

【論説】

平等領域における司法審査基準とスティグマの理論 (1)

茂木 洋平

目次

I はじめに	厳格度
1 問題の所在	4 相続権の性質
2 構成	VI 生まれによる差別
II 司法審査基準	1 不変性と不道德
1 司法審査基準の導入の主張	2 不変性と社会的差別の救済
2 下級審判例の動向	3 不変性と疑わしい区分
(1) 東京高決平成3年3月29日	VII 人種差別の歴史と現状
(2) 東京高決平成5年6月23日	1 不利な社会的状況と差別
(3) 東京高判平成6年11月30日	2 政治プロセス
3 最大決平成7年7月5日	3 選挙権行使
(1) 法定意見	4 学校の事実上の人種分離
(2) 反対意見	5 嫌悪感情の法制度化
(3) 追加反対意見	6 日系や中国系の排除
(4) 目的手段図式	7 評価者への偏見の浸透
4 最大判平成20年6月4日	8 マイノリティの劣等視
(1) 厳密に審査する姿勢	9 人種主義の影響
(2) 学説と最大判平成20年6月4日 の思考形式	10 反差別運動のための「結社の自由」 への妨害
(3) 「合理性の審査」の厳格な運用	VIII 「疑わしい」区分
(4) 立法裁量と慎重な検討	1 マイノリティへの抑圧の歴史
5 最大決平成25年9月4日	2 Affirmative Actionと「疑わしい」 区分
III 婚外子法定相続分別異取扱と社会的差 別の助長	(1) 司法審査基準をめぐる争い
1 「非嫡出子」という用語の否定的印象	(2) 否定派の見解
2 婚外子法定相続分別異取扱の象徴性	(3) 支持派の見解
3 婚外子法定相続分別異取扱の撤廃 の意義	IX 従属的地位・二級市民
4 個人および社会の意識変革の必要性	1 人種的従属の禁止
IV スティグマと平等理論	2 基本権行使の否定と妨害
1 平等保障の趣旨	3 人種分離制度
2 メッセージ性の害悪	4 社会経済的格差
3 二級市民への貶め	5 自己定義
4 スティグマの危険と審査基準の厳格度	X 合衆国における人種差別とスティグマ
5 判例におけるスティグマの認識	1 スティグマと分断の危険
(1) 最大決平成7年7月5日	(1) 分断と暴力の危険
(2) 最大決平成25年9月4日	(2) 中間派と否定派の見解
6 婚姻家族の感情 [以上本号]	(3) 支持派の見解
V 権利利益・法的地位の性質	2 Brown 判決
1 国籍の重要性	3 スティグマを認めた上での Affirmati- ve Actionの是認
2 国籍取得権	4 スティグマ(劣等視)がもたらすもの
3 最大判平成20年6月4日の審査の おわりに	XI

I はじめに

1 問題の所在

本稿の目的は、日本の平等領域の司法審査に合衆国の司法審査基準論が取り入れられているのかと、アメリカ合衆国の「ステイグマ」の理論は日本に妥当するのかを明らかにするところにある。平等領域では、日本の判例は問題とされた法の合理性の有無を問う「合理性の審査」を適用し、立法府に広範な立法裁量を認めてほぼ無審査で合憲判断を下してきた。判例のこの姿勢を批判して、学説は合衆国の司法審査基準論の受容を提唱し、平等領域の憲法適合性審査でも、実質的な審査が行われるように努めた(Ⅱ1)。合衆国の司法審査基準論とは、基本権の制約や人種を代表例とする「疑わしい区分」を用いる別異取扱の憲法適合性審査に際して、「厳格審査 (strict scrutiny)」をはじめとする厳格度の高い司法審査基準を適用し、立法府の裁量を狭めて、実質的な審査を行う理論である。人種区分に基づく別異取扱を典型例として、合衆国の平等領域では、司法審査基準論が人種差別的な施策の違憲判断に大きな役割を果たした。日本の学説は合衆国のこの歴史に着目して、差別解消のためにこの理論の日本への導入を主張した。

日本の平等領域の判例では、最大判平成 20 年 6 月 4 日民集第 62 卷 6 号 1367 頁 (国籍法違憲判決) や最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁 (婚外子法定相続分別異取扱違憲決定) が違憲判断を下している。双方の判例では、単なる合理性の審査と比べて厳しく審査が行われたと評価されている(Ⅱ4, 5)。平等領域における違憲判断は学説の主張を取り入れた結果により生じたのだろうか。

日本の学説は合衆国の司法審査基準論の導入を主張する際に、「疑わしい区分」の理論を受容した。合衆国の「疑わしい区分」の理論とは、歴史的経験から差別的に用いられる危険の高い人種などの区分を用いる別異取扱を危険視し、その別異取扱の憲法適合性審査に際しては、懐疑主義に依拠して違憲性を推定して、厳格度の高い審査基準を適用する見解である。日本の学説では憲法 14 条 1 項後段列挙事由を差別の典型的な事由を列挙したものであり、後段列挙事由に基づく別異取扱は差別を生じさせる危険が高いと理解さ

れる。判例は後段列举事由には特に法的意味はないとするが、学説は、差別を生じさせる危険が高いという理解に基づき、後段列举事由に基づく別異取扱には厳格度の高い司法審査基準が適用されるべきと主張し、後段列举事由に法的意味を与えた。この立場（「特別意味説」）は多くの学説で主張され、有力説の位置を占めるに至っている。

合衆国の「疑わしい区分」の理論はその区分に基づく別異取扱が差別を生じさせる危険を指摘する際に、「スティグマ」という言葉を用いている。一般的に、「スティグマ」とは別異取扱をされた人々を劣った存在としてみなすこと（劣等性の烙印を押すこと）だと理解されている（X4）。合衆国の判例や学説では「疑わしい区分」に基づく別異取扱は「スティグマ（劣等性の烙印）」をもたらす危険が高いことから、厳格度の高い司法審査基準が適用されると理解されている。

日本の学説（特別意味説）は合衆国の議論を参照していることから、列举事由に基づく別異取扱が差別を生じさせる危険が高いと主張する際に、「スティグマ」という言葉が用いられた。婚外子法定相続分別異取扱をめぐる学説の議論では、それが婚外子を劣等視する社会的意識を醸成し、スティグマ（劣等性の烙印）を課すという見解が多くの学説で展開された。特別意味説に依拠する日本の学説はスティグマを生じさせる危険性から、婚外子法定相続分別異取扱の合憲性審査に際して、厳格度の高い司法審査基準を適用すべきと主張した。合衆国において「スティグマ」の理論は激しい人種差別の歴史的経験から作り出されたが、果たして、日本でこの理論を用いることが妥当なのだろうか。

筆者はこれまでアファーマティブ・アクションの正当性に関して多数の論稿を公刊したが、本稿の議論もアファーマティブ・アクションの正当性をめぐる議論と密接に関連する。合衆国では、Affirmative Action (AA) の合憲性を論じる際に、どの司法審査基準（「厳格審査」あるいは「中間審査」）を適用するのかが主要論点になっていた。どの司法審査基準を適用するののかによって、合憲か違憲かの結論が決すると考えられてきたからである¹。AAの否定派は、AAはその受益者が自力では社会的資源を獲得できないという考えを生じさせ、スティグマ（劣等性の烙印）が発生する危険が高いことから厳格審査の適用を主張した。肯定派は、AAと（マイノリティに不利益を

及ぼす) 差別的な施策とを区別し、AA は劣等性の概念に基づかず、スティグマを生じさせないため、中間審査が適用されるべきと主張する。あるいは、AA がスティグマを生じさせる可能性を認めながらも、AA によって指導的地位に占めるマイノリティの割合が増えることで、スティグマが縮減されることから、中間審査を適用すべきと主張する。合衆国の議論では、スティグマが司法審査基準の厳緩を決めてきた。

日本でも、合衆国の議論に倣って、アファーマティブ・アクションの合憲性をめぐる議論において、どの司法審査基準を適用するのが主要論点となっている。日本では、アファーマティブ・アクションは構造的差別の是正のために行われると理解されている²。後段列挙事由は差別の典型例であることから、後段列挙事由に関わるグループがアファーマティブ・アクションの主たる対象者だと理解される³。アファーマティブ・アクションの憲法適合性審査に際して、日本の学説の一般的傾向として、アファーマティブ・アクションは構造的差別の是正を目的としているため、列挙事由に基づく別異取扱とは区別され、後者に通常適用される基準よりも厳格度の低い司法審査基準を適用すべきとされる。だが、構造的差別の是正を目的としても、アファーマティブ・アクションはスティグマを生じさせる危険があるため、中間審査を下回らない程度で厳密に審査されるべきとされる。合衆国の議論と同様に(合衆国を参照しているのが当然だが)、スティグマが司法審査基準の厳緩を決定する重要な要素になっている。故に、スティグマの理論が日本に妥当するのかを検討することは、アファーマティブ・アクションの司法審査基準をめぐる議論とも関わってくる。

2 構成

本稿は以下の順に考察を進める。日本の平等領域で司法審査基準論が受容されているのかについて、婚外子法定相続分に関する一連の判例と最大判平成 20 年 6 月 4 日(国籍法違憲判決)を考察対象として検討する(Ⅱ)。学説は婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への社会的差別を助長する懸念から厳格度の高い司法審査基準の適用を主張していた。学説が婚外子法定相続分別異取扱を如何に認識していたのかを考察する(Ⅲ)。学説は平等保護条項の意義はスティグマを課されないこと(劣等視されないこと)にあると理解し

ており、この理解を示す際に学説が如何なる論理を展開したのか、そして判例がスティグマを認識しているのかを考察する (IV)。判例では司法審査の厳格度を定める際に、問題とされた区別が如何なる権利や利益と関わるのが考慮されており、婚外子法定相続分別異取扱に関する一連の判例と最大判平成 20 年 6 月 4 日がこの点を如何に考えたのかを考察する (V)。

日本の学説は合衆国の司法審査基準論を参照しているため、合衆国の「疑わしい区分」や「スティグマ」の理論と関連する議論を考察していく。日本の学説では生まれによって決まり、帰責性のない不変の特性に基づく区別によって不利益を受けることは許されず、司法審査基準の厳格度を高めると考えられているが、合衆国ではこの点につき如何なる議論が展開されているのかを考察する (VI)。本稿の目的は合衆国の「疑わしい区分」や「スティグマ」の理論が日本に妥当するのかを明らかにするところにある。合衆国のこれら理論は人種区分に関連して構築されており、これら理論が構築された背景 (如何なる人種差別が存在したのか) を考察する (VII)。合衆国では、人種区分 (「疑わしい区分」) には厳格審査が適用されるが、その理由はどこにあるのかを考察する (VIII)。婚外子法定相続分別異取扱をめぐる学説の議論では、合衆国の「反従属原理」(平等保護条項の意義はマイノリティを従属的地位や二級市民に置くことを禁止するところにあるとする見解) を参照して、法定相続分別異取扱が婚外子を従属的地位に置き、二級市民に貶めているという議論が展開されている。合衆国において、従属的地位や二級市民への貶めとは何を意味するのかを考察する (IX)。日本の学説は別異取扱により生じるスティグマを問題視するが、合衆国でスティグマが如何なる害悪を生じさせると考えられているのかを考察する (X)。最後に、本稿の議論をまとめる (XI)。

II 司法審査基準

1 司法審査基準の導入の主張

平等審査に際し、最高裁は立法府の広範な裁量を前提にその判断を敬讓して、「合理性の基準」を採用している⁴。学説からは、「合理性」の基準は判定

者の恣意的判断に陥る可能性があり、それをどの程度精緻に適用するのが問題視された⁵。緩やかな合理性の基準が平等権侵害を判断する際の一般的基準であるならば、日本国憲法 14 条に違反する法令や政府行為は皆無となり、平等保護条項は無意味になると評された⁶。最高裁裁判官の経験者からも、平等審査に関して、最高裁の憲法適合性判断は柔軟だが、その判断過程には一定の法則性はなく、裁判規範となるような違憲審査基準論を構築しておらず⁷、合理性の審査ではほとんどすべての立法が合憲となり、事実上無審査に陥ることが危惧されていた⁸。実際に、1970 年代までの判例は「合理的な根拠」の有無について明確な判断基準を示さず、簡潔な論証により「合理的な根拠」の存在を認定する、合憲判決ばかりであったと評されている⁹。

合理性の審査による平等権侵害の無審査という状況を脱するために、学説は疑わしき区分や、基本的権利の侵害が問題となる場合に、厳格審査や中間審査へと審査密度を高めてきた合衆国の憲法判例の実績を参照し、その判例理論（違憲審査基準論）の導入に努めた¹⁰。14 条 1 項後段列举事由について、不均等取扱いの違憲性が推定される範疇を特に限定列举したものと解して¹¹、そこに合衆国の「疑わしき区分」の理論を読み込むことで厳格度の高い司法審査基準を適用する見解が有力に展開された¹²。そのため、合衆国最高裁で用いられたように、「厳格審査」の適用は判断の硬直化（ほとんどすべての事例で違憲判断を導く）を招くことも危惧されていた¹³。特別意味説（14 条後段列举事由に基づく別異取扱いの合憲性審査の際に厳格度の高い審査基準を適用する見解）には、後段列举事由には特別な意味がないとし、平等の領域の憲法適合審査の際に合理性の審査を万能薬のように使い回す最高裁への批判が含意されていた¹⁴。

もっとも、最高裁による平等審査への合理性の基準の適用に対する批判として展開された審査基準論も、合衆国の審査基準の内実が明確に解明されているわけではなく、不十分な理論であったことは否めない¹⁵。疑わしい区分による別異取扱いへ厳格度の高い審査を適用する理由は、区別の表向きの理由が偏見を隠すための口実である可能性が高いところにあるとされるが¹⁶、厳格度の高い基準を適用しても、立法目的の判断基準（立法目的が「やむにやまれぬ」利益や「重要」な利益でなければならないという基準）は漠然不明確だとされる¹⁷。立法目的は立法者の政策決定を内容としており裁判所は原

則としてそれを尊重しなければならず¹⁸、「根本的な問題」として、そもそも立法目的をどのように認定すればよいのかが分からないとされる¹⁹。

2 下級審判例の動向

(1) 東京高決平成3年3月29日

平等審査の代表的事例だとされる婚外子法定相続分別異取扱をめぐる訴訟において、東京高決平成3年3月29日判例タイムズ764号133頁は、とくに実質的な理由を示さず²⁰、民法900条4号但書について「憲法に違反するものということはできず、他に右規定を無効と解すべき理由はない」だけ述べて、簡単にその合憲性を認定した²¹。同決定は、学説が危惧する状況（ほぼ無審査で「合理性」が認定され、合憲判断が下される）を体现していた。

(2) 東京高決平成5年6月23日

東京高決平成5年6月23日は、「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13条、24条2項）にかんがみると、当該既定の合理性の有無の審査に当たっては、立法の目的（右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2点が論証されなければならない」と判示した。同決定は、学説の違憲審査基準論に沿って、平等審査の際に目的手段審査の図式（別異取扱をある立法目的の手段と捉えた上でその合理性を問題にする図式）を採用し²²、相続分差別が婚姻尊重という目的達成に実質的関連性をもつかどうかを細かく検討する²³。目的手段審査の枠組は合理性の基準と比べて審査が厳密に行われて無審査には陥らず²⁴、同決定では実質的関連性が否定され、違憲判断が下された²⁵。

同決定は、審査方法として合衆国の憲法判例でいう中間審査（「厳格な合理性の基準」）を用いており²⁶、その基準の典型的な形を採用していると理解された²⁷。

同決定の意義は、平等原則違反の審査基準として「厳格な合理性の基準」を採用したところであり²⁸、厳格審査の適用は司法審査の硬直化を招くが、「厳格な合理性」の基準は一定の柔軟性を有するため、同決定によるその基準の採用は妥当であるとも評価されている²⁹、今までの平等審査の在り方（単

に立法に合理性があればよいという審査枠組)を大きく変更するものであった³⁰。

同決定は、婚外子という地位を後段列挙事由の「社会的身分」と捉えて審査基準の厳格度を高めており、特別意味説に依拠している³¹。同決定は、不変の特性(婚外子であること)に基づく区別(法定相続分別異取扱)が社会的差別を助長することへの懸念から審査基準の厳格度を高め³²、立法目的の正当性、及び立法目的と手段との関連性を慎重に検討する必要があるとする姿勢の現れであった³³。同決定の違憲判断の理由は、おおむね学説の違憲説と同様であり³⁴、違憲説を集大成した観があると評されており³⁵、同決定の議論は特別意味説のマニュアルに従っていると評されている³⁶。婚外子への差別の助長こそが法定相続分別異取扱の争いの本質であるとの認識から、それを考慮して審査基準の厳格度を高めた同決定は、学説で肯定的に評価されている³⁷。

(3) 東京高判平成6年11月30日

東京高判平成6年11月30日判例時報1512号3頁は婚外子の地位が憲法14条1項後段列挙事由(「社会的身分」)に該当することを認めながらも、婚外子法定相続分別異取扱が「合理的な根拠に基づくものであるか否かが問題となる」と判示する。同判決は、東京高決平成5年6月23日が「厳格な合理性の基準」を採用したのとは異なり、従来の最高裁の基本的立場とみられる合理性の基準に立って立法目的の合理性と立法目的達成の手段の合理性を判断している³⁸。同判決は「非嫡出子の相続分を含め相続制度をどのように定めるかは夫婦財産制や扶養制度にも深く関連する事柄であり、家族に関する法制度全体の中で考えられなければならない問題で会って、立法裁量の余地が大きいことはたしかであるが、その中の規定が法制度として著しく不合理である場合には、その裁量の範囲を逸脱したものとしてその効力が否定されなければならない」と判示しており、緩い合理性の基準を適用したと評されている³⁹。だが、同判決は、婚外子法定相続分別異取扱が帰責性のない不変の特性に基づいて不利益を課すことを問題視して⁴⁰、違憲判断を下している⁴¹。

3 最大決平成7年7月5日

(1) 法定意見

最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁は「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、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」と判示した。多数意見は相続制度に関する立法裁量を広く認めて⁴²、審査基準を低く設定し⁴³、「合理性の基準」を採用したと評されている⁴⁴。

「著しく不合理」という文言から分かるように、同決定は「合理性の基準」をより緩やかにしており⁴⁵、違憲判断の余地がなくなるほどに立法府の判断を敬讓する姿勢があると評されている⁴⁶。同決定は、相続制度に関する立法裁量が広いことに加えて、法定相続分は遺言による相続分の指定等がない場合などに補充的に機能する規定であることを指摘して、審査の厳格度を下げている⁴⁷。

同決定は「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なされ、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いわなければならない」と判示する。そこでは、法律婚主義を採用する以上、婚内子と婚外子との「区別」が生じ、両者の間に「差異」が生じることは必然であり、「それはやむを得ないところといわなければならない」という認識が示されている。同決定では、法律婚が制度であることを踏まえて、それが「差異」をもたらす必然性が強調されており、ここから出発して、婚外子法定相続分別異取扱に合理性があるか否かを判断している。このような思考形式は「制度論的思考」と称される⁴⁸。「制度論的思考」では、ある制度（法律婚）を所与の前提とした上で、ある立法（婚外子法定相続分別異取扱）による制度設計のあり方が問われるため、合理性の判断は緩やかになる傾向にある⁴⁹。同決定の審査基準は緩すぎるとして⁵⁰、多くの学説から批判された⁵¹。

(2) 反対意見

最大決平成 7 年 7 月 5 日中島敏次郎裁判官他反対意見 (大野正男・高橋久子・尾崎行信・遠藤光男裁判官同調) は以下のように判示する。憲法 14 条 1 項は「個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱を排除する趣旨と解される」のであり、婚外子法定相続分別異取扱は「精神的自由に直接かかわる事項ではないが、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と見える。したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によ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おいてより強い合理性の存否が検討されるべきである。」学説は、同反対意見は「厳格な合理性の基準」(中間審査基準)を採用したと評している⁵²。

同反対意見は、「出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということとはでき」ず、婚外子法定相続分別異取扱は「非嫡出子を嫡出子と比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」と判示する。同反対意見は、婚外子法定相続分別異取扱がもたらす象徴的意味における不利益(社会的差別の助長)をも視野に入れており⁵³、同反対意見は、婚外子法定相続分別異取扱の合憲性は「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だとして、「合理性の基準」から審査の厳格度を高めた⁵⁴。同反対意見は、本人に帰責事由のない不変の特性を理由に不利益を課すこと、婚外子法定相続分別異取扱が社会的差別を助長することを懸念して⁵⁵、審査の厳格度を高めて「厳格な合理性の基準」を適用しており⁵⁶、合衆国判例を意識した有力学説(特別意味説)を最大限意識し⁵⁷、学説に沿った形で審査基準を設定している⁵⁸。

(3) 追加反対意見

尾崎行信追加反対意見は、婚外子法定相続分別異取扱が「単なる合理性の存否によって判断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ことは、反対意見に示されている通りである」として「厳格な合理性の基準」を適用する旨を判示する。追加反対意見は、婚外子を劣位者とみなす社会的風潮は「非嫡出子の人格形成に多大の影響を与えることは明白」であり「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」だとする。同追加反対意見は、婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への社会的差別を助長し、人格形成に悪影響を及ぼすことを懸念して、「合理性の基準」から厳格度を高めた基準の適用を明示しており、同反対意見と同様に有力学説（特別意味説）に沿った形で論理を展開している。

(4) 目的手段図式

最大決平成7年7月5日は「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、憲法14条1項に反するものとはいえない」と判示する。このことから、同決定は目的審査の枠組で合理的根拠の有無を判断していると評されている⁵⁹。

これに対し、同決定は、民法が法律婚主義を採用した結果として、婚内子と婚外子の区別が生じ、両者について異なる取扱いがされたとしてもやむを得ないとしており、法律婚主義と婚外子法定相続分別異取扱の関係を目的と手段の関係で捉えているわけではないと指摘される⁶⁰。同決定は、婚外子法定相続分別異取扱を含む相続制度の定めが日本の家族観、婚姻ないし親子関係に対する規律等と密接に関係するものと捉えた上で、そのような視点から、婚外子に婚内子の2分の1の法定相続分を認めた立法府の裁量判断は「著しく不合理」ではないと判断しているとされる⁶¹。

平等の問題については、区別と目的とが密接に結びついており、これらを分けて判断することの難しさが指摘される⁶²。婚外子法定相続分の問題では、区別の目的（法律婚の尊重）によれば、法律婚主義を採る以上、婚内子と婚外子の区別は論理必然的だとされる⁶³。平等問題は程度問題ではなく、区別をするか否かが問題であり、目的と手段を分解できない。事実、学説も婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への社会的差別を助長することを懸念しており（Ⅲ）、この見解では、仮に法定相続分が区別の目的を達するとしても、社会的差別が助長される限り平等違反であり続ける。同反対意見もまた「法律婚の尊重・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」と判示するが、東京高決平成 5 年 6 月 23 日とは異なり、目的と手段の不整合（婚外子抑制への無力さ）を明示しておらず、反対意見を統制しているのは関連性の判断ではなく、本人の責任のない不変の特性によって婚外子に不利益を課すことで立法目的を達成するのは、個人の尊厳に反し許されないという実体的判断⁶⁴だとみる余地があるとされる⁶⁵。最大決平成 7 年 7 月 5 日は目的手段の枠組で審査を行っていない⁶⁶。

4 最大判平成 20 年 6 月 4 日

(1) 厳密に審査する姿勢

最大決平成 20 年 6 月 4 日では、国籍法 3 条 1 項（外国人たる母から生まれ、日本国民たる父から生後認知を受けた婚外子が日本国籍取得対象者から排除される結果をもたらす）の憲法適合性が問題となり、違憲判断が下された。憲法適合性判断の枠組につき、同判決は以下のように判示する。

「憲法 10 条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。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情、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委ねられる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱

いになるときは、憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずることはいうまでもない。すなわち、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、又は其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。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の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、慎重に検討することが必要である。」

日本国憲法第 10 条は国籍の得喪要件設定に立法裁量が認められる旨を規定しており⁶⁷、当該判決はこの問題に関する立法府の裁量権が広範だと想定している⁶⁸。平等審査では、通常は合理性の基準で審査が行われるが⁶⁹、当該判決は「慎重に検討する」と判示する。これは、「区別」の立法目的の合理性と「区別」と立法理由の間に合理的関連性が存するかを「慎重に」審査するという意味である⁷⁰。「合理的関連性」の基準は他の権利領域では緩やかな基準の代表例だが、平等審査では、決して緩やかな基準ではなく、むしろ「慎重に検討することが必要である」ときに（のみ）用いられるとされる⁷¹。当該判決は、「慎重な検討が必要」との認識から「著しい不合理さの不存在」という消極的基準に代えて合理的関連性の存在という基準を用いた⁷²。平等審査では、目的手段審査に対応するものを通常の審査密度で用いるだけで、（他の権利領域では厳格度の低い審査として理解されるが）厳格度の高い審査として機能すると評されている⁷³。「慎重に検討する」という判旨は平等以外の権利領域では厳格度が低いと理解される基準の適用を意味するが、平等審査の厳格度を高めていると理解された⁷⁴。

(2) 学説と最大判平成 20 年 6 月 4 日の思考形式

最大判平成 20 年 6 月 4 日は、用語は学説とは異なるが、「重要な法的地位」は権利・利益が非常に重要な場合ということに対応し、本人の意思・努

力ではいかんともし難いというのは、憲法 14 条列举事由がそれに該当する場合がそうだと説明していることからそれに対応し、「慎重に検討する」とは「厳格に審査する」に対応しているとされる⁷⁵。同判決の判断枠組は、学説の差別の合理性を判断する場合の枠組みとしての議論に近づいており、学説に配慮した内容になっているとされると評されている⁷⁶。この判旨は、国籍取得から得られる利益の重要性と差別事由の問題性を理由に、審査の厳格度を高めたと認識されており⁷⁷、学説との親和性が高いと評価されている⁷⁸。

だが、同判決は憲法 14 条 1 項後段列举事由につき例示説をとる判例（最大判昭和 39 年 5 月 27 日民集 18 卷 4 号 676 頁）を引用しており、区別事由が後段列举事由に該当するか否かは重要でないという立場が含意されている⁷⁹。同判決が最大判昭和 39 年 5 月 27 日を典拠判例として引用している以上、婚外子という属性が後段列举事由（社会的身分あるいは門地）に該当することを「慎重な検討が必要である」ことの理由にするわけにはいかず、同判決は婚外子が本人の帰責しない不変の特性であることに着目したとされる⁸⁰。各後段列举事由は定義次第では不変の特性であるため、同判決の議論の組立は後段列举事由を重視する学説の側から見ても受け入れやすいものであったが⁸¹、同判決は区別事由（婚外子という属性）自体を重視していない。

婚外子法定相続分別異取扱に関連する最高裁判例の各意見（最大決平成 7 年 7 月 5 日反対意見・追加反対意見および最大決平成 25 年 9 月 4 日）とは異なり、同判決は国籍法 3 条 1 項による別異取扱が婚外子への差別を助長するとは述べておらず、同判決の見解は列举事由（及びそれに類する事由）による別異取扱により生じるスティグマを懸念する学説とは異なる⁸²。国籍法 3 条 1 項の立法意図は、国籍付与対象者を「我が国との密接な結び付きを有する者」に限定することで、婚外子の排除にはないとされる⁸³。婚内子・婚外子の区別と「我が国との密接な結びつき」の有無という国籍法の直接的関心事との間に事実上の結びつきがあると国籍法改正時の立法者が考えたために、それが間接的に国籍法の射程に入ったにすぎないと評される⁸⁴。同判決が国籍法 3 条 1 項の別異取扱による婚外子への差別の助長を懸念していなかったと考えると、同判決の判旨が（列举事由を重視する点で）学説に親和的であったとはいえない。同判決は別異取扱の事由（婚外子）が社会的差別を助長することを理由に、審査密度を高めたわけではない。当該判決が平等審査の

厳格度を高めた理由は、取得を認められなかった資格（日本国籍）が「重要な法的地位」であり、取得の機会を奪っている条件が本人の「意思や努力」では如何ともし難いものであるところにあった⁸⁵。日本国籍は憲法上の権利を享受する非常に重要な法的地位であり（V1）、同判決はその地位の取得を妨げる要件が帰責性のない不変の特性であることを問題視して、審査の厳格度を高めており、同判決は一見すると学説に配慮しているように思えるが、その思考形式は学説とは異なる。

(3) 「合理性の審査」の厳格な運用

最大判平成20年6月4日は「高齢」による差別の事件（最大判昭和39年5月27日）を参照することで、あらためて「合理的区別」論と「例示列举」説の確認し⁸⁶、従来の判例の立場を踏襲している⁸⁷。同判決は「立法目的の合理性」があるとか、「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」とか、「立法目的との合理的関連性が射止められる範囲を著しく超える手段を採用している」などの表現を用いており⁸⁸、「合理性の基準」を採用しているようにも考えられる⁸⁹。同判決が「合理性の基準」あるいは「厳格な合理性の基準」を採用したのかは意見が分かれる。この点、同判決が合理的理由につき「慎重に検討する」としながらも「合理性の基準」を採用したとする見解からは、後段列举事由を無意味にしており妥当でないと主張される⁹⁰。この見解は、同判決の泉徳治裁判官補足意見を参照する。同補足意見は「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…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」と判示する⁹¹。この補足意見に同調する裁判官は1人もおらず、判例法理の基本的枠組みを明示的に変更する難しさを窺わせているとされる⁹²。同補足意見は「厳格な合理性の基準」を採用しており⁹³、その基準を採るべきであったと主張される⁹⁴。

同判決が「合理性の基準」を採ったとして、国籍法3条1項につき「慎重な検討」は行われたのか。この点、学説では、同判決は広い立法裁量を認めながらも、単なる合理性の基準と比べて「厳しく審査している」⁹⁵、やや厳格

な審査を行ったなどと評価されている⁹⁶。実務家からも、同判決は「合理席の基準」の枠内だが、別異取扱によって被る不利益の内容と区別指標の性質(本人の意思によって変えられるか否か)によって合理性の有無の審査をより厳格化する方向が見て取れると指摘される⁹⁷。

目的と手段の「合理的関連性」は「合理性の基準」の一分枝だが、最大判平成 20 年 6 月 4 日の「合理的関連性」の審査は観念的・抽象的な目的と手段の関連性では充足されず、社会的事実の変化の評価に基づく検討がなされており、「合理性の基準」が厳格に運用されている⁹⁸。同判決は「合理的関連性」の有無を観念的・抽象的には判断していない⁹⁹。同判決は、立法で採用された手段は立法目的と合理的に関連しているか、という問いかけをほのめかしながらも、法律を厳しく審査しており¹⁰⁰、「合理性の基準」の枠内で積極的な憲法判断を行っている¹⁰¹。同判決は「目的・手段」図式の厳しい適用例だと理解されている¹⁰²。

同判決が単なる合理性の基準と比べて厳密に審査を行ったことから、厳格度の高い基準を適用したとの見解が示されている¹⁰³。同判決による比較的厳密な審査の実施は積極的な司法裁判所観を彷彿とさせており、このことは司法の無干渉を招くおそれがあるとする「合理性の基準」への認識と合致しないため¹⁰⁴、「厳格な合理性の基準」を採用したと指摘される¹⁰⁵。この見解によれば、泉裁判官が「意見」ではなく「補足意見」で「実質的な合理的関連性の基準」を採っていることが、この理解を補強するとする¹⁰⁶。

同判決が「合理性の基準」と「厳格な合理性の基準」のどちらを採ったのかは見解が分かれるが、同判決は「合理性の基準」を採用したと思わせる文言を用いながらも、取得を認められなかった資格(日本国籍)が「重要な法的地位」であり、取得機会を奪う条件が帰責性のない不変の特性であることを考慮して、比較的厳密な審査をしているという評価は一致している。同判決は従来の判例の枠組(合理性の審査)を維持しながらも¹⁰⁷、その枠組みの中で実質的審査を行った¹⁰⁸。

(4) 立法裁量と慎重な検討

同判決は国籍の得喪に関して立法府に広い裁量を認めながらも、国籍取得により得られる利益の重要性を考慮して国籍法 3 条 1 項の憲法適合性を「慎重に検討する」して、審査の厳格度を高めている。審査の厳格度を高めるこ

とは立法府の裁量に制限を加えており、同判決は相矛盾する立場を同居させていると理解して、横尾裁判官反対意見の見解（国籍の得喪に関して立法府に広い裁量が認められており、国籍が基本的人権の保障を受ける上で重要な法的地位であるとしても変わらないとの立場から、合憲判断）の方が理論的に一貫しているとの見解が示されている¹⁰⁹。この見解は同判決に違和感を抱いているが、「そもそも何らかの審査基準を設定した上で、それを事案に当てはめるべきとする方法理解から生じているのではないか」と指摘される¹¹⁰。この指摘によれば、同判決ははじめから審査基準の設定に関心がなく¹¹¹、法令の合憲性を支える論拠と違憲性を推定させる論拠をそれぞれ積み上げ、相互に「慎重に検討」している¹¹²。

審査基準論の準拠国である合衆国では、AAの合憲性審査に際して「敬讓型の厳格審査」という観念が登場している¹¹³。これは懐疑主義（憲法上疑わしいため、違憲の推定を働かせる考え）に依拠しながらも、判断形成機関の判断を敬讓する。大学の入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされたFisher II判決では、目的審査では判断形成機関の判断を敬讓し、手段審査では厳密な審査を行う「敬讓型の厳格審査」の下で、合憲判断が下された¹¹⁴。「厳格審査」の柔軟な運用を支持する学説がある一方で、「懐疑主義」と「敬讓」という矛盾する概念を同居させる「敬讓型の厳格審査」は、「敬讓」が行き過ぎた場合には、審査の厳格度が著しく低下して「厳格審査」の意義を喪失させることが懸念する見解が多数示されている。このような懸念は当然だが、審査基準論の本場である合衆国では、審査基準の硬直的理解（適用する基準により憲法適合性判断が決するという理解）から脱する動きが見られる。合衆国の審査基準に関するこうした議論を見ると、審査基準論の枠組から最大判平成20年6月4日を捉えても、同判決が立法裁量を認めながらも「慎重に検討する」としていることに違和感はない。合衆国で「敬讓型の厳格審査」が批判された背景には、「敬讓」と「厳格審査」が対極にあり、両者の距離が大きく離れているところにある。同判決における「慎重に検討する」とは「合理性の審査」の厳格な運用あるいは「厳格な合理性の審査」を指しており、審査の厳格度は合衆国の「厳格審査」に遠く及ばない。同判決における立法裁量の是認と「慎重に検討する」ことの距離は、合衆国の「敬讓」と「厳格審査」ほど離れていない。立法裁量の是認と「慎重に検討す

る」ことは、審査基準論の枠組において両立しようと考えられる。

5 最大決平成 25 年 9 月 4 日

最大決平成 25 年 9 月 4 日は、相続制度の定めは立法府の合理的裁量判断に委ねられているとの前提の下、「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」について「立法府に与えられた…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求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」と判示する。同決定は、平等審査に際して合理性の有無を問い、憲法 14 条 1 項後段列举事由は例示の立場を採り、違憲審査基準論を採らない点で、最大決平成 7 年 7 月 5 日を変更していない¹¹⁵。最大決平成 25 年 9 月 4 日は、学説の主張する審査基準論（「疑わしい区分」や基本的権利理論）に動揺せず、従来の審査枠組に依拠しており¹¹⁶、どの司法審査基準を採用するのかという体系的な立場は採用されていないと評されている¹¹⁷。

最大決平成 25 年 9 月 4 日は最大決平成 7 年 7 月 5 日と同じ審査の枠組を採るが¹¹⁸、後者が婚外子法定相続分別異取扱の「立法理由」に「合理的な根拠」があり、法定相続分の「区別」が「立法理由」との関連で「著しく不合理」なものでない限り、法定相続分別異取扱は違憲ではないと示したのに対し、前者は法定相続分別異取扱に「合理的な根拠」がなければ違憲になると示しており、ここが両者の違いである¹¹⁹。即ち、最大決平成 25 年 9 月 4 日は最大決平成 7 年 7 月 5 日の審査枠組に従いつつも、「著しく不合理」という観点から憲法適合性審査を行わず¹²⁰、法定相続分別異取扱の合理性の有無について、綿密に検討する姿勢を示している¹²¹。最大決平成 25 年 9 月 4 日は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しており、最大決平成 7 年 7 月 5 日が「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のとは異なる立場を採っている¹²²。最大決平成 25 年 9 月 4 日は、婚外子法定相続分別異取扱を支える立法事実が、今日では個人の尊重（尊厳）と平等の観点から合理的でなくなったことを、様々な社会的事実の変遷を丁寧に見て総合考慮することで認定しており¹²³、実質的には厳密な審査を行っていると言われる¹²⁴。最大決平成 25 年 9 月 4 日は立法事実を綿密にかつ総合的に考察し

た結果、婚外子法定相続分別異取扱に合理性はないと判断しており、これは日本独自の司法審査であるとも評されている¹²⁵。

Ⅲ 婚外子法定相続分別異取扱と社会的差別の助長

1 「非嫡出子」という用語の否定的印象

「嫡出」には「正統」という含意があり¹²⁶、「非嫡出子」という言葉は「正統でない子」という差別的なイメージ¹²⁷と否定的な印象を伴う¹²⁸。「非嫡出子」という言葉自体が、差別の意識を生み出す温床になっているとの考えから¹²⁹、学説では「婚外子」という言葉が使われるようになった¹³⁰。最大決平成25年9月4日は、個人の尊厳の理念、「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」を強調し、婚外子相続分別異取扱規定の「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」と指摘する。最大決平成25年9月4日が「嫡出でない子」という用語を使うのは、「法令通り」ということであろうが¹³¹、最大決平成7年7月5日が「非嫡出子」という用語を用いてきたことと比べると、婚外子への一定の配慮がある。その配慮は、「嫡出性による区別」そのものに向けられているのではなく、婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への差別感情助長に通じることへの危惧から生じている旨が指摘される¹³²。

2 婚外子法定相続分別異取扱の象徴性

婚外子差別は主として法定相続分別異取扱をめぐる論じられてきたが¹³³、法定相続分別異取扱は日常生活での重要性は乏しく¹³⁴、日本で婚外子に弊害をもたらしている原因は法定相続分別異取扱ではないと指摘される¹³⁵。婚外子法定相続分別異取扱は象徴としてあるだけであって、これ以外の婚外子への差別が問題だとされる¹³⁶。戸籍や住民票の続柄表記は婚外子の身分を不必要に公示する制度になっており、婚外子のプライバシーを守り、不利益を受けないようにすることが重要であって、日本は、婚外子のプライバシーに必要な配慮を著しく欠き、無防備な社会であった¹³⁷。戸籍や住民票の続柄記載における婚外子の地位の明示に対しては、戸籍謄本・抄本や住民票の写し

が日常生活で頻繁に利用されているだけに、個人のプライバシーを侵害するばかりか、婚外子差別を意識的に温存し¹³⁸、婚外子が社会的差別の対象であることから、それでもなおその事実を公開しなければならない理由は存在しないと批判された¹³⁹。

3 婚外子法定相続分別異取扱の撤廃の意義

婚外子の別異取扱の諸制度は婚外子への差別感情を温存している面が強いとされ¹⁴⁰、中でも婚外子法定相続分別異取扱は婚外子差別の中で重要な位置を占めていた¹⁴¹。実際に婚内子と婚外子の法定相続分に別異取扱が生じるには、被相続人となる親に婚内子と婚外子がいる場合に限られ、事実婚カップルに複数の子がいる場合には問題にならず、婚内子と婚外子がいる場合でも、親は遺言によって両者の相続分を同一にできるが¹⁴²、婚外子法定相続分別異取扱は民法上の権利で差別を明示的に示す唯一の規定であったため¹⁴³、その社会的機能（婚外子への社会的差別の助長）は否定できず¹⁴⁴、これについて考えることは婚外子差別それ自体の考察に繋がると考えられてきた¹⁴⁵。相続法は市民生活に深くかかわる規定が多く、紛争解決機能だけでなく教育的、象徴的意義を与えられることが多いため¹⁴⁶、婚外子法定相続分別異取扱は単に相続の問題にとどまらず、婚外子を劣位に置き¹⁴⁷、婚外子と被相続人の親子関係そのものに否定的な固定観念を植え付けると評された¹⁴⁸。婚外子法定相続分別異取扱は婚外子差別の象徴的な規定であり¹⁴⁹、婚外子法定相続分別異取扱（民法 900 条 4 号但書）自体が差別意識を再生産する側面も否定できず¹⁵⁰、相続分差別が撤廃された場合の意義は大きいと考えられていた¹⁵¹。

学説では、婚外子への一連の区別が、全体として婚外子に対する差別の一般的観念を作り出していると主張されてきた¹⁵²。婚外子は「象徴的・文化的な抑圧」の犠牲となっており¹⁵³、婚外子法定相続分別異取扱で重視されるべきは、その区別がもたらす精神的苦痛（スティグマの押しつけ）だとされた¹⁵⁴。

法制度だけでなく、結婚や就職を含めた数多くの婚外子差別をなくす必要が認識され¹⁵⁵、法定相続分平等化によってすべての婚外子差別が解決するわけではないが、法には人々の意識を変える力があり¹⁵⁶、法定相続分平等化は婚外子への意識を変える一歩だと認識されてきた¹⁵⁷。学説では、婚外子の法

定相続分の平等化が婚外子への社会的差別を是正するための象徴的効果を持つ可能性があると考えられていたのであり¹⁵⁸、この問題の解決の為に婚外子法定相続分差別規定の早期の改正が必要だとされた¹⁵⁹。当該規定の趣旨や沿革が差別とは無縁であったとしても、婚外子法定相続分差別規定が婚外子差別の象徴的規定である以上、その削除はやむを得ないと評された¹⁶⁰。最大決平成 25 年 9 月 4 日の同規定の違憲判断を受けて、同規定が削除された意義は大きいとされた¹⁶¹。

4 個人および社会の意識変革の必要性

最大決平成 7 年 7 月 5 日による婚外子法定相続分別異取扱の合憲判断によって婚外子への社会的差別は助長され¹⁶²、悪化すると指摘された¹⁶³。最大決平成 7 年 7 月 5 日尾崎裁判官追加反対意見は、婚外子法定相続分別異取扱が婚外子の人格形成と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可能性を指摘し、この見地は憲法の趣旨に沿うと評されている¹⁶⁴。最大決平成 7 年 7 月 5 日の時点でも、国内外の情勢の変化（外国における非嫡出子相続分差別の撤廃の傾向。国内環境の変化。戦後の社会変動に伴い、職業の世襲が例外的になった現在、相続財産は子孫の生活手段としての意味を殆ど喪失し、また、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。それによる国民意識の変化）を受けて、900 条 4 号但書が非嫡出子差別を助長する象徴的意味・効果を有する悪しきものとする理解がかなりの程度、広まりつつあると指摘されていた¹⁶⁵。学説では、婚外子法定相続分別異取扱は婚外子へのスティグマを生み出す原因となっていることから、最大決平成 7 年 7 月 5 日を覆すべきだと主張された¹⁶⁶。

最大決平成 25 年 9 月 4 日と同年の民法改正は婚外子差別への関心を薄れさせたが、この問題は法定相続分の平等化で終わりではないとされる¹⁶⁷。婚外子法定相続分別異取扱をはじめとする法制度の撤廃によって、婚外子への社会的差別をめぐる問題は真に解決せず、最終的に改められるべきは個人及び社会の意識であり、法律上の区別がなくなったとしても、婚外子差別は依然として問題であり続けていると指摘される¹⁶⁸。婚外子への社会的偏見がなくなれば、法定相続分別異取扱も差別規定だと感じられることもなくなると

される¹⁶⁹。

IV スティグマと平等理論

1 平等保障の趣旨

現在の憲法学では、平等問題には「配分的正義」が問われる事案と「固有の意味の差別事例」との2つの系譜があるとの考えが一般的である¹⁷⁰。前者は「他者との同一取扱い」を問うのに対し、後者は「人の『相違から本質的価値の差を読みとり、その価値観に基づいて取扱いを決する』ことを」を「差別」とし「そのような価値観に基づく『差別』を禁ずる」ところに平等の保障の趣旨があるとする¹⁷¹。

婚外子法定相続分別異取扱の合憲性が問題とされた事例では、各意見の違憲判断の論拠は、法定相続分別異取扱により婚外子が劣位に置かれ、婚外子への社会的差別が助長されるところにある¹⁷²。婚外子法定相続分別異取扱は個人のアイデンティティへの大きな侵害であり、法定相続分という「経済的な地位を超えた意味」が問題になっており¹⁷³、婚外子法定相続分別異取扱では「法定相続分を同等に配分される権利」ではなく、「国家により差別を助長されない権利」が問題となるとされる¹⁷⁴。

婚外子法定相続分別異取扱の本質的問題は¹⁷⁵、900条4号によりもたらされている婚外子が婚内子と比べて劣るとする「法の基本観念」であり¹⁷⁶、婚外子は婚内子と比べて保護の程度が低くともよいという観念が婚外子への社会的差別を助長し¹⁷⁷、スティグマを押されているところにあるとされる¹⁷⁸。スティグマ（烙印効果）の除去という視点を欠いては平等原則の現代的意義を語ることはできないとされる¹⁷⁹。最大判平成25年9月4日は「個人の尊重」という抽象的原理を違憲判断の決め手としており（IV 5 (2)）、本来であればそれは慎むべきだが、婚外子法定相続分別異取扱の問題の本質は単に経済的利益の問題ではなく、スティグマにあるため、的を射ていたと評されている¹⁸⁰。

2 メッセージ性の害悪

学説では、ある人種やエスニックグループに対して、公権力側がスティグマや排除のメッセージを送れば、それらのグループは政治社会の相互尊重の枠組から除外され、著しい人格の害悪を被ることから、平等保護分野ではメッセージの害悪に注意を払うべきだと主張される¹⁸¹。そして、平等保護は、個々人にスティグマによる害悪を受けないことを保障した権利だとされる¹⁸²。その主張によれば、スティグマによる害悪を受けない権利を保障するためには、政府は人種区分を用いて、ある特定のグループを優遇して支援するメッセージを伝達したり、あるいは劣遇して否認するメッセージを送ってはならない¹⁸³。

3 二級市民への貶め

スティグマとは劣等性の烙印を意味し、「自尊 (self-respect)」を害する点で、「個人の尊重」に反するとされ¹⁸⁴、婚外子法定相続分別異取扱の本質的問題は14条が保障する個人の尊厳の毀損にあるとされる¹⁸⁵。スティグマ(劣等性の烙印)はBrown判決で合衆国最高裁が初等学校の人種別学制度が平等保護条項に違反するとの判断を導く重要な鍵となった概念であり、日本でも平等保護条項違反が問題となった際は、スティグマを問題とすべきだと主張される¹⁸⁶。婚外子へのスティグマは、婚外子の自尊を害し意欲的なライフプランを阻害し、人生全体に関わる自己選択の否定をも意味し、人権保障の前提(個人への平等な地位の是認)を掘り崩し¹⁸⁷、婚外子を二級市民の地位に置くとされる¹⁸⁸。

スティグマという概念については、古くから、憲法上明確な意味を与えられているわけではなく、説得力に欠けると批判されてきた¹⁸⁹。だが、平等保護をスティグマによる害悪を受けない権利であると解釈する学説は、憲法訴訟での社会心理的事実の認定は困難を伴い、いかに差別的メッセージを認定するのが問題だと認識しながらも¹⁹⁰、婚外子法定相続分別異取扱に関しては、婚外子への差別が歴史的に形成され、差別感情の共有を促進し、婚外子に精神的苦痛を発生させる過酷な状況を作り出したのは明白だと主張される¹⁹¹。

4 スティグマの危険と審査基準の厳格度

多くの学説では、憲法第 14 条 1 項後段列举事由は社会的差別の刻印を帯びており¹⁹²、それに基づく区別による社会的差別の助長が問題視される¹⁹³。有力説によれば、後段列举事由に基づく別異取扱がなされるとき、利益配分を得られない害に加えて、市民的地位が格下げされ、区別指標が特別の意味をもちうると主張される¹⁹⁴。

学説では、婚外子の地位は「門地」¹⁹⁵または「社会的身分」¹⁹⁶と解された。婚外子という地位は「本人の意思ではどうにもならないような、固定的な社会的差別観を伴っているもの」¹⁹⁷、生まれによる地位を理由とした不利益は深刻な差別だと認識されている¹⁹⁸。

学説では、婚外子は社会的差別の対象であり¹⁹⁹、法定相続分別異取扱は婚外子への社会的差別を助長すると考えられてきたため²⁰⁰、その合憲性審査の際には厳格な合理性の基準²⁰¹や厳格審査基準²⁰²などを適用し、厳密に審査すべきと主張された。有力説に拠れば、その主張の根拠はそれらの区分がスティグマを及ぼす危険が高いところにある²⁰³。婚外子法定相続分別異取扱の合憲性審査の際に厳格度の高い審査基準を適用すべきとの主張は、区別指標がスティグマを及ぼす危険の大きさに応じて、審査基準の厳格度が増していくとする有力説に従ったものであり²⁰⁴、婚外子に基づく法的区別（法定相続分別異取扱）は婚外子にスティグマを及ぼす危険が高いと考えられていた。

5 判例におけるスティグマの認識

(1) 最大決平成 7 年 7 月 5 日

最大決平成 7 年 7 月 5 日法廷意見は「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、いまだに立法院に与えられた合理的な裁判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」ないと判断基準を示し、婚外子法定相続分別異取扱について合憲判断を下した。同決定は合理性の基準を適用し²⁰⁵、考察の焦点を財産配分の多寡に当てており、婚外子への差別的偏見には関心を置かず、権利利益の分配のレベルにのみ注意が置かれている²⁰⁶。同決定は相続・婚姻制度の構築についての立法裁量を最大限に尊重し、非嫡出子差別は法制度選択の論理的帰結であり、本件規定の補充性から、権利侵害

は存在しないものと考えた²⁰⁷。そこには相続制度の形態が歴史的社会的に様々なものがあることから、違憲審査の前提となる標準的な制度形態（「ベースライン」）の存在を見定めることが困難であるという判断があったと指摘される²⁰⁸。その定め方について確固たるベースラインが存在しない任意規定であったとしても、婚外子法定相続分別異取扱が発する婚外子への差別的メッセージの観点から、違憲判断がなしうると主張された²⁰⁹。同決定は権利侵害はないと措定したが、学説では、婚外子法定相続分別異取扱が発する差別的メッセージは婚外子の地位を格下げし²¹⁰、婚外子の人格形成を阻害し、権利侵害よりも深刻な人間の尊厳を傷つける事態が生じていると主張された²¹¹。

同決定の反対意見は「本件規定が…非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子と比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる。」と述べる。同決定の尾崎裁判官追加反対意見は「非嫡出子は、古くから劣位者として扱われてきたが、法律婚が制度として採用されると、非嫡出子は一層日蔭者とみなされ白眼視されるに至った。現実に就学、就職や結婚などで許し難い差別的取扱いを受けている例がしばしば報じられている」とする。これらの反対意見には、地位の格下げ、そしてその具体的顕在化としての諸権利・利益に関する系統的な不利益取扱い、という疑わしい差別（ないし準・疑わしい差別）の構造が、取り上げられている²¹²。

同決定の多数意見と反対意見の判断を分けたポイントは、権利・利益の分配のレベルに考察を限定するか、それとも地位の格下げというレベルに考察を広げるかにあったとされる²¹³。

反対意見は、婚外子を差別の犠牲者と捉え、900条4号が婚内子と比べて社会の構成員としての地位を格下げする効果を及ぼすとして、婚外子法定相続分別異取扱による無形の害悪を認める²¹⁴。法定相続分別異取扱は経済的利益という物理的側面と結びつくが、論理的にそれと分けて考えることができる「表現的」(expressive)な側面（スティグマのメッセージの発信）からの問題の指摘は重要だとされる²¹⁵。反対意見は、民法900条4号但書がスティグマ(stigma = 劣等性の烙印)のメッセージを社会に発信するところに焦点を当てており²¹⁶、それが個人の尊厳を傷つけることを問題視していた²¹⁷。

反対意見は、基本法である民法が婚外子法定相続分別異取扱を規定することで、婚外子を劣位者とみなす社会意識が生じる可能性を指摘し²¹⁸、それが婚外子の人格形成に悪影響をもたらし²¹⁹、生き方の正統性を奪うと認識している²²⁰。反対意見は、権利問題としては構成しづらい問題に着目して、「法の基本的観念が民法によって表示されることで、マイノリティとして位置付けられた婚外子が、象徴的・文化的な抑圧うけていることを指摘し、文化的開放の問題に手を伸ばしている」と評される²²¹。

反対意見を受けて、学説では、婚外子法定相続分は法定相続分という単なる経済的利益を超えて、婚外子への社会的差別を助長するメッセージを送るものとして、問題視する主張が展開された²²²。最大決平成 7 年 7 月 5 日の後²²³、当該規定の合憲性をめぐる最高裁判断の意見の中で²²⁴、当該規定に婚外子への差別意識を生じさせる危険があることが違憲論の 1 つの根拠となった²²⁵。多数決主義によって最高裁の判断、特に憲法判断が形成されるという制度の下では、反対意見、少数意見は将来の多数意見の候補という重要な意味を持っており²²⁶、最大決平成 25 年 9 月 4 日では、婚外子への差別意識を助長する危険が違憲判断の重要な要素となった。

(2) 最大決平成 25 年 9 月 4 日

最大決平成 7 年 7 月 5 日は婚外子法定相続分別異取扱の問題を利益配分の問題捉え、それが社会的差別を助長する危険があるとは認識しなかった。同決定の反対意見と、婚外子法定相続分別異取扱の憲法適合性をめぐるその後の最高裁判断の反対意見や補足意見はその危険を認識したが、その認識は法廷意見では示されなかった (IV 5 (1))。最大判平成 20 年 6 月 4 日 (国籍法違憲判決) は問題を婚外子への社会的差別の助長ではなく、国籍取得という重要な地位の喪失として捉えた (V 3)。これまでの判例では「社会的差別を助長されない利益」が無視されてきたと指摘されている²²⁷。

最大決平成 25 年 9 月 4 日は、区別事由が何か (婚外子への劣遇) に一定の意味をもたらせる形で違憲判断に至っているとされる²²⁸。同決定は「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」として、被相続人の財産の一定割合の取り分に関する有形の不利益を指摘する。同決定は「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」として、婚外子法定相続分別異取扱が婚外子に差別的メッセージを送るという無形の不利益を指摘する²²⁹。同決定は、婚外子が被る害悪について有形・無形の両側面を考察した²³⁰。同決定が法定相続分別異取扱が発する差別的メッセージを読み取ることで²³¹、国籍の得喪に関わる法的に重要な地位と直接的に言えなくとも、婚外子への差別的メッセージの発信は婚外子のアイデンティティの確立に大きな影響を及ぼし、個人の尊重（尊厳）の観点から問題だとされる²³²。

同決定では、スティグマの表裏の関係にある個人の「尊厳」が重視され、「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」との判示から、権利利益の配分だけでなく、スティグマが違憲判断の考慮要素になっており、新たな境地を切り開いたと評価する余地があると指摘される²³³。スティグマに「法的推論における重要な役割を与えることは、ひとつ検討に値する」とするが、同時に「観念が際限なく膨れ上がって押し戻すことができなくなる可能性と、それを有効に抑える術を持たないことに起因する逆作用とがあることを、軽視しては危険」であり²³⁴、「差別意識は、一般に限界を知らないから、どこまでも拡張していったら収拾がつかなくなる」との警鐘が鳴らされている²³⁵。この警鐘に対しては、法的概念では見捨てられているような要素について、スティグマという社会（学）的概念から告発し、拾い上げる必要性も、現代では求められているとされる²³⁶。

相続に関わる財産的利益は不労所得であり²³⁷、相続制度自体が偶然的で、構造的格差の根源であり平等に反するとも考えられ²³⁸、実体的な憲法上の権利侵害として構成するのは難しい²³⁹。だが、相続の対象は財産に限られず、被相続人の正当な承継人の地位の承認を求めるものであり、婚外子法定相続分別異取扱に関わる利益を財産的利益に限定することはこの問題を矮小化するとされる²⁴⁰。こうした地位に関わる象徴的問題は、実体的な憲法上の権利侵害として構成するのは難しいが、地位は包括的利益の源であるだけでなく、人格的利益でもあり、憲法上放置できないと主張される²⁴¹。スティグマは、憲法上の権利侵害として構成するのは難しいが、憲法上放置し得ない問題を憲法問題化するツールとして機能してきたとされる²⁴²。憲法上の権利侵害が

構成できない場合にこそ²⁴³、スティグマによる社会的差別の助長を防ぐために、平等原則が活躍する余地が大きいとされる²⁴⁴。

スティグマによる平等侵害を主張する学説では、スティグマが婚外子への社会的差別を助長し、それが自尊を害し、人格形成を阻害し、人生の選択の中で様々な選択を妨げるなどと主張される。だが、そのいずれもが抽象的な主張の域を出ていない。それらの学説では、スティグマの害悪が抽象的で権利侵害を構成するのが難しいことを認識してもなお、従来の憲法上の権利侵害の概念では拾い上げられない問題を憲法問題化するために、最大決平成 25 年 9 月 4 日がスティグマを違憲判断の要素としたことを支持する²⁴⁵。だが、違憲判断の理由付けが明確にされなければ、「スティグマ」論は、論理的理由付けの検証を放棄ないし軽視した考え方だと解されるおそれがある²⁴⁶。

6 婚姻家族の感情

有限な資源（相続財産）の場面でのある者（婚内子）への優位な配分は他者（婚外子）への配分の切り下げを必然的に含意する²⁴⁷。逆に、法定相続分を平等化すると、婚内子への配分が切り下げられる。婚外子と婚内子の法定相続分平等化によって配偶者相続分に変わりはないが、被相続人夫妻の住居が主たる遺産であった場合、婚内子は遺産分割を求めない可能性が高いが、婚外子は住居を処分する分割を要求する可能性が高いため、法定相続分平等化によって婚外子の相続分が増えれば、生存配偶者が住居を濟みなされた住居を失う可能性が高い²⁴⁸。

有形無形の利害が絡むため、婚姻家族は相続に係る婚外子（あるいは婚外子一般）に反情を抱く²⁴⁹。婚外子の形態は多様だが、一般には、婚外子は夫が妻以外の女性との間にもうけた子と理解され、法律婚の尊重のためには一定の法的区別はやむをえないと考えられてきた²⁵⁰。一部の合憲説は「法律婚の尊重」を、「正妻の感情への配慮」すなわち「正妻の非嫡出子に対する嫌悪感の慰撫」だと解し、本件区別はこの目的に適合的だとしており²⁵¹、法律婚主義をとる以上、かかる婚姻家族の反対感情にも配慮しなければならないと主張された²⁵²。配偶者と嫡出子の感情の観点から、法定相続分の平等化は婚姻家族（生存配偶者と婚内子）の感情を害し、婚姻契約にはお互い及びお互い間に生まれた婚内子の感情を害しない旨の内容も含まれるので、相

続に際して婚外子と比べて婚内子を優先させることが契約内容に含まれ、900条4号は婚姻契約における合意を反映させた条項に他ならないと説明される²⁵³。

ある見解によれば、婚姻家族の感情とは婚外子は許せないというものであって、婚外子という人間の類型のみを根拠にした反感を意味し、こうした感情は典型的な差別感情であり²⁵⁴、このような個人の尊厳を真正面から否定する評価・感情を満足させる目的を正当とする主張は、憲法論としては成立し得ない²⁵⁵。婚姻家族による婚外子への反情（差別感情）の充足による正当化の説明は、900条4号の目的を婚外子の人格を否定する差別感情への迎合として理解しており²⁵⁶、仮に、このような説明でしか立法目的を構成し得ないのであれば、憲法14条に反するとされる²⁵⁷。

有形無形の利益が絡むため、婚姻家族が自らの相続に関連する婚外子に反情を抱くのは当然である。だが、この反情は各婚姻家族の相続とは無関係の婚外子（即ち、日本社会に存在する婚外子全員）に向けられたものなのかについては疑問がある。合衆国の人種に関連する議論で、スティグマにより生じる人種間の敵意（反情）が問題とされるのは、それが各人種グループのすべてのメンバーに向けられるところにある。敵意が向けられた人種グループは様々な基本的権利の享受を否定されたり、その行使を妨害されてきたが（Ⅶ 2.3.7,10）、日本では、婚外子にこうした事態は生じていない。婚姻家族が自らの相続に関連する婚外子に抱く反情には、嫌悪の他に、自らの生活基盤が侵害される懸念が含まれていたと考えられる。日本の家族法では、婚姻保護（妻子の保護）が極めて薄く、婚姻保護の強化と婚外子差別是正は別物であり、両方をそれぞれ改善すればよいと言われるかもしれないが、両者は相互に関連している²⁵⁸。故に、婚外子差別の解消は「大文字の正義によって上から定まるものではなく、さまざまな正義間の調整を経る必要がある」と考えられる²⁵⁹。

(Endnotes)

- 1 もっとも、厳格審査の下でも法廷意見によってAAに合憲判断が下される判例が出てきたことから、厳格審査が如何なる内実を持つのかを理解する

- ことが現在の課題となっている (拙稿「アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓 (1) (2・完) —高等教育機関による人種区分と司法審査基準—」桐蔭法学 24 卷 2 号 (2018) 1 頁, 同 25 卷 1 号 (2018) 1 頁参照)。
- 2 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障 (1)』(日本評論社, 1994) 76 頁, 93-94 頁。
 - 3 佐藤幸治編『憲法』(成文堂, 1988) 128 頁 (釜田泰介)。
 - 4 君塚正臣「判批」判例評論 566 号 (2006) 176 頁, 178 頁。
 - 5 横田耕一「法の下での平等と最高裁」法律時報 59 卷 9 号 (1987) 6 頁, 7 頁。
 - 6 君塚正臣「非嫡出子の憲法学—非嫡出子差別事例の審査基準論を中心に—」阪大法学 44 卷 2・3 号 (1994) 263 頁, 264-65 頁。
 - 7 泉徳治『私の最高裁判所論—憲法の求める司法の役割』(日本評論社, 2013) 164-65 頁。最高裁が審査基準論を採らない理由について、厳格度の高い審査基準を打ち出すと、それに拘束されるため、得策ではないと最高裁が考えていることが挙げられる (泉徳治・渡辺康行・山元一・新村とわ『一步前へ出る司法 泉徳治元最高裁判事に聞く』(日本評論社, 2017) 169 頁)。
 - 8 泉徳治「婚外子相続分差別規定の違憲決定と『個人の尊厳』」世界 849 号 (2013) 229 頁, 230 頁参照。
 - 9 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) 177 頁, 187 頁。
 - 10 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 (2)」法学教室 344 号 (2009) 40 頁, 41 頁。
 - 11 君塚前掲 (6) 266 頁; 君塚正臣「非嫡出子相続分差別事件鑑定意見書」東海大学文明研究所紀要 18 号 (1998) 53 頁, 55 頁。
 - 12 戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣, 1990)。この見解には、どの審査基準を適用するのかによって、憲法適合性判断の結論 (合憲か違憲か) が左右されるという考えが含意されている (君塚前掲 (6) 265 頁)。
 - 13 米沢広一「民法 900 条 4 号但書の合憲性を問う—非嫡出子相続分差別東京高裁違憲判決」法学セミナー 465 号 (1993) 59 頁。特に、合衆国最高裁が Grutter 判決で厳格審査の下で違憲判断を下すまで、その傾向が強かったといえる。

- 14 大石和彦「平等分野における違憲審査手順について」筑波ロージャーナル 21号 (2016) 1頁, 9頁。
- 15 厳格審査の内実に関して、拙稿前掲 (1) 参照。
- 16 佐々木弘通「平等原則」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〈第2版〉』(有斐閣, 2009) 333-335頁参照。
- 17 門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討 (1)」広島法学 31巻 2号 (2007) 155頁。
- 18 戸松秀典『憲法訴訟〈第2版〉』(有斐閣, 2008) 223頁。
- 19 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〈第2版〉』(日本評論社, 2014) 50頁。
- 20 川端和治「非嫡出子の相続分規定を違憲とする東京高裁決定をめぐって」書齋の窓 428号 (1993) 11頁, 14頁。
- 21 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」佐藤幸治・平松毅・初宿正典・服部高宏『現代社会における国家と法』(成文堂, 2007) 95頁, 108頁。
- 22 吉田克己「判批」久貴忠彦・米倉明・水野紀子編『家族法判例百選〈第6版〉』(有斐閣, 2002) 114頁, 115頁。
- 23 二宮周平「非嫡出子差別はくずれた」法学セミナー 465号 (1993) 53頁, 56頁。
- 24 吉田前掲 (22) 115頁参照。
- 25 同決定後、当初、900条4号但書は家族法の見直し検討に入っていなかったが、急遽検討課題として取り上げられ、平成6年7月に公表された「民法改正要綱試案」では、この点に関する平等化案が提示されており、社会に大きな影響を及ぼした(吉田克己「婚外子差別と裁判・立法・行政」ジェンダー法研究1号 (2014) 137頁, 144頁)。
- 26 君塚前掲 (6) 267頁; 高井裕之「結婚の自由—非嫡出子の差別、別姓、待婚期間の問題を中心に」ジュリスト 1037号 (1994) 177頁, 178頁; 釜田泰介「嫡出・非嫡出子区分の憲法適合性—民法九〇〇条四号但書前段と憲法判断基準」同志社法学 57巻 3号 (2005) 1頁, 29頁; 吉田前掲 (22) 115頁。
- 27 小林武「非嫡出子に対する相続分差別の憲法適合性—東京高裁 1993年6

- 月 23 日決定」南山法学 18 卷 2 号 (1994) 117 頁, 127 頁。
- 28 当該決定について婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への社会的差別を助長するため「厳格審査」を適用すべきであったとする見解がある一方で (小林前掲 (27) 129 頁; 二宮周平「判批」判例タイムズ 838 号 (1994) 64 頁, 66 頁。
- 29 米沢前掲 (13) 59 頁。
- 30 川端前掲 (20) 15-16 頁。
- 31 釜田前掲 (26) 125 頁; 久貴忠彦「非嫡出子の相続分に関する大法廷決定をめぐって」ジュリスト 1079 号 (1995) 44 頁, 49 頁; 野坂泰司「非嫡出子法定相続分差別と『法の下での平等』—非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定—」同『憲法基本判例を読み直す〈第 2 版〉』(有斐閣, 2019) 133 頁, 146 頁。
- 32 初宿前掲 (21) 121 頁。
- 33 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式 (特集 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決)」ジュリスト 1366 号 (2008) 77 頁, 78 頁参照。
- 34 野山宏「非嫡出子相続分意見特別抗告事件最高裁大法廷決定」ジュリスト 1079 号 (1995) 53 頁, 54 頁。
- 35 吉田前掲 (22) 115 頁。
- 36 石川前掲 (10) 43 頁。
- 37 高井前掲 (26) 178 頁。婚外子の法的地位をめぐっては社会的に激しい対立があり (西口元「相続権・相続分—嫡出子の相続分」判例タイムズ 996 号 (1999) 90 頁, 93 頁)、日本の社会意識では相続分平等化への抵抗が強く、そのための法改正が見送られてきたという状況下での違憲判断は、違憲審査制の果たすべき役割を果たしたという点で、高く評価され (戸波江二「国の関与しない違憲判決?」法学教室 166 号 (1994) 59 頁)、司法積極主義を示した画期的判断であり (川端前掲 (20) 14 頁)、その判断の意義は歴史的であったと評されている (佐藤隆夫「非嫡出子と相続権問題—東京高裁判決の視点より」法律のひろば 46 卷 9 号 (1993) 48 頁, 51 頁)。学説の多くは同決定を支持している (久貴前掲 (31) 48 頁)。
- 38 「判解」判例タイムズ 864 号 291 頁。
- 39 釜田前掲 (26) 30 頁。

- 40 違憲の理由付けは東京高決平成5年6月23日とほぼ同じであったとされる(「判解」金融・商事判例970号23頁)。
- 41 東京高判平成6年11月30日が「厳格な合理性の基準」を採用しなかった理由は、「合理性の基準」の下でも違憲判断を下せると考えたところにあるとされる(中山道子「非嫡出子相続分規定の合憲性」ジュリスト1068号(1995)8頁,9頁)。
- 42 西口前掲(37)93頁;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)15頁。
- 43 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)44頁,45頁。
- 44 内野正幸「婚外子相続分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』(有斐閣,1996)51頁,53頁;泉前掲(8)230頁。
- 45 飯田稔「非嫡出子相続分差別規定違憲決定」亜細亜法学49巻1号(2014)43頁,62頁。
- 46 中曾久雄「非嫡出子に対する差別と憲法」愛媛大学教育学部紀要62号(2015)231頁,234頁。
- 47 飯田前掲(45)62頁。
- 48 吉田前掲(25)159頁。
- 49 吉田前掲(25)160頁。
- 50 もっとも、婚外子法定相続分異取扱は「合理性の基準」を適用した場合でも違憲であるとの見解が示されている(小林武「婚外子相続分差別規定の合憲性判断—最高裁大法廷1995年7月5日決定—」南山法学20巻1号(1996)141頁,157頁)。
- 51 田中佑介「婚外子法定相続分差別規定の違憲性—平成25年9月4日最高裁大法廷決定(民集67巻6号1320頁)—」阪大法学64巻2号(2014)233頁,242頁。同決定法廷意見は旧来の合理的区別論の立場からの有力説(特別意味説)への応戦であり(石川前掲(10)42頁)、学説が主張する審査基準に対する「強い反対のメッセージ」が存在しているとされる(石川健治「最高裁民事判例研究」法学協会雑誌114巻12号(1997年)1542頁)。
- 52 近藤敦「判批」法学セミナー595号(2004)118頁;高井前掲(43)45

- 頁；芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〈第7版〉』（岩波書店，2019）140-41 頁。
- 53 憲法判例研究会編「非嫡出子の法定相続分差別と法の下での平等」『判例ブックティス 憲法〈増補版〉』（信山社，2014）66 頁，67 頁。
- 54 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 号 (2013) 269 頁。
- 55 被差別者とされる側（婚外子）の尊厳・平等を中心に据えた憲法適合性審査は、実質的には「厳格な合理性の基準」を採用していると解されている（泉前掲 (8) 232 頁参照）。
- 56 同反対意見による厳密な合理性審査基準の採用は、ふり幅の少ない妥当な結論に資する（吉田前掲 (42) 15 頁）。多数意見と反対意見の結論が異なるのは（合憲か違憲かの結論）、審査基準が異なるためだと分析されている（長谷部前掲 (33) 西口前掲 (37) 92 頁）。
- 57 石川前掲 (10) 42 頁。
- 58 内野前掲 (44) 53 頁。
- 59 蟻川恒正「婚外子相続分最高裁違憲決定を書く (1) —平等違反事案の起案」法学教室 399 号 132 頁，133 頁；伊藤正晴「判解」ジュリスト 1460 号 (2013) 88 頁，90 頁。
- 60 野坂前掲 (31) 146 頁。
- 61 野坂前掲 (31) 147 頁。
- 62 高橋和之ほか「[座談会] 非嫡出子相続分最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配 175 号 (2014) 17 頁（高橋）参照。
- 63 高橋他前掲 (62) 17 頁（高橋）。
- 64 安念潤司「家族の『変容』と憲法」憲法問題 7 号 38 頁。
- 65 松田浩「判批」法学セミナー 608 号 (2005) 123 頁。
- 66 穴戸前掲 (19) 113 頁；木村敦子「婚外子相続分違憲決定に関する一考察」水野紀子編『相続法の立法的課題』（有斐閣，2016）81 頁，91 頁参照。
- 67 国籍の得喪要件に関して広範な立法裁量が認められていることから、当該区別につき合理性の基準を適用すべきとする見解として、清水真琴「判批」民事月報 60 卷 9 号 (2005) 36 頁，49-50 頁参照。
- 68 蟻川恒正「最高裁判例に現れた『個人の尊厳』—婚外子法定相続分最高裁

- 違憲決定を読む―」法学77巻6号(2014)1頁, 3-4頁。
- 69 君塚前掲(4)16頁。
- 70 蟻川前掲(68)4頁。
- 71 蟻川前掲(68)4頁。
- 72 飯田稔「国籍取得阻害要件の合憲性：国籍法違憲訴訟最高裁判決」亜細亜法学44巻1号(2009)255頁, 270頁。
- 73 蟻川前掲(68)4頁。
- 74 田中前掲(51)244頁。
- 75 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(特集 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決)」ジュリスト1366号(2008)44頁, 55頁(高橋)。
- 76 高橋他前掲(75)55頁(高橋); 長谷部前掲(33)78頁; 佐久間健吉「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決[最高裁平成20.6.4判決]」法律のひろば61巻11号(2008)56頁, 60頁。
- 77 市川正人「判批」判例評論599号(2009)2頁, 4頁。もっとも、学説では、区別事由(後段列举事由)のみで審査基準の厳格度を高めるとしており(君塚前掲(4)16頁)、地位の重要性と区別事由の双方を考慮して審査の厳格度を高める同判決とは異なるとも指摘される(小山剛『憲法上の権利』の作法〈第3版〉(尚学社, 2016)110頁)。
- 78 田中前掲(51)244頁。
- 79 大石前掲(14)9頁。
- 80 大石前掲(14)9-10頁。
- 81 大石前掲(14)10頁。
- 82 松本和彦「判批」民商法雑誌140巻1号(2009)59頁, 81頁参照。
- 83 大石前掲(14)13頁。
- 84 大石前掲(14)13-14頁。
- 85 蟻川前掲(68)5頁。
- 86 石川前掲(10)41頁。
- 87 横尾日出雄「国籍法3条1項の合憲性と違憲の是正方法-国籍法違憲訴訟最高裁判決をめぐって[平成20.6.4]」Chukyo Layer12号(2010)21頁, 30頁。

- 88 同判決は「目的手段」図式によって憲法適合性審査を行っている（森英明「判批」法曹時報 62 卷 7 号 (2010) 1958 頁, 1985-86 頁）。
- 89 藤井俊夫「国籍法違憲判決の意義と課題 [最高裁判所平成 20.6.4 判決]」千葉大学法学論集 23 卷 1 号 (2008) 245 頁, 254-55 頁。
- 90 伊藤朝日太郎「国籍法 3 条 1 項違憲判決」Law and practice 3 号 (2009) 65 頁, 74 頁。
- 91 同補足意見は、本件区別が憲法 14 条 1 項後段列举事由に該当することを指摘し、その合憲性審査つき厳格度の高い審査を求めるもので、近年の学説に応えた見解として評価されている（飯田前掲 (72) 270-71 頁）。
- 92 常本照樹「国籍法違憲判決：平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」論究ジュリスト 1 号 (2012) 100 頁, 102 頁。
- 93 学説では、一般的に、同補足意見は「厳格な合理性の基準」を採用したと理解されている（市川前掲 (77) 4 頁；横尾前掲 (87) 32 頁）。
- 94 伊藤前掲 (90) 77 頁。
- 95 榎透「判批」法学セミナー 645 号 (2008) 126 頁。
- 96 飯田前掲 (72) 270 頁。
- 97 近藤博徳「[立法事実の変遷] を読みとった国籍法違憲最高裁判決 (特集 最高裁の実像と虚像：判決から見る最高裁)」法と民主主義 433 号 (2008) 19 頁, 20 頁。
- 98 青柳幸一「差別の直接的救済と司法の使命—国籍法 3 条 1 項違憲判決」筑波ロー・ジャーナル 5 号 (2009) 1 頁, 20 頁参照。
- 99 この点、硬直的で結論指向的な審査基準（即ち、どの審査基準を適用するのかによって合憲か違憲かの判断が決する）から脱するためには、「厳格審査」であれ「合理性の基準」であれ、事案の内容に即した個別具体的検討が必要不可欠だと指摘される（青柳前掲 (98) 7 頁）。
- 100 内野正幸「婚外子国籍訴訟最高裁違憲判決をめぐって」世界 781 号 (2008) 33 頁, 35 頁。
- 101 佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題（特集 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決）」ジュリスト 1366 号 (2008) 85 頁, 88 頁。同判決が比較的厳密な違憲審査を行っていることは、14 条 1 項違反か否かについて違憲審査のより客観的で予測可能性のある行使につながると指摘される（市川前

- 掲 (77) 4 頁)。
- 102 山崎友也「民法が定める非嫡出子相続分區別制を違憲とした最大決平成 25 年 9 月 4 日について」金沢法学 56 卷 2 号 (2014) 165 頁, 178 頁。
- 103 坪井龍太「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決—シチズンシップ教育での本判決活用の可能性を視野に入れながら—」人文・社会科学論集 26 号 (2009) 61 頁, 65 頁。
- 104 この見解には、審査基準論を硬直的に捉えている考え方が背景にあると考える。だが、審査基準論の準拠国である合衆国では、審査基準は結論を決めるものではなく、幅をもって柔軟に適用されている (拙稿前掲 (1) 参照)。
- 105 栗田佳泰「判批」法政研究 75 卷 4 号 (2009) 829 頁, 836 頁。
- 106 栗田前掲 (105) 836 頁。補足意見が多数意見の補足部分を一般的に補うものと見る事ができれば、同判決は中間審査を採ったことになる (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・葛西まゆ子編『憲法.com』(成文堂, 2010) 1 頁, 10 頁)。
- 107 森前掲 (88) 1985 頁。
- 108 常本前掲 (92) 102 頁。
- 109 市川前掲 (77) 4 頁。
- 110 松本前掲 (82) 72 頁。
- 111 佐久間前掲 (76) 60 頁参照。
- 112 松本前掲 (82) 72-73 頁。この指摘に賛同するものとして、大竹昭裕「国籍法 3 条 1 項の合憲性と司法的救済 [最高裁大法廷平成 20.6.4 判決]」青森県立保健大学雑誌 11 号 (2010) 1 頁, 8 頁参照。反対に、同判決が審査基準に無関心であったとは言えないとする見解として、大沢前掲 (106) 9 頁参照。
- 113 拙稿前掲 (1) 参照。
- 114 Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority) (2016).
- 115 高橋他前掲 (62) 10 頁 (宍戸)。
- 116 大沢前掲 (106) 10 頁。
- 117 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

- 法廷決定一」愛媛法学会雑誌 40 卷 3・4 号 (2014) 87 頁, 99 頁。
- 118 最大決平成 25 年 9 月 4 日は最大決平成 7 年 7 月 5 日と同様に制度論的思考を採用しており、法律婚主義を前提とした制度設計の合理性が問われた (吉田前掲 (25) 162 頁)、法律婚主義の尊重を実現するための手段 (法定相続分別異取扱) の合理性を問うという枠組みで審査をしている (田中前掲 (51) 243 頁)。
- 119 山崎前掲 (102) 174 頁。
- 120 山崎前掲 (102) 178 頁。
- 121 中曾前掲 (117) 98 頁。
- 122 中曾前掲 (46) 238 頁。
- 123 最大決平成 25 年 9 月 4 日は目的手段審査の形をとらず (飯田前掲 (45) 65 頁; 林知更「嫡出性の有無による差別 (2): 法定相続分」高橋和之編『新・判例ハンドブック (第 2 版)』(日本評論社, 2018) 65 頁)、「事柄の変遷等」という事実の摘示による「国民の意識」の変化ないし多様化の強調と、「個人の尊厳」という憲法的価値を強調する形で違憲判断を導いた (田中前掲 (51) 242-43 頁)。
- 124 田中前掲 (51) 243 頁。最大決平成 25 年 9 月 4 日が一定の厳格な審査を行っていることは、法律の合理性に対する不断の吟味を強調した点に現れているとされる (飯田前掲 (45) 63 頁)。この点、最大決平成 25 年 9 月 4 日を最大決平成 7 年 7 月 5 日の合理性の基準を文面上は踏襲しつつ、実質的には厳格な合理性の基準を適用したとも評価されている (泉前掲 (8) 233 頁)。
- 125 大沢前掲 (106) 11 頁。平等審査について従来は目的手段審査という思考方法 (合衆国の判断枠組) で考えられてきたが、日本の平等審査はこれでは捉えきれない部分がある (高橋他前掲 (62) 43 頁 (高橋))。
- 126 二宮周平「最高裁大法廷相続分差別違憲決定の意義と民法改正」自由と正義 65 卷 3 号 (2014) 8 頁, 9 頁。
- 127 内野前掲 (100) 33 頁。
- 128 富田哲「子の氏の確定方法—ドイツにおける嫡出子・非嫡出子という分類の撤廃—」行政社会論集 18 卷 1 号 (2005) 63 頁, 65 頁; 吉田前掲 (25) 139 頁。

- 129 富田前掲 (128) 65 頁。
- 130 もっとも「婚外子」という言葉についても、どんなに長期の安定した関係でも、事実婚カップルに生まれた子は正当な婚姻関係から生まれてないという社会的烙印を押す響きがあり、言葉自体が暗いニュアンスで使われている旨が指摘される (棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト 1336 号 (2007) 26 頁, 34 頁)。
- 131 夫婦の子を「嫡出子」、それ以外の子を「非嫡出子」と民法が「嫡」一家的観念一の用語を特定していることも、いかに法律専門用語とはいえ、現代の親子像としては不自然であり、その用語の是非が 1 つの課題として是非検討されるべきと指摘されていた (佐藤隆夫「婚外子の法的地位」国学院法学 42 巻 4 号 (2005) 135 頁, 145 頁)。
- 132 糖塚康江「婚外子法定相続分差別最高裁大法廷違憲決定」法学教室 400 号 (2014) 81 頁, 86-87 頁。
- 133 釜田前掲 (26) 16 頁。
- 134 二宮周平「『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて」立命館法学 223・224 号 (1992) 267 頁, 268 頁。
- 135 石川稔・久貴忠彦・庄司洋子・二宮周平・水野紀子「座談会 非嫡出子の法的地位をめぐる一相続分から婚姻制度のゆくえまで」ジュリスト 1032 号 (1993) 34 頁, 47 頁 (水野紀子)。
- 136 石川他前掲 (135) 42 頁 (水野紀子)。
- 137 石川他前掲 (135) 39 頁 (水野紀子)。
- 138 二宮周平「婚姻の尊重と非嫡出子の差別は必然的なものか」法学セミナー 454 号 (1992) 81 頁, 82 頁。
- 139 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) 102 頁, 108 頁。
- 140 榊原富士子「人権実現プロセスの検証——2013 年 9 月 4 日最高裁大法廷決定を契機として〉婚外子差別撤廃に関する裁判に関わって」国際人権 26 号 (2015) 61 頁。明治後期から昭和にかけて、法律が正式な婚姻を奨励し野合私通を禁止する方針をとった結果、法定相続分について婚内子に比べて婚外子を劣位におくのは相当という主張がなされ (柳川勝二『日本相続法要論 (改訂 6 版)』(巖松堂, 1926) 160-161 頁)、相続分區別を「正

- 当ノ婚姻ヲ推奨」（牧野菊之助『日本相続法論〈15 版〉』（巖松堂, 1924）187 頁。）する手段として用いるという発想が概説書においても見られるようになったことが、差別意識の生成と助長につながった可能性が指摘される（西希代子「婚外子相続分違憲決定」法学教室 403 号（2014）52 頁, 57 頁）。
- 141 内野前掲（44）54 頁。
- 142 西希代子「嫡出子と非嫡出子」法学教室 358 号（2010）12 頁, 15 頁参照。
- 143 民法 900 条は 2 分の 1 という数字の割合で示していたので、婚外子差別を象徴する規定であったとされる（榊原前掲（140）61 頁）。
- 144 二宮周平「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（その一）—」戸籍時報 618 号（2007）10 頁, 20 頁。
- 145 二宮前掲（23）54 頁。
- 146 西前掲（140）59 頁。
- 147 佐藤前掲（131）157 頁参照。
- 148 二宮前掲（134）287 頁。
- 149 二宮周平「出生による子どもの差別は違憲—婚外子相続差別と民法改正—」人権と部落問題 66 巻 6 号（2014）31 頁；吉田前掲（25）138 頁。
- 150 婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への否定的意識を生み出すのは、民法上の明確な権利の上での格差であり（二宮前掲（134）269 頁）、それを規定する民法が社会生活の基本法であるところにある（二宮前掲（144）19 頁；太田裕之「婚外子の法定相続分差別と憲法：二〇〇九年決定を契機として」同志社法学 64 巻 7 号（2013）329 頁, 353-54 頁参照）。
- 151 西前掲（142）15 頁。法定相続分別異取扱を根拠に、戸籍・住民票の表記でのプライバシー侵害や婚外子への社会的差別を温存することになったと指摘される（二宮前掲（149）33 頁）。
- 152 村田裕「非嫡出子の法定相続分差別規定の是非について」私法 62 号（2000）210-11 頁。
- 153 石川前掲（51）1553 頁。
- 154 吉田前掲（25）149 頁。
- 155 和田隆夫「非嫡出子の相続」憲法論叢 1 号（1994）59 頁, 67 頁。
- 156 逆に、法定相続分別異取扱の存続は婚外子を社会的抑圧の中に放置するこ

- とになるとされた (二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか (4) —相続分差別規定の違憲性 (その二) —」 戸籍時報 621 号 (2007) 12 頁, 22 頁)。
- 157 長尾英彦「非嫡出子相続分差別『合憲』決定の論理」中京法学 31 巻 2 号 (1996) 1 頁, 13 頁。
- 158 大村敦志『家族法 (第 2 版補訂版)』(有斐閣, 2004) 194 頁。
- 159 田中淳子「民法の婚外子差別規定に関する違憲決定・コメント—大阪高裁 2011 年 (平成 23) 年 8 月 24 日決定—」国際人権 24 号 (2013) 92 頁, 93-94 頁。
- 160 西前掲 (140) 58 頁。
- 161 榊原富士子「婚外子について残された課題」自由と正義 65 巻 3 号 (2014) 31 頁。
- 162 小林前掲 (50) 158 頁。
- 163 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) 4 頁, 12 頁。
- 164 小林前掲 (50) 156 頁。
- 165 高見勝利・右近健男「非嫡出子相続分規定大法廷決定 (最高裁平成 7 年 7 月 5 日) を読む」法学教室 183 号 (1995) 16 頁, 21 頁 (高見勝利)。
- 166 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) 12 頁, 13 頁。
- 167 本山敦「非嫡出子の相続分」法学教室 429 号 (2016) 33 頁, 37-38 頁。
- 168 西前掲 (140) 58 頁。
- 169 西前掲 (140) 58 頁。
- 170 佐々木くみ「国籍法違憲判決を振りかえる」論究ジュリスト 29 号 (2019) 21 頁, 22 頁。
- 171 宍戸前掲 (19) 107-09 頁。
- 172 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) 17 頁。
- 173 田中前掲 (51) 244 頁。
- 174 木村草太「非嫡出子相続分違憲決定はどう読まれるべきか? : 違憲の時点と違憲を認識した時点」国際人権 26 号 (2015) 65 頁, 71 頁注 13。

- 175 法定相続分別異取扱が婚外子へのスティグマの主な原因となってきたのは、戦後家制度が廃止され、民法上遺留分を除く他の規定で婚外子に対するスティグマの根拠を提供する規定がなくなったことにあると分析されている(太田前掲 (150) 353 頁)。
- 176 民法 900 条 4 号但書前段の性質を「嫡出子の優先」と考える限り、この規定から「非嫡出子を劣位に置く」という発想を切り離すことは困難であり、そのような発想の提示は、非嫡出子に対する差別感情を助長するメッセージの提示として機能するとされる(木村草太『平等なき平等条項論—equal protection 条項と憲法 14 条 1 項』(東京大学出版会, 2008) 208 頁)。
- 177 高井前掲 (26) 178 頁。
- 178 中曾前掲 (46) 241 頁。
- 179 高井前掲 (26) 178 頁。
- 180 卷美矢紀「平等と自由—婚外子法定相続分差別違憲決定の記念碑的意味」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』(三省堂, 2015) 368 頁, 372-73 頁。
- 181 安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学 44 号 (1996) 81 頁, 105 頁。
- 182 安西前掲 (181) 106 頁。この点、金子匡良は、社会に生起する様々な差別問題の法的解決を考えると、日本国憲法 14 条から差別や偏見に基づく排除や攻撃から保護される権利(「差別されない権利」)を導出できると主張する。だが、金子自身も認めるように、「差別されない権利」の実体は必ずしも明確ではない(金子匡良『「差別されない権利」の権利性—『全国部落調査』事件をめぐる』法学セミナー 768 号 (2019) 7 頁, 9-10 頁)。本稿は、合衆国の人種差別とは異なり、日本ではスティグマ(劣等視)による危険は低く、列举事由(及びそれに類する事由)に基づく区分を使用するだけでは、審査の厳格度は高まらないと考える。本稿の見解は「差別されない権利」の意義を強くは認めない方向にあり、金子との見解の違いは日本における差別問題の危険の認識の相違にある。だが、机上の議論にとどまらず、被差別の当事者と直接的に関わってきた金子が「差別されない権利」の導出を主張していることを考えると、この見解は傾聴に値する。

- 183 安西前掲 (181) 106 頁。
- 184 卷前掲 (180) 373 頁。
- 185 太田前掲 (150) 353 頁。
- 186 卷前掲 (180) 373 頁参照。
- 187 中曾前掲 (46) 241-42 頁。
- 188 卷前掲 (180) 379 頁
- 189 阪本昌成「優先処遇と平等権—審査基準と実態的価値—」Law School 28 号 (1981) 27 頁, 32 頁。
- 190 婚外子法定相続分別異取扱に関する訴訟で、当事者が「国から『おまえは二分の一の価値しかない人間だ』と宣言されているように感じて」と主張したのは、法律の表現的側面、つまりメッセージの害悪をまさに捉えたものだと分析されている (安西前掲 (181) 86 頁)。
- 191 高井前掲 (26) 178 頁。
- 192 高橋他前掲 (75) 59-60 頁 (高橋発言)。
- 193 木村前掲 (9) 189-90 頁参照。
- 194 安西文雄「自由・平等および公正な人権保障体系」法学教室 228 号 (1999) 84 頁, 87 頁。
- 195 小林前掲 (50) 151-52 頁。
- 196 二宮前掲 (134) 275 頁; 米沢前掲 (13) 60 頁; 君塚前掲 (6) 266 頁; 内野前掲 (44) 54 頁。
- 197 佐藤幸治『憲法〈第3版〉』(青林書院, 1995) 474 頁。
- 198 内野前掲 (44) 54 頁。
- 199 君塚前掲 (139) 108 頁。
- 200 二宮前掲 (144) 20 頁。
- 201 佐藤前掲 (197) 480 頁; 初宿前掲 (21) 117 頁。この他、事実婚か法律婚かを選択する親の自己決定権を侵害するとの理由から、厳格な合理性の基準を適用すべきとの主張もみられる (米沢前掲 (13) 60 頁; 棟居快行「非嫡出子の相続分を定めた民法 900 条 4 号但書の合憲性」ジュリスト 1002 号 (1992) 22 頁, 23 頁)。
- 202 釜田前掲 (26) 128-29 頁; 君塚前掲 (4) 16 頁。
- 203 安西前掲 (181) 108 頁; 大沢前掲 (106) 13-14 頁。

- 204 安西前掲 (2)。
- 205 小林前掲 (50) 151 頁。
- 206 杉原泰雄編『新版 体系憲法辞典』(青林書院, 2008) 454 頁 (安西文雄)。
- 207 石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって—憲法の視点から (2)」法学教室 344 号 42-43 頁。
- 208 長谷部前掲 (33) 78-79 頁。
- 209 木村前掲 (176) 206 頁。
- 210 杉原編前掲 (206) 454-55 頁 (安西文雄)。
- 211 太田前掲 (150) 354 頁。
- 212 杉原編前掲 (206) 455 頁 (安西文雄)。
- 213 杉原編前掲 (206) 455 頁 (安西文雄)。
- 214 木村前掲 (66) 95-96 頁。
- 215 安西前掲 (181) 82 頁。
- 216 安西前掲 (181) 82 頁。
- 217 木村前掲 (66) 95-96 頁。
- 218 杉原編前掲 (206) 454-55 頁 (安西文雄)。
- 219 太田前掲 (166) 13 頁。
- 220 中曾前掲 (54) 270 頁。
- 221 石川前掲 (51) 1553 頁。同決定の尾崎裁判官追加反対意見は、900 条 4 号の定める差別が「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ある」と指摘し、「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」とする。「相続差別の規定は、婚外子を婚内子と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になっていると認められる」とする反対意見は、本件規定が社会における差別感を温存する原因になっていることを指摘するが、尾崎裁判官追加反対意見は、子自身に対する精神的な影響を指摘している点で、差別に対する認識の深さを示しているとされる。尾崎裁判官追加反対意見がこの視点を持つ背景には「我々の目指す社会は、人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会である」と

- いう認識があるとされ (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) 2 頁, 9 頁)、個人の尊厳を徹底する場合には、同追加反対意見は当然の帰結だと主張される (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) 2 頁, 19 頁)。
- 222 太田前掲 (166) 13 頁。
- 223 最大決平成 7 年 5 月 5 日反対意見が、婚外子への社会的差別を助長し、スティグマが生じることを違憲判断の理由としたことについて、この観念が際限ないことを軽視しては危険であると警鐘がなされている (蟻川前掲 (68) 18 頁)。
- 224 例えば、最判平成 15 年 3 月 31 日島田裁判官補足意見、最決平成 21 年 9 月 30 日竹内裁判官補足意見等。
- 225 西前掲 (140) 58 頁。
- 226 釜田前掲 (26) 20 頁。
- 227 渡辺康行「平等原則のドグマティック判例法理の分析と再構築の可能性 —」立教法学 82 号 (2011) 1 頁, 51 頁。
- 228 安西文雄「憲法 14 条 1 項後段の意義」論究ジュリスト 13 号 (2015) 71 頁。
- 229 浅田訓永「嫡出でない子の法定相続分区分別の違憲決定をめぐって—憲法 14 条論の観点から—」中部学院大学・中部学院大学短期大学部研究紀要 16 号 (2015) 31 頁, 36 頁。
- 230 安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本〈第 2 版〉』(有斐閣, 2014) 108 頁 (安西)。
- 231 木村前掲 (66) 95-96 頁。
- 232 田中前掲 (51) 243 頁。
- 233 斉藤一久「子ども・教育と裁判 判例研究 婚外子法定相続分差別違憲最高裁決定 [平成 25.9.4]」季刊教育法 181 号 (2014) 114 頁, 118 頁。
- 234 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室 397 号 (2013) 102 頁, 114 頁。
- 235 蟻川前掲 (68) 18 頁。
- 236 斉藤前掲 (233) 118 頁。
- 237 水野紀子「婚外子相続分差別違憲決定」法律時報 85 卷 12 号 (2013) 1 頁。

- 238 長谷部恭男『憲法〈第5版〉』（新世社）177頁参照。
- 239 巻前掲（180）377頁。
- 240 巻前掲（180）377頁。
- 241 巻前掲（180）377頁。
- 242 巻前掲（180）377頁。
- 243 だが、最大決平成25年9月4日は、嫡出子と非嫡出子との区別そのものを否定したわけではなく、900条4号の補充性重視を否定する文脈で、900条4号が非嫡出子への差別意識を生じかねない旨を「なお」書きで触れるのみだとも指摘される（山崎友也「憲法判例における論証作法と学説の「使命」—非嫡出子相続分違憲決定・その後」判例時報2426号（2020）123頁，131頁）。
- 244 加藤隆之「国籍法違憲判決の検討〔最高裁大法廷平成20.6.4判決〕」亜細亜法学46巻2号（2012）57頁，100頁。
- 245 日本では婚外子の出生率が低く、それは日常生活で婚外子へ大きな抑圧が加えられているためだとされる（石川他前掲（135）39頁（水野紀子））。この抑圧は、事実婚の選択という自己決定権に制約を及ぼしていると考えられる（棟居前掲（201）23頁；棟居快行「非嫡出子相続分差別の合憲性」法学教室159号（1993）93頁参照）。婚外子法定相続分別異取扱は婚姻家族を標準とする家族像を作り出し、婚姻家族以外の生活形態を営む人々への抑圧と偏見を生むと主張される（二宮前掲（144）17頁）。スティグマという抽象的概念の平等原則の解釈への組入れを支持する背景には、婚外子法定相続分別異取扱を批判することで、従来の家族像（婚姻家族）とは異なる家族像（事実婚など）の法制度上の是認を求めていることがある。
- 246 山崎前掲（243）131頁。
- 247 木村草太「判批」法学協会雑誌127巻2号（2010）335頁，343頁。
- 248 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）4頁，5頁。この指摘に対しては、それぞれの相続人が独立し、自律した人格だという根本的な法原則を見落としているとされる（木村前掲（174）70頁注6）。また、「配偶者が、ないしは家族が、居住用不動産を失うのは、何も遺産分割に限られるものではない」とも指摘されている（本山敦「婚外子相続分差別違憲決定を契機に考える」月報司法

書士 503 号 (2014) 66 頁)。法定相続分平等化は、婚姻家族 (婚内子及び生存配偶者) に有形の不利益を及ぼす。また、相続の対象は財産に限られず、被相続人の正当な承継人の地位の承認を求めるものとされる (巻前掲 (180) 377 頁)。

249 婚外子法定相続分別異取扱の問題は、婚外子への国民感情がからみ、憲法適合性について大きな意見の対立があり (西口前掲 (37) 90 頁)、その問題の解決は「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」と認識されていた (泉久雄「嫡出でない子の法的地位」ジュリスト 1059 号 (1995) 128 頁)。婚外子法定相続分別異取扱は全国民が関心を寄せる問題だとされる (泉前掲 (8) 231 頁) もっとも、日本では婚外子が少なく、法定相続別異取扱に直接関係する者は婚外子の側も婚姻家族の側も少なく (加藤一郎「非嫡出子の相続分について—東京高裁の違憲決定をめぐる状況」ジュリスト 1042 号 (1994) 62 頁, 68 頁)、国民の関心は得られにくい問題であるとも認識されている (長尾前掲 (157) 14 頁)。

250 二宮前掲 (23) 55 頁。

251 内田貴『民法Ⅳ〈補訂版〉』(東京大学出版会, 2004) 377 頁参照。

252 久貴前掲 (31) 51 頁。

253 内田前掲 (251) 377 頁。

254 木村前掲 (174) 66 頁。

255 木村前掲 (247) 343 頁。

256 木村前掲 (172) 17 頁。

257 木村前掲 (176) 207 頁。木村草太による批判に賛同する見解として、石川前掲 (51) 275-76 頁参照。

258 水野前掲 (237) 2 頁。

259 糖塚前掲 (132) 87 頁。