



令和 3 年（行コ）第 26 号 国籍確認等請求控訴事件

控訴人 野川等 外 7 名

被控訴人 国

準備書面（5）

2022年3月29日

東京高等裁判所第16民事部口係 御中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 近藤 博 徳



弁護士 植名 基 晴



弁護士 仲 晃 生



弁護士 仲 尾 育哉



第1　はじめに	3
第2　生来の日本国籍とアイデンティティについて	4
第3　国籍を「離脱させられない権利」、意思の「擬制」と地裁判決	5
第4　控訴人7に確認の利益が認められるべきこと	9
1 危険の発生確率に関する被控訴人の主張	9
2 絶対確実な危険を要件とする国の主張を排斥した裁判例	10
(1)　憲法上の重要な権利侵害に対する予防的確認訴訟	10
ア 予防的確認訴訟としての在外邦人選挙権制限違憲訴訟	10
イ 在外邦人選挙権制限違憲訴訟控訴審における国の主張	10
ウ 最高裁の判断～確認の利益の肯定	11
エ 確認の利益について最高裁が示した規範	12
オ 本件の検討	13
(2)　通常の予防的確認訴訟	16
ア 権利侵害のおそれは蓋然性で足りる	16
イ 本件の検討	18
3 小結	20
第5　日本国籍を放棄する意思の擬制は最高裁判例に反すること	21

第1 はじめに

本書面で、控訴人らは、まず生来の日本国籍とアイデンティティの関係そして原判決の問題点について、憲法学者のエッセイ及び判例評釈を示して、従前の主張を補強する（第2、第3）。

そのうえで被控訴人準備書面（2）に対する反論を在外邦人選挙権制限違憲訴訟最高裁判所判決（2005（平成17）年9月14日最高裁判所大法廷判決）等に依拠して行い、控訴人7の確認の利益が肯定されるべきことを示す（第4）。さらに、原判決が依拠した外国国籍の志望取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」が、在外邦人選挙権制限違憲訴訟最高裁判所判決に照らして許されないことを示す（第5）。

第2 生来の日本国籍とアイデンティティについて

憲法学者の奥平康弘は、1994（平成6）年の「国籍を離脱する自由雑感」というエッセイで、次のように述べ、生来の日本国籍が自分にとってのアイデンティティの一部になっていることを極めて率直に記している。

「ぼくには、国籍というものを単に便宜的なものと受け止めたくない思いがある。生まれたときからぼくのなかに埋め込まれていた国籍は、まことに冷たい制度であって反逆したくなるが、疑いもなく自分のアイデンティティの一部（ビロンギング）を構成している。こういうものとして、冷たい制度でありながら、よきにつけ悪しきにつけ、心情的なるものが底辺を流れている。ときとところで衣の如く着替えるということは、ぼくにはできそうにない。」（甲202（8頁））

奥平のこの述懐や鈴木論文（甲142）は、本人が望むと望まないとにかかわらず、また、本人が意識しているしていないとにかくわらず、大多数の日本国民にとって生来の日本国籍がアイデンティティの根幹となっていることを雄弁に示すものである。外国国籍を取得したからといって本人の意思に反して生来の日本国籍を喪失させることは個々の日本国民のアイデンティティの根幹をえぐり取る残虐な行為にほかならない。

アイデンティティの一部である日本国籍の剥奪は、厳しく制約されなくてはならない（憲法13条）。

第3 国籍を「離脱させられない権利」、意思の「擬制」と地裁判決

1 憲法学者の毛利透は、本件訴訟の地裁判決についての簡潔な評釈で、「国籍を離脱する自由は、離脱したくないと考えている者の「離脱させられない権利」を含むと解釈することが憲法の趣旨にかなうという帰結を導くことは、人権保障にある程度積極的な憲法解釈を行うつもりになれば、さほど困難ではないはずである」と指摘している（甲203）。

これは、原判決が、日本国籍剥奪が個々の日本国民にもたらす被害の重大性をまったく考慮せず、人権保障にわずかでも積極的ではなかったことに対する婉曲的な批判とみることができる。基本的人権尊重を基本原理とする憲法の下において、原判決の結論が維持されることなどあってはならない。

2 毛利は続けて次のとおり述べる。

「とはいっても、本判決は、「日本国籍を意思に反して奪われない」という利益が憲法の精神に照らして尊重されるとしても、国籍法11条1項はその利益への合理的制約といえるとする。そこでは、自らの意思による外国籍取得の場合には事前に国籍選択の機会があることが重視されているが、だとすれば結局、この場合にはそもそも意思に反する国籍剥奪は存在しないということになる。しかし、原告らにとっては、外国籍を取得する際にこのような選択を迫られること自体が権利侵害だと感じられていたはずである。世界的な重国籍の広がりが示すように、「婚姻」の意味と同様、「国籍」の意味も変化しつつある。国側が、外国籍の取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」（木棚照一『逐条注解 国籍法』〔日本加除出版、2003年〕339頁）に固執しても、そう考えない人々が増加することは止められない。そのとき、いつまでこの「擬制」が説得力を有しつづけられるだろうか。」

ここで毛利は、まず原判決が、①国籍法11条1項の理解として、自らの意思による外国国籍取得の場合には事前に国籍選択の機会があることを重視し、国籍法11条1項は意思に反して日本国籍を剥奪する規定ではないととらえていること、及び、②外国国籍の取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」に立脚していることを指摘している。そのうえで毛利は、③「世界的な重国籍の広がりが示すように、「婚姻」の意味と同様、「国籍」の意味も変化しつつある」という現実と、④その結果として、外国国籍の取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」の正当性はますます失われていくばかりであり、国も遠からずこの「擬制」に固執できなくなるであろうという見通しとを、示している。

原判決が採用した上記①の条文理解と上記②の「擬制」とがいずれも誤りであることは、控訴理由書第2（14頁以下）及び控訴人ら準備書面（1）第2・5（50頁以下）で詳細に論じた。（さらに本書面の後記第5では、日本国籍の放棄・離脱の意思を「擬制」することが最高裁判所の判例に整合せず反することを確認する。）

原判決は、この誤った条文理解と誤った「擬制」とに立脚することで日本国籍剥奪がもたらす個人の重大な不利益から目を逸らし、国籍法11条1項を合憲と結論づけた。誤った論拠に基づく誤った原判決は覆されなくてはならない。

3 ところで、上記③で毛利がいう複数国籍の世界的広がりが示す「国籍」の意味の変化とは、具体的には、かつては異性婚のみを指すとされていた「婚姻」が同性婚を含むものと捉えられはじめているように、かつては個人が複数有すると弊害が生じるものであるとか一つあれば個人の人権保障や幸福追求のためには十分なものであるとか考えられていた「国籍」が、複数あっても何の差し支えもなく、一つでは個人の人権保障や幸福追求には不十分な場合があるものとして捉えられてきていることを指していると考えられる。

このような捉え方を前提に、毛利が示した上記③の現実及び上記④の見通しを、以下において、憲法の解釈指針となる「重なり合うコンセンサス」（控訴人ら準備書面（4）第3・1（65頁以下））の概念を用いて説明してみる。

主権者たる日本国民の範囲の定め方、中でも日本国民が日本国籍すなわち主権者たる地位を失うのはどのような場合であるかは、憲法の基本事項である。それゆえそれは、①自由で平等で対等な市民同士が、②各自が現実の社会において占める社会的・経済的地位、自然的資質や能力、知性や体力、選好・目的・関心、何を幸福と考えるか、性・年齢・職業など、自分に関わる一切の知識を知らない「無知のヴェール」に覆われた原初状態の中で、特定の個人の立場を超えて、自分が現実社会のいかなる立場に置かれても困らないように、合理的に、つまり自分が社会において考えられる最悪の事態に見舞われても人生全体で見れば最大の利益を確保できることを目指して、③合意に市民全員が互いに従うことを受け容れるという相互性を前提に、④宗教や思想・信条といった“道理に適った包括的教説”が複数存在する民主主義社会において異なる“道理に適った包括的教説”に従って生きる人たちが共通して受け容れるとのできる“重なり合うコンセンサス”として、定められなくてはならない。

そうすると、“外国国籍の取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」を許容する「重なり合うコンセンサス」”がそもそも成立するのか、はなはだ疑問である。

また、仮に過去にそのような「重なり合うコンセンサス」が成立し一時期は存在したとしても、世界的な複数国籍の広がりとそれに伴う「国籍」の意味の変化が生じてきた。日本社会の意識も複数国籍に寛容な傾向を示しており（甲136、甲137）、毛利も指摘するように、上記の「擬制」を受け容れられないと考える日本国民は、控訴人らのほかにも、これまでこれからも増え続ける一方である。上記の「重なり合うコンセンサス」は、仮に成立した時期があったとしても既に失われており、復活する見込みはない。

国籍法11条1項の違憲審査にあたっては、社会意識の変容に伴う「重なり合うコンセンサス」の上記の変化が重視されなくてはならない。この観点からも原判決は速やかに改められるべきである。

4 ところで、「重なり合うコンセンサス」は、多様な価値観を持つ人々が共存する立憲主義国家を念頭に置いた社会契約理論の重要な基礎概念である。そして、社会契約的観点から国籍を捉え直すことの不可欠性は、国籍法の権威である木棚照一が、2003年発行の『逐条注解国籍法』（6～8頁）で指摘し、2021年4月発行の『逐条国籍法—課題の解明と条文の解説一』（甲204（7～12頁））でさらに詳細に論じ確認している。

すなわち、木棚は、各構成員が国家と呼ばれる共同体の全体に対しその権利を譲渡する社会契約によって成立するとする思想に支えられた国家の国籍について、「法を解釈し、立法する者の行動指針として、社会契約説的観点から、国籍を捉え直すことは、グローバル化し、国家や国籍概念自体が相対化して、変動しつつある現代の関係を実質的に捉えるにとどまらず、個人の人権保障の観点から国籍を主觀的権利との関係で捉え直す上でも、不可欠なことであるようと思われる。」（甲204（10頁））とする。

控訴人らは「重なり合うコンセンサス」等の概念を用いて憲法を解釈し、さらに毛利の判例評釈を上記のとおり解釈する等してきたが、それは、木棚の上記指摘に着想を得て、社会契約説的観点から「国籍を捉え直す」作業を現憲法下の日本国籍について行うためであった。また、この作業は、欽定憲法である明治憲法とは異なる現憲法の特徴を確認し、国籍法11条1項の違憲審査には厳格な基準が用いられるべきことを示すためのものもある。

現憲法下の我が国は、社会契約思想に支えられた国民主権国家である。その主権者たる地位を本人の意思に反して失わせる国籍法11条1項は、厳格な違憲審査に服さなくてはならない。

第4 控訴人7に確認の利益が認められるべきこと

1 危険の発生確率に関する被控訴人の主張

被控訴人は、被控訴人準備書面（2）において、「スイス国籍法における国籍取得の要件及び審査に関する各規定によれば、スイス国籍の取得申請予定者が、将来、国籍取得申請をした場合に確実にスイス国籍を取得できると予想することは困難というべきで、控訴人7においても、現時点において、将来、スイス国籍の取得申請をしたときに確実にスイス国籍を取得できるとはいえない」としたうえで、「控訴人7の日本国籍を保有する地位に何らかの危機又は不安が存在するとはいはず、即時解決の必要性(即時確定の現実的利害)(解決すべき紛争の成熟性)の要件を欠く」から、「控訴人7に係る外国国籍を取得しても日本国籍を失わない地位にあることの確認を求める訴えは、訴えの利害を欠き、不適法である。」と主張する（被控訴人準備書面（2）10頁（3））。

被控訴人のこの主張を整理すると、将来不利益を被らなくてすむ地位の確認を求める訴えについて確認の利害（即時解決の必要性(即時確定の現実的利害)(解決すべき紛争の成熟性)の要件）が認められるためには、将来不利益を被るおそれがあるという不安があるだけでは足りず、百パーセント絶対確実にその不利益が生じるといえることを要するとするものである。

しかし、確認の利害が認められる場合をこのように狭く解することは、確認訴訟の活用を図り国民の権利救済に資することを意図した2004（平成16）年行政事件訴訟法改正の趣旨を没却するものである（条解行政事件訴訟法〔第4版〕、2014（平成26）年、甲157（10頁、同19頁、127乃至128頁））。

しかも、将来の不利益の防止を目的とする予防的確認訴訟についての過去の裁判例にも反する。

以下、最高裁判所の裁判例を挙げて詳述する。

2 絶対確実な危険を要件とする国の主張を排斥した裁判例

(1) 憲法上の重要な権利侵害に対する予防的確認訴訟

ア 予防的確認訴訟としての在外邦人選挙権制限違憲訴訟

本件訴訟は、控訴人7が外国国籍を将来取得した場合に日本国籍が剥奪されることを防ぐことを目的とする予防的な確認の訴えである。より具体的にいうと、国による不作為（立法府が国籍法11条1項（外国国籍を取得した日本国民の日本国籍を一方的に剥奪する法律）を廃止しないという不作為）がもたらす権利侵害を防止することを目的とする、公権力の（不）行使に対する不服の訴訟としての予防的確認訴訟である。

しかし、予防的確認訴訟についての裁判例をみても、確認の利益を肯定するうえで、法律上の地位または権利に対する侵害が百パーセント確実に発生することは必ずしも必要とされていない。

たとえば、控訴理由書118頁以下で指摘したとおり、在外邦人選挙権制限違憲訴訟最高裁判所判決（2005（平成17）年9月14日最高裁判所大法廷判決、最高裁判所民事判例集59巻7号2231頁、判例タイムズ1088号133頁）は、“いまだ公示されていない将来の選挙の際に原告らが外国に居住しているという蓋然性は高いとしても確実にそうであるということはできず、原告らの選挙権行使に不安、危険が生じているとはいえないという状況下で”確認の利益を認めている。

イ 在外邦人選挙権制限違憲訴訟控訴審における国の主張

この点に関して国は在外邦人選挙権制限違憲訴訟の控訴審において、在外国民が今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求めた予備的請求について、「将来発生が予想されるにすぎない権利又は法律関係の確認を求める訴え」であるとしたうえで、

このような訴えを適法とすれば、「現在において不確実な事実に基づく判断を裁判所に強いことになり、また、将来その権利又は法律関係が発生した時点では既に当該裁判が不要に帰していたというような裁判をも肯定することになる。そのため、将来の権利義務又は法律関係の存否の確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして許されない」と述べ、「もし、控訴人ら 21 名が将来の個々の選挙において具体的に選挙権を行使し得ることが確認されたとすれば、控訴人ら 21 名は、右判決が確定した時点から特定の選挙までの間に、例えば公職選挙法 11 条等に該当する事由が生じて選挙権を有しないこととなった場合などにも選挙権を行使することが可能になるという不合理を生ずる。したがって、本件の予備的請求に係る訴えは、将来の権利義務又は法律関係の存否の確認を求めるものとして、不適法であるというべきである」と主張していた（東京高等裁判所平成 12 年 11 月 8 日判決）。

国のこの主張は、将来不利益を被らなくてすむ地位の確認を求める訴えにおいて確認の利益が認められるためには、将来不利益を被るおそれがあるという不安があるだけでは足りず、絶対確実に不利益が生じるといえることを要するとするものであり、本件控訴審における被控訴人の前記主張と実質的に同旨である。

ウ 最高裁の判断～確認の利益の肯定

しかし、最高裁判所は、前述のとおり、国の上記主張には与しなかった。

最高裁判所は当該事件の上告審判決において、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。」

「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票することによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票を

する機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。」として「両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利」の憲法上の重要性を確認したうえで、上告人（原告）らによる確認請求に係る訴えは「公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるところ、その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外国民である別紙当事者目録1記載の上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。」として、当該請求が本件訴訟と同様の公権力の不行使に対する不服の訴訟としての予防的な確認の訴えであることを指摘し、最後に、「選挙権は、これ行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるというべきである。」として、確認の利益を肯定した。

エ 確認の利益について最高裁が示した規範

ここで最高裁判所が示した規範は、本件訴訟と同じく権利侵害を防止するための予防的な確認請求の訴えにおいて、問題とされている権利が①憲法上の重要な権利であり（権利の憲法上の重要性）、②侵害を受けた後に争うことによっ

ては権利行使の実質を回復することができない性質のものであり（権利の性質）、
③予防的な確認の訴えがその権利の侵害を防ぐうえで有効適切な手段である場合には（手段の有効適切性）、確認の利益は肯定される、というものである。

この規範において権利侵害の確率云々がまったく考慮されていないのは、後記（2）でみる2つの裁判例（勤評長野方式事件最高裁判所判決、命令服従義務不存在確認請求事件最高裁判所判決）とは異なり、憲法及び国民主権原理の根幹を支える選挙権という重要な権利の侵害が問題となったからにほかならない。すなわち、当該事案における①の判断にあたっては、「代表民主制を基本とする民主主義国家においては、国民の選挙権は国民主権の中で最も中核を成す権利」であり、「国会は、平等、自由、定時のいずれの側面においても、国民の選挙権を剥奪し制限する裁量をほとんど有していない。国民の選挙権の剥奪又は制限は、国権の最高機関性はもとより、国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠を失わしめるのである。国民主権は、我が国憲法の基本理念であり、我が国が代表民主主義体制の国であることを忘れてはならない。」（裁判官福田博の補足意見）とされる選挙権の憲法上の重要性が、考慮されたのである。

オ 本件の検討

最高裁判所の示した上記の規範に照らして控訴人7の確認の利益の有無を検討する。

まず①憲法上の重要な権利であるかどうか（権利の憲法上の重要性）については、日本国籍は「我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」（平成20年6月4日最高裁判所大法廷判決）であり、選挙権を行使する権利の根本に存在する憲法上の極めて重要な資格・地位である。したがって、日本国籍そのもの、そして日本国籍を離脱しない自由あるいは日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利は、在外邦人選挙権制限違

憲訴訟で問題とされた具体的な国政選挙において選挙権を行使する権利にも増して、憲法上の重要性が大きい。

次に②侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるか（権利の性質）については、日本国籍を有することによって保障される基本的人権は、日本国籍を剥奪された後に争うことによっては日本国籍を失った期間に享有し行使できていたはずの権利や自由（たとえば国民主権原理に由来する選挙権・被選挙権（憲法43条1項）、公務員選定・罷免の権利（憲法15条）、公務就任権、憲法改正の国民投票での投票権（憲法96条）、最高裁判所裁判官の国民審査における審査権（憲法79条2項～4項）。基本的人権尊重原理及び「個人の尊重」原理に由来する、日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利（憲法22条2項）、日本に帰国する権利（憲法22条1項）、日本での居住の権利（憲法22条1項）、日本での就労等の権利・職業選択の自由（憲法22条1項）、日本での経済活動の自由（憲法22条1項）、社会保障上の諸権利の享受（憲法25条）など。詳細は原審における原告ら準備書面（4）11頁以下で述べた。）について、その享有・行使の実質を回復できない性質のものである。

また、本書面第2でもみたとおり生来の日本国籍は個人のアイデンティティの根幹をなすものであるから、それが一旦えぐり取られてしまうと、アイデンティティの継続性・一貫性が失われ、その実質を事後的に完全に回復することは不可能に近い。

さらに、上記のとおり日本国籍は「我が国の構成員としての資格」すなわち主権者としての資格であるから、日本国籍を失うことによる被害は、在外邦人選挙権制限違憲訴訟で問題とされた具体的な国政選挙において選挙権を行使する権利のみを失う場合に比べて桁外れに大きい。

したがって、日本国籍そのもの、そして日本国籍を離脱しない自由あるいは日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利は、侵害を受けた後に争うことによっては実質を回復できない性質のものである。

最後に③予防的な確認の訴えがその権利の侵害を防ぐうえで有効適切な手段であるかどうか（手段の有効適切性）については、控訴人7はスイス国籍法及びスイス国籍法政令が定めるスイス国籍取得のための形式的要件（スイス国籍法9条）及び実質的要件（法11条、政令2条、3条）、統合の基準（法12条、政令6条）を満たしているところ（甲186の1～甲194の2）、反対に控訴人7のスイス国籍取得を妨げるような事情はない。そのため、控訴人7がスイス国籍取得を申請した場合、実質的要件の充足についてスイス当局の裁量判断が介在することなどにより百パーセント確実と断言できなくてもスイス国籍を取得できる可能性は極めて高く、客観的にみてスイス国籍を取得する相当高度の蓋然性がある。そして、控訴人7が申請によりスイス国籍を取得することは国籍法11条1項が有効な規定とされている限り日本国籍の自動的喪失を意味するから、控訴人7がスイス国籍取得を申請した場合、客観的にみて控訴人7が日本国籍を喪失する相当高度の蓋然性がある。

そのため、スイス国籍の取得を望むと同時に日本国籍を失うことを何としても避けたいと望んでいる控訴人7にとって、スイス国籍を取得しても日本国籍を失わない地位にあることの確認を求める訴えは、その判決を待ってスイス国籍の取得申請をするかどうかを決めることを可能にするものであり、控訴人7の日本国籍そのもの、そして日本国籍を離脱しない自由あるいは日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利の侵害を防ぐうえで有効な手段である。

そして、法律の違憲確認を求める訴訟は現行制度上存在せず、国籍法11条1項は外国国籍を志望取得した者に何ら処分を介在せず自動的に適用されるため、処分等の差止め訴訟によることもできない。すなわち、控訴人7が日本国籍

そのもの、そして日本国籍を離脱しない自由あるいは日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利の侵害を防ぐためには、本件の予防的確認訴訟による以外の適切な手段はない。

以上のとおり、本件における控訴人7は、①権利の憲法上の重要性、②権利の性質、③手段の有効適切性というすべての要件を、在外邦人選挙権制限違憲訴訟の原告（上告人）らと同等かそれ以上に満たしている。

したがって、控訴人7の確認の利益は肯定されなくてはならない。

（2）通常の予防的確認訴訟

ア 権利侵害のおそれは蓋然性で足りる

付言すると、最高裁判所の判例は、選挙権のような憲法上の重要な権利以外の権利の侵害に係る予防的確認訴訟についてさえ、権利侵害が百パーセント確実に発生することを必要としていない。

そのような予防的確認訴訟が肯定される要件を示したのが、勤評長野方式事件最高裁裁判所判決（1972（昭和47）年11月30日最高裁判所第一小法廷判決）である。同判決は、長野県教育委員会教育長の通達が同県立高等学校教員である上告人（原告）らに対し勤務評定書に自己観察の結果を表示すべきことを命じているのは憲法及び教育基本法に違反するものであるから上告人において上記義務を負わないことの確認を求めるという訴えについて、「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来なんらかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確認を求めることが当然許されるわけではなく、当該義務の履行によって侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがあ

る等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである。」と判示した（下線は控訴人ら代理人による）。

この判決は、当該事案については上記の「特段の事情の存在は見出すことができない」として不適法としたが、（a）侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、（b）不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、（c）被害の事後的回復が困難な重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことが著しく不相当といえる場合には、予防的確認訴訟を適法と認める余地があることを判示したものである。

そしてその後、命令服従義務不存在確認請求事件最高裁判所判決（2019年（令和元）7月22日最高裁判所第一小法廷判決）は、（b）の「不利益処分の確実性」の意味について、予防的確認訴訟が適法となるための不利益処分の発生可能性は、差止めの訴え（行政事件訴訟法37条の4）の場合と同じく、行政によって一定の処分がされる蓋然性があることが必要であるとした。

差止めの訴えの場合に必要とされる蓋然性とは、処分等の差止めを求める者が、処分等がされることの主観的なおそれを抱いているのみでは足りず、客観的にみて処分等がされる相当程度の蓋然性があることをいう（条解行政事件訴訟法〔第4版〕、2014（平成26）年、甲205（783～784頁））。すなわち、予防的確認訴訟が肯定される上で処分等が絶対確実になされることまでは要しない。

したがって、仮に日本国籍そのものあるいは日本国籍を離脱しない自由や日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利が、在外邦人選挙権制限違憲訴訟で問題とされた具体的な国政選挙において選挙権行使する権利に比べて憲法上の重要性が劣るとしても、侵害が生じることが百パーセント確実ではないからといって、直ちに控訴人7の確認の利益が否定されることにはな

らない。(a)侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、(b)不利益処分の蓋然性およびその内容または性質等に照らし、(c)被害の事後的回復が困難な重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことが著しく不相当といえるかどうかが検討されなくてはならない。

イ 本件の検討

そこで、日本国籍そのものや日本国籍を離脱しない自由あるいは日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利を確認する予防的な訴えに、在外邦人選挙権制限違憲訴訟最高裁判決の規範ではなく勤評長野方式事件及び命令服従義務不存在確認請求事件の最高裁判決の規範が適用されると仮定した場合について、控訴人7の確認の利益の有無を念のため検討しておく。

まず、(a)侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度については、仮に日本国籍そのものや日本国籍を離脱しない自由あるいは日本国籍を保持する権利、恣意的・専断的に奪われない権利は具体的な国政選挙で選挙権行使する権利に劣ると仮定したとしても、日本国籍は、「我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」であるから（平成20年6月4日最高裁判所大法廷判決）、上記2つの裁判例（勤評長野方式事件、命令服従義務不存在確認請求事件）で問題となった公務員が職務に関して不利益な扱いを受けないですむという利益とは次元の異なる重要性がある。また、日本国籍喪失とそれに伴う様々な重大な権利侵害が永続するので、この点でも上記2つの裁判例の場合に比して不利益の程度は桁違いに大きい。

次に(b)不利益処分の蓋然性およびその内容または性質等については、前記(1)オで③に関してみたとおり、控訴人7がスイス国籍取得を申請した場合、客観的にみてスイス国籍を取得し日本国籍を喪失する相当高度の蓋然性がある。また、本件で問題とされている不利益とは、一時的な権利侵害や権利の制約ではなく、日本国籍の剥奪という継続的で重大な結果を伴う不利益である。

最後に（c）事後的回復が困難な重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことが著しく不相当であるか否かについては、前記（1）オで②に関してみており、日本国籍を有することによって保障される基本的人権は、日本国籍を剥奪された後に争うことによっては、日本国籍を失った期間に享出し行使できていたはずの権利についてその享有・行使の実質を回復できない性質のものである。また、生来の日本国籍は個人のアイデンティティの根幹をなすものであるから、それが一旦えぐり取られてしまうと、アイデンティティの継続性・一貫性が失われ、その実質を事後的に完全に回復することは不可能に近い。

したがって、事前に侵害を防止する必要性が極めて高く、事前の救済を認めないことは著しく不相当である。

さらに付け加えるならば、控訴人7の幸福追求権を顧慮すると、憲法13条は、「一人ひとりの人間が人格的自律の存在（やや文学的に表現すれば、各人が社会にあってなお“自己の生の作者である”ということ）として最大限尊重されなければならない」（佐藤（幸）・憲法論121頁）ことを求め、「人が自己の人生の目的や価値を選択し、それを自ら生き抜く権利」（長谷部・憲法〔6版〕95頁）の保障を導くものである（甲72（69～74頁））。控訴人7は、幸福追求のためにスイス国籍と日本国籍の両方を必要とする状況下で、スイス国籍を取得できる相当高度の蓋然性が客観的に認められるにもかかわらず、日本国籍を失いたくないという切なる思いから身動きできない状態に閉じ込められている。このような状況に追い込まれた控訴人7が、自分の人生の主人公として生きるために、国籍法11条1項の違憲性を自ら訴訟で争う以外に道はない。

スイス国籍法の定めるスイス国籍取得の実質的要件に裁量判断の余地があるとしても、スイス国籍取得の相当高度の蓋然性があると客観的・合理的に考えられる立場に苦難の末にたどり着いた日本国民である控訴人7に対して、スイ

ス国籍取得が百パーセント確実と断言できないから確認の利益は認めないとして門前払いをした原判決は、あまりに非情で不合理である。原判決は個人の救済の拡大を図った行政事件訴訟法改正の趣旨に反することはもちろん、憲法の基本原理である「個人の尊重」原理（憲法13条）に著しく違背する。幸福追求権は立法その他の国政の上で最大の尊重を要するものであることにかんがみても、事前の救済を認めないことは著しく不相当である。

以上のとおりなので、仮に勤評長野方式事件最高裁判所判決及び命令服従義務不存在確認請求事件最高裁判所判決の示した規範によるとしても、控訴人7について確認の利益を肯定し、本件訴訟の原告（控訴人）として判決を求める機会が与えられるべきである。

3 小結

以上のとおり、被控訴人の主張は失当であり、控訴人7の訴えについて確認の利益が肯定されなくてはならない。

第5　日本国籍を放棄する意思の擬制は最高裁判例に反すること

本書面第3でもみたとおり、原判決は、明言こそしていないものの、外国国籍の志望取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」に依拠したものといえる。しかし、このような「擬制」が許されるのであれば、前出の在外邦人選挙権制限違憲訴訟で違憲判決が下されることはなかった。

というのは、在外邦人選挙権制限違憲訴訟では、1996（平成8）年より前に外国に転出した日本国民ら（甲206（384頁））が在外投票制度（1998（平成10）年に実現）がない中で実施された平成8年衆議院議員総選挙で選挙権行使できなかつたことの違憲性が争われた。外国国籍の志望取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」は国籍法11条1項の存在に依拠すると解されるところ、これと同様に考えるなら、上記訴訟においては在外投票制度を有しない公職選挙法の存在を理由として、原告らについて、在外居住中に実施される“具体的な国政選挙で選挙権行使する権利”を、外国への転出時に自らの意思で放棄・棄権していたと「擬制」できたはずである。しかし、最高裁判所はそのような「擬制」を採用せず、国民主権国家における選挙権の重要性を重視して違憲判断を下した。

このように最高裁判所が国政選挙で選挙権行使する権利を一定の期間だけ制約するに過ぎない「擬制」すら採用しなかつたことにかんがみれば、国民主権国家における主権者の地位たる日本国籍を永続的に失わせるという極めて重大な結果をもたらす日本国籍放棄の意思を法律によって「擬制」できると考えるのは困難である。外国国籍の志望取得は日本国籍の放棄をも含意しているという「擬制」に依拠した原判決の論理は、最高裁判所の上記判決と整合せず、誤りである。

したがって、原判決が依拠した誤った「擬制」を排除して、同条項の違憲性が判断されなくてはならない。

以上