

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——

内野 正 幸

- 一、はじめに
- 二、国賠訴訟における違法性
- 三、平等領域における違憲審査基準
- 四、非嫡出子差別と平等原則
- 五、住民票記載とプライバシーの権利

一、はじめに

別姓の事実婚夫婦の間に生まれた非嫡出子につき、住民票の続柄欄に、——嫡出子についての「長女」、「二男」などの記載とは違えて——「子」と記載すること（以下、本件記載という）は、法的に許されるであろうか。現在、この点は、住民票続柄裁判において争われている。裁判は、夫婦両名を原告とする行政訴訟（抗告訴訟たる取消訴訟・義務づけ訴訟）、

住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方

および夫婦と子を原告とする国家賠償請求訴訟という形で進められ、そこでは違憲の主張も提起された。

しかるに、東京地裁平成三年五月二三日判決（判例時報一三八二号三頁）は、行政訴訟につき、原告適格を否定して却下するとともに、国賠訴訟につき本件記載の違憲・違法性を否定して棄却した。原告側は控訴した。

ここに、一憲法学者（筑波大学助教授）として、原告・控訴人側の主張を補強するための鑑定意見書（東京高裁第一民事部宛）を執筆するゆえんである（一九九二年二月二二日提出）。なお、本稿は、控訴人側の準備書面をふまえた上で、そこでの主張の繰り返しになるような記述をできるだけ避けるようにしつつ、表題のテーマに関して書かれるものである。そのこともあつて、本稿では、一方で、本件にとって重要な具体的問題の検討が欠落していたり、他方で、やや迂遠的な

基礎理論的考察に一定のスペースがさがされていたりすることがある。あらかじめ、この点を断わっておきたい。

二、国賠訴訟における違法性

原判決は、国賠請求の認否の判断基準につき、次のように述べている。「〔本件〕記載の〔法的〕適否あるいは被告市長の過失の背無」は、「行為の時点において……通常要求される職務上の法的義務の内容に照らして、その記載の方法に職務上の義務に違背したと見られる点があるか否かという観点に立って」、判断されるべきである。

これは、職務行為基準説かつ違法過失一元論の立場を示すものである。ここでは、本件記載が違法と判断される可能性を当初から狭めるような判断枠組がとられていることになる。しかし、このような手法は、既成の裁判例や行政法学説の動向に照らしてみても、大いに疑問である。以下、この点につき考察しておきたい。

1 職務行為基準説をめぐって

従来、国家賠償法一条における違法性（以下、国賠法上の違法性などという）の判断基準については、一つには、結果違法説・対・職務行為基準説という枠組で論じられる傾向に

あった。それは、典型的には、後に無罪判決が確定した場合における検察官の起訴、後に不起訴になった場合における警察官の逮捕や、後に上訴ないし再審によつて取り消された場合における裁判官の判決は、いかなる場合に国賠法上違法となるか、という問題についての二つの説としての意味をもっている。ここで、結果違法説は、検察官などの行為が結果的にみていわずば間違っていたことに帰着すれば、それは国賠法上も違法となる、という命題を主張するものである。これに対し、職務行為基準説は、この命題を否定するとともに、かかる行為は、行為時の状況の中で要求される職務上の義務に違背してはじめて国賠法上違法になる、と論じる。このような結果違法説・対・職務行為基準説という枠組は、ときに、国会議員の立法行為の国賠法上の違法性をめぐる議論にも援用され、さらには、行政処分などを攻撃する国賠訴訟の場合をも含めた国賠法上の違法性についての一般論の中で語られることもあった。そして、最高裁判例は、少なくとも、検察官の場合（後述在宅投票制最判）日民集四三巻六号六六四頁）と国会議員の場合（後述在宅投票制最判）については、職務行為基準説を採用したものと位置づけられてきた。

しかし、そもそも、結果違法説および職務行為基準説という概念は多義的であり、また、この二説を対置させる枠組の有効性や射程距離についても、議論がありうる。まさに、行

為主体が檢察官か国会議員かなどによって問題状況が異なっており、よつて、すべての場合を同一の枠組で整理することの当否が問題になりうるのである。

すなわち、まず、結果違法説は、いわゆる結果不法説（生じた損害からみて違法性を判断する立場）と區別されるべきものであるが、このことを前提としていつても、「結果」の捉え方に関わつて、さらに異なつた二種類の意味をもちうる。第一は、いわば時間的結果違法説であり、檢察官などに関わる場合について語られる結果違法説が、それに当たる。ここでは、檢察官などの行為と無罪判決などの結果とが、時間的な先後関係におかれているのである。第二は、いわば論理的結果違法説であり、通常の行政公務員や国会議員に関わる場合が、それに当たる。ここでは、行政処分などの実施や立法行動という行為と、違法な処分や違憲の法律をもちたしたという結果とは、論理的な先後関係におかれているにとどまる。この場合の結果とは、客観的法秩序への違反ないし国家机关としてのいわばマクロな規範への違反を意味するものにほかならない。そうだとすると、この場合は、結果違法説という枠組で捉えるよりも、客観的法秩序（マクロ規範）基準説という概念で捉えた方がよからう。ただ、かかる捉え方は、裁判所により違法ないし違憲が下されなくても、国家行為はいわば客観的にみて（あるいは裁判外的に）違法ないし違憲と

觀念しうる、という法秩序観を前提としている。そこで、人によつては、かかる見方を否定するとともに、次のような考え方を示す者も、いるかもしれない。それは、かかる場合における「結果」とは、裁判所により違法ないし違憲の判決を受けたことを指す、という考え方である（なお、かかる考え方は、行政処分を違法とする抗告訴訟の判決を得てから国賠訴訟を提起する場合のみを視野におくものではない。それ以外の場合については、国賠訴訟における違法の判断をもつて「結果」と捉えている）。そうすると、ここでも行為と結果との間には時間的な先後関係がみられる、とされることになる。しかし、多くの論者は、そういう考え方をとつていないであらう。

次に、職務行為基準説についてであるが、この説は、通常は、当該行為状況の下における公務員個人の具体的な職務上の義務（いわばミクロな行為規範）を基準とするものを意味している。それは、前述のマクロ規範基準説との対比で、ミクロ規範基準説として捉えることもできよう。他方、職務行為基準説という言葉自体は、広義に解すれば、その中に、（客観的法秩序に従うのが原則として職務上の義務であるという説明の仕方によつて）客観的法秩序基準説の主要部分をも含ませることのできるものもなつてしまふ。このことは、裏からいえば、客観的法秩序基準説の主要部分は一種の職務行

為基準説的な発想によつても自らを正当化できる、ということの意味するものといえよう。それは、さらにいえば、そもそも、公務員の行為が国賠法上違法となるためには、かかる行為をしてはならないという行為規範が当該公務員に課せられていることが必要である、という命題の成立可能性を示唆するものといえよう。このような形で、客観的法秩序基準説の主要部分は職務行為基準説の一態様として位置づけうる、という一般論をとらなくても、個別の場合に前説と後説が一致する場合はありうる（たとえば、検察官の場合につき、有罪判決を受けることが確実だと判断した事件に限つて起訴する義務を負う、とする見方もありうる）のであり、そうすると、この場合の職務行為基準説は、結果違法説とほとんど変わらぬものとなる。この点はさておき、職務行為基準説は、このように非常に広義に解さなくても、職務上の義務の内容をどう捉えるかの違いに応じて、違法となる範囲の広狭の違いなどを伴つた種々のものとして現われうる。また、見方によつては、私人に損害を与えない義務（注意義務、結果回避義務など）を公務員が果たさなかつたことをもつて（過失と一体化させて）違法と判断する場合についても、——かかる義務は職務上の義務にほかならないのであるから——職務行為基準説の一種として位置づけることもできよう。

より一般的にいえば、職務行為基準説は、このような場合

を含めた対私人的義務基準説と、法令適正執行義務基準説とに類型化することもできよう。このうち対私人的義務基準説は、在宅投票制訴訟最高裁判決（最判昭和六〇年一月二一日民集三九卷七号一五二頁）の次のような判旨に示される。国家賠償責任が成立するのは、「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の義務に違背して当該国民に損害を加えたとき」である（なお、この判旨は、一般論的文脈で語られているが、かりに妥当だとしても、せいぜい、国会議員の立法行為に関わる射程の狭いものとして位置づけ直されるべきであろう）。これに対し、法令適正執行義務基準説にあつては、私人に対する義務という観念は前面に出てこなくなる。この説は、客観的法秩序基準説に少し接近してくるが、それと同じではない。たとえば、法令を行政解釈などにのつとつて執行する行為がいわば客観的にみて違法だと考えられる場合、客観的法秩序基準説によれば、国賠法上もただちに違法になるが、法令適正執行義務基準説によれば、そうはならない。

以上のような点に留意した上で、私としては、行政処分やそれに準じる（処分性の認否につき議論のありうる）通常の行政上の行為が国賠訴訟で攻撃された場合の違法性判断基準につき、客観的法秩序基準説と職務行為基準説とに大別しておきたい（このような形で職務行為基準説が語られる場合、そこでは、前述した最広義の用法は斥けられている）。そして、

その上で、国賠訴訟の違法性抑制機能（ないし行政の法律適合性を担保する機能）を重視する立場から、客観的法秩序基準説が採用されるべきである、と主張しておきたい。

2 国家行為の違憲性を攻撃する国賠訴訟における違法性の判断基準

本件国賠訴訟では、憲法上の争点が絡んでおり、よつて、行政処分などを攻撃する国賠訴訟についてのこのような一般論で処理しきれぬかが、問題になりうる。

行政上の行為が法律には適合しているが憲法に違反している場合、その中でも、とくに法律そのものが違憲である場合、当該行為の国賠法上の違法性はどのような基準に基づいて判断されるのであろうか。このような問題は、既成の学説においては、必ずしも明らかにされているとはいえない。

思うに、行政上の行為が合憲の法律に適合しているか否かを争う通常の場合には、一種の職務行為基準説的な発想をとつたとしても、法律を誠実に執行するのが行政公務員に要求される職務行為であるという論理を媒介にして、客観的法秩序基準説を導き出すことができる。ところが、法律の憲法適否が争われている特殊な場合は、事情が異なる。この場合法律に違憲の疑いがあるとしても、それが行為時点の有権解釈において合憲のものとして扱われている以上、行政公務員には、

法律を誠実に執行すべからずという行為規範は、原則として課せられていないとみるべきであろう。このような特殊な場合、前述したような職務行為基準説の発想でみると、法律が違憲であれば法律を実施した行政公務員の行為もただちに国賠法上違法になる、という命題（これは客観的法秩序基準説から導かれる）は、不合理なものと感じられよう。また、通常の行政処分などの場合に客観的法秩序基準説をとる一つの根拠が、行政の法律適合性の担保にあるのだとすれば、前述の特殊な場合には、かかる根拠論はそのままの形では妥当しないことになる。

しかし、違憲の法律に基づく行政処分は、抗告訴訟上、法律適合的であつても違法と判断されるのであるから、国賠訴訟の場合もそれと同じように考えてよい、とする見方もありうるであろう。とくに、国賠訴訟の抗告訴訟代行機能を重視しようとする立場からは、そういう帰結が出てくる。よつて、違憲の法律を実施する行政公務員の行為が国賠訴訟で攻撃された場合についても、客観的法秩序基準説を適用してよい、ということになる。ただ、そうすると、今度は、違憲の法律を制定する国会議員の行為が国賠訴訟で攻撃された場合についても、いっそう強い理由で客観的法秩序基準説（違憲即違法説）が適用されるべきではないか、ということが問題になつてこよう。③というのは、後者の場合は、前者の場合と異

なり、国会議員は違憲の法律を制定しない職務上の義務を負うという論理を媒介にして、一種の職務行為基準説的な発想で客観的法秩序基準説を根拠づけることもできるからである。

いずれにせよ、このような問題は、議論のありうるところであり、ここでは、私としては見解を留保しておきたい。

それでは、法律そのものは違憲でなく法律の適用の仕方が違憲であるにとどまる場合については、どうであろうか。この場合には、法律が違憲となる前述の場合のような問題は生じてこない。すなわち、ここでは、行政公務員は、合憲的な法律に従うべしという行為規範に加えて、法律を合憲的に運用すべしという行為規範を課せられているにとどまる。よって、行政上の行為の法律適合性が争われているにとどまっている場合と同様、客観的法秩序基準説によることができよう。

そこで、本件の検討に移ろう。ここでは、住民基本台帳法そのものではなく、その運用の仕方についての自治省の通達や、この通達に従った行政公務員の行為の合憲性が争われている。よって、本件は、法律の適用の仕方が違憲であると主張されるにとどまる場合に属する。ただ、ここでは、自治省の通達が違憲であるがゆえにそれに従った行政公務員の行為も違憲・違法である、という形の主張もなされている。そうすると、法律が違憲であるがゆえにそれに従った行政公務

員の行為も違憲・違法である、と主張されている場合と少し似てくる。そうすると、合憲的なものとして扱われてきた通達に従うべからずという行為規範は、行政公務員に課せられているとはいえない、ということになる。しかし、法律違憲の場合と通達違憲の場合を同列に扱うことはできない。というのは、法律に従う義務が行政公務員に課せられているのと同じ意味で、自治省の通達に従う義務が地方公務員に課せられているわけではないからである。それとは別に、本件では、当該行為の法律（住民台帳基本法）適合性も同時に争われている、ということに留意する必要がある。これらの点にかんがみると、本件の場合も、行政の法律適合性を争う通常の国賠訴訟の場合と同様、客観的法秩序基準説が適用されるべきであろう。

3 違法過失一元論にも関連させて

国賠訴訟における違法と過失（ないし故意・過失）との関係については、両者を一体化して判断する一元論と、両者を別々に判断するいわば分離論とがある。一元論の内部では、違法と過失のうちのいずれに収斂させるかにより、違法一元論と過失一元論の区別を語りうる。また、一元論と分離論の対立についても、両者を形式的基準、実質的基準のいずれによつて区別するか、という問題もある（そのいずれであるか

によつて、形の上では分離論をとりつつ実質的、結果的に一元論と変わらないような判断手法をとつた場合を、分離論、一元論のうちのいずれに属させるかが、変わってくる。

ここで、職務行為基準説は、違法過失一元論と結びつきやすく、また、違法性相対化論（国賠訴訟と抗告訴訟とで違法性の判断基準は異なるとする立場）につながる。これに対し、客観的法秩序基準説は、違法過失分離論に結びつき、また、違法性一元論（国賠・抗告の両訴訟における違法は一致するとする立場）につながる（なお、違法性相対化論や違法性一元論は行政処分の場合についての立言である）。

これまでの下級審裁判例の多くは、客観的法秩序基準説に基づく違法過失分離論の立場をとつてきた。すなわち、「行政処分のように、その発動要件が法令で明定されているものについては、その発動要件の欠如を国賠法上の違法と解し、この意味での違法を認識すべきであつたにもかかわらず、認識しなかつたことを過失と構成するのが一般の傾向であつた」のである。また、その中でも、抗告訴訟と国賠訴訟が併起された場合には、抗告訴訟における違法性を判断した上で、国賠訴訟についても、それに同じという形で処理するのが、いわば判決パターンとなつて⁽⁶⁾いる。

また、最近の行政法学説においても、同様の立場が、きわめて有力になつて⁽⁷⁾いる。たとえば、塩野宏教授は、次のよう

に論じている。「国家賠償法の違法は、行政行為のように国に対する行為規範が明確に存在するときは、その規範の違反を意味し、当該公務員の過失として評価されるべきものは、これに入らず、端的に過失の問題として処理するのが素直な見方といえるであろう。また、このように解することが、法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能を効果的に働かすのに適していると思われ⁽⁸⁾る。」

私としても、国賠訴訟の違法性抑制機能を重視する立場から、本件の場合も含め少なくとも行政処分などの場合は客観的法秩序基準説および違法過失分離論によるべきである、と主張しておきたい。

しかるに、原判決は、職務行為基準説をとつており、この点だけをみても、大いに問題である。同説によれば違法になるような場合の一定部分は、客観的法秩序基準説によりつつ、違法ではないが過失があるものとして処理し直すべきなのである。

のみならず、原判決は、やや不鮮明ながら、違法過失一元論の立場をとつて⁽⁹⁾いる。一元論は、判例上、国公立の学校事故の場合や、危険防止などのための権限の不行使に関わる場合などには、採用されて⁽⁸⁾きているものの、通常の行政処分などに関わる場合には、通常とられていない。この点でも、原

判決は、裁判例の動向に反している。

原判決のとる一元論は、おそらく、過失がないのであれば違法性は認められない、という立場をとっていることになる。そうだとすると、本件で被告市長に過失が認められる可能性は少ないのであるから、違法性の認められる余地をきわめて狭めていることになる。かりに、そういう立場をとっているとはいえないにしても、判決の一元論は、本件記載が違法となる余地をかなり狭めていることになる。

よって、本件では、客観的法秩序基準説をとった上で、違法過失分離論が採用されるべきであろう。その場合、職務行為基準説によれば違法でないと言われる事例であっても、客観的法秩序基準説によりつつ、違法であるが過失が認められないものとして処理することが可能になってくる。

ただ、分離論をとったとしても、依然として問題は残る。というのは、裁判所としては、過失の有無につき先に判断し、本件では過失が認められないのであるから違法性の有無を論じるまでもなく棄却を免れない、とする肩すかし判決を下すことも不可能ではないからである。しかし、それは妥当であるまい。裁判所としては、過失がない場合であっても、違法性の有無につき判断を示すべきであろう。

そうすると、本訴訟についていえば、本件記載は違法であるが被告市長の側に過失が認められないので訴えは棄却とな

る、という判決も場合により期待しうることになる。これは、控訴人側からみて、形式敗訴・実質勝訴の判決である。

4 憲法判断回避をめぐる

原判決は、職務行為基準説に立脚しつつ、次のような形で、違法性の認められる余地が狭くなるような具体的基準を示している。「記載方法について、行政実務上の取扱いとして広く採用されている一定の確立した方法があり、〔A〕その方法にそれなりの十分な根拠があると考えられる場合には、それにもかかわらずなお〔B〕その取扱いが違法なものであることが明らかに認められるといった特段の事情がある場合でない限り」、違法あるいは過失は成立しない。

判決は、右のAの文脈で、嫡出子と非嫡出子との民法上の別異扱いや、それを前提とした住民票記載方法の定めは、「それなりに十分な根拠がある」と判示したが、これは憲法判断とはいえない。判決において憲法判断が示されているのは、Bにおける「特段の事情」の有無を語る文脈にすぎない。しかし、ここでも、違憲であれば「特段の事情」があるといえる、という命題が立論の前提におかれているわけではないようである。そうだとすると、判決は、憲法判断を必要不可欠なものとする論理構造を備えていないことになる。かかるAやBの捉え方いかんはさておくとしても、裁判所として

は、少なくとも、被告市長に職務上の義務違背が認められない以上、憲法適否の点を含むその余の点を判断するまでもなく、棄却を免れない」とすることもできたはずなのである。もちろん、職務行為基準説によつた場合でも憲法判断は行われうるが、それは、いわば傍論的判断としての性格をもつものにならう。

他方、客観的法秩序基準説によれば、本件記載方式が抗告訴訟の見地からみて違法であり、ないしはいわば客観的法秩序に照らして違憲・違法であれば、国賠訴訟もただちに違法になる。よつて、ここで国賠法上の違法性につき判断しようと思えば、本件記載方式の憲法適否につき正面から判断することを原則的に迫られることになる。ここで「原則的に」という留保をつけたのは、本方式は憲法を持ち出すまでもなく住民基本台帳法の趣旨・目的に照らし違法である、とする判断の可能性も理論上残されているからである。それとは別に、前述したように、過失の不存在を先に認定して違憲・違法性の判断を行うことなくすすことも、不可能ではない。

このようにして、客観的法秩序基準説をとつた場合でも、職務行為基準説をとつた場合と同様、憲法判断回避の問題が出てくる。

憲法判断回避の法理は、広狭様々な意味で語られているが、一言でいえば、典型的には、裁判所は法律上の争点を処理す

住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方

ることにより憲法判断に踏みこまなくても事件を解決できる場合には憲法判断をする必要はない、とする準則を意味する。それは、種々の場面で語られてきた。その代表的な場面としては、被告人の行為が犯罪構成要件に該当しないがゆえに無罪となるのであれば当該刑罰法規の憲法適否を判断するに及ばない、という場合があげられる。ただ、従来、この法理が語られる場合、前述したような国賠訴訟上の問題は、言及されない傾向にあった。しかし、国賠請求が認められるための何らかの実体法的要件が満たされていないがゆえに憲法判断に踏みこまなくても請求棄却の結論を導くことができるというのは、まさに、憲法判断回避の一つの場合にはほかならない。

といつても、憲法判断を回避しようということは、憲法判断を回避すべきであるということをただちに意味するわけではない。このような場合であつても、「裁判官は、事件の重大性、違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利・自由の性質、憲法判断による解決と法律解釈のないしその他の理由による解決の及ぼす影響の相違など、総合的に検討した結果、十分の理由があると判断した場合に、憲法判断に踏み切ることができる」⁽¹¹⁾のである。

このような認識に基づき、私としては、裁判所に対して、正面から、憲法判断を含む実体法的判断を下すよう望んでおきたい。

そもそも、本件における国賠訴訟の提起は、一つには、原告側が蒙った精神的損害を慰謝料で償ってもらいたいという趣旨によるものであるが、それ以上に、本件記載につき違憲・違法という裁判所の判断をかちとりたい、とする趣旨をもつものである、と思われる。すなわち、ここでは、国賠訴訟が訴訟要件の審査を留意にパスしうるものであることにもかんがみ、抗告訴訟で不適法却下とされ実体判断が示されないこととなる場合に備えるという、いわば抗告訴訟代行機能が国賠訴訟に期待されているわけである。これは、国賠訴訟の本来的姿から少し離脱したものである、との見方もあるかもしれない。しかし、かりに抗告訴訟が機能不全に陥ることがあるとすれば、それを補う役割が国賠訴訟に期待されてよからう。といつても、抗告訴訟のルールにおいて訴訟要件の審査をパスさせた上で本件記載についての憲法判断を含む実体法的判断が下されることが、より望ましいのは、もとよりである。

三、平等領域における違憲審査基準

原判決における憲法判断は、一定の違憲審査基準（合憲性審査基準）を設定・適用して目的手段審査を行う、ということに対する自覚に欠けている。

違憲審査基準に関しては、当初は、主として、精神的自由の規制については厳格な基準、経済的自由の規制については緩やかな審査基準（合理性の基準）がそれぞれ適用される、という形で語られる傾向にあった（いわゆる二重の基準論）。これは、大まかな枠組としては、今日でも妥当するが、その中であつて、次第に、かかる二種の基準の中間に、厳格な合理性の基準（中間的審査基準）を設定すべきことが、力説されるようになった（この基準は、消極目的による経済的自由の規制などの場合に適用されるべきものとされている）。このようにして、厳格審査基準、厳格な合理性の基準および単なる合理性の基準という三種の基準という考え方が、定着してきた。

かかる審査基準論は、二種の基準論であれ三種の基準論であれ、その後、精神的自由や経済的自由などの領域にとどまらず、憲法一四条一項（平等）の領域でも語られるようになった。表現の自由を始めとする自由の原則に対し例外（合憲的規制）が認められるのと同様、形式的平等要請の原則に対しても例外（合理的な合理的別異取扱）が認められる。また、別の側面につきいえば、場合により、政治部門（とくに立法府）による規制措置に対する合憲性の推定という原則に対して例外（違憲可能性）が認められるという点は、自由と平等の双方につき共通にいえる。このような「原則と例外」とい

う枠組の適用可能性にかんがみると、違憲審査基準論の平等領域への進出は、十分うなずけるものである。

そこで、平等問題に適用される場合の三種の基準のそれぞれの内容についてであるが、芦部信喜教授の説明法を参考にしていえば、次のように論じうる。第一に、厳格審査基準とは、当該別異取扱が合憲となるためには、その目的が必要不可欠の公益を追求するものであって、かつ採択された手段(別異取扱)がかかる目的を達成するために必要不可欠なものではない、とする基準である。第二に、厳格な合理性の基準とは、当該別異取扱が合憲となるためには、その目的が重要なものであり、かつ、かかる目的と採択された手段との間に事実上の実質的な(相当程度の)関連性がなければならぬ、とする基準である。第三に、単なる合理性の基準とは、当該別異取扱が合憲となるためには、目的が一応正当なものであって手段が目的と合理的に関連していればたり、とする基準である。

このような三種の基準の存在を前提として、平等領域の内部分で、事例の類型の違いに応じ二種ないし三種の異なった基準が適用される、と論じるのが、最近の学説の傾向である。そこでの内容は、細部においては違いがみられるが、次のように説く点では一致している。すなわち、憲法一四一条一項後段の列举事由(「人種」など)に基づく別異取扱の場合は、そ

住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方

れ以外の事由に基づく別異取扱の場合に比べて、より厳格な審査基準が適用される、ということである(ここで、より厳格な審査基準とは、典型的には厳格審査基準を意味する)。

このような三種の基準のそれぞれにあつては、目的審査と手段審査の双方が問題にされている。ここで、目的と手段といつても、両者の区別は相対的であり、実際には、究極的目的——直接的目的——抽象的手段——具体的手段といった連鎖をなしている。よつて、手段をどの程度具体的な制度次元で受けとめるか、ということも問題になりうる。ただ、以下では、この点を留保した上で、目的と手段という単純な二分法的枠組によつて叙述を進めることにしよう。

手段審査という場合、とくに重要なのは、目的との関連のみた手段の審査(いわば手段関連性審査)である。この審査は、厳格な形で行うと、手段の正確性の審査を含みうるものとなる。それでは、手段審査は、手段関連性審査につぎるのであろうか。そう考える立場(甲説)もありえよう。しかし、手段審査には、それだけでなく、目的と切り離して手段そのものを観察して行われる審査(いわば手段独立審査)も含まれる、とする見方(乙説)もありうる。ただ、厳格審査基準においては、甲説と乙説は同じものに帰着しよう。というのは、それ自体として相当性を欠いている手段は、目的達成のために必要不可欠なものとはいえないからである。両説の違

いが実質的な意味をもちうるのは、より緩やかな審査基準（とくに中間的審査基準）の場合である。この場合、乙説によれば、たとえ手段が目的との間に相当程度の関連性をもっていたとしても、手段そのものがそれ自体として相当性を欠いている場合には手段審査にパスしえない、ということになる。

芦部説は、額面通り受けとれば、甲説をとっていることになるが、乙説も十分成立しうる。実際、橋本公巨氏は、手段審査に相当する要件につき、「当該事項につき差別的取扱いの必要性が認められること」および「差別的取扱いの態様とかが程度が、社会通念上許容できる範囲内であること」の双方をあげているが、これは、乙説を示すものといえる。

そもそも、ある別異取扱の憲法適否は、それのもたらす利益（プラスの価値）と不利益（マイナスの価値）とを比較衡量することによって決められるはずである。⁽¹⁵⁾そして、事例の類型の違いに応じて異なった審査基準が通用されるという考え方は、事例の類型ごとにあらかじめ比較衡量をかきつる程度まで済ませておく、という意味をもっている。すなわち、たとえ「人種」などの事由に基づく別異取扱の場合は、それ以外の別異取扱とは違えて、あらかじめ違憲の側に傾きやすいような比較衡量を施しておく、きわめて強い正当化事由があつてはじめて合憲となる、という扱いをする、ということになる。このようにして、事前の定型的比較衡量をふまえ

て事例の類型ごとに異なった審査基準を設定しておけば、前述の甲説によりつつ、手段独立審査を行うことなく手段関連性審査を行つても、妥当な結論が得られると期待される。他方、前述の乙説によりつつ、手段独立審査をも行うのであれば、事前の定型的比較衡量を経て複数の異なった審査基準を設けるかわりに、平等違反の間わられているすべての事例に共通して適用できる単一の審査基準を設定しても、妥当な結論を導くことができるであらう。というのは、一つには、別異取扱の中でも一定範疇の人々（いわば不利者）に対する劣遇それ自体を立法目的とするものは、中間的審査基準を適用したとしても、容易に目的違憲となるからである。また、乙説を前提とした中間的審査基準（いわば修正中間的審査基準）による限り、手段独立審査の中で適切な比較衡量を行い、事例の違いに応じて違憲もしくは合憲の結論を導くことができるからである。

思うに、平等領域の内部で事例の類型の違いに応じ、形式的平等ないし別異取扱禁止の原則の要請が厳しくなったり緩やかになつたりする（別言すれば、かかる原則に対する例外的認められる余地が狭くなつたり広くなつたりする）ことは、確かである。しかし、このことは、違憲審査基準が厳格になつたり緩やかになつたりすること——大体において一致するものの——完全に同じではない、とみるべきであらう。

すべての場合につき修正中間的審査基準を適用しても、たとえば人種差別は年齢差別より厳しく禁止される、という結論を導くことができるのである。以下で、「厳しく（緩やかに）禁止される」などと言うとき、それは、かかる了解に基づいている。

前述したように、種々の別異取扱の中でも、少なくとも列挙事由に基づく別異取扱は、より厳しく禁止される、と説く点では、最近の憲法学説は一致している。このように説く根拠としては、憲法一四条一項後段が明文で一定の列挙事由を掲げたことを生かす解釈であるということのほかに、次の点¹⁶があげられる。そもそも、様々の別異取扱の中でも、本人の努力によつてはいかんともしがたいような事由、とくに生まれによつて決まってしまうような事由に基づく場合は、それ以外の場合に比べて、個人の尊厳の原則に照らしての非合理性が顕著である。まさに、一四条の列挙事由は、「信条」を別にすれば、このような種類の事由に当たるのである。他方、「信条」は、立憲民主主義の根幹に関わる重要な価値であつて、それに基づく別異取扱は厳しく禁止される、という趣旨で、列挙事由に含められたものと解される。

また、アメリカでも、人種などの事由に基づく別異取扱が厳しく禁止される根拠として、かかる事由が先天的に決まり本人の努力で変更しえないものであること、歴史的に劣等性

などの屈辱的な烙印を押されてきたこと、などがあげられてきた。¹⁷

ただ、私見によれば、列挙事由に基づく別異取扱はより厳しく禁止される、という命題を過度に強調するのは、問題である。むしろ、かかる命題と並んで、いやそれ以上に、次のような命題こそ主張されるべきであろう。それは、不利者劣遇型別異取扱は不利者優遇型別異取扱より厳しく禁止される、という命題である。以下、この命題に注釈をつけておこう。ここで不利者とは、差別や偏見にさらされてきた一定範疇の人（マイノリティ）を中心とするが、そのほかに、経済的に不利な立場の人々も含まれる。劣遇とは、全体的にみても何らかの精神的もしくは物質的な不利益をもたらすような別異取扱を意味する。他方、不利者優遇型とは、実質的平等を実現する（結果の平等に近づける）ための別異取扱を指し、そこには、一定の社会保障給付対象者の低所得者への限定やアフアーマティブ・アクションなどが含まれる。¹⁸なお、不利者劣遇型と優遇型といっても、すべての別異取扱がこの二つの型のいずれかに属する、という趣旨ではない（別異取扱には、そのほかに、特権者優遇型なども考えられる）。

列挙事由に基づく別異取扱はより厳しく禁止されるという命題は、実際には、学説上、かかる別異取扱には厳格審査基準が適用される、という形で説かれている。しかし、かかる

説き方は、——かりにそれが不利者優遇型を眼中におかないものであつたとしても——問題である。この点は、厳格審査基準という言葉の下で何を考えているのかにも関わつていゝ。この言葉は、典型的には、ほとんど致命的な非常に厳しい基準（それを適用すれば審査対象が大部分の場合違憲となつてしまうような基準）を指す。かかる意味での厳格審査基準を一律に適用すると、違憲審査が硬直化してしまい、場合によつて実質的妥当性をもたない違憲論が導かれるおそれがある。他方、厳格審査基準として、そこまで極端に厳しい基準がイメージされているのでないとすれば、それは、言葉の使い方として誤解を招きやすいといふべきであろう。

いづれにせよ、私としては、列挙事由に基づく別異取扱の場合は厳格審査基準が適用される、という主張にはくみしえない。むしろ、かかる別異取扱の場合は修正中間的審査基準が適用される、と説いた方がよからう。いや、さらにいえば、すべての別異取扱を通じて修正中間的審査基準が適用され、その中で列挙事由に基づく不利者劣遇型別異取扱の場合は、手段独立審査にパスしにくくなる、と論じられるべきであろう。

四、非嫡出子差別と平等原則

この問題についての原判決の判旨は、以下のようなものに帰着しよう。民法は、嫡出子か非嫡出子かによつて「その相続法上あるいは親族法上の権利義務に差異を設けている」が、それは、「法律上の婚姻によつて成立した家族の利益の保護を第一義に考えるという観点をその根拠とするものであり」、憲法一四条に違反しない。かかる差異設定が合理的なものである以上、戸籍の続柄における非嫡出子記載方式（「長女」、「二男」などのかわりに「女」、「男」などと記載する方式）はもろろんのこと、それに対応した本件記載（方式）も同条違反とはならない。

しかし、かかる判旨は、大いに疑問である。ここで、相続法上の別異取扱とは、非嫡出子の相続分についての民法九〇条四号但書にかかるものであり、また、親族法上の別異取扱とは、父子関係確定法（七七二条、七七九条など）、子の氏（七九〇条など）や親権（八一八条三項、八一九条四項）にかかるものを指すと思われる。しかし、そもそも、かかる二種の別異取扱をいっしょくたにしてその合理性を語るのは、問題である。相続法上の別異取扱は、非嫡出子に対する劣遇であるが、親族法上の別異取扱については、いちがいにそ

うはいきれないのである。私見によれば、前者は、後述するように、憲法一四條違反と解すべきであるが、後者については、立法政策的に批判の余地はあるとしても、全面的に違憲であるとはいえないように思われる。

また、相統法上および親族法上の別異取扱の合理性・合憲性から、いとも簡単に本件記載（方式）の合理性・合憲性を導き出そうとする判決の論法も、大いに問題である。この点は、私見の立場からは、次のように反論されるべきこととなる。第一に、相統法上の別異取扱自体違憲であり、よつて、それを前提とする戸籍の記載方式、およびこの方式に対応したとされる本件記載方式も、その根柢を失い違憲になる。第二に、親族法上の別異取扱は合憲であるとしても、このこととは無関係に、本件記載（方式）は合理性や必要性を欠くものとして違憲となる。ただ、以下では、これらの点を全面的に論じる余裕はない。そのかわりに、非嫡出子に対する劣遇の憲法適否の問題に焦点を当てることにしよう。

非嫡出子たる地位についてであるが、それは、憲法一四條所定の「社会的身分」に当ると解される。このことを前提として、非嫡出子に対する別異取扱に適用される審査基準について検討してみよう。なお、検討に際しては、既成の学説の場合と同様、主として、非嫡出子の相統分についての民法九〇〇条四号但書の憲法適否の問題が、視野に取められるこ

となる。

一方で、憲法一四條の列挙事由に関しては厳格審査基準が適用される、と論じる学説は少なくないが、この学説を機械的に適用すると、非嫡出子に対する別異取扱については厳格審査基準が妥当する、とされることになる。それとは別に、「一四條一項後段が『社会的身分』や『門地』を挙げるのは、家制度の復活を平等保障の観点から阻止しようとした趣旨を含むと解することも出来よう」としつつ、厳格審査基準の採用を強く示唆する学説¹⁹⁾も存する。

他方で、憲法一四條の列挙事由のうち、「人種」に関しては厳格審査基準、「信條、性別、社会的身分等」に関しては中間的審査基準が、それぞれ妥当する、と説く見解²⁰⁾が、最近、有力な形で提示されている。この見解を機械的に適用すると、非嫡出子に関しては中間的審査基準が妥当する、という帰結が導かれることになる。

実際、アメリカ合衆国の連邦最高裁では、非嫡出子への別異取扱につき中間的審査基準がとられているが、日本にも、このことを指摘した上で以下のように説く学説（米沢広一説）が存する。「非嫡出子たる地位は出生によつて個人に付与されたものであるとの点から、合理性テストが用いられず、他方、非嫡出子たる地位は、人種等の自然的属性とは異なり、国家が法律婚という制度をとっているために生じる地位であり、

法律婚の維持という立法目的の正当性をそう簡単に否定しえないとの点から、厳格な審査テストが用いられず、結局、兩者の中間に位置する厳格な合理性テストが用いられるようになったと思われる。」「非嫡出子に対する『差別』については、厳格な合理性のテストにより、立法目的が重要であり、立法目的と手段との間に実質的な関連性が存することが必要とされよう。」⁽²²⁾

前述した私見の立場からはもちろんのこと、このような学説の動向にかんがみても、非嫡出子に対する別異取扱については(修正)中間的審査基準が適用される、と考えるべきであろう。そして、非嫡出子というマイノリティに対する不利者劣遇型別異取扱については、非嫡出子たる地位が生まれによって決まってしまうものであり、かつ差別と偏見の対象とされやすいものである、という点にかんがみ、手段独立審査をパスしにくくなる、というべきであろう。念のためいえば、ここで不利者(非嫡出子)劣遇という場合、民法九〇〇条四号による相続分差別だけでなく、本件記載(方式)なども含んでいる。というのは、非嫡出子に限って「子」と記載するのは、それ自体として本人などに精神的不利益をもたらすとともに社会的差別の原因を与えるものであるからである。

以下、現行制度上の非嫡出子差別の憲法適否につき、みて

いくことにしよう。

非嫡出子の相続分差別につき、東京高裁平成三年三月二九日決定(判例タイムズ七六四号一三三頁)は、憲法一四条などに違反しないとした。

この問題につき、憲法学説は、合憲・違憲の両説に分かれている。⁽²³⁾

合憲説は、従来から、きわめて有力な形で説かれてきたものであり、その代表的なものとしては、次のような宮沢俊義説を引用しうる。「これは、『個人の尊厳』あるいは法の下の平等の原則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から見て、おそらく憲法の容認するところと見るべきであろう。」⁽²⁴⁾

違憲説は、最近になって台頭しつつある。ここでは、さしあたり、次のような戸波江二説を引用しておきたい。「非嫡出子にとつて非嫡出たることは本人の責に帰せしめられないまったくの偶然的事情であることを考えれば、非嫡出子の相続分を不利に扱うことに合理性があるかどうかはきわめて疑わしい。嫡正家族の協力関係の保護の必要、嫡出重視の社会意識などの問題もあるが、非嫡出子の平等化への世界的傾向をも踏まえるならば、むしろ民法九〇〇条四号は、憲法一四条、二四条に反すると解すべきである。」⁽²⁵⁾

また、中間的審査基準の適用を主張する前述した米沢説は、

次のような形で違憲論を説いている。(イ)「法律婚制度の維持を重要な立法目的とみなしうるが、相続分を二分の一にするという手段と上述の立法目的との間には実質的な関連性をみいだしえない」。(ロ)「非嫡出子になったことに責任を有さず、かつその属性を自ら変えることのできない非嫡出子に負担を転化することによって立法目的を達成しようとする手段は、正当とはいえない」。

ただ、ここで、(イ)は(ロ)の根拠として述べられているが、見方によつては、(イ)を手段関連性審査についての立言、(ロ)を手段独立審査についての立言として、それぞれ捉え直すこともできよう。いずれにせよ、非嫡出子への相続分差別は、かかる二種類的手段審査のいずれによつたとしても違憲となるとみるべきであろう。

同様のことは、非嫡出子差別一般という、より広い文脈においても、次のように説かれている。「仮に、『法律婚の尊重』という法目的それ自体は妥当なものだとしても、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、どこにあるのであろうか？ それはまさに『親の因果が子に報い』式の仕打ちであると言わねばならない。しかも、具体的な場面における『非嫡出子に対する不利な取扱い』という手段と、『法律婚の尊重』という目的との間の合理的な関

連性も疑わしい」。

ここにも示されているように、これまでの非嫡出子差別違憲論は、どちらかというと、目的と手段の関連性が乏しい(手段関連性審査をパスしえない)、という主張に力点がおかれてきた。また、本件訴訟との関連でも、かりに法律婚制度の維持・尊重という目的は正当だとしても、本件記載(方式)という手段は、目的との間の関連性が弱い、といった主張がなされてきた。私としても、このような主張にことさらに異を唱えるつもりはない。ただ、本稿では、この種の主張を改めて展開するのは、差し控えることにしたい。そのかわりに、非嫡出子差別は手段独立審査をパスしえないがゆえに違憲になる、という命題を強調しておきたい。それとともに、非嫡出子差別は、場合により目的審査の段階で違憲になる、ということを指摘しておきたい。

思うに、問題を検討するに際しては、目的と手段のそれぞれをより細分化ないし具体化しておく必要がある。目的についていえば、それは、婚姻届を出すことの奨励、重婚の内縁の防止、などの下位目的に分解することができよう。また、手段についても、相続分差別、社会保障や税制における差別戸籍や住民票の記載上の差別、などに分解することができよう。

私見によれば、一夫一婦制の法律婚制度一般の維持・尊重

という目的は、妥当なものである。よつて、夫婦の一方が配偶者以外の異性ととの間に子をもうけることを防止する、という下位目的も、妥当なものである。しかし、夫婦同姓義務の制度（民法七五〇条）を伴った現行上の法律婚制度の維持・

尊重という目的が妥当といえるかは、問題である。実際、本件原告（控訴人）は、かかる現行上の法律婚制度に対して疑義を抱いたことにより事実婚の道を選んだのであり、そのようないわば今日的事実婚の夫婦やその間に生まれた子の数は、年々増加している。また、法的にみても、夫婦同姓義務の制度については、憲法一三条や二四条に違反するのではないかという点が、問題にされている。よつて、少なくとも現行上の法律婚制度を前提とした場合、事実婚の道を選ぶ自由も、憲法一三条の保障する自己決定権の一内容をなすものとして、高度に尊重される必要がある。

しかるに、本件記載（方式）は、戸籍における記載などとともに、今日的事実婚夫婦が事実婚を維持しつつ子を産む自由に対して、一定の抑止的效果をもちうる。この点については、次のように指摘されている。「戸籍や住民票の統制欄における非嫡出子に対する」異なった記載が発端となつて、進学、就職、結婚などでの差別への道を開いてきました。これまで非嫡出子差別は、婚姻届の間接的強制力を大いに發揮してきました。夫婦で別姓を名乗るために事実婚であつても、

子どもが生まれると、子どものために婚姻届をするケースは多かつたのです。」このことは、非嫡出子への相続分差別が今日的事実婚に関し何ら抑止的效果をもつていないのと異なる。

そうだとすると、事実婚を抑止しようという目的と本件記載（方式）の採択という手段との間には、ある程度の関連性があるともいえる（やや緩やかな違憲審査基準を設定すれば、目的と手段の関連性の審査をパスしうる）。しかし、事実婚抑止という目的は、今日的事実婚に関する限り妥当性を欠いているのであり、また、前述したように、本件記載（方式）は、手段それ自体としての相当性を欠いている、とみるべきである。

最後に、本件記載（方式）の憲法一四条違反を問題にするに際しては、そもそも一定の記載自体が同条違反になりうるのか、という問題を吟味しておく必要がある。一般論としていえば、同条違反の「差別」とは、差別的取扱の意味であつて、そこには差別的表現は含まれない。たとえば、国務大臣が公人として悪質な差別発言をしたとしても、それ自体が同条違反の「差別」を構成することはありえない。そうすると、ある意味では国家の表現に属する本件住民票記載についても、似たような問題が出てくる。しかも、住民票記載は法的効果をもつものの、住民票に「長女」等ではなく「子」と記

載したことが自体は固^レ有^レの法的効果をもっていないのであるから、この点はますます然りである。しかし、本件記載は、単なる表現につきるものではない。それは、住民票という法的制度の中に組み込まれ固着化された表現物であつて、れっきとした差別的取扱を構成するものである。このことは、本件記載の処分性の有無にかかわらず妥当することである。

五、住民票記載とプライバシーの権利

本件記載については、憲法一三条によつて保障されるプライバシーの権利（プライバシー権）を侵害するものではないか、ということが問題になる。というのも、住民票の記載内容は、戸籍と比較しても、第三者の目にふれやすいからである。もつとも、一九八五年の住民基本台帳法一部改正によつて、第三者の住民票の写しの交付請求に大幅な制限が設けられるなどしており、改正前と比べれば、プライバシー侵害のおそれが、より少なくなつたといえる。しかし、にもかかわらず、業務上の理由により第三者の住民票の写しの交付を請求できる者や、地方公共団体の住民票担当の職員などに対してはもちろん、本人が交付してもらつた住民票を提出する各種の手續を処理する相手方に対しても、住民票の記載内容は簡単に知れてしまう。その意味で、依然として、プライバシー

権の侵害の有無が問われる必要がある。

本件に関してプライバシー権の侵害が語られる局面としては、次の二つが考えられる。第一は、住民票に「子」と記載し、それを地方公共団体に保管しておく、という局面である。第二は、住民票の写しを交付してもらつたり、各種の手續のために住民票の写しを提出したりなどする際に、知られたくない第三者に非嫡出子情報が知られてしまつた、という局面である。本件訴訟では、直接的には、第一の局面が攻撃されているといえる。

プライバシー権は、従来から、私生活をみだりに公開・公表されない権利として捉えられてきた。このようないわば私生活非公表説を前提とすると、前述した第二の局面は、プライバシー権侵害といえるが、第一の局面についてもそういえるか、ということが問題になりうる。本件における控訴人側の「被害」は、本件記載それ自体（第一の局面）の不快性であるとともに、本件記載を通じて今後第二の局面が発生するかもしれないという不安感であるといえる。はたして、かかる「被害」を伝統的な私生活非公表説によりつつプライバシー権侵害として位置づけることは、可能であろうか。この点は、議論の余地がある。というのは、本件記載は、広い意味では公表として性格づけうるかもしれないが、厳密な意味における公表には属さないからである。実際、裁判例においてプラ

イバシーの公表が語られる場合、そこでの公表は、マスコミ、出版物、映画などによる公表を指していた。すなわち、それは、不特定かつ多数の人々の目や耳に容易に入ってしまうような態様の公表である。しかるに、本件記載は、このような意味での公表とは性格を異にする。

本件記載をプライバシー権侵害として攻撃するためには、プライバシー権を私生活非公表説ではなく自己情報コントロール権説によって定義した方が、有効である。この説は、最近の憲法学界において有力になっているものであるが、それによると、プライバシー権は、自己に関する情報の収集・伝播・保存・利用などの過程をコントロールする権利として捉えられることになる。また、裁判例の中にも、この立場に立つものがみられる。⁽³³⁾

伝統的な私生活非公表説においては、公表がプライバシー権侵害の要件とされていたが、自己情報コントロール権説においては、公表が伴っていないまでも、自己情報の収集・伝播・保存・利用などが不当な仕方で行われていれば、プライバシー権の侵害は成立しうる。まさに、本件記載は、公表以外の局面におけるプライバシー権⁽³⁴⁾自己情報コントロール権の侵害が問題になりうる事例として位置づけられるべきであろう。

ただ、自己情報コントロール権という場合の自己情報の範囲をめぐっては、それに一定の限定をつけるA説と、限定を

つけないB説の対立がある。A説をとる佐藤幸治教授によると、プライバシー権は、個人の「人格」ないし「道徳の自律」に関わる権利という観点から絞りをかけられるべきであり、それは、一次的には、自己情報一般ではなく、高度に秘密な情報（プライバシー固有情報）について成立する、とされる。

そして固有情報の内容としては、「人の内部的な身体的特徴とか精神過程にかかわる情報、思想・良心の基本にかかわる情報」があげられている。⁽³⁴⁾しかし、かかる捉え方では狭きに失しよう。「総ての個人情報についてプライバシーの権利の可能性を認めても良い」、⁽³⁵⁾というべきであろう。そもそも、プライバシー権は、それを自己情報コントロール権という形で私生活非公表説より広く捉えた時点で、相当程度の合憲的制約を予想した概念となっている。まさに、ここでも、プライバシー権の制約についての違憲審査基準を観念しうるのである。そうだとすると、自己情報の範囲についても限定をつけずに広く捉えた上で、そこから生じうるプライバシー権侵害不成立の場合については合憲的制約論の場面で処理した方がよからう。

そこで、非嫡出子という情報についてであるが、A説の一般論によると、それはプライバシー固有情報に含まれない、とされる可能性がある。ただ、佐藤教授自身は、あるところでは、プライバシー固有情報の一内容として、「きわめて不当

な社会的差別の原因となる情報⁽³⁷⁾をあげている。そうすると、かかる情報の中には非嫡出子という情報も入ってくる可能性がある。いずれにせよ、非嫡出子情報につきプライバシー権は成立しうるかにつき、A説によると積極・消極の両説が出てきうるが、B説による限り積極に答えられるべきことになる。

本件記載（方式）につきいえば、それは、一次的には、次のような内容の権利を侵害するものとして捉えられるべきであろう。すなわち、それは、それ自体として不快であり、かつ社会的差別の原因となるような自己情報を、嫡出子と違えた形で記載しないよう求めることを内容とする自己情報コントロール権である。

なお、本件記載（方式）によるプライバシー侵害は、現行法上の非嫡出子別異取扱の憲法適否のいかんにかかわらず、妥当する事柄である。

- (1) 宇賀克也「国家賠償の課題——違法性論を中心として」ジュリスト一〇〇号六〇頁以下（一九九二）。そこでは、「国賠法上の違法概念についての諸説は、行為不法説、結果不法説、相關関係説に大別されるほか、行為不法説の中に結果違法説と職務行為基準説の対立が存在する」（六八頁）、という整理が示されている。この点も含め、本稿の二の叙述は、宇賀論文から多くの示唆を得ている。

- (2) 拙著「憲法解釈の論理と体系」（日本評論社、一九九二）二〇八頁参照。

住民票非嫡出子記載に対する法的判断のあり方

- (3) そうだとすると、拙稿「立法行為・司法行為と国家賠償責任」『国家補償法大系2』（日本評論社、一九八七）一頁以下、八〇九頁で示した私見の立場も、再検討を迫られることになる。

- (4) 違法性相対化論への批判としては、とくに、阿部泰隆「抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力」判例タイムズ五二五号一五頁以下（一九八四）参照。

- (5) 宇賀・前掲論文六二頁。この点を示す裁判例については、同・六三頁注(15)参照。

- (6) 秋山義昭「抗告訴訟との関係」ジュリスト九三三号一五三頁以下（一九九二）、一五六頁。

- (7) 塩野宏『行政法II』（有斐閣、一九九二）二四二頁。同趣旨の学説として、たとえば宇賀・前掲論文六七頁、金井恵里可「非嫡出子の住民票続柄記載取消請求事件（武蔵野市）」判例地方自治九二号四七頁以下（一九九二）四八〇四九頁。

- (8) 塩野・前掲書三三五―三三六頁参照。

- (9) 村重慶「国家賠償訴訟」『実務民事訴訟講座10』（日本評論社、一九七〇）三〇三頁以下、三二二頁。

- (10) 大体同旨の位置づけとして、小林武「本件第一審判決評釈」判例評論三九四号一七頁。以下、一九九頁。

- (11) 芦部信喜「演習憲法（新版）」（有斐閣、一九八八）二九八頁。

- (12) 芦部信喜「憲法一四一条一項の構造と違憲審査基準」法学教室一三九号一頁以下（一九九二）。

- (13) 本文の叙述では、「論証（証明）する責任」といった言葉の使用を避けてきたが、その理由については、前掲拙著（注(2)）二八六―二八七頁参照。

- (14) 橋本公巨「日本国憲法（改訂版）」（有斐閣、一九八八）一九七

- 頁。
- (15) なお、平等保護原則における比較衡量法については、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、一九九〇)一三五頁以下参照。
- (16) 浦部法椒『憲法学教室I』(日本評論社、一九八八)一三五頁など参照。
- (17) 人種などにつき、阪本昌成『優先処遇と平等原則』Law School 二八号二七頁以下(一九八二)三一〜三二頁、性別につき、君塚正臣『性差別の審査基準の根拠について』阪大法学四二卷一号二二五頁以下(一九九二)参照。
- (18) かかる私見と大体同様の学説として、棟居快行『人權論の新構』(信山社、一九九二)一五六頁の末尾の叙述(7)を参照。
- (19) 棟居快行『非嫡出子の相続分を定めた民法九〇〇条四号但書の合憲性』『平成三年度重要判例解説』二二頁以下(一九九二)、二三頁。
- (20) 芦部・前掲論文九三〜九四頁。
- (21) アメリカ法の状況については、とくに釜田泰介『嫡出・非嫡出による区分と法の平等保護』(三)同志社法学三二卷三・四号、五号、三三卷一号(一九八〇)参照。
- (22) 米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、一九九二)二八三頁。
- (23) ここでは、民法学説には立ち入る余裕はない。西原道雄『非嫡出子の相続分を定めた民法九〇〇条四号但書の合憲性』『法律時報別冊』私法判例リマックス一九九二(下)九六頁以下、二宮周平『婚姻の尊重と非嫡出子の差別は必然的なものか』法学セミナー四五四号八一頁以下(一九九二)など参照。
- (24) 宮沢俊義『戸部信喜』全訂日本国憲法(日本評論社、一九七八)二六四頁。
- (25) 和田英夫編著『憲法一〇〇講』(学陽書房、一九八三)一三七頁(戸波江二)。また、戸波江二ほか『憲法(2)——人權』(有斐閣、一九九二)一〇五頁(安念潤司)は、『非嫡出自自身は、婚外の性関係の発生について何らの責任も有しないにもかかわらず、非嫡出子に不利益を課すことによって家族制度を保護しようとするのは不合理である、という批判が強い』と述べている。
- (26) 米沢・前掲書二八三頁。
- (27) 長尾英彦『非嫡出子記載取消請求事件判決について』中京法学二六卷三・四号一頁以下(一九九二)一一〜一三頁。
- (28) 二宮周平、結婚届・出資理由と、出さない自由(毎日新聞社、一九九二)六六〜六七頁参照。
- (29) さしあたり、拙著『人權のオモテとウラ——不利な立場の人々の視点』(明石書店、一九九二)一三五頁以下参照。本件との関連で夫婦同姓義務を問題にするものとしては、長尾・前掲論文一〇頁。
- (30) 辻村みよ子『金城清子』女性の権利の歴史(岩波書店、一九九二)二〇七頁(金城)。なお、二宮・前掲書七〇頁によると、『非嫡出子の出生率が低い背景には、妊娠中絶の多さとともに、妊娠したから婚姻届をするという実態がある』とされる。
- (31) 拙著『差別的表現』(有斐閣、一九九〇)一六二頁。
- (32) その代表的論者は、佐藤幸治教授であるが、その所説については、松井茂記『プライバシーの権利について』法律のひろば四一号二七頁以下(一九八八)、三三〜三四頁参照。
- (33) 東京地判平成二年八月二九日判例時報一三二二号九二頁(九七頁)。
- (34) 芦部信喜ほか編『演習憲法』(青林書院、一九八四)二〇〇頁(佐藤幸治)。

(35) 松井・前掲論文三八頁。

(36) 拙稿「指紋捺捺強制と定住外国人」ジュリスト八七〇号四六頁
以下（一九八六）、四八頁第一段後半参照。

(37) 佐藤幸治「ブライバシーと知る権利」法学セミナー三五九号一
八頁以下（一九八四）、二五頁。