

北朝鮮公民の韓国国籍

青 木 清

- 一 問題の所在
- 二 韓国および北朝鮮の国籍法
- 三 「最初の韓国国民」の範囲
- 四 結びにかえて

一 問題の所在

いわゆる分裂国家である大韓民国（以下、韓国という）と朝鮮民主主義人民共和国（以下、北朝鮮という）は、いずれもが、朝鮮半島の全地域を支配し、そこに住む住民を自国民とし、さらには自らを唯一の正統政府であると主張している。これは、一九四八年の韓国および北朝鮮の成立以来の両者の主張で、日本に住む在日韓国・朝鮮人についても、両政府は、いずれも自国民としている。とはいえ、両政府の右のような主張にもかかわらず、韓国と北朝鮮の両国籍法は、後述するように、必ずしもその内容を同じくしていない。そして、両政府の成立からは、すでに六〇年が経過している。従って、そこには、当然、ズレが生じている。

ところで、近年、北朝鮮から韓国に渡る、いわゆる脱北者の数がかなり増えている現実がある。韓国統一部の統計によると、二〇〇七年には北朝鮮から韓国に渡った脱北者は、累計で一万人を超えたとのことである。従来から

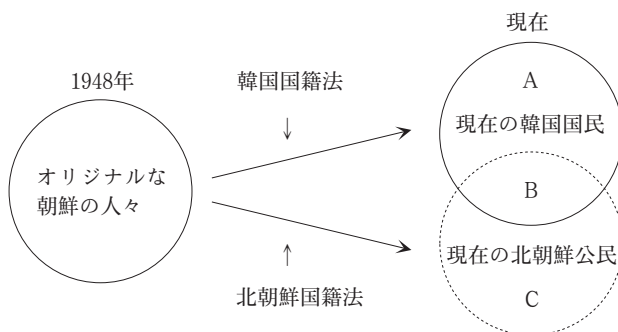
の主張によれば、韓国は、当然、こうした人々を自国民としていたはずである。とはいえ、個々人の国籍の有無については、具体的な基準によりその取得が判断されなければならない。では、その場合、韓国は、いかなる基準でその国籍の有無を判断しているのか。一方、韓国国民も、極めて限られた形ではあるが北朝鮮地域を訪れ、一部の人々はその地に滞在したりしている。開城工業団地の開発や金剛山観光事業の運営といったことを、北朝鮮と韓国の人々が共同で行っている実態がある。これら韓国の人々についても、北朝鮮は、自国民とみていると思われるが、その場合の具体的な判断基準はどのようなものであろうか。いずれにしろ、こうした事実、両政府に、相手方政府が実効支配している地域に住む人々に対する自国法上の地位を、あらためて明確にすることを要求する。すなわち、韓国政府は、北朝鮮地域に住む国民の韓国国籍をどう考え、どう処理しているのであろうか、北朝鮮政府は、韓国地域に住む国民の北朝鮮国籍をどう考え、どう処理しているのであろうか、という問題である。

本稿は、こうした問題を検討しようとするものである。とはいえ、この点に関する北朝鮮の資料は極めて限られているため、韓国において議論されている、北朝鮮地域に住む国民の（北朝鮮では国民を公民と表現するので、その表現を借りれば、北朝鮮公民の）韓国国籍の問題を中心に検討することにする。

右の問題は、戦後のわが国国際私法で議論されてきた韓国・朝鮮人の本国法の決定の問題にも関連するものである。この問題については、学説・判例は、多岐に分かれる。⁽¹⁾このうち、多数説は、このような「分裂国家の状態を二つの政府を中心とする二つの国家と見て、それぞれの国の国籍法によって国籍の存否を決定し、二重国籍になる場合には重国籍者の本国法の決定の問題として処理することになるが、この場合」は、「法例二八条一項（現行の「法の適用に関する通則法」三八条一項―筆者注）によらず条理により属人法適用の本旨に照らして、いずれかの本国法を適用する」⁽²⁾としている。多数説は、韓国国籍法、北朝鮮国籍法を適用した上で、両国籍法の重なる部分についてのみ、その本国法を決定するとする。これに対して、有力説は、「朝鮮を二つの政府の対立する一つの国とみて、法例二八条三項（同じく「法の適用に関する通則法」の三八条三項）の類推適用による」とする。そして、「ここに前提とされる『朝鮮人』ないし『朝鮮国民』とは単なる民族的な朝鮮人を指すのではなく、朝鮮の独立に

伴い日本国籍を失い朝鮮国家の所属民となった者およびその後朝鮮国により国籍を認められた者をいう」。そして、その基準は、「一おう南朝鮮政府の主張に従うべきだろう。・・・その外に北朝鮮政府が朝鮮国家の所属民として主張する者をもこれに含ましめる必要があるであろう」と説明する。この二つの見解を、下図を使って説明してみたい。一九四八年に韓国および北朝鮮がそれぞれ成立した当時は、自国民の範囲は、一致していたといえよう。それを表現したのが、左側の「オリジナルな朝鮮の人々」の○である。これを前提にそれぞれの国籍法が、運用、適用され、六〇年を経過した現在、韓国国籍法のカバーする範囲が右側上の○で示されたもので、北朝鮮国籍法のカバーする範囲はその下の○で示されたものである。両者の国籍法の内容が微妙に異なっているため、この二つのマルは少しずれることになり、韓国国籍法の対象となるが北朝鮮国籍法の対象とならない人々、すなわちグループAが生じ、その逆に北朝鮮国籍法の対象となるが韓国国籍法の対象とならない人々、グループCが生じることになる。現実には、両者の重なるグループBの人々が圧倒的に多いものと思われるが、図としては、三者の関係をより明瞭に示すため、やや誇張したものとなっている。この図に則って多数説を説明すると、多数説は、グループBについてのみ、分裂国家の国民の本国法決定問題が生じると考えているように思われる。すなわち、多数説は、最初にそれぞれの国籍法で国籍の存否を判断し、その結果、「二条国籍になる場合」だけをここの議論の対象としている、と読むことができるからである。多数説によれば、グループAに属する人々の本国法が北朝鮮法に、グループCに属する人々の本国法が韓国法になる余地は

図



いずれもないことになる。これに対して、有力説は、「朝鮮」という国を観念するとともに、それぞれの政府が自国民とする者とともに含めて「朝鮮国家の所属民」としている。右図で言えば、A、B、C全ての人々を、分裂国家の国民の本国法決定問題の対象としているように思われる。従って、グループAに属する人々について北朝鮮法が、グループCに属する人々について韓国法が、その本国法となる可能性がいずれにもあることになる。分裂国家の国民の本国法決定の議論の対象となるべき範囲は、いずれであるべきか。この点をも念頭に置きながら、以下、韓国および北朝鮮の国籍法上の問題を検討していきたい。

二 韓国および北朝鮮の国籍法

国籍については、「何人が自国民であるかを自国の法令によって決定することは、各国の権限に属する」といわれるように、その決定は各国の国内管轄事項とされている（国内管轄の原則）。当然、韓国の国籍についても北朝鮮の国籍についても、この原則があてはまり、両政府は、自国の法律において自らの判断でその国籍付与の基準を定めている。

そこで、まず、両者の国籍法から見ていきたい。韓国国籍法は、一九九七年に大きく改められたが、出生による国籍取得に関する立法当初の条文（一九四八年制定・施行）は、次のようになっていた。⁽⁵⁾

韓国国籍法第二条 ① 次の各号の一に該当する者は、大韓民国の国民である。

- 一 出生したときに、父が大韓民国の国民である者
- 二 出生する前に父が死亡したときは、死亡したときに大韓民国の国民であった者
- 三 父が分明でないとき又は国籍がないときは、母が大韓民国の国民である者

- 四 父母がともに分明でないとき又は国籍がないときは、大韓民国で出生した者
- ② 大韓民国で発見された棄児は、大韓民国で出生したものと推定する。

これに対して、北朝鮮国籍法は、一九六三年に公布、施行されたものであるが、出生による国籍取得に関しては、次のように規定されていた（北朝鮮成立の一九四八年から一九六三年までは、同国には国籍に関する明文規定がなかった）。なお、北朝鮮国籍法も、一九九五年に改正され、条数等が変化しているが、基本枠組みはあまり変わっていない。⁽⁶⁾

北朝鮮国籍法第一条 朝鮮民主主義人民共和国公民は、次のとおりである。

- 一 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

二 略

第四条 次に該当する者は、朝鮮民主主義人民共和国の国籍を取得する。

- 一 朝鮮民主主義人民共和国公民の間に出生した子女
- 二 朝鮮民主主義人民共和国の領域内に居住する朝鮮民主主義人民共和国公民と外国公民との間に出生した子女

- 三 朝鮮民主主義人民共和国の領域内で発見された子女で、その父母が明らかでない者

第五条 外国に居住する朝鮮民主主義人民共和国の公民と外国公民との間に出生した子女の国籍は、父母の合意によって決められる。

これら二つの国籍法を比べると、双方とも血統主義を採用しているものの、国際結婚をした夫婦の子の国籍についてはその取扱いを異にしている点が目につく。例えば、日本に住む韓国・朝鮮人の男と日本人女の夫婦が、これら国籍法の施行当時、嫡出子をもうけたとすると、その子は、韓国国籍を間違いない取得するが（二条一項一号）、北朝鮮国籍は父母の合意次第（当時の五条）ということになる。他方、朝鮮半島内で韓国人ないし朝鮮人の女が外国人男と婚姻しその間に子が生まれた場合、その子は、韓国国籍は持たないが（当時の二条）、北朝鮮国籍は有することになる（当時の四条二号）。こうした状況を前提にすると、本稿冒頭で述べた、自国民に関する両政府の主張のみでは、もはや彼らの国籍問題を十分説明しきれないことがよくわかる。両政府のいう国民の範囲は、すでに一致していない。

では、そもそも、その成立時において、両政府は、何を基準にどのように、自国民を決定したのであろうか。韓国の国籍法では、「出生した当時に、父が大韓民国の国民である者」（当時の二条一項一号）を韓国国民とするという父系優先血統主義を採用することが明確に記されているだけで、韓国成立時点で誰を韓国人とするのかという国民の定義規定は存在していない。換言すれば、国籍法施行以後に出生した者についての韓国国籍取得の根拠は明示されているものの、それ以前に生まれた者の韓国国籍取得の根拠が定められていなかったということである。しかし、成立時に、国民が決まっていなかったことはあり得ないので、自国民をどのように考えていたのか、何らかのルールがあったはずである。

これに對して、北朝鮮国籍法では、「朝鮮民主主義人民共和國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、その国籍を放棄しなかった者」（当時の一条）を朝鮮「公民」とすると規定しており、成立時の国民が、同法上明確に定義されている。ただ、ここにいる「朝鮮の国籍を所有していた朝鮮人」とは、どのような人を指すのかが問題となる。「朝鮮戸籍令により朝鮮戸籍に登録されていた者」を指すと断言する見解もあるが、北朝鮮の法学者は、「ここでの朝鮮国籍というのは・・・、当時の朝鮮封建政府末期の韓国を念頭に置いているものです」と述べている。戦前の植民地統治の体制を認めない立場に立てば、確かに、このように一九一〇年以前の大韓帝国

にまで遡ることになるのかもしれない。とはいえ、戦後直後の北朝鮮においては、「朝鮮公民たることを表示する唯一の証明」書である公民証を交付申請する際には、「戸籍証」や「戸籍謄本」の添付が要求されていた（「公民証に関する決定書」（北朝鮮臨時人民委員会決定五七号）および「公民証交付実施に関する細則」等）。こうした取扱いを前提にすると、実際上は、（少なくとも）戦後直後は、戦前の戸籍を前提に「公民」が判断されていたと考えられる¹⁰⁰。

北朝鮮国籍法は一九六三年に制定されており、北朝鮮成立から一五年ほど後のことである。かなりの時間が経過しているが、国民の範囲については、成立当時から、国籍法という「朝鮮の国籍を所有していた朝鮮人」（その内容については、右に述べたようになお検討の必要があるが）と解していたと考えるのが合理的な解釈であろう。これにより、北朝鮮が南北いずれの人々をも自国民とする、その法的根拠が明らかとなる。

そこで、国籍法の条文のみからでは、それを明らかにすることができなかった韓国国民の範囲について、さらに検討を進める。

三 「最初の韓国国民」の範囲

1 南朝鮮過渡政府「国籍に関する臨時条例」

この範囲を検討する前に、一九四八年の国籍法制定以前の韓国の一連の動きを簡単に紹介する。戦後、米ソ冷戦の影響で北緯三八度線で分断された朝鮮半島において、米国主導のもと採択された国連決議のに基づき、「南」地域に限定した総選挙が一九四八年五月一〇日に実施された¹⁰¹。この選挙結果に基づいて、国会が組織され、五月三十一日に国会が開会された。ここで大韓民国憲法が制定されることになる。この最初の憲法のことを、韓国では「制憲憲法」といい、これを制定した国会のことを「制憲国会」と呼ぶ。制憲憲法は、七月一二日に国会で可決され、同月

一七日に公布された。そして、この憲法に基づき、初代大統領に李承晩が選出され、同年八月一日に、韓国政府の樹立が国内外に宣言されたのである。¹⁰³⁾

制憲憲法は、三条において国民に関する規定を、四条において領土に関する規定を置いた。このうち、後者については、朝鮮半島とその付属島嶼を領土とすると、四条で直接、定めたのに対して、前者については、「大韓民国の国民たる要件は、法律によって定める」(三条)と規定するのみで、具体的基準についてはその後立法されるであろう法律に一任している。国籍法は、この規定に基づいて定められたのである。ちなみに、この構造は、現行韓国憲法においても同様である(二条および三条)。韓国国籍法は、前述したように、一九四八年二月二〇日に公布・施行されており、厳密に言えば、韓国成立時には存在していなかった。その意味では、国籍法の規定内容如何に関わらず、そもそも、韓国政府は、その成立時に韓国国民をどのように考えていたのが、実は問題となる。そして、それが、その後の国籍法にどのように継承されたのかを明らかにしなければならない。

この時期、より正確に言えば韓国憲法が制定される直前すなわち米国軍政下のことであるが、「国籍に関する臨時条例¹⁰⁴⁾」というものが、南朝鮮過渡政府法第一号として一九四八年五月一日に公布されている。前記総選挙の翌日である。この条例は、「国籍法が制定されるまで朝鮮人の国籍を確立し法律関係の帰属を明白にすることを目的」(第一条)として定められたものである。ここでは、国籍の付与および喪失等について、次のように定められていた。¹⁰⁵⁾

第二条 左の一に該当する者は、朝鮮の国籍を有する。

- 一 朝鮮人を父親として出生した者
- 二 朝鮮人を母親として出生した者で、その父親を知ることができない又はその父親がいずれの国籍も有しないとき
- 三 朝鮮内で出生した者で、その父母を知ることのできない又はその父母がいずれの国籍も有しないと

き

四 外国人で、朝鮮人と結婚して妻となった者

但し、婚姻解消により外国に復籍した者は除く。

五 外国人で、朝鮮に帰化した者

但し、帰化の要件及び帰化人の権限は、別に法律で定める。

~~~~~

第四条 左の一に該当する者は、朝鮮の国籍を喪失する。

一 外国に帰化した者

二 外国人の妻又は養子となった者

第五条 外国の国籍又は日本の戸籍を取得した者で、その国籍を放棄するか日本の戸籍を離脱した者は、  
檀紀四二七八年（一九四五年）八月九日以前に朝鮮の国籍を回復したものとみなす。

右条例は、父系優先血統主義と夫中心の夫婦国籍同一主義を採用し、さらには親子国籍同一主義的な規定も含まれていた。この条例も、朝鮮人から出生した者に国籍を付与することを認めるとするのみで、誰をここにいう「朝鮮人」とするのかは定めていない。なお、五条で一九四五年八月九日が基準日として採用されているが、これは「上海臨時政府の独立運動団体などでは八月九日を日本降伏＝朝鮮解放の日である」とみなしていた」<sup>100</sup>からだと言われている。

## 2 「最初の韓国国民」の範囲に関する学説

ところで、わが国は、第二次大戦後の国籍処理については、戸籍を基準に、すなわち内地戸籍にある者は日本国籍を保有し、外地の戸籍にある者は日本国籍を喪失するという処理を、平和条約発効時に行った<sup>101</sup>。この処理につい

ては、後日、最高裁判決によって追認されたところであるが、右条例五条の内容は、こうした日本の国籍処理と非常に調和的なものとなっている。すなわち、五条を反対解釈すれば、血統的には韓国・朝鮮人であっても内地（日本）の戸籍に入籍している者は、自国民とはしないことになるからである。そして、韓国において、この戸籍を基準とする右条例が、韓国成立時の自国民の範囲を決定しているルールであると考える見解がある。<sup>198</sup>この条例を、韓国の国籍に関する最初の法源で、国籍法が制定されるまで国籍決定の役割を担っていたルールであると、わが国に紹介している文献<sup>199</sup>があるが、これも、右の見解と同じ立場に立つものといえる。

一方で、この条例については、そもそも、米国軍政期の条例であること、南朝鮮過渡政府の国籍なるものは考えられないこと、南朝鮮過渡政府は北緯三八度以南のみを統治する機関として設立されたものであること、そうした性格は制憲憲法四条の領土条項に抵触するものであること、さらには、かつて出された法務部長官の有権解釈が右条例の法源性を否定していること<sup>200</sup>、等々を理由に、この条例によって、最初の韓国国民の範囲が決まるとする考え方に強く反対する見解も存在している。<sup>201</sup>この見解では、国籍法はもちろん、他の法においても、韓国成立段階で韓国国民を決定した規定がないため、立法によってこの瑕疵を今からでも手当てすべきであると主張する。確かに、南朝鮮過渡政府の設置根拠となった一九四七年五月制定の「南朝鮮過渡政府の名称」（南朝鮮過渡政府法令第一四一号）という法令の第一条は、「北緯三八度以南の朝鮮を統治する立法、行政、司法部門等の在朝鮮米軍政庁朝鮮人機関を、南朝鮮過渡政府と呼ぶ」と定めていて、南朝鮮過渡政府そのものが、北緯三八度以南の統治機関として位置づけられていた。<sup>202</sup>臨時条例が同政府の条例であることからすれば、当然、この臨時条例も、その統治範囲でのみ効力を持つことになる。そうであれば、臨時条例は北朝鮮に住んでいる人々を対象にしないことになる。臨時条例の定める範囲を前提に国籍法が制定、施行されていると考えると、この国籍法を根拠に、朝鮮半島のすべての人々を自国民であるとする主張は、いささか説得力に欠けることになる。立法上の手当てをせよという見解は、まさに、こうした不都合を回避するための主張なのである。

さらには、この問題は、日韓間の極めて大きな問題の一つである韓国併合条約の有効性の問題にも関わっている。

併合条約の有効性については、日韓基本関係条約を締結する際に両国間で大変大きな問題となり、最終的にその二条で「一九一〇年八月二二日以前に」両国間で締結された「すべての条約及び協定は、もはや (already) 無効であることが確認される」として処理されたことは、広く知られているところである。<sup>84)</sup> 韓国国内では、これを条約は当初から無効であったという趣旨に理解している。そうであれば、法的には、日本の植民地統治はなかったことになり、理屈上は、それ以前の大韓帝国という国が継続していたことになる。すなわち、前記北朝鮮法学者と同じ立場に立つことになる。これによれば、「韓国」という国家は一九一〇年以後も存続し続け、一九四八年に樹立されたものは、あくまでそれを治める新たな「政府」であると考ええる。結局、韓国国籍は日本統治時代も引き続き存続していたとして、これを前提に韓国の国籍法を解釈しようとする見解である。<sup>85)</sup> 韓国側からすると、理屈としては最もすっきりしているのかも知れない。しかし、大韓帝国末期に今日のような国籍法はなく、従って、それを前提に一九四八年当時の国民の範囲を明確にすることは極めて難しく、また、日本統治期間中に外国国籍を取得した者や日本の内地戸籍に移動した者の国籍をどのように考えるのか、といった問題が生じることになる。<sup>86)</sup>

### 3 「最初の韓国民」の範囲に関する大法院判決

韓国国籍法に関する右のような議論に関して、近年、韓国の最高裁判所である大法院が、一つの注目すべき判断を示した（大法院一九九六年一月二二日宣告九六ネ二二一判決<sup>87)</sup>。事案は次のようなものである。一九三七年に江原道に生まれたXは、戦後、北朝鮮に住んでいたが、一九六〇年中国に渡った。朝鮮系中国人の夫とともに一九九二年、中国旅券で韓国に入国し、不法滞在を続けていたが、夫の死後、警察に出頭し、亡命の意思を表明した。しかし、警察はXを外国人と見て出入国管理法違反で検挙し、出入国管理事務所に引き渡した。その後、強制退去等の命令が下された。そこで、Xは、この取消を裁判所に求めた。大法院は、原審の判断を正当として、この処分取消を認めた。すなわち、南朝鮮過渡政府法律第一号「国籍に関する臨時条例」二条一号は、朝鮮人を父親として出生した者は、朝鮮の国籍を持つと規定しており、制憲憲法は、三条において大韓民国の国民となる要件を法

律で定めると規定しつつ、一〇〇条において現行法令はこの憲法に抵触しない限り、効力を持つと規定しているところ、Xは、朝鮮人を父親として出生したことによって、上記臨時条例の規定により朝鮮国籍を取得し、一九四八年七月十七日、制憲憲法の公布と同時に、大韓民国国籍を取得したというもので、たとえ、Xが北朝鮮法の規定によって北朝鮮国籍を取得し、一九七七年八月二五日に中国駐在の北朝鮮大使館から北朝鮮の海外公民証の発給を受けた者であったとしても、北朝鮮地域もまた大韓民国の領土に属する朝鮮半島の一部を成すもので大韓民国の主権が及ぶばかりか、大韓民国の主権とぶつかるいかなる国家団体ないし主権も法理上認めることはできないことから、右事情は、Xが大韓民国国籍を取得しこれを維持することには何らの影響も与えない、と判断した。

ここでは、「国籍に関する臨時条例」によって得た「朝鮮国籍」が、韓国成立時の韓国国籍になったと判示している。すなわち、右条例が、成立時の国民の根拠規定であるとする。さらには、北朝鮮地域に住んでいる人々に対しても、これらの法規に基づき（特別な措置を要することなく）韓国国籍を認めることを明言した内容となっている。このことから、韓国の従来からの主張が、国内法的になお維持されていることがよくわかる。

とはいえ、若干の疑問点も残る。まず、大法院判決の考え方は、一九九一年末に合意し、翌年、批准書を交換した「南北間の和解と不可侵及び交流・協力に関する合意書」、いわゆる南北基本合意書の内容と整合的ではない点である。この合意書では、すでに相互の体制尊重、内政不干涉といったことが定められている<sup>88</sup>。これとの関係をどう考えるのか。次に、右大法院判決は臨時条例の二条を根拠に国籍取得を認めているもので、従来の、五条の反対解釈を根拠に戸籍を基準にその存否を判断しようとする見解との異同も気にかかるところである。さらには、二条で「朝鮮人を父親として出生した者」に朝鮮国籍を付与するとするが、ここにいう「朝鮮人」とはどのような人を指すのか、この条例はもちろん、大法院の判旨からも明確にはならない。加えて、国籍付与の基準それ自身に関する問題ではないが、大法院が、Xは一九四八年七月十七日に大韓民国国籍を取得したとする点も、韓国を同年八月一五日に成立したとするこれまでの一般的な理解からすると、いくらか説明を要する部分となろう<sup>89</sup>。

このように、右大法院見解についてもなお検討すべき点は少なくないものの、本件は、大法院が北朝鮮公民の韓

国籍維持について明確に判断を示した判決であり、しかも、「国籍に関する臨時条例」を根拠に韓国成立時の国民の範囲を決定することも明確にした。今後の国籍処理に与える影響は、決して小さくない。

#### 四 結びにかえて

「オリジナルな国民」をいかなる基準により決定するかについては、右に見てきたように見解の対立が存在するが、国籍に関する韓国の学説・判例の基本的な考え方は、韓国成立時にオリジナルな国民が決定され、これを前提に、その後は韓国国籍法の定める基準によって国籍の取得が判断されてきた、というようにまとめることができる。そして、その構造は、同じく「オリジナルな国民」をいかに決定するかについては議論の余地があるものの、北朝鮮の国籍に関する基本的な考え方にもあてはまるものである。

翻って、こうした構造を分裂国家の国民の本国法の決定の解決枠組みと比較すると、「朝鮮国民」というものを観念し、それは「朝鮮の独立に伴い日本国籍を失い朝鮮国家の所属民となった者およびその後朝鮮国により国籍を認められた者」と解する有力説の方が、現在の国籍法を見てその重なる部分のみをこの議論の対象範囲とする多数説よりも、韓国や北朝鮮で展開される国籍に関する議論に、より調和的なもののように思われる。とはいえ、この点については、国際私法上の検討をさらに加える必要があるう。

韓国では、一九九七年の国籍法改正の前後に、戦前あるいは朝鮮戦争中に海外に出て行った韓国人の国籍の有無を判定するための手続規定が整備された。前記大法院判決は、そうした手続において国籍の有無を判断する根拠を明らかにしたものである。今後、これらの手続が利用されていくことにより、本稿で紹介した判断根拠もさらに精緻化していくことになると思われる。今後の動向を、注視していきたい。

注

- (1) この点については諸説が主張されているが、その内容については、青木清「分裂国家の法」『国際関係法辞典（第2版）』（三省堂、二〇〇五年）七六九頁以下参照。
- (2) 山田録一『国際私法（第3版）』（有斐閣、二〇〇四年）一〇八頁。
- (3) 溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、二〇〇五年）一九二頁および同『国際家族法研究』（有斐閣、一九八五年）三〇二―三〇三頁
- (4) 「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」（一九三〇年採択）第1条より。なお、同条約については、日本は未批准。
- (5) 韓国国籍法の現行条文は、以下の通りである。  
**第二条（出生による取得）** ①次の各号に一に該当する者は、出生ときに大韓民国の国籍を取得する。  
 一 出生したときに、父又は母が大韓民国の国民である者  
 二 出生する前に父が死亡したときは、その死亡したときに父が大韓民国国民であった者  
 三 父母がともに分明でないとき又は国籍がないときは、大韓民国で出生した者  
 ② 大韓民国で発見された棄児は、大韓民国で出生したものと推定する。
- (6) 北朝鮮国籍法の現行条文は、以下の通りである。  
**第二条** 朝鮮民主主義人民共和国公民は、次のとおりである。  
 一 共和国創建以前に朝鮮の国籍を有していた朝鮮人とその子女で、その国籍を放棄しなかった者  
 二 外国の公民又は無国籍であった者で、合法的手続により共和国国籍を取得した者  
 ~~~~~  
第五条 次に該当する者は、出生により朝鮮民主主義人民共和国国籍を取得する。
 一 共和国公民の間に出生した者
 二 共和国領域に居住する共和国公民と外国公民又は無国籍者の間に出生した者
 三 共和国領域に居住する無国籍者の間に出生した者
 四 共和国領域において出生したが、父母を確認できない者

第七条

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者の国籍は、次のように定める。

一 一四歳に満たない者の国籍は、父母の意思により定め、父母がない場合には後見人の意思により定める。この場合、出生後三ヶ月を経過しても父母又は後見人の意思表示がないときは、共和国国籍を取得する。

二 一四歳以上の未成年者の国籍は、父母の意思と本人の同意により定め、父母がない場合には後見人と本人の同意によって定める。この場合、本人の意思が父母の同意又は後見人の意思と異なるときは、本人の意思により定める。

三 成年者の国籍は、本人の意思により定める。

(7) 藤尾正人「朝鮮民主主義人民共和国国籍法」外国の立法一〇号（一九九四年）一九頁。

(8) これは、関東学院大学の大内憲昭教授の質問に対して、北朝鮮の社会科学院法学研究所の担当者が答えた内容である。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」関東学院大学文学部紀要九〇号（二〇〇〇年）一四四頁。さらに重ねて、大内教授が、朝鮮国籍の認定のため日帝時代の戸籍を利用したのではないかと聞いたところ、「北朝鮮臨時人民委員会が日帝時代のすべての法制度を廃止しているので、日帝時代の戸籍を用いて国籍を確定したと見てはならない。」と答えている。

(9) これらの決定、細則については、鄭慶謨・崔達坤（編）張君三（訳）『朝鮮民主主義人民共和国主要法令集』（日本加除出版、一九九三年）三〇三～三一四頁に掲載されている。

(10) 前記の大内教授も、解放当初には、戸籍が使われていただろう可能性を認めておられる（大内・前掲論文一三八頁）。

(12) この選挙については、『岩波小辞典 現代韓国・朝鮮』「5・10総選挙」（藤井たけし）（岩波書店、二〇〇二年）八七頁参照。

(13) この間の経緯については、例えば『朝鮮を知る辞典』（平凡社、一九八六年）四八二頁参照。

(14) この臨時条例の条文については、金敬得・金英達（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、一九九四年）二七五頁以下に掲載されている。同書三八頁以下では、韓国の代表的家族法学者金疇洙教授と編者の三人でこの問題を議論している。いずれも極めて有益、有用である。

(15) 当時の米国軍政庁のもとに、三権分立的形態を取っていたようで、このうちの立法を担っていたのが、南朝鮮過渡立法院であった。臨時条令は、この立法院が制定したものである。立法院については、前掲・『岩波小辞典 韓国・朝鮮』二八二頁参照。

オリジナルの条文は、盧泳墩「우리 國籍法上, 最初의 大韓民國國民의 範圍, 規定의 缺如問題와 『國籍에 관한 臨時條例』

의効力」仁川法學論叢五輯（二〇〇二年）七三頁によった。

(16) 趙均錫『石東錫』崔喜圭『大韓民国新国籍法解説』（日本加除出版、一九九九年）五二頁。

(17) 昭和二七年四月一九日民事甲四三八号法務府民事局長通達。

(18) 最判昭和三六年四月五日民集一五卷四号六五七頁ほか。

(19) 鄭印燮「우리 國籍法上 最初 國民 確定基準에 관한 검토」國際法學會論叢四三卷二号（一九九八年）二四〇頁以下。

(20) 趙均錫ほか・前注(14)『大韓民国新国籍法解説』四二頁。なお、この条例については、江川英文『山田録一』早田芳郎『国籍法（第三版）』（有斐閣、一九九七年）二〇九頁にも紹介されている。

(21) 戦前の日本統治時代に米国籍を取得した者を、韓米二重国籍者と判断した法務部長官の解釈（一九五四年一〇月七日付）。臨時条例五条によれば、韓国国籍を取得できない者となるので、結局、法務部が臨時条例の法源性を否定しているといわれている（盧泳墩・前注(13)論文七九頁参照）。

(22) 盧泳墩・前注(13)論文七四頁以下。李長熙「韓國 國籍法の 檢討와 改正方向」韓國外國語大學校外法論集五輯（一九九八年）二三頁以下。

(23) この条文は、盧泳墩・前注(13)論文八五頁に掲載されたものによる。

(24) 韓国併合条約の無効説については、海野福寿『韓国併合史の研究』（岩波書店、二〇〇〇年）に詳しい。國際法の観点からは、坂元茂樹「日韓保護条約の効力―批准問題を中心に―」法学新報一〇四卷一〇・一一号一頁以下参照。

(25) 金明基「北韓住民을 大韓民國國民으로 本大法院 判決의 法理論」ジャスティス三〇卷二号（一九九七年）一九七頁以下、李聖煥「大韓民國 國民의 範圍」法學論叢（國民大學校）九卷二号（一九九七年）二六九頁以下。

(26) これらの問題点は、同様の立場に立つ北朝鮮法学者の見解についても生じることになる。

(27) 事実関係を詳細に述べれば、次のようになる。

Xは、一九三七年三月一七日、韓国の東部に位置する江原道華川郡上西面において、父を朝鮮人A、母を朝鮮人Bとして生まれ、一九四五年八月一五日の祖国解放に続いて生じた南北分断後は、北朝鮮地域に住んでいた。Xは、朝鮮戦争で両親を失い、北朝鮮内の各地を渡り歩いた後、一九六〇年頃に中国に渡った。中国に渡った直後の一九六一年頃、朝鮮系中国人Cと婚姻したが、六三年頃に離婚した。一九七九年頃、再び朝鮮系中国人Dと再婚した。一九九二年七月一三日、中国政府から中国旅券の発給を受け、韓国法務部長官から、在留資格を（親族）訪問とし在留期間を三〇日とする査証の発給を受け、一九九二

年九月一日、夫Dとともに韓国に入国した。

ところで、Xは、中国に住んでいた一九七七年八月二五日に、中国駐在の北朝鮮大使館から海外公民証の発給を受け、一九八七年三月一日には、中国政府から有効期間を一九九二年三月一日までとする外国人居留証の発給を受けた。そして、一九九二年三月一日には、外国人居留証の有効期間を一九九七年三月一日まで延長していた。

Xは、韓国入国後、食堂や旅館などで仕事をし、Dとともに苦勞しながら生活していたところ、一九九三年十一月二三日、Dが、酔っ払いとのトラブルで死亡してしまった。Xは、その後、故郷の江原道の親戚らに会い、余生を故郷で送ることを決心し、一九九四年四月九日、ソウル南大門警察署に出頭し、亡命の意思を表明した。

南大門警察署は、Xが中国旅券をもって韓国に入国していることから、Xを外国人とみて、出入国管理法違反で検挙し、出入国管理事務所に引き渡した。Xは、さらにソウル外国人保護所に引き渡され、同所の所長が、Xに対する強制退去命令と、退去時まで同保護所でXを保護することを命じる保護命令を下した。これに対して、Xは、自分は大韓民国人であって外国人ではないとして、同所長を相手に、右処分の取り消しを求めたのが本件訴訟である。

⁽²⁸⁾ 李長熙・前掲論文二三頁、崔斗薫「우리 국적법에 있어서 몇가지 점」韓国・中央大学校法科大学『法政論叢』三五卷一号（二〇〇〇年）六八頁以下にある「V.北韓住民의 국적문제 3. 판례의 의의와 효과」（本稿は、Web上から入手したため頁数を正確に表記できない）。

⁽²⁹⁾ 李聖煥・前掲論文、金明基・前掲論文さらには鄭印燮・前掲論文も、韓国建国が内外に宣言された一九四八年八月一日を基準に国籍取得を論じている。