

国家による情報行為と法関係に関する考察（五）

—— 佐々木惣一「存在権」論を中心に ——

広 田 恭 子

第1章 国家による情報行為の拡大

- 1 はじめに
 - (1)問題の所在
 - (2)課題の設定
 - (3)本稿の構成とその内容
- 2 国家による情報行為の拡大事例
 - (1)戸籍制度
 - (2)住民基本台帳制度
 - (3)個人番号制度
- 3 情報行為の特徴
 - (1)「情報」の定義（個別法等を参考に）
 - (2)「情報」の特質（学説を参考に）
 - (3)情報行為の特徴（以上、第75巻第6号）

第2章 情報自己決定権

- 1 基本権総論
 - (1)三段階審査の概要
 - (2)人格の自由な発展の権利
- 2 情報自己決定権に関する判例
 - (1)国勢調査判決（以上、第76巻第1号）
 - (2)自動車ナンバー記録Ⅱ決定
- 3 連邦憲法裁判所による判例法理
 - (1)情報の分離原則
 - (2)日本法の考察への視点

第3章「存在権」論に関する考察

- 1 情報行為に必要な三つの視点
 - (1)処分性概念とその意義
 - (2)侵害行為性
 - (3)両立かつ対抗関係
- 2 存在権の発見
 - (1)臣民の地位と国民の地位
（以上、第76巻第2号）
 - (2)存在権の発見
- 3 「存在権」論に関する考察
 - (1)「存在権」論に関する学説の見解
 - (2)自由権及び国務要求権に関する理解
 - (3)「存在権」論に関する考察
（以上、第76巻第3号）

4 「存在権」論の意義

第4章 国家による情報行為と法関係に関する考察

- 1 国家による情報行為と存在権に関する考察
 - (1)考察の枠組み
 - (2)戸籍制度と存在権
 - (3)住民基本台帳制度と存在権（以上、本号）
 - (4)個人番号制度と存在権
- 2 国家による情報行為と法関係に関する考察
 - (1)問題意識とその解答
 - (2)国家による情報行為と法関係に関する考察
- 3 おわりに

4 「存在権」論の意義

存在権の発見によって、国民には二つの立場があることが明らかにされた。第一の立場は、国家の部分として存在する立場である。第二の立場は、個人として存在することを尊重される立場である。第二の立場が存在権によって保護される立場である。では、個人として存在することを尊重される立場を保護する存在権の意義はどこにあるだろうか。

それは、国民が、それ自身の目的を有する一の全部者として、国家や他の私人から無用な関心や無用な干渉を受けることなく、あるいは抑圧されることなく、自分自身で自分のことを決めて独自の生活領域を生きる意欲を持った存在として尊重されることである。

そして、存在権によって、国民は、独自の目的のために、一の全部者として生命を愛し、

自由を有し、幸福を追求する意欲が保障される。

国家は、この第二の立場で生活する国民の独自の生活領域に干渉等を行なってはならない。すなわち、国家は、国民の独自の生活領域には無関心でなければならない。それゆえ、私的な自由に対して、国家が、客観的な公益の立場から関心をもち介入してきた場合には、私人は、自己が「自由人の身分」に属していることを前提として、私的な自由に対する国家権力の無関心（Indifferenz）ないし消極性を要求することができる。他方、国家が、公共の福祉の目的で私的な自由の領域に関心をもち、法的に干渉してきた場合には、私人は、自らが「国民の身分」に属すること前提として、裁判所に対して権利保護を請求することができる³⁷⁴⁾。

本来人間は、生命、自由及び幸福追求する存在であり、人間本来の本能に従って生きることは、人間の存在の内容である。存在権は、個人的存在としての新しい立場の権利ということもできるが、個人的地位は帝国憲法にはなかった地位であるけれども、本来、尊重されるべきものであった。

戦後、憲法13条が、国民にはその立場があることをあらためて明らかにしたとともに、国家に対し、国民の個人的地位の尊重を義務づけたのである。憲法13条は、国民が一人ひとりのかけがえのない存在として個人として生きる権利を尊重し、個人的地位を回復したものと理解すべきであろう。

前述のとおり、佐々木は、『日本憲法要論』のなかで、帝国憲法上の権利とそれ以外の制定法による権利とを区別し、帝国憲法上の義務及び権利を消滅させるには帝国憲法の改正を必要とすると解し、行政処分をもってするのはもちろん、法律によっても消滅させることはできないと述べていた。そして、このことは法上重大な意味を有している。したがって、国民の第二の立場が憲法で定められたことは法上重大な意味があり、この立場を消滅させるには憲法の改正によってしかできないと解されよう。

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。」と定める。これは、一的生活体としての人間には、国民としての地位（Status）と、個人としての地位（Status）の両面があることを示唆しているのである³⁷⁵⁾。そして、この条規から、国民が、「日本という公共体に帰属する身分と、そのような帰属を一切持たない身分の重畳する両義的存在である」³⁷⁶⁾ことが明らかになる。

他方で、「このふたつは重畳するだけでなく、対抗的關係に立つことも13条は含意して

374) 石川健治「承認と自己拘束—流動する国家像・市民像と憲法学—」岩村正彦（ほか）編『岩波講座現代の法〔1〕—現代国家と法—』（岩波書店、1997年）46頁以下参照。石川は、自由人の身分と、国家構成員の身分を「資格」として捉え、いずれの場合にも自らがその身分に属していることの承認を国家に求めた上で、それぞれの身分に属していることを前提として要求することができると論じている。

375) 駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る—憲法とその外部—」日本公法学会編『公法研究』78号（日本公法学会、2016年）20頁参照。

376) 駒村・前掲注(375)20頁。

いると見ることでしよう」³⁷⁷⁾。それは、公共の利益ないし公共の福祉と、個人的存在としての尊重とが、対抗関係に立つ場合があるということが含意されていると見るができる。そして、憲法13条は、「国民の身分に対する要求と個人の生が軋みを生むとき、原則として、尊重という価値評価において軍配が上げるのは、個人の方だという構成」³⁷⁸⁾であると考えるとき、国民の二つの立場は、「国民・個人」の緊張関係に立つという枠組みで捉えることができる。

本章「存在権の発見」の冒頭に参照した帝国議会での佐々木の答弁を想起して欲しい。

「凡ソ人間デアルカラト云フ立場ニ於キマシテ國家カラ認メラレナケレバナラヌ所ノ地位ガアリマス、所謂基本權トカ基本義務トカ云フモノハ此ノ類ノモノドラウト思フノデアリマス、ソレカラ更ニ我々ハ何等カノ社會生活ヲ爲スト云フ其ノ上ニ於テ認メラレナケレバナラヌツノ地位ト云フモノガアル、其ノ兩點ト云フモノニ付キマシテ、固ヨリ從來憲法ノ理念ニナカツタトハ申サレマセヌケレドモ、併シナガラ憲法ノ明文カラ申シマシテモ、又憲法制定者ノ其ノ當時ノ心ノ上カラ申シマシテモ、ドウモ其ノ個人的ノ地位ト云フモノニ付テ重キヲ置イテ決メタモノデ、我々が社會生活ヲ爲ス上ノ地位ト云フヤウチモノニ付テ考フル所ハ少カツタト、ドウモ公平ニ見テ言ハナケレバナラヌト思フノデス」³⁷⁹⁾。

佐々木は、この答弁の二年後に存在権を発見している。「存在権」論は決して消滅してはいない。むしろ、これから重要な役割を果たすべきときに来ている。

第4章 国家による情報行為と法関係に関する考察

本章では国家による情報行為とそれに対抗しうる権利として存在権を中心に考察する。国家による情報行為とは、「国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念」のことである。具体的な制度として、戸籍制度、住民基本台帳制度、個人番号制度の三制度の仕組みを確認し、上記定義で矛盾なく説明できることは、第1章で確認したとおりである。

考察の主眼は、国家の情報行為が、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限する行為に該当するかどうかという点にある。

まずは、各制度が、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限するか否かを次に述べる考察の枠組みに従って検討する。次に、国民は、存在権を有する一の全部者としての立場から、国家の情報行為に対してどのような主張をすることができるのか、あるいは国家による情報行為が、存在権を侵害する場合とはどのような行為であるのか、という観点から考察を進める。そして、本章の最後（第六卷）で国家の情報行為と佐々木説に基づ

377) 駒村・前掲注(375)20頁。

378) 駒村・前掲注(375)20頁。

379) 佐々木・前掲注(281)佐々木惣一委員答弁（昭和21年8月29日）。

く国民の国家に対する法関係を考察した後、第1章（第一巻）で掲げた本稿の問題意識に対する一定の解答を整理し、考察のまとめを行う。

1 国家による情報行為と存在権に関する考察

（1）考察の枠組み

ここからは、国家による情報行為に対抗しうる権利として、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を前提として考察を進める。その際、第2章（第三巻）で確認した考察の視点を取り入れる。具体的な考察の枠組みは、以下のとおりである。

まず、用語法についてである。ドイツ法の「保護領域」論で使われる「領域（Bereich）」という訳語を日本法の考察において用いることは、ドイツ固有の領域理論的概念を想起させるという懸念があり、日本法に馴染みやすい「保護範囲」と表現することにした。もっとも、権利条項の解釈によって一応の基本権保護を受けるものか否かを判定する意味では、ドイツ保護領域論としての意味と別段変わりはないとして捉えていただきたい。

次に、①存在権ないし個人的存在を尊重される権利の性質についてである。この点、存在権の権利の性質は、国家に対する防御権として捉えている。個人的存在を尊重される権利の性質は、国家に対する国務要求権（国務請求権と同義）である。この権利観を考察の出発点とする。②三段階審査の保護範囲→介入→正当化の順序を、介入→保護範囲→正当化の順序に入れ替え、国家の情報行為が存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限することを意味する「介入」に該当するか否かを第一順位で検討する³⁸⁰⁾。その際、介入の発見のメルクマールをドイツの判例で参照した「目的・意図・関心」の三指標を用いる。③保護範囲は、国家の情報行為に対して、存在権ないし個人的存在を尊重される権利から、何を主張しうるかという権利条項の解釈を扱う。④国家の情報行為を個別的情報行為と全体的情報行為とに区分けする。これにより、存在権に対する介入の重大性を測定することが狙いである。⑤国家の情報行為に関する「情報の分離原則」の要請については、個人番号制度と存在権の関係を考察するところで述べる。

次に、考察を行う際に考慮する事項について説明する。第一は、三段階審査の枠組みを用いて考察することについてである。その際、「介入」の言葉を使うが、ここでいう「介入」は、基本権保護領域に対する制限ないし侵害を意味する「Eingriff」概念そのものではない。存在権ないし個人的存在を尊重される権利に対する制限を指す場合に「介入」という言葉を用いる。理由は確定的な侵害と区別するためである。したがって、ドイツの場合と同じ意味ではない点に留意いただきたい。介入を第一順位にして保護範囲より先に置いたのは、防御権の本質である自由権的構成を採用し、国家の情報行為が存在権を制限するか否かという観点で見るためである。問題となっている国家行為が、国民の権利との関係において、何が侵害されるのかという権利条項の解釈を通じた保護範囲論を第一順位に置

380) 三段階審査の順序問題については、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回〔順序の問題…？—三段階審査論への現場報告〕法学セミナー676号（日本評論社、2011年）92頁以下を参照。

かずに「原則-例外」図式で介入を第一順位に置くことは、自由に対する介入そのものが一定の制限とみなされ、正当化を要する国家行為であるという点で一定の合理性があると考えている。

第二は、存在権に対する制限を発見するプロセスにおいては、原則として、国家の情報行為が行われる「目的・意図・関心」の三指標を使う。介入の存在が発見されると、その国家の情報行為には一応の制限行為が認められることになる。

第三は、保護範囲論で権利条項の確定を行う。保護範囲は、一応の制限行為とみなされる国家の情報行為が、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限するか否か、あるいは憲法13条の問題とならないのか等の仕分けを行う。

第四は、国家の情報行為を個別の情報行為と全体的情報行為とに便宜上区別する。個別の情報行為とは、国家の情報行為のうち、国民に一定の作用をもたらす個別的な情報行為をいう。個別的とは、ある行政目的のために行われる国家の情報行為が同一の目的で行われ、国民に対する一定の作用が単一的な情報行為（後続的あるいは連続的な情報行為は予定されていない行為）であり、単一の情報行為によってもたらされる作用がそれで完結する行為を「個別の情報行為」と定義する。例えば、国家が、全国民に臨時給付金を支給する目的で臨時給付金を支給する法律（仮称）を制定し、地方公共団体が同法に基づいて、臨時給付金の支給のために各住民の振込先となる預金口座の情報を収集すると仮定する。同法は臨時給付金の支給の目的のために制定された法であり、同法に基づいて行われる行為は預金口座の情報を収集するという単一的な情報行為であり、国民に対し給付金の支給という法効果をもたらす。しかし、同法の目的を達成するために行われる情報行為はそれのみであり、後続する行為も予定されていないからそれで完結する。こうした行為は単一的な情報行為である。

他方で、国家の情報行為が、個別的目的でなく概括的な目的を有し（例えば、行政事務の利便性の向上、効率化等）、国民に対する一定の作用が目的と関連する行政事務やサービスに対して行われることが予定される情報行為であり、連続性あるいは反復性を有する情報行為、又は単一的な情報行為であり、かつ、単一の情報行為によってもたらされる作用が継続的ないし持続的効果をもたらす行為は、ここでいう個別の情報行為ではない。このような情報行為を「全体的情報行為」と定義する。この区別は、介入の重大性を測定する一つの指標になると思われる。

なお、正当化に関する考察は今回の検討範囲外としているため、将来の課題である。

（２）戸籍制度と存在権

ここからは、具体的制度と存在権の関係について考察を行なう。第一の制度は、戸籍制度である。

①戸籍制度の主な特徴と問題点

まず、戸籍制度に関して指摘されている問題点のうち、存在権との関係で問題となりう

る点を絞り込みたい。そのために、先に戸籍制度の主な特徴を再度概観しておこう。

1) 戸籍制度の主な特徴と問題点

(a) 戸籍制度の主な特徴

戸籍制度は、原則として、市町村の区域内に本籍を定める一の夫婦及びこれと氏を同じくする子を一つの単位として戸籍を編製し（改正戸籍法第6条）、戸籍簿に必要事項が記載される（同法第7条、第13条）。戸籍法は、戸籍に関する手続法としての性格を有する。戸籍制度は、身分関係を公証するために設けられた制度であるが、単純にそうとも言い切れない問題点が指摘されている。それは、後で見るように戸籍制度が有する制度の特徴から生じている問題である。

戸籍の身分事項欄には、人の出生、死亡、婚姻、離婚、縁組、離縁、認知、相続廃除などの身分に係る法律上の変動が記録される。戸籍は、例えば、婚姻、離婚の身分行為のあるたびに入籍、除籍を繰り返すシステムを採っているが³⁸¹⁾、身分事項欄にどのような理由で元の戸籍から入籍したのか、どのような理由で除籍され、どこの戸籍に入籍したのかが記録されるため、各自の戸籍を辿ることができる。戸籍のこの特徴により、人の一生の身分行為の変動を知ることが可能になると同時に、各自の元の戸籍を辿ることにより、家族が誰であるのか、その家族自身の一生の身分行為をも知ることができる。このように戸籍は、身分行為の変動と家族関係の極めて強力な追跡機能を有するがゆえに、諸外国には類のない「世界に冠たる戸籍」といわれる³⁸²⁾。

整理すると、戸籍の主な特徴は、①個人の一生分の身分関係の変動を追跡できる。②個人の親族関係を網羅的に追跡可能にする。③個人の居住関係の変遷を追跡可能にする。④夫婦及び氏を同じくする子ごとに編製するため、家族単位の身分登録制である。以上の点が挙げられる³⁸³⁾。①から③は、一面では便利な機能である。例えば、相続手続の際の被相続人との身分関係を公証するために戸籍の追跡機能は便利な面がある。

本稿の主題との関係で戸籍の問題点として扱いたいのは、このうち②と④の特徴である。②及び④の特徴は、国民に「戸籍意識」³⁸⁴⁾を培ってきたといってもよいであろう。戸籍意識とは、「戸籍の記載内容が実生活とは無関係であっても、戸籍における記載のありようを通じて個人や個人間関係を倫理的に判断するという意識のこと」³⁸⁵⁾を意味する。戸籍意識は、日常的に表現されている独特の用語となって表われる。例えば、倫理的側面として「戸籍が汚れる」、離婚経験者を意味する「バツイチ」などはこうした意識を反映している

381) 二宮周平『〔新版〕戸籍と人権』（部落解放人権研究所、2006年）21頁参照。

382) 二宮・前掲注（381）21頁～22頁参照。

383) 二宮・前掲注（381）25頁参照。

384) 齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」日本公法学会編『公法研究』75号（日本公法学会、2013年）121頁以下参照。

385) 齊藤・前掲注（384）121頁。

といわれる³⁸⁶⁾。

（b）戸籍制度の問題点

これに関連して、戦後の民法改正に携わった我妻栄は、戸籍制度創設百周年にあたって、次のように「制度」というものの特質を指摘している³⁸⁷⁾。制度というものは、長く続くとそれ自体としての生命を取得し、存在を続けるようになり、その基盤であった社会生活が変わってもなお存在を続け、逆に社会生活に影響を及ぼすようになる。それはどんな法制度にもいえることであるが、最初は社会生活の実際を反映するためにつくった一つの形式的な制度が、人々が段々その形式的なものに慣れてくると、そこから逆に社会生活を支配するようになる。(…)制度が確立固定すると、その制度のためにわれわれ人間が支配されることになる。それがさらに進むと、戸籍に倫理的な意味を与え「戸籍が汚れる」という観念を生ずると述べている³⁸⁸⁾。

戸籍制度は、本来、身分関係の公証である形式的制度にしか過ぎないのに、私達は、戸籍に家族の実体を見るようになってしまう。我妻の指摘はその限りで戸籍のもつ消極的作用をいい当てているといえよう。今もなお戸籍に対するこうした意識は存在していると思われる。

戸籍制度の家族単位の編製については、「民法改正案に対する意見書」³⁸⁹⁾として1947年に強い反対意見が提出されていた。当時の民法改正案では、「家」単位の編製を廃止する案が検討されていたが、夫婦親子を原則として同一の戸籍に記載（現在の家族単位での戸籍の編製）すべきとされていることに対して、その問題性が指摘されていたのである。意見書によれば家族単位の編製方法では、「依然として、婚姻・養子縁組・離婚・離縁等については『入籍』や『復籍』の問題が起り、ある個人についての身分上の変動のあるたびにその人だけでなくその人の属する家族全体の記録されている戸籍面が変動するという形を取るようになる。このような結果は民法改正案が強く意識しているはずの家族制度の廃止ということを有名無実にする虞がある。(…)憲法がうたっている『個人の尊厳』とか『両性の平等』とかいう思想は各人が独立の市民であることの自覚をもつべきことをいい現わしたものにほかならない。従って法律はこのような自覚をもつことを促進するような規定をなすべきで、自分の個人的身分の変動が常に家族全体の戸籍の変動として現われるというようなやり方では従来の家族的観念にまだつよく捉われている一般民衆の市民的

386) 齊藤・前掲注(384)121頁。戸籍意識は、戸籍制度の成り立ちが大きく関わっているが、筆者は、戸籍制度の歴史的な成り立ちを論じられるほどの専門的知識を有していない。不十分な点は、二宮・前掲注(381)「2. 戸籍制度の成り立ち」30頁以下、齊藤・前掲注(384)などの文献を参照いただければ幸いである。

387) 我妻栄「戸籍制度創設百周年にあたって」全国連合戸籍事務協議会編『日本の戸籍の特質：戸籍制度創設百周年記念論文集』（帝国判例法規出版社、1972年）1頁以下参照。

388) 我妻・前掲注(387)17頁以下参照し、発言を再構成した。

389) 民法改正案研究会「民法改正案に対する意見書」法律時報19巻8号（1947年）2頁以下参照。

自覚を促すことは出来ないどころか、かえってこれを阻害する原因となるであろう」³⁹⁰⁾と指摘されており、徹底した個人単位の身分登録制度の採用が提案されていた。その後、民法の改正によって家制度は廃止されたものの、家族単位の身分登録制として存続し、今日まで個人単位の身分登録制は採用されていない。

家意識は、家制度の家族の構成員に従属的意識を生じさせてきた。しかし、家制度が廃止になった現在でも家族単位の身分登録制は残されている。現行の戸籍制度は、民法改正案に対する意見書が指摘していたとおり、在籍者の身分変動が在籍者全員の戸籍面に変動として現われる。戸籍を辿れば、個人の親族関係も現住所も把握できる。また、第一章でも見たように住民登録と戸籍は相互に連結されているため、戸籍によって住民登録を辿ることができ、その逆も可能であり、依然として住民登録機能をもっている³⁹¹⁾。

戸籍制度は、一面では優れた追跡機能を持ち、身分関係の立証などにあまりに便利な反面、その特徴ゆえに差別の原因となり、プライバシー侵害を引き起こす原因ともなっている³⁹²⁾。問題の背景には、後で見るように、1882年戸籍規則に関する元老院会議での意見のやりとりのなかに現われている。また戦後の民法改正時においても、国民を把握するための単位を個人ではなく家族単位の基準を重視していることを明らかにしている。現在争われている民法750条が定める夫婦同氏制の問題は、戸籍法と平仄を合わせた問題なのである。

このように戸籍制度は、様々な問題点を抱えている。どこに生まれるのか子には選択する余地のない事実が、社会において差別の原因とならぬよう、弊害となっている問題があればそれを是正することが国家には求められるだろう。

②存在権に対する介入の有無

1) 最高裁平成27年12月16日大法院判決³⁹³⁾

次に、存在権に対する介入を確認する。先程問題点を特定したようにここで取り上げるのは、②個人の親族関係を網羅的に追跡可能、及び④夫婦及び氏を同じくする子ごとに編製するため家族単位の身分登録制であることである。そして、こうした点が、存在権ないし個人的存在を尊重される権利に対する介入に当たるかどうかの問題となる。この問題は、プライバシー権との関係でも問題となりうるが、本稿では存在権との関係に着目して考察する。

存在権は、支配力を有する他の私人との関係においても、自己の存在を害されないように努力することを国家に要求することを認める。戸籍によって国家や他の私人から無用な関心を抱かれることなく、あるいは抑圧されることなく謂れない差別を受けずに平等に個人として生きる可能性を保障したのが存在権（憲法13条）であり、平等権（憲法14条）

390) 民法改正案研究会・前掲注(389)6頁。

391) 水野・前掲注(14)163頁参照。

392) 水野・前掲注(14)163頁参照。

393) 最高裁平成27年12月16日大法院判決（民集69巻8号2586頁）。

であると解される。

ところで、存在権への介入を検討する前に、戸籍制度に関連する判例として、夫婦同氏制の合憲性が争われた平成27年12月16日最高裁判例をごく簡潔に参照しておきたい。結論としては、夫婦同氏制は合憲であると判断されている。争われた規範は、憲法13条、同14条1項、同24条、民法750条等である。本判決のなかで取り上げるのは、夫婦同氏制に対する憲法13条違反の主張（氏に関する人格権）及び憲法14条1項違反の主張（性に関する形式的平等）に対する最高裁の判旨の一部である³⁹⁴⁾。本判決は、原告5名が、上記争われた規範を改廃する措置をとらないことが立法不作为であることを理由に国に対して損害賠償請求を行なった事件である。第一審、控訴審ともに請求を棄却し、原告が上告したところ、最高裁は上告を棄却した。最高裁は、憲法13条違反について次のように説明している。

「氏名は社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきである。しかし、氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一意義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである。したがって、具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。

そこで、民法における氏に関する規定を通覧すると、(…)氏の性質に関し、氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる。そして、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めていることにも合理性があるといえる。本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない。

氏は、個人の呼称としての意義があり、名とあいまって社会的に個人を他人から識別し特定する機能を有するものであることからすれば、自らの意思のみによって自由に定めたり、又は改めたりすることを認めることは本来の性質に沿わないものであり、一定の統一された基準に従って定められ、又は改められるとすることが不自然な取扱いとはいえないところ、上記のように、氏に名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定

394) 判例評釈として、蟻川恒正「夫婦同氏制の合憲性」大村敦志＝沖野眞巳編『民法判例百選Ⅲ親族・相続〔第3版〕』（有斐閣、2023年）14頁以下、駒村圭吾「夫婦同氏制の合憲性」長谷部恭男＝石川健治＝穴戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2019年）66頁以下などを参照。

されている」。よって「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえず、憲法13条には違反しないと説示した。

続いて、憲法14条1項違反に対する判旨を確認する。原告は、民法750条の規定について14条1項違反を主張している。これに対して最高裁は、「論旨は、96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという性差別を発生させ、ほとんど女性のみに不利益を負わせる効果を有する規定であるから、憲法14条1項に違反する旨をいうものである。

(…) 本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」。したがって、憲法14条1項に違反しない。もっとも、「氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえる。そして、この点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべき」であるとし、憲法24条の認める立法裁量の範囲を逸脱するか否か検討する際の一つの留意すべき考慮事項にとどめた。

2) 若干の考察

憲法13条違反に関しては、「最高裁が得意とする制度準拠的思考の典型的適用場面」³⁹⁵⁾とされる。また、憲法14条1項違反に関しては、憲法の採用する原則的平等観念が形式的平等であることにより、簡単に合憲と判断されている³⁹⁶⁾。

最高裁は、氏名は、個人の人格の象徴であり、人格権の一内容を構成するが、氏は、名と切り離され社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることを示し、個人の属する集団を想起させるものとして「氏」の有する社会的役割を説明する。そして、氏の性質として身分関係の変動に伴って変更されうることとも性質上予定されており、どのような制度を設けるのかは立法者の裁量の問題であるとして、本件の核心部分を憲法13条及び憲法14条1項ではなく、憲法24条2項の法制度の制度設計の問題へと据え変えている。

そこで、判決の判断の核心は、憲法24条2項に焦点が当てられる。判決は、同項が定める「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」た

395) 蟻川・前掲注(394)15頁。

396) 蟻川・前掲注(394)15頁参照。

め、どのような法制度を採用するのかにあたり、第一次的には立法裁量に委ねる趣旨であり、裁判所は、その判断が合理性を欠き、立法裁量の範囲を超えるものであるか否かを判断すべきであるという、いわゆる立法裁量の問題であるとする。そして憲法24条2項の趣旨は、「本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるもの」と説示した。

ここで注目されるのは、「憲法24条2項の意義を『法制度の制度設計』を統制する点に求めたこと」³⁹⁷⁾であろう。憲法24条2項の意義は、婚姻に関する選択について当事者の自由な意思（氏の選択、婚姻に関する選択の自由）を保障する自由権でもなく、当事者間の平等でもない。最高裁は、憲法24条2項を、客観法の観点から立法者の適正性を求めた規定であり、個人の主観的利益を保障しようとしている趣旨とは解釈しなかったと考えられる。

しかし、本判決に何らの希望がないのかと言えばそうでもない。婚姻制度の制度設計にあたり、国家の立法裁量に枠づけを行なっているからである。すなわち、最高裁は、憲法24条1項は、氏を変更する者にとっては、アイデンティティの喪失感や個人の社会的な信用、評価、名誉感情等にも影響を及ぶという不利益が、憲法上直接保障された権利とまではいえないものの、しかし人格的利益として尊重すべきであると述べている。そして、立法者に対し、両性の実質的な平等が保たれるよう図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ることを法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべきことを求めていると解釈している³⁹⁸⁾。それゆえ、立法裁量の範囲を超えるような場合には、憲法24条1項の趣旨に照らし、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に対する違憲の判断の余地が残されていると思われる。

この判例からわかることを整理する。第一に、民法や戸籍法が定める法制度の改善を求める要求が、第一次的には立法者の裁量に委ねられることである。第二に、家族という概念がもつ意味についてである。氏には、社会の基礎的集団としての意味が与えられていることである。第三に、氏の役割である。氏は、名と切り離され夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があり、個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものというものである。すなわち、氏は、夫婦とその子という身分関係で結合された一つのグルー

397) 蟻川・前掲注(394)15頁。

398) 蟻川・前掲注(394)14頁以下参照。

ブ名称として捉えることができる。もっとも、「家族」を「基礎的な集団単位」として重視するのであれば、単位家族ごとに新しい氏を設定することも許されるはずである。夫婦のいずれかの氏の選択を義務づける現行法には、身分関係を親族の尺度で捉える発想が潜在している³⁹⁹⁾といえよう。しかし、その発想が、ときに社会的差別へと結びつくことも指摘しておく必要があるだろう。

3) 存在権に対する介入の有無

(a) 戸籍法の目的

ここでいう介入は、存在権ないし個人的存在を尊重される権利に対する制限のことを指す。介入を発見するために国家による情報行為の目的、意図、関心を指標に用いる。このうち、目的については、ひとまず法文上の目的規定から把握される内容を国家の情報行為の目的と捉えることにしたい。戸籍制度の場合は、目的規定が定められてはいないが、実質的には身分関係の公証という特定された目的がある。

(b) 戸籍制度の意図及び関心

これに対して、意図及び関心は、あえて目的規定には掲げられていないことがあり、目的規定の文言から判読される意図及び関心の情報は限定的である。そのような場合、ドイツの事例でもそうであるように法制度全体を考察し、法制度にビルトインされた国家の思惑ないし思想の深層を探るのがよいであろう。その手段として、一つは、立法過程や立法事実を見ることであり、もう一つは、目的と選択されている手段との比例性を厳密に考察することである。すなわち、「表向きの立法目的と採用されている立法手段との適合性を厳密に要求し、もし、両者が厳密に適合しない場合には、隠された不当な立法目的の存在が推測できる」⁴⁰⁰⁾という方法がありうる。このうち、目的と手段との比例性の問題は、基本的には正当化の段階で考察される問題である。そのため、本稿では、戸籍制度については、制度の立法過程や国家権力者の思惑ないし思想の深層を探りながら考察を進める。

戸籍に対する国家の強い関心は、1882年の戸籍規則に関する元老会議のやりとりのなかに現われている。1882年当時、箕作麟祥は、戸籍法は、昔の封建時代では必要であったかもしれないが、今の日本の政治体制では無用のものであること、欧米各国には日本のような戸籍法はないこと、民法が改正され、欧米のような身分証明書制度が施行されると、戸籍法は無益になる旨を主張したが、地方長官であった渡辺清が「戸主が一家の責任を負うこと、家族の倫理を守っていることなど善良な慣習があり、戸籍にはこうした家族のあり方が示されていること」などから反対し、1898年に明治政府によって家制度が法制化された経緯がある⁴⁰¹⁾。

さらに、第二次世界対戦後は、民法改正と家制度の廃止に伴い、戸籍制度を改革する必

399) 駒村・前掲注(394)67頁参照。

400) 長谷部・前掲注(364)107頁。

401) 二宮・前掲注(381)38頁

要に迫られていた。GHQ（連合国軍最高司令官総司令部）は、各人ごとの戸籍にするか、「家」の名残りを払拭して誤解を招かないようにしておくべきだと主張し、個人単位の作製を提案していた⁴⁰²⁾。しかし、当時の司法省は紙や手数料がかかるなどと抗弁し、家制度を廃止し、「今後は婚姻を重視しているから、婚姻を主にし、婚姻をすれば戸籍を別にし、子ができれば、その戸籍内に記載するかたち、つまり、夫婦と子を1つのグループにしたままで『家』の温存などは考えていないとしてGHQの了解」⁴⁰³⁾を取り付けたのである。

こうした一連の経緯からして、国家が、身分登録の単位を家族としての単位に拘り、そこに強い関心があることがうかがえる。また、現在の戸籍制度は、婚姻時の氏を称することとした者が筆頭者となり、他方配偶者と氏を同じくする子が、筆頭者の後に続く形で順次記載される。そして身分行為の変動がある度に入籍、除籍が記載される。筆頭者のもつ戸籍法上の意味は、夫婦の何かの氏の決定が在籍者全員に及ぶ法的効果しかないにもかかわらず、家族の戸籍のなかに筆頭者とそうでない者との主従関係が表示されているか如きであり、筆頭者欄はまるで家制度時代の戸主のような外観を残している。

また、自民党改憲草案の「日本国民は、国と郷土を誇りと気概を持って自ら守り、基本的人権を尊重するとともに、和を尊び、家族や社会全体が互いに助け合って国家を形成する」という前文のなかに深層が読み取れる。この前文からは、憲法13条の基本原則である「個人」という最もミニマムであり、かつ最も尊重されなければならない一人ひとりの個人が、国民という立場をもち、統一体としての国民が、国家を形成しているということを窺い知ることはできない。また、それと平仄を合わせたかのように改憲草案の13条前段が、「全て国民は、人として尊重される。」に変更され、「個」が削除されていることも国民を国民としてのみ捉え、個人としての立場がある存在として真に直視せず、しかも「個人」としての立場を消去しようとする国家権力者の思想の深層がうかがえる。

そして、現実の家庭生活は、戸籍制度で想定するような家族構成だけではない。夫婦二人だけの家庭、夫婦とその両親の家庭、ひとり親と母子の家庭、ひとり暮らし等、家族のありようも時代とともに様々な構成で営まれている。特定の家族像（夫婦とその子）を標準的な家族構成として固定的に捉えることは、もはや現状に則していない。社会の変化とともに変遷する家族のあり方を立法政策において活かされるためにも、個人ごとに戸籍を編製しておくほうが適切である。本稿は、個人単位での編製が妥当であると考え、仮に個人単位以外の一定の集団概念を設ける必要性が立法政策上不可欠である場合には、その時代に適合しうる形で集団のグループ化をどのようにするのかをその段階で検討するのがよいであろう。そのほうが、多様な社会における家族のあり方の変化に柔軟かつ適切に対応しうると思われる。しかしその場合にも、家族のあり方は様々であるから、単一の概念で構成することは妥当ではない。そしてなにより、「人間は生まれながら一個の人格を持ち、他の誰に対しても従属的關係を相互にもたない」⁴⁰⁴⁾ことは、存在権として憲法上保障

402) 二宮・前掲注(381)45頁。

403) 二宮・前掲注(381)45頁。

404) 二宮・前掲注(381)53頁～54頁。

されている。

以上の考察から、戸籍制度に関する国家の意図及び関心は、国民の情報の収集単位を家族ごとに把握するとともに、家族や親族間での相互扶助を意識づけさせるために、家族という小集団で「氏」を統一させて戸籍を編製することに強い意図及び関心があるものと評価することができる。したがって、戸籍制度を通じた国家の情報行為には、存在権に対する介入が存在するといえる。

③保護範囲

1) 憲法14条1項の解釈

介入に当たる国家の情報行為は、憲法13条が定める存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限する行為であると暫定的に評価されたことを意味する。保護範囲は、ドイツの場合は、問題となる行為や自由が、基本権の保護領域に該当するかを審査する過程である。もっとも、本稿のここという保護範囲は、すでに規範が特定されていることを前提にしている。つまり、戸籍に関する問題は、憲法13条及び憲法14条1項との関係で問題となりうる。そして、保護範囲は、国家の情報行為に対して、存在権ないし個人的存在を尊重される権利及び憲法14条1項から何を主張するかという権利条項の解釈を扱う。

考察に先立ち、佐々木の憲法14条1項の解釈について特筆すべき点があるので参照する。佐々木は、憲法14条1項を「法的平等の権利」と「政治的、経済的、社会的関係において、差別せられない権利」の二つの権利があるとし、憲法14条1項を二つに分けて解釈を行っている。しかも、憲法14条1項に基づく権利が、国務要求の一種として説かれているのである。

佐々木によれば、法的平等の権利とは憲法14条1項の前段で規定されている権利である。「國家は、法を適用するに當り、すべての國民平等に取扱うべきである、ということである。即ち、國家は、法の定める事實に該當する者が如何なる國民であるかを問わないで、同等に法を適用して取扱うべきである。すべての國民が法において同等に取扱われる、ということではない。國民は、法の下に同等であることを、國家に對して要求し得る。これを法的平等の権利という」⁴⁰⁵⁾と述べて、14条1項の前段は法的平等の権利が規定されたものと解釈した。

次に、保護範囲を特定するうえで重要な憲法14条1項後段の解釈を参照しておこう。憲法14条1項後段は、差別を禁止することを要求しうる差別禁止条項として解されている。『「國民は、法の下に平等であって」と規定して、引つづいて、後段に『人種、信條、性別、社會的身分又は門地により、政治的、經濟的又は社會的關係において、差別されない。』と規定するので、前段のことを、後段で、實質的に示すもののように誤解せられる虞がある。決してそう解すべきでない。右後段の事實は、國家が法を定める場合のみのことではなく、行政を爲す場合のことをも定めるということから、右のことが知られる。同條前

405) 佐々木・前掲注(279)420頁～421頁。

段と後段とは、二つのことを定めるのである。國民は、國家が、人種、信條、性別、社會的身分又は門地により、政治的、經濟的又は社會的關係において、差別を設けないことを、要求し得る。これを要求する權利を、政治的、經濟的、社會的關係において、差別せられない權利⁴⁰⁶⁾という。

特筆すべき点は、憲法14条1項後段を、國務を要求することができる國務要求の地位に「差別されない權利」を増設したことである。

この点、後で見るようにイェリネックは、近代国家の下での國民は、すべて均質で平等な國民になっていると説く⁴⁰⁷⁾。イェリネックによれば、すべての人間は平等な國民になって身分差は解消され、平等が実現されているということである⁴⁰⁸⁾。それゆえ、佐々木の『日本國憲法論』では、憲法14条は、國民が政治的、經濟的、社會的關係において差別されないよう、差別を設けて取扱うことを禁止した条項として國務要求權のところに登場する。佐々木は、憲法14条が規定されたことの意味を、差別されない權利として國民の地位に新たに増設されたものと理解しているといえよう。

これに対して、通説は、法の下での平等は、法適用の平等と法そのものの内容も平等の原則にしたがって定立されるべきことを意味し⁴⁰⁹⁾、しかも絶対的平等ではなく相対的平等であると理解している⁴¹⁰⁾。相対的平等とは、憲法14条は、「國民に対し絶対的な平等を保障したものではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、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、なんら右各法条の否定するところではない」⁴¹¹⁾と理解するのが判例の確立している解釈である。

そこで、保護範囲については、佐々木が説いた憲法13条及び憲法14条1項の解釈及び憲法14条の判例解釈を参照しながら、国家の情報行為に対抗しうるかを検討する。

2) 保護範囲

戸籍制度は、国家の情報行為であるが、その弊害は、国家と國民との関係において直接生じるだけではない。他の私人との関係においても存在権が問題となりうる。すなわち、國民は、他の私人との関係において存在を害されるかという問題である。他の私人との関係で害される問題とは、どういう場合であろうか。それは、社會的關係において差別されることが氏を端緒とする親族からの無用な関心や無用な干渉、あるいは抑圧であろう。氏は、個人のアイデンティティや人格に係る重要な問題である。戸籍制度は、本来民法が決

406) 佐々木・前掲注(279)421頁～422頁。

407) 石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）190頁参照。

408) 石川・前掲注(407)190頁参照。

409) 芦部信喜『憲法〔第八版〕（高橋和之補訂）』（岩波書店、2023年）136頁～137頁参照。

410) 芦部・前掲注(409)130頁～131頁参照。

411) LEX/DB 文献番号27001913。最高裁昭和39年5月27日大法廷判決（民集18巻4号676頁）。

定すべき氏の規律を戸籍と融合させており、選択的夫婦別氏制度（いわゆる選択的夫婦別姓制度）の問題と不可分には論じられない課題を抱えている。もっとも、同一の氏を称することによって家族の一体感や親族間の連帯感を感じられるという一面がある。また、氏は、社会における帰属集団を示す役割として日本社会に定着しており、戸籍にまつわる問題は、簡単には語り尽くせる問題ではないといえる。

他方で、戸籍は、不正に入手、利用されることにより差別的扱いを生じさせる要因ともなりうる。戸籍が起因となって国家や他の私人から差別的扱いを受け、それによって、個人の人格が否定され、傷つけられ、他者から蔑視されるとするなら、例えようのない屈辱感をもたらす。そして、家族単位の身分登録機能や強力な追跡機能を有する戸籍制度は、差別的な思想を誘引させうる難題を抱えている制度であることも否定し難い。

国民は、一人ひとり個人として尊重される存在である。国家が設ける制度に起因して合理的な理由もないのに差別的取扱いをされる謂れはない。それゆえ、国民は、憲法14条1項後段の政治的、経済的、社会的関係において差別されない権利に基づいて、差別を設けないことを国家に要求しうる。すなわち、「政治的、経済的又は社会的関係において、國家が、人種、信條、性別、社會的身分又は門地により差別を設けない、ということを実原するために、その差別的な思想の形式として用いられる」⁴¹²⁾ 制度であれば、その制度の改善を要求しうるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗しうる差別されない権利に基づく主張である。

国民は、国家に対し、個人的存在を尊重される権利に基づいて、存在権を尊重して国政の為されることを要求することができる。すなわち、国民は、国家に対し、それ自身の目的を有する一全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を保障されるよう国政を為すことを要求することができる。それゆえ、国民は、国家に対し、戸籍制度に基づく弊害を取り除き、国民の個人的立場を尊重して、戸籍制度の改善が図られるよう国家に要求することができるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗しうる個人的存在を尊重される権利に基づく主張である。

また、国民は、他の私人との関係において、存在権に基づいて、人間としての存在を主張しうる。すなわち、国民は、国家に対し、国民の生来の人間として独立して行動する、独自の立場を尊重して、それが維持されるよう、努力することを要求することができる。それゆえ、国民は、国家に対し、戸籍制度に基づく弊害を取り除き、他の私人との関係において存在が害されないよう努力することを、国家に要求することができるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗しうる存在権に基づく主張である。

そして、国家は、差別されない権利について、国家の情報行為による制限が、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱であることを立証しなければならない。

また、国家は、戸籍制度に基づく国家の情報行為によって、国民の個人的存在を尊重される権利を制限することが、公共の福祉に適うものであることを立証しなければならない。

412) 佐々木・前掲注(279)422頁。

しかし、存在権に対する制限，すなわち，他の私人との関係において存在を害されることが認められる場合には，公共の福祉に基づく正当化は認められない。それゆえ，国家は，国民が生来の人間として独立して行動する独自の立場を尊重し，それが維持されるよう努力することを義務づけられるのである。

④国家による情報行為の区別

最後に，戸籍制度が個別的情報行為あるいは全体的情報行為のいずれに該当するのかという点と介入の重大性を確認しておこう。戸籍制度は，結論的には全体的情報行為であると評価できる。前述の定義からするとそれは明らかであろう。

戸籍制度は，国民の情報を収集・管理し，原則として本人の請求に応じて身分関係を公証する制度である。戸籍の特徴は，「筆頭者を中心に，その人との続柄（つづきから）をもって一定範囲の他の人びとをとらえ，そうやってとらえた一魂の同籍者について出生・婚姻などの身分事項を，本籍地で編製する戸籍に一括記載する」⁴¹³⁾ という特徴をもつ。そのため，「一定範囲の親族的身分関係にある人びとを一つの戸籍にまとめるという要請から，その編製に際し四つのテクニックが用いられている。それらは，氏（うじ），本籍，戸籍筆頭者，続柄」⁴¹⁴⁾ である。

また，戸籍制度は，強力な追跡機能を有することも大きな特徴である。例えば，夫が戸籍筆頭者であり，夫婦が離婚した場合，妻が戸籍から除籍される。元妻が復籍せず転籍した場合，新戸籍の身分事項には離婚がないため転籍によって離婚歴は失われる。しかし，戸籍の強力な追跡機能によって転籍前の除籍謄本を辿れば離婚の事実を確認することができる。

そして，いったん戸籍簿が作製されると，身分変動がある度に筆頭者を基準にして入籍，除籍が繰り返される。こうした特徴を有する戸籍制度は，家族単位の身分登録機能，親族間をも捕捉する強力な追跡機能などによって個人に継続的かつ持続的な作用をもたらす。戸籍制度の作用は，出生から死亡までの時のなかで継続的かつ持続的に個人を不安定な立場に追い込む可能性がある。それは，国家あるいは他の私人からの偏見やそれに基づく差別的な取扱いだけでなく，人格に対する萎縮的作用をもたらさう。個人に対するこのような作用は，存在権や個人的存在を尊重される権利に対する継続的かつ持続的な制限といえるであろう。

したがって，戸籍制度は，制度の有する特徴や機能面から生じる作用に着目すると全体的情報行為に区別される。それゆえ，存在権ないし個人的存在を尊重される権利に対する介入の重大性を高める国家の情報行為であるといえる。そして，介入の重大性を高める国家の情報行為の正当化は，比例原則に基づく厳密な審査が適用されるべきである。

413) 星野澄子「戸籍制度とジェンダー」神奈川大学人文学会 No. 145（2002年）27頁。

414) 星野・前掲注(413)27頁。

(3) 住民基本台帳制度と存在権

第二の制度は、住民基本台帳制度である。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とともに住民の住所に関する届出等の簡素化を図り、あわせて住民に関する記録の適正な管理を図るため、住民に関する記録を正確かつ統一的行う住民基本台帳の制度を定め、もつて住民の利便を増進するとともに、国及び地方公共団体の行政の合理化に資すること」が目的とされている（住基法1条）。

住基ネットは、国、都道府県、市町村間を専用ネットワーク回線で結び、全国共通に本人確認情報を提供するシステムである。他方で、住基ネットは、個人番号制度の情報連携に用いる機関別符号の生成や個人番号の生成の基礎を提供し、その他に個人番号カードの交付や電子証明書（公的個人認証）の発行なども担っている。この意味で、住基ネットは、本人確認情報を提供する専用システムの側面と、個人番号制度を支えるサブシステムとしての側面の両面をもつシステムといえる。

①住民基本台帳制度の問題点

住基ネットは、最高裁判決⁴¹⁵⁾で合憲の判断が出されるまで一部の国民の間で強い反対運動があったこともあり、個人番号制度の急激な利用範囲の拡大とは対照的に目的に沿って比較的堅実な運用が行われていた。

住基ネットは、本来の機能である本人確認情報の提供機能と、住民票コードを不可逆暗号化し、個人番号制度を生成する機能及び住民票コードを暗号化し、情報連携用の符号を生成する機能を実装する（第一巻・図5）。そのため、住基ネットは、この両面から問題点を考察することが可能であるが、後者は、実質的には個人番号制度を支援するためのサブシステムとしての機能であり、個人番号制度の一部とみなすことができる。

もっとも、第一章で見たデジタル化のグランドデザインへの移行プロセス（第一巻・図4）が確定したものではなく、住民基本台帳制度をシステム上の観点から考察することは時期尚早ではないと思われる。そこで、住基ネットのシステム上の問題点を考察するのではなく、住基法における住所の認定問題に焦点をあてる。そして、住所の不認定がもたらす問題が、存在権を制限するかという観点で考察することにしたい⁴¹⁶⁾。

1) 住所要件の解釈

住基法上の住所は、自治法10条1項が規定する住民の住所と異なる意義の住所を定めるものと解釈してはならないとされ（住基法4条）、日本国籍を有しない者のうち同法30条

415) 住基ネット訴訟最高裁判決・前掲注(4)。

416) 住所の不認定と人権保障の問題という着眼点は、すでに、遠藤美奈「住所による個人の把握と人権保障」日本公法学会編『公法研究』75号（日本公法学会、2013年）129頁以下のなかで考察されている。本稿も存在権との関係でこの問題を取り上げることにした。しかしその発想は、遠藤論文により多くの示唆を受けた。

の45の表の上欄に掲げる者以外のものその他政令で定める者を同法の適用対象外と定める（同法39条）。

これに対して、自治法は、市町村の区域内に住所を有する者は、当該市町村及びそれを包括する都道府県の住民とされ、国籍の如何を問わない（自治法10条1項）。また、民法22条は、「各人の生活の本拠をその者の住所とする」と定める。「各人の生活の本拠」とは、司法判断によって解釈が示されているため、生活の本拠をめぐる争われた事案を参照しておこう。

当該事案は、都市の公園内にテントを設置して居住してきたと主張するXが、居住区域内の区長Yに対し、テントの所在地を住所とする転居届を提出したところ、不受理決定を受けた。そこで、Xは、Yに対し、本件不受理処分を取消しを求めたのが本事案である。争われた規範は、民法22条（住所）、自治法10条1項（住民）、住基法4条（住所に関する法令の解釈）、同法8条（住民票等の記載）、同法23条（転居届）である。

第一審⁴¹⁷⁾は、訴えの適法性について、本件不受理決定は、旧行政不服審査法（昭和37年9月15日法律第160号行政不服審査法）の処分の対象となり、その取消しを求めることができると判断した。そして、本件の場合、異議申立てをすることができる旨を教示しなかった事由に該当するため、旧行政不服審査法が定める審査請求につき異議申立ての決定を経ないで審査請求することができ、当該審査請求の裁決を経てなされた本件取消訴訟は適法であると認容した。

第一審によれば、民法22条の定める生活の本拠は、「その者の生活に最も関係の深い一般的生活、全生活の中心を指すものであり、一定の場所がある者の住所であるか否かは、客観的に生活の本拠たる実体を具備しているか否かにより決すべきものと解するのが相当」であり、「住基法という住所についても、同様に、その者の生活に最も関係の深い一般的生活、全生活の中心を指すものであり、一定の場所がある者の住所であるか否かは、客観的に生活の本拠たる実体を具備しているか否かにより決すべきものと解され」、「客観的にみて、Xの生活に最も関係の深い一般的生活、全生活の中心として、生活の本拠たる実体を具備しているものと認められ」る。そうである限り、Yが、「本件テントの所在地を住所とする本件転居届をXが当該所在地について占有許可を受けておらず占有権原を有していないことを理由として受理しないことは許されないものというべきである」としてXの請求を認容した。

第一審は、Xは、本件不受理決定によって、「国民の重要な権利である参政権（選挙権、被選挙権、条例の制定改廃請求権、事務の監査請求権、議会の解散請求権、主要公務員の解職請求権）を行使することができないばかりか、国民健康保健やパスポートの交付等も受けることができず、憲法上の諸権利や法律で保障された様々な住民サービスを享受する権利ないし法的利益が侵害されている」と判示した。

417) 大阪地裁平成18年1月27日判タ1214号160頁。

これを不服とし、Y（第一審被告）が控訴した。控訴審⁴¹⁸⁾は、「住基法にいう住所とは生活の本拠，すなわち，その者の生活に最も関連の深い一般的生活，全生活の中心を指すものであり，一定の場所がある者の住所であるか否かは，客観的に生活の本拠としての実体を具備しているか否かによって決すべきことは原判決の説示するところであるから（…）『住所の認定にあたっては，客観的居住の事実を基礎とし，これに当該居住者の主観的居住意思を総合して決定する』」とし第一審の判断を引用している。

しかし，原審は，「そこにいう『生活の本拠としての実体』があると認められるためには，単に一定の場所において日常生活が営まれているだけでは足りず，その形態が，健全な社会通念に基礎付けられた住所としての定型性を具備していることを要する」⁴¹⁹⁾という。そして，公園内のテントでの居住は，「全体として，簡易な構造であって，容易に撤去ないし移転され得るものと認めざるを得ないのであるから，未だ土地に定着しているものとみることはできない」こと，及び「日常生活は，独立の電気設備もなく，生活基盤として使用する飲料水や洗濯用等の水道設備や排泄設備も，一般市民の用に供するために都市公園の公園施設として設置されている各設備に専ら依存するという便宜的なものである」こと，都市公園法が「都市公園を構成する土地物件については，私権を行使することができない」ことを定めていること等を理由に掲げ，テントにおけるXの生活形態は，「同所において継続的に日常生活が営まれているということとはできる」としながらも，「それ以上に，健全な社会通念に基礎付けられた住所としての定型性を具備していると評価することはできないものというべきであるから，未だ『生活の本拠としての実体』があると認めるに足りず」と述べて，Xがテントの所在地に住所を有するということとはできないとして原判決を取り消した。

最高裁⁴²⁰⁾は，「Xは，都市公園法に違反して，都市公園内に不法に設置されたキャンプ用テントを起居の場所とし，公園施設である水道設備等を利用して日常生活を営んでいることなど原審の適法に確定した事実関係の下においては，社会通念上，上記テントの所在地が客観的に生活の本拠としての実体を具備しているものと見ることはできない」⁴²¹⁾と述べて，本件不受理処分を適法とした原審の判断を支持した。

2) 住所不認定がもたらす問題点

住所が認定されないということは，個人が公的にも私的にも生活をするうえで様々な弊害をもたらす。国民は，現実には居住している場所が「住所」の要件を欠くと判断されると，自治法上の住民になれず，かつ住基法上の住民として住民基本台帳にも記載されず法的に不安定な立場に陥る。住所が認定してもらえないと，住民基本台帳に住民として記載して

418) 大阪高裁平成19年1月23日判時1976号34頁。

419) LEX/DB 文献番号28132091。

420) 最高裁平成20年10月3日判時2026号11頁。評釈として，太田匡彦「住所を有する者(1)」磯部力＝小幡純子＝斎藤誠編『地方自治判例百選〔第4版〕』（有斐閣，2013年）20頁参照。

421) LEX/DB 文献番号28142030。

もらえないから、住基ネットを利用して本人確認情報を取得し、自己の同一性を公に証明してもらうこともできない。そのため、当該国民は、社会生活を営むための基本的条件を大きく失う。すなわち、第一審が言及したように参政権が行使することができないばかりか、憲法上の諸権利や法律で保障された様々な住民サービスを享受する権利ないし法的利益を享受することができないという重大な不利益を被るのである。

また、当該国民は、国民健康保険被保険者資格に関して「保険料は納付できるのに、住基法上の住所が認められないために健康保険の被保険者資格を得られず、保険対象医療につき全額自己負担を余儀なくされ」⁴²²⁾、医療を受けられない状態に追い込まれるか、あるいは病院に行くことを控えるなど、最低限度の生活の保障が、不十分な状態に陥りかねない。

この点、イエリネックは、近代国家は、中央集権的に権力を吸い上げ主権的国家となる一方、『家』に代表される身分制的団体をすりつぶし、すべての人間を『国民』に均質化していった。そして、すべての人間が均質で平等な『国民』になることにより、すべての人間が平等に『人』として扱われるようになり、奴隷のいない『自由人』だけの社会⁴²³⁾を描いた。それゆえ、民法が定める権利能力の主体は、誰でも自由人であるが、論理的にはそれに先立って、均質で平等な国民である⁴²⁴⁾。

基本的人権の享有能力は、近代憲法の下で保障されなければならない極めて重要な権利能力であるにもかかわらず、しかし実際には「住所」要件がそれを阻む場面が少なくない。前述の裁判例で見たように、民法22条が規定する「生活の本拠」と認められないと原則としてその者の住所と認定されない。住所が認定されないと原則として自治法上の住民とは認められず、原則として住基法上の住民であることも認められない。

近代国家の下での国民が、住所要件を定める様々な公法上の権利義務の主体としての能力を否定されるばかりでなく、私法上の権利義務の主体としての能力をも否定されうる。したがって、住民基本台帳制度に基づく国家の情報行為は、国務要求権や参政権だけでなく、存在権及び個人的存在を尊重される権利との関係でも問題があるというべきであろう。

②存在権に対する介入の有無

1) 住基法の目的

住基法の目的は、前述したとおり、居住関係の公証であり、選挙人名簿等の住民の事務の基礎にすること、並びに住民の住所に関する届出等の簡素化及び住民に関する記録の適正な管理を図るため住民基本台帳制度を定め、それにより住民の利便を増進するとともに、国及び地方公共団体の行政の合理化に資することである（住基法1条）。住民基本台帳の作成は、原則として個人単位とする住民票を世帯ごとに編成して作成される（同法6条）。住民票には、氏名、戸籍法に規定される氏名の振り仮名、出生年月日、性別、世帯主、戸

422) 遠藤・前掲注(416)134頁。

423) 石川・前掲注(407)190頁。

424) 石川・前掲注(407)190頁参照。

籍、住所等が記載される（同法7条）。

2) 住民基本台帳制度の意図及び関心

住基ネットは、住民基本台帳に記載される事項のうち、氏名、出生年月日、性別、住所、個人番号、住民票コード、それらの変更情報の七項目を本人確認情報として全国共通の本人確認を提供するシステムである⁴²⁵⁾。住基ネットは、最高裁判決⁴²⁶⁾で合憲の確定判決が出されており（ただし、判決時は個人番号を除く六情報である。）、本人確認情報をオンラインで利用することは、「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されるとはいえない」として、憲法13条が保障する個人の「私生活上の自由」を侵害しないと判断している⁴²⁷⁾。

判決のなかで最高裁は、本人確認情報の性質について、次のような見解を示した。「氏名、生年月日、性別及び住所から成る四情報に、住民票コード及び変更情報を加えたものにすぎない」。それに加えて、「このうち四情報は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報」であり、「変更情報も、転入、転出等の異動事由、異動年月日及び異動前の本人確認情報にとどまるもので、これらはいずれも、個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない」と述べ、情報の特質が有する危険性について十分に検証することなく、住基ネット以前より行政機関が保有していた情報という点（公知性）も踏まえ、本人確認情報の秘匿性を低く捉えた。

しかし、判例がいうように、住民基本台帳制度においても、住民に関する情報のもつ意義について、制度的に見ても関心が高いとはいえない。すなわち、住民基本台帳制度は、住民を特定するための識別情報として住民の情報を正確に管理することに意図及び関心は向けられてはいるが、個人の住所等を把握する制度の目的が、個人の人権やプライバシーの保障に関心があったのではなく、それへの配慮が制度に内在しているとは思われないからである⁴²⁸⁾。

住所不認定の問題は、民法22条の解釈の問題に起因している。そして、現行民法、自治法及び住基法の枠組みでは、行政権や司法権の判断によって、意図せずとも住所をもてない個人が作り出されてしまう可能性がある⁴²⁹⁾。一旦、住所不定になると、再び仕事に就く

425) 総務省公式サイト『住基ネット』って何? (https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_gyousei/c-gyousei/daityo/juuki01.html) 2025年7月確認。

426) 住基ネット訴訟最高裁判決・前掲注(4)。

427) 住基ネット判決についての考察は、拙稿「個人番号制度の法的課題（下）」大阪経大論集71巻5号（大阪経大学会、2021年1月）185頁以下を参照願いたい。

428) 遠藤・前掲注(416)130頁参照。

429) この点につき、塩野・前掲注(277)37頁は、個別法令における住所とはどこであるかをという住所の認定につき問題になった事件で、最高裁判所判決のいずれも公法上の住所について、『生活の本拠』という民法二二条の概念を用いていること、その適用に際して、個別法の趣旨目的に特段の意を払っていないこと」からすると、「結局のところ、民法上の住所の観念が行政法関係にいても用いられている」とし、平成20年10月3日最高裁判決のような司法判断の結果、「当該原告の法律上

ことも、住居を借りることも、私法上の法律行為を行うことも困難となろう。そうしたことが個人を生活困窮に追い込み、そこから復帰することは容易ではない。しかしそれは、民法の規定等の解釈だけが問題となってそうっていると断言することはできない。住民基本台帳制度自体が、住所のない者が存在することを許容するシステム⁴³⁰⁾となっている点にも視点が向けられなければならない。こうした点において住民基本台帳制度は、住所不定者に対して、いずれかの住所を各人に認めようとする配慮がなされているわけではない⁴³¹⁾。

したがって、住所を通じて把握される個人の情報を基に処理される行政事務は、医療、介護、年金等の社会保障、就学、選挙につながる住民の様々な事務と関連しているのだが、実務的理解においてはそれぞれが一つの「事務」でしかなく、国民の重要な公法上の権利や私法上の権利と密接に結びついているという認識は、住民基本台帳制度からは見出し難い⁴³²⁾。そこには、誰一人として住所不定の国民を作らないという、国政の強い意図及び関心を見出すことはできない。

3) 存在権に対する介入の有無

こうした国家の情報行為の無関心は、存在権が保障する生命、自由及び幸福を追求する意欲を保障されるところか、かえってその意欲の実現を困難にすると考えられよう。住民基本台帳制度の住所不認定者に対する無関心は、本来、考慮されるべき国民の重要な権利に対する国家による情報行為の不作为であると見ることができる。したがって、国家による情報行為の不作为は、存在権を間接的に介入する行為である。しかし、間接的な介入であれ存在権に対する制限が生じる以上、何かしら国家に要求しうると考えられよう。

③保護範囲

住基法上、住民の住所に関する法令の規定は、自治法（10条1項）が定める住民の住所と同一の意義に解することとされている（住基法4条）。住基法に基づき、転居先の住所として届け出された転居届を不受理とする決定は、国家による情報行為に当たる。不受理決定は、住民基本台帳に住民として記載されないという法的効果を生じさせる。すなわち、不受理決定は、居住区以内の住民としての資格の喪失と結びついている。

それにより、住民であることが要件とされる公法上の権利を享受するための国民の地位に直接的な制限をもたらす、また私的生活体たる自由人としての立場に間接的な制限をも

の生活の本拠がどこにも存在しなくなるとすれば、選挙権等の基本的人権の否定をもたらす」ことになり、「事柄の重要性に鑑みれば、立法上の手当てを講ずる必要性があるのはもとよりのことであるが、裁判過程の場面においても、いずれかの住所を認定するという解釈論を展開する余地があるように思われる」と指摘している。

430) 遠藤・前掲注(416)132頁参照。

431) 遠藤・前掲注(416)132頁参照。

432) 遠藤・前掲注(416)131頁参照。

たらしうと考えられる。

住民基本台帳制度における住所不認定者に対する国家の無関心が、存在権に対して間接的に制限をもたらす場合には、その要因を取り除き、国民の個人的立場を尊重して、住民基本台帳制度の改善が図られるよう国家に要求することができると解されよう。これは、国家による情報行為に対抗しうる個人的存在を尊重される権利に基づく主張である。

また、国民は、国家との関係において、存在権に基づいて、国家の情報行為によって干渉を受けることなく、あるいは抑圧されることなく、それ自身の目的を有する一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲が保障される。それゆえ、国民は、国家に対し、住民基本台帳制度に基づく転居届の不受理決定という国家の情報行為によって、一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を害されないよう、国民の個人的立場を尊重して、それが維持されるよう要求することができると解されよう。これは、国家による情報行為に対抗しうる存在権に基づく主張である。

そして、国家は、個人的存在を尊重される権利について、住民基本台帳制度を通じた国家の情報行為による制限が、公共の福祉に適うものであることを立証しなければならない。しかし、存在権に対する制限、すなわち、国家との関係において存在権が害されることが認められる場合には、公共の福祉に基づく正当化は認められない。それゆえ、国家は、住民基本台帳制度に基づいて住民として記載されない国民に対し、住民基本台帳の不記載に起因して生じる国民の権利ないし法的利益の侵害を回避するための救済手段を検討し、あるいは、住所不定者を作らない制度に改善する等の検討を行うなど、国民の個人的立場を尊重して、それが維持されるよう努力することを義務づけられるのである。

④国家による情報行為の区別

最後に、住民基本台帳制度が個別的情報行為あるいは全体的情報行為のいずれに該当するのかという点と介入の重大性を確認する。

住民基本台帳制度は、住基法の定める住民に関する情報を正確に記載し、選挙権などの国民の重要な権利の基礎となる情報を管理し、それを公証する制度である。事例で見たように「生活の本拠」と認定されないことを起因として転居届の不受理決定がもたらす作用は、参政権を行使することができないばかりか、国民健康保険被保険者資格やパスポートの交付等を受けることができないという重大な権利ないし法的利益が損なわれる。住所不定になった者は、そこから生活を再建することが自分自身だけでは困難な場合がある。そして、何らかの事情によって家族や親族からの援助を受けることが難しい場合もありうるであろう。

そのような場合、住基法に基づく住所不認定の決定によってもたらされる作用は、国民に対し、継続的かつ持続的な作用をもたらすと考えられる。したがって、当該個人との関係において、全体的情報行為に区別されるといえるだろう。

また、住所不認定の問題は、重要な公法上の権利を享受する国民の地位に直接の制限作用をもたらす。こうした作用をもつ住民基本台帳制度は、介入の重大性を高める情報行為

であるといえる。そして、介入の重大性を高める国家の情報行為の正当化は、比例原則に基づき厳密な審査が適用されるべきである。