

# 家族の政策をめぐる立法と司法

～非嫡出子差別問題をめぐって～

宮 崎 幹 朗

## はじめに

平成5年6月23日、東京高等裁判所は、非嫡出子の相続分差別が憲法14条に反するか否かが争われた事案について、非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1としている民法900条4号但し書前段の規定を違憲であるという判断を示す決定を出した<sup>1)</sup>。この決定は新聞などにも大きくとりあげられ、社会的に反響を呼んだことは記憶に新しい。また、非嫡出子の住民票の続柄記載や児童扶養手当法施行令の違憲性を争う訴訟も進められていたこともあり、非嫡出子の法的差別問題に関する議論が注目を浴びていた中での決定であったため、一層世論の注目を集めた<sup>2)</sup>。このような訴訟では、一方で、東京高裁平成6年11月30日判決が相続分差別に関して平成5年東京高裁決定と同様に違憲とする判断を示し<sup>3)</sup>、奈良地裁平成6年11月28日判決は非嫡出子の父親が認知した場合に児童扶養手当の支給停止を定めている児童扶養手当法施行令の規定を違憲としている<sup>4)</sup>。他方で、住民票の続柄記載が争われた東京地裁平成3年5月23日判決や、奈良地裁判決の控訴審である大阪高裁平成7年11月21日判決では差別的取り扱いを合憲とする判断が出されている<sup>5)</sup>。そして、最高裁は平成7年7月5日に、非嫡出子の相続分に関する民法900条4号但し書前段の規定を合憲とする判断

を示す決定を出した<sup>9)</sup>

その間、行政実務は住民票における続柄記載について記載の方法を改め、差別的記載は廃止されることになった。同時に、婚姻法・離婚法の改正のための検討作業を進めていた法制審議会民法部会身分法小委員会の論議にも影響を与え、平成6年7月に公表された「民法改正要綱試案」の中に「非嫡出子の相続分を嫡出子と同等とする」旨がつけ加えられるなどの状況となっている<sup>7)</sup>

多くの学者が非嫡出子差別規定の違憲性を指摘し、平成5年の最初の東京高等裁判所の違憲決定を支持する態度を示した中で<sup>8)</sup>、加藤一郎教授は決定の結論としては賛成だが、憲法違反として一刀両断にすることには躊躇を感じるとし、この問題を立法政策の問題として法改正という手段を取ることによって解決すべきと指摘した<sup>9)</sup>。また、水野紀子教授も、立法論としてではなく、解釈論として違憲判断を裁判所がおこなうことに疑問を出されている<sup>10)</sup>。さらに、前掲の最高裁大法廷決定の多数意見は、相続制度をどのように定めるかは立法府の合理的な裁量に委ねられるものであることを指摘している<sup>11)</sup>。ここには、非嫡出子の相続分差別を裁判によって争うことによって解決するのではなく、立法あるいは立法政策の問題として考慮する手段の方が有効であるという認識が見える。しかし、このような問題が単に立法にのみ委ねられる問題であるとするれば、裁判所は一体何のために違憲立法審査権という権能を有しているのかという疑問にも至る<sup>12)</sup>。

家族に関するある一つの問題を考察する際に、立法と裁判・司法はどのような関連をもっており、どのような違いをもっているのか。そのような問題を考える手がかりをこの問題が与えてくれるように思われる。そこで、本稿は、非嫡出子に対する相続分差別が違憲か合憲かという議論は一応おいて、非嫡出子に対する差別的取り扱いに関する問題について、立法と司法の位置づけを考えてみたい<sup>13)</sup>。

## 1 非嫡出子差別をめぐる裁判の流れ

非嫡出子の差別を争う裁判は、この数年の間に注目されるようになったものである。相続分差別問題については、東京高裁は平成3年3月29日決定において、相続分差別規定が合憲であるとする判断を示している<sup>14)</sup>これに対して、前述の東京高裁の平成5年6月23日決定が出され、相続分差別が違憲という判断が初めて示された<sup>15)</sup>これに続く形で、東京高裁平成6年11月30日判決<sup>16)</sup>さらに横浜家裁川崎支部平成7年4月13日審判<sup>17)</sup>において違憲判断が出されている。その後、最高裁大法廷が平成7年7月5日決定において、相続分差別を合憲とする判断を示したわけである<sup>18)</sup>

事実婚を続ける夫婦がその間に生まれた子の住民票の世帯主との続柄欄に「子」と記載されることを問題として訴えを提起した住民票の続柄記載をめぐる裁判では、東京地裁平成3年5月23日判決は原告である事実婚夫婦には原告適格がないとして訴えを却下し、損害賠償請求も棄却している<sup>19)</sup>この判決では、住民票の記載は国が定めた統一的な事務処理要領に従ったものであり、戸籍の記載と住民票の記載との間に一定の照応関係は保たれることが望ましいということ、および現行法上で嫡出子と非嫡出子の権利義務に一定の差を設けている以上、嫡出子と非嫡出子の別が明らかにならないような記載方法が望ましいと考えられる場合でも、両者を区別する住民票の記載方法としては合理的な根拠があると指摘している。現行法である民法900条4号但し書前段の規定などを非嫡出子差別の合理的根拠としていることになる。

この控訴審である東京高裁平成7年3月22日判決は、個人のプライバシーの保護を理由として嫡出および非嫡出の別なく「子」と記載することとなった平成6年12月における住民基本台帳事務処理要領の一部改正によって判決時点では訴えの利益がないとして、原審の結論を支持した。しかし、判決は、次のように述べて原告夫婦（控訴人）の主張に一定の理解を示した。すなわち、住民票の記載が個人のプライバシーに関するものであり、住民基本台帳法の採用する公開の原則の下ではプライバシーに関する個人情報が必要に他人に知ら

れることになっており、非嫡出子が就学、就職、結婚等の社会関係において深刻な不利益な取扱いを受けている実態に照らして、嫡出子との差別的記載を住民基本台帳制度の目的との関連での合理性、必要性から判断した場合に、嫡出子、非嫡出子の区別まで記載する必要性はなく、同一の記載をしても事務処理上の支障はないと述べていることには注目すべきであろう<sup>20)</sup> この事件では、裁判途中に自治省が従来の事務処理手続を改め、結果的に原告夫婦の主張が行政に受け入れられたことになる。このような行政の事務処理方針の変更も原告らの訴えの提起やそれを支持する人々の支援がなければ進まなかったであろうことは想像にかたくない<sup>21)</sup>

児童扶養手当支給に関する非嫡出子差別を争う裁判は、変化を示している。Xは婚姻によらず、子どもAを出産し、監護養育しているが、居住地の市長に対して児童扶養手当認定請求書を提出し、Y県知事はこの資格を認定し、児童扶養手当の支給を開始した。ところが、その後、Aの血縁上の父親であるBがAを認知したため、これを知ったYはXに対して、婚外の児童が父から認知されたときには児童扶養手当を支給しないとする児童扶養手当法施行令の規定に基づき、児童扶養手当受給資格喪失処分を行った。そのため、Xがこの処分の取消を求めたという事件である。第一審である奈良地裁平成6年9月27日判決では、児童扶養手当制度は社会保障法上の制度であり、具体的にどのような措置を講ずるかの選択決定は立法府の広い裁量に委ねられているが、その支給要件が何ら合理的理由がない不当な差別的取扱となるような内容であるときには、裁量の範囲を逸脱したもので、憲法14条に反するとする。そして、児童扶養手当法は父親不在の家庭の経済状態という事実に着目して、その支給要件を設けているのであって、認知により扶養義務者である父親が現れたことは支給打ち切りの対象とならないこと、婚姻外の児童が認知されたからといって、婚姻を解消した母親に監護される児童に比べて社会的・経済的に恵まれた生活環境で養育されるとは考えられないことなどをあげて、問題の児童扶養手当法施行令の規定が違憲であるとしたものである<sup>22)</sup> これに対して、控訴審である大阪高裁平成7年11月21日判決は原審判決をくつがえし、児童扶養手当法施行令

の定めが合理的なものであると判断した。この判決では、社会保障の面で子どもに対してどのような立法措置を採るかは立法府の広い裁量に委ねられるとして、現行の児童扶養手当法施行令の取扱いは合理的で、裁量の範囲内としている。打ち切り処分の取消は認知された非嫡出子を支給対象とする法令の制定と同じ結果となり、立法権への侵害となると述べている<sup>23)</sup> 司法の積極的な違憲判断は立法の裁量を侵害するということであり、水野教授らの指摘と同様であろう。

このような裁判の動きの中で、民法 900 条 4 号但し書前段の相続分差別規定が他の非嫡出子差別の根源的な規定として意味を有していることが明らかになってきている。その意味では、二宮周平教授が指摘するように、非嫡出子の法的差別問題の中で、相続分差別規定が象徴的な意味を持っていることは否定しがたいことであるように思われる<sup>24)</sup>

## 2 相続分差別規定の趣旨をめぐる議論

民法 900 条 4 号但し書前段の規定において非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の 2 分の 1 とした趣旨について、東京高裁平成 5 年決定と最高裁大法廷平成 7 年決定では異なる理解を示している。東京高裁決定が、法律婚の保護をその趣旨と理解しているのに対して、最高裁大法廷決定は相続制度全体の中で非嫡出子の保護を図ったものと理解している。

### (1) 東京高裁平成 5 年決定と最高裁大法廷決定反対意見

東京高裁平成 5 年決定の論理は、民法 900 条 4 号但し書前段の法定相続分の割合の差は、法律婚家族の保護を図るために、嫡出子および法律上の配偶者と対比して非嫡出子の相続分の割合を減少させているものと理解している。法律婚家族保護のための相続分差別とする考えが示されている。このような理解は一般的なものといえるだろう。明治民法の起草者の 1 人である穂積陳重博士は、民法の建前から法律婚を尊重し、嫡出子を非嫡出子よりも優先させることが当然と述べて、非嫡出子の相続分が嫡出子の 2 分の 1 となったのは、特別な基準

があったわけではないが、大宝令の例をあげて、歴史的・沿革的理由に基づくものであるとしている<sup>25)</sup> また、第2次大戦後の民法改正の際には、法律婚の尊重という法律の建前と非嫡出子の個人の尊厳という憲法の要請とを調和させるという問題に直面した結果、嫡出子と非嫡出子とを同等に扱うことは法律婚の尊重をうたう現行法に矛盾することが指摘され、正当な婚姻から生まれた子とそうでない子を区別するのは正当な婚姻を奨励尊重するための合理的な差別として是認される<sup>26)</sup>として、明治民法の規定が維持され、現行規定となったとされる。

東京高裁決定は、非嫡出子に対する相続分差別が憲法14条1項にいう「社会的身分による経済的または社会的関係における差別的取扱い」にあたるとした上で、憲法14条に違反するかどうかの判断をこの差別的な取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかの問題とする。そして、合理性判断の基準を立法の目的の重要性と目的と規制手段との間の実質的関連性の2点におき、この点について検討を加えている。ここで、民法900条4号但し書前段の立法目的に言及しているわけである。この点について、「適法な婚姻に基づく家族関係を保護するという立法の目的それ自体は、憲法24条の趣旨に照らし、現今においてもなお、尊重されるべきであり、これが重要なものであることを肯定する。しかしながら、嫡出子と非嫡出子との相続分を同等としても、これにより配偶者の相続分はなんらの影響を受けるものではないし、仮に、配偶者の側に実質的な不平等が生ずることがあるにしても、寄与分の制度を活用することにより是正可能であることが留意されるべきである」と述べて、非嫡出子の個人の尊厳の犠牲の下で適法な婚姻家族を保護するような立法は極力回避すべきであると指摘している。次に、民法900条4号但し書の規定によって妻の子を妾の子よりも重視することになり、結果的に法律婚家族の利益が一定限度で保護されていることは否定しがたいと述べて、規制と立法目的の間には一応相関関係があるといえるとする。しかし、この規制があっても、婚外子の出現を抑止することはほとんど期待できず、非嫡出子から見れば父母が適法な婚姻関係にあるかどうかはまったく偶然のことに過ぎず、自己の意思や努力によってはいか

んともしがたい事由により不利益な取扱いを受ける結果となることが留意されるべきであるとする。さらに、「規制は、一律に非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1としているから、たとえば、母が法律婚により嫡出子を儲けて離婚した後、再婚し、子を儲けた場合に、再婚が事実上の婚姻にすぎなかったときは、母の相続に関しても、嫡出子と非嫡出子とが差別される結果となり、同号但し書前段が本来意図している法律婚家族の保護を越えてしまう結果を招来する」とし、規制の範囲が立法の目的に対して広すぎるという点を指摘し、適法な婚姻家族の保護という立法目的を達成する上で事実上の関連性を有するといえるかどうか疑わしいと述べている<sup>27)</sup>

最高裁大法廷平成7年決定においても、5名の裁判官が反対意見を述べている。この反対意見はおおむね東京高裁平成5年決定の立場と同じであり、婚姻の尊重という立法目的から見て非嫡出子が法定相続分において区別されることには立法目的と手段との間に実質的関連性がなく、合理的な差別とはいえないとする。また、非嫡出子の保護をも目的とするという多数意見に対して、この規定が社会に及ぼしている現実の影響を無視していると批判し、本件規定がただ法定相続分においてのみ非嫡出子を差別したのにとどまらず、非嫡出子を嫡出子より劣後するものとする観念を社会的に受容させる一因となっている点を指摘している<sup>28)</sup>尾崎裁判官はさらにそのような趣旨を補強する追加反対意見を述べている<sup>29)</sup>

## (2) 最高裁大法廷決定多数意見

このような考えに対して、最高裁大法廷平成7年決定の多数意見の見解は、相続制度全体の中で法律婚家族の尊重の法的建前の下で非嫡出子の保護を図ったものとする。多数意見は、現行相続制度を概観した上で、相続制度はその国における婚姻関係・親子関係に対する規律をも含めて総合的に考慮されるもので、立法府の合理的裁量に委ねるほかないことや、法定相続分の定めは被相続人の遺言による相続分等の指定がない場合において補充的に機能するものであることを指摘している。そして、民法が法律婚主義を採用した結果、嫡出子と

非嫡出子の区別が生じ、内縁関係の配偶者には相続権が与えられないなどの差異が生じてもやむをえないとし、「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される」と述べて、民法900条4号但し書前段の規定には合理的根拠があり、立法府に与えられた裁量判断の限界を超えたとはいえないと結論している<sup>30)</sup>

この多数意見に賛成しながら、5名の裁判官が補足意見を述べている。このうち、可部裁判官は、婚内子と婚外子との間に相続分について差異が生ずるのは法律婚主義の論理的帰結であるとも指摘し、男女の結合や婚姻の実情は千差万別であって、立法の実際において、婚外子に婚内子と一律平等の扱いをするかどうかを千差万別の実情の中で一律画一的な線を引くことを余儀なくされるが、ここで議論されているのは、相続権を認めるかどうかではなく、相続割合の当否にほかならないのであるから、法律婚主義を採用し、生前贈与や遺贈または相続分の指定のない場合の補充的規定としての法定相続分に関する本件規定の当否は立法の裁量の範囲内に属すると述べて、多数意見を補強するものである<sup>31)</sup>

### (3) 最高裁大法廷決定多数意見補足意見

これに対して、他の4名の裁判官の補足意見は多数意見を支持しながらも、差別的規定の合理性に一定の疑問を投げかけている。大西裁判官は、本件規定が立法当時の社会的諸条件の下ではそれなりの合理性を有したといえるとしながら、婚姻、家族に関する国民の意識の流動化などにみられる著しいわが国の社会事情や国民感情等の変化、さらに国際人権規約や子どもの権利条約にみられるようなわが国を取り巻く国際的な環境の変化をあげて、立法府の裁量の限界を超えているとはいえないものの、立法理由との関連における合理性はかなり疑わしい状態に立ち至ったものをつけ加えている<sup>32)</sup> 園部裁判官もこの意見



に同調している。また、千種裁判官および河合裁判官の補足意見は、制定当時に合理的理由があったが、その後の経過とともに対象とする事柄をめぐる事情が変化し、その合理性が疑問とされる事態が生じることはあり得るという一般論を述べ、本件についても合理性を疑問とする立場の生じていることは理解しようとしながら、これに対処するには立法によって本件規定を改正する方法によることが至当であるとするものである。そして「本件規定は親族・相続制度の一部分を構成するものであるから、これを変更するに当たっては、右制度の全般に目配りして、関連する諸規定への波及と整合性を検討し、もし、必要があれば、併せて他の規定を改正ないし新設すべきものである。また、本件規定に基づく相続関係の処理は、過去長年にわたって行われてきたし、現在も行われつつある上、近い将来を見越しての準備もされていると思われる。したがって、本件規定を変更する場合、その効力発生時期ないし適用範囲の設定も、それらへの影響を考慮して、慎重に検討すべき問題である。これらのことは、すべて、国会における立法作業によって、より適切になし得る事柄であり、その立法の過程を通じて世論の動向を汲み取るとともに、国民に対し、改正の趣旨と必要性を納得させ、周知させることもできるのである」と続け、立法による解決に委ねるべきとする態度を示している<sup>33)</sup>。これらの補足意見は、時の経過による社会的条件等の変化に配慮する必要性を指摘し、民法 900 条 4 号但し書前段の規定の改正の必要性を示唆していることになる。相続分差別の規定が合憲か違憲かという判断を別にすれば、立法当初とは異なり、現在の社会的状況の中では非嫡出子の法定相続分を嫡出子の法定相続分の半分とすることが合理的とは言いがたいという認識は反対意見と同趣旨であるといえる。

#### (4) 小 括

最高裁大法廷の多数意見は非嫡出子にも相続権を与えているのだから非嫡出子の保護を図っているとする。そして、嫡出子との差が不合理である場合には、寄与分や生前贈与・遺贈によって調整を図ればよいと言う。逆に、東京高裁平成 5 年決定や大法廷反対意見は法定相続分が平等であったとしても、嫡出子や

法律上の配偶者の不利益をそれらの制度によって補うことができるものと理解しているように思われる。相続制度全体の中でそれぞれの相続人の利益の調整を図るという場合に、嫡出子とそうでない子との法定相続分という遺産分割の基準に差を設けることが必要かどうかという判断がここでは必要であろう。そのような差別的規定がなくても、親への扶養や親への寄与などを考慮して、相続人への調整をはかることができる制度であるのであれば、明確な差別的規定をおかなくても親の面倒をみてきた嫡出子や配偶者に不当な結果を強いることにはならないだろう。

### 3 子どもの保護と家族の政策

非嫡出子の差別が法律的にはもちろん、社会的に存在していることは否定しがたいことである<sup>34)</sup>。そのような社会的情勢の中で、非嫡出子の保護をどう考えていくべきかは家族をめぐる政策のあらわれる1つの場面といえる。ここでは、次のような点を考慮していくことが必要であろう。

#### (1) 法律婚家族の保護と非嫡出子の保護

大法院決定の多数意見は民法900条における相続分の差別を婚姻家族の保護と非嫡出子の保護との調整を図った規定と理解しているし、可部裁判官はその補足意見の中で相続権を与えていることによって非嫡出子の保護が図られており、法定相続分をどう定めるかは立法の裁量の範囲だとの趣旨を述べている。他方で、反対意見は相続分を同等にしても、婚姻家族の保護は可能であると考えている。

仮に、そのような対立状態が生じたとしても、問題はそれをどのように調整するかという政策的判断のあり方である。相続制度が財産の移転を伴う取引的な制度である以上は、単純な人権論を適用するべきではないという見解もあるが<sup>35)</sup>、いずれにしても相続制度全体の中で、相続人間の利害の調整をはかることは現行民法の諸規定および家事調停制度・家事審判制度の趣旨から明らかである。協議や調停によっても相続人間の調整がつかない場合には、法定相続分を

基準として、生前贈与や寄与分を考慮し、一切の事情を斟酌して家庭裁判所が遺産分割の審判をおこなうことになる。また、被相続人は遺言という手段によって相続人間の調整を図ることも可能である。その相続人の中に被相続人の子どもである非嫡出子が含まれているわけであるから、それだけを見れば非嫡出子の利益を図る手段が存在していることになる。その観点からすれば、確かに、非嫡出子の保護は図られるとすることができる。しかし、非嫡出子への配慮がなされているからそれで十分であると言いうるのかどうかを考えなければならない。

相続分に関する嫡出子と非嫡出子との差の問題を、多くの人が抱くであろう対立構造に即してきわめて単純に図式化すれば、法律上の婚姻に基づく家族の保護と婚姻外で生まれた子どもの保護との対立の中で、いずれの保護を優先させるべきかという問題のようにとらえられる<sup>36)</sup>しかし、そもそもそのような対立図式で説明がつくほど簡単ではないし、この2つの保護という要請が必ずしも矛盾するものとも言えない。これらの2つの保護が対立する図式であらわれるとは限らないし、相続分差別に関する東京高裁平成5年決定も、最高裁大法廷決定も、非嫡出子の保護を否定するものでも、婚姻家族の保護を否定するものでもないことは言うまでもない。

## (2) 非嫡出子の類型

非嫡出子とはいっても、その実態はさまざまである。このことは、現実に裁判にあらわれたそれぞれの事例を見れば分かる。相続分差別が問題となった裁判の事例を見てみると、その事情が画一的ではないことが分かる。

たとえば、東京高裁平成5年決定の事案は概略次のとおりである。原告人XはA男とB女との間に生まれた非嫡出子であり、Aには妻Cとの間に嫡出子Dがおり、Bには前夫との間の嫡出子Eがいた。Xは後に裁判により認知されている。Aは妻Cの死後、Y1と再婚している。Aが死亡したため、Xは千葉家庭裁判所でY1およびCとの間で遺産分割の調停をしていたが、調停は不調に終わり、審判に移行した。調停の途中でCが死亡し、その地位をCの妻Y2、子ど

もY 3～Y 6が引き継いだ。千葉家庭裁判所は、現行民法900条4号但し書前段の規定によりXの相続分をCの2分の1とする遺産分割審判をした。そこで、Xがこれを不服として抗告したというものである。

また、同様に違憲判断が出された東京高裁平成6年判決の事案は次のようなものである。被相続人Aには法律上の配偶者Bとの間に4人の嫡出子があり、他の女性Cとの間に5人の非嫡出子（1名は戦死）がいる。Aは非嫡出子のうちの1人X 1を養子にし、さらにその妻X 2、その子X 3、X 3の妻Dを養子にしていた。Aの死後、嫡出子らはその相続分をX 1～X 3、D、X 1のその他の子であるX 4、X 5、X 5の妻X 6、訴外Eに贈与し、その後Eは贈与を受けた相続分をX 1～X 3に贈与し、DもX 1～X 6に贈与している。これを前提として、X 1らは他の非嫡出子Y 1～Y 3に対して、相続財産である不動産の共有持ち分の確認と共有物分割の協議を求め、協議ができないとして不動産を競売してその売得金の分割を求める訴訟を提起したというものである。第一審判決は民法900条4号但し書前段の規定を前提としてX 1らの請求を認めたため、Y 1らが控訴したものである。

最高裁大法廷の事案は次のようなものである。被相続人亡Aは1人娘であったため、家の後継ぎとしての婿養子を選ぶため、いわゆる試婚をおこなった結果婚姻届出に至らなかったB男との間にCが生まれ、このCの相続人の1人が遺産分割の申立をおこなったという事案である。被相続人には、相続人として、嫡出子であり現に生存している子どもD、E、F、Gの4名、嫡出子であるがすでに死亡している子どもの代襲相続人H、I、Jの3名、および嫡出でない子どもCの代襲相続人K、L、Mがいる。現行民法900条の法定相続分によれば、各相続人の相続分は、D～Gは33分の6、H～Jは33分の2、K～Mは33分の1である。これらの相続人間の協議および調停がまとまらず、Kが遺産分割審判を申し立てたが、静岡家庭裁判所熱海支部は法定相続分のおりの持ち分を確認する審判を出したため、Kが抗告し、抗告審の東京高等裁判所もこれを支持し、抗告を棄却した。そこで、Kが特別抗告したというものである。

さらに、大法廷決定と同時に審理された別件の事案は、被相続人には、相続

人として非嫡出子A, B, C, 嫡出子として前妻の連れ子を養子にしたD, E, および前妻との間に出生したFの合計6名がいるというものである。被相続人の家業を非嫡出子であるBが継いで、一家の中心的存在となっていたというものであるが、被相続人の死後、他の相続人がBに法定相続分を譲渡したものの、嫡出子のFが譲らず、両者の間の争いとなり、原審がFからの遺産分割審判の申立に対してBからFへ法定相続分9分の2に相当する調整金を支払う旨の審判をしたのに対して、Bが特別抗告したというものである。

加藤一郎教授は非嫡出子の種類を3つに分けて考える必要性を示唆している。加藤教授の理解によれば、非嫡出子は妾腹型、偶然型、意識型の3つに分類できると指摘している<sup>37)</sup> また、大村敦志助教授は非嫡出子の相続分が問題となる場合を嫡出子が含まれない単独型と嫡出子が含まれる併存型に大別し、さらに併存型を法律婚の存在の前後に非嫡出子が生まれたという異時型と法律婚存続中に非嫡出子が生まれたという同時型とに分けることができるとして、それぞれの場合において非嫡出子差別の問題を検討する必要性を指摘している<sup>38)</sup> 法律上の婚姻関係との関連で当該の非嫡出子の立場を位置づけようというものであり、法律婚の尊重と子どもの保護の要請を調和させようという考えである。ここでは、フランス法にみる自然子の区別が念頭におかれているように思われる<sup>39)</sup>

現実のそれぞれの事案にはそれぞれ違いがあるといえる。このような場合に、どのように対応するべきかという点について、1つの考えはかつてのフランス民法の立場のようにいくつかの異なる処理方法を考えるということであろう。非嫡出子が生まれる場合はさまざまでありうるわけであるから、それを1つの枠組みの中で処理しようとするには無理があると考えすることは自然である。その場合には、個々の事案がそれぞれ問題となる裁判の場で個々バラバラな判断をくだすことによって合理的な解決を図るのではなく、立法の問題として考慮すべきというのが加藤教授や大村助教授の考えであろう。しかし、これに対して、最高裁大法廷多数意見の補足意見を述べた可部裁判官は千差万別な事情の中で立法としては画一的な線を引くことを余儀なくされるとされ、む

しろ立法の場においては画一的な基準を考慮すべきことを示唆している。<sup>40)</sup>

### (3) ライフスタイルの自由と子どもの保護

住民票の続柄記載を争った夫婦の場合は婚姻届出を意識的に避けている事実婚の夫婦から出生した非嫡出子であり、この子と利害の対立する法律上の配偶者や嫡出子がいるわけでもない。児童扶養手当法施行令の規定を争っている女性も法律上の婚姻を避けて子どもを出産したわけである。ここでは、特に、意識的に法律婚を避けた夫婦や女性のライフスタイルの自由が問題とされる。非嫡出子差別の問題を考える際に、子どもの人権の尊重という観点とともに、差別批判の1つの有力な根拠として、子どもが嫡出かどうかによって差別することが、結果的に親の生き方の自由を阻害するという考え方がある。親の自己決定権の尊重、ライフスタイル選択の自由の尊重という観点からの非嫡出子差別批判である。婚姻届出をせず、法律婚を選ばず、事実婚を選択したり、婚姻によらず子どもを出産するような親の生き方によって、生まれてきた子どもが差別されることになると、そのような子どもがかわいそうだからとして親自身が主張を変え、生き方を変えることを余儀なくされ、自由な生き方が制約されることになるというものである。<sup>41)</sup>

このような主張に対して、批判も強い<sup>42)</sup>。たとえば、水野教授は次のように指摘する。自由で独立した平等な男女が婚姻して家族となることを選択した場合には、子を含む家族を安定的に維持するために両当事者間に権利と義務の関係が生じる。この婚姻の効果は夫婦の間では平等でなければならないが、法律上の婚姻をした夫婦とそうでない男女関係がこの権利義務という点で異なるとしても、平等原則には反しない。子どもの権利については、婚姻した夫婦の間に生まれた子どもとそうでない子どもとの間で親子関係の成立について婚姻関係の有無を考慮した設計になったとしても平等に反するとはいえないとする。個人の人権の尊重とこのような法的権利義務関係の差異に基づく措置は矛盾せず、婚姻という関係を選択した当事者間にそれに伴う権利義務が生じるにすぎないというわけである。<sup>43)</sup> 法律婚を選択するかどうかはその当事者の自由によ

ねられるが、民法が法律婚かそうでないかを区別して異なる扱いをする以上はそれに伴う差はやむをえないものだという趣旨であろう。このことは、そのような選択を自らおこなった親に対する関係では説得力を持つ。したがって、そのような当事者に法律的な扱いや権利義務関係において差が設けられることはやむをえないともいいうるだろう。しかし、だからといって、本人には何の責任もない非嫡出子に差を設けることが親の権利義務関係の差と同様に正当であるとは言いえないように思われる。

#### (4) 子どもの人権という要請

子どもの権利条約の批准等にみられるような国際的な観点からの子どもの平等と保護を理由に非嫡出子への差別的取扱いが批判されている<sup>44)</sup> 非嫡出子に対する政策を考える際には、そのような配慮も必要である。ここでは、特に、1989年の国連総会において採択されたいわゆる「子どもの権利条約」を契機とする子どもの人権という観点から非嫡出子差別の問題性を指摘することができる。そして、スウェーデンをはじめとする西欧諸国の立法例などと比較しながら<sup>45)</sup> 日本における対応の遅れが批判されている<sup>46)</sup> しかし、もちろん単純に諸外国の例にならえばよいというものでもないことは明らかであるが、人権という近代社会に普遍的な法的価値の尊重という視点は重要なものとして把握しておかねばならないだろう。

そのような考えからすれば、自分に責任のないことでたまたま法律婚によらずに出生した子どもが異なる法的取扱いを受けることは十分な合理的理由がなければ納得することはできないものである。法定相続分差別の問題にすると、たとえば、たまたま母親が婚姻していたときに生まれた子どもと母親が婚姻していないときに生まれた子どもは同じ母親から生まれた兄弟ではあっても、法律はこれに差を設けるわけである。少なくとも現行法のような画一的枠組みで非嫡出子をとらえる限りは合理的に説明のつかない事例を生み出してしまうことになる。これによって、当事者が著しい差別感を味わうこともあることは否定できない<sup>47)</sup> このような法的な差別が現実の社会における社会的差別を容認

するものと理解されたとしてもやむをえないと言える。その意味で、原則的な規範の定立にあつては、原則的な平等を志向する方向へ向かうべきであろう。

住民票の記載や戸籍の記載等の行政実務のあり方、さらに児童扶養手当などの社会保障制度のあり方やその制度の運用のあり方もそのような観点を加味して考えるべきである。特に、児童扶養手当は父親の不在の家族を保護するという配慮に基づくものであり、その中で非嫡出子や法律婚によらない夫婦や親子の結合体をどのように扱うのかという政策的問題としてあらわれることになる。そこで子どもの権利の保障と子どもの保護をどう図るのが問題となる。これらの問題に関する東京地裁や大阪高裁の判決では、そのような視点が欠落している。ただ単に行政的手続の正当性のみが問題とされ、子どもの保護や子どもの権利の確保という法的要請に配慮するという姿勢が見られない。住民票記載に関する東京高裁判決が傍論的に述べているような判断が必要であろう。

#### 4 総合的家族政策の中の非嫡出子問題

##### (1) 家族に対する政策の統一性

このような問題を個別的な問題としてそれぞれ別々の問題として理解しようとする限り、その問題を立法や行政指導によって解決すべきか、裁判によって合理的な解決を導くかという方法論的な対立は解消されないだろう。裁判が個々の具体的な問題・紛争をそれぞれの事情に応じて具体的・合理的に解決しようとするものである限り、個別性をぬぐうことはできない。立法または立法政策の問題として考えるという場合の最大の特徴は総合的な政策の枠組みの中で、統一的観点に即して個別の問題点の処理を考慮することができるという点にある。この場合、家族や子どもの保護という総合的な政策問題の中で、家族や非嫡出子に対する個々の立法や諸施策・手続をどう位置づけ、進めていくのかという方向性・指針が示されるべきであろう。ここで、家族に対する政策は、家族の持つさまざまな機能の脆弱化を補強し、支援するための諸立法・施策をさすと言われる<sup>48)</sup>。福島正夫教授は、「家族問題が深刻化し、もはや放置を許さぬ緊要性、極言すれば危機感をさえよび起こしたいま、家族に対する適切な諸対



策をうちたてかつ実施する要求の前に、この諸対策をバラバラなものとしてではなく、体系的統一的に把握することにある」と指摘している<sup>49)</sup>

しかし、現在の日本における諸施策はそれぞれ別個の政策として個々に構築されており、それらの間には関連性がないというのが現状である。非嫡出子に関する問題のみを取り上げても、たとえば、事実婚の同居夫婦について両者の所得を合算してこの世帯の所得を計算し、生活保護受給の必要性を判断したり、子どもの保育所の入所の際の保育料を算出したりして、事実上の生活状態・扶養状態を問題としつつ、所得税法では事実上扶養している子どもに対する扶養控除を認めないというような取扱いの差が、個々の法律や制度において生じている<sup>50)</sup> 法律が異なれば取扱いも異なって当然であるとするのでは、家族の政策を総合的にとらえることにはならない。

現代の日本社会において、家族や夫婦・男女、そして子どもや高齢者をめぐってさまざまな問題があらわれている。そのような社会的状況の中で、家族をどのように位置づけ、それに対する方策を構築していくのかが問われているという認識を持つべきである。

## (2) 民法における非嫡出子の位置

また、非嫡出子差別の問題を考える際には、相続分差別規定を含む民法全体の中で嫡出子と非嫡出子とがどのように位置づけられているのかを再検討することが必要であろう。たとえば、父子関係の確定という問題がある。嫡出子であろうと非嫡出子であろうと、母子関係の確定については母の子の出産という事実によって確定されると考えられ、区別されていない。これに対して、嫡出子では嫡出推定という手段によって強力な父子関係の推定制度を設け、非嫡出子の場合には強制認知として子どもの方から認知を求めることができる制度は認めているが、任意認知という父の主観的な意思によって法的父子関係を確定させることを第1義的に認めている。このような手段の違いがある<sup>51)</sup> また、親権のあり方にも差が生じており、法律婚の夫婦は子どもの共同親権者であるが、非嫡出子の親権者は父母いずれかの単独親権となる。事実婚夫婦のように、法

律上は婚姻していなくても共同生活をしている場合もあり、そのような夫婦にとっては父母のどちらか一方が子どもの親権者ということになるのは問題であろう<sup>52)</sup>。ここには、非嫡出子とその両親と共同生活するという発想が欠けている。さまざまな非嫡出子が存在するとすれば、その現実の生活関係に応じて柔軟に対応できるような制度を構築することが必要であろう。このような問題について、嫡出子と非嫡出との違いが見られる。

さらに、相続分の問題を考える際には、最高裁大法廷決定多数意見が述べているように、相続制度全体の中で考慮すべきことは言うまでもない。しかし、それだけにとどまらず、東京高裁平成6年判決の中でも指摘されたように、夫婦財産制度や扶養制度をも考慮に入れて考察すべきである<sup>53)</sup>。嫡出子であろうと、非嫡出子であろうと、親の扶養に関する義務においては同等である。一方で親の扶養に関して同等の義務を要求され、他方で親の相続について権利を制約されるというのでは、均衡を失すると批判されてもやむをえないであろう。そのような点も考慮に入れて、家族に関する法制度全体を見通した上で、個別の問題を考え、非嫡出子差別とされる問題を考えていくことが必要である。

### (3) 家族関係の多様化の中の家族政策

それぞれの時代や社会にとって適的な家族のあり方が存在するわけであり、その理想的な家族像をモデルにして諸立法・諸政策が形成され、施行されるわけである<sup>54)</sup>。したがって、社会的・経済的状況の変化の中で、家族のあり方が変化するにつれて、それに対応して家族に対する政策は変化を余儀なくされる。そして、今日重要なことは家族に対する考え方が多様化し、その生活や価値観も多様化しているという点である。夫婦の共同生活のあり方も変化している。子どもの教育や老親の扶養のために、単身赴任を余儀なくされ、別居生活をする夫婦・家族はもはや普通である。同居義務を課す民法の規定はこのような現実の前では何の役にも立たない。他方で、共同生活を続けながら法律上の婚姻を意識的に拒否する夫婦の存在も増加していると言われる。

1つの型でとらえられるような家族像がもはや存在しないのではないかとさ

え言われる現在の状況の中で、個々の家族の保護を図ることを考えることが求められている。そういう観点から、非嫡出子の平等と保護という問題を考えるべきであろう。1つの理念でとらえられる家族像が揺らいでいる状態において、家族に関する立法はさまざまな価値を持つ人々を広く視野に入れた視点から考察すべきであり、多元的である方が技術的には問題が少ないことになるだろう<sup>55)</sup> 世論調査などによって、非嫡出子の法定相続分の平等化には賛否両論が分かれていることははっきりと浮かがるし、その割合からすると非嫡出子の法定相続分の同等化についての反対はかなり強いことがうかがえる<sup>56)</sup> 単純に世論調査の結果としての数値を信用することはできないが、慎重に取り扱う必要があるだろう<sup>57)</sup> 画一的な価値観に基づいて政策の枠組みを考えると、その枠からはみ出してくる種々の事情を一切切り捨てることになり、人々に不公平感を与えてしまう<sup>58)</sup>

### むすび～立法か裁判か

非嫡出子の法定相続分差別を考える場合にも、法定相続分だけの問題としてとりあげて論じることは適切ではないが、相続制度全体の中で考慮するだけでも不十分であり、家族をめぐる総合的政策の中でこの問題をどう位置づけ、諸施策をどう整合的に関連づけるかという視点から考えることも必要である。

また、非嫡出子を嫡出子と同等に扱わないことによって、どのような利益が確保されるのかという観点から問題を考えてみることも必要であろう。相続分の差別は、法律婚による男女の結合である婚姻家族の価値をそうでない男女の結合よりも高くみるということである。その結果、嫡出子が非嫡出子よりも優先されることになっている。そもそも非嫡出子差別の問題はこのような対立的問題であったのであろうか。婚姻家族を優先するから、現行の相続法秩序の上では嫡出子が非嫡出子よりも多くの権利を持つべきであると結論することができるのであろうか。法律婚を保護するのであれば、配偶者の優先権を認める方が有効であろう。

住民票の記載の差は子どものプライバシーを公にするだけであり、非嫡出子

への社会的差別をかえって助長する結果をもたらしてしまう。嫡出子と非嫡出子の世帯主との続柄記載を区別することによって何らかの法的メリットがあるかどうかは、現在差別的記載を改めた行政実務の変更を見れば明白であろう。認知された非嫡出子に対する児童扶養手当の支給の停止という行政的措置は、両親が離婚したり、父親が死亡したりして母親に監護養育されている嫡出子の方がより保護を必要とする家族であるという認識の下で成立するものであり、法律婚による家族の価値を優先するという発想がうかがえる。しかし、本来、社会保障や福祉制度はそれを必要とする人に提供されるという趣旨の制度であり、必要とする人に対して、非嫡出子であることを理由に特別な条件を課して制度の利用を制限する必然性があるかどうかが問題である。それをすべて立法や行政の裁量の問題として処理してしまうことは適切ではないと思われる。

いずれにしろ、非嫡出子の差別問題を立法の問題として解決していくことが最終的には必要であることは言うまでもない。しかし、このような法律の改正を促すためには、残念ながら立法府や行政府の自主的な政策的判断に委ねてはどうにもならなかったということである。法定相続分の差別問題は、なによりも第2次大戦後の家族法改革時にすでに指摘されていた問題であるし、1980年の相続法改正の際にも取り上げられ、法制審議会では改正の方向で検討されながら、世論の反対を理由に見送られた経緯もある<sup>59)</sup>。そして、それ以後その問題を今回の一連の裁判が注目を集めるまで立法の問題としては取り上げてこなかった経緯も念頭に置く必要があるだろう。つまり、権利を主張する具体的な人が登場して、裁判によって争うことによって初めて種々の非嫡出子差別問題を見直そうという世論の雰囲気が生まれてきたということである。その意味では、誰かが具体的な問題として提示する必要性があったということになる。そして、その場合でも、たとえば、最高裁大法廷決定の多数意見の補足意見のように、「合理性が疑わしいから立法によって解決するのが望ましい」という判断であれば、立法政策として解決すべきという態度を採る人々も納得できるものであったといえるだろう。しかし、東京高裁の平成5年決定のように違憲判断

が示されることによって、この問題に対する関心が一層強まったと考えることができるわけであり、法改正の必要性が一層強まったと感ずることができた。その意味からすれば、裁判による違憲判断も必要であったといえる。

裁判による違憲判断を否定する大きな要因は、加藤一郎教授が指摘するように、遡及性の問題である<sup>60)</sup> 民法 900 条が違憲であるということは、日本国憲法制定当時から違憲であったということ認めることであり、今までの遺産相続をすべてやり直すべきであるということになりかねず、また、裁判所の違憲判断を見て、次々と非嫡出子が相続における平等的取扱いを求めて提訴するようなことになっては混乱が生じるということである。これに対しては、加藤教授自身が紹介しているようにアメリカ法の「判例の不遡及的変更」という考えを用いることもできる<sup>61)</sup> 現に、最高裁大法廷決定の反対意見は「違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以後に限定することも可能である」として、違憲判断の不遡及的効力を認めている<sup>62)</sup> また、自分の権利を求めて、裁判によって相続における不利益な取扱いの排除を要求する者だけがその権利を認められ、裁判を起すことなく不利益な取扱いに甘んじる者との間に差が生じるということにもなるということもあろう。しかし、自ら権利を求めてそれを主張する者と、主張しない者を区別したとしても、やむをえないと考えるしかないだろう。

このような問題も早めの法改正によって混乱を最小限度にとどめることもできるだろう。最終的には、立法的措置やその検討が必要である。しかし、仮に、法定相続分において嫡出子と非嫡出子とを区別することが不合理であると感じた場合に、個々の人間が法律の改正が必要であると立法府や行政に働きかけて法改正を押し進めるようなことや、人々の生活関係に応じて柔軟な感覚で立法や行政に携わることを要求することがどの程度可能であろうか。ここで取り上げたような裁判所の判断が法改正・立法措置の検討を押し進める要因となったことは否定できないだろう<sup>63)</sup> 司法の役割は具体的な問題の合理的解決にあると同時に、紛争解決基準の 1 つである法規範の合理性を点検していくことにありと考えるべきである。時代とともに変化していく社会的状況の中で現在の法

規範の社会的妥当性や合理性は刻々に変化するものであり、それに対する判断として憲法違反という判断が生まれたとしても、それを否定するべきではないと思われる。

- 1) 高民集 46 卷 2 号 43 頁, 家裁月報 45 卷 6 号 104 頁, 判例時報 1465 号 55 頁, 判例タイムズ 823 号 122 頁。
- 2) 新聞によっては、このような問題の特集のような形でとりあげている。たとえば、愛媛新聞は 1994 年 5 月 28 日～5 月 30 日にかけて、「差別される子供たち」とする記事を掲載し、住民票の記載問題, 法定相続分の問題, 児童扶養手当問題をとりあげている。
- 3) 判例時報 1512 号 3 頁。
- 4) 判例集未掲載。1994 年 9 月 29 日付愛媛新聞。
- 5) 前者については、判例時報 1382 号 3 頁。なお、控訴審判決(東京高裁平成 7 年 3 月 22 日判決)は、判例時報 1529 号 29 頁, 判例タイムズ 874 号 82 頁。後者については、判例集未掲載, 1995 年 11 月 22 日付愛媛新聞。
- 6) 民集 49 卷 7 号 1789 頁, 判例時報 1540 号 3 頁。なお、原審(東京高裁平成 3 年 3 月 29 日決定)は判例タイムズ 764 号 133 頁。
- 7) この方向性は法制審議会では維持され、平成 8 年 1 月に公表された「民法の一部を改正する法律案要綱案」にも含まれている。しかし、夫婦別氏選択制度等への世論の反対もあって、平成 8 年 10 月現在、法律案の提出には至っていない。
- 8) 代表的には、二宮周平「非嫡出子差別はくずれた」法学セミナー 465 号 53 頁, 米沢広一「民法 900 条 4 号但書の合憲性を問う」法学セミナー 465 号 58 頁(1993 年)。なお、二宮周平「『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて(1),(2・完)」立命館法学 223・224 号 581 頁, 225・226 号 970 頁(1992 年) 参照。
- 9) 加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト 1042 号 62 頁(1994 年) 参照。加藤教授は特に判例変更と遡及効との関係を問題とされている。なお、大法廷決定の反対意見は、違憲判断の不遡及的効力を認めている。
- 10) 「座談会：非嫡出子の法的地位をめぐって」ジュリスト 1032 号 47 頁(1993 年) 参照。なお、水野紀子「子どもの平等権～非嫡出子問題を中心に」家族(社会と法) 10 号 158 頁以下(1994 年)では、民法が私人間の利益の調整のための技術の体系であるという認識が欠けたまま、短絡的にスローガ的に平等原則の適用が議論されていると批判し、「立法論ではなく、家族間の財産調整という配慮が不可能であり過去の相続事件すべてに遡及的な影響の

- 及ぶ法解釈として、財産権にすぎない相続分を変更する点で問題がある」と述べている。
- 11) なお、補足意見では、大西裁判官は相続分差別規定の合理性がかなりの程度で疑わしい状態に至ったと指摘し、千種裁判官および河合裁判官は国会の立法作用による改正の必要性を示唆している。
  - 12) たとえば、米倉明教授は「すべての立法は立法政策の所産だから、この論法では違憲立法審査権を認めないに等しい」と批判される。米倉明「判例批評」『家族法判例百選<第5版>』（有斐閣、1995年）153頁。
  - 13) 学説上の議論については、たとえば、西原道雄「判例批評」私法判例リマークス5号96頁～99（1992年）頁参照。
  - 14) 判例タイムズ764号133頁。これは最高裁大法廷決定の原審である。この決定に対する評釈として、西原道雄「判例批評」私法判例リマークス5号96頁、棟居快行「判例批評」ジュリスト1002号22頁（1992年）、若林昌俊「判例批評」判例タイムズ790号134頁（1992年）がある。
  - 15) この決定に関する評釈等は多数にのぼっている。本論文中で引用しているもののほか、棟居快行「判例批評」法学教室159号92頁（1993年）、菊地博「判例批評」判例タイムズ827号4頁（1993年）、中川淳「判例批評」法律のひろば46巻10号58頁（1993年）、久貴忠彦「判例批評」私法判例リマークス9号20頁（1994年）、菅野佳夫「判例批評」判例タイムズ829号48頁（1994年）、初宿正典「判例批評」法学教室160号66頁（1994年）、伊藤昌司「判例批評」判例評論422号41頁（1994年）、二宮周平「判例批評」判例タイムズ838号64頁（1994年）、長尾英彦「判例批評」ジュリスト1046号20頁（1994年）、田中恒朗「判例批評」判例タイムズ852号148頁（1994年）、佐藤隆夫「非嫡出子と相続問題」法律のひろば46巻9号48頁（1993年）、久留都茂子「非嫡出子「区別」は違憲」書斎の窓428号6頁（1994年）、川端和治「非嫡出子の相続分規定を違憲とする東京高裁決定をめぐって」書斎の窓428号11頁（1994年）、戸波江二「国の関与しない違憲判決？」法学教室166号59頁（1994年）、君塚正臣「非嫡出子の憲法学」阪大法学44巻2＝3号363頁（1994年）、泉久雄「家族をめぐる問題」法学教室171号14頁（1994年）、泉久雄「嫡出でない子の法的地位」ジュリスト1059号123頁（1994年）、米倉明「非嫡出子相続分差別是認論における本気と浮気」新しい家族24号43頁（1994年）、米倉明「非嫡出子相続分差別是認論における本気と浮気（続）」新しい家族26号46頁（1994年）などがある。
  - 16) 判例時報1512号3頁。評釈として、中山道子「判例批評」ジュリスト1068号8頁（1995年）。
  - 17) 判例集未登載。朝日新聞1995年4月14日付。
  - 18) この決定についての評釈として、久貴忠彦「非嫡出子の相続分に関する大法廷決定をめ

- ぐって」ジュリスト1079号(1995年), 野山宏「非嫡出子相続分違憲特別抗告事件最高裁大法廷決定」ジュリスト1079号(1995年), 高見勝利・右近健男「非嫡出子相続分規定大法廷決定を読む」法学教室183号(1995年), 米倉明「非嫡出子の法定相続分差別は違憲か」法学セミナー490号4頁(1995年), 西山井依子「非嫡出子相続分規定最高裁大法廷決定」判例時報1552号190頁(1996年)などがある。
- 19) なお, 内野正幸「住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方」筑波法政16号193頁(1993年), 長尾英彦「非嫡出子記載取消事件判決について」中京法学26巻3=4号1頁(1992年)など参照。
  - 20) 判例時報1529号38頁~41頁。
  - 21) 高橋菊江ほか『夫婦別姓への招待(新版)』(有斐閣, 1995年)106頁~110頁参照。
  - 22) 判例集未登載のため, 詳細は木下秀雄「判例批評」ジュリスト1068号210頁(1995年)参照。
  - 23) 判例集未登載。愛媛新聞1995年11月22日付記事参照。なお, 市川正人「児童扶養手当と婚外子差別」法学セミナー501号81頁(1996年)参照。
  - 24) 二宮周平「婚姻の尊重と婚外子の差別は必然的なものか」婚姻法改正を考える会編『ゼミナール婚姻法改正』(日本評論社, 1995年)224頁参照。
  - 25) 「第187回法典調査会議事速記録」『法典調査会議事速記録7』(商事法務研究会, 1984年)558頁~559頁参照。
  - 26) 谷口知平・久貴彦彦編『新版注釈民法(27)』(有斐閣, 1989年)184頁[有地亨]。
  - 27) 判例時報1465号57頁~58頁。
  - 28) 民集49巻7号1804頁~1809頁。
  - 29) 民集49巻7号1809頁~1813頁。
  - 30) 民集49巻7号1791頁~1795頁。
  - 31) 民集49巻7号1796頁~1800頁。
  - 32) 民集49巻7号1800頁~1803頁。
  - 33) 民集49巻7号1803頁~1804頁。
  - 34) たとえば, 二宮周平「非嫡出子の平等化」石川稔ほか編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993年)346頁~349頁, 水野紀子「子どもの平等権」家族〈社会と法〉10号163頁以下, 善積京子編『非婚を生きたい』(青木書店, 1992年)22頁以下参照。なお, 日本における非嫡出子の出生等の状況については, 加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト1042号63頁~65頁, 善積京子『婚外子の社会学』(世界思想社, 1993年)71頁以下参照。
  - 35) 水野紀子「子どもの平等権」家族〈社会と法〉10号158頁~159頁など参照。



- 36) 善積京子「婚外子差別から見た家族政策」八木正編『被差別世界と社会学』（明石書店、1996年）185頁は、「日本では今だに、婚外子の権利と『妻』の権利とが対立的に捉えられ、婚外子の差別を『妻』の権利や法律家族をまもるために『しかたがないもの』と思っている人も多い。しかし、政府や司法が保護しようとしているのは、『法律婚家族』や『妻の座権』であって、自立した女性としての権利を保障するものではない」と述べている。また、米倉明「判例批評」『家族法判例百選〈第5版〉』153頁は、内縁関係の保護などをさして民法は法律婚をそれほど重視していないと述べている。
- 37) 加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト1042号64頁～65頁。
- 38) 大村敦志「判例批評」法学教室159号95頁（1993年）。
- 39) フランス民法では、いわゆる非嫡出子を自然子と呼び、これを単純自然子、近親子、姦生子に分け、これに応じて法的取扱いに差を設けていた。しかし、1970年代以降の家族法改正の中で、近親子および姦生子という用語の廃棄とともに、自然子と嫡出子との差の解消、自然子間の差の解消が進められ、子の平等化が図られている。しかし、いわゆる姦生子については相続における差が相続されていることには注意を要する。これらの経過については、稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985年）57頁以下、有地亨「フランスにおける親子法の近時の展開」ジュリスト604号106頁以下（1976年）、山田美枝子「フランス親子関係法における自然子の権利の保障の変遷」慶応大学法学研究69巻1号369頁以下（1996年）など参照。
- 40) 民集49巻7号1800頁。
- 41) 代表的には、二宮周平教授の主張があげられる。二宮周平「非嫡出子の平等化」石川穂ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版、1993年）369頁など参照。なお、棟居快行「判例批評」ジュリスト1002号23頁。善積京子「婚外子差別から見た家族政策」八木正編『被差別世界と社会学』187頁は、西欧諸国やアメリカの非嫡出子差別規定の改正が「子どもの人権の尊重」という立場からおこなわれ、スウェーデンでは「ライフスタイルの中立性」の論理から非嫡出子差別の撤廃が進められたと述べている。
- 42) 大村敦志「判例批評」法学教室159号95頁、水野紀子「子どもの平等権」家族〈社会と法〉10号162頁～163頁など参照。
- 43) 水野紀子「子どもの平等権」家族〈社会と法〉10号162頁参照。
- 44) 二宮周平「『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて（2・完）」立命館法学225・226号970頁以下など参照。なお、子どもの権利条約については、永井憲一編『子どもの権利条約の研究』（法政大学出版局、1992年）所収の各論稿、広沢明『憲法と子どもの権利条約』（エイデル研究所、1993年）など参照。
- 45) スウェーデンについては、菱木昭八郎「スウェーデン親子法改正の問題点」専修法学論集

- 28号40頁など参照。なお、水野紀子「比較婚外子法」川井健ほか編『講座現代家族法3巻』（日本評論社、1992年）133頁以下参照。
- 46) 善積京子「婚外子差別から見た家族政策」八木正編『被差別世界と社会学』185頁～187頁など。
- 47) 愛媛新聞1994年5月29日付け記事「差別される子供たち〈中〉」参照。
- 48) 山脇貞司「わが国の家族の法政策」静岡大学法経研究44巻4号101頁（1966年）参照。
- 49) 福島正夫「現代日本の家族政策と法」福島正夫編『家族政策と法1』（東京大学出版会、1975年）9頁。
- 50) たとえば、事実上の家族における所得税法の扶養控除の可否について争われたものとして、東京地裁昭和62年12月17日判決（判例時報1268号22頁）がある。なお、上告番である最高裁平成3年10月17日判決については、二宮周平「判例批評」法学教室141号102頁（1992年）参照。
- 51) たとえば、水野紀子「比較婚外子法」川井健ほか編『講座現代家族法3巻』137頁以下、二宮周平「非嫡出子の平等化」石川稔ほか編『家族法改正への課題』366頁～369頁など参照。なお、加藤佳子「親子関係の成立（4・完）」名古屋大学法政論集136号496頁（1991年）は、認知制度に非嫡出子差別の思想があるとする。
- 52) 二宮周平「非嫡出子の平等化」石川稔ほか編『家族法改正への課題』366頁。
- 53) 判例時報1512号10頁。
- 54) 利谷信義『家族と国家』（筑摩書房、1987年）62頁以下参照。
- 55) 米倉明「家族立法のあり方」石川稔ほか編『家族法改正への課題』27頁。なお、大村助教は、フランスの家族法改革の問題を考察して、改革の中心となったカルボニエ教授の立法観を分析し、多元主義的立法の実効性を指摘している。大村敦志「フランス家族法改革と立法学」法学協会雑誌110巻1号157頁以下（1993年）。
- 56) 1994年9月における「基本的法制度」に関する世論調査の結果では、「現在の制度を変える必要がない」という回答が49.4%に達し、1979年の世論調査の結果に比べると、同等にする方がいいという回答者が15.6%から28.0%に増えているものの、法律改正の必要性がないという人の割合は47.8%から増加している。月刊世論調査27巻1号31頁（1995年）参照。なお、世論調査の2重性について、大村敦志「フランス家族法改革と立法学」法学協会雑誌110巻1号164頁参照。
- 57) 加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト1042号68頁、米倉明「家族立法のあり方」石川稔ほか編『家族法改正への課題』25頁～28頁など。
- 58) このことは、現在、法律改正が大きな問題となっているいわゆる「夫婦別姓選択制度」のような主張を見るとよく分かる。夫婦同姓が画一的な規定である以上、夫婦のいずれか一方

## 家族の政策をめぐる立法と司法

- が姓を変更することを余儀なくされる。そのことを苦痛と感じる人も、喜びとを感じる人もいる。
- 59) この間の経緯については、加藤一郎「相続法の改正(上)」ジュリスト721号72頁(1980年)、「座談会：相続に関する民法改正要綱試案」ジュリスト699号32頁～34頁(1979年)参照。
- 60) 加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト1042号67頁参照。
- 61) 判例の不遡及的変更については、たとえば、田中英夫『英米法総論 下』(東京大学出版会, 1980年)486頁～490頁参照。
- 62) 民集49巻7号1809頁。
- 63) いわゆる「現代型訴訟」における「政策形成機能論」を考慮することができるだろう。田中成明『現代社会と裁判』(弘文堂, 1996年)190頁以下など参照。