

戸籍における婚外子差別記載の憲法問題（一）

小林 武

目次

はじめに

一 婚外子差別法制と裁判所——相統分規定をめぐる

1 下級審の違憲判断

2 最高裁の見解

二 住民票統柄差別記載の是正から戸籍統柄裁判へ

1 住民票統柄裁判の経過と成果

2 戸籍統柄裁判の成立と第一審判決

三 戸籍統柄裁判における憲法上の争点とその他の論点

1 戸籍統柄欄記載と憲法一四條

2 戸籍統柄欄記載と憲法一三條、二四條

3 その他の論点

(1) 国際人権諸条約との抵触

(2) 法定受託事務と自治体の裁量

(3) 記載差止訴訟の「法律上の争訟」性

むすびにかえて

（以上、本号）

はじめに

日本国憲法は、一四条において、人はすべて法の下に平等であるべきことを謳う。この「法の下に平等」が、法の執行・適用における平等を意味するだけではなく、法そのものの内容も人を平等に処遇すべく定立されなければならぬことを命じたものであることは、明らかである。したがって、大日本帝国憲法下の立法でこれにそぐわないものはすべて是正されるべきであったし、また、日本国憲法の下では人の平等処遇に反するような法は一切制定されてはならず、そして、そうでない法も、それが不平等に適用されることがあってはならないのである。しかしながら、現行法制においても、人を不平等に処遇する法制は、なお少なくない。

ここでは、民法(家族法)上の「非嫡出子」の処遇についてのみ摘示しておこう。すなわち、①法定相続分が「非嫡出子」は「嫡出子」の二分の一であること(民法九〇〇条四号但書)をはじめ、②法律上の父子関係の成立について、「嫡出子」の場合は夫の子と推定される(七七二条)のに対して、「非嫡出子」には認知が必要であること(七七九条)、③「非嫡出子」は、準正によって「嫡出子」の身分を取得すること(七八九条)、④子の氏について、「嫡出子」は父母の氏を称する(七九〇条一項)のに対して、「非嫡出子」は母の氏を称すること(同条二項)、⑤親権について、「嫡出子」の場合は原則として父母の共同親権となる(八一八条三項)のに対して、「非嫡出子」では父母どちらかの単独親権となること(八一九条四項)等がそれである。

加えて、民法上の処遇と連動して、戸籍の続柄欄に「嫡出子」は「長男」「長女」「二男」「二女」等と記載されるのに対して、「非嫡出子」は「男」「女」とされている。なお、今日では是正されているが、住民票の続柄欄

は、一九九五年までは「嫡出子」は「長男」「長女」「二男」「二女」等であったのに対し、「非嫡出子」は「子」とされていた。また、一九九八年以前は、離婚による母子家庭には当然に児童扶養手当が支給されるのに、「非嫡出子」の母子家庭は子が認知されている場合は支給されていなかった。¹⁾

こうして、「非嫡出子」差別法制は、広範かつ厳しいものといわなければならない。なお、言葉の問題にふれておくなら、「非嫡出子」とは、法律上の婚姻関係を欠く両性間の出生子のことであり、法令上の名称は「嫡出でない子」（民法七七九条）である。「非嫡」という表現は、それ自体差別的であり、事実、「非嫡出子」には、従来、「庶子」、「私生児」などの呼称があてられ、また「妾の子」が連想されることが多かった。しかし、生まれてくる子ども側から考えればなおさら、こうした差別的文言が妥当であるはずはなく、また、とりわけ近年、「非嫡出子」が生まれる両性間の事情は多様であつて——ちなみに、本稿でのちにとりあげるケースは、婚姻による氏の変更を望まないためにその届出を控えている両性の子である——、その点でもこれは明らかに不適切である。そうしたところから、最近では、「婚外子」と称される傾向にある。それゆえ、本稿も、法令や判例を引用・紹介する場合を除いて、「非嫡出子」の語を用いずに「婚外子」を充て、「嫡出子」は「婚内子」と呼ぶことにしたい。

右に挙げた婚外子差別諸法制の中で、裁判上先行した事例は、相続分差別規定をめぐる訴訟であり、最高裁の大法廷決定をみている。また、戸籍において婚外子を婚内子と区別して記載しておくことが必要とされる実際上の大きな理由は、この法定相続分差別制度を運用するためである。そこでまず、それをおして、婚外子差別法制に対する裁判所の見解を整理しておくことにしたい。その上で主題に入るが、続柄表示については、戸籍の問題に先立って住民票の続柄記載が争われたので、その概略を眺めてのち、戸籍における続柄欄記載の婚外子差別

についてその憲法適合性を論じることにする。加えて、直接憲法上の論点ではないが、その周辺にある重要なテーマにも若干言及することとしよう。

家族法に残る、違憲ともみられる不合理な諸法制については、憲法学は、これに鋤を入れることに従前より十分力を尽くしてきたとはいえない。本稿は、基礎的作業にとどまるが、この分野の憲法学的考察を前進させることに幾分でも貢献しうるとなれば幸いである。

一 婚外子差別法制と裁判所——相続分規定をめぐって

1 下級審の違憲判断

婚外子の法定相続分を婚内子のその二分の一とする民法九〇〇条四号但書前段の規定が憲法上許容されるものであるかをめぐっては、下級審は、判断に分かれを見せつつ、高裁段階でこれまでに二つの違憲判決を出していることが注目される（合憲とするもの、東京高決一九九一・三・二九判タ七六四号一三三頁〔すぐあとに取り上げる最高裁大法廷決定の原審である〕。違憲とするもの、東京高決一九九三・六・二三高民集四六卷二号四三頁および東京高判一九四・一一・三〇判時一五二二号三頁）。このうち、とくに重要な意義をもつ一九九三年の東京高裁決定をみておこう。

九三年東京高裁決定は、この問題領域で期待されていた初めての法令違憲判決であるが、以下のように判示している。——①嫡出子か非嫡出子かは、憲法二四一条一項の「社会的身分」であるから、民法九〇〇条四号但書前段の規定による右両者の相続分における合理性の審査は、立法目的の重要性の存否および目的と規制手段との

間の事実上の実質的関連性の存否についてなされなければならない。②適法な婚姻にもとづく家族関係の保護という立法目的それ自体は、憲法二四條の趣旨に照らして尊重されるべきである。他方で、立法は、非嫡出子の個人の尊厳をも等しく保護するものでなければならず、非嫡出子の犠牲の下で適法な婚姻にもとづく家族関係を保護するような立法は極力回避すべきである。③民法の右規定による規制は、それにより結果的に法律婚家族の利益が一定限度で保護されるという意味で、立法目的との間に一応の相関関係をもつ。しかし、この規制は、目的に対して広すぎ、かつ非嫡出子の出現を抑止することにかんしてほとんど無力であるという意味で、立法目的を達成するうえで事実上の実質的関連性を有するといえるかはなほだ疑わしい。それゆえ、民法右規定は、合理的な根拠にもとづくものとはいいがたく、憲法一四條一項に違反する、としたものである。

この決定について、私は、夙に、その結論は正当なものであり、その理由付けについては若干の疑問もあるものの説得力に富むものであるとして、賛同の意を表明している。主な点を要約的に述べておくなら、次のごとくである。

すなわち、同判決は、本件のような出生による身分にもとづく差別については、それが「個人の意思や努力によつてはいかんともしがたい性質のものである」から、「個人の尊厳と人格価値の平等の原理を至上のものとした憲法の精神（憲法二三條、二四條二項）にかんがみると」、「厳格な合理性」の基準が妥当する、という論理をとる（ただ、私は、婚外子が、子の立場からすれば、まさしく出生によつて決定され、自己の意思をもつては離れることのできない固定的地位、つまり典型的に「門地」に該るものであって、かつ、本件相続分差別規定がまさに婚外子に対する社会的偏見を増幅し、また事実婚の選択という自己決定権に制約を及ぼすものであることからすれば、本件にはむしろ「厳格審査」基準をあてはめる方が適切ではなかったか、と考えるものである。）

ともあれ、「厳格な合理性」のテストに拠るなら、立法目的が重要であることが求められる。この目的審査にかんして、本決定は、「適法な婚姻に基づく家族関係を保護するという立法の目的それ自体は、憲法二四條の趣旨に照らし、現今においてもなお尊重されるべきであり、これが重要なものであることを肯定する」としている。しかしながら、たしかに、法律婚の保護自体は今日なお必要な立法の課題であるが、肝要なのは、その立法が必ず、右の保護と婚外子の個人の尊厳の保護との調和をはかったものでなければならぬことである。本件規定についていえば、それは右の前者に偏し、後者を考慮しないものであるから、その立法目的は憲法二四條二項の要請を充たしておらず、目的審査においてすでに違憲とすべきではなかったか、と私には思われるのである。

審査を「厳格な合理性」の基準でおこなう場合、立法目的と手段との関係については、その間に実質的関連性が存在することが求められる。これにかんしてこの決定は、①本件規制によって非嫡出子の出現を抑止することは期待できず、またとくに、②非嫡出子にしてみれば自身ではいかんともしがたい親の問題のために不利益を受けることになり、近代法の自己責任の原則に合致しないことなどを指摘して、実質的関連性を否定しており、説得的である。なお、私見のように、本件では「厳格審査」基準が妥当するとすれば、その場合には手段審査については、当該手段が立法目的達成のために必要不可欠なものであるか否かが審査されることになるが、裁判所の手段審査は、右にみたごとく、相当高いハードルを設けてなされており、その仕方は実質的には「厳格審査」に近いものと解してよいと思われる。

2 最高裁の立場

(一) 最高裁判所は、相続分の婚外子差別規定の憲法適合性を判断する機会を、二度得ている。いずれも、同規

定は憲法一四條一項に反するものではないとしたものであるが、同時に、明確な反対意見が付されていた。

ひとつは、一九九五年七月五日の大法院決定（民集四九卷七号一七八九頁・判時一五四〇号三頁）であるが、まず、審査にあたって、ゆるやかな審査基準である「合理性」の基準を採る。その上で、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、立法院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」として、合憲の判断を下したものである。

ただ、この大法院決定には、五名の裁判官の反対意見、三つの補足意見および一名の追加反対意見が付されていた。そのうち、反対意見は、審査基準として、立法目的と手段との実質的関連性についてより強い合理性を求める「厳格な合理性」の基準を採るべきであるとの立場に立って次のようにいう。すなわち、「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はないが、その立法目的からみて嫡出子と非嫡出子とが法定相続分において区別されるのを合理的であるとするのは、非嫡出子が婚姻家族に属していないという属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものであって、……憲法二四條二項が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れない。すなわち、……出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということではできない」とし、また、非嫡出子の保護という立法目的については、この規定が、非嫡出子は嫡出子に劣るとの概念を社会的に受容させる重要な一因となっていることを指摘して、「今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠く」と断じたのである。そして、この結論を裏付けるため、

反対意見が、社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約(国際人權B規約二六条、子どもの権利条約二条)などに示された立法事実の変化を重視したことも注目される。⁽⁵⁾

もうひとつは、二〇〇三年三月の二つの小法廷判決(①最二判二〇〇三・三・二八および②最一判二〇〇三・三・三一、ともに判タ一一二〇号八七頁)である。①には一名の裁判官の反対意見が、②には二名の裁判官の別々の反対意見と一名の補足意見が、それぞれ付されており、僅差の合憲判決であった。法廷意見は、先の九五年大法廷決定を踏襲したものであるが、少数意見には、その後の七年余の状況の変化が反映している。すなわち、①判決の反対意見は、九五年決定の反対意見を援用したのに加えて、その後九六年に法制審議会の民法改正案が相続分の平等化を答申したこと、九八年に関連の規約人權委員会が国際人權B規約二六条のいう出生を理由とした差別からの保護の要請にもとづいて本件規定の改正を勧告したこと、などを取り上げている。

また、②判決の反対意見は、非嫡出子相続分差別は憲法一四条が差別を禁止する事項としてとくに掲げる「社会的身分」を理由とした差別に帰着するものであることを強調し、さらに、憲法一三条と二四条の「個人の尊重／尊厳」の理念を後退させるものと断じている。そして、同じく②判決の補足意見は、九五年決定から七年余の間に事実婚の増加や家族をめぐる国民意識の変化は大きく、非嫡出子が受ける不利益も無視できないものがあり、合憲と考えるものの、違憲の疑いが極めて濃厚であるから、立法府による速やかな法改正が強く期待されている、と述べたものである。

こうして、最高裁は、違憲ないしその濃厚な疑いをいう有力な少数意見を抱えつつ、今のところ、合憲の姿勢を変えない裁判官が多数派を形作っている。それによって成る法廷意見は、わが国最高裁に伝統的な司法消極主義の姿勢を基本としつつ、近年の事情の変化を採り入れることを拒絶し、立法を「放任」しつつつけているのであ

る。しかし、論者がいうように、六〇年代以降、婚外子と婚内子を同等に処遇する法改正が諸外国の立法の大勢となっており、ドイツやフランスも近年、この措置を講じた。婚外子差別を温存しているのは、先進国では日本だけだとされる。加えて、国連の子どもの権利条約委員会や女性差別撤廃委員会も、日本に対して婚外子差別の是正を勧告しており、こうした状況下で、法改正が避けられないのである。そうであるなら、立法府の法改正措置が最高裁の違憲判決に先行する事態を予測することも、あながち無謀とはいえないであろう。あるいは、最高裁は、そのように推移することを——それこそが立法府への謙讓の極致であるとして——待望しているのかも知れない。

(二) 学説は、こうした最高裁の判断（法廷意見）に対して、多く批判的である。

すなわち、憲法一四条一項後段の規定は、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、その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るところ、婚外子は、後段列挙事由のうち、「社会的身分」にあたり、その違憲審査には右後者の基準が適用される、と解する者が多い。そこから、右に紹介した下級審の違憲判断や、最高裁の反対意見に同調する見解をとるのである。

二 住民票統柄差別記載の是正から戸籍統柄裁判へ

1 住民票統柄裁判の経過と成果

戸籍統柄裁判に先行するものに、住民票における婚外子の統柄記載の是正を求める裁判がある。つまり、戸籍

続柄裁判は、この住民票続柄裁判の大きな成果を挙げた終結の上で、同じ原告により提起され、今日進行しているのである。また、戸籍裁判で争われる論点は、住民票裁判と共通点が多い。そこで、主題の検討のために、住民票続柄裁判について、その経緯を概括しておくことにしたい。

この訴訟は、東京都武蔵野市に在住し、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が提起したものである。当時、国により住民基本台帳の記載方法等にかんして定められていた住民基本台帳事務処理要領は、世帯主の婚内子の続柄は「長男」「長女」「二男」「二女」等と、婚外子のそれは「子」と、それぞれ記載することとしていた。右夫妻の子(娘)の出生に伴なって武蔵野市長が、右事務処理要領に従って一九八五年八月二十九日に作成した住民票においては、世帯主との続柄欄には「子」と記載された。そのため、父母が、この記載処分^⑧の取消と、同欄に区別なく記載した新規の住民票の発行を求め、さらに、国家賠償法一条一項にもとづく損害賠償を請求したのである。

第一審(東京地判一九九一・五・二三判時一三八二号三頁)は、子の住民票記載の取消しを求める訴えについては、その世帯主または世帯員にすぎない父母には原告資格はない、として却下した。また、損害賠償請求については、戸籍の記載と住民票の記載との間には一定の照応関係が保たれることが望ましいこと、現行法上嫡出子と非嫡出子の権利義務に一定の差異が設けられていること等からすれば、住民票の記載方法としては子の嫡出と非嫡出の別が明らかにならない方法が望ましいと考えられる面がある場合であっても、国の定めた事務処理要領に従ってした本件住民票の記載に職務上の義務違背や過失があったとまですることはできないとして、請求を棄却した^⑨。

これに対して、原告側から控訴がなされたが、同時に、原告側・運動諸団体は、一審判決が婚外子に対するい

われのない差別の存在を認め、区別をしない記載方法も可能であることを示唆したことを手がかりに、自治省に對し、全てを「子」で統一する方法に改めるよう申し入れ、さらに法務省・外務省へも要請行動をおこなった。世論もこれに注目し、支援が広がる中で、自治省は住民票統柄記載方法を変更する姿勢をみせた。

控訴審裁判所（東京高裁）は、この行政側の実例変更への動きを考慮して判決のタイミングを探った。すなわち、経過をたどるなら、一九九四年七月一八日の第一一回口頭弁論で控訴審が結審し、同年一〇月三十一日が判決日として指定がなされた。そうしたところ、一〇月中旬になって、判決を二月二十七日に延期する旨の指定がなされた。そして、二月一日、自治省通達により、住民基本台帳事務処理要領の一部改正がおこなわれ、九五年三月一日から全国一斉に住民票の統柄記載方法が嫡出子・非嫡出子のいずれも「子」と統一して表示することに変更されることとなった。そこで、東京高裁は、二月二十七日になって、二度目の判決指定日変更をおこない、判決を九五年三月二二日へと再延期したものである。

こうした、いわば「行政庁待ち」の姿勢をとった控訴審（東京高判一九九五・三・三二判時一五二九号二九頁）は、記載取消等の抗告訴訟については、武蔵野市においても九五年三月一日から本件住民票を含むすべての住民票について改製され、改製後の非嫡出子の統柄記載は嫡出子のそれと全く区別のないものとなっているから、本判決時点では訴えの利益がなく不適法である、とした。損害賠償請求については、本件統柄記載は、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、記載された非嫡出子本人およびその父母の有するプライバシーを侵害し、かつ、右当人をその社会的身分である非嫡出子であることを理由として、憲法一四條の禁止する不合理な差別をするものであって違法である、としつつ、しかし、武蔵野市長は改正前の事務処理要領に従って本件住民票の統柄記載の職務執行をし、かつ、その当時は、本件のような統柄記載の方法が各市町村長の職務執行にお

る一般的実情であったと認められるので、その記載について故意過失があったとまではいえない、したがって、本件損害賠償請求は理由がない、として控訴を斥けた。

上告審(最一小判一九九九・一・二二判時一六七五号四八頁)は、次のような論旨で上告を棄却した。

すなわち、まず、記載取消等の訴えについては、「市町村長が住民基本台帳法七条に基づき住民票に……記載する行為は、……いわゆる公証行為であり、それ自体によって新たに国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する法的効果を有するものではない(から)、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない」とする。

また、損害賠償請求については、「たとえ記載の内容に当該記載に係る住民等の権利ないし利益を害するところがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、市町村長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と右行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である。／住民票は、……各市町村が独自の法令解釈に基づいて区々な事務処理をすることは望ましいとはいえず、できる限り統一的な記録が行われるべきものである。そのため、国が市町村に対し住民基本台帳に関する事務について必要な指導を行うものとされているところ、……国により住民基本台帳の記載方法等に関して住民基本台帳事務処理要領が定められて(おり)、……これに従わない市町村もなかったわけではないが、一般的にはこれに従って続柄の記載がなされていたものと認められ……る。右の定めは、戸籍法が嫡出子と非嫡出子とを区別して戸籍に記載すべきものとしており(同法四九条二項一号、同法施行規則三三条一項、附録六号)、住民票と戸籍とが多くの記載事項を共通とする密接な関係を有するものである(住民基本台帳法一九条、同法施行令一二条二項等参照)ことにかんがみて、住民票においても戸籍と同様に嫡出子と非嫡出子とを区別して続柄の記載をしたものと考えられるのであり、憲法一四条や所論引用の条約等の規定

を考慮に入れるとしても、右の定めが明らかに住民基本台帳法の解釈を誤ったものということはできない。／以上によれば、……武蔵野市長は、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさず漫然の本件の統柄の記載をしたということはできない……。したがって、……右行為には国家賠償法一条一項にいう違法がない」として、これも斥けたのである。

このようにして、住民票統柄裁判は、敗訴に終わった。しかし、きわめて重要な成果を得ることのできた裁判運動であったといえよう。何より、この裁判は自己の権利救済という主観的な課題をとおして客観的な法制度の是正の課題を実現することを目指したものであるから、これが見事に果たされたといえる。また、判決に絞っても、わが国では下級審においても数少ない明瞭な違憲判決である東京高裁判決を引き出した意義も大きい。原告団の弁護団からも、「約一年の裁判全体を見れば、実質は『勝ち』であると思う。強がりに聞こえるかもしれないが、決してそうではない。裁判所に何も通じなかった事件、裁判をしたけれど行政には何も反映しなかった事件は山ほどあるので、『勝ち』の方に分類すべき画期的な事件である。こんな結論で満足するという意味ではないが。」という評価が出されている。

こうした住民票訴訟の重要な到達点に立って、戸籍統柄裁判が準備されたのである。

2 戸籍統柄裁判の立立と第一審判決

住民票統柄裁判から戸籍裁判へと展開させる時点での心境を、原告の一人は次のように語っている。「一九九四年一二月、ついに自治省は、世帯主と法律上の親子関係がある場合、全て「子」と記載するように通達した。準備期間において、翌九五年三月一日から実施された。……しかし、一九九九年最高裁は『住民票統柄記載を戸

籍に準じて行うのが合理的」とする判決を書いた。すでに戸籍に準ずることなく『子』という記載に統一されてから四年も経っていたのである。冷蔵庫の奥に忘れられて腐っていた食物に、じゃぶじゃぶとソースをかけて出されたようなものだった。／住民票の記載を争っているのに『戸籍が、戸籍が』とうるさい国や裁判所に対して、じゃあ戸籍の記載自体に正当性はあるのかと問う日が来た。そんな思いがする。」と。こうして、一九九一年一月二二日、続柄裁判の時と同じ両親と娘が原告となって、国と原告の本籍地である中野区（長）とに対して、東京地裁に、戸籍続柄裁判が提起された。

現行法制では、戸籍法一三条四項・五項が、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六号および第二四号の各ひな型（六号は従来戸籍、二四号は電算式の戸籍の各ひな型）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」、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。被告中野区長は、右規則に従って、原告娘の戸籍の父母との続柄を「女」と記載したわけである。これに対してなされた訴えは、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、国家賠償法一条一項および民法七一九条にもとづく慰謝料請求を内容としている。

この裁判は、すでに本年、一審判決をみている（東京地裁二〇〇四年三月二日判決）。一審東京地裁は、差止請求については、「法律上の争訟」にあたらないうとして不適法却下としたが、損害賠償請求については、続柄欄の差別記載は、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つつも、戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超えており、プライバシー権を害しているといわざるをえない、と断じて注目されたものであった。左に、やや長文になるが、後の検討に供するため、判旨の要点を抜き出しておこ

う。

1 ひとつに、差止請求の適法性をめぐってであるが、次のようにいう。

「本件差止請求は、……被告らに対して、戸籍の続柄欄における嫡出子と非嫡出子とを区別する記載を止めるように求めているものである（ところ）、被告国に対する関係では、……法務大臣に対し、その侵害行為の除去として、本件ひな形〔この判決では、すべて、ひな「形」の語が用いられている——引用者〕における続柄欄の区別記載を改めることを求めるものであると解され（、また）、被告中野区に対する関係では、……本件戸籍の続柄欄の記載を『女』から嫡出子と同じ『長女』と訂正することを求めるにはかならないというべきである。そこで、「被告国に対する本件差止請求は、法務大臣に対し、省令制定権に基づき制定された戸籍法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（最三中判一九六六・二・八民集二〇巻二号一九六六参照）には当たらず、その訴えは不適法であるというほかない。

（一方）、被告中野区に対する請求について〔は、〕戸籍事務は、国民の親族的な身分関係を公証し、またある場合には、その形成に関与する事務であり、専ら私法法規の具体的適用を使命とするものであるから、その運用は地方ごとに区々にならることなく、全国的な統一が特に要請されるものである。このことは、……機関委任事務制度が廃止され、戸籍事務が地方公共団体の事務とされながらも、第一号法廷受託事務……とされ（戸籍法一条二項、地方自治法二条九項一号）、そのため、被告国は、法律又はこれに基づく政令により、地方公共団体の戸籍事務に関与するほか（地方自治法二四五条の二）、法務大臣においては、市区町村長が戸籍事務を処理するに当たりよるべき基準を定めることができ、法務局又は地方法務局長においても、市町村長に対し、報告を求め、又は助言、勸告、指示をすることができるものとされていること（戸籍法三条

一項・二項、四條)からも明らかである。……そうすると、仮に戸籍法施行規則三三條一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、その結果被告中野区が独自の判断によって本件戸籍の父母と続柄欄を『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三三條一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ものといわざるをえない。〔したがって、〕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』に当たらず、不適法であるというほかない。〕

2 もうひとつは、損害賠償請求の争点である。

(1) まず、本件戸籍続柄欄の記載と権利侵害の關係についての判示は、次のごとくである。

「非嫡出子であるという事実は、個人の私生活上の事柄に当たり、それは、子……にとつてはもとより、両親……にとつても……自分たちが婚姻届を出さずに子を儲けたことを意味することになるから、一般人の意識を基準とすれば、いずれも原告らそれぞれにとって他に知られたくない個人の属性に関する情報ということができ、それは原告らの有するプライバシーとして、人格的利益に一環として法的保護の対象になるものと解することができる。……民法が法律婚制度を採用し、嫡出子と非嫡出子とを区別して親族法又は相続法上異なる法律効果を認めるものであることからすれば、国民各自の私法上の身分行為及び身分關係を公簿上明らかにしてこれを一般的に公証する制度である戸籍においては、嫡出子と非嫡出子とが明確に判別できるように記載することが要請されていることは否定できないところであり、戸籍法一三條四号が、実父母との続柄を戸籍に記載しなければならないとしているのも、このような趣旨から理解できるところである。」

しかしながら、……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により、就学、就職及び結婚等の社会關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、差別等が助

長されることが認められる。／一方、……昭和五十一年の戸籍法改正により公開原則に制限が加えられ、また、現行戸籍法一〇条が成立した際に発出された通達においても、『嫡出ではない子であること』を他人に知られたくないと思われる事項であつて、これをみだりに探索し又は公表するなどすることはプライバシーの侵害につながるものと認め〔ている。〕／そうすると、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實質的に害するものと評価を免れないというべきである。

これを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、父欄に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統柄欄において……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。／この点、被告らは、戸籍法の制度趣旨は、国民の親族的身分関係及び身分関係の変動を統一的に把握し、これを正確に、かつ、一覽的に明らかにすることに……ある旨主張するが、被告らの主張する『一覽性』の概念自体あいまいなものであり、これをもって本件戸籍の統柄欄の記載の合理性を基礎づけるに十分なものといふことはできない。／また、被告らは、……〔一般国民のためを考へて、〕統柄欄において嫡出子と非嫡出子との区別を明瞭にする必要がある旨主張するが、通常、一般国民において嫡出子と非嫡出子の区別を戸籍の記載から判別する必要があるのは、相続の場合が考えられるところ、このような場合においては、かかる国民は、法律家あるいは市区町村役場や家庭裁判所等の公共機関に問い合わせたり相談するなどの方法によつて、統柄欄を除く戸籍の関係記載から嫡出子と非嫡出子と判別することが多いといふべきであるから、被告らの主張する上記事由は、あえて統柄欄の記載において非嫡出子であることを一見して明瞭に判別する方法を採る理由の必要性や合理性の根拠としては、採用することができない。

したがって、本件戸籍の続柄欄における嫡出子と非嫡出子とを区別した記載は、前記の戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超えており、原告らのプライバシー権を害しているものといわざるを得ない。」

(2) そして、国家賠償法一条一項の違法性の有無の判断に入る。

「市区町村長が戸籍に法定の事項を記載する行為は、たとえ戸籍の記載内容に当該記載に係る住民等の権利ないし利益を害するところがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、市区町村長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り、上記評価を受けるものと解するのが相当である(最一小判一九九三・三・一一民集四七卷四号二八六三頁参照)。

／これを「被告中野区」についてみると、……中野区長が被告国の機関事務として戸籍事務を管掌していた(間は)、被告中野区に中野区長の戸籍事務に対する一般的な指揮監督権限はなかったものであるから、被告中野区に注意義務違反は認められないべきである。また、現行戸籍法の下で(も)、……戸籍事務は、第一号法定受託事務として、……全国一律に统一的に施行されることが強く要請され、……(まして)この間、本件ひな形が違法であるとの判例、その他の公的な見解の存在も認められないことをも考え併せれば、中野区長において、独自に本件ひな形と異なる続柄欄の記載方法を採用することは困難であるといえる。／したがって、中野区長は、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさず漫然と本件続柄の記載をしたということはできないから、被告中野区の行為に国家賠償上の違法性は認められないものといふべきである。」

「(また、被告国の責任についてみると)戸籍法一三条四号は、……実父母との続柄につき、嫡出子と非嫡出子との区別をいかに記載すべきかについて何ら規定するところがなく、その具体的な記載方法については、戸籍法施行規則の制定権者である法務大臣の包括的な裁量に委ねており、続柄の記載を続柄欄をもってすることが明らかに不相当であるとはいえない上、これまで本件続柄欄の記載を違法とする判例もなく、子の住民票の世帯主との続柄欄の記載について『子』と記載した

ことが違法であるとした裁判例（東京高判一九九五・三・二三判時一五二九号二九頁）においても、「戸籍上嫡出子と非嫡出子との区別記載が許されるかの点についても問題の存するところであるのみならず」としているに過ぎないこと（なお、その上告審である最一小判一九九九・一・二二判時一六七五号四八頁は、戸籍法施行規則三三条一項、附録第六号ひな形を引用している）、もともと戸籍において非嫡出子であることが判別できるようにすること自体は戸籍法の求めているところであり、これによって戸籍上非嫡出子であることが明らかになっているのであるから、本件戸籍の続柄欄の記載は、その方法としての必要性の限度を超えていると評価によるものであるなどの事実を照らすと、本件ひな形を改正しないことが違法であるとの認識がこれまでなかったとしても、法務大臣が職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったとまではいえることができないものというべきである。

なお、原告らは、平成五年の国連の規約人権委員会の日本政府に対するコメント（勧告を含む）以降、被告らには違法であることの予見可能性がある旨主張し、また、平成八年に法務省民事行政審議会で戸籍の続柄表記を改めることが事実上了承されていたことを主張するが、国連の規約人権委員会のコメントは、戸籍の記載そのものを取り上げたものであり、続柄の記載が許されることを前提として続柄欄の記載を問題とするものではない上、民事行政審議会の方針も、嫡出子と非嫡出子との相続分を同一にするという民法の改正がなされることを受けたものであるから、いずれもこれらの事実をもってしては、本件戸籍の続柄欄の記載の改廃をしなかったことにつき法務大臣に注意義務違反があるものとはいえない。

以上のとおり、被告中野区及び被告国のいずれにおいても、国家賠償法一条一項にいう違法な行為がないというべきである（なお、本件戸籍の続柄の記載が法の下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ことは前記のとおりである。）から、原告らの損害賠償請求は、いずれも理由がない。

—— 一審判決の要旨は、以上のごとくである。これを主要な対象にしつつ、次号で、戸籍続柄裁判における

憲法上の論点およびその余の論点を考察することにした。

註(1) 児童扶養手当法四条一項は、「都道府県知事は、次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又

は母が不在か若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育するときは、その母又はその養育者に対し、児童扶養手当を支給する。一 父母が婚姻を解消した児童／二 父が死亡した児童／三 父が政令で定める程度の障害にある児童／四 父の生死が明らかではない児童／五 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」と規定しているところ、これを受けた児童扶養手当法施行令一条の二第三号(一九九八年改正前)は、括弧書きで、「認知された児童を除く」としていた。これにつき、最高裁は、二つの判決(①二〇〇二・一・三一民集五六卷一号二四六頁、②二〇〇二・二・二三判タ一〇八九号一三一頁)において、右規定を「法の委任に趣旨に反する」と判示した。ただし、憲法論に立ち入った判断ではない。

(2) 拙稿(判例評釈)「非嫡出子に対する相続分差別の憲法適合性——東京高裁一九九三年六月三三〇日決定」南山法学一八巻二号(一九九四年)一一七頁以下(のち、拙著『人権保障の憲法論』(晃洋書房・二〇〇二年)一一七頁以下に収録。典拠は、同著二二三頁)。

(3) 参照、棟居快行「非嫡出子相続分差別の合憲性」法学教室一五九号(一九九三年)九三頁。

(4) 以下の違憲審査基準論については、前掲拙著(註2)一二七—一三三頁への参照を請う。

(5) 参照、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第三版)』(岩波書店・二〇〇二年)一三一頁。

(6) 近藤 敦「非嫡出子相続差別と憲法一四条一項」法学セミナー九五号(二〇〇四年)一一八頁。

(7) このようなわが国最高裁判所像のやや詳しい分析については、拙著『憲法判例論』(三省堂・二〇〇二年)、とくに第II論文への参照を請う。

(8) 代表的に、芦部・前掲書(註5)一三二頁(「法廷意見にも一理はあるが、憲法論としては反対意見を是とすべきである」という)。他に同旨のものとして、たとえば、辻村みよ子『憲法』(日本評論社・二〇〇〇年)二二四頁、熊田道彦「嫡出性の有無による法定相続分差別」憲法判例百選I(第四版)(別冊ジュリスト、二〇〇〇年)六五頁、棟居快行「憲法解

釈演習——人権・統治機構」(信山社・二〇〇四年)五三頁など。

なお、樋口陽一『憲法(改訂版)』(創文社・一九九八年)は、本件規定を「法律婚の尊重の観点から平等違反でないとした大法廷多数意見と、出生につき責任のない非嫡出子を差別するものとした五裁判官反対意見との対立は、古典的近代家族のありかたと個人とのどちらに重点をおくかの家族観のちがいを反映する」(二六五頁)と解する。

- (9) 私は、本件訴訟の第一審判決について小評を試み、また、控訴審の初期段階で控訴人(原告)側代理人より、抗告訴訟にかかわる法律の諸論点のうち、とくに本件記載行為の処分性および控訴人両親の原告適格(訴えの利益)について鑑定意見を求められ、「意見書」を東京高裁に宛て提出している。それぞれ、拙稿「氏の変更を望まないことから婚姻届を提出しないで婚姻生活を営んでいる夫婦の子の住民票の世帯主との続柄欄に、嫡出子とは区別して、単に『子』とする記載がなされていることについて、これが違憲・違法なものであるとして、その取消および右の区別のない新規の住民票の発行ならびに損害賠償を求めた訴えが斥けられた事例——非嫡出子の住民票続柄記載事件第一審判決」判例評論三九四号(一九九一年)一七頁以下(判例時報一三九七号一六三頁以下)、および、拙稿「住民票記載の取消しを求める訴訟の司法判断適合性——とくに処分性および原告適格について」南山法学一六卷一―二号(一九九二年)七一頁以下。

- (10) この判決に対する私の評釈として、拙稿「非嫡出子の住民票差別記載の違憲性——東京高裁一九九五年三月二二日判決」南山法学一九卷二号(一九九五年)一一三頁以下(のち、拙著「人権保障の憲法論」(前掲・註2)一三八頁以下に収録)。

- (11) この点で、原告の一人が次のように語っていることが、私にはきわめて興味深い。——行政を相手にした裁判で勝つには、裁判所での論争に勝つだけでは不十分で、「裁判所が私たちの訴えを斥けた場合、こういう裁判所の権威が保たれない、裁判所自身が信用されなくなるというほどの世論が背景に準備されていることが条件のように思う。」(福喜多 昇「ついに始まった戸籍続柄裁判」なくそう戸籍と婚外子差別・交流会編「なくそう 婚外子・女性への差別——「家」「嫁」「性別役割」をこえて」(明石書店・二〇〇四年)七五頁)というのがそれである。この裁判では、後押しする世論が形成されたのである。

- (12) 実は、私は、高裁判決が出た段階で、これを確定させることが良策であると考え、次のように述べたことがある。「この『高裁判決の』ような貴重な違憲判決であれば、結論が控訴人敗訴であるとしても、判決理由を重視して、これを確定することにも大きな意味があるといえる。まして、被控訴人の行政側がその勝訴のゆえに上告できない状況にあることからする

なら、なおさらである。また、最高裁に本判決以上の判断を期待することができるか否かも、実証的分析を踏まえてなされるべき現実的考慮である。控訴人側が上告に踏み切ったのは、いうまでもなく、これらの点についての熟慮を重ねてのことであつたに相違なかるうが、こうした選択のむつかしさは、裁判運動が避けて通ることのできないテーマであろう。」と

(拙著・前掲〔註2〕一五六頁以下)。

(13) 榎原富士子「最高裁判決の残したもの」前掲書(註11)所収一四一頁。

(14) 福喜多・前掲論文(註11)七四頁以下。

(以下次号)