HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランスにおける非婚カップルの法的保護（２・完）　：パックスとコンキュビナージュの研究
Author(s)	大島, 梨沙
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 58(1), 210-167
Issue Date	2007-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22565
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(1)_210-167.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

フランスにおける
非婚カップルの法的保護（２・完）

――パックスとコンキュビナージュの研究――

大　島　梨　沙

目　　次

序
第１章　フランスにおける非婚カップル保護技術
　第１節　パックス
　第２節　コンキュビナージュ
　第１章総括　　（以上、57巻６号）
第２章　フランスにおける非婚カップル保護理論
　第１節　パックス法前史
　　Ⅰ　パックス発案に至るまで
　　１　異性・非婚カップルの状況
　　２　同性カップルの状況
　　Ⅱ　パックス法制定に至るまで
　　１　パックス法案以前
　　２　パックス法案
　　第１節小括
　第２節　パックス法制定の帰結
　　Ⅰ　パックスとは何か
　　１　憲法院裁決
　　２　学説の考え方
　　Ⅱ　パックス法が与えた影響とは何か
　　１　コンキュビナージュへの影響
　　２　婚姻への影響

第２節小括
第２章総括
結語―日本法への示唆
１　準婚理論の妥当性
２　一般法による非法律婚カップルの保護　（以上、本号）

第２章　フランスにおける非婚カップル保護理論

第１章において、フランスにおける非婚カップル保護技術は、日本のそれとは大きな相違があるということを明らかにした。すなわち、パックスとは、当事者間の契約を登録して公示するという日本にはないフランス独自の制度であり、民法上の効果だけでなく、社会保障法・税法・賃貸借に関する法律などの効果も付与される。一方、日本の内縁にあたるコンキュビナージュについても、日本のように婚姻法が参照されることはなく、民法の一般法によって解決が図られており、社会保障法における扱いも付与される効果ごとに要件が設けられ[140]、個別に要保護状態と要件とを考慮して法的効果が付与される仕組みとなっている。

では、なぜ非婚カップル保護技術は日仏でこのように違っているのだろうか。フランスにおいては、なぜパックスという制度が存在し、なぜコンキュビナージュに婚姻法の規定を準用しないのだろうか。このような問題を検討するためには、フランスにおける非婚カップル保護技術が形成された過程を考察することによって、フランスにおける非婚カップル観、非婚カップル保護理論を抽出する必要があるだろう。その際に注意すべき点は、コンキュビナージュと婚姻の歴史が古いのに対して、パックスは最近になって創設されたものであるということである。現在のフランスにおける非婚カップル保護理論を考察するためには、パックスが設けられる以前の非婚カップル観も参照しなければならない。そこで、まず、パックス法制定以前の非婚カップル保護の歴史と非婚カップル観を概観し（第１節）、そのうえで、パックス法の制定が従来の考え方にどの

[140] これに対し、日本の社会保障法は、「配偶者」という言葉の定義規定として「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」を含むという方法によって内縁を保護する（健康保険法３条７項、厚生年金保険法３条２項等）。

ような影響を与えたかを検討する（第２節）。これらの作業を通して、現在のフランスにおける非婚カップル保護理論を明らかにすることとしたい。

第１節　パックス法前史

パックス法制定以前の非婚カップルの状況については、さらに、パックスの創設が検討されるに至るまでの状況（Ⅰ）と、パックスの創設が検討され始めてから実際に制定に至るまでの状況（Ⅱ）に分けて、見ていくこととする。

Ⅰ　パックス発案に至るまで

パックス法の立法が発案されるに至るのは、それ以前の非婚カップルの状況に何らかの問題があったからであると考えられる。以下では、パックス発案に至った非婚カップルの状況を、異性カップルの状況⑴と、同性カップルの状況⑵に分け、順に扱う。

１　異性・非婚カップルの状況

パックスが存在しない段階では、異性の非婚カップルといえば、コンキュビナージュしか存在しなかった。したがって、パックス法以前のコンキュビナージュの状況を概観する[141]。

⑴　民法典起草時における「無視」

民法典の起草者は、法の関知しない単なる事実状態であるとして、コンキュビナージュを意図的に「無視」することとした[142]。コンキュビナージュへのこのような態度の背景には、フランス革命後に生じた自由な婚姻観に対する疑念[143]や、当時の有産市民の禁欲主義的な性思想・婚姻観があったようである。

141　コンキュビナージュの歴史については、二宮周平「フランスにおける事実婚（一）－コンキュビナージュ（concubinage）の研究－」阪大法学106号（1978年）48頁以下に詳しく書かれている。本稿では、簡単に概観するにとどめる。

142　Laurent Leveneur, *La famille, supra* note 78, p.40.

143　フランス革命後、婚姻は民事契約であるとして世俗化されたため、その帰結として、夫婦双方の合意による離婚、性格の不一致による離婚が認められた。だが、それによって、離婚が頻発して社会的混乱が生じたために、新しい婚姻観に対する不信感が人々の間に広がったようである。

すなわち、規律ある婚姻秩序、家族秩序を再構築することによって、社会の安定を図ろうとされていたため、コンキュビナージュを法律において規律することは、秩序を乱すのではないかと危惧されたのである[144]。民法典の起草者の一人であるポルタリスも、民法典序論において、「婚姻の公示制及び要式性のみが、曖昧で不適法なあの結合を予防し得る」と述べている[145]。つまり、コンキュビナージュは、曖昧で不適法であり、婚姻制度によって予防すべきものと考えられていたことが見て取れる。

とはいえ、法的レベルにおけるコンキュビナージュの無視は、コンキュビナージュ当事者たちにとって不都合ばかりであったともいいきれない。コンキュビナージュが無視されていたということは、すなわち、法的保護は与えられないが、コンキュビナージュで生活することを禁止されてもいないということを意味するからである。コンキュビナージュ無視には、コンキュビナージュを詮索することによって生ずる私的生活の侵害から個人を守ろうという人権思想の影響もあったようである[146]。性的関係をもったり、同棲したり、家族を形成するということは、自由に愛し合うという権利である。これは自然法であり、基本的自由であると考えられたのである[147]。

では、コンキュビナージュを民法典において無視する根拠は、何に求められているだろうか。それは、ナポレオンの「コンキュビナージュ当事者が法律なしで済ませているのだから、法律も彼らを無視する」という有名な言葉[148]に

---

144 金山直樹「フランス革命・民法典における契約自由の原則－婚姻と離婚も踏まえて－（一）」民商131巻２号（2004年）194頁。

145 ポルタリス著（野田良之訳）『民法典序論』（日本評論社、1949年）37頁。

146 二宮・前注（141）48頁。

147 現フランス民法典第９条は、私生活の尊重という原則を規定している（1970年７月17日の法律第643号によって加えられた）。現在では、ヨーロッパのレベルにおいても、ヨーロッパ人権条約第８条によって、私生活及び家族生活の尊重が保障されており、さらに、婚姻外でカップルを形成して生活する権利は、ヨーロッパ人権裁判所によって承認され、保護されている（Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *supra* note 85, p.195 ; Jean-Claude Bardout et Liliane Ricco, *supra* note 85, p.10-11）。

148 この言葉が引用されているものとして、Michel Hanotiau, Réflexions sur l'union libre, Ph. De Page et R. De Valkeneer（dir.）, *supra* note 85, p.17 ; Laurent

よく表れている。つまり、コンキュビナージュは、「婚姻の拘束を受けない」という意思で結ばれる事実上の結合である[149]ため、法律上は考慮しないとされたのである。したがって、コンキュビナージュ当事者は、法的保護を受けることはできないが、その一方で、法的拘束も受けないとされており、自由が確保されている。婚姻の制約から自由であるところにコンキュビナージュの本質があると考えられているのである。この原則的考え方は、フランスにおいては民法典制定時から一貫している。

このように民法典では「無視」されていたコンキュビナージュであるが、事実としてコンキュビナージュが存在する以上、法的問題は発生する。そこで、判例は、問題ごとに保護技術を作り出していった。比較的早い段階から構築された保護技術としては、無償譲与の有効性の承認、誘惑による関係成立の場合の関係解消時の損害賠償請求の認容、自然債務を理由とする関係解消時の他方の保護、「事実上の組合」理論による関係解消時の清算が挙げられる。

⑵ 法的保護の拡大

20世紀に入ると、交通事故が増加したという背景から、コンキュビナージュの一方当事者の事故死の際の他方当事者から加害者への損害賠償請求が次第に認められるようになっていった。また、立法によって、現実に世帯生活をしている者に対して諸給付が与えられるようになったのもこの時期である。

だが、このようなコンキュビナージュ当事者の保護は、その後、停滞する。コンキュビナージュを自由を本質とする事実上の結合であるとする学説からの批判を受けて、それまでの判例で認めていたコンキュビナージュ当事者の保護を否定する判例が出されたり、コンキュビナージュ当事者を保護する立法が廃されたりしたのである。

この状況を脱し、コンキュビナージュ当事者の保護が拡大していくのが、1970年代である。五月革命後のこの時期、自由恋愛志向の高まりからコンキュビナー

Leveneur, *La famille*, *supra* note 78, p.40 ; Alain Sériaux, De l'opportunité d'un statut des concubins, *supra* note 80, p.30 ; ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）146頁。

[149] 実際上は、コンキュビナージュにならざるをえなかったために形成されたコンキュビナージュも存在する。婚姻障害のために婚姻できないカップルや、経済的な理由で婚姻が難しいカップルなどである（Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *supra* note 85, p.180）。

ジュで生活するカップルが増大し、それに応じて法的紛争も頻発するようになったのである。この現実を受けて、裁判所や立法府は、コンキュビナージュ当事者にさらなる法的効果を与えるようになっていった[150]。コンキュビナージュは、もはや無視される存在ではなく、法的にも考慮されうる存在となったのである。

では、コンキュビナージュ当事者に法的効果を与えることは、婚姻の拘束からの自由を本質とする事実上の結合であるというコンキュビナージュの原則から考えると、なぜ正当化されるのであろうか。

それは、婚姻の拘束から自由であるコンキュビナージュ当事者も、「婚姻と抵触する事項以外」については法的保護を必要とするのであり、その場合、要保護性があったり、一般法に当てはまるのであれば、法的効果を認めても差し支えないと考えられたことによる[151]。したがって、婚姻している者に固有の規範については、コンキュビナージュ当事者には適用されていない[152]。

コンキュビナージュに対するこのような考え方があるために、コンキュビナージュ契約は、婚姻と抵触する可能性があることが問題であるとされるのである[153]。他方、一般的契約がさほど困難なく認められたのは、まさに、それらが婚姻モデルと競合しないからである。コンキュビナージュ当事者間による一般的契約が有効であるとされたことは、法制度によって採用された「非法」の世界にコンキュビナージュをおくことから、「法」の世界に一歩進めたものであり、象徴的な意味があったと分析されている[154]。そこからさらに、コンキュビナージュ契約が問題となっているということは、「一般法」の世界にコンキュ

---

150 この時期のコンキュビナージュの状況とその保護について、二宮周平「フランスにおける同棲・事実婚の実態、当事者の意識、社会の評価」松山商大論集35巻１号（1984年）97頁、同「八〇年代フランスにおける事実婚と私生活の尊重」立命館法学５・６号（1988年）964頁。

151 Laurent Leveneur, *La famille, supra* note 78, p.33-34.

152 婚姻とコンキュビナージュが区別がされるのは、あくまでも法律上においてである。事実のレベルで、コンキュビナージュが婚姻と類似していることは、フランスにおいても承認されている。例えば、コンキュビナージュは「事実上の婚姻」と形容されたりもしている（Philippe Malaurie, *supra* note 59, p.30）。

153 本稿第１章第２節Ⅱ２参照。

154 Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.85-86.

ビナージュを位置づけることから、「婚姻法」の世界へと進みつつあるということであり、それは、従来のコンキュビナージュ保護理論では、承認しえないのである。

とはいえ、非婚カップル関係の安定的形成のために、一般的契約よりも包括的なコンキュビナージュ契約へのニーズは存在する。そこで、立法によってこのような契約を特別に認めてはどうかという考え方が生まれてくる。つまり、コンキュビナージュ契約としては容認しがたいため、パートナー契約といった特別契約を立法によって創設してはどうかと考えられたわけである。

このようなコンキュビナージュの状況が、パックス創設に何らかの寄与をした可能性は否定できない。だが、パックス創設が目指された直接のきっかけは、パックス法以前の同性カップルの状況にある。

2　同性カップルの状況

パックス法制定以前の同性カップルの状況[155]は、異性の非婚カップルの状況とは大きく異なっている。同性カップルは、抑圧されてきたのであり、そこから自由を勝ち取ることがまず目指された（(1)）。それが一定の成果を挙げた後は、カップルとしての承認・保護を求めたわけであるが、それは拒絶されたのである（(2)）。

(1)　抑圧

①　ソドミー法

ソドミー法とは、「異常」な性的行為（特に男性間の性的行為）を禁止する法制度であり、そのような行為を行った者に対して刑事罰を課すものである[156]。キリスト教において同性愛が罪であると考えられていた[157]ことを背景として、

155　フランスにおける同性カップルの法的な状況を概観するものとして、Caroline Mécary, *Droit et homosexualité,* Dalloz, 2000.

156　フランス（ヨーロッパ）のソドミー法について、Flora Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, PUF, 1997, p.64 ; 大島俊之「ソドミー法を終わらせたヨーロッパ人権裁判所」神戸学院法学35巻１号（2005年）１頁。

157　キリスト教が当初から同性愛を罪であるとしていたかについては疑問があるとされている。聖書では同性愛が罪であるとは書かれておらず、その後の聖書の解釈によって同性愛が罪と考えられるようになったようである（伊藤悟ほか著『同性愛って何？』［緑風出版、2003年］110頁）。

中世ヨーロッパでは、男性間の性的行為が教会裁判所によって処罰されており、フランスにおいても、男性間の性的行為を罰するソドミー法が制定されたようである。すなわち、中世のフランスにおいては、男性同士のカップルは、法的に保護されるどころか、無視されていたわけでもなく、抑圧されていたわけである[158]。

しかし、フランスでは、ソドミー法は、フランス革命の影響を受けて1791年に廃止された。その後、1810年に法典化された刑法典（ナポレオン刑法典）においても、男性間の性的行為の禁止は規定されなかった。

② 差別的取扱い

だが、このような同性カップルへの態度は、20世紀になって、多少硬化することになる。1942年、異性間の性的行為への同意可能年齢（15歳）よりも、同性間の性的行為への同意可能年齢が18歳と高く設定された（刑法典旧第331条第２項）のである。さらに、1960年には、公然わいせつ罪について、同性愛に関係するときは量刑が重くされる（刑法典旧第330条第２項）に至った。これらは、同性間の性的行為の一部について、異性間の場合よりも罪を重くしたものであり、同性間の性的行為が異性間の場合とは差別化され、半犯罪化されたといえる。

その後、1960年代後半から1980年代にかけて、同性愛解放運動が活発になり、上記の差別的規定を撤廃し、同性愛を犯罪視することを国家にやめさせ、私生活に干渉されない消極的自由を勝ち取ることが目指された。この時代においては、規範的拘束から完全に開放された自由なセクシュアリティの理想こそが支配的であり、国家から同性カップルが承認されることは求められていなかった。国家からの承認は、排他的な一対一の関係に基づくブルジョア的異性カップルモデルの再生産につながるとして忌避されたようである[159]。1982年８月４日の法律によって、刑法典における上記の差別的規定は廃止され、同性カップルは、少なくとも法律上は、消極的自由を勝ち取るに至った。

⑵ コンキュビナージュからの排除

同性カップルは、次に、同じ非婚カップルでありながら異性のカップルには

---

158 女性間の性的行為については、存在しないものとされて無視されていたようである（Caroline Mécary, *supra* note 155, p.20）。

159 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）144-145頁。

認められるようになっていたコンキュビナージュとしての保護を、同性カップルにも認めさせることにより、同性カップルのカップルとしての承認を目指し始めた。その背景には、保護に対する実際の強い要求があったといわれている。特に、エイズの拡大により、同性カップルの一方が死亡し、他方がそれまで住んでいた住居を追われるといった状況への対応が求められていた[160]。

このような背景のもとで、同性カップルがコンキュビナージュに含まれるか否かの初めての破毀院判決が1989年に出された。

① 破毀院判決

ⅰ）破毀院社会部1989年７月11日判決

1989年７月11日、破毀院社会部は、同性カップルのコンキュビナージュに関する２つの判決を出した[161]。

第一の事例は、エールフランス社の客室乗務員の「婚姻している配偶者及び自由結合の配偶者（conjoint）」（同社従業員規則）に認められる同社航空機チケットの特典が、同性のパートナーに認められるか否かが争われたものである。エールフランス社が、同性パートナーへの特典付与を拒否したために、訴訟となったものである。

第二の事例は、疾病保険・出産保険の適用に関する1978年１月２日の法律が、受給権者の資格を認める「社会保険被保険者と夫婦同様に（maritalement）生活している者」に、社会保険被保険者の同性パートナーが当てはまるかが争われたものである。社会保障機関が同性パートナーからの請求を拒否したために、訴訟となったものである。

破毀院は、この２つの事件において問題になった「自由結合の配偶者」や「夫婦同様に生活している者」という概念は、「夫婦のように生活することを決定したとはいえ、婚姻によって結びついていない２人の者を指すため、それは、１人の男性と１人の女性から成るカップルでしかありえない」と判断した。異性のコンキュビナージュ当事者には与えられる保護を、同性カップルに与えることを否定したのである。このことから、同性カップルとコンキュビナージュで生活する異性カップルとを同一視することを、破毀院は明確に拒絶したといえる[162]。

---

160 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）146-147頁。

161 Cass. soc., 11 juillet 1989, D. 1990, Jur. p.582 note P. Malaurie.

162 ここで注意すべきは、「コンキュビナージュ」という言葉の定義そのもの

ⅱ）破毀院第３民事部1997年12月17日判決

1989年判決によって、判例法による同性カップルの法的保護が否定されたため、1990年代に入ると、同性カップルにも異性カップルと同様の法的保護を立法によって与えようとする動きが起き始めた。さらに、1990年代後半に入り、同性カップルに法的保護を与える立法への議論が活発化するなか、さらに同性カップル保護の要請が高まる契機となった事件が起こった。

破毀院第３民事部1997年12月17日判決[163]は、同性カップルの一方がエイズにより死亡した事例において、賃借人であった死亡当事者と「周知のコンキュビナージュ関係にある者（concubin notoire）」の場合に認められている他方への賃借権の移転（賃貸借関係改善に関する1989年７月６日の法律第462号第14条第８項）を認めなかった。「コンキュビナージュは、婚姻の外観をもつ、安定的で継続的な関係からのみ生じうるため、１人の男性と１人の女性の間（にのみ成立しうる）（下線部、括弧内筆者）」と判示したのである。これによって、コンキュビナージュに同性カップルが含まれないことが決定的となった。

②　破毀院判決への批判

これらの破毀院の判断に対しては、同性カップルもコンキュビナージュに含むとの結論を採用しえたにもかかわらず、あえて同性カップルを法的承認から排除したものであり、道徳上の偏見を助長するものであるとの批判がされている[164]。コンキュビナージュという言葉は、ラテン語の concubina からきており、concubina は単に「一緒に寝る」ということを意味する concumbere に由来する。このため、コンキュビナージュという言葉からは、性別の違いという基準を導

が問題となったわけではなく、チケットの特典が認められる「自由結合の配偶者」、あるいは、社会保険被保険者の受給権者の資格が認められる「夫婦同様に生活している者」という概念に、同性カップルが含まれるかどうかが問題となったという点である。つまり、問題となった法的効果と、問題となった言葉に限定して、同性カップルを排除する判断がなされたと見ることもできるのである。しかし、判文中において「コンキュビナージュ」という言葉が、「自由結合」や「夫婦同様に生活している者」とほぼ同じ意味で使用されていることなどから、コンキュビナージュ全般に対して、同性カップルを含まないとする判断がなされたと解されているようである。

163　Cass. 3e civ., 17 décembre 1997, D. 1998, Jur. p.111 note J.-L. Aubert.

164　Caroline Mécary et Flora Leroy-Forgeot, *supra* note 31, p.86.

入することは帰結しえないというのである。「コンキュビナージュという言葉ではなく、一緒に生活する２人の者（語源によると一緒に寝る者）の状況を定義すること」が、これらの事件では問題であったのであり、本件の当事者となった同性カップルの状況は、「その性別がどうであれ、コンキュビナージュ当事者と呼ぶことを何も妨げない」ものであったと批判されている[165]。

では、破毀院は、どのような理由付けをして、同性カップルのコンキュビナージュからの排除を帰結したのだろうか。破毀院の考え方を検討する前に、1989年判決の２つの事件を共通して扱った法院検事の採用した論理を参照しておきたい[166]。検事は、コンキュビナージュを婚姻と接近させることによって、同性カップルとは遠ざけるという論理を採用した。それは、コンキュビナージュと婚姻は嫡出であるか自然であるかという違いはあれど、家族を形成する、つまり「再生産を目的とする」点で同じであるとするものである。したがって、再生産を担うことのできない同性カップルは、コンキュビナージュとは同一視することができないという帰結が導かれる。

これに対し、破毀院は、再生産といったことには触れておらず、法院検事ほどには、コンキュビナージュと婚姻との同視をしていないように思われる。1989年判決においては、「夫婦のように生活することを決定したとはいえ、婚姻によって結びついていない」というところに、コンキュビナージュの意義が見出されている。つまり、「婚姻しうる」カップルが非婚でいることを選択するというところに、コンキュビナージュの意義を見出したのであり、そう考えると、「婚姻しえない」同性カップルは、コンキュビナージュに含まれないとする帰結が導かれる。1997年判決においては、「婚姻の外観をもつ」カップルであるという点が、コンキュビナージュの特徴であるとされている。婚姻は男女のカップルにしか認められていないのであるから、異性カップルのみが婚姻の外観をもちうることになる。いずれも、１人の男性と１人の女性の間の結合である婚姻を参照することによって、コンキュビナージュを定義している点では共通である。だが、「なぜ」そのように定義できるのかについては、判決文中で全く述べられておらず、不明なままである。

この手法に対しては、従来の判例のコンキュビナージュに対する態度と矛盾

---

165 *Ibid.*

166 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）149頁。

するとの批判がなされた[167]。既に述べたように、それまでの裁判所の立場は、コンキュビナージュを、婚姻の拘束から自由であることを本質とする事実上の結合であるとして、婚姻とコンキュビナージュを区別することに腐心してきたからである。しかし、同性カップルが問題となると、従来の立場に反して、コンキュビナージュを、婚姻を参照することによって定義している。よって、婚姻とコンキュビナージュを近接させるような論理を廃し、「厳粛」な行為である婚姻と純然たる事実であるコンキュビナージュを根本的に区別するべきであると批判されたのである。

また、別の角度からの批判もある。1989年判決・1997年判決で問題となったのは、社会法の領域におけるコンキュビナージュの保護である点に着目する立場である[168]。たとえ、コンキュビナージュと同性カップルとを区別することが望ましいとしても、それは、民法の領域に限られるべきであり、社会法の領域においては、カップルの「タイプ」を考慮する以前に、各個人の要保護性が考慮されなければならないというのである。

いずれにせよ、これらの破毀院判決により、同性カップルが法的に全く保護されないことになり、それによる不都合が生じたことは確かである。特に、1997年判決は、世論の関心を引き、人々の間に同性カップルに対する同情が生まれたようである。これによって、1989年判決以降模索されていた、立法による同性カップルの保護の必要性が広く認識されるようになった[169]。

この同性カップル保護の要請が、パックス法を制定する主要な動機であった。それが、１で述べた、非婚カップルに特別な契約の枠組み作りという提案と重なって、パックス法創設へと向かっていったのである。

Ⅱ　パックス法制定に至るまで

同性カップル保護の要請を受けて何らかの立法が目指されたといっても、実

---

[167] Jacquline Rubellin-Devichi, RTD.civ., 1990, p.61 ; JCP., 1998, Ⅰ, 151, n° 2, obs. H. Bosse-Platière ; Caroline Mécary, *Droit et homosexualité, supra* note 155, p.126-127 ; *Le Pacs, supra* note 31, p.86-87.

[168] Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *supra* note 89, p.37.

[169] Caroline Mécary, *Droit et homosexualité, supra* note 155, p.111.

際にどのようなものを立法するか、そのようなものを立法してよいのかについては長い時間と多くの議論が必要であった。パックス法制定に至るまでの過程としては、２つの局面に分けることができる。第一は、どのようなものを立法するかというパックス法案以前の動き(1)、第二は、パックス法案という１つの法案の是非についてなされた攻防(2)である[170]。

1　パックス法案以前

(1)　90年代前半

①　民事パートナー契約に関する法案

同性カップル保護を目的とした法案として、最初に提出されたものが、民事パートナー契約（le partenariat civil）に関する法案（1990年６月第422-25号）である。この法案は、同性カップルはコンキュビナージュに含み得ないとする1989年７月11日の破毀院判決を受けて、1990年６月に、社会党の元老院議員ジャン＝リュック・メランションによって、元老院に提出された。当時は、左翼である社会党の政権下であったが、１人の議員が提出したにすぎないこの法案は、議論されることはなかった。

この法案の時点では、同性カップルを保護することを主たる目的としているものの、同性カップルだけに適用されるのではなく、異性カップルをも対象としていたうえに、兄弟姉妹などの近親者である２人組等にも開かれたものとなっていた[171]。同性カップルのみに限定されなかったのは、フランスの共和主義によるものと説明されている[172]。つまり、市民の自由と平等を尊重するために、個人の具体的特性に基づいて市民の中に特殊なカテゴリーを作ることを好まないというフランス独自の考え方が、同性カップルに限定しない保護の枠組みを生み出したというのである。より大きな争点に同性カップルの問題を解消することによって、既存の家族秩序に楔を打ち込もうと意図されたもので、

---

[170] パックス法制定過程については、Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *Le pacs juridique et pratique*, Denoël, 2000, p.180 et s. ; Roselyne Bachelot, *Le Pacs entre haine et amour*, Plon, 1999, p.10 ; 大村・前掲書注（23）243頁以下が詳しく紹介している。

[171] Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.200.

[172] Laurent Leveneur, *supra* note 33, p.8. ジェスタッツ著（野村・本山訳）・前注（23）100頁、齊藤笑美子「同性愛者と家族」東海法学27号（2002年）55頁。

五月革命以来の流れを汲む方向性であるとも説明される[173]。また、婚姻を避けて婚姻外で生活する異性カップルも婚姻以外の新しい地位を必要としている、と述べることによって、同性カップルの法的承認に対する反発を軽減する意図もあったようである。

② 民事結合契約に関する法案

民事パートナー契約の立法の動きは、ジャン＝ポール・プリカンら５人のグループに受け継がれた。彼らは、1991年９月に、同性および異性の非婚カップル、および、同棲する者たち（les cohabitations）のための法的地位を創設することを目指して、グループを組んだのである。その後、このような地位を創設する契約は、民事結合契約（le contrat d'union civile、略してCUC）と呼ばれるようになり、1992年には、民事結合契約のためのグループが作られた。

1992年11月25日、民事結合契約の創設に関する法案（第3066号）が、ジャン＝ピエール・ミシェルら８人の議員によって、国民議会に提出されたが、審議には至らなかった。これは、社会党の議員グループの一致が得られなかったために、一部の議員によって提出されたものである。当時は、同性カップル保護の必要性が徐々に認識されつつあったものの、この問題に対する関心が薄かったために審議されなかったようである。

なお、民事結合契約に関する法案（第880号）は、1993年12月、ジャン＝ピエール・ミシェル、ジャン＝ピエール・シュヴェヌマン、ジョルジュ・サレ議員によって、国民議会に再提出された。しかし、93年３月に左翼は政権を失っており、再提出時、議会では右翼が多数派だったため、議論はされえなかった[174]。

⑵ 90年代後半

① 社会結合契約に関する法案

1995年９月、民事結合契約の創設実現を目指すグループと、エイズ患者を支援する援助団体が結びついて、社会結合契約（le contrat d'union sociale、略してCUS）の創設が目指されることとなった。名称が変更になったものの、社会結合契約も、基本的には、民事結合契約を踏襲したものであり、同性カップルを含む非婚カップルの社会的承認が目指された。

こうして練られた社会結合契約に関する法案（第3315号）は、1997年１月23

[173] 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）152頁。

[174] Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.183.

日、社会党のグループによって国民議会に提出された。さらに、1997年３月19日、社会党の元老院議員のグループが、同様の法案（第274号）を元老院に提出した。しかし、当時も政権は右翼が握っていたため、これらの法案は、議論されなかった。

なお、1997年６月に社会党が政権を取り戻した直後にも、同様の法案が立て続けに提出されている。1997年６月24日、民事及び社会結合契約（un contrat d'union civile et sociale、略してCUCS）を創設する法案（第88号）が、ジャン＝ピエール・ミシェルと急進派のグループの議員によって、国民議会に提出された[175]。また、1997年７月には、社会党国民議会議員のグループが社会結合契約に関する法案（第94号）を提出した。いずれも、社会党政権下とはいえ、党からの十分な委任を得て準備され提出されたものではなかったため、審議はされなかったようである。

② 共同利益契約案

以上のような社会党側の動きに対し、保守側も、同性カップルへの立法による対応について、検討を始めていた。保守政権末期の1996年、当時のトゥーボン司法大臣がボルドー大学の家族法学者ジャン・オゼ教授に報告書作成を依頼したのである。オゼ教授の報告書は、1998年２月に提出された。

オゼ教授が提案したのは、性別構成や関係を全く問わない２人を対象とした、そして金銭問題の解決に限った契約（共同利益契約 le pacte d'intérêt commun、略してPIC）の創設であった[176]。財産的次元に限定するため、オゼ教授は、新設するこの契約を、財（biens）に関する民法典第２編に書き加えるとしている[177]。同性カップル承認という象徴的効果をもたらすことなく、同性カップルに実際的な利益を与えることが目指されたことによるものと思われる。

しかし、このオゼ案が出された当時、政権は社会党が握っていた。1997年６月、社会党が国民議会選挙に勝利したため、政権は社会党に移ったのである。

---

175 Tristan Mage, *Pacte civil de solidarité (PACS), De la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité : 13 octobre 1998 à son adoption devant le Parlement français : 13 octobre 1999*, Tome Ⅰ, 1999, p.79.

176 Jean Hauser, Du PIC au PACS, expertise génétique d'une loi, Dr. famille, hors-série, déc. 1999, p.15.

177 一方、パックスが書き加えられたのは、人（personnes）に関する民法典第１編の最後である。

そのため、オゼ案が実際に法案となって提出されることはなかった。

③　イレーヌ・テリー案

1997年６月に政権を取り戻した社会党は、同性カップル保護立法を重要な課題の１つとして捉えていた。そこで、社会党政権のオブリー雇用連帯大臣とエリザベト・ギグー法務大臣は、1998年２月３日、家族社会学者のイレーヌ・テリー教授に対して、同性カップル保護立法に関して諮問を行った。それを受けて、1998年４月に提出されたものがこのイレーヌ・テリー案である[178]。

この案は、同性カップルはコンキュビナージュに含まれないとした破毀院判例を立法によって覆し、同性カップルもコンキュビナージュに含まれるとすることによって同性カップルを保護するというものであった。新しいカップルの地位を新たに創設しないで済まそうとする点で、それまでに提案された中では、最も消極的なものといえる。

テリー教授のこの姿勢は、カップルの性別構成を問わない契約を創設することに対して反対であったことに由来する。彼女は、同性カップル保護のために新たに制度を構築するのであれば、同性カップルに限定したものにすべきであるとの立場をとる。その背景には、性差に意義を見出す考え方がある[179]。彼女は、「性差」が社会的、文化的に構築されたもの、すなわち「性化されたもの（le sexué）」であることを認めたうえで、その文化的差異こそが人間社会に意味を与えていると考える。とりわけ、カップルの関係は、性化されたアイデンティティによって生じる感情によって形成されるものであり、「性化されたもの」の意義が重視されるべき領域であるとする。このため、カップルという関係を形成するための制度が性別構成を問わないということは、同性間か異性間かが重要な意味をもつカップルを規律するものとして、望ましくないというわけである。だが、彼女は、同性カップルを差別し、法的保護を否定する立場をとるわけではない。カップル関係内の「性的なもの（le sexuel）」、すなわちセクシュアリティは、「性化されたもの」とは区別されるべきものだからである。

178　Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Odile jacob, 1998.

179　このような分析を加えるものとして、Éric Fassin et Michel Feher, Parité et PaCS : anatomie politique d'un rapport, Daniel Borrillo et Éric Fassin (dir.), *Au-delà du PaCS,* PUF, 2001, p.30. 齊藤笑美子「パックスとパリテー性差とセクシュアリティの交差点ー」法とセクシュアリティ第１号（2002年）48頁以下。

ゆえに、事実上の結合としてのコンキュビナージュに同性カップルを含めることによる保護のみを提唱したのである。

2　パックス法案

後にパックス法（1999年11月15日の法律第944号）として成立するに至った法案は、実は、ほぼ同じ内容で２回提出されている。１回目に提出された民事・社会結合契約に関する法案を「パックス１」、２回目に提出された民事連帯協約に関する法案を「パックス２」と呼ぶこともある。それぞれについて順に見ていくこととする。

⑴　民事及び社会結合契約に関する法案：パックス１

民事及び社会結合契約（un contrat d'union civile et sociale、略してCUCS）という名前は、社会党の政権奪回直後の1997年６月24日に、ジャン＝ピエール・ミシェルと急進派のグループの議員によって、国民議会に提出された際に初めて使用されたものである。民事及び結合契約においても、同性カップル・異性カップルにとどまらず、一緒に生活することを望むすべての人々がその対象とされていた[180]。

1997年９月12日、国民議会の司法委員会の委員長であるカトリーヌ・タスカが、パトリック・ブロシュとジャン＝ピエール・ミシェルに対して、議員らによって提案された様々な法文を調和させることを要求した。これを受けて、ジャン＝ピエール・ミシェルとパトリック・ブロシュが、民事・社会結合契約に関する法案（パックス１）を練り上げ[181]、1998年４月28日、国民議会の司法委員会にかけられた。そして、1998年９月23日、国民議会の司法委員会において採択され、国民議会に提出されたのである。つまり、この法案は、議員グループが提出した従来の法案と比較して、十分な準備に基づいて司法委員会の採択も

[180] マルティヌ・オブリー雇用連帯大臣も、1997年７月21日に、ジャン＝ポール・プリカンに宛てた手紙において、このことを確認していた（Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.212）。

[181] この段階でも、カップルに限定せず、共同生活の目的をもつ２名の者のために必要な連帯を向上させるという姿勢は維持されていたようである。1998年１月24日、民事及び社会結合契約のためのグループの第２回会議に、カトリーヌ・タスカとエリザベス・ギグーは、その旨のメッセージを寄せている（Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.213-214）。

得て与党側から出されたものであり、立法の可能性が高いものであったといえる。

だが、この法案に対しては、右翼側から、当該法案の内容には憲法違反があり、審議するまでもないとして、国民議会議院規則によって定められている不受理の抗弁がなされた。不受理の抗弁は、通常、議会多数派が提出している法案については可決されることがないはずである。しかし、与党である社会党議員の欠席多数と、野党議員の高い出席率によって、1998年10月９日、与党提出の法案に対する不受理の抗弁が可決されてしまうという「珍事」となった。このような事態となった原因としては、社会党議員の関心の低さであるとか、問題が与野党の区別を超えて個人の価値観と関連していること、当該法案を廃案にしようとする側の熱意が高かったことなどが挙げられている。

⑵ 民事連帯協約に関する法案：パックス２

1998年10月13日、民事・社会結合契約に関する法案は、民事連帯協約（le pacte civil de solidarité）に関する法案（第1118号）と名前を変えたものの、内容はほぼそのままで国民議会に再提出されることになった。名前が変更されたのは、民事連帯協約という名前のほうがフランス人にとってイメージがよいからのようである[182]。

国民議会の第一読会では、民事連帯協約に関する法案に、約64時間の議論を費やした。多くの時間がかけられたのは、保守側の抵抗が強かったためである。そのほとんどは、同性カップルを法的に保護することに対しての抵抗であり、異性カップルとその子からなる家族に価値を置くべきであるとする意見が、その主なものであった。このため、国民議会での議論の過程で、「家族とは関係のない単なる契約」としてのパックスの色合いが強められることになった。その結果、「成年に達した自然人」に当事者を限定する文言が加えられ、パックスの手続先を婚姻と同様に市町村役場としていた原案から、小審裁判所書記課での手続に変更された。パックスの終了の要件、税や賃貸借に関するパックスの一定の規定を同居している兄弟姉妹に開いていることの是非については、論じられたものの修正はされなかった。このような議論を経て、一部修正された法案[183]が、1998年12月９日、国民議会の第一読会において、316対249で採択され、元老院に送られた。

---

[182] 大村・前掲書注（23）243頁。

[183] Tristan Mage, *supra* note 175, Tome Ⅳ, 1999, p.789 et s.

元老院での審議においては、同性カップルの制度新設による承認を絶対的に拒絶すべきことが主張され、コンキュビナージュと婚姻との間に新しい地位が創設されることに対しても激しい反対がなされた。パックスは、非婚カップルや独身者を侵害するとして批判されたのである。このため、元老院の多数派は、「パックス」を創設する規定をすべて削除する代わりに、個人の生活の自由や私生活・家族生活の尊重を民法典第９条第１項に規定し、コンキュビナージュの定義規定[184]とコンキュビナージュ契約の有効性の承認を民法典に導入することによって、同性カップルを含めた非婚カップルの保護を図った。また、カップルに限らず連帯関係にある者に恩恵を与える税制や、遺言の自由を保障する相続制度を採用することにより、共同生活をする者を保護するという手法をとった。こうして、国民議会が採択したものとは全く違う法文に書き改められた法案（婚姻、コンキュビナージュ、連帯関係に関する法案第1479号）[185]が、1999年３月23日、195対116で採択されて、国民議会に送られた。

国民議会の司法委員会は、コンキュビナージュの定義規定を置くことについては受け入れたものの[186]、パックスを削除することと、税制及び相続に関する規定を設けることについては拒絶した。パックス法案は、国民議会の第二読会において、３月30日から４月１日にかけて審議され、最終的に施行されることになるパックス法と全く同じ内容に修正された。パックスの小審裁判所での手続の詳細、共同の住居に関する支出についての第三者に対する連帯責任、パックス締結後に有償で取得した財産についての共有推定、パックス解消の帰結、成年被後見人のパックス締結無能力、生存配偶者と同様にパックスの生存当事者にも死亡一時金が支払われるなどの規定が加えられたのである。一方で、税や借家に関するパックス法の規定が共同生活をする２人の兄弟姉妹間にも適用されうるとしていた規定は削除された。この修正されたパックス法案[187]は、

184 「コンキュビナージュは、婚姻によって結びつくことなく、カップルとして生活する２名に関する事実である」として、性別構成に言及しない一方、婚姻については、「身分吏による挙式がなされた１人の男性と１人の女性の結合である」として、同性カップルを排除する規定が設けられた。

185 Tristan Mage, *supra* note 175, Tome Ⅶ, 1999, p.1363 et s.

186 とはいえ、定義規定を置くことについて受け入れたのみであって、元老院案の定義のまま規定することを受け入れたわけではない。

187 Tristan Mage, *supra* note 175, Tome Ⅷ, 1999, p.1707 et s.

1999年４月７日、300対253で採択され、元老院に送られた。

元老院は、国民議会から送られてきた法案の第二読会での審議に入る前に、その先決問題[188]があるとの異議申立てをなすことを、1999年５月11日、214対98で決定した。その理由としては、婚姻が参照されるべき制度であること、婚姻とコンキュビナージュの間にカップルの新たな法的地位を構築することは婚姻を侵害すると同時に非法の世界のコンキュビナージュを拒絶するおそれがあることなど８項目を挙げている[189]。

両院で結論が分かれたため、1999年５月18日、各院の同数の代表から成る合同委員会が開かれたが、合意は得られなかった。

国民議会の司法委員会は、もはやパックス法案の修正を行わないことを決定した。1999年６月15日、国民議会は、新しい読会において、前回と全く同じ内容のパックス法案を300対243で採択した。

一方で、元老院は、1999年６月30日、国民議会が全く同じ内容の法案を出してきたことなどを理由として、新たに先決問題の異議申立てを決定し、パックス法案の審議を行わなかった[190]。

結局、国民議会の単独議決となった。1999年10月13日、賛成315・反対249・棄権４で、国民議会が民事連帯協約に関する法案を可決し、法律として成立する運びとなったのである。

しかし、反対派の抵抗は、それだけでは終わらなかった。パックスに関する法案が可決されたその日、反対派議員（国民議会議員213名、元老院議員115名）によって、憲法院に違憲審査申立てがなされたのである。憲法院は、1999年11月９日、多くの留保を付けながらも合憲判断を下した[191]。

1999年11月15日、シラク大統領が審署し、ようやくパックス法は発効するに至ったのである。

---

188 法案が審議される院において、議員の提案により、当該法案については審議の必要がないことを決定する目的で１回に限り提起されうる問題のことをいう（元老院規則第44条第３項）。

189 Tristan Mage, *supra* note 175, Tome Ⅷ, 1999, p.1744.

190 Tristan Mage, *supra* note 175, Tome Ⅸ, 1999, p.2077.

191 この合憲判断の内容については後述する。

第１節小括

パックス法は、1989年の破毀院判決によって、同性カップルがコンキュビナージュに含まれないとされたことを契機として、制定されたものである。したがって、同性カップルたちの法的保護の要求に応えるということが第一の目的として目指されたわけであるが、そのためには、保守側からの強い抵抗を抑えなければならなかった。このため、パックスは、保護技術として稚拙なものとなり、さらに、複雑な法的性質をもつことになった。いかに抵抗を抑えて同性カップルたちの要求にかなう法律を実現させるかということに関心が向けられたために、法律上の細かな配慮がされなかった、あるいは、なしえなかったのである。

一方で、パックス法は、コンキュビナージュの定義を規定し、同性カップルもコンキュビナージュに含まれうるとしている。これは、元老院から出された全く違う法案において、「婚姻しないカップルとしてのコンキュビナージュの尊重を確実なものにするために」コンキュビナージュの定義規定を加えることが提唱されたことを契機としており、当初のパックス法案には存在しないものであった[192]。とはいえ、パックス法は、同性カップルの法的保護を主たる目的としたものであるから、コンキュビナージュの定義規定を加えるという手法は、同性カップルを排除する従来の判例法上のコンキュビナージュの定義を修正するものとして有用である。したがって、現在のパックス法においてコンキュビナージュの定義規定がされたのは、「コンキュビナージュに同性カップルを含ませる」ためであって、元老院がいうような意味での「コンキュビナージュの尊重」は直接の目的ではなかったと考えられる。このことは、コンキュビナージュ契約の有効性を規定した元老院案に対し、パックス法では、コンキュビナージュの効果について、何も規定が加えられなかったことからも説明できる。パックス法は、婚姻しないカップルとしてのコンキュビナージュに対する法的対応については、従来通り、判例法の解釈に委ねているのである。

つまり、パックス法は、非婚カップルの法的保護に大きな影響を与えるものであるにもかかわらず、パックスについてもコンキュビナージュについても、十分な法律上の規定を置いたとはいえない。このため、パックス法制定後のパックスとコンキュビナージュそれぞれの法的位置づけについては、解釈に多くが

[192] Alain Sériaux, De l'opportunité d'un statut des concubins, *supra* note 80, p.29; Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La famille*, 2[e]éd., Defrénois, 2006, p.158.

委ねられているといえる。

第２節　パックス法制定の帰結

最後に、パックス法の制定がフランスにおける非婚カップル保護理論に与えた意味を検討する。パックスについての保護理論がどのようなものであるか（Ⅰ）を概観した後、コンキュビナージュ保護理論や婚姻秩序へのパックス法の影響（Ⅱ）を考察する。

Ⅰ　パックスとは何か

新たに創設されたパックスというものの性質を法的にどう捉えるか、そのような保護をどのように説明できるかというのは、パックスのその後の運用や、パックスを締結していない非婚カップルの地位にとって、重要な問題である。パックス法違憲申立てを受けての1999年11月９日の憲法院裁決[193]は、パックスの保護技術を憲法上正当化する説明を加えることによって、それらの問題に一定の解答を与えた(1)。この裁決をどう評価し、パックスをどう位置づけるかについては、学説において対立している(2)。

１　憲法院裁決

1999年11月９日の憲法院裁決は、ⅰ）意見書（mémoire）の受理可能性、ⅱ）立法手続の適法性、ⅲ）立法者の裁量権の範囲、ⅳ）平等原則違反、ⅴ）「共和的婚姻の侵害」、ⅵ）「契約法の基本原理」の侵害、ⅶ）人間の尊厳の保護原則の侵害、ⅷ）私生活の尊重の侵害、ⅸ）家族と子どもの保護の侵害、ⅹ）コンキュビナージュ当事者の権利の侵害、ⅺ）所有権の侵害という項目の検討を通して、多くの解釈上の留保をつけながらも、パックスを合憲であると判断した[194]。憲法院により、パックスの性質には、相反する２つの方向性が与え

193　前注（28）参照。

194　違憲の疑いがあるパックス法の規定について、解釈上の留保をつけることによって合憲とした点に対する批判がある。いわば、憲法院が、第二の立法府のような機能を果たしてしまっているというのである（François Terré, Histoire d'une loi, Dr.famille, Le Pacs, hors série, déc. 1999, p.29）。

られた。１つ目は、婚姻との近接、２つ目は、婚姻との区別である。

⑴　婚姻との近接

パックスと婚姻との近接としては、憲法院がパックスの当事者をカップルに限定した点（①）、パックス法の規定の多くを強行法規とした点（②）が挙げられる。これらは、パックス法の中に設けられた諸規定間を合憲的、整合的に解釈するためのものである。

①　カップルへの限定

立法者は、パックスと婚姻とを区別するという考え方や、共同生活者すべてを対象にするという意図から、パックス当事者間に性的関係が要求されるわけではないと考えてきた。ただ、実際には、パックス当事者間には性的関係が存在することが多いであろうことを見越して、婚姻と同様の障害事由（民法典第515-2条）を設けたと説明していたのである[195]。

これに対して、憲法院は、婚姻の障害事由を踏襲したパックスの障害事由を正当化できるのは性的関係の存在だけであるとして、パックス当事者間に性的関係が必要であるとの解釈上の留保を付した。民法典第515-1条の「共同生活」の定義に、共同住居での同棲に加えて、「カップルの生活（une vie de couple）」を前提とするという留保を加えたのである。さらに、憲法院は、障害事由に抵触するパックスを絶対無効であると判示しており、その理由として、パックス障害の規定は婚姻障害と同じ根拠によって正当化されることを挙げる。つまり、「人の法」における公序規範の尊重であるとする。これによって、パックスは、「カップルも利用できる」新たな契約としてではなく、「カップルのための」特殊な契約であるということになった。

このことは、パックス当事者の私生活の尊重への配慮が求められるという帰結を導く。パックスは、カップルという人格的関係に基づく契約であることになったためである。憲法院は、パックス当事者の私生活の尊重のため、パックスの登録簿の閲覧がデクレによって（第三者の権利に留意しながらも）制限されなければならないと判示している。

②　強行法規性の承認

憲法院は、パックス法によって民法典上に書き加えられた民法典第515-1条から旧第515-7条の規定のうち、後得財産の共有推定を定める民法典旧第515-5

195　Nicolas Molfessis, *supra* note 71, p.405.

条以外は強行法規であるとの留保を付した。中でも、相互的物質的援助義務の強行性と、一方的解消時にフォートがある場合の補償義務の強行性が強調されている。前者は立法者の意図や他のパックス法の条文との関係を根拠に、後者は人権宣言第４条の「自由」を根拠とする。このことは、契約自由により規律されるはずのパックスを拘束的な婚姻に近接させていると評価できる。

憲法院のこの判断は、なぜコンキュビナージュで生活するカップルや単身者よりもパックス締結者が税制等において優遇されるのかという問いに合憲的に応答する際にも活用される。

まず、なぜパックスがコンキュビナージュよりも優遇されるのかについては、パックス当事者が、コンキュビナージュのカップルとは違って、「一定の債権債務関係に拘束されている」からであるとする。つまり、コンキュビナージュのカップルは、相手方との関係形成・維持・解消すべてにおいて自由であるのに対し、パックス当事者は、パックス法の強行法規からくる拘束を受けているため、両者間の取り扱いの相違は正当化されるというのである。

また、なぜパックス当事者が単身者と違って共同課税の利益を受けるのかについて、憲法院は、共同課税の利益は一方当事者が無収入かわずかな収入である場合にのみ享受されるものであるところ、「共同課税から引き出される他方当事者の利益は、人権宣言第13条（租税負担の平等原則）に照らして、世帯内の被扶養者の存在によって正当化される」と述べた。これも、コンキュビナージュとの区別と似たような論理である。すなわち、単身者と違って、パックス当事者は、相手方の扶養についての負担をする場合があり、その負担は、パックス法によって課せられているのであるから、その場合に税金が共同課税となることによって恩恵を受けることは正当化されることになる。

つまり、パックス当事者は、パックス法の強行法規による法的義務を負っているため、法律によって恩恵が与えられることが正当化されるというのである。

⑵　婚姻との区別

憲法院は、パックスと婚姻とを近接させたものの、同視はしていない。両者の区別をはっきりと残している。これは、パックスが婚姻や基本権を侵害しているという主張を斥けるためになされたものである。

①　契約という法性決定

憲法院は、パックスが婚姻制度と抵触するために違憲であるという申立てに対し、パックスに関する規定は、婚姻に関するいかなる規範も問題にしていな

いとして、パックス法の合憲性を認めた。つまり、パックスは婚姻制度とは違うものである、だから合憲であるという考え方である。

さらに、憲法院は、そのようなパックスの法的性質を、「契約」であるとしており、それは、「民法典第515-1条から第515-7条の目的は、共同生活を組織するために成人の2人の自然人によって締結される特別な契約の創設である」との言葉に最も端的に表明されている。そして、この「契約」であるとの判断は裁決文中に繰り返し現れている。

例えば、憲法院は、遺棄（répudiation）を容認するパックスは人間の尊厳を侵害しているとの申立てに対し、パックスは婚姻とは関係のない「契約」であるから、その一方的解消は遺棄と法性決定することはできないとしている。そのうえで、パックスの一方的解消が可能であることについて、パックスのような「期間の定めのない契約」を一方的に解消することは、人権宣言4条から生ずる自由の中に含まれることを挙げてその違憲性を否定している。また、パックスの一方当事者が婚姻した場合のパックスの即時解消については、婚姻の自由の尊重からそれを正当化している。さらに、憲法院は、パックスが婚姻制度や家族制度とは無関係な契約にすぎないことから、子どもとの関係を規律せずにカップルの関係を規律すること、生涯パックス締結数の制限や再パックス待機期間を設けないことは、立法者の裁量の範囲内であるとする。

この次元においては、パックスは婚姻とは関係のない「契約」であるという性質を根拠にして、カップルの人格的要素から生じうる問題について扱わないことが正当化されている。

② 契約自由の承認

既に述べたように、パックスの多くの規定が強行法規であるとされたことから、パックス当事者の契約自由は、憲法院によって縮小されたといえる。だが、パックス後に有償で取得した財産の共有推定を定める民法典旧第515-5条については、パックス当事者の自由が尊重されている。憲法院は、同条の文言自体を根拠として、共有推定を当事者の合意によって修正することを認めたのである。一方、共有推定が及ぶ場合については、共有に関する民法典第815条の適用があるとする。

この共有の例のように、憲法院は、パックスには契約に関する民法典の一般規定が適用されると明記しており、特に、契約の有効要件である「合意」の瑕疵に関する民法典第1109条以下が適用される旨を明らかにしている。これは、

当事者の契約自由を確実に保障しようとしたために述べられているものと考えられる。

以上の憲法院の判断は、パックス法を合憲とするために、憲法上の原則、契約法上の原則、「人の法」的要素、立法者の意図といった根拠を使用できるところで持ち出してきた感があり、統一的な説明が難しい。立法段階で考えられていたものよりも、パックスの法的性質が複雑なものとなったといえる。

2　学説の考え方

憲法院裁決に対しては、学説からの批判が多い。立法過程においては、パックスが「契約」である旨が強調されていた。しかし、憲法院は、「契約」であるとの法性決定をしながらも、婚姻と近接させるような判断を同時に行っている。憲法院は、パックスと婚姻とを、立法者の意図以上に近接させたことによって、コンキュビナージュよりは安定的に、婚姻よりは非拘束的になるようにパックスを位置づけたのである。つまり、コンキュビナージュと婚姻の間に、パックスという第三の型を創り出したといえる。このことによって、パックスが不安定になったと批判されるのである[196]。

では、第三の型であるパックスとは、何なのであろうか。コンキュビナージュと婚姻との間にパックスがあるとして、どの程度まで婚姻に近接しているといえるのだろうか。この問いに対する見解は、パックスの法的性質を「契約」と捉えるか「制度」と捉えるかに対する見解の違いにつながる[197]。

(1)　パックスの法性決定：契約

パックスの法的性質は、立法過程においても、条文上も、憲法院裁決においても、「契約」であるとされている。しかし、パックスには、締結できる当事者、手続、合意できる内容などに通常の契約以上の制約がある。「契約」としてのパックスの特殊性は、コンキュビナージュ当事者が結ぶコンキュビナージュ契約と比較すると明らかである。コンキュビナージュ契約は、婚姻の拘束からの自由

196　ジェスタッツ著（野村・本山訳）・前注（23）102頁。Philippe Malaurie, *supra* note 59, p.30.

197　この「制度」か「契約」かという議論は、フランスではよくなされる議論である。ここでいう「制度」と「契約」の意味については、前注（30）参照。

を本質とするコンキュビナージュ当事者が、当事者の自由な意思によって契約内容を作成し、それに合意するものであり、一般的な契約法理に従う。原因の合法性など、契約の有効要件を充たす必要はあるが、コンキュビナージュ契約は、当事者の契約自由、意思の自律の原則に支配されている。一方、パックスは、パックス法や憲法院裁決によって設けられた制約により、必ずしも当事者の自由な意思によって契約内容が作成できるわけではない。この制約がなぜ正当化されるのかといえば、パックスがある特定の目的をもった法規範の総体であるから、すなわち「制度」であるからと考えられる。このことは、パックスを「契約」と性質づけることの妨げとならないか。

パックスが「制度」としての性質をもつこと自体は否定できない。しかし、パックスを「契約」であるとする立場は、パックスの「制度」としての側面は特に重要ではないとする[198]。通常、「契約」と法性決定されるものにおいても、契約の一般的枠組みのほかに、法律によって強行的に決定される内容を含んでいるからである。そのような例としては、組合契約であるとか消費者契約が挙げられる。これらの契約には制約が多いが、その「契約」的性質は否定されていない。パックスもこれと同じで、基本的な法的性質は「契約」であるというのである。

この考え方は、パックスの目的や規律があくまでも通常の契約と同じ財産的次元に限られているという前提に立っているものといえる。パックスは、財産的次元を規律するものであるが、カップルの共同生活における財産的関係規律を目的としているため、その範囲内で婚姻に類似するにすぎないと考えるのである[199]。したがって、この立場においては、コンキュビナージュとパックスと婚姻とは、それぞれに次元の違うものである。事実上のカップルにすぎないコンキュビナージュ、カップルの共同生活の財産的規律をする「特別な契約」としてのパックス、家族を形成する礎として制度的にカップルを保護する婚姻と分けられるのである。

⑵ パックスの法性決定：「制度」

これに対して、パックスの法的性質を字義通りに「契約」とすることは、パッ

---

198 Françoise Dekeuwer-Défossez, PACS et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD civ. 2001, p.531.

199 *Ibid.* p.545.

クスの本質を捉えていないとの見解もある[200]。そこで対照されているのが婚姻である。フランスにおいては、婚姻もまた民事契約であるといわれる[201]。この場合、当事者の自由な意思によって、婚姻を「利用することについて」合意することを指して民事契約と呼ばれている。婚姻の利用に入った後は、当事者間の関係が強行的に決定されるのであり、それが婚姻「制度」と呼ばれるのである[202]。ここで保障されている当事者の自由とは、契約自由ではなく、フヌイエ教授の言葉を借りれば、「カップルの自由（liberté du couple）」である。他者の圧力や干渉を受けることなく、婚姻制度の利用を合意することができる点に重点が置かれているのである[203]。「カップルの自由」の保障は、コンキュビナージュ当事者を保護することにもつながる。カップルが婚姻制度を利用しないことを選択する自由をも保障するからである。

ここで、パックスに視点を戻すと、パックスにおいて保障されている当事者の自由は、契約自由というよりも婚姻において保障されている自由に近いことが分かる。パックスにおいても、その利用について、当事者の自由な意思によって合意することが可能であるものの、パックスの利用に入った後は、パックス法の一体的な規律に従うからである。パックス利用後も、一定の事項については当事者の合意による関係規律が可能であるが、それは、パックス「制度」がそのような関係規律を部分的に認めているからに他ならない。したがって、パックスが「契約」とされることは、婚姻における民事契約のように、パックス当事者（及びコンキュビナージュ当事者）に「カップルの自由」を保障するため

---

200 Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.100 et s.

201 フランスの婚姻における契約自由の原則を検討するものとして、金山直樹「フランス革命・民法典における契約自由の原則－婚姻と離婚も踏まえて－（一／二・完）」民商131巻２号（2004年）１頁・131巻３号（2004年）20頁。

202 「利用するかどうか」についてのみ当事者の自由な意思により、その後は強行的な規律をするこのような制度を、フヌイエ教授は、「法定の地位の制度（institution-statut légal）」として分析している（Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.104）。

203 齊藤笑美子「性的指向と人権－フランスにおける同性間婚姻議論－」一橋法学５巻２号（2006年）563頁においても、「婚姻の自由は制度の課す公序に従うことを自ら選びとる自由と考えられる」とフランスにおける婚姻の自由を説明している。

の技術として意味がある。しかし、全体としてのパックスの法的性質は、「制度」であると結論付けることができるというのである。

この考え方に立つと、パックスと婚姻の位置づけは、かなり近接したものになる。もちろん、パックスを「制度」とする見解においても、パックスが財産的関係規律に限定されたものであることは重視しており、「制度」であるからといって人的関係規律をするものであるとは結論付けていない。だが、こちらの考え方によると、カップルを規律する制度として婚姻とパックスが同視されており、ただ、婚姻は家族をも規律することから、保護のレベルや認められる法的効果が違っているだけであるとの位置づけをすることになる。これらに対し、コンキュビナージュは、制度である婚姻とパックスに対置される自由な結合であるということになる。

パックスの法的性質の理解としては、どちらも可能な理解である。結局、パックス法の強行的な規定に、どのような、そしてどの程度の意味を見出すかによって、「契約」と捉えるか「制度」と捉えるかが変わってくるのである。だが、当事者資格、手続、当事者間の義務、当事者間で合意できる内容についての制約がある一方で、社会保障法上、税法上、借家法上、労働法上の効果が一体的に付与されるパックスは、「特別な契約」の域を超える強行的性質を持っていると考えるのが自然ではないだろうか[204]。そして、その強行的性格は、カップルの保護を目的とするものであるがゆえのものであろう。パックス全体については「制度」であるとしたうえで、当事者の合意を「契約」とすることによってカップルの自由を保障しているとの説明は、パックス全体を「契約」と法性決定するよりも無理がなく説得的であるように思われる。

いずれにせよ、パックスの法的位置づけについて、共通して帰結しうることがある。それは、パックスとは、非婚カップルを「公化」したものであるということである。パックスを「契約」とする見解をとっても、私生活のレベルから法律によって枠組みが設けられた契約関係に引き上げられたパックスが「公化」であることは否定しえない。このことは同時に、カップル全体に視野を広

[204] 2006年のパックス改正により、婚姻と同様の公示方法が採用されたり、財産制の規律が強化されたりしたことは、パックスの「制度」性を強めたものと言えるのではないか。

げると、公的なカップルとして独占的な地位をしめてきた婚姻を相対化する作用をもつと考えられる。パックスのこのような性質は、非婚カップルの法的保護にどのような影響をもたらすであろうか。

Ⅱ　パックス法が与えた影響とは何か

第三の型であるパックスという保護装置を創り出し、コンキュビナージュの定義規定をしたパックス法が与える影響としては、コンキュビナージュへの影響⑴と、婚姻への影響⑵が考えられる。

１　コンキュビナージュへの影響

パックス法の制定がコンキュビナージュ保護理論に与えた影響としては、まず、コンキュビナージュの定義規定が民法典に加えられたことによる影響（⑴）が想起される。しかし、パックス法によってパックスという新たな非婚カップル保護技術が出現したことが、従来の非婚カップル保護技術であるコンキュビナージュの保護理論に与える影響（⑵）の考察も忘れてはならない。

⑴　定義規定による影響

既に述べたように、パックス法によって、「カップルとして生活する異性または同性の２名の物の間における安定性および継続性を示す共同生活によって特徴づけられる事実上の結合」（民法典第515-8条）というコンキュビナージュの定義がなされたのは、同性カップルをコンキュビナージュに含めるためであったといえる。そこで、検討しなければならないのは、同性同士のコンキュビナージュが認められたことが従来のコンキュビナージュ保護理論に与えた影響である。それまでの判例は、婚姻を参照し、婚姻とコンキュビナージュを近接させることによって、同性カップルをコンキュビナージュから排除していた[205]。しかし、パックス法によって、コンキュビナージュに同性カップルが含まれることが承認された一方で、男女のカップルに限定されている婚姻については修正がされなかったわけであるから、コンキュビナージュは、婚姻とは違うものであるということが確認されたことになる。フランスにおいては、民法典制定時から、コンキュビナージュと婚姻との区別が原則であったわけであるから、コンキュビナージュを婚姻と同視することを否定するパックス法は、コンキュ

[205] 本稿第２章第１節Ⅰ２⑵。

ビナージュの独自の地位を再確認したものといえる。

が、同性カップルをコンキュビナージュに含むとすると、新たな理論的問題が生じてくる。それは、なぜコンキュビナージュとして保護されるために「カップル」であることが必要なのかという問題である。従来は、コンキュビナージュの保護は、男女のカップルに認められた婚姻と同じく、男女のカップルにしか与えられないとしていたのであり、それは、突き詰めて考えれば、法的保護を与えるか否かを、生殖可能性で区別していたものと説明できる[206]。つまり、子どもという新しい人格が生まれる可能性のある重要な結合であるとして、男女のカップルの保護が正当化されていたことになる。しかし、パックス法によって、同性カップルにもコンキュビナージュの保護が認められたために、カップルであるか否かで、コンキュビナージュの法的効果が認められるか否かが決まることになったのである。生殖可能性とは関係なく、ある２名の者がカップルとして生活しているかどうかが、コンキュビナージュとされるか否かを決するのである[207]。そうすると、なぜ「カップル」が保護されて、兄弟同士や友人同士で共同生活をしているような場合は保護されないのかという疑問が生じる。さらにそれは、なぜ２名間でなければならず、３名以上で共同生活をしている場合ではいけないのかという疑問にもつながる。

---

[206] ここでいう生殖可能性とは、当該カップルの具体的な生殖可能性をいうのではなく、より抽象的な次元での生殖可能性を指す。なお、生殖可能性による区別は、生殖補助医療へのアクセスが認められるカップルについて、残存している。同じコンキュビナージュのカップルであっても、異性のカップルにしか、生殖補助医療へのアクセスは認められない。同性カップルと異性カップルを同視するというパックスの論理を貫くのであれば、同性カップルにも生殖補助医療へのアクセスを認める帰結になるとして、パックスの論理自体の問題を指摘する立場もある（Laurent Leveneur, *supra* note 78, p.8.）。

[207] カップルか否かの判断基準が、性的関係の有無だけにあるのかどうかは、民法典第515-8条からは明らかでない。例えば、愛情で結びついてはいるが、セックスレスのカップルは、コンキュビナージュに含みうるのだろうか。カップルの概念が明らかでないことについては、イレーヌ・テリーの指摘が丸山「PACS －同性愛の制度的承認か？」・前注（23）171頁で紹介されている。Clotilde Brunetti-Pons, Couple, concubinage et PACS, De l'émergence d'une hiérarchie des couples?, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité,* L.G.D.J., 2002, p.47にも同様の指摘。

おそらく、コンキュビナージュに非カップルの２人組が含まれない理由は、コンキュビナージュという言葉自体が「一緒に寝る」「ベッドを共にする」という意味を包含しているためであると思われる。コンキュビナージュという言葉になじまないとしても、パックスを非カップルの２人組に開くことは可能であったはずであるが、パックスは「カップルとして」同性カップルを公認することを重視したため、立法過程では検討されたものの、非カップルには開かれなかったようである。また、非カップルの２人組は、人格的結合であるカップルと比べて、法的保護の必要性が低いことも大きな理由であろう[208]。３名以上の共同生活については、性的関係のあるものであるならば、やはり、倫理的に問題があるとされたと思われる。性的関係のないものであれば、パックスによって保護するほどの要保護性がないと考えられたのであろう。このように考えると、パックス法によるコンキュビナージュの定義規定がカップル概念を相対化し、カップル保護の意味を問い直す作用をもつことは確かであるが、そのことによって、コンキュビナージュ保護が後退するものではなさそうである。

⑵　パックス登場による影響

一方で、パックスという新しい非婚カップル保護技術は、コンキュビナージュの保護を縮小させる可能性があるといわれている。

もちろん、パックス法によって新しいパックスという制度が提供されたからといって、婚姻外で生活するパックスを締結しうるすべてのカップルが、パックスを締結しなければならなくなるわけではない。彼らは、コンキュビナージュで生活することを選択することができる。しかし、その選択は、従来よりも、公的な承認を求めず自由でいることを重視する意思であると評価されやすくなるであろう。そのような自由な関係に対して、法的保護は必要ないとする帰結が導かれやすくなり、判例法によって認められてきたコンキュビナージュの保護が後退する可能性があるのである。例えば、パックスの承認は、コンキュビナージュ関係の形成・維持のために締結される一般的契約の無効を帰結する可能性があると指摘されている[209]。このような事態は、パックス創設の意図に

---

[208] ジェスタッツ著（野村・本山訳）・前注（23）101頁では、非カップルのパックス締結の目的は、多くの場合、税負担を軽くするためといったものになるであろうと指摘されている。

[209] Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.128.

はなかったものであるが、婚姻とコンキュビナージュの間に位置づけられるようなものを創設したことによって、コンキュビナージュの地位が相対的に低下しうるような論理をもってしまうのである[210]。

しかしながら、パックス法によって、それまでは判例法上の定義にすぎなかったコンキュビナージュが民法典上に定義されたということは、コンキュビナージュがもはや法的に無視されるものではないということを明らかにするものである。パックスが非婚カップルを「公化」したことによって、多少、コンキュビナージュに認められてきた保護が後退する可能性はあるが、一般法の活用によるコンキュビナージュ当事者の保護がなされなくなる帰結を導くような論理は、パックス法には見出すことができない。むしろ、コンキュビナージュは、パックス法によって、「婚姻とは違う」事実上の結合として「法的に考慮される」という意味合いが強化されたものといえるだろう。

2　婚姻への影響

パックス法は、婚姻に対する考え方にも影響を与えたと考えられる。パックス法以前は、公的なカップルとしては、婚姻が独占的地位を占めていたのに対し、パックス法によって、パックスという新たな公的カップルが認められたことは、どのような意味をもつであろうか。従来、婚姻制度における一定の規律は、非婚カップルに対してであっても、性的関係のある結合全般に影響をもたらしてきた。そのような規律を婚姻秩序を呼ぶとすると、パックス法の制定は、婚姻秩序に何らかの影響をもたらしたと考えられる（(1)）。そして、婚姻制度そのものにも、パックス法の影響は及びうる（(2)）。

(1)　婚姻秩序への影響

①　ライフスタイルの多様化？

婚姻でもコンキュビナージュでもない第三の型が創られたことは、婚姻できないあるいは婚姻を望まないカップルではあるが、特異性と正統性の認容を望む非婚カップルに特別の地位が用意されたものであると評価することができる[211]。異性カップルについては、婚姻を回避しつつ２人の生活を法的に整理する道を

[210] Philippe Malaurie, *supra* note 59, p.30.

[211] Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.91.

提供するという意味がある[212]。同性カップルについては、彼らの結合の正統性が承認される道を提供するという意味がある。つまり、カップルの共同生活においてとりうる選択肢が増えたということであり、それは、公的なカップルが婚姻のみであったことによる強固な婚姻秩序を弱める作用をもつかもしれない。

しかし、パックスが前提としているライフスタイルは、性的関係のある２名の者が１つの住居で排他的に同棲する形態であり、これは、婚姻において前提とされているライフスタイルと何も変わらない。カップルが別居しながら関係形成をするというライフスタイルや、１人の男性と複数の女性が１つの家で暮らすというようなライフスタイルが承認されたわけではない。パックスが提供する新たなライフスタイルの選択肢とは、「婚姻に似た生活をする」というものにすぎないのである。婚姻秩序は、パックスが創設されたとはいっても、維持されているといえる。

②　カップルの多様化？

パックス法は、同性カップルにパックス及びコンキュビナージュを開くことによって、カップルは男女によるものという婚姻秩序を弱めたといえる。これは、カップルの多様性を一定程度は承認したと評価できる。

しかし、パックス法は、生殖補助医療や養子縁組に関する規定を修正することはせず､パックスに当事者間の子どもに関する規律を置くこともしなかった。したがって、子どもを生み育てることができるのは男女のカップルに限られるという考え方が維持されたということになる[213]。「カップル」の概念が同性カップルにも開かれたといっても、「両親としてのカップル（couple parentale）」

---

[212] 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）142頁。

[213] 男女のカップルであれば、非婚カップルであっても子どもを生み育てることができるという点では、家族を形成するのは婚姻カップルであるという婚姻秩序は弱められているといえる。このことは、生殖補助医療へのアクセスがコンキュビナージュのカップルにも認められたことに、象徴的に現れている。これによって、「両親としてのカップル」という次元における婚姻とコンキュビナージュの同視が行われている。だが、子どもを生み育てるためには、父と母が必要であるという婚姻秩序・家族秩序は、維持されているといえる（Clotilde Brunetti-Pons, L'êmergence d'une notion de couple en droit civil, *supra* note 89, p.47）。

は男女によるものという秩序が維持されている[214]。

また、不貞関係のカップルや近親間カップルなどの他の結合を法の外に残しておくことによって、パックス法は、暗に、それらのカップルの道徳的否認を確認した。つまり、性的関係の排他性、モノガミー、インセストタブーといった婚姻秩序は、「カップル」という概念に影響を与えているのであり、それらの婚姻秩序は、尊重されるべき秩序として維持されることが示されているのである。婚姻秩序は、パックスによって弱まった部分もあるが、かたくなに維持されているといえる。

(2) 婚姻制度への影響

非婚カップルが婚姻以外の手段によって自らの関係を形成・維持していくことを承認するパックス法は、婚姻制度自体を弱体化させると考えられるかもしれない。しかし、パックス法は、直接には、婚姻制度に手を加えていない。パックスの効果を限定することによって、婚姻制度を侵害しないように配慮がなされている。パックス当事者には、人的義務や、家族に関する効果、子どもに関する効果が認められていない。そのことによって、パックス法は、それらが婚姻制度に留保されるべき要素であるということを確認しているのである。このことから、パックス法によって、婚姻制度は、人的関係を規律するものとして、家族を規律するものとしての独自の地位が再確認され、強化されたとも考えられる。安定的継続的な関係を維持し、子どもを生み育て、家族を形成するものとしての婚姻の尊重は、堅固に維持されている[215]。パックス法は、伝統的な婚姻観・家族観に変更を加えていない[216]。

---

[214] Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *supra* note 89, p.46.

[215] 数字の上でも、パックスが婚姻を凌駕するという事態は起きていない。パックス締結数は、パックスが創設されて以来、年々増え続けているものの、2005年のパックス締結数は、6万組である（Sylvie Dibos-Lacroux, *supra* note 31, p.7）。一方で、2005年に新たに婚姻したカップルの数は、28万組近くであり、パックス締結数をはるかに上回っている（Le Monde, 17 janvier 2006, note. A. Chemin ; Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau, *supra* note 32, p.815）。

[216] Remi Lenoir, Le familialisme et le PaCS, Daniel Bollillo et Éric Fassin (dir.), *supra* note 179, p.59. とはいえ、パックス法施行から7年が経つ現在、事実のレベルにおいては、婚姻観は変化してきているようである。例えば、パリ第4

だが、同性カップルをカップルとして承認するパックス法によって、なぜ婚姻制度は同性カップルに開かれないのかという疑問が強まることは確かである[217]。実際に、パックス法制定後、同性間の婚姻の効力が争われた事例がある。ボルドー控訴院第６民事部2005年４月19日判決は、「婚姻に関する国内法は、異性間でしか婚姻しえないとしており、ヨーロッパ人権条約の法文やフランスの判例にも、（異性間に限定する理解について）何の抵触も認められない」として、同性間の婚姻を無効とした[218]。だが、生殖が婚姻に不可欠であるという考え方は、宗教上の婚姻については当てはまるが、民事婚にとっては、不可欠なものではないと指摘されている[219]。民事婚は、生殖能力の欠如を婚姻無効原因にすることなく、子どもに関する責任分担を規定しているからである。さらに、ポチエは、性的関係さえも、民事婚の本質ではないと述べている[220]。婚姻は「精神と意思の結合」であるとするのである。であるならば、同性カップルに婚姻が認められない理由はないように思われる。

結局のところ、婚姻が同性カップルに開かれない理由は、道徳的・宗教的次元の問題によるところももちろんあるが、法的問題としては、親子関係に関する問題[221]が大きいようである。同性カップルに婚姻を認めた場合、同性カップル間の子として養子をとったり、生殖補助医療を受けることができるということが、問題視されているのである。これらの問題は、パックス法制定過程においても付随的に取り組まれたが、先送りにされたものである。同性カップル

区役所では、パックスを締結したカップルが希望する場合には、「婚姻の間（salle des mariages）」において、「挙式」を執り行っているとのことである。

217 齊藤笑美子「性的指向と人権－フランスにおける同性間婚姻議論－」一橋法学５巻２号（2006年）555頁がこの点について詳細に検討している。

218 CA Bordeaux, 6e ch. civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR, p.1113 note. J. Daleau.

219 Caroline Mécary et Flora Leroy-Forgeot, *supra* note 31, p.41-42.

220 Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, L.G.D.J., 1993, p.38.

221 この問題について、Marcela Iacub, homoparentalité et ordre procréatif, Daniel Bollillo et Éric Fassin (dir.), *supra* note 179, p.193 ; Geneviève Delaisi de Parseval, La construction de la parentalité dans les couples de même sexe, Daniel Bollillo et Éric Fassin (dir.), *supra* note 179, p.229 ; Martine Gross, *L'homoparentalité*, PUF, 2005, p.52. 渡邉泰彦「同性カップルと親子関係－ヨーロッパの状況をめぐって－」東北学院大学論集第63巻（2004年）125頁。

が子どもの両親となることができるかどうか、同性カップルに婚姻を認めるかどうかという問題は、パックス法によっては解決されなかったものであり、今後の議論の必要性が高まったといえる。

第２節小括

パックス法の制定は、フランスの非婚カップル保護理論に、３つのことをもたらしたといえる。

１つ目は、婚姻ほどではないものの「婚姻と似たような」保護を与えるパックスを創設することによって、婚姻と区別されてきた非婚カップルに、「婚姻に似た」地位への道という新たな選択肢が認められたということである。それまでのフランスにおいては、非婚カップルの「婚姻に類似する法的地位」というものは認められていなかったわけであるから、これは大きな変化である。

２つ目は、コンキュビナージュに同性カップルを含めるという定義規定を置くことによって、婚姻とは区別されるコンキュビナージュの独自の地位が再確認されたということである。「婚姻に似た」パックスが創設されたといっても、「婚姻とは違う」コンキュビナージュの地位が否定されるわけではないのである。

３つ目は、同性カップルを異性カップルと同視することによって、「カップル」の意義に変化をもたらしたということである。生殖可能性が前提とされなくなったために、カップルとは何か、なぜ保護されるのかという問題を提起する。これは、婚姻制度に対しても、婚姻制度とは何か、なぜ同性カップルに婚姻制度が開かれないのかという疑問を投げかけることになる。

このように、パックス法の制定は、カップルをめぐる法理論の状況に大きな変化をもたらしたといえる。

第２章総括

フランスにおいて、パックスとコンキュビナージュという２つの非婚カップル保護技術が設けられているのは、その経緯によるところが大きい。コンキュビナージュに同性カップルが含まれないとする1989年の破毀院判決を受けて、同性カップルを法的に承認し、保護することが必要とされ、その結果、パックスが設けられた。だから、パックスとコンキュビナージュという２つの技術がある。言ってしまえばそれまでのことである。

だが、両者には、それぞれ独自の意義が見出されている。

コンキュビナージュは、婚姻の拘束から自由であることを本質とした「婚姻とは違う」事実上の結合として法的に考慮されるという独自の地位である。このため、コンキュビナージュにおいては、原則として、個人の自由が尊重されるのであり、例外的に、当事者が自らの意思で相手と契約を結んだ場合や、当事者に要保護性がある場合に、法的効果が与えられるのである。

これに対して、パックスは、婚姻することができないカップルや婚姻を望まないカップルではあるが、自分たちの関係が公認されることを望むカップルのために設けられた[222]、「婚姻に似た」制度である。それは、一律に婚姻とは区別されてきた非婚カップルに、新たな選択肢を提示する。婚姻でもコンキュビナージュでもない独自の公的な地位[223]を、非婚カップルに保障するという点に意義があるのである。

一方で、パックスもコンキュビナージュも、「非婚」カップルである。つまり、「婚姻とは違う」という点では共通なのである。このため、パックスもコンキュビナージュも、当事者間に人的義務が発生せず、家族に関する効力、子どもに関する効力も発生しないことになっている。つまり、当事者間の人的関係、家族、子どもを規律するのは、婚姻制度のみであると考えられていることが分かる。婚姻だけが、家族の生活に必要な安定性を保障するものとされているのである[224]。

このように、コンキュビナージュ、パックス、婚姻には、それぞれ独自の意義が見出され、それによって、保護の技術や度合いにも差が設けられている。だが、いずれの保護技術においても、カップルの自由、そして、私生活についての個人の自由が重視されている点では共通である。カップルが生活していくにあたって、コンキュビナージュ、パックス、婚姻のどれを選ぶか、選ばないかは、個人の自由であり、その選択は尊重されなければならないと考えられているのである。

---

222 Sylvie Dibos-Lacroux, *supra* note 31, p.9.

223 *Ibid*, p.6. 2006年の改正によって、パックスの独自の地位はさらに強化されたといえるだろう。

224 Laurent Leveneur, *La famille, supra* note 78, p. 37.

結語―日本法への示唆

以上のフランス法の検討は、日本法に多くの示唆を与えているように思われる。本稿の冒頭で掲げた日本法の２つの問題、準婚理論の妥当性⑴と一般法による保護のあり方⑵に分けて、フランス法からの示唆を提示したい。

１　準婚理論の妥当性

⑴　私生活の自由・カップルの選択の自由の軽視

本稿での検討により、フランスにおける非婚カップル保護理論は、コンキュビナージュ、パックス、婚姻の３つにそれぞれ、婚姻の拘束から自由な事実上の結合、共同生活を送るカップルのための制度（あるいは特別契約）、家族および人的関係を規律する唯一の制度という独自の理論的枠組み（法的位置づけ）を与え、それらのいずれを選択するかは個人の私生活の自由・カップルの自由であるとして、私生活の自由を尊重しているということが解明できた。これと比較すると、日本において観念されているカップルの分類、すなわち事実婚（あるいは選択的内縁・自由結合）・内縁・法律婚の３つはそれぞれ、（夫婦共同生活の実体はあるが）意図的に婚姻届を出していないカップル、夫婦共同生活の実体はあるが婚姻届を出していないカップル、婚姻届を出したカップルという区別にすぎず、フランスのような独自の法的位置づけがされているわけではない。日本では、いずれのカップルについても、婚姻法の規定をどこまで適用することが可能かという法律婚に包摂して解釈する理論枠組み（準婚理論）が採用されてきたのであり、カップル関係において当事者がその法的な地位を「選択」するような土壌は整っていないといえる[225]。婚姻法の規定の適用を拒否するという当事者の意思、あるいは婚姻法の規定の適用は拒否するけれども独

[225] 水野紀子「カップルの選択」ジュリ1205号（2001年）85頁においても、（フランスにおいては）「問題が、あくまでもカップルの『選択』によるものという前提が疑われてはいない。したがって議論の対立点は、その選択肢をどのように構成するか、つまり法が社会にとって望ましい家族モデルを樹立して提示するべきか否か、という点に収斂する。しかし日本では、婚姻と同棲が、カップルにとって平等な『選択』の対象となる社会基盤は、まだ存在していない。」と指摘されている。

自に契約を結んで関係形成しようとする当事者の意思は、準婚理論の適用（内縁としての保護）を否定する根拠になりうるだけであり、そのような意思を積極的な特徴とする法的理論枠組み・法的地位は確立されていないように思われる。つまり、日本では、法律婚（準法律婚）か独身かという選択肢しかない状況であり（同性カップルについてはその選択肢もない状況であり）、これでは、個人の私生活の自由やカップルの選択の自由を尊重することは困難であるといえる。

⑵　法律婚独自の意義の軽視

準婚理論は、法律婚の外でのパートナーシップの自由を軽視することによって、法律婚を尊重しているのかというと必ずしもそうではない。フランス法が婚姻と非婚とを理論上厳密に区別して婚姻の優位性・特別性を維持しようとしていることと比較すると、法律婚の規定を非法律婚カップルにも類推適用するという準婚理論の手法自体が、法律婚に独自の意義をそれほど見出していないことの現れであることが分かる。フランスと比較すると、法律婚と非法律婚の区別を曖昧にする準婚理論の前提には、届出をすることに集約されない「法律婚の本質」が存在するという考え方があることが浮かび上がってくる。日本にのみ存在する事実婚という言葉も、このような考え方を反映したものといえる。

その際の「法律婚の本質」とは何か。一般に言われる内縁の定義[226]からすると、それは「婚姻意思」と「夫婦共同生活の実体」という２つの要素であるということになろう。準婚理論によると、この２つが事実として存在すれば、非法律婚カップルであっても法的保護が与えられる。以前のように法律婚のイメージが共有されていた時代にはそれで問題がなかったかもしれないが、今日のカップルの多様化に直面すると、そこで言う「婚姻意思」と「夫婦共同生活の実体」とは何かが問われることになり、解釈者の当該関係に対する価値判断に結論が左右されることを許容する。例えば、当事者が自分達は「結婚している」との意識で何らかの法的効果を求めていたとしても、従来の典型的な夫婦共同生活モデル（同居、生計同一、一対の男女、排他的性関係の存在、子どもの存在等）とは異なるカップルのあり方[227]であれば、否定的な評価（内縁と

[226] 前注（７）参照。

[227] 例えば、別々の場所に住み、週末に互いの家を行き来するといった形態（コミューター）。

はいえないという評価、婚姻法の保護を与えるに値する関係ではないという評価）がなされる可能性がある。当の法律婚カップルにおいては、従来型の夫婦共同生活モデルとは違うカップル形態が数多く存在するにもかかわらずである。反対に、当事者が「結婚していない」つもりだったにもかかわらず、内縁と認定されて法的義務が課される可能性もある。

もっとも、「法律婚の本質」という概念を現代的に捉え直して確定させ、ある程度法的安定性を備えることができれば上述の問題はなくなると考えられるかもしれない。例えば、「法律婚の本質」を、「２名の者による排他性継続性を前提とした人格的な協力関係」と解釈すれば、同性カップルや別居・生計独立のカップルであっても「内縁」として法的保護を付与することが可能になる。このように考えると、準婚理論は、婚姻とそれ以外を頑なに区別するフランスの非婚カップル保護理論よりも、非法律婚カップルを「差別」することなく、柔軟で保護の厚い解決ができ、実践的には有用であると考えられるかもしれない。

しかし、そこで理論的に問題となるのは、「法律婚の本質」を柔軟にして保護を与えていくことにより、法律婚自体の位置づけがさらに複雑になることである。上記のようにして非法律婚カップルに法律婚に準じた保護を与えるとすると、婚姻法の規定の非法律婚カップルに対する影響力が強まる一方で、婚姻法が同居義務を規定したり、異性カップルに限定していることの意味は埋没する。届出に集約されない「法律婚の本質」を重視すると、「届出＝公示」のみが法律婚独自の特徴であると考えていくことにつながるだろう。その場合、内縁にも法律婚にも「法律婚の本質」があるにもかかわらず、両者間で相続権など認められる法的効果に違いが生じることは、届出の有無だけで正当化できるのだろうか。あるいは法律婚に認められる法的効果を減らすことによって、法律婚と内縁の違いを届出の有無の違いに相応になるようにするのか[228]。法律婚の独自の意義はそれほどまでに軽視されてよいものなのだろうか。これらの点をどう考えるかは、非法律婚カップルの法的保護の問題というより、日本における法律婚の位置づけ・意義の問題であるといえるだろう。本稿では、日本

[228] 二宮周平教授はこのような方向性を志向する（研究推進ボード主催公開ワークショップシリーズ『第３回 婚外関係の多様化と法的保護のあり方』〔北海道大学大学院法学研究科、2007年〕70頁）。

の法律婚の検討を行ったわけではないので、この点については結論を留保したい。いずれにせよ、準婚理論を今後も非法律婚カップル保護理論として維持していくのであれば、個人の私生活の自由・カップルの選択の自由の担保、「法律婚の本質」概念の確定、法律婚の意義の再検討が不可欠であるということが明らかになった。では、一般法による非法律婚カップルの保護はどうだろうか。

2　一般法による非法律婚カップルの保護

⑴　身分法と財産法

フランスにおける非婚カップル保護技術は、コンキュビナージュもパックスも、一般法を基礎にしている。婚姻法の規定が婚姻カップルだけに及ぶフランスでは、非婚カップルには、婚姻という特別な関係がないわけであるから、通常の個人間と同様、「一般」法が適用されるのは当然の論理となっている。これに対し、日本においては、婚姻法・一般法という構造ではなく、身分法・財産法として峻別し、それぞれ別の論理が支配する領域と考えられてきた[229]。それによれば、カップルの関係というのは、非打算的・感情的な関係であるため、財産法ではなく身分法によって規律されるべきことになる。このため、非法律婚カップルにも婚姻法（身分法）の規定が準用され、財産法によって捉えることはほとんどなされてこなかったものと思われる。したがって、日本において一般法（財産法・契約法）により非法律婚カップルを保護する可能性を考える際には、身分法・財産法という峻別論をどのように克服するかをその後の学説の展開も踏まえて検討しなければならないことになる。この点は、日仏の違いとして意識すべき点として指摘するにとどめる。

⑵　一般法による保護の限界

仮に、上記峻別論を克服し、一般法による非法律婚カップルの保護を日本においても行うとした場合、どのような点が問題となってくるだろうか。フランス法の検討から得られた示唆をまとめておきたい。

裁判所による事後的解決のレベルでは、コンキュビナージュに対するフランスの裁判所の判断枠組みが参考になる。ここで具体的方法を繰り返すことはしないが、コンキュビナージュの関係を事実上の組合と考えるなど、カップルの関係を一般法によって捉える際の示唆が多く見られるように思われる。この事

[229] 中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）１頁。

後的解決の次元においては、一般法では金銭に置き換えられないものについては考慮が難しく、家事労働や愛情といった要素をどのように組み込んでいくかという点に困難な問題があることが示唆される。しかし、一般法によっても要保護者を保護しうることは、フランスの事例が示しているといえる。

当事者の事前的規律のレベルでは、フランスにおけるコンキュビナージュ契約や、コンキュビナージュ当事者間の一般的契約、パックスを登録する際に提出する契約が参考になる。日本においては、婚姻外のパートナーシップを目的として契約を締結するだけで、そのような契約全体が「公序良俗違反」で無効と評価されかねない空気がある[230]が、婚姻外のパートナーシップを形成すること自体は、個人の私生活の自由の尊重、カップルの選択の自由の尊重という観点から、否定されてはならないということが本稿の検討から明らかになった。このことは、一般法の原理である契約自由の原則にも適うといえる。

ここで問題となるのは、パートナーシップのための契約を締結すること自体の是非ではなく、当事者間でどこまでの規律が可能かという点である。フランス法の検討からは、対第三者効と婚姻法との抵触に限界があることが示唆される。

対第三者効については、当事者間の「契約」という形式をとる以上、認めることはできないだろう。だが、フランスでは、賃貸人との関係など、対第三者効が認められないことによって問題が生じうる場面で、個別に立法により保護を図っている。コンキュビナージュの場合はその保護の程度が弱いが、パックスでは、まさに「対第三者効」という点を制度的に支援しているといえる。当事者間の契約の存在を公示することができるようにし、それによって、使用者や賃貸人、税務署などに対する効果の発生を可能にしているのである。このようなフランスの手法は、日本においても、立法論のレベルで参考になるように思われる。

フランスにおいて、婚姻法との抵触が問題となる典型的な場面は、非婚カッ

---

[230] 我妻栄『法律学全集23　親族法』（有斐閣、1961年）18頁は、絶対に届出をしない（がパートナーシップを形成する）という合意について、「当事者は法律的拘束の生じない男女の結合関係を欲しているわけである。かような合意は、公序良俗に反するものとして、単に婚姻としての効果を生じないだけでなく、契約としての効果も生じないものと考える。従って、一方が契約を破棄しても、他方は損害賠償を請求することができない」とする。

プル間の契約が家族財産（当事者が既婚者であった場合の婚姻家族の財産）を侵害するようなときである。その際は契約の一般理論である原因理論によって無効とされうる。より興味深いのは人的義務についてである。フランスにおいては、貞操義務や同居協力義務、存続保障、子どもの認知義務などの人的義務については、婚姻の専権事項との考え方が強く見られる。したがって、非婚カップルは、人的義務について契約することはできないとされ、純粋に財産法的に扱おうとする傾向が強い。この点については、日本では、法律婚にそのような意義があるのかというところから検討する必要があるように思われる。

このように、一般法による非法律婚カップルの法的保護にもまた、検討すべき課題が残されているということが明らかになってくる。一般法には馴染まないような人格的な要素をどう考えるか、「カップル」の特殊性をどう考えるか、それは法律婚の専権事項なのかという問題である。

本稿第２章において、カップルは生殖可能性とは切り離され、性的関係の存在自体にその意味が見出されてきていることを示したが、そこでいう性的関係には、深い人格的関係の存在があるように思われる。つまり、カップル保護において重要視されているのは、性的関係自体の存在よりも、それに象徴的に現れる「人格的関係」の存在ではないだろうか。だが、そのような特別な関係は、個人にとって重要であるにもかかわらず、他の人間関係と客観的に区別することは困難で、法的に扱うことに適しにくいこともまた事実である。だから婚姻法がそのような関係を特別に規定したといえるのか。そうであるとして、婚姻法外の関係については、法はそのような人格的要素を考慮しないことにしていいのかどうか。この点も、本稿では問題点を指摘するに留まる。

このように、本稿で検討した非法律婚カップルの問題は、より大きな問題へとつながっている。非法律婚カップル（特に選択的非法律婚カップル）の法的問題のみを個別的に取り上げて論じるのはなく、法律婚を含めたすべてのカップルや人格的関係の法的保護を再検討しなければ、非法律婚カップルの法的保護のあり方について明確に結論づけることはできないことが明らかになった。残された課題は多いが、そのさらなる検討については別稿に譲ることとし、ひとまず本稿を終えることとしたい。

※本稿は、北海道大学審査修士（法学）学位論文（2006年３月24日授与）に補筆したものである。