

論説

もしも最高裁が民法 900 条 4 号ただし書の 違憲判決を出したら

東京大学法科大学院客員准教授・判事

中村 心

- I. 民法 900 条 4 号ただし書の現在
- II. 問題の所在
- III. 個別的効力説と一般的効力説の対立
- IV. 再審, 錯誤, 不当利得
- V. 終わりに

I. 民法 900 条 4 号ただし書の現在

民法 900 条 4 号ただし書前段の規定（以下「本件規定」という。）は、嫡出でない子（以下「非嫡出子」という。）の相続分を、嫡出である子（以下「嫡出子」という。）の相続分の 2 分の 1 とする旨を規定しているが、この規定の憲法 14 条適合性については、周知のとおり激しい議論がある。

最大決平成 7 年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁（以下「平成 7 年大法廷決定」という。）は、本件規定が憲法 14 条に違反しない旨の判断をしたが、5 人の裁判官による反対意見が付された。その後も、各小法廷において、平成 7 年大法廷決定を引用した合憲判断が繰り返されたが、複数の裁判官による反対意見が付されたことも、本件規定は極めて違憲の疑いが濃いものである旨の補足意見が付されたこともあった¹⁾。また、平成 10 年にはドイツ、平成 13 年にはフランスにおいて、非嫡出子と嫡出子の相続分に差を設ける規定が撤廃され、主要先進国で類似する規定を持つ国は、我が国以外にはなくなった²⁾。しかし、我が国の立法の動きはというと、平成 8

1) 最二判平成 15 年 3 月 28 日判タ 1120 号 87 頁, 最一判平成 15 年 3 月 31 日判タ 1120 号 87 頁, 最一判平成 16 年 10 月 14 日判タ 1173 号 181 頁, 最二決平成 21 年 9 月 30 日判タ 1314 号 123 頁。上記判タ 1173 号 181 頁の無署名コメントは、「僅差の合憲判決」と評する。

2) 棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリ 1336 号 26 頁, 29 頁 (2007), 岩志和一郎「ドイツの新親子法 (下)」戸籍時報 496 号 26 頁, 33 頁 (1999), 幡野弘樹「フランス相続法改正紹介 (一)」民商 129 卷 1 号 141 頁, 150 頁 (2003) 等。

年には法制審議会総会において非嫡出子と嫡出子の相続分を同等とする旨の条項を含む「民法の一部を改正する法律案要綱案」が決定され、法務大臣に答申されたものの、法案の国会提出はされないまま現在に至っている³⁾。

こうした中で、平成 22 年、本件規定の憲法適合性を論旨とする特別抗告事件が最高裁に係属し、最高裁第三小法廷は同事件を大法廷に回付した。合憲判断をするのであれば小法廷でも可能であり、実際にこれまではそのようにされてきたのであるから、大法廷に回付されたということは、少なくとも当該小法廷においては合憲説の裁判官が多数意見を形成できなかったという事態を強く示唆する。そのため、いよいよ本件規定の違憲判断がされるのではないかとという予測がされ、同事件は社会の注目を集めた。

ところが、最高裁が大法廷において口頭弁論期日を指定するため相手方と連絡をとったところ、原決定に対する特別抗告がされた後、当事者間において、特別抗告事件を終了させることを合意内容を含む裁判外の和解が既に成立し、和解金の支払いも終わっているという予想外の事実が判明した。そのため、同事件は、大法廷から第三小法廷に回付された上で、同小法廷において抗告の利益を欠くものとして不適法却下の決定⁴⁾がされ、本件規定の憲法適合性について最高裁の判断が示されることはなかった。

しかし、その後も高裁レベルで本件規定の違憲判断が出されており⁵⁾、近い将来に同種の争点を含む事件が最高裁に係属した場合に

は、違憲判断がされる可能性が高いように思われる。もちろん、これは私の個人的な憶測にすぎないが、おそらくは多くの実務家も共通して持っている感覚ではないだろうか。

なお、本件規定の憲法適合性については、判決ではなく特別抗告に対する決定という形で判断が示される可能性が高いが、本稿では、特に区別せずに「違憲判決」と表記する。

II. 問題の所在

1 憲法適合性の基準時

最高裁が本件規定の憲法適合性を判断する場合、判断の基準時が問題になる。相続は死亡によって開始し（民法 882 条）、遺産分割の効力は相続開始時にさかのぼる（同 909 条）ことからすれば、被相続人が死亡し相続が発生した時点において本件規定が有効であったか無効であったかが、非嫡出子の相続分が嫡出子の相続分の 2 分の 1 であるか、それとも同等であるかの結論を分けるものと解される。

したがって、本件規定の法令違憲判決をするのであれば、違憲確認判決や将来効判決等の手法をとらない限り、相続発生時において本件規定が違憲無効であったという判断を示さなければならないはずである⁶⁾。そして、被相続人が死亡して相続が発生してから相続人間で紛争が生じ、最高裁に事件に係属するに至るまでには、それなりの時間を要するのが普通である。例えば最三決平成 23 年 3 月 9 日前掲注 4) の事案では、平成 14 年が相続

3) 要綱案は法制審議会民法部会「民法の一部を改正する法律案要綱案」ジュリ 1084 号 126 頁（1996）に掲載されている。また、野党から同旨の法案が数回にわたり国会に提出されたが、いずれも審議に至らず廃案とされた。

4) 最三決平成 23 年 3 月 9 日民集 65 卷 2 号 723 頁。なお、平成 7 年大法廷決定の事案でも、大法廷で任意的口頭弁論が開かれた（野山宏「判解」最判解民事篇平成 7 年度 633 頁、675 頁（1998））。

5) 大阪高決平成 23 年 8 月 24 日金判 1382 号 40 頁。なお、同決定に対する特別抗告はなく、確定したようである。

6) 最二決平成 21 年 9 月 30 日前掲注 1) の竹内裁判官補足意見は、このことを指摘している。少なくとも、非嫡出子側の上告又は特別抗告を理由ありとして、本件規定を適用し相続分を嫡出子の 2 分の 1 とした原裁判を破棄するのであれば、基準時である相続開始時において本件規定は無効であったことを明らかにしなければならないであろう。

なお、三権分立を前提とする付随的違憲審査制を採用する我が国において、裁判所の違憲立法審査権は具体的な事件の解決に必要な限りで行使されるべきであると解されており、これとの関係で違憲確認判決や将来効判決等の手法をとることの可否については議論があるが、本稿では触れない。

発生時であり、基準時となる。もし、この事案で最高裁が違憲判決をするのであれば、「遅くとも平成14年の時点において本件規定は違憲無効であった」という判断がされたものと考えられる。

2 違憲判決により発生する問題

それでは、最高裁が本件規定を無効とする違憲判決をした場合において、当該違憲判決の基準時以降に発生した他の相続であって相続人中に嫡出子と非嫡出子とが含まれる事案で、違憲判決以前に本件規定を合憲有効なものとしてされた裁判が確定していたり、又は本件規定が合憲有効であることを前提に遺産分割協議や調停が成立したりしたものについて、違憲判決によりこれらの裁判や協議、調停等の効力に関し、どのような問題が発生するであろうか。

最初に確かめておきたい基本的な価値観として、確定した裁判や遺産分割協議等に基づき形成された権利義務関係が覆滅されることは法的安定性を害し、望ましくないといえることができる。しかし、同時期に発生した相続であるのに、早期に裁判がされたか否かという偶然の事情により、ある非嫡出子は救済され、別の非嫡出子は救済されないという結論は公平を失するのではないかという疑念も生ずる。

これまでに憲法学や民法学の立場から本件規定の憲法適合性に関して論じた文献⁷⁾は枚挙にいとまがないし、違憲判決の効力に関する文献⁸⁾も多数あり、私の非才をもってこれらに付け加えることなど何もないが、これらの文献の中にも、違憲判決の後に発生するであろう具体的な紛争の処理をどうするかという実務的な問題にまで立ち入ったものはほとんどないように思われる。そこで、本稿

では、実務家の立場から、本件規定の違憲判決が実務に与える影響、具体的には、①本件規定を適用した遺産分割審判や、遺留分減殺請求訴訟の判決が確定している事案、②本件規定を前提とする遺産分割調停又は遺産分割協議が成立している事案、③相続財産中の可分債権を本件規定に従った割合で嫡出子と非嫡出子が相続している事案に、本件規定の違憲判決がどのような影響を与えるのかを考えてみたい。

Ⅲ. 個別的効力説と一般的効力説の対立

1 両説の接近傾向

法令違憲判決の効力については、伝統的に個別的効力説と一般的効力説が対立していたが、近年では、両説は接近、融合傾向にあり、いずれが正しいかについて論じることの意味は余らないとされている⁹⁾。すなわち、個別的効力説を採用して当該規定が一般的に無効になるものではないと解しても、違憲とされた法律の規定を内閣が誠実に執行すべき義務を負う（憲法73条1号）というのは不合理であるし、実際にも違憲とされた法律の規定がそのまま適用され続けることは相当ではない。そのため、現在、個別的効力説の論者でも、違憲裁判の効果は当事者以外には全く及ばず、違憲とされた法律の規定が適用され続けることを是とする者は存在しない。最高裁により違憲とされた法律の規定については内閣の誠実執行義務が解除されるとか、政治的礼讓として執行を差し控えるべきであるなどという説明がされており、さらに、内閣や国会に対しても何らかの拘束力を認めるべきであるという考え方が有力になっているといわれる。

7) 代表的なものとして、水野紀子「子どもの平等権——非嫡出子問題をを中心に——」家族〈社会と法〉10号155頁（1994）、米倉明「非嫡出子の法定相続分の平等化について——合憲説の論じ方を中心に——」みんけん470号12頁（1996）を挙げておく。

8) 代表的なものとして、覚道豊治「違憲法律の効力」阪大法学72・73号1頁（1970）、佐藤幸治「違憲判決の効力——将来効の問題を中心に」論叢94巻3・4号182頁（1974）を挙げておく。

9) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』395頁（有斐閣、2008）、大沢秀介「法令違憲判決の効力」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』ジュリ増刊280頁（有斐閣、2008）等。

一方、一般的効力説からも、違憲とされた法律の規定が当初から無効であったという一般的遡及効を無制限に認めてしまうと、当該規定が有効であるとして形成された権利義務関係が遡及的に覆滅され、これを信じて行動した者が不利益を受けたり、法的安定性を害する結果が生じたりする可能性があることから、訴訟当事者以外に対する遡及効については何らかの制限をすべきであるとの主張がされている。

学説の多数説は、上記の修正された個別的効力説であると思われる（以下では、このような修正された個別的効力説のことを、「個別的効力説」という）。

2 実務の運用

個別的効力説をとるのか一般的効力説をとるのかを明確に示した最高裁判例は見当たらないが、実務の運用は個別的効力説を前提にしているといわれる。

例えば、刑法 200 条の尊属殺重罰規定について違憲判決がされた後、同条が平成 7 年法律第 91 号により削除されるまでの行政機関の対応は、次のようなものであった。違憲判決後、立法により当該規定が削除されるまでの間、最高検察庁は各地検に対して尊属殺人事件についても普通殺人罪で起訴すべきことを指示し、それに従った取扱いがされた。係属中の事件については、訴因変更手続がとられた¹⁰⁾。また、過去に尊属殺人罪による有罪判決が確定し服役中の者については、法務省が恩赦の職権上申につき配慮を求める旨の通達を発し、個別的な恩赦により救済が図られた。違憲判決の一般的遡及効を認めるのであれば、刑法 200 条は遡及的に無効になり、従前の確定判決にも無効な規定に基づき判決した違法があることになるから、非常上告（刑事訴訟法 454 条）による救済が考えられ

たところである。しかし、現実には上記のような措置がとられたことからすれば、実務は、一般的遡及効は存在しないことを前提にして運用されているように思われる。

3 一般的遡及効に対する言及

ところが、本件規定に限っていえば、これまでの最高裁判例は、一般的効力説、それも一般的遡及効を認める一般的効力説に傾斜しているのではないかと思われるふしが見受けられる。

すなわち、個別的効力説を前提とする限り、本件規定の違憲判決がされたとしても、当該事件については基準時である相続発生時に遡って本件規定は無効とされるものの（個別的遡及効）、既に裁判が確定し又は遺産分割協議等が成立した他の事案に対して影響が及ぶことはなく、今後の同種事案につき本件規定の適用が事実上差し控えられるにとどまるはずであるとされていた。しかるに、平成 7 年大法院決定の反対意見は、「最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であっても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行って、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められるときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以降に限定することも可能である。私たちは本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべきであると考えているものである。」と述べている。上記反対意見は、違憲判決の遡及効は、当該事件のみならず、既に裁判が確定し又は遺産分割協議等が成立した他の事案にも及ぶことを

10) 参議院法務委員会「第 71 回国会参議院法務委員会議事録第 7 号」17 頁〔安原美穂政府委員（法務省刑事局長）答弁〕（1973 年 5 月 8 日）。また、衆議院法務委員会刑法改正に関する小委員会「第 71 回国会衆議院法務委員会刑法改正に関する小委員会議事録第 2 号」2 頁〔田宮重男最高裁判所長官代理者（最高裁事務総局総務局長）答弁〕（1973 年 7 月 13 日）等は、違憲判決がされた場合にその裁判書正本を内閣、国会に送付し、判決文を官報で公告する旨の最高裁判所裁判事務処理規則 14 条の規定の趣旨につき、単なる通知であり最高裁として内閣、国会に対し立法等の措置を要求するものではないと述べている。これは、伝統的な個別的効力説に立つものとみられる。

前提にしているようにも読める¹¹⁾。

この反対意見は、違憲判決に一般的遡及効があることを前提にしたものなのだろうか。それとも、個別的効力説を前提としつつも、他の事案に影響が及び法的安定性を損なう事態が発生すると考えているのであろうか。

次に、一般的効力説と個別的効力説のそれぞれについて、他の事案にどのような影響が及ぶのか個別に検討する。

IV. 再審, 錯誤, 不当利得

1 確定判決又は審判に再審事由があるか

本件規定を適用して嫡出子Aと非嫡出子Bの法定相続分を2対1の割合とした遺産分割審判又は遺留分減殺請求訴訟の判決がされたが、その確定の後に、別の当事者の事件で最高裁がその相続より前を基準時とする本件規定の違憲判決をした場合を想定する。

確定判決については既判力があるので、非嫡出子Bがこれを覆すためには再審の方法によるしかない。審判については再審の規定が適用されるか否かについては議論があるが、最高裁は準再審による救済を認めている¹²⁾。

兼子一＝竹下守夫『裁判法（第4版）』98頁（有斐閣，1999）は、違憲判決には一般的遡及効があることを前提に、違憲無効の法令を適用した民事の確定判決に対しては、再審を申し立てることができる¹³⁾。民事訴訟法338条1項8号に規定する「判決の基礎となった民事若しくは刑事の判決その他の裁判又は行政処分が後の裁判又は行政処分

により変更されたこと」の趣旨は、当該確定判決が、別の裁判や行政処分という公的判断を基礎としてされたものであったが、その基礎が通用力を失ったために、もはや維持できないものとして再審事由を認めたものである。確定判決において適用された法令が後に違憲無効と判断されたという事実は、確定判決の基礎となる公的判断が通用力を失ったという点で8号の再審事由と共通点がある上、確定判決の基礎となった裁判や行政処分が変更されたことよりもはるかに重大な瑕疵であると考えられるので、8号の再審事由を類推ないし拡張適用することが可能であると思われる。

もちろん、再審は確定判決を覆す非常の不服申立方法であることに照らし、再審事由を安易に類推、拡張解釈すべきものではない。しかし、厳格に制限列举であることを貫くとかえって再審制度を認めた法の趣旨に反する結果になるとして、近年では一定程度の類推、拡張解釈を肯定する見解が有力であり、判例も同様の扱いである¹⁴⁾。

なお、郵便法損害賠償制限規定違憲判決（最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁）の後、以前に同種の国家賠償請求訴訟を提起したものの当該規定を適用した棄却判決を受けた者が再審請求をした事案において、再審開始決定をした大阪高決平成16年5月10日判例集未登載（平成15年（ラ）第1352号）は、理由中で上記兼子説を引用し、同説に立つことを明らかにした。もっとも、同決定は、再抗告期間を経過していることを看過して再審事由の判断をしたものであったため、最高裁は、再審事由の有無に論

11) 個別的効力説を前提とすれば遡及効を認めても他の事案に影響はないのが原則のはずであるから、これらの説示はあえていうまでもなかった（内野正幸「婚外子相続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（第2版）』51頁，53頁（1996））とか、反対意見のみならず、多数意見も法的安定性を考慮しているのだから、最高裁は一般的効力説を前提としている、少なくとも純粹の個別的効力説ではない（工藤達朗『違憲判決の効力』論の再検討』法政理論39巻4号186頁，202頁（2007））との指摘がされている。

12) 最二判平成7年7月14日民集49巻7号2674頁。

13) 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新（中）』669頁，707頁（有斐閣，1991）は、個別的効力説を前提に、違憲判決の「特別拘束力」の効力として、再審事由の規定の類推を原則とする。

14) 最二判平成7年7月14日前掲注12)、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』370頁（日本評論社，1986）、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第2版補訂版）』624頁（有斐閣，2006）、兼子一原著・松浦馨ほか『条解民事訴訟法（第2版）』1723頁（弘文堂，2011）等。

及することなく同決定を取り消し（最三決平成 16 年 9 月 17 日判タ 1169 号 169 頁）、この点についての最高裁の判断は示されなかった。

以上のように、一般的効力説をとった上で一般的遡及効を認めるのであれば、確定判決又は審判については再審事由があるということができると思われる。

これに対し、個別的効力説（一般的遡及効を認めない一般的効力説でも同じであると思われる。）によれば、本件規定の違憲判決がされた場合、その違憲判決の当事者との関係においては、本件規定は基準時に遡って無効とされ適用が排除されるものの、他の当事者、他の事件との関係においてまで当然に効力が失われるわけではない。国会により立法措置がとられるまでの間、他の当事者、他の事件との関係においては、本件規定はいまだ有効なものである。尊属殺重罰規定違憲判決の際の取扱いと同様に、違憲判決の後は裁判所や各種行政機関は本件規定の適用を差し控えるであろうが、そうであるとしても、違憲判決より前の時点における本件規定の効力が直ちに失われるわけではない。

そうすると、個別的効力説によれば、違憲判決がされたとしても、確定判決又は審判の基礎となった法律が無効になったわけではなく、単に別件で無効と判断されたという事実が発生したというにすぎない。このことは、文言上民事訴訟法 338 条 1 項 8 号の再審事由に当たらないのみならず、確定判決の基礎となる公的判断が通用力を失ったという共通項もないわけであるから、この場合に同号の規定を類推適用することは、再審事由の類推の幅を広げすぎのものであって許されないのではないだろうか。個別的効力説に立つ限り、確定判決又は審判に再審事由はなく、違憲判決によって確定判決や審判が覆され法的安定性が害される事態は生じないということになる¹⁵⁾。

もちろん、このように解すると、同じ時期に相続が発生した事案であっても判決や審判

等が確定した時期の先後により結論が異なってしまう、不公平感があることは否めない。しかし、尊属殺重罰規定違憲判決のような刑事事件の場合は、原則として違憲無効とされた法令を適用されて有罪判決を受けた者の利益を考慮すればよいのに対し、民事事件においては、違憲無効とされた法令に基づく権利義務関係が形成されており、これを覆すことにより利益を受ける者もいる反面、予想外の不利益を受ける者もいることを考慮しなければならないことからすれば、無理をして再審事由の類推解釈の幅を広げるべきではないと考える。

2 遺産分割調停、協議

嫡出子 A と非嫡出子 B の相続分を 2 対 1 の割合とした遺産分割調停又は遺産分割協議が成立した後に、最高裁が本件規定の違憲判決をしたため、非嫡出子 B が、本件規定は違憲無効であるのに有効であると誤信して調停等を成立させたことにつき要素の錯誤があり、調停等は無効であると主張した事案を想定する。

一般的効力説に立ち一般的遡及効を認めるのであれば、遺産分割調停等の成立時に既に本件規定は無効になっていたわけであるから、これを有効であると信じて調停等を成立させた非嫡出子 B には誤信があったということになる。

これに対して、個別的効力説（一般的遡及効を認めない一般的効力説も同じであると思われる。）によれば、ある事件で違憲判決がされても他の事件との関係において本件規定が直ちに無効になるわけではないから、非嫡出子 B には何の誤信もないように思える。しかし、個別的効力説によっても、別の訴訟において本件規定の違憲無効の主張をすることまでは妨げられないから、非嫡出子 B が別の訴訟で「遺産分割調停等を成立させた当時、本件規定は違憲無効であったのに、これを有

15) 最二決平成 21 年 9 月 30 日前掲注 1) の今井裁判官反対意見は、本件規定を違憲無効と判断したとしても、そのことによって本件規定を適用した確定判決や確定審判について再審事由があるということにはならないと述べており、本件規定を違憲無効とすることにより法的安定性が害されるおそれに言及した平成 7 年大法廷決定以降の個別意見とは違いを見せている。

効であると誤信した錯誤があった」と主張した場合には、同訴訟の受訴裁判所は、本件規定の憲法適合性について判断し、最高裁の判断に従って違憲無効であったという結論をとらざるを得ないように思われる。そうすると、個別的効力説を前提としても、非嫡出子Bは、本件規定は無効であったのにこれを有効であると誤信して調停等を成立させたということになるから、この事案では一般的効力説を採用するか個別的効力説を採用するかによって結論が異なることはない。

本件規定は違憲無効であったのに有効であると誤信して本件規定に従った割合で遺産分割調停等を成立させた場合、その錯誤は、通常、動機の錯誤であるということになろう。伝統的な判例の立場¹⁶⁾によれば、動機の錯誤は原則として民法95条の錯誤に当たらないが、明示又は黙示に表示された動機の錯誤であって、要素の錯誤に当たるものは、同条の錯誤に当たるとされている。

非嫡出子Bが、「本来、嫡出子Aと同等の財産を取得したいが、本件規定が存在するので、その2分の1の割合でやむを得ない」と述べて遺産分割調停を成立させたような場合は、動機が表示がされているといえる。また、錯誤がなければ意思表示がされていないという関係があり、かつ、客観的に見てもその錯誤は重要であるというならば、要素の錯誤に該当することになろう。

しかし、実際には上記のような事案は必ずしも多くないように思われる。遺産分割調停や協議に当たって、相続人らは、様々な事情を総合的に考慮しつつ最終的な合意に至る。本件規定が有効なものとして存在することもその考慮要素の一つではあろうが、他にも、紛争の早期解決や、相続人間の人間関係の改善等の諸事情を考慮して相互に譲歩し合意に至るという事案も多いであろう。結果として各相続人の取得分が本件規定を適用した法定相続分に近いものであったとしても、本件規定が有効なものとして存在することが調停等の成立につき重要な要素であるといえない事

案もあろう。

また、和解契約において、紛争の対象である事項の前提ないし基礎として当事者が予定した事項（争いもなく互譲もされていない）についての錯誤はその効力に影響を及ぼすが、和解によって止めることを約束した紛争の目的であった事項の錯誤は、影響を生じないというのが通説である¹⁷⁾。これと同様に、遺産分割調停及び協議においても、本件規定の憲法適合性が争点となっていた事案では、被相続人は、本件規定がその後に違憲と判断されたことをもって錯誤無効の根拠とすることはできないと思われる。

このように、本件規定の違憲判決がされると、本件規定を前提として成立した遺産分割調停又は協議の錯誤無効を主張して訴訟の提起等がされることが考えられるが、錯誤が成立するか否かはケースバイケースであるといえることができる。

3 可分債権

被相続人が3000万円の預金債権を残して死亡し、法定相続分に従って嫡出子Aが2000万円、非嫡出子Bが1000万円の払戻しを受けたが、その後本件規定の違憲判決がされたため、非嫡出子Bが嫡出子Aに対して500万円の不当利得返還請求訴訟を提起した事案を想定する。

共同相続人が相続財産中の可分債権につき権限なく自己の相続分以外の債権を行使した場合には、他の共同相続人は、侵害された自己の相続分につき、不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を求めることができる（最三決平成16年4月20日裁判集民214号13頁）。

相続財産中の可分債権については、法定相続分に応じて当然分割されてしまうため、確定裁判や契約等が存在せず、弁済という事実行為（準法律行為）のみが存在するという点で、問題がある¹⁸⁾。

一般的効力説と個別的効力説のどちらを採

16) 大判大正6年2月24日民録23巻284頁等。

17) 我妻栄『民法講義 債権各論 中巻二』880頁（岩波書店、1962）等。

18) 可分債権を含めて遺産分割協議がされた場合は、前記の錯誤無効の成否の問題になる。

用するにしても、過去にされた確定裁判や契約等の効力が問題にされる余地はない。嫡出子 A が当該預金債権のうち 500 万円分の払戻しを受けたことと法律上の原因は本件規定ということになるから、不当利得返還請求訴訟において本件規定が基準時に違憲無効であったと判断されれば（最高裁がそのように判断した以上、その後に係属した訴訟でも同旨の判断がされることになろう。）、嫡出子が 500 万円を取得することにつき法律上の原因は存在しないものというほかない。

法的安定性を重視する立場からは、信義則等の一般条項を用いて非嫡出子 B の不当利得返還請求を制限することが考えられなくはない。例えば、本件規定の違憲無効を主張することなく本件規定に従った額の払戻しを受けておきながら、その後本件規定の違憲無効を主張することは禁反言則により許されない、という法律構成である。しかし、払戻し当時は有効な法令であった本件規定に従って行動したことを責めることはできないので、上記のような構成をとることは実際には難しいであろう。そうすると、消滅時効が成立しない限り、不当利得返還請求は認容されるという結論になる。

ただし、その当時は有効とされていた本件規定に従って払戻しをした金融機関などの債務者に過失があるとはいえないので、非嫡出子 B が債務者に対し差額払戻請求訴訟を提起したとしても、民法 478 条の適用により棄却されることになり、債務者が二重払いの危険にさらされるおそれはない。

V. 終わりに

以上の検討によれば、学説の多数説であり尊属殺重罰規定違憲判決の際の実務とも整合する個別的効力説を前提とした場合、本件規定の違憲判決がされると、①確定した判決や

審判が再審等により覆されることはないものの、②成立した遺産分割調停ないし協議は事案により錯誤無効とされる余地があり、③相続財産中の可分債権については消滅時効が完成しない限り不当利得返還請求が認容されるという事態が生じることになる。また、一般的遡及効を肯定する一般的効力説を前提とすると、これに加えて、確定した判決や審判についても再審事由が認められる。

遺産分割が遺留分減殺請求訴訟の判決や遺産分割審判を経て決着に至った事案は、発生した相続全体からみればごくわずかであり、多数の相続は、当事者間の遺産分割協議により解決している。その全てが錯誤無効になるわけではないとしても、錯誤の成否が微妙な事案等は訴訟に至ることもあろう。また、被相続人が預貯金債権等の可分債権を有していた事案は非常に多く、そのほとんどについて不当利得が成立することになる。

そうすると、個別的効力説を前提とした場合であっても、相続人中に嫡出子と非嫡出子が含まれる事案は、その相当な割合について、違憲判決の影響を受けるものといわざるを得ない。我が国では、欧米各国に比べれば非嫡出子の割合は少ない¹⁹⁾とはいえ、決して無視できない数の紛争が発生することになる。しかも、それは当事者の間では、既に解決したという信頼が存在する事案である。平成 7 年大法廷決定の反対意見等が、本件規定の違憲判決をした場合に確立した権利義務関係が覆滅され法的安定性が害されるという問題に言及しているのは、このような事態を想定しているのかもしれない²⁰⁾。

将来、最高裁が本件規定の違憲判決に踏み切る場合には、実務の混乱を防止し、関係者に与える不利益を最小限にとどめるため、最高裁が判決中において以上のような問題点につき何らかの解決の指針を示すことが強く期待される。（なかむら・こころ）

19) 厚生労働省平成 22 年度人口動態統計特殊報告によると、2009 年（平成 21 年）の出生に占める嫡出でない子の割合は 2.1%である。ちなみに、ヨーロッパでは出生数の約半分が非嫡出子である国も珍しくない。

20) このように、個別的効力説を前提としても法的安定性が害される事態は生じ得るから、平成 7 年大法廷決定の反対意見等が個別的効力説を否定するものであると断定することはできないであろう。もっとも、同反対意見は、裁判により確立した権利義務関係も覆される可能性があるような表現ぶりをしており、個別的効力説によれば確定判決や審判に再審事由があるということは困難であることからすれば、同反対意見が一般的効力説に傾斜していることは否定できない。