

# 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—

広 渡 清 吾

## 目 次

1. 何を問題とするか
  - (1) 二重国籍をめぐる現況一人が2つの国家に属すること
  - (2) ヨーロッパ連合市民権一人が国家を超える共同体に属すること
  - (3) ドイツ統一に際しての憲法構想—国民国家から市民国家への転換
  - (4) 検討する論点—叙述の対象
2. ドイツ国籍制度の展開—帝国と邦国（州）の二元制と媒介の国籍
  - (1) 近代国籍制度の端緒
  - (2) プロイセン臣民法（1842年）
  - (3) 3月革命とフランクフルト憲法（1849年）
  - (4) 北ドイツ連邦およびドイツ帝国の国籍法制定
  - (5) 1913年帝国国籍法
  - (6) ワイマル時代とナチス時代
3. 市民権概念の国籍に対する独自の意義
  - (1) ドイツにおける *citoyen* としての *Staatsbürger*
  - (2) 国籍と市民権の二元化から *Staatsbürger* の意味の希薄化へ
  - (3) 国籍と市民権の人種主義化、そして市民権の特権化
  - (4) 東ドイツにおける市民権 (*Staatsbürgerschaft*) の用法
4. 民族所属性 (*Volkszugehörigkeit*) と拡張された血統主義
  - (1) ナチス占領下の集団帰化の認定基準としての民族所属性概念
  - (2) ワイマル期における領土喪失の反動的代償としての民族所属性概念
  - (3) 戦後西ドイツによるナチスの措置への対応
  - (4) 民族所属性概念の機能—領土の喪失と国民の確保
5. まとめ

## 1. 何を問題とするか

本稿は、ドイツを対象にして「人と国家の関係」について考えることを目的にする。そこでは、国籍 (Staatsangehörigkeit)、市民権 (Staatsbürgerschaft) そして民族所属性 (Volkszugehörigkeit) という3つの法概念を取り上げる。この3つの法概念は、それぞれドイツの歴史のなかで形成されてきたものであり、ドイツにおける人と国家の関係を把握する法的形象である。全体としてどんな問題を扱うのか、最初にドイツの現代的な事例を紹介したうえで、検討を深めるべき論点と本論の叙述の手順を示すことにしたい。

### (1) 二重国籍問題をめぐる現況—一人が2つの国家に属すること

2013年12月に発足したドイツの第3次メルケル政権は、連邦議会第1党のキリスト教民主同盟／社会同盟 (CDU/CSU) と第2党の社会民主党 (SPD) による、いわゆる大連立政権である。連立政権の政策をめぐる協議において、社会民主党は、国籍制度における二重国籍の承認を最重要の政策課題の1つとして取り上げた<sup>1)</sup>。

現在のドイツの国籍法は、1999年7月に大改正が行われたもので (2000年1月施行)、このイニシアチブをとった当時の政権は、社会民主党のシュレーダーを首班とする社会民主党と緑の党の連立政権であった。この大改正の目玉の1つが、ドイツの国籍制度史上初めての、出生地主義の採用である。それによって、外国人の両親 (どちらか一方がドイツに8年以上合法的に滞在し、無期限滞在権を保持することが要件) からドイツの地で生まれた子は、出生によってドイツ国籍を取得するものとされた。これは、移民化した外国人住民の社会的統合を進めるために、従来の血統主義国籍制度 (両親のいずれかがドイツ国籍を有すれば、そこから出生した子はド

イツ国籍を取得する)に新たに加えられた措置であった。

シュレーダー政権は、国籍法大改正の際に、二重国籍を一般的に容認する考え方を導入しようとした。そこでは、2つのことが論点となる。1つは、外国人住民が帰化を申請する場合、従前の国籍の放棄を要件とせずに、ドイツ国籍を付与できるようにすること(帰化による二重国籍の承認)、もう1つは、出生地主義によってドイツ国籍を取得した子に外国人の親から承継する国籍の保持を認めること(たとえば、日本人の両親からドイツで出生した子は、日本の国籍法によって日本国籍を取得するので、この場合にこの子はドイツ国籍と日本国籍を持つ二重国籍者となる)である。

二重国籍を一般的に容認する考え方は、伝統的な国籍制度の原理(一人一国籍原則)から離れるものであり、当時の野党CDU/CSUが強く反対し、連邦参議院での勢力関係(連邦参議院は16の州政府の代表によって構成される)も連邦政権に必ずしも有利でなく、最終的にシュレーダー政権の意図は十全な形では実現しなかった。その結果、出生地主義の採用によってドイツ国籍を取得した子は、成人(18歳)までは二重国籍の保持を認められるものの、成人後23歳までに親から承継した国籍とドイツ国籍のいずれを選択するか意思表示を行うべきものとされた。いわゆる、国籍選択の強制(Optionszwang)である。

今回の連立協議で、SPDは、かねてからの立場である二重国籍の承認という課題を掲げ、少なくともこの国籍選択の強制規制の廃止を連立政策に盛り込むことを要求し、応じてCDU/CSU側も検討することに合意し、この論点は連立協定の内容となった<sup>2)</sup>。この経過によれば、CDU/CSUが従来の立場を変えて、SPDの主張を飲んだように見えるが、その背景には、国籍選択の規制システムが、その本来の目的、つまり、出生地主義の採用によって一方で外国人住民の社会的統合を進めながら、他方で一人一国籍の原則を維持し、国民的統合を確保する方向に有効に作用しているかが、行政実務上の経験も踏まえながら、法理論によって批判的に検討され

てきたという事情がある。

2013年10月号の『外国人法・外国人政策雑誌』（この雑誌は創刊されて30年以上になる）には、外国人法の専門家であるハイルプロナーが「選択規制と二重国籍」と題する論文を掲載している<sup>3)</sup>。かれによると、ヨーロッパ33カ国のうち外国人住民の第2世代ないし第3世代について出生地主義による国籍取得を認めているのは10カ国であるが（たとえばフランス、ベルギー、オランダ、ポルトガルは、親のいずれかがその国で生まれていれば、その子は出生によってその国の国籍を取得するものとする。これは二重化された出生地主義と呼ばれる）、国籍取得は確定的であり、ドイツのように成人後の選択規制を行う国はない。

ハイルプロナーは、ドイツが国籍選択規制を維持するかどうかは、比較法的視点からではなく、ドイツ固有の利害判断から行うべきものとするが、結論においてこの規制がメリットよりデメリットの多いものであると指摘している。要約すれば、国籍選択規制は、行政コストが大きいにも拘わらず、二重国籍の防止にはそれほど寄与せず、また、選択強制規制を廃止し二重国籍を承認することは社会の統合を阻害するよりむしろ当事者を安定させ統合促進に寄与するということである。

この評価は、国籍選択規制のシステムのあり方に関わっているので、少し込み入るが、このシステムを紹介しておこう。

国籍行政実務は、州の官庁が担うが、2000年1月施行の国籍法の下で、出生地主義によりドイツ国籍を取得する者は、まだ成人に達していないので、具体的な選択の意思表示手続は生じていない。かれらが成人に達するのは2018年以降であるが、出生データに基づけば、2018年から2026年まで選択規制に関わる者の数は、33万6,354人とされる（毎年平均で3万5,000人から4万人程度）。出生地主義によってドイツ国籍を取得した者は、血統主義による国籍取得者たちとちがって、出生登録簿（Geburtenregister）への出生登録に際して、その旨（国籍法4条3項に基づく出生地主義による

ドイツ国籍取得)が記録され、登録とともに国籍取得が確定される。この記録が成人後の選択の意思表示手続に結び付けられる。出生登録簿を管理する身分登録官は、当該の者が成人に達すれば、州の国籍官庁に連絡し、この官庁が当該の者に選択の意思表示手続の開始を告げることになる。

この通知を受けた者は、選択の意思表示を書面によって行うべきものとされ、23歳までに選択の意思表示をしなければ、ドイツ国籍を喪失する。このプロセスを複雑にするのは、21歳までに「ドイツ国籍保持の認可」を申請することができるという制度である。もともと国籍選択を強制する制度は、制定時の議論において、ドイツ基本法16条1項違反の嫌疑がかけられた。基本法同条は、ナチス時代のユダヤ人や政治的敵対者に対する国籍剥奪の経験をふまえて規定されたもので、ドイツ国籍の剥奪を禁止し、国籍喪失の場合も法律に基づいてのみ行われ、喪失の結果として無国籍にならないことを命じている。こうした憲法的考慮によって、国籍選択規制によってドイツ国籍を喪失するプロセスは、できるだけ慎重に進めるべきものとされ、このドイツ国籍保持の認可の制度が設けられた。

この制度の意義を端的に言えば、ドイツ国籍を選択する者の二重国籍を認めるところにある。ドイツ国籍を選択する者は、23歳までに別に保持している国籍の放棄または喪失を証明しなければ、ドイツ国籍を失うが、ドイツ国籍保持の認可をえていれば、ドイツ国籍を失わない(国籍法29条3項)。つまり、ドイツ国籍保持の認可の審査において、基本法16条1項の趣旨を踏まえて二重国籍を認めるべきかどうか判断されるのである。ハイルブロンナーは、このような認可制度とそれによる審査は、憲法的考慮に基づくものではあるが、当事者の国籍上の地位を不確定、不安定なものにし、また、審査結果が不公平になるという危険をはらんでいると指摘し、選択規制の廃止の論拠の1つとしている<sup>4)</sup>。

現行国籍法における出生地主義に付随する選択規制が廃止されることになれば、恒常的に二重国籍者の数は増えていく。ここでは立ち入らないが、

現行国籍法では、帰化に際しても従前国籍の保持を認める例外的な場合を拡大しているので、この傾向に拍車がかかる。近代国民国家は、国民の存在を必須の要件として存続しているが、二重国籍者において国家と国民の一对一の排他的関係は、これまでのようには考えられず、新しいコンセプトが求められている。

## (2) ヨーロッパ連合市民権—一人が国家を超える共同体に属すること

1992年2月に締結されたマーストリヒト条約は、ヨーロッパ連合を創設し、「ヨーロッパ連合市民権」の制度を設けた。これによると、ヨーロッパ連合加盟国の「国民」はすべて、ヨーロッパ連合の「市民」であり、「ヨーロッパ連合市民権」は、「各国の市民権」を補充し、重要な諸権利を付加的に与えるものとされる。付加的に与えられる権利とは、連合条約によれば、加盟諸国領域における自由移動と滞在の権利、欧州議会および加盟諸国における地方自治体レベルの選挙権、ヨーロッパ連合外で加盟諸国によって外交保護を受ける権利、欧州議会に対する請願権、ならびに欧州委員会に対する立法行為の要請権である。

上記では、「国民」と「市民」が書き分けられている。ドイツ語では、「国民」は、Staatsangehörigen、つまり「国籍者」(国に属する者)であり、「市民」は、Bürgerinnen und Bürgerである。市民は、女性形と男性形の両方で記述されている。また、「ヨーロッパ連合市民権」は、Unionsbürgerschaftであり、「各国の市民権」は nationale Staatsbürgerschaftである。これらを英語およびフランス語と比較すると興味深いことが分かる。英語、フランス語では、「ヨーロッパ連合市民権」は、EU citizenship と citoyenneté de l'UE であり、「各国の市民権」は、national citizenship と citoyenneté nationale である<sup>5)</sup>。英仏いずれも、「市民権」は citizenship と citoyenneté と同じ表現を使うが、ドイツ語は、市民権に当たる Staatsbürgerschaft を英仏と同じように使うことが難しい。同じよう

に使うとすれば、EU—Staatsbürgerschaft か Staatsbürgerschaft der EU と  
言うべきところであるが、ヨーロッパ連合は、国家 (Staat) ではないの  
で、この用法を取ることに、おそらく違和感がある。そこで、  
Unionsbürgerschaft という用語が新たに作られたのである。この事情は、  
Staatsbürgerschaft というドイツ語の歴史的成り立ちに関わっていると思  
われる。これについては後に考察しよう。

ヨーロッパ連合市民権は、諸国家によって構成される「超国家的共同  
体」(独特の1つの政治的共同体)に「諸国家の国民」が共通の「市民」  
として属するという新しい関係を作り出した。シェンベルガーという中堅  
の研究者(1966年生まれ)は、『連合市民』と題する著作において(2005  
年にフライブルク大学で承認された教授資格論文)、この新しい関係の総  
体的な考察を試みている<sup>6)</sup>。

シェンベルガーによれば、国籍 (Staatsangehörigkeit, nationality, nation-  
nalité) と市民権 (Staatsbürgerschaft, citizenship, citoyenneté) は、前者  
が国家団体への所属性を示し、後者が国家団体内部での法的地位を示すも  
のとして定義的に区別されうるが、現代では、国籍を有する者が国家団体  
内部では完全な法的地位を持つ者、つまり市民権者であることが通常であ  
り、2つの用語は、法理輪上も、日常用語でも、ほぼ同義に用いられてい  
る。つまり、いずれにしても19世紀以降に形成されてきた近代に伝統的な  
法理論においては、国民国家への所属性(国籍)が最も核心的な関心事で  
ある。この観点からすると、連合市民権は、国籍に満たないものとして、  
言い換えれば、ヨーロッパ合衆国が誕生すれば、その時にはじめてヨーロ  
ッパ合衆国国籍として完成するものであり、未達成のものとしてネガティ  
ブに規定されうるにすぎない。シェンベルガーは、こうした伝統的な考え  
方に対して、連合市民権のコンセプトの中に未来に向けた生産的な意義を  
見いだそうとする。それは、かれの表現によれば、連合市民権を「ポスト  
国家的な」(nachstaatlich)ものとして解釈することである。連合市民権

の中に、「国籍を相対化ないし除去し、国家から切り離された人権に基礎づけられた国際的な市民概念、一つの global citizenship」が形成されつつあると見ることである<sup>7)</sup>。

シェンベルガーは、法解釈学者であり、政治思想を説いているわけではないので、こうした意義づけに立って、ヨーロッパ連合市民権の具体的なあり方を制度的に分析し提案を行っている。この考察において参照される歴史的類例が連邦制国家における連邦国籍と州国籍の関係である。アメリカ合衆国、スイス連邦およびドイツがその対象である。

この3つの連邦制国家においては、連邦国籍は州国籍を媒介に取得される。これは、連合市民権が加盟国国籍を媒介にして与えられることと同様である。連合市民権は、しかし国籍ではない。そこで、シェンベルガーは、「連邦への所属性」(Bundesangehörigkeit) という概念を立てて、連邦制国家における経験を参照しながら、滞在権、差別禁止、参政権などの内容に即して、連合市民権のあり方(連合市民権者の法的地位)を検討する。

検討を通じて、かれが最も重要だとみなすことは、連合市民権が「ポスト国家的な」メンバーシップであること、二重の政治的次元への所属性を表現するものであること、それゆえ伝統的国民国家への所属性(すなわち国家と国民の一対一的排他的関係としての国籍)を基準にして考えるべきでないことである。また、連合市民権が伝統的な国家的アイデンティティに似たものを形成するシンボリック的作用を果たすなどとも考えてはならない。そしてさらに重要なことは、連合市民権が、ヨーロッパ連合の諸機関との垂直的關係において意味を持つと同時にヨーロッパ連合の水平的空間における市民の連帯を促進すべきものであることである。そしてまた、ヨーロッパ連合はそれ自体としてプロセスであり、ダイナミズムであり、設定された終局的に向かう計画的活動というものではないと認識することである<sup>8)</sup>。

以上を印象的に評すれば、シェンベルガーは、ヨーロッパ連合空間にお

いて、ポスト国家的な人権に基礎づけられた社会、市民権者の共同社会（市民社会）の内実を確立することを求めているのである。連合市民権の内容を考えるについて、連邦制国家の実例を持ち出しつつ、国籍でなく連邦所属性という概念によって整理するところに、シェンベルガーの方法的メリットがある。いずれにしても、ここで、諸国家を横断する市民権概念は、国籍を相対化し、国家を超える市民社会的空間を展望するものとして位置付けられている。

### （3）ドイツ統一に際しての憲法構想—国民国家から市民国家への転換

1990年10月3日に東西ドイツ（ドイツ民主共和国およびドイツ連邦共和国）は統一を果たした。統一は、西ドイツの基本法（憲法）体制に東ドイツが加入するという法的形式によって行われたので、基本法は（統一に際しての必要な改正を伴いつつ）、そのまま統一ドイツの憲法となった。しかし、統一に至るプロセスでは、統一ドイツのために新憲法の制定が主張され、具体的な新憲法草案も発表された。その有力な1つに「民主的に構成されたドイツ諸州の連邦のための評議会」が1991年5月に公表した憲法案（以下、評議会憲法案）がある。

この評議会は、東ドイツの改革派市民グループと西ドイツの左派の法律家を中心に、政治、経済および科学の分野の有力な人々も参加して1990年6月に作られた組織である。東ドイツでは、1989年11月、「ベルリンの壁」の開放以降、東ドイツの民主化を目指して（つまり民主主義的社会主義の道の追求）、政府と市民諸団体が協働する組織として「円卓会議」が設置され、円卓会議は1990年4月に東ドイツのための新憲法草案を発表した。しかし、すでに1990年3月の東ドイツ人民議会選挙では、東ドイツの民主的改革ではなく、即時の東西ドイツ統一を目指す政治勢力が過半数を占めたので、円卓会議憲法草案は、意味を失ってしまった。この状況を受けて、評議会は、統一ドイツのための憲法案を、一方で西ドイツの基本法を他方

で東ドイツの円卓会議草案を参照して、作成することを課題にしたのである<sup>9)</sup>。

評議会憲法案をここで取り上げるのは、そこに国民国家から市民国家への転換が示されるからである。つまり、主権の担い手、憲法の保障する基本的人権の享有主体が、「国民」から「市民」に切り替えられるのである。このことを明瞭に示すために、まず、現行のドイツ基本法が国民国家の憲法であることを確認しよう（いうまでもなく日本国憲法も国民国家の憲法であり、日本国民が主権の担い手、憲法の保障する基本的人権の享有主体である）。

基本法前文は、基本法が16の州の「ドイツ人」(Deutschen)によって制定されたこと、基本法が「全ドイツ国民」(das gesamte Deutsche Volk)に適用されることを述べている。本文では、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「すべてのドイツ人」に保障される。また、連邦制国家の特殊性に由来するものとして、「いかなるドイツ人」(jeder Deutsche)も、連邦の各州において、平等の市民権的諸権利と義務を有することが規定される(33条)。さらに、主権は、「国民」(Volk)に由来すること(20条)、連邦議会、州議会から地方自治体議会に至るまで、「国民」の代表が選出されるべきこと(28条、38条)がそれぞれ規定されている。

基本法の特徴は、第10章の経過・終末規定の冒頭に「ドイツ人の概念」について定義規定を置くことである(日本国憲法は、10条で「日本国民たる要件」を法律で定めると規定するにすぎない。この法律は国籍法である)。基本法によるドイツ人の定義は次のようである。

「本基本法にいうドイツ人とは、その他法律で別途定める場合を留保して、ドイツ国籍(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。」(116条1項)

この定義は、ドイツ人について、ドイツ国籍およびドイツ民族所属性という2つのつながりを示している。民族所属性の概念は、ドイツ現代史の歴史的な条件から生まれており後にあらためて考察するが、先回りして言えば、こうした2つのつながりを基礎にするドイツ国家は、憲法的に、国民＝国籍者国家をこえて、民族国家であることを宣言するもののように見える。

さて、以上のように基本法は、国民国家の憲法である。それでは、評議会憲法案は、このあり方をどのように批判し、新たなあり方を示すのか。批判の中心は、国民国家的枠組みがドイツ社会の現状をもはや適切に把握できないということにある。ドイツ社会の住民には、多くのEU諸国およびその他の諸国からの外国籍の「共同市民」(Mitbürger)が含まれる。しかし、かれらは、ドイツ国籍を取得しないかぎり、市民的諸権利(Bürgerrechte.その中心は政治的な共同決定権である)を持つことができず、また、ドイツ国籍を取得しようとすれば、自分の持っている国籍を放棄しなければならない。これは、すべての人間(Menschen)に市民的諸権利の享有を保障するという原理に反し、社会的に矛盾を生みだしている<sup>10)</sup>。

そこで、評議会憲法案の解決策は、国籍と市民的諸権利を切り離すことである。上記の基本法116条1項に対応する評議会憲法案は、次のように規定する<sup>11)</sup>。

「本憲法の意味における市民(Bürgerin oder Bürger)は、ドイツ国籍を有する者、または市民の法的地位を取得した者である。市民の法的地位は、外国人(Ausländerin oder Ausländer)として、少なくとも5年以上適法にドイツ諸州の連邦領域に恒常的な住所を有していた者

に、これを請求する権利が与えられる。EU加盟諸国の国民は、ドイツ国籍者と同等に扱われる。」(116条1項)、「全ての市民の総体が、本憲法にいうところの国民(Volk)を形成する。」(116条2項)

再度整理すれば、この条文によって、ドイツ国家は、ドイツ人の国家から、ドイツに住む市民の国家へと切り替えられている。ドイツ国家の担い手である国民(Volk)は、市民の総体であり、市民とはドイツ国籍者に加えて、市民の法的地位を取得した外国人およびEU加盟国国民である。基本法において「すべてのドイツ人」と表現された個所は、残らず「すべての市民」に置きかえられる。この市民国家では、国籍の持つ意味が決定的ではなくなるが、失われるわけではない。ドイツ国籍者にとっては、ドイツ国籍がドイツの市民たる要件であり、外国人市民にとって、自己の国籍は、あいかわらず、出身国との紐帯を確保するものとして作用する。国籍を市民的諸権利から切り離した結果、外国人の社会的統合のために帰化や二重国籍問題の解決に頭を悩ます必要もない。

評議会憲法案は、発表時の20年前には、当然のことながらそのリアリティに大きな疑問が投げかけられた。また、現在、これを評価するという動きがあるわけでもない。とはいえ、国民国家から市民国家への構想は、ドイツ社会の抱える問題について、また、グローバルな労働移住、国際移住が進行する現代国家の憲法構想について、「最大限綱領」を提起するものとして意味を持つと思われる。

#### (4) 検討する論点—叙述の対象

以上の3つの素材の紹介によってドイツにおける個人と国家の関係についての法的形象として、国籍、市民権および民族所属性のおおまかな位置が示された。そこで、以下の論点を検討することにする。

第1に、ドイツの国籍制度の歴史的展開についてである。これは、ドイ

ツに即して人と国家の関係を考える基礎的資料である。ドイツの国籍制度は、シェンベルガーが連合市民権の考察において利用したように、連邦と州の二元的、媒介的国籍制度を特徴とするので、これを検討の中心とする。

第2に、市民権の概念が国籍に対して有する独自の意義の検討である。市民権概念は、国籍概念とオーバーラップしながら歴史的に展開し、次第に国籍概念にとって代わられるものであり、その限りで第1の記述の対象であるが、citizenship や citoyenneté とどのように関係するのか、また、市民権概念の歴史的な消長の持つ意味はなにかを独自に検討する必要がある。

第3に、基本法上、ドイツ国籍とならんでドイツ人の要件とされているドイツ民族所属性の問題についてである。この問題は、第一次世界大戦および第二次世界大戦によるドイツの領土変更に関わって生じたものであり、人と国家の関係について特殊ドイツ的な相を提示していると思われるので、この点を検討しよう。

第4に、上記の3つは歴史的な問題を扱うことになるが、そこでの考察を踏まえながら、いくつかの理論的なまとめと今後の課題について述べることにする。

なお、ドイツは連邦制の国であり、連邦国家は Bund や Reich として、連邦を構成する個別国家は、Land と表現される。本稿では、Bund は連邦、Reich は帝国、Land は、第一次大戦前は邦ないし邦国、ワイマル期以降は州と訳する。

## 2. ドイツ国籍制度の展開

### — 帝国と邦国（州）の二元制と媒介的国籍

まずここでは、全体の構図を知るために、ドイツの国籍制度の展開を概観しよう。ドイツ国籍制度は、シェンベルガーが連合市民権の検討に際して参照したように、連邦と各邦（各州）の国籍二元制と連邦国籍が媒介的

国籍であることを特徴としており、これがどのように形成されたかを中心に検討する。また、この過程では、臣民籍（Untertanenschaft）と市民権概念が並行しながら国籍概念に展開していくことを見ることができる。

### （1）近代国籍制度の端著

主権的国家の支配の下にある人々が同じように「国家に所属する」（国家に対して忠誠を誓い義務を負う）という抽象的關係に立つためには、人々が君主に対して社会身分に応じてそれぞれの義務を負うという、これまでの関係が変革されることが必要であった。ドイツにおいては、フランス革命後のナポレオン戦争の結果、神聖ローマ帝国が瓦解し（1806年）、各邦国が近代国家として形成される中で、国籍制度の展開が始まる。

神聖ローマ帝国において、「帝国臣民 Reichsuntertanen」という概念が見られたが、これは臣民の皇帝に対する直接的關係を示すものではなく、領邦君主への臣従を媒介とした間接的なものであり、せいぜい帝室裁判所（Reichskammergericht）への出訴の権を基礎づけるものにすぎなかったとされる<sup>12)</sup>。1794年制定のプロイセン一般ラント法では、社会の身分として貴族（Adel）、農民身分（Bauerstand）および市民身分（Bürgerstand）の3身分が規定され、これらを総称する概念としては、「国家の住民」（Einwohner des Staats）が用いられている。また、国家の住民でない、「他国の臣民」（Untertanen der fremden Staaten）は、「他国人」（Fremden）と呼ばれ、これらの者も国内にあるかぎり、プロイセン法の適用を受けるべきことが規定された<sup>13)</sup>。

ナポレオン敗北後のウィーン会議において1815年に設立されたドイツ連邦（Deutscher Bund）は、連邦規約18条で“Bundesindigenat”について規定した（indigenは、「土着の、その土地生まれの」を意味する。さしあたり「連邦市民資格」と訳する）。これは、現状を超える特別の法的意義を持たず、ドイツ連邦に属する諸邦国（4帝国都市、35領邦）の人民は相

互に他国人として扱われた。他方、各邦国では、抽象的な法制度としての国籍の発展が見られるが、その際の先行モデルは、フランスとオーストリアの制度であった<sup>14)</sup>。

フランスについて、革命後制定されたフランス民法典（1804年）は、「すべてのフランス人（Français）は、民事上の権利（droits civils）を享有する」（8条）と宣言し、フランス人たる資格、つまり、フランス国籍の取得と喪失に関して規定した。他方でその直前の規定（7条）は、「民事上の権利の行使は、市民（citoyen）の資格に依存しない。市民の資格は、憲法的法律（loi constitutionnelle）にしたがって取得され維持される。」と規定した。ここで重要なことは、一方でフランス人＝フランス国民と他方で市民とが異なった資格として規定されていることである。具体的に言えば、フランス国民のなかに、市民である者とそうでない者がいること（それを分ける基準は民法典ではなく、憲法的法律によって規定される）が示されている。つまり、国民一般の中で、能動的に国政に参加する権利を持つ市民、当時の表現によれば「能動的な市民（citoyen actif）」がさらに区別され、少なくとも女性と子どもはフランス国民であるが、市民ではないということになる。ここでは、nationalité と citoyenneté が包摂する人的範囲を異にし、国籍と市民権の二元制が認められる。この問題は、後に市民権概念を論じる際にあらためて考察する。

オーストリアについて、1811年のオーストリア一般民法典（ABGB）は、フランス民法典と同様に、民事的な権利能力を一般的に承認する（これはドイツ諸邦で最初の例である）とともに、オーストリア市民権（österreichische Staatsbürgerschaft）の制度を認めた。これによって、オーストリア市民権者（Staatsbürger）は、他国人（Fremden）から区別される。市民権は、連邦を構成する各邦への帰属を媒介にせず、直接にオーストリア帝国への帰属を示すものとされ、市民権の取得は、出生による親からの継承（血統主義）および婚姻による取得（妻が夫の国籍を取得する）等が

規定された。ただし、オーストリア市民権を持つ者は、フランスの *citoyen*（能動的市民）のような政治参加権を与えられたわけではない。オーストリア市民権は、オーストリア帝国国民としての取扱いの国家行政実務の基礎を作るにとどまり、その作用は民法的領域に限定され、それゆえ、ここでの *Staatsbürgerschaft* の概念は、形式的で非政治的なものであった<sup>15)</sup>。つまり、フランスの *citoyen* 概念のような政治的意義を有しなかった。

## (2) プロイセン臣民法 (1842年)

19世紀の前半、ドイツ南部のバイエルン、バーデン、ヴュルテンベルクの諸邦では、*Staatsbürgerschaft* の概念が、貴族層に対する政治的意図をもって利用されようとした。邦国の諸身分を等しく *Staatsbürger* と位置付けることにより、貴族層の特権を奪い領邦君主への無制限の忠誠義務を課すというという意図である。貴族層以外の他の *Staatsbürger* は、この場合、領邦君主への忠誠義務に重ねて、主人としての貴族層への忠誠を誓わなければならなかった<sup>16)</sup>。

これに対して、プロイセンが1842年に制定した臣民法 (*Untertanengesetz* = 「プロイセン臣民としての資格の得喪および外国の公務への就任に関する法律」) は、政治的な含意を持つ *Staatsbürger* の概念を避け、臣民籍 (*Untertanenschaft*) の概念を作り出し、国籍について政治的に中立の技術的な基礎づけを行った。臣民籍は、一方でオーストリアの市民権概念が民法典に規定されて一般的権利能力の承認以上の意義を持たなかったことに対比すると、公法的な国籍制度を作り出したこと、他方でドイツ南部諸邦におけるように政治変革の手段の意義を担う憲法的な概念としての *Staatsbürgerschaft* に対比すると、概念を中立的に技術化したことの双方において、特徴的な制度となった<sup>17)</sup>。

同法は、ドイツではじめて国籍制度のみについて規制した法律、国籍立

法である。同法によると、国籍（臣民籍）の取得原因は、臣民たる両親からの出生（血統主義）、準正、婚姻、賦与（帰化）であり、居住原則（居住によって国籍を取得）は否定された。このような制度的仕組みは、その後のドイツ帝国国籍法（1871年、1913年）に引き継がれ、また、各邦の国籍制度に影響を与えるものとなった<sup>18)</sup>。

### （3）3月革命期とフランクフルト憲法（1849年）

1848年フランスの2月革命、それに続くドイツ3月革命がもたらした革命的ヨーロッパでは、「いずれの国家に所属するか」が1つの核心的問題となった。国家形成と国籍の結びつきが正面に現れたのである。とくに多民族国家としてのオーストリア帝国において問題は深刻であった。この中で、革命前の「ドイツ語という共通言語によるドイツ国民」という文化的規定は、ドイツにおける政治的現実のダイナミズムから遊離したものになり、「ドイツ国民」の新しい定義が求められた。ドイツ革命から生まれた国民議会は、これに応えなければならなかった。フランクフルト・アム・マインの聖パウル教会に集結した国民議会は、約10カ月の審議の後、1849年3月に「ドイツ帝国憲法」（die Verfassung des Deutschen Reichs フランクフルト憲法と通称）を制定する<sup>19)</sup>。

フランクフルト憲法は、従来のドイツ連邦の領域を版図とする「ドイツ帝国」（Deutsches Reich）を創設する（1条）。ドイツ帝国は、「ドイツ人の皇帝」と称される帝国元首を戴き、帝国行政権力および二院制（帝国を構成する各邦国の政府代表をメンバーとする国家院およびドイツ国民が選出する議員からなる国民院）の帝国議会を持つ連邦国家である。

フランクフルト憲法は、「帝国市民権」（Reichsbürgerrecht）という新しい概念を打ち出した。同憲法によれば、まず、「ドイツ国民」はドイツ帝国を構成する諸邦の邦民から構成され（131条）、すべてのドイツ人（国民）は「帝国市民権」を有するとされる（132条）。帝国市民権は、すべて

のドイツ人が帝国内のいかなる邦国にあっても、ドイツ人に帰属する諸権利を行使できることを保障するものである。また、ドイツ人は帝国内の移転・職業選択の自由、生活のためにあらゆる事業を営む権利、市町村の市民権を獲得する権利を持ち（133条）、さらに帝国内の各邦は、その邦民と他邦のドイツ人を法の適用において差別してはならないとされた（134条）。133条および134条は、132条の帝国市民権の内容を敷衍するものである。

国民議会の憲法審議では、帝国市民権と各邦の市民権また市町村市民権との関係が中心的論点となった。そこでは、各邦の市民権そのものを廃止すべしと主張する議論もあったが<sup>20)</sup>、これは問題にされず、主張は2つに分かれた。1つは、帝国市民権は、各邦の市民権（ないし臣民籍）を媒介にしてはじめて取得できると考えるもの、もう1つは、帝国市民権を帝国への直接帰属を内容とするものとし、それゆえ帝国法律によって規制すべきものとするものである。国民議会多数派は、帝国市民（Reichsbürger）であればドイツ帝国内のいずれの市町村においても居住の請求権を持つという考え方に消極的であった。そこで、法文上、帝国市民権の取得は市町村市民権に依存せず、帝国市民権者はいずれの市町村にも居住する権利を持つと規定されたが、帝国市民権の具体的なあり方については、帝国全体についての市町村関係立法と営業令（つまり居住と営業に関する立法規制）に委ねるものとされた。つまり、帝国市民権の内容をめぐる争いの決着は、先延ばしされたのである<sup>21)</sup>。この決着は、ドイツ3月革命の挫折によりフランクフルト憲法が施行されなかったがゆえに、不要のものとなった。

フランクフルト憲法が規定した帝国市民権は、同憲法第6章「ドイツ国民の基本権」（130-189条）の冒頭に規定され、基本権の主体としての市民の国家に対する法的地位を示したものである。憲法上、ドイツ人とは誰かと問われれば、ドイツ帝国市民権を有する者である。その意味で、帝国市民権は、ドイツ帝国の国籍を市民権（Staatsbürgerschaft）として位置付

けるという歴史的な意義を持った。

#### (4) 北ドイツ連邦およびドイツ帝国の国籍法制定

ドイツ3月革命の挫折の後に、ドイツ連邦は、二大邦国であるプロイセンとオーストリアの覇権争いの下にあり、プロイセンが対オーストリア戦争、続いて対フランス戦争に勝利し、まずは北ドイツ連邦、続いてドイツ帝国の創設を主導した。ドイツ国民国家の近代国籍制度は、この時期に成立する。北ドイツ連邦の「連邦籍および国籍の得喪に関する法律」<sup>22)</sup>は、ドイツ帝国の成立（北ドイツ連邦にバーデン、ヘッセン、ヴェルテンベルク、バイエルンが加入し1871年1月にドイツ帝国憲法が発効した）に合わせて、帝国法律として加入地域にも適用が拡張され、初めての「帝国籍および国籍法」(Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz)となった<sup>23)</sup>。

1871年憲法は、帝国の国民について、次の規定を置いた（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、（当該邦国の一引用者）自国人（Einheimische）と同じ条件で享受することが認められ、また訴訟と権利保護に関して自国人と平等に取り扱われるべきことである。」

この規定によれば、各邦国に所属する者（これは、各邦によって臣民と呼ばれ、あるいは市民権者と呼ばれていることが3条の規定の仕方から分かる）が、共通の市民資格を与えられる。ここでは、帝国への所属を各邦国への所属によって媒介することが明確にされた（上述のようにフランク

フルト憲法の審議において争点となっていた点である。媒介主義 (Vermittlungsprinzip) の採用)。各邦国における臣民籍ないし市民権の得喪のシステムは、ばらばらであり、統一的なものではなかったが、多くのところではプロイセンの臣民法をモデルにした。ただし、いくつかの邦国では血統や婚姻によるのではなく、居住を要件とする国籍の取得を原則としていた (つまり市町村での居住と所属が邦国の国籍取得の要件とされた)。邦国におけるこの居住を要件とする制度 (Wohnortsprinzip) は、1871年国籍法によって最終的に除去される<sup>24)</sup>。

1871年国籍法は、帝国に共通の市民資格を帝国籍 (Reichsangehörigkeit) と規定し、各邦の国籍 (Staatsangehörigkeit) によって媒介されるものとした。帝国籍の得喪のシステムは、プロイセン臣民法が範とされた。すなわち、その取得原因は、臣民たる両親からの出生 (血統主義)、準正、ドイツ人男性との婚姻、賦与 (帰化) であり、喪失原因は、追放措置 (Entlassung)、権限ある官庁の喪失決定、他国の公務への就任、外国人男性との婚姻、他国の国籍の取得、10年以上の外国での継続的居住等である。念のために取得原因の血統について言えば、妻の国籍は夫の国籍に従属するので、夫婦は常に同一国籍であり、子は両親の国籍を継承し、非嫡出子の場合には母親の国籍を継承した<sup>25)</sup>。

1871年国籍法の採用した媒介主義原則は、ドイツ帝国の領土の拡張にもなって処理できない問題を抱えることになった。つまり、拡張した領土がいずれかの邦国に統合されず、帝国の直接の統治の下に置かれる場合、その地域の住民は邦国籍を持たず、帝国臣民とすることができないからである。

具体的な問題としてまず生じたのは、対フランス戦争の勝利の結果として帝国が獲得したエルザス・ロートリンゲン地域住民の国籍問題である。この問題の解決のために、媒介主義によらずに帝国に直接帰属する帝国籍を認めるか否かが議論されたが、媒介主義が維持された。すなわち、エル

ザス・ロートリンゲン地域は、皇帝の直接統治の地域である“Reichsland”（帝国直轄地）とし、“Landeszugehörigkeit”（ラント籍）を帝国直轄領への住民の所属を示すものと規定した。これは、各邦国への所属が“Staatsangehörigkeit”（国籍）と表示されることから区別したのである。その上で、同地域の住民は、このラント籍を媒介として、帝国籍を取得するという構成がとられた。また、1875年12月20日の帝国法律によって、このラント籍を帰化によって取得することを認め、エルザス・ロートリンゲンに居住する外国人が帝国籍を取得する道を開いた<sup>26)</sup>。

さらに生じた深刻な問題は、1880年代以降に展開したドイツ帝国の植民地獲得の中での植民地住民の国籍上の取り扱いであった。ドイツ帝国は、南西アフリカ（ナンビア、1884年）、東アフリカ（タンガニーカ、ルワンダ、ブルンジ、1885年）、カメルーン（1884年）、サモア（1899年）、青島（1898年）等を植民地として領有し、それらを保護領として保護領法（Schutzgebietsgesetz. 1886年制定、1888年および1900年改正）を適用した<sup>27)</sup>。

保護領に対する主権的支配権は保護権力（Schutzgewalt）と称され、ドイツ皇帝の名において行使される（1条）。保護領には帝国首相の任命する総督と領事裁判所が置かれた（2条）。保護領は、帝国の主権下にあるが、エルザス・ロートリンゲンと異なり、帝国の構成部分（Bestandteil）ではなく、附属物（Pertinenz）であると位置づけられ、帝国法は当然には適用されず、帝国の保護権力が事情により任意に帝国法を利用するものと規定された。それゆえ、現地住民が一般に帝国籍を取得する措置はとられない。帝国籍の取得は、保護領に居住する外国人および現地住民の帰化による場合のみが認められた（9条）。そこで、保護領に居住する者は、第1に帝国籍を有する者（本国由来のいわゆる植民者など）、保護領において帰化によって帝国籍を取得した者、第2にドイツ以外の文明国家の国民（Angehörigen anderer zivilisierten Staaten）、そして第3に現地人

(Eingeborenen) と分類された。

実際上の問題は、植民者として保護領に居住するドイツ人、また帰化をしてドイツ帝国籍を取得した者が、現地人の女性と婚姻する場合に生じた。1871年国籍法を準用すれば、ドイツ人の男性と婚姻した女性は、ドイツ帝国籍を取得し、そこから生まれた子は当然にドイツ帝国籍を取得する。しかし、これを認めれば、異人種の非キリスト教徒をドイツ人として受け入れることになる。

現地の総督による行政実務は、現地人に対する隔離と差別を基本とし、ドイツ人と現地人の婚姻禁止を指令し、違反すれば婚姻無効であり、かつ、ドイツ人男性の選挙権を剥奪し、出生子を現地人とみなすとするものであった。当然にドイツ国内では、婚姻禁止の是非、国籍法の明確化が議論になった。婚姻禁止は、ドイツ帝国の人種差別を世界に公言することになる。また、国籍法に保護領住民との婚姻の場合の特例を設けることになれば（ドイツ人男性と婚姻した現地人女性はドイツ帝国籍を取得せず、そこから生まれる子も同様とする）、これは、当時の国籍法を支配する家父長制原理（国籍の得喪における夫・父への妻・子の国籍従属原則）を否定することになる。議論の決着は、後述の1913年改正帝国国籍法によって行われた。それは、保護領法の規定をふまえ、帰化をした保護領内の外国人および現地人に直接的帝国籍を認め、かつ、帝国国籍法の適用を承認するものとなった。すなわち、結果において、家父長制原理は、人種主義に優越し、植民地についても国籍従属の原則が認められた<sup>28)</sup>。

なお、1890年6月1日の独英条約によってドイツは、ヘルゴランド島を取得するが、島民は、国際法上、ドイツ帝国籍を取得すべきものと考えられたので、エルザス・ロートリンゲンの場合と同様の問題が生じた。そこで、1890年12月15日の帝国法律によって、同島をプロイセンに編入し、同島の住民は、邦国プロイセンの国籍を媒介に帝国籍を取得した。媒介原理は、このようにして維持された<sup>29)</sup>。

### (5) 1913年帝国国籍法

1913年帝国国籍法は、20年来の立法的議論を経て、1871年国籍法を大きく改正し、上述した1999年改正に至るまで補綴を受けながらではあれ、ドイツ国籍制度を規律するものとなった<sup>30)</sup>。1913年法は、19世紀以降の国籍の考え方の1つの要素であった領域原理（所属を居住と結び付ける）を消去して血統主義を純化し、また、領土拡張に対応するいわゆる帝国主義的な要素を新たに導入したので、まぎれもなく20世紀の産物であったと評される<sup>31)</sup>。

第1に、1913年法は、帝国籍の媒介主義（邦国の国籍の媒介なしには取得・保持できない）を修正して、直接的帝国籍（*unmittelbare Reichsangehörigkeit*）の制度を定めた。1913年法は、第1条に「ドイツ人」を定義し、「ドイツ人とは、1つの邦国（*Bundesstaat*）において国籍（*Staatsangehörigkeit*）を有する者、または、直接的帝国籍を有する者」と規定した。そして、第2条で、エルザス・ロートリンゲンは、「邦国」として、保護領は「内国」（*Inland*）とみなすことを定めた。直接的帝国籍は、帰化によって、次の3つの人的グループに与えられる。①保護領に居住する外国人または保護領の現地人、②ドイツ国内に居住していないかつてのドイツ人またはその子ないしその養子、③帝国公職につく外国人で外国に職務のための住所を持つ者、である（33条、34条）。こうして、1871年法の媒介主義から生じていた諸問題に対して、国籍法上の明確な位置づけが与えられた。

第2に、1913年法は、国籍取得原因として、出生、準正、婚姻、受入れ（*Aufnahme*）、および帰化を規定した（3条）。受入れと帰化の区別について説明が必要である。受入れは、ある邦国の国籍を有するドイツ人が、他の邦国で定住する場合に申請に基づいてその邦国の国籍が与えられることをいう（7条）。上述のように、ドイツ人は、「1つの邦国」において国籍を有する者とされているので、邦国レベルで二重国籍は許されず、受け入

れられた者はこの受入れによって従前国籍を喪失する。1913年法までは、邦国のレベルでの二重国籍が認められていた。受入れに対して帰化は、ドイツ帝国籍を有しない外国人が帝国籍を取得する場合をいう。

第3に、1913年法は、国籍喪失原因として、1871年法が規定した「10年以上の外国居住」を削除した。この喪失原因には国籍と居住を結び付ける考え方が残っており、1913年法はこれを消去し、血統主義の純化を図った（血統の存在は居住と関係しない）。他方で1913年法は、兵役義務の不履行を国籍喪失原因として新たに規定した（17条）。すなわち、兵役義務を負うドイツ人が国内に住所を有さず、また、継続的な居住もしない場合、23歳までに本人が義務履行の確定的決定をしなければ、国籍を喪失する。1913年法は、このように、血統主義を純化させると同時に、国籍が国家に対する忠誠義務を本質とすること、国籍者＝国民共同体が「防衛共同体」（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見られる<sup>32)</sup>。

## （6）ワイマル時代とナチス時代

ワイマル時代およびナチス時代については、法制度としての国籍制度の変化よりも、敗戦、領土の喪失、ユダヤ人差別と排除を主張するナチズムの台頭のなかで、「ドイツ人」とはなにかをめぐる政治的議論が民族主義的な色合いをもって深刻な論点となる。この論点は、それぞれ、市民権および民族所属性をめぐる論点としてあとで検討することにし、ここでは、国籍の二元制と媒介主義について記述しておこう。

ワイマル憲法は、帝国および各州の国籍の二元制を維持し、州に属する者は同時に帝国に属する者（Reichsangehöriger）であることを規定した（110条1項）。この制度は、1913年法によって規制される。また、憲法は、すべてのドイツ人が帝国のいかなる州においても、その州に属する者と平等の権利および義務を持つと定めた（110条2項）。

ドイツは、ベルサイユ条約により植民地（保護領）、エルザス・ロートリンゲンを失ったので、ワイマル時代の直接的帝国籍は、帝国官吏および外国に定住するかつてのドイツ人のみを対象とするものになった。この時代には、国籍制度自体の重要な改正はないが、憲法の保障する各州国籍者の平等取扱いに関して、とくに居住する州の国籍を有しないドイツ人の政治的権利行使をどう保証するかという問題が現実のものとなり、帝国議会は、1927年に二元的国籍制度を廃して帝国籍に統一する法案を政府が準備すべきことを決議した。これは実現しなかったが、法学者の間でも支持する意見が広がった<sup>33)</sup>。

ナチス時代には、ドイツの伝統であった連邦制が廃止され、それにともない国籍は必然的に帝国籍に一元化された。連邦制の廃止（つまり州制度の廃止）は、3段階に渡って進められた。まず、1933年3月31日の法律によって各州議会の議席配分が帝国議会の議席配分に合わせられた（これを「強制的同質化 Gleichschaltung」という）。続いて1933年4月7日の法律に基づき各州に帝国政府の任命による帝国代官が置かれた。そして最終的に1934年1月30日の「帝国の新建設に関する法律」で州の高権が帝国に移され、州は消滅した。これによって、州の国籍はなくなり、帝国籍に一元化した。1934年2月5日の帝国内相の「ドイツ国籍に関する命令」1条は、「①ドイツ諸州の国籍は消失する。②ドイツ国籍（帝国籍）のみが存在する」と規定し、以上の措置を確認した<sup>34)</sup>。

ナチス時代の最も重要な国籍問題は、1935年9月15日の「帝国市民法」(Reichsbürgergesetz) の制定である。これについては後に取り上げる。

### 3. 市民権概念の国籍に対する独自の意義

#### (1) ドイツにおける citizen としての Staatsbürger

フランス革命の後に制定されたフランス民法典において、一般的に民事

的権利能力を承認されるフランス人（フランス国籍者）に対して，憲法的法律によってその資格が規定される *citoyen* が区別されたことは，すでに見たところである。

民法典制定前の1791年フランス憲法は，「フランスにおいてフランス人の父親（*père Français*）から生まれた者はフランス市民である（*citoyens Français*）」と規定した。ここでは，女性と子どもを含めて憲法的法律によって定められる資格と関わりなく，すべてのフランス人が *citoyen* と呼ばれ，特別の資格要件を充たす者（満25歳以上，一定額以上の直接税納付，奉公人身分でないこと等）は，これと区別して「能動市民（*citoyen actif*）」と呼ばれた。それゆえ，1791年憲法と1804年民法典の用語法を比べると，*citoyen* の意味が，「すべての国民」から「その中の一定の政治的資格をもった者」に変化している<sup>35)</sup>。

ドイツで *Staatsbürger* という言葉を最初に用いたのは，哲学者のカントであったとされる。この用語は，同時代人によって新造語として受け止められ，当初は拒絶にあったらしい<sup>36)</sup>。カントの *Staatsbürger* に関する記述（1797年の『道徳形而上学』）を見ると，これが *citoyen* に対応しており，その用法はフランスの1791年憲法とフランス民法典の両者の用法がなймаぜになっていることが分かる<sup>37)</sup>。

カントは，国家（*Staat = civitas*）が，3つの権力を持ち，それぞれについてそれを担う人格における結合した意思によって行使されるとする。3つの権力は，立法者の人格における支配者権力（主権），政府の人格における執行権，裁判官の人格における司法権である。そして，主権たる立法権が国民（*Volk*）の結合した意思にのみ帰属すること，結合した国民意思のみが立法をなしうることを言う。カントによれば，ここで，「立法のために結合した，そのような社会（*societas civilis*），すなわち国家（*Staat*）の構成員が *Staatsbürger*（*cives*）と呼ばれる。」（丸括弧内は原文）<sup>38)</sup>。

Staatsbürger は、分離することのできない3つの属性を持つ。第1に自らが決定した法律以外の法律には服従しないという法律的自由 (gesetzliche Freiheit)、第2に相互に法的に拘束することができる者以外の上位者を認めないという市民的平等 (bürgerliche Gleichheit)、そして第3に、自己の存在と維持を他人の恣意に依存せず、自己の権利と諸力によって図り、法的事務において市民的人格性 (bürgerliche Persönlichkeit) を他者によって演じられることがないという市民的独立性 (bürgerliche Selbständigkeit) である。

カントは、以上について次のように注釈を加えている。Staatsbürger の資格の本質をなすものは、投票する能力である。そうだとすると、独立性なしにこの能力を行使することはできない。つまり、Staatsbürger は、「共同体の単なる部分」ではなく、自己の意思をもって他者と行為するところの「共同体のメンバー」である。このように理解すると、能動的 (aktiv) Staatsbürger と受動的 (passiv) Staatsbürger の区分が必然的なものになる。ところでこのように区分すれば、消極的 Staatsbürger は、およそ上述した Staatsbürger の概念と矛盾するように見える。

受動的 Staatsbürger の例としてカントが挙げるのは、奉公人 (国家への奉仕者は含まない)、未成年者、すべての女性、およそ自己の事業によってではなく、他者の処分によってその存在を維持することを強いられる者である。では、これらの者は、市民的な自由や平等を享受しえないのか。カントによれば、そうではない。カントはこの点を次のように説明する。

これらの者の他者の意思への依存と不平等は、1つの国民 (Volk) を共に形成する人間 (Mensch) としての、その者たちの自由と平等に決して反するものではない。むしろ、このような条件に応じて、1つの国民は、国家となり、市民的憲法の下に入ることができる。なるほど、この市民的憲法の下、投票する権利を持つのは、Staatsbürger であり、これは単なる国家同胞 (Staatsgenosse) ではなく、投票する権利には資格が必要であ

り、それゆえ国民のすべてが同じ権利を持つわけではない。しかし、国家の受動的部分は、自然的な自由と平等の諸法律にしたがって（つまり国家を形成する目的にしたがって）自らを取り扱うことを要求することができる。その要求とは、自らを国家の能動的メンバーとして取り扱うべしというものではなく、国家の受動的部分が受動的な状態から能動的な状態に努力して高まることに反するような国家の立法が許されないということである。

以上のカントの記述を整理してみよう。Staatsbürger が3つの属性を持つものであるとするところでは、これは能動的 Staatsbürger を指している。フランス1791年憲法にいう *citoyen actif* であり、フランス民法典にいう *citoyen* である。しかし、Staatsbürger が能動的なそれと受動的なそれに分かれるという場合には、Staatsbürger が両者を包摂する概念になるから、これはすべての国民同胞（国家を共に形成する人間）の意味になる。したがって、カントの Staatsbürger の概念は、すべての国民（国籍者）を指す場合とその中で特に資格づけられた能動的 Staatsbürger を指す場合があることになる。上述のオーストリア民法典が利用した Staatsbürger は、前者の用法、つまり国民（国籍者）一般を把握するものであり、それとして政治的な意義を持つものではなかった。他方、南ドイツ諸邦においては、Staatsbürger の概念が政治的な含意を持ち、ここでの後者の用法、つまり *citoyen actif* の意味で用いられることがあった。この場合、Staatsbürger の概念は、一方で臣民（Untertan）としての農民および都市市民の地位を高めるものとして、他方で貴族層に対する平等化を要求するものとして作用したのである。

ところで、筆者はカントへの言及に際して、Staatsbürger をそのまま原語で記述し、訳語をつけなかった。それまでの本稿の叙述では、Staatsbürgerschaft に市民権という訳語をあてているから、これに対応すれば、Staatsbürger は「市民」と訳すべきところであろう。しかし、通常

「市民」には、ドイツ語の Bürger が対応する。法的にみると、1794年制定のプロイセン一般ラント法は、上述のように、社会の身分として貴族 (Adel)、農民身分 (Bauerstand) および市民身分 (Bürgerstand) の3身分を規定した。市民身分は、その出自により、貴族にも、農民身分にも属さないすべての国家の住民であり、市民 (Bürger) の固有の意味は、都市 (Stadt) に住所を持ち、市民権 (Bürgerrecht) を取得した者と定義されている<sup>39)</sup>。

この事情を踏まえると、カントが造語した Staatsbürger にたんに「市民」という訳語をあてると、造語にこめられた意図が適切に表現できない。そこで、一般には「公民」という訳語が用いられている。筆者は、Staatsbürgerschaft を市民権と訳することにこだわるので、Staatsbürger を公民と訳することを避け、原語のままとした。citoyen および citizen についても、フランス法辞典や英米法辞典を見ると、訳語としては、市民、国民、公民が選択的に指示されている<sup>40)</sup>。問題は、これらの概念の歴史的状況における意味付けにあり、社会総体を国家と市民社会の概念によってどのように捉えるか (市民社会カテゴリーの位置づけ) に関わっている。

カントを経て、ヘーゲルに至ると、それまで政治的国家と経済的社会の未分化のゆえにこれを一体として捉えていた古典的な市民社会 (societas civilis) 概念から抜け出て、経済的な市民社会が独自にカテゴリー化される。「国家から区別された市民社会の概念を新たに確立したのはヘーゲルの大きな功績として特筆に値する」<sup>41)</sup>。

よく知られているように、ヘーゲルは、1822年の『法哲学要綱』において、市民社会 (bürgerliche Gesellschaft) を次のように記述した。「自らを特別の目的とし、また、自らを欲求の全体であり、自然の必然性と自らの恣意の混合物とする、具体的な人格が、市民社会の原理である。他方で、特別の人格は、本質的に同様の他の特別性との関係において、つまり、各々が他者を通じて、かつ、一般性の形式を通じて、媒介的に主張され、

満足させられるのであり、これが市民社会のもう一つの原理である」<sup>42)</sup>。なるほどここでは、自己自身の欲求充足を目的とする諸個人が、同様の目的を持つ他者との相互交通によって、その欲求を満足させる社会、言い換えれば商品交換社会の像が提示されている。ヘーゲルは、こうした市民社会が家族と国家の中間に現出するものであり、歴史的にその形成は、国家に遅れるとする。

それでは、この市民社会の構成員 (Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft) は、どのように記述されるか。ヘーゲルによれば、諸個人の相互交通のシステムを確保するためには法および法を定立する国家が必要であるが、「諸個人は、この国家の市民として (Bürger dieses Staats) 私的人格 (Privatpersonen) である」<sup>43)</sup>。ヘーゲルは、『法哲学要綱』による講義 (講義録が1825年に出版された) において、さらに分かりやすく次のように説明している。

「市民社会の基礎とも出発点ともなるのは、個々人の特殊な利害です。『市民』にあたるフランス語には bourgeois と citoyen の二つがあって、前者の『ブルジョア』は、共同体のなかで自分の欲求を満たす活動に従事する人々をさします。かれらは市の公務にはかかわらず、それにかかわるのが後者の『シトワヤン』です。わたしたちがこの章 (市民社会の章—引用者挿入) で考察するのは、もっぱら、『ブルジョア』としての個人です」<sup>44)</sup>。

以上のように、カントが国家・社会の総体を *societas civilis* として捉え、そのメンバーとして *Staatsbürger* を規定したのと異なり、ヘーゲルは、経済的な領域として市民社会を独自化し、そこで活動する「ブルジョアとしての市民」を「私的人格」とし、他方で政治的國家の領域において活動する「シトワヤンとしての市民」から区別したのである。筆者は、現代民主主義の問題を考えるに際して、カント、ヘーゲルの論理を経たうえで、「現代市民社会」を現代的な *societas civilis* として、つまり、国家を市民社会の権力秩序として位置づけ、これを市民社会に包摂する、いわば一元

論的な市民社会として構成しようと考えている<sup>45)</sup>。その展開は、本稿の課題を超えるが、問題意識は本稿に底流している。

## (2) 国籍と市民権の二元化から Staatsbürger の意味の希薄化へ

1804年のフランス民法典に示されたように、一方ですべての国民を包摂する国籍の概念と、他方でその中で特別に資格づけられる者にも認められる市民権の概念は、明確に異なった概念であり、そこでは国籍と市民権の二元主義 (Dualismus von Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft) が見られる<sup>46)</sup>。この二元主義は、少なくとも19世紀前半の国家が政治的自由と平等 (憲法による基本権保障と普通選挙権の確立) を実現せず、財産上の条件等による制限選挙制の段階に止まっていることの反映であった。ヘーゲルの市民社会の構成員としての個人は、平等に民法上の権利能力を享有する。民法上の法律構成は、家父長制の下で実際に取引能力を認めない女性と未成年者、あるいは社会的に欠格者とみなされる者について「行為無能力」の法制度を用意し、これによって「すべての人間の権利能力における平等」という制度的外装が可能になった<sup>47)</sup>。これに対して、政治的国家との関係において「投票する権利」は、女性、未成年者を除くほかに財産所有上の (階級的) 差別に基礎づけられたのである。

このように理解すれば、歴史の発展は、国籍と市民権の同一化、つまり、すべての国籍者が市民権者となる方向に向かうべきものとなる。しかし、ドイツのその後の発展においては、市民概念 (citoyen = Staatsbürger の概念) が歴史的に有した革命的な意味合いが打ち消されることを通じて、この同一化が進むことになる。フランクフルト憲法では、帝国市民権 (Reichsbürgerrecht) に市民概念の持つ革命的意味合いがつなぎとめられているが、1871年にドイツ帝国が成立して以降、政治的な含意を持つ市民の概念は、その意義を失っていく。

ドイツ帝国の公法学形成に寄与したゲルバーは、その著『ドイツ国家法

綱要』(第3版, 1880年)の第1章「国家権力」(Staatsgewalt)において、国家権力の「支配の客体」の第1として Staatsbürger を取り上げている。第2は、市町村(Gemeinde)、第3が国家領域(Staatsgebiete)である(以下では、Staatsbürger に仮に「国家市民」の訳語をあてる)。ゲルバーによれば、国家と国家市民の関係は、国家が国家市民の人格に対して権利を持つ関係である。すなわち、すべての国民分枝(Volksglieder)は、国家意思によって法的に拘束される。その拘束の基礎は、債務的なものではなく、有機的・道徳的なものである。このように、ゲルバーは、国家市民を国家の「自然的基礎」とみなし、国家の社会契約論的位置付けを拒否している<sup>48)</sup>。

ゲルバーは、次のように説く。

国家は、国家市民の人格に対して有する権利によって国家市民に対して、次のように要求することができる。まず、合法的な公示の形式をとって行われた国家意思の定めに臣従し、服従すること、また、一身上および経済的な力を国家がそれを必要とする限り、提供することである。さらに、国家市民は、国家に対して一般的な全人格的な献身を行わなければならない、納税や兵役についての国家の請求権は、国家の支配権の最重要の適用例にすぎない。

ゲルバーによれば、国家は、その支配権によって法令を制定し、国民の経済生活、文化生活を促進し、国民はその福利を享受するが、この福利の享受は国家への服従の代価である。確かに、「いわゆる市民的権利、すなわちすべての国家市民に帰属する、国家権力の活動から諸個人のために生じる利益への関与の権利」が国家市民に認められるが、それは「国家的支配権の反作用(Gegenwirkung)」として位置づけられる。言い換えれば、国家が支配権を行使するに際して国家市民の一部に共同決定への参加を保障して認める政治的参加権(選挙権)は、国家市民の国家に対する献身と

服従の義務を国家の国家市民に対する支配権の法（Gewaltrecht）の第一の部分とすれば、その第二部分の対応的権利（Gegenrecht）というべきものである<sup>49)</sup>。

このように、ゲルバーにとって Staatsbürger は、まずは国家の支配に服し国家に奉仕する者であり、福利の享受や政治的参加は、その反作用、対応的権利として位置づけられるにすぎない。ゲルバーは、国家市民の地位の成立と終了に関して1871年国籍法を解説するが、そこで指示される国籍の取得の本質は、「国家の支配権の対象である国家市民の団体に加入すること」である<sup>50)</sup>。

以上見るように、ゲルバーの国法論において、Staatsbürger の概念は、その政治的革命的意味合いを全く失い、国籍者＝国民と同一化していることが分かる。加えて、その国民としての地位は、国家に対する義務を中心とし、権利の側面が義務に対する第二次的なものとして構成されているから、Staatsbürger の用語法は、二重に初発の面目を失っていると言えよう。

ゲルバーに次いでドイツ公法学の確立に寄与したラーバントは、ゲルバーと同様の趣旨をより洗練された形で提示している。その『ドイツ帝国国法』（第7版、1919年）は、「帝国の自然的基礎（領土および国民）」の章に「帝国国籍者」（Reichsangehörigen）の節を置き、次のように説明する。

国家への所属は、権利というものではなく、身分、年齢、性別などのような人格的状态であり、その状態は国家への臣民的地位（Untertanenschaft）に存する。帝国の構成諸国家に対する帝国の支配権は、これらの国家の国籍者に対する支配権を含み、帝国を構成する個別国家の市民（Bürger）は、帝国権力に対して臣民としての義務（Untertanenpflichten）および国家市民的権利（staatsbürgerliche Rechte）を有する。帝国がドイツ諸国家の結合体であるという原則によれば、個別諸国家と市民の関係が第一次的であり、帝国と市民の関係は、それによって即時に媒介されるものとして位置付けられる。つ

まり、個別国家の市民に対する支配権は、同時に帝国の市民に対する支配権であり、帝国籍（Reichsangehörigkeit）は、本質的に帝国への臣民籍（Reichsuntertanenschaft）である<sup>51)</sup>。

ラーバントは、ゲルバーと同様に、国家市民（Staatsbürger）を「国家のお上としての権利の客体（Objekt der obligatorischen Rechte des Staates）」と位置付ける。それゆえ、その関係は、まず、国家市民の国家への服従義務、そして忠誠義務から始まる。そしてこの後に「この国家市民的義務に対応して、国家がその構成員に対して引き受けている国内的、対外的な課題の履行を請求する権利」が生じる。そこで、国家市民は、ドイツ人として外国において帝国の保護を平等に受けることができる。国内においては「国家市民としての負担の遂行、服従と忠誠についての国家市民としての義務に対応して、国家共同体の福利に関与する権利」が与えられる。ラーバントによれば、ここに、国籍者（Staatsangehörigen）と外国人（Fremden）の法的地位の本質的区別がある。つまり、国家のなかで生活することについて、後者はそれを容認されるにすぎないが、前者はその権利を有するからである<sup>52)</sup>。

以上から、国家と国家市民の関係について、ラーバントがほぼゲルバーと同様の理解に立っていることが分かる。つまり国家市民は、国家に対して臣民としての地位にあり、服従と忠誠義務を第一義的なものとし、国家市民的権利はその反射物である。国家市民は、臣民として国籍者と同一である。

参照したラーバントの『ドイツ帝国国法』の第7版は、オットー・マイヤーの補綴になるものである。マイヤーは、第7版への「序言」で補綴が「1918年初めに至るまで」の変化を勘案したものにすぎず、「その時点から、すべてが根本からまったく異なったものとなった」と記している。いうまでもなく、1918年ワイマル革命の勃発である。では、革命の帰結としての

ワイマル憲法の下で、Staatsbürgerにはどのような位置づけが与えられたのだろうか。

1919年8月に制定されたワイマル憲法は、上述のように、連邦制を継続して帝国籍と州国籍の二元制をとり、帝国籍の媒介主義を維持した。その下で1913年帝国国籍は、そのまま続けて適用された。

ワイマル憲法は、自由・基本権および義務の享有主体として、「すべてのドイツ人」(alle Deutschen)、「いかなるドイツ人」(jeder Deutsche)、「帝国のすべての住民」(alle Bewohner des Reichs)の他に、「すべての国家市民」(alle Staatsbürger)の表現を用いている。「すべてのドイツ人」は、法律の前の平等(109条)、移住の自由(111条)、集会の自由(123条)および結社の自由(124条)について、「いかなるドイツ人」は、すべての州におけるその州民との平等待遇(110条2項)、外国に移住する自由(112条)、意見表明・表現の自由(118条)、請願権(126条)、名誉職としての活動を引き受ける義務(132条)、および全体の福利が要請するように道徳上の義務を遂行し自己の精神的、物理的力を発揮する義務(162条)について、そして「帝国のすべての住民」は、信仰および良心の自由(135条)について、それぞれ用いられている。

これに対して、「すべての国家市民」は、公職就任の機会の保障(128条)、国家および市町村に対する人的奉仕(兵役等)の義務(133条)および公的経費を負担する義務(納税の義務)(134条)について、用いられている。

これらの種々の主体表示は、各規定の目的物の内容と関係して使い分けられていると考えられるが、「国家市民」は国家に対する自由の側面においてではなく、国家に対する能動的、義務的關係において使われていることが見て取れよう。これは、ゲルバーとラーバントによる国家市民と国家の關係の説明と響き合っている。もとより、ワイマル憲法は、ドイツ史上はじめて国民主権を規定し(1条「ドイツ帝国は共和国である。国家権力

は国民（Volk）に由来する。』、経済生活における労働者の企業者に対する同権（労資同権）を規定した憲法である（165条「①労働者および職員は、企業者と共同して同権的に、賃金・労働条件の規制および生産諸力の全体的経済的發展について、協力することを資格づけられる。』）。その限りで、Staatsbürger 概念が持った歴史的な革命的な意味は、もはや無用のものとなっている。

ワイマル憲法規定における Staatsbürger 概念の使用について、当時の代表的なコメンタールであるゲルハルト・アンシュッツの『1919年8月11日のドイツ帝国憲法』は、それとして特別の言及をしていない。この用語は事項索引にもとられていない<sup>53)</sup>。Staatsbürger への言及は、わずかに納税義務の規定（134条）についてのコメントに見られる。同条は、「すべての国家市民は区別なしに」と始まるが、これについてアンシュッツは、ここでのポイントが「国家市民」にあるのではなく、「区別なしにすべてに」にあると言う。その含意は、2つである。1つは、身分や社会階級によって租税特権や優遇措置が認められてはならないこと、もう1つは、「ドイツにおいて、国家市民のみが、つまりドイツ人のみが納税義務を負担するのではなく、外国人もまた負担することがあること」である。それゆえ、アンシュッツは、この条項で Staatsbürger の語句が使われたのは、間違いであり軽率だったとコメントしている<sup>54)</sup>。ここに見られるように、国家市民はドイツ人＝国籍者とまったく同じ意味で理解されており、それ以上でも以下でもない。

とはいえ、Staatsbürger の持つ歴史的ニュアンスは、ワイマル憲法規定において全く消え去ったともいえない。2つの文脈でこれが見られる。1つは、国籍と市民権の二元主義の下で市民権から排除されていた社会階層、すなわち女性および労働者に国家市民的権利（staatsbürgerliche Rechte）の行使を保障する規定が置かれたことである。ワイマル憲法109条は、法律の前の平等を規定した上で（1項）、とくに「男性および女性は、基本

的に、同一の国家市民的権利および義務を有する」(2項)と定めた。また、160条は、職員および労働者に「国家市民的権利の実行」と「公的名誉職の行使」のために必要な時間を確保する権利を規定した。

もう1つは、「教育と学校」の章において、「国家市民的情操」(staatsbürgerliche Gesinnung)が学校教育によって育まれるべきこと、また、「国家市民科」(Staatsbürgerkunde)を学校の授業科目とすること、が規定されたことである(148条)。同条の規定は次のようである。

「①すべての学校においては、道徳的な育成、国家市民的情操、人格的かつ職業の有能さが、ドイツの国民性と国際協調の精神(Geist des deutschen Volkstums und der Völkerversöhnung)のなかで目指されなければならない。②公立学校の授業においては、異なる考え方の持ち主の感情が傷つけられないように配慮しなければならない。③国家市民科および労働教育は、学校の授業科目とする。すべての生徒は、教育義務の修了に際してこの憲法の写本を受け取るものとする。④略」

アンシュッツは、この条項の注釈においても、「国家市民的情操」、「国家市民科」にそれとして言及することがない。かれによれば、「ドイツの国民性の精神」の意味するところは、慣用的な意味での「固有の民族性」(Volkstümlichkeit)や「ドイツ科」(Deutschkunde)を不可欠なものとするのではなく、「ドイツの情操、国民的自覚、国民的名誉感情」に向けた教育を要求するものである。この教育は、「国際協調の精神」の下で行われるべきであり、他の国民も同様に国民的自覚と国民的名誉感情を持つ、同権的な存在であることを学ばせなければならない。アンシュッツは、ここで、ベルサイユ条約が諸国家の同権性の原則に反したものであり、教師は、国際協調の精神の下で、この真実を教えなければならないと述べている<sup>55)</sup>。

以上のように、学校教育に関しての Staatsbürger の意義は、対内的なものというより、国家としてのまとまりを外に向けて作りだす、という文脈に存在している。この限りで、身分制国家の変革の意義を持った Staatsbürger の概念は、いまや20世紀国民国家における国民統合のよすがとしての役割において、生き延びている。

### (3) 国籍と市民権の人種主義化、そして市民権の特権化

ナチスの時代は、「人と国家の関係」が人種主義によって色づけられる時代となる。人種主義は、排外主義と必然的に結びつき、軍事手段による帝国主義的な領土拡張に帰結した。ナチス体制は、1933年1月30日にヒトラーが帝国首相に任命され内閣を組織したところから始まる。2月27日の帝国議事堂放火事件をめぐる謀略、3月5日の帝国議会選挙による議席過半数獲得の失敗、そして、3月23日、反対派を暴力的に排除した下での授権法の成立（ヒトラー内閣に憲法改正を含む法律制定権を付与した）を経て、ナチスの独裁体制は「合法的に」作りだされた。この体制の下、明示の憲法改正を経ることなく、ワイマル憲法は完全に形骸化する<sup>56)</sup>。

ナチスは、党綱領（1920年2月制定）においてナチスの国籍観をすでに明らかにしていた。上記の行論からすれば極めて皮肉なことであるが、ナチスは、国家市民の概念を復活させる。党綱領第4項は、「国家市民 (Staatsbürger) は、民族同胞 (Volksgenosse) のみがそれでありうる。民族同胞は、信仰の種類を問わず、ドイツの血を持つ者のみである。ユダヤ人は、民族同胞でありえない」と規定した。続けて第5項は、「国家市民でない者は、ドイツにおいて客として生活を送ることができるにすぎず、外国人法に従わなければならない」と定めた<sup>57)</sup>。

ナチ党幹部のゴットフリート・フェーダーは、1930年の著作で党綱領を次のように解説した。「ドイツの文化および運命共同体に忠誠を誓うドイツ人のみが、国家市民的権利 (staatsbürgerliche Rechte) を行使すること

ができる」。ドイツの地で生まれたと者といえどもドイツ民族と国家を解体しようとし、外国の命令を受けそれに従う者はドイツの運命共同体に属さず、国家市民的権利を行使することができない。ユダヤ人も同様であり、「ドイツ市民権の名誉 (Ehre des deutschen Staatsbürgerrechts)」から排除される<sup>58)</sup>。

このようなナチスの「ドイツ人＝民族同胞」論は、ナチスの民族共同体の概念を基礎づけるものであるが、権力掌握後、法的措置として実現されて行く。まず、1933年7月14日の「帰化の撤回およびドイツ国籍の否認 (Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit) に関する法律」は、第1に、1918年11月9日から1933年1月30日の間に (ワイマル革命勃発からヒットラー内閣の成立まで) 行われた帰化について、「帰化が望ましくないとみなされる場合」に撤回しうること、第2に外国に滞在する帝国国籍者が帝国と民族への忠誠義務に反し、ドイツの利益を侵害する場合、国籍を否認しうること、また帝国内務大臣の帰国の指示にも拘わらずそれに従わなかった者も同様に措置すること、を規定した。

この法律の執行令 (1933年7月26日) は、具体的適用基準を指示している。撤回については、「帰化により帝国と民族の利益となるドイツ住民が増加することについての人種的、国家市民のおよび文化的視点」が判断基準とされ、とくに、東部ユダヤ人 (ドイツの東方諸国、ポーランド、ロシアなど出身のユダヤ人)、犯罪者および国家と民族に損害を与える行動を行った者が、対象者とされる。否認については、ドイツに対する敵対的宣伝を進めた者およびドイツの威信またはナチス政府の措置を貶めた者が対象者として指示される。

1933年7月の法律は、以上のように、ナチスの視点から望ましくない者をドイツ国籍者から取り除くという当面の措置を準備した。そこでは、政治的敵対者とユダヤ人の排除が明確にされた。さらにこれを進め、ナチスの視点から、国籍と市民権の二元化、市民権の人種主義的特権化を行った

のが、1935年9月15日の法律である。それは、帝国市民法（Reichsbürgergesetz）と称し、帝国市民権（Reichsbürgerrecht）を新たに規定した。これらの名称は、上述のように、フランクフルト憲法においてドイツ人民の自由と権利のシンボルとなったものである。いまや、人民の自由と権利を否定する人種主義の手段と化した。

帝国市民法は、3カ条の法律であり、これはニュールンベルクで開催されたナチ党の党大会の際に帝国議会が招集され、そこにおいて決議された。その内容は次の通りである。

「第1条①国籍者（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国籍は、帝国国籍法（1913年法のこと—引用者）に従って取得される。第2条①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。第3条略（執行令の策定について定める）」

同法の論理は、解説するまでもない。国籍者を人種によって区分し、一定の属性を持った者のみを帝国市民とする。帝国市民は、帝国市民権としての完全な政治的権利の唯一の担い手である。このようにして、人種差別に基づく市民権の特権化によって国籍と市民権の二元主義が作り出された。帝国内務相フリックは、この二元主義によって「すべての国籍者が人種、民族性、信仰などを顧慮せずに同等の権利と義務を持つとする自由主義時代の主命題が打ち破られた」と述べた<sup>59)</sup>。

帝国市民法成立の2カ月後に制定された帝国市民法のための第1命令は、同法の適用を具体化し、「①ユダヤ人は帝国市民でありえない。ユダヤ人

に、政治的事項に関する投票権は与えられない。ユダヤ人は公的職務につくことができない。②ユダヤ人官吏は、1935年末日までに退職するものとする」(4条)と規定した。

同令は、「ユダヤ人」について法律上の定義を示した。「ユダヤ人」とは、祖父母のうち少なくとも3人が「完全ユダヤ人」である者である。「完全ユダヤ人の祖父母」とは、ユダヤ教の宗教共同体に属している者である。また、祖父母のうち1人または2人が完全ユダヤ人である場合、この者は「混血ユダヤ人」とし、さしあたり帝国市民と認めるが、その者の祖父母の2人が「完全ユダヤ人」であり、かつ、その者自身が①ユダヤ教の宗教共同体に属しているか、②ユダヤ人と婚姻しているか、③ユダヤ人との婚姻から生まれたか、④ユダヤ人との婚姻外性交渉から生まれたか、いずれかであるときは、ユダヤ人とみなされる(2, 5条)。

市民権を持たない国籍者に貶められ、公然とした迫害のなかで外国に避難したユダヤ人は、帝国市民法のための第11命令(1941年11月25日)によってドイツ国籍を剥奪された。同令第1条は、「外国に居住するユダヤ人は、ドイツ国籍者でありえない」(1条)と規定した。国籍を剥奪されたユダヤ人の財産は、帝国に帰属し、また、国籍剥奪されたユダヤ人に対してドイツ国籍者が死因贈与をすることも禁止された(3, 4条)。このように、ユダヤ人に対して、国籍と市民権を二元化して市民権を剥奪した上で、さらに国籍を剥奪するという二段階の仕打ちが行われた。いうまでもなく、この権利の剥奪は、最終的にユダヤ人の物理的抹殺に帰結することになる<sup>60)</sup>。

第二次世界大戦後、1949年5月制定の西ドイツの基本法は、ナチスによる国籍剥奪措置に対応するため、「1933年1月30日から1945年5月8日までの間に政治的、人種的、または宗教上の理由により国籍を剥奪された旧ドイツ国籍者およびその子孫」に申請に基づく再帰化の権利を認めた(116条2項)。また、「ドイツ国籍を剥奪することは許されない。国籍の喪

失は、法律に基づいてのみ、かつ、本人の意思に反するときは本人が無国籍者にならない場合にのみ許される」(16条)と規定したが、これもナチスの教訓にでるものである。

#### (4) 東ドイツにおける市民権 (Staatsbürgerschaft) の用法

西ドイツの基本法は、基本権と自由の享有主体の表示について、「すべてのドイツ人」(alle Deutschen)、「何人も」(jeder)を使用するが、ワイマル憲法と異なり、もはや「すべての国家市民」(alle Staatsbürger)という表現を採用しなかった。その下で、「国家市民的な権利」の用語が、「いかなるドイツ人も各州において平等の国家市民的権利および義務を有する」(33条1項)という規定、また、宗教的信条や世界観によって「民事上および国家市民的な権利」(bürgerliche und staatsbürgerliche Rechte)の享受において利益・不利益を受けてはならないという規定に見られるにすぎない(33条2項)。国家市民的な権利は、参政権や公務就任権を指すものとして用いられており、国籍者と同義の「国家市民」の一般的用法は、基本法では姿を消した。

基本法と同じ年に制定されたドイツ民主共和国憲法(1949年10月)は、1968年および1974年に改正され、社会主義憲法の内実を整えていくが、当初から、主権および基本権の主体としてもっぱら「ドイツ民主共和国市民」(Bürger der Deutschen Demokratischen Republik)の表現が用いられた(以下、DDR市民という)。ドイツ民主共和国(以下、東ドイツ、またはDDR)は、憲法によれば「労働者および農民の社会主義国家」(1条)である。「DDRのすべての政治権力は、都市と農村の勤労者(Werkträgern)によって行使され」(2条)、「DDR市民は、その政治権力を民主的に選挙された代表者を通じて行使する」(5条)とされるので、「DDR市民」とは「都市と農村の勤労者」である。

東西ドイツは、東西冷戦が進行するなか、分裂国家としてそれぞれ成立

したので、旧ドイツ帝国との継承関係を含めて相互に対立し、相互に国家として承認し合うのは、1972年の東西ドイツ間の基本条約の締結を待たねばならなかった。また、基本条約の締結後も、西ドイツは、基本法が東西ドイツの再統一を要請しているところから、東西ドイツ関係を通常の状態関係としてではなく、特殊な「ドイツ・ドイツ関係」として位置づけ法的に対応したので、東西ドイツ関係は、統一に至るまで法的に錯綜した問題を抱え続けた<sup>61)</sup>。そのうちの1つが国籍問題である。

国籍について、東ドイツは、1967年にDDR市民権法（Gesetz über die Staatsbürgerschaft der DDR）を制定する。東ドイツでは、それまで、1913年の帝国国籍法を適用しつついくつかの法律によって補正を加えながら国籍制度を運用してきた。東ドイツ側の法的理解によれば、次のようになる。原初のDDR市民は、DDR建国の時点で旧ドイツ帝国の後継国家としてのDDRが支配する地域（東の5州）に住所・居所を有したドイツ人（1913年帝国国籍法による）である。その後のDDR市民の資格の得喪は、1913年帝国国籍法とその補正法律によって規制されてきたが、東西ドイツが同じ1913年帝国国籍法を適用してきたのではなく、東西にそれぞれ適用される2つの法律があったと考えるべきであり、DDR市民権法はこれに代えて適用されるものである<sup>62)</sup>。

西ドイツ側は、これに対して、DDR市民が1913年帝国国籍法の意味でのドイツ人であるから、DDRの領域的支配権の下にある限りDDR市民として扱うことを認めるにしても、西ドイツの領域に入るか、西ドイツの在外公館の管轄下に入れば、ドイツ人として、つまり西ドイツ国民として扱おうという立場をとり、そのようにDDR市民を処遇した。この西ドイツの立場と処理方針は、1967年のDDR市民権法の制定、また1972年の基本条約によっても変わらず、統一の時まで続いた<sup>63)</sup>。

さて、ここでの関心は、DDRが市民権の概念を用いたことである。この用語法は偶然のものではない。ゲルハルト・リーゲ（執筆当時東ドイ

ツ・イエナ大学教授)は、1986年の著作『DDR市民権』のなかで、「ブルジョアの国籍と社会主義的市民権」(bürgerliche Staatsangehörigkeit und sozialistische Staatsbürgerschaft)という対置を行い、差異化を試みている<sup>64)</sup>。このことは、憲法における「DDR市民」という主体表示と関連づけて考えることもできる。ちなみに1977年のソ連邦憲法(ソビエト社会主義共和国連邦憲法)は、「①ソ連邦においては、単一連邦市民権制が行われる。連邦共和国のすべての市民は、ソ連邦市民である。②ソビエト市民権の取得および喪失の事由および手続きは、ソ連邦の市民権にかんする法律によって定められる」(33条)と規定する。この条文の訳者である藤田勇によれば、ここでの市民権のロシア語には、英語ではnationalityではなく、citizenship、ドイツ語ではStaatsangehörigkeitではなく、Staatsbürgerschaftがあてられるとされる<sup>65)</sup>。

リーゲは、ドイツの議論を歴史的に辿り、西ドイツの法理論を検討し、また社会主義国、とくにソ連邦の議論を参照してDDR市民権法がソ連邦の制度と共通の志向をもつことに言及しつつ、彼自身の見解を次のように述べている。

「社会主義的市民権は、複合的な性格をもった法制度である。それは、いわば個々の人格の国家に対する多様な関係のいわば法律的ジンテーゼである。それについてとりわけ特徴的なことは、市民が勤労国民の主権の共同の担い手であることである。社会主義的市民権は、規範化された個々の権利および義務の総体を超える。なるほど、市民権からは、個々の市民にかかわるすべての法的効果が生じるにもかかわらず、そのような規範化された権利義務の総体は、社会主義的社会・国家秩序(Gesellschafts-und Staatsordnung)における個人の全体像を示すものではない。」<sup>66)</sup>

リーゲの社会主義的市民権の理解は、ソ連邦やDDRの法律家における

通説、多数説というものではない。これまでの見解では、市民権は、人格の社会主義国家への帰属 (Zugehörigkeit)、あるいは、人格の国家に対する権利義務関係を示す状態ないし地位 (Status・Zustand) として把握されてきた。リーゲによれば、これに対して、市民権を「それ以上のもの」として位置付ける議論が新たにでてきており、たとえば W・A・クチンスキーの議論がそれである。クチンスキーは、市民権が、市民の国家に対する法的地位に止まるものではなく、むしろ、その法的地位をそれに見合った人格に拡大する要件であり、法的地位という客観的な要素に主観的要素を付け加えるものである、と主張する<sup>67)</sup>。

クチンスキーやリーゲの社会主義的市民権は、市民の国家に対する能動的关系を動的に表現するものとして、法的地位プラスアルファの政治的意味を持った市民権概念を構成するものといえる。それゆえ、そこには社会主義における民主主義のあり方や人格の発展についての問題意識があるとみてよい。このような社会主義的市民権の把握に立って、リーゲは、「ブルジョアの国籍」の概念が、形式的、静止的なものであり、法的現象のみを捉え、その基礎にある社会的諸関係から出発せず、個人の現実の社会的状態を覆い隠すものであると批判している<sup>68)</sup>。

リーゲのブルジョアの国籍論批判は、「ブルジョア法理論」に対するイデオロギー批判の範例にしたがうだけで、「ブルジョアの国籍と社会主義的市民権」の対置を理論的に明確にしたとは思われない。また、リーゲの社会主義的市民権論は、1977年ソ連邦憲法制定後の議論であり、1967年 DDR 市民権法の成立を根拠づけた議論ではない。肝腎のこの点は、リーゲによってあきらかにされていない。リーゲの議論は、1980年代後半の社会主義における民主主義の問題に関心が向いており、それゆえむしろ、20世紀末以降、東西冷戦の終結後の世界において、民主主義における「市民」の役割が改めて論議されることにつながるもののようにも見える。

統一後のドイツにおいて、DDR の過去の法理論に目を向けることに意

義があるとは考えられていない。多くの場合、DDRの過去は、ナチスの過去と同じように、「不法国家」(Unrechtsstaat)として克服すべきものと位置付けられ<sup>69)</sup>、「2つの過去の克服」がテーマ化している<sup>70)</sup>。このような見方が広がる中では、「帝国市民権・市民権(Reichs-und Staatsbürgerschaft)は、ナチスとDDRの独裁体制のもとに存在した」という評価も不思議ではない。このように評価する論者は、市民権の概念が19世紀のロマン主義に結びついていて危険で現実性のないものであり、20世紀において国家が人民を全体として操作する手段として利用されたと認識する。すなわち、市民権概念は、DDRにおいて「社会主義的市民権」として、国民を社会主義に向けての政治的・道徳的統一体として形成する手段となった。これに対して、民主主義的社会的法治国家(基本法の下ドイツ)では、国籍概念が政治的意思形成への国民参加を基礎づけるのであり、そこでは、国籍が、国家団体への統合の終わりではなく、始まりを意味するとされる<sup>71)</sup>。

興味深いことに、ここでは、批判するものと批判されるものに共通性が見られる。リーゲは、社会主義的市民権を「法的地位プラスアルファー」と考えた。批判者は、国籍を政治参加の「始まり」と位置付けることによって、国籍を起点とするダイナミズム(プラスアルファー)を想定しているからである。

いずれにしても市民権と独裁制を不可分に結び付けることは、一面的であろう。市民権概念(あるいは市民概念)は、EU市民権が1つの可能性を示しているように、また、国民国家から市民国家への構想が論じられているように、現代において「人と国家の関係」の考察に有益な手掛かりを与えるからである。この点こそ核心の問題であるが、さらに掘り下げた検討が必要であり他日を期したい。

#### 4. 民族所属性 (Volkszugehörigkeit) と拡張された血統主義

最後に、「民族所属性」の概念について検討しよう。ただし、もはや紙数が尽きつつあるので、第2、第3のテーマのように詳しく述べることができない。

民族所属性の概念は、ドイツが第一次世界大戦で大きく領土を失ったことに由来して政治的に登場し、ナチスの時代に法概念に高められて利用され、その処理のために第二次世界大戦後も、西ドイツで法制度として利用されることになるものである。民族所属性概念は、領土の拡張ではない形でドイツ国家の作用圏を拡大するという独特の役割を果たすものとなった。以下にこれを見てみよう。

##### (1) ナチス占領下の集団帰化の認定基準としての民族所属性概念

ナチスドイツは、オーストリアの併合(1938年)、チェコスロヴァキアのズデーデン地域の併合(1938年)とベーメン・メーレン地域の保護領化(1939年)、リトアニアのメール地域の併合(1939年)を行い、ついに1939年9月ポーランドに侵攻し、第二次世界大戦がはじまる。ナチスドイツは、併合し、また、占領した地域において、住民にドイツ国籍を集団的に付与する措置を行うが、その措置はさきにした帝国市民法の原理を基礎にして作られた。帝国市民法は、①帝国市民権を持つ国籍者と②帝国市民権を有しない国籍者を差別化したが、帝国市民法のための第12命令は、これに加えて、③撤回可能な国籍者、および④保護籍者(Schutzangehörige)を用意した。撤回可能な国籍は、10年の期限で与えられ、その間に撤回されなければ通常の国籍となる。また、保護籍は、ドイツ民族に属さない帝国住民に与えられ、これは国籍とみなされない。第12命令によれば、ユダヤ人およびジプシーは、このような国籍の集団的措置の対象外であり、いかな

る国籍も与えられない。こうした併合地域、占領地域における住民に対する国籍賦与処理のなかで、決定的な基準となったのが、「ドイツ民族所属性」(deutsche Volkszugehörigkeit)であり、それは「ドイツ民族に属することを自認し、この自認が言語・教育・文化などの一定の事実によって確認されること」と定義された。

この集団帰化措置が実施された地域は、併合したポーランド西部、ダンチッヒ、併合したズデーデン地域、ベーメン・メーレン保護領、リトアニアのメール地域、占領したウクライナ、ユーゴスラヴィア、ルクセンブルク、エルザス・ロートリンゲン等に及んだ。各地域で措置の実施のために上記の基準による「ドイツ民族リスト」(deutsche Volksliste)が作成された<sup>72)</sup>。

## (2) ワイマル期における領土喪失の反動的代償としての民族所属性概念

ナチスドイツが国民の拡大に利用した「民族所属性」の概念は、すでにワイマル期にあって、社会的に重大な意味を与えられたものであった。

第一次世界大戦後、ベルサイユ条約によってドイツが他国に割譲した旧ドイツ帝国地域の住民総数は、約650万人に及んだ。これは戦前のドイツ帝国人口の1割に達し、そのうちドイツ語を母語とする者350万人、ポーランド語230万人、フランス語20万人等であった。そこで、領土喪失の代償として、国外に居住するドイツ系住民(いまや外国人である)の帰還を促進し、「ドイツ人」として積極的に受け入れることが民族主義的団体などによって主張された。その際に根拠として利用されたのが、「民族所属性 Volkszugehörigkeit」の概念である。

民族所属性は、「国籍 Staatsangehörigkeit」ではないが、国籍者と同じ権利を基礎づけるという議論が行われ、民族所属性を持つ者は「Volksdeutsche」(民族ドイツ人)と呼ばれた。法的には、民族ドイツ人に帰化請求権を与えて帰還のインセンティブにするとされた。このように

して、ワイマル期の社会では、「ドイツ国籍者」(deutsche Staatsangehörige)と並んで「民族ドイツ人」(Volksdeutsche)が少なからぬ社会的意味を持った。これは、社会のなかで、Volk(国民)の概念の含意が、共和制国家の主権者としての「Volk」(ワイマル憲法1条)から民族を同じくする者(Volkstum=民族性の共有)にシフトすることを助けた。すなわち、ナチスドイツの上述の措置の下地が準備されたのである<sup>73)</sup>。

### (3) 戦後西ドイツによるナチスの措置への対応

第2次世界大戦後、西ドイツの基本法は、ナチスが廃止した連邦制を復活させた。基本法の審議において、新たな国籍としてドイツ連邦共和国の「連邦籍」(Bundesangehörigkeit)を基本法に導入する提案が行われた。「連邦籍」とは、基本法下の西ドイツ11州に住所・居所を有するドイツ人住民を連邦共和国の国民として把握するものであり、2つの意味を持った。第1に、この連邦籍は、ソ連に占領された地域(東の5州および東ベルリン)のドイツ人(のちのDDR市民)を含まないことである。第2に、ナチスの集団的強制帰化の対象者となった東方地域のドイツ系住民を含まないことである。しかし、このいずれの点も、審議において難点が示される。つまり、連邦共和国の国籍概念は、現に基本法の適用領域にないソ連占領地域(東ドイツ)の住民を含むべきこと、またナチスの集団的国籍賦与措置を前提として東方地域から避難・移住してくるドイツ系住民(戦後すぐにポーランドやチェコスロヴァキアは、ドイツ系住民の追放措置を行った)をドイツ国民としてカバーすべきことが支持されたのである<sup>74)</sup>。

基本法は、こうして「連邦籍」ではなく、「ドイツ国籍」(deutsche Staatsangehörigkeit)の概念を採用した。そして、ドイツ国籍の得喪は、当然に1913年帝国国籍法によって規制することとされた。

他方で、上述のように、東ドイツ(DDR)は、新国家としての国民の範囲を支配領域である5州のドイツ人とし、実務的に1913年帝国国籍法を

基礎に処理したが、1967年に「市民権法」を制定し、明確に独自の国籍を基礎づけた。しかし、西ドイツは、「連邦籍」ではなく「ドイツ国籍」を採用した基本法の趣旨にしたがい、一貫して東ドイツ市民を潜在的なドイツ国籍者（一種の二重国籍者）として扱ったのである。東ドイツ地域のドイツ人を連邦共和国の国民として扱うという考え方は、基本法の制定の趣旨、つまり基本法は連邦共和国が統一を達成する（東の5州と東ベルリンを取り戻す）までの「過渡期」に適用されるものであり、統一を妨げるいかなることも排除するという考え方と符節をあわせるものであった。西ドイツは、東ドイツ市民が西ドイツの主権下に入った場合にはただちに「ドイツ国籍者」として法的に処遇した。ドイツ統一直前、東ドイツ市民の西ドイツへの大量のエクソダス（いわゆる Übersiedler）は、西ドイツのこうした法的処遇を条件にしたものであり、東ドイツの内部崩壊を象徴するものとなった<sup>75)</sup>。

さて、基本法は、連邦籍を拒否しドイツ国籍を採用した趣旨を踏まえて、基本法自ら「ドイツ人」の定義規定を設けた（116条1項）。それによると、「ドイツ人」は、「ドイツ国籍者およびドイツ民族所属性（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に受け入れられていた者」とされる。このドイツ人規定は、明らかに、ワイマル期の議論である「deutsche Staatsangehörige と Volksdeutsche」の対置に通じ、両者をドイツ国籍者として包摂するものである。後者は、学術用語で「身分としてのドイツ人」（Statusdeutsche）と呼称される。このドイツ人の概念は、ドイツ国家への法的所属というより、ドイツ人という身分＝事実的な状態を指すことを示している<sup>76)</sup>。

基本法のドイツ人規定は、国籍の存在が明確でなくとも、民族所属性の基準によって、東方からの被追放者・難民・移住者を広く受け入れるという政策意図の表現であった。西ドイツは、このため1955年2月「国籍問題

の規制のための法律」によって、東方の併合地域・占領地域でナチスドイツが行った集団的帰化の有効性を確認し、あわせて当事者が意思表示によってこれを放棄できることを定めた。これに対して東ドイツは、ナチスの措置を全く無効なものとして否定し、ドイツ系住民のドイツ国籍取得を認めず、西ドイツの措置を非難した<sup>77)</sup>。

ただし、西側地域（エルザス・ロートリンゲン、ルクセンブルク）での集団帰化措置は1949年に連合国が国際法違反として無効とした。これによって、ナチスドイツの国籍に関する措置についての戦後処理は、東側地域と西側地域に対してダブルスタンダードとなった。「民族所属性」の概念によるドイツ人の拡張作用は、東側地域に限定され、「身分としてのドイツ人」の制度は、「東側」に対して政治的機能を持つ「開かれた扉」（東方のドイツ系住民に対して西ドイツへの「帰還」のインセンティブを与えるもの）となったのである。

#### （４）民族所属性概念の機能—領土の喪失と国民の確保

西ドイツは、1953年に連邦被追放者法<sup>78)</sup>を制定し、戦後すぐの東方地域（チェコスロバキアやポーランド等）からの一般的追放措置の終結後に、ソ連・東欧圏から出国してくるドイツ系移住者の処遇について、国内体制を整備した。これらの移住者が“Aussiedler”と呼称される。Aussiedlerの受入れ体制は、1993年の法改正によって、1993年1月1日以降生まれの者には適用しないとされた。東方からの移住者の積極的受入れ政策は、東西ドイツ統一を経て、やっと終息することになった<sup>79)</sup>。

Aussiedlerの総数は、1945年から1961年（8月13日の「ベルリンの壁」設置）までの間に約1200万人、1961年から1988年までに約170万人、1989年から2002年に約123万人、合計約1500万人と算定されている<sup>80)</sup>。

以上を見るならば、2つの世界大戦を通じて、「民族所属性」の概念が国籍の概念に加わることによって「ドイツ人」概念の拡張に結果している

ことが分かる。とくに第2次世界大戦後は、領域外の「ドイツ系住民」を「民族所属性」の概念を手段に国籍者と同視することにより、領土の喪失にも拘わらず、「国民」の増大を確保した。このような戦後のドイツ国民国家の勢力確保政策（土地を失っても人を確保する）には、ナチスの人種政策の痕跡が見られる。こうした政策は、ドイツ統一とヨーロッパ統合の発展のなかでやっと終息した。これは、ドイツが「ドイツ民族」という過去に向けたアイデンティティから離れて、EU 連合市民権をシンボルとする新しい国民アイデンティティの模索に向かう起点とも考えられる。

## 5. まとめ

以上、国籍・市民権・民族所属性の三つの概念の検討を通じて、それらがどのような歴史的条件下に形成され、利用され、問題をはらんでいたかを見ることができた。いくつかのまとめと今後の課題を示して終わろう。

ドイツは、東西分裂の終了（統一）と Aussiedler 問題の終息によって、「民族所属性」概念による国民拡張の時代を閉じた（ただし「民族所属性」を規定する基本法の条文は不変である）。そして、今度は逆に、「民族所属性」を有しない国籍者を作り出す方向に国籍制度を転換した。すなわち、1999年の国籍法（以下、新国籍法）は、血統主義に立ったドイツ国籍制度にはじめて、出生地主義を導入した。これによると、上述のように、ドイツに在住する外国人夫婦からドイツで生まれた子は、親のいずれかが8年以上合法的に滞在し、かつ、無期限滞在権を有することを条件に、ドイツ国籍を取得する。また、新国籍法は、血統主義の効果の時間的制限を規定した。つまり、2000年以降に外国で出生し、かつ、外国に居住するドイツ人から生まれた子はドイツ国籍を取得しないとす（ただしこれにより子が無国籍者になる場合、または、子の出生が1年以内にドイツ在外公館に届けられる場合はこの限りでない）。1913年帝国国籍法は、10年間の外

国居住を国籍の喪失要因とした1871年帝国国籍法の規定を削除し、血統主義を純化したのであったが、これが修正されたことになる。

新国籍法は、1913年帝国国籍法（Reichs-und Staatsangehörigkeitsgesetz）を抜本的に改正するものであり、法令名もたんに国籍法（Staatsangehörigkeitsgesetz）と称する。ドイツ国籍制度の二元制は、ここに名実ともに終止符を打った。背景を確認しておけば、次の通りである。基本法は、連邦制の下、国籍制度を州の立法事項としても規定した（74条8号）。いくつかの州は、州憲法において州の国籍について規定したが、州国籍制度を実施するための法令は制定されず、州国籍は実現しなかった。それゆえ、事実上、ドイツ国籍は連邦レベルで一元化されていた。最終的には、1994年10月の基本法改正で上記74条8号が削除され、州による国籍制度の立法権限がなくなり、ドイツ国籍に一元化された。こうして、ナチス期における帝国籍への一元化は、事実上戦後に継続したのである。

出生地主義の採用は、すでに見たように、二重国籍を避けるために国籍の選択強制をともなっているが、その廃止が政治的日程に上りつつある。新国籍法は、出生地主義の効果を法施行前にさかのぼらせる特別規定を置き、法施行時に10歳未満の外国人児童に対し親についての同様の要件のもとに帰化請求権を与えた（法施行後1年内の申請によって帰化を認める）。これによるドイツ国籍取得者は、約5万人であり、この場合にも成人後の国籍選択が要求される。一番年長の該当者が2008年には成年を迎えた。これらの青年は、ほぼドイツ国籍を継続して選択することが見込まれている<sup>81)</sup>。新国籍法は、以上に加えて、外国人住民の社会的統合を促進するために、8年間の合法的な滞在を要件に外国人住民に帰化請求権を与え、かつ、帰化の際の従前国籍放棄の要件をおおはばに緩和した。その結果、従前国籍を維持し、二重国籍者となることを認められる場合が倍増した<sup>82)</sup>。

ドイツの社会は、ベルリンに住み、自らも二重国籍者である<sup>83)</sup>トルコ人の女性弁護士アテス（Seyran Ates）が言うように、「ドイツ人の社会」

(Deutsche Gesellschaft) から「ドイツという国のなかの社会」(Gesellschaft in Deutschland) に変化しつつある<sup>84)</sup>。2013年12月に成立したメルケル内閣は、連邦政府の移住問題オンブズパーソン(「移住・難民および統合のために連邦政府受託者」としての任務をおう国務大臣)にアイダン・エツォグツ(Aydan Özoguz)を任命した。彼女は社会民主党の政治家だが、1967年ハンブルクに生まれ、トルコ系のイスラム教徒であり、ドイツに帰化した者である<sup>85)</sup>。この連邦政府受託者の制度は、移民化する外国人労働者とその家族へ施策の強化のために、1978年「連邦政府外国人オムブズマン」が置かれたことにさかのぼる。6代目にして、「移住の背景を有する者」が、外国人・移住者施策の責任あるポストについた。

「移住の背景を有する者」(Personen mit Migrationshintergrund)のカテゴリーは、2005年からドイツ連邦統計局が人口統計の際に使い始めたものである。これは、ドイツ国籍者と外国人という分類による住民構成把握が「統合」政策に必ずしも有効ではないという考え方から生まれた。「移住の背景を有する者」とは、①1949年以降に移住してきたすべての者、②ドイツで外国人として生まれた者、③出生時からドイツ国籍を有するが、一方の親が①または②である者、である。2012年末現在でドイツの人口は8050万人、外国人比率は8.2%、移住の背景を持つ者の比率は、20.0%に及ぶ<sup>86)</sup>。これは、ドイツの「移民社会」化の進行を示している。

社会学者のU・バックは、21世紀の世界(国家と社会)を捉えようとするならば、その「思考方法」を「ナショナルな思考」から「コスモポリタンの思考」へと転換することが必要だと主張している。そのような思考方法の特徴の1つは、Entweder-oder-Denken(二者択一的思考)からSowoh-als-auch-Denken(並行存在容認思考)への転換として示される<sup>87)</sup>。

きわめて大ざっぱに言えば、近代的なナショナルな思考の下で、個人の自由と自立の基礎としての「私的所有権」および国家の基礎としての「主権」はその絶対的排他性と至高性を本質とした。20世紀の経過は、公共の

福祉による所有権規制，国際機構への加入や国際条約による主権制限などを通じて，これを現代的に変容させてきた。しかしなお，領土・国籍（主権の空間的，人的管轄権）は，帰属の排他性と一義性が固執されている。

バック流に，並行存在容認思考に立てば，国籍唯一の原則に代えて，二重（多重）国籍を一般的に承認し，そこから生じる複数国家の管轄保護権能の衝突（選挙権や兵役義務の重畳についても）は条約によって処理すればよいという考え方が導かれる<sup>88)</sup>。また，このように，国籍が国家による個人に対する管轄と保護の絶対的規準でなくなれば，国籍を国内的地位としての市民権と切り離し，国籍を問わず，国内定住を要件として定住者に完全な市民権を与え，国籍を国際社会における国家と個人の関係処理の基準に限定するという考え方が可能である<sup>89)</sup>。上述の評議会憲法案は，これをさらに抜け出て，5年の滞在要件で外国人にも市民の法的地位を与え，主権を担い，基本権を享有する国家構成員たる国民として位置付けた。ここでは，国家と個人の関係の永続性（ライフロング性）は，もはや想定されていない。

国家市民の地位を，上述の歴史的展開を観察して，本質的なものに最小化すれば，おそらく選挙権と兵役義務である。制定時の基本法は，兵役義務を規定していなかったが（にもかかわらず良心的兵役拒否を認める4条3項が置かれ，徴兵制の導入が予期されていた），NATO加盟後，1956年7月に一般的徴兵制を導入する兵役義務法が制定され，1968年の基本法改正で兵役義務が憲法上も規定された（12a条）。しかし，国防費負担や良心的兵役拒否者の増大などの理由からメルケル政権は，2010年12月15日に，2011年7月1日をもって兵役義務を停止することを閣議決定した（基本法の兵役義務の規定はそのままである）。他方，日本は，戦争放棄・戦力不保持を規定する憲法9条の下，兵役義務を知らない。

国家が国家の運命を賭して戦争をするという存在であるかぎり，市民が国家に一身を捧げるという国家市民的義務は生き続ける。しかし，第2次

世界大戦後の国連憲章は、20世紀の2度の世界大戦の悲惨さと愚かさを踏まえて、国際紛争の平和的解決と武力の不行使を加盟国に義務付けた。日本国憲法の平和主義はそれをより先に進めたものである。国家市民的義務としての兵役義務は、少なくとも理念的には未来を持たない。

選挙権は、これなしには主権者の決定が示されえず、国家の存立と運営が成り立たないものである。この前提に立てば、選挙権は権利であり、義務ではないから放棄してよいと考えることはできない。にも拘わらず、選挙権の行使は、法的な意味において義務の履行ではない。国家市民のもっとも本質的な権利である「投票する権利」は、法的な存在を基礎にしつつ、それを超えて、国家市民の社会、言い換えれば権利保障と秩序維持の組織的な手段として国家を創設し維持する市民社会において、国家市民の共同の福利を目指す国家市民の自主的、自立的行動を含むものでなければならないであろう。市民権は、思想的には、法的な権利および権利の行使を1つの手段とする「市民社会の共同形成を責務とする市民的倫理」を本質的要素とすると考えることができる。

今後の課題は、国籍制度の展開に外国人法の歴史的展開をからみあわせて考察することが第1である。近代の国籍の意義は、近代国民国家の本質的枠組みとして国民と外国人の二分法を基礎づけることであり、両制度は、一体的に考察されることが必要だからである<sup>90</sup>。第2に、日本との比較である。この場合、国民の帳簿とされる戸籍（天皇と皇族はこの帳簿には登録されない）の制度が検討の対象に入ってくる。また、とくに植民地法制の比較分析が興味深い<sup>91</sup>。第3にこのような「人と国家の関係」の検討を基礎にして、現代社会を「市民社会」として構成することについての理論的視角を得ることである。

註

1) Spiegel-Gespräch mit Wolfgang Schäuble, Der Spiegel vom 25.11.2013, S. 31.

- 2) “Deutsche Zukunft gestaltet,” Koalitionsvertrag 2013 zwischen CDU/CSU und SPD.
- 3) Kai Hailbronner, Optionsregelung und doppelte Staatsbürgerschaft, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 10/2013, S. 357-366.
- 4) Hailbronner, a.a.O., S. 359-362.
- 5) [http://europa.eu/pol/cit/index\\_de.htm](http://europa.eu/pol/cit/index_de.htm), [http://europa.eu/pol/cit/index\\_en.htm](http://europa.eu/pol/cit/index_en.htm), [http://europa.eu/pol/cit/index\\_fr.htm](http://europa.eu/pol/cit/index_fr.htm). (2014年1月閲覧)
- 6) Cristoph Schönberger, Unionsbürger, Mohr Siebeck, 2005, 589S.
- 7) Schönberger, a.a.O., S. 23-32.
- 8) Schönberger, a.a.O., S. 508-521.
- 9) 広渡清吾『統一ドイツの法変動』有信堂, 1996年, 305-307頁。
- 10) Kuratorium für einen demokratischen verfaßten Bund deutscher Länder (Hrsg.), Vom Grundgesetz zur deutschen Verfassung. Denkschrift und Verfassungsentwurf, Noms Verlagsgesellschaft, 1991, S. 24-25.
- 11) a.a.O., S. 187-188.
- 12) Karl Thedieck, Deutsche Staatsangehörigkeit im Bund und in den Ländern, Duncker & Humboldt·Berlin, 1989, S. 31-32.
- 13) Ernst Pappermann (Hrsg.), Preußisches Allgemeines Landrecht, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1972, S. 41, S. 45, S. 53-54.
- 14) Thedieck, a.a.O., S. 33
- 15) Dieter Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließung. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001, S. 33-40.
- 16) Gosewinkel, a.a.O., S. 44, S. 48.
- 17) Gosewinkel, a.a.O., S. 67, S. 100-101.
- 18) Thedieck, a.a.O., S. 33-34.
- 19) フランクフルト憲法のテキストについては Erich Fischer/Werner Künze (Hrsg.), Verfassungen deutscher Länder und Staaten. Von 1816 bis zur Gegenwart, Staatsverlag der DDR, 1989, S. 163-188. より簡単な憲法集として Horst Hildebrandt (Hrsg.), Die Deutschen Verfassungen des 19 und 20. Jahrhunderts, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1979, 邦訳として高田敏・初宿正典(編訳)『ドイツ憲法集・第6版』信山社, 2010年。以下にドイツの憲法を引用する際にはこれらの資料によった。邦訳は適宜参照した。
- 20) Heinrich Scholler (Hrsg.), Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation, Wissenschaftliche Buchhandlung Darmstadt, 1973, S. 28-30.
- 21) Thedieck, a.a.O., S. 34-35, Gosewinkel, a.a.O., S. 120-135.
- 22) Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit,

- vom 1. Juni 1870, RGBL. 1870, S. 355ff.
- 23) Thedieck, a.a.O., S. 39-40.
- 24) Thedieck, a.a.O., S. 37.
- 25) C. F. von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts (1880), Scientia Verlag Aalem, 1969, S. 56-59.
- 26) Thedieck, a.a.O., S. 40. 周知のようにエルザス・ロートリンゲン地域は、領有権が歴史的にフランスとドイツの間を行き来した。まず、普仏戦争後、同地域はドイツ帝国に帰属したが、邦国に属さない地域であり国籍問題が処理できず、そこで本文の説明のような措置によりドイツ帝国籍を住民に付与することとした。この際に、住民にはフランス国籍のオプションが与えられ、住民の10分の1がフランス国籍を選んだ。全住民への自動的なドイツ帝国籍の付与を避けオプションを付与した理由は、国の辺境の地の安全確保のためにはドイツ帝国への忠誠を確認する必要があったからだとされている (Gosewinkel, a.a.O., S. 191-200)。第1次世界大戦後、同地域はベルサイユ条約に基づいてフランスに復帰した。しかし、第2次世界大戦の勃発により、1940年、ナチスドイツは、フランスを撃破して同地域に進駐する。占領軍は、1942年に同地域のドイツ系住民に対する強制的な集団帰化措置を実施した。この集団的帰化措置は、戦後1949年、連合国によって国際法違反として無効とされた。
- 27) 正式名称は「ドイツ保護領の法律関係に関する帝国法律」である。保護領法の解説および法文テキストについては Paul Laband, Deutsche Reichsstaatsrecht, 7. Auflage, bearbeitet von Otto Mayer (1919), Scientia Verlag Aalen, 1969, S. 196-215, S. 477-483.
- 28) Gosewinkel, a.a.O., S. 303-309.
- 29) Thedieck, a.a.O., S. 41.
- 30) 1913年法の内容について Laband, a.a.O., S. 42-55, 法文テキストについては Hailbronner/Renner/Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Auflage, Verlag, C. H. Beck, 2010, S. 946-956.
- 31) Gosewinkel, a.a.o., S. 327.
- 32) Gosewinkel, S. 310ff..
- 33) Thedieck, a.a.O., S. 45.
- 34) Thedieck, a.a.O., S. 45-46.
- 35) 水林彪「近代民法の本源的な性格—全法体系の根本法としての Code civil」広中俊雄責任編集『民法研究』第5号, 信山社, 2008年, 37-50頁参照。水林の考察は、国籍と市民権の関係を中心にするものではなく、民法と憲法の関係に向けられているが、筆者と共通の問題関心をみることができる。
- 36) マンフレッド・リーデル (清水正徳/山本道雄訳)『ヘーゲル法哲学—その成立と発展』福村出版, 1976年, 153-154頁。

- 37) Immanuel Kant, *Die Metaphisik der Sitten* (1797), Leclam, 1990, S. 169-172 (§ 45-46). カントの国家と法の理論について菅沢龍文「カントの共和制国家における法と倫理—義務論の観点から」『法政大学文学部紀要』第65号2012年15-30頁参照。
- 38) Kant, a.a.O., S. 170 (§ 46).
- 39) Ernst Pappermann (Hrsg.), *Preußisches Allgemeines Landrecht*, Schöningh, Paderborn, 1972, S. 53-54. 法文では“Buerger”と表記されウムラウトを用いていない。
- 40) 田中英夫編『英米法辞典』東京大学出版会, 1991年, 145-146頁, 山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会, 2002年, 78頁。
- 41) 権左武志『ヘーゲルとその時代』岩波新書, 2013年, 123頁。
- 42) G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Surkamp, 1986, S. 339 (§ 182).
- 43) Hegel, a.a.O., S. 343 (§ 187).
- 44) ヘーゲル(長谷川宏訳)『法哲学講義』作品社, 2000年, 365頁。
- 45) 広渡清吾『比較法社会論研究』日本評論社, 2009年, X-XII章, 同「市民社会論の法学的意義—『民法学の方法論』としての市民社会論」戒能通厚/榎沢能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』日本評論社, 2008年, 58-79頁, 同「変革の戦略としての市民社会論」中村浩爾他編『権力の仕掛けと仕掛け返し』文理閣, 2011年, 15-43頁参照。
- 46) Gerhard Riege, *Die Staatsbürgerschaft der DDR*, Staatsverlag der DDR, 1986, S. 29-45.
- 47) 広渡清吾「ドイツ民法典第1条の含蓄」日本ドイツ学会編『ドイツ研究』第42号, 2008年183-190頁, 同「法制度としての性別」ジェンダー法学会編『講座ジェンダーと法』第1巻, 日本加除出版, 2012年, 57-70頁。
- 48) C. F. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (3. Aufl. 1880), Scientia Verlag Aalen, 1969, S. 44-47.
- 49) Gerber, a.a.O., S. 48-51.
- 50) Gerber, a.a.O., S. 56-59.
- 51) Paul Laband, *Deutsche Reichsstaatsrecht*, 7. Auflage, bearbeitet von Otto Mayer (1919), Scientia Verlag Aalen, 1969, S. 42-43.
- 52) Laband, a.a.O., S. 44-46.
- 53) Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919—Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis* (14. Auflage 1933), Scientia Verlag Aalen, 1987.
- 54) Anschütz, a.a.O., S. 616-617.
- 55) Anschütz, a.a.O., S. 686-687.
- 56) 広渡清吾「ナチス司法点描」広渡清吾他編『日本社会と市民法学—清水誠先生

- 追悼論集』日本評論社、2013年、770-776頁、同「ナチス法研究覚書」根本到他編『労働法と現代法の理論（下）』日本評論社、2013年、153-181頁参照。
- 57) Martin Hirsch/Diemut Majer/Jürgen Meinck (Hrsg.), *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*, Bundverlag, 1984, S. 240. 同書はナチズムにおける法、行政および司法に関係する法令や雑誌論文を広範に資料として収録し解説を付したものであり、以下の法令の内容および雑誌論文からの引用はこれに依拠した。
- 58) Gottfried Feder, *Das Programm der NSDAP und seine weltanschauliche Grundgedanken*, 23. Aufl. München 1930, S. 32ff. (a.a.O., 240)
- 59) Wilhelm Frick, *Das Reichsbürgergesetz und das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1935, S. 1390ff. (a.a.O., S. 346)
- 60) Martin Hirsch/Diemut Majer/Jürgen Meinck (Hrsg.), a. a. O., S. 340-341, S. 345-346.
- 61) 東西ドイツ関係については広渡清吾『統一ドイツの法変動—統一の1つの決算』有信堂、1996年、第1章参照。
- 62) Riege, a.a.O., S. 125-130.
- 63) 東西ドイツの国籍問題については広渡清吾「西ドイツの外国人と外国人政策（一）」『社会科学研究』41巻6号、1990年、31-49頁。東西ドイツの基本条約の下でのドイツの国籍に関する法理論の分岐について Hubertus von Moor, *Der Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag*, Duncker & Humblot·Berlin, 1977.
- 64) Gerhard Riege, *Die Staatsbürgerschaft der DDR*, Staatsverlag der DDR, 1986.
- 65) 宮沢俊義編『世界憲法集』第4版、岩波書店、1983年、294頁、337頁。
- 66) Riege, a.a.O., S. 60-61.
- 67) W. A. Kutschinski, *Persönlichkeit, Freiheit, Recht*, Berlin, 1980 (Riege, a.a.O., S. 56).
- 68) Riege, a.a.O., S. 64.
- 69) 広渡清吾『『一つのドイツ』の苦しみ—『過去の克服』とは何か』和田春樹他編『〈社会主義〉それぞれの模索と苦悩』日本評論社、1992年、249-276頁。
- 70) ベルンハルト・シュリンク（岩淵達治他訳）『過去の責任と現在の法—ドイツの場合』岩波書店2005年。同書の筆者による書評日本ドイツ学会編『ドイツ研究』第40号、2006年、103-106頁参照。
- 71) Erich Röper, *Staatsangehörigkeit—Staatsbürgerschaft, Kritische Justiz*, 4/1999, S. 543ff., insb. S. 554-556.
- 72) 広渡清吾「西ドイツにおける外国人と外国人政策（一）」『社会科学研究』41巻6号、1990年、49-57頁参照。
- 73) Gosewinkel, a.a.O., S. 353-368.

- 74) Thedieck, S. 53-82.
- 75) 東ドイツから西ドイツに非合法的に移住する Übersiedler の数は、1989年中で11月9日の「ベルリンの壁」開放までに22万人、壁開放後を含めると31万人に達したと推計されている（広渡「西ドイツの外国人と外国人政策（一）」3頁）。
- 76) 広渡「西ドイツの外国人と外国人政策（一）」21-28頁。
- 77) Riege, a.a.O., S. 149-162.
- 78) Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) vom 19.5.1953, BGBl. I. S. 201.
- 79) 広渡『統一ドイツの法変動』221-233頁。
- 80) 数字について、広渡「西ドイツの外国人と外国人政策（一）」49-50頁、同『統一ドイツの法変動』234-235頁。Bundesministerium des Innen (Hrsg.), Bericht des Sachverständigenrats für Zuwanderung, Migrationsbericht, Bonifatius GmbH, 2004, S. 29.
- 81) Falk Lämmermann, Ein Jahrzehnt ius soli— Bilanz und Ausblick, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 1/2011, S. 1-8.
- 82) 帰化に際して従前国籍の保持を認める割合は1997年には21.5%であったが、新国籍法が施行された2000年には44.9%に上昇した（Ralph Göbel— Zimmermann, Das neue Staatsangehörigkeitsrecht—Erfahrungen und Reformvorschläge, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 2/2003, S. 65-75）。
- 83) この二重国籍取得の経緯は次のようである。まず、トルコ人が帰化によってドイツ国籍を取得する。その際には、ドイツ国籍法が要求するようにトルコ国籍を放棄する。その後、トルコ大使館にトルコへの帰化を申請する。トルコ側は、従前国籍、つまりドイツ国籍の放棄を求めず帰化を認めるので（元トルコ人なので帰化は容易である）、正式にドイツとトルコの二重国籍を保持することができる。実際にこのような方法によって相当数のトルコ人が二重国籍を取得した。この事態は、ジャーナリズムによって報道され、また、彼女自身へのインタビュー（2006年8月）でも確認した。これを防止するために、1999年国籍法は、ドイツ人が他の国の国籍を取得する場合には、これまで「ドイツに住所をもっていない」ことを条件にドイツ国籍を喪失するとしていたが、この要件を削除して一般的にドイツ国籍を喪失すると新たに規定した（25条）。
- 84) Interview „Da wird noch rein deutsch Politik gemacht,“ Tagesspiegel vom 15.7. 2006.
- 85) <http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Bundesregierung/Beauftragte-fuerIntegration> (2014年1月閲覧)
- 86) <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesellschaftstaat/Bevoelkerung/MigrationI> (2014年1月閲覧)
- 87) Ulrich Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, Surkamp, 2004.

- 88) 領土についていえば、国家間の係争領土は、主権帰属を棚上げにして共同で開発管理し、経済的利益を配分するシステムを条約によって作り出す、この際に開発管理の体制につき第三国の援助をえて国際的な保障を作るなどが考えられよう。また、多数国間の利害に関わる時は共同管理・共同開発・共同利用の国際的体制を作ることがありうるだろうし、さらに、国境紛争を無意味なものにするべく国家を超える上位の地域的条約共同体（平和・民主主義・人権・共生の実現を目的にする）を展望することが考えられる。これらの処方箋は、平和条約で処理を終わっていなければならないはずの日本の領土問題（北方領土、尖閣諸島、竹島）のこじれる様を見るにつけ、構想としてだれしもが思うところである。
- 89) このような考え方は、シェンベルガーによれば、法理論的に問題を詰めて思考した憲法学者である Hans Kelzen が *Allgemeine Staatslehre* (1925) で問題提起していた (Schönberger, a.a.O., S. 27)。
- 90) 本稿で参照した Gosewinkel の著作は、国籍問題と外国人問題の結節点として「帰化」に焦点をあてて分析した。これは一つの有力な着眼点である。
- 91) たとえば、大日本帝国による植民地領有と国籍問題である。日本の近代国籍法は、1899年（明治22年）に制定・施行され、父系血統主義および国籍従属原則を基本とした。日清戦争後の1995年の台湾の領有に際しては、台湾住民に2年の猶予期間を認め、その間に台湾を立ち去らず居住し続ける者を日本臣民とみなした。1899年には日本の国籍法が台湾に施行された。日露戦争後、ポーツマス条約に基づいて取得した樺太については、領有時の住民の多くがすでに日本人であり、アイヌを含む先住民は少数（1906年末で日本人1万806人とその他1,291人）という事情のゆえに、1923年に国籍法が施行された。

これに対して、1910年に併合された韓国について、日本の国籍法は最後まで施行されなかった。公式の見解によれば、韓国併合条約そのものによって朝鮮人は日本臣民とされた。では、国籍法を施行しない理由はなんであったか。国籍法は、日本人が帰化によって外国国籍を取得し、それによって日本国籍を離脱することを認めていた（20条「自己ノ志望ニ依リテ外国ノ国籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ国籍ヲ失フ」）。国籍離脱の自由は、近代国家の保持すべき原則であり、これを否認することは国際的にも非難をうける可能性があった。しかし当時の日本政府は、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、これを取り締まる根拠がなくなると判断して、ついに国籍法の施行を認めなかった。人的管轄権としての国籍は、独立運動の抑圧の手段として確保されたのである（以上は、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年による。また、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年参照）。以上のように、植民地に関して人種差別的取り扱いの手段、あるいは治安政策上の手段として機能した国籍制度は、植民地法制の研究の重要な論点である。