

令和5年（行ノ）第184号在留資格変更不許可処分無効確認等、国家請求上告受理申立事件

上告受理申立理由書要旨

1 本件の概要

本件は、同性のパートナー関係にある日本人と外国人である申立人らが、日本で、家族として、パートナーとして、共に暮らしていくことを求める訴訟である。

2 行政訴訟の訴訟要件に関する行政事件訴訟法の解釈の誤り

(1) 訴えの利益について

原判決は、申立人Aが行った希望する在留資格を「定住者」とする在留資格の変更の申請（本件申請1）に対し、これを不許可とする処分（「本件不許可処分」）がなされた後に、やむを得ず在留資格を出国準備を目的とする「特定活動」に変更したことにより、本件不許可処分の無効を確認する利益を喪失して訴えの利益を否定するが、この判断は、行政事件訴訟法（以下「行訴法」）9条1項の解釈を誤ったものである。

原判決の判断によれば、申立人Aは、敢えて法違反を犯し、法が定める退去強制事由であり、かつ、刑事罰が科される「不法残留」（法24条4号ロ、法70条1項5号）に陥らない限り、訴えの利益が否定されて本件不許可処分を是正する機会を失うことになる。原判決の判断は、申立人Aの司法審査の機会を実質的に奪うものである。

原判決は、無効確認の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するが、一在留一資格の原則との抵触は、処分庁の処分の撤回により技術的に容易に解決できる以上、申立人Aの訴えの利益を否定し、司法審査を受けられる機会を奪うことを正当化する根拠とはなりえない。

(2) 本件通知の処分性の有無について

原判決は、本件申請2に対し、令和元年8月22日付けでした「定住者」への在留資格の変更を許可しないこと等を内容とする通知（「本件通知」。以下、

本件不許可処分と合わせて「本件不許可処分等」という。)の処分性を否定するが、これは、行訴法3条2項の解釈を誤ったものである。

本件通知を受けた当時、すでに申立人Aの従来有していた在留資格の在留期間は過ぎて特例期間(入管法20条6項)に入っており、仮に申立人Aが本件通知を受けた後、ただちに申出書を提出して「特定活動」(出国準備)への変更許可を受けることを選ばなかったとすれば、ただちに不法残留(入管法24条4号ロ)に陥ってしまい、退去強制手続の対象となってしまう状態に置かれていたので、申出書の提出は事実上強制されたものであった。本件通知の処分性を否定すると、外国人は司法審査の機会を実質的に奪われることになる。

本件通知には、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という東京入管局長の意思が明確に表示されており、本件通知は、本件申請2を拒否するものとして、処分性がある。

最大判平成20年9月10日(民集62巻8号2029頁・平成17年(行ヒ)第397号)は、実効的権利救済のために処分性の有無に関する一般的な判断基準を柔軟に解した上で、土地区画整理法第52条1項(当時)に基づく事業計画の決定の処分性を肯定しており、本件においても実効的権利救済が可能な本件通知の時点で処分性を認めることが、同判例に整合する。

3 国際慣習法・国際人権法に関する解釈の誤り

国際的には、外国人につき、在留の権利を否定しつつ、在留に関連した基本的人権の享受を認めてその保護を受ける場合があるとするのがすう勢であるから、国際慣習法に依拠して外国人の在留に関連する基本的人権に関し国際人権法の適用がないとするのは誤りである。

本件不許可処分等は、申立人らが同性カップルであるがゆえに、申立人Aに対して申立人Bとのパートナー関係に基づく在留資格を認めなかったものであって、自由権規約17条とそれに関連付けられた2条または26条に違反する。

4 裁量権の範囲の逸脱・濫用

申立人らは長年にわたるパートナー関係にあり、アメリカにおいて婚姻もしているところ、本件不許可処分等は、愛する人と共に暮らすという人格的生存に関わる重要な権利（家族生活の自由。憲法13条参照）または利益を違法に制約するし、申立人らにパートナー関係に基づく安定した在留資格を認める人道上の必要性が極めて高いことは、本件不許可処分等の違法性を判断するにあたり、考慮すべき重要な要素である。

また、愛する人と共に暮らすという重要な権利または利益について、自らの意思によって選択できない事由である性的指向による不合理な差別は許されず、日本人と同性間のパートナー関係を有する外国人には、日本人と異性間のパートナー関係を有する外国人が婚姻して「日本人の配偶者等」という在留資格を取得しうることと平等に、「日本人の配偶者等」に相当する安定した在留資格を認める必要がある（憲法14条、あるいは行政裁量を規律する平等原則）ところ、本件不許可処分等は、申立人らの家族関係維持の重要性を無視し、ただ申立人らが婚姻という法的公証を得られないことのみを重視して、同様の状況にある異性カップルと比較し、著しく不利益な差別的取扱いをしたものであり、合理的理由を欠き、行政裁量を規律する平等原則に違反するし、かかる平等取扱いの必要性は、本件不許可処分等の違法性を判断するにあたり、考慮すべき重要な要素である。

さらに、入管法自体が「日本人の配偶者」等という在留資格を設け、婚姻という法形式ではなく、パートナー関係という実態を保護していると解されることから、日本人の同性の外国人パートナーの在留も保護されるべきこと、申立人Aに安定した在留資格が認められるかどうかは日本人である申立人Bの本邦に居住する自由（憲法22条1項）に関わること、国際人権法上も同性間のパートナー関係に基づく在留は保護されており（自由権規約17条、2条、26条）、ヨーロッパ人権裁判所等で裁判例も積み重ねられていること、日本及び国際社会において、同性愛や同性カップルの法的保護に向けて社会経済等が変化していること等を考慮すれば、少なくとも「人道上の理由」により申立人Aに「定住者」の在留

資格を付与してその居住を認めることが相当であることは明らかであり、他方、申立人らに申立人Aの「定住者」への在留資格の変更を不相当とする消極要素は何もない。

したがって、申立人Aについて「定住者」の在留資格への変更を許可しないこととした東京入管局長の判断には裁量権の逸脱、濫用があり、原判決には法令（入管法2条の2・別表第二「定住者」該当性、同法20条3項、国賠法1条1項）の解釈適用を誤った違法がある。

5 原判決が裁量権の範囲の逸脱・濫用につき判断を誤ったのは、具体的事情を踏まえた判断過程審査の懈怠によるものであること

(1) 裁量審査の手法の誤り

原判決には、個別具体的な事情を踏まえ、判断過程審査を行わなかった誤りがある。申立人らの「家族関係」を憲法上も法律上も保護すべきものとはとらえず、厳格な裁量審査を行わなかった。

原判決は、定住者告示に規定がない場合に、よほどのことがない限り、定住者の在留資格を認めないものとする。しかし、かかる解釈は誤りであり（同第4の2）、また、定住者告示の改訂が柔軟に社会情勢の変化に対応していないのであるからなおのこと、定住者告示に規定されていない場合にこそ、「定住者」の処分要件（法律、入管法別表第二の定住者の項の下欄）に包含（適用）されるか否か個別具体的な事情を踏まえて慎重に検討すべきである（個別事情考慮義務、最高裁平成11年7月19日第一小法廷判決・集民193号571頁）。

(2) 原判決は、個別具体的な事情を踏まえた裁量審査（判断過程審査）を怠った結果、本件処分は裁量権の範囲の逸脱・濫用にかかる判断を誤ったものであること（行政事件訴訟法30条、行政事件訴訟法37条の2）

ア 「家族」が重要な要考慮要素であること及び裁量基準からも家族が人的属性として考慮されていること

平等原則、家族形成の自由など憲法上の人権は、裁量審査（判断過程審査）

これらの事実が認められるにもかかわらず、相手方はこれらの事実を積極的に評価した形跡もなければ、原判決も同様にこれらの事情を積極的に考慮すべきであったなどの裁量審査を実施しておらず、結果として、裁量権の範囲の逸脱・濫用の有無の判断を誤ったものである。

このように、申立人人らのパートナー関係及び申立人Aの本国における婚姻の成立という人的属性を積極的に考慮せず、まるでかかる人的属性がない、あるいは「普通ではない」、劣後するかのように扱うことは、相手方、原判決ともに、同性パートナーは日本で同性婚が認められるまで、不当な差別に甘んじ、家族形成もままならない状態をよしとするものであると言わざるを得ない。しかしながら、同性婚を認める民法改正が行われた後に日本人の同性パートナーである外国人の在留が保護されることは当然であるが、そのことはまた、同性婚が認められるまで、同性愛の性的指向を有する日本人と外国人のカップルのただ日本において共にかけがえのないパートナーとして暮らし生きたいという当然の願いを踏みにじることが許されることを意味しない。申立人らは不当に利益を享受しようとするものでも、不当に得しようとしているのでもなく、何らの法違反も犯していない。単に申立人Bの自国である本邦で愛する人と共に安心して暮らすことを求めているのみである。にもかかわらず、原判決は、それが法的に保護するに値するのかを真摯に検討することを怠ったことにより、結論を誤ったものであると言わざるを得ない。

ウ 結論

以上のとおり、原判決は、判断過程審査を怠った結果、考慮すべき事情を考慮せず、少なくとも重視すべき事情を重視せず、重視すべきでない事情を殊更に重視した結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いた本件不許可処分等につき、誤って違法性がないと判断したものであるから、破棄を免れない。

以上