

## 「児童扶養手当と婚外子差別——三つの最高裁判決」

小野 義美

①最高裁平成一四年一月三十一日第一小法廷判決（奈良事件）

（平成八（行ツ）第四二号、児童扶養手当資格喪失処分取消請求事件）

（民集五六卷一四二四六頁、判例時報一七七六号四九頁、判例タイムズ一〇八五号一六九頁）

②最高裁平成一四年一月三十一日第一小法廷判決（広島事件）

（平成一三（行ツ）第七六号、同（行ヒ）第七〇号、児童扶養手当資格喪失処分取消請求事件）

（賃金と社会保障一三三二二四七頁）

③最高裁平成一四年二月二二日第二小法廷判決（京都事件）

（平成一二（行ツ）第二五〇号、同（行ヒ）第二四九号、児童扶養手当資格喪失処分取消請求事件）

（判例時報一七八三号五〇頁、賃金と社会保障一三三〇号五〇頁）

## 「事実の概要」

一 X（原告、被控訴人②）では控訴人、上告人②では被告（上告人）は婚姻によらないで子を懐胎し、平成二年一月一日②（平成六年六月二五日、③・昭和六二年八月二一日）に出産して、これを監護しており、児童扶養手当法施行令一条の二第三号に該当する児童を監護する母として平成三年二月②（②・不明、③・昭和六二年九月）から児童扶養手当の支給を受けていたが、同五年五月二二日②（平成七年九月七日、③・平成六年一月二六日）、子がその父から認知されたため、Y（①・奈良県知事、②・広島県知事、③・京都府知事、被告、控訴人②）では被控訴人、被告上告人②では上告人①）は、同施行令同号末尾の括弧書（「父から認知された児童を除く」（以

下、「本件括弧書」という)により、平成五年五月二日(②)・平成七年二月二五日、③・平成七年四月五日)付けで児童扶養手当受給資格喪失処分(以下、「本件処分」という)をなした。これに対し、Xは、本件処分を不服として、同年一月八日(②)・不明、③・平成七年五月八日)にYに対して異議申立を行ったが、Yは平成六年一月五日(②)・平成八年三月二五日、③・平成七年七月五日)付けで右申立を棄却した。そこで、Xは、その根拠となった本件括弧書が憲法一四条などに違反し、違憲、無効であるとして本件処分の取消を求める訴を提起した。

## 二 一審判決

①の一審判決(奈良地判平成六・九・二八、判例時報一五五九号三二頁)は本件括弧書は婚姻外の児童を社会的地位または身分により差別するものであり、差別は合理的な理由によるものといえないから、憲法一四条に違反し、無効であるとして本件処分を取り消した。被告控訴。

②の一審判決(広島地判平成一・三・三一、判例自治一九五号五二頁)は、(一)施行令一条の二第三号は積極要件を定めた本文と消極要件を定めた本件括弧書から構成されており、本件括弧書についての判断は司法権の範囲を逸脱しない、(二)本件括弧書の適用により婚姻外の児童が認知された者と婚姻を解消した者との間に児童扶養手当の受給に関して差別を生ずることになるとしても、政令制定権者の広範な裁量権に加え、被

告主張の諸点を総合的に判断すると、その差別的取扱いが著しく合理性を欠き明らかに裁量を逸脱し、または濫用したものとまでは認められず、右差別が何ら合理的理由のない不当なものであるとはいえないとして、原告の請求を棄却した。原告控訴。

③の一審判決(京都地判平成一〇・八・七、判例タイムズ一〇三七号一二二頁)は、(一)施行令一条の二第三号は本文は手当を支給するとの規範(第一規範)を、本件括弧書は手当を支給しないとの規範(第二規範)を定立したものである、(二)第一規範は法四条一項五号の委任の趣旨どおりであるが、第二規範は法の委任の範囲を超えて政令を制定した違法・無効のものであり、本件処分はその余の判断をするまでもなく違法であるとして、原告の請求を認容した。被告控訴。

## 三 原審判決

①の原審判決(大阪高判平成七・一一・二一、判例時報一五五九号二六頁)は本件括弧書を設けたことは立法府(ないしは政令制定権者)の裁量の範囲内に属し、憲法一四条一項に違反しないととして、原判決を取り消し、被控訴人の請求を棄却した。被控訴人上告。

②の原審判決(広島高判平成一二・一一・一六、判例時報一七六五号三七頁)は、(一)本件括弧は法四条一項五号の委任の範囲を超えて政令を制定したもので違法、(二)本件括弧書を無効と判断することは裁判所の司法判断の限界を超えるもの

ではない、(三) 本件括弧書は婚姻外の児童をその社会的な地位又は身分により経済的關係において差別するものであり、右差別は著しく不合理なものというべきで憲法一四条一項に違反し無効として、原判決を取り消し、控訴人の請求を認容した。被控訴人上告。

③の原審判決(大阪高判平成二二・五・一六、賃金と社会保険一三三〇号五〇頁)は、(一) 施行令一条の二第三号は本文の積極要件と括弧書の消極要件から構成されており、本件括弧書の無効判断は司法権の範囲を逸脱するものではない、(二) 児童扶養手当の支給要件の定めは立法府、その委任を受けた政府の広い裁量に委ねられており、本件括弧書は明らかに裁量の逸脱・濫用と見ることはできず、支給要件の区別が憲法一四条に違反しているといえないとして、原判決を取り消し、被控訴人の請求を棄却した。被控訴人上告。

## 〔判旨〕

### ①判決(破棄自判)

(一) 「施行令一条の二第三号の規定は、婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象児童として取り上げた上、認知された児童をそこから除外するとの明確な立法的判断を示していると解することができる。そして、このうち認知された児童を児童扶養手当支給の対象から除外するという判断が違憲、違法なもの

と評価される場合に、同号の規定全体を不可分一体のものとして無効とすることなく、その除外部分のみを無効とすることとしても、いまだ何らの立法的判断がされていない部分につき裁判所が新たに立法を行うことと同視されるものとはいえない。したがって、本件括弧書を無効として本件処分を取り消すことが、裁判所が立法作用を行うものとして許されないということできない。」

(二) 「法が四条一項各号で規定する類型の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、一条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる児童を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。」

「施行令一条の二第三号は、本件括弧書を設けて、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象から除外することとしている。確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法四条一項一号ないし四号が法律上の父の存否のみによつて支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によつて当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができる」とも

いえない。したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法四条一項一号ないし四号に準ずる状態が続いているものといふべきである。そうすると、施行令一条の二第三号が本件括弧書を除いた本文において、法四条一項一号ないし四号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。」

(3) 以上のおりであるから、施行令一条の二第三号が父から認知された婚姻外懐胎児童を本件括弧書により児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである。そうすると、その余の点について判断するまでもなく、本件括弧書を根拠としてされた本件処分は違法といわざるを得ない。」

(町田裁判官の反対意見がある。)

## ②判決(破棄自判)

①判決(1)、(2)、(3)と同旨(同一の小法廷、同一の裁判官による判決、但し、町田裁判官の反対意見がある。)

## ③判決(破棄自判)

①判決のうち(1)は判示されておらず、(2)、(3)は同旨。但し、裁判官全員一致の判決である。

## [研究]

### 一 児童扶養手当法の沿革<sup>1)</sup>と手当の受給状況<sup>2)</sup>

児童扶養手当法は、国民年金法(一九五九(昭和三四)年)による母子福祉年金が死別母子世帯のみを保護対象としていた不都合を補完すべく、年金制度とは別の法体系として、生別、死別を問わず母子世帯の保護を図るものとして一九六一(昭和三六)年に制定された。支給対象には離婚、死別母子世帯のほか、同様の状況にある世帯として、父の障害、父の生死不明、父による遺棄の各世帯などともに未婚の母世帯が含まれた。但し、未婚の母世帯については、父の認知により父の扶養義務が発生するとして「父から認知された児童を除く」ものとされた。当初は満一五歳までの児童に対し月額八〇〇円(第一子)が支給された(その後、一八歳の児童まで拡大され、支給額も増額)。

児童扶養手当の受給状況は法施行当初の一九六三年三月(昭和三七年度末)では一五万四三八七人(内、離婚世帯四一・二%、未婚の母世帯一五・四%)が受給したが、その後離婚世帯の増大に伴って受給者が急増し、一九八五年三月(昭和五九年度末)には六二万七三〇七人(内、離婚世帯七三・九%、未婚の母世帯五・七%)に達した。

このような受給者増大に対処すべく、一九八五(昭和六〇)

年六月、行政改革の一環として、政府は児童扶養手当法の福祉制度としての抜本的改正を行った。提案された主要な改正点は①養育者の所得制限に応じた手当の全部支給と一部支給の二段階化、②父の所得による支給制限、③手当支給期間の制限（原則七年間）、④費用の一部（二割）都道府県負担、⑤未婚の母の支給対象からの除外、などであった。これらの内、⑤については「生活の激変がない」として除外案が出されたが、強い異論が出され、③とともに修正・撤回された。②についてはその施行日が現在に至るまで政令で定められていない。

以上のような法改正以降、一時的な離婚世帯の減少とも相俟って、手当受給者は減少傾向に転じ、一九九二（平成四）年まで減少し続けたが、それ以降、再び離婚世帯が増大化するにつれて受給者も増大し続けている。二〇〇四年三月（平成一五年度末）で受給者は八七万一四五六人に達しており、離婚世帯が七六万八五四人（八八・二％）、未婚の母世帯が六万四二二九人（七・四％）を占めている。同年四月段階での支給額は月額四万二八八〇円（第一子）である。

本件で問題とされる「婚姻外懐胎児童」は立法の当初より「未婚の母世帯」問題として論じられてきた事柄であり、手当支給対象除外の策動に対しても粘り強い反対運動により跳ね返してきている。母子世帯の収入は父子世帯に比して極めて劣悪であるため児童扶養手当は不可欠であり、未婚の母世帯にとって父の認知による支給打切りは深刻な問題である。婚外子の差

別撤廃問題（相続分差別問題、戸籍の統括表記問題等）が国内外で議論される中で、本件括弧書問題もその一環として提起されたものである。

## 二 本三判決の特徴

児童扶養手当法は父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため当該児童について児童扶養手当を支給するものとしている（同法一条）。そして、児童扶養手当の支給対象児童について同法四条一項は「父母が婚姻を解消した児童」（一号）、「父が死亡した児童」（二号）、「父が政令で定める程度の障害の状態にある児童」（三号）、「父の生死が明らかでない児童」（四号）を定めた上で、五号で「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」と規定し、支給対象児童を定めることを政令に委任している。そこで、これを受けて同法施行令一条の二（但し、一九九九（平成一〇）年改正前のもの）は「父が引き続き一年以上遺棄している児童」（一号）、「父が法令により引き続き一年以上拘禁されている児童」（二号）、「母が婚姻によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く）」（三号）、「前号に該当するか明らかでない児童」（四号）と定めている。本件はこの施行令一条の二第三号の定める支給対象児童から「父から認知された児童」を除外している括弧書部分の違憲、違法性の有無をめぐる争われたものである。

本三判決は、本件括弧書の違憲、違法性について下級審判決において判断が真つ向から対立(違憲・違法とするもの：①③の第一審判決、②の二審判決、合憲とするもの：②の二審判決、①③の二審判決)し、統一的判断が待たれていた状況において、本件括弧書を違法、無効とする初めての最高裁判所としての判断を示したものである。但し、最高裁は本件括弧書と憲法一四条との関係については直接的な判断を示していない。

本件括弧書の違憲、違法性の有無について判断するにおいて下級審を通じて主要な争点として論じられたのは(一)本件括弧書部分のみについて司法判断をすることができるか、(二)本件括弧書が法四条一項五号による委任の範囲を逸脱しているか、(三)本件括弧書が憲法一四条に違反するか、の諸点であった。以下においては、これらの争点に即して検討を加えることにするが、筆者の問題関心から争点(三)に重点を置き、争点(一)、(二)については簡単に触れることにする。

なお、本件括弧書自体は、一連の訴訟提起を受けて、一九九八(平成一〇)年六月二四日の政令二二四号により削除された<sup>3)</sup>。したがって、現在においては、婚姻外懐胎児童が父から認知されても手当支給の打切りはなされず、本件処分に相当する問題は解決済みである。しかし、施行令改正前の事案においては、改正時までの児童扶養手当の請求権の有無の問題が残り、依然として訴えの利益のある問題である。

### 三 本件括弧書部分のみの司法判断の可否

既述のように、施行令一条の二第三号は、児童扶養手当の支給対象児童について、「母が婚姻によらないで懐胎した児童」を定めると同時に「(父から認知された児童を除く)」と規定している。本件括弧書の違憲性、違法性判断の前提として、本件括弧書のみについてそもそも司法判断ができるかが問題となる。司法判断の可否はこの施行令一条の二第三号の条文構造をどのように理解するかをめぐる問題である。

唯一司法判断を否定した①二審判決は、施行令一条の二は児童扶養手当支給の積極的要件の一つである支給対象となる児童を定めた法四条一項五号の委任を受けて制定されたものであるから、「施行令一条の二第三号も本件括弧書を含め全体として同条の他の号と同様に、児童扶養手当の支給対象となる児童を定めた規定であって、それ自体の中に……消極要件までも規定しているものと解することはできない」、すなわち、本号は「本文と括弧書という二つの規定ではなく、一体として母が婚姻によらないで懐胎した児童であって父から認知されていないものを児童扶養手当の支給対象とすることを定めた規定である」として、本件括弧書のみを取り出してそれを無効とすることは立法府または政令制定権者の権限を侵すことになるから許されないとする。

これに対し、②一審判決は、本文と括弧書を目して「母が婚姻によらないで懐胎した児童で父から認知されないもの」に児

児童扶養手当を支給する旨定めた不可分一体の積極的要件と解するのは、括弧書で除外形式をもって定める規定の体裁、文言に照らして条文解釈の限界を超えるものであり、むしろ、積極要件を構成する本文と積極要件を構成する本件括弧書で構成されているものと解するのが素直な解釈であること、実際上の機能も認知されたことにより児童扶養手当の受給資格を喪失するという意味において問題とされるのであり、まさに積極要件として機能していることから、「施行令一条の二第三号は積極要件を定めた本文と積極要件を定めた本件括弧書から構成されていると解釈すべきであり、したがって「裁判所が本件括弧書を無効と判断することは、それにより積極要件が無効視され、積極要件が残存するのみであるから、新たな積極要件を創設することにはならないし、かかる判断が司法権の範囲を逸脱するもの」ということはできない」とする(同旨、②二審判決、③一、二審判決)。

以上のような下級審判断の対立に対し、最高裁判決は判旨(一)に示すごとく、本件括弧書は「認知された児童をそこから除外するという明確な立法的判断」を示したものであり、「その除外部分のみを無効とすることとしても、いまだ何らの立法的判断がされていない部分につき裁判所が新たに立法を行うことと同視されるものとはいえない」として、本件括弧書のみについての司法判断が可能であると判示し、下級審の大勢に沿った判断を示した。

本件括弧書は条文構造(規定形式)からみて、本文に対し文字通り括弧書として書かれ、しかもその内容も除外形式(積極要件)をとっていることから、本件括弧書を本文と一体的に積極要件を規定しているものと解するのはやはり無理である。

しかも、実務上も一旦手当支給した後まさに認知があれば受給資格喪失として処理していることから、本件括弧書は文字通り積極要件として機能しているのである。この点で、本件括弧書を消極要件としての「明確な立法判断」が示されているとする最高裁の判断は正当である。そして、また、消極要件としての本件括弧書のみを無効と判断しても、本文である「母が婚姻によらないで懐胎した児童」は積極的要件として既に立法的判断がなされており、立法権(政令制定権)の侵害には当たらないものといえる。本件のようにまさに条文言文の一部について違憲・違法が争われている場合に、司法判断の可能性を否定することは裁判所の違憲立法審査権(憲法八一条)を不当に制約・形骸化するものというべきであろう。

#### 四 本件括弧書と法による委任の範囲逸脱の有無

本件括弧書が法による委任の範囲を逸脱しているかについて下級審の判断は対立している。②二審判決および③一審判決は、児童扶養手当法が「父と生計を同じくしていない児童」を支給対象とし、法四一条一項一、四号は父と生計を同じくしていないかこれと同視されるものについて定めていることから、同項五

号はこれらと同視される「父と生計を同じくしていない児童」を具体的に規定することを政令に委任したと解すべきであるが、本件括弧書は父からの認知があれば児童が「父と生計を同じくしていない児童」であっても手当の受給資格を喪失するとの規範の定立を行ったことになり、法の委任の範囲を超えて政令を制定したものであって違法、無効である、とする。これに対し、③二審判決は、支給対象児童を「父と生活を同じくしていない児童及びこれに準じる児童で、生活状態の悪化または生活の困窮が見込まれる児童」と捉え、政府はその内どの範囲の児童を対象とするか裁量によつて決定することができる、婚姻によらない母子状態にある世帯の児童は認知を受けることにより法律上は父がいない状態から脱却し、父には監護、養育義務が生じることから扶養請求ができることになり「生活環境の好転」があったと評価できることから、本件括弧書を明らかに裁量の逸脱・濫用と見ることはできないとする。また、②一審判決も政令制定権者の広範な裁量権に照らして委任の趣旨により相応しい児童を対象とするために消極要件を設けることは何ら委任の範囲を逸脱しないとみる。

以上のような下級審の対立に対し、最高裁判決多数意見は、法四条一項各号で規定する類型の児童は「世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童」と解すべきであり、認知によつて世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもないし、父から認知

されれば、通常、父による現実の扶養を期待できるともいえないのであって、類型的にみて依然として法四条一項に準ずる状態である、したがって、本件括弧書により、父から認知された児童を除外することは法の委任の趣旨に反するものであり、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効である、と判示した。これに対し、反対意見は、児童扶養手当は、父と生計を同じくしていない児童のすべてではなく、「父母の離婚等その児童の経済状態が悪化する特別の事情にある児童に限って」支給されるものであり、「同じ婚姻外懐胎児童であっても父から認知されたものは父に対し扶養請求権を持つのに、認知されていないものにはそのような権利はないから、本件児童扶養手当の支給について認知されていないもののみを支給対象児童とすることも合理的な理由があり」、本件括弧書部分が法の委任の趣旨に反するものとは解されないとする。

この争点に関しては、先ず、政令制定権者の裁量のあり方が問題となる。①二審判決、③二審判決は社会保障立法における立法府と同様の広範囲の裁量権を政令制定権者（内閣）にも認めようとするが、法律と政令を同列に論ずるのは疑問であるし、政令は法律の委任に基づくものであるから法律の委任の範囲により限界付けられるものである。そこで、つぎに、法四条一項五号が施行令に対してなした委任の範囲はどのように捉えらるべきであろうか。児童扶養手当の支給対象児童については法一条が「父と生計を同じくしていない児童」とし、具体的には

法四条一項一〜四号で具体的類型を掲げ、五号で「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令に定めるもの」としている。したがって、政令に委任されているのは法一条の趣旨・目的に基づき、法四条各号が掲げた類型の児童に準ずる児童を具体化して支給対象児童の範囲をより明確化させることである。そこで、法一条の趣旨・目的に基づき法四条各号が規定する類型の児童をどのように捉えるかが問題となるが、この点に關して最高裁多数意見は「世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童」と解する。これに対し、反対意見は「父母の離婚等その児童の経済状態が悪化する特別の事情のある児童に限」とする（同旨、③二審判決）。法四条一項各号が挙げる児童は「父母が婚姻を解消した児童」（一号）、「父が死亡した児童」（二号）、「父が政令で定める程度の障害の状態にある児童」（三号）、「父の生死が明らかでない児童」（四号）であるが、前二者はともかく、後二者は当初からそのような状態にある場合があり、反対意見のように「児童の経済状態の悪化」のみを支給要件としているものとは解しがたい（同旨、①一審判決）。また、そもそも児童扶養手当は、立法当初はともかく、一九八五（昭和六〇）年の法改正において「児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進」を図る独自の福祉制度として再構築されたことから、「父親不在の家庭が抱える経済状態に着目した給付」と解すべきであり、<sup>2</sup>「反対意見のように「経済状態の悪化」に対する給付とされる

ものではないのである。したがって、法四条一項各号が規定する児童類型は、各号に共通する捉え方として多数意見のいう「世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童」と解するのが妥当である。そこで、施行令は、法四条一項五号の委任に基づき、「前各号に準ずる児童」について定めることになるが、具体的には「父（事実婚の父を含む。）が引き続き一年以上遺棄している児童」（一号）、「父（事実婚の父を含む。）が法令により引き続き一年以上拘禁されている児童」（二号）、「母が婚姻（事実婚を含む。）によらないで懐胎した児童」（三号）、「前号に該当するかどうか明らかでない児童」（四号）の四類型を挙示している（施行令第一条の二）。これらの四類型は何れも法四条一項の示す児童類型に合致するものであるといえる。ところが、この三号には「（父から認知された場合を除く）」とする括弧書が付されたのである。本件括弧書について、反対意見は、どのような状態にある児童を政令に定めるかは政令制定権者である内閣の裁量に委ねられているとして、婚姻外懐胎児童を支給対象児童とすることにのみならず、婚姻外懐胎児童を支給対象児童とする場合であっても、父から認知されたものは父に対し扶養請求権をもつことから認知されていないのみを支給対象児童とすることは合理性があり、本件括弧書は法の委任の趣旨に反しないと認める。このように認知による「生活環境の好転」を合理化理由とする論法は下級審判決にも見られるところである

②一審、③二審判決。しかしながら、多数意見の指摘するように、婚姻外懐胎児童はたとえ認知を受けたとしても直ちに父と生計を同じくするとは限らず、また、父による現実の扶養が実現されるわけでもなく、依然として支給対象児童に該当するものというべきである。したがって、父の認知を受けた児童を排除する本件括弧書は法の委任の趣旨を逸脱した無効な規定と解すべきである。なお、反対意見は、父により認知された児童を除外しても他の受給要件である遺棄条項（本令一号）などに該当すれば児童扶養手当を受給できるので、「格別の不利益」はないとしているが、例えば遺棄については、「遺棄」の判定自体が困難を伴う上に、父による「引き続き一年以上」の遺棄が必要とされるなど、手当受給について認知を受けた児童に加重な要件を課すものとなり、不合理である。<sup>3)</sup>

#### 五 本件括弧書の憲法一四条違反の有無

本件括弧書が憲法一四条に違反するか否かをめぐっては下級審における最大の争点であり、裁判所の判断も鋭く対立した。

①一審判決は、(イ)本件括弧書の対象である「認知された婚姻外の児童」が「父母が婚姻解消した児童及び事実婚を解消した後父から認知された児童」と対比して明らかに差別されている、(ロ)差別的取扱について、支給要件の定立に当たり裁量の余地があるとしても、その支給要件が何ら合理的理由がない不当な差別的取扱をするような内容であるときは、当該支

給要件を定めた施行令は裁量の範囲を逸脱したもので、憲法一四条に直ちに違反するというべきである、とした上で、(ハ)差別的取扱の合理的理由の有無について被告の主張する諸点に即して具体的に検討し、本件差別的取扱に何ら合理的理由を見出すことはできず、右差別は明らかに不合理なものであるというべきであり、本件括弧書は憲法一四条に違反し無効であるとした。

②二審判決も(イ)～(ハ)とほぼ同様の内容である。

以上に対し、①二審判決は(イ)憲法二五条の規定の要請に依ってどのような児童を手当の支給対象とするかは立法府の裁量の範囲に属する事柄であり、その法令において支給要件等について何らかの区別が設けられている場合に、それが何等の合理的理由のない不当な差別的取扱であるなど立法府の合理的な裁量判断の限界を超えていると認められるときには憲法一四条一項違反の問題が生ずるとした上で、(ロ)支給対象児童は法四条一項および施行令一条の二のいずれにおいても「父が存在するがその父に児童を扶養することを期待することが困難な類型の児童」と「父が存在しないために父による扶養を受けることができない類型の児童」に分類でき、父が存在しない児童については父の不存在を自らから児童扶養手当支給の必要性が類型的に肯定されることから父の不存在を指標として支給対象となる児童の範囲を画することはそれなりに合理的であり、その反面として父の不存在という指標に該当する事実がなくなつた場合には類型的に児童扶養手当の必要性がなくなつたとする

こともそれなりに合理的なものといえ、立法者の裁量の範囲内に属する、したがって、本件括弧書は帰するところ父の不存在という指標に該当する事実を規定したものであり、そのような指標によって児童扶養手当の支給対象を画することが不合理といえないから、本件括弧書を設けたことは立法府（ないしは政令制定者）の裁量の範囲内に属し、憲法一四条一項に違反するものとはいえないとした。また、②一審判決は、（イ）「認知された婚外れの児童」と「父母が婚姻を解消した児童」との間に手当受給に關して差別を生ずることになる、（ロ）憲法二五條の要請にこたえて制定された法令においても、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをしているときは憲法一四條違反の問題を生じうることは否定し得ないが、特定の二類型間で憲法一四條違反が問題となる場合に対象となる類型間のみを比較して差別的取扱いの合理性を判断すべきものと解すると政令制定権者に広範な裁量権を認めた趣旨を没却することになるから、対象とされる類型間の比較のみならず、当該法令における他の類型との均衡や他の社会保障制度なども総合的に考慮した上で判断すべきものと解する、とした上で、（ハ）政令制定権者の広範な裁量権に加えて、被告主張の諸点に照らして総合的に判断すると、前記差別的取扱いが著しく合理性を欠き明らかに裁量を逸脱し、または濫用したものとまでは認められず、右差別が何ら合理的理由のない不当なものであるとはいえず、本件括弧書は憲法一四條

違反ではないとした。さらに③二審判決は、（イ）児童扶養手当の支給要件を定めるについては立法府、内閣の広い裁量にゆだねられており、制定された政令が委任の範囲を逸脱・濫用しているかどうか、あるいは支給要件等についてなんらかの区別が設けられている場合に、その区別が憲法一四條に違反しないかについては、その政令あるいは区別が明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合及び著しく合理性を欠く場合を除き裁判所が審査判断するのに適しない、とした上で、（ロ）「婚姻によらない母子状態にある世帯の児童」は認知を受けることにより法律上は父のいない状態から脱却し、父に対し養育費の請求ができることになり、「生活環境の好転」があったと評価できる、確かに現実には父から養育費の支給を受けることは少なく、その生活状態は「婚姻を解消した母子家庭の児童」と類似し、後者の場合には児童扶養手当が支給されていることとの均衡に欠ける面があることは否めないが、「婚姻関係にある父が家庭を離れ母子に生活費を渡さない状況下の児童」には児童扶養手当は支給されないのだから、立法あるいは委任を受けた内閣が現実には父から養育費の支給を受けることが少ないといった現実の状況を考慮しなかったことをもって、認知を受けることによって児童扶養手当が支給されなくなるという区別が憲法一四條に違反しているとか、政令が明らかに裁量の逸脱・濫用と見ることはできないとした。

以上のような下級審判決の判断の対立に対し、最高裁は、本

件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効とした上で、「その余の点についての検討を経るまでもなく、本件括弧書を根拠としてされた本件処分は違法」と判示し、憲法一四条との関連についての判断は示さなかつたのである。

本件括弧書の憲法一四条違反の有無を検討するに当っては、先ず、本件括弧書の対象である「認知された婚姻外の児童」と対比検討されるべき類型の児童とは何かが問題となる。第一審における原告の主張及び判決内容を見ると「父母が婚姻解消した児童及び事実婚を解消した後に父から認知された児童」あるいは「父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童」との対比がなされ、両者間に「明らかな差別」、「なんらかの区別」があるものとされている。たしかに、児童扶養手当法においては「父母が婚姻を解消した児童」、「父母が事実婚を解消した児童」とともに「認知されていない婚姻外の児童」をも受給資格者として取り扱っていることから、相続分差別に見られるような純然たる婚外子差別とはいえないとしても、前二者においては父が存在しても（とくに事実婚解消後の認知）受給資格を失わないが、後者においては父の認知により当然に受給資格が剥奪されることから、父母が法律上・事実上の婚姻関係にあったか否かにより「認知された婚姻外の児童」は差別扱いされているのであり、依然として婚外子差別の問題の一環であるといえるべきであろう。そこで、つぎに、そのような「差別」、「区別」が合理的であるか否かの審査が問題となる。審査基準については、

下級審判決は何れも社会保障立法に対する違憲審査基準を示した堀木訴訟最高裁判決<sup>10</sup>に依拠し、政令制定権者の広い裁量を認めた上で、それが「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」に該当するか否かを判断すべきものとする（「合理性の基準」）。以上の審査基準に基づく下級審裁判所の判断は前述のように違憲とするもの二判決、合憲とするもの三判決と分かれた。合憲判決について合理性の判断内容を見てみると、①二審判決の「父の不存在」を指標とした合理性の判断は児童の差別的取り扱いの事実を無視し、差別の合理性の判断を無意味にしてしまうものである。<sup>11</sup>②一審判決は対象となる二類型間のみを比較ではなく、他の類型との均衡や他の社会保障制度などの「総合的判断」を行うが、これは二類型間の差異を相対化し、政令制定権者の広範な裁量を是認するものである。また、③二審判決は合理性の根拠として認知による「生活環境の好転」を挙げるが、父による扶養が期待できない現実をあまりにも無視するものである。以上に対し、違憲判決（①一審、②二審判決）は、本件括弧書は父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童と比較して「婚姻外の児童を社会的な地位又は身分により経済的関係において明らかに差別するもの」とした上で、被告主張の諸点について具体的に検討し、差別に合理性がなく、憲法一四条違反であるとす。「認知された婚姻外の児童」が「婚姻（事実婚を含む）を解消した児童」との対比において手当の支給差別がなされているとする本稿の

立場からすれば、「認知された婚姻外の児童」は婚姻（事実婚を含む）から生まれたのではない子という社会的地位であり、それを理由とする差別は、違憲判決のいうごとく、「社会的身分」による差別に該当するといふべきである。したがって、その差別の合理性判断は「合理性の基準」ではなく、少なくとも「厳格な合理性の基準」<sup>12</sup>によつてなされるべきである。本件においては当該差別が重要な立法目的である認知した父の扶養義務の履行確保と実質的関係にあるとはいえず（事実婚解消後の父の認知事例や父の扶養義務の履行状況参照）、その差別は合理性がなく、本件括弧書は憲法一四条に違反するものといふべきであらう。<sup>13</sup>

#### 六 終わりに

以上の検討を踏まえ、本三判決の意義について整理しておくたい。

第一は、「認知された婚姻外の児童」の受給資格を奪う本件括弧書（政令）について、下級審において真つ向から判断が対立していた状況の中で、法律の委任の趣旨に反するとして違法・無効とする最高裁としての初めての判断を示したものである。これは社会保障分野における委任立法（政令）の限界について判断した注目すべき判決といえる。<sup>14</sup>

第二に、本三判決は本件括弧書と憲法一四条との関係について直接的な判断を示していないが、実質的に見れば憲法一四条

違反の可能性を示しているといえるのではなからうか。<sup>15</sup> 既に見たように、最高裁は支給対象児童を「世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童」と実質的現実的に捉え、「認知された婚姻外の児童」について父が世帯の生計維持者となる可能性も父による現実の扶養の可能性も期待できないとして、本件括弧書を違法・無効とする。たしかに最高裁は婚姻外懐胎児童について認知の有無による「両者の間の均衡」の欠如を直接的には問題にしているのであるが、このような実質的現実的視点を示したことからすれば、本件を婚外子差別の一環と捉える本稿の立場から見ると、「父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童」との対比における支給差別についても同様の批判をなしうることを示したものと解しうる。ここには、違憲立法審査に消極的な司法消極主義の下において、<sup>16</sup>このような実質的現実的的判断を通じた婚外子差別の解消の志向が読み取れるのではなからうか。

第三に、本三判決が児童扶養手当支給における婚外子差別を解消したことは、現在問題になっている他の婚外子差別問題の解決にとつて大きな力を与えるものである。戸籍における婚外子の統柄表記については、嫡出子の場合と同一の記載に改める旨の法務省方針が表明された。<sup>17</sup> 婚外子の相続分差別については、最大決平成七・七・五以降合憲とする最高裁判決が続いているが、違憲とする反対意見と僅差の状況である。<sup>18</sup> 本三判決を契機として婚外子差別問題の解決が更に一層促進されることを期待

したい。

なお、本三判決を受けて、厚生労働省は一九九八(平成一〇)年政令改正以前に本件括弧書に基づき手当支給が打ち切られたり請求却下された事例について、申請により遡って支給することを決定した。<sup>55)</sup>

#### 注

(1) 坂本龍彦『児童扶養手当法・特別児童扶養手当等の支給に関する法律の解釈と運用』(中央法規出版、一九八七年)三頁以下、二宮周平「児童扶養手当法における婚外子差別の検討」(中川淳先生古稀祝賀論集『新世紀に向かう家族法』、日本加除出版、一九九八年)二六九頁以下、参照。

(2) 児童扶養手当の受給状況については、厚生労働省「福祉行政報告例」参照。

(3) 最高裁判決に関する評釈・紹介として、長尾英彦・中京法学三七―一・二―二五二、中野妙子・ジュリスト一二三〇―一二五、竹田光広・ジュリスト一二三二―一七六、清野幾久子・法学教室二六五―一三四、橋爪幸代・季刊・社会保障研究三八―三―二五四、馬場里美・自治研究七九―一―二四、豊島明子・ジュリスト一二四六―三七、等参照。

下級審判決に関する評釈として、永尾英彦・中京法学

三〇―一―一、上田真理・民商法雑誌二一四―一六―一一一、二宮・前掲(1)、二宮・判例タイムズ九一―一七四、平部康子・法政研究六三―二―一九七、山元祐史・みんけん四六九―四九、高作正博・上智法学論集四〇―三―二二三、西鳥羽和明・判例評論四五六―一八七、内野正幸・法学教室一八七―一〇六、等参照。

(4) 厚生省(当時)は、一九九六(平成八)年三月、社会環境の変化に対応させるべく児童福祉制度の抜本的見直しを決定した。それを受けて、同月、中央児童福祉審議会基本問題部会は本件括弧書をめぐる違憲論や奈良地裁の違憲判決などを踏まえて「児童扶養手当のあり方」を当面の審議事項の一つとして定めた。同部会は「母子家庭の実態と施策の方向について(中間報告)」を踏まえて、翌年九月に「児童扶養手当部会」を設置して検討を始めた。この部会は同年十二月、「今後の児童扶養手当制度の在り方について」と題する報告書を作成し、「未婚の母については、現行制度において、子が認知を受けた場合、受給資格を喪失する取扱いがなされているが、母子家庭の自立支援という観点に立つて、離婚の場合との均衡も勘案しつつ、認知後も支給対象とすることに於いて検討すべきである」との意見をまとめた。そこで、これを受けて政府は、一九九八(平成一〇)年六月二四日、児童扶養手当法施行令の改正を行い、本件括弧書を

削除したのである（政令二二四号）。この政令は同年八月一日より施行された。

- (5) 内野・前掲一〇七頁。
- (6) 内野・前掲一〇七頁、上田・前掲一一二頁。
- (7) 坂本・前掲一四頁、その他。
- (8) 西島羽・前掲一九〇頁。
- (9) 内野・前掲一〇七頁、二宮・前掲（1）二七九頁。
- (10) 最大判昭五七・七・七（民集三一七—二三三五）。
- (11) 平部・前掲四四八頁、山元・前掲五八頁。
- (12) 違憲審査の基準として、最も緩やかな「合理性の基準」に対して、より厳しい審査基準として「厳格な合理性の基準」（立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有することを要求する基準）、最も厳しい基準として「厳格審査基準」（目的は必要不可欠な「やむにやまれぬ利益」で、手段はその目的を達成するための必要最小限のものに限定される旨を要求する基準）が立てられている。憲法一四条の平等原則違反において後二者の何れの基準を当て嵌めるかについては議論がある。芦部信喜「憲法（新版）」（岩波書店、一九九七年）一一九頁以下、参照。
- (13) 市川正人「児童扶養手当と婚外子差別」法学セミナー五〇一—八七頁。
- (14) 他の分野において政令を無効としたものとして、最大

判昭四六・一・二〇（農地法施行令）、最判平三・七・九（監獄法施行規則）、などがある。中野・前掲一二六頁、馬場・前掲一三三頁、参照。

- (15) 三重利典・村松いづみ「児童扶養手当訴訟勝利判決の報告—京都訴訟を中心に—」（賃金と社会保障一三三—二二五頁、清野・前掲一三五頁、馬場・前掲一三三頁）。
- (16) 最高裁の違憲審査に対する消極的傾向については、例えば、戸波江二「憲法訴訟論の現代的課題」（法学教室二五三—三〇）一六頁、参照。
- (17) 二〇〇四年三月九日朝日新聞等。尚、その後、戸籍法施行規則が改正され、同年一月一日より差別表記が撤廃され、長男・長女型に統一された。
- (18) その後の判例としては、最判平二・一・二七（二件）、最判平一五・三・二八、最判平一五・三・三一、最判平一五・六・二〇、最判平一六・一〇・四、があるが、その殆どが多致意見三・反対意見二である。
- (19) 二〇〇二年三月八日朝日新聞、同日読売新聞。新聞によれば支給を打ち切られた世帯は年約三〇〇世帯あり、このほか請求却下された世帯もある。

〔付記〕

本稿は二〇〇四（平成一六）年三月二七日に開催された第二八六回九州家族研究会における報告を加筆修正したもので

ある。当日の研究会において貴重なお意見・助言をいただいた九州大学名誉教授有地 亨先生はじめ研究会メンバーの皆様  
様に感謝申し上げます。