



## 情報自己決定権論に関する一理論的考察

高橋, 和広

---

**(Citation)**

六甲台論集. 法学政治学篇, 60(2):105-167

**(Issue Date)**

2014-03

**(Resource Type)**

departmental bulletin paper

**(Version)**

Version of Record

**(JaLCD0I)**

<https://doi.org/10.24546/81008587>

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81008587>



# 情報自己決定権論に関する一理論的考察

高橋和広

## 序

「自己の個人データの開示および利用について原則として自分で決定する」権利<sup>(1)</sup>という定義の下で、公権力・私人による個人関連データの取扱いを規範的に統制する情報自己決定権は、連邦憲法裁判所による少なくない違憲判決を導いていることから分かるように、ドイツ基本権論において一定の存在感を示している。しかしこれまで別稿で論じてきたように、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論は、必ずしも上記の定義に対応した形で展開されているわけではなく、またその議論の詳細を見ても当該基本権の保障する実体内容について十分に明らかにされているとはいいがたい。情報自己決定権とは、いったい“何”から“何”を保障する基本権なのか。これまで繰り返し確認してきたように、連邦憲法裁判所による情報自己決定権の承認は、公権力による（強制・禁止を必ずしも伴わない）個人関連データ・情報の取扱いの内に、基本法によって対処すべき自由ないし人格に対する危険の存在を認めていることに由来すると考えられる。しかし、一般的人格権が社会の発展に伴って新たに生じた人格に対する危険への対処を通じて「現実の自由」を保障するものと理解されるところ<sup>(2)</sup>、この一般的人格権を根拠とする情報自己決定権とは、いったいいかなる「現実の自由」を保障する基本権なのだろうか。

本稿では以上のような関心から、学説における議論も含めた情報自己決定権論の展開を分析することにする。具体的には、ドイツ公法学説における情報自己決定権論の展開を、とり

- 
- (1) BVerfGE 65, S.43. 連邦憲法裁判所の情報自己決定権論については、拙稿「情報自己決定権論に関する一考察」六甲台論集法学政治学篇 59 卷 1 号（2012 年）77 頁以下、同「ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開」六甲台論集法学政治学篇 59 卷 2 号（2013 年）57 頁以下参照。
  - (2) Vgl. BVerfGE 54, S.153. Josef Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge (Duncker & Humblot, 1998), S.383f., s. a. Dietrich Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg), HStR, Bd.V, 2.Auflage (C.F. Müller, 2000), § 112, Rn.26ff.

わけこの分野における代表的な論者によって主張されている情報自己決定権の客観法的構成の意義と限界を基軸に整理・分析してゆくことにする。そしてこの情報自己決定権をめぐる一連の議論を考察した結果を踏まえたうえで、(憲)法と自由との関係について一定の知見を得ることができるか、できるとすればそれはいかなるものかという点についても検討することにしよう。

本稿における検討手順としてはまず、連邦憲法裁判所によって情報自己決定権が基本権として承認された国勢調査判決以降、同判決を踏まえて学説においていかなる情報自己決定権論が展開されていたか、そしてこのような情報自己決定権の古典的理解がどのような問題を孕んでいたのかを確認する。本稿で重点的に扱う、情報自己決定権の客観法構成を唱える論者はこの古典的理解の批判という点では広範な一致を見ていることから、この点を確認することは、客観法構成を唱える論者が前提としている情報自己決定権ひいては基本権一般に対する理解を確認する上でも必要な作業であるといえよう。

次に、近時の有力な見解である情報自己決定権の客観法構成について、その意義と限界を論じることとする。なぜ情報自己決定権論は個人のデータ処分権から離れ客観的なシステム保障を志向するに至ったのか、その背景を明らかにすると同時に、このような客観法構成がどのような問題を抱えているのかも明らかにする。

続いて、このような客観法的構成の限界を意識したうえで、客観法構成を唱える見解とは区別しうる近時の議論、具体的には Britz と Bull の議論を取り上げる。ここでは彼らの議論が、先の検討において確認した客観法構成、ひいては情報自己決定権論の限界とどのように関係し、そして克服しようとしているのかを、上述した本稿の関心に即して検討してゆくことにする。

## 1 古典的理解とその批判

連邦憲法裁判所が一般的人格権（基本法1条1項と連携した2条1項）を根拠に初めて情報自己決定権を基本権として承認した国勢調査判決において、情報自己決定権は「自己の個人データの開示および利用について原則として自分で決定する」権利と定義された。それ以降の学説はこの定義を踏まえ、他者によるあらゆる個人関連データの取扱いについて情報自己決定権への介入に該当するものと考え、情報自己決定権はこのような情報取扱いに対して主

に防御権として作用するものとして議論が展開されてきた<sup>(3)</sup>。「(情報自己決定権は——引用者) 国家の市民に関する情報の取扱いを、包括的に正当化の圧力 (Rechtfertigungszwang) の下に置 (く)」<sup>(4)</sup>、「情報自己決定権は (…)、個人——すなわち個別化された、ないし個別化可能な——情報の収集または単なる認識、保存、利用、移転、公開のすべての形式から保護する」<sup>(5)</sup>といった記述が、この立場における情報自己決定権の典型的な説明である。(主として批判的な論者から) 所有権類似の構想 (eigentumsähnliche Konzeption)<sup>(6)</sup> などと呼称されるこのような情報自己決定権の理解に対しては——現在でも多くの教科書・コンメンタールがこのような理解に依拠しているが<sup>(7)</sup>——現在では多くの批判が投げかけられている。このような情報自己決定権の理解にはどのような問題があるのだろうか。以下ではまずこの点について、批判の要点を確認してゆくことにしよう。

---

(3) Wolfgang Hoffmann-Riem, Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S.1009f.

なお、連邦憲法裁判所もこのような理解を共有していたかについては、見解が分かれている。肯定的な立場に立ちながら、近時の判決において情報自己決定権の保障内容が限定的に解される傾向が見られることに肯定的な見解として、Vgl. Gabriele Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, S.580. 限定志向に否定的な見解の例として、Vgl. Patrick Breyer, Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2008, S.825. これに対して連邦憲法裁判所によって理解が共有されていたということ自体に否定的な見解として、Karl-Heinz Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S47.

(4) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II 28.Aufl. (Heidelberg, 2012), Rn.399.

(5) Di Fabio, in: Maunz / Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Stand 2001, Art.2 Abs.1 Rn.176.

(6) Ralf Poscher, Die Zukunft der informationelle Selbstbestimmung als Recht auf Abwehr von Grundrechtsgefährdungen, in: Hans Helmuth Gander, u.a. (Hrsg.), Resilienz in der offenen Gesellschaft (Nomos, 2012), S.170, Gunnar Duttge, Ein Beitrag zur Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche, Der Staat 36 (1997), S.292, 304f., Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrecht, 2003, Rn.11, Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung (Baden-Baden, 2005), S.152ff., dies., Information als neue Dimension im Recht, Rechtstheorie 33 (2002), S.81, Britz (Anm. 3), S.567.

(7) Vgl. Horst Dreier, ders. (Hrsg.), GG Art.2 I Rn.83, Dietrich Murswiek, in: Sachs (Hrsg.) GG Art.2, Rn.73, 88, Christian Hillgruber, in: Umbach u. Clemens (Hrsg.), GG Band I (C.F. Müller, 2002), Art. 2 I Rn.140, Walter Schmitt Glaeser, Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2.Aufl.(Mohr Siebeck, 2012), S.62.

日本における代表的な論考としては、小山剛『「憲法上の権利」の作法 (新版)』(尚学社、2011年)、99頁以下、同「単純個人情報上の憲法上の保護」論究ジュリスト春号 (2012年)、120頁以下参照

## (1) 人格との関連性

上述した古典的な情報自己決定権理解に対する主な批判として、この理解によると個人関連データの取扱いが全て情報自己決定権の適用対象となり法律の根拠が求められるようになるという、いわゆる全部留保 (Totalvorbehalt) の状態が生じることから、当該権利の保護範囲・介入 (Eingriff) が過度に広範になるという批判がある<sup>(8)</sup>。もっとも、このような批判に対しては留保が必要であろう。というのも、それまでの個人関連データ取扱いに対する基本法上の保障をめぐる議論では、私的領域の尊重という構想の下、問題とされる事実関係の属する領域に応じて保障の有無ないし強度が論じられてきたのに対し<sup>(9)</sup>、情報自己決定権が「自動的データ処理という前提の下では、何ら『重要でない』データ (“belangloses” Datum) は存在しない」<sup>(10)</sup> という言い回しの下で情報の利用関係にも着目することでそのような領域的区分から解放され<sup>(11)</sup>、データ自体の内容に関わらず個人関連データの取扱い一般を基本法上の問題として視野に入れることを可能にした点は、むしろ当該基本権の長所とも理解しうるからである<sup>(12)</sup>。仮にこのような個人関連データの処分に関する包括的な権能が人

(8) Erhard Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, KJ 1985, S.221, 230, Duttge (Anm. 6), S.302f., Albers (Anm.6), Informationelle Selbstbestimmung, S.22, Trute (Anm. 6), Rn.11, Matthias Bäcker, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: Rensen u. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (De Gruyter, 2009), S.121, ders., Das IT-Grundrecht, in: Robert Uerpmann-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht (LIT, 2009), S.6, Ladeur (Anm. 3), S.48, Thomas Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz (LIT Verlag), 2006, S.226f. これに対して、問題は法律の留保ではなく、データ保護システムの体系的性が崩れる点にあるとする見解として、Spiros Simitis, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz 6., neu bearbeitete Aufl. (Nomos, 2006), § 1, Rn.99. また、この全部留保の問題を理由に情報自己決定権自体に批判的な見解も見られるが、この見解も個人関連データ・情報の取扱いに基本権への介入を認めること自体は否定していない。Vgl. Klaus Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht (J.C.B. Mohr Tübingen, 1992), S.56ff.

(9) 領域理論を取り上げる邦語文献として、根森健「人格権の保護と「領域理論」の現在」時岡弘先生古稀記念論文集刊行会『人権と憲法裁判』(成文堂、1992年)75頁以下、特に89頁以下、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001年)120頁以下、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013年)294頁以下、384頁以下参照。

(10) BVerfGE, 65, S.45.

(11) 人格の核心領域を相対化するとの理由で批判的な見解として、Max-Emanuel Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, S.113f. 根森・前掲註9) 89頁も参照。

(12) Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.10f., 29, Simitis (Anm. 8), § 1, Rn.65ff. 連邦憲法裁判所による情報自己決定の承認にも関わった者による議論として、Ernst Benda, Privatsphäre und “Persönlichkeitsprofil”, in: Willi Geiger u. a. (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung (Tübingen, 1974), S. 36f. 玉蟲・前掲註9) 292頁も参照。

格の保障にとって真に必要なならば、権利の広範さそれ自体は必ずしもこのような包括的権利が否定される理由とはならない。むしろ問題は、そのような情報自己決定権を包括的権能と捉える理解と当該基本権の規範的根拠との関係が十分に示されていない点にある<sup>(13)</sup>。私的領域の尊重をはじめとする他の一般的人格権由来の諸権利がその保護範囲を人格に対する危険の内容に応じて限定しているにもかかわらず<sup>(14)</sup>、情報自己決定権に包括的権能としての性格を認めなければならない根拠は必ずしも明らかにされてこなかった<sup>(15)</sup>。したがって批判的な論者からは、個人関連データ・情報の取扱いが持つ人格に対する危険の内容に応じて情報自己決定権の射程も限定されるべきという批判が提起されることになる<sup>(16)</sup>。

同様の問題は、情報自己決定権と他の基本権との競合関係においても指摘することができる。連邦憲法裁判所が国勢調査判決で情報自己決定権の根拠として挙げている、デモ等への参加の監視・記録によって生じる萎縮効果は、行為自由を保障する他の基本権（集会の自由と結社の自由）<sup>(17)</sup>の問題としても議論することができるという指摘をはじめ、情報自己決定権の保障は他の個別基本権の問題へと解消しようという有力な批判が提起されているが<sup>(18)(19)</sup>、これは情報自己決定権の背景にある人格に対する危険には他の基本権の問題と区別すべき独自の問題があること、すなわち情報自己決定権の背景にある人格に対する危険の内

---

(13) Ladeur (Anm. 3), S.47, Bäcker (Anm. 8), Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, S.121, ders. (Anm. 8), Das IT-Grundrecht, S.6, Gabriele Britz, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV 2008, S.412, Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? (Nomos Verlagsgesellschaft, 1987), S.118. また Ladeur は、法律の留保に関する手続的権利としての側面と、人格の発展に関する実体的権利としての側面とが明確に分離されていない点を問題視している。Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Datenschutz - vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken-, DuD 2000, S.13.

(14) Z. B. BVerfGE 99, 195ff.; 101, 379ff.

(15) Vgl. Rogall (Anm. 8), S.47, Duttge (Anm. 6), S.305, ders., Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozeßrecht (Baden-Baden, 1995), S.190. 他方、学説では、人格関連性と保護範囲が無関係であることを正面から認めている見解も見られる。Vgl. Dreier (Anm. 7), Art.21 Rn.80.

(16) Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.12f., Ulrich Meyerholt, Vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Zensus 2011, DuD 2011, S.685. これに対して Simitis は、情報自己決定権が人格権と結び付けられたことで、当該基本権の意義（コミュニケーション能力の保障）が不明確になったとして、人格権との結び付き自体に否定的な態度をとっている。Vgl. Simitis (Anm. 8), § 1 Rn.25, 33.

(17) Vgl. BVerfGE 65, S.43, Wolfgang Hoffmann-Riem, Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, AöR 123 (1998), S.520f., Trute (Anm. 6), Rn.64, Simitis (Anm. 8), § 1 Rn.34.

(18) Hans Peter Bull, Informationelle Selbstbestimmung, 2.Aufl. (Mohr Siebeck, 2011), S.22f., 57ff.

(19) 同様の問題はプライバシーをめぐる議論においてもみられる。いわゆる還元主義とそれに対する批判について、Vgl. Beate Rössler, Der Wert des Privaten (Suhkamp, 2001), S.128ff. また、長谷部ほか「[座談会] プライバシー」ジュリスト1412号（2010年）112頁（山本龍彦発言）参照。

実が曖昧であることを示している<sup>(20)</sup>。

これらの点を踏まえたうえで、以下では古典的な情報自己決定権理解がいかなる批判に晒されているかについて、当該基本権が対処すべき人格に対する危険との関係に着目しながら、もう少し詳しく見てゆくことにしよう。情報自己決定権の背景にどのような人格に対する危険を想定するか、あるいは人格に対するいかなる危険を根拠に情報自己決定権論を構築していくか。こうした問題は、次節以下の考察にも通底する問いである。ここでは次節以下の考察に向けた準備作業として、古典的な情報自己決定権理解への批判の整理という形で、問題の所在を明らかにすることを試みる。

## (2) 古典的理解に対する批判

個人関連データの処分に関する包括的権能を否定する有力な根拠の一つは、情報・データの持つ特性にある。情報自己決定権の古典的理解は、あらゆる個人関連データの取扱いについて、原則的に情報自己決定権への介入を肯定するが、しかしそもそも何故そのような理解に至ったのだろうか。この点は別稿で既に論じたこととも重複するが、重要な点なのでここで再度、簡単に確認しておくことにしよう。

「しかし、現代的な情報処理技術の前提の下でも、個人の自己決定は、ある行為について、その行為を実施すべきか思いとどまるべきかについて決定する自由が、その決定に従って実際に行動される可能性も含めて個人に与えられていることを前提とする。自己に関するいかなる情報が、一定の社会的環境の領域において知られているのかを十分な確実性をもって見通すことができない者や、コミュニケーションの相手となりうる者の知識を少しも評価することのできない者は、自身の自己決定から計画し、あるいは決断する自由を本質的に抑制されている。誰が自分の何を、いつ、いかなる機会に知るかを市民が知ることのできない社会秩序やこれを可能とする法秩序は、情報自己決定権とは相いれない。逸脱した行為様式が常に記録され、情報として持続的に保存・利用・移転されるかどうかについて確信のない者は、そのような行為様式によって注意をひかないよう試みることだろう。それに伴い、例えば集会や市民運動への参加が当局によって記録され、それによって自己にリスクが生じることを考慮に入れる者は、場合によっては対応する基本権（基本法 8、9 条）の行使を見合わせるだろう。このことは、個人の発展の機会のみならず、公共の福祉をも侵害する。なぜなら、自己決定は市民の行為・協働能力に基づく自由で民主的な公共体の基本的な機能条件だからである。

---

(20) Vgl. Dreier (Anm. 7), Art.2 I Rn.79.

ここから以下の結論が導かれる。データ処理という現代的な諸条件の下では、個人の自由な発展は、個人データの無制約な他者による収集や保存、利用、移転から保護されることを前提としている。それ故に、この保護は基本法1条1項と結びついた2条1項によって包含されている。その限りで、基本法は個人データの開示 (Preisgabe) 及び利用について、原則として自分で決定する個人の権限を保障している」<sup>(21)</sup>

上で引用した国勢調査判決の判旨は、その後の情報自己決定権論においても頻繁に引き合いに出される箇所であるが、この箇所から、本人の把握することのできない広範な情報の流通・利用が個人の行為を委縮させることで「本質的に自由を抑制」することが、情報自己決定権の規範的根拠とされていることを読み取ることができるだろう。しかし何故に、このような広範な情報の流通・利用が個人の不自由へとつながるのか。ここで着目されたのが、国勢調査判決の先行判例の一つであるエップラー決定において、連邦憲法裁判所によって承認された自己描写権 (Selbstdarstellungsrecht) との関係である<sup>(22)</sup>。本人にとって不透明な情報の流通によって誤った、あるいは反対に正確にすぎる自己像が社会的に通用することによって、不都合な事態が生じることを懸念し、個人はそのような自己像の発生を回避するために、自己の行為を委縮するようになる。連邦憲法裁判所によって「人物の描写についての処分権」<sup>(23)</sup>あるいは「いかなる人格像を伝えるかを、自分で決定する個人の自由」<sup>(24)</sup>と定義され、学説においてもしばしば情報自己決定権の上位類型として位置づけられている<sup>(25)</sup>。この一般的人格権由来の基本権は、このような事態に対して、自己に関するデータ・情報の流通をコントロールし、他者をもつ自身に関する知識・人格像に影響を与えることで、当事者の自由な行為選択を可能にする。つまり国勢調査判決は、行為自由ないし(基本権行使に先行する)自由な自己決定を間接的に保障するためのいわば手段的・道具的な権利として、個人

---

(21) BVerfGE 65, S.42f.

(22) BVerfGE 54, S.155; 65, S.41f.

(23) BVerfGE 35, S.220.

(24) BVerfGE 82, S.269.

(25) それぞれ主張は異なるが、情報自己決定権を自己描写権と関連づけて論じる見解として、Bernhard Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 25 (1986), S.243ff., Pieroth/Schlink (Anm. 4), Rn.397ff., Walter Schmitt Glaeser (Anm. 7), S.62, ders. Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd.VI, § 129, Rn.31, 42f., Di Fabio (Anm. 5), Rn.166, 175, Alexander Roßnagel, Das Recht auf (tele-)kommunikative Selbstbestimmung, KJ 1990, S.280f. 長谷部恭男ほか・前掲註 19) 114頁 (宍戸常寿発言)も参照。自己描写の観点から基本権としての情報自己決定権の保障が説かれるようになった出発点として参照されることの多いSteinmüllerの議論として、Vgl. BT-Drucks. VI / 3826, S.84ff., 93ff.

関連データの取扱いに関する一定のコントロール権能を基本権として承認した判決と解釈されたのである<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup>。

古典的な情報自己決定権論は、大筋においてこのような理解を前提に、個人には他者との関係において生じる自己の似姿 (Abbild)<sup>(28)</sup>、ひいてはその似姿の形成に関わりうる情報の流通・利用を自分で決定することができるものと考え<sup>(29)</sup>、他者による個人関連データの取扱い一般につき基本権への介入を認めたものと解することができる。もちろん、「絶対的で無制限の支配という意味での、自己データに関する権利」などは存在せず、「その似姿」も「当事者のみに排他的に関係づけられるものではない」<sup>(30)</sup>のは自明のことであるが、これはむしろ情報自己決定権の制約可能性の問題として位置づけられ<sup>(31)</sup>、情報自己決定権の射程は個人関連データの取扱い全般に及ぶものと理解されるに至った<sup>(32)</sup>。

情報自己決定権に広範な射程を認めるこのような傾向は、連邦憲法裁判所によるその後の判決からも見て取ることができる。

「情報自己決定権は、すでに人格に対する危険の段階で保護を開始させることによって、行為自由や私 (Privatheit) の基本法上の保護を補助し、拡大する。その種の危険状態は、名指し可能な法益に対する具体的な脅威に先立ってすでに生じうる。そしてそれは特に、個人関連情報が当事者に見通すことができず、阻止することもできない形で利用され、結合される場合に生じうる」<sup>(33)</sup>

比較的近時の連邦憲法裁判所判決に見られる上記の叙述においては、先に述べた自己描写

(26) Vgl. Bull. (Anm. 18), S.29ff., Britz (Anm. 3), S.568, 570f.

(27) この点については、拙稿「情報自己決定権論に関する一考察」前掲註1) 80頁以下参照。

(28) BVerfGE 65, S.44.

(29) Vgl. Schmitt Glaeser (Anm. 25), Rn.31, Bull. (Anm. 18), S.50.

(30) BVerfGE 65, S.43f.

(31) Marion Albers, Umgang mit personenbezogenen Informationellen und Daten, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2.Auflage, C.H.Beck, 2012, Rn.68, m. Anm.228, dies. (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.164 m. Anm.64, Erich Schickedanz, Das informationelle Selbstbestimmungsrecht, BayVBl 1984, S.706. 保護範囲の限定と理解する見解として、Ladeur (Anm. 13), DuD, S.13. もっとも保護範囲とその限界は曖昧であり、実態としては輪郭を欠いた衡量となっていることも指摘されている。Vgl. Ladeur, a.a.O., S.14f., Trute (Anm. 6), Rn.20.

(32) Vgl. Britz (Anm. 3), S.576.

(33) BVerfGE 118, S.184. s.a. BVerfGE 120, S.311f.; 120, S.360; 120, S.397. もっとも、最近の判決の内で、このような表現が用いられていないものも見られる。Vgl. BVerfGE 130, S.183f.

権と情報自己決定権との関係は、控えめにいっても曖昧なものとなっている。見方を変えれば、国勢調査判決においてもみられた、不透明なデータ・情報処理に由来する、本人の予期しない不利益の事態発生への予防的対処という側面がより前面に出てきていることをここから確認することができるだろう。そして、情報自己決定権の規範的根拠が、データ・情報処理に伴う具体的な不利益の帰結ではなく、内容の曖昧不明確な潜在的危険への懸念から生じる行為自由の抑止と理解されるようになると、個人への不利益・委縮的作用と抽象的にでも結びつきうるデータ処理を情報自己決定権の射程から除外することは、より一層困難になる<sup>(34)</sup>。

国勢調査判決を素材に展開された、このような個人関連データ取扱いを包括的に射程に収める古典的な情報自己決定権論には、どのような問題があるのだろうか。以下では2点に分けて問題点を整理することにしよう。

#### (a) データの流通性

古典的な情報自己決定権論は、個人関連データの処分権が本人に排他的に帰属することを前提としているが、データというものは本来社会的に流通するものであり、物と同様に他者を完全に排除する形でコントロールすることのできないものである<sup>(35)</sup>。情報を探索し利用することは、高度に複雑な現代社会において、すべての人間・団体にとって基本的な行為様式であり、個人関連データ・情報処理それ自体を頭から危険なものとして決めつけることは適切ではない<sup>(36)</sup>。また、国勢調査判決およびこの判決に依拠する議論では「自己に関するいかなる情報が、一定の社会的環境の領域において知られているのかを十分な確実性をもって見通すことができない」、あるいは「コミュニケーションの相手となりうる者の知識を少しも評価

---

(34) Vgl. Britz (Anm. 3), S.574ff., Bäcker (Anm. 8), Das IT-Grundrecht, S.4. もっとも Britz は、連邦憲法裁判所自身は、具体の事例で問題とされる情報関連措置について、人格に対する危険がどこに認められるかを示すことに積極的であったとも述べている。Vgl. Britz, a.a.O., S.578. 他方で、このような連邦憲法裁判所の言い回しに、所有権アナロジーからの離脱を読み取る見解もある。Albers (Anm. 31), Rn.65.

(35) この点は日本でも、「情報の公共財としての性格」としてすでに指摘されている。阪本昌成『基本権クラシック(第4版)』(有信堂高文社、2011年)112頁、紙谷雅子「[財]としての情報」高見・岡田・常本『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004年)139頁、中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」『岩波講座現代の法10 情報と法』(岩波書店、1997年)271頁参照。

(36) Vgl. Bull (Anm. 18), S.94.

することのできない」<sup>(37)</sup> ことによって生じる萎縮効果 (Einschüchterungseffekt)<sup>(38)</sup> が情報自己決定権の規範的根拠とされているが、個人にとって社会関係において「誰が自分の何を、いつ、いかなる機会に知るかを知ること」<sup>(39)</sup> ができるのは稀である。むしろある程度しか知ることができないのが常態である中で<sup>(40)</sup>、各人には自らの責任で対処することが求められている<sup>(41)</sup>。

そもそも、情報自己決定権が承認された背景に情報処理技術の発達があったことは国勢調査判決においても確認することができるが<sup>(42)</sup>、膨大なデータが瞬時に処理されるようになる時代に、そのようなデータ処理の内容・帰結を本人が正確に認識しうることを前提とした考えは、やはり現実的とはいえない<sup>(43)</sup>。また、仮にこのような個人の認識可能性を現実には保障することが可能であるとしても、その実現には社会におけるデータ・情報の流通の透明性を確保するために、公権力による厳格な情報統制が必要となると考えられる。しかしこのような考え方は皮肉にも、本来情報自己決定権を以て対抗すべき監視国家を、正当化することへとつながりうる<sup>(44)(45)</sup>。

#### (b) 自己描写権との関係

先にも述べたように、国勢調査判決およびこの判決を以て情報自己決定権の出発点とする論者は、情報自己決定権の必要性を自己描写との関係から説明している。しかし、自己描写

(37) BVerfGE 65, S.43, s.a. BVerfGE 113, S.46; 115, S.188.

(38) BVerfGE 115, S.188; 120, S.402. 比較的早い段階で個人関連データの取扱いをめぐる問題を、萎縮効果と絡めて議論していたものとして、Vgl. Walter Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, S.243, 245f.

(39) BVerfGE 65, S.43.

(40) Vgl. Poscher (Anm. 6), S.170, Christoph Gusy, Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz, KritV 83 (2000), S.59, Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.155, Bull (Anm. 18), S.47, 60, Britz (Anm. 3), S.578. また、透明性の向上がかえって他者の自由を侵害することにつながりうることも指摘されている。Vgl. Hans Peter Bull, , Neue Konzepte, neue Instrumente?, ZRP 1998, S.312

(41) Vgl. Britz (Anm. 3), S.578, 587, Hans Peter Bull, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden, in: Martin H.W. Möllers, Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und öffentliche Sicherheit, 2011, S.82, Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.532, s.a., ders. (Anm. 3), S.1017.

(42) BVerfGE 65, S.42f., s.a. BVerfG, 1 BvR 2027/02 vom 23.10.2006, Abs. 32, DVBl 2007, S.112,

(43) Poscher (Anm. 6), S.170.

(44) Vgl. Aulehner (Anm. 2), S.390.

(45) 他にも、認識可能性・透明性の保障が、直ちに人格の危険への対処となることについて違和感を示すものとして、Ladeur (Anm. 13), S.13, Aulehner (Anm. 2), S.390.

権から情報自己決定権を説明することは適切なのかという点については有力な批判も提起されている。この問題は以下で詳細に論じるため、ここでは批判的な見解の概要を簡単に整理するにとどめよう。

確かに、連邦憲法裁判所は国勢調査判決以前の判決の中で「個人は、自分が第三者ないし公に対してどのように描写されるのか、自分で判断することが可能であるべき」<sup>(46)</sup>であり、「何が自分の社会的な妥当性要求 (sozialer Geltungsanspruch) を形成すべきかについて決定するのは、もっぱら本人の問題」<sup>(47)</sup>であると述べている。このような自己描写に関する連邦憲法裁判所の叙述が、学説によって社会的に流通する似姿・自己像のコントロール必要性と結び付けられることで、個人関連データの取扱いに関する (包括的な) 権利が導出されるに至ったことはすでに述べた。しかし、以降の連邦憲法裁判所自身の判例においてもたびたび確認されているように<sup>(48)</sup>、自身の行為や振る舞いに対する周囲の人間の反応をコントロールする権利など個人に認められておらず、またそもそもそのようなことは不可能でもある<sup>(49)(50)</sup>。しかし、“不自由”の原因たる他者による自己イメージの形成を、そもそも本人にコントロールすることができないのであれば、その形成にかかわる個人関連データの取扱いについて本人に処分権を認めることに、いったいどのような意義があるのだろうか。

---

(46) BVerfGE 63, S.142.

(47) BVerfGE 54, S.155f.

(48) BVerfGE 82, S.269; 97, S.149; 97, S.403; 99, S.194; 101, S.380. Rühl は、エッペラー判決における先の引用箇所が、一般的人格権の内容形成が基本権の担い手自身の自己理解に委ねられているかのような誤解につながったと述べている。Vgl. Ulli F. H. Rühl, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht - Versuch einer Annäherung an seine Strukturen und Prinzipien*, in: M. Albers, M. Heine und G. Seyfarth (Hrsg.), *Beobachten - Entscheiden - Gestalten* (Duncker & Humblot, 2000), S.89f. 連邦憲法裁判所自身によって、このような誤解を招く表現が訂正されていたことを指摘するものとして、Vgl. Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.256.

(49) Vgl. Hans Peter Bull, *Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung - Datenschutz als Datenaskese?*, NJW 2006, S.1622, ders., *Informationsrecht ohne Informationskultur*, RDV 2008, S.52. Trute (Anm. 6), Rn.12, 19, *Schickedanz* (Anm. 31), S.708. 長谷部恭男ほか・前掲註19) 118頁 (阪本昌成発言) も参照。国勢調査判決においてすでにこのことは示唆されていたとみる見解もある。もつともこの見解は、当該判決における該当箇所は、古典的な制限ドグマティックの議論と接合され、上記のような視点が貫徹されなかったと整理している。Vgl. Britz (Anm. 3), S.566, BVerfGE 65, S.42f. なお Trute は、インターネットによってこの傾向が加速していることを指摘している。Hans-Heinrich Trute, *Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft*, JZ 1998, S.823

(50) Albers はエッペラー判決の趣旨を、自己理解に反する表明を、自己の表明として帰属させられることへの対抗を認めたものとして、限定的に解釈している。Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung* S.225f.

### (3) 「情報」と「データ」

以上述べてきたことから分かるように、他者による個人関連データの取扱いを包括的に射程に収める古典的な情報自己決定権理解は、当該基本権の理解としては理論的な説得力に乏しく、また実際的にも非現実的な見解といえる。しかしそうであるならば、情報自己決定権はいかなる個人関連データの取扱いをその適用対象とすべきなのか。この問いに答えるためには、まず基本権保障の対象とされるべき「情報」について押さえておく必要があるだろう。この文脈において学説上しばしば指摘されるのが、「データ (Datum)」と「情報 (Information)」の区別である<sup>(51)</sup>。以下では、古典的な議論に対する批判とオルタナティブたる客観法構成との結節点とも言える、この区別の意味について確認することにしてしよう。

他者による自己情報の取扱いが基本権保護の観点から議論されるとき、そこで問題となる「情報」とは、本人がもっている情報ではなく、他者のもっている情報である。したがって情報とは、それが本人に関する言明を伝達するものであったとしても、あたかもその本人に本質として備わっている特徴であるかのように捉えることのできないものであり、さらに言えば、本人から引き渡されたものである必要もない。情報とはむしろ、本人から離れた他者の意識ないしコミュニケーション関係の中で形成されるものである。したがって、個人が自己の情報を包括的にコントロールすることなど不可能であり、そもそも問題の所在はそこではない。「情報」を支配する権利など、もとより存在しないのである<sup>(52)</sup>。むしろここでは本人ではなく、情報が生起する他者ないしコミュニケーション・ネットワークが考察の出発点とされなければならない<sup>(53)</sup>。

このように他者ないしコミュニケーションを、情報をめぐる考察の出発点に据えた場合、「情報」と「データ」はどのように区別されるだろうか。後でも取り上げる Marion Albers がこの点について以下のように論じている。

「最も一般的な意味において、データとは諸々の記号ないし記号によって形成されたもの

(51) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.87ff., 176, dies., (Anm. 31), Rn.8ff., Britz (Anm. 3), S.566ff., Trute (Anm. 6), Rn.19, Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 134 (2009), S.517f. これに対して、両者を類義語と捉える見解として、Glaeser (Anm. 25), Rn.77.

(52) Vgl. Britz (Anm. 3), S.567. 長谷部ほか・前掲註19) 94頁以下 (阪本昌成発言) も参照。Ladeur は、古典的な情報自己決定権論は、情報がつこのような社会的作用について、本人の自己決定を認めるものであり (Ladeur (Anm. 3), S.49, 52)、このような考えは連邦憲法裁判所の立場とも異なっていると批判している (A. a. O., S.50, m. Anm.63)。

(53) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.88, 131.

(Zeichen oder Zeichengebilde)である。これらは(これも最も一般的な意味における)データ記憶媒体に固定されており、このように具象化された形で、社会的次元からは独立して取り扱われるものである。データはその社会的次元において受領され、解釈され、知識として利用されることで、情報としての性格を獲得する<sup>(54)</sup>

「データ」が<sup>55)</sup>、日常の世界における様々な事象を数・文字・映像などの一定の形式で抽出し、対象化したものであるのに対して<sup>(55)</sup>、「情報」とは、データに内在するものではなく、データがある特定の社会的文脈の中で利用される際に、解釈を通じてデータの意味内容として生ぜしめられる(または多くの可能性の中から選択される)ものである<sup>(56)</sup>。つまり、データが社会的な次元とは一応独立に存在しているのとは対照的に、情報とは、間主観的な社会的文脈の中でその意味が明らかにされるものであるという点で、社会的な現象なのである<sup>(57)</sup>。このとき、情報(すなわち解釈を通じて理解されるデータの意味内容)の正当性は、データそれ自体からは根拠づけられず、そのようなデータの解釈・理解の外側にある社会的文脈に依拠している。つまり、情報の客観性(妥当性)・真实性を根底において支えているのは、データ解釈の背後にある社会的文脈なのである<sup>(58)</sup>。そして情報の内容は、解釈行為に先行して存在する、諸々の認知的な予期の構造(Erwartungsstrukturen)ないし解釈・知識の文脈(Deutungs- und Wissenskontext)による影響を受けているため、あるデータが一定の利用関係のもとで他のデータと結合することによってデータの意味内容が変わることは当然のこととして、同一のデータでも、その文脈に応じて異なる意味内容が帰属することも考えられる<sup>(59)</sup>。その意味で「情報」とは、対象や利用者、文脈に応じてその内容が決まってくるという意味で、常に相対的なものである<sup>(60)</sup>。また、このような情報の生成によって予期の構造や解釈の文脈それ自体が変化することも考えられるように、情報の生成・変化は、それを規定

---

(54) A. a. O., S.89.

(55) Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.17.

(56) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.89f., dies. (Anm. 6), Rechtstheorie, S.67ff., s. a. Poscher (Anm. 6), S.172, Trute (Anm. 6), Rn.18. この意味でデータは一定の社会的文脈の中で利用・解釈されるなかで意味を獲得し、情報となりうる点で潜在的な情報ともいえる。Vgl. Marion Albers, Zur Neukonzeption des grundrechtlichen “Daten” schutzes, in: A. Haratsch, D. Kugelmann, U. Repke-witz (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft (Mainz, 1996), S.122.

(57) Britz (Anm. 3), S.567, Bäcker (Anm. 8), Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, S.121, ders. (Anm. 8), Das IT-Grundrecht, S.7.

(58) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.91f.

(59) A. a. O., S.92f., 97, 215, Hoffmann-Riem (Anm. 51), S.518.

(60) Vgl. Adalbert Podlech, in: AK-GG 3.Aufl., 2001, Art.2, Abs.1, Rn.77.

する認知構造や社会的関係性の変化を伴う流動的なプロセスである<sup>(61)</sup>。かくして、「データ」のもつ意義は、「情報」としての利用関係・文脈を考慮に入れることによってはじめて明らかにされることとなる<sup>(62)</sup>。

既存の議論では、このような「情報」の社会性は、すでに述べたように「自動的データ処理という前提の下では、何ら『重要でない』データ (“belangloses” Datum) は存在しない<sup>(63)</sup>」といったフレーズのもとで、むしろ明確な保護範囲の輪郭を欠く古典的な情報自己決定権理解に寄与するものとされてきた<sup>(64)</sup>。しかし、社会的文脈に左右されない個人の処分権を出発点とするこのようなアプローチは、根本的に誤っていたのである<sup>(65)</sup>。人格に対する危険として基本法が対処すべきは、社会的文脈を欠いた「データ」それ自体ではない。「情報」が社会的な現象であり、かつそれが持つ社会的な作用に基本法が対処すべき人格に対する危険の淵源があるのだとすれば、基本権保障において第一次的に考慮すべきはデータではなくて、むしろ「情報」、あるいはデータの取扱いが様々な文脈の中で持ちうる社会的な作用なのである<sup>(66)</sup><sup>(67)</sup>。そして、基本法上保護されるべき個人の地位も、それに対応して社会的関係性の

(61) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.93ff., dies. (Anm. 6), Rechtstheorie, S.72ff., s. a. dies. (Anm. 31), Rn.12.

(62) Vgl. BVerfGE 65, S.45, Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.95, dies. (Anm. 31), Rn.13.

(63) BVerfGE 65, S.45. 近時の判決では、「絶対に、つまり利用の文脈にかかわらず、重要でない個人関連データは存在しない」というように、若干言い回しが修正されている。BVerfGE 130, S.183f.

(64) Ladeur (Anm. 13), S.12ff.

(65) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.138.

(66) Vgl. A. a. O., S.118f., 144f., Britz (Anm. 3), S.567f., Josef Aulehner, Wandel der Informationskompetenz, in: Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft (Anm. 56), S.212f. 「データ」と「情報」の厳格な二分法に基づいてはいないが、Vgl. Simitis (Anm. 8), § 1 Rn.58ff. Poscher は、緊急手術の際に、脈拍や血圧といったデータを収集することに対して、基本法上の保護が必要だとは考えられていないとした上で、文脈を考慮しないままデータの獲得に基本権保護の焦点を合わせることは誤っていると述べている。Vgl. Poscher (Anm. 6), S.173. また、「情報の二面性」として同様の議論を展開しているものとして、大屋雄裕「文脈と意味」駒村圭吾・中島徹編『3.11で考える 日本社会と国家の現在』(日本評論社、2012年) 36頁以下参照。そこでは、茶葉の摂取による放射線被曝が、CT撮影によるそれよりも圧倒的に被ばく量が少ないにもかかわらず問題視されていることが具体例として挙げられている。

(67) データが法規制の対象となることが否定されるわけではない。しかし、データ処理がどのように規制されるべきなのかは、データから獲得される情報の内容(正確性、現在性、完全性など)に基づいて判断されるのであり、また、データ処理の規制を通じて、情報として発生する意味内容を制御することも考えられる。情報とデータを区別する意義はこの点にある。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.141ff.

中で把握されなければならない<sup>(68) (69)</sup>。換言すれば、このような社会的関係性への着目することによってはじめて、個人関連データ取扱いに対する基本権保障を論じる余地が生じるのである。

「データ」と「情報」の区別という観点から、古典的な情報自己決定権論の問題点を整理すると、さしあたり以下のようにまとめることができるだろう。すなわち古典的議論の問題点は、データの流通や情報の生成・作用といった本来的に社会的な事象に対して、このような社会性を考慮せずに個人への排他的な権限の帰属を志向する所有権の構成からアプローチしようとした点にある<sup>(70)</sup>。「データ」や「情報」とは、たとえそれらが個人を参照するものであったとしても、物と同様に当該個人に帰属するものではない<sup>(71)</sup>。基本権保障における「情報」の主題化は、むしろ「物」としての性格を失い「データ」に幻影 (Illusionen) のようにまわりつき、間主観的な関係性の中で(のみ)“存在”する、フィクション (Erfindungen) としての「意味 (Sinn)」を、基本権保障の思考枠組へと取り入れることを求めているのである<sup>(72)</sup>。したがって、個人関連データ・情報の取扱いをめぐる基本権保障は、個人の決定権限ではなく、公権力による個人関連データ・情報の利用関係・文脈から再構成されなければならない<sup>(73)</sup>。

以上で、古典的な情報自己決定権理解に対していかなる批判が提起されているかを整理した。次に、このような批判を踏まえたうえで、情報自己決定権をめぐる議論が実際にどのような再構成されていったかを整理してゆくことにしよう。

---

(68) Albers (Anm. 31), Rn.56f., 64.

(69) 個人関連データ取扱いの文脈における利用関係の重要性を説く Albers は他方で、利用文脈という概念自体が不明確であることも認めている。彼女は、データの内容や情報の作用の特定を規範的判断と厳密に区別することが難しいと述べているが、これは利用文脈の特定が結論の先取りとなってしまうおそれを指摘しているものと理解することが出来よう。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.216.

(70) Vgl. Albers (Anm. 6), Rechtstheorie, S.81, Britz (Anm. 3), S.562f., Bäcker (Anm. 8), Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, S.121.

(71) Albers (Anm. 6), Rechtstheorie, S.81.

(72) Vgl. Albers (Anm. 6), Rechtstheorie, S.70, 76f.

(73) このような視線の変更につき、Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.157f. また Albers は、いわゆる個人情報・プライバシーに関する連邦憲法裁判所の諸判例を、私的領域保護から「情報」の意味内容や作用の法的制御への展開という観点から整理している。Vgl. A. a. O., S.178ff.

## 2 客観法構成の意義と限界

### (1) 情報自己決定権の客観法構成

ここでは、情報自己決定権の客観法的構成を説く代表的な論者の議論を見てゆくことにする。彼／彼女らが問題の所在をどこに見出し、そこからどのような議論を展開しているか整理した上で、その構成の意義と限界について探究することにしよう<sup>(74)</sup>。

#### (a) Hoffmann-Riem の情報自己決定権論

Wolfgang Hoffmann-Riem が研究者として、そして連邦憲法裁判所第一法廷の判事として情報自己決定権論の進展に大きく関わってきたことは周知のことに属するが<sup>(75)</sup>、彼は上に述べたような個人データ保護の所有権的構成を批判する。Hoffmann-Riem は、コミュニケーションをもっぱら当事者間での相反する絶対的な支配権の調整という視点の下で捉えることは問題の不当な単純化であり、民主的・社会国家的社会 (demokratische und sozialstaatliche Gesellschaft) にそぐわないとした上で、情報自己決定権を、防衛志向を超えた個人のコミュニケーション的権限の基本条件 (Grundbedingung der kommunikativen Kompetenz) として理解することを提唱する<sup>(76)</sup>。なぜ、情報自己決定権をこのようなコミュニケーションという観点から捉える必要があるのか。Hoffmann-Riem はこの点を、基本法における「個人」像ないし「人格発展」像から根拠づけている。

「この『情報自己決定』権は、無制限に保障されているわけではない。個人は『自己』のデータに対する絶対的で制約不能な支配を可能にするような権利を持っていない。むしろ、個人は、社会的共同体の内部で (innerhalb der sozialen Gemeinschaft) 発展する、コミュニケーションに依存した人格を持つ者である。情報は、それが個人に関連する限りにおいて、社会的現実の似姿 (Abbild) を表しており、その似姿は当事者のみに排他的に関係づけられるものではない。連邦憲法裁判所の判決において度々強調されてきたように、基本法は、

(74) 情報自己決定権論の客観法的側面について紹介するものとして、玉蟲・前掲註9) 315頁以下参照。

(75) Vgl. Britz (Anm. 3), S.595f. 批判的な評価として、Breyer (Anm. 3), S.825.

(76) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.520, Simitis (Anm. 8), § 1, Rn.86. Hoffmann-Riem の参照する Simitis も、情報自己決定権論を所有権的に構成することを批判し、コミュニケーション能力の保障という観点から理解すべきとしている (A. a. O., Rn.35ff., 39)。しかし、自己関連データの取扱いに関する個人の決定権限を出発点とし、また情報自己決定権への介入が成立する範囲を限定することは、個人の自己決定を掘り崩すことになるとして、情報自己決定権への介入を広範に認めていることなどを見ても (A. a. O., Rn.80ff.)、その議論の内容は本文で取り上げる Hoffmann-Riem の議論よりもむしろ、伝統的な議論に近い。

個人と共同体との緊張関係を、個人の共同体被関連性や共同体被拘束性という意味において規定した」<sup>(77)</sup>

上に引用したのは国勢調査判決の一部であり、一般に共同体公式と呼ばれているものである<sup>(78)</sup>。この共同体公式に対しては、個人の共同体への依存が個人の自由への制約を根拠づけるものと理解する見解が日独双方においてみられるところ<sup>(79)</sup>、Hoffmann-Riemはこの公式について異なる解釈を示している。

「したがって、国勢調査判決における情報自己決定権は、仕切られた個人がもつ私有の防御権 (ein privatistisches Abwehrrecht) ではなく、個人に自己決定によるコミュニケーション・プロセスへの参加と、それを介した人格の発展を可能にすることを目指している。引用された意味における人間像から出発すると、他者は社会的な環境を形成し、個人の人格はその枠内で発展する。つまり、憲法の理想像は、個人の自律であって、アノミーではない。しかし自律は、ネットワーク化された社会的な生活領域において発展し、その領域においてはコミュニケーション——言いかえれば自由一般——は、自己中心的な発展の保護という排他的な構想を志向することはできず、相互的な自由行使を目指している」<sup>(80)</sup>

つまり、Hoffmann-Riem は、連邦憲法裁判所のいう個人の共同体被拘束性等を、それまでの議論において見られたように共同体ないし社会の“前”にいる個人の自由を制限するものとして理解するのではなく、個人の人格発展自体が共同体に依存しているものと解釈することで、共同体公式を基本法上の「自由」自体がもつ社会的性格を論じるものとして読み替えているのである<sup>(81)</sup>。このような理解に立つことで、個人の人格発展は真空の中で実現され

---

(77) BVerfGE 65, S.43f.

(78) Vgl. BVerfGE 4, S.15; 8, S.329; 27, S.7; 33, S.334; 50, S.353, 56, S.49.

(79) Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation* (Duncker & Humblot, 1987), S.111ff. 押久保倫夫「個人の尊重」の意義」前掲註9)『人権と憲法裁判』33頁以下、特に47頁以下、玉蟲・前掲註9) 289頁以下参照

(80) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.521.

(81) 先に引用された国勢調査判決の一節はその後以下のように続いている。「それゆえに、個人は原則として優越する公共の福祉の下で、情報自己決定権の制約を甘受しなければならない」(BVerfGE 65, S.44)。この点と合わせて、連邦憲法裁判所の人間の尊厳論による基本法上の自由の制限について論ずるものとして、Vgl. Peter Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* 3. Aufl.(Duncker & Humblot, 2008), S. 47f., m. Anm. 130. 他方、共同体関連性は、基本権保護の根拠であって、国家の介入権限の根拠ではないと論じるものとして、Vgl. Podlech (Anm. 60), Rn.38, 53f.

るものではなく、間主観的なコミュニケーションを通じて実現されるものであることがより明確に示されることになる。また、このことは見方を変えれば、共同体ないし社会を離れた“個人”の自由・人格発展というものを基本法上観念することはできないということの意味している。

このような発想の下、Hoffmann-Riem は情報自己決定権を主観的な防御権ではなく、客観法的なコミュニケーション・インフラの保障という観点から捉え直す。

「基本法ドグマティクは、このような見方を主観的及び客観法的な基本法上の諸要素の調和において表現する。その際、コミュニケーション及び——情報社会における——コミュニケーションに適合的な特別なインフラに人間が依存しているということが、コミュニケーション的發展を社会・法治・民主国家的に適切な形で可能にするようなインフラを形成するための、国家による措置に反映される。(…) (情報社会におけるコミュニケーション的發展について——引用者) 問題となるのはむしろ、様々なアクターの下での諸々の法関係の束やそれと共に関係する多様な法益を通じて形成される、社会的生活諸領域を考慮に入れた基本権行使である。

それに合わせた立法者の活動とは、現実の自由行使の確保 (Sicherung der realen Freiheitsausübung) を目的とする基本権の領域の内容形成である。基本法ドグマティクの観点からは、データ保護の法化という任務は、ますます国家の介入防御から基本権保護義務の履行を超えてさらに、自由の領域を、それが社会的領域においても機能しうるように内容形成することへと移っていく。基本権行使は無条件に生じるわけではない。コミュニケーションの可能性が基本法の法治・社会・民主国家的な構造へと埋め込まれるべき場合、コミュニケーションの可能性はそれに対して適合的なインフラ・ストラクチャーの備えに依拠している」<sup>(82)</sup>

Hoffmann-Riem によれば、個人はコミュニケーション・ネットワークに参加し、その中で自己の人格を発展していくところ、このようなコミュニケーション・プロセスに対して伝統的に国家は原則として不介入であると理解されてきた。すなわち、コミュニケーションへの参加は個人の“自己決定”に委ねられており、またネットワークのあり方についても国家が一定の保障責任を負っているとは考えられてこなかった。しかし、情報化社会の進展によってコミュニケーション・ネットワークが複雑かつ危険性をはらんだものになったことで、国家による後押しのない“無条件”の状態、個人が“現実”に自由たりうるかどうか不安

---

(82) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.522f.

が生じてきたのである。個人が自己の人格を發展させていくにあたってコミュニケーション・ネットワークへの参加は必要不可欠であるところ、例えば当該ネットワークにおけるデータ保護が不十分であるなど、コミュニケーションに伴うリスクが過度に重大ないしリスク回避が困難であることにより<sup>(83)</sup>、個人がその参加を思いとどまっているのだとすれば、公権力による介入の不在を以て、直ちに当該個人の自由が保障されていると考えてよいのだろうか。Hoffmann-Riemは、このような問題意識の下で、個人がコミュニケーション・プロセスに“自由”に参加し、その下で人格を發展していくための前提条件を保障すること、具体的にはコミュニケーション・インフラを整備することが、国家には基本法上求められていると考えたわけである。

このような Hoffmann-Riem の議論によると、個人にはいかなる権利が認められるのか、いかえれば、個人は情報自己決定権を根拠に何を求めることができるのか。この点、コミュニケーション・インフラの構築は基本的には立法裁量に任されており、立法者には情報機会の利用<sup>(84)</sup>、犯罪追跡の必要性<sup>(85)</sup>などの諸々の利益を最適化する適切な保護水準を決定することが求められている<sup>(86)</sup>。そこでは、情報社会におけるいかなる不利益が、(基本)法にとってレヴァントか、またその不利益にいかに対処すべきか(インフラの技術的・組織的内容形成という形でのシステムを通じた保護か、自己防衛の支援か)も、国家によって設けられる法的枠組みに依存することになる<sup>(87)</sup>。つまり、コミュニケーション・ネットワークを通じ

---

(83) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.538.

(84) 情報利用と人格發展との関係を重視する見解として、Thomas Giesen, Grundrechte für die Informationsgesellschaft, JZ 2007, S.918ff. 給付請求としての情報アクセス・利用権を論じる見解として、Michael Kloepfer/Florian Schärudel, Grundrechte für die Informationsgesellschaft, JZ 2009, S.453ff., insb. S.459f.

(85) Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.518.

(86) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.529f. 情報アクセスの自由 (Informationsfreiheit) と情報自己決定権とのかみ合わせなど、共同体利益の強調を通じた諸利益の法的調和を説く見解として、Walter Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Merten u. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Band IV (C. F. Müller, 2011) § 90, Rn.2. 他の利益に対する情報自己決定権の優位を説く見解として、Simitis (Anm. 8), § 1 Rn.91.

(87) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.534ff. Hoffmann-Riem 自身は、自己防御の限界を意識するようになり、次第にシステム保障に傾斜しているようである (Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 3), S.1009ff., insb. S.1013, 1017f.). また、Hoffmann-Riem は制度設計につき、公的關係と私的關係の間で区別を設けることに否定的だが (他に両者の接近傾向を指摘するものとして、Vgl. Trute (Anm. 49), S.826f., ders., Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998), S.260, Simitis (Anm. 8), § 1, Rn.45, 50)、この点については異論もある。Vgl. Rudolf (Anm. 86), Rn.27ff., Gabriele Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung (Mohr Siebeck, 2007), S.64, Bull (Anm. 18), S.116.

た個人の人格発展において、いかなる個人がいかなる不利益からどのように保護されるかは、国家とりわけ立法者が基本法の拘束の下で設定した客観法的な枠組みに依存しているのである<sup>(88)</sup>。

上記の議論において重要なことは、このような客観法的な枠組みの形成が、対立する諸利益を衡量するものではなく、各々の利益を最適化のための調整を行うものと性格づけられていることである。つまり、立法者によって形成される法的枠組みは、個人の自由を制限するものではない。むしろ、この枠組みを通じて個人は自己の人格を自由に発展させていくことができるものと、ここでは考えられているのである。このように整理される Hoffmann-Riem の情報自己決定権論は、所有権類似の防御権的構成から交通規制同様の調整問題へと情報自己決定権を再構成していく試みとして理解することができるだろう<sup>(89)</sup>。

#### (b) Trute の情報自己決定権論

情報自己決定権論の客観法的構成を説くもう一人の論者である Trute も、公権力による個人関連データ・情報の取扱いと、当該取扱いに関する自己決定との間の対立を基点に情報自己決定権論を展開する古典的な議論を批判する<sup>(90)</sup>。その理由として多かれ少なかれ自由意思による（電子的な）情報交換が日常のことになりつつあることや<sup>(91)</sup>、コミュニケーションやその手段、つまり情報がなければ人格発展もありえないこと<sup>(92)</sup>、また私人による基本権侵害への対処も視野に入れた国家の保障責任も考えなければならないこと<sup>(93)</sup>なども挙げられているが、その批判の要点は、すでに述べたように公権力による個人関連データ・情報取扱いを原則的に排除の対象とすることと、人格権を保障することとの間のつながりが不明確な点

(88) Hoffmann-Riem はオンライン判決 (BVerfGE 120, 274) の解説の中で、コミュニケーション・インフラへの信頼に対する危険とそれに対する保護の必要性という問題が、既存の学説における情報自己決定権論から抜け落ちていたことを強く非難している。オンライン判決において初めて基本法上の保護の対象として明示的に認められた個人利用の情報技術システムの秘匿性と十全性 (Vergraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme) は新しい基本権ではないというのが Hoffmann-Riem の立場だが、彼の眼には問題とされたラント法は、現実のコミュニケーション・ネットワークにそぐわない立法裁量を逸脱したものと映っていたのかもしれない (Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 3), S.1022)。

(89) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.524, s. a. Dieter Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen (Duncker & Humblot, 1976), S.129ff.

(90) Trute (Anm. 6), Rn.2, ders. (Anm. 49), S.823, ders. (Anm. 87), S.257f.

(91) Trute (Anm. 6), Rn.3, ders. (Anm. 49), S.823.

(92) Trute (Anm. 87), S.249f.

(93) Trute (Anm. 6), Rn.4ff.

にある<sup>(94)</sup>。そこから Trute は、情報自己決定権による保護の内容を、それが保護すべき人格の内実から特定することを試みる<sup>(95)</sup>。それでは彼は、個人関連データ・情報の取扱いのどこに人格に対する危険を見出しているのだろうか。

「…自省およびアイデンティティ形成の能力が、社会における、ひいては当然民主的な社会における行為能力の前提条件であるということも、この意味において理解することができる。一般的人格権を通じたアイデンティティ形成・記述を法的に保護することの根拠も、このような自己記述 (Selbstbeschreibung) が自由意思によって行われることを保護する点にある。この自己記述は自由意思によるものとしてのみ行われうるものであり、さもなければ自己記述は直ちに自己自身のものであることが否認される。それによって、情報自己決定権が適用される場面も正確に特定される。その保護は、この意味における自己記述が不可能になるか、あるいは少なくとも脅かされるところで始まる。それによって同時に、自己決定がその前提条件であるところの、行為自由が保護されることになる」<sup>(96)</sup>

つまり Trute によれば、情報自己決定権の背後にある一般的人格権は、そもそも自分は何をしたいのか、どうなりたいのか、といった個々の行為に先行するアイデンティティ選択における個人の自由意思ないし自己決定を保障している。ここで重要なことは、このとき内心における個人の自由意思・自己決定は所与のものではなく、公権力の排除によって直ちに保障されるものとも理解されておらず、むしろ人格発展の前提条件として社会の中で現実に保障されるべきものとして捉えられていることである。個人は、(基本)法による支えがなければ、もはや自己決定できないのだ。それではこのような自由意思・自己決定の保障と、個人関連データ・情報の取扱いとはどのように関係しているのだろうか。

「それゆえに、これらの諸々の利用関係、ひいては情報の形成には、基本法上の防御権を通じてではなく、むしろ諸々の客観的な内実によって影響を及ぼすことができる。これらの内実、データが処理され、危険が生じるところの諸構造に影響を与える。任務に関連する収集・処理規則を通じた分節化や透明性への要請、客体化傾向へも対抗しうる当事者の影響可能性といったこれらの要素すべてが、自己記述の機会を維持し、もって——介入とは独自に——一般的人格権を保護するものである。とりわけ、データ・情報処理によ

---

(94) Trute (Anm. 49), S.825.

(95) Trute (Anm. 6), Rn.13.

(96) Trute (Anm. 6), Rn.15.

る一般的人格権の危険に対抗すべきは、諸々の構造的な要請である」<sup>(97)</sup>

「情報」がその内実を他者によるデータ解釈ないしデータが利用される文脈に依存している社会的な現象であることはすでに見た<sup>(98)</sup>。これを踏まえると、情報自己決定権に求められているのは、データの利用やそれに伴って生じる「情報」がもつ社会的作用によって、個人の自由意思・自己決定が脅かされることのないよう、その利用関係・文脈を制御することである。このとき情報自己決定権は、公権力による個人関連データ・情報の取扱いを排除する防御権としてではなく、情報やコミュニケーションに関する諸関係を構造化する客観法規範として理解されることになる。そして、このように情報自己決定権論が、個人関連データ・情報取扱いをめぐる公権力と個人との二項対立的関係からではなく、データ利用・情報の生成が行われるコミュニケーション空間における「人格の維持・発展の法的・事実的条件の保護」<sup>(99)</sup>という観点から展開されるようになると、内心における自己決定から行為自由に至るまでの人格発展のプロセス全体が、社会関係の法的制御という形で（客観）法的に把握されることになる。

「基本法上のコミュニケーションの自由は、社会的諸関係において展開する。この社会的諸関係がその自由行使の条件であるのと同様に、コミュニケーションの自由はその使用を通じて、社会的諸関係を維持し、そして変化させている。その限りで、コミュニケーション的自己決定 (*kommunikative Selbstbestimmung*) は、人格の自由な表出がその下で可能になるような、条件の創出・維持に対する権利 (*Recht auf Schaffung und Erhaltung der Bedingungen*) として展開すべきであるが、しかし所有権類似の情報支配権として展開すべきではない」<sup>(100)</sup>

Hoffmann-Riem と同様に、Trute も個人の人格発展を間主観的なコミュニケーションを通じて実現されるものと理解しており、それゆえ（間主観的な関係性の中で把握される）情報やコミュニケーションは、人格発展の基本条件として位置づけられている<sup>(101)</sup>。そしてこのとき、人格の発展のために必要な自由で開かれたコミュニケーション・プロセスは、公権力不

---

(97) Trute (Anm. 6), Rn.19.

(98) Trute (Anm. 6), Rn.16ff., ders. (Anm. 49), S.825.

(99) Trute (Anm. 6), Rn.21.

(100) Trute (Anm. 6), Rn.22.

(101) Trute (Anm. 49), S.825.

在のもとで無条件に実現されるものではない<sup>(102)</sup>。規制のないコミュニケーションの中で生成される「情報」は、それが持つ社会的作用を通じて、諸個人がコミュニケーションを展開する「場」としての社会関係にも影響を及ぼしており、——いわゆるセンシティブな情報が“自由”に社会内に流通する事態を想起すれば明らかなように——場合によっては、そのような社会関係の中で行われる個人の自己表出が歪められ、あるいは排除されてしまうといったことが考えられる。つまり規制のない「自由」なコミュニケーションが、かえって諸個人を委縮させ、各人が思いのままに、“自由”に自己を表出することを妨げるのである。しかし、個人が“自由”に自己の人格を発展していくためには、自己自身をコミュニケーションにおいて表出するか否か、またいかに表出するかについて、個人は自由に決めることが出来なければならないはずである。こうして、「情報」をめぐる様々な利益が併存する社会関係において、個人が“自由”に自己表出し、自己の人格を発展させていくための前提条件として、コミュニケーションの自由の前段階にある（コミュニケーション的）自己決定を確保する必要性が認められるようになる。そして、その前提条件たる「自己決定」は、すでに見たように客観法を通じた社会的諸関係の制御を通じて保障されるのである<sup>(103)</sup>。このとき、個人関連データ・情報取扱いによる基本権への介入の有無は、このコミュニケーション的自己決定に対する危険を基準に判断されることになり、全部留保は否定される<sup>(104)</sup>。

最後に、このようなコミュニケーション的自己決定を起点として、具体的にいかなる客観法的秩序が設計されるべきなのか。Trute は自己決定の可能性を維持するための一般的な要請として、情報処理過程の透明性の保障、教示義務、監督機関の設置、あるいは訂正請求等の個人関連データ・情報取扱いに対する本人からの影響可能性の確保などを挙げているが<sup>(105)</sup>、しかし彼もまた個人関連データ・情報に関する諸々の利用関係を法的に構造化するのは、第一次的には立法者の義務であるとしている<sup>(106)</sup>。

### (c) 小括

ここまで述べてきた見解について、情報自己決定権の客観法構成の意義を確認することにしよう。この構成を支持する論者は、「情報」と「データ」の区別に象徴的に表れているように、情報自己決定権を、この権利の背景にある人格に対する危険の内実により即したも

---

(102) Trute (Anm. 49), S.826, ders. (Anm. 87), S.249ff.

(103) Trute (Anm. 6), Rn.22ff., 6f., 32., ders. (Anm. 49), S.823ff., ders. (Anm. 87), S.222.

(104) Trute (Anm. 6), Rn.23, ders. (Anm. 49), S.825f.

(105) Trute (Anm. 6), Rn.33ff., ders. (Anm. 49), S.827ff. 個人データの濫用に対して本人に訂正・抹消請求等の権利が認められうることの重要性を説くものとして、Rudolf (Anm. 86), Rn.30.

(106) Trute (Anm. 6), Rn.24, 32.

のへと彫琢することを試みている。「情報」の内容が、データの処理・利用関係といった社会的な文脈の中で決まってくるのであれば、(情報自己決定権によって対処されるべき)「情報」の取扱いによって生じうる人格に対する危険もまた、社会的な文脈の中で把握されることになる<sup>(107)</sup>。情報自己決定権の客観法構成とは、それまでの防御権の構成に代わり、個人関連データ取扱いの組織的・手続法的な構造化を志向する議論であると説明されることもあるが<sup>(108)</sup>、このような客観法構成は、客観法的な法秩序(情報秩序)の形成・維持を通じて情報を取り巻く社会的な文脈を制御することで、そのような文脈の中で生じうる人格に対する危険に対処するアプローチと評価することができるだろう<sup>(109)</sup>。このとき基本権保障における思考上の出発点は、あくまで人格に対する危険を生じさせるデータや情報の利用関係・文脈といった社会的関係であり、個人の行為ないしデータそれ自体ではない。文脈から切り離された個人関連データの取扱いあるいは個人の行為は、情報自己決定権の背景にある人格に対する危険にとってイレヴァントなものなのである。

それでは客観法構成の論者たちは、情報自己決定権によって対処されるべき人格に対する危険をどこに見出しているのか。言い換えると、これらの論者たちは情報自己決定権による社会的関係性の法的制御によって何が保障されるものと考えているか。端的にいうとそれは、コミュニケーションを通じた人格発展の前提保障として位置づけられる、個人の自由な自己決定 (*freie Selbstbestimmung*)<sup>(110)</sup> であると考えられる。そこでは、個人関連データ・情報の取扱いによって自己の決定により計画し、決断する自由が妨げられており、かつ適切な準備措置によってこの自由に対する危険を防ぐことが本人に期待することができないなど一定の場合には<sup>(111)</sup>、国家は個人が自由に自己の人格を発展していくことができるような前提条件を保障(保証)することが基本法上求められていると考えられている。たとえ見かけ上は自由意思に基づいて (*nur scheinbar freiwillig*) 決定されているように見えても、前提条件を欠いたまま行われる個人の決定は「自己決定」にはあらず、このような状態のもとで行為

(107) 情報の「利用可能性」に着目することで情報自己決定権の射程の限定が可能になることを示唆するものとして、Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.531.

(108) Vgl. Britz (Anm. 3), S.563.

(109) 学説では情報自己決定権の主観的権利としての再構成を説く見解も少なくない。Vgl. Bäcker (Anm. 8), Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, S.122f., Britz (Anm. 87), S.63f. Poscher (Anm. 6), S.189f. もっとも、これらの見解においても基本法上対処すべき自由の侵害が社会的な文脈の中で把握されるものと考えられていることには注意が必要である。Vgl. Bäcker (Anm. 6), S.121, Britz (Anm. 3), S.567.

(110) Vgl. BVerfGE 65, S.41, 42f.

(111) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.531f. 個人の決定に影響を及ぼしうるデータ取扱いすべてに情報自己決定権への介入が認められる訳ではない。Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.23.

自由を保障したところで個人の「現実の自由」を保障したことにはならない。つまり、情報自己決定権は、「自由な自己決定」を保障することで、単なる行為自由のみの保障を超える「現実の自由」の保障を志向しているのである。

まとめると、情報自己決定権の客観法構成とは、情報自己決定権論を「現実の自由」の前提条件たる個人の自由な自己決定を保障（保証）する客観法秩序を保障するものとして再構成する試みであると整理することができるだろう。このような議論の立て方をする場合、公権力等による個人情報の取扱いに対して個人にいかなる法的権利が認められるかは、上記の客観法的な法秩序の理解に応じて決まることになり、その権利が防御権か請求権かは本質的な問題ではない<sup>(112)</sup>。言い方を変えれば、コミュニケーションの形態にかかわらず普遍的で本来的な自由といったものを想定しない限り、主として立法者によって設定される客観法的枠組みの“前”に防御権をはじめとする個人の主観的権利を観念することは理論上できないということになるだろう。実際、Hoffmann-Riemは、データ保護が「消極的」<sup>(113)</sup>あるいは「純粹な」<sup>(114)</sup>防御権では不十分であり、それに限定されないとはいっているが、インフラに依存しない個人の主観的権利の内実については語っていない<sup>(115)</sup>。

このような情報自己決定権の客観法的理解に対しては、当然いくつかの批判が考えられる。1つ目の批判として、上記からも分かるように、個人関連データ・情報の取扱いをめぐる個人に対する法的保障が、広範な立法裁量の下で構築される客観的な法制度に依存していることへの批判をまずは挙げることができるだろう。「現実の自由」や「自己決定の条件」の保障が志向されておりながら、それは専ら立法府によって構築される客観法秩序を通じて保障されるべきものとされている。もちろん秩序構築の際の立法裁量には基本法による拘束がかかっているが、しかし客観法秩序の構築を通じて保障されるべき（ひいては立法裁量を規律すべき）「現実の自由」の具体的内実は明らかではなく、立法者には広範な裁量が認められている。そのため、立法者によって構築される（べき）秩序の具体的な内実と、法制度以前にある（はずの）「個人」の自由・自己決定とがどのようにつながっているのかは判然とし

---

(112) Trute (Anm. 6), Rn.24.

(113) Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.523f.

(114) Hoffmann-Riem (Anm. 3), S.1013.

(115) この点、コミュニケーションの基本権の議論において、Hoffmann-Riemらによって参照される Suhr が、個人の恣意それ自体は憲法上保障されないと述べていることが注目される。彼は、一般的行為自由の限界についても、個人の自由の制限ではなく、憲法適合的な法律を通じた自律の保障と捉えている。Suhr (Anm. 89), S.164.

ない<sup>(116)</sup>。それどころか、(第一次的には立法者によって行われる)前提保障という形で、本来制度形成を規律すべき個人の自己決定ないし主観的な法的地位自体が(客観)法的に枠づけられているかのような様相を呈することになる。

さらにより根本的な批判として、個人の人格発展の前提保障が客観法的な秩序構築に依存していること自体に対する批判が考えられる。Trute による、情報自己決定権の規範的根拠をめぐる以下の叙述が問題の所在を明らかにしている。

「このこと(個人関連データ・情報の利用を通じて一般的人格権が脅かされる点に、情報自己決定権によって対処すべき危険が認められること—引用者)は、個人(Individuum)への社会的要請(gesellschaftliche Anforderungen)にその根拠を持つ。個人には、自己を特定された人(bestimmte Person)として記述(beschreiben)することが期待されている。この意味において、個人性(Individualität)は個人に期待される能力である。他方、自己の行為を他者にとって予期可能なものにするためには、個人は自己のアイデンティティを見出し、かつ狭くないし広く公に描写(darstellen)しなければならない」<sup>(117)</sup>

Trute は、情報自己決定権を通じて一般的人格権を保障しなければならない根拠として、個人には自己を特定された人として記述し、描写する能力が「社会的」に求められていることを挙げ、このような事情を「個体化という矛盾(Paradox der Individualisierung)」<sup>(118)</sup>とも表現している。Luhmann 等の議論を参照しながら、やや抽象的な議論がここでは展開されているが、議論の要点は「近代社会における、社会化が孕む矛盾」という観点から、おおよそ以下のようにまとめられるだろう。

相互に排他的で、自己を他人との関係によってではなく、自己自身との関係において性格づけている諸個人によって構成されている近代社会では、個人には自己を一つの人格へと統合し、自由意思に基づいて決定できることが社会的に要請されており、各人はこのような排他的関係性と他者の自由意思に基づく決定を予期し、その上で自己の振る舞いを決

---

(116) 国家による情報関連措置に対する基本法上の保障について、伝統的な介入防御を論じる余地はないと述べるものとして、Vgl. Britz (Anm. 3), S.563f.

(117) Trute (Anm. 6), Rn.14.

(118) Trute (Anm. 6), Rn.15.

定するものと考えられている<sup>(119)</sup>。法的な責任概念が、基本的にこの自由意思に基づく自己決定をその帰責根拠としていることはこのような思考を前提としている<sup>(120)</sup>。しかし他方において、Hoffmann-RiemやTruteの強調するように、現実の「社会」における諸個人はむしろコミュニケーション、つまり他者との関係性を通じて自己の人格を發展させてゆく存在である。いかえれば、相互に排他的な個人による人格發展は、他の諸個人との間主観的な関係性の中で実現されるという矛盾した性格を持っているのである。このように考えると、Truteのいう「個体化という矛盾」とは、このように各人が自己自身に対して排他的に関係づけられている状態が社会的に通用している（させられている）状態を指していることが分かるだろう<sup>(121)</sup>。つまり「個人性」とは、アプリアリな概念ではなく、先行する社会的要請を前提としたアポストリアリな概念なのである。このように考えると、客観法的に構成された情報自己決定権とは、このように社会的に要請されているところの、自由意思に基づいて自己決定することのできる「個人（あるいは主体）」の存在を基本法上保障することで、近代法におけるこの暗黙の前提を法的に下支えするための権利とされていることが分かるだろう。

無論、このように情報自己決定権を再構成したところで先にあげた批判に応えることにはならず、むしろその疑念はより一層強まることになる。すなわち、「個人」「自己決定」が社会的要請なのであれば、その内実もまた、（個人の“恣意”ではなく）社会的に決まることになるのではないか<sup>(122)</sup>、あるいは「自己決定」とは、個人が自分自身で決めることを意味しているのではなく、実際は「自己決定されたもの」を個人に帰属させるためのフィクションにすぎないのではないか。萎縮効果や同調圧力から保護されるべきとされる「個人」も、実際は社会的な関係性の中で通用させられている「個人」にすぎないのではないだろうか。客観法秩序を通じた自由の保障が、諸個人の現実の“自由”を保障するものであると何故言え

(119) 自己参照能力 (Selbstreferenz) についての社会的要請について、Vgl. Niklas Luhmann, Die Gesellschaftliche Differenzierung und Individuum, in: Soziologische Aufklärung Bd.6 (Westdeutscher Verlag, 1995), S.126f. (ニクラス・ルーマン (村上淳一編訳) 『ポストヒューマンの人間論』 (東京大学出版会、2007年) 91頁以下、97頁以下参照)

(120) Trute (Anm. 6), Rn.15. s. a. Luhmann (Anm. 119), S.126f. (邦訳・91頁以下参照)。自由な行為と帰責可能性との関係については以下も参照。Vgl. Britz (Anm. 87), S.8, Hans-Uwe Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd.VI, 2.Auflage (C.F. Müller, 2001), Rn.20, Christoph Enders, Die Menschenwürde im der Verfassungsordnung (Mohr Siebeck, 1997), S.450, Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.155, Podlech (Anm. 60), Rn.46.

(121) Vgl. Luhmann (Anm. 119), S.129f., 132 (邦訳・95頁以下、99頁参照), Markus Schror, Das Individuum der Gesellschaft (Suhrkamp, 2001), S.269.

(122) 個人主義が、巧妙に隠された集団主義であることを指摘するものとして、Vgl. Luhmann (Anm. 119), S.129 (邦訳・95頁以下参照)。

るのであろうか。このような情報自己決定権論の客観法構成は、多様な個人の尊重が強調されることの多い日本の憲法学から見ても、深刻な問題点を抱えているように映ることだろう。

以下では、このような個人の社会性 (Sozialität des Individuums)<sup>(123)</sup> を正面から認め、それを情報自己決定権論において徹底させている Marion Albers の議論を参照に、この点をもう少し掘り下げて検討することにしよう。

## (2) Marion Albers の二平面構想 (Zwei-Ebenen-Konzeption)

Marion Albers の情報自己決定権論は、当該分野における近年の諸論考の中で最も体系的な議論を展開しているものである。彼女は情報自己決定権論の進展のうちに基本権ドグマティック全体の構造転換をも読み取っている。彼女はどこにこのような構造転換の契機および必然性を見出しているのか、そしてそれは情報自己決定権論の展開にどのような影響を及ぼしているのか。以下では、このような視点から Albers の議論を整理してゆくことにしよう。

### (a) 伝統的基本権理解

まず、Albers が批判の対象としている古典的な基本権理解を簡単に整理しておこう。公権力からの介入防御を思想上の出発点とする伝統的な防御権構想は基本法上の自由保障と介入行為、法律の留保という 3 つの要素の調和によって成り立っているが、これは法技術的な構成ではなく、個別基本権の解釈に先行する市民的法治国的な基本権というイメージに基づいている<sup>(124)</sup>。この市民的法治国的な基本権理解とは、国家・社会二分論を背景とするものであり、そこでは“自由”は限界づけられた国家の“前”ないし“外”に広がる領域として把握され、また国家が不在の社会において、個人が「現実」に自由であるかどうかは問われない<sup>(125) (126)</sup>。

このような“自由”は本来的に自由な領域 (Freiheitssphäre) として、個人の自己決定や自発性に委ねられており、それがためにこの“自由”の保護範囲や保護利益を法的に特定す

(123) Albers (Anm. 31), Rn.72, dies. (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.400.

(124) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.29.

(125) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.30, 32, Murswiek (Anm. 2), Rn.27.

(126) 実際にはこのような介入防御思考は、所有権等の前法的な“自由”に立脚した基本権理解では説明できない場面へも拡大適用されている。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.34.

ることは、“自由”を制約するものとして排除される<sup>(127)</sup>。つまり、ここにおいて法的に把握することのできない“自由”と、基本法上保障された「自由」権とが区別されることになる<sup>(128)</sup>。基本法上保障されているのはあくまで法的な自由であり、前国家的ないし法からの自由(vorstaatliche oder rechtsfreie Freiheit)ではないものとする限り、ここから直ちに伝統的な防御権構想へとつながることにはならない<sup>(129)</sup>。しかし、基本権としての自由権の保障は、個人の“自由”に資する(はずである)との考えから<sup>(130)</sup>、かつ“自由”の保障に遺漏が生じないようにという配慮により、各基本権の構成要件は広範に理解され<sup>(131)</sup>、また基本法2条1項の解釈としても一般的行為自由説が支持されるようになる<sup>(132)</sup>。かくして、法外の“自由”

---

(127) 保障対象を限定することの難しさは、介入概念を特定することによって、つまり国家行為の側から保障対象を特定することによる解決が志向されるようになる。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.35f.

(128) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.30ff. 前国家的権利と法的権利との区別については、Vgl. Detlef Merten, Das Prinzip Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen, in: Merten u. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Band II (C. F. Müller, 2006), Rn. 13.

(129) Vgl. Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte (Mohr Siebeck, 2003), S.122.

(130) Albersはこの文脈で、いわゆる配分原理が(憲)法外の自由を論じているにもかかわらず、それが実証的な基本法上の自由保障の解釈論へと引き継がれていることを批判的に指摘している。Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.31f., Carl Schmitt, Verfassungslehre, S.158, 159, 163ff., C・シュミット(尾吹喜人訳)『憲法理論』(創文社、1972年)197～199, 203頁以下参照。原理的に無限定の自由を基本権ドグマティックに援用することに批判的な見解として、Walter Krebs, Rechtliche und reale Freiheit, in: Merten u. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Band II (Anm. 128), Rn.5. なお、三段階審査の背後にシュミット流の配分原理の思考が控えていることを指摘するものとして、松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報83巻5号(2011年)35頁以下参照。また、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013年)64頁も参照。

また Albers は、このような配分原理の理解に依拠する伝統的な自由主義的基本権理解からの、基本権の客観法的機能に対する批判について、本来個人にいかなる主観的権利が認められるかは、客観法としての基本法解釈に依存していることを無視しているがゆえに説得力を持ちえなかったことに批判的に言及している。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.39ff. このような主観・客観をめぐる議論として、Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S.1ff., ders. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S.1537f., Arno Scherzberg, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl 1988, S.129 ff.

また邦語文献として、井上典之「基本権の客観法的機能と主観的権利性」阿部照哉、高田敏編『現代違憲審査論』(法律文化社、1996年)267頁以下、特に279頁、281頁以下参照。また石川健治「基本的人権」の主観性と客観性」『岩波講座憲法2』(岩波書店、2007年)5頁以下も参照。

(131) Vgl. Höfling (Anm. 79), S.175f., Robert Alexy, Theorie der Grundrechte (Suhkamp, 1994), S.290ff.

(132) Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.32f. 松本・前掲130) 36頁も参照。

が、基本法上の自由保障の思考枠組を規定するに至るのである<sup>(133)</sup>。そして、本来的な、あるいは所与の自由の領域の中心には個人の自己決定、意思の自律が据えられており、このような前提の下で、個人の行為・決定はその意思（恣意）の表出であり、またその限りにおいて基本権保護とは自己決定の保護であると考えられるようになる<sup>(134)</sup>。

(b) 伝統的ドグマティクの機能不全と社会的関係の主題化

Albers は、このような国家・社会二分論に依拠する伝統的な防御権ドグマティクでは、情報自己決定権論の背景にある問題に適切に対処することができないという。なぜ伝統的なドグマティクは、この「情報」をめぐる問題において機能不全に陥るのか、そして基本法上の自由はどのように再構成されるのか。以下では、この点について整理することにしよう。

公権力からの介入防御を中核とする伝統的な基本権ドグマティクにおいては、基本法上の自由は所与的に存在し、個人に排他的に帰属する自然的自由であり、そこには意思自律としての自己決定や決定・行為自由などが属すると考えられていることはすでに見た。これに対して「情報」は、これもすでに述べたことだが、本人に帰属しない関係性の中で生じるものである。もう少し詳しく説明すると、ある個人関連データの処理のみを取り出していても、それ自体が特定の行為の遂行・禁止を命令するものでない限り、データ処理やそれに対する本人の意思ないし感情を取り上げたところで、基本法上対処すべき人格に対する危険の有無を判断することはできない。すでに見たように「情報」とは一定の文脈におけるデータの意味内容の解釈として生じるものであり、またそうであるが故に、個人の自由・人格との関係で「情報」がいかなる意味を持っているのかということも、社会的な文脈の中でのみ把握されるからである。いいかえれば、情報という「対象」を把握するためには、超個人的でかつ広範な意味の諸関係（überindividuelle und übergreifende Sinnbezüge）を考慮することが必然的に求められる<sup>(135)</sup>。したがって、個人関連情報・データ取扱いを基本法上の問題として構成するためには、公権力によっていかなるデータがどのような文脈・過程において利用され

(133) もっとも、比例性審査において自由の価値づけや衡量が行われることを考えれば分かるように、このような領域的な法外の自由から、基本法上の自由権論を貫徹することは不可能である。しかし他方で、このような理解が基本法上の自由保障や保護利益の解釈に影響を及ぼすことが全く否定されるわけでもない。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.33f.

(134) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.33f., Murswiek (Anm. 2), Rn.26, Rupert Schulz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (München, 1971), S.71ff. s. a. Matthias Bäcker, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht (Nomos, 2007), S.96f. また、「人権≒自己決定権」とする議論として、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）284頁も参照。

(135) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.131f., 137f., dies. (Anm. 31), Rn.69.

るのか、発生した情報が個人の社会的な地位・役割にどのように作用するか、そしてそれらを踏まえて個人関連データ・情報の取扱いに関していかなる「信頼 (Vertrauen)」が社会的に通用しているのかといった、「情報」がもつ社会的側面を考慮に入れなければならないのである<sup>(136)</sup>。具体例を挙げると、集会への参加の監視 (基本法5条1項) や日記の覗き見 (同4条) といった、非強制的個人関連データの収集に対して抱く“不自由”が基本権侵害に該当するか否かは、収集されるデータ (事実関係) の種類・性質や収集されたデータが利用される文脈を考慮して、個人が当該データ取扱いに対して抱く不快感や、当該取扱いを懸念することから生じる委縮効果を間主観的に通用せしめる社会的関係性が、関係する諸基本権の保障対象となっているかどうかによって決まってくる。つまり、個人関連データ・情報の取扱いによって生じる“不自由”を「基本権」侵害とする個人の主張は、その“不自由”を「基本権」侵害として通用せしめる社会的関係性に裏付けられた「信頼」が侵害されたことに依拠しており、また依拠していなければならない<sup>(137)</sup>。“個人”に生じる不快感ないし萎縮効果は、それ自体として基本権侵害を裏づけるものではなく、基本法上保障されている社会関係に対応する場合に、その限りにおいて保障されるのである。

このように基本権保障において社会関係を主題化する場合、各基本権の保障内容はどのように特定されることになるのか。Albersの議論を見てみよう。

「社会学的ないし心理学的な諸研究がここ (個人関連情報・データ取扱いを基本法において主題化するために求められる社会的文脈の考慮——引用者) にふさわしい。そうであるからといって、それらの認識が直ちに基本法上の保護利益を述べているわけではない。むしろそれは、規範を具体化する事実上の基礎を彫琢する限りにおいてのみ、依拠されるべきである。それらの認識によって、個人の社会的地位または役割や、それらの地位が可能になる社会的諸条件、あるいは諸々の社会構造や侵害メカニズムが明らかになる。…社会的な観点からの観察・記述形式により、社会的文脈における個人の役割や地位を包括的に

---

(136) Vgl. Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.425ff. Albersは、一般的に“プライベート”なデータとされている病歴についての知識獲得も、それが基本権への侵害的作用を有するかどうかは、当該データがどのように利用されるかに依存すると述べている。Vgl. Marion Albers, *Grundrechtsschutz der Privatheit*, DVBl 2010, S.1068.

(137) Vgl. Albers (Anm. 31), Rn.72. Albersは基本法上のプライバシー保護についても、厳格な公私二分論に基づく領域志向や、個人のコントロール志向ではなく、各種情報取扱いに先行して信頼期待を根拠づけている社会的文脈という観点から再構成すべきと論じている。Vgl. Albers (Anm. 136), S.1061ff., insb. S.1067ff. このような考えに依拠するものとして、Albersは以下の連邦憲法裁判所の判例を挙げている。Vgl. BVerfGE 101, S.384; 120, S.187; 120, S.306.

記述することが可能になる。個人関連情報ないしデータの獲得や変換によって、情報を知った側の知識がどのように変化するか、それによっていかなる決定ないし行為可能性がもたらされるかを際立たせることができる。ある人に対して周囲が抱くイメージや自己像、または自尊心が焦点となりうる。このことは例えば、他者をもつ特定の知識が、笑いものにすることや、あるいは烙印を押すこと（*Bloßstellung oder Stigmatisierung*）と結びついている場合にあってはまる。それによって個人の行為が形づくられ、それがなくては個人の行為は不可能となるか又は限定された形でのみ可能となるところの、社会的な文脈における予期のレベルを取り入れることが可能になる。また、そこではコミュニケーション・行為連関への必然的及び適応的な作用が考慮されている。本来的に可能で“自由”として保護されている行為が予期を介して同調するといった例が挙げられる。それによって、全体としてみると、個人の地位や発展の機会を考慮に入れた新たな視点が生じることになる<sup>(138)</sup>。

情報・データの取扱いをめぐる諸問題を基本法において主題化するためには、社会的・超個人的な視点が必要であることは先に述べたが、そのためには前提として、情報をもつ社会的な作用について知悉している必要がある。なぜなら、情報・データの取扱いが社会的実態としていかなる事態を引き起こすのか分からなければ、いかなる取扱い措置をどのように基本法のもとで規律すべきかについて、考えることもできないであろうからである。もちろんそうであるからといって、(Albersによれば他の学問分野の知見を通じて解明される<sup>(139)</sup>)すべての情報取扱いないしその作用が基本法上レレヴァントなものとなるわけではない。いかなる取扱いないしその作用が、どのように基本法を通じて規律されるのか、それはあくまで基

(138) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.428.

(139) S. a. Albers (Anm. 31), Rn.72. この点、Aulehner は、追求すべき目標は法学的に導き出されるとする一方で、その目標を現実の社会において実現するための憲法規範の内容については、他の学問分野の知見も参照することで獲得することができる」と論じている。Vgl. Aulehner (Anm. 2), S.404. S. a. Wolfgang Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michale Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? (Nomos, 2004), S.55f., 68f.

また Albers は、実際のところ連邦憲法裁判所も、自己内対話の必要性をはじめとするプライバシーの機能的側面を取り上げる形で、社会学・心理学的な知見の導入を図ってきたと論じている。Vgl. Albers (Anm. 136), S.1066.

本法上の諸規範の解釈を通じて明らかにされるべきことである<sup>(140)</sup><sup>(141)</sup>。

このように「情報」という法的制御の対象がもつ社会的性格を考慮に入れたとき、基本権ないし基本法上の自由はどのように再構成されるのか。このような、社会的文脈の制御を通じた個人関連データ取扱いの法的規制は、公権力の措置を法的に拘束するという点では伝統的ドグマティクにおけるのと変わらない。しかし、基本法上の保障・権利の内実は、公権力がもつ知識やそれに対する解釈が利用されるその都度の文脈や、あるいはコミュニケーションないし決定プロセスの中でつくられる、情報・データ処理の諸過程に応じて決まってくる<sup>(142)</sup>。つまりそこでは、単純に公権力（による個人関連情報・データ取扱い）の排除や、その都度の文脈を無視した個人の決定権限は、もはや思想上の出発点ではない。むしろ、公権力の存在を前提に、公権力内部のプロセスにも分け入り、情報もつ意味内容や、情報と結びついた作用に関係する諸々の文脈を法的に制御することがそこでは志向されているのである<sup>(143)</sup>。ここにおいて、国家と社会の分離ないし公権力の不在による自由の保障を基本的な出発点とする二分論からの明確な離脱を看取することができるのである。

個人関連情報・データ取扱いにおける基本権保障をめぐるこれまでの考察を踏まえると、基本法上の諸規範は、国家の「外」に位置づけられる一定の領域を保障するものではなく、むしろ個人関連情報・データ取扱い行為の要素を含んだ公権力と個人との間の関係を法的に秩序づける客観法上の諸規範であると理解されるようになり、またそのような理解のもとに各規範は解釈されなければならない。

「このような基本権理解の展開に並行するものを確立する場合、基本法上の諸規範がもつ、その都度の事物に即して精緻化された自由を保護する内実が、国家機関（…）が個人に関する個人情報を獲得し、変換しまたは個人関連データを処理することを考慮に入れて、個

---

(140) Vgl. Albers (Anm. 31), Rn.72. もっとも Albers は、抽象的な基本法の文言から解釈を通じて規範を獲得することが困難であることも認めている。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.485.

(141) これは保護範囲のみならず「介入」概念の理解についても妥当する。Albers は「介入」を、国家に帰責可能な基本権規範の諸準則からの逸脱と再定義している。従って介入判断は当然、各種規範解釈に依存することになる。Albers (Anm. 31), Rn.73. s. a. dies., Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl 1996, S.241.

(142) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.132f.

(143) Vgl. a. a. O., S.133f. 237f. 公権力内部における情報処理手続の法化については、Vgl. A.a.O., S.54ff. また Ladeur は、情報自己決定権に対する古典的防御権理解も行政内部の決定過程を法的問題として取り上げていることに変わりはなく、いずれにせよ公私二分論とは相容れないことを指摘している。Ladeur (Anm. 3), S.46.

人の地位を主題化するような諸々の意味関係を提供しているか否かを、基本権ドグママーティク上、考えなければならない。それによって——社会的文脈が規範内容の特定へと組み入れられる場合のように——規範によって方向づけられた超個人的な視点、ならびにその枠組みの中で情報が生み出され、また多様な形で変換されるような広範な諸連関との関係が展開される。また同時に、規範によって定められた個人の地位が、その都度つくりだされる連関の中で決定される」<sup>(144)</sup>

公権力の措置と基本法上保障された諸々の自由との間の法的関係は、市民的法治国ないし国家社会二分論といった個別規範に先行するイメージによって規定されるのではなく、個々の規範解釈という形で明示的に確立されなければならない。またこのとき個人に保障される権利ないし法的地位も、社会関係を規律する客観法から法解釈を通じて導出されることになる。もう少し具体的にいうと、基本法上保障されている個人の権利・法的地位は、いかなる社会関係がどのように規律されているのかという観点から、各種の客観法規範を解釈することによって初めて明らかにされる<sup>(145)</sup>。つまり、個人に保障されているのは本来的・自然的自由ではなく、法的に構成された地位であり、その内実は社会的な文脈を制御する基本法上の諸規範の解釈に依存しているのである<sup>(146)</sup>。そして、個人にいかなる権利が帰属すべきかについても、客観法規範としての基本法上の諸規範が主観的権利をも同時に保障していると解釈できるかどうかにかかっており、またそこで保障される主観的権利の内実もまた、その都度問題となる基本法上の規範解釈によって導出されることになる。したがって、(古典的ドグママーティクにおいては防御権が中心であったのと異なり) 作為請求権か不作为請求権かといった点には、やはり本質的な差異はない<sup>(147)</sup>。

### (c) 二平面構想 (Zwei-Ebenen-Konzeption)

個人関連データ・情報の取扱いをめぐる基本権保障という問題に対して、社会的 (間主観

(144) Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.139.

(145) Vgl. a. a. O., S.137ff.

(146) Vgl. a. a. O., S.132, 281. いわゆる自然的自由も含めて、基本法上の自由はどこまでも法的に内容形成されたものであると説くものとして、Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 139), S.55. 自然的自由と構成された地位については、Vgl. Gertrude Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte* (Baden-Baden, 1988), S.75ff. また、小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)150頁以下も参照。

(147) Vgl. Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.139f., 426f. 公私の境界線が自律保障に裏づけられた慣習に基づいて引かれるべきこと、またそこでの保障には消極的自由のみならず積極的自由も含まれることを論じるものとして、Vgl. Rössler (Anm. 19), S.212f.

的) 関係の制御という観点からアプローチする Albers の議論は、情報自己決定権論にどのような影響を及ぼすか。最後にこの点を確認しよう。

これまでの議論からわかるように、Albers は介入防御を思考上の出発点とする古典的な基本権ドグマティックを批判し、公権力による個人関連データ・情報の利用関係ないし文脈の法的制御を志向する客観法としての基本権理解へと、情報自己決定権論を転換すべきことを説いている。このような Albers の議論においては、基本法上の諸規範は、社会関係を制御するものとして再解釈されることになる。そして、公権力による個人関連データ・情報の取扱いの合憲性は、対応する社会関係を規律する基本法上の諸規範を通じて判断されることになる。ここにおいて、個人関連データ・情報取扱いに対する基本権保障を志向してきた情報自己決定権論は、情報・データ取扱いをめぐる諸々の社会的文脈・関係の法的制御の問題へと解消されるに至る。連邦憲法裁判所の判例上、情報自己決定権と住居不可侵等の基本権との関係は一般法／特別法の関係にあるとされてきたが<sup>(148)</sup>、Albers によればこのような理解は誤っている。それらの基本権はそれぞれ対応する社会関係を独自に規律しているのであって<sup>(149)</sup>、「いかなる限度で個人の生活諸関係が明らかにされるかを原則として自分で決める」という個人の自己決定を中核としているわけではない。それどころか、Albers の議論にしたがえば、情報・データ取扱いをめぐる基本権保障において社会的文脈・関係から離れた“個人”の“自己決定”など、もとより議論する余地はないのである<sup>(150)</sup>。

それでは、情報自己決定権の根拠条文とされてきた基本法1条1項と連携した2条1項は、個人関連情報・データ取扱いについていかなる保障を提供しているのだろうか。Albers は、各種基本法上の諸規範とは別に、この条文が持つ独自の基本法上の意義について以下のように論じている。まず、個人の人格発展が社会的な関係性の中で把握されることを前提に、一般的人格権は、各種自由権の侵害などの、個別基本権が規律する布置連関より「前」の抽象的なレベルにおいて、(社会的・超個人的観点から把握される) 個人の自由の基礎的な諸側面や諸条件について保障しているものと考え<sup>(151)</sup>。そして、このような一般的人格権による

---

(148) Z. B. BVerfGE 110, S.358f.; 125, S.310.

(149) このような発想から、Albers は多岐にわたる個人関連データ・情報の取扱いに対する準則を、「情報」ないし「情報秩序 (Informationsordnung)」という統一的な概念のもとで議論することに批判的な態度を示す。Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.22, 112, dies. (Anm. 6), Rechtstheorie, S.79. もっとも、「情報秩序」という用語を用いる、例えば Trute のような論者においても (Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.1, ders. (Anm. 49), S.822)、個人関連データ・情報の取扱い措置の合憲性を、それが問題となっている個々の場面に応じて判断する必要があることは認められている。Vgl. ders. (Anm. 87), S.255.

(150) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.236, 425f., dies. (Anm. 136), S.1068f.

(151) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.454f.

保障を個人関連データ・情報の取扱いをめぐる議論へと敷衍する。まず、彼女は無制限で不透明、かつ構造化されていないがゆえに、(データ・情報の利用関係がある程度明確になっていることが適用の前提として求められる) 個別基本権をもって対処することのできない個人関連データ・情報の取扱いについて、それによって被る具体的な不利益よりも前に諸個人が感じる不安感やそれに伴って生じる同調作用の内に、根本的な意味における人格発展の侵害を見て取ることができるとする<sup>(152)(153)</sup>。そして、公権力には個人関連データ・情報の取扱いに際して、データ処理ないしそのためのシステム形成に際して、データ・情報が利用される文脈を特定し構造化することが、一般的人格権のもとで求められていると説く<sup>(154)</sup>。このようにして Albers は、基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項を根拠に認められてきた情報自己決定権を、個人の個々の人格発展を抽象的なレベルで保障する、いわばメタ基本権として再定式化しているのである。このような基本法 2 条 1 項の理解のもとで課せられる具体的な基本法上の要請として、Albers は、文脈制御の方法による透明かつ事柄に即した個人関連データ・情報処理過程の制御<sup>(155)</sup>、自己に関する情報・データ取扱いの認識可能性<sup>(156)</sup>、個人が影響を及ぼす機会の法的保障<sup>(157)</sup>、監督機構・制度の保証<sup>(158)</sup>の 4 つを挙げている<sup>(159)</sup>。これらの保障は、第一次的には立法府による法律の制定を前提とする客観法的な保障であり、立法府は上記の諸条件が保障されている限りにおいて、保障の具体的な内実の決定について広範な裁量が認められている<sup>(160)</sup>。かくして Albers の議論においては、個人関連データ・情報の取扱いをめぐる基本法上の保障は、基本法 2 条 1 項の下での抽象的かつ根本的な人格発展の前提保障と、個別基本権が対象とする社会関係における特別な保障からなる 2 層構造によって成り

(152) Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.458. Vgl. BVerfGE 65, S.43. 情報・データ処理過程が特定され、かつ当事者に対する一定の透明性が保障されていること、つまり情報・データの利用文脈が特定されていることは、個人関連データ・情報取扱いに対して、(適用範囲が形式的かつ明確な電気通信の秘密(基本法 10 条)や住居不可侵(同 13 条)を除いた) 個別基本権が適用されるための前提条件として位置づけられる。Vgl. Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.454, dies. (Anm. 31), Rn.74, 83.

(153) これとは別に、包括的なデータ集合の作成や、当事者に認識可能性の一切ない秘密裏でのデータ処理は人間の尊厳(基本法 1 条 1 項)に抵触するとされている。Vgl. Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.459, dies. (Anm. 31), Rn.76.

(154) Albers (Anm. 136), S.1068.

(155) Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.462ff., 487ff.

(156) A. a. O., S.469ff., 562ff.

(157) A. a. O., S.474f., 575ff.

(158) A. a. O., S.475ff.

(159) S. a. Albers (Anm. 31), Rn.78ff.

(160) Vgl. Albers (Anm. 6), *Informationelle Selbstbestimmung*, S.460f.

立っていることになる<sup>(161)</sup>。

(d) 小括

Albersによる情報自己決定権論の客観法構成の意義について、ここで整理してみよう。Albersの議論は、「情報」の社会性を根拠に情報自己決定権論を個人の決定権限からではなく、客観法秩序を通じた社会的関係性の法的制御という観点から展開している点では、先に取り上げた論者と共通している。他方、Albersの議論は、基本法によって保障されている自由と自然的自由とは断絶しており、なおかつ基本法上の自由を、社会関係の法的制御によって実現されるものであることを明確に述べている点に特徴がある。個人関連データ・情報の取扱いに対して保障される「自由」は、行為自由を保障する個別基本権を補充するものでも、またこれに付随するものでもなく、諸個人間の社会的関係性を考慮に入れることで既存の古典的なドグマの制限を克服する新しい思考様式を必要としていたのである<sup>(162)</sup>。そして、個人の自由保障を超個人的・社会的な関係性の中で把握するこのような構想のもとでは、自律的で真正な個人の行為もそのような関係性から離れて存在するものではなく、個人の自由・自己決定は、社会的関係性を前提とした、かつそのような社会的関係性の中でのみ意味を持つ、いわば二次的な概念にすぎないのだ<sup>(163)</sup>。これまで見てきたように、情報自己決定論の客観法構成において情報自己決定権は、個人の自由な人格発展の前提を保障するものと位置づけられているが、そこで保障されるべき自由とは社会的関係・文脈から離れた“個人”の自由・自己決定ではなく、客観法的に枠づけられた社会的関係性の中で通用している自由なのである<sup>(164)</sup>。判例・学説の個人関連データ・情報処理に関する客観法志向に対しては、「人格発展

---

(161) Albersは、(個別基本権によって対処されるべき)情報・データの利用関係が特定されている場合と、(基本法1条1項と連携した2条1項によって対処されるべき)当該利用関係が不明確な場合との両方を、単一の基本権によって対処しようとしたところに、情報自己決定権論が破綻した原因の一つがあると言っている。Vgl. Albers (Anm. 31), Rn.75.

(162) Albers (Anm. 31), Rn.70. 法律を中心とした関係性の制御や、そこでの学際的アプローチの必要を説くAlbersの議論に、保障国家論との結びつきを見出すことは難しくないだろう。S. a. Albers, a. a. O., Rn.72, m. Anm.282. ドイツにおける保障国家論を、法教義学としての内容の空疎さという観点から批判的に検討するものとして、三宅・前掲註130) 14頁以下参照。

(163) Vgl. A. a. O., Rn.72, dies. (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.154.

(164) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.49, Anm.83. Albersはここで、「基本権行使の前提条件の保障」という表現は、個人の自由が社会的関係性の中でのみ把握されることを正面から認めず、伝統的な自由観を維持するための言い回しであるとの理解を示している。S. a. Peter Saladin, Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht?, in: Mélanges Alexandre Berenstein : le droit social à l'aube du XXIe siècle (Payot, 1989), S.89ff., insb. 102f.

の前提保障」と「自己決定・自律から（間主観的な）コミュニケーション・信頼期待の保障へ」<sup>(165)</sup>といった、ともすれば矛盾しているような評価が見られる。しかし、個人の自由・人格発展は社会的関係性の中でのみ把握される、というこれまでの議論を補助線として引くことによって、両評価の内実は、社会的関係性の中での「自由」の保障という点において、軌を一にするものであることが明らかになる。

情報化社会の進展により脅かされつつある（と考えられてきた）個人の自由、自己決定の基本法による保障を発端とする情報自己決定権論はこのようにして、当該権利を自己関連データ処理に関する決定権限と理解する伝統的なドグマティックと親和的な議論から、個人関連データ・情報の取扱いをめぐる社会的関係性の法的制御へと変遷してゆき、また情報自己決定権の規範的根拠であった個人の自由意思・自由な自己決定は、基本権保障の中心から外れていった（あるいは最初から外れていたことが明らかになった）<sup>(166)</sup>のである。

### 3 その後の情報自己決定権論

以上、ドイツ情報自己決定権論において近時有力な同権利の客観法構成を説く議論を整理してきた。以下では、まずこのような客観法構成がもつ意義と限界を確認し、その限界部分について意識したうえで、他の論者の議論を素材に、問題への対処を検討することにしよう。

これまで何度も確認したように、情報自己決定権論の客観法構成は、個人関連データ取扱いに関する憲法上の議論を、（主として防御権的に理解される）自己関連データに関する個人の決定権限に対する制約の可否から、他者による個人関連データの利用関係・文脈の法的制御へと議論をスライドすべきことを主張している。そしてこれらの論者は、このような利用関係・文脈の法的制御を通じて「現実の自由」ないし「人格の自由な発展」の前提条件が保障されるべきことを説く。しかし、そこで保障されるべき基本法上の実体的利益の内実について、次のような問題点を指摘することができるだろう。

1 目点として、客観法的に把握される情報自己決定権を通じて基本法上保障される自由・自己決定と、いわゆる個人の“自由（恣意）”とが明確に区別されていることを挙げることができる。別稿で論じたように、連邦憲法裁判所による情報自己決定権の承認は、情報技術

---

(165) Vgl. Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit?, KJ 2002, S.473, Britz (Anm. 3), S.580f., Thomas Böckenförde, Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, S.938, m. Anm.127.

(166) Albers のような立場に立てば、古典的な自由権論も結局のところ基本法上の自由保障において考慮に入れるべき社会的関係性を、（いわゆる介入防御に関する）特定の関係に限定した議論として理解されることになるだろう。このような古典的な自由保障の選択性について、Vgl. Albers (Anm. 31), Rn.72.

の進展とともに脅かされつつある自由な自己決定の保障をその規範的な根拠としていた<sup>(167)</sup>。しかし、当該権利は客観法的に構成されることによって、むしろ基本法上の自由・自己決定自体が個人の“自由”から切り離され、社会的文脈（を制御する客観法秩序）に解消されるという、ある種の逆説的な事態を生じさせることになる。

2点目として、仮にこのような個人の恣意と法的自由との断絶を認めたとしても、基本法上保障されるべき法的自由の内実は明らかではなく、個人関連データ取扱いをめぐる利用文脈ないし社会的関係が基本法の下で具体的にいかに法的に制御されるべきかは、広範な立法裁量に委ねられている。つまり、基本法と同法によって規律される公権力による個人関連データ取扱いとの間にはそれほど強い緊張関係が想定されている訳ではないのである。このような枠組みのもとで行われる、社会的関係性の法的制御を通じた自由保障が一体どれほどの実効性をもちうるのか、疑問の余地もあるだろう。あるいは、そもそもそのような「実効性」はいかにして測られるのだろうか？

以下では、社会的関係性をめぐる議論を、基本法上の自由権論において主題化することを認めた上で、実体的保障内容をいかに特定するか、あるいは基本権保障において“個人の自由”という主観的契機をいかにして確保することができるのかを検討する上で、興味深い議論を展開しているものとしてとして Britz の議論を取り上げる。続いて、反対にそのような主題化に否定的な論者である Bull の議論を見てゆくことにしよう。

## (1) Britz：人格発展の内的構成要素

### (a) 基本法2条1項における二つの自由

Gabriele Britz は、基本法2条1項の背景には前法的な自律 (Autonomie) 概念が控えており、同項によって保障されている人格の自由な発展のもとでは、この自律概念に対応して外面的な行為自由と内面における自由な領域 (innerer Freiraum) という二つの自由が保障されていることを主張する。日本でもしばしば紹介される一般的行為自由を想起すれば容易に分かるように、基本法2条1項のもとで個人の行為自由が保障されていることに特に異論はな

---

(167) BVerfGE 65. S. 41. 拙稿「情報自己決定権論に関する一考察」前掲註1) 83頁以下、同「ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開」前掲註1) 82頁参照。

いだろう。問題は後者、すなわち Britz によって概ね一般的人格権に帰属させられている<sup>(168)</sup>、人格発展の内面的な要素の方である。内心における自由な領域とはいかなるものか、また何故にそのような領域を基本法は保障しなければならないのか。この人格ないし自律に関する Britz の議論は、彼女の議論全体に関わってくる重要な点なので、少し丁寧に論旨を追っていくことにしよう。最初に、人格がもつ内面的な構成要素の重要性に関して彼女が述べているところを見てみよう。

「行為のための自由は、それ自体のために保護されるべきではない。それは“物理的な行為の実行ないしその作用の任意性のために”保障されるのではなく、自己自身、あるいは自己のイメージにしたがって自身を形作るところのものを“暴力的に実現すること (tätliche Realisierung)”を人間に可能にするという目標とともに保障されている。個人は自己決定から計画、決断し、その行為を、個々の場面において従ったり従わなかったりするところの、自己の“人生計画”と関係づけることが可能でなければならない。(…) それゆえ、自由な行為は単に外面的な可能性や任意の作為・不作為においてのみならず、作為・不作為の選択肢を自己の計画にしたがって選択する点においても表わされる。後者は“自律的な自由 (autonome Freiheit)”という名称でもって、単なる外面的な自由と分析的に区別することが試みられている」<sup>(169)</sup>

これまでの議論を踏まえれば、その趣旨は明瞭であろう。行為自由の保障は自己目的ではなく、保障された自由な行為が、個人が自分で築きあげていく人生と有意義に関係づけられないのであれば、行為自由の保障など無意味なものにすぎない。確かに、ある特定の行為自由が保障されていたとしても、その行為の遂行が本人の望まない行為を事実上強いられたものであるならば、そのような事態を基本法上の自由が実現された状態と見做すことに違和感を覚えるのは、(その妥当性はさしあたり措くとしても)それほど奇異な反応でもないだ

(168) 判例・学説では一般的人格権の根拠条文として基本法2条1項とともに、人間の尊厳を定める同法1条1項が挙げられているところ、Britzは1条1項の引用は以下の2つの理由から不要であるとしている。①人間の尊厳の引用は、一般的人格権とは区別され、なおかつより高次の保障を一般的人格権が受けることを確認するためのものであろうが、これは2条1項の規範内容の解釈の問題であり、1条1項の引用は必要でない。②制約可能な一般的人格権の根拠づけに人間の尊厳が引用されることで、人間の尊厳の小銭化 (zur kleinen Münze verkommen) の危険が生じる。Vgl. Britz (Anm. 87), S.25f.

(169) Britz (Anm. 87), S.7f.

ろう<sup>(170)</sup>。Britzはこのような発想の下、個人が外界に表出する決定・行為が自律的なそれであるといえるためには、それら決定・行為と対応する内心における了解が必要であるという<sup>(171)</sup>。つまり、個人が自律的であるといえるためには、外面的な行為を行う個人が、まさに本人自身によって“選ばとられた”自己(“gewähltes” Selbst)でなければならないのだ<sup>(172)</sup>。

(b) 個人の自律と人格発展のコミュニケーションの性格

このような Britz の議論の意義は、内心における自己決定とその外界への表出との結びつき視点を導入することで、外面的な行為自由の保障のみでは掬うことのできない“不自由”を論じることが可能になる点にある。外的行為と内心における決定との対応関係を十分な吟味を欠いたまま前提としてしまうと、萎縮効果論において典型的に問題になるような強制を欠いた状態での自由の侵害をいかに(恣意的でない形で)認定するかという点で困難に直面することになる。Britzはこの対応関係の有無を議論の俎上に載せることで、これまで十分に捉えることのできなかつた“不自由”を主題化することを試みたのである。しかし、このような自律概念の理解には注意が必要である。

「自律が例えば、反省する個人に対して、操作的な生活諸条件から距離をとることを求める規範的な要請として理解される場合、いかにして個人がこの要請に応えることができるのか全く見当もつかない。ほとんどすべてのものが操作的となりうる。すべてのものが何らかの形で個人に影響を及ぼす。個人が外在的な影響にもかかわらず、自己のアイデンティティの真の選択に至るわが道をゆくことなど、想像することができない。(…) において、自己のアイデンティティの決定の自律的な条件をいかに理解することができるか、ということが問題になる」<sup>(173)</sup>

個人が何ら外界から影響を受けない状況で自由に自己のアイデンティティを選択する、というのは非現実的な想定であり、自律とはこのような状態を指す概念ではない。現実むしろ反対であり、我々が行うアイデンティティの選択は、無数の制約の中で行われている。Britzはオペラ歌手や水泳選手を例として挙げているが、自己の資質・能力的な理由による実現可能性の不在は、このようなオペラ歌手や水泳選手としての自己イメージの成立に対し

---

(170) このような自律と自由との関係から、(情報プライバシーも含む) プライバシーの必要性を根拠づけていく議論として、Vgl. Rössler (Anm. 19), S.95ff., 201ff.

(171) Vgl. Britz (Anm. 87), S.9.

(172) Vgl. A. a. O., S.10f.

(173) A. a. O., S.12.

で消極的に作用する要因である<sup>(174)</sup>。しかし、このような作用を以て個人の自律が侵害されているとはだれも考えないだろう。では「自律」とはいったい何を意味するのか。この点を考えるうえで重要なのが、アイデンティティ選択への制約の中でもとりわけ重要な要因として彼女が挙げる、社会的諸作用 (soziale Effekte) である。

「人格の内容形成はコミュニケーション的な過程である。他者の諸々のアイデンティティ期待およびイメージ (Identitätserwartungen und -bilder) は、自己の発展の余地を制約する。他者のつくるイメージがより正確であり、またより広範に流布するほど、それと異なる自己のイメージを持続的に対置することが困難になる。(…) 他者の見方は潜在的に個人から、自分自身を独自に素描し、解釈し、把握する可能性を取り上げる。他者がある人物についてつくり上げたイメージや、その者に向けられたアイデンティティ期待を自身が予期し、それに従属することは、自己自身との関係においてその者から気おくれの無さ (Unbefangenheit) を奪い取る」<sup>(175)</sup>

この点は以下で扱う自己描写権や情報自己決定権の議論とも関わってくるが、個人は他者との交わりのない真空の中で自己のアイデンティティを選択するのではなく、他者が抱く自己のイメージと衝突しそれに対して反応する中で、すなわち他者との関係性の中で自分自身のイメージをつくり上げていく<sup>(176)</sup>。もちろんこのような人格のコミュニケーション依存性・被拘束性が、自己の人格発展に対してポジティブに作用することも考えられるが、自由な自己のアイデンティティ選択に限界を設けるものとしてネガティブに作用することも考えられる。実際、自己の望む自己イメージが他者から承認を得ることができない場合、そのようなイメージを持続的に維持することは難しい<sup>(177)</sup>。主題化されるべき“自由”に対する危機の淵源は、国家にあるのでも他の私人にあるのでもなく、間主観的なコミュニケーションの中で人格を發展させてゆく基本権の担い手自身の社会性 (Sozialität des Grundrechtsträgers) にあるのだ。

(174) Vgl. A. a. O., S.12f.

(175) A. a. O., S.13.

(176) Britz は他の文献でも、個人の発展の自由が、他者の決定がもつ自由制限的・發展的効果に依存しているとしている。Vgl. Gabriele Britz, Schutz informationelle Selbstbestimmung gegen schwerwiegende Grundrechtseingriffe, JA 2011, S.82. また、「自己」の関係的・動的的理解について、s. a. Ladeur (Anm. 3), S.52.

(177) Vgl. Britz (Anm. 87), S.14.

## (c) 一般的人格権の保障内実

自己イメージの成立というものが、本人からの影響が限定的にしか及ばない無数の外在的な状況に依存しており、個人は本来的に自己イメージを自由に設定することができないのだとすれば、個人の自律の基本法上の保障とはいったい何を意味するのだろうか。あるいは、一般的人格権は具体的に個人に「何」を保障しているのだろうか。この点Britzは、自律を「漸進的な現象 (graduelles Phänomen)」<sup>(178)</sup> であるとしたうえで、以下のように述べている。

「実際、漸進的な実現という留保のもと、“選択という側面”は本質的なものであり続けている。それによると、個人が決断し、さらにはいかなる進路をとるか決定できるような分岐が存在する場合にのみ、反省的行為の基礎を提供することのできる自己について語ることができる。当時歩んだ道が本当に辿りたいと思った道なのかどうか、確認する可能性が、自律の条件として考えられる自省の中心にある。(…)それゆえに選択可能性は、あらゆる制約にもかかわらず自律の基本条件であり続けている。個人がアイデンティティの選択肢の間で完全に自由に選択することができる場合に初めて、アイデンティティの自己決定のプロセスが“自由”になるものと単純に考えてはならない。むしろ、外的に決定された選択肢の幅の中でのみ選択することができるというのが常である」<sup>(179)</sup>

上でも述べたように、自己のアイデンティティ選択に対する他者からの影響を完全に排除することはできないため、個人には他者を排除する形で、自分自身に対するイメージを排他的にコントロールすることはできない。しかしだからといって、個人はアイデンティティの決定プロセスから完全に排除されているわけでもない。個人が他者の抱えている自己のアイデンティティ期待に完全に従属し、それと矛盾する決定・行動の余地が何ら残されていないのであれば、その個人はもはや自律しているとはいえないだろう。そのため個人には、自分自身を外界に向かってどのように見せるかということについて、(条件反射的に反応するのではなく)一度立ち止まり静謐な心の内において熟考し、選択するという、自由な決定の余地が残されている必要がある<sup>(180)</sup>。内心における自由な領域とは、社会関係の中で構築される自己イメージに対して批判的に向き合い、自己を再定義するための内省の余地を個人に確保

---

(178) Vgl. Britz (Anm. 87), S.15. s. a. Rössler (Anm. 19), S.101f.

(179) Britz (Anm. 87), S.15.

(180) Vgl. a. a. O., S.29f.

するために必要なものなのである<sup>(181)</sup>。

しかし他方において、一般的人格権に基づくこのような保障は自由な人格発展の成功を保証するものではなく、あくまで個人がアイデンティティの選択を行えるような前提条件を保障するにとどまっている。

「国家は、その下で個人がさまざまなアイデンティティの選択肢の間で選ぶことができるような前提条件をつくらなければならない。(…) 一般的人格権という基本権の保護はむしろ、(対話による) 人格発展という永続的な過程の中で、自己自身と距離をとり、自己を確認し、最終的には現実化される自己を承認する可能性が個人に残るような、諸々の前提条件をつくることを目標にしなければならない。それらの可能性によって、自己を多かれ少なかれ自由意思によって選び取られたものとして把握することが許されるのである」<sup>(182)</sup>

個人には、自律の前提条件として自己イメージの選択肢の中から自分自身を選び取る形で、自己のアイデンティティの決定に影響を及ぼすことが認められているが、しかしそこで選択肢として浮上してくる自己イメージは、あくまで他者とのコミュニケーションの中で生じてくる、いわば外側から枠づけられたものである。つまり、個人には自己のアイデンティティの唯一の決定者としてではなく、あくまで他者との共同決定者として、新しい自己の選択へと参加することが自律の条件として保障されるにとどまっているのである<sup>(183)</sup>。そして、このように自律の前提条件の保障として理解される一般的人格権のもとでは、個人が実際に自省という構成的な過程へと参加することを可能とするような措置が求められることとなる<sup>(184)</sup>。

以上、人格の自由な発展における人格の内的構成要素に関する Britz の議論を整理した。行為自由と区別される内心における自由を一般的人格権の保護法益として位置づけ、内心と外的行為との対応関係に着目する Britz の議論は、強制の不在にとどまらない外在的事情、典型的にはコミュニケーションの中で制約される“自由”を論じる上で、有益な視座を提供している。もっとも、個人の人格発展のコミュニケーション依存性・被拘束性を考えれば、このような“不自由”のすべてに対して基本法上の保障が認められるはずはなく、一般人

---

(181) Vgl. a. a. O., S.27ff., s.a. Rössler (Anm. 19), S.261f., Erhard Denninger, Anonymität - Erscheinungsformen und verfassungsrechtliche Fundierung, in: Helmut Bäuler u. Albert von Mutius (Hrsg.), Anonymität im Internet (Vieweg, 2003), S.50.

(182) Britz (Anm. 87), S.33.

(183) S.a. a. a. O., S.16.

(184) A. a. O., S.34.

格権は自由な人格発展の前提保障という限定的な役割を果たすにすぎない。Britzはこのよう一般的人格権に対する理解を基に、ともに一般的人格権に由来する自己描写権および情報自己決定権を構成的な自省に対する特別な危険に対処するものとして位置づけることで両基本権の再構成へと議論を進めていく。そこでは——それぞれ一般的人格権の具象化及び更にその下位類型として説明されているので当然ともいえるが——基本的な議論の枠組みは共通しながらも、自律をめぐる上述の議論が、各基本権の特性にも配慮しながら反映されている。以下では、上述の議論がこれらの基本権の構成にどのように影響を及ぼしているか、という観点からBritzの議論を整理してゆくことにしよう。

#### (d) 自己描写権

##### (aa) 自己描写権の再構成：自己描写を通じた内心における自由な領域の確保

まずは自己描写権に対する根本的な問いから入ることにしよう。なぜ個人には他者が自己に対して抱くイメージに影響を及ぼすことができなければならないのか。この点、Britzは「意識的な自己伝達 (Selbst-Mitteilung)」によって、他者が抱くイメージからの自己の人格発展への影響が弱まり、以て同時に自省のために必要な内心における自由な領域も増大する<sup>(185)</sup>と述べているが、そこでは自己描写と人格発展とはどのように関係しているのだろうか。Britzは、自己描写が持つ人格発展への(ポジティブな)効果を2つに分けて説明している。

1つは、他者が自己に対して抱いているイメージを、自己に有利な方向に変えてゆき、反対にそれと異なるイメージを弱めることで、自己が選択したアイデンティティが社会的に通用することを容易にする効果であり、Britzはこれを自己描写の直接的効果と述べている<sup>(186)</sup>。ここではある女性アスリートが、その美貌ゆえに彼女をアスリートとして認知しようとする周囲の反応に苦しみ、結果として彼女のアスリートとしてのパフォーマンスも低下していったという実際のエピソードが、本人によって既に選択されたアイデンティティに基づく人格発展の成否が、周囲が自己に対して抱くイメージに依存していること具体例として挙げられている<sup>(187)</sup>。

そして、Britzがより重要としているもう1つの効果が、「自己描写の可能性がもつ間接的な効果」である。

「多少なりとも感受性の強い人が、過度の労苦なく自己自身の明確なイメージを維持・発

---

(185) A. a. O., S.39.

(186) Vgl. a. a. O., S.39.

(187) Vgl. a. a. O., S.40ff.

展させてゆくことができるのは、自己のイメージを多様なアイデンティティ構築の過程へと入力するチャンスが存在する場合に限られている。自分で選択したアイデンティティの維持・発展は、他者の構築についてある程度コントロールできるという見込みを前提としている」<sup>(188)</sup>

いくら内心における反省の結果、理想的な自己イメージを選択したとしても、そのようなイメージが社会的に通用する見込みが全くないのであれば、そのような選択をしたところで当人の人格発展には何ら寄与するところがない。したがって、内心における“自由”な自己選択のためには、選択された「自己」の実現（通用）可能性が前提条件として保障されている必要がある。Britz は雇用の現場における女性差別を例として挙げているが、女性に母性を求める強力なステレオタイプの蔓延により、就労・昇進を通じた人格発展の可能性が閉ざされている場合、このような人格発展に対応したアイデンティティの維持・発展は、内心における“自己の選択”の段階ですでに（不当に）排除されてしまう<sup>(189)</sup>。「効果的な自己描写の可能性は、内心における自由な領域の拡大にとって中心的なもの」なのである<sup>(190)</sup>。

#### (bb) 批判に対する応答

自己描写権に対して、他者が自身について抱くイメージに対して本人にコントロール権限を認めることは非現実的であるという批判が提起されていることはすでに述べた。Britz はこの批判に対してどのように応答しているか。次にこの点を見ることにしよう。Britz は自己描写権をめぐる既存の議論において、この基本権が（連邦憲法裁判所によるミスリーディングな定義もあって）あたかも他者が抱く自己に関するイメージを自分でコントロールできる権利であるかのように論じられ、その結果、自己描写権の根拠・範囲ともに曖昧なまま放置されてきたと述べている<sup>(191)</sup>。彼女によれば、人格発展のコミュニケーション的性格と、自己描写による内心における自由な領域の確保という観点から自己描写権を再構成することで、上で述べたような当該基本権にまつわる誤解も払拭することができるという。

「まさに自己描写権は有意義に再構成され、その上より鮮明な輪郭が獲得される。自己描写は、すでに述べたように他者のアイデンティティ期待に影響を与え、以て自己確認のための空間を間接的・直接的に保障するために個人がもっている手段であるため、人格の自

(188) A. a. O., S.40.

(189) Vgl. a. a. O., S.42f.

(190) A. a. O., S.43.

(191) Vgl. a. a. O., S.45.

由な発展に役立つ。確かに、結局のところ、国家には他者の抱えているアイデンティティ期待を押さえつけることはできず、また押さえつけてはならない。それでもやはり国家は、個人が他者のアイデンティティ期待に対して——例えば自己描写（の見込み）を通じて——独自の自由な領域を手に入れることができるように、個人を支援することができるし、また支援しなければならない。結果的に自己描写権は、アイデンティティをめぐる対話への本人の参加に寄与するよう個人を支援し励ますことで、自由な人格発展の内的構成要素を目標とする一般的人格権の、まさに模範的な具象化であることが証明される」<sup>(192)</sup>

要するに自己描写権とは、他者との間主観的な関係において行われている自己に関するイメージ形成へと本人が参加し、なおかつ一定の影響力を及ぼす途を確保することで、個人が自己自身のうちにおいて自由に自己を選択し、その選択に基づき外界において人格を發展させていくための（すなわち自律のための）前提条件を保障しているのである<sup>(193)</sup>。したがって、この権利は何ら人格発展の成功を保証するものではなく、またしばしば誤解（理解？）されているように、他者が自己について行うイメージ形成を本人に完全にコントロール可能にするものでもない<sup>(194)</sup>。

Britzはこのように自己描写権の再構成を試みているが、しかし依然として基本権保護の輪郭には不透明さが残っており、またより重大な問題として自己描写権による基本権保護の射程は実際には相当限定されていることが分かる。その根拠として、Britzは3つの要因を挙げている<sup>(195)</sup>。

まず一つ目として、自己描写権は他者との相互関係の中でアイデンティティが構築される過程を主たる問題領域としている。したがって、いきおい相手方である他者の利益も考慮することにならざるを得ず、またそうであるがゆえに、国家による決定裁量とも不可避免的に結びついてくる。

二つ目として、自己描写のための伝達を認知する過程は、受容者側の内心におけるプロセスであり、法によって直接制御することができないものである。法は認知過程の枠組み条件

---

(192) A. a. O., S.46.

(193) Britzはこのような点に、自己描写と差別禁止との議論の同型性が見られることを指摘している。

Vgl. Gabriele Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung* (Mohr Siebeck, 2008), S.179ff. また、情報プライバシー権論において、「自己の訂正可能性」としての「『私』の脱構築可能性」を説く、山本龍彦教授の議論は示唆的である。山本龍彦『遺伝情報の法理論』（尚学社、2008年）352頁註9、同「遺伝子プライバシー論」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』（敬文堂、2009年）44頁参照。

(194) Vgl. Britz (Anm. 87), S.47.

(195) Vgl. a. a. O., S.48f.

(Rahmenbedingungen) に影響を及ぼすことができるにすぎない<sup>(196)</sup>。

最後に三つ目として、これは既に述べたこととも関わるが、自己描写は基本的に個人の自己責任の問題であり、成否のリスクは本人に帰属する。

それでは自己描写権による保護はどのような場面にに行われるのか。Britz は、基本権保護は特別な危険状態に限定されるとし、具体的には強力な偏見ゆえに自己描写を通じて他者のイメージへ影響を及ぼすことが不可能な場合には、効果的な自己描写の可能性を維持するために、他者が抱えている特別に強力なイメージに法をもって対処することが求められると述べている<sup>(197)</sup>。

### (e) 情報自己決定権

#### (aa) 情報自己決定権の保護利益：自己描写権との連続性

最後に自己描写権の下位類型として位置づけられる情報自己決定権の説明に移ろう。上述した自己描写権の理解を踏まえると、情報自己決定権はいかなる権利として説明されることになるか。

「情報自己決定権は、“個人データの開示及び利用について自分で決定する” 権限を個人に認めることで、誰が個人関連データへのアクセスを得るかについて、当事者に一定のコントロールを保障することを目標としている。情報自己決定権は他者のイメージ構築にも制限を加える。なぜなら情報自己決定権は、それによってある人物の他者によるイメージ構築が可能になるところのデータの流通や情報を限定するからである。理念型としては、個人関連データを引き止め、そしていかなる個人関連データが開示されるべきかについての決定を部分的に当事者の手中に置くことによって、情報自己決定権はある人物について他者が抱えている詳細にすぎるイメージから根拠を取り去ってしまう。」<sup>(198)</sup>

つまり情報自己決定権は、個人関連データの取扱いに関する権限付与を通じて、個人に他者による自己イメージの構築に対して一定の影響を及ぼすことを可能にしているのである。自己に関する大量のデータの流通・処理の結果として他者によって作られる自己イメージが（それが虚像であれ、あるいは反対に正確にすぎるイメージであれ）強力であればあるほど、個人はそのイメージに従属を強いられ、そのイメージと矛盾する自己描写を社会的に通用さ

(196) 自己描写権が情報の伝達側よりも受容者側に焦点を置いた権利であることについて、Vgl. a. a. O., S.47f.

(197) Vgl. a. a. O., S.49f.

(198) A. a. O., S.53.

せることが困難になる。このような事態に対して情報自己決定権は、個人に情報コントロールによる「顕示と隠蔽 (Zeigen und Verbergen)」を戦略的に用いることで、自己イメージが他律的に形成される状況を打破し、他者による認知を自己の望む方向へと誘導することを可能にするのである<sup>(199)</sup>。

以上のような説明から、情報自己決定権と自己描写権とのつながりは明らかであろう。情報自己決定権は個人の自己描写が社会的に通用する可能性を保障するとともに、(他者からのアイデンティティ期待に対する反省の余地を維持するという意味において) 個人が内心における自由の領域を確保できるように支援し、ひいては自律的な人格発展の基本条件を保障しているのである<sup>(200)</sup>。

#### (bb) 情報自己決定権の保護範囲 (Schutzumfang) の不明確性

上記において自己描写権ひいては一般的人格権との関係から情報自己決定権の規範的根拠について再構成がなされたわけだが、情報自己決定権のもとで個人にいかなる法的主張が認められるかという肝心の点については、Britz の議論においてもいまだ不明確なままである。(これまでの議論からすでにおおよその見当はつくだろうか) それはここで問題とされている個人の“自由”を制約する、他者によるイメージ形成が本来的に禁止されるべきものでないことに由来する。

「基本権保護の目標は、ステレオタイプによる、あるいは膨大な情報に基づく他者によるイメージを一般的に抑え込むというものではありえない。このような目標は、基本法上保護された相手方の利益が他者によるイメージの完全な抑圧を禁止している時点ですでに破綻している。他者によるイメージの不在を求める権利など存在しえない。(…) 自己のイメージに一致する他者イメージの請求に対応する、“正確なイメージ”に対する義務も存在しえない。しかし、不可避免的に対話を通じて進行し、かつある人物について他者がつ

---

(199) Vgl. a. a. O., S.58. この点、「その時々において自己に関する情報が、どの範囲で流通し、自己に関する他の情報とどこまで結合されて自己の統合された像が組み立てられているかを捕捉することが不可能であるような事態」を生じさせる「情報管理システム」への「接続」の拒否を、「消極的・隠遁的な志向」によるものではなく、「自己情報に対するコントロール権——窮極的に——自らのもとに確保するためになされる主体的振舞い」と捉える蟻川教授の議論は示唆的である。蟻川恒正「プライバシーと思想の自由」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正『新版 憲法判例を読み直す』(日本評論社、2011年) 87頁参照。

(200) Vgl. Britz (Anm. 87), S.54. 同様に情報自己決定権論の背景に市民相互間における自己描写の問題が控えていることを指摘したうえで、一部の認知・コミュニケーション・相互作用が法的に制限されることを正当化する議論として、Vgl. Schlink (Anm. 25), S.242f.

くりあげられるイメージや他者によるイメージを予期する中でつくりあげられる自己イメージによって必然的に形成されることについて、核心において争いの余地のないアイデンティティ形成についての想定と、他者によるイメージの一般的な禁止は矛盾している」<sup>(201)</sup>

個人関連データの流通・処理及びその結果としての他者によるイメージ構築は、どれも日常的に行われていることであり、これ無くしてコミュニケーションや相互的な行為は考えることはできないだろう<sup>(202)</sup>。情報・データの流通は、そもそも個人の(恣意的な)自己決定に依存していないのである<sup>(203)</sup>。したがって、データ処理あるいは他者によるイメージ形成を以て直ちに基本法上対処すべき自由の侵害と考えることはできない。さらにより深刻な事情として、個人の人格発展(自己イメージの形成・発展)それ自体が(情報の流通・イメージ形成を前提とする)コミュニケーションに依存しており、これを抜きにして個人の人格発展を考えることはできない<sup>(204)</sup>。つまり、情報自己決定権をめぐる複雑な諸問題の根本には、人格発展とコミュニケーションとの両義的な関係性があるのだ。

実際、情報自己決定権の規範的根拠、保護利益の説明に比べ、法的権利としての情報自己決定権の内実について、Britzの説明は非常に歯切れが悪い。彼女は自己描写権におけるのと同様に、情報自己決定権についてもその射程を特別な危険へと限定する必要を説いているが、明文の根拠を欠く同権利について保護範囲(Schutzumfang)の特定が困難であることを率直に吐露している<sup>(205)</sup>。そして最後に以上の議論を踏まえたうえで、Britzは情報自己決定権論を古典的な防衛権ドグマティックとして精緻化していくことを提唱しているが<sup>(206)</sup>、基本権への「介入」が成立する範囲の限定、ならびに(比例性審査における)介入が正当化さ

(201) A. a. O., S.61.

(202) A. a. O., S.59f., 62f. 個人に対するイメージが、その者に関する情報の自由な利用を通じて社会的環境の中で成立するものであると述べるものとして、s. a. Rogall (Anm. 8), S.40f., Duttge (Anm. 6), S.303

(203) Vgl. Bull (Anm. 49), RDV S.52, Ladeur (Anm. 3), S.49f.

(204) この点を重視して Aulehner は、むしろ操作を受けないコミュニケーション (manipulationsfreie Kommunikation) を情報自己決定権の保護利益としている。彼は、本人による自己描写のコントロールよりも、自己に関する誤った描写によって生じる不利益からの保護により強い要保護性を認めている。Vgl. Aulehner (Anm. 2), S.401ff., ders. (Anm. 66), S.208, 211ff.

(205) Vgl. Britz (Anm. 87), S.62. Britz は別稿において、具体例として人格プロフィールの形成に至るような集中的な人格調査や、人格関連性の強いという意味でセンシティブなデータ・情報取扱いを挙げており、そこではこれらの場合には他者による認知が固定され、当事者の内面的な人格発展が妨げられることが根拠とされている。Britz (Anm. 3), S.572.

(206) これに対して石川健治教授は、自己描写から情報自己決定権を捉えた上で、同権利が積極的な訂正・利用停止権を含んでいるはずだとしている。石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男・金泰昌『公共哲学12 法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004年) 201頁参照。

れうる許された危険の限界について検討が求められることを指摘しながらも、より詳細な説明が必要であると述べるにとどめ、それ以上の説明は行われていない<sup>(207)</sup>。

(f) 小括

Britzの議論の意義について、ここで再度確認しておこう。先に取り上げた情報自己決定権の客観法構成と比べると、彼女の議論の意義は人格の内的構成要素に着目し、かつ外面的な自由との関係を明らかにすることで、強制の不在を典型とする外面的な行為自由や、(Hoffmann-RiemやTruteのように)客観法的な枠組みに解消されない個人の“自由”を、法的な議論へと構成していくことを強く意識していた点にある、ということができよう。

個人が自由(あるいは自律的)であるといえるためには、強制の不在にとどまらず、自己自身を自ら定義し、それを踏まえたうえで自己のなす行為を自ら決定することができなければならない。しかし現実の個人は、他者との関係性の中で人格を發展させてゆくというその社会性ゆえに、他者が抱く自己に関するイメージにより当該イメージと矛盾する形で、自身が抱く自己イメージを外部的に表出することができなかつたり、あるいは自己イメージ自体を“自由”に決定することができなかつたりすることがしばしば見られる<sup>(208)</sup>。

もともと、他者との間主観的なコミュニケーションを通じて人格を發展させてゆく個人にとって、他者の抱く自己イメージによって自己の人格發展が影響を受けること自体は正常な状態であるともいえるため、どこまでが自由で、どこからが基本法上対処すべき不自由なのか、その境界線は不明瞭である。この点は自己描写をめぐるBritzの以下の叙述からも読み取ることができるだろう。

「自己選択のための内的な自由の領域が、自己描写を通じて増大するというイメージは、矛盾しているように聞こえるかもしれない。なぜなら、自己描写が自己選択を通じて初めて構成される必要のある自己、というものを既に前提としているように見えるからである」<sup>(209)</sup>

ここからBritzは、先に述べた自己描写の直接・間接的效果へと議論を進めてゆくわけだが、上記の引用箇所からは、自己描写がもつ二つの効果が相互に結びついていることが示唆されている。間主観的なコミュニケーションの中で他者の抱く自己イメージと衝突すること

---

(207) Britz (Anm. 87), S.59f., 63f. Britzは後に、オンライン判決の批判に際して連邦憲法裁判所に対して情報自己決定権論の精緻化を求めている。Vgl. Britz (Anm. 13), S.413f.

(208) Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.400ff.

(209) Britz (Anm. 87), S.39.

で自己自身を内心において反省する作用と、その反省の帰結として生じる自己イメージを社会的に妥当させようとするプロセスとは、明らかに密接な関係に立っている。個人の人格は、両者の相互作用を通じて発展していくのである。そしてこのことは、さらに以下のことも含意している。すなわち、Britz の議論における内面的な自由の領域は、他者とのつながりを欠いた真空領域では決してなく、外界の社会的領域とつながっているのである。個人は、内心において反省する「自己」を自身の内に置いて発見することはできない<sup>(210)</sup>。「自己」とは、社会的関係性から切り離された存在ではなく、むしろそのような関係性の中から創り出される存在なのだ<sup>(211)(212)</sup>。

この点は、Britz の議論の意義にとって、重要な意味を持っている。すなわち、個人の自律を（基本）法によって保障するためには、どこかで自分のことを自分で決めることのできる自己＝主体を提示する必要があるが、Britz の議論はそのような「決定する自己」自体が実際は間主観的なコミュニケーションに依存しているという深刻な矛盾に陥っているように思われる<sup>(213)</sup>。つまり、個人のアイデンティティ選択・発展を規定するコミュニケーションに解消し尽くせない個人あるいは自己決定する主体を明確に提示できないため、保障されるべき主体を特定することができなくなってしまうのである<sup>(214)</sup>。Britz は基本法上の保障はあくまで前提を保障するにとどまっておき、それを越えた自己責任に属する部分

(210) S. a. Luhmann (Anm. 119), S.133 (邦訳・100頁参照)。

(211) Denninger は、個人的アイデンティティと社会的アイデンティティという二つのアイデンティティが明確に分離されずに混在していることを理由に (Vgl. Schmitt Glaeser (Anm. 25), Rn.32)、社会関係または役割期待に解消されない「私」の存在を裏づけようとしているものと思われる。しかし、その都度その都度の役割期待に対して一貫性を保持するために措定される「私」が社会的に構築されたものでない何故言えるのかは明らかでない。Vgl. Denninger (Anm. 181), S.48f. なお、このように個人を社会的な関係性に対して開かれたものとするか、あるいは閉ざされたものとするかについて、連邦憲法裁判所は明確な立場を示していないという指摘が見られる。Vgl. Aulehner (Anm. 2), S.392f.

(212) これに対して石川健治教授は、関係そのものからの自由に真のプライバシーを見出すべきとしているが、これは（自己描写との関係から把握される）情報自己決定権とは別の議論と考えているようである。石川・前掲 205) 201 頁以下参照。また、このあたりの議論を社会学・心理学の議論も参照しながら、私法上のプライバシーの問題として議論するものとして、水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察」法学会雑誌 45 卷 2 号（2010 年）1-16 頁、同「プライバシーの意義」NBL936 号（2010 年）29 頁以下、特に 37 頁以下参照。

(213) S. a. Britz (Anm. 87), S.33.

(214) この点 Ladeur は、Britz の議論において、「自己」が複合的な文脈の中で構成・再構成されるものであることが無視されていると指摘している。Vgl. Ladeur (Anm. 3), S.52 Anm.83.

は、人間という存在に伴うリスクと（刺激的な）魅力（Reiz）であるというのが<sup>(215)</sup>、しかしこのような個人の社会性に鑑みれば、個人のある行為が他者とのコミュニケーションを通じた自由な人格発展行為なのか、あるいは自由な人格発展の可能性が閉ざされた状態の下での行為なのかという区別を、個人の自由ないし自律という観点から説明することが果たしてできるのだろうか<sup>(216)</sup>。また、Britzは基本権関連性が肯定されるべき場合として、人格プロフィールの創出に至るような徹底的な人格の探索と、性質上センシティブなデータや情報の取扱いという二つの場面を挙げている<sup>(217)</sup>。それらが強固なイメージ支配力をもち、人物についてのイメージ（偏見）を固定してしまうことがその理由として掲げられているが、しかしイメージ形成それ自体は正常なコミュニケーションの一環である以上、基本法上許されうる（あるいは、それにとどまらず人格発展のために不可欠な）イメージ形成と、排除されるべき強力な偏見とを個々の場面において説得的に区別できるのか、やはり疑わしいように思われる。Britzは保障されるべき人格に対する特別な危険を限定することで情報自己決定権を主観的権利として再構成することを企図しているが<sup>(218)</sup><sup>(219)</sup>、しかし、これまでの議論を踏まえた上で、人格発展の前提を脅かす特別な危険を説得的な形で特定することなどそもそも本当に可能なのだろうか。すでに述べたように、情報自己決定権によって主題化が試みられた個人の“自由”に対する危険の淵源は国家でも私人でもなく、個人の社会性にあるのだ。

このような難点によるのだろうか、Britzは自己描写権および情報自己決定権を人格の内面的構成要素という観点から再構成を試みているものの、その規範的根拠づけ・正当化の部分に比べて、実際にこれらの権利によってどのような場合にどのような権利が、いかなる限度で個人に認められるのかという法的構成については、十分な説明がなされているとは言い難

---

(215) Vgl. Britz (Anm. 87), S.83. このような自己描写の両義性については、s. a. Schlink (Anm. 25), S.243, Duttge (Anm. 6), S.304, Schickedanz (Anm. 31), S.708.

(216) Vgl. Bull (Anm. 18), S.52.

(217) Britz (Anm. 18), S.572. Denningerは、個人を社会的・コミュニケーション的に把握するAulehnerの議論に対する反論として、このような視点を徹底すると自律や自己責任という概念について論じること自体が無意味になると述べている。Denninger (Anm. 181), S.47f., ders. Freiheit durch Sicherheit?, KJ 2002, S.473.

(218) 情報自己決定権の主観的権利としての再構成を図る見解はBritz以外にも見られるが（Britz (Anm. 3), S.579ff., Bäcker (Anm. 8), Das IT-Grundrecht, S.6f., ders. (Anm. 8), Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, S.122f., Poscher (Anm. 6), S.180ff.）、重要なことは、これらの議論において人格に対する危険ないし介入の有無が社会環境や技術の変遷を考慮して判断されるものと位置づけられていることである（Britz, a.a.O., S.582ff., Bäcker, a.a.O., S.7, Poscher, a.a.O., S.188）。この点に、保護法益ひいては個人自身の社会的な文脈依存性がこの点に現れているといえよう。

(219) したがってBritzは、情報自己決定権がデータの利用・結合関係や萎縮効果といった理由から、直ちに広範な射程を有しているものと理解される傾向に対して批判的である。Britz (Anm. 3), S.577.

く、彼女の目指す情報自己決定権論の再構成としては不十分であると言わざるを得ない<sup>(220)</sup>。実際のところ彼女の議論は、問題を解決へと導くというよりもむしろ、その問題の所在をより鮮明にし、かつその深刻さを露わにしていると評価することもできるだろう。

## (2) Bull：情報自己決定権論批判

これまでの議論が情報自己決定権の再構成を志向していたのに対して、連邦憲法裁判所および学説による情報自己決定権論の展開に対して懐疑的な立場もみられる。以下では、その代表的な論者である Hans Peter Bull の議論に焦点を当てることにして、いわゆるデータ保護論者の主張の不合理性、非現実性を強く糾弾する Bull の主張は多岐にわたるが、ここでは本稿の関心に即して、情報自己決定権を通じた個人の「自由」、「自己決定」の保障というこれまでの議論に通底する問題に対する彼の態度を中心に、議論を整理してゆくことにしよう<sup>(221)</sup>。

### (a) 委縮効果論に対する批判

Bull は、個人情報の取扱いをめぐる議論において問題となっているのは、暴力や詐術を用いた手荒な行動様式のような、主観的権利への直接的な介入ではなく、個人情報の取扱いによって生じうる、個人の自由に対する不明確なリスクであるという。そして、連邦憲法裁判所の判決や学説上の議論に見られるように、そのような曖昧かつ不明確なリスクに対して個人が抱く不安が、委縮効果という形で個人情報の取扱いに対する否定的な判断と広範に結び付けられることに対しては懐疑的な態度を示している<sup>(222)</sup>。

「しかし、人間が根拠なく諸官庁に対して不安を抱いている場合に、それを理由として国家の権限を制限することは誤りである。人間の感情にのみ配慮する諸決定は、おそらく公共の福祉をほとんど促進しない。合理的な国家においては、その代わりに現実の状況について解明することが適切である」<sup>(223)</sup>

---

(220) Britz の議論に対するまとまった批判を展開しているものとして、Vgl. Bull (Anm. 18), S.51ff.

(221) データ保護に関して日本語で読める Bull の文献として、ハンス・ペーター・ブル「データ保護の必要性とドイツ・データ保護法の諸原則」北川善太郎＝ハンス・P・ブル編『社会とコンピュータ』（日本評論社、1983年）101頁以下がある。もっとも、データ保護の必要性を自己描写や自己決定、人格権保護といった視点から説くここでの Bull の議論は、以下で紹介する現在の Bull の議論とは大きく異なっている。

(222) Vgl. Bull (Anm. 18), S.16f., ders. (Anm. 49), S.1619.

(223) Bull (Anm. 18), S.65.

国家による個人情報取扱いによって生じるリスクについて不安を抱くこと自体は必ずしも不合理ではないが、実際に考慮に入れられるべき不安は、権限の逸脱や誤った法律解釈に基づく公権力の違法行為によって生じるリスクに対する不安に限定され、国家に対する個人の不安が一般的に保護されるわけではない<sup>(224)</sup>。またそのリスクも、抽象的に考えられるものすべてに対処することが国家に求められているわけではなく、現実的に考えて必要な範囲で対処すればよい。つまり国家には、常に最悪の事態を想定することまでは求められていないのである<sup>(225)</sup>。さらに Bull は、このような不安に対しては、法律を無効にすることによってではなく、比例原則の尊重や裁量の正当な行使などの、公権力による適法な権限行使を確保することによって対処されるべきである<sup>(226)</sup>と考える。

このような Bull の議論には一理ある。確かに個人関連データ取扱いに関する法律上の規定が不明確であるために、公権力が法律上の根拠が曖昧なまま、必要な範囲を超えて個人関連データを収集・利用し、最終的にそれが諸個人に対して不利益をもたらすことも想像される。しかし、それは十分な根拠がなければただの可能性に過ぎず、公権力による抽象的な濫用のリスク（に対する諸個人の不安）を理由に、法律の無効を求めることは不合理な場合も少なくないだろう。

しかし他方で、たとえ十分な根拠を欠いていようとも、このような不安が“現実”に個人の行為決定に影響を及ぼしているのであれば、個人の自由を実効的に保障するためには、このような不安を基本権保障に関する問題として考慮に入れることも許されるのではないか。個人の不安や不自由感それ自体を基本権保障における考慮対象からはずす Bull の議論に対しては、当然このような反論が考えられる。これに対して Bull は、このような議論がいかなる「自由」観に基づいているか、その理論的背景を整理したうえで批判を加えている。以下ではこの点をめぐる Bull の議論を見てゆくことにしよう。

## (b) 法化による自由の変質

Bull 曰く、国家による介入の排除を志向する、いわゆる「国家からの自由」が自分たちの政治秩序の主要概念であることについてはほとんど争いがない<sup>(227)</sup>。他方、基本法上議論されてきた「自由」には、これとは別にもう一つ、自己責任的行為のための自由 (Freiheit zu eigenverantwortlichem Handeln)、あるいは積極的自由があるという<sup>(228)</sup>。Bull はこの積極的

(224) Vgl. Bull (Anm. 18), S.69f., 82.

(225) このような観点から、Bull は連邦憲法裁判所の判例を批判している。Vgl. Bull (Anm. 41), S.83f.

(226) Vgl. Bull (Anm. 18), S.64, ders. (Anm. 41), S.83.

(227) Vgl. Bull (Anm. 18), S.9.

(228) Vgl. a. a. O., S.10.

自由を論じるものとして、Konrad Hesse の議論を参照する。Bull の批判の要点を明らかにするために、ここで Hesse の議論を少し長いが引用することにしよう。Hesse は、社会的法治国における基本法上の自由は、強制の不在、すなわち「国家からの自由」のみでは不十分だと述べている。

「周知の理解が、法治国家的自由原理の本質を（…）個人の自由を国家から保障する点において認めているとすれば、ここでは一面的かつその抽象的で孤立した思考が社会的法治国における自由の本質に対するまなごしを遮ってしまう。国家からの自由としての法治国家的自由には、（…）現実性を獲得し、もっぱら基本法において問題になる現実の自由の状態を保証することができない。

単なる国家からの自由としては、法治国家は現実の自由を生ぜしめることができない。なぜなら、“国家”の作用が“社会”が存在するための前提条件となったという展開を考慮に入れると、“国家から自由な領域”を限界づけたところで法治国家には、（社会が——引用者）国家の計画的、給付的および配分的な活動の発展に依存している状態を終わらせることはできない。法治国家は現実の自由を生ぜしめることができない。なぜなら、限界づけられたその領域は、個人が保護のないままに委ねられている、社会的な権力が活動するための活動領域に他ならない。法治国家は現実の自由を生ぜしめることができない。なぜなら、実現する機会を持つ自由とは、決してユートピア的な“自然の”自由ではなく法的な自由、客観法上保障され、秩序づけられた生活領域の自由であり、何か“本来的に”限定されないものではなく、何か法的に限定されたものではあるが、その限界の内において保護されたものである。なぜなら、この内容形成においてのみ、自由の保護や自由の維持を求める主観的な権利は実効的となりうるからである。さらに、法治国家は現実の自由を生ぜしめることができない。なぜなら、単に限界づけられただけの私的な任意の領域 (bloß ausgrenzte Sphäre privater Beliebigkeit) という意味における自由には、自身を維持し、保護し、そして保障することはできないからである」<sup>(229)</sup>

上記引用部分は、いわゆる配分原理を批判するくだりとして有名な箇所であるが、ここではあくまで本稿の関心に即して取り上げることにしよう<sup>(230)</sup>。Hesse の議論の要点の一つには、すでに述べたように国家からの自由という消極的自由の保障では、基本法上の自由保障とし

---

(229) Konrad Hesse, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in: ders. / Siegfried Reicke / Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung* (Tübingen, 1962), S.85f.

(230) 国家・社会二分論をめぐる考察の中で Hesse の議論を取り上げるものとして、工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、2009年）277頁以下、290頁以下を参照。

で不十分だという点にある。いわく、個人や（諸個人から構成されるという意味での）社会には独力で自由を実現していくだけの能力が欠けており、現実の自由の実現を国家に依存している。したがって、国家には基本法上の自由保障の名目のもと、人間間の関係を法的に秩序づけることで、自由を積極的に実現していくことが求められる<sup>(231)</sup>。

これまでの議論を踏まえれば分かるように、このような議論に対しては当然批判が予想される。すなわち、自由を“現実”に保障するためには法ないし国家が必要であるというが、実際に保障される場所のその「現実の自由」とは法的に形成された自由にすぎない。したがってその法によってつくられた自由に収まらない“自由”は基本権保障の視野の外に置かれることになる。つまり、個人の「自由」「自己決定」自体が法（国家）によって規定されることになり、その外に保障されるべき自由はない、というある種倒錯した事態が生じることになる。（基本）法の前にいる（はずの）個人の“自由”には法的通用力が認められておらず、もはや個人には（基本）法によって規定された「自由」を通じてしか、自己の人格を發展させてゆくことができないのだ。

もっとも、Hesse の立場からこのような批判に再反論することはそれほど難しくないのであろう。個人ないし社会の存在が実際に法ないし国家に依存するようになると、国家なくして自由は保障されないというにとどまらず、むしろ法によって保障された法的な「自由」の方がより現実的で、国家（法）からの“自由”の方がむしろフィクションであるように思えてくる。Bull も家族生活や選挙、経済活動などを諸個人の生活が法に依存している具体例として挙げているが<sup>(232)</sup>、諸個人の実生活の多くが、具体的内容形成という形で法的に構成されるようになると、法ないし国家を欠いた自由をイメージすること自体が困難になる。より直截的にいえばそのような“自由”は現実から遊離した幻想にすぎないのだ。

Bull は、情報をめぐる諸関係の透明性を確保することで発展の自由ないし基本権行使の前提条件としての自己決定を保障する情報自己決定権は、まさしくこのような「自由」観を背景にしていると考えているが、これは上記の議論と先に整理した情報自己決定権の客観法構成の議論との類似性からも明らかであろう。つまり、情報自己決定権によって保障される「自己決定」は、“自然”のものではなく、（基本）法的に構成された自己決定なのである。「現実の自由」の飽くなき追求は、結果として自由に対する緻密な客観法的裏付けを強いられることとなり、皮肉にも本来的な“自由”であったはずの個人の“自己決定”を（基本）法に売り渡す結果となってしまうのだ。そして Bull の多岐にわたる情報自己決定権批判の中でも最も興味深い批判は、情報自己決定権の背後にある「自由」観、いいかえれば自己決定の

---

(231) Vgl. Bull (Anm. 18), S.12.

(232) Vgl. a. a. O., S.12.

法化に対するそれであろう。

「もしわれわれがこの（他者が自己について何を知っているかについての——引用者）知識をもっていれば、つまりリスクがすべて排除されるのであれば、生活が幾分退屈なものになるだけでなく、新しいことや不慣れなこと、予想外のことを思い切って行う覚悟が、どのみちすでに衰えてはいるが、より一層減退してしまうことだろう。情報の完全な透明性の帰結は、一般的な大勢順応主義（Konformismus）であろう。支配者に対する自由な発言、つまり批判的な反論や、不正や抑圧に対する異議は、歴史的にみると、おそらく行為者がなにも恐れる必要がなかったということには決して依存しておらず、むしろ逆であった。ドイツ民主共和国では、月曜日になるとデモ参加者たちは、国家公安局が自分たちを監視し、記録していることを精確に知っていたにもかかわらず街頭に出た。これは自由な行為だったのだ！連邦憲法裁判所は法秩序への諸要請を、勇敢な自由の闘士に合わせる代わりに、リスクを回避する平均的な同国人がおそらく行うであろうことに合わせてきたのである」<sup>(233)</sup>

臆病な平均人の自由を保障するために、リスク・フリーな秩序の実現を追求すればするほど、「自由」の保障を根拠とする法化がますます進展してゆくことになる。しかし規範がより厳格に、より広範に、かつより詳細になればなるほど、社会はより規格化されたものとなり、官僚化が進展することになる<sup>(234)</sup>。法化によって個人の自由は馴致されたものへと変質してしまうのだ<sup>(235)</sup>。Bullによれば、自由とはむしろリスクのある不確実な状況において初めて

---

(233) A. a. O., S.47, ders. (Anm. 41), S.91.

(234) Vgl. Bull (Anm. 18), S.136. Bullは同じ箇所で、このような自由の保障を理由とする公権力の活動領域の前倒しが、自由の前提として安全の保障を求める議論と酷似していることを指摘している。データ保護を通じた自由の保障と安全を通じた自由の保障という、政治的には両極端の議論が、実際には議論の構造を同じくしている点は非常に興味深い。Vgl. Abweichende Meinung der Richterinnen Haas, BVerfGE 115, S.374.

(235) Bullは法化に伴って生じるもう一つの問題として、データ保護に関する規範が複雑で込み入ったものになればなるほど、その実効性が疑わしくなってくることを指摘している。Vgl. Bull (Anm. 41), S.92.

その真価を発揮するものなのである<sup>(236)</sup>。

### (c) 情報文化論

上記のように、Bullは個人情報の取扱いの広範な法化によって「自由」が変質してしまうことを懸念している。個人関連データの取扱いが個人の行為に影響を及ぼしうることは確かだが、(自由な)自己決定を規範的な根拠とする情報自己決定権を通じて、個人関連データの取扱いを包括的に法化の対象とすることに対して、Bullは極めて批判的な態度を示している。それでは、Bullの議論においては「個人関連データの取扱い」と「(基本)法」とはいかなる関係に立つのだろうか。この点、「憲法はある社会の文化を代替するものではなく、文化を表出するものである。社会をまとめ上げるのは政治ではなく文化なのである」という当時の連邦議会議長の言葉を引用した後<sup>(237)</sup>、Bullは以下のように続けている。

「基本法は文化の表出である。(しかし、——引用者)技術的に支えられた大量の情報処理は、いまだ文化に現われ出てはおらず、法学説や判決、世論が基本法から何を読み取ってきたのかということも、安定した価値の確信について語り、これに基づいて現実の諸争点を実際に満足に克服できるほどには十分に明らかではない。技術の利用という新たな諸現象は、いまだ一般的に受け入れられる情報文化の対象ではない」<sup>(238)</sup>

Bullによれば、法の、法としての通用性はそれ自体として根拠づけられるものではなく、法規範は前法的な文化ないし社会現象を書き示したものとして、われわれのうちに定着するものでなければならない<sup>(239)</sup>。これを個人情報の取扱いをめぐる諸問題についてもあてはめると、各種情報取扱いの可否の判断は問題とされる取扱いに対応する情報文化(Information-skultur)に従って判断されることになる<sup>(240)</sup>。しかしその一方で、急速に進展する、かつ比較的新しい事態に属する情報技術の進展については、一般的に受け入れ可能な文化が広く社会

---

(236) 社会国家批判に対して再反論していることから分かるように、Bullの立場は自律的な個人に強くコミットしているわけではない(Vgl. Hans Peter Bull, Sozialstaat - Krise oder Dissens?, in: Michael Brenner u. a. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel (Mohr Siebeck, 2004), S.57ff.)。しかし他方で、社会保障制度・政策の具体的内容形成については立法・行政に大きな裁量が認められており、基本的には政治の問題とされている。したがって、裁判所や学説による憲法解が果たす役割は相対的に小さい(S.68ff., 75)。

(237) Norbert Lammert, Süddeutsche Zeitung 20, 12, 2007.

(238) Bull (Anm. 49), RDV S.54.

(239) Vgl. Bull (Anm. 49), RDV, S.48ff.

(240) Vgl. Bull (Anm. 18), S.6.

においてすでに醸成されているとは言い難い。ではどうすればよいのか。

「情報技術の判断のために、われわれは政治倫理をも必要としている。技術の具体的な利用諸形式をその都度個別に判断しなければならず、法律上の一般条項の適用に際しても、社会的適合性という追加的な原則を引き合いに出さなければならない」<sup>(241)</sup>

つまり、目前の問題を解決する上で参照すべき、定着した社会規範が存在しない場合、問題とされる情報取扱いの社会的相当性は個別にかつ綿密に熟考されなければならないということである<sup>(242)</sup>。要するに、アドホックな政治的解決が志向されているのである。Bull は論争的な討論や説得的な政治的決定、情報利用の創造的な実践が、いまだ不十分な情報文化のさらなる進展に寄与するものとする一方で、情報文化の定着にはまだなお時間を要するとの見通しを示している<sup>(243)</sup>。いずれにせよ Bull の議論においては、抽象的な理念から個人情報取扱いをめぐる諸問題の解決が演繹的に導かれるのではなく、関係する諸利益を冷静に考慮に入れたその都度の実務的・実践的な解決を積み重ねることで、やがて来たるべき情報文化の到来に備えるという漸進主義がとられているのである<sup>(244)</sup>。

#### (d) 小括

Bull の議論をまとめてみよう。Bull によれば、個人関連データをめぐる問題とは、その実態は各種利害の衝突であり、この衝突は自生的に展開する情報文化を考慮した上で、それとの相互作用の中で行われる法の制定・改正およびその執行によって個別に調整されるべきものである。そこでは「自由」や「自己決定」は規範的な出発点とはなりうるが、これらの概念の下で個人の漠然とした不安感といった不合理な感情を具体的な法的保護の対象とすることは、かえって問題の適切な解決を妨げるものとされている<sup>(245)</sup>。このような理由から、Bull は個人情報の取扱いをめぐる諸問題に対して、基本法上の自由・自己決定という視点から体系的に議論を展開していくこと自体に否定的な態度を示している<sup>(246)</sup>。

---

(241) Bull (Anm. 49), RDV S.54.

(242) Vgl. a. a. O., S.54.

(243) Vgl. a. a. O., S.54. プライバシーを慣習という枠内で捉えられる静態的なものと理解する一方、科学技術の進展等の新たな展開に直面した際には、プライバシー概念の解釈について自律という規範的な原理に立ち返ることの重要性を説く見解として、Rössler (Anm.), S.212ff.

(244) Vgl. Bull (Anm. 41), S.96.

(245) Vgl. Bull (Anm. 18), S.123f.

(246) Vgl. a. a. O., S.28f., 137.

このような Bull の議論、すなわち基本権保障における前提条件としての「自由な自己決定 (freie Selbstbestimmung)」の非主題化は、見る者の立場によっては社会 (情報文化) と個人の合理性への信頼に依拠したある種の楽観主義に見えることだろう。個人が現実に行う決定・行為はしばしば不合理な感情の影響を受けているが、そのような個人の自由はあくまで情報文化に対応する限りにおいて法的保障に値することになる。したがって、いわゆる社会通念と個人の自由との緊張関係を重視する見解からすれば、Bull の議論は「個人」の自由を軽視する不十分な議論と映るだろう。しかし、Bull にいわせればこのような個人の“自由”の保障は、そもそも法による解決になじまないのである。保障されるべき個人の自由・自己決定はむしろ法の外にある。「自由」「自己決定」を (基本) 法的に追求する Hesse の議論は、法ないし国家の介入を招き、かえって“自由”の喪失を招くおそれがある。漠然とした不安に駆られて、「自己決定」の前提保障という名目で個人の内面までも基本権保障の対象に含めようとする試みは、かえって保障されるべき自由を変質させ、ひいては失わせることにつながるのだ<sup>(247)</sup>。Bull によれば、むしろこのような法化による自由の馴致化の回避こそが、個人の自由・自己決定を保障するために求められていることなのである<sup>(248)</sup>。このように考えると、具体的な権利としての規範的根拠を「自由な自己決定」に求める情報自己決定権は、根本的に誤っていることになるだろう。個人の自由・自己決定は、国家による保護の誘惑を撥ねつけ、リスクを引き受けることによってのみ確保することができる<sup>(249)</sup>。したがって、其処には基本法を通じて対処すべき問題は存在しないのである。

## まとめ

情報自己決定権論とは何だったのか。整理の仕方は様々だろうが、一つには、命令・強制を伴わない個人関連データの取扱いによって生じる (とされている) “不自由” をいかに基

---

(247) Vgl. Bull (Anm. 41), S.94. 「現実の自由」の追求が、恣意の自由の喪失につながることを示唆するものとして、櫻井智章「法治国家の「形式性」の論理」法学論叢 152 巻 2 号 (2002 年) 136 頁以下、152 巻 4 号 (2003 年) 136 頁以下参照。

(248) Duttge (Anm. 6), S.283f. また Podlech は、産業社会の進展と官僚主義化を背景とする生活領域の過度な法化の禁止 (Durchrechtlichungsverbot) もまた、基本権 (人格の自由な発展) の要請するところであるとする。もっとも、彼の議論では、情報自己決定権はこのような要請に応えるものとして位置づけられている。Vgl. Podlech (Anm. 60), Rn.26ff., 32f., 44f., s. a. Ernst Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: ders./ Maihofer/ Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts 2. Aufl. (Walter de Gruyter, 1994), Rn.49ff.

(249) 文脈はやや異なるが同種の議論を展開していると思われるものとして、渡部・長友・大屋・山口・森口『情報とメディアの倫理』(ナカニシヤ出版、2008 年) 72 頁以下 (大屋雄裕執筆) 参照。

本法上の問題として構成するか、という問題意識を背景に展開された議論であると説明することが可能だろう。

本稿の分析でまず明らかになったのは、個人関連データ及びその取扱いそれ自体が問題なのではなく、問題は個人の自由な人格の発展が、それらのデータ取扱いの背景にある社会的文脈に依存しているという点にある。つまり、情報技術の進展を一つの契機とする新しい「自由論」の展開は、「データ」と区別される意味での「情報」に象徴される間主観的な世界の主題化を求めていたのである。「自己の個人データの開示および利用について原則として自分で決定する」権利という定義のもとで当初展開された情報自己決定権の所有権的構成が抱えている最大の誤りは、この点を見逃していた点にある。個人関連データ・情報の取扱いの内に自由の侵害を見出す場合、その根拠は個人の恣意ないし不快感に求めるのではなく、当該取扱いがいかなる社会的文脈において、いかなる作用をもちうるかという観点から、自由の侵害を侵害たらしめるメカニズムについて精緻な分析を行うことが求められることになるだろう<sup>(250)</sup>。また、ここで見出される侵害への対処も、（単に関係性を遮断することによってではなく）社会的関係性の存在を前提に、いかにそれを法的に制御するか、といった観点から行われなければならない。

情報自己決定権の客観法構成は、このような社会的関係性を正面から取り上げ、個人関連データ・情報の取扱いをめぐる社会的文脈を、客観法秩序を通じて法的に制御することで、個人の自由を基本法上保障することを試みた。このような客観法構成は、問題の所在を正確に認識している点では評価に値する。しかし他方で、情報自己決定権論の客観法的構成の下で行われる、個人関連データ・情報の取扱いに関する社会的文脈制御の具体的な態様については、立法者の広範な裁量に委ねられている。このような客観法構成において、社会的関係性の法的制御を通じた「自由な自己決定」ないし「人格発展（の前提条件）」の保障は、個人の自由とどのように結びついているのか。あるいは、社会的関係性の法的制御を根底において支えている「人格の自由な発展」とは、いかなる内実をもった概念なのか。情報自己決定権論の客観法構成に対しては、その規範的正当（統）性について疑念が提起されるのである。

情報自己決定権論の客観法的構成が直面している、以上のような問いに対する応答として、本稿では Britz と Bull の 2 人の情報自己決定論をとりあげた。しかし、内面の自由の主題化

---

(250) 人間が常に社会的関係の内において存在することを前提に、保護法益の理解にとって具体的な場面における社会的関係性の認識が重要であるとする見解として、Vgl. Rühl (Anm. 48), S.93f. Rühl は、自己描写権をはじめとする一般的人格権の背景に連邦憲法裁判所が据えている「自己決定の思想 (Gedanken der Selbstbestimmung)」を、他者決定からの保護と、コミュニケーション・プロセスにおける主体性の保護を意味するものと捉えている。Vgl. Rühl, a. a. O., S.94f., BVerfGE 54, S.155; 65, S.42.

を試みることで議論の再構成を図る Britz の議論も、結局のところ保障されるべき“個人の自由”の導出に成功しているとは言い難い。社会的文脈の法的制御に一定の意義を認めつつ、なお(基本)法に規定されない個人の自由について語ろうとすると、いきおいそのような文脈に解消されない個人の自由・自己決定について語らざるを得なくなる。しかし、個人の人格発展、ないし人格発展する自己の社会性を議論の出発点において認めてしまっている以上、(基本)法によって保障されるべき自己(主体)を確かな形で提示することができないのだ。他方、最終的に個人と社会(情報文化)への信頼に依拠する Bull の立場に立てば、冒頭の問題を憲法上の問題として議論すること自体が否定されることになるだろう。Bull からすれば、(基本)法を通じて矯正されるべき歪んだ自己決定の存在を認めること自体が、個人の自由を変質させ、失わせることにつながるのである。保障されるべき自己決定は、法の「外」にあるのだ。

かくして、情報自己決定権論は重大な隘路に直面する。いわゆる「情報」をめぐる問題を基本法上の自由論として論じようとする、個人関連データ取扱いの背景にある、間主観的な社会的文脈を主題化することが必要になる。しかし、このような文脈の法的制御を通じた「自己決定」の法化が一旦開始されてしまうと、決定から行為に至るまでの個人の人格発展プロセス全体が(基本)法的に制御された社会的関係性によって規定されることになり、そのような規定性から免れた“個人の自由(主体性)”の存在そのものについて疑念が生じてくることになる<sup>(251)</sup>。しかしそうであるからといって、「法化」を否定すると、そもそも出発点たる“不自由”を基本法上の問題として議論することができなくなってしまう。“ビッグ・ブラザー”はもとより憲法上の自由権論とは無関係だったのだ。個人の自由をいかにして憲法上保障するのか、憲法において保障される「自由」とはいかなる自由なのか。情報技術の発展を契機とする新しい自由論は、法と“自由”をめぐる解消困難なパラドクスを示唆している。

(付記) 本稿は、2014年3月に神戸大学大学院法学研究科に提出した博士論文「法と自由に関する一憲法学的考察」の一部に加筆・修正を行ったものである。

---

(251) 質的個人主義の追求によって生じうる逆説的な事態については、石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック憲法(改訂版)』(日本評論社、2000年)149頁参照。

また、自由と法制度との関係をめぐる「非分別思考は、基本権的自由の現代的課題を基本権による保障のうちに取り込み、その裏返しとして、基本権を法制度に依存させるものとなる」という小山教授による記述は、情報自己決定権論についても問題状況を適切に表現するものである。しかし本稿を見れば分かるように、「峻別思考と非分別思考との間に、第三の着地点を探求する」小山教授の試みに対しては、本稿筆者はやや悲観的である。小山・前掲146)42頁以下参照。