

意見書：本国で日本人と同性婚をした外国人の事例に
マクレーン事件判決を援用することの誤り
—憲法13条、14条1項、24条2項の要請—

令和6年1月13日

最高裁判所御中

名城大学法学部 教授 近藤 敦

私は、2005年より、名城大学法学部法学科及び同大学院法学研究科において、憲法学の教育及び研究に従事しております。長く移民政策学会の理事と国際人権法学会の理事も務めております。ストックホルム大学移民研究所、オックスフォード大学法学部、ハーバード大学ロースクールでの客員研究員の経験もあり、諸外国の研究機関と一緒に『Migrant Integration Policy Index: MIPEX』や『Global Citizenship Observatory』や『Migrant Rights Database』の調査に参加しており、諸外国と日本の移民政策の比較研究を行っています。憲法と国際人権法の架橋を試みており、体系的な『人権法』の教科書や『国際人権法と憲法』を上梓しています。

その他の著書に『移民の人権』、『多文化共生と人権』、『「外国人」の参政権』（九州大学での博士論文）、『外国人の人権と市民権』、『新版 外国人参政権と国籍』、『Q&A 外国人参政権問題の基礎知識』、『政権交代と議院内閣制』、編著に『Citizenship in a Global World』、『Migration and Globalization』、『非正規滞在と在留特別許可』、『多文化共生政策へのアプローチ』、『外国人の法的地位と人権擁護』、『外国人の人権へのアプローチ』、『New Concept of Citizenship』、『移民政策へのアプローチ』、『越境とアイデンティフィケーション』、『移民政策のフロンティア』、『Migration Policies in Asia』、論文として「移民法制と外国人の人権保障：多文化共生時代における憲法学」公法研究82号184-194頁、「出入国管理と外国人の人権：国内法の人権条約適合的解釈に向けて」国際人権32号37-41頁、「移民統合政策指数（MIPEX）等に見る日本の課題と展望」移民政策研究14号9-22頁、「移民政策と市民権：EU、日本、伝統的な移民国家」公法研究64号112-124頁などがあります。

この度、原判決である令和4年（行コ）第294号 在留資格不許可処分無効確認等、国家賠償請求控訴事件（令和5年（行サ）179号事件・行政上告提起事件、令和5年（行ノ）184号・行政受理申立事件）につき、憲法、国際人権法及び移民政策を専門とする学者として意見を求められましたので、意見を述べたいと思います。

はじめに

本意見書は、第1章でマクリーン事件判決の誤りについて、以下の第1命題に即して分析し、在留に関する国際慣習法の5つの原則を整理する¹。そのうえで、「家族結合」と「差別禁止」が問題となる、本国で日本人と同性婚を行った外国人の在留資格をめぐる本件にマクリーン事件判決を援用することの誤りを述べる。

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。

1 マクリーン事件判決の第1命題および第2命題の誤り

原審は、1978年のマクリーン事件判決²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。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。

¹ 本件とは直接の関係のないノン・ルフールマン原則および恣意的な収容禁止原則の問題点については、参照、近藤敦「マクリーン事件判決の抜本的な見直し：入国・在留に関する国際慣習法の5つの原則」名城法学70巻4号（2021年）1-22頁。

² 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

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、原審が、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・ルフールマン原則、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³。

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命題の誤りを指摘しつつ、その詳しい内容は、第2章で述べる。

(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⁴。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⁵。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⁶。世界人権宣言16条が「家族は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であって、社会および国の保護を受ける権利を有する」と定め、同12条が「家族」の「恣意的な干渉」を受けない権利を定めている。また、ヨーロッパ人権条約8条が「家族生活」の尊重を受ける権利を定め、同12条が「家族を形成する権利」を定めている。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⁷。家族結合は家族生活を実効的に尊重する

³ V. Chetail, *International Migration Law* (OUP, 2019), pp. 119–164.

⁴ 2018–2022年のOECD諸国における家族移民の割合は、35%、36%、32%、34%および29%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.

⁵ 自由権規約委員会・一般的意見19（1990年6月24日）5段落。

⁶ 同・一般的意見15（1986年7月22日）5・7段落。

⁷ S. Kadidal, 'Federalizing Immigration Law: International Law as a Limitation on Congress's Power to Legislate in the Field of Immigration', *Fordham 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

ことに内在する国家の義務である。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⁸。

厳密には、離れて暮らす家族が再び同居する family reunification (または family reunion) を家族再統合ないし「家族呼び寄せ」と呼ぶのであるが、家族再統合も家族結合の1つの形態であるので、ここでは両者を一般に広く家族結合と表記し、両者を区別する場合にだけ、家族呼び寄せと表記することにする。

家族結合に関する不文の義務だけでなく、明示の義務を定める文書も多い。移住労働者の権利条約 44 条 1 項は、締約国の「移住労働者の家族の同居の保護を確実にするために適切な措置をとる」義務を定める。また、同 2 項が「移住労働者」、「配偶者」、「法律の適用上婚姻に等しい扱いを受ける者」および「未成年で扶養を要する独身の子ども」との同居の再現を促進する適切な措置をとる義務を課す。さらに、同 3 項が「その他の家族」についても、人道上、2 項と等しい措置をとるよう「好意的に配慮する」義務を規定する。

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。「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⁹。

呼び寄せが可能な家族の範囲は、国内法によってさまざまである。多くの学説は、正規移民の核家族の家族結合を容易にすることが国際慣習法であるという¹⁰。フランスのコンセイ

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。

⁸ Maria v. McElroy, 68 F. Supp. 2d 206, (E.D.N.Y. 1999), p. 234.

⁹ UN General Assembly, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, para 21 (i).

¹⁰ Chetail, *op. cit.*, p. 126; G. Fournalanos, Sovereignty and the Ingress of Aliens: With Special Focus on Family Unity and Refugee Law (Almqvist & Wiksell International, 1986), pp. 108-18; K. Jastram, 'Family Unity', in T. A. Aleinikoff

ユ・デタは、正規滞在外国人の家族生活の権利を憲法の前文や法の一般原則から導いている¹¹。アメリカの連邦の地区裁判所は、アメリカが子どもの権利条約の締約国でないにもかかわらず、入管分野の国際慣習法として同条約 3 条の子どもの最善の利益を考慮しなければならないと判示している¹²。

(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¹³。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ることなく、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¹⁴。また、個人

and V. Chetail (eds.) *Migration and International Legal Norms* (TMC Asser Press, 2003), pp. 193-197.

¹¹ Conseil d'Etat, GISTI, CFTD et CGT - Rec. Lebon (8 December 1978), p. 493.

¹² Beharry v Reno, 183 F. Supp. 2d 584 (E.D.N.Y., 2002), p. 600.

¹³ Chetail, *op. cit.*, p. 145.

¹⁴ 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. Constantinescu and N. Zaiko (eds.), *The Diversity 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*

を差別する権利があると主張する国はない¹⁵。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¹⁶。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もって、法務大臣の政治信条による「不当の面から」、「日本国の利益を害する」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る。

(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においてさえ規約の保護を享受することができる¹⁷。非人道的な取扱いの禁止は、ノン・ルフー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・ルフールマン原則により、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、恣意的な収容禁止原則により、合理性、必要性、比例性を欠く収容は禁止される。加えて、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

Bulletin 19: 4 (1993), p. 1659; A. F. Bayefsky, 'The Principle of Equality Ornon-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.

¹⁵ Chetail, *op. cit.*, p. 148.

¹⁶ 自由権規約委員会・一般的意見 18 (1989年11月9日) 13段落、社会権規約委員会・一般的意見 20 (2009年7月2日) 13段落、人種差別撤廃委員会・一般的勧告 30 (2002年10月1日) 4段落。

¹⁷ 自由権規約委員会・一般的意見 15 (1986年7月22日) 5段落。

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¹⁸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¹⁹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することができる」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、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」²⁰。憲法の適正手続は、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²¹。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・ルフー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・ルフー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原審は、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。

¹⁸ 「など」には、特別な条約、ノン・ルフールマン原則、恣意的な収容禁止原則、自国に入国する権利も含まれる。

¹⁹ 同上。

²⁰ 東京高判令和2年2月27日判タ1502号55頁〔確定〕。

²¹ 「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つたものとして違法であるとする事ができる」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の目的が存在するかどうかを審査する基準が望まれるものである。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原審は、「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²²。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 憲法 24 条 2 項と結びついた憲法 13 条、および憲法 14 条 1 項の要請

(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ものの、解釈上、自由権規約 17 条が「家族」生活への

²² 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『国際人権法と憲法：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）。

「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²³。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²⁴、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²⁵。

日本国憲法上、家族の規定は、24 条 2 項にあり、「…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²⁶。そこで、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²⁷。

憲法 24 条 2 項の要請は、「家族」に関する事項を定める法律としての民法にかぎらず、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、「日本人の配偶者等」類

²³ 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。

²⁴ HRC, *Ngambi and Nébol v. France* (2004), para. 6.4.

²⁵ HRC, *El Dernawi et al. v. Libya* (2007), para.6.3.

²⁶ 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〕』(日本評論社、) 150 頁、近藤敦『人権法』(日本評論社、2020 年) 95、100 頁 (以下、近藤、2020 年と略す)。

²⁷ 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、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、2020 年、88 頁)。こうした融合的保障とでも呼ぶべき体系解釈は、ドイツ連邦憲法裁判所、カナダ連邦最高裁をはじめ多くの国の裁判所、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。

似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、両当事者において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、憲法 13 条の「個人の尊重」の趣旨からは、同性パートナー間の共同による婚姻類似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」類似の居住の自由および職業選択の自由が保障される在留資格として、「定住者」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²⁸。

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²⁹、その後、性別または性的指向に基づく差

²⁸ ECHR, Pajić v Croatia, (2016), application no. 68453/13, paras 83-86.

²⁹ Toonen v. Australia (HRC, 1994), para 8.7.

別による同 26 条違反とした³⁰。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³¹。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³²。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³³、性差別³⁴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³⁵。

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³⁶。本件上告人 A および B 同性婚のカップルは、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。日本において同性婚が認められていない現状にあって、国外で婚姻した上告人 A に対し、「日本人の配偶者等」の在留資格と相当な居住の自由や職業選択の自由が保障される「定住者」の在留資格を認めるという、他の手段を選択することが可能であるにもかかわらず、それら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、性的指向に基づく差別として、憲法 14 条 1 項

³⁰ Young v. Australia (HRC, 2003), para 10.4; X v. Colombia (HRC, 2007), para 9.

³¹ Joseph and Castan, 2013, para 23.31.

³² 社会権規約委員会・一般的意見 20 (2009 年) 32 段落。

³³ Romer v. Evans 517 US 620 (1996).

³⁴ 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。

³⁵ 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。

³⁶ 近藤敦『人権法〔第 2 版〕』(日本評論社、2020 年) 135 頁。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『憲法判例百選 I〔第 6 版〕』(有斐閣、2013 年) 67 頁。赤坂正浩「公共施設は同性愛者の宿泊を拒否できるか」棟居快行ほか編「基本的人権の事件簿〔第 5 版〕」(有斐閣、2015 年) 33-34 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。

に反する。

また、外国人と外国人のカップルの場合、異性婚であれば、通常、家族として滞在する場合には（就労不可の）「家族滞在」の在留資格が認められるのに対し、同性婚の場合、平成 25 年の通知³⁷により、通常、家族として滞在する場合には（就労不可の）「特定活動」が認められる。（就労不可の）「家族滞在」と（就労不可の）「特定活動」は、居住の自由や職業選択の自由の制限される程度などにおいて、一般に遜色がない在留資格である。他方、日本人と外国人のカップルの場合、異性婚であれば、通常、家族として滞在する場合には、（外国人と外国人の異性婚の場合の「家族滞在」の在留資格よりもはるかに安定した居住の自由と幅広い職業選択の自由が保障されている）「日本人の配偶者等」の在留資格が認められるのに対し、同性婚の場合、家族として滞在する場合には、本件のように、（就労不可の）「特定活動」が認められるのであれば、居住の自由や職業選択の自由の制限される程度などにおいて、著しい不利益があるので、「日本人の配偶者等」の在留資格に相応する「定住者」の在留資格が認められないことは「合理性」を明らかに欠くとともに、「均衡性」を明らかに欠いている。

3 結論

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。

³⁷ 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 法務省入国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）