

## 戸籍法49条2項1号の規定のうち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ものと定める部分と憲法14条1項

西山 千絵

最高裁判所平成25年9月26日第一小法廷判決（平成24(行ツ)399号）

民集67巻6号1384頁——棄却

### 【事案の概要】

本件は、X1（以下「X父」という。）が、X2（以下「X母」といい、X父とあわせて「X父母」という。）との間の子であるX3（以下「X子」という。）にかか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（以下「区長」という。）により上記届出が受理されず、X子に係る戸籍及び住民票の記載がされなかったところ、Xらにおいて、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、この部分を「本件規定」という。）は憲法14条1項に違反するなど主張して、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X子にかか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た事案である。

(1) X父母は、平成11年以降、東京都世田谷区内で事実上の夫婦として共同生活をしている。X父母の間には、同17年3月、X子が出生した。

(2) X父は、区長に対し、同17年4月11日、自らを届出人としてX子にかかる出生の届出（以下「本件届出」という。）をしたが、その届書中、嫡出子又は嫡出でない子の別を記載する欄を空欄のままとした。区長は、X父に対し、その不備の補正を求めたが拒否され、さらに、届書の記載が上記のままでも、区長において認定

した事項を記載した付せんを届書に貼付するという内部処理をして受理する方法を提案したものの、この提案も拒絶された。そこで区長は、同日、本件出生届を受理しないこととした。

(3) X父は、区長に対し、同年5月19日、X子につき住民票の記載を求める申出をしたが、区長は、本件届出が受理されていないことを理由に、上記記載をしない旨の応答をした。

(4) なお、Xらは、平成18年に世田谷区を被告として、X子に係る住民票の記載をしないとの応答の取消し、同控訴人に係る住民票の記載の義務付け及び国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める訴え（以下「本件前訴」という。）を提起し、平成21年4月17日、上告審判決の言渡しを受けた（最高裁平成21年4月17日第二小法廷判決・民集63巻4号638頁。以下「本件前訴最判」という。）。本件前訴最判は、「住民基本台帳は、出生した子が当該市町村に住所を有する限り、戸籍の記載がされたか否かにかかわらず、最終的には、それらの子につきすべて住民票の記載をすることを制度の基本としており、その記載を基礎として、住民に関する事務処理が行われるのであるから、その記載がされなければ、当該子が行政上のサービスを受ける上で少なからぬ支障が生ずることが予想される。したがって、戸籍に記載のない子については、届出の催告等による方法により住民票の記載をするのが原則的な手続であるとはいえ、その方法によって住民票の記載をすることが社会通念に照らし著しく困難であり又は相当性を欠くなどの特段の事情がある場合にまで、出生届が提出されていないことを理由に住民票の記載をしないことが許されるものではなく、このような場合には、市町村長に職権調査による方法で当該子につき住民票の記載をすべきことが義務付けられることがあるものと解される」として、当該事件における住民票不記載の違法性を否定しつつも、戸籍に記載のない子について職権調査による住民票の記載を法の趣旨に反せずと、その余地を認めていた。

(5) その後、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別が記載されていない場合の取扱いにつき、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（以下「平成22年通知」という。）が発出され、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するものとされた。

(6) 平成22年通知の発出後も、X子の出生に係る届出義務者（戸籍法52条2項）であるX母からは、上告人子に係る出生の届出はされなかった。

(7) 上告人らは、平成23年3月8日、本件訴えを提起した。本件上告の提起後、区長は、X母に対し、平成24年11月22日、戸籍法44条1項に基づき上告人子に係る出生の届出をするよう催告し、同年12月7日、同条2項に基づき再度の催告をしたが、所定の各期間内にX母からX子に係る出生の届出はされなかった。そこで、区長は、同月25日、同条3項において準用される同法24条3項に基づき、X父が胎児認知の届出をしたX母の本籍地の市長に対し、X子の出生に係る届出義務者による届出がされていない旨の通知をしたところ、同市長は、同法44条3項において準用される同法24条2項に基づき、職権によりX子に係る戸籍の記載をした。これに伴い、同市長が区長に対し住民基本台帳法9条2項に基づく通知をしたため、区長は、平成25年1月21日、同法施行令12条2項1号の規定によりX子に係る住民票の記載をした。

これらの措置を受けて、Xらは、本件訴えのうち、X子に係る住民票の記載の義務付けを求める請求等に係る上告を取り下げた。そのため、本判決の審理判断の対象は上記の各請求に関する部分に限定された。なお、原審、原々審ともに、本件規定の憲法14条1項違反はないとしている。

## 【判旨】

上告理由のうち本件規定が憲法14条1項に違反する旨をいう部分について

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、不合理な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきことは、当裁判所大法廷判決の示すとおりである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号

676頁等)。

出生の届出は、子の出生の事実を報告するものであって、その届出によって身分関係の発生等の法的効果を生じさせるものではなく、出生した子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであるか、また、嫡出でない子である場合にいかなる身分関係上の地位に置かれるかは、民法の親子関係の規定によって決せられるものである。そして、民法は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずるものとして法律婚主義を採り(739条1項)、これを前提として、父母の婚姻関係の有無によって、法律上の父子関係など子の身分関係について異なる規律を定めている。すなわち、民法は、嫡出子については、婚姻中の妻の懐胎の事実から当然に夫との父子関係が推定されるものとして嫡出推定の制度(772条)を採用し、父母の氏を称する(790条1項)などとする一方で、嫡出でない子については、認知によって父子関係が発生するものとして認知制度を採用し(779条、787条)、母の氏を称する(790条2項)などとしている。また、戸籍法は、戸籍の編製について一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに編製するものとしている(6条)とて、原則として、嫡出子については父母の戸籍に入るものとし(18条1項)、嫡出でない子については母の戸籍に入るものとする(同条2項)などとしている。

このように、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前提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、(中略)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（中略）、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。

以上によれば、本件規定は、嫡出でない子について嫡出子との関係で不合理な差別的取扱いを定めたものとはいえず、憲法14条1項に違反するものではない。

なお、櫻井龍子裁判官の補足意見がある。

## 【検討】

### I. 問題の所在

1 戸籍は、日本国籍を有する者についてその親族的身分関係を登録し、公証する公簿である。戸籍法49条2項1号（本件規定）によれば、出生の届出にかかる届書には嫡出子又は嫡出でない子の別が記載されなければならないが、不記載の場合には、これを不適切な届出として不受理処分をすることも違法とされてはいない（最高裁平成18年9月8日第三小法廷決定・判例集未登載、原決定は東京高裁平成18年1月30日決定・判例集未登載）。非嫡出子という用語やそうした分類そのものに差別的意味合いをみとめる人々からは、届書中、「嫡出子」と「嫡出でない子」とを区別して明示的に表記することの違憲性が主張されている。

なお、平成16年11月11日の戸籍法施行規則の一部改正により、戸籍の表示上、嫡

出でない子の続柄欄は、嫡出子の場合と同様の記載方法に改められたが、出生届書の様式における嫡出性の有無の記載は依然として削除されないままである\*<sup>1</sup>。本判決は、「上告人子に係る戸籍の記載は、上記の規定〔戸籍法44条3項、同24条2項〕に基づいてされたものである」などとして、出生届が不受理のままに、子どもの戸籍の記載とそれを受けて住民票の記載とがなされた事態を肯認しており、届出の催告を経ても戸籍を作成しないことや、無戸籍のなかで住民票を職権作成しないことの違法性いかんも、今後問われてこよう\*<sup>2</sup>。しかし、本稿においては、本件規定のうち嫡出子又は嫡出でない子の別の明記を求める部分は今もって必要であったのか、その憲法14条に定める平等原則の違反にかかる点を主たる対象として論じるものとする。

2 子にとっての父母の婚姻関係の有無（あるいは父・母の配偶者関係）と、カップルにとっての婚姻関係の有無がもつ意義はもとより異なる。後者では、基本的に双方の意思によって、法的婚姻の効果を享受するともしないとも決められるが、「出生は、子にとってこの世への強引な拉致である」\*<sup>3</sup>との端的な表現に言い表されているように、子は、父母の要求に取り込まれ、自らは父母も実親子関係も、名の選択をもその意思によるところなく生を受ける\*<sup>4</sup>。何によってこれを「正当化」\*<sup>5</sup>し、もしくはあがないうるかという観点は、憲法上の諸法益の調整をうかがう議論においても、十分顧慮されるべきと考える。

\*<sup>1</sup> たとえば、二宮周平「〔本件前訴訟審判決〕判批」平成20年度主要民事判例解説（2009年）134-35頁参照。また、山本隆司「私人の法的地位と一般法原則(5)一住所・住民・住民票」法教352号（2010年）48-51頁の本件前訴訟判に対する分析も参照。

\*<sup>2</sup> 本件前訴訟最判の段階では、「市町村長は、父又は母の戸籍に入る子について出生届が提出されない結果、住民票の記載もされていない場合、常に職権調査による方法で住民票の記載をしなければならぬものではなく、原則として、出生届の届出義務者にその提出を促し、戸籍の記載に基づき住民票の記載をすれば足りるものというべきである」として、あくまで職権記載は特例的な手続であると狭く解していた。なお、松本哲治「本件判批」新・判例解説watch vol.14（2014年）31頁では、本件前訴訟最判や平成22年通達を受けた行政の対応について、「不記載はいずれ住基法上違法と評価されるものであることにもよるのである」（33頁）との理解が示されている。もともと、最高裁が特例の幅をより広げる立場に向かうかは、本判決だけでは明らかでない。

\*<sup>3</sup> 水野紀子「〔高松高裁平成16年7月16日判決〕判批」判タ1169号（2005年）98頁。

\*<sup>4</sup> 氏名にかかる利益の法的構成と憲法13条との議論の整理に関して、佐々木くみ「〔東京地裁平成25年5月24日判決〕判批」新・判例解説watch vol.14（2014年）27頁参照。

\*<sup>5</sup> 水野・前掲・98頁。なお、水野教授は、父の死後凍結精子で生まれた子の認知請求という文脈で、これに否定的な見地から「〔人生の〕重荷をあえて背負わせる新しい命の創造は、生きている両親の意思によって、はじめて正当化できることである」と、生存する両親の生殖子による生命創造を「拉致」の条件として説かれた。

## II. 本件規定（戸籍法49条2項1号）の平等原則違反について

1 本判決は、本件規定における嫡出子・非嫡出子の別がもたらす効果について、「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」と指摘した。戸籍法に基づく出生の届出は、子の出生の事実を報告するものであって、その届出によって身分関係の発生等の法的効果を生じさせるものではないからである。

それでは、本件規定は「嫡出子」又は「嫡出でない子」の別をなぜ出生届に記載すべきだとしているのか。この点、本判決は、親族的身分関係を登録、公証する戸籍の特性を踏まえつつ、「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」目的からと解した。すなわち、法律婚主義の制度の下において身分関係上に法的差異があり、また、これを前提とする戸籍処理上にも法的差異がその限りであることに、父母の婚姻関係の有無にかかる記載の区分の理由が求められている。

他方また本判決は、届出人が嫡出子又は嫡出でない子の別を記載しない場合、当該届出にかかる子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであろうと、届出の受理や職権による戸籍の記載が可能であることなどに言及しつつ、冒頭のように「本件規定それ自体によって、(中略) 差異がもたらされるものとはいえない」と結論づけたわけである。最高裁としては、戸籍法の本件規定は民法の親子関係の規定によって決められた身分関係を受けての対応にすぎず、しかも、運用上「子」は同じように扱われるから問題ないという正当化の趣旨であろう。

2 しかし、疑問は残る。嫡出子であることを記載しないケースが比較できるほどあるだろうか。また、認定事項を記載した付せんを出生届書に貼付する内部処理をして受理する方法や、職権による戸籍の記載は、戸籍法の趣旨からすれば特例的な方法でしかない。本判決は、本件規定の解釈として、嫡出子又は嫡出でない子の別の記載に欠缺がある場合には「届出は瑕疵のあるものとなる」と一旦認めたように、母の戸籍に入るべきであった無戸籍の子について、出生届の提出を待たずに職権により戸籍の記載をするのは、本来予定された手法ではない。戸籍法22条が「父又は母の戸籍に入る者を除く外、戸籍に記載がない者についてあらたに戸籍の記載をすべきときは、新戸籍を編製する」と明定しているのに対し、何ら積極的に設けられてもいない手法である。届出の催告（同法44条）によって届出義務者に届出義

務の履行を促す一方、出生届書に嫡出子又は嫡出でない子の別があえて空欄となる事情なども勘案せざるを得ないからこそ、これを補完する方法を通達（平成22年通知）で補ったのが現状であり、それでなおさら本件規定の合理性が問われることにはならなかったか。

しかるに、本判決は、嫡出性の有無は「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（中略）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、記載を求める必要性が比較的高くないことも示唆する\*6。また、「市町村長は、特に重要であると認める事項を記載しない届書を受理することができない」と定める戸籍法34条2項について、「特に重要であると認める事項の記載を欠くものでない限り、その届出を受理することはできる」と解したうえで平成22年通知の位置づけを確認していた点からも、最高裁は、出生届書の記載事項のうち嫡出子又は嫡出でない子の別を、「特に重要」とまで評価していなかったと言いうる。少なくともその事務処理の便宜に資するという意味で、必要性を認めうるとしたにすぎない。

本判決は、嫡出子又は嫡出でない子の別の記載が必要不可欠なものでないと示唆しつつ、本件規定の合憲性を決定したわけである。以下では、従来の裁判例と本判決との関係を整理しつつ、平等原則違反の判断を支える思考を再検討したい。

### Ⅲ. 従来の裁判例と本判決の位置づけ

1 憲法14条1項は法の下での平等を保障しており、同項後段にいう「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」以外の事由に基づくものも含めて、合理的な根拠に基づかない区別による「不合理な差別的取扱い」を禁止する趣旨と解することは、判例法理として形成されている。本判決も、町長が町条例に基づき過員整理の目的で行なった町職員に対する待命処分につき、55歳以上の高齢者であることを一応の基準としたうえ、その該当者につきさらに勤務成績等を考慮してなされたものであるときには憲法14条1項および地方公務員法13条に違反しないとされた事例（最高裁

---

\*6 なお書きである等の議論構造は、山本龍彦「本件判批」平成25年度重判解（ジュリ1466号、2014年）18頁の解説を特に参照。櫻井龍子裁判官の補足意見はこの点に関連しており、松本・前掲注(2)・3-4頁の記述も参照。



昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、以下「昭和39年大法廷判決」という。)を引用判例としている。

昭和39年大法廷判決では、「事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすること」は平等原則に違反しないとされ、ゆえに以降の裁判例では専ら「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくもの」として正当化される取扱いかどうか焦点となってきた\*7。刑法旧200条の尊属殺重罰規定が平等原則に違反するとされた最高裁昭和48年4月4日大法廷判決(刑集27巻3号265頁、以下「尊属殺違憲判決」という。)では、刑法旧200条の合憲性は「差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられる」としながら、①同条の立法目的が憲法14条1項の許容する合理性を有するか、②刑罰加重の程度が立法目的達成の手段として著しく不合理であるか、の2つの観点から検討が加えられ、判断枠組みはより明確になっていた。そして、②について取扱いの区別の著しい不合理があったことから、尊属殺違憲判決が導かれたのは周知である。すなわち、「立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならぬ」と示されたように、尊属殺の刑を加重する刑法旧200条の規定を設けること自体は正当としつつ、尊属殺の法定刑が普通殺の法定刑との比較において適正かという点からも検討すべき問題とされていた\*8。

さらに、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限って日本国籍の取得を認めていたことにより国籍の取得に関する区別を生じさせていた国籍法旧3条1項の規定を平等原則違反とした最高裁平成20年6月4日大法廷判決(民集62巻6号1367頁、以下「国籍法違憲判決」という。)では、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、「区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場

---

\*7 憲法適合性審査の密度について、蟻川恒正「婚外子法廷相続分最高裁違憲決定を読む」法教397号(2013年)105頁参照。山本・前掲注(6)・18頁も参照。

\*8 尊属殺違憲判決の田中二郎裁判官意見では、旧200条が刑を加重すること自体は憲法14条1項に抵触していないとする多数意見に対して、「これを処罰に反映させても不合理ではないという観点に立つとすれば、尊属殺査について通常の殺人に比して厳しい法定刑を定めるのは当然の帰結であって、処断刑3年半にまで減輕することができる現行の法定刑が厳しきに失し、その点においてただちに違憲であるというのでは、論理の一貫性を欠く」と批判された。

合又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解される」として、①立法目的の合理性と、②立法目的と当該区別との合理的関連性の2つの観点から判断した。取扱いの区別と立法目的との関連性を問うことで、まだ比較的詳しく合理性の存否が検討できたと言いうる。

しかし、本判決に先立ち、旧民法900条4号ただし書前段の規定を遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反し無効とした最高裁平成25年9月4日大法廷決定(民集67巻6号1320頁、以下「婚外子相続分差別違憲決定」という)はといえば、「相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである」としつつ、「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が、(中略)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」に当該区別が違憲となる旨を述べたにとどまる。引用判例に昭和39年大法廷判決と並んで尊属殺違憲判決を掲げたとはいえ、立法目的とその手段の均衡に着眼した同判決とも、国籍法違憲判決とも異なる判断枠組みは、明確性の点で後退した\*<sup>9</sup>。最高裁平成7年7月5日大法廷決定(民集49巻7号1789頁、以下「婚外子相続分差別合憲決定」という。)では、「本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法14条1項に反するものということとはできないというべきである」として、引用判例としてはいないが尊属殺違憲判決に類する考え方をとっていただけに、判例の態度は捉えがたい\*<sup>10</sup>。

全体としては、憲法適合性の判断枠組みにつき、前記昭和39年大法廷判決が設定した、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づく区別を許容するという、いずれ

\*<sup>9</sup> いわゆる審査密度に関連して、「一般的な立法裁量の尊重に加えて、当該事案類型に固有の立法裁量の広範さを認めることができる事案類型である場合に、『立法理由』の合理性とともに、別異取扱いが著しく不合理なものであるか否かをみるという極めて緩やかな基準を『判断枠組み』として用いるのが、私の理解する最高裁の立場である。」蟻川・前掲注(7)・105頁。

\*<sup>10</sup> 「先例選択は意図的なもの」「例示列挙説の確認を求めてきた」と指摘する石川健治=大村敦志「[婚外子相続分差別違憲決定]判批」法協114巻12号(1997年)100頁を参照。

をもって合理性を認めるかで調整の余地のある基準から逸脱することはなかったといえよう<sup>\*11</sup>。その意味でも、自尊の念を喪失するような社会的身分の差別をめぐり、厳格な審査への要望に対する、あるいは「アメリカ流『疑わしき区別』論に対する、強い反対のメッセージ」<sup>\*12</sup>は、発信され続けている。

2 本判決に戻ると、もとより従来判例を基調としたものである。ただし、本件規定それ自体に存する差異が差別的取扱いであるのか、そうとすれば合理的な根拠に基づくものであるかどうか、これらの問題を構成する前の段階の問題として、本件規定によって嫡出子との関係で嫡出でない子にいかなる相違が発生していたかの検討が先行した。概要は先にも述べたとおりであるが、(1) 本件規定によって嫡出でない子の身分関係上の地位に差異が生じない、(2) 本件規定において嫡出でない子に戸籍処理上の差異が設けられていないことから、憲法14条1項違反の前提を欠くとの判断が展開されている。

特にこの(2)に関して付記すると、戸籍の開示とは異なり原則非公開になっていることに照らして、嫡出子の身分又は嫡出でない子の身分にかかる出生の届書の記載が「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」などと判示され、本件規定における出生届書の記載からプライバシーの面で不利益は生じていないというのである。平成17年3月に出生した本件のX子は、「嫡出でない子」の記載がなされず適法な出生届が提出されないまま、結局のところは戸籍と住民票いずれも平成25年1月に至るまで作成されずにいたが、この点はあくまで届出人の懈怠によることとされてか、本件規定に基づく不利益とは解されなかった<sup>\*13</sup>。

本判決が、上記記載の区分を憲法14条1項の意味における差別的取扱いにあたらないと論ずるのは、本件規定によって嫡出でない子に嫡出子との関係で差異が生じないとの認識に基づく。もとより、本件規定の合理性は正面から問われていない。

---

<sup>\*11</sup> この点、憲法14条1項違反が問題となる事案の多様性も踏まえた、優れて実務的な発想に基づくとの調査官解説がある。野山宏「[最高裁平成7年7月5日決定]判解」平成7年度最高裁判所判例解説民事篇(下)648頁参照。

<sup>\*12</sup> 石川・前掲注(10)・100頁参照。

<sup>\*13</sup> 「子の法的地位とは無関係な問題として処理することが許されるのであろうか」と疑問を投げかけるものとして、武田芳樹「本件判批」法セミ708号(2014年)118頁。また、母に子どもの非嫡出性を強いて記入させることの問題性について、山本・前掲注(6)・18頁も参照。

本件規定によって嫡出子との関係で身分に差別は生じないという合憲性の主たる理由づけでは、本件規定の根拠に関連して「およそ合理性を欠くものということではできない」と述べられはしたものの、「補足的に言及した」<sup>\*14</sup>とする見方がおそらく有力である。合理性を欠くには至っていないという程度の上記記載それ自体の不可欠性、必要性の程度は、まだ本判決にとっては一応の論拠たりえるのであろう。しかし、婚外子相続分差別違憲決定やその後の法改正を受け、(合理性を一応評価したとはいえ)本件規定を支える論拠が乏しくなったことは、最高裁も承知していたのではないかと伺われる。

3 嫡出子又は嫡出でない子の別の記載はそもそも差別的取扱いなのかを問い、それを具体的な差異の有無に照らして判断する審査のあり方は、本判決の特徴と言える。もっとも、たとえば国籍法違憲判決では、日本国民である父から出生後によく認知された婚外子が日本国籍を取得できなかったことについて、「子の被る不利益は看過し難いものというべきであり、このような差別的取扱いについては、前記の立法目的との間に合理的関連性を見だし難い」などと判示されている。婚外子相続分差別違憲決定でも不利益に焦点が合っており、憲法14条1項における差別的取扱いは、直接の不利益をもたらさない限り存在しないものとして、前提されていたであろう。

ただ、婚外子・婚内子間のような身分の不用意な区別が差別感を生むこともある。法的地位に差異がもたらされないことで不問に付されるならば、最高裁にとって「差別されない」ことの保障とは何だろうか。例を挙げれば、平成25年の民法改正で旧900条4号ただし書前半部分が削除され、嫡出子も嫡出でない子も「子」の語に集約されたが、仮に改正後の規定が「ただし、嫡出でない子の相続分は、嫡出子の相続分と同等とする。」とされれば、問題は生じたであろうか。不利益の有無に着目すると、それ自体でもはや不利益は生じていない以上、差別はないことになる。差異を設けていないはずの本件規定の区別記載でも、実際にはほとんど婚外子の記載で引っかけ、そのために婚内子と比べればX子のような婚内子に弊害が生じるの

---

\*14 判タ1396号143頁の本判決匿名コメントでは、「そもそも本件規定が差別的取扱いに当たらないことが憲法14条1項適合性の主たる理由とされているものと解され、本件規定の合理性については補足的に言及したにとどまるものと思われる」と、指摘されている。

であるが、婚外子に限られない建前をとっている。

本判決は、あくまでも市町村長の事務処理の便宜に資する点で本件規定における上記記載の一応の合理性を認めており、従来の平等原則違反にかかる判例の立場に沿って合憲と結論づけたもので、本件規定に積極的支持を与えたというわけでもない。しかし、本件規定に基づく区別記載は、合憲の決定によって正当化を得ることとなり、それを受けた国会でも戸籍法の改正は成らなかった。そうすると、かつて民法旧900条4号ただし書前段に対して向けられた、「保護の程度について非嫡出子を嫡出子に対し劣位に置いている」<sup>\*15</sup>、「権利の侵害あるいはそれよりも一層深い『人間の尊厳』を傷つける事態が存在する」<sup>\*16</sup>といった憲法学説の数々の懸念や批判に照らすに、婚外子差別違憲決定を経ても、実体的な不利益に対する最高裁の態度には何ら変わりはないかもしれない。とりわけ婚外子の立場において、汲みとられてしかるべき侵害の潜在について考えてみる余地がある<sup>\*17</sup>。

#### IV. 個人の尊重と嫡出でない子（婚外子）の身分および平等原則違反

1 本件において、Xらは、「嫡出でない子」という文言を用いることは「婚外子に対する不合理な差別的取扱い」と主張したが<sup>\*18</sup>、本判決は、「表現の当否を論ずるに帰するもの」としてこれを斥けた。それは無神経ではあるが、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何らかの適当な用語があてられていれば、出生届書に婚外子と婚内子とを明確に区別して記載させてもよいのかという問題は残る。すなわち、本件で問われていたのは、それ自体では法的地位に大きな差異がもたらされない「区別」であった。しかし、形式的な差異を生じさせないならば、それで本件規定における区別記載が必要なのかどうかに関係なく、差別的取扱いでないと認めてしまうものである。隠された差別を発見し、是正する機会を放棄するに等しい。わけても、法律婚が多く選択されるわが国においては、婚外子の地

<sup>\*15</sup> 木村草太『平等なき平等条項論 equal protection 条項と憲法14条1項』（東京大学出版会、2008年）208頁。

<sup>\*16</sup> 石川・前掲注（10）・91頁、石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって－憲法の視点から－」法教344号（2009年）42-43頁も参照。

<sup>\*17</sup> 相対的平等説に対抗する議論の解説について、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）106-107頁を参照。「法内容の当・不当」と法内容の平等判断について、石川・前掲注(10)・102頁参照。

<sup>\*18</sup> この点、「非嫡出子」という用語の差別性に懸念を示すものとして、松本・前掲注(2)・4頁参照。

位は人口としては少数派となる。先に述べた、婚内子も婚外子も「子」の語に集約される一方で、それでも両者の区別を多面にわたって維持することの意義をどう理解すべきかという観点から、平等原則違反をめぐる今後の課題提起に通じるものとして、以下で取り上げておきたい。

2 婚内子と婚外子との区別は、民法が法律婚主義を採用し、父母の婚姻関係の選択にしたがって婚姻家族に属する子とそうでない子とが生じること、法律上の配偶者がいる者の子で、当該配偶者と親子関係にある子とない子とが生じることによって由来する<sup>\*19</sup>。しかし、婚内子と婚外子との区別によっても、子ども間の不当な身分的不平等は容易に正当化されてはならないといった意識は、かかる区別そのものが有する意義を承認する立場においてさえも共有されてきたといつてよい<sup>\*20</sup>。たとえば、最高裁平成15年3月31日第一小法廷判決（集民209号397頁）の島田仁郎裁判官補足意見は相続分差別に合憲の立場をとりつつ、「非嫡出子であるということは、親の一方的な都合によって決まることであって、子自らの意思や努力によって変えることができないことであるから、憲法14条1項に定める法の下での平等の精神に照らすと、そのことによって嫡出子に比べて不利益を受けることは必要最小限にとどめるべきである」として、結論は合憲でも違憲の疑いが濃厚になっていることを示唆した。その後の裁判例においても婚外子と婚内子との身分的差別の相対化が徐々に志向されるなかで、「子にとっては自らの意思や努力によつては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄（中略）をもつて日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要」とした国籍法違憲判決を経て、いよいよ最高裁大法廷による婚外子相続分差別違憲決定に至ったものである。

3 憲法が婚姻の自由を保障し、さらに民法が法律婚主義を採用する結果、婚内子と婚外子との区別が生じ、婚姻家族の保護をも考慮する必要があることと、父母との関係における身分は子自らの意思や努力によつて変えることができないことを

---

<sup>\*19</sup> 婚内子と婚外子との区別を「基本的には合理性がなく廃止すべきであろう」（37頁）と積極的に論ずるものとして、棚村正行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリ1336号（2007年）26頁参照。この点、宍戸・前掲注（17）・109-112頁も参照。

<sup>\*20</sup> たとえば、「学説の立場から」と前置きする、川井健「〔平成7年7月5日最高裁大法廷決定〕判批」85頁での言及を参照。

どう調和させるのか<sup>\*21</sup>。

最高裁の当初の見解は、前記婚外子相続分差別合憲決定で示されている。民法旧900条4号ただし書前段の立法理由が「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」であり、「民法が法律婚主義を採用している以上、(中略)立法理由にも合理的な根拠がある」というべきで、嫡出子と嫡出でない子とを相続分で区別することが「立法理由との関連において著しく不合理」であるとはいえないから、同規定が合理的理由のない差別とはいえず、憲法14条1項に反しないとしていた<sup>\*22</sup>。

婚外子相続分差別合憲決定をめぐっては、「本件規定の定める差別がいかなる結果を招いているかをも考慮すべきである。…本件規定が法律婚や婚姻家族を守ろうとして設定した差別手段に多少の利点が認められるとしても、その結果もたらされるものは、人の精神生活の阻害である。このような現代社会の基本的で重要な利益を損なってまで保護に値するものとは認められない。」<sup>\*23</sup>であるとか、「規定のもつ象徴的意味を考慮に入れることが重要」<sup>\*24</sup>との指摘が加えられた。これらは必要な限度でしか区別の意義を認めず、法律婚主義の採用(婚姻の尊重)と子の平等への要請との妥協を図ろうとする見方が少なくともとられていたといえる。

そこへきて、平成25年の婚外子相続分差別違憲決定<sup>\*25</sup>は、どこに主眼を置いて民法旧900条4号ただし書前段部分を違憲としたものであったか。婚外子が立法過程による保護が期待できない「少数者」であることを重くみて、同規定を法令違憲とした大阪高裁平成23年8月24日決定(判時2140号19頁)や、同規定を適用違憲と

---

<sup>\*21</sup> 「民法が基本的には民事法として私人間の諸利益を調整する練り上げられた技術の体系であるということの認識が十分に前提とされないまま、短絡的にスローガ的に平等原則の適用の議論が行われる傾向がある」として批判もあった。水野紀子「子どもの平等権—非嫡出子問題を中心に—」家族＜社会と法＞10号(1994年)158頁、同「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」法セミ662号(2010年)4-5頁参照。また、「婚姻の脱特権化」に踏み込む見解として、齊藤笑美子「婚外子相続分区別と憲民関係」法時1059号(2013年)43頁参照。太田裕之「[最高裁平成21年9月30日第二小法廷決定] 判批」平成21年度重判解(ジュリ1398号、2010年)12-13頁も参照。

<sup>\*22</sup> 二宮周平「婚外子相続分差別を違憲とした最高裁大法廷決定を学ぶ」戸籍時報703号(2013年)2頁以下、「二段構え」の審査の省略を指摘する渡辺康行「[婚外子相続分差別違憲決定] 判批」新・判例解説watch vol.14(2014年)23頁の比較を参照。

<sup>\*23</sup> 同決定尾崎行信裁判官追加反対意見。

<sup>\*24</sup> 大村・前掲注(10)・130頁。

<sup>\*25</sup> 同決定金築誠志裁判官補足意見では、「本決定は、違憲判断の効果の及ばない場合について、網羅的に判示しているわけでもない。各裁判所は、本決定の判示を指針としつつも、違憲判断の要否等も含めて、事案の妥当な解決のために適切な判断を行っていく必要がある」と述べられ、同最大決以降においても、具体的事案に応じた判断があるべきことを示唆する。

した東京高裁平成22年3月10日判決(判タ1324号210頁)<sup>\*26</sup>、名古屋高裁平成23年12月21日決定(判時2150号41頁)<sup>\*27</sup>などの判断が出されるなど、本件規定の合憲性には平成7年以降、重ねて疑義が呈示されてきており、当時すでに違憲の結論自体は予想されたことでもあった。

最高裁大法廷は、「民法900条4号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していた」と判断したが、その理由として、①わが国における家族形態の多様化やそれに伴う国民意識の変化、②諸外国の立法のすう勢及びわが国が批准した条約の内容とそれに基づく委員会からの指摘、③婚内子と婚外子の区別に関する法制などに生じた変化、④従来判例における度重なる問題の指摘などに言及しつつ、これらを総合的に考慮すれば、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」「父母が婚姻関係になかったという、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」としたものであった。違憲審査に際して、立法府の裁量の幅を安易に広く認めすぎではないかと従来懸念されていた最高裁の態度に、ようやく憲法24条にいう「個人の尊厳」に最大の配慮をおく変化が現われたのではないかといった期待もあり、学説において評価される面もないではなかった<sup>\*28</sup>。

しかし、この婚外子相続分差別違憲決定では、「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」する態度が表明されていたため、婚外子に対する救済があえて図られたようにも映る面もあるが、他方で、本判決での処理をみるに、最高裁においてどこまで個人の尊厳に力点を置いていくのかが疑問とされる。個人の尊厳が重要であるならば、本件規定によって、結果的に婚外子の側に、無戸籍や住民票のない状況を不当に生み出すおそれがあると承知しながら、それを放置できるであろうか。婚内子の親の場合、婚姻の選択を既にしており、その婚姻家族に属

<sup>\*26</sup> 水野紀子「[東京高裁平成22年3月10日判決]判批」私法判例リマークス43号(2011・下)(2011年)74頁参照。

<sup>\*27</sup> 床谷文雄「[名古屋高裁平成23年12月21日決定]判批」私法判例リマークス47号(2013・下)(2013年)74頁参照。

<sup>\*28</sup> 二宮・前掲注(22)・3頁など参照。



する子である嫡出子として記載することへの危惧がさほどないのに比べて、婚外子の親には、婚姻制度をめぐる戦略と相容れないなどして不都合な区別記載となりうる。しかし、適式な出生の届出がされないことと子とはかかわりないし、まして、親の婚姻関係に基づく身分から、子ども個人をできる限り自由にしなければならぬであろう<sup>\*29</sup>。そして、出生の届出に係る届書に「嫡出子」又は「嫡出でない子」の別を記載すべき本件規定をおいたのは国であり、届書にこれが記載されなければ届出を不受理としうるとしたのも同様である。原則的に、出生の届出により子の出生の事実を報告させて戸籍を作成する以上、国は、届出の障壁の元凶となっている事柄をまさに子のために取り除いてしかるべきであった。それが残った(合理的な)理由は、婚姻家族の保護のためでもなければ、戸籍事務処理の便宜のためだけといってよい。このことを最高裁は、わざわざ民法の法律婚主義における身分関係上の差異にまで立ち戻って追認してしまった。しかし、本件規定についてのみの判断ができなかったか。法の下での平等はもとより個人の尊厳、あるいは個人の尊厳の観点から、本件規定の問題性をいささかも論じないのは、前出の大法廷決定の違憲論の意義を再考させられるものがある<sup>\*30</sup>。

## V. まとめにかえて

1 昨年の民法改正により嫡出性の有無を問わず相続分は平等となった。その契機となった婚外子相続分差別違憲決定において、「父母が婚姻関係になかったという、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ないとの見地を優先する趣旨が表明されていたならば、それは男女にとっての婚姻関係の有無と子にとっての父母の婚姻関係の有無の意義とを区別し、親の婚姻関係に由来する不利益を子に負わせることの当・不当に踏み

---

<sup>\*29</sup>「子本人の意思とは無関係な届出人が記載を行わないことによって、その子に係る住民票の記載が行われないという不利益を生じること」が重要視されずに、婚内子と婚外子とで実質的な差異がもたらされなくなった現状が強調されている点につき、武田・前掲注(13)・118頁。別記載をさせ続けることの「メッセージ性」について、山本・前掲注(16)・18頁参照。

<sup>\*30</sup>「合憲判断の附随的効果」に関して、石川・前掲注(10)・101-103頁参照。本件規定について、「法の表示(Law's expression)が人間の尊厳を決定的に傷つけるとき」に当てはまる(子にとっても、母にとっても)と考える一方で、実際にこのことを拙稿の組上に乗せられなかったのは、筆者の能力不足を示すものである。同111-112頁参照。

込む選択をしていたはずであり、そうではなかったとしてもそうしていくしかない。

嫡出という無遠慮な用語を変えたとしてもなお、親の配偶関係が法律婚かそうでないかの区別そのものはありうる。しかし、その男女間から出生させられた子が不用意に区別され、それによってその人格の尊厳が損われないための配慮は、比較から導かれるものではない。被相続人との間に法律婚をした配偶者にも考慮が図られるべきとしても、子は、認知が未だない父母未定の婚外子や重婚的婚外子なども含めて、親とその身分関係を自ら選ぶことができない点で、さらに保護を要する立場におかれる。『人格の平等』は『人格の尊厳』と結びつき、そのような尊厳をもった存在として人は等しく扱われるべきであるという要請を内実としている」ことを踏まえるならば、利益を単純に比較して評価を導くだけでは、「差別されない」ことの主旨は達成されないであろう<sup>\*31</sup>。

\* 本判決の評釈として、武田芳樹「出生届における嫡出でない子の記載と法の下の平等」法セミ708号(2014年)118頁、山本龍彦「戸籍法49条2項1号と憲法14条1項」平成25年度重判解(ジュリ1466号、2014年)17頁、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(最高裁判所第一小法廷平成25年9月26日判決)」新・判例解説watch vol.14(2014年)31頁がある。

---

<sup>\*31</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)198-199頁(199頁)。なお、本件規定により、出生届の届出義務者となる母は自らの子が「嫡出でない」旨の記載を義務づけられることから、「憲法13条の保障する人格的価値に、より直載に結びついているようにも思われる」と言及するものとして、山本・前掲注(6)・18頁参照。