

重国籍者の本国法決定における内国国籍優先について： ドイツにおける公法学者と国際私法学者の論争 を中心に

河野，俊行
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1896>

出版情報：法政研究. 55 (2/4), pp.105-124, 1989-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



重国籍者の本国法決定における

内国国籍優先について

ドイツにおける公法学者と国際私法学者の論争を中心に

河野俊行

重国籍者の本国法決定に関する現行法例二七条一項は、日本国籍と外国国籍を取得したすべての場合につき、常に日本法を準拠法として指定していると考えられており、その理由としては、国籍法は公法であるから絶対に遵守しなければならぬこと、實際上便宜であること、等が挙げられている。これに対して通説的見解は右条項の立法論的当否を問題にし、国籍が公法上または政治上の関係で基準とされているならともかく、属人法の適切な選択に当たって常に内国法を優先させる理由がない、また便宜だからというだけで属人法を選んでいたら国際私法の存在根拠が失われる、それに各国が内国国籍を優先していたら国際私法統一の妨げになる、と批判する⁽¹⁾。国籍法の改正によって今後日本国籍を持つ重国籍者が多数発生することが予想されるだけに、この問題はきめ細かく検討されることが必要であろう。もっとも「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案」の十二は、相変らず日本国籍を有する重国籍者の本国

法は常に日本法であるとしており、その理由とされるところも、「實際上の必要から各国の立法も採っているところである」⁽³⁾とか、「主権の原則に基づく解決である」⁽⁴⁾といったように、ごく簡単に説明されているにすぎない。重国籍者が多数発生するから簡便な事件処理をしなければならぬという実際上の必要性がものをいうのはわかるが、それが立法理由のすべてだとするとそれは安直にすぎるし、また主権の原則といっただけではあまりに一般論である。そこでこの問題をわが国際私法において十分に議論する手掛かりを求めため、本稿ではドイツにおける議論、とりわけ公法学者と国際私法学者の間にかわされた議論を主として見てみようと思う。なぜなら条文からも、立法担当官の解説からも窺われるように、今回の法例改正においてもドイツ法の影響は大きいと思われるからであるし、またこれまでわが国ではかかる観点からこの問題が論じられてきたことはほとんどなかったからである。なお内国籍優先の問題は重国籍者の本国法決定一般に関する問題——ドイツの場合実効国籍論——ひいては本国法主義のとりえ方と密接に関連していることを常に念頭においておく必要がある⁽⁵⁾。

ドイツの旧民法施行法には、重国籍者の本国法決定に関する規定がなかった。他方判例学説では、一九五〇年代まで、内国籍と外国国籍を併せ有する重国籍者の本国法決定問題について内国籍が優先することについてはほとんど異論がなかった⁽⁶⁾。もっともすでに一九一〇年代に実効国籍論と考えうる見解が散見されるが、それはあくまでも少数にとどまっていたところ、一九五八年に発表されたフェリット (Ferid) の論文を嚆矢として実効国籍論は勢力を伸ばし、学説では通説的地位をしめるに至った。また判例にも徐々に浸透し、一九八三年にハム (Hamn) 上級地方裁判所⁽⁹⁾が判例変更したことをもって判例は一般的に、内国籍と外国国籍を併せ有する重国籍者の本国法も、複数外国国籍をもつ重国籍者と同様実効国籍論に拠るようになったといえるのである。

これに対して同年公表された民法施行法改正草案はその五条に重国籍者の本国法決定に関する規定を初めておき、

実効国籍論をとることを明らかにしたが、ドイツ国籍をもつ重国籍者については同条一項二文でドイツ国籍を優先し、その理由としては「国籍法および戸籍実務を顧慮したため」と述べられているにすぎない。⁽¹⁰⁾

この草案公表の翌年に、シュルツとピチャス (Scholz/Pitschas) が公法学者の立場から実効国籍論を批判し、内国国籍をもつ者にはできるだけ内国法を適用すべき旨を説いたのであるが、これに対して最近国際私法学者の立場から実効国籍論を擁護する論陣がマンゼル (Mansel) によって展開された。⁽¹²⁾ 更にシュルツ／ピチャス以前にも他の学者が、公法的立場から実効国籍論を批判しており、本稿ではこれらの議論を取り扱う。

二

一 シュルツ／ピチャスの見解はおよそ次のように要約できる。

1 基本法上の「ドイツ人たる地位」は、ドイツ連邦共和国に帰せられるべき措置により引下げられるようなことがあってはならない。これは国民たる地位と結びついた「本国の保護義務」の帰結である。一九七三年七月三十一日の連邦憲法裁判所判決が明言したように、「ドイツ人」は、ドイツの国家秩序の保護範囲内にいるときには常に、自らの権利を求めるために、ドイツの裁判所において、ドイツ法に拠りうるという請求権を有しているが、これなどはこの地位に属するものである。それゆえドイツ人たる重国籍者がドイツ国籍によりえず、かくてこの者からドイツ法の選択権を奪うことは、すべてのドイツ人は等しい地位を与えられねばならないとする平等原則と相入れず、恣意的な規制ということになる。自国民の保護をまず優先すべきなのであって、実効国籍による属人法の決定は制限されるべきである。

2 ところで、法選択に関する価値中立的な規制を国際的に推し進めると、内国国籍の縮減つまり国家主権の制限を伴うから、実効国籍論とは本質的に、国家主権の制約からできるだけ自由になろうとする試みであるといえる。従って一定の制約が課されることになる。第二次世界大戦の終りまではドイツ国家主権意識が強かったため、ドイツ法を適用しないのは主権の放棄であると考えられ、実効国籍論はほとんど受け入れられなかった。これに対し、戦後は、人、法、国家の関係は、単に形式的な帰属関係であるにとどまらず、国籍および国家の保護義務によって結び付けられた価値関係であると考えられるに至った。そしてこの結び付きにてらして、国家の保護義務を侵してはならないという観点から実効国籍論に対する限界が画される。

3 実効国籍という概念は伸縮自在だから属人法としての法が適用されるか予見できず、法的安定性という法治国家の要請に合わない。いわゆる一般条項も不明確さを有しているが、法による社会統制手段として既に立法化され、それによって正当化され、またそれによって限界が画されている一般条項のもつ不明確さは実効国籍のそれとはくらべものにならない。

4 さらに法治国家の要請たる比例原則により、国際私法においても実質的正義が実現されねばならないから、当事者が予期し得ないほどの、あるいは当事者の決定の自由を過度に奪ってしまうほどの過酷な結果になる場合には、当事者の主観的要素を全く考慮しないで客観的な規準だけによって法適用してはならない。

5 かくて実効国籍論は修正を余儀なくされるが、他方で外国法秩序尊重という国際法上の要請は無視できないので、結局内国国籍優先と実効国籍の中間をとるべきことになる。そこで基本法が国際法と協調的であることに鑑みると、*Nottebohm* 判決⁽¹⁴⁾のいう“real and effective nationality”が求められるべきであり、それは具体的には当事者自らが帰属を望む国の国籍である。⁽¹⁵⁾

以上がショルツ／ピチャスの見解の骨子である。この見解に含まれていると思われる論点を拾い出してみると、以下のようになる。まず、実効国籍論によると重国籍者はドイツ法による裁判を受けることができるという権利を奪われ、ドイツ国籍しか持たない者に比べて不利な地位に置かれるので、平等原則違反になる。第二に実効国籍論は国家主権とそもそも緊張関係にあり、国家主権から導かれる国家の保護義務を侵すことになる。第三に実効国籍論によると法適用が予見不可能になる。第四に実効国籍論では当事者の主観が顧慮されていないので比例原則にもとる。

二 ガミルシェク (Gamillscheg)⁽¹⁶⁾ は既に一九六二年に、実効国籍論によると、外国に居住するドイツ人重国籍者⁽¹⁷⁾ がドイツ法の保護を求められなくなる、またたとえば民事訴訟法六〇六条bをめぐって管轄権がいつも問題にされなければならなくなる、として実効国籍論に反対している。

シュトルム (Sturm)⁽¹⁸⁾ も一九七四年に実効国籍論に反対して、およそ次のようなことを述べている。内国人については実効国籍論に代わる考え方が可能であるし、またそうでなければならぬ。すなわち国家に対する形式的帰属がそれであり、これはあらゆる法律関係にものをいう。国家とこのような形式的帰属関係にある者から、内国人保護を奪うことは許されない。内国人から、内国人のみに効力を有しあるいは内国人に特に有利な管轄規定や抵触規定に拠りうる権利を奪ってはならない、と。

かかる見解をさらに憲法の観点から押し進めたといえるのがミカト (Mikat)⁽¹⁹⁾ の見解である。彼によると、ドイツ国籍を有する重国籍者に実効国籍論が適用されることにより、この者は国際私法上常にはドイツ国籍に拠りえず、かくてドイツ法の適用を求めえない場合、基本法一六条一項の国籍剥奪禁止に反するのと同じこととなる。

三 フォン マンゴルト (v. Mangoldt)⁽²⁰⁾ は、連邦通常裁判所が実効国籍論をとることを明らかにした、一九七九年六月二〇日判決を素材として実効国籍論を批判する。⁽²¹⁾

これは嫡出否認に関する裁判であつて、その事案は以下のようなものであつた。ズデーテン地方のドイツ系住民であつた原告は、一九三〇年一月六日に当時のチェコスロバキア共和国の領域で出生。第二次大戦後一九六五年に西ドイツに移住して来るまでチェコスロバキア社会主義共和国に在住していた。その間原告は一九五七年一月七日ブルノ法務局においてチェコスロバキア国籍を持つ女性と婚姻を締結したが、その後一九六二年七月二十七日カシャウ郡裁判所の判決によってこの婚姻を解消している。本件の被告はこの婚姻期間中一九六〇年二月一日に出生した子である。原告は一九七二年一月一日に被告の嫡出性否認の訴えを提起し、送達は一九七五年七月二十四日になされてゐる。

ところでズデーテン地方のドイツ系住民は、同地方のドイツ帝国への併合に伴つてドイツ国籍を取得したのであるが、他方一九五三年にはチェコスロバキア社会主義共和国国籍をも取得し、両国籍を有効に併有している。本件原告もその一人である。子の嫡出性に関する問題の準拠法は当時のドイツ民法施行法一八条により、妻の夫の本国法であつたから、本件原告の場合それはチェコスロバキア法かドイツ法かであるわけだが、チェコスロバキア法によると嫡出否認は子の出生を知ったときから六か月以内になしうるにすぎないので、この否認期間をめぐつて原告の本国法は何か問題とされたのである。

フォン マンゴルトによると、同判決は、実効国籍論により「国際私法では重国籍者の外国国籍を考慮するからといつて、そのほかは、公法の領域でも手続法においても内国国籍が規準であり続けることに変わりはない」とする⁽²²⁾が、ドイツにはそもそも法秩序は一つしかなく、私法秩序、公法秩序といった法秩序が複数あるわけではない。

また、本件の子の出生から訴え提起までの期間すなわち一九六〇年から一九七二年の間は連邦通常裁判所は実効国籍論をとつていなかった⁽²³⁾ので、当事者は今回もまたそうであろうと信頼するはずである。ところが本件判決は実効国

籍論に拠り、チェコスロバキア法が本国法であるとしたため、原告はチェコスロバキア法上の期間制限にふれて嫡出性を否認できなかった。無論立法の対応が遅れている領域では裁判官の法創造的活動も許されるであろうし、連邦の最高裁判所の場合、下級審の段階で長い時間が経過して古い事案について裁判せざるをえないことがある。

しかし法治国家の要請として、また法律の遡及効に関する憲法判例に由来するものとして、特に連邦の最高裁判所は信頼保護にとめなければならず、したがって法の継続的形成をなす場合も控え目でなければならぬ。ところが本件では裁判所が実効国籍論へ見解を改めたことによりその限界を越えてしまっている。⁽²⁴⁾

三

以上の批判に対し実効国籍論を擁護する側からは次のように反論している。

一 1 ショルツ／ピチャスは一九七三年七月三十一日の連邦憲法裁判所判決を拠り所として、ドイツ法に拠るべきことを求める請求権ないしはドイツ法を選ぶ選択権を重国籍者に認めようとするのであるが、当該判決は一般的に「法」としか述べていないのであるから、ショルツ／ピチャスの見解によると公法も選択権の対象になることになる。また同判決は単に「ドイツ人」としか述べていないので、選択権の主体は必ずしも重国籍者である必要がない。さらに国籍が連結素である場合にのみかかる請求権を認めるのか、その他の場合でもよいのかの区別もなされていない。とすると、およそドイツ人が求めれば常にドイツ実質法が適用されるという結果になるが、この結果が不当なことは、ドイツに何の関わりもない外国人が関与し、外国で発生した不法行為に、ドイツ当事者がドイツ裁判所にドイツ法の適用を求めた場合を考えれば明らかである。⁽²⁵⁾ 仮に可能だとしてもかかる解釈は、ドイツ人がドイツ法を選択するこ

とを許さなかつた連邦憲法裁判所の判例⁽²⁶⁾に反する⁽²⁷⁾。

そもそも一九七三年判決は、ドイツ民主共和国の住民が、基本法が効力を有する領域においては、基本法一六条、一一六条一項によりドイツ連邦共和国市民同様ドイツ人として取り扱われ、ドイツ連邦共和国裁判所の十分な保護を受け、さらに基本法上のすべての権利を享受する、とするが、ドイツ人が、その権利を求めるために、ドイツ裁判所においてドイツ法に拠るべきことを請求してきた場合に、はたしてどの法が準拠法として適用されるべきかについては、何も述べていない⁽²⁸⁾。

2 さらにシヨルツ／ピチャスは、ドイツ国籍を有する重国籍者に実効国籍論を適用することは、当該重国籍者をドイツ国籍しか有しない者に比べて恣意的に不平等取扱いすることであるとす。実効国籍論による準拠法決定の仕方は最も密接な法を探索するという点でいつも同じであるから、⁽²⁹⁾平等原則違反か否かは、連結の仕方ではなく連結した結果すなわち事案によって異なった準拠法が指定された場合にこれをどう評価するかにかかるとなる。そしてこれは、異なる結果を生み出すような取扱いの目的および規準が平等原則にてらして許容しうるものか否か、という観点から考察されねばならない。実効国籍論は、ドイツ国籍のみをもつ者とドイツ国籍と外国国籍をもつ重国籍者の間、およびかかる重国籍者間で異なる結果をもたらさうるので、ここにいう規準とは国籍の数および実効性すなわち当該国との結び付きの度合いを意味する。

まず目的という点からみるならば、実効国籍論はつねに当事者に最も密接な関係を有する本国の法をすべてのドイツ人に適用しようとしているのであるから、かかる目的が憲法に反するとはいえない⁽³⁰⁾。

そこで実効国籍論の規準すなわち国籍の数と実効性の観点から平等原則に関する基本法三条と実効国籍論の関係を検討する必要がある。

第一に、国籍の数あるいは実効性といった規準が、基本法三条二項および三項で列挙されている差別禁止事由のカタログに該当するか否かであるが、文理上は国籍という語も、国籍の数あるいは実効性という語も見当たらない。や問題になるのは三項の「本國 (Heimat)」に国籍の実効性が読み込まれるか否かである。しかし実効国籍を探索する際に問題にされる本國とは、心理的にみても客觀的諸事情からみても当事者に密接な関係のある地のことであるが、基本法三条三項にいう本國とは純粹に場所的出身をいうのであって、両者は一致しない。⁽³²⁾ それゆえ基本法三条二項および三項との関係では問題ないことになる。⁽³³⁾

次に基本法三条一項との関係であるが、同項の命じているのは、本質的に等しいものを恣意的に異なって取扱い、あるいは本質的に異なるものを恣意的に等しく取り扱ってはならない、ということである。⁽³⁴⁾ ドイツ制定法中には、たとえば当事者がドイツ国籍のみを有するか、常居所のような要素をも有するかで扱いを区別していることがあるが、これらの規定が上記のメルクマールにてらして、平等原則に反しないことは疑われておらず、⁽³⁵⁾ また当事者がドイツ連邦共和国の領域に常居所を有するか否で異なった法的取扱いをすることも認められるとされる。⁽³⁶⁾ それゆえ基本法三条一項からも、抵触法上すべてのドイツ人に対してドイツ法を適用することは要請されない。むしろ内國人と外國人が関わっている事案に常に内國法を適用することは、同条項違反の疑いがある。⁽³⁷⁾

なお一九八五年一〇月二二日の連邦憲法裁判所判決は、一九七五年にミュンヘンで死亡した者の配偶者で現在ドイツ民主共和国に住んでいる女性に対して遺族年金を支払わなかったとしても基本法三条一項に反しない、とした。ドイツ国籍を有しているからといって、すべてのドイツ人を等しく取り扱わねばならないわけではないことがここからもわかる。⁽³⁸⁾ 以上が実効国籍擁護論からする反論である。

二 実効国籍論に反対する根拠としてさらに、ドイツ法の保護を受けなくなるという議論がある。これは既述の

ように国家の主権を根拠とし、あるいは結果の不当性を根拠としている。

結果の妥当性を求めてドイツ法の適用を主張する立場に対しては、ジェイム (Jayme) が、最も密接な関係のある法を類型的に定める抵触規範体系の下では、結果の妥当性は公序則を用いたり、実質法規範を外国との関連を考慮して解釈するなどの手段によってはかるべきである、と反論する。⁽³⁹⁾ またガシルシエクの批判は、本国はその所属国民に対して法廷地を提供する義務があるという趣旨であろうが、これに対してはマンゼルが、国際私法と国際裁判管轄権は目的を異にしているのであるから、両者で食い違いが生じても問題ない、と反論している。⁽⁴⁰⁾ また国家主権を根拠にした議論に対しては、マンゼルが批判していわく、国際私法においては、国籍は特別の公法上の地位ではなく、最も密接な関係を有する法を求めて抽象的に利益評価したるしにすぎない。国際私法上の連結点として決定するにあたり国家主権との結び付きは何もないのであるから、実効国籍論は国家主権からの解放の試みであるという表現は当たらない、と。⁽⁴¹⁾ またジェイムも、「国籍が用いられるのは、これがその者に適切であるからであって、国家がそれを欲するがゆえにはではない」と述べ、⁽⁴²⁾ また、国家主権の優越という意識は国際私法においては薄弱な論拠である、ときめつけている。⁽⁴³⁾

実効国籍論に拠ると国籍に基づく本国の自国民保護を受けられないという論拠を、基本法一六条一項の国籍を奪われない権利の侵害であるとして憲法論に構成したのがミカトの見解であるが、これも次のように批判されている。国籍から自動的に一定の権利義務は派生することはない。そのためには内国の規制が必要なものであって、ドイツ人にドイツ法を適用するか否かを決めるのは国際私法の任務である。実効国籍論によって属人法を決定してもドイツ国民たる地位に変動はない。また国籍を民主主義的に理解する限り、国籍の本質は「所属民が国家共同体を共に形成し、担う」という点にあり、それゆえ所属民は自らが服する法を共に形成する。例外なしに外国法を適用するというのでは

ければそれが外国法であっても、なんら問題ない筈である、と。⁽⁴⁴⁾

三 実効国籍論によると結果が予見不能で法的安定性が損なわれるという批判は、恐らく実効国籍論の最も痛いところをついている批判であろう。それでもジェイムは、複数外国国籍をもつ重国籍者の本国法決定の場合にも常に不確かさが伴うのであるから、ドイツ国籍をもつ重国籍者の場合に、この不確かさのみをもって実効国籍論を否定すべきか否かは疑わしいとする。⁽⁴⁵⁾ 他方マンゼルは、外国国籍は、当該外国との関係が本質的に内国との関係よりも密接である場合にのみ実効国籍とされる、という原則をたて、それによるかぎり法的安定性が損なわれることは問題にならない、とする。⁽⁴⁶⁾

四 実効国籍論へ判例変更したことが当事者の信頼を損なう、という批判には、そもそもかかる信頼が保護に値するのかが疑問視されている。⁽⁴⁷⁾

五 最後に、実効国籍論によると客観的事情のみによって本国法が決定され、それが過酷な結果となることがままあり、それゆえ比例原則に反する、との批判に対しては、たとえば、社会主義国圏に居住する者の場合など、当事者がその常居所を自由意思で定めえたのかどうか国籍の実効性を決定する上で重要であることからわかるように、実効国籍論はもともと当事者の主観的事情も考慮するからこの批判は当たらない、とされる。⁽⁴⁸⁾

六 ところでマンゼルのように、重国籍者の内国国籍優先を認めず、あくまで実効国籍論を支持する場合、かかる立場からは、現行の民法施行法五条一項二文はどう解されるべきか。彼によると、同条項はドイツ国際私法にあっては異物なのでできるだけ制限的に解釈されねばならない。そのひとつの可能性として、同条項をまったくの推定規定すなわち内国国籍が通常は実効国籍である旨を宣言した規定にすぎない、と解釈する方法が考えられる。しかし同条項は立法されてまだ日も浅く、立法者意思は単なる解釈の一補助手段にすぎないとしても、現時点では立法者が念頭

に置いていた社会状況と規範の間にずれは生じていないと考えられるから、なお立法者意思は尊重されねばならない。それゆえ今のところは同条項を規範的拘束力あるものとして受け入れざるをえない。もっとも立法者は、民法施行法一〇条三項および一四條二項で当事者自治が認められている場合に、本来とは異なった準拠法が選択されることを認めているので、五條一項もまったく例外を許さない規定ではなく、したがって現時点でもその適用範囲をできるだけ狭めることは解釈上可能である。そこで、前述のような当事者自治が認められている場合のほかにも、国際条約に基づく抵触規範、さらに扶養義務に関するハーグ条約に沿うように解釈しなければならない民法施行法一八條には内国国籍優先は及ばないとされる。他方、人的適用範囲についても、当事者がまったくドイツと関係を有しないにもかかわらず、ドイツ国籍を押し付けられたような場合には内国国籍優先は制限されるべきである。⁽⁴⁹⁾

四

これまでみてきた議論のうち、実効国籍論の法的安定性をめぐる論争は実効国籍論の本質にかかわるゆえ別稿で取り扱うことにしたいが、その他の議論で特徴的なのは、⁽⁵⁰⁾内国国籍を優先しようとする立場は概して国家そのものを根拠とし、あるいは国家の徴表としての国籍から結論を引き出そうとする発想があるのに対し、実効国籍論を擁護しようとする立場は国際私法的正義、国際私法の独自性といった観点から応酬しており、やや議論が噛み合っていないような印象を受ける。後者の立場は国際私法が適用されるのはあくまでヨコの関係すなわち私人間の紛争処理の場面であるという観点を貫いているのに対し、前者の立場はとくにシヨルツ／ピチャスに顕著にみられるように、国民が国家主権なり国家の保護なり、国家の傘の中に入るか否かというタテの図式で国家と国民の関係をとらえ、それを国際

私法の議論に当て嵌めようとしている。「公法的地位」⁽⁵¹⁾ などといわれるときは後者のような観点をいうのであろう。これは更に本国法主義自体をどのように理解するかという問題に通じる。即ちショルツ／ピチャスはこれを、国家の観点からとらえているのに対し、マンゼルらの立場はこれを個人的紛争調整問題のレベルでとらえているわけである。ドイツでは後者が通説的立場のとする本国法主義観であろうし、我国でも多数の見解は同様の見方をするとと思われる。たしかにショルツ／ピチャスのような発想は問題である。しかし国家からの観点、換言すれば国家の利害を全く否定し去ることはできないと私には思われる。つまり国際私法のレベルでも国家が利害を有することを認めざるを得ないのでないだろうか。すなわち法例の立法者が移民政策と関連して在外邦人の保護を考えていたと思しきことは、我が法例の本国法主義にも国家レベルの観点が既に入っていることを意味する。また国の委任性務たる戸籍事務の円滑化という議論も、移民政策とは異った平面の問題ではあるが、実際の適用場面での国家の利害からの発言である。そもそも国家がその有無の決定権をもつ国籍を連結点とする以上、いくら国際私法が民事紛争処理に適用される規範であることを強調しても国家が有している利害が全く消えることはありえない。重点のおき方に差がありうるにすぎない。このように国家の利害が本国法主義には何らかの形でついてまわるとして、更に考えられねばならないのは、国家のための国家の利害が問題なのか、国民のための国家の利害が問題なのか、後者の場合自国民のためだけの利害か他国民のそれも意味するのだからである。たとえば「実効国籍論は国家主権と衝突する」というショルツ／ピチャスの立論などは国家のための国家の利害がかなり前面に出てきた議論である。しかし民主主義国家においてかかる利害を強調すること自体問題である。国家の利害はその存立の危機にかかわる等の非常事態でないかぎり常に国民の利害にのみかかわるはずである。ところでこれを自国民のみならず他国民の利害も等しく考慮しようとするそれは国際的共同体の理想に近づき、ひいては諸国の並立を前提としてのみ考えうる国籍概念自体不要になる。つまり国籍と

国際的共同体実現という理念は矛盾しあう関係にあり、それゆえ国籍を連結素とする以上、国家は自国民のためにある程度何らかの形で利害をもたざるを得ないのである。

戸籍事務の円滑化はそれだけとれば国家のための国家の利害であるが、戸籍事務の停滞によって不利益を被るのは国民であるから、国民のためといえなくはない。ただそれだけではないかにも説得力に乏しい。本国法主義における国家の意味とは何かが端的に問われなければならない。我国においてこの点で注目し値するのは大幅に変化した在外日本人の在留形態である。⁽⁵³⁾ 彼らの多くを占めると思われる日本企業派遣にかかる在外邦人にとって、日本法を適用することはなお意味があり、それにつき我国は重大な利害をもつのではないか、特に必ずしも法制度が完備していない国に居住している者にとって日本法を適用することは十分意味があるのではないか、また長期間外国生活をしていても、生活形態は日本におけるそれとほとんど変わらないのが実情ではないか、かかる場合常居所地法主義や住所地法主義では必ずしも妥当な結果が得られないのではないか、といった疑問が生じてくるのである。無論我国在住の外国人の属人法問題をどう取り扱うかという要素も無視されてよいのではない。しかし問題の所在、議論の明確化のため、まずは上述の我国の利害を明確にしたうえで次の一步を進めるべきであろう。そこで必要なのは実証的探求作業である。これが次の課題である。⁽⁵⁴⁾

(1) 池原季雄「国際私法総論」(一九七七)一三〇頁

(2) ジュリスト七九〇号(一九八三)六五頁

(3) 南敏文「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案について」戸籍 五三二号(一九八八)一頁

実際上の必要とは、改正要綱試案全体に色濃く反映している戸籍実務のことを考慮したかと推測されるが、この点については戸籍実務の在り方そのものの比較調査が必要である。これまで若干調べたところによると、ドイツでは戸籍法一五

条bに戸籍窓口での調査義務が規定されているなど我國とは権限にかなり相違があり、またヘプティング教授に直接うかがったところによると、Standesamtの担当官は高い信頼を得ており、彼等も当然のこととして常居所を認定している。とのことである。この背景を成していると思われる、採用資格、採用後の養成システム等についてはまだ未調査である。ただ自主的勉強会とでもいふべきSchulungは定期的に全国規模で行われており、また各Standesamtでも、長年実務に携わったベテランがきて勉強会がもたれている。その回数、実際の運営等は未調査である。

(4) 西賢「国際婚姻・親子法の改正要綱試案」国際法外交雑誌 八七巻四号(一九八八)一頁

(5) 本稿ではドイツという国名表示を基本的にドイツ連邦共和国の意味で用いているが、文脈上ドイツ民主共和国と区別しなければならぬ場合、あるいは国家としての存在が問題になる場合には両国の正式名称を用いた。なお判例の事案説明ではドイツという国名表示が第二次世界大戦前のそれを指すため、あるいは民族学的意味で用いられていることもあるが、それは前後の文脈から明らかになることと思われる。

(6) Heinz—Peter Mansel; Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität (1988) S. 108ff.

(7) 例えは Graf Luxburg, Mansel a. a. O. (6) S. 111

(8) Murad Ferid, RabelsZ 23 (1958) S. 508f.

(9) OLG Hamm 8.2.1983, IPRspr. 1983, Nr. 116 S. 285

(10) Bundestags—Drucksache 10/504, 41

なお後述のシュルツ／ピチャスが「政治的理由」も挙げているのは、ドイツ民主共和国との関係やその他の東欧圏在住のドイツ系住民のことも考慮したためかと推測される。ドイツ民主共和国との関係における国籍問題については、Andreas Heldrich; Innerdeutsches Kollisionsrecht und Staatsangehörigkeitsfrage, NJW (1978) S. 2169ff. および Mansel, a. a. O. S. 413ff.

ところでドイツでは、出生による国籍取得に関する父系優先主義を改め、これを一因として重国籍者が増えている。たとえば一九八四年だけで一六、五七二人の重国籍者が出生している。またトルコやポルトガルといった外国人労働者の本國が、自國国籍を失わないでも外國国籍を取得できるように国籍法を改正するなど、今後増加する可能性がある。

vgl. Mansel, a. a. O. (6) S. 88f.

- (11) Rupert Scholz/Rainer Pitschas; Effektive Staatsangehörigkeit und Grundgesetz, NJW (1984) S. 2721f.
- (12) Mansel, a. a. O. (6), ders; Doppelstater mit Drittstaatenaufenthalt und die Bestimmung ihrer effektiven Staatsangehörigkeit im Rahmen des Art. 3 MSA, IPRax (1985), S. 209ff.; Verfassungsrechtlicher Gleichheitsatz, deutsche Doppelstater und die Lehre von der effektiven Staatsangehörigkeit im Internationalen Privatrecht, NJW (1986) S. 624ff.
- (13) NJW (1973) S. 1539ff.
- (14) I. C. J. Reports 1955, pp. 4
- (15) Scholz/Pitschas, a. a. O. (11) S. 2712f.
- (16) Franz Gamillscheg; Besprechung; Kegel/Das Internatoinale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB RabelsZ 27 (1962) S. 585ff.
- (17) 実効国籍論普及の先駆けとなったフェリットは元来、ナチの台頭によって亡命した命先の国籍をも取得したドイツ人および外国居住のドイツ系住民がドイツ国籍を取得した者を念頭に置いていた。ガシルシエックのいうのもこういう重国籍者である。Gamillscheg, a. a. O. (16) S. 586
- (18) Fritz Strum; Deutsch wie Vater oder Mutter, FamRZ (1974) S. 617ff. 622 44 45 Klaus Stern; Die deutsche Staatsangehörigkeit—Positionen und Begriffe, DVBL. (1982) S. 165
- (19) Paul Mikat; Zur Diskussion um die Lehre vom Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit (1983) S. 40
- (20) BGHZ 75, S. 32ff.
- (21) Hans v. Mangoldt; Mehrstaatigkeit und Legitimation—Vorrang der Staatsangehörigkeit auch bei Deutschen? in Festschrift für Otto Bachof (1984) S. 77ff. 90ff.
- (22) BGHZ a. a. O. (20) S. 42
- (23) 連邦通常裁判所が実効国籍論をとる出発点となったのは一九七二年二月二〇日の判決 (BGHZ 60 80) であった。Mansel, a. a. O. (6) S. 118
- (24) 彼は同じ論文のなかで国籍法を根拠として実効国籍論批判を展開しているが、これはドイツ国籍法特有の議論であるので

あえて取り上げない。

- (25) Mansel, a. a. O. (12) NJW S. 627
- (26) BVerfGE 5, 17ff. 事案は以下のようであった。ドイツ連邦共和国法によるとまだ未成年だが、ドイツ民主共和国法によるとすでに成年に達していた者が、その常居所をドイツ連邦共和国に移したところ、ドイツ連邦共和国で執行命令の送達を受けた。この者は、未成年者に対する送達は無効であると主張し、さらに次のような理由で上訴した。すなわち自分は常にドイツ人であり、行為能力に関する当時の民法施行法七条二項にいう「外国人」ではないから、同条項を類推適用することは出来ないし、また類推適用した場合、それは基本法三条三項にいう「本國および門地」による差別である、と。
- (27) Mansel, a. a. O. (6) S. 627
- (28) Mansel, a. a. O. (6) S. 628
- (29) 連結素の選択は場所的にみて最良の法を探求することによってなされる。これは当該事実関係に最も密接な関係を有する法、すなわち重点のある法にほかならない。ところで国籍は人が最も密接な関係を有する国を示しているのが通常である。かかる推定に基づいて国籍を有する国が重点の存する国であるとされる。これが本國法主義である。この密接な関係は、法的安定性の利益に基づき個別に探求されることなく、原則的な場合が念頭に置かれる。ところが重国籍者の場合は複数の国籍が存するから、本國法を指定しただけでは不十分で、補助的連結が必要になる。立法者はこの場合もなお本國法主義を維持すべきだとするから、結局いずれかの国籍が選択されねばならない。そしてその時も重点論、すなわち当該重国籍者はどの国と最も密接な関係を有するかが標準でなければならぬ。ただこの最も密接な関係を探求するのに、たとえば常居所を有する国のように類型化された重点に拠るか、個別事案ごとのあらゆる具体的事情を評価してするか、いずれか二つの可能性があるが、ドイツの通説は後者であり、その際客観的性情のみならず主観的要素も考慮する。もっとも常居所は主要な要素であるから大抵両者の境界は消滅する。Mansel, a. a. O. (6) S. 628
- (30) 連邦憲法裁判所は、ドイツ人父と外国人母の嫡出子はドイツ国籍を取得するが、ドイツ人母外国人父の場合は嫡出子がドイツ国籍を取得しなければ無国籍者になるような場合にのみドイツ国籍を取得する、としていた国籍法四条の平等原則違反について判示した判決 (NJW 1974, 1609) で国際婚姻によって複数の国籍をもつにいたった子にとって、実効国籍論は望ましいと述べている。(a. a. O. 1612)

- (15) Günter Dürig, in Maunz—Dürig—Herzog—Scholz Grundgesetz Kommentar, 6. Auf. (1983) Art. 3 Abs. III Rdnr 75
- (32) Dürig, a. a. O. (31) Rdnr 80
- (33) Mansel, a. a. O. (6) S. 629
- (34) Dürig, a. a. O. (30) Rdnrn 331ff. なおシヨルツ／ピチャスは実効国籍論が恣意的な不平等取扱いであると批判するが、彼等は逆にドイツ国籍をもつ重国籍者へのみ選択権を与えようとするのだから、彼等の見解によっても国籍の数で区別しつゝることになる。Mansel, a. a. O. (12) NJW S. 629
- (35) 例えば選挙権 Dürig, a. a. O. (30) Rdnr 287
- (36) ドイツ民主共和国市民は、ドイツ連邦共和国に移ってきた場合あるいは第三国においてドイツ連邦共和国政府の外交的保護下にある場合に初めてドイツ国籍に基づく権利義務を与えられる、と解されていることはその一例である。Dieter Blumenwitz; Die staatsangehörigkeitsrechtlichen Folgen der Teilung Deutschland, in Festschrift für Firsihing (1985) S. 27ff., 30
- また連邦通常裁判所も同様の考慮をしている。一九八三年三月八日同裁判所判決 (NJW 1983, 1972) の事案は以下のようなものであった。ドイツ人たる被告が、その親類で、かつてのシュレジアにおいてドイツ人の子として出生した原告をたずねていた折、一九七六年一月二日凍結した路面で自動車の運転を誤り、同乗の原告に重傷を負わせた。事故後原告はポーランドのビザでドイツ連邦共和国に入国し、以来ドイツ連邦共和国に居住している。原告は被告に対して事故当時の実費五〇〇〇マルクを請求した。ここで問題にされたのは、「ライヒの領域外におけるドイツ国民の傷害の場合の法適用に関する一九四二年二月七日命令」の適用であった。同命令一条一項によると、外国におけるドイツ人の作為または不作為に基づいて、ドイツ人が損害を受けた場合に、契約外の損害賠償請求権にはドイツ法が適用されるが、ドイツ国際私法上、不法行為は行為地法によらしめられるのが原則であるから、両者の関係が明らかにされねばならない。この点連邦通常裁判所は、当事者をより強く結び付ける共通点がある場合にのみ、例外的に、不法行為は行為地法によるという原則を制限しうるとし (a. a. O. S. 1973)、「上記命令は当事者がドイツ国籍を共通本国法とし、かつドイツ法秩序が効力を有する領域にともに常居所を有している場合にのみ適用される」と判示した (a. a. O. S. 1974)。本件では事故当時原告被告

ともにドイツ国籍を有していたものの、原告はポーランドに居住していたため、同命令によることができなかった。なお同命令がなお効力を有することについては、BGHZ 34, 222; BGHZ 87, 95 参照。

またドイツ人被告がスペインで引き起こした交通事故により訴外ドイツ人に傷害を負わせたところ、その治療費用を立替払いした健康保険共済組合が被告にその償還を求めた。これに対して被告はスペイン法の適用および同法上の短期消滅時効を接用した、という事案で、一九八三年五月三十一日の連邦通常裁判所判決も、上記命令によりドイツ法を適用するにはドイツ国籍を共通にするだけでは不十分であり、不法行為地法が効力を有する領域に当事者の一方の常居所がある場合にはなお原則どおり不法行為地法が適用される、としたうえで、本件被告の諸事情（事故当時既に一年半スペインに居住していた、ドイツから家具を送らせている、事故当時の女友達もスペインに住んでいた、事故当日被告の乗っていたモーターバイクはスペインで免許をとったものであった、ドイツに帰国していたとしてもそれは被告が脱走したことに基づく刑の執行をドイツで待つばかりであった）を考慮し、被告はスペインに常居所をもとうとする意図を有していたといえる、また服役および治療のためにドイツに一時帰国していたとしても、被告が今なお本国との関係を保っているとはいえない、かくて本件にはスペイン法が適用される、とした。（NJW 1983, 2771）

(37) Ferid; Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, in Festschrift für Dölle Bd II (1963) S. 119ff., 127 「抵触規範によって選択された連結は、恣意的区別を含んでいないかという観点から審査されなければならぬ。かくてたとえ、ある法律関係に内国人と外国人が関係している場合に、正当な理由なく内国人を優先するような抵触規範ははじめから排除される。」

(38) BVerfGE 71, 66ff. 憲法との関係についてはとくに S. 76ff. なお実効国籍論によると、その国籍認定に時間がかかり、外国法に関する鑑定書が必要になり、訴訟遂行が高つくき、結局重国籍者に困難を強いることになる、という議論もあるが（Sturm, a.a.O. (18) FamRZ S. 622）これはいわゆる任意的抵触規範論を前提にした立論なので顧慮するに値しない。

(39) Erik Jayme; Besprechung: Paul Mikat/Zur Diskussion um die Lehre vom Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit (1983), FamRZ (1984) S. 972

(40) Mansel, a.a.O. (6) S. 214

- (41) Mansel, a. a. O. (6) S. 212
- (42) Jayme, Internationales Familienrecht heute, in Festschrift für Wolfram Müller—Freientfels (1986) S. 363f.
- (43) Jayme, a. a. O. (39)
- (44) Mansel, a. a. O. (12) S. 631
- (45) Jayme, a. a. O. (39)
- (46) Mansel, a. a. O. (12) S. 631 なおこの原則は一九七九年六月二〇日の連邦通常裁判所判決(注20)によったものである。
- (47) Mansel, a. a. O. S. 631
- (48) Mansel, a. a. O. S. 630
- (49) Mansel, a. a. O. (6) S. 233ff.
- (50) 上記の議論のうち基本法一六条の国籍剝奪禁止は日本国憲法には明示的に規定されていないが、たとえば二九条の社会権のように国籍の有無によって享受しうる基本的人権に差異があることは一般に認められており、日本国籍を保持することは一定の基本的人権を享有する前提となるのであるから、ここから逆に、国籍を奪われない権利は日本国憲法でも認められていると考えられる。したがってこれに関する議論もわが国で妥当する。
- (51) Referat von Hans Jürgen Sonnenberger, in Sonnenberger / v. Mangoldt ; Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht (1988) S. 13
- (52) 桜田嘉章「涉外家族法における本国法主義」現代家族法大系Ⅰ(一九八〇)二二一頁以下、より明確には Sakurada, Zum Staatsangehörigkeitsprinzip im japanischen IPR, Recht in Japan 3 (1970) S. 70
- (53) 畑場準一 澤木ほか「わが国際私法改革への基本的視座」—婚姻・親子を中心として—国際法外交雑誌八四卷(一九八五)一八一頁以下
- (54) なお脱稿後「法例の一部を改正する法律案要綱」ジュリスト九二八号(一九八九)一二八頁に接した。