

令和 5 年 6 月 21 日現在

機関番号：32634

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2018～2022

課題番号：18K01259

研究課題名（和文）多様化する「家族」に憲法学はどのように向き合うか 公私二分論批判、婚姻の自由

研究課題名（英文）The "family" in contemporary society and the Constitution of Japan.

研究代表者

田代 亜紀 (Tashiro, Aki)

専修大学・法務研究科・教授

研究者番号：20447270

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,400,000円

研究成果の概要（和文）：本研究課題では、夫婦別姓訴訟や同性婚訴訟といった、「家族」に関する現代的問題に憲法学がいかにアプローチするかということに取り組んだ。具体的には、憲法13条の自己決定権や人格権、憲法14条の平等権、憲法24条1項の「婚姻の自由」と憲法24条2が立法裁量を画することについて、条文間の関係がどのようになっているか、それぞれの条文が規定する権利の内容や条文の意味などを検討することである。その検討のために、日米の文献を参照した。そして、「家族」に関するジェンダーの不平等や「家族」についての伝統的価値観や保守的な考えがある一方で、同性婚のような新しい家族形態を憲法的にどのように考えるかを検討した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究課題は、夫婦別姓訴訟や同性婚訴訟といった、現在進行形で争われている「家族」の問題を素材とすることから、実社会に対して理論的に貢献できるという学術的意義、社会的意義を有する。実際に、同性婚訴訟を担当する弁護団と意見交換を行うこともした。

また、同性婚に関するシンポジウムでも発表を担当する予定であり、市民向けにいま憲法学と実社会とで問題になっている事柄—「家族」をいかに捉えるかという問題を投げかけることになる。そのように、市民に向けた学術的発信も可能にする点も、本研究課題の社会的意義として挙げる事ができる。

研究成果の概要（英文）： This research is about how we can think about the "family" in contemporary society from the constitutional viewpoint. Like same sex marriage or maiden name cases, there are some problems about "family" in Japanese law. So, comparing to U.S., I tried to figure out the right to marry and gender equality about the "family" problem, I referred Japanese and U.S. papers about family and feminism. Especially, Linda C. McClain's work gave me a lot of inspiration. There're so many views about "family" like traditional views, religious views, or contemporary one. Among these thoughts, we should think about constitutional right to marry. This is a difficult issue, but in my opinion, Linda McClain's view about Justice Kennedy's opinion in Obergefell is one of the reasonable answers.

研究分野：憲法学

キーワード：家族 婚姻の自由 フェミニズム

### 1. 研究開始当初の背景

本研究を開始する当初の背景として、日本社会における「家族」の問題があった。すなわち、伝統的な「家族」が非婚化、晩婚化、少子化などの社会的実態によって揺らぎ、「家族」は多様化していった。さらに、夫婦別姓訴訟や同性婚訴訟など、司法の場でも「家族」をどのように定義するか、どのように「家族」についての制度設計をするかが問われた。

そうした状況で、憲法が「家族」についてどのように考えているのか、考えるべきなのか、という問いは必至であった。既に、米国において同性婚訴訟は連邦最高裁判所判例があり、それを参照しながら、日本における問題を考えようとしたのが本研究である。

### 2. 研究の目的

本研究の目的は、上記の「問い」に答えることである。すなわち、夫婦別姓訴訟で示された憲法解釈は妥当なものなのか、同性婚訴訟において、どのような憲法解釈が示されるべきか、憲法学において「家族」はどのように論じられるべきかといった問いに答えることが本研究の目的である。この問いに答えることで、憲法解釈という研究面での深まりとともに、実社会への理論的貢献も果たされると考えた。

### 3. 研究の方法

上記の研究目的を達成するための研究方法は、主に文献や資料を読解することであった。具体的には、アメリカの同性婚訴訟に関する文献や日米のフェミニズムの議論、日本の夫婦別姓訴訟に関する資料を広く対象とした。それらから憲法上の権利としての「婚姻の自由」、同性婚訴訟における「婚姻の自由」と平等権、性別役割分業に対するフェミニズムの批判と現代家族の比較考察、といった研究テーマを考えることにした。

そうした文献購読によって得られた知見や考察の多くを、「4. 研究成果」に挙げられている論文に反映した。

また、新型コロナウイルス流行前には、研究会に積極的に参加した。例えば、『右派はなぜ家族に介入したがるのか 憲法 24 条と 9 条』公開合評会（6 月 1 日、於文京シビックセンター）、「憲法とジェンダー」研究会（7 月 26 日、於専修大学）、女性の再婚禁止期間、夫婦別姓訴訟などに関する研究会（12 月 15 日憲法理論研究会、於法政大学）、ジェンダー法学会主催の講演会「日本の法学教育・法科大学院教育におけるジェンダーと法：予備的検討とコメント」（ハワイ大学教授 Mark Levin 氏、12 月 17 日、於早稲田大学）などである。そうした研究会での報告や意見交換から、研究を理論的に深めるようにした。

他に、本研究は、アメリカ合衆国による出張を掲げ、参照する同性婚訴訟の背景等を実地調査する計画を立てていた。そうした実地調査によって、本研究を単なる机上の理論に留めることなく、実社会の問題と接続することを目指していたのである。そして、実際に、2019 年 8 月には、短期間ながら米国ワシントンに出張し、現地で「家族」や女性の権利についての歴史的経緯（参政権獲得までの女性運動など）などを調査した。

現地では、LGBT の権利向上のための市民的動きを見ることができた。それと同様に、女性の権利向上に関する動き（図書館における「女性参政権」についての展示や女性の権利に関する資料館での展示など）も見ることができ、アメリカ合衆国において、女性の権利というトピックが今もなお重要なものであり、政治的課題であることを再認識した。こうした研究視座は、本研究

課題が抱える論点、すなわち性別役割分業や公私二分に由来する「家族」問題における女性の権利の侵害状況とそれに対応する議論や多様なジェンダー理解に基づく新たな「家族」についての議論、それに対して憲法学としてどのようにアプローチしていくかといった点について、文献購読をしながら研究を進めるうえで、大変貴重なものになった。

その後も、短期的にアメリカ合衆国に出張して機動的な調査をすることを計画していたが、新型コロナウイルスの影響により、海外出張については絶望的な状況になってしまった。そのため、本研究は補助事業期間の延期を申請し、1年間の時間的な猶予を頂いた。その時間的猶予をもってしても、新型コロナウイルス下の渡航制限という状況は大きく変わることはできなかった。そういうわけで、本研究課題遂行中の海外出張は上記の1回のみにも留まることになり、この点は時勢によることとは言え、悔いが残る。

しかし、偶然にも、そうした状況下で在外研究に1年間出ることになり、ハワイ大学ロースクールのビジティング・スカラーとして研究する機会を得た。ハワイ大学から本土に移動する出張は上記の状況でやはりできなかったものの、ハワイ州において同性婚を憲法上認めた動きについての調査をすることができた。ハワイ州における同性婚実現までの経緯は、アメリカ合衆国連邦最高裁判決への道のりの一つといえるため、この調査をすることは、本研究を遂行する上で、意義深いものになった。

また、本研究を実社会に反映させる研究方法として、日本における同性婚訴訟の弁護士とオンラインで面談する機会やハワイ州の弁護士と夫婦別姓訴訟や同性婚訴訟についての意見交換(オンライン)をする機会があった。そうした実務家との意見交換は、本研究を実社会にいかに関与させることができるか、という研究視座にとって刺激的なものであった。

#### 4. 研究成果

本研究課題を遂行したことにより、以下の研究成果を得ることができた。箇条書きの形式で、概要を述べることにしたい。

○「憲法学における『家族』の位置づけに関する一議論」『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古稀記念論集』221 - 240 頁(日本評論社、2019年)

本稿は、日本における夫婦別姓訴訟を素材として、「家族」に関する問題として、性別役割分業などのジェンダー問題、公私二分論とその批判、「家族」についての公権力の関心・介入(あるべき「家族」像の提示など。具体的には、日本の家族をめぐる政策は、旧来の国家秩序の基盤としての家族の保護という視座がいまだに維持され、ケア領域の責任を家族=女性に押しつける一方で、「家族は助け合うべき」といった精神論的家族イデオロギーが強調される。参照・引用した文献は、本稿内の脚注にある)がある状況を整理したうえで、日本国憲法24条解釈について考えるものである。多様化していく現在の「家族」に対して、憲法24条解釈をどのように考えるべきか、先行業績に学びながら検討した。

その延長線上にある問題として、「家族」に対して公権力が関心を寄せる一方で、「家族」内にある不正義、具体的には性別役割分業の固定化など、家族や共同生活に関する女性の選択が自律の行使ではなく不平等やジェンダーの社会化となっている状態について、政府が私生活から手を引いている限りは、解決困難である。こうした状態から、女性が自由かつ平等で自己統治可能な存在となるための手助けを考えるリンダ・マクレーンの議論を参照し、家族を政府の介入から自由な「私的」生活としてのみ理解するのではなく、政府の積極的役割や責任についての議論を参照した。

他にも、「家族」に対する公権力・政府の役割、責任を検討するアメリカ合衆国における「家族」に関する議論を参照しながら、私的空間であり個人が尊重されるべき「家族」をどのように作出するのかを考えた。公権力との距離など、簡単に結論を出せる問題ではないが、夫婦別姓訴訟を素材として、現在の「家族」に関する憲法的課題を素描した。

○『『家族』・『婚姻』の憲法学的意味を探る 夫婦同氏と同性婚問題を素材として』『立憲主義と憲法学 第2巻』(信山社、2022年)249-280頁。

本稿は、本研究課題に取り組んだ当初から、研究課題をまとめるものとして構想を練ってきた。具体的な素材として、夫婦別姓訴訟と同性婚訴訟を取り上げた。夫婦別姓訴訟についても同性婚訴訟についても、既に前稿で論じたことがあるので、そこから本稿での問題設定を抽出し、前稿とは異なる形で、憲法学における「家族」を論じることを試みた。それは、同性婚訴訟とも共通する事柄であるが、社会における家族の変化があるなかで憲法が想定する家族や婚姻の像が自明とはいえないという点である。このことは、憲法24条や家族についての憲法学に先駆的な業績はあるものの全体としての議論は必ずしも活発とはいえなかったことに由来するのではないかと思われるし、家族論が憲法的には不在であるとの指摘もある。

この点、憲法がどのような家族や婚姻像を持っているかということを考えることは、憲法24条が立法裁量の限界を画す上で必要だろうと思う一方で、憲法がある家族や婚姻像を確定することは規範的、標準的な家族、婚姻像を確定する危険性もある。しかし、少なくともこうした議論を経ずに、憲法24条2項に立法裁量の限定を画する役割を強く期待することには無理があるように思う。

そこで、本稿では先駆的業績を基に、近年の学説状況を確認しながら、「家族」や「婚姻」について憲法解釈を通じてどのような意味、意義が認められるべきかについて考えた。

具体的には、まず夫婦同氏制度と同性婚問題について日米の議論を参照し、伝統的な家族観や政治的信条があるなかで憲法論をどのように展開すべきなのかを考えた。その上で、そこに浮かびあがる婚姻制度それ自体の問題性を憲法24条解釈との関係で検討した。

そのような理論的作業をするなかで浮かびあがった問題は、「家族」について保守的または伝統的な価値観を持つ人がいる一方で、多様な家族像を受け入れる、または受け入れてほしい人々が一定数いるという状況で、憲法解釈はどのようにあるべきかということであった。そうした観点から、リンダ・マクレーン(Linda C. McClain)の同性婚訴訟に関する議論に注目し、多様で異なる価値観から構成される社会において、「家族」が争点となる場合に、どのような憲法解釈を取るべきかということ論じた。

結論を簡単に述べれば、「家族」を従来どおりに法律婚や近代家族として捉えることの限界が理論的にも実社会的にも来ているなかで、アメリカ合衆国においては連邦最高裁判所判決で積み重なってきた「婚姻の自由」という憲法上の権利と平等権を融合して考える解釈が妥当であるものの、対立する立場(伝統的、保守的な「家族」を重んじる立場)の思想も軽んじられるべきではないということである。

また、こうした問題を突き詰めれば、「婚姻」制度それ自体の問題性も無視できない。法律婚や「婚姻の自由」を必要以上に神格化すべきでないことは、多様な社会を考えれば自明なことである。そうした問題点について、エリザベス・ブレイクといった論者や、フェミニストによる議論、またはアメリカ憲法学、日本の憲法学、民法学の議論を適宜、示しながら考えた。

実社会において、今までの「家族」像では綻びが生じていることが、日本における夫婦別姓問

題や日米における同性婚問題などで示されている。そうした実社会の問題に、憲法解釈はどのようにアプローチできるか、という観点も含めて、本研究課題をまとめるべく取り組んだ。

以上の研究論文の他、副産物として、本研究課題で得た研究視座や知識を活用して、以下の判例評釈も作成している。

○「公立女子大学における男女別学を問う訴訟に関する週刊誌の記事において、名誉毀損の成立は認めなかったものの、同記事の意見は社会通念上許容される限度を超えたとして名誉感情侵害の成立を認めた事例」判例時報（2019年）

この判例評釈は、ジェンダーについての議論に関係する名誉感情、名誉毀損についての事例を対象とするもので、本研究課題で得たジェンダーに関する視座を反映させながら、取り組んだ。

○「同性パートナー遺族給付金不支給と平等原則」重要判例解説 1583 巻 14 - 15 頁、2023 年。

この判例評釈は、同性パートナーと継続して共同生活をしていた原告が、同パートナーが殺害されたことにより、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律 5 条 1 項 1 号の「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当するとして、遺族給付金（犯給法 4 条 1 号）の支給を申請したものの、認められなかったという事例についてのものである。当該事案についての評釈をする際には、本研究課題で得られた同性婚についての視座が適用可能であると考え、それを大きく反映した解説となった。

また、本研究課題で得た知見を基に、2023 年 7 月に開催されるシンポジウムでも、「婚姻の自由・平等」をテーマにする報告を予定している。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 田代 亜紀	4. 巻 2470号
2. 論文標題 公立女子大学における男女別学を問う訴訟に関する週刊誌の記事において、名誉毀損の成立は認めなかったものの、同記事の意見は社会通念上許容される限度を超えたとして名誉感情侵害の成立を認めた事例	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 判例時報	6. 最初と最後の頁 125 - 130頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 田代 亜紀	4. 巻 1583
2. 論文標題 同性パートナー遺族給付金不支給と平等原則	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 重要判例解説	6. 最初と最後の頁 14 - 15頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計4件

1. 著者名 田代亜紀、愛敬浩二、石川健治、小泉良幸ほか	4. 発行年 2022年
2. 出版社 信山社	5. 総ページ数 292
3. 書名 『『家族』・『婚姻』の憲法学的意味』、『講座 立憲主義と憲法学 人権 第2巻』	

1. 著者名 田代亜紀、宍戸常寿、曾我部真裕	4. 発行年 2021年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 444
3. 書名 『24条』『憲法演習サブノート210問』	

1. 著者名 加藤一彦・阪口正二郎・只野雅人・田代亜紀・植村勝慶・岡田順太・福島敏明・中川律・岩切大地	4. 発行年 2020年
2. 出版社 北樹出版	5. 総ページ数 360
3. 書名 フォーカス憲法 事例から学ぶ憲法基盤	

1. 著者名 田代 亜紀、山元 一、只野雅人、蟻川恒正、中林暁生	4. 発行年 2019年
2. 出版社 日本評論社	5. 総ページ数 980
3. 書名 「憲法学における『家族』の位置づけに関する一試論」辻村みよ子先生古稀記念論集	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------