

〈資 料〉

戸籍続柄欄における 非嫡出子（婚外子）区別記載の違憲性

—— とくに「法律上の争訟」性の具備および平等原則の
侵害にかんする憲法学の観点からの意見書——

小 林 武

（公刊にあたってのはしがき） 本資料は、2004年11月3日付で、東京高等裁判所（第2民事部Cロ係）へ提出した意見書である。これを書くに至った経緯等を、本誌上で公刊するにあたって若干記しておきたい。

現行戸籍法においては、13条4号・5号が、戸籍には実父母との続柄および養親との続柄が記載されなければならないと定め、その具体的な記載方法は、戸籍法施行規則付録第6号の「ひな形」において、嫡出子については「長男」「長女」「二男」「二女」式で記載し、非嫡出子（婚外子）については「男」「女」、普通養子については「養子」「養女」と記載するものとされている。本件訴訟は、双方ともに婚姻の意思を有し共同生活を営んでいるが、婚姻に際して氏を変更することを望まないため、婚姻の届出をせず、あえて事実婚を選択している夫妻およびその子（娘）が原告となって、1999年11月22日、国および娘の本籍地のある地方公共団体を相手に、東京地方裁判所に提起されたものであり、戸籍の続柄欄において嫡出子・非嫡出子を区別して記載することをやめるように求める差止請求と、国家賠償法1条1項および民法719条にもとづく慰謝料請求を内容としている。

そして、この裁判は、本年（2004年）3月2日に一審・東京地裁判決をみている。それは、差止請求については、「法律上の争訟」にあたらぬとして不

適法却下とし、損害賠償請求については、続柄欄の差別記載は戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超えており、プライバシー権を侵害していると言わざるをえないと断じつつも、これを違法とする判例もなく国や自治体に職務上の注意義務違反は認められない、として斥けたものである。これに対して、原告側より、2004年3月12日付で、東京高等裁判所に控訴がなされた。

この控訴審の段階で、私は、控訴人（原告）の側から、次の2点につき、憲法研究者の立場から鑑定意見書を執筆することを求められた。それは、第一審裁判所により不当に扱われたと思われる憲法上の論点、すなわち、存在せずとして斥けられた「法律上の争訟性」論、および、実質的には全く言及されなかった「法の下平等」論である。したがって、意見書では、この2点に絞って、憲法の観点から考察することにした。

控訴審では、年明けの1月25日に最終の口頭弁論が予定されて結審確実と伝えられ、判決の日も近い。この判決が憲法上しかるべき内容のものとなるために本意見書がどれほどの貢献をなしうるか。それについての大方の批判を待ちつつ、ここに公にする次第である。

(2004年11月17日 記)

目次

はじめに

- I 本件差止請求は「法律上の争訟」性を具備している
 - 1 関係法令と原審判示の確認
 - 2 「法律上の争訟」の観念
 - 3 本件請求の「法律上の争訟」該当性
- II 戸籍続柄区別記載は「法の下平等」を侵害する
 - 1 平等原則違反の審査方法
 - 2 本件区別記載の憲法14条違反性

むすびにかえて

はじめに

現行法制では、戸籍続柄欄において嫡出でない子（「婚外子」と称すべきもの）と考えるが、以下、事例上の用語にならって「非嫡出子」という）の続柄を嫡出子のそれと区別する記載がなされている。それを含めて非嫡出子に対する差別処遇は、法定相続分にかんするものをはじめとして、今なお法令上少なからず維持されているが、憲法の基本的人権保障の理念に照らすとき、厳格に再吟味して速やかに是正をはかることが求められているところである。

本件では、非嫡出子（娘）とその両親が原告となって、戸籍の続柄欄で非嫡出子を嫡出子と区別して記載していることをやめるよう求める差止めと、国家賠償法1条1項および民法719条にもとづく損害賠償が請求されたが、原審・東京地方裁判所（2004年3月2日判決）は、これをそれぞれ却下ないし棄却したため、原告側の控訴により御庁に係属するところとなった次第である。原審裁判所は、この判断において、差止請求については「法律上の争訟」にあらず不適法であるとしてこれを斥け、損害賠償についてのみ本案審理に入った。そして、本件戸籍続柄欄の嫡出子を非嫡出子と区別する記載は原告ら（被控訴人ら）のプライバシー権を侵害したものであると判断しつつ、被告ら（被控訴人ら）には国家賠償法1条1項という違法な行為はないとして、この請求も容れなかったものである。

この原審において、原告ら（控訴人ら）は、差止請求が具体的争訟性に欠けるものでないことを、被告ら（被控訴人ら）との攻防をとおして明らかにしていた。また、プライバシー権保障条項の憲法13条の他にも、法の下での平等を定める14条、さらには国際人権諸条約に違反するものであることを主張していた。しかし、原審裁判所は、争訟性の存否にかんしては、妥当とはいいがたい論旨でこれを否定し、また、13条以外の争点に

については、実質的な応答をほとんど示さなかった。とりわけ14条にかんしては、判決の末尾近くで、丸括弧を付けた形で、「(なお、本件戸籍の続柄の記載が法の下での平等に違反する場合があるとしても、被告らに注意義務違反があるとはいえない。)」というにとどめている。

私は、一憲法研究者として、控訴人側からの依頼にもとづき、本件に含まれる憲法上の論点にかんして小見を述べようとするものである。その場合、原審判決の孕む、とりわけ重大な問題は、上記のように、ひとつに「法律上の争訟」であることを否定した誤謬、またひとつに平等原則違反についての判断をしなかった遺漏にあると思われるので、以下、この順に検討することとしたい。

I 本件差止請求は「法律上の争訟」性を具備している

1 関係法令と原審判示の確認

検討に先立って、まず、関係の法令を確認しておきたい。

すなわち、戸籍法が、13条4号で、戸籍に記載しなければならない事柄の一つとして「実父母の氏名及び実父母との続柄」を挙げ、49条2項1号では、出生の届書において「子の男女の別及び嫡出子又は嫡出でない子の別」を記載しなければならないとし、また125条が、「この法律に定めるものの外、届書その他戸籍事務の処理に関し必要な事項は、法務省令でこれを定める。」としている。これを受けて、法務省令として戸籍法施行規則が制定され、その33条1項で、「戸籍の記載は、附録第6号ひな形に定めた相当欄にこれをしなければならない。」とされている。そして、その附録第6号ひな形において、嫡出子については「長男」「長女」「二男」「二女」式で記載し、非嫡出子については「男」「女」と記載する例が示されている。本件において、被控訴人中野区長は、これに従って控訴人娘について、父母との続柄欄に「女」と記したのである。

もとより、戸籍が、国民各自の私法上の身分行為および身分関係を公簿において明らかにして一般的に公証する制度であり、他方、民法が法律婚主義を採用し、嫡出子と非嫡出子とを区別して親族法・相続法上異なる効果を定めているものであることを前提とするならば、戸籍において両者を判別しうる記載が要請されること自体は肯定されよう。問題は、嫡出子・非嫡出子の区別は戸籍の身分事項欄および父母欄における記載によってすでに公証されているにもかかわらず、あえて続柄欄において、非嫡出子であることを明示する意味をもつ「子」という記載をしているところにある。

原告ら（控訴人ら）は、これを憲法 13 条・14 条、国際人権諸条約等に違反するものと考え、損害賠償を求めるとともに、区別記載の差止めを請求したのであるが、原判決は、これにつき争訟性なしと断じた。その判断は、次のところにある。

すなわち、本件ひな形は、戸籍法施行規則 33 条 1 項と一体をなし、その一部を構成するものとして法的拘束を有する、そして、このような施行規則の制定・改廃は法務大臣の権能に属するものであるところ、本件差止請求は、法務大臣が右省令制定権に基づいて制定した同施行規則の改正を求めることに帰するものであり、それは、『法律上の争訟』、すなわち、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの（最高裁昭和 39 年（行ツ）第 61 号昭和 41 年 2 月 8 日第三小法廷判決・民集 20 卷 2 号 196 頁）には当たらず、その訴えは不適法であるというほかない。」とするものであり、被告（被控訴人）中野区に対する請求についても、国に対すると同様に不適法としている。こうした判断は、はたして正当であろうか。

2 「法律上の争訟」の観念

司法判断をおこなう前提要件の一つとされる具体的争訟性は、わが国では、裁判所法 3 条 1 項において、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のあ

る場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」という形で実定化されている。もっとも、憲法は、これを直接明示しているわけではない。しかし、通例、それは、76条の「司法権」の概念の核心にあたるものであって、その解釈から導かれるとされている。そして、その解釈がなされる際、しばしば参照されるのは、付随的審査制の母国アメリカ合衆国の憲法（3条2節1項）が明文で定めている「事件・争訟（cases and controversies）」の観念である。同国の場合、この要件は伝統的に、①対立性、②争われている法的権利に利害関係をもつ当事者、③現実的で司法判断適合的な争訟の存在、および、④裁判所が終局的で拘束力をもつ判断を下すことができること、の4点を意味するものと観念されてきている（たとえば参照、佐藤幸治『憲法（第3版）』〔青林書院・1995年〕294頁〔一部修正〕）。

この観念は、わが国の司法権についても、同じ付随的審査制をとるものとして、基本的に妥当するといえる。同時に、日本国憲法にあっては、前述のように、事件・争訟性の要件は明示されておらず、かえって「裁判を受ける権利」（32条）が留保なしに保障されている。とすれば、それは裁判を受ける権利を妨げることになるようなものとして理解されてはならず、いかなる場合でも、裁判をとおして人権を実現させるのに資する観念として捉えられなければならないはずである（参照、河野 敬「事件性」芦部信喜編『憲法訴訟』第1巻（有斐閣・1987年）219頁）。したがって、裁判所法3条の「法律上の争訟」についても、その解釈により実質上の裁判拒否がもたらされるような結果に導くことは、絶対に許されない。なお、この点を強く意識して、「法律上の争訟」を具体的事件性と切り離し、憲法上の要請は事件性であって争訟性ではなく、後者が否定されても前者が充足されるなら実体判断に入りうる、と説く立場もある（これを紹介するものとして、戸松秀典『憲法訴訟』〔有斐閣・2000年〕83頁以下）。

この裁判所3条の規定についての最高裁当局による解釈は、次のごとく

である。すなわち、①「単なる事実の存否は、原則として、裁判の対象とならない」、②「具体的事件を離れて、抽象的な法令の解釈または効力に関する争も、裁判の対象とならない」、③「政治上の一般方針を定める憲法等の規定に基づく訴訟は、法律上の争訟にあたらぬ」、④「直接に、国家統治の基本に関係する高度に政治性のある国家行為（たとえば衆議院の解散の効力）のようなものは、たとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、裁判所の審査権の外にあるものとされている」、⑤「関係機関が専ら道義的または政治的の見地から自ら決すべき問題で、裁判所が法律の適用によつて終局的に解決しうべきものでないような事項あるいは自律的な法規範を持つ団体の内部規律の問題として自治的措置に任せるべき事項について〔は〕、裁判所の裁判権が及ばない」、そして、⑥「権力分立の原理の見地から、他の国家機関の自律権に委ねられるべき事項にも、裁判所の審査権は及ばない」とするのである（最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説』上巻〔最高裁判所事務総局総務局・1967年〕23頁以下）。

また、最高裁判例は、この問題にかんするリーディングケースである警察予備隊違憲訴訟判決（最大判1952・10・8民集6巻9号783頁）において、「司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行ひ得るものではない。」として、わが国違憲審査制が付随的審査の類型に属するものであることを明らかにした。そして、その翌年に、教育勅語が憲法に違背する詔勅にあたらぬことの確認を求める訴えに対して、右掲判例の法理を繰り返した上で、「法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、且つそれが法律の適用によつて終局的に解決し得べきものであることを要する」とし、訴えがそれにあたらぬと判断した（最三判1953.

11. 17 行集 4 卷 11 号 2760 頁)。

これが、その後の多数の判例をとおして、今日、「①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であって（したがって、裁判所の救済を求めるには、原則として自己の権利または法律によって保護される利益の侵害という要件が必要とされる）、かつ、②それが法律を適用することにより終局的に解釈することができるものに限られる」という形で定着しているといえる。そこから、判例上、「法律上の争訟」にあらず、裁判所の審査権が及ばないとされてきたものは、第 1 に、具体的事件性のないまま抽象的に法令の解釈または効力について争うケース、第 2 に、単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争など、そして第 3 に、純然たる信仰の対象の価値または宗教上の教義に関する判断自体を求める訴え、あるいは単なる宗教上の地位の確認の訴え、などであることが指摘されている（参照、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第 3 版）』（岩波書店・2002 年）310 頁以下）。

3 本件請求の「法律上の争訟」該当性

(1) 以上に概観したところに照らして、本件差止請求が「法律上の争訟」性を具えていることを論じたい。これにかんする原審判断の誤りは、控訴人側提出の 2004 年 4 月 28 日付準備書面（1. 控訴理由書）が間然するところなく述べているとおり、明らかである。

すなわち、原審判決は、本件差止めの訴えは法令の改廃を求めることに帰するとみる。前出『裁判所法逐条解説』の挙げた項目にあてはめるなら、②の「具体的事件を離れ〔た〕抽象的な法令の解釈または効力に関する争い」にあたりと解しているようである。しかしながら、自らがそれによって権利侵害ないし不利益を受けた措置の根拠となっている法令の違憲無効を主張することがその法令の改廃を直接に請求することを意味するものでないことは、論ずるまでもない自明の事理である。言い換えれば、法令違

憲審査の制度を置いた憲法の下で、国民が、この権限をもつ裁判所に対し、法令の違憲無効の主張を前提とした請求をなしうるのは当然事であり、控訴人側が説くとおりである。もし仮に、こうした訴えが原判決のような論理で斥けられるのであれば、違憲審査制は有名無実のものとなるに相違ない。御庁における是正を切に期待するゆえんである。

また、原判決が引用している最高裁第三小法廷 1996 年 2 月 8 日判決は、技術士国家試験の不合格者が判定の誤りを主張して提起した損害賠償請求につき、試験の合否の判定は司法審査の対象にならないと応答したものである。こうしたケースをとおして形成されるのは、「法令の適用によって解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は裁判所の裁判を受けるべき事柄ではない」という準則でこそあれ、そこから本件のような訴えを排除する法理を導くことはなしえようもない。原判決の判例引用は、全く不適當であるといわざるをえないのである。

そして、先に示したところの、これまでに判例上形作られてきた、裁判所の審査権が及ばない 3 つの分野を参照しても、本件の訴えは、そのいずれにも属さない。この訴えが、判例上形成された、前述の、「①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、②それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」というルールにそのままあてはまるものであることは疑問の余地がないところである。にもかかわらず、原判決はこれを否定したわけであるが、それは、このルールを余程恣意的に扱わなければ出て来ない結論だとしか言い様がない。そのことは、このルールについては、文言にのみ依拠して解釈するのではなく、具体的ケースの積み重ねにより形成されてきた内容を重視すべきことを教えている。

なお念のため、前述したアメリカ合衆国における「事件・争訟性」充足のための 4 要件に即して検討しても、本件差止請求については、控訴人側

が説くとおり、①両当事者間には大きな対立があり、②控訴人らは争われている法的権利（プライバシー権、平等権）の当事者であり、③両当事者間には単なる抽象論を超えた具体的かつ現実的な争いが存在しており、そして、④それは裁判所の判決によって終局的に解決することが可能な問題であるといえる。こうして、本件の訴えは、4要件をことごとく充足し、争訟性・事件性を具えたものであることが明らである。

(2) 要するに、本件では、戸籍続柄欄の区別記載差止めが求められているのであって、戸籍法施行規則、ましてや戸籍法の改正を直接訴求しているものではなく、争訟性が肯定されるべきことは明白である。裁判所には、本件区別記載が、合憲的・合法律的（戸籍法適合的）な措置といえるか否かについての実体審理に入ることが期待されるのであり、御庁にはそれを心から望みたいと思う。

その場合、中心的な論点は、戸籍法の委任を受けて法務省令として制定されている戸籍法施行規則 33 条 1 項が、この委任の趣旨を正しく具体化したものであるか否かにあると思われる。この点、被控訴人側は、同法施行規則の制定・改廃は法務大臣の権能に属するものである旨強調して、あたかも自由裁量だと解しているようであるが、妥当ではない。

すなわち、戸籍法は、13 条 4 号で「実父母との続柄」を戸籍に記載すること、また 49 条 2 項 1 号で出生の届書に嫡出子と非嫡出子との区別を記載することをそれぞれ定めているが、それは、戸籍の続柄欄にまで区別記載をすることを要求したものではない。したがって、その委任を受けて施行規則を制定する法務大臣は、記載方法を具体化するにあたって、嫡出子と非嫡出子との間に不平等が生ぜず、非嫡出子のプライバシー権が侵害されることがないようにすること等の憲法上の要請を満たした方式を定めることが義務づけられていたのである。それゆえ、裁判所は、同法施行規則に委任の範囲の逸脱がないか否かの実体審理に入ることになる。

最高裁も、児童扶養手当の非嫡出子差別支給をめぐる2つの判決（2002. 1. 31 民集 56 卷 1 号 246 頁、および、2002. 2. 22 判タ 1089 号 131 頁）で、1998 年改正前の児童扶養手当法施行令を、児童扶養手当法による委任の趣旨に反する、と明示したことがある。すなわち、法 4 条 1 項が、児童扶養手当を「次の各号のいずれかに該当する児童」について支給するとし、その 5 号で「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」としていたところ、これを受けて制定された改正前の施行令 4 条 1 項 5 号は、括弧書きで、上記児童から「認知された児童を除く」と定めた。前記の2つの最高裁判決は、認知を受けていない非嫡出子の家庭と認知後の同一家庭とで経済状態に変化をきたすという保障はないことを強調し、改正前の括弧書きを、法の委任を逸脱するとしたものである。本件の判断にあたって参看されるべき判例ではなかろうか。

(3) なお、被控訴人中野区に対する差止めにつき、原審は、「被告国に対する本件差止請求の訴えと同様、」法律上の争訟にあらず不適法である、としている。ただ両者の組み立ては異なり、国への訴えについては、戸籍法施行規則の改正を求めることを意味するから争訟性を欠く、としたのに対し、中野区への請求については、ひな形に反する記載をするという作為を求める訴えはそもそも提起しえない、とする。この後者は、争訟性の論点であるというより、むしろ実質的には、地方公共団体の事務処理における自主性・自立性をいかに判断するかの問題であろう。

この点につき、原審判決は、「仮に戸籍法施行規則 33 条 1 項の一部を構成する本件ひな形による本件戸籍の記載が原告らの権利を侵害するものであるとしても、その結果中野区が独自の判断によって本件戸籍の父母との続柄欄を『女』から『長女』に訂正することまでを戸籍法は予定しておらず、被告中野区においても、やはり本件ひな形を含む戸籍法施行規則 33 条 1 項の改正がなされるのを待った上で、これを実現するほかない」とい

う。しかし、戸籍事務は2000年4月1日以降、第1号法定受託事務とされているものであるところ、地方自治法は、国の地方公共団体に対する関与は目的達成に必要な最小限度のものとするとともに、その自主性・自立性に配慮しなければならないこととされ(245条の3第1項)、右事務の処理について大臣の定める基準も、目的達成に必要な最小限度のものでなければならないとされた(245条の9第5項)。したがって、戸籍事務についても、国の関与は必要最小限のものでなければならないとするルールが妥当するはずである。戸籍記載が住民の権利を侵害するような場合には、地方公共団体が独自の判断によって記載を訂正することも、地方自治法の許容するところといえよう。

II 戸籍統柄区別記載は「法の下での平等」を侵害する

1 平等原則違反の審査方法

(1) 本件で争われている戸籍統柄欄区別記載の合理性につき、原審裁判所は、この記載が非嫡出子のプライバシー権を侵害するものであると認定した。まことに、本件記載により非嫡出子のプライバシーは侵害される。他方、嫡出子の記載についてはこの侵害が生ずることはない。つまり、等しく扱われるべき両者を、法は平等に処遇していない。これが差別であり、憲法14条(さらに24条)の禁止するところである。要するに、非嫡出子についての統柄欄表示が人権侵害を惹起するものである以上、それはとりもなおさず、嫡出子についての表示との関係において平等違反をもたらさざるをえないのである。

こうした事理に照らして原審判決をみると、同判決は、「非嫡出子……の記載方法は、プライバシーの侵害が必要最小限度になるような方法を選択し、非嫡出子であることが強調されることがないようにすべきであり、その程度を超えた戸籍の記載は、プライバシーの権利を実質的に害するも

のとの評価を免れないというべきである。」とした上で、本件についてみると、「非嫡出子の場合、身分事項欄に『認知』の記載がなされるか、認知の記載がなくても、父欄が空白であることにより非嫡出子であることが判別できるから、このような記載に加えて、あえて本件のように戸籍の続柄欄において……非嫡出子であることが一見して明瞭に判別される方法を用いることの合理性、必要性は乏しいものといわざるを得ない。」と判示している。これは、当該記載が合理性のない差別であると認識した上での言説にほかなるまい。

それにもかかわらず、原判決は、憲法 14 条違反については明言することなく、先に述べたように、判決文末尾の部分で、括弧をつけて「なお」書きするにとどめている。先にも示したとおり、「(なお、本件戸籍の続柄の記載が法の下での平等に違反する場合があるとしても、被告らに注意義務違反があるとはいえない。)」というのである。何故に 14 条違反を正面から問題にしなかったのか、不可解の念を禁じえない。

そもそも平等は、性質上他者の地位との比較においてのみ成り立つ、いわゆる比較的権利の典型である。この平等権の特性に着目して形式的な規範論理の水準で説くならば、国家により、ある人については権利侵害となる処遇がなされた場合、それは、同じ権利を侵害されていない人々との関係において、とりもなおさず平等権違反を生じさせている、といえる。比喩を用いるなら、平等は、あたかも《月》のごとくに、自らは光を発しない存在であって、権利（それが存在するために他との比較を要しない非比較的権利）という《太陽》の光を受けたときにのみ、自らを反射的に輝かせるものである、と表現することも許されよう。この点からすれば、戸籍続柄欄に「女」等と記載された非嫡出子がプライバシー権侵害をこうむっていることは、「長女」等とされる嫡出子にはこの権利侵害がないこととの対比において、すでに平等違反を形作っている、といえるのである。

同時に、より積極的に、中世身分制社会の差別的構造の打破をこそ目指

した近代革命と、その成果を宣言した近代憲法の歴史的意義に照らしてみたととき、平等は、人権・自由とともに、個人尊重の共通の思想から出発し、深く結び合って近代社会形成を推進した原理であることを確認しなければならない。つまり、平等は、近代立憲主義の普遍的要素に支えられた、人はすべて尊厳性をもった存在として等しく処遇されるべきことを内容とする独立の権利であり、日本国憲法も、これをそのようなものとして規範化している（とくに14条、24条）。したがって、ある人の権利が侵害されたことにより差別が生じているときには、当該権利の侵害について争うとともに、それと一体のものとして平等権の侵害を問題にすることが必要かつ適切なものとなる。そして、こうした事案における違憲審査の基準としては、問題になっている措置が当該権利を侵害しているか否かを判断するために用いたのと同じの基準が、平等原則違反の有無についての判断の際にも用いられるべきであろう。

(2) こうした判断手法は、実際のところ、裁判例において当然に採られているものである。全くの一例であるが、いわゆる堀木訴訟上告審判決（最大判1982.7.7民集36巻7号1235頁）は、「憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法14条及び13条違反の問題を生じうることは否定しえないところである」として、社会権侵害にかんしてとは別途に平等原則にかんして審査をおこない、「本件併給調整条項の適用により、上告人のように障害福祉年金を受けることができる地位にある者とそのような地位にない者との間に児童扶養手当の支給に関して差別を生ずることになるとしても、さきに説示したところに加えて原判決の指摘した諸点、とりわけ身体障害者、母子に対する諸施策及び生活保護制度の存在などに照らして総合的に判断すると、

右差別がなんら合理的理由のない不当なものであるとはいえない。」と判示している。この判断内容の当否は別にして、比較を必要としない権利の侵害が比較的・関係的な平等権の侵害を惹起しているとき、この両者のいづれについても審査することが通例の手続きなのである。

因みに、非嫡出子の処遇にかんするケースにあっても、本件と問題領域が接している住民票続柄欄区別記載の合憲性を問う訴訟の第2審判決では、「非嫡出子であること〔は、〕プライバシーに属するものといわなければならない。」「非嫡出子は、非嫡出子という本人に選択の余地のない出生により取得した自己の属性（身分）により就学、就職及び結婚等の社会関係において深刻な不利益取扱いを受けていることが認められ、このような社会的差別の存在が右属性についてこれが他に知られたくない個人情報として個人プライバシーに属する実質的根拠となっている」として、憲法13条に保障された人格権としてのプライバシー権の侵害を認め、つづいて、「本件住民票における嫡出子と区別した続柄の記載は、住民基本台帳制度の目的との関連で合理性、必要性がなく、……社会的身分である非嫡出子であることを理由として不合理な差別をするものであ〔る〕」として、憲法14条1項後段の社会的身分による差別となる、と判示している。これは、まことに当然な論理であるといえよう。

加えて、やや唐突ながら、外国判例の1つを参照しておきたい。もとより、事案自体ではなく、判断の仕方にかんして、権利侵害が平等違反をもたらすケースでは裁判所がこの両面についての判断を一体のものとして行っていることを、念のために示しておこうとするものである。ドイツ連邦憲法裁判所第1法廷1959年7月29日判決（BVerfGE 10, 59, Urteil v. 29. 7. 1959）をとりあげる。これは、当時、親権における父の最終決定権および単独代理を定めていた男女同権法を違憲無効としたものであり、次のような内容を含む判断をしている。

すなわち、「婚姻と家族における男性と女性の同権の要請は、父母と子

の関係が形作る秩序にとっても、完全な意義を有している。……父と母は、道徳的共同体へと向かう対等順位の中で結合しているのである。」という認識を示した上で、男女同権法の「規定が憲法に適合するか否かは、何よりも、母が当該規定によって不利益を被っているか否かにかかっている」とし、「こうした母の不利益取扱いは、……まず、すでに事実上女性より強力な男性の地位を一層強化するものである。また、それは、まさに女性の本質が最も深いところで根付いており、かつ自らを発達させる領域、すなわち母性の領域において、女性の地位を弱めるものである。」とした。つまり、同法が、女性の自己実現の権利を損なうものであるとともに、両性間の平等原則を侵犯するものであるとの一体的な理解をしているのである（参照、小林 武「親権における父の最終決定権および単独代理を定めた男女同権法の合憲性——最終決定権判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』〔信山社・2003年〕94頁以下）。このような判断手法は、わが国判例のものと共通しているといえる。

2 本件区別記載の憲法14条違反性

(1) 本件において、裁判所が、戸籍統柄欄区別記載については、プライバシー権侵害の有無を検討するとともに、憲法14条論に踏み込むべきことは明らかであると思われる。

原審判決がプライバシー侵害を結論づけた判示それ自体には、異論を差し挟む余地がない。

同判決は、非嫡出子であるという事実は人格的利益の一環をなすプライバシーとして法的保護の対象となる、とした上で、非嫡出子が「本人に選択の余地のない出生により取得した自己の属性により、就学、就職及び結婚等の社会関係において今なお看過し難い不利益な取扱いを受けているところ、社会生活においては、多くの場面において戸籍の謄本の提出が求められることがあり、その戸籍の記載によって非嫡出子であることが判明し、

戸籍続柄欄における非嫡出子（婚外子）区別記載の違憲性

差別等が助長されることが認められる。」とし、したがって、これをみだりに公表することはプライバシー権を実質的に害するものとなるとして、続柄欄への記載の合憲性につき、いわゆる「厳格な合理性」の基準を用いて審査した。すなわち、立法目的については、戸籍法13条4号が戸籍において嫡出子と非嫡出子とを判別できるように記載しなければならないとしていることは、戸籍が国民各自の私法上の身分行為・身分関係を一般的に公証する公簿であることから理解できるところである、としつつ、その手段として、続柄欄において非嫡出子であることが一見して明瞭に判明する記載をすることの合理性・必要性は乏しい、とする。したがって、同記載は、戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超え、プライバシー権侵害にあたる、と断じたのである。

法制度がこのようなものであるならば、それは、即、平等原則の侵害をも惹起しているはずである。

平等原則を論じるとき、まず、憲法14条について、学説では、1項後段の規定は歴史上あらわれた不合理な差別事由を例示的に列挙したものであって、それらの事由による差別は、民主主義の理念に照らして原則として不合理なものであるから、合憲性が争われた場合には、「厳格審査」基準または「厳格な合理性」の基準を用いるのが妥当であり、非嫡出子については、後段列挙事由のうち「社会的身分」にあたるから、その違憲審査には上記後者の基準が適用される、とするのが通例である。ただ、非嫡出子の地位は、社会的身分の中でも出生によって決定され、自分の力ではそれから脱却できないものであるから、「厳格な合理性」の基準を厳格度を強めて用いることが望まれる、といえる（実質的に「厳格審査」基準に接近することになる）。

そこで、「厳格な合理性」のテストでは、立法目的が重要であること、および、この目的と規制手段との間に実質的関連性が存在することが求められる。まず、戸籍において、嫡出子と非嫡出子とを判別できる記載をし、

それを含めた国民各自の身分関係を公証するという立法目的は、すでに述べたとおり、重要であることが肯定される。しかし、問題は、その続柄欄において嫡出子・非嫡出子を区別して記載する仕方が、この立法目的を達成する手段として、目的との間に実質的な関連性を有するものといえるか、にある。

すなわち、原審がプライバシー侵害を論じた際に、正当に指摘していたように、戸籍においては、身分事項欄に「認知」の記載があれば、あるいはこの記載がなくても父母欄で「父欄空白」となっていれば、非嫡出子であることが判明するから、嫡出子・非嫡出子の区別はこれら各欄によってすでに公証されており、そのことで身分関係の公証という戸籍の目的は十分果たされているのである。またそのため、実際にも、実務家は続柄欄に頼ることなく、身分事項欄および父母欄を確認することによって嫡出子と非嫡出子を判読し、相続等の実務をおこなっているとされる。したがって、続柄欄においてさらに区別した記載をすることで非嫡出子であることが一見して判明する方式を採用することは、立法目的達成手段として実質的関連性を欠き、憲法 14 条（さらに 24 条）に反する不合理な差別であるといわざるをえない。

加えて、子どもは自らが生まれてくることについて選択の余地はなく、本人には何の責任もないが、非嫡出子は、そのように生まれたことで、就学・進学、職業人・社会人としての活動、地域における対人関係、そして結婚、諸種の公的手続等々、生活の様々な場面で戸籍謄本の提出を要求されるとき、差別をこうむることになる可能性をもっている。それにもかかわらず、これを引き出す原因となる戸籍続柄欄区別記載は、平等の見地から許容されるものではないのである。

(2) 原審が憲法 14 条論に実質的に入らなかった理由ないし事情は詳らかでないが、最高裁が非嫡出子についての平等原則違反が正面から争われ

た法定相続分差別規定訴訟において、一貫してこの主張を斥けていることと関連があるのではないと思われる。

すなわち、1995年の大法廷判決（最大判1995.7.5民集49巻7号1789頁）は、ゆるやかな審査基準である「合理性」の基準を採った上で、立法理由（立法目的）は、「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図った」ところにあるが、民法が法律婚主義を採用している以上、それには合理的な根拠があり、「本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1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とはできない」として、合憲の判断を下したものである。これが後の判決に踏襲されている（最二判2003.3.28判タ1120号87頁、最一判2003.3.31裁判集民事209号397頁、最一判2004.10.14判例集未登載など）。この大法廷判決には5名の反対意見が付されており、また後の3つの小法廷判決にもそれぞれ2名が反対して僅差であった。とはいえ、最高裁は、今日に至るも、法定相続分差別規定の平等原則違反を認めていない。本件で、原審には、この最高裁判所に対する謙讓の意識が強く働らいて14条論に入らず、プライバシー権の分野でのみ論を展開することになったのであろうか。

また、原審において平等原則違反の判示がなされなかったことは、原審判決を受けて法務省が取り組みはじめた続柄表記の改正方針にも影を落としているようである。すなわち、続柄の表記を「長男・長女」式に統一するが、嫡出子は父母との続柄であるのに対し、非嫡出子のみ母を単位とした続柄にするという方向である旨伝えられている（参照、2004年10月4日付の「なくそう戸籍と婚外子差別・交流会」による『全国戸籍事務協議会総会での「戸籍の父母との続柄記載の改正に向けた協議」についての要望』など）。これでは、差別が新しい形で残ることになる。続柄記載における不合理な差別を一掃することに資する明解な司法判断が不可欠であるといわなければならない。（付記：2004年11月1日付で、戸籍法施行規則が改正され、即日施行となっ

たことを、本意見書提出後に知った。その改正内容は、上記方針と同様、続柄の表記を嫡出子・非嫡出子とも「長男・長女」式に統一するが、これまで嫡出子・非嫡出子とも父母との続柄を基準にしていたものを、前者が従来どおり父母との続柄で記載されるのに対し、後者は母親との続柄で記載する、すでに戸籍に記載されている非嫡出子の続柄記載の訂正は、更正申出によって行う、というものであった。問題は解決されておらず、かえって混乱を増幅させるものであろう。)

むすびにかえて

控訴人らは、戸籍の続柄欄において非嫡出子を嫡出子とは区別して記載することをやめるよう求めている。これは、もとより当事者としての人権確保の主張であるが、それにとどまらず、この訴えをとおして、すべての人それぞれの多様な生き方を受けとめることのできる身分登録制度が実現するようにとの願いに根ざしている。そして、この願いは、憲法14条・24条の平等の権利、13条のプライバシーの権利・ライフスタイルの自由など、各種の人権によって支えられている。この憲法的価値を司法審査をとおして実現する気高い任務を担っているのが裁判所である。

今、司法のありように大きな影響を与えつつ進行している「司法改革」の柱をなす2001年6月12日付『司法制度改革審議会意見書』は、よく知られているように、「法の支配」が日本社会に普く行きわたるべきことを強調している。「法の支配」とは、もともと、権力を法で拘束することによって国民の権利・自由を擁護することを目的とした憲法上の原理である。その「法」は、控訴人の主張するような諸人権をこそ内容にしている。一人ひとりの選択する生き方が受けとめられる法制度の実現は、憲法にもとづく真の「法の支配」を普遍化することに貢献する。憲法の護り手としての御庁が、人権感覚豊かな判断を示されることを信じて、意見書を了える。

以上