

判例研究

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

—— 古い立法に対する違憲審査方法論の探求 ——

（最高裁判所平成一六年一〇月一四日第一小法廷判決（平成一六年（才）第九九二号 不当利得返還請求本訴、同反訴事件）裁判所時報一三七三号三頁 判例時報一八八四号四〇頁―棄却）

大石 和彦

【事案の概要】

非嫡出子である上告人が、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の二分の一と定めた民法九〇〇条四号ただし書前段の規定は憲法一四条一項に違反するものであるとして争った。

【判旨】 上告棄却

多数意見 (三人) 「非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の二分の一と定めた民法九〇〇条四号ただし書前段の規定が憲法一四一条一項に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところである (最高裁平成：七年七月五日大法廷決定・民集四九巻七号一七八九頁)。」

島田仁郎裁判官補足意見 「民法九〇〇条四号ただし書前段の規定が憲法一四一条一項に違反するかどうかについての私の見解は、最高裁平成：一五年三月三十一日第一小法廷判決・裁判集民事第二〇九号三九七頁において私の補足意見として述べたとおりであるから、これを引用する。」

泉徳治裁判官反対意見 「私は、民法九〇〇条四号ただし書前段の規定は、憲法一四一条一項に違反して無効であり、原判決は破棄すべきであると考ええる。その理由は、最高裁平成：一五年三月三十一日第一小法廷判決・裁判集民事第二〇九号三九七頁における私の反対意見の中で述べたとおりである。」

才口千晴裁判官反対意見 「憲法一三条、一四一条一項…に照らすと、…子の社会的身分等を理由として、その法的取扱いに区別を設けることは、十分な合理的根拠が存しない限り許されない…。」

非嫡出子であることは、自分の意思ではどうにもならない出生により取得する社会的身分である。嫡出子と非嫡出子とを区別し、非嫡出子であることを理由にその相続分を嫡出子のその二分の一とすることは、その立法目的が、法律婚の尊重、保護という、それ自体正当なものであるとしても、その目的を実現するための手段として、…十分な合理的根拠が存するものとはいえない。〔中略〕

また、多数意見が引用する大法廷決定後、既に九年以上が経過し、その間、…立法当時存した本件規定による相続

差別を正当化する理由となつた社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至つている…。このような状況に照らすと、非嫡出子が被る個人の尊厳や法の下の平等にかかわる不利益は、…法律の改正…を待つまでもなく、司法においても救済する必要がある。」

【評釈】

一 婚外子法定相続分を婚内子の子の二分の一とする民法九〇〇条四号ただし書前段につき、現在においてこそ「違憲説をとるものの方が多い」といわれるが、^①『註解日本国憲法』^②および宮澤俊義に代表されるように、むしろ「従来の憲法学の通説的見解」は合憲説であつた。^④

こうした状況に変化が現れ、違憲説が増え出すのは一九八〇年代後半以降だといふ。^⑤諸外国における婚外子相続分を同等化する立法改正動向、「出生による差別」を受けないことを保障する「市民的及び政治的権利に関する国際規約」^⑥「その二四条一項および二六条二文」を日本が昭和五四年に批准したこと、さらには、おそらくそれらをも視野に入れ、昭和五四年七月一七日、法務省民事局参事官室が公表した「相続に関する民法改正要綱試案」^⑦が、「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とする」としたこと等が、この背景にある。さらに東京高裁が平成五年と翌六年に相次いで下した二つの違憲判断、^⑧またこれとほぼ同時進行していた法制審民法部会身分法小委員会の意見を受け平成六年七月発表された法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」^⑨も「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とするものとする」としたことにより、相続分同等化への動きは一気に盛り上がったかに見えた。平成七年大法廷決定が下されたのは、こうした状況下においてであつた。

二 平成七年大法院決定内部における意見分布は以下の通りであった。

多数意見 (一〇人) 「本件規定の立法理由は、…民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解される。

…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二分の一としたことが、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つて、本件規定は、合理的理由のない差別とはいええず、憲法一四条一項に反するものとはいえない。」

大西裁判官 (園部裁判官同調) 補足意見 「我が国の社会事情、国民感情の変化」、さらには「国際的な環境の変化」に鑑みれば、「その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至つた」が、「現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理であるとまでは断定できない」。 (意見中の傍点大石。以下同じ)

千種・河合裁判官補足意見 「本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、…その合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得るところである。しかしながら、これに対処するには、立法によって本件規定を改正する方法によることが至当である。

ことに、本件規定…を変更するに当たつては…関連する諸規定への波及と整合性を検討し、もし必要があれば、併せて他の規定を改正ないし新設すべきものである。また…本件規定を変更する場合、その効力発生時期ないし適用範囲の

設定も：慎重に検討すべき問題である。これらのことは、すべて、国会における立法作業によつて、より適切になし得る事柄である。

反対意見（五人）が、その時点での司法による違憲判断を支持した。

三 平成七年決定が下された当時にあつては、次の予測には、それなりの合理性があつたであろう。

(1) 一つは、先に述べたように法制審が非嫡出子の相続分の平等化を含む民法改正案を用意していた当時、当該規定の合理性を疑う裁判官（具体的には大西補足意見（園部裁判官同調）、千種・河合裁判官補足意見）にとつても、あえて違憲判決に伴うであろう困難を招来せずとも、立法過程が法改正に向かうことを合理的に期待しえた、ということである。⁹⁾

(2) 第二に、戦後日本において多くの場合そうであつたように、非嫡出子相続分規定の合憲性を争う後の事件についても、小法廷判決において大法廷判例が繰り返し再確認される中、当初の大法廷決定における個別意見は「立ち枯れる」¹⁰⁾であろうということ。

(3) 平成七年決定においては、五人の反対意見もさることながら、多数意見に参加しながら一方で「現行制度の不合理性を指摘しており、実質的には違憲と判断しているとも評価できる」¹¹⁾とされる四裁判官の補足意見が付されるなど（このことから、反対意見者五人と右補足意見者四人を加えれば、一五人中九人が現行制度に批判的¹²⁾などともされる）、平成七年決定内部の各裁判官の意見分布状況には、もともと独特の不安定化要因を孕んでいたといえなくもない。従つて、同決定の判例としての地位は、将来逆転してもおかしくない不安定なもの、という予測も可能であつたであろう。

四 少なくとも現下、以上の予測は、すべて裏切られている。立法過程に対する上記(1)の期待が裏切られたことは人の知るところである。さらに最高裁内部の意見分布に関する上記(2)(3)いづれも、現時点においては、裏切られていることを、以下確認する。

(1) 平成七年決定以降の同一論点に関する最高裁判例としては、まず最小判平成二二年一月二七日(判時一七〇七号一二二頁)があげられる。平成七年決定(のうちもちろん多数意見)を確認支持し、民法九〇〇条四号ただし書前段を合憲とする四裁判官の多数意見に対し、一人の反対意見(違憲判断)が付けられている。ただし多数者四人のうち藤井正雄裁判官が、平成七年決定に付せられた千種・河合補足意見と同様の型の補足意見を書いている。

(2) 同一当事者間の紛争につきほぼ同時に下された最小判平成一五年三月二八日および最小判平成一五年三月三二日(いづれも判時一八二〇号六二頁以下に登載)はいずれも三対二の判断である。ただし後者(第一小法廷)では、多数意見三人のうち島田仁郎裁判官が次のような補足意見を付している。

「現時点においては、本件規定は、明らかに違憲であるとはいえないが、極めて違憲の疑いが濃いものである。〔…中略…〕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」。

なお本件における意見分布は、右の最小判平成一五年三月三二日と全く同じである。平成一五年判決当時の顔ぶれの四人が当時の見解を維持したこと、さらに新任の才口千晴裁判官が前任者深澤武久裁判官と同じく反対意見に立つたことによる。

(3) 以上見たとおり、合憲説がその後の判例の中で多数を占め続けていることから、逆転可能性の予測は、少なくとも現下、裏切られている。だが、反対意見、あるいは違憲と言いつつ切らないが規定の合理性に疑義を呈する中間派補足意見

見もまた「立ち枯れる」気配を見せていない。それどころか、中間派補足意見が当該規定を評して用いる表現は、平成七年当初は「合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得る」（千種・河合補足意見）という傍觀者の表現か、あるいはせいぜい「合理性は、かなりの程度に疑わしい」（大西補足意見）くらいにとどまっていたのに対し、最一小判平成一五年三月三十一日の島田仁郎裁判官補足意見においては「極めて違憲の疑いが濃い」と表現を先鋭化させ、しかも「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」と、立法勸告までしている。つまり、最高裁内部（特に中間派補足意見）の民法九〇〇条四号但書に対する不満は臨界点寸前にまで高まりつつあるように見える。だが同時にまた、中間派が臨界点を超えて違憲判断へと逆転することを抑える何かもまた、確かに働き続けている。平成七年決定以降の小法廷判決における意見分布からは、そうしたことが読み取れる。違憲判断への誘引力は極めて強いが、一方、それを思いとどまらせる力もまた強い。これが、この問題をめぐる状況の特徴なのではないか。

五 上述した、違憲判断へと誘引する要因、逆に端的な違憲判断を思いとどまらせる要因とは、具体的には何かについては、既に平成七年決定の個別意見及び同決定をめぐる評釈において論じられてきたところであるから、ここでは繰り返さない。ここではせめて、当該規定につき「極めて違憲の疑いが濃い」と述べていながら、端的な違憲判断へと至るのを逡巡する最一小判平成一五年三月三十一日における島田仁郎裁判官補足意見の背中を、あと一押しするための議論を試みることにしたい。

(一) そのための議論の材料として本評釈が選択するのは、まさに当の中間派補足意見が注目してきた、現行民法制定

時の昭和二二年(もつとも非嫡出子相続分規定は旧家族法をそのまま受け継いだものであることを思えば、その時期はさらに明治三一年へと遡ることになる)以降の当該規定を取り巻く状況の変化である。

時代の流れの中、古い法律の合理性が掘り崩されるに至るパターンは、さしあたり次のような類型に分類できよう。

① 法的次元での時代的变化

憲法典の交代(明治憲法から日本国憲法へ)

その後の関連法令の制定改廃・新たな条約締結

学説・理論の変遷

② 社会的データ上の変化

社会通念・世論の変遷

社会的事実の変化

例えば刑法二〇〇条の尊属殺規定を違憲とした最大判昭和四八年四月四日(刑集二七巻三号二六五頁)における田中二郎裁判官らの意見は、上記①のうち、刑法制定当時から判決時まで憲法典の交代があつたことに着目した¹³⁾。郵便法上の損害賠償責任免責・制限規定を違憲とした最大判平成一四年九月一日(民集五六巻七号一四三九頁)の理解に際しては、日本国憲法における国家賠償請求権の明定、旧電々公社民営化に伴う公衆電気通信法一〇九条の廃止など類似法令の変遷、さらに同じ免責・制限規定を持つ旧郵便法を制定した明治三三年当時は、国家無責任の原則が理論上幅を

利かせていたことなどが参酌されねばならないであろう。特別権力関係論が妥当していたであろう時代につくられた監獄法は法務省令に喫煙禁止を委任する規定を持たないが、同理論が退潮した後の事件においては、監獄法施行規則による喫煙禁止につき、日本国憲法一三条適合性云々以前に、そもそも「法律によらない行政」であること(四一条違反性)が問われてしかるべきであったが、これは上記のうち理論上の変遷に関係する。¹⁴⁾

②の社会通念、世論の変化を援用して違憲判断に至った最高裁判例はこれまでのところないが、例えば「四畳半襖の下張」事件に関する最二小判昭和五五年一月二八日(刑集三四卷六号四三三頁)は、刑法一七五条の具体的ケースへの適用の合憲性は「その時代の健全な社会通念に照らして」判断されるべきことを示唆する。また最大判昭和二三年三月一二日(刑集二卷三号一九一頁)における島裁判官ら補充意見は、「国民感情」の変化次第では、具体的執行方法にかかわらず死刑制度全体が憲法の禁ずる「残虐な刑罰」とされる日が来る可能性を意識している。らい予防法廃止不作為によるハンセン病患者隔離政策継続を違憲と断じた熊本地判平成一三年五月一日(判時一七四八号三〇頁)で決め手とされたのは、一九五〇年代に特効薬プロミンの薬効が明らかとなったという事実レベルの変化であった。

では非嫡出子相続分規定をめぐる時代的变化とは、右の各要素のどれに当たるか。同規定の制定時を昭和二二年ではなく明治三一年と考えた場合、まず憲法典が交代しているから、現行憲法一四条はもちろん、家族法が「個人の尊厳」に立脚して制定されるべしという同二四条二項との整合性も問われよう。また非嫡出子の相続分をめぐる¹⁵⁾は、諸外国の立法における平等化の趨勢についても、しばしば指摘されてきたところであるが、これを右の「関連法令の制定改廃」に入れることには躊躇を感じる。また、②の国民感情や社会学的事実を強調する場合、それらは国により様々であろうから、外国法ではこうなっているということ、日本法に関する議論において援用することの有効性については疑問も

ありうるであろう。その他非嫡出子相続分規定をめぐる①レベルの変化としては、条約の締結、さらに②レベルでは、国民意識、ライフスタイルの変化等が指摘、援用されてきたことはここで繰り返すまでもない。

(2) そもそも、古い立法を取り巻く時代状況の変化が、なぜその立法の違憲主張において援用されるべき素材となるのであろうか。それを援用することで、立法の目的およびその目的の達成手段の合理性がない、という実体判断代置式の主張の素材として用いられるのが一般ではなかったか。

だが、違憲判断手法は以上のようなものには尽きない。特に、非嫡出子相続分問題のように、最高裁が立法裁量論を基調に据えている分野においては、上記のような立法者の判断に代え、裁判所自身の判断でもって代置するような方式の違憲審査手法は、立法裁量論支持者の賛同を得がたいであろう。中間派補足意見者は、立法裁量論の上に構築された法廷意見に賛同しているのである。

そこで本評釈が注目するのは、立法を取り巻く時代変化が、立法者の判断の《結果》たる法律の《内容》に対する判断代置式審査においてのみならず、権利制約の創出《手続》に対する違憲審査においても、援用可能なことである。基本的な人権条項が国家による権利制約を拘束する《実体》規範であるのに対し、憲法四一条は、権利制約規範を創出するための《手続》規範である。同条が要求する《手続》とは、以下のようなものである。

私人に対し権利制約を行うには、必ず国会が法律という形式で示す判断を経なければならない

では、この権利制約のための手続規範に、立法を取り巻く時代変化という要素を代入して違憲判断に利用するとはど

ういうことか。右の命題のコロラリーとして、次の命題を承認してもらえばいい。

古い立法が、時代的变化の中、その合憲性を支える諸事情が掘り崩されるに至っている場合、その立法による私人に対する権利制約を正当化するためには、事情変更後の現在の国会の判断を経なくてはならない。

この命題の要求する手続を経ない、古い立法による権利制約状況の放置は、違憲である、と考えるのである。あるいは、行政裁量統制の一方法として用いられてきた、「判断過程審査」の立法裁量領域への拡張と考えてもいい。つまり憲法の交代の下で旧憲法時代のもをそのまま受け継ぐ規定を存続させていいのか、あるいは社会学的事実の変更にもかかわらず古い立法を存続させる合理性があるか、といったことを要考慮事項とし、そうした事項につき考慮を尽くさないで古い規定を放置するのは立法裁量権の濫用と考えるのである。判断過程審査方式の立法裁量分野への拡張適用は、既に参院選挙区選出議員定数配分に関する最大判平成一六年一月一四日（民集五八卷一号五六頁）において「補足意見二」（四裁判官による共同意見）が実行済みである。しかもその四裁判官は、選挙に関する具体的制度設計に関し立法裁量論を前提としている。こうした方法は、国会による判断の《結果》たる法律の合理性そのものにつき判断代置審査しているのではない。むしろ国会が十全に立法裁量判断を行っていないことの瑕疵を指摘しているのである。従って、立法裁量論と共存可能であると言いうる。

中間派補足意見者は、実体的違憲（憲法一四条違反）の疑いを指摘する。そこに、ここに述べた手続的違憲性をプラスすることで、中間派補足意見者の背中を違憲判断へと押すことはできないか、というのが、ここでの提言である。

六 だが、仮に上述の手法により、民法九〇〇条四号但書に対し、違憲判断を行ったものとする、ここで困難に遭遇する。違憲判断により同規定を裁判所がエンフォースできないということになると、では当該遺産相続分争いにつき、遺言も無い場合、いかなる規範に依ればいいのか。

同規定が端的に憲法一四条に違反するといっている反対意見裁判官にとつて、この問題は、それほど意識されないであろう。非嫡出子にも嫡出子の兄弟と同じだけ分与すればよい。つまり平等化立法と同じ結果が、裁判によつて先にもたらされるのである（この場合でも法令の違憲判断の遡及効の問題が残るが、ここでは触れない）。

だがこれは、立法裁量論に立つ慎重中間派を再び逡巡させるであろう。相続分の平等化ということ自体が、立法者の裁量判断による、ありうる選択肢の一方に過ぎず、違憲判断は、立法裁量上の一選択肢を、裁判所が立法者の頭越しに選択したことになる^⑩からである。そして、結果としてこうなってしまうことは、同規定を上記の憲法上の手続規範（あえて根拠条文を求めれば憲法四一条）違反と判断する場合も変わらないであろう。

なぜこういう問題が起きるのか。「前国家的」とされる自由権の制約については、こうした問題は起らない。例えば酒販免許制度は昭和一三年に発するが、当時は国税中酒税の占める割合が高く、またこれを戦時統制経済の一環として捉える見解もある。酒税が国税中占める割合が当時と比べ著しく低下し、規制緩和が叫ばれる時代になったことは、上記したところでは②の社会的事実変化に該当しよう^⑪。いずれにせよ酒販免許制度（の具体的運用・適用）に対しては上記の憲法上の手続規範違反を（違憲性加重）理由とする違憲判断が不可能ではなかったと思われる。自由権規制の違憲判決の結果としては、単に規制なき、本来の自由な状態が回復されるだけである。自由に対し規制がある状態よりも、規制なき状態のほうが、憲法の採る自由尊重主義の下より望ましいものであることは争いにくい。従つてここでは非嫡

出子相続分規定の違憲判決のような問題は起きない。これに対し同規定の場合には、現行規定存置か平等化か、それ自体が争いの対象となっており、平等化のほう望ましいことが争いがたいという状況にまでは至っていないことが問題なのである。

違憲判断をした結果到着であろう法状態が、中立性を認められるがゆえに、ここで述べている困難が起きない場合が、財産権や、自由権以外の憲法上の権利についてもある。森林法共有林分割制限規定を違憲とした最大判昭和六二年四月二二日(民集四一卷三号四〇八頁)の結果、当該事案に対しては代わって民法が適用されることになるが、民法の特に財産法部分は、“一方の立場”というより、全ての法律家が立場を超えて信頼する、長谷部恭男の表現を使えば、「中立的ベースライン」として機能しうる¹⁸⁾。最大判平成一四年九月一日も、郵便法上の損害賠償責任免責・制限規定を違憲とした結果、それに代えて民法上の不法行為法および国賠法を適用すべきこととなる。国賠法も中立的ベースラインとして十分認められるものとして見てよいであろう。投票価値の較差をめぐるいくつかの訴訟において最高裁が違憲判断をなしたのも、投票価値がより平等な状態の方が、そうでない状態よりも、平等選挙という、両サイドに共有されたベースラインに近いということが争い難いからであろう。これらの権利は問わず、自由権とは異なり、「前国家的」ではなく、「法律依存的権利」である。上記はいずれも、違憲判断を下した結果代わって適用される法の中立性に対しては一般に信頼があるといえるケースであった。相続制度も法律依存的であるが、ここでは非嫡出子相続分平等化は、それ自体が一般的コンセンサスを得ているか疑う余地のある、“一方の立場”であることが、違憲判断を行う際の障害となる可能性を否定できない。

以上、本評釈は、判例のデッドロック状態を解消するための試論を提示したが、それを投入する際のネックについても確認した。

- (1) 『最高裁判所判例解説民事篇平成七年度(下)』六三三―六六二頁〔野山宏〕。
- (2) 法学協会『註解日本国憲法(上巻)』四七八頁(有斐閣 一九五三)。
- (3) 宮澤俊義(岩部信喜補訂)『全訂日本国憲法』二六四頁(日本評論社 一九七八)。
- (4) 中村睦男「家族生活における平等」法教一四〇号四八頁(一九九二)。
- (5) 野山前掲の他、棟居快行・ジュリ一〇〇二号(平成三年度重要判例解説)二二頁。
- (6) 「相続に関する民法改正要綱試案の説明」含めジュリ六九九号四四頁以下に所収。
- (7) 東京高決平成五年六月二三日・判時一四六五号五五頁および東京高判平成六年一月三〇日・判時一五一二号三頁。
- (8) ジュリ一〇五〇号二四頁。
- (9) 右近健男・ジュリ一〇九一号(平成七年度重要判例解説)七三―七四頁は、「大西(園部)意見や千種・河合意見、あるいは広く多数意見は、改正作業が並行的に進んでいることから、あえて違憲判決をしなくとも整合性を持たした改正が行われ得ることが念頭にあったのではなからうか」と述べる。なお当事最高裁判事であった園部逸夫は、後の講演で、「これは、たまたま、法務省が規定の改正について議論を重ねている最中であり、現在の社会の世論の動向を見定めるべきではないかということ、違憲判決を出した場合の判決の効力という問題があつて、この時期に敢えて裁判所が積極的に判断することの妥当性という判断が基本にあつた」と懐述している(園部逸夫「憲法解釈の方法」近畿大学法学四四巻三・四号一〔八〕頁(一九九七))。非嫡出子相続分規定判決についての懐述としてさらに園部逸夫「日本の法と裁判―その展望―」白鷗法学一六号一頁二〇〇頁(二〇〇〇)をも参照。
- (10) 園部逸夫「最高裁判所十年」一〇二頁(有斐閣 二〇〇一)は一般論として、アメリカとは異なり、日本では、個別意見は「多数意見の法律論が判例遵守ということと存続しているうちにいつしか立ち枯れることもある」と述べる。
- (11) 二宮周平『家族法(第二版)』二八七頁(新世社 二〇〇五)。
- (12) 例えば米倉明「非嫡出子相続分差別は違憲か」法セミ四九〇号(一九九五年一〇月)四〔九〕頁。
- (13) 「刑法二〇〇条の尊属殺人に関する規定が設けられるに至った思想的背景には、封建時代の尊属殺人重罰の思想があるものと解されるの

みならず、同条が卑属たる本人のほか、配偶者の尊属殺人をも同列に規定している点からみても、同条は、わが国において旧憲法時代に特に重視されたいわゆる「家族制度」との深い関連をもっていることを示している。ところが、日本国憲法は、封建制度の遺制を排除し、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を確立することを根本の建前とし(憲法二四条参照)、この見地に立つて、民法の改正により、「家」、「戸主」、「家督相続」等の制度を廃止するなど、憲法の趣旨を体して所要の改正を加えることになったのである。この憲法の趣旨に徴すれば、尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値いするとかの理由によつて、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであつて、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚であるといわなければならない。」

(14) 最大判昭和四五年九月一六日(民集二四卷一〇号一四一〇頁)および同事案に対する一番、二審判決参照。

(15) 例えば本山教・法教二七六号八五「八七」頁は、「ドイツ・フランス両国における相続分の平等化は、本件規定のいわば立法事実の変更とも捉えることができるのではないだろうか」と述べる。

(16) 長谷部恭男『憲法(第三版)』一八九頁(新世社 二〇〇四)は、非嫡出子相続分問題をめぐつては、違憲とされた規定に代わり適用されるべき中立的「ベースライン」が見当たらないと考えることを示唆する。

(17) 最三小判平成四年一二月一五日(民集四六卷九号二八二九頁)の事案をめぐり、そういったことが問題となった。

(18) 長谷部・前掲書(16)・二五二頁。

(19) 長谷部・前掲書(16)・三一頁。

(20) 最大判昭和五年四月一四日(民集三〇卷三号二二三頁)など。

(21) 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟第一卷』(有斐閣 一九八七)三六四頁の表現を借用。