

2023 年度

博士学位論文

国家による情報行為と法関係に関する考察

指導教員

塚谷文武先生

大阪経済大学大学院

経済学研究科 経済学専攻

広田恭子

目次

第一章 基本的問題	1
第一節 問題意識と課題の設定	1
第一款 問題意識とその背景	1
第二款 課題の設定	2
第二節 国家による情報行為の拡大	4
第一款 国家による情報行為の拡大事例	4
(1) 戸籍制度	
(2) 住民基本台帳制度	
(3) 個人番号制度	
第二款 情報行為の特徴	29
(1) 「情報」の定義（個別法等を参考に）	
(2) 「情報」の特質（学説を参考に）	
第二章 情報自己決定権	41
第一節 基本権総論	42
第一款 三段階審査の概要	42
(1) 保護領域	
(2) 介入概念	
(3) 正当化	
第二款 人格の自由な発展の権利	52
(1) 一般的行為自由	
(2) 一般的人格権	
(3) 領域理論	
第二節 情報自己決定権	61
第一款 情報自己決定権に関する判例	61
(1) 情報自己決定権の起源（国勢調査判決）	
(2) 情報自己決定権の拡大（オンライン検索判決）	
(3) 介入概念の拡大事例（自動車ナンバー記録Ⅱ決定）	
第二款 連邦憲法裁判所による判例法理	105
(1) 情報の分離原則	
(2) 日本法の考察への視点	

第三章 新たな権利の模索	117
第一節 新たな権利の模索	118
第一款 情報行為に必要な二つの性質	119
(1) 処分性概念とその意義	
(2) 侵害行為性	
第二款 憲法 13 条をめぐる権利観の考察（総論的論点）	122
(1) 一般的行為自由説・人格的利益説	
(2) 各説の批判と新しい権利観（「切り札」としての人権論）	
第三款 憲法 13 条をめぐる権利観の考察（各論的論点）	132
(1) 自己イメージコントロール権説	
(2) 自己情報コントロール権説	
第二節 存在権の発見	143
第一款 臣民の地位と国民の地位	144
(1) 『日本憲法要論』における臣民の地位	
(2) 『日本國憲法論』における国民の地位	
(3) 臣民の地位と国民の地位	
第二款 存在権の発見	151
(1) 存在権の発見〔前〕	
(2) 存在権の発見	
(3) 存在権の発見〔再考〕	
第三節 国家による情報行為に抵抗し得る権利の考察	158
第一款 国家による情報行為に抵抗し得る権利の考察	158
(1) 一般的行為自由説・人格的利益説	
(2) 「切り札」としての人権論	
(3) 自己イメージコントロール権説・自己情報コントロール権説	
(4) 存在権	
第四章 国家による情報行為と法関係に関する考察	166
第一節 存在権論に関する考察	166
第一款 存在権論に関する考察	166
(1) 存在権論に関する学説の見解	
(2) 自由権及び国務要求権に関する理解	
(3) 存在権論に関する考察	
第二款 存在権論の意義	189
第二節 国家による情報行為と法関係に関する考察	192

第一款 国家による情報行為と存在権の考察	192
(1)考察のための考慮事項	
(2)戸籍制度と対抗権としての存在権	
(3)住民基本台帳制度と対抗権としての存在権	
(4)個人番号制度と対抗権としての存在権	
第二款 国家による情報行為と法関係に関する考察	247
(1)問題意識とその解答	
(2)国家による情報行為と法関係に関する考察	
第三節 私人による情報行為と法関係に関する考察.....	257
第一款 私人による情報行為の具体的事例.....	257
(1)さいたま地決平成 27 年 6 月 25 日決定〔仮削除命令〕、及び さいたま地決平成 27 年 12 月 22 日決定〔仮処分命令認可〕	
(2)東京高裁平成 28 年 7 月 12 日決定〔取消決定〕	
(3)最高裁平成 29 年 1 月 31 日決定〔許可抗告棄却〕	
第二款 私人による情報行為と存在権の考察	264
(1)判決の特徴	
(2)私人による情報行為と存在権の考察	
第五章 将来の課題	268
第一節 ドイツ個人識別番号法の成立	268
第二節 将来の課題	269
謝辞.....	270

第一章 基本的問題

第一節 問題意識と課題の設定

第一款 問題意識とその背景

本研究は大きく二つの柱の問題意識から出発している。第一は、国家（本稿における「国家」とは立法権、行政権、司法権を含む総体を指す）が行う情報行為の特徴を掴み、新しい行為形式として定義を与え、その行為がもたらす作用を考察することである。第二は、国家による情報行為が国民に何らかの制限をもたらすのであれば、新たな権利観を模索することによって、そこで得られた権利が、その制限に対抗することができるかを考察することである。

研究の直接の契機となったのは、平成 25 年に成立した「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」¹（以下「番号法」という。）である。個人番号制度は、税、社会保障、災害対策分野における行政手続の効率化と国民の利便性の向上を目的に導入されている。

政府は、令和 3 年 9 月に内閣にデジタル庁を設置し、内閣総理大臣を長及び主任の大臣として、これまでにない速度でデジタル社会形成のための施策を促進している。個人番号²の利用拡大の施策もその一つである。

また、これまで官民を区別し、自治体ごとの独自性を反映させてきた個人情報保護条例が、令和三年法律第三十七号による改正法（以下「令和三年改正個人情報保護法」という。）によって一本化が行われる。令和 5 年 4 月には未施行分が施行され、それにより全国の個人情報保護条例は廃止され同法に一本化される。今後は、国の行政機関、独立行政法人等、民間事業者及び地方公共団体において別の法律ないし条例で運用されてきた個人情報の取扱いは、同一の法律によって扱われることになる。もともと、それらは、デジタル化の推進施策のほんの一部である。デジタル社会形成に向けた施策の会議は、デジタル庁だけでも実に 30 を数える³。こうした内閣主導で行われる国家のデジタル化に関する施策の拡大の速度に対して、公権力の行使を主眼においてきたこれまでの行政法学の研究は、その変化の速度に追いついていない状況にある。

行政権は、すべての国家作用のうち、立法作用及び司法作用を除いたすべてが対象となり、その活動範囲が非常に広範囲である。しかし、すべて

¹ 通称「マイナンバー法」のことである。

² 通称「マイナンバー」のことである。条文上は「個人番号」と規定されている（番号法 2 条 5 項）。

³ デジタル庁（<https://www.digital.go.jp/councils/>）参照。

の行政活動にその根拠となる法律（以下「行政作用法」という。）が求められるわけではない。行政機関は、一定の範囲の行政活動、すなわち国民の自由と財産を直接侵害する行為（侵害行為）となる行政活動については、行政作用法を必要とするという原則（侵害留保説）に従って活動している。そのため、たとえば、国家による情報行為によって国民が何かしらの制約を受けた場合であっても、その行為によって直接に侵害が生じないものは、必ずしも行政作用法が要求されるわけではない⁴。

しかし、令和三年改正個人情報保護法や番号法の成立にみられるように、国家による情報行為が拡大し、侵害行為ではない行政活動が多く行われるようになった状況では、侵害留保説はその対象範囲が狭く、国民の保護の観点からは十分ではないと考えられるようになる⁵。

このような背景の下、本稿の問題意識を要約すれば次のとおりである。第一は、国家の情報行為が拡大するなか、その行為によって国民に何かしらの制限を生じさせたとしても侵害留保説ではその制限を説明することが困難であり、そのために国民に対する法的保護が十分ではないと考えられることである。第二は、しかし、侵害留保説を維持しながら、国家による情報行為によって制限を受ける国民が、その行為に対抗し得るような新たな権利観を模索することである。そのための課題を以下に述べる。

第二款 課題の設定

行政法学上、「情報行為」という概念は存在しない。けれども、国家が行う活動には、情報を取扱う行為に関するものは多く存在する。たとえば、行政機関が行う情報活動の代表的なものとして行政調査がある。しかし、本稿が課題として設定する対象は、国家作用ないし行政作用が一定の対象者に向けられた行為ではないものを対象とする。すなわち、その作用が、国民全員に向けられて行われる行為であり、その行為が、国家によって行われる情報行為であるものを考察の対象と設定する。なぜなら、このような情報行為の行為形式に関しては、未だ行政法学上の定義が与えられてお

⁴ 東京地判平成 26 年 1 月 15 日判決では、警察法 2 条 1 項を根拠に警察が強制力を伴わない任意手段によって情報収集活動を行うことは許容されるから、法律の留保原則違反には当たらないと述べている（LEX/DB 文献番号 25517582）。

⁵ この点、ドイツでは重要な事柄は法律事項として留保する（重要事項留保説）、あるいは本質的な事柄は法律事項として留保する（本質性理論）が判例、通説であり、重要な事柄、あるいは本質的な事柄については法律事項として議会による民主主義的統制が図られている。

らず、そのために研究が取り残されている分野であると思われるからである。

考察にあたり、本稿では、行政法学上の行為形式が定まっているものを除き、国家が行う情報にまつわる行為を括り出し、国家による情報行為と名づけることにする。そしてその意味を「国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念」と暫定的に定義する。

また、国家の情報行為のうち、本稿は、特に、情報の収集段階に主眼をおいて考察する。情報行為は、行為及びその過程をも含む概念であるが、その過程で生じ得ると考えられる諸課題は、個人情報保護法などの個別法の問題点を考察することですでに多くの研究が行われている。したがって、そこで課題となるべき問題点は本稿では扱わないことにした。冒頭に述べたとおり、本稿は二つの柱の問題意識から出発している。それらを考察するため、論文の課題を次のように設定する。

第一は、国家が行う情報行為の事例と考えられる三つの法制度が、設定した定義によって説明可能であり、その定義に当てはまるかを確認する。

また、「情報」は、その内在的に有する特質によって、副次的問題をもたらさせ得るという特徴がある。それを明らかにするため、用語法として「情報」及び「データ」の定義を確認した後、情報の特質を考察する。そして、情報が潜在的に有する特質を踏まえて、あらためて「情報行為」を説明する（第一章）。

第二は、国家による情報行為は、国民の権利ないし自由にどのような制限を生じさせるのかという点を比較法的視点で確認する。そのための素材として、ドイツの判例を取り上げ、新たに導かれた情報に関する自己決定権（以下「情報自己決定権」という。）の権利観を確認する。さらに、情報自己決定権を拡大するオンライン検索判決、介入概念を拡大させる自動車ナンバー記録Ⅱ決定を参照し、これらの判例から示唆される日本法への考察の視点を得る（第二章）。

第三は、第四章において、国家による情報行為が、国民の自由や財産に対してどのような制限を生じさせるのかということについて考察するために、情報行為に適合する新たな権利を模索する。具体的には、公法分野におけるわが国の現状の権利観に関する主要な学説を確認し、国家による情報行為に対抗し得る新たな権利を模索することになっている。次に、新たな権利の候補として、佐々木惣一が存在権論を参照する。佐々木説は、独自

の解釈で憲法 13 条から新しいカテゴリとして国民の存在権（以下「存在権」という。）を見出した学説である。そこで存在権の発見にいたる過程を確認する（第三章）。

第四は、第三章で確認された新たな権利である存在権論に関する考察を行う。次に、国家による情報行為の三つの制度と対抗権としての存在権を考察する。そして、国家による情報行為と国民の国家に対する法関係がどのように説明できるかを考察し、本稿における二つの問題意識の解答を導き出したいと考えている。また、私人による情報行為として事例を取り上げ、私人による情報行為と存在権に関する考察を行う（第四章）。

最後に、本稿で考察できなかった課題を将来の課題として提示する（第五章）。

第二節 国家による情報行為の拡大

本節の課題は、国家による情報行為と考えられる事例として三つの法制度を考察し、各法制度が、筆者が設定した国家による情報行為の定義に当てはまるかどうかを確認することである。

そこで、まず各法制度の内容を概観し、近時の改正点について触れる。そして、各法制度の今後のあり方に関する検討会が立ち上がっているため、その議論状況を確認した後、国家による情報行為に該当するかを確認していくことにする。

第一款 国家による情報行為の拡大事例

国家による情報行為の第一の事例は、戸籍制度である。戸籍制度の歴史は古く、明治 5 年に創設された。戸籍制度は、歴史的にみて、わが国の家族のあり方に係る複雑な問題を抱える制度でもある。しかし本稿は、国家による情報行為の該当性を判断するために、最小限の制度の特徴の理解に努め、近時改正された改正戸籍法の動向を参照したあと、国家による情報行為の該当性を確認する。

第二の事例は、住民基本台帳システム（以下「住基ネット」という。）である。もともと住民基本台帳は、市町村内で紙台帳として編製されていたが、平成 11 年にオンライン化を図るため住基ネットが制度化された。その後、今日まで比較的安定的に運用されてきたが、令和 3 年には住基ネットの新たなあり方の検討会が立ち上げられている。そこで、国家の情報技術システムとしての住基ネットの今後の位置づけを探るとともに、国家による情報行為の該当性を確認する。

そして、第三の事例は、個人番号制度⁶である。個人番号制度は、個人に付番された番号の利用が最大の目的である制度である。令和5年6月末時点の個人番号カードの人口に対する保有枚数は全国で70%に達し⁷、国民に定着してきている感がある。

令和3年に内閣の下にデジタル庁が発足してからは、所管がデジタル庁へと移管されている。内閣総理大臣を長及び主任の大臣とするデジタル庁は、政府の強力な体制で各種の会議等が立ち上げられ、個人番号制度のワーキンググループ（以下「番号WG」という。）⁸でも様々な議論が展開されている。そこで、国家の情報技術システムとしての個人番号制度の今後のあり方を探るとともに、国家による情報行為の該当性を確認する。

(1) 戸籍制度

戸籍制度は、わが国の家族のあり方に大きな影響を与えてきた制度である。

戸籍法の公開原則は、幾分制限されるようになったとはいえ⁹、河上正二によれば「戦後の度重なる戸籍制度の改定にもかかわらず、戸籍は、かつての『家』制度の残滓を引きずっており、個人のプライバシーや人格権に触れるような差別を生み出す危険性を孕んでいる」¹⁰制度であるといわれる。

筆者は、戸籍制度の専門的知識を有しないため、ここでは、戸籍制度に関する先行研究や公開資料を参照し、戸籍制度の特徴を掴んだうえで、戸籍制度が、国家の情報行為に該当するかを確認することにしたい。

① 戸籍制度の特徴

1) 戸籍制度の来歴

⁶ 通称「マイナンバー制度」のことである。

⁷ 総務省「マイナンバーカードの交付・保有枚数等について（令和5年6月末時点）」（https://www.soumu.go.jp/main_content/000892048.pdf）参照。

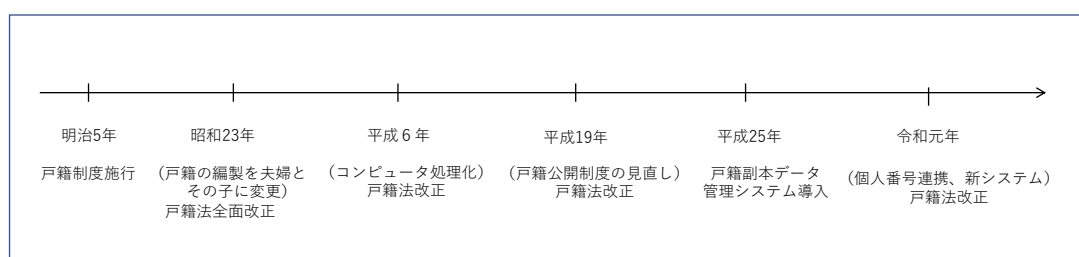
⁸ 正式名称は「マイナンバー制度及び国と地方のデジタル基盤抜本改善ワーキンググループ」である。デジタル庁（<https://www.digital.go.jp/councils/mynumber-digital-basis-wg>）。

⁹ 平成19年改正法の成立により、他人の戸籍謄本等の請求が制限されるように変更された。法務省「戸籍法の一部を改正する法律の概要（改正の概要）」令和元年5月24日成立（<https://www.moj.go.jp/content/001295590.pdf>）参照。

¹⁰ 河上正二「『戸籍法改正の中間試案』と命名権」法律時報94巻9号（日本評論社、2022年8月）3頁。

戸籍制度は、明治5年に施行された。昭和22年の民法の全面改正を受けて、昭和23年に戸主とその家族ごとに作成されていた戸籍制度の抜本的見直が行われ、戸籍は、夫婦とその未婚の子の単位の編製に変更される。

平成6年には、電子化への対応としてコンピュータ処理が開始され、平成19年には戸籍の公開原則の見直しが行われる。また、平成25年には、東日本大震災の被災を契機として法務省において戸籍副本データ管理システムが導入された¹¹。そして、令和元年には、個人番号との連携対応や既存の戸籍副本データ管理システムを新システムに発展させるための法改正が行われている（図1）。



【図1】¹²

2) 戸籍制度の特徴

戸籍法は目的規定がなく、また、戸籍の定義規定も置かれていない特殊な法律である。たが、法務省の説明によれば、「戸籍法（昭和二十二年法律第二百二十四号）は、『国民各人の身分関係を公証する公正証書』である戸籍に関する制度について定める法律である」¹³と述べているから、戸籍とは、「国民各人の身分関係を公証する公正証書」ということになるであろう。

戸籍制度の神髄は、以下の点にある。すなわち「戸籍が同時に、国民登録であり、親族登録であり、住民登録であることである」¹⁴。もちろん、戸籍制度と住民登録制度は別制度であるとはいえ、「住民登録と戸籍は相互に連結されているため、戸籍によって住民登録をたどることができ、その逆も可能であるという制度の下では、そのかぎりでは依然として住民登録機能をもつ」¹⁵という特徴をもった制度である。

¹¹ 法務省・前掲注(9)参照。

¹² 法務省・前掲注(9)1頁をもとに作成・加筆した。

¹³ 法務省・前掲注(9)1頁。

¹⁴ 水野紀子「戸籍制度」ジュリスト1000号（有斐閣、1992年）163頁。

¹⁵ 水野・前掲注(14)163頁。

また、親族登録としての機能は、「戦後の改革により夫婦とその子どもの戸籍となったものの、戸籍相互の連結機能により、（…）きわめて広範囲な親族相互の関係をたどることができる」¹⁶。そして、「日本人はつねに唯一の戸籍に現存する者として記載され、その戸籍を通じてその者の親族関係も現住所も把握される」¹⁷。

こうした国民登録、親族登録及び住民登録を把握する機能をもつ戸籍制度は、「身分関係の立証などにも便利なものである反面、国民はたえずその存在を意識しそれに縛られその重圧を感じ、国籍差別」¹⁸などの様々な差別の原因を生じさせる制度上の難題を抱えている。

3) 戸籍制度のもつ機能（個人データの収集・提供機能）

戸籍制度特有の機能の一つは、個人に関する情報を個人単位ではなく、「氏」単位によって把握する点にある。戸籍の構成単位は、「旧法下、戸主が集約的に『家』の構成員のデータを申告することにより、『家』に行政府に対するデータ申告の義務があったことと、また各『家』のデータは常に公開され、『家』の間で相互に閲覧・利用されていたことに注目すれば、戸籍法上の『家』は、国家または行政の機能的末端単位としての役割を果たしていた」¹⁹と考えられる。

令和五年法律第五十八号による戸籍法²⁰（以下「改正戸籍法」という。）においても一人一戸籍の身分登録の単位にはなっていない。その意味で基本的に「氏」が国家や行政の末端単位として機能する点を残存させており、旧法下の機能を継承していることに変わりないといえる。

4) 住民票と戸籍の相違点

次に、住民票と戸籍の相違点を表1で確認しておこう。登録地について戸籍と住所地は一致している必然性はなく、相違していても問題はない。

代表者は、戸籍では筆頭者と呼ばれ、住民票では世帯主と呼ばれる。戸籍の筆頭者とは、戸籍に最初に記載がされている人を指す。戸籍は夫婦とその未婚の子で構成されるため、婚姻時に称することとした氏（夫又は妻の氏）によって筆頭者が決められる。

¹⁶ 水野・前掲注(14)163頁。

¹⁷ 水野・前掲注(14)163頁。

¹⁸ 水野・前掲注(14)163頁。

¹⁹ 和田幹彦『家制度の廃止—占領期の憲法・民法・戸籍法改正過程』（信山社、2010年）422頁。

²⁰ 令和五年法律第五十八号による改正戸籍法（一部未施行）。

他方で住民票の世帯とは、同じ住所で家計を一緒にしている世帯を指す。住所が異なる場合は家族であっても別世帯となる。また、住所が同じであっても家計を分けている場合は、別世帯とすることができる²¹。登録の基礎は、戸籍は出生から死亡までの様々な身分関係に生じた法律上の原因（婚姻、離婚、子の出生、除籍等）が記録されるのに対して、住民票の記載事項は、住基ネットで送信される本人確認情報のほかに、世帯主である旨、世帯主でない者については世帯主の氏名及び世帯主との続柄、戸籍の表示、住民となった年月日等が記載される（住基法7条）。

【表1】²²

	戸籍	住民票
登録地	本籍地	住所地
代表	筆頭者	世帯主
登録の基礎	身分関係	居住関係
登録の単位	家族	世帯
準拠法（根拠法）	戸籍法	住民基本台帳法

②改正戸籍法の要点

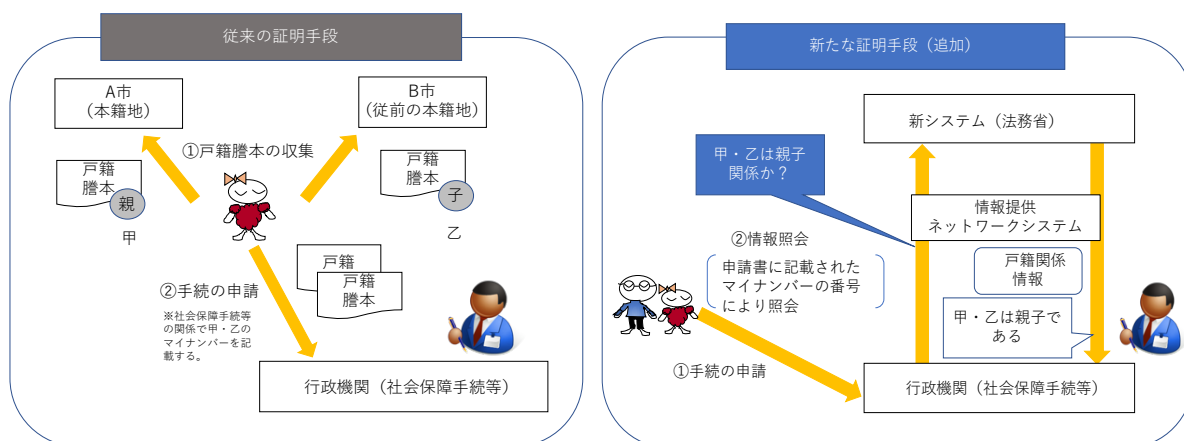
さて、改正戸籍法の要点を確認しておこう。主なポイントは、個人番号との連携、添付の省略化、電子戸籍証明書の発行などである。

第一は、個人番号の連携によって戸籍謄抄本の添付を省略するための改正である（改正戸籍法121条の3）。これは、従来の戸籍謄抄本による戸籍の情報の証明手段に加え、新たな手段として追加される。追加された方式は、個人番号制度の情報提供ネットワークシステムを經由して戸籍関係の情報を確認する方式である（図2右）。

²¹ 前橋市市民部市民課住民係「『同一世帯』と『別世帯』の違いは何ですか」を参考にした（<https://www.city.maebashi.gunma.jp/soshiki/shimin/shimin/shitsumon/1/1/8/22122.html#:~:text=同じ住所に住んで,に届出が必要です%E3%80%82>）。

²² 佐藤文明『知っていますか？戸籍と差別一問一答』（解放出版社、2010年）9頁より引用、一部加筆した。

新しく追加される証明方式は、たとえば、従来方式（図2左）では、親と子のそれぞれの本籍地に戸籍謄本を収集していた申請者の負担が、行政機関一箇所の窓口で申請をすればよく、申請者の負担が軽減されることが期待できる。



【図2】²³

第二は、戸籍の届出における戸籍謄抄本の添付省略のための改正である（改正戸籍法 118 条、120 条の 4～120 条の 8）。これは、本籍地以外の市区町村において、法務省の新システムを利用し、本籍地以外の市区町村データを参照することにより戸籍の届出における戸籍謄抄本の添付を不要にするための改正である。従来、婚姻届や養子縁組などの戸籍の届出が必要とされていたものは、改正法により戸籍謄抄本の提出は不要となる。法務省内の新システムを活用した戸籍事務内部の情報利用であるため、個人番号の利用の予定はない。

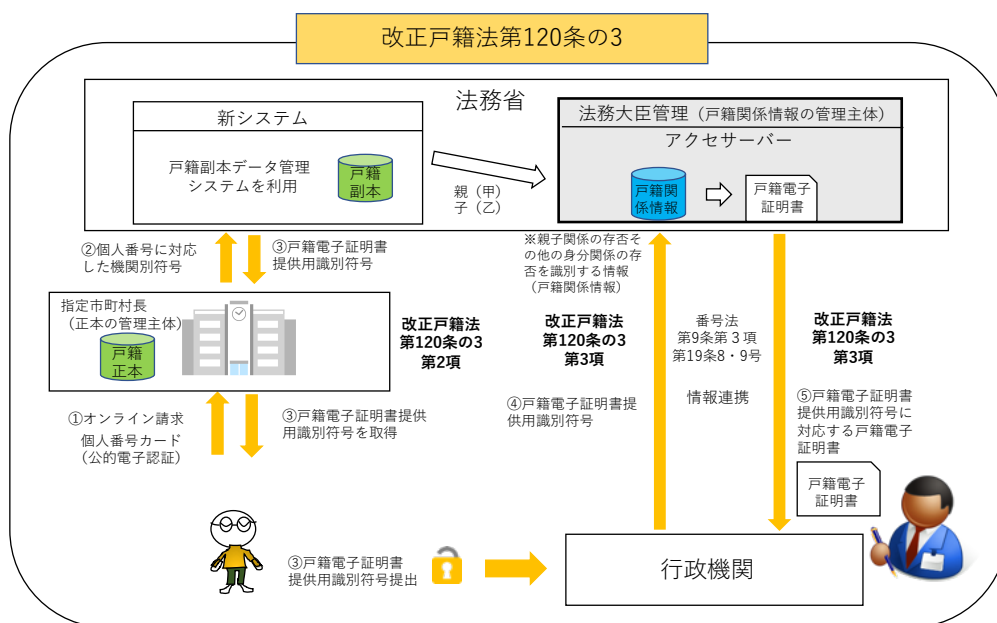
第三は、本籍地以外での戸籍謄抄本の発行のための改正である（改正戸籍法 120 条の 2）。これは、本籍地の市区町村以外の市区町村窓口で戸籍謄抄本の請求を可能にするための改正である。

そして、発展編として、本人や父母等の戸籍について、戸籍電子証明書又は除籍電子証明書の発行を可能とするための改正である（改正戸籍法 120 条の 3）（図3参照）。まだ検討中の案であるが、手続の概略は次のとおりである。

申請人は、本籍地の指定市町村長に対し、オンラインで戸籍電子証明書又は除籍電子証明書の発行を請求する。請求を求められた指定市町村長は、法

²³ 法務省・前掲注(9) をもとに作成・加筆した。

務省に対し、当該申請人の符号を送信する。符号を受信した法務省は、新システムにおいて申請人に対応する戸籍電子証明書提供用識別符号を指定市町村長に送信する。当該符号を受信した指定市町村長は、申請人に対し、当該符号を送信する。当該符号を取得した申請人は、行政機関に対し、オンライン申請の際、取得した当該符号を提出する。当該符号の提出を受けた行政機関は、システム端末に当該提出された符号を入力し、戸籍関係情報（親子関係の存否その他の身分関係の存否を識別する情報）に係る戸籍電子証明書を取得する（改正戸籍法 120 条の 3）。現在、オンライン手続の提供にあたっては、マイナポータル²⁴の活用も視野に検討されている²⁵。



【図 3】²⁶

図 3 では、本籍地の市町村で戸籍（正本）が管理されるのに、なぜこのような複雑なデータ処理が行われるのかと思われるかもしれない。その主な理由は、法務大臣が、戸籍関連情報の基礎となる戸籍副本データ管理システムの運用主体となっていることに加え、戸籍事務は、地方自治法（以下「自治法」という。）2 条 9 項 1 号に定められる第一号法定受託事務（戸籍法 1 条 2 項）であり、法務大臣が適当と考えられたこと及び番号法上、「特定個人情

²⁴ 個人番号制度の行政手続のオンライン窓口のこと。詳しくはデジタル庁公式サイトを参照願いたい (https://www.digital.go.jp/policies/myrna_portal/)。

²⁵ 法務省・前掲注(9)。

²⁶ 法務省・前掲注(9)3 頁、及び宇賀克也『マイナンバー法の逐条解説 (有斐閣、2022 年 6 月)』57 頁以下を参考に作成した。ただし、「パスワード」の表現のところは、条文上は「戸籍電子証明書提供用識別符号又は除籍電子証明書提供用識別符号」と規定されているため、図 3 及び本文は条文に合わせている。

報には、氏名、生年月日、性別および住所（基本四情報）のような特定の個人を識別できる情報を含めない運用がされており、戸籍謄本等や除籍謄本等を情報連携の対象とすることは、「プライバシー侵害のおそれがある」²⁷と考えられたからである。

なお、改正戸籍法による新制度の運用は、交付の日から起算して5年を超えない範囲内において政令で定める日に施行が予定されているが、令和5年7月現在一部未施行となっている²⁸。

③国家の情報行為の該当性（戸籍制度の場合）

以上までが戸籍制度の特徴及び近時の改正法の概要である。それを踏まえて、戸籍制度に係る行為が、国家による情報行為の定義によって説明可能かどうか、あるいは、その定義に当てはまるかを確認することにしたい。ここでは、戸籍制度に係る婚姻届（戸籍法74条）を例に確認する。

戸籍制度に係る行為を国家による情報行為の定義（国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念）に当てはめると、次のようになるであろう。

戸籍事務に係る行為は、国家が、国民全員を対象に「氏」単位で国民登録、親族登録及び住民登録を把握し、国民の身分関係の変動を記録し、及び公証（行政行為）のために行われる一連の行為である。婚姻届に係る戸籍の公証行為は、国家が、戸籍制度によって国民各人の身分関係を公証する目的で、戸籍を編製するという情報の意味の形成に向けられた情報処理行為であり、当事者に対し、婚姻届の受理によって法律上の婚姻関係（民法739条）を生じさせる作用をもたらす行為である。したがって、国家による情報行為の定義で説明可能である。

(2)住民基本台帳制度

①住基ネットの制度化とその役割

1) 住基ネットの制度化

²⁷ 宇賀・前掲注(26)61頁。

²⁸ 法務省「戸籍法が改正されてできるようになること」（令和元年法律第十七号 5月24日成立）（<https://www.moj.go.jp/content/001295591.pdf>）。

続いて、住民基本台帳制度を取り上げる。住民基本台帳は、全国の市町村ごとに住民票をまとめたものとして作成されている。住基ネットは、住民基本台帳を電子化し、電子計算機をネットワーク化したシステムのことである。

住基ネットは、住民サービスの向上と行政事務の効率化を図るため、居住関係を公証する住民基本台帳を国・地方の機関でネットワーク接続し、全国規模で本人確認を可能にするシステムとして、平成11年8月「住民基本台帳法の一部を改正する法律（以下「住基法」という。）の成立により導入された。

導入当初は、個人情報保護の観点から、一部の住民らが違憲訴訟を提起したが、最終的には平成20年3月6日最高裁判決（以下「住基ネット最高裁判決」という。）²⁹において合憲判決が出されている。

2)役割

住基ネットで扱われる情報は、氏名、住所、生年月日、性別、住民票コード、個人番号、及びこれらの変更情報を加えた七情報（以下「本人確認情報」という。）で構成される。本人確認情報の提供で行われている主な事務は、選挙、国民健康保険、後期高齢者医療、介護保険、国民年金、児童手当、住民税、学齢簿、印鑑登録証明、予防接種、生活保護等がある³⁰。

本人確認情報は、行政機関に対し、住基ネット経由で直接送信される。これにより、住民は、パスポート受給申請や免許申請等のための住民票の写し、年金受給権者の住所変更・死亡届、年金受給権者の現況届等の提出を省略することができる。

加えて、近年の法改正により取扱事務が追加された。主なものは、医師や看護師等の免許、保育士等の登録等の国家資格関係事務、新型コロナウイルス感染症に係る予防接種の実施、公的給付の支給を実施するための基礎とする情報の管理、マイナンバーによる預貯金口座の管理等である³¹。

けれども、住基ネットは、平成25年に成立した個人番号制度の導入に伴い、個人番号制度の情報連携に用いる機関別符号の生成や個人番号の生成の基礎を提供する役割、個人番号カードの交付や電子証明書を発行する役割を

²⁹ 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

³⁰ 総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会（第1回）【住民基本台帳制度資料2】」令和3年6月1日（https://www.soumu.go.jp/main_content/000753605.pdf）3頁参照。

³¹ 総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会（第1回）【住民基本台帳ネットワークシステム資料4】」令和3年6月1日（https://www.soumu.go.jp/main_content/000753607.pdf）11頁参照。

担っている³²。その意味では、住基ネットは、本人確認情報の提供を行うシステムから、個人番号制度と密接不可分なシステムへと変更されている。

②デジタル時代における住民基本台帳制度の新たなあり方の検討

1) オンプレミスからの移行プロセス

令和元年に成立した「情報通信技術の活用による行政手続等に係る関係者の利便性の向上ならびに行政運営の簡素化及び効率化を図るための行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律等の一部を改正する法律」（以下「デジタル手続法」という。）及び令和3年に成立したデジタル社会形成基本法、デジタル庁設置法及び地方公共団体情報システム機構等のデジタル関連法の成立を受け、住基ネットの新たな役割のあり方の検討会が設置されている³³。

令和3年12月28日にまとめられた報告書には、住基ネットの今後のあり方の指針が示されているが全部を取り上げることはできないため、以下では、これまでの運用に変化が生じると思われるいくつかを取り上げる。

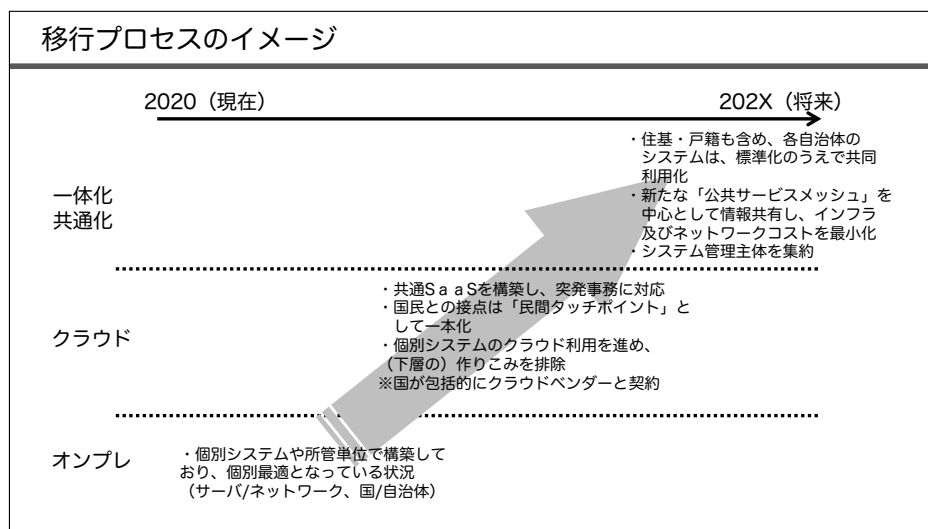
まず、システムの観点からの変更点である。これまで、住基ネットは、国、都道府県及び市町村間を専用回線でネットワーク化し、インターネットに接続不能な閉域的なネットワークでの通信接続を構築しているが、それを全国の自治体が保有するデータ形式の標準化を行ったうえで、クラウド方式へと変更する案が検討されている。もっとも、住基ネット最高裁判決の趣旨を踏まえ、「個人情報を一元的に管理する主体はいないという仕組みを維持するとともに、名寄せ（データマッチング）が行われないことを担保していくことが重要ではないか」³⁴との意見が出されている。

³² 総務省・前掲注(31)16～17頁参照。

³³ 検討会の名称は、「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会」である。総務省に設置されている (https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/digital_juki/index.html)。

³⁴ 「一元的管理主体」については、住基ネット最高裁判決・前掲注(29)が、住基ネットの合憲性を担保する一つの理由として述べていることから、個人番号制度の創設時にも意識された経緯がある。総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会（第2回）議事概要」令和3年9月2日 (https://www.soumu.go.jp/main_content/000770696.pdf) 3頁。

検討会では、デジタル化のグランドデザインへの移行プロセスが示されている（図4）。



【図4】³⁵

図4を見ると2020年時点ではオンプレミス（on-premises）とあり、国、自治体がそれぞれ管理主体となってシステムの運用が行われていることがわかる。次に、第二段階に移行すると運用形態がクラウドへ変更される。この段階では、個別システムのクラウド利用が進められ、たとえば、各自治体の独自システムの開発（下層の作りこみ）を排除する方針が確認できる。また、第三段階に移行すると、住基や戸籍を含む各自治体のシステムの標準化が図られ、国、自治体が共同利用する形態に変更される。第三段階になると、住基ネットの位置づけは、国の共通化された一つの業務システムとして位置づけられる。

2)扱われる情報の変化と変わる住基ネット

次に、扱われる情報に関する点を確認する。住基ネットは、前述の七情報に加え、新たに世帯情報を追加し、情報連携を行う案が検討されている。

現行法上、住基ネットが扱える情報は本人確認情報に限定されており、世帯情報を確認する必要がある場合には、住基ネットと個人番号制度の両

³⁵ 総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会 有識者部会（資料1-1）」令和3年7月19日「国・地方の情報システムのトータルデザインの方向性（楠構成員 提出資料）」（https://www.soumu.go.jp/main_content/000760674.pdf）4頁をもとに作成。

システムで確認作業を行わなくてはならない。検討会では実務運用上、その運用が煩雑であるとの認識から出されている提案である³⁶。

住基ネットは本人確認情報以外を扱わず、閉域的なネットワークであるとして、住基ネット最高裁判決で合憲とされており、それとの整合性について検討会でも議論がなされているが、「世帯情報」の秘匿性については「世帯情報は、個人の内面に関わるものではないが、秘匿性が低いとまでは言えないのではないか」³⁷との見解がある。

その他にも「住民票の世帯情報のほかにも、戸籍に基づく法的身分関係や税法上の扶養関係などがあり、こうした『関係情報』を統合的に扱える、より汎用的な仕組みも必要ではないか」³⁸との意見もあり、住基ネット最高裁判決を経てこれまで運用されてきた住基ネットは、導入から 23 年余を経過し、デジタル社会形成に向けて装いを新たにした活動の場が模索されている。

③国家の情報行為の該当性（住基ネットの場合）

以上までが住民基本台帳制度及び住基ネットの特徴並びに近時の改正法の概要である。それを踏まえて、住民基本台帳制度及び住基ネットの運用に係る行為が、国家による情報行為の定義によって説明可能かどうか、あるいは、その定義に当てはまるかを確認することにしたい。ここでは、国民健康保険料の決定³⁹（世帯全員の所得）⁴⁰を例に確認する。

住民基本台帳制度及び住基ネットを国家による情報行為の定義（国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念）に当てはめると、次のようになるであろう。

³⁶ 総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会報告書」令和 3 年 12 月 28 日 (https://www.soumu.go.jp/main_content/000785599.pdf) 15 頁参照。

³⁷ 総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会 有識者部会 議事概要」令和 3 年 7 月 19 日 (https://www.soumu.go.jp/main_content/000764849.pdf) 4 頁。

³⁸ 総務省・前掲注(37) 4 頁。

³⁹ 国民健康保険料は住民票の世帯ごとに計算される。東京都江戸区役所公式サイト「国民健康保険料の計算方法」

(https://www.city.edogawa.tokyo.jp/e053/kurashi/iryohoken/kokuho/hokenryou/keisan/hokenryo_kimarikata.html#:~:text=住民票の世帯ごと,に納めることはできません%E3%80%82) 参照。

⁴⁰ 総務省「デジタル時代における住民基本台帳制度のあり方に関する検討会実務者部会（資料 2）」令和 3 年 6 月 30 日「住基ネットと世帯情報等の関係について」

(https://www.soumu.go.jp/main_content/000757997.pdf) 4 頁参照。

住民基本台帳の調製は、国家が、国民全員を対象に住民の居住関係を公証し、住民に関する記録の適正な管理を図るために行われる行為である。住基ネットによる本人確認情報の運用行為は、国家が、国民の居住関係を公証するためにネットワークを通じて本人確認情報を運用する情報処理行為である。

国民健康保険料に係る住基ネットの運用行為は、国家が、住民の居住関係を公証し、住基ネットを通じて世帯主と同一の住所の者の本人確認情報を提供することにより、住民の健康保険料の納付額を算出するという情報の意味の形成に向けられた情報処理行為であり、住民に対し、間接的に国民健康保険料の納付額決定の作用をもたらす行為である。したがって、国家による情報行為の定義で説明可能である。

(3)個人番号制度

①個人番号制度の導入

三つ目の事例として、個人番号制度を取り上げる。個人番号制度の根拠となる番号法は、平成 25 年 3 月 1 日閣議決定を経て第 183 回通常国会に提出された。衆議院では一部修正されたが同年 5 月 9 日に衆議院本会議で可決され、同年 5 月 24 日に参議院本会議で可決成立し、導入された。

立案当時の民主党政権は、社会保障、税、災害対策の三分野に利用を限定し、本制度の導入目的を「社会保障、税、災害対策の分野で利用し、国民の給付と負担のバランスを図り、より公平・公正な社会を実現するための社会的基盤として不可欠である」と説明していたが、政権交代後の自公民三党による修正協議の過程で、「他の行政分野及び行政分野以外の国民の利便性の向上に資する分野における利用の可能性を考慮して行われなければならない」旨が追加された。その後は、改正の度に利用範囲の見直し等が行われ、制度の目的が個人番号の利用であることが鮮明になってきている。

②機能及び特徴

個人番号制度は、「三つの仕組み」から構成される。具体的には、①付番、②情報連携、③本人確認である。①は住民登録されている住民に他の個人と重複しない一位の番号を付番する仕組みである。②はいわゆる「名寄せ」を行うシステムのことである。行政機関を跨がる情報の授受を可能にするためのシステム基盤として情報提供ネットワークシステムが設置されている。個人番号制度では、行政機関ごとに保有する個人情報に個人番号を紐付し、各行政機関や地方公共団体で相互に利用できるようにするために構築された。

情報提供ネットワークシステムを利用して、異なる行政機関が保有する特定の個人情報を連携させることを「情報連携」と呼んでいる。個人番号の利用については、番号法 9 条で利用範囲の分野が規定されている。また、同法 19 条に該当するもの以外は、特定個人情報（個人番号を含む個人情報のこと）の利用を制限している。③は本人確認として個人番号カードの身分証明としての利用のほか、IC カード機能を使った公的電子認証の機能がある。しかし、制度の最大の機能は、個人番号を用いないで符号を利用して行われる個人情報の情報連携機能であろう。

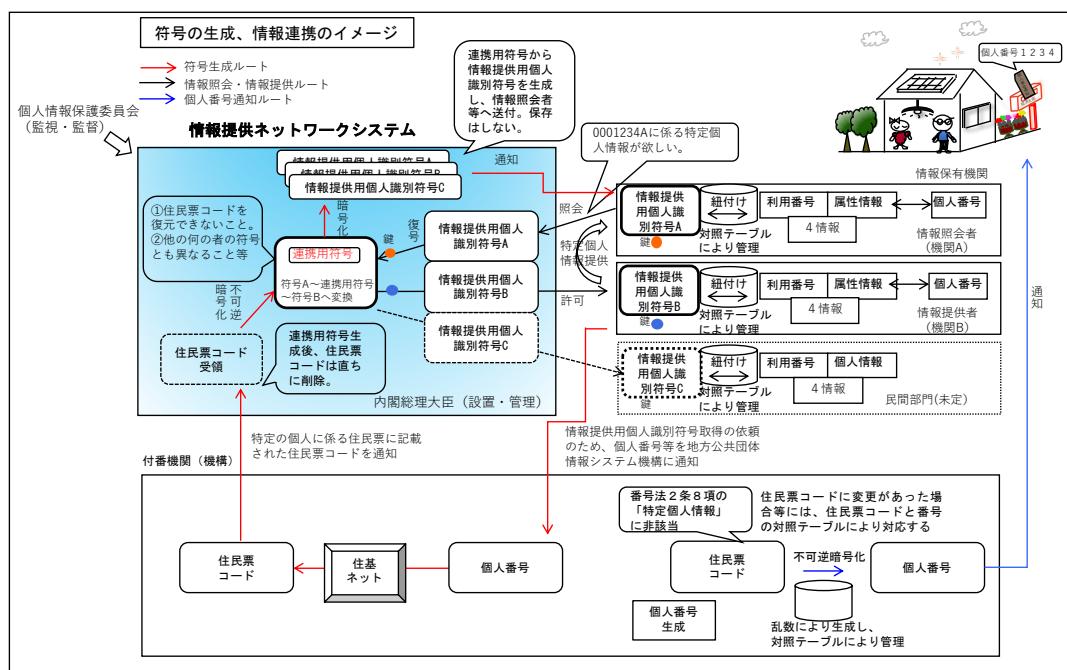
そこで、図 5 にもとづき情報連携の流れを説明する。情報照会者（機関番号 A と仮定）及び情報提供者（機関番号 B と仮定）は、それぞれの機関が保有する特定個人情報に係る個人番号 1234 に対し、内閣総理大臣から情報提供用個人識別符号 A 及び B をそれぞれ取得し（番号法 21 条の 2 第 1 項）、A 機関及び B 機関における利用番号等と基本四情報及び属性情報がそれぞれ紐付けられる。

情報照会者 A は、デジタル庁令で定めるところにより、情報照会者の使用に係る電子計算機から情報提供ネットワークシステムを利用して内閣総理大臣の使用に係る電子計算機に、当該特定個人情報に係る本人に係る情報提供用個人識別符号 A、当該特定個人情報の項目及び当該特定個人情報を保有する情報提供者の名称その他デジタル庁令で定める事項を送信する（同法 19 条 8 号、番号法施行令（以下「令」という。） 20 条 1 項）。

情報提供ネットワークシステム（内閣総理大臣）は、暗号化された情報提供用個人識別符号 A から連携用符号に復号し、個人を一意に特定する。そして、連携用符号から当該情報提供者における情報提供用個人識別符号 B に変換する。

次に、内閣総理大臣は、当該情報提供者に対し、当該情報提供用個人識別符号 B、当該特定個人情報の項目及び当該提供の求めをした情報照会者の名称その他デジタル庁令で定める事項を通知する（同法 21 条 2 項及び令 26 条 1 項）。当該情報提供者は、内閣総理大臣からの通知を受けたときは、該当する特定個人情報を抽出し、情報提供者の使用に係る電子計算機から情報提供ネットワークシステムを使用して情報照会者の使用に係る電子計算機に当該特定個人情報その他デジタル庁令で定める事項を送信する（同法 22 条 1 項、令 28 条）。

以上が情報連携の仕組みの概要である。情報提供ネットワークシステムは、情報照会者と情報提供者の符号を変換させて情報連携を許可し、システム内に特定個人情報が記録されない仕組みを採用している。この仕組みにより、漏えいが発生しても個人番号は使用されていないため、安全措置の観点からは優れた機能を有しているといえる。



【図5】⁴¹

③近年の改正とその内容⁴²

次に、近年の改正とその主たる内容を確認しておこう。まずは令和元年法律第十六号による改正である。本改正の主たる内容は、個人番号の利用範囲及び情報連携の範囲を拡大し、個人番号カードの海外での利用を可能とし、全国民に配布していた通知カードの再発行の廃止（通知カード自体は現在も使用可能）をする改正が行われた。

次の改正は、令和元年法律第十七号による改正である。本改正の主たる内容は、改正戸籍法による戸籍関係情報と個人番号の情報連携を可能にするための改正である。改正の内容については、戸籍制度（改正戸籍法 120 条の 3）のところですでに述べた。

⁴¹ 筆者作成。

⁴² 宇賀・前掲注(26)5～6 頁参照。

そして、次は、令和3年法律第三十七号による改正である。本改正の主たる内容は、第一に、個人情報保護法の改正に伴う改正である。行政機関個人情報保護法、独立行政機関等個人情報保護法が廃止され、個人情報保護法に一本化が図られたため、共通ルールが定められたことを受けて改正が行われた。第二は、国家資格に関する事務等における個人番号の利用及び情報連携を可能とし、転職時、本人の同意があった場合に使用者間で本人の特定個人情報の提供を認める等の改正が行われている。

④番号WGの議論内容

さて、デジタル庁所管のもとデジタル社会形成に向けた様々な会議が立ち上がっているが、令和3年12月及び令和4年6月の内閣の閣議決定で示された重点計画のうち番号WGで議論されている内容を確認する。ただし、論点が多岐にわたるため、個人番号の利用に関する議論について重要と思われる点に絞って見ることにしたい。本款は、三つの法制度が、国家による情報行為の定義に当てはまるかを確認することがひとまずの課題だからである。

1) 令和3年12月及び令和4年6月の閣議決定の基本方針

まず、閣議決定で示された基本方針を確認しておこう。令和3年12月の閣議決定⁴³では、「品質・コスト・スピードを兼ね備えた行政サービスに向けて、アーキテクチャ設計の在り方を根本から見直す」⁴⁴という基本方針が示されている。それを実現するためのキーワードは、①スマートフォンを用いて60秒で手続が完結できるようにする、②7日間で行政サービスの立ち上げを可能にする、③民間並みのコストにすることである。これらの①②③を実現するための当面の実装目標を令和7年にすると明記された。

続いて令和4年6月の閣議決定⁴⁵では、本人を介した官民の情報活用を促進することが掲げられている。具体的には、「多様な行政機関や民間事業者が保有する個人情報を、本人が起点となって自らの情報をデジタルで活用する仕組みを検討することで、従来の行政機関間の情報連携に加えて、手続ごとの添付書類の取得、書面申請等の手間を抜本的に解消し、スマー

⁴³ 首相官邸「デジタル社会の実現に向けた重点計画」令和3年12月24日閣議決定 (https://cio.go.jp/sites/default/files/uploads/documents/digital/20211224_policies_priority_package.pdf)。

⁴⁴ 首相官邸・前掲注(43)41頁。

⁴⁵ 首相官邸「デジタル社会の実現に向けた重点計画」令和4年6月7日閣議決定 (https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/5ecac8cc-50f1-4168-b989-2bcaabffe870/fedb5d96/20220607_policies_priority_outline_15.pdf)。

トフォンのみでオンラインで簡単かつ迅速に手続を完了できるようにする」⁴⁶というのがその内容である。この「本人が起点となって自らの情報をデジタルで活用する仕組み」とは、「本人を介した官民の情報活用」を行うことである。この内容については後述する（図8）。

2) 「包括的データ戦略」⁴⁷の推進

次に、番号WGの議論の具体的内容に入る前に令和3年12月24日の重点計画で示されている「包括的データ戦略」の内容をみておこう。包括的データ戦略は、国や行政機関、民間が保有する情報を縦串横串の横断的にデジタルデータとして活用するという国家戦略にもとづいている。個人番号制度もそれを実現するための一つの基盤として新たなあり方が検討されている。

包括的データ戦略は、データ利活用による経済発展と社会的課題の解決を図ることを目的とする。少し長くなるが、どういう方向性を示しているのかが分かり易いため、そこに明記されている内容を引用する。「包括的データ戦略は、行政機関が最大のデータ保有者であり、行政自身が国全体の最大のプラットフォームとなるべく、データの分散管理を基本として、行政機関がそのアーキテクチャを策定し、マイナンバー制度とリンクしたID体系の整備、『ベース・レジストリ』⁴⁸（図6）を始めとした基盤データの整備、カタログの整備等を行うとともに、民間ともオープン化・標準化されたAPIで連動できるオープンなシステムを構築していくことが求められるとし、デジタル庁にその実装の司令塔となることを求めている」⁴⁹。

重点計画に記載されている包括的データ戦略には、次の三つのコンセプトが出されている。第一に、行政機関が国家の最大のプラットフォームとなること、第二に、個人番号制度とリンクしたID体系を整備すること

⁴⁶ 首相官邸・前掲注(45) 57頁。

⁴⁷ デジタル庁「包括的データ戦略」別紙（令和3年6月18日）

（https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/information/field_ref_resources/576be222-e4f3-494c-bf05-8a79ab17ef4d/210618_01_doc03.pdf）「ベース・レジストリ」について38頁以下参照。

⁴⁸ 「公的機関等で登録・公開され、様々な場面で参照される、人、法人、土地、建物、資格等の社会の基本データであり、正確性や最新性が確保された社会の基盤となるデータベース」と定義されている。デジタル庁・前掲注(43)33頁(註31)。

⁴⁹ 首相官邸・前掲注(43) 33頁。

⁵⁰、第三に、人や法人、土地等を社会の基本データとしてレジストリ⁵¹管理をしていくというコンセプトである。

このうち、ベース・レジストリについては、その目的としている主な効果が、行政手続のワンスオンリーの実現、情報の重複投資の削減、行政だけでなく民間にも情報を活用できる情報基盤を整備し、共同利用することにより社会コスト全体の削減に寄与することとされている。

ベース・レジストリは、多くの手続で利用されるデータ、災害等緊急時に必要となるデータ、社会的・経済的効果が大きいデータの観点から検討し、社会的ニーズ・経済効果・即効性の視点にもとづいてデータを指定する方式が採られており、個人分野では、個人番号、戸籍、個人四情報（氏名、住所、性別、生年月日）、個人資格のみの指定となっていたが、2020年末にとりまとめられた「『マイナンバー制度及び地方のデジタル基盤抜本改善ワーキンググループ』報告書を受け、マイナンバー等を利用した情報連携の拡大に向けた検討」⁵²を進めることが示されている。



【図 6】⁵³

⁵⁰ 首相官邸・前掲注(43) 33 頁

⁵¹ デジタル庁・前掲注(47)38 頁参照。

⁵² 内閣官房情報通信技術 (IT) 総合戦略室「ベース・レジストリの指定について」令和 3 年 5 月 26 日 (https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/information/field_ref_resources/b800f6e6-9ca4-4355-95bc-e32d2b59119b/0591bc85/SpecifyingBaseRegistry.pdf) 8 頁～9 頁。

⁵³ 首相官邸・前掲注(43)33 頁をもとに作成・加筆した。

3) 個人番号制度の今後のあり方の議論

(a) デジタル手続のトータルデザイン（公共サービスメッシュ）

次に、個人番号制度の今後のあり方について確認しておこう。まずは、デジタル庁が掲げている重点計画⁵⁴からの内容である。図 7 で示されているのは、国民に対する行政サービスのデジタル化の基本枠組みである。まず③は、本人に対し、それまで分散されていた情報を識別子によって行政機関同士がバックオフィスで情報連携を図り、本人にプッシュ型で情報提供する機能である。②は、令和 4 年 6 月閣議決定の重点計画に挙げられていた「本人を介した官民の情報活用」を提供する機能である。この機能の基本的な考え方は、これまでは転職先で雇用保険等の多数の手続をするために同じような情報を何度も記入し、紙で提出するという煩雑さを無くすることが狙いである。これからは、行政機関や民間が保有する自己に関する情報を、本人がデジタルデータとして取得し、当該データを提出先機関にオンラインで情報提供して手続を完結できるようにすることである（図 8）。

続いて、①は、住民の居住地にある地方公共団体が保有する本人に関する情報（氏名、住所、住基ネットの世帯の基礎情報、国民健康保険の資格等）を行政側からお知らせ等を提供する機能である。これらの機能を実現する目的は、令和 4 年閣議決定の基本指針の一つである「スマホ 60 秒で完結」するための基本的考え方として検討されているものである⁵⁵。

⁵⁴ デジタル庁「デジタル社会の実現に向けた重点計画（概要）」

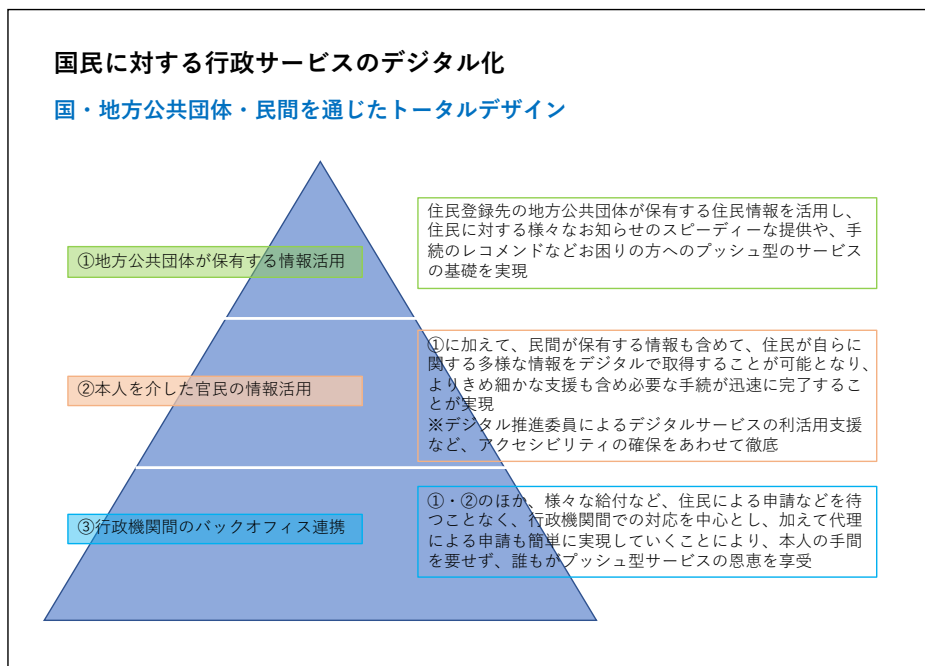
(https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/5ecac8cc-50f1-4168-b989-2bcaabffe870/40b7eb9b/20220607_policies_priority_outline_03.pdf)。

⁵⁵ デジタル庁「利用者目線の行政サービス実現に向けたトータルデザインとマイナンバー法の検討について（第 4 回資料 1）」令和 4 年 5 月 13 日

(https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/67c1bfe0-5b2d-4c28-a7a1-5d864f72d1f1/06deb398/20220513_meeting_mynumber_outline_01.pdf) 4 頁。

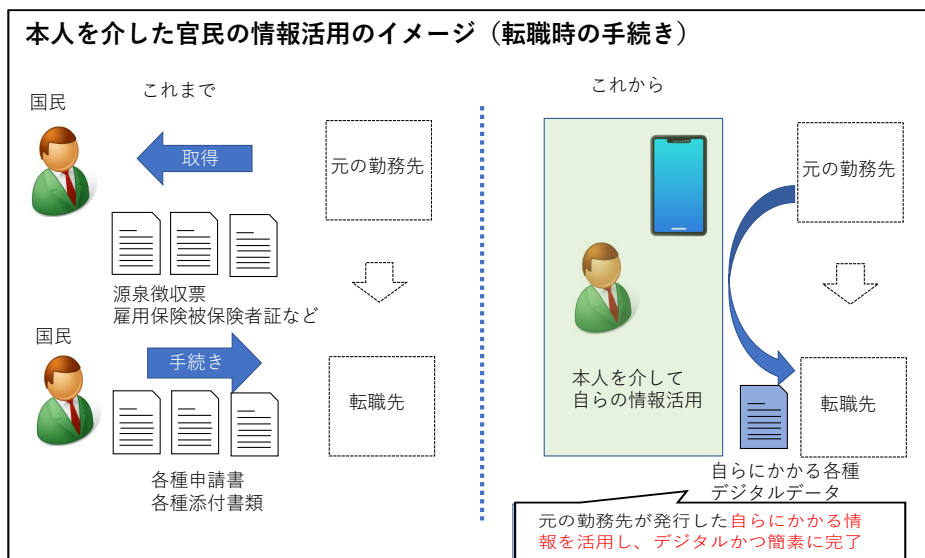
国民に対する行政サービスのデジタル化

国・地方公共団体・民間を通じたトータルデザイン



【図 7】⁵⁶

本人を介した官民の情報活用のイメージ（転職時の手続き）

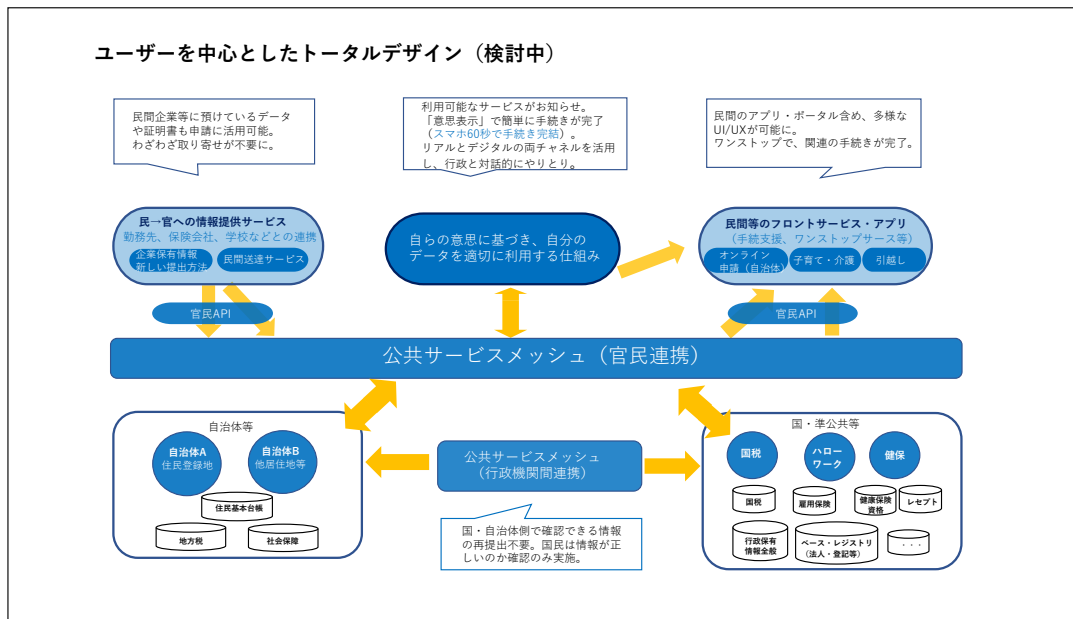


【図 8】⁵⁷

今後は、国民を中心としたトータルデザインとして様々な行政手続、民間手続の際に「公共サービスメッシュ」を通じた官民連携でのデジタル情報を提供する構想が検討されている（図 9）。

⁵⁶ デジタル庁・前掲注(54)16頁をもとに作成した。

⁵⁷ デジタル庁・前掲注(55)14頁をもとに作成した。



【図9】⁵⁸

ただし、ワーキンググループの議論のなかには、「サービスメッシュの構築やサービス供給者の目線が強く、デジタル社会の構成員がなお受益者として受動的地位のままにとどまっている印象を受ける。むしろ、個人が『官民協創のエコシステム』において積極的に価値の実現に参画しそれを享受するという地位にあるという位置づけを強く打ち出した上で」⁵⁹、その視点から課題を考えていくべきではないかという意見がある。

また、前述（図7）の第三機能層である③行政機関間のバックオフィス連携によるプッシュ型のサービスについては、慎重な議論をする必要があるという意見も出されている。すなわち、プッシュ型を進める上では、個人情報の問題だけでなく、行政機関の守秘義務の問題が伴ってくる。税務情報を福祉部門のほうに自動的に渡すこと等（…）、もう少し突き詰めて議論をする必要があるのではないか⁶⁰という指摘がある。

⁵⁸ デジタル庁「トータルデザイン実現に向けた公共サービスメッシュ等の検討について」令和3年11月22日（https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/fffc18cd-8cb5-4087-97a1-7dca134a3fe2/20211122_meeting_my_number_wg_01.pdf）9頁をもとに作成した。

⁵⁹ デジタル庁「マイナンバー制度及び国と地方のデジタル基盤抜本改善ワーキンググループ（第1回）有識者提出資料4『トータルメッシュの実現に向けた公共サービスメッシュ等の検討に関する意見』（令和3年10月22日）〔東京大学大学院法学政治学研究所教授宍戸常寿〕（https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/b0f2020b-5c55-477a-8dfb-63916fa9a282/20211022_meeting_my_number_wg_05.pdf）2頁。

⁶⁰ デジタル庁「マイナンバー制度及び国と地方のデジタル基盤抜本改善ワーキンググループ（第4回）議事録」（令和4年5月13日）〔森信構成員発言〕をもとに内容を再構成した。

(b)番号法の改正案の内容

次は、番号法の改正について現在議論されている内容を確認しよう。主に二つの大きな改正案が議論されている。第一は、個人番号制度で行われている情報連携を拡大させる議論である。資料⁶¹によると、コロナ禍で次の二点について課題が明らかになったと説明されている。すなわち、法律に規定のない事務は、番号法に法定することができなかったこと、及び、新たに情報連携を可能にするためには、その都度、法改正が必要であったことである。

改正案では、まず、それらの課題を解決するために「マイナンバーを利用できる事務を定めている法別表第一は、法律に根拠のある事務及びその主体を列挙する現行の形式を維持しつつ、①別表第一に規定されている事務に準ずる事務であれば、法律に規定のない事務についてもマイナンバーの利用を可能とし、②情報連携できる事務を定めている法別表第二を下位法令に規定することで迅速な情報連携を実現する」⁶²ことを目的に出されている。

さらに、独自利用の事務の情報連携の範囲を拡大させる改正案もある。これは、現行制度では、地方公共団体が独自利用事務において情報連携を行う際、個人情報保護委員会規則に掲げる次の要件を充たすことが必要となる。「独自利用の趣旨又は目的が、マイナンバー法別表に掲げる事務の根拠となる法令の趣旨又は目的と同一であること（平成 28 年個人情報保護委員会規則第 5 号に基づく 2 条 1 号）、その事務の内容が、法定事務の内容と類似していること（同条 2 号）」⁶³が要件とされている。

たとえば、「結婚新生活支援事業のような、マイナンバーを利用して情報連携するニーズがあっても、マイナンバー法の別表に同様の事務がない場合、マイナンバーを利用した情報連携ができないという課題がある」⁶⁴。

これを改善するため、「地方公共団体の独自利用事務がマイナンバー法別表に掲げる事務に準ずることが必ずしも明確でない場合においても、行

(https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/67c1bfe0-5b2d-4c28-a7a1-5d864f72d1f1/216f3759/20220513_meeting_mynumber_minutes_03.pdf) 11 頁～12 頁参照。

⁶¹ デジタル庁「マイナンバー法の改正事項」（第 7 回）令和 4 年 11 月 29 日

(https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/3c34892b-6704-4c74-b1c7-d461c4bccfff/bdba23d0/20221129_meeting_mynumber_outline_01.pdf)。

⁶² デジタル庁・前掲注(61)11 頁。

⁶³ デジタル庁・前掲注(61)16 頁。該当する規則及び条文は筆者が追記した。

⁶⁴ デジタル庁・前掲注(61)16 頁。

政運営の効率化及び国民の利便性向上を目的とし、個人情報保護委員会が認める場合であれば、情報連携を行うことができるよう個人情報保護委員会規則の改正」⁶⁵が検討されている。

いずれも、地方公共団体が行う独自施策のためのニーズや業務の即時性を重視した要望に応えるための検討だと考えられる。しかし、情報連携の拡大については個人情報保護のあり方ともかかわりがある。というのも、住基ネット最高裁判決において、本人確認情報の利用が、正当な行政目的の範囲内で行われているかどうかについて審査されているために番号法においても合憲性を担保するため同判決の趣旨を堅持する必要があると考えられている。そのため、情報連携を行うことができる事務の利用範囲を拡大させるにあたっては、正当な行政目的の範囲内であることを担保する必要がある。そこで、番号WGでは、現行制度上の保護措置として行われている、マイナポータルを通じた情報連携のやりとりの記録の開示を継続し、個人情報保護委員会を通じた監視、監督を継続し、さらに、情報連携の対象となる項目には、情報連携を行う前に特定個人情報評価等(番号法27条)を公表する(同法28条)ことで対処しようとしている⁶⁶。

この点について、個人番号の利用範囲が別表で法定されていることは、法律の留保の原則から見て、重要であると評価するものの、番号の利用を進めていくときに、あまりにも厳密に必ず国会が法定していなければいけないということは、一面において過剰であり、他面において過小の部分があるという意見がある⁶⁷。そこで、両者のバランスに関する考え方として提案されているのが、重要事項留保説の考え方である。「社会にとって重要な事項、とりわけ国民の人権に関わることについては、それが侵害であるかどうかにかかわらず、その実現や手続などについて決めるべき必要な重要なことを国会で決定することが、むしろ大事であるという考え方が今は多数説」⁶⁸として、重要事項留保説の観点から具体的な規律ルールのあり方を考えていくことが重要であるとの認識が示されている。

⁶⁵ デジタル庁・前掲注(61)16頁。

⁶⁶ デジタル庁「利用者目線の行政サービス実現に向けたトータルデザインとマイナンバー法の検討について(第4回資料1)」令和4年10月5日
(https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/5560e028-18ee-4857-bd9a-3ebdaf539faa/a0545ba5/20221005_meeting_mynumber_outline_01.pdf) 12頁参照。

⁶⁷ デジタル庁「マイナンバー制度及び国と地方のデジタル基盤抜本改善ワーキンググループ(第6回)議事録」(令和4年5月13日)〔宍戸構成員発言〕をもとに内容を再構成した。
(https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/5560e028-18ee-4857-bd9a-3ebdaf539faa/650a0f1b/20221109_meeting_mynumber_minutes_01.pdf) 5頁。

⁶⁸ デジタル庁・前掲注(67)5頁〔宍戸構成員発言〕をもとに内容を再構成した。

⑤新たな位置づけ

以上、三つの法制度について現行制度の特徴を概観し、デジタル社会形成に向けた各制度のあり方の検討会の内容を確認した。これら三つの法制度ないし法システムが、検討会で議論されている方向性ではどのように位置づけられるだろうか。想定され得る位置づけをトータルデザイン図に配置してみると図10になると考えられる。すなわち、住基ネットの位置づけは、住民の基本情報を構成する国家の共用アプリケーション層の位置づけに変更されると考えられる。その根拠となる地方公共団体情報システムの標準化に関する法律（令和3年法律第四十号）が令和3年5月に成立し、同年9月に施行された。これは、令和2年9月、当時の菅首相が地方公共団体ごとに異なる行政システムを令和7年末までに統一するように指示し始まった計画である⁶⁹。

現在、地方公共団体情報システムの標準化にあたっては、国が主導で標準仕様を取りまとめ、ガバメントクラウド対応のための開発が進められている。

標準化対象業務は、基幹業務システムの十七種類が対象であり、住民基本台帳はその対象である。他方、戸籍事務については、基幹業務以外の業務とされ十七業務には含まれてはいないが、基幹業務に密接に連携する業務と考えられており、すでに標準化の仕様書作成も行われている⁷⁰。そのため、戸籍事務についても国家の共用アプリケーション層の位置づけに変更されると考えられる。

これに対して、個人番号制度の情報連携は、各アプリケーションシステムが保有する同一人の情報を情報連携させるシステムである。そのため、個人番号制度の位置づけは、行政機関間の連携基盤用のシステムとして位置づけられ、この点は現行のシステムの位置づけと変更はないと考えられる。

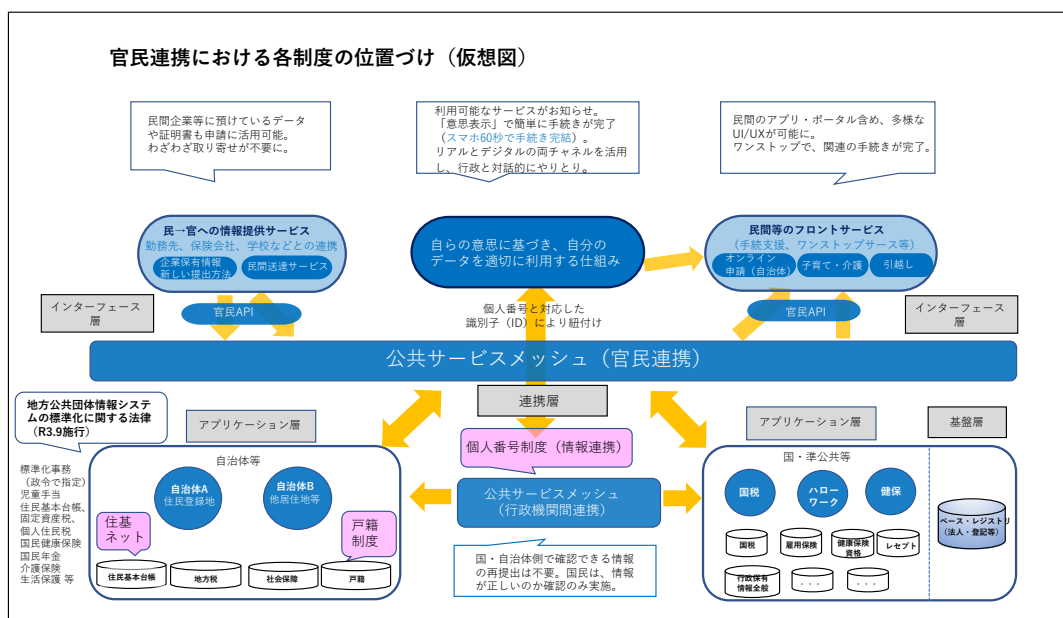
しかし、官民で連携を行うための新ID（以下「新ID」という。）システムが構築された場合は、新IDと個人番号とを対応させるために連携を行う機能が必要になるはずであり、個人番号制度がその機能を果たす可能性がある。その場合には、官民を連携させるシステムとして国家の連携システム（ID変換システム）のメインシステムとして連携層に位置づけることが考えられる。これまで地方公共団体の独立した支援システムとして位置づけられて

⁶⁹ 日経 XTEC 公式サイト「自治体システム標準化の基本方針が閣議決定、期限は『2025年度末』で変わらず」令和4年10月7日 (<https://xtech.nikkei.com/atcl/nxt/column/18/00001/07231/>) 2023年7月確認。

⁷⁰ デジタル庁「地方公共団体の基幹業務システムの統一・標準化のために検討すべき点について」令和3年12月加筆修正令和4年4月 (https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/c58162cb-92e5-4a43-9ad5-095b7c45100c/034f5707/20220428_policies_local_governments_outline_01.pdf) 4頁。

きた住基ネットや戸籍システムは、システムの標準化及び制度のあり方の見直しによってその位置づけは大きく変わろうとしている。

また、個人番号制度には、新IDシステムとの連携機能が新たに追加されることが予想され、公共サービスメッシュを実現するために重要な役割を果たすと考えられる。こうした各システムの位置づけの再構成から読み解くことができるのは、従来、独立し運用されていた各システムが、国家の共用システムとして機能層（アプリケーション層）に配置され、国家の情報行為を支える共用システムとして再構成されようとする萌芽である。そのことによって、国家の情報行為の活動範囲は拡大するであろう。そして、国家の情報行為の活動範囲の拡がりは、国民の私的な生活圏にも何らかの作用をもたらす可能性があるということである。



【図 10】⁷¹

⑥国家による情報行為の該当性（個人番号制度の場合）

以上までが個人番号制度の特徴及び近時の改正法の内容並びにシステムの今後のあり方等に関する議論の概要である。それを踏まえて、個人番号制度に係る行為が、国家による情報行為の定義によって説明可能かどうか、あるいは、その定義に当てはまるかを確認することにしたい。ここでは、個人番号制度に係る運用行為として奨学金事務を例に取り上げるが、まず確認の前

⁷¹ デジタル庁・前掲注(58)をもとに作成・加筆した。本図は、現在の議論内容が公表されている資料を参照した筆者の推察であり、確定した仕様ではない。検討状況により今後の変更可能性は考えられる。

提として、奨学金の申請者は、申請をする際、日本学生支援機構に対し、申込者本人及び生計維持者の個人番号を提出する必要がある。そして、個人番号の提出に伴い、所得証明書、課税証明書、生活保護受給証明書、雇用保険受給証明書、児童手当、児童扶養手当、特別児童扶養手当の提出が不要になっている⁷²。

個人番号制度を国家による情報行為の定義（国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念）に当てはめると、次のようになるであろう。

個人番号制度の運用に係る行為は、国家が、国民全員を対象に一意的番号を付番し、情報技術システムを運用して個人番号を利用し、行政手続において特定の個人を識別するために行われる一連の情報処理行為である。

個人番号制度の運用に係る行為は、国家が、行政手続において特定の個人を識別することを目的に情報技術システムを運用して個人番号を利用し、奨学金申請者本人及び生計を同じくする者の特定を行い、その特定された者に対応する符号によって、それらの者の所得情報や課税情報等の情報を送信することを許可し、当該申請者に対し、奨学金貸与の可否を決定するという意味の形成に向けられた情報処理行為であり、当該申請者に対し、間接的に奨学金貸与の可否を決定する作用をもたらす行為である。したがって、国家による情報行為の定義で説明可能である。

第二款 情報行為の特徴

(1) 「情報」の定義（個別法等を参考に）

先に掲げた三つの制度が、情報行為の定義によって説明可能であることは確認できた。ただ、情報行為には、「情報」が有する特質によって副次的問題がもたらされ得るという特徴がある。それを明らかにするため、本款では、用語法としての「情報」及び「データ」の定義を確認した後、情報の特質を確認する。そして、情報が潜在的に有する特質を踏まえて、あらためて情報行為を説明することにする。

①J I S X0001 の定義

⁷² 日本学生支援機構の公式サイトを参考に記述した
(<https://www.jasso.go.jp/shogakukin/moshikomi/yoyaku/mynumber/index.html>)。

一般的な情報の意味は、JIS規格で規定されているものである。すなわち、情報とは、「事実、事象、事物、過程、着想などの対象物に関して知り得たことであって、概念を含み、一定の文脈中で特定の意味をもつもの」⁷³とされる。他方、データとは、「情報の表現であって、伝達、解釈又は処理に適するように形式化され、再度情報として解釈できるもの」⁷⁴であり、「データに対する処理は、人間が行ってもよいし、自動的手段で行ってもよい」⁷⁵と説明されている。

この定義の肝要なところは、情報は、一定の文脈中に特定の意味をもつという性質があることであり、データは、解釈又は処理に適するように形式化され、再度情報として解釈されるための客観的な意味をもつということである。すなわち、データは、それ自体情報の表現物であるが、再度情報として解釈され有意味を形成するための基礎に適するように形式化されたものである。また情報は、それ自体から解釈され有意味を形成する場合と、データの解釈、伝達又は処理が行われた結果を解釈することによって有意味を形成する場合とが考えられる。

②O E C D の定義

次に、O E C D の情報システムセキュリティに関するガイドライン（1992年）のデータ及び情報の定義⁷⁶を参照する。

1) 「データ」の定義

「"data" means a representation of facts, concepts or instructions in a formalised manner suitable for communication, interpretation or processing by human beings or by automatic means;」

「『データ』とは、人間又は自動的手段による通信、解釈、又は処理に適した形式化された方法による事実、概念又はその指示を表現したものをいう。

⁷³ 日本産業規格簡易閲覧「情報処理用語—基本用語」(<https://kikakurui.com/x0/X0001-1994-01.html>) 2頁(2023年7月確認)。

⁷⁴ 日本産業規格簡易閲覧・前掲注(73)2頁。

⁷⁵ 日本産業規格簡易閲覧・前掲注(73)2頁。

⁷⁶ OECD「情報システムセキュリティガイドライン(1992年)」(<https://www.oecd.org/digital/ieconomy/oecdguidelinesforthesecurityofinformationsystems1992.htm>)なお、2002年に新ガイドラインが採択されている。

2) 「情報」の定義

「"information" is the meaning assigned to data by means of conventions applied to that data;」

「『情報』とは、データに割当てられた（社会的）慣習の意味によって付与されたデータをいう。

O E C D の定義でも情報とデータの二つの概念は区別される。この定義によれば、データは、手動自動を問わず、処理等のために形式化されたものであり、情報は、そのデータの処理等によって意味が付与されたものという理解になるであろう。

③個人情報保護法上の定義

ここからは、法上の定義を確認することにしよう。まず個人情報保護法の定義を参照する。情報とデータに関する定義規定は、それぞれ2条及び16条に置かれている。

1) 「個人情報」の定義

「この法律において『個人情報』とは、生存する個人に関する情報であつて、次の各号のいずれかに該当するものをいう（2条1項）。

一 当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等（文書、図画若しくは電磁的記録（電磁的方式（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式をいう。次項第二号において同じ。）で作られる記録をいう。以下同じ。）に記載され、若しくは記録され、又は音声、動作その他の方法を用いて表された一切の事項（個人識別符号を除く。）をいう。以下同じ。）により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）（2条1項1号）。

二 個人識別符号が含まれるもの（2条1項2号）」。

2) 「個人情報データベース等」の定義

「この章及び第八章において『個人情報データベース等』とは、個人情報を含む情報の集合物であつて、次に掲げるもの（利用方法からみて個人の権利利益を害するおそれが少ないものとして政令で定めるものを除く。）をいう（16条1項）。

一 特定の個人情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの（16条1項1号）。

二 前号に掲げるもののほか、特定の個人情報を容易に検索することができるように体系的に構成したものとして政令で定めるもの」（16条1項2号）。

3) 「個人データ」の定義

「この章において『個人データ』とは、個人情報データベース等を構成する個人情報をいう」（16条3項）。

同法の「個人情報」とは、生存する個人に関する情報であり、特定の個人を識別することができるもの（2条1項1号）、又は個人識別符号が含まれるもの（2条1項2号）に該当するものを指す。2号の個人識別符号とは、「特定の個人の身体の一部の特徴を電子計算機の用に供するために変換した文字、番号、記号その他の符号であって、当該特定の個人を識別することができるもの」（2条2項1号）、又は「個人に提供される役務の利用若しくは個人に販売される商品の購入に関し割り当てられ、又は個人に発行されるカードその他の書類に記載され、若しくは電磁的方式により記録された文字、番号、記号その他の符号であって、その利用者若しくは購入者又は発行を受ける者ごとに異なるものとなるように割り当てられ、又は記載され、若しくは記録されることにより、特定の利用者若しくは購入者又は発行を受ける者を識別することができるもの」（2条2項2号）である。つまり、個人情報とは、生存する個人を識別することができる情報、又は符号等により個人を識別することができるものを指している。

次に、「個人データ」の定義を見ると、個人情報データベース等を構成する個人情報とされている。そこで、個人情報データベース等の定義を見ると、個人情報を含む情報の集合体であり、かつ電子計算機で検索することができるように体系的に構成したもの（例:データベース等）（16条1項1号）、又は容易に検索することができるように体系的に構成したもの（例:インデックスを付した紙ファイル等）（16条1項2号）であり、かつ、個人の権利利益を害するおそれが少ないものとして政令で定めるもの以外のものである。

このように、同法には、「個人情報」の定義規定は置かれているものの、「情報」に関する定義規定は置かれていない。同じく「個人データ」の定義規定は置かれているものの、「データ」に関する定義規定は置かれてい

ないのである。したがって、「情報」ないし「データ」の用語がもつ意味内容は、同法にもとづいて確定することはできない。

④G D P R⁷⁷の定義

では、わが国の個人情報保護法に影響を与えている「一般データ保護規則」（以下「G D P R」という。）は、どのように定められているだろうか。G D P Rでは、4条に定義規定が置かれている⁷⁸。1項は「個人に関連するデータ」（„personenbezogene Daten“）、2項は「処理」（„Verarbeitung“）に関する定義である。

個人情報保護委員会の公式サイトから仮訳が閲覧可能であるが、英語版から訳された仮訳であり、一部にドイツ語版の単語とニュアンスが異なる部分を感じられるため、私訳を以下に示す。

1) 「個人に関するデータ」の定義

「1. „personenbezogene Daten“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann;」

「『個人に関するデータ』とは、識別された又は識別可能な自然人（以下「データ主体」をいう。）に関するあらゆる情報をいう。識別可能な自然人とは、特に氏名、識別番号、位置データ、オンライン識別子のような識別子、又は当該自然人の身体的、生理的、遺伝的、精神的、経済的、文

⁷⁷ General Data Protection Regulation（一般データ保護規則）。EU域内の個人データ保護を規定する法。EUデータ保護指令がEU加盟国による法制化を要するのに対し、GDPRはEU加盟国に対し、同一に直接効力をもつ。個人情報保護委員会公式サイト（<https://www.ppc.go.jp/enforcement/infoprovision/laws/GDPR/>）参照。

⁷⁸ 仮訳が個人情報保護委員会公式サイトから閲覧できる（<https://www.ppc.go.jp/files/pdf/gdpr-provisions-ja.pdf>）。原文のテキストは、EUR-Lex サイトからダウンロード可能（<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>）。

化的あるいは社会的アイデンティティに固有な一つ若しくは複数の要素を参照することによって直接的又は間接的に識別され得る自然人をいう」(4条1項)。

2) 「処理」の定義

「2. „Verarbeitung“ jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung;」

「『処理』とは、自動的手段であるか否かにかかわらず、収集、記録、構造化、分類、保存、適合あるいは変更、検索、抽出、利用、送信による開示、配布又はその他の形式によって利用可能にすること、トラッキングあるいは結合、制限、削除又は破壊のような個人に関するデータとの関係において行われるあらゆる処理又は一連の処理をいう」(4条2項)。

この *Verarbeitung* の語が「取扱い」と訳されることがある。たとえば、個人情報保護委員会による仮訳では取扱いと訳されている。ドイツ語版の *Verarbeitung* を、英語版では *processing* が用いられており、そのために個人情報保護委員会の仮訳が「取扱い」と訳されている可能性が考えられる⁷⁹。

しかし、それでは、元来データ保護法が意味するところの「処理」の用語によって伝達されるべき意味が薄れると思われる。データ処理という場合の「処理」は「取扱い」とは意味するところが異なり、目的にそって収集された情報を処理に適合するように形式化し、データを形成する一連の又は部分的な作業を意味すると考えられる。たとえば、英語語義語源辞典によれば、*process* の語源はラテン語の *proceed* の過去分詞の *processus* が古フランス語を経て中英語に入ったものであり、*proceeding*

⁷⁹ 石井夏生利 『E U データ保護法』も *processing* を「取扱い」と訳す。ただ、この訳について「この文言は「『処理』」と訳されることも多い」と訳語の選択について議論があることを補足している。石井夏生利 『E U データ保護法』(勁草書房、2020年) 33頁参照。

は、個々の出来事、特定の状況下で事柄が進行すること、又はその個々の行為、処置を示すと同時に一定の目的をめざした連続した出来事、行為及び作業も指すとの記載があり⁸⁰、この説明がデータ処理という場合の「処理」の意味を適切に表現していると思われる。

この点、わが国の個人情報保護法が、個人情報や個人データ等の取扱いに関する規律を定めているのに対し、GDPRは、欧州域内の個人データの処理に関するルールを定める規則であることに留意する必要がある。

GDPRでは、個人関連データの定義、及びそのデータに関する処理の定義が置かれていることは確認できた。しかし、「情報」に関する定義規定は置かれてはいない。したがって、「情報」の用語がもつ意味内容は、同法にもとづいても確定することはできない。

(2) 「情報」の特質（学説を参考に）

情報やデータの定義については、OECDやJIS X0001を参照することによって一定の内容を確認することができた。しかし、個別法には定義規定はなく、それらの法律上の定義を確定することはできなかった。そこで、情報のもつ特質から情報の意味内容を捉えることとし、次に学説を参照して情報の特質を考察することにする。まずは、ドイツの学説で有力な見解を参照する。

①情報とデータの区別

Marion Albersは、情報とデータの問題を区別することなく論じることは間違っていると指摘する近時のドイツの有力説である。

Albersによれば、情報は、常に社会的文脈のなかで解釈されて意味内容をもつという。すなわち、データは対象化された形で社会的次元からは無関係に認識されるものである。そして、データは、受領者によって受領され、解釈を通じて意味内容をもち、知識として獲得される。このように社会的文脈のなかで利用されることを通じて情報としての性質が獲得されるのだという。したがって、情報に関する議論を「社会的文脈に依存しない個人の処分権を出発点とするこのようなアプローチは、基本的に間違っている」⁸¹と指摘している。

⁸⁰ 小島義郎・岸曉・増田秀夫・高野嘉明 編『英語語義語源辞典』（三省堂、2020年）903頁参照。

⁸¹ *Marion Albers*, *Informationelle Selbstbestimmung*, Baden-Baden : Nomos, 2005, S. 138.

Albers は、情報とデータのもつ意味を理論的に区別して次のように説明する。「データは、データ記憶媒体に記録される限り、客観的な符号と表すことができる。それらは（データ、情報、知識、決定）、常に選択的であり、個々のデータとしての意味はごくわずかしかないが、構造的次元での知識レベルの保存や処理過程、時間的次元でのデータ処理関連の枠内に存在する。データ、保存形式又は処理プロセスは、様々なメディア、技術、ネットワークによって形成される（…）。一方で、情報は、二つの部分的構造をもつ意味の要素を指す。すなわち、情報は、外部から観察され、メッセージの内容やデータを結びつける側面がある。他方で、情報は、観察された現象、メッセージの内容あるいはデータの意味内容の理解を通じた解釈によって完成される。つまり、情報は、解釈機能の助けを借りて、観察の内容、メッセージの内容、あるいはデータの内容として形成される意味の要素を表しているのである。また、情報は、根本的に文脈に依存する。

情報は、そのときどきの知識や解釈の文脈、又はそれぞれのシチュエーション上の解釈条件に依拠して行われる解釈機能を前提とすることによって、その枠組みで形成され得る構造やプロセスを全体として示しているのである」⁸²。

そして、「メッセージやデータが獲得する情報の内容は、本質的な性質として分類されるものではなく、符号に付随されるものではなく、符号単独での考察で決定されるものでもない。情報の意味内容は、常に社会的文脈のなかでの解釈を通じてはじめて生み出されるのである。そのため情報の意味内容は、データから情報になるという関係から発展させるべきである。データの概念は、符号の次元、情報の概念は社会的次元を扱うため、データと情報は厳密に区別されなければならない」⁸³として、データと情報を明確に区別することなく議論することを批判している。

Albers のこの見解を要約すると、データは、情報を創出するための基礎となり、知識を創出するための基礎となり、データ処理過程内に存在し、様々な媒体、ネットワーク及び技術によって形成される客観的な記号ないし符号である。また、情報は、データの意味内容の理解を通じた解釈によって完成されることを前提とするため根本的に文脈に依存する。すなわち、情報は、データの意味内容を解釈する作業を通じてはじめて情報を獲得で

⁸² Marion Albers, *Informationelle Selbstbestimmung als vielschichtiges Bündel von Rechtsbindungen und Rechtspositionen*, DuD 2017, S. 23 ff.

⁸³ Albers, a. a. O. (Anm. 81), S. 89 f.

きる性質があり、この解釈作業は、文脈やシチュエーション上の解釈条件に依拠するという特質をもっているということになる。

②情報行為の特徴

1)情報の特質

以上が情報に関する定義と近時の有力な解釈である。これを踏まえて、情報の特質を考察すると概ね次の特質を有すると考えられる。

情報は、「一方で、明確に特定できず、法的な形式に当てはめることが困難である（遍在性）」⁸⁴といえる。情報は、与えられた条件に合致して抽出される客観的データとは異なり、情報それ自体から意味内容が客観的に確定され難い特質をもつからである。すなわち、情報は、情報を収集しようとする者が、一定の収集目的をもって収集し、収集者の目的の文脈に沿って解釈されて情報としての有意味を形成するという特質をもつ（意味形成能力）。

また、情報は、他の情報と結合され、あるいは置き換えられることにより、収集時とは別の新たな意味を構成する発展能力があり（自己発展能力）、収集時とは異なる他の目的や場面で利用され得るという利用可能性を有する（利用可能性）。さらに情報の精度が高まることにより、一定の判断ないし決定を行う際の重要な基礎として有用性が高まるという特質をもつ（付加価値創出能力）。

他方で、精度の高い情報がいったん開示・公表されると、社会的信用の低下や個人に関するイメージ（像）が創り出されることがある。とりわけ、インターネットの拡散力は、時空を超えて拡散し、たとえ一時的にネット空間から消去されたとしても、人々の関心はたやすく消尽されず、情報は、他者によって再びネット上に掲載される形で自己分散を繰り返す（自己分散能力）。それゆえ、インターネット時代では主体による完全な情報のコントロールは困難であり、一度外部に開示・公表されると当該情報を完全に抹消することは容易ではない（不可逆性）。この特質は、ときに個人の行動や内面に消極的な作用として影響を与えることがある（萎縮効果ないし自己決定の抑制効果）。

2)情報行為の特徴

⁸⁴ 山本隆司「行政訴訟法の課題—行政機関の情報処理行為を審査する訴訟に焦点を当てて」行政法研究第20号（信山社、2017年）82頁。

以上まで確認した情報の定義や特質を前提にあらためて情報行為を説明すると次のようになるであろう。

国家による情報行為は、国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念であり、法的形式に当てはめることが困難な行為である。

情報は、データとは区別される。データは、人間又は自動的手段による通信、解釈、又は処理に適した形式化された方法による事実、概念又はその指示を表現したものを指すのに対し、情報は、収集目的の文脈に沿って解釈され、情報としての意味を形成するという能力をもつ。また、既存の情報と結合され、あるいは置き換えられることにより、収集時とは別の新たな意味内容を形成する可能性を有し、こうした自己発展能力によって、他の目的や場面で利用され得るという潜在的能力（利用可能性）を有している。そのため、情報の収集が法的に行われる場面では、収集される者の同意に代わって、収集目的とその手段に比例した正当性が要求され、収集後においては、収集する側の目的の範囲内での利用等、必要最小性が要求され、これらの観点を法的に統制することが重要とされる行為と位置づけられる。

情報は、情報の付加価値創出能力によって、収集者に高い有用性を与え、さらなる情報収集の誘因につながるという特質をもつ。そして、情報行為によって、精度の高い情報が収集されることにより、一定の判断ないし決定に際し、正確な根拠を与え、効率性の向上や適正性の確保に資するという利点がある。

一方で、情報は、開示・公表されると、完全に消去することや訂正することが困難な特質があり、特に精度の高い情報の伝播によって本人の意図しない個人に関する「強固な像『Bild;Gegenbild』が作り出される」⁸⁵など、個人の行動の萎縮や自由な自己決定が抑制されるような消極的作用をもたらし得る特質がある。

このように情報に係る行為には、情報の特質からもたらされる高い有用性がある一方で、情報の様々な潜在的能力によって副次的問題を内在させているという特質があり、それは、収集者が当初から意図しているかどうかにかかわらず、個人にもたらし得るものであり、利点と副次的問題が共に存在する二律背反性のある行為であると特徴づけることができる。

⁸⁵ 山本・前掲注(84)82頁。

ここまでの第一章に設定した課題の考察である。考察の結果、国家が行う情報行為の事例と考えられる三つの法制度に関して、国家による情報行為の定義によって説明可能であることを確認した。また、「情報」がもつ意味内容について、定義や解釈を参考に情報の特質を考察した。

このような考察から次の点を指摘することができる。すなわち、「情報」には高い有用性がある一方で、収集者が当初から意図しているかどうかにかかわらず情報の特質がもたらす副次的問題があるという点である。それはたとえば、行動の萎縮や自由な意思にもとづく自己決定の抑制等、個人の内面に影響を与え得る問題が内在しているのである。それゆえ、国家による情報行為は、利便性や効率化という利点だけではない一定の消極的作用をもたらす得る国家行為であることが明らかになった。

第二章では、ドイツにおける情報自己決定権の権利観を概観することにした。そのための素材として、ドイツ連邦憲法裁判所（以下「連邦憲法裁判所」という。）の三つの判例を取り上げる。

第一は、連邦憲法裁判所が、1983年国勢調査判決⁸⁶において人間の尊厳と結びついた人格の自由な発展を保障するために「情報自己決定権」を導き出した判決である。

第二は、情報自己決定権の保護の射程を拡大させたオンライン検索判決⁸⁷を取り上げる。本判決は、連邦憲法裁判所が、基本権の保護領域に隙間が生じ、情報自己決定権だけでは十分ではないと判示し、その隙間を埋める形で新たに「情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める権利」⁸⁸を承認した。そのため、第二の国勢調査判決ではないかと話題になった判決である。

第三は、自動車ナンバー記録II決定⁸⁹を取り上げる。この判決では、連邦憲法裁判所の情報自己決定権に対する制限とされる「介入」⁹⁰の判断の枠組みを参照する。

⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1983 (BverfGE 65, 1).

⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 27. 2. 2008 (BverfGE 120, 274).

⁸⁸ BVerfGE 120, 274, Rn. 201.

⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018 (BverfGE 150, 244).

⁹⁰ 介入の定義については後述するが、ひとまず次のように説明しておくことにする。介入行為とは、基本権の保護領域に属する法益に対し、一定の性質をもつ国家の行為によって基本権保護領域に介入し、当該法益の全部又は一部を制約ないし制限する効果を有する、あらゆる国家行為のことをいう。介入行為に該当すると判断されると、その国家行為は、憲法上の正当化の論証が求められる。国家が介入行為の正当化を論証できなければ、当該介入行為は違憲であると判断される。他方で、国家が介入行為の正当化を論証できれば、当該介入行為の違法性は阻却され憲法適合的の行為として承認される。また、介入行為に該当し

以上の連邦憲法裁判所の判例を参照し、そのなかで、得られる判例法理が、日本法を考察するうえで、有益な視点が得られるものについて検討する。そして、第三章以降で考察する国家による情報行為に対抗し得る権利観を掴むための事前の確認作業とすることにしたい。

ないと判断される場合には、憲法上の正当化の論証は求められない。基本権を侵害しない介入行為だからである。

第二章 情報自己決定権

本章は、次章において、わが国の公法分野に代表される学説の権利観を参照し、そこから国家の情報行為に対抗し得る権利観を掴むことを目的とするための事前の確認作業として位置づけている。

ドイツでは、1983年国勢調査判決によって情報自己決定権が承認されて以来、判例の蓄積により「基本権」⁹¹の保護の射程を発展させている。基本権とは、ドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」という。）93条1項4a号及び同法90条1項に挙げられた諸権利のことである⁹²。

判例によって導き出された情報自己決定権は、現代の情報技術の下での人格に対する危険に対応するために、人間の尊厳（基本法1条1項）と結びついた2条1項が規定する「人格の自由な発展の権利」から導かれた一般的人格権の具体化の一つとして連邦憲法裁判所が承認した情報に関する自己決定権である。

そこで、本章では、国内法を参照するに先立ち、情報自己決定権に関する連邦憲法裁判所の判例を概観することにした。本稿にとって情報自己決定権を概観しておくことは、国家の情報行為に対抗し得る新たな権利観を模索するうえで重要であると考えられるからである。

本章は、次のような構成になっている。第一節第一款では、ドイツの連邦憲法裁判所の判例を参照するうえで事前知っておかなければならない三段階審査と呼ばれる司法審査の枠組みと三段階審査の審査基準を確認する。

第一節第二款では、人格の自由な発展の権利から導き出された権利を概観する。この基本権は、一般的行為自由及び一般的人格権の二つの異なる基本権を保障していると解されている⁹³。これは、連邦憲法裁判所が解釈で導き出した明文根拠のない基本権である⁹⁴。続いて、一般的人格権の形成に大きな影響を与えた「領域理論」を確認する。領域理論は、「連邦憲法裁判所の数多くの判例を分析し整理し直すことによって見いだされた」⁹⁵ものである。

⁹¹ ドイツ連邦共和国基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland）93条1項4a号は、「基本権」と「20条4項、33条、38条、101条、103条及び104条に含まれる諸権利」を区別して規定しているが、本稿ではそれらを総括して「基本権」と記述する。

⁹² 各条項が規定する諸権利については、畑尻剛=工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』（中央大学出版部、2013年）306頁を参照願いたい。

⁹³ 押久保倫夫「『個人の尊重』と『一般的自由』『人格権』」辻村みよ子編『憲法研究4号』（信山社、2019年5月）65頁参照。

⁹⁴ 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）111頁。

⁹⁵ 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）120頁～121頁。

本章第二節においては、一般的人格権によって導き出された情報自己決定権の起源である国勢調査判決及び情報自己決定権の射程を拡大させたオンライン検索判決を取り上げる。さらに、情報自己決定権を制限する介入概念を拡張させた自動車ナンバー記録II決定を参照する。これらの判例で確認する点は、主に次の点である。

国勢調査判決については、第一に、情報自己決定権とはどのような権利なのか、連邦憲法裁判所の情報自己決定権に関する権利観の確認である。第二に、連邦憲法裁判所はなぜ情報自己決定権が必要であると述べたのか、この権利が必要とされた理由を確認することである。

オンライン検索判決については、第一に、基本権保障の隙間が生じ、情報自己決定権だけでは十分ではないと判断された理由を確認することである。第二に、オンライン検索判決で連邦憲法裁判所が述べた保護利益とはどのような利益なのかを中心に確認することである。

自動車ナンバー記録II決定については、第一に、連邦憲法裁判所が、国勢調査判決のなかでは語らなかった情報自己決定権に対する介入をどのように捉えていたのかという点について確認することである。第二に、本決定において拡大された介入の画定基準について確認することである。

第一節 基本権総論

第一款 三段階審査の概要

三段階審査 (Drei-Schritt-Prüfung) とは、基本権侵害の違法性を評価するために、次の三つの段階に分けて審査される図式のことをいう⁹⁶。第一段階は、対象となる国家の行為が、基本権の保護領域 (Schutzbereich)⁹⁷に関わるものかどうか審査される。基本権の保護領域とは、「基本権が保護する生活領域」⁹⁸のことをいう。そして、国家の行為が、基本権保護領域に関わる行為である場合は、次の審査に進む。第二段階は、その国家の行為が基

⁹⁶ 三段階審査については、この説明に限られない。たとえば、松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報83巻5号(2011年)34頁は次のように説明している。三段階審査とは、「ドイツ公法学によって彫琢された基本権保障の論証作法であり、そもそもは国家からの自由を求める権利(自由権=防御権)を保障するための審査の論証プロセス」を指し、「この論証プロセスが三段階の審査手続となっているので、三段階審査と呼ばれている」。

⁹⁷ 「Schutzbereich」の訳語については、「保護領域」と日本語に訳されることが多いが、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」法律時報74巻7号(2002年)62頁では、「『保護領域』ではなく『保護範囲』という訳語を採用しておくべきだったという。その他、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回〔三段階審査——概要と注釈〕」法学セミナー675号(日本評論社、2011年)66頁以下も「保護範囲」の訳語を採用している。

⁹⁸ 松本・前掲注(95)19頁。

本権の保護領域に対する制限、すなわち、基本権介入 (Grundrechtseingriff)⁹⁹に当たるかどうか審査される。基本権介入に当たる場合は、次の審査に進む。第三段階は、その基本権介入が憲法上正当化 (Rechtfertigung) される行為であるかどうか審査される。第三段階の正当化の段階で問題となっている国家行為が憲法上正当化されないと認められてはじめて基本権侵害 (verletzen) が認められることになる。

こうした三段階審査の特徴は、国家が、基本権の保護領域に属する介入行為の正当化を立証しなければならないのに対し、各人は、基本権の保護領域に属する自由や利益について、特に正当化を必要としない点に大きな特徴がある。それは、「介入行為に対する保護領域の優位性を前提とした法的判断枠組み」¹⁰⁰とされているからである。特に「個人の行為はもともと自由であるが、国家の介入行為はそもそも許されない。だから正当化を要する。個人の行為の違法性阻却が問題となる刑法・不法行為法の文脈と国家の介入行為の違法性阻却が問題となる憲法の文脈は、正当化責任が逆転」¹⁰¹されているということが重要である。

三段階審査の図式の考え方には、それを支える基盤がある。松本によれば、それは、カール・シュミットによって提唱された配分原理であるという。配分原理とは、「『個人の自由は原理的に無限定だが、この領域に介入する国家の権能は原理的に限定されている』という原理」¹⁰²と説明される。この原理は、市民が自由であることが原則であり、国家が市民の自由を制限することができるのは例外的にしか認められず、しかも国家の介入は、原理的に限定があると考えられる。カール・シュミットは、「市民的法治国家における基本権とは、前国家的かつ超国家的権利として妥当し、国家が法律の定めによって付与するものではなく、国家以前の所与のものとして認められるような権利だけをいう。(…)したがってこれらの基本権は、その実体からすれば、法益ではなく自由の領域であり、ここから権利が、しかも防禦権が出てくる」¹⁰³と述べている。

⁹⁹ 「Grundrechtseingriff」の日本語訳は、基本権侵害、基本権介入、基本権制限等と訳されているが、憲法違反として確定的な侵害を意味する「verletzen」には「侵害」を当て、それと区別する意味で「Grundrechtseingriff」には「基本権介入」を、「Eingriff」には「介入」の語をそれぞれ当てることにする。

¹⁰⁰ 松本和彦「ドイツ基本権論の現状と課題」ジュリスト 1244号 (有斐閣、2003年5月1日-15日) 191頁。

¹⁰¹ 松本・前掲注(96)35頁 (註10)。

¹⁰² 松本・前掲注(96)35頁。駒村・前掲注(97)67頁も参照。

¹⁰³ 松本・前掲注(95)14頁。

原則は自由であり、例外的に自由を制限するという、「『原則—例外』図式は、『憲法上の権利』の構成として防御権的構成を支えるだけでなく、『憲法上の権利』の侵害を認定する論証の構成も規定している」¹⁰⁴。つまり例外的に自由を制限する側がその制限の正当化を論証しなければならず、制限者のほうに正当化の論証責任を転換するという点に、原則—例外の図式に支えられた三段階審査の特徴がある¹⁰⁵。以下では、具体的に三段階審査の各概念を確認していくことにしよう。

(1)保護領域

保護領域は、「領域」という訳から直感的に空間的なものを示すように思われるが、Schutzbereichといわれる場合の領域(Bereich)は、空間を示している概念ではない。ここで表現されている領域とは、「同じ機能、同じ役割、同じテーマが、保護領域の同一の内容を形作っている」¹⁰⁶ものを示している。すなわち、同一の内容で形成された「基本権法益の集合体」¹⁰⁷を意味する。

ある行為や自由が基本権で保障されるためには、問題となる行為や自由が基本権で保護されている領域になければならない。「基本権の保障を図りたいのであれば、問題の行為、自由、利益が、基本権の保護領域に該当することを論証しなければならない」¹⁰⁸。これが、基本権の保護領域の論証プロセスである。

三段階審査の第一段階は、まず、基本権の保護領域に該当することを論証するのが第一の関所ということになる。たとえば、この段階で保護領域該当性が否定されれば、基本権を制限する介入を論じる必要性はなく、第二段階に進むことはできない。なぜなら、ある行為や自由は、基本権の保護領域に存在する行為や自由の行使でなければ、基本権を制限されたことにはならないからである。

¹⁰⁴ 駒村・前掲注(97)67頁。

¹⁰⁵ もっとも、三段階審査の理論的根拠が明快ではないと批判する見解がある。三段階審査を憲法の図式としては単なる「論証作法」としか形容されず、その論拠としては、法治主義原理、又は配分原理が、せいぜい挙がるくらいであり、「この図式が理論ではなく使い勝手から支持されるからこそ、『論証作法』と呼ばれる」のではないかという。三宅雄彦「〔三段階審査〕論証作法としての三段階審査」法学セミナー674号(日本評論社、2011年)9頁~10頁。

¹⁰⁶ ボード・ピエロート=ベルンハルト・シュリンク=トルステン・キングレーン=ラルフ・ポッシャー(永田秀樹=倉田原志=丸山敦裕訳)『現代ドイツ基本権(第2版)』(法律文化社、2019年)82頁。

¹⁰⁷ 松本・前掲注(94)106頁。

¹⁰⁸ 松本・前掲注(95)19頁。

また、先程確認したとおり、正当化の論証責任の分配が逆転しているため、「ある利益が基本権の保護領域の側に置かれるのか、逆に国家の保護法益の側に置かれるのかを決めることは、極めて重大な意味を持つ」¹⁰⁹といえるであろう。保護領域の意義はこの点にある。ある行為や自由が保護領域に該当すると判断されると、その行為や自由は、正当化をする必要はない。なぜなら、保護領域該当性が認められると、その行為や自由は正当なものとしてみなされるからである。逆に、保護領域に該当する行為や自由を制限する国家行為は、制限の正当化が求められる。

このことからわかるように、保護領域該当性の問題は、後続の介入や正当化の論証との関係において相互に関係し合っているのである。そうすると、基本権保障を強化するためには、できる限り保護領域は広くとり、市民の行為、自由を保護の射程に収めることが望ましいと考えるべきだろうか。

この点、保護領域の安易な拡大については、慎重な見解がある。「基本権に対する過剰な要求や過剰な拡大は、憲法上の正当化を自明とされているような領域にまでしばしば要求するようになり、その結果、基準が安易な小銭に堕ちてしまう」¹¹⁰という指摘である。

保護領域の確定は、沿革的・歴史的解釈や憲法の規定その他の関連する法規の解釈によって導かれる。連邦憲法裁判所は、エルフェス判決¹¹¹において、基本権保護領域の解釈を沿革的・歴史的経験にもとづいた説明を行なっている。同判決は、基本法 2 条 1 項が規定する人格の自由な発展の権利の具体化として、一般的行為自由を最初に導き出した判決で知られており¹¹²、一般的行為自由を基本権として承認する際に以下のように述べている。「基本法 2 条 1 項は、歴史的経験に鑑みれば、公権力の介入に特に晒されてきた特定の生活領域のための人間の行動の自由を、特別な基本法の規定を通じて保障してきた。すなわち、憲法は、段階的な法律の留保によって、基本権のそれぞれの領域がいかなる範囲で介入され得るかを境界づけてきたのである。これらの特別の生活領域が基本法上保護

¹⁰⁹ 松本・前掲注(96)36頁。

¹¹⁰ ボード・ピエロート他・前掲注(106) 81頁。

¹¹¹ BVerfGE, Urteil. v. 16. 1. 1957 (BVerfGE 6, 32). 事実の概要及び解説については、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障—エルフェス判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、1996年2月)31頁、大西芳雄「旅券延長申請却下事件」別冊ジュリスト『ドイツ判例百選』(有斐閣、1969年)64頁の評釈を参照。ただし、訳はこれらに依っていない。

¹¹² 「一般的行為自由」が承認されたエルフェス判決については、次款で参照する。

されない限りにおいて、その自由が公権力によって介入された場合には、個人は、基本法 2 条 1 項を援用することができる」¹¹³。

連邦憲法裁判所は、基本法 2 条 1 項の保護領域について、沿革的・歴史的経験を踏まえた解釈論を展開し、個別的基本権で保護されない限りで同項にもとづいて補充的に人間の行動の自由の保護を求めることができることを明らかにした。こうした沿革的・歴史的経験を踏まえた保護領域論は、その意味で「対抗利益を俎上にあげる」¹¹⁴正当化の審査とは異なる審査基準が採られている。

(2)介入概念

三段階審査の第二段階は、介入である。配分原理を基盤にした介入は、伝統的に基本権の保護領域に対する侵害であると考えられてきた。ただ、この段階では、基本権を確定的に侵害する行為と認められているわけではない。ある国家行為が、基本権の保護領域に対する介入であると認められるということは、基本権が保護する生活領域に対する侵害と疑わしき事案が、そこに「ある」ということであり、暫定的に違憲性が見出せるのだが、介入の段階では、あくまで暫定的な違憲性が成立しているに過ぎない¹¹⁵。そのため、確定的な侵害という意味と区別するために「Eingriff」をあえて侵害ではなく介入あるいは制限もしくは制約等の訳語を当てる場合がある。筆者もそれに倣って Eingriff の訳を介入とし、基本権に対する制限という意味で用いる。

介入の果たす役割で重要な機能は、介入が認められると、国家の側に国家行為の正当化が求められることである。したがって、介入の当否の問題は、基本権の制限をどのような範囲で画定するかという問題でもあり、それ自体重要な論点である¹¹⁶。

もちろん、すべての国家行為が介入に該当するわけではない。介入に当たらないとされた国家行為は、たとえ基本権の行使を法的ないし事実上

¹¹³ BVerfGE 6, 32, Rn. 16.

¹¹⁴ 松本・前掲注(96)37頁。

¹¹⁵ 反対に「ある自由や利益が保護範囲に入るとしても、国家行為による自由へのコミットメントが『制限』と評価されなければ、一応の違憲性は成立しない」駒村・前掲注(97)68頁。

¹¹⁶ もっとも、ドイツの介入概念が日本において重要な意味をもつのか疑問も出されている。石川・前掲注(97)61頁は、「Eingriff の要件については、憲法裁判所への出訴要件としての重要性をもつドイツの場合とは異なり、あくまで民事・刑事・行政訴訟のなかで、攻撃防御方法としての違憲主張が行われるに過ぎない日本では、さほど大きな取扱いが必要かどうかは疑問である」と述べる。

制限する行為であっても正当化は要求されないことになる¹¹⁷。その意味では、介入の当否は、基本権の保護領域を画定するとともに、国家に介入の正当化の論証を負わすための重要な鍵概念ということになる。

①古典的介入概念

介入概念は、伝統的に古典的介入概念として発展してきた。古典的介入概念は、次の四つの条件をもっている。すなわち、「目的的であり、単に、全く別の目的に向けられた国家行為で意図しなかったにもかかわらず生じたような結果ではな」く、「直接的であり、単に、国家行為の、意図的ではあったが、しかし、間接的な結果として現れたようなものはな」く、「法的行為であり、単に事実上の効果ではなく法的効果をも」ち、「命令または強制をもって命じられ、あるいは執行される」¹¹⁸ものである。

介入行為は、基本権の保護領域に属する法益に対し、国家行為が上記の性質をもって介入し、当該法益の全部又は一部を制限する効果を有するあらゆる国家行為を指す。

国家行為の正当化が要求されるのは、基本的の保護領域に対する国家の介入行為である。したがって、どのような国家行為が基本権の保護領域に対する介入行為に当たるのかを確定しなければならない。その確定の判断をするのが、前述の四つの条件をもつ古典的介入概念であると考えられてきた。

②介入概念の拡大

しかし、近年、現代的行政活動の拡大に対し、古典的介入概念では捉えられない国家行為があるのではないかと指摘されるようになる。このような背景の下、連邦憲法裁判所は、具体的事件を通じて古典的介入概念の四つの条件を現代的介入概念へと拡大させている。現代的介入概念は、介入の効果が「目的的であるかそれとも意図的でないか、直接的であるかそれとも間接的であるか、法的であるかそれとも事実上（実際の、非公式）のものであるか、命令や強制を伴うものであるかそうでないかは問われない」¹¹⁹。

¹¹⁷ 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）35頁参照。

¹¹⁸ ボード・ピエロート他・前掲注(106) 83頁。

¹¹⁹ ボード・ピエロート他・前掲注(106) 84頁。

古典的介入概念を現代的介入概念に拡大させる契機となったのは、「意図しない付随的な行為、間接的行為、非権力的行為、事実行為といったなかにも、基本権制約的な効果をもつものがある。たとえば、国家による個人情報収集・保有・処理・伝達・開示といった行為は、本人以外の第三者からの情報の任意提供や国家内部でのやりとりのごとく、従来の介入行為に該当しない場合が多いが、だからといって、これらの情報取扱い行為を不問に付してよいとはいえない」¹²⁰と考えられたことが介入概念を拡大する契機になっている。

また、「国家は公益実現を図るも（目的性）、自らが任務を委託した民間部門を規律するのみで、直接に関与するのではない（間接性）。しかも、このときの規律は、法律や処分に依らない（非法形式性）、単なる契約や情報提供、あるいは非公式な交渉に留まる（非強制性）」¹²¹行為、すなわち、「介入概念の4要件のどれかを欠く干渉の扱いが問題となる」¹²²。

しかし、三段階審査においては、古典的介入概念の狭量が、三段階審査の第三段階（正当化）へ進むことを閉ざしてしまう。それは、基本権保護の観点からいっても古典的介入概念の四つの条件は十分とはいえず、「近年の保障国家の浸透」¹²³の背景もあって、古典的介入概念の狭量を拡大させる必要性が生じたのである。すなわち、現代的介入概念が求められた背景には、社会的変化に伴って要請された国家の活動範囲の拡大が一つの大きな契機となっている。

(3)正当化

①形式的正当化審査

第三段階は、基本権への介入と評価された国家行為を国家が正当化（Rechtfertigung）を図る段階である。この段階で審査される基準は、次の審査から構成される。まず、形式的正当化審査と実質的正当化審査に分けられる。形式的正当化審査では、いわゆる法律の留保原則¹²⁴に適合して

¹²⁰ 松本・前掲注(100) 192頁。

¹²¹ 鈴木秀美=三宅雄彦編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）44頁〔三宅雄彦執筆〕。

¹²² 鈴木=三宅・前掲注(121)〔三宅雄彦執筆〕44頁。

¹²³ 鈴木=三宅・前掲注(121)〔三宅雄彦執筆〕44頁。

¹²⁴ ドイツの場合、法律の留保原則は、判例・通説ともに本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）にもとづいている。本質性理論については、大橋洋一『現代行政の行為形式論』（弘文堂、2014年）、特に第一章〔法律の留保学説の現代的課題—本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として〕を参照願いたい。

いるかどうかが中心となって審査される。また、制限の根拠となる法律が、規範の明確性・特定性の原則を充たしているかが問題となる。

判例は、明確性と特定性の原則について厳密には区別されることなく用いられているようである¹²⁵。ただ、明確性は、規範の意味内容を限定できているかを問題とするものであり、特定性は、基本権を制限する条件とその範囲を問題とするものと説明することができる¹²⁶。

「特定性の要請 (Bestimmtheitsgebot)」とは、憲法上の要請ないし法治国家原理の要請であると考えられているが、その根拠については一様ではない¹²⁷。たとえば、国勢調査判決では次のように説明されている (判決文では「明確性の要請 (Gebot der Normenklarheit)」の表現が使われている¹²⁸)。「法律上の根拠は、制限の要件及び範囲が明らかであり、さらに国民にとって識別可能で認識できるものであり、それによって、法治国家原理の要請である明確性の原則に適うものでなければならない」

¹²⁹。

また、税関刑事局決定¹³⁰では、規範の明確性・特定性について、それぞれの立場からみた意義を次のように述べている。①は市民、②は行政、③は裁判所からみた意義である¹³¹。すなわち、「①法律上の規定を手がかりとして、当事者が、自己の行動をそれに合わせる事ができるほど、法的状態 (Rechtslage) を認識できなければならない。規範の明確性及び明確性に対する要請は、法律状態 (Gesetzeslage) の評価に際して生じる不確実性によって基本権行使を妨げるような場合には、より高いものになる。②市民の自由の限界についての決定は、一方的に行政の裁量にゆだねられてはならない。行政の行為余地に関して、法律には、これを限定する機能が帰属する。この機能は、国家の行為が適法であることを確保し、それ

¹²⁵ 實原隆志『情報自己決定権と制約法理』(信山社、2019年)131頁参照。

¹²⁶ 實原・前掲注(125)131頁参照。

¹²⁷ 實原は、根拠について次の三つに整理する。①法治国家原理(基本法20条3項)説、②基本権説、③法律の留保説である。實原隆志「『GPS捜査』の憲法上の問題—ドイツの議論との比較—」『福岡大学法学論叢』64巻2号(2019年9月)440頁以下参照。

¹²⁸ 實原・前掲注(127)441頁は、国勢調査判決の後の判決が、国勢調査判決の明確性の要請について述べている部分を引用していることについて、「規範の『特定性』の憲法上の位置づけを述べたものとして援用しており、情報自己決定権に対する侵害の合憲性が争われる際にも、多くの判決・決定において特定性の要請が法治国家原理と関連づけて述べられている」と分析する。

¹²⁹ BVerfGE 65, 1 Rn. 151.

¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 3. 3. 2004 (BVerfGE 110, 33).

¹³¹ 小山剛「『戦略的監視』と情報自己決定権—BVerfGE 100, 313を中心に—」『法學研究』79巻6号(慶應義塾大学法学研究会、2006年6月)35頁～36頁参照。

によって、国家の濫用から市民の自由を保護するものである。③裁判所が法的規準を手がかりとして行政を統制できるようにする」¹³²ことである。

後で見る 2008 年自動車ナンバー記録判決（以下「第一次判決」という。）¹³³においても、規範の明確性・特定性の原則の根拠を法治国家原理に置いていると見られている¹³⁴。

このように、ドイツでは、規範の明確性・特定性の原則は、連邦憲法裁判所が、法治国家原理から導き出し、これまでも繰り返し強調されている原則¹³⁵であり、違憲性判断のための重要な基準として位置づけられている。

②実質的正当化審査

実質的正当化審査は、目的審査と手段審査に分けられる。目的審査では、立法目的が正当であるかどうか審査される。そして、基本権を制限する目的が正当であることを前提としたうえで、手段審査に進む。手段審査には、広義の比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）、あるいは比例原則（以下「比例原則」という。）と呼ばれる審査基準がある。

比例原則は「過剰侵害の禁止」ないし「過度の侵害禁止（Übermaßverbot）」¹³⁶ともいわれ、国家の行為が、基本権の侵害を過剰に行うことを禁止する原則である。比例原則は、立法者が、基本権行使に制限を設定する際に立法者に対して課す制限を表し、連邦憲法裁判所の判例で最も重要な制限に対する制限¹³⁷の原則と考えられている。

比例原則は、次の三つの審査基準で構成される。(a)制限によって達成しようとする目的に対して、その制限の手段が、目的を達成するために有用（合理的）かが審査される適合性ないし合理性（Geeignetheit）の基準、(b)その制限の手段が、目的を達成するために制限が小さく、かつ必要性があるかが審査される必要性（Erforderlichkeit）の基準、(c) 制限によって達成しようとする目的とその制限の手段が、釣り合いがとれているか（Verhältnismäßigkeit）すなわち、制限によって得られる利益とその制限によって失われる利益が衡量され両者の均衡がとれているかが審査さ

¹³² 小山・前掲注(131)36頁。①、②、③については便宜上、筆者が追記した。

¹³³ BVerfG, Urt. v. 11. 3. 2008 (BVerfGE 120, 378).

¹³⁴ 小山・前掲注(131)47頁(註83)参照。

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 151.; BVerfGE 120, 378, Rn. 94.; BVerfGE 110, 33, Rn. 104.

¹³⁶ 根森健「憲法上的人格権——個人の尊厳保障に占める人権としての意義と機能について」日本公法学会編『公法研究』58号（日本公法学会、1996年）77頁。

¹³⁷ ボード・ピエロート他・前掲注(106) 90頁～91頁参照。

れる狭義の比例性 (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) 基準¹³⁸である。

(4)まとめ

三段階審査及びその審査基準である三つの概念について、最小限に確認してきた。ここで若干の整理をしておきたい。三段階審査は、保護領域→介入→正当化の三段階の審査で進むことを明確に意識させることで違憲審査に対する透明性を提供している。それに加えて、判例・学説は、法律の留保の範囲だけでなく、法律の規律密度の要請を本質性理論を手がかりに判断¹³⁹するという方法で審査基準の質を高める努力がなされている。

実質的正当化審査は、国家の目的と手段が、国民の保護利益と衝突した場合、比例原則が、一方では、裁判所の事案の解決に向けた柔軟な解決を図り得る可能性を提供し、他方では、対抗利益が、柔軟な利益衡量に吸収され得るといふ、目的手段の審査の問題点が指摘されている。すなわち、比例原則の柔軟性¹⁴⁰が、しばしば批判の源泉となっている。比例原則は、制限目的が正当であることを前提に、合理性の判断、必要性の判断、狭義の比例性の判断が行われる図式であり、目的手段図式の構造をもつことは明らかであろう¹⁴¹。

そして、目的手段審査の図式は、政策的思考様式であることが指摘されている¹⁴²。この指摘は、裁判官が、否応なく政策決定者の作業を追体験せざるを得なくなり、それは、法の適用者にとって荷が重いだけでなく、必ずしも彼らにふさわしい仕事とはいえない¹⁴³という指摘である。また、何より同時に行われる立法事実の検証が、裁判でそれを行う意味と技法が

¹³⁸ 市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」法律時報 83 巻 5 号 (日本評論社、2011 年 5 月) 7 頁参照。

¹³⁹ BVerfGE 120, 378, Rn. 94. また、ボード・ピエロート他・前掲注(106)89 頁は、「基本権への介入が強いほど法律は厳密にきめ細かく規定されていなければならない」とし、「本質性は同時に法治国家の明白性と明確性の基準にもなりうる」といふ。

¹⁴⁰ 柔軟性とは、狭義の比例性審査のなかで、利益衡量が柔軟に行われることを意味している。

¹⁴¹ 松本・前掲注(96)37 頁参照。

¹⁴² 駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回〔パターンと基本形(その2)——自由権判例の論証〕」法学セミナー 672 号 (日本評論社、2010 年) 64 頁参照。同様の指摘として松本・前掲注(96)37 頁参照。その他に石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し——『憲法的論証』をめぐる幾つかの試行について」法学教室 340 号 (有斐閣、2009 年) 54 頁 II 以下参照。

¹⁴³ 松本・前掲注(96)37 頁参照。駒村・前掲注(142)64 頁は、政策的思考は、元来政策科学や決定理論に由来する思考様式である点を指摘し、「このように法制度の解剖を通じてそれに肉薄する手法である以上、立法府の制度設計プロセスを後追する作業に裁判官を誘い込む」ことを非難する。

明らかにならないと、裁判官が目的手段審査に躊躇するのではないか¹⁴⁴という指摘も説得力がある。なぜなら、違憲審査の論証の基準を考察する意義は、裁判所、特に裁判官の主観的判断を抑制することに求められてきたといえるからである¹⁴⁵。

比例原則は、一方で、適切な解決を図り得るための柔軟性が強みであるが、他方で、柔軟性を有するだけに審査の過程において政策的思考に裁判官を追い込むことが懸念され、審査の恣意性を可能な限り排除するために審査基準を設定するという本来の目的の観点からすれば、柔軟性が弱みとなり得る。

こうした強みと弱みを合わせもつ三段階審査論については、裁判所が、事案の解決に不可欠な程度に柔軟性を保つことが重要であるが、他方で、裁判所の主観的判断をいかに抑制していくのかという課題が残されている。今後、柔軟性を高める方向に審査が傾き過ぎてはいないか、判例の検証を重ねていく必要があるであろう。

第二款 人格の自由な発展の権利

(1) 一般的行為自由

① 一般的行為自由の承認

基本法 2 条 1 項が規定する「人格の自由な発展の権利」については、それが一般的行為自由を保障したものか、一般的人格権のような比較的狭い生活領域を保障したものかということについて争われてきた¹⁴⁶。

この点、連邦憲法裁判所は、1957 年のエルフェス判決¹⁴⁷においてそれを明らかにした。同判決は、人格の自由な発展の権利が、一般的行為自由を保障していることを明らかにしたリーディング・ケースである。判決によれば、「『人格の自由な発展に関する保障』は、精神的道徳的な個人として特徴づけられた人間の本質を構成する人格の核心領域内についてのみ考慮するというような狭く限定して理解されるべきではない。なぜな

¹⁴⁴ 駒村・前掲注(142)64 頁参照。また、駒村教授は、行政法学上の比例原則を違憲審査基準に「ねじ込む」ことに疑問を述べている。曰く、「行政処分は、法令を事実媒介するものであるためその分司法事実接近しており、また、それゆえ事実との照合が可能になるように法規範の要件化による対処が適合する作用」であるとし、そのような処分の審査に「無理やり目的手段の思考枠組をねじこむのはいかなものか」と述べているが、的確な指摘であるように思われる。

¹⁴⁵ 駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回〔“三重苦”を超えて〕」法学セミナー670号（日本評論社、2010年）75頁以下参照。

¹⁴⁶ 鈴木=三宅・前掲注(121)〔石塚壮太郎執筆〕62頁参照。

¹⁴⁷ BVerfGE 6, 32.

ら、この核心領域内における発展が、道徳律、他人の権利、ましてや自由で民主的な『憲法的秩序』¹⁴⁸に反する可能性は考えられないからである。むしろ、共同体の構成員として個々人に課せられた制限は、基本法 2 条 1 項が包括的意味における行動の自由を意味することを示しているのである¹⁴⁹。そして、「特別の基本権によって保護されていない生活領域が公権力によって介入された場合には、基本法 2 条 1 項を援用することができる」¹⁵⁰と説示した。こうして連邦憲法裁判所は、人格の自由な発展の権利が、人間のあらゆる行動の自由を保護していることを明らかにした。

また、判決では、人格の自由な発展の権利という文言の理解について、「立法府が、各人は自己の欲することを行い、または、行わないことができるという元来のテキストを現在のテキストに置き換えたのは、法的な考慮からではなく言語的な理由に基づいたものであった」¹⁵¹に過ぎない¹⁵²ことが説明されている。判決は、同条の趣旨が、自己の意思にもとづいて行動をする、または行動をしない自由を保障する趣旨であり、現在の法文で表現されている人格の自由な発展の権利という表現が、必ずしも人格に関わる自由に限定する趣旨でなかったことをあらためて述べている。

この点は、日本国憲法 13 条の解釈においてみられる人格的利益説が、13 条の保護領域を人格的自律に限定して解釈すべきとする通説とは対照的である¹⁵³。

②憲法的秩序と不可侵の私的生活領域

しかし、人間のあらゆる行動の自由が原則として保護されるとしても、基本法 2 条 1 項の規定には、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に反しない限り、自らの人格の自由な発展の権利を有する」という三つの例外がある（いわゆる Schrankentrias 「対をなす

¹⁴⁸ 憲法的秩序とは、「憲法に適合する法秩序（合憲秩序）」を意味する。

¹⁴⁹ BVerfGE 6, 32, Rn. 14.

¹⁵⁰ BVerfGE 6, 32, Rn. 16.

¹⁵¹ BVerfGE 6, 32, Rn. 15.

¹⁵² 基本法 2 条 1 項の制定過程当初の論議について、「『行い、または行わないことができる』という文言が低俗であるというフォン・マンゴルトの提言によって『自己の人格の自由な発展の権利』（das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit）と改められ、現行の基本法二条一項となった」が、「制定過程の論議では、全体主義の否定を除いて、基本法二条一項の基本権についての明確な観念は存在しなかった」ようである。戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一=高橋和之編『現代立憲主義の展開（上）芦部信喜先生古稀祝賀』（有斐閣、1993 年 9 月）329 頁。

¹⁵³ 憲法 13 条の解釈をめぐる、一般的行為自由説と人格的利益説（人格的自律説）の対立がある。両説の見解については第三章において確認することにした。

三個の制限」¹⁵⁴）。ここでは、同項の定める憲法的秩序が具体的にどのような秩序なのかということが問題となり得る。

この点について、連邦憲法裁判所は、憲法的秩序の解釈及びその意義を詳述している。すなわち、連邦憲法裁判所によれば、「基本法 2 条 1 項では、人格の自由な発展のために一般的行動の自由が保障されているが、それは、他人の権利を侵せず、かつ、道德律に対して違反しない限り、憲法的秩序のみに拘束されると定められているのである。それゆえ、この概念については、形式的かつ実質的に憲法の規準として理解されなければならない。すなわち、憲法適合的な法秩序（die verfassungsmäßige Rechtsordnung）でなければならない」¹⁵⁵。さらに、判決は続けて、「学説では、こうした解釈は、基本法 2 条 1 項の基本権が全般的に法律の留保の下に置かれることになり『無意味』なものになるとしばしば批判がなされている」¹⁵⁶。

しかし、「現在の基本法は、1919 年ワイマル憲法よりもより強い制限を受けていることを見落としている」¹⁵⁷と反論し、「それに対して基本法は、公権力を制限する価値にもとづいた秩序（以下「価値秩序」という。）が確立されている。（…）この秩序によって、各人の独自性、自己責任及び国家共同体における人間の尊厳が確保されるべきである（BVerfGE 2, 1.; BVerfGE 5, 85.）」¹⁵⁸と述べて、基本法上の確立した価値秩序の意義を強調する。

さらに、「法律は、形式的に秩序があるというだけで、直ちに『憲法的秩序』に適合するというわけではない。それはまた、憲法上の価値体系として自由で民主的な至高の基本秩序と実質的にも調和を伴ったものでなければならないのみならず、不文の根本的な憲法原理や基本法の根本的と見るべき決定、とりわけ法治国家原理及び社会国家原理にも適合していなければならない。何より法律は、基本法の最高価値である人間の尊厳を侵害することはあってはならないだけでなく、人間の精神的、政治的、経済的自由を本質的に侵害するかたちで制限してはならないのである

¹⁵⁴ 根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在—最近のドイツ連邦憲法裁判所判例から—」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、1992 年）85 頁。

¹⁵⁵ BVerfGE 6, 32, Rn. 17.

¹⁵⁶ BVerfGE 6, 32, Rn. 33.

¹⁵⁷ BVerfGE 6, 32, Rn. 33.

¹⁵⁸ BVerfGE 6, 32, Rn. 33.

(基本法 19 条 2 項、1 条 3 項、2 条 1 項)。このことから、私的生活領域が個々の国民に憲法上留保されているということが明らかになる。それゆえ、あらゆる公権力の影響が遮断された人間の自由の最終的な不可侵の領域が存在するのである。これを侵害する法律は、『憲法的秩序』の一部とはなり得ず、連邦憲法裁判所によって無効と宣言されなければならないであろう¹⁵⁹。

連邦憲法裁判所はこのように述べて、人格の自由な発展の権利の解釈によって、公権力から遮断された不可侵の私的生活領域の存在を認めるとともに、一般的行為自由を制限する法律の憲法的秩序の適合性を審査できるようにした。

エルフェス判決の重要な意義は、公権力によって一般的行為自由を侵害された場合には、たとえ個別的基本権の保障からこぼれ落ちた自由であったとしても、一定の要件の下に憲法異議¹⁶⁰の可能性の途を開拓した点にある¹⁶¹。

(2) 一般的人格権

① 一般的人格権の性質とその任務

一般的人格権は、基本法上の特別な自由の保障を対象としたものではないが、それとひけを取らない重要性のある人格の要素を保障し¹⁶²、「防禦機能において、一般的人格権は、直接に国家に対して適用される」¹⁶³基本権である。

連邦憲法裁判所が、基本法 2 条 1 項の人格の自由な発展の権利から一般的人格権を抽象的レベルで定式化し承認したのは、「エップラー決定」¹⁶⁴である。もっとも、戦後、連邦通常裁判所の民事事件においてすでに判例上承認されていた私法上的人格権を、1973 年ソラヤ決定¹⁶⁵、同年のレ

¹⁵⁹ BVerfGE 6 , 32 , Rn. 33.

¹⁶⁰ 「憲法異議」とは、公権力によって基本権を侵害された者が、連邦憲法裁判所に異議を申し立てることができる制度のことを指すが、第二節でもう少し詳しく述べる。

¹⁶¹ この点、鈴木=三宅・前掲注(121)〔石塚壮太郎執筆〕71 頁は、「エルフェス判決以来、一般的行為自由に基づく憲法異議を通じて、客観憲法違反を問うことができるのが、一般的行為自由の大きな意義の一つとなっている」と述べる。すなわち、「エルフェス理論は、連邦憲法裁判所の審査範囲の拡大ではなく、審査機会の拡大をもたらしている」ことに意義があると評価する。

¹⁶² Vgl. BVerfGE 120 , 274 , Rn. 169.

¹⁶³ アルプレヒト・レスラー(鈴木秀美/訳)「『オンライン検索』についての連邦憲法裁判所判決— 2008 年 2 月 27 日第一法廷判決—」阪大法学 (大阪大学法学会、2009 年 58 卷 5 号) 294 頁。

¹⁶⁴ BVerfGE , Beschl. v. 3. 6. 1980 (BVerfGE 54 , 148).

¹⁶⁵ BVerfGE , Beschl. v. 14. 2. 1973 (BVerfGE 34 , 269).

ーバッハ判決¹⁶⁶の流れを受けて憲法上の一般的人格権として承認し、その性質や位置づけを明確にし、定式化したのが本決定であり¹⁶⁷、その意味では、一般的人格権が憲法上の基本権として承認されたリーディング・ケースといってよいであろう。エップラー決定は、エップラー博士が、バーデン・ヴュルテンブルク州のキリスト教民主同盟の選挙活動の演説の原稿にしている発言をしたかのように記述されていることに対し、記述されたような発言はしていないとして、この記述による人格権の侵害を理由に差止訴訟を提起した事件¹⁶⁸である。

連邦憲法裁判所によれば、「一般的人格権は、たとえば、良心の自由や意見表明の自由と同じく人格の構成要素を保護する特別の（『個別的』）自由権を補充する無名の『自由権』」¹⁶⁹であるという。「その任務は、『人間の尊厳』の最高の憲法原則という意味において、伝統的な具体的自由の保障によっては完全には捉えきれ得ない、より狭い私的生活領域やその根本的条件の維持を保障することである」¹⁷⁰。この権利の必要性は、「現代の発展とそれに関連する人間の人格保護に対する新たな危険の観点からも特に存在する」¹⁷¹。

本決定が特徴的なのは、一般的人格権の保護の根底に個人の自己決定の保護が明言されている点である。すなわち、判決は、「基本法 2 条 1 項によって保障される一般的人格権は、していない発言を押し付けられることに対しても保護され得る」とし、それが基本権で保障される理由を次のように説明した。「このことは、一般的人格権の保護の根底にある自己決定の思想から導かれる。すなわち、個人は、第三者や公衆に対して自己をどのように表現しようとするのか、第三者が、自己の人格について、処分し得るのかどうか、どの程度処分し得るのかということについて、私的領域の制限なしに原則として、自ら決定することができるのである」¹⁷²。

¹⁶⁶ BVerfGE , Urteil. v. 5. 6. 1973 (BVerfGE 35 , 202).

¹⁶⁷ 押久保倫夫「一般的人格権の性質と保護領域—エップラー事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年2月）36頁以下参照。

¹⁶⁸ 押久保・前掲注(167)36頁参照。

¹⁶⁹ BverfGE 54 , 148 , Rn. 13.

¹⁷⁰ BverfGE 54 , 148 , Rn. 13. 憲法上の一般的人格権の詳細については、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権—人格権研究序説—」小林考輔ほか編『ドイツ公法の理論』（一粒社、1992年）297頁以下参照。

¹⁷¹ BverfGE 54 , 148 , Rn. 13.

¹⁷² BverfGE 54 , 148 , Rn. 16.

連邦憲法裁判所は、一般的人格権の保護の根底には、自己決定の保護の思想があることを明らかにしたのである¹⁷³。

このようにして、エップラー決定は、一般的人格権の保障の隙間を埋めるために、私的領域の制限なしに原則として、自らの発言や自己の表現に関する自己決定を承認し、保護領域を拡張させた。一般的人格権は、その後の判例のなかでも様々な法益が承認されていくことになる。

②一般的人格権の位置づけ

一般的人格権も一般的行為自由も基本法2条1項の人格の自由な発展の権利を具体化したものであり、両者は互いに共通の規範に基礎をもっているが、判例は、この関係を次のように区別し整理している。すなわち、「基本法1条1項との関連づけが示すように、基本法2条1項の一般的人格権には、『人格の自由な発展』の要素が含まれるが、それは、保護された領域の尊重を求める権利として人格の自由な発展の『能動的』な要素である一般的行為自由 (vgl. BVerfGE 6, 32.) からは切り離される」¹⁷⁴ 関係にある。それゆえ「一般的人格権の構成要件的諸条件も一般的行為自由のそれよりも狭く引き出されなければならない。一般的人格権は、より狭い人格の領域を侵害する介入だけに及ぶと解するのが相当である (vgl. BVerfGE 34, 238. —秘密のテープ録音—; BGHZ 24, 72.; BGHZ 27, 284.)」¹⁷⁵。

本決定において、このように定式化された一般的人格権は、特別の基本権の保障からこぼれ落ちた法益のなかでも、特に人格要素を構成する法益を対象とした保護領域をもつ無名の自由権として位置づけられる。そして、その任務は、一般的行為自由よりも狭い私的領域の保護とその根本的条件を維持することにある。

③保護法益

連邦憲法裁判所が詳述した一般的人格権は、無名の自由権であり、補充的に適用され得る基本権である。しかし、それゆえに権利の内容を明確に画定することは困難であると考えられた。これに対して、連邦憲法裁判所は、一般的人格権は、将来、新たに生じ得る危険に対処できるよう、あえ

¹⁷³ 松本・前掲注(95)130頁は、本決定を「『領域理論』的思考から完全に離脱し、個人の自律的決定の保護を全面に押し出す判例」の一つに挙げている。

¹⁷⁴ BVerfGE 54, 148, Rn. 13.

¹⁷⁵ BVerfGE 54, 148, Rn. 13.

て自覚的に権利内容を確定することはしなかったようである。すなわち、「一般的人格権の詳述された本質ゆえに、連邦憲法裁判所の判例は、連邦通常裁判所と同様に、保護される権利の内容を最終的に確定することはせず、その都度、決定される事件を手がかりにその輪郭を浮き彫りにして示してきた」¹⁷⁶。

判例によってこれまで承認された憲法上の一般的人格権は、個人の生活領域に関するものとして—内密領域・私的領域・秘密領域—の保護、人格的名誉権、自己の人格の外部に対する描写についての決定権、肖像権、発言した言葉についての権利、執筆した言葉についての権利、発言の歪曲や捏造に対抗する権利、氏名権、犯罪との関係で無限定の報道に対抗する権利、情報自己決定権などの保護法益が承認されている¹⁷⁷。

④基本法の「人間像」

連邦憲法裁判所は、基本法に同一の基礎をもつ人格の自由な発展の権利から二つの異なる無名の自由権を導き出した。それは、一般的行為自由と一般的人格権である。もともと、一般的行為自由と一般的人格権は、同じ基本権から承認された権利とはいえ、判例による権利の基礎づけは異なっている。すなわち、一般的行為自由は、基本法2条1項単独で基礎づけられるのに対し、一般的人格権は、基本法1条1項の人間の尊厳と結びつけて基礎づけられるのが通例である¹⁷⁸。

連邦憲法裁判所は、投資助成判決¹⁷⁹以来、「基本法の人間像」について幾度か強調し¹⁸⁰、そこから一定の憲法解釈の実質的基準を導き出している。同判決によれば、「基本法の人間像は、孤立した無制限の個人という人間像ではない」。「基本法は、むしろ、人の社会的（被）関連性と社会的（被）拘束性という意味で、個人と共同社会との緊張状態に決断を下している。〔もちろん〕その際には、人の固有の価値を傷づけることなしに」。「基

¹⁷⁶ BVerfGE 54, 148, Rn. 14.

¹⁷⁷ BVerfGE 54, 148, Rn. 14. アルプレヒト・レスラー(鈴木秀美/訳)・前掲注(163)294頁～295頁参照。

¹⁷⁸ 判決では「Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG」で表現される「基本法1条1項と結びつけられた2条1項」という言い方が使われている。Zum Beispiel vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 146.; BVerfGE 120, 274, Rn. 201.

¹⁷⁹ BVerfG, Urte. v. 20. 7. 1954 (BVerfGE 4, 7). 本判決の評釈として、根森健「『基本法の人間像』と基本法の経済政策的中立性——投資助成判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年2月）26頁以下参照。

¹⁸⁰ Zum Beispiel vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 150.; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 13. April 1983 (BVerfGE 64, 67, Rn. 11).

本法の人間像は、とりわけ、基本法 1 条、2 条、12 条、14 条、15 条、19 条、20 条の全体から生じる。そして、この全体が意味するものは、人の自主性が保障されていることを前提としたうえで、個々人は、現に存する事情のもとで一般に要求し得るものの限界内で、社会的共同生活の保護の育成や促進のために、立法者が引くような、個々人の行為の自由に対する限界を甘受しなければならないということである¹⁸¹。

連邦憲法裁判所が強調する基本法の人権は、「『共同社会的拘束性』のもとにあり、『国家を形成する力』であらねばならない点で、日本国憲法に言う国家権力から自由な自律的存在としての『個人』とは異なることに注意¹⁸²が必要である。基本法 2 条 1 項が人間の尊厳と結びつけられるということは、「人間の尊厳だからそれぞれの個人の自己決定も尊重されると同時に大事なものは、限定されている。2 条 1 項に掲げられたものも、1 条 1 項の人間の尊厳という実質的価値によって限定を受ける¹⁸³」関係にあると考えられる。

したがって、一般的人格権は、基本法 1 条 1 項の人間の尊厳によって基礎づけられると同時に基本法の人権像によって限定を受ける関係にあると理解すべきことになるであろう¹⁸⁴。

(3) 領域理論

このような数多くの判決の蓄積を通じて、連邦憲法裁判所は、一般的行為自由については、最終的な不可侵の自由な私的領域があることに言及し、公権力によって侵すことのできない絶対的に保護され得る生活領域を基本法上特別な保護の下に置いた。他方で、一般的人格権については、一般的人格権の詳述された本質ゆえに権利内容を最終的に確定せずに、決定される事件を手がかりに保護領域の輪郭を浮き彫りにしようとしてきた。学説は、基本権の保護領域を規定し、基本権の保障の基準を獲得しようとしてきた¹⁸⁵。こうした実務と学説の相互の努力が、人格の自由な発展の権利が保障する基本権の生活領域に対する段階的な保護理論を

¹⁸¹ 根森健・前掲注(179)27 頁。

¹⁸² 芦部信喜「包括的基本権 (1) 〔憲法講義ノート(第 35 回)〕」法学教室 127 号 (1991 年) 57 頁。

¹⁸³ 樋口=中島対談「《対談》あらためて憲法十三条裁判を考える——住基ネット訴訟に関連して」法律時報 79 卷 11 号 (2007 年) 75 頁〔樋口陽一発言〕。

¹⁸⁴ ドイツ基本法の人間像を考察するものとして、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013 年) 3 頁以下、押久保倫夫「『個人の尊重』の意義——ドイツにおける『人間像』論を検討して——」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』(成文堂、1992 年) 33 頁以下、根森・前掲注(170)297 頁以下を参照。

¹⁸⁵ 松本・前掲注(95)120 頁参照。

誕生させた。それが、いわゆる「領域理論」と呼ばれる保護の考え方である。

領域理論とは、「基本法 2 条 1 項の人格の自由な発展の権利が保障する生活領域を保護の程度に応じて複数の段階的領域に区切り、それぞれの領域ごとに相応の保護を与えようとする考え方」¹⁸⁶である。この理論の特徴は、同項が保障する自由の領域を当該行為の社会的関連性を尺度として段階づけて保護するアプローチを採用¹⁸⁷している点にある。連邦憲法裁判所による領域分けは、三つの段階的・同心円的な構造をもち、最も内側の領域を核心領域ないし内密領域とし、その外側に私的領域が存在し、私的領域のさらに外側に社会的領域が存在すると考えられている¹⁸⁸。

それぞれの保護の程度は、核心領域ないし内密領域は、人間の自己決定の核心領域は絶対的に保護される領域とされ、比例原則による制限も受けないが、私的領域は、比例原則に従って制限され得る。すなわち、私的領域に属する法益は、優越する公益との利益衡量の対象とされるために相対的な保護を受けるに過ぎない。ただし、利益衡量の際は、比例原則の全要素（合理性、必要性、狭義の比例原則）が厳格に適用されなければならない。社会的領域は、行為の自由の本質的内容が制限されない限りで、公益によって広範に制限され得る領域である¹⁸⁹。

核心領域、秘密領域及び私的領域は、個人が私的な問題を自己決定することができる領域である。自己決定権は、一般的人格権に由来し、「人がその個性を自律的に形成することができる避難領域」¹⁹⁰を保護する。しかし、この理論では、「公共的領域における自己決定権を説明することができない」¹⁹¹。たとえば、自己が言わなかった演説をしたかのように言われるなど、これらは、私的領域の保護によっては説明することができないためである¹⁹²。

¹⁸⁶ 松本・前掲注(95)120頁。

¹⁸⁷ 根森・前掲注(136)71頁参照。

¹⁸⁸ 根森・前掲注(136)71頁～72頁参照。この領域分けの整理については、論者によって種々あり、統一されたものではない。たとえば、平松毅「自己情報決定権と国勢調査——国勢調査法一部違憲判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』（信山社、2003年12月）64頁では、領域理論の領域分けを「内密領域、私的領域、社会領域」に整理して説明している。

¹⁸⁹ 根森・前掲注(136)71頁～72頁参照。

¹⁹⁰ 平松・前掲注(188)65頁。

¹⁹¹ 平松・前掲注(188)65頁。

¹⁹² 平松・前掲注(188)65頁参照。

これに対して、連邦憲法裁判所は、一般的人格権に根拠づけて自己決定権とは区別される自己表現権を承認してきた。しかし、公権力によって行われる詳細な個人情報の収集や利用等の行為が、基本権を侵害するという批判がドイツ全土で巻き起こることになる。それが、次節で確認する国勢調査法の施行に対する一連の反対運動である。

第二節 情報自己決定権

第一款 情報自己決定権に関する判例

(1) 情報自己決定権の起源（国勢調査判決）

①連邦憲法裁判所の仮命令

1)国勢調査法の制定

ドイツでは、1950年以來10年前後の間隔で全数調査方式による国勢調査が行われてきた。80年代に入り、連邦政府は、ドイツ全土において包括的な調査を計画し、1983年4月27日に全国一斉に国勢調査の実施が予定されていた¹⁹³。その根拠となったのは、1983年国勢調査法（以下「国勢調査法」という。）である。同法の制定に至る概略は次のとおりである。

1981年、連邦政府による国勢調査法案は、連邦議会で審議され、当時の与党（社会民主党と自由民主党の連立政権）のみならず野党も（キリスト教民主同盟、キリスト教社会同盟）この提案に賛成し、連邦参議院に送付された。連邦参議院ではいくつかの修正の要求があり、連邦議会はこの修正の提案に全員一致で賛成し、連邦参議院も全員一致で同意したため、国勢調査法は、1982年3月4日に成立する¹⁹⁴。同法は、連邦議会と連邦参議院の全員一致の賛成をもって成立した法案であった。つまり、成立した国勢調査法に対して、後に憲法上の疑義が持ち上がるとは、当初、誰も予想していなかったのである¹⁹⁵。

2)反対運動が問題視した国勢調査法の問題点

ところが、1983年に入って突然、抗議の市民運動が始まる。反対運動が主張した国勢調査法の問題点は大きく二つある。

¹⁹³ 松本・前掲注(95)96頁～97頁参照。1983年国勢調査法制定に至るまでのドイツ国内で起きた反対運動とその影響に関しては同書が詳しい。本稿も参考にした。

¹⁹⁴ 松本・前掲注(95)97頁参照。

¹⁹⁵ 松本・前掲注(95)97頁参照。

第一は、「市民は、『ガラス張りの人間』になる (der Bürger werde zum "gläsernen Menschen")」¹⁹⁶という不安である。これは、国勢調査法 2 条から 4 条で申告事項が列挙されているのだが、それによれば「施設の場合、居住者としての身分、職員または職員の親族としての身分」¹⁹⁷の申告 (2 条 8 号) や居住に関する事項として「種類、大きさ、設備、使用目的、暖房及び暖房エネルギーの種類、住居への入居年次、居住関係、公的住宅資金による助成、部屋の数と使用」¹⁹⁸の申告 (3 条 2 項 1 号) 等、申告義務の内容が詳細かつ多岐にわたっており、これが集計されコンピュータにて一括処理されることによって、市民は「ガラス張り」にされるのではないかとの不安を抱いたためである。

第二は、最も深刻だと捉えられた 9 条の規定である。すなわち、国勢調査の申告内容を住民登録簿と照合し、その訂正のために利用できることが規定されていた (9 条 1 項)¹⁹⁹。これは、統計目的と行政執行目的という異なる目的が本当に両立するのか疑問視された²⁰⁰。また、名前を付さずに、かつ適法な事務の遂行に必要な場合に限りという条件付きではあるものの 2 条から 4 条によって把握される事実を連邦統計法に従い、連邦及び州に伝達できることも規定されていた (9 条 2 項)²⁰¹。さらに、市町村等は、地域計画や環境保護等の目的のために 2 条から 4 条によって把握される事実を一定の場合を除き、かつ名前を付さずに必要とされる個々の申告事項を州の統計庁から伝達してもらうことができる旨が規定されていた (9 条 3 項)²⁰²。統計目的のための調査であれば匿名性が前提となるはずが、行政執行目的であれば匿名性は排除されなければならない。匿名性のない個人データは他のデータと結びつくことにより、具体的な個人像を作り上げるのに寄与する²⁰³。そ

¹⁹⁶ BVerfGE 65, 1, Rn. 94.

¹⁹⁷ 松本・前掲注(95)196 頁。松本・前掲注(95)には、1983 年国勢調査法の条文抜粋が資料として掲載されており参考になる。その他、鈴木庸夫・藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決〔上〕」ジュリスト 817 号 (有斐閣、1984 年 7 月 1 日) 68 頁以下には、国勢調査判決に関連する重要条文が掲載されている。

¹⁹⁸ 松本・前掲注(95)197 頁。

¹⁹⁹ 松本・前掲注(95)198 頁参照。

²⁰⁰ 松本・前掲注(95)102 頁～103 頁参照。

²⁰¹ 松本・前掲注(95)198 頁参照。

²⁰² 松本・前掲注(95)199 頁参照。

²⁰³ 松本・前掲注(95)103 頁参照。

れゆえ、反対運動は「匿名性を保証しないで、行政執行目的のために個人データを利用することは断じて許されない」²⁰⁴と主張した。

3)連邦憲法裁判所の仮命令の発令

反対運動が継続されるなか、「500にも上る『憲法異議』(Verfassungsbeschwerde)の申し立てがなされた」²⁰⁵。憲法異議とは、基本権や基本法20条4項、33条、38条、101条、103条及び104条に含まれる諸権利が、公権力によって侵害された人は誰でも、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを申し立てることができる司法救済制度である(93条1項4a号)。ただし、他の出訴で争う途がない場合に限り申し立てることができ(同項4号)、他の裁判で争う途を尽くした後でしか憲法異議を申し立てることはできない。また、判決に対する憲法異議は、連邦憲法裁判所(部、合同部、部会)の判決に対しては、認めると際限なく異議が繰り返されることになるため、申し立てることができない²⁰⁶。さて、話を本論に戻そう。

反対運動の最中、多くの市民によって憲法異議が申し立てられたが、しかし、1983年4月27日の国勢調査の実施が迫っており、本案審理を経て判決を待っていたのでは憲法異議を申し立てた意味がなくなるおそれがあった。そこで、原告は、国勢調査の実施の中止を求める仮命令の発令の申し立てを行った。それが、後に1983年4月13日に下される連邦憲法裁判所による仮命令の決定²⁰⁷に関する申し立てである。

以下では、仮命令の決定に関する判決理由を確認することにしよう。結論として、1983年4月27日に予定されている人口調査、職業調査、住宅調査及び職場調査(事業所)実施は、憲法異議に関する判決が下されるまで延期される決定がなされた。連邦憲法裁判所は、その理由を概ね次のように説明している²⁰⁸。

「異議申立人らは、国勢調査法に対して、基本法1条1項と結びついた2条1項(一般的人格権)、4条1項(信教の自由)、5条1項第1文(意見表明の自由)、13条1項(住居の不可侵)及び19条4項(裁判を受ける権利)を侵害すると主張して憲法異議を提起してい

²⁰⁴ 松本・前掲注(95)104頁。

²⁰⁵ 松本・前掲注(95)106頁。

²⁰⁶ 畑尻=工藤・前掲注(92)342頁参照。

²⁰⁷ BVerfGE 64, 67.

²⁰⁸ BVerfGE 64, 67.

る。異議申立人たちは、憲法異議に関する判決が下されるまで仮命令によって国勢調査の実施を延期することを要求している。

これに対して、連邦内務大臣は、連邦政府を代表して、仮命令の申し立てに対して反対している。彼は、憲法異議の訴えは不適法であるか、少なくとも明らかに理由がないと主張している。

しかし、当該仮命令についての申し立ては、理由があり認められるというべきである。連邦憲法裁判所に関する法律（以下「連邦憲法裁判所法」という。）は、32条1項にもとづいて、訴訟となった場合において、重大な不利益を回避するため、あるいは他の重要な理由から公共の福祉のため緊急の必要がある場合に限り、仮命令によって事態を暫定的に規律することができる。連邦憲法裁判所の確立した判例によれば、連邦憲法裁判所法32条1項の要件を検討する際には、厳格な基準が適用される必要がある。仮命令は、申立人が、はじめから不適法か、又は明らかに理由がないものでない限り、原則として、攻撃された規範の違憲性について挙げた理由を顧慮しないで行わなければならない。

仮命令が必要とされるのは、本案の決定のための法的問題に良心的かつ包括的審査をするために必要とされる時間が裁判所にないためである。仮命令は、本案における勝訴の見込みを考慮して発令するのは適切ではない。むしろ、連邦憲法裁判所は、仮命令が下されず、かつ本案で憲法異議に理由があると判断された場合に生じ得る不利益と、仮命令が認められて、かつ本案で憲法異議に理由がないと下された場合に生じ得る不利益とを衡量しなければならない。

憲法異議は、許されないものでも明らかに理由のないものでもない。1969年マイクロセンサス決定²⁰⁹以来、さらに発展した統計及び自動データ処理の可能性の特別の条件の下で共同体に拘束され、共同体に係づけられた人格として個人の基本権地位の保護をどのようにすべきか、詳細な検討が必要とされる根本問題が提起されているのである。

そこで、必要とされるべき衡量は以下のようなものになる。もし仮命令が下されなかったとして、後になって憲法異議に理由があると立証された場合、法の執行によってすべての国民の基本権が侵害されるであろう。この基本権侵害は、様々の重みとして効果が異なる可能性がある。これは、国勢調査法9条1項から4項に従って行政執行の目

²⁰⁹ BVerfG , Beschl. v. 16. 7. 1969 (BVerfGE 27 , 1).

的でデータが利用される限り、その損害は取り消しのきかない重大な影響を与える。だから、連邦憲法裁判所は、全員一致の意見で少なくとも9条の執行を当分の間、延期することを決定した。

しかし、多数派の意見によれば、このような部分的延期では十分ではない。9条のみの延期では、結局、データは収集され保存されるであろう。この措置が、自動的データ処理の条件の下ですでに基本権侵害を引き起こすのかどうか、詳細な審査を試みないとそれは返答できない。しかも、部分的延期では、9条以外の規定の合憲性に関して不確実性が残されているにもかかわらず適用されるとするならば、いつそう国勢調査の結果の有用性を危うくするかもしれない。憲法に関して明らかになるまで国勢調査の全部の執行を延期するよりも法の部分的のみ執行する方が立法者の考えに適うのかは現時点では不明である。

他方で、仮命令が出され、後で憲法異議に理由がないことが判明したとしても、その場合、それに関連する不利益の重大さは小さくなる。仮命令は、最終的かつ取り返しのつかない状態を作り出すものではない。それは、特に、本案の決定を先取りするものでもない。国勢調査は、連邦憲法裁判所が、その実施に憲法上の障害がなく対立しないと決定した場合に限り、実施できるのである。

確かに連邦内務大臣の説明によれば、国勢調査の実施の準備のために約1億マルクに達する相当な費用がすでに発生していることは無視できない。この費用は、国勢調査が延期された場合には大幅に失われる可能性がある。

他方で、国勢調査の実施の合憲性が最終的に判断され、かつ、それに伴う不確実性が除去されて実施されれば、より信頼性のある結果が得られ得るし、また、それによって、相当に高い費用の投入を正当化するのであろう。この決定は、5対3の多数決によって決定された」。

連邦憲法裁判所は、仮命令を発令する理由をこのように述べて、国勢調査の全部の実施を延期するよう、仮に命じたのである。

②国勢調査判決（判旨）

ここからは国勢調査判決の概要を参照する。特に、情報自己決定権の保護領域に関わる判決部分を中心に確認することにする。

1)情報自己決定権の承認

まず、審査の基準が、「基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項によって保護される一般的人格権」であることが明言される²¹⁰。続いて判決は、「憲法的秩序の核心には、自由な社会の構成員としての自由な自己決定において活動する人間の価値と尊厳が存在する」²¹¹と述べ、憲法的秩序の最高の価値が人間の尊厳にあることを確認する。そして、「それを保護するには、特別の自由の保障とならんで基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項によって保障される一般的人格権が貢献する。それは、現代の発展とそれに関連する人間の人格に対する新たな危険の観点からも重要性を増し得る (vgl. BVerfGE 54, 148)」²¹²。

連邦憲法裁判所は、これまでの判例を通じて具体化された人格権の内容が、「最終的に確定されたものではない」²¹³とし、人格権の保護領域の発展可能性を示唆し、次のように述べた。

「一般的人格権の内容は、これまでの決定 (BVerfGE 54, 148) で既に示されているように、以前の決定 (BVerfGE 27, 1 ; BVerfGE 27, 355 ; BVerfGE 32, 373 ; BVerfGE 35, 202 ; BVerfGE 44, 353) を継承している。それはまた、自己決定の思想から導かれる個人の生活実態について、いつ、どのような範囲で公開するかを原則として自ら決定する権能を含む (vgl. ferner BVerfGE 56, 37 ; BVerfGE 63, 131)」²¹⁴。そして、「この権能は、現在及び将来の自動化されたデータ処理の下では、特別の保護を必要とする」²¹⁵という。

自動データ処理の下ではなぜ特別の保護が必要になるのか。判決は、その理由を次のように説明する。「現在及び将来の自動データ処理条件の下では、この権能は特別の保護を必要とする。それは、とりわけ決定プロセスにおいて、かつてのように手作業によるカード目録や書類を収集する必要がなくなり、むしろ、今日では、自動データ処理によって『識別された、あるいは識別可能な個人の人的、もしくは物的事実の状況に関する情報 (連邦データ保護法 2 条 1 項参照)』²¹⁶を技術的に

²¹⁰ BVerfGE 65, 1, Rn. 145.

²¹¹ BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

²¹² BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

²¹³ BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

²¹⁴ BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

²¹⁵ BVerfGE 65, 1, Rn. 147.

²¹⁶ 判決は、判決当時の連邦データ保護法 2 条 1 項の「個人関連データ」の定義を参照するように指示しているが、この定義は、現行 G D P R 4 条 1 項の「個人に関するデータ」の定義とほとんど相違はない。G D P R では前述したとおり、識別可能な自然人の定義がより精緻化された規定になっている。

は無制限に蓄積し、距離に関係なく瞬時にいつでも引き出すことができるだけに殊更に危険に晒されている。そのうえ、特に統一的な情報システムが構築された場合には、他のデータ集積によって、当事者は自己の個人像の正確性や利用について十分にコントロールすることができないまま、部分的あるいは完全な個人像を組み立てられる可能性がある。このようにして、これまで知られていなかった方法で観察や影響力の可能性が増大し、それは公の関心という心理的な圧迫を通じて個人の態様へ影響を及ぼすことをすでに可能にする」²¹⁷からである。

さらに判決は、現代の情報処理技術の諸条件の下での個人の自己決定がもつ意義を詳述する。それは、現代の情報処理技術の発展が、個人に与える消極的作用からの描写である。すなわち、「その決定に応じて現実に行動をとる可能性、行動する、あるいは行動を控えるべき行為に関する決定の自由が個人に与えられていることが前提となる。自己に関する情報が、特定の社会環境の範囲において、どのように知られているのか十分な確実性をもって見通しができない者やコミュニケーション相手の認識をある程度評価することができない者は、自己決定にもとづいて計画し、判断する自由を本質的に妨げられる可能性がある」²¹⁸。判決は、公権力から影響を受けていない自由な意思にもとづいて行われる自己決定を重視し、現代の情報処理技術の諸条件の下で行われる情報の取扱いが、公の関心という、個人の自由な自己決定を阻害しかねない心理的圧迫、萎縮効果を生じさせ得る危険性を顧慮する。

萎縮効果によって「逸脱する行動様式が常に記録され、また情報として永続的に保存、利用、あるいは提供されるかどうか確信がもてない者は、そのような行動様式によって注意を引かないよう努力する」²¹⁹ようになるという。判決はその一例として「たとえば、集会、あるいは市民団体に参加するということを官庁に記録され、そのことによってリスクを生じさせるということを予想する者は、場合によっては基本権に適合した権利（8条集会の自由、9条結社の自由）の行使を断念するかもしれない」²²⁰というような場面を挙げている。それは、「個人の個々の発展の機会を奪うだけでなく、公共の福祉をも害することに

²¹⁷ BVerfGE 65, 1, Rn. 147.

²¹⁸ BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

²¹⁹ BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

²²⁰ BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

なる。なぜなら、自己決定は、市民の行動、協働能力を基礎とする自由で民主的な共同体の根本的な機能条件であるからである」²²¹。

「このことから次のことがいえる。すなわち、現代の情報処理の諸条件の下では、人格の自由な発展は、自己の個人データの無制限の収集、保存、利用及び提供から個人の保護を前提とする。それゆえ、この保護は、基本法 1 条 1 項と結びつく 2 条 1 項の基本権に含まれる。その限りで、この基本権は、自己の個人データの公開及び利用について、原則として自ら決定する権能を保障する」²²²。

連邦憲法裁判所は、このように説示し、情報自己決定権を導き出した。

2) 情報自己決定権の保護領域

もっとも、情報自己決定権が無制限に保障される権利ではないことは連邦憲法裁判所が認めている。すなわち、「個人は、自己のデータについて、制限のない絶対的な支配権を有するものではない。むしろ、個人は社会的共同体のなかで発揮される、コミュニケーションに依存する人格なのである。情報は、それが個人に関する限りのものであっても社会的現実の描写であり、もっぱら当事者のみに帰属するものではない。連邦憲法裁判所の判例において繰り返し強調されているように、基本法は、個人と共同体関連性及び共同体拘束性という意味での個人と共同体の緊張関係を決定してきた。それゆえ、個人は、優越する公益によって情報自己決定権が制限されることを原則として受け入れなければならない」²²³。

判決では、連邦憲法裁判所がこれまでの判例を通じて強調してきた基本法の人間像がここでも論じられており、情報自己決定権の制限を正当化し得る根拠として持ち出されている²²⁴。ここで前提とされている人間像は、共同体のなかで発揮される、他者とのコミュニケーションを通じて人格を発展させていく人格像である。そこには、社会的関係性を抜きに人格を発展させる人格像は語られていない。これが、基

²²¹ BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

²²² BVerfGE 65, 1, Rn. 149.

²²³ BVerfGE 65, 1, Rn. 150.

²²⁴ 同種の見解を示すものとして、玉蟲・前掲注(184)291頁を参照。

本法の人間像であり、共同体関連性及び共同体拘束性に制限された人格の自由な発展の権利であると考えらるべきことになろう²²⁵。

基本法が決定してきたこの人格像を前提にすれば、個人関連情報は、人格発展のために他者とのコミュニケーションを通じて情報のやりとりが行われ、その結果、情報は、社会的事実が投影された性格をもたざるを得ない。したがって、国勢調査判決の解釈に従えば、たとえ、個人関連情報が、個人の内面に関わる秘匿な情報であったとしても、優越する公益との関係では利益衡量の対象となるのであり、情報自己決定権は、それによって制限の適否が決定されるということになる。そして、後者の利益が優越する場合には、個人は、その制限を受け入れなければならない。

3)基本権介入行為の判断

次に、介入行為について言及している部分を確認する。そこでは、情報自己決定権で保護される情報の性質について触れられている。

連邦憲法裁判所は、この審査では、国勢調査が情報自己決定権の保護領域に介入する行為であるかのみを決定すると宣言する。「この憲法異議は、情報自己決定権に関して網羅的に検討する根拠を与えてくれるわけではない。決定すべきことは、国家が、市民の個人に関連するデータの申告を要求することによって、情報自己決定権への介入行為の影響のみ判断されるべきである」²²⁶。そして、有名な次の語りをいうのである。「介入行為の影響の判断は、申告事項の種類についてのみを考慮することはできない。決定的なのは、申告事項の利用可能性及び使用可能性である。これらは、一方では調査の目的に依存するが、他方では情報技術の特有の処理可能性と結合可能性に依存する。したがって、それ自体では重要ではないデータであっても新しい価値をもち得る。その限りでは、自動データ処理の下では、もはや重要ではないデータは存在しないのである」²²⁷。

²²⁵ 玉蟲・前掲注(184)293頁は、「連邦憲法裁判所の立場が、共同体関連性の強調をもって個人的アイデンティティの存在を一切否定したものかどうかは、(…)領域理論と情報自己決定権との関係についての理解とあいまって、なおも検討を要する」と述べており、断定的な見解を示すことに慎重な立場をとっている。

²²⁶ BVerfGE 65, 1, Rn. 152.

²²⁷ BVerfGE 65, 1, Rn. 152.

また、「情報が、どの程度センシティブであるかということは、したがって、情報が親密な事象に関わるものかどうかということとも依存しない。むしろ、データが、人格にとって重要性を有するかを確定するためには、データの使用関連性を認識している必要がある。すなわち、申告が、どのような目的で要求され、その結合可能性及び使用可能性を有しているのかが明らかになってはじめて情報自己決定権の許容される制限の問題について答えることができるのである。その際には、個別化され、匿名化されていない形式で調査及び処理される個人に関するデータと、統計目的のために指定された個人に関するデータとが区別されなければならない」²²⁸。

この説示部分については、統計目的のための情報収集行為と、行政執行目的のための情報利用行為は、別々の介入行為であることが前提とされ述べられている。つまり、連邦憲法裁判所は、情報収集行為と情報利用行為は別々に独立した介入行為であるとの認識に立っている。

さらに、目的拘束性についても、統計目的であれば匿名性で足り、行政執行目的であれば非匿名性である必要があり、それぞれが本来異なる目的から要求される情報収集行為と情報利用行為であり、したがって、それぞれの目的にもとづいて扱われるデータは、明確に区別されるべきであるとの認識が示唆されていると思われる。

しかし、国勢調査判決は、情報自己決定権に対する介入行為の判断について、結論としてこれ以上の原則論を述べることはなかった。そのため、それは後の判例に引き継がれることになる²²⁹。ただ、本判決が、情報自己決定権に対する介入行為の議論をまったくしなかったのかというとそうではない。判決では国勢調査法による申告義務の規定について次のように情報自己決定権への介入行為性を認めているのである。

「1983年国勢調査法は、5条で異議申立人に対し、罰金処罰の下で(連邦統計法10条と結びついた14条)、2条1号ないし7号、3条、4条が列挙する調査事項について申告する義務を負わせている。これによって、基本法1条1項と関連する2条1項によって保障された人格権に介入している」²³⁰。そして、「申告データは、さしあたり調査の時点で未だ予測できない将来のための課題にも利用できなければならな

²²⁸ BVerfGE 65, 1, Rn. 153.

²²⁹ 情報自己決定権に対する介入行為の基準については、後述する「自動車ナンバー記録II決定」で確認する。

²³⁰ BVerfGE 65, 1, Rn. 168.

い。申告義務者は、この情報介入を受け入れなければならない²³¹と述べている。国勢調査法にもとづく申告義務が、情報自己決定権に対する介入行為に該当することは、本判決のなかでも言及されており、法律による直接的な強制手段による情報収集行為が介入行為に該当することは肯定されている。ただ、判決は、国勢調査法 9 条にもとづく情報利用行為が、情報介入行為に該当するののかについての特段の言及はしなかったのである²³²。

4)まとめ

以上のとおり、連邦憲法裁判所によって、情報自己決定権が承認されるに至った理由及びその権利の概要を確認してきた。介入行為が認められると、次は、正当化の段階に進む。しかし、本稿の目的は、ひとまず情報自己決定権が導かれた理由とその権利観が概ね確認できれば本章第一節第一款の目的としては十分である²³³。そこで、これまで見てきた内容の整理と考察をすることにしたい。

(a)本判決の特徴

本判決の第一の特徴は、情報自己決定権が有する人格保護機能の重要性が語られている点である。判例によれば、情報自己決定権の必要性は、現代の情報技術の発展と自動データ処理の下での情報の取扱いに関する危険性に求められる。それは、自動データ処理を前提とする情報処理がこれまで知られてこなかった技術の進展によって、個人に対する観察や影響力の可能性を増大させ、単純な個人情報も他の情報と結合されることにより、部分的あるいは完全な個人像を組み立てられる可能性をもたらしたからである。この可能性は、公の関心という心理的な圧迫を通じて個人の態様へ影響を及ぼすことをすでに可能にする。

²³¹ BVerfGE 65, 1, Rn. 168.

²³² 松本・前掲注(95)144 頁は、異議申立人が問題視していた国勢調査法 9 条の情報取扱行為の憲法的正当性について、かなり詳しく論じられていることに着目し、国勢調査判決は、「9 条のいう利用・伝達・公表が情報介入行為であることを当然の前提にしているようにも見える」と述べている。

²³³ 正当化審査を確認しないで考察するのが適切かどうかはわからない。というのも、情報自己決定権の具体的内容が、保護領域で論じられた部分のみの確認からすべて明らかになるとは言い切れないからである。たとえば、権利の制約のあり方や、介入行為の憲法正当化の論証を考察してはじめて明らかになる部分もあるであろう。しかし、介入行為については、後の近時の判例で明らかにされているように、必ずしも本判決を細部にわたって検討する必然性もないと思われる。本稿においてはその目的の限りで保護領域論を確認することにした。

そうした危険に対処するために、連邦憲法裁判所は、自己に関する情報の公開や利用について原則として自ら決定することを認める情報自己決定権を承認した。この権利は、人格の自由な発展のための前提とされ、自己決定の思想を情報分野にまで及ぼした点に本判決の特徴がある。

しかし、グリム²³⁴がいうには、情報自己決定権の意義は自己決定にあるのではないという。すなわち、一般的人格権は、「行動の許容 (Handeln-dürfen) という人格発展の能動的な側面ではなく、扱われ方 (Behandelt-werden) という受動的な側面が重要」であるというのである。「処分権としての人格権の構造が適合するのは (…)、国家が必要なデータを本人から強制的に求めた、最初の段階だけ」であり、そのデータがすでに他者が処分できる状態にある場合には及ばないからである。国勢調査判決が、「革新的な力を発揮した領域」はここにあり、「新しい使用システムへの分散したデータのあらゆる組み入れや現存するデータのあらゆる変換が、該当者の人格発展に対する新たな危険を生ぜしめるという認識を作り上げた」ことが本判決の意義であり、自己決定権として意義があるのではないとして、自己決定権の承認よりも、むしろ、データの利用可能性及び結合可能性の危険の存在を明らかにした点に意義があったと評価している。

第二の特徴は、情報自己決定権の保護の対象となる情報が、どの程度センシティブな情報であるかという秘匿性の程度やそれが親密な事象に関わるものかどうかということには依存しないとされた点である。判決は、現代の自動データ処理条件の下での情報の取扱いにおいて、重要な点を処理の可能性及び結合の可能性に見出している。それ自体重要ではないと思われるデータであっても、その後の処理可能性及び結合可能性によっては新しい意味内容を生じさせ得るからである。

情報自己決定権は、個人関連情報についての自己決定を原則として本人の意思に委ねることを意味する。そのため、判決は、情報自己決定権に対する侵害の判断を情報の収集段階に焦点を合わせているかのように見える。しかし、実際には、収集後の処理過程がどのように規定されているのかという利用可能性や他のデータとの結合可能性を重視して考察し、侵害の有無を判断する思考様式を採っている。情報自己決

²³⁴ データー・グリム (上村都訳) 「憲法における人格の保護」名城法学 51 卷 1 号 (2001 年) 130 頁参照。

定権の重要な機能の一つは、具体的損害が発生していない段階で国家の介入行為の違憲性の有無を問うことができる点にある。すなわち、「情報自己決定権の制限は、取得の時点で発生する。情報自己決定権が、情報それ自体の価値ではなく、人格的自律を脅かすような結合・利用からの保護にあるとすれば、情報自己決定権の保護領域は、侵害可能性から逆算して設定される」²³⁵。情報自己決定権は、その意味で人格保護のための保護の前倒しとして重要な役割を果たす機能を有している。

もっとも、判決は、あらゆる情報を一般的人格権の保護の射程に収めた一方で、領域理論的思考を採用せず、あらゆる情報は、優越する公益との比較衡量によって相対的保護を受けるに過ぎないことを明らかにした点に本判決の特徴がある²³⁶。

第三の特徴は、先例²³⁷以来、踏襲された基本法の間像が、情報自己決定権に対する制限の可能性として論じられている点である。判決によれば、人間の尊厳のゆえに自己決定が尊重され、人格発展のために他者とのかかわりのなかで情報は利用され得るのである。

連邦憲法裁判所が想定する人格発展の間像は、個人が社会的共同体のなかで他者とのコミュニケーションに依存して発展をするという人間像が描かれている。この人間像を前提とした解釈によれば、情報は、それが個人的に限定されるものであっても社会的現実が投影されたものであり、それゆえに社会的関連性を帯びた情報を当事者だけに帰属させることはできないということになる。

そして、共同体に関連し、共同体に拘束される人間像の下で利用される個々の情報は、決して個人に独占されるものではなく、共同体によって共有され得るものとして把握される。したがって、個人は、個々人の行為の自由に対する限界、すなわち、優越する公益による情報自己決定権の制限を受け入れなければならない。この結論は、投資助成判決以来継承された人間像の解釈論理によって導かれたことになる。

²³⁵ 小山剛「単純個人情報上の憲法上の保護」論究ジュリスト1号（有斐閣、2012年）124頁。

²³⁶ しかし、国勢調査判決後の日記決定（BVerfG, Beschl. v. 14. 9. 1989 (BVerfGE 80, 367))では、賛否同数であるが、領域理論はなお維持されていると見られる決定が下されている。平松・前掲注(188)65頁参照。日記決定の評釈については、根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的人格権の保護—日記決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』（信山社、2006年5月）25頁以下参照。

²³⁷ BVerfGE 4, 7.

しかし、国勢調査判決の先例と見られるマイクロセンサス決定²³⁸では、個人は、共同体関連性及び共同体拘束性によって国勢調査などの一定の範囲に関する統計調査の必要性にもとづく基本権の制限を受け入れなければならない²³⁹ことが明言されているものの、他方で、同決定は、エルフェス判決を参照し、人間の尊厳は不可侵であり基本法の価値秩序のなかで最高の原則であることを宣言したうえで、基本法の人間の尊厳の帰結として、国家は、人間の尊厳をいかなる手段によっても侵害することは許されず、かつ、基本法2条1項が定める限度を超えて人間の自由を本質的に制限することはできないことを言明していた。それゆえ、同決定は、基本法が公権力の影響から切り離された私的生活形成の不可侵の領域を保障することを明らかにしていたのである²⁴⁰。

さらに、本決定は、国家は、国民の個人的状況について包括的に把握するために人格領域へ侵入することも禁じられると述べている。なぜなら、「個人は、自己の人格を自由に、かつ、自己責任の下で発展させるために『自身が占有』し、かつ、『周囲から立ち入られることなく邪魔されずに閉じこもることができる孤独の権利 (ein Recht auf Einsamkeit)』を享受し得る『内的空間(Innenraum)』が残されていなければならないからである」²⁴¹。このようにマイクロセンサス決定では、個人は、孤独の権利を享受し、国家からの不可侵の内的空間が保障されることが説かれていた。

これに対して、国勢調査判決は、孤独の権利や不可侵の領域論を採らずに、情報の重要性や秘匿性を問わず広く個人関連情報を情報自己決定権の保護の対象にした。しかし、その反面、あらゆる個人関連情報が、優越する公益によって制限を受ける可能性が示唆されている。こうして比較してみると、国勢調査判決は、マイクロセンサス決定よりも一般的人格権の制限の可能性がより拡大された²⁴²と評価できるので

²³⁸ BVerfGE 27, 1. この決定の時点では、「連邦憲法裁判所はまだ一般的人格権を明示的に承認していなかった」ため、「基本法1条1項プラス2条1項の基本権に照らして判断」された。松本・前掲注(95)181頁(註124)参照。

²³⁹ Vgl. BVerfGE 27, 1, Rn. 22.

²⁴⁰ Vgl. BVerfGE 27, 1, Rn. 18f.

²⁴¹ Vgl. BVerfGE 27, 1, Rn. 21.

²⁴² 玉蟲・前掲注(184)292頁は、国勢調査判決が、「自動データ処理の条件の下ではもはや『重要でない』データは存在しない」と述べていることに着目し、「情報自己決定権が保護するデータの範囲につき、データの内容、あるいはそのデータの関係する私的事項の質といった観点は切り捨てられており、すべての

はないだろうか。その意味では、一般的人格権の保護の程度が後退したように思われる。

この点を強く批判したのは、領域理論の論者の一人であるガイス²⁴³である。ガイスは、国勢調査判決は、「これまでの核心領域の『絶対的保護』という連邦憲法裁判所の『領域理論』からの転換、その本質な相対化をはかるものでもあったため、この判決への反響は分裂していた」²⁴⁴と同判決の判例法理を強く批判している²⁴⁵。

(b)国勢調査判決より以前の議論（シュヴァン）

国勢調査判決では、情報自己決定権に対するどのような国家行為が介入行為となるのかについての一般的な原則論は論じられていない。もっとも、国勢調査法が、申告者に対して罰則を設け、申告義務の違反者に制裁を課していることは、基本権保護領域に対する介入に当たることが肯定されている。しかし、これは、古典的介入行為に該当する国家行為であり、むしろ当然である。

情報介入（Informationseingriff）について、国勢調査判決より以前から個人情報の収集行為に固有の介入性を見出していたのは、シュヴァンである²⁴⁶。シュヴァンは、これまでの情報取扱行為に関する法的考察の関心が、ほとんどの場合、情報介入に伴って現われる侵害に向けられていたことを批判する。シュヴァンによれば、情報介入は、通常、二重の目的・手段の関係のなかに存在するという²⁴⁷。

また、情報介入は、国民との関係において、あらゆる直接の外部効果を有しない国家の行為にも向けられ得るという。その具体例として、たとえば、政策的計画の目的のために行われる国勢調査を挙げている²⁴⁸。

個人関連情報を同様に扱うことが要求されている」とし、個人に関連する情報のすべてが、共同体関連性の下で留保され得る点で、本来「重要なはずの情報に対する配慮を引き下げたとの理解を生じさせることとなった」ことを指摘している。

²⁴³ Max-Emanuel Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts—Ein plädoyer für die „Sphärentheorie“—, JZ 3/1991, S. 112 ff.

²⁴⁴ 根森・前掲注(154)89頁。

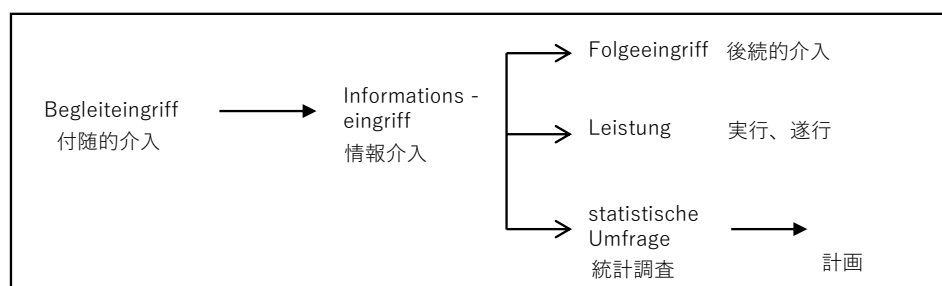
²⁴⁵ ガイスの議論については、根森・前掲注(154)75頁以下参照。また、玉蟲・前掲注(184)298頁、松本・前掲注(95)122頁でも紹介されている。

²⁴⁶ Eggert Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, Verwaltungsarchiv 66, 1975, S. 120 ff.

²⁴⁷ Schwan, a. a. O. (Anm. 246), S. 128 f.

²⁴⁸ Schwan, a. a. O. (Anm. 246), S. 129 f.

さらに、一定の情報の獲得のために必要となる追加的な介入の実施が通常多く行われていることに着目し、シュヴァンは、それを付随的介入 (Begleiteingriff) と命名する。付随的介入は、情報介入に対する関係では目的のための手段であるとされる²⁴⁹。すなわち、情報介入が、たとえば後続的介入 (Folgeeingriff) との関係において奉仕的な性格をもつと同様に、付随的介入は、情報介入に対して奉仕的な性格をもつ。その具体例として、たとえば、アルコール含有量の確認目的のための採血が挙げられている。この場合における付随的介入は、身体への介入 (採血するために身体に介入する) 行為である。そして、この場合の情報介入は、血中アルコール含有量の測定行為 (情報収集行為) と説明される。これらの介入行為によって、後続的な介入、すなわち、採血の結果次第で起こり得る処罰、あるいは運転免許証の取消が後続的介入にあたる²⁵⁰ (図 11 参照)。



【図 11】²⁵¹

シュヴァンの考え方は、国家によるあらゆる情報取扱行為に介入性を見出す見解であり、その内容は明快なものであった。しかし、この見解に賛同する者は多くは現われなかったといわれている²⁵²。彼の見解では、あらゆる国家の情報取扱行為に対して介入性が認められ、国家の情報取扱行為の多くの場面において、介入を正当化するための根拠法が求められる。すなわち、彼の見解は、「情報活動全面留保 (der informationelle Totalvorbehalt) 説」²⁵³であるかのような考え方として捉えられたのである。それに対して、シュヴァンは、情報取扱行為の

²⁴⁹ Schwan , a. a. O. (Anm. 246) , S. 129 f.

²⁵⁰ Schwan , a. a. O. (Anm. 246) , S. 129 f.

²⁵¹ Schwan , a. a. O. (Anm. 246) , S. 130 f.をもとに作成、加筆した。

²⁵² 島田茂『警察法の理論と法治主義』(信山社、2017年) 159頁以下参照。さらに、松本・前掲注(95)140頁参照。

²⁵³ 島田・前掲注(252)163頁。

どこに介入としての性質を見出せるのかという点について、明らかにすることができなかった。そのことが彼の見解に追従する者が現われなかった要因と解されている²⁵⁴。

けれども、1983年国勢調査判決で情報自己決定権が承認されたことによって、公権力による情報の収集及び取扱行為が、情報のセンシティブ性にかかわりなく一般的人格権によって保護の対象となった。

シュヴァンは、国勢調査判決が下される以前の議論のなかで、領域理論では、「公共領域は、基本法2条1項の保護領域からこぼれ落ち、その結果、基本法の保護はない」²⁵⁵ことを指摘し、そのことは、「国家の情報収集からの自由が完全に保護されるわけではなく、むしろ『公共領域』に属するデータの保護は、基本法上の保障の隙間に陥る」ことを批判していた。そして、領域理論の保護領域では、「国民は、『私的領域』のなかだけで人格の発展をさせたいのか、それとも『公共領域』のなかにおいても人格の発展をさせたいのか、選択する可能性をもっていない」²⁵⁶ことを予見的に指摘していたのである。

シュヴァンは、国家の情報取扱行為が全部留保とされる理由を明確に説明できなかったかもしれない。しかし、国勢調査判決より早い段階で、国家の情報取扱行為に着目し、その行為に基本権保護領域への介入性を見出そうとする彼の努力は無駄ではなかったといえるであろう²⁵⁷。国勢調査判決以降、情報取扱行為のなかに基本権への介入性を見出そうとする取り組みが重要であることが、その後の学説で承認されることになったからである。

これまで情報自己決定権の起源とされている国勢調査判決の保護領域に関わる内容を中心に判決を確認してきた。連邦憲法裁判所は、憲法異議で原告が主張する基本権の保護領域該当性を検討し、審査の基準を一般的人格権に照準を合わせた。判決は、それまでの一般的人格

²⁵⁴ シュヴァンの主張が受け入れられなかった点について、島田・前掲注(252)162頁以下参照、松本・前掲注(95)140頁参照。

²⁵⁵ Schwan, a. a. O. (Anm. 246), S. 147 f.

²⁵⁶ Schwan, a. a. O. (Anm. 246), S. 148 f.

²⁵⁷ 山田哲史「『権利ドグマティック』の可能性：基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界」岡山大学法学会雑誌（岡山大学法学会、2019年68巻3・4号）218頁は、シュヴァン説について「自己決定権に関心を払いつつ、包括的な個人情報の保護を基礎付けるSchwanの議論は、（…）包括的な情報自己決定権を打ち立てるという意味において、国勢調査判決につながる議論であった」と肯定的に論じている。

権の先例の解釈を参照しながら、本件における一般的人格権の具体化を図っている。その結論が情報自己決定権の承認である。

もともと、連邦憲法裁判所は、領域理論的思考を採らず、情報自己決定権で保護される情報は、センシティブ性や親密な事象に関わるものかどうかによって依存しないと述べている。判決の言葉を用いれば、もはや重要ではない情報などないということになろう。あらゆる情報が、情報自己決定権の保護の対象とされた一方で、一般的人格権が、基本法1条1項の人間の尊厳と結びつけられたことによって基本法の人間像による制限、すなわち、共同体関連性及び共同体拘束性によって比較考慮され、優越する公益と認められれば制限を受忍しなければならない。

しかし、本判決後に下された日記決定などにみられるように、領域理論はなお維持されていると考える見解もあり、連邦憲法裁判所の一般的人格権の保護領域に対する考え方が、領域理論と決別したのか、それとも領域理論を維持しつつ情報自己決定権と両立させていると考えられるのか、判決に対する評価について、なお議論があるところである。

国勢調査判決では、情報自己決定権に対する介入行為がどのような性質をもつ行為であるのかという、原則論については論じられていない。そのため、その部分の確認は、本章第二節において近時の判例を素材に確認することになっている。

しかし、そこに移る前に、情報自己決定権では人格の危機に対して保護が十分ではないとの理由から情報自己決定権の保護の隙間を埋めるという形で、新たに「情報技術システムの機密性と完全性を保障する権利」を導き出した判決を概観しておくことにする。この権利は、情報自己決定権の保護の隙間を埋める形で連邦憲法裁判所が新たに承認した一般的人格権の具体化の一つであり、第三章で国家による情報行為の権利を考察するために有益と考えられるからである。

(2) 情報自己決定権の拡大（オンライン検索判決）

次に、情報自己決定権の保護の隙間を埋める形で、基本権の保護領域を拡大させた判決を参照する。その判決は「オンライン検索判決」と呼ばれている。本判決は、2008年ノルトライン＝ヴェストファーレン州（以下「NRW州」という。）の憲法擁護法の一部の規定が、基本権を侵害するとして一部無効とされたものである。

この判決の特徴は、国勢調査判決によって導かれた情報自己決定権では人格の危機に対して保護が十分ではないとの理由から情報自己決定権の保護の隙間を埋めるという形で、新たに「情報技術システムの機密性と完全性を保障する権利」を導き出したことにある。

当時、連邦憲法裁判所にあった問題意識は、現代の情報技術の発展した社会において、個人は、人格の発展に対し、情報技術システムの利用に依存しているが、しかし、「ネットワーク化された情報技術システムの普及の拡大は、個人に対して人格発展の新たな可能性と同時に、新たな危険をも創り出す」²⁵⁸というものであった。そして、情報自己決定権だけでは、その新たな人格の危険に対して保障の隙間が生じ、十分ではないと判示している。

以下では、この判決内容を概観し、情報自己決定権に関する権利観、基本権保障の隙間が生じ、情報自己決定権だけでは十分ではないと判断された理由及び保護利益を中心に理解を深めていくことにしたい。

①事実の概要

NRW 州憲法擁護法 5 条には、憲法擁護庁が情報収集活動を行うため、7 条の任務に応じて 11 号に定める措置を実行することができる定められていた。同号には、前段と後段の二つの措置が規定されており、前段は、通信装置への隠れた関与、秘密裏になされるインターネットの観察やその他の解析、後段には、技術的措置による情報技術システムへの秘密裏の侵入、信書、郵便及び電信電話への関与が、当該措置によって行われる場合には、その措置は G10 法²⁵⁹によってのみ認められる²⁶⁰と規定されていた。

この技術的措置による検索は、オンライン検索と呼ばれているものである。本件の捜査は、対象者への監視や情報技術システムにウイルス感染させる「いわゆる『トロイの木馬』を用いた犯罪捜査」²⁶¹であった。

²⁵⁸ BVerfGE 120, 274, Rn. 177.

²⁵⁹ 信書、郵便及び電信電話の秘密の制限のための法律（基本法 10 条に関する法律）。同法については、渡邊齊志「外国の立法」No.217(2003 年 8 月)115 頁以下参照。

²⁶⁰ 石村 修「コンピュータ基本権—オンライン監視事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 IV』（信山社、2018 年 11 月）51 頁参照。

²⁶¹ アルプレヒト・レスラー(鈴木秀美/訳)・前掲注(163) 310 頁。

憲法異議を申し立てたのは、「直接にオンライン監視の被害を受けたのではなく、その被害を受ける可能性が高いと自覚しているノルトライン＝ヴェストファーレン州に居住する5名」²⁶²である。

判決によって無効とされたのは、原告により攻撃された NRW 州憲法擁護法 5 条 2 項 11 号である。連邦憲法裁判所は、当該規範が、基本法 10 条（通信の秘密）及び 19 条（基本権の制限）に違反するとして無効とした。

判決は、同号前段及び後段の双方を無効としたが、とりわけ後段の技術的措置による基本権侵害の重大性が問題となった。そこで、後段について、特に情報自己決定権の保障では十分ではないと判断された理由及び保護利益を中心に確認していくことにする。

②判旨

1) 情報自己決定権の保障の隙間とそれを埋める意義

無効とされた規範は、技術的措置を用いて秘密裏に利用者の情報技術システムに侵入するという、基本権を特別な形で介入する権限を与えている規範である。判決は、その措置が基本法の個別規定ないし情報自己決定権と同程度の保障が確保されていない場合には、保障の隙間を埋めることを認める。すなわち、「NRW 州憲法擁護法 5 条 2 項 11 号第 1 文後段は、情報技術システムの機密性と完全性を保障する基本権として、特別な形で一般的人格権に介入する権限を与えているが、基本法 10 条又は 13 条²⁶³の自由の保障若しくは情報自己決定権と同程度の保障が無いか保障が十分でない限り、この基本権の具体化を別に認める」²⁶⁴とした。

(a) 情報技術システムの機密性と完全性を保障する必要性

連邦憲法裁判所は、基本権の別の具体化として、情報技術システムの機密性と完全性によって、保障の隙間を埋める必要性を次のように説明する。「一般的人格権は、基本法の特別な自由の保障の対象ではないが、人格の構成上の重要性において、それにひけをとらない人格の要素を保障する。なぜなら、科学的な技術の進歩や生活環境の変化の

²⁶² 石村・前掲注(260)50頁。

²⁶³ 基本法 10 条は通信の秘密を定める規範であり、同法 13 条は住居の不可侵を定める規範である。

²⁶⁴ BVerfGE 120, 274, Rn. 168.

過程で起こり得る新たな危険に対抗するためには、その隙間を埋める保障を特に必要とする」²⁶⁵からである。

(b)情報技術システムの現代的意義と人格の新たな危険に対する懸念

当時、連邦憲法裁判所の抱いていた問題意識は、情報技術システムからもたらされる人間の尊厳と結びついた一般的人格権が保障する人格の自由な発展の権利に対する新たな危険に関するものであり、それは、次のような危機感であった。「情報技術システムの利用が、個人の人格や発展にとって、かつてには予想できない意義を持つようになったが、しかし、現代の情報技術システムは、個人に新しい可能性を拓くとともに人格の新たな危険をも創り出した」²⁶⁶。

人格の新たな危険の契機になったのは、情報技術システム（特にパーソナルコンピュータ）の近年の発展と国民生活への浸透に加え、インターネットがもたらすネットワークコミュニケーションの拡がりである。判決では、国民に浸透し発展した情報技術システムが、個人的な利用や業務における利用等、多様な目的のために利用され、それに応じて人格の発展のための情報技術システムの意義が相当に高まったことが挙げられている²⁶⁷。

そして、新たな危険として指摘されたのは、利用者の人格に関するプロファイリングの形成を可能にすることである。具体的には、特にインターネットに接続された情報技術システムは、データ処理の過程で利用者の反応や特性を考慮し評価することができる多数の他のデータを自動的に生じさせる。このようなデータが第三者によって収集され評価される場合には、人格のプロファイリング形成に至るほど広範囲に人格の推論を可能にさせる²⁶⁸。さらに、利用者による自己防御の困難性と将来的な自己防御の不確実性²⁶⁹も指摘されている。

それは、情報技術システム及びネットワーク技術の発展に伴って生じ得る新たな人格の危険に対し、個人が対抗できる自己防御の将来の見通しに対する懸念である。判決は、その見通しに対し、楽観的ではなかった。すなわち、「ネットワークは、システム上に存在するデータを

²⁶⁵ BVerfGE 120 , 274 , Rn. 169.

²⁶⁶ BVerfGE 120 , 274 , Rn. 170.

²⁶⁷ Vgl. BVerfGE 120 , 274 , Rn. 171 ff.

²⁶⁸ Vgl. BVerfGE 120 , 274 , Rn. 178.

²⁶⁹ Vgl. BVerfGE 120 , 274 , Rn. 179.

探り出す、あるいは情報技術システムを操作するために利用される技術的アクセスの可能性を拓くが、個人はせいぜいのところ限定された防御しかできない。現代の情報技術システムは、効果的な社会的、あるいは技術的な自己防御に関して相当な困難性を投げかけ、あるいは少なくとも標準的な利用者に過大な要求をすることができるほど高度に複雑なものに到達したが、情報技術の発展の速さに直面して、将来、利用者にとって技術的自己防御の可能性がどのように残されているのか確実に予測することはできない」²⁷⁰。

連邦憲法裁判所は、このように述べて、情報技術システムの現代的意義について説示するとともに、それに伴って人格の新たな危険が創り出され、その未知の危険に対抗するための個人の技術的防御の可能性について不確実であることを懸念していたのである。

(c) 情報自己決定権に関する権利観とその保障の隙間を埋める意義

ここでは、判決が述べている情報自己決定権に関する権利観、保障の隙間が生じる理由及びその隙間を埋める意義を確認していくことにする。

a) 情報自己決定権に関する権利観

判決は、まず国勢調査判決を引いて情報自己決定権を承認する。以下、情報自己決定権に関する権利観がうかがえる一節を引用する。

「情報自己決定権は、私的領域の保護にとどまらない。自己の個人データの公開や利用に関して、原則として自ら決定する権限を個人に与える (Vgl. BVerfGE 65, 1 (43))。情報自己決定権は、人格の危険の前段階で基本権保護を開始させることによって、行動の自由や私的領域の基本権保護を補い、かつ、拡張する。このような危険状況は、指定可能な法益に対する危険状況が発生する具体的脅威の前段階で、とりわけ当事者が予見できず、防止できないような方法で当事者の個人情報を利用され、又は結合される場合には、すでに生じ得るのである。

情報自己決定権の保護領域は、それがすでにセンシティブな性質であるがゆえに基本権によって保護されている情報に限られるものではない。それ自体をとってみれば僅かの情報内容しか持ち得ない個人

²⁷⁰ BVerfGE 120, 274, Rn. 179.

データの取扱いもアクセスの目的や既存データの処理あるいは結合可能性によっては、当事者の私的領域や行動の自由について、基本権に重大な影響を及ぼす可能性がある」²⁷¹。

本判決は、国勢調査判決を踏襲し、危険が発現する前段階で基本権保護を開始させる。この権利観は、特に人格の危険が具体的に発生する前段階で保護を開始させる点でドイツ法やEU法の特徴を成している²⁷²といわれている。

また、判決は、それ自体単純な内容しか持ち得ない情報であっても情報自己決定権の対象になるという。この考え方は、情報の性質に力点を置くものではなく、むしろ、収集される情報の利用可能性や結合可能性、すなわち、処理の可能性を重視する判断思考であり、このような判断思考も基本的には国勢調査判決と大きく変わるところはない。

b) 情報自己決定権では十分ではないとした理由

では、連邦憲法裁判所が、情報自己決定権では十分ではないとした理由はどこにあるのか。その理由は主として次の二点である。

一点目は、情報技術システムへの秘密裏の侵入は、個人のあらゆるデータへのアクセスを可能にし、それにより包括的な個人像が判明するという理由である。すなわち、判決は、「私的領域の保護という形で示された一般的人格権は、空間的又はテーマごとの特定の領域を個人に保障し、原則として、望ましくない閲覧から自由であるべきである。しかし、情報技術システムの利用者の保護の要請は、私的領域に属するデータのみに限られるものではない。データの帰属は、データが発生した文脈や他のデータと結びつけることにより、データがもたらされる文脈によって左右されることがしばしば起こる。たとえば、日付それ自体は当事者にとってどのような意味をもつのか、また、他の結びつきに含めることによってどのような意味をもつのかということは、しばしば考慮されない。その結果として、システムへの侵入によって、個人データが必然的に収集されるだけでなく、あらゆるデータへのアクセスが可能になり、そのためにシステムの利用者の包括

²⁷¹ BVerfGE 120, 274, Rn. 198.

²⁷² 山本隆司「行政の情報処理行為に適用される比例原則の意義と限界」大橋洋一・仲野武志編『法執行システムと行政訴訟—高木光先生退職記念論文集』（弘文堂、2020年）159頁～160頁参照。

的な肖像が判明し得るということを伴う」²⁷³という人格に対する潜在的な危険性を顧慮する。

二点目は、情報技術システムへの秘密裏の侵入は、情報自己決定権が保護する個々のデータ収集を遥かに超えるほど人格発展に対する危険性が重大であるという理由である。すなわち、判決は、「情報自己決定権は、個人が人格の発展のために情報技術システムの利用を必要とし、その際、任意に、あるいはシステムの利用により必然的に個人データを提供することによって生じる人格の危険について十分に考慮されていない」²⁷⁴。この危険の重大性は、「そのようなシステムへアクセスする第三者は、さらなるデータの収集やデータの収集措置を必要とすることなしに、容易に考えられる最も大規模、かつ、強力なデータベースを手に入れることができる。こうしたアクセスによる当事者の人格に対する重大性は、情報自己決定権がそれに対して保護している個々のデータ収集を遥かに超えている」²⁷⁵。

連邦憲法裁判所は、このような理由から情報自己決定権では十分ではないとした。換言すれば、個人は、現代の情報技術システムの利用に依存しているが、情報技術システムへの秘密裏の侵入は、個人データの包括的収集をもたらし、人格の肖像が判明し得る。そして、その危険は、収集され得るデータの規模と人格に対する重大性において、情報自己決定権の保護領域を遥かに超えていることが、本判決が、情報技術システムの機密性と完全性の保障を必要とした理由である。

c) 情報技術システムの機密性と完全性を保障する意義

判決は続ける。情報自己決定権の保障の隙間を埋めるために、情報技術システムの機密性と完全性を保障することによって、個人が人格の発展のために情報技術システムの利用に依存していることから生じる人格の危険について他に十分な保護が存在しない限り、「一般的人格権は、保護の必要性の欠落部分を充たす機能の点において、これまで承認され示されたものを超えて情報技術システムの機密性と完全性を保障することによって保護の必要性を顧慮する」²⁷⁶。

²⁷³ BVerfGE 120, 274, Rn. 197.

²⁷⁴ BVerfGE 120, 274, Rn. 200.

²⁷⁵ BVerfGE 120, 274, Rn. 200.

²⁷⁶ BVerfGE 120, 274, Rn. 201.

連邦憲法裁判所は、この権利が、情報自己決定権を基礎にするとしながらも、「情報技術の分野における個別のコミュニケーションの過程や保存されたデータだけでなく、情報技術システム全体にアクセスされる限り、国家からの侵入に対し、基本権の担い手の個人的な、あるいは私的領域を保護する」²⁷⁷のだという。

もっとも、あらゆる情報技術システムが人格権上の独自の保障による特別の保護を必要とするわけではないとも述べる。たとえば「情報技術システムが技術的な構造上、当事者の特定の生活領域に個別的に関係するデータのみを含んでいる場合には、国家による既存の蓄積データへのアクセスと他のデータ収集とは質的には異なることはない。このような場合には、情報自己決定権によって与えられる保護は、当事者の正当な秘密保持の利益 (Geheimhaltungsinteressen) を保護するのに十分である」²⁷⁸。

これに対して、「情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める基本権は、単独で、あるいは技術的ネットワークにおいて個人の生活領域の本質的部分を覗き見すること、あるいは当事者の多様な範囲の個人データが含まれ得ることを可能にするようなシステムへのアクセスの権限を与える場合には、適用されなければならない」²⁷⁹。

そして、連邦憲法裁判所は、情報技術システムの機密性と完全性を保障する意義を次のように述べる。「情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める基本権の保護は、情報技術システムによってシステム上に存在するデータの全部又は主要な部分を探り出され得る秘密裏の侵入から保護をする」²⁸⁰とともに「機密性と完全性への期待という基本権の保護は、情報技術システムへの侵入が容易であるか、相当な困難性を伴うのかにかかわらず存在するのである」²⁸¹として、本判決における情報技術システムの機密性と完全性を保障する意義を強調した。

③考察

1)情報技術システムの「機密性」・「完全性」の訳語に関する理解

²⁷⁷ BVerfGE 120, 274, Rn. 201.

²⁷⁸ BVerfGE 120, 274, Rn. 202.

²⁷⁹ BVerfGE 120, 274, Rn. 203.

²⁸⁰ BVerfGE 120, 274, Rn. 205.

²⁸¹ BVerfGE 120, 274, Rn. 206.

連邦憲法裁判所は、人間の尊厳と結びついた一般的人格権にもとづき、情報技術システムの「機密性 (Vertraulichkeit)」及び「完全性 (Integrität)」の保障を求める基本権を承認した。この新たな権利は、IT 基本権の用語が用いられているわけではないが、「Vertraulichkeit」及び「Integrität」の語が用いられていることから「IT 基本権」や「コンピュータ基本権」などと呼ばれることがある²⁸²。

また、判決が用いた情報技術システムの「機密性」と「完全性」の訳語の選択が様々であり、それだけでも論点になっている。たとえば「Vertraulichkeit」については「秘密性」²⁸³、「秘匿性」²⁸⁴、「信頼性」²⁸⁵、「内密性」²⁸⁶、「機密性」²⁸⁷があり、「Integrität」については「不可侵性」²⁸⁸、「十分性」²⁸⁹、「完全性」²⁹⁰があり、定訳がみられない。

実は、この訳語の選択に関わる問題は、判決の保障した保護利益がどのような利益なのかという解釈問題に発展し、様々な議論がある。実際、学説でもこの利益が、情報技術システムを保護しようとしたもの (客観法構成) なのか、あるいは、データ及び情報が秘匿であることを保護しようとしたもの (主観法構成) なのか、議論が分かれている。

しかし、この用語は、情報セキュリティの専門用語として理解することが適切ではないだろうか。情報セキュリティに求められる一般原

²⁸² たとえば、石村は、「コンピュータ基本権」と表現する。石村修「ドイツーオンライン判決 2008 年 2 月 27 日ドイツ連邦憲法裁判所・第一法廷判決」大沢秀介・小山剛編『自由と安全—各国の理論と実務』(尚学社、2009 年) 270 頁参照。山本は、「IT 基本権」と表現する。山本・前掲注(272)165 頁参照。また西土は、「デジタル基本権」ないし「IT 基本権」の双方を用いる。前者について、西土彰一郎「インターネットにおける基本権保障のあり方」情報通信政策レビュー (総務省情報通信政策研究所、2014 年第 9 卷) 66 頁参照 (西土①論文)、後者について、鈴木=三宅・前掲注(121) (信山社、2021 年) [西土彰一郎執筆] 81 頁参照 (西土②論文)。

²⁸³ 島田茂「予防的警察措置の法的統制と比例原則の適用」甲南法学 (甲南大学法学会、2009 年第 50 巻第 1 号) 76 頁(註 6)参照、山口和人「海外法律情報ドイツーオンライン検索に違憲判決—」ジュリスト 1359 号 (有斐閣、2008 年) 66 頁参照、植松健一「連邦刑事庁 (BKA) ・ラスタール検索・オンライン検索 (2)」島根法学 (島根大学法文学部、2010 年第 53 巻第 2 号) 8 頁参照。

²⁸⁴ 山田・前掲注(257)234 頁参照、山本・前掲注(272)165 頁参照、高橋和広「法と自由に関する—憲法学的考察—ドイツ情報自己決定権論を題材に—」神戸大学 (2014 年 3 月 25 日) 179 頁。

²⁸⁵ アルプレヒト・レスラー(鈴木秀美/訳)・前掲注(163)300 頁参照、實原・前掲注(125)26 頁参照。

²⁸⁶ 石村・前掲注(282) 270 頁参照。

²⁸⁷ 西土①論文・前掲注(282)66 頁参照、藤原静雄「国家による個人の把握と行政法理論」日本公法学会編『公法研究』75 号 (日本公法学会、2013 年) 37 頁参照。

²⁸⁸ 島田・前掲注(283) 76 頁(註 6)参照、山口・前掲注(283)66 頁参照、アルプレヒト・レスラー(鈴木秀美/訳)・前掲注(163)300 頁参照、石村・前掲注(282)270 頁参照、藤原・前掲注(287)37 頁参照。

²⁸⁹ 高橋・前掲注(284)179 頁。

²⁹⁰ 山田・前掲注(257) 234 頁参照、山本・前掲注(272)165 頁参照、西土①論文・前掲注(282) 66 頁参照、植松・前掲注(283) 8 頁参照、實原・前掲注(125) 26 頁参照。

則であり、代表的な要素は、機密性（confidentiality）・完全性（integrity）・可用性（availability）の三要素がある²⁹¹。

OECDの定義²⁹²では、機密性とは、データ及び情報が、権限を付与された人だけがエンティティ及びプロセスに対し、許可された時・方法において、アクセス可能であることを特質とすることをいう。

完全性とは、データ及び情報が、正確かつ不足がなく完全であること、すなわち、正確性及び完全性が維持されることを特質とすることをいう。

可用性とは、データ、情報及び情報技術システムが、アクセス可能であり、かつ必要なときに必要な方法で使用可能であることを特質とすることをいう。

前述のGDPR4条12項は、「個人データの侵害」の定義が定められているのだが、これは、CIAの二要素で説明がつくと思われる²⁹³。同項は「『個人データ』の侵害とは、個人データの偶発的あるいは違法かどうかを問わず、送信、保存、若しくはそれ以外の方法で処理された個人データの破棄、喪失、改ざん、又は無権限の開示若しくは無権限のアクセスをもたらすセキュリティ侵害をいう」と定めている。この場合、機密性侵害は、偶発的あるいは違法な個人データの開示又は無権限のアクセスがこれに該当する。また、完全性侵害は、偶発的あるいは違法な個人データの破棄、喪失、改ざんがこれに該当すると考えられる。

可用性侵害は、必要なときに必要な方法で使用を不能とする場合に可用性侵害とみなされる。可用性は、データ、情報及び情報技術システムが、継続して稼働できる能力又はその状態を意味するため、たとえば、ランサムウェアにより、システムが暗号化され、復旧不能で利用できない場合はもちろん、管理者が、データのバックアップからデータへのアクセスを回復させることができない場合も可用性の永続的喪失

²⁹¹ 三つの要素の頭文字をとって「CIA」と呼ばれている。3要素を平易に説明するものとして、島田裕次『この1冊ですべてわかる情報セキュリティの基本』（日本実業出版社、2017年）14頁以下がある。

²⁹² OECD・前掲注(76)参照。

²⁹³ 石井は、個人データ侵害を「広く知られている3つの情報セキュリティ原則に従って分類できる」として、機密性侵害・完全性侵害・可用性侵害を説明する。そして、ここがポイントだが、「1つの侵害は同時に機密性、可用性及び完全性に関係しうること、同様に、いずれかの組み合わせになりうることに留意すべきである」石井・前掲注(79)35頁。同書が述べるようにこれらの要素は、セキュリティ上、個別的に構成されることもあるが、3要素重なり合って構成することでより強化され得るものであることに留意が必要である。

にあたる²⁹⁴。したがって、同項の侵害については、CIAによるセキュリティ原則から説明しても問題はない。

2) 保護利益

次に、本判決が述べた保護利益に関して確認しよう。まず、情報技術システムの機密性及び完全性の保障を求める利益について、専門用語としての理解からこれらの保護利益を判決と整合的に説明することができるかを確認する。

判決がいう保護利益とは、情報技術システムに対し、秘密裏の侵入から保護される利益であり、この観点からは、「Vertraulichkeit」の訳語については、秘密性、秘匿性若しくは内密性又は機密性を保障する利益であると考えることができる。

しかし、専門用語として有する機密性の特質は、先程確認したとおり、情報技術システムに対する違法ないし秘密のアクセスを遮断し、データが秘匿されることを保障するセキュリティ機能に限られてはいない。正当なアクセスは許可し、違法ないし秘密のアクセスを遮断する、いわゆるアクセス制御の機能が含意されている。

また、この訳語を信頼性と訳した場合、その利益は、データへの信頼性という意味に解釈することができる。しかし、それとは別に、情報技術システムに対する信頼性という意味にも通じる。この意味で、前述の「(…)情報技術システム全体にアクセスされる限り、国家からの侵入に対し、基本権の担い手の個人的な私的領域を保護する」と説示する部分をそのように読むこともできる。けれども、判決は、情報技術システムの信頼性を保障することが、結果的にデータを保護するための利益になるというような説明はしていない。加えて、専門用語的にいっても信頼性は厳密には適切ではないと考えられる。というのも、信頼性とは、情報技術システムの障害発生率に係る信頼のことを指し、可用性と着目している部分が異なる。たとえば、1,000時間故障なしに連続稼働できるが、一旦故障すれば復旧に1,000時間の稼働停止が生じる機器と、99時間稼働すると故障して1時間の稼働停止が生じる機器があるとする。この場合、前者は信頼性が高いといえる。一度稼働すれば1,000時間は稼働するからである。

²⁹⁴ 石井・前掲注(79)36頁参照。

他方で、後者は稼働率が99%あり、可用性が高いといえる²⁹⁵。情報技術システムに秘密裏に侵入されることによる信頼性の喪失が直接の保護利益であるなら、それは、客観法的構成として観念される。この場合、国家による情報技術システムへの秘密裏の侵入に対し、情報技術システムを保護することを意味することになるが、裁判所が、信頼性を救済することが可能なのか、回復されるべき利益は何かという疑問が生じる。

判決は、秘密裏の侵入がもたらす損害の波及効果として、次のように述べる。「口頭弁論で聞き取りした専門家の見解によれば、アクセス自体が既にコンピュータに損害を与えている可能性を否定できないとの説明がなされていた。それゆえ、オペレーティングシステムとの相互作用によってデータの喪失につながるおそれがある。したがって、侵入の結果、純粋な読み取り専用アクセスは、もはや存在しないということも顧慮されなければならない」²⁹⁶。そして、侵入によって、「たとえば、侵入のソフトウェアが、誤った形で有用なプログラムとして当事者に秘かに手渡しされるとすれば、その当事者が、このプログラムを第三者に手渡しすることで当該第三者のシステムが、将来、損害を与えられるということを排除することはできない」²⁹⁷として、第三者の損害について言及している。

この文脈は、アクセス自体が及ぼす危険性の具体例として、情報技術システムに侵入された当事者が、無自覚のまま当該プログラムを第三者に渡してしまう危険性があり、それによる第三者への損害の波及効果について論じられたものだが、もし、情報技術システムを保護することが直接の保護利益であるのであれば、第三者への損害は、当該第三者のシステム利用の継続に障害を発生させるおそれがあるという点で、保護利益のなかに可用性ないし信頼性についても言及しなければならなかったはずである。連邦憲法裁判所は、機密性と完全性については言及したが、可用性ないし信頼性については言及しなかった。

それは、情報技術システムの稼働の保障あるいは障害から保障することをあえて除外したかのようにみえる。秘密裏のアクセスが与える効果は、機密性を侵害し、それによりデータの完全性を侵害し、ひいて

²⁹⁵ 日経 XTEC 「信頼性と可用性は何が違う？」2018年2月2日
(<https://xtech.nikkei.com/it/atcl/column/17/011900625/011900007/>) 2023年7月確認。

²⁹⁶ BVerfGE 120, 274, Rn. 240.

²⁹⁷ BVerfGE 120, 274, Rn. 241.

は、情報技術システムに対しても損害を生じさせる可能性がある。しかし、連邦憲法裁判所は、情報技術システム自体を保護しようとはしなかった。つまり、情報技術システムの可用性ないし信頼性を除外しても秘密裏のアクセスから個人データの秘匿保持の利益を保障することができると思ったからではないだろうか。

保護法益について、学説の解釈が分かれている問題は、一つは、情報技術システムの秘匿状態を保障することを通じて、間接的に個人データの秘匿性を保護しようとしたもの²⁹⁸と考えられる点、もう一つは、判決では、アクセス自体が既にコンピュータに損害を与えている可能性を否定できず、オペレーティングシステムとの相互作用によってデータの喪失につながるおそれがあると指摘し、その事例として、侵入プログラムが第三者に渡った場合、システムが、将来、損害を与えられるということを排除することはできないとしながらも可用性ないし信頼性を保護利益に含めなかったこと、これらがこの混乱の要因につながった可能性があると考えられる。

ただ、技術的側面からみれば、可用性侵害は明確ではない。たとえば、秘密裏のアクセスによってデータの永久的喪失あるいは破棄が引き起こされた場合、可用性は、確定的に侵害されたことになるが、秘密裏のアクセスがあっただけで確定的に侵害があると常に評価されるわけではないからである。

この点について、専門的用語に依拠して判決を整合的に理解しようとするなら、判決は、基本法上保護される人格の自由な発展を根拠に、国家による情報技術システムへの秘密裏の侵入に対して個人データの秘匿性を保護するため、情報セキュリティの観点から情報技術システムの保障のあり方を技術的に構成し、必要不可欠とされる機密性と完全性の二つの保障だけを述べたものだと考えるべきではないか。あくまでデータの秘匿性を保護するために機密性と完全性を通じて情報技術システムのセキュリティを確保する。すなわち、判決が保護する法的利益とは、直接的には個人データの秘匿性を保護する利益に向けられていると考えるべきであろう。したがって、信頼性は、訳語の選択としては最良の選択とは言い難いと思われる。

²⁹⁸ 高橋は、この点を次のように説明している。「基本法上秘匿性が保障されるべき直接の対象は、それらデータが集積されている情報技術システムであり、個人関連データの秘匿性に関する個人の利益は、この情報技術システムの秘匿性を通じて間接的に保障されているのである」高橋・前掲注(284)180頁。

これに対して、機密性は、秘密裏の侵入ないし不当なアクセスに対し、情報技術システムの機密を維持し、正当なアクセスとそうでないものとを制御する。機密性には、秘密性、秘匿性若しくは内密性にはないと解釈され得る正当なアクセスを許可する機能がある。この点は機密性が有する特質である。情報技術システムの利用が、人格の発展に不可欠な利益であるためには、秘密や内密だけを保護するだけでは十分ではない。判決が、現代の情報化社会の下では、情報技術システムの利用が、人格の発展のために欠かせないほど意義をもっていると説明していることからすると、本判決における「Vertraulichkeit」の訳語は、機密性を選択するのがもっとも妥当であろう。

次に、完全性を求める利益は、機密性が維持された状態を前提とし、データに欠損や改ざんなどが無く正確であり、かつ、最新であることが直接の利益である。攻撃された規範（NRW州5条2項11号）は、秘密裏の侵入を許可する。したがって、秘密裏の侵入により行われる個人データの収集行為は、データが正確かつ不足がなく完全であること、すなわち、正確性及び完全性が維持されていることを意味するデータの完全性の保障に対する制限（「Eingriff」²⁹⁹）行為である。この観点からの「Integrität」の訳語の選択としては、不可侵性ないし完全性が妥当である。十分性では、上記の意味を十分に表現できていないと思われるからである。

オンライン検索判決によって導き出された情報技術システムの機密性及び完全性の保障を求める権利の性格は、国家行為からの防御権である。この権利は、その射程が限られた分野であったことから、その後の判例の展開はみられていない。しかし、この権利を発展させるとすれば、「情報技術を用いて情報の各種の処理および知識の創出を行う私人の法的地位として、侵害に対する防御権に限定されず、国に対し保障を求める地位を含むものと捉えるべきではないか」³⁰⁰という、より積極的な法的地位を個人に与えるべきとする見解がある。

3) まとめ

²⁹⁹ この法概念については、次節で説明するが、基本権を制限する一定の行為を示す概念である。

³⁰⁰ 山本・前掲注(272)166頁。その他、デジタル社会に求められる個人のデータ基本権の地位を提唱する見解がある。この権利の内実は、「①『データからの自由』（消極的意味でのプライバシーの確保）、②『データへの自由』（自己情報コントロールなど）に加えて、③『データによる自由』（自らデータを用いて、あるいは他者にデータを用いさせて、適切な利益やサービスを受ける）」とされる。宍戸・前掲注(59)2頁。

以上の考察を踏まえ、情報自己決定権では保護が十分ではないと判断された理由、及び判決の情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める利益について、訳語の選択も含め整理する。

オンライン検索判決は、捜査対象者の情報技術システムへの秘密裏の侵入が、正当化されるかということが問題となった事案であった。

国家の諜報活動は、秘密裏に行われてはじめて目的を達成するという特殊な行為である。しかし、連邦憲法裁判所は、それを許可する憲法擁護法の規定が、基本法に違反し、正当化されないとして無効と判示した。学説は、この判決で導き出された情報技術システムの機密性及び完全性の保障を求める利益が、直接、個人の主観的権利を保護したものなのか、情報技術システムの機密性及び完全性を保障し、それによって間接的に情報技術システムに存在するデータが包括的に収集されないことを保護しようとしたものなのか、明確ではないと批判した。特に、保護法益に関する訳語の選択が、専門的用語における意味も含め混乱の一つの要因となっている。

この新しい権利が必要とされた理由は、情報自己決定権だけでは、基本権上の保護の隙間が生じるからである。とりわけ、情報技術システムに秘密裏に侵入することは、情報自己決定権が想定する保護領域を超える。連邦憲法裁判所によれば、情報技術システムへの秘密裏の侵入は、他の手段を講じることなく、包括的に人格全体のプロフィールを創り出すほどのデータを探り出す。それに伴う人格の危険の重大性は、情報自己決定権がそれに対して保護している個々のデータ収集を遥かに超えるというものである。

また、情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める基本権の保護とは、情報技術システムによってシステム上に存在するデータの全部又は主要な部分を探り出される秘密裏の侵入からデータを保護することである。さらに、機密性と完全性への期待の基本権保護とは、情報技術システム上に存在するデータの全部又は主要な部分を探り出される秘密裏の侵入を遮断し、データに欠損や改ざんがなく、その正確性及び完全性が維持される利益、及びその状態への国民の期待ということになる。

そして、前述した機密性、完全性の専門的用語の理解からすれば、情報技術システムの利用者は、国家からの秘密裏の侵入に対して、情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める権利によって、個人データの秘匿性を保護されることはもちろん、たとえ利用者がアクセス

を認識できたとしても正当ではない国家からのアクセスに対しても基本権の保障が及び得ると考えられるであろう。

以上がオンライン検索判決によって導き出された情報自己決定権の拡大された新たな権利の概要である。次に、基本権保護領域に対する制限として介入行為の範囲が拡大された「自動車ナンバー記録Ⅱ決定」³⁰¹を取り上げ考察していくことにする。

(3) 介入概念の拡大事例（自動車ナンバー記録Ⅱ決定）

次に、介入行為を拡大させた近時の判例を参照する。三段階審査においては、通常、介入行為の有無については、第二段階で審査される。

しかし、国勢調査判決では、情報自己決定権を制限する行為は、法律の根拠が必要であると述べる一方、肝心の情報自己決定権を制限する介入行為とはどのような国家行為であるのかということについては述べられていない。有名な「『重要でないデータなどない』という、データの重要性に関わる指摘は、介入の比例性を審査する段階でなされたもの」³⁰²であり、したがって、正調の第二段階ではなく、第三段階の正当化のなかで語られたものである。そのため、連邦憲法裁判所が、情報自己決定権に対する介入行為をどのように捉えていたのかという点について確認するためには、他の判例を参照する必要がある。

そこで、近時、介入行為の画定基準について一定の判断枠組みを提示した自動車ナンバー記録Ⅱ決定（以下「第二次決定」という。）を取り上げる。なお、本款は、介入行為の画定基準に関する理解を得ることを目的とする趣旨から、主に介入に関わる部分を中心に確認する。

①事実の概要

本件は、走行自動車のナンバープレートを自動的に記録し、警察が保有するデータベースと照合を行うことを認めるバイエルン州警察任務法の規定が、情報自己決定権を侵害するかどうか争われた事案である。連邦憲法裁判所は、情報自己決定権への侵害を認め、同法を部分的に違憲であると宣言した。特に注目されるのは、それまでの判例³⁰³を変更し、基本権介入行為の範囲を拡大させたことである。以下、事案の概要を確認する。

³⁰¹ BverfGE 150, 244.

³⁰² 實原・前掲注(125)160頁。

³⁰³ たとえば、自動車ナンバープレート検査の先例として、BVerfGE 120, 378, Rn. 94.があるが、2008年判決は、不適合事例については情報自己決定権に対する介入には該当しないと判断していた。實原隆志

この検査は、「走行中の自動車のナンバープレート読取システムによって密かに、場所、日時、進行方向に関する情報を自動的、かつ一時的に記録するとともに捜査のデータベースからナンバープレートが照合される。ナンバープレートの照合が一致しない場合、データレコードは、即座に記録された番号とともにコンピュータから自動的に消去される（不適合事例）。ナンバープレート読取システムが適合を通知すると、警察官は、捜査のデータベースからナンバープレートが一致するかどうか、コンピュータ画面でナンバープレートの撮影画像を目視点検する（適合事例）。そうでない場合、たとえばナンバープレートの読み間違いの場合は、全過程が警察官によって手動で消去される（誤認適合事例）。一致した場合（真正適合事例）は、データは保存され、必要に応じてさらなる警察的措置が開始される。

バイエルン州に主たる住居があり、さらにオーストリアに別の住居がある申立人は、自己名義で登録されている自動車を所有し、連邦自動車高速道路を走行し住居間を往復している。彼は、この法律によって許可されるナンバープレート検査に巻き込まれることを懸念し、行政裁判所に対し、自己の自動車ナンバープレートをナンバープレート読取システムによって記録され、警察のデータベースと照合されないことを求めて、その旨をバイエルン共和国に命じるように訴えを提起した。

行政裁判所及びバイエルン州行政裁判所は、差止めの訴えは許されるが、しかし理由がないとして訴えを棄却した。バイエルン州行政裁判所は、不適合の場合、データは、即座に、かつ、自動的に消去されるため、もちろん、もはや基本権侵害は存在しない。しかし、誤適合が起こる可能性は十分に存在し、その誤適合は、情報自己決定権への介入にあたる。ただし、この介入は、ナンバープレート検査に関する規定によって憲法上の法的根拠を見出すことができると判示した。

申立人は、これを不服とし憲法異議を申し立てた。異議申立人は、この決定によって、基本法1条1項と結びついた2条1項にもとづく情報自己決定権を侵害されたと主張している。当裁判所は、不適合事例や誤適合事例の場合、基本権介入を認めないことによって情報自己決定権の保護

「自動車ナンバー認証システムの合憲性：ドイツ連邦憲法裁判所・第二次『Nシステム』決定」福岡大学法学論叢 65 卷 1 号（2020 年 6 月）188 頁参照。

領域の射程を誤って判断していた。ナンバープレート検査によって記録されること自体がすでに基本権介入に当たる」³⁰⁴。

連邦憲法裁判所は、このように述べて判例を変更し、情報自己決定権に関する基本権介入の概念を拡大させたのが当該事案である。

②判旨

「憲法異議の訴えは、一部根拠がある。攻撃された決定は、基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項にもとづく異議申立人の基本権を侵害する。間接的に攻撃された規定は、情報の自己決定に関する異議申立人の基本権に介入し、憲法上の要請に対して、部分的に十分ではない」³⁰⁵。

1) 情報自己決定権に関する権利観

連邦憲法裁判所は、基本権介入について、「特定の個人あるいは事柄を対象とするナンバープレート検査の実施は、異議申立人の情報自己決定権への介入が存在する」³⁰⁶として、ナンバープレート検査の実施が、情報自己決定権の保護領域と抵触する³⁰⁷ことを認めた。

(a) 情報自己決定権に関する権利観

「自動車ナンバー記録 II 決定は、まず、情報の自己決定権を侵害 (Eingriff) する行為の範囲を広く理解する」³⁰⁸。そして、情報自己決定権に関する権利観について、第一次判決の権利観を踏襲し、次のように説明する。

「情報自己決定権は、特に現代のデータ処理状況の下で情報に関連する措置によって、個人に生じ得る人格の危険や侵害を顧慮する。このような危険な状況は、法的利益の具体的脅威の前段階ですすでに発生し得る。電子データ処理によって、個人の個人的あるいは事実上の行動に関する個々の情報は、制限なく保存することができ、距離を気にすることなくいつでも瞬時に呼び出すことができる。さらに、それら

³⁰⁴ 連邦憲法裁判所「Automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen nach dem Bayerischen Polizeiaufgabengesetz in Teilen verfassungswidrig」プレスリリース No.8/2019 年 2 月 5 日 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/bvg19-008.html>) 2023 年 1 月確認。

³⁰⁵ BverfGE 150, 244, Rn. 34.

³⁰⁶ BverfGE 150, 244, Rn. 35.

³⁰⁷ BverfGE 150, 244, Rn. 36.

³⁰⁸ 山本・前掲注(272)162 頁。文中の(Eingriff)は、筆者が追記した。

のデータが他の保存データと組み合わせられ、様々な利用や結合の可能性を生じさせる。それにより、さらなる情報が創り出され、その結果、基本権で保護される当事者の秘密保持の利益を損ない、また、その後当事者の行動の自由への介入をも導く結果がもたらされる可能性がある。電子データ処理の措置にもとづくさらなる介入可能性の特徴は、従来の方法では全く扱われることがなかった処理データの量にある。そのような技術的可能性に伴って増大するリスク状況には、これに関連する基本権保護が相応しい（BVerfGE 120, 378）」³⁰⁹。本決定は、このように述べて、基本的には国勢調査判決以降の情報自己決定権に関する先例を踏襲した権利観をみせる。

また、ナンバープレート検査において記録される情報の性質に関しても言及し、「情報自己決定権の保護領域は、性質上、すでにセンシティブであり、基本権上保護される情報に限定されない。それ自体では僅かな情報内容を含んでいるに過ぎない個人関連データの取扱いについても、その目的や既存の処理や結合の可能性によっては、当事者のプライバシーや行動の自由に基本権上重大な影響を与え得る。その限りでは、電子データ処理条件の下では、利用の文脈にかかわらず、もはや重要でない個人関連データは存在しない」³¹⁰。

さらに、情報が公にされているかどうかということは、考慮にあたって重要な要素とは捉えられていない。「関連する情報が公に入手可能だからという理由で基本権上保護が認められないわけではない。たとえば、個人が公に参加する場合であっても、情報自己決定権は、結合される個人関連情報が、自動化された情報収集の過程において、さらなる利用の可能性をもって保存するために記録されないように個人の利益を保護する」³¹¹と説示している。

このような考え方は、収集時の情報の性質よりも、むしろ、情報の利用の可能性を重視する判断思考であり、国勢調査判決以降、電子データ処理の危険性に対する個人データ保護のあり方の一つの指針になっている。連邦憲法裁判所の情報自己決定に関する権利観は、事件ごと

³⁰⁹ BVerfGE 150, 244, Rn. 37.

³¹⁰ BVerfGE 150, 244, Rn. 38.

³¹¹ BVerfGE 150, 244, Rn. 39.

に適用範囲を発展させながらも、こうした考え方に関する態度は首尾一貫しているといえる³¹²。

(b) バイエルン州警察任務法にもとづく検査の特徴

本決定は、バイエルン州警察任務法にもとづくナンバープレート検査の仕組みに着目し、その特徴を次のように説明している。

「この検査は、各々の自動車及び自動車に割当てられた自動車登録番号の所有者に関して記録され、公的任務の遂行のために他のデータと照合される。この点は、個人関連データの処理に関わる問題である。ナンバープレートは、各々の所有者に個々に割当てられている。ナンバープレート検査によって、氏名、住所及びそれ以外の情報を確認することができる。ナンバープレートが公然のものであることは明白であり、少なからずナンバープレートそれ自体が、所有者の氏名を表示しない状況も何も変わるところはない。しかし、重要なのは、ナンバープレートが、明確に特定の個人に割当てられることが認められること、個人関連情報を伝達できることである。ナンバープレート検査は、自動車登録番号、場所、日付、時刻及び自動車の進行方向が記録される。つまり、それらの情報は、所有者の照会によって特定の個人を識別することができるのである」³¹³と説示した。

同法にもとづくナンバープレート検査は、走行中の自動車のナンバープレートを一時的に記録する第一検査及び警察が保有する捜査のデータベースと照合される第二検査の二つの検査で構成されている点に特徴がある。連邦憲法裁判所は、ナンバープレートをデータベースと照合することにより、個人が識別され、個人情報が見え得る第二検査が設けられている点に着目し、このような観点から、情報自己決定権に関わる問題であると判断したと考えられる。

2) 介入行為の画定基準

次に、介入行為の画定基準を確認する。連邦憲法裁判所は、介入行為の画定について、それぞれの行為過程を分節化して捉える。すなわち、「州の警察による個人関連データの取扱いに権限を与える規定は、原則として、相互に異なる介入を根拠づける。この点については、特に、

³¹² Vgl. BverfGE 65, 1, Rn. 152.; BVerfGE 120, 378, Rn. 66.; BVerfGE 150, 244, Rn. 38.

³¹³ BverfGE 150, 244, Rn. 40.

データの収集、保存及び利用との間を区別しなければならない」。そして、「データの照合が認められている場合に限り、原則として、データの記録や照合は、それ自体、基本権に対する介入を形成」³¹⁴し、「介入は、原則として、まず個人関連データへの記録に存在する。これにより、データは、行政庁によって自由に扱うことができ、そして、後に続く照合のための検索条件の基礎を形成する。データが、はじめに意図せず、ただ技術的条件で含まれ、しかし、記録後すぐに技術的に再び匿名化され、痕跡を残さず、行政庁にとって認識することに関心がなく除去される場合に限り、介入の性質を欠く。

これに対して、より多くのデータ蓄積の記録が最終的に検索をさらに絞り込むための目的のための手段でしかない場合であっても、データ収集それがすでに介入となり得る。監視や利用目的によって決定される文脈を含め総体として観察してみたとき、当該データへの行政庁の関心が、当事者が基本権介入を引き起こされる性質と認められる程度にまで濃密化されるのかどうか重要である」³¹⁵という。

さらに、連邦憲法裁判所は、「別の介入は、データの照合及びそれに続くフィルタリングされたデータの利用である」³¹⁶とも述べて、データの記録に存在する介入とは別に利用の段階での介入の存在を認める。

介入の存在の判断にあたっては、検査の結果として適合であるか、あるいは不適合であるかは、この場合、関係がないとされ、たとえ、異議申立人について検査が不適合になったとしても彼の自動車登録ナンバーを記録し、照合することは、情報自己決定権に対する介入が存在する。2008年3月11日の連邦憲法裁判所の決定(BVerfGE 120, 378)は、「これと矛盾する限り、維持されない」³¹⁷として、先例が不適合事例の場合に介入を認めなかった判断部分を破棄した。

もっとも、介入に該当しない場合については、「第三者の個人関連データが、電子データ処理プロセスの範囲で偶然にその範囲に含まれ、記録後直ちに技術的に再び匿名化され、痕跡を残さず、行政庁が認識することに関心がなく除去される場合に限り、通常、基本権介入はみなされないというドイツ連邦憲法裁判所の判例に合致する。前述した

³¹⁴ BVerfGE 150, 244, Rn. 42.

³¹⁵ BVerfGE 150, 244, Rn. 43. この点は、先例・前掲注(133) [Rn.65] においても同様である。

³¹⁶ BVerfGE 150, 244, Rn. 44.

³¹⁷ BVerfGE 150, 244, Rn. 45.

ように、基本権介入は、行政庁が当事者のデータに対する特殊な関心が濃密化された場合に限り、みなされるという点は維持されなければならない³¹⁸として、基本権介入とみなされない基準及び濃密化を介入の基準とするという判断をした部分については、維持されることが確認されている。

3) 介入の重大性

連邦憲法裁判所は、当該事案に即しながらも介入行為についての一定の判断要素とその画定基準を示した。そして、本件における介入の重大性について、以下のように説示した。

「識別番号や個人の特徴を大量のデータ量と瞬時に照合することを可能にする現代の情報技術の条件の下では、本件のようなナンバープレート検査の検索過程の場合、そのような濃密化が認められる。公共空間にいる個人が、データ照合のターゲットとされ、当該個人あるいは当該個人の携帯する所持品に関して、警察が探しているものかどうか調査される場合には、たとえ、そのデータが確認後に直ちに消去される場合であっても、それらのデータに対する濃密化された行政庁の関心が存在する」³¹⁹。

「重要なのは、データの記録と照合が、ナンバープレート検査に含まれるすべての人々に意図的に及ぼされ、かつ、及ぼすべき検査過程を正当化していることである。データの照合が最終的に該当しない個人のデータをも含めることは、意図せずもっぱら技術的に行われているのではなく、必然的に検査に望まれている部分であり、それらを含めることで検査は、捜査措置としての意味をはじめてもつのである。

ナンバープレート検査のための整備に重要な行政庁の事前の見直しには、ナンバープレート記録装置を通過するか、あるいは他の検査に含まれる車両のすべてのナンバープレートを記録するという特殊の濃密化された関心が存在する。なぜなら、検査すること自体がまさに重要だからである。その目的のためには、データは狙いを定めて収集され、データがその都度個人に対し割当てられることも重要である。そ

³¹⁸ BverfGE 150, 244, Rn. 48.

³¹⁹ BverfGE 150, 244, Rn. 49.

の判定が自動的に行われることは問題ではない。むしろ、警察の検査の機会が本質的に拡大されているのである」³²⁰。

「すべてのデータが即座に削除されることで不適合事例における当事者に対して何らの不都合や結果も生じさせないことは、そのこととは矛盾しない。というのも、不適合事例における当事者について、ナンバープレート検査によって国家措置の対象となり、それによって当事者に対して特殊な捜査の関心が及ぼされていることに変わりはないからである。この関心によって、当事者は、自分自身あるいは携帯する所持品が、行政庁に求められているものかどうかを検索される。それと同時に、当事者が妨げられずに走行ができるのは、当事者に対する検査の不利な結果が発見されていないという留保の下に置かれているのである。そのような措置は、その措置の結果によってではなく、それ自体自由を侵害する。個人が恣意的に国家に記録されること、自分自身の誠実さについて釈明しなければならないこと、また、常に監視されている感情に晒されることなく、原則として活動できることは、共同体の自由に属するものである。このことは、いつでもあらゆる機関によって気づかれることなく記録され、何らかの手配リストに存在するかどうか、あるいはさらにデータベースに含まれているかどうかを検査されることとは相入れないだろう。むしろ、そのような措置は、個人の自由に対し、特別の根拠を必要とし、情報自己決定権に対する介入として正当化を必要とする」³²¹。

「この検査は、当事者の大多数に対して直接の侵害の結果を与えず、痕跡を残さないことを考慮に入れる必要がある。データ照合は、直ちに実行され、記録されたデータが不適合の場合は、個人に知られることなく即座にすべて消去されるために介入の重大性を相当に軽減する」³²²。「しかし、そのような検査は、原則として、既に客観的に危険状況に巻き込まれる個人に限定されず、はじめから根拠がない不特定多数の個人に拡がり、介入の重大性を高めるという特徴がある。それは、實際上、誰にでも起こり得る。そうした情報収集は、原則として介入の強度を増す。さらに措置が密かに実施されることは、重い負担を負わすことになる。特に、照合目的によって公共空間における多数の人々を

³²⁰ BverfGE 150, 244, Rn. 50.

³²¹ BverfGE 150, 244, Rn. 51.

³²² BverfGE 150, 244, Rn. 97.

連続して検査するような広範な捜査措置は、監視されているという感情を生じさせ得る。ナンバープレート検査の対象者が不適合であることに気づかないことは、介入の重大性を打ち消すものではない。なぜなら、確かにそのような措置によって煩いは解消することはできても、しかし、検査の性格とそれがもたらす個人の自由への侵害は解消することはできず、同時に社会全体の自由に影響を及ぼすからである」³²³。

③考察

1)拡大された介入行為の画定基準

(a) 介入行為の範囲（不適合事例への拡大）

自動車ナンバー記録システムについては、第一次判決では、自動車ナンバー記録システムを根拠づけるヘッセン州法14条5項と法184条5項の規定が、憲法上要請された特定性・明確性を欠き、情報自己決定権に違反するとして無効とされていた³²⁴。また、第二検査で行われる捜査のデータベースとナンバープレートを照合し、照合の結果、一致しない場合（不適合事例）は、介入の存在を否定していた³²⁵。

これに対して、第二次決定は、第一次判決の一部を破棄し、介入行為の範囲を画定する基準を変更した。問題となった自動車のナンバープレート読取システムは、第一次判決で問題となったものと同様のものであるが³²⁶、第二次決定では、データの照合による結果にかかわらず、照合する行為自体をすでに基本権介入に当たると判断した。第二検査で不適合であった者は、後続の捜査措置の対象者から除かれることになるが、適合した者は、後続の捜査措置の対象となり得る。したがって、第一次判決は、介入成立範囲を「後続の措置の対象となりうる者に介入の成立範囲を限定した」³²⁷のものであったと理解することができる。

(b) 介入行為の画定基準（四つのコンセプト）

第二次決定は、介入行為の範囲を認める基準として、ナンバープレートの記録とデータベースとの照合という二段階の情報処理行為に対

³²³ BverfGE 150, 244, Rn. 98.

³²⁴ 實原隆志「ドイツ版『Nシステム』の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年11月）42以下参照。

³²⁵ 高橋和広「ドイツ憲法判例研究（二三二）」自治研究96巻9号（2020年9月）158頁参照。

³²⁶ 實原・前掲注(125)123頁参照。

³²⁷ 高橋・前掲注(325)158頁～159頁。

する警察の「意図」、「関心」、「目的」、「濃密化」を重視している³²⁸。意図が介入行為の重大性との関係で問題とされたのは、バイエルン州の警察任務法が二段階検査の仕組みを採用しており、この点が重視されたと考えられる。すなわち、警察のデータベースと照合される対象をナンバープレート検査に含まれるすべての人々を第二検査の対象に及ぼすことが意図されていたからである。本決定は、それが必然的に当該検査に望まれている部分であると指摘し、データ照合検査の対象をナンバープレート検査のすべてを含めることで捜査措置としてはじめて意味をもつと指摘する。また、行政庁が、当該検査を整備する事前の見通しにおいて、ナンバープレート装置を通過する車両か、あるいは他の検査で含まれる車両のすべてのナンバープレートを記録するというに特殊な関心があったと認めている。

目的規定については、すべての記録とデータの照合が、たとえ、その後の捜査対象となるデータを絞り込むための手段的な目的であっても、介入に当たる。目的は、むしろ、警察の検査の機会を本質的に拡大させようとしているというのが、連邦憲法裁判所の指摘である。

介入の重大性を高める決定的基準は、濃密化である。本件では、ナンバープレートを記録するという情報収集行為の真の意図が、警察の捜査データと照合することにはじめから向けられており（目的）、この目的には、ナンバープレート全数を記録し、かつ捜査のデータベースと照合するという第二検査に強い関心がある（関心）。それは、最終的に不適合となる者をも検査の対象に含め、そこに捜査措置として欠かすことのできない意味があり、はじめから根拠がない不特定多数の人々を検査の対象とすることが意図されている（意図）。

そして、第二検査によって個人情報を把握され、識別番号や個人の特徴を大量のデータと瞬時に照合することを可能にする現代の情報技術の条件の下では³²⁹、そのことは、個人にとって常に監視されているという感情を生じさせるだけでなく、収集された情報と他の保存データとを組み合わせられることにより、様々な利用可能性や結合可能性を生じさせる。それは、さらなる情報の創出をもたらし、対象者の基本権で

³²⁸ 山本・前掲注(272)163頁は、「同決定は、情報の自己決定権に対する侵害行為の範囲を画定する基準として、行政庁が『意図』、『目的』、『関心』をもってデータを収集することを重視する」と述べる。

³²⁹ 山本・前掲注(272)163頁は、人間による調査ないし監視と比べ、能力等の違いから、情報技術による情報収集行為については、法的に特別に目的等の限界を定めておく必要があることを指摘している。

保護されている秘密保持の利益を損なうおそれがある。また、その個人や同乗者の行動の自由への介入を招く可能性も否定できない。

連邦憲法裁判所は、このように介入の存在の有無を判断するためのコンセプトを設定した。そして、本件においては、検査のための記録、照合という情報処理行為の性質が、介入と認めるほどの濃密化に至り、その結果、情報自己決定権への介入に当たると総合的に判断したと考えられる。

2)正当化

最後に、明確性・特定性の要請について、指摘された主な内容を確認しておこう。

連邦憲法裁判所は、「情報自己決定権の介入である自動車ナンバープレート検査の許可は、比例原則に照らして評価されなければならない。すなわち、正当な目的を追求し、目的を達成するために適しており、かつ、必要であり、狭義の比例原則に適合していなければならない。その場合、データ処理の分野においては、特に明確性・特定性の要請を同時に充たさなければならない」³³⁰として、バイエルン州警察任務法のいくつかの規定について、狭義の比例原則の観点から要件を充たさないことについて、次のように説示した。

「バイエルン州警察任務法 33 条 2 項第 2 文から第 5 文及び 13 条 1 項 1 号で認められている公共空間における個人あるいは所持品を対象とする捜査目的のための警察の検査は、基本権に対する介入として、原則として客観的に特定かつ限定された根拠を必要」とし、「立法者は、行政機関の行動が予見可能かつ統制可能な要件に拘束されることによって介入の閾値を設定しなければならない」³³¹。

もともと、連邦憲法裁判所は、当該検査において特定の人物又は所持品を発見し逮捕するという、行政機関の正当な利益が存在することは認めている³³²。ただし、それだけでは、介同行為の重大性を正当化することはできない。その理由として、「誰に対しても恣意的に捜査することを正当化することはできない。捜査の通知が、個別の法的根拠にもとづいていたとしても、あらゆる措置を捜査のために使用できるこ

³³⁰ BverfGE 150 , 244 , Rn. 82.

³³¹ BverfGE 150 , 244 , Rn. 91.

³³² Vgl. BverfGE 150 , 244 , Rn.92.

とを意味するものではない。むしろ、それぞれに根拠が必要である。好きな時に、好きな場所で好きなように検査を実施することは、原則として法治国家原理とは相容れない」³³³としている。

さらに、照合されるデータベースの不特定性も問題とされた。「この照合は、当該規定が、憲法適合的に解釈され、捜査データベースに含まれる、ナンバープレート検査のそれぞれの目的にとって意義をもち得る手配中の人物や所持品に限定されている場合に限り、比例原則の要請を充たす」³³⁴として、第二検査の対象の不明確かつ不特定性が、憲法適合的解釈によっても比例原則を充たすことはできないと判断されている。

連邦憲法裁判所は、データ処理における特別の危険に対処するためには、明確性・特定性の要請は、法治国家原理から不可欠な要請であると宣言しており、それを欠いた濃密化された介入行為の重大性に対して、警察任務法のいくつかの規定は不明確かつ不特定であったことが、狭義の比例性の審査において違憲とされた大きな理由であったことは、確かであろう。

3)まとめ

本件で問題となった検査は、ナンバープレートの記録と警察のデータベースとの照合から構成される二段階構造の特徴をもつ検査である。

第一次判決では、第二検査で不一致とされた不適合事例の場合、データは保存されず、情報自己決定権への介入には当たらないとして介入の成立を否定した。

これに対して、第二次決定では、照合の結果にかかわらず、照合を行うこと自体、情報自己決定権への介入に当たるとして介入の成立を認め、その限りで先例の判断を破棄した。しかし、介入に当たらないとされる基準、すなわち、データが、意図せず単に技術的条件で含まれた場合であっても、記録後直ぐに技術的に再び匿名化され、痕跡なく、行政庁にとって認識することに関心がなく除去される場合にのみ、介入の性質を欠くと判断した部分は維持されている。

³³³ BverfGE 150 , 244 , Rn.92.

³³⁴ BverfGE 150 , 244 , Rn. 107ff.

本決定は、先例の介入行為の判断を拡大させ、その判断の指標を、意図、関心、目的、濃密化という四つのコンセプトをもって画定するという基準が示された点で重要な判例である。

次款では、連邦憲法裁判所による判例法理のなかでも、本稿の課題である国家による情報行為に対抗し得る権利の考察に有益な視点が得られると思われる「情報の分離原則」の内容をごく簡潔に参照し、本章全体として日本法の考察への視点が得られる判例法理を確認する。

第二款 連邦憲法裁判所による判例法理

(1)情報の分離原則

①事案の概要

情報の分離原則は、国勢調査判決のなかで、地方公共団体の統計とそのほかの行政庁が行う他の事務分野が分離（情報上の権力分立「Informationelle Gewaltenteilung」）されていることを求めた原則である³³⁵。この原則は、その後の戦略的監視判決³³⁶で精緻化された「目的拘束原則との重複がみられる」³³⁷が、国勢調査判決のなかですでに打ち出されていた原則といえよう。判決のなかでは、「統計目的のために収集され、かつ、法律によって特定された個人に関する非匿名のデータを行政執行目的のために提供されることは、情報自己決定権への許容されない侵害になる」³³⁸と述べられている。判決はさらに、統計と執行では、法律上の保護手続が別々のものであり得ることを前提として、「それにもかかわらず、この二つの目的を同時に達成しようと意図された規定が、傾向として相容れないものを相互に結びつけるとすれば、いかなる場合であっても不相当であり憲法違反である。一つの収集において統計目的と行政執行目的とを結合することは、規範の明確性・理解可能性から逸脱するだけでなく、それ以上に規範の比例性に不均衡を生じさせ得る。もっぱら統計目的のためのデータ収集とは異なり、行政執行の場合には提供されるデータの密接かつ具体的な目的拘束が不可欠である」³³⁹としている。

³³⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1, Rn.208.

³³⁶ BVerfG, Urt. v. 14. 7. 1999 (BverfGE 100, 313).

³³⁷ 入井凡乃「情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権——テロ対策データファイル法判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年11月）49頁。

³³⁸ BVerfGE 65, 1, Rn.196.

³³⁹ BVerfGE 65, 1, Rn.197.

この原則が、精緻化され正当化の判断のなかで特に強調されたものは、テロファイル法判決³⁴⁰である。以下では、入井の評釈に依拠しながら、この原則の概略を確認していくことにしよう。事案の概要は、次のとおりである。

2006年12月ドイツ連邦議会は、連邦及び州の警察及び情報機関の共同データファイルを設置するための法律（以下「ATD法」という。）を制定した。この法律は、連邦及び各州の警察と、秘密情報機関が、それぞれの機関ごとに保有する個人データの検索、利用を相互に可能とするための結合ファイル（以下「ATD」という。）の設置が規定されていた。

テロ団体やその支援団体に所属する者、一定の対象人物について、参加庁は、自己が保有する基本データをATDに保存することを義務づけられる。保存データは、二種類に分別され、一つは、基本データであり、もう一つは、拡張基本データである。前者は、氏名、性別、生年月日、住所、国籍等の個人を識別する基本的データであるが、それ以外にも言語、身体的特徴、写真が含まれる。後者の拡張基本データは、電話、メールアドレスに加え、学歴、職歴、家族状況、口座状況、民族、宗教、武器製造能力などの対象者の生涯を描き出そうとするような、極めて秘匿性の高いデータであった。

データへのアクセスは、通常時と緊急時によって異なる。通常時は、基本データをオンラインで入手可能であるが、拡張基本データに関しては、そのデータを保有する官庁名と整理番号だけを入手することができ、ATD法で定める以外の一般的な情報提供手続に基づいて、保有する官庁に対し、当該情報の提供を依頼するという手続が必要である。ただし、緊急時には、基本データ及び拡張基本データの両方が直接入手可能とされている。ATD法にとって、自らが適用対象者になることを怖れた市民が、情報自己決定権などを侵害すると主張し、連邦憲法裁判所に対して憲法異議を申し立てたのが本件の概要である³⁴¹。

②判旨

1)保護領域・介入

判決は、「ATD法は、情報自己決定権（基本法1条1項と結びついた2条1項）、信書及び通信の秘密（基本法10条1項）、及び住居の

³⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 24. 4. 2013 (BverfGE 133, 277).

³⁴¹ 入井・前掲注(337)46頁参照。

不可侵（基本法 13 条 1 項）の保護領域に介入する。介入は、様々な機関が持つデータを集約している点、参加機関が通常時に基本データを直接取得できる点、緊急時には拡張基本データをも直接取得できる点に存在する」³⁴²として、情報自己決定権に対する介入の存在を肯定した。

2)正当化

判決は、目的の正当性及び手段の合理性、必要性の原則に照らし、A T D 法が、情報自己決定権と両立することを認める。しかし、次に行われた狭義の比例性の審査において、特に、介入の重大性及び情報の分離原則から A T D 法が一部違憲であると判断するが、しかし、違憲であるが、無効としないとされている点に留意が必要である。以下では、判決が、情報の分離原則の観点から同法の違憲性をどのように述べているのかという点を確認する。

「介入の重大性を高める要因として重要なのは、全く異なる任務を伴う多数の治安当局間の情報交換がデータファイルによって実施され、特に情報機関と警察間での情報交換を含むことである。

『それぞれの治安当局に与えられているデータの収集・処理権限は、それぞれの官庁に固有の任務の範囲に限定される。したがって、データは、憲法上、目的拘束を受け、容易にはその他の官庁に転送されえない（目的拘束の原則）』。緩やかな条件が適用される官庁が、厳格な条件が適用される官庁にデータを送付することによって、データの収集・蓄積・処理のための憲法上の条件が弱体化されてはならない。

『情報機関と警察は、明らかに互いに異なる任務を負っており、任務遂行の公開性に関して、並びに、データ収集に関連して、異なる要請に服している』。

『このような法秩序の違いにかんがみ、データ交換を可能にする規律は、憲法上の厳格な要請に服し、情報自己決定権から情報の分離原則が導かれる（情報の分離原則）』。分離の緩和は、重要な公共の利益がある場合に例外的にのみ許される」³⁴³。

判決は、分離の弱体化を図るようなデータの交換、利用が情報自己決定権に対する介入の重大性を高め、重要な公益を達成するための必要性が正当化されない限り、情報自己決定権を侵害することを説示した。

³⁴² 入井・前掲注(337)46頁。

³⁴³ 入井・前掲注(337)47頁。

(2)日本法の考察への視点

以下では、次章において新たな権利を考察するうえで、連邦憲法裁判所の判例に関する議論を再度整理し、参照すべき視点を確認しておきたい。

①一般的行為自由

ドイツでは、人格の自由な発展の権利が、一般的行為自由を保障したのか、それとも一般的人格権を保障したのかが学説で争いがあった。

しかし、連邦憲法裁判所は、エルフェス判決において、人格の自由な発展の権利から一般的行為自由を基本権として承認した。これにより、一般的行為自由の制限に対する憲法異議への出訴の可能性が飛躍的に拡大された。基本権保護領域に該当する一般的行為自由に対する制限は、基本権の制限にあたり、制限する側に正当化が求められる。一般的行為自由の承認は、公権力から遮断された不可侵の私的生活領域を認めるとともに、公権力による違法な侵害に対して憲法異議を提起する根拠と機会を与えた。

日本でも憲法13条の解釈をめぐり、一般的行為自由説と人格的利益説が対立しているが、日本の議論はいずれかを選択するという解釈論の構図である。もっとも、ドイツの憲法異議のように、憲法上の主観的権利保護手続が求められないわが国においては、裁判で争う途の可能性を広く認めるという観点から憲法上の権利として一般的行為自由を認める必然性に迫られている状況とまではいえず、この点はドイツの場合とは客観的に事情が異なっていると考えられる。

②一般的人格権

連邦憲法裁判所は、エップラー決定で人格の構成要素を保護するために固有の保護領域をもった無名の自由権、すなわち、一般的人格権を承認した。その役割は、人間の尊厳の至高の憲法原則という意味において、伝統的な具体的自由の保障では捉えきれない、より狭い私的領域の保護及びその根本的条件の維持を保障することにある。一般的行為自由は、固有の保護領域をもたない基本権であるのに対し、一般的人格権は、人格を構成する要素という固有の保護領域をもつ保護法益で構成される。そのため、これらの二つの基本権は、それぞれ独立した権利と考えられている。

一般的人格権は、一般的行為自由よりも厳格化した審査がなされるとともに、「基本法2条1項の三制約は一般的人格権には妥当しないものとされ、むしろ、「共同体に関係づけられ、共同体に拘束された人格」と

いう限界が設定される傾向にある³⁴⁴。一般的人格権は、基本法の間人像の解釈から導かれる共同体関連性及び共同体拘束性によって制限の可能性が示唆されている。それゆえ、優越する公益の正当性が認められれば、基本権の制限を受け入れなければならない。この点、判例は、一般的行為自由には不可侵の領域があることを言明したが、一般的人格権は、優越する公益との比較衡量を受ける点で、領域理論からの逸脱がみられるとの批判がある³⁴⁵。

連邦憲法裁判所が基本法の間人像によって基本権を制限する理由は、「自分のしたいことをし、エゴイスティックな活動さえ放任されていた一九世紀自由主義の個人に対する否定として、その利己的な活動を許さないという立場に基づいている」³⁴⁶といわれている。ドイツの場合は、ナチスの体験があつて、「個人が解放されたワイマール時代が、結局個人の集積であるはずの国民の自己決定によってナチスを生み出してしまった」³⁴⁷ために、『個人』ではなくて『人間』になっていると考えられる。これに対して、そのような歴史的背景をもたないわが国では、憲法制定の全史においてあらゆる場面で徹頭徹尾個人が抑圧されていた。戦後、憲法 13 条の個人の尊重が基本的人権の保障における最重要原則と考えられているのはそのためである³⁴⁸。それゆえ、ドイツにおける一般的人格権を制限する法理として登場する人間の尊厳の最高価値にもとづく共同体関連性及び共同体拘束性は、ドイツ特有の解釈論としての考え方であつて憲法 13 条の解釈においては、直接妥当しないし、妥当すべきでないと考えらるべきであろう。

③保護領域論の意義

³⁴⁴ 戸波・前掲注(152)340 頁参照。

³⁴⁵ 領域理論で説明される絶対的に保護される核心領域ないし内密領域に属する保護法益については、「絶対的保護を認めた事例がまだ存在しない」戸波・前掲注(152)343 頁(註 28)。

³⁴⁶ 戸波・前掲注(152)353 頁。

³⁴⁷ 樋口=中島対談・前掲注(183) 75 頁〔樋口陽一発言〕。

³⁴⁸ ポツダム宣言受託に関する交渉記録では、「ドイツ民主化の措置は連合国側が実施するのに対して、日本の場合には、日本政府自身に行わせようとしていると述べられている。それは、ポツダム宣言中の『民主主義的傾向の再生』は、日本国民が元来民主主義的傾向を有するとの連合国側の見解だと」されている。国立国会図書館「日本国憲法の誕生」(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/01/010shoshi.html>)参照。ドイツと日本の戦後民主化への道のりも異なる経緯を辿っていることがわかる。このような理解については、学説上も概ね異論はないように思われる。たとえば、「日本国憲法は、人間性を無視し、個人(私)を無視した戦前の軍国主義の歴史の反省に立って、個人の尊厳を根底においた基本的人権尊重主義を憲法の基本原理とした」という見解がある。根森・前掲注(136)67 頁。

基本権の保護領域論は、基本権侵害を審査するにあたり重要な意義をもっている。三段階審査では、保護領域と正当化の論証段階が区別されている。この段階分けが重要である。保護領域論は、基本権が妥当する行為ないし自由の領域を画定する作業を通じて、妥当する規範の選定とその内容を明確にし、基本権保護利益を特定、明確にするという機能がある。

保護領域に該当することが確認されなければ、介入行為も侵害行為も存在せず、正当化の論証へと進まないことはすでに説明した。したがって、「保護領域論がなければ正当化論もあり得ない」³⁴⁹ということになる。保護領域論は、基本権保護利益の特定、明確化の問題領域であり、該当性の有無を審査するための「二者択一的判断」³⁵⁰であることがわかる。

そして、ある行為や自由が、保護領域に該当することが認められるということは、その行為や自由は、正当な基本権の行使であることになり、それを行使する側に正当化を求める必要はないことになる。これは、すでに確認したように、基本権を制限する行為に対する保護領域の優位性を前提とした法的判断枠組みだからである。

これに対して、基本権保護利益を制限する側には正当化が求められる。この正当化は、制限行為を正当化する側に基本権を制限する行為の目的や利益を明らかにさせ、かつ、その行為の必要性や合理性を論拠づけさせ、それらの論拠と対抗利益を比較衡量したうえで、制限行為の正当化が認められなければならない。こうした保護領域論は、対抗利益の論証の配分を当事者に均衡に負わす構造になっていない点が肝要である。わが国の判例で「異なる利益が同じ地平で衡量されているように見える」³⁵¹事例が見受けられるのは、基本権保護領域論がないことに帰着する。こうした意味でドイツ保護領域論は、基本権侵害の有無を考察するうえで重要な意義をもっていると評価することができる。

④情報自己決定権に関する理解

国勢調査判決では、情報のセンシティブ性、秘匿性の程度、親密な事象に関わるものかどうかということには依存せず、むしろ、後の処理の可能

³⁴⁹ 松本・前掲注(95)224頁。

³⁵⁰ 松本・前掲注(95)223頁。

³⁵¹ 松本・前掲注(95)224頁は、保護領域論と正当化論を区別しないで議論が進められた一つの具合例として博多駅事件（最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）を取り上げ、この判例の論証は、「基本権法益に『優越的地位』が認められて」おらず、それは「基本権制約の側に正当化責任が課せられていないことに起因する」と指摘する。そして「基本権制約を正当化する中での比較衡量ではなくて、『諸般の事情』の比較衡量」になっていたと分析している。

性や他のデータとの結合の可能性に力点を置いて侵害行為の判断が行われている。情報自己決定権は、個人の生活実態を、いつ、誰に、どのような範囲で公開及び利用するかについて、原則として、自ら決定することを認める権利である。ただし、この権利は、一般的人格権によって具体化されたものであり、優越する公益と常に比較衡量の対象となり得る³⁵²。

連邦憲法裁判所は、国勢調査判決において情報という無形の価値をもった保護法益を、個々人が自ら処分権を有するかのような情報自己決定権を承認したが、しかし、その理論づけに関しては学説から疑問や強い批判が出されている。なかでも有力な見解は、この権利を客観法構成で再構成されるべきであるとの見方である。たとえば、高橋は、情報自己決定権で保障されるべき自由とは、社会的関連性、文脈から離れた個人の自由、自己決定ではなく、客観法的に枠づけされた社会的関係性のなかで通用している自由であるという Albers の主張³⁵³を肯定的に紹介する。

高橋自身の見解は、自動車ナンバー記録判決 (BVerfGE 120, 378) の分析を通じた結果、連邦憲法裁判所が、個々の個人関連データの取扱いを超えた個人情報処理システム全体を視野に入れたうえで公権力による個人関連データ処理の文脈が不明確又は不合理なものとなっていないかを判断しているものと評価できるとしている。そして、情報自己決定権は、個人データの取扱いに関する自己決定という、個人の主観的権利 (防御権) に対する制約の可否といった判断枠組みに解消できないと述べており、連邦憲法裁判所の情報自己決定権に関する理解としては、個人データの開示等についての自己決定する個人の権限という視点はもはや後景に退き、むしろ、客観法的側面としての機能をもつ権利であるとの理解を示している³⁵⁴。

国勢調査判決は、情報自己決定権への介入を正当化するための保護措置として、立法者に対して様々の予防的保護措置を具体的に示した³⁵⁵。そのこともあって、情報自己決定権は本来的に主観的自己決定権として承認されたのか、という疑問が生じ得る。すなわち、連邦憲法裁判所は、個人に関するあらゆる情報を公権力による取扱いの可能性を認めた一方で、

³⁵² もちろん、これには異論があり得る。日記決定では、領域理論をなお維持しているかのように読めるとする見解があることはすでに紹介した。

³⁵³ Vgl. Albers, a. a. O. (Anm. 77), S. 49, (Amm. 83).

³⁵⁴ 高橋・前掲注(284)100頁～101頁参照。

³⁵⁵ その一つとして、説明義務、情報提供義務、及び消去義務が重要とされている。Vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 156.

取扱いに関する予防的保護措置を立法者に義務づけることを通じて、個人の権利利益を保護しようとしたと考えることができるのではないか。つまり、国勢調査判決は、情報の利用と保護を両立し得るように連邦憲法裁判所が対抗利益の調整を図った判決であり、必ずしも自己決定に重点を置いた権利ではないという理解である。なぜなら、もはや重要ではないデータなど存在しないため、原則としてあらゆる情報が情報自己決定権の保護の対象とされたが、情報自己決定権は一般的人格権の具体化の一つであり、一般的人格権は基本法の間人像による制限に服さなければならず、したがって、個々人がいかに公開されたくないと感じる生活実態に関する情報であっても、対抗する利益が比較衡量の俎上にあげられて顧慮されてしまうからである。

これに対して、国勢調査判決において連邦憲法裁判所は、確かに領域理論を部分的に相対化しているが、領域理論の本質的内容はいまだ維持されていると主張する見解がある³⁵⁶。それによれば、領域理論の相対化の批判、反論のいずれの学説も国勢調査判決の意図を十分には表現していないという。というのも、判決のなかで、「優越する公益は、要求することのできない内密な申告及び自己負罪については除外され、通例どおり社会的関連性のあるデータのみが存在する」³⁵⁷ことに言及されているからである。

この見解は、核心・内密領域に関わる事項は、情報自己決定権による保障とは一線を画した存在として見ている。そして、情報自己決定権が重要な意味をもつ前の段階としての「情報化の可否」を判定する段階では、情報の内容を重視する領域理論のアプローチは、なお重要でありつづけていると考える³⁵⁸。

玉蟲説は、内密・核心領域に属する事項を国家が情報化しようとすることは、そもそも人間の尊厳に反するため、憲法上いかなる理由によっても正当化されない。しかし、核心・内密領域による保護を受けず、かつ「情報」として成立し、情報の流通過程に乗った事項については、本質的にその社会的関連は否定できない³⁵⁹ため、その場合には、情報自己決定権による利用可能性に重点を置いた保障が妥当すると考えるのである。

³⁵⁶ 玉蟲・前掲注(184)300頁以下参照。

³⁵⁷ BVerfGE 65, 1, Rn. 154.

³⁵⁸ 玉蟲・前掲注(184)300頁参照。

³⁵⁹ 玉蟲・前掲注(184)301頁参照。

こうした理解は、情報自己決定権と領域理論的アプローチの双方の利点を活かした理解であると考えられる。この理解に従えば、核心領域ないし内密領域に属する事項は、基本権保護領域に該当し、絶対的に保護されるから正当化の判断を待つまでもなく基本権侵害を主張し得る。また、その領域に属さない情報の保護に関しては、情報自己決定権アプローチを採るため国勢調査判決で強調された利用可能性に重点を置いた保護を検討すればよいということになり、利用と保護の利益の均衡が顧慮され得る。

ただ、核心領域ないし内密領域に属する事項の強制的な公開は、領域理論を持ち出すまでもなく、基本法 1 条 1 項の人間の尊厳によって基本権の侵害を解釈論として主張し得るのではないだろうか。判決が、要求することのできない内密な申告及び自己負罪に関する事項は公益から除外されると述べたのは、そもそも内密な申告及び自己負罪は、はじめから公益の対象とはなり得ないことを確認したものであり、領域理論的アプローチを採って私的事項に関わる情報の保護の程度を判断したものではないとも理解し得るのではないだろうか。

学説は、情報自己決定権が主観的防御権として構成された権利であるとの理解が多数説であり、どちらかというところと主流であったと思われる。しかし、今日では、収集後の情報の取扱過程における保護を重視する客観法的構成で理解すべきとの主張が有力に展開されている。この立場は、情報の意味内容や重要性は、社会的文脈のなかで解釈されて把握されるものと考えられるため、情報の取扱過程に法的保護の焦点を合わせる。この見解は、個人情報法の法的問題の多くが、情報の不適正な取扱いに起因するという問題意識に帰着しているように思われる。

ドイツ情報自己決定権論は、論者がこの権利をどのように理解するかによって日本法の権利を考察するうえでいかに参考とすべきか見解が分かれると思われる。具体的には、主観的側面としての自己決定権を重視して理解するか、客観的側面としての機能を重視して理解するかである。

本稿は、連邦憲法裁判所は、情報の利用可能性に対する国家と個人の相互の期待を考慮して対抗利益の調整に重点を置いた権利概念を導き出したのではないかと考えている。それゆえ、権利の実質として自己決定に重点を置いているとは、必ずしもいえないと考えている。

そうであれば、一般的人格権にもとづく情報自己決定権は、対抗利益が俎上にあげられるから、国家を取り巻く客観的、政策的状況の変化と共に公益の重要性が強調され、あらゆる情報が聖域なく比較衡量される可能

性は残されている。したがって、連邦憲法裁判所の情報自己決定権論が、自己決定の思想を維持するのか、それとも手続的な保護措置に力点の軸足を移していくのか、判例の行方を考察しなければ現時点で確定的な理解を得ることは難しい。

もし、情報自己決定権論が、領域理論的アプローチから離脱し、かつ、客観法的側面を重視していると理解されるなら日本法の考察の視点として本稿が参考にすべき点はそう多くはないかもしれない。なぜなら、情報の取扱いをめぐる法的諸課題は本稿の考察外として位置づけたからである。それゆえ、この段階ではひとまずドイツの議論状況が確認できればそれでよいということになる。

④介入行為の四つの指標

介入概念は、基本権保護領域内の法益に対して、一応の侵害を発見するためのメルクマールであり、通例、介入とか制限ないし侵害等に訳されている。ある国家行為が、基本権への介入があると認められることは、憲法異議を提起するための一つの要件である。その意味で、介入は、基本権を制限する国家行為を発見する機能を有する。

連邦憲法裁判所は、原則として、①国家行為が基本権を制限する意図はどこにあるのか、②国家行為の目的は何か、③基本権の制限行為に対する国家の関心の強弱はどうか、④その国家の関心が、当事者が基本権介入を引き起こされる性質と認められる程度にまで濃密化されているかという濃密化の四指標から介入の有無を判断していると考えられる。特に、濃密化は、介入の該当性を高める境界的標識である。こうした概念は、日本の判例法理には無い概念であり、三段階審査において使われるドイツ固有の概念である。しかもドイツの場合、本質性理論にもとづいているため、侵害行為に当たらない国家行為であっても、法律の留保原則が妥当し得る。

これに対して、わが国の場合、国民の自由や財産を侵害する行為は、原則として法律の留保原則が妥当するが、非侵害的行為には必ずしも妥当しないという問題がある。本稿では侵害性を見出せない国家の情報行為であっても、その行為により、国民に何らかの制限をもたらすと仮定し、それを発見するメルクマールとして介入の指標を日本法への考察の視点として用いることにする。

⑤情報の分離原則

情報の分離原則は、国勢調査判決で最初に打ち出された原則である。これは、情報自己決定権論から派生した原則である。情報の分離原則は、法律によって事務配分された行政機関の所掌範囲の目的の枠内で行政活動を行うことを求める原則であり、目的拘束原則と同様な機能を果たす原則である。そのため、前述した情報機関と警察との情報共有によって情報の分離を破ることが問題とされたのは、目的拘束原則からも説明することが可能である。このように情報の分離原則と目的拘束原則は重複する場面があり得るが、情報の分離原則は、情報の共有を禁止することに主眼が置かれた原則といえるであろう。それでは、情報の分離原則の特色とは何であろうか。

それは、情報の分離原則の要求が、情報の共有化に対して完全なる撤廃を要求していない点であろう。テロファイル法判決では「情報の分離を破るために介入の重大性が上がる一方で、A T D の形成が『情報開拓³⁶⁰』に限定されているために介入の重大性が下がる」³⁶¹と評価されている点がそれを表している。

また、A T D 利用の参加官庁の範囲が特定されていないために判決で違憲であるとされたのは、参加官庁が増えれば増えるほど情報の分離が破られ介入の重大性を高めると評価されている点にも特色が表われている³⁶²。情報の分離を破る介入は、介入の強度に応じて目的の正当性の審査も厳格に行われる傾向にある。そのため、重大性の増した介入を正当化するには、より重要な公共の利益の必要性が求められるのである。したがって、情報の分離原則は、「情報の分離を保障する形成を要請」ないし「情報を集約する形成を禁止」する要請に特色があると理解することができる³⁶³。

この原則がもつ特色は、国家の情報行為に重要な視点を与えてくれると思われる。なぜなら、情報システムを活用した国家の情報行為は今後も拡大方向にあり、情報の共有化が促進されることが予想されるからであ

³⁶⁰ 情報開拓とは、「通常時において、拡張基本データの直接取得を可能にせず、一般の情報提供手続の準備情報のみ取得可能なことをもって、連邦政府は『特殊な電話帳』と述べ、連邦憲法裁判所は、『情報開拓に限定されている』と表現する」ことを意味する。入井凡乃「ドイツ憲法判例研究（一五八）」自治研究 90 卷 6 号（2014 年 9 月）126 頁（註 3）。

³⁶¹ 入井・前掲注(360)125 頁。

³⁶² 入井・前掲注(360)125 頁参照。

³⁶³ 入井・前掲注(360)125 頁参照。

る。そのことに起因する問題点を考察するためにも情報の分離原則は日本法の考察への視点とすべきであろう。

⑥まとめ

以上からすると日本法の考察への視点として検討されるべきものは、保護領域論、介入行為の四つの指標、情報の分離原則の三つを参考にすべきであると考えられる。しかし、このうち、濃密化という指標は、連邦憲法裁判所の裁量的判断の要素が多分にあって不確定要素が大きい。それゆえ、日本法に援用するのは適当ではないと思われる。したがって、介入行為の指標については濃密化を除く三指標を用いることにする。

まとめると、日本法の考察への視点として、保護領域論は、新たな権利概念を考察するための視点として、介入行為の三つの指標は、国家行為による情報行為が、国民の自由や財産を制限し得る行為を発見するための指標として、情報の分離原則は、国家の情報行為によってもたらされ得る国民に対する制限の強度を測定するうえで参考になる。

次章からは、国家による情報行為に対抗し得る権利の模索を行うことを主な目的とし、現在の日本法の権利に関する議論状況、とりわけ明文のない権利を補充するものとして、憲法 13 条の主要な論点の確認を行う。

第三章 新たな権利の模索

本章は、次章において国家による情報行為とそれに対抗し得る権利を考察するための新たな権利の模索を行うことを目的としている。新たな権利の模索は、第一節第二款から第二節まで主要な学説を参照する。続いて、第三節は、第一節及び第二節で参照した権利のうち、国家による情報行為とそれに対抗し得る権利として、いずれの権利が適合的であるか候補を絞り込むための考察を行う。考察の指標としては、以下に説明する理由から、三つの視点を重視することになっている。

まず、第一の視点を説明する。国家の情報行為が、「処分」に当たることである。処分に当たる場合には、行政上の権利利益の保護ないし権利利益の救済の可能性が拡がるからである。そのためには、国家の情報行為が、権力的行為として行われ、かつ、特定の名宛人に向けられた「処分」に当たることが望ましいといえる。したがって、国家の情報行為に処分性を見出すことが重要な視点となる。

次に、第二の視点を説明する。行政法学において、国民の自由や財産を侵害しない行為は、法律の根拠を必ずしも必要としない侵害留保説が判例、通説である。そのため、国民が、国家の情報行為によって何かしらの制限を受ける場合、その行為によって国民の自由や財産を侵害されたといえることが必要である。

もし、その行為によって国民の自由や財産が侵害されたといえない場合には、その行為は、事実上の行為にとどまり、何が侵害されたのかということを主張することは難しい。たとえば、行政機関が、個人番号制度にもとづいて、個人情報収集する行為は、それ自体では侵害行為とは考えられていない。しかし、国民全員を対象として一定の作用をもたらす国家の情報行為は、国民生活に影響を与える範囲が広く、様々な作用をもたらし得ると考えられる。したがって、国家の情報行為に国民の自由や財産に対する侵害性を見出すことが重要な視点となる。第一節第一款では、処分性及び侵害行為性の二つの性質を概観する。

続いて、第三の視点を説明する。筆者は、上記二つの性質に加え、新たな権利に重要なのは、次の視点であると考えている。一つは、行政手続上で行われる国家の情報行為それ自体は、国民の利便性の向上と行政運営の効率化の観点から、維持されるべきであるという点である。どういうことかと言うと、たとえば、個人番号制度自体を非難し、問題として捉えているわけではないということである。それゆえ、正当な行政目的の範囲のなかで行われる情報行為は、問題とは考えていない。もし、新たな権利が見つかった場合でも、正当な行政目的の範囲のなかで行われる国家の情報行為は、正当な行為として説明可能でなければならない。すなわち、正当な行政目的の範囲のなかで行われる国家の情報行為に対して、その正当化を認める余地のない、あるいは正当化を説明することが難しいよ

うな新たな権利は、選択しないということである。もう一つは、反対に、国家による情報行為が、行政手続に必要な国民の私生活上の自由にまで作用をもたらす場合には、その国家の情報行為は、国民に対して何かしらの制限をもたらすといえることが必要である。つまり、第一に、行政手続上、必要な国家の情報行為は、国民の新たな権利を制限したとしても、その制限を正当化し得る余地があることが必要である。第二に、しかし、国家の情報行為が、行政手続とは関わりのない国民の私生活上の自由にまで作用をもたらす場合には、それは新たな権利を制限し得るといえることが必要である。新たな権利を模索するうえでは、原則として、処分性及び侵害行為性に加え、こうした視点を重視して国家の情報行為に対抗し得る権利を絞り込むことにしたい。なお、説明の便宜上、第三の視点のことを「国家の情報行為と両立し、かつ、対抗し得る権利観」と表現することにする。

本章の構成を説明する。第一節は、第一に、処分性及び侵害行為性の性質について概観する。第二に、明文のない権利を補充的に保障し得る憲法 13 条の解釈をめぐる学説の権利観を確認する。第三に、自己イメージコントロール権説及び自己情報コントロール権説の内容を確認する。いずれの学説も一般的には、プライバシー権として主張、展開されている学説として知られているが、本稿の関心としては、それぞれの学説が自己決定権としての要素をどの程度考慮しているのか、という限られた視点から考察することにしたい。

第二節は、国家による情報行為に対抗し得る権利として有力であると筆者が考える、佐々木惣一の存在権の発見にいたる過程を確認する。佐々木説は、憲法 13 条の解釈論として独自のカテゴリを見出した存在権論が、国家による情報行為に対抗し得る権利として有力であると思われるからである。

第三節は、国家による情報行為に対抗し得る権利として、どの権利が適合的であるといえるのか、その候補を絞り込むための考察を行う。

第一節 新たな権利の模索

現状の問題点として、国家の情報行為が有しない二つの性質を概観する。この二つの性質を有しないことが、行政法学上、国家の情報行為の問題点を主題化することを困難にさせている主たる要因と思われるからである。

情報行為は、以下に見る二つの性質を有しない。第一は、原則として、処分性を有しない行為である。第二は、原則として、非侵害行為である。まずは、処分性の概念から概観しよう。処分性は、本来判例の解釈を通じた理解が不可欠な概念であるが、ここでは、立ち入った考察は行わず、処分性概念とその意義について概観する。

第一款 情報行為に必要な二つの性質

(1) 処分性概念とその意義

① 処分性概念

ある行政の行為が、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政事件訴訟法 3 条 2 項・3 項、行政不服審査法 1 条 2 項、行政手続法 2 条 1 項 2 号）に当たるか否かを判断するためには、その行政の行為に処分性があるか否かが問題となる。処分性を有する行政の行為は、抗告訴訟（行政事件訴訟法 3 条）の対象となる「行政処分」（以下「処分」という。）に当たる。反対に、処分性を有しない行政の行為に対する訴えは却下される³⁶⁴。

問題は、行政のどのような行為が、処分性を有するのかということである。処分性は、伝統的に「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」であるか否かの解釈の問題として扱われている問題である。処分性に関するリーディング・ケースとなった最高裁判所昭和 39 年 10 月 29 日判決³⁶⁵は、処分性を次のように定式化した³⁶⁶。「行政事件訴訟特例法 1 条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」³⁶⁷。

この定義にもとづいて解釈される処分性を判断するための指標は、第一は、行政庁の行為の公権力性である。第二は、国民の法律上の地位に直接影響を与えるものである³⁶⁸。第一の指標は、国民の意思に関わらず法令にもとづいて行われる権力的行為であることである。第二の指標は、国民の権利義務を直接形成する、又はその範囲を確定することが法律上認められているものである。

もう少し簡略化して述べれば、権力性をもって行われる行政庁の行為であり、かつ、一定の範囲の名宛人又は特定の名宛人に向けられた個別性を有する行為によって、国民の法的地位に直接変動を与える行為が、「処分」であると説明することができる。ある行政の行為が、国民に対して行

³⁶⁴ 塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』（有斐閣、2019年）103頁参照。

³⁶⁵ 最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁。

³⁶⁶ 旧法（行政事件訴訟特例法）の時代の判決であるが、現在の行政事件訴訟法でも妥当する処分性概念である。詳しくは、塩野・前掲注(364)104頁以下参照。

³⁶⁷ 前掲注(365)。

³⁶⁸ 櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）263頁～264頁。

われる場合、その行為に処分性が認められるかどうかということは、国民の権利保護ないし権利救済の観点から重要な意義をもっている。次にその点を確認しよう。

②処分性の意義

ある行政の行為が、たとえば行政手続法（処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることにより、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護のための事前手続に関する一般法）が定める不利益処分（行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分をいう。）に該当する場合には、原則として、意見陳述のための手続である聴聞、又は弁明の機会の付与が認められる（同法 13 条 1 項 1 号）。

聴聞は、行政庁が指名する職員が、不利益処分を行った処分庁と不利益処分の名宛人を招集して対面形式で主宰する³⁶⁹。また、行政庁は、不利益処分をする場合には、原則として、処分の名宛人に対し、同時に、当該不利益処分の理由を示さなければならない（同法 14 条 1 項）。これは、国民の権利利益の保護のための事前手続である。

他方で、処分が出された後に処分に不服がある者は、個別法に定めがある場合を除き（行政不服審査法 1 条 2 項）、同法の定めるところにより、行政庁に対し、審査請求をすることができる（同法 2 条）。これは、国民の権利利益の救済を図るための事後救済である。

このように行政活動で行われる国民に対する一定の行為が、処分に当たるのか当たらないのかということは、事前の権利保護及び事後の権利救済を申立てることができるか否かの分水嶺となる。それゆえ、行政活動において行われる行為に処分性を有するということ、すなわち、「処分」に当たるということは、国民の権利利益の保護及び権利利益の救済の観点から非常に重要な意義をもっている。

しかし問題は、国家による情報行為に処分性が認められない場合である。個人番号制度にもとづく個人情報の収集、利用等がそれに当たる。処

³⁶⁹ 聴聞手続では、不利益処分の対象とされている事案についてした調査の結果に係る調書や、不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧の求め（行政手続法 18 条）をはじめとする諸権利が法定されているが、詳しくは省略する（聴聞については、同法第二節 15 条以下を参照）。また、弁明の機会の付与方式は、弁明する側の不利益処分の名宛人が、弁明書の提出期限までに弁明を記載した弁明書を提出して行われる（弁明の機会の付与については、同法第三節 29 条以下を参照）。

分性の定義は、「権力性をもって行われる行政庁の行為であり、かつ、一定の範囲の名宛人または特定の名宛人に向けられた個別性を有する行為によって、国民の法的地位に直接変動を与えるもの」である。個人番号制度にもとづく個人情報の収集、利用等は、法令にもとづくものであり、かつ、その収集、利用等は、個人番号ごとに個別に行われる行為であるため、権力性及び個別性の要件は当てはまる。しかし、国民の法的地位に直接変動を与えるものという要件を説明するのは難しいと考えられている。そのため、個人番号制度のような国家による情報行為は、行政法学上、国民の法的地位に直接変動をもたらさない事実行為であると捉えられている。

(2)侵害行為性

個人番号制度は、国民に個人番号を付番し、それを行政手続における様々な分野で利用する制度である。個人番号の本人確認のための個人番号カードは、IC機能として公的認証機能が搭載され、その空き領域には民間におけるアプリケーションの搭載を可能にするなど戸籍制度や住民基本台帳制度と比べて取り扱われる事務やサービス提供の対象となる分野は限定されていない。しかも、あらゆる行政分野や行政分野以外において、その利用の可能性を考慮することが基本理念に定められているため、同制度の利用範囲はさらに拡がるのが想定される。こうした観点で見ると、個人番号制度は、国家による情報行為の活動範囲や国民の生活領域に対する影響が大きい情報行為であると思われる。

しかし、いかに国民の生活領域に対する影響が大きいとしても、国家の情報行為が、国民の自由や財産を侵害する行為であるといえない場合には、原則として、その行為は侵害性を有する行為とはいえない（以下「非侵害行為」という。）。他方で、国民の自由や財産を侵害する行為には、侵害性が認められ、法律の根拠が必要である（侵害留保説）³⁷⁰。それゆえ、個人番号制度にもとづく国家の情報行為に侵害性を見出せない限り、その情報行為の根拠に法律が必要であるとはいえないということになる。

個人番号制度は、国民の自由や財産を制限し得る侵害可能性のある行為であるということを、どのように説明することができるのかという課題がある。現状において、これを克服することができていない。そのため、個人番号制度にもとづく国家の情報行為は、非侵害行為として捉えられ

³⁷⁰ 塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕行政法総論』（有斐閣、2015年）83頁参照。

ている。これが、行政法学上、個人番号制度の問題点を主題化することが難しい一つの大きな要因となっている。

まとめると、国家の情報行為に必要な二つの性質は、次のとおりである。第一は、処分性であり、第二は、侵害行為性である。もっとも、処分性は、行政上の権利利益の保護ないし権利利益の救済制度を利用するための前提要件であり、新たな権利に必要な不可欠な要件というわけではない。しかし、侵害行為性については、国民の自由や財産を制限し得る侵害可能性のある行為といえることが不可欠な要件である。したがって、国家の情報行為によって生じ得る作用が、新たな権利との関係において、処分に当たることが望ましく、かつ、侵害行為に当たることが不可欠であるということになろう。

第二款 憲法 13 条をめぐる権利観の考察（総論的論点）

憲法 13 条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（一般に「幸福追求権」と呼ばれる。）は、権利の性質、内容、及び保護範囲の解釈をめぐる、二つの見解が対立している。もっとも、幸福追求権が包括的基本権としての性格をもつことについては対立はない³⁷¹。また、憲法 14 条以下の明文規定のない人権を保障し得ることについても、ほぼ異論はないといえる³⁷²。後で見ると、通説³⁷³は幸福追求権の性格は具体的権利であり、かつ憲法上の補充的保障を及ぼし得る包括的基本権であると理解しているだけに、幸福追求権の保護範囲に関する見解の相違が、問題点を顕著にさせている。幸福追求権の保護範囲が問題となる場面とは、争点となっているある利益ないし自由が、憲法 14 条以下の個別的基本権で保障されていないことが明らかになっている場面である。それゆえ、幸福追求権が焦点となるのである。

しかし、通説は、憲法 13 条の幸福追求権と個別的基本権は、前者が一般法、後者が特別法の関係にあると考えている（補充的保障説）³⁷⁴。そうすると、補充的権利保障たる幸福追求権の保護範囲に該当しないことは、も

³⁷¹ 高橋和之『人権総論の論点—シリーズ憲法の論点⑧』国立国会図書館調査及び立法考査局（2005年3月）9頁参照。

³⁷² 高橋・前掲注(371)10頁は、幸福追求権は人権の基本原則を定めた抽象的権利規定と解すべきとする。「すべての個人人権を包括し、かつ、それ以外の潜在的な人権をも包括した抽象的権利規定であり、個人人権の源泉、母体となる権利であるが、『一つの具体的権利』ではない」。

³⁷³ 芦部信喜『憲法学Ⅱ（人権総論）』（有斐閣、1994年1月）328頁以下参照。

³⁷⁴ 芦部・前掲注(373)344頁参照、樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂編『注釈日本国憲法（上巻）』（青林書院新社、1984年）〔佐藤幸治執筆〕274頁～275頁参照。

はや憲法上の保護はない³⁷⁵と考えられよう。それゆえ幸福追求権の保護範囲に関する学説の考え方が争われ、また問題とならざるを得ないのである。

憲法第三章には様々な基本的人権が列挙されているが、それはあくまで例示にとどまり、それ以外の人権も保障していると考えるのが今日の通説である³⁷⁶。

ただ、明文のない人権の根拠が「根なし草」³⁷⁷ではすぐに倒されてしまう。そこで学説では、その根拠を憲法で規定されている条文に依拠して、その条文を解釈すれば個別的基本権で保障される人権に相当するような新たな人権の保障の根拠になるのではないかと理解されるようになる³⁷⁸。その根拠の多くは、憲法 13 条の幸福追求権に求められている。もっとも憲法 13 条は、憲法施行後、少なくとも十数年間は、そこから具体的権利を抽出することの困難な、倫理的な意味を濃厚にもつ規定であると解する説が支配的であった³⁷⁹。

憲法 13 条を具体的な法的権利の保障規定と解釈した最初の説は、芦部信喜いわく佐々木惣一であるという³⁸⁰。すなわち、佐々木によれば、「基本的人権は、これにより保護せられる生活利益を標準として、人間としての存在を主張する権利、自由を主張する権利、國務を要求する権利、及び、國家の行動に參與する権利の四に大別せられ、第一のものを存在権、第二のものを自由権、第三のものを國務要求権、第四のものを參政権という」³⁸¹と説かれている。

佐々木が論じる自由権という場合の自由の意味は二様の場合に用いられる。すなわち、「人が、その意欲するところに隨て、いろいろの不特定の行動を爲すこと、を稱して、人が行動の自由を有す、といい、又、人が或特定の行動を、その意欲する所に隨て、爲すことを稱して、その行動の自由を有す、という。説明の便宜上、前者を一般的の自由といい、後者を個

³⁷⁵ 松本・前掲注(94)110 頁参照。

³⁷⁶ 芦部・前掲注(371)338 頁参照。

³⁷⁷ 「第 154 回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会会議録」第 3 号（2002 年 4 月 11 日）〔阪本昌成発言〕
(https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua/010715420020411003.htm) 2023 年 5 月確認。

³⁷⁸ 通説によれば、13 条は憲法に列挙されていない道徳的権利ないし理念的権利とも言うべき抽象的な利益が一定の段階に達したとき、それを憲法上保護される法的権利とみなす根拠となる具体的な裁判規範であると考えられる。芦部・前掲注(373)328 頁～329 頁参照。

³⁷⁹ 芦部・前掲注(373)329 頁参照。

³⁸⁰ 芦部・前掲注(373)334 頁参照。

³⁸¹ 佐々木惣一『日本國憲法論』（有斐閣、1949 年）393 頁。

別的の自由という」³⁸²。佐々木は、上述の自由を主張する権利には二様あり、個別的に規定されている自由と一般的な自由が憲法 13 条によって保障されることをすでに明らかにしていた。

これに対して、芦部の見解は、存在権、一般的自由権、国務要求権という性質の異なる複合的な権利を保障する条項と解する佐々木の解釈では、存在権ないし存在権の尊重を国に要求する国務要求権の具体的権利の意味、性格、内容および相互関係などが明確ではないことを理由に他説から批判³⁸³されることも免れがたいとして、佐藤の主張が妥当であるとする。他方で芦部は、佐々木が幸福追求権の法的権利性を認め、そこに新しい人権の憲法上の一般的な根拠があることを示唆した点で、その後の通説として固まってゆく包括的基本権条項説の萌芽となったことを評価しているのである³⁸⁴。

憲法 13 条後段の幸福追求権は、その理解の仕方をめぐり学説上二つの対立があることは周知のとおりである。第一の人格的利益説ないし人格的自律説（以下「人格的利益説」という。）が判例、通説とあってよいであろう。第二は、一般的行為自由説あるいは一般的自由説（以下「一般的行為自由説」という。）である。

本款では、憲法 13 条の解釈における総論的論点の一つとして、幸福追求権に対する二つの学説の見解について参照した後、各説からの批判を確認する。両説の争いの源泉は、総じてそこに依って立つ人間観の相違によって生じているといえる³⁸⁵。次に、新しい権利観として、憲法 13 条から「切り札」としての権利と公共の福祉にもとづく権利の二つの権利があることを説いた長谷部恭男の「切り札」としての人権論を参照することにした。

(1) 一般的行為自由説・人格的利益説

① 一般的行為自由説

一般的行為自由説の代表的論者は、阪本昌成と戸波江二であるが、ここでは、阪本の見解³⁸⁶をもって代表させる。阪本は、人権は、人間が理性的で道徳的で人格的であるから保障されるのではなく、人間の限られ

³⁸² 佐々木・前掲注(381)395頁～396頁。

³⁸³ 樋口他『注釈日本国憲法（上巻）』・前掲注(374)〔佐藤幸治執筆〕 269頁参照。

³⁸⁴ 芦部・前掲注(373)335頁参照。

³⁸⁵ 論争の当事者として阪本自身もそう述べている。阪本・前掲注(377)参照。

³⁸⁶ 阪本の見解については、前掲注(377)のなかの一般的行為自由説に関する発言をもとに再構成した。

た知性、その場その場で様々なことを実践してはじめて自分の行為の結果を習得していくものである。個人は、人間の限られた能力や限られた知性を使って、個々の場面において様々なことを実践すれば、自分にとって、何が結果になるかがわかる。それゆえ、他人の権利を侵害しない限り、自由というものは包括的に保障されていると考えるのが、一般的行為自由説である。

阪本によれば、憲法 13 条は、個々人がその望むところを自由に許され行動すれば、何か望ましいものが登場するのではないかという意味の個人主義を尊重しているという。個人主義とは、利己主義とは異なり、個々人の個別性を承認し、それを許し、個別性を社会の過程のなかで実験し、誤りは社会の過程のなかで流してはじめてわかるものであり、そういうことを許容する開放社会が、憲法 13 条の前提にある、と理解する。

阪本が説く、一般的行為自由説は、人間の能力は限られたものであるという認識が前提となり展開される。個人は、個人にとって何が善い生き方であるか、社会のなかで実践して掴んでいくために行動し、行動の結果を経験として学んでいくという存在であると考え。個人が、そのような試行錯誤を繰り返すためには社会は開放されている必要がある。それゆえ、人権は、個々人の行為の自由を保障するためのものだと考えるのである。

②人格的利益説

これに対して、人格的利益説の代表的論者は芦部信喜と佐藤幸治である。芦部は、人格的利益説が通説であり、自身も同説を妥当であると評価している³⁸⁷。したがって、ここでは、佐藤幸治の見解³⁸⁸をもって代表させる。

佐藤によれば、幸福追求権は、個人を人格的自律の存在としてあり続ける上で必要不可欠な権利、自由を包摂する包括的な主観的権利であると解する。この権利は、人格的自律性を基本的特性としながら、各種の権利、自由を包摂する包括性を備える意味で「基幹的な人格的自律権」としての性質をもつという。それは、人間の一人ひとりが、「自らの生

³⁸⁷ 芦部・前掲注(373)344頁参照。

³⁸⁸ 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、1995年）443頁以下参照。

の作者である」ことに本質的価値を認め、それに不可欠な権利、自由の保障を宣言したものであると理解する³⁸⁹。

佐藤説は、基幹的な人格的自律権の実現に必要なものが第三章の個別的な基本権によって完全にカバーされているとは考えない。そこで、保障が不十分である部分、つまり人格的生存に不可欠なものが、なお憲法 13 条によって保障されると解するのである。この憲法 13 条によって補充的に保障されるものを「狭義の人格的自律権」と呼んでいる³⁹⁰。

人格的利益説では、憲法 13 条前段の個人の尊重と後段の幸福追求権を一体的に把握する点に特徴がある。この学説は、前段の「すべて国民は、個人として尊重される」という個人の尊重原理を、後段の「立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」と一体化して、個人は国政のあらゆる場において最大限尊重されなければならないという要請を帰結せしめるという。これは、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であり、佐藤はそれを「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理であると理解する³⁹¹。

それゆえ、佐藤説が説く「個人の尊重」は、これまで一般に説かれてきたように³⁹²、「個人の尊厳」ないし「人間の尊厳」と同趣旨のものと解すべきことになる。そのためには、憲法 13 条前段の「個人」は、(…)単純に個人性ないし個性というような意味ではなく、「人格」概念との結びつきにおいて理解されるべきものになる³⁹³。

(2)各説の批判と新しい権利観（「切り札」としての人権論）

①各説の批判

人格的利益説から一般的行為自由説への批判としては、次に代表される指摘が提示されている。第一は、一般的行為自由説にも、殺人や麻薬の使用等も一応憲法の保障する「自由」に含まれるとする非限定説と、

³⁸⁹ 佐藤・前掲注(388)448 頁参照。

³⁹⁰ 佐藤・前掲注(388)448 頁参照。

³⁹¹ 佐藤・前掲注(388)444 頁参照。

³⁹² これまで一般的に説かれてきたとは、おそらく通説である宮沢俊義の次のような理解であろう。宮沢は、13 条の個人の尊重が、個人主義の原理ないし人間主義を表現したものと解している。だから宮沢説では、日本国憲法 13 条の個人主義と「(…)西ドイツ憲法 (1949 年) が、その人権宣言のはじめで、『人間の尊厳 (Würde des Menschen) は侵されない。これを尊重し、保護することは、すべての国家権力の義務である』 (一条) というのも、同じ趣旨である」ということになる。宮沢俊義『法律学全集 4』憲法 II〔新版〕(有斐閣、1971 年) 213 頁～214 頁。

³⁹³ 樋口他『注釈日本国憲法 (上巻)』・前掲注(374)〔佐藤幸治執筆〕257 頁参照。

「公共の福祉に反しない限り」あるいは「他者加害行為を除き」というように限定を付そうとする限定説があり、前者は、明らかに常識に反し、後者は、憲法が、基本的人権を保障するという趣旨と両立するののかという疑問をめぐり切れぬ（いわゆる“人権のインフレ化”の問題。また、「公共の福祉」や「他者加害」原理が「自由」の内実と限界の両面に働くことの意味も気になるところである）³⁹⁴という疑問が出されている。第二は、芦部説からの指摘であるが、一般的自由の内容（構成要件）がそれ自体では無制限であるとする批判である³⁹⁵。

これに対して、一般的行為自由説から人格的利益説への批判としては、次に代表される指摘が提示されている。第一は、人格的利益説は、自己決定権（幸福追求権）の範囲を人格的生存に不可欠なものと限定することによって、人権保障を狭める点に重大な欠陥がある。第二は、人格的利益とそれ以外のものとの区別が明確ではなく、何が憲法上保護される権利かの決定が極めて困難であり、それは「人権の定義による人権制限」という事態を生じさせる問題がある。第三は、芦部説が、喫煙の自由が憲法で保障される自由（自己決定権）に含まれるか否か、判例は明確ではないが、「一般国民に許されている自由が奪われるについては、実質的な合理的根拠がなければならない」³⁹⁶と説き、佐藤説が、「規制の目的・態様いかんによっては、確立された個別的人権の保障を全うさせるために政策的・手段的に該権利に付随した主観的利益として憲法上保護すべき場合がありうる」³⁹⁷と述べていることに関する指摘である。つまり、芦部説や佐藤説のいずれも憲法上保護された人権でない権利が、憲法上の保護を受けるとする論理が必ずしも明確ではない。また、この論理は、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ため、そのような論理は妥当ではない³⁹⁸という批判がある。

②新しい権利観（「切り札」としての人権論）

1) 「切り札」としての権利の意義

³⁹⁴ 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』（成文堂、2020年）198頁参照。

³⁹⁵ 芦部・前掲注(373)343頁参照。

³⁹⁶ 芦部・前掲注(373)405頁。

³⁹⁷ 佐藤・前掲注(394)198頁。

³⁹⁸ 以上の三点につき、戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158号（有斐閣、1993年11月）37頁～38頁参照。

人格的利益説が抱える保護範囲の一貫性の問題を解消させるともいうべき新たな見解が登場した。長谷部恭男の「切り札」としての人権論がそれである³⁹⁹。長谷部は、まず、人権の用法について説明する。

人権とは、「個人が生来、国家成立前の自然状態においても享有していたはずの権利という、人権本来の意義に即して言えば、個人の自律を根拠とする『切り札』としての権利のみを人権と呼ぶのがより適切」⁴⁰⁰であるという。

長谷部が説く「切り札」としての権利は、個人の人格の根源的な平等性を問題にする。すなわち、「『切り札』として機能することを認められる権利であるためには、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない。そのような権利がもしあるとすれば、個人の人格の根源的な平等性こそが、このような権利の核心」⁴⁰¹であるという。そして、「個人の自律にもとづく『切り札』としての権利は、個々人の具体的な行動の自由を直接に保障するよりはむしろ、特定の理由にもとづいて政府が行動すること自体を禁止する」⁴⁰²ことに「切り札」としての権利の意義がある。

2)公共の福祉にもとづく権利の意義

長谷部説は、憲法13条の前段と後段は、それぞれ異なる権利について定めを置いたものと捉え⁴⁰³、前段を「切り札」としての権利、後段を公共の福祉にもとづく権利と解する⁴⁰⁴。そのうえで、憲法13条後段の「『立法その他の国政』は司法をも含むが、『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』は、個人の自律を保障するための人権ではなく、いわゆる一般的な行動の自由を指している」⁴⁰⁵と説く。そして、「憲法がこのような一般的な自由を特に国民に対して認めた目的は、憲法上の権利について広くあてはまるように、国家権力の活動

³⁹⁹ 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）63頁以下。

⁴⁰⁰ 長谷部・前掲注(399)80頁。

⁴⁰¹ 長谷部・前掲注(399)79頁。

⁴⁰² 長谷部・前掲注(399)79頁。

⁴⁰³ 長谷部・前掲注(399)87頁参照。

⁴⁰⁴ 長谷部・前掲注(399)80頁参照。

⁴⁰⁵ 長谷部・前掲注(399)86頁。

範囲を公共の福祉と適合する範囲内に抑えることにありと解される。憲法は国家権力が公共の福祉の許す範囲内でのみ行われるよう、国民に対して一般的自由を与え、国家権力の側にこの自由の制約を正当化すべき責任を課したもの⁴⁰⁶と考えるのである。

長谷部によれば、公共の福祉による正当化の実質的理由は、国家の専門的・技術的知識の存在か、あるいは、調整問題及び囚人のジレンマ状況を解決し得る国家の能力という実質的理由だけである。したがって、国家権力の正当性は、これら実質的理由の妥当性によって内在的に限界づけられるということになる⁴⁰⁷。

そして、個人の自律を根拠とする人権は、公共の福祉にもとづく国法の権威をくつがえす「切り札」として機能する⁴⁰⁸。プライバシーの権利など、個人の自律の核心に関わる権利は、13条後段ではなく、13条前段によって保障されていると考えることになる。さらに、13条前段は、個人の自律を保障する「切り札」としての権利の存在を一般的に宣言した原則的条文として受け取るべきであると説く。他方、13条後段は、国家権力が公共の福祉に適う範囲内においてのみ行使されるべきことを一般的に定めた規定として理解することになる⁴⁰⁹。

③若干の考察

一般的行為自由説を唱える阪本は、憲法13条後段の「公共の福祉」について、人権を制限する際に国家を制限するルールであると考え⁴¹⁰。

具体的には、公共の福祉の「『公共』」とは、『無作為抽出したさいの、どの個人にとっても』との意味であり、『福祉』とは、『利益を追求するにあたっての普遍的条件』をいい、『公共の福祉』とは、だれの基本的人権であれ、基本的人権の行使によって生ずるであろう矛盾・衝突を調整するために国家が強制力を用いる場合、その根拠となる法令に普遍的原理が組み入れられていること⁴¹¹を意味している。このような阪本説は、憲法13条の個人が、予め公共の福祉による制約を負担していない人格として捉えられている。しかし通説は「〈私〉人の自由には

⁴⁰⁶ 長谷部・前掲注(399)86頁～87頁。

⁴⁰⁷ 長谷部・前掲注(399)87頁～88頁参照。

⁴⁰⁸ 長谷部・前掲注(399)88頁参照。

⁴⁰⁹ 長谷部・前掲注(399)87頁参照。

⁴¹⁰ 阪本・前掲注(377)〔阪本昌成発言〕参照。

⁴¹¹ 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）168頁。

予め公共的な観点からの制約が内在している、と考えるのであり、宮沢俊義以来、むしろこれが通説的見解⁴¹²」である⁴¹³。

阪本説で説明される一般的行為自由説は、人権対人権を調整するための制約の負担をもたない個人が、憲法 13 条によって前提とされる開放社会を個々人の思い思いに生きるという、一般的行動の自由を基礎にした理論で組み立てられているといえよう。

それに対して、人格的利益説では、倫理的、道徳的な人格をもった存在として人格的自律に不可欠な権利、自由が憲法 13 条によって保障されるという「人格」概念による一定の制約法理を内在させている。それは、個々人が、良き社会生活をおくるための共通の前提条件でもある。

しかし、すでに批判されているとおり、人格的利益説は、「自らの生の作者である」という本質的価値を認める一方で、良き社会への配慮にも力点をおいているために、幸福追求権の保護範囲の論理に一貫性が欠けている。また、「人格」という本来的に普遍的な法概念に倫理的、道徳的人格概念を組み入れ、強調し過ぎている点が懸念される。すなわち、公共の福祉論によって、立法者に人権制約の正当化の契機を容易に与えるのではないかという懸念である。

佐藤は、公共の福祉について「基本的人権の一般的制約の根拠となるものであるが、(…)それ自体として基本的人権制約の正当化事由になる、というものではない。正当化事由は、各基本的人権の性質に応じて具体的に引き出さなければならない」⁴¹⁴と説明する。

しかし、この論理では、自傷行為など本人のための自己危害防止などを目的とする制約は、公共の福祉の内在的制約説、外在的制約説では説明し難い。そこで、「人格的自律（自己決定権）を権利として広くかつ独自のものとして捉えた場合、このような権利に対する制約（『自己危害』に対する制約）は一切認められないかが現実的問題として浮上する」⁴¹⁵が、「人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する場合に

⁴¹² 通説は、人権の保障に対する規制を根拠づけるものは何であるかという問いに対し、「それは、つねに他人の人権との関係においてでなくてはならない。人間の社会で、ある人の人権に対して規制を要求する権利のあるものとしては、他の人の人権以外には、あり得ないからである。(…)ある個人の人権の主張は、多くの場合において、他人の人権と多かれ少なかれ矛盾し、衝突する。社会生活が維持されるためには、こうした矛盾・衝突を調整することが必要である」からである。宮沢俊義・前掲注(392)229頁～230頁。

⁴¹³ 石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学 12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）195頁。

⁴¹⁴ 佐藤・前掲注(394)152頁。

⁴¹⁵ 佐藤・前掲注(394)154頁。

は、例外的に介入する可能性を否定し切れない⁴¹⁶という。そして、このような制約を、「第三の範疇として『限定されたパターンリスティックな制約』として位置づけるべきもの⁴¹⁷であると述べている。

佐藤が、公共の福祉論における限定されたパターンリスティックによる人権制約を第三の範疇として承認し、また、それ以外の範疇もあり得るとするなら、「人権制約の正当化事由を個別具体的に探求していくという態度を保持しようとする限り、人権制約事由は限定の方向性よりもむしろ拡大の方向性を示すことになるように思われる⁴¹⁸という指摘は、正当なものであろう。もし、憲法 13 条の幸福追求権の保護範囲の解釈を人格的利益説に依拠するのであれば、宮沢が説いたように、人権制約の法理としての公共の福祉概念をいかに極小化して位置づけるかが重要となるであろう。

長谷部説では、「切り札」としての権利に当たらない利益ないし自由であっても「国家は公共の福祉に従ってのみ正当に行動しうるのであり、そのような妥当な根拠なしに個人の行動の自由を束縛することは、個人の人権の侵害である以前に、国家権力の内在的制約を逸脱している⁴¹⁹ことになり、憲法 13 条後段に反すると解される⁴²⁰。

長谷部説の「切り札」としての人権論の理論が優れている点は、次の諸点に代表されるといえる。第一に、国民の一般的な自由を制約する根拠の正当化を国家に義務づけることによって、消極的に一般的な自由が国民に認められていることを提示した点である。第二に、個人の自律を根拠とする人権の保障を公権力による制約をくつがえす「切り札」としての権利として位置づけた点である。第三に、人格的利益説が抱える論理一貫性問題を解消する議論を提示した点である。

前章で確認したドイツ基本法 2 条 1 項では、一般的行為自由が保障されている。この保護領域に対する制限は、対をなす三個の制限以外は、基本権保護領域の射程におさめられる。したがって、森で乗馬をする自由などは、それ自体を基本権と説明する必要はない⁴²¹。基本法 2 条 1 項

⁴¹⁶ 佐藤・前掲注(394)154 頁。

⁴¹⁷ 佐藤・前掲注(394)154 頁。

⁴¹⁸ 松本和彦「公共の福祉概念」日本公法学会編『公法研究』67 号（日本公法学会、2005 年）137 頁。

⁴¹⁹ 長谷部・前掲注(399)76 頁。

⁴²⁰ 松本・前掲注(94)111 頁は、長谷部説の公共の福祉にもとづく権利は、「一般的行為の自由は人権ではなく、ただ公共の福祉という国家権力の限界の反面にすぎない」という見解であるとの見方を示している。

⁴²¹ 戸波・前掲注（152）352 頁参照。

によって保護される行為であると説明することができる。そのため、森で乗馬をする自由が、基本権として「ふさわしい」かどうかという議論の意味は軽減される⁴²²のである。

既述のとおり、一般的行為自由が承認された意義は、公権力による介入行為からの一般的な自由を確保し、それを侵害する行為に対し、憲法異議を提起する根拠を与えたことである。すなわち、公権力からの介入行為に対し、公権力に正当化を義務づけ、違法な行為を排除することに重要な意義がある。

一般的行為自由について、ドイツの理論と長谷部説の理論に従えば、総じて一般的行為自由を認める意義は、国家行為の正当化を要求し、合理的理由のない国家の制限行為を排除しようとする点に認められる。したがって、一般的行為自由を認めることは、人権を承認することを意味しない。それゆえ、“人権のインフレ化”を憂慮する必要もない⁴²³という結論に帰するのである。

第三款 憲法 13 条をめぐる権利観の考察（各論的論点）

本款では、憲法 13 条をめぐる各論的論点を取り上げる。具体的には、棟居説の「自己イメージコントロール権」説と、佐藤説の「自己情報コントロール権」説の二説である。両説とも、一般的には、プライバシー権として主張、展開されている学説としてよく知られている。しかし、本章は、新たな権利の考察のための視点を得ることがひとまずの目的であるため、特に自己決定の要素がそれぞれの学説でどのように提唱されているかという限られた視点から各学説を考察することにする。

なお、このような趣旨から、手続的側面を考慮した見解や個人情報保護法などの個別法の考察は、原則として扱わないこととし、考察に必要な限りで言及することにしたい。

(1)自己イメージコントロール権説

①自己イメージコントロール権説の意義

棟居快行は、現代の情報化社会に適合するプライバシー権として、「自己イメージコントロール権」説を提唱する⁴²⁴。棟居説で理解されるプラ

⁴²² 戸波・前掲注（152）352頁参照。

⁴²³ 同様の見解を示すものとして、松本・前掲注(94)112頁以下参照。

⁴²⁴ 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社、2020年）47頁以下参照。

イバシー権は次のとおりである。すなわち、「常にそのときどきの個人の人格の自由な発展（個人の人格的自律）の基礎条件が、『プライバシー権』の名で呼ばれる」⁴²⁵権利とされる。

棟居は、プライバシー権が個人の人格的自律の基礎条件は時代の関数であり、それゆえに、「プライバシー権」の内実もたえざる変化を宿命づけられているものであり、（…）それ自体として生成・展開するというよりは、個人を取り巻く時代や社会構造の変化に個人が適合するための受動的な条件であることにより、プライバシー権は新しい時代や社会構造を反映しているという⁴²⁶。自己イメージコントロール権は、彼の定義によれば、「人間が自由に形成し得るところの社会関係の多様性に応じて、多様な自己イメージを使い分ける自由」⁴²⁷である。

棟居説が示すプライバシー権の問題意識には、情報化社会における技術の進展がある。棟居は、新しい技術の開発や進展により、個人情報を大量に集積する権能を有する組織が当該情報を本人の同意なく収集し、あるいは分析・加工し、さらには収集目的を超えて利用し、第三者に提供する、といった事態が技術的に可能となったことが背景とされている⁴²⁸。

こうした技術の進展によって、問題は深刻になる。とりわけ、インターネット時代において「個人の断片化された情報（個人データ）が、個人との結びつき（タグ）を維持したまま、どこまでも情報化社会を浮遊する」⁴²⁹ようになったからである。

ただ、棟居は、目的や文脈に縛られた「利害関係人」らが、詳しすぎる個人情報を集積することが問題であるとは考えていない。むしろ問題は、「これらが名寄せされて単一の個人ファイルに移植され、それを見る者の潜在的な範囲とスタンスが、もはや一部の正当な『利害関係人』だけに限定されなくなってしまうことによって、個人の人格的自律にゆゆしき問題が発生する」⁴³⁰と考えるのである。

自己イメージコントロール権説は、個人の自律的生き方を確保するために「複数の社会関係ごとの個人の表出の有り様は本人の自己イメージ

⁴²⁵ 棟居・前掲注(424)47頁。

⁴²⁶ 棟居・前掲注(424)48頁参照。

⁴²⁷ 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）192頁。

⁴²⁸ 棟居・前掲注(424)58頁参照。

⁴²⁹ 棟居・前掲注(424)59頁。

⁴³⁰ 棟居・前掲注(424)59頁。

のコントロールの自由に属し、それは本人が社会関係を自由に形成・発展させてゆくための手段として百パーセント個人に留保されるべき⁴³¹と主張する。

その反面、「本人の同意を得ずに他者が社会関係の区別を乗り越えることそれ自体（公権力による『名寄せ』はこれに相当する）、およびその結果得られた複数の『自己イメージ（個人像）』を突き合わせることで、『矛盾』を指摘すること（メディアを含む私人によるプライバシー暴露と人格非難はこれに属する）は、いずれもプライバシー侵害と評価される⁴³²ことになる。

棟居説が前提とする個人とは、「親密な家族や友人関係、さらには職場関係、職場を超えた同業の関係、政治や社会活動の関係など、一定の制度化の下に置かれた社会関係において、それぞれに人格を自由に発展させるために戦略的に振る舞う⁴³³個人である。そして「多元的社会において人格的自律を意図する個人は、もはや一元的な社会関係の中で固定的な役割さらには人格までも与えられていた時代における個人とは異なり、ナイーヴな存在ではあり得ない⁴³⁴として捉えられている。

②若干の考察

棟居プライバシー権論は、プライバシー権が本来果たすべき機能として、プライバシー権によって個人の社会関係性が自ずと保護され回復されるかという点に重点を置く。たとえば、個人の社会関係性を定型的に脅かすような公権力やメディアによる干渉行為を類型化し、それに対抗しうる法的権利に「プライバシー権」という呼称を与えれば、そのように定義されたところのプライバシー権のおかげで、個人は自由に社会関係を形成し、妨げられることなく己れの社会関係性を発揮しうると考える⁴³⁵。そして、この権利に「プライバシー権」という呼称を与えるのである。

けれども、ここで用いられている「プライバシー権」という言葉と、同説が示すプライバシー権の果たす機能との間に少なからぬ差があると思われる。

⁴³¹ 棟居・前掲注(424)65頁

⁴³² 棟居・前掲注(424)65頁。

⁴³³ 棟居・前掲注(424)65頁。

⁴³⁴ 棟居・前掲注(424)65頁。

⁴³⁵ 棟居・前掲注(424)53頁参照。

棟居説は、前述したように多元的社会関係において情報化社会を生きる人格的自律を意図する個人像が描かれている。積極的に社会活動に出て多元的に社会に参加するような個人像が前提とされているのである。

この点、従来、私事を公開されないことだけに関心を置き、「これまで個人情報と呼んで外部からのアクセスを拒むことだけ」⁴³⁶を望んできた従来のプライバシー権が前提としていた個人のイメージを大きく変容させるものであろう。

自己イメージコントロール権は、社会関係の多様性に応じて、多様な自己イメージを使い分ける自由を保障する。それが個人の人格の自由な発展（人格的自律）の基礎条件であり、「プライバシー権」であると説かれている。このプライバシー権を侵害する場面の具体例としては、公権力による「名寄せ」やその結果得られた複数の自己イメージ像（個人像）を付き合わせることによって、その「矛盾」を指摘することがプライバシー権の侵害に当たるといふ。

しかし、矛盾を指摘することに起因する違法行為を構成する場面として考えられるのは、プライバシー侵害の場面（メディアを含む私人によるプライバシーの暴露）もあれば、社会的名誉を毀損する行為など、名誉侵害の場面もあり得るであろう。その意味で、プライバシー権と名誉権は密接な関わりをもち、また、自己決定権とも関連性を持ち始めているとも考えられよう。

既述のように、棟居説は、プライバシー権の考え方を大きく変容させる。また、「多様な社会関係のなかで、それぞれ自分の役柄を積極的に造形する自己決定権の一環として、政府が保有する個人情報についても、それが自らの役柄に反する情報である場合には、積極的に訂正・利用・停止を求める権利を、〈私〉人は有しているはずである。これは、プライバシーの方から消極的に情報プライバシーとして定義するよりも、自己決定権の一環として、憲法 13 条の幸福追求権に基づく、情報自己決定権として再定義した方が、実態に適合している」⁴³⁷という見方もあり得る。

自己イメージコントロール権は、自己イメージを使い分けることによって、多元的社会関係において様々な役柄を演じる自由を保障する。こ

⁴³⁶ 石川健治「人権と権利——人権の観念をめぐるエチュード」ジュリスト 1244 号（有斐閣、2003 年）30 頁。

⁴³⁷ 石川・前掲注(413)201 頁。

の場合の自己決定の要素は、自己イメージの使い分けに関する自己決定の自由である。すなわち、本人の同意を得ずに他者が社会関係の区別を乗り越えることそれ自体、及びその結果得られた複数の自己イメージ（個人像）を付き合わせることによって「矛盾」を指摘されないこと、それが棟居プライバシー権によって保障される保護法益であろう。そして、この権利は、自己決定権としての要素を内在的にもっていると考えられる。なぜなら、自己イメージを使い分ける自由には、積極的に自己イメージを演出し、自己イメージを使い分ける自由、及び、そうして演出された自己イメージの矛盾を他者から指摘されることからの保護の両方が含まれている。前者は自己決定権的法益であり、後者は防御権的法益であると考えられる。

自己イメージコントロール権は、現代の情報化社会において積極的に活動する個人にとっては自己の多様な役柄のイメージを使い分ける自由は必要であるかもしれない。しかし、必ずしもそうでない個人にとってこのプライバシー権が妥当するののかという点については課題があるように思われる。つまり、「いかに（家庭内も含めて）劇場化しかつ多元化した社会において、社会的ペルソナを演じ分けていても、1個の実在として仮面を脱ぐ場所が必要になるはず」⁴³⁸であり、自己が安心して自分に戻れる場所が必要ではないかと思われるからである。その領域を保護することがすべての個人にとって人格的自律を確保するための不可欠な領域であるはずであり、その私的な領域を保護することが、プライバシー権が本来担うべき主題ではないかと思われる⁴³⁹。

(2)自己情報コントロール権説

①自己情報コントロール権の意義

次に参照するのは、佐藤幸治が提唱した「自己情報コントロール権」説である⁴⁴⁰。佐藤は、種谷春洋に依拠してプライバシーの権利を、憲法13条の「幸福追求権の一部をなす人格的価値そのものにまつわる権利」⁴⁴¹として捉える。

⁴³⁸ 石川・前掲注(436)30頁（註29）。

⁴³⁹ 石川・前掲注(436)30頁（註29）は、棟居プライバシー権論で問題となっているのは、「現代における公・私のboundaryの移動であり、本来私的領域に属するものが公共の劇場にせり出してきた局面を、自己イメージを使い分ける権利として定式化されたのではないか、と考えられる」と述べている。

⁴⁴⁰ 佐藤・前掲注(394)193頁以下参照。

⁴⁴¹ 佐藤・前掲注(394)203頁。

佐藤が説く、「自己情報コントロール権」の定義は次のとおりである。

この権利は、「個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を『どの範囲で開示し利用させるか』を決める権利」⁴⁴²である。このような権利は、(…)幸福追求権の一部を構成するにふさわしいといえたとともに、情報収集技術・情報処理技術の驚異的進展に対処しなければならないという切迫した必要に応えようとするもの」⁴⁴³だという。

自己情報コントロール権の定義については、いくつかの要素で絞りがかけられている点に留意が必要であろう。

まず、自己情報コントロール権によって保障され得る自己情報を保全する目的が、道徳的自律の存在にある点である〔道徳的自律の存在〕。佐藤は、なぜ人は自己情報を実効的にコントロールしなければならないのかという問いに対して次のように答えている。「個人が自律的存在として人格的統一を図る上で必要な道徳的・良心的決定過程を保全するために不可欠なものであるから」⁴⁴⁴という。佐藤がそう考えるのは自己情報をコントロールできなければ、自律的存在性が危機に晒されることになるという理由にもとづく。すなわち、「人は誰でも完全ではない。人を愛したり、憎んだり、信じたり、迷ったり、等々様々な思いをもつ。しかし、人の人たるゆえんは、そうした様々な思い——善きものも、悪しきものも——の葛藤の中で、悪しきものを克服しながら、善きものに向けて努力し、彼(彼女)ならではの統一性をもった自律的存在として生を全うしようとするところにある。それなのに、日々のそういう努力の過程が他者によってのぞきみられ、あるいはその過程の断片が全体の脈絡抜きに探られ、流布せしめられるとき、自律的存在性が危機にさらされる」⁴⁴⁵からであるという。

次に、その個人が自ら善であると判断した目的を追求するために他者とコミュニケーションをしようとするところである〔善良なる目的追求〕。

第三に、他者とコミュニケーションするために開示、利用させる情報は、自己の存在にかかわる情報に限定される〔情報の限定性〕。そのため、自己の存在にかかわらない情報は、原則として自己情報コントロール権

⁴⁴² 佐藤・前掲注(394)203頁。

⁴⁴³ 佐藤・前掲注(394)203頁。

⁴⁴⁴ 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）485頁。

⁴⁴⁵ 佐藤・前掲注(444)486頁。

行使の対象外である。そして、この説が対象とするプライバシーの権利は、「情報プライバシー権」⁴⁴⁶の意味に限定されていることである⁴⁴⁷。自己情報コントロール権説は、権利の対象となる情報を「プライバシー固有情報」⁴⁴⁸と、「プライバシー外延情報」⁴⁴⁹とに区別する。プライバシー固有情報は、その人の道徳的自律の基本にかかわる情報を指す⁴⁵⁰。

その具体例は、個人の心身の基本に関する情報（センシティブ情報）である、思想・信条・精神・身体に関する基本情報、重大な社会的差別の原因となる情報⁴⁵¹が挙げられている⁴⁵²。他方で、プライバシー外延情報は、個人の道徳的自律の基本に直接に深くかかわらない外的生活事項に関する個別的情報を指す⁴⁵³。

プライバシー固有情報に関しては、公権力が本人の意に反して接触を強要し、固有情報を取得し、あるいは利用ないし対外的に開示することは、原則として禁止される⁴⁵⁴。これに対して、プライバシー外延情報については、正当な政府目的のために適正に取得・保有・利用されても、直ちにはプライバシーの権利を侵害することにはならないとみられていた⁴⁵⁵。

「みられていた」という表現は、外延情報が個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼす場面についての佐藤の捉え方の変遷を示している。『現代国家と人権』（2008）では、プライバシー外延情報を公権力が正当な政府目的のために、正当な方法を通じて収集・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利の侵害とはならないが、しかし、このような外延情報も悪用されまたは集積利用されるとき、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利侵害の問題が生ずる」

⁴⁴⁶ 佐藤・前掲注(394)203頁～204頁

⁴⁴⁷ 佐藤・前掲注(394)203頁～204頁参照。

⁴⁴⁸ 佐藤・前掲注(394)204頁。

⁴⁴⁹ 佐藤・前掲注(394)206頁。

⁴⁵⁰ 佐藤・前掲注(394)204頁参照。

⁴⁵¹ 佐藤・前掲注(394)204頁（註21）参照。

⁴⁵² もっとも、一定のセンシティブ情報は、すでに個人情報保護法上「要配慮個人情報」として定義され、その扱いに特に配慮を要するものとして規定されている（個人情報保護法2条3項）。

⁴⁵³ 佐藤・前掲注(394)206頁参照。

⁴⁵⁴ 佐藤・前掲注(394)204頁参照。

⁴⁵⁵ 佐藤・前掲注(394)206頁参照。

⁴⁵⁶と書かれており、「悪用」または「集積利用」の場合に問題となり得ることが書かれていた。

しかし、『日本国憲法論』（2011）⁴⁵⁷では、プライバシー外延情報を「正当な政府目的のために、適正な方法を通じて取得・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利を侵害したとはいえない」⁴⁵⁸が、「このような外的情報も個人の知らないままに集積され、オンラインで結ばれたりして様々な利用対象とされるとき、個人の道徳的自律の存在を脅かす可能性が生じる」⁴⁵⁹と書かれており、2008年の記述の内容から「悪用」が削除される一方、「個人の知らないままに」及び「オンライン結合等」による利用の対象とされる場合」という文言が追加されている。

さらに、近時の『日本国憲法論』（2020）⁴⁶⁰の説明では、「外延情報も個人の知らないままに大量に集積され、広汎に利用することが可能になるとすれば、個人の道徳的自律性を脅かすことは容易に想像できる」⁴⁶¹と書かれており、「大量の」要件、及び「広汎」の要件が追加されている。

②若干の考察

1)自己情報コントロール権説と批判説

自己情報コントロール権説は、情報化社会の到来を見据えて、プライバシーの権利から佐藤がいう「人格的自律権」すなわち「自己決定権」と、古典的プライバシー権（ひとりで放っておいてもらう権利ないし静穏のプライバシー権）を控除し、私事の自己情報をプライバシー権の対象として情報コンセプトで定式化した学説であり、通説的見解である。自己情報コントロール権の対象とされる情報は、プライバシー固有情報とプライバシー外延情報とに分けられる。

佐藤は、立法による法制度構築の際に重要な視点として、人格的自律の核にかかわる「固有情報」と、そうでない「外延情報」との区別の

⁴⁵⁶ 佐藤・前掲注(444)490頁参照。

⁴⁵⁷ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）。

⁴⁵⁸ 佐藤・前掲注(457)184頁。

⁴⁵⁹ 佐藤・前掲注(457)184頁。

⁴⁶⁰ 佐藤・前掲注(394)。

⁴⁶¹ 佐藤・前掲注(394)206頁。

必要性を指摘していた⁴⁶²。それは、「政府の活動や国民の社会・経済生活にとって個人情報が必要であることとの調和を図ろうとする趣旨」⁴⁶³であったようである。

佐藤説のいうプライバシー固有情報やプライバシー外延情報に相当する情報は、現行個人情報保護法において情報のセンシティブ性に応じた取扱いが法定されており、同説が主張していた情報の区別の必要性という考え方は立法において反映されていると考えられる。また、同法には、個人情報の開示請求権（個人情報保護法 76 条）、訂正請求権（同法 90 条）、利用停止請求権（同法 98 条）などの具体的請求権が法定されており、同説のいうプライバシー固有情報の原則的決定権に代わる一定の本人関与の機能が反映されていると考えることができる。

もっとも、すでに確認したように外延情報については、情報処理技術の驚異的進展に対処しなければならないという切迫した必要に応えようとするためには、道徳的自律の存在への影響を及ぼす可能性を悪用されまたは集積利用される場合に限定しては十分ではないとの考慮による記述の変遷がみられる⁴⁶⁴。

だが、「個人の知らないままに」集積、利用されるという、主観的な要件を設けることについては疑問である。つまり、個人が認識できるとしても、あるいは認識できたとしても、個人の情報を大量かつ広汎に集積、利用されることが、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼさないとはいえずとも言い切れないのではないかということである。たとえば、本人が、自己の情報を集積、利用され得ることを承知したうえでインターネットを利用したとしても、情報の受領者が、本人が想定し得ない利用の方法等、たとえば、プロファイリング分析をするなど、個人の道徳的自律の存在への影響が生じ得る場合があるであろう。したがって、集積、利用の要件に個人の認識可能性を加味させること、すなわち、「個人の知らないままに」という主観的要件は、本人の認識可能

⁴⁶² 佐藤幸治＝土井真一（聞き手）「憲法 13 条と人格的自律権の展望」辻村みよ子編『憲法研究』4 号（信山社、2019 年 5 月）〔佐藤幸治発言〕28 頁参照。

⁴⁶³ 佐藤・前掲注(462)〔佐藤幸治発言〕28 頁。

⁴⁶⁴ 佐藤も自身の予想をはるかに越えるスピードで“ビックデータ社会”に突入していることを背景に、佐藤のいう外延情報が、「収集され高速で分析され、人間性（像）を予測的に描き出す情報が求めに応じて流通し、社会における人の生のあり方をいわば“外から”規定・抑圧しかねない事態さえ生じていることを、とりわけ山本龍彦さんの研究を通じて教えられてきました」と述べている。佐藤・前掲注(462)〔佐藤幸治発言〕28 頁。

性の有無の判断の困難性も含め、必要不可欠な要件ではないと思われる。

また、佐藤説には、有力な批判的見解がある⁴⁶⁵。それは、同意ないし自己決定要素が、同説では相対的なものとして捉えているのではないかという指摘である⁴⁶⁶。曾我部は、「プライバシーの権利とは、プライバシーを絶対視し、やみくもに自己情報をコントロールしようとするのではなく、人が社会にあつてなお自律的存在として生きるうえで通常必要と思われる種類・範囲の自己情報を一般に可能と思われる方法を通じて実効的にコントロールできるようにしようというもの」⁴⁶⁷と佐藤が述べている点を捉えて「自己情報コントロール権をもともと、かなり相対的なものとして捉えているように見える」⁴⁶⁸という。そして、同説の同意ないし自己決定要素はそれ自体が重要というわけではなく、あくまで手段的なものと理解され、同意以外の方法で個人情報の不当な取扱い等を防止できるのであれば、それはそれで構わないということになるのではないか、という指摘があり⁴⁶⁹、同意ないし自己決定要素の重要性に対する佐藤の見解について疑問が出されている。

もともと、自己情報コントロール権説の狙いは、プライバシーの保護と他者による情報の利用のバランスを図るべく、原則収集が禁止されるプライバシー固有情報と、原則収集が禁止されないプライバシー外延情報とに区別し、固有情報、外延情報のそれぞれに原則と例外が設定されており、同説が考える同意ないし自己決定の貫徹性が相対的なものとして捉えているのではないかという指摘は、たしかに否定し難いものがある。

2)自己情報コントロール権説の再構成の可能性と課題

佐藤は、個人が道徳的自律の存在であるために、自己情報コントロール権によって個人の道徳的自律の存在にかかわる情報を、他者にどの範囲で開示し利用させるかを定める決定権としての性質をもつ権利を説いた。しかし、自己情報コントロール権説が、本來說いていた決定

⁴⁶⁵ たとえば、曾我部真裕「自己情報コントロール権は基本権か?」辻村みよ子編『憲法研究』3号(信山社、2018年11月)71頁以下参照。

⁴⁶⁶ 曾我部・前掲注(465)75頁参照。

⁴⁶⁷ 佐藤・前掲注(444)485頁。

⁴⁶⁸ 曾我部・前掲注(465)75頁。

⁴⁶⁹ 曾我部・前掲注(465)75頁参照。

権としての意義を憲法 13 条の幸福追求権の一部をなす人格的価値そのものに見出すのであれば、人格的自律権、すなわち、自己決定権をプライバシー権から控除せずに、あるいは情報自己決定権として積極的に定式化したほうが、自己情報コントロール権が有する決定権としての意義は深まるように思われる。その場合、権利の性質がプライバシー権として維持し得るのか、あるいは自己決定権として再構成し得るのか、なお検討を必要とするであろう。

自己情報コントロール権説は、少なくとも次の諸点に課題があると考えられる。一つは、同説では法律上の根拠が必ずしも要求されていない点が挙げられる。同説は、公権力が本人の意に反して接触を強要し、固有情報を取得し、あるいは利用ないし対外的に開示することを原則禁止とする。しかし一方で、例外的に認められる場合については、触れられていない。したがって、同権利を制限するにあたり、法律上の根拠を必ずしも要求されていない⁴⁷⁰と解されることが課題である。

もう一つは、侵害を観念するのは、どのタイミングなのかという問題である。固有情報においては、おそらくは取得の段階、あるいは利用の段階ないし対外的な開示の段階であろうが、外延情報については、固有情報と同様に考えているのか、という点である。前述したように、外延情報が、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼすとしてプライバシーが侵害され得る場合についての言明がない。したがって、外延情報について、侵害をどのような契機に見出せるのかという点が、現状明確ではない。

自己情報コントロール権は、プライバシー権としての性格として、本来の自由権としての性格のほかに、請求権としての性格をも有する点に大きな特色がある。ただし、自己情報の閲覧、訂正等の請求権は、原則として、法令の根拠があってはじめて具体的権利となるものであるから、法令の根拠もなく憲法 13 条に基づいて当然に認められるわけではない⁴⁷¹。その意味で自己情報コントロール権は、具体的権利としての自由権の性格と抽象的権利としての請求権の性格を有する複合的権利で構成されていると考えられるのだが、2020 年発行の『日本国憲法論』による説明では、外延情報が侵害され得る場面についての記述の

⁴⁷⁰ 小山・前掲注(235)123 頁参照。

⁴⁷¹ 芦部信喜「包括的基本権 (5) [憲法講義ノート(第 39 回)]」法学教室 132 号 (1991 年) 70 頁参照。

曖昧さが存置されており、自己情報コントロール権説は変更されたのかという点が気にかかる。

佐藤説は、固有情報、外延情報のそれぞれについて、侵害をどのように捉えているのか。逆にいえば、公権力のどのような行為に対して、固有情報、外延情報のそれぞれについて自己情報コントロール権から何が主張できるのであろうかということである。佐藤説は、依然として自己情報コントロール権が、防御権的機能と請求権的機能を合わせもつ複合的権利として考えているのであろうか⁴⁷²。佐藤説には、外延情報を含めた自己情報コントロール権に対する侵害行為の具体的提示が期待される⁴⁷³。

第二款から第三款までの権利を模索してきたなかで、国家の情報行為に対抗し得る権利が発見できるかどうかについては、第二節で佐々木惣一の存在権の発見までの過程を確認した後、第三節で考察することにした。

第二節 存在権の発見

本節からは、佐々木惣一の帝国憲法の体系書である『日本憲法要論』⁴⁷⁴及び日本国憲法の体系書である『日本國憲法論』⁴⁷⁵を参照する。

真っ赤に筆を入れられ、およそ読むことができない程に書き換えられた佐々木の原稿の存在は、近時、石川教授によって明らかにされている⁴⁷⁶。佐々木の原稿とは、『日本國憲法論』初版を刊行する直前に、彼が、存在権の発見をしたことが記されている原稿である。

⁴⁷² この点、自己情報コントロール権を「適正な自己情報の取扱いを受ける権利」に転換すべきことを説く有力な学説がある。そこでは、自由権的側面と国務請求権的側面を連動させる権利の構成が検討されている。音無知展『プライバシー権の再構成』（有斐閣、2021年）1頁以下。

⁴⁷³ これに関連して、佐藤・前掲注(394)209頁は、ビックデータ社会の到来が、「当初、ここまでの急激かつ巨大な変化を想定していなかったことは否定すべくもない」として「自己情報コントロール権の課題として有効な手立てを考えなければならないのは当然である」と言い、有効な手立てについて、なお検討中であることがうかがえる。

⁴⁷⁴ 佐々木惣一『日本憲法要論訂正第5版』（金刺芳流堂、1933年）1頁以下。

⁴⁷⁵ 佐々木・前掲注(381)1頁以下。本章は、『日本國憲法論』初版を刊行するにあたり、佐々木が記した原稿段階から初版に至る過程での存在権の叙述の変化を辿っていくため、原稿以外の部分については、基本的には初版を参照する。

⁴⁷⁶ 石川健治「『存在権』の誕生」學鐙 Vol.114(No.4)（丸善出版、2017年）34頁以下。佐々木惣一の「存在権の誕生」に関する内容について、石川論文より多大な示唆を得た。

佐々木は、存在権を発見してから初版の刊行に至るまで何度も原稿を補正している。そこで、佐々木の存在権の発見までの過程を〔発見前〕・〔発見〕・〔再考〕の三つの段階に分けて確認することにしたい。

まず、存在権の発見の過程を確認する前に、佐々木が戦前に論じていた臣民の地位論、及び戦後の『日本國憲法論』における国民の地位論の内容を確認し、次に存在権の発見の過程を確認していくことにしよう。存在権の理解には、佐々木の地位論の参照が前提となるからである。佐々木が、憲法 13 条をどう解釈したのか、それを確認するのが本節の目的である。

第一款 臣民の地位と国民の地位

ある日の答弁で佐々木は、日本国憲法第三章の「国民の権利及び義務」の規定について、以下のような発言をしている。

「私ハ一體此ノ第三章『國民の權利及び義務』トシテアル此ノ規定ニ付キマシテハ、私ハ實ハ非常ニ良イモノヲ含ンデ居ルト思ツテ賛成シテ居ル部分ガ少カラズアルノデアリマス、唯併シ是ハ觀念ガハツキリシテ居ナイコトガアリマスルシ、第三章『國民の權利及び義務』トシタ題ガ惡イト私ハ思ヒマス、是ハマア現行憲法ニ即シテヤツタノデアリマセウケレドモ、私ハ是ハ國民生活ノ共生原理トデモスルカ、或ハ國民ノ社會生活トデモシマシテ、結局我々國民ト云フモノハ、ドノ社會ニ屬スルト云フコトニ限ラズ、凡ソ人間デアルカラト云フ立場ニ於キマシテ國家カラ認メラレナケレバナラヌ所ノ地位ガアリマス、所謂基本權トカ基本義務トカ云フモノハ此ノ類ノモノダラウト思フノデアリマス、ソレカラ更ニ我々ハ何等カノ社會生活ヲ爲スト云フ其ノ上ニ於テ認メラレナケレバナラヌ一ツノ地位ト云フモノガアル、其ノ兩點ト云フモノニ付キマシテ、固ヨリ從來憲法ノ理念ニナカツタトハ申サレマセヌケレドモ、併シナガラ憲法ノ明文カラ申シマシテモ、又憲法制定者ノ其ノ當時ノ心ノ上カラ申シマシテモ、ドウモ其ノ個人的ノ地位ト云フモノニ付テ重キヲ置イテ決メタモノデ、我々が社會生活ヲ爲ス上ノ地位ト云フヤウチモノニ付テ考フル所ハ少カツタト、ドウモ公平ニ見テ言ハナケレバナラヌト思フノデス、是迄ノ憲法ガデスナ……、然ルニ今回ノ憲法ハ其ノ點ニ於キマシテハ、個人的ナ地位ト云フコトニ付テノ規定ヲ設クルノミナラズ、凡ソ我々ノ社會生活ト云フノハ、詰リ家モアリマセウ、國家ト云フモノモアル、其ノ他ノ社會モアル、兎ニ角社會生活

デスナ、其ノ社會的ノ生活ト云フモノカラ我々國民ノ地位ト云フモノヲ規定セムトシテ居ル所ノ態度ハ非常ニ宜イ」⁴⁷⁷。

これは、昭和21年8月29日、当時、貴族院であった佐々木惣一の日本国憲法についての答弁を求められた際の発言である⁴⁷⁸。佐々木は、人間であるからという立場において国家から認められなければならぬ所の地位があり、それが基本権とか基本義務とかいうものだと指摘した。また国民には、社会生活を為すという上において認められなければならぬ一つの地位というものがある。それは個人的地位であり、帝国憲法の下にはなかったけれども認められるべきものであって、それについての考慮が少なかったと率直に省みている。

では、帝国憲法の彼の体系書である『日本憲法要論』のなかでは、臣民の地位についてどのように叙述されていたのであろうか。日本国憲法の彼の体系書である『日本國憲法論』と比較するため、先に臣民の地位論について確認しておこう。

(1) 『日本憲法要論』における臣民の地位

① 国家との関係における臣民の地位

帝国憲法における体系書『日本憲法要論』で佐々木惣一が有していた権利観の理解に努めるため、同書で叙述されている臣民の地位論の部分を参照しておこう。該当の箇所は、第一編大日本帝國ノ構成第一章國人第二節臣民第三款「臣民ノ地位聰説」⁴⁷⁹に書かれている。

佐々木の記すところによれば、帝国憲法における臣民とは、「臣民ハ國家ヲ構成シ統治權ニ服従スル者ナル」⁴⁸⁰、「即チ臣民ノ國家ニ對スル關係ハ國家ノ統治權ニ服従スルコトヲ以テ本質トス。臣民ガ國家ノ統治權ニ服従スルノ關係ヲ服従ノ地位ト云ウ」⁴⁸¹。すなわち、臣民は、国家を構成し統治権に服従する、服従の地位にある者ということになる。

⁴⁷⁷ 佐々木惣一委員答弁「第90回帝国議会議貴族院本会議第26号」（昭和21年8月29日）帝国議会議録検索システム（<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009003242X02619460829¤t=29>）。

⁴⁷⁸ 正確には「帝国憲法改正案」についての答弁である。「帝国憲法改正案」は、昭和21年、天皇の裁可を経て、11月3日に「日本国憲法」として公布された。国立国会図書館「日本国憲法の誕生」（<https://www.ndl.go.jp/constitution/gaisetsu/04gaisetsu.html>）参照。

⁴⁷⁹ 佐々木・前掲注(474) 213頁以下参照。

⁴⁸⁰ 佐々木・前掲注(474) 213頁。

⁴⁸¹ 佐々木・前掲注(474) 214頁。

しかし、凡そ国家に対する国民の關係は独り服従することのみではなく、国民の国家に対する關係は二種あるという。それは、「一ハ國民ガ國家ニ對シテ單ニ服従スルノミニシテ毫モ自己ノ意志ノ作用ヲ認メラレザルモノニシテ、便宜上之ヲ無制限服従ノ關係ト云フ。二ハ國民ガ國家ニ對シテ服従スルト共ニ、或程度ニ於テ自己ノ意志ノ作用ヲ認メラル、モノナリ。便宜上之ヲ制限附服従ノ關係ト云フ。國民ガ自己ノ意志ノ作用ヲ認メラル、ノ關係ヲ獨立ノ地位ト云フ」⁴⁸²。すなわち、国民は、国家との關係において、無制限に服従する立場と、ある程度制限付で服従する立場の二種の關係がある。後者の關係に立つ場合は、国民は制限付で獨立の地位を有していることになる。そして、「無制限服従ノ關係ニ於テハ、國民ハ唯服従ノ地位ノミヲ有シテ毫モ獨立ノ地位ヲ有セズ。制限服従ノ關係ニ於テハ、國民ハ服従ノ地位ト共ニ獨立ノ地位ヲ有」し、「無制限服従ノ關係タルカ又ハ制限附服従ノ關係タルカ、又制限附服従ノ關係トスルモ意志ノ作用ヲ認メタル、ノ方法如何ハ全ク特定ノ國家ノ制度ノ問題」⁴⁸³であるという。

この二種の關係のうち、佐々木は、「我國ニ於テハ、一般ノ文明國ニ於ケルガ如ク、臣民ノ國家に對スル關係ハ制限附服従ノ關係ニシテ、無制限服従ノ關係ニ非ズ」⁴⁸⁴として一般の文明国と同じく、臣民の國家に対する關係は、制限付服従の地位にして、國家に対して服従すると共に獨立の地位、すなわち、ある方法において自己の意志の作用を認められる地位を有すると理解する。

そして、臣民が、國家に対して意志の作用を認められる方法は三様であると説く。

「(一) 第一、臣民ハ或範圍ニ於テ國家ノ支配ヲ受ケズシテ自由ニ活動スルコトヲ認メラル」。それは、単に國家の支配に依つてのみ活動することではない。これと共に「自己ノ自由ノ活動ニ依テ自己ノ目的ヲ遂グルコトヲ認メラル、ナリ」⁴⁸⁵。これを臣民の自由の地位という。

「(二) 第二、臣民ハ或範圍ニ於テ國家ノ行動ヲ要求スルコトヲ認メラル」。國家の行動は、皆國民の利益の爲に行われるものの、國民より

⁴⁸² 佐々木・前掲注(474) 214頁。

⁴⁸³ 佐々木・前掲注(474) 214頁。

⁴⁸⁴ 佐々木・前掲注(474) 214頁～215頁。

⁴⁸⁵ 佐々木・前掲注(474) 215頁。

云うときは、「國家ノ行動ヲ自己ノ利益ノ爲ニ要求スルコトヲ認メラル、場合ト然ラザル場合アリ」⁴⁸⁶。これを国務要求の地位という。

「(三) 第三、臣民ハ國家の意志ノ成立ニ参加スルノ資格ヲ認メラル、コトアリ」⁴⁸⁷。これを参政ノ地位という。

佐々木は、「臣民ノ國家ニ於ケル地位ハ法律關係トシテ觀ルトキ臣民ノ權利義務トナル」⁴⁸⁸という。服従の地位においては、臣民は義務を有するが、意志の作用を認められず権利を有することはない。けれども、自由の地位、国務要求の地位、及び参政の地位においては、臣民は、その意志の作用を認められるから権利を有することができる。

この権利及び義務は、臣民が国家に所属して公人生活を為す関係において存在するものであり、「公義務及び公權ナルコト論ナシ」⁴⁸⁹と述べて、佐々木の『日本憲法要論』における臣民の地位總説は結ばれている。

②帝国憲法と他の制定法との区別

佐々木の権利観を理解するため、いま一つ確認しておきたい点がある。それは、臣民の義務及び権利を認める制定法に関して述べられている箇所である⁴⁹⁰。佐々木は、帝国憲法と他の制定法を明確に区別している。すなわち、帝国憲法の認める義務及び権利とその他の義務及び権利とを区別し、両者は共に公義務及び公權なるにおいては一つであるけれども、その法上の意味は大いに異なるという。前者は臣民の必ず有するものであるから、これを消滅させるには帝国憲法の改正を必要とする。ゆえに行政処分を以つてするのはもちろん、法律を以つても消滅させることはできない。佐々木は、それゆえ臣民の義務及び権利が帝国憲法に認められたことは法上重大な意味を有すると述べる。このことは、未だ一般に説かれていないけれども注意を要するといひ、明らかに力強い論調で説明しているのである。

この権利観が表われていると思われるのが、国務要求権について説明する部分である⁴⁹¹。国務要求権とは「國民ガ自己ノ利益ノ爲國務ヲ爲サ

⁴⁸⁶ 佐々木・前掲注(474) 215 頁。

⁴⁸⁷ 佐々木・前掲注(474) 215 頁。

⁴⁸⁸ 佐々木・前掲注(474) 216 頁。

⁴⁸⁹ 佐々木・前掲注(474) 216 頁。

⁴⁹⁰ 佐々木・前掲注(474) 216 頁～217 頁参照。

⁴⁹¹ 佐々木・前掲注(474) 250 頁以下参照。

シムルノ権利」⁴⁹²をいう。国務要求権は三種ある。第一は、国民の求めに応じて一定の行為を為すこと、第二は、国家の設備を利用させること、第三は、国民の給与を為すことである。このうち、帝国憲法が定めたものは、第一の「國家行為要求権ニ属スルモノアルノミ」⁴⁹³であるとし、国家行為請求権の具体例は、裁判請求権及び請願権が示されている⁴⁹⁴。

この説明から明らかなように、佐々木は、帝国憲法上の権利とその他の制定法による権利とを明確に区別し、帝国憲法上の義務及び権利を消滅させるには、帝国憲法の改正を必要とすると述べており、佐々木のこの権利観によれば、臣民の地位が帝国憲法上認められることは法上重大な意味を有しているのである。

佐々木は、後に日本国憲法の条文のなかから存在権を発見するが、そのことの意義は、次章で述べることにする。

(2) 『日本國憲法論』における国民の地位

①国民の包括的關係

次に、日本国憲法における体系書『日本國憲法論』で佐々木惣一が有していた権利観の理解に努めるため、同書で叙述されている国民の地位論の部分を参照しておこう。該当の箇所は、第四編國權の客體第三章國民第二節國民の地位第一款「國民の地位聰説」に書かれている。

佐々木が記すところによれば、国民とは、個々の国民をいい、総体としての国民をいうのではない。また、国民の地位という場合は、憲法上の地位のことをいう⁴⁹⁵。そして、国民の憲法上の地位については、「國民の包括的の關係とその個別的の關係とを分つ」⁴⁹⁶とされる。そして、第一の包括的關係を次のように説明している。すなわち、国民は、包括的に、適法な国權の支配に服従を要するということであり、それは、国民であること、即ち国家を組成する者であることにより、当然に国權の支配に服従を要する關係にある。

⁴⁹² 佐々木・前掲注(474) 250 頁。

⁴⁹³ 佐々木・前掲注(474) 250 頁。

⁴⁹⁴ 佐々木・前掲注(474) 251 頁以下参照。

⁴⁹⁵ 佐々木・前掲注(381)379 頁参照。

⁴⁹⁶ 佐々木・前掲注(381)379 頁。

包括的とは、凡そ国権の発動するところ、その支配に服従する関係にあることを意味し、国権の発動の個々のものについて、その支配に服従するかどうか定まるのではない、という⁴⁹⁷。

佐々木は、国民が国権の支配に服従を要することは、国民であることそのことの結果であって、国家がいかなる体制をとっているかとは関係がないといい、それゆえ、国権の支配に服従を要しない国民というものは、観念し得ない⁴⁹⁸。しかし、国民が、国権に服従を要するといっても、適法に行わる範囲においてしか服従を要せず、国民と国家との包括的関係を法律関係として見ると、国民は、国家に対して、凡そ国権の適法な支配に服従を要する、という包括的義務を有する関係にあると説明している⁴⁹⁹

②国民の個別的関係

佐々木のいう個別的関係とは、前述した「包括的關係が國民であることから生ずる、のとは異なり、憲法が想定する個々の事実について、憲法の規定するところにより、生ずる」⁵⁰⁰のものであって、これを法律関係として見ると、国民は国家に対して、個々の権利、義務を有するものであるとし、日本国憲法第三章が、それを定めたものであるとしている⁵⁰¹。

(3)「臣民の地位」と「国民の地位」

佐々木の「臣民の地位」論が、「国民の地位」論では、どのように変化があったのか整理しておこう。

『日本憲法要論』で語られていた臣民の地位には、大別して二つの地位が示されている。無制限服従ノ地位と制限附服従ノ地位である。佐々木は、臣民の国家に対する関係は、制限服従ノ地位として国家に対して服従すると共に、ある方法において自己の意志の作用を認められる地位（独自の地位）を有すると解した。ある方法には三様ある。第一は、ある範囲において国家の支配を受けずに自由に活動することを認められる。それは、国家の支配に依って活動すると共に、ある範囲において自己の自由の活動において自己の目的を遂げることを認められること

⁴⁹⁷ 佐々木・前掲注(381)379頁参照。

⁴⁹⁸ 佐々木・前掲注(381)380頁参照。

⁴⁹⁹ 佐々木・前掲注(381)381頁参照。

⁵⁰⁰ 佐々木・前掲注(381)381頁。

⁵⁰¹ 佐々木・前掲注(381)381頁参照。

をいう〔臣民の自由の地位〕。第二は、国家の行動を自己の利益のために要求することを認められることがあることをいう〔国務要求の地位〕。第三は、国家の意志の成立に参加する資格を認められることがあることをいう〔参政の地位〕。そして、これらの地位を法律関係として見るときは、第一のものを自由権、第二のものを国務要求権、第三のものを参政権といい、臣民は、これらの三つの権利を国家に対し、要求することができる地位を有している。

これに対して、『日本國憲法論』で語られていた国民の地位は大別して二つの地位が示されている。国家に対する包括的關係と個別的關係である。日本国憲法においては、もはや無制限服従ノ地位に服従する国民は存在し得ないから同書にも記載ははい。それゆえ、『日本國憲法論』では、制限附服従ノ地位に相当する国家と国民との關係性が叙述されている。

包括的關係とは、国民は、国家との關係において包括的に服従する地位にあるということである。これは、国民が、国家を組成する者であることにより、当然に国家に服従する關係にあることを指し、およそ適法な国家の権利行使がなされる場所、国民は、その支配に服従する關係にあるという意味である。国家の権利行使の個々について、その支配に服従するか否かが決まることを意味しない。

個別的關係は、臣民の地位論には明示的に示されていなかったが、日本国憲法第三章の「国民の権利及び義務」が規定されたことによって、新しく明記された關係であろう。これは、憲法が想定する個々の事実について、憲法の規定するところによって生じる關係であると説明されている。

佐々木は、『日本憲法要論』では、臣民の地位總説のところでは臣民の地位と共に法律關係から見た場合の臣民の権利を論じていた。しかし、『日本國憲法論』では、国民の地位總説のところは国家と国民の關係について論じられているのみである。では、臣民の権利として論じられていた自由権、国務要求権、参政権は、どこで論じられているのか。それは、基本的人權の種別というところで論じられている。そして、『日本國憲法論』における基本的人權の種別を四種に大別し、第一のものを存在権、第二のものを自由権、第三のものを国務要求権、第四のものを参政権と分類したのである⁵⁰²。

⁵⁰² 佐々木・前掲注(381)393頁参照。

第二款 存在権の発見

ここに登場した存在権は、佐々木が、『日本國憲法論』初版刊行の直前で発見した、まったく新しい権利である。次からは、佐々木の存在権を発見する以前の基本的人権の種別の内容と、第二稿において存在権を発見し、第三稿において存在権を再考するに至る過程を順次追いかけていこう。『日本國憲法論』初版刊行に至る過程で、佐々木は、存在権という独自の新しいコンセプトを発見しているのである。

(1) 存在権の発見〔前〕

①美濃部達吉「臣民の地位」論と佐々木惣一「臣民の地位」論

前述のとおり、佐々木が、『日本憲法要論』で叙述していた臣民の地位論は、『日本國憲法論』においても国民の地位論として継承されるはずであった。というのも、『日本國憲法論』（初版1948年）における初稿の段階では、基本的人権の種別は、『日本憲法要論』で書かれていた臣民の地位論の三種で構成されていたからである⁵⁰³。

佐々木は、初稿に補正を施して得た第二稿の段階まで、昭和10年以来絶版となり、昭和21年に出版の自由が快復されるまでの間、通説とされてきた美濃部達吉『憲法撮要』⁵⁰⁴に書かれていた「臣民の地位論」と同様に、佐々木の『臣民の地位論』も三種で書かれていた。

当時、通説であった美濃部の帝国憲法における臣民の地位論は、どのように論じられていたのだろうか。それは、臣民の本質として、「臣民ハ第一ニ國體トシテノ國家ヲ構成スル一分子タリ、第二ニ國內ニ於ケル社會生活ノ一員タリ、第三ニ個體トシテ獨自ノ生存目的ノ主體タル三重ノ地位ヲ有ス」⁵⁰⁵ことが示されている。このうち、個体として独自の生存目的の主体たる地位について、「各人ノ人格ヲ尊重シテ各人ヲ奴隸的生活ヨリ解放スルコトハ立憲政治ノ最モ主要ナル倫理的要求ナリ」⁵⁰⁶と謳われており、帝国憲法における臣民の地位には、個体として独自の生

⁵⁰³ 佐々木惣一「日本國憲法論〔有斐閣刊〕の原稿：稿」（有斐閣、1948年〔初稿、第2〕）992頁以下参照。図書館では、この稿で最初に書かれた内容が初稿であり、その内容に佐々木自身が補正しているのが初稿第2の扱いであるが、本稿は初稿に補正された第2バージョンを「初稿」として記述する。なお、佐々木自身もこのバージョンを「初稿」としている点に留意いただきたい。

⁵⁰⁴ 美濃部達吉『憲法撮要〔改訂版〕』（有斐閣、1946年）。現在は、国立国会図書館デジタルコレクションでオンライン閲覧可能である。

⁵⁰⁵ 美濃部・前掲注(504)137頁～138頁。

⁵⁰⁶ 美濃部・前掲注(504)138頁。

存目的の主体として確保されるべきことが論じられている。これを基礎にして、美濃部の「臣民の公権」は、自由権、受益権（佐々木でいう国務要求権）、参政権の三種に分類されている⁵⁰⁷。

②『日本國憲法論』第二稿における基本的人権の種別

佐々木は、『日本國憲法論』初版における初稿のなかで基本的人権の種別を次のように説明している。「憲法の定める基本的人権はその数が多い。國家が、國民をして、その権利により獲得せしめる生活利益が、それぞれの基本的人権により別異のものである。而もこれらの権利における生活利益は、國民が人間として有する自由を保持することに関するもの、國民が國家にその或態度を要求することに関するもの、及び、國家の行動に参加することに関するものの三種に大別出来る。従て、基本的人権も、それにおける生活利益を標準として、自由を主張する権利、國家の態度を要求する権利及び國家の行動に参加する権利の三種となる。第一のものを自由権、第二のものを國務要求権、第三のものを参政権という」⁵⁰⁸。

そして、初稿に補正を施して得た第二稿の段階では、基本的人権の種別の第一に自由権が置かれ、「自由と法」という見出しを付して、「自由権は國民の自然に有する活動の自由と憲法との関係において成立する部分としての立場と、國家とは独立のそれ自身一生活体たる人間としての立場と、二種ある。前者を國家成員の立場といい、後者を個人人の立場という。國民にはこの二様の立場があるが、從來動もすると國民は、専ら又は主として國家成員の立場において取扱われ、國家成員として活動すべきものとされ、これがために個人人としての活動を爲すことを抑圧するの弊風があった」⁵⁰⁹と叙述されている。

しかし、この段階では、美濃部達吉の『憲法撮要』で書かれていた基本的人権の三種と同様に佐々木の基本的人権の種別も三種にとどまっていた。それゆえ、この段階における佐々木の憲法 13 条の解釈は、一

⁵⁰⁷ 美濃部・前掲注(504) 140 頁以下参照。

⁵⁰⁸ 佐々木・前掲注(503)992 頁～993 頁。

⁵⁰⁹ 佐々木惣一「日本國憲法論〔有斐閣刊〕の原稿」（有斐閣、1948 年〔第三稿〕）1037 頁～1039 頁。ただし、本文に引用した内容は、浄書された原稿に佐々木が朱を入れる前の内容である。当該第三稿は、佐々木がいう第二稿のことである。佐々木自身は、朱を入れたこの原稿のことを「凡例」のなかで「第二稿」として述べている点に留意されたい。そのため、本稿も佐々木に倣って、これを第二稿と記述する（図 12）。

般的自由の保障を間接的に定める包括的自由権として理解していたと考えられる⁵¹⁰。

(2)存在権の発見

①存在権の発見

ところが、浄書された第二稿を読んで佐々木に何かが起こった。自由権から独立した存在権を発見し、基本的人権の第一としていた自由権よりも前に存在権を定置したのである。以下の原稿は、オリジナル原稿を所蔵する京都府立京都学・歴彩館の許可を得て、その原稿の一部を載せたものである。佐々木が、存在権を発見した様子をご覧いただきたい。



【図 12】⁵¹¹

以下は、佐々木が、浄書された初稿に朱を入れた存在権発見の内容を引用したものである。

⁵¹⁰ 佐々木は、憲法 13 条が一般的自由の保障をも間接的に定めていると解釈している。これについては、次章で考察する。

⁵¹¹ 佐々木・前掲注(509)1037 頁以下（京都府立京都学・歴彩館の許可を得て掲載）。

「第一目 存在権」

國民は、國家において、二種の立場をもって生活する。

一は、國家を組成する部分としての立場であり、他は、國家とは別のそれ自身一の生活体たる人間としての立場である。前者は、國民を、それ自身の目的を有する一の全部者と考えないで、單に國家という他の全部者の部分と考える。後者は、國民を、それ自身の目的を有する一の全部者と考える。國民には右の二つの立場があるが、従来、動もすると、國民は、専ら又は主として、國家の部分たる立場において取扱われたために、一の全部者たる生活体としての活動を爲すことを抑圧せられるの風があった。然るに、憲法は、國民の、全部者として、独自の生活体としての立場を認め、これについて、國民の権利を認める。前に引用した憲法十三條は、『國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する國民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定する。この條規は、前に述べた如く、國政が基本的人權を尊重すべきことを定めるのであるが、同時に、國民の存在権を定めるのである。

右の憲法十三條により、國民は個人として尊重せられる。個人として尊重せられるとは、單に國家を組成する部分という立場ではなく、一個の全部者であってそれ自身の生活を有する者として、尊重せられることである。これを國家に対して、國民は要求することを得る。これは國民の権利である。そして、人間は、一個の全部者たる生活体としては、人間本来の本能として、自己の生命を愛し、自由を有し、及び幸福を追求するの意欲を有するものであるから、生命を愛し、自由を有し、幸福追求を爲すことは、人間の存在の内容である。憲法は、生命、自由及び幸福追求に対する國民の権利という。この意味で國民の個人として尊重せられることを、國家に對して、要求することを得る。これが國民の存在権である」⁵¹²。

②「他の全部者の部分」と「一の全部者」

第二稿の段階までは、憲法との関係において成立する部分としての立場（國家成員の立場）と、國家とは独立のそれ自身一生活体たる人間としての立場（個体人の立場）の二種の立場が書かれていた。

⁵¹² 佐々木・前掲注(509)1037頁～1041頁。

しかし、第二稿において重要な変更がなされた。特筆すべき点は、次の点であろう。第一に、「憲法との関係」においてと表現されていた部分が、端的に「国家との関係」に置き換えられ、国民の立場を対国家との関係として直戯に位置づけている点である。第二に、国民の立場に重要な変更がなされていることである。すなわち、国民は、「國家という他の全部者の部分」としての立場と、「それ自身の目的を有する一の全部者」の立場の二様に変更されている。

佐々木は、国民には、国家という他の全部者に還元されない、それ自身の目的を有する一の全部者としての立場があることを発見した。

そして、憲法 13 条の「個人として尊重される」という文言のなかから、国民の存在権が保障されていることを発見し、全体対部分のコンセプトで説明したのである⁵¹³。

(3)存在権の発見〔再考〕

しかし、佐々木の試作は、そこで歩むことを止めなかった。第二稿で発見した存在権は、再び真っ赤に書き換えられたのである(図 13)。そこで、第二稿から真っ赤に変更が加えられた第三稿への変更点を確認することにしよう。

①存在権の発見〔再考〕

佐々木は、存在権が国家に対して主張する権利であることを発見した。けれども、佐々木は、他の私人との関係においても、個人としての存在を尊重されるべきことを発見したのである。

以下は、佐々木が、私人との関係における存在権を発見し、それを説明するために、第二稿を補正した内容である。

「人間の生活する立場には、二種ある。一は、何らかの関係で、他の者に従属して行動する立場であり、他は、一の生來の人間として、獨立して行動する立場である。便宜上前者を従属的立場といい、後者を獨立的立場という。従来、國民は、國家との関係において、専ら又は主として、従属的立場において取扱われていた。それは國家を組織する部分として取扱われていたのである。

⁵¹³ 石川・前掲注(476)36 頁以下参照。

國家との關係以外においても、何らかの事情の下に、支配力を有する者に對して、從屬的立場に置かれることが多かった。憲法では、國民が生來の人間として獨立して行動する、獨立的立場を尊重し、國民をして右の獨立的立場を維持せしめるよう努力することを、國家の任務とする。そして、國民は、國家に對して右の立場を主張することを得る、ものとする。前に引用した憲法十三條は、『國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する國民の權利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。』と定める。同條に、『國民は、個人として尊重される。』というのは、國民が前述の獨立的の立場において、人間としての存在を認められ、國家に對して、その存在を主張し得ることを定めるのである。これを稱して、國民の存在權という。

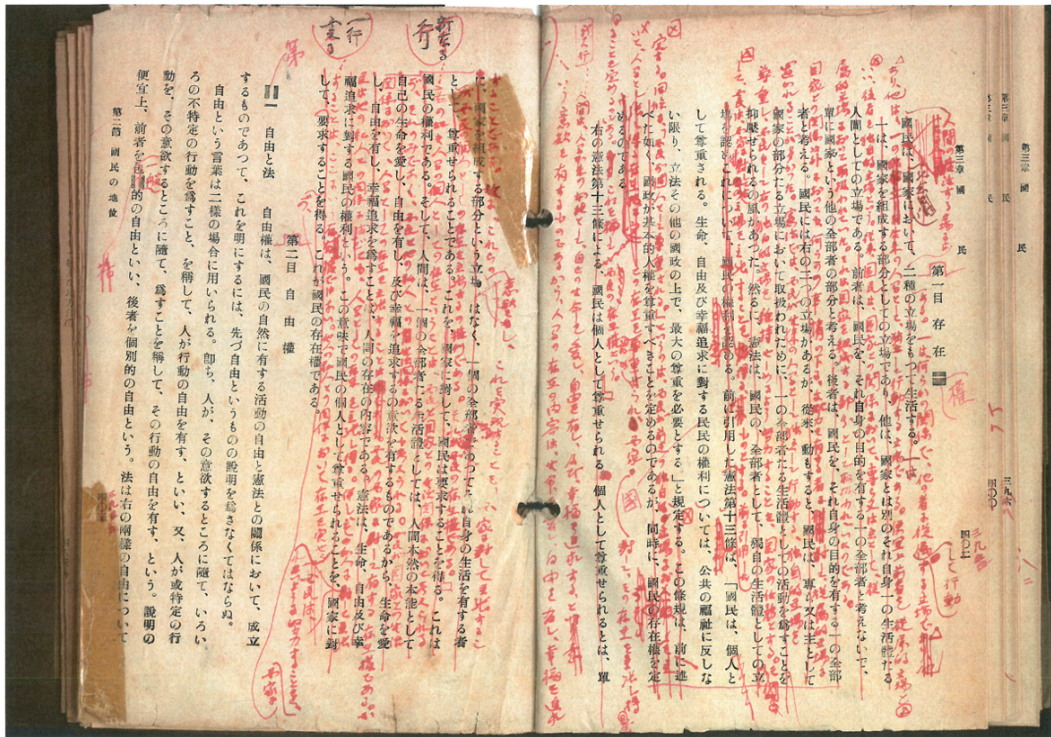
人間は、人間本來の本能として、自己の生命を愛し、自由を有し、及び、幸福追求する、という意欲を有するものであるから、人間の存在の内容は、生命を愛し、自由を有し、幸福を追求することである。故にこれらの意欲を有し、これを実現することを、國家に對し主張することが國民の個人としての存在を主張するの權利である。それが國民の存在權である。

右の如き人間の個人としての存在ということは、國民と國家との生活關係において考えられるが、それのみでなく、國民と他の私人との關係においても考えられる。國民が國家との生活關係において、人間としての存在を主張することは、國民の國家に對して有する存在權である。國民は他の私人との關係においても、人間として存在を主張し得る。併し、その私人に對して主張することはここにいう存在權ではない。他人の私人との關係において存在を害され無いように努力することを、國家に要求することが、國民の存在權である⁵¹⁴。

一箇所、他の私人と思われる表現が、他人の私人と書かれており、佐々木が、猛然と朱を入れたことがうかがえる。佐々木惣一の『日本國憲法論』における存在權は、第二稿から上述のとおり補正され、これを基礎に第三稿とし、第三稿を印刷に附したことが、同書「凡例」のなかに書

⁵¹⁴ 佐々木惣一『日本國憲法論〔有斐閣昭和23年刊〕の初校刷』（有斐閣、1948年）394頁。

かかれている⁵¹⁵。印刷中にまた補正された点もあるが、その初版を基礎として補正版と改訂版とが刊行されたことを、佐々木は書き記している⁵¹⁶。



【図 13】⁵¹⁷

②私人との関係における存在権の発見

第三稿において変更された重要な点は、「国民の二種の立場」から「人間の生活する立場」に変更された点である。この立場の変更は、「人間の生活する立場に視点を置き直した結果、(…)『国家と国民の関係』のみならず、『私人と私人の関係』における支配・従属関係までが十三条論の射程に捉えられるようになった」⁵¹⁸ことを意味している。

佐々木は、これまで国民は、何らかの事情の下に、支配力を有する者に対して従属的立場に置かれることが多かった、私人との関係においても「個人として尊重される」ことを主張する存在権を発見したのである。

もちろん、存在権は、対国家に対する権利として構想されているので、佐々木自身が述べているように「その私人に対して主張することはここ

⁵¹⁵ 佐々木・前掲注(381)「凡例」8頁を参照。

⁵¹⁶ 佐々木惣一『日本國憲法論〔改訂補正版〕』（有斐閣、1954年）「凡例」8頁を参照。

⁵¹⁷ 佐々木・前掲注(514)394頁～395頁。（京都府立京都学・歴彩館の許可を得て掲載）。初校刷のもとに補正を加えてできたのが、第三稿である。

⁵¹⁸ 石川・前掲注(476)37頁～38頁。

にいう存在権ではない」、「他人の私人との関係において存在を害され無いように努力することを、國家に要求することが、國民の存在権である」。ここが、第三稿において重要な部分である。

第三節 国家による情報行為に対抗し得る権利の考察

本章では、憲法 13 条をめぐる学説の解釈について概観してきた。大別して、①一般的行為自由説、人格的利益説、②「切り札」としての人権論、③自己イメージコントロール権説、自己情報コントロール権説、④存在権に分けられる。国家による情報行為に対抗し得る権利として、まず必要な性質は、第一は、権力性かつ個別性、及び国民の法的地位に直接変動を与えるもの（処分性）である。第二は、その行為によって、国民の自由や財産が侵害されるといえること（侵害性）である。第三は、「国家の情報行為と両立し、かつ、対抗し得る権利観」に適合的であることである。

国家による情報行為に対抗し得る権利には、上記三つの条件を充足し得る権利を選び出すことにしたい。次からは、各学説について具体的に確認する。

第一款 国家による情報行為に対抗し得る権利の考察

(1) 一般的行為自由説・人格的利益説

一般的行為自由説は、殺人や麻薬の使用等も一応憲法の保障する自由に含まれるとする非限定説と、「公共の福祉に反しない限り」あるいは「他者加害行為を除き」というように限定を付そうとする限定説がある。前者は、常識に反する。そのため、ここでは、一般的行為自由説（以下「限定説」という。）にもとづいて、本稿が設定した三つの重視する点を充たすかどうか確認する。

第一に重視する点として、処分性の要件である。限定説は、国家の情報行為によって、権力的、かつ、個別的に、国民の法的地位に直接変動を与えるという条件を充たすであろうか。この点、限定説では、原則として、路上で喫煙をする自由も憲法で保障される。

ところが、ある日、筆者のところに A 市長名で葉書が届き、「あなたの路上喫煙行為は明日以降禁止します。その根拠は、A 市条例〇〇に基づく禁止です。」と書かれていたとしよう。この行政庁の行為は、筆者の路上喫煙行為の自由に侵害をもたらし、処分に当たる。権力的、かつ、個別的行為であり、筆者の一般的自由を有する立場に直接変動を与えるといえるからである。

これに対して、筆者に対してだけではなく、A市居住区域内の住民を対象として条例で禁止することは、処分には当たらない。個別性がないからである。したがって、処分性要件は、充たす場合と充たさない場合とがあり、行われる行政の行為態様の如何によって処分該当性の有無は変わり得るといえよう。これを国家の情報行為で検討すると、個人番号制度にもとづいて、特定の者に対し、個人情報を収集、利用する行為は、本人の同意なく行われる権力的、かつ、個別的行為であり、また、その特定人の情報開示等に関わる自由を有する法的地位を直接変動させると考えられるから、第一及び第二に重視する点の処分性及び侵害性は充たすと思われる。

しかし、第三に重視する点の「国家の情報行為と両立し、かつ、対抗し得る権利観」に適合的であるといえるであろうか。限定説は、「公共の福祉に反しない限り」あるいは「他者加害行為を除き」、そこまで自由というものは包括的に保障されていると考える。そのため、個人番号制度にもとづく個人情報の収集、利用をする行為は、原則として、個人の情報開示等に関わる自由に対する侵害であり、本人の同意が求められると考えられよう。そうであるなら、個人番号制度のみならず、戸籍制度ないし住民基本台帳制度にもとづく個人番号の収集、利用の行為に関しても、原則として本人の同意が求められるということになる。そうすると、第三に重視する国家の情報行為と両立するという権利観としては、妥当ではないといえそうである。なぜなら、実際上、それでは、行政運営の効率化を図るところか、かえって煩雑になり、国家の情報行為と両立する権利とは言い難いからである。したがって、一般的行為自由説は、国家の情報行為に対抗し得る権利としては、適合的ではないといえる。

次に、人格的利益説は、幸福追求権を個人が人格的自律の存在としてあり続ける上で必要不可欠な権利ないし自由を包摂する包括的な主観的権利であると解する。人格的利益説は、憲法13条前段の「すべて国民は、個人として尊重される」という個人の尊重原理を、後段の「立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」と一体化して、個人は国政のあらゆる場において最大限尊重されなければならないという要請に帰着し、憲法13条が定める「個人」とは、人格概念との結びつきにおいて理解されるべきものとされる。一般的行為自由説から批判があるように、人格的利益説は、人格的利益とそれ以外のものとの区別が明確ではなく、何が憲法上保護される権利なのかを決定するのが困難である。

人格的利益説からすると、国家による情報行為によって生じ得る制限から保護される国民の権利ないし自由は、人格的自律の存在としてあり続け

る上で必要不可欠な権利ないし自由に限定される。国家の情報行為は、情報を客体とする行為である。個人の人格的自律の存在に不可欠な権利ないし自由を侵害したというためには、取扱われる情報の性質だけではなく、その取扱行為の態様によって、人格的自律の存在としてあり続けることが困難になるといえる状況が必要となろう。

人格的自律の存在に不可欠な権利ないし自由を侵害するような国家の情報行為とは、どのような行為が想定されるであろうか。おそらく、収集、利用される情報の性質より、むしろ取扱行為の態様の如何によって、その危険性が高まるというべきであろう。そうすると、国家の情報行為にもとづいて行われる情報の収集以降の取扱態様にまで射程を広げて考察しなければ、その危険性の有無を収集の段階で判断することはできない。

しかし、本稿では、収集段階において、その国家の情報行為に対抗し得る新たな権利を模索している。収集以降の行政内部における利用、提供等の態様までを含めて考察することは予定していない。そのため、人格的利益説は、国家の情報行為に対抗し得る権利としては、今回の考察において結論を見出すことはできない。したがって、人格的利益説は、第一から第三に重視する点を検討する以前に、国家による情報行為に対抗し得る権利としては、候補から除外することとなろう。

(2) 「切り札」としての人権論

「切り札」としての人権論は、憲法 13 条の前段と後段は、それぞれ異なる権利について定めを置いたものと理解し、前段を「切り札」としての権利、後段を公共の福祉にもとづく権利と解する説である。「切り札」としての権利は、「いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない」⁵¹⁹とされ、それは、個人の人格の根源的な平等性こそが、このような権利の核心であるという。

「切り札」としての権利は、誰にとっても価値のある行為を「切り札」として保障しようとするものである。それゆえ、個人の自律的選択は、一般に、それにもとづく個々の具体的な行動の自由を基礎づけることはできないと考えられている。その人自身にとってしか意味のない行動に、社会

⁵¹⁹ 長谷部・前掲注(399)79頁。

全体としての、誰にとっても共通の価値をくつがえす「切り札」としての意義を認めることは難しい⁵²⁰からである。

「切り札」としての権利は、他人の権利や利益を侵害しているからという「結果」に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由にもとづいて否定され、干渉されるとき「切り札」としての権利が侵害されているといい得る⁵²¹。長谷部説では、個人の自律を根拠とする人権は、公共の福祉にもとづく国家の権威をくつがえす「切り札」として機能する⁵²²。それゆえ、プライバシー権など、個人の自律の核心に関わる権利は、憲法 13 条前段によって保障されると考えられている⁵²³。

では、「切り札」としての権利は、処分性及び侵害性を充たすであろうか。長谷部が述べているように、プライバシー権を侵害する国家の情報行為は、「切り札」としての権利に対する侵害行為であり、侵害性は認められるであろう。

次に、処分性については、どうであろうか。個人番号制度にもとづく個人情報収集、利用は、権力的、かつ、個別的行為によって個人情報を収集、利用する国家の情報行為である。個人番号制度にもとづいて、情報を収集し、たとえば、マルクス主義は誤った理論であるから、マルクス主義学説の発表は禁止できるという理由づけは、個人の自律的な判断を政府が先取りしようとするものであり、それを禁止する法律は、個人の根源的な平等性を否定しているということになる⁵²⁴。このような場合、合理的理由のない差別に該当し、個人の平等性を保障している憲法上の地位に直接変動を与えると考えられる。したがって、処分性及び侵害性については、充たすと思われる。

さらに、第三に重視する点の「国家の情報行為と両立し、かつ、対抗し得る権利観」を充たすであろうか。長谷部説は、人権の定義を、個人の自律を根拠とする「切り札」としての権利のみを人権と呼ぶ⁵²⁵として、原則として、憲法上の権利と厳密に区別している。それゆえ、「切り札」としての権利にもとづいて保護される人権の範囲も限定的であると考えられる。

⁵²⁰ 長谷部・前掲注(399)78 頁参照。

⁵²¹ 長谷部・前掲注(399)79 頁参照。

⁵²² 長谷部・前掲注(399)88 頁参照。

⁵²³ 長谷部・前掲注(399)87 頁参照。

⁵²⁴ 長谷部・前掲注(399)79 頁参照。

⁵²⁵ 長谷部・前掲注(399)80 頁参照。

また、長谷部説では、国民の一般的自由を制約する場合、国家権力が、公共の福祉に適う範囲であることを正当化すべき責任を負っていると解されている。そうすると、逆に、個人番号制度にもとづいて、個人情報の収集、利用を行う行為は、公共の福祉にもとづく制限行為として認められる余地があると考えられよう。したがって、第三の条件の「両立する」という部分は充たすと思われる。

問題は、「対抗し得る」という条件である。つまり、個人の自律を保障する「切り札」としての権利を侵害する国家の情報行為とは、どのような行為が想定されるのかということである。収集段階で侵害性を判断できる場合もあり得るが、やはり、情報の取扱態様にまで射程を広げて考察しなければ、侵害性の有無を判断するには十分ではないし、難しいであろう。

また、長谷部説は、個人の人格の根源的な平等性を問題にする。それゆえ、国家の情報行為によって、「切り札」としての権利を侵害し得る場面としては、たとえば、ある個人が、政府の特定の理由で否定され、あるいは差別され、個人の人格を根源的に不平等にすると言い得るような場面が考えられる。しかし、こうした場面は、容易に想定し難い場面である。したがって、国家の情報行為から、「切り札」としての権利で保障され得る範囲は、限られるのではないかと思われる。

「切り札」としての人権論は、公共の福祉にもとづく権利によって、国家による情報行為の正当化の機会を拡大させる一方、「切り札」としての権利は、この権利が人権であるがゆえに保護範囲については抑制的である。こうした観点から、「国家の情報行為と両立し、かつ、対抗し得る権利観」としては、前者は充足するが、後者は保護範囲が十分ではないと思われ、拡大する国家の情報行為に対抗し得る権利としては、最も適合的であると言い難いであろう。

(3)自己イメージコントロール権説・自己情報コントロール権説

自己イメージコントロール権説は、「人間が自由に形成しうるところの社会関係の多様性に応じて、多様な自己イメージを使い分ける自由」⁵²⁶と定義されている。同権利は、自己イメージを使い分けることによって、多元的社会関係において様々な役割を演じる自由を保障する。自己イメージを使い分ける自由には、積極的に自己イメージを演出し、自己イメージを

⁵²⁶ 棟居・前掲注(427)192頁。

使い分ける自由、及び、そうして演出された自己イメージの矛盾を他者から指摘されることからの保護の両方が含まれている。

棟居説は、「複数の社会関係ごとの個人の表出の有り様は、本人の自己イメージのコントロールの自由に属し、それは本人が社会関係を自由に形成・発展させてゆくための手段として百パーセント個人に留保されるべきである」⁵²⁷と主張する。その反面、「本人の同意を得ずに他者が社会関係の区別を乗り越えることそれ自体（公権力による『名寄せ』はこれに相当する）、およびその結果得られた複数の『自己イメージ（個人像）』を突き合わせることによって『矛盾』を指摘すること（メディアを含む私人によるプライバシー暴露と人格非難はこれに属する）は、いずれもプライバシー侵害と評価される」⁵²⁸ことになる。同説からすると、国家による情報行為にもとづいて、本人の同意を得ずに情報の名寄せを行うことは、自己イメージコントロール権に対する侵害行為に当たるといえ、第二に重視する点を充たすと考えられる。

しかし、自己イメージコントロール権説は、第三に重視する点の「国家の情報行為と両立し、かつ、対抗し得る権利観」に適合的であるとはいえない。なぜなら、一般的行為自由説のところでも述べた理由と同様のことがいえるからである。つまり、本人の同意を得ずに公権力が名寄せを行うことは、同権利に対する侵害行為に当たる。そうすると、個人番号制度にもとづく情報連携を行うためには、すべての情報連携に係る処理に対して、本人の同意が必要である。そのため、第三に重視する国家の情報行為と両立するという権利観としては妥当ではないといえそうである。なぜなら、實際上、それでは、行政運営の効率化を図るところか、かえって煩雑になり、国家の情報行為と両立し得る権利とは言い難いからである。したがって、第一に重視する点を検討する以前に、第三点に重視する点から自己イメージコントロール権説は、国家の情報行為に対抗し得る権利としては、適合的ではないといえる。

他方で、自己情報コントロール権説はどうか。国家の情報行為によって、国民が何かしらの制限を受けた場合、同説では、収集、利用される情報が固有情報なのか外延情報なのかによって保護の程度は異なると見られる。

公権力が、国民の固有情報を本人の意に反して収集、利用を行うことは、原則として禁止されるのに対し、外延情報は、正当な政府目的のために正

⁵²⁷ 棟居・前掲注(424)65頁。

⁵²⁸ 棟居・前掲注(424)65頁。

当な方法を通じて収集、利用しても直ちにプライバシーを侵害しないと見られていた。

しかし、前述したように、近時の説明では、固有情報と外延情報の相対化が見られる。特に外延情報については、個人の知らないままに、かつ、大量に集積され、広汎に利用される可能性がある場合には、個人の道徳的自律性を脅かすことが容易に想像できるとしているが、侵害するとはまでは言及されていない。そのため、固有情報と外延情報との区別が明確でない点、及びその区別が相対化しているという理由から、第一から第三に重視する点を検討するまでもなく、同説は、国家の情報行為に対抗し得る適合的な権利であるということとはできない。

(4)存在権

最後に、存在権を検討する。佐々木の説明によれば、国民は、国家において、二種の立場をもって生活する。一は、国家を組成する部分としての立場であり、他は、国家とは別のそれ自身一の生活体たる人間としての立場である。そして、存在権は、国民を、それ自身の目的を有する一の全部者と考える。佐々木は、憲法 13 条は、国民の、全部者として独自の生活体としての立場を認め、それは、存在権を定めているのだと説明する。

人間は、一個の全部者たる生活体としては、人間本来の本能として、自己の生命を愛し、自由を有し、及び幸福を追求する意欲を有するものであるから、生命を愛し、自由を有し、幸福追求を為すことは、人間の存在の内容であるという。そして、憲法は、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利と定め、この意味で国民の個人として尊重されることを、国家に対して、要求することができるというものである。

上述した内容は、佐々木の第二稿の叙述にもとづいている⁵²⁹。一見、抽象的で、権利概念としては具体性に乏しいような印象がある。しかし、国民は、国家という全部者の部分としての立場と、全部者から独立した存在として一の全部者たる地位が認められる。これは、存在権にもとづく国民の第二の法的地位である。この立場を保障したのが、憲法 13 条であるとされている。しかも、それは、具体的権利であるという。なぜなら、佐々木の解釈では、憲法 13 条は、国民の一の全部者としての存在を尊重することを国家の任務と定めたからである。

⁵²⁹ 佐々木・前掲注(509)1037 頁以下参照。

存在権は、第一及び第二に重視する点を充たすであろうか。個人番号制度にもとづく個人情報の収集、利用は、国民の一の全部者として存在する立場に対する行為の場合には、行政手続に必要なではない国民の私生活上の自由にまで作用を及ぼしていると考えられる。それゆえ、その作用が、国民の自由や財産を侵害するといえる可能性がある。また、それが、侵害行為に当たる場合には、その国家の情報行為は、権力的、かつ、個別性を有し、国民の一の全部者として存在する法的立場に直接に変動を与える行為であり、処分にあたると考えられる。したがって、第一及び第二に重視する点は、いずれも充たすといえるであろう。

また、存在権は、第三に重視する点を充たすであろうか。この点、個人番号制度にもとづく個人情報の収集、利用についての国家の正当化は、許容され得ると考えられる。なぜなら、国民は、公共の福祉に適う範囲で、自己の自由や財産を制限されることも受け入れなければならない場合がある。それは、国家という全部者の部分としての立場ゆえに、国家が行う公共の福祉に適う範囲内の制限を負担すべき立場にあるからである。

これに対して、国民の一の全部者として存在する立場の場合には、国家による情報行為とは関わりなく、生命、自由、及び幸福追求を為すことを、国家に対し、主張できると考えられよう。それゆえ、第三に重視する点も充たすと思われる。

したがって、第一から第三までの重視する点をいずれも充たす可能性がある存在権を、国家の情報行為に対抗し得る権利として、次章以下の考察の対象とすることにしたい。

第四章 国家による情報行為と法関係に関する考察

存在権の発見の過程が明らかにされるまで⁵³⁰、佐々木の存在権論には、少なからず学説から批判的見解が寄せられている⁵³¹。その多くは、存在権と自由権、国務要求権の権利相互の関係が明確ではないという指摘や存在権の具体的性格、内容がはっきりしないという批判である。

そこで、本章では、学説の見解のなかで顕著にみられた「存在権、自由権、国務要求権の一つである個人的存在を尊重される権利の相互の関係が、佐々木の説明では不明確である」という指摘に対し、佐々木の第二稿から推察される存在権の論旨であれば、別の見方ができるのではないかという問題を考えてみることにしたい。

まずは、学説の見解を参照する。次に、佐々木の存在権、自由権、国務要求権の権利相互の関係について、筆者なりの理解を示したいと思う。そして、存在権を有する一の全部者としての立場から、国家の情報行為に対して、どのような主張をすることができるのか、あるいは、国家による情報行為が、存在権を侵害し得る場合とはどのような場合であるのか。これらの課題に対し、暫定的な結論を検討することにしたい。そして最後に、私人の情報行為と存在権との関係について、具体的事例を取り上げて考察することにする。

第一節 存在権論に関する考察

第一款 存在権論に関する考察

(1) 存在権論に関する学説の見解

存在権に関する第一の見解は、奥平の見解である。奥平は、戦後の佐々木は、「自由権、受益権に対応する国務要求権、及び参政権のほかに『存在権』というカテゴリーを新設した点で、特色がある」⁵³²と述べている。奥平が引用する存在権は、『〔改訂〕日本國憲法論』⁵³³で叙述されている内容である。すなわち、「存在権とは、憲法 13 条の『国民は個人として

⁵³⁰ 石川・前掲注(476)。

⁵³¹ 佐々木の存在権に言及する文献として、たとえば、奥平康弘「人権体系及び内容の変容」ジュリスト 638 号(有斐閣、1977 年 5 月 3 日) 243 頁以下、芦部・前掲注(182)53 頁以下、佐藤幸治「人間の具体的生活の中の憲法」佐藤幸治=初宿正典『人権の現代的諸相』(有斐閣、1990 年) 2 頁以下、同「日本国憲法と『自己決定権』—その根拠と性質をめぐって」法学教室 No.98 (有斐閣、1988 年) 6 頁以下、同、樋口ほか編・前掲注(374)268 頁以下〔佐藤幸治執筆〕、桜田誉「憲法における人格の保障」関西大学法学部百周年記念論文集『法と政治の理論と現実〔上巻〕』(有斐閣、1987 年) 253 頁以下、青柳幸一「『個人の尊重』と『人間の尊厳』—同義性と異質性—」『横浜経営研究』7 巻 4 号(横浜国立大学経営学会、1987 年) 7 頁以下がある。

⁵³² 奥平・前掲注(531)244 頁。

⁵³³ 佐々木惣一『〔改訂〕日本國憲法論』(有斐閣、1952 年) 401 頁。

尊重される。』とする規定からひき出されるものであって、個人が独自の立場において『人間としての存在を認められ、国家に対して、その存在を主張し得る』権利をいう⁵³⁴。この内容は、第三稿で補正され刊行された初版における存在権の内容と異なるところはない。

奥平は、「自由権等の人権を享有しうるためには、まず個人・権利主体として存在することが前提である。このゆえに、存在権は始源的なものとして、最初に措定されている⁵³⁵」と言い、存在権が基本的人権の種別の第一目に書かれている点に着目する。しかし、存在権は、「自由権など他の権利とどうちがうのか、その独自の意義はなんであるか、かならずしも十分にしめされておらない」と述べてから、「筆者のみるところに誤りがなければ、その後学説上実践上この権利概念は発展しないままに消失した⁵³⁶」との見解を示している。

次に、第二の見解は、芦部の見解である。芦部は、『〔改訂〕日本國憲法論⁵³⁷』における存在権の内容を引用した後、佐々木の自由権の説明について触れている。すなわち、佐々木は、「13条の『自由』に対する権利は、人がその意欲するところにしたがって、種々の不特定の行動を為す一般的自由を束縛されない、という消極的な意味の自由とし、この一般的自由は、個別の具体的な自由の保障について規定がない場合にも、13条の『自由』によって保障される旨を説く⁵³⁸。さらに13条は、「国務要求権の一つとして、国家に対し右の存在権を『尊重して国政のために為されることを要求する』権利(人格の保持向上に関する国務要求権)をも含む、と主張する⁵³⁹が、「13条は、存在権、一般的自由権、国務要求権という性質の異なる複合的な権利を保障する条項と解する佐々木説は、存在権ないし存在権の尊重を国に要求する国務要求権の具体的な意味、性格、内容及び相互関係など必ずしも明確でなく⁵⁴⁰」と述べており、佐々木の基本的人権の相互の関係に関する不明確さを批判している。

⁵³⁴ 奥平・前掲注(531)244頁。

⁵³⁵ 奥平・前掲注(531)244頁。

⁵³⁶ 奥平・前掲注(531)244頁。

⁵³⁷ 佐々木・前掲注(533)400頁～403頁、424頁～425頁参照。

⁵³⁸ 芦部・前掲注(182)56頁。

⁵³⁹ 芦部・前掲注(182)56頁。

⁵⁴⁰ 芦部・前掲注(182)56頁。

最後に、第三の見解は、佐藤の見解である。佐藤は、佐々木の「憲法制度を吾々の生活から観なければならぬ」⁵⁴¹という一説を引用し、佐々木の存在権の内容が、「人間本来の本能」を重視している点に触れて「佐々木の主張にいかにもふさわしい」⁵⁴²と述べているが、しかし、当然の道理だとしても、そこから何故に自然権としての基本的人権（したがって存在権）が生ずるのか、佐々木説には課題があると指摘している。そこで、佐々木説への指摘を確認するにあたり、佐藤の憲法13条の解釈から導かれるとされる、「基幹的自律権」、及びそれに派生して生じる「派生的（個別的）自律権」の内容を先に参照しておこう。

佐藤は、人権の基礎が人格的自律権であることを前提として、人格的自律権は、「基本的自律権」と「派生的（あるいは個別的）自律権」とに分けて考察することができる⁵⁴³。基幹的自律権は、憲法の保障する基本的人権の保障を根底において支え統合するものであり、換言すれば、憲法の保障する各種基本的人権は、基幹的自律権を実現すべくそこから派生してくるものであり、その意味で、それらの各種基本的人権は、派生的（あるいは個別的）自律権と呼ぶことができるという⁵⁴⁴。

ただ、各種の基本的人権がすべて「基幹的自律権」から演繹的に帰結されるということの意味するものではなく、各種基本的人権はそれぞれの固有の歴史的背景と社会構造に見合った意義と役割を担っており、システムの外的に考慮し制度的に構築されなければならないところをもっている。したがって、各種基本的人権自体も「核」をなす部分と法律によって発展的に形成されて行く部分とによって構成されている⁵⁴⁵。

佐藤は、「それでは、憲法が保障する各種基本的人権を、『人格的自律権』の観点から捉えることの意義はどこにあるのか」⁵⁴⁶と自問する。佐藤によれば、その意義は、「憲法による基本的人権の保障を有機的・動態的に把握することを可能にすることである。各種基本的人権は、それぞれの社会経済システムと関連しつつも、具体的な人間の“生”に収斂され、“生”

⁵⁴¹ 佐々木惣一『立憲非立憲』（講談社文庫、2016年）4頁。初版は、佐々木惣一『立憲非立憲』（弘文堂書房、1918年）1頁。現在は、国立国会図書館デジタルコレクションでオンライン閲覧可能である。

⁵⁴² 佐藤・前掲注(531)10頁。

⁵⁴³ 佐藤・前掲注(531)16頁参照。

⁵⁴⁴ 佐藤・前掲注(531)16頁。

⁵⁴⁵ 佐藤・前掲注(531)17頁参照。

⁵⁴⁶ 佐藤・前掲注(531)17頁。

と“制度”との依存と相剋の関係は、“生”のダイナミズムを直視することなしには顕現しない」として、人格的自律権の意義を述べている。

憲法13条をこのように解釈する佐藤説からすると、佐々木説には不満があるようである。すなわち、佐々木が、存在権、自由権、国務要求権及び参政権というように並列的に捉えていることに対する批判である。佐藤は続けていう。「佐々木は、『人間の存在の内容』は、『生命を愛し、自由を有し、幸福を追求する』ことであつたはずである」と。

また、佐藤は、佐々木が「『存在権』そのものとは別に、『国務要求権』の内実として『人格の保持向上に関する国務要求権』をあげ、その一つとして『個人的存在を尊重される権利』に言及する。この権利は、『存在権そのものではな』く、『存在権を尊重して国政の為されることを要求する、という権利である』とされるものである」が、「『存在権』と他の『国務要求権』、さらには、『自由権』や『参政権』との関係はどうなのかという点については、佐々木は直接論ずるところがない」。

佐藤の指摘は、佐々木が、基本的人権を並列的に並べて説明している点はさておき、奥平や芦部の指摘と重なるものがある。したがって、学説の批判としては、総じて、存在権、自由権、国務要求権及び参政権の権利相互の内容の不明確性に対する批判的見解であると捉えられる。

(2)自由権及び国務要求権に関する理解

次に、佐々木の自由権及び国務要求権の内容を考察する。

学説の見解にあつた、「佐々木説は、存在権ないし存在権の尊重を国に要求する国務要求権の具体的な意味、性格、内容及び相互関係など必ずしも明確でない」という指摘に関して、自由権の内容及び国務要求権の内容を探るのがここでの目的である。

手がかりとなるのは、存在権の発見前に書かれていた自由権の内容と、存在権の発見後に補正された内容を比較することである。存在権の発見は、自由権ないし国務要求権の両方の内容に影響を与えたと予想されるからである。そこで、初版刊行前の原稿を相互に比較することで、存在権と、それ以外の権利の内容の相違が掴めるのではないかと考えられる。

まずは、自由権を確認し、その後に国務要求権を確認することにする。

①「包括的自由権」の内容の変遷

1)存在権発見〔前〕における「包括的自由権」の内容

佐々木は、浄書された第二稿を入手した段階では、憲法 13 条を包括的自由権として説明している。以下は、初稿における自由権の内容を引用したものである。

「 第一 自由権

一 自由と法 自由権は、國民の自然に有する活動の自由と憲法との関係において成立する部分としての立場と、國家とは独立の、それ自身一生活体たる人間としての立場と、二種ある。前者を國家成員の立場といい、後者を個人人の立場という。國民にはこの二様の立場があるが、従来動もすると國民は、専ら又は主として國家成員の立場において取扱われ國家成員として活動すべきものとされ、これがために個人人としての活動を爲すことを抑圧するの弊風があった。憲法が、國民は個人として尊重されるとして、その生命、自由、幸福追求を尊重すると定めるのは、右の國民の個人人としての立場を尊重すべきことを定めるのである。然しながら、國政の上でこれを最大の程度に尊重するは、それが、公共の福祉に反しない限りにおける最大の尊重のについては、包括的自由権以外に個別的自由権は成立しない。包括的自由権そのものの発現があつたに過ぎない」⁵⁴⁷。

第二稿に朱を入れる前の段階で、存在権に繋がるコンセプトがすでに現われている点に留意していただきたい。「部分としての立場」（「國家成員の立場」）と、「それ自身一生活体たる人間としての立場」（「個人人としての立場」）」の二種の立場があることが示されている。憲法 13 条は、後者の「個人人としての立場を尊重」すべきことを定める。しかし、それは、公共の福祉の反しない限りにおける国政上の最大の尊重であり、13 条は、包括的自由権の発現があつたに過ぎない、というのが、この時点での佐々木の理解であった。

2)存在権発見〔後〕における「包括的自由権」の内容

存在権の発見後、第二稿で自由権の内容は殆ど書き換えられている。

⁵⁴⁷ 佐々木・前掲注(509)1037頁～1041頁。ただし、本文に引用した内容は、浄書された原稿に佐々木が朱を入れる前の内容である。

以下は、第二稿における自由権の内容を引用したものである。

「 第二目 自由権

第一 自由と法 (…) 自由という言葉には二様の場合に用いられる。即ち、人が、その意欲するところに隨て、いろいろの不特定の行動を爲すことを稱して、人が行動の自由を有す、といい、又、人が或特定の行動を、その意欲するところに隨て、爲すことを稱して、その行動の自由を有す、という。説明の便宜上、前者を包括的自由といい、後者を個別的の自由という (…)

第二 包括的自由権 國民は、憲法の定めるところにより、國家に対して、その包括的自由を主張することを得る。國家は、憲法の定めるところによらなくては、國民の包括的自由権を制限することを得ない。かかる國家の拘束は、單に國家の側の拘束たるに止らず、國民の側において、これを主張し得るのである。故に、國民の權利である。元來、自由は、國民が人として自然に有する力であつて、法によつて与えられるものではない。故に、自由に関する權利たる自由権は、國民がその自然に有する自由を制限せられない、という、消極的の意味を有するものである。

かかる包括的自由権のあることは、憲法が明文を以て直接に規定するのではないが、その間接的の規定により知られる。憲法十三條が、國民の個人として尊重せられる存在権を定めるに當り、その權利の内容として、自由を示し、自由に対する國民の權利という言葉を用いる。その自由というのは、包括的自由のことであつて、包括的自由に対する權利の存することは、同條の規定から知られる。それが即ち包括的自由権である。

人の包括的自由は、個々の場合に、個別的自由として発現するものであるから、或特定の行動を爲すの自由については、もし憲法に何等の規定がないならば、包括的自由権以外に別に權利というものは存しない」

⁵⁴⁸。

3) 包括的自由権の内容

初稿で書かれていた二種の立場は消し去られ、初稿と同様に、憲法 13 条は、包括的自由権を定めた規定であることが示されている。また、包

⁵⁴⁸ 佐々木・前掲注(509)1042頁～1052頁。

括的自由が、不特定の行動を為す行動の自由であるとの新たな説明文が挿入されている。

第三稿が印刷に附され、印刷中に補正を経て刊行されており⁵⁴⁹、初版は、基本的に第三稿が基礎になっている。そして、初校刷や再校刷を確認したが、その過程で内容に関する大きな変更点はない。そのため、第三稿における包括的自由権の内容が、佐々木の自由権論で展開される二種の自由権のうちの包括的自由権の内容と考えて差し支えないと考えられる。

第三稿における包括的自由権の内容は、法的な性質としては、人が自然に有する力としての自由を、国家は、憲法の定めによらなければ制限することを得ないという自由権として捉えられている。この意味で包括的自由権は、消極的意味を有する。包括的自由権は、憲法の明文で直接に定められているものではないが、憲法 13 条が示す「自由」の言葉には包括的自由に対する権利が、間接的に規定されているという解釈によって根拠づけられている。

整理すると、佐々木の包括的自由権の内容は、人が、その意欲するところに従って様々の行動の自由を保障する包括的自由権を意味し、包括的自由権の性質は、国家は、憲法の定めによらなければ包括的自由権を制限することを得ない、消極的意味の自由権である。包括的自由権は、憲法に明文をもって直接定められてはいないが、憲法 13 条が規定する「自由」の言葉に間接的に定められたものとして認められる権利であると理解されよう。

そして、後で見るように、憲法 13 条が定める「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」とされる憲法 13 条の内容が、存在権の内容であり、ここでの自由とは、存在権の内容に含まれる一般的自由権であるという意味づけが行われている（詳しくは、後述する「佐々木惣一の憲法 13 条解釈の変遷」で説明する）。

なお、こうした包括的自由権の内容、性質に鑑みて、「包括的自由権」は、『日本國憲法論』初版における初校刷段階で「一般的自由権」の呼称に変更され⁵⁵⁰、論旨の厳密化がはかられている。

⁵⁴⁹ 佐々木・前掲注(381)「凡例」8頁参照。

⁵⁵⁰ 佐々木・前掲注(514)395頁以下参照。

② 「国務要求権」の内容の変遷

本稿では、佐々木の国務要求権の種類のうち、学説で指摘のあった、存在権と似ているけれど存在権そのものではないとされる、「個人的存在を尊重せられる権利」を取り上げる。この部分の叙述内容は、存在権との違いが非常にわかりづらいこともあり、それゆえ、国務要求権の内容の変遷を参照する意義があると考えられる。

佐々木は、浄書された第二稿を入手した段階では、憲法13条から、個人的存在の権利という国務要求権が規定されていると解釈していた。しかし、佐々木は、存在権を発見した後は、個人的存在の権利を消去し、存在権を尊重される権利、すなわち、個人的存在を尊重せられる権利に変更している。そこで、具体的に記述の変遷を確認しよう。

まず、存在権発見前の第二稿で浄書された原稿の内容を確認し、次に、発見後の内容を確認する。以下は、初稿における国務要求権の内容を引用したものである。

1) 存在権発見〔前〕における「国務要求権」の内容

「 第二目 国務要求権

一 国務要求権の性質 国務要求権とは、国民が、國家に対して、國家が、國民の利益の爲に、一定の態度を取ることを要求する権利である。

(一) その態度が如何なるものであるかは、憲法がこれを定める。又、(二) 國家が、國民の利益の爲にその態度を取るとは、國家がその態度そのものが直接に國民の利益の爲にせられることである。結局において國家自身の利益を目的とすることは、いうまでもない⁵⁵¹。

「一 個人的人格に関する権利 これに属するものは、次の如くである。

イ 個人的存在の権利 憲法第十三條は、『すべて國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する國民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定する。本條は、國家が國民を取扱う態度について、國民を個人として尊重することを保障するものであって、國民は國家に対して、個人として尊重されることを要求し得る。これを國民の個人的存在の権利という。國家が國民を個人として尊重するとは、國民を、國民が國家を構成する成員である、という立場でのみ見ないで、それ自身

⁵⁵¹ 佐々木・前掲注(509)1156頁～1158頁。ただし、本文に引用した内容は、浄書された原稿に佐々木が朱を入れる前の内容である。

独立の存在を有する者として見て、これを尊重しなくてはならぬ。本條に、『國民は、個人として尊重される。』というはこの義である。國民はというと、國家に対して、個人として尊重されることを要求する権利である。

人は、生命を有し、自由を有し、幸福を追求するものであるから、國民が個人として尊重される権利は、國民が生命、自由及び幸福追求するという権利を含む。國家は、立法その他の國政を爲す場合に、最大の程度で、國民が右の権利を有することを尊重して考慮に入れなくてはならぬ。併し、それは、國民の生命、自由、幸福追求に対する権利が公共の福祉に反しない限りにおいてである。國民の生命、自由、幸福追求の権利を行うことが公共の福祉に反することのないよう、國政において、これを制限することを得る」⁵⁵²。

第二稿に朱を入れる前の段階で、ここにおいても存在権に繋がるコンセプトがすでに現われている点に気が付かれたであろうか。國民は、「國民が國家を構成する成員であるという立場」（「國家成員の立場」）と「それ自身独立の存在を有する者」（「個人としての立場」）の二種の立場があるが、憲法 13 条前段の「國民は、個人として尊重される。」というのは、後者の個人としての立場を尊重すべきことを規定したものである旨が示されている。

また、佐々木は、憲法 13 条後段のいわゆる幸福追求権を引用し、「人は、生命を有し、自由を有し、幸福を追求するものである」から、國民の「個人的存在の権利」には、生命、自由及び幸福追求する権利を含む、とされている。國家は、國政を為す場合に、公共の福祉に反しない限り、國民が、生命、自由及び幸福追求する権利を有することを尊重して考慮に入れなければならないことが説かれている。

整理すると、初稿の段階では、憲法 13 条前段は、國家が國民を取扱う態度について、國民を個人として尊重することを保障するものであつて、國民は國家に対して、個人として尊重されることを得る國務要求権としての権利を定めたものである。「個人として尊重される」とは、國民をそれ自身独立の存在を有する者として尊重される権利、すなわち、「個人的存在の権利」を意味する。

⁵⁵² 佐々木・前掲注(509)1164頁～1171頁。ただし、本文に引用した内容は、浄書された原稿に佐々木が朱を入れる前の内容である。

また、憲法 13 条後段は、個人的存在の権利を尊重せられる権利の内容として、国民は、生命、自由及び幸福追求する権利を有する者として、国家に対して、国政を行うにあたり、公共の福祉に反しない限り、最大に尊重して取扱うよう、国家のとるべき態度を要求することができる権利であると解釈していたと推察される。

2)存在権発見〔後〕における「国務要求権」の内容

存在権の発見後、第二稿の国務要求権の内容に変化が現われる。以下は、第二稿における国務要求権の内容を引用したものである。

「 第二 人格の保持向上に関する国務要求権

一 個人的存在を尊重せられる権利 憲法十三條は、『すべて國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する國民の險路については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定する。本條により、國民が個人としての存在を認められる権利即ち存在権を有することは前にこれを述べた。國家は、立法その他の國政を爲すに当たり、この存在権を、公共の福祉に反しない限り、最大の程度に尊重することを要し、國民は、國家に対して、國家が國政を行うに当たり、國民の存在権を最大に尊重してすることを要求するの権利を有する。存在権の内容は、前に述べた如くことである。

人は、生命を保ち、自由を有し、幸福追求するものであるから、國家は、國政を爲すに当たり、國民の生命、自由及び幸福追求を、最大に尊重することを要し、國民は、これを要求する権利を有するのである。

右の國政の上で個人的存在権を尊重せられる、という権利は、個人的存在に對する権利即ち存在権と似ているけれども、異なる。それは、存在権そのものではない。存在権を國政の上で尊重せられる、という権利である」⁵⁵³。

初稿の憲法 13 条前段の「個人的存在の権利」は消去される一方、代わりに「個人的存在を尊重せられる権利」に呼称変更されて国務要求権のカテゴリに残された。

⁵⁵³ 佐々木・前掲注(509)1164頁～1170頁。

3) 国務要求権としての「個人的存在を尊重せられる権利」の内容

存在権の発見によって影響を受けたのは、「個人的存在の権利」である。国務要求権の一種として書かれていたこの権利は、存在権に吸収される形で消去される。代わりに国務要求権とされたのが、「個人的存在を尊重せられる権利」である。「個人的存在」とは、すなわち、存在権の言い換えである。したがって、「個人的存在を尊重せられる権利」たる国務要求権の内容は、国家は、国民が存在権を有する者として、立法その他の国政を為す上で、公共の福祉に反しない限りで、最大の程度に尊重して考慮に入れなければならないという意味である。そして、国民は、存在権を有する者として、国家に対して、立法その他の国政を為す上で、最大の程度に尊重する態度を取ることが要求することができる。それが、個人的存在を尊重せられる権利の内容であると理解されよう。

(3)存在権論に関する考察

佐々木の存在権が、第二稿で発見されてから補正を施されていくなか、存在権の論旨は、どの段階に見出せるのかという点を考えてみたい。というのも、存在権は、第二稿から第三稿において重要な内容変更が加えられており、その意図を推察することで存在権の本来の論旨が見えてくるのではないと思われるからである。そして、その論旨から推察される存在権論に関する理解を得ることが、ここでの目的である。

①存在権の論旨

第三章において確認したように、存在権発見の第二稿から発見後の第三稿への重要な変更点は、国家との関係において二種の立場があるとされていた「国民の立場」が、「人間の生活する立場」へと変更が行われた点である。「人間の生活する立場」は、その後の『日本國憲法論』訂正・補正版でも維持されている。それだけに、第三稿が、佐々木の本来の論旨であったとみるべき余地はある。

しかし、筆者は、佐々木の存在権の論旨は第二稿にあると考えている。その理由は次のとおりである。第三稿においては、二種の立場のうち、従属的立場を「何らかの関係で、他の者に従属して行動する立場」と表現している。この従属的立場は、第二稿で論じられていた他の全部者の部分としての立場と同義である。そして「他の者」には、第三稿の「従来、国民は、國家との関係において、専ら又は主として、従属的立場において取扱われていた。それは國家を組織する部分として取扱われてい

たのである」との記述から、国民が服従する者には、国家が含まれていることは自明である。また、続きの文に「國家との關係以外においても、何らかの事情の下に、支配力を有する者に對して、從屬的立場に置かれることが多かった」というのは、支配的立場に立つ国家以外の他の私人を意味している。したがって、第三稿の記述において「国民の立場」が消去されたわけではない。

そして、後に見るように、「国民の立場」という記述が有する意味は、実質的には国民の「地位」ないし「身分」としての立場を意味している。この理解を前提とすれば、「人間の生活する立場」へ変更された理由は、私人との関係における支配従属関係にまで憲法 13 条の射程を及ぼすため、及び、人間というのは、本来の本能として生命を愛し、自由を有し、及び幸福追求する存在であるという人間が存在する意義を表すためという二つの実質的理由に加え、私人との関係については、国家に対する地位を表象する「国民」としての立場で捉えられないという形式的理由からであると推察される。

もちろん、存在権は、第二稿にあるように、国家との関係において、個人として尊重されることを主張する権利である。しかし、それだけではなく、人間の生活する立場に置き換えたことにより、人間としての存在は、私人との関係においても、個人として尊重される。それは、他の私人との関係において存在を害されないよう努力することを、国家に要求することを得るという意味である。これが、存在権の論旨であろう。

初版の凡例のなかで、佐々木は、次のように書き記している。「本書初稿に補正を施して得た第二稿は、殆ど初稿の跡を見ないほど、全く改められたものであつた。これに再び補正を加えて第三稿とし、第三稿を印刷に附した。印刷中また補正した點もある」⁵⁵⁴。

佐々木は、刊行された初版とはまた別の——初稿の跡を見ないほど全く別の——存在権があつたことを記している。そして、そのバージョンに補正を加えてできたのが第三稿であるという。したがって、『日本國憲法論』における存在権の論旨は、依然として第二稿の原稿のなかに存在し、その論旨は変わることなく、憲法 13 条の射程を拡げるためという意義の観点から、第三稿において発展させたと考えられる。それゆえ、佐々木の存在権の論旨を理解するには、第二稿の叙述が有する意味を確認することが不可欠であると思われる。

⁵⁵⁴ 佐々木・前掲注(381)「凡例」8頁。この点について、石川・前掲注(476)38頁を参照。

②存在権に関する理解

さて、前述した学説の指摘について考える前に、佐々木の存在権論を翻って参照してみたい。そのうえで、いくつかの指摘に対する筆者なりの存在権に関する理解を示せればと思う。

1) イェリネックの地位理論にもとづく佐々木の地位論

佐々木惣一は、1909年からドイツ、フランス、イギリスへ行政法研究のため3年間留学をしている⁵⁵⁵。ドイツの留学の目的は、『一般国家学』⁵⁵⁶の著者ゲオルク・イェリネックの講義を聴くためであった⁵⁵⁷。

佐々木は、イェリネックの地位理論⁵⁵⁸に祖述するかたちで臣民の地位論を説明していると考えられる。佐々木は、憲法にもとづく基本的人権の種別を、最初は臣民の地位論と同じく三種に分類しようとした。しかし、存在権を発見し、基本的人権の種別を四種に変更した。ただ、これら四種の権利相互の関係について、佐々木が論じている部分は見つけれない。

そこで、現在ある叙述のなかから、存在権、自由権、国務要求権の相互の関係に関する手がかりを掴むには、佐々木が基礎にしていたイェリネックが説いた地位理論を知る必要がある。

しかし、筆者の能力的限界があり、その内容を知るためには、先行研究⁵⁵⁹に依りながら確認するしかない。そのため、ここは、石川・前掲注(559)によるイェリネックの地位理論を参照することにした。

以下に叙述された内容は、佐々木の存在権及び自由権ないし国務要求権の相互関係の理解には欠かすことのできない肝要な部分である。

⁵⁵⁵ 京都市情報館公式サイト「京都市名誉市民 佐々木惣一（ささき そういち）氏」〈略歴〉
(<https://www.city.kyoto.lg.jp/sogo/page/0000207461.html>) 2023年6月確認。

⁵⁵⁶ ゲオルク・イェリネック『一般国家学〔第3版〕』芦部信喜他訳（学陽書房、1974年）。現在は、国立国会図書館デジタルコレクションでオンライン閲覧可能である。

⁵⁵⁷ 佐々木・前掲注(541)解説〔石川健治執筆〕230頁以下参照。

⁵⁵⁸ ゲオルク・イェリネック『主観的公権の体系』（System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 2 Aufl. 1905）。一般に『公権論』と言われる有名な著作である。

⁵⁵⁹ ゲオルク・イェリネックの地位理論の研究は数多くとても紹介しきれないが、ひとまず、芦部信喜「人権の類型〔憲法講義ノート(第19回)〕」法学教室98号(1988年)21頁以下、及び、石川健治「自分のことは自分で決める—国家・社会・個人—」樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版、2000年4月）124頁以下、特に141頁～142頁を紹介する。なお、芦部・前掲注(559)は、平易にやや長めに論じられている。これに対して、石川・前掲注(559)は、本論とは区別される枠内での記述となっているものの、要点が凝縮された内容になっている。それゆえ、本稿では、石川・前掲注(559)の論文に依拠して記述した。

「イエリネックは、かつてローマ法の議論に、人間の身分を、自由人であるか否かにかかわる『自由の身分』status libertatis と、ローマ市民であるか否かにかかわる『市民の身分』status civitatis と、家長であるか否かにかかわる『家の身分』status familiae に区分する分類があったのを近代に転用して、こうした公共的な権利主体としての権利のありようを整理する。すなわち、近代主権国家では、身分制的な団体が破壊され、家長の権力 status familiae が国家に吸い上げられる一方、それぞれ市民の身分・自由人の身分の近代的形態として『市民』＝国家構成員としての資格ゆえに（法『人格』の承認に基づき）認められる国家への権利 status civitatis と、それによって守られるべき『自由』な状態 status libertatis とが並立するという図式を描いた。

(…) 後者の『自由』の方は、公共の利益とは関係のない、基本的にプライベートな領域にかかわるから公法（学）の対象ではなく、行政権が公共の利益のために干渉してくる場合にはじめて、それは公法（学）上の関心対象となる。そして、この場合において、自由人の身分が对国家的な『権利』として意味を持つためには、予め、市民としての身分に基づいて法『人格』が認められ、行政権の干渉に対抗する権利主張が可能であるという裏付けがなくてはならない(…)

彼は、さらに進んで、市民の身分を、①国家に対して裁判上の権利保護を請求する権利など、市民一般に認められる身分と、②選挙をはじめとして国家機関への、能動的な参加者としての身分とに分析して、全体として、自由の身分＝『消極的地位』、市民一般の身分＝『積極的地位』、能動的市民としての身分＝『能動的地位』という、著名な体系化を完成した。」⁵⁶⁰。

イエリネックが示した分類は、さまざまに考察され、自由権、受益権、参政権といった今日の人権の類型論の礎を築いた⁵⁶¹。そして、佐々木は、原則として、イエリネックが示したこれらの分類にもとづいて臣民の地位を語っていたと考えられる。

⁵⁶⁰ 石川・前掲注(559)142頁。

⁵⁶¹ 基本権を自由権、受益権、参政権に三分する見解は、明治憲法時代に美濃部達吉博士などによって紹介され、戦前の学説にきわめて大きな影響を与えた。戦後においても、基本権を類型化する際に最初に顧みられる「古典的な重要性を有する」分類論として、依然として大きな意味を持っていると言われている。芦部・前掲注(559)22頁参照。

2) 「個人的存在の立場」(存在権)の発見

以上のように、イエリネックが示した地位理論の体系についての重要な部分を参照した。そこで、あらためて佐々木の臣民の地位に関する説明をみよう。

臣民は、ある方法において自己の意志の作用を認められる地位(独立の地位)を有する。ある方法には三様ある。第一に、ある範囲において国家の支配を受けずに自由に活動することを認められることをいう〔臣民の自由の地位〕。第二に、国家の行動を自己の利益のために要求することを認められる場合があることをいう〔国務要求の地位〕。第三に、国家の意志の成立に参加する資格を認められることがあることをいう〔参政の地位〕。そして、これらの地位を法律関係としてみるときは、第一を自由権、第二を国務要求権、第三を参政権といい、臣民は、これらの三つの権利を國家に対し、要求することができる地位を有している

⁵⁶²。

佐々木の「自由の地位」は、イエリネックでいう「消極的地位」に適合し、同様に、「国務要求の地位」は「積極的地位」に、「参政の地位」は「能動的地位」にそれぞれに適合している。そして、これらの地位を法律関係として捉えたときには、それぞれ、「自由権」、「国務要求権」、「参政権」といい、これらの権利を臣民は有していることが論じられている。

佐々木は、最初は憲法における国民の地位について、臣民の地位論と同じように解釈しようとした。けれども、イエリネックの地位理論にはなかった新しい立場が、憲法によって新設されていることを発見した。それが、存在権の発見であった。

3) 存在権発見が有する意味

以上の理解を前提に翻って第二稿における存在権の叙述を確認しよう。佐々木によれば、国民は、国家において二種の立場をもって生活する人間である。

一は、国家を組成する部分としての立場であり、他は、国家とは別のそれ自身一の生活体たる人間としての立場である。前者は、国民を、それ自身の目的を有する一の全部者と考えないで、単に国家という他の全部者の部分と考える。後者は、国民を、それ自身の目的を有する一の全

⁵⁶² 佐々木・前掲注(474)215頁～216頁参照。

部者と考える。国民には右の二つの立場があるが、従来、動もすると、国民は、専ら又は主として国家の部分たる立場において取扱われたために、一の全部者たる生活体としての活動を為すことを抑圧せられるの風があった。然るに、憲法は、国民の、全部者としての独自の生活体としての立場を認め、これについて、国民の権利を認める。前に引用した憲法十三条は、『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。この条規は、前に述べた如く、国政が基本的人権を尊重すべきことを定めるのであるが、同時に、国民の存在権を定めるのである。

右の憲法十三条により、国民は個人として尊重せられる。個人として尊重せられるとは、単に国家を組成する部分という立場ではなく、一個の全部者であってそれ自身の生活を有する者として、尊重せられることである。これを国家に対して、国民は要求することを得る。これは国民の権利である。

ここまでが第二稿で書き替えられた前半の内容である。以下は、存在権が発見されたことの意味について、筆者の理解を示すことにする。

佐々木は、憲法 13 条前段が規定する「すべて国民は、個人として尊重される。」という文言のなかから、国民の新しい立場を発見した。憲法が規定したこの立場は、帝国憲法の下で自由の地位、国務要求の地位、参政の地位しか有しなかった臣民にはなかった新しい立場である。

臣民は、とりわけ戦中において、国家という他の全部者の部分としての立場で生きることを余儀なくされた。臣民は、専ら又は主として国家の部分たる立場において取扱われたために、一の全部者たる生活体として自分自身の目的をもって活動を為すことを抑圧されたのである。しかし、憲法は、国民の、全部者としての独自の生活体としての立場を認める。それは、国民を、自分自身の目的を有する一の全部者として存在することを認めるということである。憲法 13 条は、国政が基本的人権を尊重すべきことを定めるのであるが、同時に、国民の存在権を定めている。

憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。」という。この規定は、存在権という新しい立場が認められている旨を規定したものと理解される。それは、単に国家を組成する部分としての立場ではなく、独自に生きる目的を有する個人としての立場を保障したものであ

る。そして、国民は、この新しい立場を尊重するよう、国家に対して要求することができる。これは、国民の権利であり、それが存在権である。

佐々木は、権利主体が属する地位の区分によって、換言すれば、臣民がどの地位を有するかによって、享受できる権利を分類している。それは、自由の地位、国務要求の地位、参政の地位の三種あり、これを法律関係としてみるときは、自由権、国務要求権、参政権であると説明している。そして、『日本國憲法論』初稿においても、帝国憲法の解釈と同様に、基本的人権を三種に分類していた。しかし、存在権の発見によって、従来の基本的人権の体系に一の全部者としての国民の新しい立場が増設されたのである。いわば、個人的存在の地位、自由の地位、国務要求の地位、参政の地位の四種になったのである。

佐々木は、「すべて国民は、個人として尊重される。」という、その短い条文の一説のなかから、個人として存在することを尊重される新しい立場を見つけ出した。それが存在権の発見であったということであろう。

4)存在権の内容に関する理解

次に、翻って第二稿における存在権の内容について確認しよう。

「人間は、一個の全部者たる生活体としては、人間本来の本能として、自己の生命を愛し、自由を有し、及び幸福追求をするの意欲を有するものであるから、生命を愛し、自由を有し、幸福追求を為すことは、人間の存在の内容である。憲法は、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利という。この意味で国民の個人として尊重せられることを、国家に対して、要求することを得る。これが国民の存在権である」。

ここまでが、第二稿で書き替えられた後半の内容である。以下は、存在権の内容について、筆者の理解を示すことにする。

国民は、憲法 13 条によって個人としての立場が保障される。個人としての立場が保障されるとは、他の全部者とは別に、一個の全部者として、自分自身の目的を有する者として自分のことを決めて独立した生活体として生きる立場が保障されることである。そして、この立場は、二つの方向で捉えられる。第一は、国家との関係であり、第二は私人との関係である。存在権は、この二つの方向に対して個人として生きる可能性を保障している。それは、国家や他の私人に干渉を受けずに自分の生活を自らの価値観にもとづいて選択的に生きる可能性を 13 条が保障したものと理解されよう。

そして、人間は、人間本来の本能として、生命、自由及び幸福追求する意欲を有する存在である。そして憲法は、人間本来の本能に従って、生命を愛し、自由を有し、幸福追求を為す一個の人間としての個人的存在の立場を保障する。憲法は、これは国民の権利であるという。それゆえ、国民は、個人的存在の立場にある者として、生命、自由及び幸福追求する意欲を有し、これを実現することを、国家に対して、主張することができる。この意味で、国民の個人的存在の立場が尊重されることを国家に対して要求することができる。それが存在権の内容である。

③佐々木惣一の憲法 13 条解釈の変遷

これまで述べてきた包括的自由権、個人的存在を尊重せられる権利、存在権に関する憲法 13 条の解釈の変遷を整理した（表 2 及び表 3 参照）。

【表 2】

権利	存在権発見〈前〉 (初稿)	存在権発見 (第二稿)	存在権発見〈後〉 (第三稿ないし初校刷以降)
自由権 (一般的自由権) ※個別的自由権は除く。	国民は自然に有する活動の自由と憲法との関係において成立する「部分としての立場」と、国家とは独立の、「それ自身一生活体たる人間としての立場」の二種ある。前者を国家成員の立場といい、後者を個人人の立場という。憲法13条は、個人人としての立場を尊重すべきことを定め、その生命、自由、幸福追求を尊重される。しかし、公共の福祉に反しない限りの最大の尊重である。憲法13条は包括的自由権の発現があったに過ぎない。	憲法13条は、国民が自然に有する力(自由)を、国家は憲法の定めによらなければ制限され得ないことを定めたもの。包括的自由は、不特定の行動を為す自由であり、国家は、憲法の定めるところによらなければ、国民の自由を一般的に制限されないという消極的意味での包括的自由権。13条後段の「自由」の言葉のなかに一般的自由権の存在を間接的に見出す。この自由権は、存在権の内容を定める憲法13条後段の「自由」のことである。	文中の「包括的」という言葉は、「一般的」の言葉に変更される。また、変更前の「憲法に何等の規定がないならば、包括的自由権以外に別に権利」は存在しないとされていた文は、「人の一般的自由は、個別的自由として発現するものであるから、或る特定の自由について何等規定がないならば、一般的自由の内に含まれて存するのである。」の一文に変更される。個別的自由権を定める規定がない場合には、一般的自由権が補充的に規定され得ることが明示された。
個人的存在を尊重せられる権利 (国務要求権の一種)	憲法13条は、国民を「それ自身独立の存在を有する者」として尊重されることを主張し得る「個人的存在の権利」を定める。国家は、国民を個人的存在の権利を有する者と見て、尊重する態度を取らなければならない。また、個人的存在の権利は、生命、自由、幸福追求する権利を含む。国家は、国政を為す場合に、最大の程度で、国民の幸福追求権を有することを尊重して考慮に入れなければならない。ただし、公共の福祉に反しない限りにおいてである。	憲法13条前段の「個人的存在の権利」を国務要求権のカテゴリから消去。憲法13条は「存在権」を規定したものとされる。他方、憲法13条後段から「個人的存在を尊重せられる権利」として国家に尊重を要求し得る国務要求権を基礎付ける。個人的存在とは、個人として存在することを指し、個人的存在の権利は、「存在権」に統合される。すなわち、個人的存在の権利は「存在権」の言い換えである。よって、個人的存在を尊重せられる権利とは、存在権を尊重せられる権利である。人は、生命を保ち、自由を有し、幸福追求する者であるから、国家は、国政の上で、国民の生命、自由及び幸福追求することを、公共の福祉に反しない限り、最大に尊重すべき態度を要し、国民はこれを国務要求権として国家に要求できる。	権利の内容についての大きな変更点はなく、「人は、生命を保ち」の記述を、「存在権の内容は、前に述べた如く、生命を保ち」に記述が変更された他は主な変更点はない。

【表3】

権利	存在権発見〈前〉 (初稿)	存在権発見 (第二稿)	存在権発見〈後〉 (第三稿ないし初校刷以降)
存在権	包括的自由権と国務要求権（個人的存在を尊重せられる権利）のなかに存在権の萌芽が認められる。	憲法13条前段から、国民の「存在権」としての地位を発見する。国民は、個人的存在の地位を有する者であることを国家に主張し得る。これは、国民の存在権である。存在権は、国民を、単に国家という他の全部者の部分としての立場で考えるのではなく、それ自身の目的を有する一の全部者としての立場を保障する。存在権論では、国民は、国家という「全体」に埋没あるいは吸収されない「個人」的存在として捉えられている。個人的存在として尊重される地位は、すなわち「存在権」のことである。「存在権」は、国民の「個人」としての地位を、国家と個人の法律関係で見たときの主観的権利のことを指し、権利の方からいうと「存在権」という。憲法13条の「すべて国民は、個人として尊重される。」前段の規定によって保障されるものである。存在権の内容は、国民は、人間本来の本能として生命を愛し、自由を有し、及び幸福を追求する意欲を有する者であるから、生命を愛し、自由を有し、幸福追求を為すことは、人間の存在の内容であり、憲法13条はその意欲を持った個人として尊重されることを保障したものと理解される。憲法は、これを国民の権利だという。この意味で、国民の個人としての尊重を国家に要求し得る。それが国民の存在権である。（公共の福祉に関する明示的な言及はない）。	国民の地位という表現から「人間の生活する立場」へ変更される。そのことによって、国家との関係だけでなく、私人との関係における支配従属関係までもが憲法13条の射程に捉えられるようになる。ただし、国家に対する関係では、国民の立場から国家に対し、存在権を主張し得るが、私人に対し主張することは、ここにいう存在権ではない。国民は、他の私人との関係において存在を害されないよう努力することを、国家に要求することが、国民の存在権である。

④考察

1) 一般的自由権に関する考察

佐々木は、基本的には、イエリネックの地位理論を祖述する形で臣民の地位論を説明している。前述した一般的自由権の内容を、イエリネックの自由人としての身分たる「自由の地位」に属する者として理解するのであれば、その自由の内容は、国家の構成員から離れた自由人としての立場で私的な自由を享受する地位を有することになる。

この点、宮沢・前掲注(392)は、イエリネックやケルゼンの説くところを参考にしながら、憲法における自由権と単なる自由とを区別して次のように説明している。「国民は、国法に対していわば無関係な関係に立ちうる。これは、国法によってなんら義務づけられていない関係である。この関係における国民の地位を単に——次の自由権と区別して——自由と呼ぶ」⁵⁶³。

⁵⁶³ 宮沢・前掲注(392)91頁。

「だれでも、国法の禁止しない行動をする自由をもつ。人は、たとえば、国法によって禁止されないかぎり、散歩する自由があり、旅行する自由がある。この意味の『自由』はまったく国法の禁止の不存在の反射にすぎないから、国民がどの範囲まで、この意味で『自由』であるかは、ひとえに国法の規定の結果として定まることであり、そこに憲法の限界というようなものはない。

かような『自由』は、イエリネックにいわせれば、『国家にとって法的に無関係な臣民の行為』（die für den Staat rechtlich irrelevanten Handlungen der Subjizierten）ということになる⁵⁶⁴。

宮沢は、憲法上、国民の利益にまで、ある種の国法の定立（処分を含む）が禁止される場合と、国民が、国法に対して無関係な関係に立つ場合とを区別して⁵⁶⁵、前者は自由権であり、後者は自由であるとする。この両者の意味の違いは、自由権は、その自由を制限することが憲法上（国民の利益にまで）禁止されているのに対し、自由は、そこになんらの憲法上の制限がなく、その意味で、イエリネックの言葉でいえば、rechtlich irrelevant であり、国法と無関係な関係であることにある、と説明されている⁵⁶⁶。宮沢のこの理解については、学説から説得的な指摘⁵⁶⁷が展開されているが、ここでは立ち入らない。

それでは、佐々木の一般的自由権の説明をどのように理解すればよいであろうか。宮沢と同じような理解であったのか。このあたりの佐々木の『日本國憲法論』の説明は、非常に簡素であり、論旨を読むのが難しいところがある。それゆえ、筆者の理解が佐々木の論旨とは異なる可能性は否定できない。佐々木の一般的自由権をどのように理解することができるのか。同書の叙述から判読し、筆者なりの理解を示したいと思う。

まず、佐々木は、一般的自由権を国民の権利であると言っているから、宮沢がいう憲法上の制限の不存在による反射的な自由とは異なる。佐々木の一般的自由権は、憲法によらなくては国民が自然に有する自由を一般に制限されず、しかもそれを国家に対して主張し得る権利である。つまり、自由が原則であり、例外的に公共の福祉による制限の可能性があるという意味で法治国家的原理の「原則一例外」図式で捉えられている。

⁵⁶⁴ 宮沢・前掲注(392)91頁。

⁵⁶⁵ 宮沢・前掲注(392)91頁参照。

⁵⁶⁶ 宮沢・前掲注(392)91頁参照。

⁵⁶⁷ 長谷部・前掲注(399)63頁以下。特に104頁以下を参照。

この考え方は、ドイツの一般的行為自由に類似しており、また、長谷部説の公共の福祉にもとづく権利に近い考え方であろう。これを前提に考えれば、私的な自由への介入は、憲法上の制限とみなされ正当化を要するということになる。

そして、存在権との関係では、憲法 13 条後段の自由が一般的自由権の存在を間接的に知らせていると読み解いている。したがって、13 条後段が示す存在権の内容のなかには一般的自由権が含まれていると理解されることになる。

2) 国務要求権に関する考察

佐々木によれば、国民は、国家の部分としての立場である国家成員としての立場を前提として、「国家の行動を自己の利益の為に要求すること」すなわち、国務を要求することができる国務要求の地位を有する。

国務要求の地位とは、すでに確認したように、イエリネックが示した市民の身分・自由人の身分の近代的形態として、「市民」＝国家成員としての資格ゆえに認められる国家への権利と、それによって守られるべき「自由」な状態とが並立⁵⁶⁸している地位のことである。ただ、イエリネックの地位理論でいう、自由の地位 (status libertatis) は、国家からの自由な状態を意味する「自由権」という基本権そのものではなく、一つの状態たる「自由」一般である。この一つの状態である「自由」(「国家にとって法的には無関係な行為」)も、積極的地位から生じる請求権と結合することによって、自由権という権利となる。それゆえ、消極的地位だけでは、何の請求権も派生しない⁵⁶⁹。もともと、「イエリネックは、自由 (Freiheit) という消極的地位には、訴訟を通じてそれを制限する国家行為を争う請求権が与えられることがあり、その可能性のある限りで、単なる客観法の反射的地位と区別されるとする」⁵⁷⁰。

したがって、基本的に私的な領域に行政権が公共の利益のために干渉してくる場合にはじめて公法 (学) 上の関心対象となり、この場合の自由人の身分が国家に対する権利として意味を持つためには、予め、市民としての身分に基づいて法「人格」が認められ、行政権の干渉に対抗す

⁵⁶⁸ 石川・前掲注(559)142頁。

⁵⁶⁹ 芦部・前掲注(559)22頁参照。

⁵⁷⁰ 長谷部・前掲注(399)106頁(註8)。

る権利主張が可能であるという裏付けがなくてはならない⁵⁷¹。すなわち、自由人が権利主張の裏付けを持つには、積極的地位たる国民の地位に属している必要があるということは、先ほど見たとおりである。

佐々木説では、これが国務要求の地位であり、その地位にもとづいて国務要求権が成立するのである。存在権に似ているけれども存在権そのものではない個人的存在を尊重せられる権利は、国務要求権の一種として第一番目に書かれている。個人的存在を尊重せられるとは、存在権を尊重せられることを国家に対して要求する国務要求としての国民の権利である。この権利は、存在権を尊重する態度を求める権利であるが、その尊重は、公共の福祉による制限を受けることが示唆されている。

3)存在権に関する考察

一般的自由権及び個人的存在を尊重せられる権利のいずれも公共の福祉による制限が示唆されている。これに対して存在権には公共の福祉による制限は明記されていない。ここでは、その問題を考えてみたい。

公共の福祉による制限が示唆されていない点について、どう考えたらよいであろうか。公共の福祉に対する佐々木の見解は、「公共の福祉とは社会の共同生活の幸福のことである。国民の利益というのと同義ではない。国家という、制度的、組織的の形式を見て、その利益というのではなく、国家において為される、社会の共同生活という実質を見て、その幸福というのである。即ち、国民は、その基本的人権を行使して社会の共同生活の幸福をもたらすように、せなくてはならぬ」⁵⁷²というものである。

「基本的人権尊重の限界」という存在権を論じる前の部分において、憲法 13 条は、国務機関の態度として基本的人権を尊重すべきものを定めているが、それは公共の福祉に反しない限りであることが示されている⁵⁷³。しかし、その後続く存在権を説明する部分には、公共の福祉による制限についての記述がみられない⁵⁷⁴。

この点について、一つの解釈としては、「基本的人権尊重の限界」のところで、基本的人権の尊重の限界として公共の福祉による制限が書か

⁵⁷¹ 石川・前掲注(559)142 頁参照。

⁵⁷² 佐々木・前掲注(381)391 頁～392 頁。

⁵⁷³ 佐々木・前掲注(381)393 頁参照。

⁵⁷⁴ 佐々木・前掲注(381)393 頁以下参照、佐々木惣一『改訂日本國憲法論』（有斐閣、1972 年）400 頁以下参照。

れているから、存在権も公共の福祉による制限にかかるという理解である。

いま一つの解釈としては、存在権の説明の部分に『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、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定する。『国民が個人として尊重される。』というのは、国民が前述の獨立的の立場において、人間としての存在を認められ、國家に對して、その存在を主張し得ることを定めるのである。これを稱して國民の存在権という。」と書かれている部分で、「国民が個人として尊重される。」と抜き書きされ、それが国民の存在権であるといっているのだから、後段の公共の福祉の制限は、存在権には示唆されていないという理解である。

また、それに加えて、人間の存在の内容は、生命、自由及び幸福を追求することである旨が説明されているが、その説明のなかでも公共の福祉による制限についての記述がないから、やはり公共の福祉による制限を想定していないという理解である。

公共の福祉による基本的人権の制限について、個人的存在を尊重せられる権利や一般的自由権の説明には最初から制限が書かれていることを考慮すれば、佐々木は、存在権には公共の福祉による制限の可能性をあえて明記しなかったと考えられるのではないだろうか。

そこで、第二の解釈に従うのであれば次の疑問が浮かぶ。なぜ、公共の福祉による制限の可能性が存在権には除外されているのかということである。そこを考えるうえで、やはり参考になるのはイエリネックの地位理論であろう。イエリネックは、「『市民』＝國家構成員としての資格ゆえに(法『人格』の承認に基づき)認められる國家への権利 *status civitatis* と、それによって守られるべき『自由』な状態 *status libertatis* とが並立するという図式を描いた」⁵⁷⁵。すなわち、近代國家のもとでの市民は、法「人格」として國家に承認されてはじめて國家の構成員たる「國民」として認められるという図式である。國家の構成員は、國民としての身分と自由人としての身分を持っている。

たとえば、私的な自由については、國家は、公共の福祉による正当化をすることができないから関心がない。その関心のない私的な自由を自由人は享受することができる。もっとも、その自由人が、傷害事件を犯

⁵⁷⁵ 石川・前掲注(559)142頁。

した場合には、国家はもはや私的な自由を放置するわけにはいかず、公共の関心事として介入してくるであろう。この場合は公共の福祉による他の人権との利益調整が必要となるからである。

これに対して、存在権とはどういう権利であったのか。繰り返しになるけれども再度確認する。存在権は、個人的存在としての地位を法律関係で見たときの権利である。国民には、二つの立場があり、国家成員たる国民としての立場と、それ自身一的生活体として独自の目的を有する個人的存在としての立場である。後者の立場が、存在権で保障される立場である。そして、存在権は、「すべて国民は、個人として尊重される。」という憲法 13 条にもとづいて保障されている。「個人として」というときの「個人」とは、国家の構成員としての立場ではなく、個人的存在としての立場のことを意味している。

このように考えるのであれば、存在権には、公共の福祉による制限は想定され得ない。それは、国民のもう一つの立場である国家成員としての立場が担っているからである。それゆえ、個人的地位を保障する存在権には、公共の福祉による制限についての記述がないと推察されるのである。その意味で、佐々木は、イエリネックの地位理論に忠実な深い解釈を示しているといえよう。

第二款 存在権論の意義

存在権の発見によって、国民として二つの立場があることが明らかにされた。第一の立場は、国家の部分として存在する立場である。第二の立場は、個人として存在することを尊重される立場である。第二の立場が存在権によって保障される立場である。では、国民の二つの立場のうち、個人として存在することを尊重される存在権の意義はどこにあるだろうか。

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

そして、存在権によって、人間は、独自の目的のために、一の全部者として生命を愛し、自由を有し、幸福を追求する意欲が保障される。それゆえ、存在権には、国民が、独自の生活体として自分自身の人間生活を生きるために自らが選択した人間関係を形成する自由や幸福追求するための私的な自己決定の利益を含んでいると説明することが可能である。

国家は、この第二の立場で生活する国民の生活領域（以下「独自の生活領域」という。）に干渉等を行なってはならない。すなわち、国家は、国民の独自の生活領域には無関心でなければならない。それゆえ、私的な自由に対して、国家が、客観的な公益の立場から関心を持ち介入してきた場合には、私人は、自己が「自由人の身分」に属していることを前提として、私的な自由に対する国家権力の無関心（Indifferenz）ないし消極性を要求することができる。他方、国家が、公共の福祉の目的で私的な自由の領域に関心を持ち、法的に干渉してきた場合には、私人は、自らが「国民の身分」に属すること前提として、裁判所による権利保護を請求することができる⁵⁷⁶。

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

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

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

憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。」と定める。これは、一の生活体としての人間には、国民としての地位（Status）と、個人としての地位（Status）の両面があることを示唆しているのである。そして、この条規から、国民が、「日本という公共体に帰属する身分と、そのよう

⁵⁷⁶ 石川健治「承認と自己拘束——流動する国家像・市民像と憲法学——」岩村正彦（ほか）編『岩波講座現代の法〔1〕—現代国家と法—』（岩波書店、1997年）46頁以下参照。石川は、自由人の身分と、国家構成員の身分を「資格」として捉え、いずれの場合にも自らがその身分に属していることの承認を国家に求めた上で、それぞれの身分に属していることを前提として要求することができるかと論じている。

な帰属を一切持たない身分の重畳する両義的存在である」⁵⁷⁷ことが明らかになる。

他方で、「このふたつは重畳するだけでなく、対抗的關係に立つことも13条は含意していると見ることできよう」⁵⁷⁸。それは、公共の利益ないし公共の福祉と、個人的存在としての尊重とが、対抗關係に立つ場合があるということが含意されていると見ることできる。そして、憲法13条は、「国民の身分に対する要求と個人の生が軋みを生むとき、原則として、尊重という価値評価において軍配が上げるのは、個人の方だという構成」⁵⁷⁹であると考えるとき、国民の二つの立場は、「国民・個人」の緊張關係に立つという枠組みで捉えることができる。

前章第二節で見た帝国議會での佐々木の答弁を想起して欲しい。「凡ソ人間デアルカラト云フ立場ニ於キマシテ國家カラ認メラレナケレバナラヌ所ノ地位ガアリマス、所謂基本權トカ基本義務トカ云フモノハ此ノ類ノモノダラウト思フノデアリマス、ソレカラ更ニ我々ハ何等カノ社會生活ヲ爲スト云フ其ノ上ニ於テ認メラレナケレバナラヌ一ツノ地位ト云フモノガアル、其ノ兩點ト云フモノニ付キマシテ、固ヨリ從來憲法ノ理念ニナカツタトハ申サレマセヌケレドモ、併シナガラ憲法ノ明文カラ申シマシテモ、又憲法制定者ノ其ノ當時ノ心ノ上カラ申シマシテモ、ドウモ其ノ個人的ノ地位ト云フモノニ付テ重キヲ置イテ決メタモノデ、我々が社會生活ヲ爲ス上ノ地位ト云フヤウチモノニ付テ考フル所ハ少カツタト、ドウモ公平ニ見テ言ハナケレバナラヌト思フノデス」⁵⁸⁰。

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

⁵⁷⁷ 駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る—憲法とその外部—」日本公法学会編『公法研究』78号（日本公法学会、2016年）20頁。

⁵⁷⁸ 駒村・前掲注(577)20頁。

⁵⁷⁹ 駒村・前掲注(577)20頁。

⁵⁸⁰ 佐々木・前掲注(477)昭和21年8月29日発言。

第二節 国家による情報行為と法関係に関する考察

本節では国家による情報行為とそれに対抗し得る権利として存在権を中心に考察する。国家による情報行為とは、「国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念」のことである。

具体的な制度として、戸籍制度、住民基本台帳制度、個人番号制度の三制度の仕組みを確認し、上記定義で矛盾なく説明できることは、第一章で確認したとおりである。

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

まず、第一款は、各制度が、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限するかどうかを考慮事項にもとづいて考察する。第二款は、国家の情報行為と国民の二つの立場からの法関係のまとめを行う。

第一款 国家による情報行為と存在権の考察

国家による情報行為に対抗し得る権利として、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を前提として考察を進める。考察にあたっては、次に掲げる考察のための考慮事項にもとづいて行う。

(1) 考察のための考慮事項

考察するにあたり、第二章で確認した考察の視点も取り入れる。具体的には、次に掲げる観点から考察を行うことにしている。①存在権ないし個人的存在を尊重される権利の性質についてである。この点、存在権の権利の性質は、国家に対する防御権として捉えている。個人的存在を尊重される権利の性質は、国家に対する国務要求権（国務請求権と同義）である。この権利観を考察の出発点とする。②三段階審査の保護領域→介入→正当化の順序を、介入→保護範囲→正当化の順序に入れ替え、存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限することを意味する「介入」に該当するかを第一順位で考察する⁵⁸¹。その際、介入の発見のメルクマールをドイツの判例で参照した「目的・意図・関心」の三指標を用いる。③保護範囲は、国家の情報行為に対して、存在権ないし個人的存在を尊重される権利から、何を主張し得るかという権利条項の解釈を扱う。④国家の情報行為

⁵⁸¹ 三段階審査の順序問題については、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回〔順序の問題…？——三段階審査論への現場報告〕法学セミナー676号（日本評論社、2011年）92頁以下を参照。

を個別的情報行為と全体的情報行為とに区分けする。これにより、存在権に対する介入の重大性を測定することが狙いである。⑤国家の情報行為に関する「情報の分離原則」の要請を考慮事項に加える。①～⑤の考慮要素のうち、①～④は判断ための必要的考慮事項であるが、⑤は、考察に必要な限りで検討する任意的考慮事項としている。以下、考察のための考慮事項について説明する。

第一は、三段階審査の枠組みを用いて考察することについてである。その際、「介入」の言葉を使うが、ここでいう「介入」は、基本権保護領域に対する制限ないし侵害を意味する「Eingriff」概念そのものではない。存在権ないし個人的存在を尊重される権利に対する制限を指す場合に「介入」という言葉を用いる。理由は確定的な侵害と区別するためである。したがって、ドイツの場合と同じ意味ではない点に留意いただきたい。介入を第一順位にして保護範囲より先に置いたのは、防御権の本質である自由権的構成を採用し、国家の情報行為が権利を制限し得るかという観点で見ためである。何が侵害されるのかという権利条項の解釈を通じた保護範囲論を第一順位に置かずに、「原則—例外」図式で介入を第一順位に置くことは、自由に対する介入そのものが一定の制限とみなされ、正当化を要する国家行為であるといい得るという点で一定の合理性があると考えている。

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

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

第四は、国家の情報行為を個別的情報行為と全体的情報行為とに便宜上区分けを行う。個別的情報行為とは、国家の情報行為のうち、国民に一定の作用をもたらす個別的な情報行為をいう。個別的とは、情報を管理するシステムの形態が分散的であるか一元的であるかというネットワーク構築の問題や、情報セキュリティシステムの運用がクラウドであるかそうでないか等のシステム構築、運用形態を捉えて個別的であるか全体的であるかという区別はしていない。個別的とは、ある行政目的のために行われる国家の情報行為が、同一の目的で行われ、国民に対する一定の作用

が、単一的な情報行為（後続的あるいは連続的な情報行為は予定されていない行為）であり、単一の情報行為によってもたらされる作用が、それで完結する行為を「個別的信息行為」と定義する。たとえば、国家が、全国民に臨時給付金を支給する目的で臨時給付金を支給する法律（仮称「臨時給付金に関する法」という。）を制定し、地方公共団体は、臨時給付金に関する法にもとづいて、臨時給付金の支給のために各住民の振込先となる預金口座の情報を収集すると仮定する。臨時給付金に関する法は、臨時給付金の支給の目的のために制定された法であり、同法にもとづいて行われる情報行為は、預金口座の情報を収集するという単一的情報行為であり、国民にもたらされる作用は給付金の支給という効果であり、かつ、それで完結するから、単一の作用をもたらす情報行為である。

他方で、国家の情報行為が、個別的目的でなく概括的ないし明確性を有しない目的を有し（たとえば、行政事務の利便性の向上、効率化等）、国民に対する一定の作用が、目的と関連する行政事務やサービスに対して行われることが予定される情報行為であり、連続性あるいは反復性を有する情報行為、又は、単一的な情報行為であり、かつ、単一の情報行為によってもたらされる作用が、国民にとって、その作用が継続的、持続的に効果を持ち続けるような情報行為は、ここでいう個別的信息行為ではない。このような情報行為を「全体的情報行為」と定義する。この区分けは、介入の重大性を測定する境界標識になると考えられる。

用語に関する留意点としては、ドイツ法の「保護領域」論で使われる「領域(Bereich)」という訳語が、ドイツ特殊な領域理論的概念を想起させるという懸念から、日本法に馴染みやすい「保護範囲」と表現することにした。もっとも、権利条項の解釈によって一応の基本権保護を受けるものか否かを判定する意味では、ドイツ保護領域論としての意味と別段変わりはないとして捉えていただきたい。なお、正当化に関する考察は、今回の検討範囲外としているため、将来の課題である。

以上の枠組みに従って、次から具体的制度の考察を行なっていこう。

(2) 戸籍制度と対抗権としての存在権

ここからは、各制度について前記考慮事項にもとづく考察を行う。第一の制度は、戸籍制度である。

①戸籍制度の主な特徴と問題点

まず、戸籍制度に関して指摘されている問題点のうち、存在権との関係で問題となり得る点を絞り込みたい。そのために、先に戸籍制度の主な特徴を再度概観しておこう。

1)戸籍制度の主な特徴と問題点

(a)戸籍制度の主な特徴

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

戸籍の身分事項欄には、人の出生、死亡、婚姻、離婚、縁組、離縁、認知、相続廃除などの身分に係る法律上の変動が記録される。戸籍は、たとえば、婚姻、離婚の身分行為のあるたびに入籍、除籍を繰り返すシステムを採っているが⁵⁸²、身分事項欄にどのような理由で元の戸籍から入籍したのか、どのような理由で除籍され、どこの戸籍に入籍したのかが記録されるため、各自の戸籍を辿ることができる。戸籍のこの特徴により、人の一生の身分行為の変動を知ることが可能になると同時に、各自の元の戸籍を辿ることにより、家族が誰であるのか、その家族自身の一生の身分行為をも知ることができる。このように戸籍は、身分行為の変動と家族関係の極めて強力な追跡機能を有するがゆえに、諸外国には類のない「世界に冠たる戸籍」と言われる⁵⁸³。

整理すると、戸籍の主な特徴は、①個人の一生分の身分関係の変動を追跡できる。②個人の親族関係を網羅的に追跡可能にする。③個人の居住関係の変遷を追跡可能にする。④夫婦及び氏を同じくする子ごとに編製するため、家族単位の身分登録制である。以上の点が挙げられる⁵⁸⁴。

⁵⁸² 二宮周平『〔新版〕戸籍と人権』（部落解放人権研究所、2006年）21頁参照。

⁵⁸³ 二宮・前掲注(582)21頁～22頁参照。

⁵⁸⁴ 二宮・前掲注(582)25頁参照。

①から③は、一面では便利な機能である。たとえば、相続手続の際の被相続人との身分関係を公証するために戸籍の追跡機能は便利な面がある。

本稿の主題との関係で戸籍の問題点として扱いたいのは、このうち②と④の特徴である。②及び④の特徴は、国民に「戸籍意識」⁵⁸⁵を培ってきたとあってよいであろう。戸籍意識とは、「戸籍の記載内容が実生活とは無関係であっても、戸籍における記載のありようを通じて個人や個人間関係を倫理的に判断するという意識のこと」⁵⁸⁶を意味する。戸籍意識は、日常的に表現されている独特の用語となって表われる。たとえば、倫理的側面として「戸籍が汚れる」、離婚経験者を意味する「バツイチ」などはこうした意識を反映していると言われる⁵⁸⁷。

(b) 戸籍制度の問題点

これに関連して、戦後の民法改正に携わった我妻栄は、戸籍制度創設百周年にあたって、次のように「制度」というものの特質を指摘している⁵⁸⁸。制度というものは、長く続くとそれ自体としての生命を取得し、存在を続けるようになり、その基盤であった社会生活が変わってもなお存在を続け、逆に社会生活に影響を及ぼすようになる。それはどんな法制度にもいえることであるが、最初は社会生活の実際を反映するためにつくった一つの形式的な制度が、人々が段々その形式的なものに慣れてくると、そこから逆に社会生活を支配するようになる。(…)制度が確立固定すると、その制度のためにわれわれ人間が支配されることになる。それがさらに進むと、戸籍に倫理的な意味を与え「戸籍が汚れる」という観念を生ずると述べている⁵⁸⁹。

戸籍制度は、本来、身分関係の公証である形式的制度にしか過ぎないのに、私達は、戸籍に家族の実体を見るようになってしまう。我妻の指

⁵⁸⁵ 齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」日本公法学会編『公法研究』75号（日本公法学会、2013年）121頁以下参照。

⁵⁸⁶ 齊藤・前掲注(585)121頁。

⁵⁸⁷ 齊藤・前掲注(585)121頁。戸籍意識は、戸籍制度の成り立ちが大きく関わっているが、筆者は、戸籍制度の歴史的な成り立ちを論じられるほどの専門的知識を有していない。不十分な点は、二宮・前掲注(582)「2. 戸籍制度の成り立ち」30頁以下、齊藤・前掲注(585)などの文献を参照いただければ幸いである。

⁵⁸⁸ 我妻栄「戸籍制度創設百周年にあたって」全国連合戸籍事務協議会編『日本の戸籍の特質：戸籍制度創設百周年記念論文集』（帝国判例法規出版社、1972年）1頁以下参照。

⁵⁸⁹ 我妻・前掲注(588)17頁以下参照し、発言を再構成した。

摘はその限りで戸籍のもつ消極的作用を言い当てているといえよう。今なお戸籍に対するこうした意識は存在していると思われる。

戸籍制度の家族単位の編製については、民法改正案に対する意見書⁵⁹⁰として1947年に強い反対意見が提出されていた。当時の民法改正案では、「家」単位の編製を廃止する案が検討されていたが、夫婦親子を原則として同一の戸籍に記載（現在の家族単位での戸籍の編製）すべきとされていることに対して、その問題性が指摘されていたのである。意見書によれば家族単位の編製方法では、「依然として、婚姻・養子縁組・離婚・離縁等については『入籍』や『復籍』の問題が起り、ある個人についての身分上の変動のあるたびにその人だけでなくその人の属する家族全体の記録されている戸籍面が変動するという形を取る事となる。このような結果は民法改正案が強く意識しているはずの家族制度の廃止ということを有名無実にする虞がある。（…）憲法がうたっている『個人の尊厳』とか『両性の平等』とかいう思想は各人が独立の市民であることの自覚をもつべきことをいい現わしたものにほかならない。従って法律はこのような自覚をもつことを促進するような規定をなすべきで、自分の個人的身分の変動が常に家族全体の戸籍の変動として現われるというようなやり方では従来の家族的観念にまだつよく捉われている一般民衆の市民的自覚を促すことは出来ないどころか、かえってこれを阻害する原因となるであろう」⁵⁹¹と述べており、意見書では徹底した個人単位の身分登録制度の採用が提案されていた。その後、民法の改正によって家制度は廃止されたものの、家族単位の身分登録制として存続し、今日まで個人単位の身分登録制は採用されていない。

家意識は、家制度の家族の構成員に従属的意識を生じさせてきた。しかし、家制度が廃止になった現在でも家族単位の身分登録制は残されている。現行の戸籍制度は、民法改正案に対する意見書が指摘していたとおり、在籍者の身分変動が在籍者全員の戸籍面に変動として現われる。戸籍を辿れば、個人の親族関係も現住所も把握できる。また、第一章でも見たように住民登録と戸籍は相互に連結されているため、戸籍によって住民登録を辿ることができ、その逆も可能であり、依然として住民登録機能をもっている⁵⁹²。

⁵⁹⁰ 民法改正案研究会「民法改正案に対する意見書」法律時報19巻8号（1947年）2頁以下参照。

⁵⁹¹ 民法改正案研究会・前掲注(590)6頁。

⁵⁹² 水野・前掲注(14)163頁参照。

戸籍制度は、一面では優れた追跡機能をもち、身分関係の立証などにあまりに便利な反面、その特徴ゆえに差別の原因となり、プライバシー侵害を引き起こす原因ともなっている⁵⁹³。問題の背景には、後で見るように、1882年戸籍規則に関する元老院会議での意見のやりとりのなかに現われている。また戦後の民法改正時においても、国民を把握するための単位を個人ではなく家族単位の基準を重視していることを明らかにしている。現在争われている民法750条が定める夫婦同氏制の問題は、戸籍法と平仄を合わせた問題なのである。

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

②存在権に対する介入の有無

1)最高裁平成27年12月16日大法廷判決⁵⁹⁴

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

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

ところで、存在権への介入を検討する前に、戸籍制度に関連する判例として、夫婦同氏制の合憲性が争われた平成27年12月16日最高裁判例をごく簡潔に参照しておきたい。結論としては、夫婦同氏制は合憲であると判断されている。争われた規範は、憲法13条、同14条1項、同24条、民法750条等である。本判決のなかで取り上げるの

⁵⁹³ 水野・前掲注(14)163頁参照。

⁵⁹⁴ 最高裁平成27年12月16日大法廷判決(民集69巻8号2586頁)。

は、夫婦同氏制に対する憲法 13 条違反の主張（氏に関する人格権）及び憲法 14 条 1 項違反の主張（性に関する形式的平等）に対する最高裁の判旨の一部である⁵⁹⁵。本判決は、原告 5 名が、上記争われた規範を改廃する措置をとらないことが立法不作為であることを理由に国に対して損害賠償請求を行なった事件である。第一審、控訴審ともに請求を棄却し、原告が上告したところ、最高裁は上告を棄却した。最高裁は、憲法 13 条違反について次のように説明している。

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

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

氏は、個人の呼称としての意義があり、名とあいまって社会的に個人を他人から識別し特定する機能を有するものであることからすれば、自らの意思のみによって自由に定めたり、又は改めたりすることを認めることは本来の性質に沿わないものであり、一定の統一された基準

⁵⁹⁵ 判例評釈として、蟻川恒正「夫婦同氏制の合憲性」大村敦志=沖野眞巳編『民法判例百選Ⅲ親族・相続〔第 3 版〕』（有斐閣、2023 年）14 頁以下、駒村圭吾「夫婦同氏制の合憲性」長谷部恭男=石川健治=穴戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第 7 版〕』（有斐閣、2019 年）66 頁以下などを参照。

に従って定められ、又は改められるとすることが不自然な取扱いとはいえないところ、上記のように、氏に名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」。よって「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえず、憲法13条には違反しないと説示した。

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

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

2)若干の考察

憲法 13 条違反に関しては、「最高裁が得意とする制度準拠的思考の典型的適用場面」⁵⁹⁶とされる。また、憲法 14 条 1 項違反に関しては、憲法の採用する原則的平等観念が形式的平等であることにより、簡単に合憲と判断されている⁵⁹⁷。

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

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

⁵⁹⁶ 蟻川・前掲注(595) 15 頁。

⁵⁹⁷ 蟻川・前掲注(595) 15 頁参照。

ここで注目されるのは、「憲法 24 条 2 項の意義を『法制度の制度設計』を統制する点に求めたこと」⁵⁹⁸であろう。憲法 24 条 2 項の意義は、婚姻に関する選択について当事者の自由な意思（氏の選択、婚姻に関する選択の自由）を保障する自由権でもなく、当事者間の平等でもない。最高裁は、憲法 24 条 2 項を、客観法の観点から立法者の適正性を求めた規定であり、個人の主観的利益を保障しようとしている趣旨とは解釈しなかった。

しかし、本判決に何らの希望がなく失望ばかりかというところでもない。婚姻制度の制度設計にあたり、国家の立法裁量に枠づけを行なっているからである。すなわち、最高裁は、憲法 24 条 1 項は、氏を変更する者には、アイデンティティの喪失感や、個人の社会的な信用、評価、名誉感情等にも影響を及ぼすという不利益は、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益であるがそれをも尊重すべきこと、及び両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ることを法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべきことを求めていると理解している⁵⁹⁹。それゆえ、立法裁量の範囲を超えるような場合には、憲法 24 条 1 項の趣旨に照らし、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に対する違憲の判断の余地が残されていると思われる。

さて、この判例からわかることを整理する。第一に、民法や戸籍法が定める法制度の改善を求める要求が、第一次的には立法者の裁量に委ねられることである。第二に、家族という概念がもつ意味についてである。氏には、社会の基礎的集団としての意味が与えられていることである。第三に、氏の役割である。氏は、名と切り離され夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があり、個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものということである。すなわち、氏は、夫婦とその子という身分関係で結合された一のグループ名称である。もっとも、「家族」を「基礎的な集団単位」として重視するのであれば、単位家族ごとに新しい氏を設定することも許されるはずである。夫婦のいずれかの氏の選択を義務づける現行法には、

⁵⁹⁸ 蟻川・前掲注(595)15頁。

⁵⁹⁹ 蟻川・前掲注(595)14頁以下参照。

身分関係を親族の尺度で捉える発想が潜在している⁶⁰⁰といえよう。しかし、その発想が、ときに社会的差別へと結びつくことも指摘しておく必要があるだろう。

3)存在権に対する介入の有無

(a)戸籍法の目的

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

(b)戸籍制度の意図及び関心

これに対して、意図及び関心は、あえて目的規定には掲げられていないことがあり、目的規定の文言から判読される意図及び関心の情報は限定的である。そのような場合、ドイツの事例でもそうであるように法制度全体を考察し、法制度にビルトインされた国家の思惑ないし思想の深層を探るのがよいであろう。その手段として、一つは、立法過程や立法事実を見ることであり、もう一つは、目的と選択されている手段との比例性を厳密に考察することである。すなわち、「表向きの立法目的と採用されている立法手段との適合性を厳密に要求し、もし、両者が厳密に適合しない場合には、隠された不当な立法目的の存在が推測できる」⁶⁰¹という方法があり得る。このうち、目的と手段との比例性の問題は、基本的には正当化の段階で考察される問題である。そのため、戸籍制度については、制度の立法過程や国家権力者の思惑ないし思想の深層を探りながら考察を進める。

戸籍に対する国家の強い関心は、1882年の戸籍規則に関する元老会議のやりとりのなかに現われている。1882年当時、箕作麟祥は、戸籍法は、昔の封建時代では必要であったかもしれないが、今の日本の政治体制では無用のものであること、欧米各国には日本のような戸籍法はないこと、民法が改正され、欧米のような身分証明書制度が施行さ

⁶⁰⁰ 駒村・前掲注(595)67頁参照。

⁶⁰¹ 長谷部・前掲注(399)107頁。

れると、戸籍法は無益になる旨を主張したが、地方長官であった渡辺清が「戸主が一家の責任を負うこと、家族の倫理を守っていることなど善良な慣習があり、戸籍にはこうした家族のあり方が示されていること」などから反対し、1898年に明治政府によって家制度が法制化された経緯がある⁶⁰²。

さらに、第二次世界対戦後は、民法改正と家制度の廃止に伴い、戸籍制度を改革する必要に迫られていた。GHQ（連合軍総司令部）は、各人ごとの戸籍にするか、「家」の名残りを払拭して誤解を招かないようにしておくべきだと主張し、個人単位の作製を提案していた⁶⁰³。しかし、当時の司法省は紙や手数がかかるなどと抗弁し、家制度を廃止し、「今後は婚姻を重視しているから、婚姻を主にし、婚姻をすれば戸籍を別にし、子ができれば、その戸籍内に記載するかたち、つまり、夫婦と子を1つのグループにしたままで『家』の温存などは考えていないとしてGHQの了解」⁶⁰⁴を取り付けたのである。

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

また、自民党改憲草案の「日本国民は、国と郷土を誇りと気概を持って自ら守り、基本的人権を尊重するとともに、和を尊び、家族や社会全体が互いに助け合って国家を形成する」という前文のなかに深層が読み取れる。この前文からは、憲法13条の基本原則である「個人」という最もミニマムであり、かつ最も尊重されなければならない一人ひとりの個人が、国民という立場をもち、統一体としての国民が、国家を形成しているという事実を窺い知ることはできない。また、それと平仄を合わせたかのように改憲草案の13条前段が、「全て国民は、人とし

⁶⁰² 二宮・前掲注(582)38頁

⁶⁰³ 二宮・前掲注(582)45頁。

⁶⁰⁴ 二宮・前掲注(582)45頁。

て尊重される。」に変更され「個」が削除されていることも国民を国民としてのみ捉え、個人としての立場がある存在として真に直視せず、しかも「個人」としての立場を消去しようとする国家権力者の思想の深層がうかがえる。

そして、現実の家庭生活は、戸籍制度で想定するような家族構成だけではない。夫婦二人だけの家庭、夫婦とその両親の家庭、ひとり親と母子の家庭、ひとり暮らし等、家族のありようも時代とともに様々な構成で営まれている。特定の家族像（夫婦とその子）を標準的家族構成として固定的に捉えることはもはや現状に則していない。時代の変化を適切に捉え、様々な家族のあり方を立法政策において反映されるためにも、個人ごとに戸籍を編製しておくほうが適切である。筆者は、個人単位での編製が妥当であると考えるが、仮に個人単位以外の一定の集団概念を設ける必要性が立法政策上不可欠である場合には、その時代に適合し得る形で集団のグループ化の概念をどのようにするのかをその段階で検討するのがよいであろう。そのほうが、多様な社会における家族のあり方の変化に柔軟かつ適切に対応し得ると考えられる。しかしその場合にも、家族のあり方は様々であるから、単一の概念で構成することは適切ではない。そしてなにより、「人間は生まれながら一個の人格を持ち、他の誰に対しても従属的關係を相互にもたない」⁶⁰⁵ことは、存在権として憲法上保障されている。

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

③保護範囲

1)憲法 14 条 1 項の解釈

介入にあたる国家の情報行為は、憲法 13 条が定める存在権ないし個人的存在を尊重される権利を制限する行為であると暫定的に評価されたことを意味する。保護範囲は、ドイツの場合は、問題となる行為や自由が、基本権の保護領域に該当するかを審査する過程である。もっと

⁶⁰⁵ 二宮・前掲注(582)53頁～54頁。

も、本稿のここでいう保護範囲は、すでに規範が特定されていることを前提にしている。つまり、戸籍に関する問題は、憲法 13 条及び憲法 14 条 1 項との関係で問題となり得る。そして、保護範囲は、国家の情報行為に対して、存在権ないし個人的存在を尊重される権利及び憲法 14 条 1 項から何を主張し得るかという権利条項の解釈を扱う。

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

佐々木によれば、法的平等の権利とは憲法 14 条 1 項の前段で規定されている権利である。「國家は、法を適用するに當り、すべての國民平等に取扱うべきである、ということである。即ち、國家は、法の定める事實に該当する者が如何なる國民であるかを問わないで、同等に法を適用して取扱うべきである。すべての國民が法において同等に取扱われる、ということではない。國民は、法の下に同等であることを、國家に對して要求し得る。これを法的平等の権利という」⁶⁰⁶と述べて、14 条 1 項の前段は法的平等の権利が規定されたものと解釈した。

次に、保護範囲を特定するうえで重要な憲法 14 条 1 項後段の解釈を参照しておこう。憲法 14 条 1 項後段は、差別を禁止することを要求し得る差別禁止条項として解されている。「『國民は、法の下に平等であつて』と規定して、引つづいて、後段に『人種、信條、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。』と規定するので、前段のことを、後段で、實質的に示すもののように誤解せられる虞がある。決してそう解すべきでない。右後段の事實は、國家が法を定める場合のみのことではなく、行政を爲す場合のことも定めるということから、右のことが知られる。同條前段と後段とは、二つのことを定めるのである。國民は、國家が、人種、信條、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別を設けないことを、要求し得る。これを要求する権利

⁶⁰⁶ 佐々木・前掲注(381)420頁～421頁。

を、政治的、経済的、社会的関係において、差別せられない権利」⁶⁰⁷である。

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

この点、後でみるようにイエリネックは、近代国家の下での国民は、すべて均質で平等な国民になっていると説く⁶⁰⁸。イエリネックによれば、すべての人間は平等な国民になって身分差は解消され、平等が実現されているということである⁶⁰⁹。それゆえ、佐々木の『日本國憲法論』では、憲法 14 条は、国家が、政治的、経済的、社会的関係において差別されないよう、差別を設けて取扱うことを禁止した条項として国務要求権のところに登場する。佐々木は、憲法 14 条が規定されたことの意味を、差別されない権利として国民の地位に新たに増設された権利とし理解しているといえよう。

これに対して、通説は、法の下での平等は、法適用の平等と法そのものの内容も平等の原則にしたがって定立されるべきことを意味し⁶¹⁰、しかも絶対的平等ではなく相対的平等であると理解している⁶¹¹。相対的平等とは、憲法 14 条は、「国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右各法条の否定するところではない」⁶¹²と理解するのが判例の確立している解釈である。

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

2)保護範囲

戸籍制度は、国家の情報行為であるが、その弊害は、国家と国民との関係において直接生じるだけではない。他の私人との関係においても

⁶⁰⁷ 佐々木・前掲注(381)421 頁～422 頁。

⁶⁰⁸ 石川・前掲注(413)190 頁参照。

⁶⁰⁹ 石川・前掲注(413)190 頁参照。

⁶¹⁰ 芦部信喜『憲法〔第六版〕』（岩波書店、2017 年）129 頁～130 頁参照。

⁶¹¹ 芦部・前掲注(610)130 頁～131 頁参照。

⁶¹² LEX/DB 文献番号 27001913。最高裁昭和 39 年 5 月 27 日大法院判決（民集 18 卷 4 号 676 頁）。

存在権が問題となり得る。すなわち、国民は、他の私人との関係において存在を害されるかという問題である。他の私人との関係で害される問題とは、どういう場面であろうか。その問題の中核は、差別の問題や氏を端緒とする親族からの無用な関心や無用な干渉、あるいは抑圧であろう。氏は、個人のアイデンティティや人格に係る重要な問題である。戸籍制度は、本来民法が決定すべき氏の規律を戸籍と融合させており、選択的夫婦別制問題と密接不可分には論じられない課題を抱えている。もっとも、同一の氏を称することによって家族の一体感や親族間の連帯感を感じられるという一面もあり、また、氏は、社会における帰属集団を表示させる役割として日本社会に定着しており、戸籍にまつわる問題点は、簡単には語り尽くせる問題ではないといえる。

他方で、戸籍は、不正な利用などによって、他人の戸籍を不当に入手し、それによって差別的扱いを生じさせる要因ともなり得る。戸籍が起因となって国家や他の私人から差別的扱いを受け、それによって、個人の人格が、否定され、傷つけられ、他者から蔑視されるとするならば、例えようのない屈辱感をもたらす。そして、家族単位の身分登録機能や強力な追跡機能を有する戸籍制度は、差別的な思想を誘引させ得る課題を抱えている制度であることも否定し難いところである。

国民は、一人ひとり個人として尊重される存在である。国家が設ける制度に起因して合理的な理由もないのに差別的取扱いをされる謂れはない。それゆえ、国民は、憲法14条1項後段の政治的、経済的、社会的関係において差別されない権利にもとづいて、差別を設けないことを国家に要求し得る。すなわち、「政治的、経済的又は社会的関係において、國家が、人種、信條、性別、社會的身分又は門地により差別を設けない、ということを実原するために、その差別的な思想の形式として用いられる」⁶¹³制度であれば、その制度の改善を要求し得ると解されよう。これは、国家による情報行為に対抗し得る差別されない権利にもとづく主張である。

国民は、国家に対し、個人的存在を尊重される権利にもとづいて、存在権を尊重して国政の為されることを要求することができる。すなわち、国民は、国家に対し、それ自身の目的を有する一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を保障されるよう国政を為すことを要求することができる。それゆえ、国民は、国家に対し、戸籍制度にも

⁶¹³ 佐々木・前掲注(381)422頁。

とづく弊害を取り除き、国民の個人的立場を尊重して、戸籍制度の改善が図られるよう国家に要求することができるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗し得る個人的存在を尊重される権利にもとづく主張である。

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

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

また、国家は、個人的存在を尊重される権利について、戸籍制度による制限が、公共の福祉に適うものであることを立証しなければならない。

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

④国家による情報行為の区別

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

戸籍制度は、国民の情報を収集・管理し、原則として本人の請求に応じた身分関係を公証する制度である。戸籍の特徴は、「筆頭者を中心に、その人との続柄（つづきがら）をもって一定範囲の他の人びとをとらえ、そうやってとらえた一魂の同籍者について出生・婚姻などの身分事項を、本

籍地で編製する戸籍に一括記載する」⁶¹⁴という特徴をもつ。そのため、「一定範囲の親族的身分関係にある人びとを一つの戸籍にまとめるという要請から、その編製に際し四つのテクニックが用いられている。それらは、氏（うじ）、本籍、戸籍筆頭者、続柄」⁶¹⁵である。

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

そして、いったん、戸籍簿が作製されると、身分変動がある度に筆頭者を基準にして入籍、除籍が繰り返される。こうした特徴を有する戸籍制度は、家族単位の身分登録機能、親族間をも捕捉する強力な追跡機能などによって個人に継続的かつ持続的な作用をもたらす。戸籍制度が個人にもたらす作用は、出生から死亡までの時のなかで継続的かつ持続的に個人を不安定な立場に追い込む。それは、国家や他の私人からの偏見やそれにもとづく差別的な取扱いだけでなく、人格に対する萎縮的作用をもたらし得る。個人に対するこのような作用は、存在権や個人的存在を尊重される権利への継続的かつ持続的な人格形成に対する制限となり得る。

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

(3)住民基本台帳制度と対抗権としての存在権

第二の制度は、住民基本台帳制度である。住民基本台帳制度は、「住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とするために、住民に関する正確かつ統一的に行う住民基本台帳の制度を定め、もって住民の利便を増進するとともに、国及び地方公共団体の行政の合理化に資すること」（住基法1条）が目的とされている。

住基ネットは、国、都道府県、市町村間を専用ネットワーク回線で結び、全国共通に本人確認情報を提供するシステムである。他方で、住基ネット

⁶¹⁴ 星野澄子「戸籍制度とジェンダー」神奈川大学人文学会 No.145 (2002年) 27頁。

⁶¹⁵ 星野・前掲注(614)27頁。

は、個人番号制度の情報連携に用いる機関別符号の生成や個人番号の生成の基礎を提供し、その他に個人番号カードの交付や電子証明書（公的個人認証）の発行なども担っていることはすでに述べたとおりである。この意味で、住基ネットは、本人確認情報を提供する専用システムの側面と、個人番号制度を支えるサブシステムとしての側面の両面をもつシステムといえる。

①住民基本台帳制度の問題点

住基ネットは、最高裁判決⁶¹⁶で合憲の判断が出されるまで一部の国民の間で強い反対運動があったこともあり、個人番号制度の急激な利用範囲の拡大とは対照的に目的に沿って比較的堅実な運用が行われていた。

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

もっとも、第一章で見たデジタル化のグランドデザインへの移行プロセス（図4）は、まだ未確定であり、住民基本台帳制度を住基ネットを中心としてシステム上の観点から考察することは時期尚早ではないかと思われる。そこで、住基ネットのシステム上の問題点を考察するのではなく、住基法における住所の認定問題に焦点をあてる。そして、住所の不認定がもたらす問題が、存在権を制限するかという観点で考察することにした⁶¹⁷。

1)住所要件の解釈

住基法上の住所は、自治法10条1項が定めるものと同一の意義に解することとされ（住基法4条）、日本国籍を有しない者を同法の適用対象外と定める（同法39条）。これに対して、自治法は、市町村の区域内に住所を有する者は、当該市町村及びそれを包括する都道府県

⁶¹⁶ 住基ネット最高裁判決・前掲注(29)。

⁶¹⁷ 住所の不認定と人権保障の問題という着眼点は、すでに遠藤美奈「住所による個人の把握と人権保障」日本公法学会編『公法研究』75号（日本公法学会、2013年）129頁以下のなかで考察されている。本稿も存在権との関係でこの問題を取り上げることにした。しかしその発想は、遠藤論文により多くの示唆を受けた。

の住民とされ、国籍の如何を問わない（自治法 10 条 1 項）。民法 22 条は、「各人の生活の本拠をその者の住所とする」と定める。「各人の生活の本拠」とは、司法判断によって解釈が示されているため、生活の本拠をめぐる争われた事案を参照しておこう。

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

第一審⁶¹⁸は、訴えの適法性について、本件不受理決定は、旧行政不服審査法（昭和 37 年 9 月 15 日法律第 160 号行政不服審査法）の処分の対象となり、その取消しを求めることができると判断した。そして、本件の場合、異議申立てをすることができる旨を教示しなかった事由に該当するため、旧行政不服審査法が定める審査請求につき異議申立ての決定を経ないで審査請求することができ、当該審査請求の裁決を経てなされた本件取消訴訟は適法であると認容した。

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

⁶¹⁸ 大阪地裁平成 18 年 1 月 27 日判タ 1214 号 160 頁。

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

これを不服とし、Y（第一審被告）が控訴した。控訴審⁶¹⁹は、「住基法にいう住所とは生活の本拠、すなわち、その者の生活に最も関連の深い一般的生活、全生活の中心を指すものであり、一定の場所がある者の住所であるか否かは、客観的に生活の本拠としての実体を具備しているか否かによって決すべきことは原判決の説示するところであるから（…）『住所の認定にあたっては、客観的居住の事実を基礎とし、これに当該居住者の主観的居留意思を総合して決定する』」とし第一審の判断を引用している。

しかし、原審は、「そこにいう『生活の本拠としての実体』があると認められるためには、単に一定の場所において日常生活が営まれているだけでは足りず、その形態が、健全な社会通念に基礎付けられた住所としての定型性を具備していることを要する」⁶²⁰という。そして、公園内のテントでの居住は、「全体として、簡易な構造であって、容易に撤去ないし移転され得るものと認めざるを得ないのであるから、未だ土地に定着しているものとみることはできない」こと、及び「日常生活は、独立の電気設備もなく、生活基盤として使用する飲料水や洗濯用等の水道設備や排泄設備も、一般市民の用に供するために都市公園の公園施設として設置されている各設備に専ら依存するという便宜的なものである」こと、都市公園法が「都市公園を構成する土地物件については、私権を行使することができない」ことを定めていること等を理由に掲げ、テントにおけるXの生活形態は、「同所において継続的に日常生活が営まれているということはできる」としながらも、「それ以上に、健全な社会通念に基礎付けられた住所としての定型性を具備していると評価することはできないものというべきであるから、未だ『生活の本拠としての実体』があると認めるに足りず」と述べて、Xがテン

⁶¹⁹ 大阪高裁平成19年1月23日判時1976号34頁。

⁶²⁰ LEX/DB 文献番号 28132091。

トの所在地に住所を有するということとはできないとして原判決を取り消した。

最高裁⁶²¹は、「Xは、都市公園法に違反して、都市公園内に不法に設置されたキャンプ用テントを起居の場所とし、公園施設である水道設備等を利用して日常生活を営んでいることなど原審の適法に確定した事実関係の下においては、社会通念上、上記テントの所在地が客観的に生活の本拠としての実体を具備しているものと見ることはできない⁶²²と述べて、本件不受理処分を適法とした原審の判断を支持した。

2)住所不認定がもたらす問題点

住所が認定されないということは、個人が公的にも私的にも生活をする上で様々な弊害をもたらす。国民は、現実に居住している場所が「住所」の要件を欠くと判断されると、自治法上の住民になれず、かつ住基法上の住民として住民基本台帳にも記載されず法的に不安定な立場に陥る。住所が認定してもらえないと、住民基本台帳に住民として記載してもらえないから、住基ネットを利用して本人確認情報を取得し、自己の同一性を公に証明してもらうこともできない。そのため、当該国民は、社会生活を営むための基本的条件を大きく失う。すなわち、第一審が言及したように参政権が行使することができないばかりか、憲法上の諸権利や法律で保障された様々な住民サービスを楽しむ権利ないし法的利益を享受することができないという重大な不利益を被るのである。

また、当該国民は、国民健康保険被保険者資格に関して「保険料は納付できるのに、住基法上の住所が認められないために健康保険の被保険者資格を得られず、保険対象医療につき全額自己負担を余儀なくされ⁶²³、医療を受けられない状態に追い込まれるか、あるいは病院に行くことを控えるなど、最低限度の生活の保障が、不十分な状態に陥りかねない。

この点、イエリネックは、近代国家は、中央集権的に権力を吸い上げ主権的国家となる一方、「『家』に代表される身分制的団体をすりつぶ

⁶²¹ 最高裁平成20年10月3日判時2026号11頁。評釈として、太田匡彦「住所を有する者(1)」磯部力=小幡純子=斎藤誠編『地方自治判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2013年）20頁参照。

⁶²² LEX/DB 文献番号 28142030。

⁶²³ 遠藤・前掲注(617)134頁。

し、すべての人間を『国民』に均質化していった。そして、すべての人間が均質で平等な『国民』になることにより、すべての人間が平等に『人』として扱われるようになり、奴隷のいない『自由人』だけの社会⁶²⁴を描いた。それゆえ、民法が定める権利能力の主体は、誰でも自由人であるが、論理的にはそれに先立って、均質で平等な国民である⁶²⁵。

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

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

②存在権に対する介入の有無

1)住基法の目的

住基法の目的は、居住関係の公証であり、選挙人名簿等の住民の事務の基礎にすること、及び住民に関する記録を正確かつ統一的に行うために住民基本台帳制度を定め、住民の利便の増進、国及び地方の行政の合理化に資することが目的である（住基法1条）。住民基本台帳の作成は、原則として個人単位とする住民票を世帯ごとに編成して作成される（同法6条）。住民票には、氏名、出生年月日、性別、世帯主、戸籍、住所等が記載される（同法7条）。

2)住民基本台帳制度の意図及び関心

住基ネットは、住民基本台帳に記載される事項のうち、氏名、出生年月日、性別、住所、個人番号、住民票コード、それらの変更情報の七項

⁶²⁴ 石川・前掲注(413)190頁。

⁶²⁵ 石川・前掲注(413)190頁参照。

目を本人確認情報として全国共通の本人確認を提供するシステムである⁶²⁶。住基ネットは、最高裁判決⁶²⁷で合憲の確定判決が出されており(ただし、判決時は個人番号を除く六情報である。)、本人確認情報をオンラインで利用することは、「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されるとはいえない」として、憲法13条が保障する個人の「私生活上の自由」を侵害しないと判断している⁶²⁸。

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

しかし、判例がいうように、住民基本台帳制度においても、住民に関する情報のもつ意義について、制度的に見ても関心が高いとは言い難い。すなわち、住民基本台帳制度は、住民を特定するための識別情報として住民の情報を正確に管理することに意図及び関心は向けられているが、個人の住所等を把握する制度の目的が、個人の人権やプライバシーの保障に関心があったのではなく、それへの配慮が制度に内在しているとは思われないからである⁶²⁹。

住所不認定の問題は、民法22条の解釈の問題に起因している。そして、現行民法、自治法及び住基法の枠組みでは、行政権や司法権の判断によって、意図せずとも住所を持たない個人が創り出されてしまう可能性がある。一旦、住所不定になると、再び仕事に就くことも、住居を借りることも、私法上の法律行為を行うことも困難となろう。そうし

⁶²⁶ 総務省公式サイト「『住基ネット』って何?」(https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_gyousei/c-gyousei/daityo/juuki01.html) 2023年6月確認。

⁶²⁷ 住基ネット最高裁判決・前掲注(29)。

⁶²⁸ 住基ネット判決についての考察は、拙稿「個人番号制度の法的課題(下)」大阪経大論集71巻5号(大阪経大学会、2021年1月)185頁以下を参照願いたい。

⁶²⁹ 遠藤・前掲注(617)130頁参照。

たことが個人を生活困窮に追い込み、そこから復帰することは容易ではない。しかしそれは、民法の規定等の解釈だけが問題となってしまうと断言することはできない。住民基本台帳制度自体が、住所のない者が存在することを許容するシステム⁶³⁰となっている点にも視点が向けられなければならない。こうした点において住民基本台帳制度は、住所不定者に対して、いずれかの住所を各人に認めようとする配慮がなされているわけではない⁶³¹。

したがって、住所を通じて把握される個人の情報を基に処理される行政事務は、医療、介護、年金等の社会保障、就学、選挙につながる住民の様々な事務と関連しているのだが、実務的理解においてはそれぞれが一つの「事務」でしかなく、国民の重要な公法上の権利や私法上の権利と密接に結びついているという認識は、住民基本台帳制度からは見出し難い⁶³²といえる。そこには、誰一人として住所不定の国民を作らないという、国政の強い意図及び関心を見出すことはできない。

3)存在権に対する介入の有無

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

③保護範囲

住基法上、住民の住所に関する法令の規定は、自治法（10条1項）が定める住民の住所と同一の意義に解することとされている（住基法4条）。住基法にもとづき、転居先の住所として届け出された転居届を不受理とする決定は、国家による情報行為にあたる。不受理決定は、住民基本台帳

⁶³⁰ 遠藤・前掲注(617)132頁参照。

⁶³¹ 遠藤・前掲注(617)132頁参照。

⁶³² 遠藤・前掲注(617)131頁参照。

に住民として記載されないという効果を生じさせる。すなわち、不受理決定は、居住区以内の住民としての資格の喪失と結びついている。

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

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

また、国民は、国家との関係において、存在権にもとづいて、国家の情報行為によって干渉等を受けることなく、あるいは抑圧されることなく、それ自身の目的を有する一の一部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲が保障される。それゆえ、国民は、国家に対し、住民基本台帳制度にもとづく転居届の不受理決定という国家の情報行為によって、一の一部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を害されないよう、国民の個人的立場を尊重して、それが維持されるよう要求することができると解されよう。これは、国家による情報行為に対抗し得る存在権にもとづく主張である。

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

④国家による情報行為の区別

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

住民基本台帳制度は、住基法の定める住民に関する情報を正確に記載し、選挙権などの国民の重要な権利の基礎となる情報を管理し、それを公

証する制度である。事例で見たように「生活の本拠」と認定されないことを起因として転居届の不受理決定がもたらす作用は、参政権を行使することができないばかりか、国民健康保険被保険者資格やパスポートの交付等を受けることができないという重大な権利ないし法的利益が損なわれる。住所不定になった者は、そこから生活を再建することが自分自身だけでは困難な場合がある。そして、何らかの事情によって家族や親族からの援助を受けることが難しい場合もあり得るであろう。

そのような場合、住基法にもとづいて不受理決定によってもたらされる消極的作用は、国民に対し、継続的かつ持続的な作用をもたらすと考えられる。したがって、当該個人との関係において、全体的情報行為に区別される。

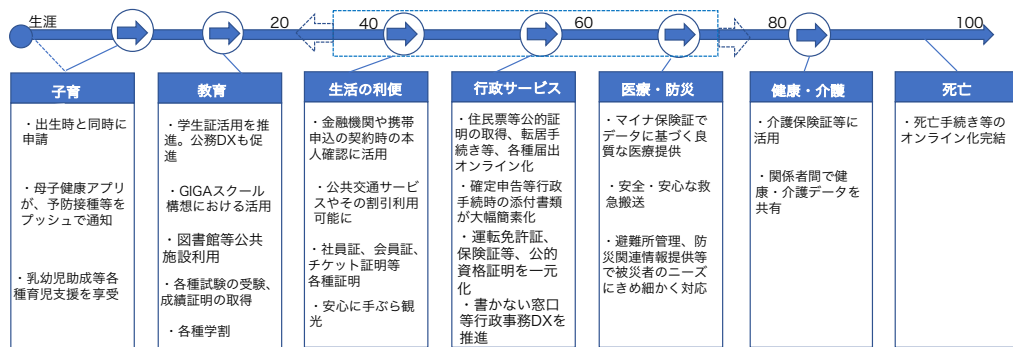
また、住所不認定の問題は、重要な公法上の権利を享受する国民の地位に直接の制限作用をもたらす。こうした作用をもつ住民基本台帳制度は、介入の重大性を高める情報行為であるといえる。そして、介入の重大性を高める国家の情報行為の正当化は、比例原則にもとづく厳密な審査が適用されるべきであろう。

(4)個人番号制度と対抗権としての存在権

第三の制度は、個人番号制度である。個人番号制度は、第一章で見たとおり、付番、情報連携、本人確認の三つの機能で構成される制度である。このうち、本人確認のために使用されるのが個人番号カード（いわゆるマイナンバーカード）である。同制度は、近年、カード普及のために矢継ぎ早に施策が打ち出されている（図14）。

マイナンバーカードの利活用拡大に向けて

- 今後、我が国は、一生涯どこで暮らしていても、教育から生活、医療に至るまで、デジタルの力で便利で安全な先端サービスが提供されるデジタル社会への移行の加速化を図る。
- そのパスポートとなるマイナンバーカードの本人確認・証明機能を、**生まれてから亡くなるまで全国民が活用できる国民インフラ**をして普及させるとともに、**各府省の施策を総動員**して、マイナンバーカードの利活用と利便性の向上を図る。
- このため、**関係省庁に所管分野における支援の強化を要請し、マイナンバーカードの利活用促進プラン**をとりまとめる。



デジタル庁「地域のデジタル実装を支えるマイナンバーカード利活用拡大等に向けて（2023年〔令和5年〕3月31日）第12回デジタル田園都市国家構想実現会議 資料3」（https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/digital_denen/dai12/shiryous3.pdf）をもとに作成・加筆した。

【図 14】 633

個人番号の情報連携は、税、社会保障、防災分野での利用を中心としてすでに実施されているが、さらに戸籍、医療分野にも拡大されている。また、個人番号カードは、行政手続における本人確認のために利用されているが、カード自体には、公的認証としての機能もある⁶³⁴。現在、個人番号カードの利用は、確定申告時における本人確認、国民健康保険被保険者資格確認（国民健康保険証としての利用）、公金受取口座登録制度での本人確認、マイナポータルにログインする際の本人確認が主な利用場面である。

図 14 には、個人番号カードの公的認証機能を利用して生涯にわたる生活領域のなかでカードの利用の施策を推進する計画が示されている。今後、行政手続分野において利用される事務のほかに、社員証や公共交通サービスとしての利用等、現在民間が行なっている分野に進出し、個人番号カードへの置き換えなどの計画もある。

デジタル社会形成に向けた政府の取り組みは、内閣総理大臣の強い意欲によって計画が進められているが、それは、国民の利便性の向上のみな

⁶³³ デジタル庁「地域のデジタル実装を支えるマイナンバーカード利活用拡大等に向けて（2023年〔令和5年〕3月31日）第12回デジタル田園都市国家構想実現会議 資料3」（https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/digital_denen/dai12/shiryous3.pdf）をもとに作成・加筆した。

⁶³⁴ 総務省自治行政局住民制度課「民間事業者によるマイナンバーカードの空き領域の活用について」（令和5年3月）1頁以下参照（https://www.soumu.go.jp/main_content/000871758.pdf）2023年7月確認。

らず、世界的潮流のなかで国の競争力を高めるためにも必要な取り組みである。ここで問題にしたいのは、そのことの是非ではない。国民全員に係る国家の情報行為の特質からすると、その実現の方法に関心を向けたいと考えている。デジタル社会を実現するための一つの方法が、個人番号制度であると考えられるため、これを考察の最後に取り上げることにした。

本稿が重視する点は、個人番号制度が、憲法13条によって保障される、国民が、個人的存在として独自の目的をもつ一の全部者として私的生活を営む可能性を制限しないかである。

これまで考察してきたとおり、国民には二つの立場があることは、すでに明らかにされている。国民の二つの立場のうち、存在権が保障する個人的立場が尊重されるためには、「『自分のことは自分で決める』ことを認めるという『秩序』とその運営が不可欠である」⁶³⁵と考えられる。逆に言えば、「少なくとも『自分のことを自分で決めさせない』秩序を採用しないという、公共的な選択が前提とされている必要がある」⁶³⁶。それは、第二の立場が尊重されるための前提として不可欠な視点であると思われる。もっとも、個人の自己決定を尊重されるということと、公共的秩序の設定そのものを個人の選好に委ねるかどうかは、別の問題として捉えることができる⁶³⁷。本稿は、前者の自己決定を尊重されるという観点を重視し、この観点を取り入れ検討することにする。

果たして、個人番号制度は、「自分のことを自分で決めさせない」⁶³⁸憲法的選択が採用されているのであろうか。少なくとも一の全部者としての生活領域にまで公共的選択を求める制度になってはいないか。こうした視点から考察を進めることにしたい。

考察にあたっては、判例を参照する。取り上げるのは、公権力が、個人に関する情報を収集することが憲法13条違反にあたると争われた二つの判例である。いずれの判例においても、憲法13条は、国家権力に対し、国民の私生活上の自由が保障されているものであるとの説示がなされている判決である。第一の判例は、京都府学連事件最高裁判決（以下「京都府学連判決」という。）⁶³⁹である。この判例は、個人番号利用差止等請求

⁶³⁵ 石川・前掲注(559)129頁。

⁶³⁶ 石川・前掲注(559)129頁。

⁶³⁷ 石川・前掲注(559)129頁参照。

⁶³⁸ 石川・前掲注(559)129頁。

⁶³⁹ 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

事件最高裁判決（以下「個人番号利用差止判決」という。）⁶⁴⁰のなかで最高裁が先例として引いている事件である。

次に、「私生活上の自由」に関する学説の見解を参照する。さらに、第二の判例として、個人番号利用差止判決を取り上げる。同判決と京都府学連判決とを比較することにより、「私生活上の自由」と各判決で導き出された被侵害利益との関係を考察する。こうした考察を通じて、個人番号利用差止判決において、最高裁が、国の正当化の論証を緩やかな審査で判断している要因が幾分かでも分析できると考えられる。

そして、最後に、個人番号制度と対抗権としての存在権の関係を考察することにしたい。

①個人番号制度の問題点

特定個人情報の利用をめぐるのは、憲法 13 条にもとづくプライバシー権ないし自己情報コントロール権の侵害等を理由に訴訟が提起されていた。

最高裁は、基本的には住基ネット最高裁判決を踏襲し、行政機関等による特定個人情報の利用は、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侵害するものではないと述べて、原告らの主張を退けている⁶⁴¹。

個人番号制度をめぐる諸問題は、主としてプライバシー権ないし自己情報コントロール権あるいは自己決定権の侵害が主張されているが、しかし、最高裁は、そのいずれも採用してはいない。むしろ最高裁は、個人情報の利用、提供等と、それに対抗する利益を「私生活上の自由」という限定された枠内で捉えることにより、正当化を容易にしているようにも見える。しかし、それは、個人番号制度によって引き起こされ得る問題の主題化——「人権」を制限し得る問題であるということ——それが容易でないことの裏返しでもあろう。

筆者は、「人権」という場合、それは、「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利が人権」

⁶⁴⁰ LEX/DB 文献番号 25572676。最高裁令和 5 年 3 月 9 日判決。

⁶⁴¹ 前掲注(640)。本判決は、原告らが、個人番号の利用差止等の請求を申し立てて争われた事件である。最高裁は、基本的に住基ネット最高裁判決の判断枠組みを踏襲し、上告を棄却している。

⁶⁴²であるという宮沢俊義の理解にもとづいて、人権とは、「人間が生まれながらもっている権利、すなわち、生来の権利である」⁶⁴³と理解する。

佐々木が説いた人間の存在の内容、すなわち、人間は、「一の生來の人間として、独立して行動する立場」⁶⁴⁴で、「人間本來の本能として、自己の生命を愛し、自由を有し、及び、幸福を追求する、という意欲を有するものであるから、人間の存在の内容は、生命を愛し、自由を有し、幸福を追求することである」⁶⁴⁵。人間の存在の内容、すなわち、存在権は、人間がただ人間であるということにのみ当然に保障されるべき権利であるといえる。存在権は、生來の人間として、独立して行動する独自の立場としての国民が有する生來の権利である。「生來の権利であるということは、奪うことのできない権利、ゆずりわたすことのできない権利」⁶⁴⁶である。この理解を前提に個人番号制度における国家の情報行為と対抗権としての存在権の関係について考察を進める。

1) 京都府学連事件最高裁判決⁶⁴⁷

(a) 事案の概要

事案の概要は次のようなものである。大学生であった被告人 X は、京都府学生自治会連合（以下「京都府学連」という。）主催の集団行進集団示威運動に参加し、同先頭集団である大学学生集団先頭列外に位置し、大学正門前から京都市東山区円山公園に向う途中、京都府山科警察署勤務巡査が、京都府公安委員会が附した許可条件に違反するとして前記集団先頭の行進状況を写真撮影するや、「どこのカメラマンか」と難詰抗議し、同巡査が殊更にこれを無視する挙動に出たところから憤慨し、所携の旗竿を以て同巡査の下顎部を一突きし、よって同人をして治療約一週間を要する下顎部挫創の傷害を蒙らしめ、以て同巡査の職務の執行を妨害したものである⁶⁴⁸。X は、公務執行妨害罪及び傷害罪で起訴された。第一審及び控訴審はともに、巡査の行為は、現に

⁶⁴² 宮沢・前掲注(392)77頁。

⁶⁴³ 宮沢・前掲注(392)77頁。

⁶⁴⁴ 佐々木・前掲注(514)394頁。

⁶⁴⁵ 佐々木・前掲注(381)394頁～395頁。

⁶⁴⁶ 宮沢・前掲注(392)77頁。

⁶⁴⁷ 前掲注(639)。

⁶⁴⁸ 昭和39年7月4日京都地裁刑集23巻12号1655頁。

犯罪が行われている違法なデモ行進及び違反者を撮影したものであるから、適法な職務行為に当たるとしてXを有罪とした。

Xは、これを不服とし、最高裁判所に対して上訴した。Xは、本人の意思に反し、かつ裁判官の令状もなく行われた本件警察官の写真撮影行為を適法とした原判決の判断は、肖像権すなわち承諾なしに自己の写真を撮影されない権利を保障した憲法13条に違反し、また令状主義を規定した憲法35条にも違反するなど主張し、争われたのが本件上告審である⁶⁴⁹。

(b)判旨

最高裁の判断はどうであったのか。本稿の問題関心に関係する部分を引用すれば、次のようになる。「憲法十三条は、『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ふことができる。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ふべきである。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。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（警察法二条一項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象のなか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。

そこで、その許容される限度について考察すると、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訴法二一八条二項のような場

⁶⁴⁹ 前掲注(639)。

合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくとも、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、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である。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象のなかに、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つても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである」⁶⁵⁰。

(c) 「私生活上の自由」に関する見解

最高裁は、憲法 13 条の前段と後段を一体的に捉え、同条は、国民の私生活上の自由が、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し、個人の私生活上の自由の一つとしてその承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由を有すると述べている。着目すべき点は以下の部分である。「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」と述べている部分である。最高裁は、憲法 13 条は、国民の私生活上の自由を保障したものと解しているものの、本件においての被侵害利益は、「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」であるという。

憲法 13 条が、私生活上の自由を保障したのであれば、それを「過度に制約する公権力の措置であれば、『憲法 13 条に反し、許されない』となるのが当然」⁶⁵¹であろう。しかし、判決は、「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」と説示している。これは、どのように理解したらよいだろうか。「私生活上

⁶⁵⁰ 前掲注(639)。

⁶⁵¹ 蟻川恒正「行為『禁止』事案の起案(1)」法学教室 414 号(有斐閣、2015 年) 113 頁。

の自由」は、指紋押捺拒否事件最高裁判決⁶⁵²や個人番号利用差止等請求事件においても言及されている⁶⁵³。

「私生活上の自由」に関して、一つの見方は、京都府学連最高裁判決が、「『個人の私生活上の自由』を上位概念として使い、そこから権利がいろいろと出てくる」⁶⁵⁴ため、「この論理では、人権として十三条でカバーされる行為の範囲は、一般的自由説のように、かなり広いものが導き出されることになる」⁶⁵⁵というものである。

もう一つの見方は、第一の見方と関連して、旅券申請の拒否処分に対する損害賠償請求事件最高裁判決⁶⁵⁶における田中耕太郎・下飯坂潤夫裁判二名の裁判官の補足意見のなかに表われている⁶⁵⁷。補足意見では、「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。従つ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」⁶⁵⁸との見解を示している。これは、人格的自律説よりも広い解釈を採る見解である。

第三の見方は、前二つの見解とは異なる分析にもとづいて論じられている見解⁶⁵⁹である。この見解は、警察官により「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」と「私生活上の自由」とが、どのような関係に立っているのかを分析する。蟻川論文の問いは、なぜ判決は、「警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影

⁶⁵² 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。

⁶⁵³ もっとも、未決拘禁者の喫煙の全面禁止は、憲法13条により保障される喫煙の自由の侵害にあたるとして国家賠償が請求された事件（最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁）において、最高裁は、「私生活上の自由」に言及することなく判断しているため、憲法13条が争点となって争われた事件でも、「私生活上の自由」に該当する自由と該当しない自由との区別を黙示にしている可能性はある。この論点を含め、井上典之「憲法13条と私生活上の自由」法学セミナー605号（日本評論社、2005年）82頁以下。特に86頁以下を参照。

⁶⁵⁴ 戸波江二=小山剛「幸福追求権と自己決定権」法学セミナー568号（日本評論社、2002年）29頁〔戸波江二発言〕。

⁶⁵⁵ 戸波=小山・前掲注(654)29頁〔戸波江二発言〕。

⁶⁵⁶ 最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁。

⁶⁵⁷ 井上・前掲注(653)86頁参照。

⁶⁵⁸ 前掲注(656)。

⁶⁵⁹ 蟻川・前掲注(651)111頁以下（以下脚注において「蟻川①」と表記する。）、同「行為『禁止』事案の起案(2)」法学教室415号（有斐閣、2015年）98頁以下（以下脚注において「蟻川②」と表記する。）。

することは、憲法十三条に反し、許されないものといわなければならない」と書かずに、「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」と書かなければならなかったのかということから始まる。同論文は、これを推察する形で分析が進められている。そして、「私生活上の自由」と「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」との関係を明らかにしている。そこで、蟻川論文をやや詳しく確認をしておきたい。最高裁の憲法13条に関する「私生活上の自由」の観念を確認するために有益であると考えられるからである。以下、具体的に確認していこう。

(d)蟻川論文

蟻川は、「自由」の一つの捉え方として、「あえて割り切つていうならば、『自由』とは、何かを束縛なくすることができることであると性格づけること」も不可能ではないとし、このように捉えるとすれば、私生活上の自由とは、「私生活上において何かを束縛なくできる状態を指す」と述べる。翻って、京都府学連判決における被侵害利益の「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」といわれる場合の「自由」はどう考えられるであろうか。たとえば、「干渉からの解放をもって『自由』」⁶⁶⁰（以下「仮説1」という。）の意味に捉えることもできる。その場合、その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由は、国家権力からの干渉の解放という意味での自由であり、間違いなく仮説1の解釈で説明ができる。

しかし、自由を「人が何かを束縛なくすることができる状態（以下「仮説2」という。）として捉えるとしたら、『撮影されない自由』というときの自由は、撮影という行為それ自体との関係でいえば、人が何かを束縛なくすることができる状態としての『自由』としては直截には説明することができない」⁶⁶¹。そうすると、「同じく『自由』という言葉遣いはしていても、『私生活上の自由』と『その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由』とでは、『自由』という観念の捉え方が同一ではない」⁶⁶²といえそうである。（仮説1及び仮説2

⁶⁶⁰ 蟻川①・前掲注(651)114頁。

⁶⁶¹ 蟻川①・前掲注(651)114頁。

⁶⁶² 蟻川①・前掲注(651)114頁。

の解釈のいずれにおいても「私生活上の自由」という場合の「自由」を説明することが可能だが、「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」という場合の「自由」は、仮説2の解釈では直接説明することができない)。

そうであるなら、「私生活上の自由」と「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」との関係は、必ずしも「単純に前者が後者を包含する関係でしかないわけではなく、『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等を撮影されない自由を有する』という判決の言明も、両自由が単に前者が後者を包含するというものとは違う関係を取り結んでいる可能性があることを排除してはいないと解釈すべきである」⁶⁶³という。

そこで、同論文は、判決では、二つの概念が競合している点に着目する。一つは、被告人の上告趣意で述べられている「肖像権すなわち承諾なしに自己の写真を撮影されない権利」である。もう一つは、調査官解説と目される同判決の『判例時報』⁶⁶⁴の記事から推察し、同判決は、被侵害利益を「その承諾なく写真を撮影されない権利」とせず、「その承諾なく写真を撮影されない利益」と観念しているという⁶⁶⁵。

けれども、「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」は、肖像権と称しても必ずしも不適切とまでいえない実体内容を有するものであり、それだけに憲法13条が保障する「私生活上の自由」との法的接続の論理が自覚的に案出されなければならない。ここに要請されたのが、「憲法13条の趣旨」という媒介項であったという⁶⁶⁶。ここまでが仮説の前半部分である。

警察官が、被告人Xの承諾なしに容ぼう等を撮影することは、Xの「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」を直接的に制約する。これに対して、「デモ行進に束縛なしに参加することができる自由としての『私生活上の自由』は、そのことによって失われるわけではないけれども（『私生活上の自由』に対する直接的な制約の欠如）、撮影により公権力にデモ行進への参加という行動を把握されたが故に、被撮影者たる被告人のうちに、深刻な萎縮効果が発生して、

⁶⁶³ 蟻川①・前掲注(651)114頁。

⁶⁶⁴ 判時577号18頁。

⁶⁶⁵ 蟻川①・前掲注(651)115頁参照。

⁶⁶⁶ 蟻川①・前掲注(651)116頁参照。

束縛を感じることなく被撮影者がデモ行進に参加するということに対する実質的な困難（『私生活上の自由』に対する間接的な制約）を来す蓋然性が高い」⁶⁶⁷。同論文は、「これを称して『憲法 13 条の趣旨』に反する行為がなされた」⁶⁶⁸と解するのである。

「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」は、本判決によって、『私生活上の自由』の『一つとして』あると記されているけれども⁶⁶⁹、最高裁判決のなかには、両自由の以上に見た規範的關係が折り畳まれている⁶⁷⁰。それゆえ、みだりに写真撮影をされない自由がそのまま無媒介に『私生活上の自由』（の一部）をかたちづくっているのではない。警察官により写真撮影をされること等によってデモ行動への参加への萎縮が生じ、束縛を感じて、被撮影者が自由にデモ行進等に参加することができなくなることから免れる自由が、規範構造上の連関を経由して、ここにいう「私生活上の自由」になる⁶⁷¹。したがって、「『みだりにその容ぼう等を撮影されない自由』が害されると、行為への萎縮が生じ、その故に、『私生活上の自由』が妨げられる、という関係が成り立つ」⁶⁷²というのが、蟻川論文における京都府学連判決を通じた「私生活上の自由」と「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」の関係についての解釈である。

この論点については、個人番号利用差止判決を参照し、その後に両最高裁判決を考察する際に述べることにしたい。

2)個人番号利用差止等請求最高裁判決⁶⁷³

ここで取り上げるのは、令和 5 年 3 月に訴訟が終了した、いわゆるマイナンバー訴訟最高裁判決である。本判決は、基本的には住基ネット最高裁判決の枠組みを踏襲している。住基ネット最高裁判決は、前

⁶⁶⁷ 蟻川①・前掲注(651)116 頁。

⁶⁶⁸ 蟻川①・前掲注(651)116 頁。

⁶⁶⁹ 蟻川①・前掲注(651)116 頁参照。

⁶⁷⁰ 蟻川①・前掲注(651)116 頁参照。

⁶⁷¹ 蟻川①・前掲注(651)117 頁参照。

⁶⁷² 蟻川②・前掲注(659)100 頁。

⁶⁷³ 前掲注(640)。

稿⁶⁷⁴で検討したのでここでは繰り返さない。そのため、基本的には、本判決を参照した後、京都府学連判決と比較して考察を進める。

(a)事案の概要

本件は、行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律（令和3年法律第36号による改正前のもの。以下「番号利用法」という。）により個人番号を付番された上告人らが、被上告人が番号利用法にもとづき上告人らの特定個人情報（個人番号をその内容に含む個人情報）の収集、保管、利用又は提供（以下、併せて「利用、提供等」という。）をする行為は、憲法13条の保障する上告人らのプライバシー権を違法に侵害するものであると主張して、被上告人に対し、プライバシー権にもとづく妨害予防請求又は妨害排除請求として、上告人らの個人番号の利用、提供等の差止及び保存されている上告人らの個人番号の削除を求めるとともに、国家賠償法1条1項にもとづき、慰謝料等の支払を求める事案である。

第一審⁶⁷⁵は、個人番号の付番を受けた原告らが、同法にもとづく個人番号の収集、保管、利用及び提供等の制度（以下「個人番号制度」という。）は、原告らのプライバシー権（自己情報コントロール権）等を侵害し憲法13条に違反すると主張して、被告に対し、〔1〕プライバシー権にもとづく妨害排除又は妨害予防請求として、個人番号の収集、保管、利用及び提供（以下「利用等」という。）の差止及び被告が保管している原告らの個人番号の削除を求めるとともに〔2〕国家賠償法1条1項にもとづき、損害賠償を請求した事件である。第一審は、憲法13条により保障される「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」を侵害するものではないとして請求を棄却した。控訴審⁶⁷⁶では、請求に理由がないとしてこれを棄却した原判決を相当とし、原告らの請求を棄却した。そこで、上告されたのが本件である。

(b)判旨

⁶⁷⁴ 拙稿「個人番号制度の法的課題（上）」大阪経大論集71巻3号（大阪経大学会、2020年9月）67頁以下、同「個人番号制度の法的課題（中）」大阪経大論集71巻4号（大阪経大学会、2020年11月）173頁以下、同「個人番号制度の法的課題（下）」大阪経大論集71巻5号（大阪経大学会、2021年1月）185頁以下。

⁶⁷⁵ LEX/DB 文献番号 25570914。福岡地裁令和2年6月15日判決（判タ1491号203頁）。

⁶⁷⁶ LEX/DB 文献番号 25591130。福岡高裁令和3年9月29日判決。

最高裁の判断はどうであったのか。本稿の問題関心に関係する部分を参照すれば、次のようになる。「憲法 13 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（最高裁平成 19 年（オ）第 403 号、同年（受）第 454 号同 20 年 3 月 6 日第一小法廷判決・民集 62 卷 3 号 665 頁）」⁶⁷⁷。

判決は、同法で利用される特定個人情報の利用等が、社会保障、税、災害対策及びこれらの類する分野の法令又は条例で定められた事務に限定されており、個人番号によって検索及び管理がされることになる個人情報が限定されている点、及び同法の目的が、行政運営の効率化、給付と負担の公正性の確保、国民の利便性の向上を図ること等を目的とするものであり、正当な行政目的を有すると述べている。

もっとも、判決は、特定個人情報のなかには、個人の所得や社会保障の受給歴等の秘匿性の高い情報が多数含まれていることは認めており、理論上、情報の集約や突合を行い、個人を分析することが可能であるため、具体的な法制度や実際に使用されるシステムの内容次第では、情報が、外部に流出することや不当なデータマッチングにより、法令の根拠にもとづかずに又は正当な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得ると述べており、その危険性の有無を法制度の正当性及びシステム上の安全性等に求めた。

そこで、判決は、まず法制度上の仕組みを解釈する。同法は、個人番号の利用や特定個人情報の提供について厳格な規制を行うことに加えて、それを担保するための安全かつ適正に管理するための種々の規制を行うこととし、違反の悪質なものについては刑罰の対象とし、一般法より法定刑を加重するとともに、第三者機関たる委員会に種々の権限を与え、監視、監督等を行わせることとしている。

次に、判決は、システム上の仕組みを解釈する。第一に、個人情報が共通のデータベース等により一元管理されるものではなく行政機関ごとに情報を保有する分散管理である状況に変わりはない。第二に、情報連携の際、インターネットから切り離された行政内部の閉域ネットワーク内で個人番号を推知し得ない機関ごとに異なる符号を用いて特定個人情報が授受され、通信やデータ自体も暗号化されていることな

⁶⁷⁷ 前掲注(640)。

どの安全性を備えている。そして、これらの仕組みによれば、特定個人情報情報の漏えいや目的外利用等がされる危険性は極めて低いということができ、また、個人番号それ自体は意味のない数字であること等により、仮に個人番号が漏れしたとしても、直ちに各行政機関が分散管理している個人情報外部に流出するおそれが生ずるものではないと判断している。

そして、これらの諸点を総合すると、特定個人情報の利用等の行為は、上告人らのプライバシー権を違法に侵害するものであるとする上告人らの主張には理由がないと述べて、以上のことは、京都府学連判決の趣旨に徴して明らかであると説示し、上告人らの請求を棄却した。

(c) 考察

(aa) 京都府学連判決と個人番号利用差止判決との比較

さて、京都府学連判決と個人番号利用差止判決を参照した。次は、両判決を比較し、後者の判決では、「憲法 13 条の趣旨に反し、許されないもの」という説示について言及がなかったことがなぜなのかを考察する。考察することによって、同じく私生活上の自由の一つとして導き出された被侵害利益の「自由」の性格の違いを確認することができる。

京都府学連判決では、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とされていた。これに対して、個人番号利用差止判決では、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表することが、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という説示は見られない。判決においてこの差異はなぜ生じたのであろうか。

先に参照した蟻川論文にあった「人が何かを束縛なくすることができる状態」（仮説 2）が、個人番号利用差止判決においては、想定されていないからではないだろうか。つまり、同判決では、被侵害利益としての「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」は、国家権力からの干渉からの解放をもって「自由」（仮説 1）に当てはまり、被侵害利益との関係において説明可能である。

これに対して、被侵害利益としての「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」は、人が、「私生活上において何かを束縛なくできる状態」としての「自由」（仮説 2）には当ては

まらない。なぜなら、後者の場合の自由は、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ことが利益なのであり、「私生活上において何かを束縛なくできる状態としての自由」とでは、同じ「自由」でも保護しようとしている「自由」の性格が異なっている。

それでは、何かを束縛なくしようとする場合、行政機関により個人に関する情報を第三者に開示又は公表されると、蟻川説のいう、何かの行動に萎縮が生じ、束縛を感じて、上告人らが何かに自由に参加したり行動したりすることができなくなり、それを免れる自由が観念できるだろうか。もし、できるのであれば、私生活上の自由と被侵害利益との間の規範構造の連関を経由して被侵害利益を侵害することが、間接的に「私生活上の自由」の侵害があったと観念することができる。

本件の場合の被侵害利益は、自己の同意なく個人情報を第三者に利用等されない利益である。そうすると、被侵害利益と私生活上の自由との規範構造の連関を経由するという媒介項（「憲法 13 条の趣旨」）は必要としない。すなわち、私生活上の自由の一つとして「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」は、国家権力からの干渉からの解放をもって「自由」とも言い換えることが可能である。

しかし、「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」が侵害されることによって、プライバシーや名誉が傷つけられることは想定できても、自己の同意なく個人に関する情報を第三者に利用等されることから、直ちに何らかの行動に萎縮が生じ、束縛を感じて、上告人らが何かに自由に参加したり行動したりすることができなくなるという意味での「自由」の制約を、判例は想定していない可能性がある。それゆえ、「憲法 13 条の趣旨に反し、許されないもの」という説示がなかったのではないかと考えられる。このような両判決における「自由」に関する評価の差異が、媒介項を必要とされなかった理由の一つであると思われる。これは第一の理由である。第二の理由は、介入の重大性の違いであると思われる。次にその点を確認しよう。

(b)介入の重大性

両判決は、介入の重大性にも差異があるように思われる。京都府学連事件では、警察官という行為主体により、収集される情報の客体は、容ぼう等の撮影という身体的把握であり、それだけで個人識別上決定

的手段となり得る身体的情報である。他方、個人番号利用差止事件では、行政機関という行為主体により、収集される情報の客体は、行政手続における個人に関する情報であり、たとえば個人番号自体は、最高裁がいうように、それ自体では意味のない数字である。意味のない数字であるから収集されただけでは、個人を外形的に識別する決定的手段とはならない。何かと組合せないことには、国家権力が、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に対し、介入しているとは言い難い状況である。そこで、収集したその数字を他の何かと組み合わせられて初めて介入行為があったと観念できる。その何かは、個人番号制度上のシステムであろう。だからこそ、本判決は、システムの安全措置の仕組みと、法制上の仕組みを解釈し、「みだりに開示又は公表される危険性」を審査したのだと推察される。この点において、最高裁は、個人番号利用差止事件と京都府学連事件とは、前者の事案よりも後者の事案のほうが、介入の重大性が高いと見ている可能性はありえよう。

整理すると、個人番号利用差止判決において最高裁が説示した「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」と言う場合の「自由」の性格は、国家権力による「干渉からの解放をもって自由」という蟻川説の「自由」（仮説1）で説明可能であり、言い換えれば、本件における保護利益は、その実質においてプライバシーに関する保護利益であったと見ることも可能であろう。

また、両判決の違いは、収集されただけで個人を識別する決定的手段となり得る身体的情報の把握か、個人番号のようにそれ自体では、数字としてしか意味のない機械的情報の把握とでは情報の性質の違いがある。後者の場合には、いくつかの情報と組み合わせることを可能にするシステムを媒介しないと個人を識別する決定的手段とはならない。したがって、収集される情報の意味内容の差異が、介入の重大性の違いとして、判決の保護利益の差異に影響していると思われる。また、情報を収集する主体が、警察官という、個人にとって萎縮効果を生じさせ得る権力性の強い主体であることも、介入の重大性の評価に影響を与えたと考えられる。

両判決において憲法13条が規定する私生活上の自由の一つとされた「自由」の性格にも違いがあるといえそうである。京都府学連事件では、「個人が何かを束縛されることなくすることができなくなるこ

とから免れる自由」の侵害が、規範的構造との連関を經由して私生活上の自由を間接的に侵害すると観念できる事案であった。

これに対して、個人番号利用差止事件では、後者の「個人が何かを束縛されることなくすることができなくなることから免れる自由」は観念されなかった。そして、介入の重大性の差異が、両判決における「憲法 13 条の趣旨に反し、許されないもの」という一説が述べられていたのか否かの相違をもたらしたといえるのではないだろうか。それゆえ、個人番号制度で争われる問題は、現状において、プライバシー権ないし情報プライバシー権としての自己情報コントロール権に対する制約が議論の中心であると考えられる。後で述べるように、筆者は、これとは別の問題意識から個人番号制度の問題点を考察しようと思う。

(cc)個人番号制度の問題点

考察の最後に、個人番号制度の問題点について述べる。個人番号制度は、プライバシー権ないし自己情報コントロール権に対する制限の問題として捉えることもできる。しかし、本稿は、個人番号制度は、国民の第二の立場である個人的存在として、自分自身の目的のために生きる権利に対する介入、すなわち、存在権に対する介入を引き起こす問題であると考えている。

第一章及び本章図 14 で確認したとおり、個人番号カードは、様々な生活領域において利用が想定されている。その利用に当たっては、現在、計画が進行中であり、確定したことは論じられない。しかし、政策を実現するにあたっては、個人の選択の自由がどれほど確保されているのかという問題がある。

もとより、個人は、独自の生活領域において何かを利用することが便利であると思うのであれば誰でも平等にそれを利用することができるのが望ましい。しかし、何らかの理由でそう思わない場合は、利用しない自由も保障されるべきである。要するに、利用しない自由又は利用する自由若しくは一旦利用しても離脱できる自由など、個人の意思の尊重が制度に反映されるのかどうかという施策の実現に関する具体的な問題がまずある。

しかし、国家の情報行為による独自の生活領域への干渉行為は、(人によっては便利であると思う人もいるであろうが、それを法で定めることとはまた別問題であろう)、それ自体を一つの国家行為の現象と

して捉えることが肝要であろう。そして、こうした国家による情報行為を放任することは、気づかないうちに国民の第二の立場として独自に生きる可能性を保障した存在権に対する国家権力の干渉ないし介入が始まっている現象であり、それは、存在権に対する根底的な脅威ともなり得る。

また、蟻川説で説明すれば、国家による情報行為が示すこのような現象は、何かを束縛を感じることなくすることができる自由とは、相容れないであろう。国家や他の私人から何かを束縛を感じることなく、個人が自由に行動することを實際上難しくさせるような国家の情報行為は、個人の自由な「行為の『禁止』」⁶⁷⁸として言い換えてもよい問題である。

個人番号制度という国家の情報行為によって、国民に対し、個人番号カード等の利用を事実上強制するような干渉をもたらすのであれば、それは、独自の生活領域における公共的選択を余儀なくさせられるという意味で、「自分のことを自分で決められない」憲法的秩序が選択されているということの意味しよう。本稿が個人番号制度の問題点とするのは、こうした意味においてである。個人番号制度にもとづく国家の情報行為は、国家権力や支配力を有する私人から、干渉を受けずに独立した個人として生きる可能性を保障した存在権への介入となり得るからである。

たしかに、行為を禁止することは、自由に対する直載的な侵害であろう。けれども、国家権力は、そうしたあからさまな侵害をせずとも、何かしらの仕方で個人の情報や行動情報を把握するという行為によって、個人を圧迫し、干渉し、萎縮的效果を生じさせることができる。それは、行為を禁止することよりも、「謂わば真綿で締めるように、社会において行為する『自由』を容易に窒息させることができる」⁶⁷⁹。

国家の情報行為による国民の独自の生活領域への干渉行為は、存在権に対する根源的な脅威を与え得る問題なのである。

②存在権に対する介入の有無

以上の問題意識にしたがって、ここからは、個人番号制度という国家の情報行為が、存在権に対する介入に当たるかどうかを確認する。まず、

⁶⁷⁸ 蟻川①・前掲注(651)117頁。

⁶⁷⁹ 蟻川①・前掲注(651)117頁。

番号法の目的規定を確認し、同制度の意図及び関心が現われている基本理念を定めている条文の内容を確認していくことにしたい。

1)番号法の目的

番号法1条には、本法の目的が次のとおり定められている。「この法律は、行政機関、地方公共団体その他の行政事務を処理する者が、『個人番号』及び法人番号の有する特定の個人及び法人その他の団体を識別する機能を活用し、並びに当該機能によって異なる分野に属する情報を照合してこれらが同一の者に係るものであるかどうかを確認することができるものとして整備された情報システムを運用して、効率的な情報の管理及び利用並びに他の行政事務を処理する者との間における迅速な情報の授受を行うことができるようにするとともに、これにより、行政運営の効率化及び行政分野におけるより公正な給付と負担の確保を図り、かつ、これらの者に対し申請、届出その他の手続を行い、又はこれらの者から便益の提供を受ける国民が、手続の簡素化による負担の軽減、本人確認の簡易な手段その他の利便性の向上を得られるようにするために必要な事項を定めるほか、個人番号その他の特定個人情報の取扱いが安全かつ適正に行われるよう個人情報の保護に関する法律（平成十五年法律第五十七号）の特例を定めることを目的とする。」。

まず、第一の目的として挙げられるのは、「効率的な情報の管理及び利用並びに他の行政事務を処理する者との間における迅速な情報の授受を行うことができるようにする」ことである。第一の目的が書かれている箇所は、その直後の文言が「（第一の目的）とともに、これにより」との表現がなされていることから、第一の目的は、同法の目的の一つであり、尚且つ第二の目的から第四の目的までを実現するための手段でもある。この「迅速な情報の授受」を実現させるため、内閣総理大臣は、個人情報保護委員会と協議して、情報提供ネットワークシステムを設置し、及び管理することとされている（番号法21条）。

第二の目的は、個人番号を活用し、行政運営の効率化及び行政分野における公正な給付と負担の確保をすることである。第三の目的は、行政手続の簡素化による国民の負担の軽減、本人確認等における利便性の向上を得られるようにすることである。第四の目的は、個人番号や個人情報の安全かつ適正を確保するために、「個人情報保護法」の特例法として番号法を位置づけることである。

個人番号カードが、なぜ民間での利用拡大を行うことができるのかということについては、番号法 18 条がその根拠となっているためである。同条は、「個人番号カードは、第十六条の規定による本人確認の措置において利用するほか、次の各号に掲げる者が、条例（第二号の場合にあつては、政令）で定めるところにより、個人番号カードのカード記録事項が記録された部分と区分された部分に、当該各号に定める事務を処理するために必要な事項を電磁的方法により記録して利用することができる。この場合において、これらの者は、カード記録事項の漏えい、滅失又は毀損の防止その他のカード記録事項の安全管理を図るため必要なものとして内閣総理大臣及び総務大臣（第三十八条の八から第三十八条の十一まで及び第三十八条の十三において「主務大臣」という。）が定める基準に従って個人番号カードを取り扱わなければならない。」と定められている。同条各号は、「一 市町村の機関 地域住民の利便性の向上に資するものとして条例で定める事務」及び、二 特定の個人を識別して行う事務を処理する行政機関、地方公共団体、民間事業者その他の者であつて政令で定めるもの」と定められており、民間の利用は、同条 2 号において認められる。

個人番号制度は、行政手続の簡素化とそれに伴う提出書類の省略化を図り行政の効率化・国民の利便性の向上、及び本人特定を正確に行い公平・公正な社会の実現が主たる目的として謳われて導入された制度である⁶⁸⁰。また、個人番号カードは、行政手続を行うために個人番号を提供する者が、自分が「本人」であることを証明するための機能と、自分の個人番号の真正性を証明する機能の両機能の実現のために設けられたものである。

2)個人番号制度の意図及び関心

制度導入時の意図及び関心は番号法の基本理念に現われている。基本理念には、社会保障、税、災害分野以外の行政分野における個人番号の利用の促進を図るとともに、行政分野以外においても利用の可能性を考慮した施策の推進が定められている。以下では、具体的に基本理念の内容を確認する。

⁶⁸⁰ 総務省「マイナンバー制度」 (https://www.soumu.go.jp/kojinbango_card/01.html) 2023 年 7 月確認。

(a) 番号法の基本理念

基本理念は、番号法3条に掲げられている。そのうち、本条2項以下は、2012年2月14日「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律案及び関連法案（以下「旧法案」という）」にはなかった規定である。2012年11月16日第181回通常国会において衆議院解散が行われ旧法案は廃案となり、解散総選挙後、再び自公政権に政権交代が行われると、一旦は廃案となった法案を自公政権及び民主党の三党協議において修正され、新法案及び関連法案（以下「新法案」という。）として2013年3月1日閣議決定を経て第183回通常国会に提出された。新法案は、衆議院で一部修正されたが、同年5月9日に衆議院本会議で可決され、同年5月24日に参議院本会議で可決成立した。各条項の内容は概ね、以下の通り定められている。

「3条1項」

同条第1項は、個人番号等の利用の際に、次に掲げる4つの事項を旨としなければならないことが定められている。その内容は、行政手続の対象者の特定を簡易にし、国民の利便性向上と行政運営の効率化に資すること（第1号）。情報提供ネットワークを核とするシステムを活用し、迅速かつ安全に情報の授受を行い、社会保障制度、税制等の分野における給付と負担の適切な関係の維持を行うこと（第2号）。同一内容の情報の提出を求めることを避け、国民の負担の軽減を図ること（第3号）。個人番号の不正利用又は漏えいすることがないように、その管理の適正を確保すること（第4号）である。

「3条2項」

同条2項は、個人番号及び法人番号の利用（以下「個人番号等」という。）に関する施策の推進に関する事項を定めている。その内容は、「個人番号等の利用に関する施策の推進は、個人情報保護に十分配慮しつつ、行政運営の効率化を通じた国民の利便性の向上に資することを旨として、社会保障制度、税制、災害対策その他の行政分野における利用の促進を図るとともに、行政分野以外の国民の利便性の向上に資する分野における利用の可能性を考慮して行われなければならない」ことである。

本項で注目すべき点は、社会保障、税制、災害対策分野以外の行政分野及び行政分野以外の国民の利便性の向上に資する分野における利用の可能性を考慮すべきとしている点である。すでに導入時から民間分野を見据えた利用を目指していたことがうかがえる。

「3条3項」

同条第3項は、個人番号カードの利用の推進に関する事項を定めている。その内容は、「行政事務の処理における本人確認の簡易な手段としての個人番号カードの利用の推進を図るとともに、カード記録事項が不正な手段により収集されることがないように配慮しつつ、行政事務以外の処理において個人番号カードの活用が図られるように行わなければならない」ことである。同項により、すでに導入時から個人番号カードに関しても行政事務以外の事務において個人カードの普及を推進していくことが求められている。

「3条4項」

同条第4項は、情報連携の利用の推進施策に関する事項である。その内容は、「社会保障制度、税制、災害対策その他の行政分野において、行政機関、地方公共団体その他の行政事務を処理する者が迅速に特定個人情報の授受を行うための手段として情報提供ネットワークシステムの利用の推進を図るとともに、これらの者が行う特定個人情報以外の情報の授受に情報提供ネットワークシステムの用途を拡大する可能性を考慮すること」である。導入時点では、社会保障、税制、災害対策の三分野の利用に限られたものであるが、同項により、すでに導入時から他の行政分野での利用も視野に入れての利用施策の推進が求められている。

(b)個人番号制度の意図及び関心

番号法の基本理念について条文内容を確認した。特に、2項以下で追加された条文は、個人番号及び個人番号カード並びに情報提供ネットワークシステムの利用の可能性を考慮し、利用施策の推進を行うことを明確に示されていたといえよう。このことから、次の点が指摘できる。まず番号法は、正式名称が「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」であるにもかかわらず、その利用範囲については、行政手続上の事務に限定されているわけではな

い。同法は、特定個人情報の保護に力点を置いているというよりは、むしろ幅広い分野で利用していくための制度として準備されたものであるといえる。その点で、「立法者自身による将来の利用範囲の拡大に関する縛りは、現行法の枠は必ずしも固くはない」⁶⁸¹との指摘は、利用範囲の拡大を急ぐ現在の状況を的確に指摘していたように思われる。

個人番号制度の導入について、立案当時の民主党政権は、社会保障、税、災害対策の三分野に利用を限定し、本制度の導入目的を「社会保障制度と税制を一体化し、真に手を差し伸べるべき人に対する社会保障を充実させるとともに、社会保障制度の効率化を進めるため、また所得税の公正性を担保するために、正しい所得把握体制の環境整備が必要不可欠です。そのために社会保障・税共通の番号制度の導入を進めます」⁶⁸²との説明がなされていた。

しかし、旧法案にはなかった第2項以下の部分が自公民三党による修正協議の過程で、「他の行政分野及び行政分野以外の国民の利便性の向上に資する分野における利用の可能性を考慮して行われなければならない」旨が追加されている。当時、政府やマスコミの報道による国民への説明は、個人番号の利用は、本法で限定列挙された三分野である旨が強調されていた。そのため、本法に対する当時の国民の認識、つまり個人番号は、社会保障、税、災害対策という公平・公正な社会を実現するために必要不可欠な分野において利用されるとの認識をもっていたとしても不思議ではない。

しかし、個人番号制度は、制度設計時から個人番号ないし個人番号カードの利用範囲の促進が目指されており、そこに強い意図及び関心が向けられている。そして、第一章で見たとおり、個人番号制度は、公共サービスマッシュやベース・レジストリをはじめとするデジタル社会形成のための国家の情報行為を支える中核的制度として、国民の生涯にわたる様々な生活領域のなかで不可欠となり得る方向に進んでいくと見るのが現状の見通しとしては妥当であると思われる。

3)存在権に対する介入の有無

⁶⁸¹ 塩野・前掲注(370)388頁。

⁶⁸² 首相官邸「平成22年度税制改正大綱～納税者主権の確立へ向けて～(平成21年12月22日)」(<http://www.kantei.go.jp/jp/kakugikettei/2009/1222zeiseitaikou.pdf>) 11頁～12頁。

あらためて存在権に対する介入の有無を確認しておこう。個人番号制度にもとづく国家の情報行為は、国民の行政手続における利便性の向上と、行政運営の効率化及び行政分野におけるより公正な給付と負担の確保に資する目的で導入された制度である。

個人番号や特定個人情報（個人番号をその内容に含む個人情報）の利用範囲は、原則として番号法 9 条（利用範囲）や同条にもとづいて定められた条例が規定する分野以外の分野で利用することはできない。

しかし、基本理念にあるように、個人番号については、「社会保障制度、税制、災害対策その他の行政分野における利用の促進を図るとともに、行政分野以外の国民の利便性の向上に資する分野における利用の可能性を考慮して行われなければならない」ことと定められている。また、個人番号カードについては、「行政事務以外の処理において個人番号カードの活用が図られるように行われなければならない」ことと定められている。民間事業者その他の者であって政令で定めるものは、番号法 18 条 2 号にもとづいて個人番号カードの I C チップの空き領域を使用したカードアプリケーションを搭載し、利用者向けのサービスに個人番号カードを利用することが認められる。

そして、今後は、公共サービスメッシュとして、官民が提供する手続上のサービスを個人番号カードないしスマホアプリで提供していくことなどが計画されている。これらの動向は、一面では国民に対して、手続上の簡素化が期待できる一方、様々な手続ないしサービスの提供を、ワンカードの利用で完結させるために一つのデバイスに機能の搭載を集約化する必要があり、盗難、紛失等の場合の情報の流出等の危険性に課題があるといえる。

だが、それは、表層的な見方で制度を捉えた場合の危険性であろう。個人番号制度の問題点のところでも少し触れたように、個人番号制度を通じた国家による情報行為の拡大は、国民の第二の立場として独自に生きる可能性を保障した存在権に対する国家権力の干渉ないし介入が始まっている現象と捉えるべきであろう。個人番号制度は、個人の生涯にわたる様々な独自の生活領域に及び、それは、国民の独自の存在として生きる意欲に対する国家の干渉であるといえることができる。したがって、個人番号制度を通じた国家の情報行為が、国民の第二の立場を尊重せずに独自の生活領域に対して干渉等をもたらす場合には、存在権に対する介入が存在すると認められる。

③保護範囲

国民は、国家に対し、個人的存在を尊重される権利にもとづいて、存在権を尊重して国政の為されることを要求することができる。すなわち、国民は、国家に対し、それ自身の目的を有する一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を保障されるよう国政を為すことを要求することができる。それゆえ、国民は、国家に対し、個人番号制度にもとづく干渉行為を取り除き、国民の個人的立場を尊重して、国家の情報行為が為されることを要求することができるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗し得る個人的存在を尊重される権利にもとづく主張である。

また、国民は、国家との関係において、存在権にもとづいて、国家の情報行為によって干渉行為を受けることなく、それ自身の目的を有する一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲が保障される。それゆえ、国民は、国家に対し、個人番号制度にもとづく干渉行為を取り除き、一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を害されないよう、国民の個人的立場を尊重して、国家の無関心を求め、それが維持されるよう努力することを要求することができるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗し得る存在権にもとづく主張である。

さらに、国民は、他の私人との関係において、存在権にもとづいて、人間としての存在を主張し得る。すなわち、国民は、国家に対し、国民が生来の人間として独立して行動する、独自の立場を尊重し、国民の独自の立場が維持されるよう努力することを要求することができる。それゆえ、国民は、国家に対し、個人番号制度にもとづく干渉行為を取り除き、他の私人との関係において存在が害されないよう努力することを、国家に要求することができるかと解されよう。これは、国家による情報行為に対抗し得る存在権にもとづく主張である。

そして、国家は、個人的存在を尊重される権利について、国家の情報行為による制限が、公共の福祉に適うものであることを立証しなければならない。

しかし、存在権に対する制限、すなわち、国家との関係において存在権を害することが認められる場合には、公共の福祉にもとづく正当化は認められない。それゆえ、国家は、個人番号制度にもとづく国家の情報行為が、国民のそれ自身の目的を有する一の全部者として生命、自由及び幸福追求する意欲を害する干渉行為を取り除き、国民の個人的立場が維持されるよう努力することを義務づけられる。

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

④国家による情報行為の区別

最後に、ドイツの判例法理から導かれた「情報の分離原則」の要請に個人番号制度は適合しているか、個人番号制度は個別的情報行為あるいは全体的情報行為のいずれに該当するのか、及び存在権に対する介入の重大性を確認しておこう。

1)情報の分離原則の要請

情報の分離原則の要請によって、異なる行政機関に与えられているデータの収集、処理機能の権限は、それぞれの官庁に固有の任務の範囲に限定される。連邦憲法裁判所によれば、データは、憲法上の目的拘束を受け、容易には他の官庁に転送されえないとされている。その意味で、情報の分離原則は、目的拘束の原則と要請される内容が重複するところがある。たとえば、統計目的で収集され、かつ、法律によって特定された個人に関する非匿名のデータを行政執行目的のために提供することがそれに該当する。統計と執行では、法律上の保護手続が別々のものであり得ることを前提として、それにも関わらず、二つの目的を同時に達成しようと意図された規定が、傾向として相容れないものを相互に結びつけていることは、規範の明確性、理解可能性を逸脱するだけでなく、規範の比例性に不均衡を生じさせ得るとというのが連邦憲法裁判所の指摘である。この指摘は、統計目的のためのデータの収集と異なり、行政執行の場合には、提供されるデータとの密接かつ具体的な目的拘束が不可欠であるという認識にもとづいている。

もともと、第二章で参照したように、この原則も絶対的例外のないものではない。目的の正当性があり、かつ、その目的達成のために必要であり、その手段に合理性があれば例外的に許容される。したがって、情報の分離原則のポイントは、情報の分離を緩和する場合には、国家行為の介入の重大性を高める要因として評価される点にある。それゆえ、それに見合う重要な国家行為の目的が求められる。すなわち、分離の緩和は、重要な公益がある場合に例外的にのみ許され、国家による

情報行為の目的が、利便性の向上や行政運営の効率化などの目的では、正当化することはできない。

では、様々な行政機関が保有する個人に関する情報を行政機関を越えて情報連携させる個人番号制度は、こうした情報の分離原則に適合しているだろうか。

これに関して考慮すべき点は、番号法 19 条が規定する特定個人情報の提供の制限の例外として掲げられている「刑事事件の捜査」のための提供を許容している点である（同条 15 号）。本法 19 条各号に該当すると、原則として、情報提供ネットワークシステムを経由しないで特定個人情報の提供が認められる。情報提供ネットワークシステムを経由しなければ、たとえば、マイナポータルで自己情報の利用履歴の閲覧ができないだけでなく⁶⁸³、個人情報保護委員会の監督等も及ばない（同法 36 条）⁶⁸⁴。19 条 15 号が定められた経緯については「これらの場合には、特定個人情報の提供の必要性が大きい一方、不正な情報提供は想定し難いという理由で、情報提供ネットワークシステムを介しない特定個人情報の提供が認められている」⁶⁸⁵と説明されている。

しかし、情報の分離原則の要請として、特定個人情報の提供を受けた行政機関が、別の目的に服する警察や公安等などの刑事事件の捜査機関に提供することは、情報の分離原則の分離を緩和することになるであろう。また、特定個人情報の提供等の必要性が高いのであれば、警察等の任務を定める個別法にその利用目的と利用範囲が明確に定められている必要がある。したがって、本法 19 条 15 号の「刑事事件の捜査」とのみ規定され、その利用範囲が特定されていない点は、法治国家原理の要請として、規範の明確性ないし規範の特定性の要請の観点で問題がある。個人番号制度は、個人情報保護法の特別法として、原則として限定列挙された分野でしか利用等ができないというものの、その例外とされる分野も多い。個人番号制度は、情報の分離が、様々な分野

⁶⁸³ この機能を「やりとりの履歴」という。具体的には、行政機関の間で利用者本人のマイナンバー制度に関わる情報照会・情報提供が行われた記録が閲覧できる機能のことである。詳細は、マイナポータル公式サイト「よくある質問」を参照 (https://faq.myna.go.jp/category/show/19?site_domain=default) 2023 年 7 月確認。

⁶⁸⁴ 適用除外として 36 条が定めるのは、個人情報保護委員会の監督等の権限について定めている 33 条（指導及び助言）、34 条（勧告及び命令）、35 条（報告及び立入検査）に関する適用除外である。その理由や内容等については、宇賀・前掲注(26)228 頁以下参照。

⁶⁸⁵ 宇賀・前掲注(26)145 頁。

で緩和されている。番号法の目的拘束は、ドイツ法と比較すると非常に緩やかであると思われるが、この問題は将来の課題としておきたい。

2) 国家による情報行為の区別

個人番号制度は、取り扱われる事務の内容によって個別的情報行為と全体的情報行為に区別される。たとえば、パスポートの更新をオンライン申請する場合は、個別的情報行為に区別される。そのことは、行政手続の流れを見れば明らかである。具体的には、マイナポータルサイトからログインし、マイナンバーカードで電子認証後、サイト内にある「パスポート取得・更新」から所定の申請手続を行う。申請後は、マイナポータルに公布予定日の受付票が通知される。後日、受付票を持参して所定の手数料を納付しパスポートを受領すれば行政手続は完結する⁶⁸⁶。したがって、このような国家の情報行為は、個別的情報行為といえる。

それに対して、たとえば、年金受給者の現況確認では、全体的情報行為に区別される。具体的には、年金受給者の現況確認は、平成18年12月から住民ネットを活用し、現在は、日本年金機構が、個人番号を利用して生存確認情報の取得により現況届の提出は不要とされている⁶⁸⁷。それは、日本年金機構が、年金受給者が居住する市町村に対し、本人確認情報を個人番号制度の情報連携を使って確認することにより、本人からの現況届の提出を省略可能にしているからである。そのため、一度、日本年金機構に個人番号を登録してあれば、以降の現況届の提出は、原則不要とされている。これを実現しているのは、日本年金機構が、毎年、年金受給者の個人番号を利用して情報連携を行ない、本人の生存確認情報を取得しているからである⁶⁸⁸。このような国家の情報行為は、国民に対する一定の作用が、目的と関連する行政事務やサービスに対して行われることが予定されている国家の情報行為であり、かつ、その国家の情報行為が、連続的あるいは反復的に行われる情報行為であり、全体的情報行為に区別される。

⁶⁸⁶ 外務省旅券課公式サイト「パスポートの更新（切替申請）の流れ—国内居住者用—」をもとに記述した（<https://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/passport/domestic.html>）参照（2023年7月確認）。

⁶⁸⁷ 大分県中津市公式サイト「年金受給者の必要な届出」をもとに記述した（<https://www.city-nakatsu.jp/doc/2012040100136/>）参照（2023年7月確認）。

⁶⁸⁸ 日本年金機構公式サイト「年金を受けている方が誕生日を迎えたとき」をもとに記述した。（<https://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/tetsudoku/kyotsu/jukyu/20140421-11.html>）参照（2023年7月確認）。

個別的情報行為と全体的情報行為とでは、原則として、後者のほうが介入の重大性は高まると考えられるが、具体的に行われる国家の情報行為の内容や国民にもたらされる作用の性質等を勘案して判断される。もちろん、介入の重大性を高める国家の情報行為の正当化は、比例原則にもとづく厳密な審査が適用されるべきである。

第二款 国家による情報行為と法関係に関する考察

これまでの考察を通じて、第一章で掲げた本稿の二つの問題意識とその解答として筆者の見解を述べる。そして、最後に、国家による情報行為と佐々木説にもとづく国民の国家との法関係を整理しておくことにする。

(1)問題意識とその解答

①国家による情報行為概念

本稿は、国家による情報行為を、「国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念」と定義した。これにより、行政上の個別制度を通じて行われる個々の情報行為を、一定の広義概念で捉えることで一般的に説明することができる。そして、国家による情報行為が、国民にどのような作用をもたらすのかを考察することによって、国民に対して生じる制限ないし侵害を発見し、それに対抗し得る新たな権利を模索する視点を提供していると考えられる。そして、国家による情報行為に対抗し得る新たな権利を模索した結果、ドイツの情報自己決定権よりも、石川・前掲注(476)によって明らかにされた佐々木惣一の『日本國憲法論』初版刊行前の原稿のなかにある存在権論が、国家の情報行為に対抗し得る権利として適合的であることが明らかになった。

国家による情報行為概念は、行政上の個別制度を通じて行われる個々の情報行為を個別に説明することなく、国家の、国民に対する情報的行為を一般的に説明することを可能にし、新たな権利を考察する視点を提供したといえるであろう。

②問題意識とその解答

翻って、本稿は、第一章で問題意識を述べた。それは、第一に、国家の情報行為が拡大するなか、その行為によって国民に何かしらの制限を生じさせたとしても侵害留保説ではその制限を説明することが困難で

あり、そのために国民に対する法的保護が十分ではないと考えられることである。第二に、しかし、侵害留保説を維持しながら、国家による情報行為によって何かしら制限を受ける国民が、その行為に対抗し得る新たな権利観を模索することである。本章までの考察を通じてこれらの問題意識については、概ね確認することができたように思う。

これまでの考察を通じて、第一の問題意識及び第二の問題意識については、ひとまず次のように解答することができるであろう。国家の情報行為がもたらす作用は、存在権に対する無用な関心、無用な干渉、ないし抑圧行為になり得ると捉えることができる。それは、国民が一の全部者として独立して行動する立場、すなわち、国民の独自の立場に対する介入行為であると説明することができる。そして、存在権は、国民の独自の立場を尊重し、それを維持するよう努力することを国家の任務と定めたものと理解する⁶⁸⁹。それゆえ、国民は、この立場で生活する人間としては、国家から法的に関心を寄せられない、すなわち、国家の無関心を要求することができると思われよう。

従来、国民の自由や財産に関する直接の侵害性を持たない行為と考えられていた国家の情報行為は、国民は独自の立場を尊重され、それは憲法 13 条で保障された具体的権利であるという、佐々木の存在権論によって、国家の情報行為を無制約に拡大していくことが存在権に対する侵害行為になり得ることを明らかにしているといえよう。したがって、第一の問題意識への解答としては、国家による情報行為の拡大は、存在権に対する制限を生じさせ得る行為であると説明することができる。そして、それは、国民の自由や財産を制限する行為であるといえるから、侵害留保説にもとづいて、「国家の情報行為は存在権を制限し得る行為である」と解答することができる。

次に、しかし、侵害留保説を維持しながら国家による情報行為に対抗し得る新たな権利を模索するという第二の問題意識については、存在権が適格的であると説明することができる。たとえば、転居届不受理決定の事例のように、行政庁が行う権力的・個別的行為であり、かつ、国民の法的地位に直接変動を与える行為は、そもそも処分性が認められるから、存在権に対する制限を検討する以前に行政処分の救済手段にもとづいて権利保護手続を進めることが可能である。しかし、個人番号制度には、それ自体の処分性を見出すことは困難である。しかし、侵害留保説

⁶⁸⁹ 佐々木・前掲注(381)394頁参照。

では説明し難い国家の情報行為であっても、国民生活に重要な影響を及ぼし得る権力的・個別的行為には、何らかの法的保護が必要であるというのが第二の問題意識であった。この問題点を考察するために、国民の法的地位に直接変動を与えるものは「何か」、という問いに対する答えを探してきた。その一つの解答が、存在権で保障される国民の独自の立場、すなわち、国民の個人的存在の地位に直接作用を及ぼす、国家の無用な関心、干渉ないし抑圧というべき行為である。なぜ、そのようなことができるのかといえば、それは、国民は、独自の目的を有する一の全部者の人間としての存在を、国家に主張し得るからである。国民は、存在権によって独自の目的を持って生きる意欲を持つ人間としての存在が認められ、国家に対して個人的存在を主張することができる。それゆえ、国民の個人的存在として独自に生きる意欲を害するような国家の情報行為は、存在権に対する侵害である。したがって、存在権に対する侵害行為は、国民の個人的存在としての法的地位に直接変動をもたらす。それゆえ、侵害留保説を維持しながら、国家の情報行為に対抗し得る権利として存在権が、適合的であると解答することができる。

(2)国家による情報行為と法関係に関する考察

①佐々木説の難点

存在権に関しては、学説から存在権、一般的自由権、個人的存在を尊重せられる権利について不明確であるとの批判があった。前述した存在権論では、これらの権利に関する筆者の理解を示している。しかし、佐々木説は、たしかにこれらの権利相互の関係性については書かれていない。また、公共の福祉にもとづく制限の可能性についても存在権を説明している部分に書かれていないことは、すでに述べたとおりである。そのため、存在権に関する不明確性はまだ残されているように思われる。それは、次のような疑問である。

存在権は、人間としての存在が認められ、人間の存在の内容は、人間は、人間本来の本能として生命を愛し、自由を有し、幸福を追求する意欲を有する存在であり、これらの意欲を実現することを、国家に対し、主張する権利である。佐々木は、存在権の内容を憲法 13 条後段に即して解釈している。しかし、佐々木は、憲法 13 条後段の「公共の福祉に反しない限り」のいわゆる公共の福祉による制限を存在権に本当に読み込んでいないのかという疑問が残っている。なぜなら、憲法 13 条後段の「自由」に間接的に示されるという一般的自由権の内容が、「一般的

自由権は、公共の福祉に反しない限り一般に自由を制限せられない、という権利である」⁶⁹⁰と説明しているからである。つまり、存在権の内容としては、「公共の福祉」を読み込まず、しかし、一般的自由権が間接的に示されている「自由」には、「公共の福祉」による制限を読み込んでいるとするなら、それは、矛盾してはいないのか、あるいは、そういう解釈が、果たして可能なのだろうか。このあたりの佐々木説の叙述は不明確さを残している。

②国家による情報行為と法関係に関する考察

1)佐々木説の難点の克服

佐々木説の一般的自由権と存在権の一見矛盾するかのような解釈をどのように理解すべきであろうか。そこで、一般的自由権と存在権の違いについて、一つの見方として、筆者の見解を示したいと思う。

まず、図 15-1 及び図 15-2 を使って、佐々木説による臣民の地位論と国民の地位論を比較しておこう。帝国憲法の下では、臣民は、国家との関係において、制限付服従の地位として国家に服従する一方、自己の意志の作用を認められる独立の地位があると説かれていた（図 15 -1）。

自己の意志の作用を認められる方法は三種あり、第一は、「自己ノ自由ノ活動ニ依テ自己ノ目的ヲ遂グルコトヲ認メラル、ナリ。」⁶⁹¹（臣民の自由の地位）。第二は、「臣民ハ或範囲ニ於テ國家ノ行動ヲ要求スルコトヲ認メラル。」国家の行動は、皆国民の利益の為に行われるものの、国民より云うときは、「國家ノ行動ヲ自己ノ利益ノ爲ニ要求スルコトヲ認メラル、場合ト然ラザル場合アリ。」⁶⁹²（国務要求の地位）。第三は、「臣民ハ國家の意志ノ成立ニ参加スルノ資格ヲ認メラル、コトアリ。」⁶⁹³（参政ノ地位）。

これが、日本国憲法の下ではどうなったのか。すべての国民には、国家との法関係において人間の生活する立場として二つの立場がある（図 15-2）。一つは、国家という全部者の部分として従属して行動する従属的立場である（図 15-2 右）。国家との法関係において、国民は、国家という団体の構成員であり、それゆえ国務を要求できる地位にある。他方

⁶⁹⁰ 佐々木・前掲注(381)396頁。

⁶⁹¹ 佐々木・前掲注(474)215頁。

⁶⁹² 佐々木・前掲注(474)215頁。

⁶⁹³ 佐々木・前掲注(474)215頁。

で、国家という他の全部者の部分で活動する国民は、国家の構成員として公共の福祉に反しない限り、一般に自由を制限されない意味での一般的自由を有し⁶⁹⁴、国民は、構成員としての立場を離れば一私人として⁶⁹⁵、国家の関心を寄せられない立場⁶⁹⁶で、自由な領域を活動することができる。それを図示したのが、「全部者の部分」としての自由人である。したがって、公共の福祉にもとづく制限は、国民であるからゆえに負うべき公共の負担であり、自由権はその制限に反しない限りの消極的自由である。

これに対して、国民には、もうひとの立場がある。それが、一の全部者たる個人的存在としての独自の立場である（図 15-2 左）。この立場を保障したのが憲法 13 条前段にもとづく存在権である。佐々木によれば、個人的存在は、生来の人間として国家や他の私人から独立して行動する独自の立場と表現されている。すべての国民は、存在権にもとづいて個人として尊重されるため、一の全部者として有する独自の生活に対する国家の無用な関心、干渉ないし抑圧をされることなく、それ自身の目的と意欲を持った人間として生きる可能性を保障される。それゆえ、独自の立場で生きることは、国家の公共的関心事にはならないことを意味している。だから、公共の福祉による制限は、基本的に想定されていない。このように理解できるとすると、一般的自由権と存在権は矛盾することなく説明することができると思われる。

ただし、いくら独自で生きる可能性といっても、何をしても許されるわけではないのは当然であり、たとえば、私人の自宅に泥棒が侵入して来たので実力で撃退したと仮定する。私人間に不法行為等の公共の関心事となる法律違反が発生すると、もはや国家は公共の関心事として放置することはできないから、介入してくる。このとき、私人は、国民として公共の福祉による制限を受ける可能性が生じるのである。そして、その私人は、泥棒を実力で撃退したことは正当防衛であり、違法行為には当たらないと思慮するときは、国務要求権にもとづき裁判所に判断を委ねるために訴訟を提起しようとするだろう⁶⁹⁷。

⁶⁹⁴ 佐々木・前掲注(381)396 頁参照。

⁶⁹⁵ 石川健治「人権論の視座転換——あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト 1222 号（有斐閣、2002 年）6 頁参照。

⁶⁹⁶ 石川(576)46 頁では、「国家権力とは無関係な (indifferent) 立場」という表現を使っている。

⁶⁹⁷ 石川・前掲注(695)6 頁～7 頁参照。

結局、一般的自由権と存在権の違いは何であろうか。それは、国民の法的立場として有する消極的意味での一般的自由権と、個人として尊重される存在権の権利の内容の違いではないかと考えられる。佐々木は、臣民には、独立の地位としての立場があることを説いていた(図 15-1)。

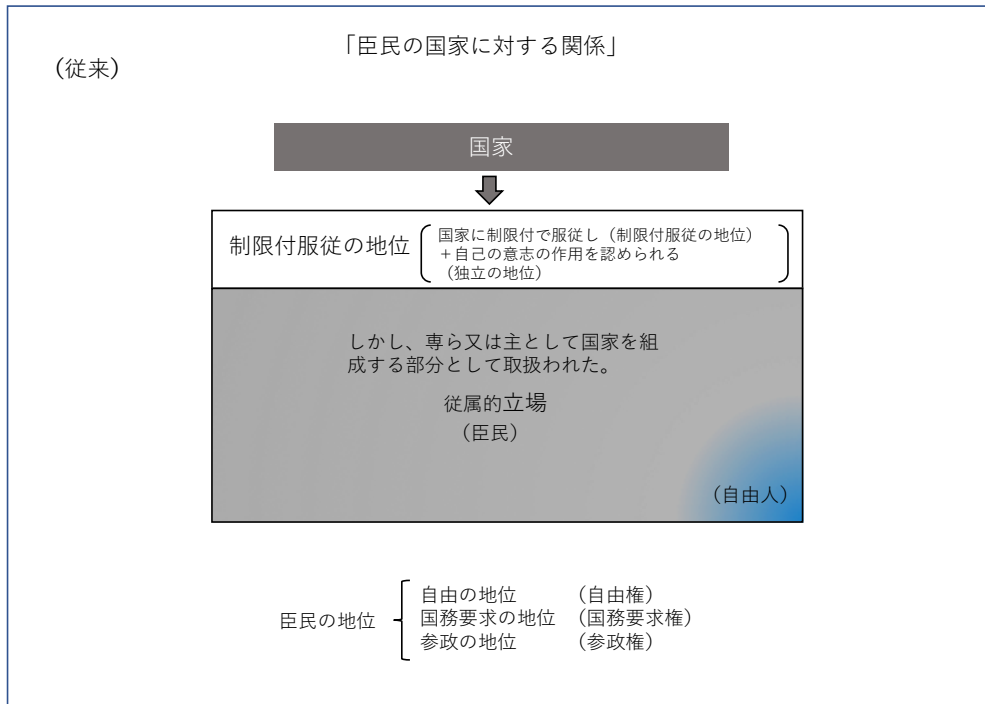
しかし、その時代(戦前・戦中)において、臣民は、専ら又は主として国家を組成する部分として取扱われたために、国家のために自由や生命までも消費されてしまったのである。この時代における臣民の自由は、国家という他の全部者のなかに埋没させられた自由しか認められなかったのである。佐々木がいう、「従来、動もすると、國民は、専ら又は主として、國家の部分たる立場において取扱われたために、一の全部者たる生活体としての活動を爲すことを抑圧せられるの風があった。」⁶⁹⁸と述べているのは、そのことを示していると考えられよう。

一般的自由権は、公共の福祉にもとづく制限の及ばないところでしか私的な自由は保障されえない。だから、国家の活動が活発になり、その活動範囲を拡大させているときには、私人の自由はひどく消極的な自由でしかない。戦前は、国家権力の活動を最大化させた結果、臣民は、国家という他の全部者の部分として抑圧された生き方しか選択できなかった。ほとんどが従属的立場の色で塗り潰されて無色であるべきの公共領域はほとんど残されていなかったのである(図 15-1 参照)。もはや自由人としての活動範囲(図 15-1 青色部分)は、従属的立場として全体の部分のなかに埋没させられていたといえるであろう。

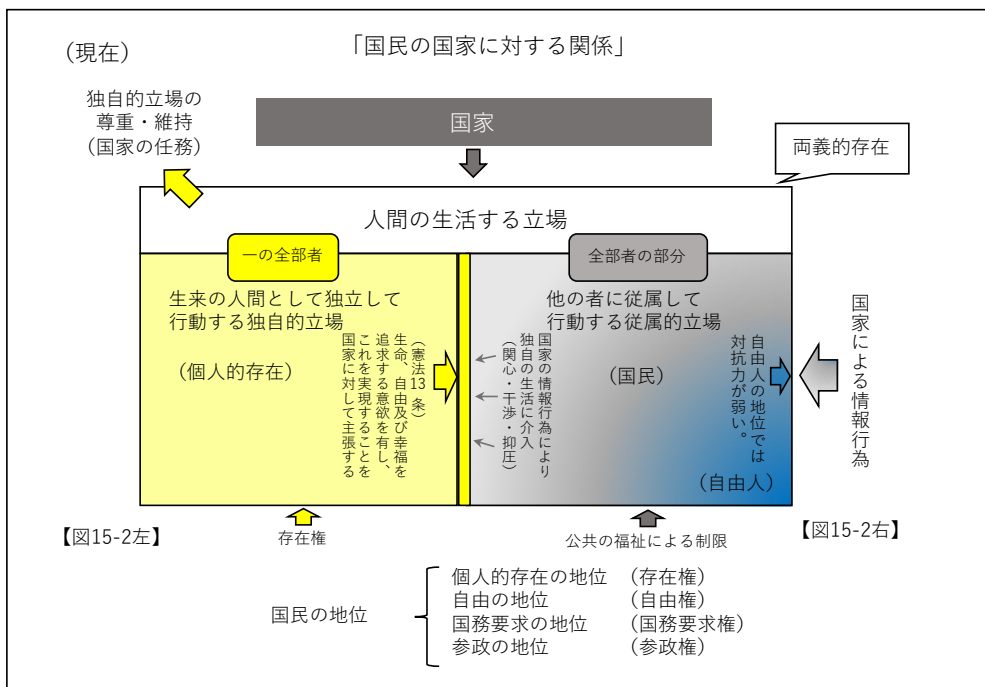
しかし、憲法は、国家という他の全部者の部分としての立場に埋没されない、国民の独自の立場を尊重し、それを維持することを国家の任務として義務づけた。「然るに、憲法は、國民の、全部者として、独自の生活体としての立場を認め、これについて、國民の権利を認める。」⁶⁹⁹それが、存在権である。それゆえに、存在権は、人間として国家から無用な関心、干渉ないし抑圧されることによって他の全部者に埋没させられることなく、独自の生活体として生きる可能性を保障したものであると理解することができるのではないだろうか。そして、国民の国家に対する法関係において、この二つ立場が維持されるべきことを憲法 13 条は保障していると考えられる。

⁶⁹⁸ 佐々木・前掲注(509)1038頁～1039頁。

⁶⁹⁹ 佐々木・前掲注(509)1039頁。



【図 15-1】⁷⁰⁰



【図 15-2】⁷⁰¹

⁷⁰⁰ 佐々木・前掲注(474)213頁以下をもとに作成した。

⁷⁰¹ 佐々木・前掲注(509)1037頁以下、及び、佐々木・前掲注(514)393頁以下をもとに作成した。

2)まとめ

最後に、国家による情報行為と佐々木説にもとづく国民の国家に対する法関係を整理する。

国家の情報行為は、国家の作用ないし行政作用が、国民全員に向けられて行われる行為を対象として考察してきた。そして、国家の情報行為を「国家が一定の行政目的の実現のために行う情報の意味の形成に向けられた情報処理行為及びその過程を指し、国民に対し、直接的、間接的に一定の作用をもたらす概念」として定義した。国家による情報行為の具体例は、戸籍制度や住民基本台帳制度及び個人番号制度がその代表例である。国家による情報行為は、国民全員を対象としているため、その作用を及ぼす範囲が広いという特徴がある。それにもかかわらず、現状では、行政活動は、国民の自由や財産を侵害しないものは法律の根拠を必ずしも必要としないという侵害留保説が判例、通説である。

すでに確認したように、ある行政の行為が、処分に当たる場合は、侵害留保説によれば法律の根拠が必要である。また、処分に当たる行為であれば、国民には、行政手続法にもとづく事前の権利利益保護の手続、また、行政不服審査法にもとづく事後の権利利益の救済、あるいは訴訟要件が充たされれば、取消訴訟を中心とした抗告訴訟を提起し、救済を求める道が拓かれている。

これに対して、個人番号制度のような、個人に関する情報の収集、利用等を行う行為は、処分性概念からは説明ができない行為であり、処分性を有しない事実行為であると考えられている。したがって、個人番号制度にもとづいて行われる国家の情報行為が、国民に対する何かしらの制限をもたらしたとしても、その制限行為に侵害性が見出せない限り、行政手続法を始めとする行政上の権利保護のための手段を利用することは困難である。けれども、国民全員の生活に影響を与える国家の情報行為を、侵害性が見出せないからそのまま放置してよいわけではない。

そこで、研究の課題を設定する際に、新たな権利観を模索するか、あるいは侵害留保説を克服するかという二種の課題を検討した結果、本稿は、ひとまず前者の選択をした。そして、これまで考察した結果、国家による情報行為は、存在権が保障する国民の法的地位に直接変動を与え得るということは、すでに確認したとおりである。したがって、国家による情報行為が、存在権を侵害する場合は、その侵害をもたらしている行政の行為には、処分性を見出すことができる。行政の行為が処分に当たる場合には、もちろん行政上の権利利益保護の手続が可能になる。こ

これらの効果は、国家の情報行為に侵害性を見出したからこそ、行政上の権利利益保護の手續が可能になるということができる。侵害性を見出すことを可能にしたのは、情報行為に適合する新たな権利を発見することができたからである。それが、存在権である。

存在権の発見は、国民の国家に対する法関係にどのような変化を起したのであろうか。ここで整理しておこう。図 16 に存在権の発見〔前〕〔後〕の国民の立場の変化を整理した。存在権を発見する前は、国民は、国家との法関係において一つの立場しかない。それは、全部者の部分としての立場である（図 16 上）。このとき、国民は、国務要求の地位と自由人の地位を有している。佐々木は、これを包括的自由権として憲法 13 条が定めたものと理解した。ここにおいて、国民は、日本国憲法の下でも臣民の地位と同様な地位しかなかったのである。それゆえに、もし存在権が発見されていなかったならば、戦前と同様に、国民には、国家という他の全部者に抑圧され埋没し得る自由を享受するしかない危険性が残されていたであろう。

国民の国家に対する法関係は、存在権の発見によって、それまでの単一の立場しかなかった法関係から、人間として生活する二つの立場をもつ法関係に変化をもたらしたのである（図 16 下）。そして、存在権は、国民が生来の人間として独立して行動する独自の立場を尊重し、国民の独自の立場が維持されるよう努力することを国家の任務と課している⁷⁰²。

この二つの立場は、常に法的な緊張関係になり得る。国民は、国家からの要求にもとづいて構成員として公共の利益のために自己の自由が制限されることも受け入れなければならない場合がある。他方で、国民は、個人として「それぞれ自分の考えに従って自由にその生き方を決め、それを自ら生きていくべき存在であり」⁷⁰³、この権利は、一般的に自由を制限されないという意味での消極的自由とは異なる。したがって、存在権の発見後の国民の国家に対する法関係は、両義的立場を有する存在に変化したといえる。

この両義的立場を維持することは、ときに困難をもたらすと考えられる。とりわけ、国家の情報行為のような、一見して権利侵害性の外観を呈しない行為はなおさらである。また、一方においては、国民の利便性

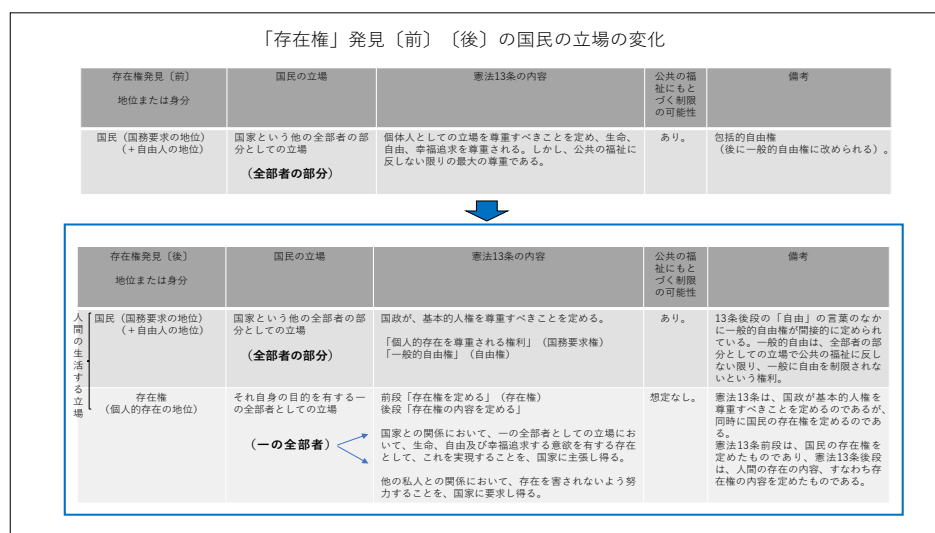
⁷⁰² 佐々木・前掲注(381)394頁参照。

⁷⁰³ 長谷部・前掲注(399)79頁。

が向上し、行政運営の効率化が図られるという利点があるが、他方においては、一見便利な制度なのになぜに批判するのかという、社会的風潮が個々人の自由に生きようとする意欲を抑圧しかねない。その抑圧を避けたいがために、個人的存在として生きる権利があることを手放しかねないのである。特に、国家による情報行為は、国民の「情報」という、それ自体何らかの自由ではなく、有形の財産でもないものが客体とされる行為であり、国民の何が侵害されるのかということについて解答することが難しい行為である。それだけに、国家による情報行為によって、国民は、一の全部者として独自に生きる可能性を容易に放棄しかねない。

第一章で見たように、国家の情報行為は、今後も拡大傾向にあり、公共の福祉を理由にその活動範囲を拡大させるであろう。国民の立場と個人的存在の立場の境界（図 15-2 黄色線）を区別し、個人的存在の立場を保護する存在権は、境界線を侵食しようとする国家の情報行為の力に押し流される危険に晒される。こうした危険性は、国民の国家との法的関係において絶えず緊張関係として現われるであろう。

裁判所は、この二つの立場の境界線を維持するとともに、国家が、国民の全部者としての立場の領域を侵食していないかという観点から審査すべきである。もし、存在権が保障する個人的存在の領域に国家の情報行為を拡大させているのであれば、それは、存在権が保障している境界線を越えたということである。そのときには、裁判所は、存在権にもとづいて、その国家の情報行為は違法である旨を宣言すべきである。



【図 16】 704

704 佐々木・前掲注(509)1037頁以下（浄書された原稿に佐々木が朱を入れる前と後の内容）、佐々木・前掲注(514)394頁～395頁をもとに作成。

第三節 私人による情報行為と法関係に関する考察

本節では、私人の情報行為と存在権との関係について、具体的事例を取り上げて考察する。取り上げる事例は、筆者が、支配力を有する私人との関係において、人間としての存在を害されるケースに該当し得ると思う事例である。私人が、支配力を有する私人の行為に関して、国家に対し、存在権を主要することができるかを考察しておこう。

第一款 私人による情報行為の具体的事例

(1)さいたま地決決定（第一審）⁷⁰⁵、及び
さいたま地決決定（保全異議審）⁷⁰⁶

①事案の概要

Xは、児童買春、児童ポルノ等に係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律第四条に違反した罪で罰金刑に処せられ、即日罰金を納付した。

事件からは3年半経過していたところ、グーグル社（Y）が運営する検索ウェブサイトにてXの氏名、住所を入力すると検索結果（49個）が一覧で表示される。検索結果には、該当ウェブページの表題、URL及び内容の抜粋（スニペット）が表示され、Xの逮捕歴を記載した記事の全部又は一部が閲覧可能な状態であった。表示される記事の内容は、Xが逮捕された日と当時の住所、氏名、職業、年齢が摘示されているため、Xの知人であれば、児童買春によりXが逮捕されたという事実を知ることができる。

そこで、Xは、人格権（更生を妨げられない利益）の侵害を理由として、Yに対し、本件検索結果の削除を求める仮処分命令の申立てをした。

「第一審は、更生を妨げられない利益の受忍限度を超えた侵害を認め、Yに仮に削除することを命じた。Yは保全異議を申し立てたが、異議審は、忘れられる権利にも言及して仮処分命令を認可した」⁷⁰⁷のが本事案である。

②争点

過去の逮捕歴に関わる個人のプライバシー情報を、検索エンジンの検索結果から削除を求めることの可否。

⁷⁰⁵ さいたま地決平成27年6月25日判時2282号83頁。

⁷⁰⁶ さいたま地決平成27年12月22日判時2282号78頁。

⁷⁰⁷ 中原茂樹・新・判例解説Watch（法セ増刊）21号（2017年）17頁。

③判旨（第一審）⁷⁰⁸

「刑事事件の被疑者として逮捕されたという事実は、逮捕された者の名誉あるいは信用に直接かかわる事項であるから、その者は、みだりに当該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ところ、更に債権者（X）は、既に罰金刑の処罰を受けており、一市民として社会に復帰することが期待されるから、過去に逮捕されたという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」。

「更生を妨げられない利益が侵害されるとして、人格権に基づき、検索エンジンの管理運営者に対し、逮捕歴に関する記事が表示される検索結果の削除を求める請求については、その者のその後の生活状況を踏まえ、検索結果として逮捕歴が表示されることによって社会生活の平穩を害され更生を妨げられない利益が侵害される程度を検討し、他方で検索エンジンにおいて逮捕歴を検索結果として表示することの意義及び必要性について、事件後の時の経過も考慮し、事件それ自体の歴史的または社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及び影響力について、その検索エンジンの目的、性格等に照らした実名表示の意義及び必要性をも併せて判断し、その結果が、逮捕歴にかかわる事実を公表されない法的利益が優越し、更生を妨げられない利益について受忍限度を超える権利侵害があると判断される場合に、検索結果の削除請求が認められるべきである」。

これに対し、Yは、原決定の取消しを求めて保全異議を申し立てた。

④判旨（保全異議審）⁷⁰⁹

「罪を犯した者が、有罪判決を受けた後、あるいは服役を終えた後、一市民として社会に復帰し、平穩な生活を送ること自体が、その者が犯罪を繰り返さず更生することそのものなのである。（…）一度は逮捕歴を報道され社会に知られてしまった犯罪者といえども、人格権として私生活を尊重されるべき権利を有し、更生を妨げられない利益を有するのであるから、犯罪の性質等にもよるが、ある程度の期間が経過した後は過去の犯罪を社会から『忘れられる権利』を有するというべきである。

そして、どのような場合に検索結果から逮捕歴の抹消を求めることができるかについては、公的機関であっても前科に関する情報を一般に提供す

⁷⁰⁸ LEX/DB 文献番号 25542274。

⁷⁰⁹ LEX/DB 文献番号 25542268。

るような仕組みをとっていないわが国の刑事政策を踏まえつつ、インターネットが広く普及した現代社会においては、ひとたびインターネット上に情報が表示されてしまうとその情報を抹消し、社会から忘れられることによって平穏な生活をおくることが著しく困難になっていることも、考慮して判断する必要がある。

債権者（X）は、既に罰金刑に処せられて罪を償ってから3年余り経過した過去の児童買春の罪で逮捕歴がインターネットの利用者によって簡単に閲覧されるおそれがあり、原決定理由説示のとおり、そのため知人にも逮捕歴が知られ、平穏な社会生活が著しく阻害され、更生を妨げられない利益が侵害されるおそれがある、その不利益は回復困難かつ重大であると認められ、検索エンジンの公益性を考慮しても、更生を妨げられない利益が社会生活において受忍すべき限度を超えて侵害されていると認められるのである」。

(2) 東京高裁平成28年7月12日決定⁷¹⁰

① 事案の概要

Yは、原決定（さいたま地決平成27.12.22判時2282号78頁）及び原々決定（さいたま地決平成27.6.25判時2282号83頁）を不服とした。

そして、「『忘れられる権利』の明文規定の不存在、要件効果の不明確性、萎縮効果、情報削除請求の増加、検索結果表示の中立性と信頼性の喪失、検索サービスの媒介者性を主張し、さらに表示結果の再犯防止機能による公共性、受忍限度内にある社会的制裁、保全処分の必要性・緊急性の不存在を主張」⁷¹¹し、保全抗告の申し立てをした。

② 争点

被保全権利の性質とその有無。

③ 判旨（抗告審）⁷¹²

1) 被保全権利の性質

「忘れられる権利は、そもそも我が国において法律上の明文の根拠がなく、その要件及び効果が明らかではない。（…）相手方は、インターネ

⁷¹⁰ 東京高裁平成28年7月12日判時2318号24頁。

⁷¹¹ 奥田喜道・新・判例解説 Watch（法セ増刊）20号（2017年）35頁以下。

⁷¹² LEX/DB 文献番号 25543332。

ット等が普及以前は、人の社会的評価を低下させる事項あるいは他人に知られると不都合があると評価されるような私的な事項について、一旦それらが世間に広く知られても、時の経過により忘れ去られ、(…) 社会生活を安んじて円滑に営むことができたという社会的事実があったことを考慮すると、現代においても、人の名誉又はプライバシーに関する事項が世間に広く知られ、又は他者が容易に調べることができる状態が永續することにより生じる社会生活上の不利益を防止ないし消滅させるため、当該事実を事実上知られないようにする措置(本件に則していえば、本件検索結果を削除し、又は非表示とする措置)を講じることを求めることができる」と主張しているものである。

そうすると、その要件及び効果について、現代的な状況も踏まえた検討が必要になるとしても、その実体は、人格権の一内容としての名誉権ないしプライバシー権に基づく差止請求権と異ならないというべきである。

(…) よって、人格権の一内容としての名誉権ないしプライバシー権に基づく差止請求の存否とは別に『忘れられる権利』を一内容とする人格権に基づく妨害排除請求権としての差止請求権の存否について独立して判断する必要はない」。

2)被保全権利の有無

「その表現内容が真実ではなく、又はそれらが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあるときに限り、差止めが例外的に許される」(北方ジャーナル事件〔昭和61年6月11日〕)。

また、「侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差し止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである」(石に泳ぐ魚事件〔平成14年9月24日〕)。

「そして、本件は、一旦公知となり、(…) 検索サービスを利用することによりインターネット上で閲覧可能な状態に置かれている事実に対する削除請求であるところ、人のプライバシーに関する事項について、一旦は公知の状態になったとしても、時の経過によりそれが事実上世間に知られていない状態(非公知の状態)となり、(…) 当該人の社会的地位や当該事項の内容等も考慮すると公共の利害に係る事項といえなくなり、(…) 当該人を取り巻く平穏かつ安定した生活状況が形成され、当該人の生活態度等を考慮するとそれを尊重すべきものといえる場合

等には、事実上復活した非公知の状態を維持するために必要な措置を求め得る場合もあると解される。

他方、本件犯行に係る事実は、相手方の前科に関わる事実でもあるところ、『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』ある(ノンフィクション逆転事件〔平成6年2月8日〕)。

以上に加え、現在、インターネットは、(…)、それ自体が重要な社会的基盤の1つとなっていること、また膨大な情報の中から必要なものにたどり着くためには、原告人が提供するような全文検索型のロボット型検索エンジンによるサービスは必須のものであって、それが表現の自由及び知る権利にとって大きな役割を果していることは公知の事実である。このようなインターネットをめぐる現代的な社会状況を考慮すると、本件において、名誉権ないしプライバシー権の侵害に基づく差止請求(本件検索結果の削除等請求)の可否を決するに当たっては、削除等を求める事項の性質(公共の利益に関わるものであるか否か等)、公表の目的及びその社会的意義、差止めを求める者の社会的地位や影響力、公表により差止請求者に生じる損害発生の明白性、重大性及び回復困難性等だけでなく、上記のようなインターネットという情報公表ないし伝達手段の性格や重要性、更には検索サービスの重要性等も総合考慮して決するのが相当であると解される。

本件犯行に係る事実は、相手方の品性や徳行に関するもので、それを公表することは、相手方の社会的評価を低下させるから、名誉権の侵害に当たり得るものである。また、本件検索結果は、一般の読者の普通の注意と読み方を前提とすると、それ自体(タイトル及びスニペット)から、本件犯行の内容及びその行為者が相手方であることが分かるものであり、相手方の名誉権を侵害し得るものである。

この点について、原告人は、本件検索結果は自動的かつ機械的に生成されるものであり、原告人は原則として編集をしていないから、情報伝達の媒介者にすぎず、名誉権侵害の責任を負うものではない旨主張する。しかし、(…)本件検索結果が自動的かつ機械的に生成されるものであ

るとしても、それは抗告人が決めたアルゴリズムを備えたプログラムによるものであり、また、抗告人は、その提供する検索サービスの魅力（一覧性、信頼性、検索語との関連性等）を高めるため、検索語に関連する部分を正確かつ端的に抜き出してタイトル及びスニペットを生成するようプログラムを作成し作動させていると認められる。以上から、抗告人は単なる媒介者で、名誉侵害の責任を負うものではないという抗告人の主張を採用することはできない。

（…）前記のとおり本件犯行はいまだ公共性を失っていないことに加え、本件検索結果を削除することは、そこに表示されたリンク先のウェブページ上の本件犯行に係る記載を個別に削除するのとは異なり、当該ウェブページ全体の閲覧を極めて困難ないし事実上不可能にして多数の者の表現の自由及び知る権利を大きく侵害し得るものであること、本件犯行を知られること自体が回復不可能な損害であるとしても、そのことにより相手方に直ちに社会生活上又は私生活上の受忍限度を超える重大な支障が生じるとは認められない等を考慮すると、表現の自由及び知る権利の保障が優越するといふべきであり、相手方のプライバシー権に基づく本件検索結果の削除等請求を認めることはできないといふべきである」。

(3) 最高裁平成 29 年 1 月 31 日決定⁷¹³

①事案の概要

X は、原決定及び原々決定を取り消した抗告審を不服とし、許可抗告の申立てをし、抗告が許可された。

②争点

保護される法的利益と判断枠組み。

③判旨⁷¹⁴

「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ふべきである（前科照会事件〔昭和 56 年 4 月 14 日〕、ノンフィクション逆転事件〔平成 6 年 2 月 8 日〕、石に泳ぐ魚事件

⁷¹³ 最高裁平成 29 年 1 月 31 日判時 2328 号 10 頁。

⁷¹⁴ LEX/DB 文献番号 25448434。

〔平成 14 年 9 月 24 日〕、長良川事件報道訴訟〔平成 15 年 3 月 14 日〕、早稲田大学講演会リスト提出事件〔平成 15 年 9 月 12 日〕）。

他方、検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を元にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるように作成されたものであるから、検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する。

また、検索事業者による検索結果の提供は、公衆が、インターネット上に情報を発信したり、インターネット上の膨大な量の情報の中から必要なものを入手したりすることを支援するものであり、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。そして、検索事業者による特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされるということは、上記方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。

以上のような検索事業者による検索結果の提供行為の性質等を踏まえると、検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトの URL 等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該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考慮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ものと解するのが相当である。

これを本件についてみると、児童買春が（…）社会的に強い非難の対象とされ、罰則をもって禁止されていることに照らし、今なお公共の利害に関する事項であるといえる。また、本件検索結果は原告人の居住する県の名称及び原告人の氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることからすると、本件事実が伝達される範囲はある程度限られたものであると

いえる。以上の諸事情に照らすと、抗告人が妻子と共に生活し、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」。

第二款 私人による情報行為と存在権の考察

(1)判決の特徴

今回の裁判では、検索事業者は、情報の媒介者にすぎず、名誉権侵害の責任を負うものではないと主張したが、地裁、高裁、最高裁のいずれもそれを否定し、将来、表現行為者として責任を負うべき可能性を残した。

最高裁は、媒介者の役割及び提供行為の内容やその仕組みに着目し、検索事業者が行う検索結果の提供行為が、表現行為の側面を有するという判断をした。また、注意深く、検索結果の提供行為が検索事業者の「表現行為」とは断定してはいない。

最高裁は、厳密にはグーグル社の作成した検索プログラムとアルゴリズムを表現物か特許であるかを法的に区別せず、それらを一体として検索事業者の検索サービスの「仕組み」とみなし、表現行為の側面を有するとの説明を行なったとみることができる。

この判断によってグーグル社を筆頭とする検索事業者の検索結果の提供行為が、表現行為の側面を有し、将来の事案によっては、事業者の責任を追及し得る可能性を指摘した点は、評価してよいと思われる。

しかし、本判決に疑問がないわけではない。検索事業者に対し、検索結果からURL等の削除を要求することが認められるのは、事実を公表されない法的利益が優越することが「明らか」な場合に限定される。この「明らか」の要件は、事前の差止めの可否が問題となった北方ジャーナル事件を想起させる。しかし、本判決は、現に公表されている記事に関する検索結果の削除が争われた事案であり、記事そのものの削除を求めていたのではない。その意味では、事前の差止請求の要件であった「明らか」の要件を付加し、削除できる場合を厳格にする必要性がどの程度あったのかということについて、判決は言及するところがない。

北方ジャーナル事件は未公表記事の事前の差止請求であるのに対し、本件は、インターネットの検索サイトにキーワードを入力してはじめて検索結果が表示され、その削除を求めている点に特殊性がある。完全な未公表記事の削除を求めた事例ではなく、完全な公表済記事の削除を求

めた事例でもない。このような特殊な事例に対し、最高裁はなぜ「明らか」という要件を付加したのだろうか。

筆者は、その理由を次のように考えている。第一に、検索エンジンは、キーワードを入れなければ情報を検索し、その結果を提供することはできないという性質がある。第二に、具体的な損害が生じていない段階で検索事業者の方針に従った表現内容を削除させることは、完全な公表済の事案と要件を区別する必要があると考えられること。第三に、検索事業者の果たす役割及び削除することによる利用者への影響が大きいと考えられる。最高裁は、少なくともこれらの点について考慮したのではないかと思われる。

しかし、未公表記事の事前の差止請求事案が要求する「明白」要件と、検索事業者の検索結果の削除事案が要求する「明らか」要件は同じではないはずである。「明白」ないし「明らか」にも濃淡があるべきであろう。検索結果は、記事そのものとは異なり純粋な表現物と同一視すべきでなく、完全な未公表記事の差止請求とも異なるためである。

(2) 私人による情報行為と存在権の考察

1) ネット上「忘れられない」ということ

第一審及び保全異議審は、過去に逮捕歴のある者でも、罪を償い、一定の時の経過とともに平穏な社会生活をおくっている場合には、それを害されず更生を妨げられない利益の方を重視した。これに対して、高裁、最高裁は、児童買春の罪で逮捕された逮捕歴の社会的な関心事としての公共性が、未だ失われていないことに加え、検索事業者の表現行為としての側面を重視したことで結論が逆転したと考えられる。

本件では、「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」と、検索事業者の「表現行為の側面」の利益及び利用者の「知る権利」とが衡量されている。インターネットの利用者は、知る権利によって情報を享受する自由を有するだけでなく、享受した情報を発信者として利用する自由をも保護されることを忘れてはならない⁷¹⁵。インターネットの利用者は、ネット上の情報の受領者となり、また発

⁷¹⁵ 近時のインターネットユーザーの利用の危険性と対抗法益の状況を鋭く指摘する見解として「ネットにおける個人情報の伝達において互いに衝突し線引きを要する人権は、表層的には相変わらず表現の自由 vs プライバシーである。しかしながら、実際にぶつかっているのは、ネット上の情報に自由にアクセスし、情報を享受し場合によりそれを拡散させ、あるいは変容させる権利 vs プライバシーである。すなわち、ネット上の個人情報へのアクセスとその変形の自由こそが、『見る者』が守ろうとする法益である。」棟居快行「検索エンジンと『忘れられる権利』の攻防」法学教室 441 号 (有斐閣、2017 年) 48 頁。

信者にもなり得る。検索事業者は、その情報の受領と発信の媒介を支援する役割を担っている。

このような観点で本件を考察してみると、氏名と居住する県の名称の二情報が入力されるだけで過去の逮捕歴にかかわるプライバシー情報が、インターネットの無数の利用者に永続的に表示され得るという事実は、Xにとって重大な精神的負担を負わせることになる。特に逮捕歴という社会的差別や偏見を発生させる情報は、他者から隠しておきたいプライバシーの保護が強く要請される個人情報である。このようなプライバシー性の強い情報が、いつまでも、誰にでも、公表される可能性が存在するという事は、Xのみならずその家族にまで他者からの眼差しを避け続けなければならないという深刻な苦痛を与え得るであろう。なぜなら、他者に隠しておきたいプライバシーは、「他者と隔離された領域において発生するのではなく、他者との関係性のゆえに生ずるもの」⁷¹⁶だからである。

検索事業者の検索結果の提供行為は、一方で、インターネット利用者に対し、情報を接受する自由及び知る権利に貢献し、他方で、Xの行動や内面を著しく萎縮させ、平穏な生活の営みを困難にさせる。

2) 私人との関係における存在権の利益

では、Xが、存在権にもとづいて、検索事業者との関係において、存在を害されないよう努力することを国家に要求することができるだろうか。

最高裁は、情報が伝達される範囲が、居住する県の名称と氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることを考慮して、「ある程度限定されている」としている。もっとも、これらの情報は、「人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報」⁷¹⁷である。そうであれば、Xの知人のみならず職場等の関係者に「当然開示されることが予定されている個人識別情報」として、Xの氏名、住所が知られることは、格別に例外的な場面ではないことになる。

検索サイトを利用する場合、一定の目的をもって行うのが通常であるから、見ず知らずの者の個人情報を検索するというよりは、むしろ

⁷¹⁶ 石川・前掲注(413)200頁。

⁷¹⁷ 前掲注(29)。

対象者がある程度知っているか知り得る者が、何かしら意図をもって個人情報を検索すると考えるほうが自然である。

そして、「更生を妨げられない利益」が害される危険性の有無を判断するにあたっては、検索事業者の検索結果が現存し続けることに起因して（検索結果から削除されない限り）、利用者の「意図された目的」ないし「関心の強さ」から生じ得る危険性が、いつまでも消失されないことになる。また、最高裁は、インターネット技術における利用者が享受する便益については考慮する一方で、いつまでも情報が消されることなく存置される危険性については、特段考慮した形跡は見当たらない。

最高裁は、「検索事業者による特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされるということは、(…) 一貫性を有する表現行為の制約であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。」として、グーグル社の検索サービスの機能に高い評価を与えている。これは、検索事業者に対する社会的役割を重視した判断といえよう。

けれども、このような場合にこそ存在権が重要な意義をもつ。国民は、一の全部者として生命、自由及び幸福を追求する意欲を持つ人間としての存在が認められ、他の私人との関係において存在を害されないよう努力することを、国家に要求することが認められよう。

グーグル社を代表とするプラットフォームの検索結果の提供行為は、公衆がインターネット上に存在する情報の送受信を相互に支援し、現代社会において情報の流通基盤として大きな役割を果たしている。

しかし、過去の出来事にいつまでも縛られずに再起を期して新たな人間関係の構築や平穏な生活を維持しようとする者にとっては、世界規模で情報を流通させる検索事業者の強力なその機能が、存在権への侵害行為となる場合がある。すなわち、国家や他の私人から無用な関心、干渉ないし抑圧をされることなく、自分自身の目的のために生きる可能性を認めた存在権を侵害するおそれが生ずるのである。

したがって、検索事業者の検索結果の提供行為によって、公表されることを望まないプライバシー情報が、忘れられることなくいつまでも公表され続ける可能性があることは存在権への侵害にあたり、時の経過という客観的指標によって、原則として削除を求めることができない限り、存在権の侵害を理由に国家に改善を要求することができる应考虑すべきである。

第五章 将来の課題

第一節 ドイツ個人識別番号法の成立⁷¹⁸

ドイツでは、行政サービスのオンライン化を実現させるために、住民登録や各種の登録制度におけるデータの標準化、データ保護等を目的に連邦住民登録法第二次改正法⁷¹⁹及び登録現代化法⁷²⁰が、2021年に制定され、同年4月6日に公布された。登録現代化法は、「全25条から成る条項法で、ID番号法⁷²¹の制定(第1条)、オンラインアクセス法の改正(第2条)等を規定する」⁷²²。同法は、既存の納税者番号を活用して個人識別番号とし、他の登録制度においても共通番号として利用を可能とするものである。

これまでドイツでは、国勢調査判決以降、共通番号は違憲であると考えられていたため、原則として分野別の番号を使用してきた。しかし、個人識別番号法の成立によって、その考え方を転換させる方向に大きく舵を切り出している。

オンラインアクセス法には、わが国の番号制度の仕組みに類似する機能が法定されていると思われるが⁷²³、両制度の相違点については考察できなかった。また、個人識別番号法がドイツ国内においてどのように評価され、情報自己決定権との関係について学説はどう評価しているのか、今後考察すべき課題である。さらに、個人識別番号法の成立により、ドイツ国内における国家による情報行為が、どのような変容を遂げるのか注視するとともに、その行方を見守りたい。

⁷¹⁸ 泉 眞樹子「外国の立法」No.288-1(2021年7月)が詳しい。本稿もこれに示唆を受けている。また、ドイツ版個人識別番号制度と日本版個人番号制度を法的観点から考察するものとして、實原隆志「ドイツの個人識別番号・新制度と日本の個人番号(マイナンバー)法」『福岡大学法学論叢』67巻1号(2022年6月)がある。

⁷¹⁹ Zweites Gesetz zur Änderung des Bundesmeldegesetzes (2. BMGÄndG)

⁷²⁰ Gesetz zur Einführung und Verwendung einer Identifikationsnummer in der öffentlichen Verwaltung und zur Änderung weiterer Gesetze (Registermodernisierungsgesetz - RegMoG)

⁷²¹ Gesetz zur Einführung und Verwendung einer Identifikationsnummer in der öffentlichen Verwaltung Einführung(Identifikationsnummerngesetz - IDNrG)。本稿では、「行政における個人識別番号の導入及び利用に関する法律(個人識別番号法)」と訳す。

⁷²² 泉・前掲注(718)2頁。

⁷²³ たとえば、「法的根拠又は本人の同意がある場合に公的機関間でのデータ交換を可能とし、さらにデータ保護の観点からデータコックピットという仕組みを導入する(オンラインアクセス法第10条)。データコックピットとは、本人が、自身のデータについてどの機関がどのデータ要素をどのような目的で処理したかをインターネットで確認できるものである。」泉・前掲注(718)2頁。ドイツ版の「公的機関間でのデータ交換」は、マイナンバー制度の「情報連携」に相当し、「データコックピット」は、「マイナポータル」に相当する仕組みと思われる。

第二節 将来の課題

本稿は、国民全体を対象に行われる情報行為のなかでも、特に個人に関する情報の収集段階の課題に着目し、考察を進めてきた。その理由は、行政内部での利用や提供等における課題は、個人情報保護法を中心にすでに様々な知見の蓄積や研究活動が行われているからである。

個人番号制度に代表される国家の情報行為は、それ自体では、侵害行為ではなく、事実行為であると考えられている。もちろん、国家の情報行為のすべてが事実行為であるわけではない。住所不認定の決定のような国民の自由や財産を侵害する侵害的信息行為もある。

しかし、事実行為として行われている国家による情報行為に対しては、自由や財産を侵害するということを主張することは困難である。本研究は、国家の情報行為が、事実行為ではなく、侵害行為に当たるといえる新たな権利観を探すことを考察の主眼としてきた。そして、様々な権利観を参照した結果、佐々木惣一が発見した存在権論が、現在のところ最も適合的であることを確認した。国家による情報行為という、一見すると権利侵害性のない非侵害行為であるかのような情報行為であっても、その無制約な拡大は、存在権を侵害し得るとというのが、本稿の結論である。

最後に将来の研究課題をまとめると次のようになる。行政法学上の一つの行為類型として国家の情報行為を、より具体的に説明可能にすることである。国家による情報行為は、今後いっそう多様な行為が行われることが想定される。そのため、様々な起こり得る国家の情報行為の考察を進め、国民にもたらす作用について研究を深めることが重要な課題であると考えている。将来、いずれかの機会にこれらの課題について研究ができればと思う。

謝辞

本論文をまとめるにあたり、指導教授を快くお引き受けくださいました塚谷文武教授に心より感謝申し上げます。また、ご多忙中にも関わらず、中間報告会にご出席いただき、貴重なご意見を賜りました藤澤宏樹教授に心より感謝申し上げます。

論文を書き上げられるまでには、様々な課題がありました。ときに、諦めようと思うこともありました。課題に対する道筋が見えてこない時期であったように思います。なかなか論文を書くことができずに、大変なご負担をお掛けしているにもかかわらず、穏やかに見守ってくださいました戸部真澄教授には、筆舌につくしがたい感謝の気持ちでいっぱいです。大学を移られてからも、大変ご多忙な中、論文完成までご指導をいただきました。心より感謝申し上げます。

最後になりましたが、研究を行うにあたり、素晴らしい環境を与えてくださいました、大阪経済大学大学院関係者のみなさま、大学院事務室のみなさまに心より感謝申し上げます。

2023年7月
広田恭子