

在日韓国・朝鮮人の属人法に関する論争

趙 慶 濟

はじめに

本国法決定に関する諸説

1. 適用される本国法は承認国法に限定すべきとする説
2. 不統一法国に属する者に関する本国法決定（法例旧27条3項）の類推適用により当事者が何れの地域に密接かを判断して決定する説
3. 重国籍者に関する本国法決定（法例旧27条1項）の枠組みによるが、属人法（本国法）の趣旨により当事者が何れの国に密接かを判断して決定する説

本国法決定に関する諸説の限界を指摘し新たな枠組を提唱する諸説

1. 実効的国籍論により住所地法たる日本法を適用する説
2. 機能的公序論の活用により日本法を適用する説
3. 反致規定（法例旧29条）の一般条項化により日本法を適用する説

本国法決定に関する諸説に対する論者の評価

1. 本国法に適用される本国法は承認国法に限定すべきか
2. 朝鮮半島の分裂状態を一国とみるか二国とみるか
 - (1) 一国説への批判と反批判
 - (2) 二国説の補強
 - (3) 一国説二国説論争に対する疑問
 - (4) 韓国・北朝鮮の国籍法制との関係
3. 本国法決定の際に考慮すべき当事者の密接度の判断基準とは何か
 - (1) 密接度の判断基準について
 - (2) 判断基準の第一に当事者の意思を挙げる点について
 - (3) 当事者の意思を推認できる要素とそれ以外の要素について

本国法決定に関する諸説の限界を指摘し新たな枠組を提唱する諸説に対する

論者の評価

1. 実効的国籍論により住所地法たる日本法を適用する説について
 2. 機能的公序論の活用により日本法を適用する説について
 3. 反致規定（法例旧29条）の一般条項化により日本法を適用する説について
- 概説書の記述
1. 池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣，1973年）の記述

2. 最近の概説書(山田録一氏, 澤木敬郎氏, 澤木敬郎・道垣内正人氏, 木棚照一氏, 溜池良夫氏, 櫻田嘉章氏, 元永和彦氏)の記述

属人法決定に関する判例の分析

1. 属人法を決定した判例とその根拠
2. 属人法決定の根拠に関する判例の趨勢
3. 何れの本国法が密接かを判断した諸要素の分析
4. 判断基準の諸要素とその優劣の決定

おわりに

はじめに

日本の敗戦時の1945年に日本に在留していた朝鮮人は約200万人といわれる¹⁾。その後、祖国朝鮮に帰国する者が多かったが、1952年には約53万5千人の朝鮮人が日本に留まった²⁾。1960年前後には約10万人が朝鮮民主主義人民共和国(以下、「北朝鮮」という)への帰還運動により北朝鮮に帰国した時期もあったが³⁾、その後は約60万人前後の韓国・朝鮮人が、日本に在留している。現在に至るもその総数に著しい変化はみられない⁴⁾。しかし、敗戦前後から日本に居住している者及びその子孫と思われる朝鮮人の総数は、2005年末現在では約44万8千人であり、その減少傾向は顕著である⁵⁾。

さて、日本政府は、サンフランシスコ講和条約の発効に伴う「法務府通達」により朝鮮人は一律に日本国籍を喪失するとの取扱いを開始したが⁶⁾、その「法務府通達」が発出された1952年の在日韓国・朝鮮人(以下、「在日」という)の人口は、米軍の軍人軍属等を除いた日本に在留する外国人人口の総数中の約9割を占めていた⁷⁾。

そのような状況は、必然的に在日に関わる涉外家族事件を多発させた。そこで、在日の相続や身分を規律する属人法は、当時朝鮮半島に成立していた大韓民国(以下、「韓国」という)・北朝鮮いずれの法域に属するかという課題が浮上したのである。この課題をめくり、涉外私法事件の準拠法を規律することを任務とする国際私法学では、華々しい論争を展開することになった。「恐らく戦後日本の国際私法学における最大の争点の一つ」であり⁸⁾、「わが国において活発な論争が行われ、その理論的究明が試みられた問題として、国際私法の理論史上重要な意義をもつ問題」であった⁹⁾。現在では、「分裂国家の本国法の指定」「分裂国家に属する者の本国法」「朝鮮または中国に属する者の本国法の指定」「中国人又は朝鮮人の属人法」

などの小題で概説書に紹介されている。

その論争の端緒は、在日の属人法たる本国法には、当時国交交渉を開始し国際法からみて事実上の承認をしていた韓国法を適用すべきであり、法律上も事実上も承認していない北朝鮮法を適用すべきではないという点をめぐるものであった。つまり、未承認国の法は準拠法として指定することが可能か、たとえ可能としても朝鮮半島が分裂状態にありその国家の内的一方は承認し他方は承認していない場合にはその本国法は承認国法に限定すべきではないのか、という点であった。その後、韓国とは1965年に国交が正常化し法律上の承認もなされ、1991年には韓国・北朝鮮が共に国際連合に同時加盟し、2002年には小泉首相訪朝という事態に至っている。

その後の論争は、国際私法の成文法である「法例」のどの条項により当事者の本国法を決定するかという「法例」の解釈論に移動し始めた。朝鮮半島の分裂状態を二つの政府の対立する一国状態とみて法例旧27条3項（以下、1989年改正前の法例は「法例旧 条」と表記し1989年改正後の法例は「法例 条」と表記する）にいう不統一法国の本国法の決定の解釈により本国法を決定するのか、それとも朝鮮半島の分裂状態を二つの政府の対立する二つの国とみて法例旧27条1項にいう重国籍者の本国法の決定の解釈により本国法を決定するのか、という点であった。

法例旧27条3項は、「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ人民ニ付テハ其者ノ属スル地方ノ法律ニ依ル」としていた。そこで、朝鮮半島の分裂状態は不統一法国内に類似する状態といえるので当事者の何等かの表徴により「其者ノ属スル地方ノ法律」を決定するとの説やその類推適用によりながらも何らかの表徴により当事者に密接な法を決定すべきとの説が示された。他方、法例旧27条1項は、「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其当事者カ二箇以上ノ国籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル国籍ニ依リテ其本国法ヲ定ム但其一カ日本ノ国籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル」と規定されていた。しかし、韓国・北朝鮮の国籍法のいずれもが適用されて重国籍であったとしても、「最後ニ取得シタル国籍ニ依リテ」の文言では北朝鮮の国家が韓国のそれより遅く成立しているので全ての在日の本国法は北朝鮮法になり適切ではなく、その文言の立法趣旨は重国籍の原因が身分変動による場合等を想定したものであるとして適用せず、朝鮮人のように政治的変動により重国籍になる場合には属人法の趣旨に立ち戻り、当事者がいずれの本国に密接かを判断してその本国法を決定するとの説が示されたのである。

さて、上に述べたような朝鮮半島の分裂状態を一国とみるか二国とみるかに関しては、朝鮮半島の二国家の並存状態を如何に捉えるかという点で国際法上の論争があるものの、国際私法の観点からは何れの法域が当事者に密接かという法的事実認

定の問題に帰着する。そこで、何れの法域がより密接かを判断する基準とは一体どのような要素なのか、それらの要素の中でも特に何を以て密接といえるのかという点に論争の関心は移動する。何れの政権を支持するかといった当事者の意思的要素を重視するか、それともどの要素を以て密接関連性を判断するかであった。

しかし、そのような密接度の判断基準の諸要素とその認定は、在日と本国との牽連性が濃厚かまたはその意思が明白なときは比較的明瞭に判断できるが、在日と本国との牽連関係が稀薄化したときにはその判断は困難にならざるをえない。婚姻や養子縁組等により朝鮮戸籍に入籍した元日本人の在日の場合や、血統的には朝鮮人でありながら永年日本に居住し在留する者、とりわけ当事者が二世・三世・四世等の在日である場合にどのような判断基準により本国法を決定するかが次の課題となった。

国際私法は、当該法律関係について当事者に最も密接に関連する法を適用するという任務を有するが、在日の属人法は本国法に限定して適用すべきかが問われはじめたのである。そこで、本国法主義は何故属人法たりうるか、そもそも本国法主義が採用されている本旨とは何かが探求され在日に適用すべき本国法を韓国法または北朝鮮法に限定すべきとの見解に疑念が呈せられ、その枠組から離れた新たな見解が示され始めた。そのひとつが、在日が有する国籍が形骸化しているときには「実効の国籍の理論」により住所地法(1989年の法例改正後は常居所地法)を適用すべきという見解である。次に、本国の実質法と日本の実質法の法目的や実際的な効果等を比較衡量して公序則を準拠法決定の段階で積極的に活用すべきとの「機能的公序論」が提唱され、さらには本国法主義の形骸化と具体的本拠が日本にあることが明白な場合には、法例旧29条(法例32条)でいう反致規定を一般条項化して日本法を適用すべきとの見解が示された。

1989年に法例は改正され、翌年の1月1日から施行された。相続の準拠法には変更が加えられなかったが、身分法に関しては「常居所地法」や「最密接関係地法」が準拠法となる単位法律関係が多くなったが、なお属人法における本国法主義の枠組は基本的に維持されていた。2007年1月1日に施行された法例の改正法である「法の適用に関する通則法」(平成18年法律第78号)(以下、「法適用通則法」という)もまた同様である。

本稿の主たる目的は、1960年前後から展開された在日の相続や身分に関する法律関係に適用すべき法(属人法)について展開された議論の経過を整理することにある。

第一に、1950年代後半から展開された在日の相続や身分に適用する準拠法をめぐ

る論争をできるだけ時系列的に紹介する。その方法としては、論文や概説書等を用いたまたは要約して論者の見解を示すことにした。

第二に、本稿のテーマに言及した民事判例を分析したことである。在日の涉外家族事件で属人法を決定する際にどのような見解を採用したのか、その判断基準となった諸要素とは何であったのか、その諸要素の優劣度は何をもって測定したのか、を分析した。

なお、1989年の法例改正後の在日に関する涉外民事判例で本稿のテーマに言及したものは、公表された判例集からは見いだすことができなかった。

本国法決定に関する諸説

日本の国際私法の成文法である法例は、基本的に属人法に本国法主義を採用していたので、家族法律関係に関して適用される準拠法は当事者の国籍所属国の法となる場合が多かった。特に、その点は旧法例では際立っていた。そこで、朝鮮半島のように、韓国と北朝鮮の二国が分裂しているかの様相を示している場合に、当事者である在日に適用される本国法とは何れの法域に属する法かをめぐって、学界・実務界では白熱した論争が展開された。

1. 適用される本国法は承認国法に限定すべきとする説

桑田三郎氏は、昭和31年（1956年）に公表した論文で次のように述べる¹⁰⁾。

「確定の行政解釈によれば、当事者の本籍を問うことなく、およそ中国人については、法律上の承認国である中華民国政府の民法が、またすべて朝鮮人については、事実上の承認の段階にある大韓民国政府の民法が、それぞれ正統なる本国法であるとされている」とした上で¹¹⁾、ソビエト政府承認前のフランス裁判所の判決、ソビエト連邦がバルト三国を併合した後のドイツ裁判所によるバルト人の離婚事件などを紹介しつつ「国際私法上は未承認の国家または政府の法律をも適用すべきである、との積極説に傾いていることも、原則的にはまったく正当とされねばならない」のであり¹²⁾、「国際私法本来の立場からすれば、外交上の承認または未承認という、たんなる形式的な行為は、なんら特別の意義をもちえない¹³⁾。そして、「このことは、一国の全領域について唯一の国家または政府の存在が問題となっている場合においては、かつそのかぎりにおいては、原則的に妥当するとしなければならない」が¹⁴⁾、「たとえば亡命政府と残存政府または同一領域内に分拠して相対立する二つの政府におけるように、一国の立法権が分立している場合においても、なおかつ右

の原則的な立場がそのままつらぬきうるかいなか、という点」が問題になると述べて¹⁵⁾、「すくなくとも、法廷地における直接的な法律適用にあたって、かつ、地域的限定をふくまない国籍を連結点とする事項については、承認は、……いわゆる「外国法確定手段」としての意義を有するものとしなければならない」と結論付け¹⁶⁾、中国人の離婚事件に中華人民共和国法を適用することを批判し¹⁷⁾、「同一国家内における政府の分立にもかかわらず、承認国内に居住するすべてのその国の国民について、承認国の側が、みずからが承認する政府による国籍主張を肯定することは、むしろ承認と不可分な、かつその直接的な効果にほかならない。」と主張した¹⁸⁾。

また、同氏は、別の論文で「かかる立場は、けっして無批判的に国際公法の理論を連結理論の分野へ導入することを意味しない。そこには、より実質的な観点において、プラグマチックな顧慮がはたらいていることが知られねばならない。いいかえれば、複雑な政治環境における当事者利益顧慮の立場である。また、国籍主義がもたらす連結の形式化はあらかじめ承認されねばならない」と述べている¹⁹⁾。

次に、昭和39年(1964年)当時法務省民事局第二課長補佐であった成毛鐵二氏は、同時期に公表した論文で次のように述べる²⁰⁾。

朝鮮は現在、韓国政府と北朝鮮政府とが対立し「それぞれその支配領域に実効性ある独自の法秩序を有し、しかも各政府がお互にその法秩序が」「朝鮮……の全領域、全住民に対して及ぶと主張し」、日本は韓国政府を事実上の承認をしているが、北朝鮮は法律上も事実上も承認していないので、朝鮮人の本国法の決定については「極めて困難な問題がある」²¹⁾。

法務省の行政解釈は、平和条約発効から現在まで終始一貫して朝鮮については南北朝鮮を区別することなく韓国法を適用している。そこで、朝鮮の独立と分離政権樹立の経緯を記述した上で「現在朝鮮には大韓民国政府と北朝鮮人民共和国(ママ)の二つの政府が対立しているが、大韓民国政府は国連から承認された唯一の合法政府とすることができるわけである。また大韓民国政府が国連により承認された合法政府である以上、大韓民国という朝鮮全土を支配する新国家の成立が国連によって承認されたと解してもさしつかえないであろう」とし²²⁾、「かかる場合国家の承認とは別に、いずれか一方の政府を承認しなければならないとすれば、それは国連によって承認された政府を正統政府と認めるのが妥当といえるであろう。現在わが国が韓国政府を法律上は承認していないが、事実上承認しているのは、その理由によるものと考える」と述べた上で²³⁾、「一国内に承認政権と非承認政権の二つの政権が存在する場合は、当該承認国においては、その承認政権をもってその国の正統政権とみるべきことは、国際公法上極めて当然」であり²⁴⁾、本国法決定の先決

問題である国籍を決定する場合に「訟廷国がこれを決定するときは一国内に承認政権と未承認政権が対立する場合には、承認政権所属の国籍を有すると解すべきである」との理由により²⁵⁾、「わが国に住居を有する朝鮮人については、南北朝鮮を区別することなく、すべて事実上の承認政府である大韓民国政府の制定法を準拠法として適用すべきであろう」と結論づけた²⁶⁾。そして、それまでの学説・判例等を紹介し、最後に「われわれ法務局職員が、戸籍、国籍、登記等の法務行政の執行にあたっては、勿論前述の法務省の行政解釈によるべきで、裁判例として有力と見られる法例第23条（ママ27条か）第3項の規定を類推適用して、連結素を本籍、過去の住所又は居所、父母の住所等の客観的要素に加え、将来帰還する場合いずれに帰還するか等の主観的要素も加えて判断するという考え方には、準拠法決定にあたり属人法に関する本国法主義を採る場合、在日朝鮮人……の中には連結点を欠く者も生ずるという不合理を生ずるばかりでなく、形式審査権のみしか与えられていない登記、戸籍、供託等の行政分野においては、裁判所が調査する場合と異なり、どうしても客観的に最も明瞭な承認政府の制定法を準拠法とすることが妥当」と述べた²⁷⁾。

2. 不統一法国に属する者に関する本国法決定（法例旧27条3項）の類推適用により当事者が何れの地域に密接かを判断して決定する説

溜池良夫氏は、昭和34年（1959年）に発表した論文で次のように論述されている²⁸⁾。

法例旧27条3項を適用した判例に言及しつつ²⁹⁾、「たしかに、法例27条3項は、元来一国内に異法地域をもついわゆる不統一法国に属する者の本国法の決定基準を示したものであり、現在の朝鮮のように、一国内に互に他を否認し合っている二つの政府が対立し、互にその国の全領域および全人民を自らの領土および国民として主張し、それゆえに、その制定にかかる法律秩序の全領土および国民に対する妥当を主張し合っているような異常な場合を予想したものではない。しかしながら、現実には、両政府の法律秩序は、それぞれの政府の現実の支配領域に限って実効性を有しているにすぎない。したがって、その法律が現実妥当しているという点からいえば、そして一般に認められているように、国際私法により準拠法として指定されるのは原則として現に一定の地域において実効性をもつ法律であるから、その状態はまさに不統一法国の場合に類似するといえるであろう」としながら³⁰⁾、「その国の所属民の属人法の決定についても、そのいずれの法律秩序が属人法として適当であるかという見地からこれを決定するのが妥当であり、その意味において、法例27条3項の定めるような解決に従うのが合理的であると考えられるのである」

と述べ³¹⁾、「この場合が不統一法国の場合と全く同一というのではなく、ただその解決の基準とすべき基本的な考え方が類似するというにすぎないから、……正確にはその類推適用である」³²⁾。そこで、現在の南北の朝鮮の場合には、通常の不統一法国とは異なり「もっぱらその政府の存立の基礎をなすイデオロギーの相違に発しているものである。したがって、当事者が現にいずれかの地域に住所をもっている場合はさておき、単なる過去の住所や本籍をもってその者とその地域の法律秩序との関係の密接度を示す基準とみなすことはできない」³³⁾。とりわけ「戦前よりわが国に居住する朝鮮人の本国における過去の住所や本籍地は、その者とその地域の法律秩序との関連性を示す基準として全く根拠のないものになってしまっている場合が縷々考えられる」として³⁴⁾、第一の基準として「当事者の意思によるいずれかの政府に対する所属」を挙げ、「具体的には、当事者が現在朝鮮において住所を選択するとすれば、南北朝鮮のいずれにこれを選ばんとするかということが基準とされるべきであろう」と述べた³⁵⁾。

また、その選択があまりに政治的要因による当事者の意思に左右されるのではないかという批判に対して「この場合においては、政治的理由による政府への所属の選択を認め、これを当事者の属人法決定の基準とすることこそが、国際私法上における正義の理念に合致するものであり、反対にその意思に反する法律秩序をその属人法とすることは正義に反する」点を、避難民に対する国際私法上の取扱いを参照しつつ論述する³⁶⁾。そして日本では避難民の属人法に関する明文がないので、住所地法を適用させることはできず、在日の場合には「通常の避難民のごとく全く本国へ帰る意思がないのではなく、むしろ彼らが避けようとする政府と反対の政府の支配地域へ将来帰る意思をもつのが普通であるから、その方の地域の法律を適用することが、住所地法たる日本法によるよりは、一層実質的な根拠をもつ妥当な解決とおもわれる」と締めくくった³⁷⁾。

3. 重国籍者に関する本国法決定（法例旧27条1項）の枠組みによるが、属人法（本国法）の趣旨により当事者が何れの国に密接かを判断して決定する説

比較的早くこの説を提唱した早田芳郎氏は、昭和38年（1963年）の判例評釈「朝鮮人の本国法」で次のように論じた³⁸⁾。

朝鮮の現状を「その領域には大韓民国（南鮮ママ）と朝鮮民主主義人民共和国（北鮮ママ）とが分立し、それぞれその政府が一定範囲の人民をその国家の所属民として主張し、それぞれその支配地域に実効性をもつ法律秩序を維持している」と捉えれば、「朝鮮という国家を想定してみたところで、その所属民の範囲の決定は

南鮮政府（ママ）および北鮮政府（ママ）の国籍主張によらざるをえず、それによって朝鮮という国籍を想定してみたところで、これにより連結される統一的な法律秩序も存しない」と述べて、不統一法国の属人法の決定の類推適用説を批判したうえで、「国際私法の関係においては、……二つの政府を中心とする二つの国家とみるほうが、国際私法における本国法の指定の趣旨により適合した見方ではないかとおもわれる」とした。その考えに対する批判として予想される「国民の多くがそれぞれその政府の称する国の二重国籍となり、この場合には法例27条1項により後に取得した国籍により本国法を定めねばならない」点に関しては³⁹⁾、「朝鮮……の場合のように、互にその全領域についての領土主権および対人主権を主張し合う二つの政府の排他的分立という異常な事態から生ずる二重国籍者の本国法の決定のごときはほんらい法例27条1項の予定するところではない」ので「そのような場合は、本国法適用の趣旨に照らし、当事者の身分関係にいずれがより密接な関係をもつかの観点から、当事者の住所、居所等の客観的要素のほか、当事者の志望という主観的要素をも考慮して、いずれの法律を適用すべきかを決定すべきであろう」と主張した。そこで「現在の朝鮮を二つの政府が対立する一つの国家とみても、……二つの国家とみても、結果的には問題の解決は異なるが」、「南鮮政府（ママ）および北鮮政府（ママ）の国籍法の原則の一致する場合はともかく、両者に若干の相異のあることが考えられるとすれば、いずれの見方によるかによって、実際上の解決に差異をきたす場合もありうるであろう」と述べている。

本国法決定に関する諸説の限界を指摘し 新たな枠組を提唱する諸説

これまでの諸説は本国法主義の枠内で属人法を決定するという見解であるが、その他に以下の諸説が提唱された。

1. 実効的国籍論により住所地法たる日本法を適用する説

塚場準一氏は、昭和39年（1964年）公表した判例評釈で、次のように論じた⁴⁰⁾。

日本に居住していた朝鮮人夫婦が北朝鮮に帰還する前に長男の非嫡出子を養子縁組する事件について、当該事件の養子縁組の本国法を北朝鮮法としたが、帰還意思を考慮して本国法を決定することは国籍主義の枠を超えているとの前提で、「法例上、国籍主義によりうるのは、国籍が、実質的関連性の表象としての実効性ととも、準拠国法秩序確定手段として有用＝連結技術上の実効性をもつ、場合に限られ

る。少なくともこのあとの意味の実効性を、国籍がもたないときは(法例27条1項の事態は、まだこの場合でない)、直ちに住所主義によるべきである(法例27条2項は、この一つの場合にすぎない)。また、今日の朝鮮のごとき状態は、法例の予想しなかった事実的パターンであり、その意味でも、法例の国籍主義の適用範囲外といわねばならぬ。進化的解釈が肯定されうるのは、それが現代的であるからである。法例の正当な進化的解釈は、実質的な住所主義を国籍主義の形骸にオシ込めることにはなく、むしろ、国籍主義の妥当範囲を狭く解するにある。27条2項の擬制は、他の法条に使用された記号『本国法』を『住所地法』と読みかえるための、技術的意義しかもたない。こうした観点からすれば、本件申立人らの属人法として、住所地法たる日本法を適用すべきであった、と考えるものである」と締めくくった。

その後、塚場準一は、昭和48年(1973年)の判例評釈で⁴¹⁾、先の見解を次のようにより詳細に論じた。

まず「現行法例の規定に拘束されず、自由な立場で、本件の当該本人と最も密接な関連性を有している国法は何か」を探求すれば日本法であることに異論はないと断定し、そのような「結論や論理が、現行法例の諸規定の解釈・構成として、許されうるものなのか」そして、「法例上に明言された国籍主義からの離脱の可否、そして法例27条2項の準用の当否」を論じていく⁴²⁾。

そこで、本件判例が、不統一法国により本国法を決定しようとした点に触れ、それでは「本人との密接度が問題となりうる法体系は、一度、確定された国籍所属国の枠内での州その他の下位の統治体に妥当するものであり、その範囲に止まる」という前提があり、「言い換えれば、たとえ『密接度』を考慮するとしても、それが本国の枠内に止まらざるをえない以上、その『密接な』関連性は相対的なものに過ぎず、必ずしも常に、絶対的な他の如何なる法体系との関連性にも優位するものではありえない」ことになるので国籍を基準とする当否を検討する余地があると述べる。

そこで、法例上の本国法主義を通常理解から離れる場合の諸基準を次のように示した。「第一は『実質的な関連性を表徴する場合に限り国籍を規準とする』とまでは行かずとも、少なくとも『それが実質的な関連性を表徴することにつき明白かつ顕著な疑義のあるときには国籍を規準としない』、第二は「長期滞在者・永住者など移民の実態をもつ外国人については国籍を規準としない」、第三は「現在の中国のごとく『分断された国家』が本国となる場合は法例上の国籍主義の全く予測しない事態であり、こうした場合にも国籍を規準とすることは法例上の国籍主義の内在的限界を超えるもの」と捉えて「当初より国籍を規準としない態度」、第四は「一

応、国籍を確定できるものの『その国籍の得喪・保有につき疑義のある場合には規
籍を基準として属人法を決定すべきではない』とするものである」と述べ、第一第
二の立場は「実質的関連性の有無」により、第四の立場は国籍主義の形式性を肯定
した場合にも採用しうる見解とする。

そこで、本件判例を第一の立場に立つものと理解し「本国法が属人法として法例
上も準拠法たりうる条件は、……実質的関連性の基本原理を排除する格別の規定
（法例27条1項但書）のない限り、それが密接な関連性をもつ場合、または『属人
法としての適格性を具えている』場合に限定され、「密接な関連性をもたない、適
格性を欠く、『本国法』を準拠法とすることは、却って我が法例の基本原理に反」
し、「その関連性のないことの明白な場合は勿論、その関連性につき重大な疑義の
ある場合、形骸化した本国法を離れ」ることは許されると論述する。

さらに、法例旧27条2項の無国籍者の通説的理解を説明した上で同項の機能を
「国際私法的連結政策上、国籍の代替的規準を段階的に法定したところにあること。
代替的規準導入の理由は、国籍の規準に依ることが妥当性を欠く場合のあることの
認識であり、こうした妥当性を欠く一つの典型的な場合として、国籍の不存在また
は不明という事態が……想定されている」と捉え、「主要な問題は、国籍に代る現
行法上の連結素は何か」であり「国籍の規準に依ることが妥当性を欠く場合につき
それを規定しているのは27条2項以外にはないが故に、これを参照することは止む
を得ない」とするのである。

そのうえで、本件判旨の立場が「現実の法運用にたずさわる実務の観点からして、
学説に顕著な形式主義的な国籍主義への固執の傾向に比して、より良く具体的正義
に則した準拠法の選定に至るであろう」とし、「他方『通説』の形式主義は、現行
法例の立脚する国籍主義の内包する矛盾を、細部にまでわたって明確にする。その
ことに依って、却って、国籍主義そのものを立法的に一挙に放棄せしめようとする
立場に対し、恰好の拠り所を与えている」と警句を發した。

2. 機能的公序論の活用により日本法を適用する説

松岡博氏は、昭和53年（1978年）の判例評釈で、次のようにその趣旨を論述す
る⁴³⁾。

判旨が公序条項を発動した点においては賛成としながらも、その適用プロセスに
疑問があるとし、公序条項発動の基準と方法を提示する。

「(i)まず提起された事件において解決すべき争点は何であるかを明らかにし、こ
の争点に関して法例によって指定された準拠法所属国（大韓民国）と他に事件に関

連を有する国(日本)の法律の内容とその具体的適用の結果を検討する」が⁴⁴⁾、韓国法と日本法では「いずれの法を適用するかによって結果が異なり、ここに法選択の必要が生じる」⁴⁵⁾。「(ii)つぎには韓国法および日本法が実現しようとする法目的ないしはその基礎にある法目的を探究し、これらの法目的と、事件に対して有する関連からみて、韓国と日本がそれぞれ自国法を適用する正当な利益を有するかどうかを検討する。その際、……いずれの法がより強い政策的基盤を有し、比較法的にみて有力な法目的をあらわしている法であるかも考慮されるべきである」⁴⁶⁾。「(iii)さらにいずれの法を適用することが事件に関連を有する当事者の利益や正当な期待をより適切に保護しうるか、ないしは当事者にとって公正であるかも考慮しなければならぬ」と述べた⁴⁷⁾。

そこで日本法と韓国法の親権者指定の立法目的を比較衡量し、「わが国は、たとえ外国人であってもわが国に永年にわたって居住する子の福祉のために自国法を適用して適切な親権者を指定する正当な利益を有し」「外国人たる妻が永年にわたってわが国に居住し、家族生活の中心がわが国にあるときは、このわが国に居住する妻たる母の利益を保護するために、わが国は自国法を適用する正当な利益を有し」「比較法的にみても……わが国は一層強く明白な利益を有するといえるであろう」とし、さらに「わが国に永年にわたって居住し、その家族生活の中心がわが国にあり、本国との関係が必ずしも密接でない自国民に対して本国の家制度の遵守を要求したり、あるいは子の利益を無視して外国に永年居住する父の権利を保護する正当な利益を有する場合であるかは疑わしい」と準拠法所属国の立法意思を推測した上で⁴⁸⁾、「当事者の正当な期待または利益の保護という観点からみても、日本法の適用が正当化されよう」と結論付けた⁴⁹⁾。

そして「公序条項の適用もまた、準拠法決定という法選択プロセスの一部であり、公序条項の発動に決着がつくまでは法選択問題ははまだ解決していないことを率直に認める必要がある」と述べ⁵⁰⁾、準拠法決定後の公序条項の発動について再考を促した。

なお、松岡博氏は、昭和60年(1985年)に公表した判例評釈においても⁵¹⁾、同趣旨の機能的公序論を展開し、準拠法を日本法とすべきことを述べている。

3. 反致規定(法例旧29条)の一般条項化により日本法を適用する説

石黒一憲氏は、その著『国際私法の解釈論的構造』(有斐閣、1980年)で、本国法主義の硬直化を回避するための具体的例外救済のための一方法として、法例旧29条の拡張解釈が認められるべきであるとする⁵²⁾。その具体的な要件として「第一は、

本国社会が具体的事案において当該生活関係とほとんど何ら現実的牽連を有しない場合であること（本国法主義の形骸化の要件）。第二は、当該生活関係の具体的本拠たる社会の所在が明白であること（具体的本拠の明白性の要件）。これら二つの要件が具備されたとき、各事項ごとの個性に留意しつつも、具体的事案の処理上、各論規定に対して例外が認められてゆくべき⁵³⁾であるが、「第二の要件たる『具体的本拠の明白性の要件』をさらに限定し、それが日本社会であった場合に法例29条の拡張を考えることになる⁵⁴⁾。そして、「従来の学説が設けていた本国法主義の枠内でという制約をとり払ったとき、はじめて、……真の国際私法（準拠法選択）上の正義が達成されるのではあるまいか。すなわち、筆者は、右のごとき場合、法例規定の拘束力はかかる事案の上には及ばないとして（法例29条の拡張解釈……などにより）、端的に日本法を準拠法とすべきである」と述べた⁵⁵⁾。

本国法決定に関する諸説に対する論者の評価

1. 本国法に適用される本国法は承認国法に限定すべきか。

溜池良夫氏は、昭和34年（1959年）の論文で、桑田三郎氏の見解に対して次のように反駁する⁵⁶⁾。「今日（昭和34年現在）わが国が韓国政府を承認しているか否かについても議論があるところであるが、これを事実上承認しているものと解してよいであろう。しかし、その承認の意義についてはなお見方がわかれるであろう」としつつ、桑田三郎氏が「韓国政府を全朝鮮国家、すなわちその全領土および全人民を代表する政府としてこれを承認したものとみて」「南朝鮮政府が全朝鮮国家を代表することを承認することになるのであるから、南朝鮮政府が朝鮮国家の所屬民として主張する者をすべて朝鮮国民とみなさなければならない。……その国民すべてに対し韓国名義の国籍を認めるということは、理論的にはその国民がすべて韓国政府の支配を受けているものとみなし、これを認めるということにならざるをえない⁵⁷⁾」が、「現実には、朝鮮の北半分においては北朝鮮政府が現に存在し、その支配地域における住民を現実に支配し、独自の法律秩序を妥当せしめているという事実は、これを否定」できず、かつ「国際私法上準拠法として指定されるのは、一定の地域に現実におこなわれている法律で」あり⁵⁸⁾、大韓民国を承認しているからといって「わが国際私法上朝鮮人の本国法として専ら南朝鮮法を適用しなければならないという国際法上の義務は生じない⁵⁹⁾」。そのように「朝鮮本国に居住する朝鮮人についてその属人法を北朝鮮法とする者を認めるとすれば、そのような者が朝鮮本国を離れ第三国またはわが国へ渡来した場合においても、その属人法を変更すべ

き特段の理由の存しない限り、……従来その支配下にあった政府への所属の意思を変更しない限り、その法律が依然属人法として認められるべきであり、「従前よりわが国に居住する朝鮮人についても、その政府への所属の意思を基準としてその属人法の決定を認めるべきは当然であろう」と結論付けている⁶⁰⁾。

また、三ツ木正次氏は、昭和34年(1959年)に公表した判例評釈で、中国人の本国法の決定に関してではあるが、次のように述べる⁶¹⁾。外国法の適用という意味を「およそ国家が立法・司法行政権の発動として規範に準拠して行為するとき準拠された規範の適用がある。内国裁判所が外国法を適用するというのは外国法を規範としてこれに準拠して行為するということである」との見解を前提に、「国際私法をもって世界人類的私法交通より生ずる法律関係の性質に最も適合する法を発見する法規と解する以上適用しうる法律を本来外交的政治的な意味をもつにすぎない国家ないし政府の承認にからしめる理由なきことわが学説の均しくいうとおりであり、一国内に承認政府と未承認政府とがそれぞれ一定の領域を支配し対立している場合もその一方の未承認の故を以てその支配領域に現に実効性のある法の適用を拒むべき理由も乏しいと考える。このことは未承認国法の指定が場所的連結点を媒介すると国籍を連結点とすると異なるところはない」と論述した。

また、鳥居淳子氏も、昭和38年(1963年)の判例評釈で⁶²⁾、「国際私法は、渉外的私法生活の安全を目的とするものであるから、当該渉外的私法生活関係にもっとも適切な法があり、それが現実に実効性を有していれば、たとえ未承認国あるいは政府の法であっても、これを適用すべきものであると考える」とし「国際私法上の準拠法の指定には、それが国籍を媒介としてなされるか否かを問わず、影響を及ぼすべきではないと解する」との見解を示した。次に、早田芳郎氏も、昭和38年(1963年)の判例評釈で⁶³⁾、「国籍は政治的紐帯だからといって、指定しうる本国法を承認政府の法律のみに限るべき理由もない。この意味において連結点としての国籍の確定は国家または政府の承認の有無と全く無関係な問題といわなければならない」として北朝鮮の国籍法制による国籍認定も許されるとした。

さらに、石井健吾氏は、昭和38年(1963年)に公表した判例評釈で⁶⁴⁾、福岡地小倉支判昭和37年6月6日(離婚請求事件、下民集13巻6号1170頁)が承認国である韓国法を適用するとした点を批判し、「国家又は政府の承認は政治的、外交的なことからあって、未承認はその国家又は政府の法律の実定性を否認する理由にならないことは、通説及び裁判例の大勢の認めるところである。従って、本判決は異色のものといえるが、その論拠も明らかでなく賛成しがたい」と述べた。

そして、山田鎌一氏は、最判昭和34年12月22日(家屋収去土地明渡請求事件、判

時211号13頁）に関して昭和40年（1965年）に著した判例評釈「中国人の本国法」で⁶⁵⁾、本判決を「かような未承認の国家ないし政府の法たる中共法の適用の可能性を認めつつ、右上告人らの本国法として、中華民国法と中共法とのいずれを適用するも結果が異なるものとして、原判決の終局の判断を正当としたもの」であり「多数の学説は、準拠法として指定しうる法は、その地域に現実に行われている法であれば足り、法廷地国家によって承認された国家ないし政府の法に限らないとなす。国家または政府の承認は、政治的外交的の意味をもつ国際法上の問題であって、国際私法上の指定とは無関係であるとする立場である。本判決は、その根拠を明白に示してはいないが、まさに右の立場を認めたものである」として、判例法上確立されたものとの見解を示した。

しかし、溜池良夫氏は、昭和38年（1963年）に公表した判例評釈で⁶⁶⁾⁶⁷⁾、朝鮮人の本国法適用に関する最初の最高裁判決であった最判昭和37年8月10日（建物収去土地明渡請求事件、民集16巻8号1712頁）について、次のように述べている。

朝鮮人の本国法は承認国である韓国法に限られるのかについて「今日一つの重要な問題点となっている」のに「本件判旨は、この問題に全く留意せず、何の根拠も示すことなく大韓民国法を適用している」と述べた上で、「かつて、最高裁判所は、本国法として適用すべき法律について、右に述べた朝鮮人の場合と同様の問題を生じている中国人の場合に関する判決（最高裁昭和34年12月22日判決、判例時報211号）、中華民国政府または中華人民共和国政府の『いずれの政府の法令の適用があるにせよ』結果は異なるという趣旨の極めて不徹底な説示をなし、この問題について最高裁判所の明確な判断を待ち望んでいた一般の期待を裏切ったことがあるが、いままた、朝鮮人の本国法として適用すべき法律の決定に関して不明確な態度をとったことは、本件が、朝鮮人の本国法適用に関する最初の最高裁判所判決であるだけに、ひとびとを失望させること大であるといわねばならない」と述べて最高裁を批判した。

他方、中立系の朝鮮人については承認の効果が及ぶという見解がある。昭和48年（1973年）開催された第26回全国連合戸籍事務協会総会での質疑応答で、当時の法務省民事局第二課長である田代有嗣氏は次のように述べる⁶⁸⁾。中華人民共和国を1972年承認した経緯に触れ朝鮮に対する関係でも異法地域とみることを前提に、「朝鮮の場合も、台湾の場合も同じですけれども、承認した効果は、民法上、私法上は何も関係ないのかという問題になります。そこはちょっとあるのです。昔は朝鮮は一つですけれども、いまは韓国といえます。韓国の人に対しては韓国法が適用になる。そうすると北鮮（ママ）があります。北鮮（ママ）に属する人には北鮮法

(ママ)の適用があるわけです。ところが、問題はその中間なんです。つまり、……『中立系』があるわけです。……だから、そういった人は無国籍ではありませんから、そういった人はどっちかというやっぱり承認したほうにいかざる得ない。……つまり中立系の人に対する効果という点で、承認の効果はあるといわざるをえない」と述べる⁶⁹⁾。さらに田代氏は、平成4年(1992年)の記述でも「ただ朝鮮人(朝鮮出身者)で戦前から朝鮮を離れて今日に至り、韓国、北鮮(ママ)のいずれにも接触を持たない、いわゆる中立的立場にある者については、日本が韓国を承認している関係から、その者の本国法は、韓国法と考えるのが妥当でしょう」との見解を示している⁷⁰⁾。

また、1989年の法例改正に際して、当時の法務省民事局第二課長であった南敏文氏は、承認には一定の効果があることを次のように述べている⁷¹⁾。「朝鮮半島の北部地域において、朝鮮民主主義人民共和国の法律が施行されていることは明らかな事実である。……最近北朝鮮から来日したことが明らかである等、当事者が明らかにその地域に属するものであるならば、朝鮮民主主義人民共和国の法律を本国法とすべきであろう」として準拠法は承認国に限定されない点は明言しながらも、戸籍事務の取扱いに関して、韓国人であることを証する何らかの一定の書面を提出した者については、「その準拠法は大韓民国の法律であることは当然であるが、その証明がない朝鮮人についても、本人が特に韓国人でないといわない限り、原則として韓国法によるものと考えて処理して差し支えない。日本政府が承認しているのは大韓民国であり、かつ、在日韓国人の多くは大韓民国国民であると推定されるので、国際私法上の取扱いの問題としては、上述の取扱いをすることとなるのである」と述べる。しかし、朝鮮人の身分法に適用する法はすべて大韓民国の法律であるとの通達は、現在に至るも変更されてはいない⁷²⁾。

ところで、中国人が日本人を養子にするときの準拠法に関して、養親たる中国人に対して中華民国民法を適用しても良いとの取扱を示した昭和51年9月8日民二第4984号民事局第二課長回答があり、1972年に中華人民共和国と国交を樹立しながら、承認していない中華民国法の適用を是認した⁷³⁾。

なお、2007年1月1日から施行された法適用通則法の審議過程で法務省民事局参事官室が平成17年(2005年)3月29日に公表した「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」では「未承認国家の法の適用」について、「現行法例上明文の規定がなく、戸籍先例や裁判例では問題とされているため、この点について明文の規定を設けるべきかが審議会において検討された」が、「学説上、国家の承認の有無は外交的・政治的問題であり、私法上の法律関係の処理に際して未承認国家の法

を適用し得ることには異論はなく」と整理し、「この点について特に規定を置かなくても解釈上の疑義が生ずる余地はなく、特段の規定を設けることは不要である旨の意見で一致した」とある⁷⁴⁾。

2. 朝鮮半島の分裂状態を一国とみるか二国とみるか。

(1) 一国説への批判と反批判

鳥居淳子氏は、昭和38年（1963年）に公表した先の判例評釈で⁷⁵⁾、一国説を次のように批判した。「多くの判例およびかなり有力な学説の採る立場に、現在の朝鮮をなお一国とみて、その中に二つの異法地域が存在すると解釈し、法例旧27条3項の適用または類推適用によりその者の属する地域を決定して本国法を適用しているが、「朝鮮を一国とみる場合、その国民の範囲を何によって決めるのであろうか。現在、『朝鮮』なる統一国家は存在しないのであるから、その国家の付与する『朝鮮国籍』なるものはなく、これに依ることはできない。溜池教授はこの点について、南北政府の国籍法の原則が一致しないときは、わが国が南鮮政府（ママ）を朝鮮国家の正統政府として承認している以上、一応南鮮政府（ママ）の主張するところに従って朝鮮人の範囲を定めるべきであるとされる。すなわちこれは、大韓民国国籍法に従うことを意味するであろう。しかし、承認・未承認を問題としないたてまえをとりながら、この点においてのみ正統政府云々を問題とされ、結局大韓民国国籍を基準とされるのならば、そこには論理的な矛盾がありはしないだろうか」、そして「そもそも統一された一国内における異法地域を対象としている法例27条3項を、互いに他を否認しあって自己の法秩序の全領土全人民への支配を主張しあっている二政府の対立により生じている異法地域たる朝鮮の場合に適用することは、類推的にもせよ、無理があるのではなからうか」との疑問を提起した。

他方、加藤令造氏は、昭和47年（1972年）公表した判例評釈で⁷⁶⁾、「かくのごとく双方の国家が同じく原則として血統主義によって、血統上の朝鮮民族のすべてをそれぞれ自己の国民であると主張する場合には、法例27条1項本文は妥当しない」としつつ、「結局かかる外国居住の分裂国家の国民の国籍は当該人がいずれの国家とより密接の関係を持ち、いずれの国家に属することを欲しており、または欲していたかを、本籍がいずれの国の領域内に存するか、外国人登録原票の国籍の表示が朝鮮となっているなどのみを基準として判定すべきでなく、いずれの居留民団に属していたり、属することを希望していたかなどと諸般の状況を総合して客観的に判定すべきで事柄であろう」と述べる。

(2) 二国説の補強

鳥居淳子氏は、昭和38年(1963年)公表した先の判例評釈で⁷⁷⁾、「現象的にはそれぞれ別個の国家をなしていると見られる南北朝鮮は二国とみた方が自然ではないか」として二国説を主張し、「南北朝鮮のそれぞれが全領土全人民に対する支配を宣言している以上、ほとんどの朝鮮人(両者の定めている朝鮮人の範囲はかならずしも一致するとは限らないので、すべての朝鮮人とはいいえないのであろう)には双方の国籍が与えられていると解さねばならない」が、二重国籍の異時取得に関する法例旧27条1項を適用すると後に成立した北朝鮮国籍により本国法が決定されるという不合理が生じる点については、「法例27条1項が新国籍を優先せしめているのは、移住者が移住国の国籍を取得したとか、婚姻とか養子縁組のような身分関係の変動により新たな国籍を取得したとかいう場合になお旧国籍をも保有しているような場合……を考慮し、かかるときには新国籍国の方が当事者により密接な関係をもつと解したからである」から、現在の朝鮮のような特殊な事態を予想したものであるのではないので「むしろ、法例には規定のない同時取得による二重国籍が問題となったときのように、属人法の適用される事項に関連してどちらが本人とより密接な関係(ママ)を有しているかによって決定すべき」とし、いずれの国籍を優先させるかは「属人法適用の根本理由にたちかえて決定すべきであると解する」と述べた。

他方、昭和53年(1978年)11月に開催された東京高裁管内家事事件担当裁判官合同では、家庭局の見解として、「別個の国とみて、いずれかを属人法として選択するが、……二重国籍があるとして一つの国籍を選択する問題として処理する。これは、政治的な変動によりもたらされた二重国籍であるという特殊性を考えて法例27条(ママ)によらずに条理によって本人の住所、居所、過去の住所、居住の意思、配偶者の住所、父母の住所によっていずれか一つの国籍を選択して準拠法を決定する」ことを示した⁷⁸⁾。

(3) 一国説二国説論争に対する疑問

以上で示したように、一国か二国かについての論争が活発に展開されてはいたが、その論争そのものに以下のような疑問が示されていた。

江川英文・澤木敬郎両氏は、昭和33年(1958年)に公表した判例評釈で⁷⁹⁾、次のように述べている。「朝鮮が一国か二国かは、理論的にはともかく、実際上は必ずしも重要な意味がないといえることができるであろう。それは二国とすれば、いずれの国籍かという問題が生じ、一国とすれば法例27条3項の『其者ノ属スル地方』が決定されねばならず、この両者は実質的に極めて近い問題だからである。いずれにしても、南鮮(ママ)又は北鮮(ママ)に現に住所を有するものは問題ないとして、内地在住の朝鮮人の国籍或いは其者の属する地方は如何にして決定されるか。その

基準たりうる要素は極めて多く、一概にこれを論じることはできないが、国籍、家族現住所、朝鮮に於ける最終居所の如き客観的要素の外に、もし朝鮮を二国と解することができるならば、本人の志望という意思的要素も考慮されねばならぬこととなろう。これらの諸要素を考慮して、具体的の事案について、当事者の本国乃至その属する地方がいずれであるかを決定すべきであろう」と述べている。

また、別に江川英文氏は、昭和38年（1963年）の判例評釈で⁸⁰⁾、次のように述べる。「中国や朝鮮が二つに分かれている現状は、国際法的観点からはいざしらず、国際私法的には、右に述べたような法例27条3項の意味におけるいわゆる一国数法の場合とみるよりも、寧ろ二つの国と看做す方が妥当と思われる」と述べて二国説を支持しながらも、「現在における……二つの朝鮮を、国際私法的の観点からして」「不統一法国とみてもまたはこれを二つの国家に準ずるものとしても、実際上の差異は全くないものといわざるをえない。けだし、法例27条3項を適用すべきものとしても、實際上……両者に共通ななんらかの意味におけるいわゆる準国際私法的規定の存在は全く考えられないのであるから、法例27条3項についていわゆる間接指定の解釈は採る余地がなく、……いずれを本国法とすべきかは、もっぱら本国法適用の趣旨から、これを決定すべきものとなる。他方、……国際私法的観点から二つの国家に準じて取扱うべきものとしても、前述のように、法例27条1項の適用がないとするならば、当事者の本国法の決定は、右と同じ趣旨に照してなされるべきものとなる。従って、以上二つのいずれの立場を採るとしても、実際上はなんのちがひもないということになる」と述べて、一国説二国説論争の実益に疑問を呈した。

また、山田鎌一氏も、昭和38年（1963年）公表した先の判例評釈の中で⁸¹⁾、二国説において法例27条1項は「現在……のような異常な事態に適用されるものとは考えられない。この場合には、当事者の身分関係といずれがより密接な関係をもつかという、本国法適用の本旨にもどって、問題を解決すべきであろう」とし、「本籍を唯一の基準として機械的に解決することは妥当ではない。当事者の本籍のみならず、住所、居所、過去の住所等の客観的要素、さらには当事者の意思をも考慮して具体的に判断すべきであろう。わたしは、この見解を正当と考える」として二国説を主張するが、一国説によっても「現実には、中華民国と中共の両者に共通な準国際私法的規定は存しないのであるから、結局において中華民国法と中共法とのいずれを適用するかは、もっぱら本国法適用の趣旨に従って決定されることとなる」と整理し、「この説は、實際上、さきの……説と異ならないこととなる」と述べて一国説であっても二国説であっても具体的適用の場面での相異はないと論述した。

さらに、欧龍雲氏は、昭和39年（1964年）公表した判例評釈で、次のように述べ

る⁸²⁾。「準拠法決定の観点からすれば、結局は、異なる二つの法秩序のうち、当事者にとってもっとも密接な関係を有する法を、その者の本國法とすべきである、ということに帰着」し、一国と二国とみるにせよ「このような場合の屬人法の決定につき、法例には直接の規定がないとして、国籍のわくを越え、その者にとってもっとも密接な関係を有する法秩序、たとえば住所地法とか居所地法とかへの直接の連結を考えるのであればともかく(もっとも、立法論としてならばともかく、現行法例の立場からは困難であろう)、そうでないかぎり、右のような両者の論争は、さほど大きな実益をもたないといえよう」と述べている。

なお、最高裁判所事務総局家庭局が1989年の法例改正後に著した書では、次のように概説している⁸³⁾。当事者の本國法の決定は「その法律を制定・公布した国家ないし政府に対する外交上の承認の有無等とは直接は関係しないと解されている」としながら、「国際私法上の解釈として、未承認国家ないし政府の法律の適用問題として処理すべきであるとする説、地方により法律を異にする国の本國法の決定の問題として法例28条3項を適用して処理すべきであるとする説、重国籍者とみて重国籍者の本國法決定の問題として法例28条1項を適用して処理すべきであるとする説などに分かれている」と紹介し、「いずれの立場によっても、中華人民共和国系の中国人と台湾系の中国人は区別して、それぞれの法律を適用するのが適当であると解されている。朝鮮半島についても、その北部地域においては北朝鮮(朝鮮民主主義人民共和国)の法律が施行されていることは公知の事実であり、中国と同様の取扱いが必要である」と述べて、承認国法に限定すべきとする説を完全には排除せずに法例28条3項若しくは1項説で決定することを紹介している。

(4) 韓国・北朝鮮の国籍法制との関係

ところで、一国説であれ二国説であれ、当事者がいずれか一方の国にのみ属するのか、いずれの国にも属するのかが決定されなければならない。韓国・北朝鮮いずれもが、全朝鮮半島の領土主権を主張し全朝鮮人の対人主権を主張しているといっても、どのような規範によりどの範囲の朝鮮人に対して対人主権を主張しているのか、さらにその人的確定作業が具体的になされているのか、という点が問題になる。ここでは、その規範の中核になるそれぞれの国籍法制を概観してみることにしよう⁸⁴⁾。

1945年8月、日本の敗戦により朝鮮は解放された。朝鮮人は、直ちに挙族的な政権の樹立を図ったが、同年9月2日、連合国総司令部は一般命令第1号を発し、朝鮮は38度線以北はソ連軍、以南は米軍の管轄とした。38度線以南では米軍の軍政が施行され、以北ではソ連軍の進駐と共に各地に人民委員会が組織されていった。

（韓国）韓国では、南朝鮮過渡立法議院が1948年5月11日「国籍に関する臨時条例」（南朝鮮過渡政府法第11号）を制定・公布し即日施行した。それによれば、「朝鮮人を父親として出生した者」（2条1号）、「外国人であって朝鮮人と婚姻しその妻となった者」（2条4号）、「朝鮮に帰化した者」等は朝鮮の国籍を有するとして、出生に関しては父系血統優先主義を採用するとともに外国人妻の婚姻による朝鮮国籍取得を認めた。4条では外国に帰化した者と外国人の妻又は養子となった者には朝鮮国籍を喪失させ、5条では「外国の国籍又は日本の戸籍を取得した者であってその国籍を放棄するか又は日本の戸籍を離脱する者は壇紀4278年（1945年 筆者注）8月9日に朝鮮の国籍を回復したものと看做す」と定めた。

また、1948年5月10日には38度線以南で単独選挙が実施されて国会が召集され、同年7月17日には憲法が公布された。その憲法3条では「大韓民国の国民たる要件は、法律で定める」とし、その4条は「大韓民国の領土は、韓半島およびその付属島嶼とする」とある。その後、同年8月15日に大韓民国政府の樹立が宣布されて米軍政は廃止され、同年12月20日に初の「国籍法」（法律16号）が公布され即日施行された。それによれば、出生に関しては「出生のときに父が大韓国民の国民であるとき」との父系血統優先主義を採用し（2条1項1号）、韓国人の妻となった者や韓国人父等により認知された子の国籍取得を認め（3条）、帰化の要件（5、6、7条）や国籍喪失（12条）・国籍回復（14条）等の規定を定めた。父系血統優先主義、国籍単一主義、家族国籍同一主義を採用している。翌年の1949年11月24日には「在外国民登録法」（法律70号）を公布・施行して、在外国民の登録業務を開始した。1960年1月1日には、韓国初の「民法」典（1958年2月22日法律471号）と同時に、初の「戸籍法」（法律535号）が公布・施行された。それにより朝鮮戸籍令や戸籍臨時措置に関する軍政法令等は廃止され、韓国民の身分変動を記録する帳簿である戸籍が法定された。

その後、「国籍法」は何度が改正されたがその骨格に変更は加えられなかったが、1997年12月13日法律5431号により大改正が行われ、翌年の6月14日から施行された。

97年国籍法の大きな特徴は、父母両系血統主義の採用や厳格な国籍選択制度の新設であるが、立法上の不備を整備するものでもあった。

その第2条は出生による国籍取得につき「出生したときに父又は母が大韓民国の国民である者」（1項1号）として父母両系血統主義の採用を明文化した。また、出生時に韓国人である父または母が認知すれば、未成年者である子は申告により韓国籍取得できることにして（3条）、認知という身分行為による国籍取得を導入した。また、帰化条項の整備が行われ（4、5、6、7、8条）、元韓国人で

あった外国人の国籍回復の規定を整備した(9条)。他方、「満20歳になる前に」重国籍になった者は「満22歳になる前までに」、「満20歳になった後に」重国籍になった者は「そのときから2年以内に」国籍を選択しなければならず、「国籍を選択しなかった者は、その期間が経過したときに、大韓民国の国籍を喪失する」として(12条)、重国籍者の国籍選択期間の徒過は韓国国籍喪失の効果をもたらすと厳格な制度の採用に踏み切った。国籍選択方法は、13条14条で定めている。また、「自ら進んで外国の国籍を取得した者」は当然に韓国国籍を喪失し(15条1項)、身分変動に伴って外国国籍を取得した者も6ヶ月以内に韓国国籍を「保有する意思のある旨の申告」をしなければ、外国国籍を取得したときに遡及して国籍を喪失する(15条2項)することにした。なお、父母両系血統主義の採用に伴う救済措置として、附則7条で「施行前10年以内に」韓国人母として出生した者には施行日から3年以内に申告すれば国籍を取得するとの規定を置いた(憲法不致決定もあり2005年に「施行前10年以内」を「1978年6月14日から1998年6月13日まで」に改正)。

その後、兵役等に関連する条項などについて若干の改正がなされているが、現在に至るもその骨格の変更はない。

(北朝鮮) 北朝鮮では、1947年2月に立法権を持つ人民会議の代議員選挙が実施され、1948年7月12日の人民会議で憲法の施行を決定し、これに基づき同年8月25日に最高人民会議代議員選出の選挙が実施され、同年9月8日には憲法を採択し同年9月9日に朝鮮民主主義人民共和国の樹立が宣言された。憲法では、直接に国民の範囲を明示した条項は見当たらない。その後、1963年10月9日に最高人民委員会政令により全文10条の「国籍法」を制定した。公民とは「1朝鮮民主主義人民共和国創建以前に朝鮮の国籍を所有していた朝鮮人とその子女で、本法の公布日までに、その国籍を放棄しなかった者」「2外国人として合法的手続により、朝鮮民主主義人民共和国国籍を取得した者」(1条)であり、4条では「朝鮮民主主義人民共和国公民間に出生した者」(1号)は国籍を取得し、「外国に居住する朝鮮民主主義人民共和国公民と外国公民の間に出生した子女の国籍は、父母の合意により定められる」(5条)、父母の国籍の変更によって子の朝鮮国籍の変更はされないこと(9条)、外国人との婚姻によっても朝鮮人配偶者の朝鮮国籍は変更されないこと(7条)が定められている。ただし、父母が朝鮮国籍を除籍する場合は14歳未満の子の国籍は「父母の合意」により、18歳未満の子の朝鮮国籍からの「除籍」は「かれらの同意のみ」によるが(8条)、朝鮮国籍からの「除籍」は「本人の請願により」「朝鮮民主主義人民共和国最高人民会議常任委員会が決定する」と定めている(10条)。なお、北朝鮮では、解放の初期から暫くは「公民証」によりその身分登録が

行われていたといわれるが、在外同胞の把握がなされていた形跡はない。

その後、1992年に憲法が改正されたが、その62条で「朝鮮民主主義人民共和国となる条件は、国籍に関する法で規定する」と定めた。それもあり、1995年3月23日に新「国籍法」が制定されている。

95年国籍法は、1963年制定のものと比較すれば、外国に居住する公民と外国人との間に出生した者の国籍や父母が「除籍」する場合の子の国籍に関する規定の変更に特徴がある。7条では、外国に居住する公民と外国人との間に出生した者の国籍は、その子が「14歳未満」であれば父母または後見人の意思に従うが、出生後3ヶ月が経過するまでそれらの「意思表示がなければ共和国国籍を有する」（1号）、「14歳以上の未成年者」は父母の意思と本人の同意、父母がいなければ後見人の意思と本人の同意、父母または後見人の意思が本人の意思と異なれば本人の意思に従い（2号）、「成人となる者」は本人の意思に従う（3号）。それらにより共和国公民と定める場合の書類の提出機関を新設した（8条）。また、父母が「除籍」する場合の子の国籍は、「14歳未満」は父母の国籍に従い（9条1号）、「14歳以上16歳以下」は父母の意思と本人の同意、父母の意思と本人の意思が異なれば本人の意思に従う（9条2号）。要約すれば、14歳未満の子の国籍は父母が決定することになる。なお、63年法には婚姻のみの規定があったが、95年国籍法は離婚、養子縁組、離縁の身分変動によってもその国籍は変更されないことを明記した（11条）。なお、63年法と同様に、「共和国国籍の……除籍請願に対する決定は」「最高人民会議常任委員会がこれを行う」としている（15条、なお決定機関は当初「中央人民委員会」であったが、1999年2月26日の改正で「最高人民会議常任委員会」へ変更⁸⁵⁾。最後に16条では、外国と締結した条約が国籍法に優位する点を規定している。なお、北朝鮮における身分登録は、1997年以降になって「公民登録法」に基づいて行われているとのことである。ただし、在日の身分変動の記録が、それらにより執り行われているとは考えられない。

そこで、一国説ではどの範囲の在日を「不統一法国」に属する当事者と認定するのであろうか。その点に関して、木柵照一氏は、平成5年（1993年）の論文で次のように述べる⁸⁶⁾。「一国構成をとると、当事者が現に存在していない『統一朝鮮』国籍を有することを前提としてその何れの政府の法を本国法とするかを決定しなければならず、結局、韓国政府の国籍法が、共和国政府の国籍法の何れかで国籍が認められる者は「朝鮮」国籍を有する者として扱うべきことになるであろう。これは、現存する二つの政府の国籍法のいわば最大公倍数を求めることを通じて、条理朝鮮国籍法を求める方法であって、二国構成をとる見解のように二つの国籍法をそれぞれ

れ適用するのではない。……また、たとえば、韓国人男性との婚姻によって韓国籍を取得した外国人女性は共和国の国籍は取得しないから韓国籍のみを取得するに過ぎないが、このような場合には、韓国法をその女性の本国法とすべきことになるであろう」と述べ、また近年の著では⁸⁷⁾、「いずれか一方の政府の国籍のみを有するにすぎない者、たとえば、韓国人男との婚姻により韓国籍を取得した女については、その政府の支配する法域に属するものとする準国際私法が存在するとみなすことになるであろう。いずれの政府の国籍をも有する者についてのみ、……いずれかの政府の法律を指定すべきであろう」と述べている。

次に、二国説ではどのようなだろうか。

二国説を支持される山田録一氏は、近著で⁸⁸⁾、「それぞれの国籍法にもとづき、いずれかの国籍を決定できる場合にはそれにより」「二重国籍になる場合には当事者の現在および過去の住所・常居所・居所・籍貫または本貫、親族の住所・常居所・居所のほか、当事者の意思等を考慮し属人法の趣旨に照らして、いずれかの法を本国法として適用すべきである」と述べ、「それぞれの国籍法にもとづき、いずれかの国籍を決定できる場合」とは、「例えば、外国人女が朝鮮人男と婚姻したときは、韓国の国籍を取得するが(韓国国籍法3条1号)、北朝鮮の国籍は取得しない(北朝鮮国籍法7条)。……」と例示するに留まっている⁸⁹⁾。

3. 本国法決定の際に考慮すべき当事者の密接度の判断基準とは何か

(1) 密接度の判断基準について

一国説であれ二国説であれ、当事者により密接な地域または国を決定しなければならないが、それらの諸要素はどのような点に求められるべきであろうか。その点を示した論者の氏名とその要旨を列挙すれば、次の通りである。

溜池良夫氏は、先の論文で⁹⁰⁾、「当事者が現にいずれかの地域に住所をもっている場合はさておき、単なる過去の住所や本籍をもってその者とその地域の法律秩序との関係の密接度を示す基準とみなすことはできない」とりわけ「戦前よりわが国に居住する朝鮮人の本国における過去の住所や本籍地は、その者とその地域の法律秩序との関連性を示す基準として全く根拠のないものになってしまっている場合が縷々考えられる」として、第一の基準として「当事者の意思によるいずれかの政府に対する所属」を挙げ、「具体的には、当事者が現在朝鮮において住所を選択するとすれば、南北朝鮮のいずれにこれを選ばんとするかということが基準とされるべきであろう」と述べている。

江川英文・澤木敬郎氏は「いずれにしても、南鮮(ママ)又は北鮮(ママ)に現に

住所を有するものは問題ないとして、内地在住の朝鮮人の国籍或いは其者の属する地方は如何にして決定されるか。その基準たりうる要素は極めて多く、一概にこれを論じることはできないが、国籍、家族現住所、朝鮮に於ける最終居所の如き客観的要素の外に、もし朝鮮を二国と解することができるならば、本人の志望という意思的要素も考慮されねばならぬこととなろう。これらの諸要素を考慮して、具体的の事案について、当事者の本国乃至その属する地方がいずれであるかを決定すべきであろう」と述べ⁹¹⁾、早田芳郎氏は「本国法適用の趣旨に照らし、当事者の身分関係にいずれがより密接な関係をもつかの観点から、当事者の住所、居所等の客観的要素のほか、当事者の志望という主観的要素をも考慮して、いずれの法律を適用すべきかを決定すべきであろう」と述べている⁹²⁾。鳥居淳子氏は「属人法の適用される事項に関連してどちらが本人とより密接な関係（ママ）を有しているかによって決定すべき問題であろう。すなわち、大韓民国国籍と朝鮮民主主義人民共和国国籍のいずれを優先せしめるかは、属人法適用の根本理由にたちかえて決定すべきであると解する」とし⁹³⁾、山田録一氏は「本籍を唯一の基準として機械的に解決することは妥当ではない。当事者の本籍のみならず、住所、居所、過去の住所等の客観的要素、さらには当事者の意思をも考慮して具体的に判断すべきであろう」とし⁹⁴⁾、加藤令造氏は「結局かかる外国居住の分裂国家の国民の国籍は当該人がいずれの国家とより密接の関係を持ち、いずれの国家に属することを欲しており、または欲していたかを、本籍がいずれの国の領域内に存するとか、外国人登録原票の国籍の表示が朝鮮となっているなどのみを基準として判定すべきでなく、いずれの居留民団に属していたり、属することを希望していたかなど諸般の状況を総合して客観的に判定すべき事柄であろう」とする⁹⁵⁾。

(2) 判断基準の第一に当事者の意思を挙げる点について

溜池良夫氏は、先の論文で「第一の基準として当事者の意思によるいずれかの政府に対する所属」を挙げた⁹⁶⁾。その点につき、桑田三郎氏は、北朝鮮法を適用した判旨に反対した昭和34年（1959年）の判例評釈で⁹⁷⁾、「属人法の決定基準としての意思主義の採用はきわめて異例なことと考えられる。その選択が主観的な当事者意思に依存するかぎりにおいては、それはむしろ属人法の原理そのものの否定を意味する。それは、種族法時代における『属人法宣言』に通ずるであろう」と断定し、「かりに私的居留民団体への所属のごときものがそれとして考えられているとすれば、政治的にはともかく、かかる要素が属人法の認定資料としてはたして決定的たりえようか」との疑問を示し、「また、たんなる内心的な希望と具体的・客観的な住所の実現との間の距離にしても同様である。かくて、この立場は、なんら客観的

な体素をもたない純粹に心素としての当事者意思が直接的な属人法の決定基準とされる点において、重大な難点をふくむものといわざるをえない」とした。さらに意思主義の一つの論拠として国際条約上の避難民が国籍法に代えて住所地法を適用される点を根拠としている点について「国際避難民の場合、連結基準とされているのは、けっしてたんなる主観的な政治的理由ではなく、あくまでも居住という客観的な事実そのものである」と批判した。

ところで、田代有嗣氏は、平成4年(1992年)に公表した文章で「その者が韓国に属するか北朝鮮(ママ)に属するかは、結局は、本人の帰属意思(忠誠心)によります」「この忠誠心は、本人の意思の問題ですから、本人に問いたすこととなりますでしょうが、これはまた、本人の日頃の諸般の行動から判断されることありましよう」と述べている⁹⁸⁾。

(3) 当事者の意思を推認できる要素とそれ以外の要素について

しかし、先に述べたように二国説に立つ論者も「当事者の意思」や「本人の志望」などの意思的要素を否定しているわけではない。問題は、いずれかの政府や国を選択するかについて本人の意思が明白であれば良いが、その意思が明白でないときにその意思を推認できると思われる客観的事実とは何か、その客観的事実がその意思を推認する事実たりうるかであり、その外に何れの要素によっていずれの地域または国により密接といえるかどうかである。

帰国した国が韓国か北朝鮮か

当事者がいずれの国に帰国したかまたは帰国しようとしているかは、その意思を推認させるであろうか。鳥居淳子氏は、判例評釈で「現実に北朝鮮に帰り、そこに居住しようとしているという事実は十分に北朝鮮に当事者を結びつけることを正当ならしめるものであろう。この事実は、もし、たとえ本籍とか過去の住所が南朝鮮にあると仮定しても……そうした、現在は実質的内容を伴わない要素に優越するものである」と述べて、韓国法を適用した審判を批判している⁹⁹⁾。

外国人登録原票の国籍欄の表示

朝鮮人に関する外国人登録原票の国籍欄の表示についての法務省行政の取扱いの経過の概略は、以下の通りである¹⁰⁰⁾。

日本は敗戦後、GHQ(連合国軍最高司令官総司令部)の間接支配を受けるが、GHQは、在日朝鮮人は「解放人民」として「日本人」に含まれないとしながらも、日本国民であったという理由から「敵国民」としても処遇する方針をとった。他方、1947年5月に公布・施行された勅令「外国人登録令」では「朝鮮人は、……当分の間これを外国人とみなす」(11条)としていたので、その国籍欄にどのように表記

するかが問題になった。当初は国籍欄の表示はすべて「朝鮮」であったが、1948年8月の韓国政府の樹立を受けて韓国政府からGHQに「韓国」または「大韓民国」の表示の要請があり、最終的に日本政府は1950年2月23日の法務総裁談話で本人からの希望があれば「朝鮮」から「韓国」または「大韓民国」の表示を許すことにしたが、その表示は単なる用語との見解であった。その後1951年2月2日の通達により「朝鮮」から「韓国」または「大韓民国」への書換えは、1949年11月24日に韓国が公布・施行した「在外国民登録法」による国民登録証の提示をまっとうすべきことが指示され、「韓国」から「朝鮮」への記載の変更は認めないのが原則となった。外国人登録令は1952年4月28日に「法」として公布施行されたが、サンフランシスコ講和条約発効後も国籍欄表示の取扱いに変更はなかった。

さて、サンフランシスコ講和条約の発効に伴い発出された昭和27年（1952年）4月19日民事甲第438号民事局長通達は、同年4月28日午前10時30分前まで朝鮮戸籍に入籍している者または入籍すべき事由のある者は「内地に在住している者も含めてすべて日本の国籍を喪失する」とした。つまり、日本に在留する朝鮮人で朝鮮戸籍に入籍している者はもちろん、婚姻や養子縁組等の理由で朝鮮戸籍に入籍していた元日本人もすべて日本国籍を喪失するとの取り扱いを表明した。

その後、1965年6月22日に日本と韓国の基本条約が調印され国交が正常化されたが、同年10月26日に法務省は政府見解として「法務総裁談話」を表明し、「朝鮮」という記載は、「かつて日本の領土であった朝鮮半島から来日した朝鮮人を示す用語であって、何らの国籍を表示するものではない」「それらの者の中から『韓国』（又は『大韓民国』）への書換えを強く要望してきた者があるので、本人の自由意志に基づく申立てと、その大部分には韓国代表部発行の国民登録証を提示させよう『韓国』への書換えを認めた¹⁰¹⁾。このような経過によって『韓国』と書き換えたものであり、しかも、それが長年にわたり維持され、かつ実質的に国籍と同じ作用を果たして来た経緯にかんがみると、現時点からみればその記載は大韓民国の国籍を示すものと考えざるを得ない」として「韓国」の表示は国籍との見解を示した¹⁰²⁾。その後、日本と韓国の法的地位協定にもとづく「協定永住」の申請が1966年から1971年まで行われたが、それにより結果的に「朝鮮」から「韓国」への書換えが急増した¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾。その間、「韓国」から「朝鮮」への再書換えの動きもあったが、日本政府は認めないとの方針で臨んだ。なお、在日が、韓国政府発行の旅券を取得するには、外国人登録の国籍欄が「韓国」であることが要求される。

そこで、外国人登録の国籍表示が「韓国」か「朝鮮」かが当事者の意思を推認させる要素になるかである。その点につき、溜池良夫氏は、昭和34年（1959年）の論

文で、地域を示す用語に過ぎない「朝鮮」をもって北朝鮮への所属の意思を推認させるにはなお不十分であると指摘し¹⁰⁵⁾、木柵照一氏は、平成5年(1993年)の論文で¹⁰⁶⁾、「日本から外国に旅行しようとする在日朝鮮人は外人登録の国籍欄を『韓国』とせざるを得ない」こともあり、韓国籍への切替えが便法としてなされることもあるので、「外人登録の国籍欄の記載のみによって所属意思を認定することは適切ではない」ことを指摘した。

他方、田代有嗣氏は、「外国人登録に国籍を『韓国(大韓民国)』として登録した者は、原則として韓国人として取り扱う」が、「『朝鮮』として登録した者は、韓国人以外の者ということになりますから、これは北鮮人(ママ)と中立者を含むことになります。したがって、『朝鮮』と登録した者は、北鮮人(ママ)か中立者かをさらに見きわめる必要があります」と述べて、「韓国」と登録している者には一律に韓国法を適用してよいとの見解かのような¹⁰⁷⁾。なお、青木清氏は、平成16年(2004年)に公表した判例評釈で¹⁰⁸⁾、「ただ、歴史的経緯から、韓国に親近感を持つ者が『韓国』を、北朝鮮に親近感を持つ者が『朝鮮』を、それぞれ表示する傾向にあることは事実である」と述べて、在日の国籍表示に対する親近感を指摘している。

加入している在日団体が韓国系か北朝鮮系か

現在、在日の団体は、韓国系の在日本大韓国民団(民団)と北朝鮮系の在日本朝鮮人総連合会(朝鮮総連)に二分されている。

そこで、在日団体の結成から現在までの経過の概略を把握しておこう¹⁰⁹⁾。

1945年に日本が敗戦し祖国が解放されたことから、日本に在留する朝鮮人の中で祖国への帰還事業の支援や生活防衛などを目的に、同年10月15日に在日朝鮮人連盟(朝連)が結成された。当時の治安状態が不安定なことから植民地支配の反動から朝連と日本社会とのトラブルも多発したが、朝鮮人の生活安定と民族教育などに貢献した。当時の思潮の中で朝連内には日本共産党の影響下にある左派系が台頭し、それに反発しては同年11月には「朝鮮建国促進同盟」が結成され、他に1946年1月には「新朝鮮建設同盟」、同年10月には「在日本朝鮮居留民団」(1948年10月4日に「在日本大韓民国居留民団」に改称)が結成された。

他方、朝鮮では1945年8月15日に汎民族的な人士により構成される「朝鮮建国促進同盟」が結成され解放後の国造りに乗り出そうとしたが、ソ連軍が8月北朝鮮の平壤に進駐し、9月2日には38度線を境に北半分はソ連軍、南半分は米軍が占領することになった。特に1945年のモスクワで開催された米中英ソ外相会談での「信託統治案」をめぐる、朝鮮半島では左右の対立が激化しそれを受けて在日団体間でも

対立が激化する。その後、1948年8月に大韓民国政府が、同年9月には朝鮮民主主義人民共和国が樹立され、在日団体の反目と対立は決定的になった。他方、GHQは朝連等に対して1949年9月に解散命令を発し、その資産の没収や朝連系民族学校の閉鎖を指示した。

そのような中、朝鮮半島では1950年6月に戦争が勃発し、朝連内の左派系を中心に同年6月28日に「祖国防衛委員会」、翌年1月には「在日朝鮮統一民主戦線」（民戦）が結成され、朝鮮戦争の兵站基地である日本の反米運動を担うことになる。その後、朝鮮戦争は1953年7月に休戦し、朝鮮の分断固定化が始まるが、民戦は日本共産党との関係を解消して1955年5月24日に解散し、翌25日に「在日本朝鮮人総連合会」（朝鮮総連）が北朝鮮「共和国公民」の団体として発足することになった。

民団と朝鮮総連は、1960年前後の朝鮮総連が推進した北朝鮮への帰還運動、1965年から1971年にかけての民団による日韓条約の促進と「協定永住権」の申請運動、1990年代からの民団が掲げる「地方参政権獲得」運動、北朝鮮政府による「日本人拉致」問題などをめぐり対立は継続している。他方で、1960年代後半期に展開された出入国管理法などへの反対運動や民族教育の推進、さらに各種権利擁護の面では、組織的には別行動をとりながらも同一歩調を示す場合もある。なお、両組織とも傘下や周辺に民族学校、商工会、信用組合、青年学生組織などがあり在日の教育や生活を支える事業を展開している。

朝鮮総連は、敗戦後殆ど在日を網羅していた朝連を事実上承継した経緯もあってその組織員が横滑りしたこと、組織的に一枚岩でその統制がとられていること、朝鮮学校の存在や民生面・税務面での組織的基盤などもあり民団に比して組織員の上では優位に立っていた。その反面、民団は、敗戦直後の左派色を強める朝連との対決から発足した経緯から、敗戦から暫くの間は当時の日本の思潮であった「反共」団体への嫌悪感と喧伝された「北の楽園」像などもあり、その加入は芳しくなかった。しかし、1965年から1971年1月までの「協定永住権」申請運動や1990年代に顕著になった「北の楽園」像の凋落に加えて、元々在日の多くが韓国支配地域出身者であることなどもあり、その組織員は増加する傾向にある。なお、朝鮮総連は、その組織行動において北朝鮮政府の方針からの逸脱は許されないが、民団は、韓国の政治状況の変化もあって韓国政府とは漸次緩やかな関係へと推移し、在日の「生活者団体」への性格にその軸足を变えているかに思える。民団は、1995年4月にその名称を「在日本大韓民国居留民団」から「居留」の文字を削除して「在日本大韓国民団」に変更している。

しかし、両組織共、1980年前後からの日本の国際化の進展、日本社会の在日に対

する差別的な社会的・法的制度が一定の範囲で改善されたこと、在日の経済力の相対的な上昇に加えて、冷戦崩壊後の多様性への志向や脱イデオロギー意識の醸成もあって、若い世代を中心に組織離れが加速している。

そこで、民団、朝鮮総連いずれの団体に加入・所属しているかにより当事者の意思が推認できるであろうか。この点については、木棚照一氏が、平成5年(1993年)の論文で¹¹⁰⁾、民団への加入を持って韓国との密接度を推認する点に関して疑問を提起しているほかにそれに関する論考は見当たらない。それによれば「いずれかに所属していても必ずしも当事者の真の所属意思を表さない場合もあり得る」として「たとえば、韓国政府のパスポートを取得するためには民団の窓口を通す必要があるので、自己の所属意思の如何を問わず民団に所属せざるを得ないことになる。したがって、このような団体への所属もあくまで所属意思を認定する一つの資料に過ぎないとみるべきであろう」と述べる。

本籍地・出身地・交流している親族の居住地が韓国支配地域か北朝鮮支配地域か

在日の殆どの本籍地または出身地は韓国支配地域である¹¹¹⁾。1960年前後には約10万人が北朝鮮へ帰国したが、その帰還した者の殆どの本籍地や出身地も韓国支配地域が圧倒的に多い。したがって、日本に渡来する前から交流が継続している親族の居住地は韓国支配地域が殆どである。なお、1960年以降は北朝鮮支配地域に居住する親族も創出されたことになる。

そこで、本籍地や出身地・交流している親族の居住地がいずれであるか、それによって所属意思を推認できるかという点は疑問ではあり、それらとの関係は所属意思というよりは親密度というに留まるであろう。

日本における在留資格

在日は「出入国管理法」(以下、「入管法」という)上の在留資格をもって日本に在留しているが、その在留資格の相違により当事者の意思が推認できるであろうか。その点の検討に入る前に、在日の在留資格の変遷の概要を把握してみよう¹¹²⁾。

(126-2-6等) 外国人の出入国管理を目的とする「出入国管理令」は1951年10月4日に制定され、同年11月1日に施行されたが、サンフランシスコ平和条約発効日の同日に制定公布されたポツダム政令126号により「法」になった。その政令2条6項により「昭和20年9月2日以前からこの法律施行の日まで引き続き本邦に在留するもの(昭和20年9月3日からこの法律施行の日までに本邦で出生したその子も含む。)」は「別に法律に定めるところによりその者の在留資格及び在留期間が決定されるまでの間、引き続き在留資格を有することなく本邦に在留することができる」

と定めた。その意味は、在日は入管法上の在留資格や在留期間を問わずに日本に在留できるが、他の入管法上の条項は適用される、というものであった。この在留資格を「126-2-6」と呼ぶ。その子（4-1-16-2）や孫（4-1-16-3）も同様の在留資格が付与されたが、在留期間は3年であった。しかし、敗戦後に一時帰国して日本に戻った者が対象にならない点や入管法上の退去強制条項等が適用される点などが問題として残されていた。

（協定永住） 1965年の日本と韓国の国交正常化により創設された「永住権」は、一般に「協定永住」と略称されている。その内容は「1945年8月15日以前から申請の時まで引き続き日本国に居住している者」（協定永住一代目）と、その直系卑属で「1945年8月16日以後」協定発効日である1965年1月17日から「5年以内に、日本国で出生し」「その後申請の時まで引き続き日本国に居住している者」（協定永住二代目）が許可の申請をすれば永住権が付与されるというものである。

ただ、その直系卑属の子については「大韓民国の要請があれば」「25年を経過するまでに協議を行うことに同意する」として先送りした（協定永住三代目 91年問題）。

「協定永住」者は、退去強制事由が入管法より緩和され、日本の義務教育の就学・生活保護の受給・国民健康保険等への加入などの点が配慮されていた。ところで、「協定永住」の許可申請者は韓国国民に限られたので、その促進を図る民団とそれを阻止する朝鮮総連の対立が激化した。

協定永住申請の許可は1966年1月17日から1971年1月16日までであったが、その許可件数は、1986年の集計では、協定永住一代目の総計は341,464人で協定永住二代目の総計は94,563人となり総計は436,027人であった。なお、1989年末現在では326,318人である。

（特例永住・簡易永住） 入管法は日本の難民条約の批准もあり、1981年に「出入国管理及び難民認定法」へとその名称が変更され、1982年1月1日から施行された。その附則7項の「永住許可の特例」と題した条項は、「施行の日から5年を経過する日までに」永住許可を申請する者はこれを許可する、というものである。その対象者は、原則として「126-2-6」該当者若しくはその直系卑属で申請期限内に申請した者であり、「126-2-6」該当者の子に限っては申請期限後でも許可された。また、「簡易永住許可制度」（同法22条2項ただし書及び22条の2第4項）も設けられ、日本人、永住者（協定永住者を含む）及び「126-2-6」該当者の配偶者及び子が対象で、これらの許可を受けた者も永住者としての在留資格が取得可能になった。これらの永住権は、一般の永住権と何等変わらないものである。朝鮮総連は、理由は定

かではないが、その組織員に申請を促した。

「韓国・朝鮮」人で「特例永住」の許可を受けた総数は、1986年末までで267,058人であり、「簡易永住」の許可を受けた「韓国・朝鮮」人は、同年末で3,597人であった。なお、1989年末現在、「特例永住」「簡易永住」を含む一般永住の許可を得た「韓国・朝鮮」人の総計は、254,788人である。

(特別永住) 1965年に締結された日韓法的地位協定では、協定永住者の三世の法的地位が未解決のままであった。その点に関する覚書が、協定から25年目にあたる1991年1月16日直前の1月10日に日韓の外相会談で手交された。それにもとづき日本政府は、「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」(平成3年法律第71号)を同年5月10日に公布、同年11月1日から施行した。

同法によれば、「平和条約国籍離脱者」または「平和条約国籍離脱者の子孫」で、「126-2-6」該当者、協定永住者、特例永住者、簡易永住者、その他一般永住者は、「法定特別永住者」となり日本に「永住することができる」(2条、3条)。「平和条約国籍離脱者の子孫」で「出生その他の事由により」「上陸の許可を経ることなく」日本に在留する者は、原則としてその事由が生じた日から60日以内に申請をすれば法務大臣は「特別永住者」として日本に「永住すること」を許可する(4条)。この許可は、羈束的な許可である。また、「平和条約国籍離脱者」「平和条約国籍離脱者の子孫」で、永住者としての資格がない者にも申請により許可するものとした(5条)。4条の許可は法務大臣から、5条の許可は入国審査官から「特別永住許可書」が交付される(6条)。

特別永住者は、次の場合にのみ退去強制事由に該当する(9条)。内乱・外患罪、国交に関する罪で禁錮以上の刑に処せられた者、外国の元首等に対する禁錮以上の刑に処せられた者で外交上の重大な利益が害されたと認定された者、無期又は7年を超える懲役または禁錮に処せられた者で日本国の重大な利益が害されたと認定された者、である。その上で、再入国の許可に関する特例が設けられた(10条)。

それまでの在日の在留資格は細分化されていたが、本法はそれを一元化しこれまでと比較しても安定した法的地位を保障したものといえよう。なお、「韓国・朝鮮」人で特別永住者である者は、1992年で585,170人でありその後は徐々に減少し、2000年は507,429人であったが、2005年末現在は447,805人である。

そこで、在留資格が何らかの当事者の意思を推認する要素になるかに関してであるが、89年の法例改正時に発出された法務省通達の解説では¹¹³⁾、「戸籍事務の取扱としては、韓国官憲発給の旅券の写し又は国籍証明書若しくは韓国の戸籍謄本、韓

国官憲（韓国大使館等）の発給した婚姻等についての証明書」に加えて「『日本国に居住する大韓民国の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法』第4条に定める永住許可の写し、その永住許可に関する記載のある外国人登録証明書の写し、又は同様の記載のある外国人登録証明書等を提出した者については、その準拠法は大韓民国の法律であることは当然である」と述べている。しかし、上に述べたように在留資格が1991年以降は一本化したという点からみれば、少なくとも現在ではそれが当事者の所属意思を推認させる要素とはなり難い。

本国法決定に関する諸説の限界を指摘し新たな枠組を 提唱する諸説に対する論者の評価

1. 「実効的国籍論」により住所地法たる日本法を適用する説について

冨場準一氏が唱える如上の説に対して、桑田三郎氏は、昭和35年（1960年）の判例評釈で¹¹⁴⁾、次のように批判した。

「この種問題との関連においていえば、本件のような事態においては国籍がすでに実効的な連結素としての資格を失っているとの観点から、当事者にもっとも密接な関係にある法秩序の意味において、住所地法としての日本法を準拠法とする立場がある」が、「かかる立場は、余りにも飛躍した、純然たる立法論的解釈論というほかはない。とくに政治的混乱期において本国法主義が多くの弱点を呈示することは認められる。また、国際私法の指導理念としての実質的連結理論についても異論はない。ただし、そこで論拠とされている実効的国籍の理論にしても、それはもともと、よりよき本国法を確定するためのものではあっても、けっして本国法主義を廃して住所地法主義を導入するためのものではないことが知らねばならない。日本の実定国際私法の立場はなお本国法主義である。解釈的努力はそのためにつくされねばならない」として、その理論を批判する。

その後、越川純吉は、昭和40年（1965年）に公表した判例評釈で¹¹⁵⁾、「社会籍」なる概念を提示している。「本国法決定問題としては、国籍の観念論に拘泥する必要はないとしていずれかの国と密接な関係を有することを認定したのであろう。密接な関係といえは……前記認定事実によると、むしろ日本に密接な関係があるといえることができる。申立人は朝鮮人であるが日本の社会籍を有し、民事生活の面で在来の日本民事法の適用を受けている（……法例27条が国籍、住所地、居所地、所属地方を本国法決定の基準としているのは、その要件の下にそれぞれの基準によるこ

とが社会籍を基準とすることになるからである。第三項にいう『所属地方の法律』とは『所属地方社会の法律』ということである。その所属するか否かは、社会籍によって決定することができる。この地方社会籍の場合は、国籍は決定的基準ではなく、その人の生育、血族、民族、宗教、住所居所を含む生育地などが決定基準になる……)」と述べている。

また、白井皓喜氏は、昭和45年(1970年)に公表した判例評釈で¹¹⁶⁾、中国人の本国法の決定ではあるが、「今日の中国のごとき状態は法例の予想していなかったところで……、本件のように国籍をいずれともきめかねる場合には、国籍は実効的な連結素たる資格をすでに失ってしまっているとして、……の住所地であり、かつ身分生活が行なわれている日本法を適用するのが、最も具体的に妥当なのではなかろうか」として、判旨に疑問を示している。

また、川上太郎氏も、昭和45年(1970年)に公表した判例評釈で¹¹⁷⁾、「本件において裁判所が……の日本国籍者なることを認めて本国法としての日本法を適用することが平和条約の解釈上困難であるとしても、現行法例の解釈上……の属人法として住所地法なる日本法を適用することに支障はないと解する。それは、現行法例の解釈上、わが国は属人法決定の基準として本国法主義を採用していることは明らかであるが、そこにいわゆる本国法というのは、当事者が身分的に最も密接なつながりをもっておるという意味での本国法であり、本件のばあいのように……が身分的に本国たる朝鮮に対し実質的なつながりをもっていないばあいにまで、本国法を適用すべきことはわが法例の命ずるところではないと解さねばならぬからである」として判旨を批判している。

さらに、山本敬三氏は、昭和55年(1980年)に著した「分裂国の属人法について」で¹¹⁸⁾、次のように述べる。本国法主義が多くの国で修正されつつあること、ハーグ条約で採用される属人法に関する準拠法も住所地法や常居所地法への傾向があることを踏まえつつ、朝鮮の「分裂状態は固定化しきまや客観的にみて、国際政治的には朝鮮を二つの政府から成る二つの国家と考えることがきわめて自然で」はあるが、第二次大戦前の日本と朝鮮の関係、その後朝鮮人の国籍の帰属に関して関係当事国の条約的取決めもなく、また関係当事者の意思も無視し1952年の法務府民事局長の通達により一律に決定したこと、「国籍選択制度」が採用される傾向もあったこと、現在分裂国の属人法の適用が問題とされる事例の殆どが「長期在住外国人」との関連において生じていることを踏まえれば、「塚場教授の第4の命題、すなわち『その国籍の得喪、保有につき疑義のある場合には国籍を規準として属人法を決定すべきではない』という考え方が妥当性をもつてくる」ので「本国法主義

にかわるものとして住所地法主義を考慮することが長期在住外国人としての性質をもつ在日朝鮮人の場合には最も妥当すると考えられる」とした。その上で、溜池良夫氏が述べるように、避難民の属人法の基準として住所地法が採用されている趣旨を考慮して「当事者の意思」との調整を主張した。

その後、松岡博氏は、昭和56年（1981年）に公表した「国際私法の課題と展望」と題する論文で、「三 1 本国法主義と実効的国籍の理論」に1項目を当て¹¹⁹⁾、「総論上の理論による本国法主義の修正とは別に、本国法又は属人法の決定を柔軟化ないしは実質化することによって、形式的、硬直的な本国法主義を修正しようとする試み」として中国、朝鮮などの分裂国家に属する問題をとりあげ、「当事者の住所、居所、過去の住所、本籍などの客観的要素、さらに当事者の意思をも考慮して分裂国家の国民の本国法を決定すべしとする『最も密接な関係の理論』と、国籍が連結素としての実効性を失っているときは、そのような形式的な本国法を分裂国家の本国法としては適用しないとする『実効的国家的理論』」を挙げる。

前者は住所、居所などが外国にある場合はこれらの要素が本国法決定の考慮の外になる限界があるのに反して、後者は「本国の国籍法上その国の国民とされている場合であっても、その国籍が実効的でないときは、本国法主義をはなれ、属人法の枠内で住所などの客観的基準に従った実質的連結を試みるものであるから、本国法主義の空洞化、形骸化という視点からみて、極めて重要な提言」と評価した。そこで「問題はいかなる場合に、国籍が実効性を有しないと解するか」であるが、「本国を去って、わが国または第三者（ママ）に定住するに至った政治的避難民で、本国に復帰する意思をもたない者」はさておき「一般的な基準としては、国際法上外交保護権を行使するための基礎としての国籍につき、1955年の国際司法裁判所のノッテボーム判決で確立された基準、『真実でかつ実効的な国籍、すなわち事実合致し当該個人と国家との間のより強固な結合関係を示す重要な要素として、本人の住所地、利害関係の中心地、家族関係、公的生活への参加、特定国家に対する彼自身のおよび彼がその子供に対して教え込んだ所属の意識』という基準が国際私法の立場からも参考になろう」とし、また「さらに少なくとも一定の範囲で準拠法の決定という目的のために国際私法の独自の立場からある者の国籍を決定しようということが認められるとすれば、在日朝鮮人につき、具体的事情いかんによってはその本国法として日本法を適用することの当否が問題とされてよい」と述べ好意的に論評した。

しかし、早田芳郎氏は、昭和61年（1986年）に公表した判例評釈で¹²⁰⁾、「現在の朝鮮や中国のごとき状況の下では、国籍は実効的な連結素たる資格をすでに失って

いるとし、この場合には、本国法主義から離れ、しかも属人法主義の枠内で客観的基準に従った実質的連結を試みなければならないとする見解がある」として、塚場準一氏の論文を引用し、「この見地からすれば、本件のごとき場合には、当事者の属人法として住所地法たる日本法によるべきことになる」が、「かかる場合といえども、当事者の所属する国籍が明確である限り、無国籍の場合に準じてこれを取り扱うべき理由はなく、その本国内に実効的な法秩序が存する以上、これを無視して住所地法に従うことは、属人法につき本国法主義をとるわが現行法例の本旨に適合した解決とはいえない」と述べて批判をする。

他方、三井哲夫氏は、平成3年(1991年)に公表した判例評釈で¹²¹⁾、当事者の離婚の準拠法である夫の本国法について次のような試論を提起している。

本件においては「当事者は北鮮法(ママ)よりも寧ろ日本法に『密接な結び付き』があるのだから、判旨の様に『身分上密接な関連』を考慮に入れるのであれば、寧ろ『本国法』として『日本法』を適用すべきではないか」「それは、分裂国家の場合に国籍が実効的な『連結点』としての資格を失ったとして住所地法を適用するものではなく、また、『住所地法』を『本国法』と看做して適用するのでもなく、法例に定められた『本国法』として、本件当事者に『日本法』を適用しようと言うのである。その理由は、「国際私法に於ては、全ての法律関係を『一国的な法律関係』と『渉外的な法律関係』とに区分し、後者のみが抵触法規制の対象とされるものである事は良く知られている。かかる意味に於て『一国的な法律関係』は『国籍』を有する法律関係であり、その法律関係に就ては、法廷地が何処であろうとも、その国の法が『本国法』として適用されるのである。換言すれば、この場合問題とされているのは、『当事者の国籍』ではなくて、『法律関係の国籍』なのであり、それこそが正に『本国法主義』の現代的意義なのである」とし、「本件の当事者が『政治的には』朝鮮民主主義人民共和国と密接に結び付いているとしても、『生活面では』日本と密接に結び付いている事は明白であるから、その『法律関係』の国籍が日本に属するものとしても何等不当とは言えないと思われる(『政治的な』問題と『生活面の』問題を混同するのであれば、未承認国家である北鮮法(ママ)を適用する事も許されない事になる)」と述べ、塚場説にはよらないものの一つの試論を示した。

他方、木棚照一氏は、平成5年(1993年)に公表した論文で¹²²⁾、「本国法は国籍を連結点として指定される属人法であるから、国籍が明確に存在し、かつ、通常の連結の例外を定める規定がない以上、これを無視して常居所地法を適用することは立法論的解釈論であって、解釈論上無理がある、とする見解が有力である」としつ

つ、難民の属人法の規定や1978年オーストリア国際私法9条3項、1978年スイス国際私法9条の規定のように「一定の要件のもとでその指定する準拠法以外の法の適用を認める一般条項がなければ、個別的な事例との関係でみて国籍が連結点として適格性を失っている場合にも常に本国法を適用すべきであろうか」と述べた上で、「本国との関係が稀薄になり、国籍が連結点としての実効性を失っていると認めるべき場合に、国籍を連結点とすべきでないことは、当該の涉外的生活関係と最も密接な関連を有する法を適用すべき国際私法の任務から直接導かれるべきものであり、制定法上の根拠がなければ導けない結論ではない」と述べた。そこで、実効的国籍の理論を採用した1979年のドイツ連邦裁判所（BGH）の7月20日判決を引用し、「このような理論をさらに展開して行くと、たとえば、数代に渡り日本に常居所を有し、本国の言語や文化についても殆ど知らず、在日韓国・朝鮮人の団体に所属せず、本国に帰る希望も意思も全く持っていないような場合には、このような国籍を国際私法上は実効性のない国籍とみて、無国籍の場合に準じて常居所地法である日本法を適用することも否定すべきではない」し、「これはあくまで国際私法の連結点としての範囲であって、その他の法律関係、たとえば、公法的関係に直ちに及ぶものではない。また、国籍の実効性を否定する基準やそれに関する事実は、法的関係を不安定にしないように慎重に認定されるべきであろう」と述べて、認定には慎重であるべきとした。

また、笠原俊宏氏は、その著書で¹²³⁾、「すでにわが国に同化しているとみられる在日韓国人……限って言えば、それらの者の本国法が適用されるべきと定められている場合にも、そのような規則によることなく、むしろ、より密接な関係のある地の法、つまり、日本法を適用すべきではないかという意見がわが国における判例……および多くの学説においてばかりか、それらの国においてさえ表明されている。今日多くの支持を得るようになってきた『実効的国籍の理論』は正にそのような見地から構成された理論であるが、近時、諸国の立法上においても採用されるに至り、その立場はいよいよ不動のものとなりつつある」と記述している。

しかし、道垣内正人氏は、そのような好意的な評価に対して、平成11年（1999年）に表した著書で、次のように批判する¹²⁴⁾。「しかし、法例が、現在の国民国家システムを前提とし、国籍という国家の構成員を示すものを連結点として採用している以上、国際私法独自の国籍概念が創設されているとは解されず」、「また、この実効的国籍論は、国籍を連結点とすることのメリットの一つとされる明確性・安定性を損なうことになる。確かに、『難民の地位に関する条約』12条では、難民について、国籍国の存在に関わらず、住所地法によるべきことを定めている。その趣

旨は、当該国籍国から逃れてきた者にその国の法律を適用することは妥当ではないからであるが、そのような扱いは、特別の定めがあってはじめて可能であり、法例の解釈論として、実効的国籍論を採用することはできないであろう」と述べた。

さらに、元永和彦氏は、共著『国際私法』(有斐閣、2004年)の中で¹²⁵⁾、「実効的国籍論は、個別の事件における準拠法選択の具体的妥当性を図ったもの」といえるが、「その一方で、裁判所の判断を経るまでは準拠法がどこの法律になるかの予測が困難になるという意味で、法的安定性が犠牲になっていることに注意しなければならない」とし、「現在の日本の法例では、実効的国籍論は採用されていない」と断じた。

また、出口耕自氏は、その著作で¹²⁶⁾、「たしかに『本法により指定された法は、事案がこの法とわずかの関連だけを有し、他の法とはるかに密接な関連を有することが、事情全体から明白である場合には、例外的に適用されない』(スイス国際私法15条1項)といった特則を設けている例もあり、この見解は傾聴に値する。しかし、本国法が存在するにもかかわらず、それを無視する結果となることには、法例の解釈として躊躇せざるをえない」と述べて立法的解決を示唆するかのようである。

そして、山田録一氏は、近著で¹²⁷⁾、「結果の妥当性を考慮した見解である。しかし、難民条約の定める難民に該当しない限り、また通常の連結の例外を認める特別の規定のない以上、国籍が明確であるにもかかわらず、それを無視して住所地法を適用することは、わが法例の解釈としては無理であろう」と述べる。

2. 機能的公序論の活用により日本法を適用する説について

山田録一氏は、近著で¹²⁸⁾、機能的公序論について「さきに述べた伝統的公序論とは全く発想を異にする斬新にして意欲的な見解である。法例の規定の機械的な適用によって生じる具体的に妥当を欠く結果を回避するため、公序の法則を援用した判例がみられることは事実であるが」としつつ、「それが判例法を形成しておればともかく、そうでない限り、このような公序の法則の適用は伝統的公序論によれば濫用といわざるをえないであろう。具体的に妥当な結果の追求のためであるとはいえ、公序の法則を法選択規則として積極的に機能させることが妥当かどうか。事案のいかんによっては、本来の準拠法と法廷地法以外に、より適切な法の存在も考えられることなどを考慮すると、……機能的公序論はなお検討の余地を多分に残しているものというべきであろう」とした。また、溜池良夫氏も「これによると、国際私法の一般原則が軽視されることになる。したがって、伝統的な国際私法の立場からは、このような見解は公序の濫用であり、国際私法の本来の精神に反するとし

て認められない」と述べる¹²⁹⁾。

道垣内正人氏も、機能的公序論について「法秩序の安定を省みず、国際私法上の具体的妥当性確保のみを強調するこの説は採用し得ない」と述べる¹³⁰⁾。さらに、木柵照一氏は¹³¹⁾、「機能的な法選択が行われたとしても、なお例外的に外国法の適用を排除するためにも公序条項を適用せざるをえない場面があるのではなからうか。そうとすれば、公序条項が二重の機能を持つことになり、解釈論的に不自然さは免れない。また、公序条項を利用して解釈論を展開するとすれば、この条項が実務的には法廷地実質法との関連で考えられる傾向が強いのであるから、法廷地法優位の考えを助長することにつながるおそれがある。さらに法例の規定によって指定された準拠法を新しい法選択方法論でもう一度検討し直され、それ以外の法が準拠法となる場合が増えるのであるから、準拠法の予測に混乱が生じることは避け難いのではあるまいか」と述べ、公序条項の二重の解釈論の可能性、内国法志向への危機、予測の困難性を挙げて「法例の解釈論としては支持することはできない」としている。

3. 反致規定（法例旧29条）の一般条項化により日本法を適用する説について

もともと反致規定そのものに否定的な道垣内正人氏は、「極めて柔軟に反致条項を運用しようとするもの」で「法的安定性を度外視して具体的妥当性を確保しようとするこのような法律論は受け容れがたい」と批判し、さらに「個々の事案において当事者の法律問題に最も相応しい準拠法をバランス感覚に富んだ裁判官が与えることがベストであるのであれば、すべての問題は裁判所に持ち込まざるを得ず、裁判外の秩序は常に判決が確定するまで不安定となってしまう。実質法の解釈としても問題があると思われるが、それ以上に、国際私法による準拠法指定について、国際私法上の具体的妥当性の確保に傾きすぎた議論には到底賛成できない」と述べる。さらに、「立法当時の説明として残されている資料の一部分を重視して立法趣旨を導き、そこから直ちに理論的に導き出されたあるべき結論に向けて、条文の文言に拘泥しない解釈論を展開するという手法自体に問題があり、条文の文言が社会に示しているルールからあまりにかけ離れてしまって、解釈論としては無理がある」と論難した¹³²⁾。

また、木柵照一氏は、「法例の起草者の意図によりこれを根拠づけ」ているが、「確かに、在日韓国・朝鮮人については国籍が形骸化し、本国との密接な関係を示すものとして適当でなくなっている場合があることは否定することができない。しかし、そもそも『涉外性』を問題とするのであれば、反致の問題としてではなく、

むしろ国際私法の適用対象となるかどうかのところで考慮するのが妥当であろう」と述べ、「法例起草者の意図として挙げられる部分も、本国法主義を前提としつつ、本国の国際私法の指定する範囲で日本法の適用を認め、その限りで日本法の適用の機会を拡大する趣旨と解すべきであり、それ以上の意義を認めることは適切ではないように思われる」として、「法例の解釈論としてはただちにこれを支持することはできない」と述べている¹³³⁾。

山田鎌一氏も「これは反致の本来の効用を超えるものであって、一種の反致の濫用ないし誤用というべきであろう」との見解である¹³⁴⁾。

他方で、松岡博氏は、共著『国際私法概論第4版』(有斐閣、2005年)で¹³⁵⁾、「反致の現実的機能」とする小題の中で「反致は、法廷地の法選択規則、わが法例についていえば身分、能力に関する本国法主義の適用が具体的事案において妥当でない結果を招来するとき、法廷地の硬直した法選択規則(本国法主義)の厳格さを緩和する手段として利用されることがある」と述べた上で、「根本的な解決は法例の基本的構造の変革を必要とするけれども、それがなんらかの理由で現実的でないときは、現に生じている紛争の妥当な解決という要請を無視しえない裁判所が、法性決定、公序条項とならんで、このように硬直した法選択規則の妥当でない結果を回避しようとする努力を全面的に否認することは妥当ではない」と述べ、「本国法をそのまま適用するよりも、反致条項により外国国際私法を考慮して準拠法を決定した方が、当事者や関連する国の利益を適切に調整しうる解決策であるときは、裁判所が反致条項を利用してこのような解決策をとることは、法例のもつ硬直性を緩和するためのやむをえない措置として肯定されるべきであろう」として、外国国際私法を考慮するという限定がありながらも、反致条項の柔軟な活用に一定の賛意を示した。

なお、1989年に改正された法例は、反致規定の条文を29条から32条に変更し、但し書を設けた¹³⁶⁾。その但し書では、婚姻の効力やそれを準用して段階的連結を採用する法律関係や親子間の法律関係には適用されないことを明文化した。

概説書の記述

1. 池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣、1973年)における記述

1973年に池原季雄氏が上梓された『国際私法(総論)』では、「第三章連結点の確定」の「第二節国籍及び本国法の確定」の第四項に「中国人又は朝鮮人の属人法」と題して¹³⁷⁾、朝鮮人の本国法について叙述されている。ここでは、1970年当時の

学界の論争点を鳥瞰する意味でやや詳しくその内容を紹介することにする。

冒頭で「中国及び朝鮮は、それぞれ第二次大戦後の変動によって二つの法域に分裂するに至っている。そうして、……朝鮮では大韓民国と朝鮮民主主義人民共和国とが、それぞれ別個・独立の司法秩序を形成しているだけでなく、それぞれへの国民としての帰属を決定するための別個・独立の国籍法を有している状態である」と述べて、注(1)で韓国の国籍法と北朝鮮の国籍法を明示している。その上で、「その結果として、一般に……朝鮮人と呼ばれている人々の中には、それぞれ……大韓民国国籍法による国籍と朝鮮民主主義人民共和国国籍法によるそれとを併有している者が少なくなく、彼等の属人法として本国法を適用するとすれば、いずれの法域の法律を適用すべきかが問題になる」と整理しつつ、「右に述べたような問題は、従来では、特に故国を長く離れてわが国に居住している中国人や朝鮮人について多く生じている」との認識を示した。

そこで、諸説を次のように整理する。

(A) 「国際私法的には……韓国と北鮮(ママ)とは、それぞれ別個の国をなしているものとみて、その二つの国の法律の中から属人法を選ぼうとする」が、その解決方法は二種に分かれる。

(A a) 「国際法上の国籍決定の一般原則によって、同一人についてはいずれか一つの国籍のみを認めて、その国籍を基準として属人法を決定しようとする」

(A b) 「……朝鮮人と呼ばれている者について、それぞれ……韓国籍と北鮮国籍(ママ)との二重国籍が存在することを認めて、重国籍者の本国法の選択の問題として処理しようとする。尤も、この方法をとるときにも、専ら本国における政治的変動によって齎らされた……朝鮮人の二重国籍状態については、法例第27条1項に従った解決は妥当せず、別途の配慮が必要である。」

(B) 「国際私法的にも……朝鮮はそれぞれ一つの国であるとみて、……韓国法又は北鮮法(ママ)のいずれを属人法とすべきであるかは、一つの不統一法域に属する者の本国法としていずれの地方の法律を適用すべきかの問題であるとして、その解決をはかる」とする」が、その解決方法も二種に分かれる。

(B a) 「一般の一国数法の場合と同視して、法例第27条3項を直接適用して解決する」

(B b) 「……朝鮮における異常な事情、特に……朝鮮における二つの法域の対立が、各異法地域を支配している政府の存立の基礎にあるイデオロギー

- の相違にあるものであることに注目して、通常の一国数法の場合の解決と若干異なる基準を加味し、法例第27条3項を類推適用して処理しようとする」
- (C) 「……朝鮮人といわれる者について、本国法として適用すべき法律を決定するに当っては、それぞれの正統政府としてわが国が承認している……韓国政府の定める国籍によって連結される」
- (D) 「特にわが国に居住する……朝鮮人との関係では、その国籍は属人法を定めるための実効的な連結素としての資格を失っているとみて、彼等の属人法としては本国法に代って住所地法たる日本法を適用すべきものとする」

以上、諸説を紹介しつつ、(A a)説は「それぞれその国籍を国際法上の原則に基づいて韓国又は北鮮(ママ)、……のいずれか一つの国籍に限定することには、十分な根拠を認めえない」とし、(C)説は「実定的に妥当している法秩序について、それが国籍を連結素として適用される場合にだけ、それを制定・施行している政府がわが国によって国際法上の承認を受けているか否かで、その国際私法上の準拠法としての資格に差別を設けようとしているのであれば、一貫性を欠き、かつその十分な根拠を認め難く、「国籍が政治的効果をも生じる点で、国家と個人との間の政治的紐帯たる意味をももつことは否定できないとしても、国際私法上で属人法を選択するための基準として用いられている国籍には、国際法上・外交上承認された国家ないし政府によって付与されたものであると否とによって差異を設けるべき理由は見出し難い」のであり「しかも、かような解決方法をとる結果として、例えば、北鮮(ママ)の国籍を有するのみでなく、本人の過去の住所、本籍、親族の住所等が北鮮(ママ)にあり、更に将来北鮮(ママ)の方に帰国定住する意思が認められる等の事情に鑑みて、北鮮(ママ)の法秩序とより密接な関係があると判定される朝鮮人についても、単に韓国の国籍を付与されているというだけの理由で以て、韓国法をその属人法として適用しなければならないことになるとすれば、その当を失することは明らかであろう」と述べる。(D)説は「……朝鮮人といわれてわが国に居住している人々についても、その国籍が確定できるのにもかかわらず、それを無視して住所を基準として属人法を決定しようとしている点で、その結果の当否は別として、わが法例の解釈としては採用し難い」と論じる。

その上で、「国際私法的観点からは、……朝鮮においてそれぞれ韓国と北鮮(ママ)という異法地域が並存している状態を、二つの国が並存しているものとみなして、それらの法域への連結を直接に国籍によって行なうのが適当であろう。ただし、……重国籍者が少なくないので、複数の外国国籍をもつ者の属人法の決定という問題が生じる。……第27条1項本文の規定は……ここに問題としている……朝鮮の政

治的変動によって生じた重国籍の如き場合は全く予想していないものと解される。……従って、ここに問題としているような……朝鮮人の重国籍については、法例第27条1項本文によって解決すべきではなく、一般原則による解決、すなわち同時に取得した複数の外国国籍をもつ重国籍者について採るべき解決に準じて処理すべきであろう」として¹³⁸⁾、(A b)説に賛同する。

(B b)説に対しては、「(A b)のそれに次いで有力であり、結果的にはそれと同じ結果に至ることが多いが、一国数法の場合と同じ性質のものとして処理しようとしている点で、疑問がある」とし、「……朝鮮人の本国法の決定に当っては、先ずその国籍を確定しなければならない。不統一法に属する者の属人法の決定は、その後が生じる問題である。しかるに、……朝鮮全体をカバーすべき……朝鮮国籍というものは存在せず、……それぞれ……韓国国籍と北鮮国籍(ママ)しかなく、しかもそのような国籍が同一人について積極的に抵触していることが多い。……そうして、もしかような連結素たる国籍の確定が行なわれさえすれば、……それぞれの内に複数の法域を包含していない限りは、それによって属人法たる本国法は特定され、もはや一国数法の問題として解決されねばならない問題は残らないのである」とし、「かような処理の理論上の可否は別としても、わざわざ一つの……朝鮮への帰属を定めたくえで、更に……韓国又は朝鮮への配属を行なうという迂路をとるよりは、連結素たる国籍の確定の段階で処理する方が実際のかつ合理的であろう」と論述している。

2. 最近の概説書（山田録一氏，澤木敬郎氏，澤木敬郎・道垣内正人氏，木棚照一氏，溜池良夫氏，櫻田嘉章氏，元永和彦氏）の記述

山田録一氏は、『国際私法』（筑摩書房，1982年）で¹³⁹⁾、諸説を6説に区分して、「説が妥当である。それぞれの国籍法にもとづき、いずれかの国籍を決定できる場合にはそれにより、二重国籍になる場合には当事者の現在および過去の住所・常居所・居所・籍貫または本貫，親族の住所・常居所・居所のほか，当事者の意思等を考慮し属人法の趣旨に照らして，いずれかの法を本国法として適用すべきである」と述べ，二国説を支持した¹⁴⁰⁾。そして，「それぞれの国籍法にもとづき，いずれかの国籍を決定できる場合」とは，「例えば，外国人女が朝鮮人男と婚姻したときは，韓国の国籍を取得するが（韓国国籍法3条1号）北朝鮮の国籍は取得しない（北朝鮮国籍法7条）。……」と例示している¹⁴¹⁾。以上の点は，2003年公刊された『国際私法 新版』においても，改正法例に言及しながらもほぼ同様の記述である¹⁴²⁾。

澤木敬郎氏は、『国際私法入門 新版』(有斐閣, 1984年)で¹⁴³⁾, 諸説を紹介した後に「この問題に関しては, 判例の流れも定まったものがなく, 学説も大きく対立している。そこでは, 国際私法の立場からみて朝鮮・中国をそれぞれ一国とみるか二国とみるかという問題と, 属人法適用の趣旨からしていかなる国の法を選択することが最も妥当かという価値判断とが根本にあり, さらにそれらを現行国際私法の技術的枠組の中でどう理論づけて行くかが争われているのである」と述べて論争中との見解を示した。

その後, 澤木敬郎氏が逝去され, 同氏と道垣内正人氏との共著になった『国際私法入門 第5版』(有斐閣, 2006年)では¹⁴⁴⁾, 「分裂国家を二つの国と割り切り, 重国籍者の本国法の決定の問題として処理する立場がある。これによれば通則法38条1項により本国法を決定することになる。二つの国籍法がある以上, この説の方が国際私法理論としては無理がないといえよう。分裂国家においては, それぞれの政府が自己を全領土の政府であると主張し, 他方の支配地域にいる者も自国民とする国籍法を有しているからである」として二国説に立って法適用通則法38条1項を直接適用する説を提示した。

木棚照一氏は, 共著『国際私法概論 初版』(有斐閣, 1985年)では¹⁴⁵⁾, 諸説を五説に区分して論じ, 二国説を優勢と述べつつ「問題はむしろ, 将来をも見通した理論枠組としていずれがより妥当であるかである」とし, ドイツで東西ドイツの私法上の抵触問題が準国際私法の問題とされ一定の規則が形成されつつあることを紹介し, 「朝鮮……の場合も, 少なくとも将来的には同様のことが考えられるのではあるまいか」として一国説にも理解を示した。ただ, 一国説によれば「いずれかの政府の国籍法上国籍が認められる者については, 国際私法上朝鮮……に属する者になるが, いずれか一方の政府の国籍のみを有するにすぎない者, たとえば, 韓国人男との婚姻により韓国籍を取得した女については, その政府の支配する法域に属するものとする準国際私法が存在するとみなすことになるであろう。いずれの政府の国籍をも有する者についてのみ, ……要素を考慮していずれかの政府の法律を指定すべきであろう」との見解を示した¹⁴⁶⁾。また, それら諸説とは別に「実効的でない国籍を国際私法上の連結点とすべきでないことは, 当該生活関係と最も密接な関連を有する法を適用すべき国際私法の任務から直接導かれるものであり, 法例における本国法主義の適切な運用という視点からも, 重要な役割を果たすべきものである」ので, 「たとえば, 在日朝鮮人につき一律に……住所地法である日本法を適用するのは妥当でない」が, 「具体的, 個別的な事情を考慮して, 本国との関連性が稀薄であるので, その国籍を実効的でない国籍と認定することはできるものと解す

べきである。このような者については、法例27条2項が類推適用される」と述べている¹⁴⁷⁾。以上の点は、『国際私法概論 第4版』（有斐閣、2005年）でも、89年改正法例を考慮しながらも、ほぼ同趣旨の見解を述べている¹⁴⁸⁾。

溜池良夫氏の近刊の概説書である『国際私法講義 第3版』（有斐閣、2005年）では¹⁴⁹⁾、二国説について「この解決は、法例改正後の現在では、重国籍者の本国法の決定に関する28条1項の解決と結果的に一応一致する。しかし、この説は、朝鮮人は基本的に二重国籍者と考えるとしても、果たして本人が、二重国籍かどうかの判定にも困難があり、また、国際私法の関係においてという限定をつけるにせよ、朝鮮を二つの国とみる点に問題がある。したがって、他に妥当な解決がなければ、この解決によることも考えられるが、そうでなければ、この解決は最上の解決とは認め難い」として疑問をなげかけ、「朝鮮を二つの政府の対立する一つの国とみて、法例旧27条3項（現28条3項）の類推適用によるとする」説が最も適当な説と主張し、それは「旧27条3項（現28条3項後段）の精神に従って解決すべきで、その精神とは「第1は、本国内のいずれかの地域の法律によるのであって、本国以外の法律にはよらないということである。第2は、本国に準国際私法があればそれによるが、なければ、当事者に最も密接な関係をもつ地域の法律によるということである」。

そして、その場合「当事者がどちらの地域により密接な関係をもつかという判断の基準としては、まず当事者の現在の住所とか常居所とか居所とかが重要な要素になる」が「過去の住所や本籍地のごときは、形骸化してしまっている場合が多いと考えられる」ので「むしろ、このような場合、重要な要素と考えられるのは、本国内のいずれの政府に所属するかという当事者の意思であろうと考えられる。そして、その意思は、将来当事者が本国に帰国する場合、いずれの政府の支配地域に住所を定めることを希望しているかにより判断するのが適当な場合が多いと考えられる。このように、その意思は客観的に示された意思であることを要するであろう。例えば、帰国するならば、韓国へ帰国するという意思をもちつけており、そのことが客観的に示されているという場合、それを基準とするのが妥当と考えられる」と述べ、判断基準は当事者の意思が重要でありそれは客観的に示されていることを挙げた。

櫻田嘉章氏は、近刊の概説書『国際私法第5版』の「分裂国家に属する者（中国人・朝鮮人）の本国法」で¹⁵⁰⁾、「……改正法例によると必ずしも諸説の動向は明らかではなかった。しかし、いずれの立場に立っても、結局当事者より密接な関係を有する国の法が本国法とされるのであって（改正法例28条1項〔法適用通則法38

条1項]で常居所が基準となる点に違いがあるとしても、改正法例28条3項でもその事実は重要な判断基準となる)、大きな違いはなくなったといえるが、依然、難しい場合が少なくない。法適用通則法の下においても、この状況は変わっていない。」と述べている。

元永和彦氏は、共著『国際私法』(有斐閣、2006年)の「分裂国家法の指定」の中で次のように述べる¹⁵¹⁾。「日本は出生による日本国籍の付与について血統主義を採用しているので、このような人々の子孫もまた日本国籍を取得することができず、この問題は世代を超えて引き継がれた結果、日本国内で出生し、現在まで日本国内から出たことがなく、したがって大韓民国とも朝鮮民主主義人民共和国とも実質的な繋がりが無い人についても、その本国法がいずれであるかという問題を考えなければならない」との前提で、「分裂国家の国民の本国法の問題で、実際に一番重要なのは、いわゆる在日韓国人・朝鮮人の本国法がどうなるかという問題であるが、そのような人々に関する限り」一国説であろうが二国説であろうが「どちらの説をとっても大きな差はない。分裂国家のいずれかの国に常居所を有するわけではないので、いずれにせよ最も密接な関係を有する地方ないし国の法律が本国法となるからである。その意味では、どちらによるべきかを論ずる実益は少ないが、分裂国家自身の主張はともかく、これらがまとまった1つの国であると考えるのは実態にそぐわないと考えられるので、分裂国家は2つの国であって重国籍に準じて解決すると解するのが適当であろう」と結論付けている。

属人法決定に関する判例の分析

ところで、在日の家族事件に関する判例では、どのような根拠により事実認定を行使在日の属人法を決定しているのだろうか¹⁵²⁾。

1. 属人法を決定した判例とその根拠

ここでは、在日に関する家族事件の判例37件を時系列的に列挙し、それらの判例が在日の属人法に関する諸説のいずれを採用したのか、いずれの本国が密接かをいかなる要素によって判断したのか、そのように判断した結果いずれの国の法を準拠法としたのかを列記する。なお、学説では法例旧27条3項を直接適用すべきとの見解は管見の限りでは見当たらないが、判例では法例旧27条3項を直接適用した判例が見受けられる。また、法例旧27条1項3項何れの条項を適用するかには全く触れないまま、本国法の枠内で密接関連法を認定し準拠法を決定した判例が数多くみら

れる。そこで、それら諸説を便宜上、次のように略称する。

- 承認国限定説 = 承認国説
- 不統一法国に属する者の本国法決定（法例旧27条3項）直接適用説 = 27条3項説
- 不統一法国に属する者に関する本国法決定（法例旧27条3項）の類推適用により当事者が何れの地域に密接かを判断して決定する説 = 27条3項類推適用説
- 重国籍者に関する本国法決定（法例旧27条1項）の枠組みによるが、属人法（本国法）の趣旨により当事者が何れの国に密接かを判断して決定する説 = 27条1項準用説
- 朝鮮半島に二つの対立政府があることを前提とするものの一国が二国が明示せず当事者が何れの本国に密接かで判断する説 = 密接関連法説
- 実効的国籍論により住所地法たる日本法を適用する説 = 実効的国籍説

東京地判昭和29年9月28日（離婚請求事件，下民集5巻9号1640頁）

27条3項説 本籍のみ 北朝鮮法

神戸家審昭和32年10月10日（養子縁組許可申立て事件，家月9巻11号110頁）

承認国説（但し，韓国・北朝鮮とも未承認との見解）

福岡地判昭和33年1月14日（離婚請求事件，下民集9巻1号15頁）

根拠不明 本籍のみ 北朝鮮法

東京地判昭和33年9月27日（離婚請求事件，判時169号22頁）

27条3項類推適用説 本籍・過去の住所 韓国法

大分地判昭和35年7月12日（離婚請求事件，下民集11巻7号1470頁）

27条3項類推適用説 本籍・帰還の意思の有無・帰国した事実 韓国法

神戸家審昭和35年9月14日（相続限定承認申述事件，家月12巻12号101頁）

27条3項説 本籍のみ 北朝鮮法

大阪家審昭和36年9月26日（養子縁組許可申立事件，家月14巻1号121頁）

本国密接関連法説 来日前の住所・本籍 韓国法

高知家審昭和37年1月8日（養子縁組事件，家月14巻4号221頁）

27条3項類推適用説 基準がなく本人の意思 韓国法

福岡地小倉支判昭和37年6月6日（離婚請求事件，下民集13巻6号1170頁）

承認国説 韓国法

大阪家審昭和37年8月22日（養子縁組許可申立事件，家月15巻2号163頁）

27条3項類推適用説 帰国の意思（ただし南鮮に本籍） 北朝鮮法

大阪地判昭和38年4月16日（離婚並びに親権者指定請求事件，判タ144号61頁）

27条1項準用説 出生地・本籍・来日前の最終の生活の根拠地・外国人登録の国籍 韓国法

東京家審昭和38年6月13日(養子縁組許可申立事件,家月15巻10号153頁)

27条1項準用説 来日前の居住地・父母兄弟の居住地・本籍地・帰還の意思 北朝鮮法

東京家審昭和38年10月22日(親子関係不存在確認請求事件,判タ155号222頁)

27条1項準用説 本籍・諸般の事情 韓国法

大阪地判昭和39年3月17日(認知請求事件,判タ162号197頁)

27条3項類推適用説 帰国の意思(ただし本籍地は韓国支配地域) 北朝鮮法

京都地判昭和39年10月9日(認知請求事件,判タ170号255頁,判時397号52頁)

27条1項準用説 本籍地・在外国民登録法に基づく登録 韓国法

名古屋家審昭和39年10月19日(養子縁組事件,家月17巻3号64頁)

27条1項準用説 外国人登録の国籍・本籍地・来日以前の居住地・帰還するとすればいずれの国かなどの総合考慮 韓国法

千葉地松戸支判昭和40年8月11日(離婚請求事件,家月18巻9号53頁)

何れの説かは不明 帰国の事実(ただし出身は韓国支配地域) 北朝鮮法

大阪家審昭和40年11月10日(親子関係不存在確認申立事件,家月18巻5号90頁)

27条1項準用説 住所・本籍地 韓国法

札幌地判昭和43年4月16日(離婚請求事件,下民集19巻3・4号190頁)

密接関連法説 本籍・過去の住所 北朝鮮法

札幌地判昭和44年11月24日(離婚請求事件,判時590号71頁)

密接関連法説 意思により帰国した事実・現住所(ただし本籍地は南朝鮮) 北朝鮮法

⑳ 広島家審昭和45年11月10日(親子関係存在確認調停事件,家月23巻5号88頁)

密接関連法説 外国人登録の国籍を書き換え中(朝鮮から韓国へ) 韓国法

㉑ 静岡地判昭和46年2月12日(離婚等請求事件,下民集22巻1・2号160頁)

密接関連法説 本籍地,在日本朝鮮人総連合会に加入 北朝鮮法

㉒ 名古屋地判昭和47年12月25日(離婚請求事件,判タ291号230頁)

密接関連法説 本籍のみ 韓国法

㉓ 名古屋地判昭和49年4月16日(離婚請求事件,判時749号92頁)

密接関連法説 本籍地(北朝鮮支配地域と誤認)と北朝鮮の帰還の意思の有無・帰国した事実 北朝鮮法

- ⑳ 札幌地判昭和50年5月29日（離婚請求事件，判夕327号308頁）
根拠不明 外国人登録は「朝鮮」・本籍地は韓国支配地域 北朝鮮法
- ㉑ 名古屋地判昭和50年10月7日（所有権移転登記抹消登記手続請求事件，下民集26巻99～12号910頁，判時817号98頁）
27条3項類推適用説 外国人登録の国籍を韓国から北朝鮮に変更・妻子北朝鮮に帰国・在日本朝鮮人総連合会に加入 北朝鮮法
- ㉒ 東京地判昭和51年3月19日（認知請求事件，下民集27巻1～4号124頁）
27条1項準用説 朝鮮総連に所属，役員を務めた。出生地・本籍地は韓国 北朝鮮法
- ㉓ 甲府地判昭和51年10月29日（離婚等請求事件，判夕352号309頁，判時852号103頁）
密接関連法説 外国人登録の国籍は朝鮮・本籍地 北朝鮮法
- ㉔ 福井地武生支判昭和55年3月26日（所有権移転登記抹消登記手続請求事件，判時967号102頁）
27条1項準用説 本籍地は韓国・韓国にいる親族に仕送り・外国人登録の国籍は朝鮮・朝鮮総連に所属するが北朝鮮への帰国の意思はなかった 韓国法
- ㉕ 京都市審昭和55年3月31日（氏の変更許可申立事件，家月33巻5号97頁）
27条3項類推適用説 夫との婚姻届を京都市南区長に提出すると同時に朝鮮総連に提出し，「日本における朝鮮人社会に同化し，北朝鮮に所属する意思を明らかにしている」 北朝鮮法
- ㉖ 富山家審昭和56年2月27日（親権者変更申立事件，家月34巻1号80頁）
実効的国籍説 日本法
- ㉗ 長野家審昭和57年3月12日（遺産分割審判申立事件，家月35巻1号105頁）
密接関連法説 朝鮮総連に所属し役員（本籍地は韓国） 北朝鮮法
- ㉘ 仙台家審昭和57年3月16日（親権者変更申立事件，家月35巻8号149頁）
27条1項準用説 外国人登録は朝鮮・朝鮮総連に所属（本籍地は韓国） 北朝鮮法
- ㉙ 東京家審昭和59年3月23日（夫婦関係調整申立事件，家月37巻1号120頁）
密接関連法説 北朝鮮人との意思・外国人登録は朝鮮（本籍地は韓国支配圏） 北朝鮮法
- ㉚ 大阪地判昭和60年9月27日（親子関係不存在確認請求事件，判時1179号94頁）
27条3項類推適用説 当事者の意思 北朝鮮法
- ㉛ 京都地判昭和62年9月30日（貸金請求事件，判時1275号107頁）

27条3項類推適用説 自己の国籍は朝鮮である旨述べる，朝鮮総連にも加入
北朝鮮法

- ③大阪地判昭和63年4月14日（離婚等請求，同反訴請求事件，判夕687号218頁，
判時1325号98頁，家月42巻3号101頁）

密接関連法説 外国人登録は朝鮮，朝鮮総連に所属し役員（出生地・本籍地は
韓国支配圏）北朝鮮法

2. 属人法決定の根拠に関する判例の趨勢

判例の属人法決定の根拠としては，当初は法例旧27条3項説若しくは同条同項類推適用説が比較的多くみられたが，昭和38年（1963年）頃からは法例旧27条1項準用説が登場しはじめている。また，朝鮮半島の分裂状態を一国か二国かは明示せずに当事者が何れの法域に密接かを判断する傾向が昭和43年（1968年）頃から徐々に増加しはじめる。それは，一国か二国かに関する論争に対する疑問や一国二国論争無用論の流れが背景にあるとも考えられる。

また，承認国に限定すべきとの判例としては，の判例があるが，その福岡地小倉支判昭和37年6月6日（離婚請求事件）は，昭和20年以来所在不明の「夫の本国法」の決定である。「被告は，現在その所在はもちろん生死すらも長期にわたって不明であり，原告自身いわゆる北朝鮮，南朝鮮の区別に特に関心を持っておらず，特に原告はもともと日本人であって」，サンフランシスコ講和条約によって「意外にも外国人となったのであるから，将来当然日本人として帰化することが予想されるのであり，その際に現在の国籍法の諸規定からみて帰化の妨げにならないように考慮することが事案のもっとも適切な解決であると思われる特殊事情がある」として韓国法を準拠法とした事案である。帰化手続を理由にしている点は注目しておくべきであろう。

さらに，住所地法を適用して日本法を準拠法とした③富山家審昭和56年2月27日（親権者変更申立事件）は，親権者指定の本国法である「父の本国法」の決定の事案である。判旨で「相手方は日本で出生，成長し，日本内において……を経営し，大韓民国，朝鮮民主主義人民共和国のいずれにおいても生活したことがなく，また，今後ともその意思がないことが認められ，以上の事実によれば相手方の本国法決定の基準である国籍をいずれとも決めかねる事態であり，むしろ無国籍に準じて処理すべきものと解し，法例27条2項に準じ，同人の住所地法である日本法をもってその本国法とみなすべきである」としたものである。

3. 何れの本国法が密接かを判断した諸要素の分析

ここでは、何れの本国法と密接かを判断した諸要素を、承認国法に限定すべきとした ①の判例と住所地法を適用した③の判例を除外して分析してみよう。

なお、判例番号に続いて括弧内に記した要素は他に考慮した要素である。

- (i) 本籍地のみで判断したもの ②③
- (ii) 本籍地に他の要素を加えて判断したもの (過去の住所) (帰還の意思・帰国した事実) (来日前の住所) (出生地・来日前の最終の生活根拠地・外国人登録の国籍) (来日前の居住地・父母兄弟の居住地・帰還の意思) (諸般の事情) (在外国民登録法に基づく登録) (外国人登録の国籍・来日以前の居住地・帰還するとすればいずれの国か) (住所) (過去の住所) ②② (在日団体への加入) ②③ (意思と帰国の事実) ②⑧ (外国人登録の国籍)
- (iii) 本籍地は韓国支配地域であるが他の要素で北朝鮮法と判断したもの (帰国の意思) (帰国の意思) (帰国した事実) (意思により帰国した事実・現住所) ②⑤ (外国人登録の国籍) ②⑦ (在日団体への加入) ③② (在日団体への加入) ③③ (外国人登録の国籍・在日団体への加入) ③④ (意思・外国人登録の国籍)
- (iv) 帰国した事実で北朝鮮法と判断したもの (本籍地・意思) (意思・現住所) ②④ (本籍地・意思)
- (v) 意思のみで判断したもの ③⑤
- (vi) 意思と他の要素も加えて判断したもの (本籍地・帰国した事実) (本籍地・来日前の居住地・父母兄弟の居住地) (外国人登録の国籍・本籍地・来日以前の居住地) (帰国した事実・現住所) ②④ (本籍地・帰国の事実) ③① (在日団体への婚姻届の提出) ③④ (外国人登録の国籍) ③⑥ (在日団体への加入)
- (vii) 外国人登録の国籍のみで判断したもの ②①
- (viii) 外国人登録の国籍と他の要素を加えて判断したもの (出生地・本籍地・来日前の最終の根拠地) (本籍地・来日以前の居住地・帰還するとすればいずれか) ②⑥ (妻子の帰国・在日団体への加入) ②⑧ (本籍地) ③③ (在日団体への加入) ③④ (意思) ③⑦ (在日団体への加入)
- (ix) 在日団体（北朝鮮系の在日本朝鮮人総連合会）への加入を考慮したもの ②② (本籍地) ②⑥ (妻子の帰国・外国人登録の国籍) ②⑦ (加入のみ) ③③ (外国人登録) ③⑥ (意思) ③⑦ (外国人登録の国籍)

以上を総合してみれば、唯一の基準で本国法を決定した判例は計7件であり、その中で本籍地のみで認定した判例(i)は4件(韓国法1件,北朝鮮法3件),当事者の意思のみで認定した判例(v)は3件(韓国法1件,北朝鮮法2件),外国人登録の国籍のみで認定した判例(vii)は1件(韓国法)である。

本籍地は韓国支配地域にあるものの他の要素により北朝鮮法を準拠法とした判例は9件,北朝鮮に帰国した事実その他で北朝鮮法を準拠法とした判例は4件,在日団体(北朝鮮系の在日本朝鮮人総連合会)への加入を考慮して北朝鮮法を準拠法とした判例は6件である。

また,総34件中,本国法を韓国法とした判例は12件で,本国法を北朝鮮法とした判例は22件である。争点となった法律関係別では,離婚「夫の本国法」16件,養子縁組「各当事者の本国法」6件,相続「被相続人の本国法」5件,親子関係存在・不存在確認「出生当時の母の夫の本国法等」4件,認知「認知当時の父の本国法」3件,親権者変更「父の本国法」2件,氏の変更「当事者の本国法」の順になる。

4. 判断基準の諸要素とその優劣の決定

ここでは,上記の判例の中から3件の判例を取り挙げて,判決理由の中で本国法決定の認定基準となる諸要素の価値をどのように意義付け,それら諸要素の価値の優劣をどのように決定したのかを検討することにする。

第一は,㉑福井地武生支判昭和55年3月26日(所有権移転登記抹消登記手続請求事件,判時967号102頁)である。本件は,所有権移転登記を抹消する請求事件であるが,争点は昭和40年死亡した「被相続人の本国法」(法例旧25条)の問題であった。

判決理由から知りうる被相続人に関する生い立ちから死亡までの事実は,以下の通りである。

本籍地は慶尚南道(韓国支配地域)で,同地で生まれ,昭和の始め頃日本に渡来するまで同地で生育した。

昭和11年日本で結婚し,その間に原告(長男)ら3人をもうけたが昭和19年に妻が死んだ事もあり同20年には韓国に帰国し,しばらく本籍地に居住しながら慶尚北道で働いていた。

昭和21年単身で再び日本に渡来,それ以来死亡まで日本に在留していた。

再度日本に渡来したのは,日本人女と同棲しその間に2人の子をもうけたがその日本人女とは別れ,昭和30年には被告(日本人女)と事実上の夫婦生活を行いながら,工場を経営し被告も手伝っていた。その間に1人の子をもうけ

ている。

本籍地ないし韓国には弟や叔父を含めて多くの親族があり、子供2人は死亡したが原告も韓国に居住している。

朝鮮戦争が休戦（昭和28年7月）して以降は、韓国居住の原告には手紙や生活物資を送り、昭和39年頃には韓国慶尚南道の馬山に住む原告に知り合いを通して直接生活資金や衣料品を手渡している。

昭和24年頃から死亡まで朝鮮総連に所属し、同分会の役員をしていた。

外国人登録原票の国籍欄は「朝鮮」と記載されている。

そこで、この点について、「朝鮮総連の構成員となるために一定の資格要件や特別の手續が要求されていたわけではなく、韓国系の大韓民国居留民団……に現実に所属してさえいなければ、在日朝鮮人は北鮮（ママ）、韓国の国籍を問わず誰でも自由に朝鮮総連に加入できる建前になっていたこと、そして、一つの朝鮮を唱える在日朝鮮人がもっぱら政治的な信条から朝鮮総連に所属していることが多く、その中には韓国国籍を有する者も一部混在していたこと、また、在日朝鮮人が帰省等の目的で一時韓国に旅行する場合は、韓国国籍を有し民団に所属することが必要あるいは便宜であるため、朝鮮総連から民団に転属する例も少なからざるあったこと」と在日団体の性格を検討したうえで、「右認定のような……の本籍地、過去の住所、長男の原告を含む親族の住所等がいずれも韓国にあること、したがって、また、……が将来北鮮（ママ）の方に帰国定住する意思を有していたとは考えられないことなどの諸事情にかんがみると、……が朝鮮総連に所属していた事実をもって、単純に……が韓国国籍を離脱して北鮮国籍（ママ）を取得したいとの意思を表明したものと受け取り難く、……本国籍法の決定に当たって右朝鮮総連所属の事実を重視することは困難である」と述べて、朝鮮総連の加入の事実を重視しない理由を述べている。また、これに関しても「朝鮮の正統政府として日本が承認しているのは韓国政府であるとの当然裁判所に顕著な事実ならびに 証拠略 に照らして考えると、右「朝鮮」なる記載が必ずしも北鮮国籍（ママ）を正確に表示したものと認められない」と説明する。そのうえで、被相続人は「死亡当時、北鮮（ママ）よりも韓国と身分上密接な関係」があったとして韓国法を被相続人の本国籍とした。

この判例は、在日北朝鮮系団体に加入している要素をその加入の動機や団体の性格等を検討した結果や、外国人登録の国籍欄が「朝鮮」であるとの要素を外国人登録の国籍欄の意味を検討した結果から、本国籍法決定の密接度の基準としては重きをおかずに、本籍地、過去の住所、親族の住所地、親族との交流がいずれの地域にあるかに重きをおいた点に特徴がある。

第二は、㊸長野家審昭和57年3月12日(遺産分割審判申立事件,家月35巻1号105頁)である¹⁵³⁾。本件は、不動産等の遺産分割審判事件であり、法例旧25条の「被相続人の本国法」がいずれかがひとつの争点である。

審判理由中から伺われる被相続人の出生から死亡までの事実は、次のようなものである。

昭和21年ごろ妻子を朝鮮に残し来日し、以後に日本に居住している。

本籍地は、韓国支配地域にある。

韓国には、被相続人の妻とその間の子4名が居住している。

来日後に、日本人女Aとの間に一人(日本国籍)、他の日本人女Bとの間に一人(朝鮮国籍)の子をもうけており、子供2人は日本に居住している。

昭和41年ごろ実弟を介して韓国居住の妻と子に時折援助の品を送っていた。

韓国に行こうとしたが、国籍を朝鮮から韓国に変更しないと行けないと知り、行かなかった。

日本では在日本朝鮮人総連合会に所属し、地区商工会の副会長をしていた。

日本人女Bとの間にもうけた子供を朝鮮総連系の学校に就学させた。

そこで「被相続人の身分関係は韓国との密接な関係を否定できないが、人民共和国との関係も否定できず、被相続人自身は人民共和国に所属する意思を有していたと認められるから、同国をもって被相続人の本国というべきである」と結論付けた。

本判決の特徴は、本籍地や一部の親族の居住地が韓国支配地域であり、その交流も一定程度なされているにもかかわらず、在日北朝鮮系団体の加入や外国人登録の国籍を重視し、それをもって「人民共和国に所属する意思を有していたと認められる」としている点にある。

第三は、高知家審昭和37年1月8日(養子縁組許可申立事件,家月14巻4号221頁)である¹⁵⁴⁾。本件は、事件本人の実母(朝鮮人と婚姻した元日本人)の妹夫婦(日本人)が申立てた養子縁組事件であり、法例旧19条の「養子の本国法」がいずれかが争点になった事案である。

審判の理由中から読み取れる事件本人(養子)の出生から当時までの事実は、次の通りである。

実母は元日本人で、昭和15年朝鮮平安南道(北朝鮮支配地域)に本籍を有する朝鮮人と婚姻し、昭和19年事件本人を出産。

父たる朝鮮人は昭和20年に本籍へ帰ると家出し、それ以来消息不明。

事件本人は、実母とともにその父と妹夫婦の援助で家庭生活を送っている。

事件本人は、高知市内の小学校、中学校を卒業し、現在高等学校に就学して

いる。

事件本人は、「朝鮮の伝統，風俗，習慣等につき何等の知識経験なく，勿論朝鮮に渡航する意思がなく，日本人である申立人等の養子となり，かつ日本に帰化し，永く日本人として生活したい意思である。」

事件本人は，「現在朝鮮人である以上本件の如き私生活上の諸問題につき，朝鮮の法律に従うべきとすれば，大韓民国政府の法律と朝鮮民主主義人民共和国政府の法律とのうち大韓民国政府の法律に服従したい旨の意思を表明している。」

そこで，「本件の事件本人の如き者にはむしろ在所地たる日本法を適用するのが妥当であると思われるが，朝鮮が独立し，事件本人も朝鮮の国籍を有するに至った以上朝鮮の法律を適用するの外のはない」が，本件においては「『その者の属する地方』の決定につき，住所，居所，過去の住所，過去の居所等何等基準となるものがなく，（本籍地はあるがこれを基準とすることは上記の通り理由はなく）本人の意思が唯一の基準として」韓国民法を準拠法とした。

本判決の特徴は，本籍が北朝鮮支配地域にあることは考慮しないで，本人の意思を唯一の基準にしている点にある。しかし，その意思はいずれの政府を支持するかといった政治的意思の表明ではない。帰化する意思を表明しているところからみて帰化の便宜からであり，また養子縁組に限ってのことである。それが「韓国の法律に服従したい」との表現になったものではないかと推測される¹⁵⁵⁾。

おわりに

これまでみたように，在日に適用すべき属人法をめぐる論争は1960年前後から学界において活発に展開されてきた。裁判所もそれら論争に触発されながら個別事案の事実の認定により準拠法を決定してきた。しかし，それら論争も沈静化し問題は出尽くしたかのような感さえ見受けられる¹⁵⁶⁾。

その理由のひとつは，日本に在留する「韓国・朝鮮」人の全外国人に占める割合の低下と他の在留外国人の国籍の多様化により¹⁵⁷⁾，在日の涉外家族事件の事件数が絶対的に減少した如くみえることが挙げられよう。また，1989年の法例改正により本国法の適用場面が総体的に減少したことも一因として考えられる。そして，間接的には1990年前後から韓国・北朝鮮の法制に関する情報が，それまでよりは比較的手が容易になった点も見逃せない¹⁵⁸⁾。さらに，1990年，2005年と続いた韓国家族法の度重なる大改正により日本の家族法とが近接化してきたこと¹⁵⁹⁾，2001年

の韓国「国際私法」の制定で新たに導入された相続準拠法の当事者自治の導入により在日韓国人の相続に関しては日本法が準拠法になる可能性が出てきたこと¹⁶⁰⁾、また1995年に制定された北朝鮮「対外民事関係法」が、在日朝鮮人の家族に関する法律関係の準拠法の多くを日本法へと反致しうる連結点を採用したことも見逃せない要因である¹⁶¹⁾。

しかし、上記に述べた理由は、在日の属人法に関する論争を決して無意義にするものでない。法実務の現場では涉外家族事件の多くは在日のそれであり、日本法に反致するとしてもその前提となる本国法の決定は依然として緊要の課題となるからである。

ここでは、在日の属人法に関する論争から私なりに触発された問題関心を述べることにする。

(1) そもそも在日の属人法という場合の「在日」の人的範囲をどのように捉えるのかという問題である。

1952年4月19日に発せられたサンフランシスコ講和条約に伴う法務府通達は、講和条約の発効日である同年4月28日までに、朝鮮戸籍令による朝鮮戸籍に入籍した者と朝鮮戸籍に入籍すべき事由の生じた者は日本国籍を喪失する、というものであった。これは、敗戦時に事実上失効していた「共通法」が1952年の同日まで観念的に存続しているとの前提で戸籍主義により朝鮮人の人的範囲を確定したものである¹⁶²⁾。また、南北両政府共に「朝鮮戸籍令」に基づく「朝鮮戸籍」等によりその人的範囲を確定していたものと思われる¹⁶³⁾。

ところで、敗戦後から1952年4月28日までに日本人女と朝鮮人男と婚姻した者は、1945年から朝鮮と日本の戸籍交流が停止されていたので、事実上「朝鮮戸籍」に登載されていない可能性が強い。その点は、朝鮮人父により認知された日本人子、養親が朝鮮人夫婦で養子が日本人の場合も同様である。婚姻の場合は、1948年の南朝鮮過渡政府の臨時条例2条4号、1948年韓国国籍法3条1号により韓国国籍を取得し、認知の場合は1948年韓国国籍法3条2号により韓国国籍を取得しうるが、養子縁組による韓国国籍取得の規定はない。他方、北朝鮮国籍の取得に関しては、1963年までは明らかでないが、1963年北朝鮮国籍法の「……の国籍を有しない者と結婚しても、その国籍は変更されない」(7条)という条項は婚姻という身分変動によっては国籍変更が生じないことを明示したものと解されるので、北朝鮮国籍を取得しないであろう。また、認知や養子縁組でも同様ではなからうか。

それらを総合すれば、敗戦後から1952年4月28日までに日本の地で婚姻等の届出

をなした者で婚姻等の理由により「朝鮮戸籍」に入籍すべき事由があったにも拘らず「朝鮮戸籍」に事実上の入籍をしないままの日本人がいたことになる。「韓国」国籍は取得したが「朝鮮」国籍を取得しないケース、「韓国」国籍「朝鮮」国籍も取得しないケースが少なくとも存在していた。しかし、それらの者は法務府通達により日本国籍を喪失したので、1952年時点では外国人登録法上の外国人となり、その国籍欄は「朝鮮」または「韓国」「大韓民国」になっていたと思われる。

他方、1945年の朝鮮と日本の戸籍交流が停止される以前に日本国内で出生した者で朝鮮人父母から出生した子や朝鮮人父日本人母から出生した子は「朝鮮戸籍」に入籍していた蓋然性が高いものの、1945年からサ条約発効日までに日本国内で出生したそれらの子は「朝鮮戸籍」に登載されないままであったと思われる。しかも、それらの子は1948年韓国臨時条例2条1号、1948年韓国国籍法2条1項1号がいずれも父系血統優先主義を採用しているので「韓国」国籍を取得する。北朝鮮の国籍法制は1963年までは明らかでないものの、父母が朝鮮人であれば1963年北朝鮮国籍法4条1号「……共和国公民の間に出生した者」に該当し北朝鮮国籍を取得するが、朝鮮人父日本人母から出生した者は同法5条で「父母の合意」で北朝鮮国籍が決定されるという曖昧な規定である。しかし、それらの者は法務府通達により日本国籍を喪失したので、1952年時点では外国人登録法上の外国人となり、その国籍欄は「朝鮮」または「韓国」「大韓民国」になっていたと思われる。

そこで、在日の属人法に関してどのような説を採用するにしても、1952年時点では「在日」の人的範囲はどのように捉えられていたのであろうか。外国人登録の国籍欄が「朝鮮」または「韓国」「大韓民国」であることを前提にその属人法の議論が進められていたのであろうか。一国説が韓国・北朝鮮いずれかの国籍法によっていずれかの国籍が認められる者すべてといい、二国説が韓国・北朝鮮国籍法により重国籍になる者とはいうが、その検証はどのようになされたのであろうか。少なくとも韓国・北朝鮮のそれぞれの国籍法制が明らかになった1964年頃には、そのような検証が可能であったように思われる。

二国説ではそれぞれの国籍法にもとづき、いずれかの国籍であることを特定できる場合にはその国籍所属国を準拠法とするとの見解である。その例として、外国人女が朝鮮人男と婚姻したときは、1948年韓国国籍法3条1号の「大韓民国の国民の妻となった者」により韓国国籍を取得するが、1963年北朝鮮国籍法7条の「……共和国公民は、……共和国の国籍を有していない者と結婚しても、その国籍は変更されない」により北朝鮮国籍は取得しないから、その本国法を韓国法とするものである。日本人女が韓国男と婚姻すれば、韓国国籍と日本国籍の重国籍になるが、若しそ

の後日本人女が日本国籍を離脱すれば韓国国籍単一になり外国人登録の国籍欄は「韓国」となったであろう。そのときにはその外国人登録の在留資格や日本国籍離脱前の日本戸籍等を参照するなどしてその経緯を検証することになるのか（なお、同様のケースでは、1962年韓国国籍法の改正によりで6月以内に原国籍を離脱しないと韓国国籍を喪失するとしている（改正法3条本文）。また、1997年韓国国籍法では家族国籍同一主義を廃止しているの、日本人女が韓国国籍を取得することはない）。

一国説二国説の論争を否定的に捉える見解の背景には、在日の人的範囲の確定の困難性があったのではないかとの思いが拭えない。1952年の法務府通達は、最高裁大法院昭和36年（1961年）4月5日判決（民集15巻4号657頁）により是認された。上記通達が、「原状回復」という名の下で日本国籍喪失の基準を戸籍主義によったこと、韓国等の関係国との何等の協議もないままの一方的な措置であったこと、などを勘案すれば、対象者となる朝鮮人の個別的な事情は後景に退くことはある種予想されたことであった。他方、韓国は1948年から「在外国民登録」を開始したがその登録業務は円滑に進行したとはいえず、北朝鮮が海外自国民の人的範囲を把握しようとした形跡は見当たらない。その点においても在日が韓国・北朝鮮の両国籍を取得しているか、いずれか一方の国籍しか取得していないかを厳密に判定するのは不可能といえたのではなからうか。さらに、韓国・北朝鮮が将来その国家形態がどのようになるのかはさておき両国民を包含する何らかの統治体系を構築したときに、一方の国家が他方の国家の国民と決定している者を排除するとは到底考えられないのではないか。

(2) 次に、当事者がいずれの地域または本国に密接かを判断する基準に関してである。

先ず、当事者が韓国、北朝鮮政府いずれの政府を支持するかその意思を基準にする見解がある。韓国と北朝鮮いずれの政府も全領土の支配を目指し、全朝鮮人の対人主権を主張している。その対立は国家体制の在り様や国家統一の方法をめぐるもので、それは究極的にはイデオロギーの相違に起因する。そこで、政府との紐帯関係は、当事者がその政府が信奉するイデオロギーを支持するか、または当事者が信奉するイデオロギーをその政府が支持しているか、で測られるというものであろう。この見解は、南北朝鮮の国家体制がともに不変的で可塑性のない体制であることを前提にしている。国家体制のダイナミックな変容が当事者の政府に対する意思を変化させるときもあれば、当事者のイデオロギーの捉え方の変化がその国家体制の支

持への懐疑を生じさせるときもある。在日でもその一世が活躍の中心であった1970年代までは一定程度説得力のある見解であったが、二世三世が活躍の中心になって以降は、イデオロギーの支持の表明は一部の者に留まるのではなかろうか。特に1980年代以降は、相対主義的価値観の影響もあり「在日」を起点とした意識が徐々に台頭しはじめてきたと思われる。

次に、韓国の支配地域か北朝鮮の支配地域かいずれであっても、その支配地域に帰国した場合は、その帰国した地域または本国と密接な関係があるとみて当事者の本国法とする見解がある。敗戦直後に約150万人の在日朝鮮人が本国に帰国したが、出身地が元々朝鮮半島の38度線の南地域であったので、その殆どは韓国の支配地域へ帰国した。その意味からすれば出身地への帰国を直ちにその支配地域への共感とみるのには無理がある。その後も本国に帰国する者もいたが、何よりも大量に帰国した事例は、1960年前後に集中した帰還運動による約10万人の北朝鮮への帰国である¹⁶⁴。その帰国の動機は様々であろうが、いずれにしても北朝鮮への帰国は北朝鮮政府の施策への共感にあったから、その帰国したという事実は当事者の意思を推認させることになると思われる。しかし、本籍地がいずれかにより判断することは当を得ない見解であろう。

また、外国人登録の国籍欄が「韓国」「大韓民国」または「朝鮮」であったときに、「韓国」「大韓民国」である者は韓国政府の支持を推認させ、「朝鮮」である者は北朝鮮政府の支持を推認させるであろうか。国籍欄の表示に関しては前述したように、当初は「朝鮮」だけであり「朝鮮」は朝鮮半島出身者を示す単なる用語であった。その後は「韓国」「大韓民国」の記載も許容され、後には「韓国」「大韓民国」は国籍を示すものと解釈されたという経緯がある。現在でも「朝鮮」は単なる用語であり国籍を示すものではない。

しかし、1966年から1971年までの「協定永住」の許可申請が基本的に「韓国」「大韓民国」の者に限り許された経緯もあり、在日の少なからざる人々は外国人登録の国籍欄の表示をいずれにするかの判断に迫られた。その表示の記載の変更がいずれの政府の施策を支持若しくは共感するかの意思の表われになった点は否めない。確かに、現在では韓国のパスポート取得などの便宜のために「朝鮮」から「韓国」に変更するケースもあろうが、少なくとも1980年前後までは、その記載の表示にいずれかの政府への支持の意思若しくは共感が込められていた点は否めないと思われる。

次に、韓国系の在日の団体である民団に加入しているか、北朝鮮系の在日の団体である朝鮮総連に加入しているか、そのいずれの団体に加入しているかは当事者の

政府への何らかの支持または共感の意思を推認させるかである。両組織は、敗戦直後の左派右派の衝突から1950年の朝鮮戦争をめぐる激突、1960年前後の北朝鮮帰還促進と阻止、1965年日韓条約締結の是非、1966年から1971年までに展開された「協定永住」の申請促進か阻止などで、その対立を深化させていた。その後も、両組織共に本国との関係は基本的には維持されているが、民団は1980年前後からその組織員の構成に変化が見えはじめ「生活者」団体としての組織に変化している感を持つが、朝鮮総連は依然として本国との関係は強固で本国の方針を信奉する点で大きな変化がみられるとは思えない。

そこで、現在では、民団に加入している者は、韓国政府を支持するというよりも韓国の地への親近感やその在り様に共感している者が多いとあってよく、朝鮮総連に加入している者は民団に比較して北朝鮮政府の施策や統治の在り様を支持若しくは共感している者が多いような感を受ける。しかし、その点も先に述べたように二世三世が主体になっている今日ではそれを固定的に捉えてはならないと思われる。

次に、当事者の在留資格の種別が、両政府への何らかの支持または共感の意思を推認させるかという点である。在日の在留資格は、1952年時点では全て同一であったが、大きく変化するのには1965年の日韓法的地位協定により創設された「協定永住」であった。先に述べたように韓国国民のみが対象者になったため、それをめぐる民団と朝鮮総連の対立は先鋭化した。その意味で、1980年までは「協定永住」者が「126-2-6」該当者等よりは、韓国政府への支持または共感を保有していたといえよう。しかし、1982年に新設された「特例永住」は朝鮮総連の取得促進もあり、「126-2-6」該当者等はそれを取得したのである。そして、在日の在留資格は、1991年からは新たに創設された「特別永住者」に全て一元化された経緯がある。「特別永住者」となった1991年以降は、在留資格が何らかの政府の支持または共感を推認させるものとはいえない。

以上をまとめてみるならば、一定の表徴を手懸りにしていずれの政府を支持するのかまたは共感するのかを測定する方法は、1980年頃までは有用なものもあるが、それ以降は極めて限定的であると思われる。

それらが示す状況は、在日の日本への定着化が、1980年前後から顕著になってきたことにある。在日の主役が二世三世になり、一世とは異なって母国の伝統の維持や本国との親族の交流が減少したことに加えて、日本に居住・生活する事実から出発する生き方を当然視しているからである。換言すれば「在日」であることを起点として生きることが自然な感覚になったことに求められよう¹⁶⁵⁾。

当事者の所属する地域や本国を決定するのに当事者がいずれの政府を支持するか

またはいずれの政府に共感するかといった基準により測定する方法は、一般的に困難な状況にあることをしかと受け止めるべき段階にあるのではないか。

(3) 第3に、実効的国籍論、機能的公序論、反致の一般条項化などにより準拠法を日本法とする見解に関してである。

実効的国籍論による方法にしても、反致の一般条項化による方法にしても、基本的には当事者が永年日本に在留する「在日」の場合で準拠法が本国法となる事件を前提に、その本国との紐帯関係を示す国籍が形骸化していると認められる場合の理論である。個別案件毎に当事者との関係で国籍が形骸化していることや具体的本拠が日本社会であるかどうかを認定することが要件になる¹⁶⁶⁾。

しかし、その認定はどのようなスクリーンを通してなされるのか、換言すればその判断基準の諸要素とは何か、またその判断者は裁判所に限られるのか、が問われる。その点は、「常居所」や「最密接関係地」の認定にも通低することである。識者によれば「判例」の集積によって自ずからその概念が形成されるとの見解もあるが、若しその認定権者が裁判所に限られるとすれば、適用すべき法が予測不能という点で法実務に与える影響ははかり知れない。

また、機能的公序論は、個別案件毎にその争点となっている法律関係に着目して日本と関係国の法（韓国法または北朝鮮法）の適用結果を比較衡量した上でその法目的や適用の妥当性を検討し日本法の適用妥当性を判断するというものである。しかし、そのような判断が可能なのは極めて限られた法律専門家または裁判所に限られるであろう。その点で法実務は一種の判断停止状態になるのではないか。

今回の「法の適用に関する通則法」の審議過程では「一般的例外条項（回避条項）」導入の議論もなされたが、すべての単位法律関係について適用されるのは適当ではないとの理由から採用されず、事務管理・不当利得（15条）と不法行為（20条）で個別的に採用されるに留まった¹⁶⁷⁾。

(4) 第4は、在日の身分や相続の準拠法と韓国・北朝鮮の国際私法との関係に関してである¹⁶⁸⁾。

韓国は、それまでの「涉外私法」という名称を変更して2001年4月7日に「国際私法」（法律6465号）を公布し、同年7月1日に施行した。その49条1項では「相続は死亡当時の被相続人の本国法による」としながら、同条2項で「被相続人が遺言に適用される方式によって、明示的に次の各号の法中いずれかを指定するときは、相続は、第1項の規定に拘らずその法による」とし、その指定できる準拠法として

「指定当時の被相続人の常居所がある国の法」「不動産に関する相続については、その不動産の所在地法」との条項を新設した。

また、北朝鮮は1995年9月6日に「対外民事関係法」(最高人民会議常設会議決定62号)を公布・施行した。その45条本文は「不動産相続については相続財産のある国の法、動産相続については被相続人の本国法を適用する」との分割主義を採用したが、そのただし書で「外国に住所を有している共和国の公民の動産相続には被相続人が住所を有していた国の法を適用する」(1998年12月10日に「……被相続人が最後に住所を有していた国……」と「最後に」を加入)との規定を設けた。さらに、47条では「外国に住所を有している共和国の公民の養子縁組、離縁、父母と子女の関係、後見、遺言については、住所を有している国の法を適用することができる」とし、婚姻、離婚、扶養等を除いては住所地国の準拠法に反致することを許容しているかの条項がある。

在日の涉外事件で相続財産の帰趨が絡み最も紛争の多い「相続」事件に関して、韓国法を本国法とする在日で常居所地が日本にあれば遺言で日本法を指定すれば法適用通則法41条(法例32条)により日本法に反致することになり、他方北朝鮮法を本国法とする在日で「最後の住所」が日本にあれば法適用通則法41条(法例32条)により日本法に反致することになった。また、北朝鮮を本国法とする在日に限っては、相続以外の属人法に関連する法律関係の多くが法適用通則法41条(法例32条)により反致するケースがありえると解されよう。

北朝鮮が相続に加えて親族関係の一部について住所地法の適用を許容する理由として考えられるのは、北朝鮮の家族法の伝統や規範は自国内に限って維持すれば良く、海外に在留する自国民についてはその住所地法であっても構わないということであろう。それは、北朝鮮の在外公民が日本に最も多いという事情に加え、国内外国人が少なくそれに纏わる涉外家族事件が少ないという事情も関係していると思われる。いずれにしても、今後の韓国・北朝鮮の国際私法の動向は、法適用通則法の反致規定の存否とも絡み、在日の属人法に大きな影響を与えずにはおかない。

(5) 第5は、属人法に含まれる一定の法律関係について、在日には「常居所地法」を導入すべきかという問題である¹⁶⁹⁾。

日本の国際私法学界では1989年のハーグ「相続準拠法に関する条約」を批准するのか、批准する場合でもそれをどのように国内法化すべきかをめぐり真摯な研究が行われ、その試案も提起されるなど¹⁷⁰⁾、相続に関する「準拠法選択」の論議が活発になされた。今回の法適用通則法の立法過程でもそのような議論もなされはした

が、今回の主たる法改正の目的が現代語化や契約・債権を中心にあったという事情もあり、法適用通則法に反映されることはなかった¹⁷¹⁾。

先に述べたように、在日の人的範囲の認定が日本・韓国・北朝鮮の国籍法制の齟齬などで問題を抱えており、また在日の本国法の決定が現時点では一般的に困難な状況にあることを考慮すれば、少なくとも「財産」に関わる相続に関しては日本の国際私法が何らかの諸手当を正面から工夫すべきであった。そのひとつが相続準拠法を「常居所地法」とする「準拠法の選択」制度を一定の要件を課して立法化することであった¹⁷²⁾。それは、韓国や北朝鮮の国際私法の法制とも一致し、当事者にとっても円滑に財産を承継するという法益をもたらすものである。

本稿でとりあげた在日の属人法に関する論争は、その時々日本・韓国・北朝鮮の政治的法的関係の交錯がありつつも、国際私法の観点から在日のその時々の実態や意識を踏まえつつ本国との牽連関係を探求した営為であり、強いては国際私法の任務である「最密接関連法」という課題に果敢に立ち向かったプロセスであるといえよう¹⁷³⁾。本稿は、それら営為を整理し若干の私見を述べたに過ぎず、依然として在日をめぐる属人法に関して残された課題は多い。

本稿では、論者の見解は、論文や概説書等を引用または要約して示した。その引用箇所が適切であったか、その要約が論者の見解に忠実であったか、筆者としては甚だ心もとない。その点につき論者の御寛恕を請うものである。

- 1) 姜在彦・金東勲『在日韓国・朝鮮人 歴史と展望』(労働経済社, 1989年) 102~103頁。
- 2) 木棚照一監修, 西山慶一・李光雄・小西伸男編著『在日の家族法 Q&A 第2版』(日本評論社, 2006年) 76頁。
- 3) 木棚・前掲注2) 304頁。
- 4) 木棚・前掲注2) 76~77頁。
- 5) 敗戦前後から日本に在留している者及びその子孫は概ね「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」(平成3年法律第71号)に基づき新設された「特別永住者」数で推定が可能と思われる。新設当時の1992年から2004年までの統計は木棚・前掲注2) 107頁を参照。それによれば、1992年585,170人、1998年528,450人、2004年461,460人である。2005年(平成17年)の統計は入管協会『平成18年版在留外国人統計』(入管協会, 2006年8月) 15頁。なお、韓国と日本の二重国籍者はカウントされない(「外国人登録法」2条1号)。
- 6) 昭和27年4月19日民事甲第348号民事局長通達。
- 7) 木棚・前掲注2) 76頁, なお「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定」

- (昭和35年6月23日条約第7号)9条2項も参照。
- 8) 塚場準一「法例施行百年の軌跡」国際私法学会編『国際私法年報』(信山社,1999年)1頁(6頁)。
 - 9) 溜池良夫『国際私法講義 第3版』(有斐閣,2005年)190頁。
 - 10) 桑田三郎「外国法の正統性について」民商法34巻3号29頁(1956年)。
 - 11) 桑田・前掲注10)30頁。
 - 12) 桑田・前掲注10)38頁。
 - 13) 桑田・前掲注10)41頁。
 - 14) 桑田・前掲注10)41頁。
 - 15) 桑田・前掲注10)42頁。
 - 16) 桑田・前掲注10)43頁。
 - 17) 中華民国(台湾)とは1952年6月9日に平和条約を締結し国際法からみて法律上の承認がなされたと見える。その後、中華人民共和国とは1972年9月に締結された日中共同声明により国交が樹立された。
 - 18) 桑田・前掲注10)44頁。
 - 19) 桑田三郎 東京地判昭和33年8月12日(離婚請求事件,下民集9巻8号1573頁)の涉外判例研究「いわゆる北朝鮮人の夫に対する離婚請求の準拠法」ジュリ189号72頁(74頁)(1959年)。
 - 20) 成毛鐵二「在日朝鮮人及び中国人に適用すべき本国法(1)(2)」民月19巻7号81頁,19巻8号17頁(1964年)。
 - 21) 成毛・前掲注20)7号82頁。
 - 22) 成毛・前掲注20)7号87頁。
 - 23) 成毛・前掲注20)7号93頁。
 - 24) 成毛・前掲注20)7号90頁。
 - 25) 成毛・前掲注20)7号90頁。
 - 26) 成毛・前掲注20)7号93頁。
 - 27) 成毛・前掲注20)8号49頁。
 - 28) 溜池良夫「朝鮮人の本国法として適用すべき法律」『国際家族法研究』(有斐閣,1985年)292頁(初出 民商法40巻4号35頁,1959年)。
 - 29) 法例旧27条3項「地方ニヨリ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニツイテハ其ノ者ノ属スル地方ノ法律ニ依ル」
 - 30) 溜池・前掲注28)296頁。
 - 31) 溜池・前掲注28)297頁。
 - 32) 溜池・前掲注28)297頁。
 - 33) 溜池・前掲注28)298頁。
 - 34) 溜池・前掲注28)298頁。
 - 35) 溜池・前掲注28)299頁。
 - 36) 溜池・前掲注28)300頁。
 - 37) 溜池・前掲注28)301頁。「難民の地位に関する条約」は1951年採択され1954年に発効、

日本では1982年1月1日に効力が発生している。12条1項「難民については、その属人法は住所を有する国の法律とし、住所を有しないときは、居所を有する国の法律とするものとする。」

- 38) 早田芳郎 高知家審昭和37年1月8日（養子縁組事件，家月14巻4号221頁）に関する涉外判例研究「朝鮮人の本国法」ジュリ269号103頁（1963年）。同趣旨の論文として、早田芳郎「中国人・朝鮮人の本国法の決定」続学説展望・別冊ジュリ4号206頁（1965年）。
- 39) 法例旧27条1項「当事者ノ本国法ニ依ルベキ場合ニ於テ其ノ当事者カ二個以上ノ国籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル国籍ニ依リテ其ノ本国法ヲ定ム但其ノ一ガ日本ノ国籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル」
- 40) 塚場準一 東京家審昭和38年6月13日（養子縁組許可申立事件，家月15巻10号153頁）に関する涉外判例研究「北鮮への帰還意思をもつ北鮮に本籍を有する者の属人法，およびその内容の確定」ジュリ299号125頁（1964年）。中国人に関しては、塚場準一 涉外判例研究「訴訟能力の準拠法，並びに中共支配地域に籍貫を有する所謂中国人の属人法」ジュリ195号61頁（1960年）参照。
- 41) 塚場準一 熊本家審昭和46年3月1日（養子縁組許可申立て事件，家月23巻8号57頁）の涉外判例研究「日本に居住する中国人を無国籍に準じて扱い，その属人法を住所地法たる日本法とした事例」ジュリ546号129頁（1973年）。
- 42) 法例旧27条2項「国籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本国法ト看做ス其住所ガ知レサルトキハ其居所地法ニ依ル」
- 43) 松岡博 最判昭和52年3月31日（離婚請求事件，判タ352号182頁，判時850号22頁，家月29巻9号79頁）の判例評釈「大韓国民法909条により親権者を父と指定することが法例30条により許されないうして，わが民法819条2項を適用して母を親権者と定めた事例」『国際私法における法選択規則構造論』（有斐閣，1987年）281頁（初出 判タ355号109頁，1978年）。
- 44) 松岡・前掲注43)292～293頁。
- 45) 松岡・前掲注43)293頁。
- 46) 松岡・前掲注43)293頁。
- 47) 松岡・前掲注43)293頁。
- 48) 松岡・前掲注43)294頁。
- 49) 松岡・前掲注43)295頁。
- 50) 松岡・前掲注43)296頁。
- 51) 松岡博 最判昭和59年7月20日（離婚等請求事件，民集38巻8号1051頁）の判例評釈「離婚に伴う財産分与を認めない大韓民国の民法を適用することが法例30条にいう「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」に反するとして許されない場合」『国際私法における法選択規則構造論』（有斐閣，1987年）299頁（初出 民商法92巻6号861頁，1985年）。
- 52) 法例旧29条「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其ノ国ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル」
- 53) 石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会，1980年）155頁以下。
- 54) 石黒・前掲注53)180頁，同趣旨石黒一憲『国際家族法入門』（有斐閣，1981年）60～66

頁。

- 55) 石黒・前掲注53)161頁。簡潔にその見解を述べたものに澤木敬郎ほか編「反致主義の根拠」『国際私法の争点(新版)』(有斐閣,1996年)82頁。
- 56) 溜池・前掲注28)。
- 57) 溜池・前掲注28)305頁。
- 58) 溜池・前掲注28)305～306頁。
- 59) 溜池・前掲注28)306頁。
- 60) 溜池・前掲注28)307頁。
- 61) 三ツ木正次 宇都宮地足利支判昭和32年12月28日(詐害行為取消請求事件,訟務月報4巻3号57頁)に関する涉外判例研究「未承認国又は政府の法律適用の許否。中国人の身分法関係に適用すべき本国法」ジュリ187号81頁(1959年)。
- 62) 鳥居淳子 神戸家姫路支審昭和35年4月20日(養子縁組許可申立事件,家月12巻6号157頁)に関する判例評釈「北鮮に帰還する朝鮮人間の養子縁組につき大韓民国法を適用した事例」名大法政論集23号136頁(1963年)。
- 63) 早田・前掲注38)103頁。
- 64) 石井健吾 涉外判例研究「朝鮮人の本国法,離婚の際の親権者指定に関する準拠法」ジュリ285号73頁(1963年)。
- 65) 山田録一「中国人の本国法」別冊ジュリ「続判例百選 2版」(1965年)206頁。
- 66) 溜池良夫「大韓民国人について昭和31年当時生じた遺産相続の相続人」民商法48巻5号105頁(1963年)。
- 67) 溜池良夫氏は,その後の最判昭和49年12月23日(相続回復請求事件,民集28巻10号2098頁)に関する判例評釈「大韓民国の相続における相続人」民商法73巻4号46頁(1976年)でも,最高裁が朝鮮人の本国法決定の基準等に触れないのは,「朝鮮人の本国法決定という問題に関する適切な配慮を欠いている」と批判している。その点につき,溜池・前掲注9)195頁でも触れている。
- 68) 田代有嗣氏発言「戸籍」336号145頁(1974年)。
- 69) 田代・前掲注68)146頁。
- 70) 田代有嗣「南北朝鮮のような分裂国家の場合,本国法はどのようにして決定されるか」『国際家族法の実務』(新日本法規,加除式,1992年)1725頁,1734頁。
- 71) 澤木敬郎・南敏文『新しい国際私法』(日本加除出版,1990年)55頁(南敏文氏執筆)。同趣旨は,法務省民事局内法務研究会編『改正法例下における涉外戸籍の理論と実務』(テイハン,1989年)99頁～100頁。
- 72) 戸籍の取扱等に関しては次の先例がある。
* 昭和三十四年十二月二十八日民事甲二九八七号民事局長通達
「朝鮮人の身分に関する取扱については,平和条約の発効後も,朝鮮人であると北鮮人であるとを区別することなく,引き続き従前どおり慣習によるものと処理されていたが,慣習の内容が必ずしも判然としないため,その取扱に困難を生ずる場合が少なくなかった。しかるところ,昭和三十五年一月一日から新に韓国民法が施行されることになったので,その身分法に関する部分は,同法の施行後は,従前の取扱における慣習に代るべきものとして,

すべての朝鮮人につき、同法中の親族編（別紙参照）に則って実務の処理をするのが相当であると考えらる。」

* 昭和35年6月6日民五発135号民事局第五課長回答

「朝鮮人の婚姻、養子縁組その他の身分行為について、法例の規定によりその本国法に準拠すべき場合における本国法とは、わが国が事実上承認していると認むべき大韓民国の法律を指すものというべく、したがって、当該朝鮮人が南鮮人であると北鮮人であることを区別することなく、すべて「韓国民法」を適用するのが相当と考えらる。」

- 73) 先例の解説は、西堀「日本人、中国（台湾）人間の養子縁組の準拠法について」民月31巻12号159頁、その他に「戸籍」373号68頁。
- 74) NBL 編集部『法の適用に関する通則法関係資料と解説』（商事法務、2006年7月7日）232頁。
- 75) 鳥居・前掲注62)参照。
- 76) 加藤令造 最判昭和44年4月10日（第三者異議事件、判タ235号107頁、判時556号41頁）の判例評釈「昭和31年12月当時の韓国においては、戸主の死亡による遺産の相続については、たとえ被相続人たる戸主に数人の男子があるときでも、長男が単独で全遺産を相続するものとされた事例」ジュリ496号234頁（1972年）。
- 77) 鳥居・前掲注62)参照。
- 78) 「昭和53年11月開催東京高裁管内家事事件担当裁判官合同概要」家月31巻11号65頁。
- 79) 江川英文・澤木敬郎 東京地判昭和32年5月14日（損害賠償請求事件、下民集8巻5号931頁）の判例評釈「平和条約による朝鮮の独立の承認と朝鮮国籍を取得した日本人の範囲 南鮮と北鮮の国際私法上の取扱 朝鮮人が被害者である場合と国家賠償法第6条の相互保証の有無」ジュリ161号（1958年）66頁。
- 80) 江川英文 大阪高判昭和37年11月6日（離婚請求控訴事件、判タ139号274頁）の判例評釈「中共政府成立前から日本国に在留する中国人の本国法」ジュリ281号85頁（1963年）。
- 81) 山田・前掲注65)参照。
- 82) 欧龍雲 大阪家審昭37年8月22日（養子縁組許可申立事件、家月15巻2号163頁）の涉外判例研究「北鮮帰還の意思をもつ南鮮に本籍を有する者と日本人未成年者との養子縁組の準拠法の決定およびその内容の探求」ジュリ293号107頁（1964年）。
- 83) 最高裁判所事務総局編『涉外家事事件執務提要（上）』（法曹会、1991年）25頁。
- 84) 以下の記述に関する参考文献は、金熙鎮『韓国の憲法』（敬文堂、1969年）、大内憲昭『朝鮮民主主義人民共和国の憲法・条文と解説』関東学院大学紀要66号103頁（1993年）、金敬得ほか編『韓国・北朝鮮の法制度と在日韓国人・朝鮮人』（日本加除出版、1994年）、大内憲昭『法律からみた北朝鮮の社会』（明石書店、1995年）、趙均錫ほか『大韓民国新国籍法概説』（日本加除出版、1999年）、大内憲昭『朝鮮民主主義人民共和国の国籍法・対外民事関係法に関する若干の考察』関東学院大学紀要90号135頁（2000年）、武田幸男編『朝鮮史』（山川出版社、2000年）、大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』（東信堂、2004年）、木棚・前掲注2)等である。なお、韓国の1948年臨時条例と1948年国籍法は、小柳稔「対日平和条約による国籍変動について」民月46巻8号45頁以下、1997年国籍法は、趙均錫ほか・前掲『大韓民国新国籍法概説』271頁以下、最新改正のものは日本加除出版

法令編纂室編『平成18年戸籍実務六法』(日本加除出版,2005年)952頁以下を参照。なお、北朝鮮の1963年国籍法1995年国籍法は、大内・前掲「朝鮮民主主義人民共和国の国籍法・対外民事関係法に関する若干の考察」、最新のもの木柵・前掲注2)395頁以下を参照。

- 85) その点は、大内・前掲注84)「朝鮮民主主義人民共和国の国籍法・対外民事関係法に関する若干の考察」141頁参照。
- 86) 木柵照一「在日韓国・朝鮮人の相続をめぐる国際私法上の諸問題」立命館法学223=224号308頁(1993年)。
- 87) 木柵照一ほか『国際私法概論 第4版』(有斐閣,2005年)69頁。
- 88) 山田録一『国際私法 新版』(有斐閣,2003年)110頁。
- 89) 山田・前掲注88)111頁注(4)。
- 90) 溜池・前掲注28)298~299頁。
- 91) 江川・澤木・前掲注79)67頁。
- 92) 早田・前掲注38)105頁。
- 93) 鳥居・前掲注62)139頁。
- 94) 山田・前掲注65)207頁。
- 95) 加藤・前掲注76)236頁。
- 96) 溜池・前掲注28)299頁。
- 97) 桑田・前掲注19)74頁。
- 98) 田代・前掲注70)1726頁,1733頁。
- 99) 鳥居・前掲注62)139頁。
- 100) 詳しくは、金英達「外国人登録国籍欄の「朝鮮」「韓国」記載の変遷について」同『日朝国交樹立と在日朝鮮人の国籍』(明石書店,1992年)43頁以下。ほかに、外国人登録事務協議会全国連合会法令研究会編著『外国人登録事務必携』(日本加除出版,1985年)31頁~36頁,姜在彦・金東勲・前掲注1)162頁以下,174頁以下。日本社会党朝鮮問題対策特別委員会編『祖国を選ぶ自由』(社会新報,1970年)等を参照。
- 101) 戸籍届出や戸籍への記載は、昭和25年8月15日民事甲2177号民事局長通達
「朝鮮人に関する戸籍及寄留届書の記載についても今後は届出人の希望により本籍の表示を「韓国……」または「大韓民国……」と記載して届出があれば受理して差し支えない。ただし単なる用語の問題であり実質的な国籍の問題とは関係がなく、戸籍等の記載は、「朝鮮……」の振合いで記載し、各届出書における「本籍又は国籍」については、「韓国……」又は「大韓民国……」の例によって記載する」(筆者要約)。
- 102) 戸籍の記載については
* 昭和41年9月30日民事甲2594号民事局長通達
「昭和41年1月17日に日韓条約が発効したので、韓国人についてはその国籍を「韓国」と表示するのが相当であるから
1 戸籍の届書に国籍を「韓国」又は「大韓民国」と記載して届出であった場合において、その届書に韓国官憲発給の旅券の写し又は国籍証明書が添付されているときには、その者の国籍の表示に関する戸籍の記載は、「韓国」としてさしつかえない。なお、これら証明資料を添付しないときには、戸籍の記載は従前どおり「朝鮮」と

する。

2 韓国人が日本に帰化し又は国籍喪失報告があった場合の国籍の表示は帰化者の身分証明書又は国籍喪失報告書の国籍の表示に基づいて記載する。

3 (略)

4 平和条約発効後従前の取扱により国籍を「朝鮮」と記載しているものについて、届出人又は事件本人から韓国官憲発給の証明書を添付して「韓国」と訂正されたいとの申出があれば、1の取扱に準じて市町村長限りの職権で訂正してさしつかえない」(筆者要約)。

帰化の際に発行する身分証明書については

*昭和41年10月17日民五発1146号民事局第五課長依命通知

「朝鮮人帰化者に交付する身分証明書の原国籍の表示は、帰化申請書に韓国官憲発給の国籍証明書又は旅券の写を添付した場合、その者に交付すべき身分証明書に原国籍を表示するには、「韓国」と記載してさしつかえない。なお、これら証明資料を添付しない場合は、従前どおり「朝鮮」と記載する。平和条約発効後韓国において出生した帰化者の出生の場所も同じ」(筆者要約)。

103) 協定永住許可の申請には、当然にして韓国国民であることが要求されたが、それには「旅券もしくはこれに関する証明書」が必要となり大韓民国在外国民登録証や「国籍に関する本人の陳述書」も利用され、陳述書があれば国籍欄が「朝鮮」であっても受理された。その点に関しては、李瑜煥『在日韓国人60万』(洋々社、1971年)341頁、その詳細は金英達『在日朝鮮人の在留権』吉岡増雄ほか『在日外国人の在留権入門』(社会評論社、1988年)131頁以下(153頁～154頁)参照。また、国籍の確定が日本政府の在日朝鮮人の強制送還に関する政策の実効性を担保する要素が含まれていたのではないかと、この指摘は、煖場準一「いわゆる法的地位協定上の永住許可申請方法に関する問題点」国際法外交雑誌64巻4・5号137頁(1966年)。

104) 「協定永住」の許可申請の急増に合わせて国籍欄「韓国」が増加した点は、李・前掲注102)341頁、355頁、364頁等参照。李によれば1952年9月は「韓国」116,546人(20%)、「朝鮮」454,462人(80%)であったが、1970年度は「韓国」314,407人(51%)、「朝鮮」294,082人(49%)とされる。また、在日本大韓国民団中央本部『韓国民団50年の歩み』(五月書房、1997年)7頁によれば、1952年「韓国」121,943人(22.8%)、「朝鮮」413,122人、1970年「韓国」331389人(54.0%)、「朝鮮」282,813人、である。なお、現在「韓国・朝鮮」籍の特別永住者数約44万人の内「朝鮮」籍は10万人を切るとの記事がある(2006年8月26日朝日新聞朝刊大阪版)。

105) 溜池・前掲注28)302頁注(2)。

106) 木柵・前掲注86)305～306頁。

107) 田代・前掲注70)1734～1735頁。

108) 青木清「本国法と分裂国家」櫻田嘉章ほか編『国際私法判例百選』8頁(9頁)(2004年)。

109) 以下の記述は、姜在彦・金東勲・前掲注1)、李・前掲注103)、金賛汀『在日コリアン百年史』(三五館、1997年)等を参照した。

- 110) 木棚・前掲注86)306～307頁。
- 111) 1938年の統計によれば、総数799,878人の出身地域は慶尚南道300,163人(37.5%)、慶尚北道184,651人(23.1%)、全羅南道・済州道165,125人(20.6%)と韓国支配地域出身者が殆どで、1952年の統計でも約96%であり1974年、1986年もほぼ同様である。姜在彦・金東勲・前掲注1)118頁、原尻英樹『在日朝鮮人の生活世界』(弘文堂、1989年)39頁、221頁参照。
- 112) 以下の記述は、李・前掲注103)、金英達・前掲注103)131頁、姜在彦・金東勲・前掲注1)、木原哲郎「平和条約国籍離脱者等入管特例法について」ジュリ982号68頁(1991年)、金贊汀・前掲注109)等を参照。
- 113) 法務省民事局内法務研究会編・前掲注71)100頁。同趣旨は、澤木敬郎・南敬文・前掲注71)55～56頁。
- 114) 桑田三郎 最判昭和34年12月22日(建物収去土地明渡請求事件、判時211号13頁)の涉外判例研究「日華平和条約10条の解釈、中国人における本国法の適用問題」ジュリ203号83頁(1960年)。
- 115) 越川純吉 東京家審昭和38年10月22日(親子関係不存在確認請求事件、判タ155号222頁)の涉外判例研究「外国人登録原票上の親子関係の存否確定の準拠法」ジュリ331号125頁(1965年)。
- 116) 白井皓喜 東京家審昭和44年5月28日(親子関係不存在調停事件、家月21巻22号175頁)の涉外判例研究である「親子関係不存在確認調停事件における準拠法と、中国人についての本国法の決定」ジュリ467号175頁(1970年)。
- 117) 川上太郎 高知家審昭和37年1月8日(養子縁組事件、家月14巻4号221頁)の判例評釈「近時の涉外家事判例にあらわれた若干の国際私法問題」とくに韓国人・朝鮮人・中国人関係の涉外判例を中心として」家月22巻2号1頁(15頁)(1970年)。
- 118) 山本敬三「分裂国の属人法について」広島法学4巻1号(1980)25頁。また、山本敬三「分裂国家と本国法」澤木敬郎ほか編『国際私法の争点(新版)』76頁(1996年)も参照。
- 119) 松岡博「国際私法の課題と展望」ジュリ731号251頁(255頁)(1981年)。
- 120) 早田・前掲注38)22頁。
- 121) 三井哲夫 大阪地判昭和63年4月14日(離婚等請求、同反訴請求事件、判タ687号218頁、判時1325号98頁、家月42巻3号101頁)の涉外判例研究「北朝鮮の国籍を有する夫婦の離婚及び長女の養育者の指定」ジュリ974号107頁(1991年)。
- 122) 木棚・前掲注86)310～312頁。
- 123) 笠原俊宏『国際家族法要説 新訂補正版』(高文堂出版社、2004年)「3 在日朝鮮人・在日中国人との婚姻」の記述中の215頁。
- 124) 道垣内正人『ポイント国際私法総論』(有斐閣、1999年)152～153頁。
- 125) 神前偵・早川吉尚・元永和彦『国際私法』(有斐閣、2004年)51頁、「実効的国籍論」(元永和彦執筆)。
- 126) 出口耕自『基本論点国際私法(第2版)』(法学書院、2001年)「第32講 分裂国家に属する者の本国法」の記述中の197頁。
- 127) 山田・前掲注88)109～110頁。

- 128) 山田・前掲注88)151～152頁。
- 129) 溜池・前掲注9)220～221頁。同趣旨として、櫻田嘉章『国際私法 第4版』（有斐閣、2005年）126頁、神前偵ほか・前掲注125)93～94頁（元永和彦執筆）。
- 130) 道垣内・前掲注124)255～256頁。
- 131) 木棚・前掲注86)312頁。
- 132) 道垣内・前掲注124)222～224頁。
- 133) 木棚・前掲注86)312～313頁。
- 134) 山田・前掲注88)69頁。
- 135) 木棚照一ほか・前掲注87)52頁～53頁（松岡博執筆）。
- 136) 法例32条「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其国ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ但シ第十四条（第十五条第一項及ビ第十六条ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）又ハ第二十一条ノ規定ニ依リ当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ハ比限ニ在ラズ」
- 137) 池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣、1973年）145頁以下。
- 138) 池原・前掲注137)136頁では、同時に取得した複数の外国国籍をもつ重国籍者の本国法に関して、「本人の現在の住所、常居所、居所、過去の住所、常居所、居所（過去の住所、常居所、居所のうちでは、それぞれより新しいものを優先させる）、本人の意思、配偶者の住所、常居所、居所、父母の住所、常居所、居所等を順次に考慮し、それらによっても不可能なときには血統主義によって取得した国籍の方を基準にして、その属人法たる本国法を決定するのが条理に合致するものとみるべきであろう」としつつ、同頁の注21)では、韓国国籍・北朝鮮国籍をもつ二重国籍者について、その本国法の決定に当って、本人がいずれの系統の在日居留民の団体に属しているか、いずれの方に帰国 例えば北朝鮮帰還の如き 手続をとりつつあるか等は、本人の意思を客観的に認定するための有力な資料となるであろう。また、150頁の注13)でも、「本人の意思の比重を大きくすることに、相当の合理性が認められるであろう」と述べている。
- 139) 山田鎌一『国際私法』（筑摩書房、1982年）95頁以下「第二編総論」「第四章 連結点の決定」「第二節連結点としての国籍」の「三 分裂国家に属する者の本国法」として記述する。
- 140) 山田・前掲注139)97頁。
- 141) 山田・前掲注139)99頁注（4）。
- 142) 山田・前掲注88)107頁以下、110頁、111頁注（4）。
- 143) 澤木敬郎『国際私法入門 新版』（有斐閣、1984年）53頁以下（55頁）。
- 144) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 第6版』（有斐閣、2006年）92頁以下。
- 145) 木棚照一ほか『国際私法概論 初版』（有斐閣、1985年）60頁以下（木棚照一執筆）「第二編国際私法総論」「第六章未承認国家法の指定」で「第二節朝鮮または中国に属する者の本国法の指定」として記述している。
- 146) 木棚照一ほか・前掲注145)64頁。
- 147) 木棚照一ほか・前掲注145)64、43頁。
- 148) 木棚照一ほか・前掲注87)45、65頁（木棚照一執筆）。
- 149) 溜池・前掲注9)189～193頁、「第二編 総論」「第五章 準拠法の指定」の「第二節 未

承認国家または政府の法律の指定」「 分裂国家の法律の指定」で述べる。

- 150) 櫻田嘉章『国際私法 第5版』(有斐閣, 2006年)98頁以下「分裂国家に属する者(中国人・朝鮮人)の本国法」(100頁)。
- 151) 神前慎ほか『国際私法 第2版』79頁以下, 「分裂国家法の指定」(元永和彦執筆)。
- 152) このように判例の要素を分析したものに, 石黒・前掲注53)158頁以下。
- 153) 判例評釈は, 根本洋一「外国法の内容不明の場合の処置」『涉外判例百選(第3版)』別冊ジュリ133号28頁(1995年)。
- 154) 判例評釈は, 早田・前掲注38), 鳥居淳子「北鮮に本籍を有する朝鮮人未成年者の本国法決定につき法例27条3項の類推適用により本人の意思を基準として韓国法を適用した事例」愛知学院大学論叢法学研究5巻1・2号161頁(1963年), 川上・前掲注117)15頁, 早田芳郎「涉外判例研究「分裂国家の国民の本国法」」『涉外判例百選(増補版)』別冊ジュリ16号18頁(1976年), 早田芳郎「分裂国家の国民の本国法」『涉外判例百選(第2版)』別冊ジュリ87号22頁(1986年)。
- 155) 鳥居淳子氏は, 前掲注154)で, 「本人は出生以来渡鮮したことはなく, 父は昭和20年に家出したまま帰来したことはないのであるから, その後の革命によって成立し, 全く新しい法秩序を樹立した北鮮よりは従来の朝鮮に行われていた風俗・習慣・伝統を受け継ぐ韓国の方に, 革命前に朝鮮人たる父と結婚し五年間にわたって生活を共にしたその母を通じて, より深く結びついていると解され, このような事実は, 単なる形式的な本籍を排するに十分であると考えられる」とし, 審判の韓国法を準拠法とする決定過程に疑問を投げかけている。
- 156) 1989年の法例改正時を前後して, 在日の属人法に関する活発な議論があった。例えば, 池原季雄ほか「座談会 法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリ943号16頁以下(1989年)の19~21頁の議論, また「シンポジウム わが国際私法改革への基本的視座 婚姻・親子を中心として」国際法外交84巻2号67頁以下(1985年)特に74頁, 道垣内正人「日韓国際私法シンポジウムの成果」ジュリ1025号111頁以下(1993年)特に112~113頁等である。
- 157) 1952年当時の「韓国・朝鮮」人の外国人登録者数に占める割合は約90%, 1970年時は約87%, 1990年時は約64%, 2005年時は約30%であり, 2005年末現在の国籍別では, 「韓国・朝鮮」598,687人, 「中国」519,561人(約26%), 「ブラジル」302,080人(約15%)となる(入管協会・前掲注5)8頁等を参照)。
- 158) 特に北朝鮮の法制に関する情報の入手は, 国際私法上の所謂「法の不分明」として処理する機会を大幅に減少させた。北朝鮮の民事関連法の一部は, 木棚・前掲注2)386頁参照。
- 159) 日本家族法との接近は日本の公序則適用の減少につながることも韓国法・日本法いずれを適用しても大きな差異をもたらさない傾向を帯びる。なお, 1990年の改正は, 崔學圭「大韓国民民法の改正について(上)(下)」戸籍時報385号2頁, 386号2頁(1990年), 小玉敏彦「韓国の家族法改正をめぐって」ジュリ988号80頁(1991年), 金嘯洙「韓国家族法とその改正点について」比較法学26巻1号49頁(1992年), 金容旭ほか『新しい韓国・親族相続法』(日本加除出版, 1992年)等であり, 2005年の改正は, 高翔龍「韓国家族法の大改革」ジュリ1294号84頁(2005年), 拙稿(筆名 西山慶一)「2005年韓国家族法改正に

ついて」三木義一ほか編著『日韓国際相続と税』（日本加除出版，2005年）337頁等を参照，また韓国法務部は，2006年3月3日に個人身分登録の創設を図る「国籍及び家族関係の登録に関する法律案」（木棚・前掲注2）373頁以下に立法予告案を掲載）を国会に提出していたが，韓国国会法制司法委員会はそれまでの身分登録法案をすべて廃棄して委員会代案「家族関係の登録等に関する法律案」を2007年4月26日に国会本会議に上程し翌日可決され5月27日に法律第8435号として公布された（韓国国会 HP <http://www.assembly.go.kr/index.jsp>）。また，韓国法務部は2006年11月7日には夫婦財産制，離婚熟慮期間の創設，配偶者の法定相続分を現行の他の相続人の5割加算から2分の1とする等の「民法一部改正法律案」を国会に提出している（金亮完「大韓民国・民法及び家事訴訟法の一部を改正する法律案について」戸籍時報609号2頁，2007年）。

- 160) その点は，戸籍時報編集部（拙訳 筆名 西山慶一）「韓国国際私法の解説（1）～（3）」戸籍時報533号11頁，535号8頁，536号17頁（2001年），拙稿（筆名 西山慶一）「在日韓国人の遺言による相続準拠法の指定」ジュリ1210号164頁（2001年），青木清「相続」国際法学会編『日本と国際法の100年5巻』（三省堂，2001年）5巻232頁，林貴美「韓国国際私法の改正 被相続人による準拠法選択を中心に」右近健男ほか編『家事事件の現況と課題』（判例タイムズ社，2006年）372頁等を参照。
- 161) その点は，木棚照一「朝鮮民主主義人民共和国の対外民事関係法に関する若干の考察」立命館法学249号343頁（1996年），青木清「北朝鮮の国際私法」南山法学20巻3＝4号179頁（1997年）等，大内・前掲注83）「朝鮮民主主義人民共和国の国籍法・対外民事関係法に関する若干の考察」等を参照。なお，法適用通則法の立法事務等に関するメンバーによってまとめられた小川邦夫編『一問一答 新しい国際私法』（商事法務，2006年9月9日）では，「北朝鮮（朝鮮民主主義人民共和国）の法を本国法とする者の相続であれば北朝鮮対外民事関係法第45条により，……日本法が適用されることがあります。北朝鮮……においては相続分割主義が採用されており，不動産についてはその不動産が日本にあるとき，動産については被相続人の最後の住所が日本にあるときに反致により，日本法が適用されることになります」（149頁（注））と述べ，法務行政の担当官として初めて北朝鮮の国際私法に言及した。
- 162) 最判平成16年7月8日民集58巻5号1328頁は，日本国籍法施行日（1950年7月1日）から平和条約発効（1952年4月28日）までに朝鮮人父から認知された者の日本国籍を認めた。これに関する判例評釈，大村芳昭「新国籍法施行後平和条約発効前に日本人父により認知された者の日本国籍」ジュリ1291号304頁（2005年），野村清明「国籍法施行後に朝鮮人父から認知された子のへ平和条約の発効後の国籍」リマークス2005（下）130頁（2005年）等がある。また認知に関する通達は，昭和25年12月6日法務府民事甲第3069号民事局長通達。なお，最判平成10年3月12日民集52巻2号342頁は，日本国憲法施行日（1947年5月3日）から国籍法施行日（1950年7月1日）前までに朝鮮人父から認知された者の日本国籍取得は否定した。その判例評釈は，鳥居淳子「終戦後，平和条約前に内地で日本人を母として婚姻外に出生し，朝鮮人父により認知された者は，平和条約の発効によって日本国籍を失うか」別冊ジュリ平成10年重要判例解説291頁（2000年），木棚照一『逐条註解 国籍法』（日本加除出版，2003年）92頁以下等がある。なお，在日の国籍と参政権の関係は，

文京洙『在日朝鮮人問題の起源』(クレイン, 2007年)105頁以下参照。

- 163) 金敬得ほか・前掲注84)38頁以下, 大内・前掲注84)「朝鮮民主主義人民共和国の国籍法・対外民事関係法に関する若干の考察」等を参照。
- 164) 高崎宗司・朴正鎮『帰国運動とは何だったのか』(平凡社, 2005年), 同書の参考文献・年表も参照。
- 165) 朴一『在日 という生き方』(講談社, 1999年)74頁以下, 246頁の参考文献, その中でも飯沼二郎編著『在日韓国・朝鮮人 その日本社会における存在価値』(海風社, 1988年)。意識調査等は, 原尻・前掲注111), 神奈川県在住外国人実態調査委員会『日本の中の韓国・朝鮮人, 中国人』(明石書店, 1986年), 福岡安則『在日韓国・朝鮮人』(中央公論社, 1993年), 在日本大韓民国青年会中央本部『第3次在日韓国人青年意識調査中間報告書』(同中央本部, 1994年), 大阪府定住外国人問題研究会『定住外国人に関する意識調査報告書』(同研究会, 1994年), 在日韓国青年商工人連合会『在日韓国人の社会成層と社会意識全国調査』(同会, 1997年), 福岡安則・金明秀『在日韓国人青年の生活と意識』(東京大学出版会, 1997年), 在日本大韓国民団在日韓国人意識調査委員会『2000年度在日韓国人意識調査中間報告書』(同委員会, 2001年)等, 他に出入国管理局が窓口に来た在日等に対して行った調査に法務省入国管理局編『昭和61年版出入国管理』(1987年)236頁以下, がある。
- 166) 土屋政憲「連結概念としての国籍 在日朝鮮人を中心として」広島法学17巻2号51頁(1993年)は, 在日朝鮮人の国籍変遷と「特別永住」制定までの経緯を述べた上で, 「在日朝鮮人の「消極的日本国籍」(喪失)概念を, そのままの形で国際私法学の属人法確定のための連結概念としてそこへ持ち込むことはないように思える」(81頁)とし, 国際私法独自の国籍概念とは何かを問う。
- 167) その点は, 法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(4)』(商事法務, 2004年)256頁以下, 平成17年3月29日法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」NBL 編集部編・前掲注74)235頁以下を参照。
- 168) 南北朝鮮の国際私法の動向と在日との関係は, 前掲注160)161)の文献を参照。
- 169) 法適用通則法の審議過程では, 相続統一主義を採用することを前提にその準拠法に常居所地法を採用すべきかどうか, 議論された。それによれば, 「在日外国人を被相続人とする相続に日本法を適用できる利点はあるが, 常居所の概念は国籍ほど明確ではなく, 判断に困難を来し得るとの懸念や, 在外邦人を被相続人とする相続の場合は, 相続財産も相続人も日本に存在することが多く, そのような場合には本国法である日本法によることが望ましいとの意見があり」本国法を維持することになった(NBL 編集部・前掲注74)228頁)。なお, 韓国の国際私法学者である李好斑氏は, 「在日韓国人の属人法 婚姻・離婚準拠法を中心にして」ジュリ1025号98頁以下(1993年)で, 三世以降の在日韓国人には本国法が常居所地ないし住所地の法である日本法の選択が認められるべきではないかと提言した。また, 拙稿(筆名西山慶一)「在日韓国・朝鮮人の家族法律関係の準拠法に関して」戸籍時報440号2頁(1994年)は, 一定の要件の下に相続準拠法の選択を提言する。
- 170) 国際私法改正研究会『『相続の準拠法に関する法律試案』の公表』国際法外交92巻4=5号147頁(1993年), 木棚照一「法例26, 27条の改正に関する一考察」ジュリ1143号69頁

（1998年）等を参照。

- 171) その経緯については、NBL 編集部・前掲注74)227頁以下、小出・前掲注161)149頁以下を参照。なお、長田真理「相統準拠法をめぐる立法的課題」民商法135巻6号76頁（2007年）では、統一主義を維持しつつ、客観的連結には常居所地法（補完的連結に国籍）を主観的連結には選択時の常居所地法若しくは選択時の本国法に限定すべきと論じる（101～102頁）。
- 172) 拙稿（筆名 西山慶一）『『遺言による相統準拠法選択』の立法化を』日本司法書士会連合会「月報司法書士」2005年7月号54頁。なお、長田真理「相統準拠法をめぐる立法的課題」民商法135巻6号76頁（2007年）では、統一主義を維持しつつ、客観的連結には常居所地法（補完的連結に国籍）を主観的連結には選択時の常居所地法若しくは選択時の本国法に限定すべきと論じる（101～102頁）。
- 173) 佐藤やよひ氏は「国際結婚」国際法学会編『日本と国際法の100年第5巻』（三省堂、2001年）127頁で、「分裂国家の国民の本国法」との題目を割いて、国籍原則維持説と国籍原則放棄説に大別し、その学説の背後に家族関係においても「関係性」が前面に出てきている点をどのように捉えるかという点に着目し、「承認必要説は、家族関係の持つ法主体の属性決定要素に重きを置くのに対して、国籍原則放棄説は、……少なくとも在日韓国・朝鮮人については本国とのつながりが稀薄になっていることから、もはやそういう要素よりも純粹にその法律「関係性」に着眼することを、そして国籍原則維持説中の承認必要説は丁度その折衷的な位置からして、家族関係の過渡的側面を表しているといえるであろう」と述べている（139頁）。その上で、在日の二世以降の者について常居所地国法としての日本法を適用すべきか、「当事者主義的といってもどこまで当事者の意向を尊重すべきなのか。これは国際私法研究者が永遠に悩み続けるアボリア」としている。