

日米同性カップル在留資格訴訟と 「性的指向」による差別

——憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条の「家族結合の」権利違反にも触れて——

近 藤 敦

目次

はじめに

1 マクリーン事件最高裁判決の誤り

(1) 家族結合原則

(2) 差別禁止原則

(3) マクリーン事件判決を本件に援用することの誤り

2 家族結合と差別禁止の要請

(1) 憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条（「家族結合の権利」）

(2) 憲法 14 条 1 項（「性的指向」による差別禁止）

おわりに

はじめに

誰を配偶者として選び、婚姻し、家族として日本で生活するのかに関する法律（民法と戸籍法に限らず、入管法も含む）は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならないと憲法 24 条 2 項は定めている。日本国民 A と（本件の原告である）外国人 B の同性カップルは、B の本国であるアメリカの州で婚姻が成立している。しかし、B に対し同

論 説

性パートナー関係に基づく在留資格が日本では十分に認められない問題がある。今日、同性婚を認めていない民法と戸籍法の「性的指向」による差別として憲法14条1項違反を示す5つすべての高裁判決がある¹。しかし、本件のような同性パートナーの性的指向による差別において、東京高裁は、違憲判決を避け、最高裁は、上告不受理としている。この点を今一度、考えてみたい。

本稿は、最高裁に提出した上告人側の意見書を加筆修正し、近年の同性婚をめぐる5つの高裁判決の論点も加えたものである。本件の意見書では、平等違反を主張する上で、(1)日本人Aの同性パートナーと外国人同士の同性パートナーとの在留資格を比較する論点と、(2)日本人Aの同性パートナーと日本人の配偶者の在留資格を比較する論点を指摘した。しかし、(2)の論点を踏まえながらも、「日本人の配偶者等」の在留資格を求めるのではなく、原告の請求にしたがい、「定住者」の在留資格を求めたことが、憲法解釈上の論点を若干、わかりにくくしたかもしれない。むしろ、実務上のハードルは高くても、理論上は、「日本人の配偶者等」の在留資格を求め、入管法の「性的指向」による差別の問題をストレートに争う必要があったかもしれない。本件の東京地裁判決も東京高裁判決も、「定住者」の在留資格該当性がないことを主要な根拠としており、「性的指向」による差別の問題についての踏み込んだ判断を回避している。

本件事例の主要な点は、以下の通りである。BはAのパートナーとして、適当な在留資格を得ることができず、短期滞在の在留資格での日本への入国・出国を繰り返したあと、「留学」(当初は就学)の在留資格で日本語学校を修了し、「投資・経営(現在の名称は、経営・管理)」の在留資格で合同会社を設立した。しかし、アメリカの大学との医療系のソフトウェアの開発の業務委託契約が終了し、売り上げがなくなったので、在留資格の更

1 札幌高判 2024(令和6)年3月14日判タ1524号51頁、東京高判 2024(令和6)年10月30日裁判所ウェブサイト、福岡高判 2024(令和6)年12月13日裁判所ウェブサイト、名古屋高判 2025(令和7)年3月7日裁判所ウェブサイト、大阪高判 2025(令和7)年3月25日裁判所ウェブサイト。

新ができなかった。そこで、日本での同性パートナーとの家族生活を続けるために「定住者」の在留資格変更許可の申請を行ったが、不許可とされた。その後、「定住者」または「特定活動」への在留資格の変更の申請をしたところ、不許可とされ、代わりに 31 日間の「出国準備」の在留資格に変更されたので、東京地裁に提訴した。

本件の重要な請求内容は、①「特定活動」の在留資格の不許可処分の違法性に基づく国家賠償請求、②「定住者」の在留資格の不許可処分の違法性に基づく国家賠償請求である。

東京地裁は、①「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」を考慮すると、少なくとも「特定活動」の在留資格すら与えなかつた取扱いは、「法の下の平等を定めた憲法 14 条の趣旨に反する」とした。なぜならば、平成 25 年通知²に基づき、「特定活動」の在留資格を付与する「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」からである。ただし、入国管理当局においては、日本人との同性婚の相手方である外国人については、当時、平成 25 年通知の運用の射程が及ばないと解されていたことから、過失はなく、国賠法上の違法は認められない。

2 平成 25 年 10 月 18 日付（法務省管在 5357 号）「同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について（通知）」において、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、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・在留を認めることとしました」とある。

論 説

一方、②「定住者」への変更不許可処分に関しては、判断の基本的な枠組みとして、マクリーン事件最高裁判決を援用して、在留資格に関する法務大臣の広範な裁量を入管法が認めている。また、原告は「定住者告示に定める地位」のいずれにも該当せず、例外的に「人道上の理由その他特別の事情」があり、日本との「相当程度の人的又は地縁的属性」を有する「定着」性がみられるといった、「定住者」の在留資格該当性が認められないでの、「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」、裁量権の逸脱・濫用の違法があるとはいえないとした³。

東京高裁は、基本的に原審である東京地裁の判断を維持したが、若干の違いがある。①「特定活動」への在留資格不許可処分については、「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」ので、「行政裁量を規律する平等原則に反し」、裁量権の逸脱・濫用がある（憲法違反ではなく、いわば、行政法上の平等原則違反とした）。

一方、②「定住者」への変更不許可処分に関しては、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」として、「憲法違反をいう点は、いずれも当を得ないものであり、国際人権規約の違反をいう点も同様というべきである」とした⁴。しかし、なぜ、「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」ないのか、その理由は、判然としない（同性婚を認めない民法や戸籍法を合理的な理由がなく、性的指向による

3 東京地判 2022（令和 4）年 9 月 30 日判タ 1513 号 163 頁。

4 東京高判 2023（令和 5）年 11 月 2 日裁判所ウェブサイト。

差別と認定する多くの高裁判決と比べて疑問である)。どのような合理的理由があるのだろうか。おそらく、国際慣習法上、外国人の在留については、国家が自由に決定できるとのマクリーン事件最高裁判決に基づき、在留資格の付与は、国家に広い裁量が認められるので、(憲法 14 条 1 項、自由権規約 2 条 1 項・26 条に関わらず)、性的指向による別異の取扱いも合理的ということであろうか。

そして、最高裁は、本件上告の理由は、違憲をいうが、「憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること」などの民訴法 312 条 1 項または 2 項所定の事由に該当しない。判例違反などの民訴法 318 条 1 項により受理すべきものとは認められないというだけである。上告理由にある性的指向による差別の論点は、無視された。

本稿は、第 1 章において、高裁判決が依拠するマクリーン事件最高裁判決の第 1 命題、第 2 命題および第 3 命題の誤りについて分析する。とりわけ、第 1 命題は、今日、国際慣習法といわれる家族結合原則、差別禁止原則などにより修正されるべきである。したがって、マクリーン事件最高裁判決を本件に援用することは誤りである。

第 2 章では、本国で日本人と同性婚をした外国人の在留資格に関する憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 2 項の要請について検討する。とりわけ、「家族」を定める憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条が「家族生活の権利」および「家族結合の権利」を保障し、「性的指向」に基づく差別は、社会的身分に基づく差別であると否とにかかわらず、憲法 14 条 1 項が禁止するものである。

最後に、日米同性カップル在留資格訴訟における論点を整理した上で、本来、提訴され、判示されるべきであった「日本人の配偶者等」の在留資格との「性的指向」による差別の問題を中心に、今後の憲法解釈上の論点を整理する。

1 マクリーン事件最高裁判決の誤り

東京高裁は、1978年のマクリーン事件最高裁判決⁵を援用しながら、①「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、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができる」という命題を示している（以下、第1命題という）。そして、①の前提から、憲法22条1項が「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住…の自由を有する」と定めているのにかかわらず、憲法の不文の要件として「日本国内における」という制約を導き、②「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、在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」という命題を導いている（以下、第2命題という）。さらに、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」との「性質説」の立場を表明する。そのうえで、②を前提とし、③「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」という（以下、第3命題という）。すなわち、国際慣習法上、外国人の在留の許否については、国家の自由な裁量により決定することができるので、憲法上、外国人は在留する権利を保障されていないし、憲法上、外国人の人権保障は、外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないという。

外国人の人権に関するリーディング・ケースであるこの判例は、今日の判決においても、多くは無批判に踏襲され、外国人に対する憲法の人権保障を著しく弱めている。しかし、東京高裁が、①の第1命題を援用することは、少なくとも次の点で誤りである。

①について、外国人の受入れは「国家が自由に決定できる」という国家

5 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

主権の原則だけが国際慣習法なのではない。今日、難民条約や人権諸条約の発展により、ノン・ルフルマン原則、家族結合、恣意的な収容禁止、差別禁止なども国際慣習法といわれる⁶。

本章は、伝統的な国家主権の原則に基づく外国人の在留に関する国の裁量が、今日、とりわけ、以下の家族結合原則および差別禁止原則といった国際慣習法により制約されていることを確認しながら、マクリーン事件判決の第1命題の誤りを分析する。そのうえで、同判決の第2命題および第3命題の誤りを指摘する。

(1) 家族結合原則

人の国際移動のおよそ3分の1は、家族移民である⁷。多くの条約にみられるように、家族生活を尊重する権利は、国家に対し、家族の保護の積極的義務と家族生活の権利への恣意的な干渉を禁ずる消極的な義務を課している。この2つの義務から、家族結合（家族再統合）の義務が生じる。たとえば、自由権規約23条は、1項で家族の「保護」を定め、2項で「家族を形成する権利」を定めているので、家族結合や家族再統合を確保する適当な措置をとることを国に義務づけている⁸。また、家族結合の拒否は、同17条の「家族」生活への「恣意的な干渉」と考えることができる⁹。そして、家族生活の権利、より厳密には家族の同居する権利としての家族結合の権利は、国際慣習法といわれる¹⁰。家族結合は家族生活を実効

6 V. Chetail, *International Migration Law* (OUP, 2019), pp. 119- 164.

7 2018-2023年のOECD諸国における家族移民の割合は、35%、36%、32%、34%、29%および31%である。OECD, *International Migration Outlook 2020* (OECD, 2020), p. 25; OECD, *International Migration Outlook 2021* (OECD, 2021), p. 25; OECD, *International Migration Outlook 2022* (OECD, 2022), p. 25; OECD, *International Migration Outlook 2023* (OECD, 2023), p.21; OECD, *International Migration Outlook 2024* (OECD, 2024), p.18. さらに、労働移民などと同時に随伴する家族が、毎年、10%ほどいる。

8 自由権規約委員会・一般的意見19(1990年6月24日)5段落。

9 同・一般的意見15(1986年7月22日)5・7段落。

10 S. Kadidal, 'Federalizing Immigration Law: International Law as a Limitation on Congress's Power to Legislate in the Field of Immigration', *Fordham*

的に尊重することに内在する国家の義務としての国際慣習法とみなされている¹¹。また、家族生活の干渉と恣意的な退去強制からの自由は、国際慣習法といわれる¹²。

子どもの権利条約 9 条 1 項は、児童虐待などの例外的な場合を除いて、「子どもがその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する」義務を定める。また、同 10 条 1 項が「家族の結合を目的とする子どもまたはその父母」による締約国への入国・出国について「締約国が積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う」義務を課す。日本政府は、批准に際し、9 条 1 項は「出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではない」、10 条 1 項の規定する「家族の再統合を目的とする締約国への入国又は締約国からの出国の申請を『積極的、人道的かつ迅速な方法』で取り扱うとの義務はそのような申請の結果に影響を与えるものではない」と解釈宣言している。しかし、いずれも、子どもの最善の利益という人権よりも、入管行政の裁量の方を重視する立場である。条約上、「家族の結合」に関する決定において締約国は、「子どもの最善の利益」を全面的に考慮しなければならない¹³。また、憲法上、「家族」に関する「幸福追求」の権利について、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要」とする憲法「24 条と結びついた 13 条」が保障する「子どもの最善の利益」違反として、速やかな解釈宣言の撤回が

Law Review 7: 2 (2008), pp. 515-16; Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nation, Advisory Opinion (1989) ICJ Rep 170, pp.210-11 において、Evensen 判事は、個人の家族および家族生活の保全は、国際条約や国際慣習法にかぎらず、法の一般原則から導かれる国際法の支配的な原則により保障される基本的人権であるという。

11 Chetail, *op. cit.*, p. 126.

12 Maria v. McElroy, 68 F. Supp. 2d 206, (E.D.N.Y. 1999), p. 234. 他方、家族分離に対する一般的な規範が国際慣習法の地位を獲得したかどうかを議論するのは、おそらく時期尚早であるが、家族分離に反対する特定の原則を支持する十分な合意が存在するため、国際慣習法として成立する可能性があるといわれる。S. Starr and L. Brilmayer, *Family Separation as a Violation of International Law*, Berkley Journal of International Law 21 (2003), p. 230.

13 子どもの権利委員会・一般的の意見 22 (2017 年 11 月 16 日) 29 段落。

望まれる。日本政府が賛成した 2018 年の国連移住グローバルコンパクトでも、「家族生活の権利」と「子どもの最善の利益」の実現を促進する適切な措置により、「あらゆる技能レベルの移民の家族結合の手続へのアクセスを容易にすること」を掲げている¹⁴。

(2) 差別禁止原則

差別禁止は、国連憲章において唯一明示された人権である。したがって、すべての国を拘束する¹⁵。国連憲章 1 条 3 項では「人種、性、言語または宗教による差別なく、すべての者のために人権および基本的自由を尊重するように助長奨励する」とある。世界人権宣言 2 条も「すべて人は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上その他の意見、国民的もしくは社会的出身、財産、門地その他の地位またはこれに類するいかなる事由による差別をも受けすことなく、この宣言に掲げるすべての権利と自由とを享有することができる」と定めている。同 7 条も「すべての人は、法の下において平等であり、また、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する」と定める。自由権規約、社会権規約、人種差別撤廃条約、女性差別撤廃条約、子どもの権利条約、移住労働者権利条約、障害者権利条約をはじめ、差別禁止は、ほとんどの人権条約に掲げられている。多くの法学者は、差別禁止原理は、国際慣習法に組み込まれていることを承認している¹⁶。また、個人を差別する権利があると主張する国はな

14 UN General Assembly, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, para 21 (i).

15 Chetail, *op. cit.*, p. 145.

16 B. G. Ramcharan, 'Equality and Non-discrimination', in L. Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press, 1981), p. 249; B. Saul, D. Kinley and J. Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2014), p. 176; M. Weller and K. Nobbs, *Political Participation of Minorities: A Commentary on International Standards and Practice* (Oxford University Press, 2010), pp. 98- 99; D. Shelton, 'Prohibited Discrimination in International Human Rights Law' in A. Constantidines and N. Zaiko (eds.), *The Diversity*

い¹⁷。差別禁止は、別異の取扱いを一切禁じるものではないが、その区別は、合理的であり、客観的であり、正当な目的達成のために比例的である必要がある¹⁸。したがって、マクリーン事件最高裁判決のように、法務大臣の政治信条に反する「外国人の行為が合憲合法な場合でも」、ベトナム戦争に反対する思想を表明すべく合法的なデモに参加したことを持って、法務大臣の政治信条による「当不當の面から」、「日本国利益を害する」として在留期間の更新を不許可にすることは、憲法14条1項が禁ずる信条差別に当たることを今後の入管行政では留意する必要があろう。

(3) マクリーン事件判決を本件に援用することの誤り

自由権規約委員会によれば、規約は、締約国の領域に入り、またはそこで居住する外国人の権利を認めていない。誰に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の問題である。しかし、一定の状況において、たとえば、差別禁止、非人道的な取扱いの禁止、または家族生活の尊重の考慮が生じるときに、外国人は、入国または居住に関連する場合

of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa (Martinus Nijhoff 2009), pp. 273-274; D. Moeckli, *Human Rights and Non-Discrimination in the War on Terror* (Oxford Univ Press, 2008), p. 59; S. Besson, 'The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child', *International Journal of Children's Rights* 13 (2005), p. 440; H. Hannum, 'The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law' (1996) 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25 (1996), pp. 341-343; Lord Lester of Herne Hill, 'Non-Discrimination in International Human Rights Law', *Commonwealth Law Bulletin* 19: 4 (1993), p. 1659; A. F. Bayefsky, 'The Principle of Equality Or Non-Discrimination in International Law', *Human Rights Law Journal* 11 (1990), p. 19; R. B. Lillich, 'Civil Rights' in T. Meron (ed.), *Human Rights in International Law vol 1* (Oxford University Press, 1984) p. 133; M.S. McDougal, H. D. Lasswell and L. Chen, 'The Protection of Respect and Human Rights: Freedom of Choice and World Public Order', *American University Law Review* 24 (1975), p. 1068.

17 Chetail, *op. cit.*, p. 148.

18 自由権規約委員会・一般的の意見18(1989年11月9日)13段落、社会権規約委員会・一般的の意見20(2009年7月2日)13段落、人種差別撤廃委員会・一般的の勧告30(2002年10月1日)4段落。

においてさえ規約の保護を享受することができる¹⁹。非人道的な取扱いの禁止は、ノン・ルフルマン原則の問題でもある。

したがって、かつての国際慣習法として、マクリーン事件判決が前提とした、在留に関する国家の無制約な自由裁量を認める国家主権の原則は、今日の国際慣習法では修正される必要がある。在留に関する第1の国家主権の原則は、国際的な人権保障の発展に伴い、ノン・ルフルマン原則により、迫害やその他の重大な人権侵害の現実のおそれがある国に送還することを禁じられる。また、家族結合の原則により、少なくとも、正規移民の核家族の家族結合を容易にする義務がある。さらに、差別禁止原則により、人種、性、信条などを理由とする差別的な入国管理は禁止される。

かくして、今日の国際慣習法は外国人の在留について、「国家が自由に決定することができる」無制限の裁量があるのではない。そこで、マクリーン事件判決の第1命題の前提が修正される必要がある以上、憲法上、外国人は在留する権利を保障されないとする第2命題も修正される必要がある。家族結合原則と差別禁止原則も、国際慣習法である。正しくは、マクリーン事件判決の第1命題は、「今日の国際慣習法上、外国人の在留については、家族結合原則、差別禁止原則など²⁰に反しない限りで、国家が自由に決定することができる」となる。また、これを前提として、マクリーン事件判決の第2命題も、「憲法上、家族結合原則、差別禁止原則など²¹に反しない限りで、外国人の在留を許可しない法務大臣の裁量を認めているにすぎない」となる。さらに、マクリーン事件判決の第3命題も、「国際慣習法ないし日本が批准する人権条約を指針として権利の性質を判断すべきであり、憲法の基本的人権は、外国人の在留手続のあり方も違憲とができる」となる。「外国人在留制度のわく内」という論理は、入管法を憲法よりも上位の規範としたり、外国人に対する憲法上の人権保障の保護領

19 自由権規約委員会・一般的意見 15（1986年7月22日）5段落。

20 「など」には、特別な条約、ノン・ルフルマン原則、恣意的な収容禁止原則、自己に入国する権利も含まれる。

21 同上。

域を著しく狭めたり、在留資格を権利の性質の判定基準とするものであり、人種・性・信条、さらには性的指向などの差別に基づく入管行政であっても合憲となることを意味しかねない。実際、マクリーン事件判決は、法務大臣の政治信条に反するデモなどの「外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえない」と評価する憲法 14 条 1 項が禁ずる信条差別を許す論理となっていた。憲法の基本的人権は、在留資格のない外国人にも保障され、東京高裁の確定判決によれば、難民不認定処分に対する異議申立棄却決定を送還前日に告知することは、「憲法 32 条で保障する裁判を受ける権利を侵害し、同 31 条の適正手続の保障及びこれと結びついた同 13 条に反する」²²。憲法 31 条の適正手続は、刑事手続上保障しているだけでなく、憲法 13 条と結びつくことで入管行政の適正手続を保障する²³。また、「居住」の自由を定める憲法 22 条 1 項と結びついて、「生命、自由及び幸福追求」の権利や「個人の尊重」を保障する憲法 13 条が、生命・自由が奪われ、人間の尊厳に反する非人道的な取扱いのおそれがある国への送還を禁止するノン・ルフルマン原則を保障していることにも目を向けるべきである。さらに、真摯な同居・協力・扶助の意思をもって日本人と家族生活を形成する外国人が、安定した家族生活を築くことができる在留資格を認められないことは、(第 2 章で述べる) 憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条が保障する家族結合の権利の侵害にあたる。したがって、差別禁止やノン・ルフルマン原則や家族結合といった今日の国際慣習法を無視し、外国人の在留については、法務大臣の広い自由裁量があることを前提とするマクリーン事件判決を援用して、憲法 22 条の居住の自由の侵害がないとする東京高裁判決は、憲法 13 条の「家族形成・維持の自由」の論点に立ち入ることなく、「家族結合の権利」や「家族生活の権利」の侵害の論点を見落としている点で誤っている。

22 東京高判令和 2 年 2 月 27 日判タ 1502 号 55 頁〔確定〕。

23 「正当な理由がなければ、拘禁されず」と定める憲法 34 条と結びついた 13 条が、恣意的な収容禁止を保障していることにも着目すべきである。

さらに、「差別禁止」の論点についても、性的指向による差別禁止の論点だけでなく、「両性の本質的平等」を無視した家族呼び寄せの在留手続が行われていることを見落としている。以下では、憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条（個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した「家族結合の権利」）、および憲法 14 条 1 項（「性的指向」ないし同性愛者という社会的身分による差別禁止）違反の論点について、検討する。

なお、法務大臣の裁量に関するマクリーン事件判決の「判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右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どうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法であるとすることができる」という審査基準を本件に適用することは誤りである。本件においては、憲法及び国際法上の家族結合の権利（ないしは家族生活の権利）や差別禁止（性的指向による差別禁止）の制約を正当化することができる出入国管理等の国的目的が存在するかどうかを審査する基準が適用されるべきである。在留に関する国際慣習法が今日でも国家主権の原則だけであるかのような理解の下、家族結合の原則や差別禁止原則などの国際慣習法の重要な事実を見落とし、マクリーン事件判決の第 1 命題を今日においても援用する東京高裁判決は、「確立された国際法規」である国際慣習法の内容を誤って理解している点において、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定める憲法 98 条 2 項に反するおそれがある。他方、国際慣習法よりも、憲法の方がより人権を保障していると思われる場合には、憲法解釈は、国際慣習法よりも人権を保障する憲法解釈を採用することに問題はない²⁴。必ずしも自由な民主主義国家だけで構成されているとはいえない国際社会において、国際慣習法

24 国際慣習法ではなく、人権条約との関係で論じた点については、参照、近藤敦『國際人権法と憲法：多文化共生時代の人権論』（明石書店、2023 年）238-239 頁（以下、近藤、2023 年と略す）。

上の「家族結合」に同性パートナーの家族の結合を含めていない国がある現状や、「差別禁止」に性的指向による差別禁止を含めていない国がある現状にあっても、日本国憲法上の「家族結合」と「差別禁止」には、同性パートナーや性的指向を含む解釈が適当であることを次章では述べる。

2 家族結合と差別禁止の要請

(1) 憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条（「家族結合の権利」）

日本国憲法においては、家族の同居する権利としての家族結合の権利は、憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条が保障している。第 1 章第 2 節でみたように、人権条約上は、家族結合の権利の明文規定はない。しかし、家族結合の権利は、解釈上、自由権規約 17 条が「家族」生活への「恣意的な干渉」を受けない権利を定め、同 23 条 1 項の家族の「保護」と同条 2 項の「家族を形成する権利」を定めていることから導かれる²⁵。同 23 条は、広く当該社会において理解される家族における家族結合の利益を含む家族生活の保護を保障し²⁶、家族結合の拒否は、同 17 条が禁ずる家族生活への恣意的な干渉と解しうる²⁷。

日本国憲法上、家族の規定は、24 条 2 項にあり、「配偶者の選択…婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と定めている。一方、憲法 13 条が「個人の尊重」と「生命、自由及び幸福追求」の権利については、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めている。一般に、憲法 13 条は、個人の私生活・私的事項への恣意的な干渉を受けない権利を保障するとともに、家族の形成・維持など家族のあり方を決める自由を保障するものとも解されている²⁸。そ

25 自由権規約委員会・一般的意見 19（1990 年 6 月 24 日）5 段落、同・一般的意見 15（1986 年 7 月 22 日）5・7 段落。

26 HRC, Ngambi and Nébol v. France (2004), para. 6.4.

27 HRC, El Dernawi et al. v. Libya (2007), para.6.3.

28 芦部信喜『憲法〔第 8 版〕』（岩波書店、2023 年）214 頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（成文堂、2021 年）212 頁、辻村みよ子『憲法〔第 7 版〕』（日

こで、家族生活や家族結合の明文規定はないものの、「家族」を定める憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条が家族生活の権利および家族結合の権利を保障しているものと解することができる²⁹。

憲法 24 条 2 項の要請は、「配偶者の選択」、「婚姻」および「家族」に関する事項を定める法律としての民法と戸籍法に限らず、入管法においても「家族結合ないし家族呼び寄せ」の規定とその運用において、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚することである。本件において、この点を考察すると、アメリカの州において法律上の（同性婚として）婚姻をしたアメリカ人の上告人男性 A と日本人である上告人男性 B の「個人の尊厳」に立脚するならば、同性パートナーを配偶者とする婚姻を認め、「日本人の配偶者等」の在留資格による家族結合の権利が保障されるべきである。「婚姻の本質は、両当事者が永続的な精神的およ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」にあり³⁰、憲法 13 条の「個

本評論社、2021 年) 150 頁、近藤敦『人権法〔第 3 版〕』(日本評論社、2025 年) 96、100-101 頁（以下、近藤、2025 年と略す）。

- 29 このような人権条約適合的解釈、すなわち「人権条約の規定が日本国憲法よりも保障する人権の範囲が広いとか、保障の仕方がより具体的で詳しいとかいう場合」は、「憲法のほうを条約に適合するように解釈していく」必要は、第 1 の根拠として、日本国憲法 98 条 2 項が「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定めている点にある（芦部信喜「人権の普遍性と憲法：国際人権法との関連において」法学セミナー 437 号（1991 年）29 頁）。また、人権条約適合的解釈は、留保や解釈宣言なしに憲法適合的として批准した経緯や、「基本的人権」の享有を定める憲法 11 条に内在し、「個人」の権利の国政上「最大の尊重」をうたう憲法 13 条の趣旨にもかなう（近藤、2023 年、35-36 頁、238-239 頁）。さらに、なぜ複数の条文を結びつける体系解釈をするかというと、憲法上の不文の人権を憲法 13 条だけを根拠に導くことがこれまでなされてきたが、抽象的な 13 条だけを根拠規定とするよりも明文の規定と 13 条とを結びつけて根拠規定とする方が具体的な保障内容が明らかになるからである。また、明文の規定を準用するよりも人権保障を強化しうるからである（近藤、2023 年、4 頁、近藤、2025 年、89 頁）。こうした融合的保障とでも呼ぶべき体系解釈は、多くの国（ドイツ、イギリス、アイルランド、スイス、スペイン、イタリア、カナダなど）の裁判所、ヨーロッパ人権裁判所、自由権規約委員会などでも一般的である（近藤敦「人権の融合的保障：『実効的権利救済』のための憲法解釈の新たな可能性」名城法学 74 卷 2 号（2024 年）19-35 頁）。
- 30 名古屋高裁、前掲 1。参照、東京高裁、前掲 1、大阪高裁、前掲 1。また、福岡高裁、

論 説

人の尊重」の趣旨からは、同性パートナー間の共同による婚姻の家族生活の権利を立法・行政・司法は、最大限尊重することが要請されている。

また、憲法 24 条 2 項の「両性の本質的平等」に立脚するならば、日本人男性 B が国外で婚姻した外国人女性との間の家族結合の権利は、原則として在留期間の更新が認められる安定した身分に基づく居住の自由と在留活動の制限のない職業選択の自由が保障された「日本人の配偶者等」の在留資格を取得しうるのに対し、国外で婚姻した外国人男性 A との間の家族結合の権利は、在留期間の更新の点で不安定な居住の自由であり、就労不可として職業選択の自由が保障されない（または資格外活動が認められても、職業選択の自由が大きく制限される）「特定活動」の在留資格といった著しく不平等な状況にあり、許されない。

したがって、本件は、憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条が保障する家族結合の権利を侵害している。上告人 A に対しては、「日本人の配偶者等」の在留資格が認められるべきである。

(2) 憲法 14 条 1 項（「性的指向」による差別禁止）

憲法 14 条 1 項については、すでに上述したように、日本人男性 B が国外で婚姻した外国人女性の場合と比べて、国外で婚姻した外国人男性 A の場合は、在留資格上、著しい不平等があり、憲法 14 条 1 項が禁止する「性別」による差別にあたる側面をもっている。ただし、この問題は、異性愛者の婚姻のみを認め、同性愛者の婚姻を認めない上に、同性愛者のパートナーシップ制度の有無にかかわらず、同性パートナーに配偶者と同等の家族生活の権利や家族結合の権利を保障していない場合に、「性的指向」による差別の問題として扱われることが多い。たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は、クロアチア在住のクロアチア人女性と同性カップルであるボスニア・ヘルツェゴビナ国籍の女性に対し、クロアチアが在留許可を認めなかっ

前掲 1 によれば、「婚姻の本質は、両当事者が、互いに相手を伴侶とし、相互に尊属・卑属の関係のない対等な立場で、生涯にわたって共同生活をするために結合し、新たな家族を創設すること」にある。

たことについて、政府は特に説得力と重みのある理由を示しておらず、別異の取扱いが性的指向に関する考慮のみに基づく、あるいは決定的であるので、ヨーロッパ人権条約 8 条の家族生活の権利と結びついた 14 条の差別禁止に反するとした³¹。

性的指向の差別については、自由権規約委員会は、当初、「性的指向」が自由権規約 2 条 1 項・26 条の「性別」に含まれると判断し³²、その後、性別または性的指向に基づく差別による同 26 条違反とした³³。しかし、性的指向は、「性自認」と同じく、同 26 条の「その他の地位」の差別事由に類型化するのが適当と思われる³⁴。社会権規約委員会も、社会権規約 2 条 2 項の「その他の地位」に性的指向は含まれるとしている³⁵。アメリカの連邦最高裁の判例でも、性的指向による差別は³⁶、性差別³⁷と同様、中間審査基準が採用され、政府の「重要な利益」を達成する目的と政府の採用する手段としての立法や政策との「実質的な関連性」の有無により合憲・違憲の判断がなされる。ドイツの連邦憲法裁判所の判例でも、性的指向による差別は、比例原則に基づく厳格な平等原則による審査を行っている³⁸。

日本国憲法 14 条 1 項においても、性的指向による差別は禁止されるものと一般に解されており、同項後段列举事由の社会的身分による差別にあたるとか、多くの列举事由と同様に先天的なものなので、より厳格な違憲審査が必要であるとの見解もある³⁹。本件上告人 A および B の同性婚の

31 ECHR, Pajić v Croatia, (2016), application no. 68453/13, paras 83-86.

32 Toonen v. Australia (HRC, 1994), para 8.7.

33 Young v. Australia (HRC, 2003), para 10.4; X v. Colombia (HRC, 2007), para 9.

34 Joseph and Castan, 2013, para 23.31.

35 社会権規約委員会・一般的意見 20 (2009 年) 32 段落。

36 Romer v. Evans 517 US 620 (1996).

37 Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976). United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996). ただし、Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982) では、ジェンダーに基づく区別には「非常に説得的な正当化」が必要であるとして、厳格審査に近い審査を行っている。

38 BverfG 124, 199. 参照、三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美・三宅雄彦編『ドイツの憲法判例』(信山社、2021 年) 162 頁。

39 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」長谷部恭男ほか編『憲法判例

論 説

カップルは、異性婚のカップルと比べ、原則として在留期間の更新が認められる安定した身に基づく居住の自由と在留活動の制限のない職業選択の自由が保障された「日本人の配偶者等」の在留資格を取得しうる後者に対し、前者は、国外で婚姻した外国人男性 Aとの間の家族結合の権利は、在留期間の更新の点で不安定な居住の自由であり、就労不可として職業選択の自由が保障されない（または資格外活動が認められても、職業選択の自由が大きく制限される）「特定活動」の在留資格といった著しく不平等な状況にある。したがって、「日本人の配偶者等」の在留資格に比べて著しく権利が制限される就労不可の特定活動という在留資格を認めた法務大臣の裁量は、婚姻制度の維持の目的や公正な出入国管理の維持の目的によっても正当化されるものではなく、「合理性」を明らかに欠くとともに、「均衡性」を明らかに欠いており、性的指向に基づく差別として、憲法 14 条 1 項に反する。

おわりに

以上のことから、在留に関する国際慣習法が今日でも国家主権の原則だけであるかのような誤った理解の下、家族結合の権利や差別禁止などの憲法上の人権に基づく在留の権利といった重要な事実を見落とし、憲法の基本的人権の保護領域の理解においても誤っているマクリーン事件判決を本件に援用することは適当ではない。マクリーン事件判決の 3 つの命題は、修正されるべきである。また、マクリーン事件判決の裁量の審査基準も、（就労不可の）「特定活動」を認める本件の手段に対して、以下の人権の制

百選 I〔第 6 版〕〔有斐閣、2013 年〕67 頁。長谷部恭男編『注解日本国憲法(2)』〔有斐閣、2017 年〕〔川岸令和執筆〕。白水隆「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I〔第 7 版〕』〔有斐閣、2019 年〕69 頁。赤坂正浩「同性婚の権利：同性同士だとなぜ婚姻届けを受理してもらえないの？」棟居快行ほか編「基本的人権の事件簿〔第 7 版〕」〔有斐閣、2024 年〕49 頁。ただし、先天的ではなく、後天的な要因により自発的に性的指向を選択した場合でも、より厳格な審査が及ぶという意味では、やや広義の「社会的身分」による差別と考える方が適当と思われる（近藤、2025 年、138 頁）。

約を正当化できる国の目的が存在するかどうかを比較較量する内容に改められるべきである。

上記の比較較量の結果、本国で日本人と同性婚を行った外国人の在留資格において、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した家族結合の権利を認めず、性的指向による差別を伴う本件は、憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条が保障する家族結合の権利に反し、憲法 14 条 1 項が保障する性的指向による差別禁止に反するものである。

したがって、「配偶者の選択」、「婚姻」および「家族」に関する事項を定める法律は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して制定されなければならないと定める) 憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条 (の「個人として尊重され」、立法その他の国政の上で「最大の尊重」を必要とする「幸福追求」権) によれば、日本人と同性パートナーの外国人の幸福追求権たる婚姻について法的な保護を受ける権利としての「家族結合の権利」ないし「家族生活の権利」を保障する在留資格を入管法は認めるべきである。

そして、本来、提訴され、判示されるべき点として、(性的指向による差別禁止を含む) 憲法 14 条 1 項によれば、日本人の同性パートナーである外国人の在留資格について、法務大臣は、日本人の配偶者と同じ別表第二の「日本人の配偶者等」の在留資格を認めるべきである。ちなみに、民法および戸籍法が同性婚を定めていないことにより、被る同性パートナーの不利益は、たとえば、「同性カップルには、所得税・住民税の配偶者控除や所得税・住民税の医療費控除についての世帯での合算が認められないことや、遺言をしたとしても相続税ではなく贈与税が課せられ、その贈与税についても配偶者控除が認められないことは、契約や遺言等によっては解消することができない不利益といえ」、「療養等における不利益のほかに、転勤を伴う人事において、同性パートナーが家族として考慮されないなどの就労における不利益、同性カップルが賃貸住宅の利用を制限されることや、住宅ローンを利用する場合に同性パートナーを家族として取り扱わない金融機関が相当数存在するなどの居住における不利益、家族関係を

前提とした商品を利用ることができないという不利益など、社会生活上の様々な場面において、パートナーシップ制度を利用することでは解消することができない不利益が存在する」という⁴⁰。本件の同性パートナーが被る不利益は、これらすべての不利益に加え、そもそも重大な不利益として同居が認められず、または同居が認められるようになった場合でも、在留資格「特定活動」（就労不可）では、就労が制限されるという重大な不利益が存在する。

今日の欧米諸国的一般傾向とは異なり、差別禁止原則に反する日本の入管法および入管行政において、性的指向による差別ゆえに、かくも大きな不利益が課されているのである。マクリーン事件最高裁判決という国際人権法の発展を知らない50年近く前の判例に囚われ、時代遅れの国際慣習法と憲法の理解のもと、入管行政における差別禁止原則違反に目を閉ざす最高裁の姿勢は改められるべきである。

40 名古屋高裁、前掲1。また、東京高裁、前掲1によれば、「婚姻をすることで、配偶者としての法的身分関係が形成されると、それにより当然に生ずる民法その他諸法令に定められた法的効果を享受することができるのみならず、居住、就労、療養その他の社会生活上の様々な場面において、配偶者として公認された者と扱われること自体により、共同生活の安定と人生の充実を得ることができることに照らすと、本件区分によって性的指向が同性に向く者に生ずる不利益は重大なものである」。