

# セルビアにおける同性カップルの法制化と 近代法経験

伊 藤 知 義\*

- I はじめに
- II 新民法典草案における同性カップルの位置づけ
- III 異性婚外カップル法制化に対する専門家の見解
- IV 同性カップル法制化に対する専門家の見解
- V 同性カップル法制化に対するセルビアの世論
- VI 旧ユーゴスラビア（1918～1991 / 92～2006）構成国の現状
- VII 旧ユーゴスラビア時代の婚姻法における国内各地域間の法規定の差異およびその変化
- VIII 東西ヨーロッパ相違論とセルビアの状況
- IX EUへの統合と同性カップル法制化

## I はじめに

セルビアでは、新民法典草案<sup>1)</sup>をきっかけの1つとして、同性カップルまたは同性婚<sup>2)</sup>の法制化が改めて議論の対象となっている<sup>3)</sup>。本稿は、これに関連して、異性法律婚、異性婚外カップル、同性カップル、同性婚をめぐる、これまでのセルビアの法制度および議論、同性カップルに対するセルビアの世論を検討し、併せて、旧ユーゴスラビアを構成していた他の国および周辺諸国における現状と比較して、法文化論的な観点をも含めて、セルビアの現状について若干の分析を行うことを目的とする。

新民法典草案では、現行法にはない新たな法制度の導入が提案されている。現地報道によると、その中でも特に賛否が分かれている条文案として、尊厳死（92条）、代理母（2272条）、親による子への体罰禁止（2300条）などが挙げられ、同性カップルの法制化提案

\* 中央大学法科大学院教授

についても世論は、賛成、反対が相半ばしている<sup>4)</sup>。

## II 新民法典草案における同性カップルの位置づけ

現行のセルビア憲法 62 条 2 項は、婚姻は男女間のもものと定める。現行セルビア家族法 15 条も、「婚姻は、性の異なる 2 人が登録機関において意思表示することにより成立する」と定める。したがって、現行法上、セルビアでは同性婚は認められない。

新民法典草案は、パンデクテン構成を採っており、社会主義国において一般的であった単行法としての家族法による規律の道を捨てた。婚姻に関する草案第 4 編には、同性婚についても同性カップル法制化についても、具体的条文案はない。婚姻を定義する草案 2214 条は、「婚姻とは、法律の規律する女と男の生活共同体をいう」と定め、異性婚のみを婚姻と認めることを明確に宣言している。ただし、草案理由書の注 7 において、起草委員会は、同性カップルの法制化の可能性は認めている。起草委員会の立場は、「パブリックコメントにおいて、各意見、立場、理由付けを考慮した上で、同性カップルの法規制が可能かどうか全面的に理解する必要がある。法的規律がなされるとすれば、おそらく特別法によることとなろう。」というものである。他方で、このような立場とは矛盾するかのような規定も置かれている。それは、物権編の 2014 条であり、それによれば、人役権たる居住権が同性カップルのパートナーに対しても認められる<sup>5)</sup>。つまり、居住権についてのみ、同性カップルに対する法的保障が民法上与えられるのである。

## III 異性婚外カップル法制化に対する専門家の見解

セルビアで、婚外カップル（異性）の家族法上の効果が初めて規定されたのは、1980 年の婚姻家族関係法によってである。同法 16 条 1 項によれば、婚外カップルは、相互の扶養その他の財産法関係において、本法の定める要件および方法の下で、婚姻カップルと同権である。同法 4 条 2 項は、婚外カップルのパートナーは、本法の定める要件に基づき配偶者たる権利と義務を有すると定める。しかし、セルビア相続法は、婚外カップルの場合に法定相続権を認めていない。それゆえ、セルビアの立法者は、セルビア社会に実際に存在する多数のカップルにとっての婚姻に代わる形態として婚外カップルを軽視していると評価されている<sup>6)</sup>。草案でもこの点は変わっていない。日本でも、特に、

社会保障に関連する問題について、事実婚に対する法的保障が拡充されてきてはいる（健康保険、年金など）が、事実婚に相続権が認められないことは、現在でも、法律婚と事実婚を分かつ、もっとも大きな法的効果の違いの1つである。

セルビアにおいて、婚外カップルに対し相続権を認めないことを正当化する理由としてよく挙げられるのは、第1に、婚外カップルの形成および解消の際に何らの方式もないため法的安定性に欠ける、という点である。セルビア現行法は、婚外カップルの形成の際に何の方式も義務づけていない。婚外カップルに法的効果を認める要件として、婚外カップル登録義務を定めているわけでもない。他方で、婚外カップルが法的効果を持つための要件として、法は、男性と女性の「継続的」カップルであることが必要だと定めているが、どれくらいの期間なら「継続的」とみなされるかについて詳しくは定めていない。これに加え、教会法<sup>7)</sup>およびセルビアの伝統的道德の影響という、歴史的遺産および文化的文脈が挙げられている<sup>8)</sup>。

このようなセルビア法の規定は、法定相続について婚外カップルと法律婚カップルとを法的に平等としている大部分のヨーロッパ法の動きを無視していると専門家は批判する。それによれば、セルビアにおいても、家族生活の形はここ数十年変わってきており、婚姻外ではあるが長きにわたり互いに生活上の真の伴侶となっていたカップルに対し、法定相続権を認めないのは、法定相続に関する現行セルビア相続法の最大の欠陥であるという。婚外カップル関係に入るかどうかを決める自由は個人の権利であり、婚外カップル関係に入るという決定をしたことによっていかなる不利益も受けるべきではないとの主張である<sup>9)</sup>。

#### IV 同性カップル法制化に対する専門家の見解

以上は、異性の婚外カップルに関する見解であるが、本稿の対象は、同性カップルである。同性カップルの法的保護対象の1つである相続権を材料に、同性カップル法制化についてどのような議論がなされているか、引き続き検討しよう。

EU 構成国を含む多くの国で、同性カップルに対して一定の法的効果を認めている。しかし、セルビア共和国の法は、同性カップルに対して、いかなる法的効果も与えていない。同性カップルに関する法律を今も制定しておらず、民法典草案の起草者たちも、これを明確に規律する方針を示してはいない。草案では、婚姻も婚外カップルも異性同士に限られている。同性カップルに関する特別法制定の可能性に触れているだけである。

これについては、広く社会で受け入れられないであろう解決を提示することを避けた、との評価もなされている<sup>10)</sup>。

同性カップルが法的に認められていないのだから、同性カップルの相続法上の地位についても法的な規律はない。セルビアは、同性カップルには、法定相続権を含め、何の権利も認めない国に分類される。これは、1980年代末から世界で広がった流れとは一致しない。欧州人権裁判所は、永続的な同性カップルの双方に対して相続権を認める判決を出している<sup>11)</sup>。したがって、これと異なる法制度を維持しているセルビアは、欧州人権裁判所の確立した実務にも反している。セルビアは、欧州人権裁判所の判断に法的に拘束されるのだから、実際にストラスブールで争われる前に、セルビア法をこの欧州基準に合わせておくことが望ましいだろう。欧州人権裁判所が、ほかの多くの判決においても同性カップルを法的に承認し、異性の夫婦や婚外カップルに属する権利と伝統的に考えられてきたものが同性カップルにも保障される世界的な潮流について言及していることをセルビアの専門家も強調している<sup>12)</sup>。欧州人権裁判所によれば、正当化できない全ての区別は、差別的取扱いとなるのであり、伝統的家族保護の必要性は、この少数派に属する人々の権利を原則として否定することの理由とはもはやなり得ない。同性愛指向の者が差別されることなく欧州人権条約の保障する私生活および家庭生活に対する自己の権利を実現できる環境を確保する義務を各国が負っているという明確な立場を同裁判所は採っている（2015年10月21日 *Oliari v. Italy* 判決<sup>13)</sup>など）。

欧州人権条約を批准したことにより、人権解釈におけるセルビア憲法裁判所の「独占」は制限されることとなった。欧州人権裁判所判決は、セルビア憲法裁判所判決を通じて、セルビアの法体系の一部となっており、その判決が取り扱う事件のみならず、類似した事件に対しても効力を有している。それゆえ、事実上も法的にも、欧州人権裁判所判決は、セルビアの法源となっている<sup>14)</sup>。

このような立場に立てば、セルビアにおいても、同性カップルのパートナーの法的地位およびその相互の相続権を規律する法律を制定する必要があるということになる。具体的には、婚外カップルの各パートナーの相続法上の地位と同じく、これを法律婚の夫婦の相続法上の地位と同じとし、それは、法定相続、遺言相続、遺留分相続を問わない。同性カップルの各パートナーの権利に対するこれと異なる法的規律は、性的指向に基づく不平等な取扱いとなる。そこには、客観的・合理的な正当性はなく、その意味で差別となる。しかし、セルビアは、この分野での立法を未だに行っていない。セルビア民法典草案起草者たちも明確な解決策を提供してはいない。したがって、この問題を法的に規律し、欧州人権裁判所が何度も判決で表明している立場に国内法を調和させる必要が

ある、と専門家は言う<sup>15)</sup>。

セルビア自身も、差別禁止法<sup>16)</sup>を有し、その21条（性的指向に基づく差別）において、「1項 性的指向は私的事項であり、何人も自己の性的指向について公表することを強制されることはない。2項 何人も自己の性的指向を表明する権利を有する。そのような表明を理由とする差別的行為はこれを禁じる。」と定めているのだから、その趣旨から言っても、同性カップルの法制化に反対する理由はないはずである。

同性カップルの各パートナーの法定相続権については、これを民法典で規律するか、それとも特別法によるか、という問題がある。これについては、特別法で規律した上で、その特別法に定めのない事項については、夫婦または婚外カップルに関する相続法規を準用するという方法がよいとの主張がある<sup>17)</sup>。民法典起草委員会の、かなり控えめな提案もこれと同じ方向を目指すものである。

起草委員会の消極的な態度については、世論の合意がない問題について規定を置かないままにしたこと、社会において優勢な立場に従わない解決を強いなかったことには、合理的な理由があるだろう、と理解を示しつつも、批准された国際条約がセルビア共和国を拘束し、セルビア共和国が国際条約を尊重する積極的義務を負っているという事実を無視すべきではないだろう、と批判する立場がある<sup>18)</sup>。その立場に従えば、社会の優勢な立場と衝突することになるが、それに関連して、道徳的または宗教的な理由は棚上げにしようとも提案されている<sup>19)</sup>。宗教的な理由に基づくさまざまな議論や紛争が顕在化している現在の世界情勢の中で、このような提案がセルビアにおいてどの程度支持されるのかを見通すのは難しいが、次に、この問題に関するセルビア世論を検討してみよう。

## V 同性カップル法制化に対するセルビアの世論

セルビアでは、1994年まで、不自然性行為の1つとして男性同性愛者間の性行為が犯罪とされていた<sup>20)</sup>。旧ユーゴスラビアで同性愛行為が完全に非犯罪化されたのは90年代の内戦後だが、1976年までに共産主義者同盟（ソ連共産党同様に権力を独占していた）は何度かこの問題について議論し、同年各共和国・自治州に対し、同性愛行為の非犯罪化を指示し、1977年に刑法が改正されたが、一部の同性愛行為は形式的にはなお犯罪のままだった。ただ、それは当事者の意思に反する行為など例外的な場合に限られ、実質的には通常の強姦罪と共通の構成要件となった<sup>21)</sup>。ただし、西欧でも、イギリスは

1967年まで、ドイツは1994年まで、同性愛行為は犯罪だったし、米国では2003年に初めて、連邦最高裁判所がソドミー法を違憲とした。したがって、セルビアおよび旧ユーゴスラビアにおける同性愛行為の非犯罪化は西欧やアメリカと比べても決して遅い方ではない<sup>22)</sup>。

セルビア社会が同性愛者に対しどのような姿勢で向き合っているか、以下で現地報道を紹介しよう。

セルビアで最初のゲイパレード開催の試みは、2001年に行われたが、参加者を暴徒や右翼グループが襲い、流血の事態となった。その後、パレードは治安上の理由により禁止されていたが、2010年になって、再びゲイパレードが実施された。会場となった首都中心部は警官隊とバリケードにより周囲から隔離されていたが、5千人の警察官と6千人の暴徒が衝突し、警察官124人、デモ隊17人が負傷した。ベオグラードの中心街も破壊されたが、未だに誰も裁判にかけられてはいない。その後3年間はパレードが再び禁止され、2014年になってやっと次のパレードが開催された<sup>23)</sup>。

2017年のパレードには、ブルナビッチ首相やジョルジェヴィッチ労働大臣、ルジッチ行政・地方行政大臣といった政府のリーダーが初めて参加した。ブルナビッチ首相は、同性愛者であることを隠しておらず、その首相就任は、セルビア社会の寛容さを示す最大の証拠だと評価されている（ただし、ブルナビッチの任命にはセルビア正教会は反対した）。ブルナビッチの首相指名は、セルビアがLGBTの人々の地位に関してヨーロッパの価値に近づいたことを示すという指摘もある<sup>24)</sup>。

LGBTの人々の状況は年々改善されているものの、その変化は遅い。憎悪犯罪に関する判決がまだ1度も出されていない。ベオグラード中心街のゲイパレードでは、血が流れなくなったが、別の場所では今も流れている<sup>25)</sup>。LGBTの人々は、今日では、社会で孤立してはおらず、外出もでき、お互いに集まることもできるが、差別と不寛容はいまだに残っている。性的指向を理由として解雇されるケースがセルビアにはあり、彼らの多くは、仕事を失ったり、差別されたり、殴られたりすることを恐れ、カミングアウトをしない。今でも大きな問題である。20年前と比べると、LGBTの権利、これに対する態度には前進が見られるが、欧州評議会構成国として持つべき水準からはなお遠い。セルビアでは、なお60%の人が同性愛は病気だと見ており、20%は、同性愛者は犯罪者だと考えている<sup>26)</sup>。セルビアの状況は、イスラム教徒が多く同性愛に対して非常に厳しい態度を取るボスニア・ヘルツェゴヴィナとほぼ同じであるという意見もある<sup>27)</sup>。

## VI 旧ユーゴスラビア（1918～1991 / 92～2006）構成国の現状

本稿のテーマに関するセルビアの将来を占う材料の1つとして、70年近くにわたって同じ国を構成し、現在は別々の国として独立している旧ユーゴスラビア各構成国の現状を見てみよう。

スロベニアでは、同性カップルが法制化されている。2015年12月のレフェレンダムにおいて、同性婚およびそのカップルの養子縁組権は否定された<sup>28)</sup>。

クロアチアでは、2014年の法律「同性生活パートナーシップ法」(Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola)で、同性カップルに対し、養子縁組を除き、異性カップルと同じ法的権利が付与された。パートナーは、年金、健康保険などの社会保障、相続においても法律婚夫婦と同じ権利義務を有する。自己のパートナーの子に対して監護権を取得する。ただし、同性婚は認めない。2013年12月の国民投票で、婚姻を男女に限るとの憲法改正がなされている。カトリック教会と右派政党がこれを支持している<sup>29)</sup>。このような状況を利用して、セルビア人同性愛者は、クロアチアに行って同性カップルの登録をすることが多いという<sup>30)</sup>。

ツルナ・ゴラでも、同性カップルの登録はできない。ただし、2018年5月現在、同性カップルを認める特別法の法案が議会に提出されている<sup>31)</sup>。

マケドニア議会は、2015年、婚姻は男女の結び付きだとする憲法上の定義を通過させた。さらに、同性カップルに関する将来の立法を妨げる憲法上の規定を置いた<sup>32)</sup>。

ボスニア・ヘルツェゴヴィナには、同性カップルを法的に規律するためのいかなる仕組みもない。欧州評議会加盟国として、またヨーロッパへの道を目指す国として、同性カップルの法的承認問題を解決すべきだという意見が専門家の間では強い<sup>33)</sup>。同性愛者たちは、イスラム厳格主義の人々、特にワッハブ派の反応を恐れている<sup>34)</sup>。

このように、同性婚を認めないという点では一致しているが、同性カップルの法制化については、認めている国とそうでない国とに明確に分かれている。わずか四半世紀前まで同じ国に属していた旧ユーゴスラビア各構成共和国が、この問題に対して取っている態度はお互い大きく変わってしまった。この相違はこの四半世紀の間に生じたのか、それとも以前から何らかの違があったのか、崩壊前の旧ユーゴスラビアの親族法がどうだったかを見てみよう。

## Ⅶ 旧ユーゴスラビア時代の婚姻法における国内各地域間の法規定の 差異およびその変化

1918年に成立したユーゴスラビア王国（1929年までは、セルビア人・クロアチア人・スロベニア人王国）は、それ以前には異なった家族法が適用されていた6つの法域を引き継いだ。マケドニアを含むセルビア、プリモーリエを含むヴォイヴォディナ、スラボニアを含むクロアチア、ダルマチア・イストラ・プレコムーリエを含むスロベニア、ボスニア・ヘルツェゴヴィナ、ツルナ・ゴラである。さらに、1920年のサン・ジェルマン条約の少数民族保護に関する10条に基づき、イスラム教徒には家族法・相続法についての自治権が認められ、彼らにはシャリーアが適用された<sup>35)</sup>。

第二次世界大戦後の新生社会主義ユーゴスラビアは、1946年1月31日の新憲法に基づき、旧体制の家族法を完全に廃棄し、社会主義的家族法原則を宣言した。この憲法が、家族法の基本的法源となった。その後、何度か憲法は改正されたが、憲法が家族法の基本的原則を定め、その細則を連邦家族法が定め、さらに各共和国家族法がこれを補足するという分業体制は継続して維持された。1971年の連邦憲法改正ならびに1974年の連邦および各共和国・自治州の新憲法制定により、家族法分野における立法管轄は、連邦から各共和国・自治州に移った。それ以前から各共和国に委ねられていた立法権限が大幅に拡大され、その後の家族法制定において、各共和国・自治州にはさらなる違いが生じた。例えば、旧連邦法たる婚姻基本法18条2項は、本来婚姻障害の対象たるいとこ婚を慣習に基づいて容認していたが、クロアチアとスロベニアだけが実質的にそれを引き継いだ<sup>36)</sup>。つまり、1つの国の中で、いとこ婚を認める法域と認めない法域とが併存していた。このように、各共和国間で、婚姻法制には一定の違いが許容されていた。これは、旧ユーゴスラビアを構成していた各国の家族に関する伝統や歴史が大きく違っていることを反映したものであった。

しかし、同性婚の扱いについては、相違はなかった。1974年のユーゴスラビア社会主義連邦共和国憲法190条2項によれば、「婚姻は、管轄国家機関において婚姻を締結する、性の異なる人の自由な合意により有効に成立する」<sup>37)</sup>。つまり、同性婚は否定されていた。この点は、各共和国・自治州憲法においても同じであった<sup>38)</sup>。

このように、旧ユーゴスラビア時代には、上で紹介したいずれの継承国も、同性婚は認めていなかった。同性カップルの法制化がされていなかった点でも同じであった。かつて同じ1つの国に属し、いずれも同性婚や同性カップルを否定していた各継承国は、



旧ユーゴスラビア崩壊後四半世紀後の現在、同性婚を認めていないという点では共通だが、同性カップルの法制化については、異なった法制度を有するに至っている。この相違は、最近になって比較的短期間のうちに生じたものである。したがって、各後継国間における同性カップル法制化に関する違いは、かつての家族法規定の違いに求めることはできず、その要因は別の所にあると言わざるを得ない。

## Ⅷ 東西ヨーロッパ相違論とセルビアの状況

ある論者によれば、ヨーロッパ大陸では、同性婚を認めるかどうかについて、ここ10年の間に東西で意見がますます分裂している。西欧では、同性婚を法制化する動きがある一方、東欧では、異性婚を憲法で確認する動きがあり、ヨーロッパはますます分裂しそうであるという<sup>39)</sup>。

別の論者によれば、同性婚および同性カップルの法制化に関して、ヨーロッパを以下の3つのモデルに分けることができるという<sup>40)</sup>。

① 「西欧・スカンジナビア」モデル→同性婚を認める。

② 「同性愛に全く反対するものではないが…」モデル→同性婚は認めないが、同性カップルを法的に保護する。

③ 「東欧」モデル、「わが国ではダメ」モデル、「絶対ダメ」モデル→同性婚を認めない。さらには憲法上、婚姻を男女間に限定する。同性愛者を存在しないものとする。

この2つの見解のいずれにおいても、セルビアを含む東欧は、西欧とは区別されている。この論者たちは、東西の相違の原因がどこにあるかについては触れていないが、ここで簡単ながらその原因を考えてみよう。

法的な意味での「何が正しいのか」という問いに対する宗教の影響は、多くの文化、多くの法制度において、過去はもちろんのこと、現在においても決定的に重要である。ヨーロッパの東西の区分線の引き方には、さまざま観点によるバリエーションがあり得るが、宗教的観点から見れば、西ローマ帝国の流れを引くカトリック、プロテスタント圏と東ローマ・ビザンチン帝国の流れを引く正教圏とを分けることに異論はないだろう。ただし、神の定めた摂理に反するものとして、同性愛行為に対して厳しい態度を取るという点は、キリスト教の東西を問わない共通の原理である。同性婚を認めないという国には、ロシアやセルビアなど正教圏だけではなく、カトリック圏のポーランドやクロアチアも含まれるし、逆にカトリック圏に属するのに、フランスは同性婚を認めている。

宗教上の違いだけを理由に、同性婚法制化の相違を説明することはできない。

近代法は西欧から生まれ、東欧からは生まれなかった。オスマントルコ帝国に400年以上にわたって支配されていたセルビアはもちろんのこと、そのような経験のないロシアにとっても、近代法は外来のものである。同性婚法制化は、欧米のいわゆる「先進国」から始まった現象である。当初は、同性カップルの法制化が進み、その後比較的短期間のうちに、同性婚が法制化された。近代法を自ら生み出した国、あるいは近代法の経験が長い国の方が、同性婚には寛容だという傾向があるようにも見える。同性婚容認の根拠として第1に挙げられる基本的人権の保障という近代的価値観が定着している国ほど、同性婚が認められやすいようにも見える。近代的価値と宗教的価値とは、欧米において共存している価値であるが、アメリカは例外として、ヨーロッパでは、近代的価値の受容とともに、宗教の影響力は、失われているわけではないが、近代以前に比べれば次第に弱くなっている。同性婚とキリスト教とが密接に関連していたヨーロッパにおいて、キリスト教の影響力が弱まったので、同性婚や同性カップルの法制化が進んだという仮説が成り立つかもしれない。

19世紀に至るまで基本的に近代を経験しなかった旧ソ連・ロシアや東欧の東部、南部の国々（ルーマニア、マケドニア、ブルガリア、ボスニア・ヘルツェゴヴィナなど）は、現在でも、同性婚だけでなく、同性カップルの法制化に対しても強い拒否反応を示している。これらの国々は、ヨーロッパにおける近代のもっとも周辺的な地域であり、西欧と比べ、宗教的価値の影響力が強い。しかも、その宗教は、もともと近代とは無縁の東方正教およびイスラームである。分析視角が大雑把すぎるという批判を承知の上で敢えて「近代性」と「宗教性」という言葉を使うとすれば、近代性が弱く、宗教性が強い地域である。

これに対し、19世紀までの近代経験を社会主義体制によって中断された中欧諸国（その多くはハプスブルク帝国に所属していた）は、同性婚は認めないが、同性カップルの法制化は受け容れている。上記のロシア等の地域に比べれば、近代性はより強く、宗教性はより弱い地域だと言ってよいだろう。しかも、その宗教は、近代を生み出したカトリック、プロテスタントである。独仏英などの西欧中心国は、中欧地域よりもさらに近代性は強く、宗教性は弱い。「近代性」と「宗教性」の強弱によって、西欧、中欧、ロシア・東欧と区分することになる。

極めて図式的な当てはめであるが、このような性格付けが分析の出発点としては利用可能ではないか。

中欧でも、カトリックの影響力が極めて強いポーランドは、この図式ではむしろロシ

ア・東欧グループに入る。西欧中心に位置するイタリアがこの図式では中欧グループに属するというのも、宗教の影響力によって説明することが一応可能である。

もちろん、これはあくまでも初歩的な仮説であり、セルビアの将来を分析するための道具として使うことを想定した議論である。宗教の影響力が極めて大きいアメリカ合衆国においては、反対論が依然として強いものの、連邦レベルで同性婚が容認されている。日本は、一神教的な意味での宗教の影響力が弱く、近代性の要因が強い国に分類できるはずであるが、法制度としては、同性婚も同性カップルもいずれも認められていないし、法制化される見通しも全くない。「近代性」と「宗教性」の強弱だけによって、この問題をめぐるこれらの国の状況を説明することは難しいだろう。

では、セルビアは、同性婚および同性カップルの法制化に対して、今後どのような立場を取ることになるだろうか。この枠組を使って検討してみよう。

## IX EU への統合と同性カップル法制化

セルビアは、正教圏に属し、19世紀初頭まで近代を経験していなかった。上記の分類に当てはめると、ロシア・東欧グループに属する。実際に、セルビアは、現時点で同性婚も同性カップルも法制化してはいない。しかし、このグループの中でも、セルビアは地理的に「もっとも西欧中心に近い周辺」に位置する国である。19世紀初めのトルコからの解放以降、セルビアの北隣にあるハプスブルク帝国（オーストリアおよびハンガリー）との商取引がもっとも重要な経済活動の1つとなった。セルビアは、早くも1844年に民法典<sup>41)</sup>を制定し、市場経済に基づく近代法社会の形成に踏み出した。この民法典は、日本より半世紀も早く、19世紀ヨーロッパの中でも比較的早い時期に制定された近代民法典であり、セルビアの研究者によれば、これに先行する近代的民法典を持つ主要な国は、フランスとオーストリアのみである<sup>42)</sup>。これら先行国を西欧法の中心地域とすれば、1844年セルビア民法典は、西欧法周辺地域において世界で初めて制定された近代民法典だという評価もできよう。セルビアが、すでに19世紀半ばにおいて、西欧法の伝統を受け継ぐ民法典を有していたことは、ロシアで1832年に制定されたスベランスキー民法典 *Свод Законов Российской Империи*（「ロシア帝国法律集成」）がローマ法の影響をほとんど受けていないとされている<sup>43)</sup>こととの大きな違いである。

近代的民法典を100年以上にわたって社会に適用してきたセルビアは、ロシア・東欧グループの中でも、「近代性」の点ではもっとも中欧グループに近い存在である。だと

すれば、ハンガリーやクロアチア、スロベニアのように、同性婚は認めないが、同性カップルの法制化は容認するという政策を将来的に採用する土台は十分あると言えるのではないか。

さらに、現在のセルビアにとって最大の政治課題となっているのが、EU加盟交渉である。セルビアのニュースや専門文献には、EU法とのハーモナイゼーション *harmonizacija* や欧州統合 *evrointegracija* という標語が極めて頻繁に登場する。セルビアはすでに欧州評議会には入っているが、まだEUのメンバーとなっていない。EUとの交渉でもっとも解決困難なものは、コソボ承認問題であるが、ほかにも、国内では、法の支配、汚職撲滅、強力で独立した透明な司法<sup>44)</sup>、国際的には、NATO加盟、ロシアへの制裁参加<sup>45)</sup>など、EU加盟のためにセルビアがEUから要求されている、あるいは将来要求される可能性の高い事項は少なくない。その中では、同性カップルの法制化に対する要請は最重要なものとは言えないかもしれない（すでにEU加盟国となっているルーマニアでは、2016年に、結婚は男女の間でのみ可能とする憲法裁判所判決が出ており<sup>46)</sup>、ルーマニアは、EU加盟国のブルガリア同様、同性カップルを法的に認めていない<sup>47)</sup>。そうすると、同性カップル法制化の遅れが、セルビアのEU加盟にとっての障害となる可能性は低いかもしれないが、セルビアのようにEUのメンバーになりたい国は、コペンハーゲン基準に従い、アキ・コミュノテールに自らの法体系を適応させなければならない<sup>48)</sup>。セルビアは、EU加盟交渉の中で、司法改革、汚職撲滅、人権保護のために制定したアクションプランに基づき、差別予防・被差別者保護に関する法律のモデルを作成することを約束している。2017年第4四半期までに同性カップル登録法のモデルを作ることになっていたのだが、この期限は何度も延長されてきた。EUに加盟したいのであれば、セルビアは、同性カップルについても、欧州評議会、欧州人権裁判所が示すヨーロッパの実務に従わなければならない、と考えられている<sup>49)</sup>。

このように、中欧に隣接しているというセルビアの置かれた歴史的、地政学的位置から言っても、また、EU加盟への強い希望から言っても、セルビアが同性カップルの法制化に踏み出す環境はすでに整っている。

先に述べたように、セルビアの隣国で、同じくロシア・東欧グループに属する小国ツルナ・ゴラは、現在同性カップルを法制化する作業を進めている。ツルナ・ゴラでは、セルビアに遅れること44年、1888年にツルナ・ゴラ一般財産法典が制定されており、このグループの中では、「近代性」が比較的強い国だと言えよう。同性カップル法制化は、ヨーロッパへの道、EU加盟を加速するためだとされている。ツルナ・ゴラの社会学者によれば、「それは自分たちの理解する結婚の概念とは大きく異なるもの

であるが、この問題はすでに自分たちだけで決められるものではなく、ヨーロッパの問題となっている。もし EU に加盟したければ、自分たちの伝統の殻に閉じこもることはできない」<sup>50)</sup>。

さらには、イスラームの影響の強いボスニア・ヘルツェゴヴィナ連邦でも、同じく同性カップルの法制化のための作業部会設置が決まった<sup>51)</sup>。第一次世界大戦終了までここで適用されていた民法は、オスマントルコ帝国において 1877 年に制定されたメジェツレ<sup>52)</sup>であった。メジェツレは、ハナフィー派のイスラームをベースにした民法典であり、近代的民法典とは全く異なるものである。この国は、この地域において「近代性」がもっとも弱く「宗教性」がもっとも強い歴史と伝統を有すると言えよう<sup>53)</sup>。この国が、同性カップル法制化の方向に進む最大の理由は、セルビア同様、EU への統合である。

これら隣国と同じく、セルビアにおいても同性カップルの法制化の動きが見られる。新民法典草案は、特別法の制定の可能性に触れているだけだが、その特別法制定作業はすでに始まっている。それによれば、法案の内容は、ツルナ・ゴラをモデルとし、養子縁組を除き、セルビアにおいて夫婦が有する全ての権利が同性カップルに認められるというもので、早ければ 2019 年度にも実現するという<sup>54)</sup>。約半数が反対している世論を政府が押し切ることになる。

セルビアもツルナ・ゴラもボスニア・ヘルツェゴヴィナも、最終的には同性カップル法制化の道を選択する可能性が高い。旧ユーゴスラビアを構成していたスロベニアおよびクロアチアの後を同じように追うこととなる。その決定的な動因は EU 加盟という政治目標である。これらの国の置かれた地政学的位置、国際環境がもっとも重要な要因ということができよう。EU から突きつけられた国内外の課題を解決するのは非常に困難であるし、先に加盟したクロアチアでは、EU 加盟に対して満足している者が 3 割ちょっとしかいない<sup>55)</sup>など、EU 加盟がバラ色の生活に繋がるわけではない。しかし、今のところはセルビア人は、その道しかないと考えている。EU 統合を目指すということは、近代法の中心地域に自らを合わせて行くということである。そうなると、少なくともこの地域においては、近代法の周辺地域が近代化していく過程での 1 つの結果として同性カップル法制化が行われる、という見方にも一定の説得力があるように思われる。

〈追記〉本稿は、中央大学特定課題研究費（2016-2017 年度）「近代法周辺にあるロシア・東欧および日台韓法文化比較」の助成による研究成果の一部である。

## 注

- 1) <<https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>>
- 2) 異性の法律婚によって夫婦が有する権利を同性カップルが全て持つ制度であれば、これに同性婚とは別の名前を与えることに実質的な意味はないだろう。これとは逆に、同性婚が認められている法制度下でも、養子縁組や生殖補助医療などについて一定の制限のある場合もある。男女間の結婚とは何らかの差異がある同性間の法的関係を「結婚」と呼ぶ意味はあるか、という疑問もあり得る。しかし、同性カップルと同性婚の名称および制度を区別する、あるいは区別すべきだという考え方も現に存在するので、本稿では、両者を区別して取り扱う。

また、結婚であれ登録であれ、どう呼ぶかにかかわらず、重要なのは、同性カップルに異性カップルと同じ権利を認めることである、という考えは、セルビアにおいても強く主張されている (Lana Gedošević, Srbija je mogla da odobri GEJ BRAKOVE, ali se pre nekoliko dana desilo OVO, Blic 2017.2.26 <<http://www.blic.rs/vesti/drustvo/srbija-je-mogla-da-odobri-gej-brakove-ali-se-pre-nekoliko-dana-desilo-ovo/2kjj002>>))。
- 3) これについては、『比較法研究』80号(2018)126頁以下において、簡単に触れているので、興味のある方は参照されたい。なお、この論文と本稿の記述との間で、議論の展開の都合上、ごくわずかだが重複する部分があることを予め述べておく。
- 4) 「同性婚を認める必要があるか」という問いに対する回答は以下のように分かれている(ただし、ここで、「同性婚」と「同性カップル法制化」を明確に区分して質問・回答がなされているかは、必ずしも明らかでない)。

できるだけ早く認める 19%  
絶対に認めない 49%  
認めるが養子は認めない 23%  
どちらでもよい 10%

(ANKETA Ovo su 4 pitanja koja u Srbiji dižu najveću prašinu, Blic, 2015.12.13 <<http://www.blic.rs/vesti/drustvo/anketa-ovo-su-4-pitanja-koja-u-srbiji-dizu-najvecu-prasinu/eje3q5h>> ただし、2018年5月27日現在、アンケート結果の数字は読めなくなっている)。
- 5) 同条2項「〔居住権の範囲を定める基準となる〕居住権者の必要は、権利発生時に判断するが、そのときに合理的に予想できた新たな必要も考慮する(婚姻、婚姻外カップル、同性カップルの形成、子の出産、養子縁組など)〔下線は本稿筆者〕」。
- 6) Ljubica Janić, Pravo zakonskog nasleđivanja supružnika, vanbračnih partnera i partnera iz istopolnih zajednica u srpskom pravu de lege lata i de lege ferenda, »Dvadeset godina Zakona o nasleđivanju Republike Srbije«, Pravni Fakultet u Nišu 2016, str.116.
- 7) 婚外カップルに対する教会の立場は、セルビア正教会婚姻規則126条に定められている。それによれば、婚外関係とは、婚姻の秘蹟(聖なる秘密)と結び付いていない男女の共同生活および継続的性的結合である。婚姻外で生活している正教信者どうしが別れたくないのであれば、結婚するように教会当局は努力しなければならない。さらに、この規則によれば、婚外カップルの正教信者は教会法上の刑罰を科され、その子は法的な子とはみなされない (Ibid., str. 117)。
- 8) Ibid., str. 116-117.
- 9) Ibid., str. 117.
- 10) Ibid., str. 120.
- 11) 2003年7月24日 Karner v. Austira 判決 (<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61263>>) において、欧州人権裁判所は、同性カップルに対して相続権を認めないのは、欧州人権条約の保障する私生活および家庭生活に対する権利に関して、性的指向に基づく差別となると判断した。具体的には、1年間継続した事実上の同性カップルの1人が死亡した場合に、死亡したパートナーのマンションの賃借権を残されたパートナーが相続できるかどうかにつき、オーストリアの第1審と原審はこれを認めたのに対し、最高裁は否定した。欧州人権裁判所は、伝統的な意味での家族の保護と

いう視点は、同性カップルのパートナーへの対応に異性カップルとの差を設けることの説得力ある正当な理由となり得るとはいえ、マンション賃借権の相続を同性カップルの残されたパートナーに対し否定することは、この目的と均衡が取れた相応の措置とは言えず、本件には人権条約8条および14条違反が存する、と述べる。

- 12) Ljubica Janić, op. cit., str. 120-121.
- 13) 〈<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265>〉
- 14) Marija Momić, Odluke Evropskog Suda za ljudska prava kao izvor prava u Republici Srbiji, »Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU«, Pravni fakultet u Beogradu, 2015 str.237.
- 15) Ljubica Janić, op. cit., str. 121, 123.
- 16) Sl. glasnik RC, 22/2009.
- 17) Ljubica Janić, op. cit., str. 121.
- 18) Ljubica Janić, Istopolne zajednice – jedan pogled na praksu Evropskog Suda za Ljudska Prava, »Zbornik radova studenata doktorskih studija prava« Vol.IV, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2016, str. 410-411.
- 19) Ibid., str. 412.
- 20) 旧ユーゴスラビア時代について, Mirjana Kondor-Langer, Zaštita prava LGBT osoba: zakonodavstvo i policija, »Kriminologija i socijalna integracija« Vol. 23 Br.2. 2015. str.287 〈<https://hrcak.srce.hr/162568>〉
- 21) Crol LGBT news portal, 2016.2.15. 〈<https://www.crol.hr/index.php/kultura/7447-biti-gej-u-sfrj-zbog-protuprirodnog-bluda-osudeno-oko-500-muskaraca>〉 ; Mirjana Kondor-Langer, op. cit., str.288.
- 22) Crol LGBT news portal, op. cit.
- 23) Iva Martinović, Kratka istorija beogradskog Prajda, Radio Slobodna Evropa 2016.9.18. 〈<https://www.slobodnaevropa.org/a/video-kratka-istorija-beogradskog-prajda/27991396.html>〉
- 24) Miloš Teodorović, Zoran Glavonjić, Ognjen Zorić, Prvi Prajd sa predsednicom Vlade Srbije, Radio Slobodna Evropa 2017.9.17. 〈<https://www.slobodnaevropa.org/a/parada-ponosa-beograd-srbija/28739468.html>〉
- 25) Ibid.
- 26) Lana Gedošević, op. cit.
- 27) Tatjana Čalić, Koliko je BiH daleko od gay brakova? Buka, 2016.12.24. 〈<http://www.6yka.com/novost/118072/koliko-je-bih-daleko-od-gay-brakova>〉 ただし、2018年5月29日現在リンク切れ。
- 28) Slovenija odobrila gej brakove, Blic 2017.2.24. 〈<http://www.blic.rs/vesti/svet/slovenija-odobrila-gej-brakove/sp4ff28>〉
- 29) Hrvatska dobila zakon o životnom partnerstvu osoba istog pola, Blic 2014.7.15. 〈<http://www.blic.rs/vesti/svet/hrvatska-dobila-zakon-o-zivotnom-partnerstvu-osoba-istog-pola/c300vms>〉
- 30) Espresso 2018.5.20. 〈<https://www.espresso.rs/vesti/drustvo/253423/srbija-legalizuje-gej-brakove-2019-pripadnici-lgbt-populacije-bi-uskoro-mogli-da-ostvare-svoja-prava>〉
- 31) Lana Gedošević, op. cit.; Crna Gora legalizuje gej brakove, a evo šta to znači za Srbiju, Vestionline 2018.5.20. 〈<http://www.vesti-online.com/Vesti/Ex-YU/698017/Crna-Gora-legalizuje-gej-brakove-a-evo-sta-to-znaci-za-Srbiju>〉
- 32) LGBTI.ba- Portal o pravima LGBTI osoba, 2015.1.22. 〈<http://lgbti.ba/makedonija-zabranila-istospolne-brakove-i-kreirala-ustavnu-prepreku-za-buduca-civilna-partnerstva/>〉
- 33) Tatjana Čalić, op. cit.
- 34) Kako je biti LEZBEJSKI PAR U SARAJEVU? "Strah nas je ZADRITI LJUDI, posebno VEHABIJA" Blic 2016.11.17. 〈<http://www.blic.rs/vesti/republika-srpska/kako-je-biti-lezbejski-par-u-sarajevu-strah-nas-je-zadrtih-ljudi-posebno-vehabija/7s42pdt>〉

- 35) Marko Mladenović, »Porodično pravo u Jugoslaviji « 2. izd., Privredni plegled, Beograd 1984 str.40.
- 36) Ibid., str. 40-41, 44, 49.
- 37) Ibid., str. 43.
- 38) Ibid., str. 44.
- 39) Gregor Puppink, "Same Sex Unions and the ECHR" <<http://9afb0ee4c2ca3737b892-e804076442d956681ee1e5a58d07b27b.r59.cf2.rackcdn.com/ECLJ%20images/Same%20sex%20unions%20and%20the%20ECHR.pdf>>
- 40) Krsto Lazarević, Brak za sve: negdje „da“, a negdje „ne!“, Deutsche Welle 2017.7.1. <<http://www.dw.com/bs/brak-za-sve-negdje-da-a-negdje-ne/a-39504805>>
- 41) この民法典については、以下参照。「セルビア民法典（1844年）の比較法的位置づけ」『比較法研究』59号（1998年）170-176頁、「セルビア民法典（1844年）の成立背景」山畠・五十嵐・藪先生古稀記念論文集『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』信山社（1997年）387-415頁、Sima Avramovic, The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions, "Konflikt und Koexistenz- Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert". Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2017, p.379-482.
- 42) Radmila Kovačević Kuštrimović, Sto pedeset godina od donošenja Srpskog Gradanskog Zakonika (1844-1944) , »Sto pedeset godina od donošenja Srpskog Gradanskog Zakonika (1844-1944) «, Pravni Fakultet u Nišu 1995, str. XI. ただし、オランダ民法典などセルビア民法典以前にヨーロッパで制定された民法典はほかにもある。
- 43) 大江泰一郎「ロシア法史における法の解釈」『社会体制と法』11号（2010年）23-24頁。
- 44) Barbara Vezel, Han: 2025? Ostvarivo, ali ambiciozno, Deutsche Welle 2018.4.17. <<http://www.dw.com/sr/han-2025-ostvarivo-ali-ambiciozno/a-43420560>>
- 45) Bez davanja prevelikih obećanja, Deutsche Welle 2018.5.17. <<http://www.dw.com/sr/bez-davanja-prevelikih-obećanja/a-43820907>>
- 46) Ustavni sud Rumunije: Brak je zajednica muškarca i žene, Večerni Novosti 2016.7.21. <<http://www.novosti.rs/vesti/planeta.299.html:616028-Ustavni-sud-Rumunije-Brak-je-zajednica-muskarca-i-zene>>
- 47) Lana Gedešević, op. cit.
- 48) Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazic, Gradanski Zakonik Srbije i Pravo Evropske Unije, »Aktuelna Pitanja Građanske Kodifikacije«, Pravni fakultet u Nišu, 2008, str.20.
- 49) Lana Gedešević, Gej partnerstvo u Srbiji nije daleka budućnost, Blic 2017.9.19. <<http://www.blic.rs/vesti/drustvo/gej-partnerstvo-u-srbiji-nije-daleka-buducnost/lht30qt>>
- 50) Sve za EU: Crna Gora uskoro odobrava gej brakove, Vestinet, 2018.5.19. <<http://www.vestinet.rs/aktuelno/sve-za-eu-crna-gora-uskoro-odobrava-gej-brakove>>
- 51) Ivana Šundić Mihovilović, Kada će Srbija morati da prizna istopolne brakove?, Danas, 2018.10.31. <<https://www.danas.rs/drustvo/kada-ce-srbija-morati-da-prizna-istopolne-brakove/>> 2018.11.29 アクセス。
- 52) メジエツレについては、大河原知樹、堀井聡江、磯貝健一『オスマン民法典（メジエツレ）研究序説』東洋文庫（2011年）参照。
- 53) ただし、1918年に成立したユーゴスラビア王国およびその後の社会主義ユーゴスラビアにおいて、この地域も一定の近代経験は積んだという評価も可能である。社会主義は、市場経済に基づく近代民法典とは本来相容れないものであるが、社会主義時代のユーゴスラビアは、ソ連とは異なる独自の自主管理社会主義を標榜し、その実態において、市場経済の要素は民法その他の分野で相当程度維持、発展していたと考えられるからである。この点につき、伊藤知義『ユーゴ自主管理取引法の研究』北海道大学図書刊行会（1990年）参照。



54) Ivana Šundić Mihovilović, op.cit.; Espresso, op.cit.

55) Igor Lasić, Hrvati sve nezadovoljniji članstvom u EU, DW 2018.5.29 (<http://www.dw.com/sr/hrvati-sve-nezadovoljniji-clanstvom-u-eu/a-43960412>)

\* Website の閲覧は、別に記載のない限り、2018年5月29日。

## ● Summary

According to present Serbian law, a marriage is made between woman and man. Neither same-sex marriages nor legalized same-sex couples (civil unions or registered partnerships) are recognized. The drafting of the new Civil Code, which has taken more than ten years, does not propose legalizing them either.

Among the countries that constituted the former Yugoslavia, Slovenia and Croatia have recognized same-sex couples. Serbia, Montenegro, Macedonia, Bosnia, Herzegovina have not. The countries enjoyed wide autonomy in making family law during the existence of the former Yugoslavia, and they maintained different family laws at that time too.

Neighboring ex-socialist countries also have different stances. Hungary and Czech accept same-sex couples; Bulgaria, Poland, Romania, and Slovakia do not.

What causes the difference in approaches?

One possibility is that the more principles of modern society a country accepts, the more tolerance it has toward sexual minorities. For example, western countries as France, Germany, and England—located in the very center of modern law and society—legally recognize both same-sex couples and same-sex marriages.

Let us divide European countries into three groups: western, central, and eastern. The western group recognizes same-sex marriage; the central one accepts same-sex couples but does not recognize same-sex marriage; the eastern group recognizes neither.

This classification, while useful, is not perfect. For example, Italy—which is located in the western group geographically, historically, and culturally—recognizes only same-sex couples, not same-sex marriage. Poland, which would seem to belong to the central group, does not accept either. Modern elements, therefore, are not sufficient to clarify the situation.

Religion is another factor. The deviation of Italy and Poland can be understood in this perspective. The power of the Catholic Church is very strong there. Religion exercises the biggest influence in the eastern group and the smallest in western one. Modern law has the biggest effect in the west, the smallest in the east.

Though this is a rough sketch, it is helpful in understanding the strong homophobia in Russia, which is located very far from the birthplace of modern law and in which the impact of the Orthodox Church has been enormous since the collapse of communism.

Like Russia, Serbia belongs to the eastern group. Its geographic and historical situation, however, is different. Serbia enacted a civil code as early as in 1844, and it remained in force till 1945, more than hundred years. The Code was under a decisive effect of ABGB and Code Civil, completely distinct from the Russian “Свод Законов Российской Империи” of 1832, which, according to its drafter Сперанский, was only slightly influenced by Roman law. This means that Serbia has a long history of accepting modern civil law. It could be a reason to expect Serbia to have a plan to legalize same-sex couples in the near future. Other reasons are the country's desire to join the EU as soon as possible and pressure—both external and internal—to follow precedents of the European Court of Human Rights. That court has clearly declared that

refusing to legalize same-sex relationships violates the European Convention on Human Rights. These circumstances will inevitably lead Serbia to change its position from the eastern to the central group.