

性的指向と人権

——フランスにおける同性間婚姻論議——

齊 藤 笑 美 子*

- はじめに
 I 同性間婚姻論議の現状
 II 問題となっている権利
 III 「性差＝婚姻の絶対的要件」の検討
 IV フランス国内判例
 V 民事婚の本質的要素
 VI 日本法への視線
 おわりに

はじめに

本稿は、近年、現実的かつ先鋭的な争点として欧米諸国で提起されている同性の人同士の法的婚姻の問題を、フランスを題材にして扱う。この問題は、日本では政治的争点としての形成が未熟であったので、それを日本の研究者が扱う意義は、「外国法見聞」の域にとどまりがちであった。しかし、同性カップルの法的承認の問題は、恐らく将来的には日本でも重要な課題となろう。

欧米先進国では、同性カップルの婚姻あるいはそれ以外の形態での制度的承認が、政治的争点としてそれなりの比重を占めている。オランダ、ベルギー、スペイン、カナダのように、男女のカップルのみが行うことができた法律婚を同性のカップルにも開放する国や地域が出現しており、同性間婚姻あるいは、少なくとも同性カップルの法的承認は「珍しい話」ではなくなりつつある¹⁾。

筆者がこの問題を扱おうとするのは、以下のような理由による。本稿を規定している関心は二つある。一つめは、同性カップルの婚姻問題の権利としての側面

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第2号2006年7月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程

- 1) 最近では、イギリスで、エルトン・ジョンが長年の同性のパートナーと「結婚」したことが話題になったが、これは正確には同国で2005年12月から施行された「シビル・パートナーシップ法」を利用した結合の公認である（朝日新聞2005年12月21日）。

であり、二つめはジェンダー問題としての側面である。二つの具体例を挙げつつ、やや詳しく本稿の問題意識を説明する。

日本でも昨今セクシュアル・マイノリティの権利に関心が寄せられつつある。府中青年の家事件²⁾は、社会生活において同性愛者が差別を被っているという事実を明るみに出し、公権力に対して、セクシュアル・マイノリティへの配慮を要求する判決を引き出した。他方で、性同一性障害者の戸籍上の性別の変更に関しては、2004年、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（以下、特例法）が限定的に性別の変更を認め、性同一性障害者の権利に関して部分的な前進がもたらされた。

どちらも、セクシュアル・マイノリティの権利が獲得されたと考えられる事例ではある。しかし、おそらくその含意は異なると筆者は考えている。

前者について述べると、府中青年の家事件で問われたのは、言わば公共的・社会的空間における公権力による差別の問題であり、一市民としての同性愛者の自由（集会・結社の自由）の抑圧が違法と判断されたのであった。このことが重要な意義をもつことはすでに別の機会に検討した³⁾。性的指向を理由として、市民的自由の享受を妨げられないこと、あるいは市民社会で不利な取り扱いを受けないことが重要であることは間違いがない。そのような歩みは今後も追求されるべきものである。ところで同性間婚姻は、そのような性的指向に基づく差別禁止の徹底の問題とともに、人権論全体にとって重要な一つの問題を提起していると思われる。それは以下のような理由による。

近代的な人権の言説は、公私二元論の強い影響下にあるが、それを反映して家族領域は、人権概念がそのままでは適用されない領域と考えられてきた。人権を生み出した近代市民革命を出発点とする近代法は、家長である男性市民の公的空間における平等と、家族領域における両性の不平等に彩られていた。人権がまずは公権力を拘束するものであるという大前提は、今日でもその意義を減じていないこと、家族内において未成年者等、人権享有主体性を完全に認めることの困難

2) 東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁；憲法判例百選I34、解説君塚；判例セレクト'97、解説清野。一番は、東京地判平成6年3月30日判タ859号163頁。

3) 拙稿「性的マイノリティ」浅倉・角田監修『ジェンダー判例』（信山社、近刊予定）参照。

な個人が存在することに鑑みれば、家族領域で人権概念がそのまま適用されないことも全く理由のないことではない。しかし他方で、そこではドメスティック・バイオレンスのような重大な人権侵害に対する実効的な介入が遅れ、公的領域における法の下での平等原則にもかかわらず、夫婦間で温存され続けた性別役割は、女性の社会進出を妨げ、社会経済領域での男女間の不平等を再生産してきたのである。

「個人的なことは政治的なことである」とフェミニズムが喝破して久しいが、今日家族領域における人権規範の介入は目覚ましい。例えば、ヨーロッパでは人権裁判所の判断が、加盟国の私的・家族領域に、ある程度の平等を強制してきた⁴⁾。ヨーロッパ人権裁判所は、性別に基づく取り扱いの差違に厳しい正当化を要求してきたが、この要請は、現在では性的指向に基づく取り扱いの差違にも課され始めている。以前の論点は、異性間と同性間で異なる性行為同意年齢を定めるような刑事規制による取り扱いの相違であった⁵⁾。今日では、性的指向に基づく平等の要請は、民事領域でも厳しく課されつつある⁶⁾。

家族法領域それ自体は、配偶者の平等や婚外子の地位の改善を経て、大きな再編のうねりの中にある。そのような再編を指導する原理として、権利の平等は無視し得ない影響力を持つ⁷⁾。同性間婚姻をめぐる動きは、人権規範が家族領域へ

4) 例えば、2000年に人権裁判所は、婚姻中に配偶者以外の人との間に生まれた、いわゆる「不貞子」を相続上不利に扱うフランス民法典760条を人権規約違反とした (Cour EDH, Mazurek c. France, 01/02/2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-II)。また、トランスセクシュアルの民事身分上の性別の変更を認めないフランスに規約違反を認めたこともある (Cour EDH, B c. France, 25/3/1992, *série A* 232-C)。

5) 例えば、Sutherland c. Royaume-uni, n° 25186/94 など。

6) 例えばヨーロッパ人権裁判所は、私生活の尊重における性的指向に基づく取り扱いの差違は、性別に基づく取り扱いの差違と同様に、厳密な正当化を要求する。カルナー対オーストリア (Cour EDH Karner c. Autriche 24/7/2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-IX) では、法律で認められていた婚外カップル間の賃貸借の継承を同性カップルに拒否することが、人権規約に違反すると判示された。その際に人権裁判所は、性的指向に基づく取り扱いの差違が、性別に基づく取り扱いの差違と同様、厳しく審査されることを明らかにしている。拙稿・前掲3) 参照。

7) 「人権が民法の上位法 (un supra droit civil) をなしている」、「人権が民法を激変させる」とまで言われている。Voir, Philippe GLAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », in *Petites affiches*, 2004, n° 65, pp.3 et s.

の影響を強めていく過程に位置づけることができると思わる。

同性間婚姻が、もう一つの観点であるジェンダーについて持つ含意は、特例法を考えてみると分かりやすい。同法の内包する限界は、同法が、ジェンダー秩序に由来する厳しい条件のもとで、戸籍上の性別表記の変更を認めたことにあらわれている。戸籍上の性別の変更が認められるための条件に、婚姻していないこと⁸⁾、子がないことがある⁹⁾。なぜなら婚姻している者に性別の変更を認めれば、戸籍上は性別が同一の者が婚姻している状態が現出することになるからである。これは、婚姻制度の性的二元性に対する重大な侵犯となる。さらに子があれば、戸籍上は同じ性別の両親を持つことになり得る。つまり婚姻制度が体现する性的二元性のジェンダー秩序への攪乱は、特例法の上記のような条件で避けられたことになる。その意味で、特例法は男／女というジェンダーの二分法を揺るがすものではなく、二つの仕切られた領域を嚴重な制限の下に移動を許すものとどまっている。

これに対して、同性間婚姻が実現することは、異性婚が社会的に維持、体现してきたジェンダー秩序に社会的なインパクトを持ちうる。従って、同性間婚姻の問題、あるいは同性カップルがどのように家族法秩序の中に位置づけられるかという問題は、ジェンダー問題にとって重要な関心事項でありうるだろう。

本稿では、以下のように問いを立てる。多くの国々において現行の婚姻制度は、性的二元性に基づいているが、前述のように、私的領域において人権の言説が存在感を増しつつある過程で、同性カップルの婚姻へのアクセスを拒否すること、つまり婚姻の絶対的な要件として性差を維持し続けることが、法的に一貫しているかどうかを検討する。

もちろん同性間婚姻や同性カップルの法的承認は、ファミリー幻想の延長だとの誹りもあろう。また、徹底した個人単位主義を唱えて法律婚保護を否定することも論理的には成り立つ¹⁰⁾。しかし本稿では、さしあたり婚姻制度そのもののは

8) 特例法3条2号

9) 同法同条3号

10) 例えば、武藤健一「女性と家族の憲法学」杉原泰雄先生古稀記念『二十一世紀の立憲主義—現行憲法の歴史と課題—』(勁草書房、2000) 409頁以下。

非は問わず、性差を婚姻の要件とすることの内在的一貫性についての、法の下での平等という観点からの批判に言及をとどめたいと思う。

本稿で扱う対象は、同性間婚姻をめぐる論議が高まりを見せるフランス法を中心に、必要に応じてヨーロッパ法とする。ヨーロッパ人権裁判所の判例抜きにフランス人権法の把握は困難になりつつあるからである。

まずは、フランスにおける同性間婚姻論議の現状を簡単に描写して、読者の助けとしたい(Ⅰ)。次に、問題となっている権利が何であるかを明らかにする(Ⅱ)。そして、性差が婚姻の要件である法的必然性の有無を分析してみたいと思うが、その中で、同性間婚姻に反対する学説等をいくつかのタイプに分類して、その根拠を検討する(Ⅲ)。続いて、同性間で行われた婚姻の成立をめぐる二つ判決を紹介する(Ⅳ)。それらの検討の結果を踏まえて婚姻の本質的要素について再考察し(Ⅴ)、最後に日本法について言及する(Ⅵ)。

I 同性間婚姻論議の現状

フランスには、パックス (PaCS) と呼ばれる婚姻外の共同生活を規律する法的枠組がある¹¹⁾。これは同性カップルや自由結合カップルなど、法律婚のできない、あるいは法律婚をあえて選ばず共同生活を送る二人の自然人を対象とする契約であり、1999年から実施されている。同性カップルも結ぶことができるが、後に見るように法律婚に比べ、享受できる権利の質と量において劣っている。例えば、相続や社会保障については、婚姻している配偶者と全く同価値の利益を享受できるわけではない。さらに、親子関係については、パックスは何の変更もたらさない。同性カップルが最も欲していたと言われる二人での養子縁組や人工生殖へのアクセスは一切認められない¹²⁾。そして、婚姻制度の持つ象徴的次元を消去するような工夫がなされた。例えば、当時の政府説明によれば、性的関係のない友人同士でもパックス契約を結べると言われていた¹³⁾。

11) 正確には、Pacte civil de solidarité といひ日本語にすれば連帯民事契約となる。

12) パックスについては、ロランス・ド・ベルサン著、拙訳『パックス—新しいパートナーシップの形』(緑風出版、2004) 参照。その社会的背景、評価等については、同書の記者解説に詳述した。

ボックスには、一定の権利享受を同性カップルに認めることにより、それ以上の要求、すなわち婚姻制度を同性愛者に開放することを防ぐ、異性婚防衛の機能も期待されていたことは間違いない。また、法律採択時の社会の分裂にもかかわらず、ボックスは施行数年を経て社会に定着した。ボックス法の採択当時、強固な反対を貫いていた保守勢力が政権についた2002年以降も廃止の動きは起きていない。しかし、ボックスの定着は、同性カップルへの婚姻制度開放要求運動が無意味にするには至らなかった。

この運動にとって大きな出来事であったのが、2004年1月にある男性同性愛者が殺害されたことであった。いわゆる憎悪犯罪であったと思われるが、この事件をきっかけとして、ル・モンド紙に同年3月17日、知識人らによる「権利平等のためのマニフェスト」が掲載され、明確に婚姻制度の開放が要求された。この声明は、性的指向を理由とする憎悪犯罪と、同性愛者に法律婚を拒否し続けていることを結びつけている。つまり、同性愛者の殺害に至るような極端な憎悪のみがホモフォビーではなく、同性愛者に婚姻、養子縁組、人工生殖を拒否することもホモフォビーであり差別であるというのである。同性愛者に婚姻を認めないことは、法が大ぴらに認めている差別であり、このことが同性愛者に、差別されても仕方のない二級市民であるとの烙印を押ししているのであって、今回の憎悪犯罪は、まさに法が行っている差別が引き起こしたと考えたのである。

そしてこの一連の出来事を契機に、同性カップルの挙式を執り行う市長が現われた。ジロンド県のベグル (Bègle) 市で、2004年6月にフランス緑の党所属のマメール (N. Mamère) 市長が二人の男性の挙式を執り行った。彼自身は、婚姻が異性間に限られないという法の解釈を行った上で挙式に踏み切ったのだが、結局マメールは1ヶ月の停職処分を受けるに至った。他方でこの行為は、同性間婚姻の支持者からは、公民権運動になぞらえて市民的不服従として支持された。

13) 憲法院は、この点につき明らかに変更を加えている。憲法院は、その判決において解釈留保を付して、ボックスが、カップル、則ち「ベッドを共にする」者を対象とすることを明らかにしている。詳しくは、拙稿「婚姻外カップル立法化の合憲性—連帯民事契約 (PaCS) 法判決」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、2002) 98頁以下参照。

この婚姻は、すぐさま共和国検事による提訴を受け、裁判でその成立が争われた。後に見るように、二つの裁判所が婚姻の無効あるいは不成立 (inexistence) を言渡した。この同性カップルは、その後破毀院に上訴している。破毀院でも同趣旨の判断が出る見込みが高いため、国内審級を尽くした後ヨーロッパ人権裁判所で、同性間の婚姻を認めないことの人権規約適合性が真正面から問われるかもしれない。

いずれにせよこの挙式の社会的な反響は小さくなく、政治家に対して、同性カップルへの婚姻制度の開放に対する立場を表明することを迫る結果となった。社会党は、党として同性カップルへの婚姻開放に好意的な立場をとるにいたった¹⁴⁾。そして保守陣営では、同性間婚姻の「脅威」を何としてでも避けようと、すでに多くの欠陥が指摘されているボックスを改善するにやぶさかでないことを認めることになった。

世論に関しては、同性カップルに婚姻制度を開くことについては、フランス人の多数が好意的なようである。1017人の人を対象に2002年に行われた調査によると、57%のフランス人が同性カップルの婚姻制度参入に好意的である¹⁵⁾。この値は、2000年には48%であるを見ると、世論は次第に同性間婚姻に対して好意的に推移しているようである。しかし、同性カップルに養子縁組や人工生殖を認めることについては大きな躊躇が存在するようである。同じ調査では、養子縁組に関しては、56%が反対である。しかし、この点に関しても社会の変化は明白である。というのも、2000年には29%だけだった賛成が、4年間で、40%まで上昇したのである。また51%のフランス人が、婚姻の不可能性は、同性愛者に対する重大な差別だと考えており、この値は若い世代で特に高くなっている。このように世論は、ボックスを転機として確実に変化しているようである。

政治の具体的動きとしては、2006年1月26日に、ボックス法採択の時にも活躍した社会党のブロッシュ (P. Bloche) を長とする家族問題調査委員会が一年

14) しかし社会党全体として意思統一がなされているわけではなさそうである。例えば、ジョスパン元首相は、反対を表明している。 *Le journal du dimanche*, le 16 mai 2004.

15) うち22%が完全に賛成である。 <http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/1342.asp>

あまりの活動を経て、報告書を提出している¹⁶⁾。そこでは、同性カップルの婚姻と同性カップルによる養子縁組について最も意見が分かれたようである。報告書は、親子関係なしの婚姻は考えられないという立場をとって、カップルでの養子縁組を婚姻異性カップルに留保し続けることにしたようだ。この調査委員会のメンバーであるUMPのペクレス (V. Pecresse) は、「同性間婚姻を合法化した国は全て、結局、同性カップルによる養子縁組を合法化している。一貫性のある手段は二つだけである。養子縁組と一緒に婚姻を認める、あるいは養子縁組に反対する以上婚姻を認めない、のどちらかである」と述べている。他方で、パックスにさらなる権利と義務を加えて、婚姻できないカップルの状態を改善することが提案されている。

以上が、同性間婚姻問題をめぐるフランスの社会状況の素描である。少し前までは、同性間婚姻という主題は、人を笑わせるか、場合によっては戦慄を覚えさせるものに過ぎなかったという¹⁷⁾。しかしながら、状況は様変わりしている。同性カップルか異性カップルかを問わず婚姻外共同生活の法的枠組が多様化し、オランダのように実際に婚姻制度を開放する国もあらわれ、学説も高い関心を示している。以下では、法的な観点から問題を検討する。

II 問題となっている権利

まずは、人権問題としての所在を明らかにするために、婚姻する権利の判例・学説における位置づけを確認する (1)。そして婚姻が禁止されている同性カップルが具体的にどのような利益において、不利に扱われるのかを、婚姻とパックスを簡単に比較することで明らかにする (2)。そして、ヨーロッパレベルで進展しつつある性的指向に基づく差別の禁止の原則を紹介する (3)。

このように論述を進める理由であるが、本稿は、家族領域への人権規範の浸透というパースペクティブの下に、同性カップルに婚姻を認めないことの法論理的一貫性を問おうとするものである。言い換えればそれは性的指向間の取り扱いの

16) *Le monde*, le 26 janvier 2006.

17) Hugues FULCHIRON, « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Mélanges Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p.30.

差違を平等の要請から検討することでもある。そこでその取り扱いの差違の差別該当性を問えるためには、まず、それが何らかの権利における取り扱いの差違であると言えなければならない。また、その取り扱いの差違が、裁判所によってどの程度厳しく精査されるのかも確認する必要がある。

1 婚姻する権利

婚姻の性質については、それが契約 (contrat) であるのか、制度 (institution) であるのかということをめぐる議論が行われてきた。ここで細かい議論に立ち入ることは本稿の趣旨から逸れるが、フランスの学説では婚姻が、両方の側面を併せ持つものとして描かれている¹⁸⁾。つまり、それは当事者がその意思の合致によって成立させる契約ではあるが、その契約は制度への加入契約あり、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のである。婚姻が、契約か制度かという論点はひとまず措き、そのような制度に加入する契約を結ぶ権利としての婚姻する権利を実定法、判例を中心に概観してみることにする。

まず最初に、公務員に関して婚姻への権利を確立したのはコンセイユ・デタである。外交官や領事官について、その婚姻を外務大臣の許可にかからしめていたデクレが違法とされている¹⁹⁾。その後は、軍人だけが国防省の許可を予め得ることを義務づけられることになった。しかし、コンセイユ・デタは、不許可処分は、国防の利益から引き出される十分に客観的な要素に基づかなければならないとも判示している²⁰⁾。こういうわけで、婚姻の自由の名のもとに、判例や立法は、能力のある成人に課された婚姻の許可の要件を廃止ないしは緩和する傾向にある。

よりはっきりとした婚姻する権利の承認は、憲法院によってであった。1993年の移民規制法について判断を求められた際、憲法院は、憲法66条の保障する個人的自由 (liberté individuelle) の一つとして、憲法的な価値を婚姻する権利に認めた²¹⁾。この判決で憲法院は、当該法律の31条が、いかなる不服申し立ての

18) 例えば、Gérard CORNU, *Droit civil, la famille*, 8^e éd. Montchrestien, 2003, n° 155.

19) CE 18 janvier 1980, in *Rec.CE*, p.29 ; *AJDA* 1980, doctrine, p.91.その後この規定は削除され、単なる通知の義務に置き換えられた。

20) CE 15 décembre 2000, in *D.* 2002, somm.comm. p.533, obs. Jean-Jacques LEMOULAND.

手段もなく挙式を3ヶ月間延期することを検事に認めていることが、婚姻する権利を侵害すると判断した。婚姻する自由は、憲法上の権利として確立されたのである。

後に、ボックス法についての判決で、憲法院は婚姻する権利の憲法的価値を再確認している。婚姻前に結んでいたボックスのために、挙式が遅れることはないとして、ボックスに対する婚姻する権利の優位を明らかにしている²²⁾。

婚姻する権利は、国際的なレベルでも承認されている。1948年世界人権宣言は、その16条で、「成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制限をも受けることなく、婚姻し、かつ家庭をつくる権利を有する。成年の男女は、婚姻中及びその解消に際し、婚姻に関し平等の権利を有する」こと、さらに同条2項が「婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意によってのみ成立する」ことを宣言している。また、いわゆる自由権規約の23条も同様に引用することができる。その2項は、「婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる」とし、3項では「婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない」として、合意の重要性を強調している。

ヨーロッパにおいては、ヨーロッパ人権規約12条が、「婚姻可能年齢に達した男女は、婚姻する権利および家族を形成する権利を持つ。この権利の行使は、それについて規律する国内法に応じて保障される」ことを規定する。ほぼ同様の文面ながら、EUの基本権憲章9条からは「男女」という表現が消え、「婚姻する権利及び家族を形成する権利は、それを規律する国内法に応じて保障される」と性中立的な規定になっている。このことの意味は小さくないであろう²³⁾。

学説でも、婚姻の自由は、微妙な差違こそあれ、権利として高い価値を与えられている。例えば、それは「婚姻の自由を超えた婚姻への権利²⁴⁾であり、「公的自由 (liberté publique)、基本的自由 (liberté fondamentale)』²⁵⁾である。表現は

21) CC le 13 août 1993, in *JO* 1993, p.11722.

22) CC le 9 novembre 1999, in *JO* 1999, p.16967, § 69.

23) 三木妙子「欧州人権条約にあらわれた家族」三木ほか著『家族・ジェンダーと法』(成文堂、2003) 14頁。

24) François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 7^e éd. Dalloz, 2005, n° 338.

異なっても学説は婚姻の権利性を認めており、婚姻する権利が法規範の階層上昇を成し遂げたことは疑う余地がない。

上述のように、確かに外交官や軍人など一定の人々に課されていた許可要件は消滅の途にあるけれども、婚姻する権利は、他の権利同様、やはりその行使に関して一定の制約が課されている権利である。上述の、外国人と婚姻しようとする軍人が国防省の許可を得られなかった事件を分析したルムラン (J.-J. Lemouland) は、コンセイユ・デタは国防省の拒否の理由付けが十分でなかったことに違法性を見たのであって、別の状況では国防上の利益から拒否が正当化されうることを示唆する。そして、「この判決は、婚姻が純粋に私的な行為でないことから、婚姻の自由はその進歩にも拘わらず、相対的なものにとどまっていることを想起するもの」²⁵⁾と分析する。

婚姻する権利の憲法秩序における階層上昇、すなわちその憲法化にもかわらず、その位置づけは不安定なものであると言えそうである。学説も、婚姻する自由に一定の重要性を与えるが、同時に、婚姻の制度的側面を想起することを忘れない。婚姻の自由はこの制度的側面なしには語られることがまずない。つまり、婚姻の自由の重要さは、学説が「制度としての婚姻」に認める重要性に呼応しているのであって、個人的自由、主観的権利としての重要性に対応しているのではなさそうである²⁷⁾。このことは、同性結合にどのような態度をとるかにも影響を与える。

公法学説も同様に、「婚姻は、基本的自由ではあるが、それは社会制度でもある。そういうわけで立法者は、性差、親族関係の不在、あるいは年齢や将来の配偶者の健康状態のような、一定の条件でその行使を取り囲むことができるのである」²⁸⁾と述べる。

25) Cornu, *op.cit.* note 18, n° 156.

26) Lemouland, *op.cit.* note 20.

27) 例えば、以下のように述べるとき、婚姻の権利性はあまり考慮されていないと言えるだろう。「確かに我々は、遺伝病を患う人が、自ら自発的に婚姻と苦しく脆弱な生命の伝達を放棄しないことを悔やむに違いないが、かといって彼等に切除を強制することもできない。」Henri MAZEAUD et al., *Leçon de droit civil*, t.1, vol.3, 7^e éd. Montchrestien, 1995, n° 722.

28) Jean RIVERO et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, t.2, PUF, 2003, n° 95.

自由に限界があることは当然である。権利の享受に条件が付されることもそれ自体異常なことではない。婚姻する権利についても同様であろう。ただ、婚姻の権利性を真面目に受け取るならば、一定の範疇の人に課されたその権利行使の禁止について、問い直してみる必要があるであろう。例えばコルニュは、同性愛者が市民的平等の名において婚姻を要求することを批判して、市民的平等は「この問題においては何の関係もない」²⁹⁾と言い切る。しかし同性間婚姻の要求は、主として基本的権利の尊重に依拠している。そうである以上、性差を婚姻の条件として維持することが差別にあたらぬか、法的に検討する必要がある³⁰⁾。本稿は、そのような作業を同性間について課された婚姻の禁止について行ってみようというものである。より正確に言えば、フランスにおけるそのような取り組みを紹介してみようというものである³¹⁾。

2 婚姻によって得られる利益～パックスとの差違

婚姻する権利、あるいは婚姻する自由が憲法的価値を有するものと位置づけられていることは上に見たとおりである。ここでは、同性カップルが婚姻する権利を主張する意味、言い換えれば、婚姻によってカップルが得られる具体的な利益・権利が何であるかを概観しておく。

既に述べたとおり、フランスには、性的指向に関わりなく利用することができる共同生活の枠組であるパックスが存在している。パックスは、二人の成人が共同生活を組織することを目的に締結できる厳粛な契約で、合意によって終了でき

29) Cornu, *op.cit.* note 18, n° 53.「同性愛者は、法においても事実においても、性的自由、私生活の尊重、法的なやりとりにおける非差別など、他の市民と同一の市民的自由と人格上の権利を享受している。…彼等は、全て持っているのである。婚姻以外は。どうして婚姻を欲するのか？ 民事的平等の名において？ それはこの問題においては何の関係もない。婚姻は、主観的な権利の結び目ではな」い。

30) 「いくら基本的権利や自由の尊重が、最高裁判所や議会をひっくり返してしまうような、恐るべき力であるとしても、人権の力とはそういうものではないのか？」(Fulchiron, *op.cit.* note 17, p.31) というのはその通りであろう。

31) そのような意味で、本稿はその着想の多くを、2002年9月にパリ第10大学で認められたフォルマン(Thomas FORMAND)の博士論文*Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*の第2部「La vie en couple」に多くを負っている。

るほか、3ヶ月の予告期間をおけば一方的な解消も可能である。また、当事者の婚姻によって即座に終了する。性的指向を問わないという意味で脱性化されていることが特徴的である。こうした制度はしばしば婚姻と混同されるが、パックスによって得られる利益は、婚姻によって得られる利益と同じではない。パックスパートナーは、婚姻している配偶者が持つ権利を全く享受しないか、あるいは劣った形でしか享受できない。以下具体的な例をあげるが、現状同性愛者にはパックスへのアクセスしか認められていないことを考えると、この二つの地位の階層化は、性的指向に基づく差別を内包する可能性がある。

パックスの効果は、経済的なものと非経済的なものにまたがっている。前者に関しては、カップル間の連帯債務、共有財産制のほか、具体的な利益として税制、相続、社会保障、職業上の権利が挙げられる。

パックスの一つの利点は、パートナーが享受する社会保障上の利益であるが、パックス法によって、パックスのパートナーは社会保障用語で言うところの「受給権者」となるので、パートナーが加入する疾病保険や出産保険の利益を享受することができるようになる。また、死亡一時金³²⁾をパートナーが受け取ることもできる。しかし、パックスを結んでも、切り替え年金³³⁾や生存配偶者手当³⁴⁾を受給することはできない。この観点からは、パックス法は婚姻していないカップルの状況を全く改善しない。この二つの給付は、排他的に婚姻しているカップルに留保されている。相続に関してパックスは、控除額・税率ともに婚姻しているカップルよりも不利である。

そしておそらくより問題視されているのが、非経済的な利益である。まずパックスを結んでも、二人での養子縁組や人工生殖へのアクセスが認められるわけではない。前者に関しては、単独での養子縁組をするしかない。また後者に関しては、婚姻しているか否かに関わりなく、異性カップルのみにその利用は限られている。パートナーの一人が既にもうけている子に対するカップルでの親権行使や

32) 死亡した被保険者の扶養にあった人に、社会保障金庫が支払う。

33) 亡くなった人に代わってその配偶者に支給される年金。

34) 亡くなった配偶者が老齢保険に加入していた場合、一定の条件下でその生存配偶者に支給される給付。

訪問権も予定されていない。

実生活上もっとも深刻であり得るのは、パートナーが外国人だった場合である。パックスパートナーには家族呼び寄せ権やフランス国籍の取得は許されていない。EU外出身者の滞在資格の獲得には、内務省の通達では、パックスを結んだ時期に拘わらず3年間の共同生活が必要とされている³⁵⁾。

このように、婚姻とパックスでは、法的帰結に相当の違いがある。パックス自体は同性カップルにも異性カップルにも開かれているので、異性カップルは二つの地位から自らの共同生活のプランに適合する方を選べるのに対して、同性カップルは、パックスにしかアクセスできない。そうでなければ「自由結合」とどまるしかない。従って、そこには見逃しがたい取り扱いの差違があることが確認できる。

3 性的指向に基づく差別の禁止

性的指向に基づく差別が禁止されているのは、特にヨーロッパ法においてである。ヨーロッパ人権規約は、明示的に取り扱いの差違が禁止される事由に性的指向を含めていないが、性的指向に基づく差別が禁止されていることはすでに疑いを入れない。1999年のある判決において、人権裁判所は、性的指向が規約の14条によってカバーされる概念であることを認めている³⁶⁾。既に述べたように、性的指向に基づく取り扱いの差違は、最近では性別に基づく取り扱いの差違に倣い、国家の裁量の余地が厳しく解されるところまで来ている³⁷⁾。

明文の形で、性的指向に言及しているのはEC / EU法である。1997年には、アムステルダム条約に、性的指向の概念が登場している。この条約によって、共同体設立条約に、「理事会は、委員会の提案に基づき、欧州議会に諮問したのちに、全会一致で、性別、人種または民族的出自、宗教または信条、障害、年齢もしくは性的指向に基づく差別と闘うため、必要な措置をとることができる」という13条が加えられている。ここでは、性的指向を性別や人種等と並ぶ差別事由

35) NOR/INT/D/99/00251/C.

36) Salguero da Silva Mouta c. Portugal, 21/12/1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-IX.

37) 前出注6) 参照。

とみなすことが表明されている。EU基本権憲章21条では、性的指向に基づく差別が明示的に禁止されている。

また欧州議会は、1984年以来多くのレポートや決議によって、こうした取り組みのイニシアティブをとってきた。まず1984年に、職場における性的差別に関する決議で、同性愛者に対する事実上あるいは法律上の差別が非難された。そして1994年には、Roth報告に基づいて、性的指向に基づく不平等を廃止することを目指す決議が採択される³⁸⁾。ここでは、同性カップルに婚姻または同等の法的枠組を認めないことや、同性愛者が子を持つことを妨げることなど、民事法上の差別が、終わらせるべき性的指向に基づく不平等であることが明確にされている。

フランス国内法では、1985年に、国籍、性別、家族状況、健康状態、身体障害とならんで、素行 (mœurs) による差別を禁止する規定が刑法に盛り込まれた³⁹⁾。この素行という言葉は、ここでは性的指向のことを暗に指していた。2001年11月16日の法律は、さらに「性的指向」の事由を加えた⁴⁰⁾。この法律は、さらに雇用分野における性的指向に基づく差別を明示的に禁止するように労働法典を改正している⁴¹⁾。

こうした性的指向に基づく差別の禁止は、表現の自由の分野にも波及し、論議を呼んでいる。2004年の12月30日法律⁴²⁾は、HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) を創設するとともに、1881年出版の自由に関する法律を改正し、性差別表現、障害者差別表現と共に同性愛嫌悪表現を禁止する規定を導入している。こうした方策は表現の自由と強い緊張関係に立ち、その評価は分かれるところだが、ここでは性的指向に基づく差別の禁止が

38) *Report of the committee on civil liberties and internal affairs on equal rights for homosexuals and lesbians in the EC*, A3-0028/94; *Resolution on equal rights for homosexuals and lesbians in the EC*, in *Official Journal of the European Communities* C61/40,28 feb.1994.

39) Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social ; art.225-1 du Code pénal.

40) Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

41) Art. L.122-45 du Code du travail.

42) Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

強化される傾向を確認しておきたい⁴³⁾。

このように性的指向に基づく差別は、フランス国内においても、ヨーロッパにおいても、一般的な形で禁止されつつある。もはや刑事罰を課するような露骨な差別ばかりが問題なのではなく、どんな分野にせよ不合理な取り扱いの差違が禁止されつつあるのである。というわけで、婚姻する権利における取り扱いの差違もこれらの法に照らして問いなおされなければならない段階に来ていると言える。

Ⅲ 「性差＝婚姻の絶対的要件」の検討

婚姻に関するフランス実定法の規定は、明示的ではないにせよ、男女からなるカップルをその対象とし、同性からなるカップルを排除するものと一般に考えられており、後に詳しく見るように二つの裁判所もベグルの一件でそのような態度を示した。

ここでは、性差を婚姻の要件と考えている学説等が、現在の婚姻法の描写に照らし、どの程度の合理性を持つのかを検討することを課題とする。

民法典中にははっきりと性差を要求する文言が存在しないが、文面上の根拠としては、民法典75条に「夫及び妻」とあること、および婚姻適齢を定める144条が「18歳未満の男性」と「16歳未満の女性は、婚姻することができない」としていることが挙げられる。

しかしながら、オゼ (J. Hauser) が指摘するとおり、注釈学的なやり方で堅固な根拠を探し求めてもあまり意味はない⁴⁴⁾。というのも、1985年12月23日の法律によって、民法典はかなり無性化され、性差を示唆する語彙が取り払われてしまったからである⁴⁵⁾。この論者は、注釈学的アプローチの最後の拠点である144条に関して、婚姻適齢の男女間差違も、両性の平等化の傾向に鑑みて消滅する運命にあると予見する。またこの論者は、婚姻における性差が、法以下 (infra-

43) *Voir*, Yan PADOVA « Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie », in *Gazette du palais*, 17 mars 2005, n° 76, p.2.

44) Jean HAUSER, « Couple et différence de sexe », in *La notion juridique de couple*, sous la dir. Clotilde BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p.98.

45) Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

juridique) のものであるとも述べている⁴⁶⁾。というわけで、民法典の文言は、それだけでは婚姻に性差が要求されることの根拠とはなりにくい。その意味で同性間婚姻の禁止は、条文の解釈から一義的に導き出せるものではない。

以下、いくつかのレベルに分類して、婚姻の異性愛的性質を擁護して同性間婚姻に反対する議論を検討する。これらの反対論は、民事婚のア・プリオリな「異性愛的性質」の論拠(1)、生殖と親子関係に依拠する議論(2)、そして性差そのものに依拠するもの(3)に分類することができるように思う⁴⁷⁾。

1 ア・プリオリな婚姻の異性愛的性質

この立場は、婚姻はその性質上異性婚でしかあり得ないと述べるものである。婚姻の異性愛性が婚姻そのものに内在しているならば、差別の問題そのものが生じないことになる。これは婚姻の伝統的な定義に依拠するもので、頻繁に見かける。また、学説によっても裁判所によっても主張されている。この主張は、「婚姻とは伝統的にそういうものである」とか「婚姻は、定義上、性差を前提とする」といった「自明性」に依拠する。

144条や75条に依拠しつつも、規定がそれほど明示的でないことについて、性差は「民法典の起草者にとってあまりに自明のことに思えたので、婚姻の条件に列挙することが有益ではないと考えた」⁴⁸⁾などとするものがこれにあたる。「民法144条は暗黙に示唆しているに過ぎないが、それほど自明なこと」であるとするもの⁴⁹⁾、「この条件[性差]は、法によって示されていない。おそらくはそれが自明のことだからである」⁵⁰⁾とするものも同様である。このように考えれば、同性の人同士の婚姻はそもそも不可能であり、性的指向に基づく差別というプロブレマティック自体ありえないことになる⁵¹⁾。

46) Hauser, *op.cit.* note 44, p.98.

47) これらのはっきりとした区別ができるわけではなく、重なり合うことも多い。同じ論者がいくつかのレベルにわたった主張をすることもある。

48) Henri MAZEAUD *op.cit.* note 27, n° 720.

49) Alain BENABENT, *Droit civil : la famille*, 11^e éd. Litec, 2003, n° 61 ; Annick BATTEUR, *Droit des personnes et de la famille*, 2^e éd. 2003, LGDJ, n° 362も同趣旨。

50) Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, 1994, n° 545

このような論証の不在は、ヨーロッパ人権裁判所の過去の判決にも指摘できる。女性から男性へ性別変更手術を受けたトランスセクシュアルが、自分のパートナー（女性）と婚姻する権利が問題になったとき、人権裁判所は、「婚姻する権利を保障する人権規約12条は、性別の異なる二人の人の間の伝統的な婚姻に適用され」、「追求されている目的は、本質的に家族の基礎としての婚姻を保護することである」と述べていた⁵²⁾。「伝統的な婚姻」の概念に依拠することで、婚姻が異性カップルにのみ留保されねばならない理由は説明する必要がなくなる。この「生物学的性の異なる二人の人の間の伝統的な婚姻」の論理は、少なからぬ機会に繰り返し肯定されることになる⁵³⁾。

ところでこのようなア・プリオリな「婚姻の異性愛性」に依存した同性カップル排除は、同義反復という欠陥を持つ⁵⁴⁾。この論理は申し立てられている二つの種類のカップルの間の取り扱いの差違に対して、それら二つの類型を現実を隔てている伝統や明白性そのものに依拠して差違を正当化している。

フランス民法典144条と75条に言及しつつ、性差要件を自明の領域に属するものとし、同性間の婚姻を「不可能」なものとする学説は多い。しかしながら、同性間の婚姻は現実にオランダなどでは既に行われているのだから、考えることすら不可能と切り捨てるのは無理がある。また、権利の平等が問われているのだから、取り扱いの差違には客観的な正当化が必要になる。そこでこの正当化のために、学説判例によって最も頻繁に呼び出されるのが、生殖可能性あるいは婚姻と親子関係の不可分性である。

51) 「婚姻は、性別の異なる二人の間にしか存在し得ない。」Bateur, *op.cit.* note 49, n° 362; 「婚姻は、その（太古からの）本質上性差に基づいており、厳密な意味での平等は、この定義を変えない限り考えられない」。「同じ婚姻と名付けられたとしても、同性愛者の結合は、その婚姻とは全く別のものである。」Philippe JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p.425, note 2.

52) Rees c. Royaume-uni du 17/10/1986, *série A* 106, § 49.

53) Cossey c. Royaume-uni, 27/09/1990, *série A* 184 ; Sheffield et Horsham c. Royaume-uni, 30/07/1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V. しかし、後述の2002年のグッドウィン判決に至り、この判例は変更される。

54) Formand, *op.cit.*, note 31, pp.249-250.

2 生殖可能性、あるいは婚姻と親子関係の密接不可分性に依拠するもの

生殖可能性に依拠する議論は、「種の保存」や「人類の存続」という命題から、生殖を婚姻の目的と見なし、同性カップルに生殖能力がないことを理由として彼／彼女らに等しい権利の享受を拒絶するものである。このような議論によれば、国家が異性カップルに特別の地位を与えているのは、異性カップルが果たしている使命、すなわち生殖のゆえということになる。この論拠は、そのわかりやすさから一般的にも最も広く普及している言説でもある。

あるいは生殖を直接婚姻の目的としなくとも、婚姻と親子関係を密接な関係におき、後者なしの前者はあり得ないと考えるものも同種の議論であるといえるだろう。婚姻が法的に嫡出家族の基礎となることから、婚姻の保護が導かれ、生物学的に嫡出家族形成の可能性を持つ異性カップルのみに婚姻が許されることになる。この立場に立つ学説を紹介・検討してみよう。

テレ (F.Terré) とフヌイエ (D.Fenouillet) は、「当然に、通常は、婚姻の目的を考慮すれば、その第一は生殖であり、性差は根本的な条件として残る」⁵⁵⁾とし、さらにコルニュも、「婚姻は、子を持つための男性と女性の結合である」⁵⁶⁾と述べる。ベナバン (A.Bénabent) も、「婚姻の自然な目的の一つは、肉体的な完遂 (consommation charnelle) と生殖であり、いくつかの身体的適性条件が要求される」⁵⁷⁾とした上で、性差を婚姻の条件に挙げる⁵⁸⁾。

また、婚姻しているカップルが果たす社会的役割の対価として諸権利を享受できることと、異性カップルがその役割を担うことも予定されている。オゼは、「カップルは、二つの本質的な使命に答えている限りでのみ、権利の主体 (名宛人?) である」⁵⁹⁾と述べて、それを生殖であり家族を作ることであるとする。クルブ (P.

55) Terré et Fenouillet, *op.cit.* note 24, n° 342. しかし別の箇所 (n° 326) では、ポルタリスが、婚姻を「種の永続のために一つになり、生活の重みを支えるために助け合い、同じ運命を分かち合う男と女の結合」と定義したことに対して、批判を加えている。

56) Cornu, *op.cit.* note 18, n° 159.

57) Bénabent, *op.cit.* note 49, n° 60.

58) *Ibid.* n° 61; Mazeaud, *op.cit.* note 27, n° 718も同趣旨。「婚姻の目的は、社会の必然的の基本単位である家族の形成であるから、社会的利益がいくつかの生理的条件を要求する。」

59) Jean HAUSER, « Les communautés taisibles », in *D.* 1997, chron. p. 255.

Courbe) も、「あらゆる時あらゆる所において、社会が配偶者に与える権利は、異性愛のカップルのみが、世代の継承と社会それ自体の存続を保障する子の生殖へと向けられた家族を形成するという基本的な事実に基づく」⁶⁰⁾と述べている。ゴデュ (F.Gaudu) は、個人間の非差別の原則はカップル間の平等を全く意味しないとした上で、男性と女性の関係に法的枠組を与えるのには二つの理由があるとする。一つには、異性カップルが人類が再生される唯一の関係だからであるという。そして子が生まれることによって、一方の配偶者（一般的には子を育てるために働くことを止めるのは女性である）が他方配偶者に依存する状況が生まれる。婚姻は、この依存せざるを得ない配偶者の物質的保障を満たすためにあるというのが二つ目の理由である⁶¹⁾。

学説は、このように婚姻の目的を生殖と考え、婚姻カップルの享受する諸利益を、これらカップルの果たす「使命」の対価と考える。このような「生殖＝異性カップルの使命」→「使命を果たせない同性カップルの排除」という議論を検討してみよう。

真っ先に挙げられるのは、この議論がフランス婚姻法の現状の記述として正確ではないことである。フォルマンは、「フランスの婚姻法の現状では、生殖は、婚姻へのアクセス、その有効性つまりその効力の安定した条件に全くなっていないように思われる。従って、そのような条件の存在によって性差の要件を正当化することは、条文や判例から生ずるフランス民法の忠実な記述と見なすことはできない」⁶²⁾という。

まず単純に、婚姻は生殖能力のない異性カップルや子どもを持つ予定のないカップルにも禁止されていない。生殖能力のない高齢の人や不妊症の人の婚姻は、異性間であれば禁止されていない。というわけで、フランス法においては、生殖が婚姻の絶対的要件になっているとは既に言えなくなる。

この点に関して、1903年の古い破毀院裁判例がしばしば参照される。この裁

60) Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 4^e éd. Armand Colin, 2005, n° 601.

61) François GAUDU, « A propos du « contrat d'union civile » : critique d'un profane », in *D.* 1998, chron. p.19.

62) Formand, *op.cit.*, note 31, p. 263.

判例において破毀院は、「性器の特徴的な器官の欠陥、脆弱性、不完全さは、婚姻の有効性にはいかなる影響ももたらさない」と述べた⁶³⁾。破毀院は、各配偶者の生殖器がそれと確認でき、他方のそれと異なっていればよいとしたのであるから、生殖能力の有無は、婚姻の成立には無関係であることを明らかにしたことになる⁶⁴⁾。

また、避妊や妊娠中絶技術の存在は、生殖の問題を意思の問題に還元している。婚姻しているにせよしていないにせよ、異性カップルに当然には生殖を期待することはできない。異性カップルのみに婚姻が許されていることが、生殖という使命に対する対価であるということとはできない。

それでは、具体的な生殖能力はともかく、配偶者間に少なくとも性的関係があることは前提にされているのか。

カルボニエ (J. Carbonnier) は、民法典には一般的に人間の身体に関する規定が少ないとしながら、民法典が、身体的要素、つまり性別を考慮に入れていると述べる⁶⁵⁾。さらに以下のように同性間婚姻を退ける。「婚姻外であれ、婚姻内であれ、カップルを形成する性交 (copula carnalis) は、補完性、何より生殖器官の相互補完性を想定しているのである (…)。民法典には、いわゆる同性婚にとっていかなる根拠も存在しない。」両性の性的結合をカップル概念の本質的要素と見なし、さらにそれを同性婚の否定に結び付けている。

しかし、生殖能力だけでなく、配偶者間に性的関係があるかどうか、婚姻法は重大な関心事項としていないことが指摘できる。「肉体的な関係は、婚姻にとって『随伴物』であって、婚姻を創設するのではない。肉体的な関係が絆を結ぶのではないからである。要求されている形式での同意を交換すればそれで十分なのである。」⁶⁶⁾ 生殖可能な年齢を定めたと解釈することもできる婚姻適齢の規定⁶⁷⁾

63) Cass. 6 avril 1903, in *D.* 1904, 1, 395.

64) この判決は、破毀院が、生殖ではなく「性差」を婚姻の成立に要求した判例としても理解されるが、ここでは破毀院が、婚姻の要件として具体的な生殖能力を要求していないということを特に確認することができるであろう。

65) Jean CARBONNIER, *Droit civil t.2, la famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd. PUF, 2002, p.417.

66) Branlard, *op.cit.* note 50, n^o 31.

を除くと、配偶者間の性的関係に婚姻法は関与しない。当事者の合意ある限り、配偶者間の性的関係はなくてもよい。

確かに、性的関係の不在や不完全さ、生殖能力のなさは、サンクションを受けることがあるが、事後的に、個別的に、離婚原因の有無として処理される。従って、民事婚の有効性それ自体には影響がない。そういうわけで性的不能⁶⁸⁾も不妊もそれ自体は、婚姻の無効原因にはならない。

さて、婚姻と生殖を直接に結びつけることには、今日の生殖と切り離された異性婚のあり方からして困難がともなう。学説は、一方で婚姻と生殖を結びつけて同性カップルの婚姻を拒否しながら、他方でこのような結びつきが首尾一貫しない、あるいは貫けば危険なものであることも自覚しているようにみえる。

例えばコルニュは、生殖が婚姻の一つの要素であることを認めながらも、法はそれを押しつけることはできず、生殖を婚姻の究極目的であると主張する独断的な主張は無力であると述べる⁶⁹⁾。またテレとフヌイエも生殖を婚姻の目的と考えたポルタリスの定義を相対化する。「その重要性にもかかわらず、この目的[生殖]は本質的ではない。というのも、我々の法は、生殖という目的が不在の高齢者の婚姻や、臨終婚を認めているのであるから」⁷⁰⁾と述べる。

また、公法学者であるミヤール (E. Millard) は、人権裁判所の判決において、婚姻と生殖が直接に結びつけられていたことを憂慮する。というのも、もしこの理屈を極限まで突き詰めれば、婚姻の自由は生殖が可能な場合にしか保障されないことになってしまうからである。というわけで彼は、異性婚の要請は、生物学的な要請ではもはやなく文化的なものでしかないことを認める。同性間婚姻の自由の制限は、このような文化的な観点のみからしか維持できないと述べる⁷¹⁾。

67) 婚姻適齢に上限がないことを考慮すると、婚姻適齢は、生殖能力の問題ではないと考えてもよいであろう。

68) Voir, Michel TROCHU, « L'impuissance », in *D.S.* 1965, chron. 135.

69) Cornu, *op.cit.* note 18, n° 159. コルニュは、「婚姻と生殖のつながりは、希望、願い、良心、メンタリティ、理想、そして…現実の中に存在する」と述べる。

70) Terré et Fenouillet, *op.cit.* note 24, n° 326. 前出注55) 参照。

71) Eric MILLARD, *Famille et droit public : recherche sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995, note 701.

このように見てくると、異性カップルの生殖可能性に依拠して婚姻へのアクセスから同性カップルを排除することは、現行の異性婚へのアクセスが生殖との関係で規定されていない以上、支持することが難しい。同性間婚姻に好意的でない学説も、生殖と婚姻へのアクセスの間にある溝に自覚的である。

全ての異性カップルが、子を持つわけではないにしても、子を持つ可能性のあるのは異性カップルだけであるから、同性カップルを排除し異性カップルのみに婚姻を許すことに合理性があると考えられているのかもしれない。しかし、生殖が不可能あるいは子を持つ予定のない異性カップルと、同性カップルを生殖に着目して比べたとき、両者の具体的状況に差違があるとは言えず、その取り扱いの差違は、端的に両者の性的指向の相違に依拠しているとしか言えなくなる。取り扱いに差違をつける理由が性的指向以外になれば、性的指向に基づく差別の疑いが強くなるのは必然であろう。

婚姻の本質を、生殖そのものというよりも、親子関係の保障と見る考え方がある。父子関係の推定や、そこから生ずる嫡出子の地位の付与が、婚姻が生殖を当然に予定していることの根拠とされることがある。例えば、マロリ (Ph. Malaurie) とフルシロン (H. Fulchiron) は、まず生殖と婚姻は密接に結びついているとしつつも、子のない婚姻も有効であることを確認する。その上で婚姻が家族を形成する行為であることを根拠に、同性カップルに対する取り扱いの差違を合理的なものとして差別の存在を否定する⁷²⁾。

しかし、フランス実定法においては、このことも婚姻が生殖と密接に結びつき、それ故に男女の結合としてしか理解されないことの根拠とはなりにくい。とういうのも、父子関係の推定の權威は、1972年1月3日の法律によって覆されてしまっているからである。父子関係の推定はもはや「死に体」であると言われる。とういうのもこの法律によって、嫡出親子関係と非嫡出親子関係の平等の原則が確立される一方で、父子関係の推定はその領域を制限され、さらには変質せざるを得なくなったからである。父子関係の推定は、単純推定という一つの証明手段にま

72) Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, Defrénois, 2004, n^{os} 105, 106 et 130.

で格下げされてしまっている⁷³⁾。同じ法律によって、推定を覆せる条件が拡大され、身分占有 (possession d'état) に大きな役割が与えられることになった⁷⁴⁾。

そして嫡出子の地位の優越性が消滅したことは、婚姻が、親子関係の枠組としての唯一性と優位性を失ったことを意味する。単身者による養子縁組のように、婚姻の外で生まれた子に嫡出の身分を付与することはすでに可能であった。しかし、それに加えて1970年代以降、親子関係の性質に応じて子の扱いを異ならせることが、平等原則に照らして問題とされるようになり消滅したのである。最近では、「不貞子 (enfant adultérain)」の相続分差別⁷⁵⁾が削除され、「近親子 (enfant incestueux)」⁷⁶⁾を除くと、婚外、婚内を問わない子の平等が実現したことになる⁷⁷⁾。

こういうわけで、父子関係の推定は弱体化し、「嫡出子」の優位性も消滅しており、婚姻が子に特別の身分を取得させる特権的な枠組とである言うことはできなくなっている。嫡出親子関係にせよ、非嫡出親子関係にせよ、親子関係の性質に拘わらず子は等しく権利を享受する。フランス国内法は、人権裁判所の圧力も受けながら間違いなくこの方向に進んでいる⁷⁸⁾。

フランス婚姻法に法実証主義的にアプローチするとき、生殖や親子関係の保障を婚姻の本質と見ることは簡単にはできない。父子関係の推定、嫡出子の地位の付与は、婚姻中の子の出生という「出来事」の到来に依存するにとどまる。他方で、この出来事を到来させる法的要請は存在しない。確かにこれらの規定の存在は、カップルを婚姻するようにしむけるかもしれないが、それらの規定の発動は

73) Formand, *op.cit.* note 31, p. 269.

74) 父子関係の推定の弱体化は、2006年7月発効の改正においても続いているようである。Terré et fenouillet, *op.cit.* note 24 n° 662-1.

75) 前出注4) 参照。

76) 子の父と母が婚姻することのできない親族関係にあったときは、父子関係か母子関係のどちらかしか認められない (民法典334条の10、新310条の2)。

77) Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

78) この方向は、2005年7月4日のオルドナンス (Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) によって強化されるようである。子の平等は、総則規定中に確立され、嫡出子と自然子の区別は全面的に消滅する。新310条の1は、子の親が婚姻しているかないかを区別せずに、親子関係の立証の方法を列挙している。

法的に見れば一つの可能性であって「付随的」と言える⁷⁹⁾。

生殖も親子関係も、同性間婚姻拒絶の根拠としては不十分である。そこで同性間婚姻を拒否するためには、別の論理が必要になる。性差から生ずる生殖という「機能」ではなくて、性差それ自体を根拠として、婚姻の異性愛性を主張する議論がそれにあたる。最後にそのような議論を検討する。

3 性差

既に見たように、生殖だけに依拠して同性間婚姻を否定することは、論理的には一貫することができない。ミヤールが述べるように、婚姻に要求される性差は、生物学的な要請ではなく社会的なものである⁸⁰⁾。社会的なものである以上、変更しうるものであることになる。しかし、それを変更してはならないとするのが、この性差そのものをよりどころとする議論である。このような議論は、特に社会学者であるテリー (I.Théry) によって人類学から着想を得て精力的に展開され、法律学者の中にもこれに影響を受けたものがあらわれている。

このような議論を著者なりに要約すると、「象徴的秩序」と呼ばれる、立法によって超えてはならない壁が存在する。社会や文化自体を根拠づけている根本的な差違である男女の性差がそれにあたる。性差が文明の形成を根拠づけているのだから、これを消去することは文明に対する危険である。従って、法律の使命はこの根本的な差違を保存することであり、立法者といえどもこれに手をつけてはならない。このような立場は、社会的な性差に重要性を置いており、ジェンダー本質主義とでも呼べるものである。

テリーは、パックスの前身となるシビル・ユニオン構想の時点で、同性愛と異性愛を同じ法的枠組で扱う構想を批判していた。なぜなら同性愛と異性愛は根本的に異なるものであり、両者を法的に混同してはならないからである⁸¹⁾。彼女は、

79) Formand, *op.cit.* note 31, p.268.

80) *Préc.* note 71.

81) Irène THERY, « Le contrat d'union sociale en question », in *Esprit*, octobre 1997 pp.177 et s. ; Irène THERY, *Le démarriage, justice et vie privée*, Odile Jacob, 1995, pp.414-415. このテリーの主張は、パックスに先立つシビル・ユニオン構想についてなされたものであるが、その内容からして婚姻についても同じ射程を持つはずである。

男性性と女性性を制度化するものとして婚姻制度の異性愛性を絶対的なものと考えるので、同性カップルと異性カップルを同様に扱うことは不可能である。同性カップルは、現在の婚姻とは別の枠組においてしか承認され得ない。

しかしながら、性差や象徴的秩序は、法的な価値ではない。権利の平等が問題になっているときに、民主的な議論の及ばない領域を専門的な知識の名の下に設定して、議論をブロックすることは問題である。このような立場が「権力の濫用」⁸²⁾として批判されるのも理由のないことではない。

この主張が一定の反響を得たのは、専門的知見の威光を借りていたということの他に、生物学的な根拠、すなわち生殖可能性の有無からダイレクトに導き出されていないという「利点」のためであろう。生殖可能性に基づいて、同性カップルと異性カップルを区別するのは最も単純で、そうであるがゆえに最も効果的でもあった。しかし、これは現行制度が子どもを作らないカップルに婚姻を認めている点において、現行制度を擁護するには不十分な理屈である。トランスセクシュアルの婚姻の容認が余すところなく示すように、性差は生理的次元の要件ではなく、社会的次元の要件であり、社会的であるがゆえにその要請には変更の余地がある⁸³⁾。同性カップルの婚姻開放要求によって、この変更がどの方向になされるかは簡単に予想できる。そこで性差を婚姻に要求することが文化的なものであることを正面から認めた上で、それを変更不可能とすることは、二つの性的指向の取り扱いの差違をまるごと正当化できる大変便利な議論であったと考えられる。

IV フランス国内判例

フランス国内では、前述の「ベグルの婚姻」の成立が争われ、一審判決及び二審判決が、この婚姻の無効あるいは不成立を言渡している。民法典の解釈をめぐる論争には、これで一応、有権的法解釈機関である裁判所による判断がもたらさ

82) Catherine DESCHAMPS, « Ordre symbolique », in *Dictionnaire de l'homophobie*, PUF, 2003, p.296.

83) *Répertoire civil dalloz*, Mariage, n° 21.

れたことになる。その内容を紹介し(1)、最後にその評価を検討する(2)。

1 「ベグルの婚姻」の無効あるいは不成立

(a) ボルドー大審裁判所判決⁸⁴⁾

一審のボルドー大審裁判所は、まずフランス国内法に関して、民法の規定が明示的に性差を要求していないとしても、それはポルタリスのような民法典の起草者にとって、婚姻が男女のものであることは自明のことであったからと考える。かつては、婚姻によって結ばれた男(homme)と女(femme)への言及も多く見られたのであり、これらは各配偶者の平等を確立する過程で、性中立的な「配偶者(époux)」という語に置き換わったにすぎない。また、144条や75条をはじめとして、性差を示唆する条項が存在すること、パックスの創設は婚姻を異性カップルに留保することを意図して行われたことを挙げ、性差はフランス国内法において婚姻の要件であると述べる。

次にヨーロッパ人権規約適合性については、まず規約12条の文言が、すべての人ではなく、性別の異なる人との間の婚姻する権利を保障しているように解釈されることをあげる。

そして、トランスセクシュアルの婚姻する権利が問題となった人権裁判所の裁判例で、12条の保護の対象が、生物学的性別が異なる二人の人の間の「伝統的な婚姻」をする権利であると解されていることを挙げる。トランスセクシュアルの婚姻する権利を認めたグッドウィン判決についても、人権裁判所は生物学的性別の変更という結果を重視したのであって、婚姻の異性愛性を暗に再確認したのでと述べる。

最後に、性差を婚姻の条件とすることが平等条項である規約14条に違反しないかという論点につき、取り扱いの差違を正当化する客観的事由として、家族

84) TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, in *D.2004*, n° 33, p.2392, note Eric AGOSTINI ; *ibid.* 2004, somm.comm. p.2965, obs. Jean-Jacques LEMOULAND ; *Droit de la famille*, 2004, n° 10, comm.166, note Marc AZAVANT ; *JCP. éd. G.* 2004, n° 46 II 10 169, note Guillaume KESSLER ; *Gazette du palais*, 8 octobre 2004, note Géraud de Geouffre DE LA PRADELLE.

を形成するという一般に考えられた「婚姻の伝統的機能 (fonction traditionnelle du mariage)」をあげる。このことはフランスのみならずヨーロッパでも広く受け入れられているから、社会的にも正当化されうると結論する。

(b) ボルドー控訴院⁸⁵⁾

ボルドー控訴院は、婚姻と親子関係のつながりをより詳細に打ち出しているように見える。フランス国内法の解釈については、以下のような論拠を示して国内法は同性間婚姻を排しているという結論を導く。

まず民法典75条が性差を示唆していること、民法典の様々な規定が、子の教育と親権に関わっていること、民法典が婚姻の条件として性差を要求していると解釈しないと、同法典が兄あるいは弟 (frère) と姉あるいは妹 (sœur) の間の婚姻だけを禁止し、二人の兄弟間、姉妹間の婚姻を禁じていないことの論理的説明がつかないこと、配偶者間の性差が確認できることを要求した1903年の破毀院判例、ポルタリスを論拠にした立法者の意思などである⁸⁶⁾。

従ってフランス国内法においては、婚姻は性別の異なる二人の人を対象として、嫡出家族を形成することを可能にする制度であり、性差は婚姻の成立条件自体を構成すると結論する。

ヨーロッパ人権規約適合性については、取り扱いの差違は、それが正当な目的を有していること、目的と達成手段の均衡が立証されれば、規約14条の定める平等に反しないと一般論を述べた上で、同性カップルと異性カップルの異なる取り扱いを以下のように正当化する。

「自然が、異性カップルのみを生殖可能としたことから特殊性が生じるのであって、これは差別ではない。立法者は、この生物学的現実を考慮に入れ、婚姻と呼ばれる形態を特に定めようとした」と述べる。生殖可能性に関わる異性カップルはすべて、婚姻へのアクセスにおいて平等に扱われる。同性カップルの状況は

85) CA Bordeaux, 19 avr. 2005, in *D.* 2005, n° 25, p. 1687, note Eric AGOSTINI ; *Droit de la famille*, 2005, n° 6, comm.124, note Marc AZAVANT.

86) ポルタリスは、婚姻が生殖や子の養育を目的とした異性結合であることを述べている。Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil, préface de Michel Massennet*, Edition confluences, pp. 29 et s.

同じではないから、婚姻制度は同性カップルには関係しない。

2 学説の評価

学説は、このような裁判所の判断を概ね当然の結果として受け止めているようである。裁判所も、学説の論拠を最大限吸収して判断をくださった感がある。しかしながら批判がないわけではない。特に一審判決は、人権規約14条への適合性に言及する際に、取り扱いの差違を正当化する根拠として「家族を形成すると一般に見なされている婚姻の伝統的機能」を挙げ、国内法において「家族と婚姻が不可分に結びついている」と言うのであるが、これには学説も問題を指摘する。

ボルドー大審裁判所は、同性カップルの婚姻制度からの排除を正当化する客観的かつ合理的な理由として、婚姻の伝統的機能を挙げる。その伝統的機能というのは、生殖と子の養育ということになろうが、このような生殖あるいは家族形成機能と婚姻の関係の直截な関連づけは、すでにヨーロッパ人権裁判所の判断と論理的齟齬を来しうるものとなっている⁸⁷⁾。

前述のように人権裁判所は、リーズ事件以降、規約12条が保障する婚姻する権利は、伝統的な異性間の婚姻を対象としていると述べ、同条の本質的目的を家族の基礎としての婚姻の保障にあるとしていた。このように家族の基礎となるからこそ婚姻を保障すると考えるならば、夫と妻とその子からなる伝統的家族を形成する可能性、すなわち子を持ち育てる可能性のない者には、婚姻する権利を認めることは必要ではないことになる。

しかし人権裁判所は、2002年のグッドウィン判決において先例の見直しに踏み切り、トランスセクシュアルの婚姻を認めないことを規約違反としている⁸⁸⁾。そのポイントはこうである。人権規約12条は、婚姻する権利と家族を形成する権利を保障するが、後者は、前者の保障の条件ではなく、あるカップルが子を持

87) Azavant, *op.cit.* note 84.

88) Cour EDH Goodwin c. Royaume-uni, 11/7/2002, in *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VI. また、ヨーロッパ司法裁判所も、この判断に言及して、トランスセクシュアルの婚姻を妨げて、切り替え年金の受給をさせないことが、EC条約の141条に反するとした (CJCE, 7/1/2004, C-117-01, in *D.* 2004, *Jurisprudence*, p.979)。

ったり育てたりできないことは、それ自体として婚姻する権利を剥奪する理由にならない⁸⁹⁾。つまり生殖可能性の問題と婚姻する権利を切断し、生殖可能性がなくとも、手術を受けたトランスセクシュアルが自分の元の性別と同じ性別の人と婚姻できない状態にあることを規約12条違反であるとしたのである。

もちろん人権裁判所は、このケースで、性別変更手術を受けて見た目も本人の自覚も女性として暮らしている人、言わば女性のジェンダー、外見を持つ人に対して、純粹に生物学的な性別の定義を維持することで男性との婚姻を妨げているイギリス法に規約違反を認めたのであって、例えば、自らを男性と自覚する人が別の男性と婚姻する同性間婚姻の権利を認めたものではない。婚姻にジェンダーの差違を要求しているという意味では、従来婚姻の異性愛性を再確認したにとどまるものである。ただ確認すべき点は、人権裁判所が婚姻権の保障の基礎を婚姻の家族形成機能から切り離したことである。このような意味で、大審裁判所判決の人権規約解釈は、人権裁判所のそれと矛盾している可能性があるのである。

ドゥ・ラ・プラデル (G. De la Pradelle) は、大審裁判所が、「伝統的な婚姻」の観念によって、差別の不在を論証せずに済ませたことに対して、より根本的な批判を行っている。それは上述のように、実定法は婚姻に「家族を形成するという一般的に考えられた伝統的機能」をもちや割り当てていないということである。現実には、かつて婚姻と家族を結びつけていた法的紐帯は相当程度弱まったとして、そのいくつかの側面を挙げている。

—生殖は、民法典以来、もはや婚姻の「本質」ではない。というのも、性的関係の不在も、高齢も、不能も、不妊も無効の原因にはならないからである。

—離婚の確立以降、とりわけその現代的展開によって、いわゆる「再構成家族 (familles recomposées)」の現象が、婚姻と家族の関係の伝統的な見方を混乱させている。つまり、法においても事実においても、これらの家族は解消された婚姻、再婚、内縁に無差別に基づいているのである。

—特にヨーロッパ人権裁判所の判例では、ヨーロッパ人権規約に言う「家族」は、

89) § 98.

嫡出も、非嫡出も、養親子関係も無差別に含む。

—非嫡出親子関係同様に、養親子関係も婚姻から完全に分離しうる。さらに婚姻のみならず、あらゆるカップルの生活からも独立している。

—婚姻が家族の基礎に実際になることがあるとしても、子がない婚姻も同様に考えられるし、そのような婚姻生活も可能であることは明らかである。言い換えれば、フランス法における婚姻の第一の機能は、家族を形成することではない。婚姻は、カップルの生活を組織する一つの方法に過ぎないことになる。このような諸条件においては、この制度の利益が一定の種類のカップルに留保されることは、差別抜きには説明しがたくなっている。

生殖や親子関係を婚姻の本質と考えて、同性間婚姻を拒否する立場への反論は、上のドゥ・ラ・プラデルの大審裁判所判決への批判に要領よくまとめられている。その核心は、生殖が実定法上婚姻の本質的要素ではないということ、および婚姻法と親子関係法が分離しているということである。

V 民事婚の本質的要素

既に述べたように、フランス法の現状の描写においては、生殖は婚姻へのアクセスの条件となっておらず、婚姻の本質的要素であるとは言えない。高齢の人、不妊の人の婚姻の存在がそれを決定づける。人権裁判所判例においては、生殖は婚姻する権利から切り離されており、学説も、生殖可能性は婚姻へのアクセスを法的に根拠づけてはいないことを認める。もちろん、生殖が婚姻の目的であると述べることは、個人の自由に価値を認める社会では、真っ向から主張しやすいことではない。子を持つか持たないかに、国家が介入して、それに応じて便宜供与をはかるということは、大っぴらに認めるべきこととは考えられないだろう。

そして、生殖だけでなく、性的関係や共同生活があることすらも、婚姻の要件ではない。こういうわけで、近代的な婚姻は、当事者のセクシュアリティに大した関心を払わないところにその特徴を有している。このような婚姻観念は、宗教婚の婚姻観念と鮮やかなコントラストをなす。

生殖を婚姻の目的と考える、あるいは当事者間のセクシュアリティに重要性をおく婚姻観念は、フランス婚姻法の記述ではなく、配偶者間の性的関係に重要性

をおく教会法の婚姻観念に近いと言える。

キリスト教の出発点は、まず性行為の罪悪視、純潔の優位性である⁹⁰⁾。初期キリスト教の基礎を築いたパウロにとって、婚姻することの価値は決して高くない。彼は、禁欲を貫くことが難しければ婚姻する方が色欲に走るよりはまし、という程度の位置づけを婚姻に与えたに過ぎない⁹¹⁾。しかし12世紀頃から、婚姻は、「秘蹟 (sacrement)」と見なされるようになり聖なる次元を持つことになった。アウグスチヌスは、婚姻に「神聖さ」の衣をまとわせることで、婚姻の価値を高めた。彼は、婚姻の三つの賜物として「子」「貞節」「秘蹟」をあげる。生殖という目的で、神聖な次元にまで高められた婚姻は、正統なセクシュアリティが、表現され教会によって統制される場所として確立されていく。

教会は、当事者の合意を婚姻の要件として強化し、契約としての婚姻の基礎を築いたが、他方で、ローマ法にはなかった要素、セクシュアリティに重要性をおく。キリストと教会が一体をなすように、男と女が性交によって一体をなすと考えられ、肉体的な結合こそが婚姻が完成されるための要件とされたのである。こういう訳で、ローマ時代には離婚原因の一つでしかなかった性的不能が、次第に婚姻の無効原因になっていったのである⁹²⁾。今日でもカトリック教会法の婚姻観念においては、生殖は婚姻の目的の一つとされ⁹³⁾、婚姻が完成されるためには夫婦が性的結合を持つことが必要である⁹⁴⁾。最初の性交が婚姻を完成する。つまり当事者のセクシュアリティは、婚姻の成立を左右する重要事項なのである。さらによく知られているように、一度完成した結合は、キリストと教会の一体性に見

90) 青山道夫「キリスト教の婚姻思想」青山ほか編『講座 家族3 婚姻の成立』(弘文堂、1973) 参照。

91) そのような態度は、「コリント人への第一の手紙」にあらわれている。

92) Voir, Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n° 98 ; Jean-Claude BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, Pluriel, Hachette, 1997, pp.172 et s.; ピエール・ダルモン著、辻由美訳『性的不能者裁判』(新評社、1990)

93) 新教会法典1055条

94) 新教会法典1061条1項によれば、「夫婦が人間にふさわしい方法で、夫婦行為を行った場合、すなわちその婚姻がその本性上目的としている、子の出生にとって適切、かつ夫婦が一体となるための行為を行った場合には、完成の認証婚と呼ばれる。」日本カトリック司教協議会教会行政法制委員会訳『カトリック新教会法典』(有斐閣、1992)

立てられるので、解消が不可能になる。

歴史的には、世俗権力が教会との闘争を経て、次第に婚姻に対する統制権を教会から奪っていく。最終的な世俗化は、フランス革命を待たなければならない。1791年憲法の「法律は、婚姻を民事契約としてのみ考える」という表現が世俗化の意志を端的に表現している。こうして誕生した民事婚は、当事者の性関係を重視した教会法の婚姻と大きく異なる。性的関係は、婚姻の成立の要件ではなくなったのである⁹⁵⁾。

今日の民事婚においては、性的不能はその事実を隠していた場合などに離婚の原因とはなりえても、無効の原因とはならない。さらに臨終婚 (*mariage in extremis*)、死後婚 (*mariage posthum*)⁹⁶⁾の存在は、生殖が婚姻へのアクセスの条件として決定的でないことを如実に示している。臨終婚や死後婚の場合には、生殖どころか性的関係も共同生活も前提とされていないからである。

確かに民事婚を生み出した革命期の議論においては、生殖を目的とする「自然の行為」としての婚姻という世俗の婚姻観が強く押し出されていた⁹⁷⁾。しかし、それは生殖を直接に婚姻の目的とし、不妊の結合には婚姻の名を認めないことまで主張する文脈でのことである⁹⁸⁾。生殖を明確に婚姻へのアクセスの条件とするこのような議論は、それ自体は論理的に一貫する。ただし、今日の個人の自由にも価値をおく政治体制の中ではとりうるものではないだろう。先に挙げたような学説も、このような立場に立っているわけでないのである。従って、「性的不能は当然に生殖を妨げるが、これが婚姻を無効にしないことを容認する一方で、同性カップルに対しては、それらカップルが子を誕生させることができない事実を対置して婚姻を禁ずることは、一貫性がないように見える」⁹⁹⁾のである。

95) アンシャン・レジーム末期の法律家ポティエ (Pothier) が、既にそのエッセンスを表現している。「当事者が、婚姻契約によって互いに生活することを誓う結合は、主として、その精神と意思の結合である。肉体的交渉 (*commerce charnel*) は、少しも婚姻の本質ではない。」POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, nouvelle éd. par M. SIFFREIN, p.3.

96) 臨終婚、死後婚の目的は、生前の親子関係の「清算」と考えられてもいるが、特に後者についてその許否は基本的には完全に大統領の裁量に属している。

97) Voir, AH. HUSSEN JR. « Le droit au mariage au cours de la Révolution française », *Tidschrift voor Rechtsghiedenis* 47, 1979 p.9.

98) Bologne, *op.cit.* note 92, p.316.

これに対し、民法典において婚姻が成立するための不可欠の要素は、146条の定める当事者の合意ということになろう。このことの裏返しとして、同法典184条が、合意のない婚姻を絶対的無効であるとしているのである。カルボニエも、「肉体の営為 (œuvre de la chair) でも、世帯を実際に形成することでもなく、合意だけが婚姻を生み出す」¹⁰⁰⁾と述べる。民法典の描く婚姻において、「配偶者間で性的関係を持つという意思は、それを持つ身体的物質的可能性同様、婚姻の条件ではなく、その任意の結果である。」¹⁰¹⁾ 民事婚においては、当事者の意思の合致こそが婚姻を作り出すのであって、法的に見れば、生殖ひいては当事者のセクシュアリティは婚姻の有効な成立にとって不可欠な要素にはなっていない。「民法典146条が言っている同意は、愛でも性欲でもなく意思である。感情と生理的欲求を押しつけて、目的へと一直線に向かう意思である。目的とは婚姻である。より正確には、二つの意思の表明の合致であり、各々の意思が最後のウイ (oui) に具体化される」¹⁰²⁾。

この極めて抽象的な意思の合致と、その意思の尊重に婚姻の本質を見ると、二つの意思の持ち主が、同性であるか異性であるかは、全く本質的な問題ではないと言えるであろう。意思能力の主体である限り、性別・性的指向に関わりなく、婚姻意思を表明することができるはずだからである。

またカルボニエは1950年に書いた論文の中で、婚姻の本質を「個人の幸福」ととらえ、社会的有用性のために個人の幸福を犠牲にすることはできないとして、フランス婚姻法を極めて個人主義的で自由主義的なものとして提示していた¹⁰³⁾。このような婚姻法の理解と同性カップルの包摂は、全く矛盾するものではないだろう。

親子関係との結びつきの相対化に伴い、婚姻法の主たる規律の対象がどう変化

99) Caroline MECARY, « Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? », in *Actualité juridique famille*, n° 7-8, 2004, p.263.

100) Carbonnier, *op.cit.* note 65, p.421.

101) Branlard, *op.cit.* note 50, n° 66.

102) Carbonnier, *op.cit.*, note 65, p.422.

103) Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, études offertes à Ripert*, LGDJ, 1950 p.335.

したのかも再検討を要する。フォルマンの分析に従ってみよう¹⁰⁴⁾。

子のあるなしと関係なく、婚姻し離婚することを許し、各配偶者の権利義務を設定することを通じて、今日の民事婚はカップルの生活を組織することに向けられているという。その投射が、212条から215条までに見られるような、貞操、同居、扶助義務といった人格法的効果について述べる規定、それに続く配偶者間の財産関係を規律する規定である。

そして、‘婚姻の中の親子関係’というテーマが特権性を失いつつある中、ここ30年程度の一連の婚姻改革は、近代的婚姻が、二人の個人間の関係を、特に女性配偶者の地位改善のために、より平等に編制しなおすことに配慮していることを証明しているという。例えば近いところでは、相続における子の平等を確立した同じ法律が¹⁰⁵⁾、生存配偶者の相続上の権利を強化している。これは、カップル関係により重要性をおこうとする立法者の意志を反映していることができ、婚姻よりも血縁関係を重視し、血縁家族内の財産の維持を優先した19世紀の相続の準則を見直すものであるという。立法者は、この「婚姻<血縁関係」のルールをひっくり返し、今日、「血の論理」に替えて「愛情の論理」を強調するに至っているという¹⁰⁶⁾。最近の立法の動きをこのように分析した上で、フォルマンは、婚姻は「何よりもまず、二人の個人の感情的関係のいくつかの側面を法的に組織・規律する契約の提案」であることが判明すると述べる。

今日のフランス法の描く婚姻像の本質を、このように二人の個人の感情に基礎をおく共同生活を規制することと考え、その要件を抽象的な意思の合致におくならば、カップルが同性であるか異性であるかを問うことに意味はないことになる。また、同性カップルに婚姻を開放することは、ジェンダーの二元性への社会的インパクトはともかくとして、現行の婚姻法の根本原理を揺るがすものではなく、そのための条件は法的には既に成就されているという結論が得られるのである。

104) Formand, *op. cit.* note 31, pp. 285 et s.

105) 前出注77) 参照。

106) *Voir aussi*, Jean HAUSER et Philippe DELMASSAINT-HILAIRE, « Liberté, égalité, famille », in *Petites Affiches*, 2004, n° 92, p.82.

VI 日本法への視線

最後に、日本での議論にも簡単に言及しておきたいと思う。日本でも、民法中に性差をはっきりと要求する文言はない。他方でフランス同様に多くの学説においては、婚姻の条件としての性差は自明のことと考えられているようである¹⁰⁷⁾。しかし、高齢婚も臨終婚も有効である以上、生殖を根拠として性差が婚姻の絶対的な要件であるとは言えないことも全く同じである。

ところで日本の婚姻法自体には、むしろ一定の自由主義的な傾向が指摘できる。もちろん婚姻の基礎を構成するのはやはり当事者の意思、そして手続的には届出であろう。また、離婚に法律上要請される形式の簡易さは、フランスのように離婚が成立するまでに何らかの裁判官の介入を要する国々に比べれば、特筆すべき「軽さ」といえよう¹⁰⁸⁾。婚姻の成立に関しても、挙式の必要がなく届出のみでよいので、形式の上では日本法の婚姻には契約らしい感じがある。

また、日本国憲法24条が、当事者の「合意」を憲法レベルで規定していることも日本法の特徴であろう。同条は、「婚姻は、両性の合意のみに基づく」とし、家族生活における個人の尊重と両性の本質的平等という「公序」を家族領域に強いていることも見逃せない。24条を同性結合の承認問題と絡めて論ずる憲法学説は珍しくはない¹⁰⁹⁾。この「両性」という文言をとらえて、憲法が同性間婚姻を禁止している、と読みこむことも考えられるが、24条のアクセントは、社会的干渉を排し「当事者の合意のみに」婚姻を基礎づけ、封建的家族制度を解体するという点にあることについては誰も反対しないであろう。従って、同性結合を積

107) 「婚姻は、法によって承認・保障された男女の結合であり永続的な共同生活関係である(したがって、男性同士もしくは女性同士の同性愛は婚姻ではない)。」泉久雄『親族法』(有斐閣、1997) 49頁; 「[婚姻は、] 男女の結合であることを要すると解される。どこでも民法には規定がないようだが、外国では要件として取り上げられている。」星野英一『家族法』(放送大学教育振興会、1994) 58頁; 「民法は、婚姻の当事者を性別を異にすることを前提としている。同性では子どもが生まれないので、同性のカップルの共同生活は婚姻とはいえないということだろう。民法典の起草者は書くまでもない当然のことと考えていたので、明文の規定はおかれていない。」大村敦志『家族法 第2版』(有斐閣、2002) 128頁。

108) 水野紀子「団体としての家族」『ジュリスト』1126号(1998) 75頁参照。

109) 例えば、樋口陽一『憲法 改訂版』(創文社、1998) 155、265頁。

極的に禁止するというふうには、特定のカテゴリーの人の権利をあえて限定する方向に24条を解釈する必然性はない¹¹⁰⁾。24条のもう一つの意義は、婚姻に対する封建的な社会的統制を排除しただけでなく、家族生活における平等や個人主義を徹底しているところであろう。欧米に先駆けて家族「内」の個人の尊厳や平等を謳い、性別役割に基礎づけられた「近代家族」をも否定している24条の先進性が指摘されている¹¹¹⁾。同性カップルへの婚姻の開放が、そのような日本国憲法の哲学に合致こそすれ反するとは考えにくいだろう。

他方方法が嫡出家族に与えている執着は、日本法がフランス法と異なる点でもあろう。日本の民法は、相続上婚外子を不利に扱っている。この扱いの憲法適合性が、最高裁において幾度も確認されてきているのは周知の通りである¹¹²⁾。しかしながら、民法自体よりも、家族単位で身分変動を網羅的に把握する戸籍制度の果たす役割の大きさが指摘されている¹¹³⁾。日本人においては、嫡出家族へのこだわりは、戸籍へのこだわりとしてあらわれていることが多い。また事実の上でも婚外子の出生数が少ないこと¹¹⁴⁾は、嫡出家族の占める事実上の優越的地位を雄弁に語っている。

これこそが、日本の法的・社会的状況がフランスと大きく異なっている点であろう。こうした状況では、婚姻と子に嫡出の地位を与えることが、少なくとも社会的には強く結びついており、その結果、世代の継承とは関係のない結合への社会的認知度は低くなることが予想できる。

だが、戸籍制度と家意識を温床とする社会的事実はともかく、日本の婚姻法そ

110) 中山道子「公私二元論崩壊の射程と日本の近代憲法学」井上ほか編『法の臨界 I 法的思考の再定位』（東京大学出版会、1999）138頁、脚注6）も参照。

111) 辻村みよ子『女性と人権』（日本評論社、1997）215頁；若尾典子『「女性の人権」への基礎視角—川島武宜氏と渡辺洋三氏の家族論をめぐって—』『名古屋大学法政論集』109号（1986）268頁以下；中山道子「憲法学にとってのもうひとつの「諸個人の結合」—あるいは家族について—』『立教法学』1995年41号208頁以下。

112) 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁；判時1540号3頁。直近では、最一小判平成16年10月14日判タ1173号181頁。

113) 二宮周平「家族法の観点から」『法の科学』32号（2002）103頁；水野・前掲注108）74頁。

114) 2005年版の国立社会保障・人口問題研究所の『一般人口統計資料集』によると、日本の「嫡出でない子」の出生率は2003年で1.93%ととても低い。

れ自体は、すぐれて近代的な性格を有している。その意味で『新版注釈民法(21)』が、すでに近代的婚姻の性格に着目して、性差が婚姻の条件である必要に疑義を提示していることに言及しておきたいと思う。

青山・有地教授執筆箇所では、婚姻法の近代化の過程を「純化と解放の歴史」と位置づけ、婚姻の締結を構成する三つの要素—婚姻の儀式や婚姻にたいする家制度的制約や父母の同意権にあらわれる「社会的要素」、婚姻の肉体的結合関係で構成される「自然的要素」、双方当事者の婚姻意思の合致に象徴される「意思的要素」—のうち、「近代的婚姻の構成要素では、社会的要素も自然的要素も基本的なものではない」として、意思的要素が結合原理の中核であるとする。自然的要素については、「婚姻法が、婚姻の生物的自然的要素にたいして一切考慮を払わない」と述べ、不適齢者の婚姻は取り消しの対象だが、それ以外の身体的事由による肉体的結合の事実上の不完成は、婚姻の成立に影響がないということを通例を通じて明らかにしている¹¹⁵⁾。

さらに、同書の上野教授執筆箇所では「婚姻は伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった」と述べながらも、「現在では、夫婦が子を産み育てることは、社会通念上期待されていても、法的に要求されているとは言えない」ことが確認されている。夫婦は避妊技術等を利用して親とならない自由を持ち、性関係を持たないこともできる。また、婚姻外性関係や生殖も法律上禁止されていない。こうして婚姻と生殖との不可分の結合関係は失われ、婚姻の目的は、社会的統制から、個人的利益の保護へと変わっていく。このように婚姻制度がその役割を変えると、婚姻に対する法的統制の根拠を、婚姻当事者個人の利益の観点から、再検討することが必要になると述べる。何らかの強い正当化理由がない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されなくなる。そして「伝統的婚姻観及び法が当然の前提としてきた婚姻は男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとは言えなくなる」と指摘する。婚姻制度に付与される利益を享受するために、男女の結合であれば、臨終婚のように共同生活の可能性がなくとも婚姻法上の利益を付与するにも拘わらず、同性結合には、

115) 谷口ほか編『新版注釈民法(21)』(有斐閣、1989) 158-165頁。

同じ利益を拒否する合理的根拠が問われなければならなくなるとする¹¹⁶⁾。

嫡出家族への執着の度合い、同性カップルの承認要求の成熟度など、社会的事実においてはフランスと日本の間には大きな隔りがあるものの、法的な観点から見れば日本法においても全く同様の問題提起がされうると言えるだろう。

おわりに

ここまで、性差を婚姻の条件として維持することが、フランス実定法秩序においてどの程度の合理性を持つのかを検討してきた。性差を婚姻の絶対必要条件とすることは、フランス実定法実序の客観的な描写というよりも、婚姻制度に人類の存続や、ジェンダーの二元性の維持を期待する一つの主張であることになろう。

生殖は婚姻を条件付けておらず、そうである以上「不妊」を理由に同性カップルが婚姻することを拒否することは、端的に性的指向に基づく差別である可能性が高くなる。そして、それでもなお婚姻制度が異性カップルに留保され続けるとするならば、婚姻制度は自らを通じて異性愛カップルの優位性を維持する装置として分析されざるを得ないであろう。「婚姻に与えられている優位とそのアクセスを異性愛カップルに限定することは、異性愛をして基準となる規範たらしめて」おり、「婚姻の本質的機能の一つは、おそらく異性愛結合に、象徴的であると同時に物質的な優越的正統性を与えることである」¹¹⁷⁾とする理解も、説得力を持つこざるを得ない。

本稿がフランス法を題材に最終的に述べようとしたことは、結局日本の家族法学説において、すでに鋭く問題提起されていることではあった。とはいえ、世界的に広がりを見せつつある同性カップルの法的保護、あるいは婚姻制度の無差別的開放という時事性の高い文脈において、これと同時に進行する性的指向に基づく差別の禁止の拡大や性的二元性の法的な動揺を考慮に入れ、立法や判例の進展等新たな具体的与件について検討することは、これからもさらに必要とされる作

116) 同書178-179頁。

117) Daniel BORRILLO et Pierre LASCOUMES, *Amours égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La découverte, 2002, p.9.

業であろう。

また、本稿は同性カップルへの婚姻の開放に論点を絞って論じたが、性的指向と人権の関係を考える上では、同性間婚姻の問題は一つの主題に過ぎない。特に、本稿では、同性愛者と親子関係の問題（homoparentalité）にはほとんど言及することができなかった。性的指向に基づく差別は、より多角的に検討される必要があるであろうし、そうすることで法とジェンダーの関係についてもより広く明らかにすることができるであろうと思われる。筆者の問題関心の行き着く先がかようなものであることを想起しつつ、課題への取り組みは他日を期したいと思う。