

令和4年（行コ）第294号 在留資格変更不許可処分無効確認等、
国家賠償請求控訴事件

控訴人 (閲覧制限)

被控訴人 国

第1準備書面

令和5年（2023年）7月26日

東京高等裁判所第12民事部B4係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士	鈴木雅子	
同	永野靖	
同	山下敏雅	
同	横山佳枝	
同	丸山由紀	
同	上杉崇子	
同	高橋 済	

目次

はじめに.....	3
第1 控訴人Aに与えられるべき在留資格の検討.....	3
1 入管法上の在留資格の分類	3
2 控訴人Aに適切な在留資格は別表第2の在留資格であること	4

3	控訴人Aに与えられた在留資格「特定活動」の検討	5
4	まとめ	7
第2	曾我部真裕教授の意見書(甲165)に基づく、本件不許可処分等の違憲性、 違法性に関する控訴人らの主張の補充	8
1	はじめに	8
2	前提としてのマクリーン判決理解	8
3	控訴人Aに控訴人Bとのパートナー関係に基づく安定した在留資格を認め ないことは、控訴人Bの「親密な人的結合の自由」を制約する	9
4	憲法上の権利の侵害とはいえない場合であっても、公権力の発動である以上 は憲法上、平等原則や比例原則に照らした合理性が要求されること	10
5	国際人権法の遵守は憲法の要請でもあり、裁判所はその判断に当たり、国際 人権法の遵守確保が求められること	12
第3	木村草太教授の意見書(甲164)に基づく、本件不許可処分等の違憲性、 違法性に関する控訴人らの主張の補充	13
1	本件で検討すべき問題	13
2	同性間の婚姻を認めない現行法の合憲性	14
3	出入国管理及び難民認定法の諸規定による区別取扱いの憲法適合性	17
4	違憲性の解消法	19
第4	興津征雄教授の意見書(甲163)に基づく、本件不許可処分等の訴えの利 益及び処分性に関する控訴人らの主張の補充	21
1	本件無効確認訴訟に訴えの利益があること	21
2	本件通知に処分性があること	25
第5	同性間の婚姻を求める訴訟の各地裁判決に基づく主張の補充	29
1	同性婚訴訟の各地裁判決と本件との関連性	29
2	同性婚訴訟の各地裁判決	30

3	同性婚訴訟地裁判決が導く本件の帰結	34
第6	裁量権の逸脱・濫用	36
第7	まとめ	37
第8	進行についての意見	38

はじめに

本準備書面では、控訴人Aに在留資格「特定活動」が与えられたことを踏まえて控訴人Aに与えられるべき在留資格を改めて検討し、また、控訴審において提出した3名の専門家意見書、また、同性婚訴訟に関する5件の判決及び毎月11日に出された最高裁判決の示す裁量権の逸脱濫用の判断のあり方を踏まえ、本件不許可処分等の違憲・違法性を主張するものである。

第1 控訴人Aに与えられるべき在留資格の検討

1 入管法上の在留資格の分類

入管法上認められた在留資格は、入管法別表第1と別表第2に分かれる。

同別表第1の在留資格は、その当該外国人の行う活動に基づく在留資格（就労／非就労資格。入管法別表第1下欄）であり、「外交」「公用」「教授」「芸術」「宗教」「報道」「高度専門職」「経営・管理」「法律・会計業務」「医療」「研究」「教育」「技術・人文知識・国際業務」「企業内転勤」「介護」「興行」「技能」「技能実習」「文化活動」短期滞在」「留学」「研修」「家族滞在」「特定活動」がこれに含まれ、それぞれにおいて「本邦において行うことができる活動」が定められている。

他方、同別表第2の在留資格は、「本邦において有する身分または地位」（入管法別表第2下欄）に基づく在留資格（居住資格）であり、「本邦において行う

ことができる活動」に制限はない。別表第2の在留資格には、「永住者」「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」「定住者」の4つがある。

2 控訴人Aに適切な在留資格は別表第2の在留資格であること

以上の分類に鑑みれば、控訴人Aは、当然に在留が認められる日本国籍者である控訴人Bのパートナーという身分に基づく在留を求める者であり、何らかの控訴人Aの活動に基づいて在留資格を求めたり、活動に基づいて在留資格を認められる外国籍者の家族として在留を求める者でもないから、入管法の在留資格の分類上、別表第2の在留資格が適切であることは明らかであった。

そこで、別表第2の在留資格のうちどれが適切かを検討すると、控訴人Aは、日本国籍者である控訴人Bと、アメリカにおいて有効な婚姻を行っているパートナーであるから、木村意見書にもあるとおり、本来は、「日本人の配偶者等」が最も適切な在留資格と言える。

しかしながら、入管庁は、日本法上有効な婚姻に限り「配偶者」の呼称を用いていることから、控訴人Aが「日本人の配偶者等」への在留資格変更申請した場合、その申請が認められる可能性はなかった。他方で、訴状等においても詳しく主張したとおり、「定住者」は、身分または地位に基づいて日本の在留を求める者のための非定型かつ開かれた在留資格であるから、これが認められる可能性は十分にあると考えられた。そのため、控訴人Aは、「定住者」の在留資格への変更申請を行ったものである。

実際、定住者の在留資格が与えられれば、本邦において行うことができる活動に制限はなく、本邦において有する身分または地位に基づいて必要な活動をすべて行うことができる。その結果、就労についても特に制限はなく、例えば控訴人Bが病気または事故にあうなどして経済的に支える必要が生じた場合には、控訴人Aが日本で制限なく活動を行って控訴人B及び二人の生活を支えることも可能であり、いずれかが健やかなるときも病めるときも生涯支え合って日本で生き

ていくことができる。

3 控訴人Aに与えられた在留資格「特定活動」の検討

(1) 控訴人Aの現在の在留資格等

控訴人Aは、2023年3月10日、「特定活動」の在留資格を得た。本邦において行うことができる活動「本邦に居住する日本人Bと同居し、かつ、当該日本人と生計を共にする者が行う日常的な活動（収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を除く。）」が指定された（以下「本件指定」という。実際の指定書には、「B」の欄にBの本名が記載されている（甲166、甲167））。

同日、控訴人Aは、資格外活動許可申請を行い、2023年5月12日、「出入国管理及び難民認定法施行規則第19条第5項第1号に規定する活動」の許可を得た（甲168）。具体的な活動は、以下のとおりである。

「一 一週について二十八時間以内（留学の在留資格をもつて在留する者については、在籍する教育機関が学則で定める長期休業期間にあるときは、一日について八時間以内）の収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和二十三年法律第百二十二号）第二条第一項に規定する風俗営業、同条第六項に規定する店舗型性風俗特殊営業若しくは同条第十一項に規定する特定遊興飲食店営業が営まれている営業所において行うもの又は同条第七項に規定する無店舗型性風俗特殊営業、同条第八項に規定する映像送信型性風俗特殊営業、同条第九項に規定する店舗型電話異性紹介営業若しくは同条第十項に規定する無店舗型電話異性紹介営業に従事するものを除き、留学の在留資格をもつて在留する者については教育機関に在籍している間に行うものに限る。）」

すなわち、控訴人Aは、当然には就労を認められず、資格外活動の許可を得てもなお、週28時間以内とする就労にかかる制限が課せられている。

(2) 特定活動」の在留資格は控訴人Aが日本国籍者である控訴人Bの家族として日本で生きていくために十分な在留資格でないこと（甲170）

この点については、控訴理由書37頁乃至39頁で主張したとおりであるが、特定活動の在留資格の付与及び本件指定が実際になされたことに鑑み、以下敷衍して主張する。

本件指定を伴う「特定活動」は、入管法別表第1の在留資格であり、仕事や勉学など活動に基づいて別表第1の在留資格で在留する外国人（以下、「主たる外国人」という。）の家族（具体的には配偶者と子）に与えられる在留資格である「家族滞在」と同様の在留資格である。この在留資格は、主たる外国人が、何らかの活動を行うことに基づいて日本への在留が認められ、当該外国人がかかる活動を行う限りにおいて、その家族に対しても在留を認めるものである。したがって、主たる外国人が、例えば病気や事故などで当該活動ができなくなったときには、日本での在留を続けることなく、「家族滞在」の在留資格を与えられていた家族と共に、本国に帰国されることが予定されている。

他方、控訴人Aは、日本国籍者である控訴人Bの家族として日本における在留を求めているものである。控訴人Bは、日本国籍者であるから、生きている限り当然に日本における在留が認められる者であり、予定されている活動もない。現在は、控訴人Bが働き、控訴人Aがその扶養を受けている者であるが、例えば、病気や事故などで働けなくなることもありうる。そのような場合も、別表第1の在留資格で在留する外国人と異なり、控訴人Bは、日本国籍を有する者であるので、日本における在留が保障され、予想される。しかるに、仮に控訴人Bが病気や事故などで働けなくなった場合、控訴人Aが資格外活動として行うことができる就労は制限があり、控訴人Aが控訴人Bと日本で生きていくために必要な就労を行う自由は保障されない。なお、仮に控訴人Aと控訴人Bが共に働けなくなり、生活保護を必要とする場合が生じた場合には、控訴人Aは在留資格が別表第1の在留資格であることから、生活保護の対象となる「永

住的外国人」でないとして、生活保護の措置の対象外とされることが見込まれる（最判平成26年7月18日（訟月61巻2号356頁）参照）。

結局、特定活動の在留資格では、控訴人Bが主たる生計維持者である限り控訴人Aが日本で暮らすことが認められるに過ぎず、日本国籍者である控訴人Bとそのパートナーである控訴人Aが、健やかなるときも病めるときも生涯支え合って日本で生きていくことが認められるわけではない。

また、控訴人Aが就労した場合、現在の制限時間を超える場合には、資格外活動許可として許される範囲を超え、入管法違反となる。例えば、控訴人Aは、かつてアメリカの大学で雇用されていた者であるが、控訴人Aがアメリカの大学の被用者として週28時間を超えて働き、その報酬を得れば、資格外活動の違反となる。他方で、アメリカの大学に雇用されることにより得られる在留資格はない。また、控訴人Aは、「経営・管理」の在留資格を有して日本で在留していたことがあるところ、二期連続で赤字となったために同在留資格の該当性を失ったものであるが、同事業のために週28時間を超えて働いた場合には、同様に資格外活動の違反となる。他方で、直近二期の決算状況が芳しくなければ「経営・管理」の在留資格も得られない（訴状7頁、甲169参照。）

このように、特定活動の在留資格では、控訴人Aの活動内容そのものが常に問われ、また制限を受けることになり、控訴人Bのパートナーとして安定的な在留が認められているとは到底言えず、特定活動の在留資格は、控訴人Aが、無条件に日本における在留が認められる日本国籍者である控訴人Bと日本で支え合って生きていく在留資格としては十分ではないと言わざるを得ない。

4 まとめ

以上のとおり、日本国籍者である控訴人Bのパートナーとして与えられる在留資格としては、「特定活動」ではなく、「定住者」の在留資格が与えられることが必要であり、また、適切である。

第2 曾我部真裕教授の意見書(甲165)に基づく、本件不許可処分等の違憲性、違法性に関する控訴人らの主張の補充

1 はじめに

控訴人らは、控訴人Aが控訴人Bとパートナー関係に基づき日本に在留することを認めないことは、パートナーと家族を形成、維持する自由を侵害するものであって憲法13条に違反し、また、性的指向に基づく不合理な別異取扱いであって憲法14条1項に違反するものであり、マクリーン事件最高裁判決の「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができる」という判示を前提とするとしても、外国人に家族生活の尊重等の人権が保障される結果、在留を認めないことが違憲、違法となる場合があるという解釈と実践が国際的に広く受け容れられている等と主張してきたが(第6準備書面、第7準備書面・第2・2、第8準備書面・第1・1乃至3、第11準備書面・第3・1、控訴理由書・第3・2参照)、曾我部真裕教授の意見書(甲165)に基づき、さらに控訴人らの主張を補充する。

2 前提としてのマクリーン判決理解

曾我部教授は、憲法の研究者として3点意見を述べているが、前述のマクリーン事件最高裁判決(最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)の判示、すなわち、外国人には入国の自由は認められず、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるという原則が出発点であることは認めるという立場からの意見であることに留意する必要がある。すなわち、本件訴訟において被控訴人がその主張の根拠の一つとしているマクリーン事件判決を前提と

しても、控訴人Aに控訴人Bとのパートナー関係に基づく安定した在留資格を認めないことは憲法上の問題を生じうるとというのが曾我部教授の立論である。以下詳述する。

3 控訴人Aに控訴人Bとのパートナー関係に基づく安定した在留資格を認めないことは、控訴人Bの「親密な人的結合の自由」を制約する

(1) 「親密な人的結合の自由」

憲法上、どのような人と親密な関係を築くかということは個人の人生設計において極めて重要であり、「個人が他の個人との間で行う親密な交わり・人的結合が、公権力によって妨げられない権利」としての「親密な人的結合の自由」は憲法13条により保障されている。この「親密な人的結合の自由」は、制度へのアクセスの問題を含む婚姻（法律婚）の自由とは異なり、カップルが共同生活を行うといった側面においては純粹な自由権であって、同性カップルにも異性カップルと同様に保障される。また、この「親密な人的結合の自由」は国内憲法論で議論されてきたものであるが、内容的には、国際人権法における家族生活の尊重を受ける権利（自由権規約23条等）と大きく重なるものと考えられる。

カップルの一方が公権力の決定により出国を余儀なくさせられることによって共同生活が不可能になることは、この「親密な人的結合の自由」の端的な制約である。また、在留を認められるとしても、安定した共同生活を営むに足りる安定した在留資格をもってそうされるのでなければ、やはりこの自由権への制約があるといえる。

そして、この「親密な人的結合の自由」に対する制約は、カップルの一方の外国人（控訴人A）に対するものであると同時に、他方の日本国籍者（控訴人B）に対するものでもあるから、外国人の人権保障と在留制度との関係についてマクレーン事件判決をどのように理解するにせよ、日本国籍者である控訴人Bの基本権の制約として、その制約に合理性があるか否かが審査されなければならない。

(2) 本件に即した検討

これまで主張してきたとおり、控訴人らは長期にわたって同居・協力・扶助の関係にある。また、控訴人らは2015年(平成27年)に米国において婚姻をしており、この婚姻は日本国内において法的承認が与えられないとしても、控訴人らの「親密な結合」の永続性・安定性を示す事情としては重要である。このことからすれば、控訴人らの「親密な人的結合の自由」の保護の必要性は非常に高い。他方、控訴人Aのこれまでの在留はすべて適法なものであり、また、素行や経済状態に何の問題もない。控訴人Bが控訴人Aと共に日本を出国して米国に移住すれば、控訴人らの「親密な人的結合の自由」は確保されうるが、日本国籍者に対して出国を強制することは許されず(憲法22条1項)、こうした選択肢は考慮すべきではない。

以上からすれば、控訴人Aに対して安定的な在留資格を認めないことに合理的理由はなく、控訴人Bの「親密な人的結合の自由」の不当な侵害として違憲・違法である。

なお、控訴人Aのみが原告となっている第1事件との関係では、控訴人Bの基本権侵害を援用することは、いわゆる第三者の権利主張の問題を惹起するが、控訴人Bの基本権が救済されれば必然的に控訴人Aも救済される上、両者の関係は極めて密接であることから、本件において第三者の権利主張が認められることは判例(最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁)に照らして異論の余地はない。

4 憲法上の権利の侵害とはいえない場合であっても、公権力の発動である以上は憲法上、平等原則や比例原則に照らした合理性が要求されること

控訴人Aに安定的な在留資格を認めるか否かは国による公権力の発動なのであるから、在留制度の枠内でしか外国人の人権は保障されないというマククリーン事件判決の論理を前提とするとしても、公権力の発動である以上、恣意が許され

るわけではなく、憲法上、実質的法治国原理の要請として、平等原則や比例原則といった客観法原則に照らした合理性が要求される。例えば、芦部信喜教授の古典的テキストは、憲法13条が保障するのは人格的生存にとって重要な自由であるという解釈を採りながら、それ以外の自由の制約についても、十分に実質的な合理的理由がなければならぬとする（芦部信喜（高橋和之 [補訂]）「憲法（第7版）」122頁）等、憲法上の権利の制約の有無に関わらず、憲法の要請として、国家の行為には合理性が求められるとする理解が、憲法学では共有されている。

本件では、特に平等原則との関係が問題になる。

法律婚関係にある日本人外国人異性カップルの外国人当事者には「日本人の配偶者等」として安定した在留資格が認められるが、外国で法律婚関係にある日本人外国人同性カップルの外国人当事者にはこうした在留資格は認められず、極端な別異取扱いがある。このような別異取扱いの理由としては、日本において同性間の婚姻が法制化されていないこととの整合性が考えられるかもしれないが、日本人外国人同性カップルの外国人当事者に安定した在留資格を認めることが、直ちに日本において同性間の婚姻を制度的に認めることになるわけではないから、この点をもって異性婚当事者と同性婚当事者との在留資格における極端な相違を正当化することはできない。

他方、外国で法律婚関係にあるという事実は、両当事者の結合の永続性・安定性を示すものであり、安定的な在留を認める必要性という意味では、日本法のもとでの異性法律婚当事者といささかも変わりはない。

このように、「親密な人的結合の自由」「家族生活の尊重を受ける権利」と関わって、共同生活を送るために安定的な在留を認める必要性が、日本法のもとでの法律婚当事者と全く同様に極めて高いにもかかわらず、婚姻制度との整合性を過大に評価し、日本法のもとでの法律婚当事者との間で在留資格に関して極端な相違を設けることは、著しく不合理であって平等原則に反する。

したがって、米国で控訴人Bと婚姻をしている控訴人Aに対して、控訴人Bと

のパートナー関係に基づく安定的な在留資格を認めないことは著しく不合理であって平等原則に反する。

なお、本件1審判決は、「特定活動」に関する平成25年通知に基づく運用が「憲法14条の趣旨に反する」としたが（1審判決55頁）、基本権としての憲法14条は主張し得ないとしても、客観法原理としての同条は主張しうるのであるから、上記の判示はその趣旨を述べたものと見ることもでき、1審判決はマクリーン事件判決に反するものではない。

5 国際人権法の遵守は憲法の要請でもあり、裁判所はその判断に当たり、国際人権法の遵守確保が求められること

国際人権法の遵守は憲法の要請でもあり、裁判所はその判断に当たり、国際人権法の遵守確保が求められるのであって、本件のような出入国在留行政に関しては、国際人権法の発展を踏まえたマクリーン事件判決の論理の修正がなされるべきである。

同判決の直後、1979年に自由権規約と社会権規約を批准したことをはじめとして、今日までの間に主要な国際人権条約の多くを日本は批准しており、本件に関連するものとしては、自由権規約23条が規定する家族生活の尊重を受ける権利等が認められるに至っている。

人権条約を批准した国家は、条約に掲げられた人権をその管轄下にある者に対し保障することを国際社会に対して約束し、国家は国際社会に対して当該人権を保護する義務を負い、国内法的には、日本国の負った人権条約上の義務を国会、裁判所、行政機関等の各国内機関が、それぞれの権限の範囲内で実現すべき義務を負う。裁判所については、司法権の範囲内で条約上の義務を実現する義務を負い、不法行為法上あるいは国賠法上保護される権利利益の解釈として人権条約上の権利を考慮するなど、法律の規定を条約適合的に解釈すること等が義務付けられる。

本件において、控訴人Aに対して安定的な在留資格を認めないことは家族生活の尊重を受ける権利の侵害であり、裁判所においては、これらの侵害を避ける解釈が求められ、それは憲法98条2項から要請される憲法上の義務である。そして、控訴人Aに対して安定的な在留資格を認めなければ、国際人権法上保護される控訴人Aの家族生活の尊重を受ける権利が侵害される（この点につき、特に原審原告第6準備書面、甲104（谷口洋幸）等も参照）。そこで、「安定的な在留資格」について検討すると、第1で検討したとおり、日本国籍者の同性パートナーである外国籍者に対する考えられる法律上の受け皿は「定住者」である。

したがって、本件において、控訴人Aに「定住者」の在留資格を認めなかった処分庁の判断は違憲・違法である。

第3 木村草太教授の意見書（甲164）に基づく、本件不許可処分等の違憲性、違法性に関する控訴人らの主張の補充

1 本件で検討すべき問題

アメリカ国籍男性である控訴人Aと日本国籍男性である控訴人Bは、長年にわたりパートナーとしての同居・協力・扶助関係を有し、また、控訴人Aの本国であるアメリカで有効な婚姻が成立している。

控訴人らは、外国で婚姻した日本国籍者と外国籍者の異性カップルと同様に、日本においても婚姻した当事者として扱われることを望んでいる。仮に控訴人らが異性カップルであれば、そのアメリカでの婚姻は、日本での届出の有無にかかわらず日本でも有効であり、報告的届出も当然に受理される。また、控訴人らには何らの法違反等の事実もなく、控訴人Bは十分に扶養能力も認められるから、控訴人Aは「日本人の配偶者等」の在留資格を得て日本において、そのパートナー関係に基づき控訴人Bが安定して在留することが見込まれる。

しかし、控訴人らは日本において婚姻していないと扱われる。その理由は、偏に、日本が民法及び戸籍法上同性間の婚姻を認める規定を設けていないとして控

訴人らの婚姻を認めないからである。その結果、控訴人Aは、「日本人の配偶者等」に相当する、控訴人Bとのパートナー関係に基づく在留資格は認められず、日本に安定して在留することが許されないのである。

このように、控訴人Aは、本件不許可処分等により、日本国籍者と婚姻した異性の配偶者と比較して「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を得られない差別取扱いを受けているのだから、本件の問題の本質ないし前提として、控訴人Aに「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を付与しない差別取扱いの憲法適合性がある。

この点、本件は「定住者」への在留資格の変更を求める訴訟であり、この差別取扱いの憲法適合性は、一見すると本件と関係のない問題にも見える。しかし、控訴人Aに、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を付与しないことが違憲であり、かつ、「定住者」資格が「日本人の配偶者等」に相当する在留資格と見做せるなら、控訴人Aに「定住者」資格を付与する形で違憲状態を解消できる。こう判断する場合、控訴人Aによる申請は許可されるべきであったのであり、本件不許可処分等は違法ということになる。

このように、控訴人Aに「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を与えないことの憲法適合性は、本件請求を認容すべきか否かを判断する上で、結論を出す必要のある問題である。

以下では、同性間の婚姻を認めない現行法の合憲性及び「日本人の配偶者等」の在留資格の付与を日本での有効な婚姻の有無によって区別していることの合憲性を順に論じる。

2 同性間の婚姻を認めない現行法の合憲性

控訴人らは同性カップルゆえに、日本において婚姻していないと扱われているために、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格が付与されない。民法・法の適用に関する通則法の諸規定（以下、本件諸規定①）は、日本国籍者は、異性の外

国人とは婚姻することができ、他方、同性の外国人とは婚姻できない区別取扱いを設けている。この区別取扱いに合理的理由がないのであれば、控訴人Aは控訴人Bの民法・法の適用に関する通則法上の配偶者と扱われるべきであり、在留資格においても、日本国籍者の異性の配偶者と同様に扱われるべきことになる。そこで、そもそも、外国人との同性間婚姻を認めていない本件諸規定①による区別取扱いの合憲性が問題となる。

(1) 本件諸規定が同性間の婚姻を認めない理由

国は、婚姻制度の目的は、夫婦の子どもを産み育てる関係、つまり生殖関係に法的保護を与えることにあり、そのような関係のない同性カップルには直ちにはあてはまらなると説明している（第200回国会衆議院法務委員会令和元年10月23日・河井克行法務大臣答弁参照）。

(2) 生殖関係保護が婚姻制度の唯一の目的ではないこと

しかしながら、婚姻制度の重要な効果・役割の一つに子どもを産み育てる生殖関係の保護があるのは確かであるとしても、それが唯一の目的だとはいえない。

そもそも、婚姻が生殖関係のみを保護する制度という理解は、一般的とはいえない。現行法は、生殖関係があれば全てを保護しているわけではなく、例えば、当事者が共同生活の意思を欠く場合（いわゆる婚姻意思を欠くものとして民法742条により婚姻無効となる）や、重婚の場合（民法732条）、同氏になる旨の届出を欠く場合（民法739条・戸籍法74条1号）には、当事者の間に生殖関係があっても婚姻の成立を認めない。

通説においても、生殖関係を結ぶというだけでは婚姻意思とは認めず、「精神的」な結合、「同棲関係」などの、愛情に基づく親密な関係があり、共同生活をする意思があることが婚姻だとしている（我妻栄『親族法』有斐閣1961年14～16頁参照）。

このように、婚姻は、親密関係に基づく共同生活を保護する制度と理解する

のが一般的な見解である。そのような生活を送る点では、異性カップルと同性カップルとの間に差異はなく、同性カップルの婚姻を認めない区別扱いは合理的根拠に基づくものとは言い難い。

- (3) 生殖関係の有無は現行法の婚姻の要件になっていないこと（生殖関係の有無に限らず異性カップルは婚姻が可能であることとの整合性の無さ）

現行法は、異性カップルの場合、生殖関係があってもなくても婚姻を認めている。国は、異性カップルは「抽象的、定型的に子供を産み育てることが予定されているが、同性カップルはそうではないという説明をしている。しかし、生殖関係のない異性夫婦には、何らかの事情で生殖能力を失った者や性同一性障害特例法の生殖能力喪失要件を充たした上で性別変更を行った者も含まれており、そうした夫婦は抽象的・定型的な生殖関係を予定していない。それでも、そこに抽象的・定型的な生殖関係があると強弁するのは、〈生殖関係のない異性カップルには生殖関係がある〉と述べていると同じで、意味不明であり、何も理由を述べていないに等しい。

この点、国のロジックは、夫婦間の生殖関係を優位なものとし、それ以外の子どもを産み育てるカップル関係、すなわち、カップルの一方とのみ血縁関係のある子との家族関係やカップルのいずれとも血縁関係のない子との家族関係を劣位に置くものであるが、国は、その理由を何も説明しない。むしろ、異性カップルも利用している生殖補助医療や養子縁組・里親制度等を利用することにより子どもを産み育てている同性カップルが増え続け、カップルとその子という家族関係を保護する必要性に差異はないことからすれば、「抽象的・定型的な生殖関係」という無内容な事項に国が固執していることこそが社会通念と乖離していることが浮かび上がる。

このように、仮に、婚姻制度を生殖関係の保護のみを目的とした制度と理解する見解からも、生殖関係のない異性カップルに婚姻を認めて、同性カップルに婚姻を認めない現状の差別取扱いを正当化することは不可能である。

(4) 小括

以上から、同性間の婚姻を認めない本件諸規定①による区別取扱いは憲法14条1項に反する。このように解する場合、そもそも、控訴人Aと控訴人Bは日本法における配偶者と扱われるべきで、出入国管理及び難民認定法の規定によれば、控訴人Aには「日本人の配偶者等」に相当する在留資格が付与されるべきこととなる。

3 出入国管理及び難民認定法の諸規定による区別取扱いの憲法適合性

仮に、本件諸規定①による区別取扱いに合理的理由がある判断したとしても、出入国管理及び難民認定法の諸規定（以下、本件諸規定②）による区別取扱いの憲法適合性が別途問題になる。すなわち、本件諸規定②は「日本人の配偶者等」という在留資格が得られるか否かを、日本国籍者と日本法における婚姻が成立したか否かで区別しているところ、これは、国の説明によれば、「日本人の配偶者等」という在留資格について、生殖関係の有無によって差別取扱いをすることを意味する。そうすると、生殖関係の有無で区別すべきでない法的効果について、日本法における婚姻の成立を要件として差別取扱いをした場合には、生殖関係の有無で区別すべきでないのに生殖関係（すなわち婚姻）の有無で差別取扱いをしたものとして、その差別取扱いは合理的根拠が欠け、平等原則に反する。

(1) 「日本人の配偶者等」という在留資格の趣旨

出入国管理及び難民認定法は、日本国籍者との婚姻の配偶者に「日本人の配偶者等」の在留資格を与えている上で、生殖関係の有無を問うていない。このことからすれば、日本国籍者との生殖関係の保護に「日本人の配偶者等」の在留資格の趣旨があるとはいえず、日本国籍者との親密な共同生活を保護することが趣旨であると解するのが極めて自然である。この理解は、愛情に基づく親密関係を形成した相手と共に暮らすことを妨げられないというのは重要な人格的価値であり尊重されるべきであるという社会通念にも合致する。

(2) 実務上も生殖関係の有無は「日本人の配偶者等」の在留資格付与において要件とされていないこと

最一判平成14年10月17日民集56巻8号1823頁は、「日本人の配偶者等」の在留資格の趣旨は、当該外国人が、日本国籍者との間に、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むことを本質とする婚姻という特別な身分関係を有する者として本邦において活動しようとするに基づくものとした上で、「日本人の配偶者等」の在留資格の付与には、単にその日本国籍者との間に法律上有効な婚姻関係にあるだけでは足りず、夫婦間の共同生活の実体が必要であると判示している。

同性カップルは異性カップルと同様に、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営んでいる。この点、同性間の婚姻を認めない現行法の違憲性を問い、日本各地で係属中の訴訟の地裁判決においても、この判断は確立したものとなっている。例えば、東京地判令和4年11月30日は、「婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあると解される場所、このような目的、意思をもって共同生活を営むこと自体は同性カップルにも等しく当てはまるものであるし、その性的指向にかかわらず、個人の人格的生存において重要なものであると認められる。」と判示した。

このように、同性カップルの間にも、精神的な結合があり、高密度の肉体的接触を伴う共同生活はあるのだから、上記最高裁判例の判示に照らせば、生殖活動がない限り、「日本人の配偶者等」としての活動実態は認められないという議論は成り立たない。

(3) 小括

以上から、「日本人の配偶者等」の在留資格は、生殖関係の有無に関わらず、日本国籍者と親密な共同生活を営み、婚姻をする合意をした関係にある者に付与すべき資格であり、日本国籍者と婚姻した異性の相手と、同性の相手とで区別

する合理的理由は全くない。

とすれば、外国において日本国籍者と婚姻した外国人のうち、生殖関係の有無という点（すなわち日本で有効な婚姻の有無）で異性の相手と同性の相手を区別し、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を得られるか否かを決定するという本件諸規定②による区別扱いは、憲法14条1項に違反する。

4 違憲性の解消法

(1) 民法・法の適用に関する通則法（本件諸規定①）による区別扱いの違憲性について

本件諸規定①は、日本国籍者は、異性の外国人とは婚姻することができ、他方、同性の外国人とは婚姻できない差別取扱いを設けており、上記で論じたとおりこの差別取扱いは違憲である。

この場合の違憲性の解消法は次のとおり考えられる。

まず、現在の民法で同性間の婚姻が認められないとされる理由は、婚姻に関する諸規定が婚姻当事者を「夫婦」（民法750条等）や「父母」（民法766条等）とそれぞれ異性であることを想定した文言で表現しているためとされる。「夫婦」・「父母」などの文言は、同性間関係も含むと合憲拡張解釈すれば、現行法の文言を変えずとも、同性間の婚姻の成立を認めることは可能である。また、民法・法の適用に関する通則法の諸規定のうち、同性間の婚姻を制限する内容を持つ部分を違憲無効とする部分無効の処理を行うことも可能である（国籍法違憲判決・最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁参照）。

このように解せば、そもそも控訴人Aは、控訴人Bと日本法においても有効な婚姻をしていることになる。この場合、原告Aは「日本人の配偶者等」の在留資格を得ることのできる地位にあることになる。この場合は、本件不許可処分等を取り消さず、判決文には、取り消す必要のない理由として「日本人の配偶者等」の在留資格を得られるはずだからと明記することも考えられ得る。

(2) 出入国管理及び難民認定法の諸規定（本件諸規定②）による区別取扱いの違憲性について

本件諸規定②による違憲性を解消するためには、まず、出入国管理及び難民認定法の「日本人の配偶者」という文言を、この法律に言う「配偶者」には日本法において有効な婚姻における配偶者のみならず、外国法において同性間の婚姻をした者も含まれるという拡張解釈を行う手法が考えられる。

また、控訴人らは、日本の法律が同性間の婚姻を認めないために婚姻できないものの、日本国籍者と婚姻の本質を伴った共同生活関係にあるという身分に応じた在留資格を得られないことを問題としている。そこで、必ずしも「日本人の配偶者等」の在留資格ではなく、それに相当する在留資格を認める方法でも、その違憲性を解消することは可能である。

そこで検討すると、第1で述べたとおり、身分関係に着目した活動に制限のない在留資格であり、「日本人の配偶者等」と同じ別表第2の在留資格である「定住者」の在留資格を付与する方法でも違憲性は解消できる。他方、「特定活動」では不十分であり、その違憲性は解消されない。

念のため述べれば、出入国管理及び難民認定法には、原告に「定住者」資格を付与することを否定する文言はなく、それが憲法上の要請である以上、「定住者」資格の付与に問題はない。もつとも、仮に、出入国管理及び難民認定法に、原告に「日本人の配偶者等」または「定住者」の資格を付与することを否定する内容が含まれていると解さざるを得ないのであれば、その部分を無効にした上で、それらの在留資格を付与することが可能である。

以上から、裁判所は、本件諸規定②による区別取扱いの違憲性を認定した上で、出入国管理及び難民認定法上は、控訴人Aが「日本人の配偶者等」またはそれに相当する在留資格として「定住者」資格を付与されるべき地位にいることを認定し、控訴人Aに対する本件不許可処分等を取り消すべきである。

第4 興津征雄教授の意見書（甲163）に基づく、本件不許可処分等の訴えの利益及び処分性に関する控訴人らの主張の補充

1 本件無効確認訴訟に訴えの利益があること

(1) 後行処分がなされることにより先行処分の訴えの利益が失われるものではないこと

ア 原判決は、「一人の外国人につき同時に複数の在留資格が併存することは許容されていない」という、いわゆる「一在留一資格の原則」を前提として、「ある在留資格を有する者がこれと異なる在留資格（例えば定住者等）への変更の申請をしたものの、これを不許可とする旨の処分（先行不許可処分）を受けた後、更に別の新在留資格（例えば特定活動等）への変更を許可する旨の処分（後行許可処分）を受けた場合は、以後、新在留資格及びこれについて定められた在留期間をもって本邦に在留することになるから、新在留資格から改めて希望する在留資格への変更を申請することが可能であるとしても、外国人が入管法に基づく在留制度の枠内においてのみ本邦に在留し得る地位を認められるにとどまるものである以上、当該外国人が先行不許可処分の無効等を求める利益は、授益的処分である新在留資格への変更を許可した後行許可処分がされたことによって、喪失することになると解すべきである」として、本件無効確認訴訟の訴えの利益を否定する（原判決36頁～37頁）。

イ 控訴人らは、これまで原審第1準備書面、第2準備書面及び控訴理由書39頁以下において、原判決のように解すると、在留資格変更不許可処分を受けた当事者としては、出国準備を目的とする「特定活動」（以下、出国準備を目的とする「特定活動」を「出国準備」という。）等の他の在留資格への在留資格変更許可を受けず、あえて不法残留という法違反を行わない限り、不許可処分を是正する機会を奪われることになり、裁判を受ける権利（憲法32条）が侵害されることについて、主張してきた。

ウ 甲163・5頁以下において興津教授が述べるとおり、原判決のこのような

判断は誤りである。

原判決の解釈は、後行許可処分がされたことによって、申請者たる外国人が日本に在留しうる地位を取得し、それによって先行不許可処分によってもたらされた不利益が解消されたと理解するものであるが、このような解釈には根拠がない。

在留資格ごとに外国人が本邦で行うことができる活動は異なっており（法2条の2、別表第1・第2）、外国人が日本に在留しうる地位は在留資格ごとに異なる。このことは、入管法が在留資格の変更制度を設け（法20条）、希望する在留資格を特定して申請させるものとしていること（法20条2項、施行規則20条1項・2項）、審査の結果、希望する特定の在留資格への変更を許可することができない場合でも、行政庁は職権で別の在留資格への変更を許可することはできず、申請者に申請内容の変更の申出をさせていることから、申請者たる外国人が特定の在留資格につき申請権を有していることは明らかである。

この場合の申請権は、どの在留資格でもいいから日本に在留しうる地位を求めるものではなく、希望する特定の在留資格をもって日本に在留しうる地位を求めることにあるのであり、当初希望していた在留資格 α への変更が不許可となったのちに、別の在留資格 β への変更が許可されたとしても、在留資格 β が在留資格 α を完全に包含するものでなければ、在留資格 α を求める申請権の侵害は当該不許可処分が取り消されるか無効が確認されない限り依然として存続しており、在留資格 α への変更を不許可とする処分を争う訴えの利益が認められなければならない。

仮に原判決のように、後行許可処分がされたことによって先行不許可処分を争う訴えの利益が喪失すると解すると、行政庁としては、違法な先行不許可処分によって申請者たる外国人が当初望んだ在留資格への変更を拒否しておきながら、後行許可処分によって当該外国人により制限の多い別の在留資格への変更を許可することで、違法な処分を糊塗できることになってしまい、法治主

義に反する。当該外国人にとっても、違法な処分を是正させ司法的救済を受ける機会が奪われることになり、裁判を受ける権利の侵害となりかねないことから、訴えの利益を否定する原判決の解釈はきわめて不合理である。

エ これを本件についてみると、控訴人Aが申請において求め、先行不許可処分において拒否された「定住者」は、別表第二の在留資格であり、その活動に制限はなく、日本に安定して在留することが可能である。これに対し、後行許可処分において許可された「出国準備」は、一時的に不法残留にならずに日本に滞在することができるのみあり、就労も認められない。住民票もなく、健康保険に加入することもできない。したがって、後行許可処分において許可された「出国準備」が、先行不許可処分において否定された「定住者」を完全に包含するとはどうてい言うことはできない。したがって、本件無効確認訴訟の訴えの利益は、その後、「出国準備」が許可されたことにより失われたと解することはできない。

(2) 後行許可処分が先行不許可処分の是正の障害とはならないこと

ア 原判決は、先行不許可処分が無効であることを確認する判決が確定したとしても、処分庁は、職権で後行許可処分を必然的に撤回しなければならない関係にあるとまではいえないから、先行不許可処分に訴えの利益を認めることは一在留一資格の原則に反すると述べる（原判決37～38頁）

イ しかしながら、興津教授が甲163の8頁以下で述べるとおり、処分庁としては、先行不許可処分が無効であることを確認する判決が確定した後、先行不許可処分の不許可を撤回して許可処分を行うとともに後行許可処分を職権で撤回することにより一在留一資格の原則に反する事態を回避することが可能なのであるから、後行許可処分は先行不許可処分の是正の障害にはならない。行政庁は、違法な先行不許可処分を是正し、当該処分による権利侵害を除去するため、撤回権限を有し、また撤回することが法治主義および裁判を受ける権利の当然の要請であることからすると、原判決の上記の判示には理由がない。

この点、興津教授は、以下のように論じている。

無効確認判決が確定すると、先行不許可処分④がなかったことになり、先行申請である定住者への在留資格の変更申請が復活する。その結果として、処分庁は、判決の趣旨に従って先行申請を再度審査し、求められた在留資格への変更を許可するか否かを決定することが義務付けられる。審査の結果として、処分庁が先行申請により求められた在留資格への変更を許可すべきとの判断に至れば、先行申請に対する処分として、当該在留資格への変更許可処分⑤をすべきである。その際の許可の基準時は、申請に対して新たな処分をするその時点であり、新たな変更許可処分⑤がなされてもその効力は遡及しない。先行不許可処分④と後行許可処分⑥はあくまで別個の処分であるから、先行不許可処分の無効確認訴訟が確定したとしても、そのことによって後行許可処分が当然に違法となるわけではなく、また、処分庁は職権で後行許可処分を必然的に撤回しなければならぬ関係にあるとまではいえず、後行許可処分⑥の効力は、復活した先行申請に対して許可処分がされるまでの間、維持される。

二つの許可処分の併存が一在留一資格の原則に反するならば、復活した先行申請に対する許可処分⑤を優先させ、行政庁は後行許可処分⑥を職権で撤回すべきだろう。なぜなら、後行許可処分⑥は、先行申請が違法に拒否されることがなければ本来はなされなかったものであるのに対し、復活した先行申請に対する許可処分⑤は、違法な先行不許可処分を是正し、当該処分による権利侵害を除去するためになされたものであり、こちらを維持することが法治主義の当然の要請であり、かつ裁判を受ける権利（憲法32条）に含まれる実効的権利救済の要請だからである（以上甲163・8、9頁）。

もともと、新たな変更許可処分⑤がなされた時点で、まさに一在留一資格の原則から、後行許可処分は当然に消滅するとすることも可能であるように思われる。いずれにしても、技術的に解消可能な問題であり、この点が、訴えの利益、ひいては次に述べる裁判を受ける権利という憲法上の権利を奪うほどの重

要な問題であることはあり得ない。

(3) 裁判を受ける権利（憲法32条）を侵害しない解釈をすべきであること

控訴人Aが「出国準備」への在留資格変更を受けざるを得なかったのは、そうしなければ入管法24条4号ロの退去強制事由に該当してしまい、退去強制手続に付され、入管法70条1項5号により刑事罰の対象にもなるためである。

違法な先行処分がなければなされることがなかった後行処分により、制限の多い「出国準備」が許可されることにより、違法な先行処分を争う訴えの利益が否定されるとすれば、先行処分により司法判断を受けるためには、あえて「出国準備」への変更許可を受けず、法違反を犯して退去強制及び刑事罰の対象になるほかない、ということになる。これは、在留に関する処分について司法判断を受ける機会を奪うことと同義である。

興津教授の述べるように、裁判所は裁判を受ける権利（憲法32条）に含まれる実効的権利救済に沿った解釈をとるべきであり、法解釈上もそれが十分に可能である。

したがって、訴えの利益は肯定されるべきである。

2 本件通知に処分性があること

(1) 本件の争点

原判決は、「処分」の判断枠組みを「公権力の主体たる国又は公共団体が法令の規定に基づき行う行為のうち、その行為によって、直接に国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」と定義する最判昭和39年10月29日（以下甲163・12頁にならって「昭和39年定式」という。）を引用して、本件通知の処分性を否定する。

しかし、興津教授の述べるとおり、そもそも処分性の判断枠組みとしての昭和39年定式の一般的な価値には疑問がある上、本件においては、本件通知がその根拠となる法令の仕組みのもとで処分性の一般的な枠組みに照らして類

型的に処分に当たるかどうかの問題となっており、本件通知に示された行政庁の意思表示を申請に対する応答の処分と見るべきか否かという本件事案における意思表示の解釈が問題となっているので、定型的判断としての処分性の判断基準である昭和39年定式は妥当しない。本件で問題となっているのは、本件通知を申請に対する応答とみることができるか否かである。

(2) 応答の存否の判断

申請に対する応答の存否の判断は、①行政機関によるなんらかの対外的表示行為があったこと、②法令により行政処分に一定の方式が定められている場合には所定の方式を遵守していること、③処分の方式が法定されていない場合には、行政機関が行った表示行為が処分に当たるか否かは、当該表示行為の合理的解釈により判断されるべきである（甲163・14頁以下）。

これを本件についてみると、①本件通知が対外的表示行為であることは明らかである。②在留資格変更許可申請の不許可処分の通知については、入管法及びその委任を受けた命令にも規定がなく、行政内部規定である入国・在留審査要領の様式が定められているのみであるので、要式行為とみることはいできない。そこで、③本件通知の記載の合理的解釈により、本件通知に本件申請2を拒否する行政庁の意思が表示されているといえるかどうかを判断する必要がある。

(3) 本件通知の記載

本件通知には、①「審査の結果、下記理由により申請どおりの内容では許可できませんが」②「申請内容を出国準備を目的とする申請に変更するのであれば、別紙の申出書を提出して下さい」という記載がされているが、①においては、本件申請2について「審査の結果」「申請どおりの内容では許可できない」ことが明確に表示されており、この記載を文字通りに読むならば、本件申請2について申請された在留資格の変更を許可しないことを東京入管局長において決定し、その意思を申請に対する「否」の応答として控訴人

Aに表示したことが明らかであるから、本件通知は、本件申請2を拒否する処分当たる。

(4) 原判決の判示に理由がないこと (甲163・18頁以下)

ア 原判決は、本件通知には本件申請2に対して不許可の「処分」をした旨の明示的な記載がないと指摘する。しかし、在留資格変更申請に対する許可処分は要式行為ではないから、「処分」をした旨の明示的な記載がなかったとしても、その表示の合理的解釈により処分をした旨の行政庁の意思が読みとれば、処分と認定することの妨げにはならない。上記のとおり、本件通知には、本件申請2を拒否する東京入管局長の意思が明確に表示されているから、「処分」をした旨の明示的な記載がないことは、本件通知が処分に当たらないと解する根拠とはならない。

イ 原判決は、本件通知に行訴法46条1項所定の教示事項が記載されているものではないことを指摘する。しかしながら、行政庁が行政法46条1項に規定される教示義務を怠ったからといって、処分性が否定されるというものではない。

ウ 原判決は、控訴人Aが提出した「本件変更申出書によって、その申請内容が『定住者』を目的とする在留資格の変更の申請から『出国準備を目的とする在留期間の更新申請』に変更され、これを前提として一連の手続が進められた」ことを指摘する。

しかしながら、これは、本来、本件通知により本件申請2に対する拒否処分がなされ、これにより本件申請2が消滅し、新たに「出国準備」の在留期間の更新申請がなされたとみるべきところ、当事者、とりわけ東京入管の職員が本件通知により拒否処分が成立していることに気づかずに申請内容の変更を促したものにすぎない。

本件通知の②「申請内容を出国準備を目的とする申請に変更するのであれば、別紙の申出書を提出して下さい」の部分は、控訴人Aに対する事実上の

情報提供または行政指導にすぎず、①「審査の結果、下記理由により申請どおりの内容では許可できませんが」の部分により拒否処分が成立することを妨げるものではない。

エ 原判決は、本件通知のうち上記①の部分は不許可の「見込み」の伝達、上記②の部分は本件変更申出の「促し」を行ったものにすぎないと指摘する。

しかしながら、すでに述べたとおり、①の記載に基づいて行政機関の意思表示を解釈すれば、本件申請2を拒否する意思表示であることが明らかである。

また、②について、「促し」の内容は確かに記載されているものの、①によってすでに本件申請2に対する拒否処分がすでに成立しており、②は補足的に付加されたものにすぎない。②の存在をもって①の明確な意味を覆す解釈は本末転倒であって、合理性はない。

オ 原判決は、本件通知が本件申請2に対する最終的な判断としての「処分」ではないと指摘する。しかしながら、これは本件通知の明確な文言に反する。

原判決のこの解釈は、被控訴人が、申請者が申請内容変更申出書を提出しない場合には、不許可処分を行うという手続をとる旨の主張をしていることに基づくものと考えられるが、被控訴人の主張する手続は、本件通知が本件申請2に対する拒否処分ではないという誤った認識を持っていることに基づくものであり、法令上そのような手続が定められているわけではないので、上記の被控訴人の主張は、本件通知が本件申請2に対する最終的な判断ではないと解する根拠にはならない。

(5) 裁判を受ける権利を侵害しない解釈をすべきであること

本件通知を受けた当時、控訴人Aは、従前有していた「出国準備」の在留期限が過ぎており、「出国準備」の更新を受けなければ不法残留になってしまう状態にあった。本件通知に処分性が認められないとすれば、控訴人Aは、本件申請2の不許可処分について司法判断を受けるためには、「出国準備」の更新を受

けず、法違反を犯して退去強制及び刑事罰の対象になるほかない、ということになる。これは、在留に関する処分について司法判断を受ける機会を奪うことと同義である。

裁判所は裁判を受ける権利（憲法32条）に含まれる実効的権利救済に沿った解釈をとるべきであり、興津教授が述べる通り、法解釈上もそれが本件通知の文言に沿った解釈である。

したがって、本件通知の処分性は肯定されるべきである。

第5 同性間の婚姻を求める訴訟の各地裁判決に基づく主張の補充

1 同性婚訴訟の各地裁判決と本件との関連性

同性間の婚姻を認めない現行民法等の諸規定が違憲であるとの判断を求める訴訟（以下便宜上、同性婚訴訟という。）が現在全国6つの裁判所で係属しており、そのうち5地裁で判決が出されている。本件の控訴人らは、本訴訟において日本における自身らの有効な婚姻の成立を直接的に求めているものではないが、上述した木村草太教授の意見書に基づく主張にて述べたとおり、同性間の婚姻を認めない現行法の規定が違憲であれば、控訴人らの婚姻は有効なものとして認められることになり、その結果、「日本人の配偶者等」の在留資格を付与されるべきことになる。また、現行法の規定自体は違憲とまではいえないが、同性カップルを法的に保護しない現状は違憲だというのであれば、その現状のためにパートナーとしての身分に応じた安定的な在留資格を得られないことの違憲性が問題になり得る。

このように、同性婚訴訟の帰趨は本件にも関係するから、以下で、既に出された同性婚訴訟の地裁判決を簡単に整理した上で、それらで示された判断が導く本件の帰結を明らかにする。

2 同性婚訴訟の各地裁判決

(1) 概要

同性婚訴訟は、札幌、東京（一次）、東京（二次）、名古屋、大阪、福岡の各地裁で提起され、これまでの間に、東京（二次）を除く5地裁にて判決が出された。結論として合憲判断をした大阪地裁を除く4地裁では、現行法の諸規定ないし現行法の作り出している状態を違憲ないし違憲状態であるとする判断が出された。また、5地裁の判決すべてが、憲法24条1項は同性間の婚姻を制度化することを禁止していないと判示した。

(2) 札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁（以下、札幌地裁判決という。）

札幌地裁判決は、以下のとおり、現行法の規定を憲法14条1項に反すると判断した。

「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるが、異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」。

「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」

「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたもの

であるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」

(3) 大阪地判令和4年6月20日判時2537号40頁（以下、大阪地裁判決という。）

大阪地裁判決は、同性カップルに対して、婚姻の重要な効果である公認に係る利益を実現する必要は認めつつも、どのような制度が適切であるかは現行法の婚姻制度のほか婚姻に類する制度を含め民主的過程において決められるべきであり、議論が尽くされていない現段階では憲法に違反するということとはできないとした。

もっとも、同判決は、憲法24条2項の判断に至る前提において、『両性』という文言がある以上、憲法24条1項が異性間の婚姻を対象にしているということとは否定できないとしても、このことをもって直ちに、同項が同性間の婚姻を積極的に禁止する意味を含むものである解すべきとまではないといえない。かえって、婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むことにあり、誰と婚姻するかを選択は正に個人の自己実現そのものあることからすると、同性愛と異性愛の違いが単なる性的指向の違いに過ぎないことが医学的にも明らかになっている現在、同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準じる制度を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿うものでこそあれ、これに抵触するものでないといえることができる。」として、婚姻又はこれに類する制度により同性カップルを法的に保護することの必要性を認めているといえる。

また、契約や遺言といった他の民法上の制度を用いることで婚姻を認められない不利益が一定程度解消され得るとしつつも、「税法上の優遇措置、在留資格、公営住宅の入居資格等、契約によっても享受することが困難な法的地位も多く存していることからすると、同性カップルが享受し得る利益が、異性カップルが婚姻により享受し得る法律上の効果に及ばないのは確かである。」として、同

性カップルを法的に保護する制度がないために、日本国籍者のパートナーである同性の外国人は、日本国籍者のパートナーという身分に基づく在留資格を得られない困難に置かれていることを認めている。

そして、憲法24条2項憲法適合性の結論において、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条2項に違反するものとして違憲になる可能性はある」との指摘を加えている。

さらに、憲法14条1項憲法適合性判示部分では、同性間の婚姻どころかそれに類する制度もないために、同性カップルは婚姻から得られる法的保護等の利益を享受できない現実にあることを指摘した上で、異性カップルと同性カップルの間にある望む相手との人的結合関係について享受し得る利益の差異の程度が、仮に小さいといえないとしても、その差異は「婚姻類似する制度やその他の個別的な立法上の手当てをすることによって可能であるから」憲法14条1項に違反するとは認められないとした。

以上からすれば、大阪地裁判決は、同性間の婚姻を認めない現行法を合憲としながらも、同性カップルを法的に保護する制度が何もない現状、特に、在留資格等の契約等で対処できない法的問題について警鐘を鳴らし、婚姻又は婚姻に類する制度により同性カップルの法的保護の実現を促しているのが相当である。

(4) 東京地判令和4年11月30日判時2547号45頁(以下、東京地裁判決という。)

東京地裁判決は、以下のとおり、現行法上、同性カップルについてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは憲法24条2項に反する状態にあると判断した。

「婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあると解されるどころ、このような目的、

意思をもって共同生活を営むこと自体は同性カップルにも等しく当てはまるものであるし、その性的指向にかかわらず、個人の人格的生存において重要なものである」。

「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるということが出来る。しかしながら、そのような法制度を構築する方法については多様なものが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない（現行の婚姻制度とは一部異なる制度を同性間の人的結合関係へ適用する制度とする方法や、同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を別途構築する方法を採ること等も可能である。）ことからすれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできない。」

(5) 名古屋地判令和5年5月30日（以下、名古屋地裁判決という。）

名古屋地裁判決は、以下のとおり、現行法の規定を憲法24条2項及び14条1項に反すると判断した。

「婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるのであり、伝統的な家族観が支配的であった旧民法の起草過程という時期においてさえ、婚姻が両心の和合を性質とするものであるとされ、生殖不能が婚姻障害事由に掲げられなかったとおり、婚姻の意義は、単に生殖と子の保護・育成のみにあるわけではなく、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することが、人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有するものと理解されていたと解される。このような親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することは、同性カップルにおいても成しうるはずのものである。」

「同性カップルに対し、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護

するにふさわしい効果を付与するための枠組み自体を存在させないようにするということと、存在を認めた上で、様々な立場や他の諸利益を調製するなどしながら、いかなる効果を付与すべきかを検討し決定していくということとでは、自ずと立法裁量の広狭に差が生じるものであると解される。」

「本件諸規定は、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、憲法24条2項に違反するものである。」

「その限度で、憲法24条2項に違反すると同時に、憲法14条1項にも違反するものといわざるを得ない。」

(6) 福岡地判令和5年6月8日（以下、福岡地裁判決という。）

福岡地裁判決は、以下のとおり、現行法の規定を憲法24条2項に反する状態にあると判断した。

「本件諸規定の下で原告ら同性カップルは婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っていること、婚姻制度は異性婚を前提とするとはいえ、その実態が変遷しつつあること、婚姻に対する社会通念もまた変遷し、同性婚に対する社会的承認がいまだ十分には得られていないとはいえ、国民の理解が相当程度浸透されていることに照らすと、本件諸規定の立法事実が相当程度変遷したものと云わざるを得ず、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると云わざるを得ない。」

3 同性婚訴訟地裁判決が導く本件の帰結

このとおり、同性婚訴訟の5地裁の判決は、結論を合憲とした大阪地裁を含めて、婚姻の本質は、異性カップルにも同性カップルにも等しくあてはまるもので

あり、婚姻の本質に基づく共同生活を送ることは人格的利益あるいは人格的生存にとって重要な利益であるとした上で、同性カップルを現行法上婚姻制度から排除していることにより、婚姻から得られる利益を一切認めず、カップルとしての関係を保護するための制度や枠組みを何も与えていないことを問題視しており、大阪地裁を除く4地裁では、この状況を違憲ないし違憲状態であると判断した。大阪地裁判決も、このような状況を作り出している現行法が将来的に違憲になる可能性を指摘している。

本件の控訴人らは、婚姻の本質を伴った共同生活を送っている同性カップルであり、アメリカでは有効に婚姻している。ところが、日本で婚姻したカップルと認められないのみでなく、日本で婚姻したカップルと認められないことから、あたかもそのパートナー関係が存在しないかのように扱われ、控訴人Aはパートナーとしての身分に基づく在留資格が与えられず、安定的に日本で共に生活することが脅かされ続けてきたものである。しかしながら、在留資格は、外国籍者にとって日本における在留、すなわち日本で生きることの基礎となるものであり、外国籍者のパートナーの在留資格が認められなければ、婚姻の本質に基づく共同生活、「人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有する」「親密な関係に基づき永續性をもった生活共同体を構成すること」(上記名古屋判決) そのものが不可能になりかねず、同性カップルの共同生活自体を直接的かつ根本的に脅威及び障害に晒すことになる。

同性婚を認めない現状につき違憲または違憲状態とした4地裁判決の帰結としては、このように婚姻の本質に基づく共同生活そのものを直接的かつ根本的に脅威及び障害に晒すことになる本件不許可処分等もまた、違憲又は違憲状態となる。

唯一合憲とした大阪地裁判決に沿って検討すると、既に述べたとおり、大阪地裁の合憲との結論は、同性カップルは婚姻から得られる法的保護等の利益を享受できない現実であり、異性カップルと同性カップルの間にある望む相手との人的

結合関係について享受し得る利益の差異の程度が小さいといえないとしても、その差異は「婚姻類似する制度やその他の個別的な立法上の手当てをすることによって可能である」との理解に基づいて導かれている。しかるに、控訴人Aに控訴人Bとのパートナー関係に基づいて安定的な在留資格（具体的には「定住者」）を与えるためには、立法上の手当すら要せず、処分庁が現状の立法の枠内でその裁量権を適切に行使すればよいだけのことであったにもかかわらず、これを行わなかったものであるから、同性婚自体を認めないことを合憲とした大阪地裁の判決を前提としても、合憲、合法とされる余地はない。

第6 裁量権の逸脱・濫用

以上のとおり、本件不許可処分等は、違憲、条約違反、違法の評価を免れないものであるが、加えて以下のとおり主張する。

生物学的な性別が男性であり性同一性障害である旨の医師の診断を受けている一般職の国家公務員がした職場の女性トイレの使用に係る国家公務員法86条の規定による行政措置の要求を認められないとした人事院の判定を違法とした最判令和5年7月11日（最高裁判所ウェブサイト）に示される通り、裁量権の逸脱濫用の有無を検討するにあたっては、それにより失われる利益と得られる利益の比較衡量が求められ、それぞれの利益につき、具体的な事情を踏まえてなされる必要があり、いずれかの利益を過度に重視したり、不当に軽視したりすることはあってはならない。

そこで本件につき検討すると、控訴人Bに安定的な在留資格を与えることにより、日本国籍者である控訴人Bとそのパートナーである控訴人Aが受ける利益は、日本における安定的な共同生活の実現であって、その利益は、愛する人とともに暮らすという人間の根源的な権利、最も基礎的な関係の実現であり、極めて大きい。他方、これを認めることによる国の不利益は具体的には何ら想定されず、むしろ、国にとっても利益が大きいことは、原審において主張したとおりである（原

審原告第8準備書面第3等)。実際、被控訴人は、本件訴訟を通じて本件不許可処分等により国が得られる利益について一切主張しておらず、また、本件不許可処分等による不利益が国にとっても大きいという控訴人の主張についても何ら反論していない。

また、控訴人らは、何らの法違反を犯したこともなく、むしろ納税等を通じて日本社会に貢献してきたものであって、パートナー関係に基づく安定的な共同生活を送れないことを甘受すべき事情も何ら見当たらない。それにもかかわらず、控訴人らは、偏にその性的指向が同性愛であり、日本が同性婚を認めていないために、パートナー関係に基づく安定的な共同生活、そのために必須のパートナー関係に基づく安定的な在留資格を否定されてきたものである。

このように比較衡量の仕方が不当であるどころか、そもそも比較衡量すらなされず、パートナー関係に基づく安定的な在留資格を付与しないことによつて、愛する人と共に暮らし、「親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成すること」を否定する本件不許可処分等が、裁量権の逸脱濫用に当たることは明らかである。

第7 まとめ

以上のとおり、本件不許可処分等には、処分性が認められ、本件不許可処分等の取消や無効確認を求める本件訴えには訴えの利益が認められる。

そこで、本案につき検討すれば、本件不許可処分等は、憲法14条の定める平等原則に反し、憲法13条の保障する親密な人的結合の自由を侵害する。また、裁判所は、その判断に当たり憲法98条2項に基づき、国際法の遵守確保をする義務を負うところ、本件不許可処分等は、自由権規約23条が保障する家族生活の尊重を侵害するものでもある。そして、これらの結論は、マククリーン判決を前提としてもなお変わるところがない。

また、本件不許可処分等は適切な比較衡量を行わずになされたものであり、

裁量権の逸脱・濫用があることも明らかである。

第8 進行についての意見

本件については、憲法、国際人権法、行政法上きわめて重要な論点が複数含まれており、また、原判決後の控訴人Aについての事情の変化も認められる。

したがって、これら重要な論点についての審理を尽くすべく、別途証拠申出書を提出するとおり、専門家の証人尋問を実施されたい。また、被控訴人におかれては、本件不許可処分等に違法性がないと引き続き主張されるのであれば、当初示されていた意向にしたがい、今般新たに提出された証拠を踏まえた控訴人の主張に対する反論をされたい。

以上