

判決言渡 令和5年11月2日午後3時（101号法廷）

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（原審・東京地方裁判所令和元年（行ウ）第461号（第1事件）、同年
（ワ）第24633号（第2事件））

5

判 決 要 旨

控訴人（原審原告） A、B

被控訴人（原審被告） 国

主 文

- 1 本件各控訴をいずれも棄却する。
- 10 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

事実及び理由（要旨）

第1 事案の概要

- 15 1 本邦に在留する米国人男性である控訴人Aは、日本人男性である控訴人Bと
同性パートナーの関係にあることを理由として、入管法に基づき、「定住者」
の在留資格への変更の申請（本件申請1）をしたが、東京入管局長から、平成
30年8月10日付けで、これを許可しない旨の処分（本件不許可処分）を受
20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50
け、改めて「出国準備」（「特定活動」のうち指定活動を出国準備とするもの）
の在留資格の付与を受けた。その後、控訴人Aは、「定住者（又は「特定活動」）」
の在留資格への変更の申請（本件申請2）をしたが、東京入管局長から、令和
元年8月22日付で、申請内容を「出国準備」を目的とするものに変更するよ
う促す通知（本件通知）を受け、これに応じて在留資格を「出国準備」とした
まま在留期間の更新を申請するものに変更してその旨の許可を受けた。
- 2 本件は、控訴人らが、被控訴人に対し、本件不許可処分及び本件通知（本件
不許可処分等）が控訴人らの家族生活の自由等を侵害するとともに、性的指向
に基づく不当な差別であることから、憲法13条、14条等に違反するもので
あって、東京入管局長の判断には裁量権を逸脱、濫用した違法があるなどと主

張して、(1) 控訴人Aにおいて、本件不許可処分の無効確認及び本件通知の取消しを求めるとともに、在留資格を「定住者」に変更することを許可すべき旨の義務付けを求め(第1事件)、(2) 控訴人らにおいて、国家賠償法1条1項に基づき、本邦で平穩に共同生活を送る法的利益を侵害されたことによる慰謝料等の損害金各550万円等の支払を求める(第2事件)事案である。

3 原審は、第1事件の訴えを却下し、第2事件の請求を棄却したところ、控訴人らは、これを不服として控訴をした。

第2 当裁判所の判断

1 第1事件請求について(判決「事実及び理由」中の第3の1(4頁8行目～6頁11行目))

①本件不許可処分の無効確認請求については、本件不許可処分後、改めて「出国準備」への在留資格変更の許可を受けたことにより、確認の利益を喪失していること、②本件通知の取消請求については、本件通知が申請の内容を変更するよう促したにとどまるものであって、取消訴訟の対象となる行政処分には当たらないこと、③「定住者」への在留資格変更許可の義務付け請求については、上記のとおりその前提となる本件通知の取消しの訴えが不適法であるため義務付け訴訟の要件(行訴法37条の3第1項2号)を満たさないことから、不適法な訴えである(原判決のとおり)。

2 第2事件請求について(判決「事実及び理由」中の第3の2(6頁12行目～15頁12行目))

(1) 憲法違反の有無について

控訴人らにおいて憲法13条、22条違反をいう点は、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主張するものである。しかし、国際慣習法上、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

5 することができるものとされており、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く、在留の権利を保障されているものでもない（最高裁昭和53年10月4日大法廷判決）。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

10 憲法14条違反をいう点についてみると、入管法上、男女間に成立する婚姻関係については、在留資格を付与する規定（同法別表第二の「日本人の配偶者等」）が設けられているのに対し、同性パートナーの関係については、これに相当する規定が設けられていない点で、法の下での平等に反するかどうかは問題となり得る。この点、同性間の婚姻が認められていない我が国においても、同性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おり、こうした社会情勢の変化は、本件当時既に存在していた。しかし、更に進んで、同性間の婚姻について、男女間の婚姻関係と同等の地位が社会生活上確立しているといえるほどの実態が本件当時から存在していたとまでは認められない。そうすると、外国人の在留に関しても、日本人と同性パートナー関係にある外国人について、当該関係の存在を理由に差別的な取扱いをすることは許されないことはもとより、その保護に向けた配慮が求められるとしても、男女間の婚姻関係について認められる在留資格と同等の在留資格に関する規定が設けられていないことをもって、性的指向によって合理的理由なく別異に取り扱うものということとはできず、憲法14条に違反するとはいえない。

20 (2) 「定住者」等の在留資格への変更を認めなかった東京入管局長の判断に裁量権の逸脱、濫用があるか否かについて

25 控訴人Aは、控訴人Bと長年、同性パートナーとして同居・協力・扶養関係を有しており、本国の米国で有効な婚姻が成立しているが、定住者告示に定める地位のいずれにも該当せず、また入国・在留審査要領において告示外

定住者として記載されている類型のいずれにも当たらない。そして、前記のとおり、同性パートナー関係を巡る近時の社会情勢の変化を踏まえると、控訴人Aについて、日本人の控訴人Bとの間で同性パートナーの関係があることは、在留資格の審査において一定の配慮が求められるとしても、同性間の婚姻については、男女間の婚姻関係と同等の地位が社会生活上確立しているといえるほどの実態が、本件当時から存在していたとまでは認められないことからすると、当該関係をもって、直ちに「日本人の配偶者等」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はいえない。また、控訴人Aは、本件当時、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。こうした事情に照らすと、「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、濫用があるとはいえない。

他方、法務省入国管理局は、平成25年10月18日付け「同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について（通知）」と題する書面（平成25年通知）をもって、本国で同性婚をしている者について、本国と同様に我が国においても安定的に生活できるよう人道的観点から配慮する必要があるため、同性婚による配偶者については、原則として「特定活動」の在留資格を付与することになった旨を通知した。この措置は、本国で有効に成立している外国人同士の間での同性婚の配偶者については、本体者に在留資格があればその同性婚の配偶者に「特定活動」の在留資格を付与するというものであるが、日本人との同性婚の相手方である外国人については、当該日本人の本国である我が国において同性婚が認められていないため、一律に「特定活動」の在留資格を付与しない運用が行われていた。しかし、この運用によると、日本人との同性婚の相手方である外国人については、外国人同士の間での同性婚の配偶者と比較して、本邦における在留上、劣位に置かれることとなるが、このような取

扱いの差異を設けることについては、合理的な理由を見いだすのは困難である。また、前記のとおり、同性パートナー関係を巡る近時の社会情勢の変化を踏まえると、日本人との同性婚の相手方である外国人についても、在留資格の審査において、人道上の見地から一定の配慮が求められるところ、本邦に在留する外国人同士の同性婚の配偶者との比較からも、少なくとも同等程度には保護する必要があるというべきである。そうすると、東京入管局長が、
5 控訴人Aに対し、本件不許可処分等をもって、「特定活動」の在留資格を付与しない判断をしたといえるかどうかは、後記のとおり別途検討を要するものの、そうした判断をしたと認められる場合には、行政裁量を規律する平等原則に反し、裁量権の逸脱、濫用があったというべきである。

10 (3) 以上を前提として、東京入管局長が控訴人Aに対し、本件不許可処分等をしたことが、国賠法上違法となるか否かについて検討する。

まず、本件不許可処分は、在留資格を「定住者」とする在留資格の変更を許可しない処分をしたものであって、その判断には裁量権の逸脱、濫用が認められないことは前記のとおりであり、国賠法上違法となる余地はない。

15 本件通知は、控訴人Aが希望する在留資格を「定住者（又は特定活動）」としてした在留資格変更の申請（本件申請2）について、東京入管局長が「定住者」の在留資格への変更を許可する理由がないことを告げて、申請内容を「出国準備」を目的とするものに変更するよう促したものであるところ、
20 控訴人Aは、「定住者」の在留資格への変更が認められない場合でも、予備的に「特定活動」の在留資格への変更を求める意思を有していたと認められる。しかし、在留資格変更の申請については、入管法20条2項が、「法務省令で定める手続」によることを義務付けており、これを受けて入管法施行規則20条1項が、申請人において、所定の様式の申請書（在留目的に応じたもので、「希望する在留資格」等を記載した申請書）を提出しなければならないと定めていることからすると、在留資格の変更を希望する外国人において
25

は、希望する在留資格を当該申請書の様式に従って一つに特定した上で申請
することが求められているというべきであり、申請書の様式にかかわらず希
望する在留資格を複数記載して、そのいずれかへの変更の許否を求めること
は、在留資格審査の実務からも許容されているとはいえない。本件申請2に
5 ついても、東京入管局長は、申請書の様式等から、この申請を「定住者」の
在留資格への変更を求めたものと取り扱ったことが認められるところ、控訴
人Aに対してその趣旨を明確にしないまま本件通知をしたことには相当性を
欠く点があったとしても、これをもって「特定活動」の在留資格への変更を
求める申請に対し、その許否に係る判断の見込みを告げたものとは認められ
10 ない。また、客観的には「特定活動」の在留資格への変更を認める余地があ
ったことからすると、控訴人Aに対して、申請内容の変更を促すのであれば、
「出国準備」ではなく「特定活動」の在留資格に変更するよう促すべきであ
ったといえなくもないが、「出国準備」の在留資格であっても、不法滞在と
なることを回避することができ、その上で、控訴人Aにおいて「特定活動」
15 の在留資格への変更を希望するのであれば、上記変更後の在留期間内に改め
てその申請をすることが可能であること（現にその後、「特定活動」の在留
資格の付与を受けている。）からすれば、本件通知に係る措置が、控訴人A
において本邦に在留しながら控訴人Bと共同生活を送るという法的利益を侵
害するものであったということとはできない。そうすると、東京入管局長が控
20 訴人Aに対して本件通知をしたことは、国賠法上違法となるとはいえない。

- 3 以上のとおり、控訴人Aの第1事件に係る訴えを却下し、控訴人らの第2事
件請求を棄却した原判決は相当であり、本件控訴は理由がない。

東京高等裁判所第12民事部

裁判長裁判官 梅 本 圭 一 郎
裁判官 酒 井 良 介
裁判官 井 出 弘 隆