

非嫡出子に対する差別と憲法

社会科学教育講座 中曾久雄

Discrimination Against Illegitimate Children and The Constitutional Law

Hisao Nakaso

(平成 27 年 6 月 26 日受理)

1 はじめに

本稿では、これまで筆者が公表してきた論考をもとにして¹、非嫡出子に対する差別の問題をいかに考えるべきかということを考察することを目的とするものである。非嫡出子に対する差別の典型的問題は、相続領域における問題、民法 900 条 4 号但書（以下、本規定）の問題であった。しかし、この問題は相続の領域のみならず、非嫡出子に対する差別全般の問題と関わっており、その意味で非嫡出子に対する差別の大本の問題でもある。ところで、本規定に関しては、平成 25 年の最高裁大法廷において違憲とされ（以下、違憲決定とする）²、平成 25 年の違憲決定は、非嫡出子に対する差別の問題を考える上で大きなインパクトをもたらすことになった。本稿は、非嫡出子に対する差別の問題を振り返り、憲法との関係においてこの問題をいかに考えるかということ考察する。

2 相続の領域における非嫡出子に対する差別—民法 900 条 4 号但書の合憲性に関する議論の変遷

2-1 本規定の沿革

本規定の制定は日本国憲法の制定と密接に関わるものであった。1946 年 3 月 6 日に、政府は憲法改正要綱を発表した。そして、同月の 12 日、政府は、日本国憲法に沿った関係諸法令の整備を行い、憲法を円滑に実施するための準備機関として、内閣の下に「臨時法制調査会」を設置した。ただ、4 月には総選挙があり、内閣の更迭により委員の人選が遅れたこともあり、調査会が、活動を開始したのは 7 月からであった。調査会は、四部会に分かれ、第一部会は皇室・内閣関係、第二部会は国会関係、第三部会は司法関係、第四部

会は財政関係その他の法令の調査・立案を行うこととなった。その際、第三部会は、司法省に設置されていた司法法制審議会と表裏一体となり運営されることが確認された。司法法制審議会の民法起草委員会が、当時、議会で審議中の現行憲法 14 条の平等権および 24 条に明記された「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して、民法の親族・相続兩編を全面改正する作業に従事することになったのである。しかし、その作業が難航をさわめたことから、憲法の施行（1947 年 5 月 3 日）に間に合うよう、明らかに憲法に抵触すると解された不平等な諸規定について応急の修正措置をほどこし、全面改正案そのものは、憲法施行後の第一回国会に提出され、可決・成立のうえ、1948 年 1 月 1 日から施行された。本規定もまた、こうした手続を経て制定されたものである。しかし、それは、「法律婚の尊重」および「我が国古来からの慣習」を主たる立法上の根拠として、非嫡出子の相続分を嫡出子の 2 分の 1 と定めた旧民法 1004 条を継承したものであったところから、立案および審議の過程において、憲法との関係で議論を呼ぶことになった。そこでは、一方で「嫡出でない子に嫡出子の二分の一でも法定相続分を認めること自体が婚姻の尊重を謳い現行憲法に反する」、「『家』の廃止に伴い今後一般化すべき嫡出家族を破壊するおそれがある」とされ、他方で「嫡出でない子の差別待遇こそが個人の尊厳と法の前の平等を規定する憲法の基調にも反する」ものとされた。この規定の削除または平等化の主張に対して、政府は「妥協的・折衷的立場」から、「正当な婚姻から生まれた子供と、そうでない子供との間において区別をするのは正当な婚姻を奨励尊重する」ための措置として「必

¹ 中曾久雄「民法 900 条 4 号但書の合憲性の行方」愛媛大学教育学部紀要 60 巻（2013 年）、「民法九〇〇条四号但書の合憲性」岡山大学法学会雑誌 62 巻 4 号（2013 年）。

² 最高裁大法廷決定平成 25 年 9 月 4 日。違憲決定については、中

曾久雄「憲法 14 条と民法 900 条 4 号但書（平成 25 年 9 月 4 日最高裁大法廷決定）」愛媛法学会雑誌 40 巻 3・4 号（2014 年）。

ずしも憲法〔の平等原則〕に違反するものではない」、非嫡出子に相続権を与えるかどうか、嫡出子の半分とするかどうかは、「法律を以て自由に決め得ること」だとし、本件規定に憲法上疑義はないとされた。こうして、本規定の立法理由から旧法を根拠づけていた「古来の慣習」、家制度と結びつく要素が取り除かれた結果、本件規定は、憲法 14 条と 24 条の下で「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」として根拠づけられることになった。この点において、本規定は、戦前「淳風美俗」により正当化されたが、戦後、日本国憲法の下で「人倫の大本」「人類普遍の道徳原理」といった「所謂自然法」を持ち出さなければそもそも根拠づけることが困難であった刑法の尊属殺重罰規定と異なる。そのために、本規定について、尊属殺重罰規定のように戦後早い時期から違憲論が唱えられることはなかったのである³。

その後、初期の憲法学説も「相続というものの性質上、憲法の容認するところ」⁴あるいは「本条の婚姻尊重の態度から、嫡出ということが、身分関係にも差違を生じさせるものとして、敢て違憲とはいえない」⁵という見解が定着化することになる。

2-2 平成 7 年決定以前の下級審の動向

当初、裁判所も上記の見解を支持していた。それを初めて示したのは静岡家裁の審判であり、以下のように判示された。「法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題であって、しかも昭和 54 年 7 月に法務省民事局参事官室が公表した『相続に関する民法改正要綱試案』において、嫡出でない子の法定相続分を嫡出である子の法定相続分と同等化する旨の提案をし各界の意見を求めた結果、同等化に反対する者の数が賛成する者よりもかなり上回った等の事情から、国会において審議の末に改正が見送りとなった経過に照らしてみても、現行法の許において、申立人の希望に沿ってその共有持分を 18 分の 1 とすることはできないと言わざるを得ない」。その後、東京高裁決定もこの審判を支持した。このように、裁判所は本規定について合憲とする理由を明示的に提示することなく、立法政策の問題であるとして合憲の結論を導き出している。そして、当初、憲法学においても初期の学説が支配的であり、本規定の憲法上の問題に気付くことはなかった⁶。また、民法学説も、本規定には婚外関係の抑止を図るためだけのものではなく、相続における諸般の利益を総合的に調整するために設けられたものである

ために、法改正により、親族相続法の他の規定との調整を図りつつ非嫡出子の法定相続分を嫡出子と同等にすることか望ましいと指摘してきた⁷。

その後、下級審において本規定が憲法に反するという判決が出され、注目を集めることになる。最初の違憲の判断が平成 5 年 6 月 23 日の東京高裁⁸の決定である。そこでは、以下の理由づけにより本規定が違憲とされた。憲法 14 条 1 項の規定する「社会的身分を理由とする差別的取扱い」は、個人の意思や努力によってはいかんともしがたい性質のものであり、個人の尊厳と人格価値の平等の原理を至上のものとした憲法の本質（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解される」。そして、立法目的については、「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」が、「民法九〇〇条四号但書前段の規制は、目的に対して広すぎるという意味で正確性に欠けるだけではなく、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」。「民法九〇〇条四号但書前段の差別的取扱い」は、必ずしも合理的な根拠に基づくものとはいえず、難いから、憲法一四一条一項の規定に違反するものと判断せざるを得ない。」

次に、違憲の判断を示したのが、平成 6 年 11 月 30 日の東京高裁判決⁹である。そこでは、以下のような判断が示された。「憲法一四一条一項の法の下における平等の要請は、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、差別的な取り扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきであるから、右のような差別的な取り扱いが果たして合理的な根拠に基づくものであるか否かが問題となる」。そして、「本件条項の立法目的は、非嫡出子の相続分を法律上の婚姻関係にある男女の間に出生した嫡出子の相続分の二分の一とすることによって、法律上の婚姻によって成立した家族の利益を保護し、もって正当な婚姻を奨励尊重するとの趣旨に出たものと解され

³ 本規定の沿革については、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）18～19 頁。

⁴ 宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978 年）264 頁。

⁵ 法学協会編『註解日本国憲法』（1953 年、有斐閣）469 頁。

⁶ 高見・前掲注（3）21 頁。

⁷ ただし、単純婚外子については立法論として相続分を対等にすることが十分に考えられるが、重婚的婚外子に限っては本規定を存続させる選択もあり得ないわけではないとし、本規定に一定の積極的意義を認める説もあるという。伊藤正晴「時の判例」ジュリスト 1460 号（2013 年）89 頁。

⁸ 判時 1465 号 55 頁。

⁹ 判時 1512 号 3 頁。

る」。本規定は「このような家族に関する法制の一環として定められたものであり、非嫡出子を嫡出子に比し、相続分において差別的に取り扱うものではあるが、立法の目的が必ずしも合理性を欠くということではできないと考えられる」。次に、「立法目的との関連で合理的なものといえるか否かについて」であるが、「本件条項が非嫡出子の相続分を嫡出子のその二分の一とすることにより、法律上の婚姻によって成立した家族の利益を一定限度で尊重し、保護していることは確かであるが、本件条項があるからといって、このことのためにその父母が婚姻外の関係避け、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のであるから、本件条項は正当な婚姻を奨励するという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」。また、本規定により「保護されている家族の利益についても、相続人が配偶者と子である場合、法律上の妻の相続分は子が嫡出子か非嫡出子かにかかわらず二分の一であるから、本件条項は、法律上の妻の保護には必ずしも役立たないことが明らかである」。さらに、本規定には、以下のような不合理な面があることが指摘される。本規定は、「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、母が法律婚により嫡出子をもうけて離婚した後、再婚し、子をもうけた場合に、再婚が事実上の婚姻にすぎなかったときは、母の相続に関しても嫡出子と非嫡出子が差別される結果となり、極めて不合理な結果をもたらすこと」となり、また、「被相続人の遺産の公平適切な分配という観点からしても、嫡出子が常に遺産に対する寄与が大きいとは限らないのであるから、その相続分を寄与の度合いにかかわらず、常に嫡出子の二分の一とすることは不合理」である。さらに、「遺産によって残された未成熟子を扶養するという観点からみても、嫡出子の方が一般的に非嫡出子よりも扶養の必要性が高いと言えないこと、また、相続制度の対極にある父母に対する扶養義務については非嫡出子と嫡出子との間に差異はないことなども本件条項の合理性を検討する上で考慮されなければならぬ」。そうすると、「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ず、憲法一四条一項に違反するものであり、無効であるというほかない。」

この東京高裁決定および判決は、非嫡出子に基づく区分が14条1項における後段列挙事由の「社会的身分」に該当するとして、立法目的と手段の実質的関連性を審査している。その意味では、これは従来の枠組みではなく、学説の提示する審査枠組みに依拠して、本規定を違憲としたものであったとえる¹⁰。さらに、これらの判決・決定は学説にも影響を及ぼすことになり、学説は違憲論を展開し始めることになる。そこででは、平等保護条項の観点から非嫡出子差別を違憲とした合衆国最高裁判例の分析の影響、さらに、次に、「子どもの権利」の観点から、「親が婚姻という形式をとって子を出産したかどうかという、子とは全くかかわりのない事実によって子の身分上の差別を生」みだすような措置は、「自己のかかわらない事実によって不利益を受けない」とする近代法の平等保護原則に反するものであるとの指摘が有力化したことが挙げられる¹¹。すなわち、「法律婚主義ないし婚姻家族の保護という立法目的自体は尊重されるべきものとしても、子らの相続分を同等とした場合でも配偶者の相続分には影響がない(法律上の配偶者の利益は保護されること)」、「婚姻家族の保護と婚外子の尊厳とは同時に考慮すべきであり、自己の意思に基づかない出生のみによる差別は、不合理な差別にあたること」、「目的と規制手段の実質的関連について、婚外子の相続分差別という手段によって婚外子の出現抑止を期待できない以上、婚姻家族の保護という目的を実現するうえで実質的な関連があるとはいえない」とする見解¹²が有力化することになる。

2-3 平成7年決定¹³

その後、最高裁が本規定の合憲性を判断することになる。最初に本規定の合憲性に関する判断を示したのが平成7年決定である。法廷意見は、以下のような理由づけで、本規定を合憲と判断した。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

¹⁰ 石川健治「国籍法大法院判決をめぐって一憲法の観点から(2)」法学教室344号(2009年)41~43頁。実体としては権利侵害の事案であることは論理的前提のあることを指摘する。

¹¹ 高見・前掲注(3)21頁。

¹² 辻村みよ子『憲法第3版』(日本評論社、2008年)196頁。

¹³ 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

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。さらに、「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はなく、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。そして、「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と解され、「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解される」。したがって、「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、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」とする。

平成7年決定における法廷意見の理由づけは、まず、「問題を相続制度という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ととらえ、法定相続分の補充性を援用して立法府の広範な裁量判断の必要性を導くと共に、法律婚主義を採用した以上、嫡出子・非嫡出子の区別を不可避のもの」であり、また、本規定が任意規定であることに鑑みれば、合理的理由があるとする。要するに、法廷意見は、相続について「広い立法裁量を認め、婚姻家族の尊重を目的とするとされた民法の法秩序を重く衡量¹⁴し、違憲の判断を下す余地がなくなるほどに立法府の判断を尊重する

姿勢を見せる¹⁵。次に、合憲違憲の判断に「立法理由」だけを挙げ、その後の社会事情の変化を挙げていない。この点は反対意見とは対照的である。最後に、立法理由とするところが「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」とするが、「尊重」および「配慮」の内容が明らかでないうえに、なぜ、嫡出子の立場が法律婚という制度と等置されるかの説明を行っていない¹⁶。

これに対して、反対意見は、法廷意見とは異なり、いかなる基準に基づく区分であるかに着目している¹⁷。反対意見は、嫡出子、非嫡出子の差別的取扱いである立法目的の手段と捉えた上で、その合理性を問題としている¹⁸。そして、反対意見は、以下のような審査枠組みを提示し、本規定は違憲であるとする。まず、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指摘する。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「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はないが」、「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」。また、「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うのは、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」。

この反対意見は、広範な立法裁量を前提とする相続についても憲法上の規律があることを指摘¹⁹、非嫡出子に対する差別は「個人としての立場」に関わるものであるとする。そして、「個人としての立場」に関わる差別に際しては、単なる合理性の存否ではなく「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

¹⁴ 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)15頁。

¹⁵ 井上典之『憲法判例に聞く』(日本評論社、2008年)58頁。

¹⁶ 右近健男「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)25頁。

¹⁷ 高見・前掲注(3)23頁。

¹⁸ 井上・前掲注(15)64頁。

¹⁹ 浅野博宣「非嫡出子の法定相続分差別と法の下での平等(1)」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法増補版』(信山社、2014年)66頁。

強い合理性の存否」の検討が要請されるとする。このように、反対意見の枠組みは、先にみた高裁の決定と変わらないものである。そして、その背後には、本規定が「非嫡出子を嫡出子に比べて劣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」ことが存在している。非嫡出子に対する差別は、「国家の一般法によって、劣後者としての烙印が押され、その存在から『意味』が『剥奪』するものであり、単なる権利侵害の場合よりも、「当事者は一層深く傷ついている」のである²⁰。こうした考えは、本規定を違憲とする重要な根拠となる²¹。

2-4 平成7年決定以降の展開

平成7年決定以降、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きたが、すべての判決・決定に反対意見や補足意見が付せられており、法令違憲こそ回避されたものの、かろうじて合憲の判断が維持されているというのが現状であった²²。また、平成7年決定以降、下級審レベルでは違憲の決定・判決が相次いで下されている²³。その中でも注目すべきは、平成15年3月31日の最高裁判決である。そこでは、1人の裁判官の補足意見と2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、「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は言い切れない側面もあると思われるし、また、非嫡出子が本件規定によって受ける不利益は、単に相続分が少なくなるという財産上のものにとどまらず、このような規定が存在することによって、非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ、あるいは見られるのではないかということで、肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できないものがある」とし「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。深澤武久裁判官の反対意見は、「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のは、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

し、泉徳治裁判官の反対意見は「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」とする。これらの意見を併せてれば、この時点で実質的に違憲判決が下されているといつてよい²⁴。そして、こうした状況はその後も継続する。

さらに、その後、本規定の合憲性に大きな影響を及ぼしたのが国籍法違憲判決²⁵である。「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、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と解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」とし、従来の枠組みを踏襲する。他方で、日本国籍の得喪に関する要件を規定する「憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事実、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される」とする。その上で、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又は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ない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる」という。もっとも、国籍法違憲判決は、「日本国籍は、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もある。一方、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である。したがって、このような事柄をもっ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は、慎重に検討す

²⁰ 石川・前掲注(10)44頁。

²¹ 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「婚外子相続分区別と憲法関係」法律時報85巻5号(2013年)45頁。

²² 集民196号251頁判時1707号121頁、集民209号347頁判時1820号62頁、集民209号397頁判時1820号64頁、集民215号253頁判時1884号40頁、集民231号753頁判時2064号61頁。

²³ 平成22年3月10日東京高裁判タ1324号210頁、平成23年8月24日大阪高裁判決、平成23年12月21日名古屋高裁<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120127141130.pdf>。

²⁴ 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)114頁、松田浩「非嫡出子相続分規定をめぐる違憲審査の基準と方法」法学セミナー608号(2005年)123頁。

²⁵ 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

ることが必要である」としている²⁶。

そして、国籍法3条1項の合理性の検討にあたり、国籍法違憲判決は、2つの点について検討を加えている。第1に、立法目的とその区別の関連について、「国籍法3条1項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたもの」であり、「このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があるというべきである」とする。しかし、「日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることに、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合せず、また、国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らせば、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見出すことがもはや難しくなっているというべきである」とする。第2に、国籍法違憲判決は、本件で問題となっている区別、すなわち、国民である父から出生後に認知された子について、届出による国籍取得の可否が準正の有無によって左右されるという区別以外にも、目を向けている。すなわち、「日本国民である父又は母の嫡出子として出生した子はもとより、日本国民である父から胎児認知された非嫡出子及び日本国民である母の非嫡出子」という区別に目を向け、「国民である父から出生

後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けている」と指摘する。国籍法違憲判決がこれらのほかの類型をとりあげているのは、本件区別の不合理性を際立たせるためである²⁷。

ただ、問題は、国籍法違憲判決と本規定の合憲性の関係である²⁸。国籍法違憲判決は「非嫡出子という地位が国籍取得の是非を分ける決め手では」なかった²⁹。すなわち、国籍法違憲判決は、「現行法からの嫡出子／非嫡出子の区別指標の放逐そのものを目指したわけではないから、法律婚の尊重が相続の場面での嫡出子への相対的に手厚い保護と一体的だという認識を維持するのであれば」、「民法900条4号における非嫡出子の相続分差別問題について違憲論への判例変更を行なうかどうかは本判決からは不分明である」と指摘されてきた³⁰。確かに、国籍法違憲判決は、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かった。ただ、国籍法違憲判決においては、平成7年決定における法廷意見と反対意見が逆転していることに鑑みれば³¹、国籍法違憲は少なからず本規定の合憲性を考える上で、影響を及ぼしていることは否定できない³²。

2-5 平成25年違憲決定とその論理³³

そして、平成25年において、最高裁大法廷において本規定がついに違憲とされた³⁴。以下では、違憲決定の構造とその意義を検討

²⁶ この点、泉徳治裁判官は、「この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、国籍法3条1項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である」と明確に指摘している。

²⁷ 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)73~74頁。

²⁸ 山野目章夫・小山剛「民法学の問題提起と憲法学からの応答」法律時報81巻5号(2009年)17頁。

²⁹ 松本・前掲注(27)81頁。

³⁰ 山元一「国籍法違憲大法廷判決」ジュリスト1376号(2009年)14頁。

³¹ 高井裕之「遺留分における『嫡出でない子』差別と憲法14条」ジュリスト1420号(2011年)10頁。

この点について、石川健治教授は以下のように指摘する。「事柄の性質」次第では厳格審査をも厭わないらしい論調も併せて、と

もかくも平成7年決定では反対意見だった立場が、今回は多数意見を形成しているのは事実である。かつては法廷意見からはじき出された論証パターンが、違憲判断に至る論証の重要な部分を構成している。石川健治「国籍法大法廷判決をめぐって一憲法の観点から(3)」法学教室346号(2009年)11頁。

³² 平成21年の最高裁決定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」としている。

³³ 違憲決定の構造とその意義については、中曾・前掲注(2)95~98頁。

³⁴ 違憲決定が下れる以前に、平成15年3月31日判決時点で、最高裁は実質的に違憲となり、国籍法判決において平成7年決定における多数意見と反対意見が逆転した。高井・前掲注(31)10頁。

する。違憲決定は、「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」とし、従来の審査枠組みに依拠することを明示する³⁵。そして、この事案において問題となっている相続制度との関係においては、「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 14 条 1 項に違反する」とする。その上で、「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」については、「総合的に考慮して決められるべきもの」であるが、「これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下で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」とする。このように、違憲決定は、本規定の合理性の審査について、14 条と 24 条の双方を重ね合わせて検討している³⁶。

そして、違憲決定は、目的・手段について判断を行わず、端的に、区分の理由の合理性を審査する³⁷。そこで、考慮されたのは、以下の事項である。第 1 に、平成期に入った後に、「いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加し、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」ということである。第 2 に、「我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」ということである。第 3 に、自由権規約委員会が、「包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し」、その後も、「本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返し」、平成 22 年には、児童の権利委員会が、「本件規定の存在を懸念する旨の見解を」示したということである。第 4 に、住民票における世帯主との続柄の記載について、一律に「子」と記載されることになり、また、戸籍についても嫡出でない子の父母との続柄欄の記載は嫡出子と同様に「長男（長女）」と記載することになったということであ

る（既に戸籍に記載されている嫡出でない子の父母との続柄欄の記載も変更された）。さらに、国籍法違憲判決では、嫡出でない子の日本国籍の取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法 3 条 1 項の規定を「平成 15 年当時において憲法 14 条 1 項に違反」としたということである。第 5 に、昭和 54 年に法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会が公表した「相続に関する民法改正要綱試案」、平成 6 年に同委員会が公表した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、及びこれを更に検討した上で平成 8 年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、法定相続分を平等とする旨が明記され、平成 22 年にも国会への提出を目指して法律案が政府により準備された」ということである。第 6 に、本件規定については「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」、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、法的問題の結論に直ちに結び付くものではないということである。第 7 に、平成 7 年大法院決定において既に、5 名の裁判官が反対意見を述べたほか、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、更には国際的環境の変化を指摘して、昭和 22 年民法改正当時の合理性が失われているとする補足意見が存在し、さらに、平成 15 年 3 月 31 日第一小法廷判決以降の判例は、本規定を合憲とする結論を辛うじて維持されているということである。第 8 に、関連規定との整合性を検討することの必要性は、本件規定を維持する理由とはならないこと。また、本件規定は補充性からすれば、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く、遺言によっても侵害し得ない遺留分について、本件規定は明確な法律上の差別を行っている。平成 7 年決定以降、一連の判決・決定の中で展開された個別意見を含めて本規定に関する判断については合憲説・違憲説のそれぞれの言い分はほぼ出し尽くしていた。違憲決定は、平成 7 年決定を意識しそれを参照し、それを先例として利用し続けた一連の判決を否定することなく、本規定を違憲としている³⁸。

以上検討してきた違憲決定は以下のような特色を有している。ま

³⁵ 大沢秀介 「平等—国籍法違憲判決のインパクト」 大沢秀介・大林啓吾・葛西まゆこ編『憲法.com』（成文堂、2010 年）10 頁。

³⁶ 非嫡出子と 24 条との関連については、君塚正臣「日本国憲法二四條『家族』の法意 非嫡出子差別事例を主な題材として」法律時報 70 巻 6 号（1998 年）102 頁。

³⁷ この点については、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るという考えそれ自体が現在において受け入れられないために、立法理由に言及しなかったというべきであろう。渡辺康行「民法

900 条 4 号ただし書き前段の合憲性」TKC Watch 憲法 No.73（2013 年）3 頁。つまり、婚姻共同体の保護の合理性が減少していることの証左なのである。この点は、幡野弘樹「婚外子相続分違憲最高裁大法院決定—最大決平成 25・9・4—民法の立場から」論究ジュリスト 8 号（2014 年）109 頁。

³⁸ 井上典之「婚外子相続分違憲最高裁大法院決定—最大決平成 25・9・4—憲法の立場から」論究ジュリスト 8 号（2014 年）99 頁。

ず、違憲決定は、司法審査基準に言及することはなく³⁹、純然たる従来の枠組みを採用しつつも、区別の合理性の最小限度の合理性ではなく、社会の事実即して検討している⁴⁰。つまり、本規定について、その都度の憲法上の観点からの検証の必要性を確認し⁴¹、時代や社会的背景の下での相続制度の形態の多様性、相続制度を定めるに際して種々の事柄の考慮の必要性を指摘するのである。これは、「時代の趨勢への対応はもっぱら立法府の仕事である」ことを強調していた平成7年決定とは異なる姿勢を示すものである⁴²。むしろ、違憲決定は平成7年決定の反対意見を敷衍しているようにもみえる⁴³。平成7年決定自体5裁判官の反対意見に加え、何らかの形で本規定に疑問を呈する4裁判官の補足意見を内包しており、その後の本規定の合憲性をめぐる小法廷の判断でも、これを違憲とする反対意見およびその合理性に疑問を投げかける補足意見が相次ぎ、さらに、国籍法違憲判決では嫡出性が本人の意思で左右できないものであることを指摘したほか、社会における家族の実態の変化、諸外国の立法、わが国の批准した条約等を検討して今日における合理性を否定したのであり、平成7年決定の反対意見の視点を基本的に採用したものと見てよいであろう⁴⁴。そして、違憲決定は、違憲の決め手を立法事実の認定の在り方に求めている⁴⁵。つまり、違憲決定では違憲判断を行う根拠を、立法府が相続制度を定めるに際して考慮すべき種々の事柄の変遷に違憲の決め手を求めている⁴⁶。従来の立法事実論でも、法律の合憲性を支える事実が変化すれば、制定時には合憲だった法律が違憲となり得ることは想定されるものであった⁴⁷。もっとも、違憲決定は、社会の変化が直ちに違憲の結論を導出するものではないとする⁴⁸。違憲決定は、総合的に立法事実の変遷を考察した結果、嫡出子と非嫡出子を区別することに合理性

はないとしている⁴⁹。違憲決定における様々な立法事実の変化の指摘は、「平成7年大法廷決定との比較において攻守逆転の結果をもたらすものとなっている⁵⁰。次に、違憲決定は「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」と指摘し、嫡出の有無に基づく区分の不合理性を明らかにする⁵¹。これは非嫡出子に対する差別の問題に配慮を示すものであると同時に⁵²、24条の個人の尊重にも配慮するものである⁵³。24条は一方で法律婚の尊重を意図しつつも、他方で私法秩序において個人の尊厳を強調している⁵⁴。本件においてこれまでの「攻守逆転の実体的判断をもたらした要因」は、単に本規定をめぐる立法事実の変化だけではなく、家族という共同体の中における個人の尊重の要請が存在している⁵⁵。つまり、「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」ということを考慮すれば、「『自らの意思や努力によっては変えることのできない』客観的条件の存在」により、不利益をもたらすことの不合理性が明らかとなるのである⁵⁶。このように、個人の尊厳を犠牲にしても法律婚を尊重することは、単に14条に反するだけではなく、24条の趣旨に反するものといえよう⁵⁷。

以上要するに、違憲決定は平成7年決定やそれ以降の最高裁の判断を変更するものでないが⁵⁸、改めて、法の下での平等と個人の尊厳を規定する憲法の下で⁵⁹、自らの意思や努力では変えることのできない差別あるいは個人の尊厳を侵害する問題に対して積極的に審査を行っていく素地を生み出すものとして理解することが可能で

39 君塚正臣「戸籍法四九条二項一号の規定のうち出生の届出に係る届書に『嫡出子』と『嫡出でない子』の別を記載すべきものと定めることは、憲法一四一条一項に反しないか」判例論評667号(2014年)4頁。

40 中曾・前掲注(2)95頁。

41 西村裕一『審査基準論』を超えて」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』(有斐閣、2014年)134~135頁。

42 井上・前掲注(38)102頁。

43 大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』(信山社、2014年)101頁。

44 高井裕之「嫡出性の有無による法廷相続分差別」長谷部恭男・石川健治・穴戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ』(有斐閣、2013年)63頁。

45 木村草太『平等なき平等条項論』(東京大学出版会、2008年)263頁。

46 浅野博宣「非嫡出子の法定相続分差別と法の下での平等(2)」憲法判例研究会・前掲注(19)457頁。

47 渡辺・前掲注(37)3頁。違憲決定は、立法事実を「総合的に考察」とし、「個人の尊重がより明確に認識されてきた」ことを、違憲判断の重要な根拠としている。違憲決定は、考慮に入れる社会的事実や意識を、やや循環論法的に、「個人の尊厳と法の下での平等」の観点から選別しているという。

48 井上・前掲注(38)102~103頁。

49 木村草太「法の下での平等—差別の問題と厳格審査の理論」南野森編『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)190頁。

50 井上・前掲注(38)103頁。

51 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)207頁。

52 木村・前掲注(49)189頁。

53 中曾・前掲注(2)104頁。

54 太田裕之「民法900条4号ただし書と憲法14条」ジュリスト1398号(2010年)13頁。「個人の尊厳」という道徳的推論に訴える多数意見には成熟度に欠けるという批判がある。大日方・前掲注(43)101頁。

55 野坂泰司「民法900条4号ただし書き前段と憲法14条1項」ジュリスト1466号(2014年)16頁。

56 井上・前掲注(38)103頁。

57 棟居快行『憲法解釈演習第2版』(信山社、2009年)137~138頁。

58 前田陽一「嫡出でない子の法定相続分」ジュリスト1466号(2014年)96頁。

59 井上・前掲注(38)105頁。

ある⁶⁰。その意味で、違憲決定は、非嫡出子に対する差別の問題について、一定の理論的方向性を示したといえよう⁶¹。

さらに、違憲決定における救済の説示（違憲判決における遡及効の否定）は、今後の司法救済の在り方を考える上でも重要である⁶²。非嫡子に対する差別の実際の争点は、どの時点で違憲となるのか、そして、違憲判決後財産関係をいかに安定させるのかということにシフトしていた⁶³。この点について、違憲決定では違憲の基準時を平成13年7月としている。ただ、問題は、平成12年9月までの「合憲期間」と、違憲決定による平成13年7月以降の「違憲期間」の間である平成12年10月から平成13年6月の「グレー期間」の存在である。仮に違憲であっても違憲の場合と同様に遡及効を及ぼすべきでないので憲法適合性判断を要しないが、「解決未了」事案は当然のことながら相続開始が合憲期間であっても被代襲者がグレー期間に死亡して代襲相続人に嫡出子と嫡出でない子がいる場合については、憲法適合性の問題が生じることになる⁶⁴。

3 その他の領域における非嫡出子に対する差別

非嫡出子に対する差別は相続の場面だけではなく、戸籍や住民票の記載においても問題となっている⁶⁵。戸籍について、2004年11月1日付法務省令第76号以前の戸籍では、非嫡出子について、原則として母の戸籍に入籍され、父母との続柄欄に「男」、「女」と記載されていた。これが嫡出子の場合には「長男、二男」、「長女、二女」と記載され、続柄記載から嫡出子か非嫡出子かは一目瞭然となっていた。こうした非嫡出子の続柄の区別記載については、先行して、「住民票」に関して問題になった。住民票では世帯主との続柄記載において嫡出子は「長男」、「長女」と表記されるのに対して、非嫡出子は「子」と表記されていた⁶⁶。

下級審では、住民票における嫡出の有無の記載を違憲としている。平成7年の東京高裁の判決⁶⁷では以下のように判示された。「住民基本台帳について公開原則がとられており、実際には続柄等を必要

とする手続等が広範に存在しており、住民の日常的な社会生活の場面において、続柄等の個人情報が他人に知られることがこれまで避けられない実情にあったこと、非嫡出子は、非嫡出子という本人に選択の余地のない出生により取得した自己の属性（社会的身分）により就学、就職及び結婚等の社会関係において深刻な不利益取り扱いを受けている実態のあることが、いずれも認められる。このような実情、実態の存在するもでは、本件住民票における嫡出子との差別記載は合理性、必要性がない限り許されないものといわなければならない。そして、「本件住民票における嫡出子と区別した続柄記載は、住民基本台帳制度の目的との関連で合理性、必要性がないと考えられる」。このように、本判決においては、明らかに、嫡出の有無の記載出が不適切な形で意識される状況が拡大されることを問題視している⁶⁸。

これに対して、戸籍における続柄記載については、合憲と判断されている。戸籍における嫡出の有無の記載についてはその必要性が疑問視されてきたが⁶⁹、平成17年の東京高裁の判決⁷⁰においては、「子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが憲法に反する不合理な差別であるということとはできないし、もとより、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが控訴人ら指摘の女性差別撤廃条約、B規約、児童の権利に関する条約等の各条項に違反するものであるということもできず、「父母との続柄を記載するにあたって嫡出子又は嫡出でない子の別を明らかにして記載することは、戸籍法及び戸籍法施行規則の予定するところであるといわざるを得ない」とされている。しかし、その後、戸籍における続柄の記載は、父母との続柄欄の「男」又は「女」の記載について、申し出がある場合には「長男（二男）」、「長女（二女）」と改めることができるようになった。

なお、憲法判断ではないものの、児童扶養手当法施行令がその支給要件として、父から認知された婚外子を除外したことが争われた事案⁷¹では、「父による現実の扶養を期待することができない類型

⁶⁰ 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。そもそも、裁判所は早い時期から差別解消に積極的な姿勢を示してきたと指摘する。

⁶¹ 土井・前掲注（60）167頁。

⁶² 救済に関する検討については、中曾・前掲注（2）105～108頁。

⁶³ 土井・前掲注（60）166頁。

⁶⁴ 前田・前掲注（58）97頁。

⁶⁵ 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。

⁶⁶ 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）3～4頁

⁶⁷ 東京高裁平成7年3月22日判例時報1529号29頁。おな、プライバシー権との関連において、「非嫡出子という本人に選択の余

地のない出生により取得した自己の属性（身分）により就学、就職及び結婚等の社会関係において深刻な不利益取扱いを受けていることが認められ、このような社会的差別の存在が右属性についてこれが他に知られたくない個人情報として個人のプライバシーに属する実質的根拠となっている」とする。

⁶⁸ 土井真一「住民票続柄欄における嫡出子と非嫡出子の区別記載の合憲性」法学教室判例セレクト95（1996年）8頁。

⁶⁹ 戸籍は、その利便性の半面「国民はたえずその存在を意識しそれに縛られその重圧を感じ、国籍差別や非嫡出子差別などさまざまな差別の原因となっている」。戸籍制度全般については、水野紀子「戸籍制度」ジュリスト1000号（1992年）163頁～171頁を参照。

⁷⁰ 東京高裁平成17年3月24日。

⁷¹ 最判平成14年1月31日民集56巻1号246頁。

の児童に当たり、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において婚姻外懐胎児童を法4条1項1号ないし4号に準ずる児童としていることは、法の委任の趣旨に合致するところである」が一方で、「婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない」ので、「施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない」とされた。この判決では、正面から平等権の問題を取り上げたわけではない。しかし、ここで問題となっている児童扶養手当の支給の制限は、母子家庭の経済的支援という法全体の趣旨を曲げるものであり⁷²、また、子は母が負わされた差別を自己の責任ではないのに負わされることになり、明らかに合理性を欠くものである⁷³。

さらに、出生届における嫡出の有無の記載が問題となった事案⁷⁴では、以下のように判示された。「民法及び戸籍法において法律上の父子関係等や子に係る戸籍上の取扱いについて定められている規律が父母の婚姻関係の有無によって異なるのは、法律婚主義の制度の下における身分関係上の差異及びこれを前提とする戸籍処理上の差異であって、本件規定は、上記のような身分関係上及び戸籍処理上の差異を踏まえ、戸籍事務を管掌する市町村長の事務処理の便宜に資するものとして、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきことを定めているにとどまる。そして、届書にこれが記載されない場合、当該届出に係る子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであっても、その記載の欠缺により届出が不受理の理由となり得る瑕疵のあるものとなる一方で、……届出の受理や職権による戸籍の記載も可能である。以上に鑑みると、本件規定

それ自体によって、嫡出でない子について嫡出子との間で子又はその父母の法的地位に差異がもたらされるものとはいえない」。また、「戸籍法が届書の開示については戸籍の開示よりも厳格な要件を定めていること（48条2項、10条、10条の2）に照らせば、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することにより、その内容が第三者との関係においてより容易に知られ得る状態に置かれることとなるものともいえない」。そして、「当該届出に係る子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであるかは市町村長において戸籍簿の記載との対照等の方法によっても知り得るものであり……、届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することを届出人に義務付けることが、市町村長の事務処理上不可欠の要請とまではいえないとしても、少なくともその事務処理の便宜に資するものであることは否定し難く、およそ合理性を欠くものということとはできない」。このように、本判決においては、嫡出子と非嫡出子の区別は民法や戸籍編製に関する戸籍法の規定から生じているものであり、その事務処理上の便宜に資する本件規定においても平等権のもとで必要とされる別異取扱いの正当化が生じているとはいえないこと、さらに、本件規定は嫡出子の場合にも等しく別記載を要求している上記記載を欠く場合の受理等を禁止してはならないこと、出生届の内容は仮に容易に開示されるならば、別記載は非嫡出子に影響を及ぼすことになるが容易には第三者に開示されないことから、正当化事由の存在を否定している⁷⁵。

相続以外の領域においても、親が法律婚をしているかどうかで子供を区別する必要性はなく⁷⁶、そうした区別は正当化できるものではない⁷⁷。嫡出・非嫡出の記載の有無について、実際の意義が大きくないにもかかわらずそれを敢えて残すことで、その象徴的意味は大きくなり非嫡出子に対する差別を助長することになる⁷⁸。そうすると、非嫡出子に対する差別に鑑み⁷⁹、かつ、非嫡出子として出生した子どもの尊厳を重視し⁸⁰、出生届における嫡出の有無の合理性を慎重に検討すべきであった。

5 むすび—非嫡出子に対する差別の問題と憲法の関係

憲法14条との関係において

従来の学説は、本規定の合憲性を考えるに際して平等権に着目してきた。そこでは、非嫡出

⁷² 棟居快行「平等原則と立法裁量」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法』（信山社、2011年）480頁。

⁷³ 棟居快行『憲法フィールドノート第3版』（日本評論社、2006年）90頁。

⁷⁴ 最判平成25年9月26日。本判決については、中曾久雄「出生届における嫡出記載の有無と憲法14条」地域創成研究年報10巻（2015年）。

⁷⁵ 山本龍彦「戸籍法49条2項1号と憲法14条1項」平成25年度重要判例解説（2014年）18頁。

⁷⁶ 長尾英彦「非嫡出子記載取消請求事件判決について」中京法

学26巻3・4号（1992年）12～13頁。

⁷⁷ 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）42頁。

⁷⁸ 山本・前掲注（75）18頁。

⁷⁹ 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。

⁸⁰ 辻村みよ子「国籍・家族と平等」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正「新版 憲法判例を読みなおす」（日本評論社、2011年）68頁。

子に基づく区分が憲法14条1項の後段列挙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。そして、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、後段列挙事由をめぐ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⁸¹と「性別」と「社会的身分」に対しては、厳格な合理性の基準が妥当するという説が対立してきた⁸²。しかし、生まれによる差別という最も卑劣な差別であり⁸³、また、相続の領域では相続分差別という重大な不利益を及ぼしていたのであり⁸⁴、区分事由の悪質性が顕著である以上⁸⁵、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は一致している⁸⁶。(ただし、判例はこうした審査基準論を否定している。判例は立法事実の総合的考察に重点を置いている)⁸⁷。

さらに、近時の有力学説は、従来のような当該区分における不合理性を問うだけでは、差別の問題に対処することはできず、それが「日本法の盲点」になっているという⁸⁸ (ただし、国籍法違憲判決に見られるように、近年の判例はこうした問題にセンシティブになっている)⁸⁹。そこで、差別の問題に対処するために、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⁹⁰。つまり、相続分に差を設けることは保護の程度に差を設けることであり、非嫡出子を劣位に置いてよいというメッセージを発するものである⁹¹。このメッセージの及ぼす害悪こそが⁹²非嫡出子に対する差別の本質的問題である⁹³。このように、非嫡出子に対する差別の本質的問題は、本規定が、「『嫡出子に比べて劣るもの』だ」という烙印(stigma)を、民法が婚外子に押す」ことで「その存在から『意味

が『剥奪』されるという」問題⁹⁴、および、そうしたことが非嫡出子に対する差別意識を生産することにある⁹⁵。こうした差別が社会において存在すること自体が⁹⁶人間の尊厳を傷つけ⁹⁷、著しい人格的害悪となるものである⁹⁸。それは、万人を均質の個人として処遇すべきことを要請する基底的平等⁹⁹、あるいは、人格の価値がすべての人間について平等であるという平等権の基本原則¹⁰⁰に反するというべきであろう¹⁰¹。ただ、問題はメッセージの及ぼす害悪をいかに認定するかである¹⁰²。この問題は平等権のみならず権利侵害というものをいかに考えるのかということとも関連している¹⁰³。差別により実質的に権利利益が制限され害悪が生じている場合のみならず、差別により実質的に権利利益が系統的に行使することが困難な状況が客観的に確認できる場合には¹⁰⁴ (非嫡出子に対する差別はそうした状況が容易に確認することができるというべきであろう)¹⁰⁵、平等権侵害というべきであろう¹⁰⁶。

憲法13条との関係において

しかし、非嫡出子に対する差別は14条の問題につきものではない。非嫡出子に対する差別は個人の自己決定に影響を与えることは明らかである¹⁰⁷。婚姻のみに利益を与え他の関係に対して不利益を与える点でライフスタイルの自己決定を阻害するものである¹⁰⁸。法律婚を選択しない個人からすれば、自らの選択した関係がなぜ法律婚に比べて劣等の法的処遇しか受け得ないとするのは、深刻な問題となる。各人の自己決定を尊重するのであれば、個人と誰といなかる関係を形成するのは各人に委ねられるべきであり、ある特別の関係だけを抽出して特別の法規整を加えることは許さないというべきであろう¹⁰⁹。さら、

⁸¹ 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996年)317～318頁。

⁸² 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年)30頁。

⁸³ 市川正人『基本講義 憲法』(新世社、2014年)111頁。

⁸⁴ 棚村・前掲注(77)36頁。

⁸⁵ 林知更「嫡出性の有無による差別(1):法廷相続分差別」高橋和之編『新・判例ハンドブック』(日本評論社、2013年)61頁。

⁸⁶ 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)211頁。

⁸⁷ 初宿正典・大石眞編『憲法 Cases and Materials 人権第2版』(有斐閣、2013年)132頁。

⁸⁸ 木村・前掲注(49)189頁。

⁸⁹ 西村裕一「まなざしの憲法学」木村・西村・前掲注(41)163頁。

⁹⁰ 木村・前掲注(49)206～209頁。

⁹¹ 木村・前掲注(49)189～190頁。

⁹² 西村・前掲注(89)149頁。

⁹³ 木村・前掲注(79)17頁。

⁹⁴ 石川・前掲注(10)44頁。

⁹⁵ 西希代子「嫡出子と非嫡出子」法学教室358号(2010年)15頁。

⁹⁶ 西村・前掲注(89)152頁。

⁹⁷ 西村・前掲注(89)151頁。

⁹⁸ 西村・前掲注(89)150頁。

⁹⁹ 佐々木弘通「平等原則」安西文雄、青井未帆、浅野博宣、岩切紀史、木村草太、小島慎司、齊藤愛、佐々木弘通、宍戸常寿、林知更、巻美矢紀、南野森『憲法学の現代的論点 第2版』(有斐閣、2009年)330頁。

¹⁰⁰ 佐藤・前掲注(86)208頁。

¹⁰¹ 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト1037号(1994年)180頁。

¹⁰² 高井・前掲注(101)178頁。

¹⁰³ 西村・前掲注(89)152頁。

¹⁰⁴ 佐々木・前掲注(99)339頁。

¹⁰⁵ この点について、例えば、平成15年3月31日の最高裁判決(集民209号397頁、判時1820号64頁)における島田仁郎裁判官の補足意見は、「非嫡出子が本件規定によって受ける不利益は、単に相続分が少なくなるという財産上のものにとどまらず、このような規定が存在することによって、非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ、あるいは見られるのではないかということで、肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できない」と指摘する。

¹⁰⁶ 西村・前掲注(89)152～153頁。

¹⁰⁷ 安念潤司「家族形成と自己決定」岩波講座『現代の法14 自己決定と法』(岩波書店、1998年)135頁。

¹⁰⁸ 二宮周平「非嫡出子差別はくずれた」法学セミナー465号(1993年)57頁。

¹⁰⁹ 安念・前掲注(107)135頁。

先にみた人格に対して及ぼす著しい害悪に着目すれば、個人の人格の根源的平等を保障する憲法 13 条¹¹⁰にも反することになる。ここにいう個人の人格の根源的平等とは「自らの人生を構想し、選択し、自ら生きる存在として、あらゆる個人を平等に扱わなければならないこと」¹¹¹、「自分の人生を自分で意味づける存在としての平等」¹¹²を要求するものである。個人の自律性を確保するためには、個人の平等は必須の要件となる¹¹³。その意味で、個人の自律と平等は根底で結合している¹¹⁴。非嫡出子に対する差別が及ぼす烙印効果は、被差別者の自尊を剥奪し意欲的なライフプランを阻害するもので、人生全体に関わる自己選択の否定をも意味するものである¹¹⁵。こうした差別が公共の福祉に反し許されないのは当然である¹¹⁶。

憲法 24 条との関係において

さらに、非嫡出子に対する差別の問題については、24 条とも関わるものである¹¹⁷。家族生活および相続の領域において個人の尊厳を強調する 24 条の趣旨からすれば¹¹⁸、家制度の残滓と言える法制度があれば、端的に違憲と考えられる¹¹⁹。憲法は法律婚の保護それ自体は許容しているが、それは『妻の座』、専業主婦の生活や『家』の財産を保障したものではない。むしろ、それは両性の平等に反したり、否定されるべき「家」制度の残滓であると考えられる。法律婚主義は、「対等の夫婦関係の相互の権利義務関係を法律が保障することであり、子に対する親の責任などは法律上の婚姻から生じた子であるか否かによって異なるべき性質のものではない」。したがって、法律婚主義から必然的に「個人の尊厳」を侵す差別を認めることにならない。また、民法も憲法に適合的であるべきであり、婚姻制度や非嫡出子差別などの生まれに関する差別は 24 条の「個人の尊厳」反するというべきであろう¹²⁰。

憲法的害悪との関係において—具体的権利利益侵害を超えて

このように、非嫡出子に対する差別は法的主体としての地位を否定するに等しいものであり¹²¹、それは個人の平等な地位を是認することを認める人権保障の前提を掘り崩すものである¹²²（その意味で、

こうした状況下では権利侵害よりも一層深く非嫡出子の「人間の尊厳」が傷つけられているといえよう）¹²³。また、嫡出子に対する差別の及ぼす害悪は、具体的な権利利益の侵害以前に¹²⁴、マジョリティが期待する一定の負荷を負った筋書（非嫡出子にはかくあるべし）を課されるという意味で、差別されている者の社会構成員としての平等な権利主体が剥奪するものであり、ひいてはそれが立憲政治を根底から不可能とする。そのために、非嫡出子に対する差別は、差別や権利侵害の問題を超えて「憲法的害悪」ともいべきものである¹²⁵。そのために、13 条に依拠するにせよ、14 条に依拠するにせよ、24 条に依拠するにせよ、違憲であることは明確であろう。

こうした学説の主張に呼応する形で、平成 25 年の違憲決定では非嫡出子差別の大本である本規定が違憲と判断された。裁判所は、明らかに相続の領域だけではなく、嫡出子に対する差別の問題そのものを解消する方向性を提示している¹²⁶。そうすると、それを前提とする諸制度も、その合理的根拠を失ったというべきであろう¹²⁷。その意味で、違憲決定の持つインパクトは極めて大きい¹²⁸。さらに、非嫡出子に対する差別の問題そのものを克服するためには、その原因を作り出す諸制度の見直しが必要である¹²⁹。非嫡出子に対する差別の問題を真に解決するためには、その差別を根拠付けている法令の違憲性、違法性を検討することが不可欠である¹³⁰。非嫡出子差別の大本が違憲とされ非嫡出子の正当性を維持するアプローチは皆無である現在¹³¹、非嫡出子に対する差別撤廃の要請は高まりつつけるであろう¹³²。今後、非嫡出子に対する差別そのものを解消でき

110 西村・前掲注 (89) 153 頁。

111 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999 年）28 頁。

112 長谷部・前掲注 (111) 29 頁。

113 長谷部・前掲注 (111) 30 頁。

114 長谷部・前掲注 (111) 33 頁。

115 西村・前掲注 (89) 153～154 頁。

116 西村・前掲注 (89) 154 頁。

117 中曾・前掲注 (2) 104～105 頁。

118 棟居快行『憲法解釈演習第 2 版』（信山社、2009 年）137～138 頁。

119 君塚正臣「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える—」横浜国際経済法学 19 卷 2 号（2010 年）138 頁。

120 君塚・前掲注 (36) 105 頁。

121 佐々木・前掲注 (99) 339 頁。

122 西村・前掲注 (89) 154 頁。

123 石川・前掲注 (10) 44 頁。

124 西村・前掲注 (89) 150 頁。

125 西村・前掲注 (89) 149 頁。

126 中曾・前掲注 (2) 102 頁。

127 内野正幸「住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方：国賠法上の違法性と違憲性の判断基準を中心にして」筑波法政 16 号（1993 年）294 頁。

128 西・前掲注 (95) 12～15 頁。

129 小野・前掲注 (66) 16 頁。

130 小野・前掲注 (66) 20 頁。

131 棚村・前掲注 (77) 42 頁。

132 小野・前掲注 (66) 20 頁。

るか否かに¹³³、憲法の存在意義が問われていると言ってよい¹³⁴。

¹³³ 非嫡出子に対する差別の解消は、一方で、旧家族制度の解体を超えて平等をさらに進め、家族に関わるライフスタイルの自由の尊重に関連するが、他方で、非嫡出子に対する差別は戦後民法が創設した法律婚家制度と関わるものであり婚姻を基本要素とする現行民法の家族制度と緊張関係に立つものであり、新たに婚姻関係・親子関係をどのように規律するかという問題も視野に入れる

必要性が生じる。毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』(有斐閣、2013年) 89～90頁。つまり、非嫡出子に対する差別解消の問題は、差別の問題を超えて、婚姻や家族の在り方の意味を再考する契機へとつながるのである。君塚・前掲注(81) 338頁。

¹³⁴ 君塚・前掲注(81) 337頁。