

2023 年 5 月 16 日

意見書

東京都立大学教授 木村草太

第 1 はじめに

本件は、2018 年 7 月 5 日に、第一審原告 A（以下、第一審判決の表記に従い、第一審原告のうち外国人の原告をこのように表記し、日本人の原告を原告 B と表記する）が行った在留資格変更許可申請に対する同年 8 月 6 日の不許可処分の無効確認、原告 A が行った 2019 年 6 月 20 日付の在留資格変更許可申請に対し同年 8 月 14 日までに行われた不許可処分の取消、「定住者」資格を許可する義務付けを求める訴訟である。以下、原告 A の二つの在留資格変更許可申請を本件申請、これに対して行われた二つの申請拒否処分を本件処分と呼ぶ。

本件では、日本人と外国法の下で同性間の婚姻をした者の在留資格の在り方が争点となっている。本件では、A の平等権（憲法 14 条 1 項）侵害の有無が問題となる。本意見書は、この点について検討する。

第 2 現行法の状況と本件で検討すべき問題

まず、現在の日本の民法には、婚姻を合意した相手が同性であることを婚姻障害とした規定はない（民法 731 条以下の婚姻障害に関する規定参照）。もっとも、婚姻当事者を「夫婦」（民法 750 条等）・「父母」（民法 766 条等）と表現しており、婚姻は異性間のものであることを前提とした条項から、現行法は、同性間の婚姻を認めていないと解されている。

次に、法の適用に関する通則法は、「婚姻の方式は、婚姻挙行地の法による」と定める一方（同法 24 条 2 項）、「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による」（同 1 項）としている。

日本人が外国で同性間の婚姻をした場合、婚姻相手が異性であることが方式要件にすぎないならば、日本法でも婚姻の成立が認められる。他方、それが成立要件であれば、日本法では同性間の婚姻は成立しないものと扱われる。

日本法において婚姻相手が異性であることは、同性間の婚姻届を受理する手続がないという方式要件ではなく、成立要件の一種と解されてきた。民法の「婚姻の要件」（同法第四編第二章第一節第一款）に明文の規定がないことからすれば、そもそも、異性間の結合であることを婚姻成立要件と扱うこと自体に重大な問題がある。この点も、本訴訟において裁判所は精密に検討すべきだが、本意見書は憲法問題を論じるものであり、「現行の民法は、婚姻合意の相手が異性であることを婚姻の成立要件としている」との前提で議論を進める。

出入国管理及び難民認定法は、日本に外国人が在留する場合、一定の在留期間の定められた在留資格を得て在留するものと規定する（同法2条の2第1項）。

日本人の配偶者であれば、「日本人の配偶者等」の在留資格を得られる（別表第二）。また、本件第一審52頁に認定されたように、日本に在留資格を得て在留する外国人の同性婚の配偶者の場合には、「特定活動」の在留資格を付与する運用がなされている。

このため、第一審原告Aは、本件処分により、日本人の異性婚の配偶者と比較して「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を得られない差別取扱いを受けており、また、日本に在留資格を持ち在留する外国人の同性婚の配偶者と比較して「特定活動」の在留資格を得られなかったという差別取扱いを受けていた。

少なくとも、外国人の同性婚の配偶者と比較して「特定活動」の在留資格を得られない区別の不合理性は明らかで、この対応が憲法上の要請に沿うものであることは疑い難い。第一審は、後者の差別取扱いについて平等権（憲法14条1項）の侵害を認め、2023年3月10日には、法務大臣が「特定活動」の在留資格を付与するに至っている。これにより後者の不平等については解決を見ている。

そこで、本意見書は、原告Aに「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を付与しない差別取扱いの合憲性を検討する。本件は「定住者」資格申請の許可を求める訴訟であり、この差別取扱いの合憲性は、一見すると本件と関係のない問題にも見える。

しかし、原告Aに、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を付与しないことが違憲状態であり、かつ、「定住者」資格が「日本人の配偶者等」に相当する在留資格と見做せるなら、原告Aに「定住者」資格を付与する形で違憲状態を解消できる。こう判断する場合、本件申請を許可すべきで、本件拒否処分は違法ということになる。他方、「定住者」資格は、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格とまでは言えないなら、「定住者」資格付与では違憲状態を解消できず、原告Aに「日本人の配偶者等」の在留資格を付与すべきことになる。こう考える場合、本件では、原告Aは申請をすれば「日本人の配偶者等」の在留資格を得られる立場にあることを確認した上で、「定住者」資格を得る必要はないという理由で、取消・義務付けの請求を棄却すべきことになる。

このように、原告Aに「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を与えないことの合憲性は、本件請求を認容すべきか否か、あるいは棄却するとしてもどのような理由で棄却すべきか、を判断する上で、結論を出す必要のある前提問題といえる。以下、この点を問題を検討する。

第3 憲法14条1項適合性の判断枠組み

本件では、原告Aに対する平等権（憲法14条1項）侵害の有無が問題となる。憲法14条1項適合性を判断する枠組みについては、次の四点が重要である。

第一に、憲法14条1項は、平等権の保障対象を「国民」とするが、判例は「憲法14条

の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である」(最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁)とする。第一審原告Aは外国人だが、この判断を前提とすれば、平等権を行使できる。

第二に、憲法14条1項は、法の下での平等と差別の禁止を定めており、判例は、この規定を「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」としている(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁など参照)。ここにいう「法的な差別取扱い」とは、法的な差別取扱い一般を指し、必ずしも、憲法上保障された権利に関する区別に限らない。

第三に、法的な差別取扱いの憲法14条1項適合性を検討する場合、差別取扱いを設けた理由に応じ、差別取扱いを区分して検討しないと適切な検討が行えない。例えば、司法試験委員会が試験得点上位1000名を合格させ、801位の受験生Xだけを不合格扱いとしたとしよう。この時、「得点上位800位までの者たち」とXとの合否の区別は、「得点の高低」という理由で説明できる。他方、「得点が802～1000位の者たち」とXとの合否の区別は得点の高低では説明しようがない。このときに、単に、〈合格者全体と不合格者Xとの差別取扱いの合憲性〉を論じても適切な検討はできず、〈得点上位800位までの者との別異取扱い〉と、〈得点801～1000位までの者との差別取扱い〉を分けて議論する必要がある。どの差別取扱いが審査対象となるかは、本件でも重要な意味を持つ。

第四に、平等権侵害について注意が必要なのは、ある区別が不合理とされたとしても、その区別を解消する方法には様々なものがあり、平等権侵害の状態があっても、その解消法には複数の選択肢が生じる余地がある点が重要である。

日本人の異性婚配偶者と同性婚配偶者との間の在留資格に関する区別も、それが「合理的な根拠」を欠いていれば、当然、憲法14条1項違反の評価を受ける。ただし、例えば、その場合でも、第一審原告Aに「日本人の配偶者等」以外の「定住者」や「特定活動」の在留資格の付与で違憲状態を解消できるなら、必ずしも、国が原告Aに「日本人の配偶者等」の在留資格を付与する憲法上の義務が生ずるわけではない。このため、現在の法状態が平等権侵害で違憲か否かと、違憲状態の解消法は別に検討する必要がある。

以上を踏まえ、本件における差別取扱いの憲法14条1項適合性を検討する。

第4 同性婚を認めないことの合憲性(差別取扱い①)

1 民法・法の適用に関する通則法が同性間の婚姻を認めない理由

本件では、そもそも、民法・法の適用に関する通則法の諸規定(以下、本件諸規定①)が、外国人との同性間婚姻を認めていないことの合憲性が問題となる。婚姻相手が異性であることが婚姻成立要件であることを前提とした場合、本件諸規定①は、日本人は、異性の外国人とは婚姻することができ、他方、同性の外国人とは婚姻できない差別取扱いを設けていることになる。以下、これを差別取扱い①と呼ぶ。

この区別に合理的理由がないのであれば、第一審原告 A は第一審原告 B の民法・法の適用に関する通則法上の配偶者と扱われるべきであり、在留資格においても、日本人の異性婚配偶者と同様に扱われるべきことになる。

では、本件諸規定①が、日本人と外国人との異性間の婚姻を認めつつ、同性間の婚姻は認めない差別取扱いを行う理由はどのようなものなのか。国は、異性間では生殖関係の有無や年齢を問わず婚姻を認めつつ、同性間の婚姻を認めない理由について、次のように説明している。

【婚姻に関する区別の理由の国の説明】

民法における婚姻制度の目的は、一般に、夫婦がその間に生まれた子供を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的な保護を与えることにあると言われております。この点について、確かに、子供を持つ予定がない男女等であっても婚姻をすることができるというのは既に今でもございます。

一方で、婚姻関係のように、家族法における基本的な制度については、その目的もある程度抽象的、定型的に捉えざるを得ない、また、制度を利用することができるか否かの基準が明確である必要があると考えております。よって、具体的、個別的には、子供を持つ予定がない男女などであっても法的な保護の対象に含まれることとなります。

そしてなお、抽象的、定型的に子供を産み育てることが予定されていない同性カップルに、価値観が多様化している現代において、どのような保護を与えるべきかという点については、子供を持つ予定のない男女の場合とは異なる、家族のあり方の根本にかかわる問題であるというふうに現段階で認識をしており、よって、慎重に検討すべきものだと考えております。

(第 200 回国会衆議院法務委員会令和元年 10 月 23 日・河井克行法務大臣答弁)

まず、婚姻制度の目的は「子供を産み育て」る関係、つまり生殖関係に「法的な保護」を与えることであり、そのような関係のない同性カップルには、そのような保護は必要ないというのが区別の理由である。

この点、現行法は、異性カップルの場合、生殖関係があってもなくても婚姻を認めている。生殖関係の有無が差別取扱いの理由であるなら、現行法が行っている差別取扱いは、 α ：〈生殖関係ある異性カップル〉と同性カップルとの間の差別取扱い（以下、差別取扱い① α ）、および、 β ：〈生殖関係なき異性カップル〉と同性カップルとの間の差別取扱い（以下、差別取扱い① β ）の二つに区分して、それぞれ、合理的理由があるか否かを検討しよう。

2 〈生殖関係ある異性カップル〉と同性カップルとの差別取扱い（差別取扱い① α ）

まず、差別取扱い① α について検討しよう。

そもそも、婚姻が生殖関係のみを保護する制度という理解は、一般的とは言い難い。現行法は、生殖関係があれば全てを保護しているわけではなく、例えば、当事者が共同生活の意思を欠く場合（いわゆる婚姻意思を欠くものとして民法 742 条により婚姻無効となる）や、重婚の場合（民法 732 条）、同氏になる旨の届出を欠く場合（民法 739 条・戸籍法 74 条 1

号)には、当事者の間に生殖関係があっても婚姻の成立を認めない。

通説においても、生殖関係を結ぶというだけでは婚姻意思とは認めず、「精神的」な結合、「同棲関係」などの、愛情に基づく親密な関係があり、共同生活をする意思があることが婚姻だとしている(我妻栄『親族法』有斐閣1961年14~16頁参照)。

このように、婚姻は、親密関係に基づく共同生活を保護する制度と理解するのが一般的な見解である。そのような生活を送る点では、〈生殖関係ある異性カップル〉と同性カップルとの間に差異はなく、差別的取扱い① α は合理的根拠に基づくものとは言い難い。

さらに、従来の見解では、同性間の婚姻を認めない理由は、生殖関係がないからという理由ではなく、「同性間の婚姻」は「学問を妻とするとか、芸術と結婚する」のと「全く同様」だという理由だと説明されてきた(中川善之助『親族法・上』青林書院1958年158頁)。しかし、学問や芸術と婚姻できないのは、それらが人ではないからだ。同性間の婚姻を、人ならざるものとの婚姻と同様と断じるのは、もはや同性愛者を人でないと言っているも同じであり、そのような理由に基づく差別取扱いは人間としての尊厳の否定だろう。

とすれば、差別取扱い① α は、合理的根拠に基づくものとは言えない。

3 〈生殖関係なき異性カップル〉と同性カップルとの差別取扱い① β

また、仮に、婚姻制度の目的が生殖関係の保護だとする国の説明を前提としても、差別取扱い① β は、生殖関係の有無という理由では正当化できない。

そこで、国は、異性カップルは「抽象的、定型的に子供を産み育てることが予定されている」が、同性カップルはそうではないという説明をしている。しかし、生殖関係なき異性婚の当事者には、何らかの事情で生殖能力を失った者や性同一性障害特例法の生殖能力喪失要件を充たした上で性別変更を行った者も含まれており、そうした夫婦は抽象的・定型的な生殖関係を予定していない。それでも、そこに抽象的・定型的な生殖関係があると強弁するのは、〈生殖関係なき異性カップルには生殖関係がある〉と述べていると同じで、端的に意味不明だ。何も理由を述べていないに等しい。

さらに、この「定型的・抽象的な生殖目的」は、大村敦志『親族法(第3版)』(有斐閣・2010年)286頁の記述に由来する。しかし、大村教授の言う「抽象的、定型的」婚姻目的とは、死の直前に、事実婚相手に財産を相続させるために行う臨終婚判決(最一判昭和44年4月3日民集23巻4号709頁)の有効性を説明するために持ち出された概念だ(同286頁、130~131頁参照)。

臨終婚判決の事案は、婚姻の一方当事者が、1964(昭和39)年9月ころに肝硬変で入院し、1965(昭和40)年4月3日に病状が悪化し、4日からは完全な昏睡状態となり、5日午前10時20分に亡くなったというものだ。婚姻届は亡くなる直前の5日午前9時10分に出された。大村教授は、臨終婚判決の事例に「抽象的、定型的」共同生活目的を見出せるとしており、極めて現実性の低いものを指している。この事例で亡くなった当事者が婚姻後も長年生き続け、共同生活ができた確率は、今後、同性カップルの間に子どもができる技術が生まれる確率と比べ高いとは言い難い。とすれば、そもそも、そうした極めて現実性が低い

という意味での「定型的・抽象的」な生殖関係なら、同性カップルにもあると認定せざるを得ないだろう。

むしろ、社会通念に合致するのは、婚姻制度が生殖関係保護制度として始まったものだとしても、そこに共同生活の公認という意味合いが生じたため、生殖関係なき婚姻を婚姻の目的外利用とみなし、生殖関係なき夫婦の婚姻を否定することは、生殖関係なき夫婦の尊厳を害する、という理由付けだろう。しかし、尊厳への配慮を理由に差別取扱い①βを正当化しようとする、異性カップルと同性カップルで尊厳の価値が異なると主張せざるを得ない。尊厳の価値に差をつけるなどということが許されるわけがなからう。

とすれば、婚姻制度を生殖関係の保護のみを目的とした制度と理解する見解からも、差別取扱いβを正当化することは極めて困難と言わざるを得ない。

4 小括

このように、差別取扱い①αも差別取扱い①βも、合理的理由を見出すことはできない。とすれば、日本人は、異性の外国人とは婚姻することができ、他方、同性の外国人とは婚姻できないという本件諸規定①が設ける差別取扱い①は、第一審原告 A の平等権を侵害するもので、憲法 14 条 1 項に違反する。

このように解する場合、そもそも、第一審原告 A と第一審原告 B は日本法における配偶者と扱われるべきで、出入国管理及び難民認定法の規定によれば、第一審原告 A には「日本人の配偶者等」に相当する在留資格が付与されるべきこととなる。

第5 在留資格に関する区別の合憲性（差別取扱い②）

1 出入国管理及び難民認定法上の差別取扱いの存在

また、仮に、国の主張を前提に、婚姻を生殖関係のみを保護するもので、生殖関係なき者たちの婚姻を認めないことには合理的理由があると判断したとしても、在留資格という個別の効果については別途検討が必要である。

国の説明によれば、日本法における婚姻は「夫婦がその間に生まれた子供を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的な保護を与える」制度であり、生殖関係がないカップルにはその利用を認めるべきではない。こうした理解からすれば、日本法における婚姻とは、すなわち生殖関係であり、ある法的効果を受取る要件として、外国法における婚姻に加え、日本法における婚姻の成立を要求することは、生殖関係を要件とすることを意味する。

これを前提としたとき、生殖関係の有無で区別すべきでない法的効果について、日本法における婚姻の成立を要件として差別取扱いをした場合には、生殖関係の有無で区別すべきでないのに生殖関係（すなわち婚姻）の有無で差別取扱いをしたものとして、その差別取扱いは合理的根拠が欠け、平等権侵害が認定される。

この点、出入国管理及び難民認定法は、別表第二の上欄の在留資格をもって在留する者は、

当該在留資格に応じそれぞれ本邦において同表の下欄に掲げる身分又は地位を有する者としての活動を行うことができるとし（同法2条の2第2項）、また、入国審査官が行う上陸のための審査においては、外国人の申請に係る本邦において行おうとする活動が虚偽のものでなく、別表第一の下欄に掲げる活動又は別表第二の下欄に掲げる身分若しくは地位を有する者としての活動のいずれかに該当することを審査すべきものとしている（7条1項2号）。これらの出入国管理及び難民認定法の諸規定を、以下、本件諸規定②と呼ぶ。

本件諸規定②は、「日本人の配偶者等」という在留資格が得られるか否かを、日本人と日本法における婚姻が成立したか否かで区別している。これは、「日本人の配偶者等」という在留資格について、生殖関係の有無によって差別取扱いをすることを意味し、そこに合理的根拠があると言えるか否かが問題となる。

2 生殖関係の有無による差別取扱いと捉えるべき根拠

このような整理については、出入国管理及び難民認定法は、生殖関係の有無だけで区別しているわけではないのではないか、という疑問が生じ得る。

もっともな疑問ではあるが、いま行った整理は、あくまで、日本法における婚姻は生殖関係の保護のための制度だ、とする国の説明を前提としたものだ。婚姻が、親密関係の保護のための制度だと理解すれば、いま述べた整理にはならず、第四に論じたように、差別取扱い①が憲法14条1項違反になるとの帰結になる。

また、出入国管理及び難民認定法は、生殖関係があるだけで「日本人の配偶者等」の在留資格を与えるわけではない。しかし、第一審原告Aと第一審原告Bは、アメリカ法において婚姻した関係にあり、日本法から見ても、同性であること以外の全ての婚姻要件を充たしている。そして、繰り返しているように、国の説明では、同性間で日本法における婚姻を成立させない理由は、同性間では生殖関係が成り立たないとする点にある。国の説明を前提とする限り、第一審原告Aのような日本人の同性間婚姻の配偶者と、「日本人の配偶者等」の在留資格を得られる日本人の異性婚配偶者との間の違いは、パートナーとの生殖関係以外にはない。

そうすると、出入国管理及び難民認定法は、外国において日本人と婚姻した外国人のうち、その日本人と生殖関係のある者と、その日本人と生殖関係のない者との間で、「日本人の配偶者等」の在留資格を得られるか否か、という点で差別取扱いを行っていることになる。これを差別取扱い②と呼ぶことにしよう。

これは「法的な差別取扱い」の一種であり、これに合理的根拠がない場合には、第三に見た判例の基準に照らし、憲法14条1項に違反するという結論が導かれる。

3 「日本人の配偶者等」という在留資格の趣旨

では、日本人の異性間婚姻の配偶者に、「日本人の配偶者等」という在留資格が与えられるのはなぜか。この点についても、婚姻制度の目的に関する議論と同様に、日本人との親密な共同生活を保護するためという理解と、日本人との生殖関係を保護するためという理解が考えられる。そして、前者であれば、生殖関係の有無で差別取扱いをする合理的根拠はな

い。そこで、出入国管理及び難民認定法が「日本人の配偶者等」という在留資格を設けた理由について検討してみよう。

まず、出入国管理及び難民認定法は、生殖関係の有無を問わず、日本人の異性間婚姻の配偶者に「日本人の配偶者等」の在留資格を与えていることからすれば、前者の理解の方が遙かに自然である。

また、愛情に基づく親密関係を形成した相手と離れて暮らすことは、個人の人格的生存にとって重大な脅威であるはずだ。その相手が日本人で、かつその日本人が日本国内に在留する場合、日本への在留資格を得られなければ、離れて暮らすことを余儀なくされ、人格的な価値が傷つけられる。これは、個人の尊重を規定する憲法 13 条の趣旨に反する事態だろう。出入国管理及び難民認定法が、「日本人の配偶者等」という在留資格を設けたのは、そうした人格的価値を尊重し、憲法 13 条の趣旨に反する事態を招かないためと考えるべきだろう。

そして、日本人との親密な共同生活を営んでいる点で、日本人の異性間婚姻の配偶者と、日本人の外国法における同性間婚姻の配偶者との間に違いはない。「日本人の配偶者等」の在留資格が、親密関係を保護する資格とする理解を採る場合には、生殖関係の有無を基準に差別取扱いする理由はなく、差別取扱い②は合理的根拠を欠くものと言える。

4 生殖関係の保護という説明の可否

これに対し、「日本人の配偶者等」は、あくまで生殖関係の保護のための在留資格だとする理解は採用できるか。

この点、最一判平成 14 年 10 月 17 日民集 56 巻 8 号 1823 頁は、「日本人と婚姻した外国人が「日本人の配偶者等」の在留資格によって本邦に在留するためには、単に当該外国人が日本人と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としての活動に該当することを要する」という原審（大阪高判平成 10 年 12 月 25 日平成 8 年（行コ）第 24 号）の判断を是認した上で、次のように判示している。

【最一判平成 14 年 10 月 17 日民集 56 巻 8 号 1823 頁の判示】

……法は、本邦に在留する外国人の在留資格は、法別表第一又は第二の上欄に掲げるとおりとした上、別表第一の上欄の在留資格をもって在留する者は、当該在留資格に応じそれぞれ本邦において同表の下欄に掲げる活動を行うことができ、別表第二の上欄の在留資格をもって在留する者は、当該在留資格に応じそれぞれ本邦において同表の下欄に掲げる身分又は地位を有する者としての活動を行うことができるとし（2 条の 2 第 2 項）、また、入国審査官が行う上陸のための審査においては、外国人の申請に係る本邦において行おうとする活動が虚偽のものでなく、別表第一の下欄に掲げる活動又は別表第二の下欄に掲げる身分若しくは地位を有する者としての活動のいずれかに該当することを審査すべきものとしている（7 条 1 項 2 号）。これらによれば、法は、個々の外国人が本邦において行おうとする活動に着目し、一定の活動を行おうとする者のみに対してその活動内容に応じた在留資格を取得させ、本邦への上陸及び在留を認めることとしているのであり、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）。そして、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趣旨に照らせば、日本人との間に婚姻関係が法律上存続している外国人であっても、その婚姻関係が社会生活上の実質的基礎を失っている場合には、その者の活動は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ということとはできないと解するのが相当である。そうすると、上記のような外国人は、「日本人の配偶者等」の在留資格取得の要件を備えているということができない。なお、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かどうかを決するに際しては、婚姻関係が社会生活上の実質的基礎を失っているかどうかの判断は客観的に行われるべきものであり、有責配偶者からの離婚請求が身分法秩序の観点から信義則上制約されることがあるとしても、そのことは上記判断を左右する事由にはなり得ないものというべきである。

この判例の示す理解によれば、まず、「日本人の配偶者等」の在留資格を得るには、「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」とされる。

「日本人の配偶者の身分を有する者としての活動」が、日本人配偶者と生殖関係を営む活動という意味で理解されているなら、国の言い分が成り立つだろう。しかし、この判例は、配偶者としての活動とは「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」と述べており、「共同生活」を配偶者としての活動の本質としている。同性カップルの間にも、精神的な結合があり、高密度の肉体的接触を伴う共同生活はあるのだから、この判例の判示を前提とする限り、生殖活動がない限り、「日本人の配偶者等」としての活動実態は認められないという議論は成り立たない。

また、共同生活はあるが生殖関係がない、子を産んでいない、という理由で、「日本人の配偶者等」の在留資格を認めない、取り消すなどの実務が存在しないのは公知の事実であろう。この判例も、「日本人の配偶者等」の在留資格を得るのに、生殖関係が必須だなどとは述べていない。

5 小括

だとすれば、「日本人の配偶者等」の在留資格は、生殖関係の有無に関わらず、日本人と親密な共同生活を営み、婚姻をする合意をした関係にある者に付与すべき資格であり、日本人の異性間婚姻の相手と、同性間婚姻の相手とで区別する合理的理由は全くない。

とすれば、外国において日本人と婚姻した外国人のうち、その日本人と生殖関係のある者と、その日本人と生殖関係のない者との間で、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を得られるか否か、という点で差別取扱いを行うこと（差別取扱い②）は、憲法 14 条 1 項に違反する。

第 6 違憲状態の解消法について

1 違憲状態の解消法という問題

以上に述べたように、本件で問題となっている差別取扱い①、差別取扱い②はいずれも憲法 14 条 1 項に違反する。

憲法 14 条 1 項に違反する差別取扱いがある場合、差別取扱いの解消方法には複数の立法上の選択肢があり、その点について立法裁量が生じる場合がある。このため、憲法 14 条 1 項違反が生じた場合には、差別取扱いの違憲性に関する検討とは別に、その違憲性をどのように解消するかを論じる必要がある。

では、本件諸規定①および本件諸規定②によって生じた違憲状態をどう解消すべきか。最後にこの点について論じる。

2 将来に向け不合理を解消する立法裁量と過去の不合理を解消する立法裁量

まず、仮に、本件差別取扱い①または②が違憲だとしても、立法者には「日本人の配偶者等」という在留資格を設けるか否かの裁量があり、異性間婚姻の配偶者も含め「日本人の配偶者等」を与えない形に法改正して、差別取扱いを解消する手段があるから、本件の原告に「日本人の配偶者等」あるいはそれに相当する在留資格を与える判決は、立法裁量の侵害ではないか、という主張があり得るので、これについて検討しておきたい。

これと同趣の主張は、最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁（国籍法違憲判決）の反対意見にも見られる。

しかし、この問題については、過去に生じた差別取扱いを解消する立法裁量と、将来に向けて差別取扱いを解消する立法裁量を区別して考える必要がある。仮に将来に向けて、「日本人の配偶者等」の在留資格を、異性間関係も含め消滅させる立法裁量が存在したとしても、過去（原告が在留資格を申請した時点）において、異性間関係も含め在留資格を与えないという差別解消方法を採用するには、その時点で既に与えられていた「日本人の配偶者等」の資格を全てはく奪しなければならぬ。しかし、将来に向けて法改正を行うならともかくとして、過去に遡り、適法に取得された「日本人の配偶者等」の資格を一斉にはく奪することは、日本国内で日本人の配偶者等として活動する者が、「外国人の在留制度のわく」（最大判昭和 53

年10月4日民集32巻7号1223頁参照)を前提に与えられた精神的自由、経済的自由その他基本的人権を不当に侵害するもので、憲法・国際人権法上、許されるものとは言い難い。

とすれば、原告が在留資格を申請した時点において、異性間婚姻の場合も含め「日本人の配偶者等」の在留資格を消滅させる立法裁量はそもそも存在しない。よって、過去の差別取扱い①または②を解消するためには、原告にも「日本人の配偶者等」の在留資格を付与する、あるいはそれに相当する在留資格を付与する以外の立法裁量は存在しない。

3 差別取扱い①の解消法

まず、民法・法の適用に関する通則法の本件諸規定①は、日本人は、異性の外国人とは婚姻することができ、他方、同性の外国人とは婚姻できない差別取扱い(差別取扱い①)を設けている。この差別取扱いは、さらに、 α :〈生殖関係ある異性カップル〉と同性カップルとの間の差別取扱い(以下、差別取扱い① α)、および、 β :〈生殖関係なき異性カップル〉と同性カップルとの間の差別取扱い(以下、差別取扱い① β)の二つに区分できる。

差別取扱い① α と差別取扱い① β はいずれも、合理的根拠を欠いており、憲法14条1項に違反する。従って、本件諸規定①が設ける差別取扱い①は違憲と評価される。

裁判所が、この考えを採る場合、違憲状態が生じた原因は、出入国管理及び難民認定法ではなく、同性間の婚姻を認めない民法・法の適用に関する通則法の本件諸規定①にある。これを解消するには、日本人が外国で行った同性間の婚姻を、日本法においても有効と扱う必要がある。

そのためには、複数の処理が考えられる。

まず、現在の民法で同性間の婚姻が認められないとされる理由は、婚姻に関する諸規定が婚姻当事者を「夫婦」(民法750条等)や「父母」(民法766条等)とそれぞれ異性であることを想定した文言で表現しているためとされる。「夫婦」・「父母」などの文言は、同性間関係も含むと合憲拡張解釈すれば、現行法の文言を変えずとも、同性間の婚姻の成立を認めることは可能である。

ただし、このような解釈は、法解釈の限界内で行う必要がある。裁判所が、こうした拡張解釈が、解釈の限界を超えると理解するなら、民法・法の適用に関する通則法の諸規定のうち、同性間の婚姻を制限する内容を持つ部分を違憲無効とする部分無効の処理を行うべきだろう。これは、上記国籍法違憲判決にて採用された手法である。

このように解せば、そもそも原告Aは、原告Bと日本法においても有効な婚姻をしていることになる。この場合、原告Aは「日本人の配偶者等」の在留資格を得ることのできる地位にあり、あえて「定住者」の資格を得る理由はないことになる。本件では、「定住者」資格申請拒否処分を取り消す必要はないが、判決文には、取り消す必要のない理由として「日本人の配偶者等」の在留資格を得られるはずだからと明記すべきだろう。

4 差別取扱い②の解消法

また、仮に、本件諸規定が設ける差別取扱い①を違憲と評価しない場合でも、外国において日本人と婚姻した外国人のうち、その日本人と生殖関係のある者と、その日本人と生殖関

係のない者との間で、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を得られるか否か、という点で差別取扱いを行うこと（差別取扱い②）は憲法 14 条 1 項に違反する。

この違憲状態を解消するためには、まず、出入国管理及び難民認定法の「日本人の配偶者」という文言を、この法律に言う「配偶者」には日本法において有効な婚姻における配偶者のみならず、外国法において同性間の婚姻をした者も含まれるという拡張解釈を行う手法が考えられる。

また、差別取扱い②の違憲論は、婚姻できないことそれ自体ではなく、控訴人らは日本の法律が同性間の婚姻を認めないために婚姻できないものの、日本人と婚姻の本質を伴った共同生活関係にあるという身分に応じた在留資格を得られないことを問題とするものなので、必ずしも「日本人の配偶者等」の在留資格ではなく、それに相当する在留資格を認める方法でも、その違憲性を解消できる。「特定活動」では不十分なのは明らかだが、原告が訴えるように「定住者」資格を付与する方法でも違憲な状態は解消できるだろう。出入国管理及び難民認定法には、原告に「定住者」資格を付与することを否定する文言はなく、それが憲法上の要請であるなら、「定住者」資格の付与に問題はないように思われる。

そして、仮に、出入国管理及び難民認定法に、原告に「日本人の配偶者等」または「定住者」の資格を付与することを否定する内容が含まれていると解さざるを得ないのであれば、その部分を無効にした上で、それらの在留資格を付与すべきである。

第 7 おわりに

以上をまとめると、以下のようになる。

民法・法の適用に関する通則法が設ける日本人は、異性の外国人とは婚姻することができ、他方、同性の外国人とは婚姻できない差別取扱い①は、憲法 14 条 1 項に違反する。また、仮に、そう評価しないとしても、出入国管理及び難民認定法上の、外国において日本人と婚姻した外国人のうち、その日本人と生殖関係のある者と、その日本人と生殖関係のない者との間で、「日本人の配偶者等」に相当する在留資格を得られるか否か、という点での差別取扱い②は憲法 14 条 1 項に違反する。

本件では、裁判所は、差別取扱い①の違憲状態を認定し、原告 A と原告 B の婚姻が日本法においても有効であることを認め、原告 A は「日本人の配偶者等」の在留資格を得ることができるから、という理由で請求を棄却するか、あるいは、差別取扱い②の違憲状態を認定した上で、出入国管理及び難民認定法上は、原告 A が「日本人の配偶者等」またはそれに相当する在留資格として「定住者」資格を付与されるべき地位にいることを認定し、原告 A に対する「定住者」資格申請拒否処分を取り消すか、いずれかの判断をすべきである。

以上