

## 書評：マシャド・ダニエル『ブラジルの同性婚法—判例による法生成と家族概念の転換—』信山社、2018年

岩 垣 真 人

### 要旨

マシャドによる本書は、2018年に出版されたものであり、また民法学の研究書として世に問われたものであるが、2024年の現時点においても、そして憲法学のフィールドにおいても、参照されるべき高い価値を有している。本書において、マシャドは、ブラジルにおける同性婚法制の実現過程を丹念に記述する。この、ブラジルにおける同性婚法制の実現は、保守派が多数を占める連邦議会の手によってではなく、もっぱら司法の手によって果たされたという点で、同様に保守派の抵抗が予想される日本においても、参照されるべき価値が存在する。また、憲法学における比較対象国の拡充という点からも、重要な一冊として位置づけることができる。現在、憲法学においては、従来の比較法的分析の対象国が限定されてきたことへの問い直しが生じてきており、そのような学界の動向の中、本書は憲法学においても高い価値を有している。

キーワード：同性婚、司法権、ブラジル法、比較法、憲法

### 1. はじめに

マシャドの手になるこの書が世に問われたのは、2018年のことであり、また、マシャド自身が本の中で大きく取り扱うブラジルの同性婚法制についても、画期となったのは2011年のブラジル連邦最高裁の判断である。この評を記している2024年現在、前者からはすでに5年以上が、後者を起点と

## 論文

すれば10年以上が経過してしまっている。一般的に、それでは書評という行為を行うに際して、時機を逸してしまっている。また、筆者はマシャドが専攻する、民法学について明るいわけではなく、分野の異なる憲法学者（しかも専門は財政であり、全く異なる、という形容の方がより適切かもしれない）に、一応は数えられる人間である。

にもかかわらず、敢えて蛮勇を振るい、この書の評を行おうとするのは、一つには比較法方法論の検討を深化させる必要性からである。憲法学において比較法研究を行うことの意義が再検討される中、マシャドが参照国とするブラジルを、その参照国に「加える」ことには大きな意義があろう。また、もう一つ、この本が上梓された2018年と比較して、憲法学において、性的マイノリティに関する議論の蓄積が進んできた、という状況の変化も、本書を取り上げる理由の一つである。そうした中、本書で紹介されるように「立法なくして実現された『世界でたったひとつ』の」ブラジルの同性婚法制に、「司法権が積極的な役割を果たしたカナダの事例と同様に検討の素材とすることについて十分な意義がある」ことは間違いない<sup>1</sup>。このような、公法学への示唆は後述するとして、本書の内容の紹介から順を追って、進めていきたい。

## 2. 本書の内容

本書は、冒頭の「はじめに」と末尾の「結語」に加え、3つの章からなっている。中心となるのは、第2章「顕在化した現象レベルでの同性カップルの法的承認の過程」と第3章「背景にある観念レベルでの同性カップルの法的承認の過程」であるが、その前に付された第1章は「ブラジル法の概略」と題し、そこでブラジルの法制度に関する解説が加えられている。本論を構成する第2章と第3章は、やや異色の構成を採用する。第2章では現在に直結する「到達点」としての「同性間の婚姻の法的承認」の諸相が描かれ、その後、第3章で、前章の起点となる、2011年連邦最高裁判決が下されるまでの様相が描かれている。まずもって「到達点」が現象として示された後に、その経緯が「観念レベル」で述べられていく。このように理解の容易な部分を先行して整理し、記述する手法も、本書の特色の一ついえよう。

第1章では、文字通り、ブラジル法についての解説が、ブラジルが「ブラジル連邦共和国」として連邦制を採用していることから始め、丁寧に述べられていく。本書で取り扱う対象は、比較法の対象として必ずしも広く知見が共有されているわけではないブラジル法制であるため、このような説明の意義は大きい。司法制度を中心とした法制度の概説の後、本書で大きく取り扱われる、ブラジル家族法について説明されるが、その際、フランスの家族法制との比較が付け加えられていることが特徴的である。

現在に直結する「到達点」を描き、本論の前半部を構成する第2章では、2011年連邦最高裁判決、2011年連邦高裁判決、そして2013年国家司法審議会決議175号という順で、ブラジルにおける同性婚法制が実現していく過程が論じられていく。その際、注目を浴びることの多い2011年連邦最高裁判決のみによってブラジルにおける同性婚法制が実現したわけではないことや、連邦高裁という、日本における高等裁判所とは異なる意義を持った存在（とそれが下す判断）に注意をはらうべきこと、そして、司法権を行使する主体ではないながらも、その実、構成員の中樞を司法権の担い手たちが占める、国家司法審議会という、特殊な意義をもつ存在が関与し、この同性婚法制が実現してきたことなどに、それぞれスポットライトが当てられ、丁寧に記述されている。

「到達点」たる前述の2011年連邦最高裁判決に至るまでの道程を描く第3章では、そこに至るまでの家族法理論の展開が詳述される。ブラジル家族法においては、同性カップル関係はまず存在せず（不存在）、事実上の組合と解された後に、家族として考えられるようになるという三段階を踏んでおり、本章では、それぞれの段階において、同性カップルはどのように理解されてきたかということと、その理解はいかなる家族観を前提としたものであったかということが検討されていく。そして、「婚姻の法」から「家族の法」へという進化は、非婚カップルに関する判例法理及び制度の変化と、家族法の憲法化、そして情愛論の進展といった要素によって支えられてきたことが明らかにされる。

本書には、末尾に「日本への示唆」を論じる結語が付されている。そこで

## 論文

は、ブラジル家族法において、まず同性カップルの法的承認が財産法の観点から問題とされ、その上で家族法の類推適用、そして家族としての法的取り扱いへ、と順を追ってその拡大が進められてきたことが確認される。その上で、日本においては、従来から内縁保護法理が存在しており、必ずしもブラジルと同じ道程を踏む(=財産法の段階から「やりなおす」)ことは適当でないと述べられる。そして、日本において、同性カップルの関係が訴訟上の論点として取り扱われた際には、「従来の『内縁保護法理』をそのまま援用するわけにはいかないまでも、当該関係の特殊性に鑑みて、財産法ではなく家族法に関する規定の類推適用によって処理されることも考えられ」<sup>2</sup>ることが示唆される。

### 3. 憲法学からみた本書の意義

冒頭に記したとおり、民法学のフィールドを離れ、憲法学という次元から本書を眺めると、その意義は、性的マイノリティの権利論の充実化と比較法的手法の再検討、という二つの点に資することにあるといえる。

この書が上梓された2018年と比較すると、憲法学において、性的マイノリティの権利に対する研究は、一層の蓄積が進められてきたと評価できるだろう。本書で問われた同性婚についても、白水隆によるモノグラフィ<sup>3</sup>が世に問われ、またメンバーが憲法学者だけに限定されるわけではないが、辻村みよ子、糠塚康江、大山礼子の三者を共同代表とするジェンダー法政策研究所による優れた論集<sup>4</sup>も登場している。そして、憲法学界を代表する学会の一つ、全国憲法研究会は2024年度の年間統一テーマを「性の多様性と憲法学」と決定<sup>5</sup>し、そのテーマに沿った研究総会を開催した。研究の蓄積と関心の高まり、という点については、2018年時点と比較にならないものを見て取れるだろう。さらに付言すれば、一般書として、千葉勝美元最高裁判事によって、司法による同性婚の実現を訴える書籍<sup>6</sup>が出版されたことは、それが広く社会において重要なイシューとして認識されてきたことをも示しているかもしれない。

しかし、そのような研究の中で、しばしば問題視されて論じられるように

(それは性的マイノリティの権利だけにとどまらず、ジェンダーに関する領域全般に言えることではあるのだが)、伝統的な家族観に固執する、政治過程の停滞がある。同性婚や、そして選択的夫婦別姓の導入などについては、近年、しばしば実施されるアンケート／世論調査において、賛成派が多数を占めることが多くなっているが、与党内部には反対意見も根強く、法改正が実現する見通しはたっていない。そうした点から考えれば、そして「まさかブラジルの連邦議会で同性婚を認める法律が可決されるはずがない」<sup>7</sup>と書き手自身が驚いたほどのブラジルのケースは、「カナダの事例と同様」に、いやあるいはそれ以上に、是非とも参照すべき一つの先例となることは間違いないだろう。

ただし、このような司法を軸とした「解決」からは、「立憲主義と民主主義」というワードで語られるような、別の問題も惹起されうる。本書において、「結語」の末尾で、マシャドは補記として、「同性カップルの承認のポテンシャル」という一文を付し、「従来の家族法制度への“単純な”包摂による同性カップルの法的承認は、このポテンシャルを最小限にとどめてしまうおそれがある」<sup>8</sup>ことを指摘している。マシャドが述べるポテンシャルは、社会を変革へと導くような潜勢力のことであり、その取扱いが困難を極めることは、ブラジルでのボルソナロ政権の成立と、そこでのバックラッシュからも見て取ることができる。

司法審査の民主的正統性を巡る問題につき、市川正人はかつて、日本においては司法部門が「違憲審査権を行使して政治部門の行為の合憲性をチェックすることにきわめて消極的であるので、『司法審査と民主主義との矛盾、対立』という問題が現実的なものとは感じられ」てこなかったと指摘していた<sup>9</sup>。しかし、果たして前述の千葉が語るような、司法が先行する形で同性婚が実現した場合、今度は司法権の民主的正統性に関しても、より一層アクチュアリティを持つものとして、比較法的研究が進められる／進められるべきことになるだろう。

そして、比較法的研究について考えるとすれば、本書はその問い直しという点に関しても、大きなポテンシャルを持っている。明治以降、日本の法学

## 論文

研究は、比較法という手法を用いて行われてきた。それは、マシャドが専門とする民法学においてもそう<sup>10</sup>であろう。憲法学においては従来、その際、「比較法」という名称こそ用いられながら、その比較の対象は暗黙のうちに限定されたものだった。実際、戦前期において宮沢俊義は「民族的・文化的性格のいちじるしく違う諸国の憲法を比較すること——たとえば英国憲法史とエチオピア憲法史を比較するが如し——は、必ずしも無用ではあるまいが、その学問的効用は決して多くはない」<sup>11</sup>と述べ、また戦後に至って、「戦後憲法学体系の礎を築いた芦部憲法学」とまで称される<sup>12</sup>芦部信喜は「空間的に比較する場合に重要なのは、同じ基盤というか、同じ文明の国について比較するのでなければ、余り意味がない」<sup>13</sup>と言いきっている。

そのような憲法学の「伝統」を、守谷賢輔は「戦後憲法学の死角」として批判する。守谷はそこで、アジアを対象<sup>14</sup>とした比較(憲)法研究が、戦前期においては植民地統治のために盛んに行われたが、戦後の憲法学が、比較法という手法を活用しつつも、アジアを度外視してきたことを指摘する<sup>15</sup>。また、守谷がその稿の中で引く山元は、比較法の対象が「ほぼ英米仏独」<sup>16</sup>に限定されてきた、戦後憲法学の「流儀」について、世界的にみればそれが急速に陳腐化してきていることを指摘<sup>17</sup>しながら、自身もハンガリーやコロンビア、ベネズエラなど、従来は比較法の対象国ではないと「されてきた」、国々を対象としての研究も進めている<sup>18</sup>。さらに、そのような山元を編者に含む論争的な一冊において、江藤祥平は、従来の憲法学について、それを「講座派的」な日本特殊性論を採るもの、と位置づけた上で、「憲法学は、基本的にイギリス、アメリカ、ドイツ、フランスを見てきたわけで、これは西洋の普遍によって目の前の特殊な日本を覆い隠す」<sup>19</sup>ものでもあったと批判する。そして、江藤はそれに対して、世界システムの一部として日本を捉える「労農派的」<sup>20</sup>アプローチを提唱しつつ、比較対象国を拡大した上で「真にグローバルに、世界をフラットに見る」<sup>21</sup>ことに賛意を示している。

このような、比較法を巡る新たな動きの中で、その比較対象国の一員に、ブラジルは加えられるべきである。ブラジルを対象とした憲法学の研究としては、佐藤美由紀による金字塔というべき重厚な作品<sup>22</sup>が既に存在する。し

かし未だ、佐藤と同じく「文字通り全身が硬直し、手にした筆記用具を落とし」てしまうほどではないにせよ、「図書館の中でポルトガル語文献の余りの乏しさに衝撃を受け」<sup>23</sup>ない研究者はいないのではないか。そして、そのような葡語文献の乏しさから伺えるように、佐藤の後、そこからブラジル公法研究が陸続しているとは言い難い<sup>24</sup>。もちろん、憲法学にとって、比較対象国としての魅力に乏しいのであれば、それも納得できる。しかし、本書における重要なキーワードの一つである「家族法の憲法化」<sup>25</sup>というムーブメントは、憲法学のフィールドにおいても分析されるべき内容である。さらに、本書以外に素材を求めれば、例えば、連邦憲法が規定する大統領の弾劾手続きを一つとっても、ルセフ元大統領<sup>26</sup>の弾劾に際しての解釈が許されないものであるという批判がなされていたりする<sup>27</sup>など、日本における公法研究にとって、重要な参照点の一つ足り得ることは明らか<sup>28</sup>である。

近年のブラジル法の在り方につき、他の国と比べれば、それを邦語で解説した文献は決して多くはない。本書では、第1章にブラジル法の概説が付されているだけでなく、続く章などでも丁寧に判決等からの引用がなされており、ブラジル法へのガイダンスとしても有益である。マシャドによるこの書が手引きの一つとなり、憲法学においても、ブラジルを比較対象国とした研究が進展していくことを期待したい。

#### 4. 終わりに

書籍の「寿命」は必ずしも長くはない。殊にそれは、扱う範囲を相当程度絞り込む、専門書の場合、一層のことであるといえるだろう。そのような中、本書は出版から5年以上がたってもなお参照する価値の高い、いや、場合によっては経年とともにますます高まっている、稀有な書であるといえるかもしれない。

この小論では、書評という形式を採りながらも、いわば外部からの参照者として筆者が分析を行ったため、直接本書の内容を分析し、評するという形を逸脱してしまっている。本書と四つに組み合わせることは果たせておらず、憲法学という、いわば外部から眺めた時に、どのような価値を持つものと評

## 論文

価できるのか、そういった観点での記述ばかりを書き連ねてしまった。その点、著者のご寛恕を乞う次第である。

## 注

- 1 マシャド(2018, 9)。なお、カナダの同性婚法制については、それを「下支え」し得た「生ける樹」(living tree)理論について紹介するものとして、手塚(2014)を挙げることができる。
- 2 マシャド(2018, 244-245)。なお、マシャドが評釈の対象とした、同性カップルに対する犯罪被害者給付金の不支給が争われた事案(最三小判令和6年3月26日)は、厳密には差が認められるとしてもこのような方向性に副うものであり、マシャドが述べる「犯給法に関する事例判決であるが、最高裁が同性カップルの関係を婚姻関係に準じて取り扱う……可能性について初めて直接判断したものとして極めて重要な意義を有する」との評は適切だろう。マシャド(2024, 2)。
- 3 白水(2020)。
- 4 ジェンダー法政策研究所編(2024)。
- 5 全国憲法研究会ホームページ「2024年度研究集会」<https://zenkokuken.org/archives/792>(2024年9月30日確認)。
- 6 千葉(2024)。
- 7 マシャド(2018, 275)。
- 8 マシャド(2018, 248)。
- 9 市川(1998, 283)。
- 10 大村=マシャド(2019, 24-25)。
- 11 宮沢(1967, 149-150)。この宮沢や後掲する芦部の発言を挙げつつ、村田(2018, 23-33)において比較(憲)法学の原理的考察が、既に試みられている。
- 12 高橋=長谷部(2024)の帯に記された記述。
- 13 小林=和田(1957, 209) [芦部発言]。
- 14 大村=マシャド(2019, 22)では「『東アジア法』という表現もまた近年しばしば用いられるようになったが、これを日本の隣国の法として捉え、かつ近隣性を物理的距離の大小でなく人的接触の多寡で測るならば、ブラジル法は『東アジア法』であるという逆説的な命題も成り立たないわけではない」と述べられている。「東アジア法としてのブラジル法」という斬新な把握の方法もさることながら、この表現からは、守谷が指摘するようなアジア法の位置づけを考えれば、その上でなお、敢えて「東アジア法」として「設定せざるを得ない」ブラジル法として、比較法におけるブラジル法の立ち位置が浮かび上がってくる。
- 15 守谷(2021, 323-324)。



- 16 山元(2004, 108)。
- 17 山元(2021, 448)。
- 18 山元(2023)。
- 19 山元=吉田=曾我部=栗島編(2024, 393) [江藤発言]。
- 20 講座派と労農派、という江藤の整理には、マルクス主義経済学研究所の学説史的観点から厳密に考えれば、そこに多くを読み込みすぎではないか、という疑問も湧く。ただ、この座談会で江藤が繰り返し示す、エリート主義への批判的姿勢をもとに考えれば、すくなくとも難解極まりない山田(1984)を書いた講座派のスター・山田盛太郎はエリート主義的だし、それに対して労農派の大森義太郎の手になる大森(1976)は、幅広い読者を念頭に、できる限り平易に書こうとする姿勢がうかがえる好著であり、そういった意味でまず、エリート主義的=講座派的・反エリート主義的=労農派的という理解は成り立ちうると思われる。また、講座派と労農派の対立の根幹に、日本共産党(とコミンテルン)との関係があることを念頭におけば、例えば中北(2022)で描かれたような一定の日本共産党批判をベースとした、学知論が展開されているものと評することもでき、そう考えるとこれらの語を用いる意義は大きい。さらに、そもそも講座派・労農派という、日本資本主義論争に起源をもつ語を、現代に、しかも経済学史ではなく公法学のフィールドに、敢えて持ち出すことは、長原豊が法政大学大原社会問題研究所=ウォーカー=長原編(2023, 8)において「私とほぼ同世代のマルクス派を自称する或る研究者が私に向かって、〈いまさら『論争』なんて!〉と、忌々しい表情を隠すことなく、また確実に聞こえるように呟いたことを私は忘れない」と述べていることに鑑みれば、この時代に、これらの語が憲法学で論じられること自体、大きな価値を有している。
- 21 山元=吉田=曾我部=栗島編(2024, 435)。なお、この引用箇所は江藤による発言ではなく、司会の役を担う栗島智明が江藤の発言を受け、それを整理する形で述べているものである。
- 22 佐藤(2006)。
- 23 佐藤(2006, iii)。
- 24 やや広くラテンアメリカ全体をとらえれば、ペルーにつき同じく金字塔的というべき川畑(2013)があるが、ブラジルにおける佐藤同様、川畑の労作を起点とした研究を蓄積させていくことは、未だ重要な課題となっている。
- 25 マシャド(2018, 199-205)など。
- 26 なお、本書の冒頭では、日本では「ルセフ(元)大統領」として表記されることが多い彼女、ジウマ・ヴァナ・ルセフ(Dilma Vana Rousseff)につき、本国ではむしろ「ジウマ大統領」と表記することが一般的である旨、記されている。マシャド(2018, 3)。
- 27 このことについて解説する邦語文献として、山崎(2022)を挙げることができ

## 論文

- る。
- 28 もっとも、村田(2018)が喝破する如く、「比較の対象選択に客観的必然性はありません」、「あるのは、認識主体の関心や能力といった主観的必然性であり」、したがって「何を選択するかということよりも、選択したうえでどのように比較するかということのほうが重要である」ということを念頭におけば、なによりもまず「どのように比較するか」が問われなくてはならないはずであり、その点、本文中の記述は蛇足と言わざるを得ない。村田(2018、29)。

## 【参考文献】

- 市川(1998)：市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ』有斐閣
- 大森(1976)：大森義太郎『唯物辨章證法讀本』社会主義協会出版局(初出は中央公論社、1933年)
- 大村＝マシヤド(2019)：大村敦志＝マシヤド・ダニエル「日本法とブラジル法が出会うとき——民法とグローバリゼーション」柏木昇＝池田真朗＝北村一郎＝道垣内正人＝阿部博友＝大嶽達哉編『日本とブラジルからみた比較法 二宮正人先生古稀記念』信山社
- 川畑(2013)：川畑博昭『共和制憲法原理のなかの大統領中心主義——ペルーにおけるその限界と可能性』日本評論社
- 小林＝和田(1957)：小林孝輔＝和田英夫『共同討議 憲法研究入門』酒井書店
- 佐藤(2006)：佐藤美由紀『ブラジルにおける違憲審査制の展開』東京大学出版会
- 白水(2020)：白水隆『平等権解釈の新展開 同性婚の保障と間接差別の是正に向けて』三省堂
- ジェンダー法政策研究所編(2024)：ジェンダー法政策研究所編『同性婚のこれから 「婚姻の自由・平等」のために法と政治ができること』花伝社
- 高橋＝長谷部編(2024)：高橋和之＝長谷部恭男編『芦部憲法学 軌跡と今日的課題』岩波書店
- 千葉(2024)：千葉勝美『同性婚と司法』岩波書店
- 手塚(2014)：手塚崇聡『カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の意義—その判例上の起源と展開—』法學研究87巻2号
- 中北(2022)：中北浩爾『日本共産党 「革命」を夢見た100年』中央公論新社
- 法政大学大原社会問題研究所＝ウォーカー＝長原編(2023)：法政大学大原社会問題研究所＝ギャヴィン・ウォーカー＝長原豊編『「論争」の文体 日本資本主義と統治装置』法政大学出版局
- マシヤド(2018)：マシヤド・ダニエル『ブラジルの同性婚法——判例による法生成と家族概念の転換——』信山社

マシャド・ダニエル『ブラジルの同性婚法—判例による法生成と家族概念の転換—』

マシャド(2024)：マシャド・ダニエル「最三小判令和6年3月26日判批」新判例解説 Watch 民法(家族法) No.158

宮沢(1967)：宮沢俊義「憲法の比較的・歴史的研究について」同『公法の原理』有斐閣(初出は警察研究7巻10号、1936年)

村田(2018)：村田尚紀『比較の眼で見る憲法』北大路書房

守谷(2021)：守谷賢輔『戦後憲法学』の死角——沖繩、アジア、マイノリティ』鈴木敦＝出口雄一編『戦後憲法学』の群像』弘文堂

山崎(2022)：山崎圭一「ブラジルの2016年政変と政治の新しい動き」エコノミア72巻2号

山田(1984)：山田盛太郎『山田盛太郎著作集第二巻 日本資本主義分析』(初出は岩波書店、1933年)

山元(2004)：山元一「憲法解釈と比較法」公法研究66号

山元(2021)：山元一「解題」ヤニヴ・ロズナイ(山元一＝横大道聡監訳)『憲法改正が「違憲」になるとき』弘文堂

山元(2023)：山元一「グローバル化世界と憲法制定権力」同『国境を越える憲法理論 〈法のグローバル化〉と立憲主義の変容』日本評論社(初出は法学研究91巻1号、2018年及び慶應法学39号、2018年)

山元＝吉田＝曾我部＝栗島編(2024)：山元一＝吉田徹＝曾我部真裕＝栗島智明編『憲法学と憲法学者の〈アフター・リベラル〉 戦後憲法学の「これまで」と「これから」を語る』弘文堂

