

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

上告理由書要旨

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。

2 行政訴訟につき訴訟要件を認めないことが憲法32条に違反する

(1) 訴えの利益について

原判決は、上告人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たとして訴えの利益を否定するが、この判断は、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。

「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、原判決の判断によれば、上告人Aは、敢えて法違反を犯し、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、上告人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、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。

(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、憲法32条を侵害する解釈である。

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、仮に上告人Aが本件通知を受けた後、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、申出書の提出は法違反状態に陥るのを避けるため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」の司法審査の機会を実質的に奪われ、裁判を受ける権利（憲法32条）が侵害される。

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 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

(1) 憲法13条違反について

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、家族生活の自由には家族と共に暮らす自由が含まれる。

上告人らは長年にわたりパートナー関係（「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を本質とする関係」）を有し、アメリカで有効な婚姻が成立しているところ、本件不許可処分等は、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もって共同生活を営むこと」を許さなかったのであるから、上告人らの家族生活の自由（憲法13条）を侵害する。

（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、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「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する。

4 「定住者」の在留資格を付与しないことは憲法14条に違反する

原判決は、本件不許可処分等の憲法14条適合性を判断していない。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、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、ただ上告人らが同性カップルであることから婚姻という法的公証を得られないことのみを重視して、「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」を許さず、同様の状況にある異性カップルと比較して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。

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

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は保障されないとするのは誤りである。また、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、本件はマククリーン判決の判示の射程外である。

以上