九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

外国人登録法の指紋押捺制度の合憲性 : 裁判所における論議のために

横田, 耕一
九州大学法学部 : 教授

https://doi.org/10.15017/16174

出版情報：法政研究. 56 (2), pp.121-165, 1991-02-09. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

論説

外国人登録法の指紋押捺制度の合憲性

――裁判所における論議のために――

横田耕一

一　はじめに――問題の背景――
二　指紋を採られない権利
三　外登法の外国人指紋押捺制度の違憲性
四　おわりに――結　論――

「ブライスは指紋を取られるのが大嫌いだった。自分にしかない独特のシンボルを残すというのは、取り返しのつかない不吉なことに思える。未開人が自分の頭髪一本でも敵の手に渡すまいと気を配る理由がわかるような気がした。渋面を作って、紙に指を押しつけていると、体から徳が脱け出してゆくような気持ちになってくる。」（P. D. ジェイムズ・青木久恵訳『不自然な死体』（早川書房））

一　はじめに――問題の背景――

一九八〇年代になって、日本では、在日韓国人[1]を中心とした指紋押捺拒否・保留闘争が活発に繰り広げられ、社会

的話題となった。そして指紋押捺を拒否した人びとは、外国人登録法（以下、「外登法」と略す）一四条・一八条違反として起訴されたり、再入国申請が不許可にされたりした。このため、前者については刑事訴訟が、後者については不許可処分の取消等を求める訴訟が多数存在することになった。そこでは、主として、指紋押捺制度の違憲・違法性が争われたが、これまでのところ高裁を含む下級裁判所の判決はすべて、この制度を合憲・合法と判示してきている。しかし、その判旨には、この制度を争う在日外国人はもとより、多くの学者は批判的である。そこで、この問題に対する他の裁判所や最高裁の判断が注目されていたのであるが、刑事訴訟については、昭和天皇の死去にともなう大赦によって被告人は免訴の扱いを受けることとなり、被告人側に多くの不満を残しつつ決着をみつつある。また、一九八七年の外登法改正によって押捺が原則一回制となったため、より問題のある再押捺制度の合憲・合法性が問われる機会は少なくなった。しかし、再入国不許可処分の取消・国家賠償請求訴訟や大赦強制に対する国家賠償請求訴訟が現在も裁判所に係属中である上に、指紋押捺制度は、原則一回制ではあれ、いまも厳然と存在しているのであるから、この問題はいまだ終わっていない。

指紋押捺制度の法的問題については、押捺拒否が話題となって以来、多くの論文が書かれている。また、指紋押捺拒否者の裁判のなかで、弁護人や代理人によって法的論点は発展させられ、進化させられている。これに対応するかのように、裁判所の判決も、当初はやや大雑把であったものが、後に述べるように、近年ではかなりきめ細かなものに変わってきた。こうした状況のなかでは、いまさらのように特別の論をなす必要はなく、屋上屋を架するの感が無いわけではないが、いくつかの裁判に証人として関与し、意見書を提出した者として、また、外登法の八七年改正に際して参議院法務委員会で参考人として意見を述べた者として、[2] その基本的見解を明示することは一種の義務であろうと思料し、これまでの学説・判例をふまえて、憲法上の論点に限定して整理したのが本稿である。

その立法目的は後に検討することにして、指紋押捺制度が導入されたのは、一九五二年四月に公布施行された外登

法によってである。一定の外国人に対して登録義務を定めていた、それまでの「外国人登録令」には、指紋押捺義務はなかった。しかし、導入後も、反対運動などがあって、指紋に関する部分が施行されたのは三年後の一九五五年四月二七日であった。このときは、日本に六〇日以上在留する一四歳以上の外国人が新規登録申請や二年の有効期間終了時の交付申請をする場合とか汚損による引替交付申請・紛失等による再交付申請をする場合に（登録義務者は六〇日（一九八〇年より九〇日）をこえて在留する外国人）、登録原票・登録証明書・指紋原紙二葉などに指紋押捺の義務があり、「外国人登録法の指紋に関する政令」によって採取方法は原則として左手人指し指の指紋（一指指紋。ただし、再交付の場合には一〇指指紋）で、黒インキによる回転押捺（回転指紋）が要求された。そして、義務違反者は、一年以下の懲役若しくは禁錮又は三万円以下の罰金に処せられた。なお、指紋原紙一葉は法務大臣に送付され、入国管理局登録課指紋係で換置分類が行われた（換置分類は七〇年以降行われていない。また、新規登録の場合を除いて指紋原紙への押捺は七四年八月一日から八二年一〇月一日まで省略されていたので、この間当然それらの送付はない）。その後、一九五六年の外登法改正で切替期間（確認申請）が三年毎となり、一九五八年の改正で押捺義務は一年以上在留する者となり、また、一九七一年の改正によって再交付申請時の指紋も一指指紋となったが、一九八二年に大幅改正があり、切替期間が五年毎となった他、登録義務者が一六歳以上、指紋原紙は一葉となり、義務違反者に対する罰金は二〇万円以下となった。また、一九八五年の運用改善によって、指紋採取方法が、無色の薬液による平面指紋採取に変わった。そして、一九八七年の外登法改正よって、指紋押捺は原則として新規登録時の一回制となり、登録原票と指紋原紙のみに押捺し、ラミネート・カード型に改められた登録証明書にはそれらから転写することになっている。(3)

ところで、前述のように、一九八〇年代になって多くの指紋押捺拒否が発生しており、それに伴う裁判やその結果としての判決もかなりの数にのぼっている。さしあたり手元にある判決は以下の一六件である。

①横浜地判昭和五九年六月一四日[4]
②東京地判昭和五九年八月二九日[5]
③福岡地小倉支判昭和六〇年八月二三日[6]
④岡山地判昭和六一年二月二五日[7]
⑤神戸地判昭和六一年四月二四日[8]
⑥東京高判昭和六一年八月二五日[9]
⑦福岡高判昭和六一年一二月二六日[10]
⑧大阪地判昭和六二年二月二三日[11]
⑨横浜地川崎支判昭和六二年一一月一八日[12]
⑩横浜地川崎支判昭和六二年一一月一八日[13]
⑪東京地判昭和六三年一月二九日[14]
⑫横浜地判昭和六三年三月四日[15]
⑬名古屋高判昭和六三年三月一六日[16]
⑭山口地判下関支判昭和六三年三月二三日[17]
⑮東京地判昭和六三年四月一一日[18]
⑯東京地判平成元年四月二八日[19]

これらの判決について、以下の行論においては①判決、②判決…の形で適宜引用するが、押捺拒否者はこれらの裁判において、指紋押捺制度が憲法一三条・一四条・一九条・三一条、国際人権規約B規約二条一項・七条・一七条一項・二六条等に違反していることを主張してきた。また、仮にこの制度自体が合憲であるとしても「定住外国人」に

適用される限りにおいて適用違憲であること、および、新規押捺制度は合憲であるとしても再押捺制度は違憲であることなども主張されている。しかし、本稿では、前述のように、国際人権規約違反の問題は取り扱わない。また、憲法問題についても、基本的には一三条の問題であり、附加的に一四条の問題が提起されると考えるので、この二条をもっぱら考察の対象とすることにする。そうしたとき、右の諸判決のうち、特別の論理をとった⑪判決と指紋押捺制度の合憲性について判断を示していない⑨判決・⑩判決を除くと、これら判決に基本的に共通する論理展開は次のようなものである。憲法一三条違反問題の部面では、第一に、「指紋をみだりにとられない権利」の有無・根拠・内容が検討される（この権利を否定する判決はない）。第二に、その権利が外国人に保障されるかどうかに言及される（外国人への保障を否定する判決はない）。第三に、その権利の重要性との関連で、採るべき「審査基準」が検討される（初期の判決では、その点はあまり意識されない。判決はすべて、緩やかな審査基準を採用する）。第四に、その基準に基づき、指紋押捺制度が検討される（判決はすべて、基準に合格することを示す。ここで、立法事実の検討も一定限度で行われる）。憲法一四条違反問題の部面では、外国人の場合に一四条が問題になりうるかが先ず検討され（判決はすべて、積極に解する）、次いで外国人のみに指紋押捺を要請する制度が「合理的」であるかどうかが審査される（この場合、判決はすべて、審査基準を示さないまま、合理的であると判断する）。かくして、すべての判決は、指紋押捺制度の合憲性を承認する結論に到達している。そして、私見では、この結論が出てきた基本的理由は、裁判所が、一三条でも一四条でも緩やかな審査基準を採用した点にあり、一三条については、それは権利の評価が低いところに原因があるといえる。したがって、これまでの合憲判決を論破するためには、これらの点を中心として検討する必要がある。[20]

以下、本稿では、右の点に留意しつつ、漸次、問題点の検討を進めることにする。

(1) 在日朝鮮人も、指紋押捺制度には強く反対しその廃止を求めているが、朝鮮公民として日本の国内法は尊重すべきであるとの立場に加えて、これまでの日本政府による敵視政策からして指紋押捺拒否のごとき運動を行った場合には弾圧が予想されることなどから、押捺拒否を正面から打ち出さなかったようである。もとより、外国人登録法の問題点は指紋押捺制度には限定されず、外国人登録証明書の常時携帯義務・提示義務、義務違反に対する重罰制などがあり、在日朝鮮人の運動体は、これらすべての廃止・改正を求めて運動を展開している。

(2) 一九八七年九月一六日、第百九回国会参議院法務委員会。なお、当日の他の参考人は、サンケイ新聞社論説委員飯田浩史、東京外国語大学教授斎藤恵彦、日本弁護士連合会人権擁護委員高木健一であった。

(3) この改正の内容と問題点については、拙稿「外国人登録法改正の問題点」法学教室八一号七九頁、黒木和正「外国人登録法改正」ジュリスト八九六号六五頁参照。

(4) 判例時報一一二五号九六頁〔刑事事件・被告人は米国人・八二年再押捺拒否・罰金一万円〕。本判決に対する批評には、内野正幸「指紋押捺制度に対する憲法判断のあり方」法律時報五七巻五号、萩野芳夫「指紋押捺と憲法判断の基準」ジュリスト八二六号などがある。

(5) 判例時報一一二五号九六頁〔刑事事件・韓国人・八〇年再押捺拒否（以下、留保を含む）・罰金一万円〕。本判決批評には、(4)の内野、萩野の他、古川純「外国人指紋押捺拒否事件」ジュリスト八三八号、江橋崇「指紋押捺強制の憲法上の限界」法学教室五〇号がある。

(6) 判例時報一一七九号一五六頁〔刑事事件・韓国人（二名）・八〇年＝八一年再押捺拒否・各罰金一万円〕。

(7) 判例タイムズ五九六号八七頁〔刑事事件・韓国人・八一年再交付申請時押捺拒否・罰金一万円〕。本判決批評として、笹川紀勝「指紋押なつ拒否事件」ジュリスト八六六号がある。

(8) 判例タイムズ六二九号二一二頁〔刑事事件・米国人・八一年新規登録申請時押捺拒否・罰金一万円〕。

(9) 判例時報一二〇八号六六頁〔②の控訴審・控訴棄却〕。本判決は最初の高裁判決である。本判決批評には、内野正幸「指紋押捺強制と定住外国人」ジュリスト八七〇号、根森健「指紋押捺拒否とプライバシー」『憲法判例百選Ⅰ（第二版）』（有斐閣）、西井正弘「外国人指紋押捺拒否事件」ジュリスト八八七号〔国際法の観点からのもの〕、戸波江二「外国人への指紋押捺の強制の合憲性」『最新判例演習室　一九八七』（日本評論社）がある。

(10) 判例タイムズ六二五号二五九頁〔③の控訴審・控訴棄却〕。

(11) 判例タイムズ六四一号二二六頁〔刑事事件・韓国人・八二年再交付申請時押捺拒否・罰金三万円〕。

(12) (13) 判例時報一二八五号一五二頁。両事件はいずれも再交付申請時の押捺拒否（後者は再度拒否）による刑事事件であるが、この両判決では指紋押捺制度の合憲性については触れられておらず、各罰金五万円、同一〇万円に処した略式命令の量刑につき、当時としては支持できるとしつつ、再交付申請時の指紋押捺を不要とした八七年の外登法改正の趣旨・経緯からして、各罰金三万円、同六万円に処するのが相当であると判示したものである。

(14) 判例時報一二八七号一五八頁〔刑事事件・韓国人・八五年再押捺拒否・罰金一万円〕。本判決批評には、手島孝「外国人登録法のいわゆる指紋押捺規定の合憲性」判例時報一三〇九号、小林武「外国人登録法の改正により原則廃止された指紋再押捺制の合憲性」『最新判例演習室　一九八九』（日本評論社）などがある。なお、手島が指摘するように、本判決の論旨は、他の諸判決と「大いに趣を異にしている」（二三七頁）のであり、この判決特有の論理に対する内在的批判を行う必要があるが、さしあたり、手島による批判参照。

(15) 判例集未登載〔刑事事件・韓国人・八二年再押捺拒否・罰金一万円〕。

(16) 判例タイムズ六七四号二三八頁〔刑事事件・韓国人・再押捺拒否・罰金三万円ただし二年間執行猶予〕。八七年改正法後の最初の高裁判決である。執行猶予をつけた点が注目されよう。本判決批評として、渋谷秀樹「外国人登録法改正と指紋押捺の合憲性」『判例セレクト88』（有斐閣）、市川正人「司法審査と立法府」ジュリスト九一四号などがある。

(17) 判例集未登載〔刑事事件・韓国人・八五年再押捺拒否・罰金五万円ただし二年間執行猶予〕。本判決批評として、(16)の渋谷がある。

(18) 判例集未登載〔刑事事件・韓国人・再交付申請時押捺拒否・罰金一万円〕。

(19) 判例時報一三一六号六二頁〔国家賠償を求める行政訴訟・韓国人・八〇年再押捺拒否により八二年再入国申請不許可・訴え却下〕。行政訴訟における初の押捺制度合憲判決である。なお、本件は、再入国問題の事例として重要な論点を含んでいる。

(20) 本稿は、判例批評を行うものではないので、個々の判決の検討は行われない。したがって、諸判決の論旨が必要な限りで引用されるに留まる。

二　指紋を採られない権利

イ「みだりに指紋を採られない権利」の意義

指紋は、同一の指紋を持つ者が存在しないという意味で「万人不同」であるとともに、一人の人間の一生を通じて変わらず、また手術等によって変えることがまず不可能であるという意味で「終生不変」の特徴をもつ。それだけに、個人を特定するための手段として、これだけの正確性を有する手段は存在しないし、また、指紋を比べることによって、比較的容易に本人確定をすることができる。[1] また、指紋の採取は比較的に容易であるという特徴もある。したがって、本人確定のみを目的とする立場からすれば、その手段として指紋が最適であることは否定できない。

しかし、指紋を採取されることによって、個人の一定の利益・権利が侵害されることも否定できない。外登法の定める指紋押捺制度についても、さしあたり、以下の三側面を指摘することができる。

第一に、指紋を採取するにあたっては一定の液を使用しているので、そのことによって指先が汚染されることになり、直接的な不快感が生じる。これは個人の尊厳を傷つけるものであり、その意味で憲法一三条に違反する可能性がある。この点を強調する押捺拒否者はいないため、正面からこの点を承認する判決もないが、②判決は「指先に墨を塗られること自体余り愉快なことではない」として、この点に言及している。しかし、これは比較的に軽度の侵害であるとともに、こうした指紋押捺に直接付随する不快感は、一九八五年の運用改善によって現実に行われているように、無色の薬液の使用とか平面指紋採取とかの方法によって比較的容易に軽減されるのである。

第二に、現在の日本における指紋採取が、外登法に基づく特定の外国人の場合を除いては、刑事訴訟法二一八条二項の身体を拘束された被疑者に関する場合と監獄法施行規則二〇条の在監者の場合についてのみ行われていることから、国家に指紋を採取されることによって、人は犯罪人扱いされたという不快感や屈辱感・差別感を覚え、名誉感情

を害されることになる。これは個人の尊厳に立脚する私生活上の自由のかなり重大な侵害であり、したがって、みだりに指紋押捺を強制することは憲法一三条に違反するといえる。そして、この点は、ほとんどの判決が異口同音に認めるところでもある。[2] また、いずれの判決も明示的には言及していないが、その感情は、犯罪人同様の顕在的ないし潜在的敵対者として、国家によって監視され、管理されているという感覚を人に与えるという意味での不快感・屈辱感でもある。そして、それが過去に日本国家によって抑圧され、差別されてきた人びと（在日韓国人・朝鮮人）である場合には、この屈辱感や差別感は、日本国民の場合とは比較のできないものとなるに違いない。[3] 押捺拒否者のほとんどが、この第二の側面を強調しているのは、したがって、充分に理解できるところである。そして、この種の不快感・屈辱感等が、採取方式の改善によってもなんら軽減されるものでないことは言うまでもないところである。

第三に、そしてこの側面が権利評価の面ではもっとも重要だと考えられるが、国家による指紋採取は、個人の自己情報管理の権利を侵害する。すなわち、自分に関する情報がみだりに他者によって収集されたり、自分に関する情報が（しばしばそれは間違っている場合もあるが）自分の知らないところで用いられているという事態は、一般的に個人にとって耐え難いことであるが、とりわけコンピューターが全面的に利用されるようになった今日の高度情報化社会にあっては、そうした個人に関する情報の流通を制御することは喫緊の要請となっている。このため各国は個人情報保護のための立法を定立しているが、日本においてもそのための法律が不十分ではあるが制定される一方で、すでにいくつかの地方自治体では、収集から保管・利用にいたる全段階を包含する、全面的な個人情報保護条例を制定して、個人情報の保護にあたっている。[4] 国や地方自治団体が個人の情報を大量に集積し、無限定的にそれを利用することは、国などによる個人の完全管理体制を招来する危険があるからである。自分の情報が国などによって収集され利用されているという不安感や、国などによって常に自分が裸になり監視されているという圧迫感は、個人の自由な生活に「萎縮効果」を与えることは確実である。そして、この見地からすれば、個人の思想や信条等のいわゆるセンシ

ティブな情報を国などが収集することが原則的に禁止されることは当然であるが、さほど秘密性の高くない個人に関する情報であっても、それらをむやみに収集・保管・利用することは禁止されなければならないのである。この禁止を個人の側から主体的に捉えて構成したとき、それが「自己情報管理（コントロール）権」と呼ばれるのであり、それは私生活上の自由の一構成要素として憲法一三条によって保障されているものとして理解されるべきである。[5] そして、その個人情報がセンシティヴである場合や保護すべき度合いが高い場合などにはその権利性は強く、さほど秘密性の高くない情報については権利性が弱いと見るべきであろう。なお、後述のように、この自己情報管理権をプライバシーの権利として把握すべきかどうかは、言葉の定義に係っている。

さて、指紋が本人を特定することのできる、個人に関する情報であることは疑いない。したがって、国家がみだりにそれを採取することは、右の意味での自己情報管理権を侵害し、憲法一三条違反となることは言うまでもない。[6] この点、⑤判決は、「国家機関に対する関係において、指紋を明らかにするかどうかはプライバシーの公開に当たり、個人の自由に属する」として、また、⑥判決は、「その情報は本来各個人の自由な管理にゆだねられるべきものである」として、指紋につき自己情報管理権を認めている。[7]

しかし、指紋が個人情報との関わりで持つ意味はこれに限定されない。すなわち、指紋はそれ自体が個人情報であるとともに（以下、「単独情報性」として言及）、万人不同・終生不変という性質を持つ指紋は、さまざまな個人に関する情報の索引（インデックス）の役割を果たすのである。別言すれば、指紋は個人の人格・思想・生活態度などの厖大な個人情報へ通じる扉を開く鍵なのである（以下、「索引情報性」として言及）。しかも、指紋は「物体遺留性」という特徴をもち、[8] 多くの場所にそれを残すという性格を有している。そこで人は生活活動のなかでさまざまな行動を行うが、その際に指紋をさまざまな場所に残すことになる。たとえばコップを例にとっても、家庭での食事に使ったコップからはじまり、レストランで使用したコップ、政治集会に出席した際に用いたコップ、はたまたいわゆるラ

ヴホテルで使用したコップなど、いろんな場面でコップが使われているが、その表面に人は自らを証明する指紋を残すのが通例である。そうであるなら、コップに残された指紋を照合することにより、誰がどのような集会に出席し、どのような場所に出入りしているかを把握することも可能となるのである。もとより指紋が残されるのはコップに限られないから、国家は特定の人物の指紋を確保・管理することにより、その人物の動向、ひいてはその動向から帰結されるその人物の性格や思想につき、比較的容易に調査しうるのである。このことは従前から存在する状況であるが、指紋採取技術の向上[9]や迅速な検索・識別を容易とするコンピューターの全面的導入とともにそれはますます現実的な事態となってきている。たしかに、今日の外国人指紋押捺制度のように、国家が一指の指紋しか確保・管理していない場合には、その照合に限界があることは事実であるが、そのことは照合が不可能であることを意味しないのは勿論である。したがって、国家は個人の指紋を確保・管理することによって、当該個人の知らないところで、当該個人の個人情報を無制約的に収集・保管することが可能となる。このように、指紋のもつ「索引情報性」の故に、国家による指紋管理を前提とした指紋採取は、「自己情報管理権」の本質的で重大な侵害となるのである。[10]

また、仮に、国家による無制約的な指紋照合が、現実には一般的に行われていなかったとしても、やろうと思えばそうした照合が可能であるという事実自体が、指紋を採取された個人にとっては、自分の動向がいつ国家に把握されるか分からないという不安・危惧となり、ひいては自分の行動（たとえば政治集会への参加等）を抑制することになる「萎縮効果」をもたらすのである。そして、こうした国家による監視・管理への不安・危惧が、なんらかの事情で日本国家を信頼していない者や日本国家によって恒常的に敵視・差別されている者などにおいては顕著で現実的となるであろうことも、容易に推測されるところである。[11]

しかし、このような「索引情報性」の故に指紋をみだりに採取されない自由が重視されるべきであるにも関わらず、これまでの判決で、権利の性質・内容との関連で、この点に言及したものはない。先にふれたように、たかだか指紋

の「単独情報性」が認められるに過ぎない。この欠落が、後に述べる審査基準の選択に影響していると判断される。

さて、右の三側面（第三を二つのものと考えれば四側面）を認識した上で、「みだりに指紋を採られない権利」の権利としての重要性を把握しておけば、指紋押捺制度の合憲性を考える際にはさしあたり充分である。しかしながら、多くの学説[12]や一部の判決[13]は、この権利が「プライバシーの権利」であるかどうかの判定を重視するかそれに言及している。私見では、この種の作業は、現在の日本の理論状況においては、不要であるとともに不毛である。なぜならば、そもそも論者が「プライバシーの権利」でなにを意味しているかが一致していないし[14]、その権利内容を広くとった場合には、仮にそれを「プライバシー（の権利）」と呼んだとしても、それは厚く保護すべき権利ではないとの結論が出てくる可能性があるからである。実際、「みだりに指紋を採られない権利」を「プライバシー」として把握した判決は、それにも拘わらず、その権利の制限を容易に認めているのである。

また、「プライバシー」という言葉には、定義にもよるが、伝統的に「秘密性」と関係するニュアンスがあり、その点を重視することも勿論可能である[15]。しかし、そうした場合には、後述の諸判決のように、指紋が体表の紋様であることを理由に、指紋の秘密性を否定ないし軽視することにもなりかねない。前述のように、指紋の意義は単にその秘密性にあるのではないから、その意味でも「秘密性」のみを印象づける「プライバシー」なる言葉をあえて使用する必要はないように思われる[16]。

ロ　指紋押捺制度の合憲性審査基準

さて、このように、「みだりに指紋を採られない権利」をプライバシーの権利と呼ぶかどうかは別として、また、その権利の内容・質をどのように把握するかは別として、その権利が憲法一三条によって保障される権利であることについては、今日、学説においても、またこれまでの諸判決においても異論はない。一方、この権利も、正当な理由が

存在する場合には、それを「公共の福祉」による制限と呼ぶかどうかは別として、一定の制約を受けることがあることも否定できない（刑事訴訟法二一八条二項が規定する場合など）。したがって、問題は、いかなる場合が正当な理由が存在する場合であるかを判断することである。

憲法訴訟において裁判所がいかなる審査態度をとるべきかについて、アメリカ合衆国においては判例を通してかなり明確な基準が定立されている。これに比して、最高裁判所を中心とする日本の裁判所は明確な基準をこれまで示しておらず、その展開は今後に残されている。[17] しかし、それでも、これまでの最高裁の判例によれば、ある法律ないし制度の合憲性を裁判所が審査する場合の審査態度（審査基準）は画一的であるべきではなく、問題となっている権利の性格によって審査基準は異なるべきであるとされている。

この趣旨が比較的明確に示されている判決の一つが、小売市場の許可規制を合憲とした大法廷判決である。[18] そこでは、「個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当である」とした上で、社会経済分野における規制立法については、広汎な立法裁量を認め、「法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することができる」と判示している。しかし、これを逆に言うと、経済活動以外の精神的自由等の規制措置については、より厳格な審査が行われなければならないという趣旨を提示したものである。

そして、薬事法薬局開設距離制限違憲判決[19]においては、右の精神的自由と経済的自由の審査基準の相違を再確認するとともに、経済的自由についても消極的・警察的規制と積極的・経済政策的規制とを区別し、前者については、消極的規制の目的を達成するための規制手段（この場合は許可制）が合憲であるためには、「職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認

められることを要する」と判示したのである（消極的規制が問題になったこの事件では、許可制に代わる手段が存在すること等から、当該許可制は違憲と認定された）。この判決の趣旨は、経済的自由の消極的規制については、単にそれが「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」であるだけではなく、[20]「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」が要請されるとしたものである。この「よりゆるやかな規制手段」の基準は、合衆国の判例における「より制限的でない他の選びうる手段（ＬＲＡ）」の基準に類似しているが、[21]これはかなり厳格な審査基準であると言える。そうであるなら、精神的自由の規制については、経済的自由の規制の場合よりも、より厳格な審査が裁判所に要求されているのであるから、論理的に言ってその合憲性の審査においては、「もっとも最低限」に見積もっても、その規制措置は「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であるだけではなく、「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」が存在しないという基準に合格しなければならないことになる。すなわち、裁判所には、規制の立法事実や規制手段について、立ち入った、厳格な審査が要請されているのである。

さて、この審査基準を一応前提にした場合、イで明らかにした指紋の意義の各側面を踏まえると、指紋押捺制度に対する審査基準はそれぞれ次のようなものであろう。

第一の側面である、直接的・物理的不快感という侵害は、軽度である上に、保護されるべき利益が精神的自由に匹敵するものとは考えられないので、指紋採取の目的およびその手段に一定の合理性が認められる限り、容認されることになろう。すなわち、「正当な目的がありその手段が必要かつ合理的である」というゆるやかな審査基準でよい。

第二の側面には微妙な点がある。たしかに犯罪人と同一視されるのは不快であるが、現在はたまたま特定外国人の他は犯罪人から採取するだけであるとも言え、指紋を採取されたからといって犯罪人扱いされたとただちに言えるかどうか若干疑念が残る。また、指紋を採取された者が常にそうした不快感を持つとは限らない。[22]仮に少数ではあれ、そのような感情を持つ者がいることを軽視してはいけないが、宗教的感情の侵害とこの不快感をただちに同一視する

ことは困難であるので、この場合には、やはり、ゆるやかな審査基準でよいとも言え、ゆるやかな基準を裁判所が採用したことを明らかに不当とすることは難しいように思われる。[23]

第三の「自己情報管理権」を問題にする側面においては、指紋の「単独情報性」についてのみ強調するなら、先にもふれたように、指紋のもつ意義は比較的低いともいえる。⑥判決が、「指紋は、通常衣服に覆われていない部位である指先の体表の紋様であって人目に触れうるものであり、指紋の形状は人の内部の身体的及び精神的構造・機能とは結びついておらず、このような指紋を知られることそれ自体によって人が私生活の自由の一内容として秘密にしておきたい内部の身体的及び精神的構造・機能、さらには私生活のあり方、人格、思想・信条等が知られるものではなく……」として、ゆるやかな審査基準をとったのは、もっぱら指紋の「単独情報性」にのみ着目しているからである。[24]

しかし、「索引情報性」に着目するなら、少なくとも一過性ではない、管理のための指紋採取は、重要な権利である「自己情報管理権」の権利としての中核部分を侵害するものであり、またその侵害は個人の思想や人格と密接に関わる部分にまで及ぶものであるから、侵害される権利は精神的自由ないし精神的自由に準じる性格のものであると言うことができる。したがって、その権利を侵害する措置の合憲性を裁判所が審査するにあたっては、それが「重要な公共の利益のために必要かつ合理的であるか」どうかの審査では足りず、少なくともその規制手段について、「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」が存在しないかどうかが厳格に審査されなければならない。そして、精神的自由の規制措置の審査について、右の基準は「もっとも最低限」に見積もった基準であるから、規制措置の審査にあたっては、むしろ違憲性の推定に近い態度がとられるべきであろう。また、その観点からは、目的審査についても、正当な行政目的の存在の証明では十分でなく、「やむにやまれぬ国家利益」の存在の証明とか、「重要な公共の利益」の存在の証明といった厳格な審査基準をとることも必要となるであろう。

なお、⑦判決は、指紋を「個人の一般的行動調査などに使用することが可能であり、それによるプライバシーの侵

害の危険があることは否定できない」としつつ、「遺留指紋採取の作業も人目に触れ易く、写真撮影、録音などと比較しても、はるかに手間や人手もかかることなどを考慮すると、その採取による行動調査には自ずと限界があるというべきであり、少なくとも現段階では、特定の個人の行動調査に使用することの危険性を過大視するのも、必ずしも相当ではない」と評価している。たしかに、指紋採取には手間がかかることは事実であろうが、先に紹介したように、採取技術も急速に発達しており、この裁判所の評価は、逆に楽観的でありすぎ、危険性を過小視するものであると言わねばならない。そして、右判決がその評価を前提とした上で、「その弊害に対しては、必要に応じ別に禁止規定を設けるなどにより防止可能である」として利用制限を示唆し[25]、指紋採取制度自体についてはゆるやかな審査基準をとっていることにも危惧を覚える。禁止規定によって本当に弊害が防止可能であるかどうかという点を別としても、現行の指紋採取制度においてはそのような配慮はおよそなされていないからである[26]。真の意味での個人情報の保護制度が国レベルでは真剣に問題になっていない段階で、「防止可能である」といった机上の形式論で、安易に重要な権利の制限を認めることには到底賛成できない。

また、一部の判決は、日本においては文書作成の際に拇印を押す慣行があることを理由として、指紋の意義を低く評価し、ゆるやかな審査基準を採用している。たとえば、⑥判決は、「わが国の社会においては伝統的に文書作成の際署名のみでは足りるとせずに印鑑押なつを必要としており、印鑑が手元にないときは、犯罪と何らかかわりのない日常生活上の場面においても当然のこととして拇印の押なつ求め、別段怪しむことなくこれに応じるのが通例である」と述べている[27]。しかし、一過性の指紋採取（しかも多くは私人間）と国家による管理を前提とした指紋採取とは、その性質をまったく異にしている。後者が「自己情報管理権」を無意味なものにする危険を有するのに対して、前者には通常その種の心配はない。この両者を同種のものとして比較する論法は、したがって、説得力を欠いている。そして、付言すれば、拇印の採取の問題についても、従来は指紋の意義が一般的に正当に評価されてこなかったと言

えるのであり、個人情報を自己管理することの重要性が認識されつつある今日、拇印採取の問題自体も再検討されるべきものである。

これとの関連で、いま一つ奇妙な議論を紹介すると、指紋がそのような重要な意味を持つなら、「二十四時間手袋を離さないでこれを絶対隠しておく」はずではないかというのがある。[28] しかし、そうではない。指紋は重要であるにも拘わらず、それを手袋等で常時隠すことは現実的でないため、人は指紋をあらゆる場所に残さざるをえない。そこに指紋を管理の手段として用いることの危険性も存在するのであり、危険がないから手袋をはめないわけではない。

さて、以上を総括するならば、指紋押捺制度の合憲性審査基準は、他の側面はともかく、指紋の持つ「索引情報性」との関連から、厳格な審査基準でなければならない。[29] しかし、これまでの判決はすべて、指紋の「索引情報性」に言及しないかそれを軽視しているので、ゆるやかな審査基準を採用している。すなわち、初期の判決は審査基準に必ずしも意識的ではなかったが、⑥判決が初めてそれを、「正当な行政目的を達成するために必要かつ合理的であるか否かを審査することが必要であり、かつ、それをもって足りるというべきである」として明言し、同時に、より厳格な審査基準の採用を求める主張を明示的に斥けた。[30] そして、これがその後の判決の多くにおいて採用されている審査基準でもある。[31] したがって、このようなゆるやかな審査基準をとるがゆえに、指紋押捺制度には正当な行政目的が一応あり、その目的との関連で指紋採取の必要性・合理性が一応は認められるために、この制度は合憲と判断されることになっているのである。

けれども、繰り返すように、諸判決のごときゆるやかな審査基準は妥当ではない。さしあたりの結論を示せば、指紋押捺制度が合憲であるためには、それが重要な公共の利益のために必要不可欠な制度であることの証明がなされなければならない（その際、目的達成のための、より制限的でない代替手段の有無が精査されなければならない）。そして、仮に指紋押捺制度が必要不可欠な場合であっても、指紋採取の方法は可能な限り権利侵害的でないように工夫さ

れていなければならず、また、指紋押捺対象者は必要不可欠の者に限定されていなければならないだろう。加えて、採取された指紋が、採取目的以外に使用されることがないように厳密に配慮されていなければならない。こうした諸条件を欠く場合には、「みだりに指紋を採られない権利」の有する意義からして、違憲との判断が下されるべきである。

(1) 多くの論者や、裁判における指紋押捺拒否者の側は、「指紋の鑑識は専門的知識とある程度の経験とを必要とするが、市区町村における外国人登録の担当職員に対して指紋鑑識技術を修得させる指導研修は全く行われていないのであって、右職員には指紋の鑑識能力はないのが実体であ」る（⑯判決における原告側主張）などと論じて、素人が指紋を識別することは困難であると主張している。しかし、人の指紋には、弓状紋・蹄状紋・渦状紋の三基本類型があり（金英達『日本の指紋制度』（社会評論社）二一頁以下参照）、かなり異なっているので、この点は国側の主張のように、完全な識別は不可能であるとしても、大雑把な確認は可能であるように思われる。そして、疑問の残る場合には、専門家の判断を仰ぐか、他の手段による確認の方法がとられることになろう。

(2) たとえば、③判決は、「指紋はその特性から歴史的に犯罪捜査と固く結びつき、社会生活上指紋の押捺を求められるのは犯罪捜査に関わる場合が通例であることから、強制的に指紋の押なつを求められるときは、犯罪捜査と関係がない場合であっても、その者が不快感ないし屈辱感をおぼえ、名誉感情を害されたと感じるのが一般と認められる」としている。

(3) 押捺拒否者の在日韓国人の一人は、「最初に指紋を押させられたとき―それはまるで、焼きゴテで烙印を押される牛のようでした。焼きゴテで一生ぬぐうことのできない、消すに消せない烙印を押される、そういう思いがしました」と述べている（韓さん一家の指紋押捺拒否を支える会『恨！』より引用）。

(4) 国レベルでは、一九八八年、「行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報の保護に関する法律」が制定されたが、保護の対象となる個人情報の範囲や、個人情報に対する当該個人のアクセス権、利用制限などの面で、この法が全く不十分であることは、各地の個人情報保護条例と比較すれば一目瞭然である。なお、個人情報保護の問題については、さしあたり、拙稿「現代情報過程と憲法」「アメリカ合衆国におけプライバシーの保護と情報公開」石村編『情報公開』（法律文化社）所収、および、「情報公開制度としての個人情報保護制度」地方自治通信一七七号参照。

(5) 佐藤幸治は、これをプライバシーの権利として把握し、「人が自ら道徳的行為者と捉えることにかかわる限りにおいて、自己について何が他者によって知られるかについてもっているコントロール」とかなり限定的に構成する（『注釈　日本

国憲法　上巻』（青林書院）二九一頁）。したがって、「公権力がその人の意思に反して接触を強要し、その人の道徳的自律と存在にかかわる情報を取得または利用することが禁止される」（同書二九二頁）ことになるが、それは、プライバシーとプライバシーの「権利」を区別し、一定種類の情報のみが後者の権利の対象となるとする（同書二九三頁）ことの帰結でもある。しかし、保護されるべき情報の中身の性質に着目するアプローチではなく、個人情報を自分がコントロールすることの意義に着目するアプローチからは、あらゆる個人情報の流通を当該個人の意思に係らしめる権利として、情報の性質に関わりなく、「自己情報管理権」を設定することができる。もっとも、この場合にも、その個人情報がセンシティヴであるかどうかといった情報の性質によって、その権利の限界は異なるとせざるを得ないから、結局、佐藤の試みた整理を行うことになるが、ある種の個人情報をプライバシーの「権利」の範囲から除外することは、その種の情報の保護の必要性がないかのごとき印象や、コントロールの対象外の情報であるかのごとくなってしまう。いかにセンシティヴ性の低い情報であっても、それが本人の意思を離れて流通することには私生活の自由の面からは問題があるように思われるので、あらゆる個人情報をいったん自己情報管理権の対象情報に包括した上で、その保護の度合いに配慮する構成のしかたが妥当であるように思われる。

(6) 最大判昭和四四年一二月二四日刑集二三巻一二号一六二五頁が、個人の私生活上の自由の一つとして、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」を認め、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判示していることが参考になる。なお、「自己情報管理権」の概念を認めない場合には、ここで述べる種類の権利は、右の「肖像権」と同種の「個人の私生活上の自由」の一つとして把握されたり、プライバシーの権利として把握されることになる。

(7) ⑧判決・⑫判決・⑬判決・⑭判決・⑯判決が同旨である。これに対し、②判決や③判決・④判決は、権利の中身の性質アプローチから、プライバシー的なものとして把握し、自己情報管理権については言及していない。たとえば、④判決は、プライバシーの用語を使用していないものの、「指紋が個人にとつて極めて価値の高いものであり、秘匿性の強いものであつて、みだりに採取されないものである」との弁護人の主張を認め、指紋を採られない自由を導き出している。

(8) 「指紋は表面に汗腺孔が並んでいる表皮の隆起部分であるところから、手指が物体に触れると、汗腺から絶えず分泌されている無色透明の分泌液によって、その物体に隆線相が印象（プリント）される」（金・前掲書・二七頁）。

(9) 現在、レーザー光線を使うと、これまで検出が困難とされていた新建材やゴム類を含めて、ほとんどすべての物体から指紋を検出することが可能となっている（小川雅由「自治体と指紋問題」季刊三千里四四号一五二頁引用の一九八五年九

月二八日付『日本経済新聞』。また、警察は、コンピューターによる精度の高いパターン認識の技術を開発しており、指紋自動識別システムが導入されつつあり、現場発見の一指指紋でもただちに照合できる状況にある。もっとも、現在、将来ともに、外登法で登録された指紋は使用しないとはされている（第百九回国会衆議院法務委員会議録第一〇号八頁）。

(10) この場合も、「自己情報管理権」として構成しないならば、「個人の私生活上の自由」の重大な侵害として把握することになろう。

(11) 小林法務省入管局長は、その国会答弁で、そうした脅威は「平たく申し上げれば大変な思い過ごしであるように思われます。指紋制度が存在するために、在留する外国人がインティミデーションと申しますか、そのような心理的な影響を受けているとは私どもは考えておりません」（前掲・衆院法委会議録第八号一五頁）としているが、これは在日韓国人・朝鮮人の実感とはかけ離れている。

(12) たとえば、内野正幸「指紋押捺制度に対する憲法判断のあり方」法律時報五七巻五号二一頁以下、同「指紋押捺強制と定住外国人」ジュリスト八七〇号四七～八頁、渋谷秀樹「外国人登録法改正と指紋押捺の合憲性」八頁、古川純「外国人指紋押捺拒否事件」一〇頁など。

(13) ②判決・③判決・⑤判決が「一種のプライバシー」と明言しているのに対し、⑥判決・⑫判決・⑮判決はプライバシーの権利と称するかどうかについては留保し、⑦判決はプライバシーの権利を高度に保障されるべき人権とした上で「指紋を採取されない自由」を「現段階」においては消極に解している。

(14) アメリカ合衆国において、妊娠中絶や猥褻文書の保持等がプライバシーの名で語られていることは周知のことであり、この言葉がカバーする範囲は人に知られたくない私生活から自己決定権までかなり広範である。また、ほぼ同種の事柄を想定する場合でも、②判決と⑦判決が具体的に考えるプライバシーの権利の概念には相違がある。

(15) この点を指摘しつつ、論を展開しているのが、浦部法穂「指紋押捺強制とプライバシーの権利」ジュリスト九〇八号四五頁以下である。

(16) 結局、右の浦部論文が指摘しているように、「この権利が個人の人格的尊厳にとってどのような意味を有するものであるのか、ということ」（四六頁）が重要である。もとより、指紋押捺問題でプライバシーの言葉に拘泥しないことは、プライバシー概念を明確にする作業が、それ自体としては重要であることを否定する趣旨では毛頭ない。

(17) 憲法訴訟における審査基準については、芦部信喜編『憲法訴訟　第二巻』（有斐閣）所収の諸論文が詳しいが、以下の論述については、さしあたり、同書所収の拙稿「合理性の基準」参照。

(18) 最大判昭和四七年一一月二二日刑集二六巻九号五八六頁。

(19) 最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁。

(20) もとより、「必要かつ合理的」という言葉が用いられていればただちにゆるやかな審査基準であると判断すべきではない。要は裁判所の審査態度であるが、通常は、この言葉が用いられた場合にはゆるやかな審査態度を示すことが多い。

(21) 「LRA（less restrictive alternative）の基準については、前掲『憲法訴訟　第二巻』一九七頁以下所収の、右崎正博「『より制限的でない他の選びうる手段』の基準」参照。

(22) 金・前掲書・二五五頁。著者は現在は日本国籍を取得しているが、在日朝鮮人二世として数度指紋押捺経験があり、そのとき不快感等は感じなかったと述べ、指紋採取＝犯罪者扱いというのは短絡であると指摘している。著者の経験をどの程度一般化できるかは疑問だが、著者のような者もいるということは考慮しなければならない。また、日本人のなかにも、指紋採取に積極的に協力するという者がいることも否定できない。

(23) ただし、在日韓国人・朝鮮人の場合には、先に本文で述べたように、特別の歴史的背景から、屈辱感・不快感が強いのは当然である。しかし、同時にこの感情は日本国家によって「管理」されること自体への抵抗から生まれている。したがって、指紋押捺制度一般を問題にしているここでは、一般論として本文のごとく一応しておく。この人びとを中心的に考えた場合には、別種の基準の要請がでてきたり、適用違憲の問題が生じる可能性がある。

(24) 同旨を述べた判決として、⑪判決・⑫判決・⑬判決・⑯判決がある。また、⑧判決・⑭判決・⑮判決は、指紋が「体表の紋様」であることにはふれずに、「それ自体の有する情報ないし価値は、あくまでも個人の識別のために有効な紋様であるにとどまり、それ以上に、個人が知られたくない肉体的・精神的特徴や思想・信条等を表象しているものでないことはもとより明らか」（⑮判決）などとしている。

(25) ⑫判決も、「このような危険に対しては、指紋情報の漏洩を防止するための管理、運営体制を整備、さらに必要があれば立法措置等の対策を講じることによって、対処することも十分に可能である」としている。また、⑯判決は、「右の危険は、採取された後の指紋の保管あるいは使用等の問題である」として、「みだりに指紋を採られない権利」から分断するが、この見解は「自己情報管理権」の意義をまったく理解していない。同様に、⑪判決も、右の危険性を「派生的影響」としか見ていない。

(26) 法務省所管の指紋は、外登法違反に関わる問題以外の場合には警察の照会に応じていないし（前掲・衆院法委会議録第八号七頁の黒木入管登録課長証言）、各地方自治体にも同様の扱いが徹底されているとされているが、実際には、市町村に

おいては、後にも述べるように、かなり安易な警察の指紋利用を許している（たとえば、田中宏「外国人指紋をめぐる立法事実と現状（下）」法律時報五六巻一一号七六～九頁の指摘参照）。

(27) ⑪判決も同旨である。

(28) 参議院法務委員会における斎藤恵彦参考人の発言（第百九回国会参議院法務委員会会議録第六号三頁、九頁）。

(29) 多くの判例批評は同様の趣旨を述べている。たとえば、手島孝「外国人登録法のいわゆる指紋押捺規定の合憲性」判例時報一三〇九号二三八頁、古川・前掲論文一〇頁など。

(30) なお、この⑥判決は、基準の正当性を示すために、二つの最高裁判決（最判昭和五六年一一月二六日刑集三五巻八号八九六頁、最判昭和五七年三月三〇日刑集三六巻三号四七八頁）を参照しているが、いずれも外国人登録申請制度そのものの合憲性を問うものであって、指紋押捺制度の審査基準としては妥当ではなく、参照すべきものではない。

(31) 同様の基準を審査基準として明言したものに、⑫判決・⑮判決・⑯判決がある。また、審査基準としては明言しないが、実質的に同じ基準を採用したものは、①判決・②判決・③判決・⑤判決・⑧判決・⑭判決である。④判決・⑦判決は、これに加えて、「規制により実現しようとする公共の利益」と「右制約により失われる個人の自由」（⑦判決）との比較衡量をあげている。⑬判決は、仮に代替措置があったとしても、「国家において、あえて当該代替措置をとることを否定し、いたずらに指紋押なつに固執しているものではないと認められる限り」、違憲違法の問題は生じないとすら断じている。なお、独自の論理展開をしている⑪判決も、⑦判決と同様の基準と見ることができる。

三　外登法の外国人指紋押捺制度の違憲性

イ　外国人と人権[1]

外国人に対しても憲法第三章の人権保障が及ぶことは、マクリーン事件最高裁判決[2]で、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する

外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と判示されているように、今日ほぼ確立した理解である。そして、「みだりに指紋を採られない権利」は、その権利の性質上、その保障が国民に限定されなければならない理由は存在しないから、その保障は外国人に対しても「等しく及ぶ」。このことを、先に紹介した判決で否定するものはない。

ところで、現在、日本国民については一般に指紋採取が行われていないとき、一年以上日本に滞在する一六歳以上の外国人については、外国人登録の際に指紋を押捺することを外登法は定めている。ここでこの制度と憲法一四条との関係が問題となるが、法の下の平等原則も、外国人に適用されると考えるべきである。先に紹介した諸判決も、「在留外国人に対しても類推適用される」とする点で一致している。

そこで、問題は、外登法の指紋押捺制度が合憲といえるかどうかである。

ロ　指紋押捺制度の「目的」の正当性

指紋押捺制度の目的は、特定の外国人と登録上の外国人との「同一人性」を確認することにある。

日本国民（以下、「国民」と略す）の場合にも、個人を識別し、「同一人性」を確認することが、なんらかの行政目的を達するために必要であることは言うまでもない。しかし、国民については、指紋の押捺による「同一人性」の確認は行われていない。もとより指紋の照合による「同一人性」の確認がもっとも確実な方法であることは否定できないから、「絶対確実」に本人確認を行う行政上の必要があるなら、国民からも指紋採取が行われなければならない。しかし、指紋の押捺が侵害する権利の重要性からして、「みだりに」指紋は採取されるべきものではない。[3] したがって、国民から指紋が採取されていないのは、そうした重要な権利を制限までして、「絶対確実」に「同一人性」の確認を行う必要がないからである。すなわち、行政上必要な「同一人性」の確認は、「絶対確実」な確認である必要はなく、「ほぼ確実」な確認で十分なのである。そして「ほぼ確実」な確認は、運転免許証・身分証明書・学生証のような写

真や印鑑やサインなどの諸方法によってなされているのである。

外国人の場合に、本人の利益のためにも、国家が在留外国人を個別的に明確に把握するなどのためにも、特定の外国人の「同一人性」を確認する手段を制度化することは、「正当な行政目的」と言えるし、それは「重要な公共の利益」に属すると言うこともできる。したがって、本人確認のための指紋押捺制度の目的は、「目的」に関する厳格な審査基準にも合格しているように見える。その意味では、諸判決がこの制度の目的が正当であると判断していることについては妥当であると一応は言える。

しかし、その場合、外国人の「同一人性」の確認は、国民の場合とは異なり、「絶対確実」なものでなければならないのであろうか。たとえば、⑤判決は、在留外国人に対する適正な管理処遇は国の責務であるため、外国人を特定しその「同一人性」を確認する手段を設けることは「相当重要」であるとした上で、外国人について個人の識別を誤ると国際上の問題をも生じさせることを理由に、「我が国の主権に属しない外国人の身分事項、居住関係、個人の特定や同一人性の把握については、日本国民に対する以上に慎重正確を期すべき点がある」として、むしろ「絶対確実」性を強調している。また、⑫判決も、国民とは異なる外国人の法的地位からの要請として、同一人性の確認の必要を強調しているので、「絶対確実」性に傾いていると言える。[4] しかし、諸判決は、このように明言はしなくても、外国人の場合には暗黙裡に「絶対確実」な確認の必要性を承認しているようにみえる。これが、後述の、指紋による確認の必要不可欠性の結論を導いているのである。しかし、国民とその地位が異なるという形式的理由[5]だけでは、外国人に「絶対確実」性を求める合理的な理由とはなりえない（外国人は本来日本には居るべきでないとか、外国人は潜在的に危険人物・敵性人物であるといった、国際化の今日においては時代錯誤的な排外主義を肯定すれば別であるが）。また、個人の識別の誤りが国際問題を生じさせるという点の強調は、それこそ危険を過大視するものであろう。不法入国者や不法在留者の摘発の必要性といった理由も、[6]「絶対確実」性を求めてそれ以外の多くの外国人の重要な人権

を一般的に制限することを合理化する理由とはなりえない。なにごとにつけ完全主義を徹底しようとすれば、国民を含めてすべての人間を完全に管理する、超管理国家が現出することになるが、人権保障を目的として存在する国家はそれを憲法によって禁じられており、国家の便宜は人権の前に謙抑的でなければならない。

したがって、「絶対確実」な確認の必要性が国家によって説得的に論証されていない以上、「絶対確実」な「同一人性」の確認を求めることは、少なくとも「重要な公共の利益」には属さない。すなわち、国民よりは確実性の要請が高いとしても、外国人の場合にも、「ほぼ確実」な確認をもって国は満足しなければならないのである。[7] 結局、特定の外国人と登録上の外国人との「同一人性」を「ほぼ確実」に確認することが目的である限りにおいて、「目的」に関する審査基準に合格するのである。

ハ　指紋採取の「不可欠性」

そこで問題は、指紋採取が外国人の「同一人性」の確認のために必要不可欠であるかどうかである。「みだりに指紋を採られない権利」の重要性を前提にするならば、前述のごとくその審査基準は厳格でなければならないし、採取の必要不可欠性の証明はこの権利を制限する側である国が行わなければならない。[8]

ところで、行政当局によれば、「指紋押捺制度が必要だというのは、一般的に言って外国人は在留期間が短く、係累も少ないなど、我が国への密着度が乏しいだけに、その同一人性を確認することは容易でなく、そのために確実な方法として、万人不同終生不変の指紋の照合が必要である」ためだとされている。[9] 指紋押捺制度の合理性・必要性を承認した諸判決も、同様の理由をあげている。[10] また、「外国人の場合、本国における身分事項等の記録は我が国の所管するところではなく、登録事項の正確性も客観的な担保に乏しい」という趣旨のことを指摘する判決も存在する。[11] そして、幾つかの判決は、右の両者の理由をとっている。[12] しかし、指紋を採ったからといって、本国における身分事項等

が明らかになるわけではないから、結局は、これらの理由は、我が国への密着度が乏しいために、外国人の場合には「同一人性」を確認する資料が十分に得られないということに帰着するだろう。

これに対して、国民の場合には、前述のように、入学試験のように本人確認が必要な重要局面でも、通常は写真による本人照合がなされている。もとより写真には後述のごとき欠点があるが、疑問のある場合には周辺事情調査や諸資料によって確認がなされている。その際、戸籍謄本や住民票が本人確認の決め手にならないことは言うまでもないことであり（戸籍謄本を本人のみが持参するという確証はない）、それらは諸資料の一部を構成するに過ぎない。

一方、外国人の場合についてみると、指紋採取をされる外国人の四分の三はいわゆる在日韓国人・朝鮮人であり、[13] この人びとは戦前から日本に住んでいる人たちおよびその子孫であるが、これらの人びとの生活の本拠は日本にあり、そのほとんどは国民と同様の生活を日本で営んでいる。それらの人びとは、国民に比して、「在留期間が短く、係累も少ないなど、我が国への密着度が乏しい」とは到底言いえないのであって、この人びとは国民と同様の生活の痕跡を国内に残しているのである。したがって、疑わしい場合に、周辺事情調査や諸資料から本人確認を行うことは、これらの人びとについては、ほぼ国民と同様に行いうるのである。また、それ以外の、比較的短期の在留外国人については、通常は旅券を所持しているのであるから、必要な場合の本人確認は一応可能である。[14] そうであるなら、「ほぼ確実」な「同一人性」の確認は、外国人についても国民と同様に、指紋を採取しなくても可能であると言わなければならない。「絶対確実」性を要求する場合にのみ指紋は不可欠となるが、その不当なことは先に述べた通りである。

このことは、「より制限的でない代替手段」の基準をとる場合には、一層妥当する。すでに述べてきているように、国民の場合には通常は「写真」によって本人確認を行っており、外国人の場合にも「写真」による本人確認が一応可能である。「写真」を撮られ、それを管理の材料にされることも確かに私生活の自由（ないし肖像権）と抵触するものであるが、どこにでも痕跡を残し、また管理が容易である「指紋」に比すと、はるかに「より制限的でない」本人確

認の手段であると言える。そこで問題は、写真が指紋の「代替手段」たりうるかである。いくつかの判決は、厳格な審査基準の結果たる右の基準の採用を否定しつつも、この問題にはふれており、そこでは異口同音に「指紋に代替させることは困難」という趣旨の結論が提示されている。[15] そしてそこでは、人の容貌は年とともに変化すること、容貌は顔の整形や髪型で変化すること、他人の空似があること、撮影条件や技術に左右されること、審査において担当者の主観が入ることなどが、その理由としてあげられるのが通常である。[16] たしかに、写真にはそのような欠点があり、写真のみによって本人確定を行うことには危険性がある。その意味では、「絶対確実」な確認を行うためには、現段階では指紋に代わる手段は存在しないと言いうる。しかし、「絶対確実」な確認は必要ないしそれを追求すべきでないこと、および、疑わしい場合には登録事項の照合・周辺事情調査や諸資料による確認の手段があることを考慮すれば、写真は十分に代替手段として評価できる。そもそも裁判所は、既成事実がある場合には、あたかもそれのみが合理的で必要不可欠で代替手段はないように考えがちであるが、実はそうでなかったことが後に示されることもあるのである。[17] それゆえ、本人確認のためには、写真という「より制限的でない代替手段」が存在するとみるべきである。

これとの関連では、諸外国とも外国人の本人確認は必要であるはずであるのに、指紋押捺制度を採用している国は二四カ国でしかない[18]ことに注目しておく必要がある。そもそも、外国人の「同一人性」の確認のためには指紋以外に確実な手段がなく代替手段が存在しないとしたら、先進資本主義諸国を含めてわずか二〇数カ国しか指紋採取制度を採用していない事実を説明することができない。そして、採用している国を見ても、移民問題といった特殊の問題を抱えているアメリカ合衆国（しかも、ここでは、実際には、永住者からしか採取していない[19]）を除くと、外国人も関係するクーデタやゲリラ戦争などが絶えない中南米諸国（ニカラグア・ホンジュラス・ドミニカ・アルゼンチンなど）や東南アジア諸国（フイリピン・ミャンマ・インドネシアなど）、分断国家（韓国・香港など）、近年まで独裁国であった国（スペイン・ポルトガルなど）に限られており、いずれも日本には存在しない問題を抱えた諸国である。

しかも、このうち一五ヵ国は、自国民からも指紋を採取しており、一七ヵ国は国籍取得について出生地主義をとっており、[20] 日本とは状況を異にしている。日本においては、特に指紋によって外国人の「同一人性」を確認しなければならない特殊事情は存在しないのではなかろうか。

以上を総括するならば、外国人の「同一人性」を確認するために指紋を用いることは、「より制限的でない手段」が存在するために、憲法一三条に違反するとみるべきである。とりわけ、在日韓国人・朝鮮人のように、国民と同様の定着度を示している者については、写真は指紋に代わる確認手段の機能を果たしうる。しかし、その余の外国人については、裁判所等の指摘する、「在留期間が短く、係累も少ないなど、わが国への密着度が乏しい」という前提が成り立ち、指紋の採取が必要であると論じられるかもしれない。けれども、仮にその前提が成り立つとしても、対象となる外国人の圧倒的多数につき指紋採取が必要不可欠でない場合に、一部に必要不可欠である者を含んでいることを理由に、指紋押捺を一律に義務づけた法律の規定を合憲とすることは許されない。特に「みだりに指紋を採られない権利」が重要な権利であることを認めるならば、対象者を不必要に広範に包含した指紋押捺制度は、全体として違憲と判断されなければならない。

もし大幅に妥協して、一部に指紋採取が必要不可欠な者がいることを理由に、指紋押捺制度自体は合憲であるとした場合でも、指紋採取が必要不可欠でない者に対してまで指紋押捺を強要することは、「みだりに指紋を採られない権利」の重要性からして、その者との関係において違憲、すなわち、「適用違憲」と判断されるべきである。[21] したがって、国民と同様の定着度を示している在日韓国人・朝鮮人などについては、それらの者を「定住外国人」なる概念で把握するかどうかは別として、指紋押捺制度は適用されてはならない。しかし、判決の多くは、国民と同様に生活している者であっても、外国人の場合には、日本国との関係が「基本的に異なる」として、いかなる者をその余の外国人と区別して取り扱うか、これらの者をいかに処遇するかを立法裁量に委ねている。[22] 外国人と日本国との関係が、国

民と日本国との関係と基本的に異なるということは形式的には言えるが、原則的に人権が外国人にも適用されるものである限り、そのような抽象的な議論は人権制限の必要性についてなにごとも語っておらず、別段の具体的・必要不可欠な理由の証明もないままに、重要な人権が外国人から剝奪されていいわけはない。しかし、諸判決は、基本的地位の相違を説くのみで、国民同様の外国人からなぜ指紋採取が必要かを説得的には論じていない。たしかに、諸判決が指摘するように、これら外国人とその余の外国人を区別することには困難な点がないわけではないが、一定の基準を作ればそれは不可能ではなく、困難を理由として不必要に重要な権利を制限することは許されない。同様に、効率的行政運営を重視することも妥当でない。[23] また、たしかにそれは外国人を区別することになるが、すでに指紋押捺対象者となる外国人自体、一定の条件を備えることによって他の外国人と区別されているのであって、必要不可欠でないことを理由に特定の外国人からの指紋採取を違憲とすることは、不合理な差別を外国人間に設けるものではない。

二　指紋採取の方法・手続の合憲性

現在の指紋採取の方法は、無色の薬液による、左手ひと指し指の一指指紋の、平面採取である。仮に指紋押捺制度が合憲であるとした場合、この採取方法は被採取者の人権に一応配慮したものであり、被採取者の品位を特に害するものではなかろう。

また、多くの判決が指摘するように、指紋押捺は有形力をもって直接に強制されているのではなく、刑罰をもって間接的に強制されている点も、指紋押捺を必要とする前提にたてば、「手段として相当の範囲内にある」と評価することができようか。[24]

しかし、採取後の手続面では重大な欠陥を有している。すなわち、採取された指紋が本来の採取目的以外の目的のために使用されることを防止するための配慮が、法律レベルではまったくなされていないのである。実際、これまで

の指紋押捺拒否裁判で明らかにされているように、採取された指紋は警察によってしばしば利用されている。[25] 一部の論者のように、指紋押捺制度の真の目的は在日韓国人・朝鮮人に対する治安管理にあると断じうるかどうかは別として、また、もっぱらその目的のために使用されているかどうかは別として、採取された指紋が少なくとも治安管理的目的のために使用されうる状態にあることが問題なのである。[26] この手続上の欠陥は、法務省の指導によって、現在はそうした利用が制限されているという事実[27]によっては治癒されない。重要な人権である「みだりに指紋を採られない権利」を制限する制度を採用するにあたっては、法律自体において、本人の同意なしの目的外使用が禁止されていることが明定され、それを実効たらしめる制度を具備していなければならない。そうした点を欠く現行の指紋押捺制度は、重大な手続上の欠陥を有する点で、違憲と判断される（憲法一三条・三一条違反）。

ホ　指紋押捺制度と憲法一四条

国民からは採取しない指紋を、特定の外国人のみから採取することは、憲法一四条の平等原則と抵触する可能性がある。ここでは平等原則の理解のしかたには深入りしないが、学界の通説も最高裁の判例も、「合理的理由」による異なる取扱いは平等原則の例外として容認されるとの見解をとっており、さしあたりこの見解に異論はない。

しかし、ここでも問題は、なにが「合理的理由」であるかの審査基準である。この点では、判例は審査基準の確立にいまだ成功していないし、そもそも定式化の努力の跡も見られない。[28] けれども、学界においては、合衆国の判例を手掛かりとして、[29] 審査基準の定立が試みられており、[30] そこでは「合理性の基準」・「厳格な合理性の基準」・「厳格な審査基準」が語られているが、これとの関連で、「疑わしい分類」とか「基本的な権利」といった概念が提示されている。すなわち、この両者の概念のいずれかに該当する場合には「厳格な審査基準」をとろうという趣旨である。この方向は妥当であると考えられるので、ここでは、さしあたり、この概念を手掛かりに指紋押捺制度を考察する。

指紋押捺制度を採用することによって、国民と特定の外国人との間に「差別」が生じているのは、「みだりに指紋を採られない権利」に関してである。この権利が、精神的自由のような「基本的な権利」であるなら、そこで採用されるべき審査基準は「厳格な審査基準」であり、そうでないならよりゆるやかな基準でよい。さて、これまでの考察では、諸判決はこれを「基本的な権利」として把握していないことが明らかであった。そうであるなら、ゆるやかな審査基準でよいことになるから、憲法一三条との抵触をめぐる判示において指紋押捺制度の目的の正当性と手段の必要性・合理性を容認した諸判決が、国民と外国人の差異度を「合理的理由」のあるものと認定したことには不思議はない。[31]

しかし、この権利を精神的自由と同種の重要な権利と把握する立場からは、この権利は「基本的な権利」であるから、そこでは「厳格な審査基準」が要請されることになり、憲法一三条の考察の結論と同様に、この差異は「不合理な」異なる取扱いとして、憲法一四条一項に違反するとの結論が導かれる。また、先に、国民同様の外国人について述べたことは、この場合にもそのまま妥当することになる。

一方、仮に「みだりに指紋を採られない権利」が「基本的な権利」でないとしても、「外国人」という範疇を「疑わしい分類」と見なすことができれば、「厳格な審査基準」が要請される。この点、合衆国の判例は錯綜しており、大まかには、連邦法レベルでは「合理性の基準」のようなゆるやかな基準が、州法レベルでは「厳格な審査基準」が用いられている。[32] 日本においてどのように考えるべきかも難しい問題であるが、一四条が国籍による差別の禁止を特にあげていないことを理由に「合理性の基準」で足りるとただちに結論づけることには賛成できない。[33] 合衆国の判例[34]を参考にしつつ次のように考えるのが妥当ではなかろうか。すなわち、一般的に国民の場合には、政治過程に主権者として参加し、自分の望む法律を立法したり、望まない法律を改廃する機会が与えられている。しかし、ある社会において、国民であっても異端者や差別を受けている者は、しばしば政治過程から排除されており、自分たちの意思を政治

活動やその結果としての法律に反映させることができない場合がある。したがって、こうしたグループについて異なる取扱いを定めた法律が存在する場合には、それはこれらグループに不利な内容をもつ不合理なものであることが予想される。したがって、そうした特定グループを別扱いする法律は、裁判所による精査を受ける必要がある。それゆえ、黒人などの被差別グループを標識として分類の基準に使用した法律は、「疑わしい分類」として厳格な審査を受けなければならないのである。さて、そうだとすると、外国人は国民に属する者ではないが、人権保障が原則的に国民同様に及ぶ者として、国民と異なる外国人の取扱いを定めた法律が存在する場合には、外国人が政治過程に参加できない存在であるが故に、それは「疑わしい分類」ないし「準・疑わしい分類」に基づくものであるとして、裁判所による厳格な審査を受けなければならないと言える。その際、違憲審査制度の主要目的が、少数者保護にあることを再度確認すべきである。

このように考えると、指紋押捺制度は、特定の外国人であることを理由として国民と異なる取扱いを定めたものであるから、「厳格な審査基準」によって判断されなければならない。[35] そして、そうした場合には、違憲の判断がなされるべきことは前述の通りである。

また、仮に外国人一般を「疑わしい分類」としない場合でも、少なくとも国民同様の外国人については「疑わしい分類」に属するものとして取り扱われるべきである。[36] その際の結論は、右と同様である。

ヘ　指紋押捺制度の必要性

本来、以下の議論は制度の「目的」の問題としても展開できるのであるが、ここでは指紋押捺制度を必要とする理由として国側があげる社会的事実の存在の有無を検討することにする。[37]

まず、議論の前提として、指紋押捺制度によってなにが具体的に確認されるかを検討しておきたい。現在の制度で

は、一年以上日本に在留することになった一六歳以上の者、および、日本で生活している者で一六歳に達した者には指紋押捺の義務があり、指紋を国によって採取されることになるが（この者を実質A―主張する人物aとし、採取された指紋をXとする）、ここではじめてX＝A―aであるとの結合がなされる。言うまでもなく、このときXの指紋を採取されたAが真実aであるか、Bがaを名乗っているか、指紋によっては確認できない。したがって、この段階では、不正入国者など不法在留者を指紋によっては摘発することができず、不法在留者の防止・摘発の機能は果たせない。X＝AがX＝A―bとして二重登録した場合（同一市町村でも別の市町村でも同じ）、容易に検索が可能な「換値分類」がなされている場合には不正登録が発見できるが、そうでない場合には大変困難である。さて、従来は五年ごとの確認申請の際にすべての者が（現在は特に必要な者のみ）、また紛失等による再交付申請の際にその者が、指紋を再採取されることになっていた。この場合、B（指紋Y）がAに成り代わってaとして申請したなら、Y＝B―aとなり、aを主張しているにも拘わらずXとYが異なるので、不正が発見できる。すなわち、不法在留者等が登録している在留者に成り代わっているときには不正が摘発されることになるから、指紋押捺制度が存在することは、このような成り代わりを摘発するとともに、それを抑止する効果がある。ただ、こうした成り代わりを行うためには、写真が第一次的照合手段として使用されるので、BはAの容貌に類似していなければならない。一方、外国人登録証明書にも指紋が押捺される（現在は転写）ので、不正に入手（強奪・窃盗・拾得・譲受け）したAの外登証をBが所持している場合には、Bの指紋Yと外登証上の指紋Xを照合することによって、不正が摘発される。しかし、刑事訴訟法二一八条二項に該当する場合の他は、強制的に指紋を採取することはできないから、Bの自発的協力がない限り照合は難しいが、このような場合にBが自発的に指紋押捺を認めるとは考えられない。また、譲受けの場合には、Aが再交付によって外登証を二つ獲得しその一つを譲り渡すケースが多いと考えられるが、疑問のある外登証所持者については、指紋押捺制度がない場合には指紋による即時的確認は困難であるとしても、外登証の発行所への照会による再

交付の事実の確認によって、不正を摘発することが可能である。強奪・窃盗・拾得（Aにとって紛失）の場合には、Aを殺害するなどしてAを抹殺しておかない限り、Aがその事実を届け出ることが通常であるので、右と同様にして、指紋によらずとも確認が可能である。もとより、外登証上に指紋があることは、それがない場合よりは不正使用の抑止として働くことは否定できない。[38] なお、このような不正使用の場合には、外登証上には写真も貼付されているので、BはAの容貌に類似しているか、写真を貼り代える必要があるが、ラミネート・カード化によって後者はかなり困難になっている。

こうしてみると、結局、指紋押捺制度が防止するのは、不法在留者Bが正規在留者Aに、Aの殺害やAの協力で、成り代わることである。[39] この場合、成り代わる相手が短期在留者であったら成り代わりにあまり意味がないので、長期在留者が対象として選ばれることになろう。したがって、一部に、「不法入国などによる不法在留者を摘発するためなら、長期在留者だけではなく、この人びとから指紋をとるべきはずだ」との議論があるけれども、仮に指紋押捺制度に意味を見出すとしたら、行政当局が説明しているように[40]長期滞在者から指紋をとれば目的は達せられる。この点についてはこの制度は不合理ではない。

そこで問題は、このような成り代わりの危険性がどの程度あるかである。これは社会的事実の問題であるが、裁判所にはその判断が可能であるだけではなく、[41] ここでは「みだりに指紋を採られない権利」という重要な権利が関わっているので、積極的に精査すべきであるし、その証明は規制をなす方が行わなければならない。

さて、行政当局が指摘するところによれば、[42] 敗戦後の混乱の中で多数の朝鮮半島出身者が不法に入国し、戸籍謄本等の客観的資料もないまま本人の申立てのみで登録を行わなければならず、集団申請や代理人による申請もあったため、不正登録が多発した。また、登録は米穀通帳発給の基礎として用いられたため、配給を受けようと二重登録・幽霊登録が頻発し、一時はその数は数万人に達した。[43] そこでこうした事態を防止するため、外国人登録法が制定され、

同一人性の確認を確実にするため指紋押捺制度が導入されたが、これによって不正登録は激減したし[44]、指紋表示の登録証明書が不正使用されることもなくなった[45]。そして、現在でも、大量の不法入国は続いているし、氏名訂正申告を含む登録事項の訂正も年二万件ほどあるので、不正登録を摘発・抑止するために指紋押捺制度は必要である[46]。これが、規制の側の論理である。

けれども、この主張ははなはだ一方的である。たしかに指紋押捺制度が導入される前には不正登録が頻発していた。しかし、それは、行政当局も認めるように、客観的資料に基づかずに申請を受け入れたり、集団申請・代理人申請等が行われていたからである。これらは外国人登録制度が整備されることによって、過去のものとなった。また、二重登録・幽霊登録を誘発した配給制度はなくなった。したがって、不正登録の激減は、指紋押捺制度の導入にあるよりも、こうした事情の好転によると考えられる。その上、写真の撮影技術も向上したし、今日ではラミネート・カード化によって変造は困難になっている。登録事項の訂正申告の大部分は、立証資料に基づいて窓口で処理できるものであり、あえて指紋による照合は必要ないし、また行われてもいないのが実態である[47]。こうした状況の中で、指紋によってでなければ摘発できない成り代わりの危険性がどの程度具体的に存在するか、はなはだ疑わしい。仮に多少なりともその危険性があるとしても、そのために何の問題もない大多数の外国人の重要な権利を制限することは許されるべきではない。そして、そもそも、仮に成り代わる事を目的とするなら、わざわざ在留外国人に成り代わらなくても、国民に成り代わることがはるかに容易であって、実際にも、摘発された外国からの「工作者」なる者は国民に成り代わっていたのである[48]。国民から指紋を採取せず、特定の外国人についてのみ指紋を採取する制度は、成り代わり防止にはあまり意味がないのである。ましてや、指紋押捺制度が不法入国等による不法在留自体に対して持つ抑止力など、仮にあったとしても、微々たるものであろう。こうしてみると、指紋押捺制度を設けなければならない理由（立法事実）は、少なくとも現在は、存在しないと言ってよい。

なお、指紋押捺制度の現在の運用実態が問題になることがある。すなわち、市町村の窓口おいては、指紋による本人確認が実際には行われておらず[49]、制度は形骸化しており無用のものであるという指摘である。しかし、この点については、法務省が照合確認の励行を指導していること、法務省においては指紋照合が行われているらしいこと[50]などの事実があるので、直ちに無用とまで結論づけることは困難である。どの段階かで照合が行われている事実があれば、不正登録に対する抑止力として働くからである。

ト　一律指紋再押捺制度の違憲性

一九八七年に外国人登録法が改正されるまで、法は、五年ごとの確認申請の際に、一律に指紋の再押捺の義務を外国人に課していた。指紋押捺制度自体が違憲と考えられることについてはこれまで述べてきたところであるが、仮に初回の指紋押捺制度を合憲であると判断した場合においても、この一律指紋再押捺制度は違憲との評価を免れ難い。

前述のように「同一人性」の確認の手段として指紋が必要不可欠なものでない以上、すでに初回の指紋採取も必要不可欠とは言えないのであるが、五年経過後の再採取が必要不可欠なものでないことは一層明瞭である。そもそも初回の指紋採取は、これによって「同一人性」をその時点で確認することを目的とするものではなく、以後の「同一人性」の確認の際に照合しうる確実な手段を確保することを目的とするものである[51]。したがって、「同一人性」の確認に指紋を用いる制度をとる以上は、所定の外国人からまず一律に指紋を採取しておく必要があることは一応みとめることができるとしよう。しかし、五年後、写真等によって容易に「同一人性」を確認できる外国人については、あえて再度の指紋押捺を求め、二つの指紋を照合する必要はまったくない。したがって、実際の運用においても、登録窓口では再度の指紋押捺を法の規定に基づいて求めはするが、新たに採取した指紋を先の指紋と照合する作業が行われていないのも、その必要がなかったからである。

また、一九八七年の法改正によって、指紋によらなければ人物の「同一人性」が確認できない場合等に限って市町村の長が指紋の再押捺を命じることができるとされた事実は、指紋の一律再押捺が必要不可欠でないことを行政当局自体が認めたことを意味している。このことは、昭和六二年一〇月五日付の法務省入管局長の名古屋高等裁判所への「回答書」においても明らかである。すなわち、そこでは、現行法上の再度の指紋押捺の必要性・合理性につき、「登録証明書の再交付や切替等の申請に際して人物の同一性に疑いがある場合に指紋によってその同一性を確認できるようにしたもの」と述べられている。そして、指紋一律再押捺制度については、「登録された人物の同一性の確認を一層確実にする」もので、今次の改正は、「具体的な必要性がある場合に限り、再押なつさせようとするものである」とされている。ここで明らかなことは、一律再押捺制度は「同一人性」の確認を「一層確実にする」ためのものであって、「具体的な必要性」が必ずしもない場合が多いこと、「人物の同一人性に疑いがある場合」に限って指紋の再押捺を求めれば十分であることである。[52]

そうであるなら、指紋一律再押捺制度は、もっぱら行政の便宜によるものであって、容易に「同一人性」が確認されうる外国人（在日韓国人・朝鮮人など）について、「みだりに指紋を採られない権利」を制限してまでして再度指紋を採取することの必要不可欠性は認められない。したがって、圧倒的多数の不必要な人びとを対象者として含む、一律に指紋の再押捺を要求する制度は、仮に初回の指紋押捺制度が合憲であったとしても、違憲と言わなければならない。[53]また、その場合、仮に制度が違憲でないとしても、これら不必要な人びとに適用される限りにおいて、適用違憲と見るべきである。

右の結論は、行政目的と目的達成手段の比例性の観点からも導かれる。すなわち、行政目的が仮に正当なものであっても、それを達成する手段が合理性・必要性に欠けている場合には、その規制は容認されえないという観点である。この観点は、近年では、森林法違憲判決[54]において、最高裁の多数意見によってとられている。そこで最高裁は、

森林法一八六条が規定する共有分割請求権の否定の合憲性について、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国民経済の発展に資する」という目的は「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」としつつも、目的達成手段としての分割請求権の否定につきさまざまに検討し、その手段は「立法目的を達成するについて必要な限度を超えた不必要な規制というべきである」として、「森林法一八六条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することができないことが明らかであつて、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない」と断じ、当該規定を違憲と判示したのである。

右の最高裁の判決が、前掲の薬事法薬局開設距離制限違憲判決の審査基準に基づけば、裁判所の審査基準がもっとも緩和されてしかるべき、経済的自由の積極的規制に関するものとして分類されうるものであることに注意しなければならない。その場合でも、「規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」である場合には違憲であるとされたのであり、しかも、その審査にあたっては、かなり踏み込んだ審査・検討が行われている。そして、この事件の場合には、採られた手段は「必要な限度を超えた不必要な規制」と認定されたのである。

さて、「みだりに指紋を採られない権利」は、精神的自由ないしそれに準じる権利であるから、もっとも低く見積もっても森林法違憲判決程度の審査は行われなければならない。そこで、指紋の一律再押捺制度が「同一人性」の確認という目的を達成するための手段として「必要性若しくは合理性に欠けている」かどうか検討するに、先に指摘したように、その具体的必要性がないことは明らかであるから、指紋の「一律」再押捺制度は、「必要な限度を超えた不必要な規制」であり、過度に人権を制限するものとして、違憲と言わねばならない。[55]

なお、初回に指紋を採取され管理されている以上、二回目以降の採取によっては個人情報としての指紋を秘匿して

おく利益を新たに奪うことにならず、その憲法保障の程度はより低いとして、再度の押捺制度を容認する見解がある。たしかに、いったん指紋を採取されれば、「索引情報性」はそれで確保されることになるが、しかし、すでに権利の制約がなされているから、再度のそれはあまり意味がないというように形式的に考えるべきではない。重大な権利侵害は、まったく同じ事が反復されたとしても、重大な権利侵害があらたになされたとものとして把握すべきであろう。

(1) この問題は、ここでは詳しくふれない。さしあたり、拙稿「外国人の人権」『憲法判例の研究』（敬文堂）、同「人権の享有主体」『演習憲法』（青林書院）参照。

(2) 最大判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二二三頁。

(3) かつて、ある行政当局者は、「もし、単なる身元の確認その他犯罪捜査以外の目的のために〔指紋採取制度が〕制定されるのであるならば、事柄の性質上、右の指紋の採取に応ずる義務を課することが、当該行政目的を達成するため必要不可欠であり、かつ、必要最小限の自由権の制限であるかどうかについて慎重な検討を加える必要があり、一般的には消極に解すべきものと考える」と述べたことがある（一九五二年一月三一日付・地方自治庁行政課長回答（自治研究二八巻七号一〇四頁））。

(4) また、⑫判決は、同一人性が否定されると、不法入国者が正規入国外国人に成り代っているような場合等には、国外退去強制といった重大な不利益が正規入国外国人に科せられるといったレア・ケースを強調し、「絶対確実」の必要性を示唆している。

(5) 法的地位の相違を強調し、不正規在留日本人は存在しないが不正規在留外国人は存在することを理由に、正規在留者であることを明確にする必要を述べるのは、行政当局の立場でもある（第百九回国会衆議院法務委員会議録第九号九頁）。

(6) この点を強調するのが⑬判決である。

(7) 同様の趣旨を指摘したものとして、浦部法穂「指紋押捺強制とプライバシーの権利」ジュリスト九〇八号四九頁以下、内野正幸「指紋押捺制度に対する憲法判断のあり方」法律時報五七巻五号二七頁がある。

(8) なお、この点につき、「在留外国人について、その個別的同一性をどの程度正確かつ厳密に把握する手段を設定するかについては、国の対外政策やその時々の国際社会の情勢、また国内状況等に応じておのずから異なるものがある」として、

国は、同一人性確認の「目的を達成するための手段の選択について、合理的な範囲内での裁量権を有する」とした判決があるが（⑮判決。④判決・⑦判決も立法政策ないし立法裁量の問題とする）、そのような裁量権が認められるべきでないことは、これまでの行論で明らかにしたところである。

（9）一九八四年一月一九日・法務省入管局長の東京地裁刑事部への「回答文書」。一九八七年九月一日の衆議院法務委員会における小林法務省入管局長の答弁（前掲・衆院法委会議録第九号一〇頁）でも確認されている。

（10）「外国人については、同一人性判断のための資料が他に十分得られない」とする⑫判決も、同旨であるといえる。

（11）③判決・⑤判決・⑯判決。

（12）⑥判決・⑧判決。

（13）昭和六一年度において、外国人登録をしている外国人は総数八六七、二三七人であるが、その約八七％を占める六七七、九五九人は「韓国・朝鮮」国籍の者である。そしてその「韓国・朝鮮」国籍の者のほとんどは、「法律一二六―二―六」の系譜に属する（特定在留者、のちに協定永住者・特例永住者になった者などを含む）いわゆる「在日韓国人・朝鮮人」である。そして、その約八〇％は日本生まれの在日二世・三世である。

（14）⑯判決は、むしろ日本には旅券を有しない外国人が存在することを、指紋押捺制度必要性の前提として論じている。

（15）①判決・③判決・④判決・⑤判決・⑥判決・⑫判決・⑭判決。また、⑧判決・⑪判決・⑮判決は、代替可能性に直接ふれず、写真と指紋の併用に意義を見出している。これらに対し、⑬判決は、写真による代替は絶対不可能とは言えないとしつつ、確認手段の選択には諸事情を考慮する必要があるとして、立法裁量にまかせている。

（16）偽造・変造が容易であるとの理由は、ビニール・コーティング等の方法が登場したため、正面から述べられることが少なくなった（①判決・⑥判決は、なおその危険があることをを説く）。なお、⑫判決は、写真による確認方法をとっていた結果、多数の不正登録証明書が流通し、それが指紋押捺制度採用の契機となったと述べ、指紋採取を必要と判断しているが、これはその後の写真貼付技術の発展を無視したものである。

（17）たとえば、①判決は、指紋採取の方法として、「回転指紋の方法も、指紋押なつが指紋判定による個人識別を目的とするための必要最少限度のまことにやむを得ないものであると認められる」と断言したのだが、そうでないことは一九八五年の平面指紋採取の採用によって明らかとなっている。

（18）伊藤廸郎「各国の外国人指紋押捺制度」ジュリスト八二六号三五頁。ただし、この調査対象には、東欧諸国やアフリカ諸国は含まれていない。しかし、⑫判決が、「外国人登録制度に指紋押なつ制度を採用している国も少なからず存在する」

と認定しているのは誇張気味である。なお、各国の出入国管理機構の相違は、指紋押捺による確認の必要性の有無とは直接関係がないことに注意しておきたい。

(19) 小林法務省入管局長国会答弁（前掲・衆院法委会議録第九号一〇頁）など。

(20) 社会新報一九八四年九月四日。

(21) 同旨を述べたものに、「座談会　外国人登録制度と指紋押捺問題」ジュリスト八二六号一八頁での大沼保昭発言、内野・前掲論文三六頁がある。

(22) ②判決・③判決・⑤判決・⑥判決・⑦判決・⑧判決・⑨判決・⑮判決・⑯判決。⑪判決も同旨。ただし、これらの多くは、憲法一四条との関係で述べられている。

(23) ⑯判決。

(24) ⑥判決・⑧判決・⑫判決・⑬判決・⑭判決・⑯判決など。

(25) 自治労の実態調査では、約八〇％の自治体で、警察官による外国人登録原票の何らかの閲覧が行われており、治安管理を目的としたと推定される閲覧も一五％の自治体である。また、指紋欄を含めた原票複写請求に応じた自治体が一五％ある（小川雅由「外国人登録業務と自治体労働者」季刊三千里四一号一四五～六頁）。

(26) たとえば、⑯判決における原告側の主張（判例時報一三一六号六五頁）。

(27) 一九八四年七月・外国人登録事務研修会における法務省見解など。

(28) これまでの判例の分析は、さしあたり、拙稿「法の下の平等と最高裁」法律時報五九巻九号参照。

(29) 合衆国の判例動向は、戸松秀典「平等保護と司法審査（一）―（四）」国家学会雑誌九〇巻七・八号、九一巻一・二号、三・四号、七・八号、および、同「厳格な合理性の基準」『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣）が詳しい。

(30) たとえば、中村睦男「法の下の平等と『合理的差別』」公法研究四五号参照。

(31) もっとも、諸判決は、審査基準には留意していないので（⑧判決は例外的に審査基準に言及）、もっぱら、国民と外国人に基本的な地位の相違があることと、指紋押捺制度に理由と必要性があることとを理由にしている。ただ、⑪判決と⑯判決は、「わが国に在留する資格のない不法入国者等の外国人が資格のある外国人になりすますことは、日本国民になりますことに比べれば格段に容易」であることを、理由の一としてあげる。

(32) さしあたり、芦部信喜「人権の享有主体(3)」法学教室一〇三号六九～七〇頁が参考になる。

(33) 伊藤正己『憲法』（弘文堂）一九六頁。

(34) U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938) におけるストーン判事の脚注を特に参照。
(35) 結論を同じくするものに、古川純「外国人指紋押捺拒否事件」ジュリスト八三八号一〇頁がある。
(36) 芦部・前掲論文七一頁も同旨であろう。
(37) これは言うまでもなく「立法事実論」の一部を構成する議論である。立法事実論については、芦部編『憲法訴訟　第二巻』六九頁以下所収の江橋崇論文参照。
(38) 行政当局も、「登録証明書というものは、紛失等において容易に再交付される」（小林法務省入管局長の一九八七年八月二八日国会答弁・前掲・衆院法委会議録第八号三頁）ということを強調した上で、「登録証明書に指紋を表示することについて最も重視しておりますのは登録証明書の不正使用に関する抑止効果でございます」（同局長・同年九月一日答弁・同会議録第九号一六頁。同旨、同局長・同年九月一七日国会答弁・第百九回国会参議院法務委員会会議録第七号一六～七頁など）。
(39) 国会で、「外登法上、登録に際して指紋を求めるということは、結局何らか、正規な手続きで一たん登録した者に他の者が入れかわる、このことを防止する、その機能に尽きる、こういうことになりはしないかと思いますが、いかがでしょうか」との質問に対し、小林入管局長は、「極めて端的に申し上げれば、そういうことでございます」と断言している（前掲・衆院法委会議録第八号三頁）。
(40) 「不正規に入国してくる外国人がとってかわろうとする相手は、そういう短期に在留している外国人ではなくて、長期に在留している外国人が普通でございます」（小林局長・同会議録二頁など）。
(41) この点で、②判決が、それは「個別的な証拠に基づく個々具体的な事実ではなく、いまだ解明が十分でない社会的な大量現象ないしこれに対する法社会学的考察ないし歴史的評価である」として、「司法判断においては考慮に入れる余地がない」との判示をしているのは妥当でない。
(42) たとえば、⑯判決における国側主張を参照。
(43) 「すなわち昭和二十七年になって指紋制度というものが導入されるという経緯を振り返って御考慮をいただけるならば、写真だけでは十分ではなかったという歴史的な事実があった」（小林入管局長・前掲・衆院法委会議録第八号一四頁）。
(44) 「今そういう不正登録が減っているということは、一つは、指紋制度があるからこういう安定した制度になっているということも言える」（黒木法務省入管局登録課長・同会議録第八号三頁）。法務省入国管理局長『指紋事務Q＆A』一頁も同旨。

(45)「指紋押捺制度が導入されて以来、指紋の表示されている成年の登録証明書が不正に利用、使用されたというのは一件も発見されていないというのが事実でございます。ということは、この指紋制度の導入によってこうした不正使用、不正行為というものがいかに効果的に抑圧されたかということを裏づけている」（小林入管局長・同会議録第九号一四頁）。なお、一九七四年以降八四年までに摘発された登録証明書不正入手事案四一五件中、九五％は指紋押捺制度実施前入手事案であり、残りの大半は右に述べた指紋押捺義務のない年少者に交付された証明書の不正入手事案である（法務省入管局『昭和六一年度版　出入国管理』（大蔵省印刷局）一四八頁）。前掲・『Q＆A』一一頁も同旨。

(46) 諸判決は、おおむね、この規制の側の論理を、事実関係をあまり精査することなく、容認している（③判決・④判決・⑤判決・⑥判決・⑫判決など）。

(47) 田中宏「外国人指紋をめぐる立法事実と現状（上）」法律時報五六巻一〇号七三頁。

(48) 国会答弁で、小林入管局長が、「現に過去におきましても、一部の地域から我が国に潜入した工作者が日本人に成りかわったというような嫌疑をもたれるケースが何件か報道されております。しかし、これらの人びとの生活慣習、言語その他を考えれば、なぜわざわざ日本人に成りかわったのか、何故在日韓国人にあるいは在日朝鮮人に成りかわらなかったのかということを考えるならば、その背後に指紋押捺制度というものの存在があるのではないかということは容易に推定されるのであります」と述べたのに対し、小沢委員が、「全然容易に推定されないのである」と応じているが（前掲・衆院法委会議録第八号六頁）、これは小沢委員の言う通りである。しかし、⑥判決・⑪判決・⑭判決は、なんらの証明もないまま、「不法入国者等の外国人が資格のある外国人になりすますことは、日本国民になりすますことに比べれば格段に容易であ」る（⑪判決）などと断じている。独断と言うべきである。

(49) 田中・前掲論文七二頁。

(50) 内野・前掲論文三四頁。

(51) これとの関係で、指紋押捺が原則一回制になったことにつき、かつて行政当局が「登録外国人の同一性の継続を担保するためには、ある期間を置いて二度、三度と押させなければ意味がなく、……もし、一度だけ押させることとすれば登録における指紋制度は、その意義を全く失い、外国人に対するいやがらせ以外の何ものでもなくなってしまう」（小島恭次「指紋の押なつについて(一)」外人登録八〇年一二月号三頁）と述べたことの意味が問題になる。たしかに必要な場合には再度の押捺を求めることになっているから、その制度の意義は残っているが、一回制の採用はこの言をかなりそらぞらしくさせてしまった。

(52) ⑯判決は、国際環境の改善・国内諸環境の安定化による出入国管理をめぐる内外諸情勢の改善、指紋の登録証明書への転写・ラミネート・カード化などの技術的措置が可能になったことの二つを改正が可能になった条件としてあげるが、これら理由は、本文に指摘した事実を、過去においても否定する根拠にはなりえない。特に後の理由は、登録原票と指紋原紙への指紋押捺の必要性の有無とは関係ない。

(53) ⑯判決は、右の時間的経過を前提として、再度押捺制度が違憲となるためには、「本件処分の理由となった原告の指紋押なつ拒否の時期である昭和五五年一一月ころまでに、昭和六二年改正法の内容の確認方法で指紋押なつ制度の目的を達成することができるための前提諸条件が既に整い、かつ、立法府が右改正法の内容と同じ内容の改正を行うための合理的期間が経過し、右内容の法改正を右の時期以前に行うことが十分可能であったのにもかかわらず立法府がこれを殊更放置していたと明らかに認められることを要する」として、衆議院議員定員配分違憲事件の基準と類似した基準を示唆している。問題は、判決の前提が妥当であるかどうかである。

(54) 最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁。

(55) 人権に対する過度に広汎な規制として違憲とするものに、浦部・前掲論文五二頁がある。

(56) たとえば、⑯判決は、「既に一回指紋を採取され指紋の内容を知られている者に再度指紋の押なつを求めたとしても、個人情報としての指紋を秘匿しておくという利益を新たに奪うことにはならないから、その意味で、既に指紋を採取されている者が指紋を二回以上採取されない自由は、指紋を一切採取されない自由に比べると、憲法保障の程度がより低い権利、すなわち、公共の福祉による制約をより大きくうける権利であるというべき」と述べている（同旨、③判決・⑦判決）。被採取者においても、いったん指紋を採られているから、二回目以降の指紋押捺拒否は無意味であるとの趣旨の意見があるが（⑯判決・判例時報一三一六号六四頁）、権利保障論の観点からは、そう解すべきではない。

四　おわりに　――結　論――

以上の考察における結論は次の通りである。

(1) 外国人登録法の指紋押捺制度は、必要不可欠でないにも拘わらず指紋の押捺を特定の外国人に求めている点で、憲法一三条が保障する私的生活の自由の一つを構成する「みだりに指紋を採られない権利」（それは精神的自由と同種の重要な権利である）を侵害するものであり、違憲の制度である。

(2) また、それは不合理な理由による特定外国人差別であるから、憲法一四条の平等原則にも違反している。

(3) 仮に制度として違憲でないとしても、日本国民と同様の生活実態をもつ在留外国人に適用される限りにおいて、憲法一三条・憲法一四条との関わりで、適用違憲である。

(4) 指紋押捺一回制の採用も、右の違憲性をなんら緩和するものではない。

(5) 一律指紋再押捺制度は、(1)(2)(3)の観点から違憲である。

なお、これら結論は、裁判所が採用すべき違憲審査基準は「合理性の基準」ではなく、「厳格審査の基準」であるべきだとの主張を前提としている。すなわち、それはあくまでも裁判所における議論を前提とした立論であった。したがって、裁判所を離れた論議としては、このような審査基準に拘泥する必要は必ずしもないので、別様の議論を展開することができよう。[1] その場合には、裁判所の他の二権に対する謙抑性を考慮する必要がないので、指紋押捺制度の違憲性は、より断定的に語りうることになろう。

また、言うまでもないことであるが、裁判所の判決において指紋押捺制度が「違憲ではない」と判断されたからといって、その制度が正当であるということにはならない。

（1）市川正人「司法審査と立法府」ジュリスト九一四号一四二頁以下は、同様の趣旨にたって展開されたものである。