

## 論 説

# 同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法

井 上 泰 人

第 1 はじめに

第 2 前提となる通則法の解釈論

- 1 婚姻の成立の準拠法
- 2 離婚に伴う清算的財産給付の準拠法

第 3 単位法律関係としての同性婚及び婚姻類似関係の要否

第 4 同性婚及び婚姻類似関係の準拠法に関する従来の議論

- 1 単位法律関係に関する法廷地国際私法独自説
- 2 同性婚及び登録パートナー関係に関する学説
- 3 内縁に関する学説

第 5 同性婚及び婚姻類似関係の解消に伴う清算的財産給付の準拠法

- 1 単位法律関係の設定
- 2 同性婚
- 3 婚姻類似関係

第 6 おわりに

## 第 1 はじめに

男性医師 X は、とある経緯で名探偵 Y と同居し、円満な関係を築いていたが、(1) Y の滝での事故死により Y との関係が解消したため、Y の兄であり唯一の肉親である Z に対し、あるいは (2) 女性 W との婚姻を契機に Y との関係を解消したため、Y に対し、いずれも当事者双方がその協力によって得た財産の清算とその一部の給付を求めた。なお、Z は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）36 条が指定する準拠法により Y の相

(1)

続人となるものとする。

この事案で解決を求められているのは、Xに上記給付を求める権利があるか否かであるところ、対等な成人であるXY間には最低限、同居に伴う両者の利害関係を規律する明示又は黙示の契約（使用貸借等）があったはずであるから、当該給付を求める権利という効力（法律効果）をもたらず契約（法律行為）の成否が問題となる。ここで法律行為の効力と成立は、分割指定がされない限り通則法7条又は8条により同一の準拠法が指定されるから、両者の準拠法の区別は、通常あまり意識されない。そして、Xは、準拠法がそれを許す限り、(1) 相続人Z、又は(2) Y本人に対し、当該契約の成立及び終了を請求原因とする請求により、地方裁判所において、対等な成人間における法律関係の死別又は生前の解消に伴う、生存当事者と相続人間又は当事者間における財産の清算に基づく給付（以下、単に「清算的財産給付」ともいう。）を受けすることができる。例えば、X及びYが同居に併せて労務を目的とする出資による探偵業を営んでおり、通則法により準拠法が日本法とされるのであれば、Xは、組合契約（民法667条2項）の解消に伴う清算（民法688条2項）として、Z又はYに対して清算的財産給付を求めることができる。

では、Yが女性であり、XがYと婚姻していたと主張している場合はどうか。これも対等な成人間の法律関係であるが、(1) では通則法36条により指定される準拠法に基づくYの相続人としての資格が、(2) では通則法26条又は27条により指定される準拠法に基づく離婚に伴う清算的財産給付を受ける資格が、それぞれ解決を求められている法律問題すなわち国際私法上の本問題となる。そして、「渉外的な法律関係において、ある一つの法律問題（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのでも、本問題の準拠法

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。」とするのが判例<sup>(1)</sup>であり通説でもある(法廷地国際私法説)<sup>(2)</sup>。ここで解決が求められる国際私法上の先決問題(前提問題)は、(1)及び(2)の上記各資格を誰が有するかである<sup>(3)</sup>から、(1)においてはXが相続人としての資格を充足するのか(相続権の有無)、(2)においてはXが清算的財産給付を受ける地位にあるのかということになる。そこで、XY間の婚姻の成否という国際私法上の先決問題を通則法24条により指定される準拠法により審査し、(2)では通則法27条による当該婚姻の解消(離婚)という先決問題も解決する必要がある。通則法により準拠法がすべて日本法になったとすると、XY間の婚姻の成立(民法731条以下)(及び解消(民法763条以下))が確認された上で、(1)の清算は、相続(民法900条3号)に伴う遺産分割(民法906条以下)を通じて、(2)の清算は、財産分与(民法768条)として、いずれも家庭裁判所において実現されることになる。また、XY間に内縁すなわち「婚姻の

---

(1) 最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁。

(2) 道垣内正人『ポイント国際私法総論(第2版)』(有斐閣, 2007年)118頁, 竹下啓介『基礎・国際私法 三酔人国際私法問答』(日本評論社, 2023年)75頁等参照。

(3) 竹下前掲注2)79頁は、法廷地国際私法説について、舛場準一「国際私法上の先決問題の問題について」大平善梧編集代表『国際私法の基本問題』(有信堂, 1962年)131頁以下を引用しつつ、「法律上被相続人と有効に婚姻を成立させた者の判断について、法廷地国際私法説は、本問題準拠法所属国の視点からの有効な婚姻を成立させた者、すなわち当該国の準拠法選択規則によって指定される準拠法上被相続人と有効に婚姻を成立させた者を排除している。このことは、相続という単位法律関係について、相続人の資格(被相続人と有効に法律上の婚姻をした者)の問題はその射程に含まれるが、当該資格を有する者が誰かについては射程に含まれないとする判断に基づく」と解される。そして、最後に、この被相続人と有効に法律上の婚姻をした者の判断について、法廷地の準拠法選択規則によって有効に婚姻を行った者とし、本問題準拠法上の「配偶者」の概念にその者を含めて解釈するという、双方の「配偶者」概念の接合を行っているのである。」とする。

届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合」という「婚姻に準ずる関係」<sup>(4)</sup>があるとされた場合、Xは、日本法上、(1)ではYの相続人にならないが<sup>(5)</sup>、(2)については財産分与の規定の類推適用を受けると解されている<sup>(6)</sup>。もちろん、家事審判手続ではXY間の婚姻等の成否を既判力により確定できないから、この点を確定するには婚姻関係の存否確認等の訴え（人事訴訟法2条1号）が別途必要であり<sup>(7)</sup>、この訴えでは、婚姻等の成否も本問題となり得る。

このように、清算的財産給付は、財産法上の紛争として地方裁判所で処理されるのが原則であるが、例外として親族法・相続法（以下、法律関係の成立に着目し、単に「親族法」という。）上の紛争として家庭裁判所が管轄を有することもある。そして、後者を前者から分別（前者を後者から除外）するのは、当事者間において親族法上の法律効果の発生が主張されているか否か、そしてその先決問題としてそのような法律効果をもたらす親族法上の法律関係（例えば婚姻）の成否が問題とされているか否かという点である。

それでは、当事者の一方又は双方が外国人である事案において、①Yが男性であり、Xとの間に外国法に基づく同性婚や、②Yの性別を問わず、異性婚又は同性婚ではないが対等な成人間において婚姻に類似する親族法上の法律効果（相続権や財産分与といった清算的財産給付の受給資格という権利を含

---

(4) 最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁。日本法の内縁につき二宮周平編著『新注積民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017年）84頁以下〔二宮周平〕等参照。

(5) 最決平成12年3月10日民集54巻3号1040頁。

(6) 東京家決昭和31年7月25日家月9巻10号38頁、広島高決昭和38年6月19日家月15巻10号130頁、東京家決昭和40年9月27日家月18巻2号92頁、福岡家小倉支部決昭和46年8月25日家月25巻1号48頁、大阪高決平成23年11月15日家月65巻4号40頁。

(7) 最大決昭和41年3月2日民集20巻3号360頁。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法(む。)をもたらす法律関係(例えば日本法の内縁や諸外国の登録パートナー関係。以下「婚姻類似関係」という。)の各成立が主張されている場合はどうなるのか。

日本では同性婚制度が現行法上認められておらず<sup>(8)</sup>、内縁も、専ら異性間のものが前提とされてきたという歴史があり<sup>(9)</sup>、これ以外には登録パートナー制度を含む婚姻似関係の制度が見当たらない。しかし、諸外国では、同性婚がドイツなどの先進国を中心に既に少なくとも30か国以上において法制度として採用されており、今後もその増加が見込まれる<sup>(10)</sup>。また、同性婚制度とは別の制度として、あるいは同性婚制度に至る一過程として、登録パートナー制度や当事者間の合意に基づく何らかの婚姻類似関係の制度を採用した国々も広くみられる。これらの成立要件や効力は、各国の社会的ないし政策的な相違を反映して甚だ多様であり、差し当たり親族法上の個別の法律効果を有するとの点でしか共通性ないし互換性を観念できない。また、これらの各国でも法改正が相次ぐなど状況は流動的であるが、中には、同性婚制

---

(8) いわゆる「婚姻の自由をすべての人に」訴訟である札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁及びその控訴審である札幌高判令和6年3月14日LEX/DB25598384、大阪地判令和4年6月20日判時2537号40頁、東京地判令和4年11月30日判時2547号45頁、名古屋地判令和5年5月3日判例秘書L07850619、福岡地判令和5年6月8日判例秘書L07850497、東京地判令和6年3月14日LEX/DB25598385は、いずれも同性婚が現行法上は認められていないことを前提にその違憲性を検討している。

これ以前の裁判例として、佐賀家決平成11年1月7日家月51巻6号71頁、東京地判平成26年6月25日LEX/DB25519928がある。

- (9) 二宮編著前掲注4)84頁以下〔二宮周平〕は、日本で内縁と呼ばれる生活関係が多数発生した背景事情として、婚姻が家制度との関係で理解されており、明治民法が家制度に起因する様々な婚姻障害事由を定めていたことや、法律婚の観念が当時の日本社会に十分に浸透していなかったことなどを挙げている。内縁保護の必要性は、これらの条件が当てはまらない現代の日本社会では変化しつつある(同書88頁)。
- (10) 二宮編著前掲注4)73頁〔二宮周平〕、前掲注8記載の近時の各裁判例、千葉勝美『同性婚と司法』(岩波書店、2024年)4頁等参照。

度と登録パートナー制度を併存させているオランダのような国もある<sup>(11)</sup>。

したがって、いずれも日本に在住するドイツ人 X と日本人 Y の間のドイツにおいて届出がされた同性婚や、ドイツ人 X とオランダ人 Y の間のオランダでされた登録パートナー関係が前提となって清算的財産給付が求められる事例は、日本においても当然に発生し得る。そのため、これらの申立てが日本の裁判権に関する家事事件手続法 3 条の 11（財産分与）及び 12（遺産分割）の要件を充足する場合、家庭裁判所がどのようにして準拠法を指定し、これに基づいてどのような裁判を行うべきなのかが問題となる。もちろん、ここでの裁判は、準拠法適用の結果、上記申立ての基礎となる法律関係が親族法上のものとは認められず、したがって家事事件手続法別表第 2 第 4 項（財産分与）又は第 12 項（遺産分割）に該当しないとして申立てを斥けるものも含む。この場合、当事者間の紛争は、原則に戻って財産法上のものとして地方裁判所にその解決が委ねられることになる。

そこで本稿では、同性婚及び婚姻類似関係の各解消に伴う清算的財産給付の成否が主に家庭裁判所で問題とされた場合を念頭に置き、その解決策を検討するため、まずその準備作業として、婚姻をめぐる通則法の解釈論を確認する（第 2）。次に、その解決に当たって独立の単位法律関係を有する準拠法

---

(11) 各国の同性婚制度及び登録パートナー制度等の近時の在り方について林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向」国際私法年報 6 号（2004 年）138 頁（以下「林①」という。）、中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ」法学論叢 156 巻 3・4 号（2005 年）293 頁、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「林②」という。）、棚村政行＝中川重徳編著『同性パートナーシップ制度』（日本加除出版社、2016 年）26 頁以下、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 年）115 頁（以下「林③」という。）、谷口洋幸「同性間のパートナー関係をめぐる日本法の現在地—比較法・国際法の視点から—」家庭の法と裁判 48 号（2024 年）4 頁、松原俊介「同性婚訴訟と婚姻類似の制度」法学 87 巻 4 号（2024 年）156 頁等参照。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法選択規則を構想すべきか否かを検討し（第3）、併せて従来の学説上の議論を整理（第4）した上で、解決の方向性を呈示したい（第5）。

## 第2 前提となる通則法の解釈論

### 1 婚姻の成立の準拠法

婚姻の実質的成立要件について法例13条1項本文（明治31年（1898年）制定）を引き継ぐ通則法24条1項（平成18年（2006年）制定）は、「各当事者につき、その本国法による。」という配分的適用を定めている。これは、これから婚姻しようという当事者を同等とみて、各当事者がそれまで従ってきた本国法による趣旨であるが、前身である法例13条の制定当時は、当然のことながら専ら異性婚が想定されていた<sup>(12)</sup>。

しかし、この配分的適用の在り方をめぐっては、婚姻の実質的成立要件のうち当事者の一方のみに関わる一方的要件（婚姻適齢等）と双方に関わる双方的要件（近親関係等）を準拠法選択規則の上で区分し、前者については通則法24条1項の条文どおり当事者ごとに本国法を配分的に適用するが、後者については当事者双方の本国法を累積的に適用する見解<sup>(13)</sup>（抵触法説）と、これらの区分を、同項により当事者ごとに本国法を配分的に適用した結果として生じる準拠法の解釈問題と理解する見解<sup>(14)</sup>（準拠実

---

(12) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書26 法典調査会法例議事速記録』（商事法務研究会，1986年）129頁〔穂積陳重発言〕。

(13) 山田録一『国際私法（第3版）』（有斐閣，2004年）405頁，溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣，2005年）（以下「溜池②」という。）421頁，木棚照一『逐条解説国際家族法』（日本加除出版，2017年）70頁，櫻田嘉章『国際私法（第7版）』（有斐閣，2020年）270頁等。

(14) 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』（有斐閣，2011年）12頁〔横溝大〕，横山潤『国際私法』（三省堂，2012年）236頁，道垣内正人『ポイント国際私法各論（第2版）』（有斐閣，2014年），野村美明ほか「婚姻成立に関する本国法の配分的適用と一方的・双方的要件の基準」同志社法学73巻8号（2022年）123頁。筆者は、上掲野村ほか賛同するものであり、本文の用語

質法説)が対立している。本稿では、差し当たり近時の有力説である準拠実質法説を前提に議路を進める。

なお、当事者間に婚姻が成立したといえるためには、さらに通則法 24 条 2 項及び 3 項が指定する準拠法に基づき形式的成立要件を具備する必要もある。

## 2 離婚に伴う清算的財産給付の準拠法

通則法 27 条が離婚の成否に関する準拠法を指定することに争いはないが、離婚に伴う清算的財産給付の準拠法の指定については、やはり見解の対立がある。すなわち、昭和 59 年(1984 年)の判例<sup>(15)</sup>は、夫が韓国人の離婚請求事件で、準拠法である当時の韓国法には財産分与制度がなかったことから、離婚慰謝料の金額が、財産分与を含む離婚給付に関する当時の日本の社会通念に反して著しく低額であるか否か(法例 30 条・通則法 42 条)が問題とされた事案であるが、その前提として、離婚慰謝料及び財産分与の準拠法をいずれも法例 16 条(通則法 27 条)により離婚の準拠法と一致させている。学説にはこの判例に与する見解<sup>(16)</sup>も多いが、離婚給付には様々の異なった内容のものが含まれていることを指摘し、そのうち夫婦財産の清算については、「相続のときと並んで夫婦財産制が現実の意味をもつ局面であり、また、離婚に備えて夫婦財産契約をしている場合も考えられる」<sup>(17)</sup>ことから通則法 26 条によるべきであるとする見解が対立している。

---

は、これに従った。

(15) 最判昭和 59 年 7 月 20 日民集 38 卷 8 号 1051 頁。

(16) 南敏文『改正法例の解説』(法曹会, 1992 年) 78 頁, 山田前掲注 13) 451 頁, 溜池②前掲注 13) 470 頁, 櫻田=道垣内編前掲注 14) 61 頁〔青木清〕, 木棚前掲注 13) 195 頁。

(17) 澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門(第 8 版)』(有斐閣, 2018 年) 107 頁。横山前掲注 14) 265 頁, 神前禎ほか『国際私法(第 4 版)』(有斐閣, 2019 年) 178 頁〔神前禎〕も同旨。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法

この点は、本稿の主題との関係でも考え方を整理しておく必要がある。そして、離婚に伴う各種の財産給付の準拠法を離婚の準拠法に一致させることには、確かに紛争解決基準の単純化という長所がある（離婚後扶養に関する扶養義務の準拠法に関する法律4条1項参照）。

しかし第一に、平成元年（1989年）の法例改正によって夫婦財産制に関する規律が変更され、限定的とはいえ当事者自治が採用された。その結果、当事者が、通則法26条2項に基づき特定の実質法を準拠法に選択した上で離婚の際の清算条項を含む夫婦財産契約をしていた場合や、清算的財産給付に関する規定を含む特定の実質法を法定夫婦財産制の準拠法に選択していた場合に、清算的財産給付に関して通則法27条を適用すると、当該清算に当たり予定されていたものとは異なる準拠法が適用される可能性が生じる。すなわち、本国法を同じくする夫婦がこれと異なる地にある不動産の関係解消時の清算方法を所在地法に基づいて定めていた（通則法26条2項3号）のに、いざ離婚の際に本国法が適用されるとなると、当事者の予見を害し、清算の履行にも困難を生じさせる。むしろ、当事者間の婚姻が後になってから不成立又は無効であったと判断された場合、上記不動産をめぐる当事者間の法律関係は、原則に戻って財産法上のものであったとみるのが自然であるから、当事者による準拠法を選択が通則法7条に基づく選択と評価され、結果として当事者の予定に従った清算がされるという皮肉な結論になりかねない。

第二に、民法768条の財産分与の性質についてはかねてより議論がある<sup>(18)</sup>ものの、昭和46年（1971年）の判例<sup>(19)</sup>は、それが清算的要素、扶養

---

(18) 二宮編著前掲注4) 397頁以下〔犬伏由子〕、常盤史子「離婚給付と離婚慰謝料」二宮周平編集代表＝犬伏由子編集担当『現代家族法講座第2巻 婚姻と離婚』（日本評論社、2020年）255頁等参照。

(19) 最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁。

的要素及び慰謝的要素から構成されるとした。しかし、現在の家庭裁判所の実務は、「民法の一部を改正する法律要綱案」(平成8年(1996年)2月26日法制審議会決定)を受けて、これらのうち専ら清算の要素に着目し、原則として双方の寄与の程度を2分の1として「当事者双方がその協力によって得た財産」(民法768条3項)を分割するいわゆる「2分の1ルール」を適用しており<sup>(20)</sup>、これによる精緻極まる運用が行われている<sup>(21)</sup>。他方、財産分与の準拠法を離婚及び離婚慰謝料の準拠法と一致させた昭和59年(1984年)の上記判例の事案は、このような実務が定着する前のものであり、離婚慰謝料との関係が問題とされていた一方、審理を通じて清算の対象となる資産の存在がそもそも確定されていない<sup>(22)</sup>など、現在の視点からは清算の要素が十分に顧慮されていなかったと評価されてもやむを得ないものであった。したがって、上記判例のうち財産分与の準拠法を離婚及び離婚慰謝料のそれと一致させた部分は、離婚に伴う清算的財産給付(清算的要素)に的を絞ったものと即断できず、その先例的価値には大きな疑問が残る。

以上から、離婚に伴う清算的財産給付については、通則法27条ではなく通則法26条により準拠法を選択すべきものと考え、以下ではこれを前提として議論を進める。

### 第3 単位法律関係としての同性婚及び婚姻類似関係の要否

同性婚制度及び婚姻類似関係の制度が諸外国で広く認められている以上、

- 
- (20) 秋武憲一＝岡健太郎『離婚調停・離婚訴訟(三訂版)』(青林書院, 2019年)174頁〔松谷佳樹〕。
- (21) エートス編『離婚事件財産分与実務処理マニュアル』(新日本法規出版, 2016年), 秋山＝岡前掲注20)179頁以下〔松谷佳樹〕等参照。
- (22) 遠藤賢治「離婚に伴う財産分与請求を認めない大韓民国の民法を適用することが法例30条にいう「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」に反するとして許されない場合」『最高裁判所判例解説民事篇昭和59年』(法曹会, 1988年)369頁。

(10)

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法  
これらの法律関係をめぐる紛争も、日本において発生し得る。また、憲法  
24条1項及び2項は、婚姻について「両性」及び「夫婦」という文言を用  
いることで専ら異性婚を想定しているようにみえるが、下級審裁判例は、憲  
法が同性婚制度や登録パートナー制度を含む婚姻類似関係の制度を禁止はし  
ていないと解することでほぼ一致している<sup>(23)</sup>。そうであるならば、外国法  
に基づく同性婚又は婚姻類似関係が日本で問題となった場合、その適用結果  
を認め、これを前提として当事者間の紛争解決に当たることは、原則として  
日本における公序良俗に反する（通則法42条）とはいえないであろう。した  
がって、このような外国法の適用を確保するためにも日本において何らかの  
準拠法選択規則が必要となりそうである。

しかし、日本には同性婚及び婚姻類似関係の成立、効力及び解消に関する  
明文の準拠法選択規則は存在しない。これらのうち内縁及び登録パートナー  
制度については、平成18年（2006年）の通則法制定の際にも検討対象とさ  
れたが、「内縁の準拠法について、①仮に規定を設けようとする場合には、  
そもそも婚姻以外の男女関係のうちどの範囲までを内縁として捉えるかとい  
う問題が生ずるが、婚姻以外の男女関係の形態は様々であり、そのうちのい  
かなる範囲を国際私法上の内縁とするかということを確認にすることは困難  
であること、②学説上、内縁の範囲に関する考え方は様々に分かれている  
上、内縁の各局面ごとの準拠法に関する考え方についても多岐に分かれてい  
ること」、また「我が国では、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こと」、そ  
して諸外国でもこれらの法律関係について準拠法選択規則を設けている国が  
多くはないことから、いずれも「現時点で規定を設けることは時期尚早であ

---

(23) 前掲注8記載の近時の各裁判例。憲法解釈につき例えば千葉前掲注10) 145  
頁、172頁参照。

ると考えられた」<sup>(24)</sup>。このため、同性婚及び婚姻類似関係をめぐる法律問題についてどのように準拠法を指定すべきかは、一つの解釈問題となっている。

この点について学説は、後記第4のとおり通則法の適用又は類推適用を主張し、あるいは条理に基づく準拠法選択規則を提唱する傾向にある。これらは、いずれも例えば「同性婚の成立」、「内縁の効力」あるいは「登録パートナー関係の解消」といった単位法律関係を観念した上で、それが通則法所定の単位法律関係に内包されるのか、仮に内包されないとすればどのように位置付けられるのかを検討することで、そこに性質決定される法律問題の準拠法指定を構想するものであるといえる。

その中であって、「内縁が法律上問題となるのは不当破棄や相続の局面であり、それぞれ、不法行為の準拠法（通則法17条・20条・21条・22条）、相続の準拠法（36条）によれば足りると解される。もちろん、婚姻関係がないとの判断は通則法24条によって定まる準拠法によることになるが、そのような関係にある者の保護の問題は、それぞれの局面に適用される準拠法上の判断に委ねるべきであり、通則法上に存在しない婚約や内縁という単位法律関係にあたるか否かをあえて問題とすることは適当ではないと考えられるからである。」<sup>(25)</sup>とする見解がある。そして現に、離婚慰謝料について法例16条（通則法27条）を適用した昭和59年（1984年）の前記判例<sup>(26)</sup>とは異なり、韓国人間の内縁の不当破棄に基づき損害賠償が請求された昭和36年（1961年）の判例<sup>(27)</sup>は、不法行為の成立及び効力に関する法例11条1項（通則法17

---

(24) 小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法（増補版）』（商事法務、2014年）323頁以下〔和波宏典〕。立法準備のための研究として中西康「[親—2]婚約・内縁・登録パートナーシップ」法例研究会編『法例の見直しに関する諸問題（4）』別冊NBL89号（2004年）52頁。

(25) 澤木=道垣内前掲注17）103頁。

(26) 前掲注15・最判昭和59年7月20日民集38巻8号1051頁。

(27) 最判昭和36年12月27日家月14巻4号177頁。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法条)を適用している。

しかし第一に、通則法 36 条が指定する準拠法が亡 Y の相続人の資格として「配偶者及び内縁の相手方」と定めていた場合、一方において X が「配偶者」に当たるか否かを国際私法上の先決問題として通則法 24 条が指定する準拠法により審査するのであれば、ここでいう「内縁」が他国に類を見ない相続準拠法(本問題準拠法)に極めて特殊な法律関係を意味しており他国との間で互換性がないと解釈されるような事情がない限り、X の「内縁の相手方」の該当性についても相続準拠法の解釈によるのではなく、やはり「配偶者」同様に国際私法上の先決問題として日本の準拠法選択規則が指定する準拠法により審査するのが、均衡のとれた解釈であると思われる。

第二に、上記見解は、生前の関係解消に伴う清算的財産給付についてどのように考えているのかが明らかではない。日本法の内縁当事者は、前記のとおり相互に財産分与を求めることができるが、このように事案に日本法を適用するためには、前提として日本法を指定する準拠法選択規則が必要であり、さらには内縁の成否を審査する準拠法を指定する準拠法選択規則も必要不可欠である。

以上によれば、内縁について単位法律関係を不要とする上記見解には賛同できない。むしろ、同性婚及び婚姻類似関係は、いずれも一定のまとまりを持つ親族法上の法律関係として確立しつつあるから、多数の見解に従い、これらについて単位法律関係を観念し、これに基づく準拠法選択規則を構想するのが適当と思われる。

## 第 4 同性婚及び婚姻類似関係の準拠法に関する従来の議論

### 1 単位法律関係に関する法廷地国際私法独自説

民法 750 条以下は、民法 731 条以下で「婚姻」として成立した法律関係を「夫婦」という異性婚を前提とした文言で表現しているため、日本法が

同性婚制度を認めていない根拠の一つとされている<sup>(28)</sup>。そして、通則法 25 条、26 条及び 28 条が通則法 24 条の「婚姻」として成立した法律関係をやはり「夫婦」としていることに加えて、前身である法例 13 条の制定当時の想定に照らすと、通則法 24 条の「婚姻」は、異性婚を意味し、同性婚を含まないと解するのが自然であることになる。

もっとも、通則法の「婚姻」及び「夫婦」は、民法のそれと同一ではない。すなわち、準拠法選択規則の単位法律関係は、その内容が世界的に共通した互換性の高い法制度であることを前提として、そこに性質決定された法律問題に最も密接に関係する地の法を複数の法域の中から準拠法として選択するために用いられるものであるから、法廷地実質法の法概念に拘束されるべきものではなく、当該準拠法選択規則の解釈問題として概念構成されている（法廷地国際私法独自説）<sup>(29)</sup>。そして、通則法 24 条以下の「婚姻」及び「夫婦」も、その内容が世界的に共通した互換性の高い（その成立に伴って概ね当事者間の相続権、扶養義務及び貞操義務などといった共通の法律効果 a ないし z を具有する）対等な成人間の親族法上の法律関係を意味しているのであって、これを民法 731 条以下のそれと同じものと扱う必然性はなく、現に前者は後者よりも広いと考えられている<sup>(30)</sup>。これに加えて、通則法 24 条の「婚姻」という文言には必ずしも明確な定義があるわけではない<sup>(31)</sup> こともあって、単位法律関係としての同性婚や婚姻類似関係が同条以下の「婚姻」及び「夫婦」に内包されるか否かについては争い

---

(28) 前掲注 8 記載の近時の各裁判例。

(29) 山田前掲注 13) 49 頁、溜池②前掲注 13) 129 頁、櫻田＝道垣内編前掲注 14) 230 頁〔櫻田嘉章〕、澤木＝道垣内前掲注 17) 19 頁等多数。

(30) 櫻田＝道垣内編前掲注 14) 7 頁〔横溝大〕、林③前掲注 11) 135 頁。

(31) 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』（有斐閣、1955 年）515 頁や石黒憲一『国際家族法入門』（有斐閣、1981 年）17 頁ではある程度積極的な定義が試みられているが、時代背景もあって男女の結合が要素とされており、多くの教科書類ではそもそも定義の記述がない。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法がある。

そこで以下では、同性婚及び婚姻類似関係の成立、効力及び解消という各単位法律関係の準拠法選択規則に関する従来の議論を整理するに当たり、便宜上、まず同性婚及び登録パートナー関係に関する学説(2)、次に登録パートナー関係以外の婚姻類似関係の一つである内縁に関する学説(3)を、いずれも通則法24条以下の「婚姻」及び「夫婦」との関係に留意しながら順次検討する。

## 2 同性婚及び登録パートナー関係に関する学説

### (1) 通則法24条以下を直接適用する見解

まず、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<sup>(32)</sup>」として、同性婚及び登録パートナー関係は、いずれも通則法24条の「婚姻」に性質決定されるとする見解がある。

また、特に同性婚について、通則法24条の「婚姻」を異性婚に限定する必要はなく、これにより指定される準拠法により同性婚(婚姻)が有効に成立すると解し、通則法25条以下により準拠法が同一常居所地法である日本法となった場合には、可能な限りで日本民法における婚姻に関する規定を適用すべきであるとする見解<sup>(33)</sup>もある(この論者は、後記のとおり登録パートナー関係について登録地法の適用を主張している)。

これらは、単位法律関係としての同性婚(及び登録パートナー関係)が条文上は通則法24条の「婚姻」に内包されると位置付けるものである。

しかし、成立についてはそれでよいとしても、通則法25条及び26条

---

(32) 櫻田＝道垣内編前掲注14) 10頁〔横溝大〕。澤木＝道垣内前掲注17) 20頁も同性婚につき同旨。

(33) 林①前掲注11) 151頁、林②前掲注11) 18頁、林③前掲注11) 136頁。

は、婚姻の効力及び夫婦財産制について「夫婦」という異性婚を前提とする文言を採用しており、これに同性婚が内包されるとすることには、少なくとも文理解釈として難があるほか、本稿の主題とは離れるが、通則法 28 条の「夫婦」という文言を通じた子の嫡出性付与についてどう考えるかという問題を残す。

また、各国の登録パートナー制度は、内容が多様であり、互換性を観念できるのが親族法上の個別の法律効果に限られる点で、互換性が高い「婚姻」及び「夫婦」とは実質が異なる。前者の見解のように、両者がいずれも通則法 24 条の「婚姻」に内包されるとすると、同性婚制度を有する A 国法を本国法とする X と、登録パートナー制度しかない B 国法を本国法とする Y との間でそれぞれの要件を充たす法律関係が成立した場合、これを同性婚と評価すべきなのか登録パートナー関係と評価すべきなのかが不明となる。このように、特に登録パートナー関係を通則法 24 条以下の「婚姻」及び「夫婦」と直ちに性質決定してよいのかどうかについては疑問が残る。

さらに、日本法には同性婚に関する法が欠缺している。そのため、後者の見解が提唱するように同性婚当事者間に日本法に基づく法律効果を与えるためには、民法の解釈として異性婚を想定した規定の類推適用を検討する必要がある。しかし、このような日本法の解釈論については、まだ議論が尽くされている状況にはないのではないかと。

(2) 通則法 24 条以下を類推適用し、併せて通則法 33 条を適用する見解

この見解は、同性婚及び同性間の登録パートナー関係をいずれも異性婚及び異性間の内縁とは異なるものと把握した上で、

ア これらの成立は、法例 13 条（通則法 24 条）の類推適用によるが、その効力及び解消は、日本法にはこれらの制度がないことから法例 23 条（通則法 33 条）により成立当時の両当事者の本国法の累積適用による

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法か、あるいは

イ 両当事者の本国法で同性婚制度の内容に差があり等価性が低い場合には、そのうち成立要件が穏やかで効力の弱い方の同性婚の成立を認めたと上で、効力及び解消もこの成立に係る準拠法による

とするものである<sup>(34)</sup>（この論者は、後記のとおり異性間の内縁には通則法 24 条以下の類推適用を主張している。）。

これは、①各国の同性婚制度及び同性間の登録パートナー制度が相互に大きく相違している（そのため異性間と同じく扱うことはできない）、②日本には同性婚等の効力及び解消に関する法が存在しない（したがってこれらの準拠法は成立のそれによるべきである）、という認識（及び評価）に基づくものと思われる。

しかし、①の認識は正しいものの、対等な成人である同性間の各国の親族法上の制度の等価性は、実質法を参照しないと判断できない。したがって、この見解によれば、通則法 24 条 1 項の類推適用により指定される当事者の各本国法の等価性を比較しない限り最終的な準拠法を指定することはできなくなる。しかし、このような考え方は、特定の法律問題を単位法律関係に性質決定し、当該単位法律関係から導かれる連結点を通じてその内容を問うことなく中立的に準拠法を指定するという、準拠法選択の一般的なモデルからはやや逸脱しているように思われる。

また、②の認識が正しいとしても、そのことから通則法 33 条による両当事者の各本国法の累積的適用を導くことは疑問である。通則法 33 条は、「当事者の本国法によって定める。」と規定するにとどまり、同性婚のように複数の当事者が存在する場合に同条を具体的にどのように適用するのかは、従来必ずしも判然としないと解されてきた<sup>(35)</sup>。これを

---

(34) 溜池②前掲注 13) 486 頁。

(35) 山田前掲注 13) 558 頁。

当事者の各本国法の累積的適用と解する<sup>(36)</sup>と、離婚に伴う清算的財産給付の成否を判断するに当たり、各本国法がいずれも抽象的にはこれを認めているにもかかわらず、個別財産の具体的な価額算定方法や清算の計算方法等が著しく異なっていた場合に、清算の実現に当たって深刻な調整問題が発生する。

なお、明示的に主張されているわけではないが、通則法の文理解釈上、同性婚及び登録パートナー関係の成立に関する法律問題を通則法33条の「その他の親族関係等」に性質決定し、当事者の各本国法を累積的に適用すると考えることも可能である。しかし、異性婚の成立については通則法24条1項により当事者の各本国法が配分的に適用される(準拠実質法説)から、この解釈を採用すると、同性婚は、異性婚よりも成立が困難になる。同項の解釈として抵触法説を採用したとしても、同性婚は、一方的要件について異性婚よりも成立が困難になることに変わりはない。するとドイツ人男性とオランダ人男性の間の同性婚は、ドイツ人男性とオランダ人女性の間の異性婚よりも日本の準拠法選択規則上は不利に取り扱われることになるが、この差異をどのように合理的に説明するのかは、一つの問題であろう。

### (3) 登録地法を適用する見解

ア まず、同性婚制度及び登録パートナー制度「は、既存の単位法律関係(法適用通則法24条から27条までなど)の想定していなかった制度であり、また、制度の国際的な同質的な展開(例えば条約や人権概念)もまだ認められていないうえに、今のところ極めて属地的な制度に止まっているいることからすれば、属地的制度の承認、すなわち、登録地法によるほかないものと思われる。」<sup>(37)</sup>とする見解がある。これは、通則法24条

---

(36) 澤木=道垣内前掲注17)123頁。

(37) 櫻田前掲注13)298頁。

(18)

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法以下の条文とはさらに距離を置くものである。

もっとも、この見解にいう「承認」の意義は、必ずしも明らかではない。民訴法 118 条が外国判決承認の要件を定めていることを手掛かりとして、これを外国国家行為の承認要件に一般化し、同条が定める要件（①国際管轄，②関係当事者に関する手続保障，③公序要件）を基軸としてその承認の可否を検討するという理論<sup>(38)</sup>を前提として、これを同性婚及び登録パートナー関係に適用することを主張するもの<sup>(39)</sup>とみることもできる。

しかし、上記理論は、必ずしも広く受け入れられているわけではない。その理由の一つは、外国国家による法人格の付与（民法 35 条）及び外国裁判所の裁判（民訴法 118 条，家事事件手続法 79 条の 2）という実定法上の根拠があるものを除くと、いかなる外国国家行為を承認の対象とすべきかが明らかではない結果、これを一般論として認めると、国際法上は承認義務がないはずの膨大な外国国家行為を日本において際限なく自動承認しなければならなくなる点にあると思われる。そのため、なぜ同性婚及び登録パートナー関係の登録が承認されるべき外国国家行為であるのかについては十分な論証が必要となるが、現状ではそれが尽くされているとはいえない。

イ 前記アの見解は、同性婚及び登録パートナー関係について登録を連結点とする準拠法選択規則を提唱するものとみることでもできる。

これに関連して、「登録パートナーシップが現時点では婚姻ほどに万国共通の制度ではないことから、ある国で登録されたパートナーシップ

- 
- (38) 外国の強行的適用法規にこの理論を適用するものとして櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第 1 巻』（有斐閣，2011 年）44 頁〔横溝大〕，外国法人の従属法に適用を主張するものとして道垣内前掲注 14）212 頁参照。
- (39) 櫻田＝道垣内編前掲注 14）10 頁〔横溝大〕は、登録パートナー関係についてこれを示唆する。

に付随する効果を認めることは、場合によっては当事者の信頼を害することにもなりかねない。」、「また、成立の準拠法と効力の準拠法とが異なるとする、効力の準拠法上婚姻あるいはそれに類似する制度が複数存在する場合そのいずれを適用すべきかの判断が困難となる」として、「公的機関への登録により婚姻に準じた法的効果を楽しむ結合関係（異性・同性を問わない）と性質決定し、法例 23 条によりすべて包括的に当事者の本国法が適用されると解すべきであると考え。」とする見解<sup>(40)</sup>があった。しかし、登録パートナー関係の生前解消に伴う清算的財産給付に通則法 33 条（法例 23 条）を適用すると深刻な調整問題が生じることは、既に指摘したとおりである。

そのためか、同じ論者は、後に説を改め、「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。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。」との見解<sup>(41)</sup>に至っている。また、これ以外にも、登録パートナー関係について登録地法の適用を主張する見解がある<sup>(42)</sup>。

これらの見解は、いずれも各国実質法上の同性婚制度及び登録パートナー制度の多様性を背景としつつ、当事者がある国で同性婚又は登録パートナー関係に入った以上、効力及び解消の局面でも当事者の期待に沿

---

(40) 林①前掲注 11) 152 頁。

(41) 林②前掲注 11) 21 頁。林③前掲注 11) 141 頁も同旨。

(42) 笠原俊宏『国際家族法新論（補訂版）』（文眞堂、2010 年）206 頁。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法  
った解決を与えるべきであるとの判断から、条理（裁判事務心得3条）に  
基づき登録を連結点とする準拠法選択規則を構想するものと見受けられ  
る。

しかし第一に、同性婚及び登録パートナー関係に入った当事者につい  
て、その後長期間にわたる生活の中で常に当初の登録地法を適用し続け  
ることが適切なのであろうか。特に登録パートナー制度は、各国で多様  
であると同時に流動性が高い。そのため、両当事者が最初はA国で登  
録したが、後にB国でも重複して登録するという事態も考えられる。  
この場合、清算的財産給付に当たっていずれの登録地法を適用するの  
かは、直ちに明らかではない。

むしろ第二に、通則法24条1項は、前記のとおりこれから婚姻しよ  
うという当事者を同等とみて、各当事者がそれまで従ってきた本国法に  
よる趣旨によるものであり<sup>(43)</sup>、通則法25条ないし27条が「夫婦」に  
ついて連結点に関する変更主義という連結政策を採用しているのは、婚  
姻生活が長期間にわたるため、現在の生活に影響を与える法律関係は現  
在の最密接関係地法により規律されるべきであることなどを趣旨として  
いる<sup>(44)</sup>。そして、これらの立法政策上の判断自体は、不合理とはいえ  
ない。他方、各国実質法上の同性婚制度及び登録パートナー制度は、い  
ずれも対等な成人間の長期間にわたる親族関係として、異性婚を制度設  
計の出発点としつつ、これを比較対象として生じてきたものである<sup>(45)</sup>。  
そうすると、これらの制度は、いずれもおお異性婚と連続性を有してい  
るといえるから、各国におけるこれらの制度が多様ないし未成熟である  
からといって同性婚及び登録パートナー関係に通則法24条以下とはま

---

(43) 前掲注12) 129頁〔穂積陳重発言〕。

(44) 南前掲注16) 73頁, 94頁。

(45) 前掲注11)の各文献参照。

まったく異なる規律を与えることには躊躇が残る。また、後記のとおり、それ自体に多様性が高いばかりか特定の事実状態に基礎を置くにすぎない内縁については、通則法 24 条以下の類推適用を主張する学説が少なくない。そうすると、制定法上の制度であるという意味で内縁よりも法律婚に近接する登録パートナー関係について条理に基づき登録地法を準拠法として指定するには、何らかの積極的な理由が必要と思われるが、登録パートナー制度の多様性や当事者の期待の保護がその論拠として十分といえるのかについては、なお疑問が残る。

第三に、登録地法を適用するということは、当事者間の法律関係の成立、効力及び解消について当事者自治を認め、主観的な準拠法選択を許容することにほかならない。同性婚及び登録パートナー関係が親族法上の法律関係であるならば、その成立等といった法律問題は、いずれも第三者との関係でも対世的に問題となる以上、その準拠法は、本来は客観的に指定されるべきものであって、通則法 7 条が対象とする財産法上の法律行為と同様に準拠法の指定を全面的に当事者自治に委ねることの妥当性には大いに疑問が残る。上記の見解に従って同性婚及び登録パートナー関係の成立、効力及び解消をめぐる法律問題に登録地法を適用すると、現在の日本法のように本国法がこれらの制度を認めていない当事者がこれを採用する国に渡航して手続をすることで、本国においても有効な同性婚や登録パートナー関係を成立させる帰結を招く。しかし、これは、法律詐欺を認めるに近いのではないか。

このように、同性婚及び登録パートナー関係について条理に基づき登録地法を適用する見解は、なお難点を抱えているように思われる。

ウ なお、登録パートナー制度が普遍的な制度ではなく、日本にも制度が存在しないことから、その準拠法選択規則を条理に基づき構想することに疑問を呈しつつも、「本来婚姻できないパートナーに差別的になら

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法  
ないようにより保護しようとする観点から、どのような要件で、  
どこまで承認するかを検討すべきとする見解も理論的に十分成り立ち得  
ると考える。」として、外国で既に形成された法的状況を法廷地におい  
て承認する「状況の承認の方法」を通じて、結論的には登録地法の適用  
を主張する見解もある<sup>(46)</sup>。

しかし、この見解は、その根拠を含めて議論自体がまだ熟しているとは  
いい難く、その波及する理論上の限界が不明確であり、これを登録パ  
ートナー関係に適用することの妥当性も検証が困難である。

#### (4) 同性婚の成立を否認する見解

日本には同性カップルの権利義務関係を定める法規がないから、「そ  
の「効力」につき法の欠缺が生ずる当事者の関係の「成立」は認められ  
ない。」として同性婚がそもそも通則法 24 条の「婚姻」に包摂されな  
いとする見解<sup>(47)</sup>もある。この見解は、いずれも日本に常居所を有するド  
イツ人男性 X とオランダ人男性 Y の間の離婚に伴う清算の財産給付に  
ついて、通則法 26 条 1 項により準拠法たるべき日本法には同性婚当事  
者に関する法が欠缺していることから、翻って同性婚の成立を認めるこ  
とはできないとするものである。

しかし、この論旨を一貫させると、Y が日本在住（家事事件手続法 3 条  
の 12 第 1 号）で通則法 26 条 1 項の最密接関係地が X 所在地のドイツと  
され、かつ、ドイツ法が同性婚当事者に離婚に伴う清算の財産給付の権  
利を認めていた場合に同性婚の成立を否定できなくなり、問題とされる

---

(46) 木棚前掲注 13) 166 頁。「状況の承認の方法」につき加藤紫帆「国際的な身分  
関係の継続に向けた抵触法的対応—フランス学説の「状況の承認の方法」の検  
討を中心に (1) ~ (4 完)」名古屋大学法政論集 262 号 151 頁, 263 号 437 頁,  
264 号 261 頁 (以上 2015 年), 266 号 191 頁 (2016 年) 参照。

(47) 横山前掲注 14) 236 頁。当事者間の不法行為の問題については通則法 20 条に  
より当事者がある身分関係を登録した国の法を適用する可能性を認める。

効力の準拠法次第で同性婚が成立したりしなかったりすることになる。しかも、この見解は、この場合に XY 間の同性婚の成立の準拠法をどのように指定するのかを明らかにしていない。

### 3 内縁に関する学説

#### (1) 内縁の定義をめぐる問題

法律上の夫婦ではない者の間の法律関係をめぐる準拠法選択規則について検討する日本の学説は、「内縁の準拠法」という問題の立て方をするのが一般的であり、婚姻（夫婦）との類似性から通則法 24 条以下の類推適用を主張するものが多い<sup>(48)</sup>。

また、この見解を発展させたものとして、結論に変わりはない以上「類推」という意味はないとして、端的に通則法 24 条 1 項の「婚姻」は内縁や同居契約を内包すると解する見解もある<sup>(49)</sup>。しかし、同居契約を含む各種の法律関係には、当事者間で親族法上の法律効果を期待していない同居関係や、むしろ当事者間で親族法上の法律効果を回避するために締結されるものもある<sup>(50)</sup>。したがって、この見解が婚姻にいささかでも類似する事実関係に起因する法律問題をすべて親族法上のものとして通則法 24 条以下を適用するというのであれば、それは必ずしも適切な準拠法指定を保証しないように思われ、また、通則法 28 条の「夫婦」という文言を通じた子の嫡出性付与についても問題を残す。

さらに、内縁が各国で相違しており互換性が低く、各国法上その効力と成立要件が密接に関係していることから、その成立及び効力について

---

(48) 折茂豊『国際私法（各論）（新版）』（有斐閣，1981年）320頁，溜池良夫『国際家族法研究』（有斐閣，1985年）（以下「溜池①」という。）171頁，山田前掲注13）442頁，溜池②前掲注13）481頁，櫻田前掲注13）297頁等。

(49) 石黒一憲『国際私法（第2版）』（新世社，2007年）288頁脚注（421），櫻田＝道垣内編前掲注14）9頁〔横溝大〕。

(50) 山下純司「婚姻外カップルの多様性と法的保護の論理」二宮＝犬伏編前掲注17）27頁参照。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法  
通則法 33 条の適用を主張する見解もある<sup>(51)</sup>。しかし、通則法 33 条の  
適用が特に生前の関係解消に伴う清算的財産給付について深刻な調整問  
題を生じさせることは、既に指摘したとおりである。

もっとも、ここで「内縁」という単位法律関係の定義は、論者により  
異なる。

すなわち、「内縁とは、社会的には正当な婚姻と認められながら、方  
式を欠くがゆえに法律上の婚姻とは認められないが、婚姻に準じる法律  
上の効果が認められる男女の結合と解すべきである。」<sup>(52)</sup>として、準拠  
法を参照しない限り判明しないはずの特定の法律効果を単位法律関係の  
定義に取り込んでいる見解がある一方、「内縁とは、社会的事実として  
の共同生活体として夫婦関係の実質を備えながら、法律上の方式を欠く  
ため正式の婚姻とは認められない男女の結合である。」<sup>(53)</sup>という事實的  
な定義をする見解もみられる。

単位法律関係は、特定の法律問題に準拠法を指定することで法律関係  
の成立や効力の有無等を判断させるための概念であるから、求められて  
いる法律効果をあらかじめ単位法律関係の定義に取り込む前者の見解に  
は問題があるようにみえる。

しかし、前者の見解がこのような定義を用いている背景には、ここで  
想定されている「内縁」の内容が各国の実質法上多様であり、それがも  
たらす法律効果が異性婚のように概ね世界的に共通しており互換性が高  
い（概ね共通した法律効果 a ないし z を具有する）とはいえ、むしろ互換  
性を観念できるのは親族法上の個別の法律効果（a 又は b 又は c 又は…）  
に限られるという事情があるものと思われる。すなわち、ここでいう

---

(51) 神前ほか前掲注 17) 180 頁〔神前禎〕。

(52) 溜池①前掲注 48) 175 頁、溜池②前掲注 13) 481 頁。

(53) 山田前掲注 13) 438 頁。

「内縁」が包摂する法律関係は、財産法上の制度として確立している通則法7条以下の「法律行為」と、その特則であり親族法上の制度としてやはり確立している通則法24条以下の「婚姻」及び「夫婦」との中間に幅広く分布しており<sup>(54)</sup>、しかも各国実質法の間で互換性を観念できるのは親族法上の個別の法律効果に限られるため、準拠法を具体的に参照しない限り、それを特則である親族法上の法律効果として保護すべきか、あるいは原則に戻って財産法上の紛争として取り扱うのかを判断できず、しかも、具体的に求められている法律効果aとの関係でしかその成否を判断できないのである。

実際、本稿における「婚姻類似関係」の定義（異性婚又は同性婚ではないが対等な成人間において婚姻に類似する親族法上の法律効果をもたらす法律関係）も、各国実質法の間で互換性を観念できるのが親族法上の個別の法律効果に限られるため、このような法律効果に着目しない限りそもそも制度自体を特定できず、財産法上の同居契約や組合契約とも分別できない結果、家庭裁判所の事物管轄の有無すら判断できないという事情に基づく。また、通則法13条2項のように特定の実質法に基づく法律効果（物権変動）の発生が準拠法指定の要件とされている準拠法選択規則は存在するから、ここで特定の実質法に基づく法律効果の発生を単位法律関係の定義に取り込むことが直ちに誤りとはいえない。

むしろ、後者の見解では、「共同生活体としての夫婦関係の実質」という事実関係だけが問題とされてしまうため、当事者間で親族法上の法律効果を期待していない同居関係や、そのような法律効果を回避するために締結される同居契約等を「内縁」という単位法律関係から除外できない一方、前者の見解や上記「婚姻類似関係」は、親族法上の法律効果

---

(54) 中西前掲注24) 62頁。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法を単位法律関係の定義に取り込むことによって、これらの同居契約等を財産上の法律関係として除外できるという長所がある<sup>(55)</sup>。

## (2) 内縁の効力の準拠法を成立について適用する見解

さらに、単位法律関係としての「内縁」について「求められている法律効果 a との関係でしかその成否を判断できない」という点を直截に認め、むしろ求められている法律効果 a (効力) の準拠法を先に指定し、そこから逆算する形で法律効果 a をもたらす法律関係の成立について同じ準拠法を適用することを主張する少数説も存在する。すなわち、「比較法的にみて、内縁の制度は、婚姻と異なり、普遍的に一般的な制度として確立していない現状では、内縁の成否自体が直接一般的に問題とされることは恐らくありえず、内縁の成立はこれに付与される効果との関連で、個別的に問題とされるのが普通であるから、内縁の成立をその効果の問題と切り離して、国際私法上独立の連結対象として取り扱うのは疑問である。むしろ、内縁の成立は、内縁の効果の問題の一環としてとらえ、具体的に問題とされるその効果の準拠法によるとするのが妥当ではないかと思われる。」<sup>(56)</sup>というものである。

この少数説は、やはり条理を根拠とするものと考えられるが、前記(1)の内縁の定義に法律効果を取り込む見解と同様、「内縁」という単位法律関係から財産法上の法律関係を除外できるばかりか、求められる法律効果 a とそれをもたらす法律関係の成立の準拠法が一致するため、

---

(55) 中西前掲注 24) 55 頁は、「この点、理論的には、男女の関係について法制度上何らかの身分関係に相当するかどうかは準拠法を定めてみなければ決められないと考えられ、前者の見解もそのように考えることに反対する趣旨ではないように思われる。つまり、国際私法上は、内縁等として保護に値する男女関係か否か、保護される場合にその内容はどうであるのか、という問題として考えるのが多数説の立場であろう。」とする。

(56) 早田芳郎「内縁の解消」別冊ジュリスト 涉外判例百選 (第 3 版) (1995 年) 137 頁。

婚姻類似関係の制度が各国の実質法上多様であることやその互換性を問題にする余地がなくなるという長所を有している。

もっとも、本国法を異にするがいずれも日本に常居所を有する当事者間で生前の関係解消に伴う清算的財産給付が求められた場合、通則法26条1項により指定される準拠法は日本法（民法768条）となるところ、当事者が異性婚の夫婦であると主張されていれば通則法24条により婚姻の成否が先決問題として審査される一方、この少数説によれば、当事者が法律上は未婚である場合には当事者の各本国法とは無関係に日本法上の内縁が成立したか否かが問われることになる。しかし、このような考え方は、法律婚の成否という場合によっては偶然的な事情によって大きく準拠法選択規則を異にしてしまうばかりか、求められている法律効果aの資格という本問題とその資格の充足性という先決問題との間の区分を曖昧にするものである。条理に基づきこのような取扱いを認める論拠として各国実質法における多様性が十分といえるのかについては、なお疑問が残る。

### (3) 用語の問題

内縁の準拠法については以上のような議論があるが、内縁という用語は、本来が歴史的経緯の上で形成された特殊日本的な男女間の実質法上の法律関係を指すものであるため、国際的な広がりや欠くばかりか、同性間の親族法上の法律関係を排除する含意を持ちかねない。そこで、以下では、従来の議論において内縁及び登録パートナー関係とされていたものを含めて「婚姻類似関係」とした上で議論を進める。

## 第5 同性婚及び婚姻類似関係の解消に伴う清算的財産給付の準拠法

### 1 単位法律関係の設定

同性婚及び婚姻類似関係をめぐる法律問題の準拠法選択規則を構想する

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法には、これが財産法上の法律関係と親族法上の法律関係である異性婚との中間に存在していることを踏まえてその単位法律関係を設定しなければならない。他方、各国実質法上の同性婚制度及び婚姻類似関係の制度は、いずれも異性婚を制度設計の出発点としつつ、これを比較対象として生じてきた制度であるから、その単位法律関係の設定も、同じように異性婚を出発点として考えるのが自然であろう。

## 2 同性婚

### (1) 単位法律関係

現在の日本で同性婚というとき、それは、基本的に異性婚から当事者の性別だけを同性に変更したものをいい、それ以外の登録パートナー関係等とは一線を画するという共通理解があると思われる<sup>(57)</sup>。そして、ドイツやオランダのようにこの共通理解に呼応した実質法を有する国も少なからず存在し、その数は、増加する傾向にある。そこで以下では、日本での上記共通理解を踏まえた上で、日本の準拠法選択規則の解釈上の単位法律関係としての「同性婚」は、異性婚とは基本的に当事者の性別が同性であるという点が異なる親族法上の法律関係すなわち異性婚（その成立に伴って概ね共通の法律効果 a ないし z を具有するもの）の対概念をいうものとする。

このように同性婚を異性婚の対概念と把握する限り、これから婚姻しようという当事者を同等とみて、当事者がそれまで従ってきた各本国法によるという通則法 24 条の立法趣旨<sup>(58)</sup>や、通則法 25 条以下が、婚姻生活が長期間にわたるため、現在の生活に影響を与える法律関係は現在

---

(57) 例えば千葉前掲注 10) 6 頁, 150 頁や前掲注 11 記載の各文献は、いずれも同性婚を異性婚の対概念と位置付け、登録パートナー制度をこれとは別の制度と把握している。

(58) 前掲注 12) 129 頁〔穂積陳重発言〕。

の最密接関係地法により規律されるべきであるとの考え方（変更主義）<sup>(59)</sup>を基礎として、夫婦という親族法上の当事者を対等に扱いつつ、これに最も密接に関係する地を連結させている<sup>(60)</sup>ことについて、異性婚と同性婚とで異なる取扱いをすべき理由を見出し難い。そうすると、同性婚の成立、効力及び解消をめぐる法律問題の準拠法指定は、通則法 24 条以下の規律に従うべきであると思われる。

他方、通則法 24 条の「婚姻」は、前身である法例 13 条の制定当時には専ら異性婚が想定されており、通則法 25 条及び 26 条も「夫婦」という文言を採用していることに照らすと、異性婚を意味していると解するのが自然であることに加えて、通則法 28 条の「夫婦」という文言を通じた子の嫡出性付与という問題にも波及しかねないことから、通則法 24 条以下を同性婚の成立、効力及び解消に直接適用することには慎重にならざるを得ない。

したがって、同性婚の成立、効力及び解消に性質決定される法律問題については通則法 24 条以下をいずれも類推適用するにとどめ、通則法 28 条の取扱いについては別途検討する余地を残しておくのが妥当と思われる。

## (2) 具体的な適用

日本に常居所を有する A 国人男性 X と B 国人 Y の間の関係について、家庭裁判所に①Y の死亡（遺産分割）、又は②Y との離婚（財産分与）に伴う清算的財産給付の各申立てがされた事案の処理は、次のようになるとと思われる。

まず、①遺産分割の事案についてみると、通則法 36 条により Y の相続準拠法となる B 国法が相続人の資格として「同性婚当事者を含む配

---

(59) 南前掲注 16) 73 頁, 94 頁。

(60) 南前掲注 16) 65 頁, 71 頁, 91 頁。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法「配偶者」と定めているのであれば、Xが当該資格を充足するか否かが国際私法上の先決問題となり、改めてXY間の異性婚又は同性婚の成否が問われることになる。そこで、Yが男性であるとして通則法24条1項を類推適用すると、関係成立時点の各本国法として、XにつきA国法が、YにつきB国法がそれぞれ同性婚の実質的成立要件の準拠法となる。

ところで、単位法律関係としての同性婚は、あくまでも異性婚の対概念であるから、その内容が世界的に共通した互換性の高いもの、すなわち相互の相続権（法律効果a）を含む概ね共通の法律効果aないしzを具有するものと観念される。そのため、Xの本国法であるA国法の同性婚制度では法律効果bないしzが認められているのに配偶者の相続権（法律効果a）だけが認められていないとしても、XY間に同性婚が有効に成立したとされる以上、Xは、先決問題で求められている同性婚配偶者としての資格を充足する結果、相続人としての資格を認められることになると思われる。これは、相続権（法律効果a）に着目すると先決問題とこれに対する答えにずれがあるようにみえるが、法廷地国際私法説による本問題準拠法の「配偶者」と先決問題準拠法の「配偶者」の両概念の接合<sup>(61)</sup>の一局面にすぎない。逆にA国法の同性婚制度が、相続権（法律効果a）を認めているものの異性婚の対概念として共通して具有すべき他の法律効果bないしzの殆どを欠いている場合、その名称に関わらず、これは単位法律関係としての同性婚が想定するもの（異性婚の対概念）ではなく（婚姻類似関係にとどまる。）、法の欠缺があると評価される可能性がある。この場合、同性婚制度が存在しない現在の日本法が通則法24条1項の類推適用により準拠法となった場合と同様、Xの本

(61) 前掲注3に引用した竹下前掲注2) 79頁参照。道垣内前掲注2) 135頁は、本文にいうずれを「不快な違和感」と表現する。

国法の法の欠缺により同性婚は不成立と判断されることになろう。

なお、同性婚の形式的成立要件は、通則法 24 条 2 項及び 3 項の類推適用を通じて審査される。

Y が日本人である場合、相続準拠法となる民法 900 条は、相続人の資格を「配偶者」と定めているが、現在の日本には同性婚制度がないから、ここで「配偶者」とは異性婚当事者であると解することになろう。そうすると、先決問題として問われるのは、X が異性婚の配偶者という資格を充足するか否かである。もっとも、X 及び Y がいずれも男性である場合、通則法 24 条 1 項を類推適用したとしても各本国法上の異性婚の要件を充足できない。仮に民法 900 条の「配偶者」が同性婚当事者を含むと解釈しても、現在の日本には同性婚を成立させる法が欠缺しているから、結論は同じである。

次に、②財産分与の事案についてみると、通則法 26 条 1 項が「夫婦」という文言を使用しているから、XY 間の法律関係は異性婚か否かが、この段階で問われることになる。そして、ここで同性婚が主張されているのであれば、上記のとおり同項の類推適用により財産分与の受給資格を定める準拠法が本問題準拠法として指定されるが、同一常居所地法として準拠法となる現在の日本法には同性婚制度が存在しないから、そのような法が欠缺していると解することになろう。これは、同性間では清算的財産給付（財産分与）を受ける資格が存在しないという準拠法の判断であるから、もはや通則法 24 条の類推適用を論じる必要はない。仮に同性婚当事者に民法 768 条が類推適用されると解釈するのであれば、通則法 24 条 1 項の類推適用により X 及び Y の各本国法の適用を通じて XY 間の同性婚の成否が問われ、ここで同性婚が成立した場合、通則法 27 条の類推適用により準拠法となる民法 763 条以下の類推適用の可否が問題となり、これを積極的に解して離婚が認められるのであれば、

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法

Xの財産分与の申立ては理由があることになる。

以上の検討順序は、いずれも本問題と国際私法上の先決問題という論理関係に従ったものであるが、時系列に従い、先決問題であるXY間の同性婚の成否から先に判断をしたとしても、手続法上は問題がないと思われる。

また、Xの関係成立時点の本国法が同性婚制度を欠くなどの理由でXの申立てが家庭裁判所で斥けられたとしても、それは、XとY又はZとの間の紛争が、家庭裁判所が事物管轄（家事事件手続法別表第2第4項（財産分与）又は第12項（遺産分割））を有する親族法上の紛争ではないというにすぎず、X及びYがその協力によって得た財産の清算の可否は、財産法上の紛争として地方裁判所における訴訟手続に委ねられることになる。

しかも、X及びYが同性婚の成立に伴って特定の法に基づく両者間の関係解消時における財産の清算に関する条項を含む契約を締結するなどしていた場合、前記のとおり通則法26条2項ではなく通則法7条により財産法上の法律行為について準拠法の選択があったものと評価される余地がある。また、当事者間にこのような契約条項がなかったとしても、XY間には最低限、同居に伴う両者の利害関係を規律する明示又は黙示の契約が成立していたはずである。そして、X及びYがA国法に基づいて同性婚の届出をしていたとするならば、生前の関係解消に伴う清算の財産給付に関する限りA国法の内容に準拠した財産法上の法律行為（契約）が成立したと評価され、通則法7条によりA国法の解釈上可能な範囲内でこれと同じ規律が適用されるか、あるいは実質法的指定がされたとみる余地が残る。このように、当事者が地方裁判所で紛争解決を試みた場合、結果的に当事者が予定していた準拠法が適用されることはあり得るものと考えられる。

### 3 婚姻類似関係

#### (1) 単位法律関係

単位法律関係としての「同性婚」を前記2(1)のように設定すると、原則である財産法上の法律関係と特則である異性婚の間の異性婚サイドに同性婚が加わるから、「婚姻類似関係」という単位法律関係は、さらにその中間領域に残された法律関係を対象とすることになる。したがって、対等な成人間の法律関係の成否が問題とされた場合、論理上、「婚姻類似関係」は、通則法24条の「婚姻」又は解釈上の「同性婚」が成立していないことを前提としており、通則法7条以下の「法律行為」は、「婚姻類似関係」すら成立していないことを前提とすることになる。すなわち、あたかも親子関係の成立に関してまず嫡出親子関係の成否を審査し(通則法28条)、これが否定された場合に初めて非嫡出親子関係の成否を審査する(通則法29条)こと<sup>(62)</sup>と同様、「婚姻類似関係」と通則法7条以下の「法律行為」は、通則法24条の「婚姻」又は解釈上の「同性婚」の成否に次いで順次段階的に連結されることになる(ケーゲルのはしご)。

このように、婚姻類似関係は、親族法上のものとして財産法上の法律関係とは明確に分別される必要があるが、内縁の定義をめぐる議論でもみられたように、各実質法の間で互換性を観念できるのは、親族法上の個別の法律効果に限られ、それが親族法上の法律関係であるか否かは、求められている法律効果aに着目して判断するほかに、しかも、当該法律効果aとの関係でしかその成否を判断できない。したがって、内縁に関する少数説と同様、ある法律問題の単位法律関係としての婚姻類似関係への性質決定は、まず解決を求められている法律効果aに着目し、

---

(62) 前掲注1・最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁。

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法

それが親族法上の法律効果であるか否かの審査を通じて財産法上の法律関係から分別し、親族法上の法律効果と認められた場合には当該法律効果 a という効力の準拠法を指定した上で、そのような法律効果 a をもたらず法律関係の成否を審査することになる。

内縁に関する少数説は、ここで求められている法律効果 a (効力) と同じ準拠法の枠中で当該法律効果 a をもたらず法律関係の成立を判断することとしていたが、そのような処理に疑問が残ることは、先に指摘したとおりである。むしろ、内縁や登録パートナー制度などの実質法上の婚姻類似関係の制度は、各国でその内容が多様であるものの、いずれも異性婚を制度設計の出発点としつつ、これを比較対象として生じてきたものであって<sup>(63)</sup>、なお異性婚との間で連続性がある一方、財産法上の法律関係とは分別されている。そうである以上、婚姻類似関係の成立、効力及び解消に関する準拠法選択規則も、同性婚同様、異性婚に関する通則法 24 条以下を出発点として検討するのが妥当と思われる。そして、婚姻類似関係は、同性婚以上に異性婚から隔たっており、かつ、各国実質法上の制度が多様であるものの、対等な成人間の長期間にわたる親族法上の法律関係であり、上記のとおりなお異性婚と連続性を有しているから、通則法 24 条以下の立法趣旨を妥当させることが不合理とはいえないように思われる。そうすると、婚姻類似関係の成立、効力及び解消に性質決定される法律問題については、同性婚同様、やはり同条以下を類推適用するのが穏当な解釈ではないか。

したがって、まずは通則法 25 条若しくは 26 条の類推適用又は通則法 36 条の適用により指定された本問題準拠法に基づき、解決が求められている法律効果 a (効力) の資格を特定した上で、当該資格の充足性と

---

(63) 前掲注 11 の文献参照。

いう国際私法上の先決問題の準拠法として、当該法律効果 a をもたらず法律関係の成立の準拠法を通則法 24 条の類推適用により、その解消の準拠法を通則法 27 条の類推適用により、それぞれ指定すべきものと考ええる。ただし、婚姻類似関係は、通則法 24 条以下の「婚姻」及び「夫婦」（異性婚）並びにその対概念である「同性婚」とは異なり、各国実質法上の制度が多様であり、互換性を観念できるのは、親族法上の個別の法律効果に限られる。そのため、通則法 24 条の類推適用に当たっては、準拠法に指定された実質法体系の中から求められている法律効果 a をもたらず法律関係の制度を具体的に探索・特定することになる点が、同性婚とは異なっている。

## (2) 具体的な適用

日本に常居所を有する相互に婚姻していない A 国人男性 X と B 国人 Y の間の関係について、家庭裁判所に①Y の死亡（遺産分割）、又は②Y との離婚（財産分与）に伴う清算的財産給付の各申立てがされた事案の処理は、次のようになると思われる。

まず、①遺産分割の事案についてみると、通則法 36 条により Y の相続準拠法となる B 国法が相続人の資格として「配偶者及び登録パートナー」と定めているのであれば、X が当該資格を充足するか否かが国際私法上の先決問題となり、改めて XY 間の婚姻類似関係の成否が問われる。そこで通則法 24 条 1 項を類推適用すると、関係成立時点の各本国法として X につき A 国法が、Y につき B 国法がそれぞれ婚姻類似関係の実質的成立要件の準拠法となる。

ところで、実質法上の婚姻類似関係は、その法律効果が各国で多様であり、世界的に共通した互換性の高いものとはいえない点で通則法 24 条以下の「婚姻」及び「夫婦」（異性婚）やその対概念である「同性婚」に存在した前提を欠く。しかも、単位法律関係としての「婚姻類似関

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法係」は、各実質法の間で互換性を観念できる個別の法律効果に着目した概念であるから、具体的に求められる法律効果 a（相続権）の資格が本問題であるとする、通則法 24 条 1 項の類推適用により先決問題である当事者の当該資格の充足性を判断するためには、先決問題準拠法に同じ法律効果 a（相続権）をもたらす婚姻類似関係の制度があるのか、仮にこれがあるとして各当事者がその成立要件をいずれも満たしているのかを審査することになる。その結果、本問題である「婚姻類似関係の効力（法律効果 a）」の資格と先決問題である「それ（法律効果 a）をもたらす法律関係の成立」による当該資格の充足性という各单位法律関係の間では、先決問題とこれに対する答えが常に一致することになる。単位法律関係としての婚姻類似関係は、この点が同性婚と異なるが、これは、婚姻類似関係が、準拠法を参照しない限り判明しないはずの法律効果を単位法律関係の定義にあらかじめ取り込んだ帰結でもある。

したがって、通則法 24 条 1 項の類推適用を通じて、関係成立の準拠法である A 国法及び B 国法の制度が、いずれも当事者間で相互に法律効果 a（相続権）を認めており、X 及び Y がその成立要件を充足しているか否かが、そして同条 2 項及び 3 項の類推適用を通じてその形式的成立要件の成否が問題とされる。その結果、求められている法律効果 a（相続権）をもたらす婚姻類似関係が XY 間に成立した場合に限って、X の遺産分割の申立ては理由があることになる。このような法適用は、遺産分割の前提として X の相続人としての資格を既判力により確定する人事訴訟においても同じである。

Y が関係成立当時に日本人であったとすると、本国法である現在の日本法には異性婚以外に内縁しかなく、かつ、内縁は法律効果 a（相続権）をもたらさないから、X は、法の欠缺により婚姻類似関係に基づき相続権を有する者という資格を充足しないことになる。

次に、②財産分与の事案についてみると、通則法 26 条 1 項の類推適用により、生前の関係解消に伴う清算的財産給付を受ける資格という法律問題（本問題）の準拠法は同一常居所地法の日本法となる。そして、日本法では異性間の内縁に民法 768 条を類推適用するが、X 及び Y が同性である場合、同条が同性間にも類推適用されるという解釈を採用しない限り、この段階で法の欠缺により X の申立ては斥けられることになる。他方、同条が同性間の内縁にも類推適用されるとの解釈を採用するか、あるいは X 及び Y が異性であるならば、X が婚姻類似関係の当事者として清算的財産給付を受ける資格を有するか否かが先決問題となる。そして、通則法 24 条 1 項の類推適用によって X 及び Y の関係成立時の各本国法である A 国法及び B 国法がいずれも清算的財産給付という法律効果をもたらす同性間又は異性間の法律関係の制度を有しているか否かが審査され、X 及び Y がその要件を個別に充足した場合に限って、X の財産分与の申立ては理由があることになる。

なお、婚姻類似関係の成立を先に判断しても手続法上問題はなく、これが否定されたことで X が家庭裁判所で救済を受けられないとしても、それは、XY 間にはそのような法律効果をもたらす親族法上の法律関係が存在しないというにとどまるから、財産法上の紛争として地方裁判所に訴えを提起する余地が残されているのは、いずれも同性婚の場合と同じである。

## 第 6 おわりに

本稿では、清算的財産給付に着目した上で、通則法には明文上の準拠法選択規則が見当たらない同性婚及び婚姻類似関係の準拠法選択について検討した。その結論は、両者を段階的に連結させた上でそれぞれに通則法 24 条以下を類推適用すべきであり、これにより家庭裁判所で紛争解決を図ることが

同性婚及び婚姻に類似する法律関係の解消に伴う財産の清算に基づく給付の準拠法できなくとも、当事者には財産法上の紛争として地方裁判所で解決する道が残されていることを示したものであり、それ自体はありふれたものである。しかし、裁判例が乏しいこともあり、今後の議論の参考にはなるのではないかと考えている。

また、同性婚及び婚姻類似関係をめぐる紛争には、他にも関係解消の前後を通じた生前の扶養義務の有無及び程度、不当な関係解消に伴う損害賠償請求の可否、さらには通則法 28 条の「夫婦」という文言を通じた子の嫡出性付与といったものが考えられるが、これらの今後の検討に本稿がいささかなりとも資するところがあれば幸いである。

以上

(追記) 校正段階で接した東京高決令和 6 年 5 月 1 日刊行物未掲載は、ドイツ人女性 X が、日本人女性 Y とドイツで同居を開始し、日本で同居を継続している間に Y とともにドイツに渡航して生活パートナーの、次いで同性婚の各登録を行ったものの、日本で関係が破綻したため、これを日本で成立した内縁が解消したものと構成して財産分与を求めた事案において、「ここでいう「内縁関係の成立」とは、当該関係の解消により財産分与という法律効果を生ずるような婚姻に準ずる関係の成立を意味する」として通則法 24 条 1 項を類推適用し、本稿と相通じる判断を示したが、X が Y との間で法律婚（同性婚）を成立させているためにドイツ法上の事実婚（内縁）を成立させることができないとして申立てを斥けた。しかし、X 及び Y は、日本の準拠法選択規則によれば同性婚を成立させていないばかりか、生活パートナー及び同性婚の各登録以前から同居していたのであるから、その時点から財産分与という法律効果をもたらす婚姻類似関係（事実婚ないし内縁）を成立させていた可能性が残されているように思われる。