

論 説

プライバシーの権利をめぐる  
司法消極主義と積極主義 (二)

——公機関による侵害に焦点をあてて——

中 谷 実

- 一 はじめに
- 二 消極主義のアプローチ
  - 《消極主義 I》
    - (一) 「行政処分にとらわぬ不適法」アプローチ
  - 《消極主義 II》
    - $\alpha$ タイプ
      - (一) 「法律上の保護/過失あり」アプローチ
    - $\beta$ タイプ
      - (一) 「法的保護の対象/情報の内容・性質(秘匿性弱)と公益の必要性との衡量」アプローチ
      - (二) 「法的保護の対象/秘匿性弱/行政目的の正当性・必要性/手段の合理性」アプローチ (以上、前号)
  - 《消極主義 III》
    - (一) 「憲法 13 条 (私生活上の自由)/公共の福祉」アプローチ
    - (二) 「憲法 13 条 (私生活上の自由・プライバシー)/公共の福祉」アプローチ
    - (三) 「憲法 13 条 (その趣旨)/公共の福祉」アプローチ
    - (四) 「憲法 13 条 (個人の自由ないし権利・情報)/公共の福祉」アプローチ
    - (五) 「憲法 13 条 (私生活上の平穏)/公共の福祉」アプローチ
    - (六) 「憲法 13 条 (個人の自由)/制約可」アプローチ (以上、本号)

## 二 消極主義のアプローチ

[承前]

### 《消極主義 III》

#### (一) 「憲法 13 条 (私生活上の自由)/公共の福祉」アプローチ

##### A 概要

これは、憲法 13 条は、国民の私生活上の自由を保障し、問題とされている[情報]はそこに含まれるとするが、公共の福祉による制約を受けるとして、被告人、原告の主張を斥けるアプローチである。次に扱う (二)「憲法 13 条 (私生活上の自由・プライバシー)/公共の福祉」アプローチとは、問題とされている[情報]にプライバシーなる概念を用いない点で異なる。裁判例の冒頭で扱う、S-44.12.24〈容貌【収集】/刑事〉最大判昭和 44 年 12 月 24 日(以下、本判決を 44 年判決と略すことがある)から始まるが、44 年判決のいう「国民の私生活上の自由」の文言がなくても、44 年判決の援用が見られれば、このアプローチに類別する。このアプローチは、プライバシー権にある程度コミットはするが、プライバシー権へのマイナスのコミットは、より強い。

##### B 裁判例

(1) S-44.12.24〈容貌【収集】/刑事〉最大判昭和 44 年 12 月 24 日<sup>1)</sup>(刑集 23 卷 12 号 1625 頁)は、集団行進及び集団示威運動に関する京都市公安条例が、憲法 21 条に違反するという上告人の主張について、最大判昭和 35 年 7 月 20 日(刑集 14 卷 9 号 1243 頁、東京都公安条例事件)を援用して斥ける。プライバシー権としての肖像権侵害の主張について、憲法 13 条は、「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」、「個人の私生活上の自由の 1 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」を撮影されない自由を有する」、「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」とするが、「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」とし、一定の場合（後述 C(2) (a) (ㄴ参照) には、警察官による個人の容ぼう等の撮影が、本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、憲法 13 条、35 条に違反しない」という。そして、デモの状況を検討し、本件「巡査の右写真撮影は、現に犯罪が行なわれていると認められる場合になされ」、「しかも多数の者が参加し刻々と状況が変化する集団行動の性質からいって、証拠保全の必要性および緊急性が認められ、その方法も一般的に許容される限度をこえない相当なものであったと認められるから、たとえそれが被告人ら集団行進者の同意もなく、その意思に反して行なわれたとしても、適法な職務執行行為であり」、「憲法 13 条、35 条に違反する点は認められない」として上告を棄却する。

(2) S-59.1.12〈自動車【収集】/刑事〉東京地判昭和 59 年 1 月 12 日<sup>2)</sup> (刑集 40 巻 1 号 84 頁, ②→S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判, ③→S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最 2 判) は、本件自動速度取締機は、速度測定装置として正確であり、犯行日時において正確に作動したという。そして、容ぼう等の写真撮影が 44 年判決の限定する要件を欠き、憲法 13 条に違反するとの主張については、「直ちに撮影しなければ現場を走り去ってしまうのであるから証拠保全の必要性があり、かつ緊急性も存在し、その撮影方法も運転者を急停止させる等運転を阻害することはなく、運転者の視覚を眩惑する危険がない相当な方法でなされたものと認めることができる」とし、44 年判決のいう要件を充足しており、憲法 13 条に反しないという。憲法 21 条 1 項、37 条 1 項、14 条違反の主張も斥け、有罪とする<sup>3)</sup>。

(3) S-59.6.14〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判昭和 59 年 6 月 14 日<sup>4)</sup> (判時 1125 号 96 頁) は、指紋押捺制度が、憲法 14 条、B 規約 26 条、2 条 1 項に違

反するとの被告人の主張を斥ける。そして、憲法 13 条違反の主張については、44 年判決を援用し、個人の有する自由も、公共の福祉のため必要のある場合には制限を受けるとし、「指紋押なつに関する規定が、憲法 13 条の規定に違反し、あるいは右規定の趣旨の類推によって認められる私生活上の自由の保障に違反し、無効であるとは解されない」という。B 規約 7 条違反の主張も斥け、有罪とする。

(4) S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最 2 判昭和 61 年 2 月 14 日(刑集 40 巻 1 号 48 頁, ①→S-59.10.12〈自動車【収集】/刑事〉東京地判, ②→S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判)は、上告人の憲法 13 条, 21 条違反の主張について、「速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいって緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法 13 条に違反せず、また、右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになっても、憲法 13 条, 21 条に違反しないことは」44 年判決「の趣旨に徴して明らか」という。憲法 14 条, 31 条, 35 条, 37 条違反の主張も斥け、上告を棄却する。

(5) H-14.6.27〈指紋【収集】/国賠〉最 1 判平成 14 年 6 月 27 日<sup>5)</sup>(①→H-10.3.26〈指紋【収集】/国賠〉大阪地判, ②→H-13.4.18〈指紋【収集】/国賠〉大阪高判)は、指紋押捺制度の合憲性について、44 年判決等の趣旨に徴して、指紋押捺制度が「14 条 1 項が憲法 13 条, 14 条に違反するものでない」とし、最 1 判平成 8 年 2 月 22 日<sup>6)</sup>(民集 178 号 279 頁)に徴して、「外国人登録法 14 条 1 項が、所論主張の市民的及び政治的権利に関する国際規約」「の各規定に違反すると解することもできない」とし、上告を棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) プライバシー権へのある程度のコミット

(a) 〈容貌【収集】〉

(ア) 憲法 13 条は、みだりに容ぼう等を撮影されない自由を国民の私生活上の自由の 1 つとして保障する

S-44.12.24 〈容貌【収集】/刑事〉最大判は、既に述べたように、憲法 13 条は、「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」、「個人の私生活上の自由の 1 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」「を撮影されない自由を有する」という。

(b) 〈自動車【収集】〉

(ア) みだりに容ぼう等を撮影されない自由は国民の私生活上の自由の 1 つとしてを憲法 13 条により保障される

S-59.1.12 〈自動車【収集】/刑事〉東京地判は、44 年判決のいう 3 つの「各要件が充足される場合に犯罪捜査のため容ぼう等の写真撮影が許されるとする」「考え方は、本件自動速度取締機」による写真撮影の許否についても妥当する」と述べ、S-61.2.14 〈自動車【収集】/刑事〉最 2 判も、44 年判決「の趣旨に徴して明らか」としており、いずれも、44 年判決の考え方を前提としている（前記 C(1)(a)(ア)参照）。

(c) 〈指紋【収集】〉

(ア) 憲法 13 条は、みだりに指紋押捺を強制されない自由を、国民の私生活上の自由の 1 つとして保障する

S-59.6.14 〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、憲法 13 条は、「国民の私生活上の自由が立法の上でも尊重されるべきことを規定している」、「何人も何らの合理的理由や正当な理由がないのにその承諾なしにみだりにその指紋をとられない自由は、右個人の私生活上の自由の 1 つとして保障されている」とし、H-14.6.27 〈指紋【収集】/国賠〉最 1 判は、44 年判決等の「趣旨に徴して明らか」としており、いずれも、44 年判決の考え方を前提とする（前記 C(1)

(a) (ア) 参照。

(イ) みだりに指紋の押捺を強制されない自由は外国人にも及ぶ

S-59.6.14 〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、最大判昭和53年10月4日（民集32巻7号1223頁、マクリーン事件）を援用して、「在留外国人の権利に関し日本国憲法との関係を検討するに、第3章の諸規定による基本的人権の保障が在留外国人にも及ぶか否かに関しては、右権利の性質上日本国民のみを対象とし外国人の地位に鑑みこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、外国人に対しても等しく及ぶ」という。H-14.6.27 〈指紋【収集】/国賠〉最1判は、この点につき直接言及しないが、同判決の援用する最1判平成8年2月22日（注6参照）には、マクリーン事件最高裁判決が引用されている。

(2) プライバシー権への強いマイナスのコミット（対抗利益へのコミット他）

(a) 〈容貌【収集】〉

(ア) 個人の有する自由も、公共の福祉のため制限を受け、本人の同意がなく、また、裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容される場合がある

S-44.12.24 〈容貌【収集】/刑事〉最大判は、既に述べたように、「個人の有する」「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」とし、「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1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」、「身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑法218条2項のような場合のほか」、「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って、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って行なわれる」「ような場合」には、「撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容され」、写真撮影「の対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身边または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになっても、憲法13条、35条に違反しない」という。

(b) 〈自動車【収集】〉

(ア) 本人の同意がなく、また、裁判官の令状がなくても、個人の容ぼう等の撮影が許容される場合がある

S-59.1.12〈自動車【収集】/刑事〉東京地判、S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最2判とも、本人の同意がなく、また、裁判官の令状がなくても、個人の容ぼう等の撮影が許容される場合があるとする44年判決を前提としている。

(c) 〈指紋【収集】〉

(ア) 個人の有する自由も、公共の福祉のため制限を受ける

S-59.6.14〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、「個人の有する右自由も、立法その他において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」、「憲法13条の規定に照らして明らか」という。

(イ) 外国人登録法は、在留外国人の公正な管理を目的とし、個人の同一性を科学的に担保する指紋押捺制度は、その目的に資する

S-59.6.14〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、「近時、交通機関の飛躍的発達等に伴い、外国との政治、経済、社会、文化の交流はきわめて活発、かつ、緊密になり、いわゆる国際化時代をむかえ、これに伴い人的交流も隆盛をきわめ、各国とも多数の外国人が在留するようになり、これらの外国人に対する処遇問題は国の重要な基本的施策にもなってきたが、在留外国人に関する権利関係を明確にし、かつ、その教育、租税、労働、医療、福祉、出入管理等各種の立法及び行政上の施策を適正、かつ、有効に遂行するためには、在留外国人の居住関係及び身分関係を明確にし、その実態を正確に把握する必

要がある」という。そして、「わが国の外国人登録法も、右同様の必要性に基づき、本邦に在留する外国人の登録を実施することによって外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資することを目的に制定された」、「従って、同法の右目的を達するには、当然登録内容の正確性や信頼性が要求される」が、「外国人の場合、日本人とではその身分関係の法制を異にするなどの事情により、その身分事項等に関して明確でない場合もしばしばあり、右居住関係及び身分関係を明確にするためには、まずその前提として、当該登録人の同一人性の確認が何よりも必要とされる。右のような見地から、個人の同一性を科学的に担保するとともに、不正登録や他人の登録証明書の不正使用等を防止する目的で外国人登録申請手続に指紋押なつ制度が導入された経過が認められ、右制度の導入が登録事項の正確性や信頼性の向上に寄与した」という。

(ウ) 手段も合理的必要な程度にとどまる

S-59.6.14〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、指紋の押捺方法は、「個人の同一人性の識別に必要な最少限度の左手示指の指紋のみを押なつするのが原則であり、回転指紋の方法も、同一人性確認に必要な指紋判定のためのやむを得ないものであるから、合理的必要な程度にとどまる」という。

(エ) 指紋押捺以外の代替手段は、効能において劣る

S-59.6.14〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、「写真による同一人性の確認も、特別の技術や器具を要しないで一見して個人を識別することができるという利点があり、近時の写真技術等の進歩により、従前に比べ、その精度が高まり、ビニールコーティング等の方法による偽造、変造に関する対応策も開発されてきたとはいえ、なお、近親者間の、あるいは他人のそら似といわれる他人間でもある容貌の相似性、撮影条件や撮影技術によるいわゆる写真うつり、同一人であっても期間の経過による成長や老化、調髪様式、受傷等による容貌の変化、写真のはり替えや修正等による偽造、変造の防止策もいまだ完全とはいえないこと等の問題があることから、これのみをもってはきわめて困難ないし不可能な場合があつて、万全とはいえず、他の方法を不要とす

るほど有効適切な方法であるともいい難いものがある」という。

(4) 指紋押捺制度は、憲法 14 条の趣旨に違反しない

S-59.6.14 〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、「現在の国際社会において、国家がなお国際法主体として基本的な地位を占めており、その国の国民が国家の構成員として国家に対して身分上の恒久的結合関係を有するのに対し、外国人はその在留国の構成員ではなく、在留国に対する関係は場所的な居住関係を根拠とするものであるから」、「国民と外国人との基本的な地位の相違に基づき、合理的な理由があり、かつ、合理的必要な程度で、内外人の取扱いに法律上の差異を設け、外国人に対し、その国の国民と異なる処遇をし、あるいは権利の一部を特別に制限することがあるのはやむを得ないこととして一般に認められている」、「本件指紋押捺制度については、外国人のみに適用される法制ではあるが、わが国民と外国人との間の基本的な地位の相違に基づき、合理的な理由による合理的必要な程度で内外人の取扱いに差異を設けたものと解することができ」、「特段の事情がある場合にあたり」、「憲法 14 条の規定の趣旨の保障が及ばない」という。

(4) 外国人登録法に定められた刑罰が、戸籍法や住民基本台帳法違反等の制裁に比し重いとしても立法政策の問題

S-59.6.14 〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、「相当の理由があつて設けられた刑罰法令に刑を定めるにあたり、その罪の種類、態様、程度に従っていかなる種類、範囲の刑を科すべきものとするかも、外国人に対する合理性を欠いた不当な差別でない限り、立法機関に委ねられた立法政策の問題であつて、憲法適否の問題ではなく、外国人登録法に定められた刑罰が、わが国民の身分関係を公証する戸籍制度を定めた戸籍法や居住関係を明らかにする住民登録制度を定めた住民基本台帳法違反等の制裁に比し重いとしても、これをもって直ちに右罰則が憲法 31 条に違反するものでもない」という。

(3) 司法哲学

〈容貌【収集】〉、〈自動車【収集】〉の事件では、捜査機関の権能が尊重され、

〈指紋【収集】〉の事件では、立法政策・立法裁量が強調される<sup>7)</sup>。

#### D このアプローチをめぐって

##### (1) 〈容貌【収集】〉

S-44. 12. 24 〈容貌【収集】/刑事〉最大判は、プライバシーの権利という概念を用いなかったものの、憲法 13 条は、国家権力の行使から国民の私生活上の自由を保障し、そこには承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由も含まれるとしつつ、公共の福祉のため制限を受けうる 3 つの場合に言及した。本判決について、「1960 年代以降、現代社会の急激な技術革新に伴い憲法制定当時予想されなかった知る権利、環境権、さらにはプライバシーの権利等の『新しい人権』が提唱され、それらの実定憲法上の根拠を本条に求める考え方が有力な地歩を固めてきた。かかる理論状況を背景に、また犯罪捜査の必要と人権尊重の要請を調整する」「下級審判例の努力を踏まえて、本件判決は最高裁自らが『国民の私生活上の自由』を 13 条の定める人権として確認し、理論構成したところに優れて憲法論上の意義を認めることができる」<sup>8)</sup>というコメント、本判決は、「市民のデモ行進の場合にも、それに参加する個人には、捜査権によりみだりに容ぼう等が撮影されてはならない自由があるとしている。社会活動のうちにも、肖像に関する自由があり、また、その自由を前提として捜査権にもきびしい限界のあることを、判例が明らかにしていることは、当然のことながら意義があり、「従来の判決では、この点が明瞭にされていなかった」<sup>9)</sup>というコメント、「本件判決は肖像権と捜査目的の写真撮影との調和点として」「3 つの基準をあげ、最高裁としてこの問題に統一見解を打ち出した。この基準に関していえば、眼前の違法行為に対して緊急に証拠保全の必要性がある場合と考えられるので、個人情報収集の目的は正当なものと言うことができ、しかも、プライバシーに対してより制限的でない手段・方法（写真撮影によるしか、より制限的でない他の選べる手段を利用できないこと）がとられたということが出来る。そう考えるとき、捜査目的のため警察官による個人の容ぼう等の撮影が

許される要件を判決はかなり厳しく限定しており、その違憲審査にあたり『厳格な合理性』の基準に準じる基準を採用したと考えられ、その点評価しうる、「本判決は、その後自動速度監視装置による容ぼうの写真撮影事件」である S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最2判「の判断にも1つの指針を与えた」<sup>10)</sup>というコメント、「一般論にもせよ、警察官等による写真撮影自体を国民の自由権の侵害としてとらえた点は積極的に評価することができる。少なくとも国鉄田町電車区入浴事件では控訴審——後述、S-43.1.26〈容貌【収集】/刑事〉東京高判——「が原審の『肖像権は実定法上の権利である』とした判断を覆して、権利ではなく『利益』といい代えたのに比して、一歩進んだ姿勢がうかがえる。さらに、肖像権以外のプライバシーの国家権力による侵害に対しても、本件判旨は有力な橋頭堡を提供したことになるう」<sup>11)</sup>というコメント等、好意的なコメントが多い。他方、44年判決の射程について——S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最2判に関するコメント（後述注13）参照）においてであるが——、「強制処分としての写真撮影を認めたものであるのか、任意処分としてのそれを認めたものであるのか、といった理論面の問題に加えて、そこに提示された3つの要件、特に『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』という要件は、無令状の写真撮影が許されるのはそのような場合に限られるという趣旨なのか、それとも単なる例示に過ぎないのか、という要件の解釈や、それが街頭でデモ行進する者達の撮影ということを越えて、他の状況の下での写真撮影についても広く妥当する考え方であるのか」<sup>12)</sup>との問題点の指摘がある。

## (2) 〈自動車【収集】〉

S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最2判は、44年判決を援用し、自動速度監視装置による写真撮影について、最高裁として初めて合憲性を肯定した。44年判決の射程について、問題点を指摘しつつも、「少なくとも本件のような自動速度監視装置との関係に関する限り」、44年判決「に先例としての効力を認めることは十分可能である」<sup>13)</sup>とするコメントもあるが、他方、「本

判決が、運転者の容ぼうの写真撮影が憲法 13 条に違反せずとした」「『現に犯罪が行われている場合』等々の基準は」、44 年判決「に倣ったものであり、事実上同判決を本件に適用して、本件写真撮影の合憲性を肯定したものであることができるであろう」が、44 年判決は、「警察官の具体的事件における個別的な写真撮影行為が問題になった事案」であり、「当該写真撮影行為を、その属する一連の職務活動の中に位置づけて、その性質を論じてまで、その合憲性が論じられたものではなく、いわば、個別的な写真撮影行為にたいする、被撮影者の受忍(限度)基準を論じた判例」である、「本件は、警察官の具体的事件における個別的な写真撮影行為の事案であるにとどまらず、被撮影者の受忍基準(限度)を利用して、一般的かつ制度的に自動速度監視装置が導入設置された結果生じた事案なのであって、そこでは、その自動速度監視装置による個別的な写真撮影が、被撮影者の側の受忍基準に合致しているだけではならず、その撮影の背景たる自動速度監視装置の設置措置の合法性、設置者の側からの設置基準が検討されなければならず、本件と 44 年判決の「事案とは、写真撮影の許容の側面からは、事案を異にする」、「同判決の許容基準(受忍基準)を本件に適用して、そのまま一般的な自動速度監視装置の設置措置と、それに基づく写真撮影の許容性(設置基準)を導くことは、出来ない<sup>14)</sup>」という批判、運転者・同乗者の写真撮影は肖像権・プライバシー権及び集会・結社の自由の侵害であるという被告人の主張について、「最高裁は、取締りの必要性の方に力点をおき、肖像権やプライバシーの権利の価値についてほとんど何も配慮していない」、大型車・2 輪車は捕捉できず不合理な差別であるという点について、「上告趣意は、昭和 44 年の先例が挙げた犯罪捜査のための写真撮影許容基準としての 3 要件に本件取締りがあてはまらないと主張している」が、「本判決は、これについても理由付けなしに否定している。このように、自動速度取締装置による写真撮影が合憲であると結論する本判決は、判決理由があまりに簡素すぎるものであり、今後の同種の事件に対する先例とされることに疑問がもたれる<sup>15)</sup>」というコメント他、批判が多い。

(3) 〈指紋【収集】〉

S-59.6.14 〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、指紋押捺の合憲性に関する初めての判断である。本判決について、「指紋は『個人のアイデンティティの徴表』のまさに核心を占めるものであり、さらに押捺の強制は「個人の不快感、屈辱感をひき起し、名誉感情と個人の尊厳を強く害する。個人の人格価値、精神活動の中心を保護する点で、右の意味のプライバシー権は精神的自由（「人格的自由」）の重要な一部といわなければならない、したがってその制限に対しては『厳格な審査』基準をもつてのぞまなければならない。制約立法の必要性が合理的である程度では不十分である」、「憲法14条1項に『国籍』は列挙されていないが外国人に対する差別については右の『厳格な審査』に準じて審査を行うというアプローチをとるか、むしろ精神的自由の一部たるプライバシー権に対する保護のために『厳格な審査』基準をあてはめて判断すべきではないか」、判決は、「指紋押捺制度の立法理由、立法の必要の合理性について判断を述べているが、立法事実」「の審査を十分に行ったとは見うけられない」、「憲法訴訟で問題となる立法事実とは、『立法当時の過去の事実そのものではなく、現在すなわち裁判時において、立法を支える事実』」であるから、立法当初合憲と判断される法律でも現在は違憲であると判断されることがありうる<sup>16)</sup>との批判がある。

注

- 1) 昭和37年6月、京都府学連の集団行進集団示威運動に際し、京都府公安委員会が附した許可条件に違反するとして巡査が集団先頭の進行状況を写真撮影したところ、被告人が旗竿で同巡査の下顎部を一突きし、傷害を負わせたことにより、同巡査の職務の執行を妨害したとして公務執行妨害等に問われた。1審、京都地判昭和39年7月4日（刑集23巻12号1655頁）、2審、大阪高判昭和40年4月27日（刑集23巻12号1660頁）において有罪となった被告人は、上告理由において、京都市公安条例は違憲であるがゆえに、写真撮影行為は適法な職務行為でないと主張する他、仮に条例を合憲としても、「日本国憲法第13条は、日本国民が個人として尊重され、その自由権は最大の尊重を受けねばならないと規定している。しかも今日の社会の如く、社会生活のあらゆる部面における進歩発展、高度な生活水準が一般化した状況の下では、自由権への侵害は単なる物理的強制によってのみなされるもの

ではない。そこでは言葉、写真、録音等、一見物理力をもたないが如き方法によって、個人の抑圧、私人の生活への介入が可能であり、そのような事例は往々にして存在する」、「いわゆる肖像権、即ち承諾なしに自己の写真を撮影され、使用されない権利は、プライバシーの権利の1つとして構成される。これを国家権力ことに警察権の行使との関係において考察すれば」、「憲法第13条、警察法第2条第2項」によって、警察官のかかる写真撮影行為は当然違法であると主張する。

- 2) RVS撮影による速度監視訴訟（前出一注15）参照。被告人は、犯罪捜査のため容ぼう等の写真撮影が許容されるのは、44年判決のいう3つの場合に限定されるのに、本件自動速度取締機による写真撮影は、それらの要件を満たさず、憲法13条に違反し、有罪認定の証拠にできないと主張する。
- 3) 本判決は、「写真撮影の対象の中に違反運転者の容ぼう等のほか、その身边にいたためこれを除外することができない状況にある第三者である同乗者の容ぼう等を含むことになっても、集会、結社の自由に関する憲法21条1項に違反しないし、被疑者の防禦権の保障に関する憲法の諸規定は別段犯行現場において防禦の機会を与え弁解を聴取しなければならないとするものではないし、本件について被告人は後日警察、検察庁等の段階で十分に弁明、防禦の機会を与えられており、本件写真撮影が防禦権に関する憲法の諸規定に違反することはないし、まして、憲法37条1項に違反しないことは明らかであり、また、本件自動速度取締機」によって特殊な大型自動車や自動2輪車の速度違反を本件同様に写真撮影することは困難であるが、これらは他の方法によって取締りが行われているのであるから、本件写真撮影が特定車種を対象とした『不合理な差別』にあたるとは言えず、憲法14条に反することはない」という。
- 4) Aタイプの指紋押捺訴訟（前出一注16）参照。被告人は、アメリカ合衆国籍。
- 5) Bタイプの指紋押捺訴訟（前出一注16）参照。原告らは在日韓国人、在日中国人、在日アメリカ人。原告らが、確認申請、再交付申請、引替交付申請を行った際、指紋押捺を拒否したため、警察は、原告らに任意出頭を求めるとともに、一部の原告らを逮捕し、指紋を強制採取した。
- 6) 在日韓国人による3年の在留期間更新申請に対し、法務大臣が、指紋押捺拒否を理由に1年とする更新許可をしたので、取消しが求められた事案において、本判決は、「本邦に在留する外国人については、当然に一定期間本邦に在留する権利が保障されているものということとはできないから、その在留期間の更新申請に対し、在留期間を1年と指定してこれを許可した本件処分が、上告人の権利ないし法律上保護された利益を侵害するものであると解することはできない」とし、上告を棄却した。その際、指紋押捺制度は、「在留外国人の公正な管理に資する」という目的を達成するために採用されたものであって、「その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定することができる」とし、「制度の内容は、押なつ義務が5年に1

度で、押なつ対象指紋も1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はまではいえず、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」であり、「在留外国人を対象とする指紋押なつ制度には、右のような目的の合理性、必要性、相当性が認められ、戸籍制度のない外国人については、日本人とは社会的事実関係上の差異があつて、その取扱いに差異を設けることには合理的根拠があるので、外国人登録法14条は、憲法14条に違反するものでもない」という。

- 7) S-59.6.14〈指紋【収集】/刑事〉横浜地判は、「本件指紋押なつに関する外国人登録法の右規定は、弁護人の主張する憲法の各条項やその規定の趣旨、あるいは国際人権規約B規約の各条項に違反する無効のものとは解されず、結局、立法機関において、制定する法律の目的、右目的実現のための同一人性確認の必要性の程度、同一人性確認の代替手段の有無、わが国に在留する外国人の権利関係、外国人に関する関連諸法規との関係、在留外国人の動態、在留の基礎となつた理由、経過や期間、権利規制に関する外国人の感情、憲法及び国際条約の理念とする基本的人権尊重主義や国際協調主義との関係、同種の法律に関する諸外国の立法例の趨勢はもちろん、ひいてはわが国の政治、経済、社会、外交、外国人政策の沿革、いわゆる国際化時代への対応、国民感情その他の諸事情や、わが国をとりまく国際情勢の推移等の諸般の事情を総合して、決定すべき外国人に関する法制の一環として位置づけられるべき立法政策の問題である」という。
- 8) 高野眞澄・憲法の基本判例46頁(1985)。
- 9) 鴨良弼・別冊ジュリ51号39頁(1976)。
- 10) 鴨野幸雄・別冊ジュリ186号43頁(2007)。
- 11) 森井暉・別冊ジュリ89号27頁(1986)。
- 12) 井上正仁・警察研究62巻8号29頁(1991)。
- 13) 井上・前出注12)30頁。
- 14) 久岡康成・判評334号(判時1209号)207頁(1986)。同コメントは、「自動速度監視装置による写真撮影が」44年判決「の後段(撮影の許容)と事案を異にすることになるならば、その限りにおいて、この写真撮影は」、44年判決の「前段(みだりにその容ぼう等を撮影されない自由の肯定)に違反し、判例違反となる」、「そこで、自動速度監視装置による写真撮影の許容基準を、別に考えるならば」、「基準速度や予告掲示の問題や、撮影された写真の他目的の使用の禁止」「等の写真撮影の態様や、自動速度監視装置の設置措置自体の目的などが検討されるべきこととなろうが、このような一般的かつ制度的な国の行為(自動速度監視装置の設置)と個人の基本的人権(みだりにその容ぼう等を撮影されない自由)との境界の設定は、行政機関内部の裁量に委ねられるべきものではなく、法律によって定められることにより、始め可能になると言わなければならない。写真撮影が強制の処分であるか否か

は別論にしても、憲法に根拠を置く、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由と抵触するような写真撮影を許容するためには、また刑事訴訟法の定める強制処分法定主義や（刑訴法 197 条 1 項但書）、憲法の定める令状主義の要求は十分に考慮されなければならない、「仮に、法律の定めのないまま自動速度監視装置による写真撮影を認めるにしても、その要件は、法律の特別な定めのない分だけは、法律が強制の処分をみとめる要件よりも厳格になってしかるべきものではなかろうか」と続ける。

15) 戸松秀典・判例セレクト 86（法教 77 号別冊付録）9 頁（1987）、同旨として、三井誠・法教 70 号 108 頁（1986）参照。

16) 古川純・ジュリ臨増 838 号 10 頁（1985）。

## （二）「憲法 13 条（私生活上の自由・プライバシー）/ 公共の福祉」アプローチ

### A 概 要

これは、憲法 13 条は国民の私生活上の自由を保障し、問題となっている〔情報〕はプライバシーとして、そこに含まれるとするが、公共の福祉による制約を受けるとし、被告人、原告の主張を斥けるアプローチである。既に扱った（一）「憲法 13 条（私生活上の自由）/公共の福祉」アプローチとは、プライバシーの概念を用いる点で異なる。判決が、私生活上の自由という語を用いていなくても、44 年判決を援用していれば、ここに類別する。このアプローチは、プライバシー権にある程度コミットはするものの、プライバシー権へのマイナスのコミットは、より強い。

### B 裁判例

（1）S-39.5.30〈容貌【収集】/刑事〉大阪高判昭和 39 年 5 月 30 日<sup>1)</sup>（判時 381 号 17 頁）は、巡査の写真撮影行為は適法であり、被告人らの所為は実質的にも違法性を欠くものではないという検察官の主張について、「巡査が被告人ら組合員の容貌のみを撮影することを目的としていたとは到底認めることができない」としつつ、「人はその承諾がないのに自己の写真を撮影され

たり世間に公表されない権利（肖像権）を持つとすれば、それはプライバシーの権利の1つとして構成することができる。プライバシーの権利とは私人が私生活に他から干渉されず、本質的に私的な出来事についてその承諾なしに公表されることから保護される権利であるといわれている、「国家権力ことに警察権の行使との関係において考察するときは憲法13条が個人の生命自由および幸福追求に対する国民の権利は最大限に尊重される旨を規定していることや憲法に国民の基本的な人権を保障した各規定が設けられていること、警察法2条2項が警察の活動は」「いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならないと規定していることから国家権力ことに警察権の行使に対しては人権の保障による制約のあることを認めることができ、国民の私生活の自由が国家権力に対して保障されている」という。そして、「ここからプライバシーの権利を導き出すことができるであろうが、もとより無制限なものではなく、「公共の福祉のため、犯罪捜査の必要上写真撮影の許容される場合」があるとし（後述C(2)(a)(㊦参照）、被告人の行為を検討し、逮捕罪の構成要件には該当しないと、無罪とする<sup>2)</sup>。

(2) S-55.1.14-319号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判昭和55年1月14日<sup>3)</sup>（判時955号30頁）は、オービス3による写真撮影は、肖像権、プライバシーの権利を侵害し、憲法13条に違反するとの被告人の主張について、「捜査機関がオービス3を用いて速度違反を取締るにあたり無制限に運転者を撮影するという事態に至れば、国家機関としての捜査権とオービス3によってつねに監視されなければならない国民の基本的な人権との比較衡量において、国民の基本的な人権である肖像権、プライバシーの権利が捜査権によって侵害されるおそれがあるとの誹りを免かれない」とし、本件写真撮影は、44年判決「の示した基準に照らして、写真撮影が許される場合にあたり<sup>4)</sup>憲法13条、同35条等に違反するものではない」という。憲法21条1項、14条、31条違反の主張も斥け、被告人を有罪とする。

(3) S-55.1.14-499号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判昭和55年1月14日<sup>5)</sup>

(判時 955 号 21 頁) は、S-55.1.14-319〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判と同旨(裁判官も同じ)。

(4) S-58.3.16〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判昭和 58 年 3 月 16 日<sup>6)</sup>(判タ 504 号 186 頁) は、「本件オービス 3 は理論のうえでも実際の使用のうえでもその正確性には問題はない」という。そして、写真撮影が肖像権、プライバシーを侵害するとの被告人の主張については、44 年判決を援用し、同判決は「集団示威行動中の歩行者についての事例であるところ、本件は車両内の運転者についての場合であるので検討するに、そもそも車両自体人目にさらされる道路上を通行するものであってプライバシーが最大限に保護されなければならない住居などとは本質的に異なるものであること、車両はそれの持つ危険性故に、また、公道において車両を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、道路の安全を確保するため、合理的な限度で行われる交通法規等に基づく規制を受けることは避けられず、また、現実に交通事故が多発し、その原因の中で速度の出し過ぎの占める割合の多いことは公知の事実であって、制限速度違反の取締りが事故の防止に不可欠であることからすると、右の目的のため車両内の運転者のプライバシーといえども一定の制約に服するのはやむをえないものであること等を考え合わせると、少なくとも」「歩行者について示された基準のもとに、外部から写真撮影をすることは許されるものとするのが相当である」と述べ、写真撮影をすることは許されるとし有罪とする。

(5) S-59.2.29〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判昭和 59 年 2 月 29 日<sup>7)</sup>(判時 1114 号 118 頁) は、オービス 3 は、測定速度の正確性、速度測定の対象車両と写真撮影の対象車両の同一性に問題があるとの被告人の主張を斥ける。そして、オービス 3 による取締りは、運転者及び同乗者の「私事への侵入」であり、肖像権、プライバシーの権利を侵害し、集会結社の自由(21 条 1 項)を侵害するとの主張については、44 年判決は、「警察官が公道におけるデモ行進の参加者を写真撮影した事案であり、本件は警察により設置されたオービス 3 が公道を走行中の自動車の運転者を写真撮影する事実であって、いず

れもプライバシーが保護されなければならない住居等とは本質的に異なり、一般人から認識される状態で公道を通行する被疑者を撮影する事案であるから、プライバシーないし肖像権の侵害に関する右判決の趣旨は本件についても妥当する」と述べ、「捜査のため写真撮影が許される」44年判決の「基準に適合する」という。憲法14条、21条1項、31条、37条1項違反の主張も斥け、有罪とする。

(6) S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判昭和59年7月17日(判時1138号155頁、①→S-59.10.12〈自動車【収集】/刑事〉東京地判、③→S-61.2.14〈自動車【収集】/刑事〉最2判)は、写真撮影が憲法13条に違反するとの被告人の主張について、本件事例は、44年判決のいう3要件を充たすゆえ、「本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、憲法13条等に違反しない」とし、「当時、女性の同乗者が助手席に座っており、被告人と共に写真撮影されているが、同女は本件取締機の機能上、被告人の容ぼうの写真撮影を行う際に除外することができない状況にあったのであるから」、44年判決の「見解に照らし右各写真撮影は憲法13条に違反しない。このことによって被告人及び右女性のみだりに撮影されない自由のほか、同人らのプライバシーが侵害されたとしても、右撮影の必要性及びこれによって得られる利益と比較考量すると、右侵害は捜査の必要上やむをえないところであって、公共の福祉のために許容される」と述べ、助手席の同乗者を撮影したことがプライバシー侵害でないとする。憲法21条1項、31条に違反するとの主張も斥け、控訴を棄却する。

(7) S-59.8.29〈指紋【収集】/刑事〉東京地判昭和59年8月29日<sup>8)</sup>(判時1125号101頁、②→S-61.8.25〈指紋【収集】/刑事〉東京高判)は、指紋押捺制度が、憲法13条に違反するとの被告人の主張について、44年判決を援用しながら、「国家権力が、正当な理由もないのに、指紋の押なつを強制することは、憲法13条の趣旨に反し、許されない」、「一般的に考えて、指紋についても、これが個人を識別する身体的特徴であることに照らし、一個のプライバシーとして、何人もみだりにその意に反して指紋を明らかにすることを求められな

い権利を有する」とするが、「憲法 13 条の保障する私生活上の自由も、絶対無制限なものではなく、公共の福祉のため必要のある場合に一定の合理的な制約を受け」、指紋押捺制度の目的は正当であり、手段も同目的を達成するために必要であり、合理的であるとし、憲法 13 条に違反するものではないという。B 規約 7 条違反の主張も斥け、有罪とする。

(8) S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判昭和 60 年 8 月 23 日<sup>9)</sup> (判時 1179 号 156 頁, ②→S-61.12.26〈指紋【収集】/刑事〉福岡高判) は、指紋押捺制度は憲法 13 条に反するとの被告人の主張について、「指紋は、万人不同・終生不変という特性を有し、個人を識別するのに最も有効な人の内部的な身体的特徴であり、したがって、それは 1 つのプライバシーとして保護されるに値するものであるから、何人もみだりにその意に反して指紋をとられない自由ないし権利を有する」という。そして、44 年判決を援用し、「制度の実施により、在留外国人に対して、指紋の押なつを強制する結果となり、個人としての指紋に関する私生活上の自由ないし権利に制約が加えられることになるが」、「憲法 13 条による保障も、公共の福祉のために必要ある場合は一定の制約を受ける」とし、「十分な合理的理由と実質的必要性に基づくものとして、憲法 13 条に反しない」という。憲法 14 条、B 規約 26 条違反の主張も斥け、有罪とする。

(9) S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判昭和 61 年 4 月 24 日<sup>10)</sup> (判タ 629 号 212 頁, ②→H-2.6.19〈指紋【収集】/刑事〉大阪高判, ③→H-07.12.15〈指紋【収集】/刑事〉最 3 判) は、指紋押捺制度が憲法 13 条、B 規約 7 条に違反するとの被告人の主張について、44 年判決を援用しないが、「指紋は、万人不同、終生不変といわれる特性を有し、個人を識別するのに最も有効な身体の特徴であるが、国家機関に対する関係において、指紋を明らかにするかどうかはプライバシーの公開に当たり、個人の自由に属する」、「人がみだりにその意に反して指紋を採取等されない自由は、個人の私生活上の自由として憲法上の保護の対象とすべきものであり、法律が個人の指紋押捺義務について規定するような場合には、その立法自体が個人の尊厳と国民の私生活上の自由を保

障する憲法 13 条に違反するところがないかどうか]、「B 規約 7 条に違反するところがないかどうかを慎重に検討しなければならない」とし、「個人の有する自由も、公共の福祉との関係では無限定に保護されるものではなく、個人の指紋を採取等されない自由が、基本的人権の中でも、経済活動に関する自由などと異なる面をもつ私生活上の自由に属すると考えられることを前提としても」、指紋押捺制度は、公共の福祉に合致する立法目的を有し、右制度の内容がその立法目的を達成するために合理的かつ必要な手段であって、押捺の方法も一般的に相当な範囲内にあるとする。憲法 14 条、B 規約 26 条、憲法 19 条、31 条違反の主張も斥け、有罪とする。

(10) H-5.9.24〈自動車【収集】/刑事〉東京高判平成 5 年 9 月 24 日<sup>11)</sup>(判時 1500 号 192 頁)は、自動車の運転者らに速度違反自動監視装置の設置が事前に告知されていないことは憲法 13 条に違反するとの被告人の主張について、44 年判決を援用しないが、同判決のいう 3 要件を引用し、「一般的に考えて、速度違反車両の自動撮影を行う速度違反自動監視装置による車両や運転者の容貌等の写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいって緊急に証拠保全をする必要があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるときは、速度違反自動監視装置の設置されていることが当該道路を走行する自動車の運転者らに事前に告知されていない場合であっても、憲法 13 条に違反しない」、「速度違反自動監視装置による写真撮影が、当該道路の交通に著しい危険を生じさせるおそれのある大幅な速度超過の場合に限って、その違反行為(犯罪行為)に対する処罰のため証拠保全として行われるものであれば」、「憲法 13 条によるプライバシーの保護という観点から考えても、このような犯罪行為を行う者に対して事前に証拠保全のための写真撮影が行われることを告知しておく必要はない」として斥ける。憲法 14 条違反、22 条違反の主張も斥け、控訴を棄却する。

(11) H-13.4.18〈指紋【収集】/国賠〉大阪高判平成 13 年 4 月 18 日<sup>12)</sup>(判時 1755 号 79 頁、①→H-10.3.26〈指紋【収集】/国賠〉大阪地判、③→H-14.6.26〈指紋【収

集】/国賠）最1判）は、指紋押捺制度が憲法13条に違反するとの主張について、44年判決、H-7.12.15〈指紋【収集】/刑事）最3判等を援用し、指紋押捺制度の「立法目的には合理性があり、かつ、必要性も肯定でき、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、許容される限度を超えて精神的、肉体的に過度の苦痛を伴うものとまではいえず、憲法13条、38条1項に違反するとか、あるいはプライバシー権を違法に侵害するというものではない」とする。また、最1判平成8年2月22日（《消極主義III》(-)注6参照)を援用し、「外国人登録法14条は、B規約7条、26条に違反すると解することもできない」という。さらに、再入国不許可処分が違法だとの主張も斥けるが、1審原告数名については、逮捕及びその後の留置継続が違法であったと認めることはできないとし、原判決を一部変更する。

### C このアプローチを支える思想

#### (1) プライバシー権へのある程度のコミット

##### (a) 〈容貌【収集】〉

(ア) 憲法13条は、国民の私生活上の自由として、みだりに容貌等を撮影されない自由を国家権力の行使から保障する

S-39.5.30〈容貌【収集】/刑事〉大阪高判は、既に述べたように、「人はその承諾がないのに自己の写真を撮影されたり世間に公表されない権利（肖像権）を持つとすれば、それはプライバシーの権利の1つとして構成することができる」とし、「国民の私生活の自由が国家権力に対して保障されている」という。

(イ) 憲法21条は、参加者が何人であることを明らかにしないで集団としての意思を表現する自由を保障する

S-39.5.30〈容貌【収集】/刑事〉大阪高判は、「大衆示威行進の参加者はその主張を公衆に訴えることを目的とし、公衆の観覧できる場所を選んで行なうものであるから検察官所論のように参加者は肖像権を放棄しているもののようにも解せられる」が、「大衆示威運動は大衆としての意思表示行為であ

り、憲法 21 条は参加者が何人であるかを明らかにしないで、集団としての意思を表現する自由をも保障したものと考えられるから、参加者は集団としての意思を表現するという限度において肖像権を放棄したものと解するのが相当である。顔写真を撮られることが参加者にとって明らかに不利益な場合まで、参加者がデモに参加した故に肖像権を一切放棄しているとみるのは参加者の意思を余りにも無視したものであり、「国民の側にプライバシーの権利が憲法によって保障されているとすれば、任意の手段だからといって写真撮影が無制限に許されるべき」でない、という。

(b) 〈自動車【収集】〉

(ア) 憲法 13 条は、みだりに容ぼう等を撮影されない自由を国民の私生活上の自由の 1 つとして保障する

S-55.1.14-319 号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判は、憲法 13 条は、「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うことができ、そして、個人の私生活上の自由の 1 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」「を撮影されない自由を有する」、「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、個人のいわゆる肖像権を侵害することになり憲法 13 条の趣旨に反し許されない」という。S-58.3.16〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判、S-59.2.29〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判、S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判も同旨。

(c) 〈指紋【収集】〉

(ア) 憲法 13 条は、国民の私生活上の自由として、みだりに指紋押捺を強制されない自由を国家権力の行使から保障する

S-59.8.29〈指紋【収集】/刑事〉東京地判、S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判、S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判は、前述《消極主義 III》(→C(1)(c)(ア)で扱った判決と同旨。

(イ) みだりに指紋押捺を強制されない自由は、外国人にも及ぶ

S-59.8.29〈指紋【収集】/刑事〉東京地判、S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡

地小倉支判, S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判は, 前述《消極主義 III》  
(→) C (1) (c) (i) で扱った判決と同旨。

(2) プライバシー権への強いマイナスのコミット (対抗利益へのコミット他)

(a) 〈容貌【収集】〉

(ア) 国民の私生活の自由は, 公共の福祉のために制限を受ける

S-39.5.30 〈容貌【収集】/刑事〉大阪高判は, 既に述べたように, 「国民の私生活の自由が国家権力に対して保障されている」が, 「公共の福祉のために必要であると認められるときに相当な制限を受ける」, 「捜査の必要と人権尊重の要請の調和点を何処に求めるかという困難な問題を生ずるが, 少なくとも現に犯罪が行なわれており, 写真撮影による証拠保全の必要があると認められるときは, 現行犯であれば原則として令状がなくとも逮捕することができ, しかも逮捕の現場において令状がなくとも押収, 搜索, 検証等の強制処分が許されていることに鑑みて, 被疑者の意思に反しても写真撮影が許される」という。

(イ) 肖像権を放棄していない場合でも, 写真撮影は一切許されないわけではない

S-39.5.30 〈容貌【収集】/刑事〉大阪高判は, 「肖像権を放棄していないと認められるような場合は写真撮影は一切許されないかといえば, そうではない, 刑事訴訟法「218 条 1 項は強制処分に関する規定で身体検査について令状を要するとの原則を明らかにし, 同条 2 項はこれを受けて身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影をする場合には, あらためて令状を要しない旨を注意的に規定したに止まり, この条文から強制の方法によらない場合に令状を要するとの結論を導き出すことは困難である。また同法 197 条但書にいう強制の処分とは, 物理的な実力を行使する処分や人に義務を負わせる処分なのであって, 物理的に強制して撮影する場合は格別普通一般の写真撮影行為は強制の処分に含まれるものではない。従って強制力を伴わない写真撮影行為は従来からの分類に従えば任意捜査の手段であるということになり」, 「原

判決が本件行為を不法逮捕罪の構成要件に該当する疑があるとしながら、その構成要件該当性を深く検討せず、実質的違法性が欠けるものとして無罪とした点、実質的違法性判断の前提として「**「**巡査の写真撮影行為を違法であるとした点等に誤りがある」という。

(b) 〈自動車【収集】〉

(ア) 個人の有する自由も、公共の福祉のため制限を受ける

S-55.1.14-319号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判は、「個人の有する」「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1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）、警察官が一般的に許容される限度をこえない相当な方法で個人の容ぼう等を撮影することは許容され、また、犯人の身近にいたため除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等をその対象の中に含むことになっても憲法13条、同35条に違反しないことは判例法上確立した見解である」という。S-58.3.16〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判、S-59.2.29〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判<sup>13)</sup>、S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判も同旨。

(イ) 集会および結社の自由を侵害しない<sup>14)</sup>

(ウ) 法の下での平等に違反しない<sup>15)</sup>

(エ) 適正手続の保障を定めた憲法31条に違反しない<sup>16)</sup>

(c) 〈指紋【収集】〉

(ア) 個人の有する自由も、公共の福祉のため制約を受ける

S-59.8.29〈指紋【収集】/刑事〉東京地判、S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判、S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判は、前述《消極主義III》(一)C(2)(c)(ア)で扱った判決と同旨。

- (イ) 在留外国人を公正に管理するという外国人登録法の立法目的には合理性、必要性があり、登録外国人の特定とその同一人性を確認する手段としての指紋押捺制度には十分な合理的な理由と実質的な必要性がある

S-59.8.29〈指紋【収集】/刑事〉東京地判は、「外登法は、本邦に在留する外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資することを目的として制定された法律である」、「在留外国人の居住関係や身分関係を正確に把握するためには、その前提として登録されるべき外国人を誤りなく特定して登録し、かつ、在留する個々の外国人と登録されている人物との同一人性を確認しうることが重要である」、「指紋は、終生不変・万人不同という特性を有することから、本人を特定し、同一人性を確認する資料としては、現在、最も優れた科学的資料である。これらの諸事情を併せ考察し、さらに、指紋押なつ制度の実際上の運用において、登録された指紋の照合により、同一人性に関する疑問の解明や、不法入国者や不法残留者の摘発等に効用を発揮するなどの実績も窺われることに照らせば、外登法上の指紋押なつ制度は」、「同法1条の趣旨に則り、外国人の特定及び同一人性の確認に資するに必要な手段として採用されたものであると認めることができるとともに、右制度の存在には十分な合理的理由と実質的必要性がある」という。S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判<sup>17)</sup>、S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判、H-13.4.18〈指紋【収集】/国賠〉大阪高判も同旨。

- (ウ) 指紋押捺の方法は受忍限度内

S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判は、「指紋押なつ制度の具体的内容をみれば、原則として、左手人さし指のみの指紋を求めるものであって、また、その強制のあり方も刑罰による間接強制に留まり、刑事訴訟法に認められるような直接強制は許されていないのであるから」、「立法の合理的理由及び実質的必要性に照らせば、国際人権規約B規約7条の趣旨に反するものでもない」という。S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判、S-13.4.18

〈指紋【収集】/国賠〉大阪高判も同旨。

- (四) 指紋押捺以外の代替手段は、効能において劣り、仮に劣らないとしても写真などの代替手段を採用するかは立法裁量の問題

S-60.8.23 〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判, S-61.4.24 〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判は、前述《消極主義 III》(一)C(2)(c)(四)で扱った判決と同旨。S-59.8.29 〈指紋【収集】/刑事〉東京地判は、「仮に弁護士ら主張のように今日においては写真の貼り替えなどを技術的に不可能にすることができ、したがって写真を『より制限的でない他の選ぶ手段』として同一人性確認のため指紋押なつに代替させることができるという前提に立って考えても、指紋押なつについて」「採用の理由及び必要性が合理的なものであることに照らせば、このような理由及び必要性和その採用により生じる個人の私生活上の自由ないし権利への侵害の度合とを総合考慮して、指紋押なつの方法を維持するか写真などという代替手段を採用するかは立法裁量の問題にとどまり、代替手段があるということで直ちに指紋押なつ制度が存在根拠を失うものとは考えられない」という。

- (四) 指紋押捺制度は憲法 14 条 (B 規約 26 条, 2 条 1 項) に違反しないし、定住外国人にも一律に適用すべきものとしていることは立法政策

S-59.8.29 〈指紋【収集】/刑事〉東京地判は、「国家の主権の存在を前提として国際社会が構成されている現在、国とのかかわり合いに関し、本邦の構成員である日本国民とその構成員でない外国人との間に基本的地位の違いがあることは否定できず、その意味で、本邦に在留する外国人の居住関係及び身分関係を明確にし、もって在留外国人の公正な管理に資することを目的とする外国人登録制度を設けたこと自体、法の下での平等の原則に反するものでなく、「その登録の正確性を維持するため指紋押なつ制度を採用したことも、前記のような立法の理由と必要を前提とする限り、合理的な根拠に基づくものであり、憲法 14 条の許容する範囲内にあり」、「また、憲法 14 条に反するものでない以上、国際人権規約 B 規約 26 条に抵触するものでない」という。いわゆる定住外国人、とりわけ日本で生まれ、日本式の生活を行な

い、税金などの様々な社会的負担も日本国民と全く同一に負担し、完全に日本社会の構成員となっている在日韓国・朝鮮人の多くに対して、指紋押なつ義務を課するのは、生活実態を無視したもので、憲法 14 条に照らし許されないとの主張については、「たしかに定住外国人を外登法の適用対象から除き、別の法律を適用することも立法裁量の範囲内にあると考えられるものの」、「国家の存在を前提とする現在では、日本国民と外国人との間に対国との関係においては基本的地位の違いがあることは否定できず、いかに生活の実態を同じくする定住外国人であっても、居住関係や身分関係を明確にすることについて日本国民と異なる規制を受けることはやむをえ」ず、「外登法を定住外国人に適用することは憲法 14 条に反するものではない」、「そして、定住外国人に外登法を適用するにあたり、指紋の押なつに関してのみ定住外国人とその他の外国人とを分け異なる取扱いをすることにもかなり多くの問題を含み、これまた立法裁量の範囲に属し、結局、定住外国人に対し外登法に基づき指紋押なつ義務を課すことも憲法 14 条に違反するものでない」という。S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判、S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判、H-13.4.18〈指紋【収集】/国賠〉大阪高判も同旨。

- (ハ) 指紋押捺制度は憲法 19 条に違反しない<sup>18)</sup>
- (キ) 外国人登録法に定められた刑罰が、戸籍法や住民基本台帳法違反等の制裁に比し重いとしても憲法 31 条に違反しない<sup>19)</sup>
- (ク) 指紋押捺制度の運用の実態が立法の理由ないし制度の趣旨と全くかけ離れているわけではなく、指紋押捺制度の必要性は消滅していないし、一般の犯罪捜査や、在日朝鮮人の治安管理、取締りに資することにあつたことをうかがわせるに足る状況は認められない<sup>20)</sup>。

### (3) 司法哲学

このアプローチでは、既に扱った (一)「憲法 13 条 (私生活上の自由)/公共の福祉」アプローチにおけると同様、〈容貌【収集】〉、〈自動車【収集】〉の事件では、捜査機関の権能が尊重され、〈指紋【収集】〉の事件では、立法政策、

立法裁量が強調される<sup>21)</sup>。

D このアプローチをめぐる

(1) 〈容貌【収集】〉

S-39.5.30 〈容貌【収集】/刑事〉大阪高判は、1審判決が、被疑者の承諾なくして写真撮影を行なうことは原則として違法とするのに対し、「少なくとも現に犯罪が行なわれており、写真撮影による証拠保全の必要があると認められるときは」、「被疑者の意思に反しても写真撮影が許される」とした。この点について、本判決は、1審判決の強制捜査説に対し、「写真撮影は任意捜査だと断じたのであった。もっとも任意捜査とはいいながら、写真撮影の特殊性に着目し、一般に任意捜査は相手方の承諾をえて行なうものであるが、写真撮影は相手方に気づかれずあるいは相手方の意思に反して行なうものであるから、無制限に許されるものではないとの歯どめはかけている。すなわち、現に犯罪が行なわれており、証拠保全の必要があると認められる場合でなければ、被疑者の意思に反して写真撮影することは許されないとする」、「この段階では、肖像権制約の原理は証拠保全の必要性といったあいまいなものにとどまったが、やがて、国鉄田町電車区入浴事件」に至って、狭義の必要性、緊急性、手段の相当性といった周到な分析へと発展している<sup>22)</sup>というコメントの他、刑事訴訟法関係からのコメントが多い。

(2) 〈自動車【収集】〉

S-55.1.14-319号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判は、オービス3の合憲性に関する初めての司法判断である。本判決が、44年判決を援用した点について、「自動車利用者のプライバシーは、ほぼ歩行者と同じ程度のプライバシーしか保障されないものと考えれば、オービスIIIによる写真撮影も基本的に右の判例の示した要件に適合しているかを判断することが正当であろう。本判決は、「オービスIIIは重大な事故に直結する或いは他人の生命を奪いかねない89km毎時という最高制限速度違反の犯罪を実行中の者の状

況を捕捉する場合であり、直ちに撮影しなければ現場を走り去ってしまうのであるから証拠保全の必要性・緊急性が存在し、「撮影方法も運転者を急停止させる等運転を阻害することなく近赤外光線を用いて、運転者の視覚を眩惑する危険がない相当な方法であるから、最高裁の示した基準に適合していると判示した。判旨は妥当である」<sup>23)</sup>との好意的コメントがある。他方、本件において、被告人側の証人になった庭山教授は、その論稿において、「オービス III による取締りもしくは捜査には違憲・違法の疑いが濃厚であり、したがって同手段をもって収集した証拠によって刑事裁判において有罪判決をくだすことは不能ないし不当である。オービス III による捜査には」、① 肖像権もしくはプライバシー権の侵害の問題、② 法の下での平等違反の問題、③ 集会・結社の自由侵害の問題、④ おとり捜査に類する問題、⑤ 被疑者・被告人の防禦権侵害の問題、⑥ 測定の信頼性ないし正確性保障の問題等「において憲法第 31 条適正手続保障条項に反する疑いがきわめて濃い」とし、「オービス III を適法に使用するには、現在フランスでやっているように、車の背後からナンバープレートを撮影するしかないであろう。車の前方から撮影するのをどうしてもやめたくないというのなら、違反者に対し『違反警告』を発するにとどめるしかないであろう」<sup>24)</sup>と指摘する。

### (3) 〈指紋【収集】〉

S-59.8.29 〈指紋【収集】/刑事〉東京地判については、前述《消極主義 III》(→注 16)のコメント参照。

#### 注

- 1) 昭和 35 年 5 月 24 日、総評傘下の大阪証券取引所労組の 3 名は、安保条約粉碎、国会解散要求、岸内閣打倒等の政治上の主張を掲げたデモ行進（ジグザグ行進など一般の交通妨害をしないという条件で大阪府公安委員会から許可された）に参加し、ジグザグ行進を開始した。それを現認した巡査が、デモ行進の違反状況を明らかにするとともに容疑者の確認を目的として写真撮影をした。撮影に憤った 3 名は、身分、氏名、目的、用途等を問いただす意図で巡査に近づいたところ、巡査は逃げだしたので追跡し、労組事務所まで巡査を取り囲んだまま連行した。その行為

が刑法 220 条 1 項の不法逮捕罪にあたるとして起訴された。1 審、大阪地裁は、巡査に撮影が、組合員の容貌を撮影する目的であったと認定したのち、集団示威行進は参加者の思想を公に発表する目的で行なわれるものであるから、その状況を写真撮影されることは参加者等が事前に容認しているところであって何等違法と言えないとしたが、容貌を目的として撮影されることまで容認しているとはいえないし、顔写真の撮影は一見任意捜査であるかのように思われるが、社会通念上無形の強制力を駆使して憲法上保障された諸権利や個人の尊厳を害する恐れのある行為であること、一方、刑訴 218 条 2 項の規定の反面解釈としても同法 197 条 1 項但書という強制処分に含まれると解せられることから、被疑者の承諾なくしてその写真を撮影することは犯罪の種類・性質・捜査方法等よりして真に特別の事情の存する場合を除き違法であるとする。そして、本件の場合、特別の事情も認められず、又警察官は一応の釈明する義務あるのにしていないとし、被告人らの所為は実質的違法性を欠くとし、無罪とした。1 審については、光藤景皎・別冊ジュリ 31 号 146 頁(1971) 参照。

- 2) 本判決は、被告人の行為は構成要件に該当しないとして無罪とするが、「巡査の写真撮影行為を不違法であると」原審が「判断したのは誤り」とする。巡査の行為に対し、明確に合憲判断をしている点に注目し、《消極主義 III》のアプローチに類別する。
- 3) オービス 3 撮影の速度監視訴訟（前出一注 15）参照。
- 4) 本判決は、本件は、「重大な事故に直結する、或いは場合により他人の生命を奪いかねない 81 キロメートル毎時という最高制限速度違反の犯罪を現に実行中の者の状況を捕捉する場合であり」「直ちに撮影しなければ現場を走り去ってしまうのであるから証拠保全の必要性があり、かつ、緊急性も存在し」、「その撮影方法も運転者を急停止させる等運転を阻害することなく近赤外光線を用いて、運転者の視覚を眩惑する危険がない相当な方法で撮影する」という。
- 5) オービス 3 撮影の速度監視訴訟（前出一注 15）参照。
- 6) オービス 3 撮影の速度監視訴訟（前出一注 15）参照。
- 7) オービス 3 撮影の速度監視訴訟（前出一注 15）参照。被告人は、自動速度取締装置は、速度測定の対象車両と写真撮影の対象車両が同一であることの保障がないとも主張する。
- 8) A タイプの指紋押捺訴訟（前出一注 16）参照。被告人は、大韓民国籍。
- 9) A タイプの指紋押捺訴訟（前出一注 16）参照。被告人は、大韓民国籍。
- 10) A タイプの指紋押捺訴訟（前出一注 16）参照。被告人は、米国籍。
- 11) レーダスピードメータ撮影の速度監視訴訟（前出一注 15）参照。被告人は、取締現場道路において速度違反自動監視装置の設置されている路線であることを示す予告板による公平かつ十分な告知がなく、このような違法な写真撮影の結果を刑事事

追に利用することは適正手続を保障する憲法 31 条にも違反すると主張する。

- 12) B タイプの指紋押捺訴訟（前出一注 16）参照）。原告は、韓国、中国、アメリカ籍。原告らが、確認申請、再交付申請、引替交付申請を行った際、指紋の押捺を拒否したところ、警察は、原告らに任意出頭を求めるとともに、一部の原告らを逮捕し、指紋を強制採取した。原告らは、指紋押捺制度の違憲、人権規約違反を主張するほか、本件各逮捕の違法、指紋押捺強要行為の違法、指紋押捺制度が定住外国人に適用される限りで違憲等の主張をし、国及び各地方自治体に対し、損害賠償を求めた。
- 13) 本判決は、44 年判決について、「警察官が公道におけるデモ行進の参加者を写真撮影した事案」と捉え、「本件は警察により設置されたオービス 3 が公道を走行中の自動車の運転者を写真撮影する事実」と捉える。そして、「いずれもプライバシーが保護されなければならない住居等とは本質的に異なり、一般人から認識される状態で公道を通行する被疑者を撮影する事案であるから、プライバシーないし肖像権の侵害に関する」44 年判決「の趣旨は本件についても妥当する」という。
- 14) S-55.1.14-319 号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判は、「犯罪捜査という公共の福祉のために」集会および結社の自由等の「諸権利が相当の制限を受ける」という。S-59.2.29〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判は、「オービス 3 による写真撮影は、運転者のみでなく、同乗者の容ぼう等をもその対象として含む場合があり、運転者と同乗者の状況が取締り警察官に覚知されることもあり得るのであるが、このことはオービス 3 に特有の問題ではなく、他の速度違反取締方法においてもあり得ることであるうえ」、44 年判決の 3 要件「のもとに許容されている捜査のための写真撮影に際し、犯人の近くにいたためこれを除外できない状況にある同乗者の容ぼう等が含まれることになっても、犯罪捜査という公共の福祉の見地から、それは許容される」という。S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判は、「そもそも本件において集会の名に値するものが存在したことは認められない。かりに観念的に集会の自由の侵害があったとしても」、44 年判決の「3 要件に加えて、本件の各写真撮影は交通事犯の捜査目的に必要かつ相当と認められる範囲内で行われたものであり、撮影された写真が右目的以外に濫用されたことはない」と認められることを考慮に入れると、右各写真撮影は憲法 21 条 1 項にも違反しない」という。
- 15) S-55.1.14-319 号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判は、「犯罪捜査は捜査機関の人的物的限界等諸般の事情から全件検挙が困難であり、こうした事情から、交通違反の検挙については捜査官の交通事情に則した裁量が許されるのであって、特定のものに限って検挙するが如き裁量権の濫用にわたることがなければ憲法 14 条に違反しない」という。S-59.2.29〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判は、「従来の取締方法においても種々の制約が存したことは明らかであり、そこに人的物的限界のあることはこれを認めざるを得ないのであって、ある取締方法がすべての車両の違反を検挙できなければ法の下での平等に反すると解するのは相当でなく、オービス 3 が自動 2 輪車

## プライバシーの権利をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)

及びセットされた車線以外の車線を通行する車両を捕捉することができないからといって、不合理な差別が行われているということではできない」という。H-5.9.24〈自動車【収集】/刑事〉東京高判は、設置方法における不平等の主張について、「事実上所論のように予告板を見た者は速度を緩め、見なかった者は高速のまま進行するという、犯罪防止という面からは多少異なった結果が生じて、憲法14条には違反しない」という。

- 16) S-55.1.14-319号〈自動車【収集】/刑事〉東京簡判は、「検挙後十数日前後に違反者の任意出頭を求めて弁解を聴く機会を与えているのが捜査の実情」であり、この際は、現場でないことを考慮して十分に違反者の弁解を聴くように配慮がなされていること、「オービス3による検挙は、いわゆる暴走運転のような過度の速度違反を対象としており、そのような運転をするのは特別の場合であって、その際の危険な運転をした状況に関する記憶は通常かなり強く残るものと考えられ、弁護人主張のように短時間に記憶が喪失されるものであるとは経験則上考えられず、又右弁解に沿う立証も捜査官側で収集した証拠を含めて比較的容易であり、「違反者の防禦権が不当に侵害されるという弁護人の主張は理由がない」という。S-59.2.29〈自動車【収集】/刑事〉大阪地判も同旨。S-59.7.17〈自動車【収集】/刑事〉東京高判は、「被告人が本件各違反場所において、その場で警察官に対して弁解の機会を与えられていないことは所論のとおりであるが、被告人は本件各現場で停止を命ぜられたわけではなく、もとより現行犯人として逮捕されたのではない。捜査官が犯罪状況を撮影したとき、直ちに犯人に弁解の機会を与えなければ憲法31条に違反するとは解されない」という。
- 17) 本判決は、外国人登録法が昭和27年に制定されるにあたり、指紋押捺制度を採用した経緯について、「昭和22年に制定された外国人登録令においては、登録の際の外国人の特定や、登録証明書の切替等に際しての同一人性の確認手段としては写真等に依存していた結果、幽霊登録や二重登録が続出し、また、写真の貼り替えなどの方法による登録証明書の偽造、変造も容易に行われ、登録証明書の不正行使が横行するなどしたため、これらの不正を防止し、外国人の登録を正確にするために採用されたもので、同制度採用後は不正登録や不正使用などの事例は激減した旨の説明がなされている」という。
- 18) S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判は、指紋押捺制度は、「在留外国人の居住関係及び身分関係を明確にする外国人登録の正確性を維持するため、採用され、国籍、定住の程度を問わず、我が国に一定期間以上在留する所定年齢の外国人のすべてに対し適用されるもので、その立法目的に関する外登法1条の規定や、各条文の内容をみても、指紋押捺を義務付けることにより在留外国人の思想や良心に干渉することや、在日韓国朝鮮人に同化的帰化を強制することがその立法目的であると解することはできない」、「定住している在日韓国朝鮮人の中には、指紋押捺体験を含

め、我が国での生活体験を通じて強い被差別感に悩み、不幸にして心身を害した事例があることなどが認められるけれども」、「その主な原因はむしろ、在日韓国朝鮮人に対する理由のない社会的、心理的偏見にあるとみられ、かような偏見については根絶を期さねばならないことはもとよりであるが、指紋押捺制度は、右のような体験の一因をなす場合があるとしても、いまだこれがあることによって在日韓国朝鮮人の心理的な日本社会への同化傾向が決定付けられるほどの作用を及ぼしているとは認めがたい」という。

- 19) S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判は、指紋押捺制度が憲法31条に違反するとの主張について、「我が国と右外国との間に、立法政策上も顧慮すべき歴史的経過があることについては傾聴すべき点があるとしても」、「指紋押捺制度の憲法31条違反をきたすとする点は、直ちに首肯し得ない」という。
- 20) S-59.8.29〈指紋【収集】/刑事〉東京地判は、指紋押捺制度の運用の実態が立法の理由ないし制度の趣旨と全くかけ離れ、制度が他目的のために利用されているという弁護人らの主張について、「その主張を裏付ける事実が部分的には存在するとはいえ、単なる推論にとどまる部分も多く、逆に立法目的に沿って運用されていることを裏付ける事実の存在もかなり見出すことができる」という。S-60.8.23〈指紋【収集】/刑事〉福岡地小倉支判は、「外国人登録令下に頻発した不正登録等の原因が、食糧難など当時の混乱した社会情勢にあったとしても、そのような不正行為が容易に行われ得たこと自体、登録外国人の特定や同一人性の確認の手段・方法が不十分であったことを示すものでもあり、その後における不正登録の激減が食糧事情の好転など社会情勢の安定化に負うところが大であるにしても、指紋押なつ制度施行後において、登録指紋の照合による、不正登録や密入国、不法残留などの摘発の事例が報告されていることに鑑みれば、指紋押なつ制度の採用が前述の不法行為の激減と無関係とはいえないばかりか、指紋押なつ制度が登録外国人の同一人性の確認を含め、登録外国人の正確な特定、ひいては、外国人登録の正確性の維持という外登法の立法目的達成に実効のあることが認められ、指紋登録及びその保管に関する一連の運用規定も外登法の立法目的に副っており」、「他の目的への利用が企図されているとは認めがたい」、「外国人の同一人性に疑問が生じた場合には事後的にでも指紋照合を行うことによって最も確実に同一人性の有無を確定することができ、このことから、ひいては、2重登録や外国人登録証明書の不正入手等の不正行為に対する抑止の効果も大きなものがあると考えられ、指紋登録事務の実態が外国人の同一人性の確認という制度目的と全くかけ離れているとの主張は当然ないし、指紋押なつ制度が有名無実化しているともいえない」、「登録原票や指紋原紙に押なつされている指紋の大量的利用、すなわち、犯行現場に遺留された指紋と、登録原票などから大量に集められた指紋とを照合し、その中から一致するものを捜し出して犯人を割り出すという利用方法は許されていないし、過去において、一部市区町村におい

## プライバシーの権利をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)

て、保管中の登録原票の指紋押なつ欄を含め、警察官らが閲覧することを黙認した事例が認められるが、これをもって直ちに指紋押なつ制度の目的が在留外国人ことに在留韓国人に対する行動調査に利用することにあるとは認めがたい」という。S-61.4.24〈指紋【収集】/刑事〉神戸地判も同旨。

- 21) S-61.12.26〈指紋【収集】/刑事〉福岡高判は、「現段階における国際関係のもとでは、外国人の出入国及び国内にいる外国人の居住関係や身分関係などの在留の実態を的確に把握する必要性のあることは、いかなる国家といえども否定することはできない重要な問題であり、外国人登録法はその目的のために制定されているところ」、「その確認方法につき、指紋を含めたいかなる手段を選択するかは、まさに立法府の裁量に委ねられている」という。
- 22) 庭山英雄・別冊ジュリ 33号 133頁 (1971)。
- 23) 椎橋隆幸・判評 263号 (判時 982号) 214頁 (1981)。
- 24) 庭山英雄「オービス III 事件の研究 (2)」中京法学 14 卷 1号 29頁 (1979)。本研究は、その後の速度監視訴訟における被告人の主張に影響を与えている。

## (三) 「憲法 13 条 (その趣旨) / 公共の福祉」アプローチ

### A 概 要

これは、44 年判決を援用せず、私生活上の自由という語も、プライバシーという語も用いないで、問題となっている〔情報〕の収集を強制することは、憲法 13 条の趣旨に違反し許されないとするが、公共の福祉のためのやむをえない規制である、として被告人の主張を斥けるアプローチである。このアプローチは、プライバシー権にある程度コミットはするが、プライバシー権へのマイナスのコミットは、より強い。

### B 裁判例

(1) S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判昭和 61 年 2 月 25 日<sup>1)</sup>(判タ 596 号 87 頁) は、指紋押捺制度が憲法 13 条に違反するとの被告人の主張について、「国が正当な理由なく個人に指紋の押なつ義務を課しこれを強制することは、憲法 13 条の趣旨に違反し、許されないとするが、「公共の福祉のために外国人の公正な管理を行うとともにひいては不法入国者等を発見、除去

すべき責務と権能を有する」, 「指紋押なつ制度には合理的な理由と必要性があり, 国が本邦に在留する外国人に指紋押なつ義務を課すことによって守ろうとする国家的利益は, 現在のところ外国人の本邦において指紋を採取されない自由と比べこれに優越している」, 「外国人に指紋押なつ義務を課した外登法 14 条はやむを得ないものであって憲法 13 条の趣旨に違反せず, また, B 規約 7 条にいう『品位を傷つける取扱い』にも当たらない」という。憲法 14 条, B 規約 26 条違反の主張も斥け, 有罪とする。

C このアプローチを支える思想

(1) プライバシー権へのある程度のコミット

(a) 〈指紋【収集】〉

(ア) 国が正当な理由なく個人に指紋の押捺義務を課しこれを強制することは, 憲法 13 条の趣旨に違反し許されない

S-61.2.25 〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は, 前述《消極主義 III》(一) C (1) (c) (ア) で扱った判決と同旨と思われるが, 「憲法 13 条の趣旨」という言葉を用いる。

(イ) みだりに指紋の押なつを強制されない自由は外国人にも及ぶ

S-61.2.25 〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は, 明言しないが, 当然としていると思われる。

(2) プライバシー権へのマイナスのコミット (対抗利益へのコミット他)

(a) 〈指紋【収集】〉

(ア) 在留外国人を公正に管理するという外国人登録法の立法目的には合理性, 必要性があり, 登録外国人の特定とその同一人性を確認する手段としての指紋押捺制度には十分な合理的な理由と実質的な必要性がある

S-61.2.25 〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は, 前述《消極主義 III》(二) C (2) (c) (イ) で扱った判決と同旨。

(イ) 押捺の方法は受忍限度内

S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は、《消極主義 III》(二) C (2) (c) (ウ) で扱った判決と同旨。

(ウ) 指紋押捺以外の代替手段は、効能において劣る

S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は、《消極主義 III》(一) C (2) (c) (エ) で扱った判決と同旨。

(エ) 指紋押捺制度は憲法 14 条 (B 規約 26 条, 2 条 1 項) に違反しないし、定住外国人にも一律に適用すべきものとしていることは立法政策

S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は、《消極主義 III》(二) C (2) (c) (オ) と同旨。

(オ) 外国人登録法に定められた刑罰が、戸籍法や住民基本台帳法違反等の制裁に比し重いとしても憲法 31 条に違反しない<sup>2)</sup>

(カ) 指紋押捺制度の必要性は消滅していないし、形骸化していない<sup>3)</sup>

### (3) 司法哲学

S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は、「指紋押なつ義務を課すか否かは専ら立法政策の問題である」とし、国の立法政策の次元であることが強調される。

## D このアプローチをめぐる

### (1) 〈指紋【収集】〉

S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事・国賠〉岡山地判は、指紋押捺制度の採用は、国の立法政策の問題であることを強調し、合憲とした。この点、「本判決もいうように、指紋は秘匿性の強い人格的自由である。そうだとすれば、その審査に際しては、経済的自由の制約に用いられる合理性の基準でなくて、精神的自由の制約に用いられる厳格な審査基準が一言検討されてもよかつたのではないか。また本判決は、合理性の基準を貫徹させようとするために、顔写真を用いるという『より制限的でない他の選ぶる手段』の問題

提起を、『立法政策の問題』であるとし、指紋押なつの合違憲を判断すべき問題と『次元を異にする』と言い切っている。まさに裁判所は、自由の制約の基準を1つの角度から、つまり立法裁量の優先という多数支配の角度からとらえていて、憲法は少数派の人権と自由を多数派に対して保障しようとするものであることを見落している」<sup>4)</sup>という批判がある。

#### 注

- 1) Aタイプ(前出一注16)参照)の指紋押捺訴訟。被告人は、大韓民国籍。
- 2) S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は、「外国人に指紋押なつ義務を課した目的が」、「本邦に在留する外国人を特定し、その後の確認申請等に際してその同一人性を誤りなく審査、確認することにあることを考慮すると、この重要な目的を遂行するために設けられた指紋押なつ制度を根本的に否定する指紋押なつ拒否者に対して」、「刑罰をもって臨むことはやむを得ないところであって、これが憲法31条に違反するとは到底いえない」という。
- 3) S-61.2.25〈指紋【収集】/刑事〉岡山地判は、《消極主義III》(二)C(2)(c)(ウ)で扱った判決と同旨。
- 4) 笹川紀勝・ジュリ866号141頁(1986)。

### (四) 「憲法13条(個人の自由ないし権利・情報)/ 公共の福祉」アプローチ

#### A 概要

これは、憲法13条は、個人の有する自由ないし権利を保障するとし、問題となっている[情報]は価値の高い情報と捉えるが、公共の福祉による制約を受けるとし、被告人の主張を斥けるアプローチである。44年判決を援用しない点、私生活上の自由、プライバシーという概念を用いない点、他方で、個人の自由ないし権利、情報という概念を用いる点に特徴がある。このアプローチは、プライバシー権にある程度コミットはするが、プライバシー権へのマイナスのコミットは、より強い。

## B 裁判例

(1) S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判昭和63年3月16日<sup>1)</sup>(判時1294号3頁)は、指紋押捺制度が憲法13条に違反するとの被告人の主張について、44年判決を援用しないが、「指紋押なつを強制されないということは、個人の自由ないし権利として何人にも、したがって在日外国人にも保障されていなければならない、その実定法上の根拠は、憲法13条に求めることができる」とするが、「個人の有する右の自由ないし権利も、公権力の行使から無制限に保護されているわけではなく、合理的必要性がある場合には公共の福祉という見地から相当の制約も受けざるを得ない」という。そして、「外国人登録制度が正当な行政目的を有することには疑問の余地がない」として制度の合理性、必要性を肯定し、「憲法13条に反する点はない」という。憲法14条、31条、B規約前文、2条、7条、26条違反の主張も斥けるが、指紋押捺は原則として最初の1回とする昭和62年の改正が原判決後にされたことを考慮し、被告人を罰金3万円の実刑に処した原判決を破棄し、同刑の執行を猶予するのが相当とする。

## C このアプローチを支える思想

### (1) プライバシー権へのある程度のコミット

#### (a) 〈指紋【収集】〉

(ア) 憲法13条は、個人の自由ないし権利として最も価値の高い情報である指紋について押捺を強制されないことを保障する

S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、「指紋は万人不同、終生不変であり、甲者と乙者とが同一人物であることを識別するために最も、有力、基本的、かつ、価値の高い情報を提供するものであるから、この情報は、いわゆる肖像権の場合におけると同様、本来個人の自由な管理にゆだねられるべきものであり、更に、万人不同、終生不変の指紋は犯人究明の有力な手段の1つとして使われているという実情の下では、指紋の押なつを強制された者は、あたかも犯罪者と同一の取扱いをされたという屈辱感、不快感ないし

は差別感を抱き、個人としての尊厳を害されたと感ずることがあり得る。それ故、指紋押なつを強制されないということは、個人の自由ないし権利として何人にも「保障されていなければならない、その実定法上の根拠は、憲法13条に求めることができる」という。

(イ) みだりに指紋の押捺を強制されない自由は外国人にも及ぶ

S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、前述《消極主義 III》(一) C (1) (c) (イ) で扱った判決と同旨。

(2) プライバシー権への強いマイナスのコミット (対抗利益へのコミット他)

(a) 〈指紋【収集】〉

(ア) 個人の有する自由も、公共の福祉のため制約を受ける

S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、前述《消極主義 III》(一) C (2) (c) (ア) で扱った判決と同旨。

(イ) 在留外国人を公正に管理するという外国人登録法の立法目的には合理性、必要性があり、登録外国人の特定とその同一人性を確認する手段としての指紋押捺制度には十分な合理的な理由と実質的な必要性がある

S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、前述《消極主義 III》(二) C (2) (c) (イ) で扱った判決と同旨。

(ウ) 指紋は、身体的、精神的ないし思想的な秘密にかかわらない

S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、「指紋は、単に、身体外表面、しかも、そのごく一部の特徴に過ぎず、それ以上に、当人においてどのような場合でも、また、何人に対しても秘匿しておきたいと考えるような身体的、精神的ないし思想的な秘密にかかわるものではない、という。

(エ) 押捺の方法は受忍限度内

S-63.3.16〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、前述《消極主義 III》(二) C (2) (c) (ウ) で扱った判決と同旨。

(オ) 指紋押捺以外の代替手段は効能において劣り、仮に劣らないとしても写真などの代替手段を採用するかは立法裁量の問題

S-63.3.16 〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、前出《消極主義 III》(二) C (2) (c) (オ) で扱った S-59.8.29 〈指紋【収集】/刑事〉東京地判と同旨。

(カ) 指紋押捺制度は憲法 14 条 (B 規約 26 条, 2 条 1 項) に違反しないし、定住外国人にも一律に適用すべきものとしていることは立法政策であり、適用も違憲でもない

S-63.3.16 〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、前述《消極主義 III》(二) C (2) (c) (カ) で扱った判決と同旨<sup>2)</sup>。

(キ) 外国人登録法に定められた刑罰が、戸籍法や住民基本台帳法違反等の制裁に比し重いとしても憲法 31 条に違反しない<sup>3)</sup>

(ク) 指紋押捺制度の必要性は消滅していないし、形骸化していない<sup>4)</sup>

### (3) 司法哲学

このアプローチでは、立法政策・立法裁量が強調される<sup>5)</sup>。

## D このアプローチをめぐって

### (1) 〈指紋【収集】〉

S-63.3.16 〈指紋【収集】/刑事〉名古屋高判は、昭和 62 年の改正により、指紋押捺は原則として最初の 1 回とされた後の初めての判決であった。この点、「訴訟指揮の内容などからして推して、再押捺を違憲とする判断が出されるとの期待感さえ与えるものであったが、今次法改正以前の諸判例の水準よりむしろ後退した、そして、法改正以降の他の判例と選ぶところのない問題の多いリーディングを用いて、再押捺制度の合憲を結論する判決に終わった」、「法改正前の諸判決は、指紋を採られない権利について、濃淡の差はあれ、ほぼ共通して、これをプライバシー権利に含めて理解していたのであるが、本判決は、それを明言することを避けており、実質的にはさほどの相違はないといえるものの、『プライバシー』の語を一度も用いていない」、「本

判決は、言葉を費して、『それは単に身体外表面、しかも、そのごく一部の特徴に過ぎず、いかなる場合にも、また、何人に対しても秘匿しておきたいと考えられるような身体的、精神的ないし思想的な秘密にかかわるものではない』旨強調するのであるが、これは、指紋のプライバシー該当性を明言しないことと連結させて読んでよい」という批判がある<sup>6)</sup>。

注

- 1) Aタイプ(前出一注16)参照)の指紋押捺訴訟。被告人は、大韓民国籍。
- 2) 本判決は、「我が国への密着性の高い在日韓国人が多数存在する」が、「他面その密着性の程度は、在日韓国人という一事をもっては一律に論じることができないのみならず、被告人を含め、在日韓国人も法律的には、外国人であることに変わりがない以上、いかなる在日外国人を定住性の強度な者ととらえ、その同一性確認について、他の在日外国人と異なる取扱いをするかということは、国内の状況のみならず、国際情勢や当該外国人の母国との外交関係等を十分考慮したうえ、国益保持の見地から立法府において合目的な裁量権を行使して決定すべき事項であり、在日韓国人の我が国への密着性という一事で例外的取扱をすることは、在日外国人相互間の差別を設けることにもなりかねない」、「被告人のような在日韓国人をも再押なつ制度の対象に含めても、所論のような適用違憲の問題を生じることはない」という。
- 3) S-63.3.16(指紋【収集】/刑事)名古屋高判は、「日本人には、外国人と異なり、我が国に居住する本来的権利があるうえ、日本人と外国人の間には、一般的に、我が国社会に対する密着性の程度において格段の相違がある以上、外国人による指紋不押なつの所為と日本人による戸籍法や住民基本台帳法の各種の届出義務違反の所為との間に、所論のような処罰の相違があっても、これが著しく均衡を欠いたものとは到底いうことができない。また、外登法による指紋不押なつ罪の構成要件が罪刑法定主義にもとるという点も、何ら見いだすことができず、「本件諸規定による再押なつ制度には、憲法31条に反する点はない」という。
- 4) S-63.3.16(指紋【収集】/刑事)名古屋高判は、《消極主義III》(二)C(2)(c)(ウ)で扱った判決と同旨。
- 5) S-63.3.16(指紋【収集】/刑事)名古屋高判は、定住外国人の処遇については、「広範な調査に基づき、国内の政治、経済、社会の諸事情のほか、諸外国との外交関係等をも慎重に考量して決すべきものであり、立法府の合目的判断による合理的な裁量に待つべきもの」という。
- 6) 小林武・南山法学12巻1号136,137頁(1988)。同コメントは、「指紋を採られない権利を制約する立法に対しては、右の権利をプライバシー権と解した場合はも

もちろん、また本判決のように、その点はいまいでありながらこれを個人の人格的尊厳に深くかかわる権利と解した場合も同様に、本来は、厳格な基準ないしそれに準ずる基準が採用されるべきである、とするのが学説上、今日、一般的である」という。138 頁。

## (五) 「憲法 13 条 (私生活上の平穩) / 公共の福祉」

### アプローチ

#### A 概 要

これは、憲法 13 条は、個人の尊厳を確保するための私生活上の平穩の一形態として、問題となった〔情報〕を保障するが、公共の福祉による制約を受ける、として原告の主張を斥けるアプローチである。44 年判決を援用しない点、私生活上の自由、プライバシーという概念を用いない点に特徴がある。このアプローチのプライバシー権へのコミットは弱く、プライバシー権へのマイナスのコミットは、より強い。

#### B 裁判例

(1) H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判平成 2 年 11 月 29 日<sup>1)</sup> (判時 1374 号 89 頁) は、指紋押捺制度が憲法 13 条に違反するとの原告の主張について、「みだりに指紋押なつを強制されない自由は、個人の尊厳を確保するための私生活上の平穩の一形態として、憲法 13 条の保障する権利に含まれ」、「外国人に対しても保障される」とするが、「公共の福祉の観点から一定の制約を受けることがあり、また、法が正当な立法目的のために、外国人に対し、特定の権利について、外国人たる地位や当該権利の性質に鑑み、必要かつ合理的な範囲内で、日本国民とは異なる制約を課することも、憲法上許される」という。そして、外国人登録法 14 条の立法目的は正当であり、国は、その「目的を達成する手段の選択については、合理的な範囲内での裁量権を有する」、「人の特定、同一性確認のためには、万人不同、終生不変の指紋を利用するのが最も有効にして確実な方法であり、したがって、指

紋押なつ制度の必要性と合理性も認めることができる」とし、B規約7条、憲法14条違反の主張も斥ける。そして、事実を検討し、本件逮捕状の請求、発布及び執行はいずれも適法であり、指紋採取手続、採取の際の有形物行使の方法、程度も相当で適法であるとし、国、神奈川県に対する慰謝料及び謝罪広告の請求、神奈川県に対する指紋票等の返還の各請求も斥ける。

C このアプローチを支える思想

(1) プライバシー権への弱いコミット

(a) 〈指紋【収集】〉

(ア) 憲法13条は、みだりに指紋押捺を強制されない自由を、私生活上の平穩の一形態として保障する

H-2.11.29〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、既に述べたように、「みだりに指紋押なつを強制されない自由は、個人の尊厳を確保するための私生活上の平穩の一形態として、憲法13条の保障する権利に含まれる」という。

(イ) みだりに指紋押捺を強制されない自由は、外国人に対しても保障される

H-2.11.29〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、前述《消極主義 III》(一)C(1)(c)(イ)で扱った判決と同旨。

(2) プライバシー権への強いマイナスのコミット (対抗利益へのコミット他)

(a) 〈指紋【収集】〉

(ア) みだりに指紋押捺を強制されない自由は、公共の福祉から制約を受ける

H-2.11.29〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、前述《消極主義 III》(一)C(2)(c)(ア)で扱った判決と同旨。

プライバシーの権利をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)

- (イ) 外国人の居住関係及び身分関係を明確にすることによって在留外国人を公正に管理するという指紋押捺制度の立法目的には合理性があり、必要性もある

H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、前述《消極主義 III》(二) C (2)(c)(イ) で扱った判決と同旨。

- (ウ) 指紋押捺以外の代替手段は、効能において劣る

H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、前述《消極主義 III》(一) C (2)(c)(ウ) で扱った判決と同旨。

- (エ) 指紋押捺制度は憲法 14 条 (B 規約 26 条, 2 条 1 項) に違反しない

H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、前述《消極主義 III》(二) C (2)(c)(エ) で扱った判決と同旨。

- (オ) 指紋押捺制度の必要性は消滅していないし、形骸化していない<sup>2)</sup>

(3) 司法哲学

このアプローチでは、国家の裁量が強調される<sup>3)</sup>。

D このアプローチをめぐる

(1) 〈指紋【収集】〉

H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判について、筆者の見た範囲では、コメントは見られない。

注

- 1) B タイプ (前出一注 16) 参照) の指紋押捺訴訟。協定永住許可を受けた在日韓国人が、外国人登録証明書の紛失による再交付手続をする際、指紋押捺を拒否し、逮捕され、指紋を強制採取され、略式命令により罰金 3 万円の刑に処せられた。原告は、指紋押捺制度の違憲、逮捕の違法を主張し、神奈川県、国に対し、国賠、謝罪広告の掲載を求めるとともに、神奈川県に対し、同県が保管する原告の 10 指指紋票及び原告の掌紋が印象された書類等一切の引渡しを求めた。
- 2) H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、《消極主義 III》(二) C (2)(c)(ウ) で扱った判決と同旨。
- 3) H-2.11.29 〈指紋【収集】/国賠〉横浜地川崎支判は、外国人登録法 14 条の立法目的

は正当であり、国は、その「目的を達成する手段の選択については、合理的な範囲内での裁量権を有する」とするが、その際、「そもそも国際慣習法上、国家は外国人を受入れる義務を負うものではなく、特別な条約がない限り、外国人を自国内に受入れるかどうか、また、これを受入れる場合にいかなる条件を付するかを当該国家が自由に決定することができるものとされていることに鑑みると」という。

## (六) 「憲法 13 条 (個人の自由) / 制約可」アプローチ

### A 概要

これは、憲法 13 条は個人の自由を保障し、問題となった〔情報〕は、そこに含まれるとするが、国家の制約を全面的に禁止しているものではないとし、被告人の主張を斥けるアプローチである。44 年判決を援用しない点、私生活の自由、プライバシー、さらに、公共の福祉なる概念を用いない点に特徴がある。このアプローチのプライバシー権へのコミットは弱く、プライバシー権へのマイナスのコミットは、より強い。

### B 裁判例

(1) H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判平成 6 年 5 月 19 日<sup>1)</sup> (刑集 51 卷 10 号 956 頁, ①→H-4.3.26 〈確認【収集】/刑事〉大阪地判, ③→H-9.11.17 〈確認【収集】/刑事〉最 1 判) は、外国人登録法の定める確認申請義務は、外国人のプライバシーを制約し、憲法 13 条に違反し、憲法 14 条が禁止する社会的身分による差別として許されないと被告人の主張について、「外国人登録法の定める諸制度が、多少なりとも、対象となる外国人の自由を制約するものであり、戸籍法及び住民基本台帳法の適用を受ける国民とは異なった処遇をしていることは明らかであるが、憲法 13 条も個人の自由に対する国家の制約を全面的に禁止しているものではなく、また憲法 14 条が全ての別異処遇を差別として禁じているものでないことは、各規定の趣旨に照して明らか」という。そして、「確認申請制度は、外国人登録法の所期の目的達成のため、必要かつ合理的な制度と言うべき」として斥け、憲法 31 条, B 規約 2 条, 26

条, 7条違反の主張, さらに, 適用違憲の主張も斥け, 控訴を棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) プライバシー権への弱いコミット

(a) 〈確認【収集】〉

H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判には, プライバシーに積極的にコミットする記述は見られない。

(2) プライバシー権への強いマイナスのコミット (対抗利益へのコミット他)

(a) 〈確認【収集】〉

- (ア) 憲法 13 条は個人の自由に対する国家の制約を全面的に禁止しているものではなく, また憲法 14 条が全ての別異処遇を差別として禁じているものでない

H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は, 表記のよういう。

- (イ) 確認申請制度は, 外国人登録法の目的達成のための必要かつ合理的な制度

H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は, 「国家がその主権の及ぶものを正確に把握することは, 国家としての責務を果たす上での基礎をなすものであり, 国家の構成員たる国民とそれ以外の外国人との間には, 国家との法的関係において基本的な地位に相違があることは, 主権国家の観念を認めることに伴う必然の論理である。国家の構成員たる国民について, 戸籍法による戸籍制度, 住民基本台帳法による住民登録制度によって, その身分関係及び居住関係を把握管理し, それ以外の外国人については, 外国人登録法による外国人登録制度を設けてその居住関係及び身分関係を把握管理すること自体にはなんら問題はな」く, 「確認申請制度は, 外国人登録法の所期の目的達成のため, 必要かつ合理的な制度と言うべき」とする。

- (ウ) 確認申請制度は, 手段としての相当性を逸脱していない

H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は, 「外国人登録法 11 条 1 項が対

象となる外国人に課している義務の内容を見ても、それが手段としての相当性を逸脱しているものとは考えられない」という。

(エ) 確認申請制度は、憲法 14 条 (B 規約 2 条, 26 条) 違反でない

H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は、「外国人登録法の定める制度が、外国人に対し、国民には課せられていない義務を課し、外国人なるが故に、国民とは異なった処遇をしても、それが外国人登録法の「目的を達成するため、国民と外国人との基本的な地位の相違に伴う必要かつ合理的な処遇の差異と認められる限り、憲法 13 条, 14 条に違反するものではない」<sup>2)</sup>、「確認申請制度は、所論の言う合理的かつ客観的基準による別異処遇として、国際人権規約 B 規約 2 条, 26 条が禁止する差別には当たらない」という。

(カ) 罪刑法定主義、憲法 31 条に違反しない<sup>3)</sup>

(ク) 在日朝鮮人の治安管理、取締りに資することにあつたことをうかがわせるに足りる状況は認められないし、同化政策でない<sup>4)</sup>

### (3) 司法哲学

このアプローチでは、立法政策・立法裁量が強調される<sup>5)</sup>。

## D このアプローチをめぐる

### (1) 〈確認【収集】〉

H-6.5.19 〈確認【収集】/刑事〉大阪高判について、筆者の見た限り、コメントは見られない。

#### 注

- 1) 朝鮮国籍の被告人が、確認申請を怠ったため訴追された。被告人は、確認申請制度について、前出一注 17) に記した①②③④の主張をする他、少なくとも戦前から引続き本邦に居住する在日朝鮮人及びその子孫に外国人登録法 11 条 1 項, 18 条 1 項を適用する限度において違憲だと主張する。
- 2) 判決は、「『日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定』(昭和 40 年 12 月 18 日条約 28 号) 第 5 条において、戦前から引き続きわが国に居住すること等により、わが国に『永住することを許可されて

いる大韓民国国民は、出入国及び居住を含むすべての事項に関し、この協定で特に定める場合を除くほか、すべての外国人に同様に適用される日本国の法令の適用を受けることが確認される。』とされていることなどを参酌すると、「歴史的事情や定住性等を考慮しても」、「定住在日朝鮮人に確認申請義務を課することが、いわゆる適用違憲になり、許されないものとは考えられない」という。

- 3) H-6.5.19〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は、外国人登録法 18 条 1 項「の規定する法定刑には相当の幅があり、犯情の軽い罪にも十分対処し得る刑罰が規定されているから、犯情の比較的重いものと、犯情の比較的軽いものとをまとめて、同一の条文で、幅のある同一の法定刑で対処していることの当否の点を含めて、いまだ立法府の合理的な裁量の範囲を逸脱するものとは言えず、「18 条 1 項 1 号が、罪刑の均衡を失し、憲法 31 条に違反するとの所論も理由がない」という。また、18 条 1 項 1 号が、明文をもって過失犯の処罰を規定していないのに処罰するのは罪刑法定主義に違反するとの主張について、「『同法 11 条 1 項の規定に違反して同項による申請をしない』こと自体は、故意、過失のいずれによっても実現され得る不作為であり」、「同法 18 条 1 項 1 号の文理解釈から、同条項の処罰対象には過失によるものを含むと解することは十分可能である。そして、課せられている確認申請義務の義務内容に照せば、ことがらの性質上、その違反は過失によって犯されるものが大半であると考えられ」、「18 条 1 項 1 号は、過失犯をも処罰する趣旨であると解するのが、実質的にも合理的である」として斥ける。
- 4) H-6.5.19〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は、「外国人登録法は、本邦に在留する外国人の居住関係及び身分関係を明確にし、在留外国人の公正な管理に資するため、同法 2 条の要件を充足する全ての外国人に適用されるべきものとして制定されたものであり、同法の各規定を精査しても、右目的を外れて、不当な目的が隠されていると見るべき規定は見当たらず、同法の執行状況からも、同法は、国際慣習法及び条約によって適用を除外される場合を除き、全ての在留外国人に等しく適用され、在日朝鮮人についてだけ、異なった取扱いがなされている形跡は見られない。これを同法の確認申請制度についてみても同様であって、この点の所論は理由がない」という。
- 5) H-6.5.19〈確認【収集】/刑事〉大阪高判は、「確認申請制度が必要かつ合理的な制度であると認められる以上、その実効性を担保するためどのような措置を取るべきか、制裁制度を設けるとして、行政罰にすべきか刑事罰にすべきかは、基本的には、立法府が、諸般の事情を考量して合理的な裁量によって決すべきことがらであり、立法府の裁量が明らかに合理的範囲を逸脱していると認められない限り、立法府の判断が尊重されるべき」という。