴史的に長らく一貫していた訳ではなく，日本人という概念も同様である。では，日本人とはどのように定義されるのか。

社会学的にいえば，日本人とは、日本に住む住民が人種的に他と差をおき、日本語を創出して文化主体として自己形成後に国家における身分秩序に属する存在として作り上げられ、世界の変遷の中で自己を編成し直し形成されてきた存在であるという[4]。

日本は単一民族国家である，という言説は，今もなお目にするところであり，国民国家の一国家一民族の幻想は未だに顕著である[5]。実際には渡来人の定着やアイヌ民族の存在など，多様な民族からなる社会であったにもかかわらず，単一民族社会であるという意識は根強く残っている[6]。その理由としては，日本が島国であることから均質同質化が進み，鎖国体制が単一民族神話形成の役割を担った[7]，などの考えが指摘される一方，明治以降の近代にその端緒を求める指摘もある[8]。小熊英二によると，単

---

[4] 加藤典洋「日本人」見田宗介他編『社会学事典』(弘文堂，1988年)677頁。加藤典洋は日本人概念について「重ね餅構造」という言葉を用いて説明している。

[5] 尹健次，前掲注(2)6頁。樋口陽一は，二風谷ダム裁判(札幌地判1997(平成9)年3月27日,判例時報1558号33頁)判決を通じて，立法府も裁判所も「日本が単一民族国家でないということをはっきり法的に確認している」と指摘する(樋口陽一『個人と国家-今なぜ立憲主義か』(集英社新書，2000年)61頁)。

[6] 福岡安則は「日本が『単一民族社会』だというとき，その構成員は『日本人』なわけだ。だが，一般に自明視されている『日本人』という概念は，ほんとうに自明なものだろうか」と問題提起したうえで,「民族の要素を『血統』と『文化』に分けて取り出し,『国籍』と合わせた3つの要素でもって,『日本人』から『非日本人』までの概念枠組みを類型として構成する」ことを試みた(福岡安則『在日韓国・朝鮮人−若い世代のアイデンティティ』(中公新書，1993年)2-16頁)。外地法に関する研究書の著者である向英洋は,「日本人社会は，その歴史始まって以来明治の中頃に至るまで，総じて言語や風俗あるいは習慣等の文化を共通にする人間の共同体，すなわち1つの民族共同体として構成されていたということができよう」と説明する(向英洋『注解旧外地法』(日本加除出版，2007年)105頁)。

[7] 大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて-在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制[新版]』(東信堂，1993年)253頁。大沼保昭によると,「外界から孤立した島国のなかで，比較的高い文化・教育水準のもとで，家，村を構成単位とする文化的に同質的な社会が形成されてきたのだ」いう。

[8] 大沼保昭，前掲注(7)254頁以下。原尻英樹「在日朝鮮人研究における＜実践

一民族神話と呼ばれるものには,「日本国家は同一の言語・文化をもつ日本民族のみから成立している」という国家の現用認識と,「日本列島には太古から,単一純粋な血統をもつ日本民族だけが生活してきた」という民族の歴史認識という,２つの側面があると指摘する[9]。

明治国家が誕生したのちは,血統あるいは擬似血統の神話に基づく天皇制が,人為的にその伝統や神話を強化するために用いられていた。なお,穂積八束は,天皇を正当化するために日本の民族のまとまりは古来１つの血族団体を基盤として統合が保たれると説明しているが,ここでいう血統のつながりというがまさに家族国家の観点を支えるために用いられたということができる[10]。

このように,家を中心に擬似血統・人為的血統を構築することで国民を統合していった一方で,脱亜入欧路線は五族協和などのイデオロギーの下で植民地を拡大する方向へと向かった。これは民族の概念を超えた拡大を意味するものであったが,同化主義に立脚して被支配民族を差別する構造をとったのである。国家啓蒙主義的な日本の同化政策は,アイヌや沖縄の人々,台湾や朝鮮の人々も全て臣民としたうえで(一視同仁),日本語と日本語による教育に注力し,文明化としての臣民化(帝国臣民の創出)を推進していった[11]。この同化政策は,身分秩序を再編成し,天皇中心の国民統合の形で推し進め,独自の歴史や文化を丸め込み,一方で内地人の国民意識や民族意識に少なからず影響をもたらすこととなった[12]。

戦後の単一民族観

戦後も日本は,単一民族からなる同質的な社会であると甘受される構造自体には特段の変容もないままであったことは,後述する国籍法の変遷などからも明らかとなろう。「日本人の国民性あるいはエスニシティに対する」考え方は,「明示的あるいは暗黙裡に日本社会の均質性を強

倫理＞の要請」中野秀一郎他編『エスニシティの社会学-日本社会の民族的構成』(世界思想社,1993年)134頁。

[9] 小熊英二『〈日本人〉の境界-沖縄・アイヌ・台湾・朝鮮 植民地支配から復帰運動まで-』(新曜社,1998年)7頁。小熊英二は,福岡安則の研究(前掲注(6))について「日系移民,帰国子女,帰化者,残留孤児,アイヌ,在日韓国・朝鮮人などさまざまな境界事例があることを類型化している」として紹介している(同書,6-7頁)。小熊は,同書で近代日本が時に日本人とし時に非日本人としてきた沖縄・アイヌ・台湾・朝鮮の人々をめぐる政策と言説を通して,日本における国家の境界と日本人・外国人の境界設定について検討している。

[10] 苅部直「『血』と『君徳』-天皇論をめぐるデッサン-」長谷部恭男他編『変容する統治システム』(岩波書店,2007年)64-65頁。

[11] 佐藤成基「『国家』と『民族』/ドイツと日本におけるネーション概念の形成と変容をめぐる比較歴史社会学的分析」茨城大学人文学部紀要.社会科学論集32巻(1999年)50頁以下。

[12] 尹健次,前掲注(2)90頁。

調」してきたのであり，「日本の問題を，近代国民国家が共通して抱える民族あるいはエスニシティ問題として捉える視角は希薄であった」ということができる[13]。日本において，参政権をはじめとした論争の底流にも，国民観・民族観をめぐる争いが存在する[14]。民族は，共通の文化伝統・共通言語・生活様式・儀式慣習をもつが，国民は政治的共同存在として，文化的歴史的共通性を本質的構成要素としないことから，民族と国民は峻別しなければならない[15]。

浦部法穂は，「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」と指摘する。しかし，国民を定義するうえで，日本は「古代統一国家成立以来単一の言語，文化，歴史を有する単一民族により構成される国家であつて，この伝統に由来する『血統』重視の意識は我が国の社会に根強く，いわば，『血統』は日本人又は日本国家の同一性にかかわる問題と意識されている」[16]という法務省の言説がいまだに根強いことも確かである。

このように，人種や民族，言語や文化が一体的に把握される状況の中で，後述するように国籍もこれらの一体性と「不可分なものとして」[17]扱われたのであろうか？

---

13 伊豫谷登士翁『グローバリゼーションと移民』(有信堂高文社，2014年)213-214頁。

14 瀧川裕英「国民と民族の切断」法学雑誌49巻1号(2002年)19頁。

15 瀧川裕英，前掲注(14)19頁。

16 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]。細川清は続けて，「他方，血統は，単に生物としての人間の生物的出自を示すものにすぎないから，これを国籍付与の基準として絶対視することは適当でない。元来，血統主義立法政策として合理性を有する所以は，自国民の子は，通常自国民の家族に包摂されることによって，実質上自国民の社会の構成員になるので，自国の構成員とするのに適当であるとの価値評価が可能だからである。…(中略)…視点を変えれば，「血統主義」は，自国民と血統関係のあることにより自国との結合関係の存在する者に国籍を付与し，血統のない者には，地縁による自国との結合関係が存在しても国籍を付与しないとの立法政策を採用したことを簡単な用語で説明する概念に過ぎないから，立法政策としての合理的な修正を考慮しないで血統を絶対視することは，説明概念と政策とを混同することになるようにも考えられる」とする(同書，9頁)。

17 佐々木てる『日本の国籍制度とコリア系日本人』(明石書店，2006年)38頁以下。

2. 日本国憲法からみた国民と国籍

国籍法定主義

日本国憲法は，第 3 章の「国民の権利および義務」以下で人権規定をおいていることからも，国民が人権を享有することは明白である。しかし，「国民」とはどの範囲の人々を指すかについては自明にはなっていない[18]。

日本国民となる要件は，憲法 10 条に規定がある。

日本国憲法
10 条　日本国民たる要件は，法律でこれを定める。

本条文は，後述するように，GHQ 草案にも帝国憲法改正案にもみられない条文であるが，明治憲法 18 条をそのまま踏襲したものである。明治憲法 18 条および 10 条の制定経緯については，後述することとする。

G.イェリネックのいう国家三要素説を基盤とすると，国民は国家の基本的な構成要素であるから，国家は，いかなる者を国民とするかについて自由に決定することができると考えられてきた[19]。その後，国籍に関する立法にあたっては，人は必ず国籍をもち(無国籍者の防止)，かつ唯一の国籍をもつべきである(重国籍者の防止)という国籍唯一の原則や，国籍の得喪に関し，個人の自由意志を重視すべきであるという国籍自由(国籍非強制)の原則を尊重すべきであるという理想が掲げられてきたが，基本的には，国籍の決定は国内管轄事項であり，国家の広い裁量に服することが認められる[20]。

10 条は，国籍の取得・喪失の要件を，国会制定法によって定めることを規定する(国籍法定主義)。具体的な定めは，国内法の形式をとるべきとするのが条文の趣旨である，という見解が支配的である[21]。最高裁もまた

---

18 高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第 4 版]』(有斐閣，2017 年)88 頁。

19 芦部信喜は，憲法体系書で真っ先に「国家とは何か」について言及する(芦部信喜・高橋和之補訂『憲法[第 6 版]』(岩波書店，2015 年)3 頁)。それ以外にも多くの体系書が，憲法が国家の基本法であるということから，国家の説明を第一に行っている(辻村みよ子『憲法[第 5 版]』(日本評論社，2016 年)6 頁，長谷部恭男『憲法[第 6 版]』(新世社，2014 年)4 頁以下，渋谷秀樹『憲法[第 2 版]』(有斐閣，2013 年)7 頁以下，高橋和之，前掲注(18)3 頁)。しかし，それ以上の言及が体系書のなかでなされるわけではなく，「憲法学における国家の不在」自体を問題視する声もある(井上典之「憲法学で『国家』を問題にすることの意味−実定憲法の下での『国家』像探求・序論−」法政論集 230 号(2009 年)2 頁以下)。

20 高佐智美「国籍の現代的理解に向けて-国籍留保制度を中心に」阪口正二郎・江島晶子・只野雅人・今野健一編『憲法の思想と発展―浦田一郎先生古稀記念』(新山社，2017 年)91 頁。

21 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』(日本評論社，2015 年)133 頁[木下智史執筆部分]。「憲法は，人である以上，当然に保障すべき権利をすべての人に保障しようとしているわけではなく，もともと同国人という特定の人々の権利の

同様に，憲法 10 条の趣旨と日本国籍の意義について次のように説明する。

> 「憲法 10 条の規定は，国籍は国家の構成員としての資格であり，国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情，伝統，政治的，社会的及び経済的環境等，種々の要因を考慮する必要があることから，これをどのように定めるかについて，立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される」[22]。

政治的共同体である国民国家という空間的範囲(領域)の中でその構成員(国民)という人的範囲を形成し確定させるうえで，国籍法制は歴史的経緯を如実に反映し発展してきたものということができる。

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持つ重要な法的地位」[23]として，権利・義務の享有主体性を示すメルクマールであるとされる。もちろん，外国人も人権の享有主体たりうることは，マクリーン事件判決[24]をリーディングケースとする憲法学における通説的見解とされてきた。これは，国民と外国人という二分法の中で，外国人の権利を保障する一方で，「権利の性質に応じて」外国人が享有しうる権利か否かを区別する学説である。

しかしこの点については，外国人がそもそも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もいる[25]。そのため，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。このようなメルクマールとしての国籍は，「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」[26]で，「ほとんどの国民が国籍国の国内で生活して生涯を

みを保障しようとするものであり，その上で，そうした権利の保障をどこまでそれ以外の人々に拡張して適用することが可能かという問題が学説や判例によって議論されてきたのではなかろうか」(長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会，2006 年) 118-119 頁)。

[22] 最大判 2008(平成 20)年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1371 頁。

[23] 最大判 2008(平成 20)年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1371 頁。

[24] 最大判 1977(昭和 52)年 10 月 2 日民集 32 巻 7 号 1223 頁。

[25] 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古希祝賀『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。

[26] 江橋崇「国籍再考」ジュリスト 1996 号(1996 年)8 頁。江橋崇は，「人々の国境を越えた移動，移住が増加してくると，国籍で居住関係，特に人権の保護を行ってきた旧来の制度の妥当性が損なわれ」，「国籍によって人々をある国家に帰属させることがその人の人権の保護に役立たないという事態が出現する」という。このような事実が揺らいだ理由として，江橋は大規模な人間の移住(大都市への人口集中，居住環境の変化，外国人労働者問題，政治難民)および，国際結婚による子どもの法的地位の問題を挙げる。

終える」[27]という状況の中で有効に機能してきたとも指摘される。

一方で,「日本国民として国民主権を担う資格は誰に対してどのような条件下で認められるべきか」について「国民代表である国会議員が，現に自分たちによって代表されているところの日本国籍保持者をどのように定位し，再生産してゆくか」を決定する 10 条は,「国民主権原理の実現と再生産の観点から読み直されていることになる」という意見もみられる[28]。棟居快行は，グローバル化の下で，国民は「国家への依存度を弱めている」のであり,「国家が国民との間の紐帯を強固なものにしようとすれば，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」[29]のであると説明する。

国籍離脱の自由

さらに，憲法 22 条 2 項は，次のように規定する。

日本国憲法
22 条 2 項　何人も，外国に移住し，又は国籍を離脱する自由を侵されない。

日本国憲法は上述のように22条2項で国籍を離脱する自由を保障しており，これをもって無国籍者が発生することを防止している。「国籍の得喪に関し，個人の自由意思を尊重すべきである」[30]が意味するところは，世界人権宣言 15 条 2 項「何人も，ほしいままにその国籍を奪われ，又はその国籍を変更する権利を否認されることはない」とも符合している[31]。本条文は，無国籍になる自由については認められていないことから，人は必ず 1 つの国籍をもつべきであるという国籍唯一の原則と，憲法 98 条 2 項の国際協調主義の精神に基づいていると考えられる[32]。

ところで，現行国籍法第 2 条は「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」に「日本国民」となる旨を規定している。しかし，日本国民を遡ったうえで「最初の日本国民」とは誰かという点については明らかではない。長谷部恭男が「アリストテレスがつとに指摘するように，血統

---

27 江橋崇，前掲注(26)8 頁。
28 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。
29 棟居快行，前掲注(28)122 頁。
30 江川英文・山田鐐一・早田芳郎『国籍法[第 3 版]』(有斐閣，1997 年)20 頁。
31 ヨーロッパ国籍条約 4 条 c にあり,「何人も，ほしいままに国籍を奪われない」，すなわち実体的合理性がない限り国籍を奪われない権利の保障は国際慣習法ともなりつつある(近藤敦『人権法』(日本評論社，2016 年)40 頁)。ヨーロッパ国籍条約の同条 a は「全て人は，国籍をもつ権利を有する」とあり，国籍取得権(right to a nationality)を掲げているのであり，無国籍の防止と表裏一体の関係となっている。
32 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅱ−第 21 条-第 40 条』(青林書院，1994 年)116 頁[中村睦男執筆]。

主義にもとづいて憲法以前の『国民』を画定しようとすれば，無限後退に陥ることになる。憲法以前の日本国民が法的概念として存在し得るかのように語ることには，無理があると思われる」[33]と指摘したが，そうであれば，それ以前に慣習的に画定させてきた国民は，どのような要件に基づいて国籍を付与し，どのように国民であると考えれれてきたのだろか？そして，その国籍にはその後どのような意味を付与してきたであろうか？このような疑問について，以下では，日本における国籍法制の変遷を概観する中で検討することとする。

第３節　国籍法制の変遷

1．国籍法制の制定以前

条理国籍法

国籍が国民と外国人を区別するためのものであるという点から鑑みると，日本の国籍法制は，徳川幕府による対外政策がとられていた時代に端を発する。鎖国体制は，明らかに日本における国籍思想に大きな意義をもつものであった。混血の子どもへの海外追放や新規集住の禁止，海外在住日本人の帰国の禁止など,「日本の中から外国人的な要素を根こそぎ取り除こうとした」[34]時代であったといえる。二宮正人によると,「内在混住のなかった鎖国体制の下では，人種的意味での『日本人』が即法律的意味での『日本人』であった。それ故，国籍法における血統主義は，古代氏姓制度以来の伝統的なものである」[35]と指摘している。鎖国体制の確立後は，混血児を追放することなく母や他の日本人の戸籍に入れることにより，日本の領域に属す子どもとして扱った。これは，必ずしも父系血統主義的な扱いをせず，母系血統に基づき日本人として扱ったことを意味する。開港後，混血児の問題は若干の外国人が父系血統主義に基づき，自国人として扱うことを主張し，これを認めるようになった[36]。

明治に入った1868年以降，多くの外国人が入国し居住する中で，さまざまな外国人法制が置かれたが，それら自身は日本人の範囲を明確にしていなかった[37]。当時の法制は，外からの人を排除し，血統を基準として外国人と日本人の間に生まれた子ども(混血児)に対する取り締まりなどを慣習的に行なっていた(条理国籍法)。田代有嗣(元法務省民事局第５課

---

[33] 長谷部恭男他編『注釈日本国憲法(2)：10条-24条』(有斐閣，2017年)42頁[長谷部恭男執筆]。

[34] 塙叡「明治三十二年の国籍法成立に至る過程/日本国籍法史序説」『日本社会史研究/芳賀幸四郎先生古稀記念』(笠間書院，1980年)302頁。

[35] 二宮正人『国籍法における男女平等』(有斐閣，1983年)218頁。

[36] 二宮正人，前掲注(35)217頁。

[37] 小嶋和司『小嶋和司憲法論集(一)明治典憲体制の成立』(木鐸社，1988年)271-272頁。

長)によると，この条理国籍法では，住民＝国民同一思想が観念されていたとする[38]。

1871年戸籍法(壬申戸籍)

その後，明治政府が成立してまもなく，近代国家の建設に向けた国民把握のために「全国総体ノ戸籍法」として編成されたのが，「戸籍法(1871(明治4)年太政官布告第170号)」であり(以下，1871年戸籍法という)，当該布告を根拠に壬申戸籍は編成された。

1871年戸籍法が制定されるまでは，家屋ごとに居住する人員について記録するために村ごとに作製されてきた人別帳，およびキリシタンの摘発に端を発する宗門帳の2つの戸籍があり，両者を合わせて宗門人別帳と呼称された。これらは，身分別の登録(百姓町人の登録を目的としていたもの)であり，居住状況を調査するには不正確で不十分であったが，「行政的・警察的な趣旨」のもと，「人的移動」を把握することを主眼としていたものであった[39]。なお，1871年戸籍法の前身として，いくつかの藩(その後府県)において戸籍法(「京都府戸籍仕法」や「東京府戸籍仕法」など)が制定されている。これら身分登録簿的な性格が強く，その性質は上述の宗門人別帳と類似するものである[40]。

明治維新を経て近代国家への道を進みはじめた日本において，近代的な戸籍制度として作られた1871年戸籍法は，国民を平準化するための政治の根元である「全国総体ノ戸籍法」制定が必要とされた[41]。国民の把握

---

[38] 田代有嗣『国籍法逐条解説』(日本加除出版，1974年)55頁。その他「条理国籍法」については，丹野清人『国籍の境界を考える』(吉田書店，2013年)108頁以下，中村安菜「日本における国籍立法の黎明-黎明期における国籍概念の漠然性について-」明治大学法学研究論集33号(2010年)69頁以下などの説明が詳しい。

[39] 石川良男『家と戸籍の歴史』(1981年，創文社)135頁以下，谷口知平『戸籍法[第3版]』(有斐閣，1986年)2頁など参照。

[40] 石川良男，前掲注(39)124頁。その他詳細は，福島正夫・利谷信義「明治前期における戸籍制度の発展」利谷信義編『福島正夫著作集 第2巻 家族』(勁草書房，1996年)3頁以下，石川良男，前掲注(39)287頁以下，井戸田博史「法的家族像と家族法制」佐々木潤之助編『家族と国家』(吉川弘文館，2002年)176-179頁などを参照。このように，戸籍に関する研究は，家制度の研究に端を発して，福島正夫などといった法制史研究者による広範な研究の蓄積がある(福島正夫編『戸籍制度と「家」制度:「家」制度の研究』(東京大学出版，1959年)他多数)。また，近年では政治学者である遠藤正敬による戸籍にまつわる差別と同化に関する研究がみられる(遠藤正敬『戸籍と国籍の近現代史-国籍・血統・日本人』(明石書店，2013年)など)。

[41] このような性質から，この壬申戸籍をもって「最初の日本人」を観念すべきだという主張は，すでにいくつかの先行研究によって明らかにされている(丹野清人，前掲注(38)97頁以下，遠藤正敬，前掲注(40)107頁以下など)。「最初の日本人」の遡及については，田代も血統主義ではさかのぼった先に根原となる日本人が先ず存在しなければならない旨を指摘する(田代有嗣「戸籍と国籍との関係について(上)」戸籍283号(1970年)7-10頁)。

と画定という一連の流れの中で,「戸籍と国籍の思想的とも言うべきつながり」は常に存在するということができる[42]。

当該布告は，前文において「戸數人員ヲ詳ニシテ猥ナラシムルハ政務ノ最先シ重スル所ナリ」と規定しており，徴税・徴兵・治安のためにそれぞれの戸の人員と現況を把握することを目的としていた。また，第 1 則に規定された「此度編成ノ法，臣民一般(華族士族卒祠官僧侶平民迄ヲ云以下準之)其住居ノ地ニ就テ之ヲ収メ専ラ漏スナキヲ旨トス」から明らかであるように，天皇の治める領土に居住する者を対象として，実態のある居住地を基準に戸籍が編成された[43]。これは，現在でいう住民登録としての側面を有していたと考えられ，海外出身者やその子孫も含む日本に居住する全ての人間を登録の対象としていた[44]。ただし，明示的ではないもののこの戸籍編成の対象に外国人が含まれることは予定されていなかったとされている[45]。

この壬申戸籍には，明治政府によって日本領土とされた北海道も含まれていた。北海道の住民は，1869 年より日本臣民であるとされ，内地化が進められる中で日本人化を求められた。その際，アイヌ民族は当該戸籍に帰俗という形で編入されたものの土人として明記され，日本の氏を使用した者であっても旧土人と称された[46]。また，沖縄も琉球処分以降は内地化が進められ，異なる身分秩序であった沖縄を日本戸籍の適用対象に編入することで対応し，画一化された[47]。そのため，沖縄は異法地域となっても日本国籍を保持したということができよう。しかし，アイヌ民族の事例からも明らかであるように，日本臣民として戸籍に編入しながらも，差別が内包されていたのである。また，編入の過程において，民族的慣習を無視した内地化としての習俗(族譜の撤廃，日本式氏名の使用など)などが存在した

福島正夫によると，戸籍は家制度を支えるための土台としての「国家

---

42 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)122 頁)。ただし，戸籍制度はその後数次にわたる改正がなされるが，戸籍制度の性質自体にも変遷がある。この点については,水野紀子「日本の戸籍制度の沿革と家族法のあり方」アジア家族法会議編『戸籍と身分登録制度』(日本加除出版，2012 年)13 頁以下などを参照。

43 遠藤正敬はこれを,「居住地によるネーション(国民)の定義」と称する(遠藤正敬，前掲注(40)123 頁)。

44 遠藤正敬，前掲注(40)142 頁

45 小嶋和司，前掲注(37)139-143 頁，田代有嗣「戸籍と国籍との交錯」民事月報 22 巻 6 号 3-4 頁。

46 遠藤正敬，前掲注(40)149 頁以下。壬申戸籍が編成される前は，本土と同様の戸籍制度としての「人民帳」が用いられ，本土からの移住者に限定した戸籍調査が実施されていた(徳川幕府の時代であった 1855 年に，徳川幕府の直轄地とされている)。

47 遠藤正敬，前掲注(40)155 頁以下。沖縄の編入については，冨山一郎『近代日本社会と「沖縄人」−「日本人」になるということ』(日本経済評論社，1990 年)などがある。

施設」[48]であり,「公法諸法規が『家』と関連することの認識は,『家』制度がことさらに日本国家機構の作用に重要な役割を果たしたことをみざるをえない。その意味においては,当時の公法全般にわたって『家』制度がその根底をなした感がある」とする[49]。

外国人民ト婚姻差許条規:国籍関係規立案のはじまり

国籍と関連する最初の成文立法は,「外国人民ト婚姻差許条規左ノ通条規(1873(明治6)年太政官布告第103号)」として制定された[50]。ただし,本布告では「国籍」という用語は使用されず,資格や身分を意味する「分限」という用語を用いていた。日本人タルノ分限に関する本布告の内容は,外国人との婚姻における許可制(允許),外国人の妻となった日本人の日本国籍喪失,日本人女性の婿養子となった外国人男性の日本国籍取得,外国人の妻となり日本国籍を喪失した者の回復手続などであった。これは,夫婦国籍同一主義の採用ではあるものの,日本人女性としての妻・母親の国籍を継承するユニークなものであり,家を何より重視する価値観を分限という言葉を使うことによって制度化したものということができる[51]。これらの規定は,上記の戸籍制度や条理国籍法と適合するものと考えられるが,一般的な国内法令であるとは言い難い[52]。

2. 明治憲法制定下の法制度

大日本帝国憲法(以下,明治憲法という)が施行されたのは,明治に入ってから22年が経過した1890(明治23)年であった。

---

48 福島正夫『資本主義と「家」制度』(1967年,東京大学出版)4頁。

49 福島正夫,前掲注(48)171頁。具体的には,旧幕時代の人別帳・宗門帳の制度,それから明治4年の当該戸籍法は行政的・警察的な趣旨を主眼としており(福島正夫・利谷信義,前掲注(40)124頁),近代的国軍建設のための徴兵制が「家」制度と深い関係があるという(山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』(1988年,日本評論社)10頁)。戸籍制度の変遷については,国籍制度とともに後述するが,その制度は「欧米諸国の立法にその比を見ない特異なもの」であり,家制度が廃止されてもなお,「その特異性は維持されている」と指摘される(鈴木藤弥「各国の身分登録制度−戸籍編製の原理に関する比較法研究−」中川善之助他編『家族裁判(家族問題と家族法Ⅶ)』(酒井書店,1957年)273頁)。

50 詳細は,奥田安弘『国際家族法』(明石書店,2015年)87頁以下,木棚照一『逐条解説・国籍法』(日本加除出版,2003年)26頁以下,中村安菜,前掲注(38)67頁以下などを参照。

51 ラフカディオ・ハーンはこの条規に基づき入夫することで「日本人タルノ分限」を取得,小泉八雲となった(嘉本伊都子「『日本人』と〈異・外国人〉の子どもの処遇 / 江戸期から明治期にかけて(特集 歴史のなかの〈異国人/日本人〉の子ども)」歴史評論815号(2018年)34頁)。

52 当該布告は,「外国人ヲ養子又ハ入夫ト為スノ法律」(1898(明治31)年法律第1号)をもって,廃止されている(江川英文・山田鐐一・早田芳郎,前掲注(30)37頁)。

明治憲法
18条　日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

本条は第2章「臣民権利義務」(18-30条)の一番前に置かれた。18条により,国籍の取得はその方法(帰化等)を問わず法律によって規定すべきものとされたことにより，公権力により国民の範囲を確定するための国籍立法を早急に必要とした[53]。しかしながら,「憲法制定過程において,『日本国民』とは誰かという根源的な問いは，登場していない」[54]。後述する日系人および中国残留日本人は，まさに明治憲法体制下で国境を渡り，国外に移住することとなった者およびその子孫である。

旧民法人事編

日本において，国籍の得喪に関する体系的な規定が初めてなされたのは,「旧民法(1890(明治23)年法律第98号)」人事編第2章「国民分限」(7-18条)であった。ここでは，国籍(国民分限)に関する包括的な規定が置かれており，国籍法の原型としてその内容は包括的に踏襲されている。

旧民法1節 国民分限ノ取得
7条1項　日本人ノ子ハ外国ニ於テ生マレタルトキト雖モ日本人トス
2項　父母分限ヲ異ニスルトキハ父ノ分限ヲ以テ子ノ分限ヲ定ム
3項　父ノ知レサルトキハ子ハ母ノ分限ニ従フ

これは,「子が，その出生に際し，親の血統に従って，親と同じ国籍を取得する」という，いわゆる血統主義の原則であり[55]，ここで初めて血統主義の原則は明示的に採用されたといえる。その後血統主義原則は，伝統的に日本の国籍法における重要原則のうちの一つとして観念されることとなる[56]。しかし，ここで最初の日本人たる存在が誰かという系譜自体

---

[53] 不平等条約改正問題も，国籍立法を促進した動機であったという(二宮和人，前掲注(35)222頁)。国籍の得喪を，憲法ではなく法律で詳細に規定する方針をとった経緯については，中村安菜「日本とドイツにおける国民概念形成の契機」明治大学法学研究論集36号(2012年)39頁。

[54] 中村安菜「日本における旧国籍法の原型−帝国臣民身分法と旧国籍法の比較を通して−」中央大学法学研究論集37号(2012年)40頁。遠藤正敬は,「帰属意識の定まらぬ民衆に『日本国籍』という観念を生起し，同時に封建的身分秩序を解体して『一君万民』という形で『臣民』として平準化する。これが壬申戸籍をもってする国民統合の出発であった」と指摘する(遠藤正敬『戸籍と無戸籍−「日本人」の輪郭』(人文書院，2017年)335-336頁)。

[55] 平賀健太『国籍法(上)』(帝国判例法規出版社，1950年)201頁，江川英文・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(30)59頁。

[56] なお，父系血統主義のみならず出生地主義を補充的に付け加えることにより，無国籍発生対策がとられてもいた。これは，その後の国籍法とも通底している。

は，明らかにされていない。

1899年国籍法と1898年戸籍法：内地と外地の差別化

国籍法と戸籍法との密接な関係は，新たに改正された戸籍法と，立法化された旧国籍法に由来する。

1899(明治 32)年，明治憲法 18 条の法律に該当する立法として，国籍の得喪から帰化制度に至るまで余すことなく規定された，包括的な「国籍法(法律第 66 号)」が制定・公布された(以下，1899 年国籍法という)[57]。本法は，国籍の出生による取得について，父系血統主義原則に基づいた条文が採用されている[58]。

1899 年国籍法
1 条　子ハ出生ノ時其父カ日本人ナルトキハ之ヲ日本人トス其出生前ニ死亡シタル父カ死亡ノ時日本人ナリシトキハ亦同ジ

ここで注目すべきは，日本臣民たるの要件を定める国籍法において用いられている概念が日本人である，という位相が存在する点である。この点については，「本法が『日本人』を非『日本人』，即ち『外国人』に対立する概念として用いていることからすれば，明治国籍法に謂う日本『国籍』を単に日本『臣民』としての資格，即ち『臣籍』(皇族(非臣籍)に対抗する概念[引用者による加筆])と解するのは正当とは思われない」[59]という指摘がなされているように，看過すべき問題ではないように思われる。

父系血統主義以外にも，父が知れず又は無国籍の場合で，母が日本人である場合，子どもの出生地を問わず日本国籍を取得できるとする母系血統主義(3条)，および，父母がともに知れず又は無国籍であっても，日本で出生した子ど

---

57 1899 年は，日英通商航海条約が効力を発生する年でもあり，外国人居住地の排除と内地雑居が実施された年でもある。このような変化の中で制定された国籍法の意義は大きいと考える。

58 実方正雄によると「国籍の正確且つ絶対的な定義を提供することは不可能に近い。蓋し，国籍を構成する要素は実に多種多容であって，種族・言語・宗教の同一性，歴史的伝統・経済的利害・道徳的及び社会的理念の共同等，総 て此等は国籍観念と重大なる関連を有すものであるため，国籍観念の充分なる理解の為には此等に関する可なりの智識が要求せられるからである。併し，此等各要素の正確な探求は内国実定法学の使命ではなくして，寧ろ社会学や法哲学の任務に属する。そこで，法律上に於いては一応形式的な理解を以って満足せねばなるまい」と説明する(実方正雄『国籍法[新法学全集]』(日本評論社，1938 年)1 頁。旧国籍法の基本的な原則は，①父系血統主義，②国籍自由の原則，③夫婦国籍同一(随伴)主義・家族一体主義，④国籍抵触防止手段の考慮，⑤家族制度に対する調和などが挙げられる。

59 布田勉「日本国憲法の成立と国籍法−明治国籍法の人的妥当範囲の問題を中心にして−」菅野喜八郎教授還暦記念『憲法制定と変動の法理』(木鐸社，1991 年)91 頁。

もは日本国籍を取得できるとする出生地主義(4 条)も補完的に認めていた。これらの規定で，旧国籍法は無国籍の発生を防止している[60]。また，本法は夫婦国籍随伴制度(13 条 1 項)，親子国籍同一主義(15 条 1 項)もおいている。しかし，国籍離脱の自由については規定されておらず，1916 年の改正により導入された(20 条の 2)。

1924 年には，上記の国籍離脱の自由の導入により，国籍留保制度も含められた改正が行われている(20 条の 2)。「当時参考とされた各国の国籍立法例にも例がない，我が国独自の制度であった」[61]とされる日本の国籍留保制度は，子どもの出生の日から 14 日以内に意思表示をしなければ日本国籍を離脱することとなった。国籍留保制度は，アメリカでの排日運動が高まる中で，在米日本人の子孫が日本国籍によって政治的に困難な立場に置かれることを防ぐことが目的であった[62]。

旧国籍法が制定されるより前に，新たに「戸籍法(1898(明治 31)年法律第 12 号)」は制定された(以下，1898 年戸籍法という)。当該旧戸籍法では，「戸籍ハ戸籍吏ノ管轄地内ニ本籍ヲ定メタル者ニ付キ之ヲ作成ス」「日本ノ国籍ヲ有セザル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ズ」(170 条)という内容が規定され，戸籍は日本国籍保持者のみが登載されるということが初めて明示された[63]。このような規定は，旧戸籍法が旧国籍法の血統主義と随伴することを意味する。当該戸籍法および旧国籍法が成立して以降，日本人は「戸籍に基づいて国家との公的な関係を維持することにな」り，「国籍と戸籍は直線的であり，連続的な関係にある」ということができる[64]。

植民地における国籍法・戸籍法の適用

上記のような国籍法および戸籍法が存在する中で，一部その適用等を異にする政策がとられていたことについて，若干説明することとする。1895 年には台湾，1910 年には大韓帝国が併合され，植民地とされた。植民地の人々を日本臣民として取り込んだのには，「同化政策としての意味合い」が強かった[65]。しかし，1899 年の旧国籍法は台湾および樺太において施行されていたが(原住民は適用を受けなかったが)，朝鮮では施行

---

60 木棚照一，前掲注(50)32 頁。

61 田中康久「日本国籍法沿革史(12)」戸籍 472 号(1983 年)17 頁。

62 田中康久，前掲注(61)14 頁。これは，在米日本人自身で日本国籍喪失を選択する必要があったためである。

63 ただし，戸籍法の性質自体は，それぞれ異なっている。例えば，1898 年戸籍法は，従前の戸籍法が戸の人員を把握するという目的に加え，西欧が採用していた個人別の身分登録制度を同時に採用していた。しかし，このような戸籍制度と身分登録制度の複合型は，1914(大正 3)年の改正にともない，身分登録制度を廃止し，家族単位の戸籍制度へと移行した(重村博美「家族のあり方をめぐる法と裁判の交錯」近畿大学短大論集 48 巻 1 号(2015 年)29 頁)。

64 石村修「国籍法事件」石村修・浦田一郎・芹沢斉編『時代を刻んだ憲法判例』(尚学社，2012 年)383 頁。

65 尹健次，前掲注(2)95 頁以下。

されなかった。なぜ朝鮮に対して同法が施行されなかったのかについては，一般的に不明とされている[66]。外務省条約局法規課によると，「第三国への帰化を防止するため」と説明がなされ[67]，田代有嗣は「台湾は国(清国)の一部の割譲であるのに対し，朝鮮は国(韓国)全体の併合である点にあるのではないかという憶測をすることができる。…(中略)…朝鮮の場合には国全体をあげての併合であるから，従前の韓国国民は当然に日本国民となり日本国籍法の適用が及ぶものと解されるために，ことさらに明文規定を設ける必要はないと考えられたのではないか」[68]とする。遠藤正敬は，日本政府が当時中国に帰化し日本国籍を離脱した朝鮮人による反日運動を恐れ，取り締まる根拠が必要と判断して国籍法の施行を認めず人的管轄権としての国籍を独立運動の抑圧の手段として確保したと主張する[69]。1898年国籍法は意図的に地域ごとに異なる運用を行なっていたことになり，1898年国籍法の各規定に該当する日本人・日本ノ国籍の概念に，内地人・台湾人または樺太人の身分を有する者は含まれるが，朝鮮人たる身分の得喪，そしてその結果としての日本の国籍の得喪は，旧国籍法に準ずる慣習と条理によって決せられると解釈された[70]。

また，戸籍に関しては内地戸籍と外地戸籍とを明確に分離し，厳格に内地臣民と区別された登録・管理がなされていたことは，すでに多くの知るところであろう[71]。これは，内地人以外の民族(社会)集団に所属することを意味しており，地域籍(民族籍)と呼ばれるものである。日本人との区別がつかなくなることを危惧し，転籍のような戸籍の自由な移動は，

---

66 平賀健太，前掲注(55)132頁，江川英文・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(30)9頁。

67 外務省条約局法規課は，「台湾および樺太の関係は在住清国臣民ないし露国臣民の帰化に資したのであるが，朝鮮に同法が施行されなかった理由は，併合の趣旨に鑑み，韓民の第三国への帰化を防止するためにほかならない」と説明する(外務省条約局法規課「日本統治時代の朝鮮」『外務法制史-第4部の2』(外務省条約局法規課，1971年)53頁)。向英洋はこの点について，それなりの説得力をもつと評する(向英洋，前掲注(6)97頁)。

68 田代有嗣は「台湾は国(清国)の一部の割譲であるのに対し，朝鮮は国(韓国)全体の併合である点にあるのではないかという憶測をすることができる。…(中略)…朝鮮の場合には国全体をあげての併合であるから，従前の韓国国民は当然に日本国民となり日本国籍法の適用が及ぶものと解されるために，ことさらに明文規定を設ける必要はないと考えられたのではないかということである」田代有嗣，前掲注(38)798頁。

69 遠藤正敬『近代日本の植民地統治における国籍と戸籍−満州・朝鮮・台湾』(明石書店，2010年)129-132頁。

70 宮沢俊義『憲法略説』(岩波書店，1943年)46頁。

71 大日本帝国は，「内地」と「外地」という法的区分を明確にしている。しかし，円滑な植民地支配のために，「共通法（1918(大正7)年，法律第39号）」をおいて，各地域の民事・刑事上の共通手続をおいた。さしあたり，外地法に関しては，清宮四郎『外地法序説』(有斐閣，1944年)，古川純・高見勝利「「外地人」とは何か，終わらない戦後」大石眞・高見勝利・長尾龍一『対談集憲政史の面白さ』(信山社，1998年)201頁以下，向英洋，前掲注(6)などを参照。

基本的に禁止されていた。このように，植民地統治の観点から鑑みても，国籍法制と戸籍法制が巧妙かつ密接に関連しており，そのうえ，恣意的に運用されていたことがわかる。

一方満州国は，1932年に独立国家として建国され，多くの開拓民である内地人が満州国に移住・滞在した[72]。満州国では，別途国籍法・戸籍法の整備が計られたが，身分登録としての民籍法がおかれていた。満州国において日本人は，民籍への登録を推奨されていたが，これは満州国国籍を意味するものではなく，日本国籍の喪失に影響するものではなかった。こうして，満州国においても日本人は日本国籍保持者とされたのである[73]。後に中国残留日本人となるのが，彼ら彼女ら，あるいはその子孫である。

3. 日本国憲法制定下の法制度

戦後に日本は，日本国憲法を制定した(1946年(昭和21年)11月3日公布・1947(昭和22)年5月3日施行)。そして，日本国憲法の10条には，「日本国民たる要件は，法律をもってこれを定める」という国籍法定主義の規定をおいた。憲法が明示的に「法律でこれを定める」とするのは，憲法自身ではこれを定めないという趣旨であり，法律以外の，例えば命令などで定めることを禁ずるというものである[74]。これは，明治憲法18条の体裁を受け継いだものであり，日本国憲法も明治憲法と同様に，「国民の権利及び義務」を保障する章の冒頭に，権利および義務の主体の範囲に関する規定を置いている。

日本国憲法10条の公定訳は，“The conditions necessary for being a Japanese national shall be determined by law.”である。その他の条項は，”Japanese people”であるにもかかわらず，この10条公定訳は“Japanese national”とされている。ここで，日本国民＝日本国籍保持者であることを自明とする，日本政府側の意図がうかがわれる。日本国民(Japanese people)と日本国籍保持者(Japanese national)に分けることで「本条のような規定がかかる位置におかれることの妥当性については，議論の余地がありうるところ」[75]といえよう。

憲法10条の挿入については，GHQとの交渉の末草案13条から「日本

---

[72] 遠藤正敬「満洲国草創期における国籍創設問題−複合民族国家における「国民」の選定と帰化制度−」(早稲田政治経済学雑誌369号(2007年)143頁。当該論文は，多民族国家(日本(内地)人，朝鮮人，中国人移民，ロシア人)である満州国の国籍および戸籍の問題についての詳細な研究である。

[73] 遠藤正敬，前掲注(40)224頁。

[74] 芹沢斉・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)89頁[渡辺康行執筆部分]。

[75] 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅰ-前文・第1条-第20条』(青林書院，1994年)198頁[佐藤幸治執筆部分]。

国民タルト否トヲ問ワズ」および「国籍」を削除すること，草案16条の外国人保護規定を削除することからはじまる。日本側が憲法10条をいかに提案し，そしてGHQがなぜ納得したのかは明らかではないが[76]，在日朝鮮人を取り締まる外国人登録令の存在を考慮すると，総司令部案にも政府改正草案にも存在しなかった[77]その憲法10条を導入する修正案提出は，旧植民地出身者を日本国民とすることに対する抵抗であろうと考えられる[78]。国民要件規定を憲法におくことにより，国籍法やその他法令が政策上定める規定に根拠を付与したことになる。

第4回審査会では，日本国民の要件に関する規定の必要性に対する質問には，不要であるという入江俊郎長官の回答があった[79]。その後の衆議院本会議(6月25日)においては，金森徳次郎国務大臣が「国民たるの要件は成程重要なことではありますけれども，併し憲法にはっきり書切れるものでもございませぬ。…(中略)…今度の憲法は大権事項と云うことに幅を認めて居りませぬので，主なる事柄は総て法律で決めなければなりませぬ。随って憲法に規定を置かなくても，国籍を決めまするのは必ずや法律を以て決めなければならない訳であります」と発言するなど，必ずしも憲法に条項を置くことが必要なわけではないと説明している[80]。

ところが，憲法10条の規定は，7月29日の第4回帝国憲法改正案委員小委員会において姿勢を転換，ほとんど議論されることなく導入されることとなった[81]。

戦後の国籍処理

日本国憲法発効の前日である5月2日，「外国人登録令(1947(昭和22)

---

76 小関彰一『日本国憲法誕生[増補改訂版]』(岩波書店，2017年)360頁以下。マッカーサー草案には含まれていなかった10条は，翻訳作業後に新たに挿入されている(高柳賢二・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程I原文と翻訳』(有斐閣，1972年)270頁以下)。これに対してGHQはそれ以上の口出しをすることはなかった。最終の議論の際も，これらの文言問題には触れていない(ロバート・リケット「朝鮮戦争前後における在日朝鮮人政策」大沼久夫『朝鮮戦争と日本』(新幹社，2006年)193頁)。

77 松本草案には，国籍に関する旧憲法18条がそのまま反映されている(中村安菜「日本国憲法制定過程における国籍と朝鮮人」明治大学法学研究年報34号(2011年)127頁)。

78 中村安菜，前掲注(77)132頁。10条と旧植民地出身者の関係については，後藤光男「日本国憲法10条・国籍法と旧植民地出身者」早稲田社会科学研究13巻3号(2013年)も参照。

79 入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題-入江俊郎論集-』(入江俊郎論集刊行会，1976年)328-329頁。

80 清水伸『逐条日本国憲法審議録[補訂版]』第2巻(原書房，1976年)231頁。

81 小関彰一，前掲注(76)361頁。小関彰一は，「資料の手がかりはない」ものの「やはり法制局官僚の発想ではないか」とし，GHQは英文を確認することでjapanese peopleとjapanese nationの区別に気づかなかったのではないかと指摘している(小関彰一，前掲注(76)363頁)。

年5月22日勅令第207号)」は公布・施行された。この勅令により，朝鮮人および台湾人は「外国人とみなす」とされた[82]。この政令が施行された時，在日朝鮮人はまだ通達により日本国籍を喪失する以前であり，日本国籍を保持しながら外国人として扱われるという矛盾が生じており，いつでも退去強制することのできる体制を確立していたということができる[83]。新憲法制定直前に外国人登録令をおいた理由について，大沼保昭は，旧体制最後の勅令という象徴的な意味だけではなく，その後，1952年サンフランスコ平和条約の発効にともない，法務府(現在の法務省)の通達(「平和条約に伴う朝鮮人台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理について(通達第438号)」)1つで，一方的に日本国籍を喪失することとなった[84]。

しかし，サンフランシスコ講和条約の発効まで，戦争にともなう領土の変更も国籍の変更もないと考える政府の立場からすれば，強制的な退去といっても国民が国内移動するにすぎないことを考えると，その趣旨が民族マイノリティの統制であり恣意的な管理であることは目に見えて明らかである。このような領土変更にともなう国籍の喪失は，最高裁においても追認される形となった[85]。最高裁は，「朝鮮人としての法的地位をもつ人は，日本人としての法的地位をもつ人から，日本の国内法上で，はつきり区別されていた。この区別は，日本と韓国の併合のときから一

---

82 「第11条で朝鮮人，台湾人を外国人とみなして密入国取締りの対象たることを明確にすると共に，第11条と附則第2項を結合させることにより，在日朝鮮人，台湾人を全て登録の対象に組み入れ，附則第3項により在日朝鮮人，台湾人の登録義務違反者を退去強制しうる体制を確立したのである。本文諸規定の一般性を維持しつつ，しかも在日朝鮮人取り締まりという真の立法目的を実現するための巧妙な法技術が，この附則第2項，第3項にほかならない」(大沼保昭，前掲注(7)48頁)。大沼保昭の同書は，在日朝鮮人を対象に，戦後の出入国管理法制をはじめ，指紋押捺訴訟，その他権利保障の問題などを仔細に扱っている。

83 外国人登録令は，公布された時点で朝鮮人が日本国籍を取得していたころから，朝鮮人という非日本人の日本入国を阻止し日本国籍を持ちながら日本国内に居住していたマイノリティの一部を強制的に国籍国から退去させることを可能とした勅令であった(朴沙羅『外国人を作り出す:戦後日本における「密航」と入国管理制度の運用』(ナカニシヤ出版，2017年)105頁，大沼保昭，前掲注(7)54頁)。

84 駒村圭吾「特別永住者の法的地位と『帰属なき身分』のゆくえ」法学教室319号(2007年)67頁以下，岡崎勝彦「定住外国人と地方参政権-戦略的人権擁護運動論に即して」徐龍達編『アジア市民と韓朝鮮人』(平文社，1993年)673-674頁。これについては，「法律」よりも下位の法形式である「通達」によるものとして憲法10条に反するのではないかという見解がある(徐龍達「在日韓朝鮮人の地方参政権」桃山学院大学総合研究所紀要25巻3号(2000年)11頁)。

85 日韓併合後に朝鮮人の妻となり韓国国籍を取得した日本人である原告は，平和条約発効当時正当な離婚原因を得て夫と別個に独立して日本に住所を有する場合には，平和条約が発効しても日本国籍を喪失しないことの確認を求め，国に対して訴訟を提起した(最大判1961(昭和36)年民集15巻4号657頁)。

貫して維持され，占領時代にも変らなかつた」ため，「日本国籍を喪失させられる人は，日本の法律上で朝鮮人としての法的地位をもつていた人と見るのが相当である」[86]として，平和条約にともない独立が認められ，朝鮮に属すべき人に対する主権を放棄したことによる国籍の変更は，国際法上も認められると判断している。

旧植民地に独立を認めるに際しては，旧植民地人に対して宗主国の国籍を保持するか放棄するかの選択権を認めるのが国際的な慣例であるのに，そうした選択の機会は全く与えられることなく日本国籍を一方的に剥奪されたのが，大きな特徴である[87]

1950年国籍法

現行の国籍法(1950(昭和25)年法律第147号)は，新憲法の精神に合致するような改正を念頭にいれた，封建的家制度から脱却した立法であった。旧国籍法において使用されていた日本人という用語も，日本国民に置き換えられた。また，現行国籍法制定時の2条は，子が日本国民となる要件について，「出生の時に父が日本国民であるとき」(1号)と規定す

---

[86] 最大判1961(昭和36)年民集15巻4号661頁。その後の京都地裁でも裁判所は，「日本国内法制上区分されていた各戸籍は，日本国籍内部における内地人・朝鮮人・台湾人といわば民族集団を区別する識別基準とみられ，朝鮮人の独立を承認し，新たに形成されるべき国家の構成員となるべき朝鮮人を決定するにあたり，日韓併合後の経緯・朝鮮独立の意義や朝鮮地域の事情に照らしても，右民族集団の識別基準とみるべき戸籍を基準とすることには合理性があるというべきである。…(中略)…国籍選択権についての明文も，それを窺わせるに足りる規定もなく，国籍選択権を認める選択権者の範囲・選択の態様と効果・選択にともなう選択権者の義務・選択期間等が具体的に定められる必要があることなどに照らせば，対日平和条約においては，朝鮮人が従前有していた日本国籍の取得を認める意味における国籍選択権については，これを認めないといわざるをえない」と説明するなど，国籍確認に関する判決は一貫している(京都地裁1980(昭和55年)5月6日判例タイムズ431号142頁)。

[87] GHQの担当官として終戦直後の日本に駐留し，後にアメリカにおいて朝鮮史を研究したエドワード・W・ワグナーは，平和条約では必ずや「朝鮮人個人が日本市民の身分を取得するのを容易にするような規定」あるいは，「日本または朝鮮のいずれかの市民権を選ぶ明確な選択権を与えられるであろう」と述べた。エドワード・W・ワグナー『日本における朝鮮少数民族1904～1950年(現代日本・朝鮮関係史資料第1輯)』(湖北社，1975年)5頁)。しかし，いずれも完全に外され国籍選択の国際法上の慣例は守られなかった。徐龍達「定住外国人の地方参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』(日本評論社，1992年)14頁以下，大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』(東信堂，2004年)199頁以下，甲斐素直「定住外国人の参政権−あるいは国籍法の改正について−」日本法学66巻(2000年)165頁以下でも，同様の指摘がみられる。なお，鄭栄桓によると，国籍喪失措置は，在日朝鮮人の共産主義者が日本国籍を取得することを忌避した吉田茂のイニシアチブから採られたが，在日朝鮮人民族団体にとっては外国人であっても日本における法的地位を可能な限り安定させなければならないという志向性をもっていた(鄭栄桓「植民地の独立と人権-在日朝鮮人の『国籍選択権』をめぐって」プライム36巻(2013年)61頁以下)。

るなど，旧国籍法の骨子とも呼べる父系血統主義原則をそのまま継承している。

血統主義以外の要素としては，以前として複数国籍が発生することを防止する条項である1899年国籍法20条が継承されている[88]。

> 国籍法
> 8条(現行11条)1項　日本国民は，自己の志望によって外国の国籍を取得したときは，日本の国籍を失う。
> 2項　外国の国籍を有する日本国民は，その外国の法令によりその国の国籍を選択したときは，日本の国籍を失う。

これは，外国の国籍を自身の志望によって取得するということは，間接的に国籍を離脱する意思の表現であるということを意味する[89]。ただし，従来の国籍を放棄する意思がない場合も，外国国籍取得により国籍を喪失することから，厳格には個人の意思による喪失ではない[90]。実質的に個人の意思に基づく国籍の離脱を認めているのは，現行国籍法13条「外国の国籍を有する日本国民は，法務大臣に届け出ることによつて，日本の国籍を離脱することができる」，2項「前項の規定による届出をした者は，その届出の時に日本の国籍を失う」であろう[91]。このような明確な国籍離脱の制度は，1950年の国籍法制定によってはじめて導入された。

なお，国籍法と同様に「戸籍法(1947(昭和22)年法律第224号)」(以下，現行戸籍法という)も，従前戸籍法の内容を憲法の精神にあわせて改正された。旧来の家制度廃止にともない戸籍制度を改革する必要に迫られた中，GHQは戸籍を個人ごとに作成すべきではないかと提案したものの，司法省はそれを固辞し，一人戸籍に変更することはしなかった[92]。

1984年国籍法改正：父系血統主義から両系血統主義へ

1950年に制定された国籍法は，父系血統主義を採用していることは上述したとおりである。これが両性の平等という理念に反するのではないかという点は，審議過程でも問題とされていた。その立法目的が複数国防止の必要性・有用性をもつ点，補完的な制度をおいている点などから，合理的な区別であると考えられてきた。これは複数国籍保持者の発生を

88 木棚照一，前掲注(50)338頁。
89 平賀健太，前掲注(55)358頁。
90 江川英文・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(30)131頁。
91 柳井健一「国籍を離脱させられない自由：国籍法11条1項による日本国籍の剥奪」法と政治69巻2号(2018年)213頁。
92 二宮周平「近代戸籍制度の確立と家族の統制」利谷信義・鎌田浩・平松紘編『戸籍と身分登録』(早稲田大学出版部，1996年)155頁以下。1898年の旧戸籍法が，外国人に対して戸籍を登載しない旨を規定していたことはすでに述べたが，現行戸籍法においても戸籍の編成は日本国籍保持者に限定されている。

できるだけ避けることも目的としておかれていたが，各国が父系血統主義血統主義をとっていると，むしろ無国籍者を大量に発生させてしまうという自体に直面することにもなる[93]。

国籍法2条における父系血統主義が憲法14条にいう両性平等に反するのではないかとして提起された訴訟について，東京地裁[94]は，父系血統主義の趣旨に照らして合憲の判断を示している。少し長くなるが，引用しておくこととする。

> 「父系優先血統主義の直接的効果として，子は自己が生来的日本国籍を取得できるか否かを一方的に決定されているのであり，…(中略)…子としては，右国籍決定基準の定め方における父母の性別による差別の違憲性を主張するにつき実質的かつ具体的利益を有するものである。また，父系優先血統主義が子の国籍決定に関する基準であることからいつても，その違憲性は子自身を当事者とする子の国籍に関する訴訟においてこれを争わせるのが最も適切である」[95]。
>
> 「国籍法の父系優先血統主義の父母の性別による差別は，前述した重国籍防止における必要性及び有用性のほかに，右のような補完的な簡易帰化制度を併せ伴う限りにおいて，立法目的との実質的均衡を欠くとまでいえず，これを著しく不合理な差別であるとする非難を辛うじて回避し得るものであると考える」[96]。

すなわち，父系血統主義は父母の性別を基準としているのではなく，子の生来的な国籍取得の可否に関する問題であり，複数国籍の発生を防止する意味でやむをえない立法であるという点を裁判所は強調している。

これに対する控訴審判決として，東京高裁[97]は東京地裁同様に合憲の判

---

93 江橋崇「国民国家の基本概念」『現代国家と法』(岩波書店，1997年)24頁。実際に，アメリカ兵との婚姻によって沖縄で多くの無国籍者が発生している。

94 東京地判1981(昭和56)年3月30日行裁集32巻3号469頁。原告はアメリカ合衆国出身の父親と日本人の母親との嫡出子として誕生したが，当時の規定(国籍法2条)では日本国籍を取得することができなかった。そのうえ父親が日本在住であり，合衆国国籍法の定めるアメリカ国内居住要件を満たしていなかったことから，アメリカ国籍も取得できず，いかなる国の国籍も持たない無国籍者となった。そこで原告は，父系優先の血統主義は日本国憲法14条と24条の両性平等原則と13条の人権尊重主義に反しており，父母いずれかが日本国民であれば日本国籍を取得できると解釈すべきであるとして，日本国籍を有することを確認する訴訟を提起した。東京地裁の当該訴訟については，二宮正人「国籍法2条における父系優先血統主義の規定が憲法の定める両性平等の原則に違反しないとされた2つの事例」ジュリスト760号(1982年)などを参照。

95 東京地判1981(昭和56)年3月30日行裁集32巻3号482-483頁。

96 東京地判1981(昭和56)年3月30日行裁集32巻3号492頁。

97 東京高判1982(昭和57)年6月23日行裁集33巻6号1367頁。

断を下している。

> 「立法政策上複数の選択肢が考えられる場合には，そのいずれを選択するかは立法者に任せられるべきであり，条理の名によって裁判所が選択決定することは許されないというべきである」[98]。
> 「憲法は国籍付与の基準として何等特定の主義を採るべきことを指示していないのである。従つて，現在の立法者が，日本国民母の子の国籍取得の有無についての規定の欠缺を補正しようとして国籍法の改正を考えるとき，右の欠缺の原因となつた片親血統主義を維持するか否かはその自由であり，維持するとすれば，控訴人主張の趣旨に沿つた法改正をする外はないが，維持しないとすれば，そのようにならないことは明らかである」[99]。

すなわち，父系血統主義の違憲性については示唆する判断をしたものの，その是正は立法府の裁量に委ねられるという趣旨であり，このような東京高裁の判断は，非常に消極的であったということができよう[100]。

父系血統主義については，当該訴訟および「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約，1979年12月28日署名1981年9月3日発効」」(以下，女子差別撤廃条約とする)の批准を受けて，1984(昭和59)年の改正をもって，両系血統主義(出生の時に父又は母が日本国民であるとき(1号))に変更されている。

なお，1984年の国籍法改正は，3条1項「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの(日本国民であつた者を除く。)は，認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であつた場合において，その父又は母が現に日本国民であるとき，又はその死亡の時に日本国民であつたときは，法務大臣に届け出ることによつて，日本の国籍を取得することができる」として，準正による国籍取得の制度をおき，訴訟にまで発展することとなる。

血統主義の強調：国籍法3条1項訴訟

上記規定に対する本件訴訟は，国籍法3条1項(当時)が日本国民である父の非嫡出子について，父母の婚姻により嫡出子としての身分を取得した準正子にのみ日本国籍取得を認めている点で，非嫡出子との間でこれを区別していることが憲法14条1項に反しないかについて争われた[101]。当該判決

---

98 東京高判1982(昭和57)年6月23日行裁集33巻6号1372頁。
99 東京高判1982(昭和57)年6月23日行裁集33巻6号1372頁。
100 畑尻剛「国籍法の性差別とその救済方法」芦部信喜他編『憲法判例百選Ⅰ[第4版]』(有斐閣，2000年)77頁。
101 2002年には，国籍法2条1号の憲法14条1項憲法適合性について問われている(最小判2002(平成14)年11月22日判時1808号55頁)。最高裁は合憲

は，国籍の得喪という論点が憲法理念，すなわち14条の平等原則に反するか否かが争われたという点で重要な意義をもつ判決であったといえる。

最高裁[102]は，日本国籍の意義について次のように説明する。

> 「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持つ重要な法的地位でもある。一方，父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは，子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって，このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては，慎重に検討することが必要である」[103]。

ここで，国籍について我が国において重要な地位であるとする点を日本に居住している者にとって重要な問題であるから慎重な検討を必要とする，という見解もみられるが[104]，この点については首肯し難い。

また，血統主義ならびに準正要件については，次のように判示してい

の判断を下しているが，梶谷玄・滝井繁男裁判官の補足意見によると，原告には日本国籍を取得することのできるいかなる選択肢も残されていないことから，2条1号のみならず3条にも合理性を見出すことが困難であるとして，違憲疑いがあることに言及している。

102 原告は,1997年に日本国内でフィリピン人の母と日本人の父との間で生まれた男児である（フィリピン国籍取得済み)。出生後に日本人父より認知を受け，婚外子となった。 その後，原告の法定代理人である母親が，原告が日本人父から認知を受けたことにより日本国籍を取得した，として法務大臣宛てに国籍取得届を提出したところ，当該認知が出生後であったため国籍取得の要件を充たしていないとの通知を受けた。そこで原告は,父母の婚姻によって婚内子としての地位を取得した準正子のみに日本国籍取得を認めている法3条1項は，婚外子に対する不合理な差別を行なっており，したがって憲法14条1項に違反していることから，認知によって法律上の親子関係を生じた子全てに日本国籍取得を認めるべきであると主張した。

103 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1371-2頁。上述した父系血統主義の違憲性を争った東京地裁は，「国籍は，主権，領土及び国民から成る政治的組織体としての国家の構成員たる資格にほかならないから，いかなる要件を具えた者に当該国家の国籍の保有を認めるかは，民族，宗教，政治，経済など国家成立の歴史的背景に由来するそれぞれの国家の基本的性格や指導理念を基礎とし，更に人口問題が国防上の要求等の政策目的をも考慮して決定されるものであり，その性質上立法府に与えられている裁量の範囲が広汎なものであることは，これを認めなければならないのである」(東京地判1981(昭和56)年3月30日行裁集32巻3号484頁)と判断しており，最高裁もこれを踏襲している。

104 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト1366号(2008年)78頁。当該判決が，自由権でさえ日本国籍が享有主体としてのメルクマールになるための本質的条件となるとの長谷部恭男の指摘については，今後の判例を注視する必要があると筆者は考える。

る。

「国籍法3条1項は，同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ，日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて…(中略)…日本国籍の取得を認めることとしたものと解される。このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ，これにより本件区別が生じたのであるが，本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には，合理的な根拠があるというべきである。…(中略)…しかしながら，その後，我が国における社会的，経済的環境等の変化に伴って，夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており，…(中略)…我が国を取り巻く国内的，国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると，準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて，前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」[105]。

このように，最高裁は国籍法3条1項の立法目的を充足するために準正要件を課したことについて，社会環境の変化等により合理的関連性が失われたものと判断したのであって，国籍法3条1項の要件設定の合理性を一律に否定するものではない[106]。

このような「我が国との密接な結び付き」基準は，血統主義を「血統から発する個人と個人又は個人と社会とのか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」と読み替えるといった理解も提起されている[107]。当該国籍法違憲判決を通して最高裁は，国籍取得の要件に一定の拡張を促したように捉えることができるが[108]，裁判所が示してきた「我が国との密接な結びつき」が，メルクマールとされること自体の曖昧さを指摘する必要があろう[109]。

---

105 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1371頁。

106 寺岡洋和「最高裁時の判例国籍法12条と憲法14条1項」ジュリスト1481号(2015年)275頁。

107 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。

108 石川健治は本判決について，「結果としては，国家の構成員資格(Mitgliedschaft)や『法制度(Rechtsinstitut)としての婚姻や家』に，きわめてドラスティックな変更を強いるものになっている」とする(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(3)」法学教室346号(2009年)13頁)。対して長谷部恭男は，「法廷意見は従来の判例の傾向と矛盾・衝突するものではない」と指摘する(長谷部恭男，前掲注(104)84頁)。

109 「密接な結びつき」基準は，裁判官によってその説明が異なる点が，原田央によって指摘されている(原田央「平成20年6月4日大法廷判決を−国際私

たしかに最高裁は，国内的・国際的な社会的環境等の変化にともなう，立法目的との間の合理的関連性を見出すことは難しくなったとしているが，「国際的動向は，必然的に憲法の解釈に新たな意味づけをもたらす」のであり，憲法10条について「憲法制定時の意味が発展的に変質したものと解すべき」[110]とみることができるかという点については，疑問の余地が残る。

複数国籍の制限

なお，近年の国籍問題と関連するもう1つの訴訟として，外国国籍取得により日本国籍を喪失することを規定した，国籍法11条1項に関する訴訟についても言及しておくこととする[111]。本訴訟は，出生による日本国籍取得後に親権者が外国国籍取得を届出たことが，国籍法11条1項における当事者の自由意思による国籍の喪失に当たるのかが問題となった。

まず，東京地裁は，そもそも国籍法11条1項の趣旨を，①憲法22条2項の規定を受けて自己の志望によって外国籍を取得する自由を認める必要があること，②自己の志望により外国籍を取得したときには複数国籍の発生を防止するためにも従来の国籍を放棄する意思があるとみるべきであり，外国取得によって当然に日本国籍を喪失させることが相当であること，にあるとする。そして，国籍離脱の意思については，次のように説明する。

> 「国籍法11条1項の規定により国籍を喪失するには日本国籍離脱の意思ないし日本国籍喪失の認識は不要であるから，国籍法との関係では日本国籍喪失に係る意思表示自体は想定されておらず，その点に関する意思表示の瑕疵は問題とする余地がない」[112]。

法の視点から」法学教室341号(2009年)9頁)。原田央は，第1審判決はもちろんのこと，最高裁判決の内部でも，その意見に齟齬があることを明らかにしている。原田以外にも，毛利透が当該要件の明確性に対する疑問を呈している(毛利透「国籍法と憲法」『別冊ジュリスト国際私法判例百選[第2版]』(有斐閣，2011年)247頁)。

[110] 縣幸雄「憲法10条の規範的意味の再検討」大妻女子大学紀要.文系27巻(1995年)133頁。

[111] 原告らは，日本国籍を有する父親とロシア国籍を有する母親との間に嫡出子として出生しており，国籍法2条1号により生来的に日本国籍を取得していた。その後，原告らが出生によりロシア国籍をも有しているとの認識に基づき，在東京ロシア大使館において出生登録及びロシア旅券の取得を申請しロシア旅券が発給されたが，これが日本国籍喪失事由に該当するとされた。主観的には原告らが生来的に日本国籍とロシア国籍の重国籍であると考えていたが，客観的には，生来的に日本国籍を取得した後に後発的にロシア国籍を取得し，その結果，日本国籍を喪失したような外観が作出されてしまった点について，日本国籍離脱の意思または国籍喪失の認識が要件とされるかが争われた(東京地裁2016(平成28)年6月24日訟務月報63巻3号1092頁)。

[112] 東京地裁2016(平成28)年6月24日訟務月報63巻3号1092頁。

結果的に，本件では領事館に出生届を提出するという父母の行為が，新たな国籍取得と無関係であるとは認定されず,「真にやむを得ない事情があるため実質上その国籍取得が本人の意思に基づくものと認めることができない場合には当たらない」として「原告らの外国籍取得は,『自己の志望によつて』したものと認められ」，日本国籍を喪失したものというべきと判断された。

国籍法 11 条 1 項について,複数国籍の発生を防止するための条項の 1 つであり,憲法 22 条 2 項を受けた条項であると裁判所は説明しているが,国籍離脱の自由でいう本人の意思による国籍の喪失とはかけ離れたものであるといえる。外国の国籍取得という直接的な申請行為でもなく出生届を提出することによって，外国国籍を生来的に取得したに過ぎないにもかかわらず,国籍法 11 条 1 項に基づく自己の志望に基づく日本国籍離脱とした点は，ひとえに複数国籍の発生を回避するための条項であるといえよう[113]。

4. 日本国籍保持者としての日本国民とは

以上のように，日本国民の範囲を決定する日本の国籍法制は，条理国籍法から慣習的に始まり，そのなかでも国民と外国人を血統に基づいて区分してきたが,そもそもの国民の把握としては壬申戸籍に端を発した。その後民法(旧民法人事編)への規定を経て，1899 年国籍法は明治憲法の委任に基づき制定された。ここでは，父系血統主義・単一国籍主義を基礎としていた。植民地については，外地を国際法上の国内・国内法上の国外として扱い,内地戸籍と外地戸籍を民族(すなわち血統)に基づいて分離した上に，外地の場所に応じては国籍法を施行しないなど，恣意的に法制度を区分してきた。

戦後，日本の国籍法は日本国憲法の委任を受けて 1950 年に制定され,従前と変わらず父系血統主義・単一国籍主義を採用していたが，父系血統主義については 1984 年に改正されている。2008 年の最高裁による国籍法違憲判決の立場が改めて強調したように，日本は血統主義という不変の原則に基づき血縁の連なりを重要視してきたということができよう。これは，伝統に由来する血統重視の意識という，日本の社会に根強く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意識されていた

113 柳井健一は,「国籍法 13 条ないし 16 条に定める手続によったのでは外国籍の取得が妨げられる等の客観的な理由で日本国籍を放棄することについて当事者の明確な意思表示がある場合に限って，国籍法 11 条 1 項による日本国籍の喪失が認められるべきであ」り,「現行国籍法の立法趣旨にも反する違法な解釈適用である」と指摘する(柳井健一，前掲注(91)216-217 頁。

からであろう[114]。

また，日本では単一国籍を重視し，一貫して複数国籍については許容してこなかった。外国国籍取得がすなわち日本国籍喪失の要因とされる条項が1899年国籍法から現在も存置されている。そのほかにも複数国籍を制限するための条項は存在するが，この点は後述することとしたい。

第4節　在外日本人と国籍−在外国民と日本国籍なき在外日本人−

1. 日本国籍保持者としての在外国民

以下では，日系人および中国残留日本人の日本への帰還に際しての国籍を中心とした法的地位に関する問題について言及するが，まず，日本国籍保持者としての在外日本人，いわゆる在外国民について若干言及する。

在外国民とは

国籍には一定の権利・義務関係を確定する具体的な機能があり(国籍に固有の絶対的なものではない)，それは国籍保持者が当該国籍国外に移動したからといってその機能を失うものではなく,「国籍をもつことによって，たとえ他の国で居住していたとしても，国籍を有する国の対人的な統治権に永続的に服することになる」[115]。言い換えると,「国民は国籍を有する国家の領土を離れても国民であることをやめる(国籍を失う)ものではなく，他国の領土に入ったからといってその国の国民となる(国籍を取得する)わけでもない」[116]。

---

114 法務省民事局内法務研究会編，前掲注(16)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]。

115 木棚照一，前掲注(50)3頁。国籍の機能は，国内法と国際法に分けることができ，国際法的機能として挙げられるのが「外交的保護権」である。外交的保護権とは，外国に在留する国民が，不法・不当な取扱いを受け，その身体や財産を侵害され，損害を受けた場合に，その者の本国は，在留国に対して一定の要件のもとに，適当な救済を与えるよう要求することができる，というものである。例えば，外国に滞在ないし居住する国民がその外国の不法ないし不当な取扱いによって身体や財産などに損害を受けた場合には，その者の本国は，滞在国に対して適切な救済を与える事を要求することができ，その性質上，個人が侵害を受けた時から権利行使時までその国の国籍を有していることが，この権利の行使要件となる(木棚照一，前掲注(50)13頁)。なお，国籍の具体的機能については，大沼保昭「国籍とその機能的把握-国際法の基本問題」法学教室55号(1985年)を参照。

116 工藤達朗「基本権の効力範囲について−安念潤司「『在外外国人』の人権？」へのコメント−」中央ロー・ジャーナル11巻4号(2015年)91頁。石村修は，国外に居住してもなお日本国籍保持者は日本の保護におかれるのであり，この点から日本が複数国籍者あるいは無国籍者の排出を警戒していると指摘する(石村修「国際化の中の憲法−『対外権・国籍・軍事協力』問題を中心として」専

外務省領事局の統計(2017 年度)によると，海外に在留している日本国民(海外在留邦人)は，約 135 万人である[117]。この統計調査の対象者は，3か月以上海外に在留している日本人で，生活の本拠を日本から海外へ移した人々(「永住者」)と，海外での生活は一時的なもので，いずれ日本に戻るつもりの人々(「長期滞在者」)に分類している。統計上，日本国籍を有する複数国籍者は含まれる一方，日本国籍を有しない日系人は含まれていない[118]。

2005 年在外日本人選挙権訴訟

在外日本人の存在は，2005 年在外日本人選挙権訴訟[119]の際，憲法学においても議論となった[120]。国外に居住していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民(すなわち在外国民，1998 年改正前公職選挙法を根拠におく)に，国政選挙権が付与されていないことが平等原則に反するか否かが争われた訴訟である。すなわち，上述してきたような血統主義の観点からみると血統をもつ国民であるにもかかわらず，居住地が国外であるということが政治的権利を享有する主体性を排除するのかどうかが問題となる。最高裁は，在外国民も在外選挙人名簿への登録に基づいて投票することができることを確認した。

> 「憲法は，国民主権の原理に基づき，両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており，その趣旨を確たるものとするため，国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」[121]。
>
> 「在外国民は，選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために，そのままでは選挙権を行使する

修大学法学研究所紀要 34 巻(2009 年)69 頁)。

[117] 2017(平成 29)年度「海外在留邦人数調査統計」(外務省領事局) https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000368753.pdf [2019 年 1 月 10 日最終閲覧日]。この数字は，統計史上最多の人数であるという。

[118] 2016(平成 28)年度「海外在留邦人数調査統計」，前掲注(117)3-4 頁。ただし，在留届を在外公館に届け出なければ，外国に居住していることを確認されない。なお，ここでは在外日本人と記載しているが，在外邦人という用語が用いられる場合が多い。邦人とは，自国の人・我が国の人を意味するが，一般的には外国に一定期間以上滞在する日本国籍を保有する日本人のことを指して用いる(小嶋茂「海外移住と移民・邦人・日系人」駒井洋他『東アジアのディアスポラ』(明石書店，2011 年)162 頁」。

[119] 最大判 2005(平成 17)年 9 月 14 日民集 59 巻 7 号 2087 頁。

[120] その他，在外日本人の基本的人権に関する問題全般については，工藤達朗が「在外日本人の人権」における属地的性質と属人的性質について検討している(工藤達朗「基本権の属人的保障と属地的保障：在外日本人の基本権保障の視点から」法學新報 120 巻 1・2 号(2013 年))。

[121] 最大判 2005(平成 17)年 9 月 14 日民集 59 巻 7 号 2096 頁。

ことができないが，憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく，国には，選挙の公正の確保に留意しつつ，その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって，選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合に限り，当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由があるというべきである」[122]。

当該判決は,「あらゆる国民に平等に国政に対する投票の機会を保障するのが,憲法の要求するベースラインだと言っている点」に特徴がある[123]。すなわち，選挙権に関しては居住国が日本でなくて国外であったとしても，国籍保持者であれば享有主体となれるという，最高裁の基本的な発想が確認されたことを意味する。これは，外国人の地方選挙権に関する訴訟と比較するとその救済に積極的であり，結局のところ「生活実態」以上に形式的に保持されている日本国籍を重要視したことを示している。なお，福田博裁判官は，在外国民の選挙権に対する消極的な反対意見(泉徳治裁判官)，実体判断における国会の広範な裁量を認めているとして違憲の問題は生じていないとする反対意見(横尾和子・上田豊三裁判官)に対して下記のように苦言を呈する。

「在外国民が本国の政治や国の在り方によってその安寧に大きく影響を受けることは，経験的にも随所で証明されている。代表民主主義体制の国であるはずの我が国が，住所が国外にあるという理由で，一般的な形で国民の選挙権を制限できるという考えは，もう止めにした方が良いというのが私の感想である」[124]。

2. 日本国籍なき日本人？：日系人

日系人とは

その一方で，国外には135万人に含まれない者，すなわち，日本国籍なき日本人も多く存在する。その国外居住自体，当事者が意図したもの

---

[122] 最大判2005(平成17)年9月14日民集59巻7号2096頁。

[123] 長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「[鼎談]」在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト1303号(2005年)14頁[長谷部恭男発言部分]。これは「生活実態をベースとした権利保障か，国籍をベースとした権利保障か」(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(7・完)」北大法学論集65巻6号(2015年)162頁)という指摘と関連しており，「国籍には権利の土台としての側面があるがゆえに，外国人の保障は日本国憲法にとって主眼ではなく，二次的に過ぎない」という批判も可能となろう(坂東雄介，同論文，163頁)。

[124] 最大判2005(平成17)年9月14日民集59巻7号2102-2104頁。

ではない歴史的経緯を要因とするケースがあることもまた，留意すべきである。そのほとんどが，個人の意思によらずに日本国外で生まれ，あるいは育ち，多くの場合居住国の国籍保持者となっており，日本への帰還に際して外国人として扱われた[125]。

「外国人労働者」のデカセギの問題として，日系人はしばしば議論に取り上げられてきた。日系人とは，1908年頃から南米アメリカやハワイ等に移民し，移民先で定住した者(1世)と，その直系卑属(2世以降)である[126]。移民先の国籍を取得した者が多く，直系卑属もまた同様である。「公益財団法人海外日系人協会」[127]によると，日本国籍保持者であるか否かを問わず，推定約350万人(2014年度)の日系人が国外で居住しているという。ラテンアメリカ日系人の来日は，日本国籍をもつ一世・二世を中心とした出稼ぎが1980年代から始まり，1990年の出入国管理および難民認定法の改正時に，外国籍の日系2世・3世の日本滞在が「日本人の配偶者等」および「定住者」の資格で許可されるようになったが，これは規制が強化されたアジア系非正規労働者の代替として，かつて海外に移住した日本人の子孫を合法的な労働者として受け入れる形であっ

125 「『日系人』は，慣用的には海外に渡った日本人移民とその子孫を指す用語として知られてきた。したがって，日本人としての文化的特質や血統を承継する人々。このようにアプリオリに解釈されてきたといっても過言ではない。…(中略)…では現在日本に住む日系南米人はどうなのか。しかもこれらの人々は日本社会では一般に『日系人』としてではなく,『外国人』あるいは『南米人』として認識されている」(竹沢泰子「『外国人』としての日系人-『多文化共生』をめざす震災後の神戸のなかで」レイン・リョウ・ヒラバヤシ他編『日系人とグローバリゼーション(人文書院，2006年)』468頁)。

126 第二次世界大戦前までに，おそらく100万人と推定さる日本人が，祖国である日本を離れたとされている(ジェームズ・スタンロー「日本社会と移民」足立伸子他編『ジャパニーズ・ディアスポラ』(新泉社，2008年)66頁)。日系人に関する研究については，さまざまなアプローチがあるが，例えば，梶田孝道『外国人労働者と日本』(日本放送出版協会，1994年)，梶田孝道・丹野清人・樋口直人『顔の見えない定住化』(名古屋大学出版会，2005年)，米山裕・河原典史編『日系人の経験と国際移動:在外日本人・移民の近現代史』(人文書院，2007年)などを参照。

127 「日系人について知ろう」(公益財団法人海外日系人協会)http://www.jadesas.or.jp/[2019年1月10日最終閲覧日]。海外日系人協会は，HP上で，海外日系人について「日本から海外に本拠地を移し，永住の目的をもって生活されている日本人並びにその子孫の2世，3世，4世等で国籍，混血は問いませんが，そういう方々を海外日系人として定義してい」ると説明する。日系人の2・3世は，日本語能力の水準や，異なる文化的特質といった「日本以外のもの」をもつという違いがあるなどのさまざまな理由から，日本の視点から「劣っている」とみなされた(King Russell and Anastasia Christou., Diaspora, migration and transnationalism: Insights from the study of second-generation 'returnees', in; Bauböck Rainer and Thomas Faist (eds), Diaspora and transnationalism: Concepts, theories and methods, (Amsterdam University Press, 2010), pp.174-175)。2世以降の日本への同化のプロセスは，ブラジルのルーツを否定するように導き，ブラジルの文化を捨てることによってのみ行うことができた(ibid. p.175)。

た[128]。

入管法と日系人の在留資格

日系人の事例において想起されるのは，やはり1990年の「出入国管理及び難民認定法」(以下，入管法という)改正によって，日本人の血統を有する者(日系人)が「日本人の配偶者等」・「定住者」等の在留資格を得ることが可能となったことであろう。「定住者」とは，法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者をいう。第三国定住難民の他，日系2世・3世，中国地域・樺太地域の残留日本人やその親族など，日本とかかわりがある者や，日本人や永住権者の配偶者として在留していた外国人が離婚・死別などにより在留資格の変更を余儀なくされた者の，日本での生活基盤を考慮して，一定期間の在留が認められている。このような入管法改正の根拠は，明らかに外国人労働者に対する経済的需要を満たす点にあった。しかし，その中で日系人の2・3世らに限定して自由な就労を認めているのは，「地縁・血縁等の関係を通じ」た「以前のわが国との結びつきが残存し」ていると考えられたためである[129]。

新たな在留資格である「定住者」(定住者告示)に該当する日系人の具体的な適用範囲は，「日本人の子として出生した者の実子」と「日本人の子として出生した者でかつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるものの実子の実子」であるが，この規定は「具体的には，日本人の子として出生した者が出生後に日本国籍を離脱した場合に，その離脱後に生まれたその者の実子又は離脱前に生まれたその者の実子の実子である外国人」を意味するものと説明される[130]。

このように，定住者資格の新設は，「血統主義の考え方に立って国籍の存否を超えて日本人の血統の効果を拡大するもの」[131]ということができるが，このような適用範囲に該当することを示すために用いられた疎明

---

128 駒井洋ほか編『新来・定住外国人がわかる事典』(明石書店，1997年)52頁。

129 「『日系人受け入れは失敗だった』といえるのか」日系人ニュース(財団法人海外日系人協会)2006年9月1日発行，8頁[石垣泰司「『出稼ぎ』現象に関するシンポジューム」より再引用]。入管法改正によって，外国人労働者カテゴリーの中での日系人労働者比率は格段に増加し，その規模自体は予想を超えるものであった。しかし，実際は彼ら彼女らの日本社会あるいは日本の親族とのネットワークが強固であるとはいい難い。また日系人への優遇政策ともみられるこのような法制度改正は，その他外国人労働者を排除する差別的な政策であるということもできる。また，日系人は現在3世までが定住者としての入国を許容されている状態である。

130 坂中英徳・齊藤俊男『出入国管理及び難民認定法逐条解説[新版]』(日本加除出版，1997年)253頁。

131 広渡清吾「国際化の中の日本社会」棚瀬孝雄『市民社会と法−変容する日本と韓国の社会−』(ミネルヴァ書房，2007年)45頁。

資料の中心は，戸籍であった[132]。「新旧の戸籍を問わず戸籍につながっていればその者は一般の外国人・外国籍者とは区別すべき存在」となり，「戸籍上の位置付けを確定することのできる外国人には特別の地位を与えることを可能とさせる」[133]。古い戸籍の位置付けを確認することは，日本人という連なりを証明することにつながったのである。

3. 日本国籍なき日本人？：中国残留日本人

中国残留日本人とは

中国残留日本人[134]は，1945年の日本敗戦時に満州を中心とした中国で日本人の両親と離別後，中国人養父母に育てられ，中国国籍保持者となっている者をいい，日中国交回復(1972年)以降，その多くが日本に永住帰国している[135]。

1932年に独立国家として満州国が建国された後，多くの開拓民である内地人が満州国に移住・滞在することとなった。さらに，1936年からの満州開拓政策によって，多くの開拓団民が家族単位で送り込まれた。その後，南方戦線への転用をはじめとして根こそぎ動員されたことで，開拓団には高齢者・女性・子どもが残ることになった。開拓団民はソ連侵

---

132 例えば，ペルーの日系社会においても「自分が『日系人』だと思い，かつ周りの『日系人』およびそれ以外の人々がその人を『日系人』と認識するには，単に『日本人の血を持っている』という基準だけでは十分でない」のであった(豊田由貴夫「ペルー日系人社会におけるエスニシティ」亜細亜大学経濟學紀要15巻1号(1990年)31頁)。

133 丹野清人，前掲注(38)118頁。丹野清人は，これを「血統主義の台帳主義への転化」と説明する。

134 本稿では，主に中国残留孤児を対象とする。しかし，中国残留婦人の存在も同時に問題とされてきた。中国残留婦人とは，戦前に満州開拓団の一員として，あるいは南満州鉄道株式会社職員の家族として，旧満州に移住し，終戦後の混乱期に中国に残留し，中国人男性と婚姻するに至った者をいう(松田昇「中国残留日本人孤児等の日本国籍認定について−東京地方裁判所平成4年5月27日判決をてがかりとして−」民事月報48巻11号(1998年)12-13頁)。なお，中国残留邦人という用語は後述する議員立法によって使用されたことにより公的用語として定着しているが，民間団体は，中国にいる日本人の存在を自然化しようとする意図が見えると指摘しており，存在を忘却してきた日本政府に対抗する意味合いから，中国残留日本人という呼称を使用している(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)15-16頁)。本稿でもこのような観点から，中国残留邦人ではなく中国残留日本人という呼称を使用する。

135 佟岩「血と国−中国残留日本人孤児にみる国籍の変遷」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)116頁。中国残留日本人に関する研究としては，佟岩・浅野慎一「中国残留日本人孤児の国民国家に関する社会意識/アイデンティティ論を越えて」神戸大人間発達環境学紀要5巻1号(2011年)，菅原幸助『日本の国籍を下さい』(三一書房，1998年)，南誠，前掲注(134)などがあるので，参照。

攻による困難の中で避難したが多くの犠牲者を出し，家族と離別する中で子どもは中国人に引き取られることになった。

このような経緯から，終戦時の満洲国(及び関東州)には約 155 万人の日本人(内地人)が存在していた。政府は 1953 年に「未帰還者留守家族援護法（1953 年 8 月 1 日法律第 161 号)」(以下，援護法という)を定めることで「国の責任において，その留守家族に対して手当を支給するとともに，未帰還者が帰還した場合において帰郷旅費の支給等を行い，もつてこれらの者を援護することを目的」(1 条)に，通常の帰還事業とは別途の措置を講じた。本法 2 条でいう未帰還者とは，次の通りである。

援護法
2 条 1 項　この法律において「未帰還者」とは，左の各号に掲げる者であつて，日本の国籍を有するものをいう。
一　もとの陸海軍に属していた者(もとの陸海軍から俸給，給料又はこれに相当する給与を受けていなかつた者を除く。)であつて，まだ復員していないもの(以下「未復員者」という。)
二　未復員者以外の者であつて，昭和 20 年 8 月 9 日以後ソビエト社会主義共和国連邦，樺太，千島，北緯 38 度以北の朝鮮，関東州，満州又は中国本土の地域内において生存していたと認められる資料があり，且つ，まだ帰還していないもの(自己の意思により帰還しないと認められる者及び昭和 20 年 9 月 2 日以後において，自己の意思により本邦に在つた者を除く。)
2 項　日本国との平和条約 11 条に掲げる裁判により拘禁されている者及び同条に掲げる裁判により本邦以外の地域において拘禁されていた者であつて，その拘禁を解かれまだ帰還していないものは，この法律の適用については，未帰還者とみなす。但し，日本の国籍を有しない者は，この限りでない。

この未帰還者の概念に，中国残留日本人も含まれることがわかる。しかし，その対象が留守家族であったという点，この法律が中国残留日本人に対して実体的におよぶ余地がなかった点などの問題があった[136]。

すでに言及したように，満州国において日本人は，満州国の身分登録(民籍)への登録を推奨されていたが，これは満州国国籍ではなく，民籍への登録は日本国籍に影響するものではなかった。戦後中国人に引き取られたことによって，中国残留日本人の国籍問題は，より複雑なものとなっている。

そして，複雑にさせる大きな原因の 1 つが，戸籍の抹消である。日本

136 鈴木孝雄「“中国残留邦人”発生の歴史と原因」自由と正義 40 巻 10 号(1989 年)4 頁以下。

政府は全員が帰国することのないまま，帰国事業を終結させた。「未帰還者に対する特別措置法(1959(昭和 34)年法律第 7 号)」(以下，未帰還者措置法)をもって，政府は消息不明者の戦時死亡宣告を出し，安否確認をとることなく彼ら彼女らの戸籍を戸籍簿から抹消したのである。これは，日本という土地を離れた状態にある中国残留日本人らを，「棄民同然」[137]に扱ったことを意味し，戸籍を抹消したことは，その後中国残留日本人に多大なる不利益をもたらすこととなった。

支援法

厚生労働省は，「中国残留邦人等の円滑な帰国の促進並びに永住帰国した中国残留邦人等及び特定配偶者の自立の支援に関する法律(1996(平成6)年法律第 30 号)」(以下，支援法という)において次のように定義する。

> 支援法
> 2 条 1 項 1. 中国の地域における昭和 20 年 8 月 9 日以後の混乱等の状況の下で本邦に引き揚げることなく同年 9 月 2 日以前から引き続き中国の地域に居住している者であって同日において日本国民として本邦に本籍を有していたもの及びこれらの者を両親として同月 3 日以後中国の地域で出生し，引き続き中国の地域に居住している者並びにこれらの者に準ずる事情にあるものとして厚生労働省令で定める者
> 2. 中国の地域以外の地域において前号に規定する者と同様の事情にあるものとして厚生労働省令で定める者[138]

上記の定義は，日本政府が中国との国交樹立後，当事者をはじめとした市民団体等の活動や訴えを経て，最終的に導き出されたものである。

中国残留日本人は，個人の事情でさまざまなケースに分かれるものの，概ね出生後に日本の行政機関への出生届で戸籍に登録されていたと考え

---

137 遠藤正敬，前掲注(40)260 頁。なお，日本に帰国できた場合であっても，中国で長年生活していたことで，生活基盤はもちろん日本語を使用することもできないにも関わらず，一時金を支給するのみで，日本語能力を習得させることなく早期就労させるのみで，継続的な生活支援施策は非常に手薄であった。1994 年に自立支援法が制定されたものの，根本的な変化があったとは言えず，その多くが生活保護に頼ることとなった(小栗孝夫「中国『残留孤児』国賠訴訟における『先行行為』論について」CHUKYO LAWYER6 巻 1 号(2007 年)20-21 頁。

138 なお，旧厚生省は，日本の肉親を探すための調査対象者を，①戸籍の有無にかかわらず，日本人を両親として出生した者，②東北中国等において，昭和 20 年 8 月 9 日(ソ連参戦の日)以降の混乱により，保護者と生別または死別した者，③当時の年齢が 13 歳未満の者，④本人が自己の身元を知らない者，⑤当時から引き続き中国に残留し成長した者，と定義していた(厚生省援護局『中国残留孤児』(ぎょうせい，1987 年)17 頁)。

られるため，日本臣民としての地位(日本国籍)を保持していた。しかし，日本に残された戸籍は抹消され，残された中国残留日本人はそのほとんどが中国に滞留する期間のいずれかの時点で，中国国籍保持者となった[139]。そして，国交回復後である 1981 年より再び中国残留日本人の一時帰国が再開することとなったが，彼ら彼女らは国交回復日(1972 年 9 月 29 日)にさかのぼって，日本国籍を喪失し，中国国籍者となった者として一律的に扱われた。すなわち，これは中国残留日本人が，外国人として日本に帰国することとなったことを意味する。その際には，永住帰国のための中国パスポートおよび日本政府の査証(渡航証)を発効され，さらには日本国内での肉親・家族といった身元保証人の存在を確保することで帰国することが必要であった[140]。

中国政府は，幅広い証言・記録・証拠に基づき，特別の事情を考慮したうえで日本人であることを社会的・現実的に認定した一方，日本は個別の肉親や戸籍による確証を求めた[141]。帰国後，戦時死亡宣告されていた者は，その取消を家庭裁判所に申し立て，身元確認の後戸籍を回復し，却下された者の場合は就籍の手続きがとられることとなる。就籍(戸籍法 16 節に「転籍及び就籍」が規定)とは，「出生届出義務者の届出懈怠や戸籍の滅失に際しての再製記載洩などにより，日本人でありながら戸籍の記載のない者について新たな戸籍に記載する手続」[142]であり，戸籍が戦時死亡宣告によって抹消されている者，身元不明のため戸籍が何処にあるかわからない者は，戦時死亡宣告の取消あるいは戸籍法 110 条 1 項によって家庭裁判所の就籍審判許可をもって就籍を行うことによって日本国籍を保有することになる[143]。しかし，日本のこのような処遇は，中国国籍保持者として中国で生きた中国残留日本人のアイデンティティを全く考慮せず，二者択一で 1 つの国籍のみを選択せざるを得ないという強要性を内包したものでもあった。戸籍への就籍を経てようやく，中国残留日本人は日本国籍保持者としての地位を回復したのである。

中国残留日本人の国籍確認

しかし，実態としては，国籍確認に至るまでに多くの困難があった。そもそも，支援法で定義される要件はあまりにも狭く，多くの排除者を生むことになったことはいうまでもない。中国残留日本人の親族である

---

139 ただ，ごくわずかに日本国籍保持者であり続けた者も存在するという(佟岩，前掲注(135)120 頁)。

140 1985 年以降は，肉親・戸籍が判明した者に永住帰国のための渡航証が発効されたため，中国のパスポートが不要となった。また，1994 年に「入国に際しての身元保証を要求しない」という答弁が入国管理局長によりなされてからは，身元保証人の制度も解消した(佟岩，前掲注(135)127 頁)。

141 佟岩，前掲注(135)133 頁。

142 谷口知平，前掲注(39)296 頁。

143 江川英文・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(30)52 頁。

ことを偽って，日本に入国せざるを得ない場合もあった(偽装残留孤児といわれる)。そこで，当該定義の対象に当てはまらない者が日本国民としての地位を取り戻すには，非常手段としての訴訟の提起が必要となる[144]。例えば，中国在住中に自己の志望により中国国籍を取得して日本国籍を失ったとして戸籍から除籍されたいわゆる中国残留日本人(孤児)が，日本国籍の確認を請求した訴訟が提起されている。というのも，多くの中国残留日本人は，日本国籍と中国国籍の両方を保持する複数国籍保持者の状態であった[145]。孤児は中国人養父母が実子として届出をしたことで，婦人は生活のために現地中国人と婚姻後に帰化することで，中国国籍を取得している。ここで争点となるのは，中国国籍の取得が1984年改正前の旧国籍法8条(現行国籍法11条1項と同一条文)に基づく日本国籍喪失の効果となるか否かである。

> 「日本国民が自己の志望によって外国の国籍を取得したことにより，旧国籍法8条の適用を受けて日本の国籍を失うという効果が生じるためには，当該外国が国際法上我が国によって承認された国家であることを要するものというべきである。そうであるとすれば，前記のように，中国において自己の志望による国籍取得の制度が存在していたことを前提としても，我が国の中国政府未承認当時に行われた中国の国籍の取得の効果は，法的には未だ潜在的なものであって，この場合の中国の国籍の取得の法的効果は，我が国が中国政府を承認した日である昭和47年9月29日になって初めて顕在化するものと解するのが相当である。したがって，自己の志望による中国の国籍の取得に基づく日本の国籍の喪失の効果も，右時点で初めて生ずるものというべきである」[146]。

すなわち，外国国籍の取得が有効であるかどうかが問題となるが，それは外国の法律による。当時の中国には国籍取得に関する明文法規が存

---

144 さしあたり京都地裁1992(平成4)年12月9日判タ831号122頁，大阪地裁2005(平成17)年7月6日判タ1202号125頁などがある。また，特別在留許可の不許可処分に対する取消訴訟としては，大阪地裁平成16年4月7日判例集未搭載などがある。

145 高麗博茂「中国残留孤児はなぜ外国人なのか-帰国孤児の外国人登録をめぐって-」自由と正義40巻10号(1989年)24頁。

146 東京地裁1995(平成7)年12月21日月報48巻5号88-89頁。山形で生まれた原告日本人女性は，両親と満州にわたったのち，中国人の養女となり，中国人男性と婚姻後入籍手続が行われたことが中国国務院発行の入籍証書として残されている。原告は，子らをつれて帰国したが，中国国籍を自らの希望で取得(入籍)したという調書が作成され，日本国籍を喪失したが，自己の志望により中国国籍を取得したおぼえはないとして(調書を作成した際に子が通訳したが，適切ではなかったと主張)，聴取手続きに著しい瑕疵があるとして国籍確認請求を行なった。

在しなかったが，外国国籍保持者の公安への申請がそれに代わる制度であった。本件では，これを有効なものとして認定したが，その効果が旧国籍法8条に生じるのは，中国政府を承認した日であるとしている。

ただし，これを前提としたうえで事実認定をするためには，本人調査のうえで自己の志望に基づいて中国国籍を取得したか否かを判断しなければならない。具体的には，家族関係などの公的な確認，入籍許可・外国人出入境証・外国人戸口簿などの公的資料，任意性のある供述の確保，事実の網羅的な把握などの本人調査という個々の事案に委ねられる[147]。そのうえで，本件では原告が自らの意思によって中国国籍を取得したとは言い難いとした。

さらに当該判決で明らかとなったのは，原告である中国残留日本人に日本国籍を取得した原因事実についての立証責任が日本人たるの立証が求められてきたものが，外国国籍取得が本人の任意の意思によって行われたという事実については，被告である国にその立証責任があるということである。

> 「生来的に日本国籍を取得したことは，当事者間に争いがないのであるから，…(中略)…原告の出生時までに自己の志望により中国国籍を取得したことについては，…(中略)…被告がその立証責任を負担しているものと解すべきである」[148]。

これは，1979年東京地裁でもすでに言及されている法理である。

> 「国籍法第8条にいう『自己の志望によつて外国の国籍を取得したとき』とは，表見的に外国国籍の志望取得の形式がとられただけでは足りないのであつて，真に志望取得の意思をもつてなされたものであることが必要で…(中略)…原告の中国国籍取得が本人の意思によるものか否か中国側に照会したのに対し，なんらの回答がなかつたことが認められる。従つて，被告所部係官としては，他に確認の方法もないところから，原告が自己の志望によつて中国国籍を取得

147 松田昇，前掲注(134)22-23頁。

148 東京地裁1995(平成7)年12月21日月報48巻5号84頁。この点については，1日ちがいの判決でも同様に説明されている。「原告が生来的に日本国籍を取得したことは，当事者間に争いがないのであるから，原告の日本国籍の喪失事由，すなわち，原告が自己の志望により中国国籍を取得したことについては，その日本国籍の喪失を主張する被告がその立証責任を負担しているものであるところ，前示したところによれば，その余の点について判断するまでもなく，原告が自己の志望により中国国籍を取得したという事実については，未だ，被告の立証がされていないことに帰するから，原告は，現在もなお日本国籍を有しているものというべきことになる」(東京地裁1995(平成7)年12月22日行集46巻12号1213頁)。

したものとして取り扱つたものであつて，…(中略)…本来原告が有していた日本国籍を喪失した原因については被告において立証責任を負担するものである」[149]。

国籍確認訴訟において，個人の志望による外国国籍を取得することは，表見的に外国国籍の志望取得の形式がとられただけでは足りないのであって，真に志望取得の意思をもってなされる必要があり，日本国籍喪失の証明責任先を国とした点は妥当性をもつものといえよう[150]。しかし，多くの証明要件が原告側に求められる点は，原告に多くの負担を強いることになる。

なお，中国残留日本人の中には，就籍に際して，中国で使用していた名前を名乗ることを求めたものの，日本式氏名への変更を余儀なくされた，ということを回顧している者も存在する。これは，戸籍は「氏・家族・国籍」を一体とした日本独特の制度[151]に起因するものといえよう。南誠は,「引揚者は法的主体性を保ったまま日本へ帰国できたのに対して,中国残留日本人らの法的主体性は剥奪されていた」ことから,「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て」しまったため,「ホモ・サケル」化した存在であると指摘している[152]。

4. 外国で生まれた日本人の国籍
国籍留保制度と国籍法 12 条

国籍法 12 条は,外国で生まれた日本国民で出生により外国の国籍を取得した者は，出生後 3 ヶ月以内に日本国籍を留保する旨の意思表示をしなければ，出生時にさかのぼって日本国籍を喪失する，という国籍留保制度[153]について規定している。12 条の立法趣旨には，①複数国籍発生の回避，②実効性を欠く国籍の発生の回避，③戸籍に記載されない日本国

149 東京地裁 1979(昭和 54)年 1 月 23 日行集 30 巻 1 号 35 号。
150 「立証の難易・証拠との距離・事実の蓋然性などの面から」,「中国残留日本人の『特殊事情』を勘案すれば,同様な結論に到達するであろう」(稲葉馨「中華人民共和国在住中に自己の志望により同国国籍を取得して日本国籍を失ったとして戸籍から除籍されたいわゆる中国残留孤児がした日本国籍を有することの確認請求が,認容された事例(東京地裁判決平 7.12.22)」自治研究 59 巻(1997 年)112 頁)。
151 石田玲子「国籍選択制の問題点−国籍選択の権利と『氏』・『戸籍』の国際化−」ジュリスト 788 号(1983 年)43 頁。
152 南誠，前掲注(134)95 頁。「ホモ・サケル」については，ジョルジュ・アガンベン(高桑和巳訳)『ホモ・サケル-主権権力と剥き出しの生』(以文社，2003 年)。
153 国籍留保制度については，江川英文・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(30)143 頁以下，奥田安弘，前掲注(50)366 頁以下，もりき和美『国籍のありか−ボーダーレス時代の人権とは』(明石書店，1995 年)229 頁以下，などが詳しい。

民の発生の防止があげられている[154]。

一審である東京地裁は，日本国内と日本国外で生まれた場合(出生地が異なる場合)との区別について次のように言及する。

> 「我が国の領土主権の及ばない外国で出生した者は，日本で出生した者と比べて一般に我が国と地縁的結合が薄く，他方で，通常，その出生した国との地縁的結合が強く認められるのであって，類型的に見れば，そこには日本で出生した者との間で差異があることは明らかであるから，出生地という地縁的要素を我が国との結合関係の指標とすることは合理性があるというべき」[155]。

血統主義を採用しているにもかかわらず，ここで国籍国との地縁的な結びつきによる紐帯を結合関係の指標とすることは，論理的な矛盾があるとみるべきであろう。最高裁もまた，地裁同様国籍留保制度については合理的な裁量範囲を超えるものではないという結論に達している[156]。その理由について，少し長いが下記の通り引用する。

> 「日本国籍の生来的な取得につき，国籍法2条1号及び2号は，子の出生時において日本国籍を有する父又は母との間に法律上の親子関係があることをもって，一般的にみて我が国との密接な結び付きがあるものといえるとして，当該子に，国籍を付与しようとするものと解される。しかるところ，国籍法は，上記各号の規律を前提とした上で，前記のように国外で出生して日本国籍との重国籍となるべき子に関して，例えば，その生活の基盤が永続的に外国に置かれることになるなど，必ずしも我が国との密接な結び付きがあるとはいえない場合があり得ることを踏まえ,実体を伴わない形骸化した日本国籍の発生をできる限り防止するとともに，内国秩序等の観点からの弊害が指摘されている重国籍の発生をできる限り回避することを目的として…(中略)…区別を設けることとしたものと解され，このような同条の立法目的には合理的な根拠があるものという

---

154 これは，いわゆるジャパニーズ・フィリピーノ・チルドレン(Japanese-Filipino children, JFC)の問題として指摘された。特定非営利活動法人JFCネットワーク「JFC問題とは？」http://www.jfcnet.org/article12/ [2019年1月10日最終閲覧日]。

155 東京地裁2012(平成24)年民集69巻2号389頁。

156 最小判2015(平成27)年3月10日民集69巻2号265頁。本件の原告は，日本国籍を有する父とフィリピン国籍を有する母との間に嫡出子として，フィリピンにおいて出生し，両国の国籍を取得したが，出生後3か月以内に父母等により日本国籍を留保する意思表示がなされず，それゆえに国籍法12条の規定により出生時から日本国籍を有しないのは，本人の意に反し，かつ合理的な理由もなく，既に有する日本国籍を剥奪するものであることなどから，憲法13条・14条違反であると主張し，提起した訴訟である。

ことができる」[157]。

このように，国籍留保制度は，国外で出生した場合にはたとえ国籍法2条に基づき日本国籍を取得できる要件を充足していたとしても，日本との密接な結びつきがあるか否かが判断できない場合があるのであり，結びつきがない可能性のある実体のない国籍の発生を防止することを目的とした制度であると説明している。

> 「生来的な国籍の取得の有無は子の法的地位の安定の観点からできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいところ，出生の届出をすべき父母等による国籍留保の意思表示をもって当該子に係る我が国との密接な結び付きの徴表とみることができる上，その意思表示は原則として子の出生の日から3か月の期間内に出生の届出とともにするものとされるなど，父母等によるその意思表示の方法や期間にも配慮がされていることに加え，上記の期間内にその意思表示がされなかった場合でも，同法17条1項及び3項において，日本に住所があれば20歳に達するまで法務大臣に対する届出により日本国籍を取得することができるものとされていることをも併せ考慮すれば，上記の区別の具体的内容は，前記の立法目的との関連において不合理なものとはいえず，立法府の合理的な裁量判断の範囲を超えるものということはできない」[158]。

さらに，子との密接な結びつきは父母等が3ヶ月以内に意思表示することで充足するのであり，それがかなわなかったとしても届出によって回復できるという選択肢が示されているため，不合理ではないとする。したがって最高裁は，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(また，複数国籍の発生をできる限り減少させるため)を目的とした12条には合理的な根拠があるとした。

父母等による意思表示が本人のものではない点については，そもそも生来的な取得に本人の意思は反映されることはないとしてこれを回避するが，両親の意思表示が不作為であった場合の不利益は不合理なものとは言えないのであろうか[159]。また，国内に居住している限り行う必要の全くない意思表示が国外に居住しているがゆえに求められることは，不合理なものとはいえないのではないだろうか。

近藤博徳は,「『戸籍に載らない日本国籍を消滅させる』という方法は，短絡的だが『管理の対象である日本国民と管理の手段である戸籍を一致

---

157 最小判2015(平成27)年3月10日民集69巻2号267-268頁。
158 最小判2015(平成27)年3月10日民集69巻2号268頁。
159 高佐智美，前掲注(20)83頁。

させる』ためにはある意味で最も合理的な方法であろう」[160]として，12条の制度趣旨③戸籍に記載されない日本国民の発生の防止，という側面を国は重要視しているのではないかと指摘する[161]。

元日本国籍保持者による複数国籍の要求

昨年，国籍と関連する新たな訴訟が提起されて話題となっている。在外日本人が複数国籍の是非を問う訴訟である。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した[162]。

原告側が公開している訴状によると，日本国籍は「父母との血縁関係を基礎とする日本国籍の場合，国籍はまさに自己の血肉と関わるものであり，日本国籍と自我の確立の結びつきはきわめて深い」[163]のであり，「日本国民が私的生活や，経済分野および公的分野等における社会生活を営んで行くうえでも，きわめて重要な意味を有する」[164]ものである。そして，「直接に個人の意思に基づくものでないが，志望により外国の国籍を取得することは，その反面，間接的には，従来の国籍を離脱する意思の表現とみるのが自然である」とされるが，「外国国籍の取得は，多くの場合，主に海外で暮らす日本国民が生活上の必要に迫られて行う離脱は，血統によって出生と同時に与えられ人生を共に歩んできた日本国籍との決別を意味し(それが有形無形の社会的圧力によって本人の真意に反して強制されることもある)，人格権の根幹に関わる重大な意思表示で

---

160 近藤博徳「国籍法12条違憲訴訟−誰のための，何のための国籍か」法学セミナー734号(2016年)18頁。

161 一方，寺岡洋和(前最高裁判所調査官)によると，③の趣旨は副次的な目的として，「日本国民の範囲を公簿上明らかにする」ことへの期待があったものとする(寺岡洋和「最高裁時の判例国籍法12条と憲法14条1項」ジュリスト1481号(2015年)66頁。

162 2018(平成30)年(行ウ)93号国籍確認等請求事件。訴訟については，国籍確認等請求訴訟の支援サイトを通じて情報が共有されており，これを参照している(http://yumejitsu.net/[最終閲覧日2019年1月10日])。複数国籍に関する話題としては，蓮舫参議院議員のいわゆる「二重国籍」問題があげられる。問題解決にむけて戸籍を公開したことは，戸籍を用いた差別を改めて露呈しただけでなく，後述するが，国籍の証明が戸籍でしか行えないことを示してもいる。当該問題の詳細については，奥田安弘・荻上チキ，2017年7月21日SYNODOS「蓮舫氏の『二重国籍』は問題なし。説明責任は法務省にあり」(https://synodos.jp/politics/20135)[2019年1月10日最終閲覧日]や，奥田安弘，2017年8月8日SYNODOS「いわゆる『二重国籍』問題―法務省の仕掛けた罠(https://synodos.jp/society/20262)[2019年1月10日最終閲覧日]を参照。

163 2018(平成30)年(行ウ)93号国籍確認等請求事件訴状(以下，訴状という)，29-30頁。

164 訴状，32頁。

ある。日本国籍離脱の意思表示は，生活の必要というレベルを超え，これまでの人生において血肉と化してきた日本国籍との決別に向けたものである。かかる日本国籍離脱の意思表示を，これから新たに取得しようという外国国籍の取得の意思表示に含ませたりすることは許されない」[165]として，外国国籍取得は日本国籍離脱の意思の表現ではないと主張した。その根拠は，憲法13条の幸福追求権によって保障されるものとする。

国籍法13条の国籍留保制度も，国籍を自己の意思に基づいて離脱する自由を制限することが問題とされているが，国籍法11条も同様の点が，憲法13条に反するのではないかという点が問題視された。また，国籍法14条は原則として22歳までに国籍選択義務を課しており，選択肢なかった場合に法務大臣の催告後，1ヶ月以内に日本国籍を剥奪できる手続が規定されている(国籍法15条)。なお，その国籍離脱は努力義務となっている(国籍法16条)。これらの理由について，近藤敦は離脱が困難(あるいは不可能)な国がある点，複数国籍保持者を正確に把握することが難しく一部にのみ催告を行うのは恣意的である点，人権侵害をもたらす重要な問題であるため慎重に対応する必要がある点があげられる[166]。

近藤敦は，統計上[167]国籍放棄が原則として必要な国は帰化率も同時に低いことが明らかであり，これは日本の排他性を印象づけると指摘する[168]。訴状のなかでも指摘されたことであるが，「当人のアイデンティティの重要な要素であることを考えると，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」[169]といえよう。

5. 在外日本人の国籍と紐帯

日系人および中国残留日本人は，かつての日本臣民であり，かつ日本国

---

165 訴状，36-37頁。

166 近藤敦「複数国籍の現状と課題」法学セミナー746号(2017年)1頁。

167 移民統合政策指数(Migration Integration Policy Index, MIPEX)とは，市民以外の正規滞在外国人の権利保障に関する調査であり，EUの支援を受けて2004年からMigration Policy Groupいうシンクタンクと British Councilを中心に開発され，ヨーロッパを中心に国際比較が盛んに行われている。現在はMIPEX 2015がリリースされている(http://www.mipex.eu/[最終閲覧日2019年1月10日])。MIPEXによる評価は，148の政策指標に即した質問項目に3択で答え100点，50点，0点を付ける。実際は7つの政策分野に，合計200を超える質問事項がおかれている。日本もMIPEXの調査対象に含められているが(http://www.mipex.eu/japan[最終閲覧日2019年1月10日])，外国人の権利保障を数量化する点について，評価の恣意性を克服できない点を指摘するものの，経年的に各国の制度が進んでいるのか，あるいは後退しているのかといった，縦軸の評価の目安に使用することが可能である点で有用であるとする(近藤敦「移民統合政策指数(MIPEX)と日本の法的課題」名城法学62巻1号(2012年)105頁)。

168 近藤敦，前掲注(166)4頁。

169 高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第3版]』(有斐閣，2013年)245頁。

籍保持者として日本の国境を越えたが，そのほとんどは外国人として日本に帰還することとなった。その後，日本国籍を回復するか，あるいはその他外国人とは異なる地位におかれた。その地位を同定する，いわゆる日本人であることの確認(紐帯)として用いられたのが，戸籍であった。

このように，身分の同定を戸籍に依拠せざるを得ないのは，明治憲法体制でも国籍法制定時にも，日本の統治権の及ぶ領域内で条理的に日本人を観念してきたからである。そのため，「新旧両憲法で国籍問題は連続していると考えないと，日本国憲法と国籍法で日本国民の国籍が新たに創出されたというふうにはならない」[170]ものといえる。日本臣民であり，かつ日本国籍保持者として日本を離れた者とその子孫は，憲法の転換期を日本の外側で迎え，個人の意思を問わず居住国の国籍保持者となった場合も，紆余曲折の末にその他外国人とは異なる対応を受けた。ここで内包されているのは，やはり日本における国籍概念(ここでは国民概念と説明することもできよう)が，血統主義原則に大きく依拠しているという点である[171]。

その一方で，中国残留日本人に対して中国が行なったような「社会的・現実的」な認定を行わず，日本が戸籍に基づく認定に依拠した理由を検討する必要がある。特に中国残留日本人の処遇に関して，日本政府は彼ら彼女らの帰国を一刀両断的に終了し，帰国事業の再開後は戸籍を疎明

---

170 これは，外地法および戦後補償との観点から，古川純によって言及されている。古川純は続けて，「新国籍法は附則で明治32年旧国籍法を廃止する，全面改正ではなく廃止すると定めている。廃止手続きをとったから，旧国籍法無効論ではない。旧国籍の連続性を前提にして，もちろん新たな立法政策をとったのだが，そのときに日本国憲法は制約を加えているという議論をしていかないと，憲法論が組み立てられない」と指摘している(古川純・高見勝利，前掲注(71)246頁)。

171 戸籍と血統主義の強い結びつきという側面に関していえば，内地と外地の区別という側面でとりわけ強く表出されたように思う。例えば，戦後補償にかかわる問題としては，「戦戦傷病者戦没者遺族等援護法(1952(昭和27)年法律第127号)」(以下，援護法という)および「恩給法」が問題となった。援護法11条2項および恩給法14条1項2号には国籍条項がおかれており，附則2項によって「戸籍法の適用を受けない者について，当分の間，この法律を適用しない」旨を規定する，いわば戸籍条項が利用された。すなわち，ここでは，日本人の意味で「戸籍の適用を受ける者」を，在日朝鮮人・台湾人の意味で「戸籍の適用を受けない者」として読み替えたのである。大戦当時には日本の帝国臣民であった在日朝鮮人・台湾人は，事後に国籍の変動に直面したことにより，補償を受けることができないという事態に対して，裁判所は，「戦争犠牲又は戦争損害について，国がいかなる範囲の者に対して，いかなる程度の補償を行うかは，基本的には，国民感情や社会・経済・財政事情，さらには，外交政策・国際情勢等を考慮した政治的判断を要する立法政策に属する問題である」とし，「この種の援助は，当該援助の対象者の属する国家の責任においてなされることが現在国際間で基本的に容認されている実情にあると解されるところである」と判示している。援護法に関する訴訟については，棟居快行『憲法フィールドノート[第2版]』(日本評論社，1998年)92頁以下を参照。

資料として利用するなど，当事者の立場に即した政策を採用してこなかった。これは，すでにその多くが中国国籍保持者となっていたことにも起因されうるが，戦前戦後にかけて日本の領域外に長きに渡り居住した存在に，線引きを行ったからではなかっただろうか。すなわち，中国残留日本人は，疎明資料なしには日本との血縁も，そして地縁も明らかではない者として観念されていたのではないか，ということである。これは，日系人に対しても同様であった。

第5節　国籍概念の閉鎖性

1. 個人と国家の密接な結びつきと血統

日本は国家の構成員＝日本国民＝日本国籍保持者という等式のもと，国籍法によって国籍の得喪について定め，国民(国籍保持者)の範囲を画定させてきた。これは憲法10条を根拠に，戦争犠牲者援護や社会福祉，社会保障関係立法における国籍要件でも徹底してきたことである[172]。そして国籍法は，血統主義を重要な原則としておいてきた。

日本が血統主義の原則を維持し続けている理由について，法務省民事局は「我が国は，古代統一国家成立以来単一の言語，文化，歴史を有する単一民族により構成される国家であつて，この伝統に由来する『血統』重視の意識は我が国の社会に根強く，いわば，『血統』は日本人又は日本国家の同一性にかかわる問題と意識されている」と説明する[173]。

要するに，法務省民事局側の見解は，日本人または日本国家の同一性にかかわる問題として，国家意識が血統主義に結実しているのだ，ということである。その後，父系血統主義は改正され両系血統主義となったが，その改正議論のなかでも政府委員である枇杷田泰助も「血統がつながっていることが，一つは日本の国に対する帰属関係が濃いということ

---

172 大久保史郎『人権主体としての個と集団』(日本評論社，2003年)16頁，田中宏『在日外国人[新版]』(岩波書店，2001年)152頁以下。

173 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]。細川清は続けて，「他方，血統は，単に生物としての人間の生物的出自を示すものにすぎないから，これを国籍付与の基準として絶対視することは適当でない。元来，血統主義立法政策として合理性を有する所以は，自国民の子は，通常自国民の家族に包摂されることによって，実質上自国民の社会の構成員になるので，自国の構成員とするのに適当であるとの価値評価が可能だからである。…(中略)…視点を変えれば，『血統主義』は，自国民と血統関係のあることにより自国との結合関係の存在する者に国籍を付与し，血統のない者には，地縁による自国との結合関係が存在しても国籍を付与しないとの立法政策を採用したことを簡単な用語で説明する概念に過ぎないから，立法政策としての合理的な修正を考慮しないで血統を絶対視することは，説明概念と政策とを混同することになるようにも考えられる」とする(同書，9頁)。

を明確ならしめる一つの重要な要素」であるという発言を残してもいる[174]。このように，血統に連なる「国家と国民の同質性」が，立法者レベルで意識されていたとみることができる。元来国籍の得喪に関する事項をいかに定めるかは，それぞれの国でおかれている歴史的事情や環境によって左右されるところが大きく，立法裁量であり国内管轄事項であるとされてきた[175]。そして，「不確定な『血』に国籍という重大なステータスを依拠させている状況が問われている」[176]のである。

ただし，国籍法制は立法府の裁量に委ねられていると同時に，明確に憲法事項であるとして，「憲法理念へのコミットメントを当然に内包」[177]しなければならないこともまた，広く認められているところである[178]。国籍法違憲最高裁判決は，国籍の得喪という論点が憲法理念，すなわち14条の平等原則とコミットするのかどうか，違憲か否かが争われたという点で重要な意義をもつ判決であった。血統主義を基調としつつ，日本との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて日本国籍の取得を認めると解した[179]，最高裁の「密接な結び付き」基準は，血統主義を「血統から発する個人と個人又は個人と社会とのか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」と読み替えるといった理解も提起されている[180]。しかし，裁判所が示してきた「我が国との密接な結びつき」が，メルクマールとされること自体の曖昧さを指摘する必要があろう[181]。これは，国籍法12条の訴訟において

---

174 1984(昭和59)年第10回国会法務委員会，法務省民事局内法務研究会編，前掲注(173)315-316頁。

175 江川英文・山田鐐一・早田芳郎，前掲注(30)9頁。

176 秋葉丈志『国籍法違憲判決と日本の司法』(新山社，2017年)169頁。

177 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)21頁。柳井健一は「国籍制度について考察することは，本来憲法ないし憲法学の根幹に関わる基本的な作業」であるとも述べる(同書，9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うえで，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)。

178 なお，門田孝は，「憲法理念のみによって国籍制度を定めればいいのかというと，必ずしもそうはいえない」のであり，「国籍法制に関しては，一国の法制度の沿革，人口政策，あるいは経済政策などの必要から公汎な立法裁量が働くと一般に考えられる他，何よりも国際法上の原則を考慮する必要がある」とする(門田孝「憲法における『国籍』の意義」憲法問題9号(1998年)122頁)。

179 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1371頁。

180 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。

181 「密接な結びつき」基準は，裁判官によってその説明が異なる点が，原田央によって指摘されている(原田央「平成20年6月4日大法廷判決を−国際私

も明らかにされていない。国籍法違憲判決を通して最高裁は，国籍取得の要件に一定の拡張を促したように捉えることができるが，当該最高裁判決は血統主義の重視を強調しており[182]，日本という国家の国境の内側だけを想定した思考であるように思われる。

2. 血統と地縁の複合性

では，国籍の問題を在外日本人の側面から検討すると，どのような側面が浮かび上がるのであろうか。

日系人と中国残留日本人の国籍(あるいは法的地位)にまつわる諸問題については，すでに概観した通りである。戸籍は，国籍の疎明資料としての公証機能を担っている[183]。このような機能を根拠に，戸籍は明治憲法体制下において日本国籍保持者であったが，国外に移住した者とその子孫の紐帯を明示的に確認するために用いられた[184]。

しかし，血統主義を重要な原則として置くのであれば，最初の日本国民が誰かを明確にされるべきではなかったか。特に戦前と戦後の間でこの議論が表面化せず，明文化もされなかった点は，問題があろう。広渡清吾も，「血統主義は継承の論理に立つので，論理的に遡及すると，血統によらずに国籍者となった『原国民』が必要」であるとする[185]。根源的議論の欠落

法の視点から」法学教室 341 号(2009 年)9 頁)。原田は，第 1 審判決はもちろんのこと，最高裁判決の内部でも，その意見に齟齬があることを明らかにしている。原田以外にも，毛利透が当該要件の明確性に対する疑問を呈している(毛利透「国籍法と憲法」『別冊ジュリスト国際私法判例百選[第 2 版]』(有斐閣，2011 年)247 頁)。

182 木村草太は「本判決は，再三にわたり『血統主義』を強調しており，国籍配分基準として『血統』に非常に高い価値を認めている」とする(木村草太「報告②」憲法理論研究会編『憲法学の未来』(敬文堂，2010 年)166 頁)。また，山元一も「日本憲法学の一部には，国民像についてのデモス/ エトノスの二分論に基づいて〈血統主義国籍法はそもそも近代立憲主義理念に背馳する〉と論ずる向きもあるが，このような立場には血統主義についてのあまりに強い負の思い入れがあるように思われる」と指摘する(山元一「国籍法違憲大法廷判決」ジュリスト 1376 号(2009 年)15 頁)。

183 国際私法分野においてもこの点には指摘しており，日本における戸籍には 2 つの側面があるとする。「一方で，夫婦親子というような親族関係を明らかにし，これを公証する公簿としての側面である。この面では，戸籍法は民法の補助的な法である。また他方では，戸籍に搭載されるのは日本国民だけであるので，戸籍は日本国民の台帳であるという側面をもつ。この面では，戸籍法は国籍法の補助的な法である」(澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門[第 6 版]』(有斐閣，2007 年)161 頁)。

184 齊藤笑美子は，戸籍制度が「エトノスからなる日本国家を支える役割を果たしてきたと言ってもよいだろう」として，その矛盾や問題点を指摘する(齊藤笑美子，前掲注(42)123 頁)。

185 広渡清吾『比較法社会論研究』(日本評論社，2009 年)221 頁。広渡はさらに続けて，「国籍制度整備以前の日本では，戸籍簿が日本国民の範囲を確定する帳簿として機能した」という見解をとる。

は，日本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という，最大多数の「幸福の一致」ばかりが意識されてきたことに由来するものと考えられる[186]。これは，長きにわたり日本が観念的に持ち続けてきた血縁としての紐帯に加え，地縁としての紐帯も付随的に意識していたからではないかと考える。言い換えると，日本の国籍概念は，血統主義原則を伝統的に採用し続けるなど血縁の連なりを第一義としていたのはもちろんのこと，地縁の連なりという要素も重要視していたとみるべきではないだろうか[187]。

このような血縁と地縁に関する観念は，日系人および中国残留日本人に対する一連の処遇からもその一端を垣間見ることができる。すでに言及したように，戦前に日本を離れたまま戦後を迎えたのち，血縁上のつながりをもつ子孫が日本に帰還する際，その法的地位は外国国籍保持者であったことから外国人として扱われていたが，血縁を確認し国籍を取得・回復する明示的な証明資料は戸籍であった。国籍と戸籍の密接な結びつきの中で，戸籍は，日本人という血縁と日本という領土(特に戦前でいうところの内地)との地縁，両方に連なる存在であることを証明するものとして，ナショナリスティックに機能したのではないかと考える[188]。

平賀健太(元法務府民事局第2課長)は，国籍と戸籍制度が結びつくことは，日本の領土(平賀健太は領土ではなく国土としている)とも結びつくのであるとしている。「国籍とは原始的には国土に生活の本拠たる住所をもっていることの謂れであり，戸籍制度は国土に住所をもつ者をその住所地において登録する制度なのであった。しかし，国籍も戸籍もその根底には共通の住所の観念があったので，現在ではまったく観念上の存在となってしまった『本籍』は，右の住所の観念の名残であり変形であると考えられる。現行法制の建前のもとにおいても国籍の観念は国土との現実のつながりを失ったけれども，観念的にはなお国土とのつながりを絶

186 ロジャース・ブルーベイカーは，「理念化された国民国家の概念モデルの中心には…(中略)…一連の一致の原理がある」と指摘する(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)45頁)。

187 国籍法違憲判決の補足意見を述べた近藤崇晴裁判官は，「日本国民である父が出生後に認知したことに加えて，出生地が本邦内であること，あるいは本邦内において一定期間居住していることを国籍取得の要件とすることは，諸外国の立法例にもみられるところであり，政策上の当否の点は別として，将来に向けての選択肢にはなり得るところであろう」(最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1393頁)と指摘するが，我が国の密接な結びつきが，血統を第一義とし，さらにこれに「加えて」本邦内で出生あるいは一定期間居住する要件を付加する考えを示している点，血縁と地縁を合わせ技のようにとらえる日本の国籍観が垣間見える。

188 「オリジナルな日本人を確定しようとする時に国籍ではなく戸籍が顔を出したことは単なる偶然ではな」く，この点からも「戸籍とナショナリズムの結びつきを指摘することは腑に落ちる」(齊藤笑美子，前掲注(42)123頁)。

っていないということができる」[189]とする。新国籍法の解説書を通じて示された平賀健太のこのような見解は，これが示されて60年以上経過するにもかかわらず，日本の国籍観念が，未だこのような枠組みに囚われていることを示しているのではないだろうか。このような観念的な紐帯の重視は，現在もなお，在外日本人に対して向けられているとみることができる。

上述のように,国籍法12条の違憲可否を問うた2015年判決を受けて，戸籍に記載されない日本国民の発生の防止という側面を国が重要視しているのではないかという指摘は，日系人あるいは中国残留日本人の国籍問題を想起させる。戸籍に連なる関係を明示的に確認されておくことが，国籍の疎明資料である戸籍の至上命題であり，近代国民国家成立以降の日本の血統主義を維持するボーダーラインなのである。

このような点からも，日本は血統主義という不変の原則に基づき血縁の連なりを重要視していると同時に，地縁という結びつきもまた考慮されていると考えられる。このような日本における国籍概念は，近代国家という枠組みにおいて国民と領土の一致が観念されており[190]，日本人という血縁と日本という地縁に枠づけられた，排他性・閉鎖性から抜け出せていないものとみることができよう。

日系人および中国残留日本人の問題だけを取り上げても，国籍がいかに恣意的で，かつ作為的であるかを示すことができる。「われら『日本国民』にいう『日本国民』は，『わが国との密接な結びつきの存在』によって実

---

189 平賀健太，前掲注(55)179頁。また，平賀健太は「わが国の戸籍制度においては，戸籍の記載を受ける資格のある者は，日本国民に限られかる日本国民は全て戸籍に記載されるという建前である。しかるに他方戸籍制度の基礎をなすものは本籍である。本籍は現実の居住の事実とは必然的な関連を持たないが，それでもなおそれは我が国の国土における一定の場所である。してみれば日本国民は全て戸籍に記載されることによって本籍をもち，この本籍をもつことによって観念的にではあるが日本の国土との間に地縁的なつながりをもつているということができる」とする(平賀健太，前掲注(55)12-13頁)。

190 このような観点から鑑みると，憲法学における領土への言及の仕方が問題となる。石村修は，戦後処理も含めて国際法が領土に関する議論に寄与してきたのであり，「憲法学としては，法の適用する空間の問題」，すわなち「どこに居住する，誰に対して自国の法が適用できるかの議論」がなされてきたとする(石村修「憲法における領土」法政理論39巻4号(2007年)184頁)。一方石川健治は，「領土に対する物権的な権利を国家について観念することは，絶対に許されない」ことから,「近代国家学は,『国土』がなければ『国家』たり得ないのに，肝心の『国土』に対する『国家』の権利を説明することができない，というディレンマに陥ってしまった」と説明する(石川健治「憲法のなかの『外国』」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法−基本法の比較法的考察』(成文堂，2014年)22-23頁)。「日本では，国民概念が，法的・政治的な市民権の理念と結びつくものではなく，基本的には領土と結びつきながらも，いわゆる文化的・言語的・人種的血縁共同体としての性格を強くもってきたのである。それゆえに，外国人による国籍取得は,あくまでも例外的な出来事であった」(伊豫谷登士翁，前掲注(13)208頁)。

質的に定義されるというのは，最高裁判所がつくりだしたフィクション(端的にいえば，嘘)にすぎないのではないでしょうか」[191]と指摘した遠藤比呂通の発言とも通底する部分があろう。包摂と排除は常に表裏一体の関係にあり[192]，国籍はそれを分かつメルクマールとして「メンバーへの排他的支配を公証」[193]してきたといえる。

第６節　小括

以上のように，本稿ではまず，国籍法制および戸籍法制の沿革を辿ったうえで，在外日本人，特に日本国籍なき在外日本人である日系人および中国残留日本人に焦点をあて，彼ら彼女らが日本に帰還する際の国籍(法的地位)問題について概観した。そのうえで，国籍法違憲判決の見解を軸に，国籍概念と血統主義との関係，さらに国籍と戸籍の関係について検討し，その後，国籍概念における血縁の重視および地縁的な要素の内包について指摘した。日本のように，比較的厳格な血統主義を採用する国籍法制の中で，血縁の連なりはもちろん，地縁という要素も同時に重要視されてきたのは，国家三要素説における国民・領土の一致が意識されていたものということができよう。本稿冒頭でも言及したように，「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」が，潜在的に反映されていたのではないだろうか[194]。

---

191 遠藤比呂通『人権という幻-対話と尊厳の憲法学−』(勁草書房，2011 年)207 頁。このような問題は，植民地においても同様である。植民地法制における戦前・戦後の国籍・戸籍法制およびその実施は，まさに国籍法制の恣意的でかつ差別的な作為性を体現しているといえよう。

192 「国籍では包摂が，戸籍では排除が適用され，兵役については状況の変化により排除から包摂への変更が行われた。さらにいえば，国家側の裁量によって境界が移動するものである以上，国民国家が権利を保障する正規メンバーとしての『日本人』から排除される可能性は『内地人』にさえ存在する」(小熊英二『〈日本人〉の境界』(新曜社，1998 年)637 頁)。

193 斉藤正彰『憲法と国際規律』(信山社，2012 年)21 頁。

194 江橋崇，前掲注(26)8 頁。「両親ともに日本人で育ったならば，この『血』と自身の帰属について疑うことはほとんどない。しかし，親が日本人でない場合，あるいは外国で生まれ育った場合，『血』と帰属の関係は流動的になる」。最高裁の多数意見がいう「我が国との結びつき」について「血はどこまでそれを証明するのだろうか。また，その血がさらに『薄まった』場合」，「『血』はどの国とむすびついていると言えるのだろうか。どこの国とも深く結びついていないこともあれば，２つ以上の国と結びついていることもあるだろう。もし『血』と『結びつき』から国籍を導こうとすれば，子どもの国籍は容易に確定し難いし，場合によっては重国籍も認めるべき，という議論にもなりうる」(秋葉丈志，前掲注(176)170 頁)。「社会的移動性の少ない時代には，圧倒的多数の人は領域内で一生を終える。そうであれば，国籍法上の出生地主義は現実の基盤を有しているし，血統主義もその擬制的な性格を露呈しないで済む。このように多くの人が生まれ育った国で一生を終えるという事実に支えられて，個人

日本が国籍法において血統主義を重要な原則の一つとして標榜している以上，歴史的な経緯をもつ日本国籍なき在外日本人への処遇にも，日本の血統主義に基づく国籍概念の本質は表れているのではないだろう。国籍問題を検討するうえで，在外日本人の存在は目を向けられてしかるべきであり，これは近代日本の歴史的側面にのみ限定されるものではなく，グローバル化による人々の国境を越えた移動・移住と密接に関係する問題でもあるということもできる。国籍法はたしかに，国家と民族の歴史を強く反映したものであるが，国籍法自体は諸外国の立法動向が意識されるものでもある。国籍法3条(当時)が違憲であると判断された国籍法違憲判決の際も，諸外国における「国籍法制の傾向」や「差別的取扱いを解消する方向」，「国際的な社会的環境等の変化」が判決に影響を与えているのであった[195]。今後どこまで諸外国の変容の影響を受けるのかについては，注目する必要があろう。

が自白的に選択の下に国家の一員であることを選び取るという国民国家の社会契約説的な構成の犠牲的性格がさほど強く意識されることなく，国籍法の技術的処理を可能にして今日まで生きながらえてきたのではないか」(石川健治・大沼保昭「対談：国際法学と憲法学の接点をさぐる」法学セミナー650号(2009年)59-60頁[大沼保昭発言])。

[195] 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1373-1377頁。

第 2 章
ドイツにおける国籍概念
–エスニックな紐帯とその変容–

第 1 節　はじめに

ドイツ人とは誰か。これは，ドイツで絶えることなく議論され続けてきた命題である[1]。多くの国民国家が，国民形成のさまざまな過程を経由してきたが，ドイツの国民形成過程も戦争と敗戦，独裁，再びの戦争と配線，分断と再統一，そして地域共同体の形成といった，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，人々の共同体の組織(Orfanisation)や団体(Verband)として相互依存的に関係しており，国家(Staat)における国民(Volk)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反面，国民(Volk)における国家(Staat)が社会基盤として必須条件であるということができる[2]。これは，ドイツにおいて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が，国籍問題はもはや国内の懸案事項ではなく，国際的にも意味がある[3]。

本章では，ドイツにおける国籍概念について，国籍法制および在外同胞法制を中心に検討する。それは，基本法 116 条においてドイツ人を定義する 2 つの範疇，すなわち，ドイツ国籍保持者と身分としてのドイツ人である。ドイツは，一方ではドイツ人の概念をかなり拡張する形で国民を形成してきたが，他方では開放的に国籍法制を中心に「移民国家」への歩みを進めてきた。その歩みは,「古いドイツ人」への抵抗から,「誰がドイツ人なのか」という問いを「新しいドイツ人」の定義という議論

---

[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(「ドイツ人は定義しようのないものであって，これだけでもうフランス人を絶望させてしまうのである。ドイツ人の間では『ドイツ的とは何か？』という問いがけっして絶えることがないこと，これがドイツ人の特徴である」(フリードリッヒ・ニーチェ『ニーチェ全集＜11＞善悪の彼岸・道徳の系譜』(ちくま学芸文庫，1993 年)268 頁),「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)。ドイツ民族は，地域別にさまざまな系統の者が集まることによって形成された民族であるといえる。

[2] Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrgs.), 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.

へと進化させてもいる[4]。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」[5]いたドイツが，いかに国籍を「機能的・道具的概念」[6]へと変容していったのかを分析することで，ドイツにおける国籍概念のもつメルクマールを明らかにする。

第2節　フォルク型の国家と国民

1. 民族共同体と文化国民

フォルク型の国家観

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ク型の民族＝国家観に基づいていると指摘される[7]。民族(Volk)とは，「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」[8]である。ドイツ民族という表現は，政治的な概念として，ドイツ語系の住民の一部を示すものとして，18世紀後半になって使われ出したとされる[9]。民族が国家という制度の中で統一された法的政治装置を追求して作り上げられたのであれば，国家は民族という社会的基盤の上に存在するといえる[10]。すなわち，国家の存在には構成員たる人が必要であり，人は国家という制度的装置が必要であるということである。

日本や後述する韓国では，単一民族観についてしばしば議論の机上にあげられるが，ドイツの民族観はそれとは異なる。「ドイツの(deutsch)」(=theudisk)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]，実際には言語は地域・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

---

[4] Vgl. Herfried Münkler und Marina Münkler, Die neuen Deutschen: ein Land vor seiner Zukunft, (Rowohlt Berlin, 2016), 佐藤成基「『ドイツ人』概念の変容-『○○系ドイツ人』から考える」駒井洋他『マルチ・エスニック・ジャパニーズ』（明石書店，2016年)。

[5] 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ション』(明石書店，2005年)36頁。

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

[7] 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。

[8] 宮崎繁樹「統一条約とドイツ民族」法律論叢 64巻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)。

[9] オットー・ダン，前掲注(1)2頁。

[10] Rolf Grawert (Anm.2), S.108

[11] 小林孝輔『ドイツ憲法小史[改訂版]』(学陽書房，1992年)25頁)。

(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とになる。これは，政治的な帰属感に基づくドイツ国民とは異なる枠組みとして区別されなければならない[12]。

このように，言語–文化に重きをおくことで，ドイツの国民は文化国民(Kulturevolk)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も示される。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[13]。1807 年の J・G・フィヒテによる「ドイツ国民(Nation)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[14]。

ナポレオンの野望と征服は，ヨーロッパ全域に大きな衝撃と変化をもたらした。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の変化を始めた。しかし，このような変化は，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 年代にはいりドイツ三月革命後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で，大ドイツ主義と小ドイツ主義の 2 つの解決法が対立することになる[15]。結局オーストリアのドイツ人が排除される小ドイツ主義の形で，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としてのドイツのはじまりであった。文明国家という形で近代化していく中で，国民国家としては未完成であったドイツは，「国民国家の内実をこれから作りださねばならない」ために，ポーランドの反ドイツ的教会勢力といった「帝国の敵(Reichesfeinde)」とみなされた新生ドイツ帝国と容易に相入れない国民

---

12 オットー・ダン，前掲注(1)17-28 頁。

13 フロードリッヒ・マイネッケは，なんらかの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，「文化民族」と「国家民族」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)。これに対して，オットー・ダンは，文化民族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)頁)。

14 この頃は，プロイセン，バイエルン，あるいはザクセンの臣民としての位置付けはあっても，それがドイツ人とどう関係するのかは明確ではなかった(阿部勤也『物語ドイツの歴史-ドイツ的とは何か』(中公新書，1998 年)186 頁)。

15 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。

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[16]。

ところが，大ドイツ主義的な統合の根強さが，エスニックな結合へと概念内容を変容させ，全ドイツ的傾向の民族ドイツとその共同体(民族共同体(Volksgemeinschaft))として強化させてきた[17]。さらに，組織的なナショナリズムを生み，選良的国民観(elitäres Nationsverständnis)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[18]は，下からのナショナリズムがより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。

戦前の民族概念の先鋭化と戦後

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(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(Volksdeutsches Denken)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[19]。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[20]。

---

16 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)などがあげられる。

17 オットー・ダン，前掲注(1)138頁。全ドイツ連盟(Alldeutscher Verband)は，帝国ドイツ人と民族ドイツ人が一致することを主張していた。

18 Hagen Schutzは，「戦争は民族の根源ではないが，その触媒である」とも指摘する(Hagen Schutz, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, (C.H.Beck, 2004), S.126)。また，かつてルナンは，「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」と説明した(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)。

19 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)。

20 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ト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すことになった(大野英二『ドイツ問題と

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も困難を極めた[21]。東西ドイツの国民の把握については後述するが，ドイツ統一に際して，東ドイツで掲げられた「Wir sind das Volk!(我々は人民である！)」という民主化のスローガンは，「Wir sind ein Volk!(我々は１つの民族である！)」に形を変えて，再統一運動に吸収された。

ドイツ統一後は，かつてのエスニックなアイデンティティから脱却すべく，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同意に基づく自由主義的な国民観が主張された[22]。しかし，民族観や国民観との関連については，「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，政治的なるものとなる」と説明されている[23]。

2. 国民と国籍

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なものであり，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[24]。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[25]。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，ヨーゼフ・イゼンゼーは，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があるとし，現実の同質性の先行的存在(Vorgaben)や政治的統一の意思に結びついた，統一性と共通性をもつ国籍法が必要であるとする[26]。

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(Staatsangehöriger)，ドイツ人(Deutschen)という

民族問題』(未来社，1994年)10頁)。

21 オットー・ダン，前掲注(1)222頁以下。

22 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って-』(ミネルヴァ書房，2002年)36頁。

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

24 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。

25 Ernst-Wolfgang Böckenförde (Anm.23), S.60-61.

26 ヨーゼフ・イゼンゼー，前掲注(24)70頁。

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[27]。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 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である」[28]。マルティン・クリーレによると，国民とは単に領土高権に服している者である住民(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[29]。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あり，そうでない者が外国人である[30]。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確認されている。シュレスビッヒ・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。しかし，1990 年連邦憲法裁判所は裁判官の全員一致で，基本法に反するという判断を下している。

> 「ドイツ連邦共和国の国家権力が依拠する国民は，基本法によれば，ドイツ国籍保持者および基本法 116 条 1 項により，それと同等に扱われる人々によって構成され…(中略)…連邦共和国の国家国民

---

27 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』制定されたもの」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)。

28 Rolf Grawert (Anm.2), S.116, Rn.20. ある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・イェリネック(芦部信喜他訳)『一般国家学』(学陽書房，1974 年)331 頁)。

29 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)。

30 「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 Erwerbst atigkeit und die Integration von Ausl andern 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, Issue. 1, (2010), p.73)。

(Staatsvolk)への帰属は,原則として国籍によって決定される」[31]。
「基本法は…(中略)…市民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。そのため,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」[32]。

憲法裁判所のこのような判断は,選挙権者の画定にあたって国民は国家権力の主体・担い手であり,国籍保持者の総体である,という基本的視点が示されたことを意味する[33]。
その後も,連邦憲法裁判所判決は,同様の判断をしている。

「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」。[34]

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[35]。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,当然の帰結のみが導出されることになろう[36]。E・W・ベッケンフェルデは,「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

---

[31] BVerfGE 83, 37, S.39.ドイツのシュレスヴィッヒ・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をの宣言を申し立てた。当該裁判に関す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。なお,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。
[32] BVerfGE 83, 37, S.52.
[33] 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日本弦を構成要素とみなすべきという開放的・普遍主義的なリ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)70 頁)。
[34] BVerfG, 2 BvR 669/04 vom 24.6.2006, FamRZ 2006, S.925, Rn.75.
[35] Eniko Horváth and Ruth Rubio-Marín, supra note 30, p.73.
[36] 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.

している[37]。

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，複雑な制度と変遷を経てきた[38]。この複雑なドイツの国籍法制について，Christoph Schönberger は EU 市民権が国家加盟国国籍を覆う超国家的な傘であり外部的に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[39]。

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＝民族帰属，という言葉がそれぞれ用いられている。これらはドイツ国家建設，ナショナリズム，民主主義の対立経過を反映していることから，それらは重複することなく，独立している[40]。このような範疇区分がある中で，国籍とはどのようなメルクマールとなるのであろうか。まずは，ドイツ基本法からみた国籍について概観する。

国籍とは，「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」と説明されている[41]。ところで，

---

[37] E. W. ベッケンフェルデ(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。

[38] Rolf Grawert によると，「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，ヴァイマール憲法 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.)。

[39] 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.

[40] ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)90 頁。

[41] Kay Hailbronner, Hans-Georg Maaßen, Jan Hecker und Marcel Kau. Staatsangehörigkeitsrecht: StAngR, (C.H.Beck, 2017), Grundlagen B, Rn.2. すなわち，イェ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)。今日，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)。ただし，国家三要素説については，政治的統一性の形成と国家創造の複雑な過程をなおざりにし，単に個別的かつ静的な動因のみを総合したという批判や(Vgl. Isensee Josef, Staat und Verfassung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (eds), Hand Büch des Staatsrecht Bd.Ⅱ, 2. (C.F.Müller, 2004), S.3ff)，国家学の基礎づけ(Grundlegung der Staatslehre)としては，空間的・静態的な思惟(das räumlichßstatischen Denken)という邪道(Irwege)に陥っている，という指摘もある(ルドルフ・スメント(永井健晴訳)

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，このような説明によって，いうまでもなく基本法がそのような国家を創設したものと自認している[42]。

ところで，基本法において言及さ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当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の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できる。

このように，ドイツ基本法は16条1項1文においてドイツ国籍の剥奪(Entzug)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(Ausbürgerspolitiken)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[43]。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，無国籍者が発生しない限りにおいて法律に基づく国籍の喪失(Verlust)を規定している[44]。当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当人の意思が重要であり，国籍の剥奪という当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が区分される[45]。

> 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

『憲法体制と実定憲法-秩序と統合-』(風行社，2017年)17頁。)

[42] BVerfGE 123, 267, S.346.「言及された3つの要素を結びつけ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)。

[43] BverfGE 116, 24, S.37.

[44] Kay Hailbronner (Anm.41), GG Art.16, Rn.1.

[45] Ingo Von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Aufl 5, (München, 2000), GG. Art.16, Rn.12; Theodor Maunz und Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, (München, 2018), GG Art.16, Rn.49.

合を留保して，ドイツ国籍(deutsche Staatsangehörigkeit)を有する者，またはドイツ民族所属性(deutsche Volkszugehörigkeit)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。

ドイツ国民とは誰か，という問いに対する基本法における答えはこの116条にあり，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を立法府に与えていることを意味し，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については，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。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[46]。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を有する者の2つの範疇があることから，基本法の意味におけるドイツ人の法的分類はすなわちドイツ国籍保持者と身分としてのドイツ人を指し，外国国籍保持者としての外国人と法的に区別されることになる[47]。

国民の自己理解によって影響される国籍の諸要件は，特定の歴史的状況の中で言語や国家への帰属性などで決定される[48]。では，ドイツの国籍法制はどのようなもので，いかなる変遷をたどってきたのか。以下では，ドイツにおける国籍法制の内容と変遷を概観する。

第3節　国籍法制の変遷

1. 戦前の国籍法制の変遷

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

[46] A.a.O., GG Art.16, Rn.1a-1b. ドイツ民族である避難民等がドイツ連邦共和国に入国することができる条件は，連邦被追放者法の規定から最終的に生じることになる。
[47] Ingo Von Münch (Anm.41), 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。
[48] Ernst-Wolfgang Böckenförde (Anm.23), S.61, Eniko Horváth and Ruth Rubio-Marín, supra note 30, p.75.

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概観する[49]。

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(Allemeines 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，のちの「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[50]。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のである[51]。すなわち，この時点で人の把握を行う際，「血統主義は基本原則ではなかった」[52]ということができる。

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これを担当していたが，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[53]。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うけた身分登録制度がおかれるようになり，家族簿を居住地教会によって管理させた。

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. 12. 1842)」をきっかけに，ドイツは血統を国民確定のための基準がおくことになる(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」[54]のは，この時点からといえる。国民を構築する

---

[49] 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。

[50] ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)101頁。

[51] ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)120頁。

[52] 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『変動する社会と憲法』(敬文堂，2013年)142頁。

[53] Ernst-Wolfgang Böckenförde (Anm.23), S.15. フランスのモデルは，個人の身分に関する法を世俗化することに貢献した(Fritz Sturm, Ein Wendepunkt in der europaischen Rechtsgeschichte: Das franzosische Personenstandsgesetz vom 20. September 1792. Das Standesmt 60, (2007), S.1)。

[54] 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。

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[55]。血統主義(jus Sanguinis)の原則は，1804 年のフランス民法典(Code civil des Françai 1804)によって初めて成文化され[56]，当時近代的な制度であったことから，1811 年オーストリア[57]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[58]。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(Unterthan)の所属(Zugehörigkeit)を規定しており，伝統的な領土主義(Territorialprinzip)から血統主義(Abstammungsprinzip)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，父系血統主義の原則を採用している[59]。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

---

55 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)112 頁以下。

56 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)について規定がされたが，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ているのであった(広渡清吾，前掲注(54)117 頁)。

57 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(österreichsche 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(54)118 頁)。これは，君主と市民間の絆を反映しており，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)。

58 Georg Hansen, Die Ethnisierung des deutschen Staatsbürgerrechts und seine Tauglichkeit in der EU, in: Thomas Vormbaum(Hg.): 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，ブルテベルク憲法，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。

59 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(Deutschheit)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.58), S.1)。ドイツ革命から生まれた国民議会は，「ドイツ国民」の新しい定義を求められていた(広渡清吾，前掲注(54)119 頁)。

ン臣民の範囲を確定する起点であった[60]。

なお，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(130-189 条)の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 Preußlichen 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[61]。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。

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. 6. 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[62]。これまで使用された臣民の概念は用いられなくなり，所属する者を意味する 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(バーデン，ヘッセン，ヴェルテンベルク，バイエルン)に拡大して適用させながら，法律についてもその法的効力の領域を拡張させた[63]。適用地域を拡大していくにつれ

---

60 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)55 頁。中村安菜は，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している(同論文，56 頁)。

61 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。

62 当該法律では，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。

63 Ulrich Herbert, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland:

て，全てのドイツ帝国傘下のラント等に効力がおよぶ空間的範囲となったのである[64]。

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)[65]。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[66]，国籍の取得については血統主義的な定義をおいていたのに対して，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[67]。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[68]。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。

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 Beurkundigung 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，担当職員のほとんどがドイツ人であったことから，ポーランド人地域での不都合も少なからず存在した[69]。

Saisonarbeiter, Zwangsarbeiter, Gastarbeiter, Flüchtlinge, (C.H.Beck, 2001), S.15.

64 Kay Hailbronner (Anm.41), S.4-9, Ingo Von Münch (Anm.41), 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 巻 3・4 号(2009 年)298 頁)。

65 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(Ein-heimische)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。」

66 広渡清吾，前掲注(54)121 頁。

67 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)188-189 頁。

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

69 「最大の問題は，ポーランド人地域においても，結婚登記を担当する職員にはほとんどドイツ人しか任命されなかったということである。しかも，彼らはしばしばまったくポーランド語を知らず，結婚登記簿はドイツ語でしか記録されなかった。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『ドイツの長

1870年国籍法および1871年憲法，そしてライヒ身分登録法においては，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[70]。

1913年国籍法

1913年7月，新たな国籍法である「ドイツ帝国国籍法(Reichs und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22.7.1913)」は誕生した(以下，1913年国籍法という)。本法は，血統主義(jus sanguinis)をより純化させた内容を含んでいるが，Dieter Gosewinkelは，むしろドイツ人が特定の人種的背景をもつことを強制しなかったことを意味しているのであり，道具的に利用した人種創出の手段であったという[71]。

1913年国籍法
1条　ドイツ人(Deutscher)とは，1つの邦国(Bundesstaat)において国籍(Staatsangehörigkeit)を有する者，または直接的帝国国籍(Reichesangehörigkeit)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。

この法律の特徴的な点は，外国に居住するドイツ人(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[72]。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

い19世紀−ドイツ人・ポーランド人・ユダヤ人』(青木書店，2002年)95-96頁)。
[70] 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.
[71] Dieter Gosewinkel (Anm.57), S.325. なお，ブルーベイカーは，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・ブルーベイカー，前掲注(5)196頁以下)。
[72] 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(64)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。ブルーベイカーによると，当該規定の削除には，ナショナリスト団体であった全ドイツ協会(Alldeutscher Verband)の存在があったことと指摘している(ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)190頁)。ドイツ協会は，ドイツの民族性を重視したうえで「国民的・民族的」な問題で，穏健な政府に対立する保守的な立場をとっていた。

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』(Wehrgemeinschaft)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」[73]。

フランスの同時期の国籍法とは異なり，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」[74]などが指摘される。このとき，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している状態で，外国人の受け入れは顕在化された問題となっていた[75]。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，その純粋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意見が多かった[76]。

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ール共和国は，1919 年「ヴァイマール憲法(Die Verfassung des Deutschen Reiches. von 11. August 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固めて補完する役割を担っている[77]。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[78]。そして，1935 年の帝国市民法(Reichesbürgergesetz)が，国籍の問題に大きな変化をもたらすことにな

---

[73] Dieter Gosewinkel (Anm.57), 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。

[74]「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–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)。

[75] 守屋治善，前掲注(64)468 頁。

[76] 守屋治善，前掲注(64)301-302 頁。

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

[78] 連邦制の廃止は，3 段階にわかって実施された。広渡清吾，前掲注(54)127 頁。このようなヒトラーの第三帝国は，均制化(Gleicschaltung)を試み中央集権化を進めたものということができる(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)。

る。

帝国市民法
1 条 1 項　国籍保持者(Staatsangehörige)は，ドイツ帝国の保護団体 (Schutzverband)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(Reichsbürger)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[79]。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までも剥奪された[80]。

さらに，1937 年には新たな人籍法(Personenstandsgesez vom 3. Nov. 1937)が施行された。当該法は，1875 年の身分登録法の後継となるものであるが，婚姻簿(Heiratsregister)から家族簿(Familienbuch)へと公証を移行している。この移行は，ナチスによって氏族および種族の育成(Sippen und Rassenpflege)のために「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ことにある」[81]とされる。家族単位の身分登録は，人種政策に用いるためのものであった。すなわち，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ということである。婚姻簿として機能する第一部と，親族的関係を明らかにする第二部に分かれており，第二部では，人の種族的血統的系譜を示す

79 これは，「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よう。「人類学と倫理的価値評価とがえせ科学的に混淆されて，これが人類を高級人種と劣等人種とに分ける基盤を提供し」，「ユダヤ民族は，北欧的な理想人種に対立する反人種として刻印され」てしまったのである(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)。生物的な特性を血の概念に当てはめることで，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 70, p.99)。
80 広渡清吾，前掲注(54)142-143 頁。
81 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 45 号(2000 年)286 頁。

ための事項が記載された[82]。この人籍法は，国家による個人ないし家族の統制を許容しあるいは必要とする立場を前提とすることによって理解されると考えられよう。

2. 統一前後の国籍法制の論点

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(Deutschtum)」的な政策である「極端な人種主義政策の処理と反省，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[83]。

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(Staatsangehörigen)であった[84]。法律の継続した適用は，基本法 123 条 1 項に基づいている。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[85]。これは，「戦後のドイツ連邦共和国において 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」[86]。

一方，東ドイツについては，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，1967 年 2 月に「国家市民法(Gesetz über die Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen republik vom 20. Februar 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

---

82 例えば夫婦の両親，夫婦に関する挙示(夫婦の国籍，ライヒ市民権，種族的分類)，共通の子，女子たる直系卑属の非嫡出子などが記載された。

83 中村安菜，前掲注(52)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. 9. 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。

84 Ingo von Münch (Anm.41), 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。

85 BVerfGE 2, 266.

86 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。

た[87]。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基本論題に合致した国籍法に改正したのである[88]。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. Dezember 1972)」は，相互を主権国家として承認し，各自の領土にその高権(Hoheitsgewalt)があるという，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。規律されていないということは，基本法 16 条および 116 条 1 項の解釈にどのような影響を与えるのだろうか。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，次のように判示している。少し長くなるが，次の通り引用する。

> 「連邦共和国は，『国籍の問題は条約により規律されていない』と付属議定書において宣言した。しかし，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に関する問題，そしてこのような影響のいかなる事柄が上の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。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いる。すなわち，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だけではない。…(中略)…基本法上規定されたドイツ国籍保持者は，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。…(中略)…ドイツ民主共和国市民が基本法の適用範囲内で基本法 16 条および 116

---

87 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.41), S.97.)。

88 Alexander N. Makarov, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht: Kommentar. Vol.1. A. Metzner, (1966), Rn.11, Kay Hailbronner (Anm.41), 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.41), S.97-98)。

条 1 項の意味におけるドイツ人として扱われないという条約を解釈するのであれば，条約は基本法と明白な矛盾とみることができるであろう。したがって，条約を憲法合致的に解釈するのであれば，ドイツ民主共和国が条約の発効後の関係においてもドイツ連邦共和国について，外国ではないとみる必要がある」[89]。

本判決は，地理的にではなく[90]，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」[91]したことを意味している。そして，国籍については，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完全な同一性を示しているとみることもできよう。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[92]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，ドイツ民主共和国市民が基本法の保護領域

---

89 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である。

90 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)。

91 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。

92 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.)。

内でドイツ人として扱われ続けると述べた場合，この命題はドイツ連邦法によれば基本法の意味でドイツ人である者に適用される。一方，その決定はドイツ国民であるかどうかを特定するものではない。ドイツ連邦共和国の国籍保持者が誰かについて，基本法は 16 条，116 条 1 項に定めている。したがって，ドイツ国籍はドイツ連邦共和国の法的制度(Rechtsinstitut)である。誰がドイツ人であるかどうかの問題は，ドイツ連邦共和国の法律によって判断される」[93]。

「ドイツ連邦共和国は条約締結時に『国籍問題は条約によって規制されていない』と宣言した。ドイツ民主共和国は付属議定書において,『ドイツ民主共和国は，この条約が国籍問題の解決を促進する』と説明している。…(中略)…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」[94]。

以上のような理由で，憲法裁判所は「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である」[95]と判断したのである。これは，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 つのみが存在するのであり，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[96]。当該判決は，国籍法の特殊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。

1974 年改正：父系血統主義から両系血統主義へ

なお，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，東西統一を前に部分的に改正されている。その焦点となったのは，父系血統主義原則であった。

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[97])。Dieter Goswinkel によると，父

---

93 BVerfGE 77, 137, S.142-143.
94 BVerfGE 77, 137, S.164-166.
95 BVerfGE 77, 137, S.169.
96 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.
97 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。」

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という[98]。当該改正には，1974 年 5 月 21 日連邦憲法裁判所判決[99]が直接の誘因となっているが，当該判決で連邦憲法裁判所は，父系血統主義の原則とその違憲性について，以下のように説明している[100]。

> 「連邦共和国においては，多くの改正や追加はあったにせよ，1913 年 7 月 22 日の帝国ドイツおよびラントの国籍に関する法律が，今日でもなお国籍法の重要な基礎をなしている。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。…(中略)…これは，このような伝統とともに，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る。とりわけ，母の国籍への連結は，妻の国籍が家族構成員の統一国籍の原則によって，常に夫の国籍に従うものとされていたという理由から，そもそも問題とならなかった」[101]。
>
> 「大多数の国家は，父方または母方による国籍の付与を従来から平等に規律していたものであれ，あるいは，父方を優先するにも関わらず，ドイツ国籍法よりは容易に，子に母方の国籍を取得させるものであれ，内国人女性およびその外国人男性との婚姻による嫡出子に対しドイツ国籍法よりもよい地位を認めている」[102]。
>
> 「憲法規定は，性別による法的差別を，原則的かつ明確に禁止している。…(中略)…審査の対象となっている規定は，国籍に関して，ドイツ人と外国人の婚姻による子を，ドイツ人である配偶者および両親の性別により区別して取り扱っている。このことは，上述の法

---

98 Dieter Gosewinkel (Anm.57), S.348ff.

99 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が，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あおいだが，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，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。

100 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)を参照し，一部その文言等を修正している。

101 BVerfGE 37, 217, S.219 .

102 BVerfGE 37, 217, S.223.

原則に合致しない」[103]。

すでに国際社会は国際結婚の増加にともなう国籍問題が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[104]。「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」[105]とした当該決定を契機として，国籍法4条1項は改正され，両系血統主義を採用することとなった。

統一にともなうドイツ国籍

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。東ドイツの法体系が破棄され，西ドイツの法が統一ドイツの法体系を担当することになり，国籍法もまた同様であった。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こととなる。

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[106]。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」[107]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[108]。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，これが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[109]。

---

103 BVerfGE 37, 217, S.223.
104 古野豊秋，前掲注(99)89頁。
105 BVerfGE 37, 217, S.223.
106 中村安菜，前掲注(52)145頁。
107 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)199頁。
108 武井彩佳「アファーマティブ・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」(同論文，33頁)。
109 Kay Hailbronner (Anm.41), GG Art.116, Rn.98. これは，判例法理からも導かれる(BverfGE 8, 81).

3. 再統一後のドイツにおける新たな諸原則

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)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。当該改正における重要なポイントは，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」国籍法制からの大きな変化であるといえる[110]。

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も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)[111]。これにより，ドイツで生まれた外国国籍保持者の子は，出生と同時に親の母国の国籍とドイツ国籍を同時に取得することになる，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[112]。以上のような改正は，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のである。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)。

---

[110] Marc Morjé Howard, supra note 77, 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(p.43)。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)。

[111] 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(Geburtenregister)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。

[112] 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。

このような制度改正を呼んだ社会の状況としては，後述する祖国への帰還者としての在外ドイツ人やガストアルバイター(Gastarbeiter)と呼ばれた外国人労働者，それにともなう移民 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[113]。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[114]。

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[115]。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も，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

---

113 佐藤裕子「移民からドイツ人へ-ドイツ帰化テスト導入をめぐって」浜本隆志他『ドイツのマイノリティ-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。

114 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條件づけており，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)89 頁)。

115 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.

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(Deutschland ist kein Einwanderungsland.)」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(Deutschland ist ein Einwanderungsland.)」へと，その立場を変更していった[116]。なお，移民国家へのさらなる一歩として，2005 年からは「移住法(Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern, Vom 30. Juli 2004)」が施行されることで，ドイツは積極的に移民を制御・統合していった[117]。

2014 年国籍法改正：複数国籍の許容

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，成人後の二重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[118]。また，それ以前の父系血統主義から両系血統

---

116 当該法改正は，社会民主党(Sozialdemokratische Partei Deutschlands)および緑の党(Die Grünen)の連立政権(Rot-Grüne Regierung)が公約としたものであり，移民政策(Zuwanderungspolitik)を構想した(Storz Henning, Berhard Wilmes/Bernhard Wilmes：Die Reform Staatsangehörigkeitsrechts und das neue Einbürgerungsrecht, http://www.bpb.de/themen/OHCOPK.html[2019.1.10])。CDU や CSU からの反対は当然ながら散見された。政治レベルでの当該法改正にかかわる議論については，佐藤成基，前掲注(86)が詳しい。

117 なお，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-univerzichtbarer Bestandtei der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?, ZAR, S371)。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)などが詳しい。ところで，Einwanderung と Zuwanderung では，前者が長期的な滞在，後者が長期的な滞在と期限付きの滞在の双方を含む用語として使い分けがなされ，近年は後者を用いる場合が多い。

118 反対派(1999 年当時野党，保守派)も，もはや「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(86)73 頁)。

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も(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(Übel)であると再三指摘されていた[119]。

> 「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-必要な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。…(中略)…義務の衝突や外交保護権の競合的行使からは，さらに 2 つの本国間の紛争も生じ得る。第三国の官庁や裁判所によっては，2 つの国籍のいずれに優位を与えるべきかという問題が生じる」[120]。

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であろう子の不利益を凌駕するほどのものではないと判断していたことから，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は明らかに増加することになっただけでなく[121]，社会の変化の中で複数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てきた。例えば，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に評価するかは立法者次第であると留保しつつも，放棄すべきと主張してきた[122]。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

---

119 近藤敦『人権法』(日本評論社，2016 年)41 頁。

120 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.45), GG Art.116, Giegerich, Rn.30.)。

121 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 号(2014 年)1 頁)。

122 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)。これまで，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はないが，複数国籍保持者になる者が帰化制度を利用する場合が多い(Martin Weinmann, Eine Staatsangehörigkeit “auf Dauer”: der Generationenschnitt als Modell für ein modernes Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 36, (2016), S.320)。

すべきとの見解を示している[123]。

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，収斂される部分も否定することはできないであろう。EU における多くの国家で，あるいは EU 内の議論上でも，当該問題は避けることのできない法的問題となっていた[124]。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。また，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 Natinoality Laws)」によって，複数国籍の制限は多くの国家における共通認識であった。しかし，その後，同条約がヨーロッパにおける移住労働者の増加・定住，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が迫られた。欧州評議会(Council of Europe) 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)[125]。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[126]。

---

[123] BverwG 107, 223.ドイツで出生したドイツ人であるが，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。

[124] 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.) 。

[125] 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，可能な限り多国籍を避けたいと考えている。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である(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.150ff, 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)を参照している。

[126] Kay Hailbronner (Anm.121), S.363.

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年間ドイツ国内に滞在したこと，②6年間ドイツの学校に通ったこと，③ドイツ国内の学校を卒業または職業教育を修了したこと)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(29条1a項)[127]，現代の移民社会に対応しようとしたのである[128]。

4. 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-まさしくVolk型の-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も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[129]。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」[130]として，長年基本原則とされてきたのである。ブルーベイカーは,「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粋血統主義をとる閉鎖的で制限的な国籍法の形成を促す」と指摘している[131]。

---

127 2000年代以降ドイツ国籍法は，新たな社会的環境に必要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。

128 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」とする主張もある(Martin Weinmann (Anm.122), S.324)。

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

130 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)196頁。

131 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)330頁。ロジャース・ブルーベイカーは，ドイツの国民の定義が根本的修正をさけてきたのは，それが法的な伝統であるからであると指摘する。「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，ヴァイマール共和国，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，国籍のもつ重要性と象徴的中心

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。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，外的要因によって変容してきた。血統主義原則と複数国籍の変化が，まさにそれである。複数国籍について常に反対する者が多かったのは，国民こそが基本権の享有主体であるという価値観が強かったからではないだろうか。このような点から鑑みると，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ったといえよう[132]。

第4節　民族所属性に基づく受容−戦後ドイツの在外同胞政策−

1．在外国民

血統主義を採用している限りにおいて，国籍は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が，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を置いている。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か否かという論点が問題となる。そこで，彼ら彼女らの問題を言及する前に，権利享有主体としての在外ドイツ人の一例について簡単に言及しておくこととする。

ドイツでは，在外選挙権をいかなる範囲で認定すべきかについて問題とされてきた[133]が，「連邦選挙法(Bundeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 1993)」には居住地域を2種類に分類し，欧州評議会加盟国居住のドイツ人は，出国後の経過時間の制約なく在外選挙権を付与し,それ以外の第三国の場合は10年以内の居住期間制限をおいていた。しかし，1998年の改正によると，居住要件は25年以内に拡大された。

性によって増大させられたにすぎない」(ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)303頁)。

[132] Horváth Enikő and Ruth Rubio-Marín, supra note 30, p.79.

[133] 戸波江二「在外日本国民の選挙権」法学教室162号(1994年)40頁以下。

しかし，2009年の改正によると，居住要件の経過期間は無制限となった。12条2項によると，「基本法116条1項の意味における全てのドイツ人も，1949年5月23日以後，そして移住前に最低でも3ヶ月連続でドイツ連邦共和国に滞留しているか，日常的に滞留していたという前提条件を従属した場合」，選挙権をもつと規定している。

２．在外ドイツ人とは

歴史的背景

旧ソ連や東ヨーロッパ地域にまとま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[134]。

1919年の時点では，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))。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」から，ドイツに移住することを求めた[135]。国家の境界線の外にいながら，同一のネ

---

134 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。

135 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)」とも言われる。被追放者諸団体にとって，この概念は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。

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(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[136]。

ところで，ヴァイマール期ドイツにおけるマイノリティ政策として，グスタフ・シュトレーゼマンがマイノリティ保護を外交政策の柱に位置付けていたが，これは「ドイツ人政策(Deutschumspolitiki)」，すなわち在外ドイツ人の問題であった。ヴァイマール憲法 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[137]。

身分としてのドイツ人と民族所属性

具体的には後述するが，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[138]。Peter Häberle が「基本法 116 条は庇護問題と結びつけてはいけない」[139]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である[140]。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

---

136 在外ドイツ人は「その時々の政治的・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(134)21 頁)。一方，「1950 年代以来，ドイツで移民問題の議論が本格的したことはない。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いる。…要はドイツ国民の大半が，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のです」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)。

137 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。ヴァイマール期に在外ドイツ人マイノリティの保護のために発足した運動は，国境・在外ドイツ人保護同盟(Deutscher Schutzbund für das Grenz-und Auslandsdeuschtum)であり，ドイツ語やドイツ文化の擁護のための協会やドイツ製のための活動を担う協会，大ドイツ主義を呼ぶかける協会などによって構成された(同論文，24-26 頁)。

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

139 Peter Häberle, Das Menschenbild im Verfassungstaat, (Duncker&Humbolt, 2008), S.270.

140 Theodor Maunz und Günter Dürig (Anm.45), GG Art.116, Giegerich, Rn.56.

参加の権利を除いた，憲法上の同等の権利を享受する。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と身分としてのドイツ人の地位は失われることになる[141]。

被追放者という用語は，避難民と被追放者の用語が一括して使用されることがあるためである[142]。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，少なくとも当該基本法の条項によって，在外ドイツ人，すなわち民族的背景をもつドイツ人がドイツを構成する人的基盤に含まれることがわかる。1937 年 12 月 31 日が示す領土とは，ナチスがオーストリアに対外拡大する以前の領域，すなわちヴァイマール時代のドイツ領域のことを指す。これは，1944 年 9 月 12 日のロンドン議定書(London Protokolle)に由来する概念であり，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たのであり，ドイツの領域的枠組みとして受け止められた[143]。

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. 5. 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[144]。

> 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のコミットメントは，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[145]。すなわち，在外ドイツ人の範疇は，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

---

141 Theodor Maunz und Günter Dürig (Anm.45), 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(Grawert Rolf, (Anm.2), Rn.38)。

142 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。

143 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)10 頁。

144 避難(Flucht)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(Vertreibung)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 巻 3 号(2018 年)76 頁)。

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

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(bestätigt wird)する者，すなわち，ドイツ人とされる者という非常に主観的な定義が行われているのである[146]。このことから，民族所属性は追放よりも前に存在していなければならないことが明らかである[147]。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，また，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[148]。例えば，1964 年に連邦憲法裁判所では，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[149]。その際に，ユダヤ教を信仰しているという理由で排除されるわけでもなかった。

> 「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」[150]。

「越境的メンバーシップの形態」[151]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・ブルーベイカーは，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[152]。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

---

146 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，当然のことであったといえる(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)。

147 Rolf Grawert (Anm.2), S.126, BVerfGE 17, 224, S.228ff.

148 Georg Erbs und Max Kohlhaas (Anm.145), BVFG Art.6 Volkszugehörigkeit, Rn.2.

149 BVerfGE 17, 224, S.227-228.

150 BVerfGE 17, 224, S.228.

151 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」移民・シティズンシップ・国民国家』(明石書店，2016 年)133 頁。

152 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5) 194 頁。「誰がドイツ人として認識されるべきかという問題は，諸原則によって決められるのであって，事実とドイツの歴史によってなされるべきではない」(Spiegel, 1989. 12. 25, S.54)。

のである。

上述したように，ロジャース・ブルーベイカーは，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」と特徴づける[153]。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」[154]のであり，あくまでも国家の領土内の住民の国籍の血統主義を確立したのみで，民族ドイツ人が問題とされていないと指摘する。

ドイツ(以下では，主に西ドイツの制度について言及する)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)現地定着を支援する，ということ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。

3．被追放者とアウスジードラー

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[155]。この法律が，上述した「連邦

---

153 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5) 114-119頁。伊藤定家は，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なず，こうして彼らの要求は，1913年の国籍法に結晶したとする(伊藤定家『ドイツの長い十九世紀』(青木書店，2002年)178頁)。

154 佐藤成基，前掲注(134)23頁。

155 なお，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(86)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(Heimatvertriebene)」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される時期(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)

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[156]。

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，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

156 被追放者法1条の日本語訳については，佐藤成基，前掲注(134)を引用している。

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[157]，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x，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。

当初，「過渡的な」[158]規定の1つであった基本法116条は，抽象的に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被追放者らはカテゴライズされ，広く受け入れられることになったのである[159]。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」[160]にあったのであり，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[161]。

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[162]。

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

---

157 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ことが簡便であるとする(近藤潤三，前掲注(142)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142万人が，ドイツに帰還している。

158 Kay Hailbronner (Anm.41), GG Art.116, Rn.4.

159 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5) 137頁。

160 Kay Hailbronner (Anm.41), GG Art.116, Rn.21.

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

162 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(142)59頁以下，その受け入れ等の歴史的経緯については，佐藤成基が詳しい(佐藤成基，前掲注(134))。

内に移住する者をさす[163]。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できる。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できる。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[164]。

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[165]。

> 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

---

163 佐藤成基，前掲注(134)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(134)58 頁)。

164 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(151)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のであり，外交交渉の課題となっていた(佐藤成基，前掲注(134)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(134)31 頁)。

165 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)。

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。

しかし，追放の影響を受けるアウスジードラーをドイツの義務であるとして受け入れ続けたことはドイツにとっての負担となり，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 Kriegsfolgengesetzen vom 21. Dezember 1992)」(以下，戦争結果整理法という)にともないアウスジードラーの法的地位は大きく変化した[166]。戦争結果整理法 4 条にシュペートアウスジードラーについては規定されたが，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合は，法的な範囲に含まれこの法的地位を取得する。

166 「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(134)36 頁)。

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．ドイツ国籍やドイツ民族所属性を有する者の子孫で，
2．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　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[167]

すなわち，法律上のドイツ民族所属性を有する者への該当者を 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，被追放者法と比較して明らかであるのは，追放されたことを自身で疎明しなければならない点である。シュペートアウスジードラーは，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[168]。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

---

[167] 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いと認められる場合,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)。

[168] 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，

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[169]。

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[170]。

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[171]，「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」[172]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態を引き起こしているとみることもできよう[173]。

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」[174]。

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。

169 BVerwGE 102, 214, DÖV 1997, S.686.

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

171 BVerfG Mar.17. 2004, 1 BvR 1266/00, Rn.35.

172 BVerfG Mar.17. 2004, 1 BvR 1266/00, Rn.20. 本件は「シュペートアウスジード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 26.02.1996)」が焦点となった訴訟である。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.)。

173 Enikő Horváth and Ruth Rubio-Marín, supra note 30, p.77.

174 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。ハーバーマスは，1999 年国籍法改正前，「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

4．東西分断の中でのユーバージードラー

一方，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)[175]。Hermut Wendt は，ユーバージードラーを「西ドイツ地域において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[176]。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))と，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見做しうるとしても，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，上記の通りであるため，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 u¨ber die Notaufnahme von

---

などは，居住権はあっても二重の国籍をとることは認めれれていません。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のではありません」と指摘している(ユルゲン・ハーバーマス(河上倫逸編)『法と正義のディスクルス-ハーバーマス京都講演集-』(未来社，1999 年)10 頁。

[175] 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)。

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

Deutschen in das Bundesgebiet vom 22. August 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[177]。

> 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脅威を害する危険によって，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けない。

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[178]。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なるため，基本法に違背するものではないとする[179]。また，本判決で興味深いのは，基本法 3 条 3 項の差別的取り扱いと故郷・出身地(Heimat)の関係について言及している点である。

---

177 近藤潤三「ドイツ内部国境の変容と強制立ち退き問題(1)-ベルリンの壁構築までを中心に-」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，ユーバージー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(142)102 頁以下)，Bundesausgleichsamt(連邦調整庁)によると，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。

178 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，ユーバージードラーを社会・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。

179 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ものである。

「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を意味する。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」[180]。

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。
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(Sowjetzonenflüchtling)は，ユーバージードラーの法的根拠を提供している[181]。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

[180] BverfGE 2, 266, S.286.
[181] 広渡清吾，前掲注(86)227頁。

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に対する法的な根拠は，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[182]。

5. 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，その範疇を概観してきた。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」[183]。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」[184]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

---

182 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。

183 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。

184 Marc Morjé Howard, supra note 77, p.42.

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[185]，ドイツ民族がまさに文化民族としての性質をもっていること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。

第５節　ドイツにおける国籍概念とその変容

１．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きている。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[186]。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「零時(Stunde null)」が置かれなかったということである[187]。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

185 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(151)162頁。
186 その背景には排除されてきた、Volksfremdeが存在したわけであるが，その排除のためにメルクマールとされてきたのは，ドイツ言語である。ここに，元来のドイツにおける民族観，文化国民概念は示されているといえよう。
187 Gerog Hansen (Anm.58), S.16.

たのだが,「現実に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」[188]。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うことができる[189]。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うことができる。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，その後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によって，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。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」[190]東方政策の一環であった，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，ドイツの特殊的な側面である。

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ったのは，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[191]。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

---

188 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。

189 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)。

190 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(5)140頁。

191 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 168, p.767)。

放者全体の過度な受け入れの増加であり[192]，シュペートアウスジードラーと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，これをもって閉じることになる[193]。

2．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[194]。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った[195]。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言及されてきたが，現実の課題に応じた改正を行ってき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[196]。

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ていきシュペ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[197]。EU 市民権が導入されてもな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[198]。欧州における市民統合政策の広がりは，「主として各国がより厳格に

---

192 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)。

193 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。

194 Gerog Hansen (Anm.58), S.17.

195 Marc Morjé Howard, supra note 77, p.43.

196 中村安菜，前掲注(52)146-147 頁。

197 Enikő Horváth and Ruth Rubio-Marín, supra note 30, p.83.

198 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

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[199]。

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」[200]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[201]。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[202]。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。

第 6 節　小括

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

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(normative Leitfunktion)」を担いつつも，加盟国の国家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)。

199 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)。

200 広渡清吾，前掲注(6) 137 頁。

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

202 鈴木規子，前掲注(81) 255-256 頁。

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，憲法からみた国籍概念は，「複雑な概念体型の連続性」[203]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[204]。しかし，一方では，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[205]。

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(Parallelgesellschaft)」を形成するためにドイツの「主導文化(Leitkultur)」[206]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変容しうるとみることができる。

ただし，近年の再国民化・再国家化の動向も，無視することはできない。これは EU 全体で直面している問題であるといえる。本章中で言及していないが，2015 年の難民問題は，国家と国民のあり方について再考

---

203 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合-」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。移民の背景をもつ人々は，1,860 万人にのぼる。

204 佐藤成基，前掲注(4)45 頁以下。

205 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ということへの理解，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(Münkler Herfried und Marina Münkler (Anm.4), S.283ff.)。

206 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ー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。

する契機となったことは明らかである。政党ドイツのための選択肢(AfD)の台頭もその１つの現象である。今後は，例えば帰化制度の中からいかにドイツが主導文化をどのような形で EU 加盟国間での水平的な比較を実践していくかが注目されよう。

第 3 章
韓国における国籍概念
−歴史的背景と現代的問題に基づく民族性，恣意性−

第 1 節　はじめに

朝鮮半島[1]は，これまで複雑な歴史的変遷をたどっており，韓国という国家の存立自体が，法的・政治的な特殊性を有しているといえる。そのため，国家の構成員たる国民の範囲を定める国籍問題もまた，普遍性よりは特殊性という物差しでみる必要があろう。その一方で，多くの国家がそうであるように，社会のグローバル化に伴って法制度が一定の変遷を遂げていることも確かである。

本稿では，韓国を対象として，国民の境界という根源的な問いに際して，法制度の変遷過程，法院・憲法裁判所の判例および学界の議論を基に国籍概念を分析，検討し，それが国家の人的範囲の境界設定にいかなる意味を与えるメルクマールかについて考察する。

以下では，まず朝鮮半島の歴史的背景および情勢等の事情をふまえたうえで，現行憲法[2]で規定される国家の構成要素としての国民概念と，国家に強力な正統性を与える単一民族観について概観した，同条項により委任された国籍法の変遷について検討する。続いて，現行憲法が規定する在外国民保護義務規定について叙述し，在外同胞に対する法制度の中心立法である在外同胞法における概念定義とその争点について検討する。さらに，在外同胞法の概念定義における恣意性を明らかにするうえで，いくつかの事例を挙げてこれを検討する。最後に，韓国におけるメルクマールとしての国籍がいかなる概念であって，いかに重要なものとされているかを明らかにし，韓国の国籍概念に内包される性質について検討したい。

---

[1] 周知の通り，朝鮮半島には国際法上認められた２つの政府(国家)が共存している。朝鮮半島を分断する 38 度以南地域が大韓民国であり，以北地域が朝鮮民主主義人民共和国である。韓国では，日本で用いるような北朝鮮という通称は使用せず，北朝鮮を北韓という。また，自国と北朝鮮を区別して論じる際には，北韓・南韓と呼称することもある。同様の文脈で，韓国はいわゆる朝鮮半島を韓半島と呼称する(これは，憲法３条において使用されている用語でもある)。本稿において，筆者は日本で主として用いられる呼称に合わせて朝鮮半島(それに応じて，韓民族ではなく朝鮮民族)を使用する。

[2] 本章で言及する憲法は，特別の説明がない限り，全て大韓民国憲法である。大韓民国憲法は，これまで計 9 回にわたる改正が行われている。本章では，第 9 次改正を経て成立した憲法を現行憲法と呼称する。

第２節　韓国における国民と民族言説

1.　憲法２条の国民と人的存立基盤としての民族

朝鮮半島における民族概念の重要性

国民が国家において重要な意味をもつのは，近代国民国家それ自体の成立と存続において国民が必然的要件とされるためである。韓国の国民概念は，伝統的に一体性・同質性を重視しており，単一民族たる朝鮮民族をその人的存立基盤としておいている[3]。すなわち，朝鮮民族を中心とした韓国の国民となることができる資格である国籍を取得している韓国国民がその存立基盤であるということは，歴史的に自明なこととして甘受されてきた[4]。

朝鮮半島にとって民族概念が重要であるのは，民族概念がその共同体的属性ゆえに現在の分断状況を否定し，南北韓の統合を指向しなければならない政治的民族主義と親和力が強いためである。単一民族意識と呼称されるこのような集合意識は，人種的・文化的な原理を一次的に強調するものであるが，同時に１つの独立国家として存続しなければならない政治的民族主義の原理をもう１つの軸とする。このように，国民と民

---

[3] 허영『한국헌법론[전정 8 판]』[=韓国憲法論［全訂 8 版］](박영사, 2012 년) 189 면. そのほかにも，各条文によって国民の意味は異なるとして，①憲法前文および 1 条 2 項にいう国民は主権保有者であり国籍保有者の総体，②選挙権と国民投票権の主体としての国民は主権行使者であり有権者の総体，③憲法 10 条以下の基本権条項にある国民は基本権主体として大韓民国国籍を有する個人(一定の場合は法人も含む)，④基本義務を規定した 38 条および 39 条 1 項の国民も大韓民国国籍をもつ個人である,と分類する見解もある(양건『헌법강의 [제 3 판]』[=憲法講義［第 3 版］] (법무사, 2011 년)119 면)。

[4] なお，単一民族たる朝鮮民族の形成過程についてその始まりをどこにおくかについては議論があり，これは「古代史研究の最重要課題の 1 つ」でもある(木村誠「朝鮮古代における国家と民族の形成」朝鮮史研究会論文集 25 集(1988 年)20 頁)。近代以前より朝鮮半島には，長きにわたり単一民族としての国家をなし，生活共同体を築いてきたと考えられ，古くは古朝鮮にまで遡ることになる(朝鮮民族が実際に単一民族であったかについても,当然議論の存在するところである(송기호「입문 역사: 우리 민족의 기원과 형성(4)-역사학적 관점; 민족의식과 민족주의」［=入門歴史：我が民族の起源を形成(4)-歴史学的観点；民族意識と民族主義］공학교육 11 권 4 호(2004 년), 조한상「국민의 헌법적 의미-객관주의와 주관주의를 중심으로」[=国民の憲法的意味-客観主義と主観主義を中心に]법학연구 48 집(2012 년))。韓国は檀紀 4281(1948)年 7 月 12 日に憲法を制定したが,「壇紀(檀君紀元)」とは檀君が古朝鮮で即位した紀元前 2333 年を元年とする元号である。先史時代である古朝鮮時代の倫理思想は，現在の民族精神の求心点とされ，現在の韓国における法精神の基礎として継承されるという説明が，法制史研究においてなされてもいる(최종고『한국법사상사[전정재판]』[=韓国法思想史［全訂再版］] (서울대학교출판부, 2004 년)21-23 면)。

族は今日まで区別された概念であることを認識してはいるものの概念的な混用が見られ，国民(국민)や民族(민족)以外にも，キョレ(겨레，同じ民族の意)，同胞(동포)，あるいは僑胞(교포)といった概念が同時に使用されてきた。

憲法上の民族規定

歴史的・人種的・文化的な関連性に重きをおき，政治主体を統一し概念化していくうえでの，民族主義的な主体形成の傾向は，制憲憲法(1948年7月12日制定,7月17日公布[5])をはじめとした歴代の憲法条文上現れている[6]。例えば，制憲憲法の前文では，「悠久の歴史及び伝統に光輝く我らが大韓国民は，己未三一運動で大韓民国を建立して世界に宣布した偉大な独立精神を継承し，これから民主独立国家を再建するに際し，正義人道及び同胞愛により民族の団結を鞏固にし,(…中略…)我々の正当かつ自由に選挙された代表により構成された国会で檀紀4281年7月12日この憲法を制定する」という表現を用いている。この表現が意味するところは，すなわち我らが大韓国民とは，韓国を建国する者として建国する前までこの領域に存在してきた旧構成員と連結されることが想起されている[7]。この前文は，現行憲法にも踏襲されており，「悠久の歴史と伝

---

[5] 韓国では，最初の大韓民国憲法を制憲憲法と呼称しており，本稿でもこの呼称を踏襲する。

[6] 韓国政府が樹立する以前にも，その前形である大韓民国臨時政府(1919-1948年)が制定し，改憲した「大韓民国臨時憲章(1944年4月22日第5次改憲)」の「大韓民国の人民は，韓国民族とする」(3条)という規定からも明らかであるように，韓国樹立に至るまでは人民という表現が，国民と比較しても頻繁に用いられていた。しかし，労働者・農民・知識人・民族資本家などを指す言葉であることから，「人民」は北朝鮮で法的・政治的な概念として用いられ，韓国では用いられなくなった。制憲憲法の起草者である兪鎮午は，かつて「人民という言葉は，大韓帝国の絶対君主制下でも用いられた言葉であり，アメリカ憲法においても人民(pople, person)は国家の構成員としての市民(citizen)とは区別されている。『国民』は国家の構成員としての人民を意味し，国家優越の香りをまとい，国家であっても容易に侵犯できない自由と権利の主体としての人間を表現するために，必ず適切ではない。結局，我々はよい単語1つを共産主義者に取られたことになる」と述べていることからも明らかであるように，韓国では人民という用語を使用しない傾向は深化していった(박명규『국민· 인민· 시민-개념사로 보는 한국의 정치주체』[=国民・人民・市民-概念史でみる韓国の政治主体] (소화, 2009년)109-110면)。

[7] キム・ギョンジェによると，「大韓民国建国当時，大韓国民という建国の主役たちが，進んで自称した『大韓国民』の特性を共有する国民が大韓国民であり，歴史的に大韓民国の前に朝鮮という単一化された支配体制に属し，人種的には蒙古族に属し，そして文化的には当時朝鮮語を使用して，儒教の影響を受けて教育されて生活した者たちであった」という(김경제「헌법 제2조의 국민」[=憲法第2条の国民]공법학연구 9권 2호(2008년)73면)。一方，金聖昊およびチェ・

統に輝く我が大韓国民は，3・1 運動により建立された大韓民国臨時政府の法統及び，不義に抗拒した 4・19 民主理念を継承し，祖国の民主改革と平和的統一の使命に立脚して，正義，人道及び同胞愛により民族の団結を強固にし，全ての社会的弊習と不義を打破し，(…中略…)我々と我々の子孫の安全と自由と幸福を永遠に確保することを誓いつつ，1948 年 7 月 12 日に制定され，8 次にわたって改正された憲法を，ここに国会の議決を経て，国民投票により改正する」と規定されている。

前文以外にも現行憲法では，9 条「国は，伝統文化の継承，発展及び民族文化の暢達に努力しなければならない」，69 条「大統領は，就任に際して次の宣誓をする。『私は，憲法を遵守し，国家を保衛し，祖国の平和的統一並びに国民の自由及び福利の増進並びに民族文化の暢達に努力し，大統領としての職責を誠実に遂行することを国民の前に厳粛に宣誓します。』」といった規定からも，民族という言説自体を重要視していることがうかがえる[8]。これは，変わらぬ分断体制の中その現実を背景に歴史的経験や文化を同じくする民族の団結をもって統一を指向しなければならないという理解に基づくものであり[9]，また植民地支配と米軍軍政下におかれていた経験から，韓国固有の伝統文化や民族文化がわい曲されたことを考慮したものとも理解されるが[10]，その一方で批判が提起されてもいる[11]。

ミョンホによると，1948 年 8 月 15 日に韓国が建国されたのであれば，通じ的にそれ以前に存在していたかの韓国人らとの関係をどのような方式で概念化しなければならないかについて，本質性の次元(実定法上)の把握と，正当性の次元(政治哲学上)の把握から検討している。前者の次元からみれば，「我らが大韓国民」は朝鮮民族全体のカテゴリー的な均一性が存在するが，後者の次元からみれば政治的人民として解釈できる糸口が提供されているとする(김성호・최명호「1948 년 건국헌법 전문(前文)에 나타난 우리 “大韓民國”의 정체성과 정당성」[=1948 年建国憲法前文に現れる我が “大韓民国” のアイデンティティと正当性]한국정치학회보 42 집 4 호(2008 년)108 면)。また，金聖昊および咸在鶴は，憲法制定時における「我らが国民(We, the people)」の意味について，韓国と日本を対象に，歴史的継受と外的影響の側面から実証的検討を試みている(See Chaihark Hahm and Sung Ho Kim, Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea, (Cambridge University Press, 2015)。

[8] 現行憲法 9 条のような規定は，文化国家条項として理解されており，その性質は，積極的課題として文化の振興を国家に対して要請する「国家目標規定」であると理解される(전광석「헌법과 문화」[=憲法と文化] 공법연구 18 권(1990 년)177 면)。

[9] 김상겸「헌법 제 9 조」[=憲法第 9 条]『헌법주석서 Ⅰ』[=憲法注釈書 Ⅰ](법제처, 2010 년)264 면.

[10] 現行憲法 9 条の沿革・法的性格についての日本語文献としては，牧野力也「韓国憲法における『伝統』の解釈：家族制度をめぐる憲法裁判所の判決を素材として」筑波法政 57 号(2014 年)が詳しい。

[11] このような批判は，民族規定は「社会統合を追究すべき憲法典に明記されていることは望ましいことではなく，国粋主義に嵌った民族主義という傾向にあ

以上のように，現行憲法における民族という用語の使用，朝鮮半島の歴史的背景を鑑みると，単一民族観は政治・社会・文化的な要素と密接に関連していることはもちろん，国民概念にも大きな影響を与えており，今日南北間統一を推進させる源泉として，海外同胞らの民族愛と母国観を生み出す思想的な軸となっている[12]。

2. 国家の要素としての国民

憲法上の国家三要素説

韓国憲法において国民は，国家に次いで多く言及される用語である。韓国憲法における国民の定義は2条1項で確認することができるが，まずはその前後の条文について確認する。

現行憲法

1条1項　大韓民国は，民主共和国である。

1条2項　韓民国の主権は，国民に存し，全ての権力は，国民から由来する。

2条1項　大韓民国の国民となる要件は，法律で定める。

2条2項　国は，法律が定めるところにより，在外国民を保護する義務を負う。

3条　大韓民国の領土は，韓半島及びその附属島嶼とする。

このような条文構造をおいた韓国憲法は，国家の意味に関する伝統的な学説である，ゲオルグ・イェリネックの国家三要素説に依拠していることは容易に理解できる[13]。この点については，憲法裁判所も「国民は領土,主権とともに国家の三大要素のうちの1つである」と明示している[14]。

るという点も無視することはできない」として指摘されている（이한태「헌법상 '민족' 개념에 대한 소고」[=憲法上の“民族”概念に関する小考] 인문사회과학연구 14 권 2 호(2013 년))。

[12] 盧泳暾「1997 년 國籍法 改正案의 檢討」[=1997 年国籍法改正案の検討] 서울국제법연구 4 권 2 호(1997 년)34 면. これは，韓国における近代的な意味での憲法が，植民地支配以来これを克服したものとして，民族主義的視野が導入されたものとみることができる。なお，南北問題と関連しては，現行憲法4条において「大韓民国は，統一を指向し，自由民主的基本秩序に立脚した平和的統一政策を樹立して，これを推進する」という統一条項をおいている。

[13] 장용근「헌법 제 2 조」[=憲法第 2 条]『헌법주석서 Ⅰ』[=憲法注釈書Ⅰ] (법제처, 2010 년)96 면.

[14] 헌재 2000 년 8 월 31 일, 97 헌가 12, 판례집 12-2, 174 면. 本件は，国籍法2条1項(当時)の父系血統主義の違憲可否審判であった。事件の詳細については，Ⅰ.2.で言及する(脚注 44 を参照)。なお，伝統的な国家三要素説とは異なり，憲法1条で国民主権を規定し，2条1項でその国民の範囲を設定することで，

国籍法定主義

ところで，憲法2条1項の条文から明らかであるように，国民の要件は法律によって別途定める必要がある(国籍法定主義)。国籍とは，個人が特定の国家の国民となる資格を意味し[15]，特定の国家の構成員として，外国人と区別するメルクマールである[16]。国籍の定義等に関する憲法裁判所の見解は，後述する父系血統主義に対する違憲可否を取り上げた2000年の判決で明示されている。

> 「国籍は国民となる資格・身分を意味するため，国民でない者は外国人(外国籍，二重国籍者，無国籍者を含む，以下同様)とする。国民は，恒久所属員であるため，どこにいようとも，彼ら彼女らが属する国家の統治権に服する義務を負担し，国外にいるときは，例外的に居住国の統治権に服従しなければならない」[17]。
>
> 「国籍は国家とその構成員間の法的絆であり，保護と服従の関係を意味するため，これを分離して考えることができない。すなわち，国籍は国家の生成によって発生し，国家の消滅はまさに国籍の喪失事由である。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」[18]。
>
> 「憲法前文は，憲法を制定した主体は国民であることを明らかにしており，…(中略)…第2章『国民の権利と義務』と題して，各条項に『国民』が基本権の主体であることを明示しているだけでなく，…(中略)…基本権の主体である国民の内容を立法者が形成することとした」[19]。

また，憲法が広範な裁量権の中で委任した国籍法が規定した要件を充

主権の実質的な内容を具体化している，という解釈論も存在する(장영수「헌법 제1조」[=憲法第1条]『헌법주석서Ⅰ』[=憲法注釈書Ⅰ](법제처, 2010년)65면)。

[15] 석동현「국적의 개념과 그 득성에 관한 고찰」[=国籍の概念とその特性に関する考察]법조 통권 494호(1996년)28면. なお，憲法体系書の中には，「国民としての身分または国民となる資格」と端的に説明しているものもある(권영성『헌법학원론[개정판]』[=憲法学概論[改訂版]](법문사, 2009년) 117면)。

[16] 憲法は，多くの国民の権利・義務に関連する規定がおかれているが，外国人に関しては，6条2項「外国人は国際法および条約の定めに従い，その地位を保障する」という規定が存在する。

[17] 헌재 2000년 8월 31일, 97헌가12, 판례집 12-2, 174면.

[18] 헌재 2000년 8월 31일, 97헌가12, 판례집 12-2, 175면.

[19] 헌재 2000년 8월 31일, 97헌가12, 판례집 12-2, 178면.

足すれば韓国国民となるのであり，国籍保持者としての韓国国民であれば，物理的に韓国の領土に滞留しているか否かは問われない。

また，朝鮮半島の分断体制は韓国の憲法条項にも影響を与えている。現行憲法3条の領土条項によって「韓半島およびその付属島嶼」全てを自国の空間的領域であるということが主張されている[20]。

このような3条の領土条項がもつ法的性格は，国民形成において北朝鮮公民を含めるか否かという論点と関連する。では，具体的に国籍法はその変遷の中で，誰を国民であると観念してきたのであろうか？以下では，韓国における国籍法制の変遷について概観する。

第3節　国籍法制の変遷

1. 国籍法前史

戸籍制度

かつての朝鮮半島における身分登録制度としては，新羅時代の村籍制度[21]や，高麗時代の戸口調査[22]がされるなど，戸籍制度は存在していた。李氏朝鮮時代には族譜が盛んに変遷され，戸籍よりも族譜により重点を置かれていた。日本式の家概念が加わった戸籍制度が導入されるまで，身分登録制度は，血統や祖先の繋がりを重視したものであったとされる[23]。

朝鮮半島では国籍法が制定される以前，日本の戸籍制度[24]に則った「民籍(민적)(1910年，法律第8号)」，そして「朝鮮戸籍(조선호적)(1922年，朝鮮総督府令第154号)」がおかれていた。それ以前の身分制度は，同種の親族関係について記載した書類である族譜がその中心を担っていたが，

---

[20] ただし，3条の領土条項が存在する一方で，韓国憲法は4条に「大韓民国は，統一を指向し，自由民主的基本秩序に立脚した平和的統一政策を樹立し，これを推進する」という統一条項をおいている。このような憲法上の条文間の矛盾と，国内法および国際法上の北朝鮮を国家とみる視角の差異，および法規範と現実政治の乖離等の特殊な状況は，既存の憲法理論と解釈をそのまま適用させることができないという点から，南北特殊関係論と言われている。このような特殊関係の中で，3条の領土条項，そして4条の統一条項に基づき，北朝鮮をどう位置づけるかという見解は多岐にわたるが，その多くは北朝鮮政府を合法な政府として認めない傾向が強い(최유「북한이탈주민의 법적 개념에 관한 소고」[=北韓離脱住民の法的概念に関する小考]법학논문집 38 권 3 호(2014 년)9 면)。なお，南北基本合意書の前文では，南北間の関係が「国と国との関係ではない，統一を指向する過程において，暫定的に形成される特殊関係」であると言及している。しかし，南北はそれぞれ1991年に国連に加盟し，国際社会では一部の少数国家を除いて南北間をそれぞれ国際法上の国家として承認している。

[21] 家族，資産などを集計し民政文書が残されていた。

[22] 課税，身分，親族関係(四祖，八祖の記載)等を把握，李成桂戸籍や高麗開城戸籍などが記載されていた。

[23] 詳細は，崔弘基『韓国戸籍制度史の研究』(第一書房，1992年)を参照。

[24] 日本の戸籍制度は，家制度，本籍概念，家父長制戸主制度を具備している。

これは，血統や祖先との紐帯を重視したものであった[25]。日本の植民地支配により，当時朝鮮半島に居住していた者，強制連行等の理由によって日本やその他の地域に居住していた者等問わず，全ての朝鮮人は日本臣民であったにもかかわらず[26]，内地臣民が登載された戸籍(内地戸籍)とは異なる戸籍(朝鮮戸籍)に編入され，異なる法的地位におかれていた。この区別は，その後日本のみならず韓国においても，日本人と朝鮮人とを区別するうえでの重要な基準として用いられた[27]。

前身としての臨時条例

近代的意味での立法体制以来，韓国最初の国籍法は，1948年5月11日に大韓民国の前身である南朝鮮過渡立法議会[28]が制定した「国籍に関する臨時条例(국적에 관한 임시조례)(南朝鮮過渡政府法律第11号)」(以下，臨時条例という)であると考える見解が多数説である[29]。朝鮮半島では，日本による植民地支配から解放された後，アメリカ・旧ソ連による戦後処理が実施され，朝鮮半島に居住する者およびかつて居住していた者の法的地位は不安定な状態であった。米軍政側は，敵産(vested property)処理の際，財産を有する個人の国籍が日本か否かについて，明白な基準をおく必要に迫られていたことから[30]，1947年9月30日に米軍政側が

---

[25] 朝鮮戸籍令は，大韓帝国政府によって公布された1909年「民籍法」および「民籍法執行心得」を制度的に補完したものとして，日本式の戸籍制度を形式上全般的に継受した結果であり，解放以後は韓国戸籍制度の土台とされた。その後も韓国において戸籍制度は維持されてきたが，妻の入籍に関する規定である韓国民法781条1項後段部分(当時)の法令違憲審査(헌재 2005 년 2 월 3 일, 2001 헌가 9, 판례집 17-1)においてによって，戸主制度は個人の尊厳と両性平等に立脚した婚姻と家族生活の基本権を侵害するものとして，憲法不合致の判決がなされている。

[26] 江川英文らによると，「朝鮮人は広い意味で日本人であり，日本の国籍をもつ者ではあるが，種族的ないし民族的には固有の意味の日本人とは明らかに区別され，特別な地位におかれていた。これは朝鮮に居住する朝鮮人だけでなく，内地に居住する朝鮮人についても同じであった」(江川英文・山田鐐一・早田芳郎『国籍法[第3版]』(有斐閣，1997年)，201頁)。

[27] 当時朝鮮半島以南は米軍政が実施されており，米軍政法令第21号(1945年11月2日発効)によると，1945年8月9日施行中である法令は，特別命令によって廃止されるまで効力があると規定した(명순군· 이철우· 김기창『국적과 법, 그 기원과 미래』[=国籍と法，その起源と未来](고려대학교법학연구원, 2010 년)42 면)。

[28] 南朝鮮過渡政府は，1947年6月に設立され，3年に渡り朝鮮半島以南地域を統治していた。

[29] 南朝鮮過渡政府が，韓国政府樹立前に実質統治をしていたことから，国籍に関する立法が可能なのか，といった疑問も存在する。このような疑問とも関連して，臨時条例の法源性が問題となる。

[30] 米軍政は「朝鮮内所在日本人財産取得に関する件」(法令第33号)を公布し，日本人所有財産および収入に対する所有権を1945年9月25日より軍政に帰属

国籍法制定を提起し，南朝鮮過渡立法議院は起草案を法制司法委員会に委任した。こうして，第188回会議(1948年1月12日)にて報告された草案は，同年3月19日に可決されその後の国籍法制の基盤となった。

計6条からなるこの臨時条例は，大韓民国政府樹後に制定される国籍法が確立されるまでの期間施行されるものであった(1条[31])。特に，国民の境界設定という重要な局面において，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強調する傾向にあり[32]，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。

臨時条例
2条　次の一に該当する者は，朝鮮の国籍を有する。
1.朝鮮人を父として出生した者
…(以下略)…[33]

この血統主義はいわゆる父系血統主義であり，父系血統主義は韓国における慣習的な宗法制[34]に由来する家父長的な儒教観念を重視することに

させたが，その後所有権紛争が発生した。その紛争の理由の1つは，朝鮮人と日本人の区分が不透明である場合があったためである。創氏改名等により日本式の名前が使用されていたことも，その区分に対する不透明さをもたらす原因となったため,米軍政が行った処置の1つに創氏廃止と朝鮮名復旧もあった(**金壽子**「대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의 과정에 나타난 '국민'경계 설정」[=大韓民国政府樹立前後の国籍法制定議論の過程において現れる“国民”の境界設定]한국근형대사연구 49집(2009년)116-117면)。

[31] 臨時条例1条「本条例は,国籍法が制定されるまで,朝鮮人の国籍を確立し,法律関係の帰属を明らかとすることを目的とする。」
なお，臨時条例の日本語訳は，奥田安弘・岡克彦『在日のための韓国国籍法入門』(明石書店，1999年)より引用する。

[32] 法制司法委員会委員長白寛洙は,軍政長官によって国籍確立に関する法律作成を要請され,「国家が樹立し，真正な国籍法が制定されるまで，朝鮮人の国籍を確定させ，法律関係の帰属を明白にすることを目的にしており，血統主義に立脚した法律を制定した」と報告している(檀紀4281(1948)年1月27日第197次会議『南朝鮮過渡立法委員速記録5』(大韓民國國會，1999년)244면)。

[33] 臨時条例2条「…(略)… 2. 朝鮮人を母とした者で，その父を知る事ができない又はその父がいずれの国籍も有しないとき　3. 朝鮮内で出生した者で,その父母を知ることができない又はその父母がいずれの国籍も有しないとき　4. 外国人で，朝鮮人と結婚して妻となった者　但し，婚姻解消により外国に復籍した者は除く　5. 外国人で,朝鮮に帰化した者　但し,帰化の要件及び帰化人の権限は，別に法律で定める。」

[34] 宗法制とは，父系血統によって結ばれた血縁共同体である宗族が，先祖祭祀を中心として一族を統率する制度である。詳細については，岡克彦「韓国における儒教的家族制度の現代的変容−『戸主制』の存廃をめぐる法文化論」角田猛之・石田慎一郎編『グローバル世界の法文化：法学・人類学からのアプローチ』(福村出版,2009年),青木清「北朝鮮公民の韓国国籍」法政論集227号(2008年)などを参照。

よるところが大きかった。

制定過程で議論されたのは，朝鮮半島に居住する者であり朝鮮民族である者の中で，外国国籍保持者が朝鮮の国籍を保持することができるのかであった。これは，国民の境界を設定するうえで，一個人が二重国籍保持者として2つの国の構成員とされた場合，完全な国民を形成することができないのではないかという，否定的な認識によるものであった[35]。そのため，婚姻による国籍の得喪（2条4号，4条[36]2号），国籍唯一の原則(4条，5条[37])などが条文に盛り込まれた[38]。外国の立法例でも主流とされていた父系血統主義は，二重国籍の発生を出生段階で防止することができ，また韓国の単一民族観と適合するとして採用されたのであった。

2. 制定国籍法とその改正

制定国籍法

1948年12月20日，韓国憲法が制定されて以降最初の「国籍法(국적법)(1948年12月20日法律第16号)」が制定された(以下，制定国籍法という)。この国籍法は，制憲憲法3条「大韓民国の国民となる要件は法律で定める」を継承し，憲法の委任に基づいて制定された法律とし

---

35 特に親日派の存在をあぶり出すべきだという認識は，多くの議員の中で共有されていた。日本で居住していた在日朝鮮人も日本の戸籍に登載されたわけではなく，「朝鮮人」であるとして朝鮮戸籍に登載されていた。日本の戸籍との交流は特別な身分変動の自由がある場合(例えば養子，結婚，認知などの要因によってのみ)に限定されていた。しかし，日本の戸籍に登載されまさしく日本臣民となっていた者は，当然に「国籍・戸籍からの離脱手続」を踏まなければならないことが強調され，その手続を踏まない限りにおいて権利・義務も制限されなければならないと主張された。例えば，法制司法委員黄保翌議員は「解放以前の朝鮮人が養子，結婚，認知等で日本戸籍を取得した者，即ち日本植民となった者については，当然に離脱の手続を踏まなければならない」などと発言している(壇紀4281年2月6日第203次会議，大韓民國國會編『南朝鮮過渡立法議員速記録5』(先人文化社，1999년)387면)。

36 臨時条例4条「左の一に該当する者は，朝鮮の国籍を喪失する。1.外国に帰化した者　2.外国人の妻又は養子となった者。」

37 臨時条例5条「外国の国籍又は日本の戸籍を取得した者で，その国籍を放棄するか日本の戸籍を離脱した者は，壇紀4278(1945)年8月9日以前に朝鮮の国籍を回復したものとみなす。」

38 日韓併合の際に朝鮮人は日本臣民でありながら，内地たる日本戸籍とは別途，朝鮮戸籍に登載されており，日本の戸籍との交流は特別な身分変動事由がある場合にのみ限定されていたが，婚姻等の事由によって日本の戸籍に登載される場合もあった。また，外国(例えば旧ソ連，中国，またはアメリカ等)で外国国籍を取得した者も存在した。彼ら彼女らは日本の戸籍あるいは外国の国籍を離脱することで，朝鮮国籍を回復できたのである。臨時条例5条の規定は，日本の国籍処理と適合する内容であるということができる。日本は戦後の国籍処理として，平和条約発効時に内地戸籍にある者は日本国籍を有し，外地戸籍にある者は，日本国籍を喪失する処理を行った。最高裁判決(最小判1961(昭和36)年4月5日民集15巻4号657頁以下)も，これを追認している。

て，その内容において国家の基本的な構成要素たる国民の範囲を定めたものである。本法の原則は，韓国国籍法制度の骨格であり，幾度かの改正を経験しながら，1997 年で大きくその内容が改正されるまで維持されてきた。重要な原則としては，父系血統主義および単一国籍の原則があげられる。特に，単一民族性を維持するための父系血統主義は，重要な原則として臨時条例から引き継がれた。臨時条例と異なる国籍法制定における争点は，同じ民族でない外部者が韓国国籍を取得し韓国国民となることによる，単一民族の純粋性喪失への危惧であり，結果として韓国国民となるための要件は強化された。

生来的な国籍決定基準は，2 条で明文化されている。

制定国籍法
2 条 1 項　次の各号の一に該当する者は，出生と同時に大韓民国国籍を取得する。
1. 出生当時に，父が大韓民国国民である者
2. 出生する前に父が死亡した場合，死亡当時に父が大韓民国国民であった者
3. 父を知ることができないか又は国籍がない場合，母が大韓民国国民である者，
4. 父母を知る事ができない場合やいずれの国籍も有しない場合には大韓民国で出生した者，
5. 大韓民国において発見された棄児は，大韓民国で出生したものと推定する。

2 条は父系血統主義を原則としながら，母系血統主義，出生地主義(2 条 4 号)を補充的に規定した[39]。また，国籍喪失事由に外国の国籍を取得した者，あるいは二重国籍保持者として法務部長官の許可を得て国籍を離脱した者などを挙げることで，二重国籍を原則的に禁止した。このように，父系血統主義・単一国籍原則を基盤に，外部の血統を厳格に制限する国籍法が成立したのである[40]。

---

[39] 後天的な国籍取得事由としては，婚姻(3 条 1 号)，認知(3 条 2 号)，帰化(3 条 3 号，5 条，6 条，7 条)，国籍回復(14 条)，そして夫の国籍取得にともなう取得(8 条)の 5 つが挙げられ，その要件は厳格であった。

[40] このような厳格な制限を主張した議員は，排他的な価値観を共有する議員(金明東議員他（국회사무서「제 1 회국회속기록」[=第 1 回国会速記録]제 119 회(1948 년 12 월 1 일)1161 면[金明東議員発言]他）)や，独立運動を経験した議員(朴允源議員他（국회사무서「제 1 회국회속기록」[=第 1 回国会速記録]제 119 회(1948 년 12 월 1 일)1160 면[朴允源議員発言]他）)らであった。

第4次国籍法-父系血統主義から両系血統主義へ-

国籍法は，制定以後数次にわたり改正がなされたが，特に1997年の第4次改正と，後述する2010年の第10次改正は，臨時条例および制定国籍法が重視してきた原則を変更する大改正であった。

「第4次国籍法(1997年12月23日法律第5431号)」は，父系血統主義から両系血統主義へと移行した（以下，第4次国籍法という)。1984年12月27日に「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」(以下，女子差別撤廃条約という)を韓国政府が批准したため，同条約9条「国籍に関する差別の撤廃」[41]に付随する原則の変更が必要となった[42]。変更された諸原則は，父系血統主義，そして婚姻にともなう妻の随伴的国籍変動などの夫婦国籍同一主義である。憲法裁判所では父系血統主義が平等原則に反するのではないかとして違憲法令審査が付託されたが，憲法裁判所は国籍法が改正されたのちに下記の通り旧法が違憲であったと判断している。その内容は，以下の通りである。

> 「父系血統主義原則を採択した旧法条項は，出生した当時の子の国籍を父の国籍にのみ合わせて，母の国籍は単に補充的な意味のみを付与する差別を行っている。このように韓国人父と外国人母の間での子と，韓国人母と外国人父との間の子を差別的に取り扱うことは，母が韓国人である子とその母に対して不利な影響を与えることから，憲法11条1項の男女平等原則に反する。韓国人と外国人間の婚姻において，配偶者の一方が韓国人父である場合と韓国人母である場合の間で，性別に基づく特別な差異があるわけでもなく，両者ともその子であれば韓国の法秩序および文化に適応し，共同体において欠点なく生活することができる同等の能力および資質を有しているにも関わらず，家族全体の国籍を父にのみ連結させている旧法条項は，憲法36条1項[43]に基づく両性の平等原則に違背する」[44]。

---

41 女子差別撤廃条約9条「1.締約国は，国籍の取得，変更及び保持に関し，女子に対して男子と平等の権利を与える。締約国は，特に，外国人との婚姻又は婚姻中の夫の国籍の変更が，自動的に妻の国籍を変更し，妻を無国籍にし又は夫の国籍を妻に強制することとならないことを確保する。2.締約国は，子の国籍に関し，女子に対して男子と平等の権利を与える。」

42 韓国政府は1984年に女子差別撤廃条約を批准して以降，同条項の適用を留保し続けたが，1990年12月より法務部が国籍法改正と区別分科委員会を設置，公聴会等を通じて改正作業に取りかかった(奥田安弘・岡克彦，前掲注(31)16頁)。民族の純粋性を重要視してきた制定国籍法からの大幅な改正は，80年代後半以降外国人労働者の定住化，国際結婚の増加など，韓国社会構造の変化や家族観・結婚観等の既存の枠組からの変化にともなうものであった。

43 現行憲法36条1項「婚姻及び家族生活は，個人の尊厳及び両性の平等を基礎として成立し，維持されなければならず，国は，これを保障する。」

44 国籍法改正作業中の1997年6月，パキスタン人父および韓国人母である夫婦2組が，子どもの国籍確認の訴えをソウル地方法院議政府支院に提起すると

なお，両系血統主義導入によって複数国籍保持者が増加することを見込み，国籍留保制度を同時に導入すべきとして，国籍法改正特別分科委員会が検討に着手していた。これは，日本の改正国籍法を参照したものである。しかし，反対意見も提起されたことから導入はされなかった[45]。

第 10 次国籍法-制限的複数国籍制度の導入-

2010 年に改正された「第 10 次国籍法(2010 年 5 月 4 日法律第 10275 号)」は，父系血統主義と共に骨子となる原則であった国籍単一主義を緩和する，画期的な改正が行われた。すなわち，制限的ではあるが複数国籍を許容する制度を導入したのである[46]。

第 10 次国籍法

10 条 1 項　大韓民国の国籍を取得した外国人でなお外国の国籍を有する者は，大韓民国の国籍を取得した日から 1 年内に，その外国の国籍を放棄しなければならない。

2 項　前項の規定にかかわらず，次の各号のいずれかに該当する者は，大韓民国の国籍を取得した日から 1 年内に，その外国の国籍を放棄するか，又は法務部長官の定めるところにより，大韓民国においてその外国の国籍を行使しない旨を法務部長官に対し誓約しなければならない。…(中略)…

3 項　1 項又は前項の規定を履行しない者は，その期間が経過した時に大韓民国の国籍を失う。

11 条の 2 1 項 出生その他この法律の定めにより大韓民国の国籍と外国の国籍をともに有することになった者(以下「複数国籍者」という)は，大韓民国の法令の適用については，大韓民国の国民としてであり，外国人でないものとみなす。[47]

同時に，父系血統主義の是非を憲法裁判所において違憲法律審判付託を申立てした(헌재 2000 년 8 월 31 일 97 헌가 12, 판례집 12-2, 167 면)。

[45] 公聴会に参加した在日朝鮮人の弁護士である金敬得が，国籍留保制度に対して在日朝鮮人同胞コミュニティの意思とは異なるとして，導入に対して強い反対意見をのべた(석동현『국적법』[=国籍法](법문사, 2011 년)67-68 면)。

[46] 第 4 次改正においては，複数国籍が許容されていなかったため，国籍選択制度が導入されていた。10 年の運営の間，複数国籍保持者らの多くが外国国籍を選択したことにより，韓国国籍を喪失する者が続出し，人口減少に起因することとなった。人口の減少は，国家経済力と直結するものであり，低出産・高齢化時代に備えた国家経済力強化のためには国籍制度に改めて手を加える必要性があった。

[47] なお，第 10 次国籍法の日本語訳については，奥田安弘・岡克彦・姜成賢『韓国国籍法の逐条解説』(明石書店，2014 年)より引用した。

国籍法11条の21項によると，出生若しくはその他本法に従い大韓民国の国籍と外国国籍を共に有することになった者を複数国籍者と定義付け[48]，複数国籍保持者は「大韓民国法令の適用では大韓民国の国民としてだけ処遇」し，「関係法令に従い外国国籍を保有する状態で職務を遂行できない分野に従事する場合には外国国籍を放棄しなければならない」として，複数国籍保持者の法的地位を明文化した。また，外国国籍保持者が韓国国籍を取得した場合，法律で規定した一定の者であれば，韓国で外国国籍を行使しない条件(外国国籍不行使誓約(외국국적불행사서약))で，外国国籍を維持しながら韓国国籍の継続保持が可能となった(12条1項)。なお，出生以外の理由で複数国籍の発生を認める場合は，①10条2項に従い外国国籍不行使誓約をした者[49]，②韓国国民で15条2項に従い外国国籍を取得することになった後6カ月内に法務部長官に大韓民国の国籍の保有の意思を申告した者，③旧国籍法一部改正法律附則2条1項に従い法務部長官に外国国籍不行使誓約をして韓国国籍を再取得したか同条2項に従い外国国籍を再取得した後に外国国籍不行使誓約をした者に限定されている(施行令16条)。

このような理由から，複数国籍を非常に限定的に許容するための一定の条件をおいており，国籍選択手続きが緩和されたとみるのが自然である。後天的に韓国国籍を取得した外国人は，1年以内に国籍を放棄するか，不行使誓約を申告すればよく，国籍選択を免れることになる[50]。ただし，外国国籍不行使誓約の性質については，「自国内において外国人として振舞うことを制限するだけであるから，直ちに不合理とはいえないかもしれないが，不当に行動を監視することになったり，プライバシー侵害のおそれが危惧される」[51]といった指摘もある。また，このように，表面上は世界的な立法傾向に符合するよう複数国籍制度を許容されたにもかかわらず，一定の条件をもとにこれを制限した点をどのように評価す

---

[48] 第10次改正を契機として，これまで二重国籍者と表現していた用語は，国籍を2つ以上有する場合もここに含めるべく，複数国籍者という用語に変更されている。

[49] 国籍法10条2項5号によると、①配偶者が韓国人であり，その配偶者と婚姻生活を維持している結婚移民者，②韓国に特別の功労がある者又は優秀な外国人で特別帰化した者，③国籍回復許可で国籍を取得した者で韓国に特別の功労がある者又は優秀な外国人に該当していると法務部長官が認めた者，④未成年で海外で入養した後に外国国籍を取得し外国で継続居住しながら国 籍回復許可で国籍を取得した者，⑤外国に長期居住し永住目的で満65歳以後に韓国に入国した者で国籍回復許可により国籍を取得した者，⑥本人の意思にもかかわらず外国の法律等により外国国籍の放棄が困難な者で，大統領令で定める者とされている。

[50] 外国国籍不行使誓約・国籍選択ともに行わない場合，原則として韓国国籍を喪失することになる。

[51] 奥田安弘・岡克彦・姜成賢，前掲注(47)25頁。

べきかが問題となろう。

当該改正に着手した背景として，国外移民の帰国後韓国国内における安定的な法的地位の確保，国際結婚による配偶者に対する人道的配慮，などが挙げられるが，一方で人口の減少に伴った低出産・高齢化時代に備えた国家経済力強化，優秀人材の確保等の政策的側面が挙げられる。特に，アメリカなどの国外移住を経て移住国で市民権を取得し，後に韓国国籍を放棄するケースが非常に増加していたことで，優秀な人材の流出現象が無視できない状態であったため，これを防止する目的も含まれていた。一方で，韓国社会では，複数国籍の許容には反対も多く，兵役忌避などの不正(国籍法 12 条 2 項 3 項)や,遠征出産(出生地主義を採用している国に出向き出産することで，子に外国国籍を取得させることを意味する，国籍法 13 条 3 項)[52]など，否定的なイメージが根付いていた[53]。

このような制限的複数国籍制度については，いくつか訴訟が提起されているが，ここでは憲法裁判所の判断を紹介することとする。2014 年に国籍法 10 条 1 項規定が幸福追求権,財産権,居住・移転の自由,参政権,平等権等を侵害するものとして憲法裁判所に訴訟提起された際，憲法裁判所は合憲判決を出しているが，かなり包括的に国籍に関する憲法裁判所の見解を明確にしている[54]。少し長いが，下記のように引用する。

> 「国籍に関する事項は，国の主権者の範囲を確定する高度の政治的属性をもっており，当該国家が歴史的伝統と政治・経済・社会・文化など諸般の事情を考慮して決定する問題である。憲法 2 条 1 項は，『大韓民国の国民になる要件は，法律で定める』として基本権の主体である国民の内容を立法者が形成するようにしている。これは大韓民国国籍の『取得』だけでなく，国籍の維持，喪失をめぐる全般的な法律関係を法律に規定するよう委任しているものと解釈することができる」[55]。

---

[52] 施行令 17 条 3 項によると、①子の出生前後を通算して，引き続き 2 年以上外国に在留するとき、②子の出生前後に外国の永住権または国籍を取得したとき、③子の出生当時留学，公務派遣，海外駐在または就業等社会通念上相当の理由により，法務部長官の定める期間外国に在留するときに関しては、遠征出産には該当しない(施行令)。

[53] 이금로「복수국적 허용의 국적법 개정과 의의」[=複数国籍許容の国籍法改正およびその意義]홍익법학 11 권 2 호(2010 년)121 면，藤原夏人「韓国の国籍法改正−限定的な重国籍の容認−」外国の立法 No.245(2010 年)115 頁他。複数国籍の許容について注目すべき点として，ドイツの議論を参考とした 2 世代出生地主義(2 世代にわたる国内出生者に国籍取得を認める立法)が検討されたが，結局はこれを導入することはなく，帰化制度の緩和でこれを解消することとなった。

[54] 헌재 2014 년 6 월 26 일, 2011 헌마 502, 공보제 213 호, 1076 면.

[55] 헌재 2014 년 6 월 26 일, 2011 헌마 502, 공보제 213 호, 1077-1078 면.

「国家の構成要素である国民，主権，領土は，一般的に，複数の国家が共有するものではない。自発的に外国国籍を追加で取得する者は，その外国法の支配に服属し保護を受けるという意思を表示し，その外国の構成員としての地位を取得するのであるが，このような保護と服属の関係を複数の国家に認めている場合，多くの問題点が発生しうる。つまり，自発的に外国国籍を取得した者に大韓民国の国籍も保有することができるように許可すると，出入国・在留管理が困難となりうる上に，各国家での権利のみを行使して兵役・納税などの義務は忌避するなど複数国籍を悪用する恐れがある」[56]。
「もちろん，人権としての国籍に対する権利を認めて国籍の問題が排他的な国内管轄の問題ではないという認識が，国際社会でますます幅広くなされているが，その主たる目的は，無国籍の発生を防止するためのものであり，主に国籍を取得する権利を認めて国籍を剥奪されれば無国籍となる場合には，国籍剥奪を禁止しようとするものであるため，本件のように 1 つの外国国籍を取得し，本来の国籍を喪失する場合とは区別される。…(中略)…したがって，たとえ国籍法 15 条 1 項が自発的に外国国籍を取得する大韓民国国民に原則的に複数国籍を許可していないことにより，請求人の居住・移転の自由および幸福追求権を制限する側面はありうるが，立法者が上記のように例外的に複数国籍を許可すると同時に，大韓民国の国民であった外国人については，国籍回復許可という別途容易な手順を通じて国籍を回復させる道を開いたことなどを総合して鑑みると，国籍法 15 条 1 項が請求人の居住・移転の自由および幸福追求権を過度に制限して侵害の最小性原則に違反したとみることができない」[57]。

また 2015 年の訴訟では，複数国籍保持者である男性に対して一定の国籍選択期間がおかれることは，憲法 14 条居住・移転の自由から導出される国籍離脱の自由に違背するのではないかとして[58]，憲法裁判所に訴えが提起された。憲法裁判所は，国籍離脱の自由に対する過度な侵害と主張する請求人らの主張を立法義務としてみることは難しいとして，合憲と判断された[59]。

---

[56] 헌재 2014 년 6 월 26 일, 2011 헌마 502, 공보제 213 호, 1078 면.

[57] 헌재 2014 년 6 월 26 일, 2011 헌마 502, 공보제 213 호, 1078 면.

[58] 国籍離脱の自由については，韓国憲法に明記されていないものの，憲法 14 条の居住・移転の自由から国籍離脱の自由(国籍変更の自由)は導出されると説明される(허영, 전게각주(3)472-473 면)。

[59] 헌재 2015 년 11 월 26 일, 2013 헌마 805, 2014 헌마 788(병합), 판례집 12-2 하, 346 면[356-357 면]. この事件は，出生と同時に韓国国籍とアメリカ市民権を取

なお，この判決には反対意見[60]と補足意見が付されている。カン・イルウォン裁判官による補足意見は，居住・移転の自由を保障する憲法 14 条が問題ではないと指摘する。

> 「世界人権宣言は，15 条で全ての者に国籍を保持する権利があり，国籍を変更することができる権利が否定されてはいけないと規定しており，13 条に従い居住・移転の自由を規定することで，国籍を変更することができる権利と，居住・移転の自由権が，互いに異なる権利であることを明白にしている。国籍を所持しこれを変更することができる権利は，その本質上，人間の尊厳と価値および幸福追求権を規定しいている憲法 10 条から導出されるものとし，したがって複数国籍保持者が韓国国籍を放棄する自由も同様に憲法 10 条から導き出されるのであって，居住・移転の自由に含まれるものではない」[61]。

カン・イルウォン裁判官による幸福追求権を根拠とすべきという指摘は，後述するが，複数国籍を制限する日本の国籍法 11 条 1 項に対する違憲訴訟で原告側が指摘していることでもある。兵役義務を根拠としたこのような議論は，血統主義を再考する議論とともに展開されるべきとの指摘もある中で[62]，今後韓国がどのような制度上の変容を見せるのか，注目に値する。

得した複数国籍保持者であるが，なんら通知を受けることなく 3 ヶ月以内の国籍選択を迫られ，(先天的な複数国籍保持者であっても)韓国国籍を離脱しなければ，兵役義務から解消されたのちでなければ今後韓国国籍を離脱することができないこととなり，第 1 国民役に編入されることとなった。そこで，両請求人は外国に基盤を置く先天的複数国籍保持者と韓国を生活基盤とする先天的複数国籍者は本質的に異なるにも関わらず一括的に扱っている点，男女の複数国籍保持者が合理的理由なく区別される点から，平等権を侵害していると訴え，国籍法 12 条 2 項の違憲確認を求めた。

[60] 反対意見は，血統主義国籍法により韓国国籍を取得したのみで，韓国との真正の紐帯や帰属感もなく権利を享有したこともほとんどない複数国籍者が，兵役義務を解消しなければ主たる生活根拠となる国家の国籍を選択できない点を指摘し，例外なく当該法律を適用することで複数国籍者に対して過度に不当な結果をもたらしうるとして，国籍離脱の自由を侵害すると指摘している (헌재 2015 년 11 월 26 일 2013 헌마 805, 2014 헌마 788(병합), 판례집 12-2 하, 346 면[345-346 면])。

[61] 헌재 2015 년 11 월 26 일 2013 헌마 805, 2014 헌마 788(병합), 판례집 12-2 하, 346 면[348 면].

[62] 『제외동포신문』[=在外同胞新聞] 2016 년 9 월 6 일, http://www.dongponews.net/news/articleView.html?idxno=32356[2019 년 1 월 10 일 확인].

3. 最初の韓国国民に関する法の欠缺

血統主義に基づく最初の韓国国民とは？

出生による国籍取得について，出生地主義をおく場合，ある者がその国家の領域内で出生したという事実のみを根拠に国籍が付与される。一方，血統主義をとる場合，父又は母の国籍を根拠に国籍が付与されるため，国籍法制定時に最初の国民の存在が明らかにされる必要があり，最初の国民の子孫が出生と同時に国籍を取得する根拠となる。制定国籍法は，このような最初の国民規定や経過規定をおいておらず，現在もこの議論は終着していない[63]。

臨時条例は，上述の通り父系血統主義を基本とした国籍要件を規定し，外国国籍を放棄するかまたは日本の戸籍を離脱したときは，遡及して朝鮮国籍を回復したものとみなしている。すなわち，臨時条例では不完全ながらある程度範囲が推測される最初の国民規定がおかれていたということになる[64]。

一方，制定国籍法 2 条は，父系血統主義を基準として韓国国民である者の子としての出生と同時に韓国国民としての身分を有すると規定している。しかし，解釈論理上このような規定では，別途の規定がない限り国籍法の施行日より以前に韓国の国籍保持者に該当する者(国籍法施行以後に出生した者の国籍取得の根拠)が示されていない。すなわち，最初の大韓民国国民(以下，最初の韓国国民という)[65]の範囲が定かでないのである。当該問題が放置されてきた理由としては，南北分断以降韓国の主権が実効的に適用されている以南地域に生活拠点をおいている者の場合，出生すると当然に朝鮮(韓国)の血統なのであり，法的に韓国国民であることに関して疑問を抱かなかったためと考えられる[66]。

臨時条例の法源性を含めて，最初の韓国国民関連規定がおかれていない当該問題に対しては，さまざまな見解が示され議論されてきた。大きくは，臨時条例が国籍法の法源であるとして最初の韓国国民関連規定の不在を立法上の欠陥ではないとみる立場と，これを否定する立場がある。

---

63 当該問題は，「韓国併合の有効性の問題にも関わっている」ため，日韓間においてもきわめて重要な問題であり(青木清，前掲注(34)836 頁)，また，植民地からの独立およびそれにともなう国家の連続性という難解な問題を抱えている。

64 盧永曒，전게각주(12)54 면.

65 韓国では，「最初の韓人」といった用語でもこれを説明している。この欠缺を日本で紹介した研究として，岡克彦「大韓民国の建国過程における国民確定の問題-『元祖韓国人』の国籍基準をめぐって」アジア法学会『アジア法研究の新たな地平』成文堂(2006 年)，青木清，前掲注(34)がある。なお，岡克彦は，最初の大韓民国国民を「元祖韓国人」と呼称し，青木清は「オリジナルな国民」と呼称する。

66 석동현，전게각주(45)310 면.

欠陥ではないとみる立場の中では，日本の植民地支配下での民籍・戸籍および米軍政期の戸籍を国籍としてみる慣行が，関連規定の不在を補完しているとみる見解[67]，日韓条約(1910年)は無効であり1948年に樹立したのはあくまで韓国政府であるため，1910年から48年までに出生した者も，その当時父が韓国国民であれば日本国籍を取得したのではなく韓国国籍を取得したのであるという見解[68]，などがみられる。

一方，臨時条例の法源性を否定し立法上の欠陥があると指摘する立場としては，血統主義は国籍の人的相続を追求するものであるため，最初の国籍保持者の範囲を定める経過規定が必須であるにも関わらずその規定が存在しないことは問題であり，その欠缺は臨時条例によって埋めることはできないとする見解[69]，制定国籍法が明文上の経過規定をおかなかったことは，国籍法制定以前に存在した住民を国籍保持者とする先行処置に関する規定のない法的欠缺を招くのであり，臨時条例は国籍法に先

---

[67] **鄭印燮「法的 基準에서 본 韓國人의 範囲」**[=法的基準からみる韓国人の範囲]**杜南林元澤教授停年記念『社會科學의 諸問題』(法文社**, 1988년)670-672면.

[68] **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(1997년) 203-204면. 李聖煥も，概ね金明基と同じ見解にたつ。李聖煥は，韓国は人的一体性や領土的一体性という観点においてかつての大韓帝国と同一であるという点から，韓国は大韓帝国の国家形態や国号が変更されたに過ぎないため，民籍または朝鮮戸籍に従うか，慣習的には両親が大韓帝国臣民の子孫である外国国籍を持たない者を，最初の韓国国民とすべきであると主張する(이성환 「대한민국 국민의 범위」[=大韓民国国民の範囲]법학논총 9집(1997년) 259면)。金明基・李聖煥の見解に対しては，韓国が大韓帝国の継承であるため，当然に国民も自動的に韓国国民の身分を取得すると擬制することは当為性・観念論的に理解できないわけではないが，法解釈論的観点から首肯し難いとする指摘もある(석동현, 전게각주(45)314-315면)。

[69] 盧泳暾は，①国籍とは根本的に国家を前提とし，臨時条例の制定・施行当時は米軍政期であったという点(南朝鮮過渡政府が制度制定を建議し，米軍政長官がこれを承認した点が問題)，②南朝鮮過渡政府が38度線以南の地域のみを対象としていた点，③1948年国籍法に臨時条例との適用関係が規定されていない点などを示し，これらの理由により臨時条例は欠陥があるとため，欠缺を埋めることはできないと指摘する(**盧泳暾「우리나라 國籍法의 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巻 2**號**(1996년)56-57면)。盧泳暾の指摘への反論として，鄭印燮は，①その地域を統治する当局の承認下で制定された法律が，独立後も維持することを選択されたのであれば，支配体制は問題とならない，②南朝鮮過渡政府の統治領域と同様に範囲を限定する条項は，臨時条例自体に存在しない，③臨時条例に「本条例は国籍法が制定されるまで」の適用が明記されている点を挙げる(**鄭印燮 「우리 國籍法上 最初 國民 確定基準에 관한 검토」**[=我が国籍法上の最初の国民確定基準に関する検討]國**際法**学會論叢 42巻 2號(1998년)240-246면)。

行する経過規定の役割を果たさないとする見解[70]などがある。

北朝鮮公民の法的地位：1992年大法院判決

南朝鮮過渡政府の設立に際して，1947年5月「南朝鮮過渡政府の名称(南朝鮮過渡政府法令第141号)」がおかれ，同法1条は，北緯38度以南の朝鮮を統治する機関を朝鮮過渡政府と呼び，立法・行政・司法部門を担う旨を定めている。そのため，南朝鮮過渡政府の統治範囲が以南地域であれば，臨時条例の範囲もそれに従うと考えるのが自然であり，北朝鮮公民も臨時条例および制定国籍法の適用範囲として包摂されるとみるのは無理がある[71]。現在，いずれの見解も最初の韓国国民規定の不在をいかに解決すべきか，その解法は，明確には示されていない[72]。

大法院は1992年，最初の韓国国民の範囲について，強制退去命令処分無効確認訴訟を通じて一定の判断を示している[73]。大法院の見解の核心的

---

70 權寧卨「헌법의 國民條項과 國籍法」[=憲法の国民条項と国籍法]考試界42호(1997년)96-97면.

71 現行憲法3条は領土条項を規定している一方，4条で統一条項をおいている。このような憲法上の条文間の矛盾と，国内法および国際法上の北朝鮮を国家とみる視角の差異，および法規範と現実政治の乖離等の特殊な状況は，既存の憲法理論と解釈をそのまま適用させることができないという点から，南北特殊関係論と言われている。そして，このような特殊関係の中で，3条の領土条項，そして4条の統一条項に基づき，北朝鮮をどう位置づけるかという見解は多様であるが，その多くは北朝鮮政府を合法な政府として認めない傾向が強い(최유, 전계각주(20)9면)。
南北基本合意書の前文では，南北間の関係が「国と国との関係ではない，統一を指向する過程において，暫定的に形成される特殊関係」であると言及している。しかし，南北はそれぞれ1991年に国連に加盟し，国際社会では一部の少数国家を除いて南北間をそれぞれ国際法上の国家として承認している。

72 岡克彦らは，臨時条例の効力を否定しても，朝鮮戸籍搭載者を最初の韓国国民と認めることは可能で，朝鮮戸籍に本来入籍すべきであった者として，朝鮮人と内地人との婚姻や身分行為があった者を含めることも可能であるとする。したがって，「外国国籍の取得による国籍喪失を否定しながら，生来的国籍取得に関する規定のみを遡及適用するという矛盾を避けることができる」(奥田安弘・岡克彦・姜成賢，前掲注(47)163頁)。

73 本件訴訟の原告は，1937年朝鮮人である両親の下で出生し，南北分断後は北朝鮮地域で居住した後中国へと移住した。中国国籍保持者との結婚後原告は，駐中国北朝鮮大使館において海外公民として登録していたが，中国旅券をもって韓国法務部より入国査証を発給され韓国に入国した。在留期間経過後も，原告は国内に引き続き居住する目的で関係機関に北朝鮮の海外公民証を提示し亡命の意思を示したが，法務部は，中国旅券を所持して入国した点から不法滞在であるとして強制退去を命じた。原告は，自身が海外公民(北朝鮮公民)であり韓国国民に該当するため，出入国管理法に基づく強制退去命令が無効であるとして，無効確認訴訟等を提起した。本件は，最初の韓国国民の範囲に関する問題のみならず，北朝鮮公民は韓国国民であり韓国国籍保持者とみるか否かに対する大法院の見解を提示するものでもあった(대법원 1996년 11월 12일 선고,

部分は次の通りである。

> 「国籍に関する臨時条例2条1号は，朝鮮人を父として出生した者は，朝鮮の国籍を保持することを規定しており，政権憲法3条は大韓民国の国民となる要件を法律で定めると規定しているが，100条において現行法令は，この憲法に抵触しない限り効力を有すると規定しているため，朝鮮人を父として出生した者は，臨時条例の規定に従い朝鮮国籍を取得し，1948年7月17日制憲憲法の公布と同時に大韓民国国籍を取得したのである」[74]。

大法院によると，1937年に朝鮮人である父の下で出生した原告は，制憲憲法100条[75]を根拠に遡及した臨時条例にしたがって「朝鮮の国籍」を取得したが，これによって1947年の政権憲法の公布と同時に韓国の国籍を取得したのであり，北朝鮮の国籍法に従い北朝鮮の国籍を取得し，その後北朝鮮の海外公民証を発給されたとしても，領土条項に基づき北朝鮮地域は大韓民国の領土に属すことから主権も及ぶものであるため，原告の韓国国籍が認められる，ということである[76]。

当該判決の妥当性に関する判断は，学説によって異なる。しかし，国籍法制定以前に出生した者が韓国国籍を有するか否かについて，出生と同時に朝鮮の国籍を取得し，制憲憲法の公布時点で韓国国籍を取得したのであって，この法理に基づき北朝鮮公民は韓国国民であると示した本判決を肯定する学説が多数説であり[77],この法理は当該判決をもってほぼ確立されているとする。一方，本判決は司法府の既存の考えを踏襲したに他ならないという少数説は，本判決でもこれを解消することはできないとする[78]。

---

96 누 1221).

74 대법원 1996 년 11 월 12 일 선고, 96 누 1221.

75 制憲憲法100条「現行法令は，この憲法に抵触しない限り，効力を有する。」

76 また，憲法裁判所もこのような大法院判決に従っている(헌재 2000 년 8 월 31 일 , 97 헌가 12, 판례집 12-2, 167 면)。

77 例えば，權寧卨, 전게각주(70), 張明奉「[判例評釈]領土條項을 根據로 北韓住民도 韓國國民으로 본 大法院判決(96 누 1221, 李英順事件)에 대한 評価價」[=[判例評釈]領土条項を根拠に北韓住民も韓国国民とみる大法院判決(96ヌ1221李英順事件)に対する評価値]憲法學研究 3 輯(1997 년)など。なお，金明基は，本判決の現実的価値について「北韓を国家と見なかったのは『大韓民国憲法』に明示された『平和的統一』を実現しようという現実的価値を基盤とした」ものであり，理念的価値について「北韓を国家と見なかったのは『民族史の伝統性の維持』に基礎付けられた国家の法的正統性を維していくため」であると述べる(金明基, 전게각주(68),189-193 면)。

78 노영돈「재일한인의 국적」[=在日韓人の国籍]白山學報 83 號(2008 년)716-

ところで，北朝鮮政府もまた，南北いずれの住民も自国公民であると捉えている。北朝鮮の国籍法の内容は，韓国国籍法のそれと大きく変わるものはない。北朝鮮憲法は 62 条 1 項において，「朝鮮民主主義人民共和国公民となる条件は，国籍に関する法によってこれを規定する」と明記している。すなわち，日本や韓国同様に，国籍法定主義を採用しているため，北朝鮮国籍者は北朝鮮公民と同義となる[79]。1963 年制定の北朝鮮国籍法(以下，北朝鮮制定国籍法という)では，「朝鮮民主主義人民共和国創建以前に朝鮮の国籍を所有していた朝鮮人とその子女で，本法の公布日までにその国籍を放棄しなかった者」を北朝鮮公民と規定し(1 条 1 項)，さらに，「朝鮮民主主義人民共和国公民の間に出生した子女」(4 条 1 号)，「朝鮮民主主義人民共和国の領域内に居住する朝鮮民主主義人民共和国公民と外国公民との間に出生した子女」(4 条 2 号)，「朝鮮民主主義人民共和国の領域内で発見された子女で，その父母が明らかでない者」(4 条 3 号)として，血統主義を採用しているが，外国国籍保有者は北朝鮮国籍を喪失するといった規定がなく，外国国籍も当然に北朝鮮国籍者となる。すなわち，北朝鮮制定国籍法は国籍単一主義を採用しておらず，複数国籍主義を許容しているこみることができる。北朝鮮制定国籍法は，韓国国籍法のように，最初の北朝鮮公民規定が完全に欠缺しているとは言い難く，朝鮮の国籍を所有していた朝鮮人という経過規定的文言を置いている。しかし，この朝鮮の国籍を所有していた朝鮮人の定義についてもいくつかの解釈が存在する 。結局北朝鮮もまた，最初の北朝鮮公民規定が曖昧であるがゆえに，韓国同様問題となるという複雑な状態に陥っている。

北朝鮮離脱民の保護政策

現実との乖離は，北朝鮮公民には韓国国民としての実質的な権利享受が適わないという点から示すことができる。韓国および北朝鮮は，共に対外的には国家としての要素を充足し，それぞれで国連にも加盟している特殊的な関係である[80]。そのような中で，実際に北朝鮮公民のなかでも，

---

717 면.

[79] 盧泳暾「**統一에 對備한 南北韓 國籍法의 比較研究**」[=統一に備えた南北韓国籍法の比較研究]統一問題와 國際關係 5 권(1994 년)，青木清，前掲注(34)が参考となる。

[80] 南北関係が改善傾向に向かった後の 1994 年国際連合への同時加盟，南北基本合意書の締結などといった一連の関係変化があったにもかかわらず，北朝鮮政府はその国家主権性を否定され続けてきた(1994 년 5 월 25 일, 대법원 94 도 930 (国家保安法が憲法の罪刑法定主義に違反するか否かが争われた訴訟)の大法院判決も，同様の立場である)。しかし，「もちろん南韓と北韓が個別国家として国連に加入した国際状況にも関わらず，大韓民国憲法 3 条に従い，北韓の国家性を全面的に否定すれば，特別な問題は発生しないのである」と主張もあ

韓国国民として韓国国籍を明示的に有し，国籍所持者として権利を享受できているのは，北朝鮮離脱民(脱北者)[81]として韓国に入国した者のみである。

北朝鮮離脱民とは，現行法である「北韓離脱住民の保護及び定着支援関する法律(1997 年 1 月 13 日法律第 5259 号)」(以下，北朝鮮離脱民法という)2 条 1 項によると，「北韓に住所，直系家族，配偶者，職場などをおく者であり，北韓国を離れた後外国国籍を取得していない者」をさす。

南北間の特殊関係，通説・判例上の見解に鑑みると，北朝鮮離脱民が亡命する場合，すなわち韓国の管轄権の及ぶ範囲内において韓国国籍を取得しようとする者であれば，他の外国人とは異なり，帰化手続を経ることなく韓国国籍を取得でき，韓国側に本籍を持たない者は，家族関係登録簿(かつての戸籍)に就籍することもできる[82]。しかし，北朝鮮公民も外国人であるとし，亡命や帰化の手続きを要するという見解[83]や，国内法上韓国国民であり，国際法上北朝鮮の国籍を有する二重の立場にあるため，一定の国籍取得手続きを経るべきだという見解も指摘されている[84]。

北朝鮮離脱民法によると，北朝鮮離脱民は亡命や帰化といった手続をとることなく，ソウル家庭法院に就籍許可申請書を提出し，家族関係登録を行うことで韓国国民としての地位を得ることとなる(19 条)[85]。しか

る(명순군· 이철우· 김기창, 전게각주(27)85 면)。見解がそれぞれの観点で若干異なっている理由は，北朝鮮との関係という政治的状況に影響をうけたためであり，それらを反映して仔細な見解の差異が生じている(國分典子「韓国における北朝鮮の法的位置づけと北朝鮮離脱民」マイノリティ研究班『アジアのマイノリティと法Ⅱ』(関西大学法学研究所，2007 年)139 頁)。

81 北朝鮮離脱民の呼称については，さまざまな議論がある。かつて帰順北韓同胞や帰順勇士，帰順者といった用語が用いられていたこともあったが，これはその性格が敵国から投降することを意味する用法であったことからも，適切な用語ではないと指摘されていた。日本では脱北者と呼称するのが一般的であり，韓国統一省はセト民という統一用語を使用しているが，本稿では韓国の法律で使用される北韓離脱住民の用語を基に，北朝鮮離脱民と呼称する。

82 韓国統一部の統計(한국통일부『북한이탈주민정책, 입국현황』[=北韓離脱住民政策，人口状況]http://www.unikorea.go.kr/content.do?cmsid=3099[2019 년 1 월 10 일확인])によると，北朝鮮離脱民は，2016 年 3 月まで約 29,000 人を越え，毎年 1,000~から 2,000 人程度が韓国に入国している。北朝鮮離脱民の法的地位に関する日本語文献としては，國分典子，前掲注(80)が詳しい。

83 도희근「북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구」[=北韓住民の憲法上の地位に関する研究]헌법학연구 4 집 2 호(1998 년)356 면.

84 張明奉「대법원 판결(이영순 사건)과 북한주민의 법적 지위 문제」[=大法院判決(イ・ヨンスン事件)と北韓住民の法的地位問題]琴浪金哲洙教授停年記念論文集『韓國憲法學의 現況과 課題』(박영사, 1998 년)472 면.

85 北韓離脱住民法 19 条 1 項「統一院長官は，保護対象者であって軍事分界線以南地域に本籍を有しない者に対しては，本人の意思により本籍を定めてソウル家庭法院に就籍許可申請書を提出する。」2 項「1 項の就籍許可申請書には，

し，北朝鮮に居住している北朝鮮公民は，彼ら彼女らに国籍を付与する権力体制に属するため，北朝鮮国籍保持者としてみない訳にはいかない。

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(de jure national)」であり，一方で北朝鮮にとっての「事実上の国民(de facto national)」と認めなければならず[86]，事実上の国家である北朝鮮国籍保持者であり，潜在的な韓国国籍保持者であるということができよう。このような朝鮮半島の状況の中，現行憲法3条の実効性およびそれにともなう北朝鮮公民を韓国国民とすることを当然視する学説を首肯することは難しく[87]，改めて検討の余地があろう。

4. 国籍法制からみた韓国における国籍の性質

以上のように，現行憲法2条1項によって法律に国民要件の基準が委任され，委任を受けた国籍法は，前身である臨時条例より父系血統主義を採用し，その後両系血統主義へと変遷していった。最初の韓国国民規定に欠缺に対する検討でも，日本が朝鮮戸籍と内地戸籍とに分けられたことによって，朝鮮戸籍に登載された者は，植民地として支配される以前の朝鮮の血統を継ぐ朝鮮人であるとして，臨時条例，そして現行国籍法にまで連結されていくという見解が定着している。これは，血縁的な同質性をもった民族共同体の存在という普遍的な認識が共有されているからであり，このような傾向は，臨時政府憲法はもちろんのこと，現行憲法の諸条文に表出されていることからも明らかである。第10次国籍法により複数国籍制度は導入されたが，血統を中心とした単一民族主義の価値観がただちに変更されたわけではなく，最初の韓国国民規定の欠缺問題は，現在もなお解決されていない。

血統に基づく紐帯という点を重視する国籍の性質は，現行憲法3条を根拠に，北朝鮮公民を韓国国民と観念する通説・判例理論からも見いだすことができる。このような通説・判例については，同質性をもった血

12条1項の規定により作成された保護対象者の登録台帳謄本及び戸籍の記載方法に準じて作成した身分表を付さなければならない。」3項「ソウル家庭法院は，1項の規定により就籍許可申請書を受けたときは，遅滞なく許可旅券否を決定と，就籍許可をしたときは，当該就籍地の市(区をおかない市をいう。以下この条において同じである。)・区・邑・面の長に就籍許可書謄本を送付しなければならない。」4項「市・区・邑・面の長は，3項の規定による就籍許可書謄本を受けたときは，遅滞なく戸籍を編製しなければならず，住所地の市長・郡守又は区庁長に就籍された戸籍謄本を貼付して戸籍申告事項を通報しなければならない。」

86 金明基，전게각주(68)199 면.

87 羅仁均は，北朝鮮公民の意思に反して韓国国籍を強要したり，あるいは北朝鮮国籍の喪失を規定することはできないとする(羅仁均「韓國憲法의 領土條項과 國籍問題」[=韓国憲法の領土条項と国籍問題]헌법논총 5 집(1994 년)479 면)。

統の単一民族としての運命共同体的な当為性が観念されていると考えられる。しかし,このような見解は,現実と乖離しているものといえよう[88]。

第4節 在外国民・在外同胞・外国国籍同胞

1. 憲法2条2項と在外国民

憲法上の在外国民規定

韓国の憲法理論において国籍に関する問題を検討する際，単に国籍法制の変遷やそれらがもたらす法的争点のみを辿っても，韓国の抱える問題の特殊性を網羅することはできない。たしかに国籍法は，国家の歴史的変遷を如実に表す一方で，韓国はかつて被植民地であると同時に，その影響もあって移民を多く排出してきた国でもある。このような点から，内向きの国籍議論に終始するのではなく，外国に居住する在外同胞の法的地位に関する諸議論を同時に検討することが望ましい。韓国の国民形成の議論過程において，彼ら彼女らは重要な意義をもつ。以下では，現行憲法2条2項を端緒として，在外同胞関連法制に関する諸議論を整理する。

現行憲法
2条2項　国は，法律が定めるところにより，在外国民(재외국민)を保護する義務を負う

すなわち2条2項は，人的存立基盤としての在外国民の保護義務について明記している[89]。在外国民とは，韓国国籍保持者でありながら外国で永住したり(僑民)，長期間外国で滞留し生活する者(派遣員，留学生)，短期的に国外に滞留する者(旅行者，出張者)を指す[90]。

---

88 この点と関連しては,「同胞愛」や「民族的団結」に過剰に執着し，自閉的な民族主義に執着することへの危険性が指摘されてもいる(이덕연「'헌법적 정체성' 확립의 과제와 북한이탈주민의 헌법적 지위」[="憲法的アイデンティティ"確率の課題と北韓離脱住民の憲法的地位]저스티스 136 권(2013 년)40 면.)。

89 在外国民の法的地位は,韓国国内に居住する内国人と同様におかれることが要請されており，政府は不当な待遇を受けないよう保障する積極的な保護義務を負う。国家は，在外国民が国際社会で韓国国民として誇りをもって生活できるように，国際的な視角で，積極的に政策を開発し推進しなければならない。また，韓国国民ではない海外韓民族の同質性と優待強化政策も同時に推進して行くことが好ましいとされる(허영，전게각주(3)191 면。

90 이병훈「학술대회발표문; 재외동포의 법적지위에 관한 한，중，일 국제학술대회: 한국의 재외동포정책: 현상과 과제」[=学術大会発表文；在外同胞の法的地位に関する韓・中・日国際学術大会：韓国の在外同胞政策：現象と課題]고려법학

2条2項規定は，1988年の憲法改正にあたり導入され[91]，憲法裁判所も同条項が「居留国の法令によって享受することができる全ての分野で正当な対応を受けるよう，居留国間の関係で国家が行う外国的保護と，国外居住国民に対して政治的な考慮により特別に法律で定めて施す，各種の支援を意味するもの」と判示している[92]。なお，韓国では在外国民の選挙権の可否が長年議論されてきたが[93]，2007年に判例変更された[94]。

「国民であれば誰でもどこに住んでいようとも，主権者として平等な選挙権を享有しなければならず，国家が国民のこのような平等な選挙権実現のために最大限の努力を払う義務を負うことは，国民主権および民主主義の原理に従った憲法的要求である。立法者は，国民の選挙権行使を制限するに当たり，主権者としての国民が有する選挙権の意義を最大限尊重しなければならず，選挙権行使を制限する法律が憲法37条2項の過剰禁止の原則を遵守しているかどうかを審査するにあたっては，特に厳格な審査が行われなければなら

---

48 권(2007 년)65 면. 個別法がそれぞれ「在外国民」を定義づけているが，例えば在外国民登録法(1949年11月24日法律第70号)2条は，その登録対象について「外国の一定地域に継続して90日以上居住または滞留する意思を有し，当該地域に滞留する大韓民国国民は，本法をもって登録しなければならない」と規定している。

91 김철수『헌법학신론[제 16 전정신판]』[=憲法学新論[第16全訂新版]](박영사, 2006 년)67 면. 憲法2条2項は，多くの在外同胞の要請(特に在米コリアンからの強い要請)に基づき，導入されることとなった。

92 헌재 1993 년 12 월 23 일, 89 헌마 189, 판례집 5-2, 622 면. 本件訴訟は，離職公務員の保障等に関する特別措置法2条5項に基づく補償金算出のための期間算定において，移民を事由として保障を制限されたことが，憲法上平等原則，居住移転の自由，国家の在外国民保護義務に反し違憲であるとして提起された違憲確認等の憲法訴願である(棄却判決)。

93 헌재 1999 년 1 월 28 일, 판례집 11-1, 54 면. 請求人らは大韓民国国籍を保有し，現在日本に居住する満19歳以上の在日同胞である。公職選挙および選挙不正防止法(1994年12月改正)に在外国民の選挙権行使手続きに関する規定がないため，1997年12月の大統領選挙で選挙権を行使することができなかったため，在外国民の選挙権手続き規定を置かなかった立法不作為による選挙権の侵害を理由に，公職選挙法および選挙不正防止法違憲確認等の憲法訴願を提起したが，棄却判決を受けた。

94 原告は，大韓民国国籍を保有する日本の永住権者で現在日本に居住するか，もしくは日本の永住権者で韓国に居住する19歳以上の国民である(2004 헌마 644)。また大韓民国国籍を保有するアメリカもしくはカナダの永住権者が原告である訴訟(2005 헌마 360)も併合審査された。原告らは公職選挙法(2005年8月改正前)15条2項，16条3項，37条1項，38条によって，選挙権を行使するためには住民登録が必要とされているがために選挙権を付与されていないことが，平等原則等に反して違憲であることを確認する訴訟を提起した(헌재 2007 년 6 월 28 일, 2004 헌마 644, 판례집 19-1,859 면)。

ない。したがって選挙権の制限は，その制限を必然的に要求する個別的かつ具体的な理由が存在することが明らか場合にのみ正当化され，漠然として抽象的な危険や国家の努力によって克服することができる技術上の困難や障害などの事由では，その制限が正当化されない」[95]。

このように判示した憲法裁判所は，国内に住民登録がされていることを要件とする公職選挙法によって大統領選挙，国会議員選挙，そして国民投票において，外国の永住者として暮らす在外国民が選挙権を有しないこと，さらに在外公館職員や駐在員，留学生などの短期在留者も，一時帰国することによってのみ選挙権を行使することができる点を正当化できる理由は存在しないとして，憲法不合致判決を下した。この判決を契機として，2012年4月より在外国民に対して国政選挙への投票権を認める在外国民選挙制度(재외국민선거제도)が導入されたことにより，居住国が韓国国内でなくとも，韓国国籍保持者であれば選挙投票権の享有主体となることができる。

このように在外国民に対する保護という憲法的な根拠は，「外国と韓国，どちらにいても，全て大韓民国の国益に寄与する大韓国民という運命共同体たること」とされる[96]。ただし，複数国籍者に関しては，すでに言及した国籍不行使誓約が行われた限りにおいて，選挙権の行使が認められるという制限も存在する。

在外同胞の歴史的背景とその諸政策

また，在外国民も含む広義概念として在外同胞(재외동포)という用語がしばしば用いられる。同胞(文脈や論者によっては僑胞)[97]とは，種族や民族のような血縁や文化的要素を基礎とする人間集団を指す。2017年度統計によると，韓国は約743万人という多くの在外同胞を抱えている[98]。経

---

95 헌재 2007 년 6 월 28 일, 2004 헌마 644, 판례집 19-1,878 면.

96 朴眞完「韓国におけるグローバル化と『国民』の概念」國分典子・申平・戸波江二編『日韓憲法学の対話 I総論・統治機構』尚学社(2012年)101頁。

97 用語の区別についてはさまざまな説明があるが，国籍如何に関わらず血統を同じくする人々の集団という点で両者は類似しているが，同胞には「血統を受け継ぐ者として国内外を問わずに暮らしている同一の民族意識を持つ者」という意義が当てあまるものの，政府が公式に使用する用語としては「情緒的で感情的な側面を含んでいる」とも考えられる(同胞・僑胞・キョレといった用語の説明については，金友子「『同胞』という磁場」現代思想35巻7号(2007年)214頁などを参照)。

98 『한국외교부 재외동포영사국 재외동포과 국가별재외동포현황 2017』[=国家別在外同胞現況 2017]
http://www.mofa.go.kr/www/brd/m_3454/view.do?seq=356334&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&

済的に飛躍的な発展，人口の移動，国際的交流が増加するグローバル時 代 において，移民問題と共に，在外コリアンの問題は，過去 10 余年間さまざまな部分で重要な関心事項となった。在外同胞と呼称される者に適用される法律がいくつか存在するが，その定義は曖昧で，一定ではない[99]。在外コリアンの移住の歴史は，大きく分けると植民地解放以前(1860−1945 年)・解放以後(1945 年−)に分類することができる。前者は，強制徴用等も含んだ非自発的移民であり，後者は自発的移民であると大方区別することが可能である。また居住地域も，移住時期に伴って分散されている。このような移住時期および居住地域の差は，法的地位に大きな影響を及ぼす[100]。

在外コリアンが多く居住する地域ごとに区別すると，大きく下記のように分けられる。

在米コリアン(在米僑胞，韓国系アメリカ人，朝鮮系アメリカ人，在米韓国人等ともいう)は，朝鮮戦争以後にアメリカ米軍と結婚した韓国人女性の移住をはじめとして，1954 年以降李承晩政権の政府政策以後 57 年間にわたり，約 20 万人以上が海外養子として韓国を離れることとなった。多くがアメリカ国籍，市民権を取得している[101]。ただし，戦前にはハワイへ出稼ぎとして移動した移民背景もあり，第二次世界大戦時には，ハ

---

company_cd=&company_nm=&page=1 [2019 년 1 월 10 일 확인].

[99] 例えば，研究・調査事業や教育・文化・広報事業などの文化的支援に重きをおいた「在外同胞財団法」(1997 年 4 月 28 日法律第 5313 号)は，在外同胞の定義を「1.大韓民国国民として外国に長期在留するか，永住権を取得した者，2.国籍を不問として韓民族の血統をもつ者として，外国に居住し生活する者(2 条)」としている。本法は，在外同胞財団の設立，在外コリアンが民族的紐帯を維持し,居住国で模倣的構成員として生活することへの貢献が目的である(1 条)。

[100] 移住時期は，大きく 5 期に分類ができる。この分類は，金友子の整理に依拠する(金友子「民族と国民のあいだ−韓国における在外同胞政策」駒井洋監修，陳天璽・小林知子編『東アジアのディアスポラ』(明石書店，2011 年)293-297 頁)。

第 1 期(1860-1910 年)：農民や労働者が飢餓・貧困・圧政等から中国・ロシア・ハワイへ移住

第 2 期(1910-1945 年)：日本の統治で土地・生産手段を剥奪され，中国・日本へ移住，独立運動家らが中国・ロシア・アメリカ等へ移住

第 3 期(1945-1962 年)：日本統治からの解放後，朝鮮戦争期に国際結婚した女性と混血児，戦争孤児，そして学生などがそれぞれ家族再会，養子縁組(入養)，留学などを目的にアメリカ・カナダ等へ移住

第 4 期(1962-1975 年)：「海外移民法」(1962 年 3 月 9 日，法律第 1030 号)制定後，アメリカ・カナダ・中東等に集団移民・契約移民として送出

第 5 期(1975 年以降)：ベトナム戦争終結後の東南アジア各地へ残留，中東・オーストラリア・ニュージーランドへ出稼ぎ・事業・就業・留学(早期移民)など「南側」への盛んな移住

[101] 임영언・임채완「해외입양 한인 디아스포라: 한국 내 주요 신문보도의 내용분석을 중심으로」[=海外養子韓人ディアスポラ：韓国内主要新聞報道の内容分析を中心に]재외한인연구 26 호(2012 년)87-88 면.

ワイに移住した日本人の中に朝鮮半島出身者がいたことから，他の日本人と同様に敵性外国人(enemy alien)として範疇化されたという悲劇にも見舞われている[102]。

在日朝鮮人(在日韓国・朝鮮人，在日コリアン，在日韓国人ともいう)は，1910年に日本臣民となったが，戸籍上は朝鮮戸籍に登載された，解放後は出入国管理令の適用を受け1947年5月2日旧外国人登録令によって「当分の間，これを外国人とみなす」とされた。その後1952年サンフランスコ平和条約発効にともない，法務府(現在の法務省)の「平和条約に伴う朝鮮人台湾人等に関する国籍および戸籍事務の処理について(通達438号)」によって，日本国籍を喪失した。1965年「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位および待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定」(以下，日韓法的地位協定という)によって，1952年4月29日以降に生まれた子孫についても協定永住権が許可されたものの，韓国国籍である必要があり，協定永住権を取得した者とそうでない者に二分され，3世代目以後については規定がなかった。1991年「日韓法的地位に基づく協議の結果に関する覚書」合意後，「平和条約国籍離脱者等入管特例法」(入管特例法)が施行され，特別永住権という在留資格によって包摂・統合され，特別永住権は国籍を喪失した者およびその子孫である在日朝鮮人全てに自動的に付与されている[103]。

中国朝鮮族(在中コリアン，在中同胞，韓国系中国人ともいう)は，移住の時期に応じてその法的地位が異なるが，1949年10月1日に中華人民共和国が成立し，別途の処置なく統治領域内に居住する全ての者を中華人民共和国公民(国籍保持者)とし，過去の国籍状態と関係なく自動的に中国国籍を所持することとなった。中国の少数民族政策実施過程で55の少数民族が認められる中，延辺朝鮮族自治州が成立し(1953年9月3日)，彼ら彼女らは中国の少数民族である朝鮮族として位置づけられ，中国の戸籍上の民族欄に朝鮮と記載される[104]。

高麗人(主に在ロシア同胞，在蘇同胞，在CISコリアン，在ソ韓人，カレイインスキーともいう)は，当初多くがシベリアに，現在はロシア，ウズベキスタン，カザフスタン，タジキスタン，トルクメニスタン，キルギ

---

102 ハワイにおけるコリア系移民については，李里花『「国がない」ディアスポラの歴史-戦前のハワイにおけるコリア系移民のナショナリズムとアイデンティティ』(かんよう出版，2015年)を参照。

103 詳細は，非常に多岐に渡るが，大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて−在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制』(東信堂，1993年)，大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』(東信堂，2004年)，金英達『日朝国交樹立と在日朝鮮人の国籍』(明石書店，1992年)をさしあたり示しておくことにする。

104 詳細は，**朴慶輝「在中朝鮮族의 法的地位에 對한 歷史的 考察」**[=在中朝鮮族の法的地位に対する歴史的考察]**한국민족운동사연구 7권**(1993년)，権香淑『移動する朝鮮族−エスニック・マイノリティの自己統治』(彩流社，2011年)などを参照。

ス，ウクライナなどに居住する。現在，一部諸国に居住する約5万人が，現在もなお無国籍と推定されている[105]。炭坑労働や強制徴用によってサハリンへ移住(サハリン韓人，サハリン朝鮮人，在樺コリアンともいう)後に終戦を迎えた高麗人は，その後帰国できないままに抑留された。スターリン時代には，中央アジアへと強制移住させられた者も多く存在した。旧ソ連国籍も取得できず，後に機会が与えられてからも朝鮮半島あるいは日本への帰還を望み，多くが現在も無国籍状態として維持しておかれている。南北分断後は多くの者(約2万5000人)が，北朝鮮国籍を取得しており，その一部は60年代に北朝鮮へ帰還，約1万人はソ連国籍を取得した[106]。

2. 在外同胞法における過去国籍主義

在外同胞法の制定趣旨と概念定義

民族的同質性を重要視する韓国において在外同胞は，国境を超え，韓国を外から支える存在であるということができる。しかし，彼ら彼女らに対する諸政策は，韓国樹立以降速やかに始められたわけではなかった[107]。なかでも最も注目すべき法制度としては，「在外同胞の出入国と法的地位に関する法律(1999年12月3日法律第6015号)」があげられる(以下，在外同胞法という)。この法律は，包括的かつ基本法的性質の立法であり，韓国国籍保持者である在外国民はもちろん，韓国国籍保持者ではない在外コリアンに対しても，国籍保持者に近い法的地位を保障することで自由な経済活動の実現などを主たる目的としたものである。在外同胞法は，憲法2条2項の趣旨を具体化するものであり，本法により改めて伝統的な国民概念に対する理解と解釈が必要となった。

在外同胞法の趣旨は，第1に，母国への寄与という功利的な考慮(植民

---

105 이채문「재외한인의 무국적과 정책과제-독립국가연합의 무국적 고려인에 대한 연구-」[=在外韓人の無国籍と政策課題−独立国家連合の無国籍高麗人に対する研究−]디아스포라연구 6권 2호(2012년)36면.

106 詳細は，三木理史著『国境の植民地・樺太』(塙書房，2006年)，中山大将「サハリン韓人の下からの共生の模索−樺太・サハリン・韓国を生きた樺太移住韓人第二世代を中心に−」境界研究 No.5(2015年)などを参照。

107 韓国政府による在外コリアン政策の特徴は，1950年代：在外同胞政策不在の時期，1960年代：外貨獲得のための海外移民政策中心と北朝鮮および反共体制への対抗のための在日同胞社会支援時期，1970年代：在外同胞資金の国内誘致政策推進，北朝鮮および反共体制対抗のための在日朝鮮人支援持続の時期，1980年代：在米コリアンへの支援多角化，北朝鮮および反共体制対抗のための在日朝鮮人支援持続の時期に区別できる(이종철「재외동포정책 비교연구-각국 사례를 중심으로」[=在外同胞政策比較研究−各国事例を中心に]전남대학교 세계한상문화연구단 국내학술회의(2008년)57-60면)。

地支配から解放された後に移住政策に基づいて海を渡った在米韓国人等)，第 2 に，歴史的な傷痕の治癒(植民地支配からの解放前に移住した在日朝鮮人・中国朝鮮族・高麗人等)といった根本的な人道的責任意識にある。すなわち，血統上の同質性を持ちながらも，移住の背景(被支配の歴史を負った移住か否か)を異にする集団全てを包括的に対象とすることを想定していた。これは，広範囲の血統主義に基づく立法が想定されており，血統主義に根拠づけられた同胞概念を通じて，韓国国民としての部分的な市民権を付与するためのものであったといえる[108]。

立法過程では，法律の適用対象者を決める用語の概念定義が問題となった[109]。1998 年 8 月に国会に提出した 8 月案(在外同胞の法的地位に関する特例法案)によると，適用対象者について，韓国国籍保持者である在外国民，および韓民族の血統をもつ外国人を韓国系外国人という範疇を，在外同胞に含めていた[110]。しかし，血統主義を採用すると中国朝鮮族や高麗人らも含めることになり，外交摩擦の誘因が危惧されることによる反対も示された[111]。その後法務部は，最終案(在外同胞の出入国および法的地位に関する法律案)を取りまとめ，1999 年 12 月 3 日に施行された。

在外同胞法
2 条　この法で「在外同胞」とは，次の各号の 1 に該当する者をいう。

---

108 このような在外同胞の支援に関する政策に対して，後述するような議論をもたらす概念定義は必要なのか，という批判も存在する。イ・ビョンフンは，「在外同胞は，我が国の民族的共同体の一部を形成する歴史的・文化的概念である。在外同胞を国内で，あるいは国外で支援する政策を実現する上で，必ずしもその法的地位を確定ことからはじめる必要はないと考える。むしろ，このような接近は，従来の在外同胞法がみせてくれるように，激しい混乱をもたらすのみである」(이병훈「한국인은 누구인가 -북한과 재외동포의 국적문제-」[=韓国人とは誰か-北韓と在外同胞の国籍問題]헌법학연구 10 권 1 호，(2004 년)171 면)と指摘しているが，この批判はたしかに首肯しうる部分もある。しかし，定義を明確にしない限り，広範な立法裁量はさらに制限なく拡張することになりうるとも指摘できよう。

109 이정훈「재외동포법개정론과 폐지론의 합리성 검토」[=在外同胞法改正論と廃止論の合理的検討]정인섭『재외동포법』[=在外同胞法](사람생각, 2002 년)50-53 면. 法務部の法律案に先立って，1997 年には 2 つの異なる「在外同胞基本法案」が提出された。

110 議論段階で，外交通商部等から異議が主張された。そこで法務部は「外国国籍同胞」を「韓民族の血統を有する外国人で，外国の国籍を取得した者のうち，大統領令で定める者(無国籍者は除外)」とする試案(9 月試案)を提示するなど，修正を加えているが，血統主義原則を変更することはしなかった。

111 在米コリアンらは在外同胞法を歓迎し，国会通過に向けたキャンペーンも展開した。一方，中国政府は自国の少数民族問題に，当該在外同胞法が影響を与えることを危惧している旨を韓国政府側に伝えたという(岡克彦「韓国における『在外同胞』の概念とその政策-『在外同胞の出入国及び法的地位に関する法律』の制定をめぐって-」ノモス 13 巻(2002 年)359 頁)。

1号　大韓民国国民として外国の永住権を取得するか，永住する目的で外国に居住している者(以下，「在外国民(재외국민)」という)
2号　大韓民国の国籍を保有した者またはその直系卑属(以下，「外国国籍同胞(외국국적동포)」という)

在外同胞法施行令
3条　法2条2項で「大韓民国の国籍を保有していた者またはその直系卑属として外国国籍を取得した者のち大統領令に定めのある者」とは，以下の各号の1に該当する者である
1号　大韓民国政府樹立以後に，郊外に移住した者のうち，大韓民国の国籍を喪失した者とその直系卑属
2号　大韓民国政府樹立以前に国外に移住した者のうち，外国国籍を取得する以前に大韓民国の国籍を明示的に確認された者とその直系卑属

外国国籍同胞は，過去に大韓民国の国籍を保有した者またはその直系卑属を指すもので，過去の大韓民国国籍保持の確認が必要となる，すなわち血統主義から過去国籍主義へとその原則を改めたということになる[112]。

以上のような定義によると，韓国樹立以前に国外に移動し外国国籍を取得した者は，外国国籍同胞の対象に含まれない。ここで非対象者に該当する者は，韓国国籍を有さない中国朝鮮族，高麗人，そして日本国籍を取得したか，在外国民登録を行っていない一部の在日朝鮮人らである。このような概念定義の問題から，在外同胞法は棄民政策，同胞差別法，民族分裂法であると批判されることとなった[113]。

---

112 韓国の国籍はいかに明示的に確認されるのかについては施行規則があり，「大韓民国の国籍が明示的に確認された者」(在外同胞法施行規則2条1項)：居住国に所在する大韓民国公館または大韓民国政府の委任を受けた機関あるいは団体に在外国民登録法に基づいて登録をした者であると定義されている。このような施行令・施行規則で明らかなように，過去国籍主義は，「在外公館での明示的な確認」を意味するものとなり，これは在外国民登録をすることを意味したものである。

113 過去国籍主義の採用について，「UN協約が血縁主義を今後採用してはならないという意見と，また中国朝鮮族と旧ソ連の高麗族については外交関係の問題点等を考慮してやむを得ず現在のように改正した」と説明される(국회사무서「국회회의록」[=国会議事録](1999년 8월 12일)11면[법제사법위원장대리 최연희 발언])他，「アイルランドやポーランド，ギリシャといった国は過去国籍主義を採択しており，世界的なトレンドや傾向はそうである」といった趣旨の発言(국회사무서「국회회의록」[=国会議事録](1999년 8월 12일)14-15면[양재건 의원 발언])がなされている。これに対して，金洪信議員は「現在の概念規定に従え

概念定義の問題点：在外同胞法憲法不合致判決

このような批判を受けた本法案は，立法趣旨に鑑みて包摂されるべきエスニックな同質性をもった在外同胞の一部が排除されたという点から，発効される前の1999年8月23日，憲法上の平等原則を侵害するとして憲法裁判所に憲法訴願審判請求がなされた。国内に滞留中であった中国朝鮮族の訴願人ら[114]は，政府樹立以前の移住同胞であれ樹立以後の移住同胞であれ，本質的に同胞であるという点は同一であり，同法2条の定義規定にある過去韓国国籍を保有していたどうかという恣意的な基準は，対象とならない同胞に対する恩恵を排除する合理的根拠のない差別であり，平等原則に反すると主張した。すなわち，過去国籍主義の原則がもたらす差別的取扱いを指摘したのである。

このような憲法訴願審判請求をうけて，過去国籍主義の採択は，現在の国際慣行であるのみならず，隣接国との外交的摩擦をもたらし，その対象が無限的に拡大される憂慮があり，さらに血統に基づき朝鮮民族のみを優遇するような概念定義は，人的・民族等による差別を禁止する国際法原則に違反する結果がもたらされると，政府は主張している。また，過去国籍主義の採用は，血統のみを根拠に外国国籍同胞を定義する場合，その適用限界が不明確であるため，客観的立証が可能な唯一の基準である韓国国籍の可否によってその範囲を設定したのであり，唯一の合理的な基準であると指摘している[115]。憲法裁判所の判断は次の通りである。

ば，大韓民国国籍を保有していたことのない者およびその直系卑属は，対象から除外される他ありません。…(中略)…この場合，全体の在外同胞540万のうち，半数以上である265万の同胞が，この度の法における対象から除外される結果を受けてしまいます。同胞を捨てる棄民政策という非難を提起せざるを得ません」として，過去国籍主義のもつ問題点を批判した(국회사무서「국회회의록」[=国会議事録](1999 년 8 월 12 일)13 면[김홍심 의원 발언])。

[114] 헌재 2001 년 11 월 29 일, 99 헌마 494, 판례집 13-2, 714 면. 請求人3名は，中国国籍保持者である朝鮮族である。1名は1944年に日本による強制徴用招集通知を受けたが，これを逃れるために満州へ移住した。その他2名は日本による収奪から逃れるため満州に移住した者の直系卑属(2世)である。訴訟に際して裁判部は，請求人らが外国人であることから，原告適格の存否を問題としていたが，個人の尊厳，幸福追求権および平等権は外国人もその主体となるため，基本権主体性については問題がないと判断した。

[115] 憲法訴願請求に対する法務見解は，在外同胞の出入国および法的地位に関する法律2条2項違憲確認事件，法務部長官意見書
・法務部長官意見書(追加)によって明らかにされている(当該裁判の資料は，정인섭, 전게각주(109)223-242 면に掲載されている)。また，中国と旧ソ連から流入される同胞らによって，途方もない社会的問題を惹起するのであり，そうであったところでこの法律が違憲として決定されることで破棄されるのであれば，既存の恩恵を受けていたアメリカ，ドイツ，アルゼンチン，ニュージーランド等の全世界60カ国13000余名の外国国籍同胞さえも，ただちに出国するか，あるいは不動産，金融取引が制限される等，善意の被害が続出されるで

「大部分がアメリカ地域やヨーロッパに居住する政府樹立以後の移住同胞と，大部分が中国および旧ソ連地域に居住する政府樹立以前の移住同胞を区分し，前者に対しては在外同胞法の広範囲的な恩恵を付与しており，後者にはこのような恩恵の対象から除外されている。しかし，政府樹立以後移住同胞と政府樹立以前移住同胞は，すでに大韓民国を離れ彼ら彼女らが居住している外国の国籍を取得した我が国の同胞であるという点では同じであり，ただし，大韓民国樹立以後に国外に居住したのか，または大韓民国樹立以前に国外に移住したのかが異なるだけである。このような違いは，移住同胞が法的に同様に扱われなければならない同一性を毀損するような本質的な性格ではない」[116]。

「歴史的な状況によって致し方なく祖国を離れなければならなかった同胞たちを援助できないことは勿論，むしろ法的に差別する政策を採る外国の例を見つけ出すことができないという点から，本件の差別は，民族的立場はさておいても人道的見地からですら，正当性を認めることが非常に難しい…(以下略)…」[117]。

したがって，憲法裁判所は平等原則[118]に違背し，請求人らの平等権を侵害するものであるとして憲法不合致判決を下した[119]。

ところで，筆者はクォン・ソン裁判官の個別意見に注目する。クォン・ソン裁判官によると，当該事件の問題は，政府樹立以前の移住同胞であるか樹立以後の移住同胞であるかという時間的基準による差別ではなく，地域的基準による差別問題であるという。すなわち，樹立以後の移住であれば，そのほとんどは在外公館が設置されている国に移住

あろうという憂慮があるとした。

116 헌재 2001 년 11 월 29 일, 99 헌마 494, 판례집 13-2, 727-728 면.

117 헌재 2001 년 11 월 29 일, 99 헌마 494, 판례집 13-2, 729 면.

118 現行憲法 11 条 1 項「全て国民は，法の下に平等である。何人も性別，宗教または社会的身分によって，政治的，経済的，社会的および文化的生活の全ての領域において差別されない。」，2 項「社会的特殊階級の制度は，認められず，いかなる形態であれ，これを創設することはできない。」，3 項「勲章等の栄典は，これを受けた者に限りその効力を有し，いかなる特権もこれに伴わない。」

119 ただし，審判対象である 2 条は「定義規定」であるため，憲法裁判所が違憲決定を宣告すれば，該当規定であるその他条項，施行規則の諸条文に対しても違憲性が確認するものであり効力を喪失するため，裁判所は憲法不合致判決を下したのであり，立法者は 2003 年 12 月 31 日までに立法改正義務を履行しなければならないと付言されている(헌재 2001 년 11 월 29 일, 99 헌마 494, 판례집 13-2, 732 면)。その後，憲法裁判所によって指摘された平等原則違反に該当する条文を変更する改正論，立法自体を取り下げる廃止論が，国会・学界内外で展開された。廃止論者の主張は，そもそも血統に基づく区別自体の問題性を指摘したものであった。

するのであって，そのような者にのみ外国国籍同胞としての地位を与えるのは，非該当者が出生あるいは居住している地域的要素による差別であるとする。少し長くなるが，下記の通り引用する。

「…(前略)…憲法 11 条 1 項後文が列挙している 3 つの基準による差別は，憲法制定当時に代表的な弊習に属する差別であり，必ず克服しなければならない非人道的で反民主的であり，反文明的な足枷であったのであり，憲法で特にその不平等などの除去を要請する必要があったのである。しかし，憲法制定当時にはその不平等がすでに観念上完全に克服され，実体上も相当部分が克服されたと判断され，憲法条文を通じて特にその不平等の除去までを要請する必要はないが，その弊習の悪性の程度が性別・宗教または社会的身分による差別に劣らぬような異なる差別が，たとえ常にあるわけではないものの存在しうるのであり，もしそのような弊習が今になって登場するのであれば，たとえこれが憲法 11 条 1 項後文に列挙された事項ではないものの，厳格な平等権審査によって必ず停止されなければならない。…(中略)…必ずそれに劣らず厳格な審査を通じて除去されなければならない不平等に該当するものとしては，人の出生地ないし生活根拠地と同じ地域的要素による差別をあげることができる。…(中略)…本事件で審判対象規定はすでに言及したように在外公館が設置された外国を生活根拠とする在外同胞と，そうではない在外同胞を差別的に待遇することであり，その基準は結局在外公館が設置された地域であるか否かという地域的要素を基準とすることであり，これは当然に厳格な平等権審査を受けなければならない」[120]。

「国籍未確認同胞(국적미확인동포)を差別する目的は，経済的利益および行政規制の便宜を中心としたものであり，その正統性が疑わしく，国籍未確認である同胞を同様に待遇する場合，予想される困難さを回避しながら，彼ら彼女らの差別扱いを取り消す代替的措置がそのように困難であることは全くないだけでなく…(中略)…国籍未確認である者に対する差別は，厳格な平等権審査のもと比例原則に違った差別であり，したがって平等原則に反する」[121]。

立法過程での議論や中国からの抗議が契機となり過去国籍主義導入へと動いた点に鑑みると，クォン・ソン裁判官の意見は興味深い。また，対象から外れた在外コリアンを国籍未確認同胞と言及している点にも，注目すべきである。すなわち，国籍法上最初の国民規定が欠缺している

[120] 헌재 2001 년 11 월 29 일, 99 헌마 494, 판례집 13-2, 734-734 면.

[121] 헌재 2001 년 11 월 29 일, 99 헌마 494, 판례집 13-2, 735 면.

ことにより，韓国樹立以前に移住した者およびその直系卑属は，韓国の国籍が確認されず，居住国の国籍を取得した場合も，在外同胞法において基準となる過去に韓国国籍を有していたか，という基準に適合するかを判断することができない，すなわち国籍未確認であるという，という判断枠組みであるとみることができよう。国籍未確認に該当する者は，在外公館のない韓国樹立前に居を移した者(中国朝鮮族，高麗人，そして在日朝鮮人)とその直系卑属である。このような国籍未確認者が居住する地域を基準とした差別的扱いが，平等原則に反する(そして，厳格な基準の下で処されるべき)というのが，クォン裁判官の指摘である。その範疇を恣意的に限定し，その基準を韓国政府樹立の前後という時間軸ではなく，地域的な軸においていたとするクォン裁判官の指摘は，注目されるべきものであると考える[122]。

在外同胞法の修正

本判決の後，条文は修正・変更され，外国国籍同胞の定義は，次の通りとなった。

在外同胞法(2013年12月29日改正)
2条　この法で「在外同胞」とは，次の各号の1に該当する者をいう。
1号　大韓民国国民として外国の永住権を取得するか，永住する目的で外国に居住している者(以下，「在外国民」という)
2号　大韓民国の国籍を保有した者(大韓民国政府樹立前に国外に移住した同胞を含む)又はその直系卑属であって外国国籍を取得した者のうち大統領令で定める者(以下，「外国国籍同胞」という)

在外同胞法施行令(2013年12月29日改正)
3条　法2条2項で「大韓民国の国籍を保有していた者(大韓民国政府成立以前に国外に移住した同胞も含む)またはその直系卑属として外国国籍を取得した者のち大統領令に定めのある者」とは，以下の各号の1に該当する者である
1号　大韓民国の国籍を保有していた者(大韓民国政府樹立前に国外に移住した同胞を含む。以下，当該条と同じ)として，外国国籍を取得した者
2号　父母の一方または祖父母の一方が大韓民国の国籍を保有していた者として外国国籍を取得した者

[122] ただし，クォン裁判官の少数意見が問題をはらんでいることも，看過することはできない。クォン裁判官は，法令が用いる概念規定において区別のメルクマールとされている，政府樹立以前と以後の移住という区分自体を問題視しているわけではないためである。

この改正により，形式的に中国朝鮮族および高麗人は本法の対象者である外国国籍同胞に含まれることとなったが，実際に在外同胞査証を配給されるためには，朝鮮戸籍に基づく確認(申請者あるいは親・祖父母の登載)が必要となるため，3 条 2 号に基づき 3 世代までにその範疇を制限することが示されている。したがって 4 世以降で満 19 歳の成年は，韓国を離れなければならない。それ以外にも，中国朝鮮族(在中同胞)や高麗人(CIS 国家出身同胞)については，単純労務行為を行う場合，F-4 の在外同胞査証の発給が制限されている(出入国管理法施行令 10 条)など[123]，本質的な実態への影響が大きいものとはいい難かった[124]。

なお，在外同胞法は，その後数次の改正を経ている。複数国籍を限定的に許容した韓国の国籍法改正は，在外同胞法にも影響を及ぼした。兵役を忌避する目的で韓国国籍を離脱または喪失する場合のみ，在外同胞滞留資格を制限するよう規定していたが，兵役忌避目的は客観的に判断することが難しいことから,兵役を終えるか免除(第 2 国民役も含む)を受けない状態で韓国国籍を離脱・喪失した外国国籍同胞については，兵役義務終了年齢である 40 歳まで，在外同胞滞留資格を制限することで，国籍変更を通じた兵役回避を防止することとした(5 条 2 項)。

3. 高麗人・中国朝鮮族・朝鮮籍在日朝鮮人の国籍問題

在外同胞法制定当時に排除の対象となったのは，中国朝鮮族，高麗人，そして朝鮮籍在日朝鮮人であった。高麗人・中国朝鮮族についてはその後帰属される存在として扱われることになるが，他の在外コリアンとの区別が問題視とされてきた。そこには政治的レトリックと実際の法制度・政策間での乖離が存在していたが，法制度上どのような法理論的根拠によって韓国社会への帰還(一時的な訪問も含め)を受け入れてきたの

---

123 「2008 年から韓国系中国人に対して在外同胞在留資格を制限的に付与しはじめ，現在拡大されているが，依然として厳格な手続きを踏襲しなければならず，これにより単純労働をできなくさせ，相当数の同胞が『不法就業活動』にさらされている。そして，現在まで法務部が活動範囲によって在中同胞に対して在外同胞在留資格を付与しているが，基本的に在中同胞に在外同胞滞留資格を付与し，自由往来をさせ，必要に応じて彼ら彼女らの活動範囲を定めていくことが正しいであろう。また，在外同胞在留者の一般的な単純労務制限も違憲である」として，憲法訴願が請求されたが，合憲・却下されている
(헌법재판소 2014 년 4 월 24 일 선고, 2012 헌바 412, 공보제 211 호, 783 면)。

124 しかし，出入国外国人政策統計によると(2017 年 3 月現在)，中国朝鮮族(統計では韓国系中国人と呼称)は 279,801 名，高麗人(統計では韓国系ロシア人)が 16.078 名，外国国籍同胞として韓国において国内居住申告を行なっている
(출입국・외국인정책본부『통계월보』[=統計月報]
https://www.immigration.go.kr/HP/TIMM/index.do?strOrgGbnCd=104000(2019 년 1 월 10 일확인))。

か，それが憲法上いかなる問題として裁判で争点化されていったのかについて検討する。

中国朝鮮族の法的地位：複数国籍者？国籍回復者？

朝鮮籍在日朝鮮人とは対象的に，中国朝鮮族・高麗人に関しては労働力としての韓国市場への参入を想定し，他の外国人労働者とは異なる扱いを行っている[125]。永住帰国を求める中国朝鮮族に対して，韓国政府は在外同胞法とは別に，日本植民地期に中国等に移住した在外コリアンを対象として異なる指針を整備している。これらをみると，現在までの立場として韓国政府は中国朝鮮族を，大韓民国の国民であった外国人，あるいは帰化の対象者としての外国人とみている[126]。

「中国居住同胞永住帰国許可指針(1995年5月)」，その後「中国居住同胞の国籍業務処理指針(2001年5月7日)」が制定された。当該指針では，1949年10月1日を起点として，その日以前に出生した場合は国籍確認を，その日以降に出生した者は韓国国籍の帰化をしなければならないことを示していた。

なお，当該指針はその後，「外国国籍同胞の国籍回復等に関する業務処理指針(2005年6月17日法務部例規第729号として改正)」に転換されたことで，廃止された。なお同指針は2016年までに数字にわたる一部改正が行われている(現行指針，2016年1月1日法務部例規第1103号)。同指針によると，「外国国籍同胞とは，大韓民国国籍を保有していた者またはその直系卑属」であることを前提としており(1条)，その適用対象を「1949年10月1日(中華人民共和国の建国日＊筆者注)以前に韓半島およびその付属島嶼から中国などに移住するか，中国などで出生した者」(2条1号)あるいは「その直系卑属」(2条2号)が適用対象であるとする。また，3条当該規定に対応する彼ら彼女らは，国籍法9条に基づき回復許可を受けて国籍を取得することができる。これは，元韓国国籍保持者が再度韓国国籍を取得するためには回復許可が必要であるという規定であるが，中国朝鮮族に対する特例的な業務処理が行われているのである。

---

125 それ以前に，韓国への入国自体は，1980年代に離散家族との再会という目的に限定する形で実現してきた。1981年の韓中共同離散家族再開事務処理規程に従い，大韓赤十字社や在外公館を通じて申請し，旅行証明書を発給されていた(이철우・이호택「“韓人”의 분류, 경계 획정 및 소속 판정의 정치와 행정」[=“韓人”の分類，境界拡張および所属判定の政治と行政]『국내학술회의 민족공동체의 현실과 전망: 분단, 디아스포라, 정체성의 사회사』[=国内学術会議　民族共同体の現実と展望：分断，ディアスポラ，アイデンティティの社会史]한국사회학회/서울대 통일평화연구소(2009년) http://tongil.snu.ac.kr/xe/index.php?document_srl=3342&mid=exchange02&order_type=desc&listStyle=viewer[2019년1월10일확인])。

126 최경옥「재외동포들의 돌아올 권리에 대한 법적 자취- 사할린/중국 등을 중심으로」[=在外同胞らの帰還する権利に対する法的痕跡-サハリン/中国等を中心に]통일인문학66집(2016년)40면.

また，2条1号に該当する者は，「1949年10月1日から中国国籍を取得したものと同時に大韓民国国籍を喪失した」ものとされる。すなわち，過去国籍主義にのっとった法整備を行ったものとみることができる。そのため，1949年10月1日を基準に，中国朝鮮族を国籍回復者あるいは帰化者として区分したのである。この指針によって，中国朝鮮族は韓国国籍を喪失した外国人として扱われた点は，自国の国民であった者の国家による保護義務違反ではないかとも指摘されている[127]。

しかし，まず韓国に滞在する必要があることから入国査証の発給が必要となるが，単純労働での在外同胞査証の発給が制限されていることから，多くの不法滞在者を生むことになった。この点については人道的な考慮に限った特例として，不法滞在者である外国国籍同胞についても，限定的に許可手続きの審査を受けることができる(8条3項)[128]。

たしかに，1949年10月1日を基準として中国国籍を取得したものと強調する政府の立場が現在取られているが，1992年の韓国と中国の国交正常化までは，中国の国籍すら認められていなかった[129]。この点を争点とし，内部規定である指針を通じて国籍回復の道を遮断しているのではないか，という問題が生じる。憲法裁判所は，業務指針は単なるガイドラインを示すための事務処理準則に過ぎないことなどを理由に，棄却の判決を出しているが，中国朝鮮族の国籍については，次のように説明する[130]。

> 「請求人が，審判請求当時も現在も大韓民国と中国の二重国籍を保有していることを前提に成立するとみることはできず，たとえそうであったとしても高度の政治的判断および国家間の合意を要する条約締結の性格に鑑みると，憲法の前文や2条2項は，請求人が主張するように中国同胞のような特殊な国籍の状況に置かれている

---

127 최경옥, 전게각주(126)32 면.

128 8条3項は，国籍回復の手続きを取ることができない事由として，密入国者，偽変造パスポート所持者などを挙げている。

129 独立運動のために満州へと向かった者の子孫などの一部「中国同胞」は，中国のパスポートではなく，韓国が発券する旅行証明書によって入国をしていた。そして，外務部長官は，永住帰国許可を受けた独立功労者の子孫のみが，帰化手続きではない国籍判定手続きで，韓国国籍を継続して保有していたことを確認し，国籍を取得させていた。『제외동포신문』[=在外同胞新聞]2015년 4월 13일, http://www.dongponews.net/news/articleView.html?idxno=28586[2019년 1월 10일확인].

130 憲法訴願を請求した請求人(その他同一の事由にある請求人も含む)は，韓国国内で1938年に出生後，中国で生活したのち，1992年韓国に入国して以来，不法滞在中であるが，法務部に国籍回復を求めたが，その制度が設けられていないことへの立法不作為を訴えた(헌재 2006년 3월 30일. 2003헌마806, 공보 제114호, 542면)。

人々の二重国籍を解消または国籍選択のための条約を韓国政府が中国と締結する義務を明示的に委任しているとみることができないだけでなく，同規定及びその他の憲法規定から，そのような解釈を導出することもないであろう」[131]。

すなわち，中国朝鮮族は一般的に中国国籍をもつ外国人であり，たとえ仕方なく中国国籍を取得し韓国国籍を喪失したのだとしても，国籍判定制度をおいた国籍法 20 条によって国籍を選択しうるということである。ただし，チョ・デヒョン裁判官は，この裁判において一部反対意見を提示している。

「在中同胞を，出生時期と関係なく無条件に中国国籍を有する在外同胞として扱うことで，在中同胞の大韓民国国籍を所有する人々の基本的権利を侵害したことを明確に宣言しなければならない。したがって，請求人らのような在中同胞を無条件で中国国籍を所有する在外同胞として扱うのではなく，彼ら彼女らが大韓民国の国籍を取得したかどうかとはまだ保持しているか否かを判定した後，その結果に応じて適切に扱うように改善する必要がある」[132]。

しかし，チョ・デヒョン裁判官も中国朝鮮族に対する韓国政府の立法不作為の可否については，多数意見と同じであった。

中国朝鮮族は，韓中の国交が樹立する 1992 年 8 月まで，自らの意思で韓国に帰還することのできなかった存在である。複数国籍がすでに限定的に認められた現在の韓国において，自ら進んで国籍を喪失したわけでも中国国籍を取得したわけでもない中国朝鮮族にとって，複数国籍者であることを認めないために，韓国は過去国籍主義に基づいて中国朝鮮族を「過去国民であった者」として扱ったのである。以上のような点を鑑みると，中国朝鮮族という概念が，中国成立以後に形成されたため，この基準を中国朝鮮族移民の上限線とすることで，このような解釈的困難をもたらしていると言えよう。このように，恣意的な形で中国朝鮮族を制限するために，国籍は用いられたとみることができる。

高麗人に係る国籍問題：サハリン同胞は無国籍者なのか？

高麗人もまた，中国朝鮮族と同様の立場に置かれた存在である。上記の中国朝鮮族を対象とした指針は，外国国籍同胞の国籍回復に関する指針へと変更されたが，これとは別途，「高麗人同胞の合法的在留資格およ

131 헌재 2006 년 3 월 30 일 2003 헌마 806, 공보제 114 호, 542 면[545-546 면].

132 헌재 2006 년 3 월 30 일, 2003 헌마 806, 공보제 114 호, 542 면[545-546 면].

び定着支援のための特別法」(2010 年 5 月 20 日制定・法律第 10306 号・2013 年 2 月 23 日改正)が制定された（以下，高麗人特別法という)。同法によると，高麗人同胞とは，1960 年ごろから 1945 年 8 月 15 日までの時期に，農業移民，抗日独立運動，強制動員などでロシアおよび旧ソ連地域に移住した者および，民法 777 条に従いその親族として現在該当地域に居住している者(2 条)を指し，高麗人の権益増進と生活安定を目的としている(1 条)。しかし，同法は，もっとも重要な部分でもある国籍問題については抜けている状態である点が問題となる。

また，なかでもサハリンに在住する朝鮮人(以下，サハリン同胞という)については，韓国が長年無関心のままで，政策をとってこなかった地域の１つである[133]。サハリン同胞の歴史的背景についてはすでに簡単に言及したが，日本臣民としての地位を有していた彼ら彼女らは，戦後他の日本人とともに日本に引き上げることも，故郷である朝鮮半島に帰郷することもできなかった[134]。残されたサハリン同胞は，自身で国籍を証明しなければ無国籍者となる旧ソ連の国籍法(1938 年まで出生地主義を採用していたが，その後改正)によって，無国籍者として分類された。その後北朝鮮が国籍付与に乗り出すなどの措置を講じてきたが，現在もなお無国籍の状態に置かれている者が約 20%も存在する。1950 年代にはいり北朝鮮離脱民国籍を取得するかソ連国籍を取得するよう処理を促したことで，旧ソ連(後のロシア)，日本(日本の女性と結婚することで日本に渡った場合)，そして北朝鮮の国籍保持者が存在することになる[135]。

ロシアとの国交は，1990 年 10 月に結ばれ，中国朝鮮族と同様に韓国への訪問が実現されはじめたが，サハリン同胞は，韓国国籍保持者とし

---

[133] 2009 年の市民団体と同胞を中心にサハリン同胞問題を解決するための「サハリン望みキャンペーン団」が設けられ，2010 年 5 月にはサハリン同胞支援弁護団がサハリンを訪問した。以下で言及する訴訟は，支援弁護団が企画した訴訟の１つである。訴訟運動については，「共感人権法財団」のホームページが参考となる(http://withgonggam.tistory.com/1443[2019 년 1 월 10 일 확인])。

[134] サハリンに残され残留朝鮮人の背景について詳細に知ることができる日本語文献として，大沼保昭『サハリン棄民：線後責任の点景』(中公新書，1992 年)がある。「朝鮮人の大部分は，日本人と同じく大日本帝国臣民として，日本の戦時経済を支える産業戦士として，サハリンに連れてこられたはずだった。しかし，彼らを労働力としてサハリンに送り込むことには全力を尽くした日本政府も企業も，彼らを故郷に送り返すことには一かけらの関心も示さなかった。ソ連も彼らを故郷に返そうとはしなかった」(同書，18-19 頁)という説明が印象深い。日本政府にとっては朝鮮戸籍に属する限りにおいて日本人ではなく朝鮮人であったが，ソ連政府にとっては国内身分証に記されている民族籍は自己申告であり，日本人と自称した以上は日本人であった。したがって，引き揚げの過程で日本に渡った者も存在する。

[135] 최경옥, 전게각주(126)18 면 , 노형돈「사할린한인 우편저금청구소송과　그 후의 동향」[=サハリン韓人郵便貯金請求訴訟とその後の動向] 성균관법학 29 권 2 호(2017 년)50 면.

て認められるか否か，2014 年ソウル行政法院にて訴訟が提起された[136]。

> 「国民は，帰化等の後天的な国籍取得ではない限り，憲法と国籍法が定めている国籍取得要件を持ち合わせている者は，当然に大韓民国国民に該当するのであり，必ず行政府がこれを国民として判定しなければ大韓民国国民となる」[137]。
> 「憲法と国籍法に従い大韓民国国民に該当するサハリン居住無国籍韓人らが，国民として地位を享受することができるよう保障することは，憲法前文，2 条 2 項，10 条で規定されている国家の在外国民保護義務および基本権保障義務を履行することに重要な意味をもつ」[138]。

国籍法の母法となった臨時条例から制定国籍法にかけてまで，韓国は一貫して血統主義原則を維持してきた。これによって，サハリンに強制動員された朝鮮人は制憲憲法が制定されると同時に韓国国籍を取得するのであり，原告はその後出生したことから，出生と同時に韓国国籍を取得するのであると判断したのである。この訴訟は，サハリン同胞の子孫として国籍確認訴訟で勝訴した，初めての裁判として注目された[139]。血統主義の国籍法をおいていることから，本来であれば韓国の国籍保持者である在外国民となることができたにもかかわらず，無国籍の外国人として扱い，その後永住帰国する場合に国籍を付与した。当該問題は，ロシアの国籍問題ではなく，日本による日本国籍剥奪と関係する日韓の問題であり，そして韓国の国籍政策に基づく問題であった。

朝鮮籍在日朝鮮人の国籍問題：韓国国籍取得？

在日朝鮮人も同様に，日本による戦後の処遇が影響していることは明白である。朝鮮籍在日朝鮮人については，一時的な帰国それ自体に上記の通り，外国国籍同胞概念は憲法裁判所の憲法不合致判決によって，立法過程を経て改正され，形式的に中国朝鮮族，高麗人がその対象に含まれることとなったが，朝鮮籍在日朝鮮人は依然としてこれには該当しな

---

136 原告は，日本の植民地支配のときにサハリンに移住することとなったが，戦後帰国することができず，抑留され無国籍資格で居住していた朝鮮人夫婦間で，1954 年に出生した子孫である。出生後サハリンで無国籍者として居住していた原告は，自身が韓国国民であるか否かを確認する国籍確認訴訟を提起した(서울행정법원 2014 년 6 월 19 일 선고, 2012 구합 26159 판결)。

137 서울행정법원 2014 년 6 월 19 일 선고, 2012 구합 26159 판결.

138 서울행정법원 2014 년 6 월 19 일 선고, 2012 구합 26159 판결.

139 『연합뉴스』[=聯合ニュース] 2014 년 6 월 19 일, http://www.lawnb.com/news/contents_view.asp?cid=5054C665BACD455B9BA7BABB 931C62D1) [2019 년 1 월 10 일확인].

い[140]。朝鮮籍在日朝鮮人は，日本の旧外国人登録証(現在の特別永住者証明書)の国籍等記載欄に朝鮮と書かれている者を指し，朝鮮籍は北朝鮮国籍そのものを表すものではない[141]。彼ら彼女らは，韓国の在外公館で国民登録をしていないため，在外同胞法の在外国民の範疇にも該当せず，その上，他国国籍保持者であることを明示的に示す書類もないことから，外国国籍同胞の範疇にも該当しない。朝鮮籍在日朝鮮人は，その他の在外コリアンとは異なる扱いを受けているものということができる。では，彼ら彼女らは，対外的にいかなる法的地位におかれるのであろうか。この問題は，韓国に入国する際の証明書の発給という場面で顕在化した。

「南北交流協力に関する法律(1990年8月1日法律第4239号)」(以下，南北交流法という) 10条[142]は，外国国籍を持たず韓国の旅券も所持しない外国居住同胞が韓国を訪問する際，旅券法14条1項[143]に基づき「旅行

---

140 外国人登録上の韓国籍であった者が後に日本国籍を取得した場合，外国国籍同胞となりうるが，朝鮮籍であった者が後に日本国籍を取得した場合，外国国籍同胞の対象者から除外される。

141 1945年の通達による日本国籍喪失に伴って，在日朝鮮人は一律として外国人登録の国籍等欄を朝鮮としていた。しかし，韓国政府樹立にともない，韓国と朝鮮に表記が二分されることとなる。国籍等欄が韓国とされている者は，在外公館を通じて韓国の在外国民として登録されている限り韓国国籍保持者であるが，朝鮮籍＝北朝鮮国籍として一括りにしてはいけないという点を留意すべきである。2018年度6月までの統計によると，韓国籍者は452,701人である一方，朝鮮籍在日朝鮮人は30,181人である(法務省，在留外国人統計(旧登録外国人統計)2018年6月末参照)。これまで，朝鮮籍者の人数を正確に把握することはできなかったが，2015年統計より法務省は，韓国・朝鮮籍の統合集計から，韓国籍と朝鮮籍を，それぞれ分離集計している。これは，自民党議員の「日本に住む『北朝鮮国籍者』が実数以上に大きく見える」という主張をうけての公表であるが(『朝日新聞』2016年3月5日朝刊)，これは当該自民党議員が，朝鮮籍者＝北朝鮮国籍保持者として把握していることを意味する(当該議員の理解は，日本が政府見解として本来有してきた見解と異なる。かつての政府見解は，外国人登録事務協議会・全国 連合会法令研究会編『改訂 外国院登録事務必携』(日本加除出版，1993年)29-31頁他)。なお，朝鮮籍在日朝鮮人らが「朝鮮籍」を維持する理由はさまざまな観点が存在するが，さしあたり中村一成『ルポ 思想としての朝鮮籍』(岩波書店，2017年)などがある。

142 南北交流法10条「外国国籍を保有せず，大韓民国の旅券を所持していない外国居住同胞が南韓を往来するためには，旅券法14条1項に従い旅行証明書を所持しなければならない。」なお，南北交流協力法の詳細については，통일부『최종합본-남북교류협력법 해설서』[=最終合本-南北交流協力法解説書](통일 부 교류협력기획과, 2009년)などがある。

143 旅券法14条1項「1. 外交部長官は国外在留中に旅券を消失した者で，旅券の発券を待つ時間的猶予がない者など，大統領令で定める者に対して，旅券目的地が記載された旅券に代わる証明書(以下，「旅行証明書」という)を発給することができる。2. 旅行証明書の有効期間は1年以内であるが，その旅行証明書の発給目的が履行されれば，その効力を失うものとする。3. 旅行証明書の発給および効力については，7条から10条まで，12条，13条及び，16条から18条までの規定を準用する。」

証明書(여행증명서)」の発行を受け，これを所持する必要がある。2008 年頃まで，朝鮮籍在日朝鮮人の往来は活発かつ容易であったが，李明博政権以後は旅行証明書の発行が難しくなっており，申請拒否件数は急激に増加した[144]。また，申請者に対して朝鮮籍から韓国籍への変更およびそれにともなう在外国民登録を促し，これに応じない申請者に対して証明書の発行を拒否する事例も登場している。このような状況の中，2009 年に旅行証明書発給拒否処分の取消を求めてソウル行政法院に行政訴訟を提起され[145]，朝鮮籍在日朝鮮人の法的地位に関する解釈，旅券法適用対象者に含まれるか否かが，争点となった。

第 1 審であるソウル行政法院[146]および控訴審であるソウル高等法院[147]は，原告である在日朝鮮人の法的地位を無国籍者であるとしている。ソウル行政法院は，当該処分は裁量権の範囲を逸脱・濫用する処分であり違法であるとしたが，控訴審は，無国籍の外国居住同胞はその適用対象ではなく，南北交流法で規定されている外国国籍同胞に対する旅行証明

144

(年度)	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016(~8)
申請件数	3329	2957	2229	2033	1497	401	64	44	86	55	45	26
発券件数	3358	2949	2229	2030	1218	176	25	20	40	24	23	9
拒否件数	-	8	0	3	279	225	39	24	46	31	22	17

表：年度別朝鮮籍在日朝鮮人に対する旅行証明書発給・拒否件数
上記表は，정인섭「조선적 재일동포에 대한 여행증명서 발급의 법적 문제」[=朝鮮籍在日同胞に対する旅行証明書発給の法的問題]서울국제법연구 21 권 1 호(2014 년)10 면より引用し，拒否件数を筆者が加筆したものである(鄭印燮は，当該表を作成するにあたって，2005-2007 年度の統計については，KIN 지구촌동포연대(Korean International Network)が要求した情報開示に基づく下記記事を参照している(『프레시안』[=プレシアン]2013 년 12 월 18 일 http://www.pressian.com/news/article.html?n o=112573[2019 년 1 월 10 일 확인])。『聯合ニュース(日本語)』2016 年 9 月 26 日 http://japanese.yonhapnews.co.kr/pgm/9810000000.html?cid=AJP201609 26004900882[2019 年 1 月 10 日最終閲覧日]。

145 朝鮮籍在日朝鮮人 3 世で，朝鮮学校で学んだ原告は，2009 年 4 月 30 日旅行証明書の発給を駐大阪韓国総領事館(被告)に申請したが，発給申請書以外に理由書(事由書)を添付され，「今後国籍を変更する予定があるか」記載することを要求し，原告は「現時点では変更の意思はなく，変更する特別な理由もない」と記載し，個別面接時にも原告は被告の当該質問に理由書(事由書)に記載した内容の通りに回答した。その後被告は，警察庁による身元証明ができなかったことを理由に，原告に対して旅行証明書の発給ができない旨を通告したことから，旅券法，無国籍者の地位に関する条約，憲法 11 条などに違反する行為であるとして，被告の裁量権を逸脱・濫用を理由に，ソウル行政法院に旅行証明書発給拒否処分の取消を求めた。

146 서울행정법원 2009 년 12 월 31 일 선고, 2009 구합 34891.

147 서울고등법원 2010 년 8 월 28 일 선고, 2010 누 3536.

書は，北朝鮮住民に対する訪問承認・訪問証明書[148]，または出入国管理法に基づく査証に該当するため，広範な裁量が認められるとした[149]。そして大法院[150]は，朝鮮籍在日朝鮮人は国籍等の表示を朝鮮から韓国に変更していない者であり，南北交流法上旅行証明書を所持して訪韓するとみるのが妥当であり，下級審に従い違法でないとしたのみで，無国籍であるという言及はなされなかった。

大法院による朝鮮籍在日朝鮮人の見方は，上述した北朝鮮公民の法的地位および最初の韓国国民規定に関する 1996 年大法院判例の判断枠組みに従ったものとみることができる[151]。それにもかかわらず，発給拒否は裁量権を逸脱・濫用しないと判断した大法院の判断は，明瞭な説明を欠いた矛盾したものである[152]。

本件訴訟では具体的な争点にならなかったが，原告は，旅行証明書発給申請の際に日本の行政実務上韓国籍へと変更し，韓国国籍所持者として在外国民登録することを促されている。このような旅行証明書発給手続における近年の慣行は，韓国国籍取得を強要する行為であり人権侵害にあたるとして，国家人権委員会に陳情を申し立てた事例もある[153]。

---

148 南北交流法 9 条 1 項「南韓の住民が北韓を訪問するか，北韓の住民が南韓を訪問するにあたっては，大統領令の定めに従い，統一部長官の訪問承認を受けなければならず，統一部長官が発給した証明書(以下,「訪問証明書」という)を所持しなければならない。訪問証明書の発給手続として，韓国住民が北朝鮮を訪問する際，訪問申請書，身元陳述書，写真および身辺安全および無事の帰還を保障する書類または資料を提出しなければならない(施行令 10 条 1 項)。」

149 そして，原告の既存の略歴から南北交流を害する明白な憂慮があるか，国家安全保障を害する明白な憂慮があるか否かを斟酌すると，裁量権の逸脱・濫用にあたらず，違法ではないとした。

150 대법원 2013 년 12 월 12 일 선고, 2010 두 22610.

151 控訴審まで原告は，自身を無国籍であると主張し，韓国国民であるとは主張してこなかった。しかし，上告理由書によると，朝鮮籍であっても当然に韓国国民であるという主張に切り替えている。これは，朝鮮籍在日朝鮮人の法的地位について，大法院が無国籍という用語を用いて言及するか否かを，明確に判断させることを意図していたように考えられる。「朝鮮籍在日同胞は，大韓民国国民として認定されます。そのため，中国国籍を取得した在中同胞は大韓民国に入国するためには，査証が必要である反面，朝鮮籍在日同胞は旅行証明書，すなわち旅券に変わる証明書が必要なのであります。したがって，朝鮮籍在日同胞は，外国人であるという前提下で旅券法施行令 16 条に定める者，および朝鮮籍在日同胞を異なって評価する原審の判決は誤りであります」(上告理由書参照)。なお，上告理由書を中心とした訴訟資料は，原告から直接提供いただいたものである。

152 控訴審が示し大法院が依拠したこのような判断枠組みは，朝鮮籍在日朝鮮人を恣意的に排斥するものであったことが明らかである。

153 2009 년 12 월 1 일, 국가인권위원회결정 09 징인 2583. 陳情人(被害者)は韓国の大学への留学を希望していた朝鮮籍在日朝鮮人であり，南北交流法に基づき旅行証明書の発給を駐大阪韓国領事館に申請した。入学試験の際には旅行証明書が発給されたものの，申請時に理由書書類において韓国への渡航目的のみならず「国籍を変更する意思」があるかについても合わせて記すように指示され，面接

「朝鮮国籍(筆者注;原文ママ)の在日朝鮮人被害者に南韓に入国する過程で国籍選択を条件としたり，これを直・間接的に懲憩する行為は被害者の政治的信念や世界観に反する行動を強要する」[154]。

したがって，このような措置は，韓国の国民ではない者にも認められうる幸福追求権及び国籍選択に対する自己決定権(現行憲法 10 条[155])，良心の自由(現行憲法 19 条[156])を侵害する行為であると判断している。

朝鮮籍在日朝鮮人に促しているのは，韓国国籍への変更あるいは取得ではなく，在外公館におもむき国民登録を行うだけの確認行為であり，在外公館がこれを拒否することは考えにくく,「過去の概念」であり「虚構の概念」である朝鮮籍に固執するのであれば,「相当の裁量権をもって判断する対象とならざるをえない」として，判決を肯定する主張もみられる[157]。これは，在外同胞法の憲法不合致判決において，クォン裁判官が在外同胞法の対象から離れた者を国籍未確認と呼称した点と思考上通底するものということができるのではないだろうか[158]。

朝鮮籍在日朝鮮人は，その他在日朝鮮人そしてその他在外コリアンらと同じ民族的同質性をもつ。しかし，朝鮮籍を維持することは，その他在外コリアンと比較しても韓国に入国するうえで，多くの制約をもたら

においても「国籍を変更する意思の可否」を確認された。大学合格後に広島に居所を移した陳述人は，韓国籍へと変更しないまま駐広島韓国領事館に旅行証明書発給を申請したが，不許可決定通知を受け，結局は韓国へ入国することが適わなかった。陳情人は，旅行証明書を発給する際に国籍の変更を強要，懲憩したり，これを条件とする慣行は人権侵害にあたるとし，国家人権委員会に陳情を申し立てた。

154 2009 년 12 월 1 일, 국가인권위원회결정 09 징인 2583.

155 現行憲法 10 条「全て国民は，人間としての尊厳および価値を有し，幸福を追求する権利を有する。国家は，個人の有する不可侵の基本的人権を確認し，これを保証する義務を負う。」

156 現行憲法 19 条「全て国民は，良心の自由を有する。」

157 정인섭「재외동포법의 문제점과 향후 대처방안」[=在外同胞法の問題点と今後の対処方案]，정인섭『재외동포법』[=在外同胞法](사람생각, 2002 년) 20-22 면이하.
また「大韓民国憲法上，朝鮮籍同胞も当然に大韓民国国民である。しかし,『朝鮮籍韓人』はさまざまな理由で大韓民国在外国民登録を拒否する為に，その結果国民の地位を得ることができなかっただけである。『朝鮮籍韓人』は大韓民国旅券を申請しないがゆえに，彼ら彼女らは入国のために旅行証明書を支給している」とする主張は，鄭印燮と同旨の見解を示しているとみることができる(명순군· 이철우· 김기창, 전게각주(27)87 면이하)。

158 しかし，朝鮮籍者が韓国籍を確認するその実務上の手続自体も，届出のみといった単純なものではない。具体的な国籍変更の手続きについては,『在日コリアン支援ネット』http://www.k-sup.net/kokuseki[2019 年 1 月 10 日最終閲覧日]でも示されている。同サイトからも明らかであるように，朝鮮籍から韓国籍への変更が，決して手続き上簡易な「確認」行為でないことがうかがえる。

すこととなった。朝鮮籍在日朝鮮人の法的地位は，過去国籍主義に基づき外国国籍同胞としての地位も保障される余地もなく，日本の行政実務上の手続きを経て韓国籍に変更し，韓国国籍所持者である在外国民となる選択肢でのみ認められることになる。朝鮮籍在日朝鮮人らが朝鮮籍を用いていることには各々の理由があるため，国籍に関する国内管轄権を有する国家の所在の判断は，複雑な問題が内在するであろう[159]。当該問題への解答を提示することは難しいが，韓国の裁判所が彼ら彼女らを無国籍ではなく国籍未確認であると判断したことは，歴史的背景に基づく朝鮮半島の複雑性を示していると考えられる。在外同胞として包摂されべき存在であるにも関わらず，在外同胞法から除外されたことで訪韓に対する障壁が高い朝鮮籍在日朝鮮人に対する処遇は，単一民族の同質性を重要な人的基盤としておく中，政治的な要素が行政実務に影響を与えていることは明らかであろう。

なお，文在寅政権が発足した後，旅行証明書の発給を緩和させる傾向が続いている。外交部は，旅行証明書の所持は依然として必要としながら，「人道主義の観点から朝鮮籍在日同胞の円滑な故国訪問のため，旅行証明書の発給基準と手続きを明確にする方向へと指針を改定し，施行している」と説明する[160]。実務的には，「特別な理由がない限り」8 日以内に旅行証明書は発給されている[161]。また，朝鮮籍在日朝鮮人が在外同胞法に無国籍同胞を含めるよう求めた大韓民国政府民願[162]申請に対して，議員立法が推進されているとの回答がされている。

---

159 日韓予備会談を通じて全ての在日朝鮮人は韓国国民であることが確認されたが，南北関係の深化により国籍問題の他律的な性格が強化された。一方，2000 年代の脱冷戦の中で，在日朝鮮人の朝鮮籍から韓国籍への取得も増加した(조경희「남북분단과 재일조선인의 국적-한일 정부의 "조선적"에 대한 해석을 중심으로」[=南北分断と在日朝鮮人の国籍−韓日政府の“朝鮮籍”に対する解釈を中心に]인문학 58 집(2014 년)274-275 면)。

160 『한겨레』[=ハンギョレ]2017 년 8 월 15 일 http://www.hani.co.kr/arti/politics/diplomacy/806926.html[2019 년 1 월 10 일확인]

161 『東洋経済日報』2018 年 1 月 26 日 http://www.toyo-keizai.co.jp/news/society/2018/8_7.php[2019 年 1 月 10 日最終閲覧日])

162 大韓民国政府民願とは，国民が行政機関に対して，申請や処分等，特定の行為を要求する行為(民願事務処理に関する法律 2 条 2 号)である。同条によると，許認可・免許・特許・承認・指定・認定・推薦・試験・検査・検定等の申請，帳簿・台帳等への登録・登載の申請又は届出，特定の事実又は法律関係に関する確認又は証明の申請，法令・制度・手続等の行政業務に対する質疑・相談を通じた説明や解説の要求，行政制度や運営の改善に関する意見の建議，その他行政機関に対し特定の行為等を要求できるとする(『민원 24』[=民願 24] http://www.minwon.go.kr/main?a=AA020InfoMainApp[2019 년 1 월 10 일확인])。

4. 在外コリアンの境界となるメルクマールとは

以上のように，歴史的背景を鑑みても，また現在の韓国の人口対比からみても，在外コリアンの存在の重要性は明らかである。在外同胞に対する諸政策において，在外コリアンは，血統的な同質性に基づく紐帯関係があり，「遠隔地民族主義(long-distance nationalism)」[163]の下で韓民族共同体に帰属する構成員である。憲法2条2項の趣旨を反映し成立した在外同胞法の重要な意義は，韓国という血統上の祖国を離れた者が，居住国での生を維持しながら，祖国たる韓国との紐帯を確実なものにするためであった。このような紐帯は，在外コリアン個人の，ひいては韓国という国家の発展に寄与するものという，相互依存的なものであったということができる。しかし，その紐帯は文化や言語といった要素でも，「朝鮮の血統をもつ」在外コリアンであるという自己申告でもなく，国籍であった。このように，そもそも在外同胞という「漠然とした概念」[164]を定義するうえで，国籍という概念を用いられているという点に矛盾を感じざるをえない。

そして，過去国籍主義を採用することによって，血統上の同質性があるにもかかわらず一部(朝鮮籍在日朝鮮人，高麗人，中国朝鮮族)は適用対象から排除された。排除された在日朝鮮人の居住地域からみても，このような排除にイデオロギー的要素が強く作用している[165]。これは，本来在外同胞法が制定趣旨として提示した，母国への寄与という功利的な考慮，歴史的な傷痕の治癒という根本的な人道的責任意識という目的を充

---

163 이철우「주권의 탈영토화와 재영토화」[=主権の脱領土化と再領土化]한국사회학 42집 1호(2008년)41면，李喆雨「国民国家の超国家化と市民権/出入国談論−韓国の在外同胞政策を中心に−」棚瀬孝雄編『市民社会と法−変容する日本と韓国の社会−』(ミネルヴァ書房，2007年)32頁。「遠距離民主主義」とは，移住者が居住国に文化的に吸収されず，特有のアイデンティティと出身国とのつながりを維持し，出身国は彼らを自国成員として確保することで国境を越えて人的境界を拡大することを意味する。ベネディクト・アンダーソンの用語(ベネディクト・アンダーソン(糟谷啓介他訳)『比較の亡霊』(作品社，2005年)第3章)から「遠距離ナショナリズム」と訳される場合が多いが，本稿では李喆雨の訳をそのまま引用する。遠距離民族主義は，関わる人々が1つの集団として独自のアイデンティティを形成し，同時にその集団が故国とみなす国家の権力に絡め取られていくことが示唆されてもいる。

164 정인섭，전게각주(157)32면.

165 ロジャース・ブルーベイカー(ジェウン・キムとの共著)は，「国境外の『親族』に権利と特権を拡張する根拠となっているのは，『歴史的朝鮮国の継承者としての』韓国国家の政治的な系譜であり，エスニックな系譜ではなかった」としている(ロジャース・ブルーベイカー(佐藤成基他訳)『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)179頁)。ジェウン・キムの単著については，See Jaeeun Kim, Contested Embrace: Transborder Membership Politics in Twentieth-Century Korea, (Stanford University Press, 2016)を参照。

足できていない。

第５節　韓国における国籍概念の民族性および恣意性

1. 国籍概念に内包される民族性

国籍問題は，人権宣言との関連や，国家を構成する人的要素の範囲を定める点からして，憲法全体の基礎と関係する重要な問題であることは，当然視されている。制定国籍法は，制憲憲法 3 条において韓国国民となる要件を法律で定めるという国籍法定主義を採用したことにより制定された。たしかに国籍法は，憲法の委任に基礎づけられ制定された法律であるが，その内容においては国家の基本的な構成要素である国民の範囲を定めるものであり，国籍問題は根本的に憲法事項である[166]。国籍問題は，憲法の規律対象である国民と関連する現代的な領域国家的現象であるのみならず，民主的に組織された韓国という共和国の必然的な結果であるため，国籍概念は主に国家の存在に依存するが，個人と国家の最も強い連結点として，国家の加速的な変化に直面する[167]。韓国において複数国籍が限定的ながら許容されたのも，このような脈絡であるといえよう。

臨時条約および制定国籍法以降，韓国は国籍法制において単一国籍主義，および血統主義原則を採用してきた。そのような中での複数国籍許容への転換は,たしかにトランスナショナリティ(国家超越性)を容易にすることができ，韓国自体をグローバルな開かれた共同体として形成していく一歩であるともいえる。これは，韓国が移民受入国家へと移行し，多文化社会という新たな韓国社会形成への議論を惹起する改正であるということができる[168]。しかし，実際には外国国籍不行使誓約のような一定の条件をおき，韓国国内に居住する限りにおいては，韓国国民たる必要があるなど，消極的な内容となっている。また，憲法裁判所の判例からも明らかであるように，兵役を忌避する目的で複数国籍が用いられることを厳しく制限したのも，国の構成要素である国民，主権，領土は，一般的に，複数の国家が共有するものではなく，複数国籍が悪用されることを警戒していることに起因する。このような主張は，制限的に複数国籍を容認したとはいえ，一般的に国家が複数国籍に反対する事由としては非常に典型的であるといえよう。そこには，韓国がいまだに複数国籍に対して抱える疑念が垣間見える。

---

166 **盧泳暾**, 전게각주(69)52 면.

167 박지완「헌법발전의 문제로서 복수국적의 헌법적 정당화」[=憲法発展の問題としての複数国籍の憲法的正当化]동아법학 55 집(2012 년)37 면.

168 韓国は，定住外国人に対して地方選挙権を付与する制度をおくなど，多文化社会への転換に向けた変化がみられる。

韓国政府成立過程で人的基盤となったのは，血縁としての連続性に裏打ちされた民族的同質性であり，このような民族性は国民の核心的基盤たる国籍にも内包されているとみるべきであろう。血統主義原則は，韓国の国籍法におけるもっとも重要な原則であり，これは，朝鮮半島の歴史的変移および現在の分断体制という特殊性から，単一民族としての国家と，民族的同質性をもつ人的基盤としての国民形成を重要視してきたことを示している。しかし，血統主義を採用したことにともなう最初の韓国国民規定の欠缺は，韓国国民の境界を明らかにするうえで，さまざまな障害を惹起してきた。憲法裁判所は,「朝鮮と大韓民国，そして朝鮮人と大韓民国国民の連続性」[169]を認めることが法的手当に値するかのように判断したが，最初の韓国国民をたどるための証明は，結局韓国政府樹立以前の朝鮮戸籍に依拠する他ない。

朝鮮戸籍への依拠は，国籍法に留まらず在外同胞法にもその影響を与えている。在外同胞法における過去国籍主義の採用は，在外同胞に対する基本法の必要性という本来の立法趣旨と概念定義が矛盾するという論理破綻を引き起こしている。また，前述したように国籍法上，最初の韓国国民の定義が欠缺しており，その経過規定が設けられていないにもかかわらず，概念定義に「過去に大韓民国国籍を保有した者」という文言を挿入したことは，欠缺にさらに欠缺を重ねたものであった[170]。国籍問題と在外同胞問題は，本来別途検討されなければならない事案であるという批判も提起されている[171]。たしかに，国籍法制と在外同胞法制は，その立法趣旨や目的など，異なる次元で立法されるべきものであるが，在外同胞法が過去国籍主義を基準に外国国籍同胞を定義づけたことによ

169 이철우「국적과 종족성으로 인한 집단적 자아와 타자의 구별」[=国籍と種属性による集団的自我と他者の区別]법과 사회 25 권(2003 년)16 면.

170 国籍を基準とする国民と外国人(外国国籍保持者)の一刀両断的な区別に加え，民族的な同質性を基準として外国人同士を区別すること自体，やはり衡平性に欠けたものであるという主張もある(이철우, 전게각주(169)24 면)。

171 李喆雨は討論会を通じて,「国籍問題と外国国籍同胞の問題を混同して考える傾向にあるということです。…(中略)…ドイツやイスラエルのような国は外国に居住している同胞に国籍を付与しており，イスラエルの場合はイスラエル国内に入ったその瞬間に国籍が付与されるものと把握しています。ドイツの場合には…(中略)…外国に出てドイツと政治的紐帯が断絶した者であっても，1937 年 12 月 31 日当時のドイツ領土領土に入国がされればドイツ国民である，とこのようにみていると解釈できます。我が国もこのような立場を採用できないことはないと考えます。しかし問題は，このような立場を採用することと，在外同胞法を改正する問題は別の問題であり，２つの立場を両立することはできないという点であります。仮に在中同胞，在露同胞が大韓民国国民であれば，在外同胞法は論ずる必要がないのです。在外同胞法を語るのであれば，それは彼ら彼女らを大韓民国国民ではないということを認めることになるためであります」と発言している(백충현, 이주영, 박상윤, 국상종, 이석연, 이철우「2002 년 4 월 12 일 재외동포법 종합토론」[=2002 年 4 月 12 日在外同胞法総合討論], 정인섭편, 전게각주(109)117-118 면)。

って，在外同胞概念と国籍概念とを密接に関連づけた。憲法不合致判決に基づく概念定義の変更によって，結局朝鮮戸籍に登載されていた者が定義の範疇に含まれる基準をおいている点に鑑みると，国籍法と在外同胞法は，制度設計上別途の問題として扱い議論することを困難とさせている。

2. 国籍概念の恣意性な収斂

このように，対外的国籍概念においては民族的同一性を志向する一方で，国籍が恣意的に用いられているとみることもできる。

北朝鮮公民の法的地位は，現行憲法 3 条の領土条項を根拠として，北朝鮮公民が韓国国民として韓国国籍を取得・維持するものと判断しており，これは通説・判例(大法院・憲法裁判所共に)の見解である。そしてこの点は,「種族集団の統一を当然視しながら特定の理念と体制をもつ勢力によって統一を成し遂げなければらならないという信頼」[172]に基礎するという指摘もあるが，実体的な統治の及ばない北朝鮮公民も対象として含めるという理論は，やはり現状との乖離が問題となろう。

また，現行憲法 2 条 2 項における在外国民の基本権保護義務に関して，たとえこれが積極的義務であったとしても，在外同胞法が当該条文の趣旨を反映したものであったとしても，在外同胞という概念自体は憲法上明文化されているわけではない。在外国民に積極的保護義務が存在するのは，国籍保持者であることが前提とされるからであって[173]，国籍に囚われず広く在外同胞を韓国の人的基盤として保護し，一定の恩恵を与えることが，在外同胞法の制定趣旨とされるはずである。したがって，在外同胞問題は本来国民の範囲という問題設定とは異なる，人道的・民族的見地からの立法であり，平等原則の観点に照らして民族的同質性をもつ者の間で，相当の理由がない限り，不平等な差別的取扱がされる立法設計は許されない。在外同胞法がかつて採用した過去国籍主義によって，在外同胞の問題は，韓国国民とは誰かという問題にまで関連づけられた。そして，このような過去国籍主義は，国籍の取得要件を用いて，一部の在外同胞を収斂させる，恣意的なものであった。

このような国籍概念の恣意性は，中国朝鮮族，高麗人，朝鮮籍在日朝鮮人らの事例によって示された。例えば中国朝鮮族に対する特例も，中国との外交摩擦を起こさないための対策ではあるが，いまだに過去国籍

---

172 이철우, 전게각주(169)42 면.

173 憲法的根拠として，外国と韓国のどちらに居住していても，韓国の国益に寄与する韓国国民という運命共同体たることが挙げられているが(朴眞完,前掲注(96)101 頁)，そもそも国籍の役割には「在外国民の保護」という側面もあるためと考える(國分典子「日本における『国民』を巡る議論と問題」國分典子他編，前掲注(96)125 頁)。

主義に基づくものとして，あえて二重国籍保持者でもない，過去に韓国国籍を保持していた者として扱う方法を選択したのであった。また，国籍画定の恣意性は，高麗人，とくにサハリン同胞のように日本によって放逐され無国籍者として扱われた事例，朝鮮籍在日朝鮮人の旅行証明書発給拒否の事例で議論上にのぼったことからも明らかである。在外同胞法の範疇から除外された朝鮮籍在日朝鮮人は，民族的同質性というカテゴリーに含まれるべきであるにもかかわらず,「最底辺」の存在となっている[174]。分断国家であり,現在休戦状態である朝鮮半島にあって,安全保障,秩序維持等への脅威を無視することはできないが，在外同胞法から除外されたことで訪韓に対する障壁が高い朝鮮籍在日朝鮮人に対する処遇は,単一民族の同質性を重要な人的基盤におく中で,民族主義を内包した血統主義国籍概念を恣意的に収斂させ,国民を意図的に境界づけているということができる。国籍未確認の状態にある中で,韓国国籍を進んで確認(実質的な取得)するように求めることは,国籍保持者たる国民となる諸手続を自ら踏まなければならない，外国人と同様の扱いであるといえる。これは，憲法裁判所が国籍の定義において言及した，所属する国家の統治権に服従する義務とも通底する。国籍は，国家への忠誠を示すメルクマールとみることができよう。そして，これは外国国籍不行使誓約について規定された点からも，国籍保持者たる国民となることを自ら進んで選択させるという意図があるとみるべきではないだろうか。

このように，韓国は，歴史的背景から憲法上，単一民族としての同質的なアイデンティティを国民に求めつつ,グローバル化に則し国籍保持者による均質な国民という単一の身分を標榜しながらも,国籍が機能することを意図的に収斂させている。このような，一連の議論に鑑みれば，韓国における国籍の意味は，国家への忠誠や国民的一体性のためのメルクマールとされてきたと考えられる。

第６節　小括

本章では，韓国における国籍概念を考察するうえで，歴史的変遷から国家の構成要素としての国民概念と単一民族観について概観し，国籍法の変遷について検討し，韓国国籍法の欠缺に関する議論や判例について整理した。続いて，在外国民保護義務規定を基盤とした在外同胞法における概念定義とその争点から，国籍との関連性を明らかにし，さらに在外同胞法から除外されていた中国朝鮮族,高麗人(特にサハリン同胞)の法的地位あるいは国籍に関する問題，さらに，朝鮮籍在日朝鮮人の韓国へ

174 金雄基「韓国社会における『最底辺の在外同胞』としての在日コリアン」日本學報 106 輯(2016 年)。

の渡航拒否に関する事例を紹介した。最後に，韓国において対外的な国籍概念に関しては民族性を内包している一方で，対内的には恣意性をもって民族的同質性をもつ者さえも排斥する傾向にあることから，国籍概念を国家への忠誠や国民的一体性のためのメルクマールであると位置付けた。

以上の議論からも明らかであるように，韓国における国籍問題は，非常に特殊であるといわざるをえない。それは，朝鮮半島がもつ歴史的背景の延長線上に国籍問題が存在している上に，現在の南北間の情勢さえも，複雑化の要因となっているためである。特に，国家への忠誠を国籍というメルクマールと結びつける傾向は，国籍と国民国家との関係の本質との関連からみても，重要な側面であるということができる。

第 4 章
憲法からみた国籍概念
−日本・ドイツ・韓国を対象とした比較法的考察−

第 1 節　はじめに

「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」[1]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」[2]。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」[3]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，本章(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。この 3 つの範疇に分けた議論は国民国家という枠組みに基づくものであるが，その対比として，単なる主権国家でもなく単なる国際機関でもない EU の市民権概念の議論を取り上げる。続いて，これまでそれぞれ概観してきた日本・ドイツ・韓国における国籍概念を，いくつかの論点に沿って比較する。

第 2 節　国民国家枠組みと国籍

１．憲法からみた国籍概念

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

---

[1] 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。
[2] 広渡清吾『比較法社会論研究』(日本評論社，2009 年)174 頁。
[3] 広渡清吾，前掲注(2)185 頁。

境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[4]。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(セキュリティ)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」[5]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の[6]，国際法上国家の管轄事項であるとされてきた[7]。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

---

[4] 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)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「外国人の人権」井上典之編『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)[浦部法穂発言]。

[5] 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。同旨として，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。

[6] 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 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。

[7] 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)と定めているの 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。

する基準を提示していないことは明らかである[8]。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」,「統合的であるような潜在力を手放したことはない」[9]。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[10]。

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。

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 の範疇である，国籍はどのような意味をもつ概念なのか，という領域は，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。国籍の内実は，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うことができよう[11]。すなわちこれは,理念としての国籍ということができる。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，理念としての国籍もまた変動しうる[12]。

---

[8] 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.

[9] 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。

[10] クリスチャン・ヨプケ，前掲注(9)45 頁。

[11] 「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」公法研究第 75 号(2013 年)118 頁)。

[12] 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できる。

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」[13]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權利享有資格の基準としての国籍の機能的側面の領域[14]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と[15]，国籍が個人の権利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[16]。

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[17]に関する議論とその限界である。グローバリゼーション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うるはずである。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

---

13 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)27 頁。

14 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。

15 マクリーン事件(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『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「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(7・完)」北大法学論集 65 巻 6 号(2015 年)。

16 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] 국민 국가의 안과 밖 : 국민국가· 국가· 주체」[=国民国家の中と外 : 国民国家・国歌・主体]당대비평(1996 년)204 면)。

17 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・桎梏と感じ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)。

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」[18]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[19])であろう。「主権国家の法」と「主権国家間の法」の二元システムの揺らがせた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。

2．国民国家の相対化：EUを事例として

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[20]。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[21]。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[22]，「それぞれの根拠づけ

---

18 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。

19 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。

20 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一の条件で外交・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ことが指摘されている。(See Dimitry Kochenov, EU Citizenship without Duties. European Law Journal, Vol.20 No.4, (2014))。

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

22 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

は必要ない」[23]。

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[24]。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主権概念を採用している関係から，その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歩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 事件は[25]，国籍得喪の要件は国内管轄事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[26]。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

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。

[23] Rudorf 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っ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)。

[24] 「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『民族とネイション-ナショナリズムという難問』(岩波新書，2008 年)42 頁)。

[25] 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，ドイツは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，帰化決定が撤回され，ドイツ国籍が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)。

[26] Case C-135/08, para 39.

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[27]。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いうことが示されたのである[28]。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[29]。

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」[30]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」[31]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)」[32]という用語でも説明されている。

---

[27] 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)。

[28] 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も」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)。

[29] Damian Chalmers, Gareth Davies and Giorgion Monti, supra note 21, p.474.

[30] 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-グローバリゼーション・スタディーズの現在』(明石書店，2011 年))341 頁)。

[31]『毎日新聞』2016 年 12 月 6 日朝刊。

[32] 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『「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))。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，

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[33]。また，2015 年難民問題や Brexit[34]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[35]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」[36]，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[37]。

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」である[38]。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

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使用」している(同書，223 頁)。

[33] マルタの国籍法制については Segio Carrera, How much does EU citizens hip 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) を参照。

[34] 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)。

[35] 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。

[36] 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。

[37] 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)。

[38] 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。

ているなど[39]，その限界に対する指摘である。

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」[40]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[41]。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[42]。

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[43]，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」[44]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

---

39 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，真に説得的とはいい難いと指摘している(Dimitry Kochenov, The Right to Have What Rights?: EU Citizenship in Need of Clarification, European Law Journal, Vol.19, issue.4, (2013), p.2)。

40 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。

41 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(30)321 頁。

42 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.)。

43「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)。

44 井上典之「国境を越える立憲主義」ジュリスト 1378 号(2009 年)43 頁。

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。したがって，国民国家の枠組みにおける国籍の問題を検討することは，依然として重要である。

第３節　日本・ドイツ・韓国の国籍概念の比較法的考察

１．本論文で国籍概念を検討する射程

そこで，国民国家枠組のもと，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段階の範疇のどこを比較の射程としているのかを明示しておきたい。

序章で言及したように，本論文の目的は，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とが不可欠である[45]。

第１の範疇で明らかになるメルクマールは，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[46]，同時に議論する必要がある。国籍概念を検討する縦軸となる第１の範疇は，国民国家の歴史的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

---

[45] 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(13)15頁)。

[46] 「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「国際家族法における個人のアイデンティティー(1)」民商法雑誌 152巻３号(2015年)242頁)。

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的変容が影響する第 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)…国民の範囲を法律で定めることとされたのであるが，自由に定めるというよりは，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」[47]。すなわち「論理的には憲法上の国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」[48]，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のではないだろうか。

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である。「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」，「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」[49]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

---

47 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 2000 년 8 월 31 일, 97 헌가 12, 판례집 12-2, 178 면)。

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

49 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』(明石書店，2005 年)45 頁。

他国に帰属している場合をいう[50]。さらに,「国家と国民を一対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」[51]は，結局難民という立場におかれることにもなる。

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」[52]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」[53]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，本論文では国籍法制だけでなく在外同胞の受け入れ法制の各国法制度も同時に検討している。

本論文の各章を通じて，筆者は国民国家の歴史的変遷と法制度の変遷について，日本・ドイツ・韓国という３つの国家を対象としてそれぞれ検討してきた。以下では，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。

２．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？

国籍法定主義

日本，ドイツ，そして韓国における国民概念と国籍との関係において，明確に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点が挙げられよう。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

---

50 ロジャース・ブルーベイカー，前掲注(49)310頁[佐藤成基執筆部分]。
51 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。
52 江橋崇「国籍再考」ジュリスト1996号(1996年)8頁。
53 江橋崇，前掲注(52)8頁。

よって決定される」[54]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」[55]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」[56]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は共通している。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[57]，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。

最初の国民規定

その一方で異なる点は，憲法上に最初の国民規定が明確であるか否かであろう。すでに概観してきた通り，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ろう[58]。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うるためである。

日本は，憲法にも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を考慮する必要がある。すなわち，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ということである。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」[59]排除してきたということができる[60]。

---

[54] BVerfGE 83, 37, S.39.

[55] 헌재 2000 년 8 월 31 일선고, 97 헌가 12, 판례집 12-2, 178 면.

[56] 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1371頁。

[57] 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国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)。

[58] 広渡清吾，前掲注(2)221頁。

[59] 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

日本と同様に韓国は，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[61]，北朝鮮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[62]。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。盧泳暾は，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」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[63]。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

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。

60 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)。

61 허영『한국헌법론[전정 8 판]』[=韓国憲法論[全訂 8 版]](박영사, 2012 년)189 면, 헌법재판소헌법재판연구원『통일과 헌법재판 2』[=統一と憲法裁判](2017 년).

62 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 30 권 2 호(1997 년)199 면.

63 盧泳暾「우리나라 國籍法의 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 巻 2 號(1996 년)57 면.

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。

３．血統主義原則の意味

日本・ドイツ・韓国の３国を比較するうえでのもっとも重要な比較軸として，血統主義原則に基づく国籍法制を重視してきたという点をあげることができる。しかし，比較するとその根拠や変容には共通項もあれば，大きな差異点があることがわかる。

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いうことができる。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＝法律的意味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[64]。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」[65]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。

---

64 法務省民事局内法務研究会編，前掲注(16)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]。

65 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。

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のである。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。

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[66]。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うことができる。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[67]。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おり，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も憲法違反とはみなして

---

66 BVerfGE 37, 217.

67 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。

いない[68]。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，この点については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。

４．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，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為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[69]。

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」[70]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」[71]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

---

[68] 헌재 2000 년 8 월 31 일선고, 97 헌가 12, 판례집 12-2, 178 면, 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とされる(近藤敦『人権法』(日本評論社，2016 年)40 頁)。

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

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

[71] 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)。

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)であると再三指摘されていた[72]。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，これは 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。

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」[73]中で，EU 内の議論でも当該問題は避けることのできない法的問題となっていた[74]。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た[75]。

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もな

---

72 BVerfGE 37, 217, S.254-255.
73 BverwG 107, 223.
74 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) 。
75 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), p.54)。

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」[76]をもつとして明言を避けた判断をしている点をみると，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に発展するかは，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，一つの打開策としてみることができるかもしれない。国籍に「人と本国との実質的かつ文化的な結びつき」を求め「固有の家族関係を反映する」[77]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[78]。また，このような選択が，国籍に対する個人の権利として保障されるための１つの方法になるとも考えられるのではないだろうか。

５．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，戦後そのものにいかに向か

---

[76] 헌재 2014 년 6 월 26 일선고, 2011 헌마 502, 판례집 26-1 하, 578 면.

[77] 西谷祐子，前掲注(46)241 頁。

[78] 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現するものでなければならない」とする(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)410 頁)。

い合うのかに対する各国の姿勢を把握することにもなると考える[79]。日本・ドイツ・韓国の在外同胞に対する定義を比較するうえで，そのメルクマールをどこにおいたのであろうか。

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」[80]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。

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，このような論点は別途，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，注目する必要があろう。これは過渡的な条文であったものの，東西ドイツの再統一，そして被追放者らの受け入れの重要

---

79 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-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。

80 最小判 2015(平成 27)年 3 月 10 日民集 69 巻 2 号 265 頁。

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した。この概念は，歴史的な事情の連鎖と特有の状況の中で，生み出された概念定義であったということができる。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[81]。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。韓国に関して特徴的であるのは，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。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[82]。また無国籍のサハリン同胞について

[81]「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時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。

[82] 헌재 2006 년 3 월 30 일선고, 2003 헌마 806, 공보제 114 호, 542 면.

は，国民としての地位をもつ者として扱う必要があると，ソウル行政法院の判断があるのみである[83]。しかし，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て，実体としては事実上の無国籍者として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うことができる。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として「日本国籍を喪失し，中国国籍者となった」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」[84]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[85]。

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類似の立場にあったということができる。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)

83 서울행정법원 2014년 6월 19일 선고, 2012구합26159 판결.
84 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。
85 この点から鑑みると，日本において旧植民地出身者を戦前戦後の狭間で，日本臣民から日本国民へのつながりを絶ったことにより，彼ら彼女らの地位は意思を問わずに剥奪されたとみることができるであろう。

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，シュペーと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うことができ，この領域が，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節　国籍はどのような意味をもつ概念なのか

1．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」[86]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，日本に支配の経験がなかったことも関係するように思う[87]。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」[88]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いうことができる。

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

---

86 江橋崇，前掲注(52)8 頁。

87 西川正雄は，「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。

88 徐慶植『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)279 頁。

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としては，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」[89]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うことができる。

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る中で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，国民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」[90]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も，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。

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[91]。また，血統主義に

---

89 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。

90 広渡清吾，前掲注(2)185 頁。

91 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

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(少なからず現状では困難であると悲観せざるを得ないのではないか)と考える[92]。

2．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・韓国・ドイツ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[93]。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[94]。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

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)

92 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)。

93 西谷祐子，前掲注(46)233 頁。

94 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(法律文化社，2016 年)2 頁。

いるものの[95]，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も，難しいといえる。

しかし，日本・ドイツ・韓国の 3 カ国のみ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ているとみることができる[96]。このように，特定の国家を離れたより広い地域的な違いという面においては，国籍概念に対して通底する部分と異なる部分が存在するとみることもできよう。

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チ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。

---

[95] 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 Insitute)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, Iseult Honohan and Rainer Bauböck. How to Measure the Purposes of Citizenship Laws: Explanatory Report for the CITLAW Indicators. (European University Institute, 2017))。

[96] 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一概には言い難い。

第 5 節　小括

本論文で対象としてきたリサーチクエスチ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った論点について提示することを，本章のまとめとしたい。

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」[97]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」[98]，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」[99]，国際人権文書に由来する「人権としての国籍」[100]などが提起されてきた[101]。

---

97 柳井健一，前掲注(13)23 頁。

98 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・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]。

99 萩野芳夫，前掲注(78)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な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 PLACTICE3 号(2009 年)30 頁[戸波江二発言部分])。

100 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「憲法における『国籍』の意義」憲法問題 9 号(1998 年)121 頁)。

101 萩野芳夫・門田孝以外にも，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(7・完)」北大法学論集 65 巻 6 号(2015 年)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「スローガン的な意図」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

このアプローチは，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ない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[102]。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[103]。

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[104]。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，すなわち「国家によって把握されない場合」[105]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[106]。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[107]。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

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)。

102 「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んだろうと思います。…(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]。

103 近藤敦，前掲注(68)44 頁。

104 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るはずの権利・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たれているとはいえ，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)。

105 舘田晶子「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。

106 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。

107 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，

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[108]。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[109]。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[110]など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ろう[111]。

以上のような論点は，憲法学からの解釈も当然必要であるが，法政策的な課題を多分に含む問題でもある。この点については，今後の課題としてとどめおくことにする。

「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(ジョルジョ・アガンベン(高桑和巳訳)『人権の彼方に-政治哲学ノート』(以文社，2000 年)31 頁)。鵜飼信成は，「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(鵜飼信成『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。

108 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。

109 この点から鑑みると，日本において旧植民地出身者を戦前戦後の狭間で，日本臣民から日本国民へのつながりを絶ったことにより，彼ら彼女らの地位は意思を問わずに剥奪されたとみることができるであろう。

110 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))

111 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った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。一方，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)。

終章

1．結論として

本論文は，憲法からみた国籍概念を比較すること，すなわち，国民がどのようなものとして画定されてきたのかという点について，生来的な国籍取得の原則等を中心とした国籍法制，そして血統主義の国籍法制をおく国家における在外同胞の帰還にともなう，受け入れ法制におけるカテゴリーを検討することで明らかにすることを目的としてきた。とりわけ，日本・ドイツ・韓国が各々考える国籍の意味にどのような違いがあるのか，国籍概念は国民国家を前提とする現代の法秩序において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，4 章にわたり検討を試みてきた。

研究の目的に対する回答

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にとして，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」[1]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と考える。

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。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する形を採用したことは，国内で批判を生むことにもなったが，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といえる。

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。これは，国民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。

ドイツ，韓国の国籍概念を踏まえたうえで日本をみると，日本の概念は，上述したような狭小的な国籍概念であるがゆえに，国家が変容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

[1] 江橋崇「国籍再考」ジュリスト 1996 号(1996 年)8 頁。

いだろうか。

また，国籍概念が統一的なものであるかどうかについては，日本・ドイツ・韓国のみを取り上げ論じるには限界があるものの，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。

国籍概念は，個人と国家の最も強力な紐帯であり，国家の変化が加速するほど，変化の要求に直面することになる[2]。国籍法制は今後さらに人の流入・流出といったグローバル化の潮流の中で，国家管轄としてのルールの意義を少しずつ失う可能性はあろう。しかし，EU の事例や近年のナショナリスティックな動向からみると，いまだ国民国家の枠組みに固執した国籍概念が中心的な役割を担うといえる。たとえ，国籍概念が今後さらに収斂されていくシステムになっていったとしても，今後は国籍の機能的な側面に関する個別具体的な検討が重要となっていくであろう。

新たな視点の導入にともなう貢献

本論文は，一般的にこれまで論じられた，国民と外国人を分けるメルクマールとしての国籍概念という内側の議論から，在外同胞というこれまで憲法があまり目を向けてこなかった外側の具体的な対象に焦点をあてた。在外同胞という具体的な対象が，憲法学における普遍的なテーマとしての国籍問題を検討するうえで重要なアクターとなりうることを明らかにできた点は，本研究が貢献できた１つの成果ということができるのではないかと考える。

国民国家という不完全な枠組みが，本来保持しているはずの国籍を喪失させ，アイデンティティと異なる国籍を保持することになり，時には自身の依拠する国家すら存在しない自体も生むことになるとわかる。第 2 の範疇に関していえば，在外同胞を取り上げることにより，より立体的に血統主義，そして国籍概念を理解することができたと考える。ドイツ，韓国においては国民形成の議論の中に含まれてきた在外同胞の存在は，日本では法学における国民形成の議論の中では注目されてこなかったといえる。もちろん、在外同胞の問題について論じることで、在外同胞を無条件に祖国によって包摂し統合していく必要があると筆者が主張したいわけではないことを、ここで強調しておきたい[3]。しかし，国民国家が

---

[2] 박진완「헌법발전의 문제로서 복수국적의 헌법적 정당화」[=憲法発展の問題としての複数国籍の憲法的正当化]동아법학 55 집(2012 년)38 면.

[3] 「エトノスとしてのひとつの『国民』をまるごと『国民国家』に編成しようという企ては，現実上だけでなく，論理上も成り立たない」(樋口陽一『憲法と国家-どう時代を問う-』(岩波新書，1999 年)98 頁)。

形成される転換点で既存の住民としての国民の把握に齟齬が生じる（恣意的に選択し排除する）ことで，在外同胞は民族的マイノリティとして国民国家の枠組みからこぼれ落ちる存在となってしまう。本論文で扱ってきたように，血統主義の国籍法を持ちエスニックな紐帯に基づく国民を形成するエトノスの国家においては，国内と国外において包摂と排除の理論の形式面と本質面の矛盾をもたらしうるといえる。

その一方で，在外同胞が帰還する際にいかに受け入れるのか，いかに社会に取り込んでいくかは，1つの大きな移民政策の枠組みの中で，現実的な問題と衡量する必要があり，民族マイノリティの人権問題として向き合うべき課題も多岐にわたる。本論文では国民の範囲という問題を理解するうえでの境界事例として在外同胞をとりあげたが，今後は外国人の問題を理解するうえでの境界事例として在外同胞をとりあげ，移民問題にも対応した議論を展開することも意義があるのではないだろうか。

2．残された課題として

本論文の第 4 章で言及した，憲法から国籍概念を検討する上での 3 つのメルクマールは，国内の問題を扱う上でも，あるいはその他の国家と比較分析する上でも援用可能ではないかと考える。国内の問題を扱う上で，第 1 の範疇にあたる理念としての国籍が明らかであれば，それに沿った第 2 の範疇である国籍法制のルールが自ずと示され，そのルールが理念としての国籍との間に齟齬があった場合は，憲法のその他の条文と比較し検討することになる。また，他国との比較の場合は，第 1 の範疇をまず基盤とした上で，他国の第 2 の範疇について比較し，参考となる要件等を抽出することもできるであろう。第 3 の範疇については，第 1 と第 2 の範疇という縦軸横軸を踏まえたうえで，どこまで領域を拡張することができるのかを検討することになろう。そこで，この 3 つの範疇に基づく憲法からみた国籍概念に関する研究のうち，本論文では扱うことができなかった残された課題に，今後どのように取り組むべきか言及することにする。

帰化制度および移民法制・外国人法制の検討

本研究は，特に血統主義の国籍法制をもつ国家であるドイツ，韓国，日本を比較の対象とし，血統主義をもつからこそ血統としての同質性をもつ領土外の存在，すなわち在外同胞の帰還にともなう法的地位を同時に検討することで，血統主義のもつ内約の違いや国籍概念のより本質的な部分を検討することを試みた。これは，第 4 章で指摘したように，憲法から国籍概念を検討するうえでの第 1 の範疇という縦軸と，第 2 の範疇という横軸の一部を取り上げたにすぎない。ロジャース・ブルーベイカーが示した通り，国民国家における一致の原理の変数は，国家内の外

国人の問題である内的な帰属をめぐる不一致と，在外同胞の問題という外的な帰属をめぐる不一致に分けられる[4]。在外同胞に対する議論と外国人に対する議論は，表裏一体の関係であるということである。国内の外国人と比較して，在外同胞に対してその地位を安定させ権利を保障することは，ドイツや韓国のような在外同胞優遇政策に対して，国内居住外国人に対する不合理な差別ではないかという批判が指摘されてきた[5]。

憲法学における既存のイシューであった外国人の法的地位に関する問題は，第 2 の範疇という憲法からみた国籍概念の横軸の 1 つ，すなわち，国籍の得喪に関する要件のなかでも後天的な国籍取得の要件という議論が該当する。そこで，特に帰化制度に焦点をあてて国籍法制を検討するうえで，外国人法・出入国管理法・移民法の展開を同時に考察することが必要であると考える。帰化制度の研究は「誰を国民とするか」，すなわち将来の国民をどのように捉えるのかを検討することを意味する。帰化要件をどこまで厳格にし，あるいは緩和していくのか，要件にどのような内容を含めていくかは，国家の構成員に対して国家が求めるメルクマールを示すものである[6]。

また，国籍法制，特に帰化制度は，外国人法・出入国管理法・移民法の展開と比較して検討すべきである。現在，日本は新たな外国人労働者の受け入れを拡大している中で[7]，包括的な移民法制・外国人法制を検討することも，法政策的には重要であろう。ドイツの移民法制・外国人法制の動向には，注目すべき余地があるだろう。ドイツは，一部出生地主義を導入した際に外国人法制自体にも大幅な改正を加えている[8]。また，韓国については難民の流入により改めて入国管理に関する議論が提起さ

---

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ション』(明石書店，2005 年) 45 頁。

5 ハンガリーのような在外ハンガリー人への優遇政策も，EU 諸外国において批判に直面してきた(拙稿「EU 市民権概念をめぐる収斂と揺らぎ」井上典之・吉井昌彦編『EU の揺らぎ』(勁草書房，2017 年)25-26 頁)。

6 国籍法改正に続き，移民の社会統合の規定を設けたドイツは，帰化テストにおけるドイツ語の能力を重視する。帰化テスト等の詳細については，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って」浜本・平井『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)。

7 『朝日新聞』2018 年 12 月 26 日朝刊。

8 長期居住者指令導入後，多くの加盟国における帰化申請資格の条件は，5 年間の合法的かつ継続的な居住という要件に引き下げられることとなったというのは，その一例といえよう。EU 設立(EU 市民権創設)当時と比較すると，EU 市民権自体の意義自体も大きく変化しているとみることができる。中村民雄によると，中村民雄は，EU 市民権は 2000 年代から独自の意義を持ち始めており，「EU 市民権の最低限の域内現実存在の保護のために，移動しない自国居住の EU 市民についても EU 法が各国法を制約し排除するようになった点が，現時点での EU 市民権の固有の意義である」。(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(2012)』32 巻 152 頁)

れている点からも[9]，注視すべきである。

国籍の機能的側面とその限界

また，第 1 の範疇である国籍概念，第 2 の範疇である国籍の得喪要件だけではなく，第 3 の範疇である国籍の効果，すなわち機能的側面について検討することも，今後の課題となる。第 1 の範疇と第 2 の範疇で国籍概念の縦軸と横軸を明らかにすると，それにともない特定の国家において国籍を保持した場合に，憲法上のどのような人権については国籍がメルクマールとなるのか，改めて再構成する必要がある[10]。人権享有主体性と国籍を結びつけることになると，国籍保持者としての国民に限定される権利をベースラインにし，それ以外の外国人に対する権利の享有領域は，権利性質説に応じた広範な裁量に委ねられることになる。この裁量に，憲法がどこまで制約を加えることができるのかが重要な争点であろう。また，国籍をメルクマールとするのではなく，永住者や定住者の居住要件に基づく類型の把握や，国民ではなく住民を基盤とした権利の享有の可能性について検討すべきである[11]。国民国家の周縁には，国民という概念からこぼれ落ちた存在が未だ多く存在するのである[12]。

この点に関しては，EU 市民権の議論の中で，EU 指針を通じて市民権保持者を超えて権利を拡張させる傾向にある。これは，EU のような超国家的な地域共同体が国家を傘のように覆う中で，国民国家における権利主体を決める指標としてのメルクマールは修正されることになる。今後の地域共同体のあり方を検討するうえでも，EU の実験は参照すべき点が多い。国境を超えた市民権は，「国際的な移住とそれに続く移民の受け入れ国と排出国との相互作用が，国境を解消することなく，国境を超えた移動性の社会を創造する」[13]。

---

[9]『연합뉴스』[=連合ニュース]2018 년 10 월 24 일, https://www.yna.co.kr/view/AKR20181024068000371?input=1195m[2019 년 1 월 10 일확인]

[10] 「外国人の権利を論ずる前提として憲法の基礎概念ともいうべき『国籍』の検討を行わないことには，外国人の権利に関する憲法解釈も悲壮なものにならざるを得ないのではないだろうか」(高佐智美『アメリカにおける市民権-歴史に揺らぐ「国籍」概念』(勁草書房，2003 年)4 頁)。

[11] ドイツが「国籍へアクセスを厳しく制限していた閉鎖的なエスニック・ネーションの持続的レガシーゆえに，外国人の地位が礼儀愛的に保護されていた」かつての方針を，「権利付与による包摂から包摂による権利付与へと転換」したという指摘は興味深い(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)96 頁)。

[12] 金菱清『生きられた法の社会学-伊丹空港「不法占拠」はなぜ補償されたのか-』(新曜社，2008 年)205 頁。

[13] Theodora Kostakopoulou, Thick Thin and Thinner Patriotisms/ Is This All There Is?, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26, No.1 (2006), p.85. 国際移住のシステムに関していえば，広渡清吾「国際移住の法システムと法政策」塩川伸明他編『法の再構築Ⅱ国際化と法』(東京大学出版会，2007 年)

人と国家の関係構築にともなう共同体像の模索

また，国籍概念にともなう国家の共同体像も今後議論すべき多くの問題があると考える[14]。人と国家の関係構築にともない共同体像を検討するうえでは，多文化主義[15]・コスモポリタニズム[16]などさまざまな論点枠組みがあるが，筆者は憲法パトリオティズムの議論に注目している。憲法パトリオティズムとは，「政治的統一体を生み出すための集団的アイデンティティ構築に関する理論的コンセプトを提供する 1 つの学問的見解である」[17]。

国家から見れば，「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（セキュリティ）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」[18]ことになる。「国民にどの程度までの同質性を必要とされるのかについては確たる基準が存在するわけではない」ため，「国民の同質性を高めようとして，所与のものとしての国家への愛着，あるいはその下で形成された一定の歴史への共感や集団帰属意識の高揚を一定の領域内に居住する人々に鼓舞する傾向をもち」，結果的に「国民は所与のものとしての国家とアイデンティファイ」[19]される。

ドイツで生み出されたこの学問的見解は，ヨーロッパ立憲主義という形で EU の統合理論の枠組みにおいてもイシュー化された議論であった[20]。また，ヨーロッパ内部にとどまらず，日本と韓国の憲法学にも輸入され，それぞれの国で議論を膨らませる。当該見解の理解のされ方は，上記の国籍概念の議論とリンクする部分が大いにあるのではないかと考える。人側から見た場合，人と国家の関係構築において重要となる国籍は，アイデンティティの問題と深く関係するが，国家側から見た場合，国籍はアイデンティファイするための道具となる[21]。そして，（特にハーバー

---

251 頁以下。

14 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)47 頁。

15 ウィル・キムリッカ(角田猛他訳)『多文化時代の市民権-マイノリティの権利と自由主義-』(晃洋書房，1998 年)。

16 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，2006 年)

17 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 70 巻(2008 年)87 頁。

18 杉田敦「憲法とナショナリズム」杉田敦編『岩波講座・憲法 3 ネーションと市民』(2007 年，岩波書店)61-62 頁。

19 井上典之，前掲注(17)85 頁。

20 ヤン＝ヴェルナー・ミュラー(斎藤一久他監訳)『憲法パトリオティズム』(法政大学出版局，2017 年)125 頁以下。

21 「自己のアイデンティティは，自己と他者あるいは内部と外部を峻別するこ

マスが継承した概念としての）憲法パトリオティズムは，道具としての国籍に依拠せざるにはいられないことになる[22]。憲法パトリオティズムがその危険性と共に関心を引くのは，そうした問題点を差し置いて理想の共同体を描くことができるからではないか[23]。

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，常に実際に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，こぼれ落ちることない制度の構築を不断の目標として検討していくことが求められるのではないだろうか。

とによって強化される。境界は，領域を支配する国家の本質的な構成要素であり，ある国家の領域と他の国家の領域とを分かつ。そのような境界が政治争点化されると，しばしばそれは国民のアイデンティティを高める機会となり，しかも境界が何と何かを分かつものとして想定されるのかが，国民意識の性質に影響をおよぼす」飯田芳弘『想像のドイツ帝国-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 頁。

[22] Theodora Kostakopoulou によると，ユルゲン・ハーバーマスが指摘する憲法パトリオティズムは，国民国家の廃止を意味するものではなく，政治的帰属に優位性を与えることから，国籍を背後に残すほかないであると指摘する (Theodora Kostakopoulou, supra note 13, p.77).

[23] 憲法パトリオティズムは，将来の朝鮮半島の統一問題を検討するうえでも，一つの重要な視点になるのではないかと考える。緩やかな連邦制による統一などが議論に登る中で，EU の統合モデルを一つの模倣とすべきだという指摘もなされている。EU において期待される憲法パトリオティズムモデルが，朝鮮半島にも援用できるのかという問題提起も有用性がありそうである。