

憲法 13 条と私生活上の自由

中 曾 久 雄

1 はじめに

本稿は、前稿¹⁾の続編である。前稿では、近年における列挙されていない権利の保障の在り方に関する議論の検討を行ったが、そこでは列挙されていない権利の議論と判例の接合性に関する検討を課題として残してきた。憲法 13 条（以下、13 条）をめぐっては、特に、判例と学説の間の隔たりが指摘されてきた。判例においては学説の主張する枠組み（人格的自律あるいは一般的自由かという議論）に言及はなく、学説の枠組みと判例は必ずしも接合していないとされてきたのである²⁾。そこで、本稿では、判例の判断枠組み（私生活上の自由とその制限の在り方に関する判断枠組み）を検討する。判例の判断枠組みを検討することは 13 条を理解する上において重要であるものの、これまでその検討は十分に行われてこなかった。そこで、本稿では、判例の判断枠組みの検討を踏まえた上で、学説と判例の接合の在り方、そして、13 条をいかに理解すべきか、ということを考察する。

1) 中曾久雄「列挙されていない権利の保障をめぐる議論の新たな展開」愛媛法学会雑誌 41 巻 1・2 号（2015 年）85 頁以下。

2) 早瀬勝明『憲法 13 条解釈をどうやって客観化するか』（大学教育出版会、2011 年）19 頁。

2 従来の学説の議論－13条の保障範囲をめぐる議論

従来、13条の解釈をめぐって、学説のレベルでは13条の保障範囲の広狭、13条からどの範囲で憲法上列挙されていない権利を導出できるのか、で対立してきた³⁾。そして、学説上、保障範囲を限定する人格的自律権説が通説的地位を占めてきた⁴⁾。この人格的自律という概念は、13条が曖昧な規定であるために、安易にそこから列挙されていない権利を導出してしまうと基本的人権の基本的観念に反してしまうのではないかという問題に対応するための具体的基準として機能する⁵⁾。人格的自律権説は、裁判官が13条から列挙されていない権利を導くに際して、裁判官の主観的価値判断によって権利が承認される危険性を重視し、当該権利が人格的自律に不可欠であること以外にも、当該権利を社会が伝統的に個人の自律的決定に委ねられたと考えているか、当該権利は多数の国民が行おうと思えば行うことができるか、当該権利が他人の権利を侵害するおそれがないかなど、種々の要素を総合的に考慮して慎重に基本的人権に値するかどうかを決定することが必要であると主張する。要するに、人格的自律権説は、裁判官の主観的価値判断を排除するに足ほどの権利の明確性や国民のコンセンサスの必要性を主張するのである⁶⁾。

これに対して、一般的自由権説についてである。一般的自由権説は、国家権力を制限して個人の権利や自由を保障することを目的とする近代立憲主義の理

3) 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998年）327頁。

4) 君塚正臣「幸福追求権－延長上に家族と平等を一部考える－」横浜国際経済法学19巻2号（2010年）127頁。人格的自律権の内容の理解については、駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る－憲法とその外部－」公法研究78号（2016年）19頁。

5) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第五版〕』（岩波書店2011年）82頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）340頁。

6) 中山茂樹「包括的基本権」初宿正典・大石眞編『憲法 Cases and Materials 人権第2版』（有斐閣、2013年）89頁、松井茂記「明文根拠を欠く人権の保護について」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）148頁。なお、人格的自律権説は補充的保障の対象となる権利にについて、人格的自律に「重要なもの」としており、その要件は必ずしも厳格なものではないことを示唆している。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）176頁、佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）102頁。

念に照らして、個人の自由は広く保護されなければならない、たとえ個人の人格的自律に不可欠ではない行為であっても国家は正当な理由なく制限してはならないとする⁷⁾。もっとも、一般的自由とはいっても、文字通りすべての自由が保障されるわけではない⁸⁾。他者に対して加害行為を行う自由は除外しており、保障範囲を無限定とはしてない⁹⁾。「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権の存在が認められる」¹⁰⁾のである。また、一般的自由権説は、必ずしも人格的自律権説の基本的思想そのものを否定しているわけではない。一般的自由権説が否定するのは「憲法上の人権ではないものが、場合によって憲法上の権利になったり、ならなかったりするということ」¹¹⁾ある。

なお、上記の両説とは異なる形で 13 条の保障範囲を限定するのが松井茂記教授の主張するプロセス的権利説である。松井教授によれば、13 条の「問題は、なぜ裁判所が明文根拠を欠く基本的人権を、基本的人権として承認し、その制約の合理性を審査判断する必要があるのか、そしてなぜそれが正当化されるのかの問題なのである」¹²⁾という。列挙されていない権利を基本的人権として承認することが許されるのは、「憲法解釈の限界という観点からみて、憲法が明文で保障している権利と十分条文的つながりのある権利か、憲法が樹立している政治参加のプロセスにとって不可欠な権利に限られるべき」であるとする¹³⁾。そして、その制約に対しては、原則として厳しい審査が適用される。それ以外は、憲法上の「基本的人権」としてではなく、「法律によって保護されるべき自由」¹⁴⁾にとどまるという。もっとも、プロセス的権利説も人格的自律権説のような質的あるいは価値的限定を否定しつつも、政治参加に不可欠か否か

7) 松井・前掲注 6) 149 頁。

8) 松井・前掲注 6) 153 頁。

9) 戸波江二『憲法 [新版]』(ぎょうせい、1998 年) 175～178 頁。

10) 橋本公巨『日本国憲法』(有斐閣、1998 年) 218～220 頁。

11) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158 号 (1993 年) 38 頁。

12) 松井・前掲注 6) 151 頁。

13) 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、1994 年) 310 頁。

および憲法の条文とのつながりの有無という観点から、13条の保障範囲に限定を加えている¹⁵⁾

このように、学説の13条に関する従来議論は、どのような権利が13条のもとで憲法上の権利として保護に値するのかということに力点が置かれてきた¹⁶⁾。そのため、判例における判断枠組みは十分に検討が行われず、両者には明らかに「距離」¹⁷⁾が存在してきたのである。

3 判例の判断枠組み—私生活上の自由とその制限の在り方に関する判断枠組み

先にもみたように、最高裁は、これまで検討してきた学説のうち、どの説に立つかについて明確な姿勢を示していない¹⁸⁾。ただ、最高裁は、当初から13条の具体的権利性に着目してきた¹⁹⁾。旅券発給拒否事件²⁰⁾における田中耕太郎・下飯坂潤夫裁判官の補足意見は、13条の意義について以下のように説明する。

「憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを拾ったもので、網羅的ではない。従ってその以外に権利や自由が存せず、またそれらが保障されていないというわけではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称が附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部をなしている」。その後、最高裁は13条が私生活上の自由を保障していると

14) 松井・前掲注13) 339頁。なお、松井教授は、「幸福追求権は基本的には自由権であるが、その現代的な保障のため、政府による積極的な施策が要求される場合もあり、それに応じて請求権をも含みうるものとするべきである」とする。

15) 藤井・前掲注3) 356頁。

16) 中曾・前掲注1) 86頁。

17) 早瀬・前掲注2) 19～20頁。

18) 柴田憲司「かわいいは正義」宍戸常寿編『憲法演習ノート』（弘文堂、2015年）67頁、高井裕之「幸福追求権」大石真・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）93頁。

19) 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）25頁。

20) 最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁。

いう立場を明確にする。以下では、私生活上の自由に関する判例を概観し、その判断枠組みを検討することにする²¹⁾

3-1 私生活上の自由の展開

最高裁判決において、私生活上の自由が登場し、13条に関する判断枠組みが初めて提示されたのは、デモ行進に対する写真撮影の合憲性が争われた京都府学連判決²²⁾である。京都府学連判決では、「憲法一三条は、…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」ことを認めた。その上で、「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、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」としている。そして、京都府学連判決では、「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、「私生活上の自由の一つ」として認めた。その上で、京都府学連判決は、「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」に対する制約が「正当な理由」があるかどうかを問題としている。そして、京都府学連判決は、その許容される限度について、以下のように説示する。「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つて行なわれる」場合、「警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺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、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである」。

京都府学連判決では、13条が「私生活上の自由」を保障し、「その一つ」に「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が含まれるとした。確かに、

21) なお、本稿とは異なる観点で、13条に関する判例を整理するのが、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）233～262頁。

22) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

最高裁が「国民の私生活上の自由」を13条のもとで保障される人権として認め²³⁾、その判断枠組みを理論構成したことには優れて憲法上の重要な意義があるといえよう²⁴⁾。しかし、京都府学連判決では「私生活上の自由」それ自体の内容（その内包と外縁）については明らかにしていない²⁵⁾。そこでは、むしろ、公共の福祉のために必要があるかどうかを問うという判断枠組みを提示した²⁶⁾。そして、本件の場合、証拠保全の必要性および緊急性があり、撮影も一般的に許容される限度を超えておらず、警察官による写真撮影は13条に反していないとした²⁷⁾。この点について、刑事訴訟法上においては強制処分と任意処分の区分が問題となるが、これを憲法学の観点から捉えた場合に²⁸⁾、京都府学連判決では13条を根拠として警察官による犯罪捜査のための写真撮影に要件を明示することで一定の限界を画したといえよう²⁹⁾（そのために違憲審査が問題となるの

23) 櫻井智章『判例で読む憲法』（北樹出版、2016年）195頁、宍戸常寿「新しい人権(1)：私生活上の自由と肖像権」高橋和之編『新・判例ハンドブック』（日本評論社、2013年）48頁、毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2013年）56頁（毛利透担当）、赤阪正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）276頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』（有斐閣、2010年）137頁、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）247頁。

24) 高野真澄「憲法一三条の定める権利の性格と肖像権－犯罪捜査のために容ぼう等の写真撮影が許される限度と憲法一三条－」樋口陽一編『憲法の基本判例』（有斐閣、1985年）46頁。

なお、この点について、学説は、「今日では最高裁も、プライバシー権を自己情報コントロール権として構成した上で、肖像権をかかえるプライバシー権の一部として捉えているものと理解すること」ができるという。上田健介「被疑者の写真撮影と肖像権（京都府学連判決）」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法Ⅰ基本的人権』（悠々社、2010年）21頁。同様の指摘として、土井真一「国家による個人の把握と憲法理論」公法研究75号（2013年）6頁。また、関連して、羽瀨雅裕『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）123～124頁。私生活上の自由は制約の在り方に差異があるとしても、基本的には公権力か私人かで左右されるものではないとされている。

25) 井上・前掲注19) 25頁。

26) 早瀬・前掲注2) 14頁。

27) 宍戸・前掲注23) 48頁。

28) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）20頁。

29) 武市周作「被疑者の写真撮影と肖像権－京都府学連事件」工藤達明編『憲法判例インデックス』（商事法務、2014年）63頁、實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣、2013年）41頁。

ではない)³⁰⁾

要するに、京都府学連判決において提示された判断枠組みの特色は、13条から私生活上の自由が導出されたこと、加えて、法律の根拠を欠く警察の情報収集活動について、令状主義の精神に基づき、裁判所が統制を行ったことにある³¹⁾。京都府学連判決は、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」が問題となる場合に犯罪捜査のための写真撮影の要件を提示することで、憲法上の調整を図ろうとしたのである³²⁾。さらに、こうした問題に関連して、この京都府学連事件判決には、捜査機関に対する統制に関して司法と立法の役割分担をいかに考えるかという問題も存在している³³⁾。従来、この点は見落とされがちであったが、京都府学連判決が警察官による個人の容貌撮影について令状主義を意識した要件を定立する一方で、法律の根拠については組織規範に言及するのみでその要否には触れることはなかった（そもそも、行政警察活動としての情報収集は権利制限とは理解されていない可能性もある）³⁴⁾。そのため、結果として、京都府学連判決は根拠法制定のインセンティブを奪い、法律の根拠を必要としない実務を生み出す結果へとつながった³⁵⁾。そこで、憲法学説においても、近年の刑事訴訟法学説を踏まえて³⁶⁾警察による情報収集活動について法律の根拠を真剣に

30) 従来の学説はこの点を違憲審査の関係で捉えていた。芦部・前掲注5) (『憲法学Ⅱ』) 387頁。

31) 山本龍彦「京都府学連判決というパラダイム－警察による情報収集活動と法律の根拠」法学セミナー 689号 (2012年) 46頁。

32) 井上・前掲注19) 25頁。

33) 山本・前掲注31) 50頁。

34) 丸山敦裕「自衛隊情報保全隊による情報収集活動の適法性」ジュリスト 1453号 (2013年) 17頁。

35) 山本・前掲注31) 46頁。その理由を以下のように指摘する。1つは、法律の留保に対する否定評価である。大日本帝国憲法下では憲法上の権利は法律の範囲内で保障されたに過ぎず法律があれば制限可能という法律の留保が採用されていたが、戦後の憲法学はそれを否定する必要があった。この点で、裁判所による実質的統制が担保される限りで法律の根拠のない警察の情報収集活動を許すという京都府学連判決の判断枠組みに違和感がなかった。今1つは、この当時、憲法学が裁判所による権利保障に強い期待を寄せていたということである。憲法学は、京都府学連判決が憲法13条を根拠にしてプライバシー権を実質的に認め、その侵害に対して厳格な審査を加えたと理解したことで、警察の権限行使の統制という論点を見過ごしてしまったのである。山本・前掲注31) 48～49頁。

検討すべきであるとされている³⁷⁾

京都府学連判決において提示された判断枠組みは、後の公権力による情報収集がなった事例において踏襲され続け、判例としての確固の地位を築くことになる（京都府学連判決の判断枠組みは後の判例において、その形を変えながらも引用され続けることになる³⁸⁾）。その意味で、京都府学連判決は13条における「支配的パラダイム³⁹⁾」として位置付けることができる。

では、その後、京都府学連判決の判断枠組みはどのように展開したのか。次に、外国人の指紋押捺制度の合憲性が争われた事案⁴⁰⁾では、京都府学連判決の枠組みを踏襲し、以下のように判断している。まず、13条が「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」とする。しかし、「右の自由も、国家権力の行使に対して無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受ける」とする。そこで、指紋押なつ制度が公共の福祉のために必要かどうかについて、「『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』という目的を達成するため、戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できるものである」。また、

36) 近年の刑事訴訟学説は捜査機関に対する統制を「大量の情報を収集し、それを基に多様な構成員が時間制限なく議論できるという制度的基盤を有する国会」を中心したモデルへと移行すべきと主張しているという。山本・前掲注31) 49頁。プライバシー権について、憲法と刑事訴訟法の対話の重要性を指摘するものとして、笹倉宏紀「総説」法律時報87巻5号(2015年)59頁。

37) 山本・前掲注31) 50頁、山本龍彦「『警察における個人情報の取扱い』へのコメント」大沢秀介編『入門・安全と情報』(成文堂、2015年)29頁。

38) 井上・前掲注19) 25頁。

39) 中谷実「京都府学連事件」石村修・浦田一郎・芹沢斉編『時代を刻んだ憲法判例』(尚学社、2012年)92頁。

40) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。

「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ったと認められる」とする。

ここで問題となったのは、京都府学連判決において問題となった行政による情報収集の在り方そのものではなく、その行使に関する法律の合憲性である⁴¹⁾。そのため、本判決では、専ら指紋の摂取時に着目して指紋押捺制度の合憲性を審査している⁴²⁾。そして、本判決において引用されているのは、13条が私生活上の自由を保障していること、当該自由も公共の福祉の必要がある場合には制限を受けるという京都府学連判決の説示である。ことに、私生活上の自由も無制限ではなく公共の福祉による制限を受けることが強調され⁴³⁾、事案の違いを捨象して、この一般的な説示を着目しそれを適用して、合憲の判断を下している⁴⁴⁾。

住基ネットの合憲性が争われた事案⁴⁵⁾でも、京都府学連判決の枠組みが踏襲されている。まず、「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が公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であり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、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を有するものと解される」とした。その上で、「住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、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て」おり、また、「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

41) 早瀬・前掲注 2) 14 頁。

42) 山本龍彦「指紋押捺制度の合憲性」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法 増補版』（信山社、2014 年）52 頁。

43) 早瀬・前掲注 2) 18 頁。13 条を根拠に私生活上の自由が保障されるということが法原理として提示され、同時に、私生活上の自由も公共の福祉による制限を受けることが示されたとする。

44) ただ、指紋押捺の必要性に関する審査がない点には批判がある。曾我部真裕「外国人の人権(3)…指紋押捺拒否事件」高橋・前掲注 23) 33 頁。

45) 最判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 卷 3 号 665 頁。

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こと、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こと、住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていることなどに照らせば、住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずには又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」とした。

本判決は京都府学連判決の「趣旨に徴して」としており、表面的には京都府学連判決を踏襲している。ただ、本件において問題となっているのは行政による情報収集であるが、行政による情報収集とはいっても、厳密には情報を管理・運用する住基ネット制度それ自体である⁴⁶⁾。そのため、本判決は、「法令等の根拠」、「本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置」に言及している⁴⁷⁾。本判決の重点は、住基ネットが情報漏えいや目的外利用等による具体的な実害発生あるいは危険性の有無について⁴⁸⁾それを有効に防ぎうる強固な「構造 (structure)」を有しているか、法律上の安全確保の仕組みの在り方を問うことにある⁴⁹⁾。ネットワークシステムは、その扱い方次第では、単純情報のデータベースからセンシティブ情報のデータベースへと変わるものであり、この点に鑑みると、行政による情報システムの合憲性を判断する上で重要なのは、

46) 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）49、52頁（横大道聡担当）、小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト（2012年）123頁。

47) 市川正人『ケースメソッド憲法第2版』（日本評論社、2009年）90頁。

48) 齊藤愛「住基ネットとプライバシー権」大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓吾編『憲法.com』（成文堂、2010年）103頁。

49) 小林直三「地方自治体におけるプライバシー権の保障のあり方に関する一考察」小林直三・根岸忠・薄井信行編『地域に関する研究』（新日本法規、2015年）46頁、市川・前掲注47) 90頁。現時点では、住基ネットに接続している国の機関等、地方公共団体では自らおよび第三者によるセキュリティーチェックや関係職員の研修も行われており、本人確認情報の乱用、流出を防止するための仕組みが構築されていると認められている。

その扱い方を厳格に規律するための「法律上の根拠」、および、情報漏えい等を防止するための「構造」を有しているかどうかということになる⁵⁰⁾（それが住基ネットが合憲であるための条件と読むことができる⁵¹⁾）。本判決では、正当な行政目的の範囲で情報を管理、利用されており、個人情報の具体的危険はないとしているが⁵²⁾、逆をいえば、漏えいなどの具体的危険が存在する場合は違憲になるということになる⁵³⁾。

3-2 私生活上の自由にくまれない自由

最高裁は、私生活上の自由に含まれる自由と含まれない自由を明示的に区別している。私生活上の自由に含まれない自由とは端的に他者や社会に危害を与える自由である⁵⁴⁾以下では、私生活上の自由に含まれない自由が問題となった事案を検討していくことにする。

まず、刑法 186 条 2 項の賭博図利開帳罪の処罰が 13 条に反するかどうか争われた事案⁵⁵⁾では、賭博行為は、「健康で文化的な社会の基礎を成す勤労の美

50) 山本龍彦「行政による個人情報の管理・利用」憲法判例研究会・前掲注 42) 61 頁。同様の指摘として、高井裕之「人権総論、人間の尊厳、個人の尊重、プライバシー」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』（法律文化社、2012 年）62 頁。合憲性判定基準として、情報漏洩やデータマッチングのような「具体的な危険」の有無を採用したようにみえるが、これは個人と公益の比較衡量の反映であり、その前提として、住基ネットで問題とされる個人情報が「個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報」ではないという評価があり、他方で「住民サービスの向上および行政事務の効率化」は「正当な行政目的」という認識があるという。

51) 小山・前掲注 46) 120 頁。

52) 宍戸常寿「新しい人権(4)：住基ネットとプライバシー」高橋・前掲注 23) 51 頁。

53) 市川・前掲注 47) 91 頁。今後、住民票コードをキーとして用いるネットワークを通じて、本人であることを確認するための情報以外の個人情報を利用する制度や、住基ネットを通じて提供された個人情報が集積され、データマッチングにより本人確認以外の目的で、本人の予期しない時に予期しない範囲で広く利用されるといった制度への発展が構想される可能性もあり、そうした場合には憲法上容認されているとすることは相当困難であると指摘されている。同様の指摘として、本秀紀編『憲法講義』（日本評論社、2015 年）492 頁（大河内美紀担当）。

54) 井上・前掲注 19) 31 頁。

55) 最大判昭和 25 年 11 月 22 日刑集 4 卷 11 号 2380 頁。

風（憲法第二七条一項参照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強窃盗その他の副次的犯罪を誘発し又は国民経済の機能に重大な障害を与える恐れすらあり、「これ等の行為は畢竟公益に関する犯罪中の風俗を害する罪であり」、「新憲法にいわゆる公共の福祉に反するものといわなければならない」とする。なお、栗山茂裁判官の意見は、そもそも、被告人は本件において憲法上の権利が侵害されたと主張するものではないので、上告不適法とするべきであるとする。その理由を以下のように展開している。「もとより基本的自由及び権利は『この憲法が保障する自由及び権利』（憲法一一条及び一二条）以外に存しうるのは言うをまたない。米国憲法には『本憲法中に特定の権利を列挙した事実を以って、人民の保持する他の権利を否認し又は軽視するものと解してはならない』という修正条項第九条がある。しかし『人民が保持する他の権利』が何であるかは結局裁判所が裁判で定めるか、それとも憲法の条項に追加するかによって定めるの外はないのである。わが国においても少なくとも当裁判所が裁判によって定めない限り『この憲法が保障する自由及び権利』は憲法第三章に列挙されているものである。憲法が定める国会、内閣及び裁判所の各権限も、その権限の行使に対して憲法が保障する自由及び権利も、すべてこの憲法の定めるところによることは、いわゆる成文憲法の原則であって、この原則は日本国憲法も他の国の成文憲法と同様に採用しているのは明である」。

本判決で注目されるのは、問題となっている賭博行為の自由がそもそも13条で保障された基本的人権かどうかを問うことなく、風俗を害し公共の福祉に反するという理由により⁵⁶⁾その禁止の合憲性を認めた点である⁵⁷⁾このような判断枠組みは、後の事例において確認されることになる。

覚せい剤の販売・譲渡禁止が13条に反するかどうか争われた事案⁵⁸⁾では、

56) 松井茂記「自己決定権について（二）」阪大法学45巻5号（1995年）4～5頁。

57) 山本龍彦「幸福追求権の性格－賭場開帳事件」憲法判例研究会・前掲注42）35頁、竹中・前掲注21）260頁。

58) 最大判昭和31年6月13日刑集10巻6号830頁。

上記の事例と同様の判断枠組みが提示されている。「薬事法四一条七号、四四一条七号、五六条の規定は本来憲法一三条の本旨に従い公共の福祉のために必要なものであるから、指定医薬品を販売授与する等の自由を制約することになっても憲法一三条に違反するとはいえない」とした。また、栗山茂裁判官の意見も「所論は要するに、一部の悪用者のため善良なる利用者をしてこれを利用することができない結果となり一般国民の自由及び幸福追求に対する権利は著しく害されるが故に薬事法並びに覚せい剤取締法は、憲法一三条に違反する法律であるというに帰するが、薬事法は、薬事を規正し、これが適正を図ることを目的とし、覚せい剤取締法は、覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するための取締を行うことを目的とし、両法律とも何等所論のように善良な利用者をして覚せい剤を利用することをできなくするものでないことは明白である」とし、「違憲の主張は、その前提を欠くものであると指摘する。さらに、大麻取締法による大麻の栽培・譲渡・輸入・所持の禁止の合憲性が争われた事案⁵⁹⁾でも、最高裁は、被告人は「憲一三条、一四一条、三一条、三六一条違反というが、大麻が所論のいうように有害性がないとか有害性が極めて低いものであるとは認められないとした原判断は相当である」とした。この2つの判決では、覚せい剤の販売・譲渡、覚せい剤や大麻の栽培・譲渡・輸入・所持について、13条の保障範囲に言及することなく、そうした自由を13条の保障範囲から除外している。そして、規制の正当化理由に着目して⁶⁰⁾それが及ぼす他者や社会に対する危害の防止のみならず、自己に対する危害の防止も、公共の福祉に含まれることを明確にしている点で注目される⁶¹⁾。

また、未決拘禁者の喫煙の禁止の合憲性が争われた事案⁶²⁾では、以下のよう
に判示されている。「喫煙の自由は、憲法一三条の保障する基本的人権の一つ
に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないもの

59) 最判昭和60年9月10日判時1165号183頁。

60) 井上・前掲注19)27頁。

61) 松井・前掲注56)6～7頁。

62) 最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁。

ではない。したがって、このような拘禁の目的と制限される基本的人権の内容、制限の必要性などの関係を総合考察すると、前記の喫煙禁止という程度の自由の制限は、必要かつ合理的なものであると解するのが相当」としている。この判決においても、喫煙の自由が憲法上保障された権利かどうかの判断を回避し⁶³⁾ (厳密に言えば、喫煙の自由が13条のもとで保障されるということを仮定している)⁶⁴⁾ 正当化の議論を進めている⁶⁵⁾。その上で、「喫煙を許すことにより、罪証隠滅のおそれがあり、また、火災発生の場合には被拘禁者の逃走が予想され、かくては、直接拘禁の本質的目的を達することができず、「被拘禁者の集団内における火災が人道上重大な結果を発生せしめる」とし、未決拘禁者の喫煙の禁止を許容している。

さらに、ストーカー規制法の合憲性が争われた事案⁶⁶⁾においても、ストーカー規制法は、「恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、その中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限って、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととしたものであり、しかも、これに違反した者に対する法定刑は、刑法、軽犯罪法等の関係法令と比較しても特に過酷ではないから、ストーカー規制法による規制の内容は、合理的で相当なものであると認められる」と述べている。本判決も、どのような権利の制約か⁶⁷⁾ すなわち、恋愛感情を抱く権利を憲法上の権利かについては明確な判断を行っていない⁶⁸⁾ (ただ、恋愛

63) 松井・前掲注56) 7頁。

64) この点、そもそも、本判決は、喫煙の自由を「憲法上の権利」として積極的に位置づける意図を有していなかったとの指摘がある。山本龍彦「被拘禁者の喫煙の禁止」憲法判例研究会・前掲注42) 36頁。

65) 松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法 第2版』(弘文堂、2013年) 112～113頁。

66) 最判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁。

67) 藤井樹也「いわゆるストーカー規制法の合憲性」ジュリスト1269号(2004年)13頁。

68) 山田耕司「時の判例」ジュリスト1266号(2004年)186頁。

感情を抱くことは人間の本能にかかわる本質的なものであって、本来は政府の介入を許さないものであり、恋愛感情の権利は憲法上に権利として十分に認められる可能性がある)⁶⁹⁾ 本判決でも同様に、正当化の議論のみに焦点を当て⁷⁰⁾ 規制目的あるいは規制対象の妥当性を是認してストーカー行為の禁止を許容している⁷¹⁾

もっとも、自己消費目的の酒類製造を酒税法で規制することの合憲性が争われた事案⁷²⁾ では、「酒税法の右各規定は、自己消費を目的とする酒類製造であっても、これを放任するときは酒税収入の減少など酒税の徴収確保に支障を生じる事態が予想されるところから、国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため、製造目的のいかんを問わず、酒類製造を一律に免許の対象とした上、免許を受けないで酒類を製造した者を処罰することとしたものであり、これにより自己消費目的の酒類製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法三一条、一三条に違反するものでない」とした。本件において、被告人は個人が自己の材料で自家用に酒を作り、個人の私的事項に属することであり、人格的自律権に含まれると主張していたが⁷³⁾ こうした主張に対して、本判決は、自己消費を目的とする酒類製造が憲法上保障された権利かどうかを問うていない⁷⁴⁾ 制約の合理性については「国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため」といういわば行政目的を理由に制約を簡単に許容して

69) 山田・前掲注 68) 186～188 頁。

70) 松本和彦「憲法における立法合理性の要請」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』（成文堂、2015 年）460 頁。

71) 山本龍彦「ストーカー行為の処罰－ストーカー規制法事件」憲法判例研究会・前掲注 42) 42 頁。

72) 最判平成元年 12 月 14 日刑集 43 卷 13 号 841 頁。

73) 本来であるならば、どぶろく造りの自由は経済的自由権として捉えられるべきであろう。土井真一「酒類製造免許制と酒をつくる権利－どぶろく裁判」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選 I』（有斐閣、2007 年）53 頁、高井裕之「自己消費目的の酒造の処罰と憲法一三条・三一条－どぶろく裁判」ジュリスト 980 号（1991 年）12 頁。

74) 山本龍彦「自己消費目的の酒類製造と免許制－どぶろく裁判」憲法判例研究会・前掲注 42) 37 頁。

いる⁷⁵⁾

このように、最高裁は、私生活上の自由に含まれる自由と含まれない自由を区別して⁷⁶⁾ 私生活上の自由に含まれる自由については、みだりにと限定を付することで慎重な類型化を行った上で、当該自由の制限に対して慎重にその合憲性を問うている⁷⁷⁾ これに対して、私生活上の自由に含まれない自由については、13条の保障範囲に含まれるかどうかを問うことなく（むしろ、意図的に回避しているようにも読める）、ダイレクトに当該制限が公共の福祉に合致するかどうかを問うている⁷⁸⁾ そして、私生活上の自由に含まれない自由については、規制に対する合憲性を容易に認めている。

3-3 下級審における私生活上の自由の展開

下級審においても、基本的には13条が私生活上の自由を保障しているという趣旨は確認されている。

京都府学連判決と同様に、デモ行進に対する写真撮影の合憲性が争われた事案⁷⁹⁾において、私生活上の自由が以下のように説明されている。「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一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」。しかし、「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一三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

75) しかし、個人による自己消費目的での酒類製造には質量ともに限界があり、これを放任したとしても酒税収入が減少するおそれはないという指摘がある。松本哲治「酒類製造免許制と酒をつくる権利（どぶろく裁判）」佐藤・土井・前掲注24) 23頁。

76) 井上・前掲注19) 31頁。

77) 井上・前掲注19) 25頁。最高裁は13条を広く理解しつつも、私生活上の自由になかで明確な類型化を試みているのがプライバシー権の領域である。樋口陽一『憲法 第3版』（創文社、2010年）289～291頁。

78) 横大道・前掲注46) 46頁。

79) 大阪高判昭和39年5月30日高刑集17巻4号384頁。

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、警察法二条二項が警察の活動は…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、国民の私生活上の自由が国家権力に対して保障されていることを知ることができる。ここからプライバシーの権利を導き出すことができる」。もっとも、「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ことに疑はない」とする。

また、校則に違反して無許可でバイクの運転免許を取得した高校生に対する無期家庭謹慎の措置が争われた事案では⁸⁰⁾「憲法一三条が保障する国民の私生活における自由の一つとして、何人も原付免許取得をみだりに制限禁止されないというべきである」としつつ、「高等学校程度の教育を受ける過程にある生徒に対する懲戒処分の一環として、生徒の原付免許取得の自由が制限禁止されても、その自由の制約と学校の設置目的との間に、合理的な関連性があると認められる限り、この制約は憲法一三条に違反するものでない」としている。

さらに、自動車ナンバー自動読取りシステム（Nシステム）の合憲性が争われた事案⁸¹⁾では、「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が警察権等の公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しており、この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、公権力によってみだりに私生活に関する情報を収集、管理されることのない自由を有するものと解される」とした。しかし、「Nシステムの仕組みを前提とすれば、走行車両の搭乗者の容

80) 高松高判平成2年2月19日判例時報1362号44頁。

81) 東京地判平成13年2月6日判時1784号144頁。

ぼう等が写っている画像そのものを人間が視覚的に認識することは一切できないから、Nシステム端末によって、承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由が侵害されるものとは認められない」としている。

下級審においても、基本的には最高裁と同様に、13条が私生活上の自由を保障し、そこから個別具体的な自由を導出している。しかし、そうした自由についても無制限ではなく、公共の福祉による制限を受けるとして、当該自由の制約が公共の福祉に合致しているかどうかを問うている。

しかし、下級審では、13条が問題となる事例において、必ずしも、私生活上の自由と言及しているわけではない。受刑者に対する丸刈り強制が争われた事案⁸²⁾では、「一般に、各人が自己の頭髪の型に関して有する自由については、憲法上直接これを保障する明文の規定はないが、憲法の自由の保障に関する規定は制限列举的なものと解すべきではなく、本来国民が享有する一般的な自由のうち、歴史的、社会的に特に重要なものについて、個別的に明文の規定を置くとともに、そこに記載されていないものについても、一般的にこれを保障する趣旨をも含むものと解すべきであり、そのことは憲法第一三条の規定からも窺い得るところ」であり、「個人のもつ蓄髪ないし調髪の自由に対して、国家は理由なくこれを制限することは許されないものといわなければならない」としている。ここでは、私生活上の自由と言及はなく、13条からダイレクトに「蓄髪ないし調髪の自由」を導出している。さらに、「一般的自由」にも言及しており、個別の権利の類型化を行う姿勢はなく、その意味で、本判決は学説的な一般的自由権説に立脚することをうかがわせるものであるといえよう。

また、修徳高校パーマ退学訴訟⁸³⁾は、一方で、「パーマを掛けることを禁止する校則について検討するに、右校則の目的は、高校生にふさわしい髪型を維持し、また、非行を防止することにあると認められ」、「内外両面とも清潔・高潔な品性を備えた人物を育てることを目的とし、そのために清潔かつ質素で流

82) 東京地判昭和38年7月29日判時342号4頁。

83) 東京地判平成3年6月21日判時1388号3頁。

行を負うことなく、華美に流されない生徒にふさわしい態度を保持することを目指しているのであるから、高校生にふさわしい髪型を確保するためにパーマを禁止することは、右目的実現に不必要な措置とは断言⁸⁴⁾できないとする。他方で、本判決は、「個人の髪型は、個人の自尊心あるいは美的意識と分かちがたく結びつき、特定の髪型を強制することは、身体の一部に対する直接的な干渉となり、強制される者の自尊心を傷つける恐れがあるから、髪型決定の自由が個人の人格価値に直結することは明らかであり、個人が頭髪について髪型を自由に決定しうる権利は、個人が一定の重要な私的事柄について、公権力から干渉されることなく自ら決定することができる権利の一内容として憲法一三条により保障されていると解される」としている。本判決は、先にみた受刑者の丸刈り強制が争われた事案と異なり、個人の人格価値に言及することで、個別の権利について慎重な類型化を行っていることがうかがえる。

さらに、それは、受刑者に対する調髪処分が争われた事案⁸⁴⁾においても見てとることができる。「個人の髪型を各自が自由に決し得る権利は、個人の美的感覚や生活様式などと結びついており、憲法一三条が保障する個人の尊厳に係る権利の内容を成すものとして尊重されるべきものであって、何人も合理的な理由なく一定の髪型を強制されることはない」とされた。しかし、「懲役刑等は、受刑者に、その罪のしよく罪をさせるとともに、その更生を図ることを目的として一定期間、施設内に身柄を収容し、矯正を施すものであるから、かかる拘禁目的の達成に必要な限り、上記の自己決定権が制約を受けることは当然というべきであって、刑事施設法 37 条 1 項が、受刑者に対する調髪の強制を規定しているのも、その趣旨によるものと解される」としている。

このように、下級審は、必ずしも私生活上の自由に言及することなく、13 条から個別の列挙されていない権利を導出し、しかも、慎重な類型化を行っているわけではない。その意味で、下級審の判断枠組みは一定していないといえよう。

84) 名古屋地判平成 18 年 8 月 10 日判例タイムズ 1240 号 203 頁。

4 私生活上の自由の意義

4-1 私生活上の自由とは

以下では、これまで検討してきた私生活上の自由に関する判例における判断枠組みについて考察を行うことにする。

私生活上の自由が導出された背景 まず、私生活上の自由が導出された背景についてである。13条からいかなる憲法上の理由により私生活上の自由が導出できるか⁸⁵⁾、どのような自由が私生活上の自由に含まれるのか⁸⁶⁾は依然として不明確のままである。ただ、これまでの検討から明らかかなように、私生活上の自由はプライバシー権を含む包括的権利のいわば上位概念として位置付けられている⁸⁷⁾。そして、少なくともこの考えは突如として登場したものではない⁸⁸⁾。その背景には、第90帝国議会において憲法で保障される権利は条文に列挙された権利に限られないという起草者の理解が示されていたこと、基本的人権の自然権的背景と限定列挙に関する問題は密接な相関関係を有するものとして論議されていたこと⁸⁹⁾、下級審における判例の積み重ね⁹⁰⁾、私生活上の保護を主眼とするプライバシー権研究の隆盛が存在している⁹¹⁾。このように、私生活上の自由は13条の歴史的経緯や判例の集積の上に成立するものであるといえよう⁹²⁾。

私生活上の自由の意味とそこから導出される個別の自由との関係 次に、私

85) 本城武雄「日本におけるプライバシー保護制度」榎原猛編『プライバシー権の総合的研究』（法律文化社、1991年）69頁。

86) 松井・前掲注6) 146頁。

87) 戸波江二・小山剛「幸福追求権と自己決定権」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004年）9頁。

88) 井上・前掲注19) 31頁。

89) 土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義—幸福追求権解釈への予備的考察をかねて(四・完) 法学論叢 131 巻 6 号 (1992 年) 20 頁。

90) 「宴のあと」事件判決（東京地判 1964 年 9 月 28 日下民集 15 巻 9 号 2317 頁）ではプライバシーの尊重は、「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法のよって立つところでもある個人の尊厳という思想は、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つて、そのためには、正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならない」とする。

生活上の自由の意味とそこから導出される自由の関係についてである。私生活上の自由は私生活という文言からすれば一見すると私事に関する事項を保護しているように見えるが、決してそうではない。判例は私生活上の自由と言いながらも、13条のもとで保護される自由を私生活に関わる事項に限定していない⁹³⁾ 私生活上の自由とは⁹⁴⁾それは明らかに「広く生活領域の包括的自由」⁹⁵⁾を述べているものと理解すべきであろう。この点、私生活上の自由の意味について、下級審⁹⁶⁾では、「生命の維持に必要な睡眠、食事をとること（これらはほとんど絶対的に保障される基本権である。）から、スポーツ、散歩、喫煙に至るまで極めて広汎なものを包含する（したがって、基本権として積極的な保障が要請されるべき自由、権利とまではいえない一般的自由、権利をも広く包含

91) 1960年代から、学説や下級審において、13条を積極的に解釈するものが登場したとされている。玉蟲由樹『『人間の尊厳』—人権の『源』』新井誠・高作正博・玉蟲由樹・真鶴俊喜『憲法学の基礎理論』（不磨書房、2008年）236頁。ことに、学説においては、プライバシー権の研究が盛んとなり、1962年に戒能通孝・伊藤正巳『プライバシー研究』（日本評論社、1962年）、その翌年に伊藤正巳『プライバシーの権利』（岩波書店、1963年）が出版され、アメリカにおけるプライバシー権の議論が紹介され、プライバシー権が日本において定着することになったのである。中谷・前掲注39) 86～87頁。なお、近年では私生活上の自由そのものがプライバシー権に該当すると指摘されている。渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）121頁（松本和彦担当）。

92) 卷美矢紀『『憲法上の権利』の守備範囲—諸法との『協働』に向けて』法学教室323号（2007年）19頁。

93) 毛利・小泉・浅野・松本・前掲注23) 59頁。同様の指摘として、大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』有信堂、2014年）73頁。私生活のなかに肖像や指紋を含めることには無理があると指摘されている。阪本昌成『憲法2 基本権クラシック第四版』（有信堂、2011年）109頁。

94) 渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）189頁。

95) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013年）275頁、大石眞『憲法講義Ⅱ 第2版』（有斐閣、2012年）49頁。私生活上の自由が人格価値と結びついた憲法上の権利か一般的な自由であるのは定かではないが、京都府学連判決に即していえば、「肖像権と称するかどうかは別として」という留保に着目すれば、後者ということになるが、厳格な審査の枠組みに着目すれば権利性を肯定できるとされている。山本龍彦「被疑者の写真撮影と肖像権—京都府学連事件」憲法判例研究会・前掲注42) 44頁。

96) 福岡高判昭和61年12月26日判タ625号259頁。本件では、指紋押捺に関する外国人登録法の規定の合憲性が争われた。

する。)と解される」とされている。そして、判例は、私生活上の自由から個別の自由を導出しており、個別の自由はあくまでも私生活上の自由の派生として捉えている⁹⁷⁾ただ、私生活上の自由から個別の自由の導出に際しては事案に応じて慎重な類型化を行っており⁹⁸⁾しかも、事案ごとの判断を蓄積するという形になっている⁹⁹⁾判例が集積していくなかにおいて、私生活上の自由には、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由、みだりに指紋の押なつを強制されない自由、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が包含されるということが明らかになっており¹⁰⁰⁾他方でそれ以外の自由については明確に否定も肯定しないという姿勢を示している¹⁰¹⁾

私生活上の自由の客観法的機能 最後に、私生活上の自由は、京都府学連判決を典型とするように、主観的権利としてではなく、むしろ、公権力の限界が問題となる文脈で登場している¹⁰²⁾そのため、私生活上の自由は客観法として政府の権限行使を統制する機能の一環¹⁰³⁾として理解されるべきである。こうした考えのもとに、判例は、私生活上の自由について内包と外延を問うことなく、正当化の議論に焦点を当てているということがいえよう¹⁰⁴⁾

97) 戸波・小山・前掲注 87) 9 頁。

98) 大石眞『憲法講義Ⅱ 第2版』(有斐閣, 2012年) 49 頁。

99) 横大道聡「憲法判例の『射程』を考えるとということ」横大道聡編『憲法判例の射程』(弘文堂, 2017年) 13 頁, 土井真一「憲法判例の動向」佐藤・土井・前掲注 24) xxi 頁。加えて、私生活上の自由のなかでも、収集からの自由と開示・公表の自由に区分され、前者の自由の制限が 13 条の趣旨に反し許されないとしているのに対して、後者は端的に 13 条の侵害になるとしており後者の自由に重きを置いているとされている。横大道・前掲注 46) 47~49 頁。

100) 市川正人『基本講義 憲法』(新世社, 2014年) 101 頁, 安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本』(有斐閣, 2012年) 91 頁 (巻美矢紀担当)。

101) 佐藤幸治「幸福追求権」高橋・長谷部・石川・前掲注 73) 41 頁。

102) 毛利・小泉・浅野・松本・前掲注 23) 59 頁, 駒村・前掲注 95) 275 頁, これを 13 条の構造に置き換えてみると、前段の「個人として尊重される」という規定は、個人の自律の基底性を宣言し、それに直接関わる法益を「切り札」として、公共の福祉との調整を拒絶する強度で保護することを定めたものであるという。これに対して、後段は、社会的利益との調整を余儀なくされる法益についてその調整の客観的限界を示したものとす。

103) 駒村・前掲注 95) 276 頁。そして、これは近代的自由国家の要請から導出されるものであるといえよう。

4-2 私生活上の自由の制限の在り方に関する判断枠組みの特色—判例と学説の架橋

先にみたように、私生活上の自由の制限の在り方に関する判断枠組みは、当該自由の制限に対する正当化に焦点を当てるものであった。近年の一般的自由権説はまさにこの点に着目し、判例における判断枠組みと架橋する形で展開している。近年の一般的自由権説は、13条を主観法の次元ではなく、「人権侵害の可能性のある法制度の審査をもつば法制度の合理性と必要性」¹⁰⁵⁾の分析に焦点を当てる客観法アプローチへとシフトし¹⁰⁶⁾、公権力の統制に力点を置いている¹⁰⁷⁾。そして、近年この説は有力化し、法律の留保と比例原則から13条の意義を説明する¹⁰⁸⁾。例えば、宍戸常寿教授は、13条が法治国家原則を採用しており¹⁰⁹⁾、その帰結として、法律の留保と比例原則が導出されるという。法律の留保とは人権制限に際して法律の根拠を有していることを要求するものである¹¹⁰⁾。そして、比例原則とは、「①必要性の原則（警察違反の状態を排除するために必要な場合でなければならない）、②過剰規制の禁止（必要なものであっても、目的と手段が比例していなければならない）」¹¹¹⁾から構成されている。この比例原則の淵源は大日本帝国憲法下に求められ¹¹²⁾、行政法の領域¹¹³⁾においては法治国家を根拠とする不文の法原則として定着し¹¹⁴⁾、憲法の領域において

104) 横大道聡「人格的生存にとって不可欠ではない行為の規制」横大道・前掲注99) 44頁、千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報84巻3号(2012年)102頁。憲法により公権力の限界として、個人の私的領域を保全することは、公正な統治を確保する上でも重要であると指摘する。

105) 駒村圭吾「自己決定権の射程」小山剛・山本龍彦・新井誠編『憲法のレシピ』（尚学社、2007年）8頁。

106) 中曾・前掲注1) 102頁。

107) 木村草太『憲法の急所 権利論を組み立てる』（羽鳥書店、2017年）65頁。一般的自由の意義は、公権力が国民の自由を制限するに際して十分な正当化根拠を提示しなければならないことにあるという。

108) 西村裕一「人権なき人権条項論」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）122頁、小山剛『憲法上の権利』の作法〔新版〕（尚学社、2011年）95頁。

109) 宍戸・前掲注28) 23頁。

110) 宍戸・前掲注28) 24頁。

111) 宍戸・前掲注28) 24頁。

は13条を根拠にして憲法上の原則となったものである¹¹⁵⁾要するに、一般的自由の意義は、どのような自由の制約であっても¹¹⁶⁾政府の規制が不合理にならないようにすることを要求するものである¹¹⁷⁾(ここで問われるのは政府の側の制約根拠ということになる¹¹⁸⁾)。

このように、近年の一般的自由権説は、13条から法律の留保・比例原則を導出し、13条を客観法として理解している¹¹⁹⁾そして、この観点からすれば、京都府学連判決では証拠保全の必要性・緊急性を挙げ、これは比例原則における必要性を適用したものであり、撮影が許される場合に、犯人の近くにいる第三者の容ぼうが含まれても良いとした点は、比例原則における過剰禁止に反しないことを確認したものであるという¹²⁰⁾また、住基ネット判決では、システ

112) 宍戸・前掲注28) 17～18頁。比例原則はもともと大日本帝国憲法下の公法学説が、「G・イェリネックのいう『消極的地位』に対する権利として一般的自由権を承認し、そこから行政の法律適合性の原則や比例原則を引き出した」ものである。そして、比例原則と憲法上の権利に関係について、美濃部達吉博士によれば、「唯消極的に国家より違法の命令強制を受けざること」、「国法の定むる所に依らずして国家の権力に依り各人の天然の自由を拘束せられざること」が自由権の内容であり、したがって、「数多の個々の権利の集合に非ずして、包括的な単一の権利」であるという。この自由権の狙いは「いかなる事項が命令・処分ではなく議会の同意する法律に留保されるべきかの基準を、憲法条文が『法律の定むる所により』と定めているかどうかに求めるのではなく、およそ『天然の自由』の侵害すべてを法律に留保すること」にあった。日本国憲法の制定とその後の学説の展開のなかで、この自由権は役割を終えることになり、日本国憲法下で憲法上の権利をいかに理解するかが問題となる。法律があれば人権を制限できるという意味での法律の留保(Gesetzesvorbehalt)は日本国憲法下では妥当しないと説明された関係で、いくつかの問題が取り残されてしまった。憲法上の権利の制約について、いかなる場合にも法律が必要なのか、また法律は制約の内容・程度をどこまで行政に委ねてよいのか、という問題である。加えて、憲法上の権利の外側にある自由一般の制限に関して、憲法学は、法律の留保や比例原則を適切な位置づけを与えないまま放置してきたとされている。

なお、大日本帝国憲法下における一般的自由権説の展開については別稿において検討する予定である。

113) 行政法における比例原則については、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論 第5版補訂版』(有斐閣、2013年) 84頁。信義誠実の原則あるいは信頼保護の原則が、私人間に妥当する法原理の行政関係への適用であるのに対して、比例原則はもともと権力行政の領域に適用されるものとして構成されてきたという。比例原則はドイツ法の導入として大日本帝国憲法のもとで警察権の限界の一つとして妥当してきた。警察比例の原則は、警察作用が市民の自由を脅かす危険性のあることから、その発動を抑制するために構成されたものである。

114) 塩野・前掲注113) 84頁。

ム技術上や法制度上の不備が存在するか、その結果として第三者への違法な個人情報の開示あるいは公表の具体的危険があるかといった問題を審査している点で、個人のプライバシー権の侵害という主観面を超えて、¹²¹⁾住基ネットにおけるデータベースの「管理・利用」が適正かどうかといった客観的側面に焦点を当てて審査を行っている。¹²²⁾要するに、これらの事案で問われているのは、いずれも公権力の限界に関わるものであり、¹²³⁾公権力の統制を主眼とする近年の学説から適合的に説明することができる。¹²⁴⁾

115) 13条に一般的自由権が含まれ、比例原則が立法権をも拘束する憲法上の原則となったというのは田上讓治博士の主張である。田上博士によれば、日本国憲法は、民主主義的な多数者の支配に対して、人権の不可侵と法律の司法審査を含む法治国原理を基本原則として、13条において、国民の人権が立法その他国政の上で最大の尊重を要するものと定め、この人権の保障に役だつ原則は普遍妥当性があるものとみなければならないという。大日本帝国憲法における一般的自由権の法理によれば、個人は国家から法律に反するいかなる給付を強制されることがなく、その自由の承認に基づき、この法規の限界を超えた公権的下命の停止および廃止を求める権利があるとされた。行政の法律適合性の原則は、一般的自由権の概念に含まれ、あるいはこの原則が大日本帝国憲法下の判例および行政実例で確立されるにおよんで、一般的自由権の概念が成立したともいえるとする。比例原則は行政の法律適合性に含まれ、したがって、法律の留保の下に保障された自由権と同様に、立法権を拘束するものでなかったが、日本国憲法下で行政権と司法権は、国会の制定する法律だけではなく憲法に拘束される。このように、比例原則が単純な法律適合性の原則から、立法権まで拘束する憲法上の原則となるに至り、平等原則とならび、人権に関する憲法上の保障を意味することになったというのである。田上讓治「行政作用法における比例原則」田中二郎・原竜之助・柳瀬良幹編『行政法講座 第6巻』（有斐閣、1966年）4～6頁。

116) 中山茂樹「生命・自由・自己決定権」大石・石川・前掲注18) 94頁。

117) 松本・前掲注65) 113頁。

118) 西村・前掲注108) 122頁。

119) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）154頁（木下智史担当）。

120) 宍戸・前掲注28) 20頁。

121) 宍戸・前掲注28) 23頁。

122) 駒村・前掲注95) 286頁。

123) 西村・前掲注108) 121頁、千葉・前掲注104) 102頁。なお、私生活上の自由には単に公権力が個人の行動を追跡する局面のみならず、個人の行動が追跡され得る可能性の存在が、実際の追跡が行われていない段階でも個人の行動に影響することを前提とした枠組みとして捉え直すことが可能であるとする。

124) 宍戸・前掲注28) 21～23頁。

5 む す び

以上検討してきたように、判例は13条の主観的権利の側面ではなく、政府の限界を画するという性質¹²⁵⁾に着目し、公権力の統制に主眼を置く枠組みを提示している。判例の採用する判断枠組みの背後には、列挙されていない権利の承認をめぐる裁判所の守備範囲の問題が存在している。そもそも、およそどのような法益が憲法上の基本的人権としての地位に値するのかを認定するのは第一次的には立法府であり、それを非民主的機関である裁判所単独で承認することが許容されるのか、といういわば制度的問題が存在しているのである¹²⁶⁾。要するに、憲法は時代や社会通念に対応し全く閉ざされたものではない以上、実体論としては新しい価値を人権として承認することに障害はないが、問題は裁判所単独で列挙されていない権利を承認することが許されるのかということである¹²⁷⁾。そこで、この問題に応じるために、裁判所は列挙されていない権利存在それ自体は認めつつも、それを「正面からの承認」を避け¹²⁸⁾政府の行為に対する合憲性審査に際しての根拠となる意味で私生活上の自由を保障し¹²⁹⁾当該自由の制限に対する正当化に焦点を当てる判断枠組みを採用したのではないか。さらに、付言するならば、判例の採用する判断枠組みの主眼は、学説のように13条からどのような列挙されていない権利が導出されるかということではなく¹³⁰⁾実践的観点から個別の事案に対していかに柔軟に対処し解決するのかということであった（それは裁判所が紛争解決機関として個別の事案ごとに対処していこうとする姿勢の現れでもある¹³¹⁾。上記で検討した私生活上の自由とその制限の在り方に関する枠組みはあくまでも政府による情報収集の合憲

125) 石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2007年）11頁。

126) 棟居快行『憲法講義I [理論演習]』（信山社、1992年）8頁。

127) 棟居・前掲注126) 10頁。

128) 巻・前掲注92) 16頁。

129) 毛利・小泉・浅野・松本・前掲注23) 56頁。

130) 京都府学連判決はそもそも学説の13条に関する議論を前提とするものではない。早瀬・前掲注2) 22頁。

性を判断する枠組みとして提示され、それが個々の事案に形を変えて適用されているだけである。それを超えて列挙されていない権利の承認基準として機能するものではないというべきであろう¹³²⁾ そうすると、判例と学説では、13 条に対する問題関心が最初から異なっていたのである¹³³⁾ (ただ、具体的事案の積み重ねを通じて、13 条の一般の原理を引き出すことは可能かもしれない¹³⁴⁾)。

近年の有力学説は、判例と学説の隔たりを意識し、13 条に関する主観的権利の議論を離れて、客観法的側面に着目し、判例を適合的に説明できるものとなっている。くわえて、近年の有力学説は、13 条には主観的権利には還元することのできない、統治の在り方に関わる客観法的側面が存在していることを明確に認めているのである¹³⁵⁾ そもそも、13 条が政府の権限の限界を画し、政府の行為が公共の福祉に適合していることを要求するというのは、13 条をはじめ憲法上の権利が政府を統制するものである以上¹³⁶⁾ ごく自然な理解ともいえよう。しかも、従来の学説もこの点を暗黙のうちに容認してきた¹³⁷⁾ 要するに、以上の理解からすれば、13 条の要点は、規制する政府の側の行為が公共の福祉に適合しているかどうかである。なお、私見もこうした方向性と同一である。私見は、列挙されていない権利を、政府に対して当該行為が公共の福祉に適合していること、政府に対して当該制約の合理性の証明を要求し、公共の福祉により正当化することのできない政府の行為を排除する権利として理解する¹³⁸⁾。

131) 棟居快行『憲法学の可能性』(信山社、2012 年) 173 頁。こうした裁判所の姿勢を「小さな司法」(具体的事件の解決の志向)と評価する。

132) そのために、裁判所による列挙されていない権利の形成は、その範囲や効力が不明確であるのはこうした点に起因するのではないか。宍戸常寿「法秩序における憲法」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・岩切紀史・木村草太・小島慎司・齊藤愛・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点 第 2 版』(有斐閣、2009 年) 49~50 頁。

133) 判例と学説の隔たりの原因はまさにこの点にある。

134) 土井・前掲注 89) 29~30 頁。

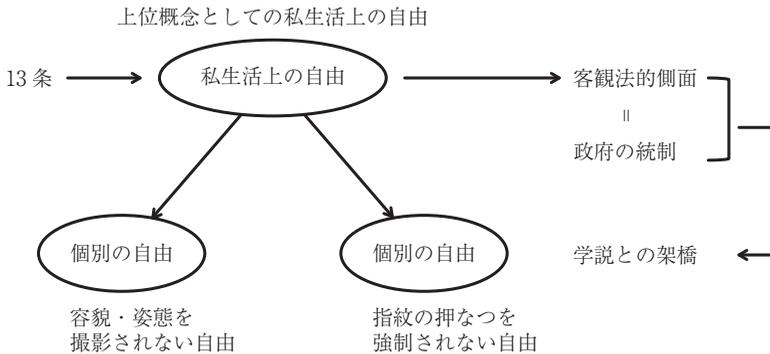
135) 千葉・前掲注 104) 100 頁。

136) 石川・前掲注 125) 10 頁。

137) 千葉・前掲注 104) 100 頁、宍戸・前掲注 28) 16 頁。

このように、近年では、判例と学説の隔たりがなくなりつつあり、13条の解釈は大きく進展しており、その方向性については今後も検討を重ねる必要性があろう。

※私生活上の構造



138) 中曾久雄「列挙されていない権利の保障の意義」愛媛法学会雑誌 39 卷 3・4 号 (2013 年) 137~138 頁。