

令和 6 年 6 月 10 日現在

機関番号：32643

研究種目：研究活動スタート支援

研究期間：2021～2023

課題番号：21K20088

研究課題名（和文）婚姻の自由と親権の「権利」規範としての性格に関する比較法研究

研究課題名（英文）A Cross-national Study on the Nature of Constitutional Rights about Marriage and Parenting

研究代表者

中岡 淳（Nakaoka, Jun）

帝京大学・法学部・助教

研究者番号：50910840

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）：本研究は、婚姻の自由や親の権利が憲法上の権利規範としての性格を持ち得るのか、持ち得るとするならば、その規範内容はどのようなものであるべきかを比較法的な見地から研究することを課題とするものであった。本研究成果は、特に同性婚に関してアメリカ法とドイツ法との比較研究という点で、顕著な研究成果を残すことができたように思われる。その成果の一部は、京都大学法学会の法学論叢にて3回の連載で公表することができた。また、親の権利に関しても、離婚後の単独親権（または共同親権）や性的マイノリティの親子関係について研究を進め、その一部を大学の紀要論文として公表することができた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究課題の助成期間は、性的マイノリティの人権にとって重要な立法ないしは裁判例が相次いで表出した期間でもあった。例えば、いわゆる「LGBT理解増進法」の制定や下級審での相次ぐ同性婚に関する違憲判決など、性的マイノリティの人権を考える上で重要な研究素材に恵まれた。このような社会状況にあって、本研究は、同性婚や性的マイノリティの親子関係に関する研究を遂行することができ、その研究成果の一部は、まさに現在裁判や立法過程において議論されている性的マイノリティの家族に関する制度のあり方を考える際の、一つの参考となる知見を提供することができたのではないかと考えている。

研究成果の概要（英文）：This research was intended to study, from a comparative legal perspective, whether the freedom to marry and parental rights can have the character of a constitutional norm of rights, and if so, what the content of that norm should be. The results of this research seem to have produced significant results, especially in terms of comparative research on same-sex marriage between U.S. and German law

研究分野：公法学

キーワード：婚姻の自由 親の権利 同性婚 共同親権 性的マイノリティ

## 1. 研究開始当初の背景

日本国憲法の制定以来、婚姻と家族は、裁判所によって多くの憲法判断が下されてきた法領域の一つである。非嫡出子の相続分差別、夫婦同氏制そして同性婚の法制化など、婚姻と家族に関わる法的問題は、時の経過とともに、ますます憲法においても取り扱われるべき主題であることが認識されるようになった。しかし、家族法の憲法適合性に関する裁判例の増加に反して、婚姻や家族に関する憲法学の理論研究は、他の領域に比べて、なお手薄であることが度々指摘されている。

例えば、家族法の憲法適合性に関する訴訟において、裁判所は、一貫して、婚姻や家族に関する法的利益に「憲法上の権利」としての性格を付与することに否定的な傾向にある。例えば、平成27年の再婚禁止期間違憲訴訟において、最高裁は、「婚姻の自由」という権利規範を正面から認めず、「婚姻をするについての自由」なる権利利益が憲法24条1項の趣旨に照らして「十分に尊重に値する」と述べるに留まった。学説からは、この判決の説示に対して「婚姻の自由」の憲法上の権利性が否認または低く見積もられているとの評価がなされている。このような「憲法上の権利」に関する裁判所の消極的な態度は、親子関係に関する法領域にも当てはまり、例えば、令和以降の下級審判例において、権利の具体的内容に関する議論が定まっていないことを理由に、離婚後の親の面会交流権の憲法上の権利性が否定されている。

しかし、比較法的な観点から見ると、「婚姻の自由」にせよ「親の権利」にせよ、これらの権利規範には「憲法上の権利」として性格が認められており、むしろ日本の裁判実務が特異なものとして映る。諸外国において、これらの権利規範に憲法上の権利性が認められていることには相応の理由があるはずであり、この理由とその権利規範の性格を研究し、それらを我が国における当該権利の基礎付けに用いることが可能か否かを検討することが重要ではないかと考えるに至った。

また、婚姻や家族の基本権侵害の正当化に関して、最高裁は、制度形成に関する広範な立法裁量を前提とした判断枠組を展開している。しかし、婚姻や家族に関する個人の決定は、必ずしも国家の創設する制度の枠内でしか為し得ないものではない。婚姻や家族に関する国家の誤った制度形成が、個人の自律的な生活空間に対する不当な介入として防御的に構成される可能性もある。このように、婚姻や家族の内容を具体化する法律が、立法裁量を前提とした判断枠組で審査される場合と、表現の自由の制限の正当化の審査枠組と同様に、自由と法律の「原則 - 例外」関係を前提に、立法目的と手段の合理的関連性を問う判断枠組で審査される場合が想定でき、両者の使い分けをどのように行うかが重要な問題となる。したがって、この両者の区別をどのように理論化し、そこで理論化された審査のあり方を如何に婚姻や家族に関する基本権の権利概念の分析に接合していくかを検討することも、憲法24条等の家族に関する憲法条文の規範内容を精緻化していく上で重要となるのではないかと考えた。

以上のような問題意識が、本研究開始当初の背景にある。

## 2. 研究の目的

本研究は、比較法的な見地から、婚姻の自由と親の権利に関する「憲法上の権利」の規範内容に関する分析を行い、その権利規範の分析を踏まえて、家族法の憲法適合性に関する日本の裁判例の判断枠組を再構成することを試みるものである。また、これらの権利概念の理論構築のために、アメリカ法やドイツ法を比較研究の対象とすることで、これらの法体系においても、同性カップルの婚姻や親子関係の法的承認を契機として、婚姻や親子関係に関する法的理解に大きな変化が生じていることを描写することを狙いとしていた。

## 3. 研究の方法

まず、家族法が憲法化し親の権利が憲法上の権利として確立しているアメリカ法とドイツ法の比較研究を行う。その際、各国の最上級審の判例と主要な学説を研究素材とし、各国で如何に「親の権利」が憲法上基礎付けられているのか、その権利の制限の正当化に際して、各国の裁判所はどのような判断枠組を採用しているのかを明らかにする。その後、親権に関する当該研究を「婚姻の自由」のそれと比較し、婚姻と家族で権利規範としての性格が異なり得るのかを考察する。

## 4. 研究成果

### (1) 「婚姻の自由」の権利規範としての性格

まず、婚姻の自由に関しては、平成27年の再婚禁止期間違憲訴訟や夫婦同氏制合憲訴訟等の最高裁判例における説示も踏まえつつ、とりわけ同性婚の憲法的保護の可能性をテーマに、その自由の権利性についての分析を行った。この分析のアメリカ法とドイツ法との比較研究も踏まえた成果は、京都大学法学会・法学論叢で公表した一連の論文(「同性婚の内容形成と平等原則」)にて公表されている。そこでは、同性婚の法制化が憲法上の要請であることを主張すると同時に、「婚姻をするについての自由」のように、既存の最高裁判例が述べたような、どちらかと言うと

婚姻の成立要件の段階で問題となる権利内容だけではなく、立法者に対して、婚姻制度を創設することを求める権利や憲法 24 条 2 項の要請、指針に照らした婚姻の内容形成を求める権利など、請求権的な構成もあり得ることが示されている。この点で、なお論究すべき問題はあるものの、「研究開始当初の背景」にも述べたような本研究課題の目的は、ある程度、達成できたように思われる。

#### (2) 「親の権利」の権利規範としての性格

次に、「親の権利」に関しては、特にアメリカ法における裁判例や文献を素材に研究を進めることができた。そこで得られた比較法的な知見は、なお論文等で公刊するに至っていないが、その知見も踏まえた日本法における分析は、三重大学法経論叢にて公表した「離婚後単独親権制度と親の憲法上の権利」において、一部発表することができた。親の面会交流や離婚後の共同親権に関する裁判例が評釈される際に、しばしば批判の論拠として、憲法上の親の権利なる規範が引き合いに出されるが、これらの主張をなす論者は、アメリカ法の議論を参照して、その権利の自由権的側面（防御権的側面）を強調する傾向にあった。しかし、本研究の成果として再確認できたのは、そのアメリカ法において、正確には、親の憲法上の権利は、（州法等で）法的な親子関係が存在することの承認を求める権利（親となる権利、ないしは、誰が親であるかという問題）と、（いったん親であることが法的に承認された上で）子や第三者に対して親が持つ権利（子の監護権など）の 2 つの側面があるものとして認識されていることである。そして、訴訟において、の側面が問題となる場合には、誰に親としての地位を認めるかに関して、第一次的には立法者の広い裁量が認められることは、アメリカ法と日本法の共通理解であることがわかった。共同親権の法制化を求める主張は、どちらかと言うと、の側面に関わる。そのため、離婚後に共同親権を認めないことが憲法違反ではないとした裁判所の判断も、この点では肯首できる。

しかし他方で、の権利の具体化に関して立法者の広い裁量が認められるとしても、親が子を持つと言う始原的な決定（ないしは、子を生むことによって、生まれてくる子に対して責任を持つという決定）を過小評価して、立法者の裁量を根拠に国家によるの権利の侵害が問題となる局面をあまりにも限定的に捉えることも適切ではないのではないかととも考えるに至った。現に同性カップルやトランスジェンダーの親は、子を持つ意思を持ち、実際に子を養育する責任を担っているにもかかわらず、「男性」の父と「女性」の母が法律上の「親」とする現行法の理解のもとに、親となることが否定されている。これはの意味での権利の侵害ではないかというのが、本研究を通じて得られた認識である。改めて、性的マイノリティの親子関係に関するアメリカ法やドイツ法の議論状況を考察することで、この認識をより精緻化していくことが今後の課題である。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計6件（うち査読付論文 5件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 中岡淳	4. 巻 2021年10月号
2. 論文標題 同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 新・判例解説Watch	6. 最初と最後の頁 15-18
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 有
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 中岡淳	4. 巻 190巻5号
2. 論文標題 同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 掲載頁未定
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 有
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 中岡淳	4. 巻 第39巻第2号
2. 論文標題 離婚後単独親権制度と親の憲法上の権利 東京高裁令和三年一 月二八日判決を契機に	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 三重大学法経論叢	6. 最初と最後の頁 27-41
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 オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 中岡淳	4. 巻 191巻1号
2. 論文標題 同性婚の内容形成と平等原則（一）	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 掲載頁未定
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 有
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 中岡淳	4. 巻 191巻3号
2. 論文標題 同性婚の内容形成と平等原則(二)	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 掲載頁未定
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 有
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 中岡淳	4. 巻 191巻5号
2. 論文標題 同性婚の内容形成と平等原則(三・完)	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 掲載頁未定
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 有
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4件(うち招待講演 3件/うち国際学会 0件)

1. 発表者名 中岡淳
2. 発表標題 コロナ禍の危機政府: SchmittianとMadisonianの対抗
3. 学会等名 公法学会(招待講演)
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 中岡淳
2. 発表標題 (判例研究)共同親権訴訟(東京地判令和3年2月17日)
3. 学会等名 北陸公法判例研究会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 中岡淳
2. 発表標題 親の憲法上の権利の理論的正当性：アメリカ法における親権の 憲法化とその現在地
3. 学会等名 関西アメリカ公法学会（招待講演）
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 中岡淳
2. 発表標題 性の多様性と人口政策の憲法理論：Shigenori Matsui, Sex, Sexuality and the Constitutionの書評を兼ねて
3. 学会等名 関西アメリカ公法学会（招待講演）
4. 発表年 2023年

〔図書〕 計0件

〔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