

京都府学連事件判決の読み方

早瀬 勝明

(人文学部 法経政策学科)

序

一 「判例」の意義

- 1 判例の拘束力とその根拠
- 2 どの部分が「判例」か

二 三つの判決

- 1 京都府学連事件判決
- 2 自動速度監視装置事件判決
- 3 外国人指紋押なつ拒否事件判決

三 「判例」としての京都府学連事件判決

- 1 京都府学連事件判決の論理構造
- 2 自動速度監視装置事件判決を結論づけた命題
- 3 外国人指紋押なつ拒否事件判決の結論に影響を与えた命題
- 4 「判例」としての京都府学連事件判決

四 「保障範囲」ではない問題

- 1 学説の理解
- 2 「服装の自由」の現実的救済は可能か
- 3 「判例」と「保障範囲」

京都府学連事件判決の読み方——早瀬

結

- 4 「服装の自由」は「一般的自由説」を採用しないと主張することができないのか
- 5 「保障範囲」ではない問題

序

当たり前のことを確認しておこう。学説があつて判例があるのではない。判例を生み出す裁判所の活動があつて初めて学説の存在意義が認められる。少なくとも、裁判所における解釈・適用を念頭に置いた憲法解釈学について、この関係性を否定することはできない。また、現実社会に対する影響力は、学説より判例のほうがはるかに大きい。そして、学界の権威や通説に配慮すべき義務を裁判所は有していない。

本稿は、出発点として、以下のような見解に同意する。「判例というものを（…）現実的に考えると、判例と学説とが本来の意味で対立するということはありえないはずである。『通説』とは、裁判所にゆけば、おそらくそう判断されるであろう判決・学説をいうのであって、判例と別に、これと異なつた『通説』というものが存在しうるはずはない。ところがわが国では、学説が判例と対等のものと考えられているためか、判例と対立した『通説』というものが存在している」¹。「判例における法解釈は、法の定立機関内部の法生成過程（具体的適用過程）そのものであるのに対し、学説における法解釈は、その生成過程への外部からの批判活動であるから、判例を動かすことを射程距離にいれた作業でなければ、すくなくとも現実的な意味はない」²。これらの見解の基本にあるのは、最高裁判所の判断に対して、「第三者の立場からその内容の可否を批判することはもとより自由であるが、そのこととは別に、それが国の判断として一つの権威をもつことは認めないわけにはいかない」³という現実的な認識だと思われる。私もその認識の重要性に同意する⁴。

以上のような考えを前提とするならば、裁判所による解釈・適用を念頭に置いた憲法解釈を行うにあたっては、学説の検討よりも、判例の検討を行うことの方が重要性を有するということになるだろう。

本稿は、憲法一三条解釈に関わる議論を行う。主要な検討の対象は、

京都府学連事件である。京都府学連事件判決は「歴史的意義をもつ判例」⁵とされ、憲法一三条の「具体的権利性」に関わる問題における重要な判決として扱われている。憲法の基本書や判例集には必ず紹介されている判決であり、これについて検討を行うなど今更必要ないと考えられているかもしれない。それなのに、わざわざ検討の対象とするのは、この判決が、学説の議論の枠組みに無理矢理押し込められているように思われるからである⁶。

本稿の基本的な問いは、以下のようなものである。「判例」としての京都府学連事件判決はどのようなものか。「判例」を前提とした場合、憲法一三条を根拠として、明文にない権利を、裁判所において現実的に救済することを目指すためには、どのような議論をする必要があるのか。憲法一三条の具体的権利性を前提として保障範囲の広狭を論じる学説の議論の枠組みは、本当に合理的なものなのか。

第二の問いは、「権利性が認められる」とこと「現実的な救済が行われる」ことの区別を前提としている。すなわち、「憲法一三条に根拠づけられる権利として違憲の主張は可能だが、結局制約が合憲と判断される」場合は、現実的な救済が行われたとは考えない。第三の問いは、「現実的な救済」の問題を考えたとき、学説の議論は何の役に立つのかという素朴な疑問を出発点としてる。

記述は、以下のような順で行う。まず、「判例」とは何かについて確

認する。次に、その視点から京都府学連事件判決を読み、「判例」としての京都府学連事件判決はどのようなものとして理解できるのか、考察する。そして、「判例」を前提とした場合、裁判所による憲法一三条を根拠とした権利の現実的な救済を目指すには、どのような論理が必要なのかについて、考察を行う。最後に、従来学説が前提としてきた「保障範囲」の広狭を論ずる議論の枠組みと判例の論理を対比し、学説の議論の枠組みの有用性について考える。

本稿に引用する文献は、どれもよく知られたものばかりであるが、これは意図的にそうしている。まずは基本的なことを確認しておこうというのが、本稿のスタンスだからである。また、目新しい議論を持ち込まなくても、本稿の主張は可能である。すなわち、憲法一三条の「保障範囲」の広狭に中心的論点をおく議論の枠組みは、判例との関係でも、合理的なものとはいえない。

一 「判例」の意義

過去に下された判決に何の意義もないのであれば、三十年以上前に下された京都府学連事件判決について考察する意味などなくなってしまう。過去の裁判所の判断はどのような意義を有するのか、その根拠は何か、そして、裁判所の判断のうちのどの部分が「判例」として扱われるのか。

以下では、入門書あるいは基本書に示され、現在非常によく知られていると思われる見解を中心に、「判例」の意義について確認する。そして、ここで確認された「判例」理解を前提として、次に、京都府学連事件判決を中心に過去の判決を読み直す作業を試みることにする。

1 判例の拘束力とその根拠

判例は後の裁判所の判断に対する拘束力を有する。ただし、後の裁判を拘束する一般的な規範としての「判例」とは、先例とされる裁判の判決理由すべてではなく、『主文』で述べられた結論を導く上で意味のある法的根拠・理由づけ⁷の部分に限られる。このことは、現在多くの論者によって支持されているところであると思われる⁸。制度上は判例は絶対のものではなく、裁判所は判例を変更する権限を有する。しかし、少なくとも、裁判所が事件に対する判断を下した場合、裁判所には後の同様の事件に対して同様の判断をすることが期待されるという意味で、先例は拘束力を有することになる。

判例が拘束力を有することの根拠は、法的安定性や予測可能性、そして、平等あるいは公正の要請にあるとされる⁹。「裁判所が法律問題について判断を示すのは、ある具体的事件の解決のためである。しかし、いったん判決がなされると、（…）後に同種の事件が生じた場合には裁判所は同じ解決を与えるべきである」との「平等の要請」が生ずる¹⁰。その要請に従うことで、「法体系に『安定性』や『確実性』と『予見可能性』

ないし『信頼性』を与え、人に対して『処遇の平等と統一性』を保障し、あるいは司法的な便宜と効率性、経験の活用¹¹といったことが実現されるのである。

したがって、判例の拘束力とは、同様の（同種の、類似の）事件には同様の解決を与えるべきであるという要請であると言えよう。そして、このことは、何が「判例」なのかという理解にも関わることとなる。

2 何が「判例」か

（一）具体的事件の解決のために必要十分な範囲の裁判所の判断

判決あるいは決定を下す際に裁判所が示した判断のすべてが「判例」とされるわけではない。『判例』の名に値するのは、具体的な事件の解決に『必要かつ十分』な範囲での、法律問題の判断である¹²とされる。このことは、「レイシオ・デシデンダイ」と「傍論」の区別を前提として語られることも多い。「先例的拘束力をもつのは個別具体的事件の裁定に必要なかつ十分な範囲内で法的問題についての判断を示す一般的基準であるレイシオ・デシデンダイの部分であり、事件の裁定に直接関係のない裁判官の一般的な説示である傍論にはこのような拘束力はない¹³、と。

以上のようなかたちで「判例」の範囲が限定されるのはなぜか。それは、次のようなかたちで説明される。「判例は、裁判官が具体的な事

件に即して問題を解決しようと努力した成果を示しているという点に、意味がある¹⁴。そして、「判例が尊重されるのは、具体的な事件の解決に必要な法律問題について裁判官が判断を示した場合、別の同種の事件にも同じ解決が与えられるべきであるという要請に由来する」という意味からいって、具体的な事件の解決に関係のない事柄は、『判例』ではない¹⁵。あるいは、「先例性をratio decidendiに限定するのは、司法が抽象的規範の定立ではなく事件の処理を本来的任務とするものであること、事件の真の争点に即した法準則が最も信頼に足るものであること、かくすることによって裁判のコントロールが可能となること、に基づく¹⁶」。

（二）必要十分な範囲とは

それでは、具体的事件の解決に必要な十分な範囲の裁判所の判断とは、どのような部分なのだろうか。

（1）田中英夫の見解

田中英夫は、判例として尊重されるべき部分が判決中のどの部分かは、後の事件を「同種の事件」とみなすための「重要な事実」が何かを基準として判断するとしている¹⁷。

法律問題についての判断は、常に一定の事実関係を背景にしているが、事実のすべてが問題になるわけではない。法律問題との関連で意味のある事実だけが問題となるのであり、こういう「意味ある事実」

が「重要な事実」である。そして、何が「重要な事実」であるかの判断が判例を扱うに当たつての大きな問題となる。「重要な事実」を大きく限定すると、「同種の事件」は少なくなる。しかし、当事者の人名など細かい事実以外は全く同じ事実関係の事件に別の解決を与えることは、平等の要請を害することとなる。逆に、具体的事実関係を捨象しすぎると、具体的事件に対して裁判所が解決を与えた点に判例の重要性があるという原則から外れてしまう。先例から「狭すぎる命題」を抽出することも「広すぎる命題」を抽出することも誤りなのである。

しかしながら、「何が『重要な事実』かは、制定法の場合と異なり、一見して明瞭だというわけにはいかない」¹⁸。様々なプロセスを踏んでも、裁判所がどの事実を重要視したかはつきりしないことがある。「こういう場合には、『判例』は、可能な範囲で最も狭い準則であるとみるべきであろう。というのは、判例は具体的事件に即したものであるということからいって、疑問のあるときは、なるべく事件の具体性に即した狭いルールが樹てられたとみるのがよいからである」¹⁹。

(2) 中野次雄の見解

中野次雄も、どの部分が「判例」かについて、田中英夫とほぼ同趣旨のことを述べている。しかし、説明の仕方は若干異なる。彼は、「結論命題」と「理由づけ命題」という区別を前提として説明を行っている。

「結論命題」とは、その名の通り、裁判の論点に関する判断の中の結論部分であり、例として「本件の具体的事実からすれば、本件の契約は公序良俗に反して無効である」といった命題が挙げられる。²⁰ただ、この命題は、他の同種の事件に適用できるよう、ある程度の抽象化が可能である。そして、この抽象化の際、問題となるのが「重要な事実」である。上記の例でいえば、「〇〇の場合、契約は公序良俗に反して無効である」というかたちで命題は一定程度の抽象化が可能であり、結果としてこの命題は別の同種の事件に適用が可能な「結論命題」であるということになる。ある判決が他の「同種の事件」を拘束するのは、「重要な事実」が同じだからであり、「重要な事実」が同じ事件には、同じ結論が下されることになる。

一方「理由づけ命題」とは、やはりその名の通り、結論を理由づける命題である。ただし、理由づけ命題には、より具体的なものから抽象的・一般的なものが存在する。中野は、理由づけ命題には大きく分けて二種類のものがあるとする。「その一つは、その事件の結論を抽象化した結論命題と内容において一致する理由づけ命題であり、いま一つは、それよりも内容の広いより一般化された法命題である」²¹。そして、後者の命題は「一般的理由づけ法命題」と呼ばれ、「判例」とみるべきではないと主張されている。²²

抽象化された結論命題は、「抽象化に限度があるため、当該事案と同

種の類型から離れることができず、したがってその適用範囲が狭いのに対し、この種の一般的な法命題は、より抽象化・一般化されているため、適用範囲がはるかに広く、その問題に関する限り、いわばすべての場合を網羅した包括性・簡潔性を具えている。²³そして、一般的な法命題は「当該事件と類型を異にする事案にまで広く適用されうる特質をもっている」のである。²⁴

「判例」と呼べるのは、①他の事件の事実になんて適用して論点についての結論を直接に導き出せるという直接性を有し、②当該裁判における結論を理由づけるものである。²⁵裁判で示された判断のうち「結論命題」はこの要件を満たすものである。しかしながら、理由づけ命題のうち、一般的理由づけ法命題は、「判例」性の要件を満たすことができず、したがって、「判例」とみるべきではない。

「裁判の使命はあくまで個々の具体的事件の解決にあるのであって、一般的な法原則を宣明することにあるのではない。法律的な問題についていえば、その事件の論点についてどういう結論を下したかが最も大事なことになる。それが裁判における法的判断の本質的な部分なのであり、この結論判断こそ裁判官の固有の活動だといわなくてはならない。（…）結論命題の判例性を否定して理由づけの中の一一般的な法命題だけを判例だとするのは明らかに本末転倒で、判例すなわち裁判上の先例となるのは、まず第一に裁判にとって本質的なこの結論命題でなければならない。そして、この結論命題は、（…）

その具体的事実中の重要なものを捨象しある程度抽象的な内容のものとすることによって、立派に先例としての機能を果たすことができるのである。²⁶

（三）日本の裁判所の傾向

ただし、日本の裁判所が、これまで見てきた見解のように「判例」を理解しているとは限らない。「最高裁判所は、結論命題と一般的（理由づけ）法命題の両方を判例として取り扱っている」ことが指摘されている。²⁷また、次のような言い方もされる。「（…）概していえば、わが国の裁判所が、具体的事実の解釈だけでなく、その機会にかなり一般的な法解釈の命題を打ちたて、広い範囲の事件に対して先例的な効果を及ぼそうとしていることは否定できないように思われる」。²⁸

（四）その他

本稿の目的と関連するその他の点について、簡単に確認しておく。まず、判例を議論するには、下級審判決にも目を向ける必要があるけれども、より重要なのは、最高裁の判断である。これは制度上の問題で、裁判の最終的判断を行うのが最高裁であるということに基づく。

「最高裁判所の判断が国の判断・意思表示として最終的・確定的なものであり、法律解釈についていえば国としての有権的解釈」なのである。²⁹

次に、裁判所がある事件について判断を下した場合、それが一回の

判断でも「判例」として扱われる。³⁰

しかしながら、どのような判例が確立しているのかについては、一回の裁判所の判断を見て明らかになるとは限らない。「あらかじめ明確な内容をもつ先例が存在し、その内容にのちに裁判所が『拘束』されるという理解は一面的であるというべきであり、のちの裁判所による解釈をつうじて先例が明確化され、内部矛盾のない先例の『物語』が形成されるという側面もまた無視することができない」。³¹

(五) まとめ

以上見てきたところをまとめておこう。

(1) 裁判所による具体的事件に対する判断は、判例として後の裁判に対して拘束力を有する。ただし、裁判所が示した判断のすべてが拘束力をもつ「判例」とされるわけではない。何が「判例」かについて考えるには、裁判所が示した一般論ではなく、具体的事件に対する結論部分が基本となる。そして、「判例」と言えるのは、具体的事件の解決に必要なかつ十分な範囲の裁判所の判断である。具体的事件に対する結論は一定程度抽象化され、「同種の事件」に適用される命題となるが、この命題は結論を直接導くものでなければならぬ。判例の拘束力の根拠は同様の事件を同様に扱うという平等あるいは公正の要請に求められること、裁判所の判断は具体的事件の解決に対するものであること等から、異なる類型の事件に適用可能な一般的な法命題を「判

例」として扱うことは疑問視されている。

(2) 判例として重要なのは最高裁判決である。一回の判決でも判例たる資格を有するが、どの部分が「判例」と呼べるかは明確でないことが多い。³² また、「判例」が何かについては、後の裁判所の解釈によって明確化されていくという側面もある。

(3) 以上のような理解を前提として、以下、最高裁が憲法二三条解釈を行った代表例とされる、京都府学連事件判決の検討を行う。後の裁判によって「判例」が明確化される側面があることから考えれば、この判決のどの部分が「判例」として拘束力を持つのかを考えるためには、後の判決にも検討の範囲を広げるべきであろう。したがって、本稿では、京都府学連事件上告審判決が直接に引用されている二つの最高裁判決も検討の対象とし、考察を加えることとする。

二 三つの判決

まず、京都府学連事件判決と、これが直接引用されたその後の二つの判決の内容を確認しておこう。次に行う検討のために、やや詳細な記述を行い、最高裁判決はなるべく原文を引用することとする。

ところで、憲法二三条によってプライバシー権が保護されると解し、その例として、「宴のあと」事件判決³³や前科照会事件判決³⁴が引用されることが多い。³⁵ ただ、両判決は憲法二三条を根拠としたものではない。

裁判所の結論に直接関わっているのは、民法七〇九条、国家賠償法一条一項といった条文であり、少なくとも裁判所は、事件の解決には憲法一三条を持ち出す必要がなかったと判断しているものと思われる。

「言う言わないにかかわらず、終極の根拠をもとめるとすれば憲法一三条にならざるを得ない」としても、それは、外から見た判決文の一つの解釈である。判例理論を模索・構築するという作業に、十分な意義があることは認める。しかし、判決文が憲法一三条に直接言及していない以上、裁判所は憲法一三条解釈を行わなかったものと、本稿では理解することとする。³⁷

1 京都府学連事件判決（最大判昭和四四年一月二四日刑集二三巻一二号一六二五頁）

（一）事実の概要

本件は、立命館大学法学部学生が公務執行妨害及び傷害の罪に問われた刑事事件であった。法令の適用について主に問題となったのは、刑法九五条一項（公務執行妨害）、刑法二〇四条（傷害）である。そして、憲法一三条違反は、公務執行妨害の構成要件である職務の適法性を否定するために主張されている。

事件は、昭和三十七年六月二一日京都府学生自治会連合主催の大学管理制度改悪反対、憲法改悪反対を訴えるデモ行進の現場で起こった。公務執行の妨害を受けたとされるのは、デモ行進の許可に際し京都府

公安委員会が附した条件の違反状況の視察探証を行う職務に従事していた京都府山科警察署勤務秋月巡査。彼は、デモ行進に許可条件の違反があると認識し、デモ集団先頭の行進状況を写真に撮影した。これを見た本件被告人が「どこのカメラマンか」と難詰抗議。しかし、巡査は殊更にこれを見無視する挙動をとった。これに被告人が憤慨、持っていた旗竿で同巡査の下顎部を一突きし、全治一週間の傷害を負わせた。

（二）憲法一三条違反の主張

刑法九五条の文言にはないが、職務の適法性は公務執行妨害罪の構成要件に含まれるとされる。そして、「公務員の明らかに違法な活動に対して抵抗する行為は公務執行妨害罪を構成しない」。³⁸被告側の主張の一つは、本人の承諾なしに写真撮影を行うことは憲法一三条（及び警察法第二条二項）に違反することから、本件撮影行為は違法なものである、という点にあった。被告人が巡査に対して行つた傷害行為は、警察官の違法な活動に対する抵抗であり、公務執行妨害罪を構成しない、と。

（三）最高裁の判断

これに対し、一審（京都地裁）³⁹、二審（大阪高裁）⁴⁰、最高裁すべての判決で、この主張は斥けられている。すなわち、秋月巡査の本件写真撮影行為は憲法一三条（及び三五条）に違反せず、刑法九五条一項に

よって保護されるべき適法な職務行為であったとの判断が下されたのである。この点に関する最高裁の判断を見てみよう。長くなるが、次に行う分析のために、憲法一三条に関わる判断をほぼ原文のまま引用する。

「ところで、憲法一三条は、『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、その対象の中に犯人のみならず第三者であ

る個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合があり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法二一八条二項のような場合のほか、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、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである。」

以上のような理解を前提として、次に本件の事実が確認され、以下のような結論が導かれている。

「右事実によれば、秋月巡査の右写真撮影は、現に犯罪が行なわれていると認められる場合になされたものであつて、しかも多数の者が参加し刻々と状況が変化する集団行動の性質からいつて、証拠保全の必要性および緊急性が認められ、その方法も一般的に許容される限度をこえない相当なものであ

つたと認められるから、たとえそれが被告人ら集団行進者の同意もなく、その意思に反して行なわれたとしても、適法な職務執行行為であつたといわなければならない。

そうすると、これを刑法九五条一項によって保護されるべき職務行為にあつたとした第一審判決およびこれを是認した原判決の判断には、所論のように、憲法一三条、三五条に違反する点は認められないから、論旨は理由がない。」

2 自動速度監視装置事件判決（最二判昭和六一年二月一四日刑集四

○卷一号四八頁）

本件被告人は、普通乗用車を運転し三回のスピード違反を犯したとして道路交通法違反に問われた。この運転行為はいずれも自動速度監視装置（RVS）で認知、写真撮影されることによつて発覚している。被告側が第一審から一貫して争つたことの一つは、この機械によつて撮影された写真の証拠能力である。この主張は、最高裁昭和四四年一二月二四日判決（京都府学連事件上告審判決）を前提とする。本件取締機での写真撮影は、判決で示された三要件のいずれも満たさないから、憲法一三条に違反する。したがつて、本件撮影によつて得られた写真を有罪認定の証拠とすることはできない、と。

しかし、この主張は、一審（東京地裁）、⁴¹二審（東京高裁）、⁴²最高裁すべての判決で斥けられている。判決文に表された最高裁の判断は以

下のようなものであつた。

「（…）憲法一三条、二一条違反という点は、速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいつて緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法一三条に違反せず、また、右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになつても、憲法一三条、二一条に違反しないことは、当裁判所昭和四四年一二月二四日大法廷判決（刑集二三卷二二号一六二五頁）の趣旨に徴して明らかであるから、所論は理由がない。

判決の結論は上告棄却であり、結果被告は有罪となつた。この結論の理由の一つとして、本件装置による写真撮影は憲法一三条に違反せず、撮影によつて得られた写真を有罪認定の証拠として利用することはできるという判断が示されている。

3 外国人指紋押なつ拒否事件判決（最三判平成七年一二月一五日刑集四九卷一〇号八四二頁）

本件は、アメリカ合衆国籍を有する被告人が、昭和五六年一月九日、当時来日し居住していた神戸市灘区において新規の外国人登録の申請をした際、外国人登録原票、登録証明書及び指紋原紙二葉に指紋の押なつをしなかつたため、外国人登録法違反で起訴された事案であ

る。

憲法一三条との関連では、被告側は、指紋押なつ制度が憲法一三条（及び国際人権規約B規約七条）に違反するとして争った。外国人登録法の指紋の押なつ義務を定めた部分は違憲であるから、押なつ義務は存在せず被告人は無罪である、と。

被告側の主張は、一審（神戸地裁）⁴³、二審（大阪高裁）⁴⁴、最高裁すべての裁判所で斥けられた。最高裁は以下のように言う。

「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつものと考えられる。

憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものといふべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶと解される（最高裁昭和四〇年（あ）第一一八七号同四年一月二四日大法廷判決・刑集二三卷一二号一六二五頁、最高裁昭和五

〇年（行ツ）第二二〇号同五三年一〇月四日大法廷判決・民集三二卷七号一二二三頁参照）。

しかしながら、右の自由も、国家権力の行使に対して無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けることは、憲法一三条に定められているところである。

そして、外国人登録法が定める在留外国人の指紋押なつ制度については、「その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できるものである」。そして、「方法としても、一般的に許容される限度を超えない相当なものであった」。以上から、次のような結論が提出される。

「指紋押なつ制度を定めた外国人登録法一四条一項、一八条一項八号が憲法一三条に違反するものでないことは、当裁判所の判例（前記最高裁昭和四四年一月二四日大法廷判決、最高裁昭和二九年（あ）第二七七号同三二年一月二六日大法廷判決・刑集一〇卷一二号一七六九頁）の趣旨に徴し明らかであり、所論は理由がない。」

三 「判例」としての京都府学連事件判決

さて、本題である。京都府学連事件判決はどのような「判例」なのだろうか。以下、先ほどの三つの判決について順に見ながら、考えていくこととする。

1 京都府学連事件判決の論理構造

京都府学連事件判決において最高裁が示した憲法一三条解釈から結論に至るまでの判断の論理構造は、次の図のようになると思われる。本稿にとって重要なのは、具体的事件の結論にとって重要な命題は何かという点である。

学説による憲法一三条解釈上重要視され、体系書等でも紹介されているのが、以下の部分である。憲法一三条の規定は、「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えることができる。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（…）を撮影されない自由を有するものといえるべきである。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、これらの命題は、どれも直接的には本件の結論を導かない。本件の具体的事実を当てはめれば結論を直接導くような命題ではないのである。

「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」という命題は、裏返せば、「正当な理由がある場合は、警察官

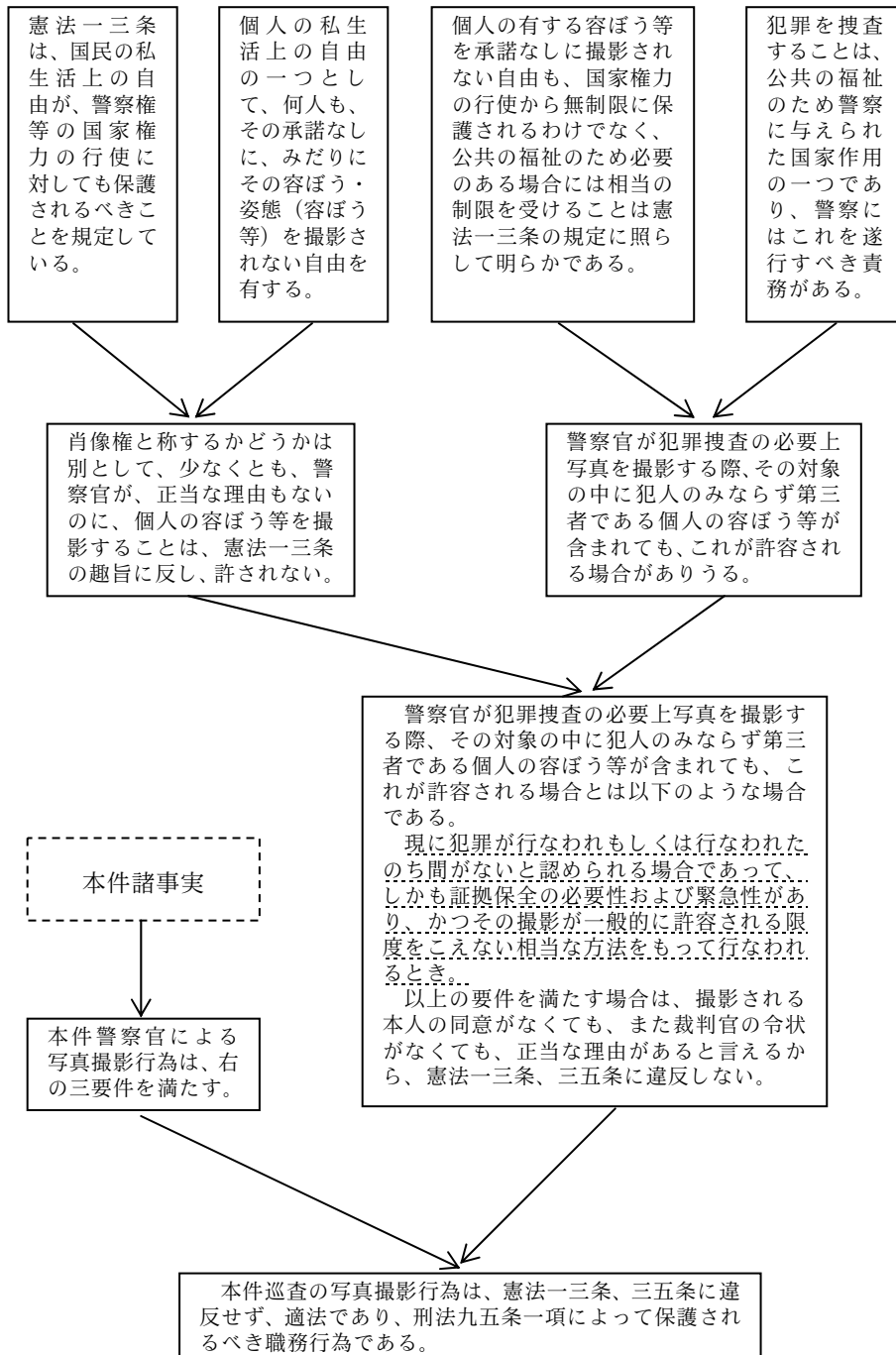
が個人の容ぼう等を撮影することは憲法一三条の趣旨に反しない」ということになる。そして、本件にはまさにその「正当な理由」が存在したのであり、だからこそ、本件写真撮影は憲法一三条に違反しない適法な職務行為とされたのである。

それでは、正当な理由がある場合とはどのような場合か。判決は「警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合」を、以下の三要件を満たす場合としている。すなわち、（１）現に犯罪が行われたは行われたのち間がないと認められること、（２）証拠保全の必要性および緊急性があること、（３）その撮影が、一般に許容される限度をこえない相当な方法をもって行われること、という三要件を満たす場合である。このような場合には、正当な理由があるものとして、憲法一三条違反とはならない。そして、本件は上記の写真撮影が許容される場合に当たり、正当な理由があるため、憲法一三条違反ではないとされたのである。

本件における憲法一三条違反に関わる判断の結論部分は、「本件写真撮影行為は憲法一三条に違反しない適法な職務行為である」ということになる。そして、この結論を直接に根拠づけるのは、上記の三要件と、その要件を満たすとされる本件の諸事実である。

繰り返しになるが、「警察官が、正当な理由もないのに、個人の容

<京都府学連事件判決の論理構造>



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」との命題は、直接的には本件結論を導かない。結論にとって重要な一三条解釈は、むしろ、「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」という部分であろう。

個人の容ぼう等を本人の意に反して撮影されない自由が保障あるいは尊重されること、および、その自由は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、その両方が憲法一三条を根拠として導かれている。そして、結論にとってより重要なのは、後者の方なのである。

2 自動速度監視装置事件判決を結論づけた命題

次に、自動速度監視装置事件判決について見てみよう。判決文における引用のされ方から見て、本件において、京都府学連事件判決が拘束力を有する先例として扱われていることは疑いがない。それでは、京都府学連事件判決のどの部分が「判例」として扱われているのか。同様の事件を同様に扱うというのが判例の拘束力の中心であるとするれば、京都府学連事件と本件が何をもって同様の事件とされたのかが重要となる。この二件は、何が同じで何が異なるのであろうか。

異なる点から見ていこう（異なる点をつぶさに見ていくとすれば、被告

人の年齢や職業等にまで及ぶことになるが、そのような作業をするつもりはない）。まず、それぞれの被告人が行った行為が異なる。京都府学連事件の被告人が行ったのは旗竿を用いた暴行であり、本件は法定速度を超過する速度での自動車の運転行為である。行為が異なるのであるから、当然、適用が争われた法条が異なることとなる。一方は、刑法（九五条一項、二〇四条）の適用が争われた事例であったが、もう一方は道路交通法の適用（一一八条二号、二二条一項、四条一項および同法施行令一条の第一項）が争われた。また、適用については被告人の行為そのものの違法性が争われた京都府学連事件と、行為が行われたことを示す写真の証拠能力が争われた本件との違いもある。そして、写真撮影を行ったのは、一方は警察官であり、もう一方は自動速度監視装置という機械である。

このような違いがあっても、自動速度監視装置事件において京都府学連事件で示された基準が用いられたのは、両者に共通の事実があるからだと考えられる。それは、まず、警察が、犯罪行為に関わる採証のために、個人の容ぼう・姿態を、本人の同意なく、写真に撮影したという点。そして、「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って、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれ」たとの事実認定が行われた点である。以上の

点で京都府学連事件と同様の事例として本件は扱われ、同様の判断が下されている。すなわち、本件事実状況の下で、被告人および近くにいた第三者の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条に違反しないと。

したがって、本判決において京都府学連事件判決が「判例」として機能しているのは、以下のような命題であることになるだろう。すなわち、「警察権の行使として、犯罪行為に関わる採証のために、個人の容ぼう・姿態を、本人の同意なく、写真を撮影したとしても、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれたときは、憲法一三条違反ではない」。

同様の事件を同様に判断するよう裁判所を規律するという判例の拘束力を前提とすれば、判例を変更しない限り、同じような事件が起これば、同じような判断が下されることになる。自動速度監視装置事件判決では、一定の事実状況の下で警察が犯罪捜査のための写真撮影を本人の承諾なく行った点で、京都府学連事件と同様の事件として処理され、同様に一三条違反ではないとの判断が下されていると見ることができよう。

3 外国人指紋押なつ拒否事件判決の結論に影響を与えた命題

それでは、同じく京都府学連事件判決が直接引用されている外国人指紋押なつ拒否事件判決はどうだろうか。本件は、前に見た二件とはかなり事実状況が異なる。警察が写真撮影を行ったわけではなく、また、そもそも犯罪捜査のために警察が動いたわけではない。そして、本判決で問題となったのは、容ぼう等を撮影されない自由ではなく、指紋の押なつを強制されない自由である。前二件の間にある相違よりも、さらに大きな違いがあると見てよいだろう。

したがって、結論を直接導く具体的な命題に限定する「判例」理解からすれば、本判決は京都府学連事件判決の先例に従ったものというよりは、別個の判例であると理解される可能性が高いと思われる。少なくとも、自動速度監視装置事件判決で「判例」として機能した命題が適用された事件とは言えないであろう。また、判決は、指紋押なつ義務を定めた外国人登録法の規定の合憲性について、立法目的の合理性と規定の必要性、そして方法の相当性を吟味するアプローチをとっているが、このような判断基準は京都府学連事件判決で示されたものではない。

とはいえ、本判決は「指紋押なつ制度を定めた外国人登録法（…）が憲法一三条に違反するものではない」との結論を、京都府学連事件判決を一つの根拠として、提示している。一体、京都府学連事件判決のどの部分を根拠としているのであろうか。

それは、第一に、憲法一三条は「国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している」という命題である。そして、指紋の押なつは国民の私生活上の自由と密接な関連を持つことから、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するもの」とされ、「国家机关が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されない」という命題が導かれている（そして、この「自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶ」）。

第二は、「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」という命題である。指紋押なつを強制されない自由は、容ぼう等を承諾なしに撮影されない自由と同様、私生活上の自由として憲法一三条によつて保護される。「しかしながら、右の自由も、国家権力の行使に対して無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けることは、憲法一三条に定められているところである」。

そして、結論により大きな影響を与えたのは、第二、すなわち「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「憲法一三条」の規定に照らして明らかである」という命題である。

4 「判例」としての京都府学連事件判決

（一）結論に影響を与えた命題は何か

具体的事件の結論を直接導く命題を「判例」と解する立場からすれば、京都府学連事件判決の中で「判例」と言えるのは、「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は、警察官による個人の容ぼう等の撮影は憲法一三条違反ではなく、撮影は許容される」という命題であることになるだろう。そして、自動速度監視装置事件では、この命題が「判例」として働き、右の三要件が満たされるものとして、憲法一三条に違反しないという結論が下されている。

憲法一三条が「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」、「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」といった命題は、自動速度監視装置事件の事実には当てはめても、直接的に結論を導かない。そもそも京都府学連事件判決でも、これらの命題は結論を直接に導くものではなかった。

したがって、少なくとも、具体的事件に対する結論あるいは結論命題を「判例」として考える立場を前提とするならば、右の命題を「判例」と呼ぶことは疑問視されるように思われる。

しかしながら、外国人指紋押なつ拒否事件においては、右の命題が役割を与えられている。これは、最高裁が一般的理由づけ法命題を「判例」として扱った一つの例と言えるかもしれない。現に最高裁は、本件結論を導くために、京都府学連事件判決を引用しているのである。

本判決が京都府学連事件判決を先例として引用していることの妥当性は別個の理論的な問題として残るだろうが、現実には、「最高裁判所が判例だと考えているものが判例だ」ということは認めざるをえない。⁴⁵

ただ、そうだとすると、京都府学連事件判決が指紋押なつ拒否事件の結論に対して影響を与えているのは、明文に列挙されていない権利を憲法一三条を根拠に認めた部分だけではない。結論にとつてより重要なのは、そのような権利が憲法一三条を根拠に認められるとしても「公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受ける」という部分である。

(二) ルールと原理

刑事事件の被告が、憲法一三条違反の主張を行い、公共の福祉を理由として主張は斥けられ、有罪となる。このことに着目した場合、京都府学連事件は、以前の判決、例えば、賭博開帳図利行為や覚醒剤の

販売・譲渡の処罰を合憲とした判決と大した違いはない、という見方でもできるかもしれない。⁴⁶

しかし、繰り返しになるが、外国人指紋押なつ事件判決を見る限りでは、最高裁は京都府学連事件と同じ類型の事件にのみ適用可能な結論命題だけではなく、異なる類型にも適用可能な一般的法命題を「判例」として扱っているように見える。この裁判所の扱いを前提とするならば、私生活上の自由が国家権力に対して保護されるべきことを憲法一三条が規定しているとの命題を示した京都府学連事件判決には、賭博開帳図利罪判決等とは異なる、重要な意義があるとの見方もまた、可能かもしれない。

ここでは、ドウウオーキンが示す「ルール」と「原理」の区別⁴⁷を基にして、考えてみよう。すなわち、ルールは、一定の結論を白か黒かのかたちで明確に示すものである。ルールに当てはまる事実が存在すれば、ルールが無効なものでない限り、それが示す結論が下される。したがって、一つの事件の解決を導く際、抵触する複数のルールが存在していることはありえない。

これに対して、原理は、議論を一定の方向に導く根拠を示すものであり、ルールと異なり、特定の決定を必然的に生み出すようなものではない。そして、一つの事件の解決に際して、複数の原理が衝突することがあり、この場合、それぞれの相対的な重みあるいは重要性を考

慮することになる。すなわち、異なる結論に向かう複数の原理が存在しうるのであり、一つの事件の解決に際しては、どの原理が優先されるのかを考える必要がある。

先に見た「判例」理解と考え合わせれば、ルールと原理の区別は、結論づけ命題と一般的法命題との区別と重なり合う部分が大きいように思われる。ただ、後者が一般的法命題の「判例」性を否定的に見るための区別だったのに対して、ルールと原理の区別からは、原理もまた「法」であり、後の裁判において重要な働きをすることが期待されている。

さて、ルールと原理の区別を前提とすれば、京都府学連事件判決は、犯罪捜査のための写真撮影が許される限度に関するルールを示しただけではなく、「憲法上の明文にはないものであっても、国民の私生活上の自由は、憲法一三条を根拠に、国家権力に対して保護される」という原理を示したのだと解することもできるだろう。そして、これが原理として一定の働きをしたからこそ、警察による写真撮影の許容限度を示す要件や、指紋押なつ制度の必要性、立法目的、手段の相当性の審査基準が示され、私生活上の自由の規制が許される範囲が一定程度限定されている。これから起こる事案によっては、京都府学連事件判決が示した原理の重要性が異なるかたちで解され、憲法一三条による実際上の保護が実現する可能性はある。したがって、やはり、京都

府学連事件判決は画期的判決なのだ、と。

ただ、このように考えても、先に見たような帰結が変わるわけではない。少なくとも、先に見た三つの判決において、結論を導く際により重要視され、優先されたのは、私生活上の自由として保護される自由も無制限ではなく、公共の福祉のため相当な制限を受ける、という原理である。

もちろん、私生活上の自由の規制を違憲とする結論の方をより強く導くような原理が優先される可能性を否定することはできない。その可能性を従来より強く示した点を重視して京都府学連事件判決を重要な判決と見ること自体、否定されるべきことではないと思う。ただ、現実には、国家権力の行使が憲法一三条を直接の根拠として違憲とされた実例は、二〇〇六年三月現在、存在しない。だとすれば、現在のところ、判例において原理として重要性を有しているのは、「私生活上の自由として保護される自由も無制限ではなく、公共の福祉のため相当な制限を受ける」という命題なのである。

さて、このように考えてくると、次のような疑問を生じる。すなわち、一方で京都府学連事件判決を重要な判決として肯定し、もう一方では憲法一三条によって救済されるべき権利について語る。こういう議論はどのようにして可能になるのだろうか。

四 「保障範囲」ではない問題

少なくとも憲法一三条を論じる憲法学説は、京都府学連事件判決を肯定的に見ているようである。以下では、まず、どのような文脈で京都府学連事件判決が肯定的に受けとられているのかを見る。その上で、「判例」としての京都府学連事件判決を基点とし、「保障範囲」を中心とする議論の枠組みの有用性について考察を行う。

1 学説の理解

(一) 憲法一三条の具体的権利性

憲法学説上、京都府学連事件判決が持ち出されるのは、主に次の論点においてである。「憲法一三条は憲法典に明記されていない権利・自由で具体的権利（法律等による具体化がなくとも憲法の条文をたてにとつてその裁判的実現を得ることのできる権利）としての性質をもつものを導出する根拠規定たりうるか」。そして、この視点から、本判決は以下のように理解される。「一九六九年の本判決（京都府学連事件）は、憲法一三条を根拠に『私生活上の自由』の内容として『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』を導出し、肯定説の立場に立つことを初めて明示したものである⁴⁸」、と。

学説上、憲法一三条解釈に関わる議論には、大きく分けて、次の二つのレベルがあるとされる。「①憲法第一三条によって憲法に個別的に列挙されていない権利が法的権利あるいは具体的権利として保障さ

れているのかどうかという、憲法一三条の法的性格や幸福追求権の権利性そのものを問題とする議論と、②憲法第一三条のとくに幸福追求権を保障する後段の規定によって憲法に個別的に列挙されていない権利が保障されることを前提に、どのような内容の権利がそこで保障されているのかを問題とする幸福追求権の具体的内容に関する議論である」。そして、①については、「憲法一三条後段を、『幸福追求権』の名のもとで一体としてとらえ、憲法の明文根拠がない権利の保障根拠とするのが、現在の通説的見解である⁴⁹」とされる。

京都府学連事件判決は、この「通説的見解」にとつて非常に重要な意義を与えられているように思われる。

芦部信喜は以下のように言う。

「憲法一三条の」幸福追求権は、はじめは、一四条以下に列挙された個別の人権を総称したもので、そこから具体的な法的権利を引き出すことはできない、と一般に解されていた。しかし、一九六〇年代以降の激しい社会・経済の変動に生じた諸問題に対して法的に対応する必要性が増大したため、その意義が見直されることになった。その結果、個人尊重の原理に基づく幸福追求権は、憲法に列挙されていない新しい人権の根拠となる一般的かつ包括的な権利であり、この幸福追求権によって基礎づけられる個々の権利は、裁判上の救済を受けることができる具体的権利である、と解されるようになったのである。判例も、具体的権利性を肯定している。」（傍点原文）⁵⁰

そして、ここで言う「判例」の代表が京都府学連事件判決である。ただし、判例が憲法一三条から様々な新しい権利・自由を認めているわけではない。

「もつとも、幸福追求権からどのような具体的権利が実際に導き出されるか、そして、それが新しい人権の一つとして承認されるかどうかをどのような基準で判断するかは、なかなか難しい問題である。これまで、新しい人権として主張されたものは、（…）多数にのぼるが、最高裁が正面から認めたものは、前述のプライバシーの権利としての肖像権くらいである。」⁵¹

ここで注意が必要なのは、「具体的権利」という用語の使用法である。芦部の論においては、裁判上の救済を受けることができる個々の権利が「具体的権利」とされ、そのような権利の根拠となる憲法一三条の「幸福追求権」に「具体的権利性」があることになっている。つまり、憲法一三条の「幸福追求権」それ自体が「具体的権利」であるとされているわけではない。

以上のような理解を前提とするならば、学説上の判例理解は、以下のようなものであると言えよう。日本国憲法上明文で列举されていない権利が、「具体的権利」として、一三条を根拠に保障されるかどうかについては、判例上肯定されている。しかしながら、明文で列举されていない権利のうち、どのような権利が憲法一三条によって保障されるかについては、プライバシー権を別として、判例が認めているもの

はない。

（二）権利の内容または範囲

そして、学説上の憲法一三条解釈にとって重要なのは、「京都府学連事件判決で認められた肖像権」以外に、どのような権利が具体的権利として憲法一三条によって保障されるのかという、権利の内容の問題である。この問題について、人格的利益説と一般的自由説、あるいは質的限定論と量的拡張論という学説上の対立がある。⁵²

法律の制定を待たずとも、憲法一三条を直接の根拠として、明文に列举されていない権利が裁判上の救済を受ける可能性がある。このことを示した点で京都府学連事件判決は「歴史的意義をもつ判例」⁵³と言われる。先に見た「具体的権利性」と「権利の内容・範囲」の二つの論点理解を前提とするならば、京都府学連事件判決は、前者の問題に一定の解決を与えた。そして、学説は、憲法一三条が保障する権利が何かに関する議論を行うことになる。

2 「服装の自由」の現実的救済は可能か

（一）「裁判で主張することができる」と「実際に裁判で救済される」
憲法一三条で保障される権利の内容・範囲の問題は、一三条によって明文にない権利の保障が可能であることを前提にした議論であると思われる。そして、権利の内容・範囲の問題は、憲法一三条を根拠として裁判所で主張することができる権利・自由はどのようなものか

関する議論と見て良いだろう。

ただし、「裁判で主張することができる」と「実際に裁判で救済される」ことは異なる。芦部信喜は、先に見たように、「幸福追求権によつて基礎づけられる個々の権利は、裁判上の救済を受けることができる具体的権利であると解されるようになった」と述べているが、憲法一三条を直接の根拠として裁判上の救済がなされた最高裁判例は、管見の限り、見あたらない。

先に見た三つの事件は、いずれも憲法一三条違反の主張がなされ、そして主張は斥けられている。確かに、裁判所は、憲法一三条によつて明文にない権利を主張することは不当である等の判断をしていない。その意味で、いわゆる憲法一三条の「具体的権利性」は、裁判所によつて認められている。しかしながら、三つの事件の被告人に対しては、すべて有罪判決が下されている。誰一人として、憲法一三条を根拠とした現実的救済を勝ち取った人はいないのである。「判例」を扱うに当たつて結論を重視するのであれば、この点は留意すべきことだと思われる。⁵⁴

(二) 「服装の自由」の現実的救済は可能か

(1) 学説上議論される憲法一三条の保障内容あるいは範囲の問題において、実際上の違いが現れることの一つに、髪型や服装の自由などを保障の対象とするか否かがあるとされる。一般的自由説あるいは

量的拡張論はこれらの自由を憲法一三条の保障範囲に含まれるものと解し、人格的利益説あるいは質的限定論はこれらの自由を直接憲法一三条の保障範囲に含まれるものではないと解している、と。

「人格的利益説」に分類される学説を採用した場合、理論上髪型や服装の自由を認めることが本当にできないのかについては、後に検討しようと思う。ここでは、まず、一般的自由説の代表的論者とされている戸波江二の見解を例に、判例が変更されないことを前提にした場合、裁判上「服装の自由」の現実的な救済は可能かどうかについて考えてみたい。問題を限定するために、公立高校の校則によつて制服の着用が義務づけられるというかたちで、生徒の服装の自由が規制されている場合を想定する。

(2) 戸波は、校則による生徒の自由の規制を問題とし、髪型や服装、バイクに乗る自由を憲法上の自己決定権に含まれると主張する。彼は、人格的利益説と一般的自由説を対置し、人格的利益説を批判した上で、自らは一般的自由説を採る。⁵⁵

戸波の論においては、憲法一三条を根拠とした自己決定権の問題は、「保障範囲」の問題として捉えられている。つまり、人格的利益説を採るか一般的自由説を採るかは、保障範囲を限定するかしないかの選択なのである。そして、彼はこれを前提とした上で、「憲法規範のレベルでの自己決定権の範囲を、人格的生存に関する事項を超えて、広く

自由な自己決定一般に広げる必要がある」と主張している。⁵⁶

ただし、戸波は、「人格的利益」という概念そのものが破棄されるべきだと主張しているわけではない。彼は、「人格的生存に関わらない権利・自由については、その制限の必要性・合理性をゆるやかに審査することとし、人格的生存に不可欠な権利の制限の合憲性審査とは一線を画す」るアプローチの採用を提案している。⁵⁷

以上からすれば、戸波説を採用した場合、(1) 服装の自由は憲法三条を根拠として保障される、(2) 服装の自由は人格的生存に不可欠の権利とは言えないから、その制限の合憲性審査は厳格なものではなくゆるやかな審査が行われる、ということになると思われる。さて、判例を前提とした場合、このような理解で、現実には、服装の自由の裁判上の救済が可能となるのだろうか。

(3) 「判例」としての京都府学連事件を狭く解した場合、判例は警察による写真撮影に関わるものであることになるから、服装の自由とは直接の関わりがなさそうである。一方、「判例」を広く解した場合、(A) 憲法一三条によって個人の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護される、(B) 私生活上の自由として保護される自由も国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には、相当の制限を受けることは憲法一三条によって定められているという命題を、京都府学連事件判決が示した「判例」

として扱うことになる。

ところで、外国人指紋押なつ拒否事件判決では、以上二つの命題を前提として、「ゆるやかな審査」が行われている。⁵⁸ また、少なくとも現在のところ、一三条によって保障される権利の制限に対して厳格な合憲性審査が行われた例はないと思われる。だとすれば、判例を前提とした場合、以下のような論理で、結局、裁判による服装の自由の救済は実現しない可能性がある。

「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している。そして、個人の私生活上の自由として、何人もみだりに一定の服装を強制されない自由を有するものというべきである。少なくとも、公立高校が、正当な理由もないのに、一定の服装を強制することは、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に対して無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のために必要がある場合には相当の制限を受けることもまた、憲法一三条に定められているところである。」

そして、このことを前提にして規制の合憲性審査が行われる。校則による制服着用義務づけは憲法一三条違反だとして生徒が裁判に訴えたとしたら、被告となる学校側は、服装規制の必要性や目的の合理性、

手段の相当性を主張するだろう。審査が「ゆるやかな審査」であった場合、学校側の主張が裁判所によって斥けられる可能性はどれほどあるのだろうか。「制服着用の義務づけには、目的の合理性や規制の必要性、手段の相当性などが認められ、憲法一三条に違反するものではない」。このような結論が下される可能性の方を考慮する必要はないのだろうか。

戸波は、「重要なことは、ともかくも一般的自由に対しても憲法上の保護を及ぼすこと、それを『人権』の保障と構成し、その制限の違憲性を裁判で主張することができるように論理構成することである」と述べている。彼の主張する「一般的自由説」を前提とすれば、服装の自由の「制限の違憲性を裁判で主張すること」はできるだろう。しかしながら、その制限が違憲とされ実際に救済がなされるかどうかは、また別の話である。

もちろん、ゆるやかな審査が行われた場合はすべて合憲となるというわけではなく、例えば、規制の必要性、目的の合理性、手段の相当性のいずれかが欠けるために、校則による制服着用の義務付けは憲法一三条に違反するとの判断が、裁判所においてなされる可能性はある。しかし、憲法一三条違反の判断が明示的になされていない現状を考えると、「服装の自由は憲法一三条の保障範囲に含まれる」というだけでは、違憲判決によって服装の自由が現実の救済を得る可能性はそう高

くはないように思われる。

(4) そもそも、憲法一三条を根拠として明文にない権利を裁判上主張するだけなら、京都府学連事件判決で示された「憲法一三条によって個人の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護される」という命題を使えば良い。この命題を前提とすれば、大抵の私生活上の自由は、憲法一三条を根拠として裁判上主張することが可能であるように思われる。すなわち、「私生活上の自由」として構成することのできる権利に対する制限について、「ともかくも」制限の違憲性を裁判で主張することのできるよう論理構成することは、「判例に従う」だけで十分可能なのであり、わざわざ一般的自由説を採用する必要はない。

以上のように考えると、次のような素朴な疑問が生ずる。裁判による現実的救済を考える場面において、「保障範囲を限定すべきでない」という主張は一体何の役に立つのか。何のために主張されるのか。そもそも、この主張が前提としている「保障範囲」の問題は真剣に論じるだけの重要性を有するものなのか。

私は、憲法一三条を根拠とした明文にない権利の問題が、保障範囲の広狭を中心的論点として議論されることの合理性、有用性に懐疑的な立場を採る。ただ、別稿^{60,61}で扱った問題については、繰り返さない。以下では、別稿とは視点を变えて、「判例」としての京都府学連事件判決を前提として、憲法一三条を根拠とした明文にない権利の裁判によ

る現実的救済を目指した場合に、重要な問題は何かという視点から考察をしてみようと思う。

3 「判例」と「保障範囲」

保障範囲にかかわる議論は、判例との関わりでどのような意義を持つのだろうか。まず確認しておきたいのは、裁判所は、人格的利益説と一般的自由説、あるいは質的限定論と量的拡張論、そのどちらかを選択しなければならぬ立場にはない、ということである。学説が制度上の法源ではない以上、⁶²裁判所は独自の憲法一三条解釈を行えばよいのであって、学説の枠組みに従う必要はないし、学界の權威に気を遣う必要もない（このことは本来研究者も同じはずなのであるが）。実際、京都府学連事件判決をはじめとする本稿で扱った判決には、保障範囲の問題に対する興味はないように思われる。

このような疑問に対しては、以下のような応答も考えられる。「私生活上」の自由と言っても、実際にどのような「私生活上の自由」が憲法一三条によって保障されるかは、未だ不明確である。憲法一三条の保障範囲にかかわる議論は、判例の言う「私生活上の自由」の範囲をどのように解するか議論である、と。そして、その上で、保障範囲を限定する立場からは、むやみに保障範囲を広げすぎてしまうと不都合が起これるとの主張が、広く解する立場からは、むやみに保障範囲を限定してしまうと、公共の福祉に対抗する論理構成すらできなくなり、

権利保障が弱まってしまふ、という主張が、それぞれなされるのかもれない。

ただし、これは、「人格的生存に不可欠」とか「一般的自由」といった概念が、判例の言う「私生活上の自由」よりも明確な概念であつて初めて成立する議論である。

これに対しては、「明確だ」との答えが返ってくるのだろう。「人格的利益」あるいは「人格的生存に不可欠」という概念は、「一般的自由」よりも狭いのだ、と。しかし、それは本当なのだろうか。

「人格的利益」に保障範囲を限定すべきでないと主張する論者が、「人格的利益」の概念が不明確であるとの指摘をしているが、⁶³だとすれば、人格的生存に不可欠の権利の「範囲」は、実際には広い可能性もあるのではないだろうか。しかし、保障範囲の広狭の議論に参加する研究者の頭の中では、とりあえず「人格的利益」の方が狭いということだけは、想定されているようである。

海外の判例・学説を前提として考えれば、人格的利益よりも一般的自由の方が広いことになるのかもしれない。⁶⁴しかし、日本の裁判所がそのような議論の枠組みに従う必要はない。少なくとも、本稿で見た判決において、保障範囲をどう解するかといった議論はなされていない。

ただ、とりあえずここでは、以上のような私の指摘は、ただの粗探

しであり意味のないものと仮定しよう。そして、憲法一三条の保障範囲の問題は、裁判所の言う「私生活上の自由」の内実を明らかにする試みであり、その議論には十分な意義がある、としておこう。

しかしながら、憲法一三条を根拠とした裁判による現実的救済のためには、判例が示す「公共の福祉」の論理に対抗しなければならぬのであり、それは保障範囲が広いか狭いかという議論だけでは足りない。このことは、先に「服装の自由」を例にして見たとおりである。

4 服装や髪型の自由は「一般的自由説」を採用しないと主張することができないのか

(1) 判例を前提とすれば、現実的救済を目指すためには、判例の示す「公共の福祉」の論理に対抗する必要があるが、この意味でも、保障範囲の広狭の問題は重要である、との応答も考えられる。すなわち、保障範囲を限定した場合、範囲外とされる権利・自由は、公共の福祉への対抗以前に憲法上の権利として認められないのであり、現実的救済の可能性はより低くなるのだ、と。

これについては、先ほどと同じく「服装の自由」を例に考えてみよう。考えてみたいのは次のことである。「限定説」に分類される説を採用すれば、「服装の自由」を憲法一三条を根拠として憲法上の権利と解することはできなくなるのか。これに対する私の回答は、可能である、というものである。当該理論の提唱者が一定の個別的な権利・自由を

否定しているという理由のみで、当該理論から導かれる具体的な帰結を決めることはできないからである。

確かに、「限定説」に分類されている佐藤幸治は、「服装・身なり」等について、「こうした事柄は、人によつては大事なものであるが、それ自体が正面きつて人権かと問われると、肯定するのは困難であろう」と述べている。⁶⁵しかしながら、彼の議論の論理構造から考えると、本人の意図には関わりなく、一般論レベルで佐藤理論を採用した上で、服装の自由を憲法一三条を根拠にして主張することは可能であると思われる。

元々佐藤説は、保障範囲を限定するかしないかという議論に参加するために「人格的自律権」の概念を持ちだしているわけではない。議論は、人権をいかに基礎づけるか、憲法上の権利をいかに体系的に捉えるのか、という問題関心から行われ、そこで「人格的自律権」の概念が重要な役割を担うことになる。⁶⁶彼の議論は、人権価値を所与の前提とせず、いかに正当化するかという人権の基礎づけ論に遡る。そこで道徳理論によつて基礎づけられる道徳的権利としての「人権」が、「人格的自律権」である。そして、これが憲法一三条によつて憲法典に導入されている。⁶⁷したがって、彼の理論体系においては、「人権」及び憲法上の権利とは「人格的自律権」であり、明文にはないが憲法一三条によつて保障される新しい憲法上の権利は、「新しい人格的自律権」

になるのである。

また、彼は、権利について、背景的権利／法的権利／具体的権利という権利の重層的理解をしている。⁶⁸したがって、同じ「人格的自律権」という名称で呼ばれる権利であっても、理念的な人権レベルでの権利と実定法上の権利、及び裁判レベルで主張することのできる権利は同一ではない。先に見たように、佐藤は服装の自由の保護を否定しているように見えるが、これは、裁判レベルで主張される具体的権利としては服装の自由は認められない、という意図であると思われる。

一三条「後段の『幸福追求権』は、前段の『個人の尊重』原理と結びついて、人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在で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」であり、「法的権利性」を有するとされている。⁶⁹「法的権利としての人格的自律権」と「具体的権利としての人格的自律権」が同一のものとは限らないとすれば、服装の自由を具体的権利として把握し、法的権利としての人格的自律権の論理によって正当化することは不可能ではないと思われる。佐藤自身、憲法一三条によって保障される権利・自由の類型は固定的なものとは考えておらず、将来新たな類型が形成される可能性は否定していない。⁷⁰

ここで仮定の話として、肌の露出の多い服装をする人を「裸同然の格好で街を歩いている」として、公然わいせつ罪（刑法一七四条）で

逮捕するような警察権の行使がなされる場合を考えてみよう。事案によって判断は異なることになるだろうが、例えば、ノースリーブのよ
うな現在特に問題なく人々が着ている服装が権力によって制限され、
しかもそれが単に権力者が保守的な考えの持ち主だったという事情に
基づくものであった場合、佐藤説を採用しては、憲法一三条違反
の主張を行うことはできないのだろうか。警察権による服装の自由の
規制というような問題が起こった場合、「服装の自由」は、保障範囲が
広いとか狭いといった議論では捉えきれない問題となってくるのでは
ないだろうか。

「服装の自由」は、中学校、高校の校則による生徒の自由の制限の
問題に限定して考える傾向があるように思われる。しかし、大学が制
服着用を義務づけた場合や、警察権による服装の規制の例のような場
合では、問題そのものの性質が大きく変わってくる。「服装の自由」を
校則問題に限定する必要はない。

「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続
ける上で必要不可欠な権利・自由」を一つの基準として考えたとして
も、これを採用すれば保障されるべき具体的かつ個別の権利がなにか
の問題が確定するわけではない。中学校、高校の校則の問題に服装の
自由に議論を限定した場合でも、制服着用に何の疑問もなく従ってき
た人と集団に対する同化の圧力を感じてきた人とは考え方が異なる

だろうし、世代によってもその違いは出てくるだろう。集団に対する同化のために制服着用の義務づけが行われているとの論理構成を行うことができるのであれば、服装の自由を「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由」の一つとして正当化することは、十分に可能であるように思われる。

このことは、「限定説」の一つに数えられている松井茂記の論にも当てはまる。確かに彼は、「ライフスタイルにかかわる自己決定権」は民主プロセスへの参加に不可欠の権利とは言えないとして、憲法一三条による保護を否定している。⁷¹しかしながら、「民主主義」の観念は一義的なものではなく、それ故に「民主プロセスの参加に不可欠の権利」が何かは一義的に決まるわけではない。⁷²だとすれば、「服装の自由」は松井説を採用すれば自動的に否定されるとは限らない。例えば、権力者が個人の服装にまで干渉するような体制が多元主義的な民主主義の実現を阻害しないと確実に言い切れるだろうか。

(2) 理論の提唱者が否定しているという理由のみで、当該理論から導かれる具体的な帰結を決めることはできない。「人格的自律」や「民主的プロセス」という概念は、元々「保障範囲を限定する」ためのものではない(後の学説がそのように誤解しただけである)これらの概念は、人権の基礎づけ論や司法の役割論などの一般理論に関わるものであり、

その一般理論が個別の条文解釈を支え正当化するという論理構造を、彼らの説は有している。しかしながら、それらの一般理論は個別具体的な結論を自動的に導くものではない。つまり、一定の正当化理論を採用すれば個別の問題が一義的に決まるというわけではないのである。

以上のように考えると、憲法一三条によってどのような権利が保障されるかの議論は、その権利が一三条の保障範囲に含まれるか否かの問題ではなく、明文にない権利の保障をいかにして正当化するかの問題であると考えられる。

佐藤説においては、ある明文にない権利が憲法一三条によって保障されるのは、憲法一三条が導入している「基幹的自律権」の実現のためには明文の個別的自律権では対応できない場合である。すなわち、「自律権の実現」のための明文にない権利の保障という論理的正当化がなされることになる。そして、例えば「服装の自由」が憲法一三条によって保障されるか否かは、「自律権の実現」に必要なか否かという視点から議論が行われることになるだろう。また、松井説においては、明文にない権利が保障されるのは、民主プロセスの維持のために必要だということになり、「服装の自由」が憲法一三条によって保障されるか否かは、それを保護することが民主プロセスの監視・維持という裁判所の役割に合致するか否かという視点から判断される。

そして、仮に佐藤説を採用するか松井説の選択を行うとすれば、そ

れは明文にない権利の保障をどのような理論で正当化するかを選択であつて、保障範囲が広いか狭いかの問題ではない。

5 「保障範囲」ではない問題

判例を前提とする限り、ある自由が保障範囲に含まれると解しても、それだけでは現実的救済はできない可能性がある。現実の問題として、判例においては、「私生活上の自由として保護される自由も無制限ではなく、公共の福祉のため相当な制限を受ける」という命題が、結論に強く影響しているからである。

したがって、憲法一三条を根拠として裁判上の現実的救済を目指すのであれば、公共の福祉の福祉のための相当の制限とは言えないことを論証する必要がある。考えられるのは、まず、規制の不合理性の論証を行うことである。また、その審査は厳格な基準なのか緩やかな基準なのかについても考える必要があるだろう。

そして、「規制が不合理である」「審査基準は厳格に解すべきである」といった主張を行うに際しては、問題となつてゐる権利について、その保護の重要性や必要性を論じることになるだろう。ただ、その議論は、「保障範囲」に含まれるか否かの議論ではない。「なぜその権利が重要なのか」という問いに対して「憲法一三条の保障範囲に含まれるから」と応じて、答えにはならない。すべきことは、当該権利・自由の保護の重要性をいかに論理的に正当化するかであるだろう。

また、「限定説」に分類される学説の中には、本人の意図や主張に関わりなく、その提示する一般理論を用いて個別の権利について正当化することは可能である。

もう一つ。以上のような議論を行う際には、例えば「自己決定権」の問題というかたちで一括りにするのではなく、「〇〇に対する自己決定権」あるいは「〇〇の自由」として、個別化して検討を行うことが好ましいと思われる。規制が合理的であるか否か、如何なる基準で審査すべきか、なぜ当該権利の保護が必要なのかといった問題は、個別の権利・自由に応じて考慮すべき事柄である。最高裁判決にあらわれた「私生活上の自由」も、「みだりに容ぼう等を写真に撮影されない自由」と「指紋押なつを強制されない自由」では考慮すべき事項が異なつていたし、そもそも両者は異なる類型の問題として捉えた方が自然である。例えば、末期患者が死を選ぶ自由と一定の服装を強制されない自由では考慮すべき事柄が異なる。現実的な救済を目指すのであれば、個別の自由の相違に応じたより具体的な議論が必要となるように思われる。

結

従来の学説は、京都府学連事件判決を憲法一三条の具体的権利性を認めた部分だけを取り出し肯定的に見た上で、保障範囲ないし内容の

議論を行う傾向があったように思われる。

しかしながら、以上見てきたところからすると、少なくとも、本稿で扱っている三つの判決を前提とする限り、憲法一三条によつて保護されるか否かという保障範囲の問題のみを論じても、裁判による実際上の救済を可能にする論理としては弱いように思われる。京都府学連事件判決を肯定するのであれば、「憲法一三条によつて個人の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護される」という命題とセットで、「私生活上の自由として保護される自由も国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には、相当の制限を受けることは憲法一三条によつて定められている」という命題がついてくる。そして、現在のところ、裁判所の結論に強く働いているのは、後者の方である。⁷³

京都府学連事件判決を肯定しながら、憲法一三条による明文にない権利の保護を訴える。この議論が、裁判による権利の現実的救済を目指したものであるとすれば、問題となつている権利・自由の制限が公共の福祉のためのものでして正当化できないことを論証する必要がある。少なくとも、保障範囲の広狭ばかりを論じて、公共の福祉による制限にいかに対抗するかという議論を行わない場合、「保障範囲に含まれる」権利・自由が現実には救済されるかは疑わしい。

「保障範囲」が広いのか狭いかの問題より重要なのは、個別の権利・

自由に応じて、規制の不合理性や審査基準、権利の重要性について具体的な議論を行うことだと思われる。また、従来「限定説」に分類されてきた学説についても、理論の提唱者本人が否定しているという理由だけでは、当該理論の具体的な帰結が一義的に決定するわけではなく、非限定説が主張する権利・自由をも正当化する可能性がある。

さて、「保障範囲」の問題は、ドイツの判例・学説の紹介という以外に、日本において、どれ程の意義を有しているのだろうか。本稿の結論はこうである。本稿が見てきたことから考えると、「保障範囲」の広狭は、従来考えられていたほどには、重要な問題ではない。少なくとも、日本の「判例」を前提とし、日本の裁判所による現実的な救済を考える場合には。

¹ 平野竜一「法学における理論の役割」碧海純一編『現代法学の方法』（岩波講座・現代法15 一九九六）五七頁、六九頁。

² 田宮裕・「刑法解釈の方法と限界」同『変革のなかの刑事法』（有斐閣、二〇〇〇）二五頁、三八―三九頁。

³ 中野次雄編『判例とその読み方（改訂版）』（有斐閣、二〇〇二）二〇頁（中野執筆）。

⁴ また、次のような見解も、本稿の姿勢に影響を与えている。「いつの世も学界で流行るのは、外国産のニューモードを追いかけることで、自分やこの国の人々がそれをどう着こなすかなど二の次ということになる。そこで『こんな事

件は、アメリカなら原告の勝ちに決まっている」とか、『ドイツなら、裁判所がちゃんと面倒をみってくれる』とかが学者の決まり文句になるのだが、そんなことを日本の裁判所に言いについても、ヘソを曲げられるだけだ。裁判で勝ちたければ、当たり前だがそれなりの作法が要るのである。」棟居快行『憲法フイールドノート（第二版）』（日本評論社、一九九八）一頁。

⁵ 佐藤幸治「憲法と人格権」有倉遼選『体系・憲法判例研究Ⅲ』（日本評論社、一九七五）一九九頁、二一五頁。

⁶ 例えば、明文にない権利を実現したものとしてアメリカの Roe 判決（Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)）がよく引き合いに出されるが、この判決は、女性の妊娠中絶選択の自由を認めた違憲判決であった。しかし、京都府学連事件判決は違憲の判断を行ったものではなく、結論としては、警察権の行使が合憲と判断された事例である。したがって、両者が同様の意義を有するとは限らないのであるが、アメリカの判例・学説を日本に当てはめる際に、この点を意識している議論はどれほどあるのだろうか。

⁷ 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、一九八四）二七八頁。

⁸ 例えば、田中英夫『実定法学入門（第三版）』（東京大学出版会、一九七四）一九七―一九八頁、田中成明『法理学講義』（有斐閣、一九九四）六二頁、佐藤・前掲注7、二七一頁。この「拘束力」が法的拘束力なのか事実上の拘束力なのかといった議論には、本稿の興味はない。

⁹ 田中英夫・前掲注8、一九七頁、田中成明・前掲注8、六二頁、佐藤・前掲注7、二七一―二七三頁。Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard Univ. Press, 1977, 1978)（木下毅・小林公・野坂泰共訳『権利論』（木鐸社、1986）、113（邦訳・一四〇―一四一頁）

¹⁰ 田中英夫「判例による法形成」法学協会雑誌九四巻六号一頁（一九七七）、五頁。

¹¹ 佐藤・前掲注7、二七一頁。「先例法理を支える最も重要な基礎は、（…）類似の事件は同じように扱うべしという公正の観念にあるのではなからうか。これを日本国憲法との関連でいえば、直接には一四条の『法の下に平等』の要請するところということになる。これは、『法の下に平等』に含まれる一局面とされる、いわゆる法適用の平等面にかかわるものであるということにならうが、『行政』の場合と違って、『司法』についてはアド・ホックではなく、類似の事件には同じような解決を与えるべしという公正の観念が特に強く働いてい

る点は看過しえない。」（同二七七頁）

¹² 田中英夫・前掲注8、二〇二頁。

¹³ 田中成明・前掲注8、六三頁。

¹⁴ 田中英夫・前掲注8、二〇二頁。

¹⁵ 同二〇八頁。

¹⁶ 佐藤・前掲注7、二七九頁。

¹⁷ 田中英夫・前掲注8、二〇二頁―二一五頁。

¹⁸ 同二〇九頁、田中英夫・前掲注10、四三―四四頁。

¹⁹ 田中英夫・前掲注8、二一三―二一四頁。

²⁰ 中野・前掲注3、三九頁。

²¹ 同四六頁。

²² 同五五―五六頁。

²³ 同四八頁。

²⁴ 同五〇頁。そして、「この種の一般的法命題のいま一つの特徴は、それが結論の理由づけとして唯一無二のものだという必然性を欠く場合が少なくないということである。」

²⁵ 同四四―四五頁。

²⁶ 同五二頁。

²⁷ 同四六頁「佐藤文哉・宍戸達徳執筆」、同六七頁「中野次雄執筆」。

²⁸ 中野・前掲注1、六九頁。

²⁹ 中野・前掲注3、二〇頁。田中英夫・前掲注8、一九八―一九九頁も参照。

³⁰ 中野・前掲注3、八頁。

³¹ 藤井樹也『権利の発想転換』（成文堂、一九九八）、九九―一〇〇頁。中野・前掲注3、四三頁も参照。

³² 田中成明・前掲注8、六三頁も参照。

³³ 東京地判昭和三十九年九月二日下民集一五巻九号二三一七頁。

³⁴ 最三判昭和五十六年四月一四日民集三五巻三号六二〇頁。

³⁵ 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第3版）』（岩波書店、二〇〇二）、一一七、一一八頁。

³⁶ 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、一九九三）、一〇七頁。この点は、「石に泳ぐ魚」事件（最三判平成一四年九月二四日判時一八〇二号六〇頁）も同じである。

³⁷ また、権利の救済のためには、現にある法律や憲法の他の条文では対応でき

ないからこそ、憲法一三条が重要な意義を持つのだとすれば、憲法一三条を根拠としなくても救済が可能な事案においては、憲法一三条の重要性は相対的に低いこととなるだろう。

³⁸ 前田雅英『刑法各論講義(第三版)』(東京大学出版会、一九九九年)四三六頁、

木村光江『刑法(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇二年)四三八頁。

³⁹ 京都地判昭和三十九年七月四日刑集二三卷一、二、三、四、五頁。

⁴⁰ 大阪高判昭和四〇年四月二七日刑集二三卷一、二、三、四、五頁。

⁴¹ 東京地判昭和五九年一月二七日刑集四〇卷一、二、三、四、五頁。

⁴² 東京高判昭和五九年七月二七日刑集四〇卷一、二、三、四、五頁。

⁴³ 神戸地判昭和六一年四月二四日刑集四九卷一〇号一〇八〇頁。

⁴⁴ 大阪高判平成二年六月一九日刑集四九卷一〇号一〇九六頁。

⁴⁵ 中野・前掲注3、六六―六七頁。

⁴⁶ 最大判一九五〇(昭和二五)年一月二二日刑集四卷一、二、三、四、五頁(賭博開帳図利)、最大判一九五六年(昭和三一)年六月二三日刑集二〇卷六号八三〇頁(覚醒剤の販売・譲渡)。

⁴⁷ Dvorkin, *supra* note 9, at 22-28 (邦訳一四―二三頁)。

⁴⁸ 竹中勲「憲法一三条と『容ぼう・姿態を撮影されない自由』」樋口陽一、野中俊彦編『憲法の基本判例(第三版)』(有斐閣、一九九六)四二頁、四三頁。

⁴⁹ 藤井・前掲注31、三二五―三二六頁。

⁵⁰ 芦部・前掲注35、一一四―一一五頁。また、戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい、一九九八)一七四頁。

⁵¹ 芦部・前掲注35、一一六頁。

⁵² 学説の対立について、藤井・前掲注31、三二六頁以下など参照。ただし、藤井は、以下のように言う。憲法一三条が具体的権利の根拠規定となるか否かの問題は、具体的権利の内容の問題とは、「かならずしも完全に分離できるものではなく、相互に密接に関連していると考えられる点に注意が必要であろう。」(同三二六頁)

⁵³ 佐藤・前掲注5、二二五頁。

⁵⁴ ただ、そうは言っても、先の三つの判決で示された命題が、いかなる場合も被告を有罪とするための論理として働くというわけではない。結論を直接導く命題を前提とすれば、警察による同意のない写真撮影については、京都府学連事件判決で示された三要件を満たさない撮影は違法となる。また、外国人の指

紋の押なつ制度については、制度の必要性、立法目的の合理性、手段の相当性が満たされない場合は違法と結論づけられることになるだろう。

⁵⁵ 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室一五八号三九頁(一九九三)

同三九頁。

⁵⁷ 同四〇頁。

⁵⁸ 根森健「指紋捺捺制度の合憲性」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I(第四版)』(有斐閣、二〇〇〇)一〇頁、一一頁参照。

⁵⁹ 戸波・前掲注55、四二頁。

⁶⁰ 拙稿「憲法一三条解釈における『憲法理論』の役割」阪大法学五〇巻六号一四五頁(二〇〇一)。

憲法一三条解釈に関わる学説の理論構造を分析し、憲法一三条を根拠とした権利の内容の問題を範囲の問題としてのみ捉えることの不合理性について、大要以下のような主張を行った。学説の中には、具体的条文である憲法一三条解釈の背景に、人権の基礎づけ論や司法の役割論等の一般理論が存在し、その一般理論を採用する以上、一三条解釈だけ別の理論を採用することはできない、という論理構造を有するものがある。彼らの理論に対し批判を行うのであれば、少なくとも、背景にある一般理論の存在は考慮に入れるべきである。憲法一三条解釈を支え正当化する背景の理論の存在を無視し、「保障範囲を限定する説」「限定しない説」として扱う議論は、合理的なものとは言えない。

⁶¹ 拙稿・前掲注60、拙稿「憲法一三条解釈と裁判所の権限」阪大法学五二巻二号一九九頁(二〇〇二)。

⁶² 田中英夫・前掲注8、二二四―二二五頁。

⁶³ 戸波・前掲注55、三八頁。この点、「人格的利益とそうでないものの区別が明確ではない」のに、なぜ「人権保障を狭める」とか、人格的利益とそうでないものとの合憲性審査の厳格さを区別すればよい、等の主張ができるのかに対する疑問が生じる。松井茂記「自己決定権について(二・完)」阪大法学四五巻五号一頁(一九九五)四七頁参照。

⁶⁴ 例えば、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜古稀「現代立憲主義の展開」上(有斐閣、一九九三)三二五頁。

⁶⁵ 佐藤幸治「憲法(第三版)」(青林書院、一九九五)四六一頁。

⁶⁶ 佐藤幸治「人権の観念」ジュリスト八四号一四五頁(一九八七)

⁶⁷ 佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」佐藤幸治、中村睦男、野中俊彦「ファン

ダメンタル憲法』（一九九四）三頁、一〇頁。

⁶⁸ 佐藤・前掲注⁶⁵、三九三―三九四頁。

⁶⁹ 同四四五頁。

⁷⁰ 同四六一頁。

⁷¹ 松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』（日本評論社、一九九五）五七頁、七五頁。松井・前掲注⁶³。

⁷² Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard Univ. Press, 1985), 59-65.

⁷³ 公共の福祉理解を基点として、憲法一三条の意味を考える長谷部恭男の議論（長谷部恭男『憲法（第三版）』（新世社、二〇〇四）一五五頁）は、この点で、判例に正面から対応することのできるものであると考えられる。長谷部は、憲法一三条の保障範囲が広いが狭いかという議論には参加していない。彼は、憲法上保障された権利には、「公共の福祉」の観点からの判断をくつがえす「切り札」としての人権と公共の福祉に基づく権利の二種類がある（同一一三頁）ことを前提に、以下のような憲法一三条解釈を示している。一三条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を一般的行動の自由であると解釈し、その意義を「国家権力の活動範囲を公共の福祉と適合する範囲内に抑えることにある」。そして、「憲法一三条後段は、国家権力が公共の福祉の許す範囲内でのみ行使されるよう、国民に対して一般的自由を与え、国家権力の側はこの自由の制約を正当化すべき責任を課して、司法部にこの限定を監視する任務を与えたものと考えることができる」。「これに対して、個人の自律の核心にかかわる、公共の福祉による制限を受けない権利は、個人の尊重を規定する憲法一三条前段によって保障されている」。

長谷部は「公共の福祉」に関して、いわゆる一元的内在的制約説を採用しておらず、国家権力の正当性の限界と個人の人權の限界とを区別する（同一一〇―一二三頁、長谷部恭男「国家権力の限界と人權」樋口陽一編『講座憲法学3』（日本評論社、一九九四）四三頁）。彼の議論から判例をどのように見るかについては、また別個の検討が必要であろう。ただ、少なくとも一般論としては、一三条にかかわる判例に正面から対応することのできる議論であると考えられる。公共の福祉の許す範囲内での権力の行使であるとの理解は誤っている、あるいは、問題となっている権利は公共の福祉による制限を受けない権利である、といった論理で議論を行うことの可能性が高いからである。

このような議論は、あくまで一般論にとどまるものであるが、憲法一三条と公共の福祉という制約原理との関係については、一般論レベルですら議論が活発とは言いがたく、その意味で、長谷部の議論は、憲法一三条解釈論にとって有益なものだと思われる。

Do scholars understand that judgment exactly?

Katsuaki HAYASE

(Faculty of Literature and Social Sciences)

There is not a scholar's opinion ahead of a judicial precedent. The significance of existence of a scholar's opinion is accepted only after there is activity of the court which produces a judicial precedent. If a constitutional interpretation bears in mind the interpretation and application in a court, this relation nature cannot be denied. And, the influence to the actual society of a judicial precedent is far larger than a scholar's opinion. Moreover, the court does not have duty in which the authority and accepted theory of academic circles should be considered.

If premised on the above ideas, what priority should be given to when carrying out a constitution interpretation is not examination of a scholar's opinion but examination of a judicial precedent. This paper examines the *Kyotohu-Gakuren* case.

When the proposition which draws the conclusion of a concrete incident directly is understood as a "judicial precedent", it is the following proposition that it can be said to be a "judicial precedent" in *Kyotohu-Gakuren* case: When it is admitted that a crime is performed now or there is not an interval after it was performed, and there are the necessity and urgency of perpetuation of evidence, and when the photography is performed by the reasonable method which does not surpass the limit generally permitted, photography of the appearance of the individual by the policeman is not Article 13 violation of the constitution.

When a "judicial precedent" is understood widely, the following propositions will be treated as "judicial precedent" shown by *Kyotohu-Gakuren* case: (A) The freedom on an individual private life is protected to use of national power by Article 13 of the constitution, and (B) That freedom is not necessarily protected without any restriction. When there is necessity for public welfare, receiving considerable restriction is defined by Article 13 of the constitution. And the (B) is more important for conclusions of judgments.

Scholars should argue about how is the logic of (B) refuted. According to each right and freedom, scholars should discuss concrete problems about the irrational nature of regulation, or an examination standard and the importance of a right.

I think that the problem of the "security range" is not the theme about which it should argue earnestly.