

国籍法上の父系優先血統主義と両性平等

——ドイツ連邦憲法裁判所判決（翻訳）——

澤 木 敬 郎

まえがき

わが国籍法第二条第一号ないし第三号は、出生による日本国籍の取得につき、父系優先血統主義を採用している。その結果、外国人と婚姻した日本人女性の嫡出子は、日本国籍を取得しえないばかりでなく、夫の本国の国籍法の内容によっては、無国籍者となっている。そしてこのような現実に対して、右の規定が両性平等原則に反するとして、裁判所に国籍確認訴訟が提起され、あるいは、国籍法改正の議員立法が国会で提案されている。

右規定の合憲性について、これまで、わが国では殆んど議論がなされてこなかったが、わが国と同様の規定を持ってい

たドイツ、フランス、スイスなどでは、近年、それを両性平等原則に合致するよう改正がなされた。とくにドイツにおける改正は、ここに紹介する連邦憲法裁判所の違憲判決にもとづいてなされたものであり、本判決は国籍法と両性平等との関係について、国籍の本質、国籍の牴触の防止などの論点とも関係させて詳細な判断をしたものである。

本判決における理論は、わが国の国籍法を検討する際にも、十分傾聴に値するものがあると考えられるので、ここに引用文献、引用判例などを省略したのみで、全文を紹介することとした。なお拙稿「父系優先血統主義と両性平等」（民事研修二五〇号七七頁）も参照されたい。

連邦憲法裁判所判例集三七卷二一七頁

一六事件

一 ドイツ国および邦の国籍に関する法律第四条第一項により、ドイツ人父と外国人母との嫡出子は常にドイツ国籍を取得するが、ドイツ人母と外国人父との嫡出子は、そうしないとその者が無国籍となる場合にのみ、ドイツ国籍を取得するとすることは、男女同権の原則（基本法第三条第二項）に合致しない。

二 立法者は、一九五三年四月一日以降に出生し、これまで出生によるドイツ国籍の取得の認められていなかったドイツ人母のすべての嫡出子に、ドイツ国籍取得の道を開くよう義務づけられる。

三 連邦憲法裁判所がある規定の違憲を確定したときは、その規定は——無効宣告の場合と同様に——、連邦憲法裁判所の判決の時以後、判決主文から導かれる範囲においてもはや適用されてはならない。

〔訳註〕以上の部分は判例集において、冒頭に付されている判例集の事件番号および判決要旨であり、これは判決の一部ではない。

一九七四年五月二一日第一部判決

一九七一年六月二四日の連邦行政裁判所および一九七二年八月一五日のフランクフルトアムマイン行政裁判所の中断提示決定による一九一三年七月二二日のドイツ国および邦の国籍に関する法律第四条第一項第一号の憲法審査のための手続

〔訳註〕以上の部分は、事件の表示の部分である〕

〔主 文〕

一 一九六三年十二月一九日のドイツ国および邦の国籍に関する法律を改正する法律第一条によって追加された一九一三年七月二二日のドイツ国および邦の国籍に関する法律第四条第一項は、そこでドイツ人母と外国人父との嫡出子が、ドイツ人父と外国人母との嫡出子と平等な条件の下でなくドイツ国籍を取得するものとされている限りにおいて、基本法第三条第一項、第三条第二項、ならびに第六条第二項に合致しない。

二 主文第一項に掲げた規定により、両親の一方である父のみをドイツ人とする嫡出子が出生によりドイツ国籍を取得するものとされている限り、それは、新しい立法のなされるまで効力を存続する。

【理由】

二つの提示は、母のみがドイツ国籍を有する嫡出子によるドイツ国籍の取得に関する法規の合憲性に関する。一九六三年一月一九日の改正法の文言による一九一三年七月二二日のドイツ国および邦の国籍に関する法律、——以下国籍法という——第四条第一項は、次のように規定する。

第四条

(1) 出生により、ドイツ人男の嫡出子は父の国籍を、ドイツ人女の非嫡出子は母の国籍を取得する。ドイツ人女の嫡出子は、そうしないとその者が無国籍となるときは、出生により母の国籍を取得する。

(2) (略)

A

一

国籍法は国家法である。若干の国際法原則に関係なく、各国家は、ある者が、いつ、いかなる条件の下で、その国籍を取得し、または喪失するかを、独自に定める。しかし、いかなる国家も、他国の国籍の取得または喪失についての規定を設けることは、国際法上権能がない。それ故、実定国際法は、重国籍を禁止していない。重国籍は、主として、各国家

が国籍の取得の規制に際し、異なる連結点を採用し、選択された原理が交差することから生ずる。

出生による国籍の取得に関する各国の規制は、それぞれ相互に著るしく異なっているけれども、それらは二つの基本原則に整理される。すなわち、国籍は、自国民との血統によって(血統主義)、または国家領域内での出生(生地主義)によつて取得される。この両主義が相互に結合されることも稀ではない。

二

一 連邦共和国においては、多くの改正や追加はあったにせよ、一九一三年七月二二日のドイツ国および邦の国籍に関する法律が、今日でもなお国籍法の重要な基礎をなしている。出生による国籍の取得に関するその規定は、ドイツおよびヨーロッパ大陸の伝統に従つて、当初から血統主義に従っていた。

国籍法第四条第一項は、はじめは次のようであった。

出生により、ドイツ人男の嫡出子は父の国籍を、ドイツ人女の非嫡出子は母の国籍を取得する。

これは、このような伝統とともに、嫡出子の国籍の連結にあつて、父の国籍に母の国籍よりも優位を認めていた当時

の家長的社会秩序に対応するものである。なかんづく母の国籍への連結は、妻の国籍が、家族一体主義すなわち家族構成員の統一国籍の原則によって、つねに夫の国籍に従うものとされていたという理由から、そもそも問題とならなかった。婚姻した女性に独自の国籍を認めることは、帝国議会で論議はされたが、明示的に拒否された（帝国議会議事録第一三会期一九一三年五月二八日会議ならびに委員会報告書）。

二 (a) 家族、社会、国家における女性の地位の変化は、今日多くの国において国籍に関する妻の独立性が認められているという事実を導いてきた。このことは国際的には、婚姻した女性の国籍に関する一九五七年二月二〇日の国連条約において、各締約国は、外国人との婚姻の締結、その解消、婚姻継続中の夫の国籍変更のいずれも、ただちに妻の国籍に影響を及ぼすものでないことを確認するという表現になった。連邦共和国についてのこの条約の発効は目前である（一九七三年八月二七日の同意法）。しかしながら、ドイツ国籍法においては、基本法の影響の下で、家族の国籍上の一体性に反して、妻の独立性がすでに実施されている。

(b) かくして、ドイツ人女の外国人男との婚姻締結によるドイツ国籍の喪失は（国籍法第一七条第六号）、すでに基本

法第一六条第一項第二号によって制限され、一九五三年四月一日に、基本法第三条第二項の同権則ならびに基本法第一一七条第一項と合致しないものとして削除されている。同様に、ドイツ人男の外国人妻は、同じ時点から、婚姻によってもはや自動的にドイツ国民とはならないことになった（一九五七年八月一九日の第三次国籍問題解決法）。現行法の下では、ドイツ人夫の外国人妻は、ドイツ人妻の外国人夫と対等とされ、ドイツ人の外国人配偶者について若干の簡易化が帰化につき規定されているにすぎない（一九六九年九月八日の国籍法改正法により挿入された国籍法九条）。

三 婚姻した女性の国籍の独立性が認められてはじめて、国際結婚において、ドイツ人母もまたその子に自らの国籍を伝えてはならないのかどうか、または伝えないのかどうかという問題が生じた。しかし、立法者は、現在に至るまで、この点について国籍法の根本的改正への機会を持たなかった。一九六三年十二月一九日の国籍法改正法は、ただ国籍法第四条第一項に現在の第二文を追加した。すなわち

「ドイツ人女の嫡出子は、そうしないとその者が無国籍となるときは、出生により母の国籍を取得する。」

そしてこれによって、この規定を現行の文言としたのである。

この新法は、一方では一九六〇年の連邦政府に対する連邦議会の願望に起因するものであり、その願望自体は一九五九年からのヨーロッパ理事会の協議総会の勧告に応ずるものであった（連邦議会議事録第三任期一九六〇年三月十一日会議）。一九六二年二月二日の連邦行政裁判所の判決がもう一つの誘因となった。この判決によれば、国籍法四条は、ドイツ人母の嫡出子は、そうしないとその者が無国籍となるときは、今やドイツ国籍を保有しているとするように、基本法第三条第二項によって追加されたものと看做すべきであるとされた。

四 ドイツ人を片親とする嫡出子の国籍に関し、一九六三年の新法による追加まで変えられずに止まっていた規則は、連邦および邦の行政実務においては合憲と看做されてきた。法学文献においては、当初は若干の少数の学者だけが、現行法を違憲と宣言していた。

〔引用文献 略〕

そうこうするうち、とくに近年になると、この見解は多数説の地位を占めるに至った。

〔引用文献 略〕

そこでは、ドイツ人母の国籍に対する無配慮は、多くは基

本法第三条第二項の違反として、時としては基本法第三条第一項、第六条第一項および第二項の違反としても考えられていた。これに対して以下の学者は、国籍法第四条第一項前段を合憲としている。

〔引用文献 略〕

判例は知られるかぎり、ここで扱われるべき上級審への提示（以下一のおよびこの二参照）。に至るまで、この規定の合憲性を肯定してきた。

〔引用判例 略〕

三

国際結婚から生まれる子の国籍の問題は、該当する人および家族の数によって、より重要な意味のものとなる。最近二〇年間、毎年約一五〇〇〇人のドイツ人女性が国内で外国人と婚姻している。これは全婚姻数の約三・五パーセントである。ドイツ人母とドイツ人でない父との内国で生まれた嫡出子の数は、一九六〇年において約七、〇〇〇に達し、その後一九六七年までは徐々に増加し、一四、〇〇〇以上になったし、近年においては、それぞれ約一二、〇〇〇である。これに、統計的には把握されていないが、恐らく多数の外国における出生が加わる（経済と統計、一九七四年八三頁）。

四

連邦憲法裁判所によって命じられたモスラーおよびケーゲル両教授の鑑定(以下B三参照)および連邦政府の意見表明から、諸外国の比較しうる極めて多様な諸制度に関して、以下のような全体像が明らかとなる。

大多数の国は、父方または母方による国籍の付与を従来から平等に規律していたものであれ、あるいは、父系を優先するにも拘わらず、ドイツ国籍法よりは容易に、子に母方の国籍を取得させるものであれ、内国人女性およびその外国人男性との婚姻による嫡出子にたいしドイツ国籍法よりもよりよい地位を認めている。この二つのグループは、血統主義に従う法と生地主義に従う法とを同様に含んでいる。純粹の生地主義では、本来両性平等の問題は生じえないのであるが、そのようなものは存在しない。生地主義の国についても、外国で生まれた自国民の子に、一定の条件の下で国籍付与を認めるときは——そしてそれが普通であるが——男女平等の問題は生ずる。

ドイツ現行法よりもより広範に母方の国籍の取得を規定している一連の国々は、自国国籍の放棄を許し、従来の国籍の放棄を条件としてのみ母の国籍の選択を認め、あるいは——

東欧圏の多くの国のように——二国間条約によって二重国籍者について選択権を与え、そして選択権不行使の場合には、締約国のいずれかにある住所でこれを決定するなど、重国籍を避けまたは制限するよう試みている。

一 嫡出子に対する国籍の付与に関する完全な男女平等は、東欧、南欧およびアジアの共產主義国、フランスおよびアフリカの多くの親仏国、アメリカ合衆国、多くのラテンアメリカ諸国および若干の他の国々にみられる。

この平等については、部分的には人口政策上の動機もその背後に存在する(例えばフランス)。しかしそれは、主としては男女平等から導かれたのである。

二 法律上性による差別があるにも拘わらず、法的にあるいは事実上、自国民母とその嫡出子にドイツ法より好意的である国々には、内国での出生が国籍取得に通じる生地主義の国々、ならびに、出生により子が母の国籍を取得するのではないが、後に、選択、登録、母の本国での住所の取得のごとき、別の要件の充足によってこれを認める国々が属する。このグループには、とくにイギリス、および旧英連邦の多くの国、若干の西欧および南欧諸国(ベルギー、ルクセンブルグ、ポルトガル、スペイン)、そして一連のアフリカイスラ

ム国が入る。

三　そして次に、その法がドイツ国籍法第四条第一項に対応するか、または、子の無国籍の回避のために出生による母の国籍の取得をいまだ規定していない、とくに西欧および中近東の比較的少数の国が残っている。それらはヨーロッパでは、ギリシャ、イタリア、リヒテンシュタイン、オランダ、オースタリー、スイスおよびスカンジナビヤ諸国、アイスランド、フィンランドであり、この最後のものは、国内で成長した外国国籍の子が、一定の年令に達した後、宣言によって内国国籍を取得しようという規定を持っている。

四　子に対する国籍の付与にあたっての男女平等の方向への検討は、目下ヨーロッパ理事会および国連経済社会理事会の婦人の地位に関する委員会によって試みられている（ヨーロッパ理事会協議総会文書三一五九号一三頁および一九七三年一月二四日会議報告八五五頁。国連文書 E/C N 6/L660/Add. 7. 一一頁）。

B

一

提示決定は以下のような訴訟に基礎を置いている。

一　連邦行政裁判所の訴訟

(a) 原告 X₁ はドイツ国民女性である。X₁ は一九五九年以来スペイン人と婚姻しており、これによりスペイン国籍も保有している。この婚姻からは、マドリッドで生まれ、そこで両親とともに生活している三人の子——X₂ ないし X₄——ができた。これらの者は、父方によってスペイン国籍を保有している。一九六四年 X₁ とその夫は、子供達にドイツ国籍証明書を交付するよう申立てた。行政庁は、子らはドイツ人ではないという理由で、この申立を拒否した。異議、訴、控訴は、なんの成功もおさめなかった。

(b) 連邦行政裁判所は、基本法第一〇〇条第一項に従い、一九七一年六月二四日の決定によって、以下の点について連邦憲法裁判所の判決を求めた。

「国籍法第四条第一項は、ドイツ人男の嫡出子は出生によりドイツ国籍を取得するが、ドイツ人女の嫡出子はそれを取得しないとされている限りにおいて、基本法第三条第二項に合致しているか否か」

提示は以下の理由による。

出生によるドイツ国籍の取得の規定が、もっぱら血統主義に従い、そしてそこで父のみが連結されしているとすると、それは母を憲法違反な方法で不平等に取扱うものである。

すでに一九六二年二月二日の連邦行政裁判所の判決が明らかにしたように、子の国籍は、法的にはまったくとるにたらない事実上の効果と反射的效果を両親にもたらす客観的な身分であるにすぎないのではなく、むしろ国籍の取得の規制は、両親の権利義務もしくは法的に認められ保護される利益に関係している。出生による国籍の取得が血縁に連結されている以上、現在の個人の価値の尊重の下では、両親と子との多様な結びつきは、子の国籍の取得の規制について両親を無関係と看做すことを許さなかった。

男女の不平等取扱いを正当化するような生物学的区別は明白には認められない。それは機能上分業上の区別によっても支持されない。ここでは、親権についての規定の憲法的判断と同様に、平等が妥当しなければならない。

二重国籍をできるだけ避けるという国際的に承認された国籍法の理想は、それが同権原則の実現の障碍となる限り、後退しなければならない。それは、基本法第三条第二項の支配の下では、一方的に女性の負担において追求されえないものである。他方、子の二重国籍から生ずる好ましくない結果は、父母を不平等に取扱うことなしに、例えば出生によって取得した二つの国籍の一つをある年齢において決定するとい

う子の権利または義務によって避けることができる。

血縁に連結する現行法の原則について、ドイツ人女の嫡出子は、ドイツ人男の嫡出子と同様、出生によりドイツ国籍を取得するというように、国籍法第四条第一項は基本法第三条二項によって追加されたものと看做すことが、憲法に適合させた唯一の解決であろう。

二 フランクフルト行政裁判所の訴訟

原告の母はドイツ国民である。その夫はユーゴスラヴィア国民または無国籍である。この婚姻から生まれた原告は両親とともにヴェネズエラで生活し、その国での出生によりヴェネズエラ国籍を取得した。一九七〇年原告は、自己がドイツ国籍を有することの確認の申立をなした。被国市は、国籍法第四条第一項に依拠してこれを拒否した。異議申立は成功しなかった。

行政裁判所は、基本法第一〇〇条第一項に従い、一九七二年八月一五日の決定により、連邦行政裁判所の提示の対象と同一の問題について連邦憲法裁判所の判決を求めた。理由は基本的に連邦行政裁判所の提示決定に従っている。

二

一 提示に対し連邦政府の名において詳細な意見を提出し

た連邦内務大臣は、この規定の合憲性についての賛否両論を相互に対置した上で、要約して以下の如く論じている。

国籍法第四条第一項の憲法適合性についての判断は、基本法の施行以来動揺してきた。初期にはこの規定に反対する多数の憲法上の考えが表明された。これは一方では社会状況の変化に基づいている。婚姻、家族、社会における婦人の地位は、一九一三年の国籍法の制定以来根本的に変化した。今日では、男女同権は議論の余地がない。妻は、国際結婚においてもまた、家族の経済的、社会的、文化的形成に、まさに夫と同様影響を及ぼしている。国際的には、国際的協定によるものはいうまでもなく、かつてこの法を支配していた家族の法的統一性の動機は、もはや同じ重要性で支持されていない。

他方、国際的な局部的法同化および法統一の進行過程は、重国籍が今日ではもはや以前程深刻な困難さをそれ自身としてはもたらさないという結果を産む。諸国の法律実務において増大する人権の配慮、国際的な法律交通の緊密化および拡大する条約体制は、やがて例えば実効的な住所のような、事案に即した要件に連結することを許すものである。

それ故、国籍法第四条第一項は、もはや時代に適合せず、法政策および憲法政策上の疑念——おそらくは憲法上の疑念

をも惹き起す。もっとも、母と子に対するその不利益な効果は、簡易化された帰化の実務によって排除されるものであるから、この規定は今直ちに憲法違反と看做されるべきでないかもしれない。むしろ、立法者が、憲法適合性に関する疑義を除去する立法をする迄、この規定をそのままにしておくこともできよう。ここで、法的根拠を必要とする身分関係の規定が問題となっていることを配慮しなければならない。法律のない状態は、現在の規定より以上に憲法に接近したものはならないであろう。連邦政府は、今会期において新法を制定することを希望する。

この意見表明を補充するものとして、連邦政府は、多様な資料、とくにドイツ人母と外国人父の子の帰化実務、重国籍の事例の分類、ならびに他の法秩序において重国籍の除去のために発展させられてきた諸解決の分類を提出した。

二 連邦通常裁判所（第四民事部）もまた、独自に、基本法第一〇〇条第一項に従い、一九七二年二月二〇日の決定により、国籍法第四条第一項が基本法第三条第二項に合致するかという問題を連邦憲法裁判所に提示していた。この提示は、原審の判決のためにその国籍が問題となっていた子の帰化によって、結着がついた。しかし、管轄民事部は、連邦憲

法裁判所の発議に従って、提示決定の理由を連邦憲法裁判所法第八二条第四項第二文による連邦行政裁判所の提示への意見と諒解すべきであると宣言した。このようにして、当該部は、国籍法第四条第一項の基本法第三条第二項への適合性の問題について基本的に連邦行政裁判所の提示決定に与し、以下のように補充的に述べている。

二重国籍が子供にとってそれ自体主要な不利益をもたらすかどうかは、決定しないでおくことができる。個々の利益の衡量の結果は、いずれにせよ決定を与えるものではない。疑わしい場合には、ドイツで生活しているドイツ人母の子にとっては、ドイツ国籍を保有していることは利益であると看做さるべきであろう。しかし、国際結婚をした母にとつて、もしその間の嫡出子が夫の国籍のみを取得するとするならば、夫に対して不利な取扱とみえようが、もし子が母の国籍のみを取得することとすれば、反対にそれは父の不利な取扱と看做されるべきであろう。二重国籍は国籍法第四条第一項の規定の代りに導入される合憲な規定の不可避の結果であるというのではない。補足的解決は、出生地への連結(生地主義)の場合にもまた生じうるものなのである。

三

連邦憲法裁判所は、モスラー(ハイデルベルグ、マックス・プランク外国公法国際法研究所)、ツワイゲルト(ハンブルグ、マックス・プランク外国私法国際私法研究所)、ケーゲル(ケルン大学付属国際私法外国法研究所)の三教授に対し、公法および国際私法の観点から、裁判所に提示された法律問題およびそれとの関係で一定の個別問題について鑑定意見を發表するよう依頼した。主要問題につき、モスラーおよびケーゲル鑑定は、国籍法第四条第一項が基本法第三条第二項に合致しないという結論に到達した。これに対してツワイゲルト鑑定(校閲者ノイハウス教授)は、この規定を憲法違反でもないし、改正の必要もないとしている。豊富な資料に裏付けられた鑑定人の論述から、以下のことが指摘されるべきである。

一 モスラー鑑定

(a) 基本法および民法に従って、共通の嫡出子に対し同権とされた両親の地位は、両親のそれぞれの血統について平等に連結することを立法者に憲法上義務づけているかどうかは、出生による国籍の取得の嫡出の父への連結とともに、法秩序によって彼に個人として帰せしめられた地位が発生する

かどうかは依存する。このことは肯定すべきであろう。何故ならば、国籍は、親子関係における多くの権利義務についての連結だからである。それ故、国籍を付与した父がその関係で権利を持つとするならば、それは基本法第三条第二項により母にも帰属しなければならない。

(b) 嫡出の母への血統主義の拡張は、二重国籍を有する子の数を増加させるであろうけれども、妻の平等を妨げるような国際法上の規範は存在していない。

家族の統一国籍への要請は、国際的には、すでに第二次世界大戦以前に弱められてきていた。しかしながら、血統主義の連結を嫡出の母に拡張することについての、一般的な国際的意思統一は、より強くなりつつある潮流ではあるが、なお確立されてはいない。

重国籍の弊害については、広範な国際的一致が成立している。しかしながら、個別的には、二重国籍が害であるのか、そしてどの程度害であるのかの決定は、関係国の立法が、国籍身分にどのような具体的内容を結びつけているかに依存する。例えば、自国民と外国人の平等取扱ならびに重国籍の法同化は、かなりの程度に問題性を取り除くことができよう。ともかく現在の状況の下では、重国籍はなお望ましくないも

のままである。しかしながら、新しい重国籍の場合を避けるという観点は、家族法の領域における連結については、もはやそれ程は注目されなくなっている。嫡出子の国籍の連結の母への拡張は、妻の国籍に対する婚姻の自動的な効果の廃止と同一線上にある。そこでより重視すべき視点は、両親の権利の平等取扱のみではなく、これまで父に集中していた家族の一体性に、母との結び付きの道を開くことによる子の利益である。

(c) 現在の法律状態では、ドイツ国籍のないことは、ドイツ人母およびその外国人との婚姻による子にとって不利益に働らく。現行ドイツ法の詳細な検討が明らかにするように、法律および二国間条約によって、重要な問題についてドイツ人と非ドイツ人の平等取扱はすでになされている。それにも拘わらず、しかし、外国国民は、なお広範にドイツ人の法的地位を保有していない。とくに母と子の異なる国籍は、基本法第六条第二項により母に帰属する親の権利義務の行使について、不利益に作用する。子にとって二重国籍の不利益はそれ程大きくはないのであるから、子供の利益を考慮して、嫡出の母を父と平等にすることは放棄されてはならない。

(d) 血統主義の母への機械的な拡張の外にも、両親の同権

は別の方法でも考えうる。父母の形式的絶対的平等とともに、法技術的に細目化されてはいるがしかし両親を実質的に平等にする規則についても、種々のモデルが選択の余地がある。機械的に作用する法律規定によって同権を結果するのではなく、それを母の意思表示にかからせ、または子供に、成年に達した後、父または母に由来する国籍の放棄権を認め、または、二つの国籍の一つを決定することを強制することによって二重国籍の事案の増加を阻むことも、いずれの解決も合憲であろう。

要するに、両親と子との間の関係にとって平等な国籍は、基本法第六条第二項の意味における親の権利義務の行使についても、また基本法第六条第一項（家族の一体性）の観点の下でも重要である。国籍法第四条第一項による同権の違反は、機能的区別によってもまた生理的区別によっても是認することはできない。

二 ツワイゲルト・ノイハウス鑑定

(a) 国際私法および国際民事訴訟法の視点からは、出生による国籍の取得の一定の規則についての決定的利益は確定しえない。

現行のドイツ国際私法によれば、子の国籍はその親との関

係にとって殆んど意味を持たない。準拠法の決定にあたっては、常に子の国籍ではなく親の国籍が基準となっている（民法施行法一八条、一九条、二二条、二四条、二五条）。一九五六年の子の扶養に関するハーグ条約、一九六一年の未成年者の保護に関するハーグ条約によって、民法施行法一九条は、子の常居所地への連結へ大幅に変更された。未成年者保護条約の第三条のみが、法律上成立する権力関係、すなわちとくに、法律によって与えられる親権について、子の国籍に連結している。すなわち要するに、嫡出子自身は、ドイツ国籍を取得しないことによって、いかなる場合にも私法的不利益を蒙らないのである。母についても、直接的な母子関係において、恐らく同じことが妥当する。

これに対して、未成年者のその他の法律関係および成長した子については、人事、親族、相続法の領域で国籍への連結が支配しているため、ドイツ国籍の非保有は、重大な不利益を（または利益をも）生じさせうる。しかしそこでは、母と子について外国法を適用することがドイツ法を適用するよりも、より有利となることがありうるということを考慮すべきである。ドイツ法の適用は、必要な場合には、公序則の助けによって貫徹することもできる。子が成年に達した時、それ

が父の本国法や出生地の法よりも、ドイツ法秩序とより密接に結びついていると思われるときは、子に対し将来の帰化を簡易化することで、生じうる不利益の防止は恐らく十分である。

(b) 二重国籍は、本人のためにも、またとくに国際私法の立場からも拒否さるべき害悪である。すべての法秩序は、自国民については第二の国籍の保有を無視するのが常であるため、二重国籍は、法の権威を傷つけ、実務的にも望ましくない、内外国における矛盾した判決を容易にもたらすのである。連邦共和国におけるドイツ法の適用がもたらし得る一時的な利益は、他の本国法との将来の牴触によって償われる。さらに国際協調についての基本法の決意は、一九六三年の重国籍の減少に関するヨーロッパ理事会決議とともに二重国籍の場合の増加に反対するものである。

二つのグループの子の間に形式的平等を、相対的によりよく実現すること——すなわち、両親の一方をドイツ人とし他方を外国人とするすべての子の内国における出生によるドイツ国籍の取得——これもまた実際上の平等を創り出すものではない。すなわち、ドイツ人母の大部分の子は、ドイツ人父の子とは違って二重国籍者となるであろう。というのは、多

くの外国人配偶者の本国法は、ドイツ人父と自国民母の子よりも、より容易に、ドイツ人母と自国民父の子に国籍を付与するからである。

(c) 国際結婚におけるドイツ人母の子とドイツ人父の子の形式的平等のためのあらゆる解決には疑問がある。最初には、新原則による立法で、つぎの方式で血統主義と生地主義を結合することが考えられた。すなわち、ドイツ人の子は常にドイツ国籍を取得し、外国人間の子はいかなる時にも取得しないが、両親の一方のみがドイツ人の時は、ドイツ国内で出生した時にのみドイツ国籍を取得するという方式である。しかしながら、二重国籍の場合の不可避な増加をみると、この解決は、ドイツ国際私法の立場からは、それ程明白な改善をもたらすものではない。それに対して、外国における後日の調査からドイツ国籍の法定取得の再変更ということが、法的不安定さをもって起りうるのである。

三 ケーゲル鑑定

(a) 無国籍ならびに重国籍を回避することが諸国の強い利益であるというのは、その根拠として、国家にとって国籍は一方でその構成要素の一つに関係するということがある。重国籍は真の牴触を導き、他国との緊張を惹起しうるものであ

る。多数の国家に属する市民もまた、とくに多数の兵役義務の抵触により、そこで苦しむことになりうる。しかしながら、二重国籍はその者にとって有利となることもありえよう。確かにドイツ人母の嫡出子は、国外退去命令から全く安全に身を守るためにも自らがドイツ人であることに、一般に強い利益を持っている。そして、ドイツ国際私法によれば、現在の本国法主義は、子が最も密接に結びついている法秩序の適用を殆んど認めていない。

(b) 嫡出子の国籍に関する新立法は、ドイツ人母の嫡出子と連邦共和国との対立する利益を調整するものでなければならぬ。男女同権（基本法第三条第二項）は連結点の選択にあたって維持されねばならない。血統主義に従う以上——基本法第一一六条第一項におけると同様に——母の国籍は父のそれと同様に妥当すべきである。子供は——少なくとも幼年期においては、一般に母により近いのであるから、母の国籍は、完全に同等な重みでいやそればかりか、より重く考慮すべきであろう。父の国籍の優位を回避し、そしてまた二重国籍が国家利益に逆行すること、および明らかに子供の利益にものならないことも考慮した新立法は、国籍が、主観的側面として帰属感を、客観的側面として生活共同体を持つというこ

とから出発すべきである。生活共同体は、今日法律的には通常、常居所として理解されている、一国内における生活によって具体化される。帰属感は、国籍の任意取得（選択）によって、帰属感の欠如は拒否（放棄）によって表現されえよう。このような基本原則に立って追求され、子の意思を尊重した解決は、屢々偶然である子の出生地から導かれるべきではなく、子の出生時の母の常居所から導かれるべきである。それ故、国籍法第四条第一項の改正としては、以下のような折衷的解決が望ましい。

I 両親の一方をドイツ人とする嫡出子は、出生により原則としてドイツ国籍を取得する。但し以下の場合には国籍を取得しない。

(a) 母のみがドイツ人であって、出生の時、父の本国に常居所を有しているとき。

(b) 母が外国人であって、出生の時、

その常居所をその本国、または父母のいずれもが属しない第三国に有するとき、もしくはいかなる常居所をも有しないとき。

子は、そうしないとその者が無国籍となる場合は、(a)、

(b)の場合においてもまた、国籍を取得する。

II 両親の一方をドイツ人、他方を外国人とする子は、成年に達した後一年以内に、ドイツ国籍を放棄することができる。但しこの者が、出生により、またはその後、両親の他方の外国国籍を取得しているときに限る。

III 第I項の規定により、出生によりドイツ国籍を取得しない、両親の一方をドイツ人とする子は、成年に達した後一年以内に、ドイツ国籍を選択することができる。但しこの者が外国国籍を放棄したときに限る。

四

一 その意見表明で予告したように、連邦政府は、一九七四年三月、国籍法改正法案を提出した。これによれば、嫡出子は、その両親の一方（父または母）がドイツ人であるときは、出生によりドイツ国籍を取得すべきものとされる。重国籍を有するいかなるドイツ人もドイツ国籍を放棄する権利を保有する。

規定された経過規定は、法律の施行以前に生まれたドイツ人母の嫡出子であって、出生によりドイツ人とならなかった者に、法律の施行までに満二才に達していないときは、一定の期間内にドイツの帰化官庁にたいする宣言をすることによってドイツ国籍を取得する権利を与えている。これによ

り、該当者の意思に反するドイツ国籍の不利益な付与は排除されている。この宣言をする権利の未成年者への限定は、ドイツ国籍の取得の利益を持っていたドイツ人母の成年の子は、この間に帰化をしており、これまでそのような希望を表明してこなかったその他の子に、今なおドイツ国籍取得の権利を認める理由がないということで正当視される（第三条第二項第一号aへの理由）。

二 一九七四年三月末、連邦議会にキリスト教民主同盟およびキリスト教社会同盟によって提出された国籍法改正法案は、同様に、子が同時に外国国籍を取得するかどうかを顧慮することなく、ドイツ人母とドイツ人でない父の子によるドイツ国籍の取得を認めている。しかしこれによれば、連邦政府草案と異なり、一九五三年四月一日から法律の施行までの時期に生まれたドイツ人の嫡出子は、そうしないとこの者がドイツ人とならないときは、この者が一年の期間内にドイツ国籍を拒否しないかぎり、出生により常に母の国籍を取得する。

C

二件の提示を認容する。

一
憲法審査のため提示された国籍法の規定は憲法以後の法である。

国籍法第四条第一項は、一九一三年の国籍法制定以来、その内容についてもその文言についても変更されることなく妥当している。しかし立法者は、基本法の発効後行なわれた法改正により、その意思で、この憲法制定以前の規定を受け入れたのである（判例引用 略）。このことは、おそらく、一九六三年一月一九日の改正法から明らかとなる。これにつき、改正法第一条の文言は、従来の国籍法第四条第一項の内容に新たに付加された第二文が「追加」されるとしている。なかんづく、新たに付加された規定は内容と目的において従来のものと密接な関係にあるのでそれは、そのことから当然に、変更されなかった部分をも含む憲法以後の立法者の意思決定であると推断すべきである。

二

一 行政裁判所の原訴訟での決定によってドイツ人母と外国人父の嫡出子の国籍についての規定が憲法に合致するかどうかだけが問題とされている。裁判所は、適切な限りにおいて、提示を国籍法第四条第一項第一文の対応する部分内容に

限定した。他方、提示決定を超えて、国籍法第四条第一項第二文もまたこの規定に含まれなければならない。なぜなら——後述するように——第一文と第二文をあわせて、いわゆるドイツ人母の嫡出子というグループが明らかになるからである。

二 連邦行政裁判所は、ドイツ人母の嫡出子はドイツ人父の嫡出子と同様、出生によりドイツ国籍を取得するというように、国籍法第四条第一項は基本法第三第二項によって追加されたと看做すべきであるとしているが、これは、その裁判所が——権限ある裁判所のみがなしうるような——実定法の合憲な解釈をなしうるものと理解さるべきではない。この議論によって、この裁判所は、その見解によれば、違憲性は必然的に、原訴訟における訴が認容される結果を伴って、不文の追加を結果すべきであるということを表明したのであるう。

D

国籍法第四条第一項の、両親の一方のみをドイツ人とする嫡出子の国籍に関する規定は、基本法に合致しない。なぜなら、それは、ドイツ人母の子に、ドイツ人父の子と平等の基準でドイツ国籍の取得を可能としないからである。

国籍の付与決定について、それを、各国家がその評価に従って——せいぜい専断禁止の制限を受けて——採用しようところの、法政策的視点からする国民の限界決定として取扱う従来支配的であり、一部では現在も尚みられる観念は、基本法の意味における民主的社会的法治国家の理解と相容れない。この理解は憲法上は、すべての国家権力が国民に由来すること（基本法第二〇条第二項）、意思形成は国家機関から国民へではなく反対に、国民から国家機関へと実現すること、そして、各個人が国籍の保有によって結びつけられる国民の権利義務は、同時に全共同体の憲法的基礎であることによって特徴づけられる。その国籍が原則として奪いえないものとして保障されていることは（基本法第一六条第一項）、自由な市民の自由な民主的共同体との内的関係に対応する。このように重要な身分の取得に関する決定が、国家機関の自由な意向によりうるとする見解は、何ものとも一致しないであろう。またこれに関する規定が容易に、事物や体系に即して形成されることも満足ではないであろう。むしろ当該規定は、それがとくに基本法に表示されたような憲法の根本判断を尊重し、その実現に寄与するものでなければならない。各

人の家族結合に連結する、出生の結果としての国籍の付与に関する規定は、それ故、憲法が両性の関係、家族における関係およびその国家に対する関係を関係させて特徴づけ決定しているという、価値判断の基礎の上にのみ正しく決定することができる。基本法第三条第二項の男女同権の原則および基本法第六条の親権は、これまでとの関連で、かかる価値判断として基準となる。

二

一 国際結婚による嫡出子の国籍に関する現行規定は明らかにドイツ人たる両親の性による差別に基づいており、それはドイツ人母の地位にもその嫡出子の地位にも関連する。ドイツ人父の子は、その両親がそれを望んでいるか、それが彼等の利益になるか、家族が恒常的住所を持っている外国または内国で子が生まれたかを考慮することなく、とくにまた、子が母の本国の国籍法もしくは出生地の国籍法によって同時に外国の国籍を取得することになるかどうかを考慮することなく、出生により自動的にドイツ国籍を保有する。これに対して、出生により外国国籍を取得するドイツ人母の子は、家族が連邦共和国に居住し、子がそこで成長するというような事情から、子やその両親がそれについて利益を有している場

合でも、ドイツ国籍の取得から排除されている。それは、すべての外国人に認められている帰化という方法によってのみドイツ国籍を保有することができる。しかし帰化は、前述のような、選択、登録、母の本国での住所取得による、該当者の意思に依拠する国籍取得の可能性(上記A四・二)とは、同視しえないものである。それは、帰化については、請求権は成立せず、むしろそれについての判断は帰化官庁の裁量に依存するという点で、意思による取得と本質的に異なる。この状態の下では、連邦内務大臣と各邦の内務大臣の間で決定された、ドイツ人の子のための帰化についての審査方法の個別的簡易化の規程が認めているもの次第になる。

二 この差別は、まず、ドイツ人母の子が国籍によって表現される構成員としての結合の基本関係および連邦共和国の国家共同体への法的帰属、ならびに憲法によってそこから間接的に生ずる諸権利を排除されているというかぎり、当事者の法的地位に関係する。この者には、——基本法第一一六条第一項に該当する者のここでは無視する別グループは別として——ドイツ人のみに留保される基本権および基本権的権利、すなわち、集会の自由(八条)、団体結成の自由(九条第一項)、移住の自由(一一一条)、職業選択の自由(一二一条)、

外国に引渡されない権利(一六条二項一)、抵抗権(二〇条四項)、積極的消極的選挙権(二〇条二項二、連邦選挙法一二条一項および一六条一項と関連する三八条)、公職につく権利(三三条二項)、およびすべての支邦における公民権(三三条一項)が認められない。同様の基本権および選挙権に関する差別は、支邦の憲法や法律にも見出される。

国籍の基本関係から直接的に、さらに、ドイツ人のみに認められる連邦共和国による外国に対する保護請求権とくにドイツの対外代表による外交保護および領事の保護援助が、成立する。国際結婚によるドイツ人母の子は、ここではともかく、連邦共和国の対外代表によって第三国に対していかなる保護も請求できないかぎり、不利益とされている。

三 (a) 多くの規定が国籍に連結しているため、ドイツ国籍の保有または非保有は、さらに間接的に、多くの法領域で殆んど決定的な法律効果として作用する。外国人に対する個別的優遇は考えないとして——例えば国民の義務からの解放、とくに兵役義務法第一、第二条による兵役義務参照——国籍による差別は、通常外国人の低い地位に結びついていく。それはとくに、外人法(居住許可の必要、政治活動の制限、国外追放の可能性、引用判例略)、労働・職業法(労働

許可の必要、特定職業の禁止または加重要件）、奨励給付・社会給付法（奨学金、社会保障）において明らかである。ドイツ国際私法は、人事、家族、相続法の分野において、本国法主義に従っている。個人としての子の法律関係は、とくに成年に達した後は、主として、子が所属する国の法によって規律される。国籍は、それ故、子供にとっては全生涯の間、その人事、家族、相続法上の法律関係（民法施行法第七条以下）について基準とされ続ける。親子関係についてもまた、子自身の国籍が新たに、一九六一年一〇月五日のハーグの未成年者保護条約により本質的な意味を持つに至った（同条約第三条参照、引用文献 略）。

(b) 総合的に評価すれば、ドイツ人母の嫡出子に関する国籍法第四条第一項の規定の不利益な作用は、公法の分野でも明らかである。この不利益は、事実上、子が連邦共和国内に在住しているか、または成年に達した後、そこで生活しようとするとき、重要となる。

これに反して、国際私法上の結果は、個別的な場合のドイツ法の適用が、子や母について、外国法より有利となったたり不利となったたりするが故に、それ程明白ではない。さらにドイツ国籍の保有は、子がそれと並んで、なおその外国人父

や、外国出生地の国籍を保有している場合には、当然にはドイツ法の適用を導くものでない。従来の通説によれば、かかる場合には、ただちにドイツ法が適用されたのに対し、現在では、重国籍者については、当事者が最も密接な関係を有する国——通常は、その常居所地国——の法が準拠法となるとする見解が有力に主張されている（実効的国籍の原則——引用文献 略）。

この観点を考慮することによってもまた、——ケール鑑定が述べるように——多くの数の該当する子や家族にとって、不利益な作用が残る。国籍への連結は、人的な関係についてはその本国の法によって判決されることが、個人の利益に合致するという前提に基づいている。なぜなら、国籍は、その国との継続的な人的結合の証明であり、その者にとつて、自国の立法者が制定し、自国民に向けられた法が、最も親密なものであるからである（引用判例 略）。異なる国籍の両親をもつ嫡出子は、生来潜在的に父の国と母の国とに結びついている。より密接な結合がどちらにあるかは、多くは、父系とか母系以外の状況に依存する。多くは、両親の一方の本国における子の常居所がその国への結合に優越性を与えるであろう。出生による母方の国籍の取得の排除は、それ

故、本国法主義の根拠に反して、ドイツ人母の子については、多くの場合、とくに家族または子供だけが継続して連邦共和国に生活しているときは、子と最も密接に結びついている法秩序の適用をもたらさない。

さらに一般的に、外国法はドイツ法より調査が困難であり、屢々非常な費用をその確定に必要とするため、連邦共和国に恒常的な居所のある母子に外国法を適用することは、その利益を害することになりうるということを考慮すべきである（引用論文 略）。

三

ドイツ人母の嫡出子とその母について上記のように不利益に作用する、ドイツ人父と外国人母の嫡出子を一方とし、ドイツ人母と外国人父の嫡出子を他方とする、その間の差別は、基本法第三条第二項ならびに基本法第六条第二項に従い、同権原則に違反する。

一 これらの憲法規定は、性による法的差別を、原則的かつ明確に禁止している（引用判例 略）。当面している問題について立法者は、しかしながら、嫡出子の国籍を父の国籍に結びつけ、母の国籍には二次的な意味しか認めないとすることによって、男女という対比によるこのような差別を続け

てきた。審査の対象となっている規定は、国籍に関して、ドイツ人と外国人の婚姻による子を、ドイツ人である配偶者および両親の性により区別して取扱っている。このことは、上述の法原則に合致しない（国外追放に関する引用判例 略）。

二 基本法第三条第二項の違反に対して、国籍法第四条第一項は、もっぱら客観的な子の身分を規定するものであって、そこから、やむをえず、法的に堪え難い事実上のまたは反射的な効果が両親に及ぶのだと、異議が述べられている。規定の第一次的目的地は、子を特定の国家の対人高権に所属させることにある。両親によるその自らの国籍の伝達という主観的権利は存在しないであろう。父系のみによる嫡出子の国籍の発生においては、それ故、男女同権および親子間の法的関係の規律は問題は回避されている。子の国籍は両親にとつて、「他人の物」(res aliena)であろう（引用文献 略）。

しかしながら、この異議は誤っている。

(a) 国籍法第四条第一項による父または母の国籍の取得が、法技術的な意味における「引渡」にもとづくものでないとすることは、正に正当である。とくにこの取得は、両親の意思に関係なく生ずるものである。むしろ、子は、両親との血縁およびその国籍を連結点として、原始的に自己自身の権

利にもとづいて国籍を取得する（引用文献 略）。それにも拘らず母の法的地位は、審査の対象となっている規定によってまさに国家との関係においても家族との関係においても客観的に影響を受ける。まさに、民主的理解に立って、国籍の本質を、ある個人が特定の国家権力の担い手の対人高権に從属するということではなく、その者が国家共同体を構成しそれを担うということの中に見出すならば、自分の子が同様にその国家共同体の市民となりその保護を享有することについて、法的に重要な国民の利益が成立する。

同様に、家族における母の地位も非常に害される。国籍取得の基本原則としての血統主義は、二つの側面で作用する。

一方では、国家との結合が、家族という独立した社会的統一体への結合に媒介され担保されるべきだということである。

他方で、特定の国家共同体への一般的な結合は、親子という多くの密接な関係の部分から成り立っており、家族関係を明らかにし、強化するのに役立っている。このような関連性が父と子の関係についてのみ原則として認められ、母と子については認められないとするならば、それが無形の領域で影響している限りにおいても、基本法第三条第二項の視点の下ですでに重要であるところの、家族における婦人の地位の軽視

が存在する（養母がその氏を養子に伝える利益に関する判例、引用文献・判例 略）。

(b) さらに、種々の法領域における国籍への連結から、子の外国国籍がドイツ人母による親権の行使に著るしく害を与えうるといふ個々の法律効果が発生している。それは家族が——または少なくとも母と子が——連邦共和国で生活しているときには確かに妥当する。これらの法律効果の考慮は反対されえない。それは審査の対象となっている国籍法の規定から、直接的にはなく生じ、個別事件において、当該法律の適用によって初めて、それ自身憲法上重要となりうるものである。立法者は、出生による国籍の取得に関する規定を、そこから国内法規範によって生ずる諸結果を知って決定した。モスラー鑑定に述べられているように、ある特定の法律規定の、このような不可避のまたは、制度づけられた拡張的效果は、その審査にあたって、とり入れられなければならない。子の外人法への從属は、そこから生ずる在留権の制限すなわち国外追放の危険について、最も痛切である。もちろん外国人の子についても、一般的に妥当する基本法第六条第一項による家族保護の要請、および基本法第六条第二項による親権への配慮は尊重されるべきである。しかしながら、子本人に

ついで、国外追放の理由または在留許可の拒絶がある場合には、家族の統一性およびドイツ人母への考慮が、連邦領域から外国人を退去させる公的な利益より重いかどうかという個別的な判断に依存することになる(引用判例 略)。いかなる場合にも、このような状況の下では、母と子は、ともに連邦共和国に止まりうるためには——それはドイツ人母のドイツ人子またはドイツ人父の子についてはすでに認められ、争われえない権利であるが——まず法的手段に訴えなければならぬのである。

さらに、ドイツ人子におけると同じような国の援助が自由になされないため、とりわけ外国人に対する労働・就職制限が子の職業教育と訓練を制限しているため、連邦共和国に生活している母の、自分の子の監護教育を自分の意思に従って自由に決定するという権能は、子の外国人身分によって害されている。

両親の別居や離婚に際し、外国人父が、子を外国へ連れ出し、またはそうでなくとも母から分離するように、親権や監護権を行使する場合にはとくに、子についてのドイツ国籍の不存在は、親権の行使に関する両親間の紛争にあたって、結局母の不利に作用する。このような紛争状態においては、

もし、ハーグの未成年者保護条約の第三条により、子の外国国籍のため外国法が準拠法とされ、その法律によれば親権は全部または一定の範囲で法律上最初から父に帰属するものとされているときは、ドイツ裁判所が子の福祉を考えて親権を母に帰属させることは制限されうる。このような不利益は、ドイツ法と異なり父の優位を認めるイスラム法またはその他の法の適用の際とくに生じうる(引用文献 略)。このような場合に、スペイン離婚の原則に従って(引用判例 略)、父母の同権の不存在を理由として外国法の適用を排除しうるかどうかまたどの程度それができるのかは、ここでの審査を必要としない(引用文献 略)。このことが肯定されるべきであるとされたときでも母の法的地位は同様な状況にあるドイツ人父のそれより劣悪である。何故ならこの者は、訴訟の方法でのみかつ限定された範囲で、不利益な外国法の排除を求めうるにすぎないからである。

(c) 連邦内務大臣は、立法者が出生による国籍の取得につき生地主義を妥当させることもまさに自由であることを理由としてもまた基本法第三条第二項の違反が問題とならないと述べている。内国出生者については、そこでは、子の国籍と両親またはその一方の国籍との間に法的関係がないことは明

らかであり、母の不利益は認められえないであろう。しかしながら、この見解は正しくない。国籍の取得を国内での出生のみに連結することによって、基本法第三条第二項の違反はたしかに生じない。かかる規定は、両親の性について中立である。しかし、外国で出生した者についての例外規定のない純粹の生地主義——それは現実にはいかなる国にも存在していないが——それへの移行が、民主国家における国籍の本質を考えて、また基本法第六条第一項および第二項を考慮して、憲法上許されるかどうかは、すでに疑問とされよう。

しかしそれは採られていない。すなわち、ドイツの立法者は、血統主義を採用しており、そこで「両親との関係で両性平等の問題を回避しえない」原理を選択してきた（引用文献判例 略）。もしこのように子の国籍を両親またはその一方の国籍に依拠させるならば、基本法第三条第二項は、国際結婚による子の国籍の問題を、母の負担において一面的に解決することを原則的に禁ずるものである。

(d) 要するに、審査の対象となっている規定は、ドイツ人母の法的地位に関係する。これはとくに、彼女に憲法上保障された親の義務の行使において問題となる（引用判例 略）。母の立場からすれば、現行法は、基本法第三条第二項の保護

領域のみならず、それとともに基本法第六条第二項の保護領域をも侵害するものである。

三 判例によれば、一定の条件の下では、すなわち、性から生ずる生物学的もしくは機能的（分業上の）差異が、規律すべき生活事実を決定的に性格づけ、そのため一般に共通の要素が認めえないかまたは少なくとも類似の要素が完全に後退しており、その結果異なる法規が、もはや意味あるものとして、「有利」「不利」の概念で捉ええない場合には、確かに差別的規定は許容される（引用判例 略。同性愛。寡夫孤児賃料）。

ここにはこのような条件は存在しない。国籍法第四条第一項によれば、出生の時点におけるドイツ国籍の取得は、父たるドイツ国民との血縁およびこの者との家族結合にもとづく。それが血縁結合（血統主義）を受け入れるかぎり、生物学的根拠は差別を正当化しない。もし立法者が、新生子のドイツ国民へのとり入れをその血縁に連結するならば、父のそれと同じ程度に母の血統も考慮されなければならない。同様に、嫡出子の家族結合が血のつながりを基準とする以上、国籍の連結についての決定も同様のものである。包括的に定められた同権原則は、婚姻と家族にもまた関連する。両親とそ

の子の關係についてもまた、夫と妻は同権である（引用判例略）。この生活事實は、父と母の個人については——性によつて条件づけられて——「異なる色合い」を持ちえよう。まさに、法外の社会的領域における夫と妻というこのような區別への連結が、しかし、基本法第三条第二項および第三項によつて排除されているのである。むしろ両親の間に成立する緊密な共同体およびその子に対する共同の責任からは、子との關係においてもまた、父と母の平等が導かれる（引用判例略。両親の意見対立時の決定）。

ここで規律されている事實關係の特殊な側面はまた同様に、外国人配偶者と婚姻したドイツ人母とドイツ人父との間に、いかなる重要な機能上の差異も認めさせない。恐らく、国籍法第四条第一項第一文は、結果として全家族の国籍を家長に揃えようとする家長制的な社会秩序の表現である（引用文献略）。しかし父を家長もしくは家族の中心とする位置づけは、法的には夫と妻の協同性によつて廃止された。精神的文化的育成に関する親権の領域においてもまた、父と母はドイツ法によれば完全に平等である（引用判例略）。多くの妻がその勤勞によつて家族を共同して扶養しているということは別にして——このことは外国人労働者との婚姻におい

ては、稀ではない場合であろう——基本法第三条第二項に照らせば、労働に従事しない妻の、家事の遂行ならびに子の監護教育の直接的履行は、夫または父による必要な金銭手段での供給と並んで同じ地位に立つ扶養義務の履行と評価すべきである（引用判例略）。家族の住所は通常は夫の本国にあるという、国籍法の制定当時、そして恐らくその後かなりの期間においても妥当していた常態は、恐らく今日では人口の流動性およびその他の理由から、破壊されている。ドイツ人女性の外国人との婚姻によつて作られた家族は、経済的文化的理由から、とくに夫がドイツで労働者となり、あるいは発展途上国の出身である場合には、連邦共和国に止まることが多い。子の社会的精神的発達、今日では、家族がその恒常的住所を持っている地との關係で、著るしく決定される。連邦共和国で成長する国際結婚の子については、ドイツ国内での成育に対して学校や周囲が決定的に作用するであろう。もちろんそれと並んで、家族の影響は重要な意味を持つ。その限りで、ドイツ人妻は、家族、国家、社会におけるその法的また事実上の地位によつて、家族のドイツ国家への統合を媒介し、共同作業をする立場にある。彼女はまた、外国人妻を持ったドイツ人夫と同様の方法で、子がドイツ国民、その法

秩序および文化との正しい結合を取得し、またドイツの国家的紐帯の中で成育することの保障を求めることができる。

四 憲法がいかなる父の優位をも認めていないことは、子の国との関係の連結が問題とされる限り、基本法第一一六条第一項からも導かれる。それによれば、ドイツ国籍を有しない者は、もしその者がドイツ民族籍の避難民または亡命者の「子孫」であり、かつ以前の帝国領域内に受け入れられていたときは、基本法の意味におけるドイツ人の地位を取得する。受益者を原則としてドイツ国民と対等にするこの地位は、やはり性による差別なしにドイツ民族籍を持つ男性および女性の血縁によって同じように与えられるのである（引用判例 略）。

四

憲法審査は、母の権利と利益に対する法規の効果にだけ限定される必要はない。国籍法第四条第一項は、まず子の権利関係を対象としているので、少なくとも同程度にその子に対する効果自体が問題となる。とくに基本法第六条第二項において保護されている両親の責任が子の福祉に向けられており、子はその個人について基本権の担い手として尊重されねばならないので（引用判例 略）、母と子の間に生じうる利

害の対立においては、子に優位が認められなければならない（引用文献 略）。しかし子の視点からの観察はかかる利害の対立も認めさせない。

一 ドイツ人母の子にドイツ国籍の身分を与えないことは、それが連邦共和国の国家共同体への構成員としての結合、およびそこから直接生ずる権利が排除されるため、その一般的な法的地位についても、ドイツ国家との関係で不利益を意味する。このことは、子が連邦領域内で成長し、そこで生活しているとき、まず第一に効果をあらわす。しかし、子が近くの外国で成長したときでも、個別的な事情によっては、たとえばドイツ人母によってなされた教育や他の理由によって、そのような結合に利害関係を有しうる。とくに子が後になって連邦共和国に移住しようとするときはそうである。さらに、既述したように、子は多くの個別的関係において、成人としてドイツ国民より、劣悪な状態にある。

二 国籍規定から生ずる子に対する不利益は、家族一体性の原則によっても是認されない。すでに明らかにした、血統主義によって与えられる国籍と家族結合の相互関係は、すべての家族構成員の統一的な国籍を、望ましいものと考えせうる。しかし、家族一体性の原則は、婚姻締結が一般にもは

や妻の国籍の変更をもたらさなくなつて以来、ドイツおよび外国の国籍法において、広く意味を失つた（上記A二、二参照）。本件で考慮されている婚姻において、父と母はすでに異なる国籍を有している。子が、他の国籍——通常は父の国籍場合によつては出生地国の国籍——に追加して、母のドイツ国籍をもまた保有すべきかどうか、さらに問題となつてゐるのである。どのような判断をしようと、家族の国籍についてのより強い統一性は、そこからは期待することはできない。国籍法における妻の独立性の原則においては、家族における結合の視点は、子を父との結合にのみ関係づけ、母を国籍法上家族の中で孤立させる代りに、共通の国籍の絆によつて母と子の間の緊密な関係を考慮することにむしろ合致する。子の視点からみるかぎり、連結点としての母子関係の軽視については、母の視点からする検討の際と同様のことが妥当する。

五

審査の対象となつてゐる規定は、子と国家との関係においてそれが二重国籍の防止に役立っているということによつても、是認されるものではない。この視点が基本法第三条第二項に対して憲法上一般的に主張しうるものかどうかは、未決

定としておくことができる。何故なら、子の立場からは、二重国籍の不利益は、母方の国籍の追加的取得の利益より、より重くはないからである。同様に、外国国籍をもつた子がドイツの国家結合に参加することを禁ずることについて、優越的な公的利益も存在しない。

一 まさに、鑑定および連邦政府の意見表明に従い、もしドイツ人母の嫡出子が出生により常に母の国籍を保有するとすれば、二重国籍の場合が実際に増加するであろうということから出発すべきである。国内的にも国際的にも、重国籍が、国家の利益にとつてもまた当該市民の利益にとつても、可能なかぎり回避し、除去さるべき害悪であると考えられることもまた正当である。多くの国籍の領域における国際条約は、この問題に関しているかまたは重国籍から生ずる困難さを緩和しようとするものである。

(a) 国家の側からは、その対人高権を明白に限定するため、国籍の排他性が追求される。国家は——必要な場合には生命を投げ出すことになるような——国民の忠実義務を確保し、これが、他の国家に対して負わされた忠誠との生じうべき抵触によつて危うくされることのないよう欲する。それ故、国民の兵役義務はまさに二重国籍を回避するための主要

な理由となる。このような義務の衝突や外交保護権の競合的行使からは、さらに二つの本国間の紛争も生じえよう。第三国の官庁や裁判所にとっては、二つの国籍のいずれに優位を与えるべきかという問題が生じる。このようなあらゆる困難さは、二つだけではなく、より多くの国家に属する人については、増大する。このような場合は、血統主義と生地主義の併発によってのみならず、二重国籍をもつ両親の一方が、子に両国籍を伝え、そして子がその他に他方の両親または出生地国の国籍を保有することによっても生じうる。

(b) 当該国民もまた、上記のような忠実義務の抵触や義務の衝突、とくに兵役義務に関する衝突に曝されないことに重大な利害関係を持つ。しかし個人の負担は、現実にはその本国によって締結されることのある二国間条約を含めた、その時ごとの内国法に依存する。

ヨーロッパ理事会の枠内で形成された重国籍の減少および重国籍者の兵役義務に関する一九六三年五月六日の協定は、連邦共和国にとっては、その点で意味を持つ。その締約国には、フランスのほかアイルランド、イタリア、ルクセンブルグ、スカンディナヴィヤ諸国、イギリスが属する（引用文献略）。それによれば、複数の締約国に属する市民は、一カ国

においてのみ、そして原則としては、その者が常居所を有する国においてのみ、兵役義務を果たすことが求められる。その他に、その者は、希望する放棄により異なる国籍の一つを決定する権利を有する。

兵役義務に関しては、兵役義務法はさらに、ドイツのほか他の国籍を有している者の立場を特別に考慮している（引用判例略）。それによれば、兵役義務は、その恒常的居所とその生活基盤をドイツ以外に持ち、かつ、その恒常的居所を維持することを望んでいるドイツ人については、停止する。このことはとくにその者が同時に他国の国籍を有しているときに妥当する（兵役義務法第一条第二項）。外国軍隊での服役は、それが法律の規定によって提供されたときは、ドイツでの服役に算入されねばならない（兵役義務法第八条第二項）。

さらに、各個人は、その者が連邦共和国で生活しようとないかぎり、二重国籍から生じうる抵触を——前述のヨーロッパ理事会協定が適用されないかぎり——ドイツ国籍からの離脱を申出ることによって回避することもできる。この離脱は、一定の条件の下でのみ拒否されることが認められる（国籍法第一七条第一項第一号、第二十条以下）。

他方二重国籍は市民にとって全く有利でありうる。彼は、二つの本国の各において、社会的権利や経済活動の自由を含めて、すべての他の国民と平等な権利を有し、彼がより強く結びついていると感じる国を決定する可能性を持っている。さらに外国で成長したドイツ人母の子がドイツ国籍の付加的保有を追求する価値あるものと考えていることは、二つの先行訴訟が示している。

もちろん、ツワイゲルト・ノイハウス鑑定において述べられているように、国際私法においては、二重国籍は内外国における矛盾する判決の危険を増大するかも知れない。このことは——なお支配的であるように——自国民については他の国籍の保有を無視する、すなわち、二つの本国の各が当該個人を自国法の下にのみ置くとき、とくに妥当する。このような従来支配的であった見解に対して、ドイツ国際私法においては、二重国籍の場合には、「実効的」国籍に連結されねばならないという見解が支配的となってきた（前記D二、三(b)参照）。それ故、ツワイゲルト・ノイハウスおよびケール鑑定が述べるように、——もっぱら単に形式的な国籍に連結するのではなくて——当事者により近い法が適用されることになるが故に、二重国籍は国際結婚からの子にとってや

はり有利であると考えられる。

要するに、子の立場からすれば、二重国籍の不利益は、それがドイツ人母の国籍の取得についての子の利益を凌駕するほど著しいものではない。このことはとくに、子が連邦共和国で生活し、または生活するかも知れないときに妥当する。

二 重国籍の制限についての、秩序の観点からする国家のなお残る有力な利益は、たしかに承認さるべきである。しかしそれは、憲法によって命じられた国籍法における父と母の平等の放棄を正当化するほど十分なものではない。まず、すでに述べた(A二、二(b))国際結婚における妻の国籍の規定の発展から明らかなように、ドイツの立法者自身は、これまでこの利益を同権の要請に優越するものと認めてこなかった。同様に、母を通じての国籍の継承を規定している多くの国では、二重国籍を防止するというそれ自体努力される目標は、他の視点の背後に後退している。それ故、国際法的共同体の構成員としての他国への配慮の要請からも、また国際的な秩序原理にもとづいても、母方の国籍の取得の排除に味方するいかなる論議もでてこない。さらに二重国籍防止の原則の優位は、父に対してもまた首尾一貫して実行を要求することになる。

さらに、両親の一方をドイツ人とする子へのドイツ国籍の付与を、外国法がその者にその国の国籍を認めないことに係らせるといことが、一般に考慮に値するように思われている。子が、いずれか一つの、ただ一つだけの国籍を保有しているということは決定的ではない。ドイツの立法者は、むしろ、事態に即し、国籍の機能に合致し、当事者の利益も考慮した規定を発見すべきである。ドイツ法規の憲法適合性のためには、ドイツの立法者がいかなる影響をも持たない——恐らくは変動しつつある——外国法の内容に依存することはできない。それはドイツ国と、当該子および両親との関係からのみ判断すべきものである。

なканずくこのために、父と母の平等の尊重と、二重国籍防止の原則とを統一する解決が発見さるべきである。父からと同様母からの継承による出生にもとづく無限定の国籍の取得は、決して同権の実現の唯一の方法ではない。比較法的な概観が示すように、一方で許容しえない方法で両親を差別することなく他方で二重国籍の発生を回避しあるいはともかく制限する多くの法規が存在する（引用文献 略）。おそらく、ドイツ国籍の取得を——それが選択によりまたは内国における住所の取得により取得されるところとすることであれ、出生によ

り法律上取得された国籍が後に放棄されうることである——両親または子自身の意思に係らせることができる。また、内国出生者については、——場合によっては放棄権と結合して——両方のドイツ人親からの継承を法律上認め、外国出生者については選択あるいは適当な意思行為による同様な取得を許す、というような規定もまた可能であろう。

六

このようにして、両親の国籍への連結における差別を正当化するような、子の優越的利益も、国家の容認さるべき利益も存在しない。国籍法第四条第一項はそれ故、国際結婚においてドイツ人母をドイツ人父より劣後に置いているかぎり、基本法第三条第二項ならびに第六条第二項に違反するものである。

同様に、子に関しては基本法第三条の違反もまた存在する。すなわち両親の一方のみをドイツ人とする子の集団の内部において、ドイツ人母をもつ子は、ドイツ人父をもつ子に対して不利益とされているのである。審査基準は、まさに第一次的には、基本法第三条第一項の一般的な平等原則であり、そして連邦憲法裁判所の確定判例に従い、立法者に広い内容決定の自由が与えられる（引用判例 略）。ある広範な

限界の中で、立法上の課題の解決を志向するための一組の妥協案を決定するという原則的な立法者の自由は、しかしながら、憲法自身による平等原則の具体化として理解すべき基本法第三条第二項の規範の確固たる制限がある。同権原則は、直接には男女の法的地位の關係が扱われていないところでもまた、客觀的価値判断として、尊重を要求する。それは原則として、ある關係者、ここでは国際結婚からの嫡出子を、第三者、ここではドイツ人両親の性別によって差別することを禁止する（引用判例 略）。国籍法第四条第一項はそれ故、当該子の立場からすれば、基本法第三条第一項ならびに第三条第二項に違反するものである。

七

一 原裁判所は、憲法違反の確定は必然的に、ドイツ人女の嫡出子はドイツ人男の嫡出子と同様出生によりドイツ国籍を取得するというような、国籍法第四条第一項への追加に至らなければならないと考える。このような結果は、法技術的には、国籍法第四条第一項第二文の制限的な後段（もし、そうしないと、この者が無国籍となるとき）の無効宣言によって生じてさせることができよう。しかし連邦憲法裁判所は、それが立法者に留保されている内容決定の自由を侵害するが

故に、かかる判断をとりえない。本件におけるように、ある法規が基本法第三条に違反して、ある人的集団に不利益となつているとき、連邦憲法裁判所は、この集団をそれ自身で有利な規定の中に編入することによって平等を回復することは、原則としてできない。このことは例外的に、立法者が——もし憲法違反を認識していたならば——その規定をすべての考慮すべき集団に拡張したであろうことが、確実に推認されうるとき、またはその違反をまさにそのような方法で除去することが憲法上命じられているときにのみ、許容される（引用判例 略）。しかし前述したように、本件では、出生による母方の国籍の限定されない取得は、命じられている男女の平等を実現する唯一の方法ではない。立法者は確かに、将来に向つて、多くの考慮すべき、また憲法上容認される諸解決の間で選択をすることができる。そこでは、關係者のそのときどきの生活關係や、二重国籍の場合を増加しないという利益をよりよく考慮に入れるために、とりわけ出生による国籍の取得を、より広い特徴的事実に係らせることができる。それ故連邦憲法裁判所は、ドイツ人母と外国人父との嫡出子が、ドイツ人父と外国人母との嫡出子と平等な条件でドイツ国籍を取得しない以上、審査の対象となっている規定は憲

法に合致しないということのみを確定することができる。受訴裁判所は、立法者が憲法違反の規定を憲法に一致する規定によって取り代えるまで、訴訟を停止しなければならない。

二 審査の対象となっている規定の特殊性は、さらに、新法成立までの中間期間について何が、出生による国籍の取得に関して妥当しなければならないかということについての判断を必要とする。ある規定の違憲性が確定された以上、それは憲法上は無効宣言と同じ効力をもつ。すなわちこの規定は、即座に、すなわち連邦憲法裁判所の判決の時から、主文から生ずる範囲において、もはや適用されてはならない。

該当する子の全身分についての国籍の決定的な意味は、しかし、短い時間についてだけであっても、法の欠缺が生じ、該当家族にとっても、行政庁にとっても、権利関係についての不確実性が支配することを許さないであろう。それ故、従来の規定は、第一に、その積極的な内容においては、すなわち、両親の一方である父のみをドイツ人とする嫡出子にドイツ国籍を付与するかぎりで、なお妥当するものとする。すなわち、国籍法第四条第一項第一文に従い、ドイツ人父と外国人母の嫡出子は、また、その第二文に従い、そうしないと無国籍となるドイツ人母の嫡出子は、従来通り出生によりドイツ

国民となる。国籍法第四条第一項の全規定が両親をドイツ人とする嫡出子および非嫡出子の国籍に係している以上、その継続的妥当は自明のことである。何故なら規定のこの部分は審査の対象とならなかったからである。

これに反して、本判决の後、新法成立までの期間にドイツ人母と外国人父との間に生まれた子は、国籍法第四条第一項第二文の要件が存在しないかぎり、もちろん出生によりドイツ国籍を保有しない。しかし立法者は、このような子を、さらに要求される経過規定において含めなければならない。

三 (a) 基本法第三条第二項に対する違反が問題となっているので、この違憲の規定は、一九五三年四月一日以降無効である(基本法第一一七条第一項)。裁判所がある規範を無効と宣言しようと、または憲法との非適合性のみを確定しようと、将来に対してと同様過去についても同じ効力を有する(引用判例 略)。

この効果が、法的不安定性ならびに関係者に対する堪え難い結果を惹き起すことを妨げるため、連邦憲法裁判所法第七九条は、通常事件については、過去に成立している権利関係に対する、このような憲法裁判所の判決の結果を制限した。すなわち、刑事判決の特別な場合は別として、この規定の第

二項によれば、若干の特別な法規を留保して、無効と宣言された規範に根拠をおく、もはや取り消しえない決定（行政行為および司法判決）は、影響されないものとされる（引用判例略）。この規定は、連邦憲法裁判所がある規範の憲法への非適合性を確定するについて述べられた理由から制限されるときも、類推して適用されるべきである。それにも拘わらず、この規定は本件には適合しない。何故なら、違憲の規範の法律効果は、行政官庁または裁判所の中間介入なしに、すなわち連邦憲法裁判所法第七九条第二項の意味における法律上有効なあるいは争いえない決定なしに生ずるからである。立法者はそれ故、特別な規定を作らなければならないであろう。立法者が法的安定性と法的秩序の利益において、ここで確定された違憲性の効果を限定しようとする限り、彼は、恐らく、連邦憲法裁判所法第七九条第二項の一般的な法思想を尊重しなければならないであろう。このことは、過去における公権力の瑕疵ある行為によって生じた不利益な効果は除去されないが、しかし、このような行為から生ずる結果は将来に向って変更されねばならないことになる（引用判例略）。

それ故立法者は、国際結婚による嫡出子について要請され

ている平等を一九五三年四月一日に遡って回復することは義務づけられない。立法者は、一九五三年四月一日から連邦憲法裁判所の判決までの期間について、国籍法第四条第一項によって生じた法律効果をそのままにしておくことができるが、しかし将来に対しては、関係者の身分について存続する効果を除去しなければならない。この点に関しては、この期間内に生まれた子についての平等のためには、唯一の方法しか立法者に開かれていない。この時期に国籍法第四条第一項に従い、出生によりドイツ人となった両親の一方をドイツ人とする子は、ドイツ国籍を再び奪われることは許されないのであるから、これまで排除されていたドイツ人母の子は制限なしに、ドイツ国籍を保有することができなければならない（引用文献略）。そこでは、関係する家族の利益、とくにこれまでの権利状態に関する当事者および第三者の信頼、ならびに外国の本国との面倒を回避する努力が、適宜考慮されることが必要である。そのためには、これまで排除されていたドイツ人母の子が、法律により自動的にドイツ国民となるとするのではなく、宣言（選択）によってドイツ国籍を取得する権利を認める経過規定で、原則として十分である。

(b) 以上の論述から要請される経過規定は問題の期間に生

請されるかどうかを検討さるべきであらう。

〔裁判官 氏名略〕

まれ、出生によるドイツ国籍の取得を排除されていたすべてのドイツ人母の子に拡張され、また——上述したように（上記一）——さらに、それ以後新法の施行までに生まれた子を同じ地位に編入しなければならない。新法の施行の際なお未成年者であるか、または一定の年令に達していない子への起りうべき限定は、新たな憲法上許容されない不平等を産み出すことになる。ドイツ国籍の取得に関心を示したことのあつるすべてのドイツ人母の子は、すでに帰化をしているという仮定は（国籍法改正法連邦政府草案理由書参照）、このような限定を支持しうるものではない。帰化申請の拒否が統計上把握できないということは別として（ドイツ社会民主党の説明要求に対する連邦政府の回答参照）、該当する個人が、法の不知からまたは何らかの理由で、いつまでもドイツ国籍の未取得で満足しているかどうかは、決定的ではありえない。そこでは、帰化基準によれば、外国に恒常的居所があると、帰化を顧慮しないということもまた、意味がある。最後に利益を受ける人の範囲の限定は、立法手続の期間に決定的に係らせられてしまうことは許されない。

(c) ドイツ人母と外国人父の嫡出子の国籍が司法手続において問題とされる限り必要な仮の措置を考慮して、停止が要