

憲法訴訟における最高裁判所の少数意見と その後の違憲判決への影響

池田晴奈

はじめに

1 少数意見制

- (1) 少数意見制導入の経緯
- (2) 少数意見制を採用する諸外国の背景
- (3) 最高裁判所裁判官の少数意見制に対する見解

2 憲法訴訟における少数意見とその後の違憲判決

- (1) 尊属殺重罰規定違憲判決
- (2) 国籍取得要件規定違憲判決
- (3) 婚外子相続分規定違憲決定

おわりに ～夫婦同氏制と死刑制度の合憲性に関する少数意見

はじめに

日本では、「多様性」という言葉が1970年代から少しずつ用いられるようになり¹⁾、今や国を挙げて、持続可能な社会に向けて多様性に寛容な社会の実現が図られている²⁾。そのような昨今、日本の最高裁判所における15名の裁判官の少数意見は耳目を集める³⁾。

-
- 1) 当初の生物の多様性という観点から、今や幅広く「多様性」という言葉が用いられている。
 - 2) 例えば、平成30年度版厚生労働白書には、「包摂と多様性がもたらす持続的な社会の発展に向けて」と題する章が設けられ、「ニッポン一億総活躍プラン」が提示されている。〈<https://www.mhlw.go.jp/stf/wp/hakusyo/kousei/18/>〉
 - 3) 近年、少数意見に着目する研究が続いている。例えば、大林啓吾・見平典編『最高裁の少数意見』（成文堂、2016年）、見平典・上田健介ほか「特集 憲法訴訟の反対意見を読み解く」法学セミナー808号（2022年）5頁以下。

最高裁判所の少数意見は、かつて少なくなったと「嘆かれ」ていた⁴⁾。確かに、多数意見である法廷意見こそが先例となり、実務で重要視されるため、少数意見を過大評価するのは研究者と言われるように⁵⁾、少数意見の数に目を向けられることも少なかったであろう。しかし、その後、少数意見は以前より増える傾向にあることが指摘されている⁶⁾。

少数意見は、憲法79条に基づく国民審査において重要な役割を持つ。2021年10月31日の衆議院議員総選挙時の国民審査に際しては、NHKで国民審査のサイトが開設され、主な裁判における少数意見が掲載されたことは記憶に新しい⁷⁾。その後も同サイトは維持され、2021年に信任を受けた裁判官のプロフィールや信条のほか、その後の裁判における判断も掲載している。

従来、マスメディアにおいて最高裁判所裁判官の顔写真付きで少数意見が掲載されるのは、国民審査の際の新聞の中間1面くらいであった。しかし、近年では、特に、民法に関する違憲審査に関しては、全15名の裁判官の顔写真及び略歴付きで違憲又は合憲の判断が主要新聞に掲載されるように⁸⁾、以前よりも増して最高裁判所裁判官の個々の見解が注目されていることが分かる。

これまでも違憲判決の個々の判例評釈においては、違憲判決に至る経緯として、それ以前の判決の影響は指摘されている。そこで、本稿では、憲法訴訟における最高裁判所の少数意見に着目して、特に、違憲判決を取り上げ、それ以前の少数意見の影響を当該違憲判決がどのように受けているのかを再検討したい。そのために、まずは、少数意見制に関して、同制度導入の経緯、

4) 竹下守夫は、伊藤正己元最高裁判所裁判官の言葉をこのように評する。同「最高裁の裁判における個別意見と法の支配」論究ジュリスト8号(2014年)巻頭言。

5) 藤田宙靖「最高裁回想録——学者判事の7年半」(有斐閣、2012年)197頁。

6) 見平典「最高裁判所の少数意見制度——その展開と意義」法学セミナー808号(2022年)8～9頁。

7) NHK「最高裁判所裁判官国民審査2021」(<<https://www3.nhk.or.jp/news/special/kokuminshinsa/2021/>>)

8) 朝日新聞2015年12月17日、同2021年6月24日。2021年6月24日の読売新聞は、合憲・違憲の内訳について最高裁判所裁判官の氏名と略歴を紹介して示している。

日本における同制度導入にあたって比較検討された諸外国における少数意見制の状況、日本の最高裁判所裁判官の少数意見制に対する見解を考察する。次に、日本において数少ない法令違憲判決の中から3つの判決を取り上げ、それ以前の少数意見との関係を検討する。最後に、現在も合憲性の問題が浮上している夫婦同氏制と死刑制度について以前の少数意見を掘り起こして今後の課題としたい。

1 少数意見制

(1) 少数意見制導入の経緯

裁判所法第2編「最高裁判所」の中に、「裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。」との規定がある（同法11条）。元来、同法75条により、評議は公開されず、各裁判官の意見の内容や評決の内訳などについて、裁判官には秘密を守ることが求められている。これは、合議体の裁判の「非個人性、一体性」の保障と裁判官に自由な発言を促すための配慮である⁹⁾。しかし、最高裁判所においては、その地位から裁判官に対してそのようなことを顧慮する必要はなく、国民審査に付される裁判官が関与した裁判においてどのような意見を持っていたかについて国民は判断材料とする必要があるために¹⁰⁾、各裁判官の意見の表示が要求されている。

各裁判官の意見の表示は、日本国憲法の下で最高裁判所に認められるようになった。少数意見は、現在、①補足意見、②意見、③反対意見の三種類に分かれている。補足意見は、法廷意見に加わった裁判官が自らの意見を補うものである。意見は法廷意見と結論を同じくするが、理由付けを異にする。反対意見は、法廷意見の結論に反対するものである¹¹⁾。

9) 最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説 上巻 1条～38条』（法曹会、1969年）96頁、兼子一・竹下守夫『裁判所法〔第4版〕』（有斐閣、1999年）311頁。

10) 最高裁判所事務総局総務局編・前掲注9）96頁。

11) 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）104～105頁。

明治憲法下の大審院では存在しなかった¹²⁾にもかかわらず、なぜ少数意見制を導入することになったのか。

明治憲法下において、裁判所の構成、裁判官等の身分、司法事務の取扱い等に関して定められた裁判所構成法¹³⁾は、ドイツ型である全員一致の擬制(Fiktion der Einstimmigkeit)の形式を採用していた¹⁴⁾。裁判所構成法121条は第1項で「判事ノ評議ハ之ヲ公行セス但シ予備判事及試補ノ傍聴ヲ許スコトヲ得」とし、第2項で「判事ノ評議ハ其ノ裁判長之ヲ開キ且之ヲ整理ス其ノ評議ノ顛末並ニ各判事ノ意見及多少ノ数ニ付テハ厳ニ秘密ヲ守ルコトヲ要ス」と定めた。

戦後、それまで支持されていたドイツ法からは離れて、日本の法制度は相次いでアメリカ法に移行していく¹⁵⁾。

昭和21年7月16日の司法法制審議会第2回第1小委員会において、最高裁判所の裁判官の少数意見の発表について次のように議論された。当時文部教官であった末延三次委員は、「米国あたりでも各判事が一人一人意見を述べて合議するが、各自の意見は別段判決書に記載しない。幹事の云はれるところは、實際上、合議と余り変りはないのではないか。」と述べる¹⁶⁾。この点、桜田勝義は「少数意見制の母法であるアメリカの制度に対しても、極めて貧弱な知識しかなかったように思われるのである」と辛辣に指摘している¹⁷⁾。

その後、同年8月2日の同審議会第9回第1小委員会では¹⁸⁾、国民審査を行うにあたって、「判決の少数意見を常時一般国民に知らせることが必要」という鎌田豊吉委員(弁護士)の意見に対して、「裁判に於ける少数意見を

12) 伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年)70頁。

13) 最高裁判所事務総局『裁判所百年史』(大蔵省印刷局、1990年)462頁以下。

14) 桜田勝義「少数意見論——裁判所法11条制定経過とその意義」法学(東北大学法学会)28巻4号(1964年)11~12頁。

15) 桜田・前掲注14)42~43頁。

16) 内藤頼博『司法研究報告書 第8輯第10号 終戦後の司法制度改革の経過(第2分冊)———事務当局者の立場から』(日本立法資料全集 別巻92、信山社、1997年)145頁。

17) 桜田・前掲注14)46~47頁

18) 内藤・前掲注16)217頁。

知らせるより、裁判官の人格識見を国民に分からせることが必要で、その為には、合議を公開し、公衆の面前で堂々と意見の交換をさせるやうな方法をとることが適当ではないか」という田多井四郎治委員（弁護士）の意見が出るものの、それに対して、末延委員が「裁判官の人格識見を国民に知らせる為には、合議の公開は不適當で、矢張り、少数意見の発表が適當」と述べた。最後には、栗林敏夫幹事（弁護士）が「裁判官について最もよく判つてゐる大学教授団、弁護士等に、裁判官支持の有無を発表させるやうな方法をとるのがよくはないか」という意見も飛び出している。

昭和21年11月14日に法制局で行われた〔第3次〕裁判所法案の審査メモでは、評議における意見の公表の規定を設けた理由について、「(1)最高裁判所の裁判官に就いては、その一人一人の意見が重大で政治的、文化的にその公表が要請される、(2)裁判官も、公務員として、国民の公僕の立場において、常に国民に対し、その責任を明かにする必要がある、(3)憲法79条第2、3項によつて、最高裁判所の裁判官は、その任命が公民審査に付されることになっているので、そのためには、国民一般が各裁判官の意見を知る必要がある」¹⁹⁾と記録されている。ただし、(3)については、一つや二つの裁判における意見ではなく、一般的な評価によつて裁判官は審査されるべきとする。そのほか、「各裁判官の意見を明確に表示することによつて、最高裁判所の裁判の權威を高めることにもなる」と書かれている²⁰⁾。

当初、大法廷の少数意見制のみが念頭に置かれており、昭和22年2月12日の〔第8次〕裁判所法案逐条説明では、12条の「裁判官の意見の表示」は「大法廷で裁判をする場合」として、「小法廷では、3人の裁判官の意見が一致したのみ、裁判をするのであるからこの必要がない。」と書かれていた²¹⁾。

19) この時点では裁判所法案15条で評議における意見の公表が規定されていた。内藤・前掲注16) 420頁。

20) 同上。

21) 内藤頼博『司法研究報告書 第8輯第10号 終戦後の司法制度改革の経過（第3分冊）——事務当局者の立場から』（日本立法資料全集 別巻92、信山社、1997年）892頁。

その後、連合軍総司令部を通じた結果²²⁾、昭和22年3月7日の修正条文では、11条に変わり、「裁判官の意見の表示」に関して、「大法廷の裁判の場合に限らず、すべて裁判書には各裁判官の意見を表示すべきもの」となった²³⁾。

〔第11次〕裁判所法案質疑応答では、「最高裁判所の裁判官は、その任命について国民の審査に付されるから、国民としては裁判に関与した裁判官がどんな意見を持っていたかを知つて、国民審査の際の判断の資料とする必要がある。それで最高裁判所では、大法廷においても、小法廷においても、裁判官の意見を裁判書に表示しなければならないこととした。」と書かれており、75条の評議の秘密の例外規定として設けられた旨示されているが²⁴⁾、桜田は、戦後約20年を経過しても、同条の意義は充分に明らかではないとし、「学説に訊ねなければならない」というのである²⁵⁾。

(2) 少数意見制を採用する諸外国の背景

少数意見制の意義を明確にするために、日本での同制度導入にあたって参照した諸外国の少数意見制の状況を紹介する。

①英米法系

英米法系の合議体の裁判は、個々の裁判官の裁判を集約したものという観念があり、各裁判官の意見が表示される²⁶⁾。日本もこれに倣って、各裁判官の意見を明示し、その責任を明確にすることで、裁判の透明性が図られた²⁷⁾。

22) 総司令部からは「最高裁判所判事が、いかなる意見を持っているかということは、国民の重大関心問題であるから、小法廷で、裁判する場合においても、同様各裁判官の意見を表示させることにしてもらいたい。」という意見が出ていた。桜田・前掲注14) 60頁。

23) 内藤・前掲注21) 916頁。

24) 内藤・前掲注21) 986頁。

25) 桜田・前掲注14) 62～63頁。

26) 兼子・竹下・前掲注9) 176頁。

27) 同上。

イギリスの裁判は特徴的であり、合議体であっても各裁判官が順繰りに意見（*seriatim opinion*）を述べる伝統を持つ。代表裁判官1名の意見の表示に限られないのである²⁸⁾。

イギリスの裁判官は、2005年の憲法改革により、現在は裁判官指名委員会によってバリスタから選ばれる。これまで基本的には、優秀な順にバリスタ→高等法院裁判官→控訴院裁判官→貴族院裁判官と任命されてきた。しかし、近年は、そのルートから外れて、最高裁判所裁判官に任命された裁判官も現れるようになった²⁹⁾。

イギリスの順繰り意見は、バリスタと裁判官の関係と密接に結びついている。「バリスタによる弁論から裁判官の判決まで」は一連として捉えられ、弁論終了後直ちに口頭で判決を述べることから、裁判官それぞれの意見の総体が判決となったのである³⁰⁾。

それが、イギリスでは、1960年代から、判決の内容を的確に把握するため、多数意見をまとめて法廷意見を出し、少数意見は抑えるような試みが控訴院から始まった。2000年代には、共同執筆意見（*composite opinion*）という形で複数の裁判官が分担して執筆し、それらを統合する判決が出されることもあった³¹⁾。最高裁判所が設置される頃には、順繰り意見は出されるものの、法的拘束力を伴う箇所（*ratio decidendi*）を明確にするようになる。その結果、一人の裁判官が多数意見を法廷意見として執筆する形が増えるようになっていく³²⁾。

アメリカにおいても、歴史的な経緯からイギリス同様に、判決では順繰り意見の形を採ることから始まっている³³⁾。

判決方式が大きく変わるのが、連邦最高裁判所第4代長官、ジョン・マー

28) 溜箭将之「イギリスにおける法廷意見・少数意見・順繰り意見——伝統と現代的変容」大林・見平編・前掲注3) 193頁。

29) 溜箭・前掲注28) 203～204頁。

30) 溜箭・前掲注28) 208頁。

31) 溜箭・前掲注28) 210～211頁。

32) 溜箭・前掲注28) 211～212頁。

33) 見平典「アメリカにおける少数意見制の動態」大林・見平編・前掲注3) 119頁。

シャル (John Marshall、在任：1801年～1835年)³⁴⁾ のときである³⁵⁾。判決は1名の裁判官が代表して法廷意見を述べる形を採るようになったのである。1810年代中頃にはこれが定式となり、今に続く。ただ、そのマーシャルは少数意見を抑えるように図っており、少数意見はこの時期、僅かとなっていた。マーシャルがこのような形を採ったのは、法的安定性を重視し、統一的な判決が裁判所の権威を高めると考えたためであった。

マーシャルが法廷を去ってから1世紀の間も、その考えが尊重され、少数意見の数は限られていた。しかし、その間の重要な変化が指摘されている。その一つが、「少数意見が多数派の思考に影響を及ぼしたり、後年の裁判官の知的資源として機能したりするように」なっていたことである³⁶⁾。

1940年代には少数意見の数が急増する。その要因は「複合的」と指摘されているが、当時の長官であるハーラン・F・ストーン (Harlan Fiske Stone、在任：1941年～1946年) が少数意見に意義を見出し、様々な意見が飛び交うことで適切な判断が生み出されると考えていたことが大きい³⁷⁾。その後も変わることなく、現在に至るまで少数意見は活発に提出されている³⁸⁾。

②大陸法系

フランスは判決において少数意見制を採用せず、全員一致こそが法的安定性に資すると考えているが³⁹⁾、ドイツは1970年の連邦憲法裁判所法改正により、連邦憲法裁判所の判決において少数意見制が採り入れられた⁴⁰⁾。

少数意見の種類としては、反対意見と同意意見の2種類があり、それぞれ、

34) 以下、裁判官の在任期間について、次を参照。Supreme Court of the United States, https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx

35) 見平・前掲注33) 121～124頁。

36) 見平・前掲注33) 127～130頁。

37) 見平・前掲注33) 137頁。

38) 見平・前掲注33) 138頁。

39) ジャック・ロベール・樋口陽一「〈インタヴュー〉 ジャック・ロベール氏に聞くーフランスの違憲審査制」ジュリスト1037号 (1994年) 120頁。

40) 柴田憲司「ドイツ連邦憲法裁判所の少数意見制」大林・見平編・前掲注3) 225頁。

dissenting opinion、concurring opinion と英語で表記されており、英米由来であることが指摘されている⁴¹⁾。しかし、少数意見制の採用については、「外国法」由来ではなく、古代ゲルマン期の評議公開の伝統に由来するという見解がある⁴²⁾。

ドイツでは、時々少数意見制導入に向けた動きがあるが、1871年に成立したドイツ帝国(ライヒ)における裁判所構成法(Gerichtsverfassungsgesetz)により少数意見制が否定され、伝統的に全員一致の形で判決していた⁴³⁾。1951年制定の連邦憲法裁判所法には、協議の秘密を規定した。

しかし、その後、少数意見制について動きがある中で、1968年第47回ドイツ法律家大会が決定打となり、先述の1970年連邦憲法裁判所法改正に至る⁴⁴⁾。

1970年改正に至る審議の中では、英米法、特にイギリスの裁判制度を念頭に置き、その少数意見のシステムを大陸法系のドイツに採り入れることの可否について指摘されていた⁴⁵⁾。それに対して、「裁判官の個性と人格を強める」という点や裁判の質が向上して裁判所とその裁判の権威を高めるとして、法案は可決した⁴⁶⁾。ここで、注目されるのは、少数意見制の賛成の根拠に挙げられていた、「少数意見は、司法を予測可能なものとする」として、少数意見が将来の判例変更を生み出すかのような意見であるが、ルップが「過大評価すべきでない」と述べたことも留める必要がある⁴⁷⁾。

(3) 最高裁判所裁判官の少数意見制に対する見解

各国の少数意見制が明らかになる中で、最高裁判所裁判官は同制度につい

41) 柴田・前掲注40) 233頁。

42) 柴田・前掲注40) 240頁。

43) 同上。

44) 柴田・前掲注40) 240～242頁。

45) 柴田・前掲注40) 243～245頁。

46) 柴田・前掲注40) 247～248頁。

47) 同上。

てどのように考えていたのであろうか⁴⁸⁾。「我が国では、個別意見を書けるのは最高裁の裁判官だけであり、意見を書くことは、権利であると同時に義務でもあります。」と大橋正春・元最高裁判所裁判官が語る内容からも⁴⁹⁾、最高裁判所裁判官の少数意見に対する意識の高さを汲み取ることができる。

これまで少数意見に対する見解で最も注目されたのは、伊藤正己元裁判官（在任：1980年～1989年）であらう⁵⁰⁾。伊藤元裁判官は、少数意見制を支持する立場で⁵¹⁾、まず、少数意見制のデメリットとメリットを検討する。この中で着目するのは、メリットとして挙げられている、チャールズ・E・ヒューズ元アメリカ合衆国最高裁判所長官（Charles E. Hughes、在任：1930年～1941年）の言葉を引用した「少数意見は『将来の時代の知性への訴え』』という指摘である。先例変更において、「アメリカでは少数意見の多数意見化の方向をとることが多く、その意味で少数意見は将来の方の進むべき道を予告することになる」という⁵²⁾。そして、伊藤元裁判官の在任中の判例変更についても触れ、「少数意見が忘れ去られることなく、判例変更の素地を提供し、法の発展に対して大きな意味をもつことになる⁵³⁾』という点は、最高裁の判例を分析する上で重要な視点といえよう。ただ、日本においてはアメリカと異なり、当時、「少数意見に加わる裁判官が減少して、少数意見が力を失っていくことが多い」と言われ、判例の拘束力がつよく、判例尊重の思考がつよく働いていると指摘されている⁵⁴⁾ ことも意識する必要がある。

また、伊藤元裁判官の少数意見制の検証では「補足意見」がクローズアップされていることも刮目する。補足意見は本来、「必要な論旨を展開するも

48) 以下で参照する著書の中では、「少数意見」は「個別意見」とも書かれるが、本稿の地の文では「少数意見」に統一する。各裁判官の在任期間については、次を参照。裁判所 HP (https://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/hanzi_itiran/index.html)

49) 大橋正春「司法制度について——最高裁判所を中心に」証券レビュー58巻6号（2018年）67頁。

50) 約30ページにわたって少数意見について検証している。伊藤・前掲注12) 70～105頁。

51) 伊藤・前掲注12) 72頁。

52) 伊藤・前掲注12) 80頁。

53) 伊藤・前掲注12) 80～81頁。

54) 伊藤・前掲注12) 46～47頁。

のであればこれを法廷意見に入れることに努力すべき」であり、不要と判断されるなら、「不必要な部分であり、無用のつけたり、独り言に類するもの」と考えられるところ、伊藤元裁判官自身が在任中に補足意見を多用したことで批判を受けてきたことにも触れつつ、全体的には「補足意見は有用」との結論に至っている⁵⁵⁾。その理由として、①法廷意見の明確性、②合議における活発な議論の明示、さらには③のちの判例への活用が挙げられている。その続きにある、④補足の形をとりながら一步ふみだすこと、⑤伊藤元裁判官自身の補足意見においては憲法に関わる論点は法廷意見では足りずに「補足の必要を感じること」が多かったことの2点は特に興味深く、実際に後述する少数意見にも通じるように思われる。

園部逸夫元裁判官（在任：1989年～1999年）は、少数意見に関して、「複雑な法律問題についての意見は最低二つあり、その重さは多くの場合拮抗している」という⁵⁶⁾。「数の上で優勢な意見が、判例となり通説となるだけのことで、科学でいう真理と同じような意味で圧倒的な価値があるわけではない」と指摘する。そして、「最高裁判所の判例の意義は、下級審や学界で意見が分かれている場合に、実務上依るべき理論を相当の期間安定させるために、多数意見による判決を構成することにある。」として、その際に、少数意見はその存在を明確にすることで、少数意見を顧慮した上で多数意見が構成されたことを明らかにする点で重要であると述べる⁵⁷⁾。

大野正男元裁判官（在任：1993年～1997年）は、まず、圧倒的な判例中心主義と「個別意見に対する評価の低さ」を指摘する⁵⁸⁾。少数意見は「無視されるか、あるいは敬意をもって遠ざけられるのが通例」という⁵⁹⁾。大野元裁判官はアメリカにおいて少数意見制への評価が分かれていることを指摘

55) 伊藤・前掲注12) 96～97頁。

56) 園部逸夫『最高裁判所十年——私の見たこと考えたこと』（有斐閣、2001年）7頁。

57) 同上。

58) 大野正男『弁護士から裁判官へ——最高裁判事の生活と意見』（岩波書店、2000年）105頁。

59) 同上。

し⁶⁰⁾、日本においては、「なるべく個別意見を自制し多数派形成につとめる人が多い。」と述べ、その理由に日本の社会的風土の影響を挙げる⁶¹⁾。しかし、「最高裁判事にとっても、少数意見として自らの意見を公表する以上は十分批判にたえるものであろうとするのは当然であるし、多数意見に加わる裁判官としても個別意見による批判を考えて、より説得性のある論理の形成につとめる動機ともなっている。」という⁶²⁾。そして、「日本の最高裁は、憲法の舵を取っていかねばならないのであるから、個別意見を書くときも自分の法律家としての良心と、将来の判例形成へ寄与する責任感との間に強い緊張関係が存在した。」と述べ、少数意見制は「集団主義に陥りがちな日本の法文化にとって大変有益な制度」とし、「社会も、重大な問題について裁判官全員一致での判決よりもそれぞれの考え方が表示される方が、安心感をもつではあるまいか。」との考えを示す⁶³⁾。実際、憲法問題で価値判断が分かれるときには、判決を支持しない人にとっては、反対意見はその人々に「安らぎを与え」、「自分達の意見は全く無視されているという強い疎外感」を受けるのを和らげる効果があるとして、一例を挙げて示している⁶⁴⁾。

滝井繁男元裁判官（在任：2002年～2006年）は、少数意見について、「敗者への説得」の観点から検討を加えている⁶⁵⁾。日本には英米のような少数意見制の土壤がないところ導入したために、当時、アメリカでは約3分の2の判決に少数意見が付いているのに対して、日本では、数パーセントにとどまっていることを指摘する⁶⁶⁾。しかし、「判決が個別意見をふまえて深く検討された結果であることが読む側にも伝わって、司法への信頼を高めること」になるとの考えを示す⁶⁷⁾。そして、当時、少数意見が増えつつあった傾向は下

60) 大野・前掲注58) 106～107頁。

61) 大野・前掲注58) 109頁。

62) 大野・前掲注58) 110頁。

63) 大野・前掲注58) 113頁。

64) 同上。

65) 滝井繁男『最高裁判所は変わったか——裁判官の自己検証』（岩波書店）60頁。

66) 滝井・前掲注65) 62頁。

67) 滝井・前掲注65) 63頁。

級審裁判官にも歓迎されていたというのである⁶⁸⁾。

藤田宙靖元裁判官（在任期間：2002年9月30日～2010年4月5日）は、今の時代にあつては、「木で鼻を括ったような全員一致」の判決・決定の理由では国民は納得せず、裁判官の審理に疑いの目を向けることもあり得るが、裁判官の中には異なる考え方を持つ者もいて、それらを突き合わせて十分に審議した結果、最終的な結論を示せば、敗訴した当事者も納得し、国民も裁判所を信頼するとの考えを述べている⁶⁹⁾。

以上の最高裁判所裁判官の見解からも、先述の通り裁判所法制定過程で示されたように、最高裁判所は、少数意見を示してこそ、判決に説得力を持たせ、ひいては裁判所の信頼に繋がると考えられているといえよう。

2 憲法訴訟における少数意見とその後の違憲判決

少数意見は「判例の動向を予測する手がかり」とも考えられていたが⁷⁰⁾、これまでの違憲判決はそれ以前に出された少数意見と比べると、影響を受けていると言えるのだろうか。

本章では、憲法訴訟の先例で少数意見が付されていた以下3つの最高裁判所判決・決定に絞り、それ以前の少数意見と照らし合わせて、同判決・決定について検討する。

(1) 尊属殺重罰規定違憲判決

昭和22年に日本国憲法が施行されてから、26年の時を経て、初めて最高裁判所の違憲審査権行使によって法律が違憲と判断された⁷¹⁾。昭和48年4月4

68) 同上。

69) 藤田・前掲注5) 158～159頁。

70) 兼子・竹下・前掲注9) 176頁。

71) それ以前には、「占領管理法令の平和条約発効後における効力」に関する2種5件にのみ、最高裁判所は違憲と判断している。田尾勇「刑法200条と憲法14条1項」最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度122～123頁。

日、最高裁判所は14対1の大差で、当時刑法200条に「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」と定められていた尊属殺重罰規定を違憲と判断したのである（以下、昭和48年判決⁷²⁾。

本件について、第1審⁷³⁾は刑法200条を違憲として同法199条の殺人罪で判断し、刑法36条2項に基づき、過剰防衛を理由に刑を免除したが、第2審⁷⁴⁾は、第1審を破棄して同法200条を合憲として過剰防衛も認めず、心神耗弱による減刑及び酌量減刑によって懲役3年6月の実刑判決を下した。

本判決は、刑法200条は尊属殺の規定を設けていることは違憲とせず、その法定刑が死刑又は無期懲役刑に限定していることが不合理な差別として憲法14条1項に反すると判断した。

本判決には少数意見として、岡原昌男裁判官が補足意見を付けている。田中二郎、下村三郎、色川幸太郎、大隅健一郎、小川信雄、坂本吉勝の6裁判官は、結論は多数意見に同調するものの、違憲の理由として刑法200条が尊属殺の規定を設けていること自体が不合理な差別に当たるとして、意見を付けている。それに対して、下田武三裁判官は反対意見を出し、刑法200条は立法目的も立法目的達成手段としての法定刑の加重についても十分な合理的根拠があり、なんら憲法違反ではないと述べた。

刑法200条をめぐる先例としては、昭和25年10月25日最高裁判所大法廷判決⁷⁵⁾を挙げることができるが、その多数意見は刑法205条2項の尊属殺傷致死罪を合憲と判断した同月11日最高裁判所大法廷判決⁷⁶⁾を援用している。真野毅裁判官及び穂積重遠裁判官の反対意見並びに斎藤悠輔裁判官の補足意見も、同判決でのそれぞれの少数意見を援用している。同判決は刑法205条のみならず、刑法200条にも触れており、穂積裁判官のいう「殺親罪」全体

72) 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。

73) 宇都宮地判昭和44年5月29日判タ237号262頁。

74) 東京高判昭和45年5月12日判時619号93頁。

75) 刑集4巻10号2126頁。

76) 刑集4巻10号2037頁。

を問題としている⁷⁷⁾ため、以下では、昭和25年10月11日最高裁判所大法廷判決（以下、昭和25年判決）の真野裁判官及び穂積裁判官の各反対意見を見ていくことにする。

真野反対意見は、まず、民主主義の基礎としての法の下での平等を説き、「本件の刑法205条において直系尊属に対する傷害致死について普通の傷害致死と区別し特に重い刑を科することは、明白な差別待遇であって、前記法の下における平等の大原則に反し、憲法14条に違反するものと言わねばならぬ。」と述べ、具体的に被害者が①直系卑属と②他の人から傷害致死を受けた場合の罪の差を挙げて、「これが不平等にあらずして何ぞや。」という。

次に、刑法205条の立法目的について、「多数意見はしきりに親子の道徳を強調するが、そしてそれは民主主義を理解しない者の俗耳には入り易いものであるが、子の親（直系尊属）に対する道徳の中から、正しい民主主義的な人間の尊厳、人格の尊重に基く道徳を差引いたら、その後一体何が残るであろうか。それは、(1)子の親に対する自然の愛情に基く任意的な服従奉仕と、(2)親の恩に対する報恩としての服従奉仕の義務に過ぎない。これらは、本来個人の任意に委さるべきものであって、法律上の権利義務関係となし又はその他の法律上の保護を与えるには適当しないのである。却って法律上の強制を与えないことによってますます自由な感覚の下に道徳的価値を純化し高揚せしめなければならぬ領域に属するものである。」と述べて、立法目的自体が違憲と結論付けている。

それに対して、穂積反対意見は、興味深いことに、量刑について着目している。同裁判官は、まず、「もし尊属殺は極悪非道なるがゆえに極刑を以て臨まねばならぬとしても、それは、199条でまかない得るのであって、特に200条を必要としない。」という。そして、「普通殺人と尊属殺との刑罰の差違は、各法定刑の下限に存する。すなわち前者にあっては刑を懲役3年まで下げて執行猶予の恩典に浴せしめることができ、後者は死刑にあらざれば無期懲役と限られているからかりに法律上の減輕と酌量減輕のあらん限りを尽

77) 田尾・前掲注71) 126頁。

したとしても、懲役3年半以下に下げることができず、従って執行猶予を与え得ない。」と述べる。

さらに、「多数意見が『夫婦、親子、兄弟等の関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』であると言うのは正にそのとおりであるが、問題は、その道徳原理をどこまで法律化するのが道徳法律の本質的限界上適当か」と問題提起する。そして、量刑について、「法定刑に上限下限のひらきを設けて裁判所の情状による量刑にまかすことは現代の刑法上当然の立法であり、加害者、被害者の身分上の続がらその情状の一つであることも無論さしつかえない。ただ『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』が『法の下に平等』の憲法原則に違反し得るのである。」と述べるのである。

昭和48年判決では、多数意見は先述の通り、刑法200条の立法目的は合憲だが、立法目的達成手段は違憲と判断した、その二段階の判断手法が注目されていた⁷⁸⁾。立法目的達成手段で違憲と判断した多数意見は、その判断の理由付けについて次の通り述べている。「刑法200条をみるに、同条の法定刑は死刑および無期懲役刑のみであり、普通殺人罪に関する同法199条の法定刑が、死刑、無期懲役刑のほか3年以上の有期懲役刑となつているのと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られていることは明らかである。もつとも、現行刑法にはいくつかの減軽規定が存し、これによつて法定刑を修正しうるのであるが、現行法上許される2回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役3年6月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない。」

その点、刑法200条にかかる罪の事案では「悪逆無道なものがあまりなく、むしろすこぶる軽微な加害にとどまり、あるいは被害者に甚だしい非違がある」として、憐憫の情が沸くケースが少なくないため、量刑にあたっては「裁

78) 田尾・前掲注71) 115頁。

判官の苦悩することがしばしばである」と指摘されている⁷⁹⁾。実際に、昭和48年判決の最高裁判所判例解説では冒頭の事実関係の脚注は、被告人の悲惨な境遇を周りの者の話から浮き彫りにしている。その結果、昭和48年判決では、昭和25年判決の穂積反対意見が指摘するように、刑法200条か刑法199条のいずれで裁くかによる執行猶予の有無が判断を左右したといえよう。

さらに、昭和48年判決では、6裁判官による意見が付いているが、それらは先述の通り刑法200条の立法目的からして違憲と述べているが、昭和48年判決における田中意見は、昭和25年判決において真野裁判官が強く指摘したように、民主主義の基礎から法の下での平等が成り立つことを説明する論理と重なるのである。

(2) 国籍取得要件規定違憲判決

尊属殺重罰規定違憲判決では、刑法200条の立法理由の検討にあたって家族のあり方が問われていた。その後、家族関係に関わる規定が違憲と判断され始めるのは、本判決以後である。平成20年6月4日、最高裁判所は国籍法3条1項を違憲と判断した（以下、平成20年判決⁸⁰⁾。当時、国籍法3条1項は、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」と規定していた。

第1審は、国籍法3条1項は準正子と父母が内縁関係（重婚的なものも含む。）にある非嫡出子との間に国籍取得の可否において合理的な理由のない区別を生じさせているとして一部無効とし、一部無効の後の国籍法3条1項に基づいて当該子らの日本国籍の取得を認めた⁸¹⁾。それに対して、第2審は、

79) 田尾・前掲注71) 129頁。

80) 民集62巻6号1367頁。

81) 東京地判平成17年4月13日判時1890号27頁。

第1審の解釈では国籍取得要件を裁判所が創設するものにはほかならないとし、違憲立法審査権の限界を逸脱するものであって許されないとして、当該子らの日本国籍の取得を認めなかった⁸²⁾。

本判決は、まず、国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子について、父に認知されたにとどまる子と父母の婚姻により嫡出子の身分を取得した子（準正子）との間に日本国籍の取得に関する区別を生じさせていることは、遅くとも上告人が国籍取得届を提出した平成15年当時には、合理的な理由のない差別として、憲法14条1項に反すると判断した。次に、本判決は、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、国籍法3条1項の国籍取得要件のうち、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことの部分を除いた要件が満たされるときには、本件規定に基づいて日本国籍を取得することが認められると解すべきとして、上告人の日本国籍取得を認めた。

本判決の少数意見として、①泉徳治裁判官、②今井功裁判官（那須弘平裁判官、涌井紀夫裁判官同調）、③田原睦夫裁判官、④近藤崇晴裁判官がそれぞれ補足意見、⑤藤田宙靖裁判官が意見、⑥甲斐中辰夫及び堀籠幸男の両裁判官の共同反対意見、⑦横尾和子、津野修及び古田佑紀の3裁判官の共同反対意見が付けられている。⑤藤田意見は、多数意見が国籍法3条1項の国籍取得要件について父母の婚姻を「過剰な」要件と捉えるのに対して、本件規定に違憲性はないとし、準正でない子に日本国籍を認めていないことが「不十分」と捉え、多数意見と異なる理由で本件規定を違憲と判断する。⑥甲斐中・堀籠共同反対意見は、本件規定の違憲性を認めるものの、上告人の国籍取得を否定する。⑦横尾・津野・古田共同反対意見は、本件規定の違憲性を否定し、仮に違憲としても上告人の国籍取得を否定する。

国籍法3条1項については、平成14年11月22日最高裁判所第二小法廷判

82) 東京高判平成18年2月28日家月58巻6号47頁。

決⁸³⁾ (以下、平成14年判決)において、亀山継夫裁判官の補足意見、梶谷玄及び滝井繁男の両裁判官による共同補足意見が本件規定の「合憲性に強い疑念」を示していた⁸⁴⁾。そこで、平成14年判決の各補足意見を見ていく。

亀山補足意見は、「(国籍)法2条1号が日本人の父から胎児認知された非嫡出子に国籍の生来的取得を認めていることとの対比において、法3条が認知に加えて『父母の婚姻』を国籍の伝来的取得の要件としたことの合理性には疑問を持っており、その点が結論に影響する事件においては、これを問題とせざるを得ないと考える」と述べている。

梶谷・滝井共同補足意見は、「法3条が父母の婚姻をも国籍取得の要件としたことの合理性を見いだすことは困難である」という。その理由として、「今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の態様も一様ではなく、それに応じて子供との関係も様々な変容を受けており、婚姻という外形を採ったかどうかということによってその緊密さを判断することは必ずしも現実には符合せず、親が婚姻しているかどうかによってその子が国籍を取得することができるかどうかにより差異を設けることに格別の合理性を見いだすことは困難である。」と述べるのである。また、「特に、嫡出子と非嫡出子とで異なる扱いをすることの合理性に対する疑問が様々な形で高まっているのであって、両親がその後婚姻したかどうかといった自らの力によって決することのできないことにより差を設けるべきではない。既に、我が国が昭和54年に批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条や、平成6年に批准した児童の権利に関する条約2条にも、児童が出生によっていかなる差別も受けない、との趣旨の規定があることも看過してはならない。」と指摘する点は、注目される。最後には、国籍法3条が「非嫡出子の一部に対する差別をもたらす」として、「このような差別はその立法目的に照らし、十分な合理性を持つものというのは困難であり、憲法14条1項に反する疑いが極めて濃い」と指摘していた。

83) 判時1808号55頁。

84) 太田いく子「判批」平成18年度重要判例解説287頁。

平成20年判決は、先述の昭和48年判決で示された合理性の基準を用い、まず、国籍法3条1項が設けられた理由は、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付きが生ずることから、日本国籍の取得を認めることが相当である」として、立法目的自体には、合理的な根拠があるという。

そして、本件規定が設けられた当時には、本件規定が「認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記立法目的との間に一定の合理的関連性があった」という。しかし、その後、「我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在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おり、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。」と述べる。さらに、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。」と続ける。その結果、立法目的との間における合理的関連性は今日においては失われており、合理性を欠いた過剰な要件を課しているとして、憲法14条1項違反と判断した。

平成20年判決は、まさに、平成14年判決において、梶谷・滝井共同補足意見で指摘していたように、今日の国際化による価値観の多様化が父母の婚姻と我が国との密接な関係を現実的には符合させないというのである。また、平成20年判決と平成14年判決の梶谷・滝井共同補足意見で注目されるのは、双方とも、嫡出子と嫡出でない子の差別的取扱いに対して、日本が批准している国際人権規約B規約及び子どもの権利条約を取り上げ、当該問題について言及している特徴といえよう。

(3) 婚外子相続分規定違憲決定

平成25年9月4日、最高裁判所大法廷は、民法900条4号但書が「父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の2分の1とする。」と規定し、嫡出子と嫡出でない子との間に法定相続分の差を設けていることが憲法14条1項に反すると判断した⁸⁵⁾（以下、平成25年決定）。既に本件規定については平成7年7月5日最高裁判所大法廷決定⁸⁶⁾（以下、平成7年決定）が5名の裁判官の反対意見を示しつつも合憲と判断していたため、注目を集めた。

第1審⁸⁷⁾も第2審⁸⁸⁾も、本件規定は憲法14条1項に反しないとして、嫡出でない子らには具体的相続分が認められないと判断した。特に、第2審は、このように判断した理由について、「判断の補足」として、「最高裁判所平成7年7月5日大法廷決定後の社会情勢、家族生活や親子関係の実態、本邦を取り巻く国際的環境等の変化等を総合考慮しても、本件相続開始時（平成13年…）に上記規定が違憲であったと認めることはできない。」と述べた。

それに対して、平成25年決定は、金築誠志、千葉勝美、岡部喜代子の3裁判官がそれぞれ補足意見を付けるものの、全員一致で、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した。

本件規定の合憲性については、平成7年決定以降も最高裁判所小法廷において度々争われ、「最高裁内部で意見が大きく分かれている」と指摘されている⁸⁹⁾。まずは、平成7年決定の少数意見から見ていくことにする。

平成7年決定では、①可部恒雄裁判官、②大西勝也裁判官（園部逸夫裁判官同調）の各補足意見、③千種秀夫、河合伸一の両裁判官の共同補足意見、

85) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

86) 民集49巻7号1789頁。

87) 東京家審平成24年3月26日金商1425号30頁〈参考収録〉。

88) 東京高決平成24年6月22日金商1425号29頁〈参考収録〉。

89) 太田裕之「婚外子の法定相続分差別と憲法——2009年決定を契機として」同志社法学64巻7号（2013年）330頁。

中島敏次郎、高橋久子、尾崎行信及び遠藤光男の4裁判官による共同反対意見、さらに、尾崎行信裁判官の追加反対意見が付けられていた。

補足意見においては、園部裁判官が同調する大西裁判官は、「我が国の社会事情、国民感情の変化には著しいものがある」こと及び「我が国を取り巻く国際的な環境の変化もまた見逃すことはできない」ことに触れている。

共同反対意見は、合理性の基準について、より強い合理性の存否が検討されるべきと指摘しつつも、「単なる合理性についてすら、その存在を是認することはできない」という。そして、「本件規定の立法目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、立法当時の社会の状況ならばあるいは格別、少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠くといわざるを得ない。」と述べる。また、立法目的と手段との間の実質的関連性について、「相続を含む法制度上、非嫡出子を嫡出子と区別することは不合理であるとして、主として、1960年代以降両者を同一に取り扱うように法を改正することが諸外国の立法の大勢となっている。」と指摘し、諸外国における変化を示すとともに、国際人権規約B規約26条及び子どもの権利条約2条1項を挙げて、本件規定を憲法14条1項に違反して無効と述べていた。

その後、平成25年決定までに本件規定の合憲性について判断した最高裁判所小法廷判決の少数意見で注目されるのは、平成15年3月31日判決⁹⁰⁾（以下、平成15年判決）である。特に、同判決における島田仁郎裁判官の補足意見は、平成25年決定において平成15年判決以降の「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」と読み取られている。島田裁判官の補足意見は、本件規定の立法当時に存在した正当化の理由となった家族形態に関する社会事情や国民感情などは、「現時点ではもはや失われたのではないか」とし、婚外子に対する不当な差別を「無視できない」と述べた上で、「本件規定は、明らかに違憲であるとまではいえないが、極めて違憲の疑いが濃い」と指摘する。そして、平成7年決定などの補足意見を参照

90) 判時1820号62頁。

して、本件規定を直ちに違憲無効とすると「法的安定性が著しく損なわれることは避けがたい」とし、「本件規定については、相続分を同等にする方向での法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待するものである。」と締めくくるのである。

平成25年決定は、まず、相続制度については、「国の伝統、社会事情、国民感情など」に加えて、「婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等」を総合的に考慮した上で、立法府の合理的な裁量に委ねられているとし、次に、これらの事柄は時代とともに変遷するため、相続制度の規定の合理性については「不断に検討され、吟味されなければならない」と述べる。

そして、その変遷については、まず、我が国において、「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。」とし、次に、本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況として、1960年代後半以降には嫡出子と嫡出でない子の平等化が進み、相続に関する差別が廃止される立法が制定されていることに触れ、さらに、日本が批准した国際人権B規約及び子どもの権利条約を挙げて、「児童が出生によりいかなる差別も受けない旨の規定」を取り上げた上で、日本の法制等の変化を指摘する。最後に、平成7年決定の5名の裁判官の反対意見、その後の小法廷判決及び小法廷決定の少数意見の変遷を分析し、上記の通り本件規定を違憲と判断した。

平成25年決定は、それまでの最高裁判所が懸念してきた「法的安定性の確保との調和」を図り得るとして、立法府による法改正の遅れをもはや看過できないと判断したのである。

おわりに ～夫婦同氏制と死刑制度の合憲性に関する少数意見

これまで見てきたように、日本では少数意見制は紆余曲折を経ながらも、これまでの数少ない法律に対する違憲判決の中にはそれ以前の少数意見の影響を受けていることが読み取れる。最高裁判所は、立法の手に委ねるのが望

ましいと考え、予め少数意見によって法改正を促すよう発信しているにもかかわらず、長年の立法不作為が発生した結果、放置できないと違憲の判断を下しているのである。

最後に、今後の行方が気になる民法750条の夫婦同氏制と死刑制度の合憲性の問題について触れて、結びとしたい。

まず、民法750条の夫婦同氏制の合憲性の問題について、最高裁判所は、平成27年12月16日判決⁹¹⁾(以下、平成27年判決)と令和3年6月23日決定⁹²⁾(以下、令和3年判決)で二度にわたって合憲と判断しているが、それぞれ少数意見が付されている。

平成27年判決では、岡部喜代子裁判官が意見を述べており、櫻井龍子、鬼丸かおるの両裁判官がそれに同調し、全15名の裁判官のうち3名全ての女性裁判官がいずれも民法750条が憲法24条違反としたことは注目を浴びた。岡部裁判官は、民法750条制定から長期間経過した現在、近年の女性の社会進出が著しいため、婚姻後も婚姻前の氏を維持したいという欲求の高まりと婚姻前後での氏の変更による同一性識別の困難について、まず指摘する。次に、氏の変更は96%の夫婦において夫の氏を称する婚姻が生じていることから、氏の変更によるアイデンティティの喪失感や同一性識別困難の支障などの負担は女性に偏っている問題点を挙げる。その結果、夫婦同氏制があえて法律上の婚姻を選択しない要因にもなっており、婚姻の自由を制約するものという。そして、現在増えてきている通称使用によって夫婦別姓を認めないことに合理性が認められるものではないと断じるのである。

その他、木内道祥裁判官が意見、山浦善樹裁判官が反対意見を付けており、全15名のうち5名が民法750条を違憲と判断した。

令和3年決定では、民法750条を違憲とする裁判官は4名と若干減ることになったが、依然、三浦守裁判官が意見、宮崎裕子、宇賀克也の両裁判官が共同反対意見、草野耕一裁判官が反対意見を付している。三浦意見や宮崎・

91) 民集69巻8号2586頁。

92) 判時 2501号3頁。

宇賀共同反対意見は、婚姻届が受理されなければ婚姻が成立しないとして、本件規定は婚姻をするについての自由に対する直接的制約と捉える⁹³⁾。ここではこの議論については立ち入らないが⁹⁴⁾、民法750条の合憲性について最高裁判所裁判官の中で繰り返し意見が分かれていることが今後につながることを注視したい。

最後に、2022年11月29日に大阪拘置所に収容されている死刑囚3人が絞首刑による死刑執行を憲法36条等に違反すると訴えている⁹⁵⁾ ことについて取り上げる。これまで民法750条など民法規定の合憲性については多数意見が合憲と判断しても、それとは異なる場合には各裁判官は個々、詳細な見解を示してきた。しかし、死刑の合憲性については、これまでアムネスティ・インターナショナルが再三勧告し⁹⁶⁾、マスコミが死刑制度に関する問題を幾度も報じているにもかかわらず、最高裁判所は、「死刑制度が憲法の同規定に違反しないことは当裁判所の判例……とするところであるから、理由がな」と繰り返すばかりである⁹⁷⁾。

しかし、日本国憲法が施行して間もない昭和23年3月12日には最高裁判所は、死刑の合憲性に関する判決において次のように少数意見を発している。「国家の文化が高度に発達して正義と秩序を基調とする平和的社会が実現し、公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感じない時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感情により否定されるにちがない。かかる場合には、憲法第31条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐な刑罰として憲法に違反するものとして、排除されることもあろう。」(島保、藤田八郎、岩松三郎、河村又介の4名の裁判官による共同意見)

93) 土井真一「批判」新・判例解説 Watch30号(2022年)24~25頁。

94) 土井教授は夫婦同氏制の問題は婚姻内容の合理性の問題として、憲法24条2項及び13条の問題と位置づける。土井・前掲注93)25頁。

95) 朝日新聞2022年11月30日。

96) アムネスティ・インターナショナル「死刑廃止」〈https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/death_penalty/〉

97) 近年では、最二判平成30年12月21日裁判所ホームページ 〈https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/300/088300_hanrei.pdf〉

今なお日本では内閣府の世論調査⁹⁸⁾により国民の約8割が死刑もやむを得ないと答えていることを根拠として死刑制度が存置されているが⁹⁹⁾、昭和23年から76年の時を経て、最高裁判所は、藤田元最高裁判所裁判官が問題提起するように、『以上は、当審のこれこれの判例の趣旨に徴して明らかである』と述べるいわゆる『徴する判決』¹⁰⁰⁾を見直すときが来ているのではないだろうか。

98) 内閣府「令和元年度 基本的法制度に関する世論調査 2. 死刑制度に対する意識」〈<https://survey.gov-online.go.jp/r01/r01-houseido/2-2.html>〉

99) 死刑制度存廃に関する内閣府の世論調査のとり方の問題については、次で論じている。
Haruna IKEDA, La constitutionnalité de la peine de mort au Japon : Une comparaison avec la France quarante ans après son abolition, *La revue internationale de droit comparé*, 2022, pp.327.

100) 藤田・前掲注5) 156頁。