

出生届における嫡出の有無の記載と憲法14条

中 曾 久 雄

NAKASO Hisao

(愛媛大学教育学部)

1 はじめに

本件は、出生届における記載事項として嫡出子または嫡出でない子の別を記載させることを規定した戸籍法49条2項1号の合憲性が争われたものである。本判決の約3週間前に民法900条4号但書が違憲とされ、非嫡出子の地位をいかに扱うかは憲法14条1項の中心的争点の1つとなっているといえよう。本稿では、戸籍法の規定が憲法14条1項に反しないとする最高裁判決¹を題材にして、非嫡出子に対する差別の問題をいかに考えるかを検討することを目的とするものである。

2 事案の概要と判旨

2-1 事案の概要

本件は、上告人X1が、上告人X2との間の子である上告人X3に係る出生の届出をしたが、戸籍法49条2項1号所定の届書の記載事項である嫡出子又は嫡出でない子の別を記載しなかったため、世田谷区長により上記届出が受理されず、上告人子に係る戸籍及び住民票の記載がされなかったところ、上告人らが、同号の規定のうち届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきものと定める部分(以下、「本件規定」)は憲法14条1項に違反するものであるなどと主張して、被上告人(国)に対し本件規定を撤廃しない立法不作為の違法を理由に、被上告人(世田谷区)に対し上告人子に係る住民票の記載をしない不作為の違法を理由に、それぞれ国家賠償法1条1項に基づき慰謝料の支払を求める事案である。

2-2 判旨 上告棄却

戸籍法49条2項1号は憲法14条1項に反するか「民法及び戸籍法において法律上の父子関係等や子に係る戸籍上の取扱いについて定められている規律が父母の婚姻関係の有無によって異なるのは、

法律婚主義の制度の下における身分関係上の差異及びこれをとする戸籍処理上の差異であって、本件規定は、上記のような身分関係上及び戸籍処理上の差異を踏まえ、戸籍事務を管掌する市町村長の事務処理の便宜に資するものとして、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきことを定めているにとどまる。そして、届書にこれが記載されない場合、当該届出に係る子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであっても、その記載の欠缺により届出が不受理の理由となり得る瑕疵のあるものとなる一方で、……届出の受理や職権による戸籍の記載も可能である。以上に鑑みると、本件規定それ自体によって、嫡出でない子について嫡出子との間で子又はその父母の法的地位に差異がもたらされるものとはいえない。

「また、戸籍法が届書の開示については戸籍の開示よりも厳格な要件を定めていること(48条2項、10条、10条の2)に照らせば、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することにより、その内容が第三者との関係においてより容易に知られ得る状態に置かれることとなるものともいえない」。

「なお、当該届出に係る子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであるかは市町村長において戸籍簿の記載との対照等の方法によっても知り得るものであり……、届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することを届出人に義務付けることが、市町村長の事務処理上不可欠の要請とまではいえないとしても、少なくともその事務処理の便宜に資するものであることは否定し難く、およそ合理性を欠くものということとはできない」。

「所論は、本件規定において『嫡出でない子』という文言が用いられていること自体が婚外子に対す

る不合理な差別的取扱いであるともいうが、民法及び戸籍法において『嫡出でない子』という用語は法律上の婚姻関係にない男女の間に出生した子を意味するものとして用いられているものであり、所論は法令上のかかる用語についてその表現の当否を論ずるに帰するものであって、採用することができない。

櫻井龍子裁判官の補足意見

「日本国籍を有するものであっていまだ戸籍の記載がない者について速やかに戸籍の記載がされるべきことは、戸籍法の要請するところであり、戸籍の記載がされない者については種々の不利益が生じ得ることは明らかである。出生届の記載の仕方という子本人の意思では左右し難い事情に起因する無戸籍状態のために、子自身に種々の不利益や不便が生じるという事態は、確実に避けられるべき事態といえよう。出生届に子が嫡出であるか否かの記載を求めることが、戸籍事務処理の便宜に資するものであることは認められるとしても、平成 22 年通知に記述されているとおり他に確認の手段があるのであるから、必ずしも事務処理上不可欠な記載とまではいえないであろう。そうであれば、本件のような事態に陥る嫡出でない子の問題の発生を将来にわたって極力避けるためには、父母の婚姻関係の有無に係る記載内容の変更や削除を含め、出生届について、戸籍法の規定を含む制度の在り方についてしかるべき見直しの検討が行われることが望まれるところである」。

3 本判決の位置づけ²

非嫡出子に対する差別の問題として典型的に挙げられるのは、相続分差別問題の問題である。この問題について、平成 25 年 9 月 4 日の最高裁大法廷決定³（以下、違憲決定とする）では、相続において嫡出子と非嫡出子を差別する民法 900 条 4 号但書を違憲とした。しかし、非嫡出子に対する差別は相続の場面に限定されるものではない⁴。非嫡出子に対する差別は、住民票における嫡出の有無に関する記載、戸籍における続柄の記載、そして、本件の争点である出生届における嫡出の有無の記載においても問題となっている。後にみるように、違憲

決定において非嫡出子に対する差別を廃止する方向性が明確に打ち出された中で、本判決は出生届の嫡出の有無の記載の記載を合憲としたものである。そうすると、一方で非嫡出子に対する差別を廃止する方向性を示した違憲決定と、他方で出生届の嫡出の有無の記載を合憲とする本判決には齟齬が生じるのではないかと思われる⁵。

4 相続以外の場面で非嫡出子に対する差別の問題

非嫡出子に対する差別は、戸籍や住民票の記載においても問題となっている⁶。戸籍について、2004 年 11 月 1 日付け法務省令第 76 号以前の戸籍では、婚姻していない男女の間に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」と記載されていた。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となっていた。こうした非嫡出子の続柄の区別記載方法については、先行して、「住民票」に関して問題になった。住民票では世帯主との続柄記載において嫡出子は「長男」、「長女」と表記されるのに対して、非嫡出子は「子」と表記されていた⁷。下級審では、住民票における嫡出の有無の記載を違憲としている。平成 7 年の東京高裁の判決⁸では以下のように判示された。「本件住民票における続柄記載である『子』という記載は、これまで嫡出子の場合には長男、長女などと記載されることになっていたこととの対比において、子である控訴人……が非嫡出子であることを意味するものと受け取られる記載である。このような非嫡出子を意味する記載が、その及ぼす結果を考えた場合において、控訴人……についての不合理な差別となる可能性もある。したがって、本件住民票における続柄記載の同条項との適合性も検討しなければならない」。「住民基本台帳について公開原則がとられており、実際には続柄等を必要とする手続等が広範に存在しており、住民の日常的な社会生活の場面において、続柄等の個人情報が他人に知られることがこれまで避けられない実情にあったこと、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（社会的身分）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り扱いを受けている実態のあることが、いずれも認められる。このような実情、実態の存在するもとでは、本件住民票における嫡出子との差別記載は合理性、必要性がない限り許されないものといわなければならない。そして、「本件住民票における嫡出子と区別した続柄記載は、住民基本台帳制度の目的との関連で合理性、必要性がないと考えられる」。この東京高裁の判決では、明らかに、嫡出の有無の記載出が不適切な形で意識される状況が拡大されることを問題視している⁹。

これに対して、戸籍における続柄記載については合憲とされている。戸籍における嫡出の有無の記載についてはこれまでその必要性が疑問視されてきたが¹⁰、平成17年の東京高裁の判決¹¹においては、「民法の諸規定は、子が嫡出子か非嫡出子かによって、親族又は相続法上の権利義務関係に差異を設けており（民法七七九条、七九〇条、九〇〇条四号）、民法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」、「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」であり、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」とされた。しかし、その後、戸籍における続柄の記載は、父母との続柄欄の「男」又は「女」の記載について、申し出がある場合には「長男（二男）」、「長女（二女）」と改めることができるようになった。

なお、憲法判断ではないが、児童扶養手当法施行令がその支給要件として、父から認知された婚外子を除外したことが争われた事案¹²では、「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4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによっ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、認知によって当然に母との

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く、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」ので、「施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4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」とされた。この判決では、本件括弧書が法律の委任の範囲を逸脱しているという理由で違法としたのであって正面から平等権の問題を取り上げたわけではない。しかし、ここで問題となっている児童扶養手当の支給の制限は、非嫡出子の相続分差別と同様に子は「母が負わされた差別を」自己の責任ではないのに負わされることになり、明らかに合理性を欠くものであるといえよう¹³。

5 違憲決定の構造¹⁴

本件で問題となっている出生届の嫡出の有無の合憲性に関する問題と密接に関連するのは、民法900条4号但書に関する問題である¹⁵。出生届における嫡出の有無の記載は民法上における嫡出・非嫡出子の区別をとするものであり、民法900条4号但書の合憲性の問題は必然的に本件における上記の問題を左右することになる。平成7年の最高裁大法廷決定¹⁶以降も、最高裁は民法900条4号但書を合憲としてきたが¹⁷、ついに、平成25年に最高裁大法廷において民法900条4号但書を違憲とした¹⁸。以下では、平成25年における違憲決定の構造を概観する。違憲決定は、平等権の審査について、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」とし、従来の審査枠組みに依拠することを明示する¹⁹。そして、この事案において問題となっている相続制度との関係においては、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条

1項に違反する」とする。その上で、「嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるか」については、「総合的に考慮して決せられるべきもの」であるが、「これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」とする。このように、違憲決定は、民法900条4号但書の合理性の審査について、14条と「個人の尊厳」を規定する24条の双方を重ね合わせて検討している²⁰。そして、違憲決定は、「嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別」について、立法目的と手段の合理的関連性を問うことなく²¹（つまり、従来の「立法理由」と「区別」という「二段構え」の審査を省略して）²²、しかも、学説の主張する司法審査基準論に言及せず²³、立法事実の変化を考慮して合理性の審査を行う²⁴。違憲決定において考慮されたのは以下の事項である。第1に、平成期に入った後に、「いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加」し、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」ということである。第2に、世界の状況と比較した場合に、「我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」ということである。第3に、自由権規約委員会が、「包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し」、その後も、「国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返し」、平成22年には児童の権利委員会が民法900条4号但書「の存在を懸念する旨の見解を」示したということである。第4に、住民票における世帯主との続柄の記載について、一律に「子」と記載されることになり、また、戸籍についても嫡出でない子の父母との続柄欄の記載は嫡出子と同様に「長男(長女)」

と記載することになったということである（既に戸籍に記載されている嫡出でない子の父母との続柄欄の記載も変更された）。さらに、国籍法違憲判決では、嫡出でない子の日本国籍の取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法3条1項の規定を「平成15年当時において憲法14条1項に違反」としたということである。第5に、昭和54年に法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会が公表した「相続に関する民法改正要綱試案」、平成6年に同委員会が公表した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、及びこれを更に検討した上で平成8年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、法定相続分を平等とする旨が明記され、平成22年にも国会への提出を目指して法律案が政府により準備された」ということである。第6に、民法900条4号但書については「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり」、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、法的問題の結論に直ちに結びつくものではないということである。第7に、平成7年大法廷決定において、既に5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、更には国際的環境の変化を指摘して、昭和22年民法改正当時の合理性が失われているとする補足意見が存在し、さらに、平成15年3月31日第一小法廷判決以降の判例は、民法900条4号但書を合憲とする結論を辛うじて維持されているということである。第8に、関連規定との整合性を検討することの必要性は、民法900条4号但書を維持する理由とはならないこと、また、民法900条4号但書の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではなく、遺言によっても侵害し得ない遺留分について、明確な法律上の差別を行っているということである。

このように、違憲決定は明示的な違憲の理由を

明らかにすることなく²⁵、これらの事項は「その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由と」なるものではないが、以上を総合すると立法府の裁量権を考慮しても「嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていた」とする。さらに、違憲決定は「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」と指摘し、嫡出の有無に基づく区別の不合理性を明らかにする²⁶。先にみたように、これは非嫡出子に対する差別の問題に配慮を示すものであると同時に²⁷、24条の趣旨にも着目するものである²⁸。24条は一方で法律婚の尊重をしつつも、他方で私法秩序における個人の尊厳を強調している²⁹。そのために、個人の尊厳を犠牲にしてでも法律婚を尊重することは、単に14条に反するだけではなく、24条の趣旨に反するものといえよう³⁰。

なお、違憲決定は、民法900条4号但書が違憲となる基準を「平成13年7月」とする。さらに、これまでに民法900条4号但書の合憲判断を前提として処理されてきた相続に関する事案が、違憲の判断により蒸し返されるのを回避し関係者の不利益を最小限にとどめるために、違憲決定は違憲の決定の遡及効の否定という救済策を提示している³¹。

6 違憲決定の射程と本判決

本判決は、「民法及び戸籍法において法律上の父子関係等や子に係る戸籍上の取扱いについて定められている規律が父母の婚姻関係の有無によって異なるのは、法律婚主義の制度の下における身分関係上の差異及びこれをとする戸籍処理上の差異であって、本件規定は、上記のような身分関係上及び戸籍処理上の差異を踏まえ、戸籍事務を管掌する市町村長の事務処理の便宜に資するものとして、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきことを定めているにとどまる」という立場をとる。本判決は、本件規定が平等権審

査のもとで別異取扱いの正当化が必要とされるほどに、非嫡出子と嫡出子を区別しているのかということの問題としたのである。つまり、本件における嫡出子と非嫡出子の区別は民法や戸籍編製に関する戸籍法の規定から生じているものであり、その事務処理上の便宜に資すること、本件規定は嫡出子の場合にも等しく別記載を要求している上記記載を欠く場合の受理等を禁止してはいいないこと、出生届の内容は仮に容易に開示されるならば、別記載は非嫡出子に影響を及ぼすことになるが容易には第三者に開示されないことから、正当化事由の存在それ自体を否定した³²。確かに、家族関係は本人や本人と新たな家族関係を形成する者にとっても正当な関心事となるものであり³³、戸籍における嫡出性の有無に関する事実は³⁴それ自体として具体的事実関係を示すものではなく、また、「戸籍法が届書の開示については戸籍の開示よりも厳格な要件を定めて」おり、「その内容が第三者との関係においてより容易に知られ得る状態に置かれ」ているものではない。こうした観点から、本判決では、本件で問題となっているのは「民法及び戸籍法において法律上の父子関係等や子に係る戸籍上の取扱いについて定められている規律」であり、相続差別の問題とは切り離して、すなわち、違憲決定とは区別して³⁵、出生届の嫡出の有無の記載の問題を検討し、本件規定は非嫡出子の権利、利益を侵害するものではないとするのである³⁶。

出生届における嫡出の有無の記載は民法上の嫡出・非嫡出子の区別をとするもの以上、この問題は民法上の非嫡出子に対する差別の問題と関連している。そうすると、こうした点についてはより慎重な考慮が求められることになる³⁷。先にみた違憲決定では、非嫡出子に対する差別を廃止する方向性を明確に打ち出している³⁸。特に、そのなかで注目すべきは、違憲決定が民法900条4号但書が違憲であることの根拠の一つとして、「戸籍法施行規則の一部改正（平成16年法務省令第76号）が行われ、嫡出子と同様に『長男（長女）』等と記載することとされ、既に戸籍に記載されている嫡出でない子の父母との続柄欄の記載も、通達（平成16

年11月1日付け法務省民一第3008号民事局長通達)により,当該記載を申出により上記のとおり更正することとされた」ことを挙げていることである。この論拠への依拠は,相続の場面以外においても非嫡出子に対する差別の問題を解消する方向性が明確になっていることを認め³⁹,そして,それを支持することの証左である。しかも,違憲決定は,「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず,子を個人として尊重し,その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」とし,自らの意思や努力では変えることのできない差別の問題に対して,今後も積極的に審査を行っていくことを明らかにしている⁴⁰(その意味で,違憲決定は,平等審査について,一定の理論的方向性を示したといえよう)⁴¹。そして,こうした着目すれば,出生届の記載についても違憲決定の射程が妥当し⁴²,高いレベルでの正当化事由が必要となる⁴³。そうすると,以下のように考えることができる。

民法上の嫡出・非嫡出子の区別が違憲であるならば,それに対応する出生届の嫡出の有無の記載⁴⁴もその合理性が厳格に問われなければならない⁴⁵。本件における問題は,「婚姻関係にない男女の間に出生した子」という記載が「純粋に価値中立的に意味しているか否かで」ある⁴⁶。そして,本件の場合には,出生届に嫡出の有無の記載させ続けることで嫡出性の問題が意識される状況が不必要に拡大されるという問題が存在する⁴⁷。ひいては,それが非嫡出子に対する差別を助長することにつながりかねない⁴⁸。違憲決定はこうした問題に対して,14条および24条の観点からアプローチした。本判決はこうした問題に応答していないが,違憲決定の射程を前提とした場合,こうした問題に応答すべきであろう⁴⁹。まず,14条との関係において,非嫡出子に対する差別は,歴史的に形成されたものであり,差別感情の共有を促進し,非嫡出子に精神的苦痛を発生させ過酷な状況を作り出していることは明確である⁵⁰。この点について,平成7年決定における尾崎裁判官の追加の反対意

見は以下のように指摘する。「非嫡出子は,古くから劣位者として扱われてきたが,法律婚が制度として採用されると,非嫡出子は一層日陰者とみなされ白眼視されるに至った。現実には就学,就職や結婚などで許し難い差別的取扱いを受けている例がしばしば報じられている。本件規定の本来の立法目的が,かかる不当な結果に向けられたものでないことはもちろんであるけれども,依然我が国においては,非嫡出子を劣位者であるとみなす感情が強い。本件規定は,この風潮に追随しているとも,またその理由付けとして利用されているともみられるのである」。また,平成15年判決における島田仁郎裁判官の補足意見は,「法定相続分は親による遺言のない場合の補充的なものであるということも合憲性の一つの根拠とするが,遺留分を考えると必ずしも補充的であるとばかりはいいい切れな側面もあると思われるし,また,非嫡出子が本件規定によって受ける不利益は,単に相続分が少なくなるという財産上のものにとどまらず,このような規定が存在することによって,非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ,あるいは見られるのではないかということで,肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できない」とする。こうした指摘が学説にも多大な影響を及ぼしている⁵¹。次に,24条との関係において,非嫡出子に対する差別の本質的な問題は⁵²,社会的差別を蔓延させ⁵³,そして,それが個人の尊厳を根こそぎにすることにある⁵⁴。こうした問題に対して手をのばすことが重要であり⁵⁵,烙印効果の除去が不可欠となる⁵⁶。

本判決は,正当化の段階において,出生届の記載の有無は,届書への記載は事務処理の便宜に資するものであること,職権による戸籍の記載も可能であるということに言及し⁵⁷,正当化すべき区別それ自体を否定してしまっている。しかし,非嫡出子に対する差別の実情を踏まえた場合,出生届の嫡出の有無の記載について合理的根拠が存在するか極めて疑わしい⁵⁸。実務上嫡出の有無を記載しなくとも出生届は受理されており,嫡出の有無の記載の必要性は乏しく,それを存置し続けること

の意義は存在していない。この点について、本判決でも挙げられている「平成22年3月24日付けで平成22年法務省民一第729号法務局民事行政部長及び地方法務局長宛て法務省民事局民事第一課長通知」では、「①届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載するよう補正を求めても届出人がこれに応じない場合には、届書の『その他』欄に子の称すべき氏又は入籍すべき戸籍を明らかにする方法による補正を求め、②届出人がその補正の求めに応じない場合においても、届書、添付書類及び戸籍簿の記載との対照等によって補正すべき内容を認定することができるときは、当該届書の付せん又は余白に認定した内容を明らかにした上で、当該届出を受理する旨を、各法務局及び地方法務局の管下の支局長及び管内の市町村長に周知」としている。また、本判決も「届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することを届出人に義務付けることが、市町村長の事務処理上不可欠の要請とまではいえない」と認めている。そうであれば、嫡出の有無の記載が社会的差別的の要因となる以上⁵⁹、「事務処理」という行政の便宜的理由により、出生届の嫡出の有無の記載が正当化されるとは言い難いというべきであろう⁶⁰。

7 むすび—非嫡出子に対する差別の問題をいかに考えるべきか⁶¹

非嫡出子差別一般の問題を考える場合に、「親が正規の婚姻をしているかどうかで、子供を区別し、差別する必要性は」存在しない⁶²。本件のように、仮にそれが伝統的な法律用語として使用されているものであっても⁶³、到底正当化できるものではない⁶⁴。嫡出の有無の記載事項を残し続けることは、表向きは事務上の処理を掲げつつも、実際には非嫡出子に対する固有の差別が疑われよう⁶⁵。また、本件規定の実際の意義が大きくないにもかかわらずそれを敢えて残すことで、嫡出の有無の記載させ続けることの象徴的意味は大きくなる⁶⁶。つまり、戸籍に非嫡出子と記載することは一見すると事実の問題に過ぎないようにみえるが、実質的には差別意図に満ち社会生活において差別効果をもたらすことになる⁶⁷。本規定も民法900

条4号但書と同様に、それがもたらす心理的害悪あるいはスティグマが問題となっている⁶⁸。本件規定が、非嫡出子に対する社会的差別的観念を蔓延させる一因となる以上⁶⁹、嫡出の有無の記載に伴い発生する心理的害悪あるいはスティグマの除去が必要不可欠となる⁷⁰。したがって、非嫡出子に対する差別の実態を見据えつつ⁷¹、「非嫡出子として出生した子どもの個としての尊厳」を重視して⁷²、出生届における嫡出の有無の記載に関する合理性を慎重に検討すべきであった⁷³。

つまるところ、非嫡出子に対する差別の問題そのものを克服するには⁷⁴、その原因の一つである出生届の記載方法を見直すことが必要となる⁷⁵。非嫡出子に対する差別の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法令の違憲性、違法性を検討することが不可欠である⁷⁶。そもそも、非嫡出子差別の大本である民法900条4号但書が違憲とされた以上⁷⁷、それが強く望まれる⁷⁸。そうすると、「本件のような事態に陥る嫡出でない子の問題の発生を将来にわたって極力避けるためには、父母の婚姻関係の有無に係る記載内容の変更や削除を含め、出生届について、戸籍法の規定を含む制度の在り方についてしかるべき見直しの検討が行われることが望まれるところである」と指摘する櫻井裁判官の補足意見は極めて妥当なものと言わざるをえない⁷⁹。

その後、兵庫県明石市では、2013年10月1日より、嫡出の有無の記載のない出生届の運用を始めたとされている⁸⁰。法務省から地方法務局を通じ法令違反との文書による指示を受けて、すでに配付した分については提出があれば受理するとしつつも、配布を中止した⁸¹。また、非嫡出子の相続分を嫡出子と同等にする民法の改正案が可決された一方で、本件で問題となった出生届の記載を見直す戸籍法の改正案は、否決された⁸²。

1 最判平成25年9月26日民集67巻6号1384号。

2 本判決については、松本哲治「出生届に嫡出子または嫡出でない子の別を記載させる戸籍法49

条2項1号と憲法14条1項」TKC Watch 憲法No.75(2014年),山本龍彦「戸籍法49条2項1号と憲法14条1項」平成25年度重要判例解説(2014年),君塚正臣「戸籍法四九条二項一号の規定のうち出生の届出に係る届書に『嫡出子』と『嫡出でない子』の別を記載すべきものと定めることは,憲法一四条一項に反しないか」判例論評667号(2014年)2頁。

³ 平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

⁴ 二宮周平「婚外子の平等化とジェンダー」ジェンダーと法7号(2010年)39~41頁。

⁵ 君塚・前掲注(2)4頁。

⁶ 高井裕之「『嫡出子』と『非嫡出子』の法定相続分差別」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法I 基本的人権』(悠々社,2010年)45頁。

⁷ 小野義美「戸籍続柄記載と非嫡出子差別」熊本ロージャーナル(2008年)3~4頁

⁸ 東京高裁平成7年3月22日判例時報1529号29頁。

⁹ 土井真一「住民票続柄欄における嫡出子と非嫡出子の区別記載の合憲性」法学教室判例セレクト95(1996年)8頁。

¹⁰ 戸籍は,その利便性の半面「国民はたえずその存在を意識しそれに縛られその重圧を感じ,国籍差別や非嫡出子差別などさまざまな差別の原因となっている」。戸籍制度全般については,水野紀子「戸籍制度」ジュリスト1000号(1992年)163頁~171頁を参照。

¹¹ 東京高裁平成17年3月24日。

¹² 最判平成14年1月31日民集56巻1号246頁。

¹³ 棟居快行『憲法フィールドノート第3版』(日本評論社,2006年)90頁。

¹⁴ 中曾久雄「憲法14条と民法900条4号但書(平成25年9月4日最高裁大法廷決定)」愛媛法学会雑誌40巻3・4号(2014年)。

¹⁵ 野山宏「民法九〇〇条四号ただし書前段と憲法一四条一項」『最判所判例解説 民事編平成七年度(下)』(1998年)662頁。

¹⁶ 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

¹⁷ 集民196号251頁判時1707号121頁,集民209号347頁判時1820号62頁,集民209号397頁判時1820号64頁,集民215号253頁判時1884号40頁,集民231号753頁判時2064号61頁。

¹⁸ 違憲決定が下れる以前に,平成15年3月31日判決時点で,最高裁は実質的に違憲となり,国籍法判決において平成7年決定における多数意見と反対意見が逆転した。高井裕之「遺留分における『嫡

出でない子』差別と憲法14条」ジュリスト1420号(2011年)10頁。

¹⁹ 最高裁は一貫して従来の枠組みに依拠している。大沢秀介「平等—国籍法違憲判決のインパクト」大沢秀介・大林啓吾・葛西まゆこ編『憲法.com』(成文堂,2010年)10頁。

²⁰ 非嫡出子と24条との関連については,君塚正臣「日本国憲法二四條『家族』の法意 非嫡出子差別事例を主な題材として」法律時報70巻6号(1998年)102頁。

²¹ 平等権の領域における目的・手段審査の意味については,芦部信喜『憲法学III人権各論(1)[増補版]』(有斐閣,2000年)30頁,佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂,2011年)211頁。

²² 渡辺康行「民法900条4号ただし書き前段の合憲性」TKC Watch 憲法No.73(2013年)2頁。

²³ 君塚・前掲注(2)4頁。司法審査基準に言及はしていないが,それは憲法学説を踏まえたものであるという。

²⁴ 違憲決定は立法目的とそれを達成する手段の合理性の審査という従来の判例の枠組みとは異なる審査枠組み,民法900条4号但書について,その目的を特定し,その関連において手段としての合理性を問うという枠組みを採用していない。この理由については,以下のように考えることができる。平成7年決定時点は,民法900条4号但書について「嫡出でない子の保護」を立法理由であることを認めたが,現在ではそうではなくなっており,違憲決定は,この見解を受け入れたということである。したがって,違憲決定が立法理由に言及しなかったのは,平成7年決定における見解の変更の有無について判断することを避けるためである。渡辺・前掲注(22)3頁。なお,調査官解説では,民法900条4号但書の立法理由について,平成7年決定では「法律婚の尊重と嫡出でない子の保護の2点を挙げたが,本件規定が嫡出でない子の『保護』の意味を持つといえるのは,嫡出でない子には相続権を与えないという考えもあることを当然のにした,法律婚の尊重と表裏の考え方によるものにはかならず,嫡出でない子の保護という立法理由は,独立した意味を持たず,「本来の立法目的としては,法律婚の尊重のみが挙げられるべき」とする。そして,「本決定が当然のとしていることは明らかであり,殊更この点を明示する意義は乏しい」という。こうした理由に基づき,違憲決定は法律婚主義のもとで民法900条4号但書によりもたらされる区分の合理性を審査するという。こうした審査の枠組みは,判例における憲法14条の平等権の審査の枠組みから導出されるものであるとい

う。判例は平成7年決定に見られるように、立法目的に合理的根拠が存在するか、立法目的と区別の関連性を問うてきた。しかし、こうした枠組みはあくまで合理的根拠の有無を判断する1つの手法であり、常に、この枠組みを採用する必要はないというのである(確かに、平等権のリーディングケースにおいては平等権について「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」であるとして、目的、手段について言及はしていない)。さらに、平等権の領域における二重の基準論も適用の在り方や審査基準は明確ではなく、憲法適合性判断は機械的当てはめの作業ではない。最高裁が憲法適合性の基準について、事柄の性質の応じた合理的根拠に基づくか否かという以上に一般論を明確にしないのは、平等権違反が問題となる事案の多様性を踏まえた優れて実践的な発想によるものであるという。そのために、違憲決定は従来の審査枠組みを変更するものではないということになるのである。伊藤正晴「時の判例」ジュリスト1460号(2013年)90,92頁。

²⁵ 木村草太「自由と公共の距離—西村裕一『人権と公共性』論・再考—」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』(有斐閣,2014年)191頁。

²⁶ 安西文雄「『法の下での平等』に関わる判例理論」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣,2012年)207頁。

²⁷ 木村草太「法の下での平等—差別の問題と厳格審査の理論」南野森編『憲法学の世界』(日本評論社,2013年)189頁。

²⁸ 蟻川恒正「婚外子法廷相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号(2013年)112頁。

²⁹ 太田裕之「民法900条4号ただし書と憲法14条」ジュリスト1398号(2010年)13頁。

³⁰ 棟居快行『憲法解釈演習第2版』(信山社,2009年)137~138頁。

³¹ 違憲決定における救済の説示は極めて重要である。なぜ、こうした説示が必要であり、また、重要であったのか。違憲判断を貫徹させた場合、つまり、平成13年7月以降において民法900条4号但書が違憲無効であるとする、①民法900条4号但書の法的効果をとす判決、②審判等について民訴法338条1項8号所定の再審事由があるか、③民法900条4号但書の法的効果をとす和解、調停、遺産分割協議は錯誤無効となるか、民法900条4号但書のもとでの可分債権・債務の当然分割について、法律上の原因を欠くものであったとする不当利得返還請求等ができるか、ということが裁判上争われる可能性がある。①については、再審事由に該当する余地があり、最高裁の判例が固まるま

では再審の申立てが一定数行われることは避け難い。また、②についても、錯誤無効を主張して紛争が生ずることは避け難い。さらに、③については、違憲判断の遡及効を貫徹させると、法律上の原因を一部欠くものとして不当利得を構成する余地が大きい。伊藤・前掲注(24)94頁、中村心「もしも最高裁が民法900条4号ただし書の違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー(2012年)198頁。

そうすると、違憲判断の遡及効をあらゆる場面において貫徹することは、憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合に該当し、憲法の所期するところに反することになる。そこで、実務の混乱を防止するとともに関係者に与える不利益を最小限にとどめるための指針が必要となる。こうした問題に応じるために、違憲決定は遡及効の否定という指針を提示する。問題はその根拠であるが、違憲判断に法の創造機能が含まれることを完全に否定し去ることもできない以上、違憲判断の効力の範囲について、その遡及効を一定の範囲に制限する合理的解釈を新たに宣明することは許容される。違憲決定における法廷意見は、遡及効を制限するための理論的根拠については言及しないが(なお、千葉勝美裁判官の補足意見はその根拠を説明している)、司法審査権も法的安定性を著しく害することなく、また、社会生活上看過し難い混乱が生じないようにこれを行使することが憲法を頂点とする全法秩序により求められる。それは司法審査権に課せられた内在的制約であり、あるいは、包括的に最高裁に司法審査権を認めていることから、違憲判断により当該法律等がその効力を失う範囲について、司法審査権に付随する権限として、憲法上最高裁にその判断が委ねられていることになる。伊藤・前掲注(24)95頁。

違憲決定の提示した救済策は、実質的には立法措置を行ったことの等しいものであり、それは司法審査権における立法機能、あるいは、政策形成機能を正面から認めるものでもある。違憲決定は司法審査権に関する機能について新たな議論の契機となるものであり、今後の司法審査のあり方、救済の在り方を考える上で極めて重要であるといえよう。

³² 山本・前掲注(2)18頁。本判決が「正当化」段階に実質的に踏み込まなかった背景には、伝統的な合理的区別論があると指摘される。

³³ 土井・前掲注(9)9頁。

³⁴ 民法の定める身分行為があった場合に戸籍に身分変動が記載され、民法は実体を規定し戸籍法は手続を規定することになる。齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」公法研究75号

- (2013年) 119頁。
- 35 渡辺・前掲注(22) 4頁。
- 36 山本・前掲注(2) 18頁。
- 37 土井・前掲注(9) 9頁。
- 38 こうした論拠への依拠は下級審判決においても見出すことができる。大阪高等裁判所平成23年8月24日。大阪高裁の決定については、中曾久雄「民法九〇〇条四号但書の合憲性(大阪高等裁判所平成二三年八月二四日)」岡山大学法学会雑誌62巻4号(2013年)。
- 39 小野・前掲注(7) 16頁。
- 40 土井真一「法の支配と違憲審査」論究ジュリスト2号(2012年)166頁。そもそも、裁判所は早い時期から差別解消に積極的な姿勢を示してきたと指摘する。
- 41 土井・前掲注(40) 167頁。
- 42 大林啓吾「平等—嫡出事項を戸籍に記載することの合憲性」新井誠編『ディベート憲法』(信山社,2014年)72~73頁。
- 43 山本・前掲注(2) 18頁。
- 44 内野正幸「住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方：国賠法上の違法性と違憲性の判断基準を中心にして」筑波法政16号(1993年)294頁。
- 45 西希代子「嫡出子と非嫡出子」法学教室358号(2010年)12~15頁。
- 46 松本・前掲注(2) 4頁。
- 47 まさに、民法900条4号但書は差別的なメッセージを発するものとして機能してきた。木村草太『平等なき平等条項論』(東京大学出版会,2008年)206~209頁。
- 48 木村草太「表現内容規制と平等条項—自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト1400号(2010年)98頁、齊藤笑美子「婚外子相続区分別と憲民関係」法律時報85巻5号(2013年)45頁。
- 49 辻村みよ子「国籍・家族と平等」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正『新版 憲法判例を読みなおす』(日本評論社,2011年)68頁。
- 50 中曾・前掲注(38) 118頁。
- 51 太田・前掲注(27) 13頁。
- 52 高井・前掲注(6) 45頁。
- 53 木村草太「民法900条4号ただし書前段と平等原則」ジュリスト1440号(2012年)17頁。
- 54 井上典之『憲法判例に聞く』(日本評論社,2008年)61頁。
- 55 石川健治「最高裁民事判例研究」法学協会雑誌114巻12号(1997年)1553頁。
- 56 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト1037号(1994年)178頁。
- 57 松本・前掲注(2) 3頁。
- 58 齊藤・前掲注(34) 126頁。
- 59 君塚・前掲注(2) 3頁。
- 60 君塚・前掲注(2) 4頁。
- 61 この問題については、中曾久雄「民法900条4号但書の合憲性の行方」愛媛大学教育学部紀要60巻(2013年)276~277頁。
- 62 長尾英彦「非嫡出子記載取消請求事件判決について」中京法学26巻3・4号(1992年)12~13頁。
- 63 松本・前掲注(2) 4頁。「言葉狩り的な差別語排斥には逆に警戒が必要な側面もないわけではないが、『嫡』の文字には、過剰に正統性を意味するニュアンスが付着し、しかも、「法律婚制度の意義が正しく理解され、制度の整備が進められるべきであるとともに、伝統的に用いられてきた法律用語だから差別語にならないというような思考の惰性も生むべきではないであろう」と指摘する。同様の指摘として、君塚・前掲注(2)3頁。「文字としても『嫡』には正統を示す意味が」あり、「法的に異なるからと言って、明治民法下のように、認知の有無で『庶子』、『私生子』と表記することは今日許されず、当該別異取扱いが違憲違法不当なものであれば、記載の合理性も失われよう」と指摘する。
- 64 棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト1336号(2007年)42頁。非嫡出子の正当性を維持するアプローチは皆無であると指摘する。
- 65 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』(日本評論社,2013年)171頁。
- 66 山本・前掲注(2) 18頁。
- 67 大林・前掲注(42) 79頁。
- 68 山本・前掲注(2) 18頁。
- 69 心理的害悪あるいはスティグマは、一方で、被差別者は自尊を奪い、「意欲的なライフ・プランの遂行」を妨げ、他方で、「諸々の権利・利益の不平等配分がなされるがゆえに、被差別者はライフ・プランの構成・実現において支障」が生じると指摘されている。安西文雄「平等」樋口陽一編『講座 憲法学3』(日本評論社,1994年)101頁。関連して、スティグマのメッセージを発することで、メッセージの名宛人が社会的に排除されるというメッセージの害悪をもたらし、それが個人の人格にとり、著しい害悪になるという。こうしたスティグマのメッセージに無関心であってよいわけではなく、14条1項は、国家を名宛人として、その構成員に対して「平等な尊重と配慮」を求める客観法上の原則として、現れることになるという。西村裕一「まなざしの憲法学」木村・西村・前掲注(25)

150,152 頁。

70 高井・前掲注(57) 178 頁。

71 齊藤・前掲注(34) 121 頁。ことに、戸籍には戸籍の記載内容とは独立して、その記載内容が個人あるいは個人の人間関係に関する「倫理的判断」と結びつく側面を有している以上、戸籍には技術以上の意味合いを有している。

72 辻村・前掲注(49) 68 頁。

73 戸籍における嫡出の有無の記載の強制の合憲性は相当程度疑わしいものであるとして、憲法に反する民法、戸籍法の解釈・運用は許されないとする。君塚・前掲注(2) 4 頁。なお、届出義務者である親に「嫡出でない」旨を記載させること自体が、憲法14条以外の権利・自由を侵害する可能性もあるという。例えばそれが、親の信条に反する行為を強制する点において、憲法19条を侵害する可能性もあるという。また、憲法13条が「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」を保障することに鑑みれば、日本国民としての登録にかかわって、親に、自らの子が嫡出でない旨の記載を義務付けることは、憲法13条の保障する人格的な価値に抵触する可能性もあるとする。山本・前掲注(2) 18 頁。

74 齊藤・前掲注(34) 126 頁。戸籍制度と民法における嫡出子差別は補強関係にあり、秘匿による差別の抑止よりも差別そのものに対する取組が必要であることを指摘する。

75 土井・前掲注(9) 9 頁。なお、戸籍について、個人を特定する情報のみを記載し過剰な個人情報に記載すべきではないとして、戸籍が憲法上許容されても、今後戸籍における記載を「個籍」に近づけるべきであるという。君塚・前掲注(2) 4 頁。

76 小野・前掲注(7) 20 頁。

77 君塚・前掲注(2) 4 頁。

78 小野・前掲注(7) 16 頁。

79 ただし、裁判官が判決文において立法政策を主張し得るかどうかが問題はある。君塚・前掲注(2) 4 頁。

80 2013年10月1日付毎日新聞。

81 松本・前掲注(2) 4 頁。

82 2013年11月20日付産経新聞。民主党などが提出した改正案に公明党は賛成したが、自民党が反対したために否決された。