



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（6）

2022年9月6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 椎 名 基 晴



弁護士 仲 晃 生



弁護士 仲 尾 育 哉



第1	本書面の構成	3
第2	控訴人8に確認の利益が認められるべきこと	4
1	はじめに	4
2	最高裁判決の規範によれば控訴人8の確認の利益が認められること	4
(1)	憲法上の重要な権利侵害に対する予防的確認訴訟の規範に照らした場合	4
ア	最高裁判決の規範	4
イ	本件の検討	5
(2)	通常の予防的確認訴訟の規範に照らした場合	8
ア	権利侵害のおそれは蓋然性で足りる	8
イ	本件の検討	8
3	小結	10
第3	家族の交流・結合に対する否定的影響	11
第4	在外邦人国民審査権確認等請求訴訟・最高裁大法廷判決	13

## 第1 本書面の構成

本書面で控訴人らは最初に、控訴人8の確認の利益が肯定されるべきことを、控訴人ら準備書面（5）で示した規範を用いて、確認する（第2）。

そのうえで、控訴人らは、前回の期日以降に発行された文献と前回の期日以降に下された最高裁判所大法廷判決とによって、従前の主張を補強する。

具体的には、まず2022年4月30日に発行された国際結婚を考える会の会報誌第7号の報告と、同日に発行された一般社団法人日本法律家協会の機関紙「法の支配」第255号に巻頭言として掲載された、最高裁元判事の山浦善樹弁護士のエッセイ「爺が孫に伝えた年頭のことば」とをとおして、国籍法11条1項は外国国籍を志望取得した者の幸福追求権だけでなくその者の親や祖父母ら親族の「家族の交流・結合」を侵害し得るものであることを明らかにし、国籍法11条1項の違憲審査が慎重になされるべきことを確認する（第3）。

最後に、今年5月25日の最高裁判所大法廷判決（在外邦人国民審査権行使制限違憲訴訟）の判決が、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）の規範を維持していることを確認し、本件では極めて厳しい審査基準が用いられるべきこと、その結果として控訴人らの請求が認容されるべきことをあらためて指摘し、確認する（第4）。

## 第2 控訴人8に確認の利益が認められるべきこと

### 1 はじめに

被控訴人は、被控訴人準備書面（3）において、「フランス民法における国籍の取得要件及び審査手続に関する各規定によれば、フランス国籍を有する配偶者と婚姻した外国人が届出によるフランス国籍の取得を予定する場合に、その者が、将来、国籍取得の届出をした場合に確実にフラン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8においても、現時点において、将来、フランス国籍取得の届出をしたときに確実にフランス国籍を取得できるとはいえない」としたうえで、「控訴人8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えず、即時解決の必要性(即時確定の現実的利益)(解決すべき紛争の成熟性)の要件を欠く」から、「控訴人8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、訴えの利益を欠き、不適法である。」と主張する（被控訴人準備書面（3）8頁（3））。

被控訴人のこの主張は、被控訴人準備書面（2）における控訴人7に関する主張と同内容である。そして、被控訴人のこの主張が誤っていること、及び控訴人7に確認の利益が認められるべきことは、すでに控訴人ら準備書面（5）第4において最高裁判決の判断基準を示して詳細に論じたところである。

以下では、控訴人ら準備書面（5）第4で示した判断基準に照らして、控訴人8の確認の利益が認められるべきことを、確認する。

## 2 最高裁判決の規範によれば控訴人8の確認の利益が認められること

### (1) 憲法上の重要な権利侵害に対する予防的確認訴訟の規範に照らした場合

#### ア 最高裁判決の規範

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事案において、在外邦人選挙権制限違憲訴訟最高裁判所判決（200

5（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、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、という規範を示した（控訴人ら準備書面（5）第4・2（1））。

## イ 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8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、日本国籍を恣意的・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、日本国籍を恣意的・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、控訴人ら準備書面(5)第2でも示し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、日本国籍を恣意的・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8はフランス民法が定めるフランス国籍取得のための積極要件(フランス民法21条の2)を満たしているところ(甲8、甲122、甲195の1と195の2の(1)及び(2)の住所欄)、反対に控訴人8のフランス国籍取得を妨げる消極要件に該当する事情はない(フランス民法21-4条)。そのため、控訴人8がフランス国籍取得の届出した場合、フランス当局による事実の認定や規範的な評価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フランス国籍を取得でき

る可能性は極めて高く、客観的にみてフラン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8が届出によりフラン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8がフランス国籍取得の届出をした場合、客観的にみて控訴人8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、フラン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8にとって、フラン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、その判決を待ってフランス国籍取得の届出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8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、日本国籍を恣意的・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8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、日本国籍を恣意的・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8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8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の規範に照らした場合

### ア 権利侵害のおそれは蓋然性で足りる

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、勤評長野方式事件最高裁判所判決（1972（昭和47）年11月30日最高裁判所第一小法廷判決）及び命令服従義務不存在確認請求事件最高裁判所判決（2019（令和元）年7月22日最高裁判所第一小法廷判決）は、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として、(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によって判断するとの規範を示した。（控訴人ら準備書面（5）第4・2（2））

### 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、日本国籍を恣意的・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8の確認の利益の有無を念のため検討する。

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、日本国籍を恣意的・専断的に奪われない権利は具体的な国政選挙で選挙権を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）イで③に関してみたとおり、控訴人8がフランス国籍取得の届出をした場合、客観的にみてフラン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）イで②に関してみたとおり、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、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8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8は、幸

福追求のためにフランス国籍と日本国籍の両方を必要とする状況下で、フラン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（甲122）。このような状況に追い込まれた控訴人8が、自分の人生の主人公として生きるためには、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。

フランス民法がフランス国籍取得についてフランス当局による事実の認定や規範的な評価がなされることを前提としているとしても、フラン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たどり着いた日本国民である控訴人8に対して、フラン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8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8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3 家族の交流・結合に対する否定的影響

控訴人7は、陳述書の「第3・3 家族を守りたい」（甲146（30頁以下））、特にその（2）（31頁以下）で、次のような不安を語った。

「もし私の姉に病気や事故があって、私が両親の介護を担うことになったとき、私に日本国籍がなく、日本に住所もなかったとしたら、私に日本で十分な介護をすることができるのでしょうか。スイスに招けば良いと言われるかも知れませんが、親の希望もあります。親が最も安心できる環境で過ごしてもらいたいですし、それが親孝行だと思います。」

この陳述は、子の日本国籍が剥奪された結果、その父母らが「最も安心できる環境」で十分な介護を受けられなくなる場合があること、それによって親孝行をしたいという子のごく自然な感情が行き場をなくしてしまうことを、指摘している。国籍法11条1項は、介護や親孝行という日常的な親子・家族の交流・結合（控訴人ら準備書面（5）109頁～112頁参照）に否定的な影響をもたらすのである。

親子の交流・結合に対する国籍法11条1項の否定的な影響がとりわけ深刻な形で現れた事例を、国際結婚を考える会が報告している。コロナ禍で外国人の日本への入国が厳しく制約されるようになって以降、外国国籍を志望取得して日本国籍を喪失したと扱われている人が、日本在住の親が危篤であるとの知らせを受けて日本に帰国しようとしたところ、日本に帰国するために必要なビザの発給を受けることができず、親の死に目にあえなかったという事例である（甲207（16頁）、甲208（6頁）参照）。控訴人ら弁護団にも同様の相談が届いており、特殊な事例ではないことが推測される。

この事例を“親”の視点からみると、国籍法11条1項が有効なものとして扱われているがゆえに、人生最後の時間を子と共に過ごすことができず、“わが子”に一目会って別れを告げたいという願いが叶わぬまま人生の終わりを迎えた、という

ことである。「家族との交流・結合」を望む“親”のごく自然な思いは、死の間際に、国籍法11条1項によって踏みにじられたといえる。

今や日本国民の生活と活動が国境を容易に超える時代である。現代世界においては子や孫、甥や姪、叔父や叔母ら親族さらには親しい友人が国籍法11条1項により日本国籍を剥奪され、その者たちとの交流や結合が阻害されるという上記の“親”と同様の事態が、日本国民の誰にも生じ得る。

たとえば、我が国の最高裁判所の判事を務めた法律の専門家でさえ、かかるおそれから自由ではない。最高裁元判事の山浦善樹弁護士は、幼い孫が国籍法11条1項により日本国籍を剥奪されてしまったことの理不尽さとそれに対する憤りを、「爺が孫に伝えた年頭のことば」というエッセイで、次のように綴っている。

「二人の孫が英国籍を取得したために、自動的に（本人の意思に反して）、母の生まれ故郷、爺や婆が住んでいる日本国籍を失ったとしても、二人は、変わらずに日本という国を大切に思っている。それなのに、二人が国籍を奪われて日本人として自由に戻れないことを考えると……これは爺としては納得できない。」（甲209（6頁））

このように、国籍法11条1項は、日本国民が家族を想う心を踏みにじり、「家族との交流・結合」を阻害する否定的な影響をもたらし得る規定だといえる。国籍法11条1項の違憲審査においては、同条項のかかる性質及び効果が、同条項の正当性に疑問を投げかける重要な事情であるとして、考慮されるべきである。

## 第4 在外邦人国民審査権確認等請求訴訟・最高裁大法廷判決

控訴人らは、控訴人ら準備書面（1）第3・3（1）エにおいて、本人の意思に反してでも日本国籍を剥奪する国籍法11条1項の合憲性審査に原判決が用いた緩やかな基準を用いるべきでないことを、薬事法違憲判決（1975（昭和50）年4月30日最高裁判所大法廷判決）及び在外邦人選挙権制限違憲訴訟（2005（平成17）年9月14日最高裁判所大法廷判決参照）との対比によって示した。

その後、比較対象として追加すべき最高裁大法廷判決があった。在外邦人国民審査権確認等請求訴訟の2022（令和4）年5月25日最高裁大法廷判決である。

裁判官の全員一致による同判決は、最高裁判所の裁判官の国民審査権が「国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有することに加え、憲法が衆議院議員総選挙の際に国民審査を行うこととしていることにも照らせば、憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使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」としたうえで、「憲法の以上の趣旨に鑑みれば、国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには国民審査の公正を確保しつつ審査権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するといわざるを得ない」などとして、在外邦人選挙権制限違憲訴訟の最高裁大法廷判決と同様の違憲審査基準を適用した。

このように在外国民の選挙権や国民審査権など個々の基本的人権の侵害や制約は厳格に審査されるのに、選挙権や国民審査権を含むすべての基本的人権保障の基礎

であり土台である法的地位・資格である日本国籍を根こそぎ剥奪するという強度の侵害や制約は極めて緩やかに審査するとした原判決は、不合理の極致である。

本件では、控訴人ら準備書面（１）第３・１または２で示した厳格な基準が用いられるべきであり、その結果、国籍法１１条１項は違憲無効とされるべきである。

以上