

[講義1(憲法訴訟)]

## プライバシーの権利をめぐる憲法上の主張の攻撃防御方法

弁護士 伊藤 建

### 【事例】

20\*\*年、女兒を誘拐して自宅でわいせつな行為をしたわいせつ目的誘拐及び強制わいせつ事件により実刑を受けて服役していた成人男性が、刑期満了により釈放された後、1年以内に同種の犯行に及んだという事件が複数発生した。

これを受けて、性犯罪者の再犯防止に関する具体的方策を講じるために必要な法整備についての検討が進められ、議員提出法案として「性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者の情報公開に関する法律」(性犯罪者情報公開法)案が国会に提出された。

同法律案では、13歳未満の子供の親権者が請求した場合、国は、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に行い有罪判決が確定した者で、請求者の居住する市町村内に住む者の氏名、住所及び顔写真を請求者に開示しなければならない旨が定められた。

同法律案の国会審議では、プライバシーが中心的な論点となった。政府参考人の犯罪心理学者が「心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者が存在する」旨の意見を述べたところ、この見解に科学的見地からの根拠があると認められたことから、同法律案は、審議の結果、衆議院及び参議院で可決されて成立した。

性犯罪者情報公開法が施行された後、A県B市に居住する23歳の男性Xは、10歳の女兒を誘拐し、服を脱がせてわいせつな行為をしたことから、わいせつ目的誘拐罪及び強制わいせつ罪により懲役2年の実刑判決を受けて服役し、刑期満了により釈放された。ところが、Xは、その6か月後、再び女兒に対する強制わいせつ事件により懲役6年の実刑判決を受けて服役したことから、性犯罪者情報公開法により情報開示される対象となった。

Xは、刑期満了により釈放され、A県B市内で生活を始めたところ、同じB市内に居住する10歳の子供の親権者であるYは、国に対して、性犯罪者情報公開法に基づく情報公開請求をした。このことを知ったXは、国に対して、自己の情報を開示することは、憲法上の権利の侵害であるとして、情報開示処分の差止訴訟を提起しようと考えている。

〔設問1〕

あなたがXの訴訟代理人となった場合、どのような憲法上の主張を行うか。参考とすべき判例を踏まえて論じなさい。

なお、同法が憲法14条及び31条、39条に違反するとの主張については、論じなくてよい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に対して想定される国側の反論のポイントを簡潔に述べなさい。

〔設問3〕

設問1における憲法上の主張と設問2における国側の反論のほか、参考とすべき判例を踏まえつつ、本件条項の憲法上の問題に関するあなた自身の見解を述べなさい。

## 【解説】

### 1 出題のねらい

本問は、いわゆる「メーガン法」を扱った旧司法試験平成16年憲法第1問を事例問題に改作したものを題材として、プライバシーの権利に関する憲法上の攻撃防御方法を問うものである<sup>(1)</sup>。

「メーガン法(Megan's Law)」とは、1994年にアメリカ合衆国のニュージャージー州において発生した少女殺害事件がきっかけとなって制定された州法や、1996年に制定された同種の連邦法を指す。わが国でも有名な事例問題であり、これまでに多数の書籍でも扱われている<sup>(2)</sup>。

出題の意図は、当事者の視点から主張すること、争点となるポイントから攻撃防御方法を逆算すること、先例を意識した論述をすることの3点を踏まえて、プライバシーの権利をめぐる憲法上の主張の攻撃防御方法を問うものである。本稿では、当該問題の解説を通じて、昨年同様、憲法上の主張の攻撃防御方法の試論を提示する<sup>(3)</sup>。

### 2 設問1

#### (1) 問題となる条項

憲法上の主張は、「如何なる条項が、如何なる理由によつて、憲法の如何なる条項に違反するか」につき具体的に特定しなければ、適法なものとは認められない<sup>(4)</sup>。

---

(1) 本稿は、平成30年7月28日に実施された広島大学法科大学院が開講した「公法実務基礎」の公開講義の内容に修正を加えたうえで執筆したものである。

(2) たとえば、小山剛=畑尻剛=土屋武 [編]『判例から考える憲法』(法学書院, 2014年) 71頁以下 [柴田憲司執筆部分], 木下智史=村田尚紀=渡辺康行 [編著]『事例研究憲法 [第2版]』(日本評論社, 2013年) 468頁以下 [木下智史執筆部分], 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』(有斐閣, 2010年) 311頁以下等。

(3) 昨年度の公開講義は、拙稿「憲法上の主張の攻撃防御方法」広島法科大学院論集第14号(2018年)224頁以下参照。

本問では、Xが国に対し「自己の情報を開示することは、憲法上の権利の侵害である」と主張しているため、違憲主張の対象となる「条項」は、開示処分の根拠法規となっている「13歳未満の子供の親権者が請求した場合、国は、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に行い有罪判決が確定した者で、請求者の居住する市町村内に住む者の氏名、住所及び顔写真を請求者に開示しなければならない旨」の定め（以下「本件条項」という。）である。

## (2) 問題となる憲法条項

他方、「憲法の如何なる条項に違反するか」については、問題文中に「プライバシーが中心論点となった」旨の記載があるが、憲法上、「プライバシーの権利」を保障する明文の規定はない。そのため、憲法上明文で保障されていない「新しい人権」が、いかなる憲法条項で保障されるかが問題となる。

初期の最高裁<sup>(5)</sup>や当時の学説<sup>(6)</sup>では、憲法13条に裁判規範性が認められ

(4) 最大判昭和28年11月11日刑集7巻11号2758頁。なお、最2小決昭和32年4月15日集刑118号863頁も参照。

(5) 賭博開帳図利事件大法廷判決（最大判昭和25年11月22日刑集4巻11号2380頁）では、賭博行為の自由が「新しい人権」として保障されるかが問題となったが、多数意見は、憲法13条、98条違反の主張を適法な上告理由として認めたくえで、賭博行為の制限が「公共の福祉」に反するかを審理している。これに対し、栗山裁判官意見は、憲法13条には裁判規範性がないとして、最高裁判所が裁判によって新しい人権を保障する余地はあるものの、憲法13条違反の主張をするならば、国会に申出すべきであり、裁判所に訴えるべきではないとして、上告は不適法であるとして、憲法13条違反の審理をした多数意見を批判していた。現在でいえば、刑事訴訟法405条1号「憲法の違反があること又は憲法解釈に誤があること」という上告理由の要件を満たさないことになる。

(6) 当時の学説状況については、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）329～342頁参照。なお、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）228～231頁も、「幸福追求権は、一般的にはそれのみでは具体的な人権を生み出すものではなく、民法709条など他の法令の規定による補充をうけて初めて裁判によって実現される人権となる」としている。

るかが争われていたが、憲法13条により「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」ことを明確にした京都府学連事件大法廷判決(最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁)がある以上、憲法13条に基づく主張をすることになろう<sup>(7)</sup>。

### (3) 憲法条項との抵触

問題となるのは「如何なる理由」によって、憲法13条に「違反する」と主張し得るかである。最高裁による違憲審査は、法律上の争訟性や主張適格等の形式的要件を審査した後、憲法条項との抵触の有無を審査し、これが認められる場合に、原則として、判断枠組みを定立したうえで、個別的・具体的な違憲審査(正当化論証)を行うという順序で審査をする傾向にある<sup>(8)</sup>。憲法条項との抵触が認められなければ、それ以降の主観的権利に関する正当化論証が行われないため<sup>(9)</sup>、まずは、本件条項が憲法13条と「抵触する」理由を主張しなければならない。三段階審査論でいえば、基本権の保護領域と基本権制限にあたる部分である。

#### ア 「プライバシーの権利」と論じるだけでは不十分

最高裁は、憲法13条により「私生活上の自由」が保障されると判示したにすぎず、正面から「プライバシーの権利」が保障されるか否かを判示したことはない。その理由として、『「プライバシー」』という概念自体が極めて多義

---

(7) その5年前の昭和39年に、「宴のあと」訴訟判決(東京地判昭和39年9月28日判タ165号184頁)が、私法上の権利としてではあるものの、憲法13条を根拠に「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」を認めたことも、憲法13条の裁判規範性を肯定する一助になったものと思われる。

(8) 拙稿・前掲註3)227～228頁参照。

(9) ただし、客観原則違反について審査をすることもある。夫婦同氏制訴訟大法廷判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)、君が代ピアノ伴奏拒否訴訟判決(最3小判平成19年2月27日民集61巻1号291頁)参照。

的であってその外延及び内容が不明確であることを考慮した」とも指摘されている<sup>(10)</sup>。

そもそも、最高裁は、あらゆる行為ないし権利が「私生活上の自由」として憲法13条により憲法上の権利として保障されると解しているわけではない。たとえば、最高裁は、喫煙の自由（未決勾留者喫煙禁止訴訟大法廷判決・最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁）や自己消費目的の酒類製造の自由（どぶろく事件判決・最1小判平成元年12月14日刑集43巻13号841頁）について、「私生活上の自由」として憲法13条により保障されるか否かを判断していない<sup>(11)</sup>。

これまで最高裁が憲法13条により保障されると明確に判断したのは、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由（前掲・京都府学連事件大法廷判決）、みだりに指紋の押なつを強制されない自由（外国人指紋押捺拒否事件判決・最3小判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁）、

(10) 増森珠美「判解」最判解民事篇平成20年度（法曹会，2011年）144頁以下，158頁参照。

(11) それ以外にも、青少年に対する「淫行又はわいせつの行為」の禁止の憲法13条違反の主張がなされた福岡県青少年保護育成条例事件大法廷判決（最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁）、ストーカー行為の禁止の憲法13条違反の主張がなされたストーカー規制法事件判決（最1小判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁）などがある。前者につき、担当調査官は、性的行為に関する自己決定権（性的自由）を憲法13条の幸福追求権として保障されるとしているが（高橋省吾「判解」最判解刑事篇昭和60年度（法曹会，1989年）201頁以下，227～241頁参照）、多数意見は、処罰対象が青少年を相手として青少年でない者が「淫行」する行為に限定されているため、一般的な性的自由に対する制約と「区別」したものと思われる。後者についても、担当調査官は、「恋愛感情を抱いたり、これを相手等に表明したりすることは、人間の本能にかかわる本質的なもの」として、憲法13条及び21条1項により保障されると説くが（山田耕司「判解」最判解刑事篇平成15年度（法曹会，2006年）624頁以下，630頁参照）、喫煙の自由と同列に扱っていることから、処罰対象が社会的に見て逸脱するような態様の恋愛感情等の表現のみであることを理由に、恋愛感情そのものに対する制約と「区別」したものと思われる。

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(住基ネット訴訟判決・最1小判平成20年3月6日民集62巻3号665頁)の3つである。

憲法13条が保障する「私生活上の自由」ではなく、私法上の人格権として最高裁が「法律上保護に値する利益」ないし「法律上保護されるべき人格的利益」としたもののうち、プライバシーにかかわるものは<sup>(12)</sup>、前科をみだりに公開されない利益(前科照会訴訟判決・最3小判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁)、みだりに自己の容ぼう等を撮影されない利益と撮影された写真をみだりに公表されない利益(法廷スケッチ訴訟判決・最1小判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁)、個人情報のみだりに他人に開示されない利益(早稲田大学講演会名簿提出訴訟判決・最2小判平成15年9月12日民集57巻8号973頁)等がある。

先例を参照するにあたっては、単に本問が「プライバシーの権利」に関するものであると特定するだけでは不十分であり、最高裁が認めた「私生活上の自由」のうち、いずれに関する主張であるのかを明らかにするべきである。

ただし、最高裁は、「私生活上の自由」と「私法上の人格権」に関する先例を相互に参照をしているため、「私法上の人格権」に関する事例であっても、「私生活上の自由」の論述をするにあたって参照することは十分あり得る<sup>(13)</sup>。

---

(12) プライバシーの権利にかかわらないものとして、氏名を他人に冒用されない権利(最3小判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁)、名誉権(北方ジャーナル事件大法廷判決・最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁)、輸血を受けることに関する自己決定権(エホバの証人輸血拒否事件判決・最3小判平成12年2月29日民集54巻2号582頁)等がある。

(13) たとえば、「私法上の人格権」に関する前掲・法廷スケッチ訴訟判決は、「私生活上の自由」に関する前掲・京都府学連事件大法廷判決を参照している。反対に、「私生活上の自由」に関する夫婦別姓訴訟大法廷判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)は、「氏の変更を強制されない自由」が憲法13条により保障されるかを検討するにあたって、結論としては否定したものの、「私法上の人格権」に関する前掲・最3小判昭和60年2月16日を参照している。

## イ 事案類型を意識する

先例を参照するにあたって、先例の事案類型を意識することも重要である。個人に関する情報を考えるにあたっては、④取得⇒⑤管理・利用⇒⑥開示・公表という一連のプロセスごとに事案類型を区別することができよう<sup>(14)</sup>。学説の提唱する自己情報コントロール権とは、意に反して④取得されない、⑤管理・利用されない、⑥開示・公表されないという一連のプロセスにつき自由権(情報自己決定権)を保障するとともに、④自己情報の開示、消去、修正といった請求権(狭義の自己情報コントロール権)まで憲法上の保障を与えるべきであると主張するものであった<sup>(15)</sup>。

最高裁は、「私生活上の自由」として、自己情報がみだりに④取得されないことと、⑥開示・公表されないことが保障されることを明らかにしたが、⑤管理・利用されないことが保障されるかを明らかにしていない。

住基ネットの問題点は、承諾なく自己に関する個人情報を住基ネットに接続することであるから、⑤管理・利用の事案類型にあたる。控訴審判決(大阪高判平成18年11月30日判時1962号11頁)は、この点を的確にとらえ、「自己のプライバシー情報の取扱いについて自己決定する利益」(情報自己決定権<sup>(16)</sup>)を憲法13条により保障していた。

ところが、最高裁は、⑤管理・利用ではなく、「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」という⑥開示・公表の問題としてとらえ、「みだりに」開示・公表されておらず、第三者に開示又は公報される具

(14) 大島義則『憲法の地図』(法律文化社、2016年)5頁参照。なお、佐藤幸治『日本国憲法論』(弘文堂、2011年)182頁も、プライバシーの権利につき、公権力がプライバシー固有情報を「取得し、あるいは利用ないし対外的に開示することが原則的に禁止される」と理解している。

(15) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第6版〕』(岩波書店、2015年)123頁参照。

(16) 判決文は「自己情報コントロール権」と表記しているが、請求権を含まない自由権であるため、「情報自己決定権」というべきであろう。

体的な危険もないとして、憲法条項との抵触を否定した。担当調査官は、情報自己決定権につき「憲法上の人権とは認めないとの判断を前提にしたものとも解される」と明言しているが<sup>17)</sup>、システム構造の審査をしていることから、実質的には⑥管理・利用の点について審査したものと評価することもできる<sup>18)</sup>。

いずれにせよ、自己情報の⑥管理・利用に関する権利が憲法上保障されるかについて、先例の態度は明らかではない。公権力側は、住基ネット訴訟判決の調査官の見解に基づき、「私生活上の自由」として保障されないと反論することが想定されるため、違憲主張においては、自己情報の管理権に関する先例に基づく主張のみならず、学説に基づく主張も必要となろう。

#### ウ 本問における検討

本問においても、単に「プライバシーの権利」が保障されると主張するだけでなく、先例を意識して憲法上保障される「私生活上の自由」を主張するべきであろう。

まず、先例を参照するにあたって、本件条項が「氏名、住所及び顔写真を請求者に開示しなければならぬ旨」と定めており、㉔開示・公表の問題であると自覚することが重要である。

㉔開示・公表の問題であれば、㉕氏名、住所の開示については、同じく氏名、住所を含む「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」を憲法13条により保障した住基ネット訴訟判決をそのまま参照することができるから、あえて学説に基づく⑥管理・利用されない権利を含む自己情報コントロール権を意図的に主張する必要性は乏しい。

もっとも、本問で開示・公表の対象となるのは、㉕氏名、住所だけではない。

---

(17) 増森・前掲・註10) 164頁注14参照。

(18) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号(2010年)80頁以下参照。

本件条項は、①顔写真をも開示するものであるから、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を「私生活上の自由」として保障した京都府学連事件大法廷判決や、撮影された写真をみだりに公表されない利益を法律上保護されるべき人格的利益とした法廷スケッチ訴訟判決を参照し、「私生活上の自由」として、「みだりに容ぼう等を開示又は公表されない自由」が保障されると主張することができよう。

また、本件条項により開示される情報は、⑦氏名、住所、①顔写真だけではない。早稲田大学講演会名簿提出訴訟では、学籍番号、氏名、住所及び電話番号が記載された名簿を警察に提供することにより、氏名等の情報のほかに「本件講演会に参加を希望し申し込んだ学生である」との情報を含むとの主張がなされていたように、本件条項により、開示対象者が⑧子供に対する一定の性的犯罪を常習的に行い有罪判決が確定した者であることも明らかとなってしまう。そこで、⑦氏名、住所や①顔写真とは異なり、前科等をみだりに公開されない利益を認めた前科照会訴訟判決を参照し、「私生活上の自由」として「前科等をみだりに開示又は公表されない自由」が保障されると主張することも可能である。

さらに、「新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益」を認めたノンフィクション「逆転」訴訟判決（最3小判平成6年2月8日民集48巻2号149頁）を参照して、「私生活上の自由」として「更生を妨げられない自由」が保障されると主張することも不可能ではないであろう。

本件条項は、これらの4つの憲法上の「私生活上の自由」を制約している点で、憲法13条と抵触していると主張し得る。

#### (4) 違憲審査の判断枠組み

##### ア 私生活上の自由に関する違憲審査の判断枠組み

私生活上の自由に関する違憲審査の判断枠組みについて、学説上は、前科

や身体、病歴に関する情報などの秘匿性の高いプライバシー固有情報については厳格審査基準が、それ以外のプライバシー周辺情報については中間審査基準が、それぞれ適用されると主張されているが<sup>(19)</sup>、確立した先例があるわけではない。

たとえば、①顔写真の②取得に関する京都府学連事件大法廷判決は、撮影が許容される場合として、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるとき」という限定した判断枠組みを示した。しかし、その後のビデオ撮影事件判決(最2小判平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁)は、「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われた」ならば許されるという比較的緩やかな判断枠組みを適用している<sup>(20)</sup>。

また、指紋の②取得に関する外国人指紋押捺拒否事件判決も、指紋が取得されることの危険性との実質的な利益衡量をすることなく、単に立法趣旨をなぞるだけの合理性の基準のような違憲審査しか行っていない。

なお、⑦氏名、住所に関する③開示・公表に関する住基ネット訴訟判決は、憲法条項との抵触を認めていないため、判断枠組みを明らかにしていない。

## イ 私法上の人格権に関する判断枠組み

他方、私法上の人格権に関する先例を見ると、①顔写真の②取得や③開示・

---

(19) 芦部・前掲註15) 125頁参照。

(20) 両者は矛盾するとも思えるが、担当調査官は、前者は各要件を満たす場合には「許容される」と述べた事例判断にとどまり、満たさない場合には「許容されない」とまでは判断していないとして、同一の事案類型であると理解しているようである(鹿野伸二「判解」最判解刑事篇平成20年度(法曹会、2012年)289頁以下、309～310頁参照)。しかし、前者は、デモ行進参加者という思想を了知し得る写真撮影であったのに対し、後者にはそのような事情がないため、事案類型が異なるとの理解も可能である。

公表に関する法廷スケッチ訴訟判決は、「被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべき」として、利益衡量基準を適用している。しかし、利益衡量基準は、いかなる場合に違憲とすべきかが明らかではないため、Xにとって有利な判断枠組みとは言い難い。

そこで、注目すべきは、㊦氏名、住所の㊧開示・公表に関する早稲田大学講演会名簿提出訴訟判決である。この判決は、一般的な判断枠組みを示さなかったものの、開示について承諾を求めることが困難であった特別の事情がうかがわれないことを理由に、「プライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切る」として、不法行為を構成すると判断している。しかも、「個人情報秘匿性の程度、開示による具体的な不利益の存在、開示の目的の正当性と必要性等の事情」は結論を左右しないと判断していることから、極めて厳しい判断枠組みであると評価できよう。

また、同じく私法上の人格権の事案類型ではあるが、㊨前科等の㊧開示・公表に関する前科照会訴訟判決は、「前科等の有無が訴訟等の重要な争点となっていて、市区町村長に照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合」でなければ開示してはならないという限定された判断枠組みを適用している。伊藤裁判官補足意見も、「前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つ」であるため、裁判のために公開されるのは、「その公開が公正な裁判の実現のために必須のものであり、他に代わるべき立証手段がない」場合であって、その範囲も「必要最小限」に限られるとしている。

#### ウ 本問に適用すべき違憲審査の判断枠組み

以上を踏まえると、本問に適用すべき違憲審査の判断枠組みに関するXの主張として、早稲田大学講演会名簿提出訴訟判決を参照し、「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」は、原則として侵害してはならないと主張することができよう。

また、本件条項により承諾なく開示される㊦前科等は、人の名誉、信用に直接かかわる事項であり、個人のプライバシーのうちで最も他人に知られたくないものの1つである。しかも、これにあわせて㊧顔写真の公開によりその容ぼう等まで知れ渡ってしまうこと、それ自体の秘匿性が高くない㊨氏名、住所についても、公開により個人や自宅が特定されてしまうことから、本法により私生活の平穏が著しく害されるといえる。

このような㊦前科等の高い秘匿性を理由として、例外的に制限が許容されるとしても、厳格審査基準のように、目的が「やむにやまれぬ利益」であること、手段が必要最小限度であることまで求めるべきであろう。

## (5) 当てはめ

### ア 目的審査

目的審査では、国会審議や政府資料で示されている目的それ自体に「やむにやまれる利益」とはいえないと否定するか、それができないとしても、国側が主張する得られる利益が「やむにやまれる利益」とはいえないとして、正当化できる目的を限定することになる<sup>(21)</sup>。

本件条項の目的は、13歳未満の子供が性犯罪に巻き込まれることを防止する点にあると想定されるが、「未成年者の保護」がアメリカ合衆国連邦最高裁でも「やむにやまれる利益」に該当すると判断されていることに照らすと<sup>(22)</sup>、目的の「やむにやまれる利益」該当性を否定することは難しい。

---

(21) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）65～69頁参照。

(22) *Denver Area Educ. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727, 755 (1996).  
なお、厳格審査基準における「やむにやまれる利益」該当性については、金原宏明『「厳格審査の基準」の再構成—比例性審査との接合可能性を中心に—』（2017年）8～15頁参照。

もつとも、子供を性犯罪から守るという保護者や社会の利益<sup>(23)</sup>なるものは、自己の監護する子が性犯罪に巻き込まれるかもしれないという単なる不安感の除去にすぎず、法的保護に値する利益ではないとして、「やむにやまれる利益」該当性を否定し得る。

## イ 手段審査

本問では、立法目的のすべてを否定することができないため、親権者に対する情報公開という手段審査が中心的な争点となる。

厳格審査基準における手段の必要最小限度性の審査は、①当該手段が目的を実際に促進するか(促進性の審査)、②当該手段が最も制限的でない手段(LRA)といえるか(権利侵害の必要性の証明)、③当該手段が目的促進にとって過小包摂となっていないか(過小包摂性の審査)、④当該手段が目的の促進にとって過大包摂となっていないか(過大包摂性の審査)という4つの審査からなる<sup>(24)</sup>。

法令の違憲審査においては、これらの要素を基礎づける立法事実が存在するかが問題となる。たとえば、「厳格な合理性の基準」を適用したとされる薬局開設距離制限訴訟大法廷判決(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)は、①促進性の審査につき、「予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に(中略)国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とする」というように立法事実を求める下位規範を定立し、「単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合

---

(23) 松井茂記『性犯罪者から子どもを守る—メーガン法の可能性』(中公新書, 2007年) 160, 172頁参照。

(24) 金原・前掲註22) 15～19頁参照。

理的な判断とは認めがたい」として、立法事実の不存在を指摘している。また、②権利侵害の必要性の証明として、より制限的でない他の選び得る手段(LRA)を「職業活動の内容及び態様に対する規制」に限定し、これによっては「目的を十分に達成することができないと認められることを要する」として、やはり②権利侵害の必要性につき立法事実を要求している。

本問において、国側は、本法により情報公開の対象となった者が自己の行動を抑制することや、親権者が常習的な性犯罪の前科を有する者の氏名、住所や顔写真を知り、その者から自己の監護する子を遠ざけることで、目的を達成できると想定しているのであろう。

本問の事実関係によれば、「心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者が存在する」旨の見解につき、科学的見地からの根拠があると認められている。そのため、そのような者が再犯をすることで、13歳未満の子供が性犯罪に巻き込まれるおそれは、立法事実による裏付けがあることは争い難い。

しかし、再犯のおそれがあることと、本件条項によって、13歳未満の子供が性犯罪に巻き込まれるおそれが防止できることは別問題である。国側は、本法により情報公開の対象となった者が自己の行動を抑制することや、親権者が常習的な性犯罪の前科を有する者の氏名、住所や顔写真を知ることで、その者から自己の監護する子を遠ざけることで、再犯が防止できると想定しているのであろう。

ところが、そもそも情報公開の対象となる者は、「心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者」であるため、自己の行動を理性により抑制することは期待できない。また、性犯罪者が自己の住所の付近で犯行に及ぶとも限らないことから、「請求者の居住する市町村内に住む者」のみの情報を開示しても効果がない。仮に、情報開示を受けたとしても、衝動的な犯行から、性犯罪に巻き込まれることを防止できるとはいえない。

このように、本法の制定過程では、これらを覆す立法事実が存在しないから、①促進性の審査をクリアできない。むしろ、本法により平穏な私生活が害され、更生を妨げられてしまえば、本来であれば更生したかもしれない者が、自暴自棄になり、再び性犯罪を実行してしまうおそれもあるため、かえって目的を阻害するとすらいえよう。

また、警察が性犯罪者の氏名、住所、顔写真や前科等を把握するというより制限的でない手段<sup>(25)</sup>で十分に目的が達成できないとする立法事実もないから、②権利侵害の必要性の証明もできていない<sup>(26)</sup>。

それ以外にも、④過大包摂性の審査として、出所後に一定期間以上を再犯しなかった者は、再犯のおそれが少ないといえるにもかかわらず、本法が期限の定めなく情報を公開することや、開示の対象がすべての「子供に対する一定の性的犯罪を常習的に行い有罪判決が確定した者」であり、「特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者」に限られていないこと、得られる利益が乏しいのに対し、失われる利益は私生活上の平穏や更生を妨げられない利益という法律上保護された重要なものであることなども主張できるであろう。

## ウ 結論

したがって、本件条項は、13歳未満の子供が性犯罪に巻き込まれるおそれ

(25) 平成24年に制定された大阪府子どもを性犯罪から守る条例は、一定の性犯罪(2条2号イ～ハ)を犯し、刑期満了から5年を経過しない者に対して、氏名、住所等を知事に届け出ることを求め(12条)、違反者には5万円以下の過料を課している(18条)。

(26) アメリカ合衆国では、メーガン法が連邦法として制定されるよりも前に、未成年者を被害者とする一定の性犯罪につき有罪判決を受けた者につき、釈放後10年間、現在の住所を州の警察当局に登録するように要求する性犯罪者登録法が制定されていた。しかし、メーガン法のきっかけとなった事件は、性犯罪者登録法の制定後に、通りの向かいに住んでいる者による犯行であった。そのため、アメリカ合衆国においては、同法では目的を十分に達成することができないという立法事実があったといえる。

を防止する点で「やむにやまれる利益」といえるとしても、手段が必要最小限度とはいえないから、憲法13条に違反するというべきである。

### 3 設問2

設問2では、「設問1における憲法上の主張に対して想定される国側の反論のポイント」を「簡潔に」述べることが求められている。あくまでも、「設問1における憲法上の主張に対して」想定される「反論」を求めるものであるから、国側の立場から、本件条項に対する憲法上の主張を新たに組み立てる必要はない。換言すれば、X側と異なるポイントのみを「簡潔に」指摘すれば足りる。

最高裁による先例は、あくまでも当該事案限りにおける判断であるが、「ある判決でとられた法の準則は、将来同種事件において、原則として従われるべきものとする法理<sup>(27)</sup>」(先例拘束性の原理・doctrine of precedent)を無視することはできない。そのため、実務上は、「適用法条または重要な事実が既存の判例と全く同じではないがしかもそれに類似している事案に、その判断を『準用』する<sup>(28)</sup>』という「判例の類推」ができるか、それとも判例の射程と「区別(distinguish)』できるかをめぐって攻撃防御が繰り返されるが、何を当該先例の「重要な事実(material fact)」とするべきかは、当事者によって解釈が異なり得る。

攻撃防御方法を組み立てるにあたっては、特に先例の変更を求めるべき場合もあるが、まずは、先例を前提として、これらを「参照」ないし「区別」することを試みるべきであろう。

#### (1) 本件条項は「みだりに」開示するものではないとの反論

---

(27) 田中英夫編『BASIC 英米法辞典』(東京大学出版会, 1993年)59頁。

(28) 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』(有斐閣, 2009年)68頁〔中野次雄執筆部分〕。

憲法上の主張は、憲法条項との抵触、判断枠組みの定立、正当化論証の順になされるが、反論のポイントを検討するにあたって、これらの項目を意識するとよい。もちろん、あらゆる事例において、すべての項目に関する反論ができるとは限らないことは言うまでもない。

憲法条項との抵触のレベルでは、原告が主張する権利が憲法上保障されるのか、国家行為により憲法上の権利が制約されているといえるのか等が争点となる。

本問では、原告の主張する権利が憲法上保障されることは否定し難い。しかし、憲法上の権利に対する制約を否定した住基ネット訴訟判決を参照することで、憲法上の権利は制約されていないとの反論が可能である。

住基ネット訴訟判決は、憲法上の権利に対する制約を否定する理由の一つとして、住基ネットによる役所間での本人確認情報のやりとりにつき、「法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われている」ことを挙げている。この説示は、住基ネットによる個人情報のやりとりが「みだりに」なされたものではないことを示すものであるとの指摘もある<sup>(29)</sup>。

この指摘を参考にすると、本問においても、本件条項は、性犯罪者情報公開法という法律に基づき、13歳未満の子供が性犯罪に巻き込まれるおそれを防止するという正当な目的のために、13歳未満の子供の親権者という正当な利益を有する限られた範囲内の者に対して開示するものであるから、「みだりに」開示するものではないとして、憲法条項との抵触を否定する反論が可能となる。

## (2) 厳格審査基準は適用されないとの反論

---

(29) 青井未帆＝山本龍彦『憲法 I 人権（有斐閣ストゥディア）』（有斐閣、2016年）172頁〔山本龍彦執筆部分〕参照。

違憲審査の判断枠組みの定立レベルでは、相手方が主張する違憲審査の判断枠組みを適用できるのか、それ以外の違憲審査の判断枠組みを適用すべきではないか等が争点となり得る。

本問では、まず、Xの主張する厳格審査基準を適用すべきではないとの反論が想定される。その理由として、第1に、前科照会訴訟判決は、「私生活上の人格権」のうち不法行為を構成するかが争点となった事例であり、「私生活上の自由」に関する事例ではないため、本問とは「区別」すべきであることが挙げられよう。第2に、本件条項の開示対象としている㉠氏名、住所、㉡顔写真、㉢前科等は、刑事裁判の公判では公開されており(憲法82条参照)、㉣及び㉤は裁判記録となっている事実であることを踏まえれば、厳格審査基準が妥当するとされる思想の開示・公表の場合とは「区別」するべきであることも指摘できる。

次いで、国側にとって有利な違憲審査の判断枠組みを適用すべきであるとの反論も想定される。その理由として、最高裁は、「私生活上の自由」の違憲審査の判断枠組みとして、指紋の㉥収集が問題となった外国人指紋捺捺拒否事件判決ですら、実質的な利益衡量や立法事実を踏み込んだ審査を行っていないことや、㉦顔写真の㉥収集についても、京都府学連事件大法廷判決の後、思想を了知し得ない場合について、「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われた」ならば許されると判断していることが挙げられる。

それ以外にも、国際環境法の分野で採用されている「予防原則」<sup>(30)</sup>を本問にも適用すべきであるという反論も考えられよう。具体的には、「予防原則」とは、「取返しのつかない重大な影響については、科学的根拠又は科学的知見が不十分であることを、費用対効果の高い対策の実施を延期する理由として

---

(30) 予防原則については、松本和彦「環境法における予防原則の展開(1)」阪大法学53巻2号1頁以下(2003年)、同「環境法における予防原則の展開(2)」阪大法学54巻5号1頁以下(2005年)等を参照。

はならず、予防的対応をとるべきであるという原則」<sup>(31)</sup>と定義されているところ、性的犯罪の被害が13歳未満の子供に対して与える影響は極めて重大であり、取り返しのつかないものであるから、その趣旨が妥当するとの反論である。

### (3) 本件条項は必要かつ合理的であるとの反論

正当化論証レベルでは、自己が定立した判断枠組みに従った反論をしたうえで、万が一、相手方が主張する判断枠組みが適用された場合に備えて、可能な限り、十分に立法の合理性も論証しておくべきである<sup>(32)</sup>。

本問において、国側は、本件条項は、「目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法であること」につき、次のように反論することが想定される。

まず、情報開示の対象となる者による再犯のおそれは立法事実により裏付けられていること、性犯罪の多くは顔見知りによる犯行であるところ<sup>(33)</sup>、本件条項によって少なくとも顔見知りの者による犯行の防止には役立つこと、警察に対する情報提供よりも立法目的に役立つことから、本件条項は、「目的を達成するため」のものであると反論し得る。

また、開示請求ができる者も13歳未満の子供の親権者という「必要な範囲」に限られており、開示対象者は子供に対する一定の性的犯罪を常習的に行い有罪判決が確定した者に限られており、開示する情報も㊦氏名、住所、㊧顔

(31) 淡路剛久〔編代〕『環境法辞典』(有斐閣、2002年)338頁。

(32) 拙稿・前掲註3)241頁注23参照。

(33) 平成27年版犯罪白書では、強姦・強制わいせつの検挙件数に限ると、「面識あり」よりも「面識なし」の方が多いが、内閣府『男女間における暴力に関する調査(平成26年度調査)』では、「まったく知らない人」の割合は11.1%にとどまっている。このことから、実際には面識のある者による性暴力が多いものの、面識があるがゆえに被害を訴えにくいと見られ、検挙件数では「面識なし」の方が上回っているとの見方が可能である。

写真という個人の特定のために必要な情報に限られているから、「相当な方法」であるとも反論し得る。

#### 4 設問3

設問3は、「設問1における憲法上の主張と設問2における国側の反論のほか、参考とすべき判例を踏まえつつ」、「本件条項の憲法上の問題に関するあなた自身の見解」を述べることを求めるものである。X側の「憲法上の主張」と「国側の反論」、「参考とすべき判例」を「踏まえつつ」論じるということは、設問1と設問2を通じて形成された「争点」に対する判断を論じれば足り、本件条項に対する憲法上の見解を新たに組み立てる必要がないことは、設問2と同様である。

##### (1) 本件条項は「みだりに」開示するものといえるか

まず、本件条項が「みだりに」開示するものといえるかが争点となっている。たしかに、住基ネット訴訟判決の説示を前提とすると、本件条項は、法律に基づき、正当な目的の範囲内で行われているといえるが、住基ネットのように目的外利用を禁止する規定がない。そのため、開示を受けた親権者を通じて、開示情報が広範囲に伝播するおそれは否定できない。

また、住基ネット訴訟判決で問題となった情報は、「氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたもの」であり、「これらはいずれも、個人の内面にかかわるような秘匿性の高い情報とはいえない」のに対し、本件で問題となる情報は、㊦氏名、住所のみならず、㊧顔写真及び㊨前科等である。㊧顔写真は、肉眼による観察を定着させ、後に被撮影者の意図しない形で利用される可能性があること<sup>(34)</sup>、画像解析ソフトなどにより個人の情報を収集するインデックスになり得る危険性があるこ

---

(34) 鹿野・前掲註20) 309～310頁参照。

とから、たとえ肉眼で観察できるものであるとしても、これを公表されることで、私生活上の平穏が害されるといえる。また、㊦前科等は、刑事裁判で公開されていたとしても、Xが指摘するとおり、個人のプライバシーのうちで最も他人に知られたくないものの1つであるから、秘匿性が極めて高いといえる。

したがって、本問は、秘匿性の高い情報が開示又は公表されることになる点で、住基ネット訴訟判決と異なるから、本件条項により個人に関する情報が「みだりに」開示又は公表されるものといえる。

## (2) 厳格審査基準が適用されるか

次に、本問に厳格審査基準が適用されるかが問題となる。国側は、正当化論証において、「本件条項は必要かつ合理的である」旨の反論をしているが、X側が指摘する通り、本件条項によって13歳未満の子供が性犯罪に巻き込まれるおそれが防止できることや、警察が性犯罪者の氏名、住所、顔写真や前科等を把握するというより制限的でない手段により目的が十分達成できないことにつき、立法事実があるとは言い難い。

このように、立法目的が達成できるとする見解にも一定の理由はあるが、その根拠については不確実な面があるといった状況においては、適用される違憲審査の判断枠組み（違憲審査基準）が意味を持つことになる。そのため、そもそも本問は厳格審査基準を適用すべき事案なのか、典型的な事例と「区別」して予防原則を適用すべきではないかといった争点で、実質的には結論を左右することになる。

本件条項により開示される情報が個人の内面にかかわるような秘匿性の高い情報でないとしても、㊦前科等の秘匿性が極めて高い情報が含まれることから、本問は、本来的には厳格審査基準を適用すべき事案であるといえよう。問題となるのは、予防原則を適用すべきか否かであるが、国際環境法の場合と異なり、問題となる憲法上の権利は、性質上、社会的相互関連性の大きい

経済的自由権ではなく、憲法13条により保障される権利である。この点を重視すれば、予防原則を適用しないことになろうが、13歳未満の子供に与える影響の大きさ、被害の不可逆性を強調すれば、予防原則を適用することになろう。

## 5 おわりに

昨年度も述べたことであるが、充実した憲法判断を求めるためには、ある程度、憲法上の主張が規格化することは避けられない。問題視すべきは、規格化したことに甘んじて観念的・抽象的な主張しかしない姿勢であり、規格化をすることそれ自体ではないことを再確認したい。

以 上