

日本国籍の得喪における自由と平等 (一)

鳥 居 淳 子

目 次

- 一 はじめに
- 二 自由と平等の点から観た日本の国籍立法史概略
 - I 明治六年の太政官布告第一〇三号から明治三二年国籍法まで
 - 1 明治六年の太政官布告第一〇三号
 - 2 壬申戸籍と国籍
 - 3 旧民法人事編第二章
 - 4 明治三二年国籍法(以上本号)

一 はじめに

国籍とは、「個人が特定の国家の構成員である資格」、あるいは、「個人と国家を結びつける法的な絆」であると定義される⁽¹⁾。ある国の国籍を有する者をその国の国民といい、その国をその個人の本国という。今日、なんらかの

理由で本国を離れて生活する人は世界人口の約五〇分の一の一億二千五百万人にのぼるとい⁽²⁾う。本国から移動した人は、移動先の国では、外国人として扱われる。言うまでもなく、個人はどこに居住しようと、他の人々と平等に扱われるのが理想である。しかし、国家は、外国人には、国内における居住の自由、参政権、一定の職業につく権利、社会保障を受ける権利など様々な面で、禁止あるいは制限的な取り扱いをして、自国民との間に差を設けているのが現実である。つまり、外国人は、国民に保障されている基本的人権の享有を否定されたり制限されたりする場合があるのである。では、このように個人の基本的人権の享有にかかわる国籍の得喪について、個人の自由な意思の尊重はなされているのだろうか、また、個人は平等な扱いを受けているのだろうか。

国籍の得喪については、一般国際法上、国家は、条約、領土の変更などの国際法上の原因によって制約を受ける場合を除いて、自由に定めることができると解されている⁽³⁾。そこで、各国は、それぞれ自国の国情に応じて、国籍に関する法律（通常は国籍法とよばれる法律）を制定・施行するので、国籍の取得や喪失の要件を定める国籍法は国によって異なる。そのため、無国籍（国籍の消極的抵触）あるいは重国籍（国籍の積極的抵触）となる者が生じる。そして、国籍法によっては、例えば、他国の国籍を取得し自国の国籍の離脱を望んでいる者に、国籍の離脱を認めなかったり、婚姻・離婚による国籍の自動的得喪を女性にのみ強制したり、国籍取得につき婚姻から生まれた子と婚姻外に生まれた子の間に差別を設けたりして、国籍の得喪において、個人の意思を無視したり、性別や身分によって差別したりする。

しかし、19世紀後半以降、国籍の離脱について個人の自由意思を尊重すべきであるという国籍自由の原則が国籍立法における理想の一つとされるようになり⁽⁴⁾、20世紀になると、国籍の抵触の防止、国籍の得喪における個人の意思の尊重、性別や身分等による差別の廃止を目指した数多くの条約、宣言、決議等がさまざまな国際組織において採択されるようになった⁽⁵⁾。なかでも、一九四八年二月一〇日に国際連合総会で採択された世界人権宣言の第一五

条は「①すべての者は国籍を持つ権利を有する。②何人も、恣意的にその国籍を奪われ、又は国籍を変更する権利を否認されない」と述べて、基本的人権の享有の基礎をなす国籍についての個人の権利を宣言したのである。世界人権宣言は、国籍の得喪における性別や身分等による差別的取り扱いについて、これを禁じる規定を直接設けてはいない。しかし、第二条において、すべての者は、性・社会的出身等による「いかなる差別も受けることなく、この宣言に掲げる権利と自由を享有する権利を享有することができる。」と規定し、第七条において、「すべての者は法律の前に平等であり、また、いかなる差別もなしに法律による保護を受ける権利を有する」ことを宣言している以上、各国の国籍法において、性や社会的身分等による差別的な取扱いをすることを禁じていると解することができる。世界人権宣言それ自体は法的拘束力をもたないが、そこで示されている自由・平等の原則は、その後の多くの国際文書に大きな影響を与えている。

本稿は、このような、国籍の得喪に関して問題となる自由と平等が、明治六(一八七三)年の太政官布告第一〇三号に始まる日本の国籍に関する立法においてどのように扱われてきたかにつき検討し、一九七九年以降、国籍に関する権利につき、それぞれ、直接規定を設けている国際人権規約(自由権規約第二四条第三項)、女性差別撤廃条約(第九条)、児童の権利条約(第七条)及び人種差別撤廃条約(第五条(d)(iii))に、順次加盟してきた日本で、現在なお、国籍の得喪における自由・平等の観点から問題となる点は何かを指摘し、それを克服する道を探らうとするものである。

- (1) 江川英文・山田録一・早田芳郎『国籍法』第三版(平成九年)三頁参照。なお、近代的人権概念の成立については、平賀健太『国籍法』上(昭和三五年)一〇頁及び芹田健太郎『国籍単一の問題に対する疑問』国際法外交雑誌八三卷三号四―五頁参照。

- (2) 二〇〇〇年二月二十四日の朝日新聞。

(3) これは一般国際法上の原則と解され、一九三〇年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」(一九三七年七月一日発効。日本は署名したが未批准)の第一条及び第二条では次のように規定されている。

第一条 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一般原則と一致するかぎり、他の国により承認されなければならぬ。

第二条 個人がある国の国籍を有するか否かに関するすべての問題は、その国の法令によって決定する。

(4) 国籍非強制の原則ともいわれる国籍自由の原則については、平賀・前掲(上)六二頁―六七頁、一〇二―一〇三頁、芹田・前掲五―七頁参照。

(5) それらには、国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約(一九三〇年、国際法典編纂会議)、女性の国籍に関するモンテビデオ条約(一九三三年、米州諸国会議)、世界人権宣言(一九四八年、国際連合総会)、既婚女性の国籍に関する条約(一九五七年、国際連合総会)、無国籍の削減に関する条約(一九六一年、国際連合総会)、国際人権規約(一九六六年、国際連合総会)、国籍の異なる配偶者間の国籍に関する決議(一九七七年、ヨーロッパ理事会関係評議会)、婚姻中に出生した子の国籍に関する決議(一九七七年、ヨーロッパ理事会関係評議会)、女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約(一九七九年、国際連合総会)、児童の権利に関する条約(一九八九年、国際連合総会)等がある。

二 自由と平等の点から見た日本の国籍立法史概略

自由と平等の観点から日本の国籍に関する立法の歴史を振り返ると、次の三つの時代、すなわち、I 明治六(一八七三)年の太政官布第一〇三号から、明治三三(一八九九)年の国籍法(以下旧国籍法という)が昭和二五年(一九五〇)年に廃止されるまで、II 昭和二五年制定・施行の国籍法が昭和五九(一九八四)年に大改正を受けるまで、及び、III 昭和五九年の大改正以降、に大きく区分できる。以下、それぞれの時代における国籍の得喪がどの

ようなものであったかを、自由・平等の見地から検討する。

I 明治六年の太政官布告第一〇三号から旧国籍法まで

1 明治六年の太政官布告第一〇三号

日本の国籍に関する立法は、日本が近代国家として誕生した明治に始まる。明治六（一八七三）年の太政官布告第一〇三号は、最初の国籍に関する法令といえる。この当時、欧米諸国の国籍に関する法令においては、出生による国籍の取得や帰化等の、国籍の得喪に関する一般的な規定をもつものがみられたが、⁽⁶⁾「自今外国人民ト婚姻差許左ノ通条規相定候條此旨可相心得事」を定めるこの布告は、その名称からもわかるように、日本国籍の得喪一般に關して定めた法令ではなく、主として、日本人が外国人と婚姻する場合について生じる「日本人タルノ分限」の変動につき定めたものである。⁽⁷⁾

この布告の主要な内容は、日本人が外国人と婚姻するときは政府の許可を要すること、⁽⁸⁾外国人に嫁した日本人女は日本国籍を失うこと、日本人に嫁した外国人女は日本国籍を取得すること及び日本人の婚養子となつた外国人は日本国籍を取得することであつた。このように、この布告では、内外人の婚姻の場合に、本人の意思に関わりなく、一方当事者につき日本国籍の取得又は喪失が生じる場合を定めていたのである。そして、この当事者の意思にかかわらずない国籍の変動は、原則として、女性にのみ生じた点で男女不平等の扱いであつた。たしかに、例外的に、外国人が婚養子となる場合、つまり、養子縁組によつて、日本人の養子となると同時に養親の娘と婚姻する場合には、⁽⁹⁾夫が妻の国籍に従つて日本国籍を取得する場合も規定されていた。しかし、これは、当時の家族制度への配慮に基づくものであつて妻の国籍の優越を認めるものではなかつた。

以上から理解されるように、この布告では、夫婦の国籍を同一にすることが図られていた。当時、諸国の国籍法

の殆どで、妻は夫の国籍に従うという意味における夫婦国籍同一主義が採用されていたが、前述のように、この布告における夫婦国籍同一主義は、妻が夫の国籍に従うことを原則としてはいるものの、家族制度への考慮から夫が妻の国籍を取得する場合のあることを定めた点において特徴があった。⁽¹⁰⁾

その後、この家族制度は、「家」制度として明治三二（一八九八）年の民法第四編・第五編（以下明治民法といふ）上の制度に受け継がれ、旧国籍法の下での国籍の得喪に大きな影響を及ぼすことになる。そして、家族制度は、国籍に関する立法に先んじて実施されていた戸籍制度と一体となっていたから、日本国籍は戸籍への考慮抜きに論ずることができない。

なお、この布告は、明治三二年の一部改正⁽¹¹⁾を経て、明治三二年の旧国籍法の施行まで行われた。

2 壬申戸籍と国籍

明治六年の太政官布告第一〇三号に先立つ明治四（一八七一）年四月四日に太政官布告第一七〇号を以て全国府藩県に戸籍法が公布され、明治五年（一八七二）年に全国的に戸籍の編製が行われた。この年が干支でいうと「壬申」にあたるため、この戸籍は壬申戸籍と呼ばれる。

この戸籍制度の実施は、それまで各藩が自分の藩の住民の事情だけを把握していたのを全国的な規模でこれを統一的に把握することを意味した。明治政府が中央政府として近代的な政治を行うためには国民の実態を全国的に把握することが必要な前提であり、そのための手段としての戸籍制度は必要不可欠なものであった。⁽¹²⁾ 明文の規定はないが、壬申戸籍では外国人を戸籍に記載することは予定されていなかったと解されている。⁽¹³⁾ なお、明治三二年戸籍法ではその第一七〇条で、「①戸籍ハ戸籍史ノ管轄地内ニ本籍ヲ定メタル者ニ付之ヲ編製ス。②日本ノ国籍ヲ有セザル者は本籍ヲ定ムルコトヲ得ズ。」と規定して、戸籍が日本人についてのみ定められることが明らかにされている。

る。

この戸籍法によつて、すべての人は、どこかの戸に属し、戸主で代表される戸籍に記載されることになつた。⁽¹⁴⁾ どのように、壬申戸籍は戸を単位として編成され、戸籍には、戸主を筆頭に、尊属、戸主、配偶者、卑属、その配偶者、兄弟姉妹、その他の傍系親族の順に記載され、⁽¹⁵⁾ 戸主が全家族の婚姻や縁組などの身分行為について届け出る公的義務を負わされていた。そして、明治八（一八七五）年二月の太政官布告第二〇九号により、婚姻、縁組、離婚、離縁という身分行為の届出が創設的効力を有することになると、これらの身分行為についての届出義務を有する戸主が、家族の身分行為につき統制権をもつこととなつた。⁽¹⁶⁾ このことは、結局、国籍の得喪も戸主の統制の下に服したことを意味する。なぜならば、前述のように、明治六年の太政官布告第一〇三号により、日本人と外国人との身分行為に伴い国籍の得喪が生じることになつていたからである。こうして、国籍の得喪・維持は当時の家族制度とより深く結びつき、個人の自由意思が働く余地は一層狭められたのである。この戸主の届出義務は明治民法の施行まで続いたが、明治民法により、その多くが家族の構成員に移り、戸主には、家族の身分行為への同意権が定められた（第七五〇条）。

任申戸籍は、その後、大巾な変革を受けたが、形式的には明治三二年の戸籍法の施行まで存続した。

3 旧民法人事編第二章

国籍の得喪についての統一的な規定は、大日本帝国憲法（明治三二年二月一日公布、同三三年一月二十九日施行）第一八条の規定「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」を実現するために、明治三三（一八九〇）年一〇月六日に公布された民法（いわゆる旧民法）人事編の第二章中に設けられた「国民分限」の中に置かれた。⁽¹⁷⁾ 旧民法は実施されることがなかったが、⁽¹⁸⁾ 「国民分限」中の国籍に関する規定中に、国籍の得喪における個人の意思尊

重の観点から注目すべき規定が置かれていたので、この人事編第二章に若干の考察をしてみたい。

旧民法人事編は、出生による子の国籍取得につき、血統主義を採ることを明らかにし(第七条)、夫婦の国籍については、夫婦国籍同一主義を採用した(第一〇条、第一五条)。血統主義と夫婦国籍同一主義のもとでは、日本人の嫡出子は当然日本国籍を取得するから、父系か母系かは問題にならない。問題は、父母の国籍が異なる婚外子についてである。この場合、旧民法人事編は父が日本人であれば日本国籍を取得する(第七条第二号)と定め、母の分限に従うのは、父が知れないとき(同条第三号)と定めていたので、父系優先血統主義であったことがわかる。⁽¹⁹⁾そして、出生後の国籍取得として、明治六年の太政官布告第一〇三号には定めなかった本人の志望に基づく国籍取得である帰化を認める(第一一条⁽²⁰⁾)とともに、帰化人の妻及び子が日本に住居を定めたときは夫(父)の日本国籍を自動的に取得させ(同条)、逆に日本国籍を喪失した者の妻及び子が引き続き日本に住居しないときは、日本国籍を喪失すること(第一四条)を定めて、妻や子の随従国籍得喪を認め、夫婦国籍同一主義を家族国籍同一主義にまで広げていた。この点では、自己の意思に基づかない国籍の得喪の範囲の拡大が見られた。

しかし、他方で、旧民法人事編には明治六年の太政官布告第一〇三号や、後述の明治三年の国籍法(旧国籍法)に見られた、家族制度や「家」制度維持のための婿養子縁組や入夫婚姻に基づき、外国人男に日本国籍を自動的に取得させる制度についての規定は存在しなかった。さらに、注目すべきは、本人の意思の尊重が次のように図られていたことである。第一は、国籍選択制度を設けたことである。国籍の選択ができる者は、父系優先血統主義の下で、母が日本人でありながら父が外国人であるため、日本国籍を取得できなかった子、外国人の子で日本で生まれた者、日本国籍喪失者の子で国籍喪失後に生まれた者及び帰化人の子で成年である者であり、これらの子は一定の条件を充たせば、日本国籍の選択ができることが定められていた(第八条、第九条⁽²¹⁾)。第二は、夫婦国籍同一主義の下で、自己の意思に関わりなく国籍の得喪を生ぜしめられた女への配慮であって、外国人との婚姻により日本国籍

を喪失した女に、婚姻解消後に日本に住所をもつことを条件に、日本に定住するとの意思の表明で日本国籍の回復を認めたことである(第一五条但書)。この場合、後述の旧国籍法第二五条に規定するような許可は不要であった。最後に、国籍の離脱につき、「任意ニ外国人ノ分限ヲ取得」したことをもって、国籍喪失の原因とした点において、国籍非強制の原則を採ったことを明らかにしたことである(第一二条)。

このように、旧民法人事編は、国籍の得喪・維持につき、家族制度への考慮をせず、家族一体主義の下でも、當事者の意思を尊重する規定を随所に設けていた点において、本人の自由意思の尊重の観点からは、次に検討する明治三二年国籍法(旧国籍法)に比較して、優れていたと評価できるであろう。

4 明治三二年国籍法

i) 旧国籍法と「家」制度

明治三一(一八九八)年七月一六日に民法及び戸籍法が施行されると、その翌年の明治三二年四月一日に国籍法(旧国籍法)が施行された。⁽²²⁾

旧国籍法は、自由・平等の観点からは、旧民法人事編よりかなり後退していたといわざるをえない。なぜなら、旧国籍法は、たしかに、旧民法人事編のように、帰化(第五条第五号、第七条第一二条)及び国籍回復(第二五条、第二六条)の制度を設けて個人の意思に基づく国籍取得を認め、また、志望による外国国籍の取得による国籍喪失(第二〇条)を認めていたが、旧民法人事編が認めていた国籍の送択制は採用せず、また、民法第四編・第五編(以下明治民法という)が採用した、戸籍法上の「戸」の投影である「家」⁽²³⁾制度との調和をはかるために、個人の意思に基づかない国籍の得喪を旧民法人事編より広く定めていたからである。国籍法案理由書には、法案作成にあたって最も注意したのは、我が国特有の家族制に適合させることと国籍の衝突を避けることであつたと述べられ

ているが、国籍の衝突の回避よりも「我国特有の家族制」への適合の方が優先されていたことは、同理由書が、家族制の為には国籍の衝突を避けることができな場合があることを認めていることから明らかである。⁽²⁴⁾そのため、個人より「家」を、女性より男性を優位に置いた明治民法における「家」制度は、ほとんどそのまま旧国籍法に反映されたのである。しかも、旧国籍法では、後述の大正五年の改正まで、重国籍者である日本人に、本人の志望に基づく日本国籍の離脱を認めていなかった。そして、この改正により認められた国籍離脱も生地主義の国で生まれた者について適用されたのであって、身分行為により重国籍者となった者には適用されなかったのである。

では、明治民法の定める「家」の制度は、旧国籍法にどのように影響していたのであろうか。その影響は、父系優先血統主義を採り、「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亦同シ」と定めた第一条の「出生ノ時」という基準時点に、第二条において例外を設けたことから始まる。第二条はその第一項で「父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ国籍ヲ失ヒタルトキハ前条ノ規定ハ懐胎ノ始ニ遡リテ之ヲ適用ス」(傍点筆者)と規定したのである。この規定は、一見、無国籍児の発生を避けるための規定であるように読めないこともない。なぜなら、日本人の入夫又は養子となったことにより日本国籍を取得した者(第五条第二号、第四号)が、離婚・離縁により日本国籍を喪失した場合(第十九条)に、離婚・離縁の後に出生した子について出生時を基準とすると、そのような子の父は、もはや日本人ではないから、父から日本国籍を受け継ぐことができず、また、父の知れない非嫡の子ではないので、母の日本国籍を取得することもできない以上(第三条)、父の外国籍を取得しなければ、無国籍となってしまうからである。そこで、この規定は、第一条が、父の死亡の場合に、出生時を基準とすると子が無国籍になることを考慮して、死亡時を基準とした規定を設けたこととの均衡を図って、無国籍の防止のために設けられた規定であると解することも一応できるのである。しかし、次の第二項を読むとそうではなく、これは、正しく「家」の維持のための規定であることが理解される。第

二項は「前項ノ規定ハ父母カ共ニ其ノ家ヲ去リタル場合ニハ之ヲ適用セス但母カ子ノ出生前ニ復籍ヲナシタルトキハ此限ニ在ラス」と規定したのである。すなわち、父母がともに「家」を去り、その間に生まれる子もはや「家」と関係がなくなつた場合には、出生子に日本国籍を与える必要はないとして、第一項の適用を認めず、原則どおり第一条の出生時を基準とすべきこととしたのである。しかし、家を去つた母が「家」に戻つて再び「家」の一員となつた後に子が出生したときには、その子が日本人であれば、推定家督相続人、つまり「家」を継承する者となる可能性(明治民法第九七〇条参照)があるので、但書で、その場合には再び懐胎時を基準としてその子に日本国籍を取得させることにしたのである。このように、この但書は、「家」を絶やさなむための配慮に基づくものであつたと解することができるのである。²⁵⁾

「家」制度との調和は、この第二条のほか、旧国籍法において広汎に認められた身分行為に基づく国籍の自動的得喪及び夫又は親の国籍変更に伴う妻又は子の随従得喪の多くにおいて重視されていた。以下に場合を分けて考察してみよう。

(1)日本人との身分行為によつて外国人に日本国籍の自動取得が生じる場合

①日本人の妻となつたとき(第五条第一号) このような、婚姻による、夫の国籍の妻による自動取得は、夫婦国籍同一主義の下で、当時の諸国の国籍法でも広く採用されていたが、旧国籍法における夫婦国籍同一主義は、妻は夫の「家」に入ることを規定していた明治民法第七八八条第一項と一体となつていた点に特色があつた。この場合、妻が原国籍を喪失するかどうかを問題としていないから、妻が重国籍になる場合があつた。

②日本人の入夫となつたとき(第五条第二号) 入夫婚姻では、夫が女戸主の「家」に入るのであるから、夫は日本人でなくてはならなかつた。したがつて、夫が外国人の場合には、その夫に日本国籍を取得させる必要があつたのである。正しく日本特有の「家」存続のための制度であり、明治民法第七三六条及び第七八八条第二項に対応

するものであった。⁽²⁶⁾この入夫婚姻による国籍取得についても、原国籍の喪失を条件としていないから、重国籍の発生が有り得た。

③日本人の父又は母により認知されたとき(第五條第三号) 但し、子が本国法上の未成年者であること等が条件とされていた(第六條)。この場合の国籍取得は「家」制度とは直接結びついていない。国籍法案理由は、認知による国籍付与は血統主義を基礎とする精神を貫こうとするものであり、本国法上の未成年者であること(第六條第一項)を条件としたのは、行為能力ある成年者の国籍変更はその自由意思に任せようとしたからであると述べている。⁽²⁷⁾この点では、子の意思の尊重が図られていた。

④外国人が日本人の養子となったとき(五條四号) 明治民法が、従来、家の存続の必要から行われていた養子縁組を認めて、養子を「家」に入るものとしたことと結びついている。前述のように、養子縁組のうち、婿養子の国籍取得については、明治六年の太政官布告第一〇三号において定められていたが、通常の養子縁組による国籍取得を認めるべきか否かについては、旧民法人事編の制定当時から議論があり、同編においては結局これを認めるべきではないとして、外国人は日本人の養子となることができない旨の規定(第一一二條)を設けていた。ところが、明治民法第四編では、養子は養子縁組により養親の「嫡出子タル身分」を取得し(明治民法第八六〇條)、「養親ノ家ニ入る」(同第八六一條)と規定したため、外国人を養子にする場合には日本国籍を与える必要が生じたのである。⁽²⁸⁾明治民法における養子縁組が「家」の存続のためのものであったことは、法定の推定家督相続人である男子がいる者が男子を養子にすることを認めなかったこと(同八三九條本文)に如実に表われている。養子による日本国籍の取得の場合にも、重国籍の防止への配慮はなかった。

(2) 外国人との身分行為によって日本国籍の自動喪失が生じる場合

①外国人の妻となったとき(第一八條) (1)の①の裏返しの規定であるこの規定は、いうまでもなく、夫婦国籍

同一主義に基づくものであり、明治民法の、妻は婚姻によって夫の家に入るといふ規定（第七八八条第一項）に対応していた。日本国籍の自動喪失は妻が無国籍となる場合にも生じたが、大正五（一九一六）年の改正により、夫の国籍取得を条件として日本国籍の喪失を認める規定に改められた。

② 婚姻又は養子縁組により日本国籍を取得した者が離婚又は離縁をしたときで、その外国の国籍を有するとき（第十九条） この規定が設けられた理由は、日本人の妻又は日本人の入夫となつて日本の国籍を取得して日本の「家」に入つた者については、その者が日本の「家」を出るときには、もはや日本人としておく必要はなかつたからであり、また、その外国の国籍を有することを条件にしたのは、無国籍者を発生させないためであると説明されている。²⁹この場合には、当初より「家」制度と国籍の消極的抵触の防止との調和が図られていたと言える。

③ 認知により外国の国籍を取得したとき（第二三条本文） これは、(1)の③に対応する規定であつて、重国籍を防止するためと血統主義を貫くためである。しかし、但書で、日本人の妻、入夫、又は養子となつた者が除かれている。これらの「家」に止まつている者にも本文の規定を適用すると、日本人のみで構成されるべき一家の中に外国人を置く結果となるからであると説明されている。³⁰つまり、これらの者については重国籍防止の配慮はされていないということであり、ここでも重国籍の防止よりも「家」制度の方が重視されていたのである。

(3) 国籍の随従取得が生じる者

① 夫が日本国籍を取得したときの妻（第一三条第一項） 但し、妻の本国法に反対の規定のある場合は除かれている（同条第二項）。これは帰化等により夫が日本国籍を取得したときに、それに伴つて妻の意思に関わらず、妻にも日本国籍を取得させるものであつて、夫婦国籍同一主義に従つたものである。原案では第一三条第一項には但書があつて、そこには、夫が日本国籍を取得したことを妻が知つて後一カ月内に反対の意思を表示したときには、妻の随従取得は生じないことが定められていた。妻の意思の尊重である。しかし、この但書をめぐつては、法案審議

の段階で議論が紛糾した。当初は婚姻後の夫の国籍変更は妻の予期しないことであるから、妻の意思を反映させるべきとの賛成論が多数であったが、結局、妻の意思は尊重されず、削除されてしまったという経緯がある⁽³¹⁾。第二項は、夫の外国への帰化等に伴う国籍の随従喪失を妻の本国が認めないときに生じる国籍の積極的衝突を避けるために設けられたものであり、この場合には、夫婦異国籍が生じることを容認したものであって、きわめて異例のことであった。但し、このような妻には、帰化を容易にするため、帰化条件をすべて免除した簡易帰化を認めること(第一四条)によって、夫婦国籍同一主義の原則を守ろうとした⁽³²⁾。

②父又は母が日本国籍を取得した時にその本国法により未成年者である者(第一五条第一項) 但し、子の本国法に反対の規定ある場合が除かれている(同条第二項)。本国法上の未成年者であることを条件としたのは、認知による子の国籍取得の場合同様、行為能力ある成年者の国籍変更はその自由意思に任せようとしたものであり、第二項の規定は、第一三条第二項同様、国籍の衝突を避けるためであった⁽³³⁾。

(4) 国籍の随従喪失をする者

①日本の国籍を失った者の妻及び子で其者の国籍を取得した者(第二二条) この規定は、(3)の①及び②の裏返しの規定であるが、立法に際して日本が参考とした諸国の立法例には、妻子の随従取得は認めるが随従喪失は認めない例の方が多かった⁽³⁴⁾。それにも拘らず、この規定が設けられたのは、夫が外国人となり夫の戸籍に妻子のみが残ることとなると妻子が単独で一家を創立することになるので、これを避けようとしたものである⁽³⁵⁾。但し、日本国籍を喪失した者と同一の国籍の取得を条件としていることで、随従喪失する者が無国籍となることを防止する配慮がみられる⁽³⁶⁾。

以上のように、旧国籍法においては、涉外的な身分行為の殆どに、明治民法上の強固な「家」制度と平仄を合わ

せた国籍の得喪が広範に定められていた。外国人が日本人との身分行為により「家」に入る場合には、日本国籍を必ず取得させ、其の場合には、重国籍が発生しても止むを得ないとの立場がとられていた。他方、日本人が外国人との身分行為により、あるいは元外国人が日本人との身分行為を解消して、「家」を去る場合には、国籍を喪失させるのが原則であったが、この場合には、無国籍の発生を避けるため、例外が設けられていた。日本人となつてゐる者は、「家」を出ても新たに「家」を創立することができたからである（明治民法第七四〇条、第七四二条参照）。しかし、いずれの場合の国籍の得喪も、本人の意思にかかりなく生じ、また、男女は不平等に扱われていたのである。

ii) 旧国籍法の改正

旧国籍法は、自己の志望による外国国籍の取得及び身分行為に基づく日本国籍の喪失については定めていたが、本人の意思に基づく国籍の喪失である離脱は認めていなかった。そのため、生地主義を採る米國等へ移住した日本人移民を父として生まれた嫡出子又は日本人を母として生まれた非嫡出子は、出生によつて二重国籍となつたまま、たとえ本人が日本国籍の離脱により重国籍を解消しようと望んでも、それは不可能であつた。このような場合に国籍の離脱を認めないことは、国籍自由の原則に反し、重国籍者に不利益をもたらすものであつた。事実、米國では、日米二重国籍者への差別的取り扱ひの恐れが生じており、在米日本人保護のためには、本人達が日本国籍を喪失することを選択できるように国籍法を改正する必要があつたのである。改正は大正五（一九一六）年に行われ、外國で生まれたことによつて其の國の国籍を取得した日本人がその國に住所を有するときは内務大臣の許可を得て日本の国籍を離脱することができることとなつた（第二〇条ノ二第一項）。⁽³⁷⁾しかし、この離脱の規定は、一七歳以上の兵役の義務のある者及び現に文武の官職にある者には適用されなかつた。⁽³⁸⁾

なお、この改正で、日本人女が外国人の妻となったときには無条件で国籍を喪失することを規定していた第一条が改められて、妻の国籍喪失は夫の国籍の取得を条件とすることとなったことは前述した。

しかし、大正五年の改正によっても、生地主義国で出生して重国籍者となった日本人のうち兵役義務のある者は日本国籍の離脱を認めなかったことが、日本の軍国主義の現れの一つであると問題視されるに至ったことなどが要因となって、旧国籍法は大正一三(一九二四)年に再度改正された。⁽³⁹⁾この改正により、まず、勅令で指定する外国で生まれ、その国の国籍を取得した日本人は、国籍留保の意思を表示しないと出生に遡って日本国籍を喪失することが定められた(改正後の第二〇条ノ二第一項)⁽⁴⁰⁾。たしかに、不留保は本人の選択であるといえるが、生来有していた国籍の当然喪失という重大な効果が、喪失への積極的な意思の表明ではなく、不留保という不作為によりもたらされるといふ点に着目すれば、この制度は、本人の意思の尊重であるとは必ずしも言えないであろう。

次に、第二〇条ノ二第二項で、第一項で日本国籍を留保した者、または、勅令による指定前に指定された国で出生によりその国の国籍を取得した日本人が、其の国の国籍を有しかつ其の国に住所を有するときは、その志望により日本の国籍を離脱することができることが定められた。この場合には、離脱に内務大臣の許可を不要とした点で、本人の意思の尊重の点では、前進といえるであろう。しかし、勅令で指定された国以外で出生したことによって其の国の国籍を取得した者についての規定である新設の第二〇条ノ三では、改正前の第二〇条ノ二第一項がそのまま受け継がれ、離脱に法務総裁(改正前の内務大臣)の許可が必要とされていた。

以上の検討から理解されるように、旧国籍法においては、家族制度の影響を受けていなかった旧民法人事編にみられた、国籍の選択制のような個人の自由意思の尊重や、ある程度の男女平等への志向は、「家」制度の強い影響の下で、影をひそめたのである。もともと、大正年間の旧国籍法の改正により設けられた国籍の離脱制度は、その

主眼が、特定の生地主義国で生まれたために二重国籍となった日本人が被る不利益の解消にあったため、限定的であつたとはいえ、国籍非強制の原則の見地からは一歩前進であつたと言えるであらう。

(6) この点については、平賀・前掲(上)一〇頁、四四頁、四九〜五〇頁、五六〜五七頁、六一〜六四頁参照。

(7) この布告については、平賀・前掲(上)一二三〜一二五頁、小島和司「明治前期国籍立法沿革史」法学三九卷一四四〜一四八頁、田中康久「日本国籍法沿革史」(一)戸籍四五四号三〜四頁、二宮正人「国籍法における男女平等」(一九八三年)二一八〜二二〇頁参照。

(8) 外国人との婚姻に、日本人間の婚姻には必要とされない婚姻そのものへの政府の許可を要することとしたのは、そのような婚姻に日本国籍の得喪を認めるがゆえであつたと解される。婚姻による自動的な国籍の賦与は、国籍取得のための偽装婚姻の有無、日本人としての適格性の有無の判断が必要であるし、また、外国人との婚姻による日本人女の日本国籍の喪失は、日本の土地所有ができなくなるという重大な効果が伴ったから、婚姻につき慎重な判断が必要であると考えられたからであらうと解される。(田中・前掲(一)戸籍四五四号三〜四頁参照)。

(9) 諸国の国籍法における夫婦国籍同一主義については、二宮・前掲の第一章第二〜四節で詳細に論じられている。

(10) 平賀・前掲(上)一二四頁参照。

(11) この改正は、明治三二年七月九日法律第二二号「外国人ヲ養子又ハ入夫ト為スノ法律」により行われた。改正の内容は、日本人が外国人を養子又は入夫とするには、内務大臣の許可を必要とし、内務大臣は、その者が引き続き一年以上日本に居住していないとき、又は品行端正でないときには許可を与えることができないこととする一方、外国人と日本人の婚姻一般についての許可を不要とした。明治三二年に国籍法(旧国籍法)が制定されることが予定されていたにも拘らず、このような改正が行われたのは、同法に先立ち制定された民法(明治三一年法律第九号)及び旧戸籍法(明治三二年法律第一二号)との関係で、入夫の場合の取り扱いを明らかにする必要があつたためではないかと推測されている(田中・前掲(一)戸籍四五四号四頁)。

なお、この太政官布告についての明治九年の寺島宗則の改正案、および、この布告を廃止して「内外人結婚条例」に変えようとするその後の試みについては、小島・前掲一四八〜一五七頁参照。

- (12) 我妻栄「戸籍制度百周年にあたって」日本戸籍の特質(昭和四七年)六〇七頁。任申戸籍に至るまでの戸籍制度の歴史については、谷口知平「戸籍法」【新版】(昭和四八年)一〇七頁参照。
- (13) 田中・前掲(一)戸籍四五四号五頁。なお、小島・前掲一三九―一四三頁、田代有嗣「戸籍法と国籍法との交錯」民事月報二二巻六号三―四頁参照。
- (14) これに先立つ明治三(一八七〇)年に、政府は、個人を特定するために、それまで支配階級にしか認められていなかった「氏」(苗字)を、一般の国民が公的に名乗ることを認めていた。そして、明治八(一八七五)年には、国民に氏を名乗ることが強制されたのである。その経緯については、福島正夫「利谷信義」明治以後の戸籍制度の発達、「家事裁判」家族問題と家族法Ⅶ(一九七四年)三〇九―三二〇頁参照。こうして、日本人はすべて氏をもつこととなり、明治民法では、「戸主及び家族ハ其家の氏ヲ称ス」(第七四六条)と規定されて、氏は「家」の称号となる。このことは、氏の得喪変更が「家」の出入りを表すこととなり、国籍の得喪に結びつくのである。
- (15) この順位は明治三二年戸籍法に踏襲された。
- (16) 谷口・前掲八頁、福島「利谷・前掲三〇七頁参照。
- (17) 旧民法人事編第二章 国民分限(七条―二八条)全文は、平賀・前掲二二六―二二七頁、小島・前掲一九四―一九六頁、田中・前掲(一)九頁―一〇頁ほかに掲記されている。なお、旧民法人事編の起草・検討作業と併行して、単行法としての国籍法の法案の作成作業が行われていたこと及び明治二四(一八九二)年の帰化法案については、国友明彦「家族と国籍」【個人と家族】(日本と国際法の二〇〇年第五巻第五章)(二〇〇一年)一〇一―一〇三頁参照。
- (18) 旧民法は、明治二六年に施行されることになっていながら、いわゆる法典論争(又は法典争議)の末、結局、施行されなかった。その主たる理由は、人事編が日本古来の倫常を破壊し、伝統の祖先崇拜家父長的家族制度思想に反する、というものであった。旧民法の財産編は刑法、治罪法同様、明治政府に招聘されて来日したフランス人の法律学者ポアソナードを中心に起草されたが、人事編については日本の古来からの慣習を斟酌する必要があることから、日本人委員により起草された。とはいえ、人事編第二章の国民分限に関する規定には、市民の自由・平等を謳った一七八九年のフランスの人権宣言を経て成立した一八〇四年のフランス民法典の影響を看取することができる。なお、旧民法が施行されなかった経緯については数多くの文献があるが、さしあたって、谷口知平「石田喜久夫編」【新版注釈民法】(1)(昭和六三年)一四―一七頁【谷口】参照。

(19) 第七条は次のように規定していた。

第七条 日本人ノ子は、外国ニ於テ生マレタルトキト雖モ日本人トス

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

父ノ知レサルトキハ子ハ母ノ分限ニ従フ

一 父母共ニ知レサルトキハ日本ニ於テ生マレタル子ハ日本人トス若シ其出生地ノ知レサルトキハ現ニ日本国内ニ在ル者ハ日本人トス

(20) 但し、その条件及び方式は特別法に委ねられていた。しかしどのような帰化法を定める予定であったかは明らかでない(田中・前掲(二) 戸籍四五五号一九頁参照)。

(21) 第八条および第九条の規定は次のようなものであった。

第八条 左ノ場合中ノ一ニ在ル子ハ日本人ノ分限ヲ選択スルコトヲ得

第一 父カ外国人タルモ母ノ日本人タルトキ

第二 外国人ノ子タルモ日本ニ生マレタルトキ

第三 日本人ノ分限ヲ失ヒタル者ノ子ニシテ其分限喪失ノ後ニ生マレタル者ナルトキ

第四 帰化人ノ子ニシテ成年者ナルトキ

第九条 日本人ノ分限ヲ選択セント欲スル子ハ本国法律ニ従ヒテ成年ニ至リシ時ヨリ一个年内に其ノ意思ヲ申述シ且其申述ヨリ一个年内に住所を日本に定ム可シ

(22) 旧国籍法の編纂過程については、田中・前掲(六) 戸籍四六二号九一〇頁、国友・前掲一〇三〜一〇四頁参照) 旧国籍法は、前述の旧民法人事編の規定を土台としてこれをさらに近代化したものといわれているが(平賀・前掲書一

三三頁)、(註17)で触れた、旧民法人事編の起草・検討作業中に併行して行われていた別の国籍法案の影響の方が大きいとの指摘がある(田中・前掲(一) 戸籍四五四号八頁参照)。

(23) 明治民法上の「家」は、戸主と家族の構成する団体であった。「家」は、戸籍上の「戸」にあたり、戸籍によって表示され、証明された。日本の国籍を有するものは必ず法律上の「家」に属し、逆に、日本人でなければ「家」に属することができず、戸籍に登録されなかったから、国籍の取得は「家」に入ること、その喪失は「家」を去ることを意味

した。つまり、日本国籍は、民法上の「家」制度および戸籍と不可分に結びついていた。

(24) 理由は次のように述べている。「本案立案ノ方針ニ関シテ最モ注意セル事項ニアリ第一我国特有ノ家族制ニ適セシムルコト第二国籍ノ衝突ヲ避クルコト是ナリ」。国籍の積極的衝突と消極的抵触の「此二種ノ衝突ハ共ニ国家ニ害アルヲ以テ本案ニハ努メテ之ヲ避ケタリ然レトモ第一ニ注意スヘキハ我国特有ノ家族制ニ適セシムルニ在ルヲ以テ之カ為タメ国籍ノ衝突ヲ避クルコト能ハサル場合アルヲ免レス」法務省民事局第五課「国籍法審議録(一)」戸籍二七六号三二頁。

(25) 「家」は戸主権をもつ戸主により統制され、戸主の地位の相続によつて、「家」が継承された。そして、戸主となるべき者は当然日本人でなくてはならなかったから、戸主の日本国籍喪失は家督相続の開始原因であつた(明治民法第九六四条第一号)。したがつて法定推定家督相続人となる可能性のある子には、「家」の存続のために、例外を設けてでも日本国籍を取得させる必要があつたのである。

この旧国籍法第二条の規定が明治民法の入「家」及び去「家」と平仄をあわせていることは、第一項が明治民法第七三四条第一項の「父カ子の出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ其家ヲ去リタルトキハ前条ノ規定ハ懐胎ノ始めニ遡リテ之ヲ適用ス」という規定中の、「其家ヲ去リタルトキハ」を「日本ノ国籍ヲ失ヒタルトキ」と書き替えたものと同じであり、第二項が同民法同条第二項と全く同じ文言であることから明らかである。つまり、国籍の取得は「家」に入ることであり、国籍の喪失は「家」から去ることと同義であつたのである。

(26) ①及び②の婚姻は涉外婚姻であるので、当然準拠法が問題になる。明治民法と同時に制定・施行された法例の第一三条は、婚姻の實質的成立要件につき、現行法例同様、各当事者の本国法に依らせていたから、反致が成立しなれば、外国人はその本国法上の要件を備えていればよかつたが、②の入夫婚姻の場合には、これに加えて註(11)で記した「外国人ヲ養子又ハ入夫ト為スノ法律」に定める要件を当該外国人が充たしていなくてはならなかつた。なお、昭和二年の改正前の法例第一四条では、「婚姻ノ効力ハ夫ノ本国法ニ依ル」に続けて「外国人ガ女戸主ト入夫婚姻ヲ為シ又ハ日本人ノ婿養子ト為リタル場合ニ於テは、婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ル」という規定が設けられていた。しかし、入夫婚姻が成立すれば夫は日本人となるので、この規定は、単なる注意規定にすぎないと解されていた(久保岩太郎「国際私法概論」(昭和二年)一一三頁参照)。

(27) 法務省民事局第五課・前掲(一)戸籍二七六号三三頁。

- (28) 田中・前掲(二) 戸籍四五五号一八〜一九頁、同(八) 戸籍四六八号五〜六頁参照。
- (29) 法務省民事局第五課・前掲(二) 戸籍二七七号一九〜二〇頁。
- (30) 同二〇〜二二頁。
- (31) 詳細については、田中・前掲(七) 戸籍四六七号五〜六頁参照。
- (32) 法務省民事局第五課・前掲(二) 戸籍二七七号一八頁、田中・前掲(一〇) 戸籍四七〇号一〜三頁参照。
- (33) 法務省民事局第五課・前掲(二) 戸籍二七七号一八〜一九頁。
- (34) 田中・前掲(一一) 戸籍四七一号二七頁の註164参照。
- (35) 同二七頁の註165参照。
- (36) 法務省民事局第五課・前掲(二) 戸籍二七七号二〇頁。
- (37) 田中・前掲(一二) 戸籍四七二号一四頁参照。
- (38) 兵役の義務中の者及び公務員である者の国籍喪失は第二四条で否定されていた。
- (39) 二度の改正にいたる経緯については、平賀・前掲(下) 三九四〜三九六頁、田中・前掲(一二) 戸籍四七二号二二頁以下及び同(一三) 戸籍四七七号一〜一〇頁参照。
- (40) このような留保届制度は、参考とされた当時の各国の国籍立法例にも例がなかったようである(田中・前掲(一三) 戸籍四七七号一一頁)。

