

民法 900 条 4 号但書の合憲性の行方

(法学研究室) 中曾久雄

The constitutionality of discrimination against illegitimate children

Hisao NAKASO

(平成 25 年 7 月 24 日受理)

1 はじめに

民法 900 条 4 号但書 (以下、本規定とする) については、下級審での相次ぐ違憲判決¹、そして、何よりも本規定の合憲性を争う事案が大法廷に回付されことにより²、その合憲性の行方が注目されている。本稿では、これまでの本規定をめぐる学説・裁判例の議論をふまえて、その合憲性 (救済の問題も含めて) について、考察を行う。

本稿の構成は以下の通りである。2 では、平成 7 年の大法廷決定を始めとする本規定の合憲をめぐる主要な裁判例の動向を概観する。次に、3 では学説を検討する。そして、4 では、これまでの判例・学説の検討をふまえて、本規定の合憲性をいかに考えるかについて、考察を行う。そして、最終的に、5 では、これまでの検討をふまえて、本規定について、法令違憲の判決が下される可能性が極めて高いことを指摘する。

2 裁判例の動向

本規定の合憲性をめぐっては、平成 7 年決定が本規定を合憲として以来、それが先例となり合憲の決め手となっている。しかし、以降検討するように、平成 7 年決定以降、小法廷の判決・決定のなかには本規定を違憲とする個別意見が増加しており、最高裁内部において意見対立が継続している。以下では、平成 7 年決定、そして平成 7 年決定以降の裁判例を概観する。

2-1 平成 7 年決定³の概要

まずは、平成 7 年決定を概観し、法廷意見、反対意見それ

ぞれの判断枠組みを検討する。

法廷意見は、以下のような理由づけで、本規定を合憲とする。まず、相続制度について、「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、その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、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、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している」とする。そして、「本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従って相続が行われるべきことを定めたものではなく、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すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ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ないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法 14 条 1 項に反するものということとはできない」とした。さらに、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本規定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、右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」とする。

法廷意見は、以下の論拠により支えられていることがわかる。

第一に、本規定と相続制度の関係である⁴。すなわち、相続という制度それ自体が、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情などを考慮する必要性があり、「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等を離れて」定めることはできない。したがって、相続は「種々の事柄についての総合的考慮を必要とする制度設計にかかわるもの」であり、多様な要素・事情を考慮しなければならないので、広範な立法裁量を前提とする。そのために、その合理性は非常に簡単に認められることになる⁵。第二に、本規定が任意規定であるということである。法廷意見は、本規定が任意規定であることに鑑み、非嫡出子の被る不利益が小さいことを指摘する。そうすることで、差別の対象となる利益により審査基準を変えるべきと説く学説に配慮し、差別の対象となる重大な利益ではないことを指摘して、審査基準を引き上げない根拠としている⁶。そして、法廷意見は、昭和 39 年最高裁大法廷判決を引用し、「端的に『事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱い』であるかどうかを問題にすればよい」としている。その結果、法廷意見は、本規定について、立法目的には「合理的根拠」が認められ、また、その手段が目的との関連で「著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的裁量の限界を超えたものということとはできない」としているのである⁷。

これに対して、反対意見は、従来の合理的区分論に依拠する法廷意見とは異なり、学説の主張する司法審査基準論と同様に、いかなる基準に基づく区分であるかに着目する⁸。反対意見は、相続制度について、広範な立法裁量を前提とする法廷意見とは異なり、「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」として、立法裁量に対する憲法上の規律を説く。その上で、「個人の尊厳という民主主義の基本理念」からして、「被相続人の子供としては平等である」との立場から判断すべき事案だとし、「単なる合理性」の基準ではなく、「実質的関連性」の審査に依拠し審査を行っている。そして、「自らの意思や努力によって変えること」のできない「身分」によって差別であること、本規定は「婚姻の尊重・保護」という正当な「立法目的の枠を超え」、目的と手段との「実質的関連性」を欠くものとした。そこでは、制定当初、「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」ていたものが、「立法の基礎をなす事実の変

化」によって、現在では、その「整合性を欠くに至ったと評価される」とし、本規定をとりまく環境の変化を指摘するのである。特に、その中で強調されているのが、「本件規定が相続の分野ではあっても、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れの 2 分の 1 と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっている」ということである。

このように、反対意見は、法廷意見とは異なり、本規定により非嫡出子に対して重大な人権侵害が生じていることを指摘する。反対意見が問うているのは、「民法という基本法が、婚外子に非嫡出(illegitimate)という烙印を押すことによって、人のアイデンティティーを根こそぎにし、その人の生き方から正統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」ということである。この問題は、「『人種、信条、性別、社会的身分または門地により』人を差別する社会構造が根強い局面では、おそらく顕在化」せず、社会的解放が一定程度遂行され「形式的には平等な市民からなる社会において」顕在化する問題である⁹。反対意見は、この問題に着目して、「法の基本的観念が民法によって表示されることで、マイノリティーとして位置付けられた婚外子が、象徴的・文化的な抑圧をうけていることを指摘し、文化的解放の問題に手を伸ばしている」のである¹⁰。

以上平成 7 年決定を概観してきたが、学説から支持されているのは反対意見であり¹¹、対照的に法廷意見には批判が多い¹²。その後も、本規定の合憲性をめぐる判断については、最高裁内部において意見対立が継続することになる。

2-2 平成 7 年決定以降の最高裁の動向

平成 7 年決定においては 5 人の裁判官が反対意見を述べている上、合憲とする法廷意見の中にも 4 人の補足意見が付されており、かろうじて合憲の判断が保たれている。そして、それ以降も、最高裁は 5 回にわたり平成 7 年決定を引用し合憲判断を下し続けているが、そのすべてに反対意見や補足意見が付せられている。そのために、かろうじて合憲の判断が維持されているという現状は平成 7 年決定以降も変化していない。平成 7 年決定以降の判例の立場は、「本件規定は不合理である」としつつ、その改廃は「第一義的には立法府に委ねられるべきなので」法令違憲を回避していると捉えるのが妥当であろう¹³。以下では、平成 7 年決定以降の反対意見・補足意見の枠組みを概観する。

平成12年1月27日の最高裁判決¹⁴では、一人の裁判官の補足意見と反対意見がそれぞれ付されている。藤井正雄裁判官の補足意見は以下のように指摘する。「近年における社会情勢の変動、家庭環境、婚姻傾向、結婚観等の変化はめざましく、これに伴って本件規定の合理性に疑いを向ける意見が徐々に顕著となってき」ており、「こうした国民の意識の変化は、諸外国における立法のすう勢、我が国における市民的及び政治的権利に関する国際条約や児童の権利に関する条約の批准といった内外の動向も寄与している」。「このような法律制定後の事情の変化が、法律の憲法適否の判断に影響を及ぼすことがあり得ることは、否定し得ないところである」。ただ、「本件規定が制定後の事情の変化により現在では憲法上容認し得ないと評価されるとしても、そのような評価に至った時点、すなわち合憲から違憲へと飛躍的な移行を裏付ける劇的な社会変動をどこに捕らえるかは、甚だ困難であり、「法律制定後の社会事象の変動、国民の意識の変化に対処するには、国会の立法作用により、制度全般の中で関係規定との整合性に留意しつつ、明確な適用基準時を定めて法改正を行うことが最も望ましく、むしろそれによってこそ適用範囲に疑義を容れない適切な処理が可能となるもの」と考える」。そして、最終的に「立法府による改正を待たなければならない」とする。遠藤光男裁判官の反対意見は平成7年決定の反対意見を引用している。

次に、平成15年3月28日の最高裁判決¹⁵においては、梶谷玄・滝井繁男両裁判官の反対意見が付されている。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、上記大法廷決定が出された平成七年以降も、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」とする。まず、国内では、「法務大臣の諮問機関である法制審議会が平成八年二月に答申した『民法の一部を改正する法律案要綱』において民法九〇〇条四号ただし書の改正の方向が示されている」とする。次に、国外では「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四〇条に基づき我が国から提出された第四回報告を検討した上で、平成一〇年一月に同委員会に関する婚外子差別について引き続き懸念を有し、同規約二六条に従い、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号を含む法律改正法のために必要な措置をとるよう勧告している」する。これらにかんがみると、現時点において、「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指摘する。

次に、平成15年3月31日の最高裁判決¹⁶では一人の裁判官の補足意見と二人の裁判官の反対意見が付されている。島田仁郎裁判官の補足意見は、平成7年決定以降、「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、立法したとき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る。また、平成7年決定は「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することで、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」とする。以上の観点から、「本件規定は、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ものである」と指摘する。ただ、「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、「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」としつつも、「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」とする。

深澤武久裁判官の反対意見は、「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」と指摘する。その上で、「非嫡出子であることを理由として、その相続分を嫡出子の二分の一とすることは、非嫡出子を社会的身分を理由として差別することに帰着し、法律

婚の尊重・保護という立法目的の枠を超えたものであって、そこに立法目的と手段との実質的関連性はなく、差別の合理的理由を認めることはできない」とする。そして、違憲判決を下すことについて、「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」とする。

泉徳治裁判官の反対意見は、以下のように指摘する。「本件規定は、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二分の一とするという手段が上記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ない。したがって、本件規定の持つ合理性は比較的弱いものというほかない。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」。さらに、「立法作用によって解決されることが望ましいことはいふまでもない。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」。

次に、平成16年10月14日の最高裁判決¹⁷では一人の裁判官の補足意見と二人の裁判官の反対意見が付されている。才口千晴裁判官反対意見は、以下のように指摘する。「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。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」と指摘する。また、「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」。島田仁郎裁判官の補足意見と泉徳治裁判官の反対意見はそれぞれ平成15年判決の反対意見を引用している。

最後に、平成21年9月30日の最高裁決定¹⁸では、一人の裁判官の補足意見と反対意見が付されている。竹内行夫裁判官補足意見は以下のように指摘する。「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のである。そうすると、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わざるを得ない」。この竹内裁判官の補足意見において注目すべきは、救済への言及である。「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」とする。そこで、「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」する。

今井功裁判官の反対意見は、以下のように指摘する。「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、

国籍法についての前記大法廷判決からも明らかである」。もっとも、「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、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ものというべきである」。しかし、「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」。その上で、「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」とする。

2-3 下級審の動向

下級審においては、平成7年決定以前にも、本規定を違憲とする判決が存在している。平成5年6月23日の東京高裁¹⁹の判決では、「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²⁰の精神（憲法一三条、二四条二項）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二点が論証されなければならない」とする。その上で、本規定の目的については「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、憲法二四条の趣旨に照らし、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」。次に、目的と手段の関連について、「婚外子の出現を抑止することはほとんど期待できない上、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なことに過ぎず、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」を生じさせる。また、「一律に非嫡出子の相続分を嫡出子のその二分の一としているから、たとえば、母が法律婚による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妾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」。以上のことから、「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はなく、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、はなはだ疑わしいといわざるを得ないのである」としている。

次に、平成6年11月30日の東京高裁の判決²⁰は、「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」とする。しかし、「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るし、法律上の婚姻制度によって最も保護されなければならない妻の利益を直接には保護するものではないこと、また、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、憲法一四条一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考えられること等からすれば、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ない」としている。

さらに、近時、下級審においては、違憲の決定、判決が相次いでいる。以下ではその代表的な判決・決定を概観する。

まず、非嫡出子が被相続人の全財産を相続した養子に対しての遺留分減殺請求権事案についての平成22年の3月10日の東京高裁の判決²¹では、民法1044条、900条4

号但書前段を準用することについて、「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」とともに、「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」とし、適用違憲としている。

次に、平成 23 年 8 月 24 日の大阪高裁判決²²では、「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」。そして、平成 7 年決定以降の内外の環境の変化を指摘し、本規定を違憲とした。

最後に、被相続人と一度も婚姻をしたことのない状態で非嫡出子として出生した原告が、その後被相続人と婚姻した者との間に出生した子供（相続人）である被告らに対して遺留分減殺請求権に基づく請求権を行使した事案についての平成 23 年 12 月 21 日の名古屋高裁判決である²³。「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、上記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まではいえず、憲法 14 条 1 項に反するものとはいえない」とする。しかし、「経済的、社会的環境は大きく変化し、また、「近年は事実婚や非婚など男女の共同生活のあり方も一様なものでなくなってきた」。そして、「平成 8 年 2 月 26 日の法制審議会総会決定による民法の一部を改正する法律案要綱によれば、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ものとされており、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。』と定めているなど、嫡出であるか否かなどの生まれによって差別されない制度とすることが求められている。そうすると、「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、平成 16 年 4 月当時（本件相続が開始した当時）において、被相続人が 1 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」とする。

3 学説

3-1 従来の学説

従来から学説は、本規定が違憲である主張してきた。従来の学説は本規定の合憲性を考えるに際して、非嫡出子が憲法 14 条 1 項の後段列举事由の社会的身分に該当するか否かに焦点を当ててきた。

まず、「社会的身分」の定義については、社会的身分を社会的に一時的ではなく継続的に占める地位と捉える広義説、出生によって決定された地位とする狭義説、後天的に人の占める社会的地位にして一定の社会的評価を伴うものと定義する中間説が対立していた²⁴。この社会的身分をいかに考えるかであるが、身分という言葉は「民主社会の中では封建的な身分制度が真っ先に否定されるべきことを想起させ、この文言が生来的なものを指すと推測される²⁵。したがって、広義説のように、「広く一定の地位を指すという解釈は」明らかに広きに失することになり、「実際上困難を極めること」になる²⁶。とすると、狭義説か中間説のいずれかが適切かということになる²⁷。通説は狭義説が狭きに失するとし中間説を妥当しつつも、「後天的に人の占める社会的地位にして一定の社会的評価を伴うもの」ということが必ずしも明確な趣旨では

ないので、そこに限定を加えるべきであるとする。限定の仕方としては、差別の歴史や悲惨さ、生来の偶然性、能力との無関係性といったことを挙げる²⁸。そして、非嫡出子に基づく区分は、まさに生来の偶然性に基づくものであり、しかもそこに社会的差別も付着しており（この点は後に検討する）、社会的身分に該当するということになる。

次に、非嫡出子は社会的身分に該当するという事は一致するものの、後段列举事由に関する司法審査基準については、厳格審査が妥当するという説²⁹と「性別」と「社会的身分」に対しては、厳格審査ではなく厳格な合理性の基準が妥当するという説が存在する³⁰。しかし、いずれの基準によっても、本規定の合憲性を支持することはできないという点で一致している³¹。以下、その具体的検討を行うことにする。

まず、立法目的についてである。本規定の立法目的として、法律婚の尊重が挙げられるが、その中身として考えられるのが以下のようなものである。法律婚の保護は、「現実には他の法制度と共に、配偶者、主として専業主婦の生活保障の役割を果たしてきた」ものであり、「本人に責任のない子どもを犠牲にして、男＝外、女＝内の構造を守ってきた」ともいえる。そうすると、「生来の偶然に過ぎない非嫡出子を差別することが正当化されるのか」疑問である。次に、「婚姻秩序・道徳の維持という目的」であるが、秩序や道徳だけでは通常、重要な人権を制約する理由にはならない。次に、「不幸な子どもをつくらないことが目的」と考えられるが、この論拠では「非嫡出子をますます不幸にしている現行法の立場を説明できない」。そして、最後に、「平穏な家庭の維持という目的」であるが、「家庭や非嫡出子の将来を省みないからこそ繰り返されている行動を、非嫡出子の相続分が半減となることで制約できるのかは疑問である」³²。このように、いずれの立法目的の説明にも説得力はない³³。次に、立法目的と手段の関連性についてである。非嫡出子の相続分を差別しても婚外の男女関係やかかる関係からの子の出生を抑止できるとは考えられないこと、嫡出子と非嫡出子で子の保護の必要性は異なること、扶養など親に対する子の義務は嫡出子も非嫡出子も同等なことに鑑みれば、目的と手段の関連性を見出すことはできないとする³⁴。

そうすると、本規定は、法律婚の尊重と相続分の区別は直接的な関係がないばかりか、端的に「的外れ」とする³⁵。しかも、本規定は個人の尊厳と両性の本質的平等に反する旧家制度の存続に資することになり、家制度を否定する憲法の

趣旨にも合致しない³⁶。ほとんどの学説は本規定が違憲であると主張するが、他方で、一部の学説は相続の配分が「法律婚という形式をとることが法上推奨されるべきであること」、「夫婦・家族の実態に即した相続は遺言の制度によって配慮済みであることを考えれば、法律は、法律婚の形式のほうを尊重して当然」であり、「相続分の差は、この法制の効果」であると指摘している³⁷。

3-2 近時の有力学説

近時の有力学説は、非嫡出子が後段列举事由の社会的身分に該当するか否かに焦点をあてるという従来の学説が提示する枠組みに依拠することなく、本規定の発するメッセージを理由にして違憲であると主張している。以下では、その主張を概観する。法定相続分の定め方について「確固たるベースラインが存在」しなくとも、「差別感情に基づいて制定されたものであれば、あるいは、何らかの差別的メッセージを発信し差別感情の共有を促進するものであれば、違憲の評価を受け得る」とする見解である³⁸。そこで、本規定が憲法に適合するかどうかを検討するために、なぜ非嫡出子の相続分は嫡出子の法定相続分の半分なのかを検討する必要がある。

まず、実質的理由の観点からの検討である。この見解からすれば、法定相続分の定めはどのようなものでもよいことになる。現在の内容は偶発的なものであって、そこからは何らの意味も読み取ることはできないので、憲法14条に反するということはない。しかし、この主張は、「現行規定を維持する根拠が皆無であるとの主張」でもある。それと同時に、本件規定を維持する根拠が皆無であれば、相続分を均分化するコストは0である。にもかかわらず、本件規定を維持するのは、憲法14条に反する³⁹。

次に、配偶者と嫡出子の感情の観点からの検討である。この説明は、非嫡出子に法定相続分を認めることが、配偶者や嫡出子の感情を害するというものである。婚姻契約には、お互い及びお互いの間に生まれた嫡出子の感情を害しない旨の内容も含まれるので、相続に際して非嫡出子に対して嫡出子を優先させることが契約の内容に含まれるとする。つまり、本件規定は、婚姻契約における合意を反映させた条項に他ならないという説明である。しかし、この説明は重大な問題があるという。それは、配偶者や嫡出子の感情を害するという事は、非嫡出子に向けられた嫌悪感であり、差別感情そのものであるという。要するに、この説明は差別感情の満足こそが立法目的だとするものであり、仮にこのような立法目的

しか構成し得ないのであれば、憲法 14 条に反することになる⁴⁰。

最後に、嫡出子を非嫡出子に優先して保護する旨の合意の観点からの検討である。婚姻契約はお互いの間の子どもを保護するという合意を含むものであり、本規定はその反映であるというものである。つまり、婚姻契約の合意内容を尊重することが立法目的であり、当該区別はそれを忠実に実現していることになる。しかし、この説明は、「子は相続分付与による保護の必要な存在」であるということ为前提としている。そのような前提があるから、「婚姻において当事者はお互いの間の子どもに相続分を付与する旨の合意をする」との説明が成り立つ。この前提の下では、非嫡出子もまた保護を必要とするはずであるが、本規定は、保護の程度について、非嫡出子を嫡出子に対して劣位に置いている。そうすると、「非嫡出子は保護の程度が低下してもよい存在である」というメッセージが読み取られるのは必然ということになる⁴¹。もっとも、そのようなメッセージを発するから直ちに違憲というのではなく、そのようなメッセージの発信を甘受しても、なお実現されなければならない利益があるとなると保護の程度を劣位に置くことについて正当化することが可能であるとする。しかし、「任意規定としての本規定が、そこまで重要な利益を実現しているとは考え難い」。結局、本規定が嫡出子を優先すると考える限り、この規定から非嫡出子を劣位に置くという発想を切り離すことは困難となる。そうすると、本規定は非嫡出子に対する差別感情を助長するメッセージを発するものとして機能する。そして、それを正当化するような利益の存在は、任意規定である本規定には存在しない⁴²。以上の検討から、差別抑制が憲法の要請である以上、本規定は違憲であるという⁴³。後に見るように、このメッセージ性に着目する見解は違憲論の重要な根拠となっている。

4 本規定の合憲性をいかに考えるか

これまでの判例・学説の展開をふまえて、以下では本規定の合憲性をいかに考えるかについて、救済の問題も含めて考察を行う。

4-1 違憲論の論拠の検討

本規定の合憲性をめぐっては、平成七年決定以降、学説はさることながら裁判例においても、明らかに本規定を違憲とする違憲論が有力になっている。違憲論は、法律婚の尊重という立法目的それ自体は正当であるとしても、法定相続分の

差別という手段は立法目的との関係で合理的関連性を有しないと指摘してきた。これまで挙げられてきた本規定における不合理性の論拠は以下の通りである。1 嫡出か否かは本人の意思では左右できないこと、2 本規定は差別を助長すること、3 諸外国において相続分差別は廃止される傾向にあること、4 平成 8 年において法制審議会が本規定の改正を含む民法改正案要綱を答申していること、5 平成 10 年において国連人権委員会が相続分差別の是正を勧告していること、6 家族生活に関する実態・意識が変化・多様化していること、7 国籍法違憲判決、8 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ていることを挙げている。以下では、その具体的な中身と妥当性を検討することにする。

まず、1 の論拠である。この点は学説も従来から指摘してきたが、確かに、非嫡出子という生来による差別は、個人の尊重の観点、あるいは、近代法における個人に責任のないことで責任を負わすべきではないという原則に反していると主張することは可能であろう⁴⁴。ただ、そもそも相続それ自体がいわば「親の因果が子に報いる」という要素を有する制度である以上、この理由付けがそのまま相続の領域でそのまま妥当するかどうかは検討の余地がある⁴⁵。

次に、2 の論拠である。この論拠は、本規定における違憲の理由づけに際しての重要な論拠となっている。この問題は平成 7 年決定の反対意見以来から指摘されているものであり、これこそが本規定の合憲性を考える上での本質問題である⁴⁶。つまり、本規定における本質問題は、本規定よりもたらされている非嫡出子が嫡出子に比べて劣るという「法の基本的観念」、すなわち、「非嫡出子は嫡出子より保護の程度において劣後してよい」という観念が非嫡出子に対する差別を助長していることにある。ただ、問題は、憲法訴訟においていかに差別的メッセージを認定するかである。このような社会的心理的事実の認定は困難を伴う⁴⁷。だが、先にもみたように、非嫡出子に対する差別は、歴史的に形成されたものであり、差別感情の共有を促進し、非嫡出子に精神的苦痛を発生させ過酷な状況を作り出していることは明確である。本規定が非嫡出子に対する社会的差別的観念を蔓延させる最大の要因となっている以上、「烙印効果の除去という視点を欠いては平等原則の現代的意義を語ることはできない」⁴⁸。このように、本規定の区別それ自体、ないし、それによりもたらされる観念こそが問題なのである⁴⁹。

次に、3 ～ 6 の論拠である。これらの論拠は本規定の立法

事実が変動したことを指摘するものである。平成7年決定以降、立法事実の変動は主張されてきたが、その審査方法は、制定時の立法事実を照らして立法を合憲とした上で、その後の立法事実の変化を後追いつ現時点での合憲性を判断するというものである⁵⁰。しかし、立法事実の審査における問題点は、具体的なデータは示されていないということにある⁵¹。国内については、婚姻観・家族観の変化などが挙げられるが、家族のあり方に対する社会における意識の問題については漠然としており、必ずしも明確なものではない。また、非嫡出子の相続分を嫡出子と同様とするヨーロッパなどの諸外国との比較においても、「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存在している⁵²。そのために、立法事実の変動を確実に論証できたかどうかについては疑問の残るところである。いずれにしても、憲法訴訟において立法事実の変化をいかにして認定・評価するかは今後詰めて議論を行うべき課題であるように思われる⁵³。

次に、7の論拠の国籍法違憲判決⁵⁴である。国籍法違憲判決の審査枠組みの特色は、日本国籍が「我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」であり、かつ、「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っては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」に着目して、「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」、「慎重に検討することが必要」であるとしている点にある⁵⁵。こうした審査の枠組みは、下級審の判決にも影響を与えている⁵⁶。

ただ、問題は、国籍法違憲判決の射程である。同判決は、国籍法における「日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない非嫡出子はその余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという区分」を違憲としたのであり、直接的に非嫡出子に対する差別を違憲としたわけではない。したがって、同判決が非嫡出子の差別そのものの問題について、どの程度の影響を及ぼすかについては必ずしも明確ではない。ただ、この点、先にみ

た平成21年の最高裁判決における今井裁判官の反対意見によれば、「(同最高裁判決は、)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」としており、その射程が直接的に非嫡出子に対する差別に妥当するとしている。少なくとも、国籍法違憲判決は、国籍の得喪の要件の定め方という国家の裁量が広く認められている領域に憲法による規律を及ぼした点、非嫡出子という身分が「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」ということを「慎重な検討」を要する論拠とした点、時間の経過による合理性の喪失を違憲の根拠とした点に鑑みれば⁵⁷、平成7年決定における補足意見や反対意見の指摘と共通しており、非嫡出子に対する差別そのものの問題に影響を与えるものと思われる⁵⁸。

最後に、8の論拠である。この論拠は上記でみた3～6の論拠とも関連するが、近年では、認知された非嫡出子に対する児童扶養手当の支給停止規定についての違法判決と規定削除⁵⁹、住民票の世帯主との続柄記載における区別記載の廃止⁶⁰の廃止により、非嫡出子に対する差別の問題を解消する方向性が明確になっている⁶¹。こうした方向性も非嫡出子に対する差別の問題を考える上で重要である。

4-2 救済の問題

以上検討してきたように、平成7年決定以降、違憲論が有力となっている。さらに、本規定における現在の争点は、その合憲性もさることながら、救済の問題をいかに考えるかということにシフトしている⁶²。救済の問題を考える上で重要なのは以下の点である。すなわち、立法府による改廃ではなく裁判所が本規定を違憲とすることの是非、そして、違憲判決を下した後に法的安定性をいかに確保するのかという「違憲判断後の課題」⁶³をどのように克服するのかというである⁶⁴。

まず、なぜ、立法府ではなく、裁判所による救済が正当化されるかということである。これまで平成15年判決の島田裁判官の補足意見にみられるように、最高裁は「民主的な政治過程のなかでの司法の守備範囲」という観点から⁶⁵、違憲判決を下すことを抑制し、立法府による改廃を期待してきた。確かに、民主主義原理のもとでは、本来であるならば、立法

の改廃は、裁判所ではなく立法府に委ねられるべきである。しかし、非嫡出子は文字通りの少数者であり⁶⁵、また、「象徴的・文化的な抑圧」⁶⁷の犠牲となっており、代表者がこのような少数者を適切に代表していない状況が存在している。そのような状況下であれば、裁判所こそがこれらの少数者の利益を適切に代表するように確保することが求められる⁶⁶。つまり、裁判所がこのような少数者を保護することは、民主主義との関係においても妥当な裁判所の役割として正当化できよう⁶⁸。

次に、違憲判決が下れた後、いかに法的安定性を確保するかという問題である。先にみたように、本規定が違憲であるとしても、それをどのような方法で是正するかが問題となる。それは、平成7年決定以降の最高裁における補足意見と反対意見の対立軸でもあった⁷⁰。すなわち、相続は、「取引の安全や家族の生活維持など多様な法益の妥協点を見い出して家族間の財産配分を行うもの」である以上、民法の改正によって安定的に解決すべきという見解と相続財産取引や遺産分割秩序に混乱をもたらしても、違憲判決を下すべきという見解の対立である⁷¹。果たして、違憲判決を下した場合、補足意見が危惧する法的安定性が阻害されるといった事態が生じるのであろうか。この問題は、違憲判決の効力をいかに理解するかということとも関連する。違憲と判断された場合その効果は当該事件にとどまるとする個別的効力説と違憲と当該具体的事件だけではなく、一般的にその効力を失うとする一般的効力説が対立している。通説は個別的効力説である⁷²。個別的効力説のもとでは、違憲判決の効力に遡及効はないので、違憲判決に躊躇すべきではないことになる⁷³。

もともと、個別的効力説を前提とした場合でも、遺産分割について確定した判決や審判が違憲判決の何等かの影響を受ける可能性はある⁷⁴。この点について、平成7年決定の反対意見は「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」とし、遡及効の否定し法的安定性を維持するという対応策を提示している。また、平成21年決定の今井裁判官の反対意見は「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、「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」と指摘している。さらに、平成23年の大阪高裁は、救済についても、基準日を設定することで法的安定性に配慮している。いずれにせよ、

違憲判決の後、関係者の不利益を最小限にとどめるために、裁判所は何等かの指針を示す必要性がある⁷⁵。

5 むすび

これまでの検討から、本規定の合憲性について、平成7年決定以降、最高裁における本規定を違憲とする意見や立法による改廃を求める意見の増加、そして、下級審での違憲判決・決定からうかがえるように、裁判所からの政治分門に対する「シグナル」⁷⁶は極めて明確になっているといえよう。つまり、裁判所は政治部門に対して「黙示的に違憲の警告を発して」いるのであり⁷⁷、それは同時に、本規定について「判例変更を行う『予兆』」でもある⁷⁸。裁判所からのこうしたシグナルに対して、一向に立法府による本規定の改廃の動きは見られない。そのために、本規定について、法令違憲の判決が下される可能性は極めて高いといえよう。大法廷に回付された事案についての最高裁の判断が注目されるところである⁷⁹。

¹ 中曾久雄「民法九〇〇条四号但書の合憲性（大阪高等裁判所平成二三年八月二四日）」岡山大学法学会雑誌 62 巻 4 号（2013年）。

² 2013年2月28日 産経新聞。

³ 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

⁴ 浅野博宣「非嫡出子の法定相続分差別と法の下での平等」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法』（信山社、2012年）67頁。関連にして、長谷部教授によれば、最高裁による立法裁量に対するコントロールの手法として、違憲審査の前提となる特定のベースライン（標準的な制度形態）が当該制度について存在するか否かを問い、そして、それが存在する場合に現在の法制度とそのベースラインとの距離を測るとともに、その乖離に合理性・必要性がどの程度あるかを審査するという理論を採用してきたとする。そして、相続の場合、所与のベースラインを見定めることが困難であるために、裁量を広く認めたという。長谷部恭男『憲法の理性』（羽鳥書店、2009年）63～64頁。

⁵ 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）58頁。

⁶ 浅野・前掲注（4）67頁。

⁷ 石川健治「最高裁判事判例研究」法学協会雑誌114巻12号（1997年）1542頁。こうした法廷意見の論拠の背後には、非嫡出子を「社会的身分」に該当するとして違憲の結論を導き出そうとする学説、つまり、アメリカ的な司法審査基準論に対する「強い反対のメッセージ」が存在すると指摘する。

⁸ 高見勝利「非嫡出子相続分規定大法廷決定（平成7年7月5日）を読む」法学教室183号（1995年）23頁。

⁹ 石川・前掲注（7）1553頁。

¹⁰ 石川・前掲注（7）1553頁。

¹¹ 人としての価値の平等を問題にする反対意見が正当であると

指摘されている。小山剛『「憲法上の権利」の作法 新版』(尚学社、2011年) 109頁。

¹² 法廷意見が制度論に依拠することに対しては、厳しい批判がある。吉田仁美「非嫡出子相続格差と平等原則」ジュリスト 1269号(2004年) 14～15頁。また、法廷意見は、親子関係の問題を法律婚主義と関連させているが、しかし、両者は無関係であり「考慮すべきは嫡出子と非嫡出子の間の別異処遇の合理性」であるというべきであろう。渋谷秀樹『憲法』(有斐閣、2007年) 199頁。

¹³ 君塚正臣「批評」民商法雑誌 141 卷4・5号(2010年) 536頁。

¹⁴ 集民 196 号 251 頁、判時 1707 号 121 頁。

¹⁵ 集民 209 号 347 頁、判時 1820 号 62 頁。

¹⁶ 集民 209 号 397 頁、判時 1820 号 64 頁。

¹⁷ 集民 215 号 253 頁、判時 1884 号 40 頁。

¹⁸ 集民 231 号 753 頁、判時 2064 号 61 頁。本決定については、君塚・前掲注(13)。

¹⁹ 判時 1465 号 55 頁。

²⁰ 判時 1512 号 3 頁。

²¹ 判タ 1324 号 210 頁。

²² 大阪高等裁判所平成 23 年 8 月 24 日。本決定については、中曾・前掲注(1)。

²³ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120127141130.pdf>

²⁴ 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年) 47～48頁。

²⁵ 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996年) 317頁。

²⁶ 君塚・前掲注(25) 317頁。

²⁷ 芦部・前掲注(24) 49頁。

²⁸ 君塚・前掲注(25) 317～318頁。

²⁹ 君塚・前掲注(25) 317～318頁。

³⁰ 芦部・前掲注(24) 30頁。

³¹ 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年) 211頁。

³² 君塚・前掲注(25) 322～323頁。

³³ 君塚・前掲注(25) 324頁。

³⁴ 本山敦「非嫡出子相続差別分の違憲性」法学教室 276号(2003年) 87頁。本山教授は、「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」と指摘する。

³⁵ 西原道雄「非嫡出子に相続分を定めた民法九〇〇条四号但書の合憲性」私法判例リマークス 5号(1992年) 99頁。

³⁶ 野中俊彦「家族生活における平等」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』(有斐閣、1994年) 87頁、井上典之「平等の意味—非嫡出子法定相続分差別事件」笹田栄司・井上典之・大沢秀介・工藤達郎『ケースで考える憲法入門』(有斐閣、2006年) 119頁。

³⁷ 阪本昌成『憲法 2 基本権クラシック 第4版』(有信堂、2011年) 93頁。

³⁸ 木村草太『平等なき平等条項論』(東京大学出版会、2008年) 206頁。

³⁹ 木村・前掲注(38) 206～207頁。

⁴⁰ 木村・前掲注(38) 207頁。

⁴¹ 木村・前掲注(38) 208頁。

⁴² 木村・前掲注(38) 208頁。

⁴³ 木村・前掲注(38) 209頁。

⁴⁴ 君塚・前掲注(25) 131頁。

⁴⁵ 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト 1037号(1994年) 178頁。そもそも相続それ自体がいわば「親の因果が子に報いる」という要素を有する制度である以上、この理由付けがそのまま相続の領域で妥当するかどうかは検討の余地がある。

⁴⁶ 木村草太「民法 900 条 4 号ただし書前段と平等原則」ジュリスト 1440 号(2012年) 17頁。本規定の発する差別的メッセージは、非嫡出子に対して重大な影響を及ぼしている。この点、平成 7 年決定の尾崎裁判官の追加の反対意見は以下のように指摘する。「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きみな感情が強い。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」。

⁴⁷ 高井裕之『「嫡出子」と「非嫡出子」の法定相続分差別』佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法 I 基本的人権』(悠々社、2010年) 45頁。

⁴⁸ 高井・前掲注(45) 178頁。

⁴⁹ 木村・前掲注(46) 17頁。木村草太「表現内容規制と平等条項—自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト 1400号(2010年) 98頁、齊藤笑美子「婚外子相続分区分と憲法関係」法律時報 85 卷 5 号(2013年) 45頁。

⁵⁰ 宍戸常寿「司法審査—『部分無効の法理』をめぐる」長谷部恭男・辻村みよ子編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011年) 196頁。

⁵¹ 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣、2011年) 466頁。この点は国籍法違憲判決も同様である。

⁵² 内田貴『民法Ⅳ 補訂版』(東京大学出版会、2004年) 377頁。これに対しては、国民の意識の相違や文化の相対性によって基本的人権の侵害が肯定されかねないという本山教授の反論がある。国内の「社会の意識」が遅れているとしても、それにより「少数者に忍従を強いる根拠」にはならない。また、起草者はこの規定を制定するに際して「当時の諸外国法を十分に参照したが、時の諸外国法における相続分の平等化を知ったなら、本件規定の存続を支持されるだろうか」とし、ドイツ・フランスの相続分の均等化は立法事実の変動であるとする。本山・前掲注(34) 87頁。

⁵³ 宍戸・前掲注(50) 195頁、毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法 I 統治』(有斐閣、2011年) 350頁。

⁵⁴ 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367頁。

⁵⁵ 国籍法違憲判決における平等審査の枠組みをいかに理解するかである。二つの理解が存在するように思われる。一つは、学説的観点からの理解である。国籍違憲判決は、区別の事由、区別の対象となる権利・利益の性格などの複数のファクターを考慮して、審査の慎重の程度を決めている。このような審査は、人格価値の平等と具体的措置の平等の二層化構造を全面に打ち出す昭和 20 年代の判例理論が修正され再生したものであると指

摘されている。安西文雄『法の下での平等』に関わる判例理論 戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）210頁。今一つは、従来の判例の立場からの理解である。国籍法違憲判決は非嫡出子が後段列挙事項のいずれに該当するかを検討していないことから、従来の判例の立場を踏襲したという見方である。つまり、「先例に従って、本件区別が『事柄の性質に即応した』合理的な差別的取扱いに当たるか否かを『慎重に検討』した」ということである。野坂・前掲注（47）460～461頁。

国籍法違憲判決における審査の枠組みは、後段列挙事由に該当するか否かはともかくとして、差別一般のなかに、特に「慎重な検討」を必要とする差別があることを認めることで、差別を二層化しているようにも思われる。宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）107頁。そうすると、この審査枠組みは少なからず学説の議論に影響を受けた側面は否定できないように思われる。ただ、学説的な審査基準論に全面的に依拠するものであり、「新傾向といえるかどうか、今後の動向を観察する必要がある」。赤阪正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）305頁。

⁵⁶ 平成23年8月24日の大阪高裁判決は国籍法違憲判決と同様の枠組みを採用している。

⁵⁷ 浅野・前掲注（4）67頁。

⁵⁸ 高井・前掲注（47）45頁。また、君塚教授が指摘するように、「国籍法違憲判決と、民法九〇〇条四号但書に関する諸判断に矛盾がないかは疑わしい」というべきであろう。君塚・前掲注（13）537頁。

⁵⁹ 最判平成14年1月31日反判時1776号49頁。

⁶⁰ 東京高裁平成7年3月22日判例時報1529号246頁。

⁶¹ 小野義美「戸籍続柄記載と非嫡出子差別」熊本ロージャーナル（2008年）19頁。

⁶² 土井真一「法の支配と違憲審査」論究ジュリスト2号（2012年）166頁。

⁶³ 齊藤・前掲注（49）46頁。

⁶⁴ 藤田宙靖『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）153頁、糠塚康江「人権の主体、平等」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』（法律文化社、2012年）74頁。

⁶⁵ 石川・前掲注（7）1549頁。

⁶⁶ 内田・前掲注（52）377頁。

⁶⁷ 石川・前掲注（7）1553頁。

⁶⁸ JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 151-153 (1980).

⁶⁹ 中曾久雄「憲法14条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要59巻（2012年）229～230頁。

⁷⁰ 植木敦「民法900条4号但書の非嫡出子を違憲とした事例」TKCローライブラリー（2012年）2頁。

⁷¹ 水野紀子「非嫡出子の相続差別をめぐる憲法論の対立」法学セミナー662号（2010年）5頁。

⁷² 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ第5版』（有斐閣、2012年）320～323頁。もっとも、両説は一見対立するように見えるが、個別的効力説のもとでは当該法律について合憲性推定原則が排除され、また、「国会での改廃措置や行政機関による執行の差控えが礼譲として期待され」、また、一般的効力説のもとでも一般的遡及には敬讓が要求される。そ

の意味で、両説は近接傾向にある。

⁷³ 君塚・前掲注（13）537頁。

⁷⁴ 中村心「もしも最高裁が民法900条4号ただし書の違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー（2012年）198頁。ここで指摘されるのは、成立した遺産分割調停あるいは協議が錯誤無効となる可能性、相続財産中の可分債権に対する不当利得返還請求の可能性である。

⁷⁵ 中村・前掲注（74）198頁。さらに、この点について、民法884条の相続回復請求権の消滅時効によるか、あるいは、910条の類推適用を広く認めることにより、当該遺産分割の効果をそのままにして、非嫡出子に相続分増加分に応じた価額支払い請求権を与えることが可能であるとされている。渡邊泰彦「非嫡出子の法定相続分差別—民法の立場から」『速報判例解説vol6』（日本評論社、2010年）111頁。

もっとも、違憲判決が下されたとしても、現実的対応として法改正が必要であることは言うまでもなく、違憲判決により全てが解決するわけではない。この点については、齊藤・前掲注（49）47頁。

⁷⁶ 土井・前掲注（62）168頁。この点、植木准教授は「最高裁が判例変更を行う『予兆』は充分すぎるほどに出そろっている」といえることができる」という。植木・前掲注（70）2頁。

⁷⁷ 土井真一「憲法判断の在り方—違憲審査の範囲及び違憲の方法を中心に」ジュリスト1400号（2010年）59頁。

⁷⁸ 植木・前掲注（70）2頁。

⁷⁹ なお、2013年7月10日に、最高裁大法廷において、弁論が開かれた。