

同性カップルをわが国の国際私法上 どのように保護するか

尾関 良太
(北澤研究会4年)

- I 序論
- II 比較法
 - 1 同性婚について
 - 2 登録パートナーシップについて
- III わが国における同性婚
 - 1 概説
 - 2 学説
- IV わが国における登録パートナーシップ
 - 1 概説
 - 2 学説
- V 結論
 - 1 私見
 - 2 検討課題
 - 3 立法論及び解釈論

I 序論

本稿は、同性カップルに対して法的保護を与える制度として近年注目を集めている登録パートナーシップ及び同性婚について、わが国の国際私法の観点から検討することを目的とする。なお、本論では、以下の2つのような事例を想定して論ずる。X男（日本国籍・原告）とA女（デンマーク国籍）は、7年間デンマークにて同居生活を過ごした後、登録パートナーシップを締結した。その後、デン

マークにて成立した登録パートナーシップの確認の訴えを日本の裁判所に提起した。X男の訴えは認められるだろうか。なお、デンマーク民法によれば、デンマークに2年間以上居所を有している外国人は登録パートナーシップを登録することが認められている(仮想事例1)。

X女(オランダ国籍・原告)とA女(日本国籍)はオランダにて婚姻した。その後、二人は日本に移住し、A女が登記を有している日本に存在する土地建物において、7年間同居生活を過ごした。その後、A女が死亡したため、X女は本件土地建物の相続権の確認を求める訴えを日本の裁判所に提起した。X女の訴えは認められるか。また、A女の親にあたるB男(日本国籍)が同じく本件土地建物の相続権の確認を求める訴えを日本民法957条第1項所定の期間内に日本の裁判所に提起した場合、結論は変わるか。なお、オランダ民法によれば、X女には相続権が認められるものとする(仮想事例2)。

論点に触れる前に、同性間の登録パートナーシップ及び同性婚の現在に至るまでの歴史の変遷について簡潔に述べる¹⁾。登録パートナーシップは、1989年にデンマークにおいて、同性カップルに対して異性カップルに相当する法的保護を与える目的で導入され、その後西欧諸国を中心に多くの国々に広まった。しかし、その制度の中身は、制度を利用できる当事者から、当事者に認められる効果、婚姻等の既存の法制度との関係性まで、各国で様々である。また、登録パートナーシップを採用する国の増加と並行して、同性カップルに対して異性カップルと同様に、婚姻の締結を認める国々もまた登場している。2001年にオランダが世界で初めて同性婚の締結を認め、2017年現在では、北欧諸国、ベルギー、フランス、スペイン、英国、アルゼンチン、ウルグアイ、カナダ、米国(一部の州)、南アフリカなど、22の国と地域において同性カップルの婚姻が認められている²⁾。また、2008年には国連総会で「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る」共同声明がなされ、日本を含む66か国がこれに参加した。このように、同性カップルに対して法的な保護を与える動きは多種多様な形で拡大しているといえる。

さて、登録パートナーシップや同性婚を認める国が増加すると、上記2つの仮想事例のように、外国で成立した同性婚や登録パートナーシップの有効性がわが国において問題として争われる事例が想定される。しかし、わが国は登録パートナーシップ制度を有していないことに加え、憲法24条第1項が「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定していることから、民法上明文の規定はない

ものの、婚姻の当事者は異性間に限ることが当然の前提と解されている³⁾。そこで、わが国の裁判所が、外国で締結された同性婚や登録パートナーシップについて、どのように法性決定し準拠法を決定するかが問題となる。また、その過程では、各国実質法上の制度の等価性を考慮する必要がある。婚姻概念が広く世界中に普及していることに比べ、登録パートナーシップに関しては登録の要件、登録によって生ずる効果に至るまで各国で様々であり、その等価性が低い場合がある⁴⁾。そこで、外国で締結された登録パートナーシップを婚姻と法性決定し、成立・効力・解消に単位法律関係を分け、準拠法を決定する場合には、ある国で登録された登録パートナーシップに他国法上のパートナーシップに付随する効果を認めることとなり得るため、それらの登録パートナーシップ概念の等価性を考慮しなければならない。また、等価性の問題は、相続や親子関係などの他の単位法律関係との関係でも問題となり得る。例えば、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るが、相続準拠法によれば相続権が認められないような場合に、どちらの準拠法を適用するべきかが問題となる。加えて、登録パートナーシップに関する実質法規定を有する国においては、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の等価性も問題となる。なお、後述するが、登録パートナーシップに関する実質法規定を有するいくつかの国（スイス、ベルギーなど）においては、抵触法上の登録パートナーシップ概念を内国実質法上の概念に近づけるなどして対応しており、これらの立法例に対しては、抵触法上の登録パートナーシップ概念が各国実質法上の登録パートナーシップ概念にひきずられているとの指摘がある⁵⁾。

以上のように、登録パートナーシップや同性婚については、近年急速に各国の法制が変化しているものの、各国の足並みが揃っていない分野である。わが国では、2006年に国際私法を大幅に改正するにあたり、登録パートナーシップに関する抵触規則を設けることが検討されたが、「わが国では、実質法上登録パートナーシップという制度が設けられておらず、抵触法上の議論も熟していないと考えられる上、世界的にみても、この点に関する抵触法上の規律を設けている国は多くないこと等⁶⁾」を理由として、問題は先送りされた。しかし、わが国を取り巻く状況は大きく変化している。登録パートナーシップや同性婚を認める国が増加したことによって、現在ではそれらに関する立法例が数多く存在する上、日本人がオランダ人との間でなされた登録パートナーシップの解消に関して、わが国に離婚の報告的届け出がなされた事件も現実に発生している⁷⁾。また、2015年には東

京都渋谷区において、性的少数者の人権尊重を目的とした「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例⁸⁾」が制定されるなど、性的少数者保護への機運はわが国でも高まっているといえる。そこで、本論では、登録パートナーシップ及び同性婚に関する各国の実質法と抵触法を簡潔に紹介した後で(第二章)、わが国の国際私法上の、同性婚に関する概説と学説(第三章)及び、登録パートナーシップに関する概説と学説について紹介する(第四章)。そして最後に、以上の検討を踏まえ、今後、外国で締結された登録パートナーシップ及び同性婚について、わが国の国際私法上どのような規定がなされるべきかについて私見を述べることにしたい(第五章)。

II 比較法

1 同性婚について

(1) 概説

同性婚は2001年にオランダで初めて認められ、その後西欧諸国を中心に各国に広がった。国際的な性的マイノリティの支援組織である International lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association (以下、ILGA)によると、2017年現在、同性婚を認めているのは22の国と地域であり、これは国連加盟国の12%に及ぶ⁹⁾。この数字だけをみると未だ少数であるように思われるが、2012年時点では10の国と地域にとどまっていたことを考慮すると、近年同性婚を認める国が速いペースで増加していることが分かる。なお、同性婚を認める法域を地域別で見ると、ヨーロッパが13か国、南北アメリカが7か国、オセアニアとアフリカが1か国ずつ、アジアには存在しない等、その拡大には地域差が存在する。また、同性間の性行為を違法とする国と地域は71の国と地域に及び、8つの国と地域では、同性間で性行為を行った者に対して死刑が科される可能性があるなど、未だ同性愛を禁ずる法は世界各地で存在する。以下では、同性婚を認めている法域における実質法及び、同性婚に関して規定している各国の抵触法について述べる。

(2) 実質法

同性婚を実質法上認めている法域では、同性婚に関する規定を異性間の婚姻と別個に規律するのではなく、同性カップルに対しても婚姻を締結できるように実質法を改正するなどして対応している¹⁰⁾。例えば、オランダでは2001年に民法を

「婚姻は異性または同性の2人の者により締結されうる」（オランダ民法典30条1項）と改正することによって、同性婚を合法化した¹¹⁾ほか、アイルランドは、2015年に婚姻を異性間に限定していた憲法を改正することによって、同性婚の合法化を実現した¹²⁾。

また、同性婚が導入された当初は、親子関係や、養子縁組締結の可否などの、同性婚を締結することによって認められる効力に関して各国で大きな違いがあったが、2016年にポルトガルが同性婚の当事者に対して親子関係の締結を認め、2017年にフィンランドが養子縁組締結を認めたことによって、現在ヨーロッパにおいては同性婚を認める全ての法域において、親子関係と養子縁組の締結が認められるに至っている。また、世界的にみても、現在同性婚を認める22の法域の中で、養子縁組に関してはメキシコ、アメリカの一部の州を除く20の国と地域、親子関係に関してはメキシコ、アメリカの一部の州、ブラジルを除く19の国と地域で認められており¹³⁾、近年、同性婚を認める各国実質法の間の等価性は高まっているといえる。

（3） 抵触法

各国の同性婚に関する抵触法の立場は様々である。各国の抵触法が採り得る立場として、（ア）抵触法上、同性婚を婚姻として扱う立場、（イ）実質法上、婚姻は異性間に限定されるとして、抵触法上も婚姻の締結を異性間に限るとする立場、（ウ）同性婚を登録パートナーシップとして扱う立場の3つに分類できる¹⁴⁾。ただし、どの立場を採るのか明らかでない抵触法も存在する。例えば、ドイツは実質法上登録パートナーシップを認め、これに関する抵触規則を有するが、ドイツ国際私法上同性婚を如何に法性決定するかについて、婚姻と法性決定し婚姻に関する抵触規則を適用すべきとする見解と、登録パートナーシップと法性決定し登録パートナーシップに関する抵触規則を適用すべきとする見解に分かれている¹⁵⁾。

また、（ア）の立場の中でも、抵触規則の規律方法に関して、同性婚の実質的成立要件について挙行地法主義を採る立場と、配分的適用主義を採る立場に分かれている。前者の立場を採るオランダ国際私法¹⁶⁾は、当事者のいずれか一方がオランダ国籍を有しているかオランダに常居所を有している場合には、当事者双方がオランダ法上の要件を満たしていれば婚姻の締結を認め（オランダ国際私法（婚姻）2条（a））、挙行地たる外国で有効に成立した婚姻については、当該外国法上有効に成立していれば承認すると規定する（オランダ国際私法（婚姻）5条）。一方、

後者の立場を採るベルギー国際私法¹⁷⁾は、婚姻の実質的成立要件について当事者の本国法を配分的に適用する(ベルギー国際私法46条第1項)。

また、同性婚を実質法上認める国が少数であることから、準拠法として指定された法が同性婚に関する規定を有しない場合や、同性婚を禁じている場合が想定される。そこで、同性婚の当事者を保護する観点から、抵触規則の中に救済規定を有する立法例が多くみられる。例えば、挙行地法主義を採る前述のオランダ国際私法は、同性婚の当事者がオランダに国籍も常居所も有しない場合であっても、婚姻保護の理念の下、当事者双方の本国法によれば有効に成立している限りにおいて、婚姻の締結を認める規定を有している(オランダ国際私法(婚姻)2条(b))。また、ベルギー国際私法は、配分的に適用した結果同性婚が認められないといった適用結果を避けるため、「指定された法の規定の適用は、この規定が同性間の婚姻を禁止するときには、当事者の一方がそのような婚姻を認める国の国籍を有するかまたはそのような国に常居所を有する場合には、排除される」旨を規律している(ベルギー国際私法46条第2項)。

2 登録パートナーシップについて

(1) 概論

登録パートナーシップは、1989年にデンマークで初めて導入され、2017年現在、その採用国は28の国と地域に至る¹⁸⁾。このような登録パートナーシップの導入の動きは、宗教上の問題等により伝統的に同性愛を禁止してきた国にも広がりを見せている。例えば、キリスト教カトリック教会の影響力が伝統的に強いイタリアは、婚姻は異性間でのみ認められるとする立場を堅持してきた。実際、2012年にはイタリア最高裁判所において、オランダで締結され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の判決が下されている¹⁹⁾。しかし、2015年に欧州人権裁判所において、イタリア政府が同性婚や同性間のパートナーシップを認めないことは人権侵害にあたるとの判決が下されたことを受けて、2016年には同性カップルの登録パートナーシップの締結を認める法案が可決された²⁰⁾。

このように、登録パートナーシップを実質法上認める国は1989年以降増加しているが、諸外国の実質法が規定する登録パートナーシップは、その名称から、制度を利用できる当事者、認められる効果まで国によって様々であり、立法形式の点でも、既存の婚姻規則を準用するか、婚姻とは異なる新たな制度として立法化するかで違いがある。従って、各国の抵触法が、登録パートナーシップ概念をど

のように定義するのが問題となる。2007年に登録パートナーシップに関する国際戸籍委員会条約（CIEC）第1条は、登録パートナーシップを「官公庁の登録を伴う同性または異性の二人の者の婚姻を除く生活共同体」と定義している²¹⁾が、各国抵触法上の定義付けは様々であり、その多くは各国実質法上の登録パートナーシップ概念にひきずられていると指摘されている²²⁾。

以上のように、登録パートナーシップに関する規律が各国で様々である現状において、各国はいかなる立法を行っているのだろうか。以下、各国の登録パートナーシップの立法について、実質法と抵触法に分けて述べる。

（2）実質法

各国の登録パートナーシップに関する実質法規定について、登録パートナーシップを締結できる当事者、登録によって認められる効力、パートナーシップと婚姻との関係という3つの観点から述べる。まず、登録パートナーシップに登録することができる当事者については、登録パートナーシップの当初の導入理由からも分かる通り、同性カップルに対象を限定することが一般的であった（北欧諸国、ドイツ、スイス、英国など）²³⁾。しかし、現在では、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、ルクセンブルク、オランダなど）も登場している²⁴⁾。

次に、登録によって認められる効果については、既存の婚姻と同等の権利義務関係を認める国（スイスなど）と、弱い結合関係しか認めない国（フランス、ベルギー、ルクセンブルクなど）とに分かれる²⁵⁾。前者は、登録パートナーシップの当事者に対しても、既存の婚姻制度の当事者に対してと同様、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（扶養義務、貞操義務、氏等）、④相続に関する規律を適用する²⁶⁾。対して、後者は、登録パートナーシップの当事者に対して、①財産関係に関する規律、②社会保障法上の規律のみを適用し、認められる効果については基本的に当事者の契約に委ねるとする²⁷⁾。

最後に、登録パートナーシップと婚姻との関係については、登録パートナーシップを婚姻そのものの枠内に取り込む国（取り込み型）と、あくまでも別制度として位置付ける国（別制度型）に分かれる。別制度型の国に含まれるベルギーでは、2000年に同性間の登録パートナーシップ締結が認められた後、2003年に同性婚が認められたが、ベルギー実質法上の登録パートナーシップが婚姻と明らかに異なる制度であったため、取り込まれることなく婚姻と併置された²⁸⁾。

(3) 抵触法

諸外国の登録パートナーシップに関する抵触規則について述べる。まず、法性決定については、婚姻と法制決定し婚姻に関する抵触規則を準用する立場（スイスなど）と、登録パートナーシップに関する新たな単位法律関係を設定し、婚姻とは別個の抵触規則を適用する立場（ドイツ、フランスなど）に分かれている。なお、ドイツ国際私法のように登録パートナーシップを婚姻とは別個の抵触規則によるとする法制が、スイス国際私法のように婚姻と同一の抵触規則によって規律する国に比べてより多数である²⁹⁾。登録パートナーシップを婚姻とは別個の抵触規則によるとする法制では、さらに登録パートナーシップをどう法性決定するかという点で、国際私法上の登録パートナーシップを内国実質法上の登録パートナーシップの概念との等価性が認められるものに限定する立場（スイス、ベルギーなど）と、限定しない立場（オランダ、フランスなど）に分かれる。例えば、ベルギー国際私法は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」ものと規定しており（ベルギー国際私法58条）、婚姻型の登録パートナーシップは国際私法上登録パートナーシップに含まれず、婚姻として扱われることになる。一方、フランス国際私法は、登録パートナーシップに関する定義規定を設けていないため、婚姻型や弱い結合型を問わず広く国際私法上の登録パートナーシップ概念に含まれる可能性がある。

抵触規則の規律方法については、フィンランド国際私法のように、登録パートナーシップについて、外国で締結されたものと内国で締結されたものとで規律を分け、国内で締結されたパートナーシップについては内国法を適用する立場（内国法型）と、ドイツ国際私法のように、登録パートナーシップについて、それが外国内国で締結されたかを問わず、成立から解消に至るまで登録地法を適用する立場（登録地法型）に大別される³⁰⁾。前者の立場は、内国で締結された場合と外国で締結された場合とで規律方法を変えているのに対して、後者の立場は、それが外国内国で締結されたかを問わず同一の抵触規則を適用する。

以上を踏まえ、婚姻と法性決定し内国法型を採る立法例としてスイス国際私法を、登録パートナーシップに関する新たな単位法律関係を設定した上で登録地法型を採る立法例としてドイツ国際私法を紹介する。まず、スイス国際私法³¹⁾は、内国で締結された登録パートナーシップについては内国法を適用し、外国で締結された登録パートナーシップについては婚姻に関する抵触規則を準用する（スイ

ス国際私法45条)。その立法趣旨は、登録パートナーシップが今後世界中で普及し、人の移動は一層活発化することが考えられるため、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及び訴訟対象と最も密接な関係を有する地を連結点とすべきこと³²⁾と、各国実質法の違いを利用した、パートナーシップ登録を求める旅行を防止するため³³⁾とされる。そして、婚姻に関する抵触規則を準用する結果、スイス国際私法では、パートナーシップの成立については内国法を(同法44条第1項)、効力に関しては当事者の住所地法が適用される(同法48条)。また、財産関係については準拠法選択を認めており(同法52条第1項)、住所地法若しくは当事者の一方の本国法のいずれかの法を選択することができる(同法52条第2項)。

以上のように、スイス国際私法は登録パートナーシップについて婚姻に関する抵触規則を準用する立場を採るが、登録パートナーシップの特殊性を考慮し、登録パートナーシップに関する特則をいくつか設けている。例えば、「当事者の少なくとも一方がスイス国民であるか、または当事者の双方がスイスに住所を有する場合」には、当事者に外国に住所を有する外国人を含む婚姻であってもこれを承認すると規定したスイス国際私法43条第2項は、登録パートナーシップには準用されない(同法65条a項)。他にも、財産制について、スイス国際私法52条第2項が掲げる選択肢(夫婦双方の住所地法、婚姻挙行後の住所地法、夫婦一方の本国法のいずれか)に加えて、登録パートナーシップが登録された国の法を準拠法選択の選択肢に加えているほか(同法65条c2項)、準拠外国実質法が登録パートナーシップ制度を有していない場合には、補充的にスイス法を準拠法として選択し、スイス裁判所に管轄権を認めている(同法65条b、c項)。

次に、ドイツ国際私法について紹介する。ドイツ国際私法は、登録パートナーシップに関する抵触規則である生活パートナーシップ法(Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften)³⁴⁾を設けたうえで、登録パートナーシップの締結、一般的及び財産的効力並びに解消について、すべて「登録をした国の実質法規定による」としている(生活パートナーシップ法17条b1項)。その立法趣旨は、登録パートナーシップを採用している国が未だ少数である現状において、本国法を準拠法とすることは、準拠外国法が登録パートナーシップに関する制度を有していない場合にパートナーシップの締結が認められなくなり妥当でないこと³⁵⁾とされている。また、学説からは他にも登録地を連結点とする利点として、登録パートナーシップを締結すること

によって発生する権利義務やパートナーシップの解消方法などが各国で様々である現状においては、登録国法を適用することが最も当事者の登録時における期待を保護できること³⁶⁾や、本国法上登録パートナーシップが認められない人にも登録パートナーシップ締結の機会を残すことができること³⁷⁾、一旦成立した登録パートナーシップが可能な限り認められることとなり、当事者の保護に繋がることなどが挙げられる³⁸⁾。なお、ドイツは登録パートナーシップを有するため、他国実質法上の登録パートナーシップとの等価性が問題となるが、外国で登録された登録パートナーシップの効力は、「民法及び生活パートナーシップ法が定める範囲を越えない限りにおいて」効力を持つと規定している（同法同条b4項）。

また、ドイツ国際私法は、登録パートナーシップの締結によって生ずる扶養法上及び相続法上の効果については、登録パートナーシップに関する抵触規則ではなく、一般規定により指定される準拠法によるとしている（同法同条b1項）。また、その法によれば登録パートナーシップにより法律上扶養を受ける権利又は法律上相続する権利が生じない場合には、登録国法が適用されるという補正的連結を行う（同法同条b1項但書）。この規定は扶養準拠法若しくは相続準拠法と登録国法との等価性の問題をはらんでいる。例えば、同法同条b1項但書によって登録国法が補助的に適用される場合において、生活パートナーに対し、他の一方と第三者がともに扶養を請求する場合に問題となる。この場合、生活パートナーシップ法の立法理由書によれば、本来適用されるべき扶養準拠法を排除することなく、生活パートナーシップの実情に適合するように、扶養準拠法と登録国法を重疊的に適用するとされる³⁹⁾。

また、ドイツ国際私法は、同一の者が複数国で登録パートナーシップを登録した場合の準拠法選択については、最後に締結されたパートナーシップの登録国法によるとしている（同法同条b3項）。このように規定することについては、実質的に当事者に準拠法選択を認めているのと同然であるという指摘がある⁴⁰⁾。なお、ドイツ国際私法からは話が逸れるが、登録国法の選定という点では他にも、最初の登録国法を適用する立場（ベルギー国際私法第60条第1項）や、いわゆる「貨車理論」（全ての登録国法上認められる効果を累積的に認める）を採る立場（民事上の身分に関する国際委員会条約6条）などがある。

Ⅲ わが国における同性婚

1 概説

前述のように、同性婚はわが国の民法上、これを認める規則が存在しないほか、婚姻について規定した憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定していることから、認められないことが当然の前提とされてきた。しかし、同性婚を否定する根拠として挙げられる憲法24条の解釈については、多くの検討を要する条文であるにも拘わらず、「本条の法的性格については、従来、十分な議論がなされてきたとはいえない⁴¹⁾」とされている。そして、国際私法上の婚姻概念についても、明確に定義付けを行う文献は少なかった⁴²⁾。

しかし、外国で締結された同性婚の有効性がわが国で問題となる事例（佐賀家審平成11年1月7日家裁月報51巻6号71頁）も発生している⁴³⁾。これは、日本人男とフィリピン人が国際結婚した後にフィリピン人が男性であることが判明したため、日本人男が戸籍上の「夫」の記載を削除する申し立てを行った下級審判例である。本件審判は、婚姻の実質的成立要件は法例13条1項（通則法24条1項）により当事者の本国法によるとし、両国の実質法上、同性婚が認められていないことから婚姻を無効とした。本件審判は、異性婚締結後にそれが同性婚であったと判明した特殊な事案であるから、本件審判例が婚姻の実質的要件について規定した通則法24条1項を適用したことをもって、わが国の国際私法上の同性婚に関する立場を明らかにすることはできない。しかし、わが国においても、外国で締結された同性婚が問題となる事案が現実の問題として発生し得るのであり、実質法上及び抵触法上の議論が一層求められているといえる。以下、同性婚に関するわが国の抵触法上の議論について述べる。

2 学説

わが国の裁判所が、外国で締結された同性婚を如何に法性決定するかについては、学説上、国際法上の概念は国内実質法上の概念と一致している必要はないことを踏まえたうえで、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、「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』する場合は男女間に限られない以上、通則法24条の婚姻概念を男女間に限定する積極的理由がない⁴⁴⁾」として同性婚を婚姻と法性決定する見解が有力で

ある。また、この見解の中でも、その後の処理として（ア）婚姻に関する規定を適用すべきとする説と、（イ）日本で成立する同性婚については婚姻に関する規定（通則法24条以下）を適用し、外国で締結された同性婚については、わが国の公序に反しない限り承認するべきとする説に分かれる。（ア）の説に対しては、「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⁴⁵⁾」として支持する意見がある一方、わが国に共通常居所を有する異国籍同性カップルの婚姻の効果や解消が問題となった場合に、通則法24条以下を適用すると、同性婚に関する規定が存在しない日本法を適用するほかなくなり、その成立が認められなり妥当ではないとの批判がある⁴⁶⁾。（イ）の説はこのような適用結果を避けるため、外国で締結された同性婚については、「法例の規定を準用して準拠法の要件によってわが国での有効性を一律に判断するよりも、法例の規定から離れ、その承認がわが国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⁴⁷⁾」としている。

しかし、（イ）の立場に対しては主に2つの観点から批判がある。1点目は、わが国の国際私法の規律の観点からである。例えば、わが国の国際私法は外国で締結された婚姻について準拠法アプローチを採っているため、「同じく登録により成立する同性婚や登録パートナーシップのみが承認アプローチを採用するとすると、その整合性が問題となる⁴⁸⁾」といった批判があるほか、「扶養や相続又は登録パートナーシップの再締結の先決問題として、当面の登録パートナーシップの締結又は解消の有効性が問題とされた場合には、いずれかの法体系の下に有効に成立したか、又は、解消された身分関係については、原則として、その有効性を承認するという立場が一般的に確立されない限り、その実質審理のための抵触法的処理、すなわち、準拠法の選択は避けられない⁴⁹⁾」といった批判や、登録パートナーシップの承認と外国裁判の承認を同等に扱ってよいのか、検討する必要がある⁵⁰⁾、といった指摘がある。2点目は、わが国の近隣諸国の法文化の観点からの批判である。仮にわが国が外国で締結された同性婚について承認アプローチを採用するとしても、「連結問題としての処理から承認問題としての処理へと移行するためには、法文化の同一性ないし近似性、又は、外国法文化に対する信頼ないしその尊重が前提とされるもので……欧州の領域においては、その素地が形成されたように見られるが、わが国を囲むアジア圏にあっては、その道程は未だ見通しは立っていない⁵¹⁾」ため、わが国の現状では採用できないという指摘がある。

他にも、(ウ) 同性婚が国際私法上の婚姻に含まれないことを前提に、その実質的・形式的成立要件について法例13条第1項・第3項(通則法24条第1項・第3項)本文を、その効果については法例23条(通則法33条)を類推適用する説⁵²⁾も主張されている。なお、法例23条(通則法33条)を類推適用するにあたっては、両当事者の本国法上、同等性が認められる場合は両当事者の本国法を、同等性が低く、同性婚が一方の当事者の本国法によって成立している場合はその本国法を類推適用するべきとされている。(ウ)の説が類推適用される本国法を場合分けしている根拠は、「なるべくその成立を認めることが望ましいとの立場をとれば、当事者双方の本国法のうち、婚姻に近く成立要件も厳しく、結合の効力も強い方よりは、成立要件も緩やかで、効力も弱い方の同性婚の成立を認めるのがよいであろう⁵³⁾」と主張されている。

IV わが国における登録パートナーシップ

1 概説

外国で締結された登録パートナーシップがわが国で問題となった事案として、イタリア人男と日本人女がオランダで締結した登録パートナーシップの解消が問題となったものがある⁵⁴⁾。この事案では、元々夫婦であった両者が登録パートナーシップに変更し、その後オランダで当該パートナーシップが協議により解消されたことから、日本人女が離婚の報告的届出を行った。解説によれば、オランダ民法上の異性間の登録パートナーシップについては、婚姻の規定の多くが準用されており、成立要件、効果、手続のいずれをみても、オランダ法上の婚姻と実質的な差異がないことから、離婚に関する抵触規則である法例16条(通則法27条)と親族関係に関する抵触規則である法例22条(通則法33条)により、準拠法をオランダ法とし、当該パートナーシップの解消はオランダ実質法上の要件を満たす有効な解消であるとして、報告的届出を受理した。

以上のように、当該事案は、登録パートナーシップについて、オランダ実質法上の登録パートナーシップと婚姻との等価性を根拠として婚姻の抵触規則によるとしている。当該事案から婚姻との同等性が低い場合や同性間で締結されたパートナーシップが問題となった場合にわが国がどのような立場を採るのかを読み解くことはできないが、本件事案を根拠として、わが国が外国で締結された登録パートナーシップについて婚姻の抵触規則を適用する可能性はあるのではないか

という指摘がある⁵⁵⁾。

2 学 説

さて、国によって様々な規律方法をしている登録パートナーシップについて、わが国の裁判所はどのように法性決定し準拠法決定するべきであろうか。これについて、わが国の学説は、(ア) 国際私法上の婚姻に含まれるとし、婚姻の成立および方式について規定した通則法24条を適用する見解と、(イ) 内縁に含まれるとし、婚姻に関する規定を類推適用すべきとする見解、(ウ) 既存の婚姻概念とは別個の新たな概念として法性決定し、登録地法、または登録パートナーシップを認める国の法を適用する見解、(エ) 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関係」にあたと解し、登録パートナーシップの成立から消滅までを通則法33条によるとし、包括的に当事者の本国法を適用すべきとする見解、(オ) わが国において登録型パートナーシップを締結する場合には通則法24条を準用し、外国で締結された登録パートナーシップについては承認問題として公序審査をすべきとする見解の5つに分かれている。以下、それぞれについて紹介する。

(ア) の説は、「登録パートナーシップも、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は『婚姻』に含まれる⁵⁶⁾」、[「単に結合性の強度の点において異なる関係として婚姻と登録パートナーシップの関係を理解することもでき……(離婚と別居がしばしば同一の抵触規則によって規律されている立法例が多いように)、(婚姻と登録パートナーシップは) 同一の抵触規則によって規律されることが妥当と考えられる余地もある⁵⁷⁾」]として、婚姻に関する抵触規則を適用すべきとする。前述のイタリア人男と日本人女がオランダで締結した登録パートナーシップの解消が問題となった事案⁵⁸⁾において、法務省はオランダ法上の登録パートナーシップを婚姻と法性決定しており、近時の有力説として注目されている。しかし、この説に対しては、「登録パートナーシップは婚姻をすることができない者たちのために婚姻を代替する制度として作られたのであり、本質的に婚姻とは性質を異にする制度」であるという批判⁵⁹⁾や、比較法の観点から、「ドイツ国際私法のように登録パートナーシップを婚姻とは別個の抵触規則による法性決定が、(スイス国際私法のように婚姻と同一の抵触規則によって規律する国に比べて) より多数⁶⁰⁾」であるという指摘⁶⁰⁾、登録パートナーシップを異性間にも認める国が登場したことは、明らかにそれが婚姻制度とは別個の制度であることを意味する

のであり、婚姻とは別個の単位法律関係として位置付けるのが相当といった批判⁶¹⁾が存在する。また、外国で締結された登録パートナーシップについて、婚姻の抵触規則を適用すると、わが国の婚姻に関する抵触規則が婚姻の実質的成立要件について当事者の本国法を配分的に適用する規律をしているため、準拠法として指定された国の法が登録パートナーシップに関する規則を有していない場合や、成立、効力、解消に分けて準拠法を選択する結果、ある国で登録されたパートナーシップに他国法上のパートナーシップに付随する効果を認めることとなる場合が想定され、当事者の信頼を害することになりかねないという指摘⁶²⁾がある。

次に、(イ)の説は、解釈により内縁という独立の単位法律関係を設定し、内縁を「実質的には婚姻共同体でありながら、婚姻の形式的成立要件を充足しないために法律上正式な婚姻と認められない結合関係」としたうえで、登録パートナーシップは内縁に含まれるとする。この説に対しては、「登録パートナーシップのような法的手続が整えられている制度上のものと、……『婚姻の実質を備えた』事実上の関係（内縁）は区別」すべき⁶³⁾であるという批判があるほか、婚姻に関する抵触規則が準用されるため、その適用結果の観点から（ア）と同様の批判が当てはまる。

このような批判を受けて昨今注目を集めているのが、(ウ)の説である。(ウ)は、登録パートナーシップに関する新たな単位法律関係を新たに設定した上で、登録パートナーシップに関する国際私法規定が欠缺しているため、わが国の国際私法における基本原則である密接関連性の原則に基づき、登録地法を適用すべきとする。登録地を連結点とする利点は、「国境を越えて制度が自由移動できること、人の身分の永続性を保障すること、体系間の調和の確保を促すこと」にあるとされる⁶⁴⁾。また、登録パートナーシップの成立要件について登録国法によることに對しては、「パートナーシップの成立の保護に適うものであり、明らかに当事者の利益を保護することになると考えられるものであって、比較法的に見て、最も多くの支持を得ているものである」との指摘がある⁶⁵⁾。しかし、この説に立つ立法例の中でも、登録パートナーシップという新たな単位法律関係の外縁をどこに設定するのか（例えば、異性間で結ばれた登録パートナーシップはどうか、また、弱い結合型の登録パートナーシップを婚姻型と同等に扱ってよいのか）、連結の時点をいつにするのか等で立場の違いがみられる。また、公序発動の可能性（例えば、外国法上有効に成立している登録パートナーシップの有効性をわが国で認めることは、実質法上登録パートナーシップに関する規定を有していないわが国の現状

においては、公序則が発動される可能性が残されている)や、相続及び扶養の問題(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るが、相続準拠法によれば相続権が認められないような場合にいかに準拠法を適用するか)など、検討すべき論点が多数存在する。これらについては、結論の章で検討する。

次に、(エ)であるが、これは「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の、効力・解消の局面で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することになってしまうため、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関係」と解し、登録パートナーシップの成立から消滅までを通則法33条によるとし、包括的に当事者の本国法を適用すべきとする説である。この説も、(ア)や(イ)のように婚姻に関する抵触規則を適用することによる適用結果を避け、可能な限り外国で締結された登録パートナーシップをわが国で認めていこうとする説であるが、それでもなお「登録パートナーシップ制度を有する国が未だ限定的な状況であるから、本国法を適用すると登録パートナーシップの成立を認めない方向に動く」という批判⁶⁶⁾や、「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」という指摘⁶⁷⁾、「諸国の登録パートナーシップの相違から、本国以外で登録を行った場合に、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制度を押し付けることにもなる」という批判⁶⁸⁾がある。

最後に、(オ)の説について述べる。これは、同性婚に関する学説を紹介する際にも述べたが、日本に同一常居所を有するカップルに法的保護を与えるために、法例の規定から離れ、わが国において登録型パートナーシップを締結する場合には通則法24条を準用し、外国で締結された登録パートナーシップについては承認問題として公序審査をすべきとする説である。この説を採る立法例は北欧諸国を中心にみられ、例えばフィンランド国際私法は「外国で登録された同性の2名の者のパートナーシップは、登録がなされた国において有効な場合にはフィンランドで有効なものとする(フィンランド2001年法12条)」と規定されている⁶⁹⁾。しかし、前述のように、承認アプローチを外国裁判所の確定判決に限定し、外国で有効に成立ないし解消された身分関係についてはその有効性を承認するという立場が確立されていないことや、わが国が属するアジア圏では法文化の同一性ないし近似性、又は、外国法文化に対する信頼ないしその尊重の素地が未だ十分ではないこと等を根拠として、現状では採用できないという指摘がある⁷⁰⁾。

V 結 論

1 私 見

以上の同性婚及び登録パートナーシップに関する諸外国の実質法及び抵触法の立場と、わが国における学説の状況等を踏まえたうえで、今後わが国の国際私法上いかなる対応がなされるべきかについて述べる。

まず、同性婚に関するわが国の学説について検討する。外国で締結された同性婚については、前述のように、「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』する場合は男女間に限られない以上、通則法24条の婚姻概念を男女間に限定する積極的理由がない⁷¹⁾」として婚姻と法性決定する見解が有力である。その上で、(ア)婚姻に関する規定を適用すべきとする説と、(イ)日本で成立する同性婚については婚姻に関する規定(通則法24条以下)を適用し、外国で締結された同性婚については、わが国の公序に反しない限り承認すべきとする説に分かれている。他にも、同性婚は国際私法上の婚姻に含まれないことを前提に、(ウ)同性婚の実質的・形式的成立要件について法例13条第1項・第3項(通則法24条第1項・第3項)本文を、その効果については法例23条(通則法33条)を類推適用する説⁷²⁾がある。しかし、(ア)や(ウ)の説を採り、同性婚の実質的・形式的成立要件について婚姻に関する通則法24条を適用すると、妥当でない結論が導かれる可能性がある。例えば、仮想事例2のように、相続の先決問題として同性婚が問題となるような事案において、婚姻の成立について規定した通則法24条第1項を適用すると、その同性婚の有効性を認めることがわが国の公序に反しないような事案であっても、その有効性を否定することになってしまう。わが国と同様、婚姻に関して本国法を配分的に適用する規律を有するベルギー国際私法は、こ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(ベルギー国際私法46条第2項)が、わが国の国際私法はそのような救済規定を有しない。一方、(イ)の説は、同性婚について準拠法アプローチを採ると規範欠缺が生じ得ることを指摘したうえで、準拠法の要件によってわが国での有効性を一律に判断するよりも、承認がわが国の公序に反することになるかという点を中心に判断すべきとする。確かにこのような立場はヨーロッパ諸国におけるいくつかの立法例に見られるが、わが国の国際

私法上承認アプローチを採用した場合が外国裁判所の確定判決に限定されている現状においては、外国で締結ないし解消された身分関係について承認アプローチを採用するという立場が確立されない限り、準拠法アプローチを採用することは避けられないであろう。また、承認アプローチを採用と、公序が発動される場合を除き準拠法上その成立や、効力、解消が有効であるかの審査は行われないため、例えば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場合にも、わが国でその成立が承認される可能性がある⁷³⁾。従って、承認アプローチを採用するにあたっては、近隣諸国の法文化の同一性ないし近似性、又は、外国法文化に対する信頼ないしその尊重が求められるが、わが国を囲むアジア圏にあっては、それらが未だ不十分であるから⁷⁴⁾、承認アプローチを採用することはできない。

同性婚を実質法上認める国が2017年現在22の国と地域にまで増加しており、今後外国で締結された同性婚がわが国で問題となる事案が発生することは容易に想像できる。しかし、(イ)の説を採用することは現状のわが国の国際私法では難しいように思われる上、(ア)や(ウ)の説のように、外国で締結された同性婚について国籍を連結点としているわが国の婚姻に関する抵触規則を適用すると、同性婚に関する実質法規定を有する国が少ない現状においては、規範欠缺により同性婚の成立が認められないという結論が導かれる可能性が高い。わが国の実質法は同性婚を認めていないが、2008年に国連総会で発表された「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る」共同声明にわが国も参加していることに鑑みると、外国で締結された登録パートナーシップや同性婚については、可能な限りわが国でも認めていくべきではないだろうか。

次に、登録パートナーシップに関するわが国の学説について検討する。外国で締結された登録パートナーシップについては、前述のように、(ア)国際私法上の婚姻に含まれるとし、婚姻の成立および方式について規定した通則法24条を適用する見解と、(イ)内縁に含まれるとし、婚姻に関する規定を類推適用すべきとする見解、(ウ)既存の婚姻概念とは別個の新たな概念として法性決定し、登録地法、または登録パートナーシップを認める国の法を適用する見解、(エ)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関係」にあたとし、登録パートナーシップの成立から消滅までを通則法33条によるとし、包括的に当事者の本国法を適用すべきとする見解、(オ)わが国において登録型パートナーシップを締結する場合には通則法24条を準用し、外国で締結された登録パートナーシップについては承認問題として公序審査をすべきとする見解の6つに分か

れる。これらの説について見ていくと、まず、(ア)と(イ)の説は、法性決定の点で異なるものの、婚姻に関する通則法24条以下を適用する点で共通している。これらの説を採り登録パートナーシップについても通則法24条以下を適用すると、婚姻と同様、成立、移転、効力に単位法律関係を分けてそれぞれ準拠法を選択していくことになるが、このような適用は、登録パートナーシップの内容が未だ各国で様々である現在においては、跛行的法律関係をもたらす可能性があり、当事者の予見可能性を損なうこととなりかねない。また、仮想事例1のような場合に通則法24条を適用すると、わが国が実質法上登録パートナーシップに関する規定を有しないことから、規範欠缺により外国法上有効に成立した登録パートナーシップがわが国では認められないこととなるが、このような適用結果は同性婚についての検討で触れた通り妥当ではない。(エ)の説においても、通則法33条を適用し、包括的に本国法を適用すべきとするが、このように適用すると、未だ登録パートナーシップを認める国が28の国と地域に限定されている現在においては、外国で締結された登録パートナーシップを認めない方向に動くこととなる。

以上のように、同性婚や登録パートナーシップを実質法上認める国が未だ少数である現状において、住所地や国籍などの既存の連結点を用いることは、外国法上有効に成立した身分関係を認めない方向に動くこととなる。そこで、外国で締結された同性婚や登録パートナーシップの成立、一般的及び財産的効力並びに解消については、その手続きを処理した官庁が帰属する法によると規定することで、可能な限りそれらの身分関係をわが国でも認めていくべきであると解する。同性婚や登録パートナーシップを区別せず同一の抵触規則によるとする見解に対しては、同性カップルに対して婚姻を認める制度である同性婚と、婚姻が認められない同性カップルに対して婚姻に準ずる法的保護を与える制度として誕生した登録パートナーシップを一括に捉えることへの批判が想定される。しかし、ともに国家機関への法的手続きを経て婚姻に相当乃至類似の法的保護を与える制度であるという点で共通しているほか、登録パートナーシップを婚姻そのものの枠内に取り込むように実質法を規定する国や、外国で締結された同性婚について登録パートナーシップとして承認する国が存在することからも、締結により当事者に認められる効力の差こそあれ、登録パートナーシップと同性婚を一括に論ずる可能性はあると考える。従って、登録パートナーシップと同性婚を共に「既存の法制度では法的保護を受けることができない性的少数者の結合関係を法的結合として認め、法的保護を与えようとする制度」であるとして一括りに捉えたとうえで、「婚

姻に準ずる法的結合」という新たな単位法律関係を設定する。そして、「婚姻に準ずる法的結合」については、その成立、一般的及び財産的効力並びに解消について、その手続きを処理した官庁が帰属する法によるべきであると考ええる。このように規律することによって、外国で有効に成立した同性婚や登録パートナーシップについて、わが国の公序に反しないような事案であればその有効性を認めることができるほか、跛行的法律関係や規範の欠缺といった適用結果を避けることができ、当事者の予見可能性にかなう。

また、このように解すると、登録パートナーシップについて双方向的抵触規則を採る立法例の中でも、指定された外国法に抵触法を含めるか実質法に限るかという点において各国の抵触法の立場が分かれていることから、わが国の国際私法がどの立場を採るべきかが問題となる。後者の立場に対しては、以下の例を挙げつつ、法律関係の継続性を危険にさらすという批判がある⁷⁵⁾。例えば、登録パートナーシップの財産制について準拠法選択を認めるA国において登録パートナーシップを締結した当事者がB国へ移住した場合、当事者が自身らの登録パートナーシップの財産制についてB国法を準拠法として指定していても、B国の抵触法が登録国の実質法規定であるA国法のみを準拠法として指定するときは、当事者による準拠法選択が反映されることなく、A国実質法が準拠法となってしまう。しかし、わが国の国際私法は、反致を認める場合を、「本国法」として外国法が指定され、かつ外国国際私法が日本法を準拠法として指定する場合（いわゆる、狭義の反致）に限定している。従って、私見のように「その手続きを処理した官庁が帰属する法」を準拠法として指定する場合にはわが国の反致に関する規定は適用されないほか、わが国が登録パートナーシップや同性婚に関する実質法規定を有していない現状においては、狭義の反致を認める実益がないことから、準拠法の指定は実質法規定に限定すべきであろう。登録国実質法規定の適用により当事者の期待に反する結果が導かれる可能性があるが、それは実質法上登録パートナーシップや同性婚に関する規定を有しておらず、抵触法上反致を狭義の反致のみに限定しているわが国においてはやむをえないというべきである。

ただし、「婚姻に準ずる法定結合」という新たな単位法律関係を設定し、外国で締結された同性婚や登録パートナーシップなどの法定結合の成立、効力、解消について、「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」を適用すべきと解するといくつかの批判が想定される。例えば、わが国の国際私法は、婚姻の成立に関して当事者の本国法を配分的に連結する立場を採るが、それとの整合性を

どうとのかという指摘や、当事者が登録地を離れて別の国に居住している場合などに、登録地との密接関連性が認められないのではないかという指摘が想定される。しかし、世界中に広く普及し各国の婚姻制度との間に高い同等性が認められる異性婚と、同性婚や登録パートナーシップとは区別して考えられるべきである上、登録パートナーシップについて登録国法型の抵触法を有する国の多く（例えばドイツ、ベルギー、フランスなど）が婚姻に関しては本国法の配分的適用主義を採用していることから、わが国においても、婚姻に関して本国法の配分的適用主義に立ち、登録パートナーシップや同性婚について登録国法主義に立つ可能性は充分にあると考える。また、後者の指摘に対しては、「当事者にとっての密接関連性とは、その国籍の帰属や居所の所在等の地域的関連性ばかりではなく、その者たちの利害関係への影響という当事者利益としての主観的関連性も考えられ」という指摘⁷⁶⁾もあるように、たとえ当事者が登録地を離れて別の国に居住している場合であっても、「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」が登録パートナーシップや同性婚の当事者にとって最密接関係地法であると解する余地はあるように思われる。

なお、前述のように、同性婚を実質法上認めている法域の実質法規定は、同性カップルに対しても異性間の婚姻を締結できるように改正するなどして対応しているため、各国の実質法規定の間にある程度の等価性が認められるが、登録パートナーシップに関する各国の実質法規定は等価性が低い場合がある。そこで、わが国において登録パートナーシップの外縁をどのように定義付けするかが問題となる。これについて、登録パートナーシップに関する国際戸籍委員会条約(CIEC)第1条は、前述のように、登録パートナーシップを「官公庁の登録を伴う同性または異性の二人の者の婚姻を除く生活共同体」と定義している⁷⁷⁾。この定義は各国の登録パートナーシップに関する実質法規定を幅広く「登録パートナーシップ」に含むものであり、登録パートナーシップに関する実質法規定を有さず内国法との等価性が問題とならないわが国においては、このような定義付けが妥当であると解する。よって、各国の実質法における同性婚の規定と上記登録パートナーシップの定義に基づき、「婚姻に準ずる法的結合」について、①法的手続きを経ていること、②婚姻又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がないこと、③婚姻に準ずる権利義務関係が創設されること、の3つの要件を満たすものと定義する。この3つの要件によることで、一夫多妻婚や内縁などの事実上の関係と区別しつつ、諸外国の同性婚や登録パートナーシップを

包含することができる。なお、このように解すると、フランスのバックスのような弱い結合型からベルギーのような婚姻型まで、幅広く登録パートナーシップの有効性をわが国で認めることとなるが、実質法上登録パートナーシップに関する規定を有しないわが国では、一部の登録パートナーシップを優遇する根拠はないように思われる。外国で締結された異性間の登録パートナーシップについても、同性間の登録パートナーシップと同様、登録国法を適用してよいのかについては争いがあるが、異性間の登録パートナーシップの有効性をわが国で認めることの可否については、個々の事案ごとに公序審査を行えばよいと考える。

また、登録国法主義を採用する立法例の中でも、登録地を「最初の登録地」(ベルギー国際私法60条第1項)とするのか、「最後の登録地」(ドイツ民法施行法17条b3項)とするのか、「全ての登録地法上認められる効果を認める」(民事上の身分に関する国際委員会条約6条)とするのかで立場が分かれているが、当事者の利益としての主観的関連性の観点から、「最後の登録地」と解するのが妥当であろう。確かに、このように解すると、実質的に当事者に準拠法選択を認めることとなり、登録のための旅行(例えば、登録国法上養子縁組の締結が認められていない登録パートナーシップの当事者が、養子縁組の締結が認められている他国において改めて登録パートナーシップを締結するような場合)を助長する可能性がある。しかし、属人法主義に立つ国々の多くが、夫婦財産制の準拠法決定について当事者自治を認めるようになってきているように⁷⁸⁾、身分関係について当事者の意思を尊重する立場は現在有力に主張されており、登録パートナーシップや同性婚についても、当事者自治に基づき準拠法選択の余地を残す可能性はあるといえる。また、登録地を「最初の登録地」とすると、例えばA国で登録パートナーシップを締結した当事者が、その後B国で登録パートナーシップを締結し、C国で居住している場合など、A国と当事者との間に主観的及び客観的な密接関連性が認められないことも想定され、当事者が予測していない結論が導かれる可能性が高くなる。また、「全ての登録地法上認められる効果を認める」とすると、複数の登録国の登録パートナーシップについてわが国の裁判所が調査する必要があり実用的でないほか、パートナーシップの当事者が当該登録国法上認められていない効力を求めて他国で登録パートナーシップを登録することも想定され、結局登録のための旅行は避けられない。加えて、この立場を採用すると、例えば婚姻型のパートナーシップを締結している当事者が、より効力の弱いパートナーシップへの変更を希望する場合、その後弱い結合型の登録パートナーシップを登録したとしても、複数の

実質法上認められる効力が累積的に認められることになってしまうため、結局一度登録パートナーシップを解消して新たに弱い結合型の登録パートナーシップを締結することが必要となる。現状においては、いずれかの当事者（他国法上認められる効力を求め他国の登録パートナーシップを締結する当事者、若しくは、弱い結合型の登録パートナーシップへの変更を望む当事者）を優遇する合理的な根拠はないため、この立場を採ることは適当でないと解する。そこで、複数の登録地がある場合の登録地の選定に解しては、「最後の登録地」と解することが、当事者の予見可能性と密接関連性の観点から最適であると考ええる。

2 検討課題

さて、上述のように解すると、いくつか検討しなければならない問題がある。それは、(a) 公序発動の可能性、(b) 扶養に関する問題、(c) 相続に関する問題の3点である。まず、登録パートナーシップや同性婚について、「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」を適用すると、その実質法規定上有効性が認められる場合には、わが国においてその成立や、効力、解消が認められることとなる。しかし、実質法上登録パートナーシップが認められておらず、婚姻は異性間に限ると一般的に解されているわが国においてはその有効性を認めることがわが国の公序に反すると判断される可能性がある。他にも、私見のように解すると、仮想事例2のように、登録国法によると登録パートナーシップの効力として相続権が認められるものの、相続準拠法によると登録パートナーシップの当事者に相続権が認められないような場合が想定され、わが国ではこのように登録パートナーシップや同性婚の当事者と第三者との関係が問題となる場合において、どのように準拠法を選択すべきかが問題となる。以下、これら3つの論点について検討していく。

まずは、(a) 公序発動の可能性について検討する。わが国の学説の状況では、前述のように、憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立」すると規定していることから、明文の規定はないものの、婚姻の当事者は異性間に限ることが当然の前提と解されている⁷⁹⁾。そこで、同性婚や同性間の登録パートナーシップなどの有効性をわが国で認めることが、憲法24条1項が規定するわが国の公序に反するかが問題となる。しかし、憲法24条のもとになった草案を作成した連合国軍総司令部（GHQ）のベアテ・シロタ・ゴードンの意図は、「明治民法時代、婚姻が親や戸主の意向のままに決められることが慣例になっていた事実

をふまえ、これを無くし、女性の権利を確立することにあつた⁸⁰⁾とされており、シロタ本人も本条文の素案を策定するにあたっては「『男性も女性も人間として平等である』をキーワードに据え⁸¹⁾」ていたと述べている。つまり、憲法24条は両性間の平等を実現するために作成された規定と解釈できる。また、「個人の尊厳と両性の本質的平等が貫徹している限り、日本国憲法の下でも」様々な「家族は等価として考えられるべきであり、……その中の一つの形態だけが望ましいとする視点は、必ずや国家による個人生活の統制をもたらす」という指摘⁸²⁾があることから、仮想事例2のような事案であっても、当該外国法上の登録パートナーシップないし同性婚の規定や立法趣旨が、個人の尊厳と両性の本質的平等を貫徹している限り、公序に反しないと解する可能性はあるのではないだろうか。また、異性間でも登録パートナーシップ締結を認める国があることから、これをどう扱うかが問題となるが、同様の理由から、個人の尊厳と両性の本質的平等を貫徹している限りは、公序に反しないと判断されるべきである。なお、公序審査にあたっては、わが国の裁判上及び学説上、「外国法の適用結果の反公序性」及び「内国牽連性」の相関関係で判断されるため、例えば外国法上有効に成立している日本人同士の登録パートナーシップや同性婚の有効性が争われる事例など、高い内国牽連性が認められる事案については、公序則に反すると判断される可能性が高いと考える。

次に、(b) 扶養に関する問題について述べる。扶養に関して規定したわが国の抵触規則である「扶養義務の準拠法に関する法律」は、原則として扶養権利者の常居所地法を準拠法としており（2条第1項）、扶養権利者の常居所地法によればその者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、当事者の共通本国法を（同条第1項但書）、それでも扶養を受けることができないときには日本法によって定めるとする（同条第2項）。原則として常居所地法を適用する理由は、①扶養権利者が現実に生活を営む地の法によってこそ要保護者の需要に応じることができること、②私的扶養が困難な場合にのみ公的扶助を開始する国が多く、両者を同一の準拠法に依拠させることで制度間の調和が可能になること、③同一国内にいる扶養義務者を平等に扱い、同一の基準によることができること、④常居所や国籍を異にする扶養義務者が複数いる場合にも、基準の統一性を確保できることなどが挙げられている⁸³⁾。また、2条第1項但書や同条第2項の規定は、扶養権利者を保護し、扶養義務の成立をできる限り認めることを目的としている⁸⁴⁾。

以上のような理由から、現在の扶養に関する抵触規則は常居所地法主義を採用しているが、これを仮想事例2のような事例で適用すると、登録パートナーシップや同性婚に関する制度を有しないわが国では、登録パートナーシップや同性婚の当事者に扶養を受ける権利が認められないこととなる。しかし、登録パートナーシップや同性婚の当事者は、異性間の婚姻に相当乃至類似する共同生活関係にあることが多く、そういった者たちに扶養を受ける権利が認められないという適用結果は、扶養義務の成立をできる限り認めることを目的としている現行法の立法趣旨に反しているように思われる。そこで、登録パートナーシップや同性婚などの法的結合の扶養法上の効果は、原則として扶養を請求している者の常居所地法によるとしたうえで、扶養準拠法によれば登録パートナーシップや同性婚の当事者に扶養を受ける権利が認められない場合には、「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」を補正的に適用するよう解釈するべきである。登録パートナーシップや同性婚の成立乃至解消とその後の当事者の扶養との間には密接関連性が認められるため、両者を同じ準拠法によって処理することは妥当な解決を導くであろう。なお、扶養準拠法上権利を有する第三者と登録国法上の権利者がともに権利を主張する場合には、これらの準拠法上の規定と登録国法を、事案の性質ごとに重畳適用するべきである。

最後に、(c) 相続に関する問題について検討する。わが国では相続人は統一的に被相続人の本国法によって決定されるが、相続人が不存在の場合に限り、被相続人と特別の縁故があった者（被相続人と生計を同じくしていた者や被相続人の療養看護に努めた者等）への財産分与を認めている（民法958条の3）。特別縁故者への相続財産分与制度は相続財産所在地法によるべきとするのが現在の多数説であることや⁸⁵⁾、財産分与の相当性の判断は、一般的に被相続人の意思を基準に判断すべきとされていること⁸⁶⁾から、同性婚や登録パートナーシップの当事者に対しても、その財産がわが国に存在する場合には、特別縁故者として相続権が認められる可能性がある。しかし、仮想事例2のように日本民法上の法定相続人が存在する場合や、相続財産が登録パートナーシップや同性婚を実質法上認めていない外国に存在する場合には、登録パートナーシップや同性婚の当事者には相続権が認められない可能性がある。このような結果は、互いを配偶者として考え、婚姻と同等もしくはそれに類する生活をしている登録パートナーシップや同性婚などの当事者に対して相続権を認めないこととなり、適当でないように思われる。

それでは、今後どのような解決策がなされるべきであろうか。まず、「相続は、

被相続人の本国法による」とする通則法36条を改正する案について検討する。相続に関して常に被相続人の本国法を準拠法とする現在の通則法に対しては以前から批判があり、早川教授は特別養子縁組制度を切り口に、「現在の相続準拠法の決定方法にしたがったのでは、……死者が実際に密接な関係を持っていた地の法が選ばれない場合がある⁸⁷⁾」としたうえで、「被相続人の常居所地を相続準拠法を選ぶための要素として重視するという方向が、基本的な対応として望ましい⁸⁸⁾」と指摘している。また、相続に関して常居所という連結素を用いる立法例は、2012年6月にEUが制定した相続に関する国際裁判管轄や抵触規定等について定める規則⁸⁹⁾にもみられる。このEU規則は、被相続人が最後に常居所を有していた国の法を準拠法とするとしたうえで(21条1項)、明らかに密接な関係を有する国があるときはその国の法を準拠法としている(同条2項)。加えて、被相続人があらかじめ、準拠法選択時に有している国籍もしくは死亡時に有している国籍のいずれかを指定すれば、それを準拠法とする規定を有しており(22条1項)、被相続人の常居所と国籍、そして被相続人の意思を組み合わせることによって、被相続人と密接な関連を有している地を選ぶ方法を採用している。このEU規則のように、相続についても当事者自治を認める立法例はドイツ、イタリア、韓国などで見られ、最近の立法の新しい傾向と指摘されている⁹⁰⁾。しかし、仮に上記早川教授の指摘やEU規則を参考に通則法36条を被相続人の常居所を連結素とする規定に改正するとしても、わが国の国際私法上「個別準拠法は総括準拠法を破る」の原則が不文の原則として採用されているため、物権については物権準拠法、不法行為に基づく損害賠償請求権については不法行為準拠法が適用される。つまり、物についてはその所在地法、不法行為に基づく損害賠償請求権については不法行為の準拠法が相続権を認めないときには、登録パートナーシップや同性婚の当事者に相続権が認められないこととなる。このように準拠法を選択すると、登録パートナーシップや同性婚に関する規定を有する国が少数である現状においては、登録パートナーシップや同性婚の当事者に相続権を認めない方向に動く。

このように、通則法36条の規定を変更することによって登録パートナーシップや同性婚の当事者に対して相続権を認めることは非常に困難である。そこで、登録パートナーシップや同性婚の相続については、ドイツ国際私法を参考に特則を設けることを検討する。具体的には、相続準拠法によれば登録パートナーシップや同性婚の当事者に相続権が認められない場合には「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」を補正的に適用するよう規定する。なお、このように規

定すると、第三者との関係が問題となるが、これについても扶養に関する特則と同様、相続準拠法上権利を有する第三者と登録国法上の権利者がともに権利を主張する場合には、これらの準拠法上の規定と登録国法を事案の性質ごとに重畳適用すべきであると解する。

3 立法論及び解釈論

上述の検討から、今後いかなる立法がなされるべきかについて述べる。まず、登録パートナーシップや同性婚は、認められる効力の差や締結できる当事者など、内容に差はあるものの、既存の法制度では法的保護を受けることができない当事者を法的結合として認め、法的保護を与えようとする点で共通している。そこで、同性婚と登録パートナーシップを区別せず、「婚姻に準ずる法定結合」という新たな単位法律関係を設定し、外国で締結された同性婚や登録パートナーシップなどの法定結合の一般的及び財産的効力並びに解消は、「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」によるとする。なお、当事者が複数国で登録パートナーシップや同性婚を締結している場合には、「最後にその手続きを処理した官庁が所属する実質法規定」を適用すると規定する。また、「婚姻に準ずる法定結合」とは、①法的手続きを経ていること、②婚姻又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がないこと、③婚姻に準ずる権利義務関係が創設されること、の3つの要件を満たすものと定義する。また、異性間の登録パートナーシップについても、「婚姻に準ずる法的結合」に含まれると解する。

このように、「婚姻に準ずる法的結合」については「その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定」上有効であれば、わが国においてもその有効性が認められることとなる。しかし、当該外国法上の登録パートナーシップないし同性婚の規定や立法趣旨が、個人の尊厳や両性の本質的平等に反するものである場合や、同性婚や登録パートナーシップが日本人同士で締結されているなど事案に高い内国牽連性が認められる場合には、その成立や、効力、解消が外国法上有効であっても、公序則により有効性が認められない可能性がある。

次に、婚姻に準ずる法定結合によって生ずる扶養上及び相続法上の効果は、それぞれの抵触規則によると規定する。加えて、わが国の扶養に関する抵触規則である「扶養義務の準拠法に関する法律」を適用するにあたって、第2条の規定によれば当事者に扶養を受ける権利が生じないときには、その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定を補正的に適用すべきである。また、相続に関しては、

婚姻に準ずる法定結合による相続の準拠法について、「通則法36条によって指定される準拠法によれば当事者に相続権が認められないときには、その手続きを処理した官庁が帰属する実質法規定による」と規定する。

- 1) 詳細については、林貴美「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」(国際私法年報14号・2012年) 2頁以下、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為の予備的考察」法学論叢156巻3・4号(2004年) 293頁以下参照。
- 2) [http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf\(2017/11/16\).web](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf(2017/11/16).web).
- 3) 青山道夫・有地享編『新版注釈民法(21)』〔上野雅和〕(有斐閣・1989年) 178頁。棚村政行=篠原光児=五島京子=三宅篤子=早野俊明=佐藤啓子=鈴木伸智『家族法』(青林書院・2001年) 55頁。
- 4) 溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣・2005年) 486頁。
- 5) 前掲林(1) 9頁。
- 6) 小出邦夫編著『一問一答・新しい国際私法』(商事法務・2006年) 148頁。
- 7) 民事月報59巻7号159頁以下。
- 8) [https://www.city.shibuya.tokyo.jp/kusei/jorei/jorei/lgbt.html\(2017/11/30\).web](https://www.city.shibuya.tokyo.jp/kusei/jorei/jorei/lgbt.html(2017/11/30).web).
- 9) [http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf\(2017/11/16\).web](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf(2017/11/16).web).
- 10) 前掲林(1) 4頁。
- 11) [http://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2009-10-01\(2018/1/2\).web](http://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2009-10-01(2018/1/2).web).
- 12) [https://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a34th15.pdf\(2018/1/2\).web](https://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a34th15.pdf(2018/1/2).web).
- 13) [http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf\(2017/11/16\).web](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf(2017/11/16).web).
- 14) 前掲林(1) 8頁。
- 15) 前掲林(1) 7頁。
- 16) [http://dutchcivillaw.com/actconflictlawmarriage.htm\(2018/01/21\).web](http://dutchcivillaw.com/actconflictlawmarriage.htm(2018/01/21).web), 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・2007年) 第51巻第1号221頁以下。
- 17) [http://www.jafbase.fr/docUE/Belgique/Belgique-Loi16juillet2004-CodeDIP-VersionFr.pdf\(2018/01/21\).web](http://www.jafbase.fr/docUE/Belgique/Belgique-Loi16juillet2004-CodeDIP-VersionFr.pdf(2018/01/21).web), 林前掲(1) 6頁。
- 18) [http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf\(2017/11/06\).web](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf(2017/11/06).web).
- 19) [http://judcoop.eu.eu/data/?p=data&idPermanent=182\(2018/01/02\).web](http://judcoop.eu.eu/data/?p=data&idPermanent=182(2018/01/02).web).
- 20) [http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg\(2018/01/22\).web](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg(2018/01/22).web).

- 21) [http://ciec1.org/SITECIEC/PAGE_infos/IBUAAAnqhamxEWGtzZmxzbXd4BwA?WD_ACTION_=MENU&ID=A13&_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fciec1.org%2F&_WWNATION_=5\(2018/1/3\).web](http://ciec1.org/SITECIEC/PAGE_infos/IBUAAAnqhamxEWGtzZmxzbXd4BwA?WD_ACTION_=MENU&ID=A13&_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fciec1.org%2F&_WWNATION_=5(2018/1/3).web).
- 22) 前掲林 (1) 9 頁。
- 23) 前掲林 (1) 4 頁。
- 24) 前掲林 (1) 4 頁。
- 25) 前掲林 (1) 5 頁。
- 26) 前掲林 (1) 5 頁。
- 27) 前掲林 (1) 5 頁。
- 28) 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 年) 141-142 頁。
- 29) 笠原俊宏『国際私法原論』(文真堂・2015 年) 183 頁。
- 30) 前掲林 (1) 11 頁以下。
- 31) [https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf\(2018/01/21\).web](https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf(2018/01/21).web), 中西前掲 (1) 315-322 頁。
- 32) 前掲中西 (1) 316 頁以降。
- 33) 前掲中西 (1) 316 頁以降。
- 34) [http://www.stadtart.de/pdf/lebenspartnerschaftsgesetz.pdf\(2018/01/23\).web](http://www.stadtart.de/pdf/lebenspartnerschaftsgesetz.pdf(2018/01/23).web), 林貴美「ドイツにおける家族をめぐる新たな立法」同志社法学 54 巻 5 号 (2003 年) 39 頁以下。
- 35) 前掲中西 (1) 308 頁。
- 36) 前掲林 (1) 13 頁。
- 37) 前掲林 (1) 13 頁。
- 38) 前掲林 (1) 13 頁。
- 39) 前掲林 (34) 46-47 頁。
- 40) 前掲林 (34) 46 頁。
- 41) 有倉遼吉=時岡弘編『条解日本国憲法〔改訂版〕』(三省堂・1989 年) 211 頁。
- 42) 久保岩太郎「婚姻の成立」『国際私法講座第 2 巻』(有斐閣・1955 年) 515 頁。
- 43) 家月 51 巻 6 号 71 頁。
- 44) 櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法第 2 巻 法の適用に関する通則法 §§24 ~43・附則、特別法』〔横溝大〕(有斐閣・2011 年) 10 頁。
- 45) 前掲林 (1) 19 頁。
- 46) 前掲溜池 (4) 486 頁。
- 47) 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・2005 年) 49 巻 3 号 440 頁。
- 48) 前掲林 (1) 20 頁。
- 49) 前掲笠原 (29) 184 頁。
- 50) 前掲中西 (1) 333 頁。
- 51) 前掲笠原 (29) 188 頁。

- 52) 前掲溜池 (4) 487頁。
- 53) 前掲溜池 (4) 487頁。
- 54) 戸籍761号65頁。
- 55) 前掲林 (1) 19頁。
- 56) 前掲横溝 (44) 10頁。
- 57) 前掲笠原 (29) 182頁。ただし、笠原先生は別の立場を採られている。
- 58) 戸籍761号65頁。
- 59) 前掲林 (28) 151頁。
- 60) 前掲笠原 (29) 183頁。
- 61) 前掲笠原 (29) 181頁。
- 62) 前掲林 (28) 152頁。
- 63) 河野俊行「内縁の解消」櫻田嘉章=道垣内正人編『国際私法判例百選〔第2版〕』(有斐閣・2012年) 131頁。ただし、河野教授は登録パートナーシップを婚姻と法性決定すべきとしている。
- 64) 前掲中西 (1) 327頁。
- 65) 笠原俊宏「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・2010年) 第54巻第2号158頁。
- 66) 前掲林 (1) 21頁。
- 67) 前掲林 (1) 21頁。
- 68) 前掲林 (1) 21頁。
- 69) 前掲中西 (1) 305頁。
- 70) 前掲笠原 (29) 184,188頁。
- 71) 前掲横溝 (44) 10頁。
- 72) 前掲溜池 (4) 487頁。
- 73) 前掲林 (1) 14頁。
- 74) 前掲笠原 (29) 188頁。
- 75) 前掲笠原 (65) 160頁。
- 76) 前掲笠原 (29) 186頁。
- 77) [http://ciec1.org/SITECIEC/PAGE_infos/IBUAANqhamxEWGtzZmxzbXd4BwA?WD_ACTION_=MENU&ID=A13&_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fciec1.org%2F&_WWNATION_=5\(2018/1/3\).web](http://ciec1.org/SITECIEC/PAGE_infos/IBUAANqhamxEWGtzZmxzbXd4BwA?WD_ACTION_=MENU&ID=A13&_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fciec1.org%2F&_WWNATION_=5(2018/1/3).web).
- 78) 北澤安紀「夫婦財産制」『国際私法判例百選〔第2版〕』(有斐閣・2012年) 120頁。
- 79) 前掲上野 (3) 178頁。前掲棚村ほか (3) 55頁。
- 80) 鈴木昭典『日本国憲法を生んだ密室の九日間』(創元社・1995年) 200頁以下。
- 81) ベアテ・シロタ・ゴードン『1945年のクリスマス』(柏書房・1995年) 133頁。
- 82) 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊『これからの家族』・1985年94頁。
- 83) 中西康=北澤安紀=横溝大=林貴美『リーガルクエスト国際私法』(有斐閣・2014年) 377頁。

- 84) 前掲中西ほか (83) 377頁。
- 85) 佐藤やよひ「特別縁故者」『国際私法判例百選〔第2版〕』（有斐閣・2012年）165頁。
- 86) 加藤一郎「民法の一部改正の解説（三・完）」ジュリスト251号56頁。
- 87) 早川眞一郎「国際的相続とわが国の特別縁故者制度—相続人不存在の処理をめぐる一考察」（名古屋大学法政論集・1998）151号126頁。
- 88) 前掲早川（87）126頁。
- 89) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512555982947&uri=CELEX:32012R0650\(2017/12/05\).web](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512555982947&uri=CELEX:32012R0650(2017/12/05).web).
- 90) 前掲中西ほか (83) 388頁。