The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ヨーロッパ人権条約における家族形成権・家族生活の保護
Author(s)	幡野, 弘樹
Citation	阪大法学. 2005, 55(3,4), p. 243-261
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54843
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ヨーロッパ人権条約における家族形成権・家族生活の保護

――フランス家族法の条約適合性という観点から――（一）

幡野弘樹

序　論
第一章　家族形成権とフランス家族法
第二章　家族生活の保護とフランス家族法
補　論　私生活の尊重とフランス家族法
結　語

序　論

一　検討対象

(1)　婚姻法を中心とした改正を視野に入れ、法制審議会が「民法の一部を改正する法律案要綱」（一九九六年二月二六日）を取りまとめてから一〇年が経過しようとしている。この要綱案は、依然として法改正として実を結んで

はいないが、その間も家族法上、重要な問題は相次いで提起されている。

ところで、近時の家族法が直面している問題の特徴の一つとして、民法により形成される法規範ないし民法を前提とした法制度の憲法適合性が意識されるようになった点を挙げることができるように思われる。非嫡出子の相続分に関する民法九〇〇条四号但書の合憲性が問題になっていることはいうまでもなく、女性につき離婚後一定期間再婚を禁止する規定（民法七三三条）についても、平等原則（憲法一四条）違反の有無が最高裁で判断されるに至っている。[1] また、性同一性障害者性別取扱特例法が成立（平成一五年七月一六日）した背後には、性同一性障害者の、心理的にアイデンティティーを感じている性別に民事上の性別も一致させたいという自己決定権への配慮があるように思われる。[2]

(2) さて、フランスでも、日本と異なった形ではあるが、家族法規範と人権規範との適合性が問題となっている。違いは、フランス家族法の憲法適合性というよりもむしろ、ヨーロッパ人権条約との適合性が重要な問題となっている点にある。フランス家族法とヨーロッパ人権条約の関係について述べる前提として、フランス民法と欧州連合、ヨーロッパ人権条約、この三者の相互関係を確認しておこう。

フランスにとって、去る二〇〇四年は民法典制定二〇〇周年記念の年であるとともに、ヨーロッパ連合加盟国が一五カ国から二五カ国へと拡大した年でもあった。さらには、二〇〇四年一〇月二九日、欧州憲法条約がローマにて調印されている。もっとも、フランスでは二〇〇五年五月二九日に、国民投票により憲法条約批准が否決されたことも記憶に新しい。

現在、フランス民法もヨーロッパ統合と決して無縁ではなくなっている。両者の密接な関係は、二〇〇四年三月一一日、一二日にパリ・ソルボンヌにて開催された、民法典二〇〇周年記念式典[3]におけるイヴ・ルケット教授の講

演により析出されている。[4]「国際的な法源の増加と民法の再法典化」と題する講演の冒頭で、同教授は、民法の「再法典化」[5]、すなわち民事立法を再編成し民法典に「典拠たる書物」としての地位を再び与える試みを論じつつ、現在、国際的な法源がフランス民法・民法典に対し、二つの根本的な問題を提起していると指摘する。[6]

第一の問題は、経済的な統合から政治的統合へと統合の度合いを強めるヨーロッパ連合（Union Européenne）の中で、今なお「フランス人の民法典」に居場所はあるのか、それは「ヨーロッパ人の民法典」に取って代わられるのではないか、という問題である。すなわち、二五カ国に拡大したヨーロッパ連合の枠組みにおける、民法典の国家法としての性格が問い直されている。

第二の問題は、ヨーロッパ人権条約、とりわけ同条約で保障された権利を実効的に保障するヨーロッパ人権裁判所の判例が、フランス民法に影響を及ぼしていること、そして、人権の要請が民法に対し、法源の国際性、[7]内容の基本性（caractère fondamental）という二重の意味において優位性を示していることと関係する。すなわち、社会内部の諸利益の調整が基本権の確認という形で行われる社会において、今なお真の意味での民法典の居場所は存在するのか、民法典の存在意義が根本から問い直されているのではないかという問題である。なお、ヨーロッパ人権条約は、四六カ国からなる（二〇〇五年九月現在）もう一つのヨーロッパレベルの国際的な協力組織であるヨーロッパ評議会（Conseil de l'Europe）の枠組みにおいて締結されたものである。そして、ヨーロッパ連合とヨーロッパ評議会は、後者の枠組みで締結されたヨーロッパ人権条約批准とヨーロッパ人権裁判所への個人の出訴権の承認が、事実上ヨーロッパ連合加入の「十分ではなくとも必要条件」[8]となっているという意味において、密接な関係を有している。[9]

以上の指摘から、ヨーロッパ連合、ヨーロッパ評議会という二つのヨーロッパレベルの国際的な枠組みが、現代

のフランス民法に対して少なからぬ影響を与えていることを窺い知ることができよう。

(3) 本稿は、ルケット教授の指摘する第二の問題に着目し、ヨーロッパ人権条約のフランス民法に対する影響の一端について検討するものである。このヨーロッパ人権条約は、とりわけ一九九〇年代以降、フランス民法に対し重要な影響を及ぼすに至っている。

同条約が署名されたのは、一九五〇年一一月四日のことであるが[10]、当時、同条約がフランス民法にどれほど影響を及ぼすかは明らかでなかった[11]。実際、同条約の起草者は、第二次大戦で生じたような悲劇が二度と繰り返されないように、何よりもまず、基本的人権を国家権力の恣意から保護することを望んでいたし、同条約で保障されている権利も、主として刑法、手続法、行政法に属するものと思われていた。当初は、民法に関係しうる条文は、婚姻する権利に関する同条約一二条[12]のみであったと思われる。ただし、条約の起草過程に鑑みると、同条は、世界人権宣言一六条の規定[13]から夫婦間の平等に関する叙述が意図的に削除されていることに注意しなければならない[14]。また、「私生活および家族生活の尊重に対する権利」を規定する同条約八条[15]は、当初はかかる権利に対する国家の恣意的な干渉を防ぐことを目的としていたのである[16]。

ヨーロッパ人権裁判所判例は、同条約の進歩主義的解釈により、次第に民法の領域に対するコントロールを強めている[17]。フランスは、同条約を一九七四年五月三日に批准し、一九八一年には条約違反に対する個人の申立権を承認するに至っているが、ヨーロッパ人権裁判所が民法の領域において最初にフランスに対して条約違反判決を下したのは、一九九二年三月二五日のことである[18]。この判決は性同一性障害に関するものであるが、それまでフランス破毀院は一九九〇年五月二一日判決[19]により性同一性障害者の民事身分の変更を拒む立場を確立していた。ヨーロッパ人権裁判所の条約違反判決に従い、破毀院は、一九九二年一二月一一日の全部会判決[20]により判例変更を余儀なく

されたのである。そして、二〇〇〇年二月一日に、ヨーロッパ人権裁判所は、姦生子（enfant adultérin）[21]の相続分を特定の場合に嫡出子と比して制限するフランス民法旧七六〇条を条約違反とする判決を下した（一般にマズレク判決と呼ばれている）[22]。その帰結として、二〇〇一年二月三日法律により、民法典中、姦生子を他の子と比して不利に取り扱うあらゆる規定が廃止されることとなった[23]。さらに近時、二〇〇一年法律施行前[24]に遺産分割を終えた事案について、ヨーロッパ人権裁判所は、姦生子を不利に取り扱う規定を適用したフランス国内の判決に対し、新たな条約違反判決を下すに至っている[25]。このように、ヨーロッパ人権裁判所判決が、性同一障害者の民事身分の処遇、そして子の相続分という民法上重要な問題について、フランスにおける実定法規範の重大な変更をもたらしたのである。

さらに、フランスの裁判制度の特徴により、ヨーロッパ人権条約は私法上重要な意味を持つに至っている。フランスでは現在、憲法院による違憲審査制度が存在するが、憲法院は法律成立前に事前的に審査を行うのみである。また、司法裁判所の判事が違憲審査を行うこともない[26]。これに対して、ヨーロッパ人権条約は、国内法においても直接適用が可能となっている[27]。すなわち、すべての私人が国内裁判所に対してヨーロッパ人権条約を援用することができるのである[28]。

このような状況の下、一九九〇年代以降、民法、とりわけ家族法の領域において、フランス国内の学説レベルでもヨーロッパ人権条約に対する関心が高まっている[29]。ヨーロッパ人権条約の保障する人権のリストの中でも、家族法にとって重要なのは、婚姻に対する権利を規定する条約一二条と私生活および家族生活の尊重に対する権利を規定する条約八条であるように思われる。条約一四条[30]は、差別の禁止に関するもので、家族法に関連する判決においてもしばしば問題となるが、ヨーロッパ人権条約では、同条のみが独立して適用されることはなく、他の人権条項

と組み合わされることによってのみ適用されるものであることに注意を要する。[31]

そこで、本稿では、条約一二条・八条（時として一四条も組み合わされる）を適用するヨーロッパ人権条約規範[32]がどのようなものであるのか、そしてそのヨーロッパ人権条約規範がフランス家族法と適合しうるのかを、フランスにおける既存の研究を踏まえて概観することとしたい。

しかし、本論に入る前に、日本の民法研究者である筆者がなぜこの問題に着目するのか、かかる研究が日本法との関係でいかなる意味を有しうるのか、本稿の問題意識を明らかにする必要がある（二）。その問題意識を前提とした上で、本稿の課題の設定を行うこととする（三）。

二　問題意識

(1)　本稿は、ヨーロッパ人権条約規範とフランス家族法規範の交錯を横断的に考察するものであり、あくまでもヨーロッパ人権条約規範、フランス法を内在的に検討することが目指されている。日本法の個々の問題に対する解釈論・立法論を提示する意図はない。日本は現在までのところ、ヨーロッパ人権条約に対応するような、加盟国内の個人が条約違反の裁定を超国家的な人権保障機関に求めることができ、国内の裁判所も条約を直接適用できる人権条約を締結していない。このため、本稿での検討を、直接日本法の民法解釈論・立法論に結びつけることは難しいものと思われる。[33]

しかし、本稿では、このような横断的考察を行うことにより、家族法のうち、どの分野に対して人権条約のコントロールが強く、どの分野に対してコントロールが相対的に弱いのかということを見定めることを目指している。かかる検討は、日本法においても、家族法のどの分野に対して、どのような人権規範を意識すべきかを知ることができるという問題発見的な利点はあるものと思われる。

そして、このような問題意識とともに、個々の問題の解決を目指すということと比べると抽象度のより高い、以下の二つの問題意識も有している。一つは、人権規範と家族法という視点からの問題意識、もう一つは、憲法と民法の関係という視点からの問題意識である。

(2) 本稿は、人権規範と家族法という視点から、次のような問題意識を有している。近時の家族法における学説上の議論において、一方で個人主義と自己決定権を強調する潮流があり、他方で法律婚制度が有する合理性（とりわけ弱者保護の役割）を強調する潮流がある。[34] 前者の立場が、憲法一三条の幸福追求権をその解釈論・立法論の重要な拠り所としているのに対し、後者の潮流に与する論者も、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」と定める憲法二四条一項を、一種の婚姻保護条項であると解する可能性を示唆している。[35] 憲法一三条と憲法二四条の間に存する緊張関係をどのように調和すべきなのだろうか。[36] 人権規範は、家族法規範をいかなる方向へと導いている（導きうる）のであろうか。

本稿で行う検討は、日本法におけるこのような問いに対する答えを直接に導き出すことはできない。[37] しかしながら、豊富な裁判例を有するとともに、ヨーロッパのスタンダードを形成しつつあるヨーロッパ人権条約規範[38]の検討を行うことにより、日本における家族法規範と人権規範の関係のあり方を考える際の有益な示唆をもたらし得よう。さらには、フランス家族法との整合可能性を探ることにより、嫡出家族という弱者を保護するための「繭[39]」を人権規範は破壊する存在なのか、人権規範は既存の家族法規範（とりわけ法律婚制度）と両立するためにはあまりにも個人主義的に過ぎるのかという問題に対する示唆も得られるように思われる。

(3) また、一九九〇年代以降、民法学界において「憲法と民法」の関係に対する関心は、次第に強まっているよう

に思われる。[40] 日本では、このような視点からの検討が、主に契約法、とりわけ公序良俗規範における理論的発展に寄与してきた。[41]「憲法と民法」の関係が問題である以上、家族法に関しても、これまで展開されてきた議論と理論的接合の試みがなされなければならない。

それでは本稿のような検討が、「憲法と民法」の関係についての現在の議論状況において、どのような意味を持ちうるのか。憲法規範の優位性を強調する論者の中にも、民法がどの程度の独自性・自律性を有するかについて、微妙なニュアンスの差異が存在しているように思われる。山本敬三教授は、民法もまた国家法である以上、国家の基本法としての憲法の拘束を受けることを指摘した上で、基本権の具体的な内容、基本権の保護や支援の具体的な方法については、様々な可能性があり、民法規範も、立法者・裁判所の行うこれらの具体化の作業により形成されると評価する。教授は、そこに「憲法を出発点としながら、それのみに尽くされない」民法の「独自性」を見出している。[42] 潮見佳男教授は、近時出版された教科書において、価値秩序として見たときの憲法と私法の階層構造に着目する見解と、国家の基本権保護義務を出発点として私法を位置づける見解の双方について、「私法規範の解釈と私法制度の構造化はすべてが憲法的価値に還元されるのであり、憲法的価値と異なる価値を考慮に入れるべきではない」と考える立場である旨述べている。[43] 両者のこれらの叙述に、「基本法としての民法」の憲法に対する自律性・独自性の差異を見出すことも不可能ではないように思われる。

家族法を念頭に置いたとき、この差異が何を意味するかは、憲法（より具体的には人権）規範の内実次第となる。すなわち、① 人権規範が法律婚に基づく家族に尊重されるべき価値を積極的に認めることにより、あるいは、② より消極的に家族が問題になる場合に人権規範によるコントロールを弱めることにより、既存の民法規範を尊重しているとすれば、①の場合には、「憲法の価値に還元される」と言っても、法律婚制度に対する脅威は薄れるし、

②の場合、たとえ憲法的価値が個人主義的であっても、民法規範に自律性が存することとなり、法律婚制度に対する脅威は少ないこととなる。これに対して、③憲法規範が個人主義的である上に、家族法規範に対しても強いコントロールを及ぼす場合には、既存の法律婚制度は、少なくとも部分的な変容が必要となるであろう。その際には、民法に「憲法のみに尽くされない独自性」があるとしても、強く方向付けられることになる。

したがって、少なくとも家族法を考えるに際しては、民法の上位に存在する憲法規範（人権規範）の内容・拘束力の強さが重要な意味を持っているように思われる。そして、豊富な裁判例のあるヨーロッパ人権条約規範から、人権規範の内容やコントロールの強さを探求することは、日本の「憲法と民法」論を考える際にも有益な示唆を提示しうるように思われる。(44)

三　課題設定

以上のような問題意識に基づいて、本稿では、ヨーロッパ人権条約の規範内容が、フランス家族法にいかなる影響を及ぼしているか、及ぼしうるかについての検討を行う。問題はどのようにして検討対象を設定するかである。家族法に関係しうるヨーロッパ人権条約の条文は多岐にわたっている。たとえば、人工生殖に関しては「生命に対する権利」を規定する条約二条がしばしば援用され、未成年子の虐待からの保護が問題になる際は、「拷問の禁止」に関する三条が援用される。しかし、家族法に最も重要な関連性を有する権利は、異論なく一二条の婚姻に対する権利と八条のうち「家族生活の尊重」に対する権利であろう。八条の文言は、「家族生活」以外にも「私生活」「住居および通信の尊重」も保障しているが、家族法領域では「家族生活の尊重」との関連で、八条が援用される場合が多い。なお、「家族生活の尊重」の問題に関しては、しばしば差別の禁止に関する条約一四条も組み合わされている。

そこで、本稿では、ヨーロッパ人権条約一二条と、八条のうち「家族生活の尊重」に関する部分の規範内容を明らかにし、フランス家族法との両立可能性を検討することとしたい。一四条も両規範と関係する限りにおいて検討する。かかる検討により、少なくともヨーロッパ人権条約が家族の問題に対して、「個」の優越をどのレベルで尊重しているかという問題の、すべてではなくともある重要な部分については明らかにできるのではないかと思われる。

より具体的には、二つの章に分け、第一章において、婚姻に関する諸権利（婚姻に対する権利・離婚に対する権利）と親子関係の設立に関する諸権利を包含した「家族形成権」に関する諸規範を検討する。そこでは条約一二条だけでなく八条も関わってくる。第二章においては、家族生活の尊重に対する制限（たとえば、親子の強制的な引き離しに対し、八条を根拠として制限（引き離しをやめさせることが）できるか）や、家族生活における取扱の相違（婚姻に基づく家族とそうでない家族の取扱の相違等）を含めた意味での、「家族生活の保護」についての検討を行う。そこでは、条約八条の「家族生活の尊重」の規律、そしてそれと組み合わされた一四条が問題となる。

ただし、三木妙子教授が指摘しているように、「『家族生活』と認められない関係であっても」、「『私的生活』として尊重される余地があり」[45]うる。そこで、条約八条の「私生活の尊重」に対する権利についても、それが家族法に関係しうる限りで検討する必要がある。この点については、補論において検討することにする。[46]

（1）　最判平成七年一二月五日判時一五六三号八一頁。「上告人らは、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法七三三条が憲法一四条一項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法一四条一項に違反するものではなく、民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される」以上、国会が民法七三三条を改廃しないことが、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない旨判示している。

（2）　南野知恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、二〇〇四年）二五九頁以下に、性同一性障害と診断された抗告人が、性別表記についての戸籍訂正（戸籍法一一三条）を求めたが棄却された、東京高決平成一五年三月二七日が掲載されている（他の判例誌ではこの決定は紹介されていないようである）。抗告人は、戸籍訂正を認めないことは、憲法一三条及び憲法一四条（間性者との不合理な区別を説く）に違反すると主張している事例として興味深い。なお、ヨーロッパ人権裁判所が、一九九二年三月二五日判決において、性同一性障害者の出生証書の性別記載の変更を拒んでいたフランスに対し条約違反を宣告したのは、身分証書や身分証明書の性別記載のせいで、自らの私生活を第三者に明かさなければならないことが多く、ヨーロッパ人権条約第八条（私生活の尊重に対する権利）に反するという理由によるものである。

（3）　本記念式典については、北村一郎「フランス民法典二〇〇年記念とヨーロッパの影」ジュリスト一二八一号（二〇〇四年）九二頁、石井三記「フランス民法典二〇〇年に寄せて」創文四六四号（二〇〇四年）一頁を参照。北村論文では、他のフランス民法典二〇〇周年記念行事、さらに記念出版に関しても詳しく紹介がなされている。また、ソルボンヌの式典で講演を行ったシラク大統領は、ペルベン司法大臣が民法典改正のための二つの委員会（担保法と債務法）を発足させたことを明らかにしている（北村・前掲論文九六頁）。この二つの委員会については、金山直樹「フランス民法典改正の動向」ジュリスト一二九四号（二〇〇五年）九二頁により詳細が明らかにされている。

（4）　LEQUETTE (Y.), «Recodification civile et prolifération des sources internationales», in *Le code civil 1804-2004, livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 171 et s. ルケット教授の所論は、北村・前掲論文に九八頁以下においても紹介されている。また、雑誌 Pouvoir, n° 107 における民法典二〇〇周年記念特集の中に掲載されたルケット教授の論文に関しては、馬場圭太教授による翻訳が存する（イヴ・ルケット（馬場圭太訳）「『我々はヨーロッパ民法典へと向かうべきか』――Yves Lequette, «Vers un code civil européen ?» *Pouvoirs* n° 107, 2003――」社会科学研究年報（龍谷大学）三五号（二〇〇五年）九六頁）。

（5）　ルケット教授は、民法典にとって、二〇〇歳という歳は老年期であるのか、それとも永遠不変の現れであるのかと問う。この問いに対して、一方で、継ぎはぎだらけで、変形し、欠落の存するフランス民法典は、もはや個別の法律のコレクションに過ぎないと強調する論者が存する（Cf. REMY (Ph.), «La recodification civile», *Droits*, 1997, p. 7 et s; TAL-

LON (D.), «Grandeur et décadence du Code civil français», in *Mélanges Marcel Fontaine*, éd. Larcier, 2003, p. 279 et s.)。他方、フランス民法典は、依然廃れることを知らず、そこに閉じ込められたものを美化し、豊かにする、一種の高価な宝石箱であると主張する立場（Cf. CARBONNIER (J.), «Le Code civil des Français dans la mémoire collective», Académie d'Athènes, 1986, t. 61, p. 177 et s.; *Le code civil*, in «Les lieux de mémoire» (sous la direction de P. Nora), Gallimard, 1993, t. 2, vol. 2, p. 293 et s.）がそれに対峙している。これに対し、ルケット教授は、「おそらく真実は、その中間に存する」、すなわち、これほど強力な象徴的力を有する道具を用いないのは常軌を逸している一方で、民法典という作品は更新をしない限り永続しえないと評価し、そこから「再法典化」という試みを説明する（LEQUETTE, *op. cit.*, p. 171）。

（6）LEQUETTE, *op. cit.*, p. 175.

（7）フランス憲法五五条は、「適法に批准されまたは承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各条約もしくは各協定の施行を留保条件として、公示後直ちに、法律に優越する権威を持つ。」と規定する（条文の翻訳は、樋口陽一＝吉田善明編『解説世界憲法集（第四版）』（三省堂、二〇〇一年）（辻村みよ子訳）を参照した）。

（8）DELMAS-MARTY (M), *Trois défis pour un droit mondial*, éd. Seuil, 1998, p. 37. 一九九三年のヨーロッパ首脳会議（Conseil européen）において提示された、ヨーロッパ連合新規加入のための「コペンハーゲン基準」においても、民主主義、法治国家（prééminence du droit）、人権、少数者の尊重・保護を保障する制度の安定性が、基準の一つとして挙げられている。

（9）さらに、欧州憲法条約I―九条二項は、「連合は、人権および基本権保護のための欧州条約〔ヨーロッパ人権条約〕に加盟するものとする。（以下略）」と規定している（条文の翻訳に際し、衆議院憲法調査会事務局委託調査報告書（中村民雄解説・翻訳）「欧州憲法条約――解説及び翻訳」衆憲資五六号（二〇〇四年）を参照した）。したがって、憲法条約が発効すれば、ヨーロッパ連合法に対して、ヨーロッパ人権条約によるコントロールが働くことになろう。

（10）F・スュードル（建石真公子訳）『ヨーロッパ人権条約』（有信堂、一九九七年）一頁。

（11）DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, éd. Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, préface de L. Leveneur, 2002, n° 11, p. 15 et 16. なお、このテーズに関しては、国家学会雑誌一〇七巻五・六号（二〇〇四年）二二五頁に筆者による紹介がある。また、ドゥベ教授のテーズ（博士論文）の指導教官に

よる、ローラン・ルヴヌール（大村敦志訳）「フランス民法典とヨーロッパ人権条約・ヨーロッパ統合」ジュリスト一二〇四号（二〇〇一年）四〇頁も参照。

(12) ヨーロッパ人権条約一二条（婚姻する権利）　婚姻をすることのできる年齢の男女は、この権利の行使について定める国内法に従って、婚姻をしかつ家族を形成する権利を有する。（以下、同条約の翻訳は、スュードル（建石訳）前掲書一七七頁以下、及び、大沼保昭・藤田久一編集代表『国際条約集二〇〇四年版』（有斐閣）を適宜参照している。）

(13) 世界人権宣言一六条　第一項　成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制限もなしに、婚姻し、家族を形成する権利を有する。成年の男女は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に関し平等の権利を有する。

第二項　略。（大沼・藤田編、前掲条約集を参照した。）

(14) 同条約起草に際し、Teitgen 氏は、一九四九年九月七日の諮問会議（Assemblée consultative）において、法・行政問題委員会（Commission des questions juridiques et administratives）の構成員が、世界人権宣言一六条のうち、婚姻後の平等権に関する部分ではなく、婚姻し、家族を形成する権利を確認する部分のみを参照することを望んでいた旨明らかにしている（*Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, volume I, Nijhoff, 1975, p. 269）。

(15) ヨーロッパ人権条約八条（私生活および家族生活の尊重に対する権利）第一項　すべての人は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重に対する権利を有する。

第二項　この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

(16) 同条約起草過程において、法・行政問題委員会の構成員の数人が、八条は基本的な政治的権利とは関係ないという理由により、同条の条約への挿入に反対していた。しかし、かかる意見は、「全体主義体制により規定された婚姻に対する権利の根本的な制限、たとえば、これらの体制により組織された子供や若者の徴用は、」「公式に禁じられなければならない」（*Rec. trav. prép*, vol I, p. 199.）という理由により斥けられている。以上一二条も含めて起草過程については、DEBET, *op. cit.*, p. 16 を参照。

(17) ヨーロッパ人権裁判所による進歩主義的解釈については、OST (F.) et KERCHOVE (M.), *Entre la lettre et l'esprit*, Bruylant, 1989, p. 295 et s. に詳しい。オスト教授執筆による同書第三部は、ヨーロッパ人権裁判所により採用されている解釈指針を、一九六〇年一一月一四日から一九八七年六月二五日までの裁判例の網羅的検討から引き出したものである。その他、スュードル・前掲書三八頁以下も参照。

(18) C. E. D. H, 25 mars 1992, *B. c/France, série A des publications de la Cour européenne*, n° 232-C ; *JCP* 1992. II. 21955, note GARE ; *D.* 1993. 101, note MARGUENAUD ; *RTD civ.* 1992. 540, obs. HAUSER. 同判決を紹介・検討するものとして、大村敦志『消費者・家族と法』（東京大学出版会、一九九九年）八五頁以下〔初出・ジュリスト一一〇二、一一〇三号（一九九五年）〕、山口龍之「性同一性をめぐる日仏裁判所の判決・決定と欧州人権裁判所の判断を契機として」沖大法学一九＝二〇号（一九九七年）、大島俊之「性同一性障害に関するフランス判例の転換――ヨーロッパ人権裁判所一九九二年三月二五日判決を契機とする転換」神戸学院法学二九巻二号（一九九九年）、大島俊之「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」神戸学院法学二九巻三号（一九九九年）、ルヴヌール・前掲論文がある。

(19) Civ. 1er, 21 mai 1990 (quatre arrêts), *JCP* 1990. II. 21588, rapp. Massip, concl. Flippo.

(20) Ass. plén., 11 décembre 1992 (deux arrêts), *JCP* 1993. II. 21991, concl. Jéol, note Memeteau.

(21) 少なくとも一方が第三者と婚姻関係にある両親から生まれた子（山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、二〇〇二年）一九頁）。

(22) C. E. D. H., 1er février 2000, *Mazurek c/France, Defrênois* 2000. 654, obs. J. MASSIP ; *Dr. famille* 2000 n (2, obs. B. de LAMY ; *RTD. civ.* 2000. 429, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2000. 157 et 322, note J. THIERRY ; *JCP éd. G* 2000. II. 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE. この判決に関しては、拙稿「フランス相続法改正紹介（一）」民商法雑誌一二九巻一号一四七頁以下、建石真公子・国際人権一四号（二〇〇三年）一一〇頁の判例紹介も参照。

(23) 二〇〇一年一二月三日法律第一六条による。同法律の条文訳として、大村敦志＝幡野弘樹「フランス相続法改正翻訳」法律時報七五巻八号（二〇〇三年）七二頁がある。

(24) 姦生子の相続権に関する規定及び民法典一五二七条二項に関して、改正後の法律は、「既に行われた協議による一致 accord amiable 及び確定裁判がある場合を除いて、」「フランス共和国官報に本法律を公布した日に開始されており、その

日以前に遺産分割を終了していない相続に適用できる」（二〇〇一年二月三日法律第二五条 II 2°）としている。

(25) C. E. D. H., 22 decembre 2004, *Merger et Cros c/France*, *JCP éd. G* 2005. I. 103, n°. 16, obs. SUDRE ; *RTD civ.* 2005. 335, obs. MARGUENAUD ; *Dr. famille* 2005 n°. 17, note LE CHUITON. このため、二〇〇一年法律施行前に旧法律を適用して遺産分割を終了した他の数多くの相続について、どのような処遇がなされるのかが現在問題になっている（LE CHUITON, note précitée, p. 18 et s.）。

(26) 大村敦志『法源・解釈・民法学』（有斐閣、一九九五年）三五五頁〔初出・法学教室一七二号（一九九四年）〕。

(27) 一九八〇年五月一九日の大臣回答は、「憲法五五条に基づき、ヨーロッパ人権条約は我々の国内法に優位する。同条は、法律（loi）の権威以上の権威を同条約に付与しているのである。それゆえ、市民（justiciables）は、同条約を適用することを義務づけられ、そして既に何度も適用してきた裁判所に対して、同条約を援用することができるのである」としている（COHEN-JONATHAN (G.), «La place de la CEDH dans l'ordre juridique français», in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992*, SUDRE (F.) (dir.), N. P. Engel, 1994, p. 5 et s. の引用による）。

(28) たとえば、ボルドー近郊のベーグル Begle の役場において同性婚を強行したことに対して、当該婚姻の無効を認めたボルドー大審裁判所の判決においても、ヨーロッパ人権条約一二条、八条、一四条（差別の禁止）との適合性が検討されている。Cf. TGI Bordeaux, 27 juillet 2004, *JCP éd. G* 2004. II. 10169. note KESSLER.

なお、債務法領域において、フランス破毀院がヨーロッパ人権条約を適用する裁判例を紹介し、それに対するフランス国内の学説の反応を紹介するものとして、福田健太郎「フランス債務法におけるヨーロッパ人権条約の影響――条約第八条による契約内容の修正――」阪大法学五四巻三号（二〇〇四年）一八九頁。

(29) 民法季刊雑誌（Revue trimestrielle de droit civil）誌上に、一九九六年第二号より「ヨーロッパ法源（sources européennes）」という欄ができ、そこにおいてヨーロッパ人権裁判所判例が定期的に紹介されるようになったことからも、一九九〇年代後半以降のフランス民法界におけるヨーロッパ人権条約に対する関心の高さを窺い知ることができよう。なお、「ヨーロッパ法源」欄は、一九九七年第四号より「国際的法源（sources internationales）」欄へと名称を変えている。

ヨーロッパ人権条約とフランス民法、とりわけ家族法との関係を検討する個別の論文については枚挙に暇がないが、主なテーズ、共同研究のみを掲げると、*Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*,

Avant-propos F. Dekeuwer-Défossez, LERADP, Université de Lille II, LGDJ, 1996.; VASSEUR-LAMBRY (F.), *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Préf. F. Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, coll. «Logiques juridiques», 2000.; *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, J.-P. Marguénaud (dir.), La Documentation française, coll. «Perspectives sur la justice», 2001.; DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, éd. Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, préface de L. Leveneur, 2002.; *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Nemesis, coll. «Droit et justice», 2002.; HILT (P.), *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*, Préf. F. Granet-Lambrechts, PUAM, 2004.

(30) ヨーロッパ人権条約一四条（差別の禁止）　この条約に定める権利及び自由の享有は、性、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的もしくは社会的出身、国内少数者集団への所属、財産、出生または他の地位等いかなる理由による差別もなしに、保障される。

(31) SUDRE (F.), *Droit international et européen des droit de l'homme*, PUF, coll. «Droit fondamental», 6e éd., 2003, n° 181, p. 248.

(32) ヨーロッパ人権条約規範を理解する前提として、ヨーロッパ人権条約の人権保障機構の概要を示しておこう。

当初の同条約の人権保障の機構として、個人の申立ての受理可能性を判断する人権委員会と、受理された事件に対し裁定を下す司法的機関としてのヨーロッパ人権裁判所、同じく裁定を下す政治的機関であるヨーロッパ評議会の閣僚委員会という三つの機構が存在した（第一一議定書施行前のヨーロッパ人権条約の司法的監督制度の概要についてはスードル・前掲書五九頁以下を参照）。人権委員会は、受理可能性ありと判断した場合、本案に関する決定をヨーロッパ人権裁判所、あるいは閣僚委員会に送付できた（同書六〇頁）。当事国も人権裁判所に付託できる（第一一議定書採択前の旧四八条）。なお、申立の受理可能性に関する人権委員会の決定には、判決理由が付されなければならず、確定的なものである（同書六三頁）。受理した事件は、人権委員会により事実認定がなされるが、人権委員会には条約旧二八条により調停の権限も認められていた。調停が不調に終わると、閣僚委員会に報告書を提出する（旧三一条）。なお、個人の申立権を認めるか否かは、選択条項であった（加盟国の事前の承認が必要であった）。

ところが、第一一議定書が一九九八年一一月一日に施行されたことにより（一九九四年五月一一日に署名）、人権委員会が消滅し、人権裁判所が唯一の裁判機関となった。閣僚委員会は、基本的には人権裁判所の判決の執行を監視する役割を持つに過ぎなくなった（現四六条二項）。また、同議定書により、個人の申立権の承認は、加盟国にとって義務的なものとなったが、一九九八年当時すべての加盟国が個人の申立権を承認していたので、この点の変化は象徴的なものに過ぎない（以上につき、MARGUENAUD (J.-P.), *La cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. «connaissance du droit», 2e éd. 2002, pp. 14-16; DEBET, *op. cit.* n° 7.）。

したがって、第一一議定書施行以前については、人権裁判所の裁判例だけでなく、人権委員会の受理可能性に関する決定、あるいは人権委員会の作成する報告書も検討材料となる。

(33) ただし、以下に述べるような意味において、ヨーロッパ人権条約規範の影響力はあろう。ヨーロッパ人権裁判所判例では、「評価の余地理論（la théorie de la marge d'appréciation）」が、条約違反か否かを判断するに際して重要な意味を持っている。ヨーロッパ人権裁判所による人権保障システムの補完性と、人権の実効的保障の要請の調和を図るべく、加盟国には条約の適用に関し一定の「評価の余地」を持つというものである（スュードル・前掲書五四頁）。「評価の余地」の広狭に関しては、様々なファクターが個別事案に即して勘案されるが、先に挙げた姦生子の相続分に関するマズレク判決のように、ヨーロッパレベルで一定の基準が存すると、少数派に転落した加盟国は自国の法制度につきより強力な正当化の証明が必要とされる旨判示する裁判例もある（伊藤洋一「フランス民法とヨーロッパ人権条約」ジュリスト一二〇四号（二〇〇一年）五二・五三頁）。したがって、個々の裁判例における事案の特殊性には十分な注意が必要なものの、ヨーロッパ人権裁判所の判決が、時として、ヨーロッパレベルでの基準を反映していることにより、日本における解釈論・立法論への一定の影響力を持つ場合もあろう。

(34) 前者の潮流を代表する論者として、二宮周平教授の所論を、後者の潮流を代表する論者として水野紀子教授の所論を挙げることができよう。吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）六二頁は、家族法という領域において、国家・社会・個人のうちどのファクターを指向・重視するかという視点から、二宮教授の議論と水野教授の議論を対比している。

(35) 大村敦志『家族法［第二版補正版］』（有斐閣、二〇〇四年）三五六頁以下。

(36) 辻村みよ子「日本における家族の憲法上の地位」日仏法学会編『日本とフランスの家族観』(有斐閣、二〇〇三年)二八頁以下においても、憲法一三条の「個人の尊重」を重視する解釈を徹底させると、憲法二四条と抵触しうる点を指摘している。日本が締結している国際条約を、家族法をある方向へ導く際に援用する場合も同様に、憲法一三条あるいは二四条との関係が問題となろう。

(37) したがって、アメリカ法に示唆を得た上で日本法を展望する米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、一九九二年)をはじめとした、日本における先行研究との関係の本格的検討は、別稿において日本法を主たる検討対象とする際に示すこととしたい。

(38) ヨーロッパ人権条約が、加盟国との関係で補完性を有するがゆえに、本文のように形容することが許されよう。フランスが当事国になっていないヨーロッパ人権裁判所判例も、フランスの民法研究者が研究対象としているという現象も、補強する論拠となりえよう。

(39) 水野紀子「団体としての家族」ジュリスト一一二六号七六頁。

(40) このような潮流の出発点にある研究が、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)(二・完)」法学論叢一三三巻四号・五号である。その後も、法学教室一七一号(一九九四年)の「特集・民法と憲法」や法律時報七六巻二号(二〇〇四年)の「小特集=シンポジウム・憲法と民法」等の特集を組まれていることからも、関心の高さが常に維持されていることが伺われる。

(41) そのような観点から、最も重要な研究として、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、二〇〇〇年〔初出・一九九五―一九九九年〕)。さらに、「憲法と民法」論は、不法行為法理論にも影響を及ぼしている。たとえば、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(二・完)」ジュリスト一〇八八号九九頁、潮見佳男『不法行為法』(信山社、一九九九年)三八頁以下、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」法学論叢一五四巻四・五・六号(二〇〇四年)二九二頁以下等。

(42) 山本敬三「基本法としての民法」ジュリスト一一二六号(一九九八年)二六五頁。

(43) 潮見佳男『民法総則講義』(有斐閣、二〇〇五年)六頁。潮見教授は、山本敬三教授も同一の立場に与するという考えを前提にしているように思われる。これに対し、大村敦志教授は、山本教授の立場を「すべてを直ちに憲法によって規

律しようとする、いわば『過激な憲法主義』を採らない」ものと評している（大村敦志「山本敬三『公序良俗の再構成』を味わう」民商法雑誌一二五巻二号一二五頁）。

(44) なお、今後の研究プログラムとしては、本稿の検討を終えた後に、フランス国内の民法研究者が、近時のヨーロッパ人権条約の介入に対して、どのような反応を行っているかを検討する予定である。本稿の検討が、実定法レベルのヨーロッパ人権条約とフランス家族法の関係の把握を中心としているが、次稿では、その関係に対するフランスの民法研究者の「評価」が検討対象となる。そこから、人権規範と私法規範はいかなる関係を結ぶべきなのかについての示唆を得ることを目指す予定である。本研究は次稿の前段階の検討作業として位置づけられている。

(45) 三木妙子「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子ほか『家族・ジェンダーと法』（成文堂、二〇〇三年）三四頁。なお、同論文からは、内容面だけでなく、構成の面においても示唆を受けた。

(46) 補論としたのは、第一章・第二章においては、条約一二条および八条の「家族生活尊重」規定の規範内容を包括的に把握することを目指しているのに対して、「私生活の尊重」に関しては、家族法に関連する事柄の他にも広大な内容を含むものであり、部分的検討にならざるを得ないからである。また、注(2)で指摘したように、性同一性障害者の民事身分に関する性別記載変更において、フランスがヨーロッパ人権条約違反の判決を受けたのは、「私生活の尊重」を根拠とするものであったが、この点につき、本稿で日本の先行研究に対する独自性を追求するものではないという理由も挙げられる。

〔末元〕

（謝辞　國井名誉教授に初めてお会いしたのは、二〇〇四年三月一一日の朝、パリ Scribe のホテルにてであった。そして、先生とともにバスでソルボンヌに向かい、フランス民法典二〇〇周年の記念式典に赴いた。本稿はまさにその記念式典で得た着想を元に、先生への感謝の気持ちを込めて執筆したものである。國井名誉教授に、短い期間ながら多くのことを教えて下さったことに心よりの感謝の気持ちを申し上げるとともに、退官記念号に連載論稿を載せる非礼を心よりお詫びしたい。）
（なお、本稿は、平成一七年度科学研究費補助金・若手研究（B）「ヨーロッパ人権条約がフランス民法に与える影響」の研究成果の一部である。）