

正 本

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(処分行政庁:東京出入国在留管理局)

控訴理由書

令和4年12月6日

東京高等裁判所第12民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士

鈴木雅子

永野靖

山下敏雅

横山佳枝

丸山由紀

上杉崇子

高橋清

上記当事者間の東京地方裁判所令和元年(行ウ)第461号在留資格変更不許可処分無効確認等請求事件、令和元年(ワ)第24633号国家賠償請求事件について、令和4年9月30日に言渡しされた判決に対する控訴理由は以下のとおりである。

目次

第1 事案の概要	3
第2 原判決の概要と控訴理由骨子	4
1 原判決の概要	4
2 原判決の意義と誤り、控訴理由骨子	5
第2 判断枠組みが誤っていること	7
1 原判決の判断	7
2 原判決の誤り	8
第3 控訴人Aにパートナー関係に基づく在留を認めないことが控訴人A及びBの憲法及び国際人権法の権利を侵害し、また、裁量権の逸脱・濫用にあたること ..	15
1 はじめに	15
2 控訴人Aが控訴人Bとの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違憲であること	15
2 控訴人Aが控訴人Bとの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国際人権法違反であること	18
3 控訴人Aが控訴人Bとの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裁量権の逸脱・濫用であること	20
第4 控訴人Aに認められるべき在留資格は定住者であり、「定住者」の在留資格変更を拒否することは違法であること	21
1 はじめに	22
2 在留資格「定住者」にかかる判断の枠組み（原判決47頁以下）	22
3 控訴人Aの「定住者」の在留資格該当性について（原判決49頁以下） ...	30
4 控訴人Aに「定住者」でなく「特定活動」の在留資格しか認めないことは、異性とのパートナー関係にある外国籍者と日本国籍者のカップルとの関係で差別にあたること	37
5 小括	39

第5 行政訴訟につき訴訟要件を満たすこと	39
1 本件無効確認訴訟の訴えの利益について	39
2 本件通知の処分性の有無について	43
第6 本件国賠請求にかかる賠償責任について	46
1 はじめに	46
2 本件不許可処分について	47
3 本件通知について	49
4 控訴人Bの権利侵害について	51
5 損害	52
6 小括	53
第7 まとめ	53
第8 原判決後の経過	54

第1 事案の概要

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。

本件は、このように同性のパートナー関係にある控訴人らが、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。

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ところ（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

利である。本件における控訴人AとBは、まさに互いをそのような「パートナー」とするものであり、控訴人らの関係は、「家族」として保護されるべきものである。

本件は、このように同性の外国籍者と日本国籍者との間で真摯なパートナー関係が存在する場合に、日本が同性婚を認めていないことからその関係を外国籍者の在留資格の判断にあたって考慮しないこと、ひいては、パートナー関係に基づく在留資格を付与しないことが、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）にあたらないか、また、法務大臣等の裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたらないか（行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）30条、同37条の3）を問うものである。

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眞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 原判決の概要と控訴理由骨子

1 原判決の概要

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（以下、あわせて「控訴人ら」という。）は、長年にわたる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。

本件は、かかる事実関係を前提として、控訴人Aにつきパートナー関係に基

づき定住者の在留資格への変更の不許可処分の取消し等を求め（第一事件）、また、これを認めなかつたことについて控訴人らが国家賠償を求めるものである（第二事件）。

原判決は、第一事件については訴訟要件を欠くとの理由により却下し、第二事件については、「定住者」への在留資格への変更を許可しなかつた点については違法でないとする一方、法務省入国管理局（当時）入国在留課長の平成25年の通知が、外国籍者同士の同性婚の配偶者に人道的な配慮から「特定活動」の在留資格を付与するとしながら、入国管理当局において、日本国籍者との同性婚の相手方である外国籍者については同通知の射程外と解し、一律に「特定活動」の在留資格を付与しない運用を行っていることは、法の下の平等を定めた憲法14条の趣旨に反するとした上、AとBのパートナー関係についての個別的事情を踏まえれば、AとBが本邦において安定的に生活することができるよう人道的配慮を行う必要性があり、Bに対し「特定活動」への在留資格の変更を認めなかつたことは客観的に違法であるとした。ただし、平成25年の通知の運用に関して、日本国籍者の同性婚の相手方である外国籍者を射程外とすることに疑義を呈する公権的判断がなかつたことなどを理由に、東京入管局長には過失が認められないとして、国家賠償は認めなかつた。

2 原判決の意義と誤り、控訴理由骨子

（1）原判決の意義

これまで、同性の日本国籍者とパートナー関係にある外国籍者については、その関係の継続性や真摯性、外国籍者の本国等での婚姻の有無などにかかわらず、パートナー関係に基づく在留資格を得ることが一切認められてこなかつた。そのため、日本国籍者と外国籍者のカップルが一緒に暮らすには、外国籍者がパートナー関係と無関係の仕事などに基づく在留資格を得て何とかその在留を維持し続けるか、日本に住むことを諦めてカップルで海外に移住するかのいず

れかしかなかった。

原判決は、このような状況に置かれてきた日本国籍者と外国籍者の同性カップルにつき、入管の運用が憲法14条の趣旨に反するとして外国籍者の在留につき人道的配慮の必要性を肯定したもので、その意義は大きい。

(2) 原判決の誤り

他方で、原判決は、以下のとおり、憲法、国際人権法、行政法、入管法及び国賠法に関して、いずれも結論に影響を及ぼす看過しがたい誤りがある。

ア 原判決は、憲法上及び国際人権法上、同性のパートナー関係も家族として保護されるべきであり、同性カップルと異性カップルの取扱いの区別は性的指向に基づく差別にあたるのではないかという根本的な問題について、「憲法・・・や国際人権法違反等の主張について判断するまでもない」として判断しなかった。

しかしながら、原判決がその基礎として用いた「判断の基本的枠組み」は誤りであり、憲法や国際人権法違反等の主張について判断する必要がある（控訴理由1）。

イ 本件は、日本において同性婚が認められないことを前提としてもなお、控訴人の関係は憲法上国際人権法上保護されるべきであり、それにもかかわらず、控訴人Aに対し、控訴人Bとの関係に基づく在留資格を認めないことが違法であるが争点であるところ、控訴人Aに控訴人Bとの関係に基づいて在留資格を付与しないことは、憲法及び国際人権法に違反し、また、裁量権の逸脱濫用にあたることは明白である（控訴理由2）。

ウ 控訴人Aにつき、定住者の在留資格該当性は認められないとする判断は、定住者の在留資格の該当性判断を誤ったものであり、控訴人Aには定住者の在留資格の該当性が認められる（控訴理由3）。

エ 在留資格に関し裁判所の判断を得られる場合を著しく狭く解して第一事件につき訴訟要件を欠くとしたことは、訴えの利益及び处分性の判断を誤ったもの

である（控訴理由4）。

オ Bにつきパートナー関係に基づく在留資格を与えなかったことを違法としつつ過失はないとして国家賠償請求を否定した判断も、過失の範囲を不当に狭く解釈するもので誤りである（控訴理由5）。

第2 判断枠組みが誤っていること

1 原判決の判断

（1）原判決は、「判断の基本的枠組み」として、以下を示した。

ア いわゆるマクリーン判決を引用し、「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しているものではない」とした（以上「判断の基本的枠組み」ア前半）。

イ 在留資格の変更が認められるためには、当該外国人が新たに取得することを希望する在留資格に該当することが必要であるとした（以上同ア後半）。

ウ 本件では、「定住者」の在留資格への変更を求めていたことから、定住者の在留資格の該当性が判断されるべきであるところ、「定住者」の在留資格を設けている趣旨は、「社会生活上、外国人が我が国において有する身分又は地位が多種多様であり、別表第二の「永住者の配偶者等」や「日本人の配偶者等」等の各在留資格の下欄に掲げられている類型の身分又は地位のいずれにも該当しない外国人であっても、人道上の理由その他特別の事情又は我が国の社会や経済等の情勢の変化により、当該外国人の居住を認めることが相当である場合があり得ることから、これに対応することができるようするために規定されたものと解される」とし、さらに、入管法別表第二に定められる「定

「住者」の要件が「法務大臣が特別な理由を考慮し」て居住を認める者という概括的な文言により規定されていること等を理由に、「どのような事情等の下において『定住者』の在留資格に該当するものと認めるかの判断は、法務大臣等の広範な裁量に委ねられているものと解するのが相当である」とした(以上同イ)。

エ 定住者の在留資格該当性について、定住者告示に該当するか、該当しない場合に、定住者告示に類型化して列挙された外国人と同視することができるか、それに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合に例外的に「定住者」の在留資格該当性を認める余地があるとした(以上同ウ、エ)。

(2) 原判決は、上記を前提として、本件は定住者告示に該当せず、また、日本においては同性婚が許容されていないこと及び本邦への定着が不十分であることを理由として、定住者を認めるべき例外の場合にもあたらないとし、そのことから、「憲法13条、14条及び国際人権規約等の主張について判断するまでもない」とした(原判決50、51頁)。

原判決の上記判示は、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はなく、また、在留資格の変更が認められるためには、当該外国人が新たに取得することを希望する在留資格に該当することが必要であるところ、控訴人Aは希望する在留資格である定住者に該当しないので、「憲法13条、14条及び国際人権規約等の主張について判断するまでもない」としたものと解される。

2 原判決の誤り

(1) 判断の基本的枠組みアのうち、マクリーン判決を引用した判示に関して

ア 本件争点は、マクリーン判決の射程外であること

原判決が引用するマクリーン判決と本件においては、行政当局によって示さ

れた在留に関する判断の違法性が問われているという点については共通している。

しかしながら、マクリーン判決で問われたのは、ベルリッツの英語教師として入国したマクリーン氏が、転職、及び、政治活動を行ったこと、すなわち、在留に関する判断前のかかる当該外国人の行動を理由に、出国準備を目的とする在留期間の更新をしないことが許されるか否かであった。なお、マクリーン氏が在留期間の更新を希望したのは、日本での英語教育および琵琶、琴等の研究を継続する必要があったことにあり、また、マクリーン氏は、昭和44年に入国し、昭和45年に出国準備期間として120日間の在留期間を与えられていたもので、来日後問題となった本件不許可処分までの在留期間は一年半に満たなかった。

他方、本件で問われているのは、在留に関する判断前の当該外国人の行動により在留資格変更を認めないことが許されるか否かではなく（なお、本件において、控訴人Aにつき、在留中の行状につき、国の観点から検討しても問題がないことは明らかであり、被控訴人もこの点争っていない）、在留資格変更を認めない結果として、控訴人らは愛する人と暮らすという憲法上及び国際人権法上認められるべき権利が侵害されるところ（控訴人Bについては、控訴人Aと暮らすためには日本での居住を断念するほかなくなることから、国籍国に居住する権利も侵害される）、かかる権利の侵害が許されるか、また、かかる権利のはく奪は異性愛者との関係で性的指向に基づく差別にあたらないかであった。

すなわち、憲法上定められた権利行使したことを理由の一つとして在留を認めないことの可否が問題となったのがマクリーン事件であり、逆に、在留を認めないことによって憲法や国際人権法上の権利が侵害されまたは平等原則に違反することが許されるかが問題となったのが本件であって、その問題状況は全く異なる。実際、マクリーン判決の判示は、「外国人を自国に受け入れるか否か、受け入れる場合にいかなる条件を付すかは、国際慣習法上、当該国家が自

由にこれを決することができ、憲法上、外国人は…（中略）…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」というに留まり、かかる権利がないことを前提としてなお、在留を認めないことにより、憲法や国際人権法上の権利が侵害されまたは平等原則に違反することが許されるかについては、マクリーン事件では問われておらず、その結果同判決は何ら述べておらず、同判決の射程外である。

イ 入国在留の権利がないことを前提として、入国又は居住に関連する場合においても、外国人に、家族生活の尊重等の人権上の保護を受ける場合があることが国際的に広く認められていること

実際に、マクリーン判決が判示するところの「外国人を自国に受け入れるか否か、受け入れる場合にいかなる条件を付すかは…（中略）…当該国家が自由にこれを決することができ、憲法上、外国人は…（中略）…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」との考え方は、国際慣習法とまで言えるかどうかは措くとしても、現在においても国際的に広く受け入れられている一方で、「入国又は居住に関連する場合においても、外国人に、家族生活の尊重等の人権上の保護を受ける場合がある」との考え方もまた、国際的に広く受け入れられている。

例えば、国際法委員会は、「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いうである。」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。

また、ヨーロッパ人権裁判所は、本件と同様の事案、すなわち、同性婚を認めないEU加盟国市民と第三国において婚姻した非EU市民のEUにおける居住の権利が問題となった事例において、「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」としつつ、「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」として、当該事案において、ヨーロッパ人権条約8条違反を認定している。ヨーロッパ司法裁判所も、EU加盟各国が「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、また、EU非市民は、EU市民の国籍国である加盟国において居住する派生的権利を移動の自由の行使に関する指令によって与えられてはいないとしつつ、EU加盟各国は、「EU加盟国以外の国籍を持つ同性配偶者の場合も、その配偶者に対し域内に居住するという派生的権利を

与えないことで、EU市民の居住の自由を阻害してはならない」として、EU市民の同性パートナーには、その国籍にかかわらず、同性婚を認めていない国も含む全ての加盟国で居住する権利があるとの判断を示している（以上、原審における原告第6準備書面18乃至25頁も参照）。

上記からすれば、「国際慣習法」をよりどころにして、入国又は居住に関連する場合の人権上の保護を否定することは、国際社会においてそれと異なる解釈と実行が積み重ねられている以上、誤りであることは明らかである。念のため述べるに、上記各委員会の草案や意見は、もとより法的拘束力はなく、ヨーロッパ人権裁判所の裁判例も我が国においては拘束力がない。しかしながら、重要なのは、基本的人権の保障という共通の法的認識を有する国際社会において、外国人を自国に受け入れるか否か等は国際慣習法上当該国家が自由にこれを決することはできるという考え方を取りながらも、家族生活の尊重等の保護を受ける結果として、入国や居住を認めるべき場合があり、在留を認めないことが違法になる場合があるという解釈と実行が積み重ねられており、もはや外国人には入国や在留の権利がないという「国際慣習法」を前提としても、それを理由として入国や在留に関連して家族生活の尊重等の人権の保護は否定されないことが国際的に広く受け容れられていることにあり、これらの解釈の法的拘束力は問題でない。

加えて、本件においては、控訴人Aのみならず、日本国籍者である控訴人Bの家族生活の権利と居住の権利という憲法上及び国際人権法上の権利の侵害も問題になるところ、少なくとも、裁量権の範囲の逸脱濫用の判断（厳格な判断過程審査）においては、この点は考慮されるべき重要な積極的事情である。

ウ 小括

以上より、控訴人Aにつき、控訴人Bとの関係を理由とする在留を否定する本件において、憲法上及び国際人権法上の検討が必要なのは明らかであった。

（2）在留資格の変更が認められるためには、当該外国人が新たに取得することを

希望する在留資格に該当することが必要であるところ、控訴人Aは希望する在留資格である定住者に該当しないので、「憲法13条、14条及び国際人権規約等の主張について判断するまでもない」としている点について

ア 原判決は、在留資格の変更が認められるためには、当該外国人が新たに取得することを希望する在留資格に該当することが必要であるところ、控訴人Aは希望する在留資格である定住者に該当しないから（しかもそれは不当にも定住者の処分要件を「告示」によって極度に限定した解釈を前提としている）、本件においては、「憲法13条、14条及び国際人権規約等の主張について判断するまでもない」としたものと解される。

イ しかしながら、(1)で述べたとおり、入国在留の権利がないことを前提として、入国又は居住に関連する場合においても、外国人に、家族生活の尊重等の人権上の保護を受ける場合がある。このことを前提に、外国人の家族生活を尊重するために、これらを法律の次元においても法律上保護すべき利益として、入管法（法律）は別表第二に掲げる在留資格を用意している。すなわち、日本人と家族関係がある場合は「日本人の配偶者等」、「永住者」と家族関係がある場合は「永住者の配偶者等」を規定し、保護しようとしている。かかる保護を可能とするためには申請者の在留を認めることが要請されながら、入管法上列挙された在留資格のうち、「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」など該当性が認められる在留資格がないこともありうる。

しかし、入管法は、上記のような場合や、政策的な観点から在留を認める必要性・相当性がありながら、適切な在留資格がない場合に、在留資格が与えられないという事態に陥らないように設計されている。身分または地位を理由とする在留を認めることが必要、相当でありながら、列挙された身分または地位を理由とする在留資格に当てはまらない場合には「法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者」として「定住者」を用意している（入管法別表第2）。まさに家族の保護がその趣旨の中核にあり、このこ

とは原判決も認めている。なお、「活動」を理由とする在留を認めること（法律（別表第一））が必要、相当でありながら、法律の定める別表第一に列挙された活動を理由とする在留資格に当てはまらない場合には、「法務大臣が個々の外国人について特に指定する活動」として「特定活動」を用意している。

このように、家族関係などに関しては、「日本人の配偶者等」などの適切な在留資格がないような場合に対しては、「定住者」で在留を認めるということが入管法の仕組みである。

その上で、法務大臣等は、入管法も含めた憲法、国際人権法をも含めた法体系全体から、単に「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」などの該当性が認められる在留資格がないことのみを理由として（原判決は、その上、このような場合に予定された「定住者」の在留資格の適用についてすら告示によって極限まで限定した。）憲法や国際人権法に反する処分を行うことは許されない。また、法務大臣等は、「定住者」の処分要件の適用、「特定活動」の処分要件の適用などその他在留に関する判断を「決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持の見地に立つて、申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならない」（上記マクリーン判決）のであるから、その際、憲法、国際人権法上の考慮事情、さらに法律の定める「定住者」の趣旨、「特定活動」の趣旨も踏まえなければならず、さらに「定住者」の適用（判断）の際には同性パートナー関係も保護されるべき家族として考慮事情となり、それらの諸般の事情をしんしゃくした結果、当該外国人の在留を認めることが要請される場合、それにもかかわらず当該外国人の在留を認めないことは、裁量権の範囲の逸脱・濫用となる。

（3）小括

以上のとおり、原判決は、控訴人Aにつき、控訴人Bとの関係を理由とする在留を否定する本件において、在留の権利がないことを前提としてもなお憲法上及び国際人権法上の検討が必要であるにもかかわらず、「検討するまでもない」として、これを行わず、また、控訴人Aにつき、憲法や国際人権法の家族の保護の要請など（「定住者」については法律がこれらの要請を実現することを予定している）から、日本での在留を認めないこと自体の違法性や定住者の処分要件の該当性（適用）を検討すべきであったにもかかわらずこれを行わなかつたものであり、明らかな誤りがある。

第3　控訴人Aにパートナー関係に基づく在留を認めないことが控訴人A及びBの憲法及び国際人権法の権利を侵害し、また、裁量権の逸脱・濫用にあたること

1　はじめに

第2で述べたとおり、憲法や国際人権法に照らし、控訴人Aの在留を否定することが違法であるかの検討がなされるべきであるところ、以下のとおり、控訴人Aが控訴人Bとの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、憲法違反、国際人権法違反であり、また、法務大臣等の有する裁量権の逸脱・濫用にあたる。

2　控訴人Aが控訴人Bとの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違憲であること

(1)　控訴人Aが控訴人Bとの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が憲法13条、憲法14条1項、憲法22条1項に違反することについては、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において詳述したが、あらためてその要旨を述べ、補足する。

(2)　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ところ（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、維持する自由は憲法13条によって保障される。親密な人的結合関係を伴う共同生活を営み、家族を形成することは、個人の尊厳にかかる人格的利益であり、性的指向にかかわらず保護されるべきものである（同性婚に関する東京地裁令和4年11月30日参照）。

さらに、性的指向を理由とする不合理な別異取扱いは、「性別」「社会的身分」に基づく差別にあたり、憲法14条に違反する。

(3) 日本国籍者を有しない者は、当然に日本に入国、在留する権利はなく、日本に合法に入国、在留するためには、何らかの在留資格が必要になるところ、日本国籍者と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関係を有する外国籍者のうち、異性カップルである外国籍者には、「日本人の配偶者等」の在留資格が与えられる。

しかしながら、同じ日本国籍者と永続的な「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」関係（昭和62年9月2日最高裁大法廷判決・民集41巻6号1423頁）を有する外国籍者のうち、同性カップルである外国籍者には、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。

しかしながら、仮に、日本が同性婚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、それによって日本国籍と外国籍のカップルの「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」関係が消えてなくなるわけではなく、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。それにもかかわらず、日本国籍者のパートナーである外国籍者につき、パートナー関係に基づく在留資格すら認められなければ、外国籍のパートナーがパートナー関係とは別の活動や身分に基づく在留資格を得られない限り、日本国籍者と外国籍者のカップルが日本で共同生活を営むことはできず、何らの在留資格の該当性もなければ、あるいはいったん有していた該当性が失われればたちまち、日本国籍者と外国籍者のカップルが日本で共同生活を営むことは不可能になる。

(4) 本件における控訴人らは、同性愛の性的指向を有しているところ、異性愛の性的指向を有するカップルと同様に、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む関係を欲し、現にかかる関係を築いてきた。控訴人らは、同性婚が認められているアメリカにおいては、婚姻し、既に婚姻後約7年が経過している。それにもかかわらず、控訴人らが日本において婚姻していないとされているのは、控訴人らの関係が、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関係にあたらないからでもなく、控訴人らが婚姻という形式を欲していないからではなく、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控訴人らの婚姻を認めないからである。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。それにもかかわらず、控訴人らが同性カップルであるがゆえに、控訴人Aは、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。

かかる取扱いは、控訴人らが、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、保持する自由を侵害する

ものであり、憲法13条に違反する。

また、性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であり、性別、人種などと同様のものである。異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかない（札幌地裁令和3年3月17日判決（判時2487号3頁））。それにもかかわらず、本件不許可処分等は、異性カップルには日本人の配偶者等というパートナー関係に基づく在留資格を取得する機会を与え、日本で共同生活を送ることを可能にしながら、同性カップルにはパートナー関係に基づく適切な在留資格を付与せず、日本で共同生活を送ることを困難にするものであり、かかる取扱いは性的指向が異性愛の者と同性愛の者を合理的根拠なく別異に取り扱うものであって、憲法14条に違反する。

さらに、日本国籍を有する控訴人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、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在留資格を付与せず、本邦への居住を認めないことは、本邦において同居して家族生活を営むことを望む控訴人らに対し、米国に居住することを強制するに等しいものであり、本件不許可処分等は控訴人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。

2 控訴人Aが控訴人Bとの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国際人権法違反であること

- (1) 控訴人Aが控訴人Bとの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が、自由権規約17条とそれに関連付けられた2条乃至26条に違反することについては、第6準備書面、第8準備書面・第1・4、第11準備書面・第3・2において詳述したが、あらためてその要旨を述べ、補足する。
- (2) 家族生活の尊重を受ける権利は、国際人権法の規範として作成されるほぼすべての文書に含まれるところ、同性パートナー関係、とりわけ外国で婚姻が有

効に成立している場合の関係は、尊重を受けるべき家庭生活に含まれる。

自由権規約委員会において、自国民の同性パートナーの在留について直接述べた一般的意見や通報事例は見当たらないが、自由権規約の解釈において、同性パートナー関係が17条に規定されている尊重されるべき家族生活に含まれており、性的指向が2条及び26条に規定されている差別禁止事由に含まれ、合理性のない区別は、自由権規約第26条に反すると解されている。

ヨーロッパ人権裁判所の解釈は、自由権規約の解釈の補足的手段となるとする裁判例もあり、少なくとも、自由権規約の同様の規定についての解釈において参考にされるところ、同裁判所は、同性カップルのパートナーに在留許可を付与しなかった事案において、家庭生活の尊重を定めるヨーロッパ人権条約第8条に関する第14条(差別禁止)の権利侵害と認定している(Patric v. Croatia (甲81)、Taddeucci et Mccall v. Italy (甲80))。

このほかヨーロッパ司法裁判所も、EU加盟各国が「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加盟各国は、「EU加盟国以外の国籍を持つ同性配偶者の場合も、その配偶者に対し域内に居住するという派生的権利を与えないことで、EU市民の居住の自由を阻害してはならない」として、EU市民の同性パートナーには、その国籍にかかわらず、同性婚を認めていない国も含む全ての加盟国で居住する権利があるとの判断を示している(コマンハミルトン事件。甲82)。

なお、上記ヨーロッパ司法裁判所やヨーロッパ人権裁判所の判決からも明らかにおり、出入国に関する国家の裁量に関する国際慣習法は、人権条約の家庭生活や差別にかかる規定の適用を排除するものではなく、これらの規定の適用の結果、入国や在留を認めることが義務付けられることがある。

しかるに、控訴人らは、同性カップルであるがゆえに、控訴人Aは、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ものであって、谷口洋幸意見書（甲104）において詳述されるとおり、かかる取扱いは、自由権規約17条とそれに関連付けられた2条乃至26条に違反するものである。

3 控訴人Aが控訴人Bとの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裁量権の逸脱・濫用であること

上記のとおり、控訴人Aが控訴人Bとの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、憲法及び国際人権法に違反するものである。それにもかかわらず、処分庁は、控訴人Aが控訴人Bとのパートナー関係に基づき日本に在留することを認めるべきか否かの判断にあたり、これらの点を適切に考慮しなかったものである。

加えて、処分庁は、マクリーン判決が判示する、法務大臣等（マクリーン判決当時は法務大臣のみ）の裁量権にあたっての考慮要素についても考慮しなかったことが認められる。

法務大臣等は、在留に関する判断を「決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持の見地に立つて、申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼譲など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならない」（上記マクリーン事件判決）。

そこで、上記裁量権行使の判断にあたり、法務大臣等が諸般の事情を適切にしんしゃくしたかを検討するに、控訴人Aの在留を認めることに、国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持に反する事情は何ら認められない。むしろ、国益保持の見地からすれば、控訴人Aの在留が求められることは、原審原告第3準備書面、第8準備書面第3など

において述べたとおりである。また、控訴人Aの在留中の一切の行状につき、問題となるような点は何ら認められない。さらに、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢の観点から検討すれば、パートナー関係に基づく在留を認めることこそが求められていたことも、上記に指摘したものに加え、原審原告第8準備書面第2、第9準備書面第2、第10準備書面第1などにおいて主張したとおりである。加えて述べるに、控訴人らは、控訴人Aの本国であるアメリカにおいて有効な同性婚をしているものであるにもかかわらず、日本が同性婚をしていないことを理由に、アメリカが婚姻による保護を与えていた控訴人の関係が何ら保護に値しないとして控訴人Aの在留を認めなかつたものであり、このことは、外交関係や国際礼讓の観点から問題を生じさせうることは容易に想定される。

上記を前提に、「申請者の申請事由の当否」について検討すれば、控訴人らは長年にわたる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おり、その控訴人らが日本と共にパートナーとして生きていくために申請を行つたものであつて、憲法上、国際人権法上、人道上、その在留を認める必要性は極めて高かつた。

以上のとおり、原判決がよって立つところのマクリーン判決が判示する法務大臣等の裁量権行使にあたつての考慮要素から検討しても、控訴人Aの在留が要請されていたと解するほかないのであり、それにもかかわらず控訴人Bとのパートナー関係に基づく控訴人Aの在留を認めなかつたことは、考慮すべき事項を考慮しなかつたものであつて、裁量権の逸脱・濫用にあたることは明らかである。

第4 控訴人 A に認められるべき在留資格は定住者であり、「定住者」の在留資格

変更を拒否することは違法であること

1 はじめに

第2で述べたとおり、控訴人Aに在留資格変更を認めないことの違法性自体が審査されるべきであるところ、第3で述べたとおり、控訴人Aに在留資格変更を認めないことは、憲法及び国際人権法に違反し、また、裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたって違法である。

この点、原判決は、日本国籍者を相手方として外国において有効に同性婚をし、その後当該日本国籍者と本邦において生活している外国籍者について、「特定活動」の在留資格を認めるべきという限度では、控訴人Aが控訴人Bとの関係に基づき在留が認められるべきであることを認めている。原判決が、「特定活動」の限度ではあるが、控訴人Aの在留が認められるべきであったことを明言したことは妥当である。

そこで、次に、控訴人Aに認められるべき在留資格を検討すると、控訴人Aについては、「定住者」の在留資格該当性が優に認められ、また、控訴人Aに「定住者」でなく「特定活動」の在留資格しか認めないことは、婚姻をしていない異性とのパートナー関係にある外国籍者と日本国籍者のカップルとの関係で差別にあたるものであるから、「定住者」の在留資格変更を拒否することは違法である。

以下詳述する。

2 在留資格「定住者」にかかる判断の枠組み（原判決47頁以下）

（1）原判決の判断

原判決は、①入管法が「定住者」の在留資格をもうけている趣旨について「社会生活上、外国人が我が国において有する身分又は地位が多種多様であり、別表第二の「永住者の配偶者等」や「日本人の配偶者等」等の各在留資格の下欄に掲げられている類型の身分又は地位のいずれにも該当しない外国

人であっても、人道上の理由その他特別の事情又は我が国の社会や経済等の情勢の変化により、当該外国人の居住を認めることが相当である場合があり得ることから、これに対応することができるようるために規定されたものと解される」とし、さらに、入管法別表第二に定められる「定住者」の要件が「法務大臣が特別な理由を考慮し」て居住を認める者という概括的な文言により規定されていること等を理由に、「どのような事情等の下において『定住者』の在留資格に該当するものと認めるかの判断は、法務大臣等の広範な裁量に委ねられているものと解するのが相当である」としながら（原判決47、48頁・判断の基本的枠組みイ）、②上陸審査について定めた入管法7条1項2号に基づき規定された定住者告示を根拠に『定住者』への在留資格の変更が認められるためには、原則として、当該外国人が定住者告示に定める地位に該当することが必要であるというべきであるが、「当該外国人が定住者告示に定める地位に該当しない場合であっても、定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合には、例外的に『定住者』の在留資格該当性を認める余地がある」として、在留資格変更の場面においても、定住者告示に定められた類型以外に「定住者」の在留資格該当性が認められるのは例外的な場合であるとした（同48頁・同ウ）。

（2）原判決の判断が誤っていること

上記判断のうち①は、第2で述べたように、憲法や国際人権法上の要請や政策的な観点から在留を認める必要性・相当性がありながら、同性パートナー関係を含む当該家族関係が別表第二に規定する日本人の配偶者等、永住者の配偶者等に該当する在留資格がない場合に、「法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者」として「定住者」の在留資格により、法律はその家族関係を保護することを予定しており、かかる法律の趣旨に加え、その「定住者」の適用に関する法務大臣等の裁量も憲法や国

際人権法等により制約されるのであり、これらが考慮要素とすらならず、あたかも完全な自由裁量かのように、その点を考慮したか否か、その重み付けが適切であったかの判断過程の審査すらしなかった点で原判決には判断の遺漏がある。

一方、②は、①の趣旨と相互に矛盾するうえ、定住者の入管法上（法律上）の定義の明文や入管庁自身の説明とも明らかに整合せず、告示によって法律が限定されているかのような理解が誤りであることは明らかである。以下では、②の解釈が誤りであることを述べる。

ア 入管法別表第二において限定がされていないこと

入管法別表第二において、「定住者」は、「法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者」とのみ定義されており、定住者告示によりその処分要件が限定されるとの規定はない。告示に列挙された類型はあくまでもそれによって定住者の在留資格該当性が認めなければならぬいものを事前に明確にしたものであって、告示は、告示に列挙された類型以外の場合に、定住者の在留資格該当性を否定するものでも、定住者の適用を禁止するものでもない。告示に列挙された類型以外の場合には、「定住者」の趣旨（日本人配偶者等の他の在留資格にあたらない場合における家族関係の保護）の観点から、定住者の処分要件の適用を判断することになるにすぎない。告示の存在によって、告示に列挙された類型以外の場合に、（在留特別許可ですら考慮される人権を考慮しなくともよいなどと）劣位に置かれる理由はない。

よって、（α）定住者告示に列挙する事由にあたる場合には、「定住者告示に定める地位に該当する者が定住者の在留資格に該当する」（48頁）との判断は適切であるが、その点にとどまり、（β）定住者告示に列挙する事由にあたらない場合に「例外的に定住者の在留資格該当性を認める余地がある」（49頁）と在留特別許可以上の完全な自由裁量に近いものとする判断は誤

りである。後述するが、まして、原判決は（β）では単に定住者告示に列挙する事由にあたらない場合全般でなく、「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合」についてすら「例外的に定住者の在留資格該当性を認める余地がある」（原判決49頁）としているのである。

イ 入管庁自身が「定住者」を他の在留資格に該当しないが在留を認める必要がある場合の在留資格と認識していること

第2で述べたとおり、控訴人Aに控訴人Bのパートナーとしての在留を認めないことは、憲法との関係では控訴人A及び控訴人B双方との関係で憲法13条及び憲法14条に違反し、また控訴人Bとの関係で憲法22条1項に違反する。また、国際人権法との関係では、自由権規約17条とそれに関連付けられた2条乃至26条に違反する。

入管法は憲法と国際人権法の下位に位置する法規範であるところ、憲法、国際人権法上、申請者の在留が要請されながら、特に別表第二の「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」などの在留資格にあたらないこともありうる。入管法（法律）は、このような場合にこそ、身分または地位を理由とする在留については「定住者」を在留資格として用意しているのである。

この点は、入管庁自身が定め、実務における指針となっている在留審査要領「第12編在留資格」では、以下のとおり説明されているとおりである（甲98）。

「第30節 定住者

第1 在留資格の審査

1 定住者の在留資格について

「定住者」の在留資格は、他のいずれの在留資格にも該当しないものの、我が国において相当期間の在留を認める特別な事情が

あると法務大臣が判断した者を受け入れるために設けられたものである。

法務大臣が「定住者」の在留資格に該当する地位を指定する方法には、あらかじめ平成2年5月24日法務省告示第132号出入国管理及び難民認定法第7条1項第2号の規定に基づき同法別表第2の定住者の項の下欄に掲げる地位を定める件(平成2年5月24日法務省告示第132号。以下、本節において「定住者告示」という。)をもって一定の類型の地位を定めておき、そのいずれかに該当する場合にその入国・在留を認めるものと、個々に活動の内容を判断してその入国・在留を認めるものがある。

入管法第7条第1項第2号の規定により、入国審査官が上陸の許可に際して「定住者」の在留資格を決定できるのは、法務大臣が定住者告示をもってあらかじめ定めている地位を有する者としての活動を行おうとする外国人の場合に限られる。」

このように、在留審査要領においては、定住者につき、「他のいずれの在留資格にも該当しないものの、我が国において相当期間の在留を認める特別な事情があると法務大臣が判断した者を受け入れるために設けられた」と説明されており、告示に基づくものと告示外のものと二類型があると並列的に述べられ、ただし、上陸審査においては、告示に基づくものに限られると説明されている。

この点、原判決は、「定住者告示に該当するか、定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合にのみ、例外的に「定住者」の在留資格該当性を認める余地がある」(原判決49頁)とした上、そのあてはめにおいて、定住者の該当性を著しく狭く解釈、適用してい

るが、このような狭い解釈と適用は、上記の入管法の定住者の別表第2の定義とも、上記入管庁自身の説明とも明らかに整合しない。

このような在留資格「定住者」の趣旨からすると、定住者告示に該当しない類型について、原判決のように資格該当性を著しく狭く解し、憲法及び国際人権法上の観点からの検討より、告示該当性やこれに準ずる例外事由該当性の検討を優先させ、これらに該当しなければ、定住者の在留資格該当性がないとするのは誤りである。なお、入管庁自身の説明に加え、入管庁の元幹部が執筆した『出入国管理及び難民認定法・逐条解説』(坂中英徳・斎藤利男(著)・日本加除出版、甲30)も、「定住者」の該当性について、そのように狭く解していない。

ウ 上陸の場面と在留の場面では状況が異なること

入管法7条1項2号は、上陸審査においては定住者告示に定められた類型のみが「定住者」としての上陸を認められる旨定めるが、在留資格変更について定めた入管法20条や在留期間更新について定めた入管法21条には、そのような規定はない。

また、実質的にみても、外国人が新規に日本に入国しようとする場合と異なり、上陸後の在留継続について判断する在留期間更新や在留資格変更の場面においては、当該外国人が日本に在留する間に生じた人的関係や日本社会への定着性といった事情が生じていることも珍しくなく、定住者告示に列挙される類型以外にも「人道上の理由その他特別の事情又は我が国の社会や経済等の情勢の変化により、当該外国人の居住を認めることが相当である場合」が生じる可能性が格段に高くなるのであるから、両者の状況はまったく異なる。

エ 被控訴人の実務上、多くの類型が告示外で定型的に許可されていること

また、原審の原告第4準備書面・12頁以下でも述べたとおり、実務上、多くの類型が告示外で「定住者」が認められており、かつ、そのうち多くの

類型が、被控訴人の内部基準である「入国在留審査要領」（甲98）において明文で規定され、実務上定着し、定型的に許可されている。主な類型として、以下のようなものがある。

- (ア) 日本人、永住者又は特別永住者である配偶者と離婚後引き続き本邦に在留を希望する者 ((ウ)に該当する者を除く。)
- (イ) 日本人、永住者又は特別永住者である配偶者が死亡した後 引き続き本邦に在留を希望する者 ((ウ)に該当する者を除く。)
- (ウ) 日本人の実子を監護・養育する者
- (エ) 日本人、永住者又は特別永住者との婚姻が事実上破綻し、引き続き在留を希望する者
- (オ) (情報公開においては開示されていない)
- (カ) 難民の認定をしない処分後、特別な事情を考慮して在留資格「特定活動」により、1年の在留期間の決定を受けた者で、在留資格「定住者」への在留資格変更許可申請を行ったもの
- (キ) (情報公開においては開示されていない)
- (ク) 「家族滞在」をもって在留する者で、本邦で小中高を卒業後に就職する者
- (ケ) 「特定活動」(告示外)／本邦で中高を卒業後に就職)から在留資格変更許可申請を行ったもの

これらの類型は、入管法7条1項2号の規定により、原則として上陸許可の際に許可されることはないが、いったん上陸した後の在留 資格変更においては定型的に認められている。定住者告示に示された類型以外は原則として在留資格該当性がないだとすると、このように多くの類型が告示外で許可されていることの説明がつかない。まして、上記中情報公開において開示されているもののうち(カ)を除き、定住者の趣旨である家族関係及び家族関係に基づいて日本で形成された人的又は地縁的関係の保護の趣旨から、定住者

告示に示された類型以外であっても定住者の処分要件の適用が肯定されているのである。

オ 以上のことおり、「定住者告示に該当するか、定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合にのみ、例外的に「定住者」の在留資格該当性を認める余地がある」とし、定住者告示に類型化された事由にあたらない場合、また、そのうち「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合」においてすらこれと同様に、定住者の在留資格該当性を原則として否定する。このように告示の存在によって、定住者の在留資格該当性を不当にも著しく狭く解釈適用し、かつ、憲法及び国際人権法上の観点（法律の定める定住者の趣旨（家族保護）も含む）からの検討より、告示該当性の検討を優先させ、これらに該当しない限り、（憲法及び国際人権法、法律の定める家族の保護などの考慮・評価などの判断過程も一切、審査せず）定住者の在留資格該当性がないとするのは、誤りである。

実際、本件と同様にパートナー関係や家族関係に基づく在留資格を求めて争う場合でも、（定住者の処分要件の適用よりもより広範な裁量を前提とする）在留特別許可不許可処分が問題となる場合ですら、該当する在留資格があるか否かの判断ではなく、その者の在留を認めないこと自体の違法性が検討される。そして、その結果その者の有する家族関係に基づいて裁判所において在留特別許可不許可処分の違法性が認められ、その判決が確定した場合、知られている限り、その全てにおいて、定住者の在留資格が付与されている（在留資格の付与までに別表第2の他の在留資格の該当性が認められるに至った場合を除く）。これに対し、原判決の判断枠組みに従えば、合法在留からの申請の場合は、その者の在留を認めるべきかという観点からの判断はなさ

れず、原判決の設定する（告示列挙事由に限定された）狭い定住者の該当性が認められない限り、定住者として認められる余地がないことになり、正当化しえない不均衡が生ずることになる。

3 控訴人Aの「定住者」の在留資格該当性について（原判決49頁以下）

（1）控訴人Aは、「法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者」（入管法別表第二）に該当すること

第3の3で述べたとおり、控訴人らは長年にわたる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おり、その控訴人らが日本で共にパートナーとして生きていくために申請を行ったものであって、憲法上、国際人権法上、人道上、その在留を認める必要性は極めて高かったものであり、「他のいずれの在留資格にも該当しないものの、我が国において相当期間の在留を認める特別な事情がある」（甲98・在留審査要領第12編在留資格第30節）者として、「定住者」に該当する者であった。定住者告示の存在によって、（告示に該当しないとのその一事をもって）「定住者」の処分要件の適用の際に、憲法、国際人権法上の要請（まして、それは法律が定める「定住者」の制度趣旨そのものであるところの家族保護）が判断過程の審査（司法審査）から抜け落ち、裁量権の範囲の逸脱・濫用が観念しえないかのような完全な自由裁量に変容すること自体、奇異な解釈と言わざるを得ない。

（2）本件は、「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特別の事情があ」ること

第2及び第4の2で述べたとおり、原判決は定住者の在留資格該当性に関する判断枠組みを誤っており、「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由そ

「その他特別の事情がある」場合には、単純に定住者告示に列挙された事由にあたらない場合とは異なるのであるから、原判決を前提としても、(β)「例外的に定住者の在留資格該当性を認める余地がある」のではなく(同49頁)、まさに「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができる」のであり、「これに準ずる人道上の理由その他特別の事情がある」のであるから、(α)原則として「定住者の在留資格に該当する」(同48頁)とすべきなのである。

このことを前提に、本件は「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特別の事情がある」のであり、これにあたるということは困難としたあてはめ(適用)も誤っている。

ア 定住者告示5号は、日本国籍者の実子として「日本人の配偶者等」を持つ外国籍者や「定住者」の在留資格を有する外国籍者の配偶者が在留資格「定住者」に該当することを定めている。別表第二では、日本国籍者の配偶者には「日本人の配偶者等」、永住者や特別永住者の配偶者には「永住者の配偶者等」の在留資格が用意されていることもあわせて検討すれば、日本国籍者や特別永住者、別表第二の在留資格を有する者の配偶者に対しては、身分に基づく在留資格である別表第二の在留資格を付与するのが法の趣旨であるといえる。そして、これまで主張したとおり、異性間の婚姻と同等の実質を有する同性カップルについては、パートナーの在留を同様に保護する必要があることからすると、日本国籍者である控訴人Bと真摯なパートナー関係にある控訴人Aは、定住者告示5号の類型と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特別の事情があるといえる。

イ この点、原判決は、控訴人Aと控訴人Bのアメリカでの婚姻が日本法上有効な婚姻でないことをもって、「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特

別の事情があるということは困難」であると述べる（原判決50頁）。

ウ しかしながら、日本法上有効な婚姻であれば、控訴人Aには「日本人の配偶者等」の在留資格該当性が認められる。この点、最高裁は、「外国人が「日本人の配偶者等」の在留資格を取得することができるものとされているのは、当該外国人が、日本人との間に、両性が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解される」としている（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）。しかしながら、控訴人Aは、「日本人との間に、両性が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」者であり、現に婚姻がアメリカにおいてなされているにもかかわらず、日本が同性同士の婚姻を有効なものと認めないために「日本人の配偶者等」の在留資格該当性がないのである。その実質的な関係は、互いに愛する人と暮らすのは人として最も根本的な権利であり、第6で述べたとおり、控訴人Aと控訴人Bが日本で共に生活することは、憲法や自由権規約に根拠のある権利である。控訴人らはアメリカでは婚姻しているのであり、日本で法律婚をすることができるのは、日本で同性婚が認められていないという、控訴人らにとっては、自
らの努力ではいかんともしがたい事情によるものである。

そこで、控訴人らは、控訴人Aにつき、日本が同性同士の婚姻を有効なものと認めないために「日本人の配偶者等」の在留資格該当性がないことを前提として、なお、そのパートナー関係に基づいて控訴人らが日本で共に暮らすことが認められることを求めて、定住者の変更申請を行ったものである。

このように、控訴人らは、控訴人らのアメリカでの婚姻が日本法上有効な婚姻でないからこそ定住者の在留資格を求めたのに対し、裁判所は、控訴人Aと控訴人Bのアメリカでの婚姻が日本法上有効な婚姻でないことのみを理由に定住者

の該当性を否定しており、有効な婚姻でないとしてなおその関係は「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特別の事情がある」かについて何ら検討をしていない。

すなわち、原判決は、重要な点についての検討を行っていない。しかしながら、この点を検討すれば、アで述べたとおり、「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特別の事情がある」。それにもかかわらず、控訴人Aにつき、「定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずる人道上の理由その他特別の事情があるということは困難」とした原判決の判断は、控訴人らの関係が憲法上及び国際人権法上の保護を受けるものであることをあまりに軽視しており、一般の社会通念にも反する。

エ 原審の原告第4準備書面18頁以下で主張したとおり、在留特別許可処分がなされず、退去強制令書発付処分の取消が争われた事案については、法務大臣等の裁決当時、法律婚が成立していないものの、その実質が婚姻と同視し得る関係にある事案について、その実質的な関係を十分に考慮しなかったことを理由として裁量権の逸脱・濫用があったと判断された裁判例は多数存在しており、異性カップルについては、その実質が婚姻と同視しうる関係である場合、在留特別許可の可否の判断において十分に考慮すべきであることは、裁判例上確立している。しかるに、同性カップルの当事者である外国籍者につき、人道上の理由に基づき在留を認めるべき必要性は、日本において法律婚をしていないがその実質が婚姻と同視し得る関係にある異性カップルの場合よりもさらに高い。

そして、法律婚が成立しておらず、法律婚が成立していないものの、その実質が婚姻と同視し得る関係にある事案内について、内縁夫婦関係を十分に考慮しなかったことを理由として裁量権の逸脱・濫用があったとの判決を受けて被控訴人が当該外国籍者に与える在留資格は、「定住者」である。

(2) 控訴人Aの定着性が不十分であると指摘する点について

ア 原判決は、「本邦に入国・在留を希望する外国人が日本人と同性婚関係にあることが、『定住者』への在留資格の変更の許否の判断に当たって、一定程度有利にしんしゃくされるべきであるとの解釈を採ったとしても、定住者告示において類型化して列挙された地位の内容に鑑みれば、「定住者」として認められるためには、本邦との関係において相当程度の人的又は地縁的属性を有していることも考慮される必要があると解される。」とした上で、控訴人Aの日本における在留期間からすれば、本件不許可処分等がされた時点において日本への定着性が十分であったと認めるに足りないとした。

イ しかしながら、すでに述べたとおり、控訴人らの、異性間の婚姻関係と同視しうる実体をそなえた関係は、憲法および国際人権上保護する必要があるのであり、控訴人Bとの関係だけでも「定住者」が許可されるべき理由としては十分である。控訴人Bとの関係を離れて「定着性」を要求する必要性はまったくない。異性カップルの場合には、「日本人の配偶者等」で来日する場合に日本への定着性が要求されないことと比較しても、定着性を要求する合理的な理由はない。

そもそも、原判決は、「定住者告示において類型化して列挙された地位の内容に鑑みれば、「定住者」として認められるためには、本邦との関係において相当程度の人的又は地縁的属性を有していることも考慮される必要があると解される」とするが、定住者告示は、上陸審査の場面において用いられるためのものであり、告示を見れば明らかなどおり、その列挙された類型において、いずれも地縁的属性は考慮要素になっていない。したがって、定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができる本件において、地縁的属性を考慮する根拠はない。また、告示外で定住者が認められる類型の中に、地縁的属性を有していることが考慮要素になっているものがあるのは、判断時点において日本国籍者や別表第二の在留資格を持つ外国籍者と

家族関係のない類型（従前あった家族関係が判断時点までに失われている場合を含む。）が含まれるためであり、現に婚姻の実質を有するパートナー関係があり、アメリカで法律婚もしている本件とはまったく状況が異なる。このように、原判決は重要な点で認識を誤っている。

原審において提出した、控訴人らと同様の状況にある同性カップルの陳述書（甲136～140及び甲146）のとおり、日本国籍者と外国籍者の同性カップルは、日本に住む者は留学や就労など、パートナー関係とは関係のない活動を目的とする在留資格によって在留資格を得ることができなければ、日本で生活することを断念するほかない状況におかれている。控訴人Aは、控訴人Bと日本で共に生活するために、留学や投資・経営（当時）など、得ることが可能な在留資格を探し、それに合わせた活動をすることによって、本件不許可処分1の時点で、合計約7年間（短期滞在で在留した時期を加えると、さらに長期になる）日本に在留してきた。かかる控訴人についてさえ、定着性が足りないとするならば、他の在留資格をもって上記をさらに超える期間日本で生活しない限り、「定住者」の在留資格が認められる可能性はないということになり、非人道的であることは明らかである。

ウ 仮に原判決のいうように、何らかの「定着性」が要求されるという見解に立ったとしても、日本国籍者とパートナーとして共同生活を送ってきた者の定着性の判断においては、その本質が家族関係に基づく在留であることを考慮すべきである。

現在の入管実務においては、日本国籍者や永住者の配偶者として、おおむね3年以上正常な夫婦関係の下での在留実績がある者については、その後、死別や離別をした場合であっても「定住者」への変更が認められている（甲99）。

また、「永住許可に関するガイドライン」（甲145）では、永住許可を受けるためには原則10年の在留実績が必要とされているが、日本国籍者や永

住者の配偶者については「実体を伴った婚姻生活が3年以上継続し、かつ、引き続き1年以上本邦に在留していること」をもって足りるとされ、また、「定住者」については5年以上継続して日本に在留していることをもって足りるとされている。

このように、実務においては、身分関係に基づく在留実績がある者については、「定住者」や「永住者」の判断においても考慮がされているが、これは、身分関係に基づいて日本で形成された人的又は地縁的属性を尊重する趣旨であり、このことは、日本国籍者のパートナーとして日本で在留してきた控訴人Aについても同様に妥当する。

しかるに、原判決は、控訴人Aが「投資・経営」の在留資格で上陸した2014(平成26)年5月18日から本件不許可処分1を受けた2018(平成30)年8月10日までの期間が約4年2か月、本件通知の時点で約5年2か月程度であり、その間、再入国許可による出入国を繰り返していた、また、2001(平成13)年以降の日本における在留期間が合計2年9か月程度であり、その間も再入国許可による出入国を繰り返していたとして、控訴人Aは「定住者」の在留資格を認めるまでには、日本への定着が十分であったと認めるに足りないとする(原判決50頁)。

しかしながら、すでに述べたとおり、日本国籍者や永住者の配偶者については、3年程度の正常な夫婦関係の下での在留実績がある場合には、死別や離別後に「定住者」への変更が認められていることとの均衡からしても、控訴人Bのパートナーとして、上記のとおりこれらを優に上回る長期間日本で真摯な共同生活を送ってきた控訴人Aに、「定住者」への変更を認めるに足りる定着性が足りないと評価することは著しく妥当性を欠く。

加えて述べれば、控訴人らは、2009(平成21)年3月25日の控訴人Aの来日当時からパートナーとしての関係にあり、かつ、日本で家族として生活することを希望していた。それにもかかわらず、2009年以降、控

訴人Aが日本で継続的に生活することができなかつたのは、パートナー関係に基づいて在留資格を得ることができず、控訴人らの希望・意思に反して在留が許されなかつたことが原因である。控訴人Bとの関係に基づき在留が認められていれば、控訴人Aは日本語学校が終わつた後いったんアメリカに帰国する必要もなかつたのであるから、在留実績が足りないことをもつて「定住者」を認めないのは不当である。

(3) 小括

以上のとおり、控訴人Aに在留資格「定住者」の在留資格該当性を認めなかつた原判決は、入管法の解釈を誤つてゐる。

4 控訴人Aに「定住者」でなく「特定活動」の在留資格しか認めないことは、異性とのパートナー関係にある外国籍者と日本国籍者のカップルとの関係で差別にあたること

(1) 「特定活動」と「定住者」の違い

「特定活動」は「定住者」と比較すると、以下のとおり、さまざまな点で制約がある。

既に述べたとおり、「定住者」は、入管法別表第2に定められた身分または地位に基づく在留資格であり、他方、「特定活動」は、同第1に定められた活動に基づく在留資格である。その帰結として、「定住者」には就労制限はなく、留学、技術・人文知識・国際業務など、別表第1の在留資格の該当性が認められる場合も、定住者の在留資格該当性が認められる限りは、定住者の在留資格を申請すればこれが認められる。

他方、「特定活動」は、就労の可否及びその範囲が、個別に「指定書」により指定されることとなつてゐる（入管法施行規則20条7項）。現在の実務では、中長期在留者である外国人と日本国外で同性婚をした外国人が平成25年通知に基づき「特定活動」を許可される場合、指定書には、「●の在留資格をもつて

在留する▲と同居し、かつ、▲の扶養を受け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）」と記載される。すなわち、原則として就労が許可されず、資格外活動許可を得た場合に初めて就労が認められ、その場合も、週28時間の就労が認められるのみであり、また、あくまでその収入は、「扶養を受ける者」としての活動を超えないことが想定されている。加えて、当該外国籍者に別表第1の他の在留資格の該当性が認められる場合、「特定活動」の在留資格該当性が認められる場合でも、特定活動でなく別表第1の他の在留資格を有するよう求められる。そのため、「扶養を受ける者」としての活動として想定される収入が生じる場合は、在留資格の変更を求められたり、さらに、その収入を生じさせる活動が別表第1のいずれにも該当しなければ、再び該当する在留資格がないとされる可能性が生じるなど、定住者が認められる場合に比べ、不安定な状況が続くことになる。

このことは、控訴人Aの過去の状況から照らしても明らかである。控訴人Aは、アメリカでアメリカの大学で雇用され、十分な収入を得ており、控訴人Bと暮らすために日本に移住することとした際も日本で暮らしながらアメリカの大学から雇用され続けることは可能であった。しかしながら、本邦外の団体との雇用されることで該当する在留資格はなかったため、控訴人Aは、経営・管理の在留資格を得るために、雇用関係を断念して大学との関係を雇用からより不安定な委託関係に切り替え、結果として経営・管理の在留資格を失ったという経緯を有する。このように、本邦外の機関に雇用されて十分な収入を得る場合、「扶養を受ける者」という要件を満たさないとされる可能性があり、その場合、やはり該当する在留資格がないということになる。

また、「永住許可に関するガイドライン」は、入管法22条2項の「その者の永住が日本国の利益に合すると認められること」の要件の判断について、永住許可を得るためにには原則として引き続き10年以上本邦に在留していることが必要とされるが、別表第二の在留資格を有する場合にはこれに対する特例が定め

られており、「定住者」の場合は5年で足りるものとされている。

このように、「特定活動」は「定住者」と比較して実質的に不利な点が多く、看過しがたい差がある。また、日本国籍者や永住者、定住者の異性パートナーであれば、婚姻をしていれば、いずれも、別表第二の在留資格である、「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」「配偶者」の在留資格が認められ、さらに、婚姻をしていない場合でも、異性カップルであればその実質が婚姻と同視しうる関係である場合、在留特別許可の可否の判断において十分に考慮すべきであることは、裁判例上確立しており、その場合に判決を受けて被控訴人が当該外国籍者に与える在留資格は、「定住者」である。にもかかわらず、同性パートナーにはさまざまな点で不利な「特定活動」しか認められないとすれば、同性カップルを異性カップルと比較して明らかに不利に取り扱うことになり、性的指向に基づく不合理な差別にあたる。

5 小括

以上のとおり、控訴人らの関係は異性間の夫婦と何ら変わることない実態を備えたものであり、家族として保護されるべきであって、入管法を正しく解釈した上で本件を検討すれば、控訴人Aが在留資格「定住者」に該当することは明らかであり、また、日本国籍者の同性パートナーに対し、別表第二の身分及び地位に在留資格である「定住者」でなく、別表第一の活動に基づく在留資格である「特定活動」しか認めないのは、性的指向に基づく不合理な差別であり、本件各処分には裁量権の逸脱・濫用が認められる。

第5 行政訴訟につき訴訟要件を満たすこと

1 本件無効確認訴訟の訴えの利益について

(1) 原判決

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

許容されていないものと解される」(一在留一資格の原則)との前提に、直ちに、先行許可処分の取消しの訴えの利益を「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」と判断する(原判決37頁)。

加えて、判決の拘束力との関係では「後行許可処分が当然に違法とは解し難い」、「上記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に撤回しなければならないと関係にあるとまではいえない」などと判断する(原判決38頁)。

(2) 控訴人の主張

しかしながら、控訴人らが原審の第1準備書面、第2準備書面で主張してきたことに加えて、以下のとおり、原判決は誤りである。このように事実誤認などがいかにあろうとも処分のは正の道を否定する解釈は、「外国人」から実質的に司法審査の機会を奪い「裁判を受ける権利」(憲法32条)を侵害するものであって、到底、是認できるものではない。

ア 外国人の「裁判を受ける権利」を侵害する解釈であること

「外国人」であっても、憲法上の「裁判を受ける権利」(憲法32条)が保障されており、このことに争いはない(最高裁昭和52年3月10日集民第120号217頁参照)。

「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(令和3年9月22日東京高等裁判所判決参照)、以下のとおり、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。

すなわち、控訴人は、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)に陥らないように、たとえ、①出国しても、②被控訴人が迫ったように「出国準備」を目的とする在留資格「特定活動」を得たとしても、本件不許可処分を是正する機会を失うのである。それは、どんなに事実誤認が明らかであっても、本案判決に

よりこれを是正する道がないことを意味する。

ただ唯一、控訴人が進んで（犯罪でもある）「不法残留」（法24条4号ロ、法70条1項5号）を犯した場合にだけ、本件不許可処分を是正する機会が認められるにすぎない。

しかし、そのような解釈は、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）。

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ことは、控訴人の司法審査の機会を実質的に奪うものに他ならず、控訴人の「裁判を受ける権利」（憲法32条）を侵害するものである。

原判決が訴えの利益を否定した判断は誤りであり、憲法違反である。外国人の「裁判を受ける権利」から訴えの利益は肯定されるべきである。

イ 後行許可処分は不整合処分として拘束力により撤回されるべきであること（東京地方裁判所平成29年4月13日・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）

上記のとおり、訴えの利益を否定する解釈適用自体が憲法違反であるが、そもそも判決の拘束力との関係でも、後行許可処分（出国準備を目的とする

「特定活動」)は職権で撤回されるべきであり、さらにその趣旨を徹底するならば、(職権撤回を待たずして)後行許可処分は当然に無効である(行政事件訴訟法38条1項、同33条)。

すなわち、判決の拘束力の客観的範囲はその理由中の判断により具体的に定まるところ、先行不許可処分(本件申請1に対する不許可処分)が違法にもかかわらず行われてしまったからこそ、後行許可処分(出国準備を目的とした「特定活動」)がなされたものであり、反対に、本来、適切な先行許可処分がなされていれば後行許可処分は存在しなえかったものである。このような関係からすれば、先行許可処分が違法であるとして取消される以上(無効が確認される以上)、後行許可処分も拘束力により撤回されるべきものなのである。

また、このように本来、先行許可処分が適切になされていれば存在しえなかつた後行許可処分はもはやそれ自体、当然に無効であって、新たに行政庁において職権で撤回する必要すらないとすらいえる。

いずれにしても、後行許可処分が存在するがゆえに、それを拘束力の客観的範囲の及ばないものとして、いかなる違法な先行不許可処分であっても是正の機会もすらないとすることは明らかに誤りである。

ウ 新在留資格(後行許可処分)から改めて希望する在留資格(先行許可処分)への変更することもできること

また、原判決は「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」として、新在留資格から改めて希望する在留資格への変更申請ができるとしても、訴えの利益がないとする(原判決38頁)。

しかしながら、現時点においては、新在留資格(後行許可処分、出国準備を目的とする「特定活動」)から改めて希望する在留資格(先行許可処分、パートナー関係の維持を目的とする「定住者又は特定活動」)へ変更するこ

とに何ら問題もないであるから、やはり本件のような場合に訴えの利益を否定することはあまりにも形式的にすぎると言わざるを得ない。

また、そもそも拘束力により後行許可処分が撤回されないと解釈が問題であるのは、取消判決に遡及効があり（無効確認判決は当初より無効であり）、そのため先行不許可処分の時点まで遡って先行許可処分を行うと考えるがゆえに、仮に拘束力によっても後行許可処分が撤回されないとすると、後行許可処分（出国準備を目的とする「特定活動」）が存在している状態において、判決による改めてなされる先行許可処分（定住者）がなされることとなり、「一在留一資格の原則」に抵触するためである。

しかしながら、取消判決の遡及効（無効確認判決の無効）は、そもそも（行政訴訟の趣旨・機能であるところの）違法な処分を受けた個人の救済とともに、違法な行政を是正するためのものであるから、これを理由に訴えの利益を否定するのであれば本末転倒と言わざるを得ない。

エ 小括

以上のとおり、原判決の訴えの利益に関する判断は、「一在留一資格の原則」からも何らの問題がないにもかかわらず、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。

また、訴えの利益を否定することは、判決の拘束力、遡及効（当然無効）の解釈適用の誤りによって導かれてしまったものであるから、その前提が誤りである以上、訴えの利益を否定することが誤りであることもまた明らかである。

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、本件通知は「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」るなどと处分性を否定する(原判決38頁)。

しかしながら、原判決の指摘する理由はいずれも誤りであって、本件通知は、令和元年6月20日の「定住者又は特定活動」を求める本件申請2に対する一部認容、一部拒否処分（の一部）であって、处分性が認められる。

（2）控訴人の主張

ア 外国人の「裁判を受ける権利」を侵害する解釈であること

本件通知の处分性を否定すると、「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、控訴人にとって、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。

イ 本件申請2は「定住者又は特定活動」を求めるだけでなく、出国準備を目的とする「特定活動」を求めるものであること

さらに、原判決は、申請内容変更の申出書によって、申請内容が「定住者」から「出国準備を目的とする在留期間の更新申請」に変更されているなどとするが（原判決39頁参照）、以下に述べるとおり、そもそも、本件申請2は出国準備を目的とする申請でもある。

同判決は、本件申請2は「希望する在留資格を「定住者（又は「特定活動」）とする在留資格の変更の申請をした（本件申請2）ことが認められる」（原判決

58頁)とし、「定住者又は特定活動」を求める申請と判断されているのである。そもそも、原判決が、本件申請2を「定住者又は特定活動」とする在留資格の変更の申請であると判断したのは、「特定活動」への在留資格の変更を希望する意図を明確に示していたものと解するのが合理的である」(原判決58頁)ためである。申請人である控訴人に、在留資格「定住者」に変更を希望する意思のみならず、在留資格「特定活動」に変更を希望する意思が主観的に内在し、それが外部的に明確になることで入管が確認できたことがその理由である。

その上で、本件申請2における控訴人の意思是、定住者またはパートナー関係に基づく特定活動を認めないのであれば、不法残留になつてもよいとまでは思っておらず、何らかの形で引き続き日本において合法的に在留することを求めるという意思が含まれており、したがって、暫定的ではあれ、引き続き合法的な滞在を可能とする「特定活動」をも求める意思が含まれていたと考えるのが合理的な意思解釈である。

加えて、申請内容変更を促した点(前記②)については、あくまでも本件申請2に対し、上記合理的な意思解釈が誤りでないことの確認、すなわち、注意的に申請内容に特定活動を求める申請意思があるかを確認するものにすぎないものの、これにより引き続き合法的な滞在を可能とする特定活動を求める意図が外部的に「明確」にするためのものである。これにより、本件申請2に「出国準備」を目的とする「特定活動」を求める意図も明確となった。

したがって、本件申請2に対する応答として、出国準備を目的とする在留資格「特定活動」を得たとともに、本件通知のうち、本件申請2に対する「定住者」に関する不許可が通知された点(前記①)は(本件申請2に対する応答の一部として)「定住者」に関する申請拒否処分であつて(なお、「特定活動」を求める申請に対する応答はない)、本件通知に処分性が認められる。

ウ 原判決の指摘する理由は処分性を否定する実質的な根拠となりえないこと
その他、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」いなどとするが（原判決39頁）、「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」との記載があり、これをもって处分性を否定する理由にはなりえない。他方で、本件申請2に対して許可できない理由が「明示」されている（理由付記）。

また、原判決は「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」などとするが（原判決39頁）、入管が誤った解釈を前提として教示義務がないと判断したから教示事項が記載されていないにすぎず、これもまた处分性を否定する理由にはなり得ない（教示義務の懈怠は处分性を否定する解釈の結果であって、その原因ではない）。

エ 小括

以上のとおり、本件通知は、本件申請2に対する一部申請拒否処分（一部認容処分）であって、处分性は認められる。

なお、上記の整理に伴い、請求の趣旨2につき、変更の要否につき検討しており、追って請求の趣旨を変更する可能性がある。

第6 本件国賠請求にかかる賠償責任について

1 はじめに

原審は、東京入管局長が控訴人Aに対し、「定住者」への在留資格の変更を認めなかつたことについては国賠法1条1項の賠償責任は生じないとし、また、「特定活動」への在留資格の変更を認めなかつたことについては客観的に違法であったとしながら、東京入管局長に過失はないし、国賠法1条1項の賠償責任を否定した。

しかしながら、東京入管局長が控訴人Aに対し、「定住者」及び「特定活動」いずれについても、在留資格の変更を認めなかつたことは、国賠法上違法であり、また、それについて過失も認められるというべきである。そして、かかる被控訴人の行為により、控訴人らは家族を維持形成する権利を侵害されたもの

であり、その損害は550万円を下らない。

以下、2で、本件不許可処分について、3で、本件通知について、4で、控訴人Bの権利侵害について、5で、損害について、それぞれ述べる。

2 本件不許可処分について

(1) 本件不許可処分は国賠法上違法であることについて

原審は、控訴人Aに対する「定住者」への在留資格変更を認めなかった本件

不許可処分について、控訴人Aが「定住者」に該当しないとし、また、東京入管局長が入国・在留審査要領に基づく法務省本省等への請訓または上申を行わなかったとしても、国賠法上の賠償責任が成立するものではないと判示した。

しかしながら、上述の通り、控訴人Aには「定住者」の在留資格該当性が認められるべきであったのであり、原審の判示はその前提が誤っている。そして、控訴人らはアメリカで婚姻し、日本において同居・協力・扶助の関係にあったにもかかわらず、控訴人Aが控訴人Bとの関係に基づく中長期の在留資格を得られないことにより、控訴人らの家族を形成し維持する自由、すなわち「家族生活の自由」(憲法13条、自由権規約17条・同23条) 及び居住の自由という人間の最も基本的な権利を脅かされてきたものである。かかる措置により、日本において婚姻という選択肢を有しない同性カップルは、パートナーとの関係性に基づく中長期の在留資格を得る途が閉ざされることとなるのであり、それは、婚姻という選択肢を有する異性カップルと比較し、極めて不利益な扱いであり、性的指向に基づく合理的理由のない差別にほかならず、国賠法上も違法であることは明らかである。

(2) 東京入管局長の判断には過失があること

東京入管局長は、個々の在留資格変更の可否の判断に際し、当時の個別的、具体的な状況をふまえた適切な対応が求められるというべきであり、殊に、本件は、国内外において権利擁護の取組みが進められている同性カップルのパ

トナーが対象であり、その家族生活の自由及び居住の自由という最も重要な人格的利益にかかる事案であったのであるから、相当程度に慎重な検討が要請されたものである。具体的には、「定住者」の在留資格該当性の判断に際し、控訴人らの家族としての関係性や生活状況を調査し、判断の際に特に重視すべきであった。すなわち、親密な人的結合関係を伴う共同生活を営み、家族を形成することは、個人の尊厳にかかる人格的利益であり、性的指向にかかわらず保護されるべきものである（同性婚に関する東京地裁令和4年1月30日参照）。この点、日本国籍者と外国籍者の異性カップルの場合には、日本国籍者と実質を伴った真しな内縁関係を形成しているのであれば、不法在留という違法状態においてすら、在留特別許可の判断に際し、特に重要な積極要素として考慮すべきとされているのであり（東京高裁平成27年4月22日、東京高裁平成26年2月26日その他同種の裁判例多数）、日本国籍者・外国籍者の同性カップルの在留資格変更の場面においても同様にその関係性は積極要素として重視されるべきである。同性カップルの関係性の擁護に向けた国内外の社会情勢の変化に鑑みれば（第11準備書面第2の2　なお、平成25年以降の海外における同性婚整備の状況については後述3参照）、同性カップルの関係性を保護する必要性はより高まっていたものである。

さらに、海外で適式に婚姻した日本国籍者の外国籍同性パートナーが「定住者」に該当するか否かについては、おそらくは前例のない判断であったと思われる事から、東京入国管理局長のみで判断することが困難であり、かつより大局的な見地から高度な判断を必要とする案件であったことは明らかであった。それにもかかわらず、本件申請1の判断に際しては、東京入管局長が関与した形跡すらなく（甲133）、ましてや、東京入管局長から法務大臣（現在は出入国管理在留管理庁長官）への請訓または本省（現在は出入国在留管理庁）への上申もなされなかったのであり（甲132参照）、検討自体極めて杜撰であったことは明らかである。

以上の通り、本件不許可処分に際し、当時の具体的な状況下で求められる適切な検討は一切なされなかつたのであり、処分行政庁である東京入管局長（当時）には過失があつたといふべきである。

3 本件通知について

原審は、本件申請2について、「定住者」への在留資格変更は認められないしつつ、平成25年通知に基づき「特定活動」への在留資格変更は認められるべきであり、これに反する措置は客観的に違法であったとし、他方で、東京入管局長が請訓を経て本件通知をしたことや当時平成25年通知に疑義を呈する公権的判断等もなかつたことから、過失があつたとはいえないと判示した。

この点、控訴人Aについて「定住者」への在留資格変更が認められるべきであり、これを認めなかつた東京入管局長の措置が違法であり、かつ過失があることは2で述べた通りである。

仮に、控訴人Aについて「定住者」への在留資格変更が認められないとしても、少なくとも「特定活動」への在留資格変更が認められるべきであり、これに反する措置は憲法14条1項に反し違法であり、少なくとも、原審の判示の通り憲法14条1項の趣旨に反し違法である。そして、原審が判示する通り、本件通知がなされた原因是、平成25年通知について東京入管局長等が日本国籍者との同性婚の相手方である外国籍者にはその射程が及ばないという誤った解釈を採用してきたことにあり、かかる解釈に基づき、「特定活動」への在留資格変更を認めなかつた東京入管局長の措置には過失があるといふべきである。すなわち、外国籍者同士の同性婚の配偶者に「特定活動」の在留資格を付与すべきとした平成25年通知は、原審の判示の通り、フランスや諸外国の同性婚整備の状況に鑑み、本国で有効に成立している同性婚関係にある同性カップルが日本で安定的に生活できるよう人道的観点から配慮し、在留制度上も一定の保護を与えるべきというものであり、その理は、海外で同性婚をした日本国籍者と外国籍者の同性カップ

ルにも妥当するものである。そして、平成25年以降、同性婚の法整備を行った国は以下の通りであり、同性婚整備に向けた諸外国の動きはさらに推し進められていたものである。

記

平成25年 ブラジル、フランス、ウルグアイ、ニュージーランド

平成26年 イギリス、スコットランド

平成27年 ルクセンブルグ、メキシコ、アイルランド

平成28年 コロンビア

平成29年 フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア

平成31年 オーストリア、台湾、エクアドル

令和2年 コスタリカ、チリ、スイス、スロヴェニア、キューバ

かかる同性婚整備に向けた諸外国の動きに伴い、海外で同性婚をする日本国籍者と外国籍者のカップルも増加したこと、それにより日本国籍者の外国籍パートナーが日本に安定的に滞在するための在留資格付与の必要性が高まっていることは当然に推察されたものである。そのため、平成25年通知以降の諸外国における同性婚整備の状況、海外で同性婚をする日本国籍者と外国籍者のカップル数などについてしかるべき調査・確認を行うことにより、平成25年通知の趣旨及び目的をふまえ、海外で同性婚をした日本国籍者と外国籍者のカップルも平成25年通知の射程内とする解釈を採用すべきと認識できたのであり、かつそれは容易であったというべきである。国内においても、同性カップルの権利擁護に向けた取組みが国、地方自治体及び民間企業において進められ、それは平成25年以降もより一層広がり、同性カップルの法的保護を認める司法判断も相次いでいたことに鑑みても（第11準備書面第2の2）、性的指向という重大な人格的利益にかかる在留資格該当性判断に際し、行政当局として、しかるべき調査・確認を行はず、平成25年通知の見直しを怠り漫然と誤った解釈を継続してきたことは、

公権力の行使に当たる者として許されないというべきである。

しかしながら、このような平成25年通知以降の諸外国及び日本における同性カップルの権利擁護に向けた取組みにもかかわらず、入国管理当局は、海外で同性婚をした外国籍者同士のカップルを保護しながら、同じ状況にある日本国籍者と外国籍者の同性カップルを保護しないという不均衡さを看過し続けてきたのである。その結果、本件申請2についても、入国管理当局は、平成25年通知の射程内とすべきかどうかについて、何ら実質的な検討を行わず、また、請訓の際にも、平成25年通知の射程内とすべきとの意見を付することもなく、形式的に請訓し、その回答に基づき漫然と本件通知を行ったものである。請訓に対する法務省の回答は、平成25年通知に関する誤った解釈が法務省としての組織的解釈となっていたことを示しており、東京入管局長が上記解釈を採用し維持してきたことにより本件通知がなされたのであるから、請訓という手続きを経たからといって、東京入管局長は注意義務違反の誹りを免れるものではない。

したがって、「特定活動」への在留資格変更すら認めなかつた東京入管局長の措置には、過失があるというべきである。

4 控訴人Bの権利侵害について

控訴人Bは、本件不許可処分及び本件通知の名宛人ではないが、本件不許可処分及び本件通知により、自らの生活上、経済的にも精神的にも重大な影響を受ける関係にあることから、本件不許可処分及び本件通知により自らの権利が侵害された場合には、国家賠償法上の保護を受けるというべきである。すなわち、既に述べた通り、控訴人らは、異性愛者における「夫婦」と同視しうる家族としての関係性を有することから、控訴人Aが中長期的な在留資格を得ることができるかどうかにより、控訴人Aのみならず控訴人Bにおいても、引き続き日本で生活を継続できるかどうかという生活基盤そのものへの甚大な影響に加え、控訴人Bが稼働できないことによる控訴人Aの経済的負担増も伴うものである。

そして、入管法の目的は、直接的には外国人の入出国及び在留する外国人の公正な管理であるが、究極としては、日本国民の生活の安定にあるというべきである。上述の通り、海外で同性婚をする日本国籍者と外国籍者のカップルは増加しており、それに伴い、日本での滞在を継続したいと希望するも在留資格の問題で苦悩する日本国籍者・外国籍者の同性カップルも多数存在していることは、控訴人について「外国人同性パートナー在留資格訴訟を応援する会」やそのウェブサイト

(<https://lila.ivoiii.co/?fbclid=IwAR3OT35S477Ysn8JcwoHzz5goz9LYb2rtxgprKX0skQYpRrTj3IkKqD-39U>) が立ち上がるなど、多くの者が支援していること（甲159）及び陳述書（甲138、140、146等）から示される通りである。日本国籍者・外国籍者の同性カップルにとって、外国籍のパートナーが中長期的な在留資格を得られないのであれば、在留資格を認める諸外国での安定した生活を求め、やむをえず日本を離れるという苦渋の選択を迫られることとなる。控訴人Bは、いつ控訴人Aが日本から退去を迫られるのか、いつまで日本で滞在できるかについて、常に不安を抱えており、その精神的負担は極めて甚大であり、それは控訴人Bのキャリア形成にも負の影響をもたらすものである。また、その他においても、控訴人Aが住民票も保険も得られず、稼働もできることにより、控訴人らの生活上の経済的負担はすべて控訴人Bが負わざるをえない状況である。

以上からすれば、控訴人Bは、控訴人Aに対する本件不許可処分及び本件通知について、経済的にも精神的にも重大な影響を受ける関係にあることから、東京入管局長が適正に職務執行せず、過失により本件不許可処分及び本件通知を行ったことは、控訴人Bとの関係でも違法であり、また過失を構成するというべきである。

5 損害

被控訴人が「定住者」及び「特定活動」への在留資格の変更を認めなかつたこ

とにより、控訴人らは、家族を維持形成する権利を侵害されたものであり、控訴人らの損害が550万円を下らないことは第11準備書面第4の3で述べた通りである。

控訴人らは、共に日本で生活するため、専門家や政治家に相談することを含め考え得るあらゆる手段を尽くした末、最後の手段として訴訟を選択したものである。約3年にわたる第一審係属期間中においても、将来の見通しがつかず、いつまで日本で共に生活できるか分からぬという状況により、控訴人らは常に不安や恐怖につきまとわれ、心身に極めて甚大な負担を被っている。愛する家族といつ引離されるかわからないという状況に置かれた場合の心身に与える影響については、控訴人らと同様の状況にある日本国籍者・外国籍者の同性カップルの陳述書（甲138、140、146等）からも示される通りである。しかしながら、控訴人らは、今後二人の生活がどうなるか見通しのない中でも、これまでと同様に心身ともに支え合い、共同生活を継続してきたものであり、二人の絆はより一層強固になっている。

6 小括

以上より、東京入管局長が控訴人Aに対し、「定住者」の在留資格への変更を認めなかつたこと、及び「特定活動」への在留資格の変更を認めなかつたことについては、いずれも違法であり、また過失があつたというべきであり、被控訴人は国賠法1条1項に基づく賠償責任を負う。

そして、被控訴人のかかる行為により、控訴人らは、家族を維持形成する権利を侵害されたものであり、その損害は550万円を下らない。

第7 まとめ

以上のとおりであり、原判決は、憲法、国際人権法、行政法、入管法及び国賠法に関する解釈をいずれも誤った結果、控訴人の請求をいずれも却下又は棄却し

たものであるところ、これらの解釈を正しく行えば、控訴人の請求はいずれも理由があり、認められるべきものである。

なお、本件は、本控訴理由書で述べてきたとおり、重大な法律上の論点を複数含むものである。控訴人らは、これらにつき、研究者の意見書等を提出する予定であり、これらの提出予定時期については追って明らかにする。

第8 原判決後の経過

原判決後の2022（令和4）年10月12日、控訴人Aは処分庁の永住審査部門から呼び出され、「定住者」への在留期間更新許可申請を許可しない旨の通知を受け、在留資格「短期滞在」を更新した。その際、担当者からは、控訴人Bとの関係に基づく「特定活動」への変更を認めることもできない旨の説明を受けた。

処分庁が原判決の、「特定活動」の在留資格を認めなかつたことが憲法14条の趣旨に反し実質的に違法である旨の判示を真摯に受け止めるのであれば、住民登録もできず健康保険にすら入れない「短期滞在」の在留資格では生活が不安定にすぎ、その状況をまずは暫定的にでも早急に解消する意味は大きいことにも鑑み、控訴人Aに対しては、少なくとも「特定活動」への変更がすみやかに認められなければならなかつたところである。

上記を受け、控訴人Aは、2022（令和4）年11月14日、処分庁に対し、「定住者または特定活動」への変更を求めて、在留資格変更許可申請を行ったが、控訴理由書の提出時点において、同申請に対する処分庁の応答はなされていない。

以上