HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法における同性カップル（２）：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として
Author(s)	川崎, まな
Citation	北大法学論集, 75(1-2), 141-194
Issue Date	2024-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/92896
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_75_1-2_04_Kawasaki.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法における同性カップル（2）

―― ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として ――

川　崎　ま　な

目　　次

序章
1　はじめに～本稿の主題と目的
2　問題の所在及び本稿の意義
3　本稿の構成について

第1部　国内法、国内判例及び裁判例
4　憲法における同性カップル
4.2　民法における同性カップル
4.3　その他の社会的状況及び国民の意識等について
4.4　小括　国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について
5　国内判例における同性カップル　（以上74巻4・5・6合併号）
6　入管法における同性カップル
7　第1部のまとめ　国内法、国内判例及び裁判例における同性カップル　（以上本号）
第2部　国際人権法及び諸外国の状況
8　国際人権法における同性カップル
9　諸外国における同性カップル
10　ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義
11　第2部のまとめ　国際人権法及び諸外国おける同性カップル
終章
12　出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に扱われるべきか
13　残された課題

6　入管法等における同性カップル

出入国管理及び難民認定法（以下、入管法とする）は、「わが国の外国人の受け入れに関する政策に基づいて、入国・在留を認める外国人を、在留活動の観点から類型化」して定めており[1]、入管法２条の２第１項[2]により、外国人は、在留資格がなければ他の法律に特別な規定があることを除き、本邦に在留することができないとされる。

入管法における上記の在留資格の定めにより、日本国内で同性カップルが生活を共にすることを望む場合、入管法及び他の法律により特別に定められた在留資格を外国籍の同性パートナーは有する必要がある。同性カップルの関係性が長期間に及べば及ぶほど、結びつきが強ければ強いほど、安定的な生活を維持していくことの重要性が高まり、継続的な在留を保障する在留資格の重要性は増す。そこで、以下では、入管法及び出入国在留管理庁（以下、入管とする）の実務における異性カップルと同性カップルの位置づけを確認することで、両者の異同を明らかにすることとする。

6.1　入管法等における異性カップル

入管法には、異性カップルを想定した在留資格が定められている。以下では、それらの概要を示し、入管法における異性カップルの位置づけ

---

[1] 多賀谷一照、髙宅茂『入管法大全―立法経緯・判例・実務運用―第２部　在留資格』（日本加除出版、2015年）１頁。

[2]（在留資格及び在留期間）
第二条の二　本邦に在留する外国人は、出入国管理及び難民認定法及び他の法律に特別の規定がある場合を除き、それぞれ、当該外国人に対する上陸許可若しくは当該外国人の取得に係る在留資格（高度専門職の在留資格にあつては別表第一の二の表の高度専門職の項の下欄に掲げる第一号イからハまで又は第二号の区分を含み、特定技能の在留資格にあつては同表の特定技能の項の下欄に掲げる第一号又は第二号の区分を含み、技能実習の在留資格にあつては同表の技能実習の項の下欄に掲げる第一号イ若しくはロ、第二号イ若しくはロ又は第三号イ若しくはロの区分を含む。以下同じ。）又はそれらの変更に係る在留資格をもつて在留するものとする。

を明確化する[3]。

6.1.1　外国籍を有する者同士の異性カップル

⑴　在留資格「永住者の配偶者等」

入管法別表２により、永住者等の配偶者又は永住者等の子として本邦で出生しその後引き続き本邦に在留している者には、在留資格「永住者の配偶者等」が与えられる。同在留資格における配偶者に該当するか否かの判断基準は、後述する在留資格「日本人の配偶者等」における配偶者と同様である。

⑵　在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」は、一定の在留資格を有して日本に在留する外国人の扶養家族を受け入れるために設けられたものである[4]。

入管法別表１の４は、「一の表、二の表又は三の表の上欄の在留資格（外交、公用、特定技能（二の表の特定技能の項の下欄第一号に係るものに限る。）、技能実習及び短期滞在を除く。）をもつて在留する者又はこの表の留学の在留資格をもつて在留する者の扶養を受ける配偶者又は子として行う日常的な活動」を行う者に対し、在留資格「家族滞在」を定めている。

「『扶養を受ける』にあたるためには、「扶養を受ける外国人の配偶者又は親が扶養する意思を有し、かつ、扶養することを可能な資金的（経済的）裏付けを有するもの」でなければならない扶養者が扶養の意思を有し、かつ、扶養することが可能な資金的裏付けを有すると認められることをいう」とされる[5]。

配偶者とは、「これらの在留資格を有する者と現に婚姻している外国

---

[3] 在留資格の分類については、山田鐐一・黒木忠正・髙宅茂 著『よくわかる入管法第４版』（有斐閣、2017年）85頁以下の分類を参考としている。

[4] 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４版）』（日本加除出版、2012年）138頁。

[5] 山脇康嗣『詳説 入管法と外国人労務管理･監査の実務 第３版』（新日本法規、2022年）552頁。

人であり、婚姻は法的に有効に成立している必要があり、内縁の配偶者は、配偶者とはされず[6]、パートナーである配偶者と離婚、死別した者は対象とされない。法的に有効な婚姻をしていても、「同居し、互いに協力し、扶助しあって社会通念上の夫婦の共同生活を営むという婚姻の実体」が必要とされる[7]。

また、「家族滞在」は原則として、その扶養者である配偶者が日本に在留する間に限って、日本に在留することが認められる在留資格である[8]。

よって、異性カップルの場合、婚姻が法的に有効であれば、在留資格「家族滞在」が認められ得る。

⑶ 在留資格「外交」「公用」

入管法別表第一は、「日本国政府が接受する外国政府の外交使節団若しくは領事機関の構成員、条約若しくは国際慣行により外交使節と同様の特権及び免除を受ける者又はこれらの者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動」として在留資格「外交」を設けている。

また同表において、「日本国政府の承認した外国政府若しくは国際機関の公務に従事する者又はその者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動」として「公用」の在留資格を設けている。

よって、異性パートナーの場合は、「同一の世帯に属する家族の構成員」として認められれば、在留資格「外交」「公用」が認められ得る。

⑷ 在留資格「特定活動」

法務大臣が個々の外国人について特に指定する活動である。該当例としては、外交官等の家事使用人、ワーキング・ホリデー、経済連携協定に基づく外国人看護師・介護福祉士候補者等がある。

特定活動の中には、18号「EPAインドネシア看護師家族」のように家族を対象としたもの、33号「高度専門職外国人の就労する配偶者」、

---

[6] 出入国管理法令研究会編著『入管関係法大全Ⅱ在留資格 立法経緯・判例・実務運用（第２版）』（日本加除出版、2021年）281頁。

[7] 山脇・前掲注５）553頁。

[8] 坂中英徳、齋藤利男・前掲注４）140頁。

のように配偶者等を対象としたものがある。

これらの活動に該当する場合、異性パートナーには、在留資格が認められる余地がある。

6.1.2　日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル

6.1.2.1　在留資格における異性パートナー

⑴　在留資格「日本人の配偶者等」

入管法別表２は、日本人の配偶者等を「日本人の配偶者若しくは特別養子又は日本人の子として出生した者」と定義している。日本人の配偶者等の在留資格が定められている理由は、「配偶者である日本人との婚姻生活を本邦において営むために在留する外国人を受け入れるため」とされている[9]。

在留資格「日本人の配偶者等」中の日本人の配偶者に該当するためには、現に日本人と婚姻している必要がある。よって、たとえ日本人と婚姻したとしても、その後当該日本人と離婚したり、死別したりした場合は、日本人の配偶者等には含まれないとされている[10]。また、婚姻は、法的に有効に成立していることが必要であり、内縁の配偶者は日本人の配偶者には含まれないとされる[11]。また、「在留資格を設けた趣旨・目的からすると、ここにいう『日本人の配偶者』は、日本人と法律上婚姻関係にある外国人であって、夫婦としての同居・協力・扶助の活動を行って本邦に在留するものに限られる。その意味では、入管法上の『日本人の配偶者』の意義は、夫婦の身分関係・財産関係など私法関係を規律する民法上の配偶者の概念と必ずしも一致するものではない。」とされている[12]。さらに、最高裁平成14年10月17日判決（以下、最高裁平成14年判決とする）により[13]、婚姻が法的に有効に成立していることに加え、社会通念上の夫婦の共同生活を営んでいる婚姻の実体を伴った日本人の

---

[9] 出入国管理法令研究会編著・前掲注７）364頁。

[10] 同書365頁。

[11] 同上。

[12] 坂中英徳、齋藤利男・前掲注４）160頁。

[13] 最判平成14年10月17日民集56巻８号1823頁。

配偶者としての活動も要求されるとされる。また、最高裁平成14年判決は、在留資格「日本人の配偶者等」の意義について、「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。」としている。

⑵ 在留資格「定住者」

「定住者」の在留資格は、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とされる[14]。入管法別表２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」のための在留資格とする。

「定住者」には、定住者告示によってあらかじめ定める地位を有する者である告示定住と定住者告示によって定められた地位を有する者としての活動には当たらないが、定住者資格が認められる者である告示外定住に分類される。

定住者告示には、第三国定住による難民の受け入れ対象者や日系人に係る地位等が定められている。

異性パートナーの場合、定住者告示５号により、「日本人の配偶者等の在留資格をもって在留する者で日本人の子として出生したものの配偶者」、「日本人の子として出生した者の実子であって素行が善良であるものの配偶者」として在留資格が認めれられる余地がある。

6.1.2.2 入管実務における「日本人の配偶者」

⑴ 「入国・在留審査要領」

入管が策定した入国・在留の審査基準となる「入国・在留審査要領」（以下、審査要領とする）によると、法律上の婚姻関係の成立に加え、社会通念上の夫婦の共同生活を営むという婚姻の実体が伴っていることを要するとされている。そして、「社会通念上の夫婦の共同生活を営むといえるためには、合理的な理由がない限り、同居して生活しているこ

[14] 山脇・前掲注５）622頁。

とを要する。」とされている[15]。審査時には、当該婚姻が実体を伴うものであるか否かを判断するための提出資料として、①戸籍謄本、②住民票、③納税証明書、④身元保証書などの提出が求められる。ほかに、「配偶者の在職事実、配偶者の前妻又は前夫の住所、ガス・電気等の光熱費の契約状況及び使用量、携帯電話、固定電話の契約状況等について実態調査が行われる」こともあるようである[16]。

⑵ 「在留特別許可のガイドライン」における「日本人の配偶者等」[17]

「在留特別許可のガイドライン」は、第３次出入国管理基本計画（平成17年３月）により、「在留特別許可の透明性を高める」ことを目的として策定され、平成21年に改訂された（以下、平成21年ガイドラインとする）。

さらに、令和６年３月に、第211回通常国会において成立した出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律（令和５年法律第56号。以下、改正法とする。）及び参議院における改正法に対する附帯決議を踏まえ、同ガイドラインの見直しが行なわれ、改定された（以下、令和６年ガイドラインとする）。なお、令和６年ガイドラインは、令和６年６月15日までに施行される改正法と同時に運用が開始されることとなっている。

また、改正法では、在留特別許可の申請手続が創設され、改正前の入管法第50条では明示されていなかった在留特別許可の判断に当たっての考慮事情が法律上明示されることとなった。さらに、改正法50条では、法務大臣が在留特別許可をするかどうかの判断に当たっては、「家族関係」を考慮するとされている[18]。

---

[15] 入国・在留審査要領28－１.

[16] 山脇・前掲注５）456頁。

[17] https://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf（最終アクセス2024年２月25日）。

[18] 出入国管理及び難民認定法

第五十条　法務大臣は、外国人が退去強制対象者に該当する場合であつても、次の各号のいずれかに該当するときは、当該外国人からの申請により又は職権

①　平成21年ガイドライン

入管は、平成21年ガイドラインにおいて、「在留特別許可の許否の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行う」とし、その際、考慮する事項及び在留特別許可方向で検討する例、退去方向で検討する例を公表している[19]。

考慮する事項は、積極要素と消極要素に大別される。さらに、これらの要素を、特に考慮する要素とその他の要素として区別している。同ガイドラインでは、日本人と法的に婚姻が成立していることが特に考慮す

で、法務省令で定めるところにより、当該外国人の在留を特別に許可することができる。ただし、当該外国人が無期若しくは一年を超える拘禁刑に処せられた者（刑の全部の執行猶予の言渡しを受けた者及び刑の一部の執行猶予の言渡しを受けた者であつてその刑のうち執行が猶予されなかつた部分の期間が一年以下のものを除く。）又は第二十四条第三号の二、第三号の三若しくは第四号ハ若しくはオからヨまでのいずれかに該当する者である場合は、本邦への在留を許可しないことが人道上の配慮に欠けると認められる特別の事情があると認めるときに限る。

一　永住許可を受けているとき。

二　かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき。

三　人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき。

四　第六十一条の二第一項に規定する難民の認定又は同条第二項に規定する補完的保護対象者の認定を受けているとき。

五　その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき。

２ ～ ４（略）

５　法務大臣は、在留特別許可をするかどうかの判断に当たつては、当該外国人について、在留を希望する理由、家族関係、素行、本邦に入国することとなつた経緯、本邦に在留している期間、その間の法的地位、退去強制の理由となつた事実及び人道上の配慮の必要性を考慮するほか、内外の諸情勢及び本邦における不法滞在者に与える影響その他の事情を考慮するものとする（下線筆者）。

[19] 法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン」（平成21年７月改訂）第１。

る積極要素とされている[20]。

考慮する要素と在留特別許可の許否判断の関連については、「上記の積極要素及び消極要素として掲げている各事項について、それぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討することとなる。したがって、単に、積極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の方向で検討されるというものではなく、また、逆に、消極要素が一つ存在するから一切在留特別許可が検討されないというものでもない。」とした上で、在留特別許可方向で検討する例として、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻し、他の法令違反がないなど在留の状況に特段の問題がないと認められること」があげられている[21]。

②　令和６年ガイドラインについて

同ガイドラインでは、「家族関係は、在留特別許可をするかどうかの判断において、重要な要素となり得るものであり、中でも、家族とともに生活をするという子の利益の保護の必要性は、積極要素として考慮されます。」とされ、特に考慮する積極要素として、「家族関係」に加え、「『素行』として分類される当該外国人やその家族と、日本人や地域社会との結び付き」が挙げられている[22]。

同ガイドラインでは、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と法的に婚姻している場合（退去強制を免れるために、婚姻を偽装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、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おり、かつ、夫婦の間に子がい

---

[20] 法務省入国管理局・前掲注18）第１、１、⑶では、「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」とされている。

[21] 法務省入国管理局・前掲注18）第２。

[22] https://www.moj.go.jp/isa/deportation/resources/08_00035.html（最終アクセス2024年３月14日）。

るなど婚姻が安定かつ成熟していること」及び「当該外国人が、入管法別表第二に掲げる在留資格で在留している者と法的に婚姻している場合（退去強制を免れるために、婚姻を偽装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、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おり、かつ、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」が家族関係において特に考慮する積極要素とされている。

③　小括

以上のように、平成21年ガイドライン及び令和６年ガイドラインにおいては、日本人と法的に婚姻していることが積極要素として考慮されており、日本人との婚姻に対する一定の配慮が見られる。この配慮は、平成21年ガイドライン及び令和６年ガイドラインにおいて変わることがないことから、日本人との婚姻に対する一定の配慮は、実務上定着していると言ってよいと思われる。

⑶　「在留特別許可された事例」における「日本人の配偶者等」

前述したガイドラインに加えて、入管は、在留特別許可をした事例とされなかった事例を公表している。「配偶者が日本人である場合」で不許可とされた事例としては、同居・婚姻の実態に疑義がもたれたもの、入管法違反以外（例 覚醒剤取締法違反等）の違反歴がある者などがあるようである[23]。

⑷　在留特別許可が認められ得る類型における異性パートナー

「これまで蓄積された実務運用や法務省入国管理局による在留特別許

[23] 法務省入国管理局「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」（令和３年）chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.moj.go.jp/isa/content/001373299.pdf（最終アクセス2024年２月25日）

法務省入国管理局「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」（令和４年）

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.moj.go.jp/isa/content/001407772.pdf（最終アクセス2024年２月25日）。

可に係るガイドラインから、在留特別許可が認めれる場合について、ある程度､分析して類型化すること」が可能とされる[24]。現在の実務運用上、在留特別許可が認められる可能性がある程度高類型」は７つあるとされ、このうちの一つとして、「日本人、特別永住者、『永住者』、『定住者』と法的に婚姻が成立しており、婚姻信憑性の立証が十分になされている場合」が挙げられているが、この類型に該当したとしても、「総合判断で消極要素が積極要素を上回るときには在留特別許可が認められ」ないことから､この類型に該当することは､「在留特別許可が認められるための、いわば『最低条件』的なものとして認識しておくべき」とされていることに注意が必要である[25]。

6.1.3　小括

入管法に定められた在留資格を検討した結果、異性カップルを対象とした在留資格が設けられており、異性カップルはカップルとして共に日本国内で暮らすことが一定程度保障されていることが明らかとなった。

「審査要領」､「在留特別許可のガイドライン」､「在留特別許可された事例」を検討した結果、入管実務においても、異性カップルはカップルとして共に日本国内で暮らすことが一定程度保障されていることが明らかとなった。

以上の検討結果から、入管法及び入管実務においては、異性カップルの関係が一定程度保障されいるということが言える。

6.2.　入管法等における同性カップル

6.2.1　外国籍を有する者同士の同性カップル

⑴　在留資格「特定活動」

在留資格「特定活動」とは、入管法別表１の５により、入管法別表第１の１から４までの表に掲げる活動以外の活動を行おうとする外国人を受け入れるために設けられたものである[26]。

---

[24] 山脇・前掲注５）798頁。

[25] 同上。

[26] 山脇・前掲注５）654頁。

通知平成25年10月18日管在5357号[27]（以下、平成25年通知とする）により、「人道的観点から、外国人同士の同性婚については、当該外国人当事者の各本国において有効に成立している場合は、本体者に在留資格があれば、その同性配偶者に告示外特定活動としての「特定活動」への在留資格変更が許可する」とされていることから、対象者の本国において有効に同性婚が成立しているカップルに対しては、特定活動として在留資格が認められることとなっている。但し、特定活動の在留資格が認められるためには、両当事者の本国において同性婚が認められている必要があり、片方の当事者の本国においてのみ、同性婚が認められている場合には、適用されない。また、当事者の本国において、同性婚が認められておらず、同性パートナーシップのみが認められている場合は、対象外となる。

なお、同性パートナーシップについては、平成31年度・令和元年度国家戦略特区ワーキンググループにおいて、同性パートナーの在留に係る特例の創設について、議論がなされている[28]。

---

[27] 法務省管在第5357号　平成25年10月18日　地方入国管理局長殿　地方入国管理局支局長殿　法務省入管管理局 入国在留課長石岡邦章　同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について（通知）「在留資格『家族滞在』、『永住者の配偶者等』等にいう『配偶者』は、我が国の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り、外国で有効に成立した婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれないところ、本年５月にフランスで『同性婚法』が施行されるなど近時の諸外国における同性婚に係る法整備の実情等を踏まえ、また、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、今般、同性婚による配偶者については、原則として、在留資格『特定活動』により、入国・在留を認めることにしました。ついては、本国で有効に成立している同性婚の配偶者から、本邦において、その配偶者との同居及び扶養を受 けて在留することを希望して『特定活動』の在留資格への変更許可申請がなさられた場合は、専決により処分することなく、人道的観点から配慮すべき事情があるとして、意見を付して本省あて請訓願います。なお、管下出張所長へは、貴職から通知願います。」

[28] https://www.chisou.go.jp/tiiki/kokusentoc_wg/h30/teian/190121_gijiyoushi_t_01.pdf（最終アクセス2024年２月25日）。

関係省庁によるヒアリングの場で配布された資料によると、同特例の創設については、2017年６月22日、国際金融都市・東京の実現に向けた外資系金融機関CEO等との意見交換会にて、外資系金融機関CEOの「多様な外国人材を活用するためには、同性パートナーにも異性パートナーと同様に在留を取扱うことにより、アジアの他の金融都市にない強みとして、東京へ高度金融人材の流入を促す」との発言が発端となったものであるとされている。

平成29年９月５日、第31回国家戦略特別区域諮問会議での東京都知事提案では、高度外国人人材の受入促進による金融系外国企業等の進出の加速化」「ダイバーシティ実現の観点から、同性パートナーの在留に係る特例が必要とされた。特例の例として、「入国・在留審査上、パートナーシップ制度に基づく登録を行った同性パートナーについて、同性婚の配偶者と同様の扱いとすること」をあげ、同性婚の配偶者についても、現在の通知によるものではなく、告示で明確に規定することが望ましい。」としている。

外国籍を有する者同士の同性カップルに対する保障が拡充される点については、意義のある提案であるが、日本国籍を有する者と外国籍を有する者からなる同性カップルは、対象とされていない点に問題がある提案と言えよう。

⑵　在留資格「外交」または「公用」

入管実務では、「同性婚配偶者が、本国において『同一の世帯に属する家族の構成員（法別表１の１の表の『外交』及び『公用』の各下欄）として認められてれば、在留資格該当性を肯定され、『外交』又は『公用』の在留資格が付与』されるとされている[29]。

⑶　在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」における配偶者は、法的に有効に婚姻が成立している必要があり、同性カップルには適用されない。しかし、在留資格「家族滞在」における子には、嫡出子のほか、養子（普通養子及び特別

[29] 山脇・前掲注19）586頁。

養子）及び認知された非嫡出子も含まれるとされる[30]。さらに、６歳以上の年齢の養子も含まれるとされる[31]。同性のカップルは、法的にカップルとして認められないことにより生じるデメリットを減じさせることを目的に、養子縁組をすることがある[32]。よって、養子縁組が有効であると解されれば、家族滞在が認められる余地もあると言えよう。

6.2.2　日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップル

⑴　在留資格「日本人の配偶者等」

入管が策定した「『入国・在留資格審査要領』によると、『配偶者』には、『外国で有効に成立した同性婚による者』は含まれないとされている[33]。よって、日本国籍を有する者と外国籍を有する者が、国外で法的に有効な同性婚をしていたとしても、同性パートナーには、日本人の配偶者等の在留資格は認められない。

⑵　在留資格「特定活動」

平成25年通知の対象は、外国籍を有する者同士の間で同性婚が成立している場合に限定されており、日本国籍を有する者と外国籍を有する者との同性カップルはその対象とされていないとされている。よって、日本国籍を有する者と外国籍を有する者が、国外で法的に有効な同性婚をしていたとしても、同通知の射程外となり、特定活動は許可されないと解されている[34]。

---

[30] 前掲・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４版）』140頁。

[31] 山脇・前掲注５）554頁。

[32] 同性カップルの養子縁組については、杉浦郁子・野宮亜紀・大江千束『プロブレムＱ＆Ａ パートナーシップ・生活と制度【増補改訂版】』（緑風出版、2016年）171頁以下。

[33] LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著『セクシャル・マイノリティ Q & A』（弘文堂、2016年）171頁。

[34] 山脇・前掲注５）564頁。

⑶　在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」の配偶者には、前述したとおり同性パートナーは該当しないとされる。しかし、在留資格「家族滞在」における子には、６歳以上の年齢の養子（普通養子及び特別養子）も含まれる。よって、養子縁組をした同性のカップルに家族滞在が認められる余地もあると言えよう。但し、日本国籍を有する者同士の養子縁組よりも時間、費用等の当事者の負担は重いものとなることやそもそも国際養子縁組が成立し得るのかなど問題点は多い[35]。

⑷　在留資格上には現われない同性カップルの存在

上記で検討したとおり、入管法の在留資格には、同性カップルを対象としたものは、存在しないのが現状である。しかし、問題の所在で指摘したとおり、国内で共に暮らす日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルは、確かに存在している。それでは、日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルはどのような在留資格により在留し、どのような困難に直面しているであろうか。

当事者らの証言によると、「多くの同性カップルの外国人パートナーは、『留学』『技術』『短期滞在』などといった在留資格で入国」しており、「パートナーの『就労』や『留学』の在留期間の延長ができず、困難な状況に直面したり、しかたなく別れて」しまうこともあるとのことである[36]。同種の困難は、同性婚の法制化を進めることを目的とする同性婚人権救済弁護団が、2015年に日弁連に対し行った人権救済申立書でも述べられている[37]。また、LGBT法連合会が作成するLGBT困難リストに

---

[35] LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著・前掲注33）181頁。

[36] 同性婚人権救済弁護団編『同性婚だれもが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）124 ～ 126頁。

[37] http://douseikon.net/?p=537（最終アクセス2024年２月25日）。

以下、申立書中の該当箇所を抜粋する。

「私にとって一番大きな問題は外国人のパートナーの日本での滞在許可の問題です。私はフランスで暮らしているときに今のパートナーと知り合い、PACSをしました。そのお蔭で私はフランスでの滞在許可を延長することができました。私が日本に帰国するときに私のパートナーも私と生活をするため日本に来

も、「日本人と同性パートナー関係にある外国人が、『日本人の配偶者等』の在留資格を得ることができなかった」との記述がある[38]。さらに、2019年２月14日に一斉提訴された結婚の自由をすべての人に訴訟の原告の中には、日本国籍の女性と外国籍の女性の同性カップルがおり、在留資格取得の困難についても語っている[39]。これらの事実から同性パートナーが在留資格を取得出来ない又在留資格が更新されない為に、本邦でともに暮らしたいと願っても、それが叶わない状況に置かれていることが分かる。

この様に、同性パートナーは、在留資格「就労」等により、本邦に在留している者が多い。しかし、在留資格「就労」等による在留は、経済情勢や病気等の健康上の理由により就労が出来なくなり、在留資格の延長ができなくなる恐れと常に隣り合わせである。この在留資格の不安定さは、同性パートナーとの安定的な生活を送ることの障壁となっている[40]。

ることになりましたが、同性婚、PACS さえない日本では本人が日本で仕事を見つけて就労先からビザを申請してもらうしか日本での滞在許可を得る方法はありませんでした。日本への移住を決めたときから仕事を探しましたが、日本語が話せない私のパートナーにすぐに仕事が見つかるはずもなく、仕方なく日本に観光ビザで入国しました。ビザも仕事もない状態で本当に先行きのわからぬまま不安な日々でしたが本当に幸運なことに仕事がすぐにみつかり就労ビザを得て滞在許可を得ることができました。あの時仕事が見つからなかったら私のパートナーはすぐにフランスに帰らなければならなくなり、今私たち二人はどのようになっていたか、今となっては知る由もありません。今現在でもパートナーが仕事を失えば日本に在留することはできなくなるという状況です」。

[38] http://lgbtetc.jp/#sec_solution（最終アクセス2024年２月25日）。

LGBT 法連合会とは、性的指向および性自認等により困難を抱えている当事者等に対する法整備のための全国連合会の略称である。同連合会は、性的指向および性自認等により困難を抱えている当事者等に対する法整備を目的としたNPO 法人等の集まりである。

[39] https://www.bbc.com/japanese/47223423（最終アクセス2024年２月25日）。

[40] 現在係争中の結婚の自由をすべての人に訴訟の東京地裁の原告も、日本国内で暮らす際に、在留資格の不安定さから生じる問題を語っている。

6.2.3　小括　入管法における同性カップル

入管法等における異性カップル及び同性カップルについて、在留資格を中心とした検討を行った。その結果、以下の点が明らかとなった。

日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル及び外国籍同士の異性カップルは、カップルであることにより認められる各種在留資格が設けられていることが判明した。

一方、同性カップルについては、外国籍同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格が不十分ながら設けられているものの、日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格は存在しないのが現状であることが判明した。

以上の検討結果から、入管法において同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなった。

6.3　入管法判例等における異性カップル

6.3.1　国内判例における在留資格「日本人の配偶者等」を検討する意義

異性パートナーの在留資格が争点となる事案は、大別すると、①「日本人の配偶者等」の在留資格を有していたが、離婚や別居等のより、同資格の要件を満たさなくなった者に対する退去強制が争点となった事案、②在留資格「日本人の配偶者等」を有していないものの、日本人と内縁関係等により親密な関係を形成していた者に対する退去強制事例、に分類することができる。

以下では、前記①及び②の事例を中心に検討する。

前記①を検討するのは、入管法判例等における「婚姻」の意義を確認する為である。入管法判例等における「婚姻」の意義を明らかにすることにより、入管法判例等における異性カップルと同性カップルの異同が明らかとなるはずである。両者の異同を明らかにすることにより、入管法判例等における異性カップルと同性カップルの取り扱いの別異が正当なものであるか否かも明らかとなるはずである。また、入管法判例等における「婚姻」の意義を確認することで、同性カップルの関係がその「婚姻」に含まれないとされているのかが妥当であるのかという点も明らかとなるはずである。

前記②を検討するのは、内縁状態にある異性カップルと同性カップルが置かれた状況に類似性があるからである。現行制度上、同性カップルが婚姻届けを提出したとしても、不受理となり、婚姻は有効に成立しない。内縁状態にある異性カップルも各種の事情により、婚姻をしていない。両者は、婚姻の実態はあるものの、法律上の婚姻をしていないことから、「日本人の配偶者等」の在留資格を得ることが出来ないという点において類似している。よって、内縁状態にある異性カップルの事例を検討することには、意義があると言える。

しかし、両者には相違点も存在することには注意を要する。つまり、同性カップルは、そもそも婚姻制度上、同性婚が法制化されていないため法律婚することが出来ないが､内縁状態にある異性カップルの場合は、婚姻制度を利用することが出来るものの、各種の事情により、法律婚をしていないという大きな違いがある。この相違点から、両者を純粋に同じものとして比較することは出来ないが、類似の状況にある内縁関係の異性パートナーに与えられる在留資格を同性パートナーにも与えるべきではないかと主張することは可能であると思われる。よって、以下で、内縁関係にある異性パートナーの在留資格が争点となった事案を検討することは、一定程度の意義があると言える。

6.3.2　最高裁平成14年10月17日判決

⑴　最高裁平成14年10月17日判決が出されるまで

最高裁平成14年10月17日判決（以下、最高裁平成14年判決とする）が出されるまで、「日本人の配偶者」の該当要件については、下級審及び学説において、①法律上有効な婚姻関係にあること（婚姻の要件）だけでは足りず、さらに当該外国人が本邦において行おうとする活動が配偶者としての身分に基づく活動に該当すること（活動要件）を要するとの見解（活動要件必要説）と②婚姻関係が法律上有効に成立していれば足りるとする見解（活動要件不要説）、とする二説の対立があった[41]。しかし、後述のとおり、最高裁は、平成14年判決において、活動要件必要説を採用し、以後、判例及び実務においても、本説が踏襲されている。

[41] 法曹時報57巻１号215-218頁。

⑵　最高裁平成14年10月17日判決[42]

①　事案の概要

原告は、タイ王国の国籍を有した女性であり、昭和63年２月、同国において日本人男性であるAと婚姻し、平成元年４月、「日本人の配偶者又は子」の在留資格（後の「日本人の配偶者等」の在留資格）で本邦に上陸した。

原告は、その後、数回にわたり、「日本人の配偶者等」の在留資格による在留期間の更新許可を受けていたが、同６年４月、法務大臣に対し、在留期間の更新申請をしたところ、原告とAとが同２年８月以降別居状態にあったことなどから、入管法21条３項所定の在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由がないとして、不許可とした。

原告は、同年７月、Aとの婚姻関係が継続していることを理由として、改めて在留資格を「日本人の配偶者等」に変更する旨の在留資格変更申請をしたが、法務大臣は、入管法20条３項所定の在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由がないとして、これを不許可とする本件処分をした。本件は、原告が本件処分の取消しを求めるものである。

②　判旨

「外国人が「日本人の配偶者」の身分を有する者として別表第二所定の『日本人の配偶者等』の在留資格をもって本邦に在留するためには、単にその日本人配偶者との間に法律上有効な婚姻関係にあるだけでは足りず、当該外国人が本邦において行おうとする活動が日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当することを要する（下線筆者）ものと解するのが相当」である。

「日本人の配偶者の身分を有する者としての活動を行おうとする外国人が『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（下線筆者）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。ところで、婚姻関係が法律上存続している場合であっても、夫婦の一方又は双方が

[42] 民集56巻８号1823頁。

既に上記の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活（下線筆者）の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至ったときは、当該婚姻はもはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきである（最高裁昭和61年（オ）第260号同62年９月２日大法廷判決・民集41巻６号1423頁参照）（下線筆者）」

⑶　最高裁平成14年判決以降の裁判例

最高裁平成14年判決以降の裁判例においても、活動要件必要説が採用されているが、画一的に法律婚の有無により判断するのではなく、内縁関係についても、在留特別許可の判断に当たって考慮されるべき重要な要素とする裁判例や同居を絶対的な要件としない裁判例[43]も出現しており、変化が見られる。

裁決時点では、日本人との間に法的な婚姻関係が成立していなかったものの、婚姻の本質に適合する本質を備えた内縁関係にあった者に対し、配偶者と同様の保護に値するとし、在留特別許可を認めなかった裁決を取り消した裁判例としては、東京地裁平成16年９月17日判決[44]、東京地

[43] 京都地判平成27年11月６日判時2301号27頁。

本件は、中国国籍を有し「特定活動」の在留資格で在留していた原告女性が「日本人の配偶者等」への変更申請をしたところ、日本人との婚姻関係の実体はないとして不許可処分を受け、入管法49条１項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受けた後、退去強制処分を受けたため、それらの取消しを求めた事案である。

同居について本件では、「我が国においても、婚姻概念が多様化している今日、『同居』のみを特別扱いするのは相当ではなく、同居の有無も、婚姻関係に実体があるか否かを判断する一要素にすぎないと考えられる。」

「夫婦としての共同生活の実体を判断する上で、同居の有無が一つの考慮事情となるとしても、夫婦によって種々の事情があることからすれば、完全に同居をしていなかったことをもって直ちに婚姻が社会生活上の実質的基礎を失っているとは判断できない。」とされた。

[44] 判例時報1892号17頁。中国国籍の女性に対して在留特別許可を付与しなかった入管局長の裁決について、日本人男性との婚姻の可能性等を適正に認定していれば在留特別許可を付与した可能性があり、入管局長の判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとして、裁量

裁平成19年６月14日判決[45]とその控訴審である東京高裁平成19年11月21日判決[46]、後述する東京地裁平成20年２月29日判決、東京地裁平成21年10月30日判決[47]、東京地裁平成27年11月10日判決[48]、後述する名古屋高裁

権の逸脱又は濫用に当たるとされた事例である。

[45] ウェストロージャパン文献番号2007WLJPCA06148006。

日本人女性と共同生活を営んでいるミャンマー国籍の男性が在留期限を超えて滞在を続けていたところ、退去強制手続において不法残留の容疑者であると認定されたことに対する異議に理由がない旨の裁決を受け、さらに退去強制令書の発付処分がされたため、在留特別許可を与えないでした裁決及び処分は裁量権を著しく逸脱したものであるとしてそれらの取消しを求めた事案において、原告らには内縁関係といえる真摯な共同生活が認められるから、出入国管理及び難民認定法上の保護対象となり得るものであり、原告の在留特別許可を付与しなかった裁決及びこれを前提としてされた処分には裁量権の逸脱又は濫用というべき違法があるとして、請求を認容した事例である。

[46] 判例集未登載である。概要については、山下幸夫「内縁関係にある外国人に在留特別許可を付与しない判断の裁量権の逸脱・濫用性 ミャンマー人男性による退去強制令書発付処分等取消請求事件」国際人権19号163頁（2008年）を参照。なお、本件は、最高裁平成21年９月15日の上告不受理決定により確定している。

[47] ウェストロージャパン文献番号2009WLJPCA10308005。

イラン国籍を有する原告が、不法残留に該当する旨の認定を受け、次いで同認定に誤りがない旨の判定を受け、さらにこれに関する異議申出にも理由がない旨の裁決を受けた後、東京入管主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けた。上記の裁決及び発付処分の各取消しを求めた事案である。原告には不法残留及び不法就労の期間が長いなどの事情も認められるが、他方、長期間平穏で安定した社会生活を送っており、日本人とも良好な人間関係を築いているなどの事情があることに照らせば、本邦への強い定着性が認められるなどと判示し、在留特別許可をしないでされた上記裁決は社会通念上著しく妥当性を欠き、上記処分も裁量権の範囲を逸脱してされたものというべきであるとして、請求が認容された。

[48] ウェストロージャパン文献番号2015WLJPCA11108011。

本件は、フィリピン共和国籍の外国人女性である原告が、入管法所定の退去強制対象者に該当する（退去強制事由は不法残留）との認定に係る異議の申出には理由がない旨の裁決及び退去強制令書を発付する処分を受けたのに対し、原告には日本国籍を有する内縁の夫がいて原告の介助を必要としているなどの

平成28年３月２日判決、名古屋高裁平成28年３月16日判決[49]、名古屋高裁平成28年11月30日判決[50]、名古屋高裁平成29年４月20日判決[51]などがあ

事情があるにもかかわらず、その在留を特別に許可しなかった上記裁決及びこれを前提とする上記処分はいずれも違法であると主張して、その取消しを求めた事例である。

[49] ウェストロージャパン文献番号2016WLJPCA03169006。

中国国籍の女性に対する退去強制令書発付処分等の取消請求事件において、同人の入管法49条１項に基づく異議申出に理由がないとした入管局長の裁決は、同人の実母が中国残留邦人として永住帰国援護の対象とされ、同人も、法令上、日本国籍の取得、永住帰国及び在留資格の取得ができる立場にあったという重大事項が存在していたにもかかわらず、最低限の調査も行わずにこれを無視又は軽視し、また、日本人男性との間に成熟かつ安定した実質的な夫婦関係が形成されていたことや、同人を中国へ帰国させることによる同夫婦の不利益を無視又は軽視する一方で、動機に酌量の余地があり同種事案の中でも重大とはいえない売春行為等を殊更強く問題視することによりなされたものであって、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるから、裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、また、上記裁決を前提とした入管主任審査官の退去強制令書発付処分も違法であるとして、これらを取り消した事例である。

[50] ウェストロージャパン文献番号2016WLJPCA11309015

ブラジル国籍の外国人男性に対する退去強制令書発付処分等の取消請求事件において、当人の入管法49条１項に基づく異議申出に理由がないとした入管局長の裁決は、当人と本邦に永住権を有する外国人女性（日本国籍の義父がいるフィリピン国籍の女性）との間における法律上の婚姻を予定した安定的かつ継続的な内縁関係の実態を十分に調査せず、内妻と共に３人の子を監護養育している当人をブラジルへ帰国させれば一家離散、母子離別を招きかねない事態となる不利益を無視又は軽視する一方で、当人が偶々犯した当て逃げの交通事犯が初犯で結果も重大とはいえず犯情に酌むべき点が多々あるにもかかわらず、当人に不利な情状のみを殊更重大視することによりなされたものであって、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるといえるから、裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、また、上記裁決を前提とした入管主任審査官の退去強制令書発付処分も違法であるとして、これら裁決及び処分を取り消した事例である。

[51] ウェストロージャパン文献番号2017WLJPCA04206001

る。

①　東京地裁平成20年２月29日判決[52]

（事案の概要）

本件は、ガーナ共和国国籍を有する男性である原告が、本邦に不法残留したことに基づく退去強制手続において、法務大臣の権限の委任を受けた東京入国管理局長から、入管法49条１項に基づく異議の申出が理由がない旨の裁決を受け、東京入管主任審査官から退去強制令書発付処分を受けたことについて、上記裁決及びこれに伴ってされた在留特別許可をしない決定には、原告が日本人女性と内縁関係にあることなどの事情を看過して裁量権を逸脱、濫用した違法があり、上記裁決を前提とする退去強制令書発付処分も違法であると主張し、これら各処分の取消しを求めるとともに、在留特別許可の義務付けを求めた事案である。

（判旨）

「日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法二四条）に関わる事柄（下線筆者）であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するもの（下線筆者）であることはいうまでもない。そして、憲法二四条一項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず（下線筆者）、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事

不法在留をしたフィリピン国籍を有する外国人男性に対し、法務大臣から権限の委任を受けた入国管理局長がした出入国管理及び難民認定法49条１項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決及び入国管理局主任審査官がした退去強制令書発付処分につき、控訴人と永住者であるフィリピン人女性とが内縁関係にあったにもかかわらず、その実態を十分に把握せず、又は同関係及び上記処分による控訴人ら家族の不利益を軽視する一方で、控訴人にとって不利な情状のみを殊更重視し、その時期も著しく不適切であったとして、裁量権の範囲を逸脱又は濫用したものであり、いわゆる時の裁量をも誤った違法なものであることを認め、同処分を取り消した事例である。

[52] 判時2013号61頁。

情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当（下線筆者）である。」

「両者の関係が、両性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という婚姻の本質（下線筆者）に適合する実質を備えていると認められる場合には、当該外国人に在留特別許可を付与するか否かの判断に当たっても、そのような事実は重要な考慮要素として斟酌されるべき（下線筆者）であり、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない限り、当該外国人に在留特別許可を付与しないとする判断は、重要な事実に誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかな判断として、裁量権の逸脱、濫用となるものと解するのが相当」であるとし、在留特別許可の義務付け請求を認容した。

②　東京地裁平成27年11月10日判決[53]

（事案の概要）

本件は、フィリピン共和国籍の外国人女性である原告が、入管法所定の退去強制対象者に該当する（退去強制事由は不法残留）との認定に係る異議の申出には理由がない旨の裁決及び退去強制令書を発付する処分を受けたのに対し、原告には日本国籍を有する内縁の夫がいて原告の介助を必要としているなどの事情があるにもかかわらず、その在留を特別に許可しなかった上記裁決及びこれを前提とする上記処分はいずれも違法であると主張して、その取消しを求める抗告訴訟（取消訴訟）である。

（判旨）

「入管法は、『日本人の配偶者等』を在留資格として定める一方、法律婚に至らない内縁関係については、これを正面から在留資格として定めていない（２条の２、別表第二参照）。」

「しかしながら、婚姻とは、両性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ことを本質とする特別な身分関係（下線筆者）であるところ、入管法が『日本人の配偶者等』を在

[53] ウェストロージャパン文献番号2015WLJPCA11108011。

留資格として定めている趣旨は、日本人との間で上記のような真摯な婚姻関係を実質的に形成した外国人について、本邦における在留を許すことにより、その婚姻関係を維持せしめ、もって当該外国人及び日本人並びに両名により形成される家族関係を保護しようとした趣旨のもの（下線筆者）であると解される（最高裁平成11年（行ヒ）第46号同14年10月17日第一小法廷判決・民集56巻８号1823頁参照）。」

「そうであるとすれば、外国人が、日本人と上記のような実質を伴った関係（いわゆる内縁関係）を形成していると認められ、かつ、当該外国人と日本人が法律婚の成立に向けて真摯な努力をしていたにもかかわらず、在留特別許可の許否の判断がされる時点では、両名の責に帰することのできない事情により法律婚の関係が成立するには至らなかったなどの特段の事情があるとき（下線筆者）は、相応の保護を受けるべきことがあって然るべきである。」

「したがって、当該外国人につき、上記のような特段の事情がある場合には、その在留特別許可に関する判断に当たり、日本人との内縁関係の存在及びその態様を、重要な積極要素として考慮しなければならないものと解することが相当である。」

認定事実によれば、「原告とEの間に子はいないが，両名は，本件不許可判断時において，真摯な内縁関係を実質的に形成しており，かつ，それが成熟かつ安定したものであったと認めることができる。」

しかし、原告と内縁関係にある日本人男性の間で「法律婚に至っていなかったことが，原告らの責に帰することのできない事情によるものであるということはできない上，原告らが法律婚の成立に向けて真摯な努力をしていたと評価することも困難といわざるを得ない。」

「以上によれば，本件不許可判断において，原告とEとの内縁関係が，原告の在留状況という消極要素を上回るほどの重要な積極要素に当たると評価しなかったことは，社会通念に照らして著しく不合理であるとまではいえない。」

③　名古屋高裁平成28年３月２日判決[54]

（事案の概要）

[54] D1-Law.com 第一法規 法情報総合データベース判例 ID28243421。

本件は、中華人民共和国国籍を有する女性である控訴人が、名古屋入国管理局入国審査官から、入管法24条４号ロ（不法残留）に該当する旨の認定を受けた後、名古屋入管特別審理官から、上記認定に誤りがない旨の判定を受けたため、入管法49条１項に基づき、法務大臣に対して異議の申出をしたところ、法務大臣から権限の委任を受けた名古屋入管局長から、平成26年７月９日付けで控訴人の異議の申出には理由がないとの裁決（以下「本件裁決」という。）を受け、引き続き、名古屋入管主任審査官から、同月14日付けで退去強制令書発付処分（以下「本件処分」という。）を受けたため、本件裁決及び本件処分の各取消しを求めた事案である。

原判決は、控訴人は入管法24条４号ロに該当し、出国命令対象者に該当しない外国人である退去強制対象者（入管法45条１項）に当たると判断した上で、本件裁決に裁量権の範囲の逸脱又は濫用はなく適法であり、これを前提としてされた本件処分も適法であるとして、本件各請求をいずれも棄却したため、控訴人が控訴した。

（判旨）

「確かに控訴人とDとの同居期間や婚姻期間は被控訴人が指摘するとおり長いとはいえない（下線筆者）が、双方の経験、年齢等にも由来する婚姻生活の充実さと真摯さは上記のとおりであって、本件裁決時において既に十分安定かつ成熟したものであった（下線筆者）というべきであり、上記①の点に関して述べた不法残留状態に至る諸事情のほか、再婚禁止期間が100日のみであれば在留期限内に婚姻の届出をすることも可能であったといえること、控訴人とDとの婚姻時期の遅れは、前記認定のとおり、早くから中国の実弟に依頼していた必要書類の送付が遅れるなどしたという事情によることのほか、当時通用していた６か月という不必要に長く違憲の再婚禁止期間もこれに全く影響していなかったとはいい難い面があること等をも考慮すれば、控訴人とDとの婚姻関係が不法残留という違法状態の上に築かれた砂上の楼閣であるかのごとく評価することは著しく相当性を欠き、その継続が法的保護の必要性に乏しいなどと断ずることも相当でない。（下線筆者）」

「控訴人とDは、平成24年11月頃から本件裁決時である平成26年７月９日まで約１年８か月の内縁期間及び婚姻期間（下線筆者）において、控

訴人が身柄を拘束されていた期間を除き、夫婦としての実態を伴う共同生活（下線筆者）を営んでいたことが認められ、控訴人の日本語での日常会話に支障はなく、控訴人はDの関係者や近隣の住人らからも親しまれ、Dとの夫婦関係も周囲の皆から祝福されていることがうかがわれ、本件裁決時における控訴人とDとの夫婦生活は、既に日本の地域社会に深く根付いていたものと認められる。そして、控訴人とDは、その後も現在に至るまで仲睦まじい夫婦生活を継続してきていることが認められ、Dの当審における証言態度やその内容からして、本件裁決時における控訴人及びDの婚姻意思は真摯なものであったと推認でき、このような真摯な婚姻関係は、今後も控訴人が日本に在留できる限りは継続していくであろうことが強く見込まれる。」

「本件裁決は、控訴人の生活実態や不法残留状態に至った経緯を十分に踏まえることなく、むしろその実情に反してまで控訴人の悪性のみを殊更強く問題視する一方で、退去強制手続に踏み切るより以前に控訴人とDとの日本における安定かつ成熟した婚姻関係が成立していたこと（下線筆者）や、控訴人を中国へ帰国させることによる控訴人やDの不利益を無視ないしは著しく軽視することによってなされたものというほかはなく、その判断の基礎となる事実に対する評価において明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことは明らかであるというべきであるから、裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法なものというほかはない。」

④　小括

前記①ないし③の裁判例を検討した結果、以下の点が明らかとなった。第一に、内縁関係であるという一事をもってカップルの関係を保護しないとすることは妥当ではないこと、第二に、当人らの責めに帰すことが出来ない事情により婚姻をすることが出来ず、内縁関係となっている場合は、内縁関係であることを消極要素として捉えるべきではないこと、とされていることが明らかとなった。

以上の検討結果から、当人らの責めに帰すことが出来ない事情により、婚姻をすることが出来ない内縁関係にある異性カップルの関係は、国内裁判例において保護されつつあるということが言える。

⑷　不法残留状態の上に築かれた婚姻に対する評価

実務及び判例は、不法残留中の婚姻について、不法残留状態の継続という違法状態の上に築かれたものとし、通常の婚姻よりも低く評価する傾向にあるとされる[55]。しかし、不法残留中の婚姻であっても、在留特別許可が一切認められないわけではなく、不法残留中の婚姻であったとしても、以下のように保護すべきとする判例もある[56]。

①　東京地裁平成20年２月29日判決[57]

（判旨）

「日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法二四条）に関わる事柄であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するものであることはいうまでもない。そして、憲法二四条一項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当（下線筆者）である。

「不法残留の点は、一定期間を限って本邦への上陸が拒否される事由となるにすぎず（法５条１項９号）、また、不法就労、外国人登録法違反、警察官及び入国審査官らに対する嘘の供述などの点も、それのみで直ちに退去強制事由となるものではないから、これらのことをもって、日本人の事実上の配偶者としての真摯な実体を有する原告に対し、なお在留特別許可を不相当とするような特段の事情とみることはできない。」

②　福岡地裁平成24年１月13日判決[58]

---

[55] 多賀谷一照／髙宅 茂『入管法大全―立法経緯・判例・実務運用―第１部 逐条解説』（日本加除出版株式会社、平成27年）487頁。

[56] ほかにも、東京地裁平成18年６月30日判決判タ1241号57頁、東京高裁平成26年２月26日判決（多賀谷一照『実務裁判例 出入国管理及び難民認定法』（日本加除出版株式会社、平成28年）131頁などがある。

[57] 前掲・判時2013号61頁。事案の概要については、本稿163頁を参照のこと。

[58] ウェストロージャパン文献番号2012WLJPCA01136014。

（事案の概要）

本件は、タンザニア国籍を有する女性とその子どものタンザニア国籍の女子である原告らが、入管法24条４号ロ所定の退去強制事由に該当するとの認定及び判定を受けた上、福岡入国管理局長から、法49条１項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受け（以下「本件各裁決」という。）、さらに、同局長から本件各裁決の通知を受けた福岡入国管理局主任審査官から退去強制令書（以下「本件各退令」という。）の発付処分（以下「本件各退令発付処分」という。）を受けたところ、本件各裁決には裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、本件各裁決を前提とする本件各退令発付処分も違法であるとして、本件各裁決及び本件各退令発付処分の取消しを求めた。

（判旨）

「一般に、個人の人生において、婚姻は最も重要性を有する行為であることも多いのであり、これを破綻させるべきかどうかは、特に慎重に判断しなければならないというべきである。」「日本人の配偶者である外国人に在留資格を付与しない旨の判断は、前記のとおり、その夫婦に対し、極めて重大な影響を及ぼすものであり、単に、不法残留中に築かれた婚姻関係であることをもって、法的保護に値しないものということ」はできない（下線筆者）」

③　検討

前記①は、内縁関係にある異性カップルの関係が争点となった。一方、前記②は、法的に有効な婚姻関係にある異性カップルの関が争点となっている。異性カップルの場合は、その内縁関係及び婚姻関係が不法残留状態の上に築かれたとしても、その関係を保護すべきとする裁判例があることが明らかとなった。

「6.5入管実務における同性カップル」において後述するように、同性パートナーに対して在留特別許可が認められた事例があることから、内縁関係にある異性カップルと同様にその関係が真摯なものであり、内縁関係にあると認められれば、同性パートナーに対しても在留特別許可が認められる可能性があると言える。法律上有効な婚姻が出来ない同性パートナーは、離職等により在留資格を失い不法在留状態になる可能性は、異性カップルと比して高いことから、不法残留状態にある異性カッ

プルの事例と比較検討していくことには意義があると言える。

6.4　入管法裁判例における性的マイノリティ

⑴　性的マイノリティが当事者となったもの

難民認定訴訟において、性的マイノリティが当事者となったものは、東京地裁平成16年年２月25日判決[59]、東京地裁平成24年７月26日判決[60]、東京地裁令和２年８月20日判決[61]などがあるが、いずれも難民としては認定されてこなかった[62]。

しかし、大阪地裁令和５年３月15日判決は、ウガンダ共和国国籍を有する外国人について、レズビアンであることを理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するものであると認められるとして、難民に該当するとした。本判決は、「レズビアンであることを理由として難民該当性を肯定した事例であり，レズビアンであることを理由として難民該当性を肯定した裁判例は公刊物には見当たら」ないと評価されている[63]。

これまで、性的マイノリティであることを理由として難民該当性を認めた裁判例は存在しなかったが、前述した大阪地裁判決のように、難民該当性を認める裁判例が見られるようになり、変化の兆しが見られる。

⑵　同性カップルが当事者となったもの

①　東京地裁平成26年６月25日判決[64]

（事案の概要）

原告は、フィリピンの国籍を有する外国人であるが、出生時の性別は男性であるが性自認は女性のトランスジェンダー（下線筆者）である。原告は、不法入国により、入管法24条１項１号（不法入国）の退去強制

[59] 訟月51巻１号102頁。

[60] ウェストロージャパン文献番号2012WLJPCA07268010。

[61] ウェストロージャパン文献番号2020WLJPCA08208012。

[62] 本稿は、同性カップルの在留問題を中心に論じるため、難民認定訴訟についての検討はしない。

[63] 判タ1514号113頁。

[64] ウエストロージャパン文献番号2014WLJPCA06258022。

事由に該当する退去強制対象者として同法69条の２に基づき法務大臣から権限の委任を受けた東京入国管理局長から同法49条１項に基づく異議の申出は理由がない旨の裁決を受けるとともに、東京入国管理局主任審査官から本件退令発付処分を受けたことにつき、原告は同法24条１号所定の退去強制事由に該当しないから本件裁決及び本件退令発付処分はいずれも違法なものであって無効であり、また、本件裁決は憲法13条、24条、31条及び98条２項、市民的及び政治的権利に関する国際規約並びに国際慣習法に違反するとともに、裁量権の範囲から逸脱し、又はこれを濫用したものであるから違法なものであって無効であるところ、本件裁決を前提とする本件退令発付処分もまた違法なものであって無効であるなどと主張して、本件退令発付処分が無効であることの確認を求めた事案である。

（判旨）

原告は、「有効な旅券を所持しないで、本邦に不法入国した者であり、入管法24条１号が定める退去強制事由に該当する者であって、退去強制対象者に該当し、原則として本邦から当然に退去されるべき法的地位に置かれた者ということができる。」

以下、本件裁決に裁量権の範囲から逸脱し、又はこれを濫用した違法があるか否かを検討する。

「原告については、今回の入国だけでなく、過去２回の入国において、いずれも不法入国をしていること（下線筆者）、再入国の許可に基づく今回の入国の前提となった前回の入国は、退去強制による上陸拒否の規制を潜脱する目的で本件旅券を入手してされたものであることなどからすれば、原告の入国の状況は、我が国の出入国管理制度を軽視すること甚だしく、悪質であるといわざるを得ない。」

「入管法24条４号チが、覚せい剤取締法を含む規制薬物に関する取締法令に違反して有罪の判決を受けた外国人につき、その刑期の長短及び執行猶予の言渡しを受けたか否かに関わらず、本邦からの退去を強制することができるとしているのは、覚せい剤等の規制薬物が、他の犯罪に比べても、社会全般にもたらす害悪が大きいことから、これらの規制薬物から我が国の社会の安全を確保することを目的とするものであると解される。」

「そうすると、原告が覚せい剤取締法違反の罪により、２度にわたり、有罪を言い渡す判決の宣告を受けていること（下線筆者）は」、原告についての在留特別許可の許否の判断に当たり重大な消極要素として考慮されてもやむを得ないというべきである。」

さらに、「不法就労（下線筆者）を行っていたことが認められる。」

「以上によれば、原告については、遵法意識が極めて低く、その入国及び在留の状況は悪質であるというほかない。」

「原告とDはいずれも男性」であり、「フィリピンにおいて同性婚は認められていないし、我が国においても同性婚は認められていないから、両者の婚姻は法律上有効なものとはいえない。」（下線筆者）

「原告とDは、平成元年頃から交際を始め、同年11月頃から同居を開始し、その後原告が一時的にフィリピンに帰国した期間などを除いて、原告が平成23年５月24日に刑事事件２の被疑者として逮捕されるまで、同居し、生計も一にしていたことが認められる（下線筆者）」。しかし、原告とDの関係は、「原告の不法入国及び不法在留という違法状態の上に築かれたもの（下線筆者）であり、「本件各刑事事件のいずれについても、原告はDと共に覚せい剤を所持したり、使用したりしたこと」、「原告が退去強制を受けてフィリピンに送還された後に」パートナーである日本人男性が「フィリピンに渡航して原告に会うことを法的に妨げるような事情が格別見当たらないことからすれば、東京入国管理局長が、原告とDとの関係は、原告について在留特別許可をするか否かを判断する上で特に積極要素としてしんしゃくすべき事情ではないと考えたとしても、そのことをもって、当該判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであったとまでいうことは困難というべきである。」

②　東京地裁令和元年11月22日判決[65]

（事案の概要）

本件は、ボリビアの国籍を有する外国人男性である原告が、入管法24条４号チ（薬物犯）に該当することを理由とする退去強制の手続において、法務大臣の権限の委任を受けた東京入国管理局長から入管法49条１項の規定に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受けるととも

[65] ウェストロージャパン文献番号2019WLJPCA11228005。

に、東京入国管理局主任審査官から退去強制令書発付処分を受けたことにつき、原告が日本人男性と真摯な同性パートナー関係にある（下線筆者）こと等からすれば、本件裁決には裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した等の違法があり、また、本件裁決を前提とする本件退令処分も違法であると主張して、本件裁決及び本件退令処分の取消しを求める事案である。

（判旨）

原告は、覚せい剤所持等の罪で、懲役２年、執行猶予４年の有罪判決（本件有罪判決）を受けた（下線筆者）ことが認められる。

「入管法24条４号チ（薬物犯）は、覚せい剤等の規制薬物は、使用者に害悪をもたらすにとどまらず、社会全般に対して深刻な問題を引き起こすことを踏まえて、これを独立の退去強制事由にしたと解されるところ、上記の事情によれば、原告は、覚せい剤の使用につき常習性・依存性が認められる上、自ら覚せい剤の取引をしたことがあること（下線筆者）にも鑑みれば、原告が反省し、病院で薬物依存の治療を受けたこと（甲64、原告本人）等を踏まえても、覚せい剤の使用・所持及び指定薬物の所持により原告が本件有罪判決を受けたことは、適正な出入国管理の観点からみてもゆゆしい事態であるといわなければならず、そのことを、在留特別許可の判断に当たり重大な消極事情として考慮することが不合理であるとはいえない。」

原告は、平成24年５月20日、日本人男性のパートナーと知り合い、同年６月３日、交際を開始し、同年８月、日本人男性パートナーの住居である渋谷区のマンションで同居を開始（下線筆者）している。生活費は、日本人男性パートナーが負担（下線筆者）するとともに、平成27年５月22日、日本人男性パートナー宅に居住することを指定条件とする保釈許可決定がされている。また、原告と日本人男性パートナーは、渋谷区のパートナーシップ証明の取得のため、両者は愛情と信頼に基づく真摯な関係にあることを確認すること等を定めたパートナーシップ合意契約をし、これを公正証書にしている。

以上の事情によれば、原告と日本人男性パートナーは、「相応に真摯な同性パートナー関係にあったとは認められるものの、法律上の関係ではなく異性間における内縁関係に相当する関係であった上に、交際２か

月で同居を始め、その同居期間も本件裁決時でようやく５年であったこと（下線筆者）からすれば、」覚醒剤取締法違反（下線筆者）のような「重大な消極事情のある原告についての在留特別許可の判断に当たり、」原告と日本人男性パートナーが「同性パートナー関係にあることを格別有利に考慮しないことが不合理であるとはいえない。」

③　東京地裁令和２年10月15日判決[66]

（事案の概要）

原告は、ブラジル国籍を有する外国人男性であるが、性自認は女性のトランスジェンダー（下線筆者）である。原告は、平成９年に在留資格「定住者」、在留期間を１年とする上陸許可を受け、入国し、平成23年に在留期間３年とする更新許可を得た。しかし、平成24年９月３日、覚せい剤取締法違反の被疑事実により、逮捕され、平成24年11月14日、東京地方裁判所において、覚せい剤取締法違反の罪（同年９月１日頃の自宅での覚せい剤の自己使用及び同月３日の自宅での覚せい剤約0.142gの所持）により、懲役１年６月、３年間執行猶予の判決の宣告を受け、同判決は同月29日に確定した（下線筆者）。

原告は、同判決により、（令和元年法律第63号による改正前の）24条４号チに該当する旨の認定及びこれに誤りがない旨の判定を受けたため、同法49条１項に基づく異議の申出をしたところ、法務大臣から権限の委任を受けた東京入国管理局長から上記異議の申出は理由がない旨の裁決を受け、東京入国管理局H支局主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けたことから、本件裁決及び本件退令処分の取消しを求める訴えを提起した。

なお、原告は、本件裁決後の平成28年３月頃から日本人男性と交際を開始し、その後同棲するようになり、日本人男性が稼働して経済面で原告の生活を支え、原告は、料理その他の家事を担ってDの生活を支え、相互の協力関係が安定して継続した関係（下線筆者）にある。よって、原告が退去強制されると日本人男性とのパートナー関係が破壊されることなどから、本件裁決を撤回しないことは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となるとして、東京出入国在留管理局長による本件裁決の撤回の義

[66] ウェストロージャパン文献番号2020WLJPCA10158004。

務付け及び法務大臣による入管法50条１項に基づく在留特別許可の義務付けを求めた事案である。

（判旨）

「在留特別許可を付与しないでした裁決を撤回するか否かの判断は、適法にされた裁決をその後に生じた事情により将来に向かって撤回するものであるから、当該裁決を撤回しないことが法務大臣等に与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと評価されるのは、裁決後に在留特別許可を付与しない判断を見直すべき顕著な事情が生じたことにより、当該判断を維持することが社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとなるに至った場合に限られるものというべきである。」

「原告に在留特別許可を付与しなかった東京入管局長の判断が裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものといえるか否かを検討する。」

「原告は、覚せい剤の自己使用及び所持の事実により、本件刑事判決を受けている（下線筆者）。さらに、入管法が、覚せい剤等の規制薬物に関する取締法令に違反して有罪の判決を受けた外国人については、執行猶予が付されたか否かにかかわらず、退去強制の対象とし（24条４号チ）、規制薬物の取締りに関する日本国又は外国の法令に違反して刑に処せられたことのある外国人の本邦への上陸を認めない（５条１項５号）こととしている趣旨は、規制薬物が、単に使用者に対して薬物中毒をもたらすにとどまらず、社会全般に対して深刻な問題を引き起こすことを考慮して、上記のような外国人は我が国にとって好ましくない程度が特に強いものとして位置付けることを明らかにしたものであると解される。」

「これらのことからすれば、原告の在留状況は、悪質であるといわざるを得ない。」

「原告は、本件裁決を撤回すべき事情として、日本人男性であるDとの交際や地域社会への定着性を深めていることを主張する。」

原告の同主張を検討するに、「原告は、本件裁決後、日本人男性と交際を開始し、その関係を深めるとともに、地域社会への定着性を深めていることが認められる。そして、その交際関係等が一定程度保護に値するものではあることは、」前述のとおりである（下線筆者）。しかしながら、「原告の在留状況の悪質さを考慮すれば、原告と日本人男性との交際関係が婚姻関係に準ずる程度のものとなっていたとしても、これをもって、

本件裁決後に在留特別許可を付しない判断を見直すべき顕著な事情が生じたということはできない。」

「原告の主張する事情を考慮しても、本件裁決については、裁決後に在留特別許可を付与しないとの判断を見直すべき顕著な事情が生じ、東京入管局長において在留特別許可を付与しないとの判断を維持することが社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に当たるということはできず、東京入管局長が本件裁決を撤回しないことが、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであるということはできない。」

「したがって、本件裁決の撤回の義務付けの訴えは、行政事件訴訟法37条の２第５項の要件を満たさず、理由がない。」

④　東京地裁令和４年９月30日判決[67]

（事案の概要）

米国籍を有する外国人男性である原告Aが、日本国籍を有する男性である原告Bと米国において同性婚（本件婚姻）をした（下線筆者）ことを理由に入管法に基づき「定住者」への在留資格の変更の申請（本件申請１）をしたところ、東京入管局長から平成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（本件不許可処分）を受け、その後、「定住者（又は『特定活動』）」への在留資格の変更の申請（本件申請２）をしたところ、東京入管局長から令和元年８月22日付けで「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）を受けたことから、本件不許可処分が無効であることの確認（本件無効確認の訴え）・及び本件通知の取り消しを求める（本件取消しの訴え）とともに、東京入管局長に対し「定住者」への在留資格の変更の許可の義務付け（本件義務付けの訴え）を求めた。

また、原告らは、被告に対し、本件不許可処分等は東京入管局長が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して行ったものであり、これにより原告らが本邦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などと主張して、国賠法１条１項に基づき慰謝料等の損害賠償各550万円及び遅延損害金の各支払を求めた。

---

[67] 東京地判令和４年９月30日判タ1513号63頁。

（判旨）

「『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、前記説示した入管法において『定住者』の在留資格を設けている趣旨に照らすと、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解するのが相当（下線筆者）である。」

原告Aの定住者の在留資格の該当性については、定住者告示に定める地位のいずれにも該当する者ではないとし、例外的にこれに準ずると認められる人道上の理由及その他の特別の事情があることは認められないとことから、「憲法13条、14条及び国際人権規約違反等の主張について判断するまでもなく、」東京入管局長が、原告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、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した違法があるといえないとした。

しかし、前述した平成25年通知に基づく運用と「特定活動」の在留資格該当性について以下のとおり判示し、原告Aの「特定活動」の在留資格該当性を認めた。

「平成25年通知に基づく運用により、日本人との同性婚の相手方である外国人については、入管法においてこれを理由とする固有の在留資格が存在していないことからすると、外国人同士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になるものである。」とした。

さらに、原告らが主張する同通知による運用が同性愛という性的指向に基づく差別に当たり憲法14条に違反する旨の主張に対しては、「平成25年通知による上記取扱いの違いが、事柄の性質に即応して合理的と認められるか否かについて検討するに、平成25年通知において、本国で有効に成立している外国人同士の同性婚の配偶者について、『特定活動』の在留資格を認めることとした趣旨は、平成25年５月にフランス共和国で「同性婚法が施行されるなどの近時の諸外国における同性婚に係る法

整備の実情等を踏まえるとともに、本国で有効に同性婚が成立している外国人について、その者の配偶者が本国と同様に本邦においても安定的に生活することができるように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というものであって、そのような目的自体は正当である」が、「このような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において有効に同性婚をし、その後当該日本人と本邦において生活している外国人についても、個々の同性婚の実態に鑑みて、その必要性を肯定することができるものである。」

原告らは、原告Aの本国において婚姻をし、その旨の婚姻証明書の発行を受け、本邦に同居し、一定期間にわたり互いに協力・扶助の関係にあると認められることからすれば、「『定住者』の在留資格が認められないとしても、本邦において日本人である原告Bと安定的に生活することができるように人道的観点から配慮すべきであったということができる。」

「また、外国人に対する出入国在留管理規制は、法務大臣等が国益の保持の見地に立って行うものであるが、諸外国のみならず本邦においても同性婚又はこれに類似する同性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（甲35～７）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ついては、国益保持の見地から、単に本邦に在留するにとどまる外国人同士の同性婚の配偶者と比較しても、同等程度には保護する必要があるということができる（下線筆者）。」

平成25年通知は、外国人同士の同性婚がその者の本国で有効に成立していることを要件としているものであるが、原告らの婚姻は、原告Ａの本国で有効に成立していると解されるのであるから、「これに基づく婚姻関係を一定程度保護する必要があるというべきである。」

「平成25年通知が諸外国の同性婚の整備の状況等の違いを捨象しており、当該同性婚関係の解消の容易さについては着目していないことや、上記のとおり、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性が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いて、上記のような法的側面があるとしても、これをもって、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とは解されない（下線筆者）」

「以上に説示したところによれば、日本人との同性婚の相手方である外国人については、平成25年通知に基づく運用の射程が及ばないとして、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する取扱いには、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の平等を定めた憲法14条の趣旨に反するというべき（下線筆者）である。」

「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る。これに加えて、原告Aが本邦において日本人である原告Bと一定の期間にわたり同居・協力・扶助の関係にあるものであり、『定住者』の在留資格への変更が認められないとしても、原告Aが日本人である原告Bと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があった（下線筆者）ということができる。そうすると、東京入管局長としては、原告Aに対し、これらの個別的事情を踏まえて、外国人同士の同性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。」

⑤　東京高裁令和５年11月２日[68]

（事案の概要）

本件は、④の控訴審判決である。

控訴の趣旨は、①原判決の取り消し、②控訴人に対してなされた在留資格の変更を許可しない旨の処分が無効であることの確認、③控訴人に対しなされた在留資格の変更を許可しない旨の取り消し、④控訴人に対し、在留資格を「定住者」とする在留資格変更の許可、⑤金員の支払い、であるが、本件各控訴はいずれも棄却されている。

なお、④の判決後、東京入管局長は、令和５年３月10日、控訴人Aの在留資格を「特定活動」（本邦に居住する日本人である控訴人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

[68] 裁判所ウェブサイト chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/578/092578_hanrei.pdf

事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を除く。）に変更する旨の許可を与えている。

（判旨）

・憲法13条及び22条違反について

控訴人らが主張する憲法13条及び22条違反の主張に対しては、「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ことにほかならない」としたうえで、マクリーン判決を引用し、憲法13条及び22条に違反する点があったと解する余地はないとした。

・憲法14条違反について

憲法14条違反については、「男女間に成立する婚姻関係については、当該関係に基づく在留資格を付与する規定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という点において、憲法14条の定める法の下の平等に反するかどうかは問題となり得る。」とする。

「この点について、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いるところであり（甲35～70）、こうした社会情勢の変化は、本件不許可処分等がされた当時、既に存在していたことが認められるものの、更に進んで、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といえるほどの実態が上記当時から存在していたとまでは認められない（下線筆者）。このことは、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し、国民の理解が必ずしも十分でない現状に鑑み、その理解の増進に関する施策の推進について、基本理念を定めるとともに、政府において基本計画を策定することなどを定めた『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』が本年制定されたところからも指摘できる。こうした社会情勢に照らすと、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、男女間で成立する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、直ちに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はできず、憲法14条に違反するということはできない。」

・在留資格「定住者」について

「定住者」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、上記のとおり入管法において「定住者」の在留資格を設けている趣旨に照らすと、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（告知外定住者）を認める余地があると解する。」

「我が国において、同性間の婚姻については、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といえるほどの実態が、本件不許可処分等がされた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」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。また、前記認定事実によれば、控訴人Aは、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。こうした事情に照らすと、控訴人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はできない。」

・在留資格「特定活動」について

「平成25年10月18日付けで、地方入国管理局長等宛てに発出した『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）」により、「本国で有効に成立している外国人同士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いわゆる告示外特定活動（入管法別表第一の五に定める法務大臣があらかじめ告示をもって定める活動以外のもので、法務大臣が個々の外国人

について特に指定するものをいう。）としての「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（すなわち、その本国では同性婚が有効に成立している外国人）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おらず婚姻が有効に成立していることにはならないため、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、控訴人Ａのように、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、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⑸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、公示外特定活動の性質上、広汎な裁量権が認められることを踏まえても、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り、当該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。」

⑶　検討

同性カップルが当事者となった入管法裁判例を検討した結果、当事者は、日本国籍と外国籍からなる同性カップルであり、①国内及び国外において法的に有効な婚姻関係にないもの、②国外において法的に有効な婚姻関係にあるもの、に大別されることが明らかとなった。以下では、それぞれの事案について検討を行う。

①　国内及び国外において法的に有効な婚姻関係にない同性カップルの事案について

前記①の同性カップルが当事者となった事案は３件あり、その全ての

事案において、外国籍の同性パートナーは覚醒剤取締法違反の有罪判決を受けており、そのうちの１件は不法入国により本邦に入国している。

在留特別許可のガイドラインでは、違法薬物に係る有罪判決は重大犯罪の典型とされ、「営利目的所持・輸入・譲渡等であれば在留特別許可は極めて困難」とされるが、自己使用あるいは自己使用目的の単純所持であれば、在留特別許可の可能性」もあるとされている[69]。また、不法入国については、在留特別許可のガイドラインでは、その他の消極要素とされているとともに、「入国当初から不法だった事案（不法在留事案）と適法に入国した後に不法残留になった事案とを区別し、不法入国事実（不法在留事案）をそれ自体として強く不利益に斟酌した例もある」とされている[70]。

東京地裁令和４年９月30日判決が出されるまで、入管法裁判例において同性カップルが当事者となった事案は、全て覚醒剤取締法違反や不法入国などを犯した同性パートナーが当事者となっている。これらの判決の結論は、前述したガイドライン及び実務の傾向に沿うものであると言え、異性カップルと異なる扱いをされていないと評価することも可能であろう。しかし、異性カップルの場合、原告が薬物犯罪による有罪判決を２回受けて服役していたとしても、日本人との婚姻関係の存在及び日本人である３人の未成熟子との親子関係の存在などが十分に考慮されておらず、裁量権を逸脱・濫用した違法があるとして、請求が認容した判決が存在する[71]。そのことからすると、前科があるという事実を殊更に重視し、同性カップルとしての関係が軽視されていると評価することも可能であると言える。

しかし、一方で、変化の兆しも見られる。東京地裁平成26年６月25日判決では、同性カップルの関係を法的に有効な婚姻関係ではないと一蹴していたのが、東京地裁令和元年11月22日判決及び東京地裁令和２年10月15日判決では、その関係について一定程度ではあるが、肯定的な評価が与えられている。このことから、入管法裁判例においても、同性カッ

---

[69] 山脇・前掲注５）811頁。

[70] 同上。

[71] 東京地判平成19年８月28日判時1984号18頁。

プルの関係に対する評価が変化しつつあると言える。

2024年３月現在では、不法残留や覚醒剤取締法違反等により有罪判決を受けている同性カップルの事例のみであるが、今後は、これらの違法行為歴がない同性パートナーの在留資格が争点となる事案も出てくるものと思われる。その際には、同性カップルの関係が如何に評価されるかを注視していく必要があると思われる。

②　国外において法的に有効な婚姻関係にある同性カップル

東京地裁令和４年９月30日判決（以下、東京地裁判決とする）及びその控訴審である東京高裁令和５年11月２日判決（以下、東京高裁判決とする）が、この分類に当てはまる。

両判決はともに、結論として、同性パートナーの定住者の在留資格該当性は認めなかったものの、平成25年通知により、日本国籍の者と法的に有効な婚姻関係にある同性パートナーに対して一律に在留資格「特定活動」が認められないとすることは認められないとしている。しかし、両判決の立論には以下で指摘するように異なる点もある。

・原告の憲法13条違反の主張について

東京地裁判決は、原告には在留資格「定住者」の該当性が認められないことを理由に判断するまでもないとする。東京高裁判決は、マクリーン判決を引用し、同条及び22条に違反する余地はないとするのみで、判断を行っていない。

・原告の14条違反の主張について

東京地裁判決は、在留資格「定住者」の判断においては、原告には在留資格「定住者」の該当性が認められないことを理由に判断するまでもないとする。一方、在留資格「特定活動」の検討に当たっては、後述するように判断を行っている。

東京高裁判決は、「男女間に成立する婚姻関係については、当該関係に基づく在留資格を付与する規定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という点において、憲法14条の定める法の下の平等に反するかどうかは問題となり得る。」とし、同性パートナーを対象とした在留資格に関する規定が存在しないこと自体についての違憲性を検討している。しかし、在

留資格「定住者」及び在留資格「特定活動」の判断においては、憲法14条に違反するか否かの検討を行っていない。

・在留資格「定住者」について

両判決ともに、原告は在留資格「定住者」に該当しないとする。

東京地裁判決は、原告らの同性愛関係に対し一定の配慮をしつつも、日本において有効な婚姻がなされていないこと及び原告の日本への定着性が十分でないことにより、該当しないと結論づける。前述したとおり、憲法判断は行っていない。

東京高裁判決は、同性パートナー関係にあることに対して人道上の見地から一定の配慮が求められることは否定できないとしつつも、同性間の婚姻が異性間の婚姻と同等の地位を確立していないこと及び原告の定着性が強いものでないことなどを理由に該当しないと結論づける。前述したとおり、憲法判断は行っていない。

・在留資格「特定活動」について

東京地裁判決は、「日本人との同性婚の相手方である外国人については、平成25年通知に基づく運用の射程が及ばないとして、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する取扱いには、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。」とする。

東京高裁判決は、「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り、当該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。」とする。

両判決は、日本国籍を有する同性パートナーと法的に有効な婚姻関係にある外国籍の同性パートナーに対し、一律に特定活動の在留資格を付与しないことは認められないとするが、その理由付けは異なる。つまり、東京地裁が平成25年通知の運用において憲法14条の趣旨に反するとして憲法判断を行った一方で、東京高裁は、行政裁量を規律する平等原則に反するとして憲法判断を行っていないという違いがあるのである。

東京地裁判決は、平成25年通知自体ではなく、その運用において憲法14条の趣旨に反するとする。「運用」という文言から、東京地裁判決は、

「憲法違反の法令の運用が行われているとの判断のもとに、当該事件の法令の執行は、その運用の一環として流失したものであるから違憲、無効である、と判断する手法」とされる「運用違憲」の判断を行ったと評価することもできよう[72]。よって、結論は同じであれど、保障の程度は、東京高裁よりも東京地裁の方が高いと言うことも可能であると思われる。

6.5　入管実務における同性カップル

前述したとおり、同性パートナーとしての活動が認められ、在留資格を許可されるためには、多くの障害が存在する。しかし、近年、少数ではあるが、同性パートナーに対し、在留資格を認めた事例があり、入管の対応にもわずかな変化を見て取れる。

⑴　台湾人男性のケース[73]

原告は、台湾国籍を有する男性であり、24年間同居している日本人男性パートナーAがいる。原告は、1992年9月に在留資格を「留学」、在留期間を1年として入国した。原告は、1993年9月に一旦帰国した後、同年10月に在留資格を「短期滞在」、在留期間を3か月として入国した。原告は、1993年11月に、現在のパートナーAと出会い、交際を開始した。原告は、1994年1月に、再度、在留資格「短期滞在」、在留期間を3か月として入国した。その後、間もなくして、原告はAと同居を開始した。原告はパートナーAと離れがたいという思いから、在留期限を迎える同年4月以降も本邦に在留した。原告は、1995年頃に、HIV陽性と診断されたが、パートナーAは献身的に原告を支え続けた。2007年頃、パートナーAがうつ病となった際には、原告が経済的にパートナーAを支えた。原告は、2013年10月には、オーバーステイ状態であることを弁護士に相談し、入管への出頭を予定していたが、2016年6月、職務質問を

[72] 大須賀明ほか「三省堂 憲法辞典」（三省堂、2001年）25頁。

[73] 和解となったため、判例集未登載である。事案の概要については、新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』日本加除出版株式会社、2018年）117頁以下及びLGBT法連合会 編『日本と世界のLGBTの現状と課題』（かもがわ出版、2019年）85頁以下によっている。

受け、逮捕された。原告は、在留特別許可を求めたが、同年、退去強制令書の発付処分等が下された。2017年３月24日、原告は、退去強制令書発付処分の取消等を求めて、提訴した[74]。

2018年12月に実施された尋問後、裁判所から被告である国に対し、退去強制処分の見直しを求める打診があり、2019年３月15日、東京入国管理局長により在留特別許可が出され、在留資格「定住者」、在留期間１年とする在留資格が付与された。

報道によると、入管は、「在留状況や生活態度などを勘案したもので、日本人男性とパートナー関係にあることを特に重視して判断したものではない」とのコメントをしているとのことである[75]。訴訟担当弁護士によると、「日本人同性パートナーを有する外国人に在留特別許可が出されるのは私が知る限りでは初めてのことであり、同性カップルの権利保障にとって新たな一歩」と評価している[76]。

同事案の顛末は、同性パートナーであるという一事をもって、在留資格が認められないということではないことを示すものと言える。

⑵　性同一性障害者の同性パートナーのケース[77]

2019年９月３日の各紙の報道によると、東南アジア出身の性別は男性だが性自認が女性であるトランスジェンダーに対し、法務大臣から同年８月に在留特別許可を受けたと明らかにしたとされる。同人は、1981年に来日し、1993年に不法滞在となった。2002年に日本人男性と交際を始め、自宅を購入し同居していた。お互いの手術や入院を契機に、2016年、パートナーであることに合意する公正証書を作成した。同人は、2017年

---

[74] 前述したとおり、本件は和解となり判例集未登載となったため、その詳細を書面によって確認することはできない。しかし、筆者が裁判を傍聴し、訴訟記録を閲覧したところ、原告は、異性の日本人パートナーとの内縁関係を重視し、在留特別許可を出している判例を根拠に、法的に婚姻しえない同性カップルの場合も、内縁関係と同様に在留特別許可が認められるべきであるとの主張を行っていたことが確認された。

[75] 2019年３月23日毎日新聞。

[76] LGBT 法連合会 編・前掲注73）86頁。

[77] 朝日新聞2019年９月３日、日本経済新聞2019年９月３日。

3月に東京入管へ出頭し、2人が法律婚同様の生活を送っていることを説明し、同年8月14日に在留特別許可を受けた。入管は「生活スタイルや日本社会への定着性、人道的配慮などを総合的に判断した」とのコメントを出しているとされる。

本件報道及び入管のコメントからは、在留特別許可の判断に際し、同性カップルの関係性を示すものとして公正証書がどの程度考慮されたのかは、判然としない。しかし、同性カップルの関係を証明するものとして、一定程度の効果があったのではないかと推察される。仮に、同性パートナーシップ制度を利用している同性カップルが対象となった場合、パートナーシップ制度を利用しているということが、同性カップルの関係を証明するものとして一定程度の効力を有する可能性があると言えるのではないだろうか。

⑶ 同性愛を理由とした難民認定

2019年7月2日の各紙報道によると、「同性愛を理由に母国で迫害される恐れがある外国人について、政府が昨年に難民と認定していたことがわかった」と報道された[78]。報道によると、「初めてのケース」とのことである。認定された外国人の母国では、同性愛行為が刑事罰の対象となっていたとされる。

入管によると、申請者は同性愛行為に及んだとして母国の警察に逮捕され、2年間収監された後、保釈中に来日し、難民認定を申請していたという。

報道によると、入管は、同性愛指向について「人格または自己同一性に密接に関わり、変更することが困難な特性」と指摘し、帰国すれば逮捕されるおそれがあると認め、難民条約の「特定の社会的集団の構成員であることを理由に迫害を受ける恐れがある」とコメントしたとされる。

また、認定NPO法人難民支援協会によると「日本では、2018年に初めて、同性愛を理由に母国で迫害されるおそれがあると訴えた人が難民として認定されました。それ以降も同性愛を理由に難民認定がされてい

[78] https://www.asahi.com/articles/ASM723SMMM72UTIL00Y.html（最終アクセス2024年3月6日）。

ます。」[79]とされており、同性愛を理由に難民認定されているケースは増加していることが推察される。

6.6　小括　入管法判例等及び入管実務における同性カップル

入管法判例等を検討した結果、以下の点が明らかとなった。

⑴　在留資格「日本人の配偶者等」における婚姻について

前述したとおり、平成14年最高裁判決により、在留資格「日本人の配偶者等」は、法律上有効な婚姻関係と夫婦としての共同生活を営んでいるという婚姻の実態が必要とされている。そして、平成14年最高裁判決は、最高裁昭和62年９月２日大法廷判決を引用し、婚姻の本質は、「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」としている。また、平成14年最高裁判決を引用した前述した東京地裁平成27年11月10日判決では、在留資格「日本人の配偶者等」の趣旨を「その婚姻関係を維持せしめ、もって当該外国人及び日本人並びに両名により形成される家族関係を保護しようとした」と判示している。これらの判示から、在留資格「日本人の配偶者等」は、婚姻の本質を伴ったカップルの婚姻関係を維持させることで、外国人と日本人により形成される家族関係を保護しようとするものであるということが出来る。

平成14年最高裁判決が引用した最高裁昭和62年９月２日判決は、結婚の自由をすべての人に訴訟の各地裁判決でも引用されている。そして、入管法判例等における婚姻の本質と結婚の自由をすべての人に訴訟の地裁判決はともに婚姻の本質を「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」としている。なお、前者は、「両性」という文言を使用しているが、後者は札幌地裁判決以外は同文言を使用していないという違いがある。しかし、婚姻の本質は、「共同生活」にあるという点は共通している。

結婚の自由をすべての人に訴訟における各地裁判決では、同性カップ

[79] https://www.refugee.or.jp/report/refugee/2021/08/lgbt-2/（最終アクセス2024年３月６日）。

ルも、異性カップルと同様に婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいることが事実認定されている。よって、入管法裁判例においても、同性カップルの関係を婚姻の本質を伴った共同生活と認められる可能性はあると言える。

実際に、結婚の自由をすべての人に訴訟の各地裁判決で認定されているように、同性カップルも異性カップルが形成しているものと同等の家族関係を構築し得る。しかし、現行制度上、同性カップルは婚姻をすることが出来ないことから、在留資格「日本人の配偶者等」から排除されているのが現状である。

以上の検討から、異性カップルと同性カップルの違いは、法律婚の有無のみであることが明らかとなった。

⑵　異性カップルの取り扱いとの違いについて

入管法判例等を検討した結果、異性カップルの場合、内縁関係であっても、異性カップルとしての関係が真摯なものであるとして、在留特別許可を認めなかった裁決を取り消した裁判例が存在していることが明らかとなった。

一方、法律上有効な婚姻をしていない同性カップルの場合、同性カップルとしての関係が真摯なものであるとして、在留特別許可が認められるべきであるとした裁判例は存在しないことが明らかとなった。

よって、入管法判例等においても、同性カップルは異性カップルと異なる扱いを受けていると言える。

⑶　日本国籍と外国籍の同性カップルと外国籍同士の同性カップルの差異について

東京地裁令和４年９月30日判決及び東京高裁令和５年11月２日判決ともに、①法的に有効な同性婚をしている外国籍同士の同性カップルと法的に有効な同性婚をしている日本国籍と外国籍の同性カップルが、平成25年通知により異なる扱いを受けていること、②その異なる扱いは、認められないこと、という結論を同じくしていることが明らかとなった。さらに、東京地裁令和４年９月30日判決以降に、同性パートナーに対して、在留資格「特定活動」が認められていることが明らかとなった。

以上のことから、日本国籍の者と法的に有効な同性婚をしている外国籍の同性パートナーに対しては、在留資格「特定活動」が、認められつつあるということが言える。

⑷　入管実務における同性カップルについて

入管実務において同性パートナーに在留特別許可を与えた事例が少数ながら存在することが明らかとなったが、入管は、同性カップルであることを特に重視したわけではないとしていることから、入管実務において同性パートナーに対し、在留特別許可を与えることが実務として確立しているとは言えない状況であることが明らかとなった。

以上の検討の結果、入管法裁判例及び入管実務においても、同性カップルは異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなったのである。

7　第１部のまとめ　国内法、国内判例及び裁判例における同性カップル

第１部では、国内法及び国内判例等における同性カップルに関連する議論や状況を整理した。以下では、その検討結果を再確認し、第１部の検討結果を総括する。

⑴　「４憲法における同性カップル」での検討の結果

①憲法24条の婚姻に同性婚が含まれるか否かについては、学説において統一的な見解が確立しているわけではないこと、②ほぼ全ての学説において、根拠とする条文、保障の程度又は手段に違いはあれど、同性カップルの関係を法的に承認することを否定していないこと、③ここ十数年で学説の状況が変化してきており、憲法24条の婚姻に同性婚も含まれるとする見解が有力に主張されるようになっていること、が明らかとなった。

⑵　「4.2民法における同性カップル」での検討の結果

民法学において、現行民法を改正することで同性婚は実現可能とする見解が通説とはいかないまでも、有力になりつつあると言えることが明

らかとなった。

⑶ 「4.3その他の社会的状況及び国民の意識等について」での検討の結果

①立法府において、同性カップルの関係の法的承認が一つの争点となっていること、②地方方公共団体におけるパートナーシップ制度の導入が一部地域に限定された現象ではなく、全国的な流れとなっており、その流れは拡大中であること、③民間企業においても同性婚の法制化に賛同する企業が多数存在すること、各種商品の販売において、同性カップルを異性カップルと同様に配偶者として扱う動きがあること、④各種調査の結果から、同性婚の法制化について、賛成であるとする割合が、６割を超えること、⑥弁護士会及び日本学術会議の提言から、司法及び学術の専門家においても、同性婚を法制化すべきであるという認識が確立され、提言として公表されていること、が明らかとなった。

⑷ 「５国内判例における同性カップル」での検討の結果

①最高裁は、同性カップルの関係を法的に承認することについて否定的であるとは必ずしも言えず、むしろ積極的な姿勢を見せる可能性があること、②下級審判決においては、同性カップルの権利を保障する流れが生まれており、その傾向が強まりつつあること、③下級審判決において憲法24条が同性婚等による同性カップルの関係の法的承認を禁止していないとする解釈が確立されていること、を述べることが出来ることが明らかとなった。また、これらの国内判例における状況から、入管法上、同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることの合理性が失われていることを示す国内の状況が存在するということが言えることが明らかとなった。

⑸ 「６入管法における同性カップル」での検討の結果

・入管法について

①日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル及び外国籍同士の異性カップルは、カップルであることにより認められる各種在留資格が設けられていること、②外国籍同士の同性カップルには、カッ

プルであることにより認められる在留資格が不十分ながら設けられていること、③日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格は存在しないのが現状であること、④前記①から③により、入管法において同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなった。

・在留資格「日本人の配偶者等」について

入管法判例等を検討した結果、在留資格「日本人の配偶者等」で求められている婚姻と結婚の自由をすべての人に訴訟で示された婚姻の意義は、共通しており、「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」であることが明らかとなった。

そして、結婚の自由をすべての人に訴訟の各地裁判決において示されたように、同性カップルも異性カップルと同様に婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいることから、異性カップルと同性カップルの違いは、法律婚の有無のみであるにもかかわらず、同性パートナーは在留資格「日本人の配偶者等」から排除されていることが明らかとなった。

・入管法裁判例について

同性カップルが当事者となった入管法裁判例を検討した結果、当事者は、日本国籍と外国籍からなる同性カップルであり、①国内及び国外において法的に有効な婚姻関係にないもの、②国外において法的に有効な婚姻関係にあるもの、に大別されることが明らかとなった。

前記①の事案では、同性カップルの関係の評価が、一定程度ではあるが、肯定的なものとなりつつあり、入管法裁判例においても、同性カップルの関係に対する評価が変化しつつあると言えることが明らかとなった。

前記②の事案では、同性パートナーの定住者の在留資格該当性は認められなかったものの、平成25年通知により、日本国籍のものと法的に有効な婚姻関係にある同性パートナーに対して一律に在留資格「特定活動」が認められないことは誤りであるとしており、同性カップルの関係を一定程度保障しようとする傾向が出現しつつあることが明らかとなった。

・入管実務について

近年、少数ではあるが、同性パートナーに対し、在留資格を認めた事例があり、入管の対応にもわずかな変化を見て取れることが明らかと

なった。

⑹ 第１部総括

第１部での検討により、①国内において、同性カップルの権利を保障する動きが出現しており、その動きが一定程度定着し、その動きが強まっていること、②入管法裁判例及び入管実務も、同性カップルの関係を一定程度何等かの形で保障しようとする動きが見られること、③前記①の影響を受け、入管法上、同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることに合理性がないと言うに値する状況が形成されつつあること、が明らかとなった。

①については、東京地裁令和６年３月14日判決が同性婚を認めていない民法等の諸規定が24条２項に違反する状態であるとし[80]、札幌高裁令和６年３月14日判決が、同諸規定を憲法14条及び24条に違反すると判示したことで、その動きが強まっているということも出来る[81]。

さらに、最高裁令和６年３月26日判決が、「犯罪被害者と同性の者は、犯給法５条１項１号括弧書きにいう『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者』に該当し得ると解するのが相当である。」[82]としたことにより、その動きが下級審にとどまらないことも明らかとなった。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2022年12月26日）「出入国管理行政及び入管法における同性カップル―ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として―」に加筆、修正を加えたものである。

---

[80] 判例集未登載であるが、下記より全文を確認することが可能である。chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.call4.jp/file/pdf/202403/2c62a09d6fb3aea49b744ce0bc02bef7.pdf

[81] 判例集未登載であるが、下記より全文を確認することが可能である。chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.call4.jp/file/pdf/202403/04097ed5db19a01e5f19d1c99857d8be.pdf

[82] 裁判所ウェブサイト
chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/849/092849_hanrei.pdf