

# 大阪市入れ墨調査事件

——自己決定と情報調査拒否権——

橋 本 基 弘

はじめに

- 1 大阪市入れ墨調査判決
  - 2 地裁判決の意義と疑問点
  - 3 控訴審判決
  - 4 入れ墨調査を拒むことはできないのか
- おわりに

はじめに

公務員は、内部調査にどこまで応じなければならないのであろうか。一般的には開示が求められない情報の強制収集にどこまで応じなければならないのであろうか。大阪市入れ墨調査事件<sup>(1)</sup>は、これらの点を始め、公務員の勤務関係

大阪市入れ墨調査事件（橋本）

や公務員の人権について興味深い論点を提供している。

一連の君が代裁判を通じて、公務員に対する作為の強制が争われ、最高裁判決に対する批判も根強い<sup>(2)</sup>。一方で、無制約な懲戒権行使に対しては、最高裁自身も歯止めをかけようとしている。大阪市入れ墨調査事件は、このような流れの中で生じ、争われているという性格をもっている。特に大阪市では、職員に対するアンケートという名目での強制的な情報収集が行われており、すでにこれを違憲、違法であるとする判決がある<sup>(3)</sup>。調査の内容は組合活動という、職員個人の思想内容に関わるものではないにせよ、入れ墨の有無もまた、個人の自己決定の帰結に関わるものであるため、慎重な取り扱いが必要であった。この点について、大阪地裁判決、大阪高裁判決、いずれも調査目的の正当性を認めた上で、入れ墨情報の性格付けにおいて結論を異にする判断に至ったのである<sup>(5)</sup>。

本稿は、大阪地裁判決<sup>(6)</sup>と大阪高裁判決を素材として、公務員のプライバシーと調査への協力義務の適否について検討を進めるものである。その上で、厳密には差別につながる情報とはいえないものの、それでも秘匿に値する情報と収集を拒む権利があることを示すことにしたい。いわゆる「消極的言論の自由 (negative speech right)」の考え方がこの問題を解く上で有益であることを提示したいと思う。

なお、大阪市入れ墨調査訴訟は、病院局に勤務する原告に関する事件Aと交通局に勤務する原告に関する事件Bから構成されているが、その主張の概要や判決の内容については、共通するところが多い。そこで、本稿では、A B両判決に共通したところについては、あえて区別せずに判決を紹介し、異なるところについては、その旨を注記することにしたい。

# 1 大阪市入れ墨調査判決

## (1) 事実と争点

### ① 事実

大阪市では、市職員が入れ墨を見せ、子どもたちを畏怖させたなどという新聞記事を受けて、全職員に入れ墨をしているかどうかを調査することとした。この調査は、「職員の入れ墨が社会問題となっており、人事配置上の配慮を行う観点から、日常生活を行う上で目視可能な部位への入れ墨の有無を把握する」とことと、「入れ墨に関わる服務のルールを検討するに当たり、職員の実態を把握する必要がある」とことであった。このうち、前者は強制的な調査であり、後者は「肩から手の指先まで及び首から上、膝から足の指先までの部分以外に入れ墨のある職員に対して、任意回答による調査を実施する」ものであった。

本件原告は、被告大阪市が設置する病院局に勤務する職員（A事件）及び大阪市公安局に勤務する職員（B事件）である。原告は、この調査に対して、自分の信条に基づき提出しないこととしたが、上司等から、調査票の提出を執拗に求められた。その結果、調査への回答を拒否したのは原告のみであった。

この拒絶行為に対して、被告病院局長（A事件）及び交通局長（B事件）は、警告書を交付して、本件調査に回答しないことは、地公法三二条が定める、上司の職務命令に従う義務に違反し、同法二九条一項が定める懲戒事由に該当するとして、ただちに回答するように警告したが、原告はこれを拒んだ。その結果、原告に対して戒告処分が行われ

たという事例である。原告は、被告大阪市に対して、処分の取り消しと損害賠償を求めて訴えを提起した（B事件においても同様な訴えが起こされた）。

## ②争点

### ア 被告大阪市の主張

被告大阪市（A事件）及び同市交通局長（B事件）は、入れ墨をした職員に対する市民からの苦情に対応する必要性や、市議会からも対応を求める声が上がったことや入れ墨をした職員から不安感や威圧感を市民が感じないよう、適切な人事配置を行う必要性を主張し、あわせて、調査の手段が「市民等の目に触れる可能性のある部位に限定している」こと、共通の書式を用いていること、そして自主申告による（上司らが目視して確認するのではない）合理的な方法であることを主張した。また、回答を義務づけた点については、人事配置という目的を実現できないことを挙げている。

本件調査が個人情報保護条例<sup>(7)</sup>の掲げる「その他社会的差別の原因となるおそれがあると認められる事項に関する個人情報」に該当するかどうかという点については、「本件調査によって収集した本件入れ墨情報は、対象者が入れ墨を施すに至った事情や主観的理由に立ち入るものではなく、思想・信条・宗教のように、対象者の人格や精神作用の基礎に関わる情報ではないし、入れ墨についての捉え方や見解は様々であるが、いずれにせよ、入れ墨は、かような見解があり得ることを認識した上で、本人が自己の意思に基づき施したものであって、一般に、趣味、嗜好あるいは身だしなみに関する情報である」として、本件入れ墨情報は、差別情報等には当たらないとしている。

また、仮に本件入れ墨情報が差別的情報に当たるとしても、法令等で収集できる情報であるから、収集可能であると述べる。これは、職員に対する人事情報の収集という包括的な権能に基づくものである。本件調査に応じなかったことは、職務命令に反する行為であることが明らかであって、職場の組織秩序を現実に着しくかく乱した。また、この職務命令は、客観的に違法であることが明白でない以上、職員はこれを拒否することができない。

本件処分は、戒告処分であって、処分それ自体によって職員の法的地位に直接の職務上ないし給与上の不利益を及ぼすものでないから、本件処分には裁量権の逸脱濫用はないと主張する。

#### イ 原告の主張

これに対して、原告は、本件調査が憲法一三条、二一条に違反することなどを主張している。このうち、A事件におけるプライバシー権の侵害については、身体における入れ墨の調査は、個人的かつ私的な身体的特徴に関する情報であり、その個人の思想、信条等に関する事項ともなり得る、センシティブな情報であって、その開示はプライバシー権を侵害する。これら情報を強制をもって収集することは、プライバシー権の侵害として許されないと主張がなされている。

また、入れ墨をするかしないかは、自由及び幸福追求の権利が保障する自己決定の権利に属する事柄であり、法律によって禁止されていない事項であるが、本件調査は、入れ墨があること自体を否定的に捉える価値観を一方的に押しつけるものである以上、調査結果をもって人事配置上の配慮事項とすることにより、入れ墨を入れることを実質的に禁止する効果をもつものであって、憲法一三条が保障する自己決定の自由を侵害する。ましてや、被告大阪市が平成一年に制定した「大阪市人権行政基本方針」では、人事行政の基本理念の一として、「画一的な価値観を押しつ

けるのではなく、一定のルールの中で人々の多様な生き方を認め合うこと」が定められているが、本件調査は、この基本理念に反し、入れ墨をしている者は、すべて他者に不安感や威圧感を与える人物であるという評価を宣伝し、差別を助長するものであって、本件調査を基礎付ける正当な目的ということはできない」と述べている。

一方、B事件においては、次のような主張がなされている。「本件調査の対象となっている本件入れ墨情報は、誰が考えてもプライバシーであると思われるものであり、また個人の人格的自律の存在に直接関わる情報であるから、固有情報あるいはセンシティブな情報として、特に保護されるべき度合いが高い情報である。そして、前科や前歴に關する情報と同じように、一旦は入れ墨をしたものの、後になって、名誉、信用に直接関わる情報としてこれを他には知られたくないと考えている者や、特に名誉には関係ないとしても、入れ墨の持つ芸術性の特性として、他人の目から秘匿することに意義を見出いだす者もおり、本件入れ墨情報の秘匿性は極めて高い。さらには、文化や表現方法として入れ墨を入れることは、本来個人の自由であるにもかかわらず、本件調査のように、入れ墨に対する否定的な評価を基に、本件入れ墨情報を公権力が袖手することは、入れ墨＝悪であるとの偏見を助長し、精神的自由権の一つである表現の自由に対し、大きな萎縮効果をもたらしことから、公権力の行使から保護されるべき度合いは極めて高い」。

そして、「また、個人にとって、身体に入れ墨を入れるか否か、また入れ墨の存在を他者に知らせるか否かは、表現の自由として保護されるべき権利であるところ、本件調査は、入れ墨の有無を他者である交通局に知らせることを強制するものであり、直接的に表現の自由を規制するものである」との注目すべき主張がなされている。

このような事情を背景とする本件処分は、違憲、違法であるから、本件調査への回答を命じる職務命令も違憲、違法である。

(2) 第一審大阪地裁判決の概要

大阪地方裁判所は、おおむね次のような理由に基づいて、原告の請求を認めた。

a 入れ墨行為の性質について

a 1 入れ墨は、それ自体では人格、思想、信条、良心等の内心に関する情報となるものではないが、反社会的組織の構成員に入れ墨をしている者が多くいることから、入れ墨をしていることは個人の経歴に関する情報となり得るものであり、かつ本件新聞報道後に公務員である本件施設職員が入れ墨をしたことに対して市民から批判する意見が多数寄せられていることから明らかに明らかなとおり入れ墨に対して抵抗感や嫌悪感を示す者は多く、個人の名誉又は信用に関わるプライバシー情報であるとはいえない。

他方、入れ墨は、自己の身体に関する限り、その施術は個人の自由に関する事項といえ、近時はファッションとして入れ墨をする者も多数存在するところである。そして、憲法一三条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由及び入れ墨をするかしないかを決定する自由を有するものと解される。

a 2 もつとも、上記自由も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

限を受けることは、憲法一三条に定められているところである。そして、前記のとおり近時はファクションとしての一として入れ墨を施す者もいることからすると、入れ墨をしていることは、反社会的組織に所属していたことを直ちに意味するものではなく、必ずしも個人の経歴を示す情報となるものともいえないため、これを秘匿したいと考えるか否かも個人によって異なる。また、本件調査は、視認又は撮影などの方法によって職員の仕事に携わっている入れ墨の形状、模様等を直接情報として収集するものではない、本件調査票に自ら記入させる方法によって、本件調査部位に限り、本件入れ墨情報を収集するものであり、その情報のみから当該個人の経歴を直ちに推認することができるものではない。

a 3 上記のような本件調査により収集する本件入れ墨情報の性質及び内容に鑑みると、本件調査が入れ墨をしている者のプライバシーや自己決定権を侵害するものとして憲法一三条に反するか否か、また違法となるか否かを判断するに当たっては、他のより制限的でない他の手段が存在しないことまで要するものではなく、本件調査の目的の正当性、調査の必要性及び手段の相当性等を考慮して判断するのが相当である。

b 調査目的の正当性について

このような観点から、判決は、本件調査の目的を検討する。そして、それが、「市民の目に触れる可能性のある部位に入れ墨をしている職員の有無を把握し、当該部位に入れ墨をしている職員が市民等に接する機会が多い職務に従事している場合には、より市民等接する機会の少ない職務を担当させるために、所属内の分担替えや配置換え、所属間移動などの人事配置を行うことであつたと認められる」とする。そして、これは、「正当な目的であると認められ



る」とする。また、「公務員が入れ墨をしているという事実が市政に対する強い批判を招いているのであるから、入れ墨が市民等の目に触れることにより市民等が不安感や威圧感をもつことがあり得るため、そのような事態が生じないようにするとの本件調査の目的が不当であるということはできない」と述べている。

c 手段の相当性について

次いで、判決は、手段の相当性の審査に移る。そして、次のように述べる。

c 1 「本件調査は、人事配置上の配慮を行うことを目的とするものであるから、かかる目的を達成するためには、市民等の目に入る可能性のある場所についての本件入れ墨情報を確認すれば足りるところ、本件調査では、調査の対象部位を本件調査対象部位に限定しており、かつ化粧の一部としての眉、アイライン、唇の皮膚に針等で色素を入れる施術である、いわゆるアートメイクを本件調査対象から外しているなど、職員のプライバシーを過度に制限することのないように調査対象範囲を限定している。」

c 2 「また、調査対象者のプライバシー保護の観点からも、書面により回答する方法であれば、自己の認識に基づいて本件入れ墨情報を記載し提出すれば足りるから、面談を実施して聞き取り調査や目視による確認調査を行うという方法よりも望ましい方法であるということができる。さらに、本件調査は、本件調査対象部位に関する本件入れ墨情報の回答は任意ではなく、これを回答することを義務づけるものであるが、病院局長（A事件）B事件においては交通局長以下においても同じ）は、後述の通り、地方公営企業である病院局の管理者としてその職員に対する指揮監督

権を有し（地方公営企業法一五条二項）、また、各職員の上司として職務に関連する事項につき命令することができるのであり（地公法三三条）、職務を執行する際の身だしなみに関する事項についても職務に関連する事項として職務命令の対象とすることができるのであるから、各職員に対して本件調査に回答するよう命じてこれを義務付けることも病院局長の職務権限の範囲内であるということが出来る。そして、本件調査の回答を任意とすると、回答しない職員が多数出てくることは容易に予想することができるのであり、各職員の本件入れ墨情報を把握した上で、人事配置上の配慮を行うという本件調査の目的を必ずしも達成することができないことになり得るのであるから、回答を義務づけることは合理的な方法であるということが出来る。

そして、結論として、「本件調査の目的は正当であり、本件調査の必要性及び手段の相当性も認められる。したがって、本件調査及びこれに回答することを求める本件職務命令は、憲法一三条に反するものとはいえない」との結論が示される。

d 憲法二一条違反の主張に対して

次いで、判決は、本件調査が憲法二一条に違反するとの原告の主張を、次のように述べて退けている。

「原告は、本件調査により本件入れ墨情報を収集することは、表現の自由に対する萎縮効果をもたらすとして、憲法二一条に反する旨主張している。しかし、人の内心における精神作用を外部に公表する精神活動として入れ墨を認めることが一般的であると認めるに足りる証拠はなく、むしろ、服装、身なり、外観などの自己決定権の問題として、憲法一三条による保障が及ぶか否かが検討されるべき問題であると解される。憲法一三条により保障される自由も、

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ところ、本件調査の目的の正当性、調査の必要性及び手段の相当性が認められることは前述のとおりである。」

e 個人情報保護条例違反の主張に対して

e 1 「企業管理者は管理者が指揮監督することを定めているところ（一五条二項）、上記指揮監督権は、補助機関を構成している公務員が一つの組織体をなして秩序整然と最良の補佐をなすことを担保するために認められている権限であるから、管理者は、必要があるときに、必要な方法によって補助機関の職員の職務の執行につき積極的に命令し、また、消極的にその義務に違反しないようあらゆる措置をとることができ、その措置には職員の身分取り扱いに関する事項について種々の調査を行うことも含まれると解するのが相当である。」

e 2 「しかしながら、地方公営企業法九条二号及び一五条二項並びに被告が主張する根拠規定は、一般的な人事行政に関する指揮監督権限を包括的に定めた規定であるか、被告内部の事務分掌の規定であるが、これらの包括的な指揮監督権限又は事務分掌規定により情報の収集が可能であるとすると、職員に関する限り広範に差別情報を収集することが可能となり、個人情報保護条例六条二項一号が原則として差別情報の収集を禁止したことの趣旨が没却されるおそれがある。」

e 3 「また、同条例六条二項一号が、法令等に基づく場合に差別情報の収集を許容する趣旨は、情報の収集に具体的根拠がある場合には、情報収集の必要性が存在することが前提となっている上、個人情報の取扱いも法令に従って合理的になされると考えられるからであると解されるところ、情報の収集について具体的な場面における情報の収

集について定めた規定であればその趣旨は当てはまるが、一般人事行政に関する包括的な指揮監督権を定める規定又は事務分掌規定に基づく情報収集の必要性の有無及び取扱い方法は、個々の事案によって大きく異なり得るから、かかる包括的な指揮監督権限の規定及び事務分掌規定を同項一号にいう『法令等』に含めることが、同条二項の趣旨に沿うのかも疑問である。」

e 4 「しかも、同条例七一条三項は、人事、給与、服務、福利厚生その他の本市の職員に関する事務のために取り扱う個人情報については、同条例六条二項二号に基づき差別情報等を収集する場合には同条四項及び五項を適用しない旨定めている。包括的な指揮監督権に基づく差別情報の収集が同条二項一号により可能なのであれば、あえて同項二号による差別情報等の収集を前提とした同条七一条三号のような規定を設ける必要性に乏しいから、同条例は、人事等の職員に関する事務のために取り扱う差別情報は同条例二項二号により収集することを予定していると考えられ、したがって、一般人事行政に関する包括的な指揮監督権を定める規定又は事務分掌規定は、同項一号の『法令等』に含まれていないことを前提としてしていると解するのが合理的である。」

このように述べながら、判決は、本件調査が例外的に条例が収集を許容する事例に当てはまるかどうかを判断する。

e 5 「前述のとおり、人事上の配慮をより適切に行うために本件調査対象部位に関する本件入れ墨情報を調査する必要性はあったことは認められるが、病院局所管の病院（A事件。B事件においては交通局）では、看護師らが、接遇マ

ニューアル等に基づき日々の身だしなみの点検を行っており、職員が入れ墨をしていたことにより職務に支障が生じたとは認められないことからすると、人事上の配置に支障を来すことが必然であったとまで認めることはできない。したがって、本件調査による差別情報との収集は、事務の目的を達成するために必要不可欠であったとまで評価することができないから、同号に該当しない。以上によれば、本件調査により特定の職員が入れ墨をしているとの情報を含む本件入れ墨情報を収集することは、同条例六条二項に違反し違法であり、本件調査に回答することを命じる本件職務命令も、同項一号及び二号に該当しないにもかかわらず差別情報を収集することを目的とするものであるから、同項に反し違法である。」

## 2 地裁判決の意義と疑問点

### (1) 上位規範たる憲法と個人情報保護条例の関係

#### ① 本判決の特徴

本判決の論理は、巧妙であり、奇妙でもある。入れ墨調査が憲法に違反しないことを明言しながら、個人情報保護条例のレベルで違法判断を行った。上位規範には違反しないが、下位規範に抵触するという論理が成り立つのかどうか。憲法が許すことを条例が許さないという理論構成があり得るのかどうか。本判決は、読むものを不安に陥れる。もっとも、憲法レベルでは市側の主張を容れながら、入れ墨調査を退けた点では、「名を捨てて実を取った」判決であるとも評価することはできるかもしれない。予想される上訴における審理を考えたとき、大上段の憲法論で市側を

負かすより、技術的かつ個別的な条例レベルでの判断が選ばれたと考えることもできよう。救済優先の論理と評することもできる。

(2) 本判決の疑問点

① 憲法一三条の理解

入れ墨調査の合憲性を論証するに当たり、本判決は、調査の目的と手段の審査を行っている。それに先立ち、本判決は、入れ墨をするか否かは、憲法一三条の自己決定権に含まれるとの判断を行っている。これは、一般的行為自由権説に立った理解と見ることができ<sup>(8)</sup>。しかし、入れ墨をしているかどうかという情報はプライバシーの保護を受けないとするのが本判決の立場である。その理由は、判旨 a 1、a 2 によると「入れ墨に対して抵抗感や嫌悪感を示す者は多く、個人の名誉又は信用に関わるプライバシー情報であるとはいえない」こと、そして「近時はファッショントしての一として入れ墨を施す者もいることからすると、入れ墨をしていることは、反社会的組織に所属していたことを直ちに意味するものではなく、必ずしも個人の経歴を示す情報となるものともいえないため、これを秘匿したいと考えるか否かも個人によって異なる」ことに求められている。

だが、全体を通じて、判決は、入れ墨情報が社会的差別の原因となる情報であることを前提にして個人情報保護条例の判断を行っている(判旨 e 4、e 5)。入れ墨情報は、憲法一三条の保障範囲に属するプライバシー情報ではないが、個人情報保護条例によって保護されるプライバシー情報というものがはたして存在し得るのだろうか。<sup>(9)</sup> 判決は、入れ墨が秘匿に値する情報ではないと断定していたはずである。この論旨を貫くのであれば、入れ墨情報は、個人情報

報保護条例上も「差別の原因となる情報ではない」との立場に立つしかないはずである。残念ながら、論旨には一貫性が認められない。

あるいは、百歩譲って、「憲法上保護には値しないが、立法によって保護されるプライバシー情報というものがある」と判決は考えたと理解することも不可能ではない。そうすると、たまたま大阪市個人情報保護条例が差別情報の収集を禁止していたために入れ墨情報の収集が違法となるとの解釈が整合的な理解ということになるであろう。ならば、条例の定め方を変えれば、入れ墨情報の収集もまた可能となるとの判断が導き出されることになる。しかし、そう解釈するならば、判旨 a 1、a 2 は不要である。

また、憲法上保護されるプライバシー情報とは、思想や信仰、犯罪歴や病歴などのいわゆるプライバシー中核情報であって、その周縁部に属する情報は立法によって、その保護の要否、程度が決まると考えることも不可能ではない。しかし、判旨からは、そのような論理に基づいていることは読み取れない。

## ② 目的手段審査

### (ア) 審査の水準

判決の特徴は、入れ墨情報収集の合憲性を目的手段審査によって検討した点にある。この点について判決は、「他のより制限的でない他の手段が存在しないことまで要するものではなく、本件調査の目的の正当性、調査の必要性及び手段の相当性等を考慮して判断するのが相当である」と述べる。すなわち、本件調査の適法性判断については、中間段階の審査より審査密度の低い審査で足りるとするのである。

このうち、目的については、人事配置上の配慮、すなわち、「公務員が入れ墨をしているという事実が市政に対する強い批判を招いているのであるから、入れ墨が市民等の目に触れることにより市民等が不安感や威圧感をもつことがあり得るため、そのような事態が生じないようにするとの本件調査の目的が不当であるということとはできない」（判旨b）という点であった。この目的については、被告大阪市の主張を全面的に認めている。

しかし、判決は、判旨e5において、この目的に対する調査の必要性を否定する。すなわち、「病院局所管の病院では、看護師らが、接遇マニュアル等に基づき日々の身だしなみの点検を行っており、職員が入れ墨をしていたことにより職務に支障が生じたとは認められないことからすると、人事上の配置に支障を来すことが必然であったとまで認めることはできない。したがって、本件調査による差別情報との収集は、事務の目的を達成するために必要不可欠であったとまで評価することができないから、同号に該当しない。以上によれば、本件調査により特定の職員が入れ墨をしているとの情報を含む本件入れ墨情報を収集することは、同条例六条二項に違反し違法であり、本件調査に回答することを命じる本件職務命令も、同項一号及び二号に該当しないにもかかわらず差別情報を収集することを目的とするものである」との判断が示されているのである。

（イ） 入れ墨情報の性格と手段の相当性

憲法上、入れ墨調査をすることは職員の配置上の配慮の観点から認められるが、個人情報保護条例上は、本件調査が差別情報の収集を目的としたものであった、との論理も、いささかわかりにくい。地裁判決が「入れ墨を施すことは自己決定の権利のひとつに含まれるが、入れ墨をしているとの情報は秘匿されるべき情報ではないものの、差別情報に該当するという判断」を行ったとすると、この論理を理解するのは容易ではない。



また、判決は、調査手段の正当性を認めている。だが、その認め方は、面接による回答や目視による確認より穏当だったという程度のものでしかない（判旨c1、c2）。これは、調査を行うこと自体の目的と手段の審査ではなく、調査をするとした場合の目的と手段の審査でしかないことに注意を要する。つまり、判決は、入れ墨調査を行つてもプライバシーを侵害するものではないから、憲法上は許される。憲法上許されることを前提として、調査の目的と手段を検討しているのであつて、合憲性審査における目的手段審査とは性格を異にしていることに注意が必要である。そうすると、結論は見えている。

つまり、判決は、入れ墨調査の合憲性審査をしているようではないながら、合憲性審査の基準とは異なる手法を用いている。そして、入れ墨調査の目的も手段も相当であるが、調査の必要性がなかった点から、本件調査を違法と結論づける点に、本判決の晦渋さがあるといえよう。

### ③ 強制力と制裁の問題

他方、本判決には、調査の強制力、すなわち、職務命令に従わなかった場合の制裁についての判断がない。調査の目的の合憲性、手段の適正さ、そしてその制裁の程度を具体的に衡量するような手法は、本判決には見られない。調査に協力しない職員に対して、戒告という懲戒処分が科されることの重大さを判決はどう見たのか。あるいは、そもそも制裁付きで入れ墨調査をすることが憲法上許されるのかどうかの判断こそ求められたのではなかったか。その意味でも、本判決は、憲法判断としては物足りなさを残すものとなっている。

個人情報保護条例違反の事例として片付けるのであれば、前段の憲法判断はいらない。むしろ、憲法判断があるこ

とによって、個人情報保護条例の判断に一貫性を欠く結果となっている。憲法判断を行うのであれば、入れ墨のもつ憲法上の意味について正面から向き合う必要があった。しかし、判決は、入れ墨が憲法一三条によって保護されるとしながら、憲法論を避けている。あくまで個人情報保護条例の問題として処理した点に、この判決の限界があるといえよう。

この事件において問われなければならなかった点は、「公務員が入れ墨をしているという事実が市政に対する強い批判を招いているのであるから、入れ墨が市民等の目に触れることにより市民等が不安感や威圧感をもつことがあり得るため、そのような事態が生じないようにする」(判旨b)ことから調査の必要性を導き出すことができたかどうかである。そのような事態を回避するには、懲戒処分付きの回答強制ではなく、職場での規律強化で対応することができなかつたのかという点である。強制的調査ではなく、勤務時間内は入れ墨を隠すような職務命令で対応できなかつたのかという点である。入れ墨が自己決定権の保障範囲に含まれるとして、それへの侵害がより穏当な手段でなされることは不可能であったのかどうか。この点こそが本件の本質であった。しかし、地裁判決は、この問題を迂回して、争点を条例解釈に限定してしまった。これが次に見る高裁判決にも影響を及ぼしている。

### 3 控訴審判決

#### (1) 判決の概要

##### ① 個人情報保護条例と入れ墨調査

控訴審、大阪高裁判決は、憲法一三条と二二条に関する主張を簡単に退けた後、入れ墨調査が個人情報保護条例に違反するかどうか論点を絞り込む。そして、次のように述べる。

##### f 大阪市個人情報保護条例六条二項該当性

「入れ墨を施す理由は、人によって様々であり、中には文化的・民族的背景を有する場合もあるものの、他方、装飾（ファッション）の一種との意識で入れられることもあって、必ずしも人格に深く関わるものではない。また、自己の入れ墨を秘匿したいと考えるか否かも個々人によって異なる」。

「このように、そもそも入れ墨をしているという属性とその者の人格との関係について一概に捉えることは困難なのであるから、社会生活において、入れ墨をしているという事実を一般的に知られることにより、特定の個人又はその関係者が社会的に不当な差別を受けるおそれがあるといえるかについても一概に論じることまた困難であるといふべきである」。

「加えて、反社会的組織の構成員に入れ墨をしている者が多くいることは公知の事実であるところ、他人に入れ墨

を見せられることで不安感や威圧感を持つことは直ちに不当な偏見によるものであるということはできず、入れ墨をしている者に対して、その入れ墨を見せることを状況に応じて制約することは社会的にはおおむね容認されているものといえる。そのほか、本件全証拠によっても、入れ墨をしていることを理由とする社会的に不当な差別が広く行われていることを示すものはない」。

「これらのことからすれば、入れ墨をしているという属性は、人種、民族又は犯罪歴と言った属性と同列に考えることは相当ではないものと考えられる：そうすると、本件入れ墨情報は、人種、民族又は犯罪歴に関する個人情報と同じ範疇に属するものと考えられるべきであり、個人情報保護条例六条二項の「その他社会的差別の原因となると認められる事項に関する個人情報」には該当しないというべきである」(以上、A B 両事件に共通の説示)。

また、A 事件については、次のような判断が示されている。

「しかし、入れ墨の存在それ自体ではなく、他人に入れ墨を見せられることで不安感や威圧感を持つことを、直ちに不当な偏見であるということはできない。そのために、入れ墨をしている者に対して、その入れ墨を他人に見せることを状況に応じて制約することは社会的にはおおむね容認されていることは前示のとおりである。入れ墨をしていること自体を理由に一律に施設利用が禁止されるというものでないことは、むしろ、入れ墨をしていることを理由とする社会的に不当な差別が行われているのではなく、他人に入れ墨を見せられる可能性について、社会的には状況に応じた対応が取られていることを示すものといえることができる：また、本件入れ墨情報を収集する控訴人に差別意思があるか否かによって、本件入れ墨情報が差別情報等に該当するか否かが決せられものではないから、被控訴人の上

記主張は採用できない」。

g 同条例六条一号該当性

「本件調査の目的は…明確であり、かつ、正当なものである。また、本件調査の必要性及び手段の相当性については…上記目的の達成に必要な範囲内で、適正かつ公正な手段により行われたものと認められる…したがって、本件調査により本件入れ墨情報を収集することは、個人情報保護条例六条一項に違反しない（なお、以上によれば、身だしなみの点検ではまかなえない場面があり得ることや、従来執務に支障が生じなかったとしても、控訴人としては、市政に対する市民等からの信頼を確保するために対応しなければならぬ状況であり、対応せずに執務に支障が生じた場合には、信頼失墜が甚だしいことが予想されることから、仮に入れ墨情報の収集が同条例六条二項に該当するとしても、本件調査による本件入れ墨情報の収集は、同項二号の『事務の目的を達成するために必要であると認められるとき』に該当し、同条二項に反しないといえる」。

「本件調査は、地方公営企業である病院局（A事件。B事件においては交通局以下同じ。）の管理者である交通局長の命令に基づいて実施されたものであり、地方公営企業法は、管理者が地方公営企業の職員の任免、給与、勤務時間その他の勤務条件、懲戒、研修及びその他の身分の取り扱いに関する事項を掌理することを定めている（同法九条二項）ところ、上記指揮監督権は、補助機関を構成している公務員が一つの組織体をなして秩序整然と最良の補佐をなすことを担保するために認められている権限であるから、管理者は、必要あるときに、必要な方法によって補助機関である職員の職務の執行につき積極的に命令し、また消極的にその義務に違反しないようにあらゆる措置を執ることができ、その措置には職員の身分取り扱いに関する事項について種々の調査を行うことも含まれると解するのが相当である」。

なお、A事件においては、「情報を収集できることを根拠づける法令等の規定が、収集の事由や要件を個別具体的に定めていないとしても、具体的に情報を収集する場合には、個々の具体的事案に応じ、対象となる情報の性質も踏まえた上で、同条例六条一項に基づいて個人情報を取り扱う事務の目的を明確にし、当該明確にされた事務の目的の達成に必要な範囲内で、適正かつ公正な手段により収集しなければならぬのであって、職員の個人情報を無限定に収集できるわけではないから、公務員関係に同条例の適用がないことと実質的に異ならないということとはできない」との説示が付け加えられている。

h 本件処分 of 適法性について

「本件調査は…適法であるから、交通局の職員に対してこれへの回答を命じる本件職務命令は、地公法三二条に基づく適法な職務命令である。そして、被控訴人は同命令に違反して本件調査票を提出しなかつたのであるから、被控訴人の当該行為は、地公法二九条一項一号に該当し、また、職務命令上の義務に違反する行為であり、かつ全体の奉仕者としてふさわしくない非行でもあるから、同項二号及び三号にも該当するといえる…加えて、被控訴人は…上司が再三にわたって指導等をしたにもかかわらず、これに従わなかつたのであり、職場の組織秩序を乱したことは明らかであるから、被控訴人が、本件職務命令違反によつて、控訴人の公務の運営に支障を生じさせたともいえる…したがつて、被控訴人の当該行為は、職員基本条例二八条により、同条例表一一号の『職務命令違反行為により、公務の運営に支障を生じさせること』に該当し、被控訴人に対しては、減給及び戒告のうちから、職員が行つた非違行為の動機及び対応、公務内外に与える影響、当該職員の職責、当該非違行為の前後における当該職員の態度を総合的に考

慮して、懲戒処分が行われることになる。…交通局長は、このうち軽い方の処分である戒告処分を相当と判断して、被控訴人の行為について地公法二九条一項一ないし三号並びに職員基本条例二八条一項及び別表一一号に基づき、本件処分をしたものである。被控訴人の挙げる諸事情を考慮しても、交通局長がした本件処分に裁量権の逸脱又は濫用があったとは認められない。」

## (2) 控訴審判決の特徴と問題点

### ① 枠組みと基本的な考え方

原告（被控訴人）が行った憲法上の主張を退け、問題を個人情報保護条例に限定した点で、控訴審判決と第一審判決は同じ枠組みを採用している。また、本件処分権者には、職員に対する広汎な指揮監督権が認められるとする点においても両者は同じ土壌に立っている。両者の結論を分けたのは、入れ墨情報が差別を助長させる情報に該当するかどうかであったが、子細に検討すると、両者の間には入れ墨をするという行為をめぐる根本的な理解の相違があるように思われる。

第一審判決は、入れ墨をする行為を憲法一三条が保護していると考えていた(a1)。これに対して、控訴審判決は、入れ墨を施す行為が「必ずしも人格に深く関わるものではない」と述べている(f)。この説示は、憲法一三条をめぐる学説上「人格的利益説」に立つものであるように読める。幸福追求の権利の間口を広くとらえ、それに対する制約の可否、程度を利益衡量によって決定するという解釈とは異なる系譜に属すると考えることもできる。<sup>(10)</sup>

このような理解から、控訴審判決は、入れ墨情報が秘匿に値しない情報であると性格づけている。すなわち、控訴

審判決によると、情報として秘匿に値する情報とは、「人種、民族又は犯罪歴」に限定してとらえられるのである。入れ墨は憲法上保護に値しない。また、個人情報としても秘匿に値しないと判断が控訴審判決の基本的立場である。

### ② 入れ墨情報の収集権限

両判決の違いは、入れ墨情報を収集する権限の理解においてより鮮明になる。第一審判決は、調査権限の範囲を地方公営企業法九条二号、一五条二項の権限を限定解釈することで、調査権限の範囲を限定した。これらが定める調査権限を包括的に解釈すると、個人情報保護の目的が「没却される」とするのである。その上で、職員の人事にかかる情報のうち差別情報に該当する情報の収集は、包括的人事権の中には含まれないと考えた。これに対して、控訴審判決は、このような理解を一蹴し、地方公営企業法から包括的な調査権限を導き出した。これは、あたかも職員に対しては、個人情報保護条例もしくはその趣旨が適用されず、むしろ職員は、大阪市職員基本条例による包括的支配権に服するとの解釈が取られたと見ることができるといえる。いわば、端的な特別権力関係理論が控訴審判決の背景にあると解することもできるであろう。

### ③ 懲戒処分 の適法性審査

第一審判決は、入れ墨情報の収集が違法であるとの前提に立ち、これに対する不服従への懲戒処分もまた違法であるとの判断を示していた。逆に、控訴審判決は、入れ墨情報の収集が適法であるとの前提に立ち、これへの不服従が



「組織の秩序を乱した」と断定する。不服従が職務遂行をいかに阻害したかを論ずることなく、不服従がただちに「公務の運営に支障をきたした」というのである。不服従行為がもたらした弊害を認定することなく、いわば形式的にその害悪を導き出したのである。その上で、懲戒処分としては軽い戒告処分を選んだことには、裁量権の逸脱濫用はないと結論づける。

#### ④ 控訴審判決の問題点

控訴審判決の論理を要約すると、次のようになる。

入れ墨が憲法上保護に値する行為ではない。それゆえ、入れ墨情報もまた秘匿に値しない。したがって、入れ墨をしているか否かの調査もまた適法である。これは、職員に対する包括的支配権から正当化される。その結果、入れ墨調査に従わなかった行為は、職務命令に違反するものとして懲戒に値する。その処分が戒告である以上は、懲戒権の逸脱濫用はない。

職員に対する包括的支配権を認め、それに対する司法審査を基本的に排除するのが特別権力関係理論の特徴であるとするならば、控訴審判決は、私たちがすでに忘れかけたこの理論を現代によみがえらせたものといわざるを得ない。<sup>(11)</sup>そして、この判断の出発点にあるのが「人格的利益説」であるとするならば、控訴審判決は、憲法学説からも検証の対象とされるべきである。「人格的利益説」に立ち、憲法上の主張を退けた後、制約の許容性を緩やかに認めるところに最大の問題がある。

入れ墨情報を控訴審判決のようにとらえたなら、調査の対象や範囲には歯止めがきかなくなる。厳密に差別につな

がる情報でなければ、どのような事項でも回答を強制させられることにつながるのではあるまいか。職員の適正な配置という目的があれば、性的指向性も家族構成も、あるいは離婚歴すら調査対象となることもにわかには否定できないであろう。

#### 4 入れ墨調査を拒むことはできないのか

##### (1) 職員に対する自治体の調査権限

##### ① 入れ墨行為の法的性格

入れ墨は、人類の歴史とともに古い。それは、同じ部族に属していることのアイデンティティを表すこともあれば、自分が成長した一人の人間であることを表す記号でもある。また、わが国の場合は、反社会的集団に属していることの表象としても用いられてきた。その意味は、社会や組織、文化によって異なる。入れ墨が社会的にマイナスなイメージを表すのかどうかは、文化や社会の文脈によって定まる。<sup>(12)</sup>

本件原告が主張するように、入れ墨を施すことは違法ではない。それが、憲法一三条によって保障される行為であるかどうかには異論がある。入れ墨が個人の人格的自律にとつて不可欠な行為と認定されなければ、禁止も許されるかもしれない。地裁判決のように、一般的行為自由権説的な理解に立てば、その保障範囲は利益衡量によって定まる。

ところで、本件で問題となった調査は、「一定の範囲に入れ墨をしているかどうか」を答えよというものであった。

回答を拒めば制裁が待ち受けている。回答の結果、いかなる人事配置がなされるかは人事権者の裁量に任されるから、実質的に（回答者の意に反して）人事が行われる可能性は否定できない。「回答しなければ制裁を受け、回答したら意に反する異動が行われる」というのが、本件調査から導き出される結果である。

それゆえ、不利益を受けることが明らかであるにもかかわらず、回答を強制されることが憲法上許されるかどうか  
が問われなければならない。この点、質問が所属政党であったり、信仰する宗教である場合には、憲法一九条の問題として構成することができる。組合運動の有無も同様である。これらの場合は、内心の強制的な探知に当たするため、憲法は調査を禁止するであろう。しかし、いかなれば「内心の中核的情報」には該当しないが、私事として他者に知られたくない情報の秘匿が検討される必要がある。

自分自身の事柄について開示したくない情報がある場合、強制的な開示が許されるかどうかは、慎重な検討が必要である。

## ②公務員の法的地位と自治体の調査権限

自治体は、その職員に対して何をどこまで調査できるのであるか。この問題は、これまで明確には論じられてこなかった。この点で、大阪地裁判決は、市条例が定める収集禁止情報に該当する事項かどうかを基準にして、調査の可否を判断した。差別を助長させるような情報か否かが調査の適法性を決めることになる。しかし、個人情報保護条例は、問題となる情報が差別を助長するか否かによって、その保護の可否や程度を決めているわけではない。プライバシー権を実現する制度である個人情報保護条例は、個人情報に関する決定権が個人にあるとの理念に基づいて設計されているはずである。その意味で、調査できる対象を差別と結びつける解釈には違和感を覚えざるを得ない。条例

が明示的に収集を禁じている情報でなければ自由に収集できるといわけではない。したがって、自治体がその職員を対象として調査できる事項は、職務に関連し、職務の遂行にとって必要不可欠な情報に限定されるべきである。

そのことを承知しているかのように、大阪市側は、本件調査を人事の適正な配置に求めている。入れ墨をしている職員を住民の目に触れる部署から排除するために、この調査を行ったというのである。しかし、適正な配置というのがただちに入れ墨調査を正当化するわけではない。一律かつ包括的な入れ墨調査が必要なのかどうかが問われるべきであった。むしろ、虚偽の申告を行うことは可能であつて、その限りで調査の実効性には限界があるともいえよう。そうであるならば、職員の適正な配置という目的は十分に達成することはできない。虚偽申告に対する制裁が用意されていない以上（また虚偽か否かを判断する権限が大阪市に与えられていない以上）、調査目的と調査との間には合理的関連性がない。

一方で、職員側からすると、調査に対して誠実に対応しようとすればするほど不利益を受けるリスクが高まることをどう評価すべきであろうか。これは一種の自己負罪特権が適用される場面にも近い。不利益を被ることを覚悟で真実を申告するか、不利益を回避するために虚偽の申告を行うかというような選択を職員に強いることが合理的な制度設計といえるであろうか。調査には目的との間に合理的関連性が欠けている。

## (2) 入れ墨調査の構造

### ① 不作為の強制と作為の強制

職務命令によって、職員に対して回答を求め、不服従に対して制裁を科す構図は、君が代裁判に酷似している。調

査に疑問をもつ職員に対して、回答を強要する行為は、起立斉唱を拒む職員に対して、制裁によって強制を行う行為と同じ構造をもっている。一般的に言つて、不作為を強制されるより、作為を強制されることの方が人格に対する侵害度は高いといえる。「したいことをさせない」ことより、「したくないことをさせる」ことで国家はその権力の存在を可視化しようとする<sup>(13)</sup>。その意味で、入れ墨調査も君が代の強制も国家の権力が生々しい姿で職員の前に立ち現れているケースと見ることが出来る。不作為の強制が自由権への侵害であるのと同様、作為の強制も自由権への侵害となる。不作為の強制の場合、公共の福祉の観点から、対立利益との衡量はある程度明確に行うことができる。交通の安全、都市の美観、名誉、プライバシー、性的道義観念等、対立利益は明確である。しかし、作為の強制の場合、強制の根拠となる対立利益は必ずしも明確ではない。それゆえに、作為の強制においては、その可否が厳しい審査基準で問われなければならない。

## ② 特別権力関係の残滓

本件調査のような権力行使が行われる基礎には、特別権力関係の名残を見いだすことができる。公務員に対して、国家は使用者として包括的支配権をもち、その支配権行使に対しては司法審査が排除される。一般的権力関係では許されない権力行使が国家と公務員という法律関係では許されるとするならば、それは特別な権力関係が成立しているとの考え方によらざるを得ない。君が代裁判や公務員に対する一連の懲戒処分事例を眺めてみると、そこには、特別権力関係の概念でしか説明できないような法実務が未だ幅をきかせている。特別権力関係理論は、今日においても十分に淘汰されているわけではない。

しかし、猿払事件の射程が堀越事件によって狭められ、公務員の懲戒権行使に対する社会観念審査が判断過程審査に移行しつつある現在、包括的な指揮監督権を前提とするような法解釈が通用し続けるのは困難である。時代を数十年さかのぼるような判断は、学説によっても厳しく評価されている。公務員の法律関係は、たとえ任用という処分によって始まるにしても、国家と個人との間の契約と考えなければならぬ。そこで職員は、国家の包括的支配権に服するとの合意を行っているわけではない。

本件における入れ墨調査の目的が人事の適正な配置の資料とする点にあるとしても、その目的が実現しようとしたものは、入れ墨をした職員によって、住民が畏怖させられないことであつた。ならば、入れ墨をした職員に入れ墨を見せないような職務命令と違反に対する制裁処分と十分に実現可能であつたはずである。そのような直接的方法を用いるのではなく、あえて「衣服の下」にまで調査を踏み入れた理由は、はたして合理的に説明できるであろうか。

### (3) 調査拒否権の正当化

#### ① 調査拒否権としての消極的言論概念

言いたいことを言わせられず、参加したくないことに参加させられない自由を消極的言論と呼ぶ。アメリカでは、団体の活動に対する不参加の権利として概念化され、今日の最高裁でもこれを用いた判断を見ることができ、この概念は、一方で、公立学校における星条旗への敬礼強制が問題となつたパーネット判決<sup>(14)</sup>で注目され、また、市が掲げる政策を記載した掲示物の掲出を拒んだウーレイ判決<sup>(15)</sup>や構成員に対する協力義務が問題となつたアブード判決<sup>(16)</sup>でも用いられ、今では定着した概念となつている。

消極的言論概念は、言論活動が強制される様々な場面で用いられているが、その主たる守備範囲は、(a)意思に反する言論行為の強制の拒絶、(b)思想統制への拒絶、(c)団体の活動に対する協力義務（資金提供を含む）への拒絶、(d)自らの情報を強制的に開示させられることへの拒絶に分けることができるであろう。<sup>(17)</sup> 入れ墨調査は、(d)のカテゴリーに分類される。日本国憲法の場合、この権利は憲法二三条と憲法二二条一項によって保障されていると考えられる。

## ②内心の自由と消極的言論

消極的言論の自由は、内心の自由を保障する一九条と重なり合う。この両者はどのような関係にあるのであろうか。

日本国憲法一九条に相当する条文を持たない合衆国憲法では、第一修正表現の自由に消極的な権利を認める必要があった。その点で日本国憲法においては消極的言論の自由の概念をあえてもち出す必要はないのではないかととも考えられる。しかし、一九条で保障される自由が絶対的と考えられてきた関係で、その射程は比較的狭くとらえられてきた。交通事故の報告義務や各種申告義務が一九条の問題ではないとされてきたのがその例である。

事実についての報告義務が憲法一九条に含まれないとすると、これら義務には絶対的に従わなければならないのであろうか。入れ墨調査は、まさにこの領域にあるといえよう。厳密には思想・良心の問題とはいえないが、しかし、それを強制的に開示しないしは申告させることが一定の苦痛を伴うような場合、憲法は、これら情報を強制的に開示しないしは申告させられない自由を認めていると解する必要がある。

思想・良心の自由が絶対的な保障であるとするならば、消極的言論の自由は利益衡量になじむ権利である。開示・

申告強制の目的と内容、強制の程度、不服従における制裁の程度を総合的に衡量した上で、強制の是非が検討されることになる。病歴や犯罪歴、処分歴など、それ自体センシティブな情報の申告・開示強制に対しては、厳格な審査が適用されるべきである。目的がどうしても必要であるという点 (compelling) とそれに対して申告・開示によるほか手段がないという必要性の立証が求められる。一方、本件のように、個人の自己決定の結果に対する情報の申告・開示強制に対しては、目的に対するより侵害的ではない手段の探索が必要となる。

### ③ 調査拒否権の正当化

では、このような消極的言論の権利はなぜ認められなければならないのであろうか。それは、何を語り、何を語らないのかは個人の尊厳に直結した選択権であるからである。Bosnian は、「人間の尊厳、自己尊重、個人の自律、そして高潔さ (integrity)」が消極的言論の権利の基礎にあると述べる。<sup>(18)</sup> 同様に、C. Edwin Baker もまた、個人の尊厳こそが消極的言論の根拠であるとす。<sup>(19)</sup> 思想良心の自由の保護領域に属する情報でなくとも、あるいは、個人情報保護条例が定める「人種、民族、犯罪歴」に該当する情報でなくとも、個々人が秘匿し、あるいはその開示を自らの意思で行いたいと思う情報はあるはずである。その気持ちは、一般的権力関係にあると特別権力関係にあると変わるものではない。とりわけ、自己決定権の行使の結果、自分の身体に残された記号については、本人以外に開示決定権はない。



#### ④ 大阪市入れ墨調査事件への適用

自分の身体に入れ墨をしているという情報は、憲法一九条が保障する思想・良心の自由には含まれない。入れ墨行為が自らの宗教心や帰属する集団へのアイデンティティを構成することもあり得るが、それを宗教心や世界観そのものと見なすことは困難である。したがって、憲法一九条が保障する「沈黙の自由」の保護領域からはみ出ることになる。

しかし、先に述べたとおり、入れ墨をする行為は、自己の身体に対する自己決定の帰結であることは疑い得ない。それは、最高裁も認めるように、人格権の一内容として保障される権利である。<sup>(20)</sup> 身体に対する自己決定そのものが憲法上の権利であるならば、その帰結を、誰にどの範囲でどのように開示するかを決定する権利もまた人格権から派生する権利として認めてよいであろう。そして、それはプライバシー情報の一つとして強制的開示から保障される権利と考えられる。

この点で、個人情報保護条例は、「社会的差別の原因となる情報」については、情報収集に制約を課している。情報収集作用への制約は自治体権限への制約という形式を取っているため、「情報を収集されない権利」としての側面がぼやけがちとなる。しかし、一人ひとりの市民からすると、個人情報保護条例が収集を限定している情報以外について、無制限な情報収集を認めていると解釈することには抵抗感が生じるであろう。憲法上保護されるべきプライバシー情報と個人情報保護条例が収集を禁止している「社会的差別の原因となる情報」は一致するわけではないからである。個人情報保護条例が収集を禁止している情報に該当しなければ、自治体が自由に情報収集できるとの帰結はグロテスクである。それゆえ、両判決が、憲法上のプライバシーについての判断を避け、もっぱら個人情報保護条例の解

釈で問題を解決しようとしたことがこのような誤解の原因でもあった。<sup>(21)</sup>

憲法一九条が保障する沈黙の自由の保障の範囲に含まれず、個人情報保護条例が定める収集禁止情報にも当てはまらないが、それでも人格権の一つに含まれる行為に関する情報こそ、本件における入れ墨情報であった。これら情報の収集が無制約に許されるわけではない。少なくとも、収集目的と収集行為の間に実質的関連性が必要とされなければならぬ。<sup>(22)</sup>

この点、B事件において、原告は、「また、個人にとつて、身体に入れ墨を入れるか否か、また入れ墨の存在を他者に知らせるか否かは、表現の自由として保護されるべき権利であるところ、本件調査は、入れ墨の有無を他者である交通局に知らせることを強制するものであり、直接的に表現の自由を規制するものである」と主張していたことが注目に値する。なぜ、この主張が綿密に展開されなかつたのか残念でならない。

まず、自分の身体に入れ墨をしているかどうかという情報は、業務の適正な遂行とは直接的な関連性をもたない。入れ墨を施す動機が区々である以上、入れ墨をしていることが職員としての適格性に結びつくという認識は、職員には共有されていないであろう。住民からの苦情に應えるための直接的かつ実質的手段は、勤務時間内に入れ墨を人目に触れさせない不作為を求める職務命令である。これらの点から見て、本件の入れ墨調査は、目的と手段との間の実質的関連性を欠いている。

## おわりに

消極的言論の自由概念を用いて入れ墨情報の強制を考えたとき、大阪府が行った調査は、職員が行った自己決定の結果に直接介入するに等しいものであると考えるほかない。入れ墨をした職員がただちに住民を畏怖させるわけではない。問題は、そのような職員が職務中住民に入れ墨を見せることにある。ならば、問題の直接的な解釈は、調査ではなく、禁止に求められるはずであった。この点を迂回するため大阪市は、職員の適正な配置という包括的な理由をもち出したと考えざるを得ない。入れ墨を見せないように求める職務命令では、目的を達せないのか、との疑問に答えるのを回避するためである。その背景には、職員に対する包括的支配権の考え方、すなわち特別権力関係理論が控えている。

このようなアナクロ的な思考方法によって職員の人格に足を踏み入れることが正当化できるとは考えられない。

- (1) 大阪市「職員の入れ墨調査について」は、この調査に従わなかった者の所属年齢等を公表している。 [www.city.osakajp.jp/jinji/page/0000175974/html](http://www.city.osakajp.jp/jinji/page/0000175974/html)
- (2) 代表的な論考として、渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る」論究ジュリスト二〇二二年春号一〇八頁。
- (3) 大阪地判平成二十七年一月二二日。
- (4) 大阪高判平成二十七年一〇月一五日。判決文については、在間秀和弁護士から提供を受けた。ここに記して感謝申し上げたい。

- (5) 本件調査及び組合活動に関する調査を受けて行われた、人事異動の違法性を認めたものとして、大阪地判平成二六年二月一七日がある。
- (6) 大阪地判平成二七年二月一六日。
- (7) 大阪市個人情報保護条例六条 実施機関は、個人情報収集しようとするときは、個人情報を取り扱う事務の目的を明確にし、当該明確にされた事項の目的（以下「事業の目的」という。）の達成に必要な範囲内で、適正かつ公正な手段により収集しなければならない。
- 2 実施機関は、思想、信条及び宗教に関する個人情報並びに人種、民族、犯罪歴その他社会的差別の原因となるおそれがあると認められる事項に関する個人情報収集してはならない。ただし、次の各号のいずれかに該当するときは、この限りでない。
- (1) 法令又は条例（以下「法令等」という。）に定めがあるとき
- (2) 事務の目的を達成するために必要不可欠であると認められるとき
- (8) このような論理は、在監者の喫煙の自由が問題となった事件にも見られるところである。最高裁としては、憲法上カバーできる問題を広くとらえ（構成要件レベルで除外しない）、制約の可能性を実質的に検討する姿勢を示したものといえよう。
- (9) 佐藤幸治『現代国家と人権』（二〇〇八年）四六七頁。佐藤教授は、「いわゆる個人情報の保護は、あくまでもこのプライバシー権の保護のためのものであることを明確に認識すべきであると考えている」と述べている。
- (10) 最大判昭和四五年九月一六日 民集二四卷一〇号一四一〇頁。
- (11) 鶴飼信成『公務員法（新版）』（一九八〇年）六九頁。
- (12) 斎藤卓志『刺青墨譜 なぜ刺青と生きるか』（二〇〇五年）及び成実弘至編『コスプレ化する社会 サブカルチャーの身体文化』（二〇〇九年）
- (13) そのような問題意識に立っ論考として、Haig Bosmajian, *The Freedom not to Speak* (1999) がある。
- (14) *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 US 624 (1943).
- (15) *Wooley vs Maryland*, 430 US 705 (1977).
- (16) *Abood vs Detroit Board of Education*, 431 US 209 (1977).

- (17) 拙稿『近代憲法における団体と個人』(二〇〇四年)三四五頁以下参照。
- (18) Bosnjajin, suora note at 186.
- (19) 消極的言論の自由の根拠付けについては、拙稿前掲三四五頁以下に詳論した。また、そこで言及した学説以降の展開については、他日詳論する予定であるが、消極的言論の自由は、個人の人格への直接的侵害であるとする学説に聴くべきものがあると考ええる。すでに故人となった C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* at 56 (1989) の主張は、今日もなお説得力を失っていない。
- (20) 最判平成一二年二月二十九日 民集五四卷二号五八二頁。
- (21) 最近のプライバシー権論について、宮下紘『プライバシー権の復権』(二〇一五年) 参照。
- (22) 芦部信喜『憲法』(第六版)〔高橋和之補訂 二〇一五年〕一二五頁。

(本学法学部教授)