

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

（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）

申立人（原審控訴人） [Redacted]  
同 [Redacted]  
相手方（原審被控訴人） 国

上告受理申立理由書

令和6年1月16日

最高裁判所 御中

申立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 済	[Redacted]

## 目次

第1	はじめに	5
第2	行政訴訟につき訴訟要件を認めるべきであること	7
1	本件無効確認訴訟の訴えの利益～原判決が行訴法9条1項の解釈を誤っていること	7
(1)	原判決(訴えの利益を否定したこと)	7
(2)	訴えの利益を否定することは外国人から司法審査を受ける機会を実質的に奪うものであること	8
(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訴えの利益を否定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	14
2	本件通知の処分性～原判決が行訴訟3条2項の解釈を誤っていること	14
(1)	原判決	14
(2)	本件通知の処分性を否定することは司法審査を受ける機会を実質的に奪うものであること	15
(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	18
(5)	原判決の引用する一審判決の判示に理由がないこと	19
(6)	小括	20
第3	国際慣習法・国際人権法に関する解釈の誤り	21
1	はじめに	21
2	原判決の判示	22
3	国際慣習法に依拠して国際人権規約違反の余地がないとすることの誤り	22

(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 .....	22
(2) 国際慣習法を理由に国際人権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 .....	24
(3) 小括 .....	28
4 本件不許可処分等は、自由権規約に違反すること .....	28
(1) はじめに .....	28
(2) 家族生活の尊重を受ける権利 .....	28
(3) 性的指向と平等原則 .....	29
(4) 自国民の同性パートナーのパートナー関係に基づく在留を認めない本件不許可処分等は自由権規約17条とそれに関連付けられた2条又は26条に違反すること .....	29
第4 裁量権の範囲の逸脱濫用 .....	30
1 はじめに .....	30
2 「定住者」の在留資格について .....	31
(1) 入管法が「定住者」の在留資格を設けた趣旨 .....	31
(2) 原判決の「定住者」の解釈の誤り .....	32
(3) 申立人らのような関係を保護するためにこそ「定住者」の在留資格がある .....	32
3 申立人Aに申立人Bとのパートナー関係に基づく在留資格を認めるか否かは、申立人らの家族生活の自由（憲法13条、自由権規約17条）または法律上保護される利益に関わること .....	33
(1) 家族生活の自由は憲法13条によって保障され、行政裁量を規律する法的利益である .....	34
(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 .....	35
(3) 申立人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	





利益)	57
(3) 裁量基準(定住者告示、入国・在留審査要領など)からみる定住者の在留資格該当性の判断要素(考慮要素)	57
(4) 上記を踏まえた原判決の誤り	59
(5) 結論	65

## 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。

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、外国人である申立人Aを原告とする行政訴訟(以下「第1事件」ということがある)及び申立人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」ということがある)を提起したのが本件訴訟である。

一審は、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、一審は、国賠訴訟における判断の中で、定住者の在留資格を申立人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」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、「憲法14条の趣旨に反する」とした。

その後、申立人らが控訴を提起したところ、その係属中に、処分庁は、申立人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これを踏襲した。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条違反及び国際人権法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これがないとし、また、裁量権の範囲の逸脱濫用もなく違法性もないとした。

## 2 上告受理申立理由の骨子

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、申立人Aの裁判を受ける権利（憲法32条）の侵害があり、また、申立人A及びBとの関係で、憲法13条及び14条1項、並びに、申立人Bとの関係で、憲法22条の違反がある。

以上の憲法違反の問題については、上告理由書で主張したとおりであるが、仮に、憲法の違反がないとする場合にも、訴えの利益及び処分性の有無については、下級審において判断が分かれており、また、これらをいずれも認めないとすれば、外国人は、不法残留罪を犯さない限り、日本で生きていく上でその基礎となる在留資格をめぐる判断について、司法による判断を一切得られないことになるから、法令の解釈に関する重要な事項を含み（民事訴訟法（以下「民訴法」という。）318条1項）、結論に影響を及ぼす明らかな法令違反にもあたる（民訴法326条1号、同325条2項）。

また、本件で問題となっているのは、愛する人と共に暮らすという人間の最も根本的な権利（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2及び26条）であり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものであるところ、本件不許可処分等には、国際人権法違反及び裁量権の範囲の逸脱・濫用が認められる（民訴法326号1号、同325条2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るべきであること

### 1 本件無効確認訴訟の訴えの利益～原判決が行訴法9条1項の解釈を誤っていること

#### (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、更に別の在留資格（例えば特定活動等）への変更を許可する処分（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って、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、申立人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（本件不許可処分）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外国人から司法審査を受ける機会を実質的に奪うものであること

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など裁量権の逸脱・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り、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ことになる。

イ すなわち、原判決の判断によれば、申立人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」（出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」または「法」という。）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）、②申立人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、申立人A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、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)。

申立人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ことは、申立人Aの司法審査の機会を実質的に奪うものに他ならない。

### (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項かつこ書きは、「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、(原告適格の規定であるものの)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46巻6号571頁参照)。

#### (4) 一在留一資格の原則は訴えの利益を否定する理由にならないこと

ア 一審判決は、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（一審判決38頁1行目から同10行目まで）、原判決もこれを引用する（原判決4頁11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、司法審査を受ける機会（法律上保護される利益）を実質的に奪うことを正当化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（入管法2条の2、別表第一・第二）、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、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、申立人Aの訴えの利益を否定し、司法審査を受ける機会（法律上保護される利益）を実質的に奪うこと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ぬ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、申立人らの主張に対し、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、申立人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。

申立人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、申立人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、申立人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、「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、一審判決及び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、控訴人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、第一審及び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(法律上保護される利益)を奪うものである。

また、訴えの利益を否定することは、判決の拘束力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。

原判決は、行政事件訴訟法9条1項の解釈を誤って本件無効確認訴訟の訴えの利益を否定したものであるが、この点については既に指摘したとおり、下級審において異なる裁判例が存在する。そして、これが訴えの利益という重要な訴訟要件に関するものであることから、法令の解釈に関する重要な事項(民訴法318条1項)であることは明らかである。

したがって、結論に影響すべき明らかな法令違反があるので(民訴法326条1号、同325条2項)、上告を受理した上で、本件無効確認訴訟に訴えの利益があることを前提に、本案についての判断がされるべきである。

## 2 本件通知の処分性～原判決が行訴訟3条2項の解釈を誤っていること

### (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（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（一審判決39頁18行目以下）、原判決もこれを引用した上で（原判決4頁11行目）「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つたことについて不服を申し立てる機会を失つたとしても、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司法審査を受ける機会を実質的に奪うものであること**

ア 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「出国準備」の在留期限は過ぎて特例期間（入管法20条6項）に入っていた。

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つたとしたら、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つ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（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、申立人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る。

イ 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。

ウ このような入管法の仕組みの下において、本件通知の処分性が否定されれば、外国人は、行政庁の判断に対する司法審査の機会を実質的に奪われることになる。

すなわち、申立人にとって、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。

エ 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、外国人から司法審査を受ける機会を実質的に奪う解釈である。

### （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年最高裁判所調査官解説446頁以下）。

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を拒否するものとして、処分性がある。

エ 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。」と判断しており、この点に関する下級審の判断は分かれている。

(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・民集第62巻8号2029頁は、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、申立人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、前掲の最高裁平成20年9月10日大法廷判決に整合する。

#### (5) 原判決の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。地裁判決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（原判決4頁11行目。地裁判決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、申立人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。地裁判決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」の部分は、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、申立人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、申立人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「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。地裁判決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。地裁判決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うものである。

原判決は、行訴法3条2項の「行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為」の解釈を誤って本件取消の訴えの処分性を否定したものであるが、この点については既に指摘したとおり、下級審において異なる裁判例が存在する。そして、これが処分性という重要な訴訟要件に関するものであることから、法令の解釈に関する重要な事項（民訴法318条1項）であり、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があること（民訴326条1号、同325条2項）は明らかである。

したがって、上告を受理した上で、本件取消の訴えに処分性があることを前提に、本案についての判断がされるべきである。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 国際慣習法・国際人権法に関する解釈の誤り

#### 1 はじめに

原判決は、本件不許可処分等が自由権規約17条等に違反するとの主張に対し、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、国際慣習法に依拠して、「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）。

しかしながら、国際慣習法上在留の権利がないことを理由に国際人権規約の違反につき検討すらしなかったのは誤りであることは明らかであり、また、本件に

においては、自由権規約17条と結びついた2条及び26条の違反が認められる。

## 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）とした上で、「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。」（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国際人権規約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・民集51巻3号1233頁など）、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いた基本

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い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可能性がある。」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国際人権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、国際人権法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、外国人の人權、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、婚姻関係になら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」（甲83訳文P13）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 8 2—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ー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 1 4 条、EU の機能に関する条約第 2 1 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、ヨーロッパ人権条約 8 条と結びついた 1 4 条、ヨーロッパ連合の運営に関する条約第 2 1 条 1 に違反するので許されないとしているところ、ヨーロッパ人権条約 8 条は自由権規約 1 7 条と同様私生活及び家族生活の保護を、ヨーロッパ人権条約 1 4 条は自由権規約 2 条及び 2 6 条と同様差別の禁止を定めている。

### (3) 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に依拠して本件において国際人権規約違反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り、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある（民訴326条1号、同325条2項）。

## 4 本件不許可処分等は、自由権規約に違反すること

### (1) はじめに

3で述べたとおり、出入国管理の場面においても、自由権規約等の国際人権条約は適用されるどころ、本件処分は、原告らの家族生活に恣意的に干渉するものであり、また、性的指向を理由とする不合理な差別に該当し、自由権規約17条が規定する家族生活の尊重、並びに、同2条及び26条が規定する差別禁止に違反する（一審原告第6準備書面26頁から36頁まで、谷口洋幸青山学院大学教授意見書甲104）。

### (2) 家族生活の尊重を受ける権利

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ている。世界人権宣言においては12条において規定され、世界人権宣言を法的拘束力のある条約として再定式化した自由権規約は、17条において、「1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」と規定する。また、自由権規約に先立ち、地域的な人権条約として世界人権宣言を法的拘束力のある条約として再定式化したヨーロッパ人権条約は、8条において、「1 すべての者は、その私的および家族生活、住居ならびに通信の尊重を受ける権利を有する。」と、自由権規約17条と同様の規定を置いている。

ここでいう「家族生活」は、法制度として明示的な保護の対象となっている以上に広い概念を包摂するものと解されており（自由権規約委員会一般的意見16（1988年）パラ5）、ヨーロッパ人権裁判所の解釈は、自由権規約の同



様の規定についての解釈において参考されるどころ（一審原告第6準備書面10から15頁まで）、ヨーロッパ人権裁判所は、2010年のシャルク・コップ対オーストリア事件判決において同性カップルもここに含まれるとの解釈を示している。

### (3) 性的指向と平等原則

自由権規約2条及び26条は、平等原則を定めるところ、自由権規約委員会（同委員会の一般的意見や見解の位置づけにつき一審原告第6準備書面15頁から18頁まで）は差別禁止事由に性的指向が含まれるとし、合理性のない区別は自由権規約第26条に反するとしている（ヤング対オーストラリア事件2003年8月6日自由権規約委員会見解：Young v. Australia, Communication No.941/2000（甲104・11頁）等）。

### (4) 自国民の同性パートナーのパートナー関係に基づく在留を認めない本件不許可処分等は自由権規約17条とそれに関連付けられた2条又は26条に違反すること

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は17条に規定される尊重されるべき家庭生活に含まれていると考えられ、また、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、自由権規約の同様の規定についての解釈において参考されるどころ（一審原告第6準備書面10乃至15頁）、3で詳細に述べたとおり、同裁判所は、自国民または長期在留資格を有する者の外国人の同性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（パジッチ対クロアチア事件（甲81）、タドウッチ及

びマッコール対イタリア事件（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（コーマンハミルトン事件。甲82）。

しかるに、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。

#### 第4 裁量権の範囲の逸脱濫用

##### 1 はじめに

原判決は、国賠請求（第2事件）に対する判断の中で本件不許可処分等の違法性を検討し、当該違法性は、専ら、法務大臣の委任を受けた東京入管局長の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるか否かによって判断すべき事柄と位置づけた上で、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裁量権の逸脱、濫用があるということとはできず、「定住者」の在留資格への変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったということとはできないと判示する（原判決9頁20行目以下）。

しかしながら、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権利（家族生活の自由。憲法13条、自由権規約17条）または我が国の法体系において法律上保護されるべき利益に関わること、かかる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

差別は許されないこと（憲法14条、自由権規約2条及び26条、あるいは行政裁量を規律する行政法上の平等原則）、入管法自体が「日本人の配偶者」等という在留資格を設け、日本人と外国人のパートナー関係を保護していること等を踏まえて、申立人らが長年パートナー関係を継続してきた事実を適正に評価すれば、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裁量権の範囲の逸脱、濫用があることは明らかであり、原判決には法令（法2条の2・別表第二「定住者」の項の下欄該当性、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り、結論に影響を及ぼすべき法令違反であるから、第1事件、第2事件共に破棄され、本件不許可処分等を違法とすることを前提とした相当な判決がなされるべきである（民訴326条1号、同325条2項）。

以下、詳述する。

## 2 「定住者」の在留資格について

### (1) 入管法が「定住者」の在留資格を設けた趣旨

「定住者」とは、「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「定住者」の項の下欄）をいい、当該在留資格は、特別な理由を考慮して居住を認めるのが相当である外国人を受け入れるために設けられたものとされている（甲30・209頁）。具体的には、入管法別表第二の「永住者」、「日本人の配偶者等」及び「永住者の配偶者等」の在留資格の項の下欄に掲げる身分又は地位の類型のいずれにも該当しない身分または地位を有する者としての活動を行おうとする外国人に対し、人道上の理由その他特別な事情や社会経済等の情勢の変化を考慮し、その居住を認めることが必要となる場合等に臨機に対応できるようにするために「定住者」の在留資格が設けられたと解されている（甲30・210頁）（原判決9頁24行目以下）。

このような在留資格「定住者」の趣旨からは、家族の保護、平等原則等の憲法や国際人権法の趣旨に照らして、その外国人の在留を認める必要があるが、入管

法別表第二の他の在留資格に該当しない事案については、在留資格「定住者」により在留を認めることが、憲法上、国際人権法上、また、法務大臣が有する外国人の出入国に関する裁量を個々の事案において適切に行使するという観点から、要請されているというべきである。

## (2) 原判決の「定住者」の解釈の誤り

原判決は、上記のような在留資格「定住者」の趣旨を認めながら、いかなる事情の下において「定住者」の在留資格に該当すると認めるかの判断は、法務大臣の広汎な裁量に委ねられていると解するのが相当であるとした上、「定住者」の在留資格へ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り、定住者告示の定める地位に該当しない場合には、当該外国人が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、又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、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判示する（原判決10頁6行目以下）。

しかしながら、上記のとおり、在留資格「定住者」は、「永住者」「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」には該当しないが、人道上の理由その他特別な事情や、社会情勢等の変化に応じて、身分や地位に基づき在留を認める必要のある外国人が存在することを前提として、そのような外国人を受け入れるために入管法によって設けられた在留資格であるから、定住者告示に該当しない類型は、原則として基本的に「定住者」の該当性がないという原判決の判示は、在留資格「定住者」の趣旨からも誤りである。

## (3) 申立人らのような関係を保護するためにこそ「定住者」の在留資格がある

以下において詳述するとおり、個人の尊重、法の下での平等という憲法の理念に照らせば、本来、日本人との間でパートナー関係を有する外国人には、同性間の婚姻の法制化を待たずとも、入管法において、「日本人の配偶者等」に相当する、パートナー関係という身分や地位に基づく安定した在留資格が規定さ

れるべきである。しかし、現状において、入管法にはそのような在留資格は規定されていない。

社会的少数者である性的少数者が、多数決原理に基づく国会に働きかけて、法律を改正するのは至難の業である。そうであれば、日本人の異性パートナーを有する外国人が、婚姻して「日本人の配偶者等」という在留資格を取得する選択肢があるのと平等に、日本人の異性パートナーを有する外国人についても、愛する人と一緒に暮らすという人間の根源的な権利を守るため、現行法の解釈として「定住者」の在留資格を付与すべきであるし、上記の「定住者」の趣旨に照らせば、まさに申立人らのような関係を保護するためにこそ「定住者」の在留資格があると言うべきである。

実際、既に日本人の同性パートナーである外国人が不法残留者であった場合、知られているだけでも複数の事案で在留特別許可により「定住者」の在留資格が認められている。すなわち、訴状で述べたとおり、2019年3月15日、日本人男性と同性パートナー関係にあったオーバーステイの台湾人男性に、在留特別許可により在留資格「定住者」が付与された。他にも、2019年2月に日本人同性パートナーと同居していた東南アジア出身のトランスジェンダーの女性に対して、在留特別許可により「定住者」が付与された例がある(甲101)。このように既にオーバーステイになっていた事案について在留特別許可により「定住者」の在留資格が認められているところ、これらの当事者は、いずれも定住者告示にあてはまるものではない。それにもかかわらず定住者の在留資格が付与されているのであるから、日本人の同性パートナーの外国人という類型が定住者告示に当てはまらないことは「定住者」を付与する上で問題とならず、また、適法滞在である申立人Aにはなおさら「定住者」への変更が認められるべきであることを示している。

- 3 申立人Aに申立人Bとのパートナー関係に基づく在留資格を認めるか否かは、申立人らの家族生活の自由(憲法13条、自由権規約17条)または法律上保護

される利益に関わること

(1) 家族生活の自由は憲法13条によって保障され、行政裁量を規律する法的利益である

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。

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。

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。

ウ 第3で述べたとおり、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、日本も締約国である自由権規約17条に、「1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」と規定さ

れているところ、同性パートナー関係は、同条によって保護されるべき対象に含まれる。

エ 外国人について、仮に憲法や自由権規約が直接適用されないとする場合も、憲法13条や憲法24条、自由権規約17条の趣旨に照らして、家族を形成し維持するという人格的生存に関わる利益は、我が国の法体系において法律上保護される利益であり、行政裁量を規律する。

## (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

(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) 申立人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家族生活の自由を侵害する

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 本件における申立人らは、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、申立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。それにもかかわらず、申立人らが日本において婚姻していないのは、申立人らの関係がパートナー関係にあたらないからでもなく、申立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申立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。仮に申立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、申立人らには何らの法違反等の事実もなく、申立人Bは十分に扶養能力も認められるから、申立人Aは日本人の配偶者等の在留資格を得て、日本において、申立人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、申立人Aに対し、申立人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、申立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、申立人Aに対する本件不許可処分等は、申立人らの家族生活の自由を侵害する。

#### (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

「日本人の配偶者等」を含む、法律に定める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、永住許可申請の際においても、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、例えば申立人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、申立人Aが日本で制限なく活動を行って申立人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、申立人Aは就労が認められず、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、例えば申立人Bが病気や事故などで働けなくなると、申立人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、申立人Bが主たる生計維持者である限り申立人Aが日本で暮らすことが認められるに過ぎず、日本人である申立人Bとそのパートナーである申立人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、申立人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申立人Aが申立人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、原審控訴理由書の第4・4、第1準備書面の第1で主張したとおりである。

(5) 申立人Aに申立人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る

か否かは日本人である申立人Bの家族生活の自由に関わる

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（申立人A）に対するものであると同時に、他方の日本人（申立人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リーン判決をどのように理解するにせよ、日本人である申立人Bの権利の制約となる。

なお、申立人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、申立人Bの権利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、申立人Bの権利が救済されれば必然的に申立人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・刑集16巻11号1593頁）に照らして異論の余地はない。

#### (6) 入管法もパートナー関係を保護している

##### ア 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

入管法が「日本人の配偶者等」の在留資格を設けた趣旨について、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ことに基づくものと解される」（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）と判示している。かかる趣旨から、「日本人の配偶者等」の在留資格を取得するためには、日本人と法律上有効な婚姻関係にあることだけでは十分でなく、日本人の配偶者と同居して互いに協力し扶助することを中核とする活動を行なって日本に在留するものに限定される（甲30・201頁）。そうすると、法律上の婚姻は同在留資格の要件ではあるものの、実態である真摯な意思を持った共同生活こそが同在留資格を認める原理であり、法律上の婚姻という形式の保護にあるのではないということができる。

このことは、在留特別許可を付与する際の考慮要素においても同様に解されている。すなわち、「在留特別許可に係るガイドライン」では、在留特別許可の許否の積極要素として、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く）であって、次のいずれにも該当すること ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること」が規定されている。同ガイドラインでは、婚姻が積極要素とされているが、単に形式上婚姻をしていることは除外されており、婚姻の形式に加え、実態としてカップルの真摯な意思を持って営まれる共同生活が要件となっている。

以上から、日本人と婚姻関係にある外国人の在留を許可すべき保護法益は、夫婦共同生活、ひいてはカップルの真摯な意思をもって営まれる共同生活の点にあり、法的に婚姻関係にあることは、そのカップルの意思をもって営まれる共同生活、真摯な関係性の公的な確認として扱われているにすぎないということが出来る。

本件において、申立人らには長期にわたる同居・扶助・協力関係があり、二人においてカップルとしての共同生活及び真摯な関係性が営まれていることに間違いはない。そして、二人の真摯な関係性の証拠として、原告と康平は米国で婚姻関係にある。しかしながら、日本では同性同士の婚姻が認められていない、すなわち、同性間の婚姻は日本において有効な婚姻として認めないという日本の法制度上の問題のために、米国でなされた婚姻は有効であるにもかかわらず、日本で報告的届出ができないに過ぎない。しかしながら、真摯な意思をもって営まれるカップルの共同生活に保護すべき法的利益があることは、法制度により変わるものではない。

したがって、申立人らのパートナー関係には、入管法上も保護されるべき法的利益がある。

## イ 退去強制令書取消訴訟において内縁関係を保護する多数の裁判例

退去強制令書取消訴訟においては、処分当時において日本人や永住者等の異性パートナーとの間に法律上の婚姻が成立しておらず、内縁関係にあった外国人に対し、在留特別許可をしない旨の裁決が裁量権の範囲の逸脱・濫用に該当するとして取り消された事案が多数存在することは、一審第4準備書面の第1・4・エ（同18頁から21頁まで）で主張したとおりである。

例えば、東京高裁平成27年4月22日判決・平成27年(行コ)7号・公刊物未登載(確定)は、「法的な婚姻関係が成立していなくても、日本人と実質を伴った真しな内縁関係を形成している外国人については、その在留特別許可の許否の判断において、この点を特に重要な積極要素として考慮すべき」とし、東京地裁平成19年6月14日判決・平成18年(行ウ)第112号・ウエストロー・ジャパンも「原告と乙川との関係が前記(4)にみたようなものであり、内縁関係といえる「真しな共同生活」があったと認められ、そうであるとすれば、入管法上保護の対象となり得るものであり、在留特別許可を与える方向に働く極めて有力な事情に当たるといえる」、行政が「当然考慮に入れるべき「真しな共同生活」の存在を考慮に入れないまま判断に至ったものといわざるを得ない」としている（この判決は東京高裁平成19年11月21日判決・平成19年(行コ)第236号でも維持され、最高裁判所平成21年9月15日上告不受理決定・平成20年(行ヒ)第64号で確定)。

配偶者の在留関係について配慮が必要とされる根拠は、夫婦が同居、協力、扶助の義務を履行し、円満な関係を築く利益が、憲法13条、自由権規約17条・23条に照らして法律上の保護に値することに基づくのであり、その必要性は、内縁関係であってもかわることはない。これらの裁判例は、こうした点を考慮したものであるといえる。

同性間のパートナー関係についても、お互いをかけがえのないパートナーと認め、同居し、互いに協力・扶助の関係にあるもの、すなわち「真しな共同生

活」の実態があるものについては、その保護の必要性において、異性間の内縁関係となんら変わる点はない。また、同性カップルの場合、日本国内において有効な法律婚を成立させることは不可能であり、婚姻して「日本人の配偶者等」の在留資格を取得するという選択肢がないのであるから、通常婚姻をするという選択肢がありながらそれを選択していない異性カップルの内縁事案以上に、在留を認める必要性は高い。

#### 4 申立人Aに申立人Bとのパートナー関係に基づく在留資格を認めるか否かは、申立人Bの本邦に居住する自由（憲法22条1項）または利益に関わること

日本国籍を有する申立人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、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申立人らに対し、米国に居住することを強制するに等しいものであるから、申立人Aに申立人Bとのパートナー関係に基づく在留資格を認めるか否かは、申立人Bの本邦に居住する自由に関わることである。

なお、第3の3（2）で述べたとおり、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間の婚姻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、当該国が同性間の婚姻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。同様の理が、日本人である申立人Bの居住の自由にあてはまる。

#### 5 「定住者」の在留資格を付与しないことは平等原則に反すること

##### （1）はじめに

申立人らは、申立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条並びに自由権規約2条及び26条に違反すると主張してきた。

ところが、原判決は、この点について判断をしなかつただけでなく、裁量権の範囲の逸脱・濫用の判断においてすら、外国人同士の同性カップルとの関係での平等原則違反の検討をしたのみで、日本人と外国人の異性カップルとの関係で平等原則違反があるか否かの判断を行っていない（原判決9頁20行目から同13頁2行目まで）。

しかるに、本件において、日本人と外国人の異性カップルとの関係で平等原則違反があるか否かの判断は必須であり、これを行えば、以下のとおり、本件不許可処分等が平等原則違反に反することは明らかである。

(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く、差別的取扱いにあたる

ア 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（最判昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最判昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻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、列挙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・民集第62巻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条で保障される申立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、申立人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。

イ 本件不許可処分の公益性・必要性は認められないこと

そもそも、本件不許可処分には何らの公益性・必要性は認められない。すなわち、申立人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。相手方も、申立人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。

ウ 「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) 申立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、申立人らの関係は、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、申立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、本件申立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、申立人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。

申立人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、申立人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、まさに申立人Aに妥当するといえる。

申立人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、申立人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申立人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申立人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。

エ 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。

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。

#### オ まとめ

以上より、申立人Aに「定住者」の在留資格を付与しない本件不許可処分は、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、憲法14条に違反し、行政裁量を規律する平等原則に違反する。

## 6 同性カップルの法的保護に向けた社会情勢の変化

日本においても、また国際的にも、同性カップルをめぐる社会経済情勢は変化しており、同性愛は多様な性的指向の一つとして異性愛と等しく尊重されるべきものであり、同性カップルは異性カップルと同様の権利を有するものと理解されているのであって、原判決も判示するとおり、同性間の婚姻が法制化されていない我が国においても、同性間のパートナー関係について、差別の撤廃や社会的地位の擁護に向けた取組、提言等が公的機関及び民間の団体を問わず広く行われているところであり（甲30乃至甲70、甲142乃至甲144）、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る。

このように、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に鑑みても、同性カップルの家族生活に不可欠な安定した在留資格を付与すべき必要性は高いことについては、一審第3準備書面、第8準備書面・第3、第11準備書面・第2・2等において主張したとおりである。

また、実際に日本人と外国人の同性カップルは多数存在し、異性カップルと同様に婚姻の本質を伴うパートナー関係を有しているにも関わらず、当該外国人に当該日本人とのパートナー関係に基づく安定した在留資格が得られないために社会生活上様々な困難に直面しており（甲136乃至甲141、甲146）、かかる在留資格を認める必要性が高まっていることについては、一審第8準備書面・第2、第9準備書面・第2で主張したとおりである。

## 7 申立人Aに「定住者」の在留資格を認めても何ら公益性に反しない

申立人らは法律に違反したことは一切なく、勤勉で善良な市民であって、申立人Aに「定住者」の在留資格を認めても、何ら公益性に反することがない。

むしろ、申立人Aに「定住者」の在留資格を付与しないとの東京入管局長の判断は、家族と安定した生活を送りたいと考える日本人と外国人の同性カップルを安定した在留資格を得られる国に流出させることにつながり、経済競争力が失わ

れることを容認するものであり、現在の経済社会環境に照らしても著しく妥当性を欠くことは、一審第8準備書面・第3（25頁乃至28頁）で主張したとおりである。

## 8 小括

以上述べてきたとおり、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）または利益に関わるから、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、かかる重要な権利または法律上保護すべき利益について、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性があること（憲法14条あるいは行政裁量を規律する平等原則）、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裁量権の逸脱、濫用があることは明らかであり、原判決には法令（入管法2条の2・別表第二「定住者」の項の下欄の該当性、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り、結論に影響を及ぼす明らかな法令の違反があり（民訴法326条1号、同325条2項）、第1事件、第2事件共に破棄され、本件不許可処分等を違法とすることを前提とした相当な判決がなされるべきである。

## 第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 はじめに

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。この点において、定住者の在留資格を取得すべきか否かの最高裁判所の判例（これがない場合にあっては控訴裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断があること、その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものである（民事訴訟法318条1項）。

しかるに、この点を適切に裁量審査すれば、本件不許可処分等には裁量権の範囲の逸脱・濫用が認められ、結論に影響を及ぼす明らかな法令の違反にあたる（民訴325条2項、同326条1号）。

### (1) 原判決

原判決は、在留資格「定住者」の処分要件（別表第二の定住者の項の下欄）の該当性（適用）の判断に関し、同性パートナー関係にあることをもって「直ちに「日本人の配偶者等」や「永住者の配偶者等」と同等の保護が与えられる「定住者」の在留資格への変更を認めないことが社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいうことはできない」（原判決11頁11行目以下）とし、申立人らの個別具体的な事情を踏まえずに、いわゆる「社会観念審査」を行うに

とどまる。

一方で、原判決は、在留実績の点について「本邦における在留期間が長期にわたるものではな」とし、単に「定住者」の「定住」との一般的な用語にひきずられ、抽象的な審査を行なったにすぎない（原判決11頁14行目以下）。

すなわち、前記認定事実（※原判決6頁14行目以下。地裁判決40頁20行目以下）、つまり申立人らの個別具体的な事情について、特にどのような事情を考慮すべきであったのか否か、積極的に重み付けすべきであったのか否かなど審査していない。

以上のとおり、原判決は、考慮すべき事情を考慮したか評価の合理性の観点から、本件の二人についての家族としての実態など個別具体的な事情を踏まえた裁量審査、判断過程審査をしていないのである（原判決11頁13行目以下）。

## （2）裁量審査の手法の誤り

我が国において（社会観念審査と結合した）判断過程審査は原則的な裁量審査の手法とされる。最高裁平成18年2月7日第三小法廷判決・民集第60巻2号401頁などから近時の最高裁令和5年11月17日第二小法廷判決・令和4（行ヒ）234号・助成金不交付決定処分取消請求事件、最高裁令和5年7月11日第三小法廷判決・令和3（行ヒ）285号・行政措置要求判定取消、国家賠償請求事件などまで、最高裁判例は具体個別的な事情を踏まえた判断過程審査を採用している。

しかるに、原判決は、判断過程審査を行っておらず、最高裁判例に相反する（民訴318条1項）。

本件において、以下のとおり、特に厳格な判断過程審査の要請が強いことにも鑑みれば、その誤りは決定的である。

まず、裁量の存否・範囲と裁量審査の密度、判断過程審査の厳格さは、法律の文言のみならず、行政の判断を委ねるべき性質のものか、人権、権利、法律上保護すべき利益に対する制約の度合いにより判断されているところ、その行



政の終局的判断（考慮事情の性質、考慮事情の評価の性質）も、（その立法が与えた使命であるところの）定住者の趣旨が「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、入管法別表第二の「永住者」、「日本人の配偶者等」及び「永住者の配偶者等」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にするために規定されたものと解される」（原判決9頁24行目以下。この点は申立人、相手方、一審判決及び原判決に争いはない）ことからすれば、家族の保護のため、適切に裁量権（対法律裁量の意味。法適用の第一次判断権）を行使すべき要請は強い。

加えて、申立人Aは日本人と家族関係があつて、本件不許可処分及び本件通知は、愛する人とともに本邦で暮らす自由を制約するものなのであるから、裁量権（対司法裁量）の範囲は狭く、裁量権の範囲の逸脱・濫用の判断は厳格に行うべきであり、判断過程審査は欠かせない（最高裁平成18年2月7日第三小法廷判決・民集第60巻2号401頁ほか）。

以上のとおり、原判決には、最高裁平成18年2月7日第三小法廷判決・民集第60巻2号401頁などから近時の最高裁令和5年11月17日第二小法廷判決・令和4（行ヒ）234号・助成金不交付決定処分取消請求事件、最高裁令和5年7月11日第三小法廷判決・令和3（行ヒ）285号・行政措置要求判定取消、国家賠償請求事件などまでの一連の具体個別的な事情を踏まえた判断過程審査を採用する最高裁判例に相反する判断がある（民訴318条1項）。

（3）定住者告示に類型化して列挙された地位に該当しない一事によって個別具体的な事情を踏まえた裁量審査をしなかった誤り

#### ア 原判決

原判決は、「定住者」の在留資格へ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判断し、当該外国人が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、又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（告示外定住者）を認める余地があるに過ぎないと判断した（原判決10頁9行目以下）。

イ 定住者告示の存在（定住者告示に類型化して列挙された地位に該当しない一事）によって、行政裁量の範囲、司法審査のあり方が異なるものとなることはないこと

原判決の上記判断枠組みが誤りであることは、第4の2で述べたとおりであるが、原判決は、かかる判断枠組みにしたがい、「前記認定事実」（原判決6頁14行目以下。地裁判決40頁20行目以下）が定住者告示に定める地位のいずれにも該当しないと判断したのみで（原判決11頁1行目以下）、これ以外の場合について、申立人らの具体的個別的な事情をどのように考慮、評価すべきであったのか裁量審査（具体的な判断過程審査）を怠った（原判決10頁25行目以下）。

定住者告示は、入国審査官が行う外国人の上陸手続を円滑に進める見地から策定されたものである（坂中英徳、齋藤利男「出入国管理及び難民認定法逐条解説」（改訂第3版）297頁）。したがって、法務大臣（またはその委任を受けた地方入管局長）が行う上陸後の在留資格変更許可申請や在留期間更新許可申請において、その必要性はそのまま妥当するものではなく、定住者告示は、上陸後の在留資格変更の場面との関係では、行政解釈と同様、せいぜい行政規則（裁量基準）の一つにとどまる。しかるに、原判決は、上陸の場合のように法律の根拠（委任）がある場合（法7条第1項2号かっこ書「あらかじめ告示をもつて定めるものに限る」とまで規定している。）とこれを混同している（法7条1項2号かっこ書のような委任規定もなく、このように限定することはもはや解釈による立法である）。

それゆえ、原判決は、相手方と同様に、国外で日本人と法律婚（同性婚）した場合が定住者告示に規定されていない、その一事をもって、（行政の第一次判断と裁量審査との違いはあれども）個別具体的な事情を踏まえずに定住者の処分要件に包摂されないと軽々に判断したのである。

しかしながら、（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）定住者告示に規定されていない場合にも「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）されうるのであるから、行政はその適用について個別具体的な事情を踏まえて検討すべきである（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）。

さらに、裁判所は、行政がこのような個別具体的な事情を踏まえた上で適切な検討、判断を行ったか否か、裁量審査、特に判断過程審査を個別具体的な事情を踏まえて行うべきである。

この点において原判決には最高裁平成11年7月19日第一小法廷判決・集民193号571頁（道路運送法9条1項2号（当時）という法律の要件につき、平均原価方式を定める通達（裁量基準）にあたらぬ場合であっても、個別に審査すべきことは「いうまでもない」とした判断）に相反する判断がある（民訴318条1項）。

#### ウ 裁量基準自体の合理性でなく、個別事情考慮義務が問題となること

在留資格変更・在留期間更新の場合に、（ $\alpha$ ）定住者告示が規定する類型について定住者の要件該当性を肯定するという点を超えて、（ $\beta$ ）定住者告示が規定しない類型について定住者の要件該当性を原則として否定する明文の規定（文言）が定住者告示に存在すれば裁量基準そのものの合理性が問題となりうる。

しかし、定住者告示にはそのような明文の規定も存在しない。定住者告示が規定しない類型について定住者の要件該当性を原則として否定しているのはその定住者告示の解釈にすぎない。

したがって、定住者告示（裁量基準）のこのような原判決の解釈（在留資格該当性を原則として否定するとの解釈）が問題であるところ、第4の2で述べたとおり、その解釈（定住者告示が規定しない類型について定住者の要件該当性を原則として否定するとの解釈）は誤りであり、定住者告示に規定しない類型について定住者の要件該当性の判断については中立的である。

以上のとおりであるから、定住者告示それ自体の合理性の問題でなく、個別事情考慮義務を適切に尽くされたか否かが問題となる。

- 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）

(1) はじめに

原判決には、入管法別表第二の定住者の項の下欄の解釈適用を誤った相手方の判断を看過したことにより、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある（民訴325条2項、同326条1号）。

相手方の主張からすると、①国外の法律婚（同性婚）に固有の在留資格は存在しないこと、②日本で同性間の婚姻が認められていないことを理由に定住者への変更を許可しないと判断したようである（原判決が引用する地裁判決24頁18頁以下（被告の主張）など）。

すなわち、このような「論証過程」においてすら、申立人らの家族関係を積極的には全く考慮しなかったことがわかる。また、③出入国状況等について、本邦からの出入国を繰り返していることも加味すれば、本邦への定着性が高いとはいえないなどと考慮、評価している。このとおり、処分庁が、申立人らの国外での婚姻（法律婚）など家族関係、同居期間など具体的な生活状況などを判断のために考慮、評価した形跡は見当たらない。

原判決も、①処分庁が、定住者の判断に際して、人的属性について、個別具体的な事情を考慮事項として考慮したか否か、あるいは評価（重み付け）に合

理性があるのかなどを全く審査していない。申立人らの同性パートナーとしての同居・扶養・扶養関係を有していること、アメリカでの有効な婚姻が成立していることは単に定住者告示に該当しないこととしてのみ用いられており、抽象的にこの同性パートナー関係は社会情勢の変化を踏まえても積極的に重視されないと位置付けられているようであるが、どのような具体的な事情をどのように考慮・評価すべきであったかなどは判断されていない。さらに、②地縁的属性についてのみ、「本件不許可処分等がされた当時、本邦における在留期間が長期にわたるものではなく、他に本邦への定着性が強いものであったというべき事情も見当たらない」と審査を行なっているにすぎない（原判決11頁14行目以下）。

しかしながら、個別具体的な事情を踏まえた裁量審査（判断過程審査）を行えば、本件処分は裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたることが明らかである。

### (2) 「家族」が重要な要考慮要素であること（憲法上の人権、法律上保護される利益）

本書面第4記載のとおり、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）において、家族などを要考慮要素（事情）（必要的考慮事情、義務的考慮事情）と位置付け、価値（考慮事情）の序列において積極的に考慮・評価すべきものと位置付けなければならないもの（優越的利益）である。

民法のみならず、入管法においても、家族形成の自由は、法律上保護される利益である。これは単なる「人道」とは異なり、この点においてマクリーン判決は誤っている。

### (3) 裁量基準（定住者告示、入国・在留審査要領など）からみる定住者の在留資格該当性の判断要素（考慮要素）

定住者の処分要件（法律）が「特別な理由」を考慮して居住を認める者との概括的・不確定概念を用いていることから（法別表第二の定住者の項の下欄）、相手

方においてその適用（あてはめ）のため、考慮事情の抽出（切り出し）が必要となり、裁量審査においても考慮事情に着目した司法審査が必要となる。

第4の2でも述べたとおり、定住者の趣旨は(i)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、(ii)入管法別表第二の「日本人の配偶者等」など類型の身分又は地位のいずれにも該当しない外国人のために、(iii)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にするために規定されたものである（原判決9頁24行目以下）。この「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」か否かは、定住者は、「定着性」（単なる在留実績だけでなく、在留実績がなくとも家族関係から肯定される概念である点は注意を要する）によって判断されている。そして、裁量基準である定住者告示、入国在留審査要領、個別の通達などから、本邦との関係において人的属性「又は」地縁的属性によって（定着性を）判断している。

ここで人的属性とは、配偶者、親子関係など家族関係（定住者告示5号、6号及び7号）、血縁関係も含まれる（定住者告示3号、4号（日系人）及び8号（中国残留邦人）、入国在留審査要領（日本人の実子を監護・養育する者（個別通達として730通達））。また、一方で、人的属性には、「人道上の理由」なども含まれる（定住者告示1号（第三国定住）、法61条の2の2第1項（条約難民）など）。

地縁的属性とは、在留実績などを意味する。

人的属性と地縁的属性については、まず①法律に規定する条約難民、定住者告示に列挙される全ての類型、入国在留審査要領の「日本人の実子を監護・養育する者」のいずれにおいても、人的属性のみによって定着性、定住者の要件は充足されていると判断されており、これと別に在留実績など地縁的属性は要求されていない。

次に、②上記のような人的属性に関する事情のみによっては定住者の要件を充足しえない場合に、地縁的属性が補充的に要求される。例えば、法61条の2の2第2項（いわゆる「人道配慮」）があり、この場合の地縁的属性については後述する。また、入国在留審査要領上（行政規則、裁量基準）、「日本人、永住者または特別永住者である配偶者等と離婚後引き続き本邦に在留を希望する場合」、「日本人、永住者または特別永住者である配偶者等が死亡した後引き続き本邦に在留を希望する場合」、「日本人、永住者または特別永住者との婚姻が事実上破綻し、引き続き本邦に在留を希望する場合」などいわゆる離婚後定住者などが挙げられるが、この場合の婚姻期間（実態）として3年が要求されており、本邦との地縁的属性が3年程度要求されている（第171回国会参議院法務委員会会議録第15号（平成21年7月7日））。

最後に、③告示外・要領外の定住者として（家族関係も条約難民などでもなく）単身での長期在留者など地縁的属性のみで定住者の要件が充足される場合が挙げられる。

上記のとおり（ $\alpha$ ）人的属性（血縁に限らず家族関係、さらに家族関係に限らず人道上の理由など）と、（ $\beta$ ）地縁的属性（本邦での出生も含めた在留実績など）は、総合考慮、相関的に判断されており、人的属性のみによって定住者の要件を充足できる場合には、地縁的属性は不要とされているのである。

#### （4）上記を踏まえた原判決の誤り

ア 国外で法律婚（同性婚）していること（人的属性）を考慮していないこと

相手方は、申立人らが2015年にアメリカにおいて法律婚をし、同居・協力・扶助の関係にあったとしても、入管法上、そのような者に付与すべき固有の在留資格は存在しないことから、国外での婚姻（ないし同性パートナー関係）を人的属性として積極的な考慮事情として全く考慮しなかった。

しかしながら、①法律婚であるにもかかわらず同性間のものであることを理由に異性間のものと性的指向に基づき別異に扱うものであって、本書面第4記

載のとおり、合理的根拠は認められず、憲法14条1項、自由権規約2条及び26条ないし行政法上の平等原則に違反するものである。

また、②同性間の婚姻に固有の在留資格がないことは、定住者該当性判断において国外で婚姻していることを積極的に考慮しない理由にはならない。同性間の婚姻に固有の在留資格があればそれによるべきことは当然であって、定住者はそのような法律上の固有の在留資格がない場合にこそ適用が予定されているものである。

上記について原判決は何ら裁量審査を行なった形跡はないが、東京高等裁判所平成27年4月22日判決・平成27年(行コ)7号・公刊物未登載(確定)は「被控訴人は、外国人に日本人の内縁の配偶者がいることについては、入管法上、そのことに関する固有の在留資格は存在しないのであるから、原則として、在留特別許可の付与に当たって積極的に考慮すべき事情には該当しない旨、上記判示に反する主張をするが、上記の入管法の趣旨に照らし、採用することができない」と判断しているのである。原判決には同判決に相反する判断が含まれており(民訴318条1項)、加えて、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある(民訴325条2項、同326条1号)。

イ 相手方 個別具体的な事情を踏まえた「家族」としての実態(人的属性)を積極的に考慮していないこと

申立人らの法律婚がアメリカにおける同性間のものであったとしても、その関係が保護に値するか否かを外形的・客観的に判断しうる指標(徴標)としては十分である。また、法適用通則法(24条1項)の規律をあえて、本件で相手方の裁量判断に無理に持ち込む必要もなく、相当でもない。

一方で、上記法律婚の評価を問わず、申立人らの国外での法律婚(同性パートナー関係も含む)が(α)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(β)共同生活を営むという婚姻の本質は備わっているかが重要であるところ(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)、相手方はこの点を考慮・評価しておらず、少なくとも積極的には考慮・評価していない。原判決はこの点も具体的な事情を踏まえた裁量審査を実施していない。

しかしながら、原判決も一審判決の事実認定を引用しているとおり、申立人らの交際は2004年にはじまる。二人は2005年から同居を始め、共に生活することをはじめた。このように二人の家族関係は日米両国での滞在にわたるものの2005年から2024年現在では20年近くになる。その間、さまざまな苦難があるが、それは共に生活することが性的指向によって困難となることであった。

二人は、既に日本で同居していたが、2015年11月12日、アメリカ( )で婚姻した。アメリカでのこの婚姻(法律婚)から現時点で8年以上が経過している。

加えて、処分時後の事情であるが、現在まで二人はともに暮らしている。本件不許可処分時(2018年8月10日)、本件通知時(2019年11月22日)に、既に、その共同生活の強固さ、共同生活を営む真摯な意思が認められていたことの証左である。

2012年、申立人Bが実家に帰省した際に、母に自身が同性愛者であること、申立人Aという交際相手がいることなどを告げた。この事実も原判決は一顧だにしていないが、申立人らの家族として実態を表している。

申立人らは2005年の同居開始、2015年の婚姻後、その後、本邦においても、苦楽を共にしてきたのである(原判決6頁13行目以下)。

2012年9月23日など、同性パートナーのための在留資格がないために、日米の間でやむなく離れなければならないこともあったが、その間も交流を維持していた。2014年5月18日の申立人Aの上陸までの間も申立人Aが日本に2回来日して5ヶ月本邦に在留した。また、申立人Bが1回渡米して共に暮らすなどしていた。また二人で に旅行するなどした。

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。

ウ 本件で地縁的属性を要求することが誤りであること

前述のとおり、相手方原判決は、人的属性についての判断過程審査を行わない一方、地縁的属性についてのみこれを行い、申立人Aの本邦における在留期間では定住者の該当性（適用・包摂）を肯定するには足りないとの相手方の判断を肯定した（原判決11頁14行目以下）。

しかしながら、この地縁的属性の考慮・評価は端的に誤っている。

まず、前述のとおり、①家族関係という人的属性が肯定される場合には、地縁的属性、在留実績は要求されていない。それにもかかわらず、国外の法律婚が同性間のものであることのみをもって、在留実績を要求すること自体が「差別」である（法適用通則法を理由としても実際には同性間の法律婚が差別される）。

次に、仮に②申立人らに在留実績を要求するとしても、その判断基準・評価基準が大きく誤っている。

（原判決も事実上依拠している）一審判決は、判例タイムズ1513号（2023年12月）で「おおむね10年以上の本邦在留歴がある場合は、「定住者」、それ以下の場合は「特定活動」を付与する扱いがされており、このような一定の類型を前提とした上での在留年数による振り分けにおいては、10年という期間の経過によって「定住者」として在留を認められるべき地縁的属性を欠くとするものと考えられる見解（児玉晃一等ほか編「コンメンタール出入国管理及び難民認定法2012」630頁）等を踏まえたものと考えられる」と解説されている（同解説166頁）。

しかしながら、上記文献において解説されているのは、専ら、難民認定申請者が難民不認定処分を受けた場合になお在留特別許可を受ける場合の在留資格の

振り分けであり、実際、このような本国情勢による人道配慮以外の外国人の在留判断一般において、定着性の判断において在留実績10年を要求するという運用は存在しない。同時に、人的属性として「家族関係」が認められる場合に在留実績10年が要求されているという運用は存在しない。入国在留審査要領（裁量基準）も、特別な事情を考慮して在留を認める者として、「難民の認定をしない処分（以下「難民不認定処分」という。）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なったもの」(カ)があり、その判断基準として、①「入国後10年を経過していること」又は②「在留特別許可又は在留資格変更許可により在留資格「特定活動」の決定を受けた後、3年を経過していること」と規定されているのである（甲98）。

そもそも、人的属性として「家族関係」が認められる場合に、地縁的属性や定着性が求められるという事実（運用）はなく、家族関係のみを理由として定住者の要件（ないし定着性）は充足とするのが一般的であり、例外的に、前述のいわゆる「離婚後定住」など家族関係が消滅した場合であって、その場合に本邦に在留した期間が問題とされているが、それは概ね3年である。この点、政府参考人も国会において「定住者については、非常に定住者というのはたくさんものを含んでおりまして、個々の事案により具体的な事情が異なるための許可要件をガイドラインとしますというのは、これはなかなか難しいものがあるというふうに思います。」とし、離婚後定住につき「ただ、委員御指摘のとおり、実態を伴った国民生活が継続している、これは大体おおむね3年あれば定住者という形で認めていると、これは実情でございます。」と述べている（第171回国会参議院法務委員会会議属第15号（平成21年7月7日））。

以上のとおり、本件のような家族関係が認められる場合において10年の在留実績を地縁的属性として要求した判断は決定的に誤っている上、本件では2014年4月25日に上陸から本件不許可処分時である2019年8月10日まで

の間5年を経過しているのである。アメリカにおける法律婚が同性間のものであったとして（差別的であるが）補完的に地縁的属性を要求するとしても、十分過ぎる期間である。原判決は、この点でも裁量審査を誤ったものである。

最後に、③相手方は「出入国状況等について、本邦からの出入国を繰り返していることも加味すれば、本邦への定着性が高いとはいえないと」考慮、評価し、原判決も「本邦における在留期間が長期にわたるものではな」と裁量審査した（原判決11頁15行目）。

しかしながら、相手方が在留資格を失い、本邦にとどまることによって不法残留に陥ること、違法状態を回避するために出国していること、国外で申立人らが共に生活していたことは全く考慮されておらず、再入国許可による出国期間を殊更に消極的に考慮している。この点についても、原判決は具体的な裁量審査を行っていない。

#### エ 原判決の誤りの根底にあるもの

このように、申立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かのように地縁的属性のみを重視する原判決は、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ものの、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。

#### (5) 結論

以上のおり、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、第1事件、第2事件共に破棄され、本件不許可処分等を違法とすることを前提とした相当な判決がなされるべきである。

以上