

戸籍における婚外子差別記載の憲法問題（二・完）

小林 武

目次

はじめに

一 婚外子差別法制と裁判所——相統分規定をめぐって

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 戸籍統柄裁判の出立と第一審判決

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) 国際人權諸条約との抵触

(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——プライバシー権侵害をも否定した東京高裁判決の登場

（以上、本号）

三 戸籍統柄裁判における憲法上の争点とその余の論点

1 戸籍統柄欄記載と憲法一四條

(一) 戸籍は、国民各自の私法上の身分行為・身分關係を公簿で明らかにして一般的に公証し、またある場合にはその形成に関与する制度である。したがって、戸籍制度は、基本的に、各国でそれぞれの歴史や社会の諸条件を考慮して総合的に決定されるべき立法政策の所産である、といえる。しかし同時に、立法政策にも憲法上の限界が存在する。同様に、戸籍のあり方を具体化する行政府の作業もまた、憲法的統制の下に置かれるものであることはいうまでもない。この点で、先に具に紹介した一審東京地裁判決のごとくに、戸籍法一三條四項が婚内子・婚外子区別の具体的記載方法について何ら定めていないことをもって、「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」(傍点、引用者) いるとして「明らかに不相当」でない以上許容されるとするのは、決して妥当であるとはいえない。この立法裁量に対する憲法上の限界は、とくに一四條、一三條および二四條によって画されることになる。⁽¹⁵⁾

そこで、まず、婚外子差別の憲法一四條適合性であるが、これにかんしては、最高裁判例と近時の学説との間できびしい対立がある。⁽¹⁶⁾

すなわち、相続分差別規定にかんする最高裁一九九五年決定の多数意見は、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、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、……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ということはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法一四条一項に反するものとはいえない」との、緩やかな合理性の基準にもとづく合憲判断を下したものである。それが後の判決に踏襲されている。¹⁷⁾

(二) これに対して、近時の学説は、多く批判的である。まず、憲法一四条一項後段の規定は、歴史上あらわれたい不合理な差別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、と解する。そして、婚外子については、それ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「厳格な合理性」の基準が適用される、とする。¹⁸⁾ 　ただ、私見を付記しておくなら、婚外子が、子の立場からすれば、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、わが国社会における婚外子に対する具体的な差別事象が大きな問題となりつつづけていること、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、婚外子差別規定の合憲性審査にあたっては、むしろ「厳格審査」基準をあてはめること、ないし、少なくとも「厳格な合理性」の基準を厳格度を強める形で用いて実質的に「厳格審査」基準に接近させることが適切である、と考えるものである。また、そのように考える前提として、私は、「社会的身分」については、社会的評価をともなう後天的地位と解し、他方、「門地」については、人の生まれによって決定される先天的地位と解して両者を峻別することが解釈論として妥当であるとの見解に立ち、婚内子・婚外子の地位は、まさに「門地」にあたるものとらえている。¹⁹⁾

右の私見はさておき、通説に従って「厳格な合理性」のテストによるならば、まず、立法目的が重要であることが求められるところ、相続分差別規定の立法目的は、法律婚にもとづく家族関係の保護・尊重にあるとされ、それ自体は重要であることが認められる（ただ、最高裁は、婚外子の保護をも立法理由に挙げているが、この措置が婚外子の人間としての尊厳を害するものであるところから、それが正当な立法目的として認められるか、疑問である）。他方、立法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要求されるが、相続分を差別するという規制の仕方は、婚外子の出現を抑止することにかんしてほとんど無力であり、しかも、婚外子になったことに責任がなく、かつその属性を自ら変えることのできない子どもにも負担を転嫁することによって立法目的を達成しようとするものであって、手段として正当であるとはいえない。結局、婚外子を相続分で差別する措置は、社会的身分による不合理な差別取扱いにほかならない。——学説では、このような見解が通例である。

(三) これを戸籍続柄欄における区別記載にあてはめるわけであるが、まず、制度の目的をみる。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で明らかにして、これを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、婚内子と婚外子とを区別して親族法・相続法上異なる法的効果を定めているものであることを前提とすれば、戸籍において両者を判別しうる記載が要請されていること自体は肯定されよう。戸籍法一三条四号が戸籍には実父母との続柄を記載しなければならないとしているのも、この趣旨にもとづくものと考えられる。つまり、戸籍において両者を判別できるようにすることの中に込められている立法目的は、重要なものであるといえよう。

しかしながら、問題は、戸籍の続柄欄において婚内子・婚外子を区別して記載する仕方が、この立法目的を達成するための手段として、目的との間に実質的な関連性を有するものといえるか、である。

すなわち、戸籍にあっては、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、婚外子であることが判明するのであるから、婚内子・婚外子の区別は身分事項欄および父母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、そうであるから、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認めることによって婚内子と婚外子を判断し、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婚外子であることが一見して明瞭に判明す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えないのである。加えて、先に相続分差別にかんして述べたのと同様に、子どもは自らが生まれてくることについて選択の余地がなく、本人には何の責任もないのであるが、婚外子はそのように生まれたことで社会的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において区別記載をすることは、平等の見地から許容されるものではない。したがって、それは、立法目的を達成する手段として実質的合理性を欠き、憲法一四条に反する不合理な差別であるといわざるをえないのである。

(四) 以上に照らして、戸籍続柄裁判第一審判決の論理をみると、やや奇妙の感を禁じえない。

すなわち、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べきで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、この裁判で問題になったところの、婚内子・婚外子いずれであるかは身分事項欄および父母欄から判別できるにもかかわらずあえて続柄欄においてそれを区別して記載する仕方は、「戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超えており、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」としたものである。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、の言説にほかならないものと受け取らざるをえないのであるが、それにもかかわらず、同判決は、プライバシー権侵害の判断にとどめておけるのである。憲法一四條違反については、判決文末尾の部分で、括弧をつけて「なお」書き添えるにとどめて、「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。」とのみ記している。何故に一四條違反を正面から問題にしなかったのか、この点に、私は奇異の感を覚えるのである。戸籍続柄欄に「女」「男」と記載された婚外子がプライバシー権侵害をこうむったのであれば「長女」「長男」等とされる婚内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う、当然の論理を改めて強調しておきたいと思う。³⁰⁾

2 戸籍続柄記載と憲法一三條、二四條

(一) ついで、戸籍欄において婚外子の続柄を婚内子と区別して記載することが憲法一三條に適合するか、とくにプライバシー権侵害にあたらないかが問われる。

プライバシーの権利が、人格権の一つとして、憲法一三條に基礎づけられた権利であることは、今日異論のないところである。そして、それは、周知のとおり、もともと、「ひとり放っておいてもらう権利」、つまり、自己の私生活ないし私事領域への干渉・介入を排除するという自由権的・消極的意味をもつものであったが、情報化の進展にともない、右の意味の権利主張に加えて、「自己にかんする情報（個人情報）をコントロールする権利」という積極的・能動的の内容をもつものとして理解されるようになった。そして、この個人情報のうち、その

扱ひの違法が争われた場合、それが人の人格的生存の根源にかかわるものであることから、「厳格審査」基準によって合憲性を判断しなければならず、またその程度にまでは達してはいないもの、つまり一般的にプライバシーと考えられるものについては、「厳格な合理性」の基準が妥当する、と解されている。²¹⁾

さて、婚外子という事実は、私生活上の領域に属する事柄にかんするものであり、かつ、一般人の感受性を基準にした場合公開を欲しない個人の属性にかんする情報にあたり、人格的利益の一環たるプライバシーとして法的保護の対象になる。そして、戸籍にこれが記載されたとき、個人情報コントロール権を主張しうることとなる。しかも、それは、婚外子であることを世間に知られることになる子のプライバシーだけでなく、婚姻届を出さずに子を儲けたことを同じく世間に知られることになる両親のプライバシーの問題でもある。ただ、婚外子であるという事実は、個人のプライバシーのうちで前科等と比較すれば、他人に知られたくない度合いが相対的に低いものであり、違憲審査は、「厳格な合理性」の基準が妥当するものと解される。

これに照らして考えるに、制度の目的は、憲法一四条適合性をめぐって述べたとおり、重要であることが認められるから、問題になるのは手段の合理性である。

すなわち、婚外子は、本人に選択の余地のない出生によって取得した自己の属性により、現実には、就学・就職・結婚等の社会関係において看過しがたい不利益取扱いを受けている。それは、個人の価値観や家族形態の多様化により事実婚が増加しているのにもなつて国民の意識も変化しつつあることを考慮してもなお、今も厳しいものがある。そして、社会生活においては、多くの場合で戸籍の謄本の提出が求められることがあり、それによつて婚外子であることが知られ、差別等が助長されるのが実態である。そうすると、民法上の要請にもとづいて、婚外子というプライバシーに属する事柄を戸籍に記載せざるをえないとしても、国民のプライバシー保護の観点

から、その記載方法は、プライバシーの侵害が可及的に小さなものとなる方法を選択して、婚外子であることが不必要に顕現することのないようにすべきである。したがって、必要限度を超えた戸籍における記載は、プライバシーの権利を實質的に害するものといわなければならない。

したがって、戸籍においては、すでに述べたように、すでに身分事項欄ないし父欄で、婚内子・婚外子を区別して表示する目的が達成されているのに、それ以上に、婚外子やその親に精神的苦痛を与えてまで、あえてこの区別を続柄欄で明らかにすることの合理性・必要性は見出せない。それゆえ、戸籍の続柄欄において婚内子と婚外子とを区別して記載することは、立法目的との間で合理的関連性を具えた手段であるとはいえず、プライバシーを侵害するものとして憲法一三条に違反するものと判断せざるをえないのである。

(二) 憲法二四条も、論点となりうる。これは、前記の相続分差別規定裁判では正面から主張され、住民票続柄裁判でもとりあげられた。戸籍続柄裁判では争われていないが、両親のライフ・スタイルの自由の角度から論じる場合には、同条が一三条と併せて判断されることになる。

すなわち、相続分差別規定裁判の場合には、同規定が憲法一四条一項に違反すると判示した東京高裁の決定（東京高決一九九三・六・二三高民集四六卷二号四三頁）が、適法な婚姻にもとづく家族関係の保護と婚外子の「個人の尊厳」の保護とのバランスがはかられるべきであるとの観点から、立法目的の重要性を審査する際、当該目的だけをみるのではなく、その目的成就によって損われる他の価値をも考慮するという手法を採り、その際に、適法な婚姻にもとづく家族関係の保護を「二四条の趣旨に照らし」て導き出しながら、他方、「個人の尊厳」については、違憲審査基準論の個所で、一三条と併せ二四条二項の精神であると述べつつ、婚外子の「個人の尊厳」については二四条と結びつけていない。¹⁰²

また、住民票続柄裁判の控訴審（東京高判一九九五・三・二二判時一五二九号二九頁）では、控訴人側主張の中で、両親のライフ・スタイルについての自己決定権の侵害（憲法一三条・二四条違背）が、プライバシー侵害とは別個の論点として出されている。婚外子に対する差別は、事実婚あるいは非婚という生き方を自由に選択することを妨げ、家族の形態についての選択あるいはライフ・スタイルについての自己決定権を奪うものである、との考え方もとづくものである。ここにいう自己決定権（ないし人格的自律権）は、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉を受けることなく各自が自律的に決定することのできる自由を意味し、情報プライバシー権（自己情報コントロール権）とは別個の、あるいは情報プライバシー権とならんで広義のプライバシー権を構成するところの、憲法上の具体的な権利だと解されているものである。婚外子差別にかかわるケースでは、両親の生き方の自由を主張するにあたって、極めて重要な位置づけがなされるべき権利だといえる。その場合、一三条が総論的に「個人の尊重」を保障したことに加えて、二四条二項が「個人の尊厳」を右と重疊的に確認したこの意味が重視されるべきであり、婚外子差別の違憲は、同条項からも導くことができるものと考えられる。

ただ、戸籍続柄欄裁判の場合は、原告側は、差別記載が惹起する権利侵害を、両親にかんしても、プライバシー権侵害（および平等原則違反）として主張しており、両親のライフ・スタイルの自己決定権を二四条二項にもとづいて論ずる構成は採られていない。

3 その余の論点

(1) 国際人権諸条約との抵触

婚外子戸籍続柄差別記載についての憲法上の争点としては、以上の一四条、一三条および二四条に尽きる、と

してよいであろうが、婚外子差別は、それにとどまらず、国際人権法上の問題をも惹起している。ここでは、戸籍続柄裁判の原告側が詳細に主張しているところを参照しつつ、国際人権諸条約および国連人権諸機関の勧告への違背・抵触の問題に言及しておきたい。

(一) 国際人権諸条約についてみると、まず、自由権規約（B規約）「市民的及び政治的権利に関する国際規約」。一九七六年三月三日発効、日本については七九年九月二日発効）であるが、二四条は、「すべての児童は、……出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であつて家族、社会及び国による措置について権利を有する」と定め、また二六条が法の前の平等、さらに一七条が私生活と名誉・信用などの保護を規定している。

また、女性差別撤廃条約（「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」。一九八一年九月三日発効、日本については八五年七月二五日発効）が、一六条一項(d)は、締約国が「子に関する事項についての親（婚姻をしているかいないかを問わない。）としての同一の権利及び責任」を確保すべきであるとし、それに際しては、「あらゆる場合において、子の利益は至上である」と規定する。

そして、子どもの権利条約（「児童の権利に関する条約」。一九九〇年九月二日発効、日本については九四年五月二三日発効）が、二条で、「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、……出生……にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保すること（二項）、および、「児童が……あらゆる形態の差別……から保護されることを確保するためのすべての適当な措置をとる」こと（二項）を定めている。

(二) 加えて、国際人権諸機関の見解等も重要である。

① まず、自由権規約の実施機関である規約人権委員会は、前記二四条にかんして、一般的意見（一九八九年

四月五日採択)で、「相統の場合を含めて、すべての分野におけるすべての差別を取り除く目的で、特に、その国の国籍のある子どもと、外国籍の子どもの差別、また婚内子と婚外子の差別を除去する目的で、各国が子どもたちに対する保護措置をいかに法律上及び実務上保障しているか」が委員会の関心対象である、と述べている。この一般的意見(ジェネラル・コメント)は、条文の解釈指針となるものであり、重視されるべきである。

また、規約人権委員会は、一九九三年の第三回日本政府報告書審議において、日本に対し、「委員会は、婚外子に対する差別的な法制度に特に憂慮している。特に、出生届と戸籍にかかわる法文・慣行は規約の一七条と二四条に違反している。婚外子の相統権に関する差別は、規約の二六条に違反している」とコメントし、さらに、「婚外子に対する日本の法制度を改正し、そこに含まれている差別的条項を削除して、本規約の第二条、二四条および二六条に適合させるように勧告する」とした。

しかし、この指摘がなされたにもかかわらず、その後も日本政府による積極的な措置がとられないまま放置されたので、一九九八年の第四回日本政府報告書審議において、規約人権委員会は、「引き続き、婚外子に対する差別について、とりわけ、国籍、戸籍と相統権の問題に関して懸念を有する。委員会は、規約二六条により、すべての子どもは平等な保護を受ける権利があるという立場を再確認し、締約国に対し、民法九〇〇条四号を含む法制度を改正するための必要な措置をとることを勧告する」と言明した。

② さらに、子どもの権利条約にかんしても、子どもの権利委員会は、一九九八年の日本政府報告書審議において、「委員会は、婚外子の相統権は婚内子の半分と規定した民法九〇〇条四号のような法律の規定が差別を明示的に容認していること、および、公的書類において婚外子としての出生が記載されることを、とりわけ懸念するものである。……とりわけ、婚外子に対して現在存在している差別を是正するための立法措置がとられるべき

である」と指摘している。²⁰⁾

(三) これら国際人権諸条約や国際人権諸機関の勧告等は、わが国の婚外子を差別する法制が合理性を欠くものであることを告げている。わが国が批准している諸条約の実施機関たる国際人権諸機関から右のような指摘がなされていることは、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などと並んで、この差別法制を支えてきた立法事実が著しく変化していることを物語るものとして重視されるべきであろう。

さらに進んで、裁判所が裁定にあたる際に判断基準として国際人権諸条約を用いるならば、人権の救済・確保のためにきわめて大きな意味をもつ。たしかに、わが国裁判所は、実態において、国際人権法の活用に消極的である。しかし、日本国憲法は、まず、九八条が、一項で憲法の最高法規性を宣言したうえで、二項で、条約と確立された国際法規の誠実遵守を求め、また、条約の締結については国会の承認を要するとし(七三条三号、六一条)、また、「条約」そのものを公布する(七条一号)旨の規定を置いている。これをめぐって、わが国では、通例、国際法と国内法の関係を総合的・連続的にとらえる一元論に立ち、条約のうち自動執行的条約 (self-executing treaty) は、特別の立法措置を必要とせず国内法として通用し、また右の性格をそなえていないものについては、別途法律の制定を待って国内で実施するものと解されている。そして、効力の優劣にかんしては、法律と条約の関係では、条約は法律に優位すると解するのが通説である。なお、憲法との関係では、条約優位説も主張されているが、憲法優位説が多数説かつ判例の立場である。——こうしたところからすれば、わが国では、裁判所が人権条約を憲法の下に置きつつ、立法行政の行為の違法性判断の基準として用いることには憲法上何らの障害もないといえる。国際人権法の裁判所による積極的な活用が待望されるゆえんである。²¹⁾

(2) 法定受託事務と自治体の裁量

地方自治のテーマにかかわる論点が、副次的なものながら存在する。

戸籍続柄裁判において原告側が求めた東京都中野区に対する差止め請求について、第一審東京地裁は、「仮に戸籍法施行規則三三一条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三三一条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」として、中野区に対して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、とする見解を示した。

しかし、戸籍事務は、二〇〇〇年四月一日以降、第一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（二四五条の三第一項）、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ぬとされた（二四五条の九第五項）。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ぬ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であるといわなければならないのである。

なお、住民票続柄裁判の場合は、住民基本台帳事務の処理についての事務は、地方公共団体（そのうちで市町村）の事務であるから（地方自治法二三条の二）、その処理方法は、市町村長が、住民基本台帳制度の定められた目的に適合するように決定することができる。すなわち、国の定める住民基本台帳事務処理要領（右裁判の当時、

自治省通達)は、市町村長を拘束する法的効力をもつものではない。そのため、実際にも、当時、婚内子・婚外子を区別しない続柄記載をする地方公共団体も存在していた。それは、地方公共団体の有する自主的な法令解釈権にもとづくものであるといえる。

(3) 記載差止訴訟の「法律上の争訟」性

戸籍続柄裁判では、第一審裁判所は、戸籍の続柄欄で婚内子を婚外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。こうした判断の論拠は、次のところにあった。すなわち、本件ひな形は、戸籍法施行規則三三条一項と一体をなし、その一部を構成するものとして法的拘束力を有する。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、法務大臣が省令制定権にもとづいて制定した同施行規則の改正を求めるところに帰すものであり、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(最高裁昭和三九年(行ツ)第六一〇号昭和四一年二月八日第三小法廷判決・民集二〇卷二号一九六頁)には当たらず、その訴えは不適法であるというほかない」というものである。

しかしながら、この裁判において原告らは、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つていない法令の違憲無効を主張しているのであって、それ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

る。もし仮に、こうした訴えが同判決のような論理で斥けられるのであれば、違憲審査制は成り立たなくなるに相違ない。

また、同判決が引用している最高裁第三小法廷一九六六年二月八日判決は、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、試験の可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導き出されるのは、「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、本件のような訴えを排除する法理ではない。このような訴えが、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否にかんする紛争であって、かつ、法令の適用により終局的に解決することができるもの、という「法律上の争訟」該要件を充たしていることには、何ら疑問の余地はないのである。⁽⁵⁾

むすびにかえて——プライバシー権侵害をも否定した東京高裁判決の登場

前稿(一)。本誌二六六号)の脱稿(二〇〇四年九月三日)から本稿の執筆までの間に、戸籍続柄記載にかんして、実例上の重要な展開がみられた。それを書き留めることで、むすびにかえたいと思う。

ひとつは、二〇〇四年一月一日付で、戸籍法施行規則が改正され(平成一六年法務省令第七六号)、即日施行となったことである。その改正内容は、続柄の表記を婚内子・婚外子とも「長男・長女」式に統一するが、これまで婚内子・婚外子とも父母との続柄を基準としていたのを、前者が従来どおり父母との続柄で記載されるのに、後者は母親との続柄で記載することとし、また、すでに戸籍に記載されている婚外子の続柄記載の訂正は、

更生申出によっておこなう、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った。この法務省の姿勢は、旧態依然たるものであって、訴訟が行政実例の変更を促した一事例ではあるが、改善とは到底いいがたい。

もうひとつは、戸籍続柄裁判で控訴審東京高裁判決(二〇〇五・三・一八判例集未登録)が出されたことである。これは、少々予測の範囲を越えた、重大な内容をもつものであった。判決は、区別記載をやめることを求める差止請求については不適法として却下し、損害賠償請求については理由がないとして棄却して、控訴を斥けた。問題は、判決理由である。

まず、差止請求に対しては、それは「本件続柄欄の記載の抹消を求めるのではなく、かつ、区別のない記載方法を特定する形で請求をするものでもないところ、このような、明確性を欠く、不特定な請求が不適法であることはいうまでもない」と、一笑に付さんばかりの口吻を用いて否定している。この訴えは、区別のない記載方法を具体的にどう実現するかを国側の選択に委ねるものであって、十分に成立しうる可能性をもつが、裁判所はそれを汲もうともしないのである。

また、損害賠償請求に対しては、最高裁が相続分差別規定(民法九〇〇条四号但書)について合憲の判断(二九五年の大法廷決定と二〇〇三年の二つの小法廷判決を挙げて)を下していることのみを理由に、「したがって、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが憲法に反する不合理な差別であるということとはできないし、もとより、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが控訴人ら指摘の女性差別撤廃条約、B規約、児童の権利に関する条約等の各条項に違反するものであるということもできない」(傍点は、引用者)と、一刀両断に斬り捨てている。しかし、この「したがって」の文脈関係は不可解である。つまり、最高裁判例が違憲でないとしているから違憲で

ない、というのでは、独立した司法裁判所が判断したことにはならないのではないか。合憲と判定するのであれば、自ら論拠を示すべきであるのに、最高裁判例を挙げるだけでは裁判所の役割を放棄したものとわざるをえない。それに、論証を一切しないまま、国際人権諸条約にも「もとより」違反しない、とどうしていえるのか、理解に苦しむ。

そして、第一審裁判所（東京地裁）が認定したプライバシー権侵害を否定した。いわく、「控訴人らは、戸籍の続柄欄の記載において、嫡出子と非嫡出子を区別した父母との続柄欄の記載は、個人のプライバシー権の侵害である旨主張するが、上記のとおり、嫡出子と非嫡出子とを区別することが憲法に違反する不合理な差別であるということとはできないのであって、民法が相続において嫡出子と非嫡出子を区別している以上、これを戸籍上区別する必要があることは否定できない。そうすると、いずれにせよ、戸籍を調査すれば、嫡出子と非嫡出子との区別が明らかになるように戸籍の記載をせざるを得ない。したがって、父母との続柄記載において嫡出子と非嫡出子を区別することが、戸籍上これを確認することのできる唯一の方法ではないとしても、不必要かつ不相当な記載であるとは到底いえないのであって、その記載をもって、プライバシー権を侵害する違法な記載であるとは到底いえないし、戸籍法及び戸籍法施行規則が憲法一三条に違反するともいえない」とするものである。

右の論旨は、幾度読み返しても、——結論への賛否を別にして——論理自体が腑に落ちない。すなわち、控訴人らのプライバシー権侵害の主張に対して、裁判所は不合理な差別はないと繰り返しただけで、問に答えていない。プライバシー権侵害の有無について判断するのだから、事案を裁定したことにはならないのである。またとくに、控訴人らは、婚外子であることは戸籍の身分事項欄ないし父母欄の記載によって判明するのにもかかわらず、あえてそれに加えて続柄欄に区別記載をすることでプライバシー権侵害が惹起されている、と主張し

ていたのに対し、裁判所は、「戸籍上区別する必要がある」との一般論で応えている。そこには、他ならぬ続柄欄において区別記載がなされることが婚外子のプライバシーをどれほど害することになるかについての配慮が微塵も認められない。またそれは、この重要な争点について裁判所が判断しなかったことを意味するものでもある。

さらに、日本における婚外子に対する差別的法制度をとくに憂慮している旨記載した国連規約人権委員会の日本政府に対するコメント(一九九三年)についての判断も、没論理である。すなわち、判決は、「同コメントは、民法九〇〇条四号の存在をそもそも問題にしているものと考えられるから、同条同号が憲法に違反していない以上、このコメントをもって、被控訴人国(法務大臣)に戸籍法施行規則の改正義務が生じるとは考えられない」とする。しかし、同コメントは、相続・戸籍を含む婚外子差別制度全体を指摘したものであって、相続差別規定の合憲判決が出ていることをもって問題なしとするわけにはいかないであろう。また、自由権規約違反という勧告に対して、憲法に違反していないことを持ち出して応答するのでは、筋違いの謗りを免かれまい。

加えて、二〇〇四年一月一日の戸籍法施行規則改正で続柄表記を「長男・長女」式に統一したことについて、判決は、それは「もとより立法政策の範囲内であって、この改正がなされたことは、改正前の戸籍法施行規則が憲法に違反することを意味するものではない」としている。この裁判所は、立法府に対して、その行為を「もとより」として追認するだけの姿勢を見せたのである。

このようにして、戸籍続柄裁判の控訴審東京高裁判決には、内容についての見解の相違は当然存在するからこれは別にして、その過度の最高裁追従姿勢と、論理に拘泥しない奔放な文章作法に驚かされた。これが、この東京高裁に特異なものであることを祈らざるをえない。これを受けて、戸籍続柄裁判は上告された。最高裁による

匡正を期待するや切である。

稀代の——と思わざるをえない——判決への批判的紹介をもって稿を閉じなければならぬのは、今日の裁判を論ずる者の不幸なのであろう。

註(15) 相統分差別規定(民法九〇〇条四号但書)にかんする訴訟の最高裁決定(最大決一九九五・七・五民集四九卷七号一七八九頁)における中島敏次郎・大野正男・高橋久子・尾崎行信・遠藤光男五裁判官の反対意見が、「立法裁量にも憲法上の限界が存在するのであり、憲法と適合するか否かの観点から検討されるべき対象であることも当然である。憲法一三条は、その冒頭に『すべて国民は、個人として尊重される。』と規定し、さらにこれをうけて憲法二四條二項(の規定が置かれ)ているが、その趣旨は相統等家族に関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべきものである。……憲法一四條一項(の規定)は、個人の尊厳という民主主義の基本理念に照らして、これに反するような差別的取扱を排除する趣旨と解される。」とした上で、民法の右規定が合理性に欠けるとした理解は、本件にもあてはまる。

(16) 相統分差別規定をめぐって、従来の通説の見解は、同規定は「本条(『憲法二四條』)の婚姻尊重の態度から、嫡出ということが、身分関係にも差違を生じさせるものとして、敢て違憲とはいえないであろう」(法学協会編『註解日本国憲法』上巻(有斐閣・一九五三年)四七八頁)とし、また、「これは、『個人の尊厳』あるいは法の下の平等に反するようにおもわれるが、憲法が婚姻に重きをおいている点を見て、おそらく憲法の容認するところと見るべきであろう」(宮沢俊義(菅部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)二六四頁)として、合憲と解していた。この状況が転じて、近時違憲説が通説になったのは、アメリカ合衆国連邦最高裁が、婚外子に対する差別の問題について、一九六八年以降これを取り上げ、違憲審査基準として「厳格な合理性」の基準を用いて違憲判決を出すようになったことを契機としている、とされる(参照、樋口陽一『佐藤幸治』中村睦男『浦部法穂』『憲法Ⅱ』(注解法律学全集)。青林書院・一九九七年)一三五頁(中村執筆)。

(17) 最一小判二〇〇三・三・二八判時一八二〇号六二頁、最一小判二〇〇三・三・三二裁判集民事二〇九号三九七頁・判時一八二〇号六三頁、および、最一小判二〇〇四・一〇・一四判例集未登載。前二者は、拙稿(『本誌一六六号八頁』)で紹介し

たが、後者はその後に出されたものである。そこにおいても、二名の裁判官の反対違憲が付されており、そのうち才口千晴裁判官の反対意見は、民法の当該規定の合憲性について「厳格な合理性」の基準を用いて審査し、それは、法律婚の保護・尊重という立法目的は正当であるが、その実現手段として合理性に欠けるととらえ、それゆえ社会的身分による差別を惹起して憲法一四一条一項に違反する、と判断した。そしてその際、一九九五年の「大法廷決定後、既に九年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、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っ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って〔おり〕、……〔こうした〕不利益は、憲法の基本原理に則り、できるだけ早い時期に法律の改正によって救済すべきであるが、それを待つまでもなく、司法においても救済する必要がある」と述べている。

(18) 代表的なものとして、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第三版〕』（岩波書店・二〇〇二年）二二八頁以下。

(19) 詳細は、参照、拙著『人権保障の憲法論』（晃洋書房・二〇〇二年）一四四頁以下への参照を請う。

(20) これについて、やや詳細に述べたものとして、拙稿「戸籍統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」愛知大学法学部法経論集一六七号（二〇〇五年）六二頁以下への参照を請う。

(21) 代表的に、芦部・前掲（註18）一一九頁。

(22) 参照、拙著・前掲（註19）一三〇頁。

(23) 以上の翻訳は、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）一四五頁以下による。

(24) この点を論じた私のものとして、拙著『憲法と国際人権法を学ぶ』（晃洋書房・二〇〇三年）一二九頁以下への参照を請いたい。

(25) 詳細は、拙稿・前掲（註20）五四頁以下。

(26) 戸籍統柄裁判の控訴審東京高裁判決（二〇〇五・三・二四判例集未掲載）の要点は、次のとおりである（第二民事部。裁判官は、太田幸夫（裁判長）・綿引穰・鯉沼聡）。

「当裁判所も、……戸籍の統柄欄における嫡出子と嫡出でない子を区別する記載をやめることを求める訴えは不適法で

あって却下すべきものであり、……損害賠償の請求は理由がなく棄却すべきものと判断する。その理由は次のとおりである。

(1) ……区別する記載をやめることを求めている……訴えは、本件続柄欄の記載の抹消を求めるものではなく、かつ、区別のない記載方法を特定する形で請求をするものでもないところ、このような、明確性を欠く、不特定の請求が不適法であることはいうまでもない。控訴人らは、具体的にどうそれを実施するかについて被控訴人らに選択の自由があり、上記のような請求も許される旨主張し、騒音や排ガスの差止請求訴訟の場合を例示するが、騒音や排ガスの差止請求訴訟の場合、差止めの結果がどのような状態であるかは一義的に確定し、少なくともいわゆる間接強制の方法により強制的に判決内容の実現を図ることができるのに対し、本件は、控訴人らの請求自体からは、被控訴人らがどのような記載をすれば嫡出子と嫡出でない子を区別する記載をやめたことになるかが一義的に確定しているわけではないから、間接強制による強制執行をすることもできないのであって、本件を騒音や排ガスの差止請求訴訟における場合と同列に論じることはいない。

(2) 損害賠償請求について検討する。

〔ア〕 ……九〇〇条四号ただし書の規定が憲法に違反しないことは、最高裁判所大法廷決定によっても明らかにされているところであり（最高裁判所平成七年七月五日大法廷決定・民集四九卷七号一七八九頁）、近時においても最高裁判所において合憲性が確認されているところである（最高裁判所平成一五年三月二八日第二小法廷判決・判例時報一八二〇号六二頁、同裁判所同年同月三十一日第一小法廷判決・判例時報同号同頁）。

したがって、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが憲法に反する不合理な差別であるということはできないし、もとより、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することが控訴人ら指摘の女性差別撤廃条約、B規約、児童の権利に関する条約等の各条項に違反するものであるということもできない。そして、……父母との続柄を記載するにあたって嫡出子又は嫡出でない子の別を明らかにして記載することは、戸籍法及び戸籍法施行規則の予定するところであるといわざるを得ない。控訴人らは、戸籍の続柄欄の記載において、嫡出子と非嫡出子を区別した父母との続柄欄の記載は、個人のプライバシー権の侵害である旨主張するが、上記のとおり、嫡出子と非嫡出子とを区別することが憲法に違反する不合理な差別であるということとはできないのであって、民法が相続において嫡出子と非嫡出子を区別している以上、これを戸籍上区別する必

要があることは否定できない。そうすると、いずれにせよ、戸籍を調査すれば、嫡出子と非嫡出子との区別が明らかにできるように戸籍の記載をせざるを得ない。したがって、父母との続柄記載において嫡出子と非嫡出子を区別することが、戸籍上これを確認することのできる唯一の方法ではないとしても、不必要かつ不相当な記載であるとは到底いえないのであって、その記載をもって、プライバシー権を侵害する違法な記載であるとは到底いえないし、戸籍法及び戸籍法施行規則が憲法二三条に違反するともいえない。」

〔イ〕 被控訴人中野区の責任についてみるに、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のは、市町村長が職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と行為をしたと認め得るような事情がある場合に限られることはいうまでもない。

ところで、戸籍事務は、平成一年法律第八七号による戸籍法の改正前においては、いわゆる機関委任事務とされており、被控訴人中野区は、被告人国の機関事務と戸籍事務を管轄していたものであるところ、……昭和六〇年八月二三日当時及び平成八年一月一日当時戸籍の続柄の記載をすゝるにあたって、……ひな形にしたがった記載をすること自体がプライバシー権の侵害にあたるとの見解が、我が国において一般に有力な見解であったと認めるに足りる証拠もないから、中野区長に国家賠償法一条一項にいう違法があったということはできない。そして、平成七年三月二二日に市長が住民基本台帳法に基づいて住民票の世帯主との続柄欄に『子』と記載することはプライバシーの侵害にあたる旨の判決言渡しがなされたこと（東京高等裁判所平成七年三月二二日判決・判例時報一五二九号二九頁）は、当裁判所に顕著であるが、同判決の上告審判決においては、住民票の記載がプライバシーの侵害にあたるか否かについては言及がなく（最高裁判所平成一年一月二二日第一小法廷判決・判例時報一六七五号四八頁）、……中野区長に……ひな形によらない記載をすべき注意義務が生じたとは考えられない。」

〔ウ〕 被控訴人国の責任についてみるに、……戸籍法施行規則が憲法に違反しないものであることは上記のとおりであるから、そもそも、被控訴人国（法務大臣）において、戸籍法による委任を受けて制定した省令を改正して、戸籍法施行規則附録六号のひな形、附録二四号のひな形を変更すべき注意義務があったということではできない。

また、甲第一五号証の一、二、によれば、平成五年の国連の規約人権委員会における日本政府に対するコメント中には、日本における婚外子に対する差別的な法制度について特に憂慮している旨の記載があることが認められるが、同コメント

は、民法九〇〇条四号の規定の存在をそもそも問題にしているものと考えられるから、同条同号が憲法に違反していない以上、このコメントをもって、被控訴人国（法務大臣）に戸籍法施行規則の改正義務が生じるとは考えられないし、……仮に、立法政策として、戸籍法施行令を改正することが望ましいとの見解に立ったとしても、省令の改正について相当の時間が必要なことをも考慮すれば、被控訴人国（法務大臣）が、本件訴えの提起までに、戸籍法施行規則の改正作業に着手しないことが注意義務に反すると評価される程度に遅きに失したとは到底いえない。

なお、戸籍法施行規則は、平成一六年法務省令第七六号をもって改正されたが、……（それは、）もとより立法政策の範囲内であって、この改正がされたことは、改正前の戸籍法施行規則が憲法に違反することを意味するものでないことはいうまでもない。」

——以上のように判断して、東京高裁は控訴棄却に及んだのである。

（二〇〇五年四月二十八日 脱稿）

