

プライバシー権と自己実現

清水 晴 生

- 1 憲法13条
- 2 判例
 - (1) 京都府学連事件大法廷判決
 - (2) GPS捜査事件大法廷判決
 - (3) 釜ヶ崎監視カメラ事件
 - (4) 公安警察官による集会監視事件
 - (5) モスクに出入りするムスリム監視事件
 - (6) 自衛隊情報保全隊事件
 - (7) 外国人指紋押なつ拒否事件上告審判決
 - (8) 郵便物の税関検査
 - (9) 住基ネット事件最高裁判決（破棄自判）
 - (10) Nシステム事件
- 3 私見
- 4 Carpenter事件（Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018)）
- 5 少年法61条におけるプライバシー権

1 憲法13条

プライバシー権は憲法13条が保障する人格権⁽¹⁾の一部というよりも、人格権そのものというべきであるが、その保護はとりわけ司法によって半ば放棄され、行政による欲しいままの侵食に晒され続けてきている。中でも具体的に特定された個別的对象に対するものではない制度的なもののほど、「特定の個人の行動の自由を直接に制約するものではないことから、憲法上の権利の制限に該当せず、法律の根拠もいらないとなりかねない」⁽²⁾状況に置かれ、そうした行政の先走りを司法もむしろ後追いで更にお墨付き

(1) 憲法13条が規定する内容からすれば、人格権というよりももっと明確に「自己実現の権利」と理解すべきである。単に自己で決定するというだけではなく、決定された自己は社会の中で実現されるのでなければならない。

(2) 小山剛「『安全』と情報自己決定権」法律時報82巻2号100頁。

を与えることをしてきた。

しかしこのような場合、行政が求める「予防」の利益もまた非常に抽象的なものにとどまっているのであるから、制約される権利・自由が未だ直接に制約を受けていないことは十分な理由付けとはなりえない。むしろすでに具体的な行政による個別的制約を受けている時点で権利・自由への制約は一定程度現実化しているのである。このように厳密に観察するならば、広範な対象への軽微に思える侵害であっても比例原則に適うものであるかは相当に疑わしい。対象がより限定されて行われる場合には尚更この指摘が当てはまる。

他方で同時に、行政監視による被害の矮小化も、対象となる情報が断片的なものに過ぎないことを理由としてくり返しなされてきたところである。しかし、もはや当然にデータたる情報は保有・統合・整理されるところとなり、「単純な個人情報であっても、それがみだりに集積・連結された場合には、もはや些細な情報とは言えず、ひいては、その個人を丸裸にすることになりかねない。」⁽³⁾ことが明らかとなっており、従来のような矮小化に係る理由付けの説得力も極小化しているといわざるをえない。

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定する。

「個人として尊重される」ところの国民の「生命、自由及び幸福追求」に対する権利とは、端的に言えば、個人として尊重されながら、即ち自己実現を果たしながら、社会の中で平穩に生活する権利ということになろう。

では、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」とはどういうことか。この点を、公共の福祉が常に優越し、それに「反しない限り」においてのみ尊重されるなどと解することはで

(3) 小山剛「憲法訴訟の実践と理論【第三回】——自衛隊情報保全隊事件控訴審判決」判例時報2328号6頁。

きない。それでは前段で個人として尊重されるところと矛盾する。団体や公共の残余でしか尊重されないのであれば、それはもはや「個人として尊重される」ということに値しない。「すべて国民は、個人として尊重される。」とした上で、更に「最大の尊重を必要とする。」としたのである。そうである以上、「公共の福祉に反しない限り」というのは、「濫用に及ばない限り」といった意味であると理解することができる。従って、「立法その他の国政」との調整原理はむしろ、それらによる制約が「最小化」されたかということになる。憲法13条はこのように、正面では自己実現の権利を認めながら、同時に裏面において、その自己実現の権利を最大限保障するための比例原則を国家に対する一般的な制約原理として要求しているのである。

憲法13条は確かに包括的な規定でありながら、長年に亙り裁判の中で活用されてきた中で、決して抽象的な内容として空洞化されることなしに、むしろ具体的な肉付けを十分に積み重ねてきた。このことはプライバシー権保護についてもよりよく当てはまる。

以下では、判例とそれを巡る言説を素材にプライバシー権保護について考察を加える。更に、知る権利や報道の自由といった憲法上の重要な人権と対向する少年法61条に関して、そのプライバシー権保護の意味についても考察する。

2 判例

監視対象が具体的なケースから扱い、後半へ行くに従って監視対象が抽象的なケースを扱うこととする。

(1) 京都府学連事件大法廷判決⁽⁴⁾

大法廷は憲法13条について次のように判示した。「憲法13条は、『す

(4) 昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日最高裁判所大法廷判決刑集23巻12号1625頁。本件評釈として例えば、森井暉「写真撮影——京都府学連デモ事件」平野龍一・松尾浩也・田宮裕編『刑事訴訟法判例百選（第四版）』（別冊ジュリスト74号）22頁。

べて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法2条1項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」と。

そして「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるとき」という要件を満たすときには、令状によらず同意もない、第三者の容貌を含む写真撮影も許容されるとした。

令状を必要としないという意味では強制処分にあたらないということであるから、これらの要件は当該撮影のような同意なき撮影について、いわゆる比例原則を適用した場合の具体的要件を示そうとしたものであろう

が、現行犯性は証拠保全の必要性和直結しない⁽⁵⁾から、結局は「証拠保全の必要性および緊急性」と「相当な方法」（手段の相当性）ということになり、任意捜査全般に妥当する比例原則を適用して見せたに過ぎないものである。

ただし、好意的に読み解けば少なくとも、「公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受ける」にしても、まずは文理としてみだりに撮影されない「個人の私生活上の自由」を前提として認め、その上で「相当の制限」について比例原則をあてはめたという意味では、適切な原理を導いているものといえる。

しかし、「公共の福祉」や「犯罪の捜査」を安易に「個人の私生活上の自由」の対立利益と見ている立論は、比例原則を妥当させた後段と矛盾しているとさえ指摘することができる。比例原則が妥当すべきなのはプライバシー権侵害が最小化されなければならないからであり、その意味で公共の福祉や犯罪捜査を並列的に対置させる立論は妥当ではない。

また、比例原則をよりよく妥当させ、最小限度性を導く上では、警察法を根拠とした一般的授權を任意捜査にあっても許すべきではなく、とりわけ写真撮影や動画の撮影、通信端末を通じての位置情報の取得等は網羅的に行われやすく、無限定な利用に流れやすいのであるから、具体的要件が法定された令状に基づく捜査とすることが原則とされなければならない。

（2）GPS捜査事件大法廷判決⁽⁶⁾

この大法廷判決は、犯罪捜査に係るプライバシー保護について、これを憲法35条の保障下に置くことでその権利性を認め、憲法35条により保障

(5) ただし、本件は写真撮影であるので現行犯性と証拠保全の必要性はいわば一体化している。通常は証拠保全の必要性の中に読み込まれれば足りる。

(6) 平成28年（あ）第442号同29年3月15日最高裁大法廷（棄却）判決、刑集71巻3号13頁。本判決の判示内容の全般につき、尾崎愛美「GPS捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて（上）（下）」捜査研究798号43頁、800号2頁参照。その他、GPSによる捜査につき、例えば、池亀尚之「GPS捜査——近時の刑事裁判例の考察と法的問題点の整理——」愛知大学法経論集209号77頁。

される憲法上のプライバシー権を認めたものである。憲法13条から離れて憲法35条の下で、それでも真正面からプライバシー権を憲法上の権利として保障されるものと認めたことには大きな意義がある。

大法院判決は大きく分けて三点について論じている。

大法院判決はまず、GPS捜査それ自体の性質を「私的領域への侵入を伴うもの」と断定した。

その上で、憲法35条のプライバシー権は「私的領域への侵入」から保護される権利であると明言した。従って、「私的領域への侵入」は憲法35条によって保障される権利の侵害そのものであるから、強制処分性を根拠づける「身体、住居、財産等」に対するものに該り、また、それが「秘かに」なされる「侵入」である以上「個人の意思を制圧」したといわざるをえないから、令状がなければ行うことのできない強制処分であると判断した⁽⁷⁾。

そして更に、単に強制処分であるというだけでなく、GPS捜査の「網羅的探索性」からすれば、既存の令状によることはできず、既存の令状によったとしても強制処分法定主義(刑訴法197条1項但書)違反は免れないものと結論付けた。

判決文に沿ってもっと詳しく見ていく。

大法院判決は、GPS捜査が強制処分法定主義に反すると解することは「到底できない」とした原判決の判断は是認できないとした。

まず、GPS捜査の性質について、「GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続

(7) 昭和50年(あ)第146号同51年3月16日最高裁第三小法廷決定刑集30巻2号187頁参照。

的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。」と判示した。

大法院判決はGPS捜査について、「時々刻々」、「逐一」、「継続的、網羅的」といった形容を用いながら、その時々状況に即応する捜査とは明らかに異質な、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含め」ざるをえない、つまり「必然的に」個人のプライバシーを侵害する性質を有するものと捉えている。この意味においてGPS捜査は「私的領域」に不可避免的に関わるものだというのである。そして更に、GPS捜査はこの「私的領域」に「侵入」するものだというのである。なぜなら、「そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う」からである。このように「秘かに」装着するものである以上、「公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異な」っており、これをもって私的領域への「侵入を伴うもの」というべきであるとしたのである⁽⁸⁾。

(8) 個人が所有する通信端末自体に内蔵されている機能による、通信端末と基地局との間の逐次の通信によって把握・蓄積される位置情報のデータ利用の場合は、この大法院判決のケースのような「装着」は認められない。ただし、大法院判決が示した「私的領域」性については、当該位置情報データの日常性故に一層明確に認められる。このようなデータの通信業務外目的（例えば犯罪捜査目的）での利用について、契約者から一般の同意が得られていることにより、あるいは契約の相手方である事業者側の同意があることにより、データの任意提供を任意捜査として求めるということも想定される。しかし、大法院判決も判示している「合理的に推認される個人の意思」ということを考えるならば、通信端末の利用契約に際しての一般の同意をもって、当該位置情報データの提供について「合理的に推認される個人の意思」があるとは到底いえない。私的領域の要保護性は日常的網羅性故に同等かそれ以上に認められなければならないのであるから、通信契約上の一般の同意から任意捜査を基礎づける有効な同意を合理的に推認することは決して許されない。実質的に「秘かに」なされているといわざるをえず、大法院判決のケースとの間に重要な差異は認められない。また、この私的領域が憲法35条上のプライバシー権として保

「私的領域」への「侵入」というのであるから、ここでいう「侵入」は「私的領域」全体へ及ぶものであり、「装着」だけが「侵入」でないことはもちろんである⁽⁹⁾。侵入性を特徴づけているのはむしろ「秘かに」という要素であり、この「秘かに」という要素が「私的領域」の全域へ及ぶことこそが憲法上の人権に対する侵害たる性格を基礎づけているのである⁽¹⁰⁾。

大法院判決はこのGPS捜査について、「このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」ものであり、また、「侵入を伴うもの」であるとして、「伴う」といういい回しを重ねて用いている。この点からも、私的領域への侵入、即ちプライバシー権侵害は

護されることに鑑みれば、契約の相手方である事業者の同意に基づいて任意提供を受けることも、憲法35条で保障されるプライバシー権侵害に該るといわざるをえない。重大な権利侵害を有効な同意なく、いわば意思を制圧して行うことになるのであるから、非装着型のケースでも装着型のケースと同様に強制処分法定主義に服するでなければならない。そうでなければ、本件大法院判決が危惧したような「被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができ」ない状況が一層現出し、「公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられる」といった、手続の適性を図るための不可欠の前提を全て欠くことになる。

- (9) 伊藤徳子「GPS捜査とプライバシー概念」中央大学大学院研究年報(法学研究科篇)47号120頁参照。海野敦史「監視型情報収集と憲法35条1項との関係—『私的領域に侵入されることのない権利』を保障する意義」情報通信政策研究2巻1号55頁はこの点、大法院判決は「不明瞭にしたまま」だという。
- (10) 大法院判決が基礎づけた憲法35条上のプライバシー権を多元的自己イメージの選択・形成権に引き寄せて捉えるならば、それはどこに住み、またどこへ移動し、何を所有し、何を購入し、誰と会い、どんな生活をしているかといった個人をその個人たらしめている情報を強制的に探索・収集した上で再構築し、自己について当該事件の犯人であるというイメージを形成されることで自己実現を阻まれ奪われることを拒み、阻止する権利だといえることができる。また、情報を奪われるのみならず、そうした収集に加えて更に再構築にまで強制的に加担させられるのを拒みうるとする権利が、憲法38条1項により保障される自己負罪拒否特権ということになる。こうした情報の収集・形成に対する権利はとりわけ、「前科者は危険だ」、「外国人は危険だ」、「ムスリムは危険だ」といった偏見・予見が情報形成に付加されやすく、またその情報形成を容易に歪めることを考えるとき、こうした偏見が及ぶる者にほど保障されなければならないことがわかる。

GPS捜査の属性そのものであるといった認識が窺える。

その網羅性故に憲法35条上のプライバシー権が保障される私的領域性が認められ、また秘かに装着することによって侵入性が認められることで、公道上の尾行やカメラ撮影といった手法と共通しうる任意処分性が明確に否定されたのである。

更に、大法廷判決は、「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。」と判示した。

ここにおいて大法廷判決は、憲法35条によって保障されるプライバシー権を認め、更にこのプライバシー権がその侵害に令状主義が要請されるほどの「重要な」ものであることを明言した。憲法35条の保障の下で、捜査対象者のプライバシー権そのものが重要なものだとしされたことには大きな意義があるといわなければならない。この点は今回のGPS捜査一つにとどまらず、捜査一般、更には行政調査にも影響を及ぼしうる点であり、とりわけ今後の違法収集証拠排除との関係で重要な意味を持ちえよう。

大法院判決は更にいう。「GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており(同法222条1項、110条)、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの的確な条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、『強制の処分は、この法律に特

別の定のある場合でなければ、これを行うことができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。以上のとおり、GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」と。

大法廷判決はGPS捜査につき、その網羅性故に「検証」では捉え切れないものとした。検証令状で把握・制御しうる範囲を性質上必然的に超えるものとならざるをえないからである。その意味において、強制処分法定主義に沿うためには立法的解決が必要であるとしたのである。

科学的・工学的な技術の進歩・発達によって、いってみれば刑事訴訟法の想定を超える捜査手法が登場しうることは当然ありうる。それでもなお、憲法33条や同35条が各強制処分に応じた令状を求めていることから明らかなように、それぞれの処分の性質に応じた令状を要求するのでなければ、そもそも令状を必要とすることによって過剰に互る捜査を抑制しようとしたこれらの憲法規定の意味が失われ、ひいては法律の定める適正な手続の下に刑事裁判と犯罪捜査とを置き制御しようとした憲法31条の要請さえ無視することになりうる。従って、新しい強制捜査を既存の令状の組み合わせによって許容することはそもそも憲法の予定するところではないといわなければならない。

令状主義は固より強制捜査を令状を俟って行わせるものであって、強制捜査一般を禁じようとするものではない。その意味で、刑事訴訟法197条1項但書の強制処分法定主義も新たな強制処分をただ禁じるというのではなく、大法廷判決も述べるように、必要な要件を整備することで捜査の行き過ぎを防ぐ趣旨のものである。GPS機能を活用した捜査はこれまでの検証や搜索の範疇を質的に超えて、24時間365日、対象者の体にぴったり

寄り添って追跡を続けると同時に移動場所、移動経路、滞在時間などを完全にまた精確に記憶し、いってれば生身の捜査員を100人や1000人同時に投入するよりもはるかに権利侵害性の強い捜査を行いうるものである。そして、刑事訴訟法はこのような捜査を想定した令状をかつて用意したことがないのであるから、どのような要件を整備することによって捜査と人権保障とのバランスを図れるのかを精査・吟味して初めて、他の捜査手法と同じように許される捜査手法となるものと考えなければならない⁽¹¹⁾。

そしてこのとき、この種の大量データ集積とそれ故の汎用性という性格を有する捜査手法を法的に整備するにあたっては、その取得のみならず、その後の保管や廃棄、対象者や権利者による各種の確認や請求についてまで規定することが必須である⁽¹²⁾。令状請求を理由づけた事案以外への保管データの流用はもはや当該令状審査の枠外であり、本件大法廷判決が判示した通りその網羅性を前提とすれば、空間的・時間的網羅性を極限まで増大させることになるところの、事後的流用を目的とした保管・集積は決して許されないといわなければならない。そしてまた、このことは同様の網羅性を伴ういわゆるNシステムの運用についても妥当しなければならない。

個別化された監視対象よりもさらに広範に、一定のグループを監視対象とする場合を次に見ていく。

(11) 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権——『監視捜査』統御の試み」法律時報87巻5号74頁も「『監視捜査』の限界づけは情報通信技術以前に存したはずの、捜査の利益と個人のプライバシーとの均衡状態を復元することを基本目標にすべきことになろう」という。

(12) 情報が集積されていく以上はもはや「単純な個人情報」などといえるものはないのであるから、情報の取得時以上にその後の集積・転用等を視野に入れた統制を要する点を正当にも指摘するものとして、小山剛「転換点としてのGPS捜査判決？」法学研究（慶応大学）91巻1号1頁。山本龍彦「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究75号101頁も「取得後に起こりうる無数の侵害可能性を織り込む形で、またその可能性によって生じる実質的不安や民主主義への否定的影響を織り込む形で査定し、かかる侵害形式に見合った審査——すなわち構造審査——を用いるべき」とする。

（3）釜ヶ崎監視カメラ事件⁽¹³⁾

大阪地裁判決は大阪府警による釜ヶ崎地区でのテレビカメラ設置について、まず「警察法や警職法は、警ら活動や情報収集等について特別の根拠規定を置いているわけではないが、これらの行為は、警察官がその職権職責を遂行するための前提となる事実行為として、右各条項の当然予定するところと考えられる。警職法が前記各手段を規定しているのは、これらが何らかの強制力を伴い、人権を制約するおそれがある行為であるから、その権限と要件を明定しているのであって、このように強制手段に出ない限り、特別の根拠規定を要せず、警察法等の定める目的を達成するために必要な行為をすることができると解すべきである。」「そして、本件テレビカメラによる監視行為は、主として犯罪の予防を目的とした警ら活動や情報収集の一手段であり、性質上任意手段に属するから、本件テレビカメラの設置及びその使用は、警察法及び警職法が当然に予定している行為の範疇に属するものであり、特別な根拠規定を要することなく行える」として、テレビカメラ設置の強制手段性を否定した。

強制手段に該るか否かは、強制手段が「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」⁽¹⁴⁾であることを前提に、これに該

(13) 平成2年（ワ）第5031号同6年4月27日大阪地方裁判所判決、判例時報1515号116頁。

(14) 昭和50年（あ）第146号同51年3月16日最高裁第三小法廷決定刑集30巻2号187頁は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたる有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」（同191頁以下）と判示した。

るかどうかを検討すべきであるが、ここで大阪地裁判決は「個人の意思を制圧」したかどうか、「身体、住居、財産等に制約を加え」たかどうか、何ら検討していない。これらを何ら検討することもなしに「性質上任意手段に属する」としており、検討が不十分であることを指摘せざるをえない。

それどころか、「これらが何らかの強制力を伴い、人権を制約するおそれがある行為であるから、その権限と要件を明定しているのであって、このように強制手段に出ない限り、特別の根拠規定を要せず、警察法等の定める目的を達成するために必要な行為をすることができると解すべきである。」とし、また「本件テレビカメラによる監視行為は、主として犯罪の予防を目的とした警ら活動や情報収集の一手段」だから「性質上任意手段に属する」としていることからすると、強制手段性や「何らかの強制力」というものを、むしろ「有形力の行使を伴う手段」か否かを主たる基準とすることによって判断しているのではないかという懸念も生じる。というのも更にこれに続けてははっきりと、「テレビカメラなどを使用して、同意を得ることなくビデオ撮影などをすることは、物理的強制力を伴ってはいないものの、強制的性格を帯びることになるから、その行為の内容等に応じて、警職法上の手段に準ずる必要性や緊急性の要件が要請される場合もあるというべきである。」としており、「強制的性格」を帯びていてもなお「物理的強制力を伴ってはいない」から比例原則が妥当すべきだという言い回しをしているからである。

大阪地裁判決はこの後で更に、「権利侵害の有無等について」と題して初めて肖像権侵害やプライバシーの利益の侵害に触れるのであるが、本来ならば強制手段性を論じる場面で、これらの侵害が「個人の意思を制圧」するものであったかどうか、また「身体、住居、財産等に制約を加え」たものであったかどうかを問わなければならなかった。「物理的強制力を伴ってはいない」ことから安易に強制手段性を否定すべきではなかったの

である。

しかも地区内に設置されたテレビカメラの台数は15台に上る。地区内を生活圏とする者にとってはいわば常時監視に近い状況が現出しており、日常生活に関していえば現在の通信端末を通じた網羅的監視の状況とも変わらない状態にすでにあったとさえいえる。こうした状況が作出されていることについて、テレビカメラが公道上に設置されていることを理由に権利侵害の程度が低いなどということはもはやいえない。犯罪はどのような場所においても起こりうるのであるから、防犯目的であればいくらかでも監視カメラを設置することが許されることになってしまおう。住居周辺のどこへ出かけようと監視カメラで把握されてしまうというのでは、もはや地区そのものが刑務所のごとき監視下に置かれていることと違いがないのであるから、これを「意思を制圧」といわずして何をいえるのかということになる。

そしてこのような状況は、GPS端末を取りつけたケースである大法廷判決とは若干事案を異にするものの、通信端末と基地局との通信記録に基づいて位置情報を把握するケースとは非常に類似している。GPS捜査大法廷判決のケースと通信端末を通じた位置情報の取得のケースとは本質的な問題性を共有しているのであるから、GPS捜査大法廷判決の趣旨に鑑みれば、このような多数の監視カメラ情報の集約を警察が警察自身の設備において無令状で行いうるといったこともまた、もはや現在においては、その網羅性において意思の制圧状況を生ぜしめるものにほかならないのであって許されないといわなければならない。

公道上でのテレビカメラの設置を任意手段と断じた大阪地裁判決は、任意手段としての比例性を審査する上で、肖像権侵害と「プライバシーの利益」侵害を論じた。

肖像権、即ち「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を

写真撮影・ビデオ録画されない自由」の侵害については、「犯罪予防の段階は、一般に公共の安全を害するおそれも比較的小さく、録画する必要性も少ないのであって、このような場合に無限定に録画を許したのは、右自由を保障した趣旨を没却するものであって、特段の事情のない限り、犯罪予防目的での録画は許されないというべきである。そして、犯罪予防目的をもって本件テレビカメラを利用している本件において、被告に原告らの容ぼう・姿態をビデオ録画することを許すべき特段の事情は認められない。したがって、これらの行為が行われれば原告らの肖像権を侵害したのとして違法とされるべきことは言うまでもない。」と判示した上で、しかし簡単に「被告が本件テレビカメラで撮影した原告らの容ぼう等を録画していることを認めるに足りる証拠はない。」とした。少なくとも現在においては、このような判断は十分な証拠開示が尽くされた上でなされなければなるまい。

ただ、「犯罪予防の段階は、一般に公共の安全を害するおそれも比較的小さく、録画する必要性も少ないのであって、このような場合に無限定に録画を許したのは、右自由を保障した趣旨を没却するものであって、特段の事情のない限り、犯罪予防目的での録画は許されないというべきである」といった判断は、まさに上掲京都府学連事件大法廷判決が現行犯性まで読み込んだ比較的厳密な比例原則の適用を示したことを反映したものであるといえよう。

更に、「プライバシーの利益」については、「憲法13条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と定めているところ、この個人の尊厳は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによってはじめて確実なものとなるのであるから、右条項は個人の尊厳を保障する上で必要不可欠な人格的利益を広く保障する趣旨のものであると解される。そし

て、その一環として、他人がみだりに個人に関する一定領域の事柄、例えば、私的生活関係を構成する事柄、趣味・嗜好・性癖等に関する事柄、精神過程に関する事柄、内部的な身体状況に関する事柄等についての情報を取得することを許さず、また、他人が自己の知っている個人の一定領域に関する事柄をみだりに第三者へ公表したり、利用することを許さず、もって人格的自律ないし私生活上の平穏を維持するという利益（以下、「プライバシーの利益」という）は、充分尊重されるべきである。」として、比較的詳細にその具体的な内容や意義について判示している。ただ、「しかし、プライバシーの利益の人格的利益としての多義性ないし抽象性に鑑みると、法的に保護を受ける利益としてどの程度に強固なものかについては、個々の事案によって異なるものというほかはなく、すべての場合において常に他者の基本的人権や国家権力の行使の目的その他の法的利益に優先して、右条項により実定法的保護が与えられるものとまではいえない。」ともいう。すでに本判決が上掲したような具体的内容や意義を示していることからすれば、肖像権と比較しても「プライバシーの利益」に特段多義性や抽象性を強調すべき余地はないように思われ、違和感を禁じえない。肖像権における京都府学連事件大法廷判決のような抛るべき術がないということはいえなくもないが、むしろ京都府学連事件大法廷判決の基準を当てはめたのでは本件のような監視カメラ一般が許されないことになるため、肖像権とは異質のものとしてプライバシーの利益を括り出すほかなかったということであろう。というのも、肖像権と認めてしまえば「犯罪予防目的をもって本件テレビカメラを利用している本件において、被告に原告らの容ぼう・姿態をビデオ録画することを許すべき特段の事情は認められない。したがって、これらの行為が行われれば原告らの肖像権を侵害したものとして違法とされるべきことは言うまでもない。」とまでいっているからである。しかしこのように、肖像権と区別されるプライバシーの利益というものを考え出し、それについていわば肖像権よりも保護される

程度の低いものとしている判示は説得力を欠いている。本判決自身がプライバシーの利益を十分に具体化させてみせているからである。

しかも、本判決は本件テレビカメラについて更に、「公道上に相当広範囲にわたって設置し、その目的も必ずしも限定されたものではないのであって、対象者の意思に反する場合も少なくないと考えられるから、その設置、使用が一般に承認されているものとまではいいがたい。」とし、また、公道におけるプライバシーの利益についても、「道路や公園などの公開された場所では、居宅内などの閉鎖空間における無防備な状態とは異なり、誰に見られるかもわからない状態に身を委ねることを前提として、人はその状況に応じて振る舞うなど、自ら発信すべき情報をコントロールできるから、その意味では、その存在自体を見られることにより影響されるプライバシーは縮小されているといえる。」ものの、「しかし、公道においても、通常は、偶然かつ一過性の視線にさらされるだけであり、特別の事情もないのに、継続的に監視されたり、尾行されることを予測して行動しているものではないのであって、その意味で、人は一歩外に出るとすべてのプライバシーを放棄したと考えるのは相当でない。」として、プライバシーの利益の内容について自己の情報のコントロールという要素を認め、更に公道上のプライバシーの利益についてもその「偶然」性、「一過性」に注目し、「継続的」・網羅的な監視については「予測して」いないと断じており、監視とプライバシー権に関する現下の状況にも通じる原理的な問題性について厳密な論理と的確な観察とを示していた。

更にはより詳細に、「同じく公共の場所とはいっても、例えば病院や政治団体や宗教団体など人の属性・生活・活動に係わる特殊な意味あいを持つ場所の状況をことさら監視したり、相当多数のテレビカメラによって人の生活領域の相当広い範囲を継続的かつ子細に監視するなどのことがあれば、監視対象者の行動形態、趣味・嗜好、精神や肉体の病気、交友関係、

思想・信条等を把握できないとも限らず、監視対象者のプライバシーを侵害するおそれがあるばかりか、これと表裏の問題として、かかる監視の対象にされているかもしれないという不安を与えること自体によってその行動等を萎縮させ、思想の自由・表現の自由その他憲法の保障する諸権利の享受を事実上困難にする懸念の生ずることも否定できない。また、右のように特別な意味あいを持つ場所でなくても、例えば自宅の前に警察の設置したテレビカメラがあり、往来の様子や路上での行動をいつ監視されているかわからない状況に置かれた場合、なにがしかの不快感や圧迫感を受け、自由に振る舞えない感情を抱くこともありうるが、特段の理由もなく、このような不快感や圧迫感を与えることは、それだけでもプライバシーの利益を損なうおそれがあるといわなければならない。以上のように、人が公共の場所にいる場合は、プライバシーの利益はきわめて制約されたものにならざるを得ないが、公共の場所にいるという一事によってプライバシーの利益が全く失われると解するのは相当でなく、もとより当該個人が一切のプライバシーの利益を放棄しているとみなすこともできない。したがって、監視の態様や程度の如何によってはなおプライバシーの利益を侵害するおそれがあるというべきである。」として、まるでその後の問題状況の展開を予測するかのように、GPS端末による継続的把握や、断片的な情報データの集約による嗜好・思想の把握、人物像の形成、監視による自由行使の萎縮といったことを十分にすでに取り上げている。

おまけに、公権力による監視について「その権限の行使は法律に基づくことを要しかつ法律の執行のために必要最小限の範囲に限られ」とか、「本件の場合、先に認定したように、警察により相当多数のテレビカメラが狭いあいりん地区内に設置され、人の生活領域の相当広い範囲を継続的に監視しうる体制がとられており、監視の目的・態様も、交通把握や商店密集地や施設内部の防犯ないし安全確保という程度に止まるものではなく、また、特別の事態が生じたときのみならず日常的に監視が行われてお

り、監視区域に入った者を無差別に監視することになる」と認定していながらも、そうでありながら他方で「本件の場合、先に判断したように設置されているテレビカメラは、それぞれに設置及び使用が許容されるべき一応の要件を備えており、被告は、これを使用して犯罪防止等公共の福祉を達成するために活動しているのであるから、侵害される原告ら個々のプライバシーの利益の実質、侵害の程度等を勘案し、個別事案の具体的な状況に即して、被告の本件テレビカメラの設置及び使用の利益を保持させることが相当か否かを検討しなければならない。」として、具体的な評価においてはテレビカメラを広汎に互り多数設置することの必要性を広く許容し、「犯罪防止等公共の福祉」の優越性を相当容易に認めていたものといわざるをえない。

多くのテレビカメラが設置された道路に関して、「これらの道路は、多数の人の通行する主要道路であり、匿名性や一過性が比較的保たれやすい場所であり、保持されなければならないプライバシーの利益はさほど大きいわけではないのに対し、これら道路が集団不法事案やい集事案の際の投石や放火や略奪の場所となっており、それら事案が発生した場合の状況把握の必要性が高く、路上犯罪を警戒しなければならない必要性もあることからすれば、それらの監視の際に、原告らがたまたまこれら道路を通過することによって監視下に置かれ、なにがしかのプライバシーが侵害されることがあっても、受忍すべき限度に止まるというべきである。」などと判示してプライバシーの利益の侵害を否定したのであるが、個々のテレビカメラ毎の「匿名性や一過性」だけを評価すれば足りるというものではないし、過去に事件が複数回あったというだけではテレビカメラの常時撮影を正当化するのに十分とも思われない。まして「路上犯罪を警戒しなければならない必要性」をいい出せば、繁華街でもひと気の無い場所でもそれぞれに警戒する必要性はいくらでも認めることができるのであるから、もはや「必要性」などというのは「要件」とさえ呼べない、空疎な響きを

持った周辺事情でしかないことになる。この空疎さこそ、継続的に監視に晒され続けて自己実現の萎縮を余儀なくされる具体的権利・利益を犠牲にして得られるところの「犯罪防止等公共の福祉」の空疎さそのものである。

（４）公安警察官による集会監視事件⁽¹⁵⁾

東京高裁判決は本件の判断枠組について、まず次のように展開した。即ち「例えば、警察官らが集会の会場に向かう集会参加者の前に立って制止し、集会参加者全員を対象として一人一人網羅的にその住所、氏名等の個人情報聴取したり、顔写真を撮ったり、ビデオ撮影をしたりすれば、集会に参加しようとする者のプライバシー等が広範囲に侵害され、集会に参加しようとする者が強度に威圧されて萎縮し、集会に参加することが事実上困難になり、集会への参加を断念することにつながるものであり、間接的に集会の開催若しくは集会への参加又は集会における集団としての意思の形成及び外部への表明を禁圧し、物理的に妨害することとなり、集会主催者の集会を開催する自由が侵害されると法的に評価すべき場合に当たり得るところである。したがって、警察による公安活動が集会参加者に対する警察官の視察による情報収集活動として行われる場合についても、集会主催者の集会を開催する自由の侵害の有無を検討する必要があるというべきである。すなわち、集会参加者に対する視察による情報収集活動が集会参加者のプライバシー等を広範囲に侵害し、集会参加者を強度に威圧して萎縮させ、集会に参加することを事実上困難にさせるものであったときには、その行為の目的、態様、程度に照らし、集会を開催する主催者の集会の自由を侵害し、国家賠償法上違法となることがあることを否定することはできない。したがって、警察による公安活動として行われる視察による

(15) 平成24年（ネ）第4380号同25年9月13日東京高等裁判所判決、LEX/DB25502099。

本判決に関する評釈として、高作正博「警察官による集会の監視行為等が集会開催の妨害ではなく違法ではないとされた事例」新・判例解説Watch 14号43頁。

情報収集活動が国家賠償法上違法かどうかを判断するにあたっては、その目的が集会の開催を妨害することにあるかどうか、その態様、程度が集会参加者のプライバシー等を広範囲に侵害し、集会参加者を強度に威圧して萎縮させ、集会に参加することを事実上困難にするものであるかどうかの観点から、上記情報収集活動が警察法2条2項に違反するものであるかどうかを検討する必要がある。しかしながら、他方、集会の自由は、集団による外部的表現行為を伴うものであって、集団としての意思を形成し、それを外部に表明することを目的とする集会を開催し、これに参加する集会の自由については、思想、信条、信教の自由等の内心の自由を保障する場合と異なり、また、選挙における投票の秘密の保障とも異なり、集会主催者が当該集会を開催し、集会参加者が当該集会に参加していることが秘匿されることまで保障されるわけではなく、これを集会参加者についていえば、集会に参加することが外部から認識され、場合によっては個人が識別され、特定される危険があることも自ら覚悟し、自己の責任において集会に参加するかどうかを決定すべきことに留意する必要がある（なお、個々の集会参加者が憲法13条の保障を受けることはいうまでもない。）と。

そして具体的な判断としては、更に「公安二課（警視庁公安部公安第二課）の警察官らは革マル派の動向や活動実態を把握するために本件集会の参加者を視察して情報収集活動を行ったのであり、上記活動は、マスクを着用する者も含め、私服警察官約60名が会場向側歩道に立ち、単眼鏡を使用して本件集会参加者の顔を確認し、メモを取り、人数を数えたというものであったことが認められる。もとより、制服の警察官らが本件集会の会場に向かう本件集会参加者の前に立って制止し、本件集会参加者全員を対象として一人一人網羅的にその住所、氏名等の個人情報聴取したり、顔写真を撮ったりしたわけではなく、また、実際に立っていた会場向側歩道から本件集会参加者全員を対象としてビデオ撮影をしたり、一人一人網羅的に顔写真を撮ったりしたわけでもなく、さらに、本件集会は予定とお

り開催されたことが認められる。確かに、公安二課の警察官らが約60名に及んだ点や、マスク着用等の風貌、単眼鏡を使用して本件集会参加者の顔の確認等がされたことは、本件集会参加者に威圧感を与えるものであったといえるが、このことを考慮してもなお、本件集会参加者のプライバシー等が広範囲に侵害され、本件集会参加者が強度に威圧されて萎縮させられ、本件集会に参加することが事実上困難にさせられたとまで言うことはできず、他に本件集会参加者のプライバシー等が広範囲に侵害され、本件集会参加者が強度に威圧されて萎縮させられ、本件集会に参加することが事実上困難にさせられたことを認めるに足りる証拠はない。」と判示した。

東京高裁判決は「一人一人網羅的にその住所、氏名等の個人情報を聴取したり、顔写真を撮ったり、ビデオ撮影をしたり」して初めて、「集会に参加しようとする者のプライバシー等が広範囲に侵害され、集会に参加しようとする者が強度に威圧されて萎縮し、集会に参加することが事実上困難になり、集会への参加を断念することにつながり」、その結果、集団の意思形成が物理的に妨害されることにより「主催者の集会を開催する自由が侵害される」とする。しかもこのとき、集会の自由の行使は「外部的表現行為を伴う」から「集会参加者が当該集会に参加していることが秘匿されることまで保障されるわけではなく、これを集会参加者についていえば、集会に参加することが外部から認識され、場合によっては個人が識別され、特定される危険があることも自ら覚悟し、自己の責任において集会に参加するかどうかを決定すべき」とまでいう。

まず東京高裁判決は、集会への参加が断念されることで集会の開催、参加、意思形成が「物理的に妨害」されることを重視し、その上「さらに、本件集会は予定どおり開催されたことが認められる」とまで認定して、権利侵害の認定のためには実際に集会の開催が不可能になったことまでを求めるような態度を示している。あるいは具体例でいえば、「一人一人網羅

的にその住所、氏名等の個人情報を聴取したり、顔写真を撮ったり、ビデオ撮影をしたり」することまでが必要だというのである。そしてその前提として、集会参加者らは「外部から認識され、場合によっては個人が識別され、特定される危険があることも自ら覚悟し、自己の責任において集会に参加するかどうかを決定すべき」という認識がある。この認識があることによって、監視が権利侵害に達する程度はいわば極限的な、もはや強制というべき程度に達しない限りは権利侵害に該らないという評価になっている。一人一人を制止して情報を聴取し、一人一人の写真を撮るなどというのはもはや強制処分以外の何物でもないのであるから、これに達しない限りは権利侵害に該らないというのは余りに極論というほかになく、比例原則の適用の余地さえ否定するものであって、およそ説得力を欠いている。しかも、集会の自由の行使が「外部的表現行為を伴う」からといって、「外部から認識され、場合によっては個人が識別され、特定される危険があることも自ら覚悟」しなければならない理由があるとは思われない。公道上といったような公開の場であれば、人から見られることをおよそ受け入れざるをえないといったことは、もはや一切通用しない理屈だというほかない⁽¹⁶⁾。無関係の通行人が通り過ぎる際に、その視界に入るというのと、付きまとい、監視されることを同視することはできない。そうでなければ、公道上である限り、ストーカー行為も受忍せざるをえないということになってしまう。プライバシーを期待しうる程度が、住居内に比べて減じるとはいえても、公道上であればおよそプライバシーを期待できないなどということはいえないのである。病院の入口一歩手前まで、ラブホテルの入口の一歩手前まではプライバシーは期待できず、「覚悟」しなければならないなどという主張はとても受け入れられるものではない。

公開の場所であっても不当な監視に対するプライバシー権保護は当然十

(16) 例えば、外部から見える身体的特徴だからといって、およそプライバシー権・自己イメージの保護から排除されるということはない。平成13年（オ）第851号同14年9月24日最高裁第三小法廷判決、判例時報1802号60頁、判例タイムズ1106号72頁参照。

分に期待されうるものである。そしてそれは強制処分に該らない限りは蹂躪されうるというような薄弱なものではなく、集会の自由の行使が萎縮されるようなリスクを排除しうるものとして保障されなければならない。社会の中で、他者との交流において自己実現をし、それが延いては自由な意思決定に基づく民主的な社会を形成する以上、そしてそのようになしうる権利が憲法上保障されている以上、個別具体的な必要性・相当性を欠く監視により自己実現の権利ないしプライバシー権が侵害され、人格形成や社会形成が行政当局によって萎縮させられることは許されず、そのような監視は憲法違反といわなければならない。

（5）モスクに出入りするムスリム監視事件⁽¹⁷⁾

本件は裁判所がイスラム過激派とイスラム教徒とを同視することに合理性があると認め、信仰に基づく差別的な不利益取扱いを正当とした点でにわかに信じがたい判断を示したものである。原審⁽¹⁸⁾と同様、テロの一般的脅威を前提とすれば、「本件情報収集活動は、断片的情報を個別に取得することに意味があるのではなく、前記のとおり、継続的に情報を収集し、それを分析、利用することを目的とするものであり、対象となる個人が抱く不快感、嫌悪感の少なからぬ部分もそれ故のものといえる。本件情報収集活動に関し、憲法適合性を判断するに当たっては、このような情報の継続的収集、保管、分析、利用を一体のものとして、それによる個人の私生活上の自由への影響を検討すべきである」が、その影響は「不快感、嫌悪感を抱くといった事実上のものととどまるというべきである」とした。原審もまた、モスクへの出入りは外部から観察されることが予想され

(17) 平成26年（ネ）第1619号27年4月14日東京高等裁判所判決、LEX/DB25506287。

(18) 平成23年（ワ）第15750号同26年1月15日東京地方裁判所判決、判例時報2215号30頁。本件につき、倉地智広「ムスリムという『恥辱』——公安テロ情報流出事件をめぐって」法と民主主義473号18頁、福田健治「モスク監視を全面的に擁護したムスリム違法捜査国賠訴訟一審判決」法と民主主義487号47頁参照。

るものであるし、何ら強制を強いたものでもないから、嫌悪感を生じたと
過ぎないとしていた⁽¹⁹⁾。

比喩ではなく、特定の信仰を持つことを理由に無差別に監視対象に置く
ことこそがテロであり、更にいえばテロを招く差別意識を助長するもので
ある。このような無差別・広汎な監視や調査を警職法どころか警察法さえ
許容してはいない。比例原則違反の警察活動を憲法31条は一切許容して
いないからである。抽象的なテロの脅威があるという理由でこのような無
差別・広汎な監視が許されるならば、もはやいかなる監視であっても正当
化されてしまうというほかない⁽²⁰⁾。本件で認定された程度の何らかのテロ
の脅威さえない状況などとても想定できないからである。本件弁護人らは
こうした監視が差別をおおるものと主張したが、こうした監視が適法なも
のとして許されるとしたこのような判決によって更に、ムスリム一般が警
察の監視対象とされうような存在であるという偏見にお墨付きが与えら
れてしまったといわざるをえない⁽²¹⁾。

原判決も高裁判決も正面から、収集された情報の保管や分析までがテロ
対策として許されるとした。しかし、漏洩させたことが違法とされた情報
は収集され、更に統合・分析されたものであり、そのこと自体がすでに、
取得時の外部的観察による嫌悪感を生じさせるにとどまらず、行政機関・

(19) 原審東京地裁判決の評釈である、高橋義人「公安テロ情報流出被害国家賠償請求
事件」白鷗法学21巻1号211頁は、「物理的・強制的な方法がとられたかどうかだけ
でなく、過度に広汎な情報収集活動が個人の自由に及ぼす萎縮・抑制効果を憲法上
は警戒する必要があるだろう。」という。

(20) 中山代志子「イスラム教徒の個人情報収集が漏えいした事件において、情報
収集活動は適法、漏えいは違法とされ、都の国家賠償法上の責任が肯定された事例」
自治研究91巻8号141頁は、「拳がっている事情が、具体的に本件原告に関係してい
るという事実は、認定されていない。」という。

(21) この意味で、このような監視捜査は政府によるいわば象徴的なヘイト・スピーチ
に類するものともいえ、この判決もまたこれに加担するものであるといわざるをえ
ない。思想の自由市場における自己実現を歪めるものである点でも手段の相当性を
欠く。ガバメントスピーチ論について、例えば、葛島夏木「教育領域に潜むガバメ
ントスピーチ」立命館法政論集6号31頁。

行政主体が勝手に秘密裡に統合操作をして身勝手な個人情報を作出したのであるから、プライバシー侵害を生じさせるものである。従って、この情報に憲法13条の保障が及ぶことを前提として、自己実現の権利としてのプライバシー権に対する侵害が継続的保管により生じていないかにつき、当該保管の必要性・相当性を厳密に吟味するべきだったのである⁽²²⁾。個々のプライバシー権・自己実現の権利が不用意な危険視によって脅かされてはいなかったのかどうか、網羅的な情報の保管に具体的必要性が認められたのかどうか厳密に問われるべきであったのであり、取得時の不利益を嫌悪感と断じるだけでは不十分に過ぎたといわなければならない。

(6) 自衛隊情報保全隊事件⁽²³⁾

自衛隊イラク派遣に反対する活動に参加していた者らに対する監視活動が問題となったケースについて、仙台高裁判決は、「一般的にいえば、自らが公開の場所で行った活動、それ自体の情報については秘匿性に乏しく、第三者にみだりに取得、開示、公表されたくないとの期待は当然に保護されるべきものとは考え難く、特別の事情のない限りプライバシーに係る情報として法的保護の対象とはならないというべきである。」、また、「情報保全隊の情報収集活動は、一般的には、デモ行進等の参加者等に対して何らかの有形力や強制力を行使したり、情報収集していることを明ら

(22) 憲法31条や35条の規定による権利保障は、まさに刑事手続・犯罪捜査、公安調査の対象とされた者にこそ向けられたものである。捜査や調査に単に理由があるというだけで保障の枠外に置かれてしまうのでは、そもそもこうした権利保障の規定が憲法の条文として置かれた意味が失われる。適正手続や比例原則の適用を求める権利やプライバシー権は公益の残りで、公益のわきで保障されているわけではなく、むしろ対向する公益との関係において保障が図られなければならない。

(23) 平成24年（ネ）第266号同28年2月2日仙台高等裁判所判決、判例時報2293号18頁。本件については、甫守一樹「自衛隊の国民監視差止訴訟」法と民主主義480号50頁、丸山敦裕「自衛隊による情報の収集・保有が一部違法とされた事例」判例評論696号148頁、玉蟲由樹「自衛隊情報保全隊による情報収集活動の適法性」『平成28年度重要判例解説』（臨時増刊ジュリスト1505号）12頁等参照。

かにするような態様でされたとは認められない。そして、収集された情報については、一定期間経過後は廃棄するものとされ、その管理体制も構築されており、その体制が不備であるとまで認めるに足る証拠はない。」などと判示した。

ここでも、公開の場所で行った活動は「第三者にみだりに取得、開示、公表されたくないとの期待は当然に保護されるべきものとは考え難く、特別の事情のない限りプライバシーに係る情報として法的保護の対象とはならない」として、意図的に「取得、開示、公表」のみを挙げているが、もはやその保管、統合、分析を視野に入れないことは許されず、これらは「公開の場所」で取得された情報であることとはすでに別個に取り扱われなければならないから、公開の場所でのプライバシー権保障の期待が乏しいことを理由に「特別の事情のない限りプライバシーに係る情報として法的保護の対象とはならない」などということはできない。

更に、プライバシー権保障にとって、その侵害が「有形力や強制力行使」したり、威勢を示す態様でなされたかどうかは何ら関連性を持たないのであって、むしろ隠密裏に行われることの方が発覚が困難となり侵害の程度は増大しうるのであるから、これらは侵害がないことの理由にならない。

そしてまさに、保管、統合、分析された情報について、「収集された情報については、一定期間経過後は廃棄するものとされ、その管理体制も構築されており、その体制が不備であるとまで認めるに足る証拠はない。」としたが、廃棄「するものとされ」ているとか、「体制」があるという認定で済ませることで果たして足るのだろうか。廃棄されているらしいということで権利侵害がないと判断され、権利侵害の危険さえ認定されないというのであれば、禁止されている内部からのリークがない限り、情報の集積に実際にはおよそ制限がないことになる。

監視対象がより広汎となるケースを以下で扱う。

（7）外国人指紋押なつ拒否事件上告審判決⁽²⁴⁾

外国人登録法に定める指紋押なつに応じなかったことで罪に問われたケースについて、最高裁第三小法廷判決は、「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつものと考えられる。憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶと解される」としながらも、なお「本件当時の制度内容は、押なつ義務が三年に一度で、押なつ対象指紋も一指のみであり、加えて、その強制も罰則による間接強制にとどまるものであって、精神的、肉体的に過度の苦痛を伴うものとまではいえず、方法としても、一般的に許容される限度を超えない相当なものであったと認められる。」と判示して、押なつを義務づける規定が憲法13条に違反するものではないとした。

第三小法廷判決は、プライバシー権ないし私生活上の自由としての指紋の押なつを強制されない自由を率直に認めて、ただその押なつの強制・義務付けの方法の相当性・比例性の点では、一指のみを対象とし、罰則によ

(24) 平成2年(あ)第848号同7年12月15日最高裁第三小法廷判決刑集49巻10号842頁。

本件の評釈として、例えば、志田陽子「指紋押捺制度の合憲性」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（別冊ジュリスト217号）8頁。

る間接強制があるだけで、過度の苦痛を与えるものではないとして不当・過剰に及ぶものではなかったと結論付けた。

なぜ指紋押なつの強制がプライバシー侵害に該り、強制されない自由が憲法13条の趣旨の下で保護されるのかについて、第三小法廷判決は必ずしも詳しく、明確には述べてはいない。

この点を考えてみると、指紋というものがまさにいわゆるIDの役割を果たし、これがまた容易にその保有主体による活動の場所や対象物に付着するがために移動や行動の把握が可能となるが故に、現在であればまさに携帯するGPS機能内蔵の情報端末が発信する位置情報と同様に、その活動履歴を痕跡が残る限り追跡可能であるという意味において、指紋情報の提供は第三小法廷判決が指摘する通り「利用方法次第では」GPS監視の場合と同様に網羅的な空間的把握を可能にしてしまうからであろう。そして同時にまた、第三小法廷判決が「性質上万人不同性、終生不変性をもつ」としているように、特定の個人に関する様々な情報が指紋を軸・マスターキー⁽²⁵⁾として結合されることで、本人の与り知らないところで個人像が再構築され、それが修正されることもなく長期の保存や他目的での再利用により固着化していくことで、国家機関、国家権力との関係で新たな自己形成・自己実現を妨げられるリスクが時間軸においても増大しうる。そしてこれらの空間的・時間的な人格・自己情報の把握が比例的に許されるのは、例えば具体的嫌疑の下になされる特定範囲内での犯罪捜査などに限られているのであるから、そのような不利益の甘受を正当化する具体的事情が存しないのに、単に外国籍であるとか特定の宗教の信者であるといった、一定のグループに所属するという理由だけでその構成員全員に対してする一般的監視・把握は、ただ比例原則に違反するというだけでなく、憲法14条1項が保障する平等原則にも違反する。

(25) 同様に、指紋の特徴に「インデックス（索引）情報性」があることを指摘するものとして、渋谷秀樹「指紋押捺制度の合憲性——外国人登録法違反事件最高裁判決」法学教室190号76頁。

（8）郵便物の税関検査⁽²⁶⁾

プライバシー権の内実である自己実現は、思想や他者とのコミュニケーションのみによって成るものではなく、それらを具象化するための様々な手段をも要する。それ故、信書以外の郵便物についてはプライバシー権保護が十全に及ばなくてもよいとは決していけない。

海外から日本国内へ発送された郵便物について、税関職員は「品名が分からなかったことなどから輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物の外装箱を開披し、ビニール袋の中にプラスチック製ボトルが2本入っているのを目視により確認した」後、「両ボトルにつきTDS検査（ワイプ材と呼ばれる紙を使用する検査）を行ったところ、両ボトルから覚せい剤反応があった」ために、同出張所の審理官に本件郵便物を引き継ぎ、「同審理官は、本件郵便物を同出張所の鑑定室に持ち込み、外装箱から2本のボトルを取り出し、ボトルの外蓋、内蓋を開け、中に入っていた白色だ円形固形物を取り出して重量を量り、その様子を写真撮影するなどした後、上記固形物の破砕片からごく微量を取出し、麻薬試薬と覚せい剤試薬を用いて仮鑑定を行ったところ、陽性反応を示したため、同税関調査部を通じて、同税関業務部分析部門に鑑定を依頼し、同調査部職員は、上記固形物の破片微量を持ち帰り、「同審理官は、本件郵便物を同出張所内の鑑定室に保管していたが、前記鑑定の結果、覚せい剤であるとの連絡を受けて、同税関調査部に対し、摘発事件として通報し」、「同通報を受け、同税関調査部の審議官は、同月24日、差押許可状を郵便事業株式会社職員に提示して、本件郵便物を差し押さえた。」という事案であった。

(26) 平成27年（あ）第416号同28年12月9日最高裁判所第三小法廷判決、刑集70巻8号806頁。本判決の解説として、例えば、馬渡香津子「郵便物の輸出入の簡易手続として税関職員が無令状で行った検査等について、関税法（平成24年法律第30号による改正前のもの）76条、関税法（平成23年法律第7号による改正前のもの）105条1項1号、3号によって許容されていると解することが憲法35条の法意に反しない」とされた事例」ジュリスト1524号103頁。

これらの処分が「本件郵便物を破壊し、その内容物を消費する行為であり、プライバシー権及び財産権を侵害するものであるところ、捜査を目的として、本件郵便物の発送人又は名宛人の同意なく、裁判官の発する令状もなく行われたもので、関税法上許容されていない検査であって、憲法35条が許容しない強制処分に当たるから、本件郵便物検査によって取得された証拠である本件郵便物内の覚せい剤及びその鑑定書等の証拠能力は否定されるべきである」ことが弁護人により争われた。

しかし、最高裁第三小法廷平成28年判決はまず、関税法76条1項ただし書が「郵便物中にある信書以外の物について、税関職員に必要な検査をさせる」と定め、同105条1項も「必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、郵便物を含む外国貨物等について検査すること（同項1号）及び郵便物の輸出入の簡易手続における検査に際して見本を採取すること（同項3号）ができると定めている。」ところ、これらの規定が「関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理という行政上の目的を、大量の郵便物について簡易、迅速に実現するための規定であると解される。そのためには、税関職員において、郵便物を開披し、その内容物を特定するためなどに必要とされる検査を適時に行うことが不可欠であって、本件各規定に基づく検査等の権限を税関職員が行使するに際して、裁判官の発する令状を要するものとはされておらず、また、郵便物の発送人又は名宛人の承諾も必要とされていないことは、関税法の文言上明らかである。」とした。

また他方で、「憲法35条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない。」とはしながらも、「しかしながら、本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続

で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。また、国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。また、税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、上記目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理といえない。前記認定事実によれば、税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑いが更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であったといえる。このような事実関係の下では、裁判官の発する令状を得ずに、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行うことは、本件各規定により許容されていると解される。」と判示し、このように解しても憲法35条の法意に反しないことは当裁判所の判例の趣旨に徴して明らかとした。

現行の関税法76条1項ただし書きは、「税関長は、……税関職員に……させるものとする」という規定であり、税関職員の検査権限について直接定めた規定ではない。これを直接定めているのは同105条であり、105条は「必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、次に掲げ

る行為をすることができる。」というように、あくまで任意処分としての検査権限を定めているにとどまる⁽²⁷⁾。

確かに、判例がいうように、効率的で適正に運用されている郵便機構の直接の利用者（いわば適正に運用されている現状を悪用しようとする者）であるが故に、効率的かつ適正な郵便機構運用の維持に必要な措置につき黙示的に同意した上で利用していると考えられる（禁制品の郵送が許されないことを一般的に認識している）⁽²⁸⁾。

そうだとすると、封緘物の中身に対するプライバシー権が憲法35条によって保護されていることは、最高裁判例に照らしても明らかである⁽²⁹⁾。

検査に際して見本を「提供させること」に問題がないとしても、「採取」（105条1項3号）することが必要と認められる範囲でできるということについては、まさに任意処分の限界について検討しなければならないことになる⁽³⁰⁾。

見本の採取というとき、それがたとえ対象物の一部に対してであっても押収することには変わりはないから、令状によらない強制処分にあたり憲法35条違反の疑いが大きい。関税法105条4項は「第1項及び第2項の規定による質問又は検査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。」と規定するが、「当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定

(27) 警察官職務執行法1条2項も同様の規定を置く。曰く「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであつて、いやくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない。」と。

(28) 交通一斉検問についても同様の理屈が成り立ちうるとしても、直接不同意が示された後まで執拗な留め置きが許されるわけではない。

(29) 平成19年（あ）第798号同21年9月28日最高裁第三小法廷決定刑集63巻7号868頁、平成28年（あ）第442号同29年3月15日最高裁大法廷判決刑集71巻3号13頁。

(30) 間接強制については、関税法114条の2柱書が「次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」とし、同16号で「第105条第1項（税関職員の権限）の規定による税関職員の質問に対して答弁せず、若しくは偽りの陳述をし、又はその職務の執行を拒み、妨げ、若しくは忌避した者」と定めている。

「[憲法35条] による保障の枠外にあると判断することは相当でない。」のは、この平成28年最高裁第三小法廷判決や川崎民商事件の昭和47年大法廷判決⁽³¹⁾が判示している通りである。

任意処分の限界について、警職法上の職務質問に伴う明文規定なき所持品検査が問題となった米子銀行強盗事件⁽³²⁾に関して、昭和53年最高裁第三小法廷判決は「警職法は、その2条1項において同項所定の者を停止させて質問することができると規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法35条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、こ

(31) 昭和44年（あ）第734号同47年11月22日最高裁大法廷判決、刑集26巻9号554頁。

(32) 昭和52年（あ）第1435号同53年6月20日最高裁第三小法廷判決刑集32巻4号670頁。

れによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである。」と判示した。その上で、銀行強盗という重大事件発生直後で嫌疑も濃厚で凶器所持の疑いもあるなどした状況下では、「バッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく」、結局、職務質問に付随する所持品検査は憲法35条に違反しないとした。

税関検査もまた全く無差別に行われているというわけではなく、外観上の不審事由が確認されることを理由として行われている。ただし、必ずしも緊急性まで認めることは困難である。

他方で、禁輸品等に対するいわゆる水際での阻止の必要性は、一般的に高度のものが認められる。しかも、国際的な郵便機構を利用して容易・安価に禁制品の密輸入を図ることができるし、また通信の秘密が一般的に保障されている（憲法21条2項後段）下では梱包による内容物の隠蔽も容易に行われうる。このような意味では、とりわけ中身がわからないように梱包された郵便物については、個別的にもある程度の検査の必要性は認められる。

関税法105条1項は同3号に規定される「見本を採取」を「必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、次に掲げる行為をすることができる。」と定めている。これは、法律の留保・法律による行政の原理⁽³³⁾に基づくのみならず、比例原則⁽³⁴⁾が妥当することを明示するものでもある。

米子銀行強盗事件では、重大持凶器犯罪の発生直後の濃厚な嫌疑下で初

(33) 憲法41条「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」。

(34) 憲法31条「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」、憲法13条「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」。

めて、「バッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつした」検査が許容された。禁輸品の採取後の検査も含めた意味での見本採取については、それに至る前の梱包・封緘の開披という前段階の行為も別個に把握しうる。税関検査の場合、「施錠されていないチャックを開披」という程度では一般的に足りず、梱包・封緘を破棄して開披するという方法を取らざるをえないだろう。その上で嫌疑が濃くなれば更に一部を強制的に分離し見本採取に至ることになる。通常の任意捜査においては、同意なき破棄による開披は相手の意思を制圧するに足りるプライバシー権侵害に該り、令状なき強制処分に相当する。物理的に開披する以前に、エックス線検査による場合でさえこれに該るとするのが判例である⁽³⁵⁾。

川崎民商事件大法廷判決に依拠しながら、この平成28年最高裁第三小法廷判決が税関検査を憲法35条違反でないとした理由のうち、刑事責任追及を直接の目的とする手続ではないというのは、形式的・文理的に憲法35条の範疇外となることをいうに過ぎず、検査を受ける側からすれば法益侵害の程度が異なるわけではないことからすれば、殊更違憲性を減じる要素とはいえない。同様に、「郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。」ということも、プライバシー権侵害に関して妥当する理屈であるとはいえない。確かに、直接に住居に乗り込むような場合には、当然住居の平穏という意味でのプライバシー権侵害は強度のものになる。しかし、逆に相手の知らないうちに密行的になされる場合には、侵害が継続的・網羅的になされうることによって侵害が増大するということといえる⁽³⁶⁾。従って、「発送人又は名宛

(35) 平成19年（あ）第798号同21年9月28日最高裁第三小法廷決定、刑集63巻7号868頁。

(36) GPS捜査に関する前掲平成28年（あ）第442号同29年3月15日最高裁大法廷判決（刑集71巻3号13頁）参照。

人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。」ということは、財産権侵害の観点でいえば理解できなくはないが、プライバシー権侵害に関しては妥当しない。しかも、実際にも「発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではない」としても、「本件郵便物の外装箱を開披し」、「両ボトルにつきTDS検査（ワイプ材と呼ばれる紙を使用する検査）を行」い、「本件郵便物を同出張所の鑑定室に持ち込み、外装箱から2本のボトルを取り出し、ボトルの外蓋、内蓋を開け、中に入っていた白色だ円形固形物を取り出して重量を量り、その様子を写真撮影するなどした後、上記固形物の破碎片からごく微量を取出し、麻薬試薬と覚せい剤試薬を用いて仮鑑定」までしているのであるから、これをもって対象物に対する「直接的物理的」処分が行われていないなどとはとてもいえない。それ故、「その権利が制約される程度は相対的に低いといえる」などという評価は一切当てはまる余地がない。

そうすると、税関検査を許容しうる理由として成り立ちうる残りの理由としては、「大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要」性と「国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い」という2点ということになる。前者の必要性については個々の郵便物についても個別的にあてはまると考える余地もあろう。また、後者のプライバシー権保護に対する期待が低いことについては、その裏返しとして手段の相当性の要請も減じる、つまり低い程度でも足りるということになるう。

結局、一定の必要性が認められ、必要性に見合った手段なら許容されるところ、ある程度強度の手段が用いられること（あるいはその種の検査に供される場合があることを想定した上で郵便制度を利用すること）に対

する一般的な同意も想定されうることからすれば、明確な不審事由が現認されることを理由・要件として、内容物の確認に必要な限度で梱包・封緘を解く限りにおいては必ずしも比例原則を逸脱するものではなく、その上で更に疑いが深まったことが確認された場合に限って、内容物の一部を検査のための見本として採取した上で検査に供することもまた、同様にして相当性・比例性の範囲内にあるとする立論を想定すること自体は不可能ではなからう。

しかし、国内に入った以上、国際郵便と国内郵便との間で憲法上の保障に差をつけることを根拠づけることはやはり不可能というほかない。同意によらないエックス線検査が強制処分であり許されない⁽³⁷⁾とき、外観上不審事由が認められるという程度の必要性の下で、従って緊急性すら認められない⁽³⁸⁾状況下で、梱包・封緘を解く処分を許容することは、いわば無差別的・網羅的な無令状搜索を許容することにほかならず、憲法35条1項及び2項のプライバシー権保障に明白に違反する。梱包・封緘を解く処分は「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」⁽³⁹⁾というほかない。この意味で、無令状の強制処分であり、その内実においても、一般的には高度の必要性が認められなくはないものの、個別的な必要性が高いとは必ずしもいえず、それに比べて処分は通常密封されている梱包・封緘を解いて中身を見るというもので、米子銀行強盗事件における「バッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつした」と比べても侵害の程度・態様は格段に強度のものであり、更には「見本を採取」することまでするときには検証のみならず搜索・押収にまで及ぶものであるから、比例原則を等閑視し、憲法31条及び35条

(37) 前掲平成19年（あ）第798号同21年9月28日最高裁第三小法廷決定（刑集63巻7号868頁）参照。

(38) 前掲米子銀行強盗事件最高裁第三小法廷判決（昭和52年（あ）第1435号同53年6月20日、刑集32巻4号670頁）参照。

(39) 昭和50年（あ）第146号同51年3月16日最高裁第三小法廷決定刑集30巻2号187頁、191頁。

において保障されるプライバシー権を蹂躪するものといわなければならない⁽⁴⁰⁾。

ではこのとき、関税法105条1項3号が「見本を採取し、又は提供させること」が「できる」としているのを、憲法31条及び35条に適合するように解釈するとすれば、果たしてどのような行為までが許容されていると解すべきであろうか。ここで許容されている行為は国内郵便の場合と同様の任意処分でなければならない、国際郵便にのみ不公平な処分が許容されているとの解釈を根拠づける余地はない。そのような解釈をすれば、異質な「比例原則」が妥当する余地を残すことになり、そうした特別扱い⁽⁴¹⁾は必ず国内における他の処分に対しても妥当しうるところとなり、もはや適正手続に対する憲法上の保障など画餅に帰すことになる。

関税法105条1項3号が任意処分として「見本を採取し」を「提供させること」と並列していることからすれば、見本採取もあくまで受提供と同等ないし同質のものでなければならない。ただし、「提供させる」が相手の「提供する」行為を前提とした受動的行為であるのに対して、「見本を採取し」はあくまで能動的な行為即ち作為であるように見える。このとき、行為は「採取し」であるが、その対象はあくまで「見本」だとされている。つまり、対象物の種類・性質を代表しうるその一部を、あくまで即時ないし短時分での検査に利用する限度内で、いわば「見本」として借用するということであろう。そうであれば、対象物を一部切り取るための破壊等の処分もあくまで「見本を採取」の範囲内にとどまりうる最小限度の

(40) 中島徹「税関職員による無令状での郵便物検査と憲法35条」『平成29年度重要判例解説』(臨時増刊ジュリスト1518号)も「本件のように手続途中から犯罪捜査に移行しても令状主義の保障は及ばないとすると、行政手続に憲法35条の保障が及ぶとされる場面を具体的に想定することは困難である」という。

(41) 国境での特別扱いに関するアメリカの判例の状況について、成田秀樹「国境に於ける自動車の搜索とプライバシー——合衆国に於ける判例法理の展開と分析——」産大法学40巻3・4号112頁参照。また、逆にこのような特別扱いを根拠づけようとするものとして、笹倉宏紀「令状主義の意義と機能に関する若干の考察——最高裁判平成28年12月9日第三小法廷判決を素材に——」刑事法ジャーナル56号39頁。

ものであることが要請される。そしてこの処分は、現に占有している運送事業者の許容する範囲内での移動として許されるに過ぎず、封緘物内の搜索や検証に、ましてや押収に至ることは許されない。

更に、このように「見本を採取し」の意義をあくまでもいわば実況見分の範囲内でのみ許容されるものと理解するときには、その前段階の処分としてある、内容物を見るための梱包の破棄についても、いってみれば米子銀行強盗事件の最高裁第三小法廷判決にいう「警職法は、その2条1項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合がある」とはいつても、「搜索及び押収を受けることのない権利は憲法35条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかに問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである」ということが同様に妥当するものであるから、このような前提からすれば、やはりあくまで任意処分にとどまる「見本を採取」する処分のために、梱包を破棄する処分までが付随する行為として許されるとは考えられず、やはりそうした強制に互る処分を要する場合には速やかに令状を請求する必要がある。検査を必要とする対象物の数が少なくないとはいえ、全体の内の一定割合にとどまるものであり、また、禁輸品であると発覚すればやはり差押許可状の請求が現状においても必要なのであるから、数が多いとか煩瑣であるといったことは決定的な理由とはなりえない。ただし、特に外観上不

審事由が認められる場合については、一般の令状審査の場合と比べて、禁制品の密輸がまさに行われる現場における税関検査の場合には、その捜索・検証に係る令状審査において、それら強制処分理由の具体性の程度やそうした強制処分の必要性に関しては、一般に認められやすいということと考えられる。ただし、今後一層、即時の令状審査を可能とするような遠隔連繋に係る電磁的な設備や法制度の構築・整備等も要請されよう。

（9）住基ネット事件最高裁判決（破棄自判）⁽⁴²⁾

住民票コードの付された本人確認情報を一括管理して、これを地方と中央の行政機関で共有・相互利用することを図った住民基本台帳ネットワークのプライバシー侵害性が問われた裁判である。

最高裁第一小法廷判決はまず、「住基ネットによって管理、利用等される本人確認情報は、氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたもの」にすぎず、「これらはいずれも、個人の内面に关わるような秘匿性の高い情報とはいえない。」とし、また、「住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的」の範囲内で行われることを指摘した。更に「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はない」、「受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されている」などとした。そして更には、「データマッチングは本人確認情報の目的外利用に当たり、それ自体が懲戒処分の対象となるほか、データマッチングを行う目的で個人の秘密に属する事項が記録された文書等を収集する行為は刑罰の対象となり、さらに、秘密に属する個人情報を

(42) 平成19年（オ）第403号同20年3月6日最高裁第一小法廷判決、判例時報2004号17頁、判例タイムズ1268号110頁。住基ネットのプライバシー権侵害性について、棟居快行「公共空間とプライバシー」長谷部恭男・土井真一・井上達夫・杉田敦・西原博史・阪口正二郎編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』193頁以下も参照。

保有する行政機関の職員等が、正当な理由なくこれを他の行政機関等に提供してデータマッチングを可能にするような行為も刑罰をもって禁止されている」などとした上で、結局、「住基ネットの運用によって原審がいうような具体的な危険が生じているということはできない」から、「憲法13条により保障された上記の自由を侵害するものではない」、また「自己のプライバシーに関わる情報の取扱いについて自己決定する権利ないし利益が違法に侵害されたとする被上告人らの主張にも理由がない」と判示した。

いくつか指摘せずには措かない点がある。まず、4情報について秘匿性が高くないと断じた点である。これらが行政サービスに日常的に提供されるものであることは確かだが、しかしむしろ最も中核的な情報ともいえ、住所が明らかになることによって直ちに所在が明らかになり、ストーカーなどの敵対者が入手すればその本人の生命すら危ぶまれる情報であり、秘匿性が高くないと断じることは決して許されない⁽⁴³⁾。生年月日から

(43) 平成14年（受）第1656号同15年9月12日最高裁第二小法廷判決（早稲田大学江沢民講演会参加者名簿提出事件、民集57巻8号973頁）も、「本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」「このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある。本件講演会の主催者として参加者を募る際に上告人らの本件個人情報を収集した早稲田大学は、上告人らの意思に基づかずにみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきである。」「無断で本件個人情報を警察に開示した同大学の行為は、上告人らが任意に提供したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであり、上告人らのプライバシーを侵害するもの」であり、「本件個人情報の秘匿性の程度、開示による具体的な不利益の不存在、開示の目的の正当性と必要性などの事情は、上記結論を左右するに足りない。」としていた。この第二小法廷判決の評釈として、例えば、棟居快行「講演会参加者リストの提出とプライバシー侵害」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ【第6版】』（別冊ジュリスト217号）44頁。

容易に割り出される年齢によって、オレオレ詐欺や還付金詐欺等の対象となる可能性が飛躍的に増大し、住所が知られることで直接訪問され、名前や性別も知られていることから容易に行政による連絡を装うことができしまい、被害者も容易にこれを信じるということを考えれば、むしろ他の周縁的な情報よりも一層秘匿性が求められるというべきである。行政サービス上日常的に使用されていることが秘匿性を低下させるものでないことは明らかである。

次に、住基ネットの目的が余りにも抽象的である点を指摘せざるをえない。第一小法廷判決はプライバシー侵害の危険の抽象性を指摘するが、目的の抽象性こそ指摘し、制度の必要性について吟味を加えるべきである。

更に、目的の抽象性、制度の必要性についての吟味を怠っているだけでなく、同時にプライバシー侵害の危険性に対する吟味も不十分であると指摘しなければならない。第一小法廷判決は「システム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はない」としたが、完全にスタンドアローンの設備でもない限り、不当アクセスの危険はむしろ当然あるものと認識せざるをえない。どのように手を尽くしたとしても、外部からの不当なアクセスのリスクを低く見積もることはもはや許されるものではないのであって、このリスクを安易に低く見積もった上で「具体的な危険はない」とか「安全だ」として公的システムを構築すること自体、もはや過失によるものとの指摘を甘んじて受けざるをえないものである。前提として外部からの不正アクセスがありうることを織り込んだシステムでなければならぬのであって、情報漏えい等が刑罰で規制されていることなど事後的な処理に過ぎず、一旦漏洩された情報を回収して元通りの秘匿状態を回復させることなど實際上ほとんど不可能なのである。そしてこのような情報に結局生身の人間である行政機関の職員がアクセスしうることからすれば、むしろ漏えいの具体的な危険は常にあるといわなければならない。刑罰で禁止されているから危険

じゃないという論法は余りにも抽象的に過ぎ、それならばすでに交通事故は全てなくなっているはずではないかと反論されてしまうだろう。具体的理由を述べる事ができていないのは第一小法廷判決の方であり、そのことによりデータ漏えいの具体的危険の方は日々リアルに生じているものともいえる。

（10）Nシステム事件⁽⁴⁴⁾

犯人や車が逃走した場合に備えて常時全国各地で網羅的に自動車ナンバーを撮影し続けている行政設置の設備について、原告・控訴人らは比例原則を満たしていないことや永続的監視による萎縮効果、網羅的監視によるプライバシー侵害を主張した⁽⁴⁵⁾。しかし、東京高裁はまず現実の侵害が生じていないとし、更に目的が正当であり、有形力の行使でも特別の負担を負わせるものでもなく、また「目的外に使用されることはないということ、つまりそういうものだ」とされているのであるから、違憲ではなく許容されとした。

まずもって、現実データ流出という被害が生じていないことをもって、権利侵害が生じてないとはいえないのであって、そのリスクの発生についても十分被害そのものとして評価しなければならない。

次に、目的が正当であっても、その犯罪捜査の必要に相当する範囲に十分限定された手段であるのかどうかという手段の相当性ないし比例性についての検討・説明を欠いている。そのために説得力も欠いているといわざ

(44) 平成20年（ネ）第700号同21年1月29日東京高等裁判所判決、判例タイムズ1295号193頁。Nシステムによるプライバシー権侵害について検討したものとして、例えば、大野正博「自動車ナンバー自動読取システム（Nシステム）管見」朝日法学論集47号27頁、小林直樹「自動車ナンバー自動読取システム（Nシステム）事件」獨協法学68号77頁。

(45) 被告・被控訴人である国が、ドイツで保護されている自己情報決定権は日本では保護されていないという曖昧な主張をしていたことからすると、裁判所は違憲の判断をしないという信頼と余裕が窺える。

るをえない。

更に、有形力を伴わないことは権利侵害と直接関わらないのであるから、何ら理由にはならない。有形力を伴わない重大な権利侵害はいくらでもある。「走行等に何らかの影響を及ぼす」ことのみを「国民に特別の負担を負わせる」ことに結びつけて恣意的な論証を展開するが、車を止めないから負担を負わせないといえないことは、プライバシー権が問題となっていることから明らかであり、権利侵害の意図的な矮小化であって欺瞞的な論証といわざるをえない。

具体的事件を対象とした犯罪捜査に係るGPS利用による網羅的把握でさえ違憲であるのに、①具体的事件と無関係に、②事前的に、③無差別的に、④全土において、⑤無制限の範囲で、⑥無期限で、⑦事後の検証もなしに⁽⁴⁶⁾、⑧常時、⑨網羅的に、⑩秘密裡に、⑪罪種を問わず、⑫被害の重大性や態様の悪質さといった事案の軽重を問題にすることもなく、⑬より権利侵害の程度の低い方法によることもなしに、いわば欲しいままに行えることからすると、公安活動や任意捜査といえないどころか、その網羅性・継続性⁽⁴⁷⁾・無差別性において、相手の意思を制圧して重大な権利侵害を生ぜしめている程度は、特定対象に対して一定期間に限り、その行動範囲内でのみ網羅性を示すGPS捜査のケースに比して甚大というほかなく、令状による空間的・時間的規律を要求しないでは措かないものである。自動車利用犯罪が発生した場合に利用すべき必要性和、そのために常時全国規模で全国民を対象として行動を監視し続けるという手段とが比例性を充足しうるのかどうかについて、裁判所も合理的な判断を示し、少なくとも

(46) 小林直樹「Nシステムと自己情報コントロール権」法律時報78巻8号81頁は、「取得された個人情報に市民がアクセスできる手続が十分に保障され、目的を達成するために『自己情報コントロール権』の『コントロール』への侵害が必要最小限度であることが考慮されるべきであろう。」という。

(47) この点につき、小泉良幸「車両ナンバー読取システムと憲法13条」『平成21年度重要判例解説』（臨時増刊ジュリスト1398号）11頁。

十分に比例的な緊急性と重大性を要件とした立法的措置を促すべき時期がすでに来ているのではないか。

そして、あえてNシステムとの関連において付け加えていうならば、同様のこと、即ち全土において無差別・網羅的に、十分な緊急性も認められないまま、あるいはより権利侵害の程度の低い方法によることなしに行政によって行われるプライバシー権侵害であるという評価は、例えば、いわゆるIoT機器に対する、政府による無差別の侵入調査などについても妥当する。まるで知らないうちに役人が家の鍵が開いてないかをそっと調べて回っているようなものである。親切心からであろうと、その情報が保管・分析されることによって、あそこの家はいつも鍵が開いているから侵入調査をしやすいという情報を必要があれば直ちに利用することができてしまう。立法的措置がなされていたとしても、このような比例性を欠く網羅的調査は憲法31条に違反する。

3 私見

監視は違法行為の覚知のために行われるものである。しかし対象者は、自分の行いが違法となるかどうかを確定的に判断することができない。その判断は第一義的には取締り機関、第二義的に裁判所等判定機関が判断する。従って、「何も悪いことをしていなければ平気ではないか」という主張は的を射ない。自分の行為が違法行為にあたるかどうかの判定を立場上も能力上も行えない一般市民にあっては、もしかすると意図せず適法性の枠を超えた場合に、監視下にあることにより、状況を是正する暇もなしに拘束されるリスクを感じないわけにはいかないのである。

これに加えて、自らの正当化の主張が取締り機関によっても裁定機関によっても受け入れられなかったがために、不当な拘束や制裁を被るリスクも直ちに想定される。

このように、必然性のない常時の無差別的な監視は平穏な生活を容易に

脅かすものである。

それぞれは断片的な行動データや生活状況データを取得・保管し、これらを更に統合・分析するときには、まさにこのような監視の継続性が更に強化されるのであるから、単に同質的な侵害状況が継続するにとどまらず、権利侵害の度合において一層強度となる。それ故、気づけば振り切ろうとすることもできる単なる1対数人程度の尾行などと違って、常時の網羅的監視は「意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」、即ち他律的でなく他人の管理に服さないところのものに他人の管理・コントロールが及んで示威的にあるいは暗黙裡に圧倒されることで人格権侵害⁽⁴⁸⁾に至るもの、とならざるをえ

(48) 憲法38条1項(「何人も、自己に不利な供述を強要されない。」)の自己負罪拒否特権・黙秘権に対する侵害が、自己負罪義務を課されその違反を俟てなされる人格権侵害であるのに対して、プライバシー権侵害は義務違反を俟たずしてなされる人格権侵害の場合であると比較しうる余地もある。また、前者が直接強制と関わり、後者が即時強制と関わりうると考える余地もある。行政調査とプライバシー権との関わりについては、例えば、曾和俊文「行政調査とプライバシー保護——捜査との接点にある問題を中心として——」現代刑事法5巻5号(通巻49号)57頁。また即時強制に関して例えば、須藤陽子『「即時強制」の系譜』立命館法学314号(2007年4号)1頁。自己負罪拒否特権に関して参照すべき判例として、昭和44年(あ)第734号47年11月22日最高裁大法廷判決刑集26巻9号554頁(川崎民商事件)、平成15年(あ)第1560号16年4月13日最高裁第三小法廷判決刑集58巻4号247頁(都立広尾病院事件)等。後者の判例について扱ったものとして、例えば、佐久間泰司「医師法21条をめぐる若干の考察」龍谷法学44巻4号591頁、小川佳樹「異状死体の届け出義務と自己負罪拒否特権」平成16年度重要判例解説(臨時増刊ジュリスト1291号)187頁。自己負罪拒否特権の実質につき参照すべきものとして、例えば、方海日「被告人の自己負罪拒否特権の発展過程——権利の実質化と刑事手続構造への影響という視点から——」一橋法学16巻3号407頁。ドイツにおける自己負罪拒否特権の歴史的展開につき、詳密な考究を加えたものとして、松倉治代「刑事手続におけるNemo tenetur原則(1)——ドイツにおける展開を中心として——」立命館法学335号(2011年1号)138頁、また日本における自己負罪拒否特権の歴史的展開についても同様にして、同「(2)」立命館法学336号(2011年2号)168頁、及び、同「(3)」立命館法学337号(2011年3号)77頁。本稿の関心との関連では特に、同「(3)」立命館法学337号(2011年3号)137頁以下、及び、同「(4・完)」立命館法学338号(2011年4号)186頁以下、更に、同「憲法38条1項の保護対象は『供述』に限られるか——ドイツにおける呼気検査制度をめぐる議論を検討素材として——」立命館法学375・376号(2017年5・6号)396頁、特に417頁以下参照。

ない⁽⁴⁹⁾。

従って任意処分として行われることが許されないことはもちろんであるが、強制処分としても十分な対象の特定と、データ取得及び保持に対する限界づけが必要であるが、例えば「探索」というような新たな強制処分類型性を帯びるときには当然に強制処分法定主義の適用を見なければならない。

他方で立法的な後ろ盾を得て行われる場合でも、当該立法の憲法適合性が十分に司法上の吟味に晒されるべきである。国会の立法能力に関しては、専門性という意味では高度のものがあるが、政治的影響下で十分な検討が期待できない面も否定できない。多数決による民主的決定は専制君主に対する意味では正当性を持つが、少数者に対する圧政という意味においては正当性を失い、ここに立憲主義が追求されるべき理由がある。

社会における個人の尊重といっても、社会自体が多層的・多元的であることの不可避の反映として、個人もまた多層的・多元的な自己表現ないし自己不表現を必要とする⁽⁵⁰⁾。つまり場面に応じた自分というものを複数使い分けながら生活しなければならない⁽⁵¹⁾。そうしなければ社会と関わる部分についても関わらない部分についても、円滑ないし平穏な生活を送る

(49) 中山代志子「行政過程としての行政調査の段階的分析的審査方法——警察組織による監視活動の規律を題材として——」早稲田法學87巻4号162頁以下も、「公開情報の中にも、有益な情報が存在する上、情報が集積されることにより、別の情報が浮かび上がることがあるため、その収集分析は重要な意味を持つ。すなわち、公開情報であっても、①収集目的に照らして不必要に大量かつ詳細な情報を収集する場合にはプライバシー問題が生じうる。また、公開情報であっても、②特定人・集団に焦点を当てて収集すれば、一個の個人ファイルを構成することになり、集積された情報には元情報とは別の付加価値が加わる。」という。

(50) 公権力による監視の民主政や表現の自由に対する萎縮的作用について、興味深い議論を展開するものとして、毛利透「萎縮効果論と公権力による監視」法学セミナー742号57頁。

(51) このような多元的・多面的な自己のうち、社会ないし社会一般に対して比較的積極的な表現・提示をしている面に対する侵害が名誉侵害に該り、比較的むしろ消極的な表現・提示にとどめている面に対する侵害がプライバシー侵害に該るとも概ね考えられる。

ことはままならない⁽⁵²⁾。そうであるから、本来個別的・選択的に自己表現しないし自己実現を行うべきであるのに、これを勝手に統合⁽⁵³⁾されたりで

(52) このようなあり方を社会心理学では「自己呈示」の問題として盛んに扱っている。

例えば、小島弥生「日常生活における自己呈示と賞賛獲得欲求・拒否回避欲求との関連」立正大学心理学研究所紀要5号1頁、笠置遊・外山みどり・大坊郁夫「会話中における話者の自己呈示スタイルの相互関連性」対人社会心理学研究8号59頁、齊藤茉莉絵・藤井恭子『「内面的関係」と『表面的関係』の2側面による現代青年の友人関係の類型の特徴——賞賛獲得欲求・拒否回避欲求および充実感からの検討——』愛知教育大学研究報告58号133頁、笹川智子・猪口浩伸「賞賛獲得欲求と拒否回避欲求が対人不安に及ぼす影響」目白大学心理学研究8号15頁等参照。人は対人関係において多様な自己呈示方略を駆使するが、とりわけ積極的な方略である自己高揚呈示や、逆に消極的な方略である自己卑下呈示を行う。謙遜を美德としがちな日本では特に自己卑下呈示(それを装うものも含めて)に関する関心も高い。例えば、稲富健・山口裕幸「自己卑下呈示が受け手に与える印象——受け手が認知する呈示者の作為性との関連——」九州大学心理学研究5号201頁、樋口匡貴・川村千賀子・原郁水・塚脇涼太・深田博巳「対人印象に及ぼす自己卑下呈示の効果の規定因」広島大学心理学研究7号103頁等参照。このような日本文化における集団主義的なあり方・文化的自己観は、文化心理学上では相互協調的自己観として扱われている。特に、Markus, H. R., Kitayama, S. (1991). Culture and the Self: Implications for Cognition, Emotion, and Motivation. Psychological Review, 98, 224-253. また、北山忍・宮本百合「文化心理学と洋の東西の巨視的比較——現代的意義と実証的知見——」心理学評論43巻1号57頁等参照。職場・学校と家とで「人格」を使い分け、職場・学校では表情や振舞いや話し方でも、髪型や服装やメイクでも目立たないようにする相互協調的方略を取るといったことは一般的・日常的に了解可能なところでもあり、社会生活において自己情報・イメージをコントロールすることの重要性は何ら机上の想定にとどまるものではない。

(53) いわゆる「なりすまし」もまた、いわば虚構の人格を勝手に統合することであるといえる。例えば、平成27年(ワ)第10086号同28年2月8日大阪地方裁判所判決(判例時報2313号73頁)は、「原告は、なりすまし行為自体が原告のアイデンティティ権を侵害すると主張する。原告のいうアイデンティティ権とは、他者との関係において人格の同一性を保持する利益をいい、社会生活における人格の生存に不可欠な権利であって、憲法13条後段の幸福追求権ないしは人格権から導き出されるものであるとする。確かに、他者との関係において人格の同一性を保持することは人格の生存に不可欠である。名誉毀損、プライバシー権侵害及び肖像権侵害に当たらない類型のなりすまし行為が行われた場合であっても、例えば、なりすまし行為によって本人以外の別人格が構築され、そのような別人格の言動が本人の言動である而他者に受け止められるほどに通用性を持つことにより、なりすまされた者が平穏な日常生活や社会生活を送ることが困難となるほどに精神的苦痛を受けたような場合には、名誉やプライバシー権とは別に、『他者との関係において人格の同一性を保持する利益』という意味でのアイデンティティ権の侵害が問題となりうると解される。」と判示する。ただし本判決は「プライバシー権とは、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ない自由である」として区別している。

あるとか、あるいは選択されることを想定していない側面を勝手に取り出される⁽⁵⁴⁾ ことによって、長年積み重ねることによって社会的にも人格形成においても確立されてきた、ないし将来に向かって確立されるのをまさに図りつつあるところの円滑・平穏な自己表現・自己実現が再生不可能な形で破壊され⁽⁵⁵⁾、あるいは破壊される危険が生じるのである⁽⁵⁶⁾。このような自己実現の破壊は個人の人格形成や生存そのものにおいても、そしてまた多様な構成員の社会参加の意味においても有害というほかない。社会秩序維持が、その維持されるべき社会の形成や、社会形成に参加する個人の人格形成を妨げるものであることは許されない。このように考えてくると、憲法13条等によって保護されるべきプライバシー権⁽⁵⁷⁾とは、多元的社会における多元的自己イメージに係る不断の選択的形成・非形成の権利であるといえる⁽⁵⁸⁾。この権利に基づく自己イメージの一部の情報を提供することに

(54) 従って、いわゆるアウティング行為なども不法行為たりうる。

(55) 従業員らが共産党支持者であることを理由に、会社の方針として職場での孤立を図るなどした会社の行為について、平成4年（オ）第10号同7年9月5日最高裁第三小法廷判決（判例タイムズ891号77頁、判例時報1546号115頁）は、「これらの行為は、被上告人らの職場における自由な人間関係を形成する自由を不当に侵害する」ものであると判示している。

(56) ただし、その期待の程度については、国家に対する場合や、医師、弁護士など職業上秘匿を強く期待する場合と、企業や契約関係等の合理的な期待が可能な場合、私的な友人関係のように必ずしも十分に期待できない場合とで異なりうる。

(57) プライバシー権に関する議論について、更に、佐藤幸治「権利としてのプライバシー」ジュリスト742号158頁参照。

(58) 佐藤幸治「現代国家と人権」271頁以下は、プライバシーの権利が「かなり積極的な意味合いをもってくる」ところのその意義として、「プライバシーの意義は、むしろ他人が自己についてのどの情報をもちどの情報をもちえないかをコントロールすることができるという面に存する」とし、また、「プライバシーの権利に対する今日の関心」が「高度に複雑な相互依存的社会にあって個人が自己に関する情報をコントロールする自由を確保することによって現代社会にみあった人間の行動についての合理的なルールを確立し、もって人格の自由なる発展の道を確立しようとする努力から生じている」ともいい、そのようなプライバシーの権利は「『人格権』に相当するものとみて差し支えないように思われる」とする。そして更に、このようなプライバシーの権利が保障されなければならないのは、それが何かの手段だからではなく、「人間の最も基本的な関係である愛（love）、友情（friendship）および信頼（trust）関係と不可分に結びついているということのためである。つまり、プライバシーがなければ、そもそもこのような人間の最も基本的な関係は考えることができないからである」とし、「この人間が人間たるための基本的な事柄を『人間の尊厳』とか『個人の尊厳』という言葉にいい換えるならば、プライバシーの権利によって保護しようとするものはまさにかかる『人間の尊厳』あるいは『個人の尊厳』だということができる。」とする。

関する同意は、永続的提供であることが明確に意識されていない限りはあくまで一時的なものと考えるなければならない。なぜなら自己イメージの形成は不断に行われるものであるから、イメージが固定化されてしまう永続的提供は自己イメージの形成権と相容れないからである。従ってまた、この同意はあくまで当該イメージ・情報の主体・本人からその都度直接に得るものでなければならない。自己イメージの形成が不断に行われるものである以上、一旦何らかの形で同意を得られたからそれで足りるとは決していえないのである⁽⁵⁹⁾。同意が十分に及んでいるかどうかの確認が不可欠であるから、そのためには取得の都度、当の本人に対して同意か不同意かを確認しなければならない。

そして、具体性や緊急性が問われない形での公的機関⁽⁶⁰⁾によるデータ

(59) 従って、任意提出物の流用についても同様のことがあてはまる。

(60) 公的機関による干渉が憲法20条1項の保障する信教の自由にあふときには、憲法20条1項の保障の下にある信仰上のプライバシー権が侵害されうる。どのように生きるべきかという道徳観や世界観と結びつく信仰の自由への干渉・侵害は、自己実現としてのプライバシーに対する侵害となるからである。自衛官合祀訴訟(昭和57年(オ)第902号同63年6月1日最高裁大法廷判決、民集42巻5号277頁)において、最高裁大法廷判決は「何人かをその信仰の対象とし、あるいは自己の信仰する宗教により何人かを追慕し、その魂の安らぎを求めるなどの宗教的行為をする自由は、誰にでも保障されている」、本件の合祀も「まさしく信教の自由により保障されているところとして同神社が自由になし得るところであり、それ自体は何人の法的利益をも侵害するものではない。そして、被上告人が県護国神社の宗教行事への参加を強制されたことのないことは、原審の確定するところである」とした。しかし、夫の合祀は単に県護国神社関係者の内心において信仰の対象とされるだけでなく、それが公開されることで合祀が妻の同意の下でなされたものと一般に了解されることになる。夫に関して他の宗教施設の顕彰の下にあるという認識を周囲の者に持たれながら、宗教的な行事に参加し、他の信仰者と交流するというのは、もはや信教の自由が保障された状態にあるとはいえない。内心においてもそのような不信心な状況を放置することに対する良心の呵責にさいなまれ、外部との関係においてもそのような状況を放置し受け入れている信仰心の薄い者と見られかねない状況に置かれるのである。例えば、これが県護国神社でなく、特異な教義を唱えるカルト教団によって勝手に神格化され崇拝されていることが一方的に公にされるような状況が生じた場合、それでも最高裁大法廷は誰が誰を信仰の対象としようとする勝手だ、それこそが信教の自由であるというのだろうか。

収集については、それが具体性や緊急性が問われないものであるならなおのこと、それにもかかわらずデータ収集という類型的形式であることから必然的にその永続性・統合性を帯びるが故に、プライバシー⁽⁶¹⁾権、多元的自己イメージ形成権に対する侵害の度合は強度のものとなる。そのため、そのようなデータ収集については、厳格な要件、対象の限定、期間の限定、管理手法・組織の透明性の確保、検証方法の確立等が立法的に手当てされ、可能な限りの透明性とメディアによる吟味を図ると同時に、権利侵害の範囲と程度とを最小限にすることが必須の前提条件となる⁽⁶²⁾。

(61) プライバシー概念そのものの基本的理解について考察した論稿として、棟居快行「プライバシー概念の新構成」神戸法学雑誌36巻1号1頁。

(62) 自己の多元的自己イメージの形成は多元的社会内での自己実現にとって本質的ともいうべきものである。なぜなら社会内で自己を実現させるためには、それぞれの場面に応じたあり方や特性が求められ、これに適応しうる自分がその場面において表現されなければならないからである。必要とされる保障の程度は、まさにその場面に応じて様々である。例えば、憲法38条1項が保障する自己負罪拒否特権もまた、刑事裁判の犯人性の認定の場面において、犯人であるとされる自己を法廷に顕出させることを強要されないという意味における、自己イメージの選択的コントロール権だといえる。他方で、自己イメージの形成即ち自己実現に係る多元的な要素の中で何が決定的か、言葉を変えればどの要素が本質的・固有的で、どれが外延的かを自己以外の他者が一律にあるいは一般的に決めうるかは疑問である（佐藤幸治「憲法13条と自己情報コントロール権」NBL912号15頁以下参照）。むしろ、何が本質的かを選ぶことにこそ自己実現の根本があるのであって、これを他者が容易に決めうるものであるとは思われぬし、そうあるべきでもなかろう。だからこそ、厳密な比例原則の適用を図るべきであり、固有的ものと外延的なものとを始めから分けることは不当である。何が固有的で何が外延的かを一般的に決めうる、あるいは決めておく必要があった時代が、近代市民社会、あるいは近代的な司法を形成する中では見出せたかもしれない。しかし、そのあり方は他方で一般的な枠組からはみ出ざるをえない、あるいは実はマイノリティではないにもかかわらず歴史的・社会規範的契機からマイノリティとして扱われてきた個人らの真の自己実現を図ろうとする立憲主義とは相容れないのではないか。多数派の「常識」や「社会倫理規範」に根差した規律により固有的か外延的かを判断すること自体により、マイノリティ（例えば、性的マイノリティや宗教的マイノリティ、民族的マイノリティや地域的マイノリティ、時には政治的マイノリティでも）の自己実現は直ちに危険に晒される。しかし、多数派にとって外延的に過ぎないと思われることが、マイノリティにとっては自己実現の最も根源的な本体・大本であることもある。外延的とされた評価によって、実は本質的・固有的な情報が不用意に開示され、そのことが社会における自己の存立そのものを瓦解させることすらありうる。異質な者が内在させている固有の価値基準を尊重することこそが「個人として尊重される」（憲法13条）ということの意味であろう。

4 Carpenter事件⁽⁶³⁾ (Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018))

GPS捜査事件大法廷判決はいわば装着型のケースであり、またアメリカ連邦最高裁判例からの様々な影響が窺える判断であった。大法廷判決が立法的措置を促したことからすれば、当然想定される範囲内にある非装着型GPSによる捜査のケースについても、無論その立法的解決の射程に入ってくることになる⁽⁶⁴⁾。この非装着型のケースであるCarpenter事件について示された憲法修正4条違反に該るとした判断の概要を確認しておく。

本件は携帯電話と基地局とが通話時以外でも常時通信することによって取得・蓄積される基地局位置情報（CSLI⁽⁶⁵⁾）の令状なき取得が、「不合理な搜索」を禁じたアメリカ憲法修正4条の適用を受けるかという問題を提示したケースであった。第6巡回区裁判所は、携帯電話会社とシェアしている情報である以上プライバシー保護を期待できないから、修正4条の保護を受けられないと判断していた。

これに対して連邦最高裁法廷意見は、過去の判例を引きながら、概ね次のような判断を示した。

まず、長い間、修正4条という搜索は物理的侵入と結びついてきたものの、今や財産権だけが修正4条にとっての唯一の手がかりではなく、すでに修正4条が場所ではなく人を、更にはその合理的期待を保護しているということは確立しているとした。

そして、「生活の私事性」を確保して、警察監視に対するハードルを置くことを指導原理とするときには、一般人の感覚・合理的期待と科学技術との格差を放置することはできず、修正4条の保障したレベルが技術革新によって損なわれたならば再び元のレベルが保障・確保されなければなら

(63) 評釈として、尾崎愛美・亀井源太郎「基地局位置情報取得捜査と令状の要否——Carpenter v. United States 判決を契機として——」情報法制研究4号15頁。

(64) 大野正博「携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー」朝日法学論集39号77頁参照。

(65) CSLI = cell-site location information.

ないという。また、逮捕に伴う無令状搜索などは物理的客体との関連において適当なバランスを保つものの、携帯電話の持つ莫大な量のセンシティブな情報との関係では令状がないことはもはや十分な合理性を持ちえないとした⁽⁶⁶⁾。

更に、保護の合理的期待に反するプライバシー侵害は公道でも同様であること、シェアした情報を提供する第三者の関与による場合でも同様であることも示された。公道上の物理的な移動にあっても、そもそもその全容を把握するなどということはされないだろうというのが社会の感覚である。

また、GPS端末を車に装着する場合と比較すれば、車から離れることはあっても携帯電話から離れるということは一層ないのであるから、「侵入」の度合も、延いてはプライバシー侵害の度合もはるかに重大なものとなる。

つまり、いってみれば全国民の足首に監視端末を取り付けて常時監視をしているのと同じということになる⁽⁶⁷⁾、と⁽⁶⁸⁾。

本件において示された内容、特にそのプライバシー権侵害の点では装着型のGPS捜査のケースを上回るものがあることは、国を問わず妥当することである。誰もが通信端末を携帯する状況を奇貨として、ここから得られ集積される情報を欲しいままに任意提供を受けるなどすることは、当該プライバシー権侵害に及ぶことの具体的必要性・相当性について裁判所の

(66) GPS監視を尾行の一環とする立場もあろうが、比喩的にいえば刑事が同時に100人かがり、1000人がかりで尾行しているのと同じだと考えれば、そのプライバシー権侵害の重大さは明らかであるし、意思の制圧があるというほかない。

(67) 全米に約400万の基地局があるということは、いわば国のどこに行っても1人に対して400万人の捜査員が張りついているのと同じという状況が生じており、この状況を作り出すためにGPS端末を装着させる必要さもなく、これから逃れようとするならばもはや携帯電話を持たないという方法しかないということになる。

(68) ただし、緊急時は別論とした。

チェックも受けることなしに、いわば電子監視タグを装着せしめたのと同様の効果を得ようとするものである。そしてそれは不可避免的に、犯罪行為と何ら関係しない日常生活の全てに及ぶ。市民は携帯電話会社と通信契約を結んだだけであるのにそうした状況へ置かれざるをえないとすれば、その契約と同時に足首に電子監視タグを有無をいわず装着させられたのと同じだということになる。実質的にこのような状況を生ぜしめる捜査手法は任意捜査として許されないだけでなく、厳密な要件が法定された上で初めて許されるのでなければならない⁽⁶⁹⁾。

5 少年法61条におけるプライバシー権

ここでは前科に関するプライバシー権を手がかりとして、少年法61条⁽⁷⁰⁾におけるプライバシー権を考察する。

判例上では、前科照会事件⁽⁷¹⁾において最高裁が、前科及び犯罪経歴は「人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであつて、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならないことはいうまでもないところである。」と判示し、またノンフィクション前科公表事件⁽⁷²⁾

(69) 緑大輔「携帯電話会社基地局に蓄積された被疑者の位置情報履歴を捜査機関が無令状で取得した行為が違憲と判断された事例」判例時報2379号129頁は、装着型の問題性は非装着型の場合にも「共通する点がある」とし、また、装着型と非装着型とで「要件設定や捜査機関の手續上の負担を同等に設定しなければ、より容易に位置情報を取得できる手法を捜査機関は利用するようになるだろう。そのため、これら捜査手法の間での手續・制度の均衡が意識されるべきように思われる。」という。

(70) 少年法61条につき、例えば、渕野貴生「少年事件における本人特定報道禁止の意義」法政研究（静岡大学）5巻3・4号297頁、本庄武「成長発達権の内実と少年法61条における推知報道規制の射程」一橋法学10巻3号99頁参照。

(71) 昭和52年（オ）第323号同56年4月14日最高裁第三小法廷判決、民集35巻3号620頁。

(72) 平成1年（オ）第1649号同6年2月8日最高裁第三小法廷判決、民集48巻2号149頁。

においても同様に、「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである」とされた。

後者の事件では更に、「その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穩を害されその更生を妨げられない利益を有するといふべきである。」とし、ただし、「もっとも、ある者の前科等にかかわる事実は、他面、それが刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであるから、事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合には、事件の当事者についても、その実名を明らかにすることが許されないとはいえない。」、そして「前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきもので、その結果、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が優越するとされる場合には、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができるものといわなければならない。」、「そこで、以上の見地から本件をみると、まず、本件事件及び本件裁判から本件著作が刊行されるまでに12年余の歳月を経過しているが、その間、被上告人が社会復帰に

努め、新たな生活環境を形成していた事実には照らせば、被上告人は、その前科にかかわる事実を公表されないことにつき法的保護に値する利益を有していたことは明らかである」と判示した。

更に、**検索結果削除請求事件**⁽⁷³⁾で最高裁第三小法廷決定は、同様にして「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである」としながらも、他方で「検索事業者自身による表現行為という側面を有する」検索結果の提供が「現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている」ものであり、それが違法とされ削除を余儀なくされることが表現行為や思想の自由市場機能に対する制約となることを踏まえるときには、「当該事実の性質及び内容、当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができる」とし、ただし本件では社会的に強い非難の対象とされる犯罪で逮捕されたことからすれば「今なお公共の利害に関する事項」であり、また検索結果の表示が一定の場合に限定されていることに照らせば、たとえ妻子と共に生活し、また「罰金刑に処せられた後は一定期間犯罪を犯すことなく民間企業で稼働していることが

(73) 平成28年(許)第45号同29年1月31日最高裁第三小法廷決定、民集71巻1号63頁。

本件の評釈として、例えば、木下昌彦「検索エンジンサービスとプライバシーの法的保護」『平成28年度重要判例解説』（臨時増刊ジュリスト1505号）14頁。

うかがわれることなどの事情を考慮しても、本件事実を公表されない法的利益が優越することが明らかであるとはいえない。」とした。

第三小法廷決定が単なる比較衡量ではなく、削除しうするためには「当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな」ことを要とした点⁽⁷⁴⁾については、思想の自由市場機能に対する配慮からと考えられる。表現主体と市場機能を果たすメディアとの間のこのような区別は、国家による検閲に対する規制基準としては、その重要性に鑑みた配慮であり理解できる。しかし、被害を蒙る側からすればむしろ現実的にはメディアによる侵害性の拡大の方が重大なのであるから、重大な権利侵害をする側の利益をされる側が負担させられることが妥当であるかは疑問である。

確かに、前科に係る事実が刑期を終えたり罰金を払ったからといって直ちに関心対象とされるべきでないとはいえない。取引をしようとする者にとって相手が詐欺を働いたことがあるかどうか、教育機関が雇用を検討する際に志望者が性犯罪を犯したことがないかどうかなど、過去の経歴や事実を知り防衛を図ろうとすることは自然であり、必ずしも責められるべきことではない。また、過去の事例を研究するなどの目的にとっても、過去の情報が集積され、それが全国どこにいても容易にアクセスできるということの意義も決して小さなものではない。

しかし、こうした社会的関心にとっての、過去情報にアクセスするという検索の利益は、未だ散発的・局所的に見出されるものであるともいえる。無論そうであっても関係することになる当事者にとっては十分切実であり、重要なのだが、他方で過去の情報に縛られ続けることになる本人にとっては、常時その過去が暴かれることになる不安を抱えて生活し続けることになり、それは全国どこへ行こうと逃れられるものでもないということになる。当然、その知らない土地の側の人間にも知る権利が保障されな

(74) この点につき、村田健介「インターネット検索事業の意義とプライバシー」『平成29年度重要判例解説』（臨時増刊ジュリスト1518号）80頁等参照。

ければならないが、当人の不利益の網羅性・継続性の重大さに鑑みるときには、公表されない利益の明白性まで求めることは過大ではないか。そして更に、公的な制裁を受けたことで社会的関心が全て拭い去られるべきとまではいい難いとはいえ、一定の制裁を受けたものであることから、更生を図る利益⁽⁷⁵⁾もまた十分に配慮されるべきである。

このように、当人の不利益の網羅性・継続性の重大さ、いい換えればその切実さと、一定の公的制裁を受け終えたことに鑑みるならば、比較衡量をもって足りるとすべきであり、明白性まで求めるのは過大である。

では、殺人事件に関わった少年を仮名で報道した長良川事件報道訴訟に関して、最高裁第二小法廷判決⁽⁷⁶⁾はどのように判示していたか。第二小法廷判決は、「被上告人と面識があり、又は犯人情報あるいは被上告人の履歴情報を知る者は、その知識を手がかりに本件記事が被上告人に関する記事であると推知することが可能であり、本件記事の読者の中にこれらの者が存在した可能性を否定することはできない。そして、これらの読者の中に、本件記事を読んで初めて、被上告人についてのそれまで知っていた以上の犯人情報や履歴情報を知った者がいた可能性も否定することはできない。したがって、上告人の本件記事の掲載行為は、被上告人の名誉を毀損し、プライバシーを侵害するものであるとした原審の判断は、その限りにおいて是認することができる。」⁽⁷⁷⁾、「なお、少年法61条に違反する推知

(75) 宮下紘「忘れられる権利」判例時報2318号13頁は、「インターネットが抱える現代的な課題について従前の人格権を『ネットワーク化された自我を造形する権利』として更に発展させていく必要がある。別の言い方をすれば、インターネットの世界において、たとえばかつては公知の事実であっても、検索エンジンから自動的機械的かつ半永続的に操作される自画像によってアイデンティティないし人格的同一性を侵略されない消極的利益であって、この利益は自由な人格形成の基礎になるとも考えられる。」という。

(76) 平成12年（受）第1335号同15年3月14日最高裁判所第二小法廷判決、民集57巻3号229頁。

(77) この範囲でさえ報道が禁止されれば、もはやおよそ犯罪報道が否定されることになる。

報道かどうかは、その記事等により、不特定多数の一般人がその者を当該事件の本人であると推知することができるかどうかを基準にして判断すべきところ、本件記事は、被上告人について、当時の実名と類似する仮名が用いられ、その経歴等が記載されているものの、被上告人と特定するに足りる事項の記載はないから、被上告人と面識等のない不特定多数の一般人が、本件記事により、被上告人が当該事件の本人であることを推知することができるとはいえない。したがって、本件記事は、少年法61条の規定に違反するものではない。」などと判示した⁽⁷⁸⁾。その上で、プライバシー権と表現の自由との間の比較衡量という一般的枠組での判断がなされる必要があると結論付けた。

第二小法廷判決が推知報道の対象者を面識のある範囲とない範囲とに分けて、ない範囲即ち不特定多数の一般人を対象とした点については、面識などはないものの、土地勘等があるとか、行動範囲内であるといった中間層こそが、むしろ最も少年との将来の交流⁽⁷⁹⁾につき地域的な可能性を有することからすれば、当該自治体及びその周辺地域の不特定多数者が対象とされるべきである。

また現在においてはすでに、インターネット上に掲載・投稿される文字情報や、インターネット上で検索可能な地図情報、Googleマップ上のストリートビューなどを組み合わせることにより、報道対象者の特定は飛躍的に容易になっている。これを踏まえれば、推知できるとされる記事内容、その程度の抑制が一層厳密に要求される状況が現出しているのである

(78) 原審が少年法61条違反が（本当はないのに）あることを前提に、面識ある範囲内でのプライバシー侵害と表現の自由との個別具体的な比較衡量をしなかったことを審理不尽とした点について、理解しづらいものの、少年法61条違反があるならばやはり個別具体的な比較衡量をするまでもなく名誉・プライバシーの侵害を認める趣旨ではないか。

(79) 少年法61条の目的に、少年特有の名誉・プライバシーの保護のほか、「少年を受け入れる社会態勢の維持」をも認める見解として、今井朋子「少年法61条で禁じられている推知報道の判断基準を示した事例」白鷗大学大学院法学研究年報創刊号255頁。

から、推知報道の対象者についても不特定多数の一般人といった広汎な範囲を依然として設定しておくことはもはや許されない。

表現の自由や報道の自由、そして知る権利は、確かに民主的な社会にとって不可欠の要素である。しかし、その民主的な社会へ真っ当に参加する資格を十分に持ちえずに成長せざるをえなかった、いわば近代憲法学が想定する「個人」たりえなかった少年が、ようやく少年審判や刑事裁判によって初めて立ち直りのきっかけを与えられ、初めて個人として尊重されるべく、自己実現を図るべく新たな出発点に立つ権利、その意味でのプライバシー権を犠牲にすることを、少年の保護を保障してこなかった民主的な社会の側が主張し、要求するならば、それは幸運にも完成した「個人」に至りえた強い個人らの集合体である多数派が、弱者・敗者を自分たちにとっての理想の民主社会実現のための道具とみなすことにほかならないのであり、自己実現、即ち立ち直りによって社会に受容されることを最大限尊重するという態度とは対極にあるといわざるをえない。勝者たる「個人」のプライバシー権は尊重すべきであるが、民主社会に参加する地位を得られなかった者のプライバシー権はむしろ、やはり勝者の民主社会の「安全」のために供されるべきだと声高に主張しているようなものである。

このようなダブル・スタンダードを克服し、真に「安全」神話に踊らされることのない憲法理論こそ必要ではなかろうか。少年法61条の後退は、プライバシー権保護の外濠を埋めることになりかねない。

恵まれない家庭環境に生まれたとしても、社会が適切にサポートし、個人として尊重される生き方を享受しうることが保障されるべきであったのに、そのような環境を保障できていない社会が、更に自己の安全ばかりを当の権利保障を受けられなかったその意味で被害者たる少年に対して主張することは、いわば盗人猛々しいものであり、食べるものを与えられない子供が万引きしたのを処罰するのと変わらず、まず責められるべきは育つ

環境を整えなかった大人たちによる社会の方だというべきである。権利保障が十分になされなかった少年に対して、表現の自由の権利の行使の方は優越的に保障されなければならないのだと主張することは許されない。それは余りにも一方的な権利主張だといわなければならない。憲法が一方で表現の自由を保障し、一方で個人の尊重を保障しているとき、表現の自由の保障もいわば個人の尊重を最大化しうる社会の形成や人格形成のあり方を保障する意味で規定されているものである。少年は社会規範に違反した故に権利保障を奪われる存在である前に、社会規範への適合を習得する過程や環境を奪われた存在であることからすれば、犯罪報道に接するという公共的利益は一步後退し、すでに一度奪われたが故に取り戻すことが一層困難となった当該過程や環境を社会が再度保障し直すところそが要請される⁽⁸⁰⁾。子供・少年は生まれてくる場所を選ぶことができないのであるから、権利保障のない環境下で育ったことについて、少年自身を責めることはできない。責められるべきは、どんな家庭に生まれてもその環境の格差を是正する社会を準備できていない民主的社会の側である。つまり、その責を負担すべきは事件や犯人を知りたがる社会の方なのである。「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。」（憲法11条）ということや、「すべて国民は、個人として尊重される。」とか「自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」（憲法13条）ということ、更に、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」

(80) 上村都「少年事件の推知報道——長良川事件報道訴訟」長谷部恭男・石川健治・矢戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ [第6版]』（別冊ジュリスト217号）151頁は、「成人については、時事的報道の時点では表現の自由が優越し、犯罪者の社会復帰の利益は、まさに自分の行動によって公共の正当な関心を引き起こしたことが理由となり、表現の自由で譲歩することになる。少年の場合には、可塑性に富む子供が健全に成長発達するために何らかの特別扱いが政策的にも求められていることに加え、報道の原因となった自己の行動自体についても、触法精神障害者の場合と同様に、通常の成人による犯罪とは違った評価の余地がある。」という。

（憲法25条1項）とか「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」（同2項）ということは、このような権利保障を自ら主張することさえ困難な子供・少年にこそ、成人以上に保障されなければならない。

昭和22年の刑法改正により、名誉棄損罪における公共の利害に関する事実の場合の真実性の証明による特例（刑法230条の2）を規定したことで平仄を合わせるように、昭和23年の少年法の全面改正により、大正少年法74条2項にあった推知報道に関する罰則規定、即ち「前項の規定に違反したときは新聞紙に在りては編輯人及発行人、其の他の出版物に在りては著作者及発行者を一年以下の禁錮又は千円以下の罰金に処す」⁽⁸¹⁾の規定は削除された。果たしてこのことをもって、刑罰で威嚇・禁止されるほど違法・悪質な行為ではないことになったと理解してよいのだろうか。そもそも事件報道が報道の自由の保障の下にあり、また知る権利に資するものであることからすれば、時宜に適う範囲でのものである限り、それは元々違法視されるべきものでさえない。これが違法とされ禁止される所以は、成長発達の過程において適切な権利保障や環境を奪われた少年の更生・立ち直りこそが、当人にとってだけでなく、非行後こそむしろ長期間に互って受容し、共に構成され続けていくところの社会にとって、表現の自由や知る権利を保障する以上の優越する利益をもたらすと共に、社会として十分な支えを少年に提供してこなかった側がその保障のやり直しを図り、尊重されるべき個人としてもう一度受け入れ直すことが求められ、いわば義務づけられるからである。このように二重の意味において少年の自己実現の権利、いわば成長発達の権利が保障されるが故に、優越的な表現の自由の前であっても、その推知報道は禁止される⁽⁸²⁾。そしてこの理は、

(81) 我妻栄編集代表『旧法令集』530頁。

(82) ただし、銃を持って少年が潜伏しているというような場合の推知報道に限っては、民法上の第三者のためにする正当防衛（民法720条1項）があてはまるのではないか。

プライバシー権侵害に関する判例を考察する中ですでに明らかとなったように、公道上であるからとか、すでに公知の情報であるからといったことがプライバシー権侵害を容易に否定しうるものではないのと同様に、他の形で公開されているからとか、近所の人はずで知っているからとか、口コミまで禁止できないといったことによっては否定されえない。報道された情報は容易に恣意的に統合されたり逆に断片化されたりし、更にはそのまま蓄積されることで、未だ何ら果されていない少年の自律的な人格の統合や選択的な発現を損ない、社会を構成するに足る自己の実現を脅かし続ける⁽⁸³⁾。

そんな少年であっても、いずれ自律性を備えた後には、その後に犯した罪についての報道を甘受すべき立場に立たされる。そのような意味での自律性を備えるのに十分な期間、推知報道禁止規定に限らず、少年法や家庭裁判所や保護観察所といった様々な法制度上の助けも借りながら、そしてもちろん家庭や地域の支えを得ながら、少年は自己実現の道を他ならぬ自ら模索していくことが保障されなければならない、保障しうる憲法秩序や民主的社会でなければならない。

（本学法学部教授）

(83) 未成熟な少年の保護は少年自身からの侵害に対しても図られなければならないから、公開に対する少年の同意も有効な同意と認めることはできない。