

# 戸籍続柄区別記載と非嫡出子差別

— 東京高判平17・3・24を中心として —

小野 義美

## 〈目次〉

- 一 はじめに
- 二 東京地判平16・3・2
- 三 東京高判平17・3・24
- 四 法務省令第76号（平成16・11・1）の意義と問題点
- 五 おわりに

## 一 はじめに

2004（平成16）年11月1日付け法務省令第76号（後述四参照）以前の戸籍編製においては、婚姻していない男女の間で出生した子は非嫡出子とされ、原則として母の戸籍に入籍され、父母との続柄欄に「男」、「女」と記載される（子が複数の場合も同様）。これが嫡出子の場合には「長男、二男」、「長女、二女」と記載されることから、戸籍の続柄記載を見ればその子が嫡出子か非嫡出子かは一目瞭然である。ところで、非嫡出子は、裁判所も認める通り、「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」のであり、「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」のである（後掲・本件第一審東京地裁判決より）。このような戸籍続柄における区別記載は非嫡出子に対する重大な人権侵害であるといわざるをえない。

非嫡出子の続柄区別記載については、先行して、「住民票」に関して問題になった。世帯主との続柄記載において嫡出子は「長男」、「長女」であるのに対し、非嫡出子は「子」と表記されていた。非嫡出子の父母は住民票の作成をした市に対し、当該区別記載の取消及び区別記載のない住民票の発行と損害賠償を求めて提訴した。この訴訟では、控訴審判決が区別記載が憲法14条違反であることを認めたものの、第一審から最高裁を通して父母の請求自体は認められなかったのである<sup>(1)</sup>。しかし、自治省は、この裁判や

## 【論 説】

世論を踏まえ、住民基本台帳事務処理要領の改正を行い、1995（平成7）年3月1日から嫡出子と非嫡出子の続柄表記をすべて「子」に統一した<sup>(2)</sup>。

本件訴訟は、上記住民票続柄区別記載問題に関して争った原告らが、その大本である戸籍続柄区別記載問題について改めて訴訟提起したものである。本件第一審判決は原告らの請求（続柄区別記載の差止請求と損害賠償請求）は何れも棄却したが、理由中の判断において、本件続柄区別記載が原告らのプライバシー権を侵害するものであることを認めた。これに対し、控訴審判決は続柄区別記載のプライバシー権侵害を否定するとともに、控訴を全面的に棄却した。そこで、控訴人らは最高裁へ上告及び上告受理の申立をしたが、最高裁は上告を棄却し、また、上告受理申し立てについても上告不受理の決定をした（最決平17・11・18（非公表））。かくして控訴審判決は確定判決となり、しかも、この判決内容は法務省立法担当者によって高く評価されたのである。なお、後述のように、法務省は、第一審判決の後、判決の指摘を踏まえて、非嫡出子の戸籍続柄記載について嫡出子と同様に「長男」「長女」型に統一することに改め（後述法務省令第76号）、これにより非嫡出子の戸籍続柄区別記載問題の一応の「改善」が図られた。しかし、それは根拠法令の合憲・合法性を前提とした上での、あくまで「行政上の措置（配慮）」としてなされたものにすぎず、非嫡出子の戸籍続柄区別記載問題の本質を踏まえた根本的解決とはいえないものである。

そこで、本稿は、非嫡出子の戸籍続柄区別記載問題について、最高裁の判断により確定判決とされ、かつ、法務省立法担当者によって高く評価されたことにより重要な位置付けが与えられた本件控訴審判決が、どのような判決理由を展開しているのか、非嫡出子の差別問題を解決する上で、どのような意義と問題点をもっているのかについて検討することを中心的課題とする（三）。併せて、その前提として第一審判決について簡単に検討し（二）、また、戸籍続柄区別記載方法を「改善」した法務省令についても意義と問題点に触れることにする（四）。

## 二 東京地判平16・3・2<sup>(3)</sup>

### 1. 事実の概要

X<sub>1</sub>（娘）は、1985（昭和60）年8月17日、婚姻届を出していないカップルX<sub>2</sub>（母）、X<sub>3</sub>（父）の間に出生し、X<sub>3</sub>による出生届がなされ、Y<sub>1</sub>（東京都中野区）により受理さ

れた。それに伴いY<sub>1</sub>はX<sub>1</sub>を戸籍に記載するに当たり、当時の戸籍法施行規則・ひな形に基づき、父母との続柄欄に「女」と記載し、次いで、1996（平成8）年1月、X<sub>2</sub>の戸籍を電算式戸籍に改製するに際しても、当時の戸籍法施行規則・ひな形に基づき父母との続柄欄に「女」と記載した。その後、Y<sub>1</sub>はこの記載を改めることをしなかった。

そこで、Xらは、当該続柄区別記載をし、これを改めることなく放置したことがXらのプライバシー権や平等権等を侵害する不法行為に該当するとし、Y<sub>1</sub>及び国（Y<sub>2</sub>）に対し、(1) 人格権に基づき、嫡出子と非嫡出子とを区別する戸籍続柄記載の差止めを請求するとともに、(2) 国家賠償法1条1項、民法719条に基づき、慰謝料の支払請求をなした。

## 2. 判決内容

### (1) 差止請求について

① Y<sub>2</sub>に対する差止請求は本件ひな形における続柄欄の区別記載を改めることを請求するもので、結局、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着し、それは「法律上の争訟」には当たらず、その訴えは不適法である、とした。

② Y<sub>1</sub>に対する本件差止請求は、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して請求の特定性を認めた上で、戸籍事務の全国的統一性の要請からY<sub>1</sub>の独自の判断では訂正できず、戸籍法施行規則の改正がなされるのを待った上で実現するほかないとして、Y<sub>2</sub>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、とした。

### (2) 損害賠償請求について

① まず、本件続柄欄の区別記載と権利侵害の有無についての判断がなされた。

非嫡出子であるという事実は他人に知られたくない個人の属性に関する情報であり、プライバシーとして人格的利益の一環として法的保護の対象になるとした上で、非嫡出子は就学、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おり、戸籍謄本の提出により非嫡出子であることが判明し、差別等が助長されるとし、民法上の要請に基づき非嫡出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、との基本認識を示した。その上で、本件について、

## 【論 説】

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、父親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「女」と記載し、原告X<sub>1</sub>が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、必要性は乏しいとし、Yらの主張する一覽性、明瞭性の要請を退けて、本件戸籍の続柄欄における区別記載は戸籍制度の目的の関連で必要性の程度を超えており、X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。

②次に、Yらの損害賠償責任に関して、国家賠償法1条1項の違法性の有無についての検討がなされた。

Y<sub>1</sub>については、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ことがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさず漫然と当該記載行為をした場合に限るとの判断基準を示した上で、Y<sub>1</sub>に中野区長の一般的な指導監督権限はなかったこと、中野区長においても戸籍事務は戸籍法および同法施行規則に基づき全国一律に統一的に施行されることが強く要請され、本件ひな形に従って続柄の記載をしたのであり、独自にひな形と異なる続柄の記載方法を採用することは困難であることから、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とはできないとして、Y<sub>1</sub>の行為に国家賠償法上の違法性は認められないとした。

Y<sub>2</sub>についても、同様の判断基準に基づき、続柄の記載方法は法務大臣の包括的裁量に委ねており、これまで本件続柄区別記載を違法とする判例もないことなどから、本件続柄の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、法務大臣が職務上尽くすべき注意義務を怠ったとまではいえないとした。

以上から、Yらのいずれにおいても国家賠償法1条1項にいう違法な行為はなく、損害賠償責任はないとした。

### 3. 本判決の特徴点

本判決の意義と問題点については次の控訴審判決の検討において関連して行うこととし、ここではその特徴点について簡単に整理しておく。

(1)差止請求について、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>のいずれに対する請求も、本案審理に入らず、不適法却下としている。

Y<sub>1</sub>については請求の特定性が問題とされたが、Yらの請求の特定性欠如の主張に対し、第一審判決は本件差止請求を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ほかならないと捉え直して、請求の特定性を認めており、この点は注目される。しかし、当該訂正は戸籍法施行規則の改正を待たねば実現できず、「法律上の争訟性」を欠くとして、結局、不適法とした。

Y<sub>2</sub>については本件差止請求は戸籍法施行規則の改正を求めることに帰着すると捉え、Y<sub>1</sub>についてと同様に、「法律上の争訟性」を欠くとして不適法とした。

結局、本件差止請求の認否については「法律上の争訟性」の有無が争点となっているが、その前提としてXらの差止請求の内容を別異のものとして捉え直した上で争訟性の有無の判断を行っており、Xらの請求自体に即した判断をしていないのではないだろうか。

(2)損害賠償請求について、まず、本件続柄区別記載による権利侵害の有無が検討された。そこでは、非嫡出子であるという事実はプライバシーとして法的保護の対象となるとした上で、戸籍上嫡出子、非嫡出子の区別記載が要請されているとしても、非嫡出子差別の現状に鑑み、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すべきであり、本件では身分事項欄や父欄により判別できることから、続柄欄において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、としてプライバシー権の侵害を認めたのである。以上のように、続柄の区別記載について、非嫡出子差別の看過し難い実態を認定し、プライバシー権の侵害を認めたことの意義は非常に大きい。このことが行政や国民世論に与えた影響は大きく、後述のように法務省も戸籍法施行規則の改正を余儀なくされ、続柄記載方法について「改善」を行うに至ったのである。

しかし、次に、損害賠償責任については、本件続柄区別記載に上述のようなプライバシー権の侵害があるとしても、そのことから直ちに国家賠償法上の違法性があるとはいえず、Yらの職務上の注意義務違反がある場合に限るとし、結局、Y<sub>1</sub>についても、Y<sub>2</sub>についても職務上の注意義務違反は認められず、いずれについても国家賠償法上の違法性はないとして、損害賠償請求を棄却している。このような考え方は、国家賠償法上の違法性の認定に関して、いわゆる「職務行為基準説」の立場に立つものであり、そこでは専ら職務上の注意義務違反の有無を判断基準にしていることから、違法性判断において憲法判断を回避し、国際条約を軽視した形式的な解釈となっているといわざるをえない。

### 三 東京高判平17・3・24<sup>(4)</sup>

#### 1. 判決内容

##### (1) 差止請求について

控訴人Xらは控訴人X<sub>1</sub>の戸籍の続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ているが、この訴えは、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するものでもなく、このような明確性を欠く、不特定な請求は不適法である。すなわち、本件は、Xらの請求自体からは、Y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Xらの主張のように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できず、その余の点を判断するまでもなく、Xらの訴えは不適法である、とした。

##### (2) 損害賠償請求について

①まず、当該続柄記載のプライバシー権の侵害の有無について次のように判示した。民法の諸規定が子が嫡出子か非嫡出子かによって親族法または相続法上の権利義務関係に差異を設けており、民法900条四号ただし書の規定が憲法に反しないことが最高裁判所（大法廷決定及びその後の判決）によって明らかにされているから、子が嫡出子か非嫡出子かを区別することは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、X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または非嫡出子の別を明らかにして記載することは戸籍法及び同法施行規則の予定するところであり、また民法が相続において両者の区別をしている以上、戸籍上区別する必要があることは否定できないことから、父母との続柄記載において嫡出子または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、戸籍法および同法施行規則が憲法13条に違反するともいえない、とした。

②次に、Y<sub>1</sub>の責任について、国家賠償法1条1項にいう違法があったというためには市町村長に職務上尽くすべき注意義務違反がある場合に限るとした上で、戸籍事務は

当時においては機関委任事務であり、中野区長は戸籍法及び同法施行規則に従いX<sub>1</sub>の続柄を記載したにすぎないし、ひな形による当該記載自体がプライバシー権の侵害にあたるとの見解が一般に有力な見解であったと認めうる証拠もないことから、中野区長に国家賠償法1条1項にいう違法があったとはいえず、従って、Y<sub>1</sub>に損害賠償義務はないとした。また、Y<sub>2</sub>の責任についても、Xらの主張はY<sub>2</sub>に戸籍法による委任を受けて制定した省令を改正し、ひな形を変更すべき注意義務があったというにほかならないとした上で、戸籍法施行規則が憲法に反しないこと、国連規約人権委員会の日本政府に対するコメントは憲法違反でない民法900条四号を問題とするもので同法施行規則の改正義務は生じないこと、本件続柄記載がプライバシー権を侵害するとの見解が一般的になったとも戸籍法の委任の趣旨に反するとも認められない、としてY<sub>2</sub>の注意義務違反を否定した。

## 2. 判決の検討

本件控訴審判決については、第一審判決が示したプライバシー権侵害を認定する画期的判断を覆して戸籍の続柄区別記載にプライバシー権侵害はないと判示し、その上告が棄却され、上告受理申し立ても不受理とされ、本件控訴審判決が確定したことから、「これにより、これまでの法及び規則に基づく戸籍の続柄記載に何ら誤りがなかったことが判例上も明らかになった」として法務省立法担当者により高く評価されている<sup>6)</sup>。しかし、戸籍の続柄区別記載は、実際、非嫡出子の重大な人権侵害をもたらしており、それを「何ら誤りがなかった」と手放しで評価しうるものではないのではなかろうか。以下、かくも重要な位置付けのなされた本件控訴審判決の判決内容の意義と問題点について検討する。

### (1) 差止請求について

Xらの請求内容は「YらはX<sub>1</sub>の戸籍の父母との続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よ」とするものである。この差止請求が適法であるといえるかについては、少なくとも、(イ) 請求の特定性の有無、(ロ) 法律上の争訟性の有無、及び(ハ) 戸籍続柄記載行為の行政処分性の有無の諸点について検討することが必要であろう。

#### (イ) 請求の特定性の有無

Xらは差止請求において差止めだけを主張し、区別のない記載方法を特定する形での請求をしていないが、その理由として、①記載方法のうちの一つの方法のみで特定して請求することは行政の裁量の侵害に当たること、②人格権に基づく騒音や排気ガスの差

## 【論 説】

止請求訴訟の裁判例においては、原因の除去を求めることで請求の特定として十分であり、被告の取るべき具体的手段が複数想定できるとしても、最も適切な手段を選択するのは被告の領域の問題であって、原告らが介入すべき問題ではないとされていること、③本件差止請求の内容においても具体的にそれをどう実現するかは被告らに選択の自由があり、そのように解しても間接強制は可能であるから、執行できないことにはならない、との諸点を指摘する<sup>6)</sup>。これに対して控訴審判決は、Yらの主張に沿った立場から、①この訴えは明確性を欠き、不特定な請求で不合法である、②本件ではどのような記載をすれば区別記載をやめたことになるのかが一義的に確定しておらず、間接強制による執行もできない、として本件差止請求は不合法であるとした。

差止請求における請求の特定性問題は、従来、公害訴訟における「抽象的差止請求（抽象的不作為請求）の適法性」問題として論じられてきた<sup>7)</sup>。適法説（判例・多数説）によれば、公害事件における侵害行為の発生源が全て被告の支配領域内であり、侵害の発生メカニズムが複雑で、被害者が有効な防止措置を確知できない場合が少なくなく、むしろ加害者自身が具体的防止措置を最もよく知っているという原告・被告間の実態的利益状況を踏まえ、原告としては発生源と侵害結果を特定すれば十分であり、侵害除去のための具体的手段の特定がなくても少なくとも間接強制による執行が可能であることから、かような抽象的差止請求も特定されているといえ、適法であるとする<sup>8)</sup>。そして、これを踏まえ、具体的な抽象的差止請求の適法性判断に当たっては、①請求の特定性の有無、②強制執行の可否（執行機関における不作為義務違反の有無の判定の可否）、③執行方法、が問題となるが、①と②が適法性の問題であり、③は適法とされた場合の執行方法の問題となると整序されている<sup>9)</sup>。

以上の観点から本件を見ると、Xらはまさに上記適法説に依拠して本件差止請求の適法性を主張しているのに対し、控訴審判決は、公害における差止請求訴訟の場合と同列に論じることはできないとし、本件差止請求を不合法としている。そこで、まず①の請求の特定性の有無については、Xらが単に続柄の区別記載を差止める請求だけをしたことに対して、控訴審判決はその請求は明確性を欠き、不特定であるとしたのであるが、本件の場合、人格権侵害原因として続柄区別記載を特定し、その除去を求めているのであって、それでもって十分に請求の特定性を認めうると考える。Xらの主張するように、区別のない記載方法を一つの方法で特定して請求することは、省令制定権をもつY<sub>2</sub>の側の記載方法策定における裁量、選択の自由を制約するおそれがあるといえるのではなかろうか。どのような記載方法が最も適切であるかについては様々な観点から総合的に判断して策定すべきであり、その責任と権限は専ら省令制定権者たるY<sub>2</sub>においてこそ



認められるべきものである。現に、後述の戸籍法施行規則の改正においては、区別のない記載方法として提示された法務省案以外に「男・女」、「子」、「子（男）・子（女）」という多様な意見が出されたにもかかわらず<sup>(10)</sup>、法務省は「長男・長女型」を最終的に「選択」し、それに基づき省令の制定を行っているのである。このような省令制定権者たる法務省における戸籍続柄記載方法についての合理的な選択権行使は尊重されるべきものであろう。次に②の強制執行の可能性の有無については、控訴審判決は本件では記載方法が予め一義的に確定しておらず、間接強制による執行もできないとしているが、①において請求の特定性を認めうる以上、裁判所としてはY<sub>2</sub>における区別記載差止めの有無＝区別記載のない記載方法の策定の有無を戸籍法施行規則・附録「戸籍の記載のひな形」に基づき判定することは可能であると考えられることから、強制執行の可能性は認めうるといえよう。

以上から、Xらの本件差止請求においては、少なくとも本件ひな形による続柄区別記載とそれによる人格権侵害の発生に基づいた当該区別記載差止めの請求がなされており、それをもって請求の特定性に欠けることなく、また、強制執行可能性も認めうることから、上記適法性要件①、②を満たし、本件差止請求は適法であると判断できよう。なお、第一審判決は、本件差止請求内容をY<sub>2</sub>との関係では法務大臣に対して侵害行為の除去として本件続柄欄の区別記載の改正を求めるもの、Y<sub>1</sub>に対しては本件戸籍の記載を「女」から「長女」と訂正することを求めるもの、と捉え直した上で、請求の特定性を認めているが、この限りではYらの主張に対する訴訟戦術としては巧妙であるとはいえ、正面から請求の特定性を認めてもよかつたのではなかろうか。

#### (ロ) 法律上の争訟性の有無

控訴審判決は本件差止請求について専ら請求の特定性の不存在を論じ、「その余の点を判断するまでもなく」Xらの訴えは不適法であるとして、法律上の争訟性の有無については何ら判断していない。しかし、第一審判決ではまさにこの点が争点となっており、検討に値する論点である。

Yらは本件差止請求は戸籍法施行規則（本件ひな形）が改正されない限りなしえないものであり、その制定、改廃は法務大臣の権能に属するから、本件差止請求は実質的には法務大臣に対して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強制しようとするものにはかならず、具体的な権利義務に関するものではなく、法律上の争訟性を欠くと主張した。これを受けて、第一審判決も、基本的にはYらの主張を認め、Y<sub>2</sub>に関しては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、法律上の争訟に当たらないとした。また、Y<sub>1</sub>

## 【論 説】

に関しても、本件差止請求は続柄欄の記載を「女」から嫡出子と同じ「長女」に訂正することを求めるものと捉え直した上で、戸籍事務の全国的統一性の要請からY<sub>1</sub>独自に本件続柄欄の訂正をなすことができず、同法施行規則の改正がなされるのを待った上で実現するほかないとして、Y<sub>2</sub>に関してと同様、法律上の争訟に当たらないとした。

「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）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」と解するのが判例の確定した解釈である<sup>(11)</sup>。これを本件についてみると、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の双方に関して法律上の争訟性が否定されているのは、その前提としてXらの本件差止請求を別異の請求（Y<sub>1</sub>に関しては嫡出子と同一記載に訂正するもの、Y<sub>2</sub>に関しては戸籍法施行規則の改正を求めるもの）として捉え直したことから、いずれも具体的権利義務に関するものではないとして争訟性について形式的な判断をしているのではなかろうか。Xらの請求は新たな続柄記載行為や戸籍法施行規則改正を直接には請求していないのであって、Xらは各人の人格権侵害に基づく妨害排除請求として区別記載の差止めを請求しているのである。このXらの請求はまさに「具体的な権利義務に関する紛争」であって、「法令の適用によって終局的に解決」されうるものであり、法律上の争訟性が認められるべきである。しかも、その差止請求に当たっては区別記載の根拠法令が違憲・無効であることを主張しているのであるから、裁判所としては法律上の争訟性を肯定し、当該根拠法令の合憲性・適法性の有無について本案審理をなすべきであろう。このことは司法消極主義の傾向がみられる中、違憲審査制を有名無実のものにしないことから強く要請されることである<sup>(12)</sup>。

### （ハ）戸籍続柄記載行為の行政処分性の有無

以上のように、私見では本件差止請求の特定性及び法律上の争訟性を肯定しうるものと判断するのであるが、そうだとすると、そもそも本件続柄記載行為の法的性質からみて本件差止請求を民事訴訟として提起しうるかという根本問題がある。すなわち、本件戸籍続柄記載行為の行政処分性の有無をめぐる問題である。

これに関する参考事例としては、住民票続柄記載行為の行政処分性の有無をめぐる訴訟事件がある。これは、市長が婚姻届を出していない男女の間に生まれた子の住民票続柄記載において世帯主との続柄を嫡出子と区別して「子」と記載したのに対し、原告らがこの記載行為の違法性を主張して当該続柄記載処分の取消及び嫡出子と非嫡出子の区別なく記載した住民票の発行を求める抗告訴訟を提起した事件である。これに対し最高裁は、住民票記載行為については「公証行為」（特定の事実又は法律関係の存在を公的に証明する行為）としてそれ自体によって法的効果を有しないものの公職選挙法におけ

る選挙人名簿登録の可否を決定するという法的効果を有することから行政処分に当たりますが、住民票の続柄記載行為は何らの法的効果を有せず、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらないと判示した<sup>(13)</sup>。すなわち、「公証行為」であってもそれによって国民の権利義務の形成、具体的範囲の確定という法的効果が発生するか否かを基準として行政処分性の有無を判断しているのである<sup>(14)</sup>。

この基準を参考に本件戸籍続柄記載行為について検討してみると、戸籍記載行為についてはもちろん、戸籍続柄記載行為についても、いずれも「公証行為」であるが、戸籍続柄記載がなされることにより相続権、親権、氏、認知など嫡出子とは異なった民法上の様々な法的効果が発生することが認められるのであり、このことからすれば本件戸籍続柄記載行為はまさに行政処分に当たるとことになる。そうだとすれば、本件戸籍続柄記載行為たる行政処分についてその処分の是非・効力を争うのは行政訴訟（抗告訴訟）の対象ということになり、民事訴訟では争いえないという結果とならざるをえない。

以上（イ）～（ハ）において検討したことを踏まえれば、本件差止訴訟は、請求の特定性及び法律上の争訟性は認めうるとしても、行政処分性を否定できないことから、最終的には、民事訴訟としては提起しえず、不適法却下を免れないと判断せざるをえない。しかし、それにしても、本件控訴審判決は（イ）のみを検討しているにすぎず、それもまったく形式的な判断に終始してしまっている。本件差止請求の特質を踏まえ、もっと踏み込んだ多面的な検討が必要であるというべきであろう。

## （2）損害賠償請求について

控訴審判決はXらのY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に対する慰謝料請求をいずれも国家賠償法1条の違法性がないとして請求棄却としているが、その判断内容、理由付けには多くの問題がある。

### （イ）続柄区別記載の合憲性の有無

控訴審判決は本件続柄区別記載は憲法に反する不合理な差別ではないと判断し、その根拠として民法900条四号ただし書の規定について最高裁（大法廷決定及びその後の判決）が合憲としていることを挙げる。

しかし、合憲判断を示した最大決平7・7・5については、周知のように、多くの問題点が指摘されている<sup>(15)</sup>。実際、この判断に対しては5名の裁判官が違憲とする反対意見を示し、多数意見においても4名の裁判官が当該規定の合理性に疑問を表明する補足意見を付しているのである。合憲を多数意見とする大法廷決定であるとはいえ、実質的には違憲に近い判断が多数であり、「この決定によって（合憲性をめぐり）議論に決着がついたというわけではない」と法務省関係者によってさえも評されているのである<sup>(16)</sup>。

## 【論 説】

現に、その後の最高裁判決も、多数意見は合憲とはしているが、違憲とする反対意見が相拮抗している状況である<sup>(17)</sup>。

非嫡出子の相続分差別の合憲性判断においては、多くの憲法学者が主張するように、出生＝社会的身分による差別問題として捉える必要がある<sup>(18)</sup>。この観点から、その合憲性判断については、「合理性の基準」ではなく、少なくとも「厳格な合理性基準」による判断が必要であると解され<sup>(19)</sup>、今日の非嫡出子をめぐる差別的な社会状況を重視すれば、非嫡出子の相続分差別は合理性を欠き、違憲であるというべきであろう<sup>(20)</sup>。

以上のように、非嫡出子の相続分差別の合憲性をめぐる議論は大法廷決定によっても、また、後続の最高裁判決によっても未だ「決着」がつかない状況であり、それにもかかわらず控訴審判決が問題の重要性について何んら議論しないまま安易に大法廷決定に依拠し、しかも、この相続分差別合憲決定を根拠にして、そのことからストレートに続柄区別記載の合憲性を断定したのは余りにも「単純化した議論」であり、「論理の飛躍」があるというべきであろう<sup>(21)</sup>。

### (ロ) 国際条約違反の有無

控訴審判決は、続柄区別記載は「もとより、…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に関する各条項に違反するものであるということもできない」と判示している。判断理由については「もとより」というのみで、それ以上の理由を示していない。

しかし、Xらの指摘するように、上記国際条約の各条項はいずれも出生による差別を禁止するものである（B規約24、26条、児童の権利条約2条、等）。しかも、国連規約人権委員会、国連子どもの権利委員会、国連女性差別撤廃委員会の各委員会は、国際条約の各条項に基づき、日本政府に対し、相続権とともに戸籍に関する非嫡出子差別の解消を、数次にわたり、「勧告」しているのである<sup>(22)</sup>。控訴審判決は、これらの事情を十分踏まえ、国際条約に基づく関係委員会の「勧告」に対する認識と対応を余りにも軽視しているというべきであろう<sup>(23)</sup>。

### (ハ) 続柄区別記載のプライバシー権侵害の有無

Xらの続柄区別記載は個人のプライバシー権の侵害であるとの主張に対し、控訴審判決は、嫡出子と非嫡出子の区別が憲法違反の不合理な差別ではないことを再確認した上で、民法で相続について嫡出子、非嫡出子の区別がなされている以上、戸籍上区別する必要がある、続柄区別記載が唯一の方法で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ず、その記載がプライバシー権を侵害する違法な記載であるとはいえないと判示した。

しかし、この控訴審判決には非嫡出子差別に対する実態認識が全く欠けているといわざるをえない。前述のように、第一審判決はプライバシー権の侵害を認めたのであるが、そこでは非嫡出子であるという事実を法的保護に値するプライバシーとして位置づけ、それが戸籍記載によって明るみになり、「看過し難い」差別を助長するとの実態認識があったからこそ、Yらの戸籍の明確性、一覧性の主張を退けて、続柄区別記載は必要性の程度を超えていると判断したのである。しかも、控訴審判決のいう相続上の判別の必要性についても、続柄欄を除く戸籍の関係記載（身分事項欄）によって十分判別できるのであるから、続柄区別記載の必要性はないであろう。さらに問題なのは、控訴審判決は、ここでも（イ）の判断方法と同様、嫡出子と非嫡出子の区別が憲法違反の不合理な差別ではないということから直接的にプライバシー権侵害を否定しているのである。ここには前述のような「論理の飛躍」があるというべきであり、仮に、嫡出子と非嫡出子の区別が憲法違反の不合理な差別ではないとし、相続上の判別が必要であるとしても、そのことから続柄区別記載自体が無条件に是認されるわけではなかろう<sup>(24)</sup>。プライバシーの保護と戸籍記載のあり方について厳しく、多面的に検討されるべきであり、それを怠る控訴審判決には続柄区別記載に起因する非嫡出子差別の実態に対する認識の欠如が改めて窺われるのである。

## （二）国家賠償法1条の違法性の有無

①まず、国家賠償法1条の違法性の判断基準が問題となる。控訴審判決は違法性の判断基準について「国家賠償法1条1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」と判示する。第一審判決は、より正確に、「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ことがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、…（以下、控訴審判決と同趣旨の文言）」と判示する。これらはいわゆる「職務行為基準説」を採用したものであることができ、国家賠償法1条の違法性の判断において、戸籍記載行為の違法性から直ちに判断せず、職務上の注意義務違反の有無によって判断するのである（すなわち、抗告訴訟における違法性とは別異に捉える：違法性相対説）。したがって、そこでは違法性判断において国家賠償法における違法性と過失の両要件を区別せずに一元的に判断することになる（違法性と過失の一元化）。以上のような考え方は、第一審判決が引用しているように、最判平5・3・11の流れに沿うものであるが、必ずしもそれが判例上確立した立場であるとはいえない状況である<sup>(25)</sup>。

## 【論 説】

しかし、この「職務行為基準説」に対しては、周知のように、多数の学説により批判がなされている<sup>(26)</sup>。その要点は、国家賠償法における要件として客観的要件たる違法性と主観的要件たる過失を別個のものとして要求し（違法性と過失の二元化）、前者においては行政活動の客観的な法規違反の有無を、後者においては公務員の職務上の注意義務違反の有無を判断すべきものとする。この学説の見解（公権力発動要件欠如説）は、違法性判断を通じて国家賠償法がもつ「法治主義の保障機能」、「法治主義に基づく違法・損害抑制機能」を重視するものである<sup>(27)</sup>（この点で、抗告訴訟における違法性と同一のものとして把握する：違法性一元説）。

私見は、国家賠償制度の法治国原理担保機能の重要性にかんがみ、多数説と同様、国家賠償法における要件として「違法性と過失の二元化」が必要であると考え<sup>(28)</sup>。「職務行為基準説」のように違法性判断と過失判断を一体的に行うのではなく、本来、違法性判断を独自に行い、戸籍統柄区別記載行為の違法性、根拠法令自体の違憲・無効性について検討すべきであろう。特に、本件のように原告による戸籍統柄区別記載行為の人格権侵害を理由とした差止請求に対する実質判断がなされていない場合は、なお一層のこと、その必要性が高いのである。

もっとも、本件控訴審判決では、損害賠償請求についての判断理由中において戸籍統柄区別記載行為についての合憲判断を行い（その判断内容自体の問題点については前述参照）、その上で職務上の注意義務違反の有無の検討をしている。職務行為基準説に立った上でなされたこの憲法判断は、国家賠償法上の違法性の判断内容としてではなく、いわば傍論的判断にすぎないとみるべきであろう。第一審判決でも同様の論理構成をとっているが、それが傍論的判断としてなされたとはいえ、本件戸籍統柄区別記載行為はプライバシー権を侵害しているとの判断（憲法13条違反）を示したことから、行政や国民世論に大きなインパクトを与え、後述のような戸籍法施行規則の改正をもたらした点は注目される。

②次に、違法性判断のあり方が問題となる。控訴審判決はY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の双方について職務上の注意義務違反はないとして、違法性＝過失を否定しているが、問題はその職務上の注意義務の内容の捉え方である。Y<sub>1</sub>に関しては、機関委任事務としての戸籍法施行規則の遵守、戸籍統柄区別記載がプライバシー権侵害であるとの一般の見解の不存在、戸籍事務の全国的統一性の要請、の諸点から違法性を否定した。また、Y<sub>2</sub>に関しては、戸籍法施行規則の合憲性及び国連規約人権委員会コメントの不適切性に基づく戸籍法施行規則の改正義務の不存在、統柄区別記載がプライバシー権侵害との見解の一般性及び戸籍法の委任の趣旨違反の明白性の不存在、などの諸点から違法性を否定した。しかし、

本件では、Xらは本件戸籍続柄区別記載によりプライバシー権が侵害され、かつ不合理な差別を受けることにより著しい精神的苦痛を被っているとして損害賠償請求をしているのである。このような甚大な損害をもたらしている戸籍事務の遂行において、本件ひな形の問題性について認識せず、単にひな形に沿った対応で足りるとする判断は問題であり、控訴審判決はY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に要求される職務上の注意義務の内容をきわめて形式的にしか捉えていないのではないだろうか。

行政側の注意義務の捉え方としては、第一に、戸籍法施行規則及び附録ひな形の違法性の認識が問われるべきである。控訴審判決はY<sub>2</sub>の戸籍法施行規則の改正義務の不存在を相続分差別規定の合憲性から直接的に導いているが、その論理に飛躍があることはすでに指摘したとおりであり、少なくともプライバシー権侵害（憲法13条違反）の認識の可能性を認定すべきであった。実際、プライバシー権侵害を認定した第一審判決は行政に大きなインパクトを与えたのであり、それに起因してほどなく戸籍法施行規則の改正が行われたことは、たとえそれを「立法政策の範囲内」、「行政上の措置」と強弁しようとも、違法性の認識の存在を十分にうかがわせるものといえるのではなかろうか。第二に、非嫡出子差別に関して国際人権規約等の国際条約が批准され、それに基づき規約人権委員会等から日本政府に対して相続権などに関する具体的コメントがなされていることに対する認識である。控訴審判決は1993（平成5）年コメントだけを取り上げ、相続分差別規定が合憲である以上戸籍法施行規則の改正義務は生じないとするが、コメントは、複数の関係委員会から、控訴審口頭弁論終結まで数次にわたり、相続権のみならず戸籍自体に関する改善勧告を行っているのである。Yら、なかんずくY<sub>2</sub>においてはこれらのコメントの存在とその重要性について十分に認識しうる状況にあったといえるのではなかろうか。

以上のように、当該戸籍続柄区別記載に当たっては、行政の側には上記の事情を踏まえた「高度の注意義務」が要求されるというべきであろう<sup>(29)</sup>。したがって、Y<sub>1</sub>に関しては、当時における戸籍事務の「機関委任事務」としての性格上、当該戸籍続柄区別記載について本件ひな形に準拠しない方法で対処することは事実上困難であったとしても、2000（平成12）年の地方自治法改正以降においては、戸籍事務が「第一号法定受託事務」として再編されつつも、Y<sub>1</sub>の自主性・自立性への配慮義務が明記されたことから、独自の対処が全く不可能であったとはいいい切れず<sup>(30)</sup>、その限りでY<sub>1</sub>が当該戸籍続柄区別記載を「漫然と」放置したことには職務上の注意義務違反を認めうるといえるであろう。また、Y<sub>2</sub>に関しても、高度の注意義務に基づき、当初から戸籍法施行規則を改正し、ひな形を変更すべき注意義務があったということができ、それにもかかわらず戸籍法施行

## 【論 説】

規則の改正・ひな形の変更をせず、「漫然と」本件戸籍続柄區別記載を改めなかったことは職務上の注意義務に違反し、違法であるというべきであろう。

以上検討してきたように、本件控訴審判決については、差止請求は訴訟要件を欠き不適法と判断せざるをえないが、慰謝料請求については、行政の注意義務の高度化を図った上で、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>双方に関して、あるいは少なくともY<sub>2</sub>に関して違法性を認定し、請求を認容すべきであったと考える。

### 四 法務省令第76号（平成16・11・1）の意義と問題点

法務省は、本件第一審判決が非嫡出子の戸籍続柄區別記載がプライバシー権を侵害すると判示したことを受けて、「飽くまで行政上の措置として」<sup>(31)</sup>、2004（平成16）年11月1日、第76号省令でもって戸籍法施行規則の一部を改正、同日付け法務省民一第3008号民事局長通達等を発出し、非嫡出子の続柄欄の記載方法について嫡出子の記載と同様とするものと改めた<sup>(32)</sup>。

本省令は、「行政上の措置（配慮）」にすぎないものではあれ、非嫡出子の戸籍続柄の區別記載をなくした点では評価すべきものであるが、しかし、その改善方法については未だ検討すべき問題点が残されている。

（1）まず、改正内容を整理すると、次の通りである。

①非嫡出子の父母との続柄欄の記載を、嫡出子の場合と同様に、「長男」、「二男」又は「長女」、「二女」等とする。

②「長」、「二」、「三」等の定め方は、嫡出子については「父母との続柄」を基準とし、非嫡出子については「母との続柄」を基準として決定する。

③非嫡出子の父母との続柄欄の記載の更正（「男」又は「女」から「長男」又は「長女」等への変更）は本人（15歳未満の場合には、その法定代理人）、母又は父（親権者変更により父を親権者と定めた場合）からの申出により行う。

④③の申出に際しては、非嫡出子の続柄を確認できる資料（戸籍謄本等）を添付する。

（2）しかし、以上の改正内容については種々の問題点が指摘されている<sup>(33)</sup>。

①長男・長女型については、パブリックコメントにおいて「男・女」、「子」、「子（男）・子（女）」等の多様な意見が出されていたのであり、単に戸籍実務への影響への配慮ではなく、国民世論を踏まえた方式の検討が必要である。あるいは、身分関係において子



の長幼の別を表示する必要はなく、単なる性別表示で足りるのではないだろうか。

②非嫡出子の続柄は「母との続柄」を基準にするとあるが、戸籍法13条四号の「父母との続柄」とする基準に反するし、また、同一父母に婚内子と婚外子がいる場合はかえって不合理である。

③続柄の更正は本人等からの申出によるとされているが、申出困難な者や申出制度を知らない者は依然として区別記載が残存してしまい、いわば「新たな差別」が生じる。住民票における「子」への記載変更のように職権的更正で対処すべきであろう。

④続柄の更正対象が現行戸籍に限定され、除籍、改製原戸籍、電算化前の戸籍は対象外とされているが、後三者における区別記載の残存も重大問題であり、すべての戸籍を対象とすべきであろう。

以上のように、非嫡出子の続柄記載方法が「改正」されたとはいえ、上述のような種々の問題点を残しており、今後、更なる改善を目指していく必要がある。そして、より本質的な問題として、後述のように、本省令が改正前戸籍法施行規則の合憲・合法性を前提にした上での単なる「行政上の措置（配慮）」に止まり、戸籍続柄区別記載問題の本質を踏まえた根本的解決とはなっていないことを指摘せざるをえない。

## 五 おわりに

非嫡出子差別をめぐる問題としては児童扶養手当支給停止問題、住民票続柄区別記載問題、戸籍続柄区別記載問題、相続分差別問題、国籍取得問題などがあるが、近年、これらの非嫡出子差別問題について、徐々にではあるが平等化の方向が進んでいる。とくに、認知された非嫡出子に対する児童扶養手当の支給停止規定についての違法判決と規定削除<sup>(34)</sup>、住民票の世帯主との続柄記載における区別記載の廃止<sup>(35)</sup>、などが注目される。

このような動向の中、本件戸籍続柄区別記載訴訟を契機として、法務省令により戸籍法施行規則が改正され、非嫡出子戸籍続柄区別記載が廃止されたことは、身分関係公証の根幹である戸籍にかかわるものだけに、非嫡出子差別問題の解決を進める上で多大な意義をもつものである。このようにこの度の法務省令の意義を認めつつも、しかし、その規則改正が「飽くまで行政上の措置」としてのみ位置づけられている点は問題の本質を曖昧にするものというべきであろう。すなわち、改正されたとはいえ、それは「飽くまで行政上の措置（配慮）」にすぎず、そもそも改正前の戸籍法施行規則それ自体の法的評価においては何んら問題性が認識されていないのである。例えば、本件控訴審判決

## 【論 説】

は、当該規則の改正は「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はないことはいうまでもない」と判示しているし、また、法務省立法担当者も「従来父母との続柄記載において嫡出子と嫡出でない子を区別してきた戸籍上の取扱いには何ら違法の問題は生じない」<sup>(36)</sup>と断じているのである。このような判断には、戸籍続柄区別記載により非嫡出子が様々の社会関係において被る「看過し難い不利益」(＝人権侵害)に対する認識の不足・欠如がみられるといわざるをえない。戸籍続柄区別記載の根拠法令である改正前戸籍法施行規則の合憲・合法性の判断については、単なる抽象的・形式的な検討で終わるのではなく、非嫡出子差別の実態を見据えて、当該区別記載の必要性、合理性について具体的・実質的な検討をなすべきであり、それを通じて、むしろ改正前戸籍法施行規則の違憲・違法性をこそ認識すべきであろう。

非嫡出子差別問題を真に解決するためにはその差別を根拠付けている関連法令の違憲・違法性について、なканずく、それらの大本である相続分差別の根拠法たる民法900条四号ただし書の違憲・違法性について、具体的・多面的・総合的に検討することが不可欠である<sup>(37)</sup>。そして、これらの作業を通じて、差別法令の改正を図り、最終的には、諸外国の立法例(とくに、ドイツ<sup>(38)</sup>、フランス<sup>(39)</sup>)に学びつつ、嫡出子、非嫡出子の法的地位の撤廃を目指した法体系の確立を目指していく必要がある<sup>(40)</sup>。

### (注)

- (1) 東京地判平 3. 5. 23 (判時1382-3), 東京高判平 7. 3. 22 (判時1529-29), 最判平11. 1. 21 (判時1675-48) 参照。
- (2) 平成 6 年12月15日自治振第233号自治省行政局振興課長通知参照。
- (3) 訟務月報51-3-549参照。本判決の検討として、二宮周平「戸籍の続柄記載は必要か (2) - 東京地裁平16. 3. 2判決の検討」(戸籍時報568-25), 内野正幸「戸籍続柄裁判の東京地裁判決への批判」(中央ロージャーナル1-1-159), 参照。
- (4) 判時1899-101参照。本判決の解説・検討として、藤澤裕介「判例の紹介: 戸籍の父母との続柄欄において、嫡出子と嫡出でない子とを区別して記載することは、個人のプライバシー権を侵害するか(消極)」(みんけん579-39), 山門由美「戸籍の父母との続柄欄において嫡出子と嫡出でない子とを区別する記載をすることは違法でない」とされた事例について-東京高等裁判所平成17年3月24日判決ほか-」(民事月報61-37, 戸籍787-1), 水野紀子「婚外子戸籍記載変更事件」(国際人権17-93) 参照。
- (5) 山門・前掲民事月報58ページ, 戸籍21ページ。
- (6) 第一審判決における原告らの主張の整理。

- (7) 抽象的差止請求をめぐる問題については、川嶋四郎「差止請求訴訟の今日的課題」『民事訴訟法の争点（第3版）』28ページ以下、同「差止請求－抽象的差止請求の適法性の検討を中心として」（ジュリスト981－68）参照。
- (8) 川嶋・前掲2論文参照。また、抽象的差止請求の適法性を明示もしくは事実上肯定する最高裁判決として、最判平5. 2. 25（横田基地訴訟，判時1456－53），最判平7. 7. 7（国道43号事件，判時1455－18）参照。
- (9) この点は、田中 豊・最高裁判所調査官により、「抽象的不作為請求をめぐる問題は、次の三つの異なる問題が含まれるのであるが、従前、そのうちのいずれの問題を議論しようとしているのか明瞭でないうらみもあったので、ここで整理しておきたい」として整序された。同「一般国道等の道路の周辺住民からその供用に伴う自動車騒音等により被害を受けているとして右道路の供用の差止めが請求された場合につき右請求を認容すべき違法性があるとはいえないとされた事例」（法曹時報49－279），及び同「国道四三号線訴訟上告審判決」（ジュリスト1081－73）参照。
- (10) 法務省民事局『『嫡出でない子の「父母との続柄」欄の記載方法の改善に関する意見募集』の結果について』法務省HP参照。
- (11) 最判昭56. 4. 7（坂まんだら事件，民集35－3－443），最近の判決として，最判平11. 9. 28（判時1689－78），最判平14. 2. 22（判時1779－22）など参照。また，芦部信義・高橋和之補訂『憲法（第四版）』（岩波書店，2007年）332ページ以下，参照。
- (12) 以上につき，内野・前掲論文161ページ，小林 武「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関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167号58ページ以下，参照。
- (13) 前掲最判平11. 1. 21参照。なお，学説の多くは本判決に批判的で，住民票記載についてのみならず住民票続柄記載についても行政処分性を肯定し，抗告訴訟（取消訴訟）の対象とすべきであるとする。角松生史「非嫡出子住民票続柄記載事件」（ジュリスト1179－40），高橋信隆「住民票の記載－嫡出の記載」（別冊ジュリスト168－28），等参照。なお，第2審裁判所への意見書であるが，小林 武「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16巻1・2号80ページ以下も参照。
- (14) 橋本博之『解説・改正行政事件訴訟法』（弘文堂，2004年）22ページ。
- (15) 主要なものとして，米倉 明「非嫡出子の法定相続分差別は違憲か」（法学セミナー490－4），久貴忠彦「非嫡出子の相続分に関する大法廷決定をめぐる」（ジュリスト1079－44），高見勝彦・右近健男「非嫡出子相続分規定大法廷決定を読む」（法学教室183－16），中川 淳「非嫡出子相続分最高裁大法廷決定」（法律のひろば48－10－46），右近健男「非嫡出子の相続分差別と法の下での平等」（ジュリスト1091－73），など参照。
- (16) 久保田浩史「判例紹介：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900条4号但書の合憲性（積極）」（民事研修462）54ページ。
- (17) 最判平12. 1. 27（2判決）（判時1707－121）は多数意見が多いが，その後の最判平15. 3. 28

## 【論 説】

(判時1820-63), 最判平15. 3. 30 (判時1820-64), 最判平15. 6. 20 (未公表, 法学教室275-30, 毎日新聞同年6月21日記事), 最判平16. 10. 14 (判時1884-40) は多数意見と反対意見が相拮抗している。なお, 最も早い時期の判例として, 二宮教授により, 最判平8. 3. 26 (未公表) が紹介されている(二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか(2) - 国際比較と判例の展開 -」戸籍時報616-19)。

(18) 芦部信義・高橋和之補訂『憲法(第四版)』(岩波書店, 2007年) 133ページ, 辻村みよ子『憲法(第2版)』(日本評論社, 2004年) 207ページ, など参照。なお, 君塚正臣「非嫡出子の憲法学 - 非嫡出子差別事例の審査基準論を中心に -」(阪大法学44-2・3) 266ページも参照。

(19) 差別的取扱いに関する合憲性判断の基準については, 芦部信義「憲法14条1項の構造と違憲審査基準」(法学教室139-91) 参照。

(20) 注(15), (18) 所掲の諸文献参照。なお, 久保田・前掲論文は, 以上のような捉え方に対して, 最高裁「多数意見とはすれ違い」の議論であると批判する(58, 59ページ)。しかし, 最高裁多数意見のように本件規定を「相続制度」という様々な利益調整が必要な制度設計に関わる規定としてのみ位置づけ, 広範な立法裁量を認めることは子どもの平等に関する憲法判断の余地を封ずるものであり, 問題である。吉田克己「非嫡出子の相続分規定は合憲か」(別冊ジュリスト162号『家族法判例百選(第六版)』) 115ページ参照。

(21) 水野紀子教授は非嫡出子相続分差別について合憲説の立場に立ちつつも(吉田・前掲114ページは「新たな観点からの有力な合憲説」と位置づける), 控訴審判決について「とくにもっぱら相続分差別の存在を根拠にして, それが合憲であるという判断から戸籍上の続柄記載の区別を直結する判旨であり, 公開制度をとる戸籍制度のプライバシー権との衝突など, 本来は, より多面的な議論が必要であって, 「単純化した議論」をすべきでない」と批判する(水野・前掲論文, 93~94ページ)。ただ, 教授は, 同時に, 「それに反対する立場も同様の単純化した議論をしがちである」, 「論理の飛躍がある」と批判するが, この点は疑問である。

(22) 控訴審口頭弁論終結時期までになされた国連各委員会の戸籍, 相続権に関する改善勧告としては次のものがある(外務省HP, 二宮・前掲注(3) 論文29~30ページ参照)。

① 規約人権委員会~1993年11月勧告, 1998年11月勧告

② 児童の権利に関する委員会~1998年6月勧告, 2004年1月勧告

③ 女子差別撤廃委員会~2003年7月勧告

(23) 日本の裁判所が国際人権法の規範についての理解が全体的に不足しており, とりわけ, 正規の関係委員会によって出された「一般的意見(勧告)」を, 所定の手続を経て採択されたものであるにもかかわらず, 重視しない傾向にあることは, 夙に, 批判されているところである。申恵丰「国際人権の救済方法」(ジュリスト1244) 66ページ。国際人権(自由権)規約については, その規定が原則として「自動執行力」を持ち, 憲法の自由権規定と同様, 国内での直接的適用が可能であると解されており, 裁判所による自由権規定の積極的な解釈適用が望まれる。阿部浩己「国際人権法と日本の国内法制 - 国際人権訴訟の再構成」(国際法学会編『日本と国際法の100年 [4] 人権』(三省堂, 2001年)) 286ページ参照。

- (24)水野・前掲論文94ページは、「現行の公開原則はプライバシー権とは根本的に両立しえない制度である」とし、さらには、同「戸籍制度」(ジュリスト1000-170)は、戸籍統柄記載は「不要な記載であり、非嫡出子身分をあからさまに明示する弊害ばかりの存在となっている」として、統柄欄の記載の廃止を主張する。なお、同「比較婚外子法」(『講座・現代家族法・3・親子』132ページ)も参照。
- (25)最判平5. 3. 11(民集47-4-2863)は所得税の更正処分という典型的な行政処分について職務行為基準説を適用したが、これを契機に職務行為基準説の射程が拡大され、先に見た住民票統柄記載に関しても適用されている(前掲・最判平11. 1. 21)。しかし、他方、最判平3. 7. 9(接見不許可処分, 民集45-6-1049), 最判平16. 1. 15(国民健康保険被保険者証不交付処分, 民集58-1-226), 最判平17. 4. 19(接見禁止処分, 民集59-3-563)などでは違法性と過失を別個に判断する立場を維持しており、判例の立場は必ずしも一致していない。北村和生「国家賠償における違法と過失」(ジュリスト増刊『行政法の争点(第3版)』)80ページ, 宇賀克也『行政法解説Ⅱ 行政救済法』(有斐閣, 2006年)369~371ページ, 参照。
- (26)塩野宏『行政法Ⅱ(第4版)』(有斐閣, 2005年)290ページ, 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(総論)(改訂版)』(青林書院, 2005年)495ページ, 芝池義一『行政救済法講義第3版』(有斐閣, 2006年)246ページ, 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣, 1997年)61ページ, など参照。これに対し、違法性相対説を採るものとして、遠藤博也『国家補償法(上)』(青林書院, 1981年)166ページ参照。
- (27)宇賀・前掲『国家補償法』46ページ, 北村・前掲論文, 81ページ。
- (28)民法の不法行為における成立要件についても、違法性と過失の関係が議論されている。従来、違法性は客観的要件、過失は主観的要件として理解されてきたが、「過失の客観化(客観的過失論)」が主張されるに伴い、両概念の接近・重複がみられるようになったことから、双方の関連付けが議論され、なかでも「過失一元論(新過失論)」が有力に主張されている(内田 貴『民法Ⅱ債権各論(第2版)』(東京大学出版会, 2007年)339ページ)。この「過失一元論」は国家賠償における「職務行為基準説」と親和的であるが、しかし、国家賠償は公権力の行使による不法行為に関するものであり、それだけに公権力の発動が遵守すべき行為規範たる実定法規に違反したかどうかを、過失判断とは別枠で、それ自体として判断する必要があると考える。そして、そのことを通じて、公権力行使についての違法抑制機能を果たしうるのである。
- (29)同旨, 二宮・前掲注(3)論文, 31ページ。
- (30)当時においては、戸籍事務は国から市町村長等の地方公共団体の機関に対して委任された「機関委任事務」であり(旧地方自治法2条2項及び3項16号), 市町村長等の事務処理について国は指揮監督権を有した(同法150条)。しかし、2000(平成12)年, 地方分権一括法に基づく法改正により、機関委任事務の制度は廃止され、戸籍事務は、国が本来果たすべき役割に係るものとして、「第一号法定受託事務」として再編された(新地方自治法2条2, 9項)。新法では国の「関与」は必要最小限度に制限され、市町村長の自主性及び自立性への配慮義務が明記された(同法245条の3)。これに伴い国の指揮監督権が廃止され、市町村長は独自の条例制定

## 【論 説】

による対応が可能になった。それに対し国は特別の必要がある場合のみ第一号法定受託事務の処理に関する「是正の指示」を出し、又は「処理基準」を定めうるが、それらについて不服のある市町村長は「国地方係争処理委員会」に対し違法性・不当性に関する審査の申出をなしうるものとされた（同法250条の7以下）。

- (31)山門・前掲民事月報54ページ、戸籍17ページ。藤澤・前掲論文48ページは「飽くまで行政裁量の範囲に属すること」とする。
- (32)本省令及び通達の解説については、中村雅人「嫡出でない子の戸籍における父母との続柄欄の記載に係る関係省令・通達の解説」（民事月報59-12）参照。
- (33)控訴審の最終口頭弁論に提出された原告の意見陳述書参照。これは、原告らにより開設された「婚外子に対する戸籍続柄差別の撤廃を求めて」と題するHPに掲載されている。また、二宮・前掲注（3）論文32ページ以下も参照。
- (34)この問題に関する筆者の検討として「児童扶養手当と婚外子差別－三つの最高裁判決」（熊本法学107号）参照。
- (35)平成6. 12. 15自治振第233号自治省行政局振興課長通知参照（市町村自治研究会監修『平成17年度住民基本台帳六法』219～220ページ）。
- (36)山門・前掲民事月報54ページ、戸籍17ページ。
- (37)この点で、二宮・前掲注（17）論文「婚外子の相続分差別は許されるのか（1）、（2）、（3）未完」（戸籍時報614, 616, 618）は注目すべき文献であり、示唆的である。
- (38)岩志和一郎「ドイツの新親子法（上～下）」（戸籍時報493, 495, 496）、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望（四）」（阪大法学48-1）、他参照。
- (39)原田純孝「フランス相続法の改正と生存配偶者の法的地位－2001年12月3日の法律をめぐって（1）～（3）」（判例タイムズ1116, 1117, 1120）、幡野弘樹「フランス相続法改正紹介（一）（二）」（民商法雑誌129-1, 2）、色川豪一「フランス親権法の改正－親権に関する2002年3月4日の法律第305号」（比較法学37-1）、他参照。
- (40)同様の問題関心を展開する最近の文献として、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」（ジュリスト1336-26）参照。

(2007年10月末日脱稿)

## 【付記】

中村直美教授、中川義朗教授、原田 卓教授の長年にわたる学恩に感謝し、拙論をささげます。とくに中川教授には宮崎大学着任以来本学転任後の今日に至るまで実に30年余にわたるご指導をいただきましたことに感謝し、拙論では教授のご専門の行政法上の諸問題にあえて言及しました。また、原田教授には、この5年間、民事実務家教員として民事裁判についてのご指導をいただいたことに感謝し、これまた民事訴訟法上の諸問題に言及しました。文字通り門外漢の拙論ではありますが、その意をお汲み取りいただければ幸いです。