

本ファイルは、ジュリスト 1179 号(平成 11 年度重要判例解説)40-41 頁に掲載させていただいた拙稿の草稿段階のもので、公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

非嫡出子住民票続柄記載事件 九州大学大学院法学研究院助教授 *松生史
最高裁 1999(平 11)年 1 月 2 日第 1 小法廷判決 (平成 7 年 (行ツ) 116 号) 判例時報 1675 号 48 頁

<事実の概要>

X1X2 は、婚姻の意思を有し共同生活を営んでいるが、夫婦別姓を実践していることもあって、あえて婚姻届を提出していない夫婦である。本件で問題となったのは、二人の間に生まれた子 X3 の住民票の続柄記載である。当時の住民基本台帳事務処理要領 (1967 年 10 月 4 日法務省民事甲第 2671 号・自治振第 150 号、以下「要領」) の定める記載方法によれば、嫡出子の場合は「長男 (女)、二男 (女)」等と記載されるのが例であったが、市長 Y1 は、非嫡出子であることを理由に、世帯主 X1 との続柄を「子」と記載した。この記載行為の違法性を主張する X1X2 は、Y1 に対し(1)上記続柄記載処分の取消(2)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、また、(3)Y2 (市) に対し損害賠償を求める国家賠償訴訟を提起した。(後に X3 も国家賠償請求を提訴し(3)に併合が認められたが、不服申立人になっていなかったため、取消訴訟 (審査請求前置 (住民台帳 32) の定めがある) の原告たり得なかった (原告からの教示による))。

第 1 審 (東京地判 1991. 5. 23 行裁集 42 卷 5 号 688 頁) は、続柄記載行為が抗告訴訟の対象となるとしても原告適格を有するのは X3 のみであって、X1X2 は原告適格を有しないとし、抗告訴訟を不適法とした。国家賠償請求については、「要領」の「統一的な定めに従った記載方法による事務処理を行ったことをもって、被告市長に職務上の義務に違背する違法があり、あるいは被告市長に過失があるとまですることは困難なものといわなければならない」と述べ、請求を棄却した。その後「要領」の一部改正(1994 年 12 月)により 1995 年 3 月 1 日から、嫡出子、認知された非嫡出子を問わず、世帯主との続柄は「子」と記載されるものとされ、X3 の住民票も改製された。控訴審 (東京高判 1995. 3. 22 判例時報 1529 号 29 頁) は、それを理由に、抗告訴訟の訴えの利益を否定した。しかし、国家賠償請求については、「本件住民票における嫡出子と区別した続柄の記載は、住民基本台帳制度の目的との関連で合理性、必要性がなく、X3 をその社会的身分である非嫡出子であることを理由として不合理な差別をするものであって、違法の評価を免れ」ないと判示した。但し、過失については、本件記載が事務処理要領に従った職務執行であり、また各市町村長の職務執行の一般的実情であったことを理由に否定し、請求を棄却した。

<判旨>

最高裁は、X1-X3 の上告を棄却した。抗告訴訟については、記載行為自体の処分性を否定するという原審と全く異なる理由で不適法と判断された。「市町村長が住民基本台帳法七条に基づき住民票に同条各号に掲げる事項を記載する行為は、元来、公の権威をもって

住民の居住関係に関するこれらの事項を証明し、それに公の証拠力を与えるいわゆる公証行為であり、それ自体によって新たに国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する法的効果を有するものではない。もっとも、同法一五条一項……、公職選挙法二一条一項……によれば、住民票に特定の住民の氏名等を記載する行為は、その者が当該市町村の選挙人名簿に登録されるか否かを決定付けるものであって、その者は選挙人名簿に登録されない限り原則として投票をすることができない（同法（公選法）四二条一項）のであるから、これに法的効果が与えられているということができる。しかし、住民票に特定の住民と世帯主との続柄がどのように記載されるかは、その者が選挙人名簿に登録されるか否かには何らの影響も及ぼさないことが明らかであり、住民票に右続柄を記載する行為が何らかの法的効果を有すると解すべき根拠はない。したがって、住民票に世帯主との続柄を記載する行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない。」

また、国家賠償訴訟については、以下のように判示し、原審の違法判断を実質的に覆した。「市町村長が住民票に法定の事項を記載する行為は、たとえ記載の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ところがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、市町村長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と右行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である……各市町村長は、（「要領」の）定めが明らかに法令の解釈を誤っているなど特段の事情がない限り、これにより事務処理を行うことを法律上求められていたということができる。……これに従わない市町村もなかったわけではないが、一般的にはこれに従って続柄の記載がされていたものと認められ、Y1も、右の定めに従って本件の続柄の記載をしたというのである。……憲法一四条や所論引用の条約等の規定を考慮に入れるとしても、右の定めが明らかに住民基本台帳法の解釈を誤ったものということとはできない。以上によれば、所論指摘の事情を併せ考慮したとしても、被上告人武蔵野市長は、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさず漫然と本件の続柄の記載をしたということとはできないものというべきである。……Y1の右行為には国家賠償法1条1項にいう違法がない…」

<解説> 一 住民基本台帳制度は「住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とする」（住民台帳1）ことを目的とする制度である。居住関係の公証、選挙人名簿の登録に関する限り、非嫡出子と嫡出子を区別して表記する必要がないのは当然であり、また、「その他の住民に関する事務」についても、自治省が関係行政機関に照会したところ、事務処理上の特段の支障はないとの回答だった（高橋和久・地方自治567号98頁（102頁））。1994年12月の「要領」改正は同調査を受けたものだったが、そこに至るまで放置されてきたことの方がむしろ問題だろう。

そこで裁判所の果たすべき役割が問題となる。本件抗告訴訟は、1審（原告適格）控訴審（訴えの利益の消滅）そして最高裁（処分性）と、「三種の神器」が代わる代わる登場することによって不適法却下される。しかし国賠訴訟では、原審判決が、請求を棄却しつつ本件続柄記載を明確に違法と判示している（ただし、「要領」が既に改正された後である）。行政権の裁判的統制の観点から、このようなあり方をいかに評価すべきであろうか。

二 本件抗告訴訟の却下理由の中では、やはり最高裁の処分性論が相対的に説得力がある。改製前の住民票が5年間保存され、その写しの交付が法的には不可能とまではいえない

いのであれば、訴えの利益の消滅には疑問がある（ただし、法定外抗告訴訟について、その必要性に影響を及ぼすかも知れない）。また、続柄が住民票の主体と世帯主との相互の身分関係についての表示である以上、少なくとも世帯主 X1 については原告適格を認める余地が十分にあるからである（判例時報本件コメントも同旨）。

最判は「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」（最判 1964. 10. 29 民集 18 卷 8 号 1809 頁）を処分性のメルクマールとしている。住民票記載行為のようないわゆる公証行為も、公証力の付与だけでは処分性を基礎づけるのに十分ではない（最判 1964. 1. 24 民集 18 卷 1 号 113 頁）とされるが、当該行為の根拠法あるいは他の法律と結びつくことによって国民の権利義務に直接具体的な法的効果を及ぼす場合は処分性が肯定されると考えられる。本件最判も、公職選挙法上の選挙人名簿、したがって投票権との連動関係（住民台帳 15①、公選法 21①）があることをとらえ、その限りで処分性がありうることを認めている。

住民票は個人を単位とし、世帯毎に編成される（住民台帳 6）。そこで、各個人についての住民票の記載を一体として処分と捉える（一体的構成）のか、住民基本台帳法 7 条の個別の記載事項各々について法的効果を判断する（分解的構成）のかが問題になる。本件最判は後者により続柄記載行為の処分性を否定したが、それは唯一の可能性ではないだろう。同法 31 条の 3 は、同法による「処分」についての審査請求及び異議申立てを、32 条は審査請求前置を定めている。同法を読む市民としては、法的救済として、不服申立→行政訴訟のルート进行を想像するのが素直である。また、分解的構成をとると、各記載事項毎に法的効果の有無を検証しなければ処分性を判断できず、市民のみならず処分庁・審査庁にも不服申立段階でかえって困難な判断を強いることになるのではないか。一体的構成をとり、法律が審査請求の対象としていることをもって、住民票全体についての処分性を認めたものと解することも可能であろう。

ただし翻って考えてみると、本件のような事案を、出訴期間を伴う取消訴訟のルートに載せるべきかどうか、議論の余地がある。転入届不受理処分（熊本地判 1993. 10. 25 判タ 855 号 189 頁）や住民票消除処分（福島地決 1979. 4. 2 行裁集 30 卷 4 号 705 頁）に対しては取消訴訟が適切な救済手段たりえても、記載事項の訂正を求める本件のような場合では、法的安定性を優先させて不可争力を発生させる理由がそもそもないし、市民の側としても出訴期間には不利があろう。原告が提起している法定外抗告訴訟（最判は取消訴訟の処分性と全く区別せずに取り扱っているが、疑問の余地がある）に加え、人格権に基づく民事給付訴訟（一定の要件の下に人格権、名誉権に基く自己情報訂正請求を許容したものとして、東京高判 1988. 3. 24 判時 1268 号 15 頁。参照、阿部・後掲）ないし実質的当事者訴訟（大阪空港最判以来の論争について、さしあたり園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』473-506 頁（加藤幸嗣））が考えられよう。しかし、本件のような場合、特に不服申立段階で問題を指摘されなかった（Y1 は処分性も原告適格も特に問題とせず対応していたようであり、1 審で原告は信義則違反を主張している）ことも勘案すれば、民事訴訟等の方が仮に適切な救済方法だとしても、原告に訴訟形式判別困難のリスクを負わせることには問題がある（救済策の提案として、阿部泰隆・行政救済の実効性 35-50 頁）。なお、1999 年の住民基本台帳法改正で、自己の本人確認情報（但し、続柄は含まれない。法 30 条の 5）の訂正請求と通知（30 条の 40）、苦情処理（30 条の 41）の仕組みが設けられたが、不服申立・取消訴訟

との関係は法文上明らかではない。

三 国家賠償請求については、原審と最高裁は対照的な判断手法をとる。原審が、違法性と過失を二元的に判断し、前者を肯定して後者を否定したのに対し、最判は、違法性と過失を一元化し、「職務上通常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事情がある場合」に限り違法性を認めるいわゆる職務行為基準説をとった。

職務行為基準説を初めて採用したとされる芦別事件（最判 1978. 10. 20 民集 32 巻 7 号 1367 頁）は検察官の公訴提起に関する事案であり、「起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」と判示した。つづいて最判は、立法行為について、「国会議員の立法行為…が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべき」（最判 1985. 11. 21 民集 39 巻 7 号 1512 頁（在宅投票最判））とする。

これら事案は、逮捕—起訴—判決の各局面毎に要求される心証の程度が異なるという特殊性を有する刑事司法手続（宇賀克也・国家補償法 51 頁）や、政治的性格を有する立法行為という、ある意味では特殊な事例についての判断であったが、徐々に職務行為基準説は典型的な行政処分の領域にまで進出してきつつある。最判 1993. 3. 11 民集 47 巻 4 号 2863 頁は、所得税更正処分について「職務上の通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情」という判断基準を示している。同判決を引用する本件最判は、そのような望ましくない傾向を一步進めたものと評しうる（但し本件は民集に登載されていない）。しかも、「たとえ記載の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ところがあったとしても」という判示は相当に踏み込んでいる。

上記 1993 年最判の調査官評釈（井上繁規・平 5 最判解 368 頁）は、職務行為基準説の違法性相対論ないし相関関係説による正当化を試みるが、理論それ自体よりもむしろ、そのおかれた現実のコンテクストによってそれが果たす実践的機能を重視すべきであろう。原審のように違法性と過失を二元的にとらえ、かつそれらを順次判断すれば、過失が否定されて結論的に請求が棄却される場合であっても、判決文中に行政活動の違法性が明言され、場合によってはその適法性の基準が示されることにより、国家賠償制度の違法行為抑止・排除機能や行為規範設定機能が、少なくとも事実上果たされる（参照、宇賀「国家責任の機能」高柳古稀『行政法学の現状分析』）。監獄法施行規則の違法無効を判示しつつ請求を棄却した最判 1991 年 7 月 9 日民集 45 巻 6 号 1049 頁は、法務行政の実務を改めることになり、国家賠償訴訟が上のような機能を果たした実例であった。職務行為基準説による一元的判断手法では、かかる機能は果たし得ないのである。

行政権の統制は本来抗告訴訟が果たすべきという考え方から、国家賠償請求に上のような機能を期待することについて、異論がありえないわけではない。しかし、(1) 日本では、例えばドイツとは異なり、限られた分野を除いては（参照、最判 1982. 2. 23 民集 36 巻 2 号 154 頁）国家賠償請求は抗告訴訟に対して補充的・第二次的救済手段とは必ずしも位置づけられていないこと(2) 同じくドイツとの比較で言えば、日本では行政訴訟も通常裁判所によって担当され、訴訟上の特例もわずかに留まることに鑑みれば、一般的にはその点を

問題にする必要はない。さらに、日本における行政訴訟のハードルの高さに鑑みれば、国家賠償訴訟によるその機能の代替をむしろ積極的に承認していくべきではないか。なお、本件原審のように行政活動の違法性を認定しつつ請求を棄却した場合、被告行政主体の側は上訴ができなくなり、原告が上訴しない限り上級審の判断が得られなくなるが、国家賠償の行政権統制機能をそもそも果たし得ないことに比べれば、より小さい問題と言える。

四 最後に、市長の注意義務違反（最判では違法性、二元的構成ならば過失）である。本件当時から住民登録事務は自治事務である以上（なお、本年度センター入試の出題ミスについて毎日新聞 2000. 1. 21）「要領」の法的性質は曖昧であり（新地方自治法では「技術的助言・勧告」（245 条の 3③）と位置づけられるだろうか）、いかに全国的な統一的取り扱いの要請があるとはいえ、これに従った事務処理が市町村長に「法律上求められていた」とまで言うのかどうか、疑問の余地がある。上記 1991 年最判における拘置所長と監獄法施行規則との関係とは異なるのである。

この場合、「要領」の定め of 適法性について判断するためには、一方で交付請求の実情も踏まえ、差別的続柄記載がいかなる問題を発生させているか、他方で、事務処理上かかる記載の必要性が存するかに関する知見が要求される。どちらの点も、国よりもむしろ実際に事務を処理する市町村に認知上の優位性が存すると考えられる。各市町村こそが見直しのイニシアティブをとるべきなのである。だとすれば、「漫然と」要領の定めに従っただけで過失を機械的に否定するのではなく、続柄記載に対して現実に苦情が寄せられていたか、要領に従わない記載をする自治体が他に存したか、事務処理上の必要性をどの程度検討したか等諸般の事情を検討し、違法性の認識可能性を総合判断すべきであろう。

<参考文献>（本件最判）阿部泰隆・ジュリ 1156 号 99 頁

（原審）小林武・南山 19 卷 2 号 113 頁、土井真一・法教 186 号（判例レク'95）8 頁松本克美・ジュリ 1097 号 155 頁

（1 審）青野洋士・平 3 主民判解（判夕臨増 790 号）、内野正幸・筑波 16 号 277 頁、金井恵里可・判自 92 号 47 頁、小林武・判評 394 号 163 頁、小林・南山 16 卷 1・2 号 71 頁、松井幸夫・法々 36 卷 10 号 119 頁

