

## 主 文

- 1 本件訴えのうち，原告らが義務付けを求める各訴え及び差止めを求める各訴えをいずれも却下する。
- 2 原告らのその余の訴えに係る請求をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用は，全事件を通じ，原告らの負担とする。

## 事 実 及 び 理 由

### 第 1 請 求

#### 1 A 事件

- (1) 被告東京入国管理局長が平成 16 年 4 月 22 日付けで原告 a に対してした出入国管理及び難民認定法 49 条 1 項に基づく原告 a の異議の申出は理由がない旨の裁決を取り消す。
- (2) 被告東京入国管理局主任審査官が平成 16 年 4 月 22 日付けで原告 a に対してした退去強制令書発付処分を取り消す。
- (3) 被告東京入国管理局長が，平成 16 年 4 月 30 日付けで原告 b に対してした出入国管理及び難民認定法 49 条 1 項に基づく原告 b の異議の申出は理由がない旨の裁決を取り消す。
- (4) 被告東京入国管理局主任審査官が平成 16 年 4 月 30 日付けで原告 b に対してした退去強制令書発付処分を取り消す。
- (5) 被告東京入国管理局長が平成 16 年 4 月 30 日付けで原告 c に対してした出入国管理及び難民認定法 49 条 1 項に基づく原告 c の異議の申出は理由がない旨の裁決を取り消す。
- (6) 被告東京入国管理局主任審査官が，平成 16 年 4 月 30 日付けで原告 c に対してした退去強制令書発付処分を取り消す。

#### 2 B 事件

- (1) 原告 a が東京入国管理局主任審査官により平成 16 年 4 月 22 日付けで発付された退去強制令書の執行を受けない地位にあることを確認する。

- (2) 原告 b が東京入国管理局主任審査官により平成 16 年 4 月 30 日付けで発付された退去強制令書の執行を受けない地位にあることを確認する。
- (3) 原告 c が東京入国管理局主任審査官により平成 16 年 4 月 30 日付けで発付された退去強制令書の執行を受けない地位にあることを確認する。
- (4) 法務大臣は、原告 a に対し、定住者の在留資格を付与せよ。
- (5) 法務大臣は、原告 b に対し、定住者の在留資格を付与せよ。
- (6) 法務大臣は、原告 c に対し、定住者の在留資格を付与せよ。

### 3 C 事件

- (1) 処分行政庁は、東京入国管理局主任審査官が平成 16 年 4 月 22 日付けで発付した原告 a に対する退去強制令書の執行をしてはならない。
- (2) 処分行政庁は、東京入国管理局主任審査官が平成 16 年 4 月 30 日付けで発付した原告 b に対する退去強制令書の執行をしてはならない。
- (3) 処分行政庁は、原告 c に対する東京入国管理局主任審査官が平成 16 年 4 月 30 日付けで発付した退去強制令書の執行をしてはならない。

## 第 2 事案の概要

本件は、中華人民共和国国籍を有する外国人夫婦及びその子である原告らが、被告東京入国管理局長によって平成 16 年 4 月 22 日及び 30 日付けで原告らの出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という。ただし、特記しない限り、平成 16 年法律第 73 号による改正前のものをいう。)49 条 1 項に基づく異議の申出について理由がないとする旨の各裁決につき、在留特別許可を付与しなかったことが、憲法 14 条等の趣旨に反し、また、比例原則に違反するから、裁量権の逸脱・濫用がある違法があるとして、各取消しを求めるとともに、上記各裁決に引き続きなされた各退去強制令書発付処分の各取消しを求め(A 事件)、さらに、その後原告 a 及び原告 b の子である原告 c に生じた事故により、本邦において同原告の治療を継続する必要が生じたとして、この事情を直接反映して本邦に在留するため、A 事件が認容されないことに備え、まず、原

告らに対する各退去強制令書の執行を受けない地位にあることの確認を求めるとともに、原告らに定住者の在留資格を付与することの義務付けを求め（B事件）、当該確認等を求める訴訟が奏功しないことも慮って、各退去強制令書の執行の差止めを求めた（C事件）事案である。

1 前提事実（当事者間に争いのない事実並びに掲記の証拠及び弁論の全趣旨により容易に認められる事実）

(1) 当事者

ア 原告 a（以下「原告父」という。）は、 年 月 日、中華人民共和国（以下「中国」という。）において出生した中国国籍を有する外国人である。原告父は、日本人である d の子である（甲 6，5 1，乙 5）。

イ 原告 b（以下「原告母」という。）は、 年 月 日、中国において出生した中国国籍を有する外国人である（乙 2）。

ウ 原告 c（以下「原告子」という。）は、平成 年 月 日、本邦で出生した中国国籍を有する外国人である（乙 3）。

(2) 原告父の入国及び在留状況

ア 原告父は、昭和 5 5 年 5 月 1 3 日、新東京国際空港に到着し、東京入国管理局成田支局入国審査官から入管法（ただし、平成元年法律第 7 9 号による改正前のもの）4 条 1 項 1 6 号、出入国管理及び難民認定法施行規則（ただし、平成 2 年法務省令第 1 5 号による改正前のもの）2 条 3 号所定の在留資格、在留期間 1 8 0 日とする上陸許可を受け、本邦に上陸した（乙 5）。

イ 原告父は、在留期間更新許可を繰り返し得て、本邦における在留を継続し、昭和 5 7 年 4 月 1 日、在留資格を入管法（ただし、上記アと同じ）4 条 1 項 1 6 号、出入国管理及び難民認定法施行規則（ただし、上記アと同じ）2 条 1 号に変更する許可申請をし、同年 6 月 4 日に同許可を得て、以降同在留資格に基づいて更新許可を繰り返し得て、本邦における在留を継

続した（乙5）。

ウ 原告父は、平成元年11月1日、東京入国管理局において、法務大臣に対し、永住許可申請をしたが、法務大臣は、平成2年2月2日、同申請を不許可とする処分を行い、そのころ、原告父に対してその旨通知した（乙5）。

そこで、原告父は、平成3年4月6日、法務大臣に対し、在留期間更新許可申請を行い、同日、入管法別表第1所定の在留資格「日本人の配偶者等」、在留期間3年の在留期間更新許可を受け、また、平成6年4月22日、東京入国管理局において、法務大臣に対し、在留期間更新許可申請を行い、同年9月6日、在留期間1年の在留期間更新許可を受けた（乙5）。

エ 原告父は、平成8年4月23日、東京入国管理局において、法務大臣に対し、在留期間更新許可申請をしたが、法務大臣は、同年8月19日原告父の上記申請を不許可とする処分をした（乙5）。

オ 原告父は、平成8年5月3日を超えて不法残留をした事実、及び平成7年9月27日、仙台地方裁判所において、の罪名によりの刑の宣告を受け、平成8年4月3日確定した事実により、入管法24条4号ロ（不法残留）及びリ（刑罰法令違反者）の該当者として退去強制手続がとられたが、平成9年7月2日、法務大臣からの入管法別表第1に定める在留資格「日本人の配偶者等」、在留期間1年とする在留特別許可を受けた（乙5, 11の3）。

原告父は、平成11年6月24日、東京入国管理局において、在留期間更新許可申請を行い、同年12月1日、在留期間1年の在留期間更新許可を受け、また、平成12年6月27日、東京入国管理局において、在留期間更新許可申請を行い、同年7月21日、在留期間1年の在留期間更新許可を受けた（乙5）。

カ 原告父は、平成13年6月27日、東京入国管理局において、法務大臣

に対し、在留期間更新許可申請をしたが、法務大臣は、平成14年1月16日、上記申請を不許可処分とし、そのころ、原告父に対してその旨通知した(乙5)。

(3) 原告母の入国並びに原告母及び原告子の在留状況

ア 原告母は、平成8年 月に日本人であるeと結婚し、同年11月27日、新東京国際空港に到着し、東京入国管理局成田空港支局入国審査官から入管法別表第1所定の在留資格「日本人の配偶者等」、在留期間6月とする上陸許可を受け、本邦に上陸した(乙7の1・2)。しかし、原告母は、在留期限である平成9年5月27日を超えて現在に至るまで在留資格更新等の手続を行っておらず、不法に残留している(乙7の2)。

イ 原告母は、平成9年 月にeと離婚し、原告父と原告母は、平成10年 月 日、婚姻届をした(乙7の3)。

ウ 原告子は、平成11年 月 日に出生し、同年12月8日、東京入国管理局において、法務大臣に対し、在留資格取得許可申請をし、同日、入管法別表第1に定める在留資格「定住者」、在留期間1年の在留期間更新許可を受け、平成12年11月20日、東京入国管理局において、法務大臣に対し、在留期間更新許可申請をし、同月27日、在留期間1年の在留期間更新許可を受けた(乙8の1~3)。

エ 原告子は、平成13年11月20日、東京入国管理局において、法務大臣に対し、在留期間更新許可申請をしたが、法務大臣は、平成14年1月16日、上記申請に対して不許可とする処分をし、そのころ、原告子に対しその旨通知した(乙8の2)。

(4) 原告父に対する退去強制手続

ア 東京入国管理局横浜支局入国審査官は、平成14年10月3日及び同月9日、原告父に係る違反審査をし、その結果、同月9日、原告父が入管法24条4号口に該当する旨の認定をし、原告父にその旨通知したところ、

原告父は、同日、特別審理官による口頭審理を請求した（乙15から17まで）。

イ 東京入国管理局特別審理官は、平成15年5月22日、原告父に係る口頭審理をし、その結果、同日、上記アの入国審査官の認定に誤りがない旨の判定をし、原告父に対してその旨通知したところ、原告父は、同日、法務大臣に対し、異議の申出をした（乙19から21まで）。

ウ 法務大臣から権限の委任を受けた被告東京入国管理局長は、平成16年3月31日、原告父の上記イの異議の申出について理由がない旨の裁決をし、被告東京入国管理局主任審査官に対してその旨通知した（乙22、23）。

被告東京入国管理局主任審査官は、同年4月22日、原告父に対して上記裁決を通知するとともに、原告父に対して退去強制令書発付処分をし、同日、その旨原告父に対して通知した（乙24、25）。

(5) 原告母に対する退去強制手続

ア 原告母は、平成10年6月9日、東京入国管理局に出頭し、本邦における在留を希望するとともに、不法残留の事実を申告した（乙26）。

イ 東京入国管理局入国審査官は、平成12年5月29日及び同年11月6日、原告母に対する違反審査を行い、その結果、平成12年11月6日、原告母が入管法24条4号口に該当する旨の認定をし、同日、原告母に対してその旨通知したところ、原告母は、同日、特別審理官による口頭審理を請求した（乙33から35まで）。

ウ 東京入国管理局特別審理官は、平成13年10月23日、原告母に対する口頭審理を行い、その結果、上記イの入国審査官の認定に誤りがない旨判定し、同日、原告母に対してその旨通知したところ、原告母は、同日、法務大臣に対して異議の申出をした（乙36から38まで）。

エ 法務大臣から権限の委任を受けた被告東京入国管理局長は、平成16年

3月31日、原告母の上記ウの異議の申出には理由がない旨の裁決を行い、同日、被告東京入国管理局主任審査官にその旨通知した。

被告東京入国管理局主任審査官は、同年4月30日、原告母に対して上記裁決を通知するとともに、原告母に対して退去強制令書発付処分をし、同日、原告母に対してその旨通知した（乙41、42）。

(6) 原告子に対する退去強制手続

ア 東京入国管理局入国審査官は、平成14年11月13日及び平成15年4月24日、原告子に係る違反審査をし、その結果、同日、原告子が入管法24条4号ロに該当する旨の認定をし、原告子の法定代理人である原告母に対してその旨通知したところ、原告母は原告子の法定代理人として、同日、特別審理官の口頭審理を請求した（乙47から49まで）。

イ 東京入国管理局特別審理官は、平成15年5月22日、原告子に係る口頭審理をし、その結果、同日、上記アの入国審査官の認定に誤りがない旨の判定をし、原告子の法定代理人である原告母に対してその旨通知したところ、原告母は原告子の法定代理人として、同日、法務大臣に対して異議の申出をした（乙19、50、51）。

ウ 法務大臣から権限の委任を受けた被告東京入国管理局長は、平成16年3月31日、原告子の上記イの異議の申出には理由がない旨の裁決（以下、原告父、原告母及び原告子に対する各裁決を併せて「本件各裁決」という。）を行い、同日、被告東京入国管理局主任審査官にその旨通知した。

被告東京入国管理局主任審査官は、同年4月30日、原告母に対して原告子に係る裁決を通知するとともに、原告子に対して退去強制令書発付処分をし（以下、原告父、原告母及び原告子に対する各退去強制令書発付処分を併せて「本件各退令発付処分」という。）、同日、原告母に対してその旨通知した（乙52から55まで）。

2 争点

本件における争点は、次のとおりであり、これらについて摘示すべき当事者の主張は、後記第3「争点に対する判断」において記載するとおりである。

(1) A事件関係

本件各裁決の適法性（在留特別許可を巡る裁量権逸脱又は濫用の有無）

(2) B事件関係

ア 本件各退去強制令書の執行を受けない地位の確認の訴え（以下「本件各確認の訴え」という。）について

（ア） 訴えの適法性（本案前の争点）

（イ） 原告らが上記地位にあるか否か（本案の争点）

イ 在留資格付与義務付けの訴え（以下「本件各義務付けの訴え」という。）について

（ア） 訴えの適法性（本案前の争点）

（イ） 義務付けの訴えの実体要件充足性（本案の争点）

(3) C事件関係

ア 本件各退去強制令書の執行の差止を求める訴え（以下「本件各差止めの訴え」という。）の適法性（本案前の争点）

イ 差止めの訴えの実体要件充足性（本案の争点）

### 第3 争点に対する判断

#### 1 争点(1)（本件各裁決の適法性）（A事件関係）

(1) 本件各裁決に関する被告東京入国管理局長の裁量について

ア 法務大臣は、退去強制手続の対象となった外国人が退去強制対象者（入管法24条各号のいずれかに該当すると認められ、同法49条1項の規定による異議の申出に理由がないと認めるときであっても、その者の在留を特別に許可することができる（同法50条1項柱書）。この在留特別許可は、同法49条4項の適用については、異議の申出が理由がある旨の裁決とみなされるから（同法50条3項）、法務大臣から在留特別許可をした

旨の通知を受けた主任審査官は、直ちにその外国人を放免しなければならない。

入管法 50 条 1 項に規定する法務大臣の権限は地方入国管理局長に委任することができる（同法 69 条の 2，同法施行規則 61 条の 2 第 10 号），本件においては被告東京入国管理局長がその委任を受けているため，上の段落において法務大臣の権限として述べたことはすべて被告東京入国管理局長に妥当する。

前記前提事実(2)及び(3)において摘示した事実関係によれば，原告らは，入管法 24 条 4 号口の退去強制事由に各該当し，かつ，出国命令対象者に該当しない外国人であると認められる。本件各裁決に関しては，入管法 50 条 1 項 3 号（「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。」，現行入管法 50 条 1 項 4 号）に基づく在留特別許可が問題となるところ，この在留特別許可についての法務大臣ないしその権限の委任を受けた地方入国管理局長(以下「法務大臣等」という。)の判断の性格について，まず検討する。

イ 国際慣習法上，国家は外国人を受け入れる義務を負わず，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は，国家がその立法政策に基づき自由に決定することができる。我が国の憲法においても，外国人に対し，本邦に入国する自由又は在留する権利（引き続き在留することを要求し得る権利を含む。）を保障したり，その入国又は在留を許容することを義務付けたりにしている規定は存在しない。入管法 50 条 1 項 3 号も，「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」と規定するだけであって，文言上その要件を具体的に限定するものはなく，法務大臣が考慮すべき事項を掲げるなどしてその判断を羈束することもしていない。そして，こうした判断の対象となる外国人は，退去強制対象者であって，既に

本来的には我が国から退去を強制されるべき地位にある。さらに、外国人の出入国管理は、国内の治安と善良な風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定等の国益の保持を目的として行われるものであって、その性質上、広く情報を収集し、その分析を踏まえて、時宜に応じた的確な判断を行うことが必要であり、高度な政治的判断を要求される場合もあり得るところである。

上に述べたところによれば、入管法50条1項3号に基づき在留特別許可をするか否かの判断は、法務大臣等の極めて広範な裁量にゆだねられているのであって、法務大臣等は、我が国の国益を保持し出入国管理の公正を図る観点から、その外国人の在留状況、特別に在留を求める理由の当否のみならず、国内の政治・経済・社会の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓等の諸般の事情を総合的に勘案してその許否を判断する裁量を与えられているというべきである。そうすると、同号に基づき在留特別許可をするか否かに係る法務大臣等の判断が違法となるのは、そ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など、法務大臣等に与えられた裁量権を逸脱し又はそれを濫用した場合に限られることとなる。

なお、原告らは、いわゆる比例原則等の判断基準を色々と述べるものであるが、法務大臣等の裁量は上記のように極めて広範であって、原告らの主張する判断基準がそのまま妥当するものではなく、違法となるのは上記の限度にとどまるものというべきである。

以下、この観点から本件について検討する。

## (2) 原告らの生活状況等の各事情

前記前提事実のほか、掲記の証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実を認めることができる。

### ア 原告父の身上

(ア) 原告父は、年 月 日中国黒竜江省で日本人 d と中国人 f の間の  
子として生まれ、姉が 2 人、兄が 2 人、弟が 1 人、異母兄が 1 人の合計  
7 人きょうだいである（甲 5 1，原告父本人）。

(イ) 原告父は、中国黒竜江省で育ち、高校卒業後に国営の会社に就職し  
て稼働していた。d は、年 月 日に f が死亡すると、本邦への帰国  
準備を進め、同年 5 月 13 日、原告父及び原告父の兄と弟とともに本邦  
に帰国した（甲 5 1，原告父本人）。

なお、原告父のきょうだいは、異母兄を除き、その後に日本に入国し、  
現在異母兄のみが中国黒竜江省で生活し、その他のきょうだいは、本邦  
で生活しており、姉のうち 1 人を除いたきょうだいは日本国籍を取得し  
ている（甲 6，乙 2 9，原告父本人）。

(ウ) 原告父は、本邦入国後、d の実家がある山形に住んだが、その後、  
兄弟らとともに東京の印刷会社に就職し、東京での生活を開始した（甲  
5 1）。

原告父は、日本人である g と知り合い、昭和 5 7 年 月 日、同女と  
の婚姻届をし、同女との間で、昭和 年 月 日に長女 h が、昭和 年  
月 日に長男 i が産まれたが、g とは平成 4 年 月 日に協議離婚し  
た（甲 4，5，乙 6 の 1，2 9，6 1）。

(エ) 原告父は、平成 5 年 月 日、中国人である j との間の婚姻届をし  
たが、平成 9 年 月 日に同女と離婚した（乙 6 の 2・3，2 9）。

(オ) 原告父と原告母は、平成 1 0 年 月 日、婚姻届をした（乙 7 の 3）。

#### イ 原告母の身上及び原告らの生活

(ア) 原告母は、年 月 日中国山東省において出生し、1 9 9 6 年に  
日本人の e と知り合い、結婚した（甲 5 2，原告母本人）。原告母には、  
両親、姉、妹がいるが、いずれも中国において生活をしている（乙 3 4）。

(イ) 原告母は、平成 8 年 1 1 月 2 7 日に本邦に入国後、山形県南陽市に

ある夫の e の家において e 及び同人の母と生活をしたが、平成 9 年 5 月には e の家を出て、東京において中国料理店においてアルバイトをして生活をするようになり、同年 月には e と離婚した（甲 5 2，乙 3 4，原告母本人）。

(ウ) 原告母は、平成 9 年 8 月終わりころ、友人の紹介で原告父と知り合い、同年 10 月ころから同居を始め、平成 10 年 月 日には、婚姻届をした（甲 5 1，5 2，乙 7 の 3，3 4，4 3，原告母本人）。

(エ) 原告母は、平成 11 年 月 日に原告子を出産し、平成 12 年 4 月ころから、原告子を新宿区の保育園に通わせていたが、原告子を同年 7 月 30 日から同年 10 月 8 日までの間、再入国手続を経た上で中国に出国させたり、同年 12 月 9 日から平成 13 年 6 月 4 日までの間中国に出国させたりしていたこともあり、上記保育園は退園することとなった（乙 8 の 2，2 8，3 4，原告母本人）。

(オ) 原告父は、平成 10 年 4 月から約半年間、新宿区 でクラブを営し、同店においては原告母も稼働していたほか、平成 12 年 3 月ころから、再び新宿区 においてクラブを営し、当時平均して毎月約 60 万円の収入を得ていたが、原告父が逮捕されたことにより廃業せざるを得なかった（乙 1 6，3 6）。

(カ) 原告母は、原告父が平成 12 年 9 月に逮捕後、知人の紹介によりパート等を行って生活をしてきた（甲 5 2）。原告父は、現在、兄弟の援助やアルバイトによって生活をしている（甲 5 1）。

#### ウ 原告父の犯罪歴等

(ア) 原告父は、昭和 58 年 5 月 22 日に 容疑により起訴猶予処分となった（乙 10）。

(イ) 原告父は、昭和 61 年 7 月 24 日、同月 日に東京都豊島区所在の駐車場前路上において、(略)したとの容疑で起訴され、同年 9 月 19

日，東京地方裁判所において， の罪名により に処する旨の判決の宣告を受け，同判決は自然確定した（乙9，11の1）。

(ウ) 原告父は，新宿簡易裁判所において，平成4年4月10日， ， の罪名により に処せられた（略式）（乙9）。

(エ) 原告父は，金銭を貸した者が返済に応じないことから，共犯者らと共に共謀の上，平成 年 月 日に（略）したとして，同年8月8日，東京地方裁判所において， の罪名により に処する旨の判決を宣告され，同判決は自然確定した（乙11の2）。

(オ) 原告父は，平成 年 月 日から 日ころにかけて，被害者3名から（略）したほか，（略）をしたこと等により，平成7年9月27日，仙台地方裁判所において， ， の罪名により に処する旨の判決を宣告された。原告父は，上記判決を不服として控訴をしたが，控訴棄却となり，平成8年4月3日に判決が確定し，（略）執行が終了した。（以上につき，乙9，11の3，29）。

(カ) 原告父は，（略）しようと企て，同知人と共謀の上，平成 年 月 日，被害者らに対して（略）したとして，平成14年7月1日，東京高等裁判所において， の罪名により に処する旨の判決を宣告され，自然確定を経て同年 月 日に刑の執行が終了した（乙9，11の4・5）。

## エ 原告子の被害の概要

(ア) 原告子（当時5歳）は，平成16年6月 日， 加害者によって，（略）から約11.6メートル下の植え込みに転落させられ，頭部打撲・血腫，全身打撲・擦過傷，右橈骨骨折，両下腿湿疹の傷害を負った（甲45）。

(イ) 原告子は，平成16年8月，東京都児童相談センター治療指導課医師によりPTSD（心的外傷後ストレス障害）と診断され，また，抗う

つ状態にあると診断された(甲9)。

### (3) 各事情の検討

#### ア 原告父の本邦における在留状況

原告父は、前記前提事実(2)及び前記(2)ウのとおり、昭和55年5月13日に本邦入国後、昭和58年5月22日に で起訴猶予となり、また昭和61年9月19日に 、平成4年4月10日に 、 、平成6年8月8日に 、平成8年4月3日に 、 、平成14年7月1日に の各罪名により罰せられている。その犯罪態様は悪質であり、かつ、更生の機会を与えられながらも、繰り返し犯罪行為に及んでおりその在留状況は極めて悪質である。

ことに、前記前提事実(2)エ及びオ並びに前記(2)ウによると、原告父は、平成6年8月8日に の罪名により に処する刑の宣告を受け、さらに、平成 年 月 日には 、 を敢行し、そのために平成8年4月3日に に処する旨の判決が確定し、同年8月19日に原告父の在留期間更新許可申請が不許可となり、入管法24条4号ロ(不法残留)及び同号リ(刑罰法令違反者)に該当するとして退去強制手続がとられていたが、最終的には在留特別許可が付与され、本邦における在留の継続が認められたものであった。

このように、当局は、原告父を退去強制手続により本国へ送還する姿勢を示した上で、在留特別許可を付与したものであったが、原告父は、(略)(乙9)、前記(2)ウ(カ)のとおり、3年後の平成 年 月 日には、に及んだものであって、これらの事実関係からすれば、原告父の犯罪性向は顕著であり、遵法精神が著しく欠如しているといわざるを得ない。

#### イ 原告父の中国残留邦人の子としての地位、特別永住者との比較

(ア) 原告らは、原告父が中国残留邦人の子であるところ、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

(以下「特例法」という。)所定の特別永住者と同様に退去強制事由が制限されるべきこと，日本政府は中国残留邦人及びその家族の本邦における永住を認め，その家族問題を解決する国際的な義務を負っており，外国人一般と退去強制手続において同じ取扱いをするべきではなく，在留特別許可を与えるべきであったと主張する。

しかしながら，原告父が，中国残留邦人であるdの子であり，同人とともに本邦に帰国し，以降24年間にわたり本邦に居住して生活をしているという点については，原告父の在留特別許可を付与するか否かの判断に当たり，積極的に付与すべきとする有力な事情の一つとなるとはいえるものの，更に中国残留邦人の子孫である外国人という地位を根拠として，当然に入管法24条の解釈に当たり，特例法所定の特別永住者と同様の取扱いをしなければならないというものではないし，同事情のみを根拠として，在留特別許可を付与しなければ，前記(1)で述べた法務大臣等の裁量権の逸脱又は濫用になるというものでもない。

(イ) また，原告らは，昭和59年法律第45号による改正前の国籍法の経過措置として規定された国籍法附則5条1項により，上記改正時に一定の年齢(昭和40年1月1日から同法の施行日(昭和60年1月1日)の前日までに生まれた者)にある中国残留邦人の子に限り届出のみで日本国籍取得可能であり，その他の中国残留邦人の子は，同附則により国籍を取得できないことをとらえて不合理な差別であって憲法14条1項に違反することから，原告父を日本人と同様に取り扱うべきであるとか，原告父には日本国国籍取得者に準じる者として退去強制を著しく制限することが憲法14条の要請であるとして，在留特別許可を与えるべきであったとも主張する。

しかしながら，原告らの主張する「年齢による差別」が「社会的身分」によるものに該当するかという問題はさておくとしても，憲法14条1

項は、合理的理由のない差別を禁止するものであるところ（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁参照）、上記附則は、改正後の国籍法の施行日において20歳に達している者が、20年以上にわたり外国人として成育してきたことに着目すれば、生活の本拠の存在、日本国籍の取得の結果重国籍となるか否かによって、我が国との統合性の強弱に差異があることから、日本国籍を一律に届出によって取得させることが適当ではないとの趣旨で、年齢による区別をしたものであり、憲法14条1項が禁止する合理的理由のない差別であるとはいえない。詰まるところ、これらの事情の意味するところは、上記(ア)と同様である。

#### ウ 原告らの本邦に在留する家族との関係

(ア) 原告らは、原告らを退去強制させることが、原告ら家族並びに本邦で居住する原告父の実子及び原告父のきょうだいによって構成される家族関係の離散を招くような結果になるとして、市民的及び政治的権利に関する国際規約(以下「国際人権B規約」という。)17条、児童の権利に関する条約3、9、10、11条に違反するものであると主張する。

しかしながら、前記(1)のとおり、外国人を自国内に受け入れるか否か、また受け入れる場合にいかなる条件を付すかは、国際慣習法上、当該国家が自由にこれを決することができるのが原則であるところ、国際人権B規約13条が外国人に対して法律に基づく退去強制手続をとることを容認していると解されることからすれば、国際人権B規約においても、上記国際慣習法上の原則が前提とされているものであり、国際人権B規約に基づく権利は、入管法に基づく外国人在留制度の枠内においてのみ保障されるにとどまるものといえる。また、児童の権利に関する条約は、個々の具体的権利を規定しているものとはいえず、また、同条約9条4が退去強制措置を前提として規定しているように、上記国際慣習

法上の原則が前提とされているものであり、児童の権利に関する条約も、入管法に基づく外国人在留制度の枠内においてのみ保障されるにとどまるものであるといえる。したがって、原告らが主張する家族関係に係る主張は、在留特別許可を付与するか否かの判断要素の一つとして斟酌すれば足りるといえる。

(イ) 原告父は、昭和55年5月13日、その兄及び弟、そしてdとともに本邦に入国し、その後、兄弟とともに就職して東京で共同生活をした時期があり、その後、原告父のきょうだいらは、異母兄を除き、本邦に入国して本邦における永住を予定しており、さらに、そのうちの姉一人を除く全員が既に日本国籍を取得している（前記(2)ア(イ)）。しかしながら、証拠（甲6，51）によると、dは、昭和 年 月に死亡しており、日本に在住する原告父のきょうだいも、原告父とは独立した家族生活を送っていて、原告父との間の付き合いは、年に数回程度の墓参りの際に会うというものであったと認められる。また、証拠（甲4，5，原告父本人）によると、原告父とgとの間の二人の子は、いずれも本邦で永住を予定し、日本国籍を取得したと認められるものの、同証拠によっても、原告父と二人の子との間の関係は、時折会ったり、連絡を取りあうという程度であったと認められるにすぎない。このことからすれば、原告父が本邦から強制送還された場合に、きょうだい又は前妻との間の実子と本邦において会うことが困難になるという事情については、原告父に在留特別許可を付与するに当たって、特段考慮すべき事情とはいえない。

#### エ 原告子の治療の必要性

原告らは、本件各裁決後に原告子が高所から転落させられる被害に遭い、本邦において治療を継続する必要性があり、そもそも、日本国政府の入管行政の厳しさが原告子の養育環境の悪化を招いたことから、上記事件を招

いたといえ、被告らにおいて、原告子に対し、その埋め合わせをするような配慮をなすべきであって、また、被告らが被害に遭った子供の心理的、経済的、社会的保障の義務を果たすべきであるとし、原告子に対して在留特別許可を付与しなかった判断には、被告東京入国管理局長の裁量権の逸脱又は濫用があると主張する。

しかしながら、原告子が上記被害に遭ったのは、本件各裁決及び本件各退令発付処分がなされてから相当期間経過した後であり、また、に原告子が高所から転落させられたという態様からすれば、本件各裁決及び本件各退令発付処分時における在留特別許可の付与の判断において、考慮対象に含まれるべきものであるといえないことは明らかであり、同事実が本件各裁決及び本件各退令発付処分の違法を構成することはない。

なお、同事実については、後記のB事件及びC事件において更に検討することとする。

#### オ まとめ

以上を要約するならば次のとおりとなる。

まず、原告父の本邦における在留状況は極めて悪質であるといわざるを得ず、繰り返し犯罪行為を行い、更生の機会が与えられていたにもかかわらず、なお犯罪行為に及ぶなど、犯罪性向や規範意識の著しい欠如がみられる。

他方、原告父及び原告母は、中国において出生し、教育を受けて成育した者であり（前記前提事実(1)、前記(2)ア及びイ）、中国には、原告父の異母兄が生活をしているほか、原告母の両親、姉、妹が生活をしていること（同）、原告父及び原告母はいずれも中国においても稼働する能力があるといえること（同）からすれば、原告父及び原告母が本国に帰国した場合にその生活に特段の支障が生じるとはいえない。

さらに、原告子は、本邦で出生した者であるところ（前記前提事実(1)）、

中国に帰国した場合には，中国と本邦との間の言語，文化，慣習等の違いにより，帰国当初は環境に順応するため，精神的，肉体的な負担を強いることになることは予想できるものの，原告子は，本件各裁決当時5歳になる直前であって，いまだ可塑性に富む年齢であり，中国に帰国して時間の経過とともに十分順応し得る可能性があることを併せ考慮すれば，本国での生活によって特段の支障が生じるとはいえない。

とすれば，原告父が中国残留邦人の子であること，本邦において長期間在留することによって生活の基礎を築いてきたこと，原告父のきょうだいや日本人の実子が本邦で居住していることを考慮しても，原告らに在留特別許可を付与しないとの被告東京入国管理局長の判断において，全くの事実の基礎を欠いているとか，社会通念上著しく妥当性を欠いていることが明らかであるなど，その与えられた裁量権の範囲を逸脱又は濫用したものであるとは認められないから，本件各裁決は適法である。

## 2 争点(2)ア(ア)(本件各確認の訴えの適法性)(B事件関係)

(1) 被告らは，本件各確認の訴えにつき，職権で取り消されるべき退去強制令書発付処分によって，退去強制手続がされようとしている場合には，当該退去強制令書の執行の差止めの訴えの提起が可能であり，あえて，本件確認の訴えを提起することが，当事者間の紛争解決にとって必ずしも適切なものとはいえないとし，確認の利益を欠き不適法であると主張する。

(2) 原告らは，A事件に係る請求が認容されないことに備えて，本件各裁決後の事情である被害によって生じた原告子の治療の必要性を原告らの在留を基礎付ける事情として主張する手立てとして，本件各確認の訴えを提起したものである。そして，上記事情をA事件において争うことができないのは，前述のとおりである。

とはいえ，被告らが指摘するように，一定の不利益処分がなされることが当然に予想できる場合，当該処分の違法を主張してその効力を予防的に争う

場合には、差止めの訴えによる方が、より直截的であるといえよう。

しかしながら、退去強制令書の執行を差し止めようとするならば、主任審査官には当該退去強制令書の前提となる裁決に従って当該退去強制令書を執行すべき義務があることから、当該裁決の効力を有しないものとするか又は排除しなければならないところ、当該裁決の取消し又は無効確認以外の方法（例えば、職権による取消し又は撤回の義務付け）に疑義がないではないといふべきであるから、上記１のとおり、本件各裁決の取消し又は無効確認が認められない以上、いわゆる補充性を理由として、公法上の法律関係の確認の訴えとみられる本件各確認の訴えの利益がないと解することは相当とはいえない。ただし、その地位の確認（本案の判断）に当たっては、本来より直截的であるはずの差止めの訴えの要件（行政事件訴訟法３７条の４）をも勘案しながら、十分慎重な吟味を要するといふべきである。

3 争点(2)ア(イ)（原告らが本件各退去強制令書の執行を受けない地位にあるか否か。）（B事件関係）

(1) 原告らは、原告子が被害者であり、本邦において経過観察や心理的ケアを継続する必要があるところ、犯罪被害者等基本法４条に基づき、国は原告子を日本国内において安定した経過観察や心理的ケアを受けさせる責務を負担しており、法務大臣は、本件各退去強制令書を撤回等すべきであるから、原告子は、退去強制令書の執行を受けない地位にあり、原告父及び原告母も、原告子との家族の一体性を確保するために、退去強制令書の執行を受けない地位にあると主張する。

(2)ア しかしながら、まず、犯罪被害者等基本法４条の規定は、条文の文言、規定の位置からすれば、同法の抽象的な原理・理念を定めたものにすぎず、個々の犯罪被害者等が同条を根拠に国に対して施策を求める具体的な権利を定めたものではないと解するのが相当であり、同条から直ちに国に具体的義務が発生するとはいえない。

イ そこで、次に、本邦において原告子に対して治療を継続する具体的な必要性があるか否かについて検討するに、これに関係する事実として、原告子の症状、治療内容、本邦と中国における当該症状に対する治療環境等に関して、掲記の証拠及び弁論の全趣旨によると、以下の事実が認められる。

(ア) 東京都児童相談センター治療指導課医師は、平成16年8月ころ、原告子を深刻なPTSDと診断したが、その診断においては、乳幼児(0歳から3歳まで)のPTSD基準として提唱されている基準によったものであり、PTSDの程度についての判断理由としては診断基準のすべての項目に該当することのみを挙げている。平成16年8月当時の本邦における子供のPTSD治療の研究は、アメリカ合衆国における症例報告等を受けながら手探りで始めているという状態にある。(以上につき、甲9)

(イ) 原告子の平成17年6月当時のPTSD及び抗うつ状態としての症状は、トイレが怖い、エレベーターが怖い、骨折のことを思い出すと怖い、時折、寝ているときに突然泣き出す、布団を頭からかぶせるとパニックになる、暗いところに入るとパニックになるというものであり、保育園の園長が、他の園児に「悪い人と一緒に行っちゃいけないよ。」と話したところ、高所から落とされた経験を涙ながらに話し出したり、保育園での散歩中、他の園児に「高いところから落とされた」と話すという症状もみられた(甲42)。

(ウ) 医師及び児童福祉司による当時の原告子の症状(上記(イ))に対する治療は、家庭での怖い体験が起きないように、保育園などを利用した規則正しい生活を維持し、不安感を与えないようにすることや、2週間に1度臨床心理士による心理療法としてプレイセラピーを行い、1か月に1度30分程度、EMDR(眼球運動による脱感作と再処理法)による心理療法を行うというものであったが、それらの効果としては、ここに

来てようやく上向きになってきているという状態である（甲４２）。

（エ） 中国においては，平成１７年３月当時，チベットを除く各省の市及び一部の県に精神科施設が置かれ，また，中国精神医学学会に，児童・思春期精神医学の特別委員会があるほか（乙９１），北京においては，心理療法を実施する複数の医療機関があり（乙９２の１～４），児童の心理療法を専門に取り扱う医療機関もある（乙９２の４）。

ウ 上記イの認定事実を基に判断する。

原告子は，東京都児童相談センターの医師から深刻なPTSDであると診断され，平成１７年６月ころにも同症状が残存しているとして，治療は２週間に１度のプレイセラピーによる心理療法や医師によって１か月に１度，３０分程度の心理療法が行われているが，これらの治療によって原告子の症状にどのような治療効果が発現しているのかは必ずしも明らかではない。また，本邦における上記各治療を中断することによって，原告子の症状が具体的にどのように変化するかなど，原告子が上記各治療の中断によって，いかなる損害を被るのかについても不確定といわざるを得ない。さらに，本邦における子供のPTSDに関する研究は，他国の研究発表を参考にして，治療方法を模索している段階であり，国際的にみても必ずしも先進的であるとはいえないのであって，日本における子供に対するPTSDの医療水準が中国における医療水準と比較して，特に優れているということとはできない。この点，児童相談センターの医師及び児童福祉司は，原告子が中国に移住した場合に予想される問題について，生活環境の変化や中国において子供のPTSD治療が十分に行われているという情報がないことから，治療を継続できなくなる危険があること，このまま成長した場合には原告子が神経質になったり，獲得できる能力を獲得できなくなる危険性があること，同じような体験をすると他の者に比べて深刻な影響が残ることを挙げている（甲４２）。しかし，同意見は，生活環境の変化等

によるPTSDの患者に対する一般的な影響可能性について述べているものにすぎず、また、中国における子供のPTSD治療に係る確定的な知見に基づいて述べられているとは認められないことからすれば、具体的な論拠に基づくものとはいえない。他に原告子の症状に対する治療を行う上で本邦でなければできない治療法があるなどといった事情に関する主張・立証がなく、上記イ(エ)の事実にも照らせば、原告子が中国に帰国した場合に本邦において受けていた治療と同程度の治療を受けられる可能性がないとはいえず、また、その帰国による影響もやはり不確定であるといわざるを得ない。

とすれば、原告子が中国に帰国した場合に、原告らが主張するような安定した生活において経過観察や心理的ケアを継続することが、少なくとも、本邦における場合と比較して著しく困難になり、原告子の成長過程に甚大な影響を及ぼすおそれがあるとまではいえない。

そうであるとすれば、本件各裁決及び各退令発付処分が適法であるにもかかわらず、その執行を受けない地位を確認しなければならないほど、原告子の治療の必要性が意味をもつものではないといわざるを得ない。

#### 4 争点(2)イ(ア)(本件各義務付けの訴えの適法性)(B事件関係)

(1) 原告らの本件各義務付けの訴えは、そもそも在留特別許可を付与されることが当然の前提となっており、そのためには、本件各裁決の取消し若しくは無効又はその効力を排除することが必要となるところ、これらがいずれも認められないことは、既に検討したとおりであるから、原告らの本件各義務付けの訴えは、この点において不適法な訴えともいい得るが、この点をひとまずにおいて、原告らの「重大な損害を生ずるおそれ」(行政事件訴訟法37条の2第1項)に関する主張について検討する。

その主張内容は、前記3(1)と基本的には同内容であって、原告らは、原告子が被害に遭い、重傷を負ったことが原因でPTSDとなり、現在児童相

談センターの医師，児童福祉司による経過観察や心理的ケアがなされているところ，今後も本邦において経過観察及び心理的ケアを続ける必要があり，仮に原告子に対する退去強制令書が執行され，原告子が中国に送還された場合には，安定した生活において経過観察や心理的ケアを継続することが著しく困難になり，原告子の成長過程に及ぼす影響が甚大であるとして，原告子に対する退去強制令書の執行により原告子に「重大な損害を生ずるおそれがある」というものである。

(2) しかしながら，前記3(2)での検討を踏まえれば，原告子に対する退去強制令書が執行されることにより，原告子に「重大な損害を生ずるおそれがある」とは認められず，原告らの本件各義務付けの訴えは，その余の点を判断するまでもなく，要件を欠いた不適法な訴えであるといえる。

#### 5 争点(3)ア(本件各差止めの訴えの適法性)(C事件関係)

前記2(2)で指摘したように，本件各判決の効力を有しないものとする又は排除する方法に疑義があり，かつ，本件においては，原告らにおいて，そもそもその手当てを講じていないことから，これだけで本件各差止めの訴えが不適法であるともいえるが，上記4と同様にこの点をひとまずにおいて，原告らの「重大な損害を生ずるおそれ」(行政事件訴訟法37条の4第1項)に関する主張について検討しても，これもまた上記4と同様であって，原告子に対する退去強制令書が執行されることにより，原告子に「重大な損害を生ずるおそれがある」とは認められず，原告らの本件各差止めの訴えは，その余の点を判断するまでもなく，要件を欠いた不適法な訴えであるといえる。

#### 第4 結論

よって，原告らの本件各義務付けの訴え及び本件各差止めの訴えは，不適法な訴えであるから，これらをいずれも却下することとし，その余の訴えに係る請求はいずれも理由がないから，これらをいずれも棄却することとし，訴訟費用について行政事件訴訟法7条，民事訴訟法61条，65条1項本文を適用し

て、主文のとおり判決する。

東京地方裁判所民事第2部

裁判長裁判官 大 門 匡

裁判官 吉 田 徹

裁判官 小 島 清 二