

## 第2回第3回 法の下の平等

### 予習範囲

- ・憲法Ⅰ第6章第2節
- ・百選ⅠNo. 25～32
- ・市大判例集Ⅰ－No. 3-1 尊属殺重罰規定、No. 3-2 非嫡出子相続差別
- ・配付資料：芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版）』22～32頁
  - 野山宏・判例解説・曹時49巻11号172～177頁（民法900条4号但書の合憲性をめぐる学説の要約）
  - 君塚正臣・判例評釈・家族法判例百選第6版8～9頁

### はじめに

この講義では判例を中心に法の下をめぐる論点を検討するが、それに先立ちまず、自由と平等の全体にかかわる問題（形式的平等と実質的平等の関係、自由と平等の関係）について、教科書278～281頁で押さえておくことが重要である。わが国の憲法14条にいう「平等」の意味が基本的には形式的平等を保障しつつも、立法による実質的平等の要請の具体化も相当程度まで受容することを予定した規定と解されていること、それとの関係でいわゆるアファーマティブ・アクション（積極的差別是正策）の是非が問題となりうることにつき、教科書282～283頁参照。

なお留意されるべきは、アファーマティブ・アクションのごとき実質的平等の要請の実現は基本的には立法政策によるものであり、それが合理的で相当な範囲内にとどまるものであれば許されるが、原則としてこれを権利として求めることはできない、という点である。これは、教科書283頁注（1）に引用されている合衆国の入学特別枠の例を考えればわかりやすい。入学特別枠を設けていない国公立大学に対して、入学特別枠を求める権利を主張することはできないであろう。

もっとも、国が一定の政策を実施する際に少数者の事情を積極的に考慮する義務が発生する場合もありうる。例えば、ダムを建設する際、ダム建設河川の流域に居住し文化的・民族的伝統行事を行っている少数民族（例えばアイヌ民族）のそれら行事に対してダム建設が与える影響を考慮せず（例えばそれら伝統行事が行われる場所をできるだけ避けながらダム建設ができないか、といったことを考慮せず）、単に地形、地質および経済効果だけでダム建設を行った場合には、ダムを建設する「事業計画の達成により得られる利益がこれにより失われる利益に優越するかどうかを判断するために必要な調査、研究等の手続を怠り、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当に軽視ないし無視し、したがって、そのような判断ができないにもかかわらず、アイヌ文化に対する影響を可能な限り少なくする等の対策を講じないまま、安易に前者の利益が後者の利益に優越するものと判断し」として、当時の建設大臣によるダム建設の事業認定が違法（土地収用法20条3号〔この条文については、事業計画の達成により得られる公共の利益と事業計画により失われる公共ないし私的利益を比較衡量し、前者が後者に優越すると認められる場合に20条3号にいう「事業計画が土

地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」の要件を充足し、事業認定が許されるとされている] 参照) とされた札幌地判平成9・3・27判時1598号33頁参照。

「法の下での平等」が絶対的平等ではなく相対的平等を意味するものと解されていること、「法の下での平等」については立法者非拘束説もかつては存在したが、現在では立法者拘束説が通説となっていることについては教科書283～286頁を各自で要約すること。

\*アファーマティブ・アクションとの関係で「日本国憲法の原則的な平等観念は形式的平等である」といわれることの意味を確認しておく。「ある措置が形式的平等に反している場合には、専ら、どこまで(の違反)であれば憲法14条1項違反にならない(で許される)か、という方向から平等を問題とするというのが、その意味である。これをアファーマティブ・アクションの文脈で敷衍するならば、実質的平等を促進するために形式的平等を犠牲にする措置は、それがどれだけ実質的平等に資していれば憲法14条1項の要請に応えたことになるのかとは考えず、どこまでの形式的平等違反であれば憲法14条1項に反しないかと考えるということである。実質的平等のための措置は、それが如何に不十分であるとしても違憲になることはないが、形式的平等は、その要請を満たさなければ違憲になる。実質的平等は憲法上の要請ではないが、形式的平等は憲法上要請される。憲法上要請される平等観念が、すなわち「日本国憲法の原則的な平等観念」とされるのである。アファーマティブ・アクションは、実質的平等を促進するための措置である。したがって、それが講じられないとしても憲法14条1項違反になることはない。けれども、アファーマティブ・アクションを講じたことによって形式的平等が損なわれたとしたら、どこまで損なわれたかに応じて、憲法14条1項違反を構成することがある」。ではそれはいかなる場合か。「それは、実質的平等を追求する余り、形式的平等の根幹を犠牲にする場合である。」蟻川「2011年司法試験予備試験論文式試験憲法」法教398号112～113頁

\*合衆国でも、専ら人種的マイノリティ・グループだけへの割り当て(クォータ)制度は許されないとされている(*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265(1978).)。大学が、人種を考慮して、優先処遇を行う場合については、一定の要件(narrowly tailored=やむにやまれぬ利益を達成するための限定的手段である、という要件)を満たせば有効となりうるにすぎない(*Michigan Law School*のケースに関する *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306(2003)では、成績以外の要素も考慮し、少数者の入学を不可欠な数確保するというロー・スクールの優遇措置に付き、厳格審査を適用しつつも、多様性確保というやむにやまれぬ利益を実現するための限定的手段であるとして、そこでの優遇措置を合憲とした。もっとも、同じくミシガン大学の優遇措置に関するものではあるが、大学(こちらは学部である *College of Literature, Science, and the Arts*)の入学に際し100点のうち20点を少数者に付与し、ほとんど自動的に入学を認める制度については、多様性確保のための限定的手段とはいえないとして平等保護条項違反とする *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244(2003)が出されている。松井茂記『アメリカ憲法入門(第5判)』(有斐閣、2004年)299頁)。大学の場合には大学の自治が第一修正上の権利として認められるからである。ただ、高校には「高校の自治」がないので、平等を求める権利に対抗する権利が高校側には存在せず、従って、高校では優先処遇は許されない。

## 1. 憲法14条1項後段の列举事由の意味

憲法14条1項は前段で「すべて国民は、法の下に平等であつて」と規定し、その後段で差別禁止事由（「人種、信条、性別、社会的身分または門地」）を列举する。この列举に法的な意味があるかないかがここでの問題である。この点について従前より示されてきた諸学説については教科書286～287頁を各自で要約すること。現在の学説はこれを例示ととらえる多数説と、そこには特別の意味があるとする説とに分かれている。

**Q1-1** 古い判例（教科書287頁に引用されている最判昭和23・5・26刑集2巻5号517頁\*）は別として、現在の判例はこの点どう考えているか。最判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁百選No.25,市大判例集1-No.3-1で確認しなさい。

\*上告趣意の論旨は「原審が被告人に対し刑の執行猶予の恩典を与へないのは「すべて国民は法の下に平等である」との憲法第十四条の趣旨に反するものであると主張するが、同条は人種、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、すべての国民を差別的に取扱わない旨を規定して居るのであつて、原審が被告人に対し刑の執行猶予の言渡をしないのは同条所定の事由によりて被告人を差別待遇したのではなく事実審として所論の弁償の事実をも参酌した上犯罪の情状からみて刑の執行猶予の言渡をすることができないと判断したのであるから、何等同条に反するものでない。」とした。

**Q1-2** 次に掲げるサラリーマン税金訴訟事件最判昭和60・3・27民集39巻2号247頁百選No.31をよみ、その事案と法廷意見の判旨をまとめた上で、憲法14条後段列举事由のとらえ方につき伊藤補足意見の特徴を指摘しなさい。

【最判昭和60・3・27民集39巻2号247頁】

【判旨】

上告代理人山田近之助の上告理由について

一 所論は、要するに、本件課税処分 of 根拠をなす昭和四〇年法律第三三号による改正前の所得税法（昭和二二年法律第二七号。以下「旧所得税法」という。）中の給与所得に係る課税関係規定（以下「本件課税規定」という。）は、次のとおり、事務所得者等の他の所得者に比べて給与所得者に対し著しく不公平な所得税の負担を課し、給与所得者を差別的に扱っているから、憲法一四条一項の規定に違反し無効であるとの前提に立つて、本件課税規定を合憲と判断した原判決を非難するものである。

1 旧所得税法は、事業所得等の金額の計算について、事業所得者等がその年中の収入金額を得るために実際に要した金額による必要経費の実額控除を認めているにもかかわらず、給与所得の金額の計算については、給与所得者がその年中の収入金額を得るために実際に要した金額による必要経費の実額控除を認めず、右金額を著しく下回る額の給与所得控除を認めるにとどまるものである。

2 旧所得税法は、事業所得等の申告納税方式に係る所得の捕捉率に比し給与所得の捕捉率が極めて高くなるという仕組みになっており、給与所得者に対し所得税負担の不当なしわ寄せを行うものである。

3 旧所得税法は、合理的な理由のない各種の租税優遇措置が講じられている事業所得者等に比べて、給与所得者に対し過重な所得税の負担を課するものである。

二 まず、給与所得に係る必要経費の控除の点について判断する。

1 旧所得税法は、所得税の課税対象である所得をその性質に応じて一〇種類に分類した上、不動産所得、事業所得、山林所得及び雑所得の金額の計算については、それぞれその年中の総収入金額から必要経費を控除すること、右の必要経費は当該総収入金額を得るために必要な経費であり、家事上の経費、これに関連する経費（当該経費の主たる部分が右の総収入金額を得るために必要であり、かつ、その必要である部分が明瞭に区分できる場合における当該部分に相当する経費等を除く。以下同じ。）等は必要経費に算入しないことを定めている。また、旧所得税法は、配当所得、譲渡所得及び一時所得の金額の計算についても、「その元本を取得するために要した負債の利子」、「その資産の取得価額、設備費、改良費及び譲渡に関する経費」又は「その収入を得るために支出した金額」を控除することを定めている。一方、旧所得税法は、給与所得の金額はその年中の収入金額から同法所定の金額（収入金額が四一万七五〇〇円以下である場合には一万七五〇〇円と当該収入金額から一万七五〇〇円を控除した金額の一〇分の二に相当する金額との合計額、収入金額が四一万七五〇〇円を超え七一万七五〇〇円以下である場合には九万七五〇〇円と当該収入金額から四一万七五〇〇円を控除した金額の一〇分の一に相当する金額との合計額、収入金額が七一万七五〇〇円を超え八一万七五〇〇円以下である場合には一二万七五〇〇円と当該収入金額から七一万七五〇〇円を控除した金額の一〇分の〇・七五に相当する金額との合計額、収入金額が八一万七五〇〇円を超える場合には一三万五〇〇〇円）を控除した金額とすることを定めている（この控除を以下「給与所得控除」という。）。ところで、給与所得についても収入金額を得るための必要経費の存在を観念し得るところ、当時の税制調査会の答申及び立法の経過に照らせば、右の給与所得控除には、給与所得者の勤務に伴う必要経費を概算的に控除するとの趣旨が含まれていることが明らかであるから、旧所得税法は、事業所得等に係る必要経費については、事業所得者等が実際に要した金額による実額控除を認めているのに対し、給与所得については、必要経費の実額控除を認めず、代わりに同法所定額による概算控除を認めるものであり、必要経費の控除について事業所得者等と給与所得者とを区別するものであるということが出来る。

2 そこで、右の区別が憲法一四条一項の規定に違反するかどうかについて検討する。

(一) 憲法一四条一項は、すべて国民は法の下に平等であつて、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旨を明定している。この平等の保障は、憲法の最も基本的な原理の一つであつて、課税権の行使を含む国のすべての統治行動に及ぶものである。しかしながら、国民各自には具体的に多くの事実上の差異が存するのであつて、これらの差異を無視して均一の取扱いをすることは、かえつて国民の間に不均衡をもたらすものであり、もとより憲法一四条一項の規定の趣旨とするところではない。すなわち、憲法の右規定は、国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、合理的理由なくして差別することを禁止する趣旨であつて、国民各自の事

実上の差異に相応して法的取扱いを区別することは、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のである（最高裁昭和二五年（あ）第二九二号同年一月一日大法廷判決・刑集四卷一〇号二〇三七頁、同昭和三七年（オ）第一四七二号同三九年五月二七日大法廷判決・民集一八卷四号六七六頁等参照）。

（二）ところで、租税は、国家が、その課税権に基づき、特別の給付に対する反対給付としてでなく、その経費に充てるための資金を調達する目的をもつて、一定の要件に該当するすべての者に課する金銭給付であるが、およそ民主主義国家にあつては、国家の維持及び活動に必要な経費は、主権者たる国民が共同の費用として代表者を通じて定めるところにより自ら負担すべきものであり、我が国の憲法も、かかる見地の下に、国民がその総意を反映する租税立法に基づいて納税の義務を負うことを定め（三〇条）、新たに租税を課し又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要としている（八四条）。それゆえ、課税要件及び租税の賦課徴収の手続は、法律で明確に定めることが必要であるが、憲法自体は、その内容について特に定めることをせず、これを法律の定めるところにゆだねているのである。思うに、租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである。そうであるとすれば、租税法の分野における所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、その合理性を否定することができず、これを憲法一四条一項の規定に違反するものということとはできないものと解するのが相当である。

（三）給与所得者は、事業所得者等と異なり、自己の計算と危険とにおいて業務を遂行するものではなく、使用者の定めるところに従つて役務を提供し、提供した役務の対価として使用者から受ける給付をもつてその収入とするものであるところ、右の給付の額はあらかじめ定めるところによりおおむね一定額に確定しており、職場における勤務上必要な施設、器具、備品等に係る費用のたぐいは使用者において負担するのが通例であり、給与所得者が勤務に関連して費用の支出をする場合であつても、各自の性格その他の主観的事情を反映して支出形態、金額を異にし、収入金額との関連性が間接的かつ不明確とならざるを得ず、必要経費と家事上の経費又はこれに関連する経費との明瞭な区分が困難であるのが一般である。その上、給与所得者はその数が膨大であるため、各自の申告に基づき必要経費の額を個別的に認定して実額控除を行うこと、あるいは概算控除と選択的に右の実額控除を行うことは、技術的及び量的に相当の困難を招来し、ひいては租税徴収費用の増加を免れず、税務執行上少なからざる混乱を生ずることが懸念される。また、各自の主観的事情や立証技術の巧拙によつてかえつて租税負担の不公平をもたらすおそれもなしとしない。旧所得税法が給与所得に係る必要経費につき実額控除を排し、代わりに概算控除の制

度を設けた目的は、給与所得者と事業所得者等との租税負担の均衡に配慮しつつ、右のような弊害を防止することにあることが明らかであるところ、租税負担を国民の間に公平に配分するとともに、租税の徴収を确实・的確かつ効率的に実現することは、租税法の基本原則であるから、右の目的は正当性を有するものというべきである。

(四) そして、右目的との関連において、旧所得税法が具体的に採用する前記の給与所得控除の制度が合理性を有するかどうかは、結局のところ、給与所得控除の額が給与所得に係る必要経費の額との対比において相当性を有するかどうかにかかるといえる。もつとも、前記の税制調査会の答申及び立法の経過によると、右の給与所得控除は、前記のとおり給与所得に係る必要経費を概算的に控除しようとするものではあるが、なおその外に、(1) 給与所得は本人の死亡等によつてその発生が途絶えるため資産所得や事業所得に比べて担税力に乏しいことを調整する、(2) 給与所得は源泉徴収の方法で所得税が徴収されるため他の所得に比べて相対的により正確に捕捉されやすいことを調整する、(3) 給与所得においては申告納税の場合に比べ平均して約五か月早期に所得税を納付することになるからその間の金利を調整する、との趣旨を含むものであるというのである。しかし、このような調整は、前記の税制調査会の答申及び立法の経過によつても、それがどの程度のものであるか明らかでないばかりでなく、所詮、立法政策の問題であつて、所得税の性格又は憲法一四条一項の規定から何らかの調整を行うことが当然に要求されるものではない。したがつて、憲法一四条一項の規定の適用上、事業所得等に係る必要経費につき実額控除が認められていることとの対比において、給与所得に係る必要経費の控除のあり方が均衡のとれたものであるか否かを判断するについては、給与所得控除を専ら給与所得に係る必要経費の控除ととらえて事を論ずるのが相当である。しかるところ、給与所得者の職務上必要な諸設備、備品等に係る経費は使用者が負担するのが通例であり、また、職務に関し必要な旅行や通勤の費用に充てるための金銭給付、職務の性質上欠くことのできない現物給付などがおおむね非課税所得として扱われていることを考慮すれば、本件訴訟における全資料に徴しても、給与所得者において自ら負担する必要経費の額が一般に旧所得税法所定の前記給与所得控除の額を明らかに上回るものと認めることは困難であつて、右給与所得控除の額は給与所得に係る必要経費の額との対比において相当性を欠くことが明らかであるということとはできないものとせざるを得ない。

(五) 以上のとおりであるから、旧所得税法が必要経費の控除について事業所得者等と給与所得者との間に設けた前記の区別は、合理的なものであり、憲法一四条一項の規定に違反するものではないというべきである。

三 次に、所論は事業所得等の捕捉率が給与所得の捕捉率を下回っていることを指摘するが、その趣旨は、捕捉率の著しい較差が恒常的に存する以上、それは単に徴税技術の巧拙等の事実上の問題であるにとどまらず、制度自体の欠陥を意味するものとして、本件課税規定を違憲ならしめるものである、というのである。

事業所得等の捕捉率が相当長期間にわたり給与所得の捕捉率を下回っていることは、本件記録上の資料から認められないではなく、租税公平主義の見地からその是正のための努力が必要であるといわなければならない。しかしながら、このような所得の捕捉の不均衡の問題は、原則的には、税務行政の適正な執行により是正されるべき性質のものであつて、捕捉率の較差が正義衡平の観念に反する程に著しく、かつ、それが長年にわたり恒常的に

存在して租税法制自体に基因していると認められるような場合であれば格別（本件記録上の資料からかかる事情の存在を認めることはできない。）、そうでない限り、租税法制そのものを違憲ならしめるものとはいえないから、捕捉率の較差の存在をもって本件課税規定が憲法一四条一項の規定に違反するということはできない。

四 また、所論は合理的理由のない租税優遇措置の存在をいうが、仮に所論の租税優遇措置が合理性を欠くものであるとしても、そのことは、当該措置自体の有効性に影響を与えるものにすぎず、本件課税規定を違憲無効ならしめるものということはできない。

五 以上のとおり、本件課税規定は憲法一四条一項の規定に違反しないから、原審の判断は結論において是認することができる。論旨は、憲法三二条違反をいう部分を含め、判決の結論に影響を及ぼさない点について原判決を非難するものであつて、いずれも採用することができない。

よつて、行政事件訴訟法七条、民訴法三九六条、三八四条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官木下忠良、同伊藤正己、同谷口正孝、同木戸口久治、同島谷六郎、同長島敦の各補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官伊藤正己の補足意見は、次のとおりである。

私も、法廷意見と同様に、給与所得に係る必要経費について、実額控除を認めず、概算控除を設けるにとどまる本件課税規定は、給与所得者を事業所得者等と区別するものではあるが、それ自体としては憲法一四条一項の規定に違反するものではないと解する。そして、そのように解する理由についてもまた、法廷意見の説示するところに全く異論はない。しかし、本件は、租税についての国民の公平かつ平等な負担という租税法と憲法との関係にかかわるものであることにかんがみ、次の二点について補足的に意見を述べておくこととしたい。

一 法廷意見の説くように、租税法は、特に強い合憲性の推定を受け、基本的には、その定立について立法府の広範な裁量にゆだねられており、裁判所は、立法府の判断を尊重することになるのであるが、そこには例外的な場合のあることを看過してはならない。租税法の分野にあつても、例えば性別のような憲法一四条一項後段所定の事由に基づいて差別が行われるときには、合憲性の推定は排除され、裁判所は厳格な基準によつてその差別が合理的であるかどうかを審査すべきであり、平等原則に反すると判断されることが少なくないと考えられる。性別のような事由による差別の禁止は、民主制の下での本質的な要求であり、租税法もまたそれを無視することを許されないのである。しかし、本件は、右のような事由に基づく差別ではなく、所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別であるから、厳格な基準による審査を必要とする場合でないことは明らかである。

二 本件課税規定それ自体は憲法一四条一項の規定に違反するものではないが、本件課税規定に基づく具体的な課税処分が常に憲法の右規定に適合するとまではいえない。特定の給与所得者について、その給与所得に係る必要経費（いかなる経費が必要経費に当たるかについては議論の余地があり得ようが、法廷意見もいうように、給与所得についても収入金額を得るための必要経費の存在を観念し得る。）の額がその者の給与所得控除の額を著しく超過するという事情がみられる場合には、右給与所得者に対し本件課税規定を適用して右超過額を課税の対象とすることは、明らかに合理性を欠くものであり、本件課税規定は、かかる場合に、当該給与所得者に適用される限度において、憲法一四条一項の規定に

違反するものといわざるを得ないと考える（なお、必要経費の額が給与所得控除の額を著しく超過するような場合には、当該所得が真に旧所得税法の予定する給与所得に当たるかどうかについて、慎重な検討を要することは、いうまでもない。）。

この点を本件についてみるに、本件における必要経費の額が本件課税規定による給与所得控除の額を著しく超過するものと認められないことは、原判決の説示に照らして明らかであるから、本件課税規定を適用して本件課税処分をしたことに憲法一四条一項違反があるということとはできない。

裁判官木下忠良、同長島敦は、裁判官伊藤正己の補足意見第二項に同調する。

\*谷口補足意見、木戸口補足意見は略。

## 2. 個別的差別禁止事項と法の下での平等を実現するための憲法上の制度

### (1) 個別的差別禁止事項

憲法14条1項後段に列挙されている個別的事項のそれぞれの意味内容等については教科書292～300頁を各自でまとめること。それらの説明の中で登場する色々な例のうち、いくつかのものは後に取り上げる。また、教科書を読むと、差別に関しては私人間でも紛争となることが多いことに気づかれるであろうが、私人間に憲法14条1項がどのようにかわるのかについては憲法の「私人間効力」とか「第三者効」といった議論があるので、別に「私人間効力」のところで取り扱う。

### (2) 法の下での平等を実現するための憲法上の制度

教科書300～304頁を参照されたい。

\*憲法24条について補足する。特に2項で、婚姻及び家族に関する事項について、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と定めていることの意味をどう理解するかが問題である（特別座談会「家族法の改正に向けて（下）」ジュリスト1325号173～174頁（山本敬三教授発言））。

①一般論：24条2項の理解の仕方には二つあり

A説：24条2項を、家族制度を保障した規定であると理解する。

・この場合、単に家族法を定めればよいという意味ではない。

・多くの論者は、そこである種の家族モデルを想定して、それを制度として保障することを命じたのが、憲法24条と理解。制度体としての家族の保障といってもよいかもしれない。

#このように24条2項を制度的保障の規定と捉えると、その制度の核心部分、つまり法律によっても侵害してはならない核心部分として「個人の尊厳と両性の本質的平等」というものを位置づけ、それに触れないような形で親子関係や夫婦関係を含めた家族制度、相続制度を法律で定めるべきことを規定したものと考えることができる（井上典之他「〔座談



会] 生殖補助医療」ジュリスト 1379 号 72 頁〔井上発言〕)

B 説：24 条は、家族を形成する権利を保障した規定だと理解する。

・13 条では幸福追求権が保障されているが、憲法 24 条は、そうした幸福追求権を家族に関して具体的に保障したものと理解する。

・これによると、家族に関して法律が制定されるのも、まさにそのような個人の家族形成権を保障するためと捉えられることになる。

②議論の違いの効果その 1：家族法のあり方に関する抽象論

A 説：法律婚を重視して、それに特別の保護を与えるという方向が志向される

その際の法律婚の内実は、多くの場合、保守的な「よき家族」像に基づき規定されるであろう。

B 説：家族法を個人主義的に構成し、家族法の契約化を志向する

③議論の違いの効果その 2：家族法の在り方に関する具体論その 1：婚姻関係法について

A 説：一定の夫婦形態を法律婚として法定し、そのような法律婚とそれ以外の関係を区別して扱う方向が志向される

B 説：法律婚の内容を多様化する方向、さらにはそもそも法律婚という制度自体を廃止する方向が目指される

④議論の違いの効果その 3：家族法の在り方に関する具体論その 2：親子関係法について

ここでの議論のポイントは、未成熟子の保護という問題をどう考えるか

A 説：未成熟子の保護を組み込んだ家族像を措定して、それを制度として保障するという方向が志向されよう

・実親子関係については、未成熟子を実効的に保護するための実親子関係のあり方が志向される。：具体的には、父子関係の決定とその否認について、子の法的地位の安定性が強調される

B 説：親の家族形成権を強調するだけでは、未成熟子の権利が無視されてしまうし、家族法の契約下と言っても、未成熟子が相手ではうまくいかない。そこで、この立場では、未成熟子には適切な看護・教育を受ける権利があることを前提として、それが適切な者、特に親にいわば信託されているという信託的な構成を補完的にとる必要があるという考え方などが主張されることになる。

・実親子関係については、個人の意思による実親子関係の形成を承認するという方向が志向される。：具体的には、父子関係の否認権を子にも認めたり、認知について子や母の承諾を要件とするなどの制度論が出てくる。

### 3. 違憲審査基準と個別の事例の検討

#### (1) 違憲審査基準

法令が法の下での平等に反するか否かを審査する基準につき、教科書 290 頁注(3)が指摘するとおり、判例では審査基準として一般に「合理性の基準」が採用されている。しかし最近の学説はアメリカ法の影響の下に議論を展開してきており、後に非嫡出子差別に関する

最高裁判例でみるように実務的にもこれを受け入れる見解が登場してきている。

**Q2-1** 法律が法の下での平等に反するか否かにつきこれまで展開されてきた学説の中で通説と目されるのが芦部説である。そこで、芦部『憲法』第7版133頁以下と配付資料である芦部・憲法学Ⅲ22～32頁とを読み、平等に関する違憲審査基準についての学説の見解をまとめよ。その際、法律の違憲を主張立証する責任が、どのような理由で、どちらにあるのかを明確にすること。

\*なお違憲審査基準以前に、どのような観点に着目して平等審査が行われる(べき)かを頭に入れておくことも重要である。この点については高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第2版)』(有斐閣、2010年)150頁以下は、①比較の対象(何と何を比較して差別を論ずるのか。たとえば公務員に設けられている自動失職制度〔地公法28条4項・国公法76条〕が私企業労働者に比較して過酷にすぎる、といった議論〔最判平成1・1・17判時1303号139頁(地位確認請求事件)・最判平成12・12・19判時1737号141頁(退職金請求事件)〕はいずれもこのような観点から当該制度の合理性を審査している〕は妥当か)、②差別の基礎(たとえば性別による差別など)、③権利の性格、④目的・手段の審査の4つの要素に分解している。

## (2) 平等に関する二つの事例

以下では、平等に関する二つの基本的な事例、すなわち尊属殺重罰規定(旧刑法200条)の合憲性をめぐる問題と、非嫡出子に対する相続差別を規定する民法900条4号但書の規定の合憲性をめぐる問題を中心に取り上げる。

### 1) 尊属殺重罰規定の合憲性

尊属殺重罰規定(旧刑法200条)は最判昭和48・4・4刑集27巻3号256頁百選No.25,市大判例集1-No.3-1により違憲とされた。しかし、この昭和48年最判以前においては、最判昭和25・10・25刑集4巻10号2126頁が、「刑法二〇〇条は、憲法一四条に違反するものでないことは、当裁判所が昭和二五年(あ)第二九二号事件について、同年一〇月一日言渡した大法廷判決の趣旨に徴して、明らかである。(尤も、刑法二〇〇条が、その法定刑として「死刑又ハ無期懲役」のみを規定していることは、厳に失するの憾みがないではないが、これととも、犯情の如何によつては、刑法の規定に従つて刑を減輕することはできるのであつて、いかなる限度にまで減刑を認めるべきかというがごとき、所詮は、立法の当否の問題に帰するもので、これがために同条をもつて憲法に違反するものと断ずることはできない。)論旨は理由がない。」として、尊属傷害致死重罰規定を合憲とした最判昭和25・10・11刑集4巻10号2037頁を旧刑法200条にもあてはめて、これを合憲としていた。

**Q2-2** 以下に掲げる最判昭和25・10・11刑集4巻10号2037頁を要約しなさい。

【最判昭和25・10・11刑集4巻10号2037頁の多数意見】

「上告趣意によれば、原判決は被告人が直系尊属に対し傷害致死の結果を生ぜしめた事実を認定しながら、刑法二〇五条二項を適用せず、同条項は憲法一四条の規定の趣旨に背反するとの見地よりしてその適用を排斥し、同条一項を擬律し処断したのは、憲法の規定の趣旨を誤解し、まさに適用すべかりし処罰法規を適用せずして裁判をなした不法あるものとして破棄を免れないものと主張する。

原判決は、その理由において、刑法二〇五条二項の規定が、「之を其の發生史的に觀れば子に対して家長乃至保護者又は権力者視された親への反逆として主殺しと並び称せられた親殺し重罰の觀念に由来するものを所謂淳風美俗の名の下に温存せしめ來つたものであつて既に此の点に於て多分に封建的、反民主主義的、反人権的思想に胚胎したるものとして窮極的に人間として法律上の平等を主張する右憲法の大精神に牴觸するものであり」と論じ、同条項が憲法一四条の国民平等、民主主義的精神に背馳し、憲法に反するものたることを断定しているのである。

おもうに憲法一四条が法の下における国民平等の原則を宣明し、すべて国民が人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会關係上差別的取扱を受けない旨を規定したのは、人格の価値がすべての人間について平等であり、従つて人種、宗教、男女の性、職業、社会的身分等の差異にもとずいて、あるいは特権を有し、あるいは特別に不利益な待遇を与えられてはならぬという大原則を示したものに外ならない。奴隷制や貴族等の特権が認められず、又新民法において、妻の無能力制、戸主の特権的地位が廃止せられたごときは、畢竟するにこの原則に基くものである。しかしながら、このことは法が、国民の基本的平等の原則の範囲内において、各人の年令、自然的素質、職業、人と人との間の特別の關係等の各事情を考慮して、道徳、正義、合目的性等の要請より適当な具体的規定をすることを妨げるものではない。刑法において尊属親に対する殺人、傷害致死等が一般の場合に比して重く罰せられているのは、法が子の親に対する道徳的義務をとくに重要視したものであり、これ道徳の要請にもとづく法による具体的規定に外ならないのである。

原判決は、子の親に対する道徳的義務をかように重要視することを以て、封建的、反民主主義的思想に胚胎するものであり、また「忠孝一本」「祖先崇拜」の思想を基盤とする家族主義社会においてのみ存在を許さるべきものであるというが、夫婦、親子、兄弟等の關係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道徳原理、すなわち学説上所謂自然法に属するものといわなければならない。従つて立法例中普通法の国である英米を除き、尊属親に対する罪を普通の場合よりも重く処罰しているものが多数見受けられるのである。しかるに原判決が子の親に対する道徳をとくに重視する道徳を以て封建的、反民主主義的と断定したことは、これ親子の間の自然的關係を、新憲法の下において否定せられたところの、戸主を中心とする人為的、社会的な家族制度と混同したものであり、畢竟するに封建的、反民主主義的の理由を以て既存の淳風美俗を十把一束に排斥し、所謂「浴湯と共に子供まで流してしまう」弊に陥り易い現代の風潮と同一の誤謬を犯しているものと認められるのである。

さらに憲法一四条一項の解釈よりすれば、親子の關係は、同条項において差別待遇の理

由としてかかぐる、社会的身分その他いずれの事由にも該当しない。また同条項が国民を政治的、経済的又は社会的関係において原則として平等に取り扱うべきことを規定したのは、基本的権利義務に関し国民の地位を主体の立場から観念したものであり、国民がその関係する各個の法律関係においてそれぞれの対象の差に従ひ異なる取扱を受けることまでを禁止する趣旨を包含するものではないのである。原判決は被害者が直系尊属なる場合においてとくに重い法定刑を適用することを以て、人命保護及び科刑の面において国民中に特殊と一般との区別を設けることになり、従つて尊属親を一般の者よりもとくに厚く保護することになり、法律上不平等の結果を招来する趣旨を述べているが、立法の主眼とするところは被害者たる尊属親を保護する点には存せずして、むしろ加害者たる卑属の背倫理性がとくに考慮に入れられ、尊属親は反射的に一層強度の保護を受けることあるものと解釈するのが至当である。

なお原判決は親族間の愛情が法律の規定をまつてはじめてしかるものではなく、親族関係は刑の量定の分野において考慮されることは格別、法律を以て不平等を規定する合理的根拠を欠くものと断定するが、もし原判決のいうように子の親に対する倫理を強調することが封建的、反民主主義的であり、従つてそれを基礎とする法律が違憲であるとするなら、これを情状として刑の量定の際に考慮に入れて判決することもその違憲性において変りはないことになるのである。逆にもし憲法上これを情状として考慮し得るとするならば、さらに一步を進めてこれを法規の形式において客観化することも憲法上可能であるといわなければならない。

原判決は被害者が直系卑属またはその配偶者なる場合には、刑法二〇五条一項の規定の適用があることを指摘し被害者が直系尊属なる場合との不均衡従つて不平等を非難するが、この種類の犯罪に関し被害者たる親族の範囲を如何に区劃するやは、立法政策上の問題であり、各国の立法令によるも必ずしも一致していないのであり、従つて原判決がこの点を指摘して以て本条項の違憲性を認めるのは、憲法論と立法論とを混同するものであることはまさに上告趣意（6）の所論のごとくである。

はたしてしからば、刑法二〇五条二項の規定は、新憲法実施後の今日においても、厳としてその効力を存続するものというべく、従つて本件において原審が被告人の尊属致死の所為を認定しながら、これに同法条の適用を拒否し、一般傷害致死に関する同法二〇五条一項を擬律処断したことは、憲法一四条一項の解釈を誤り当然に適用すべき刑事法条を適用しなかつた違法があることに帰し本件上告はその理由があるのである。」

\*最高裁は、この判決の考え方を、刑法 200 条の尊属殺重罰規定についても当てはめ(最大判昭和 25・10・25 刑集 4 卷 10 号 2126 頁)、その後いくつかの判決でも踏襲した。

**Q2-3** この最判昭和 25・10・25 を覆したのが最判昭和 48・4・4 市大判例集 1－No.3-1 である。その事案と多数意見、意見を要約しなさい。

\*なお、この昭和 48 年判決のあと、最高検察庁は直ちに、尊属殺事件は普通殺人に関する刑法 199 条によって処置することを求める指示を全国の検察機関に発し、法務省も通達で、個別恩赦に関して、本人の出願がなくとも、恩赦相当と認められるものについては、速や

かに職権により上申手続をとるよう特段の配慮をすることを全国の関係機関に要請した。

もっとも、留意すべきは、最高裁の違憲判決が確定したからといって、当該規定が「六法」から削除されたり、あるいは法的にナッシングなものとなるわけではない、ということである。法律を改正・廃止するのは国会の任務だからである。この点、国会では、尊属殺条項を廃止するか、改正するかについて長い間意見の一致が見られなかったが、1995（平成7）年の刑法改正によって、刑法200条、205条2項の他、218条の保護責任者遺棄罪のひとつとして定められていた218条2項の尊属遺棄罪、220条の逮捕監禁罪のひとつとして定められていた220条2項の尊属逮捕監禁罪は削除された。

**Q2-4** 昭和48年最高裁判決多数意見の論理によると、当時の旧刑法205条2項で定められていた尊属傷害致死罪はどのように判断されることになるか。また昭和48年最大判に付された田中意見によるとどうか。

\*最判昭和49・9・26刑集28巻6号329頁は尊属傷害致死の加重規定を合憲と判断している。

## 2) 非嫡出子相続差別規定の合憲性

既にみたように、尊属殺重罰規定に関する昭和48年最判は憲法14条1項前段と後段の関係につき例示説を採用している。判例は、この例示説を前提とした上で、憲法14条1項後段の「社会的身分」の意義につき広義説（「人が社会において一時的にはなしに（ある程度継続的に）占めている地位または身分」をいうものとする説。したがって、ある程度継続的であるかぎり、「富者・貧者・使用者・労働者・農民・学生・職業・特定の地位の住民などをも含む」ことになる。芦部・憲法学Ⅲ（増補版）48頁）を採用している（最判昭和39・5・27民集18巻4号676頁）。広義説によれば嫡出子・非嫡出子という立場は当然社会的身分に含まれることになるが、狭義説（教科書1-297頁でいうA説）を採用する教科書の立場でもこれを社会的身分に含めている（297頁参照）。では、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする旨定めている民法900条4号但書は法の下での平等に反するか否か。この点が最高裁で争われたのが最決平成7・7・5民集49巻7号1789頁市大判例集1-No.3-2である。

\*その後最判平成12・1・27判時1707号121頁、最判平成15・3・31判時1820号62頁、最判平成16・10・14判時1884号40頁と、平成7年大法廷決定を引用した合憲判断が繰り返されたが、これらにも反対意見や補足意見が付されており、「僅差の合憲判決」と評されており（前記最判平成16・10・14判時1884号40頁のコメント）、最決平成21・9・30判時2064号61頁にも補足意見・反対意見が付されていた。

**Q2-5** 最決平成7・7・5の相続関係は極めて複雑である（野山宏・本件解説・曹時49巻11号144頁の図を参照されたい）が、事案は次のようなものであった。（以下名前はすべて仮名）被相続人である丙田マサ（昭和63年死亡）は、丙田家の長女として生まれ、

同家の長男が生後間もなく死亡したため、同家の後継者として婿養子選びのため4回の試婚を繰り返した。このうち二人目の試婚相手であるA男との間に出生した子である戊川太郎（昭和38年死亡）の代襲相続人の一人である甲野花子が被相続人丙田マサの遺産につき遺産分割の審判を申し立て、その際、相続財産について非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分しか認めない民法900条4号但書前段の規定は法の下での平等に違反し無効であるとの主張をして、嫡出子と均等な相続を求めた、というものである。本決定の多数意見と各意見を要約し、その対立点を指摘しなさい。

**Q2-6** 配付資料である野山宏・判例解説・曹時49巻11号172～177頁では民法900条4号但書の合憲性をめぐる学説が要約されている。これも参考にしつつ、民法900条4号但書の合憲性につき、各自検討しなさい。

**Q2-6-2** 最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁百選No.27は次のように説示して全員一致で民法900条4号但書前段の規定が、遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反するものとする新たな判断を示した。以下に民法900条4号但書前段の合憲性に関する法廷意見の説示のみ抜粋するので、そのポイントを要約し、平成25年最大決は平成7年最大決の判例変更をしたのかどうか、また、平成7年最大決との違いはどこにあるかを指摘しなさい（国会は当該規定の削除により平成25年最大決に対応）。

\*伊藤正晴「判解」ジュリスト1460号92頁：

「本件規定の立法理由として、平成7年大法院決定は、法律婚の尊重と嫡出でない子の保護の2点を挙げるが、嫡出でないこと相続分を嫡出子の2分の1とする本件規定が嫡出でない子の「保護」の意味をもつといえるのは、嫡出でない子には相続権を与えないという考えもあることを当然の前提にした、法律婚の尊重と表裏の考え方によるものにほかならず、嫡出でない子の保護という立法理由は、独立した意味をもたないと解される。したがって、本来の立法目的としては、法律婚の尊重のみが挙げられるべきものであろう。しかし、法律婚の尊重という立法目的の合理性については、本決定の随所に法律婚の維持、定着を前提とした説示がされていること……からして、本決定が当然の前提としていることは明らかであり、殊更この点を明示する意義は乏しいといえる。結局、問題は、法律婚主義の下で本件規定により本件区別を設けることの合理性の有無ということになり、本決定は、端的にそのような観点からの判断を示したのではないかと考えられる。」

\*\*民法900条4号但書前段が違憲とされた後に、出生の届出において届書に嫡出子または嫡出でない子の別を記載しなければならないとする戸籍法49条2項1号の規定の合憲性が争われた事例で、最1判平成25・9・26は「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<戸籍法49条2項1号をいう>は、……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、その記載の欠けつにより届出が不受理の理由となり得る瑕疵のある一方で、……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」ことなどを理由に、合憲と判断している。

## 【法廷意見】

### 「1 事案の概要等

本件は、平成13年7月▲▲日に死亡したAの遺産につき、Aの嫡出である子（その代襲相続人を含む。）である相手方らが、Aの嫡出でない子である原告人らに対し、遺産の分割の審判を申し立てた事件である。

原審は、民法900条4号ただし書の規定のうち嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分（以下、この部分を「本件規定」という。）は憲法14条1項に違反しないと判断し、本件規定を適用して算出された相手方ら及び原告人らの法定相続分を前提に、Aの遺産の分割をすべきものとした。論旨は、本件規定は憲法14条1項に違反し無効であるというものである。

### 2 憲法14条1項適合性の判断基準について

憲法14条1項は、法の下で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（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等）。

相続制度は、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、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うべきである。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14条1項に違反するものと解するのが相当である。

### 3 本件規定の憲法14条1項適合性について

(1) 憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と定め、同条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、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。」と定めている。これを受けて、民法739条1項は、「婚姻は、

戸籍法（中略）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と定め、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用している。一方、相続制度については、昭和22年法律第222号による民法の一部改正（以下「昭和22年民法改正」という。）により、「家」制度を支えてきた家督相続が廃止され、配偶者及び子が相続人となることを基本とする現在の相続制度が導入されたが、家族の死亡によって開始する遺産相続に関し嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする規定（昭和22年民法改正前の民法1004条ただし書）は、本件規定として現行民法にも引き継がれた。

(2) 最高裁平成3年（ク）第143号同7年7月5日大法廷決定・民集49巻7号1789頁（以下「平成7年大法廷決定」という。）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をも考慮事情とした上、前記2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2分の1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とはできないのであって、憲法14条1項に反するものとはいえないと判断した。

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2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。

(3) 前記2で説示した事柄のうち重要と思われる事実について、昭和22年民法改正以降の変遷等の概要をみると、次のとおりである。

ア 昭和22年民法改正の経緯をみると、その背景には、「家」制度を支えてきた家督相続は廃止されたものの、相続財産は嫡出の子孫に承継させたいとする気風や、法律婚を正当な婚姻とし、これを尊重し、保護する反面、法律婚以外の男女関係、あるいはその中で生まれた子に対する差別的な国民の意識が作用していたことがうかがわれる。また、この改正法案の国会審議においては、本件規定の憲法14条1項適合性の根拠として、嫡出でない子には相続分を認めないなど嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けていた当時の諸外国の立法例の存在が繰り返し挙げられており、現行民法に本件規定を設けるに当たり、上記諸外国の立法例が影響を与えていたことが認められる。

しかし、昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち、地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた。昭和55年法律第51号による民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引き上げられるなどしたのは、このような変化を受けたものである。さらに、昭



和50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ほか、平成期に入った後においては、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するなどしている。これらのことから、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ことが指摘されている。

イ 前記アのとおり本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況も、大きく変化してきている。すなわち、諸外国、特に欧米諸国においては、かつては、宗教上の理由から嫡出でない子に対する差別の意識が強く、昭和22年民法改正当時は、多くの国が嫡出でない子の相続分を制限する傾向にあり、そのことが本件規定の立法に影響を与えたところである。しかし、1960年代後半（昭和40年代前半）以降、これらの国の多くで、子の権利の保護の観点から嫡出子と嫡出でない子との平等化が進み、相続に関する差別を廃止する立法がされ、平成7年大法廷決定時点でこの差別が残されていた主要国のうち、ドイツにおいては1998年（平成10年）の「非嫡出子の相続法上の平等化に関する法律」により、フランスにおいては2001年（平成13年）の「生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律」により、嫡出子と嫡出でない子の相続分に関する差別がそれぞれ撤廃されるに至っている。現在、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。

ウ 我が国は、昭和54年に「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（昭和54年条約第7号）を、平成6年に「児童の権利に関する条約」（平成6年条約第2号）をそれぞれ批准した。これらの条約には、児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている。また、国際連合の関連組織として、前者の条約に基づき自由権規約委員会が、後者の条約に基づき児童の権利委員会が設置されており、これらの委員会は、上記各条約の履行状況等につき、締約国に対し、意見の表明、勧告等を行うことができるものとされている。

我が国の嫡出でない子に関する上記各条約の履行状況等については、平成5年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、上記各委員会が、具体的に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てきた。最近でも、平成22年に、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改めて示している。

エ 前記イ及びウのような世界的な状況の推移の中で、我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化してきた。すなわち、住民票における世帯主との続柄の記載をめぐる、昭和63年に訴訟が提起され、その控訴審係属中である平成6年に、住民基本台帳事務処理要領の一部改正（平成6年12月15日自治振第233号）が行われ、世帯主の子は、嫡出子であるか嫡出でない子であるかを区別することなく、一律に「子」と記載することとされた。また、戸籍における嫡出でない子の父母との続柄欄の記載をめぐる、平成11年に訴訟が提起され、その第1審判決言渡し後である平成16年に、戸籍法施行規則の一部改正（平成16年法務省令第76号）が行われ、嫡出子と同様に「長男（長女）」等と記載することとされ、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、通達（平成16年11月1日付け法務省民一第3008号民事局長通達）により、当該記載を申出により上記のとおり更正することとされた。さらに、最高裁平成18年（行ツ）第135号同20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367頁は、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（平成20年法律第88号による改正前のもの）が遅くとも平成15年当時において憲法14条1項に違反していた旨を判示し、同判決を契機とする国籍法の上記改正に際しては、同年以前に日本国籍取得の届出をした嫡出でない子も日本国籍を取得し得ることとされた。

オ 嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等なものにすべきではないかとの問題についても、かなり早くから意識されており、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の審議に基づくものとして公表された「相続に関する民法改正要綱試案」において、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とする旨の案が示された。また、平成6年に同じく上記小委員会の審議に基づくものとして公表された「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、両者の法定相続分を平等とする旨が明記された。さらに、平成22年にも国会への提出を目指して上記要綱と同旨の法律案が政府により準備された。もっとも、いずれも国会提出には至っていない。

カ 前記ウの各委員会から懸念の表明、法改正の勧告等がされた点について同エのとおり改正が行われた結果、我が国でも、嫡出子と嫡出でない子の差別的取扱いはおおむね解消されてきたが、本件規定の改正は現在においても実現されていない。その理由について考察すれば、欧米諸国の多くでは、全出生数に占める嫡出でない子の割合が著しく高く、中には50%以上に達している国もあるのは対照的に、我が国においては、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23年でも2万3000人余、上記割合としては約2.2%にすぎないし、婚姻届を提出するかどうかの判断が第1子の妊娠と深く結び付いているとみられるなど、全体として嫡出でない子とすることを避けようとする傾向があること、換言すれば、家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透していると思われることが、上記理由の一つではないかと思われる。

しかし、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする本件規定の合理性は、前記2及び(2)で説示したとおり、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。

キ 当裁判所は、平成7年大法廷決定以来、結論としては本件規定を合憲とする判断を示してきたものであるが、平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、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つつあるとの補足意見が述べられ、その後の小法廷判決及び小法廷決定においても、同旨の個別意見が繰り返し述べられてきた（最高裁平成11年（オ）第

1453号同12年1月27日第一小法廷判決・裁判集民事196号251頁，最高裁平成14年（オ）第1630号同15年3月28日第二小法廷判決・裁判集民事209号347頁，最高裁平成14年（オ）第1963号同15年3月31日第一小法廷判決・裁判集民事209号397頁，最高裁平成16年（オ）第992号同年10月14日第一小法廷判決・裁判集民事215号253頁，最高裁平成20年（ク）第1193号同21年9月30日第二小法廷決定・裁判集民事231号753頁等）。特に，前掲最高裁平成15年3月31日第一小法廷判決以降の当審判例は，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。

ク 前記キの当審判例の補足意見の中には，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や親族・相続制度全般に目配りした総合的な判断が必要であり，また，上記変更の効力発生時期ないし適用範囲の設定も慎重に行うべきであるとした上，これらのことは国会の立法作用により適切に行い得る事柄である旨を述べ，あるいは，速やかな立法措置を期待する旨を述べるものもある。

これらの補足意見が付されたのは，前記オで説示したように，昭和54年以降間けつ的に本件規定の見直しの動きがあり，平成7年大法廷決定の前後においても法律案要綱が作成される状況にあったことなどが大きく影響したものとみることができるとは，いずれにしても，親族・相続制度のうちどのような事項が嫡出でない子の法定相続分の差別の見直しと関連するののかということとは必ずしも明らかではなく，嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とする内容を含む前記オの要綱及び法律案においても，上記法定相続分の平等化につき，配偶者相続分の変更その他の関連する親族・相続制度の改正を行うものとはされていない。そうすると，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って，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。また，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ことは，後記4で説示するとおりである。

なお，前記(2)のとおり，平成7年大法廷決定においては，本件規定を含む法定相続分の定めが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ている。しかし，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といえる上，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であるとともに，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をも考慮すれば，本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは，その合理性判断において重要性を有しないというべきである。

(4) 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。しかし，昭和22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。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。

以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成13年7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うべきである。

したがって、本件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものといえるべきである。」

### 【では遺留分差別は? : 東京高判平成22・3・10判タ1324号210頁】

#### <事案の概要>

Xは、Aの認知を受けた非嫡出子であり、YとB(=Yの子)はAの養子(養子は嫡出子とされる。民法809条)。Aは一度も婚姻したことがない。Aは平成6年6月、Yに財産全部を包括して相続させる旨の遺言をし、平成7年6月に死亡。Aの相続人はX、Y及びBの3名。XはYに対して遺留分減殺請求の意思表示を行う。

#### <争点>

非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1とする民法900条4号但書前段の規定は、同法1044条により遺留分に準用されている。これを本件に適用することは憲法14条違反か否か。Xは、これら民法の規定は違憲であり、自己の遺留分は6分の1であると主張。Yは当該規定を合憲とし、Xの遺留分は10分の1であると主張。

#### <判旨>

「民法1044条が本件規定<民法900条4号但書前段>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えることはできず憲法14条1項に反するものとはいえない。

「しかし、本件事案についてみると、被相続人であるAは一度も婚姻をしたことがないのである。Yは養子で、Aの嫡出子ではあるが(民法809条)、婚姻関係から出生した嫡出子ではないから、本件事案に本件規定を準用してXの遺留分を嫡出子の遺留分割合の2分の1にし、Y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ず、「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」。「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。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（したがって、本件での遺留分の割合は、嫡出子なら6分の1なのに10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はなく、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な取扱いを受けることにより、精神的に大きな苦痛を被ることになるのである。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。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という点も考慮しなければならない。すなわち、我が国における社会的、経済的環境の変化等に伴って、夫婦共同生活のあり方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、本件相続発生当時においても、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、事実婚ないし非婚の増加、出生数のうち非嫡出子の占める割合の増加の傾向など、家族生活や婚姻関係の実態も変化し、多様化してきていたことは公知の事実である。また、ヨーロッパ諸国においては、非嫡出子の増加現象が1つの契機となって、おおむね1960年代ころまでに、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と同等とする法改正を行っているし、我が国においても、本件規定は法の下での平等の理念に照らし問題があるとして、平成7年ころに同趣旨の改正要綱試案が公表され、本件相続発生時からまもなくの平成8年2月には法制審議会が同趣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という状況にある。また、我が国が平成6年に批准した、児童の権利に関する条約2条1項には「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、児童又はその父母若しくは法定保護者の（中略）出生又は他の地位にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する。」との規定が置かれているのである。このような点に照らすと、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のである。

このような諸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。

そうすると、本件事案については民法900条4号本文を準用して判断していくべきことになるから、被控訴人の遺留分の割合は6分の1（2分の1×3分の1）となる。」

#### ＜高井・平成22年度重判10頁の指摘＞

①遺留分は遺言によっても排除できないので、「補充的に機能する」法定相続分規定の差別とは異なり、平成7年最高裁決定の論理がそのまま妥当するか問題がある。

・平成7年決定が法定相続分規定の補充性をひとつの理由に、嫡出性の有無による法定相続分の区別を「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」ないときは合憲とする審査基準を設定した以上、補充性の理由が

機能しない本件では、より厳格な判断基準を適用すべき

②本件事案では被相続人が一度も婚姻したことがないという事情をどう考えるか。

・平成7年最高裁決定が法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を法定相続分規定合憲の根拠とする以上、本件の事案に限ってはこの根拠は妥当しない

**Q2-7** 「女は、前婚の解消又は取消しの日から6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない」とし女性の再婚禁止期間を定めた旧民法733条の合憲性につき、次に掲げる最判平成7・12・5の抜粋と配付資料である君塚教授の判例評釈を参考にしつつ、検討しなさい。なお本件の事案についてもこの君塚解説を参照すること。

\*なお、平成8(1996)年に法制審議会からなされた「100日短縮」提案は一部の保守系国会議員により握りつぶされた。山本龍彦・判時2398号5頁参照

【最判平成7・12・5判時1563号81頁の抜粋】

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為（立法の不作为を含む。）は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和五三年（オ）第一二四〇号同六〇年一月二日第一小法廷判決・民集三九卷七号一五一二頁……）。

これを本件についてみると、上告人らは、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法七三三条が憲法一四条一項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法一四条一項に違反するものではなく、民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法七三三条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。

そして、立法について固有の権限を有する国会ないし国会議員の立法行為が違法とされない以上、国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の法律案不提出等の行為についても、これを国家賠償法一条一項の適用上違法とする余地はないといわなければならない。」

**Q2-8** その後、民法733条1項の憲法適合性について新たな判断を下した最大判平成27・12・16民集69卷8号2427頁百選No.28が出た(事案は、平成20年3月28日、DVを原因として前夫と離婚し、同年10月7日に再婚したXが、再婚禁止期間により、婚姻成立の時期が遅れて精神的苦痛を被ったことを理由とする国賠請求)。そこで、当該規定の合憲性に関するこの平成27年最大判の法定意見の抜粋を以下に示すので、①この判決は当該規定のいかなる部分について、どのような理由で、どのような判断を下したのかをまとめたうえで、②この平成27年最大判は、再婚禁止期間の合憲性に関する先例である平成7年最判を覆したといえるか否かについて検討しなさい。

\*なお、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫または妻の氏を称すると定める民法 750 条の規定を合憲とした最大判平成 27・12・16 民集 69 卷 8 号 2586 頁百選 No.29 があるので、各自自学しておくこと。

【最大判平成 27・12・16 民集 69 卷 8 号 2427 頁からの抜粋】

「第 2 本件規定の憲法適合性について

1 憲法 1 4 条 1 項は、法の下で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（最高裁昭和 3 7 年（オ）第 1 4 7 2 号同 3 9 年 5 月 2 7 日大法廷判決・民集 1 8 卷 4 号 6 7 6 頁，最高裁昭和 4 5 年（あ）第 1 3 1 0 号同 4 8 年 4 月 4 日大法廷判決・刑集 2 7 卷 3 号 2 6 5 頁等）。そして、本件規定は、女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から 6 箇月の再婚禁止期間を定めており、これによって、再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別しているから、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、本件規定は憲法 1 4 条 1 項に違反することになると解するのが相当である。

ところで、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法 2 4 条 2 項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。また、同条 1 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法 8 9 0 条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法 7 7 2 条 1 項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法 2 4 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。

そうすると、婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。

そこで、本件においては、上記の考え方に基づき、本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、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あり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有す

るものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である。以下、このような観点から検討する。

## 2 本件規定の立法目的について

(1) 昭和22年法律第222号による民法の一部改正（以下「昭和22年民法改正」という。）により、旧民法（昭和22年民法改正前の明治31年法律第9号をいう。以下同じ。）における婚姻及び家族に関する規定は、憲法24条2項で婚姻及び家族に関する事項について法律が個人の尊厳及び両性の本質的平等に立脚して制定されるべきことが示されたことに伴って大幅に変更され、憲法の趣旨に沿わない「家」制度が廃止されるとともに、上記の立法上の指針に沿うように、妻の無能力の規定の廃止など夫婦の平等を図り、父母が対等な立場から共同で親権を行使することを認めるなどの内容に改められた。

その中で、女性についてのみ再婚禁止期間を定めた旧民法767条1項の「女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六ヶ月ヲ経過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ為スコトヲ得ス」との規定及び同条2項の「女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ前ヨリ懐胎シタル場合ニ於テハ其分娩ノ日ヨリ前項ノ規定ヲ適用セス」との規定は、父性の推定に関する旧民法820条1項の「妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」との規定及び同条2項の「婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス」との規定と共に、現行の民法にそのまま引き継がれた。

(2) 現行の民法は、嫡出親子関係について、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し（民法772条1項）、夫において子が嫡出であることを否認するためには嫡出否認の訴えによらなければならない（同法775条）、この訴えは夫が子の出生を知った時から1年以内に提起しなければならない（同法777条）と規定して、父性の推定の仕組みを設けており、これによって法律上の父子関係を早期に定めることが可能となっている。しかるところ、上記の仕組みの下において、女性が前婚の解消等の日から間もなく再婚をし、子を出産した場合においては、その子の父が前夫であるか後夫であるかが直ちに定まらない事態が生じ得るのであって、そのために父子関係をめぐる紛争が生ずるとすれば、そのことが子の利益に反するものであることはいうまでもない。

民法733条2項は、女性が前婚の解消等の前から懐胎していた場合には、その出産の日から本件規定の適用がない旨を規定して、再婚後に前夫の子との推定が働く子が生まれない場合を再婚禁止の除外事由として定めており、また、同法773条は、本件規定に違反して再婚をした女性が出産した場合において、同法772条の父性の推定の規定によりその子の父を定めることができないときは裁判所がこれを定めることを規定して、父性の推定が重複した場合の父子関係確定のための手続を設けている。これらの民法の規定は、本件規定が父性の推定の重複を避けるために規定されたものであることを前提にしたものと解される。

(3) 以上のような立法の経緯及び嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定の位置付けからすると、本件規定の立法目的は、女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり（最高裁平成4年（オ）第255号同7年12月5日第三小法廷判決・裁判集民事1777号243頁（以下「平成7年判決」という。）参照）、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることがで



きる。

(4) これに対し、仮に父性の推定が重複しても、父を定めることを目的とする訴え（民法773条）の適用対象を広げることにより、子の父を確定することは容易にできるから、必ずしも女性に対する再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要性はないという指摘があるところである。

確かに、近年の医療や科学技術の発達により、DNA検査技術が進歩し、安価に、身体に対する侵襲を伴うこともなく、極めて高い確率で生物学上の親子関係を肯定し、又は否定することができるようになったことは公知の事実である。

しかし、そのように父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合には、父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず、その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれることになる。生まれてくる子にとって、法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより種々の影響が生じ得ることを考慮すれば、子の利益の観点から、上記のような法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められるというべきである。

3 そうすると、次に、女性についてのみ6箇月の再婚禁止期間を設けている本件規定が立法目的との関連において上記の趣旨にかなう合理性を有すると評価できるものであるか否かが問題となる。以下、この点につき検討する。

(1) 上記のとおり、本件規定の立法目的は、父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される所、民法772条2項は、「婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と規定して、出産の時期から逆算して懐胎の時期を推定し、その結果婚姻中に懐胎したものと推定される子について、同条1項が「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」と規定している。そうすると、女性の再婚後に生まれる子については、計算上100日の再婚禁止期間を設けることによって、父性の推定の重複が回避されることになる。夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であるところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し、父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるため上記の100日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性を有するものといえることができる。

よって、本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項にも、憲法24条2項にも違反するものではない。

(2) これに対し、本件規定のうち100日超過部分については、民法772条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということとはできない。

旧民法767条1項において再婚禁止期間が6箇月と定められたことの根拠について、旧民法起草時の立案担当者の説明等からすると、その当時は、専門家でも懐胎後6箇月程度経たないと懐胎の有無を確定することが困難であり、父子関係を確定するための医療や

科学技術も未発達であった状況の下において、再婚後に前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や、再婚後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けようとしたものであったことがうかがわれる。また、諸外国の法律において10箇月の再婚禁止期間を定める例がみられたという事情も影響している可能性がある。上記のような旧民法起草時における諸事情に鑑みると、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることが父子関係をめぐる紛争を未然に防止することにつながるという考え方にも理解し得る面があり、このような考え方に基づき再婚禁止期間を6箇月と定めたことが不合理であったとはいえない。このことは、再婚禁止期間の規定が旧民法から現行の民法に引き継がれた後においても同様であり、その当時においては、国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものであったとまでいうことはできない。

しかし、その後、医療や科学技術が発達した今日においては、上記のような各観点から、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になったといわざるを得ない。

加えて、昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情も認めることができる。また、かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり、ドイツにおいては1998年（平成10年）施行の「親子法改革法」により、フランスにおいては2005年（平成17年）施行の「離婚に関する2004年5月26日の法律」により、いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。

そして、上記のとおり、婚姻をするについての自由が憲法24条1項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであることや妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば、再婚の場合に限って、前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や、婚姻後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から、厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難である。他にこれを正当化し得る根拠を見いだすこともできないことからすれば、本件規定のうち100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっているというべきである。

以上を総合すると、本件規定のうち100日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには、婚姻及び家族に関する事項について国会に

認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと解される。

(3) 以上の次第で、本件規定のうち100日超過部分が憲法24条2項にいう両性の本質的平等に立脚したものでなくなっていたことも明らかであり、上記当時において、同部分は、憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたといふべきである。」