

令和5年（行サ）第179号 在留資格変更不許可処分無効確認等、国家請求上告事件

（原審：令和元年（行ウ）第461号、同年（ワ）第24633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）

上告人（原審控訴人） [Redacted]

同 [Redacted]

被上告人（原審被控訴人） 国

### 上告理由書

令和6年1月16日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人弁護士 鈴木 雅 子 [Redacted]

同 弁護士 永 野 靖 [Redacted]

同 弁護士 山 下 敏 雅 [Redacted]

同 弁護士 横 山 佳 枝 [Redacted]

同 弁護士 丸 山 由 紀 [Redacted]

同 弁護士 上 杉 崇 子 [Redacted]

同 弁護士 高 橋 濟 [Redacted]

## 目次

第1	はじめに	4
1	本件事案の概要	4
2	上告理由の骨子	6
第2	行政訴訟につき訴訟要件を認めないことが裁判を受ける権利を侵害し、憲法32条に違反すること	6
1	本件無効確認訴訟の訴えの利益について	6
(1)	原判決（訴えの利益を否定したこと）	6
(2)	訴えの利益を否定することは裁判を受ける権利（憲法32条）を侵害するものであること	7
(3)	訴えの利益は実効的権利救済の観点から解釈されるべきであること	9
(4)	一在留一資格の原則は憲法32条で保障された権利を制限する理由にならないこと	10
(5)	原判決の指摘は法律上明らかな誤りを含み、また、理由がないこと	12
(6)	小括	13
2	本件通知の処分性の有無について	14
(1)	原判決	14
(2)	本件通知の処分性を否定することは裁判を受ける権利（憲法32条）を侵害すること	14
(3)	本件通知が行政庁による対外的表示行為であり処分性を有すること	16
(4)	処分性を認めることが最高裁平成20年9月10日大法廷判決に整合すること	17
(5)	原判決が引用する一審判決の判示に理由がないこと	18
(6)	小括	20
第3	上告人Aにパートナー関係に基づく在留資格を付与しなかった本件不許可	

処分等は、上告人らの家族生活の自由（憲法13条）、上告人Bの本邦に居住する自由（憲法22条1項）を侵害し、憲法13条、憲法22条1項に違反すること	20
1 憲法13条違反について	20
(1) 家族生活の自由は憲法13条によって保障されること	20
(2) 同性カップルには「日本人の配偶者等」の在留資格が認められないこと	21
(3) 上告人Aにパートナー関係に基づく在留資格を認めなかった本件不許可処分等は憲法13条に違反すること	22
(4) 家族生活の自由の保護のためには「定住者」の在留資格が必要であること	23
(5) 日本人である上告人Bの家族生活の自由の制約の憲法適合性はより厳格に審査されるべきであること	24
(6) 第1事件においても上告人Aは上告人Bの人権侵害を援用できること	24
2 憲法22条1項違反について	24
第4 「定住者」の在留資格を付与しないことは、平等原則に抵触し、憲法14条に違反すること	25
1 原判決は上告人らの憲法14条違反の主張を正確に理解していないこと	25
2 パートナーが同性であることを理由として安定的な在留資格を与えないことは合理的理由がないこと	26
(1) 厳格な審査基準を適用すべきであること	26
(2) 本件不許可処分等の公益性・必要性は認められないこと	27
(3) 「定住者」の在留資格が付与されない場合、婚姻している日本人と外国人の異性カップルと比較し、家族結合の自由及びパートナー選択の自由等の点で極めて重大な不利益を被ること	28

(4) 同性カップルに関する社会認識の変化に鑑みても、同性カップルの「家族」生活を保護すべきであること .....	31
3 小括 .....	32
第5 マクリーン判決を踏まえても、本件においては、憲法の違反が問題となること .....	32
1 はじめに .....	33
2 原判決の判示 .....	33
3 国際慣習法に依拠して憲法違反の余地がないとすることの誤り .....	34
(1) 国際的に、国家の外国人の出入国に関する裁量は、人権による制限を受けると理解されていること .....	34
(2) 国際慣習法を理由に憲法違反を検討しないことが誤りであることは、ヨーロッパにおける一般慣行と法的信念から明らかであること .....	35
4 在留の権利と、在留と関連する基本的人権の保障は異なること .....	39
(1) はじめに .....	39
(2) マクリーン判決が判示したこと：在留の権利 .....	39
(3) 本件で問われていること：在留が認められなければ基本的人権の保障がなされ得ない場合の基本的人権の保障 .....	40
5 小括 .....	41
第6 まとめ .....	42

## 第1 はじめに

### 1 本件事案の概要

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上告人らが、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。

従来、日本においては、同性の外国人と日本人との間で真摯なパートナー関

係が存在する場合も、その関係に基づく在留資格は一切認められてこなかった。これが、愛する人と共に暮らすという人間の最も根本的な権利の侵害（家族形成の自由、家族維持の自由（両者を含め「家族生活の自由」という。）、憲法13条、自由権規約17条・同23条）、かつ、かかる根本的な権利に関する性的指向に基づく差別（憲法14条、自由権規約26条）、また、法務大臣等の裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたる（行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）30条、同37条の3）として、外国人である上告人Aを原告とする行政訴訟（以下「第1事件」と言うことがある）及び上告人Aとそのパートナーである日本人Bを原告とする国家賠償請求（以下「国賠」という。）訴訟（以下「第2事件」と言うことがある）を提起したのが本件訴訟である。

一審は、いずれも、行政訴訟においては、訴えの利益及び処分性が認められないとして、訴えを却下した。他方、国賠訴訟における判断の中で、定住者の在留資格を上告人Aに認めなかったことについては、「憲法及び国際人権法の違反について検討するまでもない」としつつ、特定活動の在留資格を認めなかったことについては、外国人同士の同性カップルとの比較において、「憲法14条の趣旨に反する」とした。

その後、控訴審係属中に、処分庁は、上告人Aに、「特定活動」（在留期間1年、在留期限2024年3月10日、指定書の記載「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。）」）の在留資格変更を許可し、その後、原則週28時間以内とする資格外活動を許可した。

原判決は、行政訴訟における訴えの利益及び処分性の判断について基本的に一審判決を踏襲した。国賠訴訟についても、外国人の出入国に関する国際慣習法に依拠して憲法13条及び22条違反があったと解する余地はないとし、法令の憲法14条適合性のみ判断して同条違反はないとし、また、裁量権の範囲の逸脱濫用もないとした。

## 2 上告理由の骨子

しかしながら、原判決には、本件処分につき訴えの利益及び処分性がないとして行政訴訟につき訴えを却下している点で、上告人Aの裁判を受ける権利（憲法32条）の侵害がある。

また、上告人に定住者の在留資格を認めなかったことは、上告人A及びBとの関係で、憲法13条及び同14条1項、並びに、上告人Bとの関係で、憲法22条に違反する。それにもかかわらず、原判決は、出入国管理及び難民認定法（以下、本文では「入管法」といい、引用においては「法」という。）の憲法14条違反の審査を形式的に行ったのを除き、これらの憲法の条項に違反するか否か審査すら行っておらず、原判決は、憲法の解釈を誤っている（民訴312条1項、同326条1号、同325条1項）。

なお、本件において、「パートナー関係」という場合、同性か異性かにかかわらず、「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」ことを本質とする関係（最高裁昭和62年9月2日大法廷判決・民集第41巻6号1423頁、最高裁平成14年10月17日第一小法廷判決・民集第56巻8号1823頁参照）をいう。

## 第2 行政訴訟につき訴訟要件を認めないことが裁判を受ける権利を侵害し、憲法32条に違反すること

### 1 本件無効確認訴訟の訴えの利益について

#### (1) 原判決（訴えの利益を否定したこと）

原判決は、一審判決を引用し、いわゆる一在留一資格の原則を根拠として、「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）を受けた場合には、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となるから、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の確認を求める利益は、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なされたことによつて、喪失することになると解すべきである。」(原判決4頁11行目。一審判決36頁21行目以下)として、上告人Aが平成30年7月5日、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)をしたが、同年8月10日付で、これを不許可とする旨の処分(以下「本件不許可処分」という。)を受けた後、同年9月25日、再度「定住者」への変更申請をし、同年11月22日、東京入管局長から同申請を許可できないが申請内容を出国準備のための「特定活動」に変更すれば許可する旨の通知を受けて同在留資格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たとする。

(2) 訴えの利益を否定することは裁判を受ける権利(憲法32条)を侵害するものであること

ア しかしながら、このような場合に訴えの利益が認められないとすると、在留資格変更を認めない行政庁の判断に明らかな事実誤認や裁量権の範囲の逸脱・濫用があったとしても、抗告訴訟で争うことが事実上不可能となるので、原判決の判断は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」とする憲法32条に違反し、上告人Aの裁判を受ける権利を侵害するものである。

イ 憲法上の「裁判を受ける権利」(憲法32条)は、「権利の性質上、日本国民のみをその対象としていると解されるもの」(最高裁昭和53年10月4日大法廷判決・民集第32巻7号1223頁)には該当せず、外国人にも保障されている(東京高裁令和3年2月22日判決・判例タイムズ1502号55頁参照)。実体法上在留の許否の判断について国家の裁量が認められるとしても、手続保障は別の問題であり、外国人であることにより裁判を受ける権利を制限さ

れる理由はない。

「裁判を受ける権利」は、司法審査を受ける機会を実質的に奪われないことをも含むものであるところ（上記東京高判参照）、原判決の判断によれば、上告人Aは、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、たとえ、①出国しても（出国した場合に在留資格変更不許可処分を争う訴えの利益を失うことにつき、東京地裁平成2年12月18日判決行集 41巻11・12号1990頁等）、②上告人Aが不法残留になることを避けるために選択せざるを得なかった「出国準備」を目的とする在留資格「特定活動」のような、短期間かつ極めて制限的な在留資格を得たとしても、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のであるから、本件で訴えの利益を否定することは本件不許可処分の取消し（無効確認）の訴えにつき司法審査を受ける機会を実質的に奪うものである。

ウ しかし、そのような解釈は、不法残留を退去強制事由とし、かつ刑事罰をもうけて重大な不利益の対象としている法体系全体の仕組みに照らして、到底、採りえない。すなわち、入管法は、「不法残留」を「退去強制事由」（即時強制の要件）として定め（法24条4号ロ）（しかもそれは刑事罰の用意された「犯罪」である（法70条1項5号）。）、退去強制事由該当性の存否を判断する退去強制手続中も収容が前提とされ（法39条以下、全件収容主義）、さらに退去強制令書が発付された後は強制送還される（法52条）（なお、強制送還されてしまえば、結局は訴えの利益を失うのである）。しかも、一度、退去強制令書が発付されてしまえば、5年もの間、上陸拒否事由にあたり、上陸が許可されない（法5条1項9号ロ）。

上告人Aのような立場に置かれた外国人にとって、抗告訴訟において訴えの利益が否定されることを避けるために、敢えて法違反を犯し、このような多くの不利益が伴う不法残留という状態に身を置くという選択肢が、現実に取り得



ないものであることは、社会通念上明らかである。

このような入管法の仕組みにおいて、新在留資格（本件では出国準備を目的とする「特定活動」）を取得したことをもって、旧在留資格（本件では平成30年9月25日の本件申請1に対しては在留資格「定住者」）の不許可処分に対する訴えの利益を失うとすれば、在留資格変更や在留期間更新の不許可の判断については、そのほとんどの事案について実体法上の裁量権の範囲の逸脱・濫用の審理に入ることすらせずに門前払いされるということになり、上告人Aの司法審査の機会を実質的に奪うものに他ならず、上告人の「裁判を受ける権利」（憲法32条）を侵害するものである。

### （3）訴えの利益は実効的権利救済の観点から解釈されるべきであること

この点、行政事件訴訟法9条1項かっこ書きは、「処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む。」として、処分の効果がなくなった後であっても訴えの利益を認める。また、行政事件訴訟法9条2項は、同条1項の「法律上の利益」の有無を判断するに当たって、「当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。」と規定している。これは、同条がもうけられた平成16年施行の行政事件訴訟法改正において、憲法の保障する裁判を受ける権利を基礎に、実効的な権利救済の実現のためにもうけられた規定である。

このように平成16年改正の趣旨が、憲法32条に基づく実効的な権利救済

の実現にあることから、後に出国準備を目的とする「特定活動」への変更許可を受けたことをもって、訴えの利益を否定すべきではない。この点は、本訴えが取消訴訟ではなく無効確認請求訴訟であることによって結論が変わるものではない（最高裁平成4年9月22日第三小法廷判決・民集第46巻6号571参照）。

(4) 一在留一資格の原則は憲法32条で保障された権利を制限する理由にならないこと

ア 原判決は、一審判決を引用し、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入管法上許容されず（一在留一資格の原則）、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、後行許可処分が当然に違法となるものとは解し難く、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、先行不許可処分の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述べた（原判決4頁11行目、一審判決38頁1行目から10行目）。

イ しかしながら、令和5年7月26日付控訴人ら第1準備書面22頁以下で述べたとおり、このような解釈は、憲法32条で保障された裁判を受ける権利を制限する理由にはなりえない。

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、別表第一・第二）、外国人が日本に在留す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、同法施行規則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のは明らかである。

仮に一審判決及び原判決のように、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である外国人が当初希望した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、いかなる処分をしても違法性を問われることがなくなってしまう。例えば、日本人の実子である外国人について、行政庁が法律上の親子関係が存在するにも関わらず存在しないと誤認して「日本人の配偶者等」への在留資格変更を不許可とした場合ですら、不法残留罪を当該外国人が敢えて侵さない限り、同不許可処分の違法性は行政訴訟として一切問うことができなくなる。かかる事態は、立憲主義、法治主義の原則に反する。

ウ また、一在留一資格の原則が入管法上重要であり、必ず遵守すべき原則なのであれば、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、後行許可処分単体での違法性にかかわらず、先行許可処分と後行許可処分が併存するという入管法上許容されない状態を避けて一在留一資格の原則を遵守するために、後行許可処分を職権で撤回することが要請されると解され、かつそれを行うことには法律上も何らの障害もない。

一在留一資格の原則との抵触は、このように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、上告人Aの訴えの利益を否定し、裁判を受ける権利を正当化する根拠とはなりえない。

この点、東京地裁平成29年4月13日判決・平成28年(行ウ)第242号・在留資格変更許可申請不許可処分取消請求事件(ウエストロー・ジャパン)は、先行不許可処分が違法であるとして取り消され、改めて許可処分がなされる場合、「当該行政庁としては、これと整合しない後行許可処分を職権により撤回した上で、先行不許可処分に係る当初の申請を許可する旨の処分をしなければな

らないものと解すべきである」として、本件と同様の事案について訴えの利益を認めている。

(5) 原判決の指摘は法律上明らかな誤りを含み、また、理由がないこと

ア 原判決は、上告人らの主張に対し、一審判決を引用するとともに、「控訴人Aは、本件不許可処分に対して審査請求や取消訴訟の提起をすることなく、改めて在留資格の変更の申請をしたのであり、在留資格を「出国準備」に変更する旨の許可を受けたのは、この申請（ただし申請内容変更後のもの）に基づくものであるから（なお、本件不許可処分はその後も取消訴訟の提起なく出訴期間が経過している。）これをもって本件不許可処分の無効を確認する利益が失われたと解することが、実質的にも本件不許可処分の司法審査の機会を奪うものであったと評価することはできない。」（原判決4頁15行目以下）と述べるが、以下のとおり、原判決が新たに指摘した点は失当である。

イ まず、本件不許可処分は、行政不服審査法7条1項10号において行政不服審査法の適用が除外されている「外国人の出入国又は帰化に関する処分」に該当し、また入管法にも審査請求の規定はないため、審査請求は制度上、行うことができない。原判決は、制度上行い得ないことを行わなかったことを理由の一つとして訴えの利益を否定しており、到底容認できない。

ウ また、上告人Aが取消訴訟を提起しなかったこと及び改めて在留資格の変更の申請をしたことを指摘する点も理由がない。

上告人Aが本件不許可処分を受けた平成30年8月10日の時点では従来の在留資格「投資・経営」（経営・管理）の在留期間が残っていたものの、在留期限であった平成30年9月25日までには1ヵ月半しか残っていなかったため、仮に在留期限前に取消訴訟を提起したとしても、在留期限までにその結果が出ることはありえなかった。したがって、上告人Aは、取消訴訟の提起の有無に関わらず、不法残留になることを避けるためには、平成30年9月25日までに再度、在留資格変更や在留期間更新申請をする必要があり、原判決の

判示するところによれば、処分庁からその許可処分を得た時点でやはり訴えの利益は失われる。

実際、上告人Aは同日、再度、在留資格「定住者」へ変更申請を行い、その結果、まともや「定住者」は許可されなかった。この結果が出たのは従来の在留期限の経過後である平成30年11月22日であり、同日、申請結果の告知を受けるまでの在留は入管法20条6項に定められた在留期間の特例により可能であったが、同日東京入管局長から受けた、「9月25日付申請について、申請どおりの内容では許可することができないが、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申出書を提出されたい」旨の通知を受けることにより、同通知に応じて申出書を提出し、在留資格を「出国準備」に変更をしなければ、ただちに不許可処分を受けて不法残留になる状態に置かれることになった。

そして、「出国準備」への変更を受ければ、原判決の判示によれば、いずれにせよ訴えの利益は失われてしまうのであるから、上告人Aが取消訴訟を提起しなかったこと、改めて在留資格の変更の申請をして、その結果「出国準備」への変更許可を受けたことは、訴えの利益を否定する根拠にはならない。

#### (6) 小括

以上のとおり、本件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」からも何らの問題がない。それにもかかわらず、原判決は訴えの利益を否定する判断をしており、これは、日本に暮らす全ての外国人から実質的に司法審査の機会を奪い、憲法上の「裁判を受ける権利」を侵害するものであって、憲法32条に違反する。

したがって、本件無効確認の訴えの利益は肯定されるべきである。

## 2 本件通知の処分性の有無について

### (1) 原判決

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（以下「本件通知」といい、本件不許可処分及び本件通知をあわせて、「本件不許可処分等」という。）は「①本件申請2に対する不許可とする見込みとその理由を付記して伝える」とともに、「②本件申請2の内容を「出国準備」を目的とする申請内容に変更することを希望するのであれば、申請の内容を変更することにより許可される見込みであることを伝えることで、原告Aの便宜を考慮して本件変更申出を促したにとどま」るなどと処分性を否定し（原判決4頁11行目、一審判決39頁18行目以下を引用）、「控訴人Aは、本件通知の内容が不本意ながらも、不法滞在となることを避けるため、これに応じて申請内容を変更している以上、変更前の申請内容どおりの許可を得ることができなかったことについて不服を申し立てる機会を失ったとしても、これをもって司法審査を受ける機会を不当に奪われたと評価することはできず、この点も本件通知について処分性を認める理由となるものではない。」とする（原判決6頁5行目以下）。

### (2) 本件通知の処分性を否定することは裁判を受ける権利（憲法32条）を侵害すること

ア 外国人であっても憲法32条の裁判を受ける権利を有することは、1において述べたとおりである。

イ 本件通知を受けた当時、すでに上告人Aの従来有していた「出国準備」の在留期限は過ぎて特例期間（法20条6項）に入っており、申請結果の告知を受ける時までの在留は可能であった。しかし、実務上、本件通知のような通知を行う前に地方入管局長は不許可通知書を作成している（一審第1準備書面5頁以下）ことから、仮に上告人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（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。

すでに述べたとおり、不法残留は退去強制事由（法24条4号ロ）かつ刑事罰の対象であり（法70条1項5号）、退去強制事由該当性の存否を判断する退去強制手続中も収容が前提とされ（法39条以下、全件収容主義）、さらに退去強制令書が発付された後は強制送還される（法52条）。しかも、一度、退去強制令書が発付されてしまえば、5年もの間、上陸拒否事由にあたり、上陸が許可されない（法5条1項9号ロ）。

したがって上告人Aのような立場に置かれた外国人にとって、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以外に選択肢はなく、申出書の提出は法違反状態に陥ることを避ける唯一の方法として事実上強制されたものであった。

ウ また、申請に対する判断が、特例期間（法20条6項）に入る前になされるかどうかは、申請者の側ではいかんともしがたい事情であり、さらに入管法が特例期間の制度をもうけている以上、申請者が申請結果を知らされるのが特例期間に入ってからになる場合が生じることは、入管法上当然に予定されている。

エ このような入管法の仕組みの下において、本件通知の処分性を否定すると、外国人の司法審査の機会を実質的に奪われ、憲法上の「裁判を受ける権利」（憲法32条）が侵害される。

すなわち、上告人にとって、特例期間中に不許可処分を得ることは同時に「不法残留」という犯罪を犯すことを意味する（法70条1項5号）。このように、不法残留罪を犯さなければ、是正の対象である処分が存在しないとするならば、それは本件不許可処分の是正の機会はなきに等しい。これもまた、司法審査の機会を実質的に奪うものであって、「裁判を受ける権利」（憲法32条）を侵害する。

これを行政庁の側からみれば、申請に対する判断を従来の在留期限後の特例

期間内に通知することにより、外国人から抗告訴訟を提起する機会を奪うことが事実上可能となるのであり、このような解釈が誤っているのは明らかである。オ 以上のとおり、本件通知について処分性を否定することは、憲法32条を侵害する解釈である。

(3) 本件通知が行政庁による対外的表示行為であり処分性を有すること

ア 判例は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(行訴法3条2項)の意義について、「公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接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」とするが(最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集第18巻8号1809頁)、同判決の後に、最高裁平成20年9月10日大法廷判決・民集第62巻8号2029頁のように、上記の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判例が存在する。昭和39年判決が処分性の判断枠組みとして一般的な価値があるかどうかについては、令和5年7月26日付控訴審第1準備書面21頁以下で引用した興津征雄教授意見書(甲163)において指摘されるように、これに疑問を呈する見解もある一方、前掲最判昭和39年の判断基準による処分性の判断にも、実効的な権利救済のために当該行為を抗告訴訟の対象として取り上げるのが合理的であるかという観点からの判断が当然に含まれるとされる(平成20年最高裁調査官解説446頁以下参照)。

イ 本件においては、本件通知に示された行政庁の意思表示を、申請に対する応答としての処分として見るべきか否かという点が問題になっている。この点については、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、④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・興津教授意見書12頁以下参照）。

ウ 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り、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・在留審査要領に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できないので、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かどうかを判断する必要がある。

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、「申請の結果」「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」の応答として上诉人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を拒否するものとして、処分性がある。

エ この点、名古屋地裁平成17年2月17日判決・判例タイムズ1209号101頁は、本件通知と同様の通知について、「本件不更新通知は、原告のした本件更新申請に対応したものであると考えられること、その作成主体は被告であって、法21条3項の処分を行う権限を有していること（69条の2、規則61条の2第7号）、上記申請を許可できない旨の判断とその理由が確定的に示されていることなどを考慮すると、客観的、実質的には本件更新申請に対する不許可処分とみることができ、したがって、上記の行政処分性を肯認するのが相当である。」と判断している。

(4) 処分性を認めることが最高裁平成20年9月10日大法廷判決に整合すること

前掲最高裁平成20年9月10日大法廷判決は、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の有無の判断において、換地処分や仮換地の指定の時点で取消訴訟の提起が可能であるとしても、これにより権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいい難いとして、「実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある」として、「市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるというべきである。」として、処分性を認めた。

同判決は、より後の段階で抗告訴訟を提起することが可能であったとしても、既成事実が積み重なる前に当事者に判決を得る機会を与える必要があると判断し、実効的権利救済が可能なタイミングで処分性を肯定したものである。

これを本件についてみると、仮に本件通知に対し、申請内容を出国準備を目的とする申請に変更をせず不許可通知書を受領し、その後、取消訴訟を提起することは理論上は可能ではあるものの、そうした場合、上告人Aは不許可通知書を受領した時点で不法残留となり、退去強制手続が開始していたのである。このように当事者に不可能を強いるのではなく、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、最高裁平成20年9月10日大法廷判決に整合する。

#### (5) 原判決が引用する一審判決の判示に理由がないこと

その他、一審判決が処分性を否定する理由として述べ、原判決もこれを維持している論拠については、以下のとおり理由がない。

ア 原判決は、一審判決を引用し、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（原判決4頁11行目。一審判決39頁10行目以下を引用）。しかし、在留資格変更申請に対する許否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、処分性があると認定することの妨げにはならない。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。

イ 原判決は、一審判決を引用し、本件通知に行政事件訴訟法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（原判決4頁11行目。一審判決39頁12行目以下を引用）。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、一審判決を引用し、上告人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（原判決4頁11行目。一審判決39頁14行目以下を引用）。

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である。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、①の「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」の部分において、上告人Aの申請につき不許可とする意思が処分庁により決定され、かつ、それを対外的に表示すると同時に、上告人Aが不法残留になることを避けるために行われた事実上の情報提供または行政指導にすぎず、①の部分が処分性を有することを妨げるものではない。

エ 原判決は、一審判決を引用し、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（原判決4頁11行目。一審判決39頁18行目以下）。

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。

オ 原判決は、一審判決を引用し、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（原判決4頁11行目。一審判決39頁23行目以下を引用）。しかしながら、これは本件通知の「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」という明確な文言に反する。

#### (6) 小括

以上のとおり、本件通知に処分性があることは、行政事件訴訟法の解釈上も明らかである。それにもかかわらず、第一審及び原判決は処分性を否定する判断をしており、これは、日本に暮らす全ての外国人から実質的に司法審査の機会を奪い、憲法上の「裁判を受ける権利」を侵害するものであって、憲法32条に違反する。

したがって、処分性は認められる。なお、処分性が肯定された場合、無効確認の訴えと同様に訴えの利益が問題になりうるが、無効確認の訴えの利益について主張したのと同様に、訴えの利益は認められる。

第3 上告人Aにパートナー関係に基づく在留資格を付与しなかった本件不許可処分等は、上告人らの家族生活の自由（憲法13条）、上告人Bの本邦に居住する自由（憲法22条1項）を侵害し、憲法13条、憲法22条1項に違反すること

#### 1 憲法13条違反について

##### (1) 家族生活の自由は憲法13条によって保障されること

ア 人の性のあり方は多様であり、その人その人の性のあり方が人格的生存に不可欠な個性として尊重されなければならない（憲法13条前段「個人の尊重」）、人が、その性的指向のあり方に基づき、愛し合い、信頼し合い、支え合い、できることならば生涯を共にしようとするパートナーを見つけ、家族を形成し、

一緒に暮らすことは、人格的生存に不可欠な、人間の最も根本的な権利であって、生命、自由及び幸福追求に関する権利（憲法13条後段）として保障されている。

このように、人がその性的指向にしたがって、特定の他者と互いに人生を共にするパートナーとして家族を形成し、維持する自由（家族生活の自由）は憲法13条によって保障される。この家族生活の自由には、当然に家族と共に暮らす自由、すなわち、家族結合の自由を含む。

イ 憲法13条がかかる自由を保障していることは、憲法24条2項からも裏付けられる。すなわち、憲法24条2項は「家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と定めており、同条項は「家族に関する事項」に関する法律は「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して制定されることを要請しているのであって、憲法の各条項は「個人の尊重」という価値の実現のために相互に関連しているのであるから、「家族」に関する明文規定のない憲法13条においても、家族を形成し、維持する自由が保障されていると解することができる。

## (2) 同性カップルには「日本人の配偶者等」の在留資格が認められないこと

(1)で述べた家族生活の自由の最も本質的部分は、家族と共に暮らすことである。ところが、日本国籍を有しない者は、当然に日本に入国、在留する権利はなく、日本人と外国人のカップルが日本において共に暮らすためには、何らかの在留資格が必要になる。そこで、日本人とパートナー関係を有する外国人のうち異性カップルである外国人には、婚姻関係にあれば、「日本人の配偶者等」の在留資格が与えられる。

他方、同じ日本人とパートナー関係を有する外国人のうち、同性カップルである外国人には、そのカップルが婚姻という関係を欲し、または現に他国では婚姻している場合にも、日本では婚姻関係にあるということを認めない結果として、「日本人の配偶者等」の在留資格は与えられない。

(3) 上告人Aにパートナー関係に基づく在留資格を認めなかった本件不許可処分等は憲法13条に違反すること

ア 仮に、日本が同性間の婚姻を認めていないことの結果として、「日本人の配偶者等」としての在留資格該当性はないとしても、当然ながら、それによって日本人と外国人のカップルのパートナー関係が消えてなくなるわけではなく、日本において共同生活を営むために在留を認める必要性がなくなるわけでもない。したがって、同性愛の性的指向を有する日本人と外国人のカップルが家族生活の自由を享受するには、日本人とのパートナー関係に基づく在留資格が認められる必要がある。

イ 本件における上告人らは、同性愛の性的指向を有しているところ、日本で婚姻している異性愛の性的指向を有するカップルと同様のパートナー関係、すなわち、「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」ことを本質とする関係を築いてきた。しかも、上告人らは同性間の婚姻が認められているアメリカにおいて婚姻し、既に婚姻後約8年（本件不許可処分時においては約3年）が経過している。それにも関わらず、上告人らが日本において婚姻していないのは、上告人らの関係がパートナー関係にあたらなからでもなく、上告人らが婚姻という形式を欲していないからでもなく、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上告人らの婚姻を認めないために婚姻することができないからである。仮に上告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関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、上告人らには何らの法違反等の事実もなく、上告人Bは十分に扶養能力も認められるから、上告人Aは日本人の配偶者等の在留資格を得て、日本において、上告人Bとのパートナー関係に基づき安定して在留することが見込まれる。それにも関わらず、処分庁は、上告人Aに対し、上告人Bとのパートナー関係に基づく在留資格を認めることなく本件不許可処分等を行い、上告人らが日本にお

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共同生活を営む」ことを許さなかった。

よって、上告人Aに対する本件不許可処分等は、上告人らの家族生活の自由を侵害するものであり、憲法13条に違反する。

#### (4) 家族生活の自由の保護のためには「定住者」の在留資格が必要であること

「日本人の配偶者等」を含む、別表第二の在留資格は、身分・地位に基づく在留資格であり、行える活動が当該在留資格に基づいて認められるものに限定される別表第一の在留資格と異なり、就労等日本における活動の制限が一切なく、また、永住許可においても、原則10年の在留の特例が認められている。これにより、日本に居住する自由を有する日本人と、その家族である外国人が、日本において、日本人と健やかなるときも病めるときも支え合い、永続的に生活することが可能となる。

すなわち、「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、例えば上告人Bが病気または事故にあうなどして要扶養状態になった場合には、上告人Aが日本で制限なく活動を行って上告人B及び二人の生活を支えることも可能である。また、永住許可についても、原則10年在留に関する特例が認められ、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可能になる。

他方、「特定活動」の在留資格では、上告人Aには、たとえ資格外活動許可を受けても週28時間までという就労制限が付されており、例えば上告人Bが病気や事故などで働けなくなると、上告人Aの収入だけで二人が生活するのは極めて困難である。特定活動の在留資格では、上告人Bが主たる生計維持者である限り上告人Aが日本で暮らすことが認められるに過ぎず、日本人である上告人Bとそのパートナーである上告人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。すなわち、特定活動の在留資格によるのでは、上告人Bと日本において「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共同生活を営む」ことが保障されているとは言えない。その他、特定活動の在留資格では、上告人Aが上告人Bとのパートナー関係に基づいて安定した在留が認められているとは到底言えないことは、原審控訴理由書・第4・4、第1準備書面・第1で主張したとおりである。

- (5) 日本人である上告人Bの家族生活の自由の制約の憲法適合性はより厳格に審査されるべきであること

本件における家族生活の自由の制約は、カップルの一方の外国人(上告人A)に対するものであると同時に、他方の日本人(上告人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クリーン判決をどのように理解するにせよ、日本人である上告人Bの人権の制約として、その制約に合理性があるか否かが厳格に審査されなければならない。

- (6) 第1事件においても上告人Aは上告人Bの人権侵害を援用できること

上告人Aのみが訴訟当事者となっている第1事件との関係では、上告人Bの人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、上告人Bの人権が救済されれば必然的に上告人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(最高裁昭和37年11月28日大法廷判決・刑集第16巻11号1593頁)に照らして異論の余地はない。

## 2 憲法22条1項違反について

日本国籍を有する上告人Bは当然のことながら本邦に居住する自由(憲法22条1項)を有するところ、1で述べたとおり、上告人Aに対して定住者の在留資格を付与しないことは、上告人Bが、上告人Aと、日本において「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共同生活を営む」ことを認めないことを意味するから、本件不許可処分等は上告人Bの本邦に居住する自由を侵害し、憲法22条1項に違反する。

なお、後述のとおり、ヨーロッパ司法裁判所により、EU市民の同性パートナーが外国籍であった場合に、当該EU市民の国籍国が同性婚を認めていない場合でも、そのパートナー関係に基づいて在留資格を認めないことは、EU市民の居住の自由を侵害することが認められている。その結果、欧州連合加盟国においては、当該国が同性婚を認めているか否かに関わらず、欧州市民の非欧州市民の同性パートナーに対し、パートナー関係に基づく在留資格を認めないことは、EU市民の居住の自由から許されない。同じ理が、日本人である上告人Bの居住の自由にあてはまる。

#### 第4 「定住者」の在留資格を付与しないことは、平等原則に抵触し、憲法14条に違反すること

##### 1 原判決は上告人らの憲法14条違反の主張を正確に理解していないこと

原判決は、同性パートナーの関係については、異性カップルと異なり、「日本人の配偶者等」に相当する規定が設けられていないという点の憲法14条適合性のみを問題としたが（原判決8頁5行目以下）、上告人らが主として問題としているのは、本件不許可処分等の憲法14条適合性である。上告人らは、上告人らがアメリカで婚姻し「家族」関係を形成していることに鑑み、「日本人の配偶者等」と居住の自由や職業選択の自由の点で同視し得る「定住者」という在留資格を付与すべきであり、それは「定住者」の判断基準に鑑みても妥当であったにもかかわらず、「定住者」の在留資格を付与しなかったことが性的指向に基づく差別的取扱いとして憲法14条に違反すると主張しているのである。

原判決は、この点は、裁量権の範囲の逸脱・濫用があるか否かによって別途判断すべき事柄であるとしたが（原判決8頁17行目から22行目まで）、行政処

分が憲法上の人権を制約するものである以上、行政処分が憲法に適合していなければならぬことは憲法に明記されているとおりであり（憲法 81 条及び同 98 条 1 項）、憲法適合性につき裁判所の判断が被上告人の判断に劣後することはありえず（最高裁平成 7 年 3 月 7 日第三小法廷判決・民集第 49 卷 3 号 687 頁など参照。判断代置審査がなされる）、定住者の在留資格を付与しなかったことが憲法 14 条に違反するか否かの判断がなされるべきである。

2 パートナーが同性であることを理由として安定的な在留資格を与えないことは合理的理由がないこと

(1) 厳格な審査基準を適用すべきであること

本件不許可処分等は、海外で婚姻している外国人と日本人の同性カップルの外国人パートナーについて、「日本人の配偶者等」と同視し得る程度に安定的な在留資格である「定住者」の在留資格を付与しないというものであるが、以下に述べる通り、本件不許可処分等の平等原則抵触の判断に際しては、厳格な審査基準または厳格な合理性の基準を適用すべきである。

すなわち、憲法 14 条 1 項は、法の下での平等を定めた規定であり、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、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解される（最高裁昭和 39 年 5 月 27 日大法廷判決・民集第 18 卷 4 号 676 頁、最高裁昭和 48 年 4 月 4 日大法廷判決・刑集第 27 卷 3 号 265 頁参照）。そして、憲法 14 条 1 項後段の列举事由による差別については、厳格な審査基準または厳格な合理性の基準を適用すべきとされているところ（芦部信喜「憲法第 6 版」134 頁、長谷部恭男「憲法第 7 版」172 頁、辻村みよ子「憲法第 7 版」162 頁）、性的指向は、列举事由と同様に本人の意思や努力で変えられないことから、同項の社会的身分に含めて捉えることが可能であり、そうすべきである（川岸令和「注釈日本国憲法（2）」長谷部恭男編 190 頁）。日本国民である父親から出生後に認知された子の日本国籍の取得をめぐる国籍法違憲判決（最高裁平成 20 年 6 月 4 日大法廷判決・民集第 62 卷

6号1367頁)においても、裁判所は、日本国籍の取得が重要な法的地位であるとしたうえで、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、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」としており、不平等な扱いをされている利益の重要性とどのような属性(自らの意思や努力で変えることができるかどうか)に着目した区別かを重視し、違憲性を判断している。

この点、本件において対象となる利益は、愛し合い家族となった者同士が共に生活することができる利益であり、上述の通り、憲法13条で保障される個人の尊厳にとって極めて重要な法的利益である。また、取扱いが異なる理由は、同性カップルであること、すなわち性的指向が同性愛であることによるのであり、それは本人の意思や努力で変えられるものではない。

したがって、本件においては、憲法13条で保障される上告人らの家族生活の自由という極めて重要な法的利益に関する性的指向による差別的取扱いであることをふまえ、かかる差別的取扱いに合理的理由があるか否か、慎重に判断すべきであったが、原判決はかかる検討を怠ったものである。

以下に述べる通り、上告人Aに定住者の在留資格を付与しないことは、婚姻している日本人と外国人の異性カップルと比較し、合理的な理由のない差別にほかならない。

## (2) 本件不許可処分等の公益性・必要性は認められないこと

そもそも、本件不許可処分等には何らの公益性・必要性は認められない。すなわち、上告人Aは、日本での在留中に、公益に反する活動をしたことはないのはもちろん、在留資格の範囲外の活動をしたことはなく、「定住者」に在留資格を変更し、安定的に日本で在留できるようになったとしても、何ら公益に反するおそれはない。被上告人も、上告人Aに「定住者」の在留資格を与えない

ことによって得られる公益については、何ら主張していない。

(3)「定住者」の在留資格が付与されない場合、婚姻している日本人と外国人の異性カップルと比較し、家族結合の自由及びパートナー選択の自由等の点で極めて重大な不利益を被ること

ア 上告人らが長年にわたり同性パートナーとして、同居・協力・扶養関係を有し、アメリカで婚姻していることは原判決が認定する通りであり（原判決3頁18行目以下（一審判決3頁17行目から同8頁8行目まで引用）、原判決6頁14行目以下（一審判決40頁20行目から同46頁17行目まで引用）、上告人らの関係は、パートナーが同性であるという点を除き、婚姻している（または婚姻という選択肢を有する）日本人と外国人の異性カップルと何ら変わりはない。

しかるに、日本における在留の面で、上告人らのような日本人と外国人の同性カップルと、同じ関係性にある日本人と外国人の異性カップルと比較した場合、前者について、日本での婚姻が認められていないことから「日本人の配偶者等」の在留資格該当性が認められないとしても、当該在留資格と同視し得る程度に安定的な「定住者」の在留資格を付与しなければ、後者と比較し、家族結合の自由、職業選択の自由、居住の自由、及びパートナー選択の自由の点で極めて重大な不利益を被ることとなる。

すなわち、異性カップルであれば、日本における婚姻という選択肢を有していることから、何時でも婚姻することにより、「日本人の配偶者等」の在留資格の該当性が認められてこれを取得することができる。第3の1（4）で述べたとおり、「日本人の配偶者等」の在留資格は、身分・地位に基づく安定した在留資格であり、職業選択の自由が認められ、カップルとして安定して暮らしていくには重要な永住許可についても原則10年の在留に対する特例が認められる入管法別表第二の在留資格である。異性カップルは、かかる「日本人の配偶者等」の在留資格を外国人パートナーが取得することにより、日本に居住する自

由を有する日本人と、その家族である外国人が、日本において、日本人と健やかなるときも病めるときも支え合い、永続的に生活することが可能となる。「日本人の配偶者等」の在留資格は、婚姻の真摯性さえ認められれば、婚姻直後であっても得ることができ、また、その際、外国人パートナーの日本との結びつきや居住歴は一切要求されない。

これに対し、外国人と日本人の同性カップルにおいては、パートナーが同性であるという、ただそれだけの理由により、婚姻により「日本人の配偶者等」の在留資格を得る選択肢がないばかりでなく、本件上告人らのように同居期間や外国人パートナーとの本国での婚姻歴が長い場合ですら、処分庁は、パートナー関係に基づく在留資格を認めず、本件不許可処分等を行ったものであり、これは、在留資格について著しく不合理な差別的取扱いにあたる。

イ この点、外国で有効な婚姻をした外国人同士の同性カップルの場合には、平成25年の通知により、(就労不可の)「特定活動」の在留資格が付与されることから、それとの比較において、上告人Aが(就労不可の)「特定活動」の在留資格を取得すれば足りると考えによるのであれば、それも誤りである。

本件は、日本における居住の自由が認められる日本人が、外国人の同性パートナーを有する場合の当該外国人の在留資格該当性が問題となっているのであるから、平等原則の検討においては、外国人同士の同性カップルのみと比較するのでは十分でなく、日本人と外国人の異性カップルと比較することは必須である。

上告人Aは、現在も、別表第二の在留資格を付与されず、その結果、就労不可として職業選択の自由が保障されず(または資格外活動が認められても、時間等の制限を受け職業選択の自由が大きく制限される)、永住許可においても著しく不利な立場に置かれ、異性カップルとの関係で著しく不平等な状況にある。パートナーが同性であることは、性的指向によるものであり、それは自らの意思や努力で変えられるものではない。また、同性婚が認められていないという

状況も同性カップルの責めに帰すべきものではない。それにもかかわらず、同性のパートナーを選んだことにより、異性カップルと比べ、家族であるパートナーとともに日本で安定的に居住するという点で著しく不利な在留資格しか与えられないのであれば、合理的理由のない著しい差別的取扱いであることは明らかである。本来、上告人Aの立場にある者について、「日本人の配偶者等」と全く同等の在留資格を別途設けることが望ましいといえるが、多数決原理の民主制の過程において、性的少数者という少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、入管法の改正は容易ではないことから、司法による救済が求められる場面というべきである。そして、入管法上、「日本人の配偶者等」の在留資格と同等の居住の自由や職業選択の自由が保障される「定住者」という在留資格が存在し、人道上の特別な理由がある場合には該当するとされているのであるから、まさに上告人Aに妥当するといえる。

上告人Aが現在与えられている「特定活動」の在留資格は、別表第一の外国人（以下「主たる外国人」という。）の配偶者に与えられる「家族滞在」の在留資格と同等の在留資格として同性パートナーに与えられる在留資格である。「家族滞在」もこの「特定活動」も就労制限があり、永住許可が容易でないのは、主たる外国人には、日本には当然には居住の権利がなく、また、原則として帰国が予定されているから家族生活の自由は他国でも享受が可能であることが前提とされており、加えて、日本で行うことができる活動を一定の就労等に限定して在留を認められている主たる外国人のパートナーに無制限の就労を認めたのでは、労働市場を害する恐れがあり、また在留制度の体系が崩れることになるからである。他方、上告人Aの場合は、そのパートナーは日本に無条件、無制限の居住の権利がある日本人である上告人Bなのであるから、上記のような考慮は一切当てはまらない。それにもかかわらず、何らの公益目的も示すことなく、日本人の同性パートナーである上告人Aに対し、「定住者」の在留資格付与を否定して、「定住者」に著しく劣後し、「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共同生活を営む」ことを困難にする「特定活動」の在留資格しか認めないことは、在留資格について著しく不合理な差別的取扱いであるというほかない。

(4) 同性カップルに関する社会認識の変化に鑑みても、同性カップルの「家族」生活を保護すべきであること

昨今の同性カップルにおける社会認識の変化に鑑みても、同性カップルの「家族」生活を保護すべき要請は高いというべきである。すなわち、2015年に、渋谷区と世田谷区がパートナーシップ制度を施行したのを皮切りに、2024年1月4日時点で少なくとも370を超える自治体がパートナーシップ制度を施行している（「結婚の自由をすべての人に—Marriage for all Japan—」の調査による）。2019年2月14日には、札幌、東京、名古屋、大阪の裁判所により、同性カップルが結婚できないことが憲法違反であることの違憲性を問う訴訟が開始されるなど（2019年9月には福岡でも同様の訴訟が開始された）、同性カップルの権利擁護に向けた動きは活発化し、社会的にも関心を集めている。かかる社会の流れの変化により、日本国民の同性カップルに対する意識が大きく変化していることは、同性婚に7割以上が賛成しているという2019年の調査からも示される（「結婚の自由をすべての人に—Marriage for all Japan—」による「同性婚に関する意識調査報告書」）。

この点、原判決は、「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の促進に関する法律」（以下「理解増進法」という。）が令和5年に成立したことを一つの理由として、同性間の婚姻について、男女間に成立する婚姻関係と同等の地位が社会生活上確立しているほどの実態が本件不許可処分当時から存在していたとまでは認められないとした（原判決9頁1行目以下）。

しかしながら、本件では、家族として共に暮らす同性カップルの社会的、公

的承認が問題ではなく、そもそも、家族として共に暮らすこと自体の可否が問題となっているのである。

また、**理解増進法**の制定の経緯及び趣旨からしても、**理解増進法**をもって、同性パートナーの法的**保護**に消極的であることを正当化する事情として斟酌することは、端的に誤っている。すなわち、**理解増進法**の意義は、同法第3条が明記する通り、「性的指向又はジェンダーアイデンティティにかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえない個人として尊重されるものであるとの理念にのっとり、性的指向及びジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別はあってはならない」という理念を初めて**確認**した実定法であるという点にあり、かかる理念が実定法化すべきであるほど十分に日本の法秩序に根付いていることを**確認**したことに重要な意義がある。上述の社会の流れ及び日本国民の意識の変化をふまえ、**理解増進法**は、同性カップルに対する権利擁護に向けた基本理念を実定法で**確認**したものである。

したがって、原判決が、**理解増進法**をもって本件区別取扱いを正当化することは、同法が制定された経緯及び趣旨に明らかに反する。むしろ、**理解増進法**の制定に至ったことは、同性カップルの「家族」関係を異性カップルと同様に**保護**すべきことを基礎づける事情にほかならない。

### 3 小括

以上より、上告人Aに「定住者」の在留資格を付与しない本件不許可処分等は、上告人らの家族関係維持の重要性を無視し、ただ上告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、憲法14条に違反する。

第5 マクリーン判決を踏まえても、本件においては、憲法の違反が問題となるこ



と

## 1 はじめに

これまで述べてきたとおり、本件不許可処分等は、上告人A及びBとの関係で憲法13条及び14条、上告人Bとの関係で憲法22条に違反する。

もともと、原判決は、マクリーン判決（最高裁昭和53年10月4日大法廷判決・民集第32巻7号1223頁参照）を引用して、「憲法13条、22条に違反する点があったと解する余地はない。」（原判決8頁4行目）「控訴人らの主張のうち、憲法違反をいう点は、いずれも当を得ないものであり、国際人権規約の違反をいう点も同様というべきである。」としている（原判決9頁17行目から同19行目まで）。

そこで、以下、マクリーン判決を踏まえてもなお、本件において憲法の違反があることについて論じる。

## 2 原判決の判示

原判決は、以下のとおり判示した。

「憲法13条、22条の違反をいう点は、実質的に、外国人である控訴人Aが日本人である控訴人Bと同性パートナーの関係を有することを理由として、本邦に在留する権利が保障されていることをいうにほかならないものである。しかし、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ものとされ、憲法上、外国人は、本邦に入国する自由を保障されているものではないことはもとより、在留の権利ないし引き続き在留することを要求する権利を保障されているものでもない（最高裁昭和50年（行ツ）第120号同53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223頁参照）。そうすると、控訴人Aが控訴人Bとの同性パートナーの関係に基づく在留資格を付与されなかったことについて、憲法13条、22条に違反する点があったと解する余地はない。」（原判決7

頁18行目から同8頁4行目まで)。

すなわち、原判決は、上告人の主張が、本邦に在留する権利が保障されていることを主張するにほかならないと解した上で、国際慣習法を根拠に在留の権利を否定したと解されているマクリーン判決を引用して、憲法13条及び22条に違反する点があったと解する余地はないとし、「以上によれば、控訴人らの主張のうち、憲法違反をいう点は、いずれも当を得ないものであり、国際人権規約の違反をいう点も同様というべきである。」とした(原判決9頁17行目から同19行目まで)。

### 3 国際慣習法に依拠して憲法違反の余地がないとすることの誤り

(1) 国際的に、国家の外国人の出入国に関する裁量は、人権による制限を受けると理解されていること

国際慣習法とは、一般慣行(客観的要素)と法的信念(主観的要素)からなるものであるから(岩沢雄司著「国際法」東京大学出版会55P、同旨・最高裁平成9年3月13日第一小法廷判決・民集51巻3号1233頁等)、国際慣習法に依拠し、在留の権利がないことを理由に在留に関連したと結びつけた基本的人権の保障を否定するのであれば、外国人の出入国については、国家の裁量が優先し、それに関連する基本的人権は保障されないという一般慣行と法的信念が国際的に存在することが前提となる。

しかしながら、マクリーン判決が出されてから45年以上が経過した現時点において、国際的には、在留の権利は否定しつつ、在留に関連した基本的人権の享受が認められてその保護を受ける場合があるとするのがむしろすう勢であって、外国人の出入国に関する国家の裁量を理由に在留と結びつけた基本的人権の保障も否定するという一般慣行と法的信念はおよそ認められない。

例えば、国際法の定立につき国連の中心的機関として重要な役割を果たす国連国際法委員会(ILC)は、「外国人の追放に関する条約草案」において、「国家は、自国の領域から外国人を追放する権利を有する。」としつつ、「追放は、こ

の条文草案の条項に従わなければならない。ただし、その他の国際法の適用可能な規則、特に人権に関する規則の適用を妨げるものではない。」としている。自由権規約委員会は、一般的意見15「規約上の外国人の地位」において、「規約は、締約国の領域に入り又はそこで居住する外国人の権利を認めていない。何人に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の問題である。」としつつ、「しかしながら、一定の状況において外国人は、入国又は居住に関連する場合においてさえ規約の保護を享受することができる。例えば、無差別、非人道的な取扱いの禁止又は家族生活の尊重の考慮が生起するときがそうである。」とし、同様の見解に立って、多くの個人通報に関する見解を出している。子どもの権利委員会も、一般的意見23において、「28. 移住者にとっての家族の一体性に対する権利は、国民ではない者の入域または自国の領域での滞在に関する決定を行なう際の国の正当な利益と交錯する場合がある。しかし、国際的移住の文脈にある子どもおよび家族は、そのプライバシーおよび家族生活に対する恣意的または不法な干渉の対象とされるべきではない。ある家族構成員を締約国の領域から送還もしくは退去させることによって家族を分離させること、またはその他の方法である家族構成員の入域もしくは領域での在留を許可しないことは、家族生活に対する恣意的または不法な干渉に相当する場合がある。」としている（一審原告第6準備書面11乃至25頁）。

また、次に述べるとおり、本件と同様の事案、すなわち、同性婚を認めないEU加盟国市民の同性パートナーである非EU市民のEUにおける在留が問題となった事案において、ヨーロッパ人権裁判所及び同司法裁判所は、いずれも基本的人権の保障を優先させている。

(2) 国際慣習法を理由に憲法違反を検討しないことが誤りであることは、ヨーロッパにおける一般慣行と法的信念から明らかであること

ア ヨーロッパにおける一般実行と法的信念

ヨーロッパにおいては、本件と同様、同性カップルのうち外国人の在留許可が

問題となったケースにおいて、その在留を許可しない、または、異性カップルと異なる取扱いをすることは、憲法13条と22条が保証しようとする権利と同様の権利を保障したヨーロッパ人権条約等の規定に反するとされている。したがって、国際慣習法を理由に、憲法13条及び22条に違反する点があったと解する余地はないとするのは明らかな誤りである。

#### イ ヨーロッパ人権裁判所

パジッチ対クロアチア事件は、同性カップルである、当時同性婚も登録パートナーシップも認められていなかったクロアチアに長年居住する者とボスニアヘルツェゴビナ国民のクロアチアにおける家族再統合のための在留許可が問題となった事案であり、事実婚状態の異性カップルに認められている在留資格が同性カップルに認められないことが、家族生活権に関する性的指向差別にあたるとの判断がヨーロッパ人権裁判所で下されたものである（甲81。甲104の13頁も参照）。同判決においても、裁判所は、「特定の国に入国または移住する外国人の権利は条約によって保障されてはいないことを述べる。移民に関係する場合、第8条またはその他の条項が、例えば、自国の領土内で家族の再統合を認めるといった一般的な義務を加盟国に課すものとみなすことはできない」（パラ79）としつつ、「しかし、本件は、条約第8条に関連した第14条の遵守が問題となっており、、、入国管理措置が、それでも第8条に関連した第14条に反する不当な差別に該当するという結果はありうる。第8条には特定の国に移住する権利または在留する権利は含まれていないが、それにもかかわらず、加盟国は、外国人の人権、特に自身の私的又は家族生活を尊重される権利と差別の対象とならない権利を遵守する方法で移民政策を実施しなければならない」（パラ80）としている。

タドウッチ及びマッコール対イタリア事件（甲80。甲104のP14も参照）は、イタリア国民とニュージーランド国民の未婚カップルにつき、当時同性婚も登録パートナーシップも認められていなかったイタリアにおいて、EU市民権をもつ者以外の家族の在留許可申請が却下され、イタリア破棄院は、婚姻関係にな

い異性カップルも対象外とされており、異性カップルも同性カップルも単なる同性関係では在留許可がおりないため性的指向差別にはあたらないとしたため、ヨーロッパ人権裁判所において、ヨーロッパ人権条約8条（私生活及び家族生活の尊重）と結びついた14条（差別の禁止）に反しないかが争われたものである。ヨーロッパ人権裁判所は、「当裁判所は、確立された国際法および国家の条約上の義務に基づき、国家がその領土内への外国人の入国およびその居住を規制する権限があることを確認する。条約は、特定の国に入国または居住する外国人の権利を保障するものではない。」第8条が定める義務は、締約国に対して、当該国の家族が共通の居住地を選択することを尊重し、かつ、当該国へ移住するために国民以外のパートナーを受け入れなければならないという一般的義務にまで拡大することはできない。」としつつ、「しかしながら、移民の分野における国家の決定が、特に関連する人物が当該方針により深刻な影響を受け得る受入国において強い個人または家族関係を有している場合には、条約第8条によって保護される私生活および家族生活を尊重する権利を侵害することになる場合がある」（パラ56）とし、「加盟国が、家族関係に基づく在留許可を与える目的において、同性カップルを、その関係を正式なものとしていない異性カップルと同様に取り扱ったことにより、条約第8条に基づく権利の享受において性的指向に基づく差別を受けないという申立人らの権利を侵害したと判断する。」「したがって、第8条に関連して条約第14条に違反する。」とした（パラ98、99。なお、「第8条に関連して条約14条」は、原文は「Article 14 in conjunction with Article 8」であり、「条約第8条と結びついた第14条」と訳するのがより適切である。）。この点、谷口洋幸青山学院大学教授は、ヨーロッパ人権裁判所においては、「在留許可に関する国家裁量は無制限ではないという1990年代から確立された判例法理」が存し、かかる判例法理に基づいて上記判断がなされたと述べている（甲104、14頁）。

ウ ヨーロッパ司法裁判所

さらに、ヨーロッパ司法裁判所は、コマンハミルトン対移民審査官・内務省事件において、ルーマニア国民とベルギーで婚姻した米国民に対し、同性婚も登録パートナーシップも認められていないルーマニアの当局が3カ月に限り居住の権利が認められると判断したことにつき、EU加盟各国は、「同性婚を認めるかどうかを判断する自由を保持する」としつつ、「EU市民が国籍国以外の加盟国に実際に居住し移動の自由を行使しており、当該受入加盟国において合法に結婚することで合流した同性の第三国の国民と家族生活を創出し又は強化した場合、TFEU第21条(1)は、EU市民が国籍を有する加盟国の権限事項として、加盟国がその国内法において同性者間の結婚を認めていないという理由により第三国の国民に対し同国域内での居住権付与を拒絶することは認めていないと解釈されなければならない」と判断した。なお、TFEU : Treaty on the Functioning of the European Union (ヨーロッパ連合の運営に関する条約) 第21条1は「加盟国のすべての国民は、本条約および条約を有効にするために採択された措置に定められた制限および条件に従い、加盟国の領域内を自由に移動し居住する権利を有する」と定めており、憲法22条と類似の内容を保障している。

エ ヨーロッパにおける一般慣行と法的信念は、原判決の依拠する「国際慣習法」と異なること

ヨーロッパ人権裁判所は、人権問題に関する限り、フランスの破毀院やドイツの連邦憲法裁判所の判決さえ覆すことができ、判決は、拘束的であり、関連当事国は、それらの判決に従う義務がある。ヨーロッパ司法裁判所は、欧州連合の基本条約や法令を司り、これらを適切に解釈し、域内において平等に適用することを目的として設置されている機関であり、ヨーロッパ司法裁判所の裁定は他の加盟国の裁判所又は裁決機関において同様の問題が生じた場合に拘束力を有する(甲82—2の3枚目)。

すなわち、同性婚を認めていない国の自国民または長期在留者の同性パートナ

一の外国人の在留に関しては、外国人は在留の権利を有しないことを前提として、なお、当該外国人の在留を認めるか否かの判断すべきであること、かつ、当該外国人の在留を認めないことが、ヨーロッパ人権条約8条と結びついた14条、EUの機能に関する条約第21条1に違反するもので許されないことは、ヨーロッパ人権裁判所及び同司法裁判所の判断により既に確立しており、ヨーロッパ各国はこれにしたがうことが求められている。

このように、ヨーロッパにおける一般慣行と法的信念は、外国人に在留の権利を有しないことを前提として、在留許可に関する国家裁量は無制限でなく、基本的人権の保障が優先する場合があるというものである。そして、その具体的あてはめとして、本件のような場合、すなわち、EU市民と同性パートナー関係にある外国人の在留を認めないことが、それぞれ憲法13条及び24条2項、14条と類似した、ヨーロッパ人権条約8条と結びついた14条、憲法22条と類似したEUの運営に関する条約第21条1に違反するので許されないとしている。

#### 4 在留の権利と、在留と関連する基本的人権の保障は異なること

##### (1) はじめに

加えて述べるに、マクリーン判決においては、在留の権利そのものが問題になったのに比し、本件では、在留の権利でなく、在留に関連する基本的人権の保障が問題となっているのであって、本件はマクリーン判決の判示の射程外と考えられる。

##### (2) マクリーン判決が判示したこと：在留の権利

最高裁は、権利の性質上、日本国民のみを対象としていると解されるものを除き、外国人に対しても基本的人権の保障が等しく及ぶとの考え方を採用していると考えられている。その上で、マクリーン判決は、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行

為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」とした。つまり、マクリーン判決は、憲法の保障を受ける行為を理由として外国人に在留期間更新不許可という不利益を課するとしても、憲法上外国人に対する在留の許否は国の裁量に任されているから許されるとしたものと解される（昭和53年最高裁判例調査官解説448頁）。

このように、「外国人に対する在留の許否は国の裁量に任されていることと外国人の他の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整の問題」（同448頁）につき、在留の権利が認められないことを理由に、基本的人権の保障を受ける行為（具体的には政治活動の自由の行使）が在留判断（具体的には出国準備の在留資格の期間更新）において消極事情として解することは許されるとしたのがマクリーン判決である。このことは、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障」と「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障」が「すなわち」で結ばれていること、実際に、その判示内容を見ても、専ら、その在留目的と直接関係しない基本的人権の行使が、在留期間更新申請に対する処分に消極的影響を与えうるかが検討されていることから明らかである。

(3) 本件で問われていること：在留が認められなければ基本的人権の保障がなされ得ない場合の基本的人権の保障

他方で、在留の権利が認められないことを前提としても、在留目的が基本的人権の保障そのものと結びついており、在留が認められなければ基本的人権の保障がなされ得ない場合がありうる。その場合の一つが、本件のように、家族結合や日本人の居住の権利が問題となる場合である。また、平等原則のような客観的法原則が問題となる場合の優劣ないし調整が問題となる場合もある。こ



のような場合における、外国人に対する在留の許否は国の裁量に任されていることと他の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整が問題となるのが本件である。さらに、本件においては、外国人と日本人が家族を形成していることから、外国人の人権のみならず、日本人の人権も問題となる。すなわち、本件不許可処分によって侵害が問題となっているのは、上告人Aの在留の権利ではなく、上告人らの家族で共に暮らす権利であり、日本人である上告人Bの居住の自由である。

このように、在留目的が当該外国人及びその家族の基本的人権の保障そのものと結びついており、在留が認められなければ基本的人権の保障がなされ得ない場合に、外国人の出入国に関する国の裁量と基本的人権の保障をどのように優劣ないし調整するかについては、マクリーン判決は何も述べていない。

ところが、憲法13条及び22条についての原判決の判示に典型的に示されるように（原判決7頁17行目以下）、マクリーン判決以降の下級審は、このような場合も、マクリーン判決が言及する「国際慣習法」に依拠して、基本的人権は保障されず、憲法違反の余地はないと解してきた。もっとも、原判決は、憲法14条については、その違反となる余地があることを前提として検討しており（原判決8頁5行目以下）（ただし、その対象として、上告人らが主張していない入管法（法令）の憲法14条違反のみを検討しており、それが誤りであることは前述のとおりである）、少なくとも憲法14条については、憲法違反の余地があることを認めている。

## 5 小括

以上のとおり、原判決が指摘するところの国際慣習法やマクリーン判決に依拠して本件において憲法13条及び22条に関して判断をしなかったことは明白な誤りであり、これらについて判断することは必須であるところ、既に述べたとおり、本件においては、憲法13条、14条及び22条の違反が認められる。

## 第6 まとめ

以上のとおり、原判決には、看過しがたい憲法解釈の誤りがあるので（民訴312条1項、同326条1号及び同325条1項）、上告が認容されるべきである。

以上