

## 婚外子法定相続分規定違憲決定における憲法論

伊藤 雅康

### 目次

- はじめに
- 一 平成二五年最高裁大法廷決定の概要
  - 二 平成二五年最高裁大法廷決定における憲法判断について
    - (一) 憲法適合性の判断枠組みを維持しているか？
    - (二) 平成七年決定における対立点の消失
    - (三) 平成七年決定における個別意見からの「昇格」  
おわりに

### はじめに

婚外子の法定相続分を婚内子の二分の一としていた民法九〇〇条四号但書前段（以下、「本件規定」という。）については、学説においては長らくその合憲性に疑義が示され、また国にあっても、法制審議会が一九九六年二月二十六日に決定した「民法の一部を改正する法律案要綱」で「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

るものとする」ことが盛り込まれるなど、改正に向けた準備が進められる状況であった。

しかし、本件規定の合憲性について最高裁は、平成七年七月五日大法廷決定<sup>①</sup>（以下、「平成七年決定」という。）以来、本稿が検討する平成二五年九月四日大法廷決定<sup>②</sup>（以下、「本決定」という。）が出されるまで一貫して是認してきた。ただし、平成七年決定において十五裁判官中、五人が補足意見、五人が反対意見を書いたのをはじめとして、公刊されている判決・決定を見ていくと、平成一二年一月二七日第一小法廷判決<sup>③</sup>（以下、「平成一二年判決」という。）では一人の補足意見、一人の反対意見、平成一五年三月二八日第二小法廷判決<sup>④</sup>（以下、「平成一五年①判決」という。）では二人の反対意見、平成一五年三月三一日第一小法廷判決<sup>⑤</sup>（以下、「平成一五年②判決」という。）では一人の補足意見、二人の反対意見、平成一六年一〇年一四日第一小法廷判決<sup>⑥</sup>（以下、「平成一六年判決」という。）でも一人の補足意見、二人の反対意見、そして、平成二二年九月三〇日第二小法廷決定<sup>⑦</sup>（以下、「平成二二年決定」という。）では四裁判官中、一人の補足意見、一人の反対意見が存在するというように、すべての判決・決定で反対意見が書かれ、また過半数の裁判官が個別意見を書いたものもあった。

そして、補足意見のなかですら、例えば、平成七年決定の大西補足意見（園部裁判官が同調）が、「本件規定の対象とする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ものということができる<sup>⑧</sup>」としていたし、千種・河合補足意見は、それよりも柔らかくではあるが、「本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利をより重視する観点からその合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得るところである<sup>⑨</sup>」との考えを示していたように、多数意見側でも

平成七年決定時点ですでに本件規定の合理性の疑わしさが指摘されていた。

また、平成一五年②判決の島田補足意見は、「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」し、平成七年決定の「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」から、「私は、少なくとも現時点においては、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考える」と踏み込んだ考えを示した<sup>10)</sup>。

平成二一年決定の竹内補足意見も、「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」とした<sup>11)</sup>。

このように、本件規定についての合憲判断は平成七年決定当時から不安定なものであり、「崖っぷちの合憲判断」とでも呼んでよい状況であった。

本稿では、婚外子相続分差別規定の合憲性に関する右記のような判例状況を踏まえ、本決定の内容をそれらの判決・

決定の内容、とりわけ個別意見の内容との関連で検討したうえで、本決定の特徴を明らかにしようとするものである。<sup>12)</sup> それを通して、一貫して多数意見では本件規定の合憲判断が維持されていたなかで、今回の違憲判断への転換がいかに果たされ得たのかを明らかにする。

## 一 平成二五年最高裁大法廷決定の概要

検討に先立って、本決定の概要を確認しておこう。<sup>13)</sup>

本決定では、まず本件規定の憲法一四条一項への適合性を判断する基準について以下のように述べる。すなわち、「憲法一四条一項は、法の下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ことは、当裁判所の判例とするところである」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ものといふべきである。この事件で問われているのは、このようにして定められた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、憲法一四条一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

府の合理的な裁量判断に委ねられているなかで、そのような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との間で生ず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、当該区別は憲法一四条一項に違反する、ということである。

それを受けて、本件規定の憲法一四条一項適合性について判断する。

最初に、平成七年決定は「本件規定を含む法定相続分の定めが、法定相続分のとおりに相続が行われなければならない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も考慮事情とした上、前記二（憲法一四条一項適合性の判断基準を述べた箇所を指す。―引用者註）と同旨の判断基準の下で、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めた本件規定につき、『民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものである』とし、その定めが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はできないのであって、憲法一四条一項に反するものとはいえないと判断した」と、その合憲判断を振り返ったうえで、それに続けて、「しかし、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、前記二で説示した事柄（それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情など）、「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」を指すものと思われる―引用者註）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、その定める合理性については、個人の尊厳と法の下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」としたうえで、以下で、様々な事柄のうち「重要と思われる事実」について列挙する。

すなわち、第一点として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、第二点として諸外国の

立法の状況の変化、第三点として「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、自由権規約委員会、児童の権利委員会による意見の表明、勧告の内容、第四点として日本における婚内子と婚外子の区別に関わる法制等の変化、第五点として婚内子と婚外子の法定相続分の平等化に向けた民法改正要綱試案、法律案等の作成、について指摘する。

そして、第六点として、以上の変化の中でなお本件規定の改正が実現されていない理由の一つとして、欧米諸国の多くと比較した場合の婚外子の割合の小ささ等に表れる国民意識のなかでの法律婚を尊重する意識の幅広い浸透を指摘する。しかし、ここでは第五点までのように事実の指摘では終わらず、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその二分の一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」として、この項目の事実が「種々の要素」の一つに過ぎないことをあえて強調しているが、この事実が「法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない」との論理は、それでは他の七点についてはそうではないのか、との疑問を引き出す。

続いて第七点として、最高裁の判決・決定における補足意見、反対意見の多さを指摘し、特に平成一五年②判決以降の判例は「その補足意見の内容を考慮すれば、本件規定を合憲とする結論を辛うじて維持したものとみることができるといふ厳しい見方を示した。

そして最後に第八点として、これまでの最高裁の判決・決定の補足意見において、相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性等に目配りした総合的な判断が必要であり、変更の効力発生の時期等の設定も慎重に行うべきである

ことなどから、立法作用により適切に行いうる、あるいは速やかな立法措置を期待する旨の指摘があったことに言及する。そして、特に対象となる補足意見を明示しないまま、「関連規定との整合性を検討することの必要性は、本件規定を当然に維持する理由とはならないというべきであつて、上記補足意見も、裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されない」との理解を示している。そのうえで「裁判において本件規定を違憲と判断しても法的安定性の確保との調和を図り得る」と説示した。

また、平成七年決定において、「本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従つ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」も考慮事情となり、「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る」とされたこと<sup>(14)</sup>について、本決定は、本件規定が補充的に機能する規定であることは、以下の理由により、合理性判断において重要性を有しないとされている。すなわち、①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こと、②遺言によつ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あること、③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、である。

そして、本件規定の憲法一四一条一項適合性に関する結論として、「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」が、「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、そして、「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、子にとつ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」ので、「以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成一三年七月当時においては、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えるべきである」として、「本件規定は、遅くとも平成一三年七月当時において、憲法一四一条一項に違反していたものといえるべきである」と述べた。この叙述からは以上の諸事情の変遷のなかで何が決定打かを知ることができない<sup>15)</sup>。

そのうえで、本決定のもつ先例としての事実上の拘束性については、まず「本決定は、本件規定が遅くとも平成一三年七月当時において憲法一四一条一項に違反していたと判断するものであり、平成七年大法廷決定並びに前記3(3)キの小法廷判決及び小法廷決定（本稿既出の各判決・決定を指す―引用者註）が、それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない」とする。「他方、憲法に違反する法律は原則として無効であり、その法律に基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであることからすると、本件規定は、本決定により遅くとも平成一三年七月当時において憲法一四一条一項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることにならう」が、「本決定の違憲判断が、先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる」。しかし、「法的安定性は法に内在する普遍的な要請であり、当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められているといわなければならぬ」。したがって、一方では、「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではない」。しかし、他方で、「関係者間の法律関係がそのような段階に至って



いない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当であるといえる。「したがって、本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」とした。

## 二 平成二五年最高裁大法院決定における憲法判断について

### (一) 憲法適合性の判断枠組みを維持しているか？

本決定は、平成七年決定について、「本件規定を含む法定相続分の定めが、法定相続分のとおり相続が行われなければならぬ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事情とした上、前記二と同旨の判断基準の下で」、「本件規定につき、…その定めが立法院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はできないのであって、憲法一四一条一項に反するものとはいえないと判断した」と、本決定と平成七年決定は同旨の判断基準に立つと理解する<sup>16)</sup>。

しかし、平成七年決定は、「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、いまだ立法院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、これを憲法一四一条一項に反するものということはでき

ない」と述べていた。<sup>17</sup>

そこでは、「立法理由の審査」と「立法理由と区別の関連性の審査」を行うという枠組みが採用され、かつ、立法理由には「合理的」な根拠があれば足り、立法理由と区別との関連性については「著しく不合理」でなければよいとする極めて緩やかな審査基準で判断したことがうかがえる。それに加えて、法定相続分の定めが補充的な規定であることが、その極めて緩やかな審査基準で足りるとする際の考慮事情として指摘されていた。

しかし、本決定は目的手段審査の枠組みを採用しておらず、かつ、それに伴い立法理由を特定していない。そして、目的手段審査を採用していないので繰り返し出てくる「合理性」という文言が、立法理由についてのそれなのか、立法理由と区別の関連性についてのそれなのかはつきりしないが、後者についてであれば、「著しく不合理」かどうかを問題としていた平成七年決定とはやはり違うスタンスに立っている。<sup>18</sup>

また、平成七年決定で極めて緩やかな審査基準で足りるとする際の考慮事情に持ち出されていた法定相続分の定め  
の補充規定性については、上述のとおり本決定では本件規定の合理性判断において重要性を有しないと、あつさり  
と後景に追いやれている。

重要性を有しないとする理由として挙げられたのは、①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こと、②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あること、③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、の三点である。

ちなみに、②、③については平成一五年②判決での島田補足意見において、「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」こと、そして、「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」という形で指摘されていた。<sup>20</sup> ③については平成二一年決定の竹内補足意見でも、「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つているという問題点が強く指摘される」としていた。<sup>21</sup> そうすると、平成七年決定以降の判決・決定の流れのなかで今回新しく述べられた理由は①となる。そして、この①が言っていることは、本件規定の補充性という性格からは規定の内容についてこうでなければならぬ、という一義的な答えは出てこないということであり、それであれば②の補充的であると言いつけるかという指摘、③の本件規定の問題性の指摘が浮き彫りになる。いずれにせよ、右記の理由で本件規定の補充性についての意味付けは変わり、極めて緩やかな審査基準でよいとする根拠には使えないものになつた。<sup>22</sup>

したがって、本決定の判断基準が平成七年決定と同旨であると理解することは困難である。<sup>23</sup>

## (二) 平成七年決定における対立点の消失

### ①憲法適合性判断基準

「はじめに」で述べたとおり、本件規定の合憲性に関する従前の最高裁の判決・決定では多くの個別意見が書かれ、そのたびごとに裁判官の間で主張の対立があつたことが示されてきた。

そのなかで、憲法適合性を判断する基準について、平成七年決定の中島、大野、高橋、尾崎、遠藤の五裁判官の反対意見（以下では単に、「五裁判官の反対意見」という。）では、「本件規定で問題となる差別的合理性の判断は、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

るといふ個人としての立場を重視すべきかにかかっているといえる。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つ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<sup>24</sup>との原則的見地を示していた。ここでは、目的手段審査という多数意見と同じ土俵に立つたうえで、異なる判断基準をとることを主張しており、そこに憲法適合性判断基準をめぐる峻厳な対立を見て取ることは容易である。

しかるに、本決定は前述のとおり目的手段審査の枠組みを採用しないことで対立の土俵を消し去った。

あわせて、ここでは、「属性」か「個人としての立場」のどちらを重視するかがその対立の基礎にあると見据えられていたが、その点については後述する。

## ②立法理由の特定

目的手段審査の不採用により本決定で取り扱われることなく終わった立法理由の特定も、平成七年決定以降、一つの対立点であった。平成七年決定では「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一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つたものであると理解されていた<sup>25</sup>。それに対して、五裁判官の反対意見では「婚姻の尊重・保護」という立法目的は是認されるが、「本件規定が相続の分野ではあつても、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の二分の一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認められるのである。本件規定の立法目的が非嫡出子を保護するものであるといふのは、立法当時の社会の状況ならばあるいは格別、少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠く

といわざるを得ない」と厳しく退けられていた。<sup>(26)</sup>

そして、この反対意見の見地は、その後も平成一五年②判決の泉反対意見のなかで「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つて、その目的には正当性が認められる」としたうえで、手段審査にすすみ、「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」という形で語られ、また、平成一六年判決の才口反対意見で「その立法目的が、法律婚の尊重、保護という、それ自体正當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い難い」と語られている。<sup>(28)</sup>

以上で明らかかとおり、立法目的が「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整」か「法律婚の尊重」という論点は本件規定の合憲性判断において重要な分岐点となっていたのであるが、上述のとおり、本決定では触れられることがなかった。<sup>(29)</sup>

### ③違憲判断か法改正による対処か

本決定では、本件規定の変更は相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性の検討が必要であることなどから、立法作用により適切に行いうる、あるいは速やかな立法措置を期待する旨の指摘がすでに過去の補足意見でなされていたこと、ただし、それらの補足意見も、裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されないことが指摘された。その際、当該補足意見を特定し明示することなく指摘しているのが、あたかも、立法措置を期待する旨の指摘をした補足意見がひとしく本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨ではなかつたかのようにも見えるが、この論点にかかわっては、これまでの判決・決定において以下のような補足意見

が存在した。

まず、平成一二年判決での藤井補足意見は、冒頭で「反対意見にかんがみ、」と明示し反対意見との対抗を意識したうえで、「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、甚だ困難である」とし、そのうえで、「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」としていた<sup>30</sup>。これは、同じ判決のなかの反対意見への批判を意識し、違憲判断の可能性に言及していない。

次に、平成七年決定での千種・河合補足意見は、「本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利をより重視する観点からその合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得る」としたうえで、「しかしながら」として、時の経過と諸事情の変化に対処するには立法によって本件規定を改正する方法によるのが至当であるとし、その理由を述べるなかで「本件規定は親族・相続制度の一部分を構成するものであるから、これを変更するに当たっては、右制度の全般に目配りして、関連する諸規定への波及と整合性を検討し、もし必要があれば、併せて他の規定を改正ないし新設すべきものである」とし、「本件規定を変更する場合、その効力発生時期ないし適用範囲の設定も、それらへの影響を考慮して、慎重に検討すべき問題である」とした。ただし、「ある法規の合理性が著しく失われて、憲法一四条一項に照らし、到底容認できない段階に達しているときは、…裁判所が違憲を宣言することによって直ちにその適用を排除しなければならない」と付記している<sup>31</sup>。これは立法による対応を原則としつつ、例外的に違憲判断の可能性に触れるものの、それを余程の例外的な場合に限定するものである。

平成一五年②判決の島田補足意見は「これ（本件規定を指す。―引用者註）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」り、「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」から、「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。この点において、私は、本判決の反対意見には賛同できない」としたうえで、「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ものである」としている<sup>32</sup>。これは遡及効や関連規定との整合性の問題等についての十分な検討と準備という違憲判断をする場合の条件に触れる点で前二者とは異なるものの、なお余程の例外的な場合に違憲判断を下す機会を限定するものである。

それに対して、平成二一年決定の竹内補足意見は、もはや余程の例外的な場合への限定を語らず、違憲判断をする場合の条件を設定したうえで、ただ当該決定の対象事件の場合はそれに該当しないとすることを述べている。

すなわち、同意見は「本件規定：を違憲としてその適用を排除するには、その効果や関連規定との整合性の問題等について十分な検討が必要である」とする。その理由は「前記大法院決定（平成七年決定を指す。―引用者註）における五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難い状況にある」と平成七年決定における五裁判官の反対意見を批判したうえで、「これに対し、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」としている。ただし、「私が以上に述べたところは、立法による解決が望ましいという考えであつて、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」という趣旨でないことはいうまでもない」として、裁判所による違憲判断について他の補足意見よりも開放的である。<sup>(33)</sup>

以上のように、法改正によつて対処すべきとする補足意見は、それぞれ本件規定を違憲と判断することを求める反対意見との対抗を意識して述べられたものであるが、「裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されない」かどうかについては、藤井補足意見は疑わしい。

確かにそれ以外は「裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されない」意見ではあるが、千種・河合補足意見と島田補足意見は、「ある法規の合理性が著しく失われて、憲法一四条一項に照らし、到底容認できない段階に達しているとき」、あるいは「本件規定が明白に違憲の状態に立ち至っている」という余程の例外的な場合に限定する趣旨が含まれる意見である。

島田補足意見は他方では、違憲判断の「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」という条件を示唆するが、その点で言えば、竹内補足意見は、「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」という趣旨でないことはいうまでもない」と明言するのみならず、「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」判決理由のなかで明らかにするか、それらについて「学説において」「十分な議論が尽くされている」と言える状況が示されれば、違憲の程度が著しいといった事情がなくても、違憲判断を下す余地があると述べていると言える。

よつて、この論点に関わる補足意見が一樣に「裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨



をいうものとは解されない」としてしまうことは、立法措置で対応することを主張する補足意見同士のあいだの対立あるいは相違が意識されなくなるので正確ではなかった。

### (三) 平成七年決定における個別意見からの「昇格」

#### ① 個人の尊厳、個人の尊重

平成七年決定の多数意見では、個人の尊厳は「我が国の相続制度」の「概観」の冒頭で一九四七年の民法の一部改正の根拠として「婚姻、相続等を規律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定めた憲法二四條二項の規定に基づき」という形で言及されていただけであり、個人の尊重への言及は全くなかったのに対し、本決定で目をひくのは、「個人の尊重」、「個人の尊厳」への言及が重要な場面で行われていることである。

すなわち、「本件規定の憲法二四條一項適合性について」の項目で憲法適合性審査に臨む姿勢を述べるなかで、「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、前記二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<sup>(35)</sup>」として、審査の根拠として法の下の平等とともに個人の尊厳が取り上げられている<sup>(36)</sup>。

また、種々の事柄の変遷等を説明したあとで、それらを総合的に考察して「より明確に認識されてきたことは明らかである」とされたのは「家族という共同体の中における個人の尊重」であり、そのような認識の変化に伴い確立されてきているとされた考えは「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<sup>37)</sup>であった、というように、今回の違憲判断を導く重要な要素であった人々の「認識」や「考え」の中身として紹介されている。

しかし、そもそも個人の尊厳、個人の尊重を重視する観点には、平成七年決定では反対意見の側のものであった。五裁判官の反対意見は「相続制度と憲法判断の基準」の冒頭で憲法一三条、二四条二項の規定の趣旨は「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ものである」ことを強調した<sup>38)</sup>。また、差別の合理性の判断にかかわって「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<sup>39)</sup>」という論点設定が行われたことも、個人の尊重を意識したからこそ出てくるものといえよう。そして、結論部分においても「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<sup>40)</sup>」として、憲法適合性の判断根拠として関連条文が明示されるなかで、個人の尊重への言及がなされた。

その後の判決・決定のなかでも、平成一五年<sup>2)</sup>判決の深澤反対意見において、憲法一四条とともに憲法一三条、憲法二四条二項を掲げたのに続けて、「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ぬことを求めているものと考えられる<sup>41)</sup>」ことを強調し、その結論部分でも「個人の尊重と法の下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<sup>42)</sup>」と述べる。同じ判決における泉反対意見でも、「個人としての尊重、個人の尊厳」に触れている<sup>43)</sup>。また、平成一六年判決の才口反対意見では、憲法一三条、一四条一

項、二四条二項を列挙したうえで、「このような憲法の規定に照らして、子である以上、均等相続であるべきことを導き出している。あるいは、平成二一年決定の今井反対意見は、冒頭で憲法一四条一項と並べて一三条を掲げ、「子が、自らの意思や努力によつ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」とした。<sup>43)</sup>

このように従来の反対意見では、憲法一三条、憲法二四条二項を掲げたうえで、さらに、それらと憲法一四条一項との関連、結び付きを意識したうえで、個人の尊厳、個人の尊重に憲法適合性を判断する根拠として言及していた。本決定が個人の尊厳、個人の尊重に重要な場面で言及するのは、従来の反対意見の見地が反映していると言える。ただし、本決定は憲法一三条に言及せず、また、個人の尊重は国民の考え、認識を説明するなかで語られるにとどまる、という相違には注意を要する。その点では、言葉の上だけで、従来の反対意見が利用されているとの疑念がぬぐえない。

## ②種々の事柄の変遷

本決定では、本件規定制定当時の立法目的とともに、その後が生じている種々の事柄の変遷等を加えて合憲性の判断をしなければならぬとしている。「概要」で示した八点のうち、第七点の従来の最高裁の判決・決定での個別意見の多さの指摘、第八点の補足意見で立法措置による是正が求められていたことの指摘は、事柄の変遷とは性格が異なり、「種々の事柄の変遷等」の「等」に当たる部分と思われるので、専ら第六点までの内容に焦点をあてれば、その種の指摘は以前にも存在した。

平成七年決定の五裁判官の反対意見では、「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つても、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つて、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」として、諸外国の立法の大勢、我が国における本件規定の改正作業、国際条約（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）の規定を列挙したうえで、「以上の諸事実及び本件規定が及ぼしていると思われる社会的影響等を勘案するならば、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」とした。<sup>46</sup>

同決定では、大西補足意見（園部同調）でも、「その後（一九四七年の民法の一部改正以後を指す―引用者註）の我が国の社会事情、国民感情等の変化には著しいものがある」として、相続及び相続と密接な関連を有する婚姻、親く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の変化（家族資産の意義の変化、相続の根拠に関する社会の意識の変化、家族形態の変化、事実婚・非婚の増加）、我が国を取り巻く国際的な環境の変化（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成立、ヨーロッパ諸国の大部分での婚内子と婚外子の相続分の平等化の実現）を指摘し、それらを根拠に「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ものといえることができる」としていた。<sup>47</sup>

同決定では、さらに、千種・河合補足意見でも「本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利をより重視する観点からその合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得るところ

である」としていた<sup>48)</sup>

こうして平成七年決定では、実に九名の裁判官の個別意見で諸事情の変化が本件規定の合理性を揺るがすことがあり得るといふ見地が共有され、特に五裁判官の反対意見で諸事情の変化が立法目的と手段との間の実質的関連性を判断する資料として判断枠組みのなかにきちんと位置付けられたうえで、実質的関連性を失わせた大きな原因と判断され、違憲との判断が示されていた。

その後、平成一二年判決の藤井補足意見は、法律制定後の諸事情の変化に対応するには立法によることが望ましいと述べる前提としてはあるが、「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た。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ものと思われる。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」と述べていた<sup>49)</sup>。

また、平成一五年①判決の梶谷・滝井反対意見は、平成七年決定の五裁判官の反対意見と尾崎裁判官の追加反対意見と同旨であり、それらを引用するとしたあとで、「更に補足しておきたい」点の一つとして「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」こと、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」として、その具体例として、一九九六年二月の法制審議会答申「民法の一部を改正する法律案要綱」において本件規定の改正の方向が示されていることと、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〇

条に基づき我が国から提出された第四回報告に対する一九九八年十一月の最終見解において、前回の検討に続いて改めて、本件規定の改正のために必要な措置をとるよう勧告していることを挙げていた。<sup>50)</sup>

また平成一五年②判決でも、まず島田補足意見（なお、この補足意見は、平成一六年判決の島田補足意見で引用されている。）において、平成七年決定から「いまだ七年余りしか経過していないとはいえず、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」と平成七年決定以降に限っても、婚姻や家族を実態やそれに伴う国民の意識には相当な変化があると指摘し、それゆえ「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つ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」と状況を描いていた。<sup>51)</sup> また同判決の深澤反対意見では、厚生労働省の統計資料を基に平成七年決定後も「出生数の漸減、非嫡出子の増加傾向、死亡数の漸増傾向、婚姻年齢と第一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」「大きく変動している」と述べるとともに、平成七年決定後の一九九六年二月の法制審議会答申が「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こと、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四〇条に基づき「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、一九九八年十一月、同委員会がこれに対する最終見解において、日本政府に対し、本件規定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二〇〇二年十月に指定した、ことを挙げていた。<sup>52)</sup>

このように平成一五年の二つの判決では、反対意見は平成七年決定の五裁判官の反対意見に賛同したうえでその後

の諸事情の変化を指摘する、いわば「念を押す」意見を述べ、補足意見は平成七年決定以降の諸事情の変化により「現時点」、すなわち二〇〇三年三月時点で、本件規定の正当化理由が失われたのでないかとすら思われる状況に至っていることを指摘した。

そのうち、平成一五年②判決の島田補足意見と深澤反対意見での指摘については、平成一六年判決の才口反対意見が、「多数意見が引用する大法廷決定後、既に九年以上が経過し、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つ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ことは、前掲第一小法廷判決中の島田仁郎裁判官の補足意見及び深澤武久裁判官の反対意見で述べられているとおりである」と賛同している<sup>(33)</sup>。

そして、平成二一年決定の竹内補足意見では、対象事件の相続発生日である二〇〇〇年六月三〇日を本件規定の憲法適合性の判断基準日とし、「本件基準日以降も」と時期を限定したうえで、「本件規定の憲法適合性について判断をするための考慮要素となるべき社会情勢、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、変化を続けている」として、「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つてきているといえること」という従前から続く変化をまず述べたうえで、「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一二年には出生総数の一・六三%であったのが、平成一八年には二・一一%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ものといえるし、平成一三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

嫡出子の二分の一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すう勢となっており、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ものといえよう」と指摘する。そして、「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」と述べた。<sup>54</sup> 竹内補足意見のこの認識は、平成一五年②判決の島田補足意見が本件規定の正当化理由が「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」と述べたことよりも直截に本件規定の正当性に対する疑義を語っている。<sup>55</sup>

このように、平成七年決定以降の判決・決定では、反対意見では立法目的と手段との間の実質的関連性を判断する資料として判断枠組み内の位置付けが与えられ続けながら、平成七年以降の変化が追加的に指摘されることで本件規定の違憲性の主張が補強され、また、本件規定の合理性に疑いをさしはさむ補足意見においては本件規定の合理性の判断の一つの材料として、平成七年決定時にそれに疑わせる事情として語られ続けてきた。

また、平成七年決定の大西補足意見や五裁判官の反対意見では、一九四七年の民法の一部改正時からそれまでの諸事情の変化が描き出され、平成一二年判決の藤井補足意見は「近年における」と述べていて時期が明確ではないが、平成一五年①判決の梶谷・滝井反対意見、平成一五年②判決の島田補足意見、深澤反対意見、平成一六年判決の才口反対意見は、平成七年決定からそれぞれの時点までの変化を語った。そして、平成二一年決定の竹内補足意見は「本件基準日以降」である二〇〇〇年六月三〇日以降の変化を指摘したことで、平成二一年決定に至る最高裁の判決・決定で諸事情の変化が切れ目なく語り継がれたことになった。

このように、個別意見のなかでは民法の一部改正時以降の諸事情の変化が平成二一年決定まで語り継がれてきた格



好になるが、平成七年決定以降、多数意見では一度も諸事情の変化の指摘は採用されてこなかった。したがって、本決定において初めて多数意見として「種々の事柄の変遷等」を述べるとき、受け継ぐべき前提がないことになるので、平成七年決定の個別意見がそうしたように、一九四七年の民法の一部改正にまで遡り、そこから一の「概要」でみたところ八点にわたって種々の事柄の変遷等を語る形をとることになったが、内容についてはすでに右記の個別意見の蓄積があるので、重なることが多い。

ただし、単に集大成というわけではなく、平成一五年②判決の深澤反対意見が統計資料に基づき諸事情の変化の一つとして「非嫡出子の増加傾向」を挙げたり、平成二年決定の竹内補足意見が人口動態統計に基づき「非嫡出子の出生割合は平成一二年には出生総数の一・六三%であったのが、平成一八年には二・一一%に増加している」ことを本件規定の合理性を揺るがす事情の一つとして指摘したのに対し、本決定では「種々の事柄の変遷」の第一点の婚姻や家族の実態の変化の指標として「昭和五〇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」<sup>56</sup>ことは指摘するものの、第六点めで「嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向にあるとはいえ、平成二三年でも二万三〇〇〇人余、上記割合（「全出生数に占める嫡出でない子の割合」）<sup>57</sup>を指す。――引用者註）としては約二・二%にすぎない」ことが本件規定が改正されてこなかった理由の一つに挙げられている。そのうえで、「概要」でふれたとおり、法律婚を尊重する意識の幅広い浸透と並んで、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、本件規定の合理性の有無という法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない、として合理性判断の根拠からは遠ざけられることとなった。

### ③ 婚外子の地位が自ら決定できない事情であることについて

本決定では、「昭和二二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」とし、そのような認識の変化に伴い、「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」とする。<sup>86)</sup>

そこでは、婚外子の地位という子どもの自ら決定できない事情による不利益取扱いが許されないということは、裁判所の判断として語られるのではなく、個人の尊重がより明確に認識されるようになった結果国民のなかで確立されてきた考えとして紹介されており、したがって、そのことは他のことと「総合」されたうえで婚内子と婚外子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われたという結論を導くのであるが、そうであれば、この事情は様々な事情のなかの一つに過ぎない。

しかし、従来の反対意見の系譜では、婚外子の地位が子どもの自ら決定できない事情であるということは、婚外子であることを異なる取扱いの事由とすることが許されない理由として指摘されていた。

まず、平成七年決定の五裁判官反対意見では、「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つ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とはできないのである」としていた。<sup>87)</sup>

平成一五年①判決の梶谷・滝井反対意見では、「今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の態様も一様

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つては決することのできない事情によつ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つてゐるのである」と指摘してゐた。<sup>(60)</sup>

平成一五年②判決の泉反対意見では、本件規定にもとづく相続分差別は「自己の意思によらずに、出生によつ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、憲法一四一条一項は、『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つて差別されないと規定してゐる」と指摘した。<sup>(61)</sup>

平成一六年判決の才口反対意見では、「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二分の一とすることは、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ひ難い」と述べた。<sup>(62)</sup>

そして平成二一年決定の今井反対意見では、「憲法二四一条二項は、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ゐるのであるが、子の出生について責任を有するのは被相続人であつて、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つ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」としてゐた。<sup>(63)</sup>

したがつて、婚外子の地位が自ら決定できない事情であることが本決定の多数意見で触れられてはいるものの、その位置づけは大きく異なるものといえる。

#### ④ 違憲判断の効力について

最後に、本決定は、そのなかの違憲判断が「先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる」として、「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではな<sup>64</sup>いので、「本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」と判示し、いわば部分的不遡及という考え方を示している<sup>64</sup>。

この論点は、平成七年決定の五裁判官の反対意見では、「違憲判断の不遡及的効力」の標題のもとで、「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ことを付言する。すなわち最高裁判所は、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。私たちは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考えられるものである<sup>65</sup>」ことが提示されていた。

それに対して、平成一二年判決の藤井補足意見では、「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（創造的機能のあることを承認する考え方を指す。―引用者註）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」とはいうものの、「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ものと思う」ということで、否定的見解を述べた。<sup>(66)</sup>

しかし、前述のとおり、その後、平成一五年②判決の島田補足意見は「これ（本件規定を指す。―引用者註）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」として、平成二一年決定の竹内補足意見は、「本件規定…を違憲としてその適用を排除するには、その効果や関連規定との整合性の問題等について十分な検討が必要である」として、遡及効のあり方について検討の余地があることを示唆していたし、さらに竹内補足意見が五裁判官の反対意見を取りえないとするのは、「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（五裁判官の反対意見を指す。―引用者註）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状況にある」ところにあり、原理的なものではなかった。

五裁判官の反対意見に対するこの二つの補足意見からの問題提起に対する一つの答えが、本決定での部分的不遡及の提示であった。

## おわりに

これまで述べてきたように、本決定は平成七年決定とは異なり目的手段審査の枠組みを採用せず、それに伴い立法理由を特定せず、また、法定相続分の定め の 補充規定性についての意味付けは変わり、極めて緩やかな審査基準でよいとする根拠には使えないものになった。本決定の判断基準が平成七年決定と同旨であると理解することは困難である。

しかし、そのような変化の結果、平成七年決定以降の憲法適合性判断基準をめぐる対立は消え、立法理由が「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」か単に「婚姻の尊重・保護」なのかということについて決着をつける必要性もなくなった。

また、本件規定について違憲判断を行うことと法改正による対処の選択については、違憲判断に慎重な過去の補足意見の間においてもニュアンスの相違があつたにもかかわらず、それを顧慮することなく一括りにしたうえで、さらに、過去の補足意見のなかで違憲判断を下すことに最も柔軟であつた補足意見の趣旨に沿う形で、裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されないと振り返り、また、そう振り返ることによつて、違憲判断を下すことを主張していた反対意見との距離を縮めた。

その結果、本件規定による異なる取扱いが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものであるか否かについて審査したうえで、合理的な根拠がなければ違憲判断を下すという平板な判断基準に従つて憲法適合性判断を行うことになった。しかし、平成七年決定及びそれを参照するその後の判決・決定の多数意見のなかには本件規定の合理性に疑

義をさしはさむための材料が存在しなかった。そこで、各判決・決定の個別意見（とりわけ反対意見）で主張されていた「個人の尊厳、個人の尊重」、「種々の事柄の変遷」、「自ら決定できない事情であること」、「違憲判断の不遑及」といった要素を盛り込むことでその目的を果たすことになった。

例えば、これら四つの要素のうち前三者については、「三 本件規定の憲法一四条一項適合性について」の結論部分である(4)において以下のように集約的に示されている。

「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」が、それらを「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」<sup>(67)</sup>。

しかし、二、で検討したように、それらの要素は従来の個別意見で持っていた意味合いをそぎ落とされた形で、様々な事情の中にちりばめられて終わった。

このように、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくか否か」というレベルの「一般論」<sup>(68)</sup>からすれば、たしかに憲法適合性判断基準は平成七年決定と本決定とは変わっていないであろうが、それ以上の憲法適合性判断基準を明示せず、それも含めて従来対立の火種になっていた論点を消失させて、いわば「更地」にしたうえに、従来の個別意見で指摘された諸要素に異なる意味と位置づけを与えて新たな理由を構築した本件決定は、やはり平成七年決定との

距離は遠いと言わざるを得ないのみならず、反対意見の系譜からも外れた。そして、そうであるにもかかわらず、五裁判官の反対意見及びその系譜に属するその後の反対意見の見地から本決定の多数意見を批判する個別意見も存在しない。

そして、平成七年決定の多数意見とも反対意見とも異なる、いわば「新種」の理由づけを本決定が打ち出すことができたのは、論理としては「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくか否か」以上の一般論を明示しないことによるところが大きいと思われるが、それとは別に、本決定に関与した一四裁判官のうち竹内行夫裁判官を除けば、以前の判決・決定に誰ひとりとして関与していないというその「断絶」と「継承」が本決定に与えた影響も非常に興味深いところである。

すなわち、竹内裁判官以外の裁判官は本件規定の憲法適合性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。他方で、竹内裁判官は平成二一年決定の補足意見で、当該事件の基準日の二〇〇〇年六月三〇日以降に本件規定が違憲の状態に至った可能性は否定されないとして審査し、諸事情の変化を考慮すれば本件規定の正当化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つているという問題点を指摘し、少なくとも決定の時点においては、本件規定は違憲の疑いが極めて強いものとし、また補足意見の系譜のなかで違憲判断を下すことに最も柔軟な見解を述べ、違憲判断をした際の遡及効のあり方に検討の余地があることを示唆した。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つた、と評することができるように思う。

いずれにせよ、「はじめに」で述べたような学説の状況、政府の対応、そして、「崖っぷちの合憲判決」の連続という状況のなか、合憲論を維持することはもはや困難であり、違憲という判断をすることは不可避であつたとは思われ



るし、少なくとも本決定が下した違憲という結論は大方が認めるところであろう。しかし、本決定が唯一の選択肢であったとは思われない。

例えば、たびたび言及してきたように、本決定は本件規定の憲法一四条一項適合性についての判断で「種々の事柄の変遷等」に大きく依拠しているが、同じく婚外子差別にかかわる国籍法違憲判決<sup>(69)</sup>でも諸事情の変化に触れる部分があった。そこでは、家族生活や親子関係に関する意識、家族生活や親子関係の実態、諸外国の法制の動向、国際諸条約の内容について言及されているが、この判決では目的手段審査の枠組みが採用されており、これらへの言及は、国籍法三条一項(当時)の規定が当初は立法目的との間に一定の合理的関連性があったが、その合理的関連性を見いだし難くなったことの理由の説明のなかに登場した<sup>(70)</sup>。

ひるがえって、本決定にいたるまでの各判決・決定では平成七年決定の多数意見に参照を求めており、そうであればそこで採用された目的手段審査の枠組みは維持されているのであるから、国籍法違憲判決と同じく、目的手段審査の枠組みに平成七年決定以降の諸事情の変化を接合するという道を選ぶこともあり得たであろう。しかるに、国籍法違憲判決の約一年後に出された平成二一年決定では、多数意見は平成七年決定への参照を求めるのみのあっさりとした内容で終わった。

平成七年決定において多数意見と五裁判官の反対意見の間にはいくつか重大な対立があり、その構図はその後の最高裁の判決・決定にも引き継がれていた。そのような多数意見と反対意見の間の対立状況への決着のつけ方として私たちは、公務員の労働基本権の制限をめぐる都教組事件最高裁判決から全農林警職法事件最高裁判決へのドラステイックな転換を知っている。それに対して、本件規定に関する対立の本決定による終息は、あまりに静かであつた幕切れであつた。

注

- (1) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁以下。
- (2) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁以下。
- (3) 最判平成二二年一月二七日判時一七〇七号二二頁以下。
- (4) 最判平成一五年三月二八日判時一八二〇号六二頁以下。
- (5) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六四頁以下。
- (6) 最判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四〇頁以下。
- (7) 最決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六一頁以下。
- (8) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇二頁。
- (9) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇三頁以下。
- (10) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六四頁。
- (11) 最決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六三頁。
- (12) 本稿の内容の土台をなすのは、本決定の約四ヶ月後の二〇一四年一月一〇日に札幌学院大学で、二宮周平立命館大学教授、榊原富士子早稲田大学院法務研究科教授・弁護士をお招きして開催された法学部特別講演会「家族の多様化と法の下等の・司法の役割」のなかで、「大法廷違憲決定における憲法論」と題して行った講演である。お越しいただいた二宮周平教授、榊原富士子教授、そして、この講演会のコーディネートの任に当たられた佐々木健札幌学院大学法学部准教授に感謝申し上げます。
- (13) 以下の記述は最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁以下からの引用を含むが、その部分についてはいちいちの註は省略する。
- (14) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七九四頁。
- (15) 大石はこのことにかかわって、本決定が冒頭で指摘する立法裁量論と軋みを生じさせないで、かつ、違憲の結論へと向かうことのできる論法として、古い立法の合理性を「不断に検討」し「吟味」する立法府の義務の懈怠が著しい場合、「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」にしても、「総合的に考

察すれば」違憲というケースも想定しうるとする。大石和彦「判例研究・『非嫡出子』の法定相続分を『嫡出子』の二分の一とする民法九〇〇条四号ただし書前段の規定は、遅くとも平成十三年七月当時において、憲法一四一条一項に違反していたとした事案」『筑波ロー・ジャーナル』一五号（二〇一三年十一月）一一八頁以下。

(16) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三三頁以下。

(17) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七九四頁。

(18) 蟻川は、最高裁の憲法一四一条一項適合性審査を、一般的な立法裁量の存在を前提としたうえで、審査密度を低める要素が見出される事案類型に対しては、区別が「著しく不合理なもの」であるか否かの基準を用い、審査密度を高める要素が見出される事案類型に対しては、「慎重に検討することが必要である」との判断指針にもとづき、「立法目的に合理的な根拠が認められるか」、「その具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められるか」、「区別を生じさせることに合理的な理由があるか否か」を判断する、ものと分析する。そして、この第三の事案類型の審査においては、「区別を生じさせることに合理的な理由があるか否か」を判断する必要があるから、外形上は目的手段審査を採っていないように見えるけれども、審査の実質においては、区別が立法目的ないし立法理由との間で何らかの意味での関連性を有しているかを見るテストは履踐されているとしたうえで、本決定は、外形上のみならず実質的にも目的手段審査を行っている様子が見られないと指摘する。蟻川恒正「起案講義憲法第7回・婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」『法学教室』三九七号（二〇一三年十月）一〇八頁以下。

(19) 本決定を担当した調査官の解説でも、平成七年決定が、①立法目的に合理的な根拠が認められるか否か、②具体的な区別と上記立法目的との間に合理的関連性があるか否か、という二点から判断した国籍法違憲判決（最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁）に類する枠組みで判断しているのに対し、本決定が本件規定の憲法適合性を判断するに際し、立法理由ないし立法目的や、これらと本件区別との合理的関連性といった枠組みを用いていないという相違は認識されている。解説では、常に前者の判断枠組みを採用しなければならないものではないのはなぜか、が語られる。伊藤正晴「時の判例」ジュリスト一四六〇号（二〇一三年十一月）九〇頁。

(20) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六四頁。

- (21) 最決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六三頁。
- (22) 蟻川はこの点につき、「一九九五年決定においては婚外子と婚内子とで法定相続分を平等にしなくても不合理とまではいえないという方向で用いられた本件規定の補充規定性が、いわば逆向きに、被相続人は遺言で自己の意思を原則として全うすることができるのであるから、補充性を有する法定相続分においてはむしろ平等にすることこそが合理的でありうるという方向での理解が可能なものとして再解釈に付せられている」と述べ、本件規定の補充規定としての性格は「逆向きの解釈可能性に開かれた」とする。蟻川恒正「起家講義憲法第7回・婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」『法学教室』三九七号（二〇一三年十月）一〇六頁。
- (23) 担当調査官による解説では、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくか否かという以上に一般論を明確にしないのは「優れて実務的な発想に基づくもの」であるとされ、ここにとどまる一般論のレベルで「判断基準について従来判例を変更する趣旨ではないと考えられる」としている。伊藤正晴「時の判例」ジュリスト一四六〇号（二〇一三年十一月）九〇頁。
- (24) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇五頁以下。
- (25) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七九五頁。
- (26) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇六頁以下。
- (27) 最判平成一五年三月三一日判時一八二〇号六六頁。
- (28) 最判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四一頁。
- (29) 蟻川は、本決定において目的と手段を分節するという発想に向かわなかったのは、蟻川のいうところの「制度準拠的思考」としての色彩を平成七年決定よりも強めたことから当然であると述べる。蟻川恒正「起家講義憲法第7回・婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」『法学教室』三九七号（二〇一三年十月）一一〇頁以下。また蟻川は、立法理由に言及しなかったことは平成七年の合憲決定と今回の違憲決定とともに説明しきる途であったとする。蟻川恒正「起家講義憲法第9回・婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く（一）」『平等違反事案の起家』『法学教室』三九九号（二〇一三年十二月）一三四頁。
- (30) 最判平成二二年一月二七日判時一七〇七号一二二頁以下。次に挙げる平成七年決定の千種・河合補足意見の参照を求める部分があるが、参照が求められている部分は、「本件規定は親族・相続制度の一部分を構成するものであるから、これを変更するに当たっては、右制度の全般に目配りして、関連する諸規定への波及と整合性を検討し、もし必要があれば、併せて他の規定

を改正ないし新設すべきものである。また、本件規定に基づく相続関係の処理は、過去長年にわたって行われてきたし、現在も行われつつある上、近い将来を見越しての準備もされていると思われる。したがって、本件規定を変更する場合、その効力発生時期ないし適用範囲の設定も、それらへの影響を考慮して、慎重に検討すべき問題である。これらのことは、すべて、国会における立法作業によって、より適切になし得る事柄である」と述べている部分であり、「最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇四頁。）、千種・河合補足意見での違憲判断の可能性への言及は対象としていないと思われる。

- (31) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇三頁以下。
- (32) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六五頁。
- (33) 最大決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六三頁。
- (34) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七九一頁。
- (35) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二四頁。
- (36) 個人の尊厳を審査の根拠であると考えていることは、「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」といった事実上の問題は、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその二分の一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」の「結論に直ちに結び付くものとはいえない」と指摘する部分にも表れている。最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二八頁。
- (37) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁以下。
- (38) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇五頁。
- (39) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇六頁。
- (40) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇八頁以下。
- (41) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六五頁。
- (42) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六六頁。
- (43) 最判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六六頁。
- (44) 最判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四一頁。

- (45) 最決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六四頁。
  - (46) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇七頁以下。
  - (47) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇一頁以下。
  - (48) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇三頁以下。
  - (49) 最判平成二二年一月二七日判時一七〇七号一二二頁以下。
  - (50) 最判平成一五年三月二八日判時一八二〇号六三頁以下。
  - (51) 最判平成一五年三月三一日判時一八二〇号六四頁。
  - (52) 最判平成一五年三月三一日判時一八二〇号六五頁以下。
  - (53) 最判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四一頁。
  - (54) 最決平成二二年九月三〇日判時二〇六四号六二頁以下。
  - (55) 竹内補足意見では、この疑義に加えて、本件規定が婚外子が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も指摘し、「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であるといわざるを得ない」と述べていた（最決平成二二年九月三〇日判時二〇六四号六三頁）。
- (56) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二五頁。
- (57) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二八頁。
- (58) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁以下。
- (59) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇六頁以下。
- (60) 最判平成一五年三月二八日判時一八二〇号六四頁。
- (61) 最判平成一五年三月三一日判時一八二〇号六六頁。
- (62) 最判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四一頁。
- (63) 最決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六四頁。
- (64) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三二頁以下。
- (65) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一八〇九頁。

- (66) 最判平成二二年一月二七日判時一七〇七号一二三頁。  
(67) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁以下。  
(68) 伊藤正晴「時の判例」ジュリスト一四六〇号(二〇一三年十一月)九〇頁。  
(69) 最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁。  
(70) 最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三七三頁以下。  
(71) 最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号三〇五頁。  
(72) 最大判昭和四八年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁。