

主 文

- 1 本件訴えのうち，主位的請求及び予備的請求のうち在留特別許可の義務付け請求に係る部分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棄却する。
- 5 3 訴訟費用は原告らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第 1 請求

1 主位的請求

法務大臣又は名古屋出入国在留管理局長は，原告らに対し，本邦における在
10 留を特別に許可せよ。

2 予備的請求

(1) 名古屋出入国在留管理局長は，平成21年1月13日付けで原告らに対し
てされ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
由がない旨の裁決を撤回せよ。

15 (2) 法務大臣又は名古屋出入国在留管理局長は，原告らに対し，本邦における
在留を特別に許可せよ。

第 2 事案の概要

1 事案の要旨

L国の国籍を有する外国人である原告らは，出入国管理及び難民認定法（以
20 下「入管法」という。）所定の退去強制の手続において，入管法所定の退去強制
事由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，法務大臣から
権限の委任を受けた名古屋入国管理局長（以下「名古屋入管局長」という。）か
ら，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（以下「本
件各裁決」という。）を受け，引き続き，名古屋入国管理局（以下「名古屋入管」
25 という。）主任審査官から，退去強制令書を発付する旨の処分（以下「本件各退
令発付処分」という。）を受けたことから，本件各裁決及び本件各退令発付処分

の取消しを求める訴え（以下「前回訴訟」という。）を提起したが、原告らの請求をいずれも棄却する旨の判決（以下「前回判決」という。）が確定した。

本件は、原告らが、本件各裁決後に原告らに有利な事情が生じたと主張して、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条6項1号のいわゆる非申請型の義務付けの訴えとして、(1)主位的に、法務大臣又は名古屋出入国在留管理局長に対して在留特別許可の義務付け（以下「本件在特義務付けの訴え1」という。）を、(2)予備的に、①名古屋入管局長事務承継者である名古屋出入国在留管理局長に対して本件各裁決の撤回の義務付け（以下「本件各裁決撤回義務付けの訴え」という。）を求めるとともに、②法務大臣又は名古屋出入国在留管理局長に対して在留特別許可の義務付け（以下「本件在特義務付けの訴え2」という。）を求めた事案である。

2 前提事実（当事者間に争いのない事実並びに掲記の証拠（以下、書証番号は、特記しない限り枝番を含む。）及び弁論の全趣旨により容易に認められる事実等）

(1) 原告らの身分関係

ア 原告G1（以下「原告父」という。）は、1966年（昭和41年）1月1日にL国において出生、成育したL国国籍を有する外国人男性である。（甲1，乙40）

イ 原告G2（以下「原告母」といい、原告父と併せて「原告父母」という。）は、1975年（昭和50年）2月2日にL国において出生、成育したL国国籍を有する外国人女性であり、平成7年12月6日、原告父と婚姻した。（甲1，乙41）

ウ 原告G3（以下「原告長女」という。）は、平成14年（2002年）7月24日、本邦において原告父母の間に長女として出生したL国国籍を有する外国人女性である。（甲1，乙42）

エ 原告G4（以下「原告二女」という。）は、2004年（平成16年）1

2月24日、L国において原告父母の間に二女として出生したL国国籍を有する外国人女性である。(甲1, 乙43)

オ 原告G5(以下「原告長男」といい、原告長女及び原告二女と併せて「原告子ら」という。)は、平成19年(2007年)11月20日、本邦において原告父母の間に長男として出生したL国国籍を有する外国人男性である。(甲1, 乙44)

(2) 原告父母及び原告長女の過去の退去強制手続等

ア 原告父は、本邦において不法就労する目的で、平成2年8月31日、新東京国際空港(現在の成田国際空港)において、在留資格を「短期滞在」、在留期間を「90日」とする上陸許可を受けて本邦に上陸した。原告父は、自動車部品工場で就労し、在留期間の更新又は変更を受けることなく、在留期限である同年11月29日を超えて、本邦に不法残留した。(甲1, 乙40)

イ 原告母は、平成7年12月6日、本邦に在留する原告父と連絡を取り合って婚姻し、同月8日、新東京国際空港(現在の成田国際空港)において、在留資格を「就学」、在留期間を「6月」とする上陸許可を受けて本邦に上陸した。原告母は、その後に更新された在留期限である平成11年2月6日を超えて本邦に不法残留し、原告父と同居し、アルバイトをするなどして生活した。(甲1, 乙41)

ウ 原告母は、平成14年7月24日、本邦において原告長女を出産した。原告長女は、法定の除外事由がないのに、入管法22条の2第3項において準用する同法20条3項本文の規定又は同法22条の2第4項において準用する同法22条2項の規定に基づき在留資格の取得許可を受けることなく、出生後60日を経過する同年9月22日を超えて本邦に不法残留した。(乙42)

エ 原告父母及び原告長女は、平成16年2月25日、原告父母については

入管法 24 条 4 号ロ（不法残留）に、原告長女については同条 7 号（不法残留）に該当することを理由に退去強制を受け、L 国に帰国した。（乙 40 ないし 42）

(3) 原告らの入国及び在留状況

5 ア 原告父は、再び、本邦において不法就労する目的で、平成 16 年 5 月 16 日、成田国際空港において他人名義の旅券を行使して本邦に上陸し、本邦において不法就労した。（甲 1，乙 40）

10 イ 原告母は、平成 16 年 12 月 24 日、L 国において原告父との子である原告二女を出産した。そして、原告母、原告長女及び原告二女は、平成 17 年 3 月 23 日、成田国際空港において、原告母及び原告長女については
15 いずれも他人名義の旅券を行使し、原告二女については自己名義の旅券を行使して、いずれも在留資格を「家族滞在」、在留期間を「1 年」とする上陸許可を受け、本邦に上陸した。その後、原告二女は、その後に更新された在留期限である平成 19 年 3 月 23 日を超えて本邦に不法残留するに至った。（甲 1，乙 41 ないし 43）

20 ウ 原告母は、平成 19 年 11 月 20 日、本邦において原告長男を出産した。原告長男は、法定の除外事由がないのに、入管法 22 条の 2 第 3 項において準用する同法 20 条 3 項本文の規定又は同法 22 条の 2 第 4 項において準用する同法 22 条 2 項の規定に基づき在留資格の取得許可を受けることなく、出生後 60 日を経過する平成 20 年 1 月 19 日を超えて本邦に不法残留した。（甲 1，乙 44）

(4) 本件各裁決及び本件各退令発付処分に至る経緯

ア 原告父母、原告長女及び原告二女の摘発

25 名古屋入管入国警備官及び愛知県安城警察署警察官は、平成 19 年 11 月 28 日、原告父母、原告長女及び原告二女を入管法違反（不法残留）の容疑で摘発した。（甲 1）

イ 原告父の退去強制手続

(ア) 名古屋入管入国警備官は、平成19年12月18日、原告父に対し、名古屋入管主任審査官が発付した収容令書を執行し、原告父を名古屋入管収容場に収容した上、同日、名古屋入管入国審査官に引き渡した。(甲1)

5

(イ) 名古屋入管入国審査官は、平成20年1月18日、原告父に対する口頭審理を実施した結果、原告父が入管法24条1号(不法入国)に該当する旨を認定し、その旨を原告父に通知したところ、原告父は、口頭審理の請求をした。(甲1)

10

(ウ) 名古屋入管特別審理官は、平成20年1月24日、前記(イ)の認定には誤りがない旨の判定をし、その旨を原告父に通知したところ、原告父は、同日、法務大臣に対し、入管法49条1項に基づく異議の申出をした。(甲1)

ウ 原告母及び原告子ら(以下、両者を併せて「原告母子」という。)の退去強制手続

15

(ア) 名古屋入管入国警備官は、平成20年2月4日、原告母子に対し、名古屋入管主任審査官が発付した収容令書を執行し、原告母子を名古屋入管収容場に収容した上、名古屋入管入国審査官に引き渡した。(甲1)

20

(イ) 名古屋入管入国審査官は、平成20年5月9日、原告母及び原告長女につき入管法24条1号(不法入国)に該当する旨、原告二女につき同条4号ロ(不法残留)に該当しかつ出国命令対象者に該当しない旨並びに原告長男につき同条7号(不法残留)に該当しかつ出国命令対象者に該当しない旨を認定し、その旨を原告母子に通知したところ、原告母子は、同日、口頭審理の請求をした。(甲1)

25

(ウ) 名古屋入管特別審理官は、平成20年6月5日、原告母子に対する口頭審理を実施した結果、前記(イ)の認定には誤りがない旨の判定をし、そ

の旨を原告母子に通知したところ、原告母子は、同日、法務大臣に対し、入管法49条1項に基づく異議の申出をした。(甲1)

エ 本件各裁決及び本件退去強制令書発付処分等

5 (ア) 法務大臣から権限の委任を受けた名古屋入管局長は、平成21年1月13日付けで、前記イ(ウ)及びウ(ウ)の異議の申出には理由がない旨の裁決(本件各裁決)をした。名古屋入管主任審査官は、同日、原告らにその旨を通知するとともに、同日付けで、L国を送還先とする退去強制令書を発付する旨の処分(本件各退令発付処分)をした。(甲1)

10 (イ) 原告らは、平成21年1月13日付けで、本件各退令発付処分に係る退去強制令書の執行を受け、原告父は引き続き名古屋入管収容場に収容されたが、原告母子は、同日、仮放免された。その後、原告父は、同年7月22日に入国者収容所西日本入国管理センターに移収されたが、平成22年4月16日、仮放免された。(甲1, 乙13ないし17)

(5) 前回訴訟

15 ア 原告らは、平成21年7月7日、本件各裁決及び本件各退令発付処分の取消しを求める訴え(前回訴訟)を名古屋地方裁判所に提起したが、平成25年3月14日、原告らの請求をいずれも棄却する旨の判決(前回判決)を受けた。(甲1)

20 イ 原告らは、平成25年3月26日、前回判決を不服として、名古屋高等裁判所に控訴したが、同年11月22日、原告らの控訴を棄却する旨の判決を受けた。(甲2)

25 ウ 原告らは、平成25年12月5日、前記イの判決を不服として、最高裁判所に上告及び上告受理申立てをしたが、平成26年5月27日、上告を棄却し上告審として受理しない旨の決定を受け、前回判決は確定した。(乙1)

(6) 本件訴えの提起に至る経緯等

ア 原告らは、前回判決確定後、名古屋入管局長に対し、在留特別許可を付与するよう申し入れたが（いわゆる再審情願）、平成27年10月1日、再審情願の手続は開始しない旨の告知を受けた。（乙29）

イ 原告らは、平成27年10月19日、本件在特義務付けの訴え1を提起し、平成28年3月25日、本件各裁決撤回義務付けの訴え及び本件在特義務付けの訴え2を予備的に追加する旨の訴えの変更をした。（顕著な事実）

3 主たる争点

(1) 本件各裁決の撤回を求めることなく原告らに在留特別許可を付与することの義務付けを求める訴えの適否（本件在特義務付けの訴え1に関する本案前の争点。争点1）

(2) 本件各裁決撤回義務付けの訴えの適法性（本件各裁決撤回義務付けの訴えに関する本案前の争点。争点2）

(3) 本件各裁決を撤回しないことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか否か（本件各裁決撤回義務付けの訴えに関する本案の争点。争点3）

4 主たる争点に関する当事者の主張の要旨

(1) 争点1（本件各裁決の撤回を求めることなく原告らに在留特別許可を付与することの義務付けを求める訴えの適否）について
(原告らの主張の要旨)

退去強制令書の発付処分を受けた外国人が、現在の状況に照らし在留特別許可を付与されるべきであるとして司法救済を求める場合には、端的に在留特別許可の義務付けを求めることが、紛争解決上最も適切である。

被告は、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同条3項の裁決であって入管法50条1項に基づく在留特別許可を付与しないでされたもの（以下「当初裁決」ということがある。）が既に適法、有効に存在する場合には、在留特別許可は行い得ないと主張するが、処分庁は、不利益処分を随時撤回することが可能である上、法務大臣並びにその権限の委任を受

けた出入国在留管理庁長官及び地方出入国在留管理局長(以下「法務大臣等」という。)は、いわゆる再審情願の手續において当初裁決を見直す場合に当初裁決を撤回していない。また、口頭審理が放棄されて当初裁決を経ずに退去強制令書の発付処分がされた場合において、その後の事情変更に基づいて在留特別許可を求めるときは、当初裁決が存在しない以上、その撤回の義務付けを求めることはできないが、口頭審理が放棄された場合と当初裁決がされた場合とで理論的構成を異にする必要性は乏しい。

以上のことからすると、裁判所が在留特別許可を義務付ける判決をすれば、あえて当初裁決を撤回することを命ずる判決をしなくとも、法務大臣等は、当初裁決を撤回することが当然に可能というべきであって、法務大臣等が在留特別許可を付与することができないという事態は生じないというべきである。

したがって、本件各裁決の撤回を求めることなく在留特別許可の付与の義務付けのみを求める本件在特義務付けの訴え1は、適法である。

(被告の主張の要旨)

義務付けの訴えについては、当該処分を行う権限が行政庁にあることが訴訟要件となる。そして、外国人の在留が特別に許可されるのは、入管法が定める場合に限られるところ、法務大臣等が既に当初裁決を受けた外国人に対し、当初裁決後に生じた新たな事情を考慮して在留特別許可を付与することを認めた規定は存在せず、他にこのような権限を認めるべき法令上の根拠は存在しない。

したがって、当初裁決を受けた外国人がその後に生じた新たな事情を主張して在留特別許可を求めるには、その前提として、当初裁決の効力が失われていることを要するというべきである。

本件在特義務付けの訴え1は、本件各裁決の撤回を求めることなく、本件各裁決の効力を維持したまま、法務大臣等に対して入管法50条1項に基づ

く在留特別許可を付与することの義務付けを求めるものであるから、行政庁に対して法的根拠のない処分を求めるものであって、不適法な訴えである。

(2) 争点2 (本件各裁決撤回義務付けの訴えの適法性) について

(原告らの主張の要旨)

5 後記(3) (原告らの主張の要旨) で述べる事情に照らせば、本件各裁決が撤回されない場合には、原告らに行訴法37条の2第1項の「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれ」があるというべきである。

また、本件各裁決及び本件各退令発付処分の取消しを求める請求を棄却した前回判決が確定しており、行訴法37条の2第1項にいう「損害を避けるため他に適当な方法がない」の要件は満たされている。

したがって、本件各裁決撤回義務付けの訴えは、適法である。

(被告の主張の要旨)

ア 行政処分の撤回は、明文の根拠がない限り、要件が具体的に定められているものではなく、実質的にも、処分時以降の事情の変化等の諸要素を勘案した上で、職権によってされるべきものである。そして、当初裁決の撤回は、明文の根拠がないのであるから、法務大臣等の広範な裁量に委ねられているというべきである。しかも、入管法上は、当初裁決がされて退去強制令書が発付された場合には速やかに本国等に送還されることが予定されているのであり、当初裁決が適法であるにもかかわらず、諸種の事情によって送還が行われなかったために、事実上、当初裁決後に何らかの事情変更があったからといって、当該事情変更によって当初裁決の効力が覆滅されるような事態は、入管法が本来想定していない特殊な場合に限られる

(仮にそのような事態が頻繁に生ずると、適正な出入国管理行政が阻害されることとなる。)。こうしたことから、当初裁決の撤回の義務付けの訴えにおける「重大な損害を生ずるおそれ」(行訴法37条の2第1項)の要件については、厳格に解される必要がある。

イ これを本件について見ると、原告らは、前回訴訟において、①超低出生体重児として出生した原告長男のL国における治療の困難さ、②原告長女及び原告二女の本邦定着性及び③L国帰国後の生活困難性について主張したが、これらの主張はいずれも排斥され、原告敗訴の前回判決が確定した。

5 そうであるところ、本件において、原告らは、(a)本件各裁決時に未就学児であった原告子らが、それぞれ義務教育を受ける年齢に達したこと、(b)原告長男には、継続的な治療が必要であることなどを主張する。

しかしながら、前記(a)についてみると、原告らは、前回判決において、本件各裁決及び本件各退令発付処分のいずれもが適法と判断され、その司法判断が確定したにもかかわらず、いまだ本件各退令発付処分に従うことなく本邦内にとどまり、仮放免という退去強制令書の執行までの仮の地位が継続している間に前記(a)のような事情が生じただけにすぎない。そうすると、原告らは、本邦での生活の維持・継続について法的保護を受けることのできる立場にはないから、前記(a)の事情が本件各裁決を見直すべき事情であるということとはできず、前記(a)の事情が存在するとしても、重大な損害が発生するとは評価し得ない。また、前記(b)についてみると、原告長男のL国での治療の可能性については、原告長男が本国に帰国した場合に治療の継続が困難となることの具体的な主張立証はない上、前回訴訟において十分に審理された結果、控訴審の名古屋高等裁判所は、原告長男につき速やかに精神遅滞の治療や教育をしなければ直ちに原告長男の生命身体に重大な障害を及ぼすというものではないと判示しており、前回判決後の原告長男の臨床心理検査結果（甲4）を踏まえても、原告らの本件各裁決を見直すべき顕著な事情が生じているとは認められない。

ウ したがって、本件各裁決が撤回されないことにより原告らに重大な損害を生ずるおそれはないというべきであるから、本件各裁決撤回義務付けの訴えは、不適法である。

(3) 争点3 (本件各裁決を撤回しないことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか否か) について

(原告らの主張の要旨)

ア 児童の権利に関する条約(以下「児童の権利条約」という。)3条1項は、
5 児童に関するすべての措置を執るに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする規定しているところ、同項は、児童の利益を親その他の主体や社会一般の利益から独立したものと位置付け、児童に影響を与えるあらゆる状況、あらゆる
10 決定において、可能性のあるさまざまな解決策を検討し、児童の利益を正当に重視することを求めるものであって、手続の原則的規定である。そして、児童の権利条約の国際的実施機関である児童の権利に関する委員会の一般指針パラグラフ35は、同項の解釈として、児童の最善の利益の原則が外国人の子供の在留に関する処分にも適用されることを示している。

15 したがって、児童の最善の利益を主として考慮し、本件各裁決を撤回しないことが原告子らにとって著しく不利益であることを当然に重視しなければならないというべきである。

イ(ア) そして、本件各裁決時、原告長女は6歳、原告二女は4歳であったところ、現在、原告長女は16歳、原告二女は14歳であり、出生から現在
20 までの全部ないしほぼ全部の期間を本邦で生活している。原告長女及び原告二女は、それぞれ高等学校、中学校に在籍しており、原告父母が話すベンガル語について少し理解できる程度で、ベンガル語の会話も読み書きもできず、日本語を第一言語として生活、学習を積み重ねており、本邦に強い定着性を有している。そして、原告長女及び原告二女は、学
25 業や学校行事に積極的に取り組んでおり、友人関係も良好で安定した学校生活を送っている。原告長女は英語と読書を好み、翻訳家になること

を目指し、原告二女は、靴や小物のデザイナーを目指しており、いずれも大学への進学を希望している。これらのことからすると、本邦において引き続き教育の機会を確保することが児童の最善の利益にかなうというべきである。他方で、L国に退去強制された場合、原告長女及び原告
5 二女は、既にL国において義務教育を受ける年齢を過ぎており、L国の学校では進級するためには学年末に実施される試験に合格する必要がある上、外国人に対する特別なプログラムも存在しないことからすると、ベンガル語の会話や読み書きができない原告長女及び原告二女がL国の学校や日常生活に適応することは困難であり、学校教育の継続性が失われ
10 れるおそれが極めて高い。

(イ) また、本件各裁決時、原告長男は1歳であったところ、現在は11歳であり、出生から現在まで本邦で生活している。原告長男は、小学校に在籍しており、ベンガル語については、一部の単語を理解している程度で、日本語を第一言語として生活、学習を積み重ねており、本邦に強い
15 定着性を有している。そして、原告長男には、自閉症と知的障害があり、小学校において生活面及び学習面で個別的なサポートを受けているほか、H診療所に通所し、継続的な精神医学的、臨床心理学的治療を受けている。原告長男には、見慣れない他者を恐怖し、初めての出来事には落ち着いて対応できず時には泣いて暴れることもあるという障害特性がある
20 ため、小学校の教師のきめ細やかな教育的配慮や、原告長男の障害特性を理解している友人らの助けを受けることにより、ようやく集団生活への参加を継続できており、このような環境であればこそ、今後も学習面及び生活面での発達が見込まれるのであって、現在の環境において、継続的な治療を受けつつ、学校生活を継続することが児童の最善の利益に
25 かなうというべきである。他方で、L国に退去強制された場合、原告長男は既にL国において義務教育を受ける年齢を過ぎており、L国の学校

では進級するためには学年末に実施される試験に合格する必要があるため、ベンガル語の会話や読み書きができないばかりか、自閉症や知的障害をも有する長男がL国で学業を継続することは不可能である。しかも、L国では、自閉症等に対する差別や偏見が深刻である上に、本邦におけるような治療を受けることはできず、現在の教育環境や慣れ親しんだ人間関係から切り離されることで、心身の発達を阻害し、深刻な適応障害をもたらす可能性が高く、原告長男がL国の新しい環境に適応し、新しく学習を積み上げていくのはほとんど不可能である。

(ウ) そして、原告子らは、未成年者であって自活することは困難であること、原告長男については、生活全般について原告父母の介助が必要不可欠であること、原告長男の障害特性等に鑑みれば、原告子らの在留を認める場合には、原告父母についても、在留を認める必要がある。

(エ) 以上によると、原告らについては、法務省入国管理局作成に係る「在留特別許可に係るガイドライン」(以下「ガイドライン」という。)の積極要素である「当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること」、「当該外国人が、難病等により本邦での治療を必要としていること、又はこのような治療を要する親族を看護することが必要と認められる者であること」及び「その他人道的配慮を必要とするなど特別な事情があること」に該当するほか、原告父母については、ガイドラインの積極要素である「当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関(母国語による教育を行っている教育機関を除く。)に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること」にも該当する。

ウ 他方、原告父母及び原告長女がガイドラインの消極要素である「過去に退去強制手続を受けたことがあること」に該当する上、原告父母が健康保険証の交付を受けたこと及び居住地の変更登録をしなかったことにつき、

ガイドラインの消極要素である「その他刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が認められること」に当たり得るものの、他人名義の旅券を使用した不法入国の場合、当該外国人が在留資格に応じて国民健康保険証等の福祉制度を利用することは、不法入国に伴う一般的な現象であり、不法入国の事実と別個に取り上げて殊更に悪質と評価すべきでない。また、居住地の変更登録をしなかったことも、不法入国よりも悪質性が軽いと考えられている不法残留の外国人の場合には、外国人登録法廃止以前は同法違反の状態であることが多いのに、それが不法残留の事実と別個に悪質な情報として評価されてきたわけではないし、原告父母が居住地の変更登録をしなかったのは、重い喘息を患う原告長女及び原告二女並びに超低体重出生児であった原告長男に病院での治療を受けさせるためであった。

これらのことからすると、原告らについては、ガイドラインの消極要素は存在せず、素行不良と評価される事情もなく、その在留状況が悪質であるとはいえない。

エ 以上によれば、積極要素が消極要素を上回っており、原告子らに係る本件各裁決を撤回することが相当であり、また、未成年者である原告子らの監護者として、原告父母に係る本件各裁決も撤回することが相当である。

(被告の主張の要旨)

ア 原告らについては、本件各裁決が適法である旨を明確に認定した前回判決が確定したのであるから、それでもなお、名古屋入管局長が本件各裁決を撤回しないことが裁量権の範囲の逸脱又は濫用に当たると認め得る事態は容易には想定し難く、仮にそのような事態が想定し得るとしても、それは、本件各裁決後に生じた事情を踏まえると、本件各裁決を撤回しないことが人道上許されないといえるほどの極限的な場合に限られるというべきである。

イ そもそも、原告父母及び原告長女は、過去にも入管法違反により退去強

5 制されたことがあるにもかかわらず、その上陸拒否期間中に本邦に不法入
国し、原告父は、その退去強制前に不正に在留資格認定証明書の交付を受
けた上で、本邦に不法入国したのであって、原告父母及び原告長女の不法
入国は相当に悪質性の高いものである。また、原告父母は、不法入国に使用
10 した他人名義の旅券の人物として在留資格を有するものとして扱われて
いるのを利用し、国民健康保険被保険者証や子ども医療費受給者証の交付
を受け、平成20年10月頃まで、全額公費負担で医療機関を受診してい
た。また、仮放免後も、仮放免の条件として指定された知立市内の指定居
住地ではなく、M市内の住居に居住し、居住地の変更登録をすると原告子
15 らの健康保険が適用されなくなるとして、入国管理局から指導されても、
同年6月に至るまで、居住地の変更登録に応じなかった。このような原告
父母の一連の行為は、健康保険制度及び出入国の公正な管理をないがしろ
にする極めて悪質なものである。

15 このように原告らの在留状況が非常に悪いことは、本件各裁決を見直す
べき特に顕著な事情の変化が認められるか否かを判断する前提としても、
考慮されるべきである。

ウ これを前提としてみると、本件各裁決及び本件各退令発付処分 of いずれ
もが適法であるとする前回判決が確定している以上、原告らは、本来は速
やかに本国に送還されるべき立場にあり、原告らに対する仮放免も一時的
20 にその収容を解くものにすぎないから、本邦での生活の維持・継続につい
て当然に法的保護を受けることのできる立場にはないものである。

25 そして、原告子らが本邦において教育を受け、教育段階を進めてきたと
いう事情は、原告らが本国への送還を拒んで本邦に違法に在留し続けたた
めに生じた結果であり、その結果、本国へ帰国した場合に相応の困難を伴
ったり、引き続き本邦の教育を受けることができなくなったとしても、そ
れは原告らにおいて甘受すべきものである。また、原告父母は、L国の母

国語であるベンガル語を日常的に使用し、L国の生活習慣も十分理解していること、原告子らはベンガル語を日常的に使用する原告父母の下で生活し、その一部を理解していること、L国には原告父母の親族がいることなどからすれば、原告子らがL国の生活に適応していくことも十分に可能と
5 いうべきである。

エ そして、原告長男の本邦における治療の継続の必要性については、前回訴訟において十分に審理された結果、控訴審の名古屋高等裁判所は、原告長男につき速やかに精神遅滞の治療や教育をしなければ直ちに原告長男の生命身体に重大な障害を及ぼすというものではない旨判示しており、原告
10 らから提出のあった医師の意見書（甲28）によっても、その状況に変化があったことは認められない。

むしろ、前記医師の意見書には、現在のL国政府は、自閉症やその取扱いに関し、偏見を取り除くため政治的関与を強めており、2010年（平成22年）には、10か所の子ども発達センターが医療系専門学校やその他の専門的な機関で設置され、73の地区又は小管区にある障害支援センターに、特別な『自閉症コーナー』を設置されるなど、政府の積極的な取
15 組みがされ、その結果、自閉症に係る偏見が改善されていることが記載されているとともに、自閉症や統合失調症患者を含む障害者の権利を守り、安全を確保することを内容とする二つの重要な法令（障害者権利法と神経発達障害保護信託法）を發布したことも記載されている。このように、L国政府が自閉症等の精神障害の対策に乗り出している状況となっているのであるから、原告長男がL国において自閉症等の治療を行うことは十分に
20 可能というべきである。

そもそも、原告長男がL国に退去強制された場合に原告長男が直面する
25 L国の医療事情は、L国に在住する全ての国民が直面する医療事情にほかならず、原告長男が、医療の面において、我が国に在留する場合と比べて

不利益を被ることになったとしても、それは、ひとえに、本邦において原告長男が不法残留の結果、退去強制対象者に該当するに至ったことに伴う当然の不利益にすぎない。

オ 以上によれば、原告子らとの関係で本件各裁決を見直す必要があるとまでは認められず、原告子らの保護者である原告父母らとの関係でも本件各裁決を見直す必要性は認められない。

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

前記前提事実に、証拠（主要なものを括弧内に掲記した。）及び弁論の全趣旨を総合すると、次の各事実が認められる。

(1) 本件各裁決及び本件各退令発付処分

ア 原告父は、本邦において不法就労する目的で、平成16年5月16日、他人名義の旅券を行使して本邦に不法に上陸し、その後、原告母及び原告長女は、平成17年3月23日、他人名義の旅券を行使して本邦に不法に上陸した。また、原告二女は、自己名義の旅券を行使して原告母及び原告長女と共に本邦に上陸したが、その後に更新された在留期限を経過して本邦に不法残留した。さらに、原告長男は、平成19年11月20日、本邦において出生したが、法定の除外事由がないのに、入管法22条の2第3項において準用する同法20条3項本文の規定又は同法22条の2第4項において準用する同法22条2項の規定に基づき在留資格の取得許可を受けることなく、出生後60日を経過する平成20年1月19日を超えて本邦に不法残留した。（甲1，乙40ないし44）

イ 原告らは、平成19年11月28日、入管法違反で摘発され、退去強制手続に付された。原告らは、平成21年1月13日、本件各裁決及び本件各退令発付処分を受け、本件各退令発付処分に係る退去強制令書により名古屋入管収容場に収容されたが、同日、原告母子が仮放免され、平成22

年4月16日に原告父が仮放免された。本件各裁決当時，原告長女は6歳であり，M市内の保育園に通園しており，原告二女は4歳，原告長男は1歳であり，原告母に養育されていた。(甲1)

ウ 原告らは，平成21年7月7日，本件各裁決及び本件各退令発付処分の取消しを求める訴え（前回訴訟）を提起したが，平成25年3月14日に原告らの請求をいずれも棄却する旨の判決（前回判決）を受け，これに対して控訴したものの，同年11月22日，控訴棄却の判決を受け，さらに，上告及び上告受理の申立てをしたものの，平成26年5月27日，上告を棄却し上告審として受理しない旨の決定を受け，前回判決は確定した。(甲1，2，乙1)

(2) 本件各裁決後の原告子らの進学状況等

ア 原告長女

原告長女は，平成21年4月，I小学校に入学し，その後，平成27年4月にE中学校に入学し，平成30年4月に愛知県立J高等学校に入学した。原告長女は，現在，高等学校1年生であり，これまでの就学状況に問題はなく，日本語の会話及び読み書きをすることができ，英語の勉強が好きで，日本の大学に進学することを希望している。(甲3の1，14ないし17，29，30，48，49，59，原告長女6，18頁)

イ 原告二女

原告二女は，平成23年4月，I小学校に入学し，その後，平成29年4月，E中学校に入学した。原告二女は，現在，中学校2年生であり，これまでの就学状況に問題はなく，日本語の会話及び読み書きをすることができ，絵や手芸が得意で，日本の高等学校及び大学に進学することを希望している。(甲3の2，11ないし13，22，31，32，58，60，原告二女2，3頁)

ウ 原告長男

(ア) 原告長男の発達検査及び診療の状況等

a 原告長男は、平成19年11月20日に超低体重児として出生した。原告長男は、平成23年8月19日、H診療所を受診し、広汎性発達障害の疑い、精神遅滞との診断を受けて療育活動に参加することを勧められ、同月26日には精神遅滞の診断を受けた。その後、原告長男は、平成24年2月16日以降現在まで、H診療所に定期的に通所し、臨床心理士による定期的発達検査や主治医であるD1医師による治療を受けているが、D1医師の診断では、原告長男の主障害は、自閉症及び知的障害とされ、H診療所で実施された臨床心理検査の結果において、実年齢の6割程度の知的発達であるなどとされている。(甲23, 24, 25)

b D1医師は、平成24年9月3日付けの意見書において、原告長男について中度から重度の知的障害を伴う自閉症であり、長期にわたり専門的な医療・教育・福祉的支援が必要な児童であると述べていたが、平成29年3月26日付けの意見書においては、自閉症の諸症状の軽快に伴い適応性が高まり、知的障害の程度は重度知的障害から軽度障害状態まで軽快し、日常生活動作の自立度も高まっているとし、これらは、発達障害や知的障害のある子に適切な医療・福祉・教育が提供できる我が国に居住し、適切な専門療育等が提供された成果であるとする一方、L国では、自閉症等の原因が悪霊によると考える人が多いなど、差別や偏見が深刻であり、L国で原告長男の発達の・福祉的ニーズを満たす社会環境を整えることは不可能であるとした上、ベンガル語を理解できず、環境の変化への適応が極めて困難な自閉症と知的障害を併せ持つ原告長男にとって、学童期後期になってからのL国への移住は、心身の発達を阻害するとともに、深刻な適応障害をもたらす可能性が高いとして、否定的な見解を述べている。(甲26ないし2

8)

(イ) 原告長男の進学状況等

5 a 原告長男は、平成25年4月、Kこども園に入園し、平成26年4月、I小学校に入学しており、現在、小学校5年生である。同小学校は、原告長男の入学に際し、就学時健診の結果等から、特別支援学級（自閉症・情緒障害学級）の在籍を提案したが、原告母の希望により、原告長男は、通常学級に在籍していた。原告母は、原告長男が小学校1年生のときは、基本的に学校内でも付き添っていたが、原告長男が小学校2年生のときは、付き添うのは2か月に1回程度になった。同

10 小学校には、外国籍及び帰国子女の児童のための日本語指導教室があり、原告長男は、通常学級の授業には全くついていけないことから、日本語指導教室を利用して、週に3回ほど国語と算数の個別指導を受けていた。（甲3の3，19ないし21，58）

15 b 原告長男は、小学校5年生から特別支援学級に在籍し、勉強だけでなく生活指導も受けている。原告長男は、日本語で言い淀んでいるときに英単語で話をする程度がある程度で、教師や友人とは日本語で会話をしており、ひらがなやカタカナに加え、簡単な漢字の読み書きもできるようになり、小学校3年生までの間に、引き算、九九、割り算ができるようになっている。（甲5ないし10，21，33ないし36，

20 51ないし53，58，61，62，原告母21，22頁）

c 原告長男は、身の世について年齢相応の発達状況になく、教師が、体育の着替え等を補助し、トイレの声かけをするなどし、友人が、校内での移動の際に迎えに行くなどして、原告長男の学校生活を支援している。（甲21，37，38，58）

25 (ウ) 原告長男の日常生活動作について

原告長男は、食事、歯磨き、トイレ、着替え、シャワー等について、

単独では十分に行うことができないため、原告父母がこれを補助している。また、原告長男は、1人で留守番や外出ができないため、原告父母が付き添っており、1人で寝ることができず原告父母が添い寝している。
(甲37, 38, 58, 60, 原告母15ないし20頁)

5 (3) 本件各裁決後の原告らの生活状況等

原告父母は、母国語であるベンガル語を使用して互いに会話しているが、原告子らは、日本語を使用している。原告父母は、原告子らと話す際にはベンガル語と日本語を織り交ぜて会話しているが、原告長女及び原告二女は、そのベンガル語の単語の意味を理解できる程度で、ベンガル語の読み書きや
10 会話はほとんどできず、原告長男は、ベンガル語を全く理解することができない。(甲58ないし60, 原告母8, 9, 21, 37頁, 原告長女5, 6頁, 原告二女11, 13頁)

(4) L国の学校制度等

ア L国の学校制度は、就学前教育(1年間)、初等教育(5年間, 1年生から
15 5年生まで)、中等教育(7年間[3年, 2年, 2年], 6年生から12年生まで)、高等教育(3年間以上)で、義務教育期間は初等教育の5年間である。初等教育及び中等教育では毎年行われる学年末試験に合格しないと進級できない。また、大学入学資格を取得するためには、10年生終了時に1回目の国家統一試験に合格し、更に、2年間の教育を終了した上、
20 2回目の国家統一試験に合格する必要がある。(甲18)

イ L国では、精神疾患を持つ人やその家族は、社会的評価が低く、差別を受けており、U精神保健研究所の研究によれば、研究対象のなった地方の人々の50%以上が、自閉症や精神疾患が悪霊によるものと考え、薬物療法では対処できないと考えていた。(甲28)

ウ しかしながら、現在のL国政府は、自閉症やその取扱いに関し、偏見を取り除くために政治的関与を強めており、N市には国立特殊教育センター

が置かれ、知的障害者等のための教育、訓練のプログラム等を運営しているほか、自閉症児は、麻痺リハビリテーションセンターにおいて、作業療法、コミュニケーション療法、心理社会療法を受けることが可能であり、
2010年（平成22年）6月には、CNAC（子どもの神経発達と自閉症のための機関）が始動し、10か所の子ども発達センターが医療系専門学校やその他の専門的な機関で設置され、73の地区又は小管区にある障害支援センターに「自閉症コーナー」が設置された。

そして、L国政府は、2012年（平成24年）7月、自閉症に関する地域最大規模の会議を主催し、同会議において、自閉症スペクトラムに関するダッカ宣言が7か国により採択された。また、L国政府は、2013年（平成25年）の国連総会において、自閉症スペクトラム、発達障害とこれに関連する障害に影響を受ける個人やその家族、社会の社会的経済的ニーズに対処することを内容とする決議を上程し、全会一致で採択された。

（甲1，28）

エ L国では、2004年（平成16年）、自閉症や知的障害のある子どもに適切な訓練と教育を提供することなどを目的とする民間の学校が設立された。その他にも、L国には、自閉症等の子どもを支援する特別支援学校がO県Pに1校、Qに1校あり、自閉症児を対象とする学校とリハビリセンターがO県Rに1校、S県に1校存在する。（乙37ないし39）

また、自閉症児福祉協会や国家特殊教育及びV基金等の各種団体は、知的障害児に対する教育施設や自閉症児専門の民間特殊教育学校を複数運営しており、W知的障害者の介護と教育の会は、L国各地に38の支部を擁し、知的障害者のための活動を行っている。（甲1・26～27頁）

(5) L国における原告らの家族の状況等

ア 原告父の両親及び次兄は、既に死亡しているが、サウジアラビア王国で出稼ぎをしている弟を除く3人の兄と姉は、いずれも故郷であるT県で農

業をして生活をしている。(甲1)

イ 原告母の両親と2人の姉、2人の兄は、O県N市に在住している。原告母の両親は、その所有する住宅において二男家族と同居しながら、アメリカ合衆国に居住する四男の経済的援助を受けて生活している。(甲1)

5 2 争点1 (本件各裁決の撤回を求めることなく原告らに在留特別許可を付与することの義務付けを求める訴えの適否) について

(1) 本件在特義務付けの訴え1は、いわゆる非申請型の義務付けの訴え(行訴法3条6項1号)であるところ、このような非申請型の義務付けの訴えは、当該行政庁がある処分をする法令上の権限を有することを前提に、当該処分
10 の義務付けを求めるものである。したがって、当該行政庁が当該処分をする法令上の権限を有しない場合には、当該行政庁が当該処分をすることができない以上、その義務付けを求めることもできないことは明らかであるから、そのような訴えは不適法であるというべきである。

(2) ところで、入管法は、法務大臣等が、①入管法49条1項に基づく異議の
15 申出に対して同条3項の裁決をするに当たって、所定の要件の下で、在留を特別に許可することができる旨を定めるとともに(入管法50条1項)、②入管法61条の2第1項の申請をした在留資格未取得外国人について、難民認定をしない処分をするとき又は入管法61条の2の2第1項による定住者の在留資格の取得の許可をしないときに、所定の要件の下で、在留を特別に
20 許可することができる旨を定めるのみであって(同条2項)、入管法上、前記①又は②の手続によらずに、法務大臣等が、既に当初裁決を受けた外国人に対し、在留特別許可を付与することができる旨を定めた規定は存在せず、ほかに、法務大臣等がこのような権限を有すると解すべき法令上の根拠も見当たらない。

25 このような入管法の規定の構造等を踏まえれば、法務大臣等は、退去強制手続において、外国人に対し、一たび当初裁決を行い、それが有効に存続し

5 ている限り、当該外国人に対して在留特別許可を付与する法令上の権限を有しないというべきである。したがって、既に入管法50条1項に基づく異議の申出には理由がない旨の当初裁決を受けた外国人が、当初裁決の効力が存続したままの状態では在留特別許可の義務付けを求めることは、行政庁に対して法令上の権限のない処分を求めることにほかならないから、そのような訴えは不適法であるといわざるを得ない。

10 (3) 以上を前提に検討すると、前記前提事実(5)のとおり、本件各裁決が適法であることは、前回判決により確定しており、本件各裁決が撤回されない限り、その効力は有効に存続しているというべきである。そうすると、法務大臣等は、原告らに対して在留特別許可を付与する法令上の権限を有する余地がないから、本件在特義務付けの訴え1は、その余の点につき判断するまでもなく、不適法である。

3 争点2（本件各裁決撤回義務付けの訴えの適法性）について

15 (1) 行訴法37条の2第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」の有無について

ア 判断の枠組み

20 本件各裁決撤回義務付けの訴えは、いわゆる非申請型の義務付けの訴え（行訴法3条6項1号）であるところ、このような非申請型の義務付けの訴えについては、訴え提起が可能な場合を救済の必要性が高い場合に限る趣旨で、一定の処分がされないことにより「重大な損害を生ずるおそれ」があることが訴訟要件とされており（行訴法37条の2第1項）、重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとされている（同条2項）。

25 そして、当初裁決の撤回の義務付けの訴えは、行政行為の撤回を義務付けるものであり、当初裁決が裁決時において適法であることは争わないことを前提に、当初裁決後に生じた事情に基づいて、一旦された当初裁決の

撤回という新たな処分の義務付けを求めるものである。このような当初裁
決の撤回の義務付けの訴えの構造を踏まえた同訴えによる救済の必要性の
観点からすれば、当初裁決により退去強制令書が発付されて本邦から退去
強制されることによる不利益は、当初裁決後に新たな事情により生じたも
5 のと評価できない限り、原告らにおいて受忍すべきものといわざるを得ず、
当初裁決の撤回の義務付けの訴えにおける「重大な損害」を基礎付けるも
のではないと解するのが相当である。したがって、当初裁決の撤回の義務
付けの訴えにおける「重大な損害を生ずるおそれ」の有無の判断に当たっ
ては、当初裁決後に新たに生じたと評価される事情を基礎として検討すべ
10 きものと解すべきである。

イ 本件各裁決撤回義務付けの訴えにおける「重大な損害を生ずるおそれ」
の有無

そこで、前記の判断枠組みに従って、本件各裁決撤回義務付けの訴えに
おける「重大な損害を生ずるおそれ」の有無に関し、本件各裁決後に新た
15 な事情が生じたと評価できるか否かにつき、検討する。

原告らは、本件各裁決後、現在まで約10年間にもわたり本邦に引き続
き滞在し、本件各裁決時6歳であった原告長女は高等学校1年生に、本件
各裁決時4歳であった原告二女は中学校2年生に、本件各裁決時1歳であ
った原告長男は小学校5年生になり、原告父母の監護の下、それぞれ本邦
20 での生活や学校教育に順応してきた（前記認定事実(2)ア、イ及びウ(イ))。ま
た、原告長男は、本件各裁決後、H診療所において精神遅滞との診断を受
け、その後、H診療所に定期的に通所して発達検査や治療を継続的に受け
るようになり、知的障害の程度が重度知的障害から軽度障害状態まで軽快
するなどしている（前記認定事実(2)ウ(ア))。

このような本件各裁決後に生じた事情からすれば、原告らについては、
25 本件各裁決後の原告子らの成長に伴って家族状況及び生活状況が変化する

とともに、本件各裁決後の原告長男の知的障害に関する事情も変化したと
いうことができ、本件各裁決が撤回されないことにより、原告らが退去強
制され、一定期間本邦に上陸することができないこととなれば、原告らに
ついて回復が不可能又は困難な損害が生ずるということができるのであつ
て、これらをもって、原告らにつき、「重大な損害を生ずるおそれ」がある
ということができ

(2) 行訴法 37 条の 2 第 1 項の「損害を避けるため他に適法な方法がないとき」
について

前記(1)のとおり、原告らについて本件各裁決後に家族状況及び生活状況等
に関して新たな事情が生じたということができ、原告らがこの事情を理由と
して前記(1)の重大な損害を避けるためには、本件各裁決の撤回を求めるほか
ないものといえるから、本件各裁決撤回義務付けの訴えは、行訴法 37 条の
2 第 1 項の「損害を避けるため他に適法な方法がないとき」の要件を満たす
ものといえる。

(3) まとめ

以上のとおり、本件各裁決撤回義務付けの訴えは、行訴法 37 条の 2 第 1
項の訴訟要件を満たすものといえるから、適法である。

4 争点 3 (本件各裁決を撤回しないことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に
当たるか否か) について

(1) 判断枠組み

ア 法務大臣等が、在留特別許可をしないで入管法 49 条 1 項に基づく異議
の申出には理由がない旨の裁決(当初裁決)をした場合において、この当
初裁決を撤回するか否かの判断は、出入国管理の秩序維持等の公益との衡
量との観点から、法務大臣等の裁量に委ねられているものと解される。そ
して、当初裁決を撤回するか否かの判断は、在留特別許可を付与しないこ
ととした既存の判断を見直すか否かの考慮を要するものであるから、在留

特別許可の付与に関する法務大臣等の裁量権の性質等を踏まえて、法務大臣等が当初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といえる場合について検討する。

イ(ア) 憲法は、日本国内における居住・移転の自由を保障する(22条1項)

5 にとどまり、外国人が本邦に入国し又は在留することについては何ら規定しておらず、国に対し外国人の入国又は在留を許容することを義務付ける規定も存しない。このことは、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、これを受け入れる場合にいかなる条件を付すか、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、
10 その考えを同じくするものと解される。したがって、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ないことはもとより、本邦に在留する権利ないし引き続き在留することを要求し得る権利を保障されているものでもなく、入管法に基づく外国人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ているものと解すべきである
15 (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、最高裁昭和29年(あ)第3594号同32年6月19日大法廷判決・刑集11巻6号1663頁参照)。

 そして、入管法50条1項の在留特別許可については、同項の文言上、
20 その要件を具体的に限定するものではなく、入管法上、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拘束するような規定も存しない上、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の見地に立って行われるものであって、その性質上、広く情報を収集分析し、諸般の事情を斟酌して、
25 時宜に応じた専門的・政策的な判断を的確に行う必要があり、時には高度な政治的判断を要する場合もあり得る。

5 以上のことを総合勘案すれば、入管法50条1項に基づいて在留特別許可を付与するか否かの判断は、法務大臣の極めて広範な裁量に委ねられていると解されるのであって、法務大臣の当該判断が違法となるのは、当該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
10 ことが明らかであるなど、法務大臣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場合に限られるものというべきである（前掲最高裁昭和53年10月4日大法廷判決参照）。このことは、法務大臣の権限の委任を受けた出入国在留管理庁長官及び地方出入国在留管理局長が在留特別許可の許否の判断をする場合についても、何ら変わるところはない。

(イ) そして、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当初裁決がされた後、当初裁決後に新たに生じた事情の変化を受けて、法務大臣等が当初裁決の撤回を行うか否かの判断は、前記の在留特別許可をするか否かの判断と同様の法的性質を有しているだけではなく、当初
15 裁決を事後的に生じた事情により撤回するという行為の性質上、在留特別許可をするか否かの判断よりも更に広範な裁量に委ねられていると解するのが相当である。

したがって、在留特別許可を付与しないでした当初裁決を撤回しないとする法務大臣等の判断が、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用す
20 るものと評価されるのは、当初裁決以前の事情の下で当該外国人が本来は当初裁決後速やかに本国に送還されるべき地位にあることを前提とした上で、当初裁決後に生じた事情を基礎として、当該外国人の本邦における在留に係る利益の要保護性の程度につき在留特別許可の許否の判断を見直すべき特に顕著な事情の変化が認められ、法務大臣等において在
25 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となるに至った場合に限られるものというべき

である。

ウ(ア) 原告らは、児童の権利条約において児童の最善の利益が図られるべきであるとされており、本件各裁決の撤回に当たっても、これを重視すべきである旨主張する。

5 しかしながら、前記のとおり、外国人を自国内に受け入れるか、これを受け入れる場合にどのような条件を付するかについては、国際慣習法上、当該国家が自由に決定することができるのと解されるどころ、児童の権利条約の中に、このような国際慣習法上の原則を排斥する規定は存在しない。むしろ、児童の権利条約9条4項は、児童の最善の利益のために必要な場合を除き父母の意思に反した児童との分離はされないとの同条1項の原則を前提としつつも、退去強制に伴う親子の分離が生じ得ることを前提としているところ、これは、前記の国際慣習法上の原則に合致するものである。そうすると、児童の権利条約は、前記の国際慣習法上の原則を所与の前提としているものと解されるのであり、児童の権利条約が締結国において保護されるべきものと定める権利ないし利益は、
10 入管法に基づく外国人在留制度の枠内で考慮されるにとどまり、児童の権利条約の規定は、当初裁決を撤回するか否かの判断に関する法務大臣等の裁量権を具体的に羈束するものではないというべきである。

したがって、原告らの前記主張は採用することができない。

20 (イ) また、原告らは、ガイドラインの積極要素が消極要素を上回っていることを理由に、本件各裁決は撤回されるべきである旨主張する。

しかしながら、当初裁決がされた後に生じた事情に関する記載が一切ないことから明らかなように、ガイドラインは、適法にされた当初裁決を撤回するか否かに係る判断の場面を想定して策定されたものではないし、この点を措いても、ガイドラインは、その内容や文言、性質等に
25 照らすと、在留特別許可の許否の判断における法務大臣等の裁量権を前

提とした上で、在留特別許可の許否の判断において積極要素又は消極要素として考慮される事項を類型化して例示的に示すとともに、積極要素及び消極要素の基本的な検討の方向性を示す趣旨のものにとどまると解され、当初裁決を撤回するか否かの判断に関する法務大臣等の裁量権を拘束する趣旨を含むものではないと解するのが相当である。

したがって、原告らの前記主張も採用することができない。

(2) そこで、以下、前記(1)の判断枠組みに従って、本件各裁決後に生じた事情を基礎として、本件各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と認められるか否かについて検討する。

ア 原告らに生ずる不利益一般について

前回訴訟において本件各裁決及び本件各退令発付処分はいずれも適法であるとの判断が確定している以上、原告らは、本来、本件各裁決後速やかに本国に送還されるべき地位にあったのであり、仮放免も、当該地位を前提としつつ一時的にその収容を解くにとどまるものにすぎないから、原告らは、本件各裁決時点において、本邦に滞在して従前と同様の環境での生活を継続することができない地位にあったものといわなければならない。そうすると、原告らが、本来は本件各裁決後速やかに本国に送還されるべき地位にありながら、その後も本邦での滞在を継続していることからすれば、本件各裁決後も約10年間本邦に在留したことにより送還後の本国での生活に相応の困難が生じることとなったとしても、それは、基本的に原告らにおいて甘受すべき事柄であるといわざるを得ない。

この点につき、本件各裁決当時、原告長女は6歳、原告二女は4歳、原告長男は1歳であることからすれば（前記認定事実(1)イ）、原告子らが本件各裁決後も本邦での滞在を継続したことは原告父母の選択によるものであり、原告子らが本件各裁決後に本邦への滞在を継続したことにつき、原告子らに責任があるとはいえないが、前記のとおり、当初裁決を撤回す

るか否かは法務大臣等の広範な裁量に委ねられていることからすると、前記の事情も本件各裁決を撤回しないことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となるか否かの判断における一事情となるにすぎず、そのことをもって直ちに、原告子らが前記のような困難を甘受すべきであるとの判断が左右されるものではない。

イ 原告長女及び原告二女について

(ア) 原告長女及び原告二女は、本件各裁決の後、本邦においてそれぞれ就学ないし進学し、原告長女は、高等学校1年生にまで至っており、原告二女は、中学校2年生であり、それぞれ進学する意向を有している（前記認定事実(2)ア及びイ）。また、原告長女及び原告二女は、日本語の会話及び読み書きをすることができ、就学状況にも問題はない（前記認定事実(2)ア及びイ）。さらに、原告長女及び原告二女は、自宅でも主として日本語で会話をしている一方、ベンガル語については、原告父母間と会話する際に単語等を聞き取ることができる程度で、読み書きや会話はほとんどできない（前記認定事実(3)）。しかも、現在、原告長女は16歳、原告二女は14歳に達しているところ、L国では、義務教育は初等教育の5年間で、初等教育及び中等教育では毎年行われる学年末試験に合格しないと進級できない上、大学入学資格を取得するためには、2度の国家統一試験に合格する必要がある（前記認定事実(4)ア）。これらの諸点に照らすと、原告長女及び原告二女がL国において、ベンガル語を習得し、生活環境等にも適応した上、本邦に在留していれば修了したものと同等の教育課程を修了することには相当な困難を伴うものといえることができる。

(イ) しかしながら、現在、原告長女は16歳、原告二女は14歳であり、いまだ監護者の監護養育なしに生活することは困難な年齢であるところ、原告父母がL国に送還された場合に原告父母に代わって原告長女及び二

5 女の監護養育を担う監護者となり得る者はなく（原告母14, 15, 42, 43頁）、原告母は、原告長女及び原告二女のみで日本で生活することはできない旨供述し（原告母14頁）、原告長女も、本国に帰国する原告父母と離れて、日本での生活を続けることはできないと述べるなどの状況にあるから（原告長女9, 10, 18頁）、原告長女及び原告二女が生活するに当たっては、原告父母と共に生活することがその福祉に適合するものといえることができる。そうであるところ、原告長女及び二女は、相応の学習能力や適応能力を備えており、普段から原告父母とベンガル語と日本語を交えて会話をしているのを聞いていること（前記認定事実10 (3)）に加え、原告父母はL国において生まれ育ち、L国には原告父母の親族も居住していること（前記前提事実(1)ア及びイ、前記認定事実(5)）などの事情を併せ考慮すれば、原告長女及び原告二女が原告父母と共にL国で生活する場合には、原告父母の監護の下に親族との交流を深めながらL国で生活することにより、L国の言語、文化、生活習慣等に習熟し、L国の生活に適応していくことは十分に可能であると考えられる。

15 (ウ) 以上によれば、原告長女及び原告二女について、本件各裁決後に本邦に滞在したことについて責任がないことを考慮しても、在留特別許可の許否の判断を見直すべき特に顕著な事情の変化があるとまではいえず、原告長女及び原告二女に係る本件各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とはいえない。

20 ウ 原告長男について

25 (ア) 原告長男は、本件各裁決の後、H診療所において精神遅滞との診断を受け、自閉症及び知的障害により、H診療所に継続的に通所して言語訓練や診療を継続している（前記認定事実(2)ウ(ア)a）。また、前記の障害により、原告長男は、小学校において通常学級の授業に全くついて行けず、当初は通常学級に在籍しつつ教師の個別指導を受け、5年生からは特別

支援学級に在籍しており，小学校の教師や友人の協力により学校生活を送っている（前記認定事実(2)ウ(イ)）。日常生活においても，原告長男は，食事，歯磨き，トイレ，着替え，シャワー等を単独では十分に行うことができない（前記認定事実(2)ウ(ウ)）。また，原告長男は，自宅でも主として日本語で会話をしている一方，ベンガル語については，読み書きや会話はほとんどできない（前記認定事実(3)）。さらに，原告長男は，環境の変化への適応が極めて困難であるとの障害特性を有している（前記認定事実(2)ウ(ア)b）。そして，原告長男の知的障害の程度は，当初は重度知的障害であったものが平成29年3月時点においては軽度障害状態まで軽快しているが，これは，前記のようなH診療所における専門療育や小学校における教育的配慮によるものであると考えられ，L国において日本と全く同様の医療及び教育を受けることができるとは認められない。これらの諸点に照らすと，原告長男がL国に帰国した場合には，異なる言語環境等の下において，言語を習得しつつ新たな生活環境にも適応することには相当な困難を伴うことが予想され，原告長男の成長に伴い，その支障は，本件各裁決当時よりも高まっているといえることができる。

(イ) しかしながら，現在，原告長男は11歳であり，いまだ監護者の監護養育なしに生活することは困難な年齢である上，食事，歯磨き等は単独では十分に行うことができず，原告父母がこれを補助しており，1人で留守番や外出ができないことからすれば，原告長男が生活するに当たっては，原告父母と共に生活することがその福祉に適合するものといえることができる。そして，L国では，自閉症や精神疾患に対する差別や偏見が存在するが，現在のL国政府は，そのような偏見を取り除くために政治的関与を強め，N市に国立特殊教育センターを設置して知的障害者等のための教育，訓練のプログラム等を運営するなど，自閉症に対する様々な施策を実施しており（前記認定事実(4)ウ），民間においても，自閉症

や知的障害のある子を対象とする教育機関が設立され、原告母の両親等
が居住しているO県内にもそのような教育機関が複数存在している（前
記認定事実(4)エ）。また、現在、原告長男は、原告父母の介助により日常
生活活動を行うことができおり、原告父母はL国において生まれ育つ
5 た者であって、L国には原告父母の親族も居住していること（前記前提
事実(1)ア及びイ、前記認定事実(5)）からすると、原告長男が、原告父母
やその親族の監護支援の下に、前記のような教育機関において適切な療
育等を受けながらL国において生活することがおよそ期待できないとい
うことはできない（なお、原告らは、原告父の故郷であるTに居住しな
10 ければならないところ、Tには、そのような施設がない旨主張するが、
原告らがL国国内においてどこに居住するかは、原告らが決定するもの
であり、現に、原告母及び原告長女は、原告長女の体調の悪化を理由に
Tを離れてNに居住していたのであるから（甲1、58）、原告らの前記
主張は、採用することができない。）。さらに、自閉症及び知的障害は、
15 本邦において高度な治療を継続して行わなければ直ちに患者の生死に関
わる状況に陥るような性質の疾患ではなく、原告長男においても、特段
生命維持等に関わる高度な治療を受けていることはうかがわれない。

(ウ) 以上によれば、原告長男について、本件各裁決後に本邦に滞在したこ
とについて責任がないことを考慮しても、在留特別許可の許否の判断を
20 見直すべき特に顕著な事情の変化があるとまではいえず、原告長男に係
る本件各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
用するものとはいえない。

エ 原告父母について

原告父母は、本件各裁決後に原告子らの生活状況や原告長男の障害に関
25 して本件各裁決を撤回すべき新たな事情が生じたことをもって、原告父母
についても本件各裁決を撤回すべき新たな事情が生じたと主張するところ、

前記イ及びウに説示したとおり、原告子らについて、在留特別許可の許否の判断を見直すべき特に顕著な事情の変化があるとまではいえないから、原告父母について、在留特別許可の許否の判断を見直すべき特に顕著な事情の変化があるということもできないというべきである。

5 したがって、原告父母に係る本件各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とはいえない。

オ まとめ

 以上によれば、本件各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は認められないから、本件各裁決撤回義務付けの訴えに係る請求は、本案要件（行訴法37条の2第5項）を満たしておらず、理由がないものというべきである。

5 本件在特義務付けの訴え2の適法性について

 本件在特義務付けの訴え2は、いわゆる非申請型の義務付けの訴え（行訴法3条6項1号）であるところ、前記2において説示したとおり、非申請型の義務付けの訴えは、当該行政庁が当該処分をする法令上の権限を有することを前提に、その処分の義務付けを求めるものであり、当該行政庁が当該処分をする法令上の権限を有しない場合には、当該行政庁が当該処分をすることができない以上、その義務付けを求めることもできないことは明らかであるから、そのような訴えは不適法であるというべきである。

20 本件においては、前記4において説示したとおり、本件各裁決の撤回は認められないから、本件各裁決の効力が存続している以上、法務大臣等は、原告らに対し、在留特別許可をする法令上の権限を有しないものというべきである。

 したがって、本件在特義務付けの訴え2は、法務大臣等が在留特別許可をする法令上の権限を有しないにもかかわらず、その処分の義務付けを求めるものであるから、その余の点につき判断するまでもなく、不適法というべきである。

第4 結論

以上の次第で、本件訴えのうち、主位的請求及び予備的請求のうち在留特別許可の義務付け請求に係る部分はいずれも不適法であることからこれらを却下し、その余の訴えに係る原告らの請求は理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき行訴法7条、民事訴訟法61条を適用して、主文のとおり判決する。

5

名古屋地方裁判所民事第9部

裁判長裁判官 角 谷 昌 毅

10

裁判官 山 田 亜 湖

15

裁判官 大 曾 根 史 洋