

日本国際私法における同性カップルの 法的保護の可能性

林 貴美
はやし たかみ

同志社大学法学部教授

- I はじめに
- II 諸国の法制
- III 日本法における検討
- IV むすびにかえて

I はじめに

1979年にオランダで賃借人と同居していた同性のパートナーに賃借人の死後もその居住用不動産に引き続き居住する権利が認められるまでは、同性カップルを私法上保護する国はなかったという⁽¹⁾。しかし、1989年にデンマークで同性カップルを対象とした婚姻に類似した登録パートナーシップ制度が導入されて以降、同性カップルに対する刑事罰規定の撤廃により差別を除去するだけでなく、より積極的に彼らの関係を法的に承認しようとする動きが活発になっていく。その背景には、1994年の欧州議会の「欧州共同体内における同性愛者の平等な権利に関する決議」や、この決議をもとに出された、同性カップルの共同生活の登録に関する法規を整備することを求めた勧告の影響ももちろんあるだろう。しかし、このような動きはEU構成国だけに限定されたものではない。公的機関での登録を経ることにより同性カップルが婚姻に類似した法律効果を受容することを可能にする、いわゆる登録パートナーシップ制度を導入する国は世界中で増加傾向にある。EUに加盟していないスイス、ノルウェーや、欧州の外に目を向ければ、オーストラリア、ニュージーランド、ウルグアイ、アルゼンチン、南アフリカ、そしてアメリカの一部の州においてもみられる。2005年段階で登録パートナーシップはこの地球上ですでに40を超える法域で存在しているという⁽²⁾。

そして、この動きはさらに婚姻締結への道を同性カップルにも開く方向へと発展していく。2001年にオランダが婚姻を同性カップルに認め世界を驚かせたとき、その後10年でこれに追隨する法域が10を超えることを予想した者はいただろうか。今や、ベルギー、スペイン、カナダ、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン、アイスランド、ポルトガル、アルゼンチン、デンマーク、アメリカの一部の州において同性婚は可能であり、さらにルクセンブルグにおいても立法化が進められている⁽³⁾。

しかしながら、依然として同性カップルの関係を法的に認めない国もある。EUにおいても、イタリアなどでは登録パートナーシップに関する法案は上程されるものの、いまだこれが全く通らない国もあり、東欧諸国も同性カップルの保護に消極的である⁽⁴⁾。この問題に政治的色彩が色濃く映し出されているアメリカでは、まさに迷走状態にある⁽⁵⁾。

また、同性カップルを保護する法制を有する国においても、同性カップルに婚姻を認めるのか、婚姻とは異なる新たな制度として登録パートナーシップを導入するのか（その際異性カップルにもこの制度の利用を認めるのか否かでも違いがある）、それとも婚姻と登録パートナーシップ双方を維持し、同性・異性カップルともにこれを認めるのかなど、各国の対応は実に様々である。さらに、登録パートナーシップの効果の面においても、配偶者とはほぼ同等の地位を認めるのか、婚姻ほど強い結合関係とはしないかなどの違いも各国で見られる。

このように諸国の法制が著しく異なるため、同性カップルが国境を越えて移動した場合、当事者には深刻な問題が生じる。それにもかかわらず、欧州委員会によれば、登録パートナーシップは、婚姻以上に涉外性を帯びる頻度が高いと報告されている⁽⁶⁾。

日本においては、法の適用に関する通則法の立法過程で登録パートナーシップの準拠法等についても検討されたが、①実質法上登録パートナーシップ制度を有さず、②抵触法上の議論も熟しておらず、③世界的に見ても、この点に関する規律を設けている国が多くないことから、時期尚早であるとして規定がおかれなかった⁽⁷⁾。しかし、日本においても、外国法上成立した同性婚や登録パートナーシップがすでに問題となっている⁽⁸⁾。相続等の先決問題として、そ

のような外国で成立した関係が問題となることも容易に想像できるだろう。

そこで、本稿では、解釈に委ねられることになった渉外的な同性カップルの法的取扱いを検討する。それにあたり、まず諸国の法制を比較しながら概観し(Ⅱ)、その後日本法における検討(Ⅲ)へと移ることとする。

Ⅱ 諸国の法制

登録パートナーシップや同性婚に関する諸国の実質法の状況⁽⁹⁾や抵触規則⁽¹⁰⁾については、先行業績が数多くあるため、ここではつぶさに見ることはせず、日本における検討にあたり必要な事柄を中心に諸国の法制を比較することに努める。まず、実質法に関しては、その後続く国際私法上の議論に関係する範囲で諸国の法制を概観する。続いて、法性決定や規律方法を中心に諸国における国際私法上の議論を紹介する。

1 実質法

Iで述べたように、同性カップルが婚姻できる法域はすでに10以上も存在する。これらの国々では、同性カップルも婚姻を締結できるとする内容に規定を改正するなどして実質法上対応している⁽¹¹⁾。

問題は、登録パートナーシップである。各国においては、制度の名称だけでなく、制度を利用できる当事者も、認められる効果も多様である。本稿では、「権限を有する公的機関での登録により、婚姻に類似した関係が生じる二人の者の結合関係」という意味で「登録パートナーシップ」と総称することとする。

まず、制度を利用できる当事者という観点から諸国の法制をみると、同性カップルのみが締結できるのか、それとも異性カップルもまた締結できるのかという点で二つに分けられる。婚姻に代替する制度として婚姻を締結できない同性カップルだけのための制度として構築した国もあるが(北欧諸国、ドイツ、スイス、英国など)、同性・異性カップル双方を対象とする国(フランス、ベルギー、ルクセンブルグ、オランダ、スペインのいくつかの州)もある。

また、登録パートナーシップの効果に着目すると、婚姻より劣位の制度として弱い結合関係しか当事者に認めない法制(以下、弱い結合型)とほぼ婚姻と

同等の権利義務関係を認める法制（以下、婚姻型）とに分けられる。登録の効果としては、次の5項目が主として考えられる。①財産関係に関する規律、②社会保障法上の規律、③身分に関わる規律（扶助義務、貞操義務、氏等）、④相続に関する規律、⑤親子関係に関する規律である。弱い結合型では、①と②を中心に当事者間での契約に基本的に委ねるという形をとっている（フランス⁽¹²⁾・ベルギー・ルクセンブルグ）。これに対して、婚姻型の多くの国では、配偶者とはほぼ同等に①から④まで規律し、⑤に関する議論が展開されている⁽¹³⁾。

以上のように、登録パートナーシップ制度が有する意義、そして実際に当事者が享受できる効果という面で各国に大きな相違がみられる。

2 国際私法

では、同性婚や登録パートナーシップが国際私法上どのように扱われているかを次にみてみよう。

(1) 同性婚

(i) 同性婚を認める法域

まず、実質法上同性婚を認める国においては、当然のことながら国際私法上も同性婚を婚姻として法性決定している⁽¹⁴⁾。その結果、婚姻に関する抵触規則が同性婚についても適用される。オランダ、ノルウェー、スウェーデン、スペイン⁽¹⁵⁾では同性婚を認めた際に、特に抵触規則の改正は行われず、婚姻に関する抵触規則がそのまま適用されている。

オランダについてももう少し詳しくみてみると、オランダは、ハーグ国際私法会議による1978年の「婚姻の挙行及びその有効性の承認に関する条約」⁽¹⁶⁾を批准している。同条約は、婚姻保護の理念のもと、婚姻の方式要件のみならず、実質的成立要件についても挙行地法主義を採用する。さらに、外国で成立した婚姻は、準拠法を決定しその有効性を判断するのではなく、挙行地法たる外国法（抵触規則を含む）上有効に成立していればそのまま承認されるという承認アプローチをとっている。この条約を国内法化したのがオランダ国際私法典（婚姻）である。したがって、当事者のいずれか一方がオランダ国籍またはオランダに常居所を有する場合において、当事者双方がオランダ法上の要件を満

たすときは、婚姻を締結することができる(国際私法(婚姻)2条(a))⁽¹⁷⁾。当事者双方がオランダ国籍もオランダに常居所も有さない場合には、当事者それぞれがその本国法上の要件を満たしたときに限り、婚姻を締結することができる(国際私法(婚姻)2条(b))。また、挙行地法たる外国法(抵触規則を含む)上有効に成立した婚姻は、そのままオランダで承認される(国際私法(婚姻)5条)。このように婚姻保護の理念のもと婚姻の成立をできる限り容易にする連結政策がもともと採用されていたことから、オランダでは同性婚について特別な国際私法上の手当ては不要であったとも言える。

これに対して、ベルギーは、日本と同様に、婚姻の実質的成立要件に関して当事者の本国法の配分的適用主義をとっている(国際私法46条1項)。そのため、当事者の本国法が同性婚を認めない場合には、同性婚の成立が阻まれることになる。そこで、そのような場合に備えて、当事者の一方の本国法が同性婚を認めないとしても、当事者のいずれかの本国法または常居所地法が同性婚を認める場合にはこれを認めるといった救済規定を置いている(国際私法46条2項)。オランダでは内国と関係(国籍や常居所)を有する者が当事者の一方である場合に限定されるが、ベルギーでは内国のみに限定せず、さらに同性婚を積極的に認めようという姿勢がうかがわれる。

(ii) 同性婚を認めない法域

では、同性婚が実質法上認められない国では、同性婚を国際私法上どのように扱っているのだろうか。

同性婚も登録パートナーシップも認めていないイタリアでは、イタリア憲法の伝統のもと婚姻は異性の配偶者間でのみ存在し得るものであるとして、オランダで成立したイタリア人男性同士の同性婚を婚姻と扱うことはできないと判断した裁判例がある⁽¹⁸⁾。アイルランドでも、シビル・パートナーシップ法(英国及びアイルランドでは登録パートナーシップはCivil Partnershipと呼ばれる)施行以前の2006年のものであるが、憲法における婚姻の概念は異性カップルのみ留保されているとして、カナダで締結されたアイルランド人女性同士の婚姻の成立を認めなかった裁判例がある⁽¹⁹⁾。

このように憲法において婚姻保護を謳い、その規定あるいは解釈により、婚

姻の締結を異性カップルに限定し、国際私法上も婚姻概念から同性婚を排除する国は他にも見受けられる。

他方、婚姻概念に同性婚は含まれないとしながらも、同性カップルの保護という観点から、外国で成立した同性婚を自国においては登録パートナーシップとして承認する国がある。英国⁽²⁰⁾、フィンランド⁽²¹⁾、スイスがこの類型に属する。スイスでは、かつては、外国で成立した同性婚の承認は公序に反し、そのような婚姻はスイスでは承認されないとする連邦裁判所判決があった⁽²²⁾。しかし、登録パートナーシップ制度を導入した2004年の改正で、国際私法43条に3項が追加され、外国で成立した同性婚はスイスでは登録パートナーシップとして承認するように変更している。

まったく同じような法制をとる、すなわち、実質法上同性婚を認めないが⁽²³⁾、登録パートナーシップ制度を有し、これに関する抵触規則も整備されているフランスでも、同性婚は国際私法の目的からしても婚姻概念に入らず⁽²⁴⁾、登録パートナーシップと解する見解もある⁽²⁵⁾。しかし、同性婚を国際私法上婚姻に含める見解も有力である⁽²⁶⁾。フランス司法省も裁判所による公序発動の可能性に触れながらも、同性婚を婚姻として扱う見解を示している⁽²⁷⁾。実際に、2008年以降、オランダで婚姻した同性カップルは、フランスにおいて税法上（異性の）夫婦と同様に扱われるようになっていくという⁽²⁸⁾。学説においては、当事者の一方がフランス人である場合には当然その者についてはフランス法が適用される結果、同性婚を締結することができないが、両当事者の本国法が同性婚を認める場合であっても、フランスでそのような婚姻を締結することは、公序に反して認められないとする見解が優勢なようである⁽²⁹⁾。

ドイツも同様の法制（実質法上同性婚を認めない代わりに、登録パートナーシップ制度を有し、これに関する抵触規則を有する法制）であるが、国際私法上同性婚を婚姻とし、婚姻に関する抵触規則を適用する見解がある⁽³⁰⁾。しかし、婚姻に関する抵触規則によると、当事者の本国法が同性間の婚姻を認めない限り、これが無効となることから、登録パートナーシップに関する民法施行法17条bを類推適用し、できる限り当事者の関係を認めようとする見解も主張されて

いる⁽³¹⁾。いずれの説にたつたとしても、その承認が公序に反しないかが問題となるが、一般に公序は問題とならず承認されとする見解と、内国牽連性があれば公序則が発動される余地があるとする見解とが主張されている⁽³²⁾。

このように同性婚を国際私法上どのように取り扱うかに関しては、①憲法に基づき、あるいは伝統的な婚姻観念から、国際私法上も婚姻の締結を異性カップルにのみ認める立場、②国際私法上の概念は実質法上の概念よりも広範なものとして同性婚も婚姻として扱う立場、そして③登録パートナーシップとして扱う立場に分けることができる。もっとも、③は、国際私法上婚姻を異性カップルのための制度とし、登録パートナーシップを同性カップルのための制度と法性決定するものと、登録パートナーシップが婚姻に含まれる可能性を指摘しながら、同性カップルの関係をできる限り法的にも認めることができるようにとの配慮から登録パートナーシップと解するものがある。

(2) 登録パートナーシップ

(i) 法性決定

ベルギーやフランスなどの弱い結合型の登録パートナーシップが当事者間の財産関係を中心に規律する制度として構築されていることから、かつては、登録パートナーシップが国際私法上身分(家族)に関わる制度か、それとも財産法上の制度かという点で議論があった。しかし、今日では、前者とみるのが一般的である⁽³³⁾。登録パートナーシップは婚姻に代替する制度として導入されたのであり、登録パートナーシップを解消しないと新たに婚姻や登録パートナーシップを締結できないというように、排他的な二当事者間の結合関係として規律されていることを考慮すると、身分(家族)に関わる制度として解するほうが適切であろう⁽³⁴⁾。

ベルギーは、明文で、登録パートナーシップを「公的機関で登録される共同生活の状態をいい、かつ、婚姻と同等の関係を同居者間に生ぜしめない」ものと規定する(国際私法58条)。フランスのような弱い結合型はこれに該当するが、北欧やドイツといった婚姻型の登録パートナーシップは婚姻として取り扱われる⁽³⁵⁾。

スイスでは、パートナーシップが国内で登録される場合には常にスイス法が

適用され（国際私法に関する連邦法 65 条 a, 44 条）、国内での登録にあたっては外国法上の登録パートナーシップは問題とならない。これに対して、外国で成立した登録パートナーシップについては、それを承認できるかという形でスイスでは問われるため（65 条 a, 45 条）、その際、どのような外国法上の登録パートナーシップがスイス国際私法上の登録パートナーシップに含まれるかが問題とされている。立法理由書によると、官庁で登録され、民事上の身分に効力を及ぼす同性の二人の者の相互に責務をおった生活共同体が登録パートナーシップであり、スイス法と主たる点で同等の婚姻型の登録パートナーシップのみを指し、フランスのような弱い結合型は含まれないとされる⁽³⁶⁾。しかし、この点については、法性決定の段階で、弱い結合型と婚姻型とを区別することに疑問を呈する見解⁽³⁷⁾や異性カップルの登録パートナーシップもこれに含めるべきであるとする見解もある⁽³⁸⁾。

ベルギーやスイスの立法者の考え方は、明らかに各国の実質法上の登録パートナーシップ制度（スイスは実質法上婚姻型の登録パートナーシップ、ベルギーは弱い結合型の登録パートナーシップである。）にひきずられているように思われる。外国法の適用も前提とする国際私法上の単位法律概念の決定にあたっては、内国実質法上の概念に拘泥すべきでなく、外国法上の制度も考慮に入れたより包括的な概念とすべきであろう。

この点、ドイツでは、抵触規則においてもドイツ実質法上の概念（eingetragene Lebenspartnerschaft）がそのまま国際私法上の単位法律概念として用いられている（民法施行法 17 条 b）⁽³⁹⁾。しかし、このことから、ドイツ実質法上の制度に限定されるというわけではなく、17 条 b は双方向的抵触規則で外国実質法の適用も当然予定しており、ドイツ法上の登録パートナーシップと等価性が認められるものがこれに含まれると解されている⁽⁴⁰⁾。フランスの弱い結合型については、等価性を認めず、これを除外すべきであると主張する見解もある⁽⁴¹⁾。また、ドイツ実質法上は異性間の登録パートナーシップは認められていないが、外国法上の異性間の登録パートナーシップについて 17 条 b を類推適用する見解⁽⁴²⁾とそれをも否定する見解⁽⁴³⁾とがある。

また、オランダでも、実質法上の概念（geregistreerd partnerschap）がそのまま抵

触規則にも用いられており、特に定義規定は置かれていない。しかし、外国において締結された登録パートナーシップの承認に関する規定を有する（登録パートナーシップについての法律の抵触の規律に関する2004年7月6日法律（以下、登録パートナーシップ抵触法）2条）。原則として、外国で締結された登録パートナーシップは、登録地法上有効であればオランダにおいても承認される（同2条1項）。しかし、次に掲げる要件を充足する必要がある。すなわち、当該登録パートナーシップが、①法律によって規律された密接な身分関係を維持する共同生活の形態であること、②締結地の権限を有する官庁によって登録されたこと、③婚姻または法律によって規律された第三者との他の共同生活の形態の存在を排除すること（排他的な二当事者の関係であること）、④パートナー間に、実質的に婚姻から生ずる義務に相当する義務を創設すること（同2条5項）、そして⑤その承認が公序に反しないこと（同3条）、といった5つの要件に合致するものでなければならない⁽⁴⁴⁾。ベルギーやフランスの弱い結合型は、③の要件を満たさないように考えられ得るが、立法理由書では、主たる特徴を有していることから、弱い結合型も本条で承認される登録パートナーシップであると説明されている⁽⁴⁵⁾。

これに対して、フランスでは、実質法上は「民事連帯契約 (Pacte civil de solidarité)」という概念が用いられているが（民法515-1）、国際私法上は「登録パートナーシップ (partenariat enregistré)」という概念が用いられている（民法515-7-1条）。定義規定は設けられていないが、この新たな抵触規則上の概念は、あらゆる種類の登録パートナーシップを包含するのに適し、フランスやベルギーの弱い結合型から北欧の婚姻型までこれに含まれると言及するものがある⁽⁴⁶⁾。

英国においては、実質法上 Civil Partnership という概念が用いられているが、これと等価性を有する外国で登録されたパートナーシップについては英国においてはこれを英国法上の登録パートナーシップ、すなわち Civil Partnership として取り扱われる（シビル・パートナーシップ法212条以下）。そのための要件は、(a)当事者の双方が他の者とパートナーシップ及び婚姻を合法に締結しておらず、(b)関係が不定の期間続くものであり、かつ、(c)締結により、当事者が一般的に、

または特別の目的のために、カップルとして、あるいは既婚者として扱われることの三つである（同条）。このような抽象的な要件を掲げるとともに、さらに具体的にどの国の制度がこれに当たるかを明記している（Schedule 20）。それによると、ベルギーやフランスの弱い結合型から、北欧、オランダ、ドイツなどの婚姻型まであげられている。

民事上の身分に関する国際委員会（International Commission on Civil Status）⁽⁴⁷⁾の2007年9月5日の登録パートナーシップの承認に関する条約（未発効）1条は、「『登録パートナーシップ』とは、婚姻ではなく、公的機関で登録された同性または異性の二人の者の間の共同生活に対する責務をいう」と規定する⁽⁴⁸⁾。同性婚は、対象から排除されており⁽⁴⁹⁾、異性間登録パートナーシップの承認については、各締約国が留保できる。条約という性質上、一国の実質法上の概念に拘泥しない包括的な概念として規定されているように思われる。

(ii) 登録パートナーシップに関する抵触規則

① 内国法型

まず、デンマークやスウェーデンのように、この制度を有する国がヨーロッパにおいても極めて稀であった頃は、内国との関連性（国籍・居住）を要件に、内国法の適用される場合のみを規定する一方的抵触規則の形式で立法されていた⁽⁵⁰⁾。その背景には、そもそも国内で登録されたパートナーシップが外国で承認されることを期待していなかったこともある⁽⁵¹⁾。また、内国との関連性が薄い者に登録を認めないことにより、跛行的な法律関係の発生を回避しようという意図があったとともに、少なくとも国内においてはこの制度が意義をもちうるようにとの考慮の結果でもあるという⁽⁵²⁾。

このように一定の要件のもと、国内での登録を認め、その場合には登録に関して内国法を適用する内国法型は比較的多い。フィンランドでは2001年に⁽⁵³⁾、英国・スイスでは2004年に、オランダでは2005年に登録パートナーシップに関する抵触規則を立法しているが、すべてこの類型に属する。

さらに、フィンランド、英国、スイス、オランダでは、外国で登録されたパートナーシップの承認についてもさらに明文で定めている⁽⁵⁴⁾。英国を除いて、これらの諸国では、基本的に国内で締結される婚姻については挙行地法で

ある内国法が適用されるが、外国で成立した婚姻についてはそれが当該外国で有効に成立している限り承認するという構造になっている。そのため、婚姻とほぼ同様の取扱いが登録パートナーシップについても採用されたとも言える。スウェーデンやスイスなどでは、より明確に、明文で婚姻に関する抵触規則を準用し、婚姻と登録パートナーシップを基本的に同様に扱っていることがわかる⁽⁵⁵⁾。

また、スウェーデン、スイス、オランダでは、登録パートナーシップの単位法律関係を婚姻のようにさらに細分化し、準拠法を決定している。スイスの立法理由書によると、近い将来、登録パートナーシップ制度が世界中でもっと普及するであろうことを前提として、今日の人の移動の活発さを考慮しない登録地への硬直的な連結ではなく、婚姻と同じように、当事者と最も密接な関係を有する地を連結点とすべきであるとの考えのもと⁽⁵⁶⁾、登録パートナーシップについても、単位法律関係を成立、効力、解消と細分化することに踏み切ったと説明される。スイスでは、登録パートナーシップの効力に関しては、当事者の住所地法が適用され（国際私法に関する連邦法65条a, 48条）、財産関係については準拠法選択も認められる。また、オランダでも、財産関係について準拠法選択を認めている（登録パートナーシップ抵触法6条）。

さらに、準拠外国実質法が登録パートナーシップ制度を有さない場合も考えられるため、そのような場合に備えて、スイスでは補充的にスイス法を準拠法としたり、スイス裁判所に管轄権を認めたりする規定をおく（国際私法に関する連邦法65条b, c）。オランダでも、登録パートナーシップ制度を有する法のみを選択することができるにすぎない（登録パートナーシップ抵触法6条2項⁽⁵⁷⁾）。また、スウェーデンでは、登録パートナーシップの効力に関して登録パートナーシップを導入していない国の法律が準拠法となる場合には、準拠外国実質法の婚姻に関する規定を類推適用するとの考えも立法過程で示されていたようである（なお、スウェーデンでは、同性婚の導入後、登録パートナーシップは廃止されている）⁽⁵⁸⁾。

② 登録地法型

登録パートナーシップに関する新たな連結方法として近時注目されているの

が登録地法型である。ドイツでは2001年に、ベルギーでは2004年に、フランスでは2009年に登録パートナーシップに関する抵触規則が立法された。いずれも成立から解消に至るまで、登録パートナーシップをすべて登録地法に依拠させている。さらに、民事上の身分に関する国際委員会の2007年9月5日の登録パートナーシップの承認に関する条約、そして、2011年3月16日の登録パートナーシップの財産関係に関する裁判管轄、準拠法、判決の承認・執行に関するEU規則提案⁽⁵⁹⁾も登録地を連結点として採用している。

登録地を連結点とする理由としては、なによりも、成立した登録パートナーシップとその登録地とを分離して考えることが難しいほどに各国の制度に相違が存在することがあげられるだろう⁽⁶⁰⁾。婚姻型と弱い結合型のように、登録パートナーシップを締結することにより認められる権利義務やパートナーシップの解消方法など、各国で実に様々である。そのため、成立・効力・解消に至るまで登録地法に依拠させ、当事者が登録時に有した期待を保護する必要があるのである。

また、登録地法を適用することにより、本国法上登録パートナーシップ制度がない者にも登録パートナーシップ締結への道が開かれることになる⁽⁶¹⁾。そして、多くの場合は当事者の生活本拠地法が適用されると考えられ、当事者と密接な関係を有する法が適用されることになる⁽⁶²⁾。

さらに、登録地法の適用は、外国で登録されたパートナーシップを承認するのとはほぼ同様の結果をもたらす。登録地法主義は、抵触規則とともに承認規則として機能すると表現する者もある⁽⁶³⁾。その結果、一旦成立した登録パートナーシップは可能な限り認められることになり、当事者の保護にもつながる。

同性カップルは、ある国でパートナーシップを登録したとしても、他国のより望ましい制度を利用する目的から、あるいは、他国でどのように承認されるかの予測が難しいことから、新たな移住先でパートナーシップを再度登録するということが珍しくないと言われる⁽⁶⁴⁾。そのような場合、どの登録地を連結点とするかが問題となる。この点、ベルギーでは、最初の登録地法を準拠法と指定しているが(国際私法60条1項)、ドイツでは、当事者の現在の意思表示として最後の登録地法を準拠法とする(民法施行法17条b3項)。さらに、民

事上の身分に関する国際委員会条約では、たとえ登録地法の一つが認めないとしても、すべての登録地法上認められるパートナーシップの効果を認めていくという立場をとる(6条)。

なお、既に述べたが、内国法型も登録地法型も実際には国内での登録パートナーシップには国内法を、外国での登録パートナーシップには外国法を適用するのであって、法適用に大きな相違はない。しかし、内国法型の場合には、外国で登録したパートナーシップについては承認アプローチをとるため、公序が発動される場合を除き、成立について再度準拠法を通したチェックは行われない。そのため、登録が本来不可能であったにもかかわらず、登録がなされたようなケースでは、結論が異なる可能性はあろう。また、登録地法型における登録地法とは実質法を指すが、内国法型をとるオランダは、外国でその国の国際私法を介して決定された法に基づき登録がされた場合も承認する(登録パートナーシップ抵触法2条3項)⁽⁶⁵⁾。

(iii) 等価性

さて、内国法型、登録地法型のいずれをとったとしても、同様に呈示される問題がある。それは、承認された、あるいは登録地法たる外国法を適用した結果成立した外国法上の登録パートナーシップと内国法上の登録パートナーシップとの間に等価性(Gleichwertigkeit, équivalence)がなければならないかという問題である。

たとえば、オランダでは、前述の通り、オランダ法上の登録パートナーシップとある程度等価性を有するもののみを承認するための一定の要件が掲げられている(登録パートナーシップ抵触法3条)。

ドイツにおいては、法性決定の段階で、異性カップル間の登録パートナーシップや弱い結合型の登録パートナーシップが婚姻型に属するドイツ実質法上の登録パートナーシップ概念と等価性を有するものかにつき議論があることは既に述べたとおりである(II 2(2)(i)参照)。さらに、外国で登録されたパートナーシップの効力をドイツ実質法上のパートナーシップに認められる範囲に限定する旨の規定もおかれている(民法施行法17条b 4項)。立法理由書によると、当事者の信頼保護と内国における法取引の安全・簡便化との妥協からもう

けられた規定であるとされる⁽⁶⁶⁾。しかし、法政策的な観点から、また、解釈上困難な問題を生じ得ることから、批判的な見解が有力である⁽⁶⁷⁾。

これに対して、英国では、外国で登録されたパートナーシップは、所定の要件に合致する限り、外国法に基づく登録パートナーシップとしてではなく、英国法上のパートナーシップとして取り扱われる（シビル・パートナーシップ法 215条）。いわゆる置換である。物権に関しても、所在地法上有効に成立した物権は、その後目的物が所在地を変更しても有効な物権として認められるが、その物権がいかなる内容、効力を有するかは新所在地法により、新所在地法上の物権に置換されると説明される。これは、物権制度の本質上当然なことであると言われるが⁽⁶⁸⁾、おそらくは物権法定主義との関係で、新所在地法上認められていない物権を作り出すことはできないからであると思われる。

では、登録パートナーシップについては、このような置換は正当化できるのだろうか。実質法上の法制度の相違をどの程度重視すべきか、登録パートナーシップ同様に継続的な法律関係である婚姻と異なる取扱いをすることがはたして妥当かどうか、制度の普及の度合がこのような異なる取扱いを正当化できるのか、さらに検討が必要であろう。

また、等価性は、他の法律関係の準拠実質法上の概念との関係でも問題となる。内国法型の場合には、登録パートナーシップについても婚姻のように単位法律関係を細分化し、それぞれの準拠法が異なる可能性がある。たとえば、スイスでは、登録パートナーシップの一般的効力の準拠法について婚姻の一般的効力の準拠法を準用しており（国際私法に関する連邦法 65条 a, 48条）、成立と効力の準拠法が異なり得る。スイス国内で成立する登録パートナーシップには常にスイス法が適用され、当該パートナーシップの一般的効力の準拠法が外国法になる場合、スイス法上の概念との等価性を求める見解がやはり主張されている⁽⁶⁹⁾。

また、内国法型、登録地法型ともに、相続や扶養、親子関係といった他の単位法律関係との関係でもやはり等価性を考慮すべきかどうかの問題とされている。相続や扶養、親子関係などの問題は、それぞれの準拠法に委ねられる結果、たとえば相続準拠法である外国実質法上パートナーに相続権が認められるが、

当該登録パートナーシップの準拠法によると相続権が認められないような場合があるからである。

このような問題は登録パートナーシップ特有の問題ではなく、たとえば、日本においても、養子の相続権に関する養子縁組準拠法と相続準拠法上の異なる取扱いに関して議論がある。相続準拠法により養子が相続人となるかが判断され、養子縁組の準拠法により養子という身分を取得しているかが判断される点について争いはない。学説において議論があるのは、さらに相続準拠法上の養子と養子縁組の準拠法上の養子概念とに等価性を求めるか否かである。これについては、①連続する法律関係を複数単位法律関係に分ける国際私法の宿命として双方の実質法制度の等価性を求めない見解⁽⁷⁰⁾、②養子縁組準拠法により養子としての身分を有する者が相続準拠法上の相続権を有する養子であるかを再評価しなければならないとする見解⁽⁷¹⁾、③養子の相続法上の地位を養子縁組の直接的効果の適用範囲と捉える見解⁽⁷²⁾などが主張されている。

ドイツでは、相続準拠法上、パートナーシップを登録したパートナーに相続権が認められない場合には、登録地法に連結し直す（民法施行法17条b1項2文）⁽⁷³⁾。さもなければ、登録パートナーシップの成立をドイツ国際私法上有効に認めたにもかかわらず、当事者が保護されないことになるからである。こういった事態を防ぐため、いったん画定された単位法律関係の境界が同性カップル保護のために動かされることになる。

(iv) 小 括

以上、諸国の登録パートナーシップに関する法性決定と抵触規則の在り方について比較検討してきた。

まず、法性決定に関しては、各国で相違がみられるものの、(a)管轄を有する公的機関での登録、そして(b)二人の者の共同生活関係を規律する制度という共通項を導き出すことができる。しかし、この共通項は、実は婚姻についてもあてはまる。それにもかかわらず、婚姻とは別の単位法律関係として捉えられているのはなぜだろうか。

これには三つの理由があるように思われる。まず、第1に、憲法上の制約や伝統的な婚姻観を抵触法上も徹底するためである。第2に、登録パートナー

シップの制度趣旨である。すなわち、登録パートナーシップとは、そもそも憲法上の制約や伝統的な婚姻観から実質法上婚姻を同性カップルに認めることができないことを出発点として作り出された制度である。この制度趣旨を国際私法上も徹底し、婚姻とは異なる扱いを維持しようとする考えである⁽⁷⁴⁾。そして第3に、同性カップルの関係をできる限り認める方向での連結政策を模索した結果でもある。婚姻制度と異なり、登録パートナーシップは世界規模でみるとまだ一部の法域でしか採用されていない制度である。そのため、婚姻の抵触規則に関する連結方法で登録パートナーシップを規律することが場合によっては不適切だからである。

次に、諸国の抵触規則については、内国法型と登録地法型とに分けて考察した。内国法型が採用された初期の頃は、かなり限定された国にしか登録パートナーシップ制度がなかった。デンマークについてみれば、登録パートナーシップ制度を導入したとき、世界で唯一デンマークのみが登録パートナーシップ制度を採用していた国であった。そのため、当初は、外国法の適用を考慮しない一方的抵触規則として立法されていたのである。

しかし、この制度を導入する国が増えてくると、外国で登録されたパートナーシップを国内でどう扱うかも検討することが迫られるようになる。そこで、内国法型を採用する国の多くは、国内で登録されたパートナーシップについてはそのまま一方的抵触規則を維持し、外国で登録されたパートナーシップについては承認という形式をとる。もっとも、これは、英国を除き、これらの諸国の多くの婚姻に関する取扱いと同様であった点に注意を要する。これに対して、登録地法型は、外国法の適用を前提とした双方向的抵触規則とした立法であるが、実際には内国法型と登録地法型とでほとんどの場合法適用の結果は同じである。それにもかかわらず、異なるアプローチが採られたのは、登録地法型を採用したドイツ、ベルギー、フランスが、いずれも婚姻に関し当事者の本国法の配分的適用主義を採用したことの影響もあろう。登録パートナーシップを採用している国が依然として少数であるため、当事者の本国法への配分的連結に代わる、新たな登録地法への連結というアイデアを生み出さねばならなかったと思われる。

このようにどのような抵触規則の形式でどのような連結方法をとるかは、登録パートナーシップの普及の度合い⁽⁷⁵⁾や婚姻に関する抵触規則の連結方法とも密接に関係していることがわかる。しかし、たとえ登録パートナーシップを採用する国が今後も右肩上がりに増えたとしても、婚姻と比べると、各国の実質法上の制度間の相違は依然として大きいであろう。登録地法型は、このような各国実質法上の制度の相違に鑑みて、当事者の登録時の期待（登録によって享受できる様々な効果に対する期待）を保護するためにも、登録地法を成立から解消に至るまで適用しようとしていると評価できる。

Ⅲ 日本法における検討

1 法性決定

通則法では、親子関係を除き、二当事者が共同で生活する関係を規律する単位法律関係は婚姻のみである。では、通則法24条以下に規定する「婚姻」という概念は何を指すのだろうか。

国際私法上の婚姻概念が日本民法上の婚姻の概念より広範なものであることについては、異論はない。たとえば、コモンローマリッジのような特別の方式を踏んでいない結合関係や日本法上公序に反するとされる一夫多妻婚までも、すべて日本国際私法上の婚姻概念に含まれるものと解されている。しかしながら、婚姻が万国にみられる普遍的な制度であるからか、婚姻概念について明確に定義づけを試みる文献は少なく⁽⁷⁶⁾、婚姻について、「男女の法律上に於ける全面的結合関係又はこの結合関係を発生せしむることを目的とする契約（婚姻締結）」⁽⁷⁷⁾、あるいは「男女間の結合関係に着目して一定の法律効果を有する男女の結合」⁽⁷⁸⁾と定義するものがある程度である。ともに婚姻を男女と解しているが、いずれも同性カップルの関係が脚光を浴びる以前の文献であり、今日の法発展が顧慮されれば、異なる定義付けがなされる可能性は当然あるだろう。

日本民法上は、明文の規定はないものの、婚姻の当事者が性別を異にすることを当然の前提としていると言われる⁽⁷⁹⁾。しかし、国際私法上の概念は、外国実質法上の概念をも包含し得るものでなければならず、通則法24条における婚姻を異性カップルに限定すべき必要性はないと思われる⁽⁸⁰⁾。通則法24条

は、カップルの性別に関係なく、公的機関の介入によって成立し、国家の庇護のもと一定の効果を享受する他者を排除する二当事者間の結合関係として理解できるのではないだろうか。広範な概念であることにより、日本法と異質な制度が含まれることもあるかもしれないが、それは最終的に公序によって処理すべきである。したがって、オランダやベルギーで認められるに至った同性婚もまた通則法 24 条以下でいう婚姻に含まれると考えられる。

それでは、登録パートナーシップについてはどのように考えるべきだろうか。「公的機関での登録により、婚姻に類似した効果が生じる二人の者の結合関係」とみれば、これと婚姻との間に差異を見いだすことは難しい。登録パートナーシップも、本国法上の制度趣旨いかにかわらず、結合関係に着目して一定の法律効果を付与する制度である以上、婚姻に含まれると解する見解もある⁽⁸¹⁾。法務省もまたこの立場にたった回答をしている⁽⁸²⁾。法務省に照会された事案は、イタリア人男性と日本人女性がオランダ法上の登録パートナーシップを締結し、後にこれを解消したケースであった。このケースで、法務省は、オランダの登録パートナーシップの規定の多くが婚姻の規定を準用しており、要件・効果・手続のいずれをみても実質的な差異が婚姻との間になく、オランダ法上の登録パートナーシップを婚姻と同等に扱うのが妥当であり、その解消は離婚であるとして法例 16 条により夫婦の同一常居所地法であるオランダ法を適用し、離婚が有効に成立したものとして処理することを認めた。婚姻型の登録パートナーシップのみを婚姻と扱う趣旨か、当事者が異性カップルであったからかなど不明な点は多々あるが、婚姻と登録パートナーシップを同様に扱う可能性はやはりあるわけである。

同様に、婚姻と登録パートナーシップを区別しないという前提は同じであるようであるが、次のような二つの見解がある。

まず、第 1 の見解は、「同性婚及びこれに類似の結合」について、婚姻に関する規定を類推適用しようとするものである⁽⁸³⁾。しかしながら、効力・解消の局面で婚姻に関する規定を類推適用すると日本に同一常居所を有するカップルに日本法を適用しなければならなくなってしまう。ところが、日本法上これに関する規定がないので、このような事態を回避するため、法例 23 条（通則

法33条)により、同性婚成立時の当事者の本国法によることが主張されている。

第2の見解もまた、「外国で締結された同性カップルの婚姻や登録パートナーシップ」について、本来は婚姻や離婚に関する規定を準用して考えるべきであるが、これらを有効なものとして取り扱うことが可能になるよう、法例の規定から離れ、その承認が日本の公序に反することになるかという点を中心に判断していくべきであるとする⁽⁸⁴⁾。これは、外国の公的機関により形成された身分関係を準拠法というフィルターを通して判断するのではなく、承認の問題としてとらえるものである。確かに、この立場によれば、同性婚や登録パートナーシップの成立がより広く認められることになろう。

このようなアプローチは、近時、EUにおいて法人や氏名に関して見受けられる⁽⁸⁵⁾。しかし、同じ公的機関であるとしても司法の最終的判断として承認される裁判と同列に扱ってよいかが検討されなければならないであろう⁽⁸⁶⁾。また、同じく公的機関で登録を経ることにより成立する婚姻とのバランスも考えなければならない。第2の見解が示唆を得ているスイスの法状況と異なり、日本においては外国で成立した婚姻について承認アプローチをとらず、準拠法を介してその有効性を判断する⁽⁸⁷⁾。そのため、婚姻等の身分関係の形成の取扱いとの整合性が問題となろう。外国で締結された同性婚と登録パートナーシップについてのみ承認アプローチを採用すると、異性間の婚姻よりも成立が認められやすくなる。このような異なる取扱いを正当化するための説明も必要になろう。

以上の二つ見解もまた、登録パートナーシップと同性婚とを一括して論じているようである。しかし、比較法的にみると、登録パートナーシップについて抵触規則を整備した国は、すべて婚姻と異なる制度として登録パートナーシップに関する独立した単位法律関係を設けている。それは、憲法上の制約からであったり、伝統的な婚姻観を抵触法上も徹底するためであったり、または登録パートナーシップの制度趣旨を考慮したからでもある。さらに、婚姻に関する連結政策が登録パートナーシップについては妥当でないと考えられたからでもある。

このような最近の諸国の法制に倣い、登録パートナーシップを婚姻に含めず、

通則法においては、前述第1の学説が指摘したように、通則法33条の「親族関係及びこれによって生ずる権利義務」と解する道も残されている⁽⁸⁸⁾。これによれば、登録パートナーシップの成立から解消まですべてに包括的に当事者の本国法が適用されると解することができる。

しかし、33条によると、当事者の国籍が異なる場合に「当事者の本国法」をどのように解すべきかという問題が生じる⁽⁸⁹⁾。また、33条により当事者の本国法を適用することは、登録パートナーシップを認める国がまだ限られているため、登録パートナーシップの成立を否定する方向に働く。さらに、諸国の実質法上の制度の相違から、当事者がその本国以外の地でパートナーシップを登録した場合、当事者らが望んだ登録地法上の登録パートナーシップとは異なる登録パートナーシップを押しつけることにもなる。

1994年に欧州議会の「欧州共同体内における同性愛者の平等な権利に関する決議」が採択され、この決議をもとに同性カップルのために各国が法整備する方向へと動き出す。この流れはEUのみにとどまることはなく、2008年の国連総会では、「性的指向と性自認に基づく差別の撤廃と人権保護の促進を求め」旨の共同声明がだされ、日本を含む66か国がこれに賛同している⁽⁹⁰⁾。もちろん、この声明自体は、同性婚や登録パートナーシップ制度の導入を求めたものではなく、日本国内では、そのような法整備に向けた動きは今のところ見受けられない。しかし、現時点において、同性カップルのための制度が実質法上認められていないとしても、同性カップルの関係は日本において公序に反する関係ではなく、法的保護を受け得る対象であると考えられている⁽⁹¹⁾。

この点から、同性カップルが登録パートナーシップ制度により外国で構築した関係は、可能な範囲で日本においても認めていくべきではないだろうか。そのためにも、登録パートナーシップについては、条理に基づき、同性カップルの法的保護に資する登録地法主義をとるべきであると考え⁽⁹²⁾。この場合、現時点での登録パートナーシップの普及の程度や各国の制度の相違に鑑み、登録時の当事者の信頼を保護するためにも、成立から解消まですべて登録地法が適用されると解すべきであろう。

ただし、私見のように解すると、今度は同性婚と登録パートナーシップとの

間で法適用の結果に相違が生じる場合がある。たとえば、日本人男性とA国人男性がA国で登録パートナーシップを締結し、その後日本に彼らが移住した後にA国人男性が死亡し、その相続が日本で問題となったとしよう(設例1)。通則法36条により(反致が成立しないことを前提に)相続準拠法はA国法となる。A国法上登録パートナーシップのパートナーも法定相続人とする。相続にあたり、登録パートナーシップの有効性が問題となるが、私見のような登録地法主義を採用すると、A国法が準拠法となり、当該日本人男性は相続できる。この設例を少しアレンジし、日本人男性とA国人男性がA国で婚姻を締結していたとする(設例2)。この場合、同性婚を婚姻として扱うと、通則法24条により当該日本人男性には日本法が適用され、同性間での婚姻が認められず、A国で有効に成立した婚姻は無効と扱われ、日本人男性にはA国法上認められるはずの相続権も帰属しない。

はたしてこのような処理は妥当だろうか。日本においては、実質法上同性婚も登録パートナーシップも認められておらず、現時点でいずれかを優遇する結果になることを正当化できないように思われる。登録パートナーシップの性質決定については、さらに検討が必要かと思われるが、同性カップルの保護という観点からすると、同性婚も登録パートナーシップも同性カップルの関係を法的に承認する制度として一括りにとらえ、すべて登録地法に依拠させることも考えられる。その場合には、設例2において、登録地法であるA国法により同性婚は有効に成立していると扱われる。もっとも、同性婚も登録パートナーシップも同性カップルを保護する制度として一括りにとらえ、これらを登録地法に委ねるとすると、登録パートナーシップの締結を異性間でも認める国があることから、これらの関係をどのように扱うかも問題となろう。

2 残された問題

前出設例2において、A国でA国人男性と同性婚を締結した日本人男性が死亡し、その相続が日本で問題となったとする。この場合、相続準拠法は日本法となる。かりに同性婚も同性カップルの関係を法的に承認する制度として登録パートナーシップと同様にこれに登録地法を適用すると、日本法上の配偶者は

相続権を有することになる。したがって、登録地法上配偶者であるA国人男性は相続できることになる。

問題は、このような内国牽連性の強い事案において公序則が発動されるか否かである。日本憲法上、そして日本民法上婚姻概念が明文上明らかでないとしても、婚姻を男女に限定していると解されている現状においては、日本の私法秩序がこれにより乱されると判断される可能性が残されていよう。

また、前出設例1において、A国においてA国人男性と登録パートナーシップを締結した日本人男性が死亡し、その相続が日本で問題となったとする。この場合、A国で登録されたパートナーシップによりA国人男性がそのパートナーを相続することができるとしても、相続準拠法である日本民法上相続権を有するのは配偶者であって、パートナーシップを登録したパートナーではない。そのため、当該A国人男性がパートナーである日本人を相続することは難しいであろう。ここに、実質法上、同性カップルのための制度がない日本での同性カップルの保護の観点からの解釈の限界がある。

IV むすびにかえて

本稿では、同性間の婚姻や登録パートナーシップに関する諸国の状況を比較検討し、これから得られた示唆を手掛かりに、日本法における解釈論の一試論を展開した。これは同性カップルの保護という観点からのものであるが、そういった意味では本稿で試みた解釈論には限界がある。

はたして日本法秩序において、ドイツやフランスのように婚姻を異性カップルに限定することは必須なのだろうか。かりにそのように考えられるとしても、イタリアのように、登録パートナーシップ制度を婚姻に代えて同性カップルのために導入することも認められないのだろうか。国際私法上の概念の決定にあたり、実質法上の概念に拘泥すべきではないが、日本が実質法上どのような立場をとるかで、国際私法上の取扱いも変わり得る。たとえば、同性婚ではなく、登録パートナーシップ制度の導入により同性カップルの保護が図られる場合には、いくつかの国でなされているように、外国で成立した同性婚については、登録パートナーシップと読み替え、その保護を図るという方法をとることも考

えられるであろう。同性カップルの権利保護のためにも、日本がいかなる立場をとるのか、もし保護をするというのであるならば、実質法上の制度の整備とともに、国際私法上も抵触規則をもうけ、早急に対処していく必要がある。刻一刻と状況は変わりつつあり、現在もまだ過渡的な状況であることに変わらない。しかし、異法域間への移動により不安定な状況に置かれ、救済を必要としている社会的マイノリティがいるのは事実である。

本稿で扱ったテーマのように短期間で激しく各国の法制度が変わり、それにもかかわらず、依然として世界に共通する方向性が見いだされない分野は、他にあまり例がないように思われる。婚姻とは何か、法はどこまでカップルという私的な関係に関与していくべきかが実質法上のみでなく国際私法上も問われている⁽⁹³⁾。

カップルをどのように法の中に取り込むかについて、今日、三つの趨勢が見られるという⁽⁹⁴⁾。第1に、本稿でも扱った同性カップルのための登録パートナーシップや同性カップルへの婚姻の開放の急速な広がりである。第2に、異性カップルのための登録パートナーシップの需要の高まりである。フランスやオランダでは、異性カップルの登録パートナーシップの締結件数が多く、スコットランドなどでも、同性カップルのみでなく、異性カップルに登録パートナーシップという保護の在り方を選択する道を作るかどうかを検討され始めているという⁽⁹⁵⁾。第3に、登録を経っていない婚外のカップルに一定期間の同居によりなんらかの法的保護を与える傾向の強まりである。

本稿では、同性カップルのみを対象として同性婚と登録パートナーシップについて検討を試みたが、今後は、異性カップルも含め、日本における内縁のような登録を経ない関係、登録パートナーシップ、婚姻といった二人の者の関係の規律をどうするかを整合的に検討することが必要となろう。今後の検討課題としたい。

- (1) Robert Wintemute, Conclusion, in: Robert Wintemute/ Mads Andenæs, Legal Recognition of Same-Sex Partnerships, 2001, pp. 759-760.
- (2) Ian Curry-Summer, All's well that ends registered?, 2005, p. 517.

- (3) Frederik Swennen/ Sven Eggermont, Same-Sex Couples in central Europe: Hop, Step and Jump, in: Boele-Woelki/Fuchs (ed.), Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, 2012, p. 20.
- (4) Cristina González Beilfuss, All or Nothing: The dilemma of southern jurisdictions, in: Boele-Woelki/ Fuchs, op.cit. (3), pp. 50ff. Monika Jagielska, Eastern European countries: from penalization to cohabitation or further? in: Boele-Woelki/Fuchs, op.cit. (3), pp. 55ff.
- (5) 鈴木伸智「アメリカ合衆国における同性婚と家族」青山社会科学紀要 25 巻 2 号 (1997) 27 頁以下, 同「同性のカップルに対する法的保護— From Baker to Baker —」青法 44 巻 4 号 (2001) 242 頁以下等参照。
- (6) Press Release, 16 March 2011, Memo/11/175. EU で成立した婚姻・離婚の約 13 % が渉外的要素を有するのに対し, EU で成立した登録パートナーシップの約 20 % (約 4 万件) が渉外性を有していたという。
- (7) 小出邦夫『一問一答新しい国際私法』148 頁 (商事法務, 2006)。
- (8) 平成 16 年 4 月 26 日付け法務省民一第 1320 号民事局民事第一課長回答。詳細は, 本文Ⅲ 1 参照。
- (9) Boele-Woelki/Fuchs, op.cit. (3) が EU 構成国の比較的最近の状況を紹介している。邦語文献については, 法例研究会編「法例の見直しに関する諸問題(4)」[中西康] 別冊 NBL 89 号 (2004) 56 頁以下, 林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報 6 号 (2004) 139 頁以下及び各国法の紹介に関しては, それぞれの脚注で掲げられている文献を参照。
- (10) 中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ—抵触法上の各種規律方法の比較分析のための予備的考察」論叢 156 巻 3・4 号 (2004) 293 頁以下, 同・前掲注(9) 56 頁以下, 神前禎「スウェーデン国際私法の現状—他の北欧諸国にも言及しつつ—」国際私法年報 4 号 (2002) 51 頁以下, 北坂尚洋「登録パートナーシップに関するスイス国際私法の新規定」福岡大学法学論叢 49 巻 3・4 号 (2005) 423 頁以下, 笠原俊宏「オランダ登録パートナーシップ抵触法 (2005 年)」東洋法学 51 巻 1 号 (2007) 222 頁以下, 同「フランス国際私法における登録パートナーシップの準拠法」東洋法学 54 巻 2 号 (2010) 153 頁参照, 林・前掲注(9) 143 頁以下など。
- (11) たとえば, スペインについては, González Beilfuss, op.cit. (4), pp. 42ff. 参照。もっとも, 人工生殖の許容性も含め, 親子関係や養子縁組を同性カップルにどこまで認めるかについては各国で異なる。北欧の状況を紹介するものとして, Maarit Järnträ-Jareborg, Parenthood for Same-Sex Couples-Scandinavian Developments, in: Boele-Woel-

ki/Fuchs, *op.cit.* (3), pp. 91ff.

- (12) フランスでは、パートナーシップ (いわゆるボックス) を締結しても貞操義務、相互扶助義務、相続権は認められず、解消も離婚と比べると容易で、解消後の扶養なども認められていなかった。しかし、徐々に改正され、現在では、パートナーシップ継続中の相互扶助義務を認めるなど、少しずつ身分関係への影響が強められてきている (Aurore Cressent, *Civil Partnership in France: Pacte Civil de Solidarité*, IFL March 2011, pp. 57-59)。
- (13) Jänterä-Jareborg, *op.cit.* (11), pp. 91ff.
- (14) Patrick Wautelet, *Private International Law Aspects of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe-Divided We Stand?*, in : Boele-Woelki, *op.cit.* (3), pp. 145ff.
- (15) Wautelet, *op.cit.* (14), p. 146 fn. 13. もっとも、スペインでは、従来の婚姻に関する抵触規則が配偶者の本国法の配分的適用主義をとっていることから、本国法上同性婚が認められない者については同性婚が成立しないことになる。そこで、このような場合にも同性婚を成立させる旨の行政レベルの決定に従い実務上処理されている (Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, *Private International Law Problems Relating to the Celebration of Same-Sex Marriages: DGRN of 29 July 2005, Yearbook of Private International Law*, 2006, vol. 8, p. 299-306)。
- (16) 同条約は、1991年5月1日よりオランダ、ルクセンブルグ、オーストリアで発効している。
- (17) Ian Curry-Summer, *Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report*, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, Vol. 11, p. 9.
- (18) Tribunale di Latina, Decreto 10 giugno 2005, n. 3 (<http://www.eius.it/giurisprudenza/2005/206.asp> から入手可能) 及びその控訴審 Corte d'appello di Roma, Decreto 13 luglio 2006 (<http://www.eius.it/giurisprudenza/2006/106.asp> から入手可能)。
- (19) High Court, Judgement of 14. December 2006, Katherine Zappone and Ann Louise Gilligan v Commissioners of Inland Revenue, Ireland and The Attorney General, [2008] 2 IR 41.
- (20) 英国では、英国在住カナダ人の女性同士のカップルがカナダで有効に締結した婚姻を英国法上の登録パートナーシップ (Civil Partnership) として承認したものがあある (High Court, Judgement of 31. July. 2006, Wilkinson v Kintzinger, [2006] EWHC 2022 (Fam))。
- (21) フィンランドに関しては、Wautelet, *op.cit.* (14), p. 165 参照。
- (22) Bundesgericht, Urteil von 3. März 1993, BGE 119 II 264. 北坂・前掲注(10) 11-12 頁。
- (23) フランスでは、同性婚を無効とする 2007年3月13日破棄院判決 (

courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_9963.html から入手可能) が、その後、同性婚の禁止を合憲とする 2011 年 1 月 28 日憲法院判決 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/en201092qpc.pdf から入手可能) が下されており、これが国際私法上の議論に影響を与える可能性もあろう。

- (24) H. Fulchiron, *Le droit francais et les mariages homosexuels étrangers*, 2006, p. 1254 n° 19.
- (25) Bernard Audit, *Droit international privé*, 5^e éd. 2008 p. 543 n° 656; Pierre Mayer/ Vinsent Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., 2010, p. 419 n° 547.
- (26) Beatrice Weiss-Gout/ Marie-Laure Niboyet, *La reconnaissance mutuelle des mariages entre personnes de meme sexe et des partenariats entre personnes de meme sexe ou de sexe oppose. La situation dans les differents Etats membres. Besoin d'une action de l'UE?*, Report European Parliament, PE 432.731, 2010 p. 9 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/juri/2010/432731/IPOL-JURI_NT\(2010\)_432731_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/juri/2010/432731/IPOL-JURI_NT(2010)_432731_FR.pdf) から入手可能); Bureau/Muir Watt, *Droit international privé*, 2^e éd., 2010, pp.109-110 n° 726.
- (27) 外国で締結された同性婚のフランスにおける効力に関する司法大臣の 2005 年の回答 (Effet en France du mariage homosexuel valablement célébrée dans un pays de l'Union européenne, Rep. Min. No. 41533 of July 26, 2005, p. 7437 (<http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-41533QE.htm> から入手可能) 及び、2006 年の回答 (Rev. crit. dr. int. priv 2006, p. 440-441)。Weiss-Gout/ Niboyet, op.cit. (26), p. 12 fn. 29, Malaurie/ Fulchiron, *La famille*, 3rd ed. 2008, p. 91 n° 172)。
- (28) Hugues Fulchiron, National Report: France, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011), p. 140.
- (29) Malaurie/ Fulchiron, *La famille*, 3^e éd., 2008, p. 91 n° 172; Petra Hammje, *Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil - Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er}*, Rev. crit. dr. i. p. 2009 p. 491; Weis-Gout/ Niboyet-Hoeg, op.cit. (26), p. 12 fn. 29; Fulchiron, op.cit. (28), pp. 144-147; Bureau/ Muir Watt, op.cit. (26), p. 110 n° 726.
- (30) Martin Gebauer/ Ansgar Staudinger, *Registrierte Lebensgemeinschaften und die Kapplungsregel des Art. 17b Abs. 4 EGBGB*, IPRax 2002, p. 277; *Handkommentar-LpartG/ Kiel*, 2001, Art. 17b EGBGB Rz. 68; Meinhard Forkert, *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*, 2003, pp. 74ff.; Anne Röthel, *Gleichgeschlechtliche Ehe und ordre public*, IPRax 2002, pp. 496ff.
- (31) Dieter Henrich, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, FamRZ 2002, p. 137-138; Johannes Wasmuth, *Eheschließung unter Gleichgeschlechtlichen in den*

- Niederlanden und deutscher ordre public, in: FS Kegel (2002), pp. 239ff.
- (32) 前者として Wasmuth, *op.cit.* (32), pp. 247ff. 後者として Röthel, *op.cit.* (30), pp. 498ff.; Forkert, *op.cit.* (30), pp. 81ff.
- (33) Curry-Summer, *op.cit.* (2), pp. 318ff; Wautelet, *op.cit.* (14), pp. 151ff. 中西・前掲注(10) 322頁以下, 林・前掲注(9) 144頁以下参照。
- (34) Curry-Summer, *op.cit.* (2), pp. 327ff.
- (35) Curry-Summer, *op.cit.* (2), p. 336; Wautelet, *op.cit.* (14), p. 184 fn. 183.
- (36) Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, p. 1360 (<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?ID=10123096> から入手可能). 中西・前掲注(10) 317頁も参照。
- (37) Andreas Bucher, *Le couple en droit international privé*, 2004, p. 187. 法性決定の段階ではなく, 外国法に基づく登録パートナーシップの効力がスイス法のそれと異なる場合にどのように適応させるかの問題と捉えている (Bucher, *op.cit.*, pp. 193-194. 中西・前掲注(10) 317-319頁も参照)。
- (38) Andreas Bucher/ Andrea Bonomi, *Droit international privé*, 2004, 2nd ed., pp.192-193.
- (39) 中西・前掲注(10) 307頁以下, 林貴美「ドイツにおける家族をめぐる新たな立法」同法 54巻5号 (2003) 36頁以下。
- (40) BT-Drucks, 14/ 3751, 60.
- (41) Rembert Süß, *Notarieller Gestaltungsbedarf bei eingetragenen Lebenspartnerschaften mit Ausländer*, DNotZ 2001, pp. 173-174; Henrich, *op.cit.* (31), p. 143.
- (42) Rolf Wagner, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, IPRax 2001, p. 292; Dominique Jakob, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht*, 2002, pp. 215-216. Karsten Thorn, *The German conflict of law rules on registered partnerships*, in: Boele-Woelki/ Fuchs, *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, 2003, pp. 160-161 は, 17条bの類推適用を主張する。
- (43) Forkert, *op.cit.* (30), pp. 65ff.
- (44) Curry-Summer, *op.cit.* (17), pp. 14ff.
- (45) 立法理由書を入手できなかったため, Curry-Summer, *op.cit.* (17), p. 15の引用による。
- (46) Bureau/Muir Watt, *op.cit.* (26), p. 121 n° 736, p. 121 fn. 2. フランスが2009年に登録パートナーシップに関する抵触規則を設ける以前の議論については, 中西・前掲注(10) 322頁以下参照。
- (47) 国際戸籍委員会と訳されることも多い。

- (48) Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistré, Sept. 5. 2007, ICCS Convention no. 32.
- (49) 1条の立法理由参照。
- (50) 中西・前掲注(10) 302頁。
- (51) Jakob, *op.cit.* (42), pp. 32-33. 林・前掲注(9) 145頁。
- (52) 神前・前掲注(10) 62頁, 中西・前掲注(10) 302頁以下。
- (53) フィンランドに関しては, 中西・前掲注(10) 305頁以下参照。
- (54) スウェーデンでも, 婚姻に関する規定の準用という形で結果的に外国で登録されたパートナーシップを承認するという構造になっていた(中西・前掲注(10) 306頁)。
- (55) スウェーデンに関しては, 中西・前掲注(10) 303頁以下, 林・前掲注(9) 144頁以下参照。スイスについては, 中西・前掲注(10) 315頁以下, 北坂・前掲注(10) 427頁以下参照。
- (56) Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, p. 1359 (前掲注(86)参照)。
- (57) 笠原・前掲注(10)東洋法学 54 卷 2 号 224 頁参照。
- (58) Michael Bogdan, Amendment of Swedish Private International Law regarding Registered Partnerships, *IPRax* 2001, p. 57; Jakob, *op.cit.* (42), p. 31 Fn. 101. 中西・前掲注(10) 304-305頁参照。フィンランドにおいても, このような場合, 準拠外国実質法中の婚姻概念を登録パートナーシップに読み替えて適用するという(中西・前掲注(10) 306頁)。
- (59) 15条参照。COM (2011) 127.
- (60) Wautelet, *op.cit.* (14), p. 167.
- (61) たとえば, ドイツでは当事者の同一常居所地法を準拠法とすることも考えられた。しかし, ドイツではパートナーシップの登録にあたり内国との関連性(国籍や常居所)は要件とされていない。そのため, 一方当事者が外国から移住してきた者である場合も, ドイツにおいてパートナーシップを登録することが可能になるように配慮して同一常居所地法は採用されなかった(BT-Drucks, 14/3751, 60)。
- (62) Hammje, *op.cit.* (29), pp. 486ff. 笠原・前掲注(10)東洋法学 54 卷 2 号 158 頁以下。
- (63) Wautelet, *op.cit.* (14), p. 167.
- (64) Wautelet, *op.cit.* (14), p. 177.
- (65) Curry-Summer は, 外国の抵触規則をも考慮したほうがより登録を有効にすることが可能であり, 望ましいと主張する(Curry-Summer, *op.cit.* (2), pp. 406ff)。

- (66) BT-Drucks, 14/3751, 61.
- (67) Vgl. Staudinger-Mankowski, Art. 17b EGBGB, Rz. 87ff.
- (68) 溜池良夫『国際私法講義』346頁(有斐閣, 第3版, 2005), 山田鐸一『国際私法』306頁(有斐閣, 第3版, 2004)。
- (69) Bucher, op.cit. (37), p. 193ff. 詳細は, 中西・前掲(10)318頁以下参照。
- (70) 石黒一憲『国際私法』222頁以下(新世社, 第2版, 2007), 道垣内正人『ポイント国際私法〔総論〕』127頁以下, 138頁以下(有斐閣, 第2版, 2007)。
- (71) 折茂豊「国際私法における養子の相続権について(二・完)」国際法外交雑誌 42巻4号(1943)29頁以下。溜池・前掲注(69)238-239頁もまた, 本問題の準拠法たる相続準拠法における養子概念より, 先決問題の準拠法たる養子縁組の有効性の準拠法における養子概念が広いときには, 相続権を認めないとする。その一方で, 縁組準拠法上養子に相続権が認められるが, 相続準拠法上実子に認められる相続権が養子に認められない場合には, 縁組準拠法上養子に実子と同じ地位が認められるのであれば, 相続準拠法上も実子と同じに取り扱われるべきであり, 相続権も認められるべきであるとする。
- (72) 金沢淑「国際私法における養子縁組の効力(二)・完」論叢 151巻6号(2002)96頁以下。
- (73) この点に関するドイツの議論については, 中西・前掲注(10)310-312頁も参照。
- (74) Curry-Summer, op.cit. (2), p. 334; Wauteler, op.cit. (14), p. 187.
- (75) 中西・前掲注(10)332頁も同旨。
- (76) 久保岩太郎「婚姻の成立」国際法学会編『国際私法講座第2巻』515頁(有斐閣, 1955), 折茂豊『国際私法(各論)〔新版〕』231頁注(3)(有斐閣, 1972)では, Martin Wolfの婚姻に関する定義が紹介されている。Wolfによると, 婚姻とは, 歴史の流れの中に発展してきた多種多様な男女間の結合のうちで民族, 国家, 部族その他すべての社会において, 他の結合よりも一層強い法的効果を与えられているごとき結合であり, すべての場所において, 異性間の他の結合からして区別されるものとされる。
- (77) 久保岩太郎『国際私法概論(改訂版)』203頁(厳松堂書店, 1955)。
- (78) 石黒一憲『国際家族法入門』17頁(有斐閣, 1981)。
- (79) 婚姻が伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であることや, 憲法24条の「両性の合意」という表現, また民法731条の「男」, 「女」という表現や750条以下の「夫婦」という文言を用いていることからこのように解されている(上野雅和『新版注釈民法(21)』178頁(有斐閣, 1989), 大村敦志『家族法』124頁

(有斐閣, 1999), 内田貴『民法Ⅳ』75頁(東京大学出版会, 補訂版, 2004), 高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法Ⅶ』41頁(有斐閣, 第3版, 2011), 前田陽一・本山敦・浦野由起子『民法Ⅵ』49頁(有斐閣, 第2版, 2012)等参照)。もっとも、このような解釈から同性間の関係が一般的に公序に反すると解されることはなく、当事者間の契約や養子縁組により同性間の関係も一定の法的保護を受け得る対象であることを認めるものが多い。より明確に、憲法24条は、異性カップルのみに婚姻を保障する規定とはいえ、民法で同性婚を認めたり、登録制度を設けることは憲法に違反しないと述べるものもある(二宮周平『家族法』31-32頁(新世社, 第3版, 2011))。

(80) 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』〔横溝大〕10頁(有斐閣, 2011)も、「各国法が『個人間の結合関係に着目して一定の法律効果を付与』する場合は男女に限られない以上、通則法24条の婚姻概念を男女間に限定する積極的理由はなく、同性婚も婚姻に含められるとする。

(81) 横溝・前掲注(80)10頁。ただし、外国でなされる登録パートナーシップについては、一定の身分関係を形成する当該外国国家機関による国家行為としてその効果の承認を検討すべきであるとする。

(82) 前掲注(8)参照。

(83) 溜池・前掲注(68)486頁。

(84) 北坂・前掲注(10)439頁以下。

(85) 中西康「EU法における『相互承認原則』についての考察—国際私法方法論の観点から」論叢162巻1-6号(2008)218頁以下, 林貴美「家族法及び国際家族法の欧州化」戸籍時報672号(2011)6頁以下。

(86) 中西・前掲注(10)333頁。

(87) もっとも、石黒・前掲注(78)28頁は、外国でその国家機関による何らかの要件審査を経て婚姻が有効に成立した場合、外国国家行為の承認の問題の一環として捉えるべきであるとする。これに対して、横山潤『国際家族法の研究』73頁以下(有斐閣, 1997)(同『国際私法』240頁(三省堂・2012))は、外国で挙行された婚姻の成立いかんの問題を婚姻に関与する機関の行為の「承認」に関する問題と捉えることができるが、挙行に関与する外国機関の国際的裁判管轄権の存在を要求しているわけではなく、民訴法118条の意味での承認ではないとする。また、実質的成立要件の審査までも不要としているわけでもない。横溝・前掲注(80)22頁以下は、基本的に外国で成立した婚姻についても承認アプローチを採用することに賛成するが、日本で実質的成立要件を審査すべきか否かは、対象となる外国国家

行為の類型ごとに異なり、社会政策的色彩の強い登録パートナーシップについては、実質的成立要件の審査が禁じられると考える余地があるとする(同23頁注(87)も参照)。

(88) 林・前掲注(9)152頁以下。

(89) 当事者が複数いる場合には、当事者の本国法が累積的適用されると考えることも可能であるが、33条は親族関係についての本国法主義の原則を示したものにすぎないと考えれば、必ずしも関係当事者すべての本国法によることにはならない(溜池・前掲注(68)532頁)。

(90) 2011年の国連総会では、性的指向と性自認に基づく人権侵害と暴力の撲滅に関する共同声明が出され、日本を含む85か国がこれに賛同している(詳しくは、国連のHPを参照)。

(91) 前掲注(79)の後半部分を参照。

(92) ヨーロッパで統一した登録パートナーシップ法を立法する必要性を説き、その場合には登録地法が適切であるが、当事者と密接な関係がある地が準拠法であることが望ましいとして、登録地に当事者が常居所を有するか、登録地の国籍を当事者が有する等の要件を課することを提案するものがある(Nina Dethloff, *Registrierte Partnerschaften in Europe*, ZEuP 2004 p. 72f.)。

(93) 中西・前掲注(10)332頁以下も参照。

(94) Ian Curry-Summer, *A Patchwork of Partnerships: Comparative Overview of Registration Schemes in Europe*, in: Boele-Woelki/ Fuchs, *op.cit.* (3), pp.78-79.

(95) Norrie, Kenneth McK, *National Report: United Kingdom*, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011), p. 336.