

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～

法務委員会調査室 ひしぬま せいいち
菱 沼 誠 一

1. はじめに

非嫡出子の相続分を嫡出子の 2 分の 1 とする民法第 900 条第 4 号ただし書の規定（以下「本件規定」という。）が憲法第 14 条第 1 項（法の下での平等）に反するか否かについては、様々な議論がなされてきたが、最高裁判所は、平成 7 年 7 月 5 日決定（民集第 49 巻 7 号 1789 頁。以下「平成 7 年決定」という。）の大法廷による合憲判断以降、平成 21 年 9 月 30 日決定に至るまで、合憲の判断を維持している。

しかしながら、後述のとおり、平成 7 年決定の判断自体、15 人中 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複数の補足意見が付されている。また、その後の 5 回にわたる最高裁小法廷の合憲判断も、すべて、反対意見や立法による解決を求める補足意見等が付せられている（表 1）。

さらに、下級審においても、平成 7 年決定の前後から、本件規定を違憲とする判断が散見される（表 2）。

加えて、その後、最高裁判所大法廷が、平成 20 年 6 月 4 日（民集第 62 巻 6 号 1367 頁）に、非準正子が国籍が取得できないとする国籍法の規定が違憲である（その後、同規定については法改正がなされた。）との判断を下したこともあり、本件規定の合憲性が再度クローズアップされるようになっている。

そのような中、平成 22 年 7 月には、本件規定が憲法第 14 条第 1 項違反か否かが争われている事案について、最高裁判所第三小法廷が審理を大法廷に回付するに至ったこともあり、最高裁判所が、今度こそ本件規定が違憲であるとの判断を下すのではないかと予想する立場も少なくない¹。

そこで、本稿では、平成 7 年決定後のこの問題点に関するこれまでの判例及び学説について概観し、近々示されるであろう最高裁判所の検討の参考に供したい。

なお、平成 8 年の法制審議会答申を受けて、法務省は、非嫡出子の相続分を嫡出子と同等とすること等を盛り込んだ民法等の一部改正法案の国会への提出の検討を続けているが、現在までのところ提出には至っていない²（同答申の内容としては、非嫡出子の相続分引

1 『朝日新聞』（平 22. 7. 10）、『東京新聞』（平 22. 7. 10）、『日本経済新聞』（平 22. 7. 10 及び平 22. 7. 18）、『毎日新聞』（平 22. 7. 10）、『読売新聞』（平 22. 7. 10）など

2 民法等の一部改正法案に関する動きの経緯については、内田亜也子「家族法改正をめぐる議論の対立」『立法と調査』306 号（2010. 7）64～65 頁

上げの他に、女性の婚姻適齢の引上げ、選択式夫婦別姓など)³。

2. 平成7年決定

(1) 前提

平成7年決定の内容を検討する前に、事案の概要にごく簡単に触れておく。

被相続人Aは、甲家長女として婿養子を選ぶため、4回の試婚を繰り返した。2人目の相手方Bとの間にCが生まれたが、ABは法律婚をするに至らなかった。Aの死亡後、XがCを代襲してAの遺産相続に加わった際、Xの相続分に関し、嫡出子との間に差がつけられた。そこで、Xは、本件規定は違憲無効であると主張したものである。

(2) 法廷意見

平成7年決定の法廷意見は、概略、以下のように述べている。

まず、平等に関する一般論として、「憲法14条1項は法の下での平等を定めているが、右規定は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、何ら右規定に反するものではない。」とする。

次に、我が国の相続制度について、「民法は、社会情勢の変化等に応じて改正され、また、被相続人の財産の承継につき多角的に定めを置いているのであって、本件規定を含む民法900条の法定相続分の定めはその一つにすぎず」、「法定相続分の定めは・・・補充的に機能する規定である」とする。

そして、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ず」、「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・・・」と述べている。

以上から、「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」、「憲法14条1項に反するということはできない」とした。

また、憲法24条1項との関係については、「民法739条1項は法律婚主義を採用し、・・・民法が法律婚主義を採用した結果として、嫡出子と非嫡出子との区別が生じるなどの差異が生じても、それはやむを得ない」としている。

さらに、本件規定の立法理由については、「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、被相続人の子でも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

3 法務省HP < http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_960226-1.html >

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である」とする。

以上から、結論として、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、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、・・・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」としている。

なお、法廷意見には、3つの補足意見が付せられている。このうち、可部裁判官補足意見は、本件規定が合憲であることを一層徹底する立場のものといえるが、それ以外の意見は、法廷意見の結論に同調しつつもその問題点を指摘するものといえる。

可部裁判官補足意見は、「一夫一婦制による法律婚主義を採る以上、配偶者に次ぐ相続人となるべき者が婚内子であることは法の当然に予定するところ」で、「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。

大西裁判官補足意見（園部裁判官同調）は、本件規定の昭和 22 年改正時点の合理性は肯定しつつも、「その後の我が国の社会事情、国民感情の変化等に注目する必要がある」とした上で、「現時点においては、・・・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」としながらも、「民法は、私人間の諸利益の調整の上に成り立っている」として、「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断定できない」との結論を導いている。

千種、河合両裁判官補足意見は、「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」として、「国会における立法作業によるべきである」とする。

（3）反対意見

反対意見は、概略以下のように述べる。

一般論として、「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」とする。

そして、憲法 14 条 1 項は、「一切の差別的取扱を禁止しているものではなく、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づく区別は許容されるものであるが、何をもって合理的とするかは、事柄の性質に応じて考えられなければならない」とし、本件において、「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」おり、「その判断は、・・・単なる合理性の存否によって・・・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」との基準を立てる。

本件規定については、「婚姻を尊重するという立法目的に何ら異議はないが」、「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

することは」、「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」し、「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、立法目的と手段の実質的関連性は認められず、合理的ということとはできない」と結論づける。

その上で、本件規定は、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」、「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、立法目的と手段の間に実質的関連性を失っている」とする。

そして、最後に、「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」している。

なお、反対意見には、尾崎裁判官の追加意見が付せられており、同意見は、「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」とした上で、「憲法が個人の尊厳を唱え、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」する「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」とする。

その上で、「本件規定がなくとも具体的事情に適した結果に達する方途として、遺言制度を活用すれば足り」、「本件規定の立法目的と非嫡出子の差別との間には到底実質的関連性を認めることはでき」ず、「本件規定は憲法に違反する」と結論づけている。

3. 検討

(1) 違憲審査

ア 違憲審査基準

まず、法廷意見、反対意見とも、憲法第 14 条第 1 項が、すべての差別を禁じているわけではなく、合理的区別を許容しているという立場に立っていると考えられる。

そして、通常、その合理的区別か否かを個別・具体的に検討する際に、どの程度「筋道の通った根拠」が要求されるかを示すのが憲法判断の審査基準であると説明され、学説は、一般に、アメリカの最高裁判例を参考にして、「合理性の基準（法律の目的・手段が著しく不合理でない限り合憲）」、「中間審査の基準（他の緩やかな規制では立法目的を十分達成できないときに限り合憲）」、「厳格審査の基準（当該規制立法の目的が真にやむを得ないものであるか、手段が必要最小限なものであるかを判断し、これが認められる場合には当該規制を合憲」という 3 つの審査基準に拠っているとされる⁴。また、判例も、実質的に、①精神的自由権に関連した差別には厳格な審査基準を、②その他一般的な差別の合理性が問題になる場合には厳格な合理性の基準を、③経済的自由の分野における差別については狭義の合理性の基準を、それぞれ適

4 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）』（有斐閣 2007.2）64 頁、なお、違憲審査基準全般については、芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版）』（有斐閣 2000.12）27～29 頁、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社 1996.6）219 頁、365 頁以下、412 頁以下等

用するとし、本問のような事案については、②に拠ることとしていると考え得る。

そして、法廷意見の判断基準については、このうちの合理性の基準に沿うものであると解するのが一般である⁵が、これら3つの審査基準とは異なる発想に基づいて合憲判断を導いたと評価する立場もある⁶。

これに対し、反対意見は中間審査の基準により違憲という結論を導いていると解される⁷。

もともと、合理性の基準では合憲、中間審査の基準では違憲という結論に結びつくわけではなく、平成5年東京高裁決定（表2参照）のように、仮に合理性の基準によって審査したとしても、単なる合理性についてすらその存在を肯定することはできないとする立場もある。

また、憲法第14条第1項は合理的な区別は許容するという前提に立ったとしても、厳密には、同条同項の文言及び違憲審査基準に関連して争いが無いわけではない。

すなわち、同条同項後段は、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定するが、この規定と違憲審査基準について、上記のように違憲審査基準を3つに分けて考える3分説を前提としつつも、①人種や門地による差別は厳格な審査基準を、②信条、性別、社会的身分等による差別は厳格な合理性基準を、③経済的自由かそれに関連する社会・経済政策的な要素の強い経済立法について平等原則が争われる場合は狭義の合理性基準を、それぞれ適用するとする立場⁸とがあり、この立場によれば、非嫡出子であることが、「門地」なのかそれとも「社会的身分」なのかも一応問題となり得るからである。これに対し、そもそも、同条同項後段列举事由の差別事例の違憲審査基準は厳格審査であるという考えもある⁹。

ただ、いずれにしても、憲法上、本件規定については、中間審査基準以上の厳しい基準によって判断し、その結果、本件規定は違憲とする立場が学説上は多数と考えられる（もともと、「家の考え方」に基づく強硬な合憲論も存する¹⁰）。

イ 国籍法違憲判決との関係

1. はじめにもおいても述べたとおり、平成20年6月4日の国籍法違憲最高裁判決との関係も問題となる。

最高裁が同判決を下した際には、当然、本件規定についても違憲判断が下されるべ

5 『判例時報』1540号（1995.11）3頁

6 吉田克己「非嫡出子の相続分規定は合憲か」『民法判例百選I（第6版）』（有斐閣2009.5）119頁

7 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第四版）』（岩波書店2007.3）132頁

8 芦部・同上129頁以下

9 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（2010.2）536頁

10 村田裕「非嫡出子の法定相続分について（二）」『松阪政経研究』17巻2号（1999.3）21頁

きであるとの主張も見られた¹¹。事実、同判決後、本件規定の合憲性が争われた平成21年9月30日最高裁決定において、今井裁判官は、反対意見の中で、「(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、この考えに賛意を示し、同判決に関する評釈で、国籍法違憲判決と平成21年の本件規定合憲決定とに矛盾がないかは疑わしいとの指摘もある¹²。

しかし、同判決で示されている判断が、嫡出性に基づく区別に伴う「スティグマ性・悪性」を問題にするよりも、その区別が目的を達成する手段として適合的、合理的でなくなってしまうというものであるのに対し、平成7年決定の法廷意見は「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」ことに合理性があるとしており、法律婚主義と相続分を一体的に捉えているようにもみえることから、本件規定に関する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考えられる¹³(ただし、平成15年及び16年の最高裁決定における泉裁判官反対意見は、目的及び手段について合理性を検討している)。

(2)「家族」観

上述のとおり、法廷意見、反対意見とも、合理的な区別は許容されることに加え、本件規定が補充的規定であること、婚姻の尊重という立法目的が正当であることについては認識を同じくしている(ただし、反対意見は、法廷意見に対して、「本件規定の立法の目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、今日の社会の状況に適合せず、合理性を欠いている」と反論している)と解される。

にもかかわらず、法廷意見と反対意見とが対立し、必ずしもいずれかに収れんするようには思われない背景には、両者間に「家族」観の相違があるとする指摘がある¹⁴。

この考えは、例えば、夫婦関係・親子関係・相続の3要素からなる「家族」のモデルを想定した場合、法廷意見が夫婦関係に親子関係を包含させた「家族」モデルを採用しているのに対し、反対意見は夫婦関係から親子関係を独立させた「家族」モデルを採用しているのではないかとするものである。言い換えれば、モデルAが婚姻を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して考えるのに対し、モデルBは婚姻と親子を別々の関係として捉えると解するのである。

同様の指摘は、別の角度からも寄せられている。それは、子は嫡出、非嫡出を問わず、

11 『毎日新聞』(平20.6.5)等

12 君塚・前掲537頁

13 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』vol16(2010.4)25頁

14 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(1997.12)1566頁以下

父（生前、死後を問わない）の財産により養育されるべきであるとする考えを徹底すると、非嫡出子の相続権を嫡出子と等しくすることにそれほどの抵抗を感じない（この立場はどちらかといえば上記モデルのうちモデルBに親和性を持つと考えられる）のに対し、嫡生家族が家族的協同関係を基礎として成り立っているのに、非嫡出子にはそのような基礎のないことを考えると、非嫡出子を相続上嫡出子と等しく扱っていいか疑問が残る（同じくモデルAに親和性を持つと思われる）との主張である¹⁵。

これらの指摘は、おそらく法廷意見、反対意見の主張者が抱いているそれぞれのモデル「家族」観の指摘として正鵠を射ていると思われる。では、次に、民法の立法者意思あるいは憲法の趣旨がいずれを採用しているのかを探ることが考えられるが、まず、民法の立法的な起草者意思がそのいずれかは明らかでないとする¹⁶。

そこで、さらに憲法がいずれの「家族」観によっているかということ、憲法がいずれの「家族」観を措定しているか（またはそもそも何らかの「家族」観を措定しているのか自体）、少なくとも規定上は明らかではない。逆に言うと、本件規定を現行のまま改正しない場合はモデルAを、（非嫡出子と嫡出子の相続分を同等とする）改正を行う場合はモデルBを、結果として採用することになるとも考え得る。

言い換えると、本件規定の改正イコール一定の「家族」観の選択ということになりかねないことが、この問題の解決を難しくしているのではないかとと思われる。

（3）「家族」観以外の要素—社会事情、国際的な環境の変化、国民感情（世論）

ア 「家族」観以外の要素

平成7年決定法廷意見は、「相続制度を定めるに当たっては、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。」とし、社会事情や国民感情を判断の重要な一要素とした上で、合憲論を採用している。

その際、大西裁判官（園部裁判官同調）も、補足意見の中で、「本件規定は、昭和22年の旧法制定時の規定が維持されたものであって、（略）その後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」とも指摘するなど、社会事情、国際的な環境、それに国民感情（世論）をどのように捉えるかがこの問題のもう一つのポイントであろう。

イ 社会事情

まず、本件規定制定時と現在の状況の相違からこの点を検討する立場からの指摘がある¹⁷。

それによると、昭和22年当時、男性の平均寿命は50.06歳、女性は53.96歳であるのに対し、平成16年時点の全婚姻における夫妻の平均年齢は夫31.5歳、妻29.2

15 泉久雄「嫡出でない子の法的地位」『ジュリスト』No1059（1995.1）128頁

16 石川＝大村・前掲1567頁

17 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』vol6（2010.4）25頁

歳である。そして、夫が平均して 79.56 歳、同じく妻が 86.2 歳まで生きるとすると、結局（年齢差と余命差を合計して、）妻は夫の死後約 9.1 年生きることになる。そのため、高齢の生存配偶者（妻）の保護、取り分け住居の確保が重要な問題となるところ、相続人たる子が夫婦共通の子か否かにより、利益状況が異なってくる。すなわち、夫婦共通の子であれば、生存配偶者に移転した財産は、生存配偶者の死亡後、当該子に取得される（可能性が高い）が、夫婦共通の子でない場合はそうならないからである。

仮に、立法によって相続法上生存配偶者の居住を確保する方策（例えば、生存配偶者に被相続人と居住していた住居の利用権を認めるなど）を講じた場合、夫婦共通の子がいると、その子と生存配偶者との間で同一財産（住居）をめぐる権利が競合する（それも、生存配偶者が再婚した場合は長期間にわたる）おそれもある。このような権利関係の調整は、少なくとも実際には、夫婦共通の子の場合よりも夫婦共通の子でない場合の方が、解決は困難になる可能性が高いと考えられている¹⁸。本件規定の改正の際、関連規定の整備を要するとの考えに立った場合、この点に対してどのように配慮するかを検討することが必要であろう。

もう一つ、非嫡出子自体の出生数の増加をどのように考えるかという問題もある。平成 7 年に 1 万 7 百人（出生数全体の 1.2 %）であった非嫡出子は、平成 20 年には 2 万 3 千人（同 2.1 %）となっている。

昭和以降で非嫡出子の出生数が最も多かった昭和 22 年の 26 万 8 千人（同 3.8 %）と比較すると、非嫡出子の出生数は 10 分の 1 以下に過ぎないとの指摘¹⁹もないわけではないが、少なくとも近時の非嫡出子の増加傾向を踏まえれば、嫡出子との差別については、可能な限りこれを縮小することが原則となるべきであろう。

もっとも、少子化対策成功国の背景に、非嫡出子の相続分を嫡出子と同等とする法改正を挙げる立場もあるが²⁰、仮にこのような傾向（非嫡出子の相続分を嫡出子と同等にすることにより非嫡出子の出生が増加する）が一般的に肯定できるとすると、この点は、逆に本件規定の改正について消極論者に一つの根拠を与える可能性もあろう。

ウ 国際状況

平成 7 年決定前から、そして決定後も、本件規定に関しては、政府は繰り返し国際機関より改善勧告を受けている。その回数は、いわゆる国連 B 規約委員会から平成 5 年を始めとして 3 回、国連子どもの権利委員会から平成 10 年を始めとしてやはり 3 回、いわゆる国連 A 規約委員会から 1 回（平成 13 年）、国連女性差別撤廃委員会から平成 15 年など 2 回等、これだけでも計 9 回に上る。

一方で、「これは社会の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

18 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（2010.2）5 頁

19 泉・前掲 124 頁

20 内田亜也子・前掲 76 頁を参照

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」²¹という意見もある。

いずれによるか困難な問題であるが、以下の点について留意しておく必要がある。

まず、平成7年決定後、ドイツ・フランス両国において、嫡出子・非嫡出子の相続分が平等化され、もはや、相続分について差異を設けている国は極めて限られている²²。と同時に、これら両国における法改正には、生存配偶者保護の規定が盛り込まれているといわれている²³。

また、我が国の婚姻と諸外国の婚姻の相違に関し、以下のような指摘がある。

ヨーロッパでは、前婚は法律婚であったが、再婚（特に離婚の場合）は婚姻の重い義務を嫌って事実婚で行うというライフスタイルの変化があったとされる。その結果、再婚型の事実婚の場合に、前の法律婚と後の事実婚の間で生まれた子供の相続分が不平等にならないよう、相続分が同じにされたというのである。

他方、我が国では、嫡出子の地位を子に与えたいという志向が強く、離婚経験者を当事者とするカップルにおいては、事実婚より婚姻（法律婚）を選択する傾向が多い²⁴。この点を重視すると、むしろ、嫡出子の相続分を非嫡出子のそれより手厚くする方が、当事者の意思に沿う場合もあると考える余地もないではないと思われる（ただし、そのような場合については遺言制度活用によれば十分であるとの反論はあり得る²⁵）。

エ 国民感情（世論）

平成7年決定法廷意見が、「相続制度を定めるに当たっては、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。」とし、国民感情を判断の重要な一要素とした上で、合憲論を採用したことは前述のとおりである。

同時に、大西裁判官（園部裁判官同調）は、同決定補足意見の中で、「本件規定は、昭和22年の旧法制定時の規定が維持されたものであって、（略）その後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」とも指摘している。

その後の内閣府の2つの世論調査、平成8年6月の内閣府「家族法に関する世論調査」と同18年12月の「家族の法制に関する世論調査」によれば、婚外子を法律制度面で不利益な取扱いをすることにつき、「不利益な取扱いをしてはならない」とする者の割合が上昇する一方で、「ある面において不利益な取扱いをすることがあってもやむを得ない」とする者の割合は低下している。しかし、同時に、婚外子相続分の同等化については、平成8年調査より平成18年調査においてむしろ反対意見が増加す

21 内田貴『民法IV（補訂版）』（東大出版会 2004.3）375頁

22 泉・前掲 127頁

23 水野・前掲 5頁

24 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（2010.4）110頁以下

25 米倉明「非嫡出子の相続分差別は違憲か」『法学セミナー』490号（1995.5）11頁等

るとともに、賛成意見は増加していない²⁶。

「この種の問題の解決は、関係当事者を含めた国民感情（法感覚）の支持なしにその実効性を確保できない²⁷」ことは間違いないが、同時に、世論を理由に本件規定が改正されなければ改正されないほど、結果として、最高裁決定平成 15 年 3 月 31 日（16 年 10 月 14 日も同じ）の泉裁判官反対意見の「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」という主張が説得力を増すというやや皮肉な状況が生まれている。

（４）判決の遡及効

平成 7 年決定の段階から、違憲判決が出された場合、法的安定性を損なうのではないかとの懸念が示されており、その後もそれを理由として違憲判断を躊躇する傾向が見られる²⁸。即ち、違憲判決により、既になされた遺産分割の効力が覆るなどした場合、関係者への影響が大きすぎるのではないかとの危惧である。

もっとも、このような意見に対しては、そのような懸念を理由に違憲判決をためらうべきではないとの意見も繰り返し述べられている²⁹。

また、違憲判決が出ても、憲法上の通説といえる個別的効力説（法令違憲と判断した事件についてだけ法令の適用が排除されるにとどまるとする説）に従う限り、判決の効力は当該事案に対するものにとどまり、その効力も遡及することはないのだから、裁判所は違憲判断を躊躇する理由はなく、その後の公平な措置こそまさに政治部門の任務であるとの意見もある³⁰。

さらに、個別的効力説と一般的効力説（問題となった具体的な事件だけでなく一般的に法令の効力が失われるとする説）については、その接近傾向が指摘されていることもあり³¹、最近では、仮に違憲判決の効力が遡及するとしても、法的安定性が著しく害されるわけではないとする指摘も見られる³²。

このような立場から、学説では、違憲判決の効力が遡及し、以前の遺産分割の効力が広く否定された場合の法律関係について、例えば、相続回復請求権（民法第 884 条）の消滅時効によるか、あるいは、同第 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覆すことなく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の意見も述べられている³³。

26 内田亜也子・前掲 77 頁が詳しい

27 泉・前掲 128 頁

28 平成 7 年決定の藤井裁判官補足意見、平成 21 年決定の竹内裁判官補足意見等

29 平成 15 年決定の深澤裁判官反対意見、平成 21 年決定の今井裁判官反対意見等

30 君塚・前掲 537 頁

31 野中俊彦他編『憲法Ⅱ（第 4 版）』（有斐閣 2006.3）309 頁

32 平成 21 年決定の今井裁判官反対意見等

33 渡邊・前掲 111 頁以下

4. 終わりに

平成7年決定後、この問題に関する議論は出尽くしたといわれ³⁴、学説上は違憲論が優勢であるが、改正に慎重な民法学説も存在する³⁵。

ただ、3. で検討したように、この問題の背後には、「家族」観の相違があるとすると、両者の間には、単に相続分を「2分の1から1」に引き上げることに止まらない、象徴的な考えの違いもかいま見え、その妥協は容易ではないと思われる³⁶。

その場合、いかにしてそれぞれの持つ「家族」観を尊重しつつ、国家としてどのような法整備を行うべきか、説得力のある議論が求められる。

同時に、いずれの考えに与ずるとしても、一方で、(本件規定以外で)非嫡出子に対する差別的な規定が残っているとすれば(この点について、例えば、父子関係の成立(認知が必要)、父又は母の単独親権、非婚女性に対する寡婦控除の不適用、出生届書の様式(嫡出でない子のチェック)等を挙げる立場がある³⁷)その解消に努める必要があることは当然であるし、他方で、3.(3)イで述べた被相続人の生存配偶者の保護についても、法整備を含めた一層の努力が求められることもいうまでもないと思われる。

34 本山敦「非嫡出子相続分差別の違憲性」『法学教室』No276(2003.9)87頁等

35 大村敦志『家族法(第2版補訂版)』(2004.10)189頁以下、内田貴・前掲374頁以下等

36 本山・前掲87頁は「本件規定の存在が・・・社会的差別の象徴であると同時に温床」であるとしている

37 二宮周平「婚外子の平等化とジェンダー」『ジェンダーと法(7号)』(日本加除出版2010.8)39～41頁、48～49頁

表 1 平成 7 年決定以降の最高裁判断における反対意見、補足意見等の概要

<p>○平成12年 1月27日第一小法廷判決（集民第196号251頁）（4対1で合憲）</p> <p>〔藤井正雄裁判官補足意見〕</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>本件規定は、国民に広く関わりを持ち、極めて幅広い影響を及ぼすものであるだけに、混乱を避け、法的安定を損なわない配慮が必要である。</p> <p>法の解釈に創造的機能があることは否定できないが、明文の規定の存するところに法の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。</p> <p>〔遠藤光男裁判官反対意見〕</p> <p>平成 7 年決定の反対論を引用。</p>
<p>○平成15年 3月28日第二小法廷判決（集民第209号347頁）（3対2で合憲）</p> <p>〔梶谷玄、滝井繁男両裁判官反対意見〕</p> <p>平成 7 年決定の反対意見及び尾崎行信裁判官追加反対意見と同旨。更に補足。</p> <p>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 7 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。国内においては、・・・法制審議会が平成 8 年に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において民法900条 4号ただし書きの改正の方向が示されているし、国際社会においては、国際連合の人権委員会が、・・・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。</p> <p>これらにかんがみると、現時点において、民法900条 4号ただし書き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いうべきである。</p>
<p>○平成15年 3月31日第一小法廷判決（集民第209号397頁）（3対2で合憲）</p> <p>〔島田仁郎裁判官補足意見〕</p> <p>大法廷決定からいまだ 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。</p> <p>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。ただ、本件規定は、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</p>

について十分な検討と準備が必要である。

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。

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。

[深澤武久裁判官反対意見]

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2分の1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。

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、大法廷決定後も大きく変動しているのである。

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。

[泉徳治裁判官反対意見]

本件規定は憲法14条1項に違反するといわざるを得ない。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。

○平成16年10月14日第一小法廷判決（集民第215号253頁）（3対2で合憲）

[島田仁郎裁判官補足意見]

最判平成15年3月31日第一小法廷判決における上記補足意見と同。

[泉徳治裁判官反対意見]

最判平成15年3月31日第一小法廷判決における上記反対意見と同。

[才口千晴裁判官反対意見]

本件規定が、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の相続分の2分の1と定めていることは、以下の理由により、憲法14条1項に違反し、無効であると考えられる。

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、子の社会的身分を根拠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。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。したがって、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項に違反するものというべきである。

また、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。このような状況に照らすと、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。

以上の理由により、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ものとする。

○平成21年9月30日第二小法廷決定（集民第231号753頁）（3対1（1欠）で合憲）

【竹内行夫裁判官補足意見】

最高裁判所が、特定の日を基準として、本件規定は違憲無効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や遺産分割審判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ものといわざると得ない。

【今井功裁判官反対意見】

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。

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考える。

（出所） 最高裁判所HP <http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id=first&hanreiSrchKbn=02>、
『法学教室』276号（2003.9）85頁、『速報判例解説』Vol.6（2010.4）23頁等から抜粋して作成

表2 平成7年最高裁決定前後の下級審（違憲）判断の概要

<p>東京高裁 平成5年6 月23日決定 (法令違憲 ・確定) (高民集第 46巻2号43 頁、判時14 65号 55頁)</p>	<p>【事案】 A男は妻B女との間にCをもうけたが、その後、D女との間にXが生まれ、Aはこれを認知した。Aの死後、遺産分割調停中にCも死亡し、その妻と子がその地位を承継した。調停不調により審判において、Xの相続分がCの相続分の2分の1とされたことから、Xが本件規定が違憲と主張した。</p> <p>【判旨】 憲法14条1項所定の「社会的身分」とは、出生によって決定される社会的な地位又は身分をいい、嫡出子か嫡出子でないかは子の立場から見れば出生によって決定される社会的な地位又は身分であり、民法900条4号ただし書き前段の規定は、憲法の規定にいう「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。</p> <p>右差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものかどうかの審査に当たっては、立法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。</p> <p>民法900条4号前段の立法の目的は、適法な婚姻に基づく家族関係を保護することであり、それ自体は尊重されるべきであり、重要なものである。</p> <p>民法900条4号ただし書き前段の規定により結果的に法律婚家族の利益が一定限度で保護され、その意味で右の規制と立法目的の間には一応の相関関係がある。しかし右規制により非嫡出子の出現を阻止することはほとんど期待できない上、非嫡出子からみれば、父母が適法な婚姻関係にあるかどうかは全く偶然のことに過ぎず、自己の意思や努力によって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となる。また、・・・立法目的を達成する上で事実上の実質的関連性を有するといえるかどうか疑わしい。</p> <p>民法900条4号ただし書き前段の規定の差別的取扱いは必ずしも合理的な根拠に基づくものとはいえないから、憲法14条1項に違反する。</p>
<p>東京高裁 平成6年11 月30日判決 (法令違憲 ・確定) (判時1512 号3頁)</p>	<p>【事案】 A男とB女が婚姻（法律婚）後、子供Xが出生したが、その後、Aはすべての財産を放棄、家を出て遠隔地に移住した。そして、AはC女と内縁関係となり、Yが出生した。Yは、その後50年以上Aと生活を共にし、A所有の会社も、YがAと共同で経営に当たり、Aの遺産もその共同生活体の中で形成された。</p> <p>Aの死後、50年以上Aとは事実上縁を断ち、遠隔地でB（Aより先に死亡）とのみ生活をしてきたXが、Aの遺産分割に当たり、Yの2倍の相続分を有すると主張したのに対し、Yは民法900条4号は憲法14条1項に反し違憲であって、Xの主張は認められないと主張した。</p> <p>【判旨】</p>

本件規定の立法目的が必ずしも合理性を欠くとはいえない。しかし、①本件規定があるために父母が婚姻外の関係を避け、法律上の婚姻手続を履践するようになるとは考えられないから、立法目的を達成する手段としては必ずしも実効性があるとは考えられない。②相続人が配偶者と子である場合、妻の相続分は子が嫡出か非嫡出かにかかわらず2分の1であるから、法律上の妻の保護には必ずしも役に立たない。③母が法律婚により嫡出子を立てて離婚した後、再婚して子をもった場合に、再婚が事実婚であると、母の相続に関しても嫡出子と非嫡出子が差別されることになり、極めて不合理な結果となる。④嫡出子が常に遺産に対する寄与が大きいとは限らないから、非嫡出子の相続分を常に嫡出子の2分の1にすることは不合理である。⑤残された未成熟子の扶養という観点からも、嫡出子の方が一般的に非嫡出子より扶養の必要性が高いとはいえないし、父母に対する扶養義務についても、嫡出子と非嫡出子の間で差異がないことも考慮されなければならない。

本件規定は、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、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考えられること等からすれば、本件規定は、立法府の裁量の問題として看過し得ない非合理的な規定であり、憲法14条1項に違反するものであり、無効である。

東京高裁
平成22年3
月10日判決
(適用違憲)
(判タ1324
号210頁)

【事案】

被相続人は生前婚姻をしたことがなく、被相続人が実子である非嫡出子と養子である場合において、非嫡出子が被相続人の全財産を相続した養子に対して遺留分減殺請求権を行使した。

【判旨】

(原審は、本件規定は憲法14条1項に違反して無効であるとした。)
本判決は、本件規定(を準用する民法1044条)も憲法14条1項に反するものとはいえないとした上で、①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は、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こと、②本件区別により被控訴人が被る不利益は、重大な財産的不利益を受けるだけでなく、・・・精神的に大きな苦痛を被ることになるものであり、決して僅少なものではないこと、③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環境等は、著しく変化をし、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)で見ると、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ことを総合考慮すると、これを本件事案に適用する限りにおいて違憲と評価され、効力を有しないというべきである。

(出所) 上記『判例時報』及び『判例タイムズ』から抜粋して作成