

同性婚が認められない根拠

A 法学部門 法学科 4年 02A20018 上田宗一郎

うえだそういちろう

I はじめに

今年（令和5年）、札幌地裁¹からはじまり、大阪地裁²、東京地裁（1次）³、名古屋地裁⁴、福岡地裁⁵（以下これらをまとめて「5地裁判決」という。）において、いわゆる「結婚の自由をすべての人に」訴訟といわれる、民法739条1項、戸籍法74条1号を中心とする民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定の憲法適合性を争う訴訟の判決が出そろった。ところで、そもそも何が日本で同性婚が認められないとされる法的根拠になっているのだろうか。この点、憲法24条1項の「両性」との文言が、同性カップルの婚姻を禁じていると解しうる根拠となるとの主張⁶については上記5地裁の訴訟において、共通して否定されている⁷。そうすると、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定に同性婚が認められない根拠を求めに行くことになるが、5地裁判決は、国賠訴訟であるため、上記諸規定が同性婚を認めていないことを当然の前提としており、その法的根拠が一体どこにあるのかについては判然としない。これについて、「妻と夫という概念を用い、子の出産を前提とする民法の規定。・・・が、その法的根拠として挙げられる」⁸とか、「法律の条文における『夫』『妻』という文言等を根拠に民法の婚姻は男女の結合であることを前提とすると解している」⁹とされ、特定の何条かを根拠とするとはされていないのが現状である。そうであるならば、日本で同性婚を認めていないことの根拠をめぐる解釈の余地があるといえる。

裁判例においては、④「日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚約の共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なものとして解すべき」¹⁰と

※以下ウェブサイトについては令和5年12月16日最終閲覧

¹ 札幌地判令3年3月17日判時2487号3頁

² 大阪地判令4年6月20日判時2537号40頁

³ 東京地判令4年11月30日判時2547号45頁

⁴ 名古屋地判令5年5月30日LEX/DB文献番号25595224

⁵ 福岡地判令5年6月8日裁判所Web〔令和元年（ワ）第2827号〕

⁶ 窪田充見『家族法』154頁 第4版 有斐閣（2020）

⁷ 二宮周平「同性婚訴訟5つの地裁判決の意義と課題～婚姻の自由の保障に向けて」戸籍時報No.842 日本加除出版（2023）9頁によれば、「5つの地裁判決は、憲法24条1項は、制定当時の同性愛に対する認識から、同性婚を想定していなかっただけであり、同性婚を禁じるものではないとする」とある。また、白水隆「同性婚訴訟一審判決の比較検討」ジュリストNo.1588 有斐閣（2023）72頁でも、「本件訴訟の一審判決の比較検討を通じて、次の点が確認できよう。それらは、①憲法24条は・・・同性婚を禁止していないということ」とある。

⁸ 前掲注6

⁹ 常岡史子『家族法』42頁 初版 新世社（2020）

¹⁰ 佐賀家審平11年1月7日家月51巻6号71頁

するものがある。他方、㊸不文の婚姻障害事由があるとも解しうる¹¹。これに対し、㊹同性婚の禁止を夫婦別姓の禁止と同視し、事実問題として同性カップルが民法 739 条所定の婚姻届を出すことができないことに着目する考えがある¹²。つまり、婚姻の実質的要件について問題とせず、形式的要件の充足が認められないため、同性婚が日本実質法上成立しないと解する見解である。このように解したとき、「国際結婚の場合には別姓婚が成立しえる。すると、同性カップルの場合についても、日本人同士の同性婚はともかく、日本国籍の当事者と外国籍の当事者との結婚が外国で成立した場合、当該結婚の国内上の婚姻としての効力を否定できないのではないか。」¹³という疑問が生じる。

結論としては、このような場合の中でもごく例外的な場面においてしか当該結婚の国内上の婚姻としての効力を肯定できないこととなろう。しかし、この見解に立った場合に、具体的事例における帰結に変化が生じえることがあるとともに、国際私法上無理な解釈をすることなく公序違反性審査を行えることで個別的事案に対し柔軟な対応を可能とし、検討の可能性を大きく広げることができるようになると思われる。そこで、この見解を支持したく、以下論拠を示していきたい。なお、以下では、日本実質法上同性婚が認められないことの根拠を、㊶婚姻意思が認められないため婚姻の実質的要件の充足が認められないと解する見解を「㊶の見解」、㊸不文の婚姻障害事由があるため婚姻の実質的要件の充足が認められないと解する見解を「㊸の見解」、㊹実質的要件は問題とならないが婚姻届を出すことができず形式的要件の充足が認められないと解する見解を「㊹の見解」と表記する¹⁴。

II 従来 of 国際私法における同性婚の議論

1. ㊶の見解または㊸の見解に立つ場合の帰結

まず、㊶の見解または㊸の見解を採用した場合の具体的事例における帰結を示す。“（反致が成立しないことを前提に）日本人男 A と甲国人男 B が同性婚の認められる甲国で適法に婚姻して共に甲国で住んでいた（常居所は甲国といえる）ところ、B が死亡して、B が所有する日本所在の不動産を A が配偶者（甲国法上配偶者が相続人）として相続できるかが日本で問題になった場合”を想定する。このとき、A が B の配偶者といえるかどうか、すなわち、AB 間の同性婚の有効性が、A が相続可能か否かと言う問題の先決問題として問題となる。先決問題について、通説¹⁵・最判平 12 年 1 月 27 日（民集 54 卷 1 号 1 頁）は、

¹¹ マシャド・ダニエル「同性カップルのための事実婚の新たな展開—ブラジルと日本の比較法的研究」[2021—2] アメリカ法 260,263 頁

¹² 前掲 11, 260,264 頁

¹³ 前掲 11,264 頁

¹⁴ これら 3 つの見解を紹介する文献として、マシャド・ダニエル「日本における同性カップルの法的処遇」ジュリスト No.1578 有斐閣（2022）102 頁

¹⁵ 松岡博編『国際私法入門』〔黄韜霆〕70 頁 第 4 版補訂 有斐閣（2021）

法廷地たる日本の国際私法、すなわち法の適用に関する通則法（以下、「通則法」とする。）により当該問題の準拠法を判断することとする。すると、次に同性婚を如何なる法律問題とみるべきか、より具体的には通則法の婚姻概念に含まれると考えるべきかが問題となる。この点、日本民法で認められていないコモンロー・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ポリガミーも通則法上の婚姻概念に含まれるものと解されている¹⁶以上、日本法上同性婚が認められていないからといって同性婚が通則法上の婚姻概念に含まれないと解するには限界があるといえよう¹⁷。同性婚が通則法上の婚姻概念に含まれると解するならば、AB間の同性婚の実質的成立要件の準拠法を探るにあたって、通則法24条1項をもってその準拠法を探ることとなる。上記事例では、Bの本国法たる甲国法では同性婚が認められている一方で、Aは日本人であるためAには日本法が適用され、婚姻意思が認められない（㊦の見解）または不文の婚姻障害事由があるため（㊧の見解）日本実質法上の婚姻の実質的要件の充足が認められず、AB間の婚姻が有効なものとはいえないとの結論に至る。

このように、一方当事者に日本人がいる場合、婚姻の実質的成立要件にかかる準拠法決定に際し、通則法24条1項が配分的連結を定める以上、日本法が必ず適用される。そして、日本実質法上同性婚が認められていないことの根拠を実質的要件の不充足に求める㊦の見解または㊧の見解に求めれば、日本法に同性婚の実質的成立要件の法的问题が必ず送致されることとなるので、一方当事者に日本人がいる場合、同性婚が有効に成立することは一切ない。

2. 従来の国際私法上の同性婚を認めさせようとする方向性の議論

これまでのところ、国際私法上、同性婚についての議論をするにあたって、日本実質法上同性婚が認められていないことの根拠を㊦の見解または㊧の見解に見いだした議論が展開されてきている¹⁸。そして、これらの見解に立つ場合、一方当事者に日本人がいる場合、同性婚が一切有効に成立しないことは上記の通りである。しかし、国際私法上、かかる状況を打破する手段を考えることは可能である。

その一つは、同性婚を通則法にいう「婚姻」に包摂されないと解し、この成立について、

¹⁶ 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』〔横溝大〕7,8頁 初版 有斐閣（2011）

¹⁷ 林貴美「同性婚・登録パートナーシップをめぐる国際私法問題」二宮周平編集代表＝渡辺惺之編集担当『現代家族法講座 第5巻 国際化と家族』日本評論社（2021）135,136頁

¹⁸ 中村知里「同性婚をめぐる国際私法上の課題～外国で締結された同性婚は日本でも有効なのか」国際法学会 2020年1月7日 (<https://jsil.jp/archives/expert/2020-1>) 2.婚姻の準拠法を適用ないし類推適用する見解 部分

条理により挙行地法によるとする考え方である¹⁹。しかし、こう解してしまうと、同性婚の財産関係、解消の準拠法選択規則をいかに解するののかということも別途問題になる。また、このように解してしまうと当事者の選択で挙行地を選ぶことが可能な分、当事者による法選択を認めたと評価しうる点で、同性婚が異性婚よりも優遇されるという結果になってくると思われ、これも問題である。²⁰さらに、そもそも、挙行地法主義について、「伝統、習慣、宗教などが異なる外国人の婚姻について、挙行地法を適用することは属人法の趣旨に反すること、本国の官憲の発給した婚姻要件具備証明書により婚姻届の受否を判断することができず、挙行地法上の要件の具備を個別に証明する必要があるため、戸籍法上の届出審査が困難となることなどから、立法論として採用しがたい」²¹との批判があるところであり、より根本的には、日本実質法上同性婚が認められてないからといって、同性婚が国際私法上の婚姻概念に含まれないと解することには限界があることは上記に示した通りである。よって、かかる見解の採用はかなり困難と思われる。

また、二つ目の手段として、同性婚を通則法にいう「婚姻」に包摂されると解したとしても、「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、あるいは、より一般的に婚姻について、一定の身分関係を形成する当該外国機関による国家行為としてその効果を『承認』を検討することを主張する見解」²²によって、当該婚姻を承認しえるとの主張もありえよう²³。しかし、同じ公的機関であるとしても司法機関の最終判断として承認される裁判と同列に扱うことができるのか、司法機関の最終判断ではない公的機関により登録された法的状況は、それが成立した元の国において瑕疵があるとしてなおも争いえることを考慮すると、はたして、真に当事者の信頼の保護、法的安定性に資すると評価できるのか、また仮にこれを認めるとしてもその他どのような要件が必要か、さらなる検討が必要だとされる²⁴。よって、この見解を採用する余地がないわけではないとは思われるが、批判は残る。

3. 小括

¹⁹ 前掲注 18, 3.異性間の婚姻とは異なる方法により準拠法を定める見解 部分

²⁰ ドイツでは挙行地を連結点としたわけではないが、同性婚について登録パートナーシップに関する抵触規則（登録地法主義）を準用する旨の規定があったところ、批判が多く、（前掲注 17, 133,134 頁）2021 年には異性婚・同性婚・登録パートナーシップの成立につき締結地を連結点とする法改正の提案がなされている。（王欽彦「日本人と台湾人との同性婚を認めた台湾判例」戸籍時報 No.841 日本加除出版（2023）50 頁）

²¹ 奥田安弘『国際家族法』135,136 頁 第 2 版 明石書店（2020）

²² 前掲注 17,138 頁

²³ 前掲注 18, 1.はじめに 部分ではこれを有力説として紹介していると思われる。

²⁴ 前掲注 17,139 頁

このように、従来の国際私法上の議論の仕方では一方当事者に日本人がいる場合、同性婚が有効に成立することはなく、これを覆しうる見解も上記の通りに批判がある。

よって、一方当事者に日本人がいる場合は同性婚が有効に成立することはないと考えることが現在の趨勢になっている²⁵。

III⑤の見解に立った場合の変化

1. ⑤の見解に立った場合の帰結

では、⑤の見解に立った場合はどうなるのか。先ほどの事例²⁶をもって、再度検討する。同様に AB 間の婚姻の有効性が問題になり、同性婚は通則法の婚姻概念に含まれると解する。すると、AB 間の同性婚の実質的成立要件の準拠法を探るにあたって、通則法 24 条 1 項をもってその準拠法を探ることとなり、B の本国法たる甲国法では同性婚が認められている。そして、A の本国法たる日本法が適用されるが、このとき、⑤の見解は、日本の実質法上婚姻の実質的要件を問題とはしないが形式的要件の充足が認められないため日本では同性婚が認められないと解する見解なので、実質的要件が問題とならない。なお、そうはいつても、日本法にこの同性婚の実質的成立要件の法的问题が送致されている以上、憲法 24 条 1 項を根拠に A に同性婚が認められることはないのではないかという疑問が生じるところではある。しかし、上記の通り、同項の「両性」との文言が、同性カップルの婚姻を禁じていると解しえないことは 5 地裁判決における共通理解である²⁷。また、仮に同項の規定が同性カップルの婚姻を禁じていると解しうるとしても、上記事例のような日本人外国人同性カップルの婚姻の成立の検討にあたって、通常の純粋国内的私法関係への同項の解釈適用と同様の解釈適用がなされるとは思えない²⁸。なぜなら、日本国憲法においては「国民」（同法 11, 12, 13, 97 条、第 3 章の表題）が権利保障の明示的な名宛人であるところ、「ここにいう国民は、日本国籍の保有者のことである」²⁹。そうであるなら、同法 24 条 1 項にて示される義務は「国民」（同法第 3 章の表題）たる日本国籍の保有者に対し向けられているものであり、日本人同性カップルに関しては格別、相手方が外国籍である場合にも、同法 24 条 1 項をもって同性カップルの婚姻が禁じられていると解することはできないように

²⁵ 前掲注 15〔岡野祐子〕181,182 頁また、前掲注 18, 4.おわりに 部分

²⁶ 本文 2 頁“”部分参照

²⁷ 前掲注 7

²⁸ 前掲注 21,65 頁では「そもそも実質法は、抵触法を介して渉外的私法関係に適用される際には、常に渉外的私法関係の特性を考慮して解釈されるべきであるが、通常は、純粋国内的法律関係に関する規定がそのまま適用されるであろう。しかし、渉外的私法関係については、時として・・・純粋国内的私法関係とは異なる解釈がなされたりすることがある。これ・・・を一般に・・・渉外実質法的解釈という」とある。

²⁹ 毛利透＝小泉良幸＝浅野博宣＝松本哲治『憲法Ⅱ人権』19 頁 第 3 版 有斐閣 (2022)

思われるからである。したがって、㊦の見解に立った場合、同性婚の実質的要件は、例えば当該婚姻が重婚であるとか近親婚であるとか他の要件に問題があるなどのことがなければ、日本法上問題とならず、上記事例における AB 間の同性婚の実質的成立要件は問題とならない。

そこで、次に AB 間の同性婚の形式的成立要件の問題の準拠法を通則法 24 条 2 項、3 項によって探ることになる。すると、上記事例では、「甲国人男 B が・・・甲国で適法に婚姻して」³⁰、とあるので、「婚姻挙行地の法」(同条 2 項)³¹としても、「当事者の一方の本国法」(同条 3 項本文)としても、甲国法が準拠法として指定される。上記の通り「同性婚の認められる甲国で適法に婚姻」³²とあるので、甲国法上適法な婚姻がなされたといえ、AB 間の同性婚の形式的成立要件が満たされるように思える。

しかし、ここで通則法 42 条の公序が問題となる。同条の適用による公序違反の判断にあたっては、「①外国法の適用結果の不当性と、②事案と日本との関連性」³³が重要な役割を果たすところ、明文はなくとも日本で同性婚が認められないと解されている点、法律上同性となる者どうしの婚姻を可能とする法律案としてこれまでに国会に提出された衆議院第 198 回国会 15 民法の一部を改正する法律案³⁴は廃案となっており、衆議院第 211 回国会 3 民法の一部を改正する法律案³⁵も進捗が芳しいと思われない点³⁶、また、裁判所においても、5 地裁判決は、共通して憲法「24 条 1 項の『婚姻』は異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含むものではないと解釈」³⁷し、「24 条は異性婚のみを保障範囲に含んでいる」³⁸と判断し

³⁰ 本文 2 頁事例“(反致が成立しないことを前提に) 日本人男 A と甲国人男 B が同性婚の認められる甲国で適法に婚姻して共に甲国で住んでいた(常居所は甲国といえる)ところ、B が死亡して、B が所有する日本所在の不動産を A が配偶者(甲国法上配偶者が相続人)として相続できるかが日本で問題になった場合”から引用

³¹ 婚姻挙行地に関し、「各国の実質法から離れ、抵触規則で用いられる概念の解釈問題として国際私法独自の観点から定義を試みる立場」(中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法』302 頁 第 3 版 有斐閣(2022))をとる。この立場の例として、神戸地判平 9 年 1 月 29 日判時 1638 号 122 頁「『婚姻挙行地』は、婚姻という法律行為をなす地であって、身分登録官吏に対する届出、宗教的儀式、公開の儀式等をする地を意味するのであり、当事者が現在しない地は右『婚姻挙行地』にはあたらない」が挙げられる。

³² 前掲注 30 に同じ

³³ 多田望＝長田真里＝村上愛＝申美穂『国際私法』〔多田望〕27 頁 初版 有斐閣(2021)

³⁴ 立憲民主党、日本共産党、社会民主党の議員らにより、2019 年 6 月 3 日提出

³⁵ 立憲民主党の議員らにより、2023 年 3 月 6 日提出

³⁶ 「第 212 回国会 議案の一覧」衆議院

(https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/menu.htm)

³⁷ 前掲注 7 二宮 7 頁

ていることからすると、AB はこれから婚姻しようとしているわけではないことを考慮しても、同性カップルに婚姻を認めるという甲国法の適用結果の不当性はなお大きいものといえ、上記事例の AB 間の同性婚の形式的成立要件の準拠法として指定される甲国法の適用が排除されうる。もっとも、公序違反となるかは、一般に、外国法の適用結果の不当性と事案と日本との関連性の相関関係によって決まると説明される³⁹。そうであるなら、上記事例では確かに、A の国籍は日本で、問題になっている不動産が日本に所在するわけだが、B の国籍が甲国で、AB は常居所を甲国としており、婚姻をした場所も甲国であり、また、婚姻後の生活地も甲国なので、日本との関連性はほとんどなく、公序違反とにならないと考えることができ、AB 間の婚姻は有効と考えることができる。

このように、⑤の見解にたった場合は、具体的事例において、同性婚の有効性の帰結に変化が生じえるときもある。これは、⑥の見解の場合、同性婚の実質的成立要件の準拠法で日本法が選択されても、同性婚が認められないとされることはなく、同性婚の形式的成立要件の準拠法で同性婚が認められる国の法が指定されたときに公序違反性が問題となるにすぎなくなるからである。

2. ⑥の見解に立った場合の検討の可能性の広がり

具体的事例における帰結に変化が生じる場面は上記の通りであるが、このような結果となる場面は上記事例のような例外的場面に限られると思われる。例えば、上記事例の AB の常居所が日本であったり、婚姻後の生活地が日本であったりした場合、事案と日本との関連性があるとされ、公序発動が認められる可能性が高まる。また、AB が婚姻した場所が日本であれば、通則法 24 条 3 項ただし書の日本人条項の適用により、同性婚の形式的成立要件の準拠法は日本法となり、⑥の見解が、日本実質法上同性婚が認められない理由を形式的成立要件が充足されないこととする見解な以上、公序審査に至ることもなく、AB 間の婚姻の有効性は否定される。さらに、AB 間の婚姻を本問題として直接日本国内で問題にした場合にも上記の通りの公序審査がなされ、先決問題としてこれを扱うより公序違反とされる可能性が高いといえる⁴⁰。そこで、⑥の見解を採用したとしても、依然として日本国籍の当事者と外国籍の当事者との同性婚が外国で適法に成立した場合、日本において当該結婚の婚姻としての効力を認めることは原則としてできない。

しかし、例外的場面に限られてしまうとはいえ、国際私法上いまだ通説になっているとはいいたい承認アプローチの検討をすることなく、一方当事者に日本人がいる場合でも

³⁸ 前掲注 7 白水 72 頁

³⁹ 前掲注 16〔河野俊行〕335 頁 なお、同書では適用結果の異常性との用語を用いているが、同義だと思われる。

⁴⁰ 先決問題と公序について 櫻田嘉章＝佐野寛＝神前禎編『演習国際私法 CASE30』〔多田望〕254 頁 初版 有斐閣 (2016)

同性婚を有効とする場面を作出できる点で魅力的に思う。

また、①の見解や②の見解であれば、上記の通り婚姻当事者の一方が日本人であるというだけでその婚姻が有効になることはない一方で、③の見解であれば公序審査にまでもちこめる点で事案ごとの個別具体的な判断を可能とする。この点が④の見解に立つべき十分な理由となりえないか。令和5年6月23日に性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律（以下 LGBT 理解増進法とする。）が公布・施行された。この法律の目的規定には「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解が必ずしも十分でない現状に鑑み、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する施策の推進に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の役割等を明らかにするとともに、基本計画の策定その他の必要な事項を定めることにより、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性を受け入れる精神を涵養し、もって性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に寛容な社会の実現に資することを目的とする」（同法1条）とある。また、5地裁判決では、「同性カップルの保護のために何らかの法整備を国会に要求していること」⁴¹が共通了解となっているとされる。さらに、東京高判令2年3月4日（判時2473号47頁）では同性カップルの関係が婚姻に準じた関係であるとして不法行為に関して法律上保護される利益を認めた。これについて、関係解消の意思表示にかかる正当な利益の有無を問わず、YがAと性的関係を結んだことにより準婚関係が破綻したことを理由に損害賠償請求を認めるという判断枠組みを採用したことから、内縁準婚法理よりも婚姻に近い処遇を与えたともいえ⁴²、「同性カップルに対して、むしろ従来よりも婚姻に近い処遇を与える可能性もまた示唆されている」⁴³とある。そうであるならば、将来において、同性カップルを取り巻く日本の法状況が好転する可能性が高いといえ、それまでの間は、できる限り同性カップルの法的保護を可能にするために個別的な対応を可能にしておくのがよいように思う。

さらに、そもそも、現在、本当に同性カップルに婚姻を認めるという外国法の適用結果の不当性は大きいものといえるのだろうか。2015年から2018年までの同性婚についてのアンケート調査でも賛成が反対を上回っていたものがあることは5地裁判決の訴状⁴⁴から明

⁴¹ 前掲注7白水72頁

⁴² 道垣内弘人・松原正明編『家事法の理論・実務・判例』〔大澤逸平〕82頁 初版 勁草書房（2022）

⁴³ マシャド・ダニエル「同性カップルの関係解消と不法行為責任」別冊 JuristNo.264 有斐閣（2023）59頁

⁴⁴ ウェブサイト：Call4 結婚の自由をすべての人に→訴訟資料→本人側→【札幌・東京・名古屋・大阪】訴状 東京地裁 20190214 提訴分 76,77頁 【九州】訴状 福岡地裁 20190905 提訴分（2021年2月追加提訴分とほぼ同内容）32,33頁

らかである。また、現行の民法の単語の置き換えのみで同性婚の導入は可能であるとされ⁴⁵、「婚姻平等という理念・原則、婚姻制度の必要性、社会的な許容度の高まり、地方自治体の証明（宣誓）制度の広がりを利用可能人口等を考えると、同性婚導入の立法事実はずでに形成されているといえるのではないのだろうか」⁴⁶との見方もある。さらに、同性婚に関する諸外国の立法の背景としては、少数者の人権保護の観点から、2001年のオランダを皮切りに続々とこれを導入する国が増え、今に至っているという状況である⁴⁷。このように同性婚を認めるに至った国々はその国独自の文化風習から古来より認めてきたわけではなく、日本法と相容れない宗教・経済政策等がその立法の背景にあるとは到底思えない。そうであるならば、同性婚を有効とする外国法適用結果の不当性は現在そこまで大きいものともいえないのではないか。そもそも、公序違反かを検討するときの基本姿勢として、通説は、公序違反を認めるのはやむにやまれぬ場合に限られるべきであって、公序則の発動は厳に慎むべきであると説く⁴⁸。

このように、㊦の見解により日本では同性婚が認められないのだと解し、国際私法上の公序検討を可能とすれば、一切この検討をすることができない㊩の見解や㊨の見解と違い、具体的事例における帰結に変化を起こしえる。また、この帰結の変化を起こすにあたって、通則法上の婚姻概念を無理に狭めたり、承認アプローチを検討する必要もない。さらに、個別的な検討が可能であることから、将来においても柔軟な対応を可能とする。加えて、公序違反性自体についての検討も可能である。よって、㊦の見解に立てば、検討の可能性を大きく広げられるといえると考ええる。

3. 小括

以上の通り、日本の国際私法上婚姻の一方当事者に日本人がいる場合に同性婚が有効に成立するかの検討にあたって、日本実質法上同性婚が認められないことの根拠を㊦の見解と考えることで、具体的事例における帰結に変化を起こしえるだけでなく、検討の可能性

⁴⁵ 「同性婚の実現へ向け、『婚姻平等マリフォー法案』を作成・公開！」公益社団法人 Marriage For All Japan—結婚の自由をすべての人に 2023年4月12日 (<https://www.marriageforall.jp/blog/20230412/>)

⁴⁶ 二宮周平「婚姻平等を考える～同性婚の法制化」戸籍時報 No.839 日本加除出版(2023) 41頁

⁴⁷ 「世界の同性婚の動き」公益社団法人 Marriage For All Japan—結婚の自由をすべての人に (<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/world/>)

「世界の同性婚」NPO法人EMA日本 (<http://emajapan.org/promssm/world>)
同性間の婚姻導入のプロセスについて 二宮周平編『新注積民法(17)親族(1)』〔二宮周平〕75～77頁 初版 有斐閣(2017)

⁴⁸ 前掲注15,61頁

を大きく広げることができるようになると思う。

よって、㊦の見解を支持したい。

IV おわりに

本稿で検討の核とすることにしたマシャド・ダニエルの㊦の見解は同性カップルに対して異性カップルと同じ程度の事実婚的保護を可能とするために提唱されていた見解である。本稿はそこで呈されていた疑問に答える形としたが、民法上も国際私法上も同性カップルの法的保護の問題はまだまだ問題が山積しているように感じた。その一部として、上記の通り 5 地裁判決では、「同性カップル保護のために何らかの法整備を国会に要求していること」⁴⁹が共通了解となっているが、仮に国レベルで登録パートナーシップ制度を導入するのであれば、「①婚姻の自由が保障されないこと、したがって、婚姻できない二級市民を創設する結果となること、②同性婚を導入した国でパートナーシップ制度を存続させているのは、異性・同性の利用を可能としている国であり、その他の国は同性婚導入までの過渡的な制度に過ぎないこと、③日本で導入すると戸籍制度の改革が不可避であること」⁵⁰といった問題が生じえる。そして、このように国レベルで登録パートナーシップ制度を導入した場合、国際私法上、同性婚や登録パートナーシップの問題をどの単位法律関係の問題とするのかということも問題となる。そうなった場合、「同性婚については国際私法上も婚姻として扱い、登録パートナーシップについては登録時の当事者の信頼を保護するためにも、成立から解消まで条理によりすべて登録地法を適用すべきであろう」⁵¹と考える⁵²が、こう

⁴⁹ 前掲注 7 白水 72 頁

⁵⁰ 前掲注 7 二宮 9 頁

⁵¹ 前掲注 17,141 頁

⁵² この見解に対する批判は概ね日本の実質法上登録パートナーシップ制度がないということに起因する。(前掲注 17,141 頁)

また、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」国際私法年報第 14 号 信山社 (2012) 21,22 頁では、「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。」とし、以下の事例が例としてあげられる。「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」場合を設例 1 とする。そして、設例 2 として、設例 1 を「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」場合を挙げる。設例 1 について、「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、当該日本人は相続できる。」一方、設例 2 について、「同性婚を婚姻として扱おうと、通則法 24 条により当該日本人男性に

解すると、日本実質法上も国際私法上も同性婚を認めることがより遠ざかってしまうおそれもあると思われ、これでよいのだろうかと思う。

このように、同性カップルの法的保護をめぐる問題はまだまだ多く存在するが、本稿がこれらの問題を解決していくにあたっての一助となれば、本稿筆者としては望外の喜びを感じる。

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。」という。しかし、私見によれば、設例2の場合に公序違反となる可能性はあるが、一概に婚姻が無効とされるわけではない。また、日本において、国レベルで登録パートナーシップ制度が導入され、一方で同性婚を認めないとの状況が続けば登録パートナーシップ制度を優遇する結果となってしまうと致し方ないように思われる。