

# 最高裁判所憲法判例から見る「法と家族」に関する考察 —法教育での判例教材の活用可能性を視野に入れながら—

坪井 龍太\*

## Reflections on “Law and Family” from the Constitutional cases of the Supreme Court —Including the Perspective of the Possible Use of Case Studies in Law-Related Education—

TSUBOI Ryuta

In 1995 the Grand Bench of the Supreme Court decided that inheritance discrimination provisions between legitimate children and illegitimate children was constitutional. In 2013, however, it decided that the same provisions were unconstitutional. This paper examines the fact that the Supreme Court took a 180-degree shift in 18 years, and attempts to clarify the characteristics of the human rights provisions of the Japanese Constitution from the viewpoint of children’s human rights.

キーワード：法教育 家族 判例

**Keywords** : law-related education, family, judicial precedent

## 1. はじめに

2013年9月4日、最高裁判所は現行憲法の下で、9度目となる法令違憲の決定を下した(以下、本決定)<sup>\*1</sup>。民法900条4号但書の規定の内、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分が憲法14条1項(法の下での平等)に違反し無効であるとされた、いわゆる非嫡出子(婚外子)相続分差別違憲最高裁決定<sup>\*2</sup>である。裁判官14人全員一致の決定であった<sup>\*3</sup>。

「2013年は<家族法>の年」と本山が言うほどに<sup>\*4</sup>、家族法関連の動向が注目された年であった。同年の1月1日には家事審判法が廃止され、家事事件手続法が施行されたこと、3月14日には東京地方裁判所の「成年被後見人選挙権確認訴訟」判決で、成年被後見人を「選挙権および被選挙権を有しない者」と定めた公職選挙法11条1項1号を憲法違反とし、それを受けて、5月27日、改正公職選挙法が成立し、7月21日は成年被後見人が参議院選挙で投票したこと、4月23日、衆議院はハーグ条約(国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約)の締結を承認、5月22日、参議院も同条約締結を承認、6月19日、同条約の締結を受け、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」が国内法として公布されたこと、そして非嫡出子相続分差別違憲決定については、2月27日、最高裁判所は東京と和歌山の2事件を大法廷に回付、7月10日には同裁判所大法廷で両事件の弁論を開き、9月4日、違憲決定(本決定)が下され、12月5日、民法の一部を改正する法律が成立し、嫡出でない子の相続分が嫡出子の相続分と同等になったこと、これらの動きを概観すれば、2013年が本山の言う「<家族法>の年」と言うのも頷けるものである。

「保守的とも評される最高裁ですら、<家族の変化>や<家族に対する意識の変化>を認めたのである<sup>\*5</sup>」という本決定を再検討することは、この国の家族観を考察する上で意味を持つものとなろう。本決定の意義については、「子どもの相続分が平等になったということにとど

まらず、すべての子どもがいわれのない差別を受けることから解放されなくてはならないという司法からのメッセージ」とする評価もあり<sup>\*6</sup>、子どもの人権からのとらえ返しも可能ではないか<sup>\*7</sup>。

一方、学校教育に目を転ずると、2015年3月27日には小・中学校の学習指導要領の一部が改正され、「道徳の時間」が「特別の教科道徳」となった。また2016年1月28日、中央教育審議会初等中等教育分科会教育課程部会社会・地理歴史・公民ワーキンググループは、2022年以降の新学習指導要領における高等学校公民科の新科目「公共」の検討をはじめ、2016年8月には仮称ながらも「公共」という新科目が導入される方向性が固まっている。

「特別の教科道徳」における家族の位置づけは、中学校学習指導要領解説を見ると、「指導に当たっては、多様な家族構成や家庭状況があることを踏まえ、一人一人の生徒の実態を把握し十分な配慮を欠かさないようにすることが重要である」といった留意事項が新たに付されながらも、「まず、父母や祖父母を敬愛する気持ちをより一層深めることが大切である。そして、自我意識が強まりつつある中で、家族関係を子供の視点だけでなく、家族のそれぞれの立場になって考えられるよう、多面的・多角的に捉えることができるよう指導することが大切である」と新たに記述され、旧来の家族観が重視されうる内容となっている。

また高等学校公民科の新科目「公共」では、まだまだその内容の検討段階であるとは言え、中央教育審議会の資料からは、「様々な主体としての私たちの生き方」として、社会保障(年金、健康保険等)、情報、消費、行動、契約、財政と納税、雇用、政治参加(選挙等)、自由・権利、責任・義務とならび「家族(制度的側面など)」が取り上げられている。

民法第4編親族、第5編相続のいわゆる家族法によって、家族は制度としての側面を形成する。その家族制度の根幹をなす法定相続分の規定(民法900条)について、憲法違反とした

最高裁判所の本決定を再検討し、家族法の観点からの法教育<sup>\*8</sup>への視座を得たいと思う。そのため本稿ではまず、本決定の概要を振り返る(2章)<sup>\*9</sup>。そのうえで、1995年7月5日に本件規定が合憲と判断された最高裁判所の決定(以下、95年決定)<sup>\*10</sup>に遡り、大法廷での合憲判断の多数意見に対する反対意見を主に検討する。また95年決定から本決定に至るまでの小法廷決定5件の反対意見から法教育へのヒントを読みとり(3章)、結びにかえて、本稿で検討した最高裁判所判例の法教育での活用可能性を視野に入れて論じてみたい(4章)。

## 2. 本決定の概要

### (1) 事実の概要

2001年7月に死亡したAの遺産につき、Aの嫡出である子(その代襲相続人も含む)である被控訴人Xらが、遺産を民法900条4号但書の定める法定相続分にしたがって取得することを希望し、Aの嫡出でない子である控訴人Yらに対し、遺産の分割の審判を申し立てた。

原審の東京高裁は<sup>\*11</sup>、民法900条4号但書の規定のうち、嫡出でない子の相続分を嫡出である子の相続分の2分の1とする部分(以下、本件規定)について、合理的理由のない差別とは言えず、社会情勢の変化等の総合考慮しても、Aの相続開始時に、本件規定が憲法14条1項に違反していたと認めることができないとして、Aの遺産を本件規定にしたがって、分割すべきものとした。これに対して、Yらが本件規定が憲法14条1項に反して無効であるとして特別抗告した。

すでに述べたとおり、最高裁判所は1995年7月5日大法廷決定(以下、1995年決定)により、本件規定を合憲と判断していたが、5名の裁判官が反対意見を述べていた。その後、最高裁判所は2000年1月27日第一小法廷判決(以下、2000年判決)<sup>\*12</sup>、2003年3月28日第二小法廷判決(以下、2003年判決Ⅰ)<sup>\*13</sup>、2003年3月31日第一小法廷判決(以下、2003年判決Ⅱ)<sup>\*14</sup>、2004年10月14日第一小法廷判決

(以下、2004年判決)<sup>\*15</sup>、2009年9月30日第二小法廷決定(以下、2009年決定)<sup>\*16</sup>の5回に渡り、本決定も指摘するような「辛うじて」合憲判断を維持していた。2010年には本件類似案件を最高裁判所は大法廷に回付したが、当事者が裁判外の和解を行っていたため、却下の決定がなされ、判断が示されることはなかった(2011年3月9日)<sup>\*17</sup>。

### (2) 判旨<sup>\*18</sup>

破棄差戻し。

(i) 憲法14条1項適合性の判断基準について  
本決定では、まず本件規定の憲法14条1項への適合性を判断する基準として、次のように述べる。「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」である。

「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、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判断に委ねられている<sup>\*19</sup>」と述べ、「相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である」としている。「相続制度全体」が立法府の合理的判断に委ねられているなかで、立法府の裁量権を考慮してもな

お、本件規定による嫡出子と嫡出でない子の間で生じる法定相続分に関する区別に、合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は憲法14条1項に違反する、ということである。

(ii) 本件規定の憲法14条1項適合性について「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、(憲法14条1項適合性の判断基準について 引用者注)で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」。

ここで本決定の違憲判断の特徴となっている「総合的に考慮して決せられるべきもの」という記述が見られ、以下、「重要と思われる事実」が4点列挙される<sup>\*20</sup>。

第1点が、婚姻や家族の実態の変化、その在り方に対する国民の意識の変化である。

「昭和22年(1947年)民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち、地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた」。

「さらに、昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加

するなどしている。これらのことから、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている」。

第2点が諸外国の立法状況の変化である。

「『家』制度を支えてきた家督相続は廃止されたものの、相続財産は嫡出の子孫に承継させたいとする気風や、法律婚を正当な婚姻とし、これを尊重し、保護する反面、法律婚以外の男女関係、あるいはその中で生まれた子に対する差別的な国民の意識が作用していたことがうかがわれる。また、この改正法案の国会審議(1947年(昭和22年)のもの、引用者注)においては、本件規定の憲法14条1項適合性の根拠として、嫡出でない子には相続分を認めないなど嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けていた当時の諸外国の立法例の存在が繰り返し挙げられており、現行民法に本件規定を設けるに当たり、上記諸外国の立法例が影響を与えていたことが認められる」。

「平成7年(1995年)大法廷決定時点で(嫡出でない子の、引用者注)差別が残されていた主要国のうち、ドイツにおいては1998年(平成10年)の『非嫡出子の相続法上の平等化に関する法律』により、フランスにおいては2001年(平成13年)の『生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律』により、嫡出子と嫡出でない子の相続分に関する差別が、それぞれ撤廃されるに至っている。現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」。

第3点が「市民的及び政治的権利に関する国際規約」、「児童の権利に関する条約」の批准など国際法における環境の変化である。

「我が国は、昭和54年(1979年)に『市民的及び政治的権利に関する国際規約』……平成6年(1994年)に『児童の権利に関する条約』……をそれぞれ批准した。これらの条約には、



児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている。また、国際連合の関連組織として、前者の条約に基づき自由権規約委員会が、後者の条約に基づき児童の権利委員会が設置されており、これらの委員会は、上記各条約の履行状況等につき、締約国に対し、意見の表明、勧告等を行うことができるものとされている。

我が国の嫡出でない子に関する上記各条約の履行状況等については、平成5年（1993年）に自由権規約委員会が、包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し、その後、上記各委員会が、具体的に本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返してきた。最近でも、平成22年（2010年）に、児童の権利委員会が、本件規定の存在を懸念する旨の見解を改めて示している。

第4点が、日本における嫡出子と嫡出でない子の区別に関する法制の変化と政府の対応である。

「我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化してきた」。「嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等なものにすべきではないかとの問題についても、かなり早くから意識されており」、「平成22年（2010年）にも国会への提出を目指して」、本件規定を削除した「法律案が政府により準備された。もっとも、いずれも国会提出には至っていない<sup>21</sup>」。

一方で、本決定は「種々の要素を総合考慮」することを繰り返して述べる。

「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする本件規定の合理性は、……種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論

に直ちに結び付くものとはいえない」。つまり「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということ」や、「嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小」と言った統計上明らかな問題について、合理性判断の根拠から遠ざけることが述べられるわけで、後に示すように「総合的に考察」して、憲法判断が行われたことを示している。

また1995年決定で重視された本件規定を含む法定相続分の定め補充性について、表舞台から退かせる。

「平成7年（1995年）大法廷決定においては、本件規定を含む法定相続分の定めが遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情としている。しかし、本件規定の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに、本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば、本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきである」。

そして、次のように述べて、家族という共同体における個人の尊重の観点から、嫡出子と嫡出でない子の区別をする合理性を否定し、本件規定が憲法14条1項に違反していたことを宣言する。

「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年（1947年）民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子

の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる」。

「以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成13年(2001)年7月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである。したがって、本件規定は、遅くとも平成13年(2001)年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである」。

なお、金築誠志裁判官と千葉克美裁判官が違憲判断と遡及効について、岡部喜代子裁判官が日本における法律婚の尊重の意識について、それぞれ補足意見を述べている。

### 3. 本決定の検討 ～子どもの人権の見地から1995年決定から本決定までを振り返る～

1995年決定では、本件規定について10人の裁判官の合憲判断に対し、5人の裁判官が違憲の判断をしていた。それが、本決定では、14人の裁判官が一致して違憲の判断をしている。本決定では、違憲・合憲の対立がなくなっている。また、違憲審査基準も不明確であり、「総合的に考慮して」、「種々の要素を総合考慮」、「総合的に考察すれば」と言ったように、「諸事情の変遷のなかで何が決定打かを知ることはできない」<sup>\*22</sup>。

1995年決定の多数意見及び反対意見の焦点は、立法理由及びその手段の合理性についての

審査であった。多数意見は合理性の基準に基づき、本件規定の立法理由(目的)を法律婚の尊重と嫡出でない子の保護とした上で、民法が法律婚主義を採用する以上、立法理由には合理的理由があり、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子の2分の1とすることは「立法理由との関連において著しく不合理」であるとは言えないとした。これに対し反対意見はより厳格な審査基準、すなわち「立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性」の基準から審査し、法律婚の尊重という立法理由を多数意見と同様に尊重するものの、「出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子に何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない(傍点 引用者注)」とし、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子の2分の1とすることは「婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められ」ないとするだけでなく、「単なる合理性についてすら、その存在を是認することはできない」として憲法に違反すると断じた。多数意見も反対意見も審査基準を明確にして対立していた。

しかし、本決定は合理性の基準を適用しながらも、審査基準だけでなく、立法理由も明示することなく、本件規定について「総合すれば」合理的根拠がないとしている<sup>\*23</sup>。このことについて、1995年決定と「正面から対峙すべきであった」<sup>\*24</sup>という批判も重要ではあるが、いずれにせよ、本決定において嫡出子と嫡出でない子の区別は憲法違反とされ、子ども<sup>\*25</sup>の人権の見地からは評価できるものと言えよう。そこで本稿では、1995年決定から本決定までの間の小法廷決定の補足意見・反対意見に着目しながら、子どもの人権に注目し、広く法教育への視座を読み取っていききたい。

- ①1995年決定(遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件)を振り返る。  
まず1995年決定の多数意見を簡潔にまとめ

れば、そもそも本件規定は婚姻外の妻の相続は全く認められないところ、嫡出でない子の相続分は嫡出子の2分の1は認めるものであるから、嫡出でない子の相続分は両者の中間という意味で、法律婚の尊重と嫡出でない子の保護の調整を図ったことになるといえるものである。法律婚の尊重を思えば、一見もっともそうな論理にも思えるが、個人の尊重の立場からは、この多数意見には、嫡出子と嫡出でない子の区別や差別は当然という発想が存在している。ここで注目すべきは、1995年決定における尾崎行信裁判官の追加反対意見である。以下に引用する。

「本件規定の定める差別がいかなる結果を招いているかをも考慮すべきである。双方ともある人の子である事実には差異がないのに、法律は、一方は他方の半分の権利しかないと言明する。その理由は、法律婚関係にない男女の間に生まれたことだけである。非嫡出子は、古くから劣位者として扱われてきたが、法律婚が制度として採用されると、非嫡出子は一層日陰者とみなされ白眼視されるに至った。現実には就学、就職や結婚などで許し難い差別的取扱いを受けている例がしばしば報じられている。本件規定の本来の立法目的が、かかる不当な結果に向けられたものでないことはもちろんであるけれども、依然我が国においては、非嫡出子を劣位者であるとみなす感情が強い。本件規定は、この風潮に追随しているとも、またその理由付けとして利用されているともみられるのである。

こうした差別的風潮が、非嫡出子の人格形成に多大の影響を与えることは明白である。我々の目指す社会は、人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会である。人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。こうした社会の負の要因を取り除くため常に努力しな

ければ、よりよい社会の達成は望むべくもない。憲法が個人の尊重を唱え、法の下での平等を定めながら、非嫡出子の精神的成長に悪影響を及ぼす差別的処遇を助長し、その正当化の一因となり得る本件規定を存続させることは、余りにも大きい矛盾である」。

嫡出でない子を「日陰者」「劣位者」として差別的実態を、本件規定が追随し、理由付けとして利用されているとし、「人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会」を目指すためにも「非嫡出子の精神的成長に悪影響を及ぼす」本件規定を存続させることは「余りにも大きな矛盾」と尾崎は指摘している。

②2000年判決（預金払戻請求事件）を振り返る。

2000年判決は、1995年決定以降、本件規定の合憲性が争われた最初の最高裁判所判決で、法廷意見は合憲としたが、第1小法廷5人の裁判官のうち、1人が補足意見を述べ、1人が本件規定を違憲とする反対意見を述べている。反対意見を述べた遠藤光男裁判官は、1995年決定の際の反対意見5人の裁判官の一人であり、1995年決定を引用する形で反対意見を述べている。藤井正雄裁判官は補足意見のなかで、1994年5月22日に国内で発効した「児童の権利に関する条約」<sup>26</sup>の批准といった内外の動向が家族に関する国民の意識の変化に寄与していると述べていることは、子どもの人権の観点から注目されよう。

③2003年㊦判決（預金返還請求及び当事者参加事件）を振り返る。

2003年㊦判決も、法廷意見は合憲としたが、第二小法廷5人の裁判官のうち、2人が本件規定を違憲とする反対意見を述べている。

梶谷玄裁判官と滝井繁男裁判官は、「今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の様態も一様でなく、それに応じて両親と子供

との関係も様々な変容を受けている状況の下においては、親が婚姻という外形を採ったかどうかというその子自らの力によっては決することのできない事情によってその相続分に差異を設けることに格別の合理性を見いだすことは一段と困難となっている」とし、1995年決定の反対意見のいう違憲審査基準、すなわち「立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性」の基準を充足し、合憲であると言うことはいっそう困難であると審査基準を明確にして反対意見を述べている<sup>\*27</sup>。

④ 2003年②判決（預金返還請求及び預金返還等請求当事者参加事件）を振り返る。

2003年②判決は、本決定でも「特に」と指摘されるほどの「辛うじて」判決であり、法廷意見は合憲であったが、第一小法廷裁判官5人のうち、1人が補足意見、2人が反対意見を述べている。いわゆる「崖っぷちの合憲判断<sup>\*28</sup>」であった。

補足意見を述べた島田仁郎裁判官は、「遡及効や関連規定との整合性の問題等」から違憲判断を「躊躇せざるを得ない」としながらも、「極めて違憲の疑いが濃い」と述べる。すなわち1995年決定から「7年余りしか経過していないとはいえ、その間の少子高齢化に伴う家族形態の変化、シングルライフの増加、事実婚・非婚の増加傾向とそれに伴う国民の意識の変化には相当なものがある」とし、1995年決定の合憲判断の重要な柱である法定相続分は親による遺言のない場合の補充的なものであるということも、「遺留分を考えると必ずしも補充的であるとばかりはいい切れない側面もあると思われる」と疑問を呈する。また「非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ、あるいは見られるのではないかということで、肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できない」として、子どもの人権の観点からも指摘がなされている。

反対意見を述べた深沢武久裁判官は、本件規定について「今日においては立法目的と手段の

間に実質的関連性を失い、個人の尊重と法の下での平等を定めた憲法に違反して無効」としている根拠として憲法14条1項のみならず、憲法13条、同24条2項も例示していることは注目に値しよう。

また同じく反対意見の泉徳治裁判官は、本決定同様、非嫡出子という言葉を取って使わず「嫡出でない子が被る平等原則、個人としての尊重、個人の尊厳という憲法理念にかかわる犠牲は重大」で、本件規定は、「憲法14条1項に違反するといわざるを得ない」とした。さらに「本件が提起するような問題は、立法作用によって解決されることが望ましいことはいうまでもない。しかし、多数決原理の民主制の過程において、本件のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められていると考える」とし、司法権（裁判所）に与えられた違憲立法審査権の本質をつく見解を述べている。

⑤ 2004年判決（不当利得返還請求本訴、同反訴事件）を振り返る。

2004年判決は、法廷意見は合憲としたが、第一小法廷裁判官5人のうち、1人が補足意見、2人が反対意見を述べた<sup>\*29</sup>。これも「崖っぷちの合憲判断」である。補足意見の島田仁郎裁判官と反対意見の1人の泉徳治裁判官は、2003年②判決を引用している。もう1人の反対意見を述べた才口千晴裁判官は、1995年決定から「既に9年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時に存した本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている」とし、「非嫡出子が被る個人の尊厳や法の下での平等にかかわる不利益は、憲法の基本原理に則り、できる限り早い時期に法律の改正によって救済すべきであるが、それを待つまでもなく、司法においても救済する必要がある」と述べている。



ここで、本件規定について最高裁判所で争われた次の事例を検討する前に、2008年6月4日、最高裁判所が現行憲法の下、8度目となる法令違憲の判決を下した「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決<sup>\*30</sup>」に触れておく必要がある<sup>\*31</sup>。

日本では、国籍取得の要件の原則を血統主義とし、父または母のいずれかが日本国籍の場合、その子どもも日本国籍となる。オーストラリア・アメリカ合衆国などの移民国家は生地主義を原則としているが、日本同様、血統主義を採用しているフランス・ベルギー・ドイツなどは、婚姻要件は定められていない。

具体的に見てみよう。まず母が日本国籍であれば、嫡出子・嫡出でない子であれ、また嫡出でない子の場合でも、父の認知の有無にかかわらず、子どもは日本国籍を取得できる。しかし、父が日本国籍で母が外国籍の場合はどうなるか。父と母に婚姻関係があれば、その子どもは日本国籍となるが、婚姻関係のない非嫡出子の場合には、話は複雑となる。

まず日本国籍の父が、子どもの出生までに認知をしていれば（いわゆる胎児認知）、その子どもは日本国籍を取得できる。国籍法第2条により、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」は、子どもに日本国籍が与えられるからで、国籍法第2条では婚姻要件は定めていないため、出生までに日本国籍の父が認知をしていれば、子どもに日本国籍が与えられるのである。

では、生後認知の場合、国籍はどうなっていたか。日本では旧国籍法第3条により、「婚姻及びその認知」と規定されていたため（「婚姻又はその認知」ではない）、父が生後認知した上に、さらに父母が婚姻をしない限り、その子どもは日本国籍を取得できなかったのである。つまり、日本国籍である父から出生後に認知されたにとどまり、父母が法律上の婚姻関係にない嫡出でない子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けている現状があった。本判決はこの事例であり、フィリピン人の母親の子ども10人の日本国籍が、2008年6月4日の最高裁判所大法廷判決により確認される

ことになった。

この大法廷判決で、本決定に連なる重要な判断が示されている。それは、「一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によつては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である（傍点引用者注）」と判示されたところにある。「子にとって自らの意思や努力によつては変えることのできない」という1995年決定の反対意見で述べられていたことが、法廷意見として述べられたのである。

⑥2009年決定（遺産分割申立て事件の審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件）を振り返る。

2009年決定は、法廷意見は合憲としたが、第二小法廷裁判官5人のうち、1人が補足意見、1人が反対意見を述べた

補足意見を述べたのは、2013年の本決定の14人の裁判官に唯一加わることとなる竹内行夫裁判官である。残りの13人の裁判官は、本決定前に、少なくとも最高裁判所で本件規定に関する憲法判断には関わっていなかった。つまり、竹内裁判官以外の裁判官は本件規定の憲法判断を初めて下したわけであるから、整合性を図るべき過去の意見は存在しないことは重要である。

竹内裁判官は2009年決定の補足意見で、「社会情勢等の変化を考慮すれば、本件規定が嫡出子と非嫡出子の相続分に差をもうけていることを正当化する根拠は失われつつあることと本件規定が婚外子が社会から差別的な目で見られることの重要な原因となっている」という問題点を指摘し、「少なくとも現時点においては、本件規定は違憲の疑いが極めて強いものといわざるを得ない」としている。また遡及効に触れながらも「立法における解決が望ましいことを理

由に最高裁判所は違憲の判断をすることは差し控えるべきであるという趣旨でない」と、憲法判断に慎重であるべきとする補足意見が続くなかで、違憲判断を下すことに最も寛容な見解を述べた。したがって、「この補足意見のなかには本決定への架け橋があった、と評することができるように思う<sup>\*32</sup>」とする見解もある。

2009年決定で反対意見を述べたのは今井功裁判官である。今井裁判官は、先の国籍法違憲訴訟大法廷判決を引用し、「日本国籍の取得について定めた国籍法の規定について、同じく日本国民である父から認知された子であるにもかかわらず、準正子は国籍が取得できるのに、非準正子は国籍が取得できないとした当時の国籍法3条1項の規定を、合理的理由のない差別であって憲法14条1項に違反すると判断したのであるが、このことは、本件のような相続分の差別についても妥当するといわなければならない」とし、「当初合理的であったとされた区別が、その後合理性を欠くとされるに至る事例があることは、国籍法についての前記大法廷判決からも明らかである」と、これも本決定に連なる意見を述べている。

#### 4. 結びにかえて ～法教育での活用可能性～

特別抗告をして違憲判断を勝ち取ったYはどのような思いなのだろうか。新聞全国紙4紙の新聞記事から考えてみる<sup>\*33</sup>。

Yは和歌山県に住む40代の女性である。亡き父Aは妻子（法律婚）と別居しながらレストランを営み、Yの母は1966年からそのレストランの従業員として働き、亡き父との間に（当然、婚姻関係はない）、姉とYが生まれた。2001年にAが他界して遺産分割に直面して、初めて差別の壁にぶつかった。死の直前にAは母に「店を任せたい」とメモを記し、弁護士を呼んだ。嫡出でない子である自分たちにも遺産を平等に分けるよう遺言を残すつもりだったのだろう。だが、弁護士と会う予定だった日にAは亡くなったという。

規定に従えば相続財産は嫡出子の2分の1となるが、それは「命の重みが半分」といわれたようでYは納得できず、2005年7月に調停を申し立てた。「子どもに何の責任があるのか。選んで生まれてこられるなら、この境遇は選ばない」と本決定後の記者会見で述べ、「一日も早く法改正され、社会から差別の意識がなくなることを望みます」とYは語ったという。

一方で、嫡出子であるXらは代理人を通じて「私たちは幸せな家庭を壊され、家から追い出された。違憲判断は日本の家族形態や社会状況を理解しておらず、絶望した」とコメントした。新聞各紙とも本決定の違憲判断を順当なものとして受け止め、本件規定の速やかな法改正を求める記事を掲載している。ただし、産経新聞のみ、長谷川三千子にコメントを求め、「国連の委員会が我が国の戸籍と相続の規定に対し、絶対的平等主義の立場から執拗な法改正勧告を繰り返した」ことから、今回の違憲判断は「法の賢慮が平等主義に敗れ去ったというべきではないか」と、本決定を批判する識者のコメントを全国紙4紙で、唯一、載せている<sup>\*34</sup>。

また毎日新聞は水野紀子にコメントを求め、「配偶者、嫡出子、非嫡出子らにはそれぞれの正義があり、法改正では矛盾する正義の間で、どう線引きをしていくかという視点が重要だ。日本は欧米諸国に比べて配偶者の地位が低い。仮に相続財産が家屋しかない場合、婚外子（ママ）から相続を請求されると配偶者は老後の居住権を失う可能性も出てくる。結婚とともに財産を形成してきた配偶者の立場を手厚く保護する配慮が求められる」と述べ、嫡出子と嫡出でない子の差別以上に、配偶者の保護という課題があることを示唆する記事もあった<sup>\*35</sup>。

さて、法教育は人権教育や司法教育、憲法教育などを内包した幅広い概念である。そして法は変化することが可能であり、実際に変化すること（改正される）とすることを認識させることも重要な教育内容となろう。法の変化を考察しながら、「自律的主体的に自己の善き生き方をめざし、法はそのためのものと理解し、活用する

とともに、法の支配の理念に根ざした、自由で公正な社会を実現する人の育成<sup>\*36</sup>」が法教育の目的であることは間違いない。

1995年決定から、本決定までの変化を「子どもの人権」を鍵にして裁判官の意見から俯瞰すれば、以下になるだろうか。

嫡出でない子を「日陰者」「劣位者」として差別的実態を、本件規定が追随したり、理由付けとして利用されているとし、「人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会」を目指すためにも「非嫡出子の精神的成長に悪影響を及ぼす」本件規定を存続させることは「余りにも大きな矛盾」である（1995年決定、尾崎裁判官）。そして、出生による差別を禁止した「児童の権利に関する条約」に1994年5月、日本が批准したことが「家族に関する国民の意識の変化に寄与している」（2000年決定、藤井裁判官）。「非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ、あるいは見られるのではないかということ、肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できない」（2003年②決定、島田裁判官）。また、「多数決原理の民主制の過程において」、嫡出でない子という少数者の権利を保障するためには「代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められていると考え」られ（2003年決定②泉裁判官）、「非嫡出子が被る個人の尊厳や法の下での平等にかかわる不利益は、憲法の基本原理に則り」、「司法においても救済する必要がある」（2004年決定才口裁判官）。出生を「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」問題として、フィリピン人母の子ども10人に日本国籍の取得を認めた国籍法違憲判決について「本件のような相続分の差別についても妥当するといわなければならない」（2009年決定今井裁判官）。

「民法が想定する家族<sup>\*37</sup>」以外の家族の形態を、人々がさらに受容しなければならなくなる現実、近未来に確実に起こる。2014年の

出生数は、1,003,539人であったが<sup>\*38</sup>、そのうち体外受精で生まれた子どもは47,322人である<sup>\*39</sup>。出生数の4.7%、割合にして21人に1人が体外受精で生まれている。そして体外受精の前段階の治療である人工授精による出生数はより多いことが容易に推測される<sup>\*40</sup>。第三者の精子（または卵子<sup>\*41</sup>）を使用した妊娠・出産も珍しくはなくなり、精子の提供者の匿名性と生まれてきた子どもの出自確認の欲求との相克、そして家族関係の複雑さがもたらす家族観のさらなる多様化は避けられない。水野のいう「配偶者、嫡出子、非嫡出子らにはそれぞれの正義がある」とする指摘は重く、本決定及び本件規定の民法からの削除によって、出生による差別のすべてを解決できたわけではない。

初等・中等教育で家族の意義を考えさせることは重要である。久田（1998年）は「人間が自分の固定観念を問い直して自由になっていくためのものであると考えれば、家族の定義を求めるプロセスそのものが教育である<sup>\*42</sup>」と述べるが、その見解に筆者も同意している。その上で課題は指摘しておきたい。「特別の教科道徳」で「まず、父母や祖父母を敬愛する気持ちをより一層深めることが大切」とすることは、学校現場で家族を考えさせる時、当事者意識をもてない子どもを増やしてしまうだけではないだろうか。また高等学校公民科新科目「公共」で、「様々な主体としての私たちの生き方」として「家族（制度的側面など）」を考えさせるにしても、家族という制度は、法によって「揺らぐ」ということまでとり着かなくてはならないのではないだろうか。

家族について授業を作る。このとき最も大切な柱は「子どもの人権」であると筆者は考えている。泉裁判官のいう「個人としての尊重、個人の尊厳という憲法理念」は、すべての子どもに適用されるのはもちろんのこと、「民法が想定する家族」以外のなかで育つ子どもたちにこそ、特に適用されるべきではないか<sup>\*43</sup>。

本稿では、嫡出でない子の相続差別規定について、1995年決定から本決定までを振り返る

形で検討してみた。本決定が、違憲判断の審査基準や立法理由を明示していないという憲法学からの批判がある一方で、法教育の教材化という立場でいえば、皮肉ではあるが「総合的に考慮して」、「種々の要素を総合考慮」、「総合的に考察すれば」という最高裁判所の姿勢が、教材としての多様な見方・考え方を育める材料になり得る決定であったと見て取ることもできる。

初等・中等教育段階であっても、家族の取り上げ方は生徒の発達の段階によって異なるであろう。判例を検討するという地味な作業ではあるが、法教育の授業づくりのヒントを得ることができるのではないか。本稿では、「子どもの人権」という柱を設定して最高裁判所の個別意見<sup>\*44</sup>に注目しながら検討してみた。授業者が創意工夫を持って、裁判所からのメッセージを教材化することは、新しい法教育へと発展していくものと考えている。

## 注

<sup>\*1</sup> 最大決 2013 年 9 月 4 日、民集 67 卷 6 号 1320 頁以下。

<sup>\*2</sup> 以下本稿では、最高裁判所の判決に合わせ、「婚外子」ではなく、「非嫡出子」または「嫡出でない子」という言葉を用いる。最高裁判所は従来から「非嫡出子」という言葉を一貫して用いていたが、本決定では「非嫡出子」ではなく、「嫡出でない子」を用いている。すでに最判 2003 年 3 月 31 日（本稿でいう 2003 年判決②）における泉徳治裁判官は反対意見の中で、「嫡出でない子」を用いていた。

<sup>\*3</sup> 裁判官 15 人のうち、民法を所管する法務省民事局の元局長 寺田逸郎は審理参加を辞退した。

<sup>\*4</sup> 本山敦「家事事件手続法から婚外子相続分差別違憲決定まで」〔特集〕変わる家族、漂う家族法『法学セミナー』2013 年 11 月号、p.2。

<sup>\*5</sup> 同前掲注 2。

<sup>\*6</sup> 菅原由香「法的視点から見た親子関係の変化」『総合人間学』第 9 号（電子ジャーナル版）、2015 年、p.174。

<sup>\*7</sup> 斎藤一久「判例研究 婚外子法定相続分違憲最高裁決定」『季刊 教育法』2014 年 6 月号、pp.114-119。斎藤は子どもの権利の観点から、「ス

ティグマという視点」で本決定を既に検討している。

<sup>\*8</sup> 法教育の定義は「法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎となっている価値を理解し、法的なものの考え方を身につけるための教育」（法務省 法教育研究会 報告書、2004 年）であるが（傍点筆者）、「これらの価値となっている基礎」には、道徳も含まれるであろうし、いわゆる「公共」の概念に底流する価値観も含まれると筆者は理解している。

<sup>\*9</sup> ただし本稿では、本決定の重要な論点である決定の「遡及効」については論じない。

<sup>\*10</sup> 最大決 1995 年 7 月 5 日、民集 49 卷 7 号 1789 頁以下。

<sup>\*11</sup> 東京高裁 2012 年 6 月 22 日決定、民集 67 卷 6 号 1352 頁以下。

<sup>\*12</sup> 最判 2000 年 1 月 27 日、判時 1707 号 121 頁以下。

<sup>\*13</sup> 最判 2003 年 3 月 28 日、判時 1820 号 62 頁以下。

<sup>\*14</sup> 最判 2003 年 3 月 31 日、判時 1820 号 64 頁以下。

<sup>\*15</sup> 最判 2004 年 10 月 14 日、判時 1884 号 40 頁以下。

<sup>\*16</sup> 最判 2009 年 9 月 30 日、判時 2064 号 61 頁以下。

<sup>\*17</sup> 最決 2011 年 3 月 9 日、民集 65 卷 2 号 723 頁以下。

<sup>\*18</sup> 裁判所の判決・決定には和暦が用いられるが、筆者（引用者）により、和暦の直後に（ ）内に、西暦を付した。

<sup>\*19</sup> 「相続制度は」ではじまるこの文章は 1995 年決定でも、全く同じように述べられている。つまり最高裁判所の相続制度と家族の在り方の関係は、合憲判断であれ、違憲判断であれ、根本的な枠組みは変わらないのである。後掲注 23 の大石（2013）「合憲判断の枕詞としての立法裁量論としての“木”」の部分である。

<sup>\*20</sup> 論点整理にあたり、伊藤（2015）を参考にした。伊藤は、「重要と思われる事実」を 8 点挙げているが、本稿では 4 点に集約した。伊藤雅康「婚外子法定相続分規定違憲決定における憲法論」『札幌学院法学』32 卷 1 号、2015 年、pp.1-39。

<sup>\*21</sup> 本決定でこのように述べることで、本件規定の「合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」はずの立法府が、「不断」の「吟味」を行っていないことが、明らかになっている。政府・与党内での議論があったことは筆者も承知しているが、「いずれも国会提出には至っていない」ことは確かなのである。前掲注 20、伊藤、p.8。

<sup>\*22</sup> この点について、井上（2016）は、「最高裁は、



いわゆる合理性の基準を適用しながらも憲法上の平等原則の観点から、本件規定の合憲性について、立法事実の検証を通じた実質的な司法審査を行っており、かかる最高裁の司法積極主義的な姿勢は注目に値しよう」と肯定的な評価を行っている。一方、大石（2013）は「“ねじれ”があるとすれば、それは平成7年（1995年）決定における合憲判断の枕詞としての立法裁量論という“木”に、立法事実の変遷を理由とする違憲判断という“竹”を接いだ結果ではないだろうか」と述べている。井上一洋「差別的意図を持つ立法の合憲性について—非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定および再婚禁止期間違憲判決を素材にして—」『広島法学』39巻4号、2016年、p.28、大石和彦「判例研究「非嫡出子」の法定相続分を「嫡出子」の2分の1とする民法900条4号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案」『筑波ロー・ジャーナル15号』、2013年11月、p.115。

<sup>\*24</sup> 斎藤前掲7、p.118。

<sup>\*25</sup> ここで言う子どもとは、「親」に対しての「子ども」という意味である。いわゆる「大人」に対する「子ども」とは限らない。しかし、本稿の目的が、法教育への活用可能性を探究するものであるため、「子ども」の意味が「大人」に対するものとして使われる場合もある。

<sup>\*26</sup> 児童の権利に関する条約は、広くマスコミ等では子どもの権利に関する条約といわれ、その第2条で「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、児童又はその父母若しくは法定保護者の人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的、種族的若しくは社会的出身、財産、心身障害、出生又は他の地位にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する」（下線部筆者）と規定されている。日本は1994年に批准している。

<sup>\*27</sup> このように本決定に先行する小法廷判決の反対意見の中には、審査基準を明確にして、憲法判断をしているものもある。本決定も、不可能ではなかったはずだが、本決定で審査基準を明確にしなかったことについて、斎藤（2014）は、「裁判官全員一致で違憲判断を下すための苦肉の策であった」と述べている。前掲注7、斎藤（2014）、p.118。また、毎日新聞2013年9月5日の報道に寄れば、特別抗告人Yの代理人岡本浩弁護士

は「全員一致の結論は、立法府に法改正を早くやれというメッセージだ」と訴えたという。

<sup>\*28</sup> 前掲注20、伊藤（2015年）、p.3。

<sup>\*29</sup> 第一小法廷の構成が、2003年②判決の時と裁判官一人だけ異なり、深沢武久裁判官が定年退官し、新たに才口千晴裁判官が加わった。

<sup>\*30</sup> 最大判2008年6月4日、判時2002号3頁以下。  
<sup>\*31</sup> この判決についての評論として、拙稿「判例評論 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」『人文・社会科学論集』第26号、東洋英和女学院大学、2008年、pp.61-73を参照されたい。

<sup>\*32</sup> 前掲注20、伊藤（2015）、p.32。

<sup>\*33</sup> 4紙のなかで最も記事量が多かったのは、毎日新聞2013年9月5日付、東京14版である。そのため毎日新聞の記述を主に参照した。

<sup>\*34</sup> 産経新聞2013年9月5日、東京15版。

<sup>\*35</sup> 前掲注33の毎日新聞に掲載。水野のこの見解については、水野紀子「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」『法学セミナー』662号、2010年2月号、pp.4-5に詳しい。

<sup>\*36</sup> 関東弁護士連絡会編『法教育 21世紀を生きる子どもたちのために』現代人文社、2002年、p.16。

<sup>\*37</sup> 民法は、当然のことながら、婚姻関係にある夫と妻の間の共同行為により、妻が夫の子を妊娠・出産して、その子を夫と妻の双方で親権を行使し、扶養の義務を負うことを想定している。

<sup>\*38</sup> 厚生労働省ホームページ、人口動態調査より。

<sup>\*39</sup> 日本産科婦人科学会ホームページ、倫理委員会報告より。

<sup>\*40</sup> 体外受精などの人工生殖に関する法的問題点については、羽生（2013）を参照されたい。羽生香織「嫡出推定される人工生殖と生殖可能性の不存在」『〔特集〕変わる家族、漂う家族法』『法学セミナー』2013年11月号、pp.14-17。

<sup>\*41</sup> 日本生殖補助医療標準化機関のガイドラインにより、第三者の卵子提供は限定的に容認されている。日本生殖補助医療標準化機関ホームページ、精子・卵子の提供による非配偶者間体外受精に関するJISARTガイドラインより。

<sup>\*42</sup> 久田邦明「若者組の共同体に注目」『AERA Mook 家族学のみかた。』朝日新聞社、1998年。

<sup>\*43</sup> ここで想起したいのは、1995年決定の後に発表された石川（1997）の論評である。「民法という基本法が、婚外子に非嫡出という烙印を押すことによって、人のアイデンティティを根こそぎにし、その人の生き方から正当性を剥奪するという手酷い手段を用いなければ、立法目的を

本当に実現できないものなのか」。石川健治『判例時報』1540号、1997年、p.1553。

<sup>\*44</sup> 個別意見に注目するということは、法廷意見（多数意見）に対し、「アンチ」の姿勢があると言うことであり、司法権という権力に対して、初等・中等教育に携わる教員も、自由な立場で判例の検討・考察を行うことが望ましいと考えている。