

日本人と同性婚をした外国人の在留資格と憲法 14 条 1 項

【文 献 種 別】 判決／東京地方裁判所

【裁判年月日】 令和 4 年 9 月 30 日

【事 件 番 号】 令和 1 年（行ウ）第 461 号、令和 1 年（ワ）第 24633 号

【事 件 名】 在留資格変更不許可処分無効確認等請求事件（第 1 事件）、国家賠償請求事件（第 2 事件）

【裁 判 結 果】 一部棄却、一部却下

【参 照 法 令】 出入国管理及び難民認定法 7 条 1 項 2 号、20 条 2 項・3 項（平成 30 年法律第 102 号による改正前後に同じ）、日本国憲法 13 条、14 条 1 項

【掲 載 誌】 判例集未掲載

◆ LEX/DB 文献番号 25593562

四天王寺大学教授 春名麻季

事実の概要

1 (1) 日本滞在中のアメリカ国籍の男性 A は、2015（平成 27）年 11 月 12 日、日本国籍を有する男性 B とアメリカにおいて同性婚をした（この婚姻はアメリカの州法に基づき正式の婚姻と認められ、婚姻証明書が発行されている）ことから、出入国管理及び難民認定法（以下、入管法とする）20 条 2 項に基づき、「定住者」への在留資格の変更申請をしたところ、当時の東京入国管理局長（以下、Y とする）から平成 30 年 8 月 10 日付けで「定住者」への在留資格の変更を許可しない旨の処分（以下「本件不許可処分」とする）を受けた。

(2) その後、A は、平成 30 年 9 月 25 日に「定住者（又は特定活動）」とする在留資格の変更の申請を再度行った（2 度目の申請）が、Y は、A に対し、平成 30 年 11 月 22 日、この変更申請について、申請通りの内容では許可することはできず申請内容を「出国準備」に変更する申出書を提出されたい旨の通知をした。これを受けて、A は、申請内容を「出国準備」に変更する旨の申出書を提出し、これにより、Y は、A に対し、同日、在留資格を「出国準備」とする許可処分をした。A は、その後も 2 度にわたり在留期間更新の許可を受けたが、A は、令和元年 6 月 20 日、再び「定住者（又は特定活動）」とする在留資格変更の申請を行った（3 度目の申請）。Y は、A に対し、令和元年 8 月 22 日、3 度目の申請についても 2 度目の変更申請の場合と同様の修正をするよう通知し（以下、本件通知とする）、A は、同日に 3 度目の申請についても申出書を提出し、Y は、A の在

留資格を「出国準備」とする許可処分をした。さらに A は、令和元年 9 月 19 日、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（4 度目の変更申請）。

2 A が変更申請に際して「定住者（又は特定活動）」としたのは、「平成 25 年通知」¹⁾ が、在留資格等という「配偶者」は日本の法令で有効と取り扱われる婚姻の配偶者であり、外国で有効な婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれないとしつつ、外国人の同性婚カップルが本国で有効に婚姻している場合には、その事実を人道的観点から配慮すべき事情として考慮し、同性婚による配偶者に、原則として、在留資格の「特定活動」により入国・在留を認めることによる。A は、その点について、本件のように同性婚の一方パートナーが日本人である場合においても外国人同士の同性婚の場合と事情は同じであり、むしろ、一方パートナーが日本人である場合には外国人のパートナーとの日本における安定した生活を確保すべき必要性がより高いと考えられるから、B のパートナーである A についても平成 25 年通知に基づき「特定活動」の在留資格が与えられると主張している。また、A および B は、本件通知が違法なものとして取り消されるならば、4 度目の変更申請が認められるはずであるとする。

3 A および B は、本件不許可処分や本件通知が、憲法および国際人権規約に違反する²⁾ものであると主張し、Y から受けた本件不許可処分が無効であることの確認および本件通知の取消しを求めると共に、Y に対し「定住者」への在留資格の変更の許可の義務づけを求める訴えを提起し

た。それに加えて、A および B は、国に対して、本件不許可処分および本件通知は Y が裁量権を逸脱・濫用して行ったものであり、これにより彼らが日本において家族を形成維持するという法的利益の侵害を受けたと主張して、国家賠償法 1 条 1 項に基づき慰謝料等の損害賠償も請求した。

判決の要旨

1 (1) 無効等確認の訴えは、処分等の無効確認によって権利・法律上の利益の回復の可能性があるとの確認の利益が必要になる。入管法上の在留期間更新の場合の在留資格の原則から、A は、本件不許可処分後、申請内容変更の申出により Y から新たな在留資格の変更の許可を適法に受けているので本件不許可処分の無効を確認する利益を喪失したというべきで、本件無効確認の訴えは、確認の利益を欠き不適法である。

(2) 本件通知は、Y の最終的な判断が示される前の手続を伝達するだけで、A の 3 度目の申請に対する Y の不許可処分ではない。したがって、本件通知に対する取消しの訴えは、取消訴訟の対象となる処分が存在しないことから不適法である。

(3) 本件義務づけの訴えは、行訴法 37 条の 3 第 1 項 2 号の「申請型の義務付けの訴え」である。本件は、義務づけの訴えの前提となる本件取消しの訴えは不適法な訴えであることから法律が規定する要件に該当せず、したがって、本件義務づけの訴えは、行訴法 37 条の 3 第 1 項 2 号所定の要件を欠き不適法である。

2 (1) 外国人は、憲法上、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されているものでもない。入管法 20 条 2 項に基づく在留資格変更の申請があった場合、法務大臣等は、外国人が提出した文書により在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限りこれを許可することができる（同条 3 項）。在留資格の変更は、外国人が在留目的を変更して新たな在留資格を取得するものであるから、それ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。

(2) 入管法上の「定住者」という在留資格は、

各在留資格のいずれにも該当しない外国人でも、人道上の理由その他特別の事情等により、当該外国人の居住を認めることが相当である場合に対応するために規定されたものであり、入管法が「定住者」の在留資格の要件を概括的な文言で規定している点にも鑑みると、どのような事情で「定住者」の在留資格該当性を認めるかの判断は、法務大臣等の広範な裁量に委ねられており、法務大臣は、入管法 7 条 1 項 2 号に基づき、居住を認める外国人を類型化する定住者告示を定め、さらに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、原則として、当該外国人が定住者告示に定める地位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該当性が認められるにとどまる。

(3) A と B は、アメリカでの有効な婚姻をしたこと、その後、一定の期間にわたり日本において同居・協力・扶助の関係にあることが認められるが、我が国では現在までのところ同性婚を許容する関係法令がない。その結果、日本人と同性婚関係にある外国人が日本に在留を希望する際の「定住者」への在留資格変更の許可の判断に当たっては、定住者告示で列挙された地位の内容に鑑みて日本との関係において相当程度の人的また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。A と B との同居期間や、A の日本での滞在期間といった事情に鑑みれば、A については、本件不許可処分等がされた時点で、「定住者」の在留資格を認めるまでの特別な事情はなく、例外的な場合と認められないから、Y において、A が「定住者」の在留資格に該当しないと判断したことには裁量権の逸脱・濫用の違法があるとはいえない。

(4) 平成 25 年通知は、近時の諸外国における実情等を踏まえ、本国で同性婚をしている者について、その者が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し、同性婚による配偶者については、原則として、在留資格の「特定活動」により入国・在留を認めるとしたものであるが、外国人同士の同性婚カップルには人道的観点から配慮すべき事情があるとするにすぎず、日本人との同性婚の相手方である外国人は平成 25 年通知に基づく運用の射程外にあると解され、そのような外国人については一律に「特定活動」による在留資格を付与しない運用を行っている。その結果、平成 25 年通知の運用により、

日本人との同性婚の相手方である外国人は、外国人同士の同性婚の配偶者と比較して、日本での在留について劣位に置かれ、原告は、このような運用が憲法 14 条に違反すると主張する。憲法 14 条 1 項は、日本に在留する外国人についても在留制度の枠内においてその保障の趣旨が及ぶ。同条は合理的な理由なく差別することを禁止する趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる取扱いをすること自体は許される。平成 25 年通知は外国人同士の同性婚カップルの外国人に対し「特定活動」の在留資格を付与するものであり、告示外特定活動については個々の在留状況等を踏まえた検討が必要で、人道的観点からの配慮の必要性については、日本人を相手方として外国で有効に同性婚をし、その後当該日本人と日本において生活している外国人についても、その実態に鑑みて必要性を肯定することができる。実際に、原告らは、アメリカでの適法な婚姻をしており、A は、一定期間 B と互いに協力・扶助の関係にあると認められるから、日本において B と安定的に生活できるよう人道的観点から配慮されるべきであった。また、諸外国のみならず日本における同性婚またはこれに類似する同性の生活パートナー制度の創設・整備に関する社会的な需要・関心の高まりを考慮すると、日本人との同性婚の相手方である外国人にも、外国人同士の同性婚の配偶者と比較して同程度には保護する必要がある。そして、平成 25 年通知が日本人の同性婚の相手方である外国人に対しても、その個別の居住実態に照らし人道的配慮を行う必要のある事例も存在することに鑑みれば、日本人と外国人との同性婚につき、平成 25 年通知に基づく取扱いの違いを許容する合理的な根拠となるものは存在しない。以上から、日本人との同性婚の相手方である外国人については、外国人同士の同性婚の配偶者と異なり、その同性婚の実態等を考慮することなく、一律に「特定活動」の在留資格を付与しないとの取扱いには、事柄の性質に即応した合理的な根拠があるとはいえず、平成 25 年通知は、その運用において法の下での平等を定めた憲法 14 条の趣旨に反する。

(5) しかし、A による個々の申請に対して、Y としては、通常尽くすべき職務上の義務を尽くしており、A が「定住者」の在留資格に該当しないと判断したことについても裁量権の範囲を逸

脱・濫用した違法があるとはいえず、原告らの本件国賠請求についてはいずれも理由がない。

判例の解説

一 本判決の特徴

まず、本判決の特徴は、原告が提起した行政事件訴訟法上の 3 つの訴えすべてを不適法として却下した結果、本件不許可処分、本件通知の内容に関する憲法適合性の判断は下されていないが、しかし、本件での国賠請求での本案判断において、申請内容の変更を求める点での憲法適合性の判断で、外国人同士の同性婚カップルと日本人を相手方とする同性婚の場合の外国人の在留資格における取扱いの違いを憲法 14 条 1 項との関係で問題としている点にある。但し、その憲法判断は、「配偶者」としての「定住者」という在留資格に関して展開されたものではなく、あくまでも「特定活動」という資格での外国人同士の同性婚カップルとの別異取扱いに関するものにすぎないことには注意が必要である。

二 同性婚カップルの在留資格

1 外国人の在留の権利

国賠訴訟において、本判決は、まず外国人の在留の権利についての判断を、マクリーン事件³⁾の判断を先例として引用し、国際慣習法を根拠に、憲法上、当該権利の保障を否定する。その結果、在留資格の認定も法務大臣等の裁量事項とされ、A に対して、B の同性婚パートナーの「配偶者」としての「定住者」とする在留資格認定を否定することも違法ではないとしている。

2 平成 25 年通知の「特定活動」との在留資格

入管法上の「配偶者」が「婚姻に関する法令においても有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者」であることが必要とされる結果、適法に成立している同性婚カップルの場合でもその相手方が日本人を含め永住者あるいは日本滞在資格を有する者である場合、外国人の他方パートナーが「配偶者」としての「定住者」資格を認められないことに問題はないと本判決は判断しているが、平成 25 年通知では他方のパートナーと一緒に日本で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るということから「特定活動」という在留資格で日本での滞在を認められているこ

とは問題にしている。というのも、このような配慮が必要とされているのは、平成 25 年通知によって外国人同士の間婚の場合に限定している点にある。この在留資格の取扱い自体は合理的だとされているが、日本人を相手方とする間婚の場合、日本でそれが有効な婚姻とは認められていないことから外国人同士の間婚に限定されていると考えられる。この点に関連する判断は本判決では示されていないが、平成 25 年通知の運用が日本人を相手方とする間婚の取扱いの違いから、在留資格における劣位が認められ、外国人同士の間婚との関係での憲法 14 条 1 項の問題が取り上げられることになる。

3 平成 25 年通知の運用における平等違反

本判決は、在留資格認定において外国人同士の間婚の場合と日本人を相手方とする間婚の場合との区別を、後者の場合の在留資格認定における不利益として取り上げる。そして、原告らが、単なる事実上の内縁関係にとどまるものではなく、A の本国であるアメリカにおいて本件間婚が婚姻として有効に成立しており、アメリカの公的機関から婚姻証明書が発行されていることから、同州においては適式のものであったと認められる以上、このような原告らの本件婚姻関係を一定程度保護する必要があったというべきであり、それに加えて、A と B は、日本人である B とアメリカ人である A とは日本において安定的に生活することができるようにその居住実態からして人道的観点から配慮すべきであったとして、それを怠った点が本判決での問題とされている。その結果、本判決は、「平成 25 年通知は、その運用において法の下での平等を定めた憲法 14 条の趣旨に反するというべきである」との判断を下し、「A に対し、これらの個別的事情を踏まえて、外国人同士の間婚の配偶者に認められている『特定活動』の在留資格と同様に、『特定活動』への在留資格への変更を認めるべきであったというべきであるから、上記在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったと認められる」としているが、「入国管理当局においては、日本人との間婚の相手方である外国人については、平成 25 年通知の運用の射程が及ばないと解されていたものであり、その時点において、平成 25 年通知に基づく運用の合理性について、疑義を呈した裁判所等による公権的判断が示されていたことを

認めるに足りる証拠もない」ことから、Y の責任は成立しないとされることになる。

三 まとめ——間婚が認められないことの問題

結局、本件の背後にある最大の問題は、日本で間婚を認める現行法令がない点にある。それは、平成 25 年通知の運用が憲法適合的になされても、A に対しては「配偶者」としての資格ではなく、「特定活動」という資格で在留が認められるにすぎない。本判決でも触れられている通り、日本でも間婚またはこれに類似する間パートナー制度の創設・整備に関する社会的な需要や関心が高まっていることや、第 197 回国会参議院外交防衛委員会での外務大臣答弁における政府内での問題点の認識を指摘して、外国人同士の間婚と日本人を相手方とする間婚の区別を問題にする点は一定の評価ができる。但し、それは、日本での間婚あるいはそれに類似する制度の不存在を問題にしているわけではない。この点は、間婚を承認する法律の不存在ではなく、間愛者のカップルが間愛者のカップルのような婚姻によって生じる法的利益の享受という点で不利益に扱われていることを不合理として憲法 14 条違反と判断した令和 3 年 3 月 17 日の札幌地裁の判決⁴⁾と同様の下級審での事案解決を志向するだけの判断といえる。外国で認められる間婚であっても、当事者たちはお互いに「配偶者」としての家族と認識しているはずで、日本の法律によってそれを否定されるのはおかしい話だと感じて問題を提起しているのではないのだろうか。それを「特定活動」と言い換えることで在留資格を認定されることにも違和感があるはずである。結局、人道的配慮を考慮するのであれば、日本で間婚あるいはそれに類似する制度の不存在が最大の問題であることにもう少し配慮する必要があったのではないだろうか。

●——注

- 1) 平成 25 年 10 月 18 日の法務省入国管理局入国在留課長通知（法務省管第 5357 号）。
- 2) 家族生活の自由の侵害（憲法 13 条違反）、性的指向に基づく不当な差別（憲法 14 条違反）、国際人権規約違反（市民的及び政治的権利に関する国際規約（いわゆる B 規約）2 条、17 条、23 条、26 条違反）がその内容となる。
- 3) 最大判昭 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 頁。
- 4) 札幌地判令 3・3・17 判時 2487 号 3 頁。