
論 説

非嫡出子相続差別をめぐる 司法消極主義と積極主義 (二・完)

中 谷 実

- 一 はじめに
- 二 消極主義のアプローチ
 - 《消極主義 I》
 - 《消極主義 II》
 - 《消極主義 III》
 - (一) 「立法政策」アプローチ
 - (二) 「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチ*
(以上, 前号)
 - (三) 「立法目的正当・手段は違憲の疑いが濃い」アプローチ**
- 三 積極主義のアプローチ
 - 《積極主義 I》
 - (一) 「立法目的正当・手段は著しく不合理でない・しかし適用は違憲」アプローチ
 - 《積極主義 II》
 - 《積極主義 III》
 - (一) 「立法目的正当・手段は合理性なし」アプローチ
 - (二) 「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチ
 - (三) 「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチ
- 四 おわりに (以上, 本号)

* 前号では、「著しく不合理, とはいえない」アプローチと記したが, このように修正する。

** 前号では、「違憲の疑いが濃い」アプローチと記したが, このように修正する。

二 《消極主義 III》〔承前〕

(三) 「立法目的正当・手段は違憲の 疑いが濃い」アプローチ

A 概 要

これは、民法 900 条 4 号ただし書前段の合憲性について、制定当時有した合理性は次第に失われつつあり、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったとしつつ、最終的には、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているとまではいえないとして訴えを斥けるアプローチである。このアプローチは、非嫡出子の人権へのかなりのコミットと立法府尊重の司法観の産物といえる。補足意見に見られるアプローチであるが、独立させて扱う。

B 裁判例

(1) H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決平成 7 年 7 月 5 日の大西補足意見は、「多数意見のいうとおり」、「現行民法が法律婚主義を採用している以上、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との間に、親子関係の成立や相続に関する規律において、何らかの差異が生じたとしてもやむを得ないし、また、正当な婚姻関係とこれによって形成された家族を保護するとともに、非嫡出子の保護をも図ったとされる本件規定の立法理由に合理的根拠がある」が、「非嫡出子の相続分をめぐる諸事情は国内的にも国際的にも大幅に変容して、制定当時有した合理性は次第に失われつつあり、現時点においては、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているとまではいえないとしても、本件規定のみに着眼して論ずれば、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至った」という。しかし、最終的には、「立法政策として改正を検討するこ

とはともかく、現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理であるとまでは断定できない」と結論する¹⁾。園部裁判官が同調。

(2) H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判平成15年3月31日の島田補足意見は、7年決定がいうように、「民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じることがあっても、それが合理的なものであると認められる限りは、やむを得ない」が、「少なくとも現時点においては」、民法900条4号ただし書前段は、「明らかに違憲であるとまではいえないが、極めて違憲の疑いが濃い」としつつ、「ただ、本件規定は、相続制度の一部を構成するものとして、国民の生活に不断に機能しているものであるから、これを違憲としてその適用を排除するには、その遡及効や関連規定との整合性の問題等について十分な検討と準備が必要である。それなしに直ちに違憲無効の判決をすると、大きな混乱を招いて法的安定性が著しく損なわれることは避けがたい」とし、「現在本件規定が明白に違憲の状態に立ち至っているものとまではいえない以上、それを押してまで今直ちに違憲無効の判決を出すことについては、やはり躊躇せざるを得ない」という。

(3) H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判平成16年10月14日の島田補足意見は、民法900条4号ただし書前段の合憲性について、H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判における自らの補足意見を援用する。

(4) H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決平成21年9月30日の竹内補足意見は、「法定相続分を決定するに当たっては、相続発生時において有効に存在した法令が適用されるのであるから、本件における民法900条4号ただし書前段の規定」「の憲法適合性の判断基準時は、相続が発生した平成12年6月30日（以下「本件基準日」という。）ということになる。したがって、多数意見は、飽くまでも本件基準日において本件規定が憲法14条1項に違反しないとするものであって、本件基準日以降の社会情勢の変動等によりその後本件規定が違憲の状態に至った可能性を否定するものではない」、「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である」という。

C このアプローチを支える思想

(1) 非嫡出子の人権への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

(a) 非嫡出子であることについて精神的な不利益も無視できない

H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の島田補足意見は、「非嫡出子であるということは、親の一方的な都合によって決まることであって、子自らの意思や努力によって変えることができないことであるから、憲法14条1項に定める法の下での平等の精神に照らすと、そのことによって嫡出子に比べて不利益を受けることは必要最小限にとどめるべきである」、7年決定の「多数意見は、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合憲性の一つの根拠とするが、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し、また、非嫡出子が本件規定によって受ける不利益は、単に相続分が少なくなるという財産上のものにとどまらず、このような規定が存在することによって、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ものがある」という。H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の竹内補足意見は、「非嫡出子に相続権を認めることがさほど一般的ではなかった時代においては、非嫡出子にも一定の法定相続分を認める本件規定は、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るものとして、その正当性を肯定できたものの、以上のような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一方で、本件規定は非嫡出子が嫡出子より劣位の存在であるという印象を与え、非嫡出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が強く指摘されるに至っている」という。

(b) 日本社会における変化

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の大西補足意見は、「我が国の社会事情、国民感情等の変化には著しいものがある。まず、相続財産は、かつては多くの場合、子孫の生活手段としての家産であったが、職業の世襲が例外的になった現在では、そのような意味はほとんど失われようとしており、家族資産の意義の変化に伴い、相続の根拠に関する社会の意識にも変化が見られることは明らかであって、昭和55年に行われた配偶者相続権の拡大等もこの変化に沿ったものということができる。家族についてみても、かつては数世代が共同して生活を営むことにより構成するのが通常であったが、現在では少子、高齢化が進むとともに、1世代か2世代の小人数の家族が多数を占め、さらには、いわゆるシングルライフも次第に増加しつつあるし、婚姻についても、事実婚ないし非婚の増加の傾向を指摘する向きもある。このように、相続及び相続と密接な関連を有する婚姻、親子ないしは家族の形態とこれらの点についての国民の意識は、激しく変化してきたし、現在もなお流動を続けている」という²⁾。

(c) 国際社会における変化

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の大西補足意見は、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」24条は、すべての児童は、出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要なとされる保護の措置であって家族、社会及び国による措置についての権利を有する、とし、同26条は、法律は、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する、と定め、さらに、児童の権利に関する条約」2条は、児童に対し、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、と規定している。また、ヨーロッパ諸国の大部分は、非嫡出子の増加現象が1つの契機となつて、おおむね1960年代ころまでに、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と同等とする法改正を行ったし、最近でも、嫡出家族保護の伝統が強く平等化を図る法改正が実現しなかった国もあるが、完全な平等には至らないとし

ても、配偶者や嫡出子の権利との調整を図りながら、平等化に向かっている国も存在する」という³⁾。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

(a) 旧法、および、昭和22年の改正の際にそのまま維持された民法900条4号ただし書前段は、それなりの合理性を有していた

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の大西補足意見は、「現行民法が法律婚主義を採用している以上、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との間に、親子関係の成立や相続に関する規律において、何らかの差異が生じたとしてもやむを得ないし、また、正当な婚姻関係とこれによって形成された家族を保護するとともに、非嫡出子の保護をも図つたとされる本件規定の立法理由に合理的根拠がある」「ことは、いずれも多数意見のいうとおりである。本件規定は、旧法制定当時の同様の規定が昭和22年の改正の際にもそのまま維持されたものであって、いずれもそれぞれの時点における我が国の社会的諸条件の下においては、それなりの合理性を有していた」という。

(3) 司法哲学

(a) 立法府による改正が強く望まれる

H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の島田補足意見は、民法900条4号ただし書前段が、「極めて違憲の疑いの濃いものであることに加えて、大法院決定から約半年後には、法制審議会により非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等にする旨の民法改正案が答申されていること、今や世界の多くの国において法律上相続分の同等化が図られていること、国際連合の人権委員会が市民的及び政治的権利に関する国際規約40条に基づき我が国から提出された報告に対して示した最終見解においても、相続分の同等化を強く勧告していること等にかんがみ、本件規定については、相続分を同等にする方向で

の法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待する」とし、H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の竹内補足意見は、最高裁が違憲の判断をすることについて種々の問題点があるので、「立法府が本件規定を改正するのであれば、相続をめぐる関連規定の整備を図った上、明確な適用基準時を定め、適切な経過規定を設けることで、容易にこれらの問題や不都合を回避することができる。そして、平成8年には法制審議会により非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等にする旨の民法改正案が答申されている」、「これらのことを考慮すると」、「社会情勢等の変化にかんがみ、立法府が本件規定を改正することが強く望まれている」という⁴⁾。

(b) 違憲判断の効力を遡及させるとトラブル

H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の島田補足意見は、民法900条4号ただし書前段は、「相続制度の一部分を構成するものとして、国民の生活に不断に機能しているものであるから、これを違憲としてその適用を排除するには、その遡及効や関連規定との整合性の問題等について十分な検討と準備が必要である。それなしに直ちに違憲無効の判決をすると、大きな混乱を招いて法的安定性が著しく損なわれることは避けがたい」という⁵⁾。

D このアプローチをめぐる

(1) H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の大西補足意見が、非嫡出子の相続分について、「立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったものといえることができる」としながらも、「立法政策として改正を検討することはともかく、現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理であるとまでは断定できない」とした。この点、「こうした考え方によれば、本件のような事案では、係争法令が『著しく』不合理であると『断定』でき、また、合理性に『著しく』欠けて憲法上『到底』容認しえなくなった段階でしか、違憲審査権を行使しないことになる。これは、審査権行使の範囲を不当に狭め、実質的にそれを放棄したことを意味するものといえよう」⁶⁾との批判がある。

(2) H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の竹内補足意見が、相続発生時(2000年6月30日)を同規定の合憲性判断基準日としたうえで、本決定につき、「本件基準日以降の社会情勢の変動等によりその後本件規定が違憲の状態に至った可能性を否定するものではない」としたことに注目すべきとし、「生来平等な存在として生まれ来る子どもたちのために、最高裁はいわばこのバトンに託された意味を真摯に受け止め、もはや新たな一步を踏み出す時期に来ているといえよう」⁷⁾とするコメントがある。

注

- 1) 本補足意見は、「民法は、私人間の諸利益の調整の上に成り立っているから、1つの利益だけを他の利益と切り離して考察するのは相当ではない。相続に関する規律は、取引行為におけるような純然たる財産的利益に関するものとはいえないにしても、身分関係に関する強行規定とは異なり、結局は被相続人の財産を誰にそしていか分配するかの定めであり、しかも、本件規定は、被相続人の明示の意思としての遺言等がない場合に初めて適用される補足的な規定にすぎない。相続の根拠については、種々の考え方があるとしても、推定される被相続人の意思を全く無視することはできないし、ある者に対し相続によって得る利益をより強く保障することが、他の者が従来有していた利益にいかなる影響を及ぼすかの観点からする検討も必要である。本件規定の合理性を検討するに当たっては、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と平等とした場合、配偶者その他の関係人の利益を保護するための措置が必要かどうか等を含め、相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性をも視野に入れた総合的な判断が必要である」という。
- 2) H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の島田補足意見は、7年決定の「正当性は、その後の社会事情や国民感情などの変遷を踏まえて、絶えず吟味していくことが必要であろう」、同決定「からいまだ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。我が国の伝統は別として、立法した当時に存した本件規定による区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、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」という。H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の竹内補足意見は、「民法施行後の社会経済構造の変化に伴い、農業を営む家族に典型的にみられるような、家族の構成員の協働によって形成された財産につき被相続人の死亡を契機として家族の構成員たる相続人に対してその潜在的な持分を分配するといった形態の相続が減少し、相続の社会的な意味が、被相続人が個人で形成した財産の分配といった色

彩の強いものになってきているといえることに加え、本件基準日以降に限っても、例えば、人口動態統計によれば、非嫡出子の出生割合は平成12年には出生総数の1.63%であったのが、平成18年には2.11%に増加していることは、我が国における家族観の変化をうかがわせる」という。

- 3) H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の竹内補足意見は、「平成13年にフランスにおいて姦生子（婚姻中の者がもうけた非嫡出子）の相続分を嫡出子の2分の1とする旨の規定が廃止され、嫡出子と非嫡出子の相続分を平等とすることは世界的な趨勢となっており、我が国に対し、国際連合の自由権規約委員会や児童の権利委員会から嫡出子と非嫡出子の相続分を平等化するように勧告がされていることなどは、我が国を取り巻く国際的環境の変化を示す」という。
- 4) 本補足意見は、「立法による解決が望ましいという考えであって、立法によ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を差し控えるべきであるという趣旨でない」という。
- 5) H-21.9.30〈遺産分割(婚姻後)〉最2決の竹内補足意見は、違憲とした場合の遡及効について同旨を述べる他、「最高裁判所が、過去にさかのぼった特定の日を基準として、本件規定は違憲無効となったと判断した場合には、当該基準日以降に発生した相続であって相続人中に嫡出子と非嫡出子が含まれる事案において、本件規定を適用した判決（最高裁判所の判決も含む。）や遺産分割審判、本件規定が有効に存在することを前提として成立した遺産分割調停、遺産分割協議等の効力に疑義が生じ、新たな紛争が生起し、更には本件規定を前提として形成された権利義務関係が覆滅されることにもなりかねない。かかる事態は、本件規定に従って行動した者に対して予期せぬ不利益を与えるおそれがあり、法的安定性を害することが著しい」、「特に、本件においては本件基準日から既に9年以上が経過しているという事情があるので、本件規定が違憲無効であったと判断した場合にその効力に疑義が生じる判決等は、相当な数に上る」、7年決定「における5名の裁判官の反対意見は、本件規定の有効性を前提としてなされた従前の裁判、合意の効力を維持すべきであると述べるが、違憲判断の効力を遡及させず、従前の裁判等の効力を維持することの法的な根拠については、上記反対意見は明らかにしておらず、学説においても十分な議論が尽くされているとはいえない」、「また、上記反対意見に従えば、同じ時期に相続が発生したにもかかわらず、本件規定が適用される事案とそうでない事案が生ずることになるという問題も生じかねない」という。
- 6) 小林・前出二《消極主義 III》(二)注14) 158頁。
- 7) 三宅・前出二《消極主義 III》(二)注20) 130頁。

三 積極主義のアプローチ

《積極主義 I》

- (一) 「立法目的正当・手段は著しく不合理でない・
しかし適用は違憲」アプローチ

A 概 要

これは〈遺留分減殺〉請求の事件において、民法 900 条 4 号ただし書前段を準用する民法 1044 条の合憲性が争われる際、900 条 4 号ただし書前段、そして、1044 条について、「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチを用いるが、これらの規定を当該事案に適用する限りにおいて違憲とするアプローチである。このアプローチは、非嫡出子の人権への強いコミットと現実的な司法観に支えられている。

B 裁判例

(1) H-22.3.10 〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判平成 22 年 3 月 10 日¹⁾(判タ 1324 号 210 頁, ①→東京地判平成 17 年 3 月 3 日〔判例集未登載]) は、7 年判決を援用して、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから」、民法 900 条 4 号ただし書前段の「立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 としたことが、上記立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということではできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法 14 条 1 項に反するものとはいえない」とし、さらに、「本件規定を準用する民法 1044 条が憲法 14 条 1 項に反するものとはいえない」とする。しかし、本件事案についてみると、被相続人は、「一度も婚姻をしたことがない」、そして、「控訴人は養子で」、被

相続人「の嫡出子ではあるが（民法 809 条）、婚姻関係から出生した嫡出子ではないから、本件事案に本件規定を準用して被控訴人の遺留分を嫡出子の遺留分割合の 2 分の 1 にし、控訴人の取り分を増やすことは、法律婚を尊重することには何ら結びつかない」、「被相続人につき婚姻関係が成立していない本件事案において、本件規定を準用して本件区別をもたらしことと立法理由との間に直接的な関連性は認められず、法律婚の尊重という立法理由からは、その合理性を説明できない」、「本件規定は、もともとその規定ぶりがその立法目的に照らして広汎過ぎる」、「確かに、法制度である以上、ある程度割り切ってどこかで一律に線を引かざるを得ない面があるといえるが、本件区別により被控訴人が被る不利益は」、「決して僅少なものとはいえない」という。そして、我が国の社会の変化、ヨーロッパ諸国における変化「に照らすと、本件規定及び本件区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、本件相続発生当時の時点（平成 7 年）でみると、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」おり、「このような諸事情を総合考慮すると、本件規定ないしこれを準用する民法 1044 条が法令として違憲・無効であるとはいえないにしても、これを本件事案に適用する限りにおいては、違憲と評価され、効力を有しない」とし、「本件事案については民法 900 条 4 号本文を準用して判断していく」とする。

(2) H-23.12.21 (遺留分減殺(前))名古屋高判平成 23 年 12 月 21 日(裁判所サイト, ①→H-23.6.24 (遺留分減殺)名古屋地豊橋支判)は、民法 1044 条が準用する民法 900 条 4 号ただし書前段が憲法 14 条 1 項に違反し無効であるとの控訴人の主張について、「民法は、一夫一婦制を根幹とする法律婚主義を採用していることから、『婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ』ることには、合理性がある」とする。そして、7 年決定を援用し、民法 1044 条が準用する民法 900 条 4 号ただし書前段は、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るためであるから、「立法府に与えられた合理的裁量判断を超えたものとはいえず、憲法 14 条 1 項に反するものとはいえない」という。しかし、「非嫡出子が出生したとき

において、被相続人がそれまで一度も婚姻したことがない場合には、その時点では、尊重し優遇すべき何らの法律婚もなく、したがって、当該非嫡出子との関係で本件規定により尊重し優遇すべき嫡出子も存在しないのであるから、このような場合において、後日被相続人が婚姻して出生した嫡出子との関係で本件規定の適用があるとすることは、本件規定の前記立法理由とされている法律婚とそれに基づく法律関係を尊重し優遇することに直接に又は実質的に関連せず、本件規定が適用されることによる差別には合理性があると解することは困難であり、少なくとも上記の場合における上記差別に合理性を認めることには重大な疑いがある」、「被相続人が一度も婚姻していない状態で出生した非嫡出子とその原因となった男女の関係は、婚姻関係のない男女の関係とその間に生まれた子というだけの存在で、その時点では、被相続人の婚姻との関係では価値中立的な社会的存在というべきものであって、毫も法律婚とそれに基づく嫡出親子関係などの法律関係を脅かすものではない」という。そして、日本の社会の変化、平成8年2月26日の法制審議会総会決定、条約等を検討し、「本件規定は法令として違憲であり無効なものとはいえないが、少なくとも、本件相続が開始した平成16年4月当時において、被相続人が一度も婚姻したことがない状態で被相続人の非嫡出子として出生した子について、被相続人がその後婚姻した者との間に出生した嫡出子との関係で本件規定を適用することは、本件規定の前記立法理由をもって正当化することは困難であり、本件規定の適用により生ずる前記のような差異を合理的理由のあるものとして支持するに足りなくなったというべきであるから、上記のような状態で出生した非嫡出子について本件規定を適用する限度で、本件規定は憲法14条1項に違反して無効というべきである」、「本件規定による相続分が被相続人の遺言がない場合の補完的な規定であるのに対し、本件規定を準用する民法1044条は被相続人の遺言の自由をも制約する強行規定であるなどの相違はあるものの、本件規定を準用する民法1044条も、本件規定の立法理由である法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るとの同一の立法理由に基づくものと解されるから、本件規定に関する上

記」の説示は、本件規定を準用する同条についてもそのまま当てはまる」という。そして、控訴人の遺留分は、嫡出子らと同一の20分の1であるとし、原判決を変更する。

C このアプローチを支える思想

(1) 非嫡出子の人権への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

(a) 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問題

H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判は、「被控訴人は、遺留分が嫡出子の2分の1となる」「という重大な財産的不利益を受けるだけではなく、法律婚関係にない男女の間に生まれたという本人の意思や努力によって変えることのできない事情によってこのような差別的な取扱いを受けることにより、精神的に大きな苦痛を被ることになる」、「それは、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問題である」という。H-23.12.21〈遺留分減殺(前)〉名古屋高判は、「本件規定を準用する民法1044条は、遺留分に関する法制度として、同じく被相続人の子でありながら、被相続人と婚姻関係にある配偶者との間に出生した子（嫡出子）と、被相続人と婚姻関係にない者との間に出生した子（非嫡出子）との間で、後者の遺留分を前者の遺留分の2分の1とする規定であり」、「このように婚姻関係にある両親の下に出生したか否かという、子自身の意思や努力によってはいかんともし難い事由を理由として、取得される権利に差異を設けることは、憲法14条1項にいう社会的身分又は門地による経済的又は社会的関係における差別に当たる」という。

(b) 日本社会における変化

H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判は、「立法当時と比較すると、その後の社会情勢、家族生活や親子関係の実態、我が国を取り巻く国際的環境等は、著しく変化をしているのであり（公知の事実）、本件規定及び本件区

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、本件相続発生当時の時点（平成7年）でみると、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いう点も考慮しなければならない」、「我が国における社会的、経済的環境の変化等に伴って、夫婦共同生活のあり方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、本件相続発生当時においても、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、事実婚ないし非婚の増加、出生数のうち非嫡出子の占める割合の増加の傾向など、家族生活や婚姻関係の実態も変化し、多様化してきていたことは公知の事実である」、「我が国においても、本件規定は法の下での平等の理念に照らし問題があるとして、平成7年ころに同趣旨の改正要綱試案が公表され、本件相続発生時からまもなくの平成8年2月には法制審議会が同趣旨の民法の一部を改正する法律案要綱を法務大臣に答申したという状況にある」という。H-23.12.21〈遺留分減殺(前)〉名古屋高判も同旨。

(c) 国際社会における変化

H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判は、「ヨーロッパ諸国においては、非嫡出子の増加現象が1つの契機となって、おおむね1960年代ころまでに、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と同等とする法改正を行っている」という。

(d) 条約の要請

H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判は、また、「我が国が平成6年に批准した、児童の権利に関する条約2条1項には『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（中略）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。』との規定が置かれている」という。H-23.12.21〈遺留分減殺(前)〉名古屋高判も同旨。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

(a) 法律婚の尊重

H-23.12.21〈遺留分減殺(前)〉名古屋高判は、「憲法24条を承けた民法は、一夫一婦制を根幹とする法律婚主義を採用しているところであり、その結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ、また、内縁の配偶者には他方の配偶者の相続が認められないなどの差異を設けることには合理性があるというべきである。そして、民法1044条が準用する本件規定の立法理由は、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るため、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子である嫡出子を優遇して定めるが、非嫡出子にも嫡出子の法定相続分の半分の法定相続分を認めてその保護を図ることとするものであるところ（平成7年最高裁大法廷決定参照）、憲法24条を承けた民法が法律婚主義を採用している以上、法律婚とそれに基づく法律関係を優遇するとの本件規定の立法理由には、尊重し優遇されるべき法律婚が現に又は過去に存在している状態で出生した非嫡出子との関係において一定の合理的根拠となり得るのであり」、「非嫡出子との関係で、その法定相続分について本件規定を適用する限りでは、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその2分の1としていることが、上記立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的裁量判断を超えたものとはいえぬ、憲法14条1項に反するものとはいえない」という。H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判も同旨。

(b) 遺留分制度においても法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るという趣旨は妥当

H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判は、「民法1044条は、本件規定を遺留分について準用している。民法1044条が本件規定を準用し、非嫡出子の遺留分を嫡出子の2分の1としたこと」「についても、確かに、遺留分については、遺言者の意思によって自由にできないものであり、相続分（遺言

による相続分の指定等がない場合などにおいて初めて機能する。)のようにこれを補充的なものとは捉え難いという面があるものの、遺留分制度においても、本件規定の立法理由である法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るという趣旨はそのまま妥当するというべきであるから、民法 1044 条が本件規定を準用し、非嫡出子の遺留分を嫡出子の 2 分の 1 としたこと（本件区別）が、「立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできない」という。

(3) 司法哲学

このアプローチの根底には、かなり積極的な司法観が内在するように思われる。

D このアプローチをめぐって

(1) H-22.3.10〈遺留分減殺(非婚)〉東京高判は、① 婚姻関係が成立していない本件事案において、本件規定を準用することは法律婚の尊重という立法理由からは合理性を説明できないとしつつ、② 本件規定によって婚外子が被る不利益、立法当時以降の社会情勢、家族生活や親子関係の実態、我が国を取り巻く国際的環境等の変化に言及する。この点、「法の論理からすれば」、①「の段階で、適用違憲の結論を導くことができるはずだが」、②の理由づけは、「最高裁大法廷及び小法廷の反対意見と共通」し、「適用違憲の理由づけではなく、本件規定そのものを違憲とする理由づけなのである」、
「高裁としては、上級審として最高裁の判例法理をある程度、尊重せざるを得ず、第 1 審判決のように単純明快な違憲論を述べることができないと自己制約する一方、本件の事案について、具体的に公平な解決を目指して、遺留分の平等化を導くために適用違憲で対応したのではないだろうか。しかし、①②の理由づけを述べたことによって、本判決は限りなく法令違憲に近いことを明らかにした。したがって、本判決を、本件規定を違憲とする方向へ一歩進めた判例として位置づけることができる」²⁾というコメントがある。

注

- 1) 被相続人は、昭和30年ころ、女性Bと知り合って深い仲となり、Bの住居を用意して、そこに頻繁に通い、その生活費を負担するなどその生活を全面的に支えるようになった。そして、昭和39年、被相続人とBとの間に一審原告X（非嫡出子、被控訴人）が生まれた。被相続人は、Xをかわいがり、幼稚園や学校の行事にも参加するなどし、平成4年にXから提起された認知の訴えにおいては、特にこれを争わなかった。被相続人は、死亡するまでだれとも婚姻をしなかったが、被相続人の妹Y（一審被告）とYの子であるJを養子とした。被相続人は、その財産全部を包括してYに相続させる旨遺言をしたところ、Xが、Yに対し遺留分減殺請求の意思表示をし、被相続人の相続財産について6分の1の持分を有することの確認等を求めた。一審は、民法900条4号ただし書前段が憲法14条1項に違反し無効としたので、Yが控訴し、Xが附帯控訴した。
- 2) 二宮周平・戸籍時報656号2頁（2010）。

《積極主義 II》

ここに類別されるアプローチは、見られない。

《積極主義 III》

（一）「立法目的正当・手段は合理性なし」アプローチ

A 概要

これは、民法900条4号ただし書前段の立法目的自体には、正当性が認められるが、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする手段が、立法目的を達成する役割を果たしておらず、合理性を見いだすことは困難であるとして違憲とするアプローチである。このアプローチは、非嫡出子の人権への強いコミットと積極的な司法観に支えられている。

B 裁判例

(1) H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判平成6年11月30日¹⁾(判時1512号3頁)は、民法900条4号ただし書前段の「立法目的は、非嫡出子の

相続分を法律上の婚姻関係にある男女の間に出生した嫡出子の相続分の2分の1とすることによって、法律上の婚姻によって成立した家族の利益を保護し、もって正当な婚姻を奨励尊重するとの趣旨に出たものと解される」とするが、本件条項は、「立法目的はそれなりの合理性を持つものであるにしても、法律上の婚姻の奨励という目的を達成する手段としては実効性に乏しいものであり、「本件条項は、立法府の裁量の問題として看過しえない非合理的な規定といわざるを得ず、憲法14条1項に違反」し、「無効である」²⁾とし、原判決を変更する。

(2) H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の泉反对意見は、民法900条4号ただし書前段の規定は、「法律上の婚姻を尊重し保護するという立法目的に基づくものであって、その目的には正当性が認められるが、本件規定が採用する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とするという手段が」「立法目的の促進に寄与する程度は低いものと考えられ、上記立法目的達成のため重要な役割を果たしているとは解することができ」ず、「本件規定の持つ合理性は比較的弱」く、「一方、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あり、本件規定にこの犠牲を正当化する程の強い合理性を見いだすことは困難である」とし、本件規定は、「憲法14条1項に違反して無効であり、原判決は破棄すべき」という。

(3) H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判平成16年10月14日のオロ反对意見は、「嫡出子と非嫡出子とを区別し、非嫡出子であることを理由にその相続分を嫡出子のその2分の1とすることは、その立法目的が、法律婚の尊重、保護という、それ自体正当なものであるとしても、その目的を実現するための手段として、上記の区別を設けること及び上記数値による区別の大きさについては、十分な合理的根拠が存するものとはいえない」、「本件規定は、人を出生によって取得する社会的身分により、合理的な理由もないのに、経済的又は社会的関係において差別するものといわざるを得ず」、「憲法14条1項に違反して無効であり、原判決は破棄すべき」という。泉反

対意見は、H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判での自らの反対意見を援用し、「民法900条4号ただし書前段の規定は、憲法14条1項に違反して無効であり、原判決は破棄すべき」とする。

C このアプローチを支える思想

(1) 非嫡出子の人権への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

(a) 非嫡出子であることは、自己の意思によらずに、出生によって決定された地位ないし身分であり、その差別は、憲法13条および24条の掲げる個人としての尊重、個人の尊厳の理念を後退させる

H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の泉反対意見は、民法900条4号ただし書前段の規定は、「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とすることによって、嫡出でない子を差別するものである。しかも、その差別は、自己の意思によらずに、出生によって決定された嫡出でない子という地位ないし身分によるものであるが、憲法14条1項は、『社会的身分』を特に掲げて、すべて国民は社会的身分等によって差別されないと規定している。また、かかる差別は、憲法13条及び24条が掲げる個人としての尊重、個人の尊厳の理念をも後退させる性質のものである」という³⁾。

(b) 立案の当初、そしてその後もその適否について議論あり

H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判は、民法900条4号ただし書前段の規定は、「その立案の当初からその適否について議論があったものであり、昭和54年7月17日付けで法務省民事局参事官室から公表された相続に関する民法改正要綱試案の2においては、非嫡出子の相続分の平等化が図られたこと（もっとも、当時の世論調査の結果等にかんがみ、時期尚早としてこの部分の改正は見送られた。）、また、平成6年7月に法制審議会民法部会身分法小委員会がまとめた民法改正要綱試案においても、再度、本件条項の廃止が盛り込まれていることなどは、間接的ながら、本件条項が必ずしも十分な合理性を持たないことの1つの裏付けとなる」という。

(c) 本件条項は、妻の利益の保護を目的としていない

H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判は、「相続人が配偶者と子である場合、法律上の妻の相続分は子が嫡出子か非嫡出子かにかかわらず2分の1であるから」、民法900条4号ただし書前段の規定は、「法律上の妻の保護には必ずしも役立たないことが明らかである」という。

(d) 種々の不合理

H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判は、民法900条4号ただし書前段の規定は、「一律に非嫡出子の相続分を嫡出子のその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もうけて離婚した後、再婚し、子をもうけた場合に、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が差別される結果となり、極めて不合理な結果をもたらすこととなる。被相続人の遺産の公平適切な分配という観点からしても、嫡出子が常に遺産に対する寄与が大きいとは限らないのであるから、その相続分を寄与の度合いにかかわらず、常に嫡出子の2分の1とすることは不合理であり、この点は、相続分は一応等しいものとした上で、寄与分の制度の活用によって、現実の寄与、貢献に応じた分配を図る方が妥当な結果をもたらすことが明らかである」、「さらに、遺産によって残された未成年者を扶養するという観点からみても、嫡出子の方が一般的に非嫡出子よりも扶養の必要性が高いと言えないこと、また、相続制度の対極にある父母に対する扶養義務については非嫡出子と嫡出子との間に差異はないことなども本件条項の合理性を検討する上で考慮されなければならない」という。

(e) 日本社会における変化

H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判の才口反対意見は、「多数意見が引用する大法廷決定後、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」という。

(f) 国際社会からの批判

H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の深沢反対意見は、「日本政府は、国際連合人権委員会に対し、市民的及び政治的権利に関する国際規約40条に基づき『嫡出である子と嫡出でない子の法定相続分を同等化する法改正を検討している。』との報告を提出したが、同10年11月、同委員会は、これに対する最終見解において、日本政府に対し、民法900条4号を含む法律の改正のために必要な措置をとることを勧告するとともに、この点を含む報告の提出日を同14年10月に指定した（なお、同15年2月末日現在、報告は提出されていない。）。このように本件規定が制定された後及び大法廷決定後も日本社会は大きく変容し続け、本件規定の合理性を根拠付けていた諸要素についての社会の評価も変化しており、国際的な批判も生じている」という。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

(a) 立法目的は憲法24条の趣旨に沿う

H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判は、民法900条4号ただし書前段の「立法目的は、非嫡出子の相続分を法律上の婚姻関係にある男女の間に出生した嫡出子の相続分の2分の1とすることによって、法律上の婚姻によって成立した家族の利益を保護し、もって正当な婚姻を奨励尊重するとの趣旨に出たものと解される。民法は、婚姻は戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによってその効力を生ずるものとし、このようにして成立した婚姻関係に種々の法律上の保護を与えるとともに、このような婚姻関係を基礎として親子関係や相続関係を定めており、このような法制度は憲法24条の趣旨にも沿う」、「本件条項はこのような家族に関する法制の一環として定められたものであり、非嫡出子を嫡出子に比し、相続分において差別的に取り扱うものではあるが、立法の目的が必ずしも合理性を欠くということとはできない」という。H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の泉反対意見、H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判の才口反対意見も同旨。

(3) 司法哲学

(a) 司法による救済が必要

H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の泉反対意見は、「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」という。H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判のオロ反対意見は、「嫡出子と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」とし、両反対意見ともに積極的な司法観を示す⁴⁾。

D このアプローチをめぐって

(1) H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の泉反対意見や、H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判のオロ反対意見が積極的な司法観を示したことについて、「これらの意見は、本件規定の合理性にさらに疑いを差し挟むとともに、判例変更の契機を与えようとするようである」、「成熟した多元的民主社会に相応しい司法審査観を看取すべきだろう⁵⁾」、「立法府が速やかな対応ができない現状では、司法の人権救済機能に期待せざるをえない。この点で、泉裁判官の踏み込んだ姿勢に共感を覚える⁶⁾」等のコメントがある。

注

- 1) 被相続人A男の死亡に伴い、残された11人の子の相続分を民法900条4号に基づき分配することを認めた原審静岡地判平成3年2月27日(判例集未登載)に対し、その内の非嫡出子3人が、同条項が「人の出生という社会的身分による不合理な差別であり、憲法14条に違反」し無効であることなどをもって控訴した。中山道子・ジュリ臨増1068号8頁(1995)参照。
- 2) 本判決は、「本件は、被相続人とその内縁の妻及び非嫡出子」「によって、長年にわたり家族としての共同生活体が構成され、遺産もその生活体の営みの中で形成されてきたものであり」、また、非嫡出子ら「が被相続人に孝養を尽くし、扶養義務を

全うした場合であって、それでもなお、被相続人死亡の50年以上も前から被相続人と事実上縁を断ち、遠隔の地で被相続人の法律上の妻（被相続人より先に死亡）とのみの生活をしてきた嫡出子が非嫡出子の2倍の相続分を有するとすることの合理性を論証しがたい好個の事例である」という。

- 3) H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判は、「規定の仕方が極めて広いため、母の相続に関しても嫡出子と非嫡出子が差別されるなど明らかに不合理な結果をもたらす場合もあること、さらに、遺産の公平適切な分配や、遺産による未成熟子の扶養という観点からみてもその合理性を肯定することは困難であること等に加え、出生による差別は、本人の意思や努力によってはいかんともしがたい事由による差別であり、憲法14条1項の趣旨からしてこのような事由による差別は極力回避されなければならない」という。H-16.10.14〈不当利得返還(不明)〉最1判の口頭反対意見は、「憲法13条、14条1項は、個人の尊厳と法の下での平等を規定し、また、憲法24条2項は、相続に関する法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない旨を規定している。このような憲法の規定に照らすと、憲法は、相続に関する法制度としては、子である以上、男女長幼の別なく、均等に財産を相続することを要求しているものというべきであり、子の社会的身分等を理由として、その法的取扱いに区別を設けることは、十分な合理的根拠が存しない限り許されないと解するのが相当である。非嫡出子であることは、自分の意思ではどうにもならない出生により取得する社会的身分である」という。
- 4) H-6.11.30〈共有権確認(不明)〉東京高判は、「非嫡出子の相続分を含め、相続制度をどのように定めるかは夫婦財産制や扶養制度にも深く関連する事柄であり、家族に関する法制度全体の中で考えられなければならない問題であって、立法府の裁量の余地が大きいことは確かであるが、その中の規定が法制度として著しく不合理である場合にはその裁量の範囲を逸脱したものとしてその効力が否定されなければならない」という。
- 5) 松田・前出二《消極主義III》(二)注6)123頁。
- 6) 二宮・前出一注4)739頁。

(二) 「立法目的正当・手段は目的と実質的 関連性なし」アプローチ

A 概要

民法900条4号ただし書前段につき、立法目的は正当であるが、非嫡出子の法定相続分を2分の1とすることは、同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ず合理的であるということとはできないとして法令違憲とするアプローチである。このアプローチは、非嫡出子の人権への強いコミットと積極的な司法観に支えられている。

B 裁判例

(1) H-5.6.23〈遺産分割(不明)〉東京高決平成5年6月23日(判時1465号55頁, ①→H-4.12.08〈遺産分割(不明)〉千葉家審)は, 民法900条4号ただし書前段の規定は, 憲法14条1項にいう「社会的身分による経済的又は社会的関係における差別的取扱い」に当たるとし, 「社会的身分を理由とする差別的取扱いは, 個人の意思や努力によってはいかんともしがたい性質のものであり, 個人の尊厳と人格価値の平等の原理を至上のものとした憲法の精神(憲法13条, 24条2項)にかんがみると, 当該規定の合理性の有無の審査に当たっては, 立法の目的(右規定所定の差別的な取扱いの目的)が重要なものであること, 及びその目的と規制手段との間に事実上の実質的関連性があることの2点が論証されなければならない」という。そして, 「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」, 「重要なものである」が, 「民法900条4号但書前段の規制は, 目的に対して広すぎるという意味で正確性に欠けるだけでなく, 婚外子の出現を抑止することに関しほとんど無力であるという意味で, 適法な婚姻に基づく家族関係の保護という立法目的を達成するうえで事実上の実質的関連性を有するといえるかどうかも, はなはだ疑わしい」とし, 「民法900条4号但書前段の規定は, 憲法14条1項の規定に違反し, 無効である」とする¹⁾。

(2) H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島, 大野, 高橋, 尾崎, 遠藤反対意見は, 「本件は同じ被相続人の子供でありながら, 非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とすることの合憲性が問われている事案であって, 精神的自由に直接かかわる事項ではないが, 本件規定で問題となる差別の合理性の判断は, 基本的には, 非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという

属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっている」、「したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、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存否が検討されるべきである」という。そして、「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はないが、その立法目的からみて嫡出子と非嫡出子とが法定相続分において区別されるのを合理的であるとするのは、非嫡出子が婚姻家族に属していないという属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものであって」、「憲法 24 条 2 項が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れない。すなわち、出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、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。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、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ず合理的であるということではできない」、「少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っているというべきであって、本件規定を合理的とすることには強い疑念を表明せざるを得ない」とし²⁾、民法 900 条 4 号ただし書前段は、「憲法 14 条 1 項に違反して無効であり、原決定を破棄すべき」とする。なお、「本件規定を違憲と判断するとしても、当然にその判断の効力が遡及するものでない」という。

(3) H-12.1.27〈預金払戻(不明)〉最 1 判平成 12 年 1 月 27 日(判時 1707 号 121 頁)の遠藤反対意見は、7 年決定における自らの反対意見を援用し、「民法 900 条 4 号ただし書前段の規定は憲法 14 条 1 項に違反して無効であり、原判決を破棄すべき」という。

(4) H-15.3.28〈預金返還(不明)〉最 2 判平成 15 年 3 月 28 日の梶谷、滝井反対意見は、平成 7 年決定の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見およ

び尾崎追加反対意見と同旨であるとし、家族関係および相続をめぐる近時の社会状況の変化、国際社会の動き等「これらにかんがみると、現時点において、民法900条4号ただし書の規定が上記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、合憲であるということは一層困難である」とし、「非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1と定める民法900条4号ただし書の規定は憲法14条1項に違反する」という。

(5) H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の深沢反対意見は、民法900条4号ただし書前段の「規定が法律婚の尊重・保護の目的のために相続において非嫡出子に差別を設けていることは、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であるというべきであるから、これが有効であることを前提とした原判決は、破棄すべき」という。

C このアプローチを支える思想

(1) 非嫡出子の人権への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

(a) 憲法13条、憲法24条2項、憲法14条1項の個人の尊厳の趣旨は、相続等家族に関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべき

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見は、憲法13条、憲法24条2項の「趣旨は相続等家族に関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべき」というものであり、憲法14条1項の趣旨は、「個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱を排除する趣旨と解される」という³⁾。H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の深沢反対意見は、13条、14条1項は、「憲法が個人の尊厳を基本原理とし、国民生活の全般にわたって法の下での平等を保障しようとするもので、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでなけれ

ば差別的な取扱いを禁止したものである。そして、このような観点から同24条2項は『……相続，……及び家族に関するその他の事項に関しては，法律は，個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して，制定されなければならない。』と規定したのである。このことは，憲法が，家族に関する事項についての法は，我が国の歴史，伝統，慣習，社会的諸事情，国民感情等を考慮しながらも，これにいたずらに追従するのではなく，個人の尊厳を重視したものでなければならないことを求めている」という。同じく，泉反対意見は，本件規定の「差別は，自己の意思によらずに，出生によって決定された嫡出でない子という地位ないし身分によるものであるが，憲法14条1項は，『社会的身分』を特に掲げて，すべて国民は社会的身分等によって差別されないと規定している。また，かかる差別は，憲法13条及び24条が掲げる個人としての尊重，個人の尊厳の理念をも後退させる性質のものである」という。

H-5.6.23〈遺産分割(不明)〉東京高決も同旨。

(b) 妻に不利益とならない

H-5.6.23〈遺産分割(不明)〉東京高決は，「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，仮りに，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」という。

(c) 日本社会における変化

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島，大野，高橋，尾崎，遠藤反対意見は，「我が国においても，本件規定は法の下での平等の理念に照らし問題があるとして，昭和54年に法務省民事局参事官室は，法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づいて，非嫡出子の相続分は嫡出子の相続分と同等とする旨の改正条項を含む改正要綱試案を発表したが，法案となるに至らず，さらに現時点においても同趣旨の改正要綱試案が公表され，立法改正作業が継続されている」という。H-15.3.28〈預金返還(不明)〉最2判の梶谷，滝井反対意見は，「家族関係及び相続をめぐる近時の社会状況の変化

は、国内外において著しいものがあり、この傾向は」、7年決定「以降も、嫡出子と非嫡出子の区別をなくしていくことを求める方向に進んでいることが明らかである。そして、この変化が、本件のような相続分の違いをもたらしている規定の改正を促す大きな理由になっているものと考えられる。国内においては、法務大臣の諮問機関である法制審議会が平成8年2月に答申した『民法の一部を改正する法律案要綱』において民法900条4号ただし書の改正の方向が示されている」という。H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の深沢反対意見は、配偶者の相続分が改正された昭和55年、大法廷決定がされた平成7年および平成13年の厚生労働省の統計資料を整理した表について、「我が国の総人口の減少傾向がいわれる中で、出生数の漸減、非嫡出子の増加傾向、死亡数の漸増傾向、婚姻年齢と第1子誕生時の母の高齢化、離婚件数と核家族世帯の増加等がみられ、婚姻観、家族観等について国民感情の形成に影響すると思われる社会事情は、大法廷決定後も大きく変動しているのである。これに加えて、大法廷決定後の平成8年2月に法制審議会は『嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とする。』旨の民法の一部を改正する法律案要綱を法務大臣に答申した」という。H-5.6.23〈遺産分割(不明)〉東京高決も同旨。

(d) 国際社会における変化

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見は、民法900条4号ただし書前段について、「その立法当初において反対の意見もあったが、その立法目的は多数意見のいうとおり婚姻の保護にあるとして制定されたものであり、またその当時においては、諸外国においても、相続上非嫡出子を嫡出子と差別して取り扱う法制をとっている国が一般的であった。しかしながら、その後相続を含む法制度上、非嫡出子を嫡出子と区別することは不合理であるとして、主として1960年代以降両者を同一に取り扱うように法を改正することが諸外国の立法の大勢となっている」という。H-15.3.28〈預金返還(不明)〉最2判の梶谷、滝井反対意見は、「国際社会においては、国際連合の人権委員会が、市民的及び政治的権利に関する

国際規約 40 条に基づき我が国から提出された第 4 回報告を検討した上で、平成 10 年 11 月に同委員会で採択された最終見解において、前回の検討に続いて改めて、我が国の相続権に関する婚外子差別について引き続き懸念を有し、同規約 26 条に従い、すべての児童は平等の保護を与えられるという立場を再確認し、我が国が民法 900 条 4 号を含む法律の改正のために必要な措置をとるよう勧告しているのである。また、今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の様相も一様でなく、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」という。

(e) 国際社会からの批判

H-15.3.28〈預金返還(不明)〉最 2 判の梶谷、滝井反対意見は、「国際社会においては、国際連合の人権委員会が、市民的及び政治的権利に関する国際規約 40 条に基づき我が国から提出された第 4 回報告を検討した上で、平成 10 年 11 月に同委員会で採択された最終見解において、前回の検討に続いて改めて、我が国の相続権に関する婚外子差別について引き続き懸念を有し、同規約 26 条に従い、すべての児童は平等の保護を与えられるという立場を再確認し、我が国が民法 900 条 4 号を含む法律の改正のために必要な措置をとるよう勧告している」という⁴⁾。

(2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) 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、今なお尊重されるべき

H-5.6.23〈遺産分割(不明)〉東京高決は、上記表題のように述べる。他の判決も同旨。

(3) 司法哲学

(a) 立法裁量にも憲法上の限界

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見は、「相続制度は社会の諸条件や親族各人の利益の調整等を考慮した総合的な立法政策の所産であるが、立法裁量にも憲法上の限界が存在するのであり、憲法と適合するか否かの観点から検討されるべき対象であることも当然」という。H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最1判の深沢反対意見は、「本件規定は、親族、相続制度の一部を構成するものであるから、これを違憲無効とするときは、混乱を招き、法的安定性を損なうおそれがあることは否定できない。しかし、最高裁判所の違憲判決が社会的に大きな影響を及ぼすことは、その性質上、避け難いところであって、違憲判決の結果、新たな対応をする必要が生じた場合には、関係機関が速やかに適切な措置をとるべきことは、憲法が最高裁判所に違憲立法審査権を付与した当然の帰結というべきものであり、そのことをもって違憲立法審査権の行使が制約されると考えるのは相当でない」という。

(b) 違憲判断の効力は遡及しない

H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見は、「最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であっても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行って、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められるときは、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」、「本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべきである」という。

D このアプローチをめぐって

(1) H-5.6.23〈遺産分割(後)〉東京高決は、規定の立法目的の重要性は

肯定できるが、規制手段が目的と事実上の実質的関連性を有しないとし、7年決定の反対意見に先行したものである。「本決定は、合憲性審査基準、目的審査、手段審査とも、最近の有力説（違憲説）の立論をほぼ全面的にとり入れており、従来より違憲説の立場をとってきた私からみれば、妥当なもの⁵⁾、「本決定はこれまでの学説上の違憲説を総合したもので、かつその判断の背後には、婚姻の尊重と同時に、非嫡出子の個人の尊厳も等しく保護されなければならない、後者の犠牲の下で前者を保護するような立法は極力回避すべきだとする視点があり、今日の国際社会の共通認識に基づくだけに、強い説得力がある。今後の判例や立法にも大きな影響を与える画期的な決定といえよう⁶⁾とする好意的な評価の他、「抗告理由では、民法900条が憲法14条のみならず13条にも違反すると主張されているが、本決定は、13条違反の問題には立ち入らなかった。抗告理由がいうように、憲法13条にはライフスタイルの自己決定権を保障する意味があると解釈することはできても、それを根拠に」抗告人の「立場を擁護するのには困難がある。本件事案では」、抗告人の「父Aが先妻Cとの婚姻関係を維持したまま」抗告人「の母と婚外関係を作り、2人のこのライフスタイルがCの婚姻生活を脅かす結果になっていたようであるから、一方の自由の保護のみは語り得ない。本決定が、憲法13条に触れながらも、基本的には憲法14条に基づく違憲判断をしたのは正当であった⁷⁾というコメントがある。

(2) H-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島、大野、高橋、尾崎反対意見は、「出生について何の責任もなく、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非嫡出子を、そのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の粋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ず合理的であるということとはできない」とした。本反対意見について、「立法当時その目的が合理的であっても、その後の社会の意識の変化・諸外国の立法の趨勢を十分考慮すべきであるとしていることには賛成である⁸⁾、「反対意見は、憲法14条1項を『個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱を

排除する趣旨』と解釈していることから明らかなように、『個人の尊厳』と平等とを重ねている。そこから、出生について『非嫡出子には何の責任もなく、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』にもかかわらず別異に取り扱うことの差別性が強調される。それゆえに、反対意見は『中間審査の基準』を採用する。ただし、反対意見は、『単なる合理性についてすら、その存在を肯認することはできない』と述べているので、問題は『個人の尊厳』の内容ということになる。憲法13条の『個人の尊重』および24条2項の『個人の尊厳』には、平等に収斂されない独自の意味がある。それは、個人の『かけがえのなさ』である。個人の『かけがえのなさ』は、自己中心主義を意味するものではない。自己の独自性や『かけがえのなさ』は、他者との交流のなかで形成される。すべての個々人の『かけがえのなさ』が保護されるので、『自己のかけがえのなさ』は『他者のかけがえのなさ』を前提とする。このような相互承認のなかで、はじめて『個人の尊厳』は実現されうる、「『非嫡出子』という『身分』は、『自己のかけがえのなさ』を認識することを困難にさせ、さらに自分たちとは異なる存在と他者から見られる原因となりうる。その身分によって、他者との相互承認のネットワークを形成すること自体が困難となる。『非嫡出子』という属性に基づく差別は、『個人の尊厳』を侵害する」⁹⁾、「違憲判断の不遡及は理由中に明示するなどしないでも、むしろ当然に不遡及だというのが通説（個別的効力説）ではあるまいか」、尾崎追加反対意見の後半では「遺言優先を説く多数意見の論法を逆手に取って、平等化しても遺言を活用することにより法律婚家族は保護されると切り返しており、きわめてシャープな論法といえよう」¹⁰⁾等の好意的コメントがある。

注

- 1) 本決定は、「民法900条4号但書前段の規制は、一律に非嫡出子の相続分を嫡出子のその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、同号但書前段が本来意図している法律婚家族の保護（その実質がいわゆる妻の子よりも妻の

子を保護することにあることは前叙のとおりである）を越えてしまう結果を招来すること、このような場合には、いいかえれば、規制の範囲が立法の目的に対して広きにすぎることが指摘されなければならない」ともいう。

- 2) 本反対意見は、「単なる合理性についてすら、その存在を肯認することはできない」という。また、「法律が制定された当時には立法目的が合理的でありその目的と手段が整合的であると評価されたものであっても、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、現在においては、立法目的の合理性、その手段との整合性を欠くに至ったと評価されることはもとよりあり得るのであって、その合憲性を判断するに当たっては、制定当時の立法目的と共に、その後が生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討されなければならない」ともいう。
- 3) 尾崎追加反対意見は、「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明言する。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しみなす感情が強い。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。本件規定が法律婚や婚姻家族を守ろうとして設定した差別手段に多少の利点が認められるとしても、その結果もたらされるものは、人の精神生活の阻害である。このような現代社会の基本的で重要な利益を損なってまで保護に値するものとは認められない。民法自体が公益性の少ない事項で当事者の任意処分任せてよいとの立場を明らかにしていることを想起すれば、この結論に達せざるを得ない」という。

- 4) H-5.6.23〈遺産分割(不明)〉東京高決は、「近時の諸外国における立法の動向を見ると、非嫡出子について権利の平等化を強く志向する傾向にあることが窺われ、さらに、国際連合による『市民的及び政治的権利に関する国際規約』24条1項の規定の精神及び我が国において未だ批准していないものの、近々批准することが予定されている『児童の権利に関する条約』2条2項の精神等にかんがみれば、適法な婚姻に基づく家族関係の保護という理念と非嫡出子の個人の尊厳という理念は、その双方が両立する形で問題の解決が図られなければならない」という。
- 5) 米沢広一・判例セレクト'93(法教162別冊付録)10頁(1994)。
- 6) 二宮周平・判タ838号68頁(1994)。
- 7) 伊藤昌司・判評422(判時1482)号205頁(1994)。
- 8) 中川淳・ひろば48巻10号52頁(1995)。
- 9) 青柳幸一・別冊ジュリ186号65頁(2007)。
- 10) 米倉・前出二《消極主義III》(→注1)11頁。

(三) 「立法目的正当・手段は目的と合理的 関連性なし」アプローチ

A 概要

これは、民法900条4号ただし書前段の立法目的が合理的であるとしても、その立法目的と相続分において嫡出子と非嫡出子との間に差を設けることに合理的な関連性は認められないとし、同条項を違憲とするアプローチである。このアプローチは、非嫡出子の人権への強いコミットと積極的な司法観に支えられている。

B 裁判例

(1) H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決平成21年9月30日の今井反対意見は、「法律婚の尊重という立法目的が合理的であるとしても、その立法目的からみて、相続分において嫡出子と非嫡出子との間に差を設けることに合理性があるであろうか」と問い、「法律婚の尊重という立法目的と相続分の差別との間には、合理的な関連性は認められない」、「本件規定は憲法14条1項に違反する」とする。そして、「原決定を破棄して本件を原審に差し戻

すべき」という。

(2) H-23.8.24〈遺産分割(前)〉大阪高決平成23年8月24日¹⁾(判時2140号19頁, ①→H-23.4.20〈遺産分割(前)〉大阪家審)は, 民法900条4号ただし書前段の合憲性につき, 「本件の相続開始時においては, 法律婚を尊重するとその本件規定の立法目的と嫡出子と非嫡出子の相続分を区別することが合理的に関連するとはいえず, このような区別を放置することは, 立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えている」, 「本件規定は, 法律婚の尊重という立法目的との合理的関連性を欠いており, 憲法14条1項, 13条及び24条2項に違反して無効である」とし, 原審判を変更する。

C このアプローチを支える思想

(1) 非嫡出子の人権への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

(a) 子が自らの意思や努力によってはいかんともすることができない事柄を理由として相続分において差別することは, 個人の尊厳と相容れない

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は, 「憲法24条2項は, 相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定しているのであるが, 子の出生について責任を有するのは被相続人であって, 非嫡出子には何の責任もない。婚姻関係から出生するかそうでないかは, 子が, 自らの意思や努力によってはいかんともすることができない事柄である。このような事柄を理由として相続分において差別することは, 個人の尊厳と相容れない」という。

(b) 日本社会における変化

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は, 「非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とする規定は, 明治の旧民法当時に設けられたものであり, 太平洋戦争後の民法の改正においても維持されて現在に至っている。その当時においては, 合理的なものとして是認される余地もあったことは認め

ざるを得ないが、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の動向、国内における立法の動き等にかんがみ、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「判決からも明らかである。まず、我が国における社会的、経済的環境の変化等に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、今日では、出生数のうち非嫡出子の占める割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し、多様化してきている」、 「我が国においても、後に述べるように、非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等とする旨の民法の改正意見があり、平成8年には、法制審議会総会が、その旨の改正案要綱を決定し、法務大臣に答申したが、未だ改正が実現していないという状況にある」という²⁾。

(c) 国際社会における変化

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は、「ヨーロッパを始め多くの国においても、非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等とする旨の立法がされている」という。

(d) 国籍法判決はほぼ妥当する

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は、国籍法判決は、「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、合理的な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」という³⁾。

(2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) 法律婚の尊重という立法目的は合理的

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は、「法律婚の尊重とい

う立法目的が合理的であるとしても……」という言い方ではあるが、また、H-23.8.24〈遺産分割(前)〉大阪高決は、ストレートな表現でないが、法律婚の尊重という立法目的の合理性に言及する。

(3) 司法哲学

(a) 救済を求めている者に対し救済を与えるのは裁判所の責務

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は、「本件規定は親族相続制度の一部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、これらの制度の全般にわたっての目配りや関連する諸規定への波及と整合性の検討が必要であり、また、本件規定による相続関係の処理は、永年にわたって行われてきたものであるから、本件規定を変更する場合には、その効力発生時期等についても慎重な検討が必要であり、これらのことは、本来国会における立法によって行われるのが望ましい」とするが、「このように本来立法が望ましいとしても、裁判所が違憲と判断した規定について、その規定によって権利を侵害され、その救済を求めている者に対し救済を与えるのは裁判所の責務であって、国会における立法が望ましいことを理由として違憲判断をしないことは相当でない」という。

(b) 本件規定を違憲と判断することによって、法的安定性を害するおそれの程度は著しいものとはいえない

H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決の今井反対意見は、「本件規定を違憲無効と判断したとしても、そのことによって本件規定を適用した確定判決や確定審判について再審事由があるということにはならないし、本件規定が有効に存在することを前提として成立した遺産分割の調停や遺産分割の協議の効力が直ちに失われるものではない。遺産分割の調停や協議は、当事者の思惑や譲歩など様々な事情を踏まえて成立するものであるから、本件規定が無効であることによって当然に錯誤があるということにはならない。本件規定を違憲と判断することによって、法的安定性を害するおそれのあることは否定できないが、その程度は補足意見が述べるほど著しいものとはいえない」と

いう⁴⁾。

D このアプローチをめぐる

(1) H-21.9.30 (遺産分割(後)) 最2決の今井反対意見は、立法目的が合理的であるとしても、その立法目的と相続分の差を設けることに合理的な関連性は認められないとし、法令を違憲とする。「立法目的正当・手段は違憲の疑いが濃い」アプローチをとる竹内補足意見も、違憲無効とした場合に生じる法的安定性を懸念し、消極的な対応をとる。あるコメントは、両者を対比し、「違憲判断の効力をあくまでも当該事件に限定するといういわゆる個別的効力説に立てば、同規定の有効性を前提に成立した他の同種事案にまで違憲判断の効力が直ちに及ぶとは当然に考えることはできないであろう。したがって、この点については、法的安定性を害する恐れを指摘しつつ『その程度は補足意見が述べるほど著しいものとはいえないと考える』とする今井反対意見が正鵠を射ている」⁵⁾という。

(2) H-23.8.24 (遺産分割(前)) 大阪高決が本規定を違憲とし、子らの相続分を平等とした。「裁判所がこのような問題につき違憲と判断することは法的安定性を害するとする考えもあるが法的安定性の基礎には正義も必要である」⁶⁾とのコメントがある⁷⁾。

注

- 1) 本決定は上訴されず、確定した。
- 2) 本今井反対意見は、「非嫡出子の相続分が嫡出子のそれと差があることの問題性は、古くから取上げられ」、「法制審議会による」平成8年「答申以来十数年が経過したが、法律の改正は行われぬまま現在に至っている」であり、もはや立法を待つことは許されない時期に至っている」という。H-23.8.24 (遺産分割(前)) 大阪高決は、「平成7年決定以後、法制審議会における相続分平等化等を内容とする答申、我が国における婚姻、家族生活、親子関係における実態の変化や国民意識の多様化、市民的及び政治的権利に関する国際規約28条1項により設置される委員会の意見、諸外国における国際的な差別撤廃の進捗等、国内的、国際的な環境の変化が著しく、相続分平等化を促す事情が多く生じている」とし、国籍法判決「により国籍取得に関する区別が違憲とされ、戸籍や住民票において嫡出・非嫡出を区別しない

非嫡出子相続差別をめぐる司法消極主義と積極主義（二・完）

表示が採用されるようになり、児童扶養手当法施行令が改正されるなど嫡出子と非嫡出子とを区別して取り扱わないことが公的な場面において一般化しつつある」という。

- 3) H-23.8.24（遺産分割(前)）大阪高決は、「相続に関する規律については、社会事情、国民感情などの諸事情や婚姻に関する規律等を総合的に考慮する必要があるから、立法裁量の余地は広いといえる（平成7年決定）。しかし、子の法律上の取扱いを嫡出か非嫡出かにより区別することは、本人の意思によっては左右できないことによる区別となる上、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の法定相続分より少なくすることは、法が非嫡出子を嫡出子より劣位に置くことを認める結果となり、法が非嫡出子に対するいわれない差別を助長する結果になりかねないことをも考慮すれば、上記のような立法府に与えられた裁量権を考慮しても、その具体的な区別と立法目的との間に合理的関連性が認められるかについて、慎重に検討することが必要である」とし、国籍判決に言及する。
- 4) H-23.8.24（遺産分割(前)）大阪高決は、「裁判により本件規定の違憲無効を宣言すると、法改正をするのとは異なり、既に現行法を前提に解決した遺産分割が再び争われるなど、さまざまな紛争を生じさせかねないという問題も指摘される。しかし、平成7年決定においても、区別の合理性に疑問を呈する意見が述べられ、それ以後本件の相続開始まで13年以上が経過し、非嫡出子が少数者として民主過程における代表を得難いことが明らかになったともいえるから、上記問題を理由に違憲無効との判断を避けるのは相当でない」という。
- 5) 三宅・前出二《消極主義 III》(二)注 20) 130 頁。
- 6) 植野妙実子・法教 377 号 5 頁 (2012)。
- 7) その他、「筆者は本規定を違憲と解するので本決定に賛成する」、「それはそれとして、本決定は金融機関にとって新たな悩みの種になるかもしれない」、「悩ましいのは、相続人間で不動産の分割審判が先行し、そこで本規定が違憲とされ、その確定後に、銀行が応訴するような場合である。銀行は、先行審判に従い本規定を違憲と解して子らに 500 万円ずつ払えばよいのか、本規定どおりに婚内子と婚外子とを差別的に取り扱うべきなのか。しかも、地裁（判決）と家裁（審判）とで、合憲・違憲が分かれる可能性もある（いわゆる「訴訟と非訟のねじれ」）。とりわけ、銀行が本規定を合憲と態度決定して臨む際に考慮すべきことがある。本規定は未だ最高裁で違憲とはされていないが、差別的だと（広く）認識され（始め）ている。多数学説は違憲説だし、本決定も存在する。銀行が本規定を合憲と解して振る舞うならば、差別に加担する企業と見られる恐れがある。そして、「子を差別する某銀行から預金を引き揚げよう 1」そんなキャンペーンがネットやツイッターで簡単に行える時代である」とのコメントがある。本山敦・金融・商事判例 1379 号 1 頁 (2011)。

四 おわりに

(一) 少ないアプローチ (第1図 全体図解)

以上、消極主義のアプローチとして3つのアプローチ、積極主義のアプローチとして4つのアプローチを見てきた。アプローチの種類は、他の憲法分野に比べて多いとはいえない。

(二) 多数意見のアプローチ

最高裁の多数意見は、《消極主義 III》(二)「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチ7年決定で用いてから、H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最2決に至るまで同決定を援用して合憲としている。新しい判断は付加されていない。このアプローチは、非嫡出子の人権への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミットにおいて、特に言及はない¹⁾。対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミットにおいて、法定相続分の定めは補充的に機能する規定であること、民法は事実婚主義を排して法律婚主義を採用したこと、さらに、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だという司法哲学を強調する²⁾。

(三) 反対意見のアプローチ

他方、反対意見のアプローチには、《積極主義 III》(一)「立法目的正当・手段は合理性なし」アプローチ、(二)「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチ、(三)「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチの3つがある。いずれのアプローチも、多少の表現の違いはあつ

ても、非嫡出子の人権への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミットにおいて、非嫡出子であることは、自己の意思によらずに出生によって決定された地位ないし身分であること、その差別は、憲法13条及び24条の掲げる個人としての尊重、個人の尊厳の理念を後退させること³⁾、日本社会、国際社会における変化、国際社会からの条約の遵守要請等に言及する。他方、対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミットにおいては——必ずしも積極的とはいえないが——法律婚の尊重は否定しない。司法哲学においても、立法裁量にも憲法上の限界があり、立法府が改正に消極的な場合、また、少数者保護のため、司法による救済が必要であるという⁴⁾。3つのアプローチは中間審査基準とされ、それぞれ審査の精度の高さを意味するよう見えるが、反対意見を検討する限り、裁判官の当該問題に対する感情表現の違い程度のようにも思われる⁵⁾。

（四） 補足意見のアプローチ

補足意見において《消極主義 III》(三)「立法目的正当・手段は違憲の疑いが濃い」アプローチがある。このアプローチは、対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミットにおいては、法律婚の尊重をいい、旧法、および、昭和22年の改正の際にそのまま維持された非嫡出子相続2分1規定は、それなりの合理性を有していたとするが、非嫡出子の人権への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミットにおいて、日本社会における変化、国際社会における変化に言及し、さらに、非嫡出子の不利益は必要最小限であるべきとする点で、反対意見のアプローチに限りなく近い。しかし、司法哲学において、司法でなく立法府自体による改正が強く望まれる問題であること、違憲判断をすると種々のトラブルが懸念されることを強調し、最終的には、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているとまではいえないとし、違憲でない

積 極 主 義	(一) 「立法目的正当・手段は合理的なし」アプロローチ ◇ 6.11.30 〈共有権確認(不明)〉東京高判		□ 15.3.31 〈預金返還(不明)〉最1判の泉反对意見 □ 16.10.14 〈不当利得返還(不明)〉最1判の才口反对意見, 泉反对意見	
Ⅲ	(二) 「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプロローチ ◇ 5.6.23 〈遺産分割(不明)〉東京高決	□ 7.7.5 〈遺産分割(前)〉最大決の中島, 大野, 高橋, 尾崎, 遠藤反对意見	□ 12.1.27 〈預金払戻(不明)〉最1判の遠藤反对意見 □ 15.3.28 〈預金返還(不明)〉最2判の梶谷, 滝井反对意見 □ 15.3.31 〈預金返還(不明)〉最1判の深沢反对意見	◇ 23.8.24 〈遺産分割(前)〉大阪高決
	(三) 「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプロローチ			□ 21.9.30 〈遺産分割(後)〉最2決の今井反对意見

とする。

(五) 下級審のアプローチ

下級審も最高裁に従っているといえるが、下級審のみに見られるアプローチとしては、《消極主義 III》(一)「立法政策」アプローチと《積極主義 I》(一)「立法目的正当・手段は著しく不合理でない・しかし適用は違憲」アプローチがある。「立法政策」アプローチは、対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミットにおいて、昭和54年7月に公表された「相続に関する民法改正要綱試案」時になされたアンケートの結果が消極的であったという指摘くらいであり、もっぱら、「法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題」という立法府尊重の司法哲学に支えられている。「適用違憲」アプローチは、多数意見への敬讓(?)と非嫡出子尊重の合成物といえるが、本音レベルでは、反対意見のアプローチと異ならないように思われる。

(六) 最後 に

法律婚とは、単なる男女の結びつきではなく、「戸籍法の定めるところにより届け出る」(民法739条)ことにより国家の承認を得た男女の結びつきである。7年決定の多数意見は、民法900条4号ただし書前段を正当化した際、法律婚に根拠を求めた。可部補足意見は、「およそ法律婚主義を採る以上、婚内子と婚外子との間に少なくとも相続分について差等を生ずることがあるのは、いわば法律婚主義の論理的帰結ともいうべき側面をもつということなのである」とより明確にいう。非嫡出子相続訴訟以外の他の家族問題に関する憲法訴訟を見ると、いずれも法律婚を前提とする点では異ならないが、ニュアンスの違いがみられる⁶⁾。

国籍法事件の多数意見は、国籍法3条1項の規定について、かつては、目

的も手段も合理的であったとするが、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっている」とし、「父母の婚姻」の部分を除いて同項を適用すべきとした。その判示には、非嫡出子相続訴訟に見られる反対意見とはほぼ同旨の主張——「我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている」、「また、諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する」——が見られる⁷⁾。非嫡出子相続問題だけでなく、家族問題をより個人志向で考えていくのが、世界の趨勢のように思われる⁸⁾⁹⁾。

注

- 1) 7年決定は、民法900条4号ただし書前段の「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」（傍点一中谷）という。多数意見にとって、傍点部分が非嫡出子の人権へのコミットとなるのであろう。尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役のみに限定した刑法200条の合憲性が争われた事件において、最大判昭和48年4月4日（刑集27巻3号265頁、以下、48年判決と呼ぶ）の多数意見は、立法目的について、「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとしつつ、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない」としたが、「尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遙かに超え、普通殺に関する刑法199条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法14条1項に違反して無効である」とした。この多数意見と非嫡出子相続訴訟の多数意見とは、異質なように見えるが、両者とも「著しく不合理か」を問う点で、また、

個人の尊厳に言及しない点で強い共通性をもつ。

- 2) なお、後述のように、7年決定の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見は、「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチでもって法令違憲を主張するが、違憲判断の効力は遡及しないとした。この点、7年決定と同じく「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチを用いたH-12.1.27〈預金払戻(不明)〉最1判の藤井補足意見は、この中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見について、「これは、最高裁判所の違憲判断が一般的効力ないしは実質的にこれに近い事実上の効力を有することを前提としつつ、既存の裁判・協議に影響を及ぼし混乱を招くのを回避するための理論として提示されたものと思われる。裁判所による法の解釈は立法者によって与えられた法の内容を発見することにあるとするならば、最高裁判所の違憲判断は、その法が以前から違憲無効であったことを宣明するものであって、遡及の効果を持つとする考えに親しみやすいであろう。これに対し、裁判所の法解釈には法の制定に類する創造的機能もあることを承認するならば、最高裁判所は、違憲判決において、その効果を遡及させるか否かを自ら決定することもできるといえることになるであろう。しかし、後者の考え方においても、その不遡及的違憲判断は当該事件には例外的に適用されるのか、それとも当該事件には適用されず将来の同種事件についてのみ活かされる傍論的説示にとどまるのかも問題であり、いまだ十分に議論が熟しているとはいえない。法の解釈に創造的機能があることは否定できないが、それは主として法の欠缺する分野においてである。明文の規定の存するところに法創造的契機を持ち込むことは、更に慎重な検討を必要とする」とし、「本件規定につき、現時点において違憲判断をすることが相当であるとはいえず、立法府による改正を待たなければならない」と批判的である。
- 3) 尊属殺の合憲性に関する最大判昭和25年10月25日(刑集4巻10号2126頁)において、眞野少数意見は、「およそ民主主義の基礎は、人間の尊厳を前提とする個人の平等すなわち一切の人格の平等にある」として違憲とした。48年判決において、田中意見は、「憲法の趣旨に徴すれば、尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値いするとかの理由によって、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり」、「旧家族制度的倫理観に立脚するものであって、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚である」とし、尊属重視という目的自体、合理性がないとする。眞野少数意見、田中意見と非嫡出子相続訴訟における反対意見は、「個人の尊厳」に言及する点で共通する。
- 4) 違憲判断の効力については、「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチを用いたH-7.7.5〈遺産分割(前)〉最大決の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤反対意見は、「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、遑及しないとしたが、「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチを用いた H-12.1.27〈預金払戻(不明)〉最 1 判の藤井補足意見は、この反対意見を批判する（二《消極主義 III》(二)注 12)。さらに、「立法目的正当・手段は違憲の疑いが濃い」アプローチを用いた H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最 1 判の島田補足意見は、「直ちに違憲無効の判決をすると、大きな混乱を招いて法的安定性が著しく損なわれる」と批判する。さらに同アプローチを用いた H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最 2 決の竹内補足意見は、最高裁の違憲判断は、「本件規定に従って行動した者に対して予期せぬ不利益を与えるおそれがあり、法的安定性を害することが著しい」と批判する。これらの批判に対して、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチを用いた H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最 2 決の今井反対意見は、「本件規定を違憲と判断することによって、法的安定性を害するおそれのあることは否定できないが、その程度は補足意見が述べるほど著しいものとはいえない」と反論する。

- 5) 泉裁判官は、H-15.3.31〈預金返還(不明)〉最 1 判の反対意見において、「立法目的正当・手段は合理性なし」アプローチを用いたが、その後、東京都保健婦管理職判決（最大判平成 17 年 1 月 26 日〔民集 59 卷 1 号 128 頁〕）——東京都に保健婦として採用された者が、平成 6 年度及び同 7 年度に東京都人事委員会の実施した管理職選考を受験しようとしたところ、日本の国籍を有しないことを理由に受験が認められなかったため、都に対し慰謝料の支払等を請求した——の反対意見では、「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチを用いた。国籍法判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日〔135 号事件・民集 62 卷 6 号 1367 頁、164 号事件・民事 228 号 101 頁〕）——日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍の取得を認めている国籍法 3 条 1 項の合憲性が問題になった——の補足意見においても、「立法目的と、日本国民である父に生後認知された子のうち『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得したものに限って日本国籍を付与することとした手段の間には、事実上の実質的関連性があるとはいえない」とし、「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチを用いている。滝井裁判官は、H-15.3.28〈預金返還(不明)〉最 2 判の反対意見において、「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチを用い、その後の東京都保健婦管理職判決の反対意見においても同アプローチを用いている。今井裁判官は、国籍法判決においては、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチを用いた多数意見に加わり、その後の H-21.9.30〈遺産分割(後)〉最 2 決においても同じアプローチを用いている（後述注 7）参照）。

- 6) 次のように類別できよう。

- ① 法律婚を積極的に援用し、争点について合憲判断を導く判決

住民票記載事件——住民票の世帯主と子の続柄欄の記載は、平成6年12月の改正において、すべて「子」と表記されることになったが、それ以前の住民基本台帳事務処理要領における住民票の世帯主との続柄欄の記載方法は、嫡出子については、「長男」、「二女」等の例により、他方、嫡出でない子の場合には、単に「子」と記載することになっており、その記載方法が憲法13条、14条、24条等に違反するかが事実婚カップルによって争われた——の1審、京地判平成3年5月23日（判時1382号3頁）は、「わが民法は、子が嫡出の子であるか嫡出でない子であるかによって、その相続法上あるいは親族法上の権利義務に差異を設けている。このような法制の在り方は、法の定めるところによって届出を行うことにより始めて婚姻の効力が発生するものとし、このような法律上の婚姻によって成立した家族の利益の保護を第一義に考えるという観点をその根拠とするものであり、それなりの合理的な根拠を有している」、「事務処理要領の記載方法の定めは、右のようなわが民法上の嫡出子と嫡出でない子との区別を前提とする限りは、それなりに十分な根拠がある」とし、「被告市長に過失があったものとするとはできない」とした。最1決（平成11年1月21日判時1675号48頁）は、「住民票においても戸籍と同様に嫡出子と非嫡出子とを区別して続柄の記載をすることとしたものと考えられるのであり、憲法14条や所論引用の条約等の規定を考慮に入れるとしても、右の定めが明らかに住民基本台帳法の解釈を誤ったものというとはできない」とし、市長が住民票に非嫡出子の世帯主との続柄を「子」と記載したことにつき、住民等の権利ないし利益を害するか否かにかかわらず、国賠法上の違法がないとした。

戸籍記載事件——昭和22年10月14日民事甲第1263号民事局長通達における戸籍の続柄の定め方についての附録第6号ひな形及び附録第24号ひな形は、嫡出子については「長男」「長女」「二男」「二女」等の例によって記載し、非嫡出子については、「男」「女」と記載するものとし、その記載方法が憲法13条、14条に違反するかが事実婚カップルによって争われた——の2審、東京高判平成17年3月24日（判時1899号101頁）は、「民法の諸規定は、子が嫡出子か非嫡出子かによって、親族又は相続法上の権利義務関係に差異を設けており（民法779条、790条、900条4号）、民法900条4号ただし書の規定が憲法に違反しないことは」、7年判決「によっても明らかにされている」、「近時においても最高裁判所において合憲性が確認されている」、「したがって、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが憲法に反する不合理な差別であるということとはできないし、もとより、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが控訴人ら指摘の女性差別撤廃条約、B規約、児童の権利に関する条約等の各条項に違反するものであるということもできない」とし、父母との続柄記載において嫡出子と非嫡出子を区別することが戸籍上唯一の方法ではないとしても、必要かつ不相当な記載ではなく、その記載を

もってプライバシー権を侵害する違法な記載であるとはいえ、戸籍法及び戸籍法施行規則が憲法13条に違反するともいえないとして控訴を棄却した。

所得税更正処分事件——内縁の配偶者の連れ子および未認知の子は所得税法84条にいう扶養控除の対象となる扶養親族に該当するかが事実婚カップルにより争われた——の最1判平成3年10月17日（訟月38巻5号911頁）は、所得税法「2条1項34号に規定する親族は、民法上の親族をいうものと解すべきであり」、「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る者との間の未認知の子又はその者の連れ子は、同法84条に規定する扶養控除の対象となる親族には該当しない」とする。1審、東京地判昭和62年12月16日（判時1268号22頁）は、「所得税法の所得控除の要件は、法律で明確に定めることを要するものであり、しかも、それを定めるについて、立法府の裁量的判断にゆだねられ、裁判所は、その裁量的判断が著しく不合理であることが明らかでない限り、それを尊重せざるを得ない」とし、「所得税法が、扶養控除の対象となる親族を法律上の親族に限定し、これに事実上の子を含まないこととしていることをもって、著しく不合理であるとまではいえず、なお、立法府の裁量の範囲内」とし、「原告の憲法14条違反の主張は採用することができない」とした。2審、東京高判平成1年9月19日（税務訴訟資料173号744頁）も同旨。

② 法律婚を前提に家族の一体性を強調し、争点について合憲判断を導く判決

婚姻前通称名使用事件——公務員の服務及び勤務関係において、婚姻前の通称名を使用する権利が憲法13条によって保障されているかが争われた——の東京地判平成5年11月19日（判時1486号21頁）は、「法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成する夫婦が、同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高める場合があることは否定できず、また、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦である事実を示すことを容易にするものといえるから、夫婦同氏を定める民法750条は、合理性を有し、何ら憲法に違反しない、「個人の同一性を識別する機能において戸籍名より優れたものは存在しないものというべきであるから、公務員の同一性を把握する方法としてその氏名を戸籍名で取り扱うことは極めて合理的」とした。

③ 法律婚を当然の前提にしなが、争点について合憲判断を導く判決

再婚禁止期間訴訟——再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法733条を改廃しない国会ないし国会議員の行為の違法性が争われた——の最3判平成7年12月5日（判時1563号81頁）は、「合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法14条1項に違反するものではなく、民法733条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにありと解される以上……」と述べ、国賠法上、違法の評価を受けるものではないとした。

④ 法律婚を前提にはするが、争点について違憲判断を導く判決

住民票事件の2審、東京高判平成7年3月22日（判時1529号29頁）は、住民基本台帳制度の目的との関係で、合理性、必要性がなく、右夫婦及び子の有するプライバシーを侵害し、かつ、子をその社会的身分である非嫡出子であることを理由として、憲法14条の禁止する不合理な差別をするもので違法であるとする。しかし、記載の職務執行をした当該市長に故意過失があったとまではいえず、右夫婦及び子からの損害賠償請求を容認できないとした。戸籍記載事件の1審、東京地判平成16年3月2日（訟月51巻3号549頁）は、「民法が法律婚制度を採用し、嫡出子と非嫡出子とを区別して親族法又は相続法上異なる法律効果を認めるものであることからすれば、国民各自の私法上の身分行為及び身分関係を公簿上明らかにしてこれを一般的に公証する制度である戸籍においては、嫡出子と非嫡出子とが明確に判別できるように記載することが要請されていることは否定できない」、「戸籍法13条4号が、実父母との続柄を戸籍に記載しなければならないとしているのも、このような趣旨から理解できる」としつつ、「個人の価値観の多様化や家族形態の変化に伴い、事実婚が増加し、それに伴い国民の意識も変遷してきているといえるものの」、「非嫡出子は、非嫡出子という本人に選択の余地のない出生により取得した自己の属性により、就学、就職及び結婚等の社会関係において今なお看過し難い不利益な取扱いを受けているところ、社会生活においては、多くの場面において戸籍の謄本の提出が求められることがあり、その戸籍の記載によって非嫡出子であることが判明し、差別等が助長されることが認められる」とし、本件戸籍の続柄欄における嫡出子と非嫡出子を区別した記載の合理性、必要性は乏しいとし、原告らのプライバシー権を侵害するとした。もっとも、国賠法上の違法な行為はないとする。なお、1審判決後の平成16年11月1日、法務省民事局は、戸籍法施行規則改正により、戸籍記載について、嫡出でない子の出生の届出がされた場合の取扱いとして、戸籍の父母との続柄欄には、母が分娩した嫡出でない子の出生の順に、「長男（長女）」、「二男（二女）」等と記載されること、既に戸籍に記載されている嫡出でない子の続柄欄の取扱いとして、既に戸籍に記載されている嫡出でない子について、その父母との続柄欄の「男」又は「女」の記載を、「長男（二男）」、「長女（二女）」等に改めたいとする申出があった場合には、続柄欄の記載を改めるとした。その他、児童扶養手当法施行令1条の2第3号末尾の括弧書——婚姻外の児童が父から認知されたときは児童扶養手当を支給しないと規定する——が憲法14条に反するかが争われた事件の最1判平成14年1月31日（民集56巻1号246頁）は、「確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係

が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない、「婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いている」とし、「施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反する」とした。そして、本件括弧書を根拠としてされた本件処分は違法とする。本判決は、「本件処分は、違法」というのみであるが、憲法14条違反の判断が内在しているように思われる。

- 7) 国籍法判決と非嫡出子相続判決との関係について、国籍法の「各事件の一番では、本件区別の合理性の根拠として、民法上の嫡出子・非嫡出子間の取扱いの区別が主張されたが、民法上の取扱いと国籍法上の国籍取得の局面は、次元を異にする問題とされた。しかしながら、『一般論としていえば、嫡出子と非嫡出子の法制度上の平等化は、時代のすう勢であるともいえ』、「国会は『すべての児童が出生や父母の性別により差別されないことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条及び児童の権利に関する条約2条を遵守すべ』き（泉裁判官の補足意見）ことからすれば、本件各判決は、同号ただし書を是正するための重要な契機を与えたものであるともいえよう」（金亮完・速報判例解説 Vol.4, 86頁〔2009〕）とのコメント、「同じ非嫡出子差別といっても、法定相続分の場合と国籍取得の場合とは、問題とされる文脈が大きく異なる」から、今回の大法廷判決によって平成7年最高裁判決が形式的にはもちろんのこと実質的にも変更を被ったとは言えない、「もっとも、今回の大法廷判決が、昭和59年の立法当時は合憲だった国籍法3条1項が、その後、内外の社会情勢等の変化によって遅くとも平成15年ころまでには違憲になったと言っている点からは、平成7年最高裁判決がその後現在までの社会情勢等の変化によって影響を受ける可能性も考えることができるが、「このあたりは今回の大法廷判決をどう理解するかという点とも絡んでなかなか難しい問題だろう」、「最高裁は本件を非嫡出子差別の問題とはとらえなかったのではないかと考えると」、「現在の最高裁は非嫡出子差別に敏感に反応してこれを警戒する感覚をそれほど持っているわけではないということになり」、「他方、最高裁が憲法14条違反の結論を出したこと自体を重視すれば、非嫡出子差別を違憲とする方向への一步を踏み出したことか強調されることになる」（鼎談・ジュリ1366号75-76頁、早川発言〔2008〕）とするコメントの他、『同じく日本国民』の子である以上、父に生後認知された非嫡出子にも国籍を認めるべきという多数意見のような主張がなされる時、我が国以上に厳格な一夫一婦制・嫡出子制を経た上で、両性の平等、嫡出・非嫡出子の区

第2図 国籍法判決と非嫡出子相続訴訟における裁判官の対応

★=多数意見 ☆=補足意見・意見 □=反対意見

	H-15. 3. 31 (預金返還(不明)) 最1判	H-16. 10. 14 (不当利得返還(不明)) 最1判	国籍法判決・最大判平成20年6月4日	H-21. 9. 30 (遺産分割(後)) 最2決
島田	《消III》☆違憲の疑いが濃い	《消III》☆違憲の疑いが濃い	《積III》★合理的関連性なし	
才口		《積III》□合理性なし	《積III》★合理的関連性なし	
今井			《積III》★合理的関連性なし	《積III》□合理的関連性なし
那須			《積III》★合理的関連性なし	
涌井			《積III》★合理的関連性なし	
泉	《積III》□合理性なし	《積III》□合理性なし	《積III》☆実質的関連性なし	
田原			《積III》★合理的関連性なし	
近藤			《積III》★合理的関連性なし	
藤田			《積III》☆(意見)著しく不合理 合憲拡張解釈*	
横尾	《消III》★著しく不合理、とはいえない	《消III》★著しく不合理でない	《消III》□合理性あり	
津野			《消III》□合理性あり	
古田			《消III》□合理性あり	《消III》★著しく不合理でない
甲斐中	《消III》★著しく不合理、とはいえない	《消III》★著しく不合理でない	《積II》□合理的関連性なし しかし立法に委ねる*	
堀籠			《積II》□合理的関連性なし しかし立法に委ねる*	
中川			《積III》★合理的関連性なし	《消III》★著しく不合理でない
深沢	《積III》□実質的関連性なし			
竹内				《消III》☆違憲の疑いが濃い

* 藤田意見、甲斐中・堀籠反対意見とも、非準正子が国籍法3条1項によって差別を受けることになるのは、非準正子に届出により国籍を付与するという法が存在しないという立法不作為のゆえであるとする点で異ならない。しかし、前者が、司法権による現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことを可とするのに対し、後者は、立法府の不作為による違憲状態の解消は専ら新たな立法に委ねるべきであり、解釈によって行うのは司法権の限界を超えるという点で異なる。

別や法律婚・事実婚の区別の緩和の方向を進む西欧諸国の国籍法制の動向と、我が国でのそうした主張とが真に符合するのか、「俄かに断定できない」（原田央・法教341号19頁〔2009〕）等のコメントがある。

第2図に、国籍法判決と非嫡出子相続訴訟における裁判官の対応を整理した。国籍法判決に加わった14名の裁判官のうち非嫡出子相続訴訟に加わっているのを確認できる裁判官は8名である。横尾裁判官と古田裁判官は、非嫡出子相続訴訟において、「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチを用い、国籍法判決においては、「立法目的正当・手段は合理性あり」アプローチを用いている。どちらのアプローチも、《消極主義III》のアプローチなので、図解では→で表示する。才口裁判官は、非嫡出子相続訴訟において、「立法目的正当・手段は合理性なし」アプローチを用い、国籍法判決においては、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチを用いている。どちらのアプローチも、《積極主義III》のアプローチなので、図解では→で表示する。今井裁判官は、非嫡出子相続訴訟、国籍法判決の双方において、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチを用いているので、図解では→で表示する。泉裁判官は、非嫡出子相続訴訟においては、「立法目的正当・手段は合理性なし」アプローチを用い、国籍法判決においては、「立法目的正当・手段は目的と実質的関連性なし」アプローチを用いている。どちらのアプローチも、《積極主義III》のアプローチなので、図解では→で表示する。これらの5名の裁判官においては、国籍法判決での対応と非嫡出子相続訴訟における対応の相関は明らかである。島田裁判官は、非嫡出子相続訴訟では、「立法目的正当・手段は違憲の疑いが濃い」アプローチを、国籍法判決では、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチを用いた。前者のアプローチは、積極主義に近いとはいえ、《消極主義III》のアプローチから《積極主義III》のアプローチに変化しているので、図解では↗で表示する。また、甲斐中裁判官は、非嫡出子相続訴訟では、「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチを、国籍法判決では、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし・しかし立法に委ねる」アプローチを用いている。《消極主義III》から《積極主義II》への変化なので、図解では↘で表示するが、前者においても、後者においても、立法府尊重の姿勢は一貫している。中川裁判官は、国籍法判決では、「立法目的正当・手段は目的と合理的関連性なし」アプローチを用いているが、非嫡出子相続訴訟では、「立法目的正当・手段は著しく不合理でない」アプローチを用いた。《積極主義III》のアプローチから《消極主義III》のアプローチに消極主義化しているので、図解では↘で表示するが、非嫡出子相続訴訟を起点とすれば、↗の表示となる。

- 8) 我が国の学説も分かれている。非嫡出子相続の平等化に賛成する立場は、「憲法24条は個人の尊厳を基軸とした家族関係の保護をうたうものであると解され、そうであれば」、民法900条4号ただし書前段の「目的審査においてすでに違憲とする余

地もあつたように思われる」(棟居快行・法教 159 号 93 頁 [1993]), 『法律婚尊重』という通念には用心した方がよい。わが民法は法律婚をさほど尊重していないのだから。一片の届出だけで婚姻, 離婚が成立すること(世界にほとんど例がない), 内縁の手厚い保護, 認知請求権放棄無効等々, を想起せよ。差別是認論者の論理的大前提たる法律婚尊重なるものが, わが民法上それほど確固たる地位を占めていないのである(米倉明・別冊ジュリスト 132 号 153 頁 [1995]), 「合憲説の説くはもはや説得的な理由にならない。なぜなら, 有責配偶者からの離婚請求の認容, 「重婚的内縁における内縁配偶者の優遇」, 「不貞の相手方に対する慰謝料請求の抑制」など, 最高裁自身の『法律婚の尊重』も空洞化しつつあるからである。合憲説は, 『法律婚の尊重』を形式的に掲げるのではなく, 相続分の平等化による不都合を具体的に示すべきである」(本山敦・法教 276 号 87 頁 [2003]), 「嫡出子と嫡出でない子という法的概念や用語は基本的には合理性がなく廃止すべきであろう。親子関係の成立や親権・監護権という子のための適切な養育環境をいかに確保すべきかという観点からは, 親が法律婚か事実婚かという家族生活の実体に対する立証責任や証明方法の相違などによって, 子や親の権利保護資格要件や手続的地位に若干の相違が生ずることもやむを得ない場合もあろう。これに対して, 戸籍・国籍・住民登録などの国民として, 市民としてサービスや福祉に直結する領域では, 実体よりも手続的技術的な要請との調和が問題とされる傾向がある。しかし, 児童の権利条約 7 条 1 項にあるように, 身分登録, 国籍, 子の氏などは子どもが人格的に保護され, 親や社会から養育や支援を受ける基礎となるものである。したがって, この分野でも, 望ましい家族の保護の在り方に関わるとしても, できるかぎり子どもの人権を守る立場から完全平等化を目指すべきではなかろうか。さらに, 社会保障給付・税金などの社会立法では, 事実婚や婚外子については, むしろ法律婚制度を補完し支援する積極的役割が期待されるので, 婚姻制度や理想的家族モデル, 公序よりも, 要保護性と実態に即した法的保護を目指し, 子については完全に平等化してよいと思われる」(棚村政行・ジュリ 1336 号 37 頁 [2007]) 等の主張がある。なお, 違憲判決の遡及効について, この立場からは, 「違憲判決の結果, 憲法施行時以来の遺産分割がすべて遡って無効になり混乱を招くという批判があるが, 違憲判決の効力につき個別的効力説(通説)をとれば, そういうことはない」(米倉明・家族法判例百選 [第 5 版] 153 頁 [1995]), 「判決の効力は個別的であり, 本件規定を違憲無効として, 当該分割や当該請求の妥当性を判断するのだから, 他の事件には直接影響しない。すべての遺産分割が自動的に遡及無効で覆るわけではない」(二宮周平・戸籍時報 656 号 12 頁 [2010]), 「たとえ一般的効力説を採って以前の遺産分割の効力が広く否定されても法的安定性が著しく害されることはないという視点から」「違憲判決の効果を遡及させても, 法的安定性を著しく害さないために, 民法でも様々な制度を予定しており, それを活用できる」(渡邊泰彦・速報判例解説 [法セミ増刊] 6 号

109頁〔2010〕等の主張がなされている。

他方、このような主張に批判的な立場は、次のように主張する。「非嫡出子の相続分現行制度を擁護する議論の論拠は、つきつめれば『法律婚の尊重』に行きつく。それは、法律婚の制度的な尊重であるとともに、法律婚の家族の感情の尊重でもある」、「現実には、非嫡出子が不貞行為の結果生まれることは多いし」、「日本ではそもそも非嫡出子が少なく、この点で、法律婚の割合が減少して非嫡出子の比率が高くなっている国々（北欧など）とは状況が異なっている」、「法律婚の妻や嫡出子の心情には、憲法を持ち出すだけでは説得しきれないものがある。これは家族のあり方に対する社会の意識の問題であるから、外国との比較をして、特定の考え方が『進んでいる』とか『近代的である』というだけでは決着しない困難な問題が含まれている」（内田貴「民法IV 補訂版」377頁〔2011〕）、「日本法の戸籍や住民登録の問題点は」「きわめてプライベートな事柄であるその身分を不必要に公示されることの弊害」「にあると思われる。ときとして非嫡出子差別に反対する勢力が、この問題点を越えて、婚姻制度そのものを批判の対象にすることがある。しかし一夫一婦の婚姻制度や嫡出推定制度の本来の制度目的については、現在でも十分に尊重されなければならない意義があり」、「西欧法の改正もこの意義については当然の前提としているものである。わが国の非嫡出子の問題点を考えるにあたっては、そもそも固有の日本法がこれらの制度をもたなかっただけになおさらその意義を十分に認識する必要があり、そのうえで、改正の方向を考える必要がある」（水野紀子「比較婚外法」川井健他編『講座・現代家族法 第3巻』〔1992〕所収）、「家族法は、婚姻や親子という身分関係に従った法的効果を保障するものというよりも、相続という効果を除けば、戸籍の登録基準を定めるものと墮してしまいがちである。しかしこのような事実主義による解釈論に対しては、家族法を法として現実の家族に対して何らかの実効力をもつものとする立場からは疑問をもたざるを得ない。民法の婚姻制度は、夫婦同氏制度に還元されるような存在ではないはずである」、「家族法が嫡出家族という家族団体を中心に規律することに対して批判的な見解は、事実婚と法律婚の差をなくすことや自己決定権の尊重を主張する」、「氏の強制的変更や戸籍制度の公開原則などの、人格権保護という見地からするといわば野蛮ともいえる制度的圧力の弊害を、現在の法律婚制度から取り去ることは必要である」が「法律婚制度は、否定されるべきものであるだろうか」、「わが国では、家族法を公法のようにとらえたり、あるいは法領域から家族法を排除しようとする傾向が強かったように思われる。これも戸籍制度に体现された家族制度の伝統の重さゆえであったのかもしれない。戸籍制度の存在によって家族法が家族法としてではなく家族の登録法として機能してきたわが国であったからこそ、非嫡出子に対する社会的抑圧も大きかったのではなかろうか。法律婚制度を否定するよりも、むしろわが国においては、これまで十分に家族の保護法としての機能を果たし得ないで来た家族法に、民法としての

家族法，実定法解釈論としての家族法学を，確立することのほうが急務である」(水野紀子・ジュリ 1126 号 76 頁 [1998])。

- 9) フランスにおけるパスク法他，同性のカップルに法的保障を与える動きもある。大村敦志・ジュリ 1237 号 113 頁 (2003)，辻村みよ子『ジェンダーと法』147 頁 (2005)，二宮周平『家族と法』63 頁 (2007) 他参照。