慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	住民票の記載と処分性をめぐる諸問題
Sub Title	Certificate of Residence and the Exercise of Public Authority by Administrative Agencies : Current Issues and Trends
Author	渡井, 理佳子(Watai, Rikako)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.14 (2009. 9) ,p.79- 97
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090925-0079

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

住民票の記載と処分性をめぐる諸問題

渡　井　理佳子

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　公証と処分性の判断
Ⅲ　住民票の記載をめぐる判例法理
Ⅳ　住民票の作成と処分性
Ⅴ　おわりに

Ⅰ　はじめに

平成16（2004）年の行政事件訴訟法の改正は、制定から40数年を経て初めての大規模な見直しであり、国民の権利利益の実効的な救済手続の整備を目指すものであった。このための具体策としては、①救済範囲の拡大、②審理の充実・促進、③行政訴訟をより利用しやすく、わかりやすくするための仕組み、④本案判決前における仮の救済制度の整備が挙げられており[1)]、新しい訴訟形式も導入された。さらに附則50条では、施行後５年を経過した時点で施行状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずることが定められており、行政訴訟制度のいっそうの充実を意図するものとなっている。

改正後の行政事件訴訟法も、従来と同じく抗告訴訟のうちの取消訴訟制度を中心に規定を置いているが、この位置づけの見直しも、改正における課題のひとつである。取消訴訟制度の問題点としては、訴訟要件のうち特に取消訴訟の

1）最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』２頁（法曹会、平成17（2005）年）。

対象たる処分該当性（処分性）および原告適格について厳格な制約があることが指摘されてきた。このうち原告適格に関しては、改正において９条２項が新たに設けられたことにより、それまでの判例法理の蓄積が明文化された。そこで、今後は柔軟な解釈論によって、処分の相手方以外の第三者による訴訟提起の機会がどこまで広がるかが注目されることになろう[2)]。これに対し、処分をめぐる規定の見直しや創設はなされなかったものの、４条において公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が明示されたことにより、救済ルートの拡充が図られた。そこで、処分性の判断は、これまでとの比較において抑制的になることも考えられる。

確認訴訟は、本質的に民事訴訟と変わりがないことから、これまではあまり活用されていなかった。今後は、積極的な利用に向けて、確認の利益の捉え方が注目されるであろうが、行政の行為形式の違法を争いたい場合など、主張を公法上の権利義務関係に引き直すことの困難も予想される[3)]。また、確認訴訟における仮の救済のあり方が明確とはいえないこと、さらに判決の効力に第三者効の規定の準用がないことからは、取消訴訟が救済ルートに占める重要性は今後も軽視できないであろう[4)]。そこで、取消訴訟をめぐる議論のうち、処分性の判断基準をめぐる判例理論は引き続き注目に値する。

2）法９条２項の必要的考慮事項のうち、係争処分がその根拠法令に違反してなされた場合に「害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度」が柔軟に捉えられるならば、原告適格が認められる余地は広がりを持つことになる。橋本博之『行政判例と仕組み解釈』106頁（弘文堂、平成21（2009）年）。裁判所がどこまで救済のためのオープンスペースを視野に入れるのかが注目されている。

3）最高裁は、在外邦人の選挙権に関する確認訴訟（最大判平成17年９月14日民集59巻７号2087頁）において、原告らの提起した訴えのうち、次回の両院の選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を適法と判断した。現在の公職選挙法が在外邦人の選挙権行使を認めていないことの違法確認については、これを否定している。これは、行政の行為形式の違法ではなく、それを前提とした権利義務の確認をすべきとの立場を示したものと理解できる。行政事件訴訟実務研究会『行政訴訟の実務』118頁（ぎょうせい、平成19（2007）年）は、「確認の訴えの対象となる権利義務関係ないし法律関係は無限定な広がりをもつおそれがある」ことから、確認の訴えが適法とされるためには何がその対象とされるべきかについて、十分な検討が必要であると指摘する。

これまで処分性が争われてきたのは、基本的に事実行為に分類される行政の活動であった。事実行為の定義は論者によって異なるが[5)]、一般には物理的な作用としてなされる公共工事、身体への強制、物件の撤去・留置、立入等と、精神的な作用としてなされる証明、通知、助言、指導、勧告、警告、公表等に分類される[6)]。事実行為は、事実状態の変動を内容とする行政庁の活動にすぎないが、それらが全て法的に無意味ということはできないであろう[7)]。法律が、事実行為に一定の効果を付与していることもあるため、事実行為の性質については個別に見ていく必要がある。事実行為の処分性をめぐる議論は、これまで主に物理的な作用との関係でなされてきており、精神的な作用との関係では行政指導が検討の中心であった。本稿では、精神的な作用に分類される事実行為のうち、日常生活における行政に密接な関わりを持つ公証としての住民票を例に、判例理論の簡単な整理を試みることとしたい。

Ⅱ　公証と処分性の判断

1　処分性の判断

処分性についてのリーディングケースである昭和39年のごみ焼却場事件[8)]

4）確認訴訟は行政とその相手方のみが法律関係において存在する二面関係の紛争解決においては有益であるが、多数の者が関わるような場面では今後も抗告訴訟による一挙的な解決が果たす役割が大きいといえるであろう。確認訴訟については、高木光『行政救済論』101-141頁（有斐閣、平成17（2005）年）、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻６号963頁以下（平成16（2004）年）、参照。

5）事実行為についての詳細な研究に、高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣、昭和63（1988）年）があり、そこでは「専らそれがもたらす事実状態の変動の故に法の関心の対象となるもの」（２頁）と定義されている。

6）高木光「行政法入門㉘事実行為」自治実務セミナー 46巻10号（544号）４頁以下、６頁（平成19（2007）年）、濱西隆男「『事実行為』私論（上）」自治研究78巻４号75頁以下、77頁（平成14（2002）年）。

7）関哲夫『要説行政法』152頁（酒井書店、新訂版、平成17（2005）年）。なお、事実行為のうち、権力的な事実行為であって継続的な性質を有するものについては不服申立ての対象となるとされている（行政不服審査法２条１項）。

は、処分とは「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、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をいう」との定義を示し、以降はこの基準に照らしての判断が続けられてきた。しかし、近年の判例ではこの傾向に変化が生じてきており、例えば医療法の病院開設中止勧告事件[9]においては、従来の定義が引用されることはなかった。この理由は、同じく医療法の定める勧告が争われた、病床数削減勧告事件[10]の藤田宙靖裁判官の補足意見において明らかにされている。

すなわち、ごみ焼却場事件の示した「『従来の公式』を、機械的に当てはめるとすれば、本件勧告に『行政庁の処分』としての性質を認めることはできないという結論」とならざるを得ない。しかし、現実の行政活動においては行政行為としての性質を持たない数多くの行為が「相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになって」いるため、必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難い「従来の公式」の採用は、本件においては「適当でない」とされたのである。

このように、医療法の勧告事件では、法の仕組みに注目した柔軟なアプローチによって、取消訴訟による救済の幅が広げられた。病院開設中止勧告事件を例に取るならば、勧告に従わなくても病院開設許可は得られるが、その後に保険医療機関の指定を申請する段階に至ると、勧告の不服従を理由に申請拒否処分がなされる可能性が極めて高い。そして、仮に保険医療機関の指定拒否処分の取消訴訟の中でしか勧告の違法を主張できないならば、取消訴訟提起の前提として多額の費用を投下して病院を開設しなければならない不合理が生じるこ

8）最一小判昭和39年10月29日民集18巻８号1809頁。行政事件訴訟特例法時代の事件であるが、現行法にもその射程は及んでいる。

9）最二小判平成17年７月15日民集59巻６号1661頁。

10）最三小判平成17年10月25日判例時報1920号32頁。

とになる[11]。そこで、処分性が認められた背景には、行政事件訴訟法改正の目的のうち実効的救済の実現があるということができる。

2　公証と法的効果

公証行為も、ごみ焼却場事件で定立された「従来の公式」に照らすならば、それ自体は行政指導である勧告と同様に、典型的な処分に当たるものではない。公証とは、特定の法律事実または法律関係の存在を公に証明する行為[12]であって、この例としては選挙人名簿への登録（公職選挙法22条）のような公簿への登録等のほか、各種の証書の発行、各種の免許の発行がある[13]。公証された事実等は、反証のない限りは公の証明力を有するが、公証は国民の権利義務を創設するものではないため、処分性は否定される。

公証の処分性が争われた先例としては、家賃台帳の作成とそれへの登載行為をめぐる事件[14]がある。最高裁は、市町村長が法令の規定に基づき家賃台帳に所定の事項を記入する行為は、「借家の家賃に停止統制額または認可統制額の存在することおよびその金額等につき、公の権威をもって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、それは家賃台帳を「公衆の閲覧に供することによって……統制額を超える契約等を防止し、あわせて行政庁内部における事務処理の便益に資せんとすることを目的とするに過ぎないもの」であって、国民の権利義務を形成しあるいはその範囲を確認する性質を有するものではないとして、処分には当たらないと判示した。

この事件の上告人である賃借人は、家賃台帳の記載は賃貸人が一方的に作成

11）角松生史「判批」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅱ（第５版）344頁以下、345頁（平成18（2006）年）。

12）塩野宏『行政法Ⅰ』118頁（有斐閣、第５版、平成21（2009）年）。

13）高木光「判批（家賃台帳作成・登載行為）」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅰ（第４版）138頁以下139頁（平成11（1999）年）。

14）最二小判昭和39年１月24日民集18巻１号113頁。市町村長が、地代家賃統制令14条の規定に基づき、家賃台帳に家賃の停止統制額または認可統制額その他法所定の事項を記入する行為の処分性についての判断である。

および提出した家賃届書に基づくものであり、これによって貸主に支払うべき家賃の額が確定されて不利益を被っていると主張していた。家賃台帳の作成および登載行為の処分性が否定されれば、その取消しを取消訴訟によって求めることはできなくなるが、国民の救済を考えた場合、処分性の肯定はメリットをもたらすばかりとはいえない面もある。行政の活動に処分性を認めることは、それに公定力を付与する可能性を意味するからである。つまり、ある行政の活動に処分性を認めると、仮に違法でもそれに拘束されたり取消訴訟の排他的管轄に服するようになったりするほか、出訴期間が徒過すれば問題の行政の活動に不可争力(形式的確定力)が生じるとも考えられる。このように解するならば、処分性の肯定によって、判例による法の仕組みの書き換えという不合理が生じるともいえるであろう[15)]。

公証が事実行為であることからすれば、不服のある者は反証を挙げれば公証された事実を覆すことができるため、それによって救済が図られる。しかし、仮に公証に処分性を認め、同時に公証の本質が行政行為であると構成すると、その内容の誤りについて反証を挙げるだけでは足りず、取消訴訟の方法によらなければならないことになる。このように、処分性の肯定は国民にとっては負担となりうるものである。

これに対しては、許認可などの典型的行政行為以外の行政の活動につき、法の仕組みの解釈を通じて処分性を認めた場合には、あくまでも取消訴訟の対象としての処分該当性を認めたに過ぎないという形式的行政処分論の主張がある[16)]。この立場からは、処分性の肯定は行政行為であることを意味しないため、例えば医療法の病院開設中止勧告に処分性を認めても、その本質は行政指導（行政手続法２条６号）のままである。最高裁は、処分性を柔軟に解することと行政行為であることとの関係について判断を示していないため、この点は今後の課題として残されている[17)]。

公証については、先例のいうように事実行為と見るのが原則であり、その方

15）櫻井敬子・橋本博之『行政法』282頁（弘文堂、第２版、平成21（2009）年）。
16）亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号２頁以下、９頁（平成18（2006）年）。

が国民の救済にも資すると評価することができる。しかし、公証の中には、法律によって一定の法的効果が付与されているものがある。選挙人名簿を例にとると、それ自体は公証であって、公職選挙法21条の選挙人たる資格としての被登録資格の保有を証明しているに過ぎないが、登録されたことをもって選挙権を行使できるという効果を捉えれば、行政行為との構成も可能である。伝統的二分法[18]の立場からもこのような説明がなされる。つまり、公証には行政庁の意思表示が介在していないため、行政行為とは異なり行政庁の効果意思を認めることはできないが、法律がある事実行為に特に法的効果を与えているのであれば、それをもって事実行為ではなく法律行為に分類することができる[19]。伝統的二分法に対しては多くの批判があるが[20]、公証にどのような法的効果が付与されているかを法に照らして判断するという意味では、医療法の判例のような法の仕組みに注目する解釈にも通じるところがある[21]。

個別の法律によって、交渉の内容に法的な効果が結びつけられていないので

17）医療法の二つの勧告事件についての調査官解説においては、処分性を認めても「当然にこの勧告に厳格な意味での公定力が認められることになるわけではないという余地もあると考えられる」という。杉原則彦「判解」法曹時報58巻３号1098頁以下、1106頁（平成18（2006）年）。

18）伝統的二分法によると、公証は効果意思の表示でない点において確認と同様であるが、確認が判断の表示であって確定力を有するのに対し、公証は認識の表示であるために反証によって覆すことができると説明される。田中二郎『新版行政法・上巻』124頁（弘文堂、全訂第２版、昭和49（1974）年）。

19）伝統的二分法とその問題について、原田尚彦『行政法要論』170頁（学陽書房、全訂第６版、平成17（2007）年）。

20）伝統的二分法は、行政庁の意思の内容が行政行為の法的効果に反映する程度に着眼しているが、行政法の基本原理は法律による行政の原理である。したがって、行政庁の意思ではなく行為の客観的適法性が問われるべきであり、行政庁の効果意思に注目することには実益が認められないともいえる。伝統的二分法への批判として、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ実質的法治国家を想像する変革の法理論』359頁（有斐閣、平成20（2008）年）。

21）伝統的二分法は、行政行為か事実行為かという二者択一を迫るが、仕組み解釈は二者択一を迫るものではない。二者択一論からの脱却の必要性につき、高木光「行政法入門㉚「法的仕組み」と「仕組み解釈」」自治実務セミナー 2007年12月号４頁以下、７-８頁（平成19（2007）年）。

あれば、取消訴訟を提起せずとも反証を挙げれば足りる。しかし、法的な効果を伴っている公証であればその救済方法を検討する必要がある。

３　公証と仕組み解釈

ごみ焼却場事件で示された「従来の公式」による定義は、講学上の行政行為を指すものである。しかし、取消訴訟の対象としての処分については、裁判で救済の途を開くかという視点を加味できるはずであり、取消訴訟中心主義の見直しの一方で、行政行為に加えてどこまで処分の概念を広げるかが問われている。先の藤田宙靖裁判官の補足意見にも見られたように、判例は次第に公益の実現に至るまでの行政過程全体を視野に入れ、その上で個別の構成要素の本質を見極めるという仕組み解釈の手法によって、柔軟に処分性を解釈する傾向を定着させていっている。これは行政法規の解釈に際し、「当該法律の奉仕する価値・目的を明らかにし、その上に立って、具体の条文についてどのような解釈方法をとるのが適合的であるかを考慮しつつ、法的仕組みを明らかにする」[22]解釈手法である。つまり、規定の文言にとどまらず立法の事情などもふまえ、法律が創設した制度や行政の活動によって、いかに公益の実現が図られているのかを明らかにする作業ということもできる。

仕組み解釈による処分性の判断基準としては、まず問題となっている行政の活動につき、抗告訴訟による救済が意図されているかという訴訟配分類型からのアプローチがある[23]。具体的には、問題となっている活動は不服申立ての対象であるかどうか、金銭に関わる問題なら強制徴収ができるかというように、客観的にその法律関係について、抗告訴訟によって争わせることを立法者が意図しているかを見極めることになる。次の判断基準としては、紛争の成熟性のアプローチがある[24]。ここでは、法の仕組みの上でどの段階で違法を争うことが適切であるかが問われており、医療法の勧告のように、後の処分を争ったの

22）橋本・前掲注２）２頁。
23）橋本・前掲注２）17-24、64頁
24）橋本・前掲注２）24-33、64頁

では十分な救済が得られないケースであれば、処分性が認められる可能性が高いといえる。

公証は、それ自体でひとつの完結した行政の活動形式というべきであり、それが執行されたり後続の処分を予定したりしているといった事態は考えにくいものである。そこで、法的効果を付与する法律が救済のルートとして何を設けているかを探るというのが、最初の作業になるのではないかと思われる。

Ⅲ　住民票の記載をめぐる判例法理

公証をめぐる先例としては、住民票に関わるものが多く存在する。住民票をめぐっては、作成行為や記載行為をはじめとして、処分性の有無が必ずしも明らかではない行為が争われてきた。

1　住民票の作成と記載

地方自治法13条の２は、「市町村は、別に法律の定めるところにより、その住民につき、住民たる地位に関する正確な記録を常に整備しておかなければならない。」と規定しており、正確な記録の整備は自治行政の基礎と解されている[25)]。そして、ここにいう別の法律が、住民基本台帳法（以下、「法」という）である。

法の定める住民票基本台帳制度は、市町村において、住民に関する正確で統一的な記録を整備するものである。住民基本台帳は、住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録等の住民に関する事務の処理の基礎として利用されている。住民の居住関係の公証は、法７条が定めるように国民保険等の被保険者の資格、国民年金の被保険者の資格、児童手当の受給資格及び米穀の配給の受給資格の基礎となるほか[26)]、学齢簿の編成（学校教育法施行令１・２条）、生活保護（生

25）松本英昭『逐条地方自治法』130頁（学陽書房、第４次改訂版、平成19（2007）年）。
26）法７条について詳しくは、自治省行政局振興課編著『住民基本台帳法逐条解説』50-81頁（日本加除出版、新版、平成８（1996）年）、参照。

活保護法10・19条）、予防接種の対象者の把握（予防接種法３条）、印鑑証明（印鑑登録証明事務処理要領）等の各種事務も、各市町村単位で実施されている[27]。そこで、住民基本台帳が記録されて住民票が作成されていること、そしてその内容が正確であることは、住民の日常生活にとって重要な意味を持っている。このことからは、住民票が作成されていない場合、あるいは住民票の記載事項に誤りがある場合には、これを正して正確な情報を反映できるようにすることが必要である。

法８条は、住民票の記載、消除又は記載の修正（以下、「記載等」という）は、法の規定による届出に基づき、または職権で行うものと規定している。つまり、住民票の記載等がなされる契機としては、住民の届出に基づく場合と、市町村長が職権によってする場合の２つがある。まず、住民からの届出としては転入届（法22条）、転居届（法23条）、転出届（法24条）、世帯変更届（法25条）があり、市町村長はこれらの届が出された場合には、その内容が事実であるかどうかを審査して住民票の記載等を行う。次に、職権による住民票の記載等については、住民基本台帳法施行令12条が、①法の規定による届出に基づき記載等をすべき場合において、当該届出がないことを知ったとき（１項）、②戸籍に関する届出等の事由が発生したとき（２項）、③住民基本台帳の記録に脱漏等の誤りがある場合（３項）を定めている。

２　住民基本台帳法の下での処分

住民票の記載等をめぐる処分性の検討に入る前に、法が何を処分と扱っているのかを確認する必要がある。このための手がかりとしては、法31条の２の行政手続法の適用除外の規定および法31条の４の不服申立てについての規定がある。

法31条の２は、法の規定により市町村長がする処分については、行政手続法

27）自治省行政局振興課・前掲注26）20頁、東京都市町村戸籍住民基本台帳事務協議会住民基本台帳事務手引書作成委員会編著『住民記録の実務』55-56頁（日本加除出版、７訂版、平成20（2008）年）。

の第２章の申請に対する処分の規定および第３章の不利益処分に関する規定は適用しないとする。そして、法31条の４は、法の規定により市町村長がした処分に不服がある者は、都道府県知事に審査請求をすることができること、かつ行政不服審査法６条ただし書にいう法律の特別の定めとして、市町村長に対する異議申立てをすることもできると規定している。行政手続法の適用除外となる処分および不服申立ての対象となる処分が具体的に何であるかについては、法においても下位法令においても明らかにされてはいない。しかし、法のいう市町村長のする処分とは、行政手続法、行政不服審査法、そして行政事件訴訟法における処分と同意義であることからは、一義的には「従来の公式」の定義に該当する市町村長の行為ということになろう。

一般には、法８条による住民票の職権による記載等、法11条および12条の規定による住民基本台帳の閲覧および住民票の写しの請求の拒否、法22条から25条の規定による届出の不受理がこれに当たると解されている[28)]。つまり、住民票の記載等がなされる契機に照らして整理すると、住民の届出に基づく場合については届出の不受理が処分であり、加えて市町村長の職権による記載等が処分であると解されていることになる。

（1）住民の届出と処分

届出の不受理が争われた先例としては、最初に転入届をめぐる事件[29)]が挙げられる。これは、宗教団体の信者が転入届を提出したところ、改正前の地方自治法が地元の秩序維持および住民の安全確保等を地方公共団体の役割としてあげていたことを理由に不受理とされたため、その取消しを争ったというものである。この事案では、不受理が処分であることは前提として判断がなされている。また、公園内のテントを住所とする転居届の不受理の取消しが求められた事件[30)]においても、不受理が処分であることについては争われていなかった。

28）自治省行政局振興課・前掲注26）235-236、239-240頁。

29）最一小判平成15年６月26日判例時報1831号94頁。

30）最二小判平成20年10月３日判例タイムズ1285号62頁。

法令によって、申請に対する諾否の応答義務が行政庁に課されている場合には、処分性が肯定される。国民の法令上の手続的権利に対して、行政庁が法令上の審査権限を行使したことをもって、行政庁の当該行為が公権力の行使としての認定を受けるからである[31)]。そこで、法の定める届出についての不受理も、要件の充足についての応答義務が認められるという見地から、申請に対する処分と同様に考えられてきた[32)]。しかし、法の上で応答義務が明示されているとまでいえないため、職権による記載等のケースと同様に、住民票が作成されないことによる不利益をもって拒否処分と構成する余地もある[33)]。

（2）市町村長の職権による記載等と処分

職権による記載等との関係では、先の転入届の受理拒否と同様の事案で、いったん作成された住民票が職権で消除されたことに対する執行停止の申立てが認められた最高裁決定[34)] があるほか、職権による消除を仮の差止めの対象として認めた高裁決定[35)] もある。これらについて処分性が認められるのは、平成11年の最高裁判決において住民票に氏名の記載があることが選挙権行使の前提となっていると指摘されたことによるものと考えられる。

31）南博方・高橋滋編著『条解行政事件訴訟法』48-50頁［高橋滋執筆部分］（弘文堂、第３版補正版、平成21（2009）年）。

32）芝池義一「『行政手続法』における申請・届出における一考察」法学論叢139巻６号１頁以下、17-20頁（平成８（1996）年）は、申請と届出の区別を応答義務の有無に見出すのは妥当ではなく、どのような審査が予定されているかによるべきであるとする。学説の網羅的な紹介として、前田雅子「転入届不受理事件・判批」平成15年重要判例解説ジュリスト1269号46頁以下、47頁（平成16（2004）年）。

33）前田・前掲注32）は、「不受理処分に代えて住民票の記載拒否処分」と捉えることを主張している。

34）最二小決平成13年６月14日判例地方自治217号20頁。職権消除に処分性が認められることが前提とされている。

35）大阪高決平成19年３月１日賃金と社会保障1448号58頁。「住民票の消除は、選挙権の行使の制限という法的効果をもたらす行政処分」と判示されている。

３　住民票の記載と処分性

平成11年の最高裁判決とは、続柄の記載の取消しが争われた事件[36]である。原告らは、婚姻による姓の変更を望まずに事実婚を選択していたため、その子は被告の行政庁が作成した住民票において、世帯主との関係が「子」と記載されていた。これは嫡出子についての続柄の記載と異なるが、被告の処理は国の運用指針である住民基本台帳法事務処理要領に従ったものであった。その後、この事務処理要領は平成６（1994）年に改正されたため、翌年の３月１日以降は嫡出の有無を問わず同じ記載がなされるようになった[37]。

住民票に世帯主との続柄を記載する行為につき、最高裁は処分性を否定した。その理由は、住民票記載行為は公証であって公証力の付与だけでは処分性は認められず、家賃台帳の作成および登載行為の事件と同様に、公証事項の内容に異議がある場合は反証を提出することで証拠力を排除できるというものであった。しかし、最高裁はその一方で、公証であっても、それ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には、処分性を認める余地があることを指摘した。特定の住民と世帯住民の続柄がどのように記載されるかは、その者の法的地位に影響を及ぼすものではないが、特定の住民の氏名を記載する行為であれば、それは選挙人名簿に登録されるための要件であり、法的効果が結びつけられているこ

36）最一小判平成11年１月21日判例時報1675号48頁。阿部泰隆「住民票非嫡出子差別訴訟」ジュリスト1156号99頁以下、100頁（平成11（1999）年）においては、人格権侵害を理由とする給付訴訟（妨害請求訴訟）の提起による救済ルートがあることが指摘されている。その他本件についての評釈として、渡井理佳子「判批」判例地方自治209号10頁以下（平成13（2001）年）。なお、本件が引用されている裁判例として、住民票コードを付与する行為の処分性が争われた事件がある。コードが付与されれば住基ネットの端末から本人確認情報の検索と閲覧が可能になるが、これは法的効果ではないとして処分性は否定されている。名古屋高裁金沢支判平成17年２月23日判例タイムズ1198号133頁。

37）原審である東京高判平成７年３月22日判例時報1529号29頁は、事務処理要領の改正をもって取消訴訟の訴えの利益を否定した。最高裁はこの点につき判断をしていないが、原告らは上告理由において、法施行令34条に基づき改製前の住民票の写しが５年間は保存されており、その交付が可能であることをもって訴えの利益は消滅しないと主張していた。

とに着目すると、処分性が認められるという論理である。この事件以前にも、不動産登記簿の表題部に所有者を記載する行為[38]の処分性が肯定された例があり、公証であっても事実上ではなく法的なレベルにまで不利益が達している場合には、処分性を肯定してこれを取消訴訟の方法で争うことができると考えられていた[39]。

判旨は、選挙権行使との関係にしか言及していないが、氏名の記載行為に処分性を認めたことについては、手続的な権利との関係も指摘されている[40]。つまり、住民票に記載がなされていなくても異議申立て（公職選挙法24条以下）をすることにより、選挙人名簿の是正を求めることができることからすれば、住民票における記載が権利義務の内容を確定するということはできない[41]。しかし、住民票への記載がなされていれば、異議申立てを経ることなく選挙権を行使しうるため、この手続の省略効果をもって処分と見ることが可能であり、この点に公証に処分性を認める効果が見出される[42]。住民票の記載の消除との関係でも、先例は選挙権の行使の機会が失われることを処分性肯定の理由として挙げており[43]、これらについても同様の説明ができることになる。住民票と選挙権の行使の関係は、事実上の連動関係に過ぎないことに注目し、医療法の病院開設中止勧告と同じ論理で処分性を認めたものとの評価もある[44]。

公証による手続の省略効果に注目した場合には、公職選挙法の下での異議申

38）最三小判平成９年３月11日判例時報1599号48頁。所有者とされた者に、所有権保存登記を申請しうる地位を与えると説明されている。

39）山村恒年編著『実践判例行政事件訴訟法』46頁［山村恒年執筆部分］（三協法規出版、平成20（2008）年）。

40）高橋信行「判批」自治研究79巻４号120頁以下、126頁（平成15（2003）年）。

41）高橋・前掲注40）126頁。

42）高橋・前掲注40）126頁。

43）前掲注34）35）。

44）戸部真澄「大阪高決平成19年３月１日判批」速報判例解説〔２〕法学セミナー増刊49頁以下、50頁（平成20（2008）年）。

45）最一小判平成17年４月14日民集59巻３号491頁（登録免許税還付拒否事件）は、この考え方をとっている。橋本・前掲注２）19-20頁。

立てに加えて、記載や消除の取消しを求めるという争い方も開かれたことになり、その意味で訴訟類型配分型の仕組み解釈がとられたものと考えられる[45]。一方、医療法の事件と同じ論理と見るのであれば、それは成熟性についての仕組み解釈の手法による処分性肯定の論理ということになろう。訴訟類型配分型のアプローチと成熟性型のアプローチが、常に相互排他的な関係にあるとは限らないようにも思われるが、成熟性を見る場合には後の処分を争ったのでは十分な救済が得られないという要素が考慮されていた。医療法のケースであれば、保険医療機関の指定拒否処分を争うことは考えられるが、その段階まで待って訴訟を提起したのでは実効的な救済が得られないという事情があった。選挙権行使の場合は、やはり権利行使を確保するためにはいかに争うかという、訴訟類型の選択の問題として捉えることになるのではないかと思われる。

いずれにしても、住民票の記載をめぐる判例法理は、住民票を一体として処分と捉えるのではなく、法７条が定める記載事項のそれぞれについて処分性を判断する必要があることを示すものであった[46]。

Ⅳ　住民票の作成と処分性

住民票の作成そのものがなされないことについての争いは、現実にはあまり例を見ないものである。住民票が新たに作成される契機としては、住民からの届出を契機とするのが大半であり、そして届出の内容についての市町村長の審査権は、法の趣旨により法定の届出事項の内容が事実であるかに限定されている[47]。各種の届が形式的要件を満たし、しかもその内容が事実に合致していて虚偽ではないとき、市町村長は届出の内容を住民基本台帳に登録し、住民票を作

46）角松生史「判批」平成11年度重要判例解説40頁以下、41頁（平成12（2000）年）は、住民票の記載事項につき個別に処分性の判断を要するとした場合には、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ため、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るとする。

47）前掲注29)。

成する義務を負っている。つまり、届出の内容が事実に合致している場合は、当該届出を受理して住民票を作成することにつき市町村長に裁量の余地はない。そこで、住民票が作成されないことにつき争われた例としては、出生届出が不受理であった場合が殆ど唯一のものとして挙げられる。

実際の事件は、婚姻の届出をしていない夫婦とその子が、子の住民票の作成を求めて争ったというものである。子の父は、出生届の届出人の欄には父の項目に印をしたが、続柄欄には何も記載せずに出生届を提出した。被告である東京都特別区の区長は、この記載の不備に加え、戸籍法52条２項が嫡出でない子の出生の届出は母がしなければならないと定めていることを理由に、原告らに出生届の補正を求めた。しかし、補正の求めが拒否されたため、区長は出生届を受理しなかった[48)]。

出生届から住民票の作成に至る流れであるが、このケースの場合には、区の戸籍係に出生届が提出されて受理決定がされると、法９条２項による住民票記載事項変更通知が作成される。次に通知は住民票集中管理係に送付され、そこで出生による住民票の職権記載入力の処理をすると、住民票コードの通知票が職権記載されて本人宛に送付される。出生届を契機として住民票を作成するこの処理は、住民票と戸籍の記載の不一致を防止し記録の正確性を確保するとともに、住民が出生届を提出すればそれで手続が済むよう届出義務の負担の軽減を図ったものである。ただし、この仕組み故に出生届が受理されなければ住民票も作成されないままとなる。出生に関しては、戸籍法によって届出義務が課されているのみで、住民票の作成との関係ではどの法律にも届出の根拠は置かれていない。つまり、出生届を提出しても受理されない場合には、住民票の作成を求めたくても根拠となる規定が置かれていないのである。本件では、父が区長に対して住民票を作成するように申出をしたところ、区長は出生届が出ていないことを理由に住民票は作成しないと回答した。そこで、この回答の取消しと住民票の作成の義務付けおよび損害賠償請求が提起された。ここでは、区

48）この不受理処分については、違法ではないことが確定している。最二小決平成18年９月８日判例集未登載。

長に対し職権での住民票の作成を求めているため、義務付け訴訟は非申請型（行政事件訴訟法３条６項１号）として提起されているのが特筆すべき点である。

第一審の東京地裁[49]は、出生届が不受理とされた場合に、区長が職権で住民票を作成する義務があるかどうかにつき、法施行令12条の解釈から検討した[50]。そして、区長の回答である住民票不記載行為に処分性を認め、取消訴訟と非申請型義務付け訴訟の併合と見て審理をした。控訴審の東京高裁[51]も、同じ枠組みからの判断を行っている。これに対し平成21年４月17日の最高裁判決[52]では、住民票の記載を求める父の申出には法の下で応答義務が課されていないことから、住民票の記載に係る職権の発動を促す法14条２項所定の申出とみるほかなく、区長のした回答は法令に根拠のない事実上の応答に過ぎず、権利義

49）東京地判平成19年５月31日判例時報1981号９頁。両親の原告適格と国家賠償請求以外は基本的に認容されている。東京地裁判決についての評釈として、田中孝男「判批」速報判例解説〔２〕法学セミナー増刊37頁以下（平成20（2008）年）、村重慶一「判批」戸籍時報623号66頁以下（平成20（2008）年）がある。

50）法施行令12条各項は、本件のような事情で出生届が提出されないことを想定していないため、そのような場合についての住民票作成の根拠は存在しない。第一審は、法の趣旨に照らし、施行令12条２項に規定する場合以外であっても、職権による住民票の記載が可能であり、一定の条件下ではそれが必要となることもあるとした。そして、この判断については区長の合理的な裁量に委ねられており、本件においては裁量権行使の逸脱濫用を認めて住民票の作成を義務付けた。

51）東京高判平成19年11月５日判例タイムズ1277号67頁。東京高裁は、基本的に地裁の判断を覆している。すなわち、東京高裁は、法の解釈として住民票の作成は出生届が受理されることが前提となっており、本件では出生届の不受理が違法ではないことから、住民票を作成しなかったことに違法は認められないと判断した。これは、職権による記載が裁量事項であることを否定する解釈である。この控訴審判決についての評釈として、二宮周平「判批」速報判例解説〔３〕法学セミナー増刊77頁以下（平成20（2008）年）、横田光平「判批」季刊教育法157号64頁以下（平成20（2008）年）がある。

52）最二小判平成21年４月17日裁判所時報1482号３頁。評釈として渡井理佳子「判批」自治研究85巻10号149頁（平成21（2009）年）。最高裁は、出生届が不受理となった場合には、法34条の職権調査を経て法施行令12条３項により、住民基本台帳の記録に脱漏等の誤りがある場合における職権記載がなされる余地があるとした。しかし、本件では住民票の記載がされていなくても看過しがたい不利益が生じる可能性はないとして、区長の住民票作成義務を否定している。

務ないし法律上の利益に直接影響を及ぼすものではないから、取消訴訟の対象となる処分には該当しないとの判断が示された。

ここでは、平成11年の続柄取消訴訟とは異なり、住民票における各記載事項の法的効果を検討する以前の問題として、そもそも住民票が作成されないことをどのように争うかが問題となっていた。第一審および控訴審は、出生届を受けての住民票の作成は職権によるものであって、申請や届出が契機ではないことを前提としつつも、平成11年判決の射程の中で本件の不記載行為を捉えていた。住民票の作成にあたっては、法的効果を伴うとされた特定の者の氏名を記載が含まれる点に着目したためと思われる。

これに対し最高裁は、独占禁止法45条１項の措置要求を不問に付する旨の公正取引委員会の決定の処分性が争われた昭和47年判決[53]および国土調査法17条２項の申出に対する回答の処分性が問題とされた平成３年の判決[54]を引用しながら判断をした。つまり、法は職権による記載を促すことしかできない仕組みであるとして、区長の回答を不記載処分としでではなく、法令の根拠のない単なる応答と見たのである。すなわち、出生届を契機とする住民票の作成および記載等が法の下では職権処分であることからすると、これを促す端緒に過ぎない申出は法令上の申請と構成することはできず、したがって区長の回答は処分ではないという理解であった。

本件では、上告は棄却されているが、その一方で上告受理申立てが受理されており[55]、最高裁では法令の解釈に関する重要な事項についての判断がなされている。しかし、非申請型義務付け訴訟についての判断は示されずに終わっており、住民票の作成そのものを求める場合にどのような手段によるべきかについての立場は、明らかとはされなかった。本件のような紛争においては、住民

53）最一小判昭和47年11月16日民集26巻９号1573頁。

54）最三小判平成３年３月19日判例時報1401号40頁。

55）原告が開設しているホームページに、決定の内容が掲載されている。http://homepage3.nifty.com/k_sugawara/page023.html（last visited June 30, 2009）

56）石崎誠也「社会福祉行政上の処分と義務付け訴訟の機能」法律時報79巻９号22頁以下25頁（平成19（2007）年）。

票の作成行為が一体として処分であると構成して、非申請型義務付け訴訟だけを提起をすれば足りると考えられるが[56]、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件には、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件が付加されている。これまで、裁判例でこの要件の充足が認められたのは本件の第一審判決程度であるといってよい状況にある[57]。重大な損害の解釈基準は、執行停止のそれと同じであるが、住民票が作成されないことに伴う不利益がこれに含まれるかについては、消極的に解されているものと評価できる[58]。そこで、早期に解決を求めるための一つの解釈論としては、出生届については戸籍簿の作成と住民票の作成の両方がなされる仕組みになっているとして、応答義務の存在を認めることが考えられるであろう。

V　おわりに

平成21年判決の事案における救済については、平成11年の続柄の取消訴訟とは異なり、妨害排除請求といった民事訴訟で争うことは困難である。平成11年判決が、住民票の記載が法的効果と結びついていることをもって処分とする以上は、重大な損害の要件を柔軟に解して、職権記載を求める非申請型義務付け訴訟の提起を認め、救済の実効性を図るべきであろう。今後も住民票の記載をめぐる判例の立場に注目していくこととしたい。

57）京都地判平成19年11月７日判例タイムズ1282号75頁は、建築基準法９条１項に基づく建築物の一部除却命令等の義務付けを求めた事案であった。京都地裁は、重大な損害の判断にあたって考慮の対象となる損害とは、「是正命令権限の行使によって保護されることが法律上予定されている利益、すなわち建築基準法が定める各種の規制によって法律上保護されていると解される利益に係る損害に限られる」としている。

58）本件の国家賠償請求との関係では幼稚園の入園や区立小学校への就学、私立幼稚園に入学した場合の保護者に対する補助金の支給、区営住宅への入居については、住民票がないために手続上の負担は増えるものの、これらの実現自体は妨げられていないことが指摘されている。さらに、選挙権の行使との関係では、子の年齢からして、いまだその不利益が現実化しているものではないとする。何歳から現実化するのかについては、明らかではない。