

の所管事項であるとしても、一次的・二次的NWSを具体的にどのようなデザインし、運用していくかは、地域（共同体）的な決定事項、すなわち「条例」の範囲に属するような事柄であると思われる（地方自治体は、国によるこの「範囲」の干渉に対して、憲法92条の「地方自治の本旨」をもって対抗することも考えられる）。

かくして、医療情報の連携基盤およびそこにおけるビッグデータの活用等に関する課題は、プライバシーの問題であると同時に、デモクラシーの問題であることが明らかとなった³⁴⁾。少なくとも我々は、情報・ビッグデータの問題を、「同意」の問題のみに矮小化すべきではない。NWSという“リアライアサン”は、同意の有無を攻防戦にする我々をみて、冷ややかに嗤うのだから。

34) 山本龍彦「番号制度の憲法問題——住基ネット判決から考える」法学教室397号（2013年）49頁以下（本書10章）参照。

10

番号制度の憲法問題

——住基ネット判決から考える

I はじめに

2013年5月、国会において「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」（以下、「番号法」と呼ぶ）が成立した。番号法は、国民1人ひとりに「個人番号」（以下、「番号」と呼ぶ）を付し、国の機関や自治体等が分散して保有している個人情報と関連づけて（番号法では、このような個人情報と番号を合わせて「特定個人情報」と呼ぶ¹⁾）、国の機関や自治体等との情報連携を促進しようとするものである。その狙いとして一般に強調されているのは、税と社会保障の公正²⁾である。現状、税額や社会保障（給付額）の算定（社会保障であれば、給付の資格判定なども含む）に必要な各種個人情報は、様々な機関に跨って存在し、国ないし自治体には、かかる情報の把握を、個人の自己申告等に大きく依存している。対象者の中には、申請等に必要な情報が完全に理解していない者や、自らに有利な算定を引き出すために、必要な情報をあえて出さない者もいる。それにより、税や社会保障制度が歪み、本来支払うべき者が（本来支払うべき額を）払わず、本来給付を受けるべき者が（本来受けるべき額を）受けられない

1) 「特定個人情報」は、個人番号（番号に対応し、当該番号に代わって用いられる符号等を含む）をその内容を含む個人情報のことを言う（番号法2条8項）。「個人情報＋個人番号」のセットである」とも説明される。岡村久道『よくわかる共通番号法入門』（商事法務、2013年）42頁。

2) 番号法1条参照。政府・与党社会保障改革検討本部『社会保障・税番号大綱』（2011年）（以下、「大綱」と呼ぶ）2頁は、少子高齢化による高齢者の増加と労働力人口の減少、格差拡大への不安といった時代背景に鑑みれば、「従来以上に、社会保障と税を一体として捉え、より正確な所得等の情報に基づいて適切に所得の再分配を実施し、もって国民が社会保障給付を適切に受ける権利を守る必要に迫られている」と説明している。

——逆に、本来受けるべきでない者がちやっかり受ける——といった「不正」な状況が常態化する。番号制度ないし番号法は、実施機関自らが、番号を手掛かりに——本人の申告等をバイパスして、あるいは本人の申告等に頼らずに——他機関から——情報提供ネットワークシステムを通して——必要な情報を収集し、これらに基づいて「より正確な」³⁾算定を行うことを可能にするため、かかる「不正」を是正ないし軽減しようというのである。もちろん、本人としても、自ら必要な情報を集め回らなくてよいため、手続等のために要する手間が省ける。

このように見ると、番号制度は、なるほど合理的で必要な制度のように思えるが、憲法上の問題がないわけではない。本章の目的は、番号制度の創設者らが、かかる制度をデザインする際に強く意識したと思われる平成20年の住基ネット判決⁴⁾を踏まえて⁵⁾、番号制度ないし番号法に含まれる問題に若干の検討を加えることにある。

II 「参照軸」としての住基ネット判決

1 住基ネット判決とプライバシー

住基ネットとは、氏名、生年月日、性別、住所の4情報に、住民票コード(以下、「コード」と呼ぶ)⁶⁾および転入・出生等の変更情報を加えた「本人

確認情報」を、市町村、都道府県および国の機関等で共有してその確認ができる情報ネットワークシステム(以下、「NWS」と表記する)である。この住基ネットは、国民1人ひとりにコードを割り振ったうえ(付番)、諸機関を繋ぐ全国的な情報NWSを構築し、そこに一定の個人情報(本人確認情報)を乗せて相互にやり取りするものであり、政府側からは「行政サービスの向上及び行政事務の効率化」というメリットが強調されたものの、同時に以下のような厳しい批判も招いた。すなわち、①公務員等が、コードを「マスターキー」のように使って、諸機関に散らばって存在する各種個人情報情報を同時に、かつ大量に寄せ集め、統合し、それらを恣意的な目的のために分析・利用するのではないか、②国家が、行政サービス等を利用する際に個人が諸機関に残していったコードを手掛かりに、個人の行動を細部まで追跡してその行動パターン等を割り出し、それらの生を包括的に管理ないし監視することになるのではないか、③上記①②のリスクないし危険を消去できないといえれば、国家による高度情報NWSの構築それ自体が個人の行動を委縮させ、その生の形式を本質的に変化させるのではないか、といった批判である。こうした批判のポイントは(とりわけ③を強調した場合)、「付番+NW」という《システム》の構築それ自体を、あるいは——「付番」を媒介した——同《システム》への取込み・接続それ自体を、実質的な意味を伴った非中立的国家行為として、または一定の憲法的悪質性をもった国家行為として捉えている点にあらう⁷⁾。それは、コード付与行為、すなわち「付番」それ自体を、プライバシー権を侵害する違法な「(行政)処分」と捉え、その取消しを求めて提起された一連の訴訟(以下、「取消訴訟」と呼ぶ)⁸⁾においても、著な思考である。また、本章で取り上げる住基ネット訴訟⁹⁾の原告らも、

7) 例えば棟居快行は、この点について以下のように述べている。「住基ネットの導入には、……国家と国民との関係についての本質的な変化の萌芽が見取れる。このような大胆な改変を深い洞察もなく導入することで、個人の自律を基軸とする個人主義的な人権保障の理念(いわばその象徴としてのプライバシー権)を危険にさらすのは、先端技術の軽率な応用で生態系を破壊するにも似た愚行という他に、適当な表現を見出しがたい。」、棟居快行「公共空間とプライバシー」長谷部恭男ほか編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007年)221頁。

8) 例えば、名古屋高金沢支判平17・2・23判タ1198号133頁。

9) 前掲最判平20・3・6。

3) 清水勉=桐山桂一『「マイナンバー法」を問う』(岩波書店、2012年)23頁によれば、2010年12月に公表された『社会保障・税に関わる番号制度に関する実務検討会中間整理』では、番号法の趣旨について「正確な所得等」と書かれていたところ、2011年の大綱では「より正確な所得等」という言葉に変更されたという。清水らは、この変更は政府側が「正確な捕捉ができなことを認め〔た〕」証左であるなどと指摘している。

4) 最判平20・3・6民集62巻3号665頁。

5) 番号法の内容に多大な影響を与えた大綱・前掲注2)や、法案審議過程における政府特別補佐人の答弁(2013年4月24日第183回国会衆議院内閣委員会における内閣法制局長官・山本庸幸の発言)などを見ると、番号法ないし番号制度が、住基ネット判決の趣旨や判断枠組みを踏まえて構築されたことがわかる。例えば前者は、「番号制度の構築に当たっては、住基ネットに係る最高裁判決……の趣旨を十分踏まえる必要がある」などと述べていた。大綱・前掲注2)17頁。

6) 無作為に作成された10桁の数字と1桁の検査数字を組み合わせた数列を意味する(住民基本台帳法施行規則1条・14条)。

住基ネット《システム》の構築を「監視社会」と直結させ、その運用自体が「公権力から監視されない権利を侵害する」などと主張していた。ある論者は、住基ネット訴訟で「原告らが依拠するにふさわしいプライバシーの権利の内容」は、「個人に関する情報をみだりに情報管理システムに接続されない自由」(傍点筆者)であったと述べているが¹⁰⁾、これも、《システム》包摂ないし《システム》接続それ自体を、憲法上の権利に対する侵害的行為と把握する見解の1つと見ることができる。

他方、上述の取消訴訟でコード付与行為の「処分性」を否定した名古屋高裁金沢支部判決¹¹⁾などは、付番によるシステム包摂それ自体は非侵害的中立的なものであるとの考えを前提にしていたように思われる。住基ネット判決も、おそらくはこうした情報NWS中立論¹²⁾に基づき、システム構築やそれへの取込み——接続ないしシステム内での情報管理・保存——それ自体を、特段の憲法的正当化が必要な権利侵害的行為とは捉えなかつた。本判決は、国家によるシステム構築や接続がおよそ関係しない文脈において、すなわち、個人情報の具体的な「公開」(「宴のあと」事件¹³⁾)や「開示」(前科照会事件¹⁴⁾)が実際に発生した文脈において生成、発展してきた「伝統的なプライバシー概念」に依拠して¹⁵⁾、憲法13条から「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を引き出し、これを住基ネット《システム》に対抗させたのである。無論そうなる、違憲審査のポイントには、システムの構築やそれへの包摂・接続自体の合理性・必要性ではなく、同システムにおいて「個人情報のみだりに第三者に開示・公表されることはいいか」という点に置かれる。

10) 巖川恒正「プライバシーと思想の自由」樋口陽一ほか編『新版 憲法判例を読みなおす』(日本評論社、2011年)82頁。

11) 前掲注8) 参照。

12) 情報NWシステムの中立性につき、宇賀克也=大谷和子=向井治紀「[鼎談] マイナンバー制度導入の意義と実務への影響」ジュリスト1457号(2013年)16頁参照[大谷発言](以下、「鼎談」と呼ぶ)。

13) 東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁。

14) 最判昭56・4・14民集35巻3号620頁。

15) いわゆる調査官解説は、本判決の提示した自由が「従前の判例の延長にある」ことを強調している。増森珠美・最判解民事審判平成20年度161頁、163頁参照。

2 住基ネット判決における「みだりに」の意味

(1) 情報の性質

いま述べたように、住基ネット判決は、住基ネットが「(個人)情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を侵害するか、という問題設定を行った。そこでまず本判決が検討したのは、住基ネットを通じて各機関でやり取りされることになる「本人確認情報」の性質であった。上述のように、本人確認情報は、氏名、生年月日、性別、住所から成る4情報にコード等を加えたもの、別言すれば、索引としてのコードに、実体としての4情報を付着させたものであるが、本判決は、まず4情報について、単なる個人識別情報であるという秘匿性の低さと、住民基本台帳制度の下で「以前から」各市町村において管理等されてきたとともに、「法令に基づき必要に応じて他の行政機関等に提供され、その事務処理に利用されてきた」という旧知性を指摘した(住基ネット導入以前から、アナログ式方法により各機関で既にやり取りされてきた)。そしてコードについては、それが他の個人情報(実体情報)を検索・名寄せするマスターキー¹⁶⁾として使われる可能性を重視し、その秘匿性を高く見積もる考え¹⁷⁾を斥け、所定の「目的に利用される限りにおいては」と留保を付けながらも、その秘匿性を4情報と同様、低く捉えた。

(2) 理由——形式的理由と実質的理由

本判決は、以上のような情報の性質に関する吟味を行った後で、住基ネットにおける情報実践が、果たして「みだりに第三者に開示又は公表されない自由」を侵害するといえるか、という本題の検討に入っている¹⁷⁾。ところで、「みだりに」(妄りに、濫りに)という言葉は、「むやみに。わけもなく。思慮もなく。無作法に」といった意味をもつ(『広辞苑(第6版)』)。したがって、この語義に忠実であれば、例えば一定の作法の下、適切な「わけ」(理由)あつてなされた開示や公表は、「みだりに」なされたものとはいえず、

16) この点、住基ネット訴訟控訴審判決は、「住民票コードは、それ自体数字の羅列にすぎない技術的な個人識別情報であるが、住民票コードが記載されたデータベースが作られた場合には、検索、名寄せのマスターキーとして利用できるものであるから、その秘匿の必要性は高度である」と述べていた(大阪高判平18・11・30判時1962号11頁)。

17) なお、本判決は、住基ネットの憲法適合性について、「一般的な判断基準を示すものではない」。増森・前掲注15)164頁(注15)参照。

上記自由を侵害しないことになる。本判決は、この点で、まずは住基ネットによる本人確認情報のやり取りが、「①法令等の根拠に基づき、②住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われている」点を指摘し、それが「わけもなく」、「むやみに」なされるものでないこと、すなわち、(少なくとも建前上)「みだりに……開示又は公表されない自由」を侵害するものでないことを論証している。要するに、住基ネットにおける情報のやり取りは、①形式的理由(「法令等の根拠」と、②実質的理由(「住民サービスの向上及び行政事務の効率化」)の双方によって適切な範囲内にとどめられているというのである。

ただ、後に番号制を検討することとの関係で確認しておくべきは、本判決が、本人確認情報の秘匿性を強調しているにもかかわらず、上記①(形式的理由)について、実質的には「法律」の根拠まで求めているという点である。例えば、住基法30条の7第3項は、都道府県知事は住基法の別表に定められた事務の処理に関して住民の居住関係の確認のための求めがあった場合に限り、国の機関等に本人確認情報を提供できることとしている(当該都道府県の区域内の市町村への提供も同様)。さらに、同法30条の34は、かかる情報の受領者は、住基法の定めるところにより当該事務の処理に関し本人確認情報の提供を求めることができるとされており、この遂行に必要な範囲内で、受領した本人確認情報を利用等できるとしている。これは、住基ネットを利用した情報のやり取りが、行政自身の手によって闇雲に拡大されていくことを防ぎ、その拡張に当たっては、常に法律による民主主義的な承諾を求める趣旨であると思われる¹⁸⁾。

他方で、上記②(実質的理由)については、「住民サービスの向上」や「行政事務の効率化」といった程度の「正当な行政目的」で足りるとしている。これによれば、例えば「行政事務の効率化」のみを目的になされた情報の他機関提供でも、「みだりに」なされた開示とは認定されず、上記自由を侵害しないことになる。本判決がこのような弱い理由で足りるとしたのは、住基

18) 国家による情報NWSの構築・運用に「法律」の根拠を厳格に求める見解として、例えば、小山剛「単純個人情報保護の憲法上の保護」論究ジュリスト2012年春号123頁、實原隆志「ドイッ——Nシステム判決」大沢秀介=小山剛編『自由と安全』(尚学社、2009年)285頁。

ネットで扱う情報(本人確認情報)が、住基ネット導入以前から各機関間でやり取りされてきたもので(つまり、この情報をやり取りすること自体は既に是認されていたとも解される)、かつ、その秘匿性が低いということによろう(前記①参照)。したがって、後述のとおり、仮にある情報NWSで取り扱う情報の秘匿性が高く、またその旧知性が否定されるのであれば、当該システムにおける情報のやり取りには、「行政サービスの向上」や「行政事務の効率化」以上の目的——秘匿性の高さに比例した実質的な目的¹⁹⁾——が要求されるようにも思われる。

(3) 構造

高度情報NWSの問題は、情報の流れが余りに高速化、複雑化、不可視化するために、そのやり取りが「法令等」に書かれた利用範囲、すなわち「建前」(もともと予定された情報経路)から簡単に逸脱し、「みだりに」開示等がなされてしまう危険が、アナログ式情報実践の場合と比べて格段に高まることである。そこで本判決は、建前上の「理由」を前提とした前記②の審査に加えて、建前どおりに情報がやり取りされることを担保する「仕組み」ないし「構造(structure)」がシステム内に組み込まれているか、その不備ないし欠陥により、「みだりに」開示等がなされる「具体的危険」がないか、という点まで審査した(「構造審査」とも呼ばれる)。

すなわち、本判決は、①「システム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険[が]ないこと」(システムの安全性)、②「目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等[が]、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること」(罰則等による厳格な禁止)、③住基法が、監視機関を設置するなどして、「本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていること」(監視機関の設置等)の3点をチェックしたのである。この結果、本判決は、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認

19) 例えば、前科照会事件最高裁判決(前掲注14)参照)は、犯罪人名簿を保有する自治体が、「前科及び犯罪経歴」という「人の名誉、信用に直接にかかわる」情報を、本人の同意なく第三者に開示することができるとは、「前科等の有無が訴訟等の重要な争点となっていて、市区町村長に照会して回答を得るのだけのために立証方法がない」というような強い「理由」(わけ)がある場合に限るとしている。

情報が法令等の根拠に基づかずには又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」(傍点筆者)と判断し、住基ネットによる情報実践は「憲法13条により保障された上記の自由を侵害するものではない」との結論を導いたのであった。

もちろん、住基ネットに組み込まれた監視機能が、実効性のある監視機能を果たすのに十分な権限を有しているかなど²⁰⁾、①から③の各項目に関する本判決の上記評価に疑問がないではない。しかし、本判決が、前記(2)の審査に加えて、システム「構造」の脆弱性を審査したことの意義は小さくない²¹⁾。本判決は、構造の脆弱性ゆえに個人情報のみだりに開示等される具体的な危険が認められれば、現実にもそのような開示等がなされていない段階でも、上記自由の「侵害」が肯定されうると判断したからである²²⁾。これは、従前は法律レベルの要請にまで引き上げたうえ、その不備を(主観的)権利侵害の評価と結び付けた点で、画期的である(構造の脆弱性=具体的危険=権利侵害)²⁴⁾。また、監視機能が置かれていないなど、システムの「構造」

20) 例えば、棟居・前掲注7) 217-218頁は、住基ネットにおいては、「本人確認情報保護のための諮問機関(審議会ないし委員会)が設置され、知事ないし代表者からの諮問に応じて本人確認情報の保護に関する事項を調査審議するものとされているが(住基法30条の9、30条の15)、その権限は建議ないし意見申すに止まり、個別案件ごとに事前規制の権限[本人確認情報が各行政機関により請求されるごとに、個別にその是非を審査する権限]を付与されているわけではない」とし、結局、住基ネットにおいては「事前予防的な規制の手法は採用されていない」と結論づけている。住基ネットに組み込まれた監視機関の実効性に疑問を呈示するものとして、他に、住基ネット訴訟控訴審判決などがある。前掲注16)参照。

21) 「構造審査」の意義について、山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号(2010年)86-87頁(本書01章)参照、安西文雄ほか『憲法学読本』(有斐閣、2014年)88-92頁参照[巻末矢野執筆]。

22) 高橋和之編『新・判例ハンドブック憲法』(日本評論社、2012年)51頁[矢野常寿執筆]の解説でも、本判決が「漏えい等の具体的な危険がある場合には憲意となり得る」という前提を採った点は、新しいプライバシー権理解を示唆するものとして注目される」と指摘されている。他に、山本龍彦「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究75号(2013年)90頁(本書03章)参照。

23) 例えば、行政機関個人情報保護法6条の安全確保措置義務等を参照。

24) ここには、「構造」と「権利」の関係を含め、「権利論」に関するさまざまな重要な問題が含まれている。この点については、長谷部恭男ほか「[監談] プライバシー」

やデザインが脆弱であれば、ただそれのみで「侵害」されるという、本判決のプライバシー権理解は、実質的に、「システム・コントロール」ないし「構造要求」といった性格を帯びるものと考えられる²⁵⁾。本判決が、このように、構造と権利・自由とを密接に関連づけたのは、高度化した情報NWSにおいては、その構造ないしアーキテクチャの脆弱性由来する不安が、現実に個人情報が開示された場合と同じぐらい、個人の自律的生に否定的な影響を与えると考えられたからであろう²⁶⁾²⁷⁾。

III 番号制度の憲法問題

以上、住基ネット判決の趣旨ないしはその判断枠組みを振り返ってきたが、本章では、こうした考察を踏まえて、番号制度を含む憲法問題を洗い出してみたい。

1 構造

住基ネット判決の1つのポイントが「構造審査」にあることは確かである。ここでは、システムの構造の脆弱性により個人情報のみだりに開示等される具体的な危険が認められれば、「みだりに……自由」を侵害するものとして違憲になりうる。

そこで、以下ではまず、番号制度ないし番号法が、この審査に耐えうるほどの堅牢な「構造」を有しているかを検討してみた。

ジュリスト1412号(2010年)91頁以下[阪本昌成発言]参照。

25) 「脆弱な情報管理システムに(は)接続されない自由」とも言い換えられる。個人情報「みだりに」開示等される具体的危険があれば、実際に開示等がなされる前に権利侵害が肯定されるというのであるから、「みだりに……自由」は、少なくともある種の「時差」を包含した権利ということになろう。こうした「時差」概念について鋭い分析を加えるものに、中島徹「事前の権利」——差止めと損害賠償請求の狭間で」長谷部恭男=中島徹編『憲法の理論を求めて』(日本評論社、2009年)221頁以下。

26) 山本・前掲注21)82-85頁、山本・前掲注22)参照。

27) I1で見たとように、本判決は、システムの構築ないしそれへの包摂・接続自体は中立的で、非侵害的なものとみなしたが、脆弱なシステムの構築ないしそれへの包摂・接続については、これを非中立的で、権利侵害的なものと捉えたわけである。

(1) システムの安全性

上述のように、住基ネット判決は、構造審査の指標として、①システムの安全性、②刑罰等による漏洩等の厳格な禁止、③監視機関等、適切な運用を担保するための制度的措置の存在を挙げた。番号法は、①について、個人情報等を従来どおり各行政機関等が分散して管理する「分散管理方式」を採用し、それにより、あらゆる個人情報統合され、国家により個人の全人格が把握されたり、一度に大量の情報が流出する危険を軽減している（番号法は、個人情報等を特定の機関に集約し、これを各行政機関等が閲覧するといった一元管理方式を採用していない）²⁸⁾。また番号法は、行政機関等が特定個人情報²⁹⁾を相互にやり取りする際の基盤として「情報提供ネットワークシステム」（番号法2条14項）を設置しているが、かかるNWSを通じた特定個人情報のやり取りは、「暗号その他その内容を容易に復元することができない通信の方法を用いて行われる」ものとしている（同項）。さらに、番号法には直接の規定はないが、情報提供NWSでは、情報のやり取りに番号を直接用いず、番号を基に個々の情報保有機関が生成した「符号」を用いることとされている³⁰⁾。これは、「特定の個人番号を知るに至った者が、それを用いて特定個人情報³¹⁾のすべてを取得しようとするおそれ……を避けるため」の措置であると見られる³²⁾。連携に機関ごとの符号を使うことで「情報を集約しにくくする」ための措置などと説明される³³⁾。以上挙げた例からも、番号法は、システムの安全性や強度について一定の配慮を払っているように思われるが、その緻密な査定・評価には情報処理技術に関する専門知識が必要であり、法律専門家としての裁判官の厳格な審査は、本来期待できない。後述するように、細部に関する審査は、一次的には上記専門知識を有する監視機関（特定個人情報

28) 大綱・前掲注2) 17頁。

29) 前掲注1) 参照。

30) 大綱には、「情報連携基盤においては、『民一民一官』で広く利用される『番号』を情報連携の手段として直接用いず、当該個人を特定するための情報連携基盤等及び情報保有機関のみで用いる符号を用いることとし、『更に当該符号を『番号』から推測できないような措置を講じる』とある。大綱・前掲注2) 17頁。

31) 岡村・前掲注1) 52頁。

32) 阿部知明「情報提供ネットワークシステム、マイ・ポータルなど番号法関連のシステムについて」ジュリスト1457号（2013年）49頁。

報保護委員会）が担うべきであり³³⁾、裁判所としては、監視機関がかかる審査を行うのに必要な実質的権限を与えられているか、同機関がかかる権限を適正に行使しているかなどを厳格に審査すべきであろう³⁴⁾。

(2) 罰則規定

②について、番号法は、行政機関個人情報保護法や個人情報保護法等よりも、個人情報（番号ないし特定個人情報）等に対する不正行為の罰則を強化している。主務大臣による命令に違反した場合等にはじめて罰則を科す「間接罰」以外に「直接罰」を規定したのはもちろん、行政機関個人情報保護法等の同種規定よりも法定刑を引き上げている（70条等）。もともと、番号ないし特定個人情報の利用制限（9条）・提供制限（19条）³⁵⁾・収集制限（20条）に対する通常の違反については、それ自身が番号法の罰則の対象にならず³⁶⁾、上記各制限規定の実効性が問題になりうる（情報NWSにおいては、それ自体は悪質性の低い微細な違反行為の積み重ねが、個人の不安を増大させ、その自律的に重大な影響を与えることがあり、提供制限規定等の実効性を確保することはきわめて重要である）。ただ、その実効性は、かかる違反行為を罰則化することで確保するというより（情報のやり取りを過度に委縮させるべきではない）、後述のとおり特定個人情報保護委員会による実効的統制によって確保されるべきであり、上記違反行為に対する直接罰の欠如を構造的脆弱性と直結させるべきではないであろう。

(3) 監視機関

③について、番号法は、監視機関として特定個人情報保護委員会（以下、「委員会」と呼ぶ）を設置した（36条以下）³⁷⁾。委員会は、住基ネットの「監

33) 委員長および委員には「情報処理技術に関する学識経験のある者」が含まれるものとされる（番号法40条4項）。

34) この点に関する裁判所の役割について、山本・前掲注21) 87頁参照。

35) 番号法20条は、19条で特定個人情報提供が許容されている場合を除いて、当該情報を収集・保管してはならないと規定している。

36) 例えば、20条違反の行為は、委員会による警告・命令等の対象となり、命令違反の場合に罰則が科される（間接罰）。ただし、一定の収集行為については直接罰が設けられている（番号法71条）。詳細は岡村・前掲注1) 123-124頁参照。

37) 詳しくは、宇賀克也「特定個人情報保護委員会について」季報情報公開・個人情報保護49号（2013年）67頁以下参照。

視機関」である本人確認情報保護委員会や審議会と異なり、独立性の高い「3条委員会」³⁸⁾として設置され、「特定個人情報取扱いは」に関して法令の規定に違反する行為が行われた場合に、かかる行為の中止や是正のために必要な措置をとるべき旨を勧告し(51条1項)、この措置をとらない者に当該措置をとるよう命令する権限(同条2項)³⁹⁾を有するほか、番号法の施行に必要な限度で、関係者に対し必要な報告や資料提出を求め、立入検査等を行う権限を有する(52条1項)。中止・是正命令に違反した者、報告要求等を拒んだ者には、それぞれ罰則が科せられるものとされている⁴⁰⁾、上述のような措置は「きわめて強い強制力を有している」とも評価されている⁴¹⁾。

また、委員会は、特定個人情報ファイル(以下、「ファイル」と呼ぶ)の保有者が、特定個人情報の漏洩といった事態の発生の危険性や影響に関する評価(以下、「影響評価」と呼ぶ)を自ら実施し、これらの事態の発生を抑制することなど、特定個人情報情報を適切に管理するために講ずべき措置を定めた「指針」を作成・公表するものとされる(26条1項)⁴²⁾。各機関は、ファイルを保有しようとするとき、その保有前に、影響評価を行い、この結果(評価書)を国民に公示して広く意見を求め(27条1項)、ここで得た意見を十分に考慮したうえで評価書に必要な見直しを行うものとされるが、委員会は、かかる(見直し後の)評価書に記載されたファイルの取扱いはついて承認を

38) 国家行政組織法3条に基づいて設置され、省庁と並ぶ行政機関としての位置づけを与えられる委員会を、「3条委員会」と呼ぶことがある。番号法36条1項は「内閣府設置法……第49条第3項の規定に基づいて、特定個人情報保護委員会……を置く」としているが、内閣府設置法49条1項は、内閣府の外局として3条委員会と同様の組織を置くことができている。

39) 他に、委員会は、「個人の重大な権利利益を害する事実があるため緊急に措置をとる必要がある」と認められる場合には、勧告を経ずに中止命令等を発することができ(緊急命令。番号法51条3項)。

40) 例えば、中止命令、緊急命令に違反した者は、2年以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられる(番号法73条)。

41) 岡村・前掲注1) 201頁。

42) しかも委員会は、技術的進歩や国際的動向を踏まえ、少なくとも3年ごとに指針について再検討を加え、必要があると認められるときは、これを変更するものとされる(番号法26条2項)。大谷和子は、リスクアセスメントを定期的に行い、技術革新等の実績を踏まえたスバイアルアップを行うことに重要な意味があると指摘している。鼎談・前掲注12) 24-25頁参照。

与える権限を有するものとされる(同条2項)。委員会は、この評価書に記載されたファイルの取扱いは上記指針に適合していると認められる場合でなければ、その取扱いは承認を与えてはならない(同条3項)。このような影響評価制度(特定個人情報保護評価制度)は、技術的な専門知識を持つ委員会の監督の下、システム上の欠陥等の存在を事前にチェックしようとするものであり、①で述べたシステムの安全性ないし強度を担保し、技術的後進性由来する漏洩等を防止するための重要な仕組みとされている。

以上のように見ると、委員会は、実効的な監視機能を営むのに必要な実質的権限を付与されているようにも思われる。上述のように、確かに番号法は、委員会がシステムの技術的安全性を維持、確保する仕組みを用意しているし、公務員等による法令違反行為に対しても、間接罰によって強制力が担保された中止命令等を委員会が発することを認めている。しかし、後者に関しては、委員会がそもそも法令違反行為を認知・発見できるのかが問題となる。とりわけシステム内部で発生する法令違反行為は——基本的に不可視であるがゆえに——発見が非常に難しい。したがって、表沙汰になるような重大な違反行為であれば、委員会も自らこれに気づき、上述の強力な権限を発動して有効に監督・統制できるが、具体的善悪が生じない、内部での通常の違反行為であれば、委員会はこれに気づくことさえできない可能性が高いのである。そこで、委員会が法令違反行為を確実に認知・発見できるための制度、例えば、情報提供NWSを介して行われた情報のやり取りの記録を委員会が確実にチェックできるような仕組み⁴³⁾が必要不可欠であるところ、現状、少なくとも法律によってこうした制度が具体的に講じられているわけではない⁴⁴⁾。このように見ると、かかる制度の不備が続く限り、特定個人情報報告元の利用・提供「範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険」が認定される可能性もあるように思われる。番号法の本格的施行⁴⁵⁾ま

43) この点、ジャック・バルキンは、「技術的監視 (technological oversight)」という概念を提唱している。手続の濫用等を示唆する異常行動を検知するためのデータ分析・パターン分析などを導入することにより、「技術的監査は、監視のプロセスの一部を自動化 (automate) できる」ともいう。See Jack M. Balkin, *The Constitution in the National Surveillance State*, 93 MINN. L. REV. 1, 4-25 (2008)。

44) ただし、検討はされているようである。水町雅子「番号法の概要」ジュリスト1457号(2013年)36頁、阿部・前掲注32) 53頁。

で、上述のような仕組みを具体化することが憲法上要求されていると解すべきであろう。

2 理由

住基ネット判決により、確かにセキュリティ「構造」の問題が、個人情報保護法制の問題を超え、憲法問題となった。とはいえ、判例上も、構造さえ整備されていれば、情報NWS上の個人情報のやり取りが全て許容されると考えているわけではない。「構造」は、そこで実際に行われる情報実践が、憲法上許容された情報流通の範囲にとどまっていることを担保するものにとどまらず、範囲それ自体を決定するものではない。所与の範囲自体が憲法上許容されていないならば、構造は、皮肉にも違憲の情報流通を保護するだけである。この点で、そもそも番号法が、番号制度の下での情報のやり取りを、憲法上許容される範囲内にとどめているかが問題となる。住基ネット判決に照らせば、その指標となるのが、①形式的理由と②実質的理由であった。

(1) 形式的理由——「法律」の根拠

住基ネット判決は、①として、住基ネットによる情報のやり取りが「法令等」に根拠づけられていることを求めた。上述のように、ここである「法令等」は、実質的には「法律」を意味しているように思われるが、「法令等」という文言から別論もありえよう。ただ、もし番号制度の下でやり取りされる情報が、本人確認情報よりも明らかに秘匿性が高ければ、確実に「法律」の根拠まで、すなわち、確固たる民主主義のお墨付きまでが要求されるものと解される。この点で、番号制度の下でやり取りされる情報の性質を検討しておく意味はあろう。

しかし、実のところ、我々はこのことを明確には査定できない。住基ネットでやり取りされる情報は、住民票コードと4情報から構成される「本人確認情報」と相場が決まっていたが、番号制度で扱う特定個人情報「番号+x(実体情報)」であり、このxは、機関間の個々のやり取りによって変わってしまうからである。目的とする事務内容によって、秘匿性の高いものもあれば、低いものもあろう。そうすると、番号制度で扱う特定個人情報の性質を一般

45) 番号法は段階的に施行されていくことが予定されている。詳細については、梅田健史「番号法施行までのスケジュール」ジュリスト1457号(2013年)62頁以下参照。

的に判定することはできないのである。とはいえ、番号自体が、マスターキーとして、各地に散らばった様々なxをブラックホールのように扱い寄せる絶大な重力を——住民票コード以上に——有していること、番号制度の背景には税と社会保障の公正という問題があり、番号と紐付けされるxとして、もともと税や社会保障に関する比較的センシティブな情報が予定されていることを踏まえれば、番号制度でやり取りされる特定個人情報は、さしあたり秘匿性の高いものと捉えておくべきであろう。こう解すると、そのやり取りについては、「法律」(法律の具体的な授権に基づいて制定された命令や、条例を含む)に基づき、かつ厳格に求められると解すべきである。番号制度の下における情報の流れは、我々自身が民主的にデザインし、コントロールすべきもので、行政自身の手による流通経路の「自己増殖」⁴⁶⁾は憲法上決して許されるべきではない。

これは、一見侵襲的とは見られないような情報のやり取りにも当然に妥当する。例えば、国家が個々人の健康状態に見合った医療サービスを、提供したは——amazon.co.jp的に——「おすすめ」⁴⁷⁾するために、その者が、番号と紐付けられたクレジットカードを用いてアルコール飲料を購入した記録や、高カロリーのファースト・フードを購入した記録等——情報提供NWSを通じて——細かく収集することは、確かに個人の健康に配慮した善意の情報連携のように思われるが、このような行為こそが生権力(biopouvoir)と結び付いた管理国家へと途を拓くものであることを忘れるべきではない。どのような特定個人情報のやり取りであっても、それには民主的討議の産物である「法律」の根拠を要すると解すべきである。NWSは、はじめのつげにくい曖昧な世界であるからこそ、断固たるけじめが必要である。

その意味で、番号法が、特定個人情報の利用や提供を基本的に「法律」の許す範囲でのみ求めている点は評価できる(ポジティブリスト方式)。例えば、

46) 小山・前掲注18)123頁参照。

47) 番号法附則6条6項2号は、いわゆる「マイ・ポータル」においてこのような「アプシユ型サービス」を行うことを予定している。ここでは、政府による特定の行動の勸奨・嚮導が個人の自律や自己決定に与える影響などが詳細に検討される必要がある。「勸奨」と「強制」との関係については、予防接種の「勸奨」を、「心理的社会的〔な〕強制」とみなした東京地判昭59・5・18判時1118号28頁参照。

情報NWSを用いた情報提供は、番号法の別表第2で規定された範囲に限定されている(19条7号)。しかしながら、番号法19条の1号から13号までが、特定個人情報提供できる範囲を限定しているにもかかわらず、同条14号が、「その他これこれに準ずるものとして特定個人情報保護委員会規則で定めるとき」に提供を許容していることは問題である⁴⁸⁾。委員会は、あくまでも法律で定められた範囲どおりに番号制度が運用されていることを担保する監視機関であって、その範囲を決定する機関ではない。委員会は、情報技術に関する豊富な専門知識を有するが、これは技術面にかかわる「立法」(指針等の策定)を行う正当性を与えるものであっても、情報経路を決定・拡張する「立法」を行う正当性を与えるものではない。したがって、委員会規則のみに基づいてなされる特定個人情報の提供は、形式的根拠を欠くものとして違憲と解すべきであろう⁴⁹⁾。

(2) 実質的理由

住基ネット判決は、住基ネットにおける情報のやり取りに形式的理由を求めただけでなく、それが「住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的」に資すべきこと(実質的理由)を求めた。上述のように、ここでいう「事務の効率化」は、単に“恣意的であつてはならない”といった程度の弱い理由に過ぎないが、同判決においてそれが実質的理由として許容されたのは、住基ネットで扱う本人確認情報の秘匿性が低く、かつ旧知性があると判断されたからであろう。これに対し、番号制度で扱う特定個人情報(1)で見たと同様に一般にその秘匿性を高く見積もっておくべきものであるから、果たして「事務の効率化」といった程度の理由でそのやり取りを質的に根拠づけられるかが問題となる。

単純に考えれば、本人確認情報よりも秘匿性の高い特定個人情報を取り取りするには、前者を根拠づける「効率化」以上の理由が必要となろう。この点、番号法1条は、同制度の下での情報実践の目的として「行政運営の効率化」と「行政分野におけるより公正な給付と負担の確保」を挙げているが、

48) 既に、委員会規則による提供制限の解除が検討されているようである。水町・前掲注44)36頁(注4)、阿部・前掲注32)49頁(注2)参照。

49) 行政法学の本質性理論や、重要事項法律主義の考えからしても、番号法19条14号による包括的委任に基づき委員会が定める規則の有効性は疑わしいと言えよう。

一般には、前者のみによって特定個人情報情報のやり取りを根拠づけることはできないように思われる⁵⁰⁾。ただ、現行の番号法は、税と社会保障の公正を背景に成立したものであり、別表で認められる利用・提供も、基本的には「効率化」以上の実質的な目的を包含している。今後、番号や情報提供NWSの利用は拡張されていくことが予想されるが、かかる利用によって新たにやり取りされる情報の性質に応じて、要求される実質的理由も変わりうることに注意が必要である。例えば、「思想・信条・精神・身体に関する基本情報、重大な社会的差別の原因となる情報」⁵¹⁾のやり取りは、仮にそれを別表で規定できたとしても、すなわち形式的理由を提供できたとしても、それが当該情報のセンシティブ性・秘匿性に見合うだけの実質的理由を欠いている限り、「みだりに」なされた開示として違憲と判断されることはありうる(その場合、番号制度の全体が違憲となるのではなく、当該やり取りを規定した別表の一部が違憲無効と判断されよう)。番号制度においては、あえて情報提供NWSを使って特定個人情報やり取りする実質的理由があるのかを、当該情報の性質を踏まえつつ個別に考察する必要がある。

IV おわりに——セキュリティとデモクラシー

以上、本章は、住基ネット判決を参考に、番号制度に含まれる憲法問題に若干の考察を加えてきた。もちろん、住基ネット判決を前提に議論を行う必然性があるわけではない。同判決には厳しい批判が存在することも承知している(筆者も、同判決を手放しに称賛しているわけではない)。それにもかかわらず、本章が同判決を前提とした議論を展開したのは、番号制の合憲性が訴訟で争われた場合、裁判所が同判決の趣旨を完全には無視しないであろうと考えたほか、やはり同判決には示唆に富むところもあると考えたからである。それは、同判決が、高度情報化社会ないし情報ネットワーク社会におけるプライバシー問題を考察するに当たり、《セキュリティとデモクラシー》の問題と《アモ

50) もっとも、現実には「事務の効率化」のみを目的とした利用や提供は考えにくい。多くの場合、そこには、特定個人情報提供を必要とする何らかの実質的理由が伴っているはずである。

51) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)182頁(注21)参照。

クラシー》の問題の2つを浮き上がらせ、その必要性を憲法化した点にある。本章も、多くの読者の期待を裏切って、この2つの問題にその紙面の大部分を割いた。本章の記述の中に、プライバシー権の本質に迫るような箇所は、残念ながら、ない。ただ、番号制度という情報インフラを、我々自身が——法律の根拠をもって——「民主的」にデザインし、堅牢な「構造」をもってこのデザインを保存・維持する、という単純明快なアプローチがもつ「強さ」もまた否定し難く、そのような角度からの分析にもそれなりの意味がある。

この点で、とくに番号法が、条例によって自治体独自の活用を認めていることが注目される(9条2項・19条9号)。これにより、とりわけ基礎的な地方公共団体(市町村)は、その団体内の機関間で、住民に関する様々な情報を密接にやり取りすることが可能となり、住民1人ひとりを思い遣った「顔の見える」共同体を再創造することが可能になるかもしれない⁵²⁾(これは管理国家と同義ではない)。もちろん、このような自治体の独自活用が、「国家」の活動と簡単に結び付くべきではない。ただ、多少楽観的かもしれないが、我々は法律を制定しないことで、国家が自治体の保有する「住民」の特定個人情報を使って——情報提供NWSを使って——収集することを、拒絶できる。条例による民主主義的創造と、法律による民主主義的拒絶によって、地方一家間の情報の流れをコントロールするというツールを使うことで、また、それにより情報の流れを創造的にデザインすることで、我々は地方—国家関係、さらには国のかたちを大胆に再構築する機会を得ることができよう。

52) 駒村圭吾は、「従来の共同体論では、プライバシーと共同体は対抗的、対立的」に考えられてきたが、「個人情報の信託関係が成立する範囲や度合いで共同体を構想する」方向がありうるとし、「信託関係としてのプライバシー権を共同体を形成する動因として捉える」可能性を模索している。山本理顕ほか「[シンポジウム]復興の原理としての法、そして建築Part.1」法学セミナー690号(2012年)38頁[駒村圭吾コメント]。そこには、親密性の高いデータをあえて共有・連携し、外部に「壁」を作ることで「共同体」を再創造する契機が含まれているのかもしれない。

53) 民主主義的拒絶に失敗した場合には、住民のプライバシー権の侵害として、あるいは「地方自治の本旨」の侵害として、住民または自治体が訴えを提起することが考えられる。ただ、後者のアプローチについては、東京高判平19・11・29判自299号41頁が障害となりうる。

る道路交通網のデザインを「お上」に委ねたことが⁵⁴⁾、文化的な日本の発展を妨げてきたところがあるとするれば、番号法によって創設された、この情報網のデザインは、何としても我々自身の手によって行われるべきなのである。

“高度情報化社会におけるプライバシーの権利は、《構造》の問題と《デモクラシー》の問題に全て回収される”との言説には注意が必要であるが、“かかる権利は、一定の《構造》の要求と《デモクラシー》の機会保証を含む”との言説には、むしろその可能性を最大限認めていくべきであろう。

54) 道路法参照。言うまでもなく、国道等の指定や新設等に民主主義的要素はほとんど見られない。さらに、田中角栄『日本列島改造論』(日刊工業新聞社、1972年)参照。