

上告理由書及び上告受理申立て理由書「別紙」

以下では、上告人・上告申立人を「上告人」、被上告人・被申立人を「被上告人」と表記する。

別紙「目次」

第 1 別紙の目的と構成	14
第 2 本件の概要と要点	17
第 3 国籍剥奪条項である	19
1 問題の所在	19
2 外国籍取得行為があっても日本国籍離脱意思があったとは限らない	20
(1) 外国籍取得意思と日本国籍離脱意思の相違	20
(2) 国籍法の学説	22
(3) 人の暮らしと社会の現実	23
3 小結：国籍法 11 条 1 項の本質と固有の存在意義は国籍剥奪にある	24
第 4 複数国籍と「国籍唯一の原則」の関係について	26
1 国籍法制に関する二つの原則と複数国籍の関係	26
(1) 主権尊重の原則	27
(2) 国籍単一の原則	28
2 本件での留意点	29

第5 国籍法11条1項の立法目的	31
1 はじめに	31
2 国籍変更の自由の保障	32
(1) 「国籍変更の自由の保障」の意味内容	32
(2) 国籍変更の自由は国籍法13条が保障している	32
(3) 国籍法11条1項は国籍変更を強制するものであり、変更の自由の保障と本質的に相 反する	33
(4) 国籍法11条1項を国籍変更の自由を保障する規定とするのは旧法時代の位置付けに 基づく考え方である	34
(5) 限定的な場面では国籍法11条1項が「国籍変更の自由の保障」に資するが本件とは無 関係である	38
(6) 「国籍変更の自由の保障」と「複数国籍の発生防止」が「密接な関連性を有する」と の判示について	41
(7) 結論 立法目的と機能・効果との重大な齟齬	42
3 複数国籍の発生防止	43
(1) 「複数国籍の弊害」の検証	43
ア 外交保護権の衝突	44
(ア) 国際慣習法による解決	44
(イ) 外交保護権不行使による解決	45
(ウ) 小括	46
イ 兵役義務の衝突	46
(ア) 現憲法下では生じ得ない	46
(イ) 被上告人の主張は複数国籍と無関係	47
(ウ) 被上告人も認識していた、兵役のない日本で複数国籍を否定し難いこと	47

ウ 納税義務の衝突	48
(ア) 現行制度下では発生しない	48
(イ) 本人が望むなら国籍離脱で回避・解消できる	48
エ 適正な入国管理の阻害	48
オ 重婚の発生	51
カ 単一国籍者が得られない利益を享受する者の発生	52
キ まとめ	53
(2) 複数国籍に対する国籍法の方針	56
ア 複数国籍の発生をもたらす制度	56
イ 複数国籍の発生を防止する制度	56
ウ 一旦発生した複数国籍を解消する制度	57
エ まとめ――複数国籍に関する国籍法の考え方	57
第6 国籍法11条1項の制度的問題点	60
1 はじめに	60
2 外国法の解釈の困難に起因する不安定	60
3 国籍法11条1項による国籍喪失が戸籍に反映される制度的保障はない	61
4 国籍喪失したが除籍されないことにより生じる問題	62
5 戸籍への反映の観点から見た国籍法11条1項と国籍選択制度の優劣	63
第7 憲法原理と日本国籍	64
1 憲法原理は日本国籍剥奪を厳しく制約する	64

2 法令違憲審査にあたって憲法原理が軽視されてはならないこと及び憲法尊重擁護義務（9条）、国民主権原理、基本的人権尊重原理、「個人の尊重」原理の歴史	65
（1）はじめに	65
（2）憲法制定過程と基本原理	66
ア 諸原理の由来	66
イ 憲法改正試案（日本政府案）の旧態依然	67
ウ GHQ草案	67
エ 国民主権原理の歴史的的重要性	69
オ 基本的人権の保持努力義務——日本国憲法の特殊性	69
カ 「個人の尊重」原理——「臣民」からの脱却	70
キ 憲法尊重擁護義務	70
ク 欽定憲法から社会契約に基づく民定憲法へ	71
ケ 明治憲法体制の残滓	73
（3）小括	74
第8 憲法22条2項と「日本国籍を離脱しない自由」	76
1 問題の所在	76
2 「日本国籍を離脱しない自由」を保障する憲法22条2項	77
（1）「自由」という文言は不作為の自由も含む	77
（2）人権保障規定としての憲法22条2項	78
（3）国際協調主義等とも整合する「国籍を離脱しない自由」の保障	79
3 幸福追求権という淵源と「自由な国に国民として留まる憲法上の権利」	80
（1）沿革	80
（2）幸福追求権との関係	81

4 憲法学説	82
5 小括	82
第9 憲法10条 日本国籍の剥奪と立法裁量	83
1 二つの最高裁判所大法廷判決	83
2 憲法10条の沿革	84
(1) 明治憲法18条	84
ア 明治憲法成立時の解説	84
イ 憲法10条と明治憲法18条の背景の違い	85
(2) 日本国憲法制定時の議論	87
3 憲法制定権者であり主権の存する国民の合理的意思	88
(1) 憲法制定権者（国民）の合理的意思の探究の必要性	88
(2) 憲法制定権者の合理的意思探究の視点	88
(3) 合理的意思の検討 ①日本国籍剥奪の甘受はあり得ない	89
ア 甘受し難い重大な不利益	89
イ 想定も甘受もし難い不利益変更	90
ウ 不平等を強いられる危険	91
エ 小結	92
(4) 合理的意思の検討 ②国籍剥奪立法の「信託」「委任」はあり得ない	92
ア 信託による国政の思想の下での国民と国会の関係性	92
イ 受託者たる国会の役割・性質から生じる限界	93
(ア) 「信託」の受託者に過ぎない	93
(イ) 多数決原理の働く場である	93
(ウ) 情報収集・分析能力に限界がある	94

ウ 小結	94
4 現憲法下の国籍に関する権利は前国家的権利であること	95
5 憲法学説とアフロイム対ラスク事件	97
(1) 憲法学説の状況	97
(2) アフロイム対ラスク事件判決ほか（ウォレン・コート）	97
6 小括	100
第10 憲法31条と日本国籍剥奪	102
第11 日本国籍を剥奪する法律の違憲審査基準	104
1 日本国籍剥奪は立法裁量の範囲外と解する場合の審査基準	104
(1) 日本国籍を剥奪する法律は違憲となる	104
(2) 日本国籍を剥奪する法律か否かを判断する際の留意点	104
ア 視点1 適用による効果	104
イ 視点2 ヴァンス対テラザス事件判決	104
2 日本国籍剥奪も立法裁量の範囲内と解する場合の審査基準（その1）憲法22条2項及び13条、憲法原理による制約	106
3 日本国籍剥奪も立法裁量の範囲内と解する場合の審査基準（その2）国際慣習法（専断的な国籍剥奪の禁止原則）による制約	109
(1) 専断的な国籍剥奪の禁止（世界人権宣言15条2項）	109
(2) 現憲法下での日本政府の姿勢及び政府答弁	110
ア サンフランシスコ講和条約と世界人権宣言	110
イ 1984（昭和59）年の国会での政府答弁	111

ウ 小括	112
4 原審判決の審査基準の誤り	113
5 国籍法 11 条 1 項の違憲審査へ	115
第 1 2 国籍法 11 条 1 項の違憲審査	116
1 憲法 10 条は日本国籍剥奪を許さないと解する場合の違憲審査	116
2 日本国籍剥奪も立法裁量の範囲内と解し、「やむにやまれぬ政府利益を達成するために必要 不可欠か」の基準を用いる場合	117
(1) 審査基準	117
(2) 違憲審査	117
ア 「国籍変更の自由の保障」という立法目的について	117
(ア) 立法目的は「やむにやまれぬ政府利益」か	118
(イ) 手段は必要不可欠か、適正手続保障はあるか	118
(ウ) 小結	120
イ 「複数国籍の発生防止」という立法目的について	120
(ア) 立法目的は「やむにやまれぬ政府利益」か	120
I 憲法は複数国籍の存在と発生、存続を前提とし、その解消を本人に委ねており、複数 国籍を否定的にとらえていない	120
II 複数国籍の弊害とされるものの防止に複数国籍の発生防止は不要	121
III 被上告人も複数国籍の弊害は現実的ではないと認識している	122
IV 複数国籍の弊害よりも有益性が重視されるようになり、複数国籍を肯定する国が 7 6 % を超えている	123
(I) フランス	124
(II) オーストラリア	125

(III) スウェーデン	126
(IV) スイス	127
(V) 米国	128
(VI) 小括	128
V 複数国籍には憲法原理上の要請（平和主義、民主主義、人権擁護など）を促進する有益性がある	128
VI 他の原理に優先されることも少なくない立法目的であった	129
VII 被上告人は現在も複数国籍の発生防止を重視していない	130
VIII 徹底は国家にとって自傷行為、社会にとって自殺行為となりかねない	135
IX 複数国籍者の人格を否定し差別の助長・煽動につながるおそれがある	136
X 小括	138
(イ) 手段は必要不可欠か	139
I 過小包摂または過大包摂ではないか	139
II 適正手続保障はあるか	140
III 小括	141
(ウ) 小結	141
(3) 結論	141
3 専断的な国籍剥奪の防止のためのガイドラインを用いる場合	142
(1) ガイドラインの要件	142
(2) 違憲審査	142
ア 要件① 法律に沿って剥奪されること	142
イ 要件② 正当な目的を達成するための最も侵害的でない手段であること	142
(ア) 国籍変更の自由の保障について	143
(イ) 複数国籍の発生防止について	143
ウ 要件③ 適正手続に従うこと	143

エ 小結	144
4 結論	144
第13 憲法14条1項違反（1）複数国籍の発生場面における差別	145
1 はじめに	145
2 差別的取扱いの存在	145
(1) 複数国籍の発生場面の整理	145
(2) 複数国籍の発生に関する異なる取扱いの存在	146
(3) 差別的取扱いの内容	146
(4) 国籍選択の機会の保障の重要性	148
3 国籍法11条1項の憲法14条1項違反の審査基準	148
(1) 憲法14条1項による憲法10条の規制（国籍法3条1項違憲判決）	148
(2) 本件で重視すべき考慮要素	149
ア 国籍法3条1項違憲判決での考慮要素	149
イ 国籍法11条1項に関する本件での考慮要素	150
(3) 目的と手段の合理的関連性とは	151
ある法律の憲法14条1項適合性は、「法律の要件によってそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められるか否か、及びその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められるか否か」によって判断される。このうち、「具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性」についてさらに検討するならば、以下のとおりである。	151
ア 権利制限規定における合理的関連性（尊属殺重罰規定違憲判決）	151
イ 権利付与規定における合理的関連性（国籍法3条1項違憲判決）	152
ウ 本件では権利制限規定における手段の過剰性の有無が問題となること	153

4 違憲審査その1――「国籍変更の自由の保障」という立法目的について	153
(1) 立法目的の合理性の検討	153
(2) 具体的な区別と立法目的の合理的関連性の検討	154
ア 立法目的に資する場面は限定的である	154
イ 立法目的と矛盾する場面にも適用されること	154
ウ 立法目的に資する場面の有無は不明である	154
エ 小括	155
5 違憲審査その2――「複数国籍の発生防止」という立法目的について	155
(1) 立法目的の合理性の検討	155
(2) 立法目的とその達成手段との合理的関連性の検討	156
ア 複数国籍の弊害は複数国籍の状態によって発生すること	156
イ 「外国籍の志望取得」と「生来的複数国籍」等とは、複数国籍の発生原因による区別であること	156
ウ 複数国籍の発生原因による区別は複数国籍による弊害の除去防止とは合理的関連性を有しないこと	156
(3) 小結	157
6 原審判決に対する批判	157
(1) はじめに	157
(2) 外国籍の当然取得との間の差別的取扱いについて	158
ア 区別の根拠は失われている	158
(ア) 原審判決の判示	158
(イ) 区別のもともとの根拠：日本国籍離脱意思の擬制の有無	158
(ウ) 区別の根拠は失われており、同一に扱われるべき	159
イ 原審判決も認める「選択する機会」の必要性	159

ウ	本件で問題となる「選択の機会」の具体的内容	160
(ア)	「日本国籍を放棄するか否か」の選択の機会	160
(イ)	「選択の機会」の前提として不可欠な国籍法11条1項の認識と知識	160
エ	「選択の機会」の保障の程度：抽象的・観念的な「機会」で足るのか	161
オ	「選択の機会」を具体的・現実的に保障するという立法者意思及び制度	162
(ア)	制度の具体的内容	162
(イ)	政府委員による国会答弁	162
(ウ)	選択催告制度に関する法改正の経緯	164
(エ)	国籍選択制度の積極的な役割	165
(オ)	「選択の機会」を複数国籍の防止解消よりも優先する価値判断	165
(カ)	小結：外国籍の志望取得者を排除する合理的根拠はない	166
カ	原審判決の趣旨のさらなる推測	167
キ	小括	168
(3)	生来的複数国籍との間の差別的取扱いについて	168
(4)	日本国籍の志望取得との間の差別的取扱いについて	169
7	結論	172
第14	憲法14条1項違反(2) 家族関係や生活が国境を越えてしまったと いう社会的身分(社会生活上継続的に占める地位)に基づく、幸福追求権の享受 についての差別	173
1	問題の所在	173
(1)	限られた適用対象者	173
(2)	幸福追求権の阻害・侵害	173
(3)	違憲審査基準	175

2 違憲審査	176
(1) 「国籍変更の自由」という利益との比較衡量	176
(2) 「複数国籍の発生防止」という利益との比較衡量	177
(3) 結論	177
第15 国家賠償請求 立法不作為	178
1 国籍法11条1項は違憲の規定である	178
2 被上告人の不作為と有責性、損害の発生	178
(1) 被上告人は1989年までに違憲性を認識できた	178
ア 複数国籍の弊害が現実的なものでないという認識(1982年)	178
イ 「法律の不知」に対するセーフガードの導入の有無(1983年)	179
ウ 日本国籍の権利性についての被上告人の認識(1984年)	179
エ 国籍法11条1項についての説明の変遷(1984年～1989年)	179
(ア) かつての通説(1950年～1975年)	179
(イ) 唐突で突飛な被上告人の説明(1984年)	180
(ウ) 通説の変化(1989年)	180
オ 小括	181
(2) 国籍法11条1項の改廃義務の故意または重過失による懈怠	181
ア 故意または重過失による立法不作為	181
イ 国家機関の怠慢、責任放棄、職権濫用による不作為	182
(3) 損害の発生と因果関係	183
3 結論	183
第16 まとめ	184

第 17 違憲判断の必要性と適切性 185

第1 別紙の目的と構成

本「別紙」は、国籍法11条1項が憲法22条2項、10条及び14条1項等に反し無効であることを明らかにすることを目的とするものである。

本別紙の構成は以下のとおりである。

また、多岐にわたる争点や参照すべき膨大な事実の要点の把握を容易にする別紙本体の次章以下の構成は、以下のとおりである。

第2章 本件の概要と要点

本件の上告人らが日本国籍の保持を望む理由、及び本件の上告人らの主張において予め注意を喚起しておきたい点について述べた。

第3章 国籍剥奪条項である

原審判決は、外国籍を志望取得するということは日本国籍の放棄または離脱を選択することであるとの前提で立論している。その前提の誤りを確認する。

第4章 複数国籍と「国籍唯一の原則」の関係について

国籍法11条1項の主たる立法目的は「複数国籍の発生防止」にあり、その背景には「複数国籍の防止解消」ないし「国籍唯一の原則」という立法政策があるとされる。他方、現行国籍法の下で多数の複数国籍者が発生し、その数は100万人にも達するものと推測される。そこで、複数国籍の発生という現実と、「国籍唯一の原則」という理念の齟齬ないし関係について、検討を加える。

第5章 国籍法11条1項の立法目的

原審判決が国籍法11条1項の立法目的として挙げた2点についてその具体的内容を検証し、国籍法11条1項の立法目的は、複数国籍の発生を防止できる限度で国籍変更の自由を保障することであり、複数国籍の発生防止が立法目的の

核心であることを示す。そのうえで、原審判決及び被上告人が挙げた複数国籍の弊害について検証し、関連する立法事実を整理して示す。

第6章 国籍法11条1項の制度的問題点

国籍法11条1項が戸籍制度に不可避的にもたらす問題等を整理して示す。

第7章 憲法原理と日本国籍

日本国籍の憲法上の意義及び重要性並びに日本国籍の喪失・剥奪に対する憲法上の制約の範囲及び程度を、憲法の基本原理の観点から示す。

第8章 憲法22条2項による「日本国籍を離脱しない自由」の保障

憲法22条2項が「日本国籍を離脱しない自由」（「日本国籍を保持する権利」）を保障することを、一般的な憲法解釈の手法と同条項の沿革によって示す。

第9章 憲法10条 日本国籍の剥奪と立法裁量

憲法10条の沿革から、同条の立法裁量の範囲に日本国籍の剥奪が含まれないこと、仮に含まれるとしても極めて限定的な場合に限られることを示す。

第10章 憲法31条と日本国籍剥奪

日本国籍剥奪にあたっては適正手続保障が不可欠であることを示すとともに、日本国籍剥奪時の適正手続保障は国際慣習法上の義務（憲法98条2項）であることを指摘する。

第11章 日本国籍を剥奪する法律の違憲審査基準

日本国籍剥奪が①立法裁量の範囲に含まれないと解する場合、②含まれると解する場合について、用いるべき違憲審査基準を示す。

第12章 国籍法11条1項の違憲審査

前章で示した違憲審査基準を用いて国籍法11条1項が違憲無効であることを確認する。

第13章 憲法14条1項違反（1）複数国籍の発生場面における差別

国籍法11条1項が、複数国籍の発生場面における不合理な差別を生じさせ、平等原則に違反することを確認する。

第14章 憲法14条1項違反(2) 家族関係や経済生活、社会生活が国境を超えてしまったという社会的身分(社会生活上継続的に占める地位)に基づく、幸福追求権の享受についての差別

国籍法11条1項がもたらしている現実の不利益を明らかにし、標記の不合理な差別が生じていることを確認する。

第15章 国家賠償請求 立法不作為

被上告人は、遅くとも1989年までに、国籍法11条1項の違憲性を認識することができ、ただちにその改廃に取り組むべきであったことを確認し、上告人1ないし6の国家賠償請求が認められるべきことを示す。

第16章 まとめ

第17章 違憲判断の必要性和適切性

第2 本件の概要と要点

本件は、欧州在住の上告人8名が、外国籍を志望取得した者は自動的に日本国籍を喪失すると定める国籍法11条1項は違憲無効であるとして、上告人のうちすでに外国籍を取得している6名については現に日本国籍を有することの確認及び日本国籍を喪失したものと扱われたことで生じた精神的損害に対する国家賠償とを求め、外国籍を取得したいと希望している2名については、外国籍を志望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事案である。

上告人らが外国籍を取得しあるいは取得を望む事情は、訴状に記載したほか、各人が陳述書に記載したとおりである（上告人1：甲49及び甲145、上告人2：甲138、上告人4：甲139、上告人5：甲50、上告人6：甲121、上告人7：甲82、甲146及び甲151、上告人8：甲122。上告人3については訴訟係属中に本人の体調が悪化したため陳述書を作成できていない。）。

本件で問題となっている国籍法11条1項の立法目的は複数国籍の発生防止であるため、上告人らとしてはこの立法目的及びその達成手段としての国籍法11条1項について詳細に論じる必要がある。しかしながら、初めに確認しておきたいことは、上告人らは「複数国籍の防止解消」という国籍法の立法政策それ自体を争うものではない、ということである。上告人らが望んでいるのは、上告人らの日本国籍の剥奪が憲法上許されないことの確認である。

たとえば1984年国籍法改正によって設けられた国籍選択制度や国籍法4条1項5号（帰化における原国籍離脱要件）などは複数国籍の解消制度であるが、これらを上告人らは否定するものではない。上告人らが本件において訴えるのは、外国籍を志望取得した場合に日本国籍を剥奪することが憲法上許されるのか、そして外国籍を志望取得した場面に限って本人の知らないうちに日本国籍を喪失させることに合理性があるのか、という点である。

本書面では、国籍法11条1項の「複数国籍の発生防止」という立法目的自体の合理性についても詳細に検証を行う。しかしながら、その趣旨は、複数国籍の防止解消という国籍法全体の立法政策を否定することではない。詳細な検証を行う趣旨は、国籍法11条1項の立法目的の重要性を具体的に吟味し、他方で日本国民が日本国籍を保持することの重要性も具体的に検討したうえで、国籍法全体の立法政策と国籍法11条1項の立法目的との間に整合性がないこと、またその立法目的達成のために日本国籍という重要な権利ないし法的地位を本人の意思にかからしめず喪失させることに合理性がないことを論じことにある。

次章以下において、上告人らは、国会が採用した複数国籍の防止解消という立法政策が全体として合理的かどうかとは別次元の問題として、日本国憲法は複数国籍の防止という立法目的のために本人の意思に反してでも日本国籍を喪失させることを許容しないこと、また、外国籍の志望取得の場合に限って本人の意思に反してでも日本国籍を喪失させて複数国籍の発生を防止することは平等原則に違反することを明らかにする。

第3 国籍剥奪条項である

1 問題の所在

国籍法11条1項は「日本国民は、自己の志望によつて外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」と定めている。

同条項の具体的内容、立法目的、国籍法体系における位置づけ等は、本書面第5章で詳述するが、同条項による日本国籍喪失が本人の自由意思に基づく日本国籍離脱かそれとも本人の自由意思に関わりなく意思に反してでもなされる剥奪かは、同条項の違憲性を大きく左右する。

被上告人は、同条項の解釈について、「「自己の志望によって」外国籍を取得した者については、国籍変更の自由を保障している以上、重国籍防止の観点から、当然に従来の国籍を放棄する意思があるとみるべきである」と主張しており（第一審における被告答弁書37頁）、国籍法11条1項は日本国籍を“剥奪”する規定ではなく本人の自由意思に基づく日本国籍放棄・離脱に適用される規定であるとの見解に立脚していると考えられる。一方、上告人らは、そのような意思のみなし(擬制)は許されない、国籍法11条1項は日本国籍を剥奪する規定で違憲無効であると主張してきた。

この点について原審判決は、①複数国籍の発生防止の手段に関する判示部分で、「国籍法11条1項は、外国籍の取得に係る意思のほかに日本国籍の喪失の意思が存在することを要件としていないが、重国籍を容認しない我が国の法制度の下で、国籍変更の自由の保障という観点から自己の志望によって外国籍を志望取得した者については、自らの意思による外国籍の取得の帰結として日本国籍の喪失という法的効果を生じさせることには合理的な理由があるというべきである（42頁）としており意思の擬制は行わないように見えるが、②平等原則違反の有無に関する部分では、「志望による外国籍の取得の場合には、(略)外国籍を取得する

か否かについて選択する機会が与えられているものであるから、外国籍の取得後にあえて国籍選択のための猶予期間を設ける必要は乏しい反面、重国籍の発生防止の観点から速やかに日本国籍を喪失させることが望ましく、その実現を図る国籍法11条1項の立法目的は合理的である」(48頁)と論じており、外国籍を志望取得した者には(国籍法14条の国籍選択制度で要求される)日本国籍離脱意思があると擬制しているようにもみえる。

本章では、国籍法11条1項の違憲性を検討する前提として、同条項が適用される場合の日本国籍の「喪失」は本人の意思に基づく日本国籍の離脱または放棄なのか、それとも本人の意思とは無関係な剥奪なのかを検証する。

2 外国籍取得行為があっても日本国籍離脱意思があったとは限らない

(1) 外国籍取得意思と日本国籍離脱意思の相違

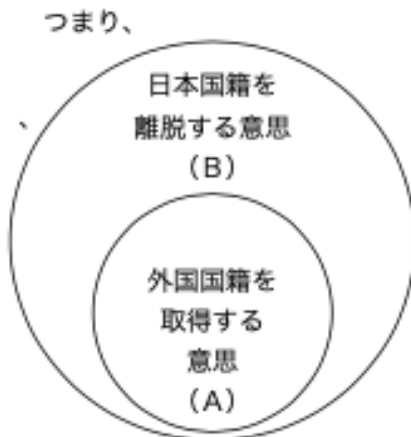
国籍法11条1項による日本国籍喪失が本人の意思による喪失となるのは、下記①または②のいずれかが満たされる場合である。

- ① 外国籍を志望取得する意思(A)と日本国籍を離脱する意思(B)が同一のものであること。
- ② 外国籍を志望取得する意思(A)が、日本国籍を離脱する意思(B)に含まれること。

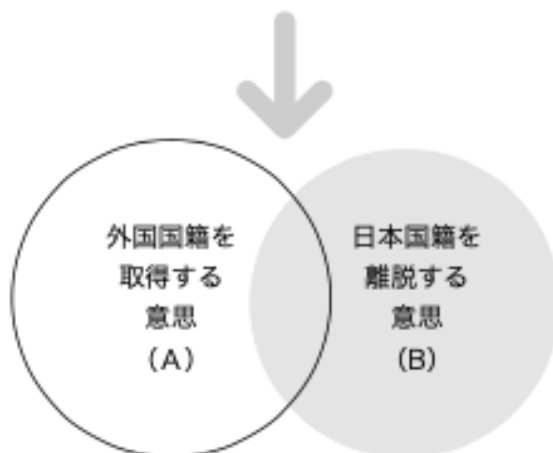
外国籍を志望取得する意思(A)の内容を分析すると、意思の向けられる対象は“外国の国籍”、意思の向けられる行為は“外国の国籍を取得するための手続”、意思に基づく行為によってもたらされる結果は“外国の国籍の取得”である。一方、日本国籍を離脱する意思(B)の内容は、意思の向けられる対象は“日本国籍”、意思の向けられる行為は“日本国籍を離脱するための手続”、意思に基づく行為によってもたらされる結果は“日本国籍の喪失”である。

国籍法11条1項が国籍剥奪条項とならないための条件

- ① 外国国籍を取得する意思 (A) が
日本国籍を離脱する意思 (B) に
含まれること



となること。
しかし、実際には、



つまり、
外国国籍を取得する意思(A) $\not\subset$ 日本国籍を離脱する意思(B)

外国国籍を取得する意思 (A) のある人のうち
網掛け部分以外の人にとって、
国籍法11条1項は、日本国籍を本人の意思に反して剥奪する
規定 (国籍剥奪条項) である。

- ② 外国国籍を取得する意思 (A) と
日本国籍を離脱する意思 (B) とが
同一であること

つまり、
外国国籍を取得する意思(A)
= 日本国籍を離脱する意思(B)
であること。
しかし、実際には、

	外国国籍を 取得する意思 (A)	日本国籍を 離脱する意思 (B)
(a) 意思の向 けられる 対象	外国国籍	日本国籍
(b) 意思の向 けられる 行為	外国国籍を 取得するための 手続	日本国籍を 離脱するた めの手続
(c) 意思に基 づく行為 によつて もたらさ れる結果	外国国籍の 取得	日本国籍の 喪失

したがって、
外国国籍を取得する意思(A)
≠ 日本国籍を離脱する意思(B)

このように、外国籍を志望取得する意思（A）と日本国籍を離脱する意思（B）とは、意思の向けられる対象、意思の向けられる行為、意思に基づく行為によってもたらされる結果がすべて完全に異なっており、両者を同一のものとみることはできない。

したがって、外国籍を志望取得する意思（A）と日本国籍を離脱する意思（B）とを併せ持つ日本国民は別として、日本国籍を離脱する意思（B）を持たない日本国民にとって、国籍法11条1項は、本人の意思に反して日本国籍を一方的に剥奪する規定以外の何ものでもない。

（2） 国籍法の学説

国籍法の教科書的な文献は、かつては「自己の志望によって外国の国籍を取得するということは、その反面、当然に従来の国籍を放棄する暗黙の意思があると認めるべきである」として、外国籍を志望取得する意思があれば日本国籍放棄の意思があると認めるべきだと論じていた（1975年、甲119（59頁））。しかし、1989年には、外国籍の志望取得に基づく日本国籍喪失は「直接に個人の意思に基づくものではない」のであり、「厳格に言えば、個人の意思に基づく国籍の喪失でないことはいうまでもない」（甲120（120頁））として、国籍法11条1項による国籍喪失は本人の離脱意思に基づくものではないことを確認するに至った。

木棚照一も、2003年に発行された国籍法のコンメンタールにおいて、国籍法11条1項が本人に国籍離脱の意思がないにもかかわらず日本国籍を喪失させる根拠は、本人の離脱意思にあるのではなく、端的に複数国籍防止のためであるとの見解を示し（甲63（338～339頁））、2021年4月に刊行された最新のコンメンタールでは、外国籍を志望取得する行為が従来の国籍を離脱する意思の表現とは限らないことを前提として、国籍法11条1項について「本項による日

本国籍の喪失は、本人が従来有していた国籍を離脱する意思を有しないときでも生じるので、むしろ志望による外国籍の取得によって自動的に生じる効果とみるべきであるから、個人の意思による国籍の喪失と区別すべきである。」（甲204（547頁））とする。

このように国籍法に関する学説は、国籍法11条1項による日本国籍喪失は個人の意思による日本国籍の喪失とは区別すべきとしている。

（3） 人の暮らしと社会の現実

社会の現実と経験的事実に照らしても、外国籍の取得意思があれば日本国籍離脱意思があるとは限らない。

まず、外国籍を志望取得した者、志望取得しようとしている日本国民はほとんどが外国に居住している。外国に居住している日本国民は、自分や家族の生活、財産を守るために、外国籍を取得せざるを得なくなる場合がある（上告人の陳述書（甲138、甲145、甲146）、弁護団アンケートの報告書（甲124の1）参照）。また、外国に居住している日本国民の多くが、外国で「外国人」として暮らす体験を通して、日本とのつながりが自分にとっていかに大切なものであるのかを折に触れ強く意識させられ、日本とのつながりの証であり保証でもある日本国籍の自分にとっての重要性を、日本国内で暮らす日本国民以上にはるかに強く意識するようになる。

また、外国で暮らしているとか外国籍を志望取得したからといって日本国内で暮らす家族との関係が絶えるわけではない。たとえば、日本で生まれ英国で育った在英日本人ミュージシャンのリナ・サワヤマは、2020年に外国人であることを理由に英国音楽賞へのノミネートを拒否されて話題になったが、日本国籍を放棄して英国籍を取得することを考えたこともあったという。しかし、彼女の家族は皆日本にいて、日本のパスポートをなくすことは家族とのつながりを断つことだと

感じられて、できなかった。彼女は、「たくさんの人たちが自分のパスポートについてそういった感情を持っていると思う」とインタビューで語った（‘It’s Othering’ – British-Japanese Artist Rina Sawayama Can’t Enter British Awards Zing Tsjeng, 29 July 2020, VICE UK）。「家族生活を通じた我が国社会との密接な結びつき」（2008年6月4日最高裁判所大法廷判決）に基づいて付与される日本国籍が、外国で暮らしているからとか外国籍を志望取得したからといった事情で形骸化あるいは不要化するということはありません。

このような人の暮らしの実態と社会の現実を直視するなら、外国籍の取得行為があったからといって日本国籍離脱の意思があったとみなすことに合理的根拠も実質的根拠もないことは明らかである。今や世界の76%超の国が外国籍を取得した自国民の国籍を自動喪失させない法制を有するに至っているという事実（甲158（6頁）、甲213（113～114頁）、甲216（36～47頁））も、かかる理解が国際的にも広く受け入れられていることを示している。国籍法11条1項による国籍喪失を「個人の意思に基づく国籍の喪失」とみるのは論理的に誤りであるだけでなく、人の暮らしや社会の現実にも照らしても誤りである。

3 小結：国籍法11条1項の本質と固有の存在意義は国籍剥奪にある

以上みてきたとおり、外国籍の取得意思と日本国籍の放棄・離脱意思とは相異なるものである。外国籍の志望取得があったからといって、その行為者に日本国籍を放棄または離脱する意思があったとは限らない。このことは上告人らを含む多くの人々の暮らしの実情が示すところでもある。

つまり国籍法11条1項は、日本国籍を放棄または離脱する意思の存在を理由として日本国籍を喪失させる規定ではなく、外国籍の志望取得という外形的行為の存在を理由として日本国籍を失わせる規定である。本人の内心の意思とは無関係に日

本国籍を喪失させる点に国籍法11条1項の本質がある。この本質は、本人がたまたま日本国籍の放棄・離脱を望んでいたとしても変わらない。

外国籍を取得した日本国民が日本国籍離脱を希望する場合には国籍法13条により日本国籍を離脱すればよいのであるから、国籍法11条1項の固有の存在意義は、外国籍を取得した本人の意思・希望にかかわらず自動的かつ強制的に日本国籍を喪失させる点にある。そもそも国籍法11条1項の立法目的の核心は、複数国籍の発生を防止して複数国籍による弊害を除去防止し国家・社会的法益を保護することであるから、複数国籍発生防止の要請は本質的に個人の意思とは無関係で、むしろ複数の国籍を保持したいと望む個人の利益と対立する。複数国籍の発生防止という国籍法11条1項の効果を個人の意思によって根拠付けることは論理性を欠くばかりではなく、矛盾するものすらある。

以上のとおりであるから、国籍法11条1項は、日本国籍の放棄・離脱の規定ではなく本人の内心の意思とは無関係に日本国籍を剥奪する規定である。国籍法11条1項の違憲性を検討するにあたっては、日本国籍剥奪条項であるという同条項の本質を正確にとらえておくことが不可欠である。

第4 複数国籍と「国籍唯一の原則」の関係について

1 国籍法制に関する二つの原則と複数国籍の関係

国籍法11条1項は、明治憲法下で①複数国籍の防止及び②外国の国籍を志望取得した者を日本国民に留めておいても「益ナキ」ことを提案理由（甲17）として設けられた国籍法（明治32年法律第66号）20条（「自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ」）が現行憲法下でも受け継がれ、そのまま残ったものである。具体的には、1950年に旧国籍法（明治32年法律第66号）が廃止され現行国籍法（昭和25年法律第147号）が制定されるにあたって、旧国籍法20条が文言を口語体に変えたほか内容は変更せずに現行国籍法8条（当時）に承継され、その後、1984年改正時に11条1項となった。

このように国籍法11条1項は、複数国籍の発生防止を目的として日本国民の日本国籍を喪失させる規定である。かかる立法目的が唱えられていることからすれば一見、複数国籍は存在してはならないものであるかのようである。

しかしながら現実社会においては、複数国籍を広く許容する国籍法制を擁する主権国家が少なくない。また、日本の国籍法も複数国籍の発生を広く認め、一定期間（国籍法14条1項によれば最長で20年間（直近の法改正以前は22年間））これを保持することを許容し、しかもその後も（日本国籍の選択宣言によって）複数国籍の状態を保持する途が開かれている。現実に日本国籍と外国籍の両方を持つ複数国籍者は今や100万人を超えると推計される。

複数国籍の発生防止という立法目的が目指すものは、外国の国籍法制の状況、日本の国籍法制の内容、そして多くの複数国籍者が存在する現実から乖離している。

本章ではまず、国籍法11条1項の憲法適合性を論ずる前提として、複数国籍発生の本格的要因であり複数国籍を生じさせる国際法上の原則である「主権尊重の原則」と、複数国籍発生防止を目指す「国籍単一の原則」との関係を確認する。

(1) 主権尊重の原則

国際法上、いかなる国も、自国の「対人主権の範囲を画するもの」として自国の国籍の得喪に関する定めを設けることはできても、他国の「対人主権の範囲を画するもの」である他国の国籍の得喪に関する定めを設けることはできない。これを国籍立法に関する「主権尊重の原則」あるいは「国内管轄の原則」という（甲152（16～17頁）、甲204（31～33頁）、甲27（95頁））。これは国際法委員会が調査研究の結果として認めた、国籍法についての国際法上の唯一の原則である（甲26の2）。

複数の国家が存在する国際社会では、この「主権尊重の原則」による国籍立法の多様性の必然的帰結として、ある国が定める国籍取得の要件と、別の国が定める国籍取得の要件が、ある一部の人間について重複し得る。そしてその人間が両方の国籍を取得する事態が生じる。これが複数国籍の発生である。

複数国籍の発生の端的な例は、出生地主義と血統主義の交錯の場面である。また血統主義国同士でも双方または一方が父母両系血統主義を採用する場合には複数国籍が発生する。さらに出生による国籍取得の場面ばかりでなく、後発的な国籍取得の場面においても、複数国籍は発生し得る。

このように、複数国籍は「主権尊重の原則」の当然の結果として必然的・不可避免的に発生する。そして「主権尊重の原則」を前提とする限り複数国籍を完全に防止しあるいは解消することは不可能である。

(2) 国籍単一の原則

“複数国籍の発生防止”に関する国籍立法上の理念として、人はただ一つの国籍のみを持たなければならないとする考え方、いわゆる「国籍単一の原則」がある（甲31（12～16頁）、甲204（31～34頁））。

この考え方は、無国籍をなくすべきとする考え方と合わせて「国籍唯一の原則」と呼ばれることもある。被上告人の主張によれば、被上告人は、複数国籍防止を国籍法制の基調とし（第一審における答弁書36頁）、国籍唯一の原則を重要な立法政策の一つと考えている（同被告準備書面（1）23～24頁）。

この原則は、学説上しばしば主張されるところである。万国国際法学会でも、1895年のケンブリッジ会期において「全ての人は1つの国籍をもたなければならない」「何人も二つの国籍を持つことはできない」という二個の原則を議決している（甲152（18頁））。ただし、この後者、いわゆる「国籍単一の原則」は国際法上の原則となったことはなく、国内政策上の原則として採用した国があるにとどまる（甲26の2）。そして、在外邦人が自己の意思により居住国の国籍を取得しても自動的に従来 of 国籍離脱を強制される制度を持たない国が世界の76%を超えた今日においては、「国籍唯一の理念は例外にすぎない」（甲213（114頁））。

被上告人自身も、1984年改正時に国籍法部会資料として作成した「最近における諸外国の国籍法の改正の動向—両性の平等との関係を中心として—」において、「諸外国における重国籍の取扱い、あるいはその解消方策については、各国の措かれた国内政策、国際環境の違いから大きな差異があり、生地主義を採る国の一部のように重国籍であることを容認する国々から、一部の社会主義国家のように自国民が重国籍状態にあることを禁止する国々までであるのであり、全世界的な傾向がある訳ではないと考えられる。したがって、我が国としては、各国の立法例については、十分な配慮を払い、これらを参考としつつも、我が国の国内

事情及び国内政策並びに我が国をとりまく国際環境を考慮して、我が国としてどのような法制を採用するのが妥当であるかを慎重に検討する必要があるのである。」と論じており（田中康久法務省民事局第五課長、甲106（67～68頁）、複数国籍防止の要請は各国の国内政策でありそれぞれの国の事情によってその制度内容が異なることを、1984年改正に当たっての当然の前提としているのである。

したがって、複数国籍をどこまで制限し、どこまで許容するかについて、各国の国籍制度一般を通貫する理念的な原則やルールがあるかのように論じることは無意味であり、また誤りである。国籍法の解釈として「我が国の国籍法が複数国籍に対してどのような姿勢であるか」を明らかにするに当たっても、「国籍とはこういうものである」という議論から始めることには意味がなく、国籍法が定める具体的な制度から、「我が国の国籍法は、複数国籍をどこまで制限し、どこまで許容しているか」についての具体的な内容を明らかにする必要がある。

2 本件での留意点

このように、主権尊重の原則は、複数国籍の発生という現実をもたらす国際法上の原則であり、国籍単一の原則は、複数国籍の防止解消を求める国内法上の理念である。国籍法制はこのように相矛盾する現実と理念の調整を目指す。国籍単一の原則が国籍法制の理念であるのに対し、主権尊重の原則は現に存在する国際法上のルールであるから、国籍単一の原則を現実の法制上で実現することは不可能である。学説が、国籍単一の原則は、国籍立法上の理念ではあるものの、実際には「どこまでも、国籍立法上の理想の一つ」に過ぎず、でき得る限り、無国籍および重国籍を防止すべきであるとするものに過ぎず、この原則を徹底させることは不可能であるとするのは、かかる現実を述べたものである（甲152（18～19頁）。甲31（34～36頁）も同旨。）。

各国は、こうして生じる複数国籍という現実に対応すべく、国籍法制を組み立てている。その結果として、複数国籍をどこまで肯定するか制限するかについて、各国の国籍制度の多様性が発生している。これは日本の国籍制度も同様であり、旧法時代から現行国籍法まで、「複数国籍の防止解消」という立法政策は継続しているにもかかわらず、そのための具体的な制度内容が大きく変遷していること（たとえば、旧法及び改正前現行法は複数国籍の発生防止が中心であったのに対して、現行制度は複数国籍の事後的解消を中心としている点、など）からも明らかであって、「複数国籍の防止解消」の具体的内容は、その時々国内の諸事情や国際情勢をふまえた立法政策によって定まるものである。被上告人は、複数国籍防止を国籍法制の基調とし国籍唯一の原則を重要な立法政策であると主張しているが、実際には、本書面第5章3（2）で詳述するとおり、血統に起因する場合を中心に複数国籍の発生を広く認め、発生した複数国籍の保持または解消は本人の意思に委ね、解消を徹底していない。

複数国籍の発生防止を立法目的とする国籍法11条1項の違憲性を検討するにあたっては、複数国籍防止を基調とし国籍唯一の原則を重要な立法政策の一つとする日本の国籍制度には、複数国籍の不可避的な発生という現実を前にした本質的限界がある、という客観的事実に留意する必要がある。そのうえで、現在の国籍法がどのような複数国籍の防止解消政策を採っているかは、国籍法全体を俯瞰し検討することによって明らかにするべきであり、抽象的・観念的な「複数国籍は許されない」と言った議論はおよそ無意味というべきである。また、日本国籍の剥奪の是非と複数国籍の是非とは別次元の問題であり、外国籍の志望取得を理由とする日本国籍剥奪は許されないあるいは平等原則に違反するという結論が複数国籍の是非とは無関係に導かれ得るという点にも留意する必要がある。

第5 国籍法11条1項の立法目的

1 はじめに

一般的に法令の違憲審査にあたっては目的と手段の検討が必要とされる。国籍法11条1項の採用する手段は、本書面第3章での検討から明らかなおり、本人の内心の意思とは無関係に日本国籍を喪失させる、というものである。

では立法目的は何か。原審判決は、国籍法11条1項の立法目的は、「①重国籍の発生可能な限り防止しつつ、②国籍変更の自由を保障するというものであって、両者は相互に密接に関連するものといえる。」とする(37頁)。

しかし、①「国籍変更の自由の保障」については、現在は明治国籍法の時代と異なり国籍離脱の制度が国籍法13条に別に定められているから、国籍法11条1項の立法理由として国籍変更の自由を持ち出すのは不適切である(甲204(556頁)参照)。また、国籍法11条1項が国籍変更の自由の保障に資する効用を有するのは極めて限られた特殊な場合のみであり、上告人らを含む大多数の日本国民にとってはむしろ国籍変更を強制するものとして機能する。そして、この場合には国籍法11条1項は本人の内心の意思とは無関係に日本国籍を喪失させることになるのであり、本人の意思とは無関係に法律効果を発生させる同条項を「自由の保障」規定であるということとはできない。本件のような場面では、国籍法11条1項の立法目的の核心は複数国籍の発生防止である。

一方、②「複数国籍の発生防止」は、国籍法全体をみると必ずしも徹底されておらず、国籍法11条1項についてのみ徹底して図られているという特殊性がある。世界に目を向けると立法目的を支える事実が失われ見当たらなくなっているともいえる状況にある。

以下、詳述する。

2 国籍変更の自由の保障

(1) 「国籍変更の自由の保障」の意味内容

原審判決のいう“国籍の変更”とは、日本国籍から外国籍への変更、すなわち新たに外国籍を取得し日本国籍を離脱・放棄することである。外国籍の取得と日本国籍の離脱・放棄の2つの側面のうち日本の法律で制限したり自由を保障したりできるのは日本国籍の離脱・放棄のみであるから、国籍法11条1項の立法目的とされる国籍変更の自由の保障とは、外国籍が取得できることを前提とした日本国籍の離脱・放棄の自由の保障ということになる。

(2) 国籍変更の自由は国籍法13条が保障している

しかしながら、日本国籍の離脱に関しては、憲法22条2項による国籍離脱の自由の保障を受けて国籍法13条がその手続を定めるものとして1950年に制度が設けられている。このことは、1950年4月19日の参議院法務委員会で村上朝一検事（民事局長）が、新10条（現13条）について、「憲法22条第2項にあります国籍離脱の自由、これを国籍法によって明確にいたした趣旨であります。」「憲法の22条の第2項、国籍離脱の自由は、国籍不強制と申しますか、他国の国籍を保持している者に対して、自国の国籍を強制しないという国籍法上の原則を規定したものと理解いたしておるのであります。」（甲22（8頁第2段～第3段））と説明していることから明らかである。

具体的にみても、元々日本国籍のみを有する者が新たに外国籍を取得したときは、国籍法13条によって届出（国籍法施行規則3条2項、昭和59年11月1日法務省民五第5506号民事局長通達付録第5号様式）をするのみで日本国籍を離脱し、日本国籍から外国籍への変更をすることが可能であり、これにより日本国籍から外国籍への国籍変更の自由は十分に保障されている。

したがって、外国籍を取得した日本国民が日本国籍の離脱を希望する場面においては、「国籍法11条1項が適用されることによって、はじめて国籍変更の自由が保障される」という事態は生じ得ないのであり、国籍法11条1項は国籍変更の自由の保障にとって不要な規定であり、固有の存在意義を有しない。

(3) 国籍法11条1項は国籍変更を強制するものであり、変更の自由の保障と本質的に相反する

国籍法11条1項は、自己の志望により外国籍を取得した者について、その外国籍の取得と同時に、当然かつ自動的に日本国籍を喪失させる。同条項による日本国籍の喪失にあたり、本人に日本国籍を離脱する意思は必要とされず、本人が日本国籍の離脱を希望していない、あるいは本人が日本国籍の保持を希望したとしても、その意思や希望にかかわらず日本国籍を喪失させるものである（本書面第3章）。そして、上述のとおり外国籍を取得した日本国民が日本国籍の離脱を希望する場合には国籍法13条により日本国籍を離脱すればよいのであるから、国籍法11条1項の固有の存在意義は、外国籍を取得した本人の内心の意思や希望にかかわらず自動的にかつ強制的に日本国籍を喪失させる点にある。

しかしながら、国籍変更の自由の保障とは、本人が日本国籍から外国籍への移行を希望する場合にその希望を実現する手段を確保することであり、外国籍を取得した日本国民が日本国籍の離脱を希望しない場合に、本人の意思に反して日本国籍を離脱（喪失）させることは、国籍変更の自由の保障と本質的に相反する。

したがって、国籍法11条1項が外国籍を取得した日本国民の日本国籍を強制的に喪失させることをもって「国籍変更の自由を保障するものである」とするのは誤りである。

(4) 国籍法11条1項を国籍変更の自由を保障する規定とするのは旧法時代の位置付けに基づく考え方である

ア 国籍法11条1項は、明治憲法下で1899年に施行された旧国籍法20条の規定が1950年の現行国籍法制定の際に同法8条としてほぼ同一の文言のまま引き継がれ、1984年改正の際にも同一の文言で国籍法11条1項として存続したものである。被上告人はかかる経緯を前提として、「旧国籍法20条は、国家は個人の意思に反して自国の国籍を強制すべきでないという国籍自由の原則の発現」であり、同条を「踏襲した法11条1項もまた、国籍自由の原則、すなわち、国籍変更の自由の保障を基礎に置いていることは明らかである。」とする（第一審被告準備書面（1）10頁、21頁）。

イ ここでの被上告人の第一の誤りは、「国籍自由の原則」と国籍法11条1項の立法目的であると被上告人が主張する「国籍変更の自由の保障」を同義のものと解していることである。「国籍自由の原則」は、国籍の得喪は本人の自由意思によらなければならないとする要請であるから（甲46（210～211頁）及び世界人権宣言15条2項参照）、「国籍自由の原則」と「国籍変更の自由の保障」を同視できるのは、国籍の得喪が本人の自由意思による場合に限られる。ところが国籍法11条1項は本人の意思にかかわらず日本国籍を喪失させる規定なので、同条項が保障する（と被上告人が主張する）「国籍変更の自由の保障」が「国籍自由の原則」と同義ということはありません。

ウ 被上告人の主張の第二の誤りは、同条項の沿革からみてとれる。明治政府は、旧国籍法20条の提案理由を、「自己ノ意思ヲ以テ日本ヲ離レテ外國ノ国籍ニ入ル者ハ強ヒテ之ヲ日本人ト為シ置クモ毫モ日本ニ益ナキノミナラス国籍ノ積極的衝突ヲ生スル弊害アリ」と説明していた（甲17（66～67頁））。したがって、旧国籍法制定時に同法20条に「国籍変更の自由の保障」という立法目的があったとは認められない。

エ なお、1938年に発行された文献においては、同法20条を国籍変更の自由と関連づける論述がみられる（甲154（3～6頁））。しかしながらこの論述は、旧国籍法20条が創設された40年ほど後に、一研究者によって「旧法20条にはこのような機能・効用が認められる」として提唱されたものであって、立法時に立法権限を有する者において立法者意思として述べられたものではない。したがって、「国籍変更の自由の保障」を旧国籍法20条の立法目的と位置付けること自体が誤りである。

オ また、このことを措いても、甲154号証の上記論述は、旧国籍法が一般的・原則的な日本国籍の離脱の自由を認めていない中で、個別的に日本国籍の離脱について規定した同法20条（自己の志望による外国籍の取得による日本国籍の喪失）や20条の2第2項（外国で生まれたことにより外国籍を取得した日本国民の志望による日本国籍の離脱）、20条の3（20条の2第1項の外国以外の国で生まれたことにより外国籍を取得した日本国民の志望及び法務総裁の許可による日本国籍の離脱）について、日本国籍の離脱に直接向けられたものではないにしても、国籍自由の原則の「發現」すなわち本人の意思を契機として日本国籍の離脱を認める数少ない制度の一つととらえたものであり、これらの規定が国籍変更の自由を保障するものであるとはしていない。このことは、甲154（6頁）において「固より国籍変更は絶対に自由なるものでは決して無く、一定の制限に服していること言う迄も無い。」と述べられているところからも明らかである。

なお、「旧国籍法20条は、国家は個人の意思に反して自国の国籍を強制すべきでないという国籍自由の原則の發現」であるとの被上告人の主張（第一審における被告準備書面（1）10頁、21頁）は、あたかも旧国籍法においても国籍自由の原則が一般的に認められていたかのように論じる点でも誤りである。旧国籍法においてはむしろ、国籍自由の原則（特に日本国籍の離脱に関する自

由)は一般的に認められておらず、限定的な場面で例外的に許容されていたに過ぎない。

カ 旧国籍法の時代には、富国強兵のスローガンの下で複数国籍による兵役の衝突を忌避する要請が強かったため(旧国籍法制定時の法案審議において複数国籍の弊害として挙げられたのは兵役の衝突だった。甲25(93頁)の古賀廉造委員の発言)、兵役のない今日よりも「国籍は一つであるべきもの」という要請が高く、旧法の制度上も「外国籍を取得した者は日本国籍を喪失する」というルールがより明確に存在していた(外国籍の当然取得によって日本国籍を喪失する旧国籍法18条・19条・23条など)。また日本人の国外への移動も頻繁ではなかったことから、「外国に移住して外国籍を取得したらその地に住み続けるのだからもはや日本国籍は不要なもの」という意識が広く存在していたと推測される。これらのことから、自己の志望によって外国籍を取得した者は、むしろ自分の意思によって日本国籍を離脱し外国に帰属することを選んだものとみなすことはごく自然なこととされ、その者の日本国籍を失わせることは、むしろ本人の意思による日本国籍の離脱を認める制度と位置づけられたものと理解することができる。

キ 以上のとおり、「国籍変更の自由の保障」は旧国籍法20条の立法時に立法目的として提示されたものではなく、またこれを後に発見・提唱された旧国籍法20条の効用・機能とみたとしても、それは旧国籍法が一般的な日本国籍の離脱を認めていなかったことを前提として初めて有用性を発揮するものであった。さらに、「(臣民の範囲を画する)国籍は一つであるべきだ」という明治憲法下での強い要請や社会一般の認識から、外国籍を志望取得したときは(日本国籍離脱の明確な意思表示がなくても)日本国籍を離脱する意思があるものとみなすことに比較的抵抗が少なかった、という当時の事情も相まって、旧国籍法20条を本人の意思によって外国籍を取得し日本国籍を離脱することを容認する

制度、すなわち「国籍変更の自由を保障した制度」ととらえる（位置づける）見方が現れたものである。

ク 1950年の旧国籍法廃止、現行国籍法制定に際し、憲法22条2項による国籍離脱の自由の保障を受けて、国籍法は日本国籍の離脱を無条件で（ただし無国籍防止のために外国籍を有すること、及び真意による国籍離脱の届出がなされることは必要である。）認める規定を設けた（1984年改正前現行国籍法10条（現13条）。甲22（8頁第2段～第3段））。これにより、旧国籍法20条を国籍変更の自由を保障するものと位置づける前提条件は消滅した。このことは、個別的に日本国籍の離脱を認める旧国籍法20条の2第2項や20条の3が現行法に引き継がれなかったことから明白である。したがって、旧国籍法20条をそのまま引き継いだ改正前現行法8条を、旧国籍法20条と同じ意味内容で「国籍変更の自由の保障」という効用・機能を有する規定であると位置づけることは不可能となった。

しかるに、1950年の現行国籍法制定の際に、1984年改正前現行国籍法8条に国籍変更の自由を保障するという機能があるのか否か吟味検討されないうまま、漫然と旧国籍法20条が引き継がれたことは、現行国籍法制定時の立法過程の議論から明らかである（甲22、甲51～甲56）。1984年国籍法改正の際にも、上記の点は何ら吟味検討されなかった。

ケ 以上のとおり、国籍法11条1項の立法目的とされる「国籍変更の自由の保障」は、一般的な国籍離脱の自由が認められていなかった旧国籍法の法制を前提としたものであり、国籍離脱の自由が保障されている現行法下において成り立ち得ないことは明らかである。

(5) 限定的な場面では国籍法11条1項が「国籍変更の自由の保障」に資するが本件とは無関係である

ア 外国籍を取得した者が日本国籍の離脱を希望する場合には国籍法13条の国籍離脱の手続によってこれを実現することが可能であり、この場面で国籍法11条1項に固有の存在意義はないことは、上記(2)のとおりである。

イ これに対して、日本国民が帰化等により外国籍を取得しようとする場合に、当該外国の国籍法制が国籍取得の条件として国籍取得と同時に従前の国籍(日本国籍)を失うことを要求しており(すなわち日本の国籍法5条1項5号の原国籍離脱要件と同様の要件を課しており)、当該外国籍取得と同時に原国籍を離脱することができない場合に原国籍を保有したまま国籍取得を認める規定(すなわち日本の国籍法5条2項と同様の救済規定)がない場合には、国籍法11条1項はこの日本国民の当該外国籍取得を可能にする規定といえることができる(甲57(510~511頁))。

ウ つまり、国籍法11条1項が国籍変更の自由の保障に資するのは、①取得を望む国の国籍法制が、国籍の志望取得時に原国籍を喪失することを求めている、②その外国の国籍法制に前記①について日本の国籍法5条2項のような救済方法がないという極めて限定的な場面に限られる。(この場合、国籍取得手続の過程で原国籍の離脱が必要であることを認識するであろうから、本人の意に反して日本国籍を喪失することはない。)

そのため、①外国法がその国籍の取得と同時に原国籍を離脱することを要件としていない場合(上告人らが国籍を取得しあるいは取得を望んでいるスイス、フランス、リヒテンシュタインのように帰化による複数国籍の成立を許容する国や、韓国のように帰化後一定期間内の原国籍離脱または国内での外国籍不行使の誓約を求めている国(韓国国籍法10条。乙7、甲231))や、②日本の国籍法5条2項のように帰化と同時の原国籍離脱が困難な場合はその要件を免

除する制度を当該外国が有している場合には、いったん外国籍を取得した後に、本人の選択に基づき、国籍法13条によって日本国籍を離脱すれば足りる。

そして、国籍取得に際し上記の①及び②の要件を課する法制の国が、現在世界中に何カ国存在するのか、また現実問題としてそのような法制の国の国籍取得を希望する日本国民がどのくらい存在するのか、いいかえれば上述のような国籍法11条1項の機能・効用の現実的必要性がどの程度存在するのかは、甲第57号証においては言及されておらず（甲57（510～511頁））、もちろん被上告人においても何ら提示されていない。仮に国籍取得に際し上記の①及び②の要件を課する法制の国がありその国の国籍を志望取得したいと望む日本国民がいたとしても、国籍離脱（国籍法13条）の条件付届出（事前に届け出てその後外国籍を志望取得できた時点で離脱届がなされたとみなす。）の制度を設ければ（国籍法施行規則の改正で実現できると考えられる。）、外国への帰化のために日本国籍の離脱が必要な場合にだけその者の日本国籍を失わせることができる。国籍離脱の条件付届出と同様の制度はフランスが1973年に導入しており、フランス国籍者が日本国籍の取得を希望する場合には、日本の法務省はその者に対して「国籍喪失宣明」を行うことを求め、その受理証明書の提出を帰化の条件とする扱いをしており、この制度の存在と有用性を認識している。つまり国籍法11条1項は、上記①及び②のすべてを満たす限定的な場面においてさえ「国籍変更の自由の保障」に不可欠な規定ではない。

なお、上告人弁護団で調査したところ、1936年に世界各国の国籍法制を紹介し分析した兒玉政介によると、当時、「各国の立法例に於ては必ずしも之（上告人代理人註：自国への帰化と同時に旧国籍を喪失すべきこと）を一要件として居らぬ」と分析し、同書で分析された34か国中、自国への帰化と同時に旧国籍を喪失すべきとする法律を有していた国はルーマニアのみであった（兒玉政介、「新国籍法論」、甲36（313～314頁）。兒玉の『新国籍法』は、

内務省内で満州国国籍法草案を検討した兒玉が、満州国国籍法の制定は“先進諸国の立法例”を参酌しその国独自の主義主張を按配して理想的法制を制定すべき絶好の機会であると考えて出版した文献であるから(甲217(1~2頁))、兒玉が参照しなかった諸国は兒玉の認識では“先進諸国”ではなかった。なお、国際連盟加盟国は1920年から1946年までの期間でのべ63カ国である。)。また、1950年に平賀健太(法務府民事局第二課長、法務府民事法務長官総務室主幹)が著した国籍法の解説書では、志望による国籍取得の条件を例示するために挙げられた7カ国(上告人7が国籍取得を希望するフランスを含む。)の中で原国籍放棄を条件とする唯一の国がチリであったが、それも「公証人の前で原国籍を放棄すること」を条件とするのみで、原国籍放棄がなされるべき時期は不明であった(甲219(286~292頁))。

エ さらに、仮に上記のような国籍法11条1項の機能・効用が現実的な有用性を持つ(すなわち一定範囲で適用の必要性が存在する)としても、その適用場面は上述した機能・効用が発揮される場面に限定すれば足りるのであり、それ以外の場面、すなわち外国籍の取得と同時に原国籍を離脱させなくとも外国籍の取得が可能な場面にまで国籍法11条1項を適用して日本国民の日本国籍を喪失させる必要は存在しない。そして本件は国籍法11条1項によって上告人らの日本国籍を喪失させなければ上告人らが外国(スイス、リヒテンシュタイン、フランス)の国籍を取得することができない、という事案ではなく、上記の限定された場面とは無関係である。したがって、本件上告人らの日本国籍を喪失させることの合理性を、「国籍変更の自由の保障」という立法目的によって説明することは不可能である。

しかるに国籍法11条1項の文言からは、同条項の適用範囲を上記①及び②を満たす場面に限定する解釈は到底不可能である。したがって、国籍法11条1項の「国籍変更の自由の保障」という立法目的を根拠に、上記の機能・効用が

有用性を発揮する場面を超えて、日本国籍を喪失させる必要のない場面においてまで日本国民の日本国籍を喪失させることは、日本国籍の喪失という日本国民にとって重大な不利益を、本来必要な範囲を逸脱して過度に広範に生じさせるものといえる。

(6) 「国籍変更の自由の保障」と「複数国籍の発生防止」が「密接な関連性を有する」との判示について

ア 原審判決は「国籍変更の自由の保障」と「複数国籍の発生防止」の2つの立法目的は「相互に密接に関連」する、と判示する(37頁)。

しかしながら、この「密接に関連する」というのが、具体的にどういう場面あるいはどういう関係を指しているのか原審判決は何も判示しておらず、2つの立法目的が密接に関連していることが国籍法11条1項の解釈適用に何らかの影響を及ぼすものとしているのか否かも不明である。

イ そこで検討すると、甲第57号証が指摘する上記の限定的な場面では、外国法が複数国籍を厳格に防止する制度を採っているがために当該国の国籍取得と同時に日本国籍を喪失させなければならない、という関係にあり、したがって当該外国法の「複数国籍の発生防止」の要請と、国籍法11条1項の「国籍変更の自由の保障」は密接な関係にあるということが出来る。そもそも国籍法11条1項の「国籍変更の自由の保障」は外国の法制における「複数国籍の発生防止」の制度を受けたものであり、両者が密接な関係にあることはむしろ当然であるといえる。

他方、この場面で国籍法11条1項は、「外国籍取得のために日本国籍を喪失させる」機能を有するのであって(日本国籍の喪失は外国籍取得の手段である)、被上告人が主張するような、日本の国籍法の側からの「重国籍防止の必要性から」日本国籍を喪失させるものではない。言い換えるならば、仮に日本の国籍法が複数国籍の事後的解消制度を徹底するならば国籍法11条1項は事

前の複数国籍防止制度としては不要となるが、原国籍の離脱を求める外国の制度に対応して日本国籍から外国籍への移行（国籍変更）を円滑に行わせるためには、国籍法11条1項は必要となる。したがって甲第57号証が指摘する限定的な場面では「国籍変更の自由の保障」と「複数国籍の防止」が国籍法11条1項の立法目的として並立することはあり得ない。

ウ 逆に、外国の法制度が国籍取得のために原国籍の離脱を条件としていない場合には、当該外国の国籍を取得（国籍変更）するために日本国籍を喪失させることは不要であるが、日本の国籍法制が複数国籍の発生防止を目的としているがために国籍法11条1項は必要ということになる。

エ このように、国籍法11条1項の「国籍変更の自由の保障」と「複数国籍の発生防止」という2つの立法目的は、それぞれ別個の問題を解決することを目指すものであって、両者が密接に関連するとの原審判決の判示は、明らかな誤りである。したがって、立法目的やその達成手段の合理性を検討するに当たっては、両者を無意味に関連づけるべきではなく、それぞれ別個に検討する必要がある。

（7） 結論 立法目的と機能・効果との重大な齟齬

以上みてきたとおり、国籍法11条1項の立法目的とされる国籍変更の自由の保障とは、外国籍が取得できることを前提とした「日本国籍の離脱・放棄の自由の保障」である。しかるに、国籍法11条1項の本質は「本人の内心の意思とは無関係に日本国籍を喪失させる」点にある。「本人の内心の意思とは無関係に」日本国籍を「喪失させる」同条項が、日本国籍の離脱・放棄の「自由を保障する」ということは考えられない。仮に考えられるとしても国籍法11条1項が国籍変更の自由の保障に資するのは甲第57号証が指摘する限定された場面のみであり、しか

もその限定された場面においてさえ国籍法11条1項は不可欠な規定ではなく、その限定された場面以外では、同条項はむしろ「国籍変更の自由」を阻害する。

このように、「国籍変更の自由の保障」という立法目的と、国籍法11条1項が現に有する機能・効果との間には重大な齟齬がある。一方、同条項は、日本国籍の単一国籍者が外国籍を志望取得した場合に新たな複数国籍が発生することを確実に防止する。したがって、国籍法11条1項の立法目的の核心は新たな複数国籍の発生防止であり、「国籍変更の自由の保障」はごく限られた特殊な場合にたまたま実現する副次的効果にすぎないとみるのが正しい。

3 複数国籍の発生防止

(1) 「複数国籍の弊害」の検証

以上のとおり、国籍法11条1項の立法目的の核心は複数国籍の発生防止とみるべきである。複数国籍の発生防止が図られるのは、複数国籍には弊害があるとされているためである。

本件訴訟で被上告人が複数国籍の弊害として挙げたのは、①外交保護権の衝突、②兵役義務の衝突、③納税義務の衝突、④適正な入国管理の阻害、⑤重婚の発生、⑥単一国籍者が得られない利益を享受する者の発生、である（第一審における被告答弁書34頁）。原審判決はこのうち①から⑤までを複数国籍の弊害として明示し、⑥については明示していない。そのうえで原審判決は、「重国籍が常態化した場合には、これらの種々の弊害が生ずるおそれがあるものといえる」とする（37頁）。

以下、上記6つの弊害及びそのおそれについて、具体的内容、実現可能性、回避及び解消の方法等を順に検証する。

なお、前述したとおり、「国籍唯一の原則」ないし「複数国籍の防止解消」は、主権尊重の原則に起因する複数国籍の不可避的発生という現実を受けて、各国が国内政策として設けているものである。したがって、我が国の国籍法における「複

数国籍の防止解消」という立法政策やその根拠とされる複数国籍による弊害の有無や内容、程度も、我が国における具体的な法制度や実情をふまえて検討されなければならない。複数国籍の防止解消が国内法における具体的な立法政策である以上、その根拠となる複数国籍の弊害とされるものも、抽象的観念的な問題ではなく、我が国における具体的な問題として理解される必要があるからである。

ア 外交保護権の衝突

(ア) 国際慣習法による解決

外交保護権の衝突には、①国籍国同士が互いに相手国に対し外交保護権を主張する場合と、②国籍国の一方が第三国に対し外交保護権を主張した場面で当該第三国はその国を本人の帰属国として扱ってよいか問題となる場合、の2つがある。

このうち①については、国籍法抵触条約第4条が相互に外交保護権を行使できないと定めている（甲33）。被上告人は国籍法抵触条約を批准していない理由の一つとして同条の存在を挙げているが（甲34）、同条の定めは国際慣習法となっており（甲38の2）、被上告人は同条の定めるルールを遵守する義務がある（憲法98条2項）。したがって、①の場合に外交保護権の衝突が問題になることはない。

次に②については、ノッテボーム事件で示された「実効的国籍の原則」が国際慣習法となっている（甲31（32～35頁）、甲27（117頁）、国籍法抵触条約5条（甲38の2））。被上告人は同原則を遵守する義務があり（憲法98条2項）、この場合も外交保護権の衝突が問題になることはない。現実問題としても、「実効的な国籍を有しない形式的な日本国民」の保護を名目として日本政府が国際社会のルールを破ってまで外交保護権を行使するとは考えられない。

このように、複数国籍による外交保護権の衝突のおそれは、解決のための国際慣習法上のルールが存在しており、被上告人が憲法及び国際慣習法に従う限り、外交保護権の衝突は問題にならない。

(イ) 外交保護権不行使による解決

外交保護権の衝突のおそれを回避するために事前に複数国籍を防止解消することとは、具体的にいうと、外国から外交保護権を行使される可能性がある複数国籍者の日本国籍をあらかじめ喪失させることによって、その者に対する外交保護権の行使主体としての地位を被上告人が放棄し、外交保護権の衝突が生じる可能性のある状態から事前に離脱する、さらにわかりやすくいえばその者を日本国から排除することによって外交保護権の衝突を巡る紛争に巻き込まれることを回避する、ということである。

しかし、外交保護権の衝突のおそれがある場面でも、一方あるいは双方の国家が外交保護権を行使しなければ衝突は現実化しない。そして外交保護「権」を行使するか否かは、国家の主権行使の一環として国家が自由に決めることができるのであるから、国家が外交保護権の衝突を回避したいと考えたならば、事前に複数国籍を防止したり解消したりせずとも単に外交保護権を行使しないだけで、確実に衝突を回避することができる。

しかもこの方法ならば、自己の志望によって外国籍を取得した者だけでなく、複数国籍を解消することができない者も含めたすべての複数国籍者について外交保護権の衝突を回避できる。他方で、もし仮に国家が、具体的場面において他方国籍国との対立が生じてでも複数国籍の日本国民に対する外交保護権を行使したいと考えたときにこれを行使する機会を残しておけるという点でも、合理的な方法といえる。

複数国籍者に対して外交保護権を行使しないことは自国民を保護すべき国家の義務の不履行になる、との批判が考えられるが、そもそも外交保護権の衝突

を回避するために複数国籍者の日本国籍を喪失させることも自国民保護の義務を免れることが目的なのだから、この批判は的外れである。そして、外交保護権の不行使は、外交保護権の行使の場面でのみ自国民の保護を行わないのであり、それ以外の場面ではその者を自国民として扱うのに対し、国籍を喪失させる場合にはその者を所属国から追放し、以後一切の保護を行わないことになるのであるから、外交保護権不行使の方が当事者にとって利益であり、国籍喪失の方が当事者の権利利益の侵害の度合いが強いことは明らかである。

(ウ) 小括

以上のとおりであるから、複数国籍者に関して外交保護権の衝突を回避するために複数国籍者の日本国籍を喪失させることは、まったく不要であり、憲法98条2項及び国際慣習法に則った対応をするか、外交保護権の不行使という不作為を選べば足る。

イ 兵役義務の衝突

(ア) 現憲法下では生じ得ない

兵役義務の衝突は、徴兵制度（兵役）が禁止される現憲法下では生じ得ず、複数国籍の防止解消をという立法目的の根拠としてかかる立法事実は存在しない（甲40（259頁）、甲158・第3項（8頁）、甲213（115～116頁））。したがって、我が国の現在の法制下でこの弊害について議論することはまったく無意味である。

ところが被上告人は、政府質問に対する答弁書で徴兵制度は憲法13条や18条により禁止されるとしているにもかかわらず（甲218（225頁））、複数国籍の弊害として兵役義務の衝突を挙げ、これを受けて第一審及び原審の裁判所は、現憲法下で生じ得ない兵役義務の衝突が生じ得るとの前提で判決を下した。被上告人、第1新裁判所、原審裁判所ともに憲法尊重擁護義務（憲法99条）に違反したとして厳しく非難されるべきである。

(イ) 被上告人の主張は複数国籍と無関係

被上告人は、日本に兵役義務が存在しないとしても、日本に在住する日本と外国との複数国籍者が、当該外国の兵役義務を履行した結果、日本に対する武力行使に参加したり外患誘致・援助罪の実行行為をしたりする可能性があり、かかる事態が想定されないようにするには複数国籍の発生を防ぐほかないので、複数国籍の問題点として忠誠義務や兵役義務の衝突を論じる意味がないとはいえない、と主張する（第一審における被告準備書面（1）26～27頁）。しかしながら、外国の兵役義務に服する者が日本に対する武力行使等に参加することの危険性を論じるならば、それは相手国の国籍のみを有して日本に滞在する者などについても等しく当てはまるのであって、複数国籍によって生じる兵役義務の衝突とは無関係である。

また、忠誠義務の衝突については、兵役義務のある外国に対して日本が自衛権を行使せざるを得ない事態になったときに、日本在住の当該外国の国籍と日本国籍の複数国籍者が、当該外国の兵役を拒否するか履行するかを選択を余儀なくされることがあり得るとしても、このようなジレンマに立たされるのは、日本に生活の本拠を有して滞在する当該外国の単一国籍者も同様である。つまりこのジレンマは、複数国籍を防止すれば生じないという性質のものではなく、両国に対する帰属意識如何という本人の内心の問題であり、その解決は本人の選択に委ねられるべきものである。したがって、かかるジレンマが生じ得るとしても複数国籍の発生を防止すべき理由とはならない。

(ウ) 被上告人も認識していた、兵役のない日本で複数国籍を否定し難いこと

ところで被上告人は、兵役のなくなった現憲法下では複数国籍の弊害を説明しづらいことを、1984年の国籍法改正時に認めていた。

すなわち、国籍法改正に向けた法制審議会で被上告人の田中康久幹事は、兵役義務のない日本では複数国籍が「困る」ことの「説明がしにくい」と述べ、複

数国籍は「いろいろどういふ場合に困るのかということをおもも考えたい」としたうえで、部会参加委員と幹事等に対して、複数国籍ではどういふ場合に困るのかを指摘してほしい旨を請うた（甲75（41～42頁））。

被上告人の上記（イ）の主張は、被上告人にも説明不可能な複数国籍の弊害を説明しようとして無理なこじつけを試みた結果といえよう。

ウ 納税義務の衝突

（ア）現行制度下では発生しない

我が国には、日本国籍の有無を基準として税金を課す制度は存在しない。したがって、複数国籍が原因となって納税義務が衝突するという事態が我が国では発生せず、かかる弊害自体が存在しない。被上告人も、1984年4月3日の衆議院法務委員会で、枇杷田泰助法務省民事局長が、複数国籍者のメリットを問われて、「税金その他の関係につきましてはそれぞれ大体所得の生じたところで課税されるということでございますので、それほど差異はなかろうかと思ひます」と回答している（甲95（12頁第4段））。諸外国の研究者が複数国籍のメリット・デメリットを論ずる議論の中で「納税義務の抵触」が一般に登場しない（甲235（76頁））のも当然であろう。

なお、米国が高額所得の在外自国民に所得税を課すことは単一国籍でも複数国籍でも同じなので、仮に米国国籍を有する者が日本に居住し、米国と日本の徴税権が重複したとしても、複数国籍がその原因ではない。

（イ）本人が望むなら国籍離脱で回避・解消できる

複数国籍のため複数の国籍国に対する納税義務が重複して生じたとき、本人がその事態を避けたいと望むなら日本国籍を離脱することで回避できる。

エ 適正な入国管理の阻害

被上告人は、「各国において別個の氏名により国民として登録されることも可能であり、別個の旅券を行使し得るから、個人の同一性の判断が困難となり、

場合によっては、適正な入国管理が阻害され」る「という事態も生じ得る」（第一審における被告答弁書34頁）、「重国籍者が他方国籍国の旅券を使用して本邦から出国し、日本の旅券を使用して帰国した場合、出国及び入国をした者が同一人物であることが確認されていなければ、出入国記録から当該重国籍者の出入国の事実が明らかにならず、適正な出入国管理が阻害されることは明らかである。」（同被告準備書面（1）28～29頁）と主張する。しかしながら、ここでいう「適正な出入国管理」が具体的にどのような内容を指すのであるか、被上告人は明らかにしていないので、上告人らは第一審の原告ら準備書面（1）19頁以下でこれを論じた。すなわち、「出入国管理及び難民認定法 逐条解説改訂第四版」（甲96）によれば、「出入国の管理」とは、「日本に入国するすべての人の入国の管理、日本から出国するすべての人の出国の管理及び日本に在留する外国人の在留の管理（退去強制を含む）を行うことをいう。具体的にいえば、まず外国人については、日本への入国が禁止される外国人が日本の領域内に入った場合に出入国管理上の必要な措置をとること、日本に上陸しようとする外国人の身分事項・入国目的等を審査し、一定の基準に基づき上陸許可または退去命令の処分を行うこと、日本に在留する外国人の在留状況等を審査し、その在留期間の更新等の許可又は不許可の処分を行うこと、日本国にとって好ましくないと認められる外国人の日本からの退去を強制すること、及び日本から出国しようとする外国人の身分事項等を審査し、その出国の事実を確認することである。他方、日本人について言えば、日本から出国し又は日本に帰国しようとする日本人の所持する旅券を審査し、その出国又は帰国の事実を確認することである。」とされる（5頁）。

そして出入国の「公正な管理」（出入国管理及び難民認定法1条）とは、「人の出入国に関し、入管法に定める要件に該当しているか否かを審査し、所定の行政処分を公平かつ適正に行うことをいう。「公正な管理」には、行政処分が公

平かつ適正に行われることに加え、適正手続が確保されていることが含まれる。」とされる（同書6～7頁）。

このように、適正な入国管理といっても、外国人に対するそれと日本国民に対するそれはまったく異なる内容を持つのであり、両者を一絡げにして論じる被上告人の論法は粗雑である。

そして、日本国籍を有する者については、その者が同時に外国籍をも有していたとしても、その日本への入国（帰国）を拒否することはできない（憲法22条1項、2項）のであり、過去に出国した外国人と今回入国する日本人の同一性を確認することが「適正な入国管理」のために必要、との被上告人の主張には根拠がない。

また、現実の出入国の場面を考えても、複数国籍者が日本と他方国籍国を移動する際には、日本での入出国の際には日本旅券を提示し（したがって日本には「日本国民」として在住していた）、他方国籍国での入出国の際には他方国籍国の旅券を提示する（したがってその国には自国民として在住する）、という旅券の利用の仕方をするのが一般的であり、日本の入国管理当局も、少なくとも日本側としてはこのような旅券の提示の仕方でも問題ない、との対応をしている。

今日、およそ100万人を超える日本国籍と外国籍を有する複数国籍者が存在すると推計され、かつて複数国籍であった人も含めれば100万人を大きく超える数の複数国籍者が存在していた。これらの中には日本と他方国籍国の旅券を保持し、両方を利用して行き来していた人も多数あったであろうと推測される。また今日でも、おそらく年間に何万人という複数国籍者が、日本と外国の双方の旅券を使用して、日本からの出国・日本への入国を行っている。

しかるにこれらの人について、同一性の確認がなされないことによって「適正な出入国管理」が阻害され、重大な問題が生じたという事例は聞かないし、本件訴訟において被上告人がそのような事例を示したこともない。また仮にその

ような事態が発生している、あるいは発生する重大な懸念があるのであれば、複数国籍を防止解消するよりも、複数国籍者のリストを作成することによって同一性を確認することの方がよほど現実的な対応である。にもかかわらず、被上告人はそのような対策を一切取っておらず、また今後このような対策を取る気配も皆無である。

この点からも、複数国籍者について適正な出入国管理が阻害されるという懸念は、単に机上の議論に過ぎず、現実には被上告人はこのような懸念をまったく有していないことが明らかである。

以上のとおり、被上告人のいう「適正な出入国管理の阻害」を裏付ける具体的な事実は皆無であるばかりか、被上告人がいう「適正な出入国管理」の具体的な内容すら不明である。被上告人の主張は、要するに外国旅券で出国する者と日本旅券で入国する者の同一性を把握しておきたい、というだけのことであり、それ以上の理由も目的も存在しない。単に把握することだけを内容とする被上告人の「適正な出入国管理」は、入管法が予定するものではなく、その主張は失当である。

オ 重婚の発生

我が国の婚姻制度の下で重婚が発生するのは、外国で成立した婚姻（法の適用に関する通則法24条2項により日本国内でも有効とされる婚姻）が日本人当事者の本籍地に届け出られず、その婚姻が戸籍に記載されていないという戸籍上の独身状態が利用されて、別の婚姻が成立してしまったという場合である。

このような事態は、当該本人が日本国籍のみを有する場合にも生じるのであり、現に重婚発生事案の大半は日本国籍のみを有する者が当事者である。

他方、複数国籍を有し、異なる婚姻制度に服する者であっても、他方国籍国で有効に成立した婚姻を遅滞なく日本の本籍地に届け出ることが義務づけられており、これによって重婚の発生は防止される。

このように、重婚は外国で成立した婚姻を本籍地に届け出ないことが原因で発生するものであり、複数国籍とは無関係である。

カ 単一国籍者が得られない利益を享受する者の発生

(ア) 被上告人は、複数国籍者は「その属する各国において国民としての権利を与えられ、複数の本国に自由に往来居住し、各々の国で社会保障の利益、経済活動の自由を享受し得ることになるが、それは単一の国籍のみを有する者には与えられない利益であり、保護に値する利益とは言えない。」（第一審における被告答弁書34頁）、「外国籍に加え、日本国籍をも二重に保持することにより享受する権利利益を保持することが、我が国の憲法によって保障されているものとは解しがたい。」（同被告準備書面（1）30頁）と主張しているが、原審判決もまた第一審判決も、この点を複数国籍による弊害として明示していない。

(イ) 日本と外国の複数国籍者が、日本国民としての権利を与えられ憲法上の基本的人権を享受し得るのは、その者が日本国籍を有し、憲法や法律が日本国民に対して自由や権利を保障しているからである。

他方、その者が他方国籍国において自国民としての権利を与えられ、その国に自由に出入りし国内に居住し、その国が設ける社会保障の利益を享受し、経済活動の自由を享受しうるのも、その国の法律が自国民に対して権利や自由を保障していることの結果である。他国が自国民に保障する権利や自由について、日本の憲法が保障するとか保障しないとかを論じることはまったく意味がない。複数国籍者は、それぞれの国において提供される便益を享受するとともにそれぞれの国において課される義務を負担するのであり、単一の国籍のみを有する者と異なるのは当然であるが、それだけのことである。それを「保護に値しない」「我が国の憲法によって保障されているものとは解

しがたい」とするのは、あたかも他国の法律による権利利益の享受や義務負担に日本政府が介入するかのようで、まったく論外の議論である。

(ウ) 「単一国籍者が得られない利益の享受」という被上告人の主張は、結局、複数国籍者の日本国籍あるいは外国籍の存否を左右しうる法的な主張ではなく、日本にはまだ日本国籍のみを有する単一国籍者が大半であることを前提とした、感情論に過ぎない。これをもって複数国籍の弊害とする法的な根拠たり得ないことはいうまでもない。

第一審判決及び原審判決がこの「弊害」に言及しなかったのは、至極当然である。

キ まとめ

以上のとおり、被上告人が複数国籍による弊害として挙げるものは、

- ① 国際慣習法上弊害の解決方法が確立しておりその解決方法の採用が被上告人の憲法上の義務であるうえ、他の合理的な解決方法もあるもの (外交保護権の衝突)
- ② 憲法を含む我が国の現行法制下では生じないもの (兵役義務の衝突、納税義務の衝突)
- ③ 具体的な弊害があるとは認められないもの (適正な出入国管理の阻害)
- ④ 複数国籍とは無関係なもの (重婚の発生)
- ⑤ 法律論としてまったく失当であるもの (単一国籍者が得られない利益を享受する者の発生)

であった。

そして被上告人は、上告人らが複数国籍による弊害が問題となった実例を示すよう求めたところ、「重国籍の弊害の具体的な事象の存在が現に認められない限りは立法目的の合理性が否定されるかのような原告らの主張は失当である。」(第一審における被告準備書面(3)7頁)と応じるにとどまり、具体的

な問題が発生したことがないか、あるいはその弊害の回避の方策としての複数国籍解消という政策が議論の俎上に載ったことすらないかのいずれかであることは明白である。たとえば重婚は現実に発生しているが、それは個々人の問題として処理されており、重婚防止のために複数国籍を防止解消すべきであるという提案が政府からなされたことも立法府で議論されたこともない。また、数年前には国会議員が複数の国籍を有することがスキャンダラスに取り上げられたこともあったが、当該議員が複数国籍を解消したことによって世間の関心は消滅し、その後は国会議員が複数の国籍を有することの是非が議論されたことすらない。

繰り返し述べるように、上告人らは国籍法の「複数国籍防止解消」という立法政策自体を否定するものではない。現時点でまだ明確に認識されていない弊害というものが存在する可能性も絶無ではないし、諸外国において複数国籍の防止解消を目的とした制度が存在することも事実である。しかしそのことを前提とした上で、我が国の現状において、現時点で認識されている主要な「複数国籍の弊害」とされているものが、現実には国内法秩序を揺るがすような重大な問題を生じさせていないことを理解したうえで、複数国籍の防止解消と日本国籍を保有することの権利ないし利益をどのように調整するか、を考えるべきである、と主張するものである。第一審判決について「20世紀初期では国籍法の抵触解消にもっぱら関心があった国際法は、現在、人権という観点から国籍に對峙しており、これと憲法との再調整が望ましい」（甲221）とする判例評釈があるが、上告人らはこの再調整を国籍法11条1項の適正な司法審査を通じてなすべきことを主張している。

ところが原審判決は、控訴人が「被控訴人の主張する複数国籍の弊害は、そもそも生じないもの、複数国籍を防止することで防止できるという関係にないものなど、複数国籍を防止しなくても防止できるものばかりであり、弊害が現実

したことはなく、たとえ現実化しても重大な問題になることはない」と認識されているものであ」るなどとして複数国籍の発生防止という立法目的に合理性はないと主張（38頁1行目以下）したことに對して、「重国籍によって生じ得る種々の弊害について、他に弊害を回避する方法があり得るとしても、あるいは、必ずしも重国籍のみが原因でその弊害が生ずるものではないとしても、弊害の原因となる重国籍それ自体について、可能な限りその発生を防止しようとする立法目的自体が直ちに不合理になるとはいえず、また、重国籍による弊害の中には、納税義務の抵触のように国家間の条約等によって解決することが可能な事項があるとしても、全ての国との間においてそのような弊害の防止等を目的とする条約等を締結することは現実的であるとはいえず、現に我が国がそのような条約等を締結している状況にあるものでもなく、たとえ重国籍によって生ずる国家間の紛争を解決する国際慣習法上のルールが存在するとしても、その解釈や適用等をめぐる紛争を未然に防ぐ必要性があることを否定することはできないこと等からすれば、控訴人らの主張をふまえても、重国籍から生ずる弊害をできる限り解消するという立法目的が不合理であるとはいえない。」（38頁）とするのみで、複数国籍の発生防止という立法目的の重要性の程度、その立法目的のために制約を受ける権利利益すなわち日本国籍の具体的内容や重要性、目的と手段すなわち日本国籍剥奪との均衡などをまったく顧慮せず、複数国籍の防止解消と日本国籍を保有することの権利ないし利益の調整（甲221参照）について一切検討しなかった。これでは適正な司法審査がなされたとは到底いうことはできず、原審判決は根本から誤りである。

本件では、上述した複数国籍の弊害の実情をふまえて、複数国籍の防止解消と日本国籍を保有することの権利ないし利益の調整に関し、現行国籍法がどのような複数国籍防止解消制度を設けているかを理解することが重要であるので、この点について次に言及する。

(2) 複数国籍に対する国籍法の方針

本節では、国籍法の条文を挙げて、国籍法が採用する複数国籍に関する立法政策の具体的内容（すなわち、国籍法がどのような方策によってどの程度複数国籍を防止し、他方でどの程度複数国籍を肯定しているか）を確認する。その際、国籍の得喪は個人の自由意思によるべきとする「国籍自由の原則」（甲46（210～211頁）及び世界人権宣言15条2項参照。）との関係を明らかにするために、複数国籍の発生・防止・解消の各場面において本人の意思がどのように反映されているか、も併せて検討する（詳細は、第一審における原告ら準備書面（1）31頁以下で述べたとおりである）。

ア 複数国籍の発生をもたらず制度

複数国籍を発生させる制度として、国籍法2条1号2号、3条1項、17条1項、5条2項が存在する。また、国籍法に規定はないが、日本国民が外国籍を当然取得した場合にも複数国籍が発生する。

出生による複数国籍（国籍法2条1号2号）は、本人の意思に関わらず出生の事実により複数国籍が発生するものである。

他方、認知による国籍取得（国籍法3条1項）及び国籍再取得（同17条1項）及び帰化による複数国籍（国籍法5条2項）では、もともと外国籍であった者が、自分の意思によって日本国籍を取得し、それによって複数国籍となるものである。

外国籍の当然取得による複数国籍について国籍法は何の制限もしていない。

イ 複数国籍の発生を防止する制度

複数国籍を防止する制度として、国籍法5条1項5号（帰化における原国籍離脱条件）、11条1項、12条（国籍不保留による日本国籍喪失）が存在する。

このうち、国籍法が複数国籍の発生を一切許さずに防止を徹底させる規定は国籍法11条1項のみであり、5条1項5号は同条2項によって、12条は国籍留保の届出をすることによって、複数国籍の発生を容認している。

複数国籍の発生防止を徹底する唯一の規定である国籍法11条1項は、日本国籍を剥奪してでも複数国籍を生じさせないとする手段の苛烈さにおいても、他の規定とは異質である。

ウ 一旦発生した複数国籍を解消する制度

複数国籍を解消する制度としては、国籍法11条2項、13条、14条、15条、16条が存在する。

このうち、国籍法11条2項（外国籍の選択による日本国籍喪失）、13条（国籍離脱）は複数国籍解消のための日本国籍の喪失について本人の意思を尊重している。国籍法14条の国籍選択制度は（外国籍を離脱する場合の他は）そもそも複数国籍を解消させず、選択宣言をした者の外国籍離脱努力も訓示規定であり法的な強制力はない。さらに国籍法15条（法務大臣による選択催告）は、これまで適用実績がなく、今後も適用される見込みはない。

エ まとめ——複数国籍に関する国籍法の考え方

(ア) 以上のとおり、国籍法は、血統に起因する場合を中心に複数国籍の発生を広く認める一方で複数国籍の発生防止と解消を一定の範囲で図っているが、複数国籍の保持または解消は本人の意思に委ねている。国籍法の規定と運用の基本的な姿勢としては、国籍法11条1項を除き、本人が法律を知ったうえで真意に基づいて複数国籍に対処することを要求している。

(イ) 複数国籍の発生を認める国籍法2条1号及び2号や3条1項及び17条1項、複数国籍の解消を本人の意思に委ねる11条2項や14条は、いずれも1984年法改正で新設されたものである。この法改正は、直接には女性差別撤廃条約の批准を契機に進められたものとされているが、当時多くの国が

既に父母両系血統主義を採用し、その結果として複数国籍の発生を肯定する潮流が世界的に広まりつつあることをふまえて、複数国籍の発生を広く肯定する制度設計としたものと解される。他方、複数国籍の解消については、法の規定によって強制的に日本国籍を喪失させてこれを実現する立法政策もあり得たが、改正法はそのような方向性を採用せず、本人の意思を尊重しつつ複数国籍を解消していくという制度設計を採用した。つまり、国籍法はその全体の制度設計として、複数国籍の解消の場面において、国籍の得喪は個人の自由意思によらなければならないとする「国籍自由の原則」（甲46（210～211頁）及び世界人権宣言15条2項）を適用している。

(ウ) 改正国籍法がこのように複数国籍の解消の場面において「国籍自由の原則」を適用することとしたのは、当時、国際社会における日本の地位が向上しつつあったことをも反映して、日本国籍の保持という利益を保護することの重要性に対する明確な認識が存在したためである。

このことは、上記法改正時に被上告人が国会において、いったん取得した日本国籍を失われないことの権利性について繰り返し言及している（甲89（4頁第3段）、甲24（4頁第2段））ことから明らかである。

(エ) 加えて、前記（1）でみたように、複数国籍による弊害のおそれが現実的・具体的なものではなく、本人の意思に反し、日本国籍の保持という利益を侵害してまで複数国籍を解消すべき必要性はない、との認識を被上告人が有するに至ったことも、本人の意思に基づいて複数国籍を解消していく、という改正法の立法政策を根拠付けたものと考えられる。法改正に際し被上告人が複数国籍による弊害のおそれについてどの程度具体的に検討したのかは明らかでないが、少なくとも改正法より複数国籍に対して厳格であった旧国籍法下及び改正前現行法下においても複数国籍による重大な弊害が顕在化したことがなく、また法改正当時既に複数国籍の容認が進んでいた諸外国において

もそれによる重大な弊害が生じていなかったことが、上記のような認識に被上告人を導いたことは間違いない。

(オ) 以上のとおり国籍法は、複数国籍について、発生を広く認めたいうえで「国籍自由の原則」に基づき本人の意思を尊重しつつ解消を進める、という政策を採用している。その理由は、国際社会における複数国籍の肯定の潮流と、国際社会における日本の地位の向上に伴う日本国籍の重要性に関する認識の高まり、複数国籍による弊害が現実的・具体的なものではないことの認識に伴う複数国籍防止・解消の要請の相対的な低下、等にある。

(カ) ところが、国籍法11条1項は、本人の意思に関わらず、即時かつ自動的に日本国籍を失わせるものであり、しかもその根拠は本人の国籍離脱の意思ではなく、複数国籍防止の要請そのものにある。この点で、「日本国籍を喪失させることによって複数国籍の発生を防止する」という国籍法11条1項の効果は、複数国籍に対する国籍法全体の立法政策と整合しない。

(キ) そして、国籍法11条1項が発生を防止できる複数国籍は、現行国籍法下で複数国籍が生じる様々な場面のうち日本国籍が外国籍を志望取得した場面で生じるものに限られるので、国籍法11条1項の立法目的をより正確にとらえるなら、複数国籍のうち特に「日本国民が外国籍を取得することで発生する複数国籍の防止」であるということができる。

第6 国籍法11条1項の制度的問題点

1 はじめに

国籍法11条1項は、外国籍の志望取得と同時に、改めて何らかの手续をする必要もなく、自動的に日本国籍を喪失させるものであり、理論上は、最も効率的に複数国籍の発生を防止する制度といえる。被上告人がこの制度を重視する理由の一つはこのような点にもあるものと推測される。

しかしながら、上記の理論上の効率性は、現実の実務では以下のような混乱と戸籍の機能の阻害を生じさせている。

2 外国法の解釈の困難に起因する不安定

国籍法11条1項は、外国籍を志望取得した者を適用対象とする制度である。外国籍の取得の根拠となった規定が志望取得の規定か否かは、当該規定の解釈によって定まる、とされる。

しかしながら、外国の法令における国籍取得の規定が志望取得の規定であるか否かを判断することは、必ずしも容易ではない。また、国籍法11条1項と同じ内容の制度を持たず、したがって「志望取得・当然取得」という分類概念を持たない法制度の下では、ある種の国籍取得の規定が志望取得の規定であるか否かを当該規定の解釈によって決めることは不可能であり、日本政府が「解釈」の名の下にその性質決定をすることになるから、日本政府の「解釈の変更」によってその規定の性質が変わることもありうる。その典型的な例が、ペルー国籍法の国籍取得の規定の一つが、以前は志望取得とされていたのが、後に生来的取得の規定であると解釈が変更されたケースである（（甲101、甲98）。このように外国法の解釈が事後的に変更されることによって、個人の日本国籍という法的地位は非常に不安定なものとなる。そして、外国法の解釈によること不安定さが生む不利益は個々の

国民に押し付けられることになる。陳が『無国籍と複数国籍』第4章でケース②として紹介する、日本・アメリカ・アルゼンチン「三重国籍」のAさんの例が典型である（甲223（132頁以下））。

3 国籍法11条1項による国籍喪失が戸籍に反映される制度的保障はない

(1) 外国籍を志望取得したことによって日本国籍を喪失した者は、戸籍から除かれるべき者となる（戸籍法23条）。

しかしながら、外国籍の取得手続は当該外国の法律に基づいて行われ、当然ながらその手続に日本政府は一切関与しないから、ある日本国民が外国籍を志望取得し、それによって日本国籍を喪失したことを、当該手続を通じて日本政府が把握し、その者を戸籍から除くことは不可能である。

(2) 日本国民が国籍法11条1項によって日本国籍を喪失したことを日本政府が把握するためには、①当該本人又はその親族の国籍喪失届（戸籍法103条）によるか、②当該外国政府から報告を受ける必要がある。

しかしながら①については、日本国外に居住する外国籍者（日本国籍を喪失した者）は戸籍法上の届出義務を負わないし（甲215）、親族が本人の意向を無視して国籍喪失届をすることも期待できない。また、日本国籍を喪失したことを知らない者も、逆に自分から意欲して日本国から離れた者も、国籍喪失の届出は期待できない。このように、国籍法11条1項による国籍喪失を本人の届出によって戸籍に反映させることは、制度上もまた本人への動機付けの点でも実効性が担保されていない。

次に②については、国家がある個人の国籍取得を他国に報告する義務を負うものではないから、国家間で何らかの取り決めを設けない限り、そのような報告を期待することはできない。（現時点で日本政府がこのような相互通報の取り決めを設けている外国は、上告人代理人らの調査では、オーストラリア、チ

リ、ドイツ、の3カ国のみであるが、オーストラリアは2002年に、チリは2006年に、それぞれ自国の「外国の国籍を志望取得した時は自国の国籍を喪失する」という制度を廃止しており、それ以降は日本政府への報告を行っていないと考えられる。)

- (3) 以上のとおり、国籍法11条1項による日本国籍喪失は、その効果が自動的に発生するが故に、戸籍に反映される制度的な保障がなく、日本国籍は失われているのに戸籍上は日本国民として記録されている、という事態が(例外的な事象ではなくごく一般的に)生じる。

被上告人も、1984年の法改正の審議の際に、外国での帰化を日本側で完全に把握することができないため、どの程度の数があるかわからない、との答弁をしている(甲23(15頁第2段))。

4 国籍喪失したが除籍されないことにより生じる問題

国籍法11条1項による日本国籍の喪失が戸籍に反映されず、「戸籍が残っている」ことの結果、(特に何らかの誤解をしている当事者について)以下のような事態が生じることがある。

- ① 日本旅券が失効していることに気づかずにこれを用いて日本に入学し、あるいは入出国を繰り返す。法律上は「日本人になりすました外国人による不法入学」であり、入管法上の退去強制処分の対象となる。
- ② 場合によっては住民票も存在するため、何の不都合もなく日本に居住し、就職し、日本を生活の本拠として生活基盤を築いた後に、日本国籍がないこと(すなわち不法滞在外国人であること)が判明し、これらの生活基盤が一挙に崩壊する。
- ③ 外国人配偶者と婚姻し、子を設けた後に日本国籍がないことが判明し、子が出生時に遡って日本国籍を喪失するとともに、不法滞在外国人となる。

これらの不利益は、複数国籍により生じるとされる弊害よりもよほど現実的・具体的なものである。また、戸籍の公証機能も損なわれ（甲231（10頁））、個人対個人の身分関係のみならず、戸籍を前提とするすべての行政上の手続（公的給付や公的資格の付与など）に影響を及ぼすことになる。

5 戸籍への反映の観点から見た国籍法11条1項と国籍選択制度の優劣

他方、国籍選択制度（国籍法14条）による場合は、国籍の選択の結果が戸籍に反映されるため、このような事態は生じない。したがって、国籍の喪失を戸籍に正確に反映させる制度として、国籍法11条1項よりも14条の国籍選択制度の方が優れていることは明らかである。国籍法11条1項を廃止し、外国籍を志望取得した場合をも国籍選択制度の対象に含めるなら、それは戸籍の記載に対する信頼性を確保し、戸籍制度を基礎とする我が国の身分関係や行政上の手続の安定を維持することになるのであり、未だ現実に発生したことがない「複数国籍の弊害の除去」よりも、よほど現実的・具体的でありかつ必要性の高いものといえることができる。

第7 憲法原理と日本国籍

1 憲法原理は日本国籍剥奪を厳しく制約する

本書面第3章でみたとおり、国籍法11条1項は日本国籍放棄・離脱意思の有無にかかわらず日本国籍を剥奪する規定である。本人の意思に反してでも日本国籍を喪失させる点にこそ、同条項の本質及び固有の存在意義がある。

そこで、日本国籍の剥奪が現憲法下でどのような意味を持ちいかなる場合に許容されるのかが問題となる。

日本国憲法下での日本国籍は、「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（2008年6月4日最高裁判所大法廷判決（国籍法3条1項違憲判決））。

それゆえ日本国籍の剥奪は、現憲法の正統性の淵源であり日本国の統治者¹である主権者を日本国の政治過程から追放して排除するという点で国民主権原理及び憲法が保障する代表民主制を損なうとともに（甲65（37頁）、甲66（39頁、97～98頁、137～138頁、308頁）等）、現憲法制定の目的たる基本的人権保障の土台を根こそぎに奪い去り、現憲法が「現在及び将来の国民」に憲法の定める基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」として保障したことを骨抜きにするという点で基本人権尊重原理を空洞化するものであって、現憲法による統治の正統性に大きく影響する行為である（甲65（37頁）、甲72（45頁）、甲229（4頁）等）。

また、国籍は個人のアイデンティティと密接に結びつくとともに（甲12の2、甲13（146頁）、甲19の2、甲92（22～25頁）、甲124の1、甲226（80～81頁））、甲113（115～118頁））、甲116、甲228

¹ 2005（平成17）年1月26日最高裁判所大法廷判決（外国人公務員東京都管理職選考受験訴訟判決）。

(265頁)、館田晶子(甲220(108~112頁)、甲235(65頁)、甲202(8頁)、甲142(88~89頁))、個人の人生設計にも大きな影響を与える。それゆえ日本国籍の剥奪は、個人のアイデンティティ(人格権)や幸福追求権(憲法13条)を制約・侵害して「個人の尊重」原理と対立する(甲65(37頁)、甲72(64~65頁、69~74頁、83頁、146頁))。

日本国籍の剥奪はまた、日本国籍を離脱しない自由(憲法22条2項)を制約・侵害する。剥奪の態様によっては適正手続保障(憲法31条)及び国際慣習法である「専断的(恣意的)な国籍剥奪の禁止」原則にも違反する(憲法98条2項)。

このような重大な結果をもたらす日本国籍剥奪は、憲法の基本原理等により厳しく制約される。原審判決は、日本国籍剥奪が憲法に基づく統治の正当性と憲法の目的を根底から損なうとともに、個人にとって甚大な不利益と損害を与えるという事実を一顧だにしなかったという点で、決定的な誤りを犯したものである。

2 法令違憲審査にあたって憲法原理が軽視されてはならないこと及び憲法尊重擁護義務(99条)、国民主権原理、基本的人権尊重原理、「個人の尊重」原理の歴史

(1) はじめに

現憲法は、根底に「個人の尊重」原理を据えて、国民主権、基本的人権尊重及び平和主義を基本原理とする。そして、憲法訴訟の実体理論には、人権と統治に関する実定憲法規範のみならず、その基盤となっている立憲主義などの憲法上の諸原理も含まれている(甲197(65頁))。

上記の諸原理が憲法に導入された背景には、日本国の特殊で歴史的な事情、伝統、政治的、社会的環境がある。その歴史的事情等は、2008年6月4日最高裁判所大法廷判決が「国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必

要がある」と述べたところの、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たって考慮されるべき要因に含まれる。

本節では、上記諸原理が憲法の基本原理とされた歴史的事情等を現憲法の制定過程に現われた事実に基づいて概説する。そのうえで、これら諸原理が憲法解釈として本件における憲法判断において重視されるべきことを確認し、憲法の諸原理を一顧だにしなかった原審判決の誤りを明らかにする。

(2) 憲法制定過程と基本原理

ア 諸原理の由来

国民主権、基本的人権尊重及び平和主義の3つの基本原理を示す憲法前文、基本的人権尊重主義を定める11条²、平和主義にかかる戦争放棄を定める9条³、これらの根底にある「個人の尊重」原理を定める13条⁴、そして「自由及び権利」を「不断の努力」によって「保持」することを日本国民に求める12条⁵、基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」として「現在及び将来の国民」に「信託」する97条⁶は、いずれも原案がGHQ草案（甲181）で初めて提示され、いくつかの字句修正等を経て、ほぼ原案のまま現憲法に採用されたものである。また、憲法を最高法規とする98条⁷、裁判所を含む国の機関に憲法尊重擁護義務を課す99条⁸も、原案がGHQ草案で初めて提示され、いくつかの字句修正等を経て、ほぼ原案のまま現憲法に採用されたものである。

² GHQ草案9条参照。

³ GHQ草案8条参照。

⁴ GHQ草案12条参照。封建制度の廃止も掲げられている。

⁵ GHQ草案11条参照。

⁶ GHQ草案10条参照。

⁷ GHQ草案90条参照。

⁸ GHQ草案91条参照。

中でも、現在及び将来の国民に基本的人権擁護の道徳的義務を課す12条及び97条は、他国の憲法に類を見ない稀有な条文で、現憲法が制定された「歴史的な事情、伝統、政治的、社会的環境」の特殊性を表している。

上記諸原理に関する前文や規定、そして日本国民の道徳的義務に関する規定が設けられたのは、日本から軍国主義及び極端な国家主義を除去し、平和国家を建設するという目的と、政治・経済・社会・文化のあらゆる領域にわたり、官僚主義と封建制度を排除し、自由主義的民主主義的傾向を徹底せしめ、基本的人権の尊重を確立するという二つの目的を実現するためであった（甲182（3～7頁、24～25頁））。

イ 憲法改正試案（日本政府案）の旧態依然

GHQ草案が作成されるきっかけとなったのが、1946年2月1日に毎日新聞がスクープした日本政府作成の明治憲法改正試案（甲183）が、あまりにも旧態已然としていたことである。

同試案は、天皇主権で国民を「臣民」のままにとどめるなど、明治憲法の小規模な改正ですませようとするものであった。GHQは、同試案に対する「はげしい世論の反対に鑑み、最高司令官が基本的と考える諸原則に基づき、内閣の方針を変えさせることが必要だ」と考え、GHQ草案の作成にとりかかった（甲182（3～17頁））。

ウ GHQ草案

GHQ草案作成にあたって準拠されたのが、国務・陸・海軍三省調整委員会（SWNCC）が承認した、日本の憲法改正に関する米国政府の指針を示す文書、いわゆるSWNCC228「日本の統治体制の改革」（甲164）である。

同文書は、選挙民に責任を負う政府の樹立（国民主権）、基本的人権の保障、国民の自由意思が表明される方法による憲法の改正などを掲げていた。

また、同文書は、当時の日本の社会的、政治的状況を分析した結果をまとめており、明治憲法下での統治体制が「平和的な慣行及び政策の発達に適さない」理由として、「国民に対する政府の責任を確保しうる制度の欠如」や「人権保護の規定が不十分なこと」などの「欠陥」を挙げていた。その一部を挙げると以下のとおりである。

「3 国民に対する政府の責任を確保しうる制度の欠如

(b) 日本の現憲法は、一方においては、国民の側の代議制への要求をなだめるという目的、他方においては、明治の指導者である憲法制定者達が、近代の世界の中で日本が存続し発展するために必要であると信じた、中央集権的、独裁的統治機構を、強化し永続させんとする目的、という二重の目的をもって書かれたのである。この後者の目的に合致するため、国家権力は、天皇の周囲にいる数少ない個人的助言者達の手握られ、選挙によって選ばれた、国会における国民の代表者には、立法に対し限られた範囲で監督的権限が与えられたただけであった。……（以下略）。」（甲164（10頁（2）））

「6 人権保護の規定が不十分なこと

(a) 日本の国民は、特に過去15年間においては、事実上、憲法が彼らに保障している人権の多くのものを奪われていた。憲法上の保障に、「法律に定めたる場合を除き」、あるいは「法律によるに非ずして」という文言による制約が設けられていたために、これらの権利の大幅な侵害を含む法律の制定が可能になった。同時に、日本の裁判所が、仮に直接的な政府の圧力にはではないとしても、社会的圧力に屈従し、公平なる裁判を行ないえなかったことも、はっきりしている。」（同11～12頁）

こうしてGHQ草案では、明治憲法下の統治体制の欠陥を克服し基本的人権の保障される民主的な平和国家を築くための基本理念あるいは手段として、①

国民主権、②基本的人権尊重及び③平和主義の3つの基本原理とそれらの根底にある④「個人の尊重」原理が導入され、⑤「人民ノ権利ノ堡壘」たる司法府の違憲立法審査権、⑥裁判官等の憲法尊重擁護義務、さらには⑦それらの基本理念及び手段を活かすための不断の努力が日本国民の道徳的義務として掲げられることになった。

エ 国民主権原理の歴史的重要性

明治憲法下では、「国家統治ノ大権」を神勅によって与えられた現人神である天皇に主権があるとされ、「臣民」たる日本国民は国家に「絶対ニ、無限ニ、国權ニ服従スル者」として（甲16（31頁））、天皇のために生命をも捧げるのが正しい生き方とされていた（甲161（1頁、42頁、44頁）、甲162（34～35頁））。国民は、「臣民」としてしかとらえられず、政治共同体の不可欠の一員とは考えられていなかった。

現憲法の国民主権原理は、明治憲法の依って立つ神勅主義を否定し、天皇主権の国家統治を否定して、国民こそが主権者であり政治共同体の不可欠の一員であるとするものである（甲66（6～14頁））。

こうして導入された国民主権原理及びそれに基づく代表民主制の原理は、基本的人権の尊重と確立を目的とするものであり、基本的人権の尊重と確立を達成するための手段として、基本的人権尊重原理と不可分の関係にある。国民主権原理はまた、平和主義を実現するための手段でもある（甲65（37頁））。

オ 基本的人権の保持努力義務——日本国憲法の特殊性

日本国籍は憲法上の基本的人権の保障の土台となるものである。

憲法が日本国民に保障する基本的人権は、永久不可侵の権利として、現在及び将来に国民に与えられる（憲法11条）。しかし、人々が「徒に権利の壮麗に酔うならば、専制的な圧迫政治は再び起つて国民の権利を侵害するの苦汁を嘗

めなければならないであろう」（甲182（331～336頁））との懸念を、完全に消し去ることは不可能である。

そこで、憲法は12条において、日本国民に、憲法が国民に保障する自由及び権利を、不断の努力によって、保持するという道徳的義務を課した。さらに、憲法は97条において、基本的人権が「過去幾多の試練に堪へ」てきたものであり、「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」として現在及び将来の日本国民に託されてきたものであることを強調して、人類史における基本的人権の重要性を示した（甲185（1457～1464頁））。

将来の世代に対する国民の責任という観点で他国の憲法をみると、地球環境への関心の高まりを受けて、将来世代に対する環境や資源維持の責任をうたう外国憲法は少なくない。しかし、日本国憲法のように国民に基本的人権保持努力義務を課す憲法は珍しい。明治憲法下で生じた深刻な人権侵害の歴史を繰り返さないために、上記義務を伴う基本的尊重原理が導入されたのである。

カ 「個人の尊重」原理——「臣民」からの脱却

「個人の尊重」原理が「憲法の根本原理」（甲72（64頁））として導入されたのも、封建主義を終わらせ、個人が国家に隷属する存在とされた時代を繰り返さないためであった。

キ 憲法尊重擁護義務

明治憲法下では、日本国民個々人は「臣民」として国家に「絶対ニ、無限ニ、国權ニ服従スル者ナリ」とされ（甲16（31頁））、人権も恩恵として与えられるに過ぎなかった。国民は、国家神道の下、神勅によって統治権を皇祖から受け継いだ天皇のために生命をも捧げるのが正しい生き方とされ（甲161（1頁、42頁、44頁）、甲162（34～35頁））、国家は“国民を専らその権力的支配に従属する客体、国家の意思に包括的かつ無条件に隷属する客体としてのみ取り扱”い、各国民は“その生活領域全般にわたって、国家の意思に包

括的かつ無条件に隷属する存在”とされた（甲72（69～70頁）参照。「個人の尊重」など無いに等しく、人権制限や特高警察による思想犯弾圧・拷問が広汎に行われていた。国民がそのような状況をあらためたいと望んでも、「臣民」に過ぎず日本という「政治共同体の不可欠の構成員」（甲66（139頁））ではない国民にできることは乏しく、結局、敗戦によってしか変わることはなかった。日本国憲法は、その反省に立ち、封建的で全体主義的な個人軽視の傾向を打破し人権が保障される国家制度を実現するため、国民主権、基本的人権尊重、「個人の尊重」を掲げるに至った（甲182（337頁））。

さらに憲法は、日本が戦前の封建的で全体主義的な社会の復活を防ぐために、憲法を最高法規と定め（98条）、条約及び確立された国際法規（国際慣習法）の誠実遵守義務（98条2項）を明記した。この条約及び国際慣習法の誠実遵守義務に関する文言はGHQ草案にはなく、日本側の発案によるものであった。

そのうえで憲法は、裁判所を含む国家機関に憲法尊重擁護義務（99条）を課した。中でも裁判所には、GHQ草案第68条が示した「司法府ハ人民ノ権利ノ堡壘」との文言（甲181）は残らなかったが、“憲法の守護者”、“少数者の人権の最後の砦”として少数者の人権を保障し、そしてそのために憲法の諸原理をふまえた司法判断を行うことが強く求められることとなった。

ク 欽定憲法から社会契約に基づく民定憲法へ

明治憲法と現憲法の性質の違い、そしてその根底にある国家観や国籍の役割の違いも、日本国籍の得喪に関する要件を定めるに当たって考慮されるべき要因である。

まず明治憲法は、天皇を統治権者とする“国家”の必要のために天皇が臣民に与えた欽定憲法である。明治憲法が、国民（臣民）の関与のもとに制定される協約憲法（君主と臣民との協約による憲法）や民定憲法（社会契約に基づく憲法）

ではないことは、その制定過程、内容及び形式から明らかであり、明治憲法下の通説もそのように解していた（甲166（72～73頁、100頁））。

そして、その根底にある国家観、“国家”と“臣民（国民）”の関係は、天皇を統治権者とする“国家”の中樞が“臣民（国民）”の意思や希望とは関わりなく定めた“国家”の目的（甲164（10頁）（2）参照）のために、“国家”が“臣民（国民）”を支配し使役するというものであった。換言すれば、国家と臣民（国民）は、封建社会における支配者と被支配者と同様で、相互に“他者”として切り分けてみるのが可能な関係にあった。また、そこでの「国籍」の主要な役割とは、“国家”が“臣民（国民）”を支配するための方便であり、あるいは“国家”が支配できる人的範囲を画することであった。

一方、現憲法は、その制定過程、内容及び形式が示すとおり、主権者たる国民が社会契約によって制定した民定憲法である。社会契約は「協働の公正なシステムとしての社会」を実現しようとする「自由で平等な人格」である市民によって締結されるものであり、社会契約によって制定される立憲民主制国家における憲法は、“国民（市民）による協働の事業”としての“国家”を運営するうえで依拠すべき基本的価値と基本的ルールを定めるものとされる（ジョン・ロールズ、「政治的リベラリズム」）。かかる性質を有する現憲法の根底にある国家観、そしてそれが前提とする“国家”と“国民”の関係は、封建的な支配・被支配の関係ではなく、“国民”を“協働の事業”としての“国家”の運営主体であるとするものである。換言すれば現憲法下での「国籍」は、明治憲法下での“国籍”とは本質が根本的に異なっており、“国家”という“協働の事業”に参加するためのメンバーシップである。

そして現憲法は、主権者である“国民”による“協働の事業”としての“国家”を運営するうえで依拠すべき基本的価値として個人の尊重と基本的人権の保障

を定めている（甲72（64頁）、甲65（37頁））。つまり現憲法が定める“国家という協働の事業”の目的は、「個人の尊重」と基本的人権保障である。

すなわち現憲法下で、日本国民は、かつての被支配者としての地位を脱し、個人の尊重と基本的人権保障を目的とする“国家という協働の事業”を運営する主体としての主権者となった。

明治憲法から日本国憲法へのこの転換について、日本法制史を専門とする水林彪は、「自由主義（ただし外見的立憲主義の下でのきわめて限定的な国家からの自由）から共和国（市民的共同的自己統治権力による自由）への転換という側面を有していた」と指摘したうえで、しかし、国家権力による日本国憲法の運用は「しだいに、日本国憲法の本来の姿からはかなり隔たるものとなっていった。憲法解釈学の通説においても、共和国型憲法を自由主義的に解釈しようとする傾向が強かった。」と分析している（甲224（322～323頁））。在外邦人の選挙権や国民審査権の制限を当然のこととする被上告人の主張を退けた二つの最高裁大法廷判決（2005年9月14日最高裁判所大法廷判決（在外邦人選挙権制限違憲訴訟）、2022年5月25日最高裁判所大法廷判決（在外邦人国民審査権確認等請求訴訟））は、水林がいうところの「共和国（市民的共同的自己統治権力による自由）」の基本法としての憲法の姿を的確にとらえ、現実社会の中で取り戻そうとしたものと評価できる。

ケ 明治憲法体制の残滓

しかしながら、現憲法下においても日本では、国籍法制を含めて、明治憲法体制の残滓とでもいうべき統治様式が今も続いている。

米国、英国、ドイツの公務員制度を研究した辻清明によれば、公務員制の歴史的発展段階は、3つの過程に分類することができる。第一過程（君主の特権的支配を合理化するための官僚制。ここでの官僚制の目的は、君主を頂点とする中央集権国家（近代国家）を確立することであり、このために官僚は、君主の官吏

として臣民に対し特権的地位を主張できた。)、第二過程(市民革命後の近代市民国家の下における、「人民意思」を体現するものとしての公務員制。選挙で勝利を収めた多数派に対する応答性や「民主的行政能率」が重視された。)、そして第三過程(行政国家の下における公務員制)である。この第三過程では、選挙で勝利を収めた多数派(特定政党)から公務員を保護し(身分保障と政治的中立性の担保)、公務員が、選挙によってその声が適切に代表されない社会的・経済的弱者も含めた「全体の奉仕者」として自らの専門性に忠実に職務を遂行できる仕組みが整えられる。ところが日本では、日本国憲法の制定によって英米のような第二過程の民主的慣行を経ることなく第三過程に突入したため、日本国憲法が採用した第三過程の意義がよく理解されず、「規範的には第三過程にありながらも、制度的現実としては第一過程の残滓を内在させながら、理念ないし目的が混濁したような公務員制が存続してきた」(甲196(36~38頁))。

本件訴訟においても、被上告人は、「我が国は、国民に対し、種々の義務や負担を課する反面として、その統治権に服する者に対して、積極的に人権の享有主体性を認め、主権者として国政に参画させる権利を保障」する。(第一審における被告準備書面(1)8頁)と主張しており、被上告人がいまだに基本的人権はすべての人に生まれながらに保障されるという現憲法の理念(前文、11条、97条)を受け容れられずにいることを、はしたなくも示している。

このように、現憲法と相容れない明治憲法体制の残滓が今も除去できずにいるという歴史的・社会的事情も、法令の違憲審査において現憲法の基本原理が重視されるべきことを強く促すものといえることができる。

(3) 小括

上記の歴史的・社会的事情等の要因をふまえて、国民主権原理、基本的人権尊重原理及び「個人の尊重」原理等の憲法原理は、国籍法に関する憲法解釈そし

て本件における憲法判断において重視されなくてはならない（憲法99条（憲法尊重擁護義務））。憲法の基本原理である国民主権原理、基本的人権尊重原理及び「個人の尊重」原理は、日本国籍の剥奪を厳しく制約しており、日本国籍を剥奪する法律には違憲の推定が働くと解すべきである。

学説でも、国民主権原理との関係では松井（甲66）が、基本的人権尊重原理との関係では、長谷部（甲72）が、「個人の尊重」原理との関係では、宮崎（甲112）が、日本国籍の剥奪はきわめて例外的な場合にのみ許容される、あるいは原則として許されないとする。近藤敦も、憲法10条の立法裁量は、恣意的な国籍剥奪禁止原則などの国際慣習法、憲法の基本原理、憲法22条2項、13条、14条1項の人権規定、及び98条2項との体系的解釈により、大きく制限されているとする（甲158（2頁）、甲158（2頁）、甲213（105～106頁ほか）、甲235）。

一方、憲法原理との関係で日本国籍剥奪を広く認める学説は皆無である。

日本国籍を剥奪する法律の違憲性は、厳しく審査されなくてはならない。

第8 憲法22条2項と「日本国籍を離脱しない自由」

1 問題の所在

憲法には国籍の得喪に関する規定が二つある。「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」とする10条と、「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。」とする22条2項である。

憲法10条が国籍に関する一般規定であるとするれば、憲法22条2項は、日本国籍の喪失に関する特別規定であり、憲法の基本原理や確立された国際法規（憲法98条2項）としての国際慣習法である差別禁止原則、無国籍防止原則、恣意的な国籍剥奪禁止原則、平等原則などとともに、憲法10条の立法裁量を制約する。

憲法22条2項の保障する内容について、原審判決は、憲法22条2項は「日本国籍からの離脱を望む者に対して、その者が無国籍者となるのでない限り、国家がこれを妨げることを禁止するという消極的権利を定めたものにとどまると解するのが相当であり、同項の規定を根拠に、憲法上、日本国籍を離脱しない自由ないし日本国籍を保持する権利が積極的に保障されていると解することは困難であるといわざるを得ない。」とした（34頁）。しかし、この解釈は、憲法上の他の人権規定が通常、作為の自由を保障するという文言が用いられながらも不作為の自由をも保障すると解されていることと整合的でない（たとえば憲法19条～21条）。同条項の沿革をみても、源流となった米国の1868年7月27日の法律1条、「国籍離脱の自由は、すべての人の生まれながらの権利であって、生命・自由・幸福追求の権利に不可欠のものである」とする規定の趣旨は、国籍喪失がなされるのは国民が自らの意思で離脱ないし放棄した場合に限定されるという点にあった。

しかも、仮に憲法22条2項が「離脱する自由」しか保障していないとすれば、日本国籍の離脱を望まない大多数の日本国民にとって同条項は人権保障の規定ではなく、日本国籍剥奪という極めて重大な人権侵害を看過し正当化する規定に過ぎない。

くなる。そのような規定が基本的人権保障を定める条文の間にあえて置かれたとは考え難い。加えて、同条項が日本国籍を離脱しない自由、日本国籍を保持する権利を保障していると解することは、国民主権原理、基本的人権尊重原理、「個人の尊重」原理と整合的であるだけでなく、確立した国際慣習法である専断的（恣意的）な国籍剥奪禁止原則とも整合し、国際協調主義（98条2項）にも適う。

したがって憲法22条2項は、「個人の尊重」と幸福追求権を保障する憲法13条と一体となって、日本国籍離脱を強制されないこと、すなわち日本国籍を離脱しない自由、換言すれば日本国籍を保持する権利を保障していると解されなくてはならない。以下、詳述する。

2 「日本国籍を離脱しない自由」を保障する憲法22条2項

(1) 「自由」という文言は不作為の自由も含む

「自由」は、一般に作為の自由とともに、不作為の自由を内包している。憲法第3章「国民の権利義務」をみても、たとえば憲法21条1項の表現の自由は、表現しない自由（沈黙の自由）を保障し、憲法20条1項の信教の自由は、信仰を強制されない自由を保障している。

もし仮に被上告人の主張するように「自由」は作為の自由しか意味しないとの理解に立てば、たとえば、表現の自由は沈黙の自由を保障せず、信教の自由は信仰を強制されない自由を保障するものではないことになる（甲235（59～60頁））。そして、憲法22条2項のみが例外的に不作為の自由を保障しないと解すべき理由はない。それどころか、憲法22条2項は例外的に不作為の自由を保障しないと解するとすると、外国移住については「外国に移住するという作為の自由」のみを挙げる憲法22条2項は「外国に移住しないという不作為の自由」を保障しないことになり、日本国民を国外追放することが可能になる。しかしこれはあり得ない解釈であろう。

したがって、憲法22条2項の文言は、不作為の自由（日本国籍を離脱しない自由）をも保障しているというべきである。

（2） 人権保障規定としての憲法22条2項

憲法22条2項の人権保障規定としての位置づけからも、同様の結論になる。

すなわち、憲法22条2項は人権保障規定の一つとして憲法第3章に置かれている。そして、「大多数」の日本国民は、上告人らのように居住国の国籍を取得しても日本国籍を保持したいと望んでおり、「極めて少数」の人しか日本国籍の離脱を望んでいないのが実態である（甲213（108～110頁））。

仮に原審判決がいうように憲法22条2項が「離脱する自由」しか保障していないとすれば、日本国籍の離脱を望まない大多数の日本国民にとって、同条項は人権保障の規定ではなく、日本国籍剥奪という極めて重大な人権侵害を看過し正当化する規定に過ぎなくなる。近藤は、この不合理を指摘して、憲法22条2項が「離脱する自由」しか保障していないと解する場合、「同項は、他国の国籍を取得することで自国の国籍を離脱したい「極めて少数」の（兵役義務や納税義務のような不都合な条件のない日本の場合はほとんど皆無かもしれない）人へのみ意味のある規定にすぎない。今日、他国の国籍を取得したくても、自国の国籍を離脱したくない原告らのような「大多数」の人に対しては、同項は何ら基本的人権を保障するものではなく、むしろ自国の国籍離脱の強制を正当化する規範内容を持つことになる。そのような規定を人権規定と呼ぶことができるのであろうか。」と疑問を呈する。さらに近藤は、そのように保障内容を狭く解したとき「果たして憲法22条2項は、基本的人権を保障する規定と呼べるのであろうか。」と重ねて問いかけ、「「個人の尊重」を掲げ、「自由」に対して国政上「最大の尊重」を求める憲法13条所定の「基本的人権の尊重」の基本原則からは、疑問である。」とする（甲235（60～61頁））。

この点について原審裁判所は、同条項は日本国籍の離脱を望む少数者の人権を保障する点で意味があると考えたのかも知れない。しかし、そうであるなら、上告人らのように幸福追求のために外国籍と日本国籍の双方が必要となった少数者（日本国籍を心底離脱したいと願う日本国民よりはるかに多数だと思われる。）の人権保障のために、同条項は「離脱しない自由」をも保障したものと解することに何ら問題はなく、そのような解釈は容易なはずである（甲203）。

憲法22条2項が基本的人権保障の規定として定められたことから、同条項は不作為の自由（日本国籍を離脱しない自由）をも保障しているというべきである。

（3） 国際協調主義等とも整合する「国籍を離脱しない自由」の保障

憲法22条2項が「国籍を離脱しない自由」を保障していると解することは、国際慣習法である専断的（恣意的）な国籍剥奪の禁止原則と整合的である。

憲法22条2項が日本国籍の専断的（恣意的）剥奪を禁止しているとする解釈は、世界人権宣言15条2項を解釈指針として憲法22条2項は無国籍となる自由を保障するものではないとする通説の手法から導くことができる。すなわち、通説は、世界人権宣言15条2項（「何人も、ほしいままにその国籍を奪われ、又はその国籍を変更する権利を否認されることはない。」）の後段が「国籍を変更する権利」について定めていることを解釈指針として、憲法22条2項は無国籍となる自由を保障するものではないとする。これと同様に、世界人権宣言15条2項前段が「何人も、ほしいままにその国籍を奪われ……ない」としていることを解釈指針として、憲法22条2項は日本国籍の専断的（恣意的）剥奪を禁止すると解することができる（甲235（70～72頁））。

憲法22条2項を専断的（恣意的）な国籍剥奪を禁止する条項ととらえる解釈は、いったん取得した国籍の権利性や国籍が恣意的に奪われてはならないとする政府答弁とも整合する（甲89（4頁第3段）、甲24（3頁4段、4頁2段））。

専断的(恣意的)な国籍剥奪の禁止原則は、世界人権宣言15条2項が「何人も、ほしいままにその国籍を奪われ、又はその国籍を変更する権利を否認されることはない。」と確認したことから発展して、今では国際慣習法とみなされている(甲235(70頁))。国際慣習法として「確立された国際法規」となった同原則を、被上告人は遵守しなくてはならない(憲法98条2項)。

したがって憲法22条2項は、「国籍を離脱しない自由」を保障するとともに、専断的(恣意的)な日本国籍剥奪を禁止する条項であるというべきである。

3 幸福追求権という淵源と「自由な国に国民として留まる憲法上の権利」

(1) 沿革

沿革をみても、憲法22条2項は「国籍を離脱しない自由」を保障する規定に由来している。

憲法22条2項の淵源は「国籍離脱の自由は、すべての人の生まれながらの権利であって、生命・自由・幸福追求の権利に不可欠のものである」と定めた米国の1868年7月27日の法律1条である。この規定の趣旨は、議会の協議した国籍喪失の唯一の方法は、国民が自らの意思で離脱ないし放棄した場合に限定されうるという点にあった。すなわち、人権としての「国籍離脱の自由」には、その原初から、①自己の意思によってのみ国籍を離脱する自由(国籍離脱を妨げられない自由、国籍を変更する自由)と、②自己の意思に反して国籍を離脱させられない自由、つまり国籍を離脱しない自由(国籍離脱を強制されない自由。アフロイム対ラスク事件判決(甲67の2)の判示を借りれば、「自発的に国籍を放棄しない限り、自由な国に国民として留まる憲法上の権利」)の二つの側面があった(甲235頁(61~62頁))。

この二つの側面のうち①の「国籍を変更する自由」が、「ひとたび臣民となった者は永久に臣民である」とする永久忠誠が求められた君主主権の君主制国家(かつ

ての大英帝国や大日本帝国)においては臣民たる地位を離脱して国民主権の民主国家(米国など)の主権者たる地位である国籍を取得することが問題とされ、クローズアップされた。しかし、現憲法下の日本のような国民主権の民主国家の国民にとっては、「国籍を離脱する自由」はもはや自明のことであり、②の「自発的に国籍を放棄しない限り、自由な国に国民として留まる憲法上の権利」の側面こそが「国籍離脱の自由」の規範内容として重要である。しかも、諸外国の憲法と比べても珍しく、あえて現憲法が明文で「国籍離脱の自由」を掲げている以上、その内容を「国籍を離脱する自由」の意味にとどまるものと解すべきではない(甲235(62~63頁))。

憲法22条2項の「国籍離脱の自由」は、「国籍を離脱する自由」だけでなく「国籍を離脱しない自由」をも保障するというべきである。

(2) 幸福追求権との関係

上記のとおり「国籍離脱の自由」の規範内容のうち、「国籍を離脱する自由」は君主主権原理に対応した主要な規範内容であり、「国籍を離脱しない自由」は国民主権原理に即した主要な規範内容である。国籍離脱の自由のかかる両義的な内容が、国民主権下の憲法13条の「生命、自由及び幸福追求」の権利にとっては不可欠であり、このことは憲法22条2項の淵源である米国の1868年7月27日の法律1条が上記のとおり明確に宣言している。

また、出生時に日本国籍を取得した生来の日本国民からその意に反して日本国籍を剥奪する日本政府の行為は、憲法13条を根拠とする「基幹的な自己人生創造希求権」自体の剥奪・制約といえる(甲235(68頁))。

このように「国籍を離脱しない自由」は、憲法22条2項だけではなく憲法13条によっても保障される重要で根源的な自由である。

そこで、憲法22条2項は、憲法13条と結びついて、「個人の意思に反して国籍の離脱を強制されない自由」すなわち「日本国籍を離脱しない自由」を保障しているというべきである。「日本国籍を離脱しない自由」の制約は、自由及び幸福追求に対する国民の権利は立法その他の国政上最大の尊重を必要とするとされている以上、必要最小限のものでなければならない（甲235（62頁））。

4 憲法学説

日本国籍の剥奪が制約される根拠として憲法22条2項を挙げる憲法学説として、近藤敦（甲235ほか）以外に、佐藤幸治（甲46、甲144、甲72（103頁））、赤坂正浩（甲73）、松本和彦（甲69、甲229）、高佐智美（甲210、甲236）、菅原真（甲216）がある。

一方、憲法22条2項は日本国籍を「離脱する自由」のみを定めており「離脱しない自由」は定めていないとする見解は、上告人弁護団の調査した範囲では皆無であった。

5 小括

以上みてきたとおり、憲法22条2項は、憲法13条と結びついて、「国籍を離脱しない自由」、換言すれば「日本国籍を保持する権利」、「日本という自由な国に留まる憲法上の権利」を保障しており、この自由あるいは権利に対する制約は必要最小限のものでなくてはならない。

したがって、日本国籍剥奪は憲法22条2項及び憲法13条によって厳しく制約される。

第9 憲法10条 日本国籍の剥奪と立法裁量

1 二つの最高裁判所大法廷判決

憲法10条は、日本国籍の得喪を法律に委ねるものである（2008年6月4日最高裁判所大法廷判決（国籍法3条1項違憲判決））。

その立法裁量の範囲を明示した裁判例はないが、日本国籍喪失の場面に関する立法裁量を考えるうえで参考になるのが、2005年9月14日最高裁判所大法廷判決（在外邦人選挙権制限違憲訴訟）及び2022年5月25日最高裁判所大法廷判決（在外邦人国民審査権確認等請求訴訟）である。

前者において最高裁判所大法廷は、日本国民たる要件（憲法10条）と同じく「法律でこれを定める」と規定された国会議員の選挙に関する事項（憲法47条）に関して、後者においては同じく「法律でこれを定める」と規定された最高裁判所裁判官の国民審査に関する事項（憲法79条4項）に関して、国民主権の原理に基づき、主権者としての権利の行使の制約は原則として許されないとして、国会の定めた法律を違憲であると判断した。

憲法が等しく「法律でこれを定める」とする事項のうち、国政選挙権及び国民審査権についてはその行使を立法により（海外在住中という一定期間に限り）制約することは国民主権原理により原則として許されないとしながら、主権者としての地位であるとともに前記の2つの参政権の基礎であり土台であり、憲法上のすべての基本的人権保障の土台でもある日本国籍の保持を立法により制約することは国民主権原理に反さず広範な立法裁量に委ねられるとすることは、極めて不合理である。

したがって、日本国籍の喪失の場面での立法裁量は厳しく制約されるというべきである。これは憲法原理による制約の結果とみることができる。

ところが原審判決は、①日本国籍は「立法府の裁量によって付与される地位」であり、「日本国籍を離脱しない自由ないし日本国籍を保持する権利が憲法13条に

より保障されると解することは困難であるといわざるを得ない(34～35頁)、②憲法10条は「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、その文言上、日本国民たる要件についての法律の委任の範囲に限定はないから、同条が国籍の喪失について本人の意思に基づく離脱の要件のみを法律に委任するもので本人の意思に反する日本国籍の離脱や喪失を定める法律の制定が同条の委任の範囲外であると解することはできないというべきである(36頁)などとして、憲法10条の解釈を根拠に、法律による日本国籍の剥奪を広く認めた。

日本国籍の剥奪を広く認める結論が上記の2つの最高裁判所大法廷判決と整合しないことは明らかである。さらに、前章でみたとおり、憲法10条に優先される特別条項である憲法22条2項が「国籍を離脱しない自由」、換言すれば「日本国籍を保持する権利」、「日本という自由な国に留まる憲法上の権利」を保障していることに照らしても原審判決は誤りである。

本章では、原審判決が上記の結論を導く根拠とした憲法10条の解釈が誤りであることを同条の沿革及び憲法制定時の議論から確認し、同条は日本国籍剥奪を原則として禁止していると解されることを明らかにする。また、国籍剥奪に関する学説状況と米国裁判例を参照し、日本国籍剥奪に関する立法裁量が厳しく制約されることをあらためて確認する。

2 憲法10条の沿革

(1) 明治憲法18条

ア 明治憲法成立時の解説

明治憲法18条は、「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と定めていた。憲法10条はこれとほぼ同様の規定といえる。そして、明治憲法の制定に深く関わった伊藤博文の解説では、「日本臣民たるに二つの類あり。第一は出生

に因る者。第二は歸化または其の他法律の効力に依る者。」とされている（甲160（46～47頁））。

この解説からは、法律で定めるべき「日本臣民タルノ要件」として明治憲法制定時に想定されていたのは国籍の付与・取得に関するもののみであること、さらにいえば、国籍の喪失については想定されていなかったことが推測できる。

明治憲法下の憲法の通説が国籍保有の権利を認め、個人の意思に反する一方的な国籍剥奪は禁止されるとしていたことも（甲165（147頁以下）、甲166（143頁）、甲167（130頁以下））、明治憲法18条の上記の沿革をふまえたものであると考えられる。

イ 憲法10条と明治憲法18条の背景の違い

明治憲法18条と現憲法10条の規定はほぼ同様だが、両者の背景は下記の諸点で大きく異なる。

まず第1に、明治憲法18条が法律で定めるとしたのは、あくまで「日本臣民タル要件」の定めである。明治憲法下の「臣民」は「絶対ニ、無限ニ、国權ニ服従スル者ナリ」（甲16（31頁））とされ、「皇國臣民の道は、國體に淵源し、天壤無窮の皇運を扶翼し奉るにある。それは抽象的規範にあらずして、歴史的なる日常實踐の道であり、國民のあらゆる生活・活動は、すべてこれ偏へに皇基を振起し奉ることに歸するのである。」（甲161（1頁））、「天皇へ隨順奉仕するこの道が臣民の道である。」（同42頁）、「皇國臣民たるものは大御心を奉體し、粉骨碎身、臣民の道を實踐して皇恩に報い奉らねばならぬ。」（同44頁）、「實に忠は我が臣民の根本の道であり、我が國民道德の基本である。我等は、忠によつて日本臣民となり、忠に於て生命を得、こゝにすべての道德の根源を見出す。」（甲162（34頁））、「天皇の御ために身命を捧げることは、所謂自己犠牲ではなくして、小我を捨てて大いなる御稜威に生き、國民としての眞生命を發揚する所以である。」（同35頁）などとされていた。その内実

は、現憲法下の「国民」が個人として尊重され（憲法13条）、基本的人権の享有主体であるうえ（3章）、主権の存する「統治者」（前文1項、1条。外国人公務員東京都管理職選考受験訴訟の2005年1月26日最高裁判所大法廷判決）でもあるのとは決定的に異なる。

第2に、明治憲法下の法律は、議会の審議を経て成立するものではあったが、帝国議会は単に審議の場に過ぎず「立法に参する者にして主権を分つ者に非ず。法を議するの権ありて法を定むるの権なし。」（甲160（65頁））とされていた。さらに、「帝國議會ハ統治ノ機關ナリ統治ノ主體ニ非ズ」「帝國議會ハ天皇ノ統治權ヲ行フノ機關タリ、臣民ノ權利ヲ行フノ機關ニ非ズ、臣民ハ帝國議會ヲ組織スルニ於テ參與スルコトアリ、然レトモ組織セラレタル帝國議會ハ國家ノ機關ニシテ臣民ノ事務所ニ非ス、其ノ職權ハ國家ノ機關ノ職權ニシテ臣民個人ノ權利ニアラサルナリ、例セハ立法ニ參與スルハ臣民ノ權利ノ行使ニアラスシテ統治機關ノ職權ヲ行フモノナリ」（甲163（43～44頁））などとされており、その結果、「国家権力は、天皇の周囲にいる数少ない個人的助言者達の手握られ、選挙によって選ばれた、国会における国民の代表者には、立法に対し限られた範囲で監督的権限が与えられたただけであった。」（甲164（10頁（2）））。

このように、明治憲法下では立法の権限は主権者たる天皇にあり、帝国議会は臣民が参与して天皇の統治権行使のための立法を議論する場に過ぎず、明治憲法18条は、天皇に従属する「臣民」の要件を、天皇が行う立法によって定めるとするものであった。一方、現憲法10条は、主権の存する「国民」たる要件を、国民の代表者による立法で定めるとするものである。

このように、憲法10条と明治憲法18条は、両者の文言が類似しているとはいえ、その内実は天と地ほどもかけ離れている。現憲法10条の解釈にあたっては、これらの相違があることに着目すべきである。

(2) 日本国憲法制定時の議論

日本国憲法制定、すなわち明治憲法下での憲法改正に向けた帝国議会での議論をみると、「日本国民たる要件」についての政府の説明の大半は、「日本国民たる要件」は重要な事柄なので、形式上の問題として、命令ではなく法律で定めなければならないとするものであった（1946年6月26日、甲170（76頁4～5段）。同年7月2日、甲171（29頁3段））。

政府はまた、誰を日本国民として扱うかについては現状を踏襲していくが、新憲法で定められる「国籍離脱の自由」などに関して旧国籍法を改めていく必要がある、との認識を示していた（甲171（29頁4～5段））。その一方で、政府は当初、明治憲法18条のような規定を置く必要はないと考えていた。理由は、国民の範囲は法律で定めるべきことが憲法全体の組み立てから明瞭であるというものであった（甲170（76頁4～5段）、甲171（29頁3段））。

最終的に憲法10条が設けられることになったが、それは「国の基本的法制として最小限度に必要なり」として挿入されたに過ぎなかった（同年8月21日、甲172（392頁3段））。枢密院での説明においても、必要最小限度のものであり押し付け憲法であるとの批判を回避するためにGHQ草案にはなかった独自規定を設けることを意図したものである旨の説明がなされたのみであった（甲110（1000頁））。

以上のとおり、憲法10条が設けられる過程で語られたのは、誰が日本国民であるかは従前の法制を踏襲していくが、日本国籍離脱の自由の保障など新憲法との関係での調整が必要になるだろうというおおまかな見通しだけであった。

この見通しを越えて、国籍を保持する権利の存在を前提として国籍剥奪は原則として許されないとしてきた従前の制度（前記（1）ア）から、国籍を保持する権

利を否定して国籍剥奪を広く認める制度に変更するというような構想が、現憲法の制定過程で議論されることはなかった。

3 憲法制定権者であり主権の存する国民の合理的意思

(1) 憲法制定権者（国民）の合理的意思の探究の必要性

日本国憲法はその成り立ち及び内容から考えると、前文第2文及び第3文で示されているとおり、国民の信託による国政という「人類普遍の原理」を提唱したジョン・ロックらの社会契約論に源流を持つ民定憲法である（前文1項。甲173（26～27頁）、甲224（318～322））。

そこで、国家の基本を定める憲法の解釈にあたっては、憲法制定過程での政府と選良や枢密院顧問官たちとの間の議論だけでなく、憲法制定権者である国民の合理的意思が何よりも重要なものとして探究される必要がある。現憲法が憲法制定権者の合意すなわち社会契約に基づいて成立したものである以上、契約当事者である憲法制定権者の合理的意思が重視されるべきことは当然であるし、憲法制定権者の合理的意思を考慮するのは、通常立法について「立法者の合理的意思」（2008年6月4日国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決）が考慮されるのと同様、法解釈の一般的な手法だからである。

(2) 憲法制定権者の合理的意思探究の視点

憲法制定権者の合理的意思を探究するには、まず、憲法制定権者はどのような人々で、どのような状況の中で、どのような目的を持って憲法の内容を定めたのかを明らかにすることが必要である。

個別の条項に着目すると、日本国憲法は、憲法13条（個人の尊重・幸福追求権）、14条（平等原則）、19条（思想及び良心の自由）、43条（代表民主制）、41条、65条、76条（三権分立）などに現れているように、多様な個性や価値観

が共存できる自由で平等な民主的社会を目指すものであり、かつ、11条（基本的人権の不可侵性と将来世代への付与）、12条（自由及び基本的人権の保持責任）、97条（基本的人権の将来世代への信託）、98条（憲法の最高法規性）、99条（公務員の憲法尊重擁護義務）などに現れているように、憲法に基づく統治体制が世代を超えて正統性を持ち続けることを企図して制定されたものである。また、25条（生存権保障）に現れているように、憲法制定権者が特定の具体的個人の立場を離れて、自分が現実社会のどのような立場に置かれても困らない状態を確保できることを目指して、制定されたものである。

そこで、憲法制定権者の合理的意思を探究するにあたっては、日本国憲法は、（a）多様な個性や価値観を有する人たちが、（b）代表民主制への信託をとおして、（c）多様な個性や価値観の共存と、万が一自分が社会において最も望まれないような状態に置かれたとしても人生全体でみたときには最善の利益を確保できることを目指して制定されたこと、に着目するのが有益である。

以下では、上記の視点に照らして、①憲法制定権者たる国民が日本国籍を剥奪される事態を想定し甘受する合理的意思を有していたのか、②憲法制定権者たる国民にとって日本国籍剥奪の要件の定立を立法府に「信託」することが合理的といえるのかを、順に検討する。

（3） 合理的意思の検討 ①日本国籍剥奪の甘受はあり得ない

ア 甘受し難い重大な不利益

人は通常、重要な権利や地位・資格が他者により剥奪されるのを甘受しない。

日本国籍は、個人が日本国とのかかわりの中で私生活を充実させたり、経済分野及び公的分野等における社会生活を営んだりして自己実現・幸福追求を目指すうえで不可欠の地位・資格である。日本国籍を意思に反して剥奪されることは個々の日本国民にとって極めて大きな不利益であり人生に深刻で重大な影

響を及ぼす。また、日本で生まれ育ち、外国移住の自由を行使して外国に渡った人たちや将来外国に渡る可能性が皆無ではないと考える人たちにとって、日本国籍の喪失は、日本という近代国家が成立するはるか以前から先祖代々暮らしてきた土地に自由に帰ること、そして自分が生まれ育った故郷に自由に帰ることを困難あるいは不可能にするものである。かかる事態はすべての憲法制定権者にとって想定も甘受もできない重大な不利益だといえる。

したがって、自分が日本国籍の剥奪を甘受させられかねない憲法の制定に合意するのは、憲法制定権者たる国民にとって合理的な選択ではない。

イ 想定も甘受もし難い不利益変更

前述のとおり、「国民」は国家に隷属する「臣民」であるとされていた明治憲法下でさえ、国民から日本国籍を剥奪することは原則として許されないと考えられていた。新憲法の制定権者たる国民が、日本国籍剥奪に関して明治憲法下よりも不利で脆弱な状態に自らを落とすことを想定し甘受していたと考えるのは不合理である。

また、新憲法は、憲法制定権者たる国民をかつての「臣民」から「日本国の統治者」（2005年1月26日最高裁判所大法廷判決）である主権者に格上げし、かつ、基本的人権の尊重や「個人の尊重」を基本原理とするものである。新憲法の制定権者は、各人が明治憲法下の国家に隷属する立場から脱して国民主権原理及びそれに基づく代表民主制による「福利」を受ける者すなわち新憲法下の「国民」となることを当然に期待していた。そうした期待を持って「国民」となろうとする憲法制定権者が、後に自分が国権の行使を信託した代表者たちの立法行為によって日本国籍を剥奪され追放されてしまう事態が生じ得るなど、たとえ国会は国権の最高機関であるとする規定を設けたとしても、想定し甘受する意思であったとは考えられない。

さらに、基本的人権の尊重や「個人の尊重」を原理とする現憲法を制定した憲法制定権者たる国民が、基本的人権の保障や「個人の尊重」を受ける土台となる日本国籍を意思に反して奪われる事態を想定し甘受するとも考えられない。

そもそも、この重大な不利益変更を甘受するインセンティブが憲法制定権者たる国民にはない。むしろ日本国籍が剥奪される場面を一層制限し、さらには日本国籍剥奪を絶対的に禁止することに向けたインセンティブこそがあったと考えるのが自然かつ合理的である。

ウ 不平等を強いられる危険

仮に立法による国籍剥奪が可能となった場合、国際的に確立し国内的にも認められていた無国籍防止の要請により、日本国籍剥奪の対象は、外国籍を現に有するか無国籍になることなく外国籍を取得できる日本国民のみに限られることになる。

一方、憲法制定権者である日本国民は、誰しも、たとえ自分が今は日本国籍以外の国籍を有しないとしても将来何らかの必要に迫られ外国籍を取得したり何らかの偶然により外国籍を付与されたりする状況に置かれる可能性を完全には排除できない。その可能性が現実化してしまえば誰でも、外国籍を持たない他の日本国民にはなされない日本国籍剥奪の対象に含まれることになる。すなわち、日本国籍の保持に関して不平等な扱いを受ける危険が生じる。

平等原則（憲法14条1項）を定めた憲法制定権者たる国民にとって、そのような不平等な扱いを受ける危険の発生可能性を想定した場合の合理的対処は、日本国籍を意思に反して奪われることなく保持できる権利について自分が不平等かつ不利益に扱われる可能性を排除すること、すなわち日本国籍の剥奪を認めないことである。

エ 小結

以上のいずれの観点からも、日本国籍を剥奪されることを想定し甘受することが現憲法の制定権者たる国民の合理的意思であるとは考えられない。

(4) 合理的意思の検討 ②国籍剥奪立法の「信託」「委任」はあり得ない

ア 信託による国政の思想の下での国民と国会の関係性

憲法制定権者たる国民は、信託による国政を実現するための国会及び国会議員の責務について、全国民の代表者として、現在及び将来の全国民の「福利」のために、与えられた権限を行使すべきことを定めた（憲法前文1項、11条、41条1項、97条。甲173（26～27頁）参照）。

また、憲法制定権者たる国民は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」（憲法98条1項）とし、また、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」（99条）として、国会による立法及び国会議員の行動に制約を課した。すなわち、国会及び国会議員は、国民の「信託」を受けた受託者であるが、その権限は憲法によって制約されており、全権委任を受けた機関ではない⁹。

現憲法が前提とする国民と国会のかかる関係性を前提に、以下では、憲法制定権者たる国民にとって日本国籍剥奪の要件の定立を国会に信託することが合理的かを、検討する。

⁹ 憲法のこのような構造には、社会契約に基づく国家は「それを構成している個々人からのみ成るものであるから、彼らの利益に反する利益を持っていないし、また、持つこともできない。」としたルソーの思想が受け継がれている（ルソー、社会契約論（第1編 第7章 主権者について）、桑原武夫、前川貞次郎訳、岩波文庫）。

イ 受託者たる国会の役割・性質から生じる限界

(ア) 「信託」の受託者に過ぎない

国会と国民の関係は、選挙を通じた「信託」に基づく（憲法前文1項）。それゆえ両者の関係は、国会は国家権限行使の“受託者”、国民は国家権限行使の“委託者兼受益者”であるとみることができる。

そうすると国会が日本国籍剥奪の要件を定立することは、“受託者”が“委託者兼受益者”の地位を剥奪する要件を定めることであり、「信託」の目的に本質的に反する。

したがって、憲法制定権者たる個々の国民にとって日本国籍剥奪の要件の定立を国会に信託することは合理的でない。

(イ) 多数決原理の働く場である

憲法は、国会による立法は選挙で選出された国会議員による多数決（議員の3分の1を定足数とした出席議員の単純過半数（憲法56条））でなされるべきことを定めている（憲法59条）。そのため、国会が少数者を含む国民すべての意思や利害を適切に反映し調整した立法をなすかどうかは不確実である。

そして、憲法制定権者たる個々の国民の視点に立って合理的に思考すれば、誰であれ自分が常に多数者の側にいつづけられるという確信を持つことはできない。そのため憲法制定権者たる個々の国民の合理的意思は、個人の基本的人権保障の土台を根こそぎ失わせる日本国籍剥奪の要件の定立を多数決原理で物事を決する機関に託すのは避ける、というものにならざるを得ない。

したがって、憲法制定権者たる個々の国民にとって日本国籍剥奪の要件の定立を国会に信託することは合理的でない。

(ウ) 情報収集・分析能力に限界がある

国会の調査能力は万能ではない。その構成員である国会議員の情報収集・分析・議論に関する能力も、やはり完璧とは限らない。国会内の政治的対立の影響のために十分な調査が実施できない場合も想定される。

そのため、国会の把握する情報の不足や国会議員の想像力の欠如によって、国会の判断が国民すべての利害を適切に反映するものにならなかったり、現実あるいは潜在的に存在する国民のニーズ（たとえば日本国籍を失わずに居住国の外国籍を取得するという在外邦人の切実な要請など。甲32（1頁）、甲30（117頁）、甲83参照）が看過されあるいは無視されたりして、憲法制定権者たる国民が確保しようとした「福利」が損なわれる危険性が常にある。

国会に日本国籍剥奪の要件定立を委任した場合も当然この危険は回避できず、しかもその危険が現実化して日本国籍が剥奪された場合に個々の国民が受ける被害は甚大で回復が不能である（上告人7と8の確認の利益を認めた原審判決25～31頁参照）。

したがって、この観点からも、憲法制定権者たる個々の国民にとって日本国籍剥奪の要件の定立を国会に信託することは合理的でない。

ウ 小結

以上のとおり、現憲法の制定権者たる国民の合理的意思は、日本国籍の剥奪を想定し甘受するものではなく、かつ、日本国籍剥奪を立法で可能にするものではなかった、と解される。

仮にもし日本国籍の剥奪が憲法制定権者によって受け容れられる余地があるとなれば、それは、憲法制定権者である国民によって制定された憲法の目的、すなわち「個人の尊重」と基本的人権尊重などの憲法制定の目的そのものを破壊する行為を確信犯的に行いつづけた者の日本国籍を、無国籍が生じないことを条件に剥奪する場合くらいであろう。

4 現憲法下の国籍に関する権利は前国家的権利であること

原審判決が憲法制定権者の合理的意思を上記のように解さなかった背景には、国籍は国家が創設されて初めて生じるものであるから国家がどのように扱うのも自由である、とする思考があるのかもしれない。しかし、そのような発想は、明治憲法下ではともかく、現在の日本国憲法下では許されない。

というのは、明治憲法は、天皇を統治権者とする“国家”の必要のために天皇が臣民に与えた欽定憲法であり、国民(臣民)の関与のもとに制定される協約憲法(君主と臣民との協約による憲法)や民定憲法(社会契約に基づく憲法)ではない(甲166(72~73頁、100頁))。その根底にある国家観、“国家”と“臣民(国民)”の関係は、天皇を統治権者とする“国家”の中樞が“臣民(国民)”の意思や希望とは関わりなく定めた“国家”の目的のために、“国家”が“臣民(国民)”を支配し使役するというものである。換言すれば、国家と臣民(国民)は、封建社会における支配者と被支配者と同様で、相互に“他者”として切り分けてみる事が可能な関係にあり、そこでの「国籍」の主要な役割とは、“国家(その実態は、権力を握った少数者)”が“臣民(国民)”を支配するための方便、あるいは“国家”が支配できる人的範囲を画することであった。このような政治体制の下では、国籍は後国家的なものであり、国家が裁量で自由に扱えると考えられても不思議ではない。

一方、現憲法は、その制定過程、内容及び形式が示すとおり、主権者たる国民が社会契約によって制定した民定憲法である。現憲法を制定したのは「国民」であるから、論理的には、現憲法制定時点において「国民」は既に存在しており、現憲法制定以前に存在する、前憲法的あるいは超憲法的な存在として、「国民」の存在が想定されているというべきであって、その前憲法的あるいは超憲法的な「国民」の

範囲を法律で裁量的に決めるというのは、論理的に成り立たない（甲227（46頁）、甲228（88～89頁））。

このことを高橋和之は、さらに噛み砕いて、「憲法が想定する「国民」は、国籍を持つ憲法上の権利を持っている。憲法以前の「国民」というのは英語ではピープルであって、社会契約論のストーリーから言えば、ピープルが社会契約により国家を作り、憲法制定権者として憲法を制定した、憲法以前にピープルがいて、その人たちが憲法を作ったわけですから、国民主権の主体、憲法制定の主体としての国民というのは、少なくとも憲法上の存在としてあるわけで、それを法律によって自由に決めてよいという論理にはならない。」と説明している（甲227（47頁））。

つまり、現憲法下の国民は、明治憲法下の国民とは異なり「前国家的な国民」あるいは「超国家的な国民」として「(日本)国籍を持つ憲法上の権利を持っている」。そして、人権が憲法により保障されたものであり、国民はその当然の主体であるとするならば、憲法の下位にある法律が国民の範囲を自由に定めうると考えることはできない。人権が憲法により与えられたものではなく、論理上は憲法に先行するものであるとするならばなおさらそうであり、論理上は国民の範囲は「社会構成員」として憲法以前に定まっていると想定しなければならない。その「社会構成員」は憲法制定により天皇・皇族と国民に分離されるどころ、憲法10条のいう国民とはこの段階の国民であり、憲法10条がそのような国民の範囲を法律で定めるとしたのは、自由に定めうるとする趣旨ではなく、論理上法律制定以前に想定されている国民（憲法上の国民）をいわば確認するという趣旨であると解するのが論理的である（甲228（89頁））。そしてこのように解することは、憲法10条が設けられたのは、必要最小限度のものであり押し付け憲法であるとの批判を回避するためにGHQ草案にはなかった独自規定を設けることを意図したためであり（甲110（1000頁））、法律に広範な立法裁量を与えるという議論はなされなかった、という沿革と整合的である。

同様の結論は、松井茂記も本書面第7章2(2)イで引用した箇所、憲法が定めた政治参加のプロセスに着目し導いている(甲66(138~139頁))。

このように、現憲法における「国民」は、「前国家的な国民」あるいは「超国家的な国民」として想定されているのであって、日本国籍を持つ憲法上の権利、すなわち日本国籍を保持する憲法上の権利を当然に有している。したがって、原審判決がその権利を後国家的なものとして立法裁量により容易に奪えると考えたのであれば、その解釈は現憲法の理解として根本的に誤りである。

5 憲法学説とアフロイム対ラスク事件

(1) 憲法学説の状況

憲法10条に関する憲法学者の見解で日本国籍剥奪の立法裁量について論じたものとして、松井茂記(甲66、甲214)、宍戸常寿(甲69)、長谷部恭男(甲72)、近藤敦(甲158、甲213、甲214)がある。いずれも日本国籍剥奪は厳しく制約されるとするものである。一方、日本国籍剥奪に関する立法裁量を広く認める見解は、上告人弁護団の調査した範囲では皆無であった。

(2) アフロイム対ラスク事件判決ほか(ウォレン・コート)

上記の文献のうち長谷部と近藤が参照し、長谷部がその立場を原則とすべきとするのが、*Afroyim v. Rusk* 387 U.S.253,267(1967)(アフロイム対ラスク事件、甲67の2)の米国連邦最高裁判決である(甲72(45頁)、甲235(61~62頁))。この事件では、米国の議会に市民権を失わせる立法をする権限があるか否かが争われ、連邦最高裁はこれを否定した。同判決については控訴審における最初の準備書面でも紹介したが、本件との共通点が多く参考にすべきと考えるので、あらためて紹介しておく。

事件の内容は、米国に帰化した Beys Afroyim がイスラエルの選挙で投票したところ、米国政府はその投票行為を理由として同氏の米国市民権を剥奪しようとし、その剥奪の可否が争われたというものである。米国市民権剥奪の根拠は、1940年国籍法の市民権剥奪条項であった。

もともと米国では、国家の構成員ルールを設定する権限は、連邦議会が有する絶対的権限と位置づけられてきた(絶対的権限の法理。甲175(13頁、17頁))。アフロイム対ラスク事件判決も絶対的権限の法理を否定するものではないが、法廷意見は、市民権(国籍)を剥奪する立法をなすことは議会の権限に属するものではないとして、次のように判示した。

「合衆国市民権は、決して、軽い些事ではないのであって、合衆国市民権は、連邦議会が、一般的に、あるいは黙示的に授権された権限の名の下に、いつ何時に権限を行使したとしても、危険に晒されるべきではない。いくつかの例では、合衆国市民権の喪失は、本国(country)を持たない人間として、市民権による保護がないまま、世界のあらゆる国に放り投げられることを意味する。この国(this Nation)における市民権は、協働しながら遂行する事業(cooperative affair)の一部である。市民(団)(its citizenry)こそが国家(the country)であり、国家(the country)とはその市民(団)(its citizenry)である。我々の自由な政府(free government)の本質は、一時的に公職に就任中のある市民集団が他の市民集団の市民権を奪うことができるという法原則(a rule of law)とは、まったく調和しない。第14条修正は、この国(this Nation)のすべての市民を、宗教的信条、肌の色、人種にかかわらず、連邦議会による強制的な市民権剥奪から保護するために設けられ、かつ、実際に保護していると我々は判示する。我々の判示は、この市民に対して、彼自身の権利である、彼が自由意思で

その市民権を放棄しない限り自由な国家の市民としてありつづけるとい
う憲法上の権利を、付与する以上のものではない。」（甲67の2。下線は
上告人代理人による。）

この判示部分の趣旨は、「主流派が、特定の人々を、合衆国の構成員であっても、合衆国構成員に相応しくないと判断した場合、主流派が、自らの権限を行使して、合衆国市民権に付着する権利を否定すること」の否定である（甲176（86頁））。そこに示されているのは、主権者たる全市民（国民）の協働により遂行される民主主義においては「一時的に公職に就任中のある市民集団が他の市民集団の市民権を奪う」ことは許されない、それゆえ議会には市民権（国籍）を剥奪する立法を制定する権限はない、という論理である。

アフロイム対ラスク事件と本件の共通点として、国家の構成員ルールに関する議会の権限が問題とされたこと、そして、米国も日本も主権在民の代表民主制国家であり、国家の本質が国民による“協働の事業”であることが挙げられる。日米両国のこれらの共通点に鑑みれば、長谷部の上記見解は説得的である。アフロイム対ラスク事件判決は本件において重要な外国判例として参照されるべきである。

なお、アフロイム対ラスク事件判決を執筆したウォレン判事は、別の事件の判決で、下記の意見を執筆している（甲176（87～89頁））。

「（市民権を剥奪することは身体に対する侵害ではなく、）組織化された社会における個人が有する地位の全体的な破壊である。市民権を剥奪することは、拷問よりも原始的な刑罰の形態である。なぜならば、それは、その刑罰を受ける個人にとって、何世紀もかけて発展した政治的存在を破壊するからである。この刑罰は、合衆国市民権という、国家的政治共同体

及び国際的政治共同体における地位を剥奪する。」(Trop v. Dules, 366 U.S. 86(1958))

「市民権は、人の基本的な権利だからである。なぜならばそれは、諸権利を持つための権利だからである。」(Perez v. Brownell, 356 U.S. 44(1958))

市民権(国籍)の剥奪は「組織化された社会における個人が有する地位の全体的な破壊」であり「拷問よりも原始的な刑罰の形態」であって、「個人にとって、何世紀もかけて発展した政治的存在を破壊する」ものであるとの指摘、そして、市民権(国籍)は「人の基本的な権利」であって「諸権利を持つための権利」であるとする指摘は、いずれも現代世界における国籍の重要性を的確に表現するものである。

これらの指摘もまた、日本国籍剥奪に関する法律の憲法適合性を審査するにあたって参照されるべきである。

6 小括

以上みてきたとおり、①明治憲法下では、一旦付与された国籍を保持する権利があり本人の意思に反して国籍を剥奪することは原則として許されないと考えられており、②新憲法制定過程において、国籍を保持する権利や国籍剥奪に関して従来の立場とは異なる制度を設けるという議論はなかった。③むしろ従前の制度の存続を前提として、憲法10条及び22条2項が創設された。そして、④憲法制定権者たる国民の合理的意思は、新憲法下では国籍剥奪は許されないとすること、及び立法府の裁量の範囲に国籍剥奪の要件定立を含めないことにあった。このことは憲法11条及び憲法97条が示すところである。さらに、⑤仮に国籍剥奪が許容される場合が想定できるとしても、「個人の尊重」と基本的人権尊重などの憲法制定の目的そのものを破壊する行為を確信犯的に行い続けた場合の

日本国籍剥奪といった極限的な場合に限られると解される。憲法10条に関する憲法学者の見解も、日本国籍剥奪は厳しく制約されるとするものばかりであった。

これらを総合考慮すると、憲法10条の立法裁量の範囲には、米国の場合と同様、国籍を剥奪する立法は含まれないと考えるのが自然である。この場合、憲法10条は、日本国籍の剥奪は許されないということを当然の前提としており、国籍の「喪失」については本人の真意に基づく離脱（憲法22条2項）の要件のみ（たとえば離脱が認められる年齢をパターンリスティックな観点から成年者に限るとか（ブラジルの例について228（555～56頁）参照）、離脱のための手続要件を定めることなど。）を法律で定めることとなる。

仮に、憲法制定権者たる国民の合理的意思が法律による日本国籍剥奪の可能性を留保するものであるとしても、その可能性に対して憲法諸原理からの制約があることは本書面第7章で述べたとおりである。

第10 憲法31条と日本国籍剥奪

現憲法下での日本国籍は、「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（2008年6月4日最高裁判所大法廷判決（国籍法3条1項違憲判決））。その剥奪にあたっては、単なる財産権の没収の場合以上に適正手続が保障されなくてはならない（憲法31条、13条）。

この点については、第三者所有物没収事件の1962年11月28日最高裁判所大法廷判決を参照すべきである。同判決は、「第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。けだし、憲法二九条一項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同三一条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである。」とした。

これは関税法に基づく財産の没収にあたって所有者に告知、弁解、防禦の機会を与えないことは適正手続保障（憲法31条）に反するとしたものであるが、単なる財産権についてさえ法律による没収（喪失）には告知、弁解、防禦の機会が必要とされるのに、主権者としての資格であり財産権にとどまらぬすべての基本的人権の保障の土台となる日本国籍を法律により剥奪する（喪失させる）際には告知、弁解、防禦の機会は不要であるとするのははなはだしく不均衡である。国籍の剥奪が「組

織化された社会における個人が有する地位の全体的な破壊」であり「拷問よりも原始的な刑罰の形態」であって、「その刑罰を受ける個人にとって、何世紀もかけて発展した政治的存在を破壊する」ものであると評されるほど重大な意味を有することからも、手続保障は不可欠である（甲176（87～89頁））。

したがって、国籍法11条1項のように“法律が日本国籍喪失事由として定めた行為”がなされたことを根拠として日本国籍を喪失させようとする場合にも、告知、弁解、防禦の機会が保障されなくてはならない。

日本国籍喪失の場面において適正手続保障が必要なことは被上告人も認識しており、このことは1984年の国籍法改正時に、当初の改正案では複数国籍者は所定の年齢に達するまでに外国籍を放棄し日本国籍を選択する旨の宣言をしなければ“当然に”日本国籍を失うとされていたが、それが修正されて、被上告人からの“選択の催告”がなされてもなお日本国籍の選択を宣言しない場合に限り日本国籍を失うという案（現15条）に変更された理由が、「法律の不知」により日本国籍が喪失させられてしまう事態を避けるためであったこと、に現れている（甲153（4～5頁））。

日本国籍喪失の場面において告知、弁解、防禦の機会を設けることは、憲法31条及び13条に基づく適正手続保障の要請であると同時に、次の第12章3で詳説する「無国籍に関する第5ガイドライン」（国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）、甲159の2）の要請でもある。適正手続保障があるか否かの判断にあたっては、同ガイドラインの定める基準が国際慣習法の内容であるとして参照されるべきである。

第11 日本国籍を剥奪する法律の違憲審査基準

1 日本国籍剥奪は立法裁量の範囲外と解する場合の審査基準

(1) 日本国籍を剥奪する法律は違憲となる

以上みてきたとおり、日本国籍の剥奪は憲法10条の立法裁量の範囲外と解し得る（本書面第9章3（4）ウ）。このように解する場合、日本国籍を剥奪する法律は憲法10条の立法裁量の範囲を逸脱しており、違憲無効である。

(2) 日本国籍を剥奪する法律か否かを判断する際の留意点

問題とされている法律が日本国籍を剥奪するものかどうかは条文からは一見明らかではない場合、その判断にあたっては下記の視点を用いるのが有益である。

ア 視点1 適用による効果

まず、たとえ日本国籍の喪失の要件を定める法律に「剥奪」を意味する文言が明示的には用いられていないとしても、その法律の適用によって本人の意思にかかわらず、あるいは本人の意思に反して、日本国籍が喪失させられる事態が生じるのであれば、その法律は日本国籍を剥奪する法律である。

イ 視点2 ヴァンス対テラザス事件判決

法律により日本国籍喪失事由として定められた行為がなされたことを根拠として、いわばその反射的效果として日本国籍を喪失させる法律は、その行為をした者が日本国籍を離脱するという“真実の意図”を有していない場合には日本国籍を剥奪する法律として機能する。このような法律は、その行為者に日本国籍を離脱する“真実の意図”があったことを日本政府が証明したときに限り日本国籍喪失の効果が生じるという条文解釈が不可能なら、日本国籍を剥奪する法律とみるべきである。

この点で参考になるのが、ヴァンス対テラザス事件の米国連邦最高裁判所判決（*Vance v. Terrazas*, 444 U.S. 252 (1980)。甲62の2）である。この事件では、メキシコと米国の二重国籍者の **Laurence Terrazas** が、メキシコの大学に入学するため22歳でメキシコ国籍の証明を求め、その過程で、米国市民権の放棄等を宣誓する書面をメキシコ政府に提出したところ、同人に米国国籍を放棄する真意があったといえる否かが争われたものである。米国連邦最高裁判所は、下記の判断を示した。

「1 （合衆国）市民権の喪失を確立するうえで、政府は、外国国家への忠誠を誓うなどの国籍離脱行為が自発的に遂行されたことだけではなく、合衆国市民権を放棄する意図を証明しなければならない。議会は、市民権を放棄する意図を意味する彼の「同意」なしに、その意図が言葉によって表明されているか彼の行動から公正に推認されるものであるかにかかわらず、アメリカの市民権を奪い去る一般的な権限を持っていない。§ 349 (a) に明記されている国籍離脱行為を、市民の不可欠な自発的同意の決定的証拠として扱うことはできない。最終的に、事実認定者は、その市民が法定の国籍離脱行為を自主的に行っただけでなく市民権の放棄をも意図していたとの結論に至らなければならない。」（甲62の2）

この判決は、議会は米国市民権を剥奪する権限を持たないとしたアフロイム対ラスク事件判決（本書面第9章5（2））を前提に、議会権限に基づく立法内容よりも個人の“真実の意図”を重視し、たとえ個人が市民権を放棄すると言言葉によって表明していたり、市民権を放棄する意思を推認させる行動をしたりしていても、それらが市民権を放棄する“真実の意図”があつてなされたのだというこ

とを国家が証明しない限り、市民権は奪われないとしたものである¹⁰。その前提にはさらに、ニシカワ対ダレス事件判決（Nishikawa v. Dulles, 356 U.S. 129 (1958)）で、合衆国市民権の放棄を示す行為が自発的に行われたかどうかは、「明確で、説得力を持ち、絶対的な証拠（clear, convincing and equivocal evidence）」によって判断するとされ、かつ、証明責任は合衆国側にあると判示されていたこともある（甲176（90頁））。

日本国籍の剥奪を憲法が許容しないという前提に立つ場合、法律により日本国籍喪失事由として定められた行為がなされたことを根拠として日本国籍を喪失させる法律は、ヴァンス対テラザス事件判決と同様に、その行為者に日本国籍を離脱する“真実の意図”があったことを日本政府が証明したときに限り日本国籍喪失の効果が生じると解釈される必要がある。

それゆえ、かかる条文解釈が不可能な場合、当該法律は日本国籍を剥奪する法律であり、違憲無効となる。

2 日本国籍剥奪も立法裁量の範囲内と解する場合の審査基準（その1）

憲法22条2項及び13条、憲法原理による制約

仮に日本国籍の剥奪も憲法10条の立法裁量の範囲に含まれると解するとしても、①その立法裁量は、憲法22条2項と結びついた憲法13条が保障する「国籍を離脱しない自由」によって厳しく制約される（本書面第8章）。また、仮に憲法22条2項は「国籍を離脱しない自由」を保障しないと解したとしても、②本人の意思に反して日本国籍を剥奪する法律は、国民主権原理、基本的人権尊重原理及び「個人の尊重」原理によって、やはり厳しく制約される（本書面第7章）。

日本国籍を剥奪する法律の制約根拠が上記①または②のいずれであったとしても、その違憲審査にあたっては、その法律の立法目的実現によって得られる利益と

¹⁰ この判断は6年後の1986年移民法に反映された（甲234（62頁）参照）。

「日本国籍剥奪がもたらす被害」とを適切に比較衡量する違憲審査基準が用いられなくてはならない。そして、日本国籍剥奪がもたらす被害の甚大さにかんがみれば、一つひとつの基本的人権や自由を侵害する法律の違憲性を審査する場合に比して、はるかに厳しい審査基準が用いられなくてはならない。

ここで参照すべき先例が、前掲の在外邦人選挙権制限違憲訴訟の2005年9月14日最高裁判所大法廷判決である。同判決は、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙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」とした。この判決をふまえるなら、単に選挙権及びその行使を海外在住期間中に限って制限するに止まらず、それら権利の根源である主権者たる地位を永続的に失わせる日本国籍の剥奪については、同判決以上に厳しい違憲審査基準が用いられなくてはならない。また、基本的人権尊重原理の観点からも、単に選挙権及びその行使を一時的に制限するに止まらず日本国籍に結び付いた諸人権、権利及び自由とそれらの保障を包括的かつ全面的に失わせる日本国籍の剥奪については、同判決と同等かそれよりも厳しい違憲審査基準が用いられなくてはならない。そして同判決の福田博裁判官補足意見が、「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」と述べていることが留意されるべきである。

具体的には、上記最高裁判所大法廷判決の判示にならい、特別に国家の安全や国益を脅かす場合は別として、一般に、日本国民の日本国籍を意思に反して剥奪することは原則として許されず、日本国籍を剥奪するためには、日本国籍を剥奪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（甲235（63頁））。より精緻な基準を立てるなら、「やむにやまれぬ政府利益を達

成するために必要不可欠な場合でなければ許されない」とすべきである（甲214（344頁）、甲235（63頁））。

ここでいう「やむにやまれない」とは、米国で違憲審査基準を論ずるにあたって用いられた“**compelling**”の訳語で、原語は、誰もが受け入れざるを得ないほどに強力で説得力のある理由あるいは主張であることを示す場合に用いられるものである（Cambridge University Press, Cambridge Dictionary）。米国や日本のような主権在民の立憲主義国家における「やむにやまれぬ政府利益」とは、主権者である国民の誰もが、憲法に立脚した政府を創設した目的に照らして、当該利益のためであれば問題となっている権利等の制約を受け入れざるを得ないと認めるほどに強力な理由がある場合にのみ、肯定される。

次に、手段が必要不可欠でなければならないとは、手段が目的とほとんど完全に適合していなければならない、過大包摂も過小包摂も許されないことを意味する（甲68（189～191頁）参照）。また、適正手続保障（憲法31条、13条）の要請として、国籍を剥奪されることになった原因は何か、国籍剥奪を正当化できる根拠があるか、立法目的を達成するための最小限の手段が取られているかなどについて、「公正な聴聞」の機会（告知、弁解、防禦の機会）が保障されることが不可欠とすべきである（「無国籍に関する第5ガイドライン」パラグラフ111。甲159の1、甲159の2）。

そして、日本国籍を剥奪する法律には合憲性の推定は働かず、むしろ裁判所は法律を違憲と推定し、政府の側で上記の厳しい基準を満たすことを証明できない限り、これを違憲と結論づけるべきである（甲66（139頁）参照）。

3 日本国籍剥奪も立法裁量の範囲内と解する場合の審査基準（その2）

国際慣習法（専断的な国籍剥奪の禁止原則）による制約

（1） 専断的な国籍剥奪の禁止（世界人権宣言15条2項）

仮に、憲法10条の立法裁量の範囲に日本国籍の剥奪が含まれるとしたうえで前記2で提示した違憲審査基準が用いられないとする場合、日本政府には、国際慣習法である専断的な国籍剥奪（「恣意的な国籍剥奪」）¹¹の禁止原則（世界人権宣言15条2項）に則った立法をする憲法上の義務があるから（憲法98条2項。甲235（70頁））、国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）の専断的な国籍剥奪の禁止のためのガイドライン（甲159の2）に沿った審査基準が採用されるべきである。このガイドラインは、国籍法11条1項の適用場面のように、国籍の喪失・剥奪が法律の定めによって自動的に生じる場合はもちろん、国籍の喪失・剥奪の結果として無国籍にならない場合にも適用されるものである（脚注88、パラグラフ95）。

したがって、日本国籍を剥奪する法律は、上記ガイドラインが示す3つの要件、すなわち、①国籍の取り上げが法律で定められたことに適合していること（パラグラフ92、93）、②正当な目的を達成するための最も侵害的でない手段であること（パラグラフ94～96）、③適正な手続に従うこと（パラグラフ97～105）、のすべてを満たす必要がある。

このガイドラインに沿って違憲審査すべきことは、条約及び国際慣習法を誠実に遵守する義務を定める憲法98条2項は、GHQ草案にはなく、日本側すなわち憲法制定権者側の発案で設けられた条項であり、国際慣習法等の誠実遵守は現憲法が被上告人に課した最重要の責務といえることから根拠づけられる

¹¹ 「国籍剥奪」を形容するものとして英語原文で用いられている“Arbitrary”は、「自由裁量による；勝手な、気まぐれの、恣意的（専断的）な [数] 任意の、不定の 《法の支配によらずに》 専断的な、専横な」と訳される語である（リーダーズ英和辞典第3版 株式会社研究社）。宮崎繁樹も「専断的」と訳している（甲112（40頁））。

ほか、次の(2)で示す世界人権宣言に対する被上告人の姿勢及び日本国籍の権利性に関する国会での政府答弁からも根拠づけられる。

(2) 現憲法下での日本政府の姿勢及び政府答弁

ア サンフランシスコ講和条約と世界人権宣言

日本政府は、サンフランシスコ講和条約（1951年9月8日調印、1952年4月28日発効）の前文において、「世界人権宣言の目的を実現するために努力」する意思を宣言した¹²。

世界人権宣言は、全人類の人権保障を目的とするもので、同宣言で掲げられた権利や自由は、「すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準」として公布されたものである（同宣言前文）。そして同宣言15条2項は、「何人も、ほしいままに（専断的に）その国籍を奪われ、又はその国籍を変更する権利を否認されることはない。」として、「専断的（恣意的）に国籍を剥奪されない権利」の保障を掲げている。それゆえ日本政府は、サンフランシスコ講和条約調印時に「世界人権宣言の目的を実現するために努力」する意思を宣言したことによって、「専断的に国籍を剥奪されない権利」を保障していくという国家意思を明確にし、遅くともこの時までには、専断的に日本国籍を剥奪する立法が憲法10条の立法裁量の範囲から除外されること、つまり禁止されることを明示したというべきである（憲法98条2項）。

¹² サンフランシスコ講和条約前文「連合国及び日本国は、両者の関係が、今後、共通の福祉を増進し且つ国際の平和及び安全を維持するために主権を有する対等のものとして友好的な連携の下に協力する国家の間でなければならぬことを決意し、よって、両者の間の戦争状態の存在の結果として今なお未決である問題を解決する平和条約を締結することを希望するので、日本国としては、国際連合への加盟を申請し且つあらゆる場合に国際連合憲章の原則を遵守し、世界人権宣言の目的を実現するために努力し、国際連合憲章第五十五条及び第五十六条に定められ且つ既に降伏後の日本国の法制によって作られはじめた安定及び福祉の条件を日本国内に創造するために努力し、並びに公私の貿易及び通商において国際的に承認された公正な慣行に従う意思を宣言するので、連合国は、前項に掲げた日本国の意思を歓迎するので、よって、連合国及び日本国は、この平和条約を締結することに決定し、これに応じて下名の全権委員を任命した。これらの全権委員は、その全権委任状を示し、それが良好妥当であると認められた後、次の規定を協定した。」

イ 1984（昭和59）年の国会での政府答弁

日本政府の政府委員は、1984年の国籍法改正に向けた国会答弁で、国籍を新たに付与される場合と対比して、「国籍が権利であるかという点につきましては、一たん与えられました国籍がその国の主権によって恣意的に奪われるということがあってはならないという意味では権利だろうと思います。ただ、取得の問題として考えた場合に権利かという、私どもはそうではないというふうに考えております。」（甲89（4頁第3段））と説明したほか、「国籍を持つ権利と申しますのは、現にその国の国民であるという者、すなわち先ほどの概念で申し上げますと、国家の構成員であるという地位に既に立っている者を、その構成員でなくなす<原文ママ>ということにつきましては、ほしいうちに自分の持っている国籍を奪われないという意味では一つのはっきりした権利といえようかと思えます。」（甲24（3頁4段））として、日本国籍を専断的に（ほしいうちに）奪われないことの権利性を明確に認めた。

同委員はまた、改正国籍法の基本方針として、「我が国の国籍法におきましては、日本の国籍をっておる者について、本人の意思なしに日本の国籍を失わせるという規定は設けておりません。したがって、一たん日本国民である以上は、これはほしいうちにと申しますか、恣意的に奪うということはないのが原則だとい申しますか、そういうことが規定を置いていないところから出てくるのではないかという考えで申します。」として、日本国籍を専断的に（ほしいうちに）剥奪しないのが国籍法の原則であると説明した（甲24（4頁2段））。

政府委員のこれらの説明は、被上告人も日本国籍が専断的に剥奪されてはならないという立場を公式に維持してきたことを示すものである。

ウ 小括

以上の歴史的経緯をふまえると、日本国籍を剥奪する法律は、上記「専断的（恣意的）な国籍剥奪」を防止するためのガイドラインが示す3つの要件を満たさない場合、違憲無効となると解すべきである。

学説でも、木棚照一（甲156）、国友明彦（甲222）、高佐智美（甲210）は、専断的（恣意的）な国籍剥奪禁止のガイドラインなど国際人権法に基づいた審査を提唱している。

この点について被上告人は、①上記ガイドラインは、「各国政府等が無国籍の問題に対応する際の「解釈の法的指針」であり、拘束力のない国際文書の一つである。」、②「例えば、1997年ヨーロッパ国籍条約は、世界人権宣言15条2項に倣って、同条約4条cで「何人もほしいままにその国籍を奪われない」と規定するとともに、同条約7条1項aは、国内法により法律上当然に国籍を喪失する旨の規定を設けてよい場合として、「任意の外国籍取得」を挙げていることから、国際慣習法上も、国内法により、任意の外国籍取得によって原国籍を喪失することは、専断的な国籍剥奪に当たらないと理解されていることが明らかである。」と主張している（被控訴人準備書面（1）24～25頁）。

しかし、まず上記①に関していうと、上告人らは、上記ガイドラインが法的拘束力を有するか否かに関する被上告人の認識にかかわらず、（A）専断的な国籍剥奪の禁止（世界人権宣言15条2項）が国際慣習法であること、（B）日本政府は確立した国際法規すなわち国際慣習法を遵守する義務を負うこと（憲法98条2項）、（C）専断的な国籍剥奪の禁止は明治憲法下の憲法学界の通説であったこと、（D）サンフランシスコ講和条約において日本政府は世界人権宣言の目的を実現するために努力すると宣言したこと、（E）国会答弁において被上告人の政府委員が、日本国籍はほしいままに奪われないこと、及び恣意的（専断的）な日本国籍の剥奪はしないのが原則である旨を述べていたこと、（F）上記

ガイドラインは国際慣習法たる専断的な国籍剥奪の禁止（世界人権宣言15条2項）の内容を具体化したものであることから、国籍法11条1項も上記ガイドラインの制約を受けると主張するものである。

そして、上記②については、1997年にヨーロッパ国籍条約が採択された後23年を経て作成・公表された上記ガイドラインは、その間の国際的な人権法の発展をふまえたもので、ヨーロッパ国籍条約が否定していない“任意の外国籍取得によって原国籍を喪失することを定める法律”についても適用されるものとして作成された国連文書である（脚注88、パラグラフ95）。

したがって、上記①は上告人らの主張に対する反論として成り立っておらず、かつ、上記②の主張は誤りである。

4 原審判決の審査基準の誤り

ところで原審判決は、日本国籍の喪失にかかる法律の違憲審査基準について、国籍法10条が「国籍の得喪に関する要件の定めを立法府の裁量判断に委ねていることからすれば、国籍の喪失を定める立法については、当該立法に係る立法目的及びその目的を達成する手段が合理的である場合には、立法府の裁量の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものということはできない」としたうえで（36頁）、国籍法11条1項の目的達成手段の合理性について、「重国籍を可能な限り防止しつつ、国籍変更の自由を保障するという観点からは、志望による外国籍の取得に伴って当然に日本国籍を喪失させることは相当な方法であるといえるから、国籍法11条1項は立法目的を達成する手段として合理的であるといえることができる。」とした（40～41頁）。これは目的からみて「相当な方法」なので手段として合理的であると述べたものであり、その相当性の判断にあたって日本国籍を剥奪される個人の不利益や代替手段の有無などが考慮された形跡は皆無である。すなわ

ち、原審判決の判断枠組みにおける「目的達成手段が合理的か否か」の判断基準の具体的内容は、「目的の達成に向けて効果的な手段か否か」、というものである。

しかし、このような判断基準によるときは、目的達成のために実効性のある手段でさえあれば「合理的である」と評価されることになり、その手段によってどのような利益が失われるか、それがその手段によって達成しようとする目的と均衡が取れているのか、あるいはその手段は過剰ではないか、といった点はすべて考慮の対象外となって、憲法適合性とは無関係な事情となる。本件に即していえば、喪失する日本国籍の重要性や、日本国籍を喪失させることによる個人の不利益と、複数国籍の発生を防止することによる利益の均衡、といった点はすべて考慮の対象外であり、国籍法11条1項の憲法適合性とは無関係な事情とされることになる。

のみならず、この判断基準によるときは、仮に当該立法によって制限される権利利益が表現の自由その他憲法上保障された基本的人権であったとしても、そのことは目的達成手段が合理的か否かの判断において何ら考慮されないことになる。一例を挙げるならば、尊属殺重罰規定を違憲無効とした1973年4月4日最高裁判所大法廷判決によれば、同条の立法趣旨は「尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもって一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もって特に強くこれを禁圧しようとする」というものであるとされる。これを「目的の達成に向けて効果的な手段か否か」という原判決の判断基準に当てはめると、「一般に高度の社会的道義的非難に値する尊属殺を特に強く禁圧する」という目的の達成のために、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役のみとする重罰規定を設けることは効果的な手段であり、目的達成手段として合理性を有する、ということになる。法定刑を死刑または無期懲役に限定することと当該殺人行為の具体的態様との間に均衡が取れているのか、法定刑を重罰とすることは目的達成手段としては過剰ではないか、との観点（上記大法

廷判決はこれらの点を考慮した結果同条項を違憲と判断した)は、原審判決の判断基準によっては検討の対象とすることは不可能である。

ある制度に関する法律を作る際には、当然に「その目的を達成するために効果的か」という観点から目的達成手段が取捨選択される。したがって、立法府が選択した目的達成手段が目的の達成に何らの効果も有しない、ということは通常考えられない。したがって、「目的の達成に向けて効果的な手段か否か」という判断基準によるときは、当該立法が立法裁量を逸脱濫用したと判断することは事実上ほとんど起こり得ないことになる。

本件では、国籍法11条1項の立法目的は複数国籍による弊害の防止であり、他方で本人の意思に反して日本国籍を喪失させることがこの制度の最大の問題点である。したがって、本人の意思に反して日本国籍を喪失させるという不利益を上回るほど高度な複数国籍による弊害の防止の必要性があるか、が国籍法11条1項が憲法10条による立法裁量の逸脱濫用に当たるか否かの焦点である。

しかしながら、「目的達成に向けて効果的な手段か否か」しか考慮対象としない原判決の判断基準では、「本人の意思に反して日本国籍を喪失させるという不利益を上回るほど高度な複数国籍による弊害の防止の必要性があるか」という点を検討することは不可能である。したがって、原審判決の違憲審査基準は誤りであり、前記1ないし3の審査基準が用いられるべきである。

5 国籍法11条1項の違憲審査へ

以上を前提に、次章では、国籍法11条1項について、上記1ないし3の基準を用いて、違憲であるか否かを順に検討する。

第12 国籍法11条1項の違憲審査

1 憲法10条は日本国籍剥奪を許さないと解する場合の違憲審査

前章1で述べたとおり、①たとえ日本国籍の喪失の要件を定める法律に「剥奪」を意味する文言が明示的には用いられていないとしても、その法律の適用によって本人の意思にかかわらず、あるいは本人の意思に反して、日本国籍が喪失させられる事態が生じるのであれば、その法律は日本国籍を剥奪する法律にほかならない。また、②法律により日本国籍喪失事由として定められた行為がなされたことを根拠として日本国籍を喪失させる法律は、その行為者に日本国籍を離脱する“真実の意図”があったことを日本政府が証明したときに限り日本国籍喪失の効果が生じるという条文解釈が不可能なら、日本国籍を剥奪する法律にほかならない。

そこで国籍法11条1項をみると、同条項の固有の存在意義は、外国籍を取得した本人の意思・希望にかかわらず、自動的かつ強制的に日本国籍を喪失させる点にあり、同条項の適用によって本人の意思にかかわらず、あるいは本人の意思に反して日本国籍が喪失させられる事態が生じる。したがって、上記①の観点からみて、国籍法11条1項は日本国籍を剥奪する規定である。

また、国籍法11条1項は、外国籍を志望取得したという“外形的事実”のみを根拠として日本国籍を喪失させる規定であり、その行為者に日本国籍を離脱する“真実の意図”があったことを被上告人が証明した場合にのみ日本国籍を喪失させるという限定解釈は条文上不可能である。したがって、上記②の観点からみても、国籍法11条1項は、日本国籍を剥奪する法律である。

以上のとおり、国籍法11条1項は日本国籍を剥奪する規定であるから、憲法10条の立法裁量の範囲を逸脱しており、違憲無効である。

2 日本国籍剥奪も立法裁量の範囲内と解し、「やむにやまれぬ政府利益を達成するために必要不可欠か」の基準を用いる場合

(1) 審査基準

本節では、「やむにやまれぬ政府利益を達成するために必要不可欠な手段か」という基準を用いて、日本国籍を剥奪する国籍法11条1項の違憲審査を行う。

ここでいう「やむにやまれぬ政府利益」は、前章2で述べたとおり、主権者である国民の誰もが、憲法に立脚した政府を創設した目的に照らして、当該利益のためであれば問題となっている権利等（本件では日本国籍、あるいは日本国籍を離脱しない自由または日本国籍を保持する権利）の制約を受け入れざるを得ないと認めるほどに強力な理由がある場合にのみ、肯定される。

そして、手段が「必要不可欠」であるとは、手段が目的とほとんど完全に適合しており過大包摂も過小包摂もなく、告知、弁解、防禦の機会が保障されている場合にのみ、肯定される。

以下、「国籍変更の自由の保障」という立法目的と「複数国籍の発生防止」という立法目的について、それぞれの目的ごとに検討する。本書面第5章で詳細に検証したとおり、両目的に関連性はないためである。

(2) 違憲審査

ア 「国籍変更の自由の保障」という立法目的について

国籍変更の自由の保障という立法目的については、本書面第5章2でみたとおり、そもそも本人の内心の意思とは無関係に日本国籍を喪失させる点にこそ国籍法11条1項の本質があるのだから、その立法目的を個人の「自由の保障」とすること自体に根本的な矛盾がある。また、仮に矛盾がないとしても、甲第57号証が指摘する極めて限定的な場面を除いて国籍法11条1項には国籍変更の自由を保障する機能は存在せず、国籍変更の自由の保障という立法目

的と、国籍法11条1項が現に有する機能・効果との間には重大な齟齬がある。加えて、明治国籍法の時代と異なり国籍離脱の制度が国籍法13条に別に定められているから、国籍法11条1項の立法目的として国籍変更の自由を持ち出すのは不適切である（甲204（556頁）参照）。そして、君主主権国家からの離脱の場面で問題とされた「国籍変更の自由」を、国民主権国家となった現在の日本における国籍喪失の場面で立法目的として論じること、誤りである（甲235（61～63頁））。

したがって、国籍変更の自由の保障が国籍法11条1項の立法目的に含まれると解するのは不合理である。

ただ、被上告人も原審判決も国籍法11条1項の立法目的にこれを含めて論じているので、国籍変更の自由の保障が国籍法11条1項の立法目的に含まれると仮定して、以下、念のため検討を行う。

（ア）立法目的は「やむにやまれぬ政府利益」か

個人の自由意思による国籍変更は、憲法13条及び22条2項によって保障される。したがって、国籍変更の自由を保障することは、主権者である国民の誰もが、現憲法に立脚する政府を創設した目的に照らして、当該利益のためであれば問題となっている権利等（本件では日本国籍、あるいは日本国籍を離脱しない自由または日本国籍を保持する権利）の制約を受け入れざるを得ないと認めるほどに強力な理由がある立法目的である、と解し得る。

したがって、国籍変更の自由の保障は「やむにやまれぬ政府利益」ということができる。

（イ）手段は必要不可欠か、適正手続保障はあるか

国籍法11条1項が国籍変更の自由の保障に資するのは、日本国民が外国籍を取得することを希望していて、①当該外国の国籍法制が当該国の国籍取得と同時に原国籍を離脱することを要件としており、②当該外国の国籍法制に当該

国の国籍の取得と同時に原国籍の離脱ができない場合に原国籍を離脱しないで国籍取得を認める救済規定がないという条件すべてを満たす場合に限られる（本書面第5章2（5））。そのため、これらの条件を満たさない外国の国籍を取得しようとする者との関係では、国籍法11条1項は国籍変更の自由の保障に資することはない。同条項の適用対象は過大包摂である。

しかも、この過大包摂の結果、国籍法11条1項は、上告人7や上告人8のように外国籍を取得したくても取得をためらわざるを得ない日本国民を生じさせ（甲124の3）、外国籍と日本国籍の両方を必要とする日本国民の外国籍取得を妨げる効果をもつ。この点で国籍法11条1項は、国籍変更の自由をむしろ阻害する原因となっている。

一方、上記①と②のすべてにあてはまる外国の国籍取得を希望する日本国民の「国籍変更の自由の保障」を実現しながら、そうではない外国の国籍取得を希望する日本国民の日本国籍を奪わないですむ制度を設けることは難しくない。たとえば、外国の国籍取得の申請を行った者は実際に外国籍を取得できた時点で日本国籍を離脱するという条件付き離脱の制度を、国籍法施行規則3条の改正または運用の変更によって設けることが考えられる。フランスに同様の制度があり、フランス国籍を有する者が日本への帰化を望む場合、被上告人の法務省はその制度を用いるように指導している。このような制度を設ければ、過大包摂を生じさせずにすむので、日本国籍の離脱を望まない者についても「国籍自由の原則」の保障を全うできる。

したがって、外国籍を志望取得した者すべての日本国籍を喪失させるという国籍法11条1項が採用する手段は、「国籍変更の自由の保障」という立法目的達成に必要不可欠ではない。

また、国籍法11条1項は外国籍を志望取得すると同時に自動的に日本国籍を喪失させるので、告知、弁解、防禦の機会がなく、適正手続保障もない。

(ウ) 小結

以上により、国籍変更の自由の保障を立法目的とする場合、国籍法11条1項は、目的は「やむにやまれぬ政府利益」であるとしても、手段が必要不可欠なものではないから、日本国民の日本国籍を剥奪することがやむを得ないと認められる事由はなく、違憲無効である。

イ 「複数国籍の発生防止」という立法目的について

(ア) 立法目的は「やむにやまれぬ政府利益」か

国籍法11条1項の立法目的は、複数国籍の発生防止であるが、特に「日本国民が外国籍を志望取得したことによる複数国籍」の発生を防止することに特化した規定である。そこで、同条項の立法目的が「やむにやまれぬ政府利益」か否かを審査するにあたっては、複数国籍の発生を一般的に防止するために日本国籍を剥奪することについてやむを得ないと認められる事由があるのかという点に加えて、自国民が外国籍を取得して複数国籍になるのを特別に防止するという同条項の特質もふまえた審査を行うことが必要である。以下、事実を挙げて立法目的を検討する。

I 憲法は複数国籍の存在と発生、存続を前提とし、その解消を本人に委ねており、複数国籍を否定的にとらえていない

現憲法が制定された当時の日本社会では、

- ① 出生地主義の国で日本国籍の男性を父として生まれた子で国籍留保を行った場合（当時の国籍法1条、20条ノ2）
- ② 外国籍の女性が日本人の妻となることで日本国籍を当然取得し原国籍を維持している場合（同5条1号）
- ③ 外国籍の男性が日本人の入夫となることで日本国籍を当然取得し原国籍を維持している場合（同5条2号）
- ④ 外国籍の者が日本人の養子となり日本国籍を当然取得し原国籍を維

持している場合（同5条4号）

- ⑤ 外国籍の未成年者が日本国籍を有する父又は母により認知された場合（同5条3号、6条）
- ⑥ 外国籍を志望取得して日本国籍を失った者がその外国籍を保持したまま日本国籍を回復する場合（同26条）

など、さまざまな原因による複数国籍者が存在しており、かつ将来においても生じることが想定されていた。それらの複数国籍者について憲法は、日本国籍を離脱して外国籍の単一国籍者となる自由を保障するとともに、日本国籍を離脱せず複数国籍者でありつづける自由も保障した（憲法22条2項）。

つまり現憲法は、複数国籍の発生と存続を当然の前提とする国籍法制が施行されている社会で制定され、複数国籍の解消を個人の自由意思に完全に委ねており、複数国籍をまったく否定的にとらえていない。

したがって憲法は、複数国籍の発生防止という立法目的のために日本国籍を剥奪することの根拠にはならない。

II 複数国籍の弊害とされるものの防止に複数国籍の発生防止は不要

複数国籍による弊害として被上告人が挙げるものは、

- ① 国際慣習法上弊害の解決方法が確立しておりその解決方法の採用が被上告人の憲法上の義務であるうえ、他の合理的な防止・解決方法があるもの（外交保護権の衝突）
- ② 憲法を含む我が国の現行法制下では生じるとは考えられず、生じると仮定してもその弊害は本人の不利益をもたらすに過ぎないので、本人が日本国籍を離脱して不利益の解消を図るかどうかを決めればよく、被上告人が先回りして日本国籍を剥奪する必要はないもの（兵役義務の衝突、納税義務の衝突）
- ③ 具体的な実害があるとは認められないもの（適正な出入国管理の阻害）

- ④ 複数国籍とは無関係なもの（重婚の発生）
- ⑤ 法律論としてまったく失当であるもの（単一国籍者が得られない利益を享受する者の発生）

であり、現実の問題となったこともない（本書面第5章3（1）キ）。これらの防止にとって複数国籍の発生防止は不要または無関係である（甲235（64～67、76～77頁））。また、複数国籍が「公共の福祉」（憲法13条）に反するという明確な根拠はない（甲158（21頁））。

以上の事実は、被上告人の挙げる複数国籍の弊害が、特別に国家の安全や国益を脅かすなどというものではなく、その防止のために日本国民から日本国籍を剥奪しなくてはならないほどのやむを得ない事由があるとはいえないことを示すものである。

III 被上告人も複数国籍の弊害は現実的ではないと認識している

被上告人は、1982年までに、独自の調査によって、複数国籍防止の根拠である「複数国籍による弊害のおそれ」が必ずしも現実的なものではないことを認識していた（甲75（41～42頁）、甲106（63頁、67～68頁）、甲107（23頁以下）、甲108（52頁））。

そして1984年の国籍法改正以降は、国籍は一つでなければならないとする考えや複数国籍の弊害に疑問を呈し複数国籍を肯定すべきとする論文が次々に発表されるようになった。2000年までの文献では、「国籍単一の原則に対する疑問」（芹田健太郎、1984年、甲31）、「いわゆる「国籍唯一の原則」は存在するか」（永田誠、1986年、甲27。永田は、1983年5月14日、この論文と同趣旨の意見書を被上告人に宛てて提出していた（94頁）。）、「国籍の任意取得による重国籍」（国友明彦、1994年、甲92）、「国籍と人権」（山本敬三、1997年、甲116）、「外国

人の人権と国籍の再検討」(山内敏弘、1997年、甲115)、「憲法における「国籍」の意義」(門田孝、1998年、甲113)等がある。

2000年代に入ると、政府の調査機関も、諸外国の国籍法制やその制度改正の経緯を紹介しつつ、複数国籍が国家にとって重大な問題ではないこと、むしろ複数国籍を認めることが国家と個人にとって有益であることを指摘し、日本においても複数国籍を認める方向での国籍法改正を検討すべき必要性を指摘しはじめた(甲29、甲30)。

このように、被上告人は、遅くとも1982年頃までには、複数国籍の弊害が現実的なものではないことを認識していた。その後、現在に至るまで、その認識を改めさせる事実は発生しておらず、むしろ上記の文献や次項IVで挙げる国際的な動向など、複数国籍の弊害が現実的なものではないという認識を強める事実ばかりが相次いでいる。

IV 複数国籍の弊害よりも有益性が重視されるようになり、複数国籍を肯定する国が76%を超えている

世界に目を向けると、複数国籍の弊害よりも有益性についての議論がはるかに優越している(甲235(67頁))。複数国籍を肯定する大多数の国では、複数国籍は、国の安定を促進し、個人の社会参加の可能性を広げ、「公共の福祉」にかなうものだとされている。また、複数国籍は、平和主義、民主主義、人権擁護などを促進する手段として歓迎され、国の安定、移住者の統合、移住者の安定した将来計画、移住者の複合的なアイデンティティへの対応に役立つとされている。法制度をみても、自国民が外国籍を取得した場合に(つまり、自国籍を喪失させることで最も容易に複数国籍を防止できる場面で)複数国籍を認める国が2020年には世界の76%を超えている。複数国籍の弊害が生じ得ないこと、特に自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍について弊害が生じ得ないこと、仮に生じたとしても大きな問題では

ないことは、これらの国々の実践が示している（甲216（36～47頁）、甲235（63～68頁、71～78頁））。

また、複数国籍に肯定的な制度を有する国々の増加は、複数国籍、中でも特に自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍は自国民と自国の社会に有益であるという認識にも支えられている。

以下、具体例を示す。

(I) フランス

フランスは、1954年4月9日に日本の国籍法11条1項と同様の制度を廃止したが、その際に、「外国でフランスの文化や道徳的・経済的影響を伝播させられる状況にあるフランス人に、たとえ職業に就いている国の国籍を自らの意志で獲得したとしても、フランス国籍を保持させることは重要である。国籍の取得はしばしば何らかの役割行使の条件である」との議論があった（甲91（376頁））。

またフランスは、1963年の「複数国籍事例の削減と複数国籍事例における兵役義務とに関する条約」（ストラスブール条約¹³）を批准した後も、複数国籍を肯定する制度・運用が継続してきた（同373～374頁）。

これは、フランスでは複数国籍による弊害のおそれが重視する必要のないものであると認識されていること、また複数国籍、特に自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍が、自国民と自国社会にとって有益なものであると認識されていることの表われである。

¹³ 1963年のストラスブール条約（「複数国籍事例の削減と複数国籍事例における兵役義務とに関する条約」）を2000年にヨーロッパ国籍条約が発効する前に批准した12カ国のうちイギリス、アイルランド、スペインの3カ国は、兵役義務に関する第2章のみを批准し、複数国籍削減に関する第1章は批准していない。複数国籍削減に関する第1章を批准したドイツとイタリアは、批准に際して、複数国籍の防止解消を徹底しないこととなる留保を行っている（スウェーデンは、ヨーロッパ国籍条約発効後に第2章のみを批准^a）。同条約が存在することをもって複数国籍防止がヨーロッパで重視されていたとみるのは困難といえよう。

(II) オーストラリア

オーストラリアは、2002年、国外で自発的な行為の結果として他国の市民権を取得した者はオーストラリア市民権を喪失するという規定を廃止した（甲177（231～232頁、237頁））。

そこに至る経緯をみると、最初に同規定の改正の必要性を勧告したオーストラリア人権委員会の報告書（1982年）は、自己の志望により外国籍を取得した者からオーストラリア国籍を剥奪する国籍自動喪失規定は、他国に滞在中にオーストラリア市民権を喪失させる規定であり、自国に戻る権利を定めた自由権規約12条4項に違反する可能性があるなどとして、「何人も、恣意的に国籍を剥奪されない」として国籍への権利を定める世界人権宣言15条2項を援用していた。

1994年の移民合同委員会の報告書では、「オーストラリア以外の市民権を有していることはオーストラリアへの忠誠を欠くという指摘は、感情的なものである。多文化主義が広く受け入れられている現在では、人々は単一の国籍でなければならないというのは時代遅れである。」「他の国へ進出するオーストラリア市民が、便益のためにその国の市民権を取得しようとしたときに、オーストラリア市民権を喪失してしまうため、外国での市民権取得を断念してしまう。」と指摘しつつ、複数国籍の「弊害は外交上の手段によって克服すべきである」とされていた。

そして、2000年になると、オーストラリア市民権委員会の報告書が、下記のように論じ、規定廃止の決定打となった。

「ここでの問題は、オーストラリアが複数市民権を認めるべきかどうか、ではなく、他国の市民権を申請し、取得したオーストラリア市民がオーストラリア市民権を喪失することを認めるべきかどうか、である。」

「他国の市民権を求めることは、決してオーストラリアへのコミットメントが低下したわけではない」

「(出身国の市民権を喪失せずに他国の市民権を取得することを容認しているニュージーランド、大英帝国、アイルランド、カナダ、フランス、米国、イタリアなどの) 国々は、単純に、国際的に移動する人口を数多く抱え、彼らがたとえ他国の市民権を取得したとしても人々との結びつきを保持することができることを承認している。委員会は、これらの国々が上記の実践の結果として何らかの不利益を被っているとは考えない。」

「市民権を取得しようとする国で居住・労働することを希望するオーストラリア市民にとって、オーストラリア市民権を失う恐怖にさらされ続けることは、その国でオーストラリアのプレゼンスを拡大することについて、不必要な障害となっている。委員会は、この状況がオーストラリアにとって望ましい状況だとは考えない。同じように、オーストラリアの国益にも適うとは思えない。」 (Australian Citizenship Council, Australian Citizenship for a New Century (2000), 65. 下線はいずれも上告人代理人による。)

このようにオーストラリアにおいても、フランスと同様、複数国籍による弊害のおそれが重視する必要のないものであるとの認識、及び複数国籍、特に自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍が、自国民と自国社会にとって有益なものであるとの認識が法改正を導いた。

(III) スウェーデン

血統主義を採用し複数国籍に消極的だったスウェーデンは、2001年に複数国籍を全面的に認める国籍法改正を行った。その背景には、兵役義務の衝突や外交保護権の衝突といった国家の不利益と従来考えられてきた複数国籍の問題は、実際には非常に限られたものであり、人の国際移動や国際結婚の増大により複数国籍者が増大する中、現実にはほとんど何も問題にならな

いことが明らかになった一方で、複数国籍はアイデンティティのあり方にとっても有益であり、旅行、居住、就労、社会扶助、財産権などに関する移住者にとっての「個人の側の利益」が大きく、他方、複数国籍は、移住者が社会的に排除されている問題を解消し、統合を実現する上で有益であり、国を安定させるといった「国の側の利益」も大きいとの認識があった（甲235（66～67頁））。

（IV）スイス

スイスの国籍法では外国籍の任意取得によってスイス国籍を喪失しないとされてきた。また、スイスへの帰化の際の原国籍離脱義務は1990年改正で廃止された。この義務の廃止論の根拠の一つに挙げられていた、ストラスブール条約（「複数国籍事例の削減と複数国籍事例における兵役義務とに関する条約」）の改正作業では、①移民とその子にとって、新たな国籍取得のために原国籍からの離脱を要件とすることは、居住地国の国籍を取得しようとする意欲をそぐものとなっていること、②ストラスブール条約の存在にもかかわらず複数国籍者は増加しており、複数国籍発生の防止はごく部分的にしか達成されていないこと、③二重のアイデンティティを持つことは当然であること、④移住先国に定住する外国人でもいつの日か祖国に帰ってそこに住む可能性を放棄することを望まないこと、⑤複数国籍から発生するとされてきた問題は、実際上は、過去にいわれていたほど深刻ではないと考えられること、等が挙げられていた（甲92）。

それ以降、スイスの複数国籍者は増加を続け、2010年には成人（15歳以上）の複数国籍者数が70万人（成人のおよそ14%）に達した。2018年にスイス政府は、移民3世のスイス国籍取得要件の緩和という、複数国籍者の増加に直結する法改正を行った。そして2020年には、スイスの

成人複数国籍者数は100万人に達し、成人の5人に1人が複数国籍となるに至った（甲179の2）。

(V) 米国

米国では、前述の二つの連邦最高裁判決（甲67の2、甲62の2）を経て、複数国籍が肯定されるに至った（甲235（61～62頁））。契機となった二つの連邦最高裁判決では、市民権（国籍）の立法による剥奪が許されるのが争点となった。移民受け入れ国であり出生地主義を採用する米国では、複数国籍は必然かつ当然のものとの共通認識が自然に醸成されており、複数国籍に弊害があるという立論は説得力を持ち得なかったと考えられる。

(VI) 小括

上記5カ国を含む150カ国、すなわち世界の76.9%の国々の実践が示しているとおおり、複数国籍の弊害もそのおそれも重大視されなくなってきている。今や、「複数国籍の弊害の議論よりも、複数国籍の有益性の議論の方がはるかに優越している」のが世界の現実である（甲235（67頁））。

これらの事実は、複数国籍の弊害、特に自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍の弊害が、国際的にみても現実的なものとなっておらず、その弊害が国家の安全や国益を脅かす事情とは考えられなくなってきていることを示すものである。

V 複数国籍には憲法原理上の要請（平和主義、民主主義、人権擁護など）を促進する有益性がある

上記のとおり、複数国籍を肯定し、外国籍を取得した場合の複数国籍を認める国は、今や世界の76%を超える。この大多数の国々では、複数国籍は、国の安定を促進し、個人の社会参加の可能性を広げ、「公共の福祉」にかなうものだとされている。また複数国籍は、平和主義、民主主義、人権擁護などを促進する手段として歓迎され、国の安定、移住者の統合、移住者の安定

した将来計画、移住者の複合的なアイデンティティへの対応に役立つとされている。平和主義、民主主義（国民主権）、人権擁護は、まさに日本国憲法の基本原理であり、複数国籍の容認・肯定は憲法の基本原理上の要請の実現に有益である（甲235（65頁））。

これを平和主義の根底にある国際協調主義との関連でやや具体的に述べると、被上告人が、日本国民が複数国籍となること及び複数国籍の状態を維持しつづけることを積極的に受け入れるなら、それは、個々の日本国民に自国の国籍を与えたい、与えるべきであるとする他国の意思を尊重し受け入れることを意味する。これは、「諸国民との協和」や「人間相互の関係を支配する崇高な理想」を謳い、「いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならない」とする国際協調主義（憲法前文1～3項、98条）にかなうものであるといえることができる。

また、複数国籍を認める国に住む日本国民が、居住国の国籍を取得しつつ日本国籍を保持することに、実は何の問題もない（甲235（67頁））。

このように、複数国籍は、日本国憲法下の日本にとって、特別に国家の安全や国益を脅かすものではなく、むしろ憲法原理上の要請の実現という観点では国家にとって有益な面が大きいといえる。

VI 他の原理に優先されることも少くない立法目的であった

被上告人の歴史をみると、複数国籍の防止は何が何でも実現しなくてはならない至上の目的としてではなく、より重要な他の原則や政治目的に優先されることもある多くの立法目的の一つとして扱われてきた。

たとえば、明治憲法下では、「我が国特有の家族制」が複数国籍の防止より優先されていた（甲154（7頁））。あるいは、被上告人は、韓国併合（1910年）以降、朝鮮人を日本国籍を持つ者と扱うこととしながら、「独立運動の取締りのためにあくまで朝鮮人を日本国籍に縛っておくため」に、

複数国籍を容認する政策をとった。具体的にいうと、日本の国籍法を朝鮮に施行しないとすることで、併合時点での複数国籍状態発生を理由とする朝鮮人の日本国籍からの離脱や、朝鮮人の中国やロシア等他国への帰化を理由とする日本国籍の離脱を一切許さず、複数国籍の発生と存続を容認していた（甲37（216～217頁））。被上告人はまた、国籍法抵触条約策定に向けた折衝の過程において、複数国籍防止に向けられた条約基礎案第16（外国帰化による国籍喪失条項）、第15（二重国籍者の国籍離脱条項）を制限的にする修正案を支持する態度を貫き、複数国籍防止原則を緩和することに成功した（甲37（229～231頁））。

現憲法下においても被上告人は、1984年の国籍法改正において、女性差別撤廃条約の批准を契機として複数国籍の増大につながる父母両系血統主義を採用し、複数国籍の発生防止という立法目的は両性の平等実現という立法目的に劣後するものとして扱った。

以上の歴史から明らかなように、複数国籍の発生防止という立法目的は、他の重要な政策目的や政治的理念に劣後し得るものであり、是が非でも実現しなければならない目的ではない。

これは複数国籍の発生防止が、日本国籍剥奪を正当化し得るほどのやむを得ない事由にあたらぬことを示唆する事実である。

VII 被上告人は現在も複数国籍の発生防止を重視していない

父母両系血統主義が導入された1985年以降の複数国籍の発生にかかる立法事実と複数国籍の発生防止に向けた被上告人の政策運用の実態にかかる事実をみると、以下のとおりである。

1985年以降2020年までの36年間に複数国籍者がどれほど発生したかについての正確な資料はないが、1984年の国会における政府答弁によれば、当時は年間2800人ほどの複数国籍者が生じていると考えられて

いたこと、同年の国籍法改正で毎年約1万2000人の複数国籍者が生じらるうと見込まれていたことがわかる(甲24(9頁第3段目及び第4段目))。また、研究者の文献によれば、1992年には新たな複数国籍者が年間2万人を超え、1998年には年間3万人をかなり超え、2007年には年間で3万8000人に達し、平成になってからの30年間だけで合計90万人以上の日本国民が複数国籍を持つ可能性が生じたにとらえられている(甲204(556頁))。そして報道によれば、2007年に複数国籍者は46万人を超え(甲178)、2018年には約92万5000人に達した(法務省推計)。ここから概算すると近年では毎年およそ4万人の複数国籍者が発生していると考えられる。

これらを総合すると、1985年から2020年までの36年間に生じた複数国籍者は(2021年及び2022年はコロナ禍の影響で異常な状況があったため除外して検討する。)、1988年までに4万人、1989年から2018年までに90万人、2019年から2020年までに8万人、これらの合計で102万人ほどであると推計できる。その後2年余りが経過し、現在では日本国籍を有する複数国籍者は110万人に近いものと考えられる。

複数国籍の日本国民のこのような増加は、1984年の国籍法改正により複数国籍の発生防止とは異なる政策目的・政策理念が優先されて父母両系血統主義が導入され、出生による複数国籍発生を防止する従前の法制度が放棄された結果にほかならない。

一方、外国籍を志望取得したことによる複数国籍発生を防止するための国籍法11条1項は、同年の国籍法改正後も維持された。1985年から2020年までの36年間に、外国籍を志望取得したことで日本国籍を喪失したという届出または報告のあった者(国籍喪失者という。)の人数は、2万5272人である。年平均にすると702.08人に過ぎない。

また、同期間の国籍離脱者は、国籍選択（国籍法14条）を行った者を含めて、合計1万822人にとどまる（以上、甲204（865～866頁）及び法務省ホームページより）。

これらの数字からわかるのは、被上告人はこの36年間に、2万5272人の複数国籍者の発生を国籍法11条1項を用いて徹底的に防止する一方で、他の場面で発生したおよそ102万人ほどの複数国籍者については放置し、その102万ほどのうちわずか1万人強の複数国籍が国籍離脱により解消されたにとどまる、という事実である。

複数国籍の発生防止という立法目的に関しては国籍法11条1項の効果は極めて限定的であり、正に“焼け石に水一滴”である。

このように、外国籍の志望取得による複数国籍は他の場面で生じる複数国籍に比べて圧倒的に少数であるが、被上告人は、複数国籍が発生する場面のうち、外国籍の志望取得以外の場面では複数国籍の発生を広く認めて、複数国籍の解消を本人の意思に委ねている。この事実は、被上告人が現在も複数国籍の発生防止（及びその根拠であると被上告人が主張する弊害の防止）を重要な立法目的としていないことを示すものである（甲225（57頁）、甲232（38頁）参照）。

そして、102万人ほどの複数国籍者のうち1万人程度しか日本国籍を離脱していないという事実は、日本国籍離脱を望まない人が圧倒的多数であることを示しており、個人にとっての日本国籍の重要性を浮き彫りにしている。

また、圧倒的大多数の複数国籍者が日本国籍を離脱していないという事実は、日本国籍の離脱や放棄を望む者はほとんどおらず、日本国籍の離脱手続をした元日本国民のほとんども、国籍法14条以下の選択制度が一つの国籍だけを選ぶ制度ではなく外国籍と日本国籍の両方を選び維持できる制度であ

ることを正確に理解していれば、離脱手続をとらなかったのではないかと強く推測させる。

近藤敦は、他国の国籍を取得したくても自国の国籍を離脱したくないと考える人が大多数であることは国際的な比較からうかがわれ、外務省及び法務省の統計から計算すると、在外邦人数に対する広義の国籍喪失率は0.09%で、およそ1万人に9人（2020年には7人）という「少数」の人が、外国籍を志望取得することで日本国籍を放棄しているに過ぎないという。

そして近藤は、その「少数」の人も国籍法11条1項の規定があるため、仕方なく、日本国籍の離脱に応じたのであって、自ら日本国籍の離脱を望む者は「極めて少数」で「兵役義務や納税義務などの不都合がない日本の場合はほとんど皆無かもしれない」と、論じている（甲235（60頁））。

複数国籍の発生と解消に関するこれらの事実は、複数国籍が特別に国家の安全や国益を脅かすなどとは被上告人も考えていないこと、及び複数国籍の発生防止が日本国籍剥奪を正当化できるほどのやむを得ない事由にあたりは被上告人も考えていないことを示すものである。

国籍喪失届数（上段）及び国籍離脱者数（下段）の推移

（単位：人。木棚照一「逐条国籍法」865~866頁及び法務省HPより作成）

昭和57年	昭和58年	昭和59年	昭和60年	昭和61年	昭和62年	昭和63年
1230	1056	1026	740	618	531	504
246	220	187	298	272	269	213
平成元年	平成2年	平成3年	平成4年	平成5年	平成6年	平成7年
549	619	1107	1093	785	558	507
217	183	189	173	160	157	114
平成8年	平成9年	平成10年	平成11年	平成12年	平成13年	平成14年
457	523	472	483	563	450	467
184	214	169	142	150	156	169
平成15年	平成16年	平成17年	平成18年	平成19年	平成20年	平成21年
503	515	567	506	608	619	628
203	211	175	151	159	179	209
平成22年	平成23年	平成24年	平成25年	平成26年	平成27年	平成28年
583	712	711	767	899	921	1,058
180	168	262	380	603	518	613
平成29年	平成30年	令和元年	令和2年	令和3年	令和4年	
1,172	1,300	1,286	891	1531	3384	
770	962	945	705	805	1376	
	累計	S57~R2	S60~R2	S57~R4	S60~R4	
		28584	25272	33499	30187	
		11475	10822	13656	13003	

国籍喪失届数：

1984（昭和59）年国籍法改正の翌年1985（昭和60）年から2020（令和2）年までの36年間
累計25,272人（年平均702.08人）
1982（昭和57）年から2020（令和2）年までの39年間 累計28,584人（年平均732.29人）

- 2021（令和3）年、2022（令和4）年の国籍喪失届出数が突出しているのは、コロナ禍における在外公館での業務運用の影響と考えられる。というのは、コロナ禍では日本国籍を持たないとされる者の日本への入国が厳しく制約され、日本の在外公館では、国籍法11条1項により日本国籍を喪失したとされた者について、外国居住中は届出義務のない国籍喪失届をすることを日本に帰国するためのビザ発給の条件として、危篤の親の見舞いに日本に帰国しようとする者にすら国籍喪失届を強いる運用が広く行われた。その結果、ビザ発給を受けるためやむなく国籍喪失届をする者が急増したものと考えられる。この2年の数字は異常な状況下での異常な運用による突出した数字であるため、参考として挙げはするが、立法事実との関連では2020（令和2）年までの数字を用いることとし、太字とした。

国籍離脱者数：

1984（昭和59）年国籍法改正の翌年1985（昭和60）年から2020（令和2）年までの36年間
累計10,822人（年平均300.61人）
1982（昭和57）年から2020（令和2）年までの39年間 累計11,475人（年平均294.23人）

- 2022（令和4）年の国籍離脱者数の急増の理由は不明である。人を大切にしない日本という国を見捨てる人が増えはじめているのかもしれない。

VIII 徹底は国家にとって自傷行為、社会にとって自殺行為となりかねない

「主権尊重の原則」を前提とするならば、複数国籍はむしろ本来的に生じ得るものであり、複数国籍の発生を徹底的に防止しようとするなら外国から国籍を付与された日本国民の日本国籍を自動的に剥奪していくほかない。それは立法技術上難しいことではないが、日本国民の範囲が外国籍に関する定めで左右されることの甘受を意味する。

これを主権在民の現憲法下で考えると、社会契約によって制定された憲法に基づく“国家”という“協働の事業”のメンバーシップ（本書面第7章2（2）ク）を有する日本の主権者の範囲が、当該社会契約とは無関係な外国の国籍法制に左右されるということである。つまり複数国籍の発生を防止するという目的は、徹底して追求しようとするれば主権在民の国家の成立基盤を損なうことになるほかなく、国家の基礎をなす国民を自ら切り捨てていく点で国家にとっての“自傷行為”ということもできる。

このことを鮮烈な表現を用いて指摘したのが梅謙次郎である。梅は、1898年、旧国籍法を制定するために開催された法典調査会において、「復国籍又ハ無国籍ト云フコトハ全ク避ケルコトハ出来ナイ」「全ク避ケルコトニ為レハ日本ノ法律カ外国ノ法律ノ奴隸ニ為ラナケレハナラヌ」と指摘した（法典調査会速記録、甲25（42頁）。下線は上告人代理人による。）。問題の核心を端的に伝える直截簡明な表現である。

さらに、上記IVでみたように、外国へ行った自国民がその国の国籍を取得して複数国籍になることを許容することは、その者の出身国にとっても実利がある。実利に関する議論は日本の国籍法11条1項についても妥当する。特に昨今の日本社会の深刻な少子高齢化状況をふまえるなら、仮に国籍法11条1項がなくなれば、在外日本国民にとって日本国籍の老親の介護方法の選択肢が増えたり、外国で市民権（国籍）を取得して安定したキャリアを積

み財産を築いて日本に帰国することが可能になったりするなど、日本社会にとっての実利が大きい。日本社会にとっては、在外邦人との紐帯を確保することによって、喫緊の課題である急激な人口減少傾向の緩和に向けたメリットや、在外邦人との経済関係を通じたメリットも期待できる（甲124の1（16～17頁）、甲216（47～51頁）参照）。

世界の76%超の国々が複数国籍を肯定することで得ているこのような実利をむざむざ放棄する結果になるという点でも、「複数国籍の発生防止」を徹底することは、国家及び社会にとっての“自傷行為”であるとともに、人材獲得に向けた国際競争が激化している現代においては“自殺行為”にもなりかねないといえる。

上記の事実は、複数国籍が、特別に国家の安全や国益を脅かすようなものではないばかりか、国家の安全や国益にとってメリットがあることを示唆するものである。

IX 複数国籍者の人格を否定し差別の助長・煽動につながるおそれがある

1984年5月10日の参議院法務委員会において枇杷田泰助法務省民事局長は、「私どもは二重国籍というのは国家というものの考え方から望ましい存在ではないというふうに考えております」（甲24（12頁第1段））と述べた。複数国籍に対する見解は多々あり得るとしても、複数国籍を「望ましい存在ではない」と明言しながら、その発生防止のために日本国籍を剥奪するという激烈な手段を用いることは、現に複数国籍である日本国民の存在価値そのものを否定し個人の尊厳を傷つけるだけでなく（甲180（77頁）、甲225（54頁）参照）、日本社会全体に対して複数国籍者は「迷惑で厄介な存在であり、どんなに激しい手段を使ってでも排除されるべき」であるという公的メッセージとして受け止められ、複数国籍者に対する差別の助長あるいは煽動につながるおそれがある。

上記Ⅱのとおり抽象的・観念的で現実化する可能性もない複数国籍の弊害の「おそれ」を排除するという名目でこのような結果をもたらすことは、何の実害も起こさない少数者を多数者が合理的根拠のない「おそれ」で社会から排除することになるという点で、中世の魔女狩り、あるいは全体主義的な趣すらある。

この点について原審判決は、ドイツ、オーストリア、オランダが外国籍を意思により取得した者の原国籍を自動喪失させる制度を有することを挙げて、原国籍を自動喪失させることが「直ちに個人の自由意思ないし自由を侵害ないし蹂躪するものと評価しうるものではなく」と述べる（40頁）。しかし、日本の法制度が日本国民の「個人の自由意思ないし自由を侵害ないし蹂躪するもの」であるか否かは、第三国の法制度が何をどのように定めているかを基準にするのではなく、日本の法制度が日本国民の自由意思ないし自由をどのように扱っているかを基準として判断すべきであり、原審判決は筋のとおり外的外れな強弁を試みるものというほかない。また、そもそも上記の3カ国は、日本とは異なり原国籍自動喪失の例外を設けることによって、それぞれの立法政策の下、個人の利益を尊重している（甲235（74～76頁））。上記の3カ国の国籍法制と対比することで日本の国籍法11条1項の19世紀から続く非人道性がいっそう浮き彫りになるといえる。

ここで現憲法の「個人の尊重」原理を振り返ると、そもそも憲法13条前段にいう「個人として尊重」するとは、「個人の尊厳と人格の尊重を宣言したもの」（1948年3月24日最高裁大法廷判決裁判集刑1号535頁）であり、一人ひとりの人間を人格として承認し、尊厳ある存在として配慮し、その個性の自由な発展を重んずることを意味する（甲72（69頁））。そして、個人の尊厳・自律の基本理念・原理に反するような国家権力行使の目的が「公共の福祉」として正当化されることはない（同146頁）。また、基

本的人権を制約する根拠となる法益は、全体主義思想に基づく超越的な「公益」観念に基づくものであってはならず、現在及び将来の世代の人間の幸福に繋がる必要がある（同149頁）。

このような内容を有する「個人の尊重」原理と、複数国籍の発生防止のために日本国籍を剥奪するという激烈な手段を採用することとの間には、極めて厳しい緊張関係がある。複数国籍の発生防止のために日本国籍剥奪という激烈な手段をとることは、現憲法が定めた目的（本的人権保障や「個人」の尊重、差別禁止など）を脅かし損なうおそれがあるというべきである。

X 小括

以上のとおり、（Ⅰ）憲法は複数国籍を否定しておらず、（Ⅱ）被上告人の主張する複数国籍の弊害の防止にとって複数国籍の発生防止は不要または無関係であり、（Ⅲ）被上告人も複数国籍の弊害を現実的なものとはとらえておらず、（Ⅳ）国際的にみても、複数国籍の弊害よりも有益性が重視されるようになっており、自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍を認める国は今や世界の76%を超え、（Ⅴ）複数国籍には平和主義、民主主義（国民主権原理）、人権擁護（本的人権尊重原理、「個人の尊重」原理）という憲法上の要請を促進する効果がある。一方、（Ⅵ）複数国籍の発生防止という立法目的は何を犠牲にしてでも達成しなければならないほど重要なものではなく、（Ⅶ）被上告人は現在も重要な立法目的とはしていない。また、（Ⅷ）複数国籍の発生防止を徹底して追求すれば、日本の主権者の範囲を外国の国籍法制に従属させることになり、国家と社会の利益も損なう。しかも、（Ⅸ）複数国籍の発生防止のために日本国籍剥奪という激烈な手段を採用することは、生来の複数国籍者の人格を傷つけ、複数国籍者に対する差別を助長・煽動するおそれがある。

これらを総合して考慮すると、「複数国籍の発生防止」という立法目的は、主権者である国民の誰もが、現憲法に立脚した政府を創設した目的に照らして、当該利益のためであれば問題となっている権利等（本件では日本国籍、あるいは日本国籍を離脱しない自由または日本国籍を保持する権利）の制約、具体的には日本国籍の剥奪を受け入れざるを得ないと認めるほどに強力な理由がある立法目的とはいえないから、「やむにやまれぬ政府利益」ではない。とりわけ世界の76%を超える国々が肯定するに至った自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍について、その発生を防止するという立法目的は、「やむにやまれぬ政府利益」とはいえない。

したがって、複数国籍の発生防止——とりわけ自国民が外国籍を取得した場合の複数国籍の発生防止——について、日本国籍を剥奪することがやむを得ないと認められる事由はない。

(イ) 手段は必要不可欠か

I 過小包摂または過大包摂ではないか

国籍法11条1項によって複数国籍の発生が防止できるのは外国籍の志望取得の場合のみである。同条項を含む国籍法の採用する手段では、複数国籍のうち出生による場合や日本への帰化の場合、身分行為に付随して外国籍を付与される場合などに生じた複数国籍は防止できない。

統計を見ても、前記(ア)IVのとおり、1985年から2020年までの36年間に生じた複数国籍は100万人を超えると推定される一方で、国籍法11条1項により発生を防止できた複数国籍は2万5272人に過ぎず、国籍法11条1項が防止できる複数国籍は“焼け石に水一滴”とでもいうほかないほどごくわずかである。

したがって、国籍法11条1項の手段は、複数国籍の発生防止という立法目的との関係ではなはだしく過小包摂である。

なお、国籍法11条1項の採用する手段がこれほどはなはだしく過小包摂であることは、①法による規制（本件では国籍法11条1項による日本国籍剥奪）の正当性に対する信頼を揺るがせ、当該規制が許されない動機に基づくとの疑いを助長し（動機の疑わしさ）、②たとえ立法目的（本件では複数国籍発生防止）が正当なものであっても個人の権利に対する制約（本件では日本国籍剥奪）が差し控えられるべきであると考えられ（目的達成の見込みの不足）、③立法府も立法目的にはその事項を規制できるほどの重要性（本件では複数国籍発生防止のために日本国籍を剥奪できるほどの重要性）が実は存在しないと判断したことを示唆するとともに（目的の重要性が不足することの自認）、④やむにやまれない利益（制約の正当化理由。本件では複数国籍の発生防止で得られる利益）によっては正当化できない差別（本件では国際的な生活・人生を歩む日本国民と国際的な生活・人生を歩まざるを得ない日本国民をだけを狙い撃ちにしたもの）の存在をも示唆している（甲68（189～191頁）参照。本書面第14章で論じる。）。

つまり複数国籍の発生防止という立法目的は、動機が疑わしく（①）、目的達成の見込みも不足しており（②）、被上告人も重要性が乏しいと判断したものであり（③）、不当な差別目的の存在もうかがわせるものであるから（④）、「やむにやまれぬ政府利益」を目的とするものではないという前記（ア）の結論が、手段の過小包摂性からも裏づけられるといえる。

II 適正手続保障はあるか

被上告人の主張する「複数国籍の弊害」を防止するためには必ずしも複数国籍の発生を防止する必要はなく、日本国籍剥奪も不要である。

また、国籍法11条1項は外国籍を志望取得すると同時に自動的に日本国籍を喪失させるので、告知、弁解、防禦の機会がなく、適正手続保障もない。

したがって、日本国籍剥奪という手段は「複数国籍の弊害」を防止するうえで不可欠ではなく、適正手続保障もない。

III 小括

以上から、国籍法11条1項の採用する日本国籍剥奪という手段は、複数国籍の発生防止という立法目的達成にとって必要不可欠ではない。

(ウ) 小結

以上により、複数国籍の発生防止という立法目的についても、たとえ複数国籍の発生防止という立法政策に一定の合理性があるという前提に立ったとしても、被上告人の挙げる複数国籍の弊害は現実的なものではなく、世界の76%を超える国が外国籍を取得した自国民の複数国籍を容認しており、我が国においても100万人を超える複数国籍者がいると推計される中で複数国籍の弊害が現実の問題となっていないことをふまえば、複数国籍の発生防止を目的として日本国民から日本国籍を剥奪することを正当化できるほどのやむを得ない事由はない。

よって国籍法11条1項は、目的は「やむにやまれぬ政府利益」ではなく、手段も必要不可欠なものではなく手続保障もなく、日本国民の日本国籍を剥奪することがやむを得ないと認められる事由がないから、違憲無効である。

(3) 結論

したがって、外国籍を志望取得しただけで日本国民の日本国籍を本人の意思に反してまで喪失させる国籍法11条1項は、その立法目的が、国籍変更の自由の保障と複数国籍の発生防止のいずれかまたは両方であっても、国民主権原理、基本的人権尊重原理及び「個人の尊重」原理、並びに憲法13条、22条2項、31条に違反し、憲法10条の立法裁量の範囲を逸脱するものであり、違憲無効である。

3 専断的な国籍剥奪の防止のためのガイドラインを用いる場合

仮に万が一、憲法10条の立法裁量の範囲に日本国籍の剥奪が含まれるとしたうえで前記2で提示した違憲審査基準が用いられない場合には、以下のとおり、適正手続保障（憲法31条、13条）の観点から、専断的な国籍剥奪の防止のためのガイドラインに照らした違憲審査を行うことになる。

(1) ガイドラインの要件

国籍の剥奪が、世界人権宣言15条2項が禁じる専断的剥奪に当たらないための最低限の要件は、①国籍の取り上げが法律で定められたことに適合していること、②正当な目的を達成するための最も侵害的でない手段であること、③適正な手続に従うこと、の3つである（甲159の2、パラグラフ91～104）。

したがって本件では、国籍法11条1項による日本国籍の剥奪がこれら3つの要件を満たすのかが問題となる。以下、検討する。

(2) 違憲審査

ア 要件① 法律に沿って剥奪されること

国籍法11条1項による日本国籍の剥奪は、法律に沿ってなされるので、同条項はこの要件を満たす。

イ 要件② 正当な目的を達成するための最も侵害的でない手段であること

前記2でみたとおり、国籍法11条1項はこの要件を満たさない。以下、念のため要点を述べる。

(ア) 国籍変更の自由の保障について

国籍変更の自由の保障との関係では、国籍法11条1項の採用する手段は過大包摂であり、過大包摂にならずに国籍変更の自由を保障できる代替手段を設けることは難しくない（前記2（2）ア（イ））。

したがって、国籍法11条1項の採用する手段は、国籍変更の自由の保障という立法目的達成のための最も非侵害な手段ではない。

(イ) 複数国籍の発生防止について

国籍法11条1項における複数国籍の発生防止という立法目的は、前記2イ（イ）Iでみたとおり、動機が疑わしく、目的達成の見込みも不足しており、被上告人も重要性が乏しいと判断したものであり、不当な差別目的の存在もうかがわせる。したがって、国籍法11条1項における複数国籍の発生防止が正当な目的であるとはいえない。

また、複数国籍の発生防止の本来的な目的と解される複数国籍の弊害防止にとって複数国籍の発生防止は不要または無関係である。

したがって、国籍法11条1項の採用する手段は、複数国籍の弊害防止という立法目的達成のための最も非侵害な手段ではない。

ウ 要件③ 適正手続に従うこと

国籍を剥奪する法律においては、国籍を剥奪されることになった原因は何か、国籍剥奪を正当化できる根拠があるか、立法目的を達成するための最小限の手段が取られているかなどについて、「公正な聴聞」の機会が保障されることが不可欠であり（甲159の2、パラグラフ111）、本人に争う機会が与えられることが、刑事手続に準じて適正手続として求められる（第三者所有物没収事件、1962年11月28日最高裁判所大法廷判決参照）。

そこで国籍法11条1項をみると、外国籍を志望取得すると同時に日本国籍が自動的に剥奪されてしまい、剥奪の正当性に関する「公正な聴聞」の機会が保障されていない。

したがって、国籍法11条1項はこの要件を満たさない。

エ 小結

以上のとおり、国籍法11条1項は、要件②及び③を満たさないので専断的な国籍剥奪禁止原則（世界人権宣言15条2項）に違反しており、憲法31条、31条及び憲法98条2項に違反するから、憲法10条の立法裁量の範囲を逸脱し違憲無効である。

4 結論

以上みてきたとおり、憲法22条2項、13条そして憲法原理、適正手続保障（憲法31条、13条）の観点から導いた基準による違憲審査を行っても（本章1及び2）、憲法98条2項及び国際慣習法（専断的な国籍剥奪の禁止原則）に基づく国連のガイドラインに照らした違憲審査を行っても（本章3）、国籍法11条1項は違憲無効である。

次章と次々章では、仮に本章の審査で国籍法11条1項が違憲無効とされなかった場合を想定して、平等原則（憲法14条1項）にかかる審査・検討を行う。

第13 憲法14条1項違反(1) 複数国籍の発生場面における差別

1 はじめに

仮に、国籍法11条1項が憲法22条2項及び10条等に反しないとしても、国籍法11条1項は、外国籍を志望取得した日本国民を、他の事情で複数国籍となった日本国民と比較して差別的に取り扱うものであって、憲法14条1項に反するものである疑いがある。そこで、この点について、以下論じる。

2 差別的取扱いの存在

(1) 複数国籍の発生場面の整理

複数国籍の発生は、出生時に複数の国籍を同時に取得する場合(生来的複数国籍)と、一つの国籍を有する者がその後外国籍を取得して複数国籍となる場合(後発的複数国籍)とがある。後者はさらに、日本国籍を有する者が外国籍を取得する場合と、外国籍を有する者が日本国籍を取得する場合があり、また後の国籍の取得の仕方についていわゆる志望取得による場合と当然取得による場合がある。

これらを分類し、関連する国籍法の規定と対応させると、以下のとおりである。

生来的複数国籍 (国籍法2条1項2号、同14条)

後発的複数国籍

日本国籍を有する者の外国籍の取得

志望取得 (国籍法11条1項)

当然取得 (国籍法11条1項の反対解釈、同14条)

外国籍を有する者の日本国籍の取得

志望取得 (国籍法3条1項、5条2項、17条1項、同14条)

当然取得 規定なし

(2) 複数国籍の発生に関する異なる取扱いの存在

このように、複数国籍が発生する場面は理論上5つ存在し、そのうちの4つについて国籍法は規定を設けている。しかしながら、その4つのうちの3つ(生来的複数国籍、日本国籍の志望取得による複数国籍、外国籍の当然取得による複数国籍)については、いったん複数国籍の発生を認めただうえで、国籍法14条に規定する国籍選択制度によって事後的に複数国籍を解消する仕組みを採用する一方で、外国籍の志望取得による複数国籍の場合には、国籍法11条1項によって日本国籍を喪失させることによって、複数国籍の発生自体を防止する、という扱いがなされており、前3者との間で異なる取扱いとなっている。

(3) 差別的取扱いの内容

ア 上記のとおり、国籍法は、生来的複数国籍、日本国籍の志望取得による複数国籍及び外国籍の当然取得による複数国籍については、いったん複数国籍の発生を認めただうえで、国籍選択制度に基づき、日本国籍か外国籍かの選択の機会を本人に与える。これに対して国籍法11条1項は、外国籍を志望取得した日本国民の日本国籍を即時かつ自動的に喪失させ、本人に国籍選択の機会を与えない。この差別的取扱いの内容を具体的に述べるならば、以下のとおりである。

イ (ア) 国籍選択制度は、18歳に達する前に複数国籍となった者に対しては、20歳に達するまで、18歳に達した後に複数国籍となった者に対してはその後2年以内に、複数国籍のうちのいずれかを選択することを求め(国籍法14条1項)、その選択の方法を定めている。

(イ) 国籍法が定める、国籍の選択の方法は、以下の4つである。

- ① 外国の法令に従って、その国の国籍を選択する(11条2項)
- ② 日本国籍を離脱する(13条)
- ③ 外国籍を離脱する(14条2項前段)

④ 日本国籍を選択し、かつ外国の国籍を放棄する旨の宣言をする
(14条2項後段)

国籍選択制度の対象者は、この①ないし④のいずれの方法もその意思で自由に選択することができ、取得の態様(たとえば、当然取得か生来的取得か)や取得の順序(たとえば、日本国籍者が外国籍を取得した場合か、外国籍者が日本国籍を取得した場合か)等による選択手段の制限は一切ない。

(ウ) また、この国籍選択制度は、18歳未満で複数国籍となった者には20歳(成人して2年後)になるまで、18歳を過ぎた後に複数国籍となった者には複数国籍となってから2年間、複数国籍の状態であることを法律上認めている。これは、これらの猶予期間内に、日本国籍と外国籍のいずれを選択するのが自分の幸福追求にとってよりよい選択か、を自分自身で判断するためのものである。さらに国籍選択制度の対象者には、「法律の不知」により日本国籍を失わないですむよう、選択催告というセーフガードwが設けられている(甲153(4~5頁))。

ウ 前述のとおり、現行法上の複数国籍の発生原因はいくつか存在し、それぞれの制度が複数国籍の発生を許容する理由も、制度ごとに異なる。しかしながら、国籍選択制度は、複数国籍の発生原因やその理由の如何に関わらず、いったん発生した複数国籍を事後的に解消するための統一的制度として設けられている。したがって、現行法下で発生した複数国籍は、全て選択制度の対象とされ、この制度によって複数国籍の解消を図るのが、現行国籍法における制度設計である。

エ これに対して外国籍を志望取得した日本国民は、国籍法11条1項が適用されることによって、国籍選択制度から排除されることになり、国籍選択の機会を制度上奪われているのであって、国籍法11条1項は国籍選択の機会の保障の有無に関しこのような差別的取扱いを作出している。

(4) 国籍選択の機会の保障の重要性

上述のとおり、現行国籍法は、複数国籍の発生を前提としたうえで、その解消の方法として、外部的基準により一律に日本国籍を喪失させる、という方法ではなく、本人がその意思に基づいて日本国籍か外国籍かの何れかを選択する、という方法を採用している。これは、日本国籍を保持するか離脱するか、が本人の人生にかかわる問題であるとともに、その身分関係にも大きな影響をもたらすものであることを考慮したものであり、憲法13条が保障する幸福追求権の具体化の一つであるとともに、憲法22条2項が保障する国籍離脱の自由(その背景にある国籍選択の自由)とも関連性を有するものである。その意味で、日本国籍と外国籍を有する者の国籍選択(日本国籍を保持するか離脱するか)の権利は、国籍法上重要な権利として保障されるべきである。

したがって、かかる国籍選択の機会について差別的取扱いをする国籍法11条1項が憲法14条1項に違反するものであるか否かが問題となる。

3 国籍法11条1項の憲法14条1項違反の審査基準

(1) 憲法14条1項による憲法10条の規制(国籍法3条1項違憲判決)

憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨である(最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等)。

他方、憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定め

るに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断に委ねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずる。すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反する(国籍法3条1項違憲判決(最高大判平成20年6月4日最高裁判所裁判集民事228号101頁))。

最高裁の示したこの違憲審査基準を用いて国籍法11条1項が憲法14条1項に違反するか否かを審査するにあたって重視すべき点を、以下でまず確認する。

(2) 本件で重視すべき考慮要素

ア 国籍法3条1項違憲判決での考慮要素

国籍法3条1項違憲判決は、日本国籍が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等の扱いを受けるうえで意味を持つ重要な法的地位であること、及び父母の婚姻の有無は子の意思や努力によって変えることができない事柄であることを指摘し、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」(傍点は上告人代理人)と判示した。

この判示は、「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いを禁止する」という憲法14条1項の趣旨をふまえ、国籍法3条1項により生じる区別は、日本国籍という重要な法的地位の取得に関する

問題であることと、本人の意思では変えることができない事情による区別であること、という「事柄の性質」に鑑み、通常よりも厳格に検討するべきであることを述べたものである。

イ 国籍法11条1項に関する本件での考慮要素

このことをふまえて本件で問題となる国籍法11条1項により生じる区別について、その特徴を挙げるならば、①日本国籍という重要な法的地位に関すること、②日本国籍の喪失という法的効果をもたらすこと、③本人の意図ないし認識と無関係に日本国籍を喪失させること、の3点を指摘できる。

(ア) すなわち、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等を享受するうえで重要な法的地位である。

また、国籍法11条1項の対象者は既に日本国籍を有する者として日本国との密接な繋がりを有しており、文化やものの見方考え方、人間関係などを通じて、日本という国や日本社会への帰属意識を形成しており、それらが本人の人格形成の一端を担っている。そして憲法22条2項が国籍離脱の自由を保障するように、いずれの国に帰属するかは本人の幸福追求の大きな要素である。

国籍法11条1項は、このように重要な法的地位を、本人の意図ないし認識と無関係に喪失させるものである。それは本人の立場からすれば、日本国民という法的地位のみならず、それまで形成し、当然にこれからも継続して存在すると考えていた、日本国や日本の文化、人々との繋がりが、意図せず断ち切られることを意味するものであり、本人にとって大きな精神的苦痛を伴う、重大な不利益であることはいうまでもない。

もとより、本人の意思によらずにその権利を制限することがすべて許されないわけではない。しかしながら、ことが日本国籍という日本国民としての存在の基盤に関わる問題であり、かつ憲法22条2項が国籍に関する本人の

選択を無条件に尊重するものとしていることも考慮するならば、本人の意図ないし認識と無関係にその日本国籍を喪失させることが適切であるか否かについては、慎重な検討がなされるべきである。

(イ) また、本件は、日本国籍の後発的取得の要件に関する区別の合理性が問われた国籍法3条1項違憲判決の事案と異なり、もともと有する日本国籍を喪失させるという国籍法11条1項の取扱いに関する区別の合理性が問われる事案である。本件が国籍法3条1項違憲判決の事案に比しても、より権利利益の侵害が強度であり、また要保護性が高いことは明らかである。

(ウ) さらに、国籍法11条1項が本人の意思によらずに日本国籍を喪失させる点は、上記最高裁大法廷判決が重視した、「本人の意思によらない事情による国籍取得の要件における区別」と共通する点があるのであり、この点からも、国籍法11条1項の適用対象者に限り複数国籍の発生を防止するために日本国籍を喪失させることに合理的理由があるかについて、国籍法3条1項違憲判決の事案に比して、より一層「慎重に検討することが必要である」というべきである。

(3) 目的と手段の合理的関連性とは

ある法律の憲法14条1項適合性は、「法律の要件によってそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められるか否か、及びその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められるか否か」によって判断される。このうち、「具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性」についてさらに検討するならば、以下のとおりである。

ア 権利制限規定における合理的関連性（尊属殺重罰規定違憲判決）

尊属殺重罰規定違憲判決（最高大判昭和48年4月4日最高裁判所刑事判例集27巻3号265頁）は権利自由の制限規定について、前掲の国籍法3条1

項違憲判決は権利付与規定について、「具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性」をそれぞれ検討している。

まず尊属殺重罰規定違憲判決は、「尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点（現行刑法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである。）においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもってしては、これにつき十分納得すべき説明がつきかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない。」「以上のしだいで、刑法200条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遙かに超え、普通殺に関する刑法199条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法14条1項に違反して無効である」と判示した。

同判決は、「尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重」という立法目的は合理的であるという前提に立ちつつ、しかしその立法目的を達成する手段として、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役のみに限ることは、その目的を達成するために効果的ではあるが、個人の権利自由を制限する規定の一種である刑罰規定としては過剰であり、その目的と手段の均衡を著しく失することから、目的と手段との合理的関連性を欠くとしたものである。

イ 権利付与規定における合理的関連性（国籍法3条1項違憲判決）

国籍法3条1項違憲判決は、準正の成立を国籍取得の要件とすることについて、「今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結びつきを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかな

く」「立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課すものとなっているというべきである。」と判示した。

これは、権利付与規定である国籍法3条1項について、権利付与の要件として課すべきものではない要件が課されている点を「過剰」であるとして、合理的関連性がないとしたものである。

ウ 本件では権利制限規定における手段の過剰性の有無が問題となること

このように、区別と目的との合理的関連性とは、別異の取扱いが立法目的の達成に役立たない場合だけでなく、別異の取扱いが立法目的達成に必要な限度を超えて過剰な場合等にも、否定される。

本件では、外国籍の志望取得と同時に日本国籍を喪失させるという手段が、複数国籍の防止解消という立法目的の達成に必要な限度を超えて過剰ではないか、が問題となる。

以上を前提に、立法目的の合理性と、区別と立法目的との合理的関連性について、国籍法11条1項の2つの立法目的ごとに、以下、慎重に検討を行う。

4 違憲審査その1---「国籍変更の自由の保障」という立法目的について

(1) 立法目的の合理性の検討

国籍変更の自由の保障とは、本人が日本国籍から外国籍への移行を希望する場合にその希望を実現する手段を確保することである。それゆえ、「個人の尊重」原理の観点から抽象的にいえば、その目的自体には合理性がある。

(2) 具体的な区別と立法目的の合理的関連性の検討

ア 立法目的に資する場面は限定的である

本書面第5章2(5)で述べたとおり、国籍法11条1項が日本国民の国籍変更の自由の保障に資する場面は限定的である。

すなわち、(a)当該外国の国籍法制がその国の国籍取得と同時に原国籍を離脱することを要件としており、(b)国籍取得と同時に原国籍の離脱ができない場合に原国籍を離脱しないで国籍取得を認める救済規定がない、という条件を満たす場面でのみ、国籍変更の自由の保障は国籍法11条1項の立法目的として意味をもつ。

イ 立法目的と矛盾する場面にも適用されること

ところが、既に指摘したとおり、国籍法11条1項は上記の限定された場面を超えて、国籍変更の自由の保障のために不要な場合にも適用され、日本国籍を喪失させることが予定されている。

また、上告人7及び上告人8のように、日本国籍の喪失を望まない者(甲124の1及び3を参照)にとっては、外国籍の取得をためらわせ、国籍変更の自由を制約する規定として機能する。

このように、国籍法11条1項による別異の取扱いは立法目的に対して過剰な内容となっている。

ウ 立法目的に資する場面の有無は不明である

国籍法11条1項が日本国民の国籍変更の自由の保障に資する上記の限定的な場面を生じさせる法制を持つ外国、換言すると上記の(a)と(b)を満たす外国が、国籍法制定時にどれくらいあったか、あるいはそれ以降の時期においてどれくらい存在したのか、上告人弁護団は調査を行った。

しかし、法制審議会等の政府の資料、国会会議録、学者の文献等を精査しても、この条件を満たす外国の数どころか、そもそもかかる法制を有する外国の存在をうかがわせる記載すら、見当たらなかった。

加えて、被上告人は、本件訴訟においても、上記(a)と(b)の両方を満たす外国の具体例をまったく挙げることがなかった。この事実は、被上告人も上記限定的な場合が生じ得る外国の具体例を把握していないこと、そして被上告人ですら把握できないほどに上記限定的な場合が生じ得る法制の国が圧倒的に少ないことを、強く推測させるものである。

エ 小括

以上のとおり、国籍法11条1項は、国籍の変更(日本国籍の喪失)を求めない者の日本国籍を強制的に喪失させてしまう点で、国籍変更の自由の保障という立法目的に対して過剰である。しかも、国籍法11条1項が日本国民の国籍変更の自由の保障に資する限定的な場面はその存否すら明らかでない。

したがって、国籍変更の自由の保障という立法目的のために、外国籍を志望取得した者の日本国籍を一律かつ自動的に喪失させて複数国籍の発生を徹底的に防止するという区別を設けることは、国籍変更の自由の保障という立法目的にとって過剰であり、目的と手段の均衡を著しく失し、国籍法11条1項が生じさせる具体的な区別と国籍変更の自由の保障という立法目的との間に合理的関連性はないというべきである。

5 違憲審査その2——「複数国籍の発生防止」という立法目的について

(1) 立法目的の合理性の検討

国籍法は選択制度(国籍法14条以下)を採用するなど複数国籍の防止解消の制度を設けており、複数国籍の発生防止という立法目的に合理性がないとはいえない。ただし、1984年の改正後の国籍法の「複数国籍の防止解消」という立法

政策の具体的内容は、「いったん複数国籍の発生を認めたらうえて、本人の意思に基づいて解消していく」というものであることに留意する必要がある。

(2) 立法目的とその達成手段との合理的関連性の検討

ア 複数国籍の弊害は複数国籍の状態によって発生すること

複数国籍の防止解消という要請は、複数国籍という状態から様々な弊害が生じるおそれがあることから、複数国籍という状態を防止しあるいは解消することを企図する、というものである。このように、複数国籍の弊害は、複数国籍という状態が存在することによって発生するものであり、どのような原因理由で複数国籍が発生したかによって、弊害の有無や内容・重大性に差異が生じるものではない。それ故に、生来的複数国籍も後発的複数国籍も、同じ国籍選択制度によって事後的に解消させることが許容されるのである。

イ 「外国籍の志望取得」と「生来的複数国籍」等とは、複数国籍の発生原因による区別であること

他方、本章の冒頭で複数国籍の態様をその発生原因で分類したところから明らかなおり、「外国籍の志望取得」と「生来的複数国籍」「外国籍の当然取得による複数国籍」「日本国籍の志望取得による複数国籍」の区別は、複数国籍の発生原因による区別である。

ウ 複数国籍の発生原因による区別は複数国籍による弊害の除去防止とは合理的関連性を有しないこと

したがって、複数国籍による弊害の防止と、外国籍の志望取得を原因とする複数国籍のみその発生を防止するとすることは、合理的な関連性を有するものではない。あえていうならば、「発生する可能性のある複数国籍の一部についてその発生を防止した」という関係しか見いだすことができない。

たしかに、発生する可能性のある複数国籍の一部でもその発生を防止することができれば、複数国籍の弊害の除去防止に幾ばくかの貢献はあるかもしれない。しかしながら、複数国籍の発生原因と、複数国籍による弊害との間には、何らの関連性もないのに、「外国籍の志望取得」という発生原因を持つ者のみに限って、選択の機会も与えずに日本国籍を喪失させるという不利益を課すことには、何らの合理性も見いだすことができない。

また、前述したとおり、国籍法はその発生原因を問わず複数国籍がいったん発生することを許容したうえで、国籍選択による事後的解消を企図した立法政策を採用しているのであり、発生原因が外国籍の志望取得である場合に限って、複数国籍の発生自体を制限しなければならない理由は存在しない。

(3) 小結

以上より、複数国籍の防止解消という立法目的と、複数国籍の発生原因が外国籍の志望取得である場合に限って国籍選択の機会を与えず「法律の不知」に対するセーフガードもないままに日本国籍を喪失させる国籍法11条1項との間には、合理的関連性があるとは認められないものである。

6 原審判決に対する批判

(1) はじめに

原審判決は、国籍法11条1項が憲法14条1項に反するとの上告人らの主張を排斥し、以下のとおり判示するが、その内容はいずれも失当である。

以下、「外国籍の当然取得との間の差別的取扱い」、「生来的複数国籍との間の差別的取扱い」、「日本国籍の志望取得との間の差別的取扱い」について、順次批判する。

(2) 外国籍の当然取得との間の差別的取扱いについて

ア 区別の根拠は失われている

(ア) 原審判決の判示

原審判決は、「外国籍を当然取得した日本人は、国籍の得喪が各国の国内管轄事項に属しており、外国籍の得喪を我が国の法律で規律することができないところ、身分行為等によって何ら本人の意思を介在することなく外国籍を取得したものであるから、そのような者の日本国籍を直ちに喪失させるものとはせずに、国籍選択の機会を与えることは合理的である」のに対し、「自己の志望によって外国籍を取得した者については、上記のように身分行為等によって何ら本人の意思を介在することなく外国籍を取得した場合とは異なり、外国籍を取得するか否かについて選択する機会が与えられているものであるから、外国籍の取得後にあえて国籍選択のための猶予期間を設ける必要性は乏しく、反面において、重国籍から生ずる弊害をできる限り防止解消させる観点からは、速やかに日本国籍を喪失させることが望ましい」（46頁）と判示する。

(イ) 区別のもともとの根拠：日本国籍離脱意思の擬制の有無

しかしながら、志望取得と当然取得は、国籍選択制度が存在しなかった旧国籍法時代から別異の取扱いをされていたのであり、その理由が「事前を選択する機会があったか否か」によるものではないことは明らかである。したがって、事前の選択の機会の有無が別異扱いの本質的な根拠であるかのように論じる原審判決の理解には誤りがある。

国籍法11条1項は、もともと「自らの意思で外国の国籍を取得する者はその反面として日本国籍を離脱する意思があるものとみるべきである」という本人の意思解釈ないし意思の擬制に国籍喪失の根拠を求めており（甲119（59頁）、甲219（358頁））、その解釈の裏返しとして「外国籍の当然取得

は自己の意思によって外国の国籍を取得したものと認められず、したがって日本国籍を離脱する意思があるものと認められない」から国籍法11条1項が適用されず日本国籍を喪失しない、とされてきた。

(ウ) 区別の根拠は失われており、同一に扱われるべき

しかしながら、国籍法11条1項の解釈として外国籍を志望取得した本人に日本国籍離脱の意思ありとみなすことが誤りであることは、前述したとおりである(本書面第3章参照)。

そもそも、志望取得と当然取得の区別は、当該外国の法律における国籍取得の要件の定め方において、国籍取得の意思の表示を要件としているか否かの違いであり、突き詰めていけば外国法の規定の仕方による違いにすぎない。したがって、志望取得と当然取得の違いの本質を本人の国籍取得の意思ないし意欲に見いだし、そこに志望取得による日本国籍喪失の根拠を求める考え方が、論理的にも実情としても誤りであることは明らかである。

原審判決も「外国籍の志望取得者には日本国籍を離脱する意思があるものとみるべき」との見解には立脚していない。したがって、国籍法11条1項が志望取得と当然取得を区別する前提は失われているのであり、本質的には両者は複数国籍の発生原因たる事象として同一に論じられるべきものである。

イ 原審判決も認める「選択する機会」の必要性

以上をふまえたうえで、なお「外国籍の当然取得による複数国籍は事前にこれを防止することが技術的に不可能であるから、事後的な複数国籍解消制度で対応する必要がある」と考えることは、外国籍の当然取得による複数国籍を解消するための立法技術としては一応の合理性がありうる。

しかしながら、そのことが直ちに、「外国籍の志望取得者には事後的な選択の機会を与える必要がない」ということを意味するものではない。

原審判決は、外国籍を志望取得する場合には、外国籍を取得するか否かについて選択する機会が与えられているから、事後にあえて国籍選択の機会を設ける必要性は乏しい、とする。この判決も、日本国籍か外国籍かの選択の機会が与えられていることは必要であるということをも前提としたうえで、志望取得の場合には事前にその機会が与えられている、とするものである。したがって、問題は外国籍の志望取得の場合に、事前に選択する機会が与えられているといえるか否か、である。

ウ 本件で問題となる「選択の機会」の具体的内容

(ア) 「日本国籍を放棄するか否か」の選択の機会

原審判決は、「外国籍を取得するか否かについて選択する機会」と巧妙に表現している。たしかに、自分の意思で外国籍を取得した者は、「外国籍を取得する」という選択をしたのであるから、その前提として「外国籍を取得するか否かを選ぶ機会」があった、ということができる。

しかしながら、本件の問題は、「外国籍を取得するか否かを選ぶ機会」の有無の問題ではなく、「日本国籍を放棄するか否かを選択する機会」の有無の問題である。そして、国籍法11条1項が外国籍の志望取得に日本国籍の喪失の効果を結合させているために、「外国籍の志望取得」と「日本国籍の放棄」が裏腹のような関係になってしまっているが、「外国籍の取得の選択」と「日本国籍の放棄の選択」は実は別のものであって、「外国籍を取得するか否かについて選択する機会」があったからといって当然に「日本国籍か外国籍か」を選択する機会があったとはいえないのである(本書面第3章参照)。

(イ) 「選択の機会」の前提として不可欠な国籍法11条1項の認識と知識

外国籍を志望取得する時に、その者が国籍法11条1項の存在を知っていれば、外国籍の志望取得イコール日本国籍の喪失をもたらすことを前提に、

「外国籍を取得して日本国籍を失うか、外国籍の取得を断念して日本国籍を保持するか」という選択をすることが可能である。

しかしながら、国籍法11条1項の存在及びその法律効果を知らなければ、外国籍を取得することによって日本国籍を自動的に喪失することを知らないものであるから、「外国籍を取得するか否かを選ぶ機会」があったからといって、本件の問題である、「日本国籍を放棄するか否かを選ぶ機会」があったとはいえないことは明らかである。そして、国籍法11条1項はその存在や制度の内容を知らない者に対しても適用され、本人の意思に関わらず日本国籍を喪失させることを制度の本質的内容としているのであるから、対象者が国籍法11条1項について認識していることを前提とすることは論理矛盾である。

あるいは、「外国籍を志望取得しようとするものは、その反面として、当然に日本国籍を放棄する意思があるものと認めるべきである」との前提に立つならば、選択の機会があったとみることも可能となり得るが、このような前提が誤りであること、原審判決もこのような前提に立っていないことはすでに指摘したとおりであり、したがってこの論理も成り立ち得ない。

エ 「選択の機会」の保障の程度：抽象的・観念的な「機会」で足るのか

原審判決の判示は、外国籍の志望取得の際に要求される国籍選択の機会は、具体的・現実的なものである必要はなく、抽象的・観念的なものでもよい、という考え方に立つものである可能性もある。

このような考え方は、国籍法11条1項の立法目的というだけでなく、国籍法の立法政策の一つである複数国籍の防止解消という要請を重視し優先しつつ、本人の選択の機会の保障との調整を図るために、「選択の機会は抽象的・観念的なものでもよい」とするものとも考えられる。かかる観点からは、国籍選択制度も、その対象となる複数国籍は事前の防止が困難であるからや

むなく事後的に解消を図るものであって、国籍法11条1項の場面よりも本人の選択の機会が緩やかに認められているようにみえるとしても、それは制度本来の目的ではなく、結果としてそうなっているに過ぎない、という評価となるものと解される。

オ 「選択の機会」を具体的・現実的に保障するという立法者意思及び制度

(ア) 制度の具体的内容

しかしながら、国籍選択制度は、もちろん事前の複数国籍の発生防止の代替策として設けられた制度ではあるが、それだけではなく、当事者の国籍選択の機会を具体的・現実的に保障することをも企図したものである。

このことは、国籍法14条が、(国籍法18条は15歳以上の者は自ら選択を行うことができるとしているにもかかわらず)本人が成人し、あるいは成人後複数国籍となつてから、2年間の熟慮期間を認めていること、特に未成年の複数国籍者については、複数国籍となつてから2年以内の選択義務を親権者に課すことなく、本人が成人するのを待ってその判断に委ねるものとしたこと、からもみてとれる。

(イ) 政府委員による国会答弁

また、被上告人は1984年の法改正の際に、国会において、①改正法が複数国籍者に一方国籍の放棄を強制するものではないこと、及び、②複数国籍者の国籍選択の機会を積極的に保障するものであることを、説明していた。

まず前者①については、改正前国籍法は複数国籍の解消を目的とする制度を持たなかったため、同法下で複数国籍となつた者(生地主義国で出生し国籍留保をした日本国民、外国籍を当然取得した日本国民、など)は複数国籍を維持することが法律上認められていた。しかるに改正法は附則3条でこれらの者に選択義務を課すことを予定していたため、これによって改正前法下で認められていた権利ないし利益をはく奪することになり、選択を強制する

ものではないか、との指摘が国会でなされた。これに対して枇杷田政府委員は、以下のとおり答弁した。「一つの制度が強制であるという場合には、そのことの効果とあわせて考えて初めて強制と言えるだろうと思います。(中略)すでに日本の国籍の方を選択したと同じ状態で考えますということにしてるわけでございます(中略)、それ(上告人代理人註:国籍をどちらか一つに決めること)をされなかったからといって日本の国籍の方を失わせる、そういう手続にはのせませんということにしておるわけでございます。したがって、制度全体から見ますと、強制をしているという考えは私どもはとっておらないところでございます。」(甲89(5頁第2段))

そして後者②について、同政府参考人は、国籍選択制度を含む改正法の複数国籍の事後的解消政策の考え方について、以下の答弁をした。

「今回の改正法案におきましても、原則は父母両系主義をとりまして、その次に国籍唯一の原則を措いて、そしてできるだけ国籍唯一の原則が貫かれるように、しかもそんなに無理がないところでどう調和できるかということを考えておる次第でございます。従来からいたしますと各所でそのような考え方が出ておるわけでございます。帰化の場合におきましても、国籍唯一の原則を常に絶対にとるということは今度若干緩めることにいたしました。そればかりではございませんで、準正の場合におきましても、それから附則の経過措置の関係におきましても重国籍になるということ容認するような規定にしておるわけでございます。そして、最終的には成人に達してから二年の間に国籍の選択をしていただいて唯一の状態にしていただこうという線は打ち出しておりますけれども、中間試案で発表したような、もし催告を受けて一定期間内に外国の国籍を離脱するということをやらない場合には日本の国籍を失ってしまうというような措置はとらない。したがって、選択の宣言をした方については外国の国籍を離脱するように努めてもらいたい

という訓示規定を置いてそういう御努力を願う。そして最終的には、どうしても両立しがたいような状態になったときには日本の国籍の喪失宣告の道を残しておくという程度にとどめておるわけでございまして、何が何でも一つのものにしてしまおうということではなくて、ご本人の意思をも尊重しながら、なるべく国籍唯一の原則が全うできるような具体的な方策を選んで法案にまとめたというつもりでおります。」(甲89(14頁第3~4段))

このように、国籍選択制度が複数国籍者に国籍選択の機会を保障するものであり、本人の意思を尊重しつつ複数国籍を解消していくことが改正法の趣旨であることは、被上告人自身も明確に述べていたことである。

(ウ) 選択催告制度に関する法改正の経緯

さらに、国籍選択制度が複数国籍者の国籍選択の機会を具体的・現実的に保障することを目的とした制度であることは、選択催告制度に関する以下の法改正の経緯からも明らかである。

1984年改正における国籍選択制度の創設にあたり、改正国籍法の間試験案では、国籍選択義務を負う者がその選択の期限までに国籍選択宣言をしない時は、自動的に日本国籍を失う、との案が提示されていた(乙20(3頁)、第4、一、1)。しかしながら、その後この案は修正され、選択義務を履行しない者に対しては、まず法務大臣が選択の催告を行い、これに対してもなお選択義務を履行しないものについて日本国籍を喪失させる、とする現在の選択催告の制度が新たに設けられることとなった。

このような修正の理由について、第10回法制審議会国籍法部会の会議では、法務省側から、当然喪失とする場合の戸籍事務手続について現場から不安の声が出ていることとともに、「また本人の立場に立ってみますと、重国籍であることは本人は知っているわけでございましょうけれども、場合によっては法律の不知によって、選択の義務があるということを知らない場合も

ありうるわけです。そして、そういう人の多くは日本に居住しているということによって、国籍に伴う重要な権利である国内の無条件、無期限の在留権というものを行使しているわけですから、本人の立場に立っても、可能ならば事前に選択の義務のあることを知らせると、知らせた上で、更に選択の宣言をしない者は喪失するという方が妥当ではないかということになってくるわけでございます。以上のように考えましたので、準備会あるいは小委員会では、やはり当然喪失よりも、今度の案のように催告を要件とした方がよろしいのではないかということになるわけです」との説明がなされた(甲153(5頁))。

これは、複数国籍者に2年間の熟慮期間を与えても選択義務自体の認識を欠く者にとっては具体的・現実的な選択の機会があったとはいえ、選択の機会を保障したとはいえないことから、本人に対して選択義務を告知することによって具体的・現実的な選択の機会を与えることが望ましい、という考え方である。

(エ) 国籍選択制度の積極的な役割

以上のとおり、国籍選択制度は、2年間の熟慮期間、未成年者の選択義務の猶予、及び選択催告制度による具体的・現実的な選択の機会の保障等によって、単に事前防止策に代わる次善の策という消極的な役割ではなく、本人の意思に基づき、これを尊重しながら複数国籍を解消していく、という独自の積極的な役割が課されているものである。

(オ) 「選択の機会」を複数国籍の防止解消よりも優先する価値判断

加えて、上記の第10回法制審議会国籍法部会会議では、法務省担当者から、「催告を要件といたしますと、ある意味では催告をされない者は選択の宣言をしないままで残ってしまうということになりますので、中間試案で言うような重国籍の解消の理想からは後退するわけでございます。その問題

があるわけですがけれども、従来の御議論ではそういう問題と先ほどのような当然喪失による種々の問題と併せ考えますと、やはり今度の案の方が妥当ではないかということになったわけでございます。」(甲153(5~6頁))と説明がされている。

すなわち、選択催告制度を設けることによって複数国籍の防止解消の実現は後退する可能性があるが、それよりも戸籍事務手続上の問題や本人の選択の機会の保障を優先して考慮することが妥当である、との価値判断から、選択催告制度の導入が決まったのである。

このことは、1984年4月3日の衆議院法務委員会においても、被上告人が以下のとおり答弁している。

「それから、選択制度でございます。(中略)中間試案におきましては一定の期限内に日本国籍を選択する旨の宣言をしない方は当然に日本国籍を喪失するということにいたしておったわけでございますけれども、それを法務大臣の催告によって、なおかつその催告にも何らの応答がないという方について喪失をするというふうに手続を一段階加えまして、これは本人にいわば熟慮の機会を与えるといいますか手続的な保障を与えるという意味でございます。」(枇杷田政府委員答弁、甲23(6頁第3段))

(カ) 小結：外国籍の志望取得者を排除する合理的根拠はない

以上のとおり、複数国籍者に対しては、国籍選択の機会を単に抽象的・観念的に付与するものではなく、具体的・現実的にこれを保障することが、国籍選択制度の目的であり、そのようにして複数国籍の解消について本人の意思を尊重することが、1984年改正法における立法者の意思であったものである。

しかるに、外国籍の当然取得による複数国籍者や生来的な複数国籍者に対しては、上記のように国籍法が具体的・現実的な国籍選択の機会を保障する

一方で、外国籍の志望取得者に対してはこのような具体的・現実的な国籍選択の機会を保障する必要はなく、抽象的・観念的な選択の機会があればよい、としてその取扱いに差異を設けるべき合理的根拠は見いだせない。

原審判決の判示は、「外国籍の志望取得の際に外国籍を取得するかを選択の機会があった」とする一方で、「複数国籍防止解消の観点からは速やかに複数国籍の発生を防止することが望ましい」とする。しかしながら、外国籍の当然取得による複数国籍者らに対しては、2年間の熟慮期間を与え、さらに選択催告による具体的・現実的な選択の機会を保障し、場合によっては（催告の対象とならなかったために）複数国籍が解消されない事態がありうることも容認し、「速やかな複数国籍の発生防止」の要請を放棄しておきながら、外国籍の志望取得者に限って、一瞬たりとも複数国籍の状態が発生することは許されない、とするべき必要性は何ら見いだすことができない。国籍法11条1項がない状態を想定すれば、外国籍を志望取得したことで複数国籍となったとしても、その者は当然取得した者とまったく同じに、2年間の熟慮期間を与えられたうえで国籍選択義務が課され、その義務を履行しない時は選択催告制度の対象となるのであり、外国籍の当然取得者と何ら異なる立場に置かれるわけではない。

カ 原審判決の趣旨のさらなる推測

なお、原審判決の判示の趣旨は、もっと単純に「自分で外国の国籍を取得したのに、もう一度、日本国籍か外国籍かを選びたいというのは虫がよすぎる」というものであるかもしれない。

しかし、本人が、外国籍を取得したら日本国籍を失う、ということを知らなかった場合、「もう一度選びたいというのは虫がよすぎる」ということはできない。むしろ本人からすれば、「日本国籍を失うことを知っていれば外国籍をとら

なかった、あるいはもっと慎重に検討した。もう一度考える機会が欲しい」と感じるのが当然であり、同じ立場に立てば誰でもそのように考えるであろう。

キ 小括

以上のとおりであるから、「自己の志望によって外国の国籍を取得する者は、外国の国籍を取得するか否かの選択の機会が与えられているから、事後的に国籍選択の機会を保障する必要はない」との原審判決の判示が誤りであることは明らかである。

そして、国籍選択制度によって複数国籍者の国籍選択の機会を保障する、という立法者意思と対比するとき、外国籍を志望取得した者に限って、外国籍を当然取得した者や生来的に取得した者と区別して国籍選択の機会を与えず、複数国籍の発生自体を抑止しようとするのは、明らかに法の目的ないし立法者意思に対して過剰であり、かかる差別的取扱いに合理的理由は認められない。

(3) 生来的複数国籍との中の差別的取扱いについて

ア 原審判決は、「生来的に外国籍と日本国籍を取得する者は、自らの意思によらずに重国籍を取得することになるのであるから、上記イ(イ)において説示した外国籍の当然取得の場合と同様、国籍選択の機会を与えて事後的に重国籍を解消するものとするのは合理的である」のに対し、「志望による外国籍の取得の場合には、上記のように出生等によって何ら本人の意思を介在することなく外国籍を取得した場合とは異なり、外国籍を取得するか否かについて選択する機会が与えられているものであるから、外国籍の取得後にあえて国籍選択のための猶予期間を設ける必要は乏しい反面、重国籍の発生防止の観点から速やかに日本国籍を喪失させることが望ましく、その実現を図る国籍法11条1項の立法目的は合理的であるものといえ、同項の定めが上記立法目的を達成する手段として合理的関連性がある」(48頁)と判示する。

イ しかしながら、この判示に対しても、「1984年改正法は複数国籍者に対して現実的・具体的な国籍選択の機会を保障することを目的として国籍選択制度を設けたものであり、国籍法11条1項の対象者のみをこの国籍選択の機会から除外することに合理的理由はないし、国籍法11条1項の対象者に限って複数国籍の発生を早期に防止すべき特段の必要性も認められない」との上記の批判が当たるものである。

したがって、上記の原審判決も誤りであり、外国籍の志望取得者と生来的複数国籍者の間における、国籍選択の機会の保障の有無についての差別的取扱いには、合理的理由がない。

(4) 日本国籍の志望取得との間の差別的取扱いについて

ア 原審判決は、「①国籍法11条1項は、日本国籍を有する者が自己の志望によって外国籍を取得した場合に元々有していた日本国籍を喪失する旨を定めているのに対し、同法3条1項、17条及び5条2項が適用される場面では、いずれも元々外国籍を有していた者が届出や帰化によって日本国籍を取得した場合にいかなる方法で元々有していた外国籍を喪失させるかが問題となるのであって、両者は全く異なる場面を想定した規定であるから、単純に比較することはできず、また、②外国籍の得喪について我が国の法律で規定することができない以上、日本国籍を志望によって取得した者について、一旦重国籍を発生させた上で、事後的に当該外国籍の離脱を努力義務として課すことが不合理であるとはいえない(49～50頁)」と判示する。

イ しかしながら、まず上記判示の①についてみると、国籍法制の基本原則である「国内管轄の原則」により、我が国の国籍法によって外国の国籍の得喪を左右することはそもそも不可能であるから、国籍法3条1項、17条及び5条2項が適用される場面で、「いかなる方法で元々有していた外国籍を喪

失させるかが問題」となることはおよそあり得ない。したがって、上記判示①はそもそも前提に誤りがある。

また、国籍法3条1項、17条及び5条2項は、いずれも複数国籍を発生させることを予定した規定であり、「元々有していた外国籍を喪失させる」こと、あるいは複数国籍を解消することを問題とする規定ではない。これらの規定によって生じた複数国籍の解消を担うのは、国籍法14条の国籍選択制度であって、それ故に「複数国籍の発生原因によって、国籍選択制度による事後的解消と国籍法11条1項による事前の発生防止とを使い分けることに、合理的理由があるか」が問題となるのである。この点でも原審判決は問題の理解を誤っている。

ウ また、上記判示の②についてみると、国籍法3条1項、17条及び5条2項のいずれの場合にも、原国籍の離脱を日本国籍取得の条件とすることによって複数国籍の発生を防止することが立法技術としては可能であり（本人が原国籍の離脱を希望せず、あるいは原国籍を離脱することができない場合には日本国籍の取得を認めなければすむことである。）、しかもそれが国内管轄の原則の下で我が国の国籍法が複数国籍の発生を防止するために採りうる唯一の手段である。しかしながら、国籍法はかかる複数国籍防止の手段を採用せず、これらの場面での複数国籍の発生を積極的に肯定したものである。にも関わらず、なぜ国籍法11条1項の場面に限って複数国籍の発生自体を防止するために、国籍選択の機会を与えずに日本国籍を喪失させるのか、かかる取扱いの違いに合理的な理由が見いだせないことが問題なのである。

エ 国籍法3条1項、17条及び5条2項は、いずれも1984年法改正によって新設された制度である。3条1項は父母両系血統主義を補完するものとして、17条も血統主義を根拠の一つとして、そして5条2項は人道的観点から、それぞれ創設されたものである。そしてその立法過程では、それぞれ

の制度の立法目的と複数国籍の発生防止という立法目的とが比較考量され、前者を優先するという判断がなされたのであり、ここでは「複数国籍の発生を一旦容認しても、国籍制度その他の法秩序や個人の権利利益に対する重大な侵害は生じない」との評価があったことは明らかである。同時に、複数国籍の事後的解消の場面においても、強制的にこれを行うのではなく、本人の意思の尊重との調整が図られて、国籍選択制度が設けられたのである。

このように、1984年改正において、「複数国籍の防止解消が国籍法における最優先の課題である」という命題は明確に放棄され、複数国籍の防止解消は、血統主義や人道主義、国籍自由の原則に基づく本人の意思の尊重、といったその他の立法政策とともに個々の制度毎に比較考量されるべき対象となったものである。

しかるに、国籍法11条1項の対象者は多くの場合国籍取得の根拠となった日本との密接なつながりを未だ維持しているのに、この場面に限って、国籍自由の原則に基づく本人の意思の尊重という要請との比較衡量をまったく無視し、当然に複数国籍の発生を防止する、とすることは、1984年改正の立法者意思及び改正後の国籍法の理念や制度設計に明らかに反するものである。

オ そして、外国籍の志望取得と日本国籍の志望取得の間の差別的取扱いについても、「1984年改正法は複数国籍者に対して現実的・具体的な国籍選択の機会を保障することを目的として国籍選択制度を設けたものであり、国籍法11条1項の対象者のみをこの国籍選択の機会から除外することに合理的理由はないし、国籍法11条1項の対象者に限って複数国籍の発生を早期に防止すべき特段の必要性も認められない」との上記の批判が当たるものである。

カ したがって、外国籍の志望取得者と日本国籍の志望取得者の間における、国籍選択の機会の保障の有無についての差別的取扱いに合理的理由があるとする原審判決の判示は誤りである。

7 結論

以上より、国籍選択の機会の保障に関する、外国籍の志望取得者と、外国籍の当然取得による複数国籍者、生来的複数国籍者、及び日本国籍の志望取得による複数国籍者との間の差別的取扱いには、合理的理由はなく、外国籍の志望取得者についてかかる差別的取扱いを生じさせている国籍法11条1項は、憲法14条1項に反し、無効である。

第14 憲法14条1項違反(2) 家族関係や生活が国境を越えてしまったという社会的身分(社会生活上継続的に占める地位)に基づく、幸福追求権の享受についての差別

1 問題の所在

(1) 限られた適用対象者

国籍法11条1項は、何らかの理由で外国籍が必要となり、かつ、外国籍を取得する機会を得ることができた日本国民のみを対象とする規定である。

同条項が適用される典型は、憲法22条2項が保障する外国移住の自由を行使した人たちである。外国移住が契機となり、家族関係や経済生活、社会生活が国境を越えてしまった日本国民が、居住国の国籍取得の必要を感じるようになり、取得に必要な資格・条件を幸運にも満たしたとき、いよいよ国籍法11条1項が適用され得ることになる。一方、生活や家族関係が日本国内あるいは日本国籍者の間で完結している日本国民が同条項の適用を受ける場面は、想像し難い。

つまり国籍法11条1項は、日本国民のうち家族関係や経済生活、社会生活が国境を越えてしまったという社会的身分(社会生活上継続的に占める地位)を有する人々だけに適用される条項である。

(2) 幸福追求権の阻害・侵害

日本国民のうち外国に移住するなどして家族関係や生活が国境を越えてしまったという社会的身分(社会生活上継続的に占める地位)を有する人たちは、多くの場合、幸福追求のために日本国籍と居住国の国籍の双方が必要になる。

国籍法に起因して日本人当事者が直面する様々な困難を分析した武田里子(甲212(96~101頁))によると、在外邦人にとって居住国の国籍がないことによる具体的な不利益として、①就労の機会が限られること、②社会保障、相続な

どで不利になること、③参政権がないこと、④在留資格が不安定であること、⑤国際結婚家族の場合、家族間で国籍が異なり家族離散の不安があること、⑥介護に親を呼び寄せられないこと、などがある。また、日本国籍がなくなることによる不利益としては、⑦アイデンティティ、祖国とのつながりが断たれること、⑧親の介護に帰国できない場合が生じること、⑨将来帰国できなくなること、などがある。

幸福追求権の最大の尊重を定めた憲法13条の趣旨と、憲法22条2項前段が外国に移住する自由を保障していることとを併せ考えるなら、憲法13条は、外国に渡る等した日本国民が居住資格の安定や活躍の場の拡大等を実現できるように、日本国籍を保持したまま外国の国籍を取得できる道を開くことをこそ目指すものというべきである。なぜなら、まず、憲法が一方で日本国民に対して外国移住の自由を保障しながら、他方で外国移住した日本国民の居住国での幸福追求については無関心であるとは考え難い。そして、日本国民が外国での活躍を志して外国に移住し、現地で生き抜くうえで必要な外国籍を取得しなおかつ日本国籍を維持したままで人生を送りたいと考え、そのような人生を目指すことは、まさしく「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）」（佐藤（幸）・憲法論121頁）として生きることであり、「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）を行使するものであって、幸福追求権の行使として最大限尊重されなければならないことだからである（甲72（70頁））。

一般的にあって、人が幸福を追求していくうえでは、（a）家族との交流・結合、（b）職業選択の機会と自由、（c）財産の所有と確保、（d）社会参画、（e）人として尊重されること、などが重要な要素となると考えられる。

これらの要素を充足するために上記のとおり日本国籍と外国籍の両方が必要な状況にある日本国民にとって、国籍法11条1項は、幸福追求権の行使を阻害する規定以外の何ものでもない。このことは、上告人らの陳述書の内容や弁護団アンケ

一トに寄せられた回答の内容や(前者については第一審の原告ら準備書面(18)40～57頁に、後者については控訴審における最初の控訴準備書面109～121頁に、それぞれ整理して示した。)、国際結婚を考える会(JAIF)が2021年3月から7月にかけて実施したアンケート(回答者数1846名)の結果から明らかである(甲226)。

一方、上述のとおり生活や家族関係などが日本国内あるいは日本国籍者の間で完結している日本国民が同条項の適用を受ける場面は想像し難い。

それゆえ被上告人は、国籍法11条1項を存置することにより、日本国民のうち家族関係や経済生活、社会生活が国境を越えてしまったという社会的身分(社会生活上継続的に占める地位)を有する人をその社会的身分に基づき、幸福追求権の享受について、他の日本国民との間で深刻で重大な差別的取扱いをしているというべきである。

そこで、幸福追求権の享受についての差別という観点からも、国籍法11条1項が憲法14条1項の平等原則に違反しないかが問題となる。

(3) 違憲審査基準

この問題に関する違憲審査基準は、幸福追求権が「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」(憲法13条)とされていること、社会における継続的地位すなわち社会的身分という憲法14条1項列挙事由を理由とする差別であることから、厳格なものとする要請が働く。その一方で、国籍法11条1項による幸福追求権の侵害は直接的なものではなく、同条項が日本国籍を自動的・機械的・一律に奪うことの間接的効果として生じること、及び各人が追求する幸福の内容は個人によって多様であり得ることにも配慮する必要がある。

そこで、本件に関する違憲審査基準は、本件の差別的取扱いには違憲性の推定が働くとしたうえで、①国籍法11条1項の存在によって侵害される幸福追求権

の具体的内容(被侵害利益)と、国籍法11条1項によって実現される利益(実現利益)との比較衡量を行い、②後者(実現利益)を前者(被侵害利益)に優先させるべき特段の事情が認められる場合にのみ違憲の推定が覆され、国籍法11条1項が間接的にもたらす差別的取扱い(幸福追求権の侵害)は憲法14条1項に違反しないと解するのが妥当である。以下、検討する。

2 違憲審査

(1) 「国籍変更の自由」という利益との比較衡量

まず国籍変更の自由の保障に関して、国籍法11条1項が実現する利益を国籍法11条1項適用対象者が日本国籍と外国籍の両方を持って幸福を追求するという利益に優先させるべき特段の事情の存在が認められるか、検討する。

国籍変更の自由の保障という立法目的に関して国籍法11条1項が実現する利益とは、①本人が日本国籍を離脱し外国籍を取得することを希望していて、②当該外国の国籍法制が当該国の国籍取得と同時に原国籍を離脱することを要件としており、③国籍取得と同時に原国籍の離脱ができない場合に原国籍を離脱しないで国籍取得を認める救済規定がないという3つの条件すべてを満たす場合に、日本国籍を離脱して外国籍を取得することを望む日本国民の国籍変更の自由である。

一方、本章で問題とする国籍法11条1項による幸福追求権の侵害は、上記①の要件を満たさない人に生じる。そして、日本国籍の離脱を希望するかしないかは個人の自由であり、離脱を希望する人(①を満たす人)の利益も離脱を希望しない人(①を満たさない人)の利益も等価であって、一方が他方に優先するという関係にはない。

したがって、国籍変更の自由の保障に関して国籍法11条1項が実現しようとする利益(離脱希望者の利益)を、国籍法11条1項適用対象者が日本国籍と外国

籍の両方を持って幸福を追求するという利益(離脱を希望しない者の利益)に優先させるべき特段の事情は認められない。

よって、国籍変更の自由の保障という立法目的との関係では、国籍法11条1項は憲法14条1項に違反する。

(2) 「複数国籍の発生防止」という利益との比較衡量

次に、複数国籍の発生防止に関して、国籍法11条1項が実現する利益を国籍法11条1項適用対象者が日本国籍と外国籍の両方を持って幸福を追求するという利益に優先させるべき特段の事情の存在が認められるか、検討する。

複数国籍の発生防止という立法目的に関して国籍法11条1項が実現する利益は、想定し難い。なぜなら、被上告人が主張する「複数国籍の弊害」は、複数国籍とは無関係だったり、現憲法下では生じなかったり、生じたとしても複数国籍の発生を防止する以外の容易な解決方法が確立しているものばかりで、現実化していないし現実化することも想定し難いからである(本書面第12章2(2)イ)。

一方、国籍法11条1項による幸福追求権の侵害は、上告人らを含む多くの在外日本国民らに現実に生じている実害である。

複数国籍の発生防止に関して国籍法11条1項が実現しようとする想定し難い利益を、国籍法11条1項適用対象者が日本国籍と外国籍の両方を持って幸福を追求するという現実の利益に優先させるべき特段の事情は認められない。

よって、複数国籍の発生防止という立法目的との関係でも、国籍法11条1項は憲法14条1項に違反する。

(3) 結論

以上により、国籍法11条1項は、幸福追求権の享受についての差別という観点でも平等原則(憲法14条1項)に違反し違憲無効である。

第15 国家賠償請求 立法不作為

1 国籍法11条1項は違憲の規定である

詳述してきたとおり、国籍法11条1項は、1950年の立法当初から憲法の諸原理、憲法22条2項、13条、31条、98条2項及び10条に違反して（本書面第12章）、また14条1項に違反して（同第14章）、違憲無効であった。

さらに、1984年の国籍法改正で複数国籍の発生を広く肯定する立法政策（父母両系主義の導入（2条1号）、国籍選択制度の創設（13条、14条）、日本への帰化の場合の原国籍喪失要件の緩和（5条2項）等）が採用されて以降、国籍法11条1項は憲法14条1項に一層明確に違反することとなった（本書面第13章）。

2 被上告人の不作為と有責性、損害の発生

（1） 被上告人は1989年までに違憲性を認識できた

被上告人は、遅くとも1989年までに、国籍法11条1項の違憲性を認識することができた。以下、具体的事実を挙げて説明する。

ア 複数国籍の弊害が現実的なものでないという認識（1982年）

被上告人は、遅くとも1982年までに、独自の調査によって、複数国籍防止の根拠である「複数国籍による弊害のおそれ」が必ずしも現実的なものではないことを認識していた（甲75（41～42頁）、甲106（63頁、67～68頁））。

この事実は、1984年の国籍法改正の準備段階において、被上告人には国籍法11条1項の立法目的の正当性に疑念を抱き同条項の改廃を含めた再検討に取り組む契機があったことを示すものである。

イ 「法律の不知」に対するセーフガードの導入の有無（1983年）

被上告人は、1983年、国籍法改正に向けた中間試案を修正する際に、新たに設ける国籍選択制度には「法律の不知」に対するセーフガードを設けることとした（甲153（4～5頁））。一方、国籍選択制度の対象とならない外国籍の志望取得者については、「法律の不知」に対するセーフガードなしに日本国籍を喪失させる制度を維持した。

この事実は、被上告人が憲法14条1項の平等原則に違反する制度（本書面第13章）を、故意または重大な過失により創出したことを示すものである。

ウ 日本国籍の権利性についての被上告人の認識（1984年）

被上告人は、遅くとも1984年までに、一旦付与された日本国籍には権利性が生じ、日本国籍は恣意的に奪われてはならないものであることを認識していた（甲89（4頁第3段）、甲24（3頁4段、4頁2段））。

これは、被上告人が本人の意思に反して日本国籍を喪失させる規定には違憲の問題が生じ得るとの認識を有していたことを示すものである。

エ 国籍法11条1項についての説明の変遷（1984年～1989年）

（ア）かつての通説（1950年～1975年）

1950年に平賀健太（法務府民事局第二課長、法務府民事法務長官総務室主幹）が著した国籍法の解説書では、国籍法11条1項の日本国籍喪失にかかる意思の内容について、「志望によって外国の国籍を取得する場合には、その反面において当然に従来の国籍を放棄する意思があるとみるべきであるから、これまた志望による国籍の喪失と呼ぶもさしつかえがない」として、本人の意思に基づく日本国籍喪失であると説明していた（甲219（358頁））。

また、国籍法の通説も、国籍法11条1項の日本国籍喪失にかかる意思の内容について、「自己の志望によって外国の国籍を取得するということは、その反面、当然に従来の国籍を放棄する暗黙の意思があると認めるべきであるからで

ある」として、外国籍の志望取得意思があれば日本国籍の放棄意思があると認めるべきだと論じ、平賀と同様、本人の意思に基づく日本国籍喪失であるとの説明で、同条項を正当化していた（甲119（59頁））。

（イ）唐突で突飛な被上告人の説明（1984年）

ところが被上告人は、1984年、国籍法改正のための国会審議において、国籍法11条1項による日本国籍喪失について、「積極的に外国の国籍が欲しいということでその当該外国から承認されたわけでございますので、したがって日本の国籍は形骸化するので、当然失うというのが一項でございます。」と説明した（甲89（17頁第3段））。これは、国籍法11条1項の国籍喪失の根拠を本人の意思に求めてきた、被上告人の法務府民事法務長官総務室主幹が執筆した上記の国籍法の解説書や通説の説明とはまったく異なる、同条項の根拠を日本国籍の形骸化に求める答弁である。

このような説明が突如なされた背景には、被上告人が、国籍法改正を検討してきた中で、国籍法11条1項は本人の意思に反してでも日本国籍を喪失させる規定であるという事実気づき、その認識と、日本国籍は恣意的に奪われてはならない権利性を有するものであるという認識（上記ウ）とを整合させるためには、国籍法11条1項による国籍喪失の根拠を本人の意思以外に求めざるを得ないという葛藤が立法担当者に生じたことがある、と考えられる。

このように被上告人は、1984年には、国籍法11条1項が本人の意思に反してでも日本国籍を喪失させる規定であると認識していたことがうかがえる。

（ウ）通説の変化（1989年）

1984年の国籍法改正を境に、国籍法11条1項による日本国籍喪失の根拠についての通説は大きな転換をみせた。すなわち、1989年、江川英文他「国籍法 新版」は、外国の国籍の志望取得に基づく日本国籍喪失は「直接に個人の意思に基づくものではない」のであり、「厳格に言えば、個人の意思に基づ

く国籍の喪失でないことはいうまでもない」(甲120(120頁))として、国籍法11条1項による国籍喪失は本人の離脱意思に基づくものではないことを確認するに至った。

被上告人は、国籍行政に責任を負うものとして、通説のこの変化を当然に把握していた。

オ 小括

以上のとおり、被上告人は、①複数国籍の発生防止という国籍法11条1項の立法目的の正当性が疑われることについては1982年までに、②外国籍の志望取得の場合にのみ「法律の不知」に対するセーフガードを設けないという差別的な制度を創出することについては1983年までに、③国籍法11条1項が本人の意思に反してでも日本国籍を喪失させる規定であり、日本国籍を恣意的に奪われない権利を侵害するものであることについては1989年までに、認識しており、あるいは、容易に認識することができた。

そして、これらを認識することにより、被上告人は、国籍法11条1項の違憲性を容易に認識することができたし、認識すべきであった。

(2) 国籍法11条1項の改廃義務の故意または重過失による懈怠

ア 故意または重過失による立法不作為

日本国籍が憲法上極めて重要な地位・資格であることは、憲法の規定内容と沿革から極めて明らかである(本書面第7章)。それゆえ被上告人は、国民全体の奉仕者(憲法15条2項)として、違憲の疑いのある法律によって日本国籍が本人の意思に反して失われるおそれがあることを察知すれば、直ちにその法律の検討、改廃に取り組む義務を負う。

ところが被上告人は、遅くとも1989年までに、国籍法11条1項の違憲性を容易に認識することができ、また認識すべきであったにもかかわらず、同

条項の検討と改廃を漫然と怠り、日本国民が意思に反して日本国籍を失う事態を放置しつづけた。

本人の意思に反する日本国籍喪失が個人に極めて重大な不利益をもたらし、国民主権原理に基づく代表民主制の過程を損なうことなどに鑑みれば、被上告人の上記義務違反は著しく重大である。被上告人によるこの義務の懈怠は、故意または重大な過失によるものと評価されなくてはならない。

イ 国家機関の怠慢、責任放棄、職権濫用による不作為

本書面第5章3(1)でみたとおり、被上告人の主張する「複数国籍の弊害」のうち唯一現実に想定できるのが外交保護権の衝突である。しかし、外交保護権の衝突は、国際慣習法に則った対応で解消が可能であり、被上告人には国際慣習法に則った対応が求められる(憲法98条2項)。被上告人もこのことは当然に認識している。

ところが被上告人は、国際慣習法に則った対応というごく当たり前の対処をすることを疎い、日本国民から日本国籍を剥奪することで外交保護権の衝突を防止すべきだとして、国籍法11条1項を存続させてきた。

そもそも国家機関、行政機関といっても、国民を支配・統治する機関ではなく、国民が“協働の事業”としての“国家”を運営するために憲法によって設けた国民のための道具・機関に過ぎない(本書面第7章2(2)ク及びケ参照)。そして、国家機関、行政機関で働く公務員は、国民の「奉仕者」である(憲法15条2項)。国民のための道具・機関に属する国民の「奉仕者」が、国際慣習法に則った対応というごく当たり前の対応をとることを厭い、外交保護権の衝突防止を口実に日本国民から日本国籍を剥奪してすませようとするのは、著しい怠慢あるいは職務放棄であるばかりか、国民と国家、国民と公務員との関係を主客転倒させて権力を私物化することにほかならない。

また、被上告人が主張する「複数国籍の弊害」は、複数国籍の発生を防止する

以外の解決方法が確立している外交保護権の衝突を筆頭に、実は複数国籍とは無関係のものや現実に生じる可能性がないものばかりである。そのような弊害や弊害のおそれを防止するために「複数国籍の発生防止」が必要であるなどと主張して主権者たる日本国民から日本国籍を剥奪するのは、国民の“協働の事業”のための道具・機関である国家機関や行政機関そして国民の「奉仕者」である公務員による、国民に対する悪質極まりない背信行為である。その根底には複数国籍者や外国に移住した人たちに対する偏見と差別意識が潜んでいることがうかがわれる（本書面第12章2（2）イ（ア）IX参照）。

これらの点でも、被上告人が国籍法11条1項を放置してきたという不作為は、被上告人の故意または重大な過失によるものというべきである。

（3） 損害の発生と因果関係

被上告人の故意または重大な過失による上記義務違反が継続している間に、上告人1ないし上告人6は、外国籍を取得し、違憲無効である国籍法11条1項によって日本国籍を喪失したとして扱われ、甚大な精神的損害を被った。その損害は、金銭に換算すると各人につき55万円（うち5万円は弁護士費用）を下らない。

3 結論

よって、上告人1ないし上告人6は、被上告人に対して、国家賠償法1条1項に基づき、各人につき少なくとも金55万円の損害賠償請求権を有する。

第16 まとめ

以上みてきたとおり、本書面第12章から第14章までで検討したすべての理由によって、あるいはそのうち少なくとも一つの理由によって、国籍法11条1項は違憲無効である。

そして被上告人は、遅くとも1989年までに、国籍法11条1項の違憲性を認識することができ、同条項の改廃にただちに取りかかる義務を負っていたのに故意または重大な過失によりそれを怠り、上告人1ないし上告人6に対して日本国籍がないと扱われることによる精神的苦痛を与えた。その苦痛を金銭に換算すると各人につき50万円を下らない。

したがって、上告人1ないし上告人6がそれぞれ日本国籍を有すること、及び上告人7及び8が外国籍を取得しても日本国籍を失わない地位を有することがそれぞれ確認されなくてはならない。

加えて、被上告人は、上告人1ないし上告人6に対し、それぞれ55万円及びこれに対する2018年4月10日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え、との判決が下されなくてはならない。

第17 違憲判断の必要性和適切性

2008年6月4日、最高裁判所大法廷は当時の国籍法3条1項を違憲無効と判断し、同年12月5日、国籍法改正が実現した。その改正に際して、衆参両議院はそれぞれ下記の附帯決議を行った。

【衆議院の附帯決議】

「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである。

4 本改正により重国籍者が増加することにかんがみ、重国籍に関する諸外国の動向を注視するとともに、我が国における在り方について検討を行うこと。」

【参議院の附帯決議】

「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである。

5 本改正により、重国籍となる子供が増加する事態が起り得ることにかんがみ、重国籍に関する諸外国の動向を注視するとともに、我が国における在り方について検討を行うこと。」

しかしその後、被上告人は、複数国籍に関する諸外国の動向を「注視」することも「我が国における在り方について検討」することもなかった。

というのも、もし被上告人が複数国籍に関する「諸外国の動向」を「注視」していたならば、国際連合が2013年に公表した報告書（甲28の2）が一つの契機となったはずだからである。同報告書は、2011年の時点で、国連加盟国196カ国中53%の政府が外国に行きその国籍を取得した自国民が何ら制限なく自国の国籍を保持することを容認しており、その他の19%の政府が外国に行った自国民が自国（出身国）の国籍を維持することを一定の条件の下で容認し、残り28%の政府のみが二重の国籍を許す規定を持たなかったことを示していた。被上告人が複数国籍に関する諸外国の動向を注視していたのであれば、この報告書が示した複

数国籍に肯定的な国が72%に上るという事実を受けて、それらの国々が複数国籍の弊害にいったいどう対処しているのか調査と検討を始めていたはずであるし、今回の訴訟で被上告人が複数国籍は「主権国家の考え方とは本質的に相容れない」（第一審答弁書42頁）などと主張することはなかったであろう。被上告人が、国連の報告書すら注視することなく、国会の求めを怠ったことは明らかである。また、本件訴訟提起後に国籍法11条1項の廃止を求める署名が法務省に提出されたが（甲83）、被上告人が同条項の改廃を検討したという情報は皆無である。

一方、上記附帯決議以降に国会で取り上げられた複数国籍関連の話題といえば、野党議員の「複数国籍」疑惑をきっかけに複数国籍者の被選挙権を制限すべきとする法案が野党から提案されたことぐらいである（甲198、甲216（36頁））。その間にも、ノーベル賞受賞者が実は日本国籍を失っていたという報道がなされるたびに（南部陽一郎氏（2008年受賞）、中村修二氏（2014年受賞）、カズオイシグロ氏（2017年受賞）、眞鍋淑郎氏（2021年受賞））、国籍法11条1項の妥当性を検討する契機となりえたはずだが、国会にその動きはなかった。本件訴訟や複数国籍についての報道もこの間にそれなりの量があったが、国会がこの問題を取り上げることはなかった（甲125～甲137、甲237～甲239など。原審判決以降では甲240～甲244など）。

このような経緯をみれば、最高裁判所が国籍法11条1項について2008年のように違憲無効判決を下さない限り、被上告人や国会が国籍法11条1項の廃止や改正に積極的に取り組むなどありえないことが明らかである。

今現在も国籍法11条1項は、上告人ら在外邦人を中心として少なからぬ日本国民に重大で深刻な憲法上の権利の侵害をもたらしつつおき、その被害は国籍法11条1項が存続する限り未来永劫生じつづける。その被害者（日本国籍が失われたと扱われている人たちと日本国籍を失うことをおそれて外国籍を取得できない人たち、そしてその人たちの家族や親族）は日本国民全体の中では今後も少数者であ

ろうし、すでに日本国籍を失ったと扱われている人たちは代表民主制のプロセスを通じた権利回復や救済に主権者として関わることもできない。こうした人たちの救済は、裁判所が積極的に違憲判断をなす以外の方法では不可能である。

三権分立の観点でみると、最高裁判所が国籍法11条1項は違憲無効であると示すことは、一時の多数派によって主権者としての地位を奪われた人たちの地位を回復し、日本の政治過程を憲法が想定する正常な状態に回復し、その正常な状態を保護することである。それは三権分立制をとる日本国憲法が裁判所に課した責務の遂行にほかならない。

また、最高裁判所が国籍法11条1項は違憲無効であると判断しても、外国籍を志望取得した者は国籍選択制度（国籍法14条）の対象になるので、複数国籍の解消を本人の意思を尊重してそれに任せるという現行国籍法の基本方針が損なわれることはなく、新たな立法措置も不要で、司法権が立法権を過度に制約することにもならない。

行政権との関係でも、国籍法11条1項が違憲無効になれば、本書面第6章で指摘した外国法の解釈の困難に被告の職員が悩まされることはなくなり、日本国籍喪失を戸籍に正確に反映することが容易になって、様々な問題を未然に防ぐことにつながる（本書面第6章、甲233参照）。

原告代表（原告1）は第一審判決を受けて、明治憲法下で19世紀につくられた法文を受け継ぐ国籍法11条1項により苦しめられている状況について、「自分たちはまだ明治憲法下に置かれている、臣民として支配され“棄民”され続けているのだ」と憤りを語った。

しかし、明治憲法はすでになく、今は日本国憲法の時代である。

最高裁判所が採るべき道は自ずと明らかである。

本件では積極的な違憲無効判断がなされるべきである。

以上