

〈研究ノート〉

非嫡出子法定相続分規定の合憲性
—最高裁判例の動向と高裁による3つの裁判例について—

大竹 昭裕

目次

- I はじめに
- II 最高裁判例の動向
- III 東京高裁平成22年3月10日判決と名古屋高裁平成23年12月21日判決
- IV 大阪高裁平成23年8月24日決定
- V おわりに

I はじめに

法定相続分について、民法900条4号は、「子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする」と定める同時に、その但書前段で、「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の2分の1」と規定する⁽¹⁾。そして、法定相続分の規定は、遺留分について準用することとされている（民法1044条）。

非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1とするこの民法900条4号但書（以下、適宜「本規定」、「本件規定」ともいう）が法の下での平等を定める憲法14条1項に違反しないかについて、平成7（1995）年の最高裁大法廷決定（最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁、以下「大法廷決定」ともいう）は、本規定は「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」で、民法が法律婚主義を採用していることから立法理由には合理的根拠があり、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としたことが立法理由との関連で著しく不合理なものとはいえないとして、合憲との判断を下した。以来、大法廷決定を含めて補足意見・反対意見が付されているものの、最高裁は一貫してこの合憲判断を維持し

てきている。

しかし、平成20（2008）年の最高裁大法廷判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁、以下「国籍法違憲判決」という）が、日本国民である父と日本国民でない母との間の非嫡出子について、父が出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、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を認めるとしていた国籍法旧3条1項（平成20（2008）年12月改正前の規定）について違憲判決を下したことで、最高裁による本規定の合憲判断見直しを予測する見解⁽²⁾も表明され、さらには、元最高裁判事による「国民の間で見解のわかれる問題について近いうちに改めて判断が迫られることになるであろうと思われるのは、非嫡出子の相続分が嫡出子の半分となっている民法900条の規定」⁽³⁾との指摘もなされてきた。

このような中で、平成22（2010）年には東京高裁で、平成23（2011）年には名古屋高裁で、本規定とこれを準用する民法1044条について適用違憲の判断が下され、さらには、大阪高裁で本規定について法令違憲の判断も下されるに至っている。

本稿では、本規定の合憲性をめぐる最高裁判例の動向を概観した上で、これら高裁による3つの裁判例を取り上げ、そこで展開され

ている論理について若干の検討を行ってみることにしたい。

II 最高裁判例の動向

1. 大法廷決定

下級審で本規定を合憲とする判断(東京高決平成3年3月29日判タ764号133頁⁽⁴⁾など)と違憲とする判断(東京高決平成5年6月23日判時1465号55頁、東京高決平成6年11月30日判時1512号3頁)とが対立する中で、最高裁大法廷は、平成7(1995)年7月5日、本規定を合憲とする決定を下した。この決定には10人の裁判官による法廷意見のほか、5人の裁判官による3つの補足意見と5人の裁判官による反対意見、1人の裁判官による追加反対意見が付されており、これら法廷意見・補足意見・反対意見の中で本規定に関する合憲説・違憲説の基本的な論拠がほぼ尽くされている⁽⁵⁾ともいえる。以下、平成7年大法廷決定の内容を確認しておこう。

(1) 法廷意見

法廷意見は、法の下での平等を定める憲法14条1項について、「合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではない」との従来からの立場を踏襲した上で、相続制度の形態には歴史的・社会的に種々のものがあり、相続制度を定めるにはその国の伝統・社会事情・国民感情なども考慮しなければならない、さらに家族をどのように考えるかとも密接に関係し、婚姻や親子関係に対する規律等とも関わるとして、「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ゆだねられている」とする。そして、「本件規定を含む法定相続分の定めは、……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ると、「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」とする。さらに、憲法24条1項をうけた「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、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が生じて、それはやむを得ないところ」とする。

以上のような前提の下で、法廷意見は、本規定の立法理由を「法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」、換言すれば、「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」と解し、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件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、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」として、本件規定は憲法14条1項に反しないとする。

(2) 補足意見

可部恒雄裁判官補足意見（以下「可部補足意見」という）は、嫡出子・非嫡出子間に相続分の差等を設けることが非嫡出子の出生阻止、法律婚の促進をもたらすかという「安易な目的・効果論の検証」の排除を説き、「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」とする。

大西勝也裁判官補足意見（園部逸夫裁判官同調、以下「大西・園部補足意見」という）は、(i) 昭和22 (1947) 年の民法改正以降の社会事情・国民感情等の著しい変化、国際人権規約 B 規約24条・26条、児童の権利条約2条の規定、非嫡出子について配偶者や嫡出子の権利との調整を図りながら平等化を進めるヨーロッパ諸国の動向など、日本を取り巻く国際的環境の変化を指摘し、「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、制定当時有していた合理性は次第に失われつつあり」、「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、かなりの程度疑わしい状態に立ち至った」とする。しかし、(ii) 「民法は、私人間の諸利益の調整の上に成り立って」おり、本規定の合理性の検討に当たっては、「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」であるとし、結局、「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、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」とする。

千種秀夫・河合伸一両裁判官の補足意見（以下「千種・河合補足意見」という）は、(i) 「一般に、ある法律の規定について、制定当時においては合理的理由があったが、その後の時の経過とともに対象とする事柄をめぐる事情が変化し、その合理性が疑問とされ

る事態の生じることは、あり得る」とし、「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」とする。しかし、(ii) 「これに対処するには、立法によって本件規定を改正する方法によることが至当」で、その場合、本規定が「親族・相続制度の一部を構成」することから、これら制度全般への目配り、「関連する諸規定への波及と整合性」など慎重に検討すべきである。(iii) 「ある法規の合理性が著しく失われて、憲法14条1項に照らし、到底容認できない段階に達しているときは、もはや立法を待つことはできず、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」せねばならないが、「本件規定については、現在まだその段階に達しているとは考えられない」とする。

(3) 反対意見

中島敏次郎・大野正男・高橋久子・尾崎行信・遠藤光男の5裁判官による補足意見（以下「中島他反対意見」という）は、(i) 「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」とし、憲法13条・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」必要があることを指摘し、「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」から、「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」であるが、本規定については「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」とする。その理由として、(ii) 婚姻の尊重という「立法理由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」こと、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は変えることはできない」。それにもかかわらず、「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」こと、(iii) 本規定は、「国民生活や身分関係の基本法である民法典中の一条項であり、強行法規でないとはいえ、国家の法としての規範性を持ち、非嫡出子についての法の基本的観念を表示しているものと理解される」が、それは「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」となっており、本規定の「立法目的が非嫡出子を保護するものである」というのは、……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」こと、(iv) 合憲性の判断は、「制定当時の立法目的と共に、その後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」せねばならないが、(iv-1) 主として1960年代以降、相続を含む法制度上で、嫡出子と非嫡出子を同一に扱う法改正が諸外国の立法の大勢となっていること、(iv-2) 非嫡出子の相続分を嫡出子と同等とする旨の「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」こ

と、(iv-3) 日本が批准した条約の規定として国際人権規約B規約26条、児童の権利条約2条1項の規定があることから、「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」であること、を挙げる。さらに、(v) 違憲判断の効力について、「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はない」、「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」とする。

尾崎行信裁判官の追加反対意見（以下「尾崎追加反対意見」という）は、(i) 「本件規定が補充規定であること自体、法律婚や婚姻家族の尊重・保護の目的と相続分の定めとは直接的な関係がないことを物語っている」こと、(ii) 「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く、「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」が、「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、「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」こと、(iii) 婚姻家族の相続分を大きくしたければ「遺言制度を活用すれば足りる」こと、を指摘する。

大西・園部補足意見 (i) 及び千種・河合補足意見 (i) は、中島他反対意見の (iv) と同様に「立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等」から、本規定の合理性が疑わし

い状態にあること、あるいはそのような見方が成り立ち得ることを認める。これら補足意見を提示する4裁判官を加えれば、15人中9人の裁判官が本規定の合理性に疑問（ないしはその可能性）を呈しているのであるから、実質的には本規定が違憲状態にあることを認めたのに等しいとも言える⁽⁶⁾。それにもかかわらず、これら補足意見は違憲判断に踏み切らず、「関連規定との整合性をも視野に入れた総合的な判断」（大西・園部補足意見（ii））、「関連する諸規定への波及と整合性」（千種・河合補足意見（ii））を踏まえた立法による解決を主張する⁽⁷⁾。「民法は多くの対立矛盾する法益の調整を行う基本法であるから、相続分差別が子の平等原理と触れることを重視して改正されるべきだとしても、少なくとも立法によって行われるべきであり、ただちに違憲無効とはいえないとするのが、合憲説の立場」⁽⁸⁾とされるが、これら補足意見にも同様の判断があるのであろう。この点、中島他反対意見（v）が、違憲判断によってもたらされるかもしれない影響を考慮し、違憲判断の効力に遡及効を認めない旨明示することによって法的安定性を維持する方法があるとすると対照的である。本規定の不合理性に対応して、立法による解決を図るべきとするか、判決のもたらす効果を考慮しつつ違憲判断を下すことを選択するかは、以後も対立点となっている。

同じく合理性に疑問を呈しつつも、法定相続分について嫡出子・非嫡出子を区別すること自体が個人の尊厳性と相容れないこと（中島他反対意見（ii））、本規定が非嫡出子に対するスティグマをもたらしていること（中島他反対意見（iii）、尾崎追加反対意見（ii））の指摘は、大西・園部補足意見、千種・河合補足意見には（もちろん、法廷意見、可部補足意見にも）見られない。その背景には、家族観に関する対立があるといえる。反対意見では、「夫婦関係から親子関係を独立させた

『家族』モデル」を採用し、「婚姻は婚姻、親子は親子、両者は別々の法律関係」として理解されているのに対し、法廷意見では「夫婦関係に親子関係を包含させた『家族』モデル」を採用し、「婚姻は夫婦間に生まれてくる子の地位に関する合意を含んだ約束」と理解されており、「可部補足意見の『法律婚主義の論理的帰結』とは以上のような見方を示すものとして理解することができる」との指摘⁽⁹⁾がなされる。この指摘に従えば、法廷意見が「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……でも、それはやむを得ないところ」とし、補足意見が法定相続分で嫡出子・非嫡出子を区別すること自体が個人の尊厳性と相容れないことや本規定が非嫡出子に対するスティグマをもたらしていることについて触れていなくとも、それは当然のことということになる。

なお、本規定の合憲性審査の基準について、一般に、反対意見は中間審査基準ないし「厳格な合理性の基準」を採用しているのに対し、法廷意見は「単なる合理性の基準」を採用しているとされるが⁽¹⁰⁾、法廷意見は憲法学説がいう「合憲性審査の考え方は異なる発想に基づいて合憲判断を導いている……。法廷意見は、嫡出子と非嫡出子との相続分の差異を何らかの目的のための手段とは位置づけていない」⁽¹¹⁾との指摘もある。

この点に関連しては、反対意見が「学説では一般的な違憲審査基準論に依拠」しているのに対し、法廷意見は「伝統的な合理的区別論を語っている」とすると同時に、法廷意見は「裁量論の構成に依りながら、実は制度的保障論に限りなく接近している」とする指摘⁽¹²⁾も行われている。法廷意見が「制度」の側から問題を捉えているとすれば、「憲法13条・24条に言及しつつ『個人の尊厳』の意義を強調し、……『個人』の側から事態をみるべきであると主張する」のが中島他反対意

見・尾崎追加反対意見ということになろう⁽¹³⁾。

2. 大法廷決定後の判例

大法廷決定後の最高裁の判例で、公表されているものは以下の通りである。

- ①最1小判平成12年1月27日家月52巻7号78頁（合憲4人（補足意見1人）、違憲1人）
 - ②最1小判平成12年1月27日判時1707号121頁（合憲4人（補足意見1人）、違憲1人）
 - ③最2小判平成15年3月28日判時1820号62頁（合憲3人、違憲2人）
 - ④最1小判平成15年3月31日判時1820号62頁（合憲3人（補足意見1人）、違憲2人）
 - ⑤最1小判平成16年10月14日判時1884号40頁（合憲3人（補足意見1人）、違憲2人）
 - ⑥最2小決平成21年9月30日判時2064号61頁（合憲3人（補足意見1人）、違憲1人）
- 最高裁は、大法廷決定の法廷意見を一貫して踏襲し、本規定を合憲とする判断を下している。ただ、いずれの場合でも違憲を主張する反対意見が付加され、また③を除いて法改正を求める補足意見も付されている。特に④以降は、補足意見を述べる裁判官を加えると、本規定を違憲（不合理）とみる裁判官が多数を占めることになったといえる⁽¹⁴⁾。「本件規定の違憲性が相当多くの裁判官の共通する認識であることをうかがわせる」⁽¹⁵⁾事実といえよう。以下で、これら判例に付加された補足意見、反対意見の概要を見ておこう。

(1) 補足意見

(a)「立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等」について、①・②の藤井正雄裁判官補足意見（以下「藤井補足意見」という）は、「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づける劇的な社会変動をどこに捕らえるかは、甚だ困難」とする。④の島田仁郎裁判官補足意

見（⑤でも引用、以下「島田補足意見」という）は、大法廷決定以降の「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」り、「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」とする。⑥の竹内行夫裁判官補足意見（以下「竹内補足意見」という）は、平成12（2000）年の相続発生日（本件基準日）以降も「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は、変化を続けている」とし、「本件基準日以降に限っても」、非嫡出子出生割合が増加していることはわが国の家族観の変化をうかがわせること、平成13（2001）年のフランスの法改正に見られるように相続分を平等とすることが世界的な趨勢であり、国際人権規約B規約委員会や児童の権利委員会から相続分平等化を勧告されていることなどは、わが国を取り巻く国際的環境の変化を示すことを指摘する。

(b) 大法廷決定の法廷意見・補足意見には、嫡出子・非嫡出子の区別が個人の尊厳性と相容れず、非嫡出子に対するステイグマをもたらしていることの指摘は見られなかった。しかし、島田補足意見は、「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いことで、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」と述べる。また、竹内補足意見も、「本件規定は非嫡出子が嫡出子より劣位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になっている」という問題点が強く指摘されるに至っている」とする。

(c) 補足意見は、(a) (b) を背景に法改正

の必要を説く。島田補足意見は、(a) (b) に加えて遺留分を考えると本規定が補充的とばかりは言い切れないことも指摘した上で、「明らかに違憲であるとはまではいえないが、極めて違憲の疑いが濃い」とし、平成8（1996）年に非嫡出子の相続分を嫡出子と同等とする民法改正案が法制審議会から答申されていること、世界の多くの国で法律上相続分の同等化が図られていること、国連の人権委員会から相続分同等化が強く勧告されていることなどを挙げて、「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」としている。竹内補足意見も「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」としつつ、「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」とする。

(d) 本規定に「違憲の疑い」を表明しつつも法改正による対応を主張する背景には、違憲判決がもたらす影響への危惧があるのであろう。この点に関して、藤井補足意見は、大法廷決定の中島他反対意見で表明された「違憲判断の不遑及的効力」の考え方を「いまだ十分に議論が熟しているとはいえない」とする。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ことは避けがたい」とし、竹内補足意見は、中島他反対意見が「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……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言い難い状況」であるとする。

(2) 反対意見

(a) 「立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等」について、③の梶谷玄・滝井繁男裁判官の反対意見（以下「梶谷・滝井反対意見」という）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」、この傾向は大法廷決定以降も、「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」として、(α) 平成8（1996）年の法制審議会による民法改正案要綱が本規定の改正方向を示していること、(β) 国連の人権委員会が平成10（1998）年に本規定の改正のための必要な措置をとるよう勧告していることを挙げる。④の深澤武久裁判官反対意見（以下「深澤反対意見」という）は、厚生労働省の統計資料をもとに非嫡出子の増加傾向、離婚件数と核家族世帯の増加等を指摘し、「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」とする。さらに、梶谷・滝井反対意見と同様 (α) (β) の点を挙げて、「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」とする。⑤の才口千晴裁判官反対意見（以下「才口反対意見」という）は、島田補足意見・深澤反対意見を参照しつつ、大法廷決定から「既に9年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時に存した本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている」と述べる。⑥の今井功裁判官反対意見（以下「今井反対意見」という）も、「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こと」、「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」こと、非嫡出子の相続分を平等化する改正案要綱が法務大臣に答申されたものの未だ改正が実現していない状況にあることを挙げている。

(b) 嫡出子・非嫡出子の区別が個人の尊厳性と相容れないことに関して、深澤反対意見は、憲法13条・14条1項・24条2項を挙げて、「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、これら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」とする。④の泉徳治裁判官反対意見（⑤でも引用、以下「泉反対意見」という）は、本規定の差別は「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、憲法14条1項にいう「社会的身分」に当たり、「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」とする。そして、非嫡出子の相続分を嫡出子のその2分の1とする手段は、法律婚の尊重・保護という立法目的達成のための重要な役割を果たしているとはいえ、むしろ「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」とする。才口反対意見は、憲法13条・14条1項・24条2項に照らして、「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」とし、「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」であり、「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」とする。今井反対意見は、「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、「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」と述べる。また、今井反対意見は、平成20(2008)年6月4日の大法廷判決が国籍法旧3条1項を合理的理由のない差別で憲法14条1項に違反するとしたが、「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」とする。

(c) 法改正による対応ではなく司法的救済が必要なことについて、泉反対意見は、「立法作用によって解決されることが望ましい」が、「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」とする。才口反対意見は、「非嫡出子が被る個人の尊厳や法の下の平等にかかわる不利益は、憲法の基本原理に則り、できる限り早い時期に法律の改正によって救済すべきであるが、それを待つまでもなく、司法においても救済する必要がある」と述べる。今井反対意見は、法制審議会による民法改正案要綱の「答申以来十数年が経過したが、法律の改正は行われなまま現在に至っているものであり、もはや立法を待つことは許されない時期に至っている」とする。

(d) 違憲判断がもたらす影響の考慮について、深澤反対意見は、「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。今井反対意見は、「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のは相当でない」とする。違憲判断がもたらす影響については、「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」とし、「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」と述べている。

補足意見・反対意見ともに、(a)「立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等」の点、(b)相続に関する嫡出子・非嫡出子の区別が個人の尊厳性と相容れないとする点の議論には深化が見られる。また、補足意見は、違憲の疑いがあることを理由に(c)で速やかな法改正を求めている。そこから、大法廷決定後の判例の「補足意見や反対意見の理由づけは、深まりを見せ、違憲状態を指摘するに等しい」、「補足意見は、大法廷決定の補足意見よりはるかに強く法改正を求めており、現時点において本件規定に合理性がないことは一層、明確になった」との評価⁽¹⁶⁾も行われている。ただ、補足意見と反対意見とでは、違憲判断がもたらす影響の点で見解が分かれており、「違憲無効判決の効果」が「対立軸」となっている⁽¹⁷⁾といえよう。さらに、補足意見であるか反対意見であるかにかかわらず、立法事実の変化についてどのような時点を比較して捉えるかに関しても微妙な差異がみられる。大法廷決定が本件規定を合憲と

していることとの整合性を考慮してのことであろうが、大法廷決定後の状況に絞り込んだ記述もある。しかし、それが立法事実の変化を適切に説明したものとなっているかについては、疑問の余地がある。

Ⅲ 東京高裁平成22年3月10日判決と名古屋高裁平成23年12月21日判決

以上のような最高裁判例の動向を踏まえ、高裁による最近の3つの裁判例を見ていくことにしよう。

1. 東京高裁平成22年3月10日判決（判タ1324号210頁）

被相続人は生前婚姻をしたことがなく、相続人が実子である非嫡出子（X、被控訴人）とこの非嫡出子出生後に縁組をした養子（Y（控訴人）及びYの子）であるが、被相続人はYに全財産を相続させる旨の遺言をしていた。本件は、Xが全財産を相続したYに対して遺留分減殺請求権を行使した事案である。原審（東京地判平成17年3月3日）は本規定を憲法14条1項に違反して無効としていた。本判決は、次のように判示した。

(1) 本件規定が「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」ことは、大法廷決定以下の「累次の最高裁判決等が判示するところ」であり、「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（以下これを「本件区別」という。）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、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はできないというべきである。したがって、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」。

(2) (ア)「しかし、……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ものである。すなわち、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す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というべきである。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といえるのである」。(イ)「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、以下のとおり、決して僅少なものとはいえないのである。すなわち、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のである。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」。(ウ)「また、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」。

(3)「このような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、効力を有しないというべきである」。

2. 名古屋高裁平成23年12月21日判決 (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120127141130.pdf>)

被相続人（A）は遺産のすべてを原告出生後に婚姻した妻（C）に遺贈したが、Aが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（X、控訴人）が、Cの相続人である被告ら（Yら、被控訴人）に対して遺留分減殺請求権を行使した事案である。A居住地方には、当時、長男の嫁取りについていわゆる樽入れ婚の風習があり、長男であるAとXの母（B）とは昭和16（1941）年に盛大な婚儀を行い、入籍しないままBはXを出産した。しかし、Bは結局Aの家に迎えてもらえず、Aと婚姻しなかった。Aはその後の昭和18（1943）年にCと婚姻し、AとCとの間にYらが出生したという事情がある。原審は、本件規定は憲法14条1項に反しないとしていた。本判決は、次のように判示した。

(1)「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」。しかし、「憲法14条1項は、同項所定の事由による合理的理由がない差別を禁止する趣旨のもの」であるから、「嫡出子と非嫡出子の遺

留分について、本件規定を準用する民法1044条により……差異を設けることが、……合理性を有する区別といえるか否かの検討を要することになる」が、その検討に当たっては、憲法13条・24条1項2項を「十分に考慮して判断されるべきである」。

(2)「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。「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、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はいえず、憲法14条1項に反するものとはいえない」。

(3) (ア)「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1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のは、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。なぜならば、被相続人が1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こ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、豪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のであるからである」。(イ)また、「非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とする相続規定は、明治時代の旧民法制定時に設けられ、戦後の民法改正の際に本件規定として引き継がれたものであるが、家族関係や親子関係等に対する国民意識や婚姻関係等の実情は、亡父が死亡した平成16年当時と上記の改正当時とを比較しても、大きく変化していることは否定できない」。

(4)「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」。

(5)「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。「したがって、平成16年4月当時において、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、本件規定を準用する民法1044条を適用することは、その限度で憲法14条1項に違反して無効というべきである」。

3. 検討

東京高裁判決も名古屋高裁判決も、ともに適用違憲の判断を下している。適用違憲判決の類型については、(A)「法令の合憲限定解釈が不可能である場合、すなわち合憲的に適用できる部分と違憲的に適用される可能性のある部分とが不可分の関係にある場合に、違憲的適用の場合をも含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用するのは違憲である」とするもの、(B)「法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用した、その適用行為が違憲である」とするもの、(C)「法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合に、その解釈適用行為が違憲である」とするものがあるとされるが⁽¹⁸⁾、これら2つの判決は、いずれも(A)の類型に属するといえよう⁽¹⁹⁾。

しかし、東京高裁判決が適用違憲を導く論理(2)のうち、(ア)は適用違憲にも結びつくものであるが、(イ)及び(ウ)はむしろ法令違憲に結びつくものであるといえる⁽²⁰⁾。東京高裁としては、従来の判例法理から端的な法令違憲の判断を下すことを自己抑制しつつ、事案に即して具体的で公平な解決を目指して適用違憲で対応したが、(イ)(ウ)を述

べたことにより法令違憲に限りなく近いことを明らかにしており、結局、本判決は「本件規定を違憲とする方向へ一歩進めた判例」として位置づけられると評されている⁽²¹⁾。

適用違憲の論理をより徹底しているのは名古屋高裁判決である。名古屋高裁判決は、(2)において、「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」ことにあるとして従来の判例を踏襲する態度を示しつつ、「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」として実質的に絞りをかける。立法理由をこのように絞りをかけて捉えることが、その後の適用違憲を導く布石となる。(3)は「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」の不合理さを論証する部分であるが、適用違憲の根拠を明確に示しているのは(ア)である((イ)は東京高裁判決の場合同様、法令違憲に結びつくものであるが、ここで大きなウェイトを占めているのは(ア)であろう)。ここでは、(1)の部分で憲法13条・24条を挙げていたにもかかわらず、東京高裁判決に見られたような(東京高裁判決(2)の(イ))、そして、大法廷決定の反対意見やその後の判例の補足意見・反対意見に見られたような、非嫡出子の差別扱いが個人の尊厳性と相容れないものであり非嫡出子に対するスティグマをもたらしかねない点は違憲性の論拠として取り上げられていない。本判決も、法令違憲につながりかねない論理の提示は極力避けて適用違憲にとどめ、従来の判例との整合性に配慮したということなのかもしれない。

本規定の立法理由を名古屋高裁判決のように絞りをかけて理解するというのは、実は新

しいことではない。大法廷決定の法廷意見と反対意見とでは想定された家族モデルが異なると見られることは既に述べたが、学説でも本規定が「非嫡出子（いわば妾の子）」⁽²²⁾を典型として想定した規定と見られており⁽²³⁾、さらに遡れば、第2次大戦後の民法改正の際に、相続分について嫡出子・非嫡出子を同等にする案が否決されたのは、「婚外子は未婚の男女からも生まれるが、歴史的経過から、一般的に夫が妻以外の女性との間にもうけた子と捉えられ、婚外子に相続権を与えること自体が問題とされ、相続権を認めることは、結果的に妾の子を保護することになり、それは妾制度を存置することと変わらず、封建制のなごりになると批判された」という事情があったのであり、結局、本規定は、「婚姻の尊重という立場から婚外子に相続権を否定する見解と、平等原則の下に相続権の差別を否定する見解との妥協として成立した規定」とも指摘される⁽²⁴⁾。以上のような見方に従えば、本規定は、典型的な婚姻家族を想定し、婚姻夫婦に嫡出子が存在しているにもかかわらず婚姻外に非嫡出子が存在するような場合を念頭に置いた規定と捉えられることになろう。そうすると、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が問題となった名古屋高裁判決のケースや、被相続人が生前婚姻をしたことがなく、相続人が実子である非嫡出子とこの非嫡出子出生後に縁組をした養子であるような東京高裁判決のケースに本規定を適用することは、そもそも立法の趣旨と適合しないということになる。ただ、このように考えると、立法理由に適合しないケースは他にも種々想定することができる⁽²⁵⁾。例えば、大法廷決定は法律婚成立以前に繰返された試婚から非嫡出子が出生したケースであり、既に成立している法律婚を婚外関係が脅かすというようなものではな

かった。従って、これに本規定を適用することは立法理由と適合しないとして、適用違憲の判断を下すことも可能だったのではなかろうか⁽²⁶⁾。

確かに、付随的違憲審査制の本質からすれば、適用違憲が制度適合的な違憲判断の方法であるといわれる⁽²⁷⁾。しかし、このように立法理由に適合せず適用違憲と判断し得るケースを種々想定できるということは、東京高裁判決がいうように、「そもそもその規定ぶりがその立法目的に照らして広汎過ぎる」ことを示しているといえる。そうであるとすれば、端的に法令違憲の判断に踏み切るべきではないかとも思われる⁽²⁸⁾。

しかし、さらに言えば、典型的な婚姻家族を想定し、婚姻夫婦に嫡出子が存在しているにもかかわらず婚姻外に非嫡出子が存在するような場合のみを念頭に置いて「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整」という立法理由を掲げること、そして相続に関して嫡出子・非嫡出子という区別を設けることそれ自体が許されるのかということを変更する必要があるであろう。大法廷決定の反対意見やその後の判例の補足意見・反対意見では、立法事実の変化のみならず、法定相続分に関する嫡出子・非嫡出子の区別そのものが個人の尊厳性と相容れず、本規定が非嫡出子に対するステイグマをもたらすことが指摘されていたことを想起すべきであろう。

IV 大阪高裁平成23年8月24日決定

1. 大阪高裁平成23年8月24日決定（判時2140号19頁）

本件は、原審が本規定に基づいて行った遺産分割審判に対する抗告事件である。抗告人（X）は、被相続人（A）が婚姻していなかった時期に出生した非嫡出子であり、Xの母は、その後もAと婚姻しなかった。相手方であるZらは、Xの出生後にAと婚姻した

者（B、後に離婚）が産んだ子であり、同じく相手方であるYは、Bとの離婚後に婚姻したAの配偶者であり、AとYとの間に子はない。大阪高裁は、次のように判示した。

(1)「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判断する」。

(2) 憲法14条1項は、「事柄の性質に即応し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である」が、「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」。「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となりかねないことをも考慮すれば、……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（国籍法に関するものではあるが、最高裁判所平成20年6月4日大法廷判決…参照。…）」。

(3) (ア)「被相続人が死亡した平成20年12月27日を基準に考えると……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、家庭生活、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いえる」こと、(イ)「上記国籍法に関す

る最高裁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もいえる」こと、(ウ)「その他、原告人が指摘する条約の規定等〔国際人権規約B規約2条1項・24条1項・26条、児童の権利条約2条等－引用者〕」をも考慮すれば、「本件の相続開始時においては、法律婚を尊重すると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、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というべきである」。

(4)「なお、裁判により本件規定を違憲無効と宣言すると、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」。

(5)「本件規定を合憲とした平成7年決定」その他の最高裁の判例は、「いずれも本件の相続開始よりも8年以上前に開始した相続に関するものであり、本件とは事案を異にする」。

2. 検 討

本決定は、端的に法令違憲の判断を下している。本決定で第1に注目される点は、(1)において本規定の立法目的を「法律婚の尊重」に限定していることであろう。(2)で指摘されるように、嫡出子・非嫡出子の区別は

本人の意思では左右できず、しかも法定相続分について非嫡出子を区別することは差別を助長しスティグマをもたらすことにつながりかねない。それ故、本規定における区別の目的を「非嫡出子の保護」の文脈で語ることはできないとの判断があったのであろう（もちろん、大法廷決定の中島他反対意見が（iii）で「立法目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、……合理性を欠く」としていたことも考慮されていたであろう）。(1)で憲法14条1項だけでなく13条・24条2項にも違反しているとするのも、このような判断からであろう。

(4)の違憲無効判決のもたらす影響と司法的救済の必要性に関する判断も注目される。大法廷決定以降の判例で、違憲判決のもたらす影響をどう見るかが合憲・違憲を分ける「対立軸」となってきたことは既に述べたが、違憲を主張する深澤反対意見からは、違憲判決が社会的に大きな影響を及ぼすことは避け難く、違憲判決に対応して関係機関が適切な措置をとるべきことは裁判所に違憲審査権を付与したことの当然の帰結であることが、そして、今井反対意見からは、本規定が違憲無効と判断されても本規定を適用した確定判決や確定審判に再審事由があるということにはならず、既に有効に成立した遺産分割の調停や協議の効力が直ちに失われるものではないとして、違憲判決が法的安定性を害する可能性は否定できないが、その程度は著しいものではないことが指摘されていた。学説からも、違憲無効判決が出されても法的安定性を著しく害さない様々な制度が民法上用意されていることが指摘されている⁽²⁹⁾。さらに、少数者が民主過程で代表を得難いことは泉反対意見が指摘していたし、「時の経過」の発想は今井反対意見で示唆されていた。(4)の判示はこれらを踏まえたものといえよう。

ただ、本判決の論理には、いくつかの問題点もある。具体的な区別と立法目的との間の

合理的関連性の有無を検討した(3)の(ア)では、竹内補足意見の示唆をうけてと思われるが、相続開始日（平成20（2008）年12月27日）を基準日に、大法廷決定以降の「国内的、国際的な環境の変化」を強調する⁽³⁰⁾。しかし、ここで示された変化は、国際人権規約B規約で設置された委員会による意見を除き、既に大法廷決定の大西・園部補足意見、千種・河合補足意見、中島他反対意見で述べられていたことと概ね重なる（法制審議会による相続分平等化の答申は平成8（1996年）であるが、このような動きがその時点に始まるものでないことは中島他反対意見（iv-2）参照。諸外国の動向は大西・園部補足意見（i）・中島他反対意見（iv-1）参照）。また、(ウ)の条約の規定等の存在も、同様に大法廷決定の補足意見や反対意見で指摘されていたものである（大西・園部補足意見（i）・中島他反対意見（iv-3）参照）。大法廷決定後の変化を強調し、大法廷決定の合憲という結論を乗り越えようとする意図はわからなくはない。しかし、既に述べたように、大法廷決定は、大西・園部補足意見や千種・河合補足意見も「立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等」から本規定の合理性が疑わしいこと（あるいはそのような見方が成り立ち得ることを認めており、この4人を加えれば、15人中9人の裁判官が本規定の合理性に疑問（ないしはその可能性）を呈するものであった。既にこのような状態にあったにも関わらず、改めて(ア)や(ウ)の点を指摘しても、大法廷決定とは違って本件規定が違憲であるということを論証したことにはなるまい（残った（イ）のみでは論証となり得ないだろう）。このように考えると、大法廷決定及びそれ以降の判例との整合性を意識したものと考えられる(5)も、あまり説得力をもつものではなくなるであろう。

既に述べたように、大法廷決定後の判例にも、補足意見・反対意見にかかわらず、立法

事実の変化に関して大法廷決定後に絞り込んで述べるものがある。中でも、例えば竹内補足意見は、平成12(2000)年の相続発生日を基準日として、それ以降に限っても非嫡出子の割合が増加していることは我が国の家族観の変化をうかがわせることなどを指摘している。しかし、はたしてそれが以前との差異を明らかにするほどの顕著な変化といえるのかどうか。大法廷決定が本規定を合憲とするものであったことを意識するあまり、それ以後の立法事実の変化等を強調して違憲性を論証しようとするのは、そこで捉えられる事実の評価を恣意的なものとする危険性がある。この点、先に見た東京高裁判決や名古屋高裁判決は、立法事実の変化を立法当時(戦後の民法改正当時)と比較しており、社会状況の変化等をより大きな視点で把握することが可能となろう。なお、東京高裁判決の(2)(ウ)ではこれらの変化を「公知の事実」と位置づけ、また、名古屋高裁判決も(3)(イ)に続く部分で、「家族関係や親子関係等に対する国民意識や婚姻関係等の実情」の変化について「公知の事実」という表現を用いて説明しているが、これは、立法事実の変化の顕出方法やその認定に関する疑義を回避する狙いをもつものといえよう⁽³¹⁾。

本判決でさらに問題となるのは、本規定による区別が不合理であること(立法目的との合理的関連性が認められないこと)の論理的根拠が直接には示されていないことである。確かに(2)では嫡出子・非嫡出子の区別は本人の意思では左右できず、しかも法定相続分について非嫡出子を区別することは差別を助長する結果となりかねないことが述べられてはいる。しかし、これらは審査を慎重に行うべき理由ではあっても、不合理性の根拠とされているわけではない。立法目的との合理的関連性を欠くことの根拠として示されているのは立法事実の変化の指摘にとどまる(大法廷決定との齟齬を避ける趣旨であろう

か)。そうすると、立法事実の変化がなければ、例えば、仮に法制審議会による相続分平等化を内容とする答申が出されていないなど、平等化を促す事情が必ずしも多くなければ、あるいは、公的な場面で嫡出子・非嫡出子を区別して取り扱わないことが一般化していなければ、本規定は合憲であるという結論になるのであろうか。本判決の論理に従えば、そのようになる可能性があるであろう。本判決では(2)で、具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性の有無につき「慎重に検討することが必要」として国籍法違憲判決が参照されているが、実は、国籍法違憲判決自体、国籍法旧3条1項における区別を不合理な差別としたのは、立法事実の変化により準正が「我が国との密接な結び付き」の存在を示すものとはいえなくなったからであり、国籍取得に際し「我が国との密接な結び付きの指標」として準正を用いたこと自体の不合理性を直接の根拠としたものではなかった⁽³²⁾。

本規定を平等原則から評価する上で重要なことは、法律婚を尊重するにしても、法定相続分を定めるについて嫡出子・非嫡出子間の区別を設けることがそもそも許されるか否かである。その点を明らかにする論理こそが求められるのであり⁽³³⁾、ここでの立法事実の変化の指摘は、その論理が広く受け容れられるに至る背景の事情の説明ということになるのではなからうか。

V おわりに

以上、非嫡出子法定相続分規定の合憲性に関する判例の動向を概観し、最近の3つの高等裁判所の判断について若干の検討を行ってきた。

ところで、「はじめに」で既に述べたように、国籍法違憲判決を契機に最高裁による本規定の合憲判断見直しを予測する見解が表明

され、また、本規定について最高裁で改めて判断を迫られることになる旨の指摘が元最高裁判事からなされてきていた。他方、本規定に関する従来の最高裁の立場と国籍法違憲判決の考え方には距離があるとして、最高裁による近日中の合憲判断見直しに懐疑的な見方も示されていた⁽³⁴⁾。

ところが、最近ここに来て、最高裁判所が本規定の合憲性が争われる事案を大法廷に回付するという新たな動きも見られる。このことが平成22（2010）年7月に報じられた⁽³⁵⁾のは遺産分割審判に関するものであった。ただ、この事案では和解が成立し、本規定の合憲性に関する大法廷の新たな判断は示されることなく終了している⁽³⁶⁾。しかし、今後本規定の合憲性が最高裁で争われるケースが出てくれば、国籍法違憲判決との関係はともかく、大法廷決定やその後の判例からみて相当多くの裁判官が本規定の違憲性を認識している状況にあることからすると、従来の判断とは異なる判断が示される可能性が高いともいえよう。本稿で取り上げた高等裁判所による3つの裁判例は、新たな最高裁の判断への「変化の前兆」と位置づけられるものなのかもしれない。

注

- (1) 以下、法文・判決文・文献等に漢数字で表記されている場合でも、適宜アラビア数字に置き換えて引用する。
- (2) 例えば、村重慶一「国籍法3条1項違憲判決」戸籍時報629号（2008年）81頁。国籍法違憲判決後の最二小決平成21年9月30日（判時2064号61頁、判タ1314号123頁）の今井裁判官反対意見は、同判決が国籍法旧3条1項の規定を合理的理由のない差別で憲法14条1項に違反すると判断したが、「このことは、……相続分の差別についても妥当する」とする。君塚正臣「民法900条4号但書前段（非嫡出子の相続分）の合憲性」民商法雑誌141巻4・5号（2010年）537頁は今井裁判官

の反対意見を支持する。他方、本規定に関する最高裁の立場と国籍法違憲判決の考え方との間には距離があるとする見解として、浮田徹「民法900条4号但書の合憲性が争われた事例」速報判例解説 vol.6（法学セミナー増刊、2010年）25頁、菱沼誠一「非嫡出子相続分の規定（民法第900条第4号ただし書前段）の合憲性について－注目される最高裁大法廷判断－」立法と調査312号（2011年）31頁。また、松本和彦「国籍法3条1項の違憲性」民商法雑誌140巻1号（2009年）81－82頁は、国籍法違憲判決では、非嫡出子という地位が国籍取得の是非を分ける決め手だったわけではなく、しかも、非嫡出子差別問題に踏み込まない姿勢を示しているように見えるとして、「この論点で最高裁が近日中に違憲判断を下すかどうかは、なお不透明」とする。

- (3) 滝井繁男『最高裁判所は変わったか 一裁判官の自己検証』（岩波書店、2009年）58頁。
- (4) これは、平成7年の大法廷決定の原審決定である。
- (5) 内野正幸「婚外子相続差別と法の下での平等」樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例 [第2版]』（有斐閣、1996年）53頁参照。なお、学説では違憲説が通説といえるが、民法学説の中には婚姻制度・婚姻家族の保護など視点からの有力な合憲説（例えば、水野紀子「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」法学セミナー662号（2010年）4頁以下）もある。学説における合憲説・違憲説の状況については、二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか（1）－立法趣旨とその後の経過－」戸籍時報614号（2007年）48頁注(1)、二宮「婚外子の相続分差別は許されるのか（3）－相続分差別規定の違憲性（その1）－」戸籍時報618号（2007年）27－28頁注(2)、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト1336号（2007年）36頁注(53)・(54)など参照。
- (6) 二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか（2）－国際比較と判例の展開－」戸籍時報616号（2007年）17頁参照。
- (7) 大西・園部補足意見、千種・河合補足意見や広く法廷意見について、右近健男「非嫡出子の相続分差別と法の下での平等」平成7年度重要判例解説（ジュリスト1091号、1996年）74頁は、民法「改正作業が並行的に進んでいることから、あえて違憲判決をしなくとも整合性を持たした改正が行わ

- れ得ることが念頭にあったのではなかろうか」と指摘する。同様の指摘をするものとして、二宮・前掲論文注(6)17頁など。
- (8) 水野・前掲論文注(5)5頁。
- (9) 石川健治・大村敦志「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌114巻12号(1997年)1566頁(大村)。
- (10) 例えば、青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」憲法判例百選Ⅰ[第5版](2007年)65頁。
- (11) 吉田克己「非嫡出子の相続分規定は合憲か」家族法判例百選[第7版](2007年)119頁。大法院決定の調査官解説は、「本決定多数意見のいう憲法適合性の判断基準……は、いわゆる『合理性の基準』に沿うもの」としつつ、「本件規定は相続制度という民事法の基本制度の基本的な骨格の一部を成す規定であって、特定の行政目的実現のために具体的な基本的人権の行使に当たると目される行為(例えば思想の表現行為)を直接禁止する規定であるという図式で本件規定をとらえることは困難」とする。「本件規定は、相続制度の基本を定めた一群の規定の一部を成すものであり、右一群の規定は、単一の行政目的から成るものではなく、私人間の様々な諸利益を高い次元で調整して出来上がったもの」で、「右一群の立法目的はあえていえば、私人間のあるいは社会の各分野の様々な利益を調整して相続制度の基本を定立するもの」であり、「本件規定の定立に際して調整された主要な利益は主として法律婚の尊重と非嫡出子の保護であり、これらの利益を調整して出来上がったのが本件規定」であって、「従来の審査基準に係る議論は、限定された目的を有する人権規制立法を前提に立論されたようなところがあるため、本件規定に対してはなじみにくいところもある」と述べる(野山宏「民法900条4号ただし書前段と憲法14条1項」法曹時報49巻11号(1997年)3072・3074頁)。
- (12) 石川・大村・前掲論文注(9)1545・1549頁(石川)。
- (13) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)211-212頁。
- (14) 渡邊泰彦「非嫡出子の相続分をめぐる判例の推移」月報司法書士470号(2011年)27頁。
- (15) 初宿正典「平等原則の〈〈適用〉〉問題としての非嫡出子相続分差別」阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』(成文堂、2007年)112頁。
- (16) 二宮周平「婚外子の相続分差別と適用違憲判決」戸籍時報656号(2010年)2・11頁。
- (17) 渡邊・前掲論文注(4)27頁、浮田・前掲論文注(2)25頁。
- (18) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第5版』(岩波書店、2011年)376-377頁。なお、これら類型のうち、(B)は実質的には合憲限定解釈のレベルの問題であり、(C)は典型的な処分違憲であるとされる(青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第3巻』(有斐閣、1987年)24頁)。適用違憲に関しては、戸松秀典『憲法訴訟[第2版]』(有斐閣、2008年)346頁以下、新正幸『憲法訴訟論[第2版]』(信山社、2010年)438頁以下参照。
- (19) 米沢広一「非嫡出子の遺留分減殺請求と憲法14条1項」判例セレクト2010[I](法学教室365号別冊付録、2011年)5頁、高井裕之「遺留分における『嫡出でない子』差別と憲法14条」平成22年度重要判例解説(ジュリスト1420号、2011年)10頁は、東京高裁判決がこの類型に当たるとしているが、名古屋高裁判決も同様であるといつてよい。
- (20) 米沢・前掲論文注(9)5頁、二宮・前掲論文注(6)7頁。
- (21) 二宮・前掲論文注(6)7頁。なお、米沢・前掲論文注(9)5頁は、(ア)のみを理由に適用違憲とするか、結論を法令違憲に変更するか、どちらかの方が論理展開としてはすっきりするが、「このような構成をとったのは、本来は法令違憲としたかったが判例拘束性の視点から適用違憲にとどめた(最高裁が判例変更し法令違憲と判断することを望む)というシグナルを最高裁に送らなかったのかもしれない」とする。
- (22) 星野英一『家族法』(放送大学教育振興会、1994年)115頁。
- (23) 青柳・前掲論文注(10)65頁。
- (24) 二宮・前掲論文注(5)「(1)」37-38頁。
- (25) 二宮・前掲論文注(6)15頁は、「婚姻解消後に出生した婚外子」についても、適用違憲の余地があるとする。
- (26) 内野・前掲論文注(5)54頁、青柳・前掲論文注(10)65頁など参照。なお、米倉明「非嫡出子の法定相続分差別は違憲か」法学セミナー490号(1995年)は、「本決定の事案の個性」を強調し、「本件事案

- には……個性があり、これに着目すると、違憲を
 いいやすかったとも思える」と指摘する（7・9頁）。
- 27) 新・前掲書注18)438頁。
- 28) 初宿・前掲論文注15)は、「本件規定は、非嫡出
 子が憲法第14条1項後段にいう〈社会的身分〉
 に当たるかどうか（筆者はこれを積極的に解する
 が）は別として、非嫡出子の発生する典型的な場
 合のみを念頭において非嫡出子を別異に取り扱
 い、……稀々様々な原因で発生する非嫡出子を、
 法定相続分につき一律に差別するものであって、
 法律婚の尊重と非嫡出子の保護という立法目的を
 実現するための手段としてその合理性を説得的に
 説明することは到底できない」とする（122頁）。
- 29) 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 vol.6（法学セミナー増
 刊、2010年）111頁、二宮・前掲論文注16)14頁など。
- 30) 植木淳「民法900条4号但書の非嫡出子相続分
 差別を違憲とした事例」TKC ライブラリー速報判
 例解説 憲法 No.52（2012年1月13日掲載）3頁。
- 31) ただ、立法事実ないしその変化の顕出方法やそ
 の認定も恣意的なものとなる危険性をもつことか
 ら、それ自体が論点となり得る。立法事実論につ
 いては、差し当たり、戸松・前掲書注18)243頁以
 下、新・前掲書注18)565頁以下参照。
- 32) この点について、高橋和之は、判旨の論理の
 「違和感」に触れ、ここで展開されているのは、
 「目的との関連で言うと、密接な結び付きがある
 のは準正の場合だけではない。だから、なぜ違憲
 かというと、準正だけでは狭すぎて、目的との適
 合性がないから」という「通常比例原則と言われ
 る理屈」であり、「差別だから合理性がないとい
 うよりは、手段適合性がないという問題に帰着し
 てしまった」と指摘する（高橋和之・岩沢雄司・
 早川眞一郎「[鼎談] 国籍法違憲判決をめぐって」
 ジュリスト1366号（2008年）59-62頁（高橋発
 言））。石川健治も、国籍法違憲判決について、「平
 等原則による裁量統制がいつのまにか比例原則に
 よるそれにすり替わっている」とする（石川健治
 「国籍法違憲大法廷判決をめぐって - 憲法の観点
 から（3・完）」法学教室346号（2009年）11頁。
- 33) 木村草太「民法900条4号ただし書前段と平等
 原則」平成23年度重要判例解説（ジュリスト1440
 号、2012年）17頁は「本件規定は、目的自体ない
 しそこに表示された観念が差別的で許されないの
 の理由……で違憲とされるべきである」と指摘す
 る。
- 34) 前掲注2)参照。
- 35) 朝日新聞平成22（2010）年7月10日。
- 36) 最3小決平成23年3月9日民集65巻2号723頁。