

判例研究

# 「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

——最大決平成25年9月4日・判時2197号10頁（民集掲載予定）——

平成24年(ワ)第984号、第985号：遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

大石和彦

【事案の概要等】

【決定要旨】

【評釈】

- 1 判例変更？
- 2 “ねじれ”？
- 3 「立法府の事後改善義務」

## 【事案の概要等】

平成13年7月に死亡した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」である抗告人らに対し、遺産の分割の審判を申し立てた。

原審（東京高決平成24年6月22日）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「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抗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。これを不服とする抗告人は、本件規定が憲法14条1項に違反し無効であるとして、特別抗告に及んだ。

## 【決定要旨】

破棄差戻。

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については、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情、さらには、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を総合的に考慮して決せられるべきものであるが、それらの事柄は時代と共に変遷するものであり、それらの事柄の変遷を総合すれば、遅くとも本件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うべきである。

## 【評釈】

本稿では、本決定理由中専ら「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」および「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」の部分に関する検討を行う。その後の、不遡及的違憲判断の手法につき語る部分（「4 先例としての事実上の拘束性について」）については、今回は検討することができなかった。

### 1 判例変更？

本件においていかなる合憲性審査スタンスが採られるべきかにつき、本決定が述べるところは以下の通りである。

「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

「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

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。」

本件規定を合憲とした最大決平成7年7月5日・民集49巻7号1789頁のうち「二」の第一段落もこれとほぼ同じ記述であり（ただし、上記引用のうち、「その国における婚姻ないし親子関係に対する…国民の意識」の傍点部〔傍点は本稿筆者〕が平成7年決定には無いこと以外は。）、それらの部分に限っていえば、両者の間に実質的に異なるところは見出し難い。実際本決定自身、平成7年決定が用いた判断基準と本決定「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」におけるそれとは「同旨」だと述べている。さらに本決定いわく、

「本決定は、本件規定が遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断するものであり、…それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない。」<sup>1)</sup>

つまり、本件規定の合憲性をめぐる従来の最高裁の判断と結論が逆になったのは、ひとえに「判断基準」を本件へと“あてはめ”る部分（「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」）において、本件相続開始時点に至るまでの諸事情の変遷を勘案した結果であって、「判断基準」（本決定理由のうち「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」）そのものの変更によるものではない、というのが、本決定の基本的立場であると考えられる。「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

---

1) そこにいう「その相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断」には、平成7年決定、そして同決定を引用しつつ本件規定を合憲とするその後の小法廷の判断（その中の最後のものは、平成12年6月30日に開始した相続につき本件規定を違憲とはいえないとした最二小決平成21年9月30日・判時2064号61頁。）が含まれる。

する「法律」を制定する立法府にフリーハンドを与えるのではなく、「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定」しなければならない旨の縛りをかけている憲法24条2項に対し、平成7年決定法廷意見が与えた唯一の登場場面は、戦後家族法制度およびその変遷の概観部の冒頭、「婚姻、相続等を規律する法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない旨を定めた憲法24条2項の規定に基づき、昭和22年の民法の一部を改正する法律（同年法律第222号）により、家督相続の制度が廃止され、いわゆる共同相続の制度が導入された。」と述べる一文のみであり、それが本件規定の合憲性判定に及ぼす意味につき触れるところ皆無である。これに対し、本決定が、相続制度をめぐる「それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情など」、さらに「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」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」と述べているのは重要な変化かもしれない。もっともそれは、本決定理由中「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」ではなく、「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」、つまり「判断基準」ではなく、「基準」を「本件」へと“あてはめ”る部分の中に置かれている。これに対し、平成7年決定時点で本件規定を違憲と断じていた、中島敏次郎、大野正男、高橋久子、尾崎行信、遠藤光男の5裁判官反対意見が以下引用部を述べたのは、基準のあてはめ部分においてではなく、基準そのものの選択の段階（「二（相続制度と憲法判断の基準）」）においてであった。いわく、

「相続制度は社会の諸条件や親族各人の利益の調整等を考慮した総合的な立法政策の所産であるが、立法裁量にも憲法上の限界が存在するのであり、憲法と適合するか否かの観点から検討されるべき対象であることも当然である。憲法13条は、その冒頭に『すべて国民は、個人として尊重される。』と規定し、さらにこれをうけて憲法24条2項は『相続…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、

「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

制定されなければならない。』と規定しているが、その趣旨は相続等家族に  
関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべきものである。』

## 2 “ねじれ” ?

上記【決定要旨】を一目すれば明らかなように、本決定の最大の特徴は、立法事実の変遷論に拠って、本決定が引用する小法廷の合憲判断5件のうち、引用順で2～4件目の事案における相続開始時（平成12年9月）までは存していたであろう本件規定の合理性が、平成13年7月以前のある時点で既に失われたとする点である。先に見たように、本決定は、相続制度をめぐる「それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情など」、さらに「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」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」と述べるが、ここでいう、「不断に検討」し「吟味」すべき主体は誰か。本決定がいうように、上記諸般の事柄を「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」のであれば、そうした諸事情の変遷の中、当該立法の合理性につき「不断に検討」し「吟味」すべき主体もまたやはり、少なくとも第一次的には、立法府だということになるはずである。だが、冒頭「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」において立法裁量論を述べた後、本件規定を取り巻く諸ファクターの変遷状況の確認およびそれらを踏まえた最終的な「総合考慮」を行う段階（「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」）において実際に本決定が行っているのはあくまで、判断代置型の審査であるように見える。もし本決定理由冒頭「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」における憲法判断スタンスの決定と、その後の「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」の部分との間に“ねじれ”があるとすれば、それは平成7年決定における合憲判断の枕詞としての立法裁量論という“木”に、立法事実の変遷を理由とする違憲判断という“竹”を接いだ結果ではないだろうか。

この“ねじれ”を解消するための方策としてまず第一に考えられるのは、「判断基準」決定段階（「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」）に、立法府の裁量を絞り込むためのファクターを挿入することであろう。そうしたファクターの具体的候補としては、先に1において述べたように、「相続…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」とする憲法24条2項、さらに、これも本決定では「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」ではなく「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」の中に置かれているのであるが、父母が法律上の婚姻関係になかったということが「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄」であること<sup>2)</sup>、あるいは、最一小判平成15年3月31日・判時1820号64頁において泉徳治裁判官反対意見が述べているように、「多数決原理の民主制の過程において」婚外子「のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあ」ることなどが考えられる。

こうして判断基準の「厳格」性（または「裁量統制密度」）の向上に成功したと仮定して、では“あてはめ”段階でどうすべきか。実際には、立法の合理性をめぐることは、それを支える事実と、逆にそれを掘り崩す事実の両方が並存することも珍しくないであろう（当然違憲主張側は後者を提示するであろうし、逆に相手方は前者の存在を主張する結果、裁判官の前では両方が対峙することになるだろう）。本件規定についていえば、国民のライフスタイルや意識の変化（多様化）、国内外における立法（改正）の動向、批准された条約等といった、本決定が「変遷」済みとするファクターは、既に平成7年決定において、上記5裁判官反対意見やその他裁判官による補足意見において、さらにその後の本件規定の合憲性をめぐる最高裁（小法廷）の判断に付された個別意見においても繰り返し指摘されてきた。一方、平成7年決定調査官解説が紹介する総

---

2) 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁）は、当該区別の合理性につき「慎重に検討」しなくてはならない理由の一つとして、「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」ことをあげていた。

「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

理府（当時）による世論調査では、本件規定を「変える必要はない」との解答のパーセンテージ（平成7年決定および本決定が用いている言葉でいえば、相続制度をめぐる「国民感情」）は、昭和54年（47.8%）と平成6年（49.4%）の間で変わっていない<sup>3)</sup>。「婚姻ないし親子関係に対する…国民の意識」（傍点本稿筆者）という、平成7年決定には明示されていなかった文言をわざわざ挿入した上、近年の日本におけるその変化ということを強調する本決定も、一方で、次のことを指摘している。

「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みられる」

本件規定をとりまく「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」としつつ、それらを「総合すれば」本件相続開始当時本件規定が違憲であったという本決定の言い回しは、本件規定をめぐり一方では違憲判断を妨げる方向に働きうるファクターもまた確かに存在しており、それを本決定が意識していることのあらわれではないか。

「立法事実論」の効用は、とかく個人の権利と政府主張利益との間での裸の主観的価値判断という様相を呈しやすかった憲法上の権利条項適合性をめぐる議論に対し、事実認識が客観的なものだという信用（思い込み？）をバックに、客観性の装いを纏わせることができることである。人権か政府利益か、という

---

3) 『最高裁判所判例解説民事篇 平成7年度（下）』633頁以下〔685頁（注四）〕〔野山宏〕。

生の主観的価値判断から、事実データがどうなっているのか、という「客観的」事実認識の場面へと、憲法判断の主戦場が移ったような気にさせてくれる。もっとも、「事実」といっても上記の通り、違憲主張側に有利なそれ、逆に合憲主張側に有利なそれの両方がある。双方がそれなりに拮抗している場合、最後にそれら諸般の事柄を「総合考慮」する段階で結局は、どの事実は重視し、どの事実は無視して良いか、という決断（価値判断）の要素が、再びあらわになってしまい、その結果、民主的代表でない裁判所がなぜ自らの価値判断を、民主過程の産物である立法に代置できるのか、という疑義に晒されるという場面も想定され得ないではない（もちろん本決定が現実にもそうした疑義に晒される可能性があるかどうかは別にしても）。こうした疑義は、上記の諸ファクターを理由に審査基準の厳格度や裁量統制密度を高めてみたとしても、どのみち解消し切るわけではなからう。

### 3 「立法府の事後改善義務」

上記“ねじれ”を解消し、しかも違憲の結論を正当化するための方策の第二のものは、冒頭部分（「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」）における立法裁量尊重型審査スタンスの採用に修正を加えることを主眼とするのではなく、むしろ諸般の事柄の変遷に鑑みて本件相続開始時点での本件規定の合理性を具体的に検討する段階（「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」）で、本決定理由冒頭における立法裁量論と軋みを生じない、しかし違憲の結論へと向かうことのできる論法を採ることである。本件規定を取り巻く諸般の「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」と本決定が述べているところ、相続制度の設計に関する立法裁量論の立場から出発する場合、立法事実の変遷の中で規定の合理性につき「不断に検討」し「吟味」する第一次の主体もまた立法府自身でなければ辻褃が合わないことは先にも指摘した。この、法律の合理性につき、制定後もそれを取り巻く事情変更の中「不断に検討」・「吟味」すべき、ある種の“義務”に反す

「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

る懈怠を憲法判断の対象とした審査手法が考えられないだろうか。

ところで実際のところ、われらが「立法府」（国会）は、本件規定の合理性につき、本決定が指摘した諸般の事柄の変遷を意識した「検討」・「吟味」の作業を行ったのであろうか。本決定「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」（3）オが指摘するとおり、昭和54年以来（直近では平成22年）、婚外子と婚内子の法定相続分を平等化する案が何回か、法務省または政府サイドで準備されたことがあるが、いずれも国会提出には至っていない。すなわち、法務省民事局参事官室、法務大臣、その諮問機関である法制審または政府が、本件規定を取り巻く諸般の事情の変遷の中で、同規定を今後どうするか「検討」した（結果、両者平等とするという結論に達した）とはいえるかもしれないが、国会各院が「検討」した（結果、上記法案を否決した）とはいえない。もちろん国会提出に至らなかった背景には、一部議員による、または彼らをメンバーとする党派内部での「検討」があったのかもしれないが、それをもって「立法府」による検討があったものとはいえないのはもちろんである。保護の必要性が特に高い権利（合衆国の憲法判例や学説がいう意味での“fundamental rights”）が古い（制定後の事情変更を経て現時点での合理性が疑われる）立法によって、制約されている状況を、現在の立法府による新たな（事情変更を踏まえた上での）判断を経ないまま放置することの問題性に焦点を当て、立法府による新規判断不作為を理由とした違憲判断という方策の意義を強調するのがガイド・カラブレイジである<sup>4)</sup>。権利制約という《結果》が憲法上の権利条項に照らして正当化不可能だから違憲なのではなく、現在の立法府による判断という《手続（過程）》を経ないから違憲だというのである<sup>5)</sup>。こうした判断手法による場合、法律が違憲だと判断しても、事情変更後の状況を考慮に入れた「再考」

---

4) Guido Calabresi, *The Supreme Court, 1990 Term — Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. LEV. 80, 103-105 (1991).

5) もっとも彼の議論の射程はさしあたり、“fundamental”な権利の制約という《結果》をもたらしているケースに限定されているのだが。

(second look) を自身で行うよう、裁判所から（現下の）立法府へと、いわば差し戻すだけであるから、判断代置したこと（立法府の裁量の尊重という本決定理由冒頭部分での誓いに背くこと）にはならないはずである。

上記のような手法で違憲判断を行う場合、本件規定はいかなる憲法上の規範に反することになるのであろうか。カラブレイジは、上記手法を立法権委任禁止 (nondelegation) の法理と通底するものと見ている<sup>6)</sup>。つまり日本国憲法でいえば41条（「国会中心立法の原則」）がこれに当たることになる。ちなみに、婚外子の法定相続分問題または婚外子差別一般の問題からやや横道にそれるが、参院選挙区選出議員選挙における投票価値の選挙区間較差に関する最大判平成16年1月14日・民集58巻1号56頁の「補足意見2」は、以下のように述べた<sup>7)</sup>。

「立法府には、複雑高度な政策的考慮に基づく判断がゆだねられなければならないからこそ、こういった考慮を適切に行い、与えられた裁量権を十二分に行使して、正に立法府でなければ行えない判断をする責務がある。こうして導かれた判断につき、その内容自体が政策上最適のものであったか否かは、違法問題ではなく、司法権の判断の及ぶ限りではないことは、いうまでもない。しかしながら、結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされていないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである。」

---

6) *Id.*, at 119 - 120.

「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

これも、法律制定後の事情変更を踏まえた「検討」の懈怠という、上記と同じ問題に焦点を当てるものと考えられる。本決定における問題を平成16年判決「補足意見2」の言葉でいえば、諸般の事情の変遷を経て今後もお本件規定の合理性を維持しうるかが「当然考慮に入れるべき事項」、それを「不断に検討」し「吟味」することが「憲法によって課せられた裁量権行使の義務」の内容だということになる。

最大判昭和51年4月14日・民集30巻3号223頁によると、投票価値の選挙

---

7) これはいうまでもなく行政裁量統制手法としての「判断過程審査」の応用である。ただし、行政裁量統制論が主に想定するのが、行政庁による判断すなわち《作為》に至る過程での考慮事項をめぐる検討であるのに対し、本文に引用した「補足意見2」は、立法府による法改正の《不作为》の中で考慮された（されなかった）事項を検討するという点に違いがあるように思われる。つまり行政処分から例をあげれば、ある許可処分をした後生じた事情変更にもかかわらずそれを撤回・変更しない不作为の背景で、行政庁がどのような事項を検討した（しなかった）かを問うのに似ていることになる。

また「補足意見2」につき「これまでにみられない新しい考え方」といわれることもあるが（『最高裁判所判例解説民事篇 平成16年度（上）』35頁〔福井章代〕）、実は同じ見解は参院選挙区選出議員選挙における投票価値の平等に関する最大判平成8年9月11日・民集50巻8号2283頁の調査官解説（『最高裁判所判例解説民事篇 平成8年度（下）』677頁〔697-698頁〕〔川神裕〕）に既に見出される。また在宅投票制度廃止訴訟一審判決（札幌地小樽支判昭和49年12月9日・判時762号8頁）は、同制度廃止に際しての国会の審議経過を検討した上で、「国会において、在宅投票制度全体を廃止することなく上記弊害を除去する方法がとりえないか否かについて十分な検討がなされた形跡は見あたらないし、投票制度に伴う技術的問題を含む諸種の事情を検討して右方法がとりえないものであつたことを窺わせるような論議ないし資料が右審議過程に提出された形跡も見あたらない」ことを理由に、同制度廃止（立法上の《作為》）を違憲としている。さらに棟居快行『憲法学再論』（信山社2001）394頁以下〔410-411頁〕（初出1996）も、判断過程審査を採用した代表的判例とされる「伊方原発訴訟」に関する最一小判平成4年10月29日・民集46巻6号571頁を引用しつつ、「経済規制立法の合憲性の判断に際しては、立法過程において適切な判断材料に基づいて審議がすすめられたか、という手続審査が可能である」とする（もっとも上掲札幌地小樽支判も、棟居の議論も、そして上掲平成8年最大判に関する川神調査官解説も第一次的には、平成16年判決とは異なり、立法府の《作為》を念頭に置いているであろう。その意味で、平成16年判決「補足意見2」は、「これまでにみられない新しい考え方」かもしれない。）。

区間較差が(3倍を超えるような)違憲状態にあるというだけでは「直ちに当該議員定数配分規定を憲法違反とすべきものではなく、人口の変動の状態も考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられる」のだという。すなわちここでは、具体的選挙制度選択(どのような内容の制度にするか)に関する国会の裁量(較差何倍かは、こちらの裁量の逸脱・濫用に関わる問題とされる。)と並び、人口移動といった立法後の事情変更に対処するタイミング(いつ法改正するか)に関する国会の裁量が想定されており、後者の裁量の逸脱・濫用がすなわち「合理的期間」の途過だというわけである。もっとも合理的期間を途過したか否かの判断にあたり実際に最高裁がカウントに入れた事柄の中には、実は時間以外の要素も含まれている。例えば参院選挙区選挙に関する選挙区割・定数配分規定(公選法別表第3)につき違憲状態との判断を示した最大判平成8年9月11日・民集50巻8号2283頁では、同規定につき違憲状態とする最高裁の判断がそれまで皆無であったことが、未だ「相当期間」を途過したものとはいえないとの結論へと至る過程でカウントされており、逆に最大判昭和60年7月17日・民集39巻5号1100頁では、当該事案で問題となったのよりも小さい数値の較差につき違憲状態であることを指摘した先例が存在したことが、合理的期間を途過したとの判断を補強する材料として算入されている。おそらくは「期間」というネーミングが実態にフィットしていないのであって、ちょうど刑法で、当該行為が客観的に違法かどうかのみならず、当時行為者が違法でない行為を選択することが現実に期待可能であったかといった主観的要素も問われるのと似ている(主観的違憲要素〔?〕)。いうまでもなくこれ(合理的期間論)もまた、制定後における事情変更を経た後も法律の合理性を「不断に検討」し「吟味」する立法府の義務の懈怠の問題に関連する。

では、最高裁判例における合理的期間論の位置づけがそうであったように、仮に本件規定(民法900条四号ただし書き)に上述のカラブレイジの提示する判断方法を適用した場合、それが裁判時点で憲法14条1項に反する状態に達していたとしても、それまで事情変更を経た後もなお規定が合理性を維持し得

「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号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたとした事案

るか「検討」するのを立法府が「相当期間」にわたって懈怠してきたといった場合でなければ、規定そのものを違憲ということはできないのであろうか。先に見たように本稿は、カラブレイジの判断方法の背景にあるのは、憲法41条（の「精神」または「趣旨」）という、憲法14条とは別の規範であると考えている。従って、41条違反問題と14条違反問題とは別個独立に考えて行けば良いのであって、一方に照らした違憲性が一定の閾値に達しなければ、もう一方に照らした違憲性に関する最終判定ができないといった従属関係には本来無いはずである（その意味で、またその限りにおいて、従前の判例が語ってきた合理的期間論には十分な理論的根拠があるようには思えない。）。むしろ、憲法14条に照らして違憲とまで言い切るには躊躇されるケースにおいても、古い立法の合理性を「不断に検討」し「吟味」する立法府の義務の懈怠（すなわち憲法41条の「精神」または「趣旨」に反する程度）が著しい場合、本決定の言葉を借りて言えば、その「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」にしても、両者「総合的に考察すれば」違憲というケースも想定し得るのではないか<sup>8)</sup>。その発明者の原意はさておき、「合理的期間」論に対して学理的に与えることが可能な位置づけがあるとすれば、それは、上記のようなものとなるのではないか。

以上、本決定のうち「判断基準」を述べる部分（「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」）とその本件への適用部分（「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」）との間に“ねじれ”を指摘し、いわばそれに乗ずる形で、本件違憲判断を正当化するための他の選びうる手段につき検討することを通じ、立法府の裁量と司法審査のあり方の関係につき、若干の考察を行った。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）

---

8) 本稿筆者は、本件規定の合憲性に関する最一小判平成16年10月14日・判時1884号40頁に関する評釈（拙稿「非嫡出子相続分規定の合憲性をめぐる平成七年決定のその後一古い立法に対する違憲審査方法論の探求一」白鷗法学通巻26号（2005）129頁）において、こうした判断手法を提示した。