

# 民法九〇〇条四号但書前段と憲法一四条一項をめぐる 非嫡出子の法定相続分問題

——最大決平成二五年九月四日金融法務事情一九七八号三七頁（平成二四年（ク）第九八四号・第九八五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）——

百 地 章  
小 関 康 平

《事案概要》

《決定要旨》

《評 釈》

- 一 合憲性審査の構造
- 二 立法事実としての総合的に考慮すべき社会事情等
- 三 法律婚尊重の意義とその間接的担保としての法定相続分規定
- 四 憲法上の理念と民法上の制度  
四―一 法の下の平等と相続制度——変容を受ける個人尊重（尊厳）の原理  
四―二 遺言による相続と法定相続分による相続——本件規定の補充性について

民法九〇〇条四号但書前段と憲法一四条一項をめぐる非嫡出子の法定相続分問題（百地・小関） 一三三二（二三三二）

五 違憲判断の効力

結語に代えて

《事案概要》

本件は、平成一三年七月に死亡した被相続人Aの遺産につき、Aとその亡妻Bとの間の嫡出子X1及びX2、並びに、AB間の嫡出子である亡Cの代襲相続人X3及びX4（申立人・被被告人・被特別被告人）が、ABとの婚姻中にAと申立外Dと間において出生した非嫡出子たるY1及びY2（相手方・被告人・特別被告人）に対して、遺産分割の審判を申立てた事案である。

Y1及びY2は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一と定める民法九〇〇条四号但書前段は、憲法一四一条一項に違反すると主張したが、第一審は、最高裁決定を踏襲し、「……非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護との調整を図ったものと解される……」<sup>3)</sup>として、これを認容せず、Y1及びY2は抗告。抗告審もまた、平成七年最大決後

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……に上記規定〔民法九〇〇条四号但書前段〕が違憲であったと認めることはできない」として第一審と同様の憲法判断をした為、Y1及びY2は本件特別抗告に及んだ。<sup>4)</sup>

《決定要旨》

原決定破棄差戻し。

(1) 「憲法14条1項は、……事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである……」。

(2) 「……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ぬ。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ふべきである」。

(3) 平成七年最大決は、法律婚主義を採る我が国においては本件規定が憲法一四条一項に違反しないとす  
るが、「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〔Ⅱ決定要旨(2)に相当〕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」。

(4) 「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」。また、昭和二二年民法改正当時に参照された諸外国の法制度は、既に今日においては変化を遂げているし、平成五年に国連自由権規約委員会が本件規定の削除を勧告している。更には、平成二二年に、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。(5) それにも関わらず本件規定が存続するに至っているのは、「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、……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こと」がある。

しかしながら、本件規定の憲法適合性判断にあたっては、「種々の要素を総合考慮」されなければならないものの、「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、上記法的问题の結論に直ちに結び付くものとはいえない」。

(6) 平成七年最大決以来、当裁判所は本件規定を合憲と判断してきたが、当該決定においても既に反対意見・補足意見が付されており、特に、「……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」。更に補足意見の中には、速やかな立法措置を求めるものもある。

(7) 「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」。

(8) 「……〔以上を〕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うべきである」。

(9) 本決定は、平成七年最大決が、「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」。

「……本件規定は、本決定により遅くとも平成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される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう」。

しかしながら、本決定は、「……その違憲性を当裁判所として初めて明らかにするものである。……それにもかかわらず、本決定の違憲判断が、……いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる」。

だとすると、「……確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定

的なものとするのが相当であるといえる」。「したがって、本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」。

(10) 尚、金築誠志、千葉勝美、岡部喜代子各裁判官の補足意見がある。

## 《評 釈》

### 一 合憲性審査の構造

本件規定については、平成七年最大決<sup>⑤</sup>において合憲判断が下されているが、本決定は、それを判例変更したものである。平成七年最大決が採る合憲性審査の構造については、一般に、いわゆる合理性の基準であるとされる<sup>⑥</sup>。このような理解に基づく論稿においては、その多くが、先ず、厳格審査基準、厳格な合理性の基準、合理性の基準について紹介した上で、平成七年最大決は、このうち

の合理性の基準に依拠しており、厳格な合理性の基準が採用されるのが妥当である旨を論ずる<sup>7)</sup>。

ところが、平成七年最大決が、合理性の基準に依拠しているとするのとは、別種の理解も少なからず存在する<sup>8)</sup>。それにも関わらず、平成七年最大決の採用する合憲性審査の構造について、このような異なる理解を対照しようとする論考は余り見られない<sup>9)</sup>。そもそも、いわゆる合理性の基準とは、①立法目的が正当 (legitimate) であって、②かかる立法目的とその為の規制手段（立法目的達成手段）とが合理的に関連してゐるか (rationally related) 否かを審査するものである<sup>10)</sup>。だが、平成七年最大決に対する別種の理解は、そもそも、同判決が立法目的とその為の規制手段という構造に拠ることなく、これ故に、両者の間の合理的関連性を審査していないと考察する。その論ずるところ即ち、目的——手段構造を明確に採用しているとされる尊属殺重罰規定違憲判決を差し置く、平成七年最大決の「……法廷意見には、アメリカでいう rationality の基準を引き合いに出して判例の「合理的区別」論を説明しようとする学説（および本件決定「『平成七年最大決』の反対意見）に対して、違和感を表明し

ている、とみる余地がある」と<sup>11)</sup>。

翻って本決定を見るに、「……本件規定の合理性については、前記2及び(2)で説示したとおり「『本稿における決定要旨(2)及び(3)に相当」、種々の要素を総合考慮し「て」、……判断されるべき」として、具体的には、決定要旨(4)及び(5)に示されるような検討を行っている。これを要するに、「種々の事柄」——この点については次節において扱うが——が変遷を遂げるなどしており、「……遅くとも……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廷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」と論ずる。しかしながら、ここで述べられているところの失われた「合理的な根拠」とは、本決定がいかなる合憲性審査手法を採用しているのかについて考えるとき、何について語られているものなのか不分明なところがある。即ち、立法目的の正当性について論ずるものであるのか、立法目的と立法目的達成手段との合理的関連性について論ずるものであるのかについてである。

本件規定の立法目的（ないし立法理由）については、

法律婚の尊重と言われる。この法律婚の尊重という立法目的が正当なものであるか否かは、——評釈三において述べるように——法律婚主義を採用すること自体の正当性ないし憲法適合性によって決せられることとなる。しかし、本決定は、「我が国は」いわゆる事実婚主義を排除して法律婚主義を採用し「ている」と述べた上で、「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<sup>19</sup>」との平成七年最大決の説示を引用するに留め、それに対する独自の評価を与えてはいない（尤も、法律婚主義それ自体の正当性ないし憲法適合性について精緻な検討を加えていないことは、平成七年最大決においても同様である）。この上で、本決定は、決定要旨（3）のごとく説き、同（4）に略述した検討に入っている。ここでは、本件規定に関わるところの、家族観の変化、諸外国立法の趨勢、我が国が批准した条約等の社会事情等について、その変遷が詳細に紹介されており、これを主要な論拠として本件規定が「合理的な根拠」を失ったと最終的に結論付けている。

従って、本決定は、法律婚の尊重という本件規定の立法目的について、その合憲性審査を行っていないか、あるいは、合憲であることを前提にして論を進めているものと思われる。確かに、先例と同様の憲法適合性評価を行う場合にあつては、立法目的についての審査は省略され、立法目的達成手段のみ審査に付されることもあり得よう。だが、本決定においては、先例としての平成七年最大決とは異なった憲法適合性評価を結論付けており、立法目的についての審査は改めて精緻に行われるべきはずであった（あるいは反対に、本決定が法律婚の尊重という立法目的が合憲であることを前提としているのであれば、左に論ずるように本件規定については合憲判断が妥当である）。

こうした本決定のごとき合憲性判断の構造は、しかし、（平成七年最大決における反対意見や、より明確には尊属殺重罰規定違憲判決が採るような）目的——手段の構造把握によって合憲性判断を行っていることが明らかであるとは言えなからう。従って、本決定について、「……その〔本件規定の〕今日における合理性を否定したのであり、平成七年決定反対意見の視点を基本的に

採用したものと「よかろう」<sup>13</sup>との見解があるものの、これが本決定において厳格な合理性の基準が採用されたということの意味するものであれば、俄かには賛同しかねる。と言うのも、こと本決定で採られた合憲性審査の手法については、——結論こそ異なるが——寧ろ平成七年最大決における多数意見に対する前出の別種の理解に近似した見方も成立し得るからである。<sup>14</sup>

尤も、評釈二において見るように、本決定は、社会事情等について検討を加えているものの、これは立法目的達成手段が効果的なものとなり得るか——即ち、立法目的との間の合理的関連性——のみに接続し得るものであって、立法目的の正当性ないし重要性を基礎付ける内容のものとはなっていない<sup>15</sup>。しかも、立法目的の正当性ないし重要性は、評釈三において見るように、主として法律婚制度それ自体の正当性ないし憲法適合性に依拠すべきものとなる。

## 二 立法事実としての総合的に考慮すべき社会事情等

平成七年最大決も本決定も一様に、立法府がその裁量において相続制度を策定するに際しては、「それぞれの

国の伝統、社会事情、国民感情など」（本決定）（決定要旨（7））、そして、「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」（平成七年最大決）（以下、社会事情等という）が総合的に考慮されなければならない旨を示している。

そして、本決定は、かような社会事情等は、「時代と共に変遷するものでもあるから、その定め〔「本件規定」の合理性については、個人の尊厳と法の下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」（決定要旨（3））とし、昭和二二年民法改正の際に本件規定は現行民法に引き継がれたことを挙げた上で、同民法改正以後における上記の社会事情等の変遷を決定要旨（4）のごとく詳細に紹介している。その上で、このような社会事情等の変遷は、「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意識されてきたこと」（決定要旨（8））を明らかにするものとし、このことを、憲法適合性判断を導く一根據としてみるとみることができ。

本決定は、しかしながら、同時に決定要旨（4）のような社会事情等の変遷にも関わらず、我が国において本件

規定の存続してきた背景を語る中で、「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、……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こと」（決定要旨(5)）についてもまた認定している。ところが、先に見たように、本決定の憲法適合性判断を導く一根拠がこうした考慮すべき社会事情等の変遷にあるにも関わらず、この点については、「種々の要素を総合考慮」するとしつつも、「……個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして、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问题であり、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、上記法的问题の結論に直ちに結び付くものとはいえない」（決定要旨(5)）との判断を下した。

他方でまた、諸外国の例とは異なつた我が国の「社会事情」と言える非嫡出子出生数の相対的少なさや、我が国の「国民感情」と言える法律婚を尊重する意識の幅広い浸透については、「法的问题の結論」には結び付けられてはいない。本決定の憲法適合性判断の一根拠となつた社会事情等と、本決定のいう「法的问题の結論に直ちに結び付くものとはいえない」社会事情等との間隙に、いかなる性質の差異が存在するのかについては、本決定中において必ずしも明かではないと言わざるを得ない。

### 三 法律婚尊重の意義とその間接的担保としての法定相続分規定

——立法目的の正当性及びそれに対する立法目的達成手段の合理的関連性の検討を併せて

(1) 本件規定の立法目的（ないし立法理由）は法律婚尊重とされるが、そもそも、法律婚尊重の手段を考へる場合に、一つには、法律婚を構成する当事者やそれに基づく婚姻共同体に対して——事実婚等の非法律婚の場合に比して——一定の法的保護を与えることと、今一つに、民法が「いわゆる事実婚主義を

排して法律婚主義を採用し」(本決定及び平成七年最大決) ている以上、法律婚が形骸化せしめぬという意味において法律婚という法律制度を保護することが考えられる。このうち後者の趣旨が何故に導出されるのかと云えば、法律婚が正に一つの法律制度であれば、法はそれに対する服従を欠いては最早(少なくとも実効的な)法ではなくなるということに他ならず、法が制度を定立するということは——即ち、民法が法律婚主義を採用するということは——論理的必然的にそうした側面を含まざるを得ない。

そのことは、本件規定に関する政府委員の国会における説明において、「正当な婚姻から生まれた子供とそうでない子供との間において区別をするという<sup>17</sup>ことは、これは正当な婚姻を奨励、尊重するという<sup>17</sup>こと」(圏点——評者) とされていることからよく看取できる。要するに、法律婚という制度は利用されて初めてその法定されている実質的意義を示すものであるから、右に見た法律婚尊重の意義のうち、後者の法律婚という法律制度保護とは、法律婚による婚姻関係を普及せしめることを包含していると

言える。

だとすると、結局のところ、民法が法律婚主義を採っていることの正当性ないし重要性が本件規定の立法目的のそれを直接根拠付けることとなるのが、この点については本決定及び平成七年最大決は殆ど立入っておらず、その合憲性を前提に論を進めているものと思われる。従って左にごく簡潔に私見を付しておく。

(2) 法律婚による婚姻関係が普及するならば、法律婚によらない異性関係数は、相対的に少なくなろう。他方で、立法が法律婚を尊重する立場を放棄し、法律婚を結ぶことの動機付けが法制度上において、用意されていないか、あるいは、それが相対的に少なくなれば、非法律婚にして、かつ、非内縁の関係は<sup>18</sup>相対的に増加することとなる<sup>19</sup>。このことは、ヨーロッパ諸国において、「……1960年代以降、婚姻や離婚に対する種々の法的制限が緩和され、婚姻外での同棲、事実婚が増加し、その結果、婚姻外で生まれる非嫡出子も増加の一途を辿った」(圏点——評者) とされることから明らかである。従つ

て、非法律婚にして、かつ、非内縁関係数の増加が何らかの社会的害悪を齎し得るものであるか否かが、本件規定の立法目的の正当性ないし重要性を根拠付けることとなる。

この点につき検討するに、例えば、既に法律婚を結んでいる者は、我が国の法制下においては重ねて法律婚を結ぶことはもとより（民法七三二条、刑法一八四条）、貞操義務を生ぜしめるが故に配偶者以外の者と異性関係を結ぶことは許されていない（民法七七〇条一項一号）。だが、法律婚に至らない異性関係については、内縁準婚理論の下に内縁関係の要件が満たされない限り、このような法的規律は存在しない。このような非法律婚にして、かつ、非内縁の異性関係については、法的規律が及ぶことはいから、かかる異性関係を構成する当事者にあつては、法律婚による婚姻関係を構成する当事者に比して、複数の異性関係を形成する可能性が増幅すると言える。このことは、単婚（一夫一妻制）を社会通念とする<sup>21</sup>——あるいは現在の法律婚制度そのものが単婚を前提としている——現代の我が国においては、

国民の異性関係形成についての道徳観・倫理観の敗退を招来させるものとなり得よう。<sup>22</sup>

(3) しかもまた、私法的規律のみによつて、国民の異性関係形成についての道徳観・倫理観が保持せしめようとするシステムは、——評釈二において既にみたように——我が国のように法律婚を尊重する国民感情が根強いところにおいてのみ、実効性を発揮する。

尤も、法律婚を構成している当事者であつても、不貞行為に及ぶことはあり得るのであつて、本件規定の存在を以つて、国民の異性関係についての道徳観・倫理観を完全に確保し得るものではない。しかしながら、法律婚を構成している当事者であつても——即ち配偶者による損害賠償請求という私法的制裁が用意されているにも関わらず——、そのような抽象的可能性が想定できるといふことは、やはり、非法律婚にして、かつ、非内縁関係を構成する当事者にとつては、かかる可能性は一層に高まるものと言える。

他方で、不貞行為につき——戦前の姦通罪やこの

行為主体を男性にまで拡張したような罪の規定のごとくして——刑事罰を以つてして処罰することもまた、国家権力による私生活への過度な介入との誹りを免れ得ないであろう。してみると、私法的制裁を以つて法律婚による夫婦共同体を保護していることは、一面で国民生活への国家権力の過度な介入を自制しつつ、国民の異性交際上の道徳観・倫理観の維持に寄与しているものとみることができよう。

(4) 更に、かかる社会的利益の保護に加えて、このような非法律婚にして、かつ、非内縁の異性関係を構成する当事者が、複数の異性関係を形成している場合にあつて、その何れかの異性関係において子があつた場合には、かかる子の家族共同体への帰属意識の不安定化、それに伴う精神衛生上の好ましからざる影響もまた懸念されるものとならう。

(5) この他、「婚姻共同体によつて財産が形成され、その過程においては苦勞もあつたのに、そこに属さない、後から出てきた非嫡出子に、その構成員である嫡出子と同額の財産を持つていかれることに果たして合理性はあると言えるのか<sup>23</sup>」との批判は、それ

が妥当する事例は非嫡出子相続問題一般ではない——即ち、平成七年最大決における事例には妥当しない——とは思われるものの、本件のごとき事例においては、一定の説得力を有するものと言える。このことは、我が国の家族法制の運用において現在もなお「家産」概念が前提されていることとも関係しよう。確かに、民法七六二条において夫婦別産制が採用されているものの、他方で財産の名義を問わず、財産分与等において、民法七六八条三項の規定の下に、いわゆる「内助の功」が認められることがあるからである。

(6) 要するに本件規定は、国民が広く法律婚を利用する為の動機付けの一つであり、かつ、婚姻共同体によつて財産形成がなされることを考慮すると、十分に根拠のある財産配分の方法であるから、その目的の正当性及びそれに対する手段の合理的関連性は肯認せられよう。

#### 四 憲法上の理念と民法上の制度

##### 四―一 法の下での平等と相続制度――変容を受ける個人

###### 人尊重（尊厳）の原理

本決定においては、本件規定の合理性判断にあたって、右にみたような社会事情等を総合考慮するとともに、「……個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし」て、検討されなければならない旨が頻りに強調されている。そして、社会事情等の変遷によって、「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」とし、そのような状況下においては既に本件規定の合理性は失われているとの判断をしている。だが、本決定においては、法の下での平等と相続制度中の本件規定との関係について言及のあるものの、法の下での平等と相続制度それ自体との関係については、何ら言及はない。そこで、この点について改めて検討しておきたい。

そもそも憲法一四条における法の下での平等を、機会の平等と解するならば、①経済活動の自由もまた、かかる自由の等しい機会の保障を確保されねばならない。そして、②そのような個人の経済的活動の所産に対する権利は、本来的には、かかる個人のみを帰属し、これは財産

権として憲法二九条の下に憲法的保護を受ける。

ところが、①相続制度それ自体ないし相続権は、そのような機会の平等の阻害要因になり得る。と言うのも、相続によって取得し得たところの財産とは、相続人個人の経済活動によって生じたものではなく、これ故に、ある個人が相続によって財産を取得することは、そのような財産取得の具体的可能性のない個人との関係において平等問題を生ぜしめることとなるからである。これ故に、このような前提に立脚すれば、②相続権が法律上の権利であることに疑いはないものの、①しかしそれは自然権的淵源を有するものではあり得ない<sup>24</sup>。しかもまた、――本決定も援用する、憲法一三条（個人の尊重）ないし憲法二四条二項（個人の尊厳）に示されるように――個人主義を標榜する現行憲法の理念の下においては、相続権が単に財産に対する権利だからと言って憲法上の財産権として憲法的保護を受け得る憲法上の権利でもなからう。確かに、憲法二四条二項は、明示的に相続について列挙した上で、これが「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」されなければならないことを要求しており、このことが相続権の憲法上の権利性を裏付けるものであるか

のようにも思える。だが、かかる条文から看取し得ることとは、第一に、憲法が相続制度それ自体を必要なるものとして、その設計を法律に委任しているものではなくて、相続制度を定立する場合の要件を示しているということである。第二に、同条項は、憲法上の「財産権」と共に「相続」を列挙しており、このことから、少なくとも憲法上の財産権に「相続」制度に基づく相続権が含まれないものと言い得る。<sup>25</sup> だとすると、相続制度それ自体を採用するか否かからして既に立法政策の問題に過ぎないと言わざるを得ない。<sup>26</sup> 尤も、——憲法適合性の次元ではなく政策当否の次元からは——死亡者の財産が無主物となるようなことがあれば、財産管理上問題を来たす虞が多分にあり、その意味で政策的には妥当ではないし、また、相続制度を認めずに死亡者の財産を国庫に帰属せしめることもまた、我が「国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮」（決定要旨(2)）したものと到底言えまい。

だが、相続制度それ自体の定立が単なる立法政策の問題に過ぎないとしても、あるいは、相続権それ自体が憲法的保護を受け得るものでないとしても、右第一を前提とすれば相続制度を設ける以上、そのような法律上の相

続権の（合理的理由のない）不平等取扱は、憲法一四条及び二四条二項の法意に反する虞をなしとしない。しかしながら、「個人の尊重」あるいは「個人の尊厳」という理念が立脚するところの個人主義自体が、そもそも相続という制度を相容れるものではないことは本節において前述した通りである。それにも関わらず、憲法二四条二項において相続について言及のあることは、——それ自体が憲法適合的な制度として——個人主義的理念に一定の変容を憲法自身が予め要請しているものとして解釈されねばならない。だとすると反対に、——同じくそれ自体が憲法適合的な制度とされている（この点については評釈三参照）——法律婚主義もまた、現行憲法が標榜する個人主義に変容を齎しているとの読み方が可能となる。それは即ち、法律婚制度を形骸化せしめない為の——少なくとも——比較的緩やかな手段との関係において、憲法二四条二項における「個人の尊厳」が変容を受けるということを意味しよう。

本件規定の合憲性を懐疑的に考察し、あるいは、合憲性審査基準について緩やかな審査を否定しようとする論——本決定及び平成七年最大決における反対意見を含め

て——は、しばしば、非嫡出子という地位は非嫡出子自身の意思によつては不可変のものであるということ(27)を、根拠の一つに数えようとするところがある。しかしながら、第一義的な遺産分割の方法であるところの、遺言による相続の場合は、相続人らにとつて、いかに不合理な遺産分割を示す遺言であつても、嫡出子でさえ——遺留分の点を差し置けば——、遺言による相続につき何らの法的規律が存在しないことについて合憲性が前提とされるならば、その憲法適合性は論じ得ないこととならう。正に、「自己のかけがえのなさ」を認識することを困難にさせられていた非嫡出子であれ、「かけがえのない」嫡出子でさえ、有効な遺言の前には、平等であるということである。

しかもまた、我が国の現行制度においては遺産分割の方法は第一義的には被相続人の遺言を通じた自由な意思に拠るべきものとされているところ、そのこと自体が合憲の評価を受けるのであれば、既に評釈四―二で述べる意味において、この趣旨を補完するべき本件規定について、単に抽象的な次元で憲法が個人尊重(尊厳)の原理を定めているから違憲とするのは、理由として不十分な

きらいが拭いきれるものではない。

#### 四―二 遺言による相続と法定相続分による相続——

##### 本件規定の補充性について

法定相続分規定の補充性については、平成七年最高決も本決定もこれについて言及しているが、決定要旨(7)に示したように、その法的評価は、全く異なっている。(29)

我が国の民法の定める相続制度は、法定相続分規定が有効な遺言が存在しない場合に初めて適用されるという補充性の側面からも明らかのように、どの程度の遺産を・誰を相続人として相続させるかについては、——遺留分を度外視すれば——被相続人の判断に拠ることを原則としている。(30) 本決定は、本件規定の補充性を以つて嫡出子・非嫡出子の法定相続分を平等とすることは何ら不合理ではないと論ずる。けれども、本件規定の補充性から導かれる、かような遺産相続における原則が、本件規定の意義の一つを物語っているとみることができ。

そもそも、非嫡出子の法定相続分規定が問題となる場合には、非嫡出子同士には法定相続分の差はないのであるから、法定相続人が非嫡出子のみである場合ではなく

て、非嫡出子とともに嫡出子が法定相続人に含まれてい  
 る場合となる。即ち、そのような事例にあつては、被  
 相続人において複数の異性関係が存在するわけだが、そ  
 の中から被相続人が法律婚をなすところの配偶者を選択  
 するに際しては、通常は、最も厚遇を以つて遇すべき者  
 を法律婚の相手方するものと思われ<sup>32</sup>。だとすると、そ  
 のような配偶者との間に出生した嫡出子について、一般  
 に被相続人が非嫡出子に比して多くの遺産を相続せしめ  
 ようと考えることは、容易に想定できる<sup>33</sup>。このような一  
 般的想定の下に本件規定があると考えることができると  
 らば、我が国の法制度は前述のように第一義的には遺産  
 相続については被相続人の判断に拠ることとしているの  
 だから、本件規定が遺言によつて示されるであろう、第  
 一義的な遺産分割方法と全く無関係に存在するものとみ  
 ることは妥当ではなからう。これ故に本件規定は、被相  
 続人の有効な遺言が存在しない場合に、それを残した場  
 合になしたであろう意思を——少なくとも抽象的次元で  
 ——推定したものとみることができ<sup>34</sup>（法規定によるその  
 ような推定に反する意思が被相続人において存する場合  
 には、遺言によつてそれを示すことで無論足りる）、こ

のような意味においても本件規定は、遺産相続は被相続  
 人の判断に拠ることとする原則に適うものと言えらる。だ  
 とすると、本件規定の憲法一四条に対する違憲性が論ぜ  
 られるならば、そもそも被相続人の遺言における遺産分  
 割につき、何らの法的規律が存在しないことの憲法適合  
 性から問われなければならないことになつてしまふので  
 はなからうか。

しかしながら、かような論理を前提とすれば、他方で、  
 遺留分規定に限つては、これは遺言によつても覆し得な  
 い強行規定であり、遺言によつて非嫡出子の遺留分を嫡  
 出子と同等とし得る法制でない限り、憲法適合性の問題  
 を生ぜしめる余地もまた残されていると言えよう。

### 五 違憲判断の効力

本決定は、その効力の範囲につき、決定要旨(9)のよ  
 うに判示している。尚、この点については、金築裁判官  
 及び千葉裁判官の補足意見においても言及がある。しか  
 も、両補足意見ともに、この点に関する判示が *obiter*  
*dictum* ではなく、*ratio decidendi* であることを殊更に強  
 調している。

多数意見が「事実上の」という留保を付していることから、また、金築・千葉両裁判官の補足意見においては明確に示されているように、本決定もまた一般的理解と同様に、我が国の違憲審査制の下における違憲判断の効力については、個別的効力説を採っているものとみることが出来る。それにも関わらず、本決定が、本決定それ自体の先例としての事実上の拘束性を認め、「本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう」として、本決定の正に「事実上の」効力が及び得る範囲を画定していることは、千葉裁判官の補足意見にもあるように、——注意深くも「事実上の」というある種の限定が付されていることを考慮しても——「異例」であると言えよう。

確かに個別的効力説に立つとしても、一般的効力説・個別的効力説の両説について問題点が明らかにされ、接近傾向が示されている今日にあっては、違憲判断の「事実上の拘束性」は否定できるものではない。「すなわち従来の通説とみられる個別的効力説をとる論者の多くは、当該法律規定については合憲性推定原則が排除されたり、国会での改廃措置や行政機関による執行の差控

えが礼讓として期待されたり、あるいはそれを政治道徳義務や法的義務であると説くなど、何らかの論議を付け加えることによって、実質的には一般的効力に近いものを目指している<sup>35)</sup>」。

ところが、多数意見ないし金築・千葉裁判官の補足意見の表現にあるように、あるいは、個別的効力説・一般的効力説の両説近接化傾向においてもみられるように、違憲判断の「事実上の拘束性」を認めるにしても、本決定における遡及効についての判断は、これを以って説明しきれものではない。と言うのも、付随的審査制の下における個別的効力説・一般的効力説の理論対立の構図が念頭においているのは、具体的事件について、ratio decidendiとして示された違憲判断が、一般的効力を持ち得るのか否かということだからである。しかしながら、本決定の遡及効についての判断は、具体的事件に対する判断の他の事件に対する「事実上の拘束性」についてのものではなくて、——千葉裁判官の補足意見も「対象となる事件の処理とは離れて、他の同種事件の今後の処理のあり方に関わるものとしてあらかじめ示す」ものと認めているように——具体的事件とは離れた判断の、他の

事件に対する「事実上の拘束性」について語るものとなつてゐる。だとすれば、この点に関する裁判所の判断が許されるか否かというのは、違憲判断の効力という問題構制の下におけるものではなくて、付随的審査制の下において可能か否かという問題であるはずであろう。

更に、最高裁判所の違憲判断の「事実上の拘束性」とは、金築裁判官の補足意見において「……相続開始に係る他の事件を担当する裁判所は、同判断に従つて本件規定を違憲と判断するのが相当である」としてゐるように、あるいは、千葉裁判官の補足意見において「本件遡及効の判示は、この作用（立法による改正法の附則による手当）と酷似して「いる」としてゐるように、下級裁判所に対する影響としての司法部門に対する「事実上の拘束性」と、国会・内閣に対する影響としての政治部門に対する「事実上の拘束性」と見出すことができると思われる。

このうち、前者にあつては、遡及効に関する判示が「予測される混乱を回避する方途を示す〔もの〕」（金築）であつたにせよ、「〔違憲無効とすることによつて〕法的安定性を大きく阻害する事態を避けるための措置」（千

葉）であつたにせよ、——事実上のものであるとは言へ——決定中において「拘束性」を示すがごときは、（個々の裁判官の）司法権の独立に対する尊重ないし配慮を欠くものとみることができ。また、後者との関係で言えば、遡及効に関する判示が「最高裁判所の違憲審査権の行使に性質上内在する、あるいはこれに付随する権能ないし制度を支える原理、作用の一部」（千葉裁判官・補足意見）か否かは差し置くとしても、従来このよな措置——即ち、ある法令を違憲と判断することによつて生ずる混乱や法適用の不平等についての是正——は、政治部門においてなされてきたものである。尊属殺最高裁違憲判決の出された昭和四八年の段階で、既に尊属殺人罪を適用され有罪判決が確定してゐる者のうち、「酌量すべき情状があるにもかかわらず、法定刑が死刑及び無期懲役のみであるため重い刑が言い渡されたと認められるものについて」、個別恩赦（常時恩赦）をすることによつて、法適用の不平等についての是正を図ろうとしたことは、その一例と言えよう。<sup>37</sup>

## 結語に代えて

我が国における非嫡出子出生数の多寡、法律婚を尊重する国民感情などのような立法事実には大きな変化が見られないにも関わらず（評釈二）、このような憲法判断に至ったことは、本件規定の実体的評価とは別に、司法作用の有り方としての問題を惹起せしめるのではないだろうか。現に平成七年最大決に際し本件規定が改められるべきだと考える立場の論者の中にも、「……いったん形成された判例を社会事情の変化もないのに、安易に変更することは慎むべきであろう<sup>38</sup>」と評する者もいる。

尤も、憲法適合性は単なる社会事情等の変遷によって決せられるものではない。しかしながら、本件規定の立法目的及びその達成手段を考慮するとき、法律婚主義を採用する以上、それが一定の合理性を有することは既に見た通りである（評釈三）。更に、相続制度あるいは法律婚主義という民法の採るシステムと、憲法上の個人尊重（尊厳）という理念とがいかにして有機的に把握できるかについても検討したことで、本件規定の憲法適合性も根拠付けられた（評釈四）。

けれども、法律婚を尊重する国民感情が諸外国と比し

ても殆ど認められないほどに希薄化するとか、非嫡出子数が急激に増加するなどの社会事情が認められるに至る将来においては、右において論拠付けられた本件規定の意義も再検討を要することとなる<sup>39</sup>。だが、そのような事情の認められない現在において、本件規定につき違憲判断をした本決定については、「遅きに失した感<sup>40</sup>」を憶えるというより、寧ろ、早計に失したとの感を否め得るものではなからう。

ところで、本稿執筆中のことであつたが、本決定を受けて、昨年（平成二五年）一月五日に、非嫡出子の法定相続分を嫡出子と等しくする内容の民法改正が成立し、同月一日公布・施行された。今般の改正によつて、我が国の法律婚主義・一夫一婦制に基づく家族観は、いかなる変容を強いられるのか、あるいはまた、それは単なる杞憂に過ぎないのか、その動向を今後とも注視することとしたい。

## 註

- （一）東京家決平成二四年三月二六日金融・商事判例一四二五号三〇頁。

- (2) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁・判時一五四〇号三頁・判タ八八五号八三頁。以下、本評釈において「平成七年最大決」という。
- (3) 東京高決平成二四年六月二二日金融・商事判例一四二五号二九頁。
- (4) 最大決平成二五年九月四日金融法務事情一九七八号三七頁。尚、本決定に関しては、八木秀次「婚外子」不当相続」から家族を守る——民法改正の秘策」正論二〇一三年一月号一三八頁以下、高井裕之「判批」別冊ジュリスト二一七号 憲法判例百選Ⅰ(第六版)(二〇一三年一月) 六二頁以下などを参照している。
- (5) 平成七年最大決に関する判例評釈としては、例えば、内野正幸「判批」法学教室増刊憲法の基本判例(第二版)(一九九六年四月) 五一頁以下、建石真公子「判批」法学セミナー五二二号(一九九八年五月) 七〇頁以下、熊田道彦「判批」別冊ジュリスト一五四号憲法判例百選(第四版)(二〇〇〇年九月) 六四頁以下、村重慶一「判批」判例タイムズ九一三三号(一九九六年九月) 一七四頁以下、糠塚康江「判批」法学教室一八六号別冊付録判例セレクタ'95(一九九六年) 七頁、野山宏「判批」ジュリスト増刊最高裁時の判例Ⅲ私法編(2)(二〇〇四年二月) 四四〇頁以下、「判批」法律時報六八卷一号(一九九六年一月) 八八頁以下、吉田克己「判批」別冊ジュリスト一九三号家族判例百選(第七版)(二〇〇八年一〇月) 一一八頁以下、石川健治「判批」法学協会雑誌一一四卷一二号(一九九七年一月) 一五三三頁以下、久保田浩史「判批」みんけん四六二号(一九九五年一〇月) 五二頁、米倉明「判批」法学セミナー四九〇号(一九九五年一〇月) 四頁以下、小林武「判批」(一九九六年六月) 南山法学二〇卷一号一四一頁以下、川井健「判批」私法リマークス一三三号 1996(下) 平成7年度判例評論(一九九六年二月)、右近健男「判批」ジュリスト一〇九一号臨時増刊平成7年度重要判例解説(一九九六年六月) 七三頁以下、菱沼誠一「判批」立法と調査三二二号(二〇一一年一月) 二六頁以下、呉煜宗「判批」法学(東北大学) 六一卷二号(一九九七年六月) 四〇二頁以下、中川淳「判批」戸籍時報六四一号(二〇〇九年五月) 八三頁以下、青柳幸一「判批」別冊ジュリスト一八六号憲法判例百選Ⅰ(第五版)(二〇〇七年二月) 六四頁以下などがある。
- (6) 例えば、内野・前掲(註(5))「判批」五三頁、建石・前掲(註(5))「判批」七一頁、熊田・前掲(註(5))「判批」六四頁、村重・前掲(註(5))「判批」一七五頁、糠塚・前掲(註(5))「判批」七頁、野山・前掲(註(5))「判批」四四二頁、前掲(註(5))「判批」法律時報六八卷一号八九頁。
- (7) 但し、小林・前掲(註(5))「判批」一五一―一五二頁は、「……私見は、婚外子がまさしく出生によって決定

され、自己の意思をもってしては変えること・離れることのできない固定的地位としての「門地」に該るものであつて、また本件の婚外子相続分差別規定が婚外子に対する社会的偏見を増幅するものであることからすれば、「厳格審査基準」が用いられるべきである、というにある」としている。

(8) 例えば、吉田・前掲(註(5))「判批」一一九頁、石川・前掲(註(5))「判批」一五四二・一五四四頁、久保田・前掲(註(5))「判批」五五頁。本決定に対する評釈である高井・前掲(註(4))「判批」六三頁も平成七年決定について論ずる中で同様の立場を採っている。

(9) 但し、菱沼・前掲(註(5))「判批」三〇頁は、この点を比較的明確に意識しているものと思われる。

(10) 芦部信喜『憲法学Ⅲ——人権各論(1)』増補版(有斐閣、二〇〇〇年)二八頁。

(11) 石川・前掲(註(5))「判批」一五四二頁。

(12) 平成七年最大決中の非嫡出子に対する配慮を立法目的に数えることに異論を唱えるものとして、小林・前掲(註(5))「判批」一五三頁。

(13) 高井・前掲(註(4))「判批」六五頁。

(14) 寧ろ、本決定において採られている合憲性審査の手法は、本件規定によって実現される立法目的(公益)の正当性ないし重要性の程度と、本件規定によつてもたらされる非嫡出子が甘受すべき不利益の程度との間の、単

純な比較衡量論的色彩のあるものとの見方も成立し得よう。一応のところ付記するに、比較衡量論とは、「それを制限することによつてもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによつて人権を制限することができる」として理解されている。芦部信喜『憲法』第五版(岩波書店、二〇一一年)一〇一—一〇三頁参照。

(15) 但し、一般的には立法事実は立法目的及び立法目的達成手段の両者を基礎付けるものとして理解されることを付記しておく。芦部信喜『憲法学Ⅱ——人権総論』(有斐閣、一九九四年)二〇二—二〇三頁参照。

(16) Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), HStR II, 3. Aufl, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2004, S.15, Rn. 99. は、権力の一つの役割は、法への服従を用意することである旨を述べるが、後に触れるように、本件規定が法律婚を尊重する国民感情が根強いところにおいて、その意義を發揮するものであるとしたら、法律婚の尊重にとつて法律婚制度の利用(＝法への服従)は、本件規定が——visの意味で——権力的でないだけに、一層欠かせないものとならう。この他、法の拘束力については、差し当たり、笹倉秀夫『法哲学講義』(東京大学出版会、二〇〇二年)七六頁以下参照。

(17) 奥野健一政府委員の答弁。最高裁判所事務総局『民法改正に関する国会関係資料』(家庭裁判資料第二四号)(一九五三年)五〇六頁。他に、野山・前掲(註(5))「判批」四三頁、中川・前掲(註(5))「判批」八六頁参照。

(18) ここで非内縁関係も含めることの趣旨は、我が国の民法学説及び判例においては、周知の通り、内縁について内縁準婚理論——内縁について婚姻類似の法的効果を認める理論——が一定程度浸透していることに拠る。但し、内縁準婚理論については、近時、これを撤廃すべきとの立場からも、これを発展的に解消すべきとの立場からも、批判に晒されている。この点につき、『婚姻外カップル』として諸外国との比較において検討を加えるものとして、差し当たり、山下純司「婚姻外カップルの関係」ジュリスト一八三四号(二〇〇九年九月)七五頁以下参照。

(19) 八木・前掲論文(註(4))一四五頁もまた、嫡出子・非嫡出子の法定相続分平等化について、法律婚に対する法的保護の相対的低下と、それを契機とする一夫一婦制の瓦解を憂慮している。

(20) 棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト一三三六号(二〇〇七年六月)二九頁。棚村は、欧米諸国における嫡出子・非嫡出子の平等化の動向を紹介した上で(同二七頁以下)、我が国の法定相続分規定について、「生まれることに何の責任もない子どもに、相続分差別と

いう重大な不利益を及ぼして、法律婚の尊重や保護を図ろうとするのは決して合理的な根拠のあることとは言えない」と評している(同三六頁)。

(21) 文明・歴史発展とそれに伴う婚姻形態の変遷については、差し当たり、関口裕子『日本古代婚姻史の研究 上・下』(塙書房、一九九三年)、関口裕子他『家族と結婚の歴史』新装版(森話社、二〇〇〇年)参照。

(22) 八木・前掲論文(註(4))一四五頁は、「非嫡出子相続「差別」撤廃はもともと……力点は、どのような形で子供を産もうが自由であるという親のライフスタイルの問題に置かれている。……つまり、非嫡出子「差別」は子供を産む親の生き方を左右するもので、親の「ライフスタイル」についての自己決定権」を行使する際の障害になる。……不倫関係に基づくものであるが何であろうが、とにかく子供を産む自由を保障しろ、どんな形で子供を産もうが、それに対して他人からとやかく言われる筋合いはない。こんな主張だ」と纏めている。

(23) 八木・前掲論文(註(4))一四〇—一四一頁。  
 (24) 事実、経済側面における個人主義の立場を強調・精鋭化したとみられるリバタリアニズムの思想にあつては、そもそも相続制度それ自体ないし相続権に、正当性が認められないと考える見解も存在している。浅野幸治「遺産相続権の道徳的正当性」豊田工業大学デイスカッションペーパー三号(二〇〇九年五月)一頁以下参照。その

中で述べられている相続権の正当性を否定する主要な根拠を整理するに、(1)死者は権利享有主体としては認められないこと、(2)遺産相続制度は、自由主義社会の下で求められる機会の平等を阻害するファクターになり得ること、である。

しかしながら、相続制度ないし相続権の道徳的正当性が認められないとする見解もまた、一面的なものに過ぎない。寧ろ、森村進『自由はどこまで可能か——リバリアニズム入門』（講談社、二〇〇一年）の整理に拠れば、「多くのリバリアンが、相続という制度を私的所有権の一環として安易に認めてしま（い）」（同書一五五頁）、「大部分のリバリアンは、私的財産権の尊重を主張し、相続への課税に対して批判的である」（同書一五三頁）とされる。尤も、森村自身は、こうした「多くの」あるいは「大部分の」リバリアンの立場とは、対峙する見解を採っている。

(25) この点について、内野・前掲(註(5))「判批」五四頁は、「……相続権は、憲法二九条にいう財産権の一環をなすものといえる」としている。右評釈も紹介するように、相続権を財産権の一つとして捉えようとする見解は、緩やかな合憲性審査基準を適用せしめようとする見解と結び付く場合が多いように思えるが、本評釈本文において示したように、管見に従えば、相続権を憲法上の財産権の一類型として理解することは妥当ではないと思われる。

(26) 尤も、相続制度が経済活動の自由について機会の平等を阻害するファクターになり得ることは確かであろうから、相続制度ないし相続権の正当化根拠を見出す見解を採るとしても、そのような阻害要因を除去せしめる必要性から相続税制について一定の要請が生じ得るとの論——その妥当性をここでは検討しないが——もまた、あり得よう。このような文脈の下に、笠井潔『国家民営化論——ラディカルな自由社会を構想する』（光文社、二〇〇〇年）五六頁は、「自由主義の理念は、たとえば相続における累進課税の極大化を要求せざるをえない」と述べている。

(27) 例えば、小林・前掲(註(5))「判批」一五一—一五二頁、棚村・前掲論文(註(20))三六頁、内野・前掲(註(5))「判批」五四頁。吉田・前掲(註(5))「判批」一一九頁など。

(28) 青柳・前掲(註(5))「判批」六五頁。

(29) 決定要旨(7)に示したような本件規定の補充性についての理解は、既に、平成七年決定中の尾崎追加反対意見においても示されているし、あるいは米倉・前掲(註(5))「判批」一〇頁においても、「……「補充性」論は違憲説の支柱に十分なり得る」として指摘されている。その他、内野・前掲(註(5))「判批」五四頁においても、この点につき言及がある。

(30) 高梨公之「相続と扶養——相続意思とこれを阻止す

るもの——」ジュリスト一四七号(一九五八年二月)四六頁は、現行民法の相続制度について、特に旧民法における家督相続との比較において、「……民法の定めた分割相続は、分割そのものよりも、被相続人や相続人の意思に基づく相続の形式ということにより力を注いでいるようにみえる。そうして、それが、多分に非意思的な家督相続……を一編の支柱としている旧相続編と対比して、新しい相続編の根本的特色とみることはできないだろうか」(圏点——原文)として、遺産分割が第一義的には被相続人の意思に基づくものとしていることを現行相続制度の特色に数えている。

(31) 八木・前掲論文(註(4))一三九頁。

(32) このような考察は、本件規定が——妾制度のごとき——正式な配偶者以外との異性関係を黙示的に承認しているとみるものでは無論ない。そのことは、法律婚関係において貞操義務の生ずることを併せ考えれば明らかであらう。

(33) これに対して、米倉・前掲(註(5))「判批」一〇頁においては、(平成七年最大決にかかる事案に関して)「……C『非嫡出子』にしろ嫡出子にしろ同一の母A『被相続人』の子であって、Aにしてみれば等しくかわいいに相違なく、婚外の父が往々にしてそうでないのと異なる」とされ、あるいは、中川・前掲(註(5))「判批」八七頁において、「……一般的に非嫡出子に対して親子と

しての愛情にもとづいて財産を承継させる意思をもつことも十分ありうることである」とされる見解も存在するが、後述するように本件規定については、被相続人の推定的意思と捉えることが妥当であらう。

(34) 高梨・前掲論文(註(30))四七頁もまた、「……相続は、その死亡によって帰属者を喪った個人財産の、相続関係者の自由な意思が明瞭なときはそれにより、それが不明なときは法定の枠によつた(妻・夫や子へという)いわば推測された意思による帰属である」(圏点——原文)としている。ここにいう「相続関係者」とは何を意味するのか、必ずしも明らかではないが、コンテクストからして被相続人及び相続人を指しているものと思われ、被相続人の意思とは遺言による遺産分割、相続人の意思とは協議分割をそれぞれ意味しているのであろう。そして、それらが不明なときに、「法定の枠」すなわち法定相続分に遺産分割はよることとなり、これが「推定された意思」とされているというところは、法定相続分の規定の趣旨が、被相続人が遺言をしたときになしたであろう推定的意思に基づいていることを示しているものと言えよう。

(35) 野中俊彦他『憲法Ⅱ』第三版(有斐閣、二〇〇一年)三〇〇頁〔野中俊彦執筆〕。

(36) この点に関して付言すると、最高裁判所自身もまた自らの判断に拘束されるが、これは、小法廷では裁判をすることができない場合(大法廷で裁判をしなければな

らない場合)について定める、裁判所法一〇条三号において、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」と規定されていることからすると、こと最高裁自身に対する拘束については、「事実上の」拘束ではなからう。

(37) 法務省『犯罪白書 最近の犯罪と犯罪者の処遇——社会の変動と犯罪——』(昭和四九年版)第2編第4章第4節参照。

(38) 平成七年決定に対する評釈である、川井・前掲(註(5))「判批」八五頁。

(39) 平成七年決定に対する評釈で、本件規定につき違憲説の立場を採る、米倉明「判批」法学セミナー四九〇号(一九九五年一〇月)は、当時の世論調査の結果が、法律婚を尊重する国民感情が浸透していることを示しているのを考慮して、「……非嫡出子の法定相続分平等化の実現はおそらく一〇〇年後であろう」(同一二頁)とか、あるいは、「古代から引き継いでいる家の思想が生き残っており、かつ、ことが損得に大きくかかわる以上、何回世論調査しても結果は常に変わらないか、法律婚尊重↓非嫡出子に相続権なし、とせよとまで進むかも知れない」(同一二頁中註(31))として、多分に皮肉めいた批判を展開しているが、本決定において、法律婚を尊重する国民感情が未だ幅広く浸透しているにも関わらず、違憲判断を下されたことは、如上の期待を彼の見解に親和的なた

ちで裏切ったこととなる。しかし同時に、このことは、本決定が本件規定の合憲性審査に際して、我が国における法律婚に対する尊重意識の高さという、立法事実を等閑視し過ぎているということの証左でもまたあり得る。

(40) 高井・前掲(註(4))「判批」六三頁。

(41) この点、既に改正法が施行されるに至った現在、八木・前掲論文(註(4))一四一—一四二頁以下が次のように述べていることは、今後の相続政策の設計に大いに参考に値しよう。即ち、「我が国が制度として法律婚主義を採用し、その程度は別として他の男女関係よりも婚姻共同体を保護する必要があると言う以上、「子」の相続分を平等とするのであれば、配偶者の保護については、その分、現行法より手厚くしなければなるまい。……今回の「決定」が従来の判断を改めるにあたっての国内外の事情の変化の一つとするフランスも、非嫡出子の相続分を平等にした二〇一〇年の民法改正で、同時に年老いた配偶者が家を失う事態を避けるために配偶者の取り分を増やしている。我が国でも、財産が家屋だけの場合、今後の法改正により非嫡出子の取り分が増える分、残された配偶者が遺産分割で住まいを失うという事態は十分生じうる。現行は二分の一とする配偶者の相続分を増やしたり、居住権を保護したりするなど、婚姻共同体の保護という視点に配慮したものにならなければなるまい」(傍線——評者)と。

