

令和4年（ネ）第287号

大垣警察市民監視国家賠償等請求控訴事件

## 控訴第3準備書面

（一審原告ら）

名古屋高等裁判所 御中

（民事第2部）

2022年12月28日

控訴人（一審原告）ら訴訟代理人

弁 護 士 山 田 秀 樹

（以下代理人弁護士氏名 略）

### 《 目 次 》

- 第1 問題の所在
- 第2 憲法上の警察の根拠と限界
- 第3 法治主義（法の支配）の根拠とその内容
- 第4 歴史的経緯からのわが国における警察権に対する法的統制の必要性
- 第5 警察法の規律密度の脆弱性下の司法の役割
- 第6 警察の情報収集活動
- 第7 警察法2条1項は根拠となるか？
- 第8 本件情報収集行為の強制性について
- 第9 司法の役割——警察の法的統制の重要性

本書面においては、控訴人兼被控訴人三輪唯夫ほか3名を原告らと、控訴人兼被控訴人岐阜県を被告県と、被控訴人国を国と、被告県と国を併せて被告らと呼称する。

## 第1 問題の所在

- 1 本件は、大垣警察がシーテック社に対して、同社が計画する風力発電事業に関して、反対運動に関する情報交換を持ちかけて始まった両者の協議において、大垣警察が、既に入手していた原告らの個人情報シーテック社に伝えたことに始まる問題である。原判決は、大垣警察からシーテック社への情報の提供を不法行為として損害賠償を命じた。しかし、その前提となる情報の収集行為（これは、一人大垣警察だけでなく、公安警察＝被告国によるものである）については、将来における抽象的な危険発生を恐れを理由に幅広く必要性を認め、不法行為の成立を否定した。しかし、そもそも、具体的な犯罪発生を恐れも、対象とされた個人と犯罪との関係も一切ないのに、系統的、継続的に特定個人の思想や信条、社会的行動を調査することが許されるのかどうかという点について、原判決は、憲法上の制約も法律的な根拠も十分に検討したものとは考えられず、十分な審理を尽くしたものとはいえない。この点において、原判決は見直されるべきである。
- 2 被告県は、本件情報収集行為についてその根拠法令を警察法2条1項であるというのみで、情報収集を担当したであろう警備公安警察が、どのようなルールに基づき、どのような情報収集行為を行ったのか、何故、原告らを情報収集の対象としたのか、収集した情報の種類や収集した情報の収集後の報告はどこに行われ、その情報はどのように整理保管されるのか、情報が利用されるのはどのような場合なのかを、全く明らかにすることがない。しかも、本件で原告らの情報を収集する具体的な必要性を述べることもなく、抽象的に将来の秩序の混乱のおそれのみを主張するに過ぎない。

しかし、このような被告県の根拠法令についての主張は、警察が存在根拠とし

ている筈の日本国憲法に反するものである。以下、この点について詳論する。

## 第2 憲法上の警察の根拠と限界

### 1 警察の憲法的根拠

(1) 警察の基本的組織法である現行警察法は、第1条で警察法の目的を次の様に定めている。

「この法律は、個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持するため、民主的理念を基調とする警察の管理と運営を保障し、且つ、能率的にその任務を遂行するに足る警察の組織を定めることを目的とする」

ここで掲げられている目的は、①個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持することが警察の目的であること。②民主的理念を基調とする警察の管理と運営を保障すること。③能率的にその任務を遂行するに足る組織を定めることである。

(2) 警察は、日本国憲法上明文の規定がなく法律によって設けられる行政機関である。憲法上は、内閣が有する行政各部の指揮監督に服する行政機関という性格を有する。憲法に明文規定がないため、警察の憲法的根拠は解釈によって導き出されなければならない。警察の目的は、個人として尊重され、法の下に平等な国民個々人の基本的人権をその侵害から保護し、公共の福祉を実現することに求められる。一般に、公共の福祉には、人権の内在的制約原理（12条・13条）としてのものと外在的制約原理（22条・29条）としてのものがあるとされるが、どちらも人権を超越した抽象的な国益や公益を意味するものでない点では同様である。それゆえ、戦前のように天皇制の絶対的支配を「安寧秩序」として警察の目的としたり、時の政府の政策にすぎない政治のありようを押し通すため（特殊な私的利益の保護のために）、それを批判する国民に対し警察力を用いることを「公共の安全と秩序の維持」の名で正当化することは、憲法上容認されない。戦前の大日本帝国憲法下の警察から日本国憲法下の警察

には、このような憲法構造の転換があり、それを反映した法解釈がされなければならない。日本国憲法下の今日では、警察は、国民の生命・身体・財産などの人権を擁護するために必要な安全と社会秩序を維持するための行政作用として把握されなければならない（原野翔「現代警察法における治安と人権」・杉村他編前掲「治安と人権」岩波書店202頁）。

(3) このような警察の組織や活動のあり方は、より根本的には、国民主権原理と人権の第一次的保持責務が国民にあるという原則（12条）により決定される。人権の第一の守り手は主権者である国民自身であり、国民の不断の努力があつてはじめて、人権保障も本物になるということである。国民は、自主的活動によつては保持できない部分を公の機関に信託し、その手を通じて保持の責務を果たすことになる。憲法13条が、国民の権利は国政の上で最大の尊重を必要とすると規定するのは、そのような国民の保持責任を前提とし、それを補充するという意味である。したがって、国民の保持責務は、公の機関に対する関係では、それによる国民の自主的努力への過剰な介入や職務の怠慢を監視し統制する国民の権利でもあることになる。警察活動のあり方についていえば、その原型は国民の自主的な警察活動にあること、したがって、公の機関としての警察の活動は、補充的であるだけでなく、国民による不断の監視と統制に服さなければならないことになる。

(4) 憲法が規定するこのような警察のあり方は、かつて1947年の警察法（昭和22法196）がある程度、実現しようとしたことであつた。基礎的地方自治体である市町村がみずからの警察をもち、住民代表がその活動をコントロールするという地方自治の本旨に従つた警察のあり方である。しかし、この自治体警察は、1954年に廃止され、中央集権化と公安警察の強化が進行した。

## 2 警察の限界

(1) 警察の憲法的根拠は、同時にその限界をも画す。例えば、犯罪の行われるお

それもないのに、警察が「公安」維持を理由に国民の日常生活をスパイすることは、それがたとえ意志の強制をともしない非権力的事実行為や「任意的行為」であるとしても、強大な実力を有する国家・地方機関である警察による特定個人の思想や行動の監視行為は、それ自体、国民の憲法上の権利を侵害し（後述する）憲法上の警察の限界をこえ、許されない。

- (2) 警察の限界はそれにとどまらず、市民警察であっても物理的強制力をもつわけであるから、濫用されると大きな被害を及ぼすことになる。そこで憲法は31条で正当な法の手続きを一般的に保障したうえ、さらに、犯罪の捜査や被疑者の逮捕・勾留などに関する詳細な人権保障規定を設けている。それは、市民警察であっても、その権力行為には、厳格な作用法的根拠がなければならないことを意味している。警察官職務執行法や刑事訴訟法は、そのような憲法の要請をより具体化するために制定されているのである。本件において、被告らは、原告らに対する情報収集活動の法的根拠として、警察法2条1項という組織規範を根拠に挙げるだけで、作用法的根拠を一切挙げるができない。その意味で第一に指摘しなければならないことは、警察法2条1項のみを根拠規定とする原告らに対する情報収集行為は、日本国憲法の法治主義（法の支配）原理に違反するということである。

杉村敏正教授は、「警察法2条1項の規定は、警察の責務ないしは所掌事務を一般的に定めているだけで、警察官が、私たち市民に具体的に職権を行使するには、警察官職務執行法（昭23法136）や刑事訴訟法（昭23法131）などの個別的な根拠法が必要であり、警察官は、これらの根拠法の定める要件・形式・手続・内容などに関する規定を厳守しなければならない」（杉村敏正「1現代社会と警察」杉村敏正他編「警察法入門—市民警察とはなにか」有斐閣選書3頁）、「私たちは、生命・身体・財産の安全の保障を警察に求めますが、同時に、警察官の職権の行使が法令によって厳重に規制され、私たちの権利と自由が不当に侵害されることのないように求めます。」、「この点、警察法も、

『警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであって、その責務の遂行に当たっては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならない』（2条2項）と定めているところである」（杉村前掲書）と指摘するように、警察の権限発動の要件・形式・手続き・内容などに関する規定が設けられている必要があり、それが警察法2条1項のみでは規定されていないということである。

### 第3 法治主義（法の支配）の根拠とその内容

#### 1 法治主義（法の支配）の根拠とその内容

（1）日本国憲法は、実質的法治主義あるいは法の支配の原理を採用していると解されている。今日、実質的法治主義と法の支配の原理について、区別する実益がないとされているため、以下、日本国憲法が採用する実質的法治主義＝法の支配の意味で法治主義と略称する。法治主義は、権力分立に根拠をもつとされている。国民主権国家にあつては、国民主権と権力分立がその根拠である。つまり、憲法が定める国家機関の関係は、憲法の権限分配に基づくものであり、国家機関相互に権限を侵してはならない。国民主権国家においては、主権者国民の権利を制限し、義務を課す公権力の行使については、法律上の根拠を有する（侵害留保説）とされてきたのは、日本国憲法上は、国会を唯一の立法機関と定める憲法41条に基づき、国民の基本的人權の制約は、国会の制定する法律を根拠としなければ根拠づけられないからである。

（2）従前通説とされてきた侵害留保説は、今日ではそのまま採用する学説は皆無であると評価されている。そもそも、明治憲法下では、行政は、司法と立法権を除いたすべての国の行為（控除説）と定義されるように、司法と立法を除く広大な国家の権限が天皇＝君主の下に残され、国民は、臣民として、大日本帝国憲法下で、「法律の留保」＝法律の範囲内でのみ人權が認められた存在であ

った。そのため、国民の権利を制限し、義務を課すためには、法律によらなければならないとしてドイツの通説判例の立場であった侵害留保説がそのまま日本においても通説判例の地位を占めていた。しかし、日本国憲法制定による天皇主権から国民主権への憲法構造の変化は、国家と国民との関係を根本的に変化させるものであった。明治憲法下で広大な独自権限を有していた行政権は、国民主権の下では、憲法が直接行政権と認めるか、国民代表である国会の法律の授権に基づいて、初めて権限が与えられることとなるのである。そのため、明治憲法下の侵害留保説は、そのまま維持することはできず、国民の「権利を制限し義務を課す」場合だけでなく、国にとって重要な事項や本質的な事項については、国民代表である国会の定めた法律による授権が必要だと考えられるに至ったのである（重要事項説・本質性理論）。

- (3) 「立憲君主制的法律の留保は、特定事項に関する行政権の発動を法律によって根拠づけるに際しても、その法律による授権の態様を問わない一包括的授権をも否定しないものであったが、日本国憲法下の法治主義においては、行政権の発動は、法律への適合及び単なる法律の授権では足りず、さらに法律による具体的な規律を受けなければならないとされている（規律密度）」（高田敏「新版行政法」有斐閣ブックス 39 頁）。

ドイツでは、法律の留保をいう場合には、本質性理論（本質的事項は法律の中に定めなければならない）の下、規律密度が求められている。

そして、公行政については、行政作用の授権法律は、行政作用の要件、行政内容その他について具体的に定め、行政作用を羈束するものであることが要請される。この法律による羈束は、行政裁量と対をなすものであって、行政裁量の立法的統制を意味することとなる。この法律の羈束については、行政の適正手続きの法定化を求めることになるし、法律の羈束がどこまで及ぶべきかについて、規律密度の程度いかんは、規律する行政作用及び規律の対象の性質、規律される人権の性質・態様等の検討を通じて、憲法論としても決せられるべきで

あるとされている（前掲高田 40 頁）。

#### 第4 戦後の警察権に対する法的統制の脆弱性の誕生

- 1 戦前、日本は、治安維持法に代表される治安法制が国民の思想まで統制し、特高警察が、国民の一举一動を監視していた。警察国家、監視国家と呼ばれた所以である。このような警察国家、監視国家は、特高警察と呼ばれる政治警察を手足として、国民の動向の監視を行うことによって、天皇の下、国民統合を図っていた。
- 2 この特高警察は、戦後、ポツダム宣言の受諾後、占領軍指令により廃止され、公職から追放されるに至った。戦前の侵略戦争の原因となったのが、国内の非民主的な体制にあり、その中心が、治安維持法と特高警察による国民監視の体制にあったと考えられたことが原因である。

日本政府が1945年（昭和20年）9月2日に「日本国民を欺いて世界征服に乗り出す過ちを犯させた勢力を永久に除去する」とあるポツダム宣言第6項の宣言の条項の誠実な履行等を定めた降伏文書に調印し、同年9月22日にアメリカ政府が「降伏後におけるアメリカの初期対日方針」を発表し、第一部「究極の目的」を達成するための主要な手段の一つとして「軍国主義者の権力と軍国主義の影響力は日本の政治・経済及び社会生活により一掃されなければならない」とし、第三部「政治」と第四部「経済」の中でそれぞれ「軍国主義的又は極端な国家主義的指導者の追放」を規定していた。同年10月4日、GHQは「政治的、公民的及び宗教的自由に対する制限の撤廃に関する覚書」で警察首脳陣と特高警察官吏の追放を指令したものである。

- 3 このようにして戦前の非民主的な体制の中心装置であった特高警察は、1945年10月、廃止の通牒が出された。しかし、戦前の国体護持をもくろむ旧支配層の思惑とGHQの日本ないし日本国民の統治を容易にしようという思惑が一致し、民主化は徹底せず、国（中央政府）が国民を統制し国内の治安を維持すると



いう構造が求められた。しかしこれは、日本国憲法の制定という憲法構造の変更に基づく旧警察法による警察の民主化措置、すなわち、内務省の下に中央集権的な国家警察であった警察を地方警察へと分権化したこととは矛盾するものであった。この矛盾は、警察の民主化の徹底ではなく、国家警察の復活という方向で止揚されることとなり、同年12月には公安警察機構が生まれ、警察民主化の柱であった警察の地方分権の事実上の侵蝕に始まり、ついには、1954年警察法によって立法措置によって地方分権の排除が完成し、実質的な国家警察の復活が図られた。

1954年改正警察法は、各地方の県警本部長をはじめとした幹部警察官は、警察庁の国家公安委員会の管理の下におき、国家公務員とし、各県では県の公安委員会の監視の下に各県警察本部を設けるという形で再度の国家警察の復活が目指されたのである。その後は、国家公安委員会及び各県公安委員会は、形骸化させられ（公安委員会の事務局は各警察が担い、議論を主導している。名古屋高裁令和3年10月7日判決・[https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail4?id=90718](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=90718)は、公安委員会の審議を経ず県警本部長の専決で沖縄に県警を派遣したことを違法だと認定している。公安委員会が警察の追認機関となり、公安委員会の権限を県警本部長の専決処分に任せるなどする形骸化を違法と判断したものである）、実態上は、警察庁の下、各県警本部長を通じて各地方警察本部を指揮管理する形となった。しかし、警備公安部門については、県警本部長を通じた間接的な管理では不十分であると考えたのか、警備部のみは、各県警本部長を経由せず、直接、警察庁警備局長の下に各県警の警備部門が直接の報告をし、指示を受ける体制がつけられたのである。

4 1954（昭和29）年の警察法改正に続き、警察の作用法である警察官職務執行法（警職法）の改正が企図された。

(1) 警職法改正案は、治安警備のために警察権限を強化するところに狙いがあり、所持品検査や凶器等の一時保管措置の他、警察官の「制止」及び「立入」の権

限を拡大・強化しようとするものであった。この「制止」、「立入」は、警職法5条が、「犯罪がまさに行われようとしており「その行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があつて、急を要する場合」に制止しうると規定していたものを、「犯罪が行われようとしており、そのまま放置すれば、人に生命若しくは身体に危険が及び、財産に重大な損害を受け、又は公共の安全と秩序が著しく乱される虞のあることが明らかであつて、急を要する場合」に「制止」をしうるようにし、警職法6条が、「立入」を「第二条に規定する危険な事態が発生し、人の生命、身体又は財産に対し危害が切迫した場合」に警察官が「やむを得ないと認めるとき」に認めていたのを「人の生命、身体若しくは財産又は公共の安全と秩序に対する危害が切迫した場合」において危害防止等のため「やむを得ないと認めるとき」になしうるように改めようとする他、同条2項が犯罪予防または危害防止のための警察官の「立入」要求を正当な理由なく拒むことのできない者として「多数の客の来集する場所の管理者又はこれに準ずる者」を規定しているのを、「公開の施設又は場所の管理者又はこれに準ずる者」と規定しようとするものであった。この改正案について、とりわけ「公共の安全と秩序」の名に「制止」及び「立入」の権限を強化しようとした企図は、「安寧秩序」や「公安」の名において暴威を逞しくしたかつての治安警察法の行政執行法の再現につらなるものであり、戦前の警察国家の復活につながるとして世論の激しい反対によって遂に審議未了に追い込まれ、警職法の改正は阻止された。しかし、この警職法改正の挫折は、警察にとって二面性をもっていた。すなわち、改正警職法は、「現在やっておることをただ法律に明示するという程度」のことであり、法律の明文では10のうち5まで規定した法律のもとでも、「第一線では拡大解釈して10くらいまでやっている状態だった」（広中俊雄『警備公安警察の研究』（岩波書店、1973）191頁が引用する1958年10月17日付け「日本経済新聞」）ので、法的根拠を聞かれれば困る状態だったものを解消するという意味で、実現を希

望していたが、改正が阻まれたからといってたちまち困るわけではない。他面では、「公共の安全と秩序」の名においていっそう容易に「制止」や「立入」をなし得るようにしておけば、一般的には十くらいやれるようになったようにみえながら実は無制限に政治的「安全と秩序」のために警察活動をなし得るものとなるはずであったのに、それが阻止されたという点で警察にとって大きな打撃であった（広中前掲 194 頁）。このようにみれば、警察としては客観情勢が立法を許さないのであれば、やむを得ないものとして見送り、再提出を目指すという途と現行法のもとで立法手続きによらない円滑化という途を探るといふ二つの選択肢があったのである。その二つの選択肢のうち、立法手続きによらない円滑化（立法手続不要路線）は、以下の経緯で選択された。

- (2) 警職法改正案の提出は、1958年10月であり、日米安保条約の改定に関する日米交渉が東京で始まった直後であった。この日米安保条約改定問題は、昭和30年代の最大の政治問題に発展し、警備公安警察にとっては、国内の治安維持の観点から最大の課題となった。日米安保条約改定反対の集会、デモ等の闘争は、空前の規模に及び警視庁集計で1959年4月～1960年7月までの間の集会・デモ動員数193万5722人に対して、警備要員数は延べ27万8844人に達し、「約1年半の長期にわたってこのような大規模が闘争が展開されたことは、いまだかつてその類をみない」とされる状態であった（広中前掲 199 頁引用の『警視庁事務年鑑』昭和35年版 213 頁）。日米安保条約に関して、駐留米軍を違憲と判断する砂川事件東京地裁判決（いわゆる伊達判決）が1959年3月30日出され、同年8月8日、東京地裁は、東京都公安条例を違憲とする判決を下した（東京都公安条例違反全学連事件判決）。東京都公安条例については、1958年に東京地裁が蒲田事件で違憲判決を出し、同年8月にはやはり東京地裁はいわゆる巣鴨事件で一部違憲判断を下していた。警備警察が期待していた警職法改正が挫折した後、安保闘争がこれから激しくなるうとする時期に違憲判決が続いたのである。さらに、1959年10月13

日、東京地裁は東京都公安条例違反東大生事件で公安条例を違憲とする判断を下したのである（公安条例要旨集 65 頁、広中前掲書 199 頁-200 頁）。

- (3) この違憲判決は、警視庁のデモ取り締まりに影響を与えたが、同年11月27日に起こった国民会議の第8次統一行動の際の国会構内乱入事件が警察側に強硬手段をとらせる口実を与えたと論評されている。同年12月16日の砂川事件最高裁判決が東京地裁の違憲判決を破棄差戻した。翌年1960年1月には、東京都公安委員会は、前年の違憲判決の理由となった条例の運用を一部改める決定を行った。その後も集会、集団行進、集団示威運動は増加し、同年6月19日の条約の自然承認、同月23日の条約発効まで反対運動は空前の盛り上がりを見せた。警察の態度は激しさを増し、ついには6月15日の全学連国会侵入事件で、東大女子学生が死亡する事態にまで至った。警備公安警察は、警職法改正案の流産と、東京地裁の公安条例違憲判決があいつぐという状態のもとで戦後最大の“安保闘争”に対処しおおせたのである。警備公安警察にとって、警職法の改正は、ある方が望ましいとはいえ、無くてもやっていけるという自信を与えることになった。新たな立法手続きによらないで警備公安警察活動の円滑化を進めるという路線が、安保闘争への対処の過程で踏み固められてきたのである。この路線形成において画期的な意味をもったのが、1970年7月20日の最高裁の公安条例合憲判決であった。

- (4) 広中前掲書は、警備公安警察の立法手続き不要路線にとって象徴的な意味をもつことを三点に渡ってあげている。

第一は、1962年1月に警備警察研究会編「警備警察全書」の刊行である。同書の「はしがき」の「すぐれた機構や組織も、それを運用する人によって効果が左右される以上、ここに要請されてくるのは、警備警察官個々の教養の向上である。」との記載を挙げ、「警備警察官個々の教養の向上」が立法手続き不要路線にとって至大の重要性をもつと広中は評価している（広中前掲 212 頁）。同書には、「警備情報収集の方法」のもっとも代表的なものについての

説明として、後記第6で詳論する①視察内偵、②聞込み、③張込み、④尾行、⑤工作、⑥面接、⑦投入などが説明されていた。第二は、昭和29年警察法が、市町村警察を廃止しその事務を都道府県警察に移したことを憲法第92条に違反するとして争った事件について、最高裁大法廷判決昭和37年3月7日（民集16巻3号445頁）が、1954年警察法を合憲と判断したことである。広中は、「根本的には警備公安警察の要請にそって制定された昭和29年警察法についてのこの大法廷判決のなかに、われわれは、この時期における警備公安警察の立法手続き不要路線に照応するものを読み取ることができる」と評価している。第三は、警察法施行令一部改正による同令13条の改正である。この改正によって、「国家公安委員会規則の制定に関する従来の事項的制限がなくなり、国家公安委員会は、警察法第5条第1項の任務を遂行するために必要な事項の全般にわたって国家公安委員会規則を制定することができるようになった。」「今回の改正により、任務を達成するため必要な事項について定めた規則は、その内容において直接都道府県警察を拘束する効力をもつこととなった。」（警察庁乙官発第12号、次長より各都道府県方面公安委員会委員長・各管区警察局長宛）とされるように、国家公安委員会規則への委任事項のこのような改正が警備公安警察の立法手続き不要路線との関連で将来にむかってもつ意味をみのがすことはできないと評価されている（広中前掲書235頁－236頁）。

(5) この立法手続き不要路線の定着について、広中は、「警備公安警察は、昭和35年“安保闘争”警備後に最高裁判所の公安条例合憲判決を獲得し翌年“政防法闘争”警備を成功裡に終えたのち、一方では警察機構内的な諸措置で態勢を強化しつつ他方で諸種の公安事件（そのなかには“安保闘争”や“政防法闘争”に伴うものが含まれている）についての裁判を通じて警備公安警察活動の円滑化に資する判例を獲得し、このような過程を経て、ここに、警備公安警察にとっての立法手続き不要路線ともいべきものが定着するに至った。」と評価している（広中前掲書274頁）。このようにして今日の我が国の分散した規律密度

の脆弱な警察法制ができあがったのである。

- (6) 警察の作用法である警察官職務執行の改正による警察権力の増大を立法的に合法化する狙いは、阻止されたが、それは、警察権力に対する法的統制が不要だということではない。警察は、国家の実力装置として国民の権利を不当に制限するなどの濫用の恐れがあることから、警察法2条2項が規定するように、「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであって、その責務の遂行に当っては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならない」。そのためには、警察の活動に関する作用法を設け、法的な統制を行うことが必要であった。
- (7) その後の警察に対する法的統制は、警察法2条1項の責務規定とそれを実施するための施行令によって委任された規則等だけで行われ続けてきた。警察の恣意的権限拡大を防ぐために国民が反対した、警職法改正阻止という事態を悪用し、警察は、法的統制の圧倒的な密度の薄さを利用し、そのほとんどを政令・省令・規則・通達という内部規則によってのみ根拠づけたのである。国民代表機関であり、唯一の立法機関として国政の最高機関と位置づけられる国会を迂回し、警察法81条の「この法律に特別の定がある場合を除く外、この法律の実施のため必要な事項は、政令で定める。」との委任規定に基づき、内部規定のみで恣意的に運用する体制を作り上げてしまったのである。その結果、警察に広範な裁量の余地が残されてしまった。それは言葉を換えれば、警察法2条2項が規定する警察の権限の濫用を防ぐための法的な統制の弱さを意味している。

## 第5 警察法の規律密度の脆弱性下の司法の役割

- 1 以上のとおり警察法の規律密度の脆弱性は、言葉を換えれば、国家の典型的な権力機関である警察に対して、国民主権に基づく法的統制が脆弱であることを示

している。この法的統制の脆弱性については、本来、憲法に基づいて国会によって制定された法律によって警察力の行使が統制されるべきであるのに、国会による法的統制が弱いことを示している。

2 このような、現行の警察法による脆弱な法的統制体制は、我が国の警察に対する法的規律の密度の脆弱性は学説上も共通して指摘している特徴である。このような我が国の警察に広範な裁量の余地のある分散した法的規律密度の脆弱性は、立法手続き不要路線と、司法によるお墨付きによって形成されたものである。法治主義の担保は、立法による権力の規律とそれを事後的に担保する司法の役割によって果たすのが近代立憲主義憲法の共通する構造である。現行の警察法の特徴とされる「分散した規律密度の低い「実定法の定め」」（米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』）は、司法による支持・補完を期待していたし、その役割を發揮してきた。しかし、民主的統制は日本国憲法の要請であり、この実現のために第一次的には唯一の立法機関である国会による法律制定が求められるが、法律が制定されるまでの間、法治主義の制度的担保機関である裁判所が、憲法に基づき、適切な法的統制を行う必要がある。例えば、米田前掲書は、我が国の警察法令に特徴的な「分散した規律密度の低い「実定法の定め」」を裁判官（判例）法の重視によって、解釈構成という手法で精緻化し、秩序としての法の体系化に期待している（米田前掲書 460 頁～461 頁）とする。今日、裁判所は、「分散した規律密度の低い「実定法の定め」」を日本国憲法の観点から適正に国民の人権保障のために法的統制を及ぼす任務を負っている。それは、個々の事件を通じての法解釈によってこそなされるものであり、近時、最高裁もGPS判決等でその方向性を示しているものと評価できる。

3 我が国の警察法における規律密度の脆弱性を放置してきたのは、立法機関である国会とともに、司法による事後的統制の弱さによるものである。本件の発生は、警察法2条2項が戒める警察権限の濫用が行われたことを示す例である。原判決の情報収集に関する無批判の許容は、法治主義が権力分立の思想に基づいている

ことも、権力分立が権力に対する信頼ではなく、猜疑に基づく法理念であることも忘れた警察権力に対する誤った信頼に裏付けられている。そのような民主主義の根本理念も司法の役割も忘れた裁判所の姿勢が、広範な裁量の余地を残す、分散した法的規律の脆弱な我が国警察法制を今日まで維持され続けてきたのを許してきた大きな原因である。

- 4 しかも、本件の一般的情報収集活動（後述）に関しては、被告県は、根拠法令について警察法2条1項の責務規定以外の政令及び内部規定等の一切の根拠法令の存在及び内容についても何も明らかにしようとしていない。これは、基本的に司法による事後的な法治主義的統制を拒否する態度であって、到底許されるべきことではない。

現在の法治主義は、行政機関の活動が法律に根拠を有するというだけでなく、その正当性が、裁判所によって正当であるとの審査がなされることによって法的な根拠を有することとなる。自らの活動の合法性が問われる訴訟において、法的な根拠規定を明らかにしないことは、法治主義に違反する態度であって、被告県の応訴態度は厳しく批判されなければならない。

## 第6 警察の情報収集行為

### 1 情報収集活動の種類・方法

#### (1) 情報収集活動の種類

警察の情報収集活動には、①犯罪の発生後に行われるものと、②犯罪または公安を害する事案が発生するおそれがある場合にその予防・鎮圧のために行われる事件情報収集活動と、③一般的に将来の事案発生に平素からそなえるために行われる一般情報収集活動がある。

警備公安警察の手段としての情報収集活動として特に問題となるのは、この内、②の事件情報収集活動と③の一般情報収集活動である。犯罪発生後の情報収集活動は、犯罪捜査の一環として刑事訴訟法などにもとづく正当な職務行為



と考えられるが、一般情報収集活動が問題である。

## (2) 情報収集活動の方法

戦前の、特高警察執務心得（甲第32号証）には、

「第1条 特別高等警察（以下特高警察と称す）は国家存立の根本を破壊し若し社会の安寧秩序を攪乱せむとするが如き各種社会運動を防止鎮圧するを以て主たる任務とす社会運動にして合法穩健なるものは固より之を抑圧すへきに非ずと雖も苟も其の目的若は手段にして国法を干犯し又は奇矯過激に亘るものに対しては取締を加ふべきものとす

第2条 各種社会運動に対しては非合法のものは勿論、合法のものとも雖も常に周匝綿密なる視察を加へ運動の因を来る所以と其の实情とを明にし且つ絶えず其の動向を注意し苟も不法不軌の挙措に出づるの余地なからしむべし」

「第4条 視察に当りては取締を要すべき人物又は団体の認定に過誤なきを期し取締を要すべきものを警察視線外に逸せざるに努むると共に其の必要なものに無用の視察を加ふるが如きことなきやう留意すべし 視察は成るべく内偵の方法に依り其の徹底を期すべし」

（注：原文のカタカナ表記をひらがな表記に改めた）

と記されていた。戦前、特高警察は、非合法は勿論、合法的な社会運動を秘密裏に視察という名の監視をしていた。

現在の公安警察の情報収集活動の方法として、公安警察の教科書として使われていた前述の「警備警察全書」は、その代表的なものとして、(1)視察内偵——情報収集として最も一般的な方法であり、(2)聞き込み——特定の人や場所について行う場合となんらかの資料を得る場合があり、直接聞き込みを行う場合と第三者を通じて間接的に行う場合がある。(3)張込み——相手に気づかれぬよう隠密に行う必要のあるもの、(4)尾行——数人のものが交代して行うような工夫も必要であるもの、(5)工作——協力者をつかみあるいはそれを拠点として情

報を収集するもので、協力者工作や拠点工作は、必ず幹部の判断をもって行うべきもの、(6)面接——直接重要対象人物に面接して面接上法を得るもの、(7)投入——情報員が重要対象の非合法活動を探るため、潜入して情報を収集するものなどの方法を挙げて説明していた（原野前掲論文 225 頁、広中前掲 232 頁～234 頁）。

ここに列挙されている情報収集方法は、前記特高警察執務心得が記載する特高警察の手法を引き継ぐものであり、憲法の観点及び憲法実施法としての行政法の観点から、その合法性が厳しく問われなければならないものである。

しかも、前記警備警察全書が挙げる情報収集方法は、今日のように様々な情報通信技術の発達前のものであり、今日では、インターネット等の利用によるデータの収集、Nシステム、GPSによる位置情報の把握など、ここに挙げられたもの以外の多様な情報入手の手段が組み合わせられて、対象とされた団体や個人の情報が対象者本人に気づかれない方法で系統的に収集されているものと思われる。

(3) 本件以前にも警察の情報収集活動が明らかになった例がある。

ア 杉村敏正・宮内裕・岡崎万寿編「戦後秘密警察の実態」（三一書房、1960年）が、具体的資料を挙げているだけでも、東大ポポロ事件、福島県警作業計画事件、新潟県警作業簿事件、和歌山県警送達簿事件、大阪府警作業報告書事件、菅生事件、人権擁護大阪共同闘争委員会結成大会事件（大阪地方裁判所昭和 23 年 12 月 27 日判決）など警察による秘密裏の違法な情報収集活動が行われている実態が明らかになっている（同書 227 頁以下には、判例上明らかになった事件が、257 頁以下には、情報収集活動に関する手紙、手記が、同書 283 頁以下には、国会で明らかになった事件が具体的に掲載されている）。その他、今日までの間に警察による情報収集活動によって基本的人権を侵害された事件は多数に上っている。

イ 本件との関連では、警備公安警察が、大衆運動を敵視し、公害反対運動に

についても公害反対の市民運動による違法行為防止のための適切な措置を事前にとることや、公害反対の市民運動の中にこれを政治的目的の為に利用せんとするものがあるとし、警備公安警察の見地から軽視することができない問題があるとする認識が表明されてきたことは留意する必要がある（原野前掲論文 238～239 頁）。この原野論文で紹介されている「公害問題を政治闘争に利用する傾向をもつ公害反対市民運動があり、「公安警備の面からも軽視できない問題となってきた」（濱田栄次「公害事犯の実態と取締まり上の諸問題」『警察学論集』31 卷 4 号 23 頁－39 頁）との警備公安警察の認識は本件情報収集に及ぶ警察の市民運動・大衆運動敵視の姿勢が顕著に表れている。

ウ 近年の例として明らかになったものに警視庁公安部「イスラム捜査」流出事件がある。

この事件で流出した情報からは、前記「視察」や「追跡」「行確（行動確認）」などが行われていることが明らかになった。そして、情報収集作業の対象となった個人については、個人データに、基礎調査＝基調として、戸籍、住民票、外国人であれば外国人登録証や在留資格、出入国記録、さらには家族関係、交友関係などが調べ挙げられ、関連人物について、住所、勤務先、家族構成から果ては銀行口座のデータに至るまで「照会」しているとされている（青木理「流出資料からみる公安警察の馬鹿げた実態」青木理・梓澤和幸・河崎健一郎編著『国家と情報』現代書館 35 頁）。要注意人物の動向確認欄などでは、連日のごとく朝から晩までの行動が綿密に記録されている記載がある（青木ら前掲書添付の流出資料 256 頁）。

エ 本件でも、学歴や病歴や株主総会への出席・発言、過去の市民運動の経歴、思想及び人間関係など、個々人の内面にかかわる事項や極私的な事項で公にされていない情報などが大垣警察とシーテック社の情報交換において情報提供されていることがわかる。情報提供の対象となっている情報は、警察がそ

の情報を収集し、個人別に情報を整理し、利用できる形で保管し、当該情報が必要に応じて取り出せる形で整理し、提供されるシステムが構築されていることを推測させる。

ところが、被告県は、本件原告らの情報の収集方法について、具体的に明らかにせず、公表された情報を収集しただけとしか回答しない。そもそもシーテック社との間の議事録からうかがわれるのは、公安警察が、シーテック社に提供した情報だけでも、原告らの公表情報のみでないことは明らかであり、被告県の主張と異なり、公表情報以外の原告らの個人情報も公安警察は収集していることは明らかである。

## 2 警察の情報収集活動によって侵害される権利・利益

(1) この点、ドイツにおける議論は、領域理論や情報自己決定権侵害を認める議論が学説・判例において行われており、参考になる。

### ア 領域理論と侵害留保論

(ア) 盗聴行為や尾行調査あるいは第三者からの情報収集などの非権力的な手段による個人情報の収集は、相手方に対して権利の制限や義務の賦課などの具体的な侵害効果を生ずるものではない。それにもかかわらず、これらの行為が個人の自由権に対して侵害をもたらすというのであれば、如何なる自由権を、どのような意味で侵害するとされているのかが問題である。

(イ) 個人には一定の範囲において第三者の介入から自由な私的生活領域が認められ、それは人格権として法的に保護されるべきであるという考えが、まず、私法の領域において形成され、それが公法の領域に取り入れられ、「法律による行政の原理」との関連で再構成された。

領域理論は、個人の私的生活領域を、人格的利益との関連性に着目して、いくつかの範疇に類型化し、それぞれについて許容される侵害の形態や範囲などを論じる。一般的に第三者の介入が一切否定され、個人にとって最もセンシテ

ィブな私的生活領域である核心領域がまず設定され、それを起点にして、その周囲に外部社会との関連性を有する、いわゆる「私的領域」が形成される。個人の生活領域が外的世界との関連性を強めていけばいくほど、外部からの規制の可能性も増え、それに応じて法的に保護を受ける程度も弱まっていくとされる（島田茂「警察法の理論と法治主義」信山社 164 頁）。この領域理論は、個人には自己の人格を自由にかつ自律的に形成し得る「内密領域」が保障されているという前提から出発する。領域理論にとって内密領域は、外部との関係を遮断した純粹に個人的な領域として観念されるとともに、法的には、ドイツ基本法 2 条 1 項の保障する「人格の自由な展開」に関する基本権の一環として、他の個人の生活領域よりも一層強く保護されることになる。それは、個人の人格に直接関わる領域であるだけでなく、外部から遮断された私的世界を意味する。したがって、この領域から個人情報収集する行為は、それが権力的措置を伴うものではないとしても、人格権として保護されている個人生活領域及びそこにおける個人の自律的な意思形成の自由に対する違法な介入として観念されることになる。私的生活領域に干渉する国家行為が法律の規制のもとにおかれるべきなのは、この国家行為が人格権として保護された個人の主体的な意思の形成及び決定に対して、阻害的または抑止的な効果を及ぼすからである。このような効果を生ぜしめる行為は、その手段が如何なるものであれ、人格権の保護の観点から法律の規制の対象とされなければならないのである。後述の GPS 捜査に関する最高裁判決は、判決文から見てもこの領域理論の影響を受けていることは明らかである。

#### イ 情報自己決定権侵害と侵害留保論

1983年12月15日のドイツ連邦憲法裁判所が、いわゆる国勢調査判決において、国家が個人情報を収集あるいは処理する行為を、自己の情報の開示、利用等について自ら決定する権利（情報自己決定権）の侵害と認めて以来、ドイツでは領域理論をとらず、情報自己決定権に求める見解が有力とな

ってきた。

ドイツの連邦憲法裁判所が、国勢調査判決において、情報自己決定権の保障の必要性を強調した背景には、電子計算機による情報処理の普及という情報化社会の現実があった。情報化社会においては、電子計算機等の高度情報処理機器の利用によって、個人情報が無制約に蓄積し、また、必要な時に端末機を使って即座に呼び出すことが可能となる。さらに複数の個人情報を結合することによって、個人の全体的な人格像を描き出すことも容易に行えるようになる。しかも、その利用目的ないし利用方法の正当性について本人は十分に確認することができない。連邦憲法裁判所は、国勢調査判決において、このような個人情報の利用、特に電子計算機等の高度な情報処理機器を用いた個人情報の利用・処理から生じてくる権利侵害の危険性に着目し、この危険性にたいして個人を保護することが必要であると考えたのである。情報自己決定権は、基本法の一般的人格権規定に根拠づけられる点において領域理論と同じであるが、情報自己決定権論は、領域理論のように、人格権の保護の観点から重視される、個人の特定の生活領域の保護を直接の目的とするものではない。領域理論の立場からすれば、個人情報が如何なる生活領域に関わる情報であるか、個人情報の内容が人格権の保護の観点からみて、どの程度の重要性を有するか、あるいは、その情報が外部社会といかなる関連性を有するかなどによって保護の内容・程度も変わってくることになる。一般的にあって、核心領域に属する個人情報は絶対的な保護を受けるのに対して、その内容が社会的関連性を有する個人情報は相対的な保護しか受けられないということになる。しかし、情報自己決定権にとって、当該個人情報が社会的関連性を有するか否か、また、個人情報の内容が人格権の保護からみてどの程度の重要性を有するかということは法的保護を受ける対象及びその程度を決定するうえで必ずしも規定的な意味をもたない。高度な機能を有する情報処理機器は、人格権的にみて重要な意味を有する個人情

報から、そうでない個人情報に至るまで膨大な量の個人情報を蓄積し、それらを状況に応じて自由に集中・分散することを可能とする。そして、「重要ではない個人情報」であっても、それらを集中・結合することによって個人の人格像を描き出すことも可能にする。今日の情報化社会においては、国家と個人の関係は、単に個人情報を利用する者と利用される者の関係だけに止まらない。国家は、高度に発達した情報処理機器を用いて個人情報を管理・利用し、それによって個人の人格領域に対してまで支配的な影響を及ぼす可能性を有する。国勢調査判決において示されたように、情報自己決定権との関係において最も問題とされるのは、このような個人情報の管理の強化のもとに生じてくる個人の人格権の侵害のおそれであった。情報化社会における国家の情報管理機能の強化とそれに伴う個人の人格的主体性の喪失のおそれは、国家による個人情報の収集・処理等の行為に侵害性を認め、これらの行為を法的規制の対象とする必要性を導くことになる。

国勢調査判決で認められた情報自己決定権について、玉蟲教授は、「より簡潔に定式化すると、『各人が自己の個人データの開示および使用について、原則として自ら決定する権限』であり、より具体的にいえば、『いかなる者が、自己に関して何を知り、何を利用するかということ、各個人が広範囲に認識、かつこれを決定する権限』と説明している（玉蟲由樹「人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態」尚学社 283 頁）。問題は、情報自己決定権の観点から個人情報の収集・利用等の行為が如何なる意味において侵害性を有することになるかである。

#### ウ 情報収集行為に対する統制

情報自己決定権の法理からすれば、個人情報の収集は本人の意思に基づいて行われることが求められるのであって、本人の意思に基づかない個人情報の収集については、それを正当化するために法律の根拠が求められることになる。この場合、法律の留保の必要性を導き出す侵害の契機は、個人情報の収

集が本人の意思に基づかないで行われる点に求められる。伝統的な法治主義的侵害論においては、情報収集活動の侵害性は、強制立入の限界や刑罰を伴う命令などの事実上あるいは法的な侵害行為との関係において認められていたにすぎなかった。そのため権力的な手段を媒介としない個人情報の収集行為は、個人の権利・自由に関係しない行為として、その侵害性が否定されるのが普通であり、警察機関によって行われる個人の監視活動や尾行調査などのように秘密裏に行われる情報収集活動は、権力的手段が存在しない点において、伝統的な侵害論の立場からは、侵害的な行政作用とみることが困難だとされていた。しかし、このような考え方は、情報自己決定権を前提とする限り、否定されることになる。個人の情報自己決定権は、個人情報の利用者の必要性や便宜よりも、当該個人情報の主体の意思を第一に尊重することを求める。本人以外の者が個人情報を収集・利用することに一定の意味が認められるとしても、それだけでこれらの行為を正当化することはできない。第三者が行う個人情報の収集が正当であると認められるためには、まず、当該行為が本人の意思に基づいて行われることが必要とされる。本人が自らの意思によって個人情報の提供を行った場合、あるいは、第三者が特定の個人情報を収集することについて本人の許可を求め、本人がこれに同意したような場合には、本人の意思に基づく情報収集として取り扱われることになる。これに対して、本人が個人情報の提供を拒否しているにもかかわらず、それを強制的に収集する場合、あるいは、本人の意思とは無関係に個人情報を収集する場合には、本人の意思に基づかない個人情報の収集とみられることになる。情報自己決定権の立場からは、強制的に収集する場合も本人の意思と無関係に個人情報を収集する場合もいずれも共通して「本人の意思に基づかない情報収集行為」と捉えられるからである。むしろ、相手方に対する具体的な命令・強制を媒介として行われる情報収集活動は、収集される個人情報の内容・範囲を本人も知ることができるの



に対して、第三者からの情報収集、盗聴器や写真機などの技術的手段を用いた情報収集、秘密に投入した調査員による調査活動などは本人の知らないところで行われる点において、情報自己決定権に対してより一層深刻な侵害効果をもたらすことになる。本人の知らない間に収集された情報は、さらに、本人の知らない間に無制限に蓄積され、多様な目的に利用される危険性を有している。その結果、本人は無防備なまま公的機関の情報収集の単なる客体としての地位におかれ、自己の情報の流れに主体的に関与する機会が認められない恐れが生じてくることになる。このような侵害行為とされる個人情報収集・処理についての授權規定については、要件・目的・効果をできる限り明確にすることが求められる（規範明確性の原則）。この規範明確性の原則は、法治主義の原則から直接導かれる原則であり、個人の情報自己決定権との関係で規範明確性の原則が要求される場合、単に個々の侵害行為の要件・効果等を明確にすることだけでなく、それを通して情報処理過程全体の透明化を図ることが求められる。この原則によれば、立法者は、個人情報の収集・処理の要件・効果をできるだけ明確に定めることが求められ、不確定な内容の文言でもって要件・効果を定めることは否定的に評価されることになる。

## (2) 日本における判例の状況

プライバシーの権利に関するわが国のリーディングケースとしては、「宴のあと」事件東京地裁判決（東京地判昭和39年9月28日下級裁判所民事判例集15巻9号2317頁）がある。この判決において、東京地裁は、「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによっではじめて確実なものとなるのであって、そのためには、正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならないことは言うまでもないところであり、「私事をみだりに公開されないという保証が、今日のマスメディアの発達した社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえ

において必要不可欠なものである」と述べ、「個人の尊厳」の保護を根拠に「幸福追求」の一環としてプライバシー権を承認した。ここでのプライバシー権はあくまで私法上の人格権の一つとして理解されるものであるが、「私事をみだりに公開されない」というプライバシー保護の要請が憲法13条に明確に位置づけられていた。

その後、プライバシー保護及びプライバシー権は、最高裁判例において、個別の事例において次第に内容が充実していく。まず京都府学連事件最高裁判決（最大判昭和44年12月24日刑集第23巻12号1625頁）では、人の容貌・姿態についての権利が認められ、京都市前科照会事件最高裁判決（最3小判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁）では、前科および犯罪経歴に対する保護が、指紋押捺拒否事件最高裁判決（最3小判平成7年12月15日刑集第49巻10号842頁）ではみだりに指紋の押捺を強制されない自由がそれぞれ承認された。また、住基ネット訴訟最高裁判決（最1小判平成20年3月6日民集62巻3号665頁）においても憲法13条が保障する「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」ことが確認されている。

このように、京都府学連事件及び指紋押捺拒否事件で問題となっていたのは、個人情報の「取得」段階での問題であり、これらの事件では、「承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない」ことや「みだりに指紋の押捺を強制されない」ことについての保障が語られていたという点で、公権力によって個人情報をみだりに「取得」されないことが問題となっていた。これに対して、京都市前科照会事件や住基ネット事件で問題となったのは、個人情報の取得段階の後に生じる、情報の「利用」や「開示」の段階である。裁判所はこれらの判決を通じて、公権力による個人情報の取得にはじまり、その保存・蓄積や、一時的ないし恒常的な利用、さらには第三者への譲渡（提供）へと進行しうる情報処理のプロセス全体についてプライバシーの保護を図ろうとしているので

ある。

この点、最高裁は、とりわけ情報の取得段階について、個別具体的な事例との関係で「容ぼう・姿態」の撮影や「指紋」の押捺強制を問題とするにとどまり、「個人に関する情報をみだりに取得されない自由」という一般的な定式化をしていないという指摘もありえる。しかし、このような考えは、憲法13条がきわめて広い保障範囲をもつものであり、その内実を明らかにするためには、事例判断を積み重ねていくほかないという裁判所の憲法解釈戦略の現れというべきものであり、個別具体的な事案での具体的権利救済という司法権の本来の役割を追求する態度の結果と考えることができる。しかし、それを越えて最高裁が、「個人に関する情報をみだりに取得されない自由」を否定していると理解することは行き過ぎである。少なくとも「容ぼう・姿態」や「指紋」だけが憲法上保護を受ける個人情報であるとするのは、京都府学連事件において最高裁が憲法13条について、「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものということができる」とし、「個人の私生活上の自由の一つとして」みだりに容ぼう等を撮影されない自由が認められるとしたことの趣旨を没却することとなり正しい理解とは考えられない。

近時の下級審判決には、こうした最高裁のプライバシー理解を正しく受容した説示が多く見受けられる。例えば、自衛隊情報保全隊事件での仙台高裁判決は、「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、個人の私的な事柄に関する情報をみだりに第三者に取得、開示又は公表されない自由を有するものと解され、そのような利益または権利（いわゆるプライバシー）は人格権の一つとして、不法行為法上、法的保護に値するということができる」と述べている（仙台高判平成28年2月2日判時2293号18頁）。また、マイナンバー訴訟での東京地裁判決も同様に「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、個人に関する情報をみだりに収集若しくは利用され、又は第三者に開示若しくは公表されない自由を保障するものと解される」としている（東京地判令和2年2月25日判タ1485号212頁）ところである。

このようにいずれの判決も、憲法13条を根拠として憲法上の位置づけをもってプライバシー保障を展開しており、その中で、取得ないし収集の段階を始まりとして、その利用、開示・公表といった各段階を包括する保障としてプライバシーを理解してきている（包括的保障）のである。

### （3）本件における被侵害利益・権利

人のプライバシー、すなわち「私的な事柄」にかかわる情報が憲法によって直接保護の対象となっていることは、日本の憲法学界において、幅広い意見の一致がある。個人のプライバシーが国家生活の中で特別に保護されなければならないのは、憲法13条前段が定める「個人の尊重」から要請されるものである（前記「宴のあと」事件東京地裁判決参照）が、これを憲法13条後段の幸福追求権の一環として、主観的権利のかたちで示したものがプライバシー権である。そして、このような主観的権利としてのプライバシー権の中でもプライバシー保護にとって中核的な意味合いを持つのが、自分の私的な情報について、それをいつ、いかなる範囲で他者に対して明らかにするのかを自分自身で決定するという個人情報に関する自己決定権（情報自己決定権）である。

個人に関する情報やそれに関するプライバシーは、人の生命や身体と同様に、その人固有のものであり、原則として個人の判断によって何時、誰にどの範囲で明らかにするのかを決定すべきものである。日本国憲法13条がすべての国民を「個人として尊重」との規定の中には、個人の私的な生活領域に対する尊重も当然含まれている。人は私的な生活領域と公的な生活領域

を行き来しながら全体としての生を営んでいる。この時、人は私的・公的両面を行き来する多元的な人格存在であり、個人の中では公私の境界がきわめて相対的であることもありえる。しかし、その場合でも、人の全ての生活領域を公的な関心事としてしまうことは適切ではない。公的な人格と私的な人格とがそれぞれ尊重され、私的な生活領域が公にならないことによって、人は自分のアイデンティティや人格的なインテグリティを確立し、自律的な生を営めるようになる。私的な生活保障を欠いた「個人の尊重」は明らかに論理矛盾である。

そう考えれば、情報自己決定権は、その権利の本質からして、公権力による個人情報取得の始まり、保存・蓄積や一次的ないし恒常的な利用、さらには第三者への譲渡（提供）へと進行する情報処理のプロセス全体について、情報主体による自律に基づいたコントロールを認めるものである。それゆえ、情報自己決定権は「個人の尊重」という客観的な憲法理念に根拠をもち、「個人の尊重」は、個人の自律とそれにもとづく私的生活とを尊重することをその内容に含み、それゆえに自己の情報に関する自律的な決定（情報自己決定）への尊重を要請するのである。

このような情報自己決定権は現代の高度な情報処理技術との関係でますますその重要性が高まっている。コンピューターによる電子的情報処理技術の発展は、個人情報を電子データとして簡易、迅速かつ大量に処理することを可能にしている。いったんデジタルデータ化され、ネットワークのなかに取り込まれた個人情報は、ネットワークの内外で際限なくコピーされ、いつまでも消えずに残り、また情報主体の思わぬところで情報同士が結びつけられ、利用される危険性を秘めている。このような状況が進展すればするほど、個人のプライバシーは大きなダメージを受ける。

プライバシー侵害について、個人が秘匿したいと考える私的な事項が公にされてしまうことを想定し、従来の裁判所の判決では、問題となっている私的

事項の秘匿性の有無や程度が問題とされてきた。しかし、情報秘匿性の高さやそれが公開されることの侵害性はプライバシーにかかわる問題の一側面を切り取っているだけに過ぎない。むしろ、現代社会でのデータ処理の現実を考えるならば、個人情報公開・暴露されるという「実害」が生じていなくとも、個人の知らないところで個人情報がやりとりされ、情報が結びつけられ、利用されるという「危険」を生じているという状況こそがプライバシー侵害なのである。いまやプライバシーは公開・暴露されてはじめて問題となるものではない。他者によって本人のあずかり知らないところで情報が収集され、利用されることで問題を生じるのである。それ故、情報処理技術の進展は、必然的に個人のプライバシー保護のために自己情報の処理を自らの意思に基づいてコントロールすることの重要性を高めている。本件は、まさに原告らが知らないところで、原告らの思想・信条やそれに基づく原告ら個人の活動が過去に遡って警察により収集され、中には病歴や誰と誰が親しい関係にあるなどの極めてセンシティブな情報を警察が第三者とやりとりしていた事案である。これらの収集された情報をどのように保管・利用しているのか、被告らは一切明らかにしようとしませんが、イスラム教徒監視情報漏洩事件によって明らかになったように、公安警察の監視対象とされ収集された情報は、電子データ化され、それがインターネットを通じて広範に拡散される危険性がある。それだけでなく、収集された情報がどのように使われるのか、保管・利用の適切性は法的にも担保されていない。情報自己決定権や自己情報コントロール権という権利を認めるかどうかは別にしても、本件で問題とされた原告らの収集された情報が憲法13条の保障する人格権の保障範囲であることは争う余地はない。その極めて重要な憲法的保障の対象であるプライバシー保障が脅かされるような警察の活動を統制する法律が存在しないことは、我が国の法治主義にとっての重大な欠落である。以下、被告らが根拠としてあげる警察法2条1項が法的

根拠となるかどうか、警察法2条1項のみで警察に対する法的統制がはかられているのか（言葉を換えれば法治主義に違反しないのか）を検討する。

## 第7 警察法2条1項は根拠となるか？

### 1 警察法2条1項の「公共安全と秩序の維持」とは何を意味するか？

(1) そもそも警察力は、国民の間に対立のある問題について、政府の政策を強行するための手段として利用されるべき性質のものではない。

警察の目的は、「本来、市民の自足的自律的な生活領域の中で生じた障害一中略一を、公権力が市民に協力し、あるいは市民のかわりに除去に任ずるということにある。」（奥平康弘「警察の理念と現実」『思想』岩波書店1958年12月号1874頁）。したがって、ここの警察官は、常に市民の手足として、市民の延長として活動するものである。警察官が市民の延長に他ならず、市民がもっている権限以上のものをもってはならないという原則が、「法の支配」の原理によって与えられてきたのである。そのような存在である警察は、組織上も、市民の社会生活単位である地域コミュニティに基礎を置くものでなければならず、警察作用は地方自治の事項でなければならない。それは警察が市民のものであるための制度的な保障である（奥平前掲1874～1875頁）。

(2) 警察法1条及び2条が定める「公共安全と秩序の維持」とは、この意味の市民の自由（の行使）を守り確保し、社会生活の障害を除去することによって、達成するものである。警察法1条及び2条の「公共安全と秩序の維持」は、市民の自由・権利体系そのものであって、それ以外であってはならない（奥平前掲1878頁）。

(3) このような市民的「公安」と別に国家的「公安」という特殊法益を設定し、一般犯罪の取り締まりを警察権発動の口実にして、市民的自由・権利体系に直接無関係な国家的公安の維持のために利用されることがある。それは、国民の間に意見の対立する特定の政策実現のために警察力が利用され、それを国家的

「公安」の維持＝公共の福祉とし、基本権への制限を合法化するという場合である。この論理は、思想・集会・結社・学問・宗教などの自由に対する「悪影響を及ぼす」警察作用も、国家的「公安」の支配するところ、合法的であるという結論を引き出すことにつながる。結局、これらの自由の憲法的保障は、無意味に帰するし、基本権は最大限尊重されるべしという原理（13条）が完全に犠牲にされてしまうことになる。しかし、憲法的原理・保障が意味を持つのは、国民多数者にとってではなく、少数者にとってである。国家的「公安」の名の下に基本権の制限を受忍せよと押しつけられるのは、常に少数者である。少数者にとってのみ意味のある憲法的保障・原理が少数者に対してのみ剥奪されることとなるのである。

- (4) 国家的「公安」を理由とした基本権の制限は、本来、市民の自由を守ることを本質とする警察が、常にある種の市民の自由を専ら制限・抑圧する作用を営むものへと転化してしまうのである。ある種の市民とは、通常、国家的「公安」の対象である政府の政策遂行に反対する市民であるが、それは政治的な対立だけでなく、自らの平穏な生活や環境を守ろうとする極めてまっとうな市民の行動もそれがひとたび国家的「公安」に障害となると認定されるや一般犯罪（例えば道路交通法違反などの）の取り締まり名目で、市民の表現の自由という憲法的権利すら制限されてしまうのである。

このような機能を営むことがある警察組織が、中央政府の政治的なコントロールに服している場合には、国家的「公安」に仕えることによって、現在の政府権力に仕え、その政策実現のための実力装置として機能することとなるのである。

- (5) このような濫用を防ぎ、警察の民主的運営と政治的中立性を確保するため、警察を管理する行政委員会としてもうけられたのが、公安委員会である。警察庁の管理のために、内閣総理大臣の所管のもとに国家公安委員会が置かれ、都道府県警察の管理を行う都道府県公安委員会（地方自治法第180条の9、警察



法第 38 条) がもうけられたのである

- (6) 本件は、警察が警察法に定められた任務ではなく、政策目的実現のために国民の憲法上の権利を抑圧する道具に使われているのではないかを問うものである。本件の情報収集の目的である秩序の維持が、警察本来の目的である市民の自由・権利の体系維持のためではなく、「公安」を口実に濫用されているのではないかが問われているのである。

## 2 警察の情報収集活動が警察法 2 条 1 項を根拠に許されるとする主張

- (1) 警察当局は、これらの「情報収集活動に対して、警備対象として把握される団体の行動はきわめて計画的であり、組織的であるので、市民の平和と安全を確保するために適確な情勢判断が必要であることを考えると、まず、出入自由な場所での情報収集は自由であり、私的生活の平穏を圧迫しない限り尾行や張込みも必要最小の限度において許されるし、自由意思にもとづく協力である限り、その提供する情報を受領、収集することは適法であって、人権侵害やスパイ活動等の非難はあたらない。これらの行為は、警察法 2 条 1 項の犯罪の予防・鎮圧・捜査及び公共の安全と秩序を維持することその他を職務とすると言う規定に根拠づけられているものであって、犯罪発生後その捜査・鎮圧、公安攪乱後その事態の鎮圧・秩序回復をなすべき職責を警察が有することはもちろん、犯罪の発生前にこれを未然に防止する方法を論ずることも警察官の職務といわねばならない」(原野前掲論文 225 頁～226 頁紹介の、法律時報特集「治安と人権」250 頁、河上和雄「情報収集活動の限界」『警察学論集』27 卷 10 号 177 頁以下論文) と根拠づけている。河上氏は、情報収集活動について、「特権の権限規定がおかれていないのは、まさに情報収集が、ことの性質上人に強制を与えるべきものではなく任意の手段によることこそよりの確な結果が得られるものであるということから、任意的活動に限る趣旨であると理解すべきなのである。その意味で、情報収集活動の根拠規定として警察法 2 条 1 項を通常の意

味における権限規定としてあげるのは必ずしも正しくなく、むしろ通常の意味での権限規定は、この活動には不要であり、職責規定のみによって行える任意的活動と解するのが正しいと思われる」（前同 180 頁）と述べている。これは、前述した事件警備情報収集活動や一般警備情報収集活動であっても、それが、任意活動であり、かつ非権力的な活動である点で、明文の作用法的根拠なしに行える活動だという議論である。

- (2) さらに、裁判例として、東京高裁昭和 41 年 3 月 24 日判決（政防法反対デモ事件。刑事裁判資料 217 号 423 頁、判例秘書搭載（判例番号 L 02120742））がこの趣旨に賛同しているほか、出入り自由の場所での情報収集を違法でないとした大阪高裁昭和 41 年 5 月 19 日判決（大阪学芸大事件に関する同裁判所昭和 37 年（ウ）第 592 号（いずれも判例タイムズ 194 号 132 頁）は、尾行や張込みのごときも、私的生活の平穩を圧迫しないように必要最小限の局面においては許されるとした。

大阪学芸大学事件大阪高裁判決は、「この活動は、公共の安全と秩序を維持するため不法事案の予防及び鎮圧に備えて、公共の安全と秩序を侵害する行為を行い、企て、あるいはそのおそれのある団体または個人に関する情報を収集し、並びに収集された情報を分析検討することによって、治安情勢を的確に把握する活動である。従って他の警備警察活動即ち警備実施活動及びいわゆる警備犯罪に対する捜査活動等は、警備情報を基礎として行われ、警備情報収集活動によって治安情報が的確にとらえられるか否かは、他の警備警察活動に重大な影響をもたらすものであり、ここに警備情報活動の必要性があり、またその根拠は、警察法第 2 条第 1 項にもとづくものである。」と警察法第 2 条第 1 項を根拠とすると述べている。ここでは、必要性を理由としており、警察活動に対する法的統制については、出入り自由の場所での私生活の平穩を害しないという条件を付して、個人の権利を侵害しない必要最小限の範囲での個人に対する情報収集活動について警察法 2 条 1 項を根拠に認めている。

### (3) 警察実務の理論的根拠

警察法2条1項を根拠とする警察実務は、警察法2条1項を一般的根拠規範と理解する(一般的根拠規範説)。そして、一般的根拠規範説の立場でも、「本条は、組織体としての警察が担任すべき事務の範囲を明らかにしたものであると同時に、警察が合理的かつ妥当な手段を用いてその任務を遂行すべきことを定めたものであって、警察官が具体的に任務を遂行するためとるべき警察手段の一般的な根拠規定であると解すべきである。しかし、同時に憲法第13条、第31条等の規定の趣旨から考えて、国民に義務を課したり、強制力を行使したりするについては、本条のほかに、特別の法律の根拠を必要とすると解される。したがって警察官が本条を根拠として用いることができるのは、国民の権利義務を規制しない事実上の行為であって、しかも、相手方の意思に反しない程度の任意手段に留まる」(宍戸=渋谷=小谷=宮脇編著「新版警察官権限法注解上巻」1977年、136頁)と伝統的な「侵害留保説」と同様の法解釈的結論を導き出している(藤田宙靖「行政法の基礎理論(上巻)」356頁)。

### (4) 判例法理の理論的根拠

判例は責務規範説にたつ例があり、基本的人権保護のため、法律によって許される行為の枠が明確に定められる必要がある(法治主義的保護機能)だけでなく、一定の場合には、権限行使を義務づける効果を持つと解する。ただ、その問題を措けば、警察法2条1項を警察官の権限の一般的根拠を定めたものと解し、その権限行使に当り強制手段に出る場合は他の権利、国民の基本的人権に抵触したり、そのおそれがある場合には、法律事項であってその根拠を必要とすると考え、反面、権限行使に当って何らの強制手段に出ないのであれば、警察法2条1項を根拠に活動できると解する(藤田前掲書367頁)。そして本件の場合の情報収集活動も任意手段による場合には警察法2条1項を根拠として行使されるものと考えており、結論部分に大きな違いはない。結局、強制にわたらない任意手段による情報収集は、警察法2条1項を根拠に行うことが可

能だと考えている点で警察実務の見解と共通の立場に立つ。

#### (5) 法律の留保の理論的根拠

以上の各説が採用する法律の留保論の理論的根拠には、①法律の民主的正当化機能（国民代表である議会の制定した法律によって権限が与えられる必要があるとの考え）と、②法治主義的保護機能（基本的人権保護のために制限のためには法律が必要だとの考え）がある。このうち①法律の民主的正当化機能は、行政活動の正当性が法律によって与えられるという機能であり、君主主権原理から国民主権原理への変遷によって、現行日本国憲法下、行政権は、そもそも法律の授権無しに行動する独自固有の権限を失ったと理解し、行政は法律の先行的授権無しにおよそ一切の行動をする法的権限を理論的に持ち得ないと考える。②法治主義的保護機能は、行政活動に法的根拠が必要とされるのは、私人の法的安全の保障という機能から考えて、行政が活動する為の要件と効果があるから、あらかじめ法律によって定められることによって、相手方となる私人にとって行政の出方を予測しつつ自らの行動を決定することが可能となる機能をいう。

藤田宙靖元裁判官によれば、この警察実務や判例の立場は、行政法学の通説的立場である「権力留保説」と「命令・強制等の公権力行使」について別に個別的法令の授権が必要とされる限りでは、結論に違いはなく、警察法2条が警察機関の行う非権力的な活動の根拠規範としての意味を有するか否かということとは解釈論的には実益がないとする。

#### (6) 一般的根拠規範説と法律の留保論

警察法2条1項を一般的根拠規範と解する見解は、警察活動を行うのに必要な法的根拠という点においては、警察法2条で足りるが、命令・強制等の公権力行使については、私人に対する適正手続きの保障等の見地から更に詳細な規定が別に必要であると考えている。警察法2条によって「民主的正当化機能」の要請は満たされるが、命令・強制等の公権力の行使について要請される「法治主義的保護機能」は警察法2条の規定があまりにも一般的・抽象的である為

にこれによつては満たすことができず、個別の法律による要件と効果について  
の更に詳細な定めを要すると考える。

#### (7) 権力留保説と法律の留保論

権力留保説でも民主的正当化機能論によつてのみ根拠づける限り、警察法2  
条の一般的根拠規範性が承認されれば、公権力行使の場合であっても、少なく  
とも状況に応じては、警察法2条の規定のみに基づき警察機関が行動し得るこ  
とになる。これに対して、主として法治主義的保護機能の見地から根拠づけよ  
うとする立場にとつては、警察法2条について一般的根拠規範説に立つ場合で  
も、警察法2条の他に別の法律による更に詳細な定めをすることが必要だとい  
うことになる。ただ、法治主義的保護機能からの要請は、論理的必然的なもの  
ではなく、政策的な要求であるから、何故、法律によつてのみ（しかも根拠規  
範たる性質を持った法律の規定によつてのみ）この機能を果たされなければな  
らないのかという問題が残る。つまり人権を守るために行政の活動の要件と効  
果が事前に明確なルールとして規定されていなければならないとしても何故、  
それが法律でなければならないのか内規や通達では許されないのかという問題  
が残るということである。

#### (8) 藤田元裁判官の主張

結局、藤田元裁判官は、警察法2条1項について、一般的根拠規範説に立つ  
た場合には、さしあたり法解釈論的帰結としては、新たなものではないが、理  
論的には命令、強制等の公権力の行使の場合であっても、状況に応じ、警察法  
2条以外の個別的な法律による授権がなくとも、警察官が行動出来る余地を理論  
的に開くことになる。警察法2条1項を単なる組織規範だと考える説に戻るこ  
とは、判例及び警察実務の趨勢の中では「事実上かなり困難なことであ」り、  
とりわけ同条1項の定める責務の遂行に際しての権限の濫用を禁止する第2項  
の規定をも合わせ読めば、これらの規定（2条1項・2項）が対私人との関係  
において直接の意味を全く持たない組織規範に過ぎないとの解釈は、容易では

ないと結論づける。

この議論は、わかりにくい論理であるが、藤田元裁判官の他の論文（前掲「行政法の基礎理論（上巻）」所収の論文）も総合的に考えると、以下のような趣旨と理解できる。公法私法二元論を前提とし、組織法と作用法という分類は、組織規範が行政内部の規範であるのに対し、作用規範は、行政外の第三者との関係を定めたものと考えている。藤田元裁判官は、公法私法二元論は今日根拠を失っているという立場から、組織法と作用法という区別に意義があると考えない。それを前提にした上で、先に述べた判例及び警察実務の立場を変更することが困難だという判断から、結論は、判例及び警察実務の立場に立つことを示唆していると思われる（このことは、一般的根拠規範説と責務規範説について理論構造・意義、機能について行政法学の見地からどう把握すべきかを分析してきた結論として、「これらの考え方は、従来の行政法学の展開に照らして見ても必ずしも成立し得ないものではなく、また、それなりの理論的意義を有する」（藤田前掲論文 397 頁）との記載からもうかがわれる）。

#### (9) 警察法二条根拠説に対する批判

上記警察法 2 条根拠説については、第 1 に、今日、法治主義についての侵害留保説をそのまま採用する者はほとんどなく、むしろ、ドイツの重要事項説ないし本質性説に立つ考え方が多くなっている。藤田元裁判官も述べるように、本質性理論とは、およそ「一国内における本質的事項の決定は立法府によって行わなければならない、行政の手に委ねられてはならない」という考え方である。そして、本質性説に立つ場合には、警察活動が本質的なものであることは明らかであり（藤田元裁判官も「公共の安全・秩序の維持、そして国民の基本的人権等に大きく関わることであるから、恐らく肯定的な回答がなされることになる」と前掲論文 389 頁で記載している）、形式的な法的根拠では足りず、規範明確性及び必要性、特定性等の根拠規範についての定めが必要となり、警察法 2 条 1 項のみの抽象的規定だけでは要求される規範内容を充足することはない

こととなる。

藤田元裁判官によれば、ドイツの重要事項説、本質性理論に立てば、さしあたり、法律の留保の問題が解決するよう見えるが、その場合でも、「警察のどのような活動につき、どの程度の精度を持った要件規定を置かなければならないか」という問題にまで及ぶならば「もはや“本質性”という抽象的な概念を手掛かりとしては解決の出来ない問題なのであって、“国民の生命・身体及び財産の保護”“公共の安全と秩序の維持”という警察の責務と、国民の自由の確保等を考慮に入れて、再度詳細な検討をせざるを得ないことになる」（藤田前掲論文 389 頁）」と、警察法二条一般的根拠規範説に立った上で、個別法令の規定による授權なしに警察法 2 条が、一人歩きする可能性を防ぐ途を探ることが課題として残り、その場合には、「法律の留保」論ではなく、「法律の優位の原則」からする制約、とりわけ、警察官職務執行法等、現に存在している個別法令の規定の解釈の仕方（前掲論文 390 頁）の問題だと結論づけている。しかし、本質性説によっても問題は解決しないというが、本質性説に立ち（その場合には、本件ように警察の権限行使に関する根拠には法律上の根拠が要求されることとなる）、法治主義の恣意的権限行使を議会によって制定した法律によって統制するという観点に立てば、少なくとも国民の基本的人権の侵害につながる危険性のある警察の行為について、権限の内容、行使の要件、そのための手続き等の内容が法律によって明確にさだめられている必要があり、政令以下の法令は、その執行のためか具体的な詳細事項の委任に限られることとなる。そのような法的根拠を欠く場合には、違法となる。

藤田元裁判官の言う「個別法令」の解釈の問題だとしても、本件のように警察法 2 条 1 項の規定以外に具体的な犯罪の危険性等が存在しない場合に、警察が個々の市民の思想・信条や行動を監視し、情報を収集する根拠法令は全く存在せず、法律以外でも法令上の根拠は全く示されていないのである。原告らの思想・信条や行動を調査し、プライバシー情報を探って情報収集し、保管し、

必要な都度取り出して利用する権限を警察に付与した法的根拠は存在しない。

現行憲法が採用する「法の支配」＝実質的法治主義の観点から許容されるべきでない警察活動と警察の本来的職務である市民警察的活動とを峻別する立場からは、「公安警察または警備警察の作用は、それが近い将来における現実の具体的な犯罪と関係なく行われているかぎり」、「政治警察たる性格をもつ」（杉村敏正「憲法と警備警察」杉村・宮内・岡崎共編『戦後秘密警察の実態』（三一書房、1960年）15頁）のであり、憲法が保障する基本的人権は、「はっきりと定められた法律の規定にもとづく強制的な警察活動によって、違法に侵害される可能性があると同じように、明確な法律にもとづかない非強制的な隠密の警察活動によっても違法に侵害される可能性」があり、この点からすると、「非公然と行われる蔭の公安警察または警備警察こそ重視されなければならない」（杉村前掲論文12頁）。

そもそも「統治者の恣意を法の合理性によって抑制する」という近代法治主義の根幹にある理念から考えれば、恣意的な公権力の行使を統制するために要求される「法治主義的保護機能」からは、法律上責務規定が存在すれば具体的な権限規定がなくとも警察の活動が許されるとは到底考えられない。本件の警備公安警察による原告らの機微情報を含むプライバシー情報の探知・収集は、その危険性を如実に表すものである。本件では、被告は、情報収集に関する内部的なルールである通達や内規等のルールすら明らかにしていないが、仮に通達や内規が存在したとしても、それは警察の権限の濫用を防止ためのルールの適正さや合理性を全く担保するものではない。恣意的公権力の行使の統制という観点からは、要件、効果、手続き、内容がすべて公権力の決定に委ねられているのでは、人権擁護のための歯止めとしての合理性は担保されない。国民の代表である議会による法律による明確な要件、効果、手続き、内容などが枠づけられているのでなければ、恣意的公権力の統制という目的を達し得ないからである。



### 3 情報収集活動に作用法的根拠は必要ないのか

(1) 以上のとおり、非権力的活動であれば法的根拠はすべて不要だとする警察法2条根拠説は、余りに伝統的な侵害留保説にとらわれすぎた議論である。

警察による非権力的活動といえども、警察活動というものは、たえず市民の権利・自由に制限をもたらす可能性をもち、法形式的には、非権力的任意活動であっても権力的作用と同じ社会的機能を果たすべき可能性を常に孕んでいることに留意しなければならない。「組織法においてその職責が明らかに宣明されている以上その遂行のためにあらゆる手段が強制任意を問わず規定されなければならないとすれば、煩わしさに耐えないばかりか、有効な任意手段の落ちこぼれによって実効性を欠く」ことになるという主張（河上前掲論文180頁）は正しくない。

(2) 破壊活動防止法においてさえ、「暴力主義的破壊活動を行った団体に対する必要な規制」（1条）に関し、必要な調査をすることができる（27条）ことをわざわざ定めているのであり、警察官職務執行法も、任意的な手段といえる職務質問（質問に対する答弁を強要しえないもの）についてでさえも、組織的授権以外にその要件を詳細に定めている。このことをもってしても、組織的授権＝警察法2条1項を根拠に国民の基本的人権等に抵触する手段あるいは、そのようなおそれのある手段についてのみ明文の根拠を与えるという考え方は実定法の実情にもそぐわない見解であるといえる（原野前掲228頁）。

(3) 本質性説を採れば勿論、警察法2条1項のみで根拠規定は足りるとすることはできないし、仮に本質性説を採らないとしても、後述するように現在の最高裁が採用している強制性に関する判断基準に立てば、意思に反する重要な権利の制限については、強制性を持つものと理解されており、今日、侵害留保説の立場に立っても、警察法2条1項のみを根拠に権利を侵害される本人の意思に反する情報収集が許されるという立場には立ち得ないものと考えられる。

(4) さらに、事件警備情報収集活動や一般警備情報収集活動は、本人に無断で、そ

の人間の思想内容や学問内容を知ろうとするものであり、プライバシーの権利をおかす可能性を常に秘めているといわなければならない。

この点、学問内容や思想内容は、人間社会＝今日の情報社会において本人に無断で知られうることを常態とするのであって、無断で知ろうとする者が、警備公安警察であるが故に、許されないとするにはできないという反論が予想される。しかし、国家機関としての警察は、その職務として、人の思想内容や学問内容を知ろうとするのであり、それは、人の行動及び根拠となるその思想内容まで知らねば徹底し得ないのであって、むしろそれは警察の義務なのであると考えるであろう。しかもプライバシーの権利といえども公共の福祉の制約の下にあるのであるから無制約のものとはいえないという論理を前提にするものと思われる。しかし、現に犯罪を行いあるいは一定の違法行動をとった個人や団体について情報収集するのでなく、いまだ行動に移されていない思想や学問内容について、公共の安全と秩序をおかすおそれがあるとか、又は、一般に平素より情報の収集を行う必要があるからという理由のみで情報収集することによって維持すべき公共の福祉とはいったい何かがここでも問題となる。

張込み、尾行、投入、工作などの手段は、盗聴などを含めて、プライバシーを侵害するものであり、それをもって、通常人が人の学問内容や思想内容を知る場合と、警備公安警察が知る場合を同一視し、警備公安警察による情報収集が、団体や個人の活動、自由、市民生活の平穩に対して持つ冷却効果を考慮しないということは、特定の公安＝公共の利益を、格別の法的根拠無しに、人権保障の論理の上におくものと言ってよく、現行日本国憲法の下では、到底、認められない。

強制にわたらず（後述のごとく最高裁の近時の立場からは秘密裏に重大な権利を侵害したような場合には、強制と評価されると考えられるが）、犯罪行為に至らない方法で入手したものである限り、情報収集活動を合法視するという考えには、公安を、人権を軽視してまでも維持しようとする特別の意図を読み取らなければならない。

(5) 被告県が証拠を提出し（乙4～6号証）、警察は、現在も将来の危険防止のために、「公共の安全と秩序の維持」を図るとする警察の任務を果たすため、市民の大衆運動である市民運動、反原発運動や労働運動の動向について、一般的情報収集の必要があり、現に行われ、それが年報等により公にされている。これは、現行法上、適法な行為であるという主張を行い、その正当化を図っている。一審判決も、その必要性を認め、情報の収集が強制にわたらず、犯罪行為に至らない方法での情報入手は許されるとの判示を行っている。

しかしながら、被告県が、将来の一般的な危険防止を理由に監視の対象とする必要があるという市民の大衆運動は、その例としてあげられる市民運動、反原発運動、労働運動のいずれも憲法上表現の自由で保障され、労働組合活動の自由として憲法上・法律上も適法な行為である。この国民の権利行使であることが明らかな大衆運動を、具体的な危険の発生がなんら予想されないのに、抽象的一般的な暴徒化の危険性があるという理由で権利の侵害や制約・萎縮につながる行為を警察が行うことが許されるのかが問題である。一般的情報収集活動の対象としているのは、当該活動の参加者が特定の思想や思想に基づく行動を行っている場合あるいは特定の団体に加入していることを理由とするものである。そもそも思想・良心の自由を保障する日本国憲法の下で、特定の思想や信条を理由に不利益を及ぼすなどの差別扱いをすることは憲法19条、14条に違反する違憲の行為である。国家は、国民の基本的な人権を保護すべき義務があり、これらの権利を侵害してはならない（国民の権利の防禦権）。それが、憲法13条がいう国政の上で最大限の尊重を行うことの意味である。具体的な危険がないことはもちろん、抽象的にも危険が想定されないレベルのリスクを理由にして憲法上の権利の制限が許されるかというのがここでは問題とされているのである。諸外国において、テロ行為を規制するために設けられたテロ規制法では、事前の一般的情報収集行為などの危険の前倒しによる情報収集が認められる例があるが、それは、テロ行為という国民に対する重大な危害が及ぶ恐れが相当程度の根拠に基づき、予想される

場合であり、それが法律で定められた要件にもなっている（大沢秀介・小山剛編「市民生活の自由と安全」成文堂 2006 年参照）。本件では、テロなどの国民に対する重大な危害の恐れでもなく、その根拠となる具体的な法律もないため、何の要件もなく、警察による恣意的な「必要性」の認定判断によって、本件のように市民として普通に生活していて誰でも関心を持つ、自らの住環境や自然環境の破壊などについて心配し、その勉強会を開催しようとしたり、そもそもそのような動きに関与もしていない原告らが、対象とされ、公安警察から極めてセンシティブな情報も含むプライバシー保障の程度の高い情報を秘密裏に収集されていたのである。テロ等規制法自体についても、法治主義的統制の問題や濫用の恐れなどが懸念され、批判の対象とされているが、本件で問題となっているのは、およそテロ等規制法などで問題となる国民に対する重大な危害が及ぶ恐れなどではないのである。裁判所は、その違いに留意されなければならない。危険の前域のリスクを理由とした基本的人権制限・抑制の許される範囲がテロ等規制法では問題とされているが、本件ではそこで問題となっているリスクすらおよそ想定されない一般人の市民運動、環境運動、平和運動などを理由に、一般市民の重大なプライバシー情報が系統的に幅広く監視・収集され、それがデータとして保管され、利用されたのである（シーテック社への情報提供で明らかにされた原告らの情報は、まさに公安警察によって集められた各個人の情報であり、本件は収集された情報が如何に濫用されるかの一事例となっている）。

被告県は、あたかも破防法指定団体やセクトの例などの警察庁警備局刊行の「焦点」を証拠提出して（乙 4～6 号証）、これと同視できるような効果を狙っているが、本件原告らの活動は、これらに該当しないことは明らかである。そして、掲載された団体に所属していたとしても、その行為が犯罪に及ぶ場合に取締まりの対象とされることや、犯罪行為に及ぶ具体的危険性がある場合に予防することは現行憲法、刑法上も可能であるが、それを超えて抽象的に団体所属のみを理由に幅広く基本的人権を制限することが許されると言わんばかりの被告県の主張

は明らかに暴論である。

(6) 猿払事件最高裁判決の裁判官大隅健一郎、同関根小郷、同小川信雄、同坂本吉勝の反対意見は、政治活動の自由に関する基本的人権の重要性について以下のとおり述べている。

「国民の政治活動の自由は、自由民主主義国家において、統治権力及びその発動を正当づける最も重要な根拠をなすものとして、国民の個人的人権の中で最も高い価値を有する基本的権利である。政治活動の自由とは、国民が国の基本的政策の決定に直接間接に関与する機会をもち、かつ、そのための積極的な行動を行う自由のことであり、それは、国の基本的政策の決定機関である国会の議員となり、又は右議員を選出する手続きに様々な形で関与し、あるいは政党その他の政治的団体を結成し、それに加入し、かつ、その一員として活動する等狭義の政治過程に参加することの他、このような政治過程に働きかけ、これに影響を与えるための諸活動、例えば政治的集会、集団請願等の集団行動的なものから、様々な方法、形態による単なる個人としての政治的意見の表明に至るまで、極めて広い範囲にわたる行為の自由を含むものである。このように、政治活動の自由は、単なる政治的思想、信条の自由のような個人の内心的自由にとどまるものではなく、これに基づく外部的な積極的、社会的行動の自由をその本質的性格とするものであり、わが憲法は、参政権に関する15条1項、請願権に関する16条、集会、結社、表現の自由に関する21条の各規定により、これを国民の基本的人権の一つとして保障しているのである。」そして、「積極的な政治活動はその性質上その時々政府の見解や利益と対立、衝突しがちであるため、とかく政治権力による制限を受けやすいことにかんがみるときは、このような制限がされる場合には、その理由を明らかにし、その制限が憲法上十分の正当性をもつものであるかどうかにつき、特に慎重な吟味検討を施すことが要請されるものといわなければならない。」

本件は、ここで述べられているような政治活動を争う事件ではないが、政治活動を含む国民の権利行使を求める活動の自由と政治権力との関係については、まさにこの猿払事件反対意見が述べるところが該当するのであり、それらの政治活動を危険視し監視を正当化する被告らの主張が日本国憲法の下、正当性を有しないことはこれによって明らかと言わなければならない。この点、杉村前掲「憲法と警備警察」は、「たとえば、殺人という犯罪はおそらくもっとも憎むべき犯罪であるが、しかも、人はすべて精神異常やその他の事情によって殺人を犯す可能性をもっている。けれども、犯罪を行う単なる可能性のために、人は警察の監視を常に受けるいわれはない。警察官職務執行法第 5 条に定められているように、警察官は、犯罪がまさに行われようとするのを認めたときは、その予防のため関係者に必要な警告を発し、もしその行為により人の生命もしくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受けるおそれがある場合においては、その行為を制止することができるだけであって、警察はこの意味の犯罪の予防と制止をすれば足りるのであるから、このために必要な調査活動をこえて、その時々における客観的な事態の判断からはなれて、特定の人々の動向を常に調査することは許されない筈である。」（14 頁）と述べている。何の具体的客観的な危険性も存在しない特定の市民・団体の継続的な監視や情報収集など日本国憲法の下において許されないのである。

## 第 8 本件情報収集行為の強制性について

- 1 捜査における証拠収集が許されるための要件は、証拠収集として実施される処分が強制処分にあたるか、任意処分にとどまるかによって異なる。ある捜査が、強制処分に該当する場合には、あらかじめ許容要件が厳格に定められた法律が制定されていなければならない（強制処分法定主義）、あわせて、捜査機関は対応する令状を取得した上で行わなければならない（令状主義）。そこで、ある捜査が強制処分に該当するか、任意処分にとどまるか否かの判断が当該捜

査の適法、違法を大きく左右することになる。

2 本件における情報収集行為を適法とする被告側の主張は、情報収集行為が強制ではなく、任意であることを根拠としている。勿論、本件情報収集行為は、捜査のための情報収集行為ではなく、一般情報収集活動であるため、仮に強制性を帯びていると判断されれば、法的根拠もなく令状もなく行われた情報収集行為が違法であることは言うまでもない。最決昭和51年3月16日（刑集30巻2号187頁）は、強制処分を「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」と定義している。さらに、いわゆるGPS捜査の適否に関する最判平成29年3月15日（刑集71巻3号13頁）は、憲法35条の「保障対象には、『住居、書類および所持品』に限らずこれらに準じる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記の通り、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に密かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして刑訴法上、特別の根拠がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示した。

3 これらの決定及び判決から導き出される判例規範の内容については、有力な見解（井上正仁「強制捜査と任意捜査〔新版〕」有斐閣2014年5頁以下）を踏まえ、大方の一致する理解によれば、以下のようにまとめられる。

第1に、少なくとも現在においては、憲法35条が定める令状主義によって、物に対して保護しようとしている法益の中核は、単に有体物の占有や利用といった物権的権利ではなくて、むしろその物に乗せられた情報、すなわち、個人のプライバシーの点にある。このことは、物理的権利の制約は伴わないが、極めて重大なプライバシーの制約をもたらす通信傍受が、強制処分として憲法35条の規制の下に置かれるという理解に異論をみないことから明らかであ

る。したがって、捜査機関が収集しようとしている物に重大なプライバシー情報が含まれている場合には、令状がなければ当該証拠物を収集することは許されない。

第2に、対象者の意思に反する行為は、強制処分に該当する。前述のとおり最決昭和51年3月16日と最判平成29年3月15日では微妙に言い回しが違い、重大なプライバシー侵害との関係性についても一定の解釈が必要となる。GPS捜査において、最判は、「合理的に推認される個人の意思」という言い回しをしている。これは、GPS捜査が、捜査対象者に知られないように密かに実施されるという性格を有することから、捜査対象者に同意の有無を確認する機会が典型的に存在しないからである（この点について控訴第2準備書面参照）。他方、最決昭和51年3月16日は、呼気検査を拒否して取調室から退出しようとした被疑者の手首をつかんで、取調室に留まるように説得したという行為の適否が争われた事案である。被疑者に対して有形力が行使されており、被疑者が取調室に進んで滞留することに同意していないことは明白な事案であった。

- 4 このように法益侵害の形態について別個の特徴を有する判決と決定の関係について、その違いの意味を考慮することなく、GPS判決の方は、意思に反したら強制処分と評価しており、最決昭和51年3月16日は意思に反しても、意思を制圧していないのであれば、強制処分とは評価していないと解するのは正しい解釈とはいえない。どちらの判決・決定でも問われているのは、同意の真摯性である。

最決昭和51年3月16日の事案は、取調室に滞留することに同意していなかった被疑者が、腕をつかまれたことをきっかけにして、真摯な同意に転ずることはあり得なくはない。それゆえ、同決定は、ひととき意思に反していることを表す表示がなされただけでは最終的に意思に反したとは結論づけなかったのである。現に、同決定は、わざわざ「説得するため」と述べて、真摯な同意



が得られる余地が残されていることを前提とした事実評価をしている。逆に同事案で、有形力の行使の程度が意思を制圧するレベルまで達していれば、真摯な同意の可能性は消滅するから、そのレベルの有形力を行使した時点で直ちに強制処分として評価されることになる。

これに対して、GPS捜査は、最高裁自身が述べるように、捜査の類型として対象者の行動を継続的・網羅的に把握することを必然的に伴うという性格を有するから、このような性格を有する捜査については、仮に同意を確認する機会があったとしても、およそ真摯な同意をする者がいることなど想定できないのである。

それでは真摯な同意が得られる余地があるかないかを分ける要素は何か。突き詰めれば、その要素は法益侵害の重大性に帰着する。法益侵害が重大になればなるほど、言い換えれば法益侵害の量が増大すれば増大するほど、本気でそのような法益侵害を受けることを了承する人間は少なくなる。法益侵害の重大性がある一線を超えると、もはやそのような法益侵害を真意で受け入れる人間は皆無になる。その臨界点が強制処分と任意処分の分岐点にほかならない。最決昭和51年3月16日の事案では、有形力の行使には様々な態様がありえ、それゆえ、行動の自由に対する制約の程度にも幅があるという行為の特徴を前提にして、問題となった事案が、腕をつかむという、行動の自由に対する深刻な制約とまではいえない程度であったので、真摯な同意を期待できる余地があったと評価されたのである。これに対して、GPS捜査は、捜査の態様として対象者のプライバシーを包括的・網羅的に侵害しない程度に止めるやり方がありえないこと、GPS機器の装着を知らない対象者が真摯な同意を行う余地がないことから、当該事案における探索行為を具体的に検討するまでもなく、一律に、プライバシーに対する重大な侵害とみて、それゆえに、そもそも真摯な同意を期待できる余地がおよそ存在しないと評価されたのである。

そう考えれば、本件のごとく情報収集対象者に秘密に情報収集の対象とし、

それが重大なプライバシー侵害に及んだ場合には、対象者は自らのいかなる情報をどのようにして収集されたのか、それがどう保管され、利用されるのか全く知らないのであるから、真摯な同意を期待できる余地はそもそも存在せず、上記最高裁判決・決定の立場からも、「強制捜査」と評価され、法的根拠と令状が要求される筈である。そのいずれも存在しない本件において、一般情報収集であるという理由で適法と評価される余地は存在しない。

## 第9 司法の役割——警察の法的統制の重要性

- 1 我が国における行政機関として警察力は、自衛隊を除けば、最大の実力組織である。この実力組織が権限を濫用し、極めて曖昧な概念である国家的「公安」目的の認定権限を独占することになれば、それを制限することは極めて難しい。だからこそ、法に従って法を執行する機関として、厳格な法治主義に基づく警察力の統制が不可欠なのである。
- 2 しかも、立法によって国家的「公安」が設定されても、必然的に曖昧なものにならざるを得ないため、立法が警察当局の認定範囲を制約しないような抽象的曖昧な規定に終わる場合には、警察の対処するものは犯罪行為や犯罪行為になりそうなものにとどまらず、警察当局が国家的「公安」を乱す行為につながると認められる一切の行為にまで範囲が広がる危険性がある。
- 3 これを統制できるのは、国民の権利・自由の擁護を任務とする司法権の役割である。本来、我々の生活に及ぼす重大な影響を考えれば、警察による市民の監視等を通じた情報の取得、保存、管理や分析・利用を制度的・構造的に統制するのは、究極的には民主主義に基づく政治的決断を行い、立法を通じてその結論を具体化し、情報処理プロセス自体の規律がなされなければならない。しかし、警察による情報処理プロセスの統制に最終的に「立法」が必要であるとしても、現に根拠付け統制する具体的な法律が存在しない下では、裁判所が、本件のような個別事件における審査を厳しく行うことによって、立法を促す他

ない。その意味でも、本件で明らかになったような警備公安警察による市民の監視が通常業務であるとし、抽象的一般的な警察法2条1項のみを根拠として許されるとすれば、警備公安警察の恣意的な権力行使による市民の基本的人権の制約は事実上、何の法的統制にも服さないこととなる危険性がある。このような警察権力による市民監視が法律のルールもなしに野放しに行われているのは、到底、法治国家とは言えない不正常な状態である。わが国が法治主義にもとづく国家として正常に運営されるためにも、裁判所としては、犯罪の発生や社会秩序の違反が具体的に発生する危険性のない事案において、警備公安警察が行う情報収集活動と収集した情報の保管や利活用に法的統制をかけること、具体的にはそのような場合には、情報収集活動を違法だと認定し、さらにそのように違法に収集した情報の保管や利活用を違法だと認定することで司法による統制を図ることが必要である。本件において被告県や国（警備公安警察）の情報収集活動の違法性とそのように違法に収集した情報の保管や利活用の違法性を認定することは、その意味でも法治主義を貫徹するために、不可欠である。

以上