



ドイツ連邦憲法裁判所による「私的生活形成の核心領域」論の展開

高橋, 和広

(Citation)

神戸法學雑誌, 64(3/4):123-177

(Issue Date)

2015-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81008878>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81008878>



神戸法学雑誌第六十四巻第三・四号二〇一五年三月

ドイツ連邦憲法裁判所による 「私的生活形成の核心領域」論の展開

高橋 和 広

1. 序

公権力による一切の介入が禁止される、「私的生活形成の核心領域」(Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung)⁽¹⁾あるいは「私的生活形成の不可侵領域」(Der unantastbare Bereich der privaten Lebensgestaltung) (以下、単に「核心領域」)⁽²⁾⁽³⁾という概念がドイツの判例・学説において見られることは、ドイツ

-
- (1) 当該概念を取り上げる近年の邦語文献として、實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」長崎県立大学国際情報学部研究紀要第13号(2012年)29頁以下がある。
 - (2) 核心領域という用語は、市町村の権限(BVerfGE 79, S.143)や集会の自由(BVerfGE 57, S.245f.)あるいは意見表明の自由(BVerfG, 1 BvR 444/13 vom 24.7.2013, Rn.23. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20130724_1bvr044413.html)に関する判例でも用いられているが、本稿では特に断りのない限り「核心領域」は私的生活の核心領域を指すものとする。
 - (3) 判例・学説では、「親密圏(Intimsphäre)」あるいは「内的領域(Innenraum)」をはじめとして様々な名称が用いられており、その意味する内容についても相違・変遷が見られる(Ilmer Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, Duncker & Humblot, 2011, S.15f., Johannes M. Barrot, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, Nomos, 2012, S.74ff.)。本稿では一切の介入・衡量を受けない

法学を研究対象にする者にとっては周知のことに属するだろう。もっとも、連邦憲法裁判所による判例に限定しても、初期の判例から現在に至るまで一貫して用いられているこの概念は、以下で見るように非常に不明確な概念であり、現在に至るまで判例・学説によって十分にその内実が特定されておらず、公権力活動の規律という規範的な法概念として当該概念がもつとされる独自の意義について、懐疑的なまなざしが向けられてきた。近年においても、当該概念の規範的意義を否定するものから再定式化を試みるものなど、様々な観点から議論が展開されるに至っている。

本稿筆者の関心は、このような不可侵の核心領域保障をめぐる議論が、基本権ないし憲法上の自由理解にとっていかなる意義を有しているのかという点にある。しかし、そのような理論的考察は別稿に譲ることとし、本稿ではさしあたりその準備作業として、当該概念をめぐる連邦憲法裁判所による議論の展開を整理することにしよう。以下では、連邦憲法裁判所が「私的生活の核心領域」に言及した諸判決・決定の内、特に公権力による個人関連情報取扱いの違憲性が争われたものを中心に取り上げる⁽⁶⁾。そして、当該概念をめぐる連邦憲法裁判所の議論が、第2次日記決定（BVerfGE 80, 367）や大盗聴判決（BVerfGE

という意味での不可侵の核心領域論を考察の対象とし、その限りににおいて名称の相違には拘泥しないこととする。

- (4) Barrot (Anm. 3), S. 22f., Manfred Baldus, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, JZ 2008, S.222f., Matthias Herdegen, in: Maunz u. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Band I, C. H. Beck 2009, Art.1 Abs.1, Rn.90, H.-D. Horn, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VII, 3.Aufl., C. F. Müller 2009, Rn.77.
- (5) それぞれの立場について近時の代表的な論稿として、以下の文献をあげておく。Dammann (Anm. 3), S.1ff., Barrot (Anm. 3), S.1ff.
- (6) Dammannの論文では、私的生活形成の不可侵領域論がかかわる問題を、行為自由の限界、情報収集に対する保護、私人間における基本権衝突という3つの類型に整理している。もっとも、「私的生活の不可侵領域」という概念は規範的意義を喪失しているという彼の主張は、特定の類型に限定されたものではない。Vgl. Dammann (Anm. 3), S.219ff.

109, 279) といった重要な判決・決定を経る中で、いかなる難題に直面し、その議論を変化させていったのか、という観点から連邦憲法裁判所による議論の展開を整理してゆく。そして、判例に対する学説の批判も合わせて参照することで、連邦憲法裁判所の展開する「核心領域」論に、規範的な法概念としての独自の意義を見出すことが困難になっていることを確認することにしよう。

2. 第2次日記決定までの連邦憲法裁判所判例の展開

本節では、「核心領域」論における重要判例の一つである、第2次日記決定⁽⁷⁾ (BVerfGE 80, 367) を取り上げる。被疑者によって書かれた日記類似の手記を刑事裁判において利用することの可否が争われた本決定は、賛否同数⁽⁸⁾の下で憲法異議を退けたその判断が厳しい批判を浴びたことなどから、比較的有名な判例に属するだろうが、これから論ずるように連邦憲法裁判所による核心領域論の展開にとっても重要な転機となった判例といえる。以下では、当該判決がそれまでの判例の流れの中でどのように位置づけられるものであり、またその後の判例の展開（ないし空転）とどう結び付いているのか、という観点から分析を進めていくことにしよう。

(1) 公権力による情報取扱いと核心領域論

(a) エルフエス・同性愛判決

最初に、連邦憲法裁判所による核心領域論に関する一般的な定式を確認しておこう。

(7) この判決については、根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的人格権の保護」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）25頁以下、同「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編『人権と憲法裁判』（成文堂、1990年）91頁以下参照。

(8) Max-Emanuel Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, S.112ff.

「けれども、連邦憲法裁判所は公権力を絶対的に免れる私的生活形成の究極の不可侵領域を承認している（…）。重大な公共の利益でさえもこの領域への介入を正当化することはできない。比例原則の基準に従った衡量も行われない（…）。このことは、一方では基本権の本質的内実の保障（基本法19条2項）から生じ、他方で人格の核心が人間の不可侵の尊厳を通じて保護されていることから導き出される⁽⁹⁾」

現在までに下された多くの裁判例を見れば分かるように、公権力による個人のいわゆる“プライベート”な情報の収集・保存・利用の合憲性が争われる際、この核心領域が争点となることは、ドイツではもはや定番になっているといっ⁽¹⁰⁾てよい。しかし、先行判例を見る限り、核心領域論と公権力による情報取扱いとのつながりは、必ずしも自明であるとは言えない。まずはこの点を、参照されている先行判例を元に確認することにしよう。

連邦憲法裁判所による核心領域論の出発点は、1957年のエルフェス判決⁽¹¹⁾（BVerfGE 6, 32）であるとされている⁽¹²⁾。当該判決は、基本法2条1項から一般的行為自由の保障を導出した判決として著名な判決であるが、私的生活の不可

(9) BVerfGE 80, S.373f.

(10) Z. B., BVerfGE 109, S.313ff.; 113, S.390ff.; 120, S.335ff.; 124, S.69f.; 129, S.245ff.

(11) この判決を取り上げる文献は多いが、ここではさしあたり、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）42頁以下、恒川隆生「憲法裁判における基本権保障理論の考察（二）」法政論集97号（1983年）234頁以下参照。

(12) Elke Gurlit, Kernbereich privater Lebensgestaltung in der deutschen und europäischen Verfassungsordnung, in: Hessischer Datenschutzbeauftragter u. a. (Hrsg.), Privatheit und Datenschutz, 16. Wiesbadener Forum Datenschutz, Rn. 4 (<http://www.datenschutz.hessen.de/forum2007.htm#entry2615>), Maximilian Warntjen, Der Kernbereichsschutz nach dem Online-Durchsuchungsurteil, in: Fredrik Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen. Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27. Februar 2008, Berlin, 2008, S.57, Matthias Köter, Pfade des Sicherheitsrechts, Baden-Baden, 2008, S.30.

侵はいかなる文脈の中で言及されたのか。該当箇所を確認することにしよう。

「法律（Gesetze）は、規則どおりに（*ordnungsmäßig*）公布されれば、それだけで“憲法適合的（*verfassungsgemäß*）”になるわけではない。法律は実質的にも、憲法上の価値秩序としての自由で民主的な基本秩序がもつ、最高の基本的諸価値と調和していなければならない。それも不文の基本的な憲法上の諸原理や基本法の根本的な諸決定、特に法治国家原理と社会国家原理とも適合していなければならない。とりわけ法律は、基本法における最高の価値である人間の尊厳を侵害してはならない。それも人間の精神的、政治的、および経済的自由を、それらの本質的内実が侵害されるほど制約してはならない（基本法19条2項、1条3項、2条1項）。ここから、各市民には私的生活形成の領域が憲法上強く留保されているということ、つまり、公権力全体の作用を免れた、人間の自由の最終的な不可侵領域が存在するということが明らかになる⁽¹³⁾」

本判決が旅券機関の不延長による外国旅行の自由侵害を争点としていたことも合わせて読めば、上記引用箇所の主眼は公権力に対する絶対不可侵の領域よりもむしろ、立法者が基本法に拘束されることを正当化する点にあったことが分かるだろう。周知のように、このエルフェス判決は、当時争いのあった基本法2条1項⁽¹⁴⁾の保障内容をめぐる争いにつき、同条項が一般的行為自由を保障している旨を明言したことで著名な判決である。上記引用箇所も、明文の根拠を欠いた基本法上の自由に対する立法者の拘束を説いたものに過ぎないという指

(13) BVerfGE 6, S.41.

(14) 「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」

摘もなされているように、本決定を以て一般的行為自由ないし比例原則⁽¹⁵⁾と区別される独自の保障を認めたものとは直ちには解しがたい。つまりエルフェス判決における核心領域への言及は争点と関係のない傍論に過ぎず、公権力による情報取扱いに対する基本法上の保障について、本判決では直接的な根拠となるような議論は展開されていないのである。この点は第二次日記決定⁽¹⁶⁾において、エルフェス判決に続いて引用されている同性愛判決（BVerfGE 6, 389）においても変わらない。

「確かに（エルフェス判決において述べられたように——引用者）、“公権力全体の作用を免れた”、つまり立法者の侵入が絶対的に禁じられた“人間の自由の最終的な不可侵領域が存在する”。しかし、人間の行為が他者の領域に影響を及ぼしている場合、家族法上の諸関係のような、この行為の共同性（*Gemeinschaftlichkeit des Handelns*）によっていまだ緊密な親密圏に属しているように思わせる特別な諸状況がなければ、この（不可侵——引用者）領域とは離れている。原則として、行為は他者の人格領域と接触した時点ですでに、社会と関連づけられ、その社会との関連がその行為を法にとって接近可能なものとする。それでも、他者との“コミュニケーション”の中でとり

(15) Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmungsrecht, Baden-Baden : Nomos, 2005, S.193, Baldus (Anm. 4), S.218, Klaus Rogall, Kernbereichsmystik im Strafverfahren, in: Edda Weßlau u. Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, Berlin, 2008, S.73.

(16) 本判決が薬局判決（BVerfGE 7, 377）による比例原則審査が確立する前に下されたことも指摘したうえで、エルフェス判決は比例原則審査と区別される独自の違憲審査を掲げるものではなかったと指摘するものとして、Vgl. Dammann (Anm. 3), S.221ff. 薬局判決については、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性」『ドイツの憲法判例』前掲註11）272頁以下参照。

(17) Vgl. Barrot (Anm. 3), S.36f., Dammann (Anm. 3), S.34, Detlef Krauss, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S.378, Dietwalt Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Duncker & Humblot, 1980, S.70f.

行われる諸事象も、基本法2条1項及び1条1項の観点から立法者の干渉を免れることがある。というのも、その場合、介入の許容性は、行為の“社会的関連性”が十分に強力かどうか⁽¹⁸⁾に依存しているからである」]

これは、同性愛行為に対する可罰性を肯定する過程で述べられた箇所である。個人の行為に対する規制の必要性が、他者との関係性の中から生じるものであることが述べられる一方、そのような関係性の発生を以て直ちに規制が正当化されるわけではなく、規制の可否はあくまで社会的関連性（Sozialbezug）の強度に依存していることが論じられていることが分かるだろう。重要なことは、ここでいう「社会的関係性」は、他者との関係性を通じて既に公的関心の対象となっている特定行為に対する規制の可否を判断する中で言及されているのであって、（後で見るように）核心領域への帰属を判断するための指標として掲げられている訳ではないということである。⁽²⁰⁾

このように、当初の判例における核心領域への言及は、公権力による情報取扱いと結びついていないだけでなく、比例原則に代表される通常の違憲審査と区別される独自の意義を持っているかという点でも疑わしいものであった。しかし、連邦憲法裁判所はこの後、これらの判決を参照しながら私的生活の核心領域を、公権力による情報取扱いに対して比例原則の及ばない独自の領域を保障する概念として確立させてゆくことになる。以下では、ミクロセンサス決定をはじめとする、公権力による情報取扱いに際して核心領域が言及された諸判

(18) BVerfGE 6, S.433.

(19) もっとも事案に対する実際の判断は、同性愛行為の道德律違反を理由に簡単に合憲判断が下されている。BVerfGE 6, S.434ff.

(20) Vgl. Albers (Anm. 15), S.194. S. a. BVerfGE 35, S.220. これに対して Barrot は、本判決を核心領域保障の具体化と捉えている。このような見方に従えば、核心領域保障と社会的関係性が矛盾しないことは、すでにこの段階で示唆されていたことになる。Barrot (Anm. 3), S.38f., s.a. Walter Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee / Kirchhof, HStR, Bd. VI, Freiheitsrechte, 2.Auflage, C.F.Müller, 2001, § 129, Rn.36, m. Anm.108f.

例を見てゆくことで、核心領域論と情報取扱いとがどのように結び付けられ、また核心領域論自体がどのように変化していったのかという点について、見てゆくことにしよう。

(b) ミクロセンサス決定以降

その後の判例において核心領域論が下火になる中で、連邦憲法裁判所が公権力による個人関連情報取扱いに対する憲法上の限界との関係で、初めて核心領域を詳細に論じたのがミクロセンサス決定⁽²¹⁾（BVerfGE 27, 1）である。本決定⁽²²⁾では抽出国勢調査の合憲性が争われたが、核心領域論が説かれたのは、当該調査のうち「休暇・保養旅行」に関する調査の基本法1条1項及び2条1項違反の有無について判断された箇所である。統計調査のような公権力による情報取扱いと核心領域の保障とはどのように結びついているのか。

「基本法の価値秩序において、人間の尊厳は最高の価値である（…）。基本法のすべての規定と同様に、人間の尊厳への信奉が基本法2条1項をも支配している。国家は法律を含むいかなる措置によっても人間の尊厳を侵害してはならず、さらに基本法2条1項で引かれている諸制限を超えて、人の自由をその本質的内実において侵害することができない。それによって基本法は、公権力の作用を免れる私的生活形成の不可侵領域を市民個人に認めている（…）。

このような人間像に照らすと、共同体における人間は社会的価値ないし尊重要求をもっている。人間を国家における単なる客体とすることは、人間の尊厳に反する（…）。たとえ統計調査という匿名性の保障されたものであつ

(21) この判決を取り上げる邦語文献として、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）126頁以下、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）287頁以下、291頁以下参照。

(22) 本判決以前にも核心領域あるいは親密圏に触れる判決はあるが、いずれも簡単な言及にとどまっている。Vgl. BVerfGE 10, S.59; 18, S.147.

でも、人間をその全人格において強制的に記録し、カタログ化することや、それによって人間を、あらゆる関係について現状を知ることでできる物のように取り扱うことを、国家が自己の権利として要求しようとすれば、それは人間の尊厳と合致しないだろう⁽²³⁾」

エルフェス・同性愛判決における核心領域に関する一般的な説示が確認された後、人間の尊厳論へと議論が進められている。公権力による情報収集活動によって個人の全人格を把握することは客体理論⁽²⁴⁾の下で許されないとして、公権力による情報取扱いが場合によっては人間の尊厳を侵害する事態を生じさせることがここで確認されているのである。もっとも、核心領域論と直接結びつくのはこの箇所ではない。

「国家には、そのように市民の諸々の人間関係を包括的に覗き込むことによって人格領域へと侵入することが禁じられている。なぜなら、自由で自己責任のある人格発展のために、個人には“内的領域 (Innenraum)”が残されていなければならないからである。その領域において個人は“自分だけのものとなる (sich selbst besitzt)”。また、“個人はそこに引きこもることができ、外からそこに立ち入ることはできない (in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat)。そこでは邪魔されることなく、一人きりでいる権利を享受することができる (in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt)” (…)。場合によっては——たとえば評価中立的なものであったとしても——、公の関心がもつ心理的な圧力を通じて人格の自由な発展を妨げうるような覗き込みによって、国家がこの領域に介入することも考えられる⁽²⁵⁾」

(23) BVerfGE 27, S.6.

(24) 客体理論についてはさしあたり、井上典之「いわゆる「人間の尊厳」について」阪大法学43巻2・3号（1993年）623頁以下、玉蟲・前掲註21）99頁以下参照。

(25) BVerfGE 27, S.6f.

ここから、個人の全人格を把握することが公権力に禁じられている理由として、外界からの干渉を一切遮断された内的領域の保障が掲げられていることが分かるだろう。⁽²⁶⁾そしてこのような内的領域への侵入が生じるのは、公権力によって個人の全人格が把握される場合に限られない。全人格の把握はあくまで内的領域侵害の一例にすぎないのである。こうして連邦憲法裁判所は、公権力による個人情報の収集に対抗しうる新たな規範の根拠を持ち出すことで、独自の憲法上の保障を導出したのである。もちろん、個人情報に関する統計調査がおよそ基本法のもとで禁止されるわけではない。「例えば国勢調査におけるように、共同体に関連し、また拘束される市民として、誰もが計画的な国家行為の前提条件として、個人に関する統計収集の必要性を一定の範囲において甘受しなければならない」⁽²⁷⁾のである。

以上、基本法における不可侵領域保障の確認から、公権力による情報取扱いに対する基本法上の保障とその限界に至るまでの判決文を概観した。もっとも、先行判例との連続性の有無、あるいは判例における核心領域保障の内実の変化に対する判決の論理は、上記を見ただけでは明快であるとは言い難い。以下、順を追って整理していくことにしよう。

まずここで指摘すべきことは、国家による情報収集行為が親密圏の保障として基本法上の問題となりうること自体はすでに学説において論じられていたものの、本判決時点では、情報自己決定権⁽²⁸⁾はまだ連邦憲法裁判所によって基本

(26) 内的領域保障が客体理論と区別される形で導出されていると整理する見解として、Vgl. Dammann (Anm. 3), S.136ff., Horn (Anm. 4), Rn.75, s. a. BVerfGE 109, S.312f. 核心領域保障の特性を、人間の尊厳の保障内実を積極的に特定するものである点に見出すものとして、Vgl. Claus Roxin, *Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung*, in: Heinz Schöch/Roland Helgerth u.a. (Hrsg.), *Recht gestalten – dem Recht dienen*, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Berlin, 2007, S.161f., Christoph Gusy, *Lauschangriff und Grundgesetz*, JuS 2004, S.458.

(27) BVerfGE 27, S.7.

(28) 情報自己決定権についてはさしあたり、小山剛「単純個人情報の憲法上の保

権として承認されておらず、公権力による情報取扱いに対する基本法上の保障根拠については未だ議論の決着を見ない状態にあったということである。とりわけ、直接的な行為自由の制約を伴わない情報取扱い行為に対する基本法上の制限を、法律上の命令・禁止を要件とする古典的な介入防御権の枠組で説明することは困難であった。⁽²⁹⁾ 本判決において、核心領域を確認した直後に人間の尊厳論（客体理論）が連邦憲法裁判所によって展開された背景には、公権力による情報取扱いに対する憲法上の保障を説くにあたって、介入防御志向とは異なる枠組みが必要であったという事情があったと推測される。もっとも、すでに見たように判決では「国家が個人の全人格を把握すること」が禁止されており、その根拠として客体原理の違反が挙げられてはいるものの、客体理論自体がもつ不明確さもさることながら、いかなる情報が個人関連情報にあたるのか、その外延も明らかではなく、また時間的な経過の中で個人関連情報の中身も変化するであろうことを考えると、「全人格を把握する」というのが何時、どのような事態を指すのかも定かではない。⁽³⁰⁾ そこで連邦憲法裁判所は、基本

護」論究ジュリスト1号（2012年）118頁以下、同『憲法上の権利の作法（第2版）』（尚学社、2011年）99頁以下、松本・前掲21）94頁以下、玉蟲・前掲21）281頁以下、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巻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巻2号（2013年）57頁以下、同「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集法学政治学篇60巻2号（2014年）105頁以下参照。

(29) Vgl. Albers (Anm. 15), S.195, Dammann (Anm. 3), S.228f.

(30) Z. B. Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2.Aufl., Tübingen, 2004, Art.1 I, Rn. 53, Tatjana Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Berlin, 1990, S.48f., Martin Nettesheim, Die Menschenwürde zwischen transzendentaler Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR 130 (2005), S.79ff., Dammann (Anm. 3), S.144ff. 再反論として、Vgl. Wolfram Höfling, Unantastbare Grundrechte, in: Gröschner u. Lembcke (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen, 2009, S.118f.

(31) Albers (Anm. 15), S.197. 人格プロフィール作成の禁止はその後の連邦憲法裁判所の判例の中で頻繁に登場する一方 (BVerfGE 65, S.42f.; 109, S.323; 112, S.319;

法における公権力による全人格把握の禁止を導きうる根拠として「内的領域の保障」を持ち出し、それを私的生活の核心領域の保障へと入れ込んだものと考えられる。⁽³²⁾⁽³³⁾ こうして私的生活の核心領域は、行為自由を志向する介入防御志向とは異なる基本権保障の在り方が探求される過程で、その位置づけないし役割を変化させたのである。

この結果、核心領域論はどのように再定式化されることになったのか。この点は、マイクロセンサス決定の翌年に下された、離婚文書決定（BVerfGE 27, 344）において明らかにされる。

「連邦憲法裁判所は確立した判例において、基本法が公権力の作用を免れた私的生活形成の不可侵領域を市民個人に認めていることを承認してきた（…）。個人の親密圏の尊重という憲法上の強い要請は、基本法2条1項によって保障された人格の自由な発展の権利をその根拠としている。この基本法の内容および射程を定めるにあたっては、基本法1条1項という根本規範に従って、人間の尊厳は不可侵であり、またすべての国家権力によって尊重され、保護されなければならないということを顧慮しなければならない。そのうえ、基本法19条2項に従い、2条1項に由来する権利もその本質的内実において侵害されてはならない。

それでもやはり、私生活の全領域が基本法1条1項および19条2項と連携

125, S.330, 333f.)、当該概念の有用性について懐疑的な見解も少なくない。Vgl. Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden : Nomos, 1987, S.165ff., Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in : Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrecht, 2003, Rn. 25ff., ders., Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts, DV 42 (2009), S. 99f.

(32) Vgl. BVerfGE 27, S.7

(33) 現在では連邦憲法裁判所の判例において、人格プロフィールの形成と核心領域保障とは区別されている。Vgl. BVerfGE 109, S.323, Dammann (Anm. 3), S.151ff.

した2条1項に由来する絶対的な基本権保護の下にあるわけではない(…)。むしろ、国家による諸々の措置が私的生活形成の不可侵領域を侵害しない限り、比例原則の厳格な遵守のもと公共の利益のために生じる措置については、⁽³⁴⁾共同体と関連し、拘束された市民として誰もが甘受しなければならない」

それまで規範的意義の不明確であった核心領域論は、比例原則を排除し、⁽³⁵⁾外界からの介入を一切認めない親密圏(Intimsphäre)を根拠づける一方で、それと同時に、親密圏と同様に明示の条文上の根拠を欠いた「私的生活領域(der Bereich des privaten Lebens)」をいわばその上位概念として導き出すことによって、他の情報取扱い行為についても比例原則による相対的保障を通じて規律することを正当化した。⁽³⁶⁾こうして、私的生活の核心領域論は公権力による情報取扱い行為に対する憲法的保障全体を根拠づけるものとして、新たな位置⁽³⁷⁾価値を獲得したのである。

(2) 核心領域侵害の判定をめぐる展開

(a) 第二次日記決定以前

以上のようにして再定式化された核心領域の範囲は、どのようにして画定されるのだろうか。保障されるべき核心領域の内実を視野に入れつつ、次にこの点をめぐる判例の展開を見ていくことにしよう。マイクロセンサス決定において、公権力による情報収集に対する基本法上の保障が根拠づけられる一方で、市民の共同体関連性・拘束性を理由とする、いわゆる「基本法の人間像」⁽³⁸⁾のもの

(34) BVerfGE 27, S.350f.

(35) S. a. BVerfGE 34, S.245.

(36) この点にマイクロセンサス決定と先行判例とのつながりを見出すものとして、Vgl. Rohlfs (Anm. 17), S.73.

(37) Vgl. Albers (Anm. 15), S.197.

(38) 「基本法の人間像」については、Vgl. BVerfGE 4, S.15f. この判決については、根森健『『基本法の人間像』と基本法の経済政策的な中立性』『ドイツの憲法判例(第2版)』前掲註11) 35頁以下参照。また、連邦憲法裁判所による「基本法の

とで、その保障が限界づけられたことはすでに見た。

先ほど引用した箇所から、連邦憲法裁判所が、外界から隔絶された内的領域を人格発展にとって不可欠のものと考えており、当該領域は公権力による（情報収集を通じて心理的な影響を及ぼすことも含む）一切の侵入が禁止される不可侵領域に属すると考えていることが分かるだろう。もちろん、個人情報に関する統計調査がおよそ基本法のもとで禁止されるわけではないことはすでに述べたとおりである。それでは、不可侵領域侵害の有無はどのような基準で判断されるのだろうか。本決定は以下のように続いている。

「それゆえに人に対する統計上の質問は、それが本性上、秘密とされるべき性格（von Natur aus Geheimnischarakter）をもった、人間独自の生活領域を把握するものであり、それによってこの内的領域（innerer Bezirk）を、統計的に解明が可能であり、かつ必要でもある資料にする形で公にするものである場合には、屈辱的で自己決定権を脅かすものと感じられる場合がある。…それに対して、統計調査が外界（Außenwelt）における人間の行為と結びついているにすぎない場合には、たいてい人間の人格は統計によって未だその私的生活形成の不可侵領域において“把握”⁽³⁹⁾されていない」

外界から隔絶された内的領域を、統計を通じて外界から接近可能になるように具象化することが禁止される一方で、情報が人間の行為を通じて既に外界と結びついている場合には、外界に属する当該行為を介して情報を収集してももはや不可侵領域に触れることはない。つまり、公権力の絶対不可侵が妥当するのはいまだ外界に表れていないという意味で純粋に精神的な領域に限られており、⁽⁴⁰⁾行為ないし身体⁽⁴⁰⁾の属する外界において個人は、共同体に拘束された市民

人間像」論の展開については、押久保倫夫『『個人の尊重』の意義』前掲註7）『人権と憲法裁判』47頁以下、玉蟲・前掲註21）25頁以下参照。

(39) BVerfGE 27, S.7.

(40) Vgl. Gabriele Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, Mohr Siebeck,

として一定の条件を満たした公権力活動を受忍しなければならないということである⁽⁴¹⁾。

マイクロセンサス決定では、このような判断基準の下、旅行の行き先や機関、宿泊形態、交通手段といった事項の申告を求めた本件調査について、(困難ではあるものの)本人への質問を介さずとも調査可能であるといった理由により親密圏の開示を求めるものではないと判断されている⁽⁴²⁾。このような判断に対しては、事実上本人の同意を得ずとも情報入手が可能であるかどうか⁽⁴³⁾が基準となっているとの指摘がなされているが、確かに決定を読む限り本人の内心の発露を伴わない限り、第三者からの情報入手も含めて広く不可侵領域の侵害は否定されるように思われる。この点、ソーシャル・ワーカーの証言拒絶権が争われた後の判例(BVerfGE 33, 367)において、クライアントがソーシャル・ワーカーに話した会話内容について、クライアントがソーシャル・ワーカーに対して自由意思によって内心を打ち明けた(sich mitteilen)ことを理由に、当該会話の核心領域への帰属が否定されたのも、同種の判断ということができよう⁽⁴⁴⁾。

2007, S.30.

- (41) このように解すると、例えば住居内部における行為の観察についても核心領域侵害を免れることとなりうる。あるいは最も奥深くにある生活領域(innerste Lebensbereich)は精神的な領域に限られないのかもしれないが、その場合、親密圏と外界における行為との区別は曖昧なものとなっていく。マイクロセンサス決定における内と外の区別が漠然不明確であることを指摘するものとして、Albers (Anm. 15), S.198, Barrot (Anm. 3), S.43, 108.
- (42) BVerfGE 27, S.8. また、匿名性の保障による個人関連性の欠如も重視されている点は、国勢調査判決(BVerfGE 65, S.47ff.)との比較という点でも興味深い。BVerfGE 27, S.7f.
- (43) Barrot (Anm. 3), S.43, 109.
- (44) BVerfGE 33, S.377, Dammann (Anm. 3), S.36f.

これに対して、本人の伝達意思という個人の主観的要素を重視したものと解釈する見解として、Barrot (Anm. 3), S.51. ここからBarrotは、自由な伝達意思に基づく他者とのコミュニケーションを欠いた自己内対話が核心領域に含まれるとしている。

独り言が核心領域に含まれるかについては現在でも裁判上の争点となってい

このように、公権力の情報取扱いによる核心領域侵害の有無が連邦憲法裁判所の判例上、外界との接触ないし行為の社会的関連性を基準として概ね形式的に判断され、かつ問題⁽⁴⁵⁾となった情報の当該領域への帰属が比較的簡単に否定されているの⁽⁴⁶⁾に対し、これとは異なる審査方法を示唆しているのが、録音テ

るが（比較的近時の裁判例として、BGH, Urteil v. 22. 12. 2011-2 StR 509/10, JZ 2012, S.582ff. この判決については、Vgl. Matthias Jahn, Tagebuchfall revisited, JZ 2012, S.561ff., Gunter Warg, Anmerkung, NStZ 2012, S.237ff., Wolfgang Mitsch, Strafprozessual unantastbare “Kommunikation mit sich selbst”, NJW 2012, S.1486ff.）、そこでは連邦憲法裁判所の判例が引用されつつ、それとは異なる議論が展開されているようである（Vgl. Till Zimmermann, Selbstgespräch und Kernbereich privater Lebensgestaltung, GA 2013, S.163）。ここではさしあたり不可侵保障に肯定的な見解として、Rohlf (Anm. 17), S.141, 227. 否定的な見解として、Vgl. Dammann (Anm. 3), S.103ff., insb. S.109ff., 159ff. Rogall は、本決定において社会的関連性の有無は事実としてのコミュニケーションの発生ではなく、実効的な刑事司法という公共の利益との衡量の中で判断されているとしているが（Rogall (Anm. 15), S.75）、問題の箇所（BVerfGE 33, S.378）では、核心領域ではなく私的領域保障一般について述べられている。連邦憲法裁判所も、犯罪との関連性が認められれば、必ずしも他者とのコミュニケーションの発生は要件としていないものと解されている。Vgl. Roxin (Anm. 26), S.167, BVerfGE 80, S.376f.; 109, S.319f. S. a. Dirk Lammer, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, Duncker & Humblot, 1992, S.76, BVerfGE 35, S.220.

(45) Vgl. Rohlf (Anm. 17), S.78f.

(46) 他に核心領域侵害が否定された判例として、前記離婚文書決定及び医師カルテ決定（BVerfGE 32, 373）がある。離婚手続の過程で作成された文書を公務員に対する懲戒手続に利用することの可否が争われた前者の決定においては、当該文書に記載された夫婦生活の核心領域への帰属が否定された理由を、本件では夫婦生活が裁判手続における権利・利益衝突を通じて公的な関心の対象となっていたことに求める見解が見られる（Ernst Benda, Privatsphäre und “Persönlichkeitsprofil”, in: Gerhard Leibholz (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen, 1974, S.30f.）。確かにこのように理解すれば、内心にとどまらない情報の核心領域への帰属も可能になる（もっとも Benda 自身は、核心領域への帰属も比例原則によって判断されるべきとし、衡量を免れた領域を承認することに対しては否定的な態度を示している。Vgl. a. a. O., S.31）。しかし、判

ブ決定⁽⁴⁷⁾ (BVerfGE 34, 238) である。本決定では会話内容を秘密裏に録音した録音テープの刑事手続における利用の可否が争われたところ、当該録音記録の核心領域への帰属を判断するにあたって、以下のような判断基準が判決において示された。

「秘密裏での録音は、いつ私的生活形成の絶対的な不可侵領域に触れるのか、また録音が、一定の諸要件の下で国家の干渉に開かれている私生活の領域と関わるにすぎないのはどのような場合か、といったことは非常に抽象的な形でしか確定することができない。この問いに満足のゆく形で答えることができるのは、事案が持つ諸々の特殊性を考慮に入れ、ケース・バイ・ケースで判断する場合に限られる⁽⁴⁸⁾」

以上のような基準を掲げた上で、連邦憲法裁判所は本件について、録音された会話の内容が事業に関する話し合いであったことから、不可侵の親密圏 (die unantastbare Intimsphäre) へと算入されうる、極めて個人的な事柄 (höchstpersönliche Dinge)⁽⁴⁹⁾ ではないと判断した。

ここで重要なことは、以下の2点に整理される。1点目は、核心領域の範囲が本決定以前よりも拡大しているように見えることである。すでに見たミク

決文を読む限り、問題の箇所は当該文書の利用に対する限界を論ずる中で述べられているものと思われ、不可侵領域への帰属は刑事手続における被疑者カルテの押収・利用が争われた医師カルテ決定 (BVerfGE 32, S.379) と同様に、検討するまでもなく否定されたのではないかと考えられる (Barrot (Anm. 3), S.49)。なお、判旨の理解について同様の批判が妥当と思われるものとして、Christoph Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Mohr Siebeck, 1997, S.147.

(47) この判決を取り上げる邦語文献として、松本・前掲註21) 129頁以下、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編『人権と憲法裁判』(成文堂、1990年) 88頁以下参照。

(48) BVerfGE 34, S.248.

(49) Vgl. BVerfGE 34, S.248.

ロセンサス決定やソーシャル・ワーカーの証言拒絶権が争われた決定を見る限り、本件で刑事手続への利用の可否が争われた会話内容は社会的関係性、具体的には他者との自発的なコミュニケーションが生じている時点で、それ以上の検討を要することなく核心領域への帰属が否定されうる事案であった⁽⁵⁰⁾。しかし、本決定ではこのような会話内容についても個々の事情を考慮に入れたケース・バイ・ケースの判断の下、場合によっては核心領域への帰属が認められる旨が述べられている⁽⁵¹⁾。

これと関連する2点目として、核心領域への帰属を判断するにあたって、会話内容がきわめて個人的(höchstpersönlich)なものかどうかが実体的な基準とされたことである⁽⁵²⁾。このような基準は、核心領域の範囲拡大に伴って生じた新しい問題であるといえる。なぜなら核心領域侵害の有無を判断するためには、当該領域への帰属を問題とされる情報が、すでに行わないしコミュニケーションを通じて外界へと表出されていなければならないが、このような情報はミクロセンサス決定以降の諸判例が示す基準のもとでは、コミュニケーションが発生した時点ですでに核心領域への帰属が否定されるべきものであった。いいかえれば、この情報のHöchstpersönlichkeitの有無という問題は、それまでの基準のもとではそもそも問題として生じる余地がなかったのである。もっともいかなる内容がhöchstpersönlichにあたるという点については、連邦憲法裁判所はその判断基準を積極的には示していない⁽⁵³⁾。

(50) Vgl. Dammann (Anm. 3), S.37, Barrot (Anm. 3), S.53.

(51) Vgl. Dammann (Anm. 3), S.39, Rohlf (Anm. 17), S.79f. このような判断基準が核心領域判断の不安定化につながったとする見解として、Vgl. Barrot (Anm. 3), S.23.

(52) Dammann (Anm. 3), S.39, Barrot (Anm. 3), S.52f. “höchstpersönlich” 概念自体は、患者の個人情報をめぐる私的領域保護の文脈ですでに判例上言及されているが(Vgl. BVerfGE 32, S.380)、本決定を境に核心領域論(社会的関連性)と結びつけられるようになる。Vgl. Barrot, a. a. O., S.110ff.

(53) この点は、いわゆる領域理論の欠点ともされてきた。Vgl. Erich Schickedanz, Das informationelle Selbstbestimmungsrecht, BayVBl 1984, S.705.

核心領域の範囲をめぐる、これまでの連邦憲法裁判所による判例の展開をここで整理しておこう。すでに述べたように、マイクロセンサス決定を転機として核心領域論は、公権力の情報取扱いに対する基本法上の保障を根拠づける概念として再定式化されることになった。もっともそこでの核心領域は、境界線が曖昧であるのみならず、少なくとも他者とのコミュニケーションが生じている場合にはその帰属が容易に否定されるなど、その保障範囲は狭く解されており、この点は学説からも批判の対象となっている⁽⁵⁴⁾。しかし、録音テープ決定⁽⁵⁵⁾において、そのような展開に変化が見られることになる。そこでは、コミュニケーションについても一定の場合には核心領域への帰属が認められることが述べられる一方、帰属の有無の判断は会話内容も考慮に入れた上で個別的に判断されることになり、内外の境界線はより一層不明瞭になった。

これらの点は、いずれも核心領域論にとって重大な要素である。それではこうした変化は、第二次日記決定にどのような影響を及ぼしているのか。あるいは核心領域論自体にとって、いかなる意義を有しているのか。

(b) 第二次日記決定

これまで整理してきた連邦憲法裁判所判例の展開を念頭に置いたうえで、第二次日記決定を見てゆくことにしよう。本決定において、核心領域侵害はいかなる基準によって判断されるものと考えられているのか。またそこでは、核心領域はどのようなものとして理解されることになるか。

「行為ないし情報は、他の人間の人格領域との関連が生じた時点ですでに、法的に規制されることを可能とするような社会的意義を与えられる。しかし、それにもかかわらず他者とのコミュニケーションの中で執り行われる諸事象が高権的介入を絶対的に免れることもありうる。人としての人間 (der

(54) Vogelgesang (Anm. 31), S.42ff., Rohlf (Anm. 17), S.78ff., 123f.

(55) Dammann (Anm. 3), S.37.

Mensch als Person) は、その人格の核心においても、必然的に社会的な諸関係の中で存在している。それゆえに、ある事実関係 (Sachverhalt) が私的生活形成の不可侵領域に属するのか、それとも一定の諸要件のもとで国家の介入に対して開かれているような私的生活の領域に属するのかは、社会的な意義ないし関係一般が存在するか否かではなく、それらがいかなる態様のものであり、またどの程度強力なものであるかに依存する。このことを抽象的に言い表すことはできず、個々の事案が持つ諸々の特殊性を考慮に入れた場合にのみ満足のゆく形で答えることができる (…)⁽⁵⁶⁾」

このように述べた後、連邦憲法裁判所 (第2法廷) は刑事手続における私的生活の核心領域を定めるためには、当事者の秘匿意思 (形式的基準)⁽⁵⁷⁾ と、問題となっている事実関係がその内容に照らして höchstpersönlich な性格を持っているか、当該事実関係がそれ自体として他者の領域 (Sphäre) や共同体の関心事 (die Belange der Gemeinschaft) といかなる形態および強度において関わっているか (内容的基準) という二つの構成要素を考慮に入れなければならないと述べる⁽⁵⁸⁾。そして日記およびそれに類する記録についても、刑事手続における利用は当初より排除されているわけではなく、その利用可能性は当該文書の内容がもつ性格と意義 (Charakter und Bedeutung des Inhalts) に依存しており、

(56) BVerfGE 80, S.374.

(57) 個人の秘匿意思については、あくまで副次的な基準にすぎないという見解が多い。Vgl. Albers (Anm. 15), S.274, Dammann (Anm. 3), S.46. 核心領域保障が人間の尊厳と結び付けられるようになるに従い、秘匿意思は判例上言及されなくなってゆく。Vgl. Jae-Young Son, Grenzen der sog. »Kernbereichs-Dogmatik« des Bundesverfassungsgerichts, in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Duncker & Humblot, 2011, S.530. これに対して、核心領域保障が私的生活内部における自己決定や人格の自由な発展を根拠としていることを理由に、主観的メルクマールの重要性を指摘するとともに判例における秘匿意思の扱いを批判する見解もみられる。Vgl. Barrot (Anm. 3), S.106ff., 172ff.

(58) BVerfGE 80, S.374.

それらの文書が具体の可罰的行為と直接的な関係にある場合には、不可侵領域への帰属は否定される。⁽⁵⁹⁾ また、文書の利用可能性を調べるために、当該文書に目を通すことは憲法上禁止されているわけではないが、その一方でそのような検査の際には、適合的な諸々の措置を通じた最大限の慎重さが求められる旨が確認されている。⁽⁶⁰⁾

上記のように整理される判旨は、これまでの判例の展開の中でどのように位置づけられるだろうか。コミュニケーションの発生をもって、直ちに核心領域の保障から排除されるわけではないことは録音テープ決定においてすでに示されていたが、上記引用箇所ではこのような変化が核心領域論に対していかなる意味をもっているかが示唆されている。上述したようにマイクロセンサス決定においては、基本法の人間像は核心領域の外側において個人の自由が限界づけられていることを説明するものとして位置づけられていた。すなわち、そこでは社会的関係性の有無を境として、内的領域の絶対不可侵が保障される一方で、他者と共生する外界においては、個人は共同体の一員として、一定の自由の拘束を甘受すべきこととされていたのである。これに対して本決定では、人間が本来的に社会的諸関係の中で生きてゆく存在であることが確認されることによって、これまでとは異なる核心領域論が展開されていると見ることができる。以下では、この点について整理してみよう。

まず、核心領域が関係性の存在と矛盾せず、むしろそれを前提とするものとして再定式化されることで、核心領域への帰属を社会的関係性の有無によって判断することはできなくなった。⁽⁶¹⁾ これによって、核心領域の内外を区別する絶対的な境界は消滅し、領域間の相違は今や、社会的意義の態様・程度を基準としたいわば関係性内部における相対的なものにすぎなくなってしまっている。⁽⁶²⁾ また、核心領域に対するこのような理解の変化は、裏面として社会的諸

(59) BVerfGE 80, S.374f.

(60) BVerfGE 80, S.375.

(61) Lammer (Anm. 44), S.77f., Dammann (Anm. 3), S.37.

(62) Vgl. Di Fabio, in: Maunz / Dürig (Hrsg.), GG Band I, Lfg. 39, 2001, Art.2 I,

関係を離れたところで個人の自由・人格の発展について論じる余地を失わしめることとなったことも指摘する必要がある。社会的関係性をもった行為が核心領域に含まれうるという点については、そのような関係性が人格の発展にとって重要な役割を果たしていることを理由に、学説においても肯定的な見解が見られる⁽⁶³⁾。しかし見方を変えればこれは、核心領域論がその再定式化を通じて、個人の自由・人格発展をその核心においても社会的関係性に拘束するものへと変化したと見ることもできる。第二次日記決定以降の連邦憲法裁判所による核心領域論の展開に対する有力な批判として、社会的関係性の内実を基準とする核心領域への帰属の判断、とりわけ犯罪関連事項の核心領域からの除外に際して、本来衡量を免れるべき核心領域の確定という外形のもとで、刑事訴追や安全保障の重要性との衡量が行われているというものがあるが、このような批

Rn.161, Martin Nettesheim, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011), S.20. 国勢調査判決にその淵源を見る見解として、Vgl. Geis (Anm. 8), S.113, Monika Desoi u. Antonie Knierim, Intimsphäre und Kernbereichsschutz, DÖV 2011, S.401f. 根森・前掲註47) 96頁も参照。Albersによれば、同性愛判決でも見たように社会的関係性は、もともと他者との間主観的な相互作用へと埋め込まれることを意味しており、核心領域の内実とは無関係であったところ、第二次日記決定において同概念は、問題とされる行為ないし情報が持つ社会的意義ないし重要性を指すものへと変換し、核心領域の内容に関する基準とされるに至った。Albers (Anm. 15), S.273, m. Anm.522. また、第二次日記決定を境に社会的関連性の内実が「行為」のそれから「思考内容」のそれへと変換していったと整理するものとして、Vgl. Dammann (Anm. 3), S.38.

(63) Z. B. Geis (Anm. 8), S.115f. 根森・前掲註47) 97頁以下も参照。

(64) Dammann (Anm. 3), S.51, Barrot (Anm. 3), S.55f., Geis (Anm. 8), S.116, Nils Teifke, Das Prinzip Menschenwürde, Mohr Siebeck, 2011, S.21ff. Nettesheim (Anm. 62), S.20, Knut Amelung, Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG, NJW 1990, S.1757f., Georg Krüpper, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate, NJW 1990, S.420, Frank Lucien Lorenz, Die Verwertung von Tagebüchern zur Urteilsfindung im Strafprozeß, GA 1992, S.270, Desoi u. Knierim (Anm. 62), S.402. また、玉蟲・前掲21) 386頁以下も参照。

(65) Classenは、連邦憲法裁判所の議論は衡量ではなく、人間の尊厳の制限的解釈であり、またいずれにせよ結論は変わらないとして再反論している (Claus Dieter

判が生じる淵源は、上述したような核心領域の性格の変化にあると考えられる。つまり、社会的関係性の存在を与件とする核心領域論への転換と、関係性の発生と諸利益衡量の必要性ないし公共の福祉による制約とを結びつけてきた、連邦憲法裁判所自身による同性愛判決以来の説明とは一体いかなる関係に立っているのか、あるいは関係性の発生と核心領域の保障は、いかにして矛盾なく両立しうるのか、連邦憲法裁判所は納得のゆく説明を怠っているのである。

次に、核心領域への帰属の有無は問題とされる各事実関係の *Höchstpersönlichkeit* を基準に判断されるため、具体的場面における帰属の有無を判断するにあたって、当該事実関係の具体的内容を考慮しなければならなくなったことが挙げられる。もっとも、どういった事実関係が *höchstpersönlich* であるとして、核心領域への帰属が認められるかは明らかではなく、この点は後の判例においても（具体例は示されるものの）未だ不明確なままである。⁽⁶⁷⁾ さらに——詳細は後述するが——、核心領域への帰属の有無

Classen, Die Menschenwürde ist – und bleibt- unantastbar, DÖV 2009, S.697f. *Höchstpersönlichkeit* の解釈（内在的限界）と刑事訴追上の利益（外在的限界）の区別を説くものとして、Vgl. Christian Ernst u. Jan Sturm, Nichtöffentlich geführte Selbstgespräche und der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, HRRS 2012, S.377f. 他に判例を擁護する見解として、Zimmermann (Anm. 44), S.167)。もっとも、人間の尊厳の保障内実がどのようにして導出されるかは明らかでなく、また仮に結論が衡量によるそれと変わらないのであれば、衡量とは別に人間の尊厳を保障することの意義がなくなるという批判も考えられよう (Dammann (Anm. 3), S.62, Anm.224)。また、尊重要求という観点から連邦憲法裁判所による議論の説明を試みるものとして、Ralf Poscher, Menschenwürde und kernbereichsschutz, JZ 2009, S.269ff. (ラルフ・ポッシャー (松原光宏・土屋武訳)「人間の尊厳と核心領域保護」比較法雑誌46巻3号(2012年)137頁以下参照), insb. 274ff. krit. Dammann (Anm. 3), S.163ff.

(66) 「個人が、社会の中で生活する市民として、他者とのコミュニケーションに入り、その行為を通じて他者に影響を及ぼし、またそれによって共同体の関心事とかかわる場合は特に、優越する公共の諸利益の下で諸々の制約が必要となりうる」(BVerfGE 80, S.373)。

(67) Vgl. Manfred Baldus, Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck, in: Peter

がHöchstpersönlichkeitを基準に個別に判断されるようになったことは、後の大盗聴判決以降の連邦憲法裁判所による核心領域論の展開に少なくない影響を及ぼしていると思われる。すなわち、一方で連邦憲法裁判所の判断枠組に従えば、核心領域への帰属を判断するためには、問題の事実関係の中身を確認する必要が生じることから、情報収集段階における核心領域保護に困難が生じることとなった。また他方で、一定の領域ないし空間への侵入を理由に不可侵領域の侵害を認定するという判断枠組は、少なくとも連邦憲法裁判所の多数意見の採るところではなくなった。⁽⁶⁸⁾

以上のような核心領域に対する理解については、本件決定において判事たちの間で見解の対立は見られない。意見の対立は、本件被告人の書いた日記類似の手記につき、その核心領域への帰属をめぐる生じており、その対立は、思考が文書へと書き記されることによって直ちに不可侵領域への帰属は否定されることになるか、⁽⁶⁹⁾ 犯行との結び付きが肯定されるためには、どの程度の関

Schaar (Hrsg.), *Folgerungen aus dem Urteil des Bunderverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung*, Bonn 2005, S.10, Dammann (Anm. 3), S.52ff., Geis (Anm. 8), S.116, Kötter (Anm. 12), S.204, Michael Lindemann, *Der Schutz des <Kernbereichs privater Lebensgestaltung> im Strafverfahren*, JR 2006, S.197. 積極的に定義する必要はないとする部会決定も見られる。Vgl. BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), *Beschl. V. 11. 5. 2007-2BvR 543/06*, NJW 2007, S.2757, Rn.40f.

(68) Classen (Anm. 65), S.697. 大盗聴判決における少数意見については、Vgl. BVerfGE 109, S.382ff.

(69) BVerfGE 80, S.376, 381. 本決定では文書への記載が、核心領域侵害が否定される理由の一つとされているが、この点は学説からの批判も多い (Georg Krüpper, *Tagebücher, Tonbänder, Telefonate*, JZ 1990, S.420)。決定では日記を刑事裁判における証拠資料として利用することに肯定的な見解として Forstthoff の論文が参照されているが (S.376)、本決定の時点ですでにかかなり古い文献に属し、刑事裁判において親密圏を論じることにもそもそも否定的な同論文が参照されたことを批判する論者も見られる。Vgl. Ernst Forstthoff, *Der Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht*, in: *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe, 1964*, S.43, Geis (Anm. 8), S.116, Barrot (Anm. 3),

連性が求められるのか、といった点に関する見解の相違に由来していた。他方、不可侵領域自体に関する一般的理解については、両意見の間にそれほど大きな差異は見られない。核心領域侵害の有無を本件手記の内容が持つ社会的関連性の態様・程度によって判断している点や、犯罪関連事項の核心領域からの除外、そして核心領域への帰属の有無を判断するために必要な一瞥（⁽⁷⁰⁾erste

S.56f.）。その後の判例では明示的な判例変更のなされないまま反対意見の見解へと連邦憲法裁判所の立場が変わっていることが指摘されている。Vgl. Dammann (Anm. 3), S.47, Son (Anm. 57), S.530, Zimmermann (Anm. 44), S.166. BVerfGE 109, S.319; 120, S.335f.

- (70) BVerfGE 80, S.376ff., 382. Dammann (Anm. 3), S.42f., Barrot (Anm. 3), S.57. 犯罪行為との結びつきを理由に一律に核心領域からの排除を正当化することに対しては学説からの批判が強く (Lindemann (Anm. 67), S.198)、比例性の観点からも結論を正当化することができないと批判されている (Enders (Anm. 46), S.466f., Barrot (Anm. 3), S.56)。また、この論点についても連邦憲法裁判所の立場は後に反対意見のそれへと移っていったと理解されている。Vgl. BVerfGE 109, S.319. Vgl. Roxin (Anm. 26), S.163, Son (Anm. 57), S.531, Lindemann (Anm. 67), S.194, Barrot (Anm. 3), S.65, 117, Maximilian Warntjen, *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, Baden-Baden, 2007, S.60, Zimmermann (Anm. 44), S.168. 他方、このような理解に留保を付すものとして、Rogall (Anm. 15), S.72.

- (71) Barrot (Anm. 3), S.55.

- (72) Albersは、本決定では問題とされた手記の社会的意義が専ら国家からみた認識・利用利益によって判断され、かつそれが当該手記の内在的な性質であるとされているために、個人の基本権保護の視点が抜け落ちてしまっていることを強く批判しており、またこの点については反対意見も同罪であるとしている。もっとも、彼女は問題を問主観的に通用する「情報」の法的制御という彼女の情報自己決定権論の枠組みの中で捉えており、核心領域保障を情報自己決定権と性質の異なる問題としてとらえていないように思われる。Vgl. Albers (Anm. 15), S.273ff., dies., *Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2.Auflage, C.H.Beck, 2012, Rn. 65. Albersの情報自己決定権論については、拙稿・前掲註28)「理論的考察」132頁以下も参照。

Sichtung)⁽⁷³⁾の許容など、連邦憲法裁判所による核心領域論の展開というこれまでの検討を踏まえれば、むしろその共通点のほうが目立っているともいえよう。

(c) 小括

まとめると、連邦憲法裁判所による核心領域の再定式化は、内外にあった(はずの)境界線の消滅を経て、当該領域の消滅をも示唆するに至っている。第二次日記決定において核心領域論は、比例原則などの諸利益間衡量が通用する領域と区別される独自の意義をすでに見失いつつあったといえるだろう。他方、このような判例の展開を、核心領域の「保護の相対化」とする整理⁽⁷⁴⁾には、直ちには賛同しがたい。行為を通じた内心の外界への発露を基準とするマイクロセンサス決定以来の判例の展開を見る限り、文書への記載を理由に不可侵領域侵害が否定されることは全く想定外であったということもないだろう。「外向的でない思惟の世界」⁽⁷⁵⁾の外側に核心領域保障を及ぼしうる枠組を、連邦憲法裁判所は最初から提供していなかったのである。核心領域を、社会的関係性を含む形で再定式化したこと——あるいは情報自己決定権の承認も——についても、それが情報の取扱い、ないし社会的関係性が人格の発展にとって重要な意味を持っていることを連邦憲法裁判所が認め、それを基本権保障に反映するための試みであったと考えれば、むしろ核心領域の実効的保障を試みたものとして肯定的に評価する余地⁽⁷⁶⁾もないではない。いずれにせよ、文書への記載をめぐる

(73) S. a. BVerfGE 80, S.381. 認識獲得の可能性をもって核心領域保障から排除することは、事実上の可能性と法的な許容性とを混同するものであるとの批判がある。Vgl. Barrot (Anm. 3), S.57.

(74) Geis (Anm. 8), S.114. 根森・前掲註47) 91頁参照。

(75) Geis (Anm. 8), S.115.

(76) 連邦憲法裁判所が社会的関係性の存在する領域にも核心領域保障の余地を認めていることを肯定的に評価する見解として、Vgl. Geis (Anm. 8), S.115f., Lindemann (Anm. 67), S.197. Desoi u. Knierim (Anm. 62), S.402, 403f., Lammer (Anm. 44), S.76ff., s. a. Adalbert Podlech, in: AK-GG 3.Aufl., 2001, Art.2 Abs.1 Rn.38. また、親密な関係にある者との会話が核心領域の保障内容

判例の議論に対する批判も、このような判例の論理を踏まえた上でなされる必要がある。

この後、連邦憲法裁判所の核心領域論は、さらなる展開を見せることになる。以上の考察をもとに、その後の判例の展開をさらに見てゆくこととしよう。

3. 大盗聴判決以後の連邦憲法裁判所判例の展開

第二次日記決定に至るまでの連邦憲法裁判所による諸判例において、私的生活の核心領域における保障は、判決中にて言及こそされるものの、それが現実(77)に違憲判断へと結びつくことは皆無であり、その保障の実在性について不信感が生じることとなった。このような中で核心領域保障を根拠に刑事訴訟法上の諸規定に対して違憲判断が示された大盗聴判決(BVerfGE 109, 279)⁽⁷⁹⁾は、連邦憲法裁判所(第1法廷)が初めて核心領域を理由に違憲判断を下し、また当該保障内容の輪郭づけに努めた判決として注目を浴びるようになる。そしてまた、それまで下火になっていた核心領域論自体も、この判決をリーディング

に含められたことを肯定的に捉える見解として、Warntjen (Anm. 70), S.88f.

(77) Erherd Denninger, Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens – Der “große Lauschangriff” auf dem Prüfstand der Verfassung, ZRP 2004, S.101.

(78) Lindemann (Anm. 67), S.192.

(79) この判決を取り上げる邦語文献として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年) 320頁以下、小山剛「監視国家と法治国家」ジュリスト1356号(2008年) 53頁、同「『戦略的監視』と情報自己決定権」法学研究79巻6号(2006年) 23頁以下、同「法治国家における自由と安全」村上武明ほか編『法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社、2007年) 30頁以下、同「自由・テロ・安全」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』(成文堂、2006年) 336頁以下、辻本典央「刑事手続における私的秘密領域の保護」近畿大学法学54巻2号(2006年) 187頁以下、井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、2006年) 156頁以下参照。

(80) Denninger (Anm. 77), S.101, Lindemann (Anm. 67), S.192, Roxin (Anm. 26), S.161.

グ・ケースとして、高度な科学技術を背景とする犯罪捜査・予防の立法による導入に対する憲法上の制限という新たな文脈の下で議論を再活性化させることになる。⁽⁸¹⁾以下では、この大盗聴判決以降、連邦憲法裁判所によって展開された核心領域論の変遷過程を整理し、その内実を批判的に分析していくことにしよう。

(1) 大盗聴判決

事案は、組織犯罪を典型とする重大犯罪への対策として、一定の要件の下で技術的手段を用いた聴覚的住居監視を許容する基本法13条3項の導入を内容とした基本法改正の合憲性と、当該聴覚的監視に関する刑事訴訟法上の諸規定の合憲性が争われたというものである。⁽⁸²⁾

本稿の関心に即して、まずは本件と核心領域保障がどのように関わりあっているかという点から確認してゆくことにしよう。

(a) 住居不可侵と核心領域保障

本件基本法改正の合憲性を判断するにあたり連邦憲法裁判所は、秘密裏に行われる聴覚的住居監視は一般的に人間の尊厳を侵害するものではないとしつつ、実施方法の如何によっては人間の尊厳が侵害される事態が生じうると述

(81) Vgl. Martin Kutscha, Neue Chancen für die digitale Privatsphäre?, in: Roggan (Anm. 12), S.164, Denninger (Anm. 77), S.102, Roxin (Anm. 26), S.160f.

(82) 関連する憲法改正案の訳は以下の通り。

基本法13条3項

「一定の事実によって、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したという嫌疑が根拠づけられるとき、事実関係の捜査が他の方法では比較にならないほど困難になり、または見込みがなくなる場合には、犯行の訴追のために、裁判官の命令に基づき被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を使用することが許される。当該措置には期限が設けられなければならない。命令は、三名の裁判官によって構成される合議体を通じてくだされる。危険が切迫している場合には、単独の裁判官によっても命令を下すことができる」

べ、より具体的な憲法上の限界として、監視の際には（実効性に疑問の残る客体原理とは区別される⁽⁸³⁾）私的生活形成の不可侵の核心領域が守られなければならないとする。まず注目すべきは、すでに見たようにエルフェス判決以降の核心領域論では基本法1条1項と連携する2条1項に加えて基本権の本質的内実保障を定める19条2項が言及されていたのに対し、本判決では基本法1条1項と連携する2条1項に加えて住居不可侵を定める13条1項⁽⁸⁶⁾が掲げられており、本件基本法改正の合憲性はこれらの条文において保障される人間の尊厳の内実に照らして判断される旨が述べられていることである。基本法19条2項が根拠条文から外されたのは、個別法を拘束する同条項は基本法改正の合憲性の判断とは無関係であり、当該合憲性は改正の限界を定める基本法79条3項（によって保障される人間の尊厳⁽⁸⁷⁾）によって判断されるためであると連邦憲法裁判所自身によって説明されているため、本件における19条2項の除外は事例判断という印象を受けるが、実際には大盗聴判決以降、核心領域保障において本質的内実保障が言及されることはなくなり、その後は専ら諸々の自由権⁽⁸⁸⁾がもつ人間の尊厳の内実（Menschenwürdegehalt der Freiheitsrechte）が核心領域保障の基本法上の根拠とされるに至っている⁽⁹⁰⁾。

(83) 連邦憲法裁判所の自己批判と指摘するものとして、Oliver Lepsius, Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht (Teil I), JURA 2005, S.437.

(84) Vgl. BVerfGE 109, S.311, 313

(85) 「いかなる場合でも、基本権はその本質的内実において侵害されてはならない」

(86) もっとも、核心領域保障の根拠条文はもともと一定しておらず、条文と規範内容との関係も不明確であったことが指摘されている。Vgl. Lindemann (Anm. 67), S.192, Barrot (Anm. 3), S.25, Rohlf (Anm. 17), S.82f., Dammann (Anm. 3), S.136ff., Gunnar Duttge, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozeßrecht, Baden-Baden, 1997, S.173.

(87) 「住居は不可侵である」

(88) Vgl. BVerfGE 109, S.311.

(89) BVerfGE 109, S.310f.

(90) Dammann (Anm. 3), S.28ff., Gurlit (Anm. 12), Rn.5, Desoi u. Knierim (Anm. 62), S.402f., s. a. BVerfGE 120, S.335.

次に、本稿においてより重要なのは、核心領域保障が論じられる中で基本法13条1項が言及されたことである。連邦憲法裁判所は人間の尊厳は基本法13条1項においても具体化されており、住居不可侵は人間の尊厳、ひいては極めて個人的な発展（höchstpersönliche Entfaltung）のための市民の領域に対する無条件の保障という憲法上の要請と緊密な関係にあると述べている⁽⁹¹⁾。これは、一つには基本法13条1項の保障する住居不可侵の一部にも、人間の尊厳に由来する基本法改正の限界が存在することを説明するものであったと考えられる。しかし、この点についても以降の連邦憲法裁判所判例では、核心領域保障は通信の秘密やIT基本権など一般的人格権以外の他の条文とも結びつけて展開されるようになり⁽⁹²⁾、さらにこのような展開は核心領域の保障内容を個別の問題領域ごとに事の性質に即した形で具体化することを可能にするものであるとして肯定的な評価も受けている⁽⁹³⁾。他方で、保障内容のアドホックな画定は、もともと不明確であった保障内容の一層の不明確化に寄与したようにも思われる⁽⁹⁴⁾。

それでは、本判決では基本法13条との関連において、いかなる核心領域論が展開されているのだろうか。判決文を確認することにしよう。連邦憲法裁判所は住居不可侵が、私的で“極めて個人的な”発展のために必要な領域の尊重という点で、人間の尊厳と緊密な関係にあることを確認したうえで、以下のよう

「感覚や感情、思慮ならびに個人的な性質をもった見解や体験といった内心状況（innere Vorgänge）を表出すること、それも国家機関によって監視されることを恐れることなく行うことは、私的生活形成の核心領域における人格の発展に算入される。感情表現や無意識の体験の表出ならびに性の表現形

(91) BVerfGE 109, S.313.

(92) BVerfGE 113, S.391; 120, S.335.

(93) Gurlit (Anm. 12), Rn.4f., Lepsius (Anm. 83), S.437

(94) Vgl. BVerfGE 120, S.337.

⁽⁹⁵⁾式も保護に含まれる。対応する発展の可能性は、個人がそれに対して適切な自由な空間を利用することができることを前提としている。秘密裏に行われるコミュニケーションも、法秩序が *höchstpersönlich* な生活形成のために特別な保護を認め、市民がこの保護を頼りにしているところでは、いずれにせよ空間的な基体を必要とする。他者に対して閉ざされうる私住居は原則としてこれにあたる。個人がそのような空間を利用することができる場合、個人は一人きりになり自己の設定した基準に従って自由に発展することができる。“最後の避難所”としての私住居は、人間の尊厳を守るための一つの手段である。このことは、確かに私住居という空間の絶対的保護を求めている。しかし、私的生活形成の核心領域における個人の発展が現れる限りにおいて、これら空間における行為の絶対的保護が求められる⁽⁹⁶⁾」

上記引用箇所は、これまでの議論展開も考慮すれば以下のように整理することができるだろう。すなわち内面的な精神活動は、常に内心にとどまるべきものではなく、人格発展のためには限定された人的ないし物的範囲内で外界に表出されるべきものである。したがって、内心の外界への表出を以て直ちに核心領域保障の射程外となるわけではなく、一定の表出行為についても核心領域への帰属が認められる。のみならず、そのような行為が国家による認識から守られるためには自由な空間 (*Freiraum*) が必要であり、住居不可侵はそのような空間的基体 (*ein räumliches Substrat*) を保障しているものと位置づけられていることが分かるだろう。他方、このような空間的基体は個人の発展を保護することを目的としたあくまで手段的なものであり、それ自体が基本法上の不可侵

(95) 性に関する行為の核心領域への帰属については、他の判例 (z. B. BVerfGE 6, 389; 120, 224) との関係で矛盾が見られるとの指摘が見られる。Vgl. Barrot (Anm. 3), S.69, Dammann (Anm. 3), S.52f., 55ff.

(96) BVerfGE 109, S.313f.

保障の対象となっている訳ではない。⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾ 核心領域保障は、一定の空間を保障することに類型的意義を認めてはいるが、空間それ自体を保障するものではないのである。⁽⁹⁹⁾ 住居不可侵における核心領域保障をめぐるこのような理解は、本判決の結論にも大きな影響を及ぼすことになる。⁽¹⁰⁰⁾

(b) 2段階保護構想への変遷

上記のように住居不可侵において具体化された核心領域保障によって、聴覚的住居監視は具体的にいかなる制限を課されることになるのだろうか。判決で

(97) このような理解に賛同する見解として、Josef Ruthig, *Verfassungsrechtliche Grenzen der heimliche Datenerhebung aus Wohnungen*, GA 2004, S.597f. 他方、このような解釈の根拠が薄弱であること、あるいは基本法13条の解釈として疑問であるなどとして批判的な見解として、Barrot (Anm. 3), S.60f., Lepsius (Anm. 83), S.439f., Christoph Möllers, *Wandel der Grundrechtsjudikatur*, NJW 2005, S.1976.

(98) このような連邦憲法裁判所による行為志向の解釈論が、観念的でない現実的な人間の尊厳理解に基づいているとする見解として、Lepsius (Anm. 83), S.437. この点、後の判例において、核心領域が犯罪の隠れ蓑として利用されることを連邦憲法裁判所が懸念していることが示唆される。Vgl. BVerfGE 120, S.338, Rogall (Anm. 15), S.84 m. Anm.140. Oliver Lepsius, *Das Computer-Grundrecht*, in: *Online-Durchsuchungen* (Anm. 12), S.24, Uwe Volkmann, *Anmerkung*, DVdI 2008, S.593, s. a. Wolf-Rüdiger Schenke, *Verfassungsrechtliche Probleme polizeilichen Gewahrsams und polizeilicher Informationseingriff*, DVBl 1996, S.1399, Wolfgang Schäuble, *Aktuelle Sicherheitspolitik im Lichte des Verfassungsrechts*, ZRP 2007, S.211. もっともこのような懸念が非現実的な想定に基づいているとの批判も少なくない。Vgl. Denninger (Anm. 77), S.102, Roxin (Anm. 26), S.169, Kutscha (Anm. 81), S.166, Warntjen (Anm. 12), S.63f.

(99) Vgl. Thomas Petri, *Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht*, in: Denninger u. Rachor (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts* 5. Aufl., C. H. Beck 2012, Rn. 25, 27, Desoi u. Knierim (Anm. 62), S.404. 反対意見は、私住居の絶対保障を理由に基本法13条3項の改正案を違憲としているものの、核心領域保障の対象があくまで行為であることについては立場を同じくしている。Abweichende Meinung der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt, BVerfGE, 109, S.383.

(100) Lepsius (Anm. 83), S.437, Denninger (Anm. 77), S.103.

は核心領域に対して比較衡量が妥当しない旨が述べられた後、ある事実関係の核心領域への帰属は、その内容が持つ社会的関連性の程度に基づきアドホックに判断されることが確認される。⁽¹⁰¹⁾しかし、その直後、実際に尊重を怠ったが故に聴覚的住居監視が人間の尊厳に違反するか否かを判断するうえで「決定的なのは、個々の事例において核心領域が、具体的な手掛かりに基づいて、あるいは典型的に見てかつ事実に基づく反対の根拠がなく関わっているという状況があるかどうか」⁽¹⁰²⁾であると述べられている。これまでの議論を踏まえれば、この箇所の趣旨は明らかであろう。つまり、「私住居」という空間的基体は、公権力の侵入を一切排除するものではなく、一定の条件のもとで侵入が許容されていることがここでは示唆されているのである。こうして核心領域保障を根拠とする聴覚的住居監視に対する基本法上の限界は、領域自体の保障ではなく、一定の侵入を与件としたうえで、いかに人間の尊厳が侵害されるリスクを回避するかを志向するものであることが明らかにされる。⁽¹⁰³⁾判決では聴覚的住居監視に対する授權には、基本法13条3項に導入された明文の諸制限（監視の対象となる犯罪事実の限定、補充性、裁判官留保）⁽¹⁰⁴⁾に加えて、基本法の体系的解釈によって導出される諸規範による制限が課せられる旨が述べられているが、⁽¹⁰⁵⁾以下では本稿とより密接な関係にある後者の方を中心に取り上げることにする。連邦憲法裁判所の核心領域に対する理解は、基本法の解釈（を通じて導き出される憲法上の制限）へとどのような形で反映されているのだろうか。

「それ故に、規範明確性原則の顧慮のもと、聴覚的住居監視の方法が人間の尊厳侵害に至らないことを保障する法律上の規制が必要である。人間の尊厳が侵害されるという根拠が存在する状況においては、監視は最初から中止さ

(101) BVerfGE 109, S.314.

(102) BVerfGE 109, S.314.

(103) Vgl. BVerfGE 109, S.315.

(104) BVerfGE 109, S.315f.

(105) BVerfGE 109, S.315.

なければならない。そのほか、聴覚的住居監視が予期せずに絶対的に保護される情報の収集に至る場合、記録は直ちに消去されなければならない。そのような、刑事訴追の枠内で収集される絶対的に保護されたデータの利用は、すべて排除される⁽¹⁰⁶⁾」

ここで聴覚的住居監視に対する基本法上の限界が、情報の収集と収集後の2つの場面で作用することが明らかにされる。以下では、この2段階保護構想(zweistufiges Schutzkonzept)⁽¹⁰⁷⁾の内実を整理してゆくことにしよう。

(aa) 情報収集段階における基本法上の要請

最初に、聴覚的住居監視の実施段階における基本法上の要請を確認することにしよう。連邦憲法裁判所は先行判例を参照することで、ある事実関係の核心領域への帰属は社会的関連性の程度によって判断され、また具体的な犯罪行為と直接的な関係をもった会話は、その共同体関連性を理由に核心領域から排除される旨が確認される⁽¹⁰⁸⁾。それでは、犯罪に関する住居内会話の聴覚的監視を目的とした措置は基本法上許容されるのか。

「ある者が住居の中に一人で、ないし専ら核心領域に関わる特別な信頼関係にある者——例えば家族や、他の親しい人(engste Vertraute)——とのみ滞在し、かつ予想される会話がその内容上、犯罪と直接的な関連性を示すという具体的な根拠がない場合、住居内において公然と話されていない会話の盗聴は、私的生活形成の不可侵領域への介入を回避するために、中止されなければならない。確かに、個人が住居内で親しい人で行う会話全体が、私的生

(106) BVerfGE 109, S.318f.

(107) この名称が連邦憲法裁判所によって用いられるのは、オンライン判決(BVerfGE 120, S.338)以降であるが、枠組み自体はすでに大盗聴判決で示されているといえる。Vgl. Barrot (Anm. 3), S.67. 實原・前掲註1) 31頁も参照。

(108) BVerfGE 109, S.319

活形成の核心領域に算入される訳ではない。しかし、人間の尊厳保護の実効性のために、そのような推定が働く。盗聴措置によって絶対的に保護される会話が把握されることが推定される場合、措置は排除される⁽¹⁰⁹⁾」

ここで重要なことは、住居内で行われる会話の内容が犯罪に関連するものであるという、具体的な根拠がある場合には、聴覚的監視の実施が基本法上許されると判示されていることである⁽¹¹⁰⁾。私住居それ自体の不可侵が保障される場合と異なり、監視対象となる「行為」の核心領域関連性を一般的ないし個別に判断しなければならない多数意見の枠組みの下では、核心領域に属する情報が収集されうるといふ抽象的な危険を理由に、措置の実施自体が直ちに憲法上許されなくなるわけではない。しかし問題は、住居がもつ遮蔽性ゆえに、監視対象となる行為は常に外部から認識可能というわけではなく、当該行為の核心領域関連性の事前判断には正確性、安定性という点に限界があるため⁽¹¹¹⁾、聴覚的住居監視によって、核心領域に属する個人の表出が把握されるリスクがあるということである。したがって、連邦憲法裁判所は当該措置を実施する段階で様々な配慮を示している。

まず、核心領域への帰属が疑われる内容を含む会話に対しては、広く監視措置の実施が禁止されている。内容を基準にアドホックに帰属の有無を判断する連邦憲法裁判所の判断枠組に従えば、住居内における親密な者との会話がすべて核心領域に帰属するわけではない。しかし判決ではこの点、人間の尊厳保護の実効性を理由に、絶対的に保護される会話の把握が推定される場合には、会

(109) BVerfGE 109, S.319f.

(110) 後の判例において、犯罪関連性の具体的根拠に加え、高次の法益に対する脅威が要件として加えられている。Vgl. BVerfGE 113, S.392, s.a. BVerfGE 109, S.343ff.

(111) Barrot (Anm. 3), S.61, Schenke (Anm. 98), S.1399, Son (Anm. 57), S.533. また、監視措置実施の過度な限定へとつながることを懸念する見解であるが、Denninger (Anm. 77), S.103.

話全体が核心領域に属するとの推定が働く旨が述べられており、また情報収集の禁止が、監視によって獲得される認識がすべて不可侵領域に属する場合のみに限定されることも認められていない。⁽¹¹²⁾

次に、聴覚的監視発動の可否に向けられた類型的判断においても、措置の実施を限定するための配慮が見られる。先に述べたとおり判例の判断枠組に従う限り、監視対象となる場所の要保護性はその具体的な利用実態に依存しているため、⁽¹¹³⁾ 事前に判断することは困難であり通常それは情報収集後に初めて明らかになる。したがって、「私的生活形成の核心領域保護においては、（監視される——引用者）会話が極めて個人的な領域（Bereich des Höchstpersönlichen）と関連しないということが、聴覚的住居監視措置の前に少なくとも類型的な形で、事実上の根拠に基づいて推測されうることが求められる。住居内での公に話されていない発言の盗聴が核心領域侵害になりうると考えられる場合には、⁽¹¹⁴⁾ 捜査上の措置は中止されなければならない⁽¹¹⁵⁾」。実際の類型的判断は、監視対象となる場所及びその場所に対象者と共に滞在する者に着目して行われることになるが、ここでは「私住居としても（核心領域への帰属が原則として否定される）営業施設としても用いられている部屋については私住居の側に合わせる」、「私住居内の部屋については、核心領域への帰属を判断するにあたって原則として区別を設けない」、「夫婦、家族間の会話については特別な意義を認める」などとして、核心領域に帰属する会話が監視対象とならないように、類型的な判断に際して一定の配慮が示されている。⁽¹¹⁶⁾

また、監視対象は、刑事手続と関連する内容を含むであろう会話状況へと限定されていなければならない、場合によっては監視が核心領域に触れないように事前手続が求められる。情報収集が核心領域に関わるかどうかを判断するため

(112) BVerfGE 109, S.320.

(113) Vgl. BVerfGE 109, S.330.

(114) Vgl. BVerfGE 109, S.328.

(115) BVerfGE 109, S.320.

(116) BVerfGE 109, S.320ff. Vgl. Barrot (Anm. 3), S.121ff.

に当該領域に侵入することは許され⁽¹¹⁷⁾ない。

(bb) 情報収集後の基本法上の要請

聴覚的住居監視の実施後、とりわけ予期せず核心領域に属する情報が収集されてしまった場合の憲法上の要請について確認することにしよう。

「絶対に保護される会話の収集が考えられる外見的な徴表を理由とする、聴覚的住居監視の実施禁止が存在しない限りにおいて、刑事手続上の利用が可能な情報が含まれているかどうかという観点から、被疑者の会話を盗聴することが許される。人間の尊厳保護という観点の下、会話内容の評価のために必要な最初の“一瞥”はこれら諸要件の下では憲法上非難されるものではない。しかし、必要な最大限の自制が、適恰的な諸措置を通じて保障されていなければならない。私住居の盗聴の際には、捜査措置をいつでも中断することができるように、盗聴されている会話の自動記録を断念することが、基本法1条1項の保護のために必要となる場合が考えられる⁽¹¹⁸⁾」

具体的ないし類型的判断の下、核心領域への侵入を事前に排除できなかった場合でも、直ちに聴覚的監視の実施が違憲と評価されるわけではない。監視の実施にあたり例外的に生じた核心領域への介入に続いて、さらなる帰結の発生が十分な措置によって排除されている限り、介入自体のリスクは甘受されるべきものと考えられているのである。⁽¹¹⁹⁾ 求められる措置としては、具体的には核心領域に侵入した場合の監視の中断および収集された情報の消去ないし転送・利用の禁止を保障すること挙げられているが、ここでは特に中断措置に関連して自動記録の禁止が求められていること、また収集情報の利用については、本人自身による権利救済が困難であることを理由に、収集情報の利用可能性を判断

(117) BVerfGE 109, S.323.

(118) BVerfGE 109, S.323f.

(119) Vgl. BVerfGE 109, S.331.

するための独立した第三者機関が求められていることを確認しておこう⁽¹²⁰⁾。監視の実施を定める個別法律は、これらの要請に応えるものでなければならない。

(c) 小括

大盗聴判決は、連邦憲法裁判所による核心領域論にとって一つの転機となった判決といえる。何より重要な点は、höchstpersönlichな情報の収集という意味での核心領域への侵入が、一定の要件の下で明示的に許容されたことである。核心領域への帰属に関する個別的・内容的判断という枠組みを維持したために、絶対不可侵を標榜する一方で、「付随的損害 (Kollateralschäden)」⁽¹²¹⁾として生じる私住居への侵入および核心領域に属する情報収集を一定の範囲内で許容せざるを得ないというジレンマに連邦憲法裁判所は立たされることになった⁽¹²²⁾。このような中、連邦憲法裁判所は情報収集後の手続保障を通じリスク回避を説くことで核心領域の不可侵性を維持しているが、不可侵である（はずの）核心領域への侵入を認めた同判決が、核心領域の確定に際して衡量が働いているとの批判⁽¹²³⁾を受けた日記決定以上に核心領域を“相対化”するものであるとの非難を受けたことは想像に難くない⁽¹²⁴⁾。しかし、このような連邦憲法裁判所の判断は全く予想外であったという訳でもないだろう。「事実関係の分類には、会話の内容が決定的である」⁽¹²⁵⁾ということはすでに先行判例において示唆されていたことであり、かつ「住居」のような空間的要因が核心領域関連性判断において状況証拠にすぎないのであれば、住居内における行為すべてに絶対保障が及ばない反面、それ以外の場所にも（理論上は）絶対保障が及びうということこ

(120) BVerfGE 109, S.333f.

(121) Rogall (Anm. 15), S.84.

(122) Vgl. Gusy (Anm. 26), S.458f., Denninger (Anm. 77), S.102f., Dammann (Anm. 3), S.39ff., Warntjen (Anm. 12), S.58.

(123) もちろん、同様の批判は大盗聴判決にも向けられている。Vgl. Lepsius (Anm. 83), S.440, Son (Anm. 57), S.532f.

(124) Z. B. Gusy (Anm. 26), S.459, Son (Anm. 57), S.534.

(125) BVerfGE 109, S.320.

とでもある⁽¹²⁶⁾。そうであれば、類型的に見て核心領域に関連する情報の収集へとつながりうる措置すべてを禁止するのは“非現実的”であるようにも思われる。もっとも、このことは連邦憲法裁判所の展開する議論が説得的であることを意味しない。判決の示す2段階保護構想に対しては、手続保障を具備しても、侵入が事後的に無かったことになるわけではなく介入を許容していることに変わりはない、あるいは監視を意識することによって生じる主観的な懸念を通じて核心領域における人格発展は侵害されるはずであるといった批判がなされている⁽¹²⁷⁾。本判決において、核心領域に属する行為の遂行に際して監視の不在⁽¹²⁸⁾に対する心理的保障の必要性が認められていることや、あるいはミクロセンサス決定において既に覗き込みそれ自体がもつ人格発展への悪影響を明示的に認められていたことを考慮しても、このような批判が出てくるのは当然であろう⁽¹²⁹⁾⁽¹³⁰⁾。しかし、なぜ核心領域に属する情報の収集が直ちに違憲とならないの⁽¹³¹⁾

(126) Vgl. Poscher (Anm. 65), S.272, Warntjen (Anm. 70), S.78ff., Jahn (Anm. 44), S.565, 公開の捜査における核心領域保障の可能性について簡単に検討するものとして、Vgl. Warg (Anm. 44), S.240ff.

(127) Vgl. BVerfGE 109, S.320; 112, S.318. 後者の判決については、川又伸彦「自動車の位置監視システムの合憲性」『ドイツの憲法判例Ⅲ』(前掲註79) 375頁以下参照。

(128) Niels Peterson, Auf dem Weg zur zweckrationalen Relativität des Menschenwürdeschutzes, KJ 2004, S.324, Kutscha (Anm. 81), online S.165f., Barrot (Anm. 3), S.67f., s. a. Hans Liskén, Anhörung zum “Großen Lauschangriff”, KJ 1998, S.115f.

(129) Vgl. Lepsius (Anm. 83), S.439, Roxin (Anm. 26), S.168.

(130) 他にも核心領域保障を放棄ないし弱めるものであるとする批判として、Johannes Rux, Wie viel muss der Rechtsstaat wissen?, in: Stefan Huster u. Karsten Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat (Suhrkamp, 2008), S.226, Petri (Anm. 99), Rn.28, Son (Anm. 57), S.535.

(131) Vgl. BVerfGE 109, S.313.

(132) Vgl. BVerfGE 27, S.6f.

(133) Vgl. Barrot (Anm. 3), S.90. これに対して、このような萎縮効果について懐疑的な見解として、Dammann (Anm. 3), S.155ff.

かという肝心の点について、連邦憲法裁判所は今なお納得のゆく根拠を示していない。⁽¹³⁴⁾このような理由から、連邦憲法裁判所による核心領域論は、絶対的に保障されるべき“実体”を見失ったまま空転しているように思われる。⁽¹³⁵⁾

大盗聴判決で示された判断枠組はその後、聴覚的住居監視以外の技術的手段も含む公権力機関による秘密裏の情報収集活動に対する憲法的保障という文脈において、一般的な意義を獲得するようになる。⁽¹³⁶⁾のみならず、連邦憲法裁判所はその後の諸判例を通じて更なる“相対化”へと進んでいるかのような展開を見せる。以下では、大盗聴判決以降の展開を見てゆくことにしよう。

(2) 連邦憲法裁判所によるその後の議論展開

連邦憲法裁判所によって私的生活形成の核心領域論が展開された裁判例は、大盗聴判決以降もいくつか見られる。ここでは、核心領域論が住居不可侵以外の個別的な基本権と結びつけて論じられたいくつかの裁判例の検討を通じて、大盗聴判決以降の連邦憲法裁判所による核心領域論の展開を分析することにしよう。

(a) IT 基本権（オンライン判決）

本判決では、憲法擁護庁に二つの捜査上の措置を授権する、ノルトライン・ヴェストファーレン・ラント憲法擁護法（以下、NW法）の第5条2項11号1

(134) Michale Sachs, Grundrechte: Fernmeldgeheimnis und Unverletzlichkeit der Wohnung, JuS 2012, S.375.

(135) 介入の形式や目的を含めた全体から核心領域侵害の有無を判断すべきとする Herdegen は、聴覚的住居監視の全体像から人間の尊厳侵害の有無を判断したことをむしろ好意的に評価している。Vgl. Herdegen (Anm. 4), Rn.47ff., 90f., ders., Die Garantie der Menschenwürde, in: Das Dogma der Unantastbarkeit (Anm. 30), S.107.

(136) Vgl. Lindemann (Anm. 67), S.193.

(137)(138)

文、その中でも特に情報技術システムへの秘密裏のアクセス（いわゆるオンライン検索 [Online-Durchsuchungen]）を定めた同文後段の合憲性が争われた。⁽¹³⁹⁾ 2008年2月27日にドイツ連邦憲法裁判所第1法廷が下したオンライン判決（BVerfGE 120, 274）⁽¹⁴⁰⁾は、情報技術の目覚ましい進展とそれが諸個人の人格発展（の積極／消極両面）に及ぼす影響の大きさに鑑み、パソコン（あるいは

(137) 問題となる条文の規定は以下の通り

§5 権限

2項 憲法擁護庁は、第7条の規定に従い、情報を獲得するための情報収集手段として、以下の諸措置を用いることができる。

- 11 秘密裏のインターネット監視、ならびに特に通信への隠れた参入およびそれら通信の検索などの方法による、他のインターネットの偵察（前段—引用者）、ならびに技術的手段の投入も含む情報技術システムへの秘密裏のアクセス（後段—同上）。それらの措置が信書・郵便・電信電話の秘密への介入にあたる限り、あるいは態様と重大性においてこの介入に匹敵する限りにおいて、この介入はG10法（信書、郵便及び電信電話の秘密の制限のための法律——引用者）の諸要件の下でのみ許される。

(138) NW法を改正し、オンライン検索を明示に授権するに至った経緯については、Vgl. Thomas B. Petri, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur “Online-Durchsuchung”, DuD 2008, S.443

(139) 前段についても基本法10条違反を理由に違憲無効と判断されている。BVerfGE 120, S.340ff.

(140) この判決を取り上げる邦語文献として、石村修「ドイツーオンライン判決」大沢・小山編『自由と安全』（尚学社、2009年）261頁以下、植松健一「連邦刑事庁（BKA）・ラスタース捜査・オンライン検索（2）」島大法学53巻2号（2009年）1頁以下、小山剛「監視国家と法治国家」ジュリスト1356号（2008年）51頁以下、西土彰一郎「インターネットにおける基本権保障のあり方」総務省情報通信政策レビュー9号（2014年）66頁以下、平松毅「憲法擁護庁によるインターネットへの侵入・検索の違憲性」大東ロージャーナル6号（2010年）95頁以下、島田茂「予防的警察措置の法的統制と比例原則の適用」甲南法学50巻1号（2009年）76頁以下、山口和人「海外法律情報ドイツ オンライン検索に違憲判決」ジュリスト1359号66頁、Rosler Albrecht（鈴木秀美訳）「翻訳「オンライン検索」についての連邦憲法裁判所判決—二〇〇八年二月二七日第一法廷判決」阪大法学58巻5号（2009年）1235頁以下参照。また、拙稿「IT基本権論に関する一考察」六甲台論集法学政治学篇61巻1・2号（2015年）39頁以下も参照。

現在でいえばスマートフォン）に代表される「情報技術システムの秘匿性と十全性に対する基本権 [Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme]」（以下、IT基本権）」を承認した判決として注目を浴びた⁽¹⁴¹⁾。本稿では、この情報技術システムと核心領域との関連及び当該関連における核心領域保障のための憲法上の要請という2点について、大盗聴判決との比較において重要と思われる点を中心に整理してゆくことにしよう。

「情報技術システムへの秘密裏のアクセスという枠内では、行動する国家機関が核心領域に属すべき個人データが収集される危険が存在する。当事者は、höchstpersönlichな内容をもつデータ、例えば日記類似の記録や私的な映像・音声記録を作成し、保存するためにこのシステムを利用することができる。そのようなデータは、höchstpersönlichな体験を文書によって具現化したものと同様に、絶対的な保護を享受する⁽¹⁴²⁾」

情報技術システムが、いわゆるプライベートな情報を保存する記録媒体としての性格と、核心領域に属する情報の伝達ないしコミュニケーションの手段としての性格を持っていることが、核心領域を論ずる根拠とされている。ここに、文書への記載を理由に核心領域への帰属を否定した第二次日記決定からの連邦憲法裁判所の立場変更を見出すことは難しくないが、核心領域の情報技術システムへの適用は以下に述べるように、それにとどまらない意味を持っていると思われる。

上記のような連邦憲法裁判所の議論に対しては、情報技術の発達した現代社会において、（核心領域によって保障されるべき）個人の人格発展が、情報技術システムを介して営まれていることを正面から認めた点に肯定的な意義を見

(141) IT基本権の承認に関しては、Vgl. BVerfGE 120, S.303ff.

(142) BVerfGE 120, S.335f.

出すことも可能であろう。情報技術がその目覚ましい発達とともに、われわれの日々の生活の様々な場面に深く浸透していることを考えれば分かるように、⁽¹⁴³⁾（住居や遠隔通信と異なり）空間的・機能的な限定の無い情報技術システムは、個人差はあれ諸個人の公私にわたる極めて広範な生活領域に関わり、バーチャルな世界の形成に寄与している。⁽¹⁴⁴⁾しかし他方で、情報技術システムがもつこのような性格を考慮すれば、絶対的に保障されるべき核心領域が当該システム内のどこにあり、いかなる場合に当該領域への侵入が認められることになるのかを事前に判断することは極めて困難であることも予想される。つまり、情報技術システムは、その融通無碍な性格ゆえに（核心領域内におけるそれも含む）個人の人格発展全体にとって重要な意義をもちうるがために、そこから（住居不可侵における私住居に相当するような）基体を上手く剔出することができないのである。⁽¹⁴⁵⁾IT基本権への核心領域論の適用は、現代における核心領域の所在、ひいては公私の境界線の曖昧さを示唆しているように思われる。⁽¹⁴⁶⁾

続いて、核心領域保障のための憲法上の要請について確認することにしよう。連邦憲法裁判所は、公権力による情報技術システムへの秘密裏のアクセスによって、個人の *höchstpersönlich* なデータが収集される高度の危険性を指摘する一方、そのようなアクセスに対する自己防衛が困難であることから、核心領域侵害を防ぐための手続的な備えが求められるとしつつ、その「核心領域保護の具体的な内容形成への憲法上の要請は、情報収集の形式や把握される情報

(143) Vgl. Martina Schlögel, Das Bundesverfassungsgericht, die informationelle Selbstbestimmung und das Web 2.0, ZfP 59. Jg. 1/2012, S.90

(144) Vgl. Rux (Anm. 130), S.221.

(145) 私用のパソコンに、大盗聴判決における私住居と同様の意義を認めるべきとする見解として、Vgl. Warntjen (Anm. 12), S.62, Christoph Herrmann, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Peter Lang, 2010, S.83f.

(146) 情報技術の進展と核心領域の所在の変遷との関係について論じるものとして、Constanze Kurz, Kernbereichsschutz im digitalen Zeitalter, BJ 100, 2009, S.164ff.

にに応じて様々でありうる」述べることで、⁽¹⁴⁷⁾ 具体の憲法上の要請の内実については曖昧なままにしている。事案に対する判断としては、問題となったNW法が、核心領域保障のための規定を何ら定めていなかったこともあり簡単なものにとどまっているが、⁽¹⁴⁸⁾ 2段階保護構想をはじめ基本的な内容は⁽¹⁴⁹⁾ 大盗聴法判決におけるそれと大差ないものとなっている。ここでは大盗聴判決と異なる判断が示された情報収集方法をめぐる判決の叙述を見ることにしよう。

「情報技術システムへの秘密裏のアクセスという枠内では、データの収集は技術的な諸々の理由から既に、少なくとも主に自動化された形で行われるであろう。それでもやはり、自動化は人間によって実施される収集と比較して、データ収集の際にすでに核心領域と関連するデータと関連しないデータとを区別することを困難にする。……

例えばインターネットを通じて行われる音声電話の人間による監視のように、データへのアクセスが、技術的な記録が先行することなく、人間によって直接行われる場合でさえ、核心領域保護はすでにデータ収集の際に実際上の困難に直面する。そのような措置の実施の際には、原則として収集されたデータがいかなる内容をもつか確実に予見することはできない(…)。収集の間にデータの内容を分析する場合でも、困難が生じうる。例えば、外国語による文書記録や会話の際に生じうる。そのような場合にも、監視されている事象の核心領域関連性を常にデータ収集の前に、あるいは収集の際に評価することはできない。情報技術システムへのアクセスの根拠が、極めて重要な法益への具体的な危険に対する事実に基づく根拠であるからには、そのような場合でも核心領域侵害のリスクを理由に情報収集段階において最初から⁽¹⁴⁹⁾ アクセスを中止することは憲法上求められていない」

(147) BVerfGE 120, S.336f.

(148) Vgl. Christoph Gusy, Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer System, DuD 2009, S.41.

(149) BVerfGE 120, S.337f.

大盗聴判決においては、核心領域に関連する情報が収集対象となった時に聴覚的監視の即時中断を可能にするよう、原則として会話の自動記録は控えるべきとされていたことはすでに見たが⁽¹⁵⁰⁾、ここでは収集データの核心領域関連性を即時に判断することが事実上困難であることを理由に、情報収集段階での憲法上の要請が後退していることを見て取ることができる⁽¹⁵¹⁾。もっとも、これが大盗聴判決に示された立場の変更を意味しているのか、秘密裏の情報技術システムへの侵入という事案の性質を踏まえた具体的な憲法上の要請の相違⁽¹⁵²⁾なのか、連邦憲法裁判所の態度は明らかではない。

(b) 遠隔通信の秘密

次に、遠隔通信の秘密⁽¹⁵³⁾（基本法10条1項）における連邦憲法裁判所による核心領域論の展開を見てゆくことにしよう。ここでは、近時の第2法廷による諸決定の存在もあり、やや複雑な議論展開が見られる。

まず、連邦憲法裁判所第1法廷は、予防的通信監視を定めたニーダーザクセ

(150) Vgl. BVerfGE 109, S.323f.

(151) Warntjen (Anm. 12), S.63, Christine Kulwicki, *Verfassungswandel durch informationstechnische Ermittlungsmethoden*, Peter Lang, 2011, S.62. 捜査機関側の事情を理由とする核心領域保護の緩和であるとして懐疑的な見解として、Gerrit Hornung, *Ein neues Grundrecht*, CR 2008, S.304f., Gusy (Anm. 148), S.41. また、オンライン判決における2段階保護構想に対して、核心領域保障の相対化であるとする見解として、Michael Sachs u. Thomas Krings, *Das neue "Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme"*, JuS 2008, S.485f., Volkmann (Anm. 98), S.593.

(152) IT基本権については、核心領域保障の要請が住居不可侵ほど強くないことを指摘する見解として、Matthias Bäcker, *Das IT-Grundrecht*, in: Robert Uerpmann-Witzack (Hrsg.), *Das neue Computergrundrecht*, LIT 2009, S.27. 他方、正確な事前判断の限界をめぐる技術的な事情が変われば、この点に関する連邦憲法裁判所の判断も変わらざるをえなくなるという見解もある。Vgl. Rogall (Anm. 15), S.83f. m. Anm.139. 核心領域保障の内実変化を、憲法変遷として理解するものとして、Kulwicki (Anm. 151), S.227.

(153) 「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、不可侵である」

ン州公安法の憲法適合性が争われた遠隔通信監視判決（BVerfGE 113, 348）⁽¹⁵⁴⁾において、通信の秘密においても核心領域保障が妥当することを明らかにする。

「コミュニケーション内容の収集の際に（…）、**höchstpersönlich**な生活形成の核心領域（…）に関わる個人データに関わることは排除されえない」⁽¹⁵⁵⁾

遠隔通信の秘密については、社会的な接触が常に生じること、あるいはコミュニケーションのためには常に自己の支配下でない通信装置に頼らなくてはならないことなどを根拠に、住居不可侵との区別がなされ、要保護性は低く評価される傾向にあり、⁽¹⁵⁶⁾そのような事情もあって、大盗聴判決の議論が通信の秘密にどこまで妥当するのか懐疑的な見解が見られた。⁽¹⁵⁷⁾この点、連邦憲法裁判所は遠隔通信の秘密の保護範囲においても核心領域保障が及びうることを明示的に認めている。もっとも、そもそも核心領域への帰属は、把握対象となる行為・情報の社会的関係性の程度によって判断されるという連邦憲法裁判所の立場が既に確立されていたことを考えれば、人格発進行為のために必要なメ

(154) この判決を取り上げる邦語文献として、西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則」『ドイツの憲法判例Ⅲ』前掲註79) 254頁以下、小山・前掲註79)「自由・テロ・安全」346頁以下参照。

(155) BVerfGE 113, S.390f.

(156) Vgl. Lammer (Anm. 44), S.122, Son (Anm. 57), S.532.

(157) Christoph Gusy, Auswirkungen des Lauschangriffsurteils außerhalb der strafprozessualen Wohnraumüberwachung, in: Folgerungen aus dem Urteil des Bunderverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung (Anm. 67), S.50. Krit. Matthias Kötter, Novellierung der präventiven Wohnraumüberwachung?, DÖV 2005, S.233f. なお、基本法10条2項の改正等の合憲性が争われた盗聴判決（BVerfGE 30, 1）においては、核心領域保障への言及は見られない。この点について論じるものとして、Vgl. Dammann (Anm. 3), S.67f., Kötter (Anm. 12), S.80ff. 盗聴判決については、西浦公「通信の秘密とその制限」『ドイツの憲法判例（第2版）』前掲註11) 261頁以下、小山・前掲註79)「自由・テロ・安全」328頁以下参照。

ディアであることを理由に直ちに核心領域への帰属が否定されないのは当然のことともいえる。⁽¹⁵⁸⁾

その後、遠隔通信の秘密との関係においては、連邦憲法裁判所第2法廷がEメール押収決定（BVerfGE 124, 43）及び遠隔通信監視新規則決定（BVerfGE 129, 208）という2つの決定を下す。ここでは後者を中心に取り上げることで、第2法廷による議論展開を検討することにしよう。

刑訴法上の遠隔通信監視に関する新規則の合憲性が争われた本決定において、第2法廷はまず、先行判例を参照しながら2段階保護構想を引き継いでいる。⁽¹⁵⁹⁾ 本決定について最も学説からの批判を招いているのは、収集段階における⁽¹⁶⁰⁾ 憲法上の要請に関する箇所である。少し長くなるが引用することにしよう。

「刑訴法100a条4項1文は、措置によって私的生活形成の核心領域に由来する認識のみが獲得されるという事実に基づく根拠がある場合には、遠隔通信の監視及び記録のための措置は許されないとの規制を行っているところ、このような規制は情報収集段階における私的生活形成の核心領域保護の要請を満たしている。

…刑訴法100a条4項1文は、核心領域に関連するデータに目標を定めた収集（zielgerichtete Erhebung）が中止されることを命じている。それでも——事前に予測されることなく——核心領域と関連するに至った場合には、刑訴法100a条4項2文ないし4文に文書化および消去義務ならびに利用禁止が定められている。

(158) Vgl. Maximilian Warntjen, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung und die Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO, KJ 2005, S.282f.

(159) 本稿ではさしあたり、刑事訴訟法100a条4項

「1項に従った措置を通じて、私的生活形成の核心領域に由来する認識のみが獲得されるという事実に基づく根拠が存在する場合、措置は許されない。これに関する記録は直ちに消去されなければならない。当該認識の獲得および消去の事実が文書にされなければならない」

(160) BVerfGE 129, S.245

排他的な核心領域関連性 (ein ausschließliches Kernbereichbezug) は、とりわけ当事者が核心領域に関わる特別な信頼関係にある者…とコミュニケーションする場合に認められうる (…)。そのような信頼関係が捜査機関に認識可能である限りにおいて、遠隔通信監視措置は実施されてはならない。

異議者の見解に反して、人格の核心領域に関わる事実も一緒に把握されるというだけで、遠隔コミュニケーション監視措置は最初から中止されなければならないわけではない。そのような包括的な収集禁止は、遠隔通信監視を重大な、かつ最も重大な犯罪領域における実効的な刑事訴追がもはや保障されない程度まで制約してしまうだろう。このような場合には、私的生活形成の核心領域の保護は、利用段階における十分な基本権保護を通じて保障されるべきである⁽¹⁶¹⁾」

それまで情報収集段階における憲法上の要請は、核心領域に属する情報が収集対象に含まれる場合には措置実施の中止を求めるものと解されてきた。これに対して本決定では、核心領域に属する情報の収集が事前に予測されている場合でも直ちに措置の中止が求められる訳ではなく、監視によって収集される情報が専ら核心領域に属する情報であること（したがって犯罪との直接的関係もない）が予想され、それにもかかわらず捜査機関が意図的に措置の実施を試みる場合に（のみ）収集禁止が妥当すると判示されている。これに加えてオンライン判決にも見られたリアルタイムでの人的監視の非現実性も説く第2法廷の議論⁽¹⁶²⁾に対しては、収集禁止が妥当する場面がほとんど考えられないことから、収集段階における憲法上の規律が事実上放棄されており、刑事司法の実効性を代償にしてでも基本権を保障しようという発想が欠如しているという指摘がなされるのは当然であるといえよう。⁽¹⁶³⁾

(161) BVerfGE 129, S.246.

(162) BVerfGE 129, S.247ff., s.a. BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. V. 11. 5. 2007-2BvR 543/06, NJW 2007, S.2757, Rn.62f.

(163) Vgl. Björn Gercke, Anmerkung, StV 2012, S.267f., Fredrik Roggan, Der tkü-

もっとも大盗聴判決を見る限り、核心領域に属する情報収集が直ちに違憲判断へと直結するわけではなく、かつ核心領域保障の具体的内実是人間の尊厳の内実をもつ個々の基本権に応じて決定されるというのが連邦憲法裁判所の立場であったことを考慮すれば、第2法廷によるこのような議論展開を以て、直ちに核心領域保障の（更なる）後退であると即断することはできない。そこで、以下では、遠隔通信監視という問題の性質も踏まえて、決定の論理をもう少し突っ込んで検討することにしよう。なぜ大盗聴判決で述べられたような収集禁止の準則が、本決定では妥当しないのだろうか。まず、聴覚的住居監視判決において基本法における住居不可侵と遠隔通信の秘密との相違について述べられた箇所を見てみよう。

「基本法10条1項は私的な、公から隠されたコミュニケーションの交換を保障し、もって同時に人間の尊厳を保護している（…）。そのような発展のためには、人間はみな一人になって自己の設定した基準に従って自由に発展する、つまり住居を必要の際には“最後の避難所”として人間の尊厳を守るために利用することができるような空間的な基体を必要とする（…）。

市民は *hochstpersönlich* なコミュニケーションのために、住居と同じように遠隔通信を必要としている訳ではない。それ故に基本法10条1項は基本法13条とは異なり、何らの特別な介入要件を規格化しておらず、暗黙の内に一般的⁽¹⁶⁴⁾な法治国家的な諸要請の参照を求めているに過ぎない」

その後、連邦憲法裁判所は基本法10条1項の保障範囲において核心領域保障のための諸々の備えが必要であると述べているものの、本判決で憲法異議の対

spezifische Kernbereichsschutz im Verständnis des Zweiten Senats des BVerfG, HRRS 2013, S.156ff. これに対して、収集禁止に限界があるとの判決の立場に理解を示すものとして、Jürgen Wolter, Alternativen zum Regierungs-Entwurf 2007 zur Neuregelung der Ermittlungsmaßnahmen, GA 2007, S.196f.

(164) BVerfGE 113, S.391

象となったニーダーザクセン州公安法が、核心領域保障に関する規定を欠いていたことから、基本法10条1項における核心領域保障のための憲法上の要請について、住居不可侵におけるそれと具体的にいかなる相違が認められるかについて、判決中に掘り下げた記述は見られない⁽¹⁶⁵⁾。しかし、上記引用箇所から住居不可侵においては、「住居」が撤退領域としての独自の意義をもった存在とされていることが分かるだろう。つまり、核心領域への帰属はあくまで行為ないしそれに関する情報の社会的関連性の重要性によって判断されることはすでに見たとおりだが、「住居」はその核心領域に属する人格発展行為に資する空間的基体として、独自の意義をもっているものと考えられているのである。

このように考えることで、上記の収集段階における憲法上の要請の相違についても“一応の”説明が可能であるように思われる。すなわち、収集禁止の対象となるのは、厳密には核心領域に属する情報に限定されるが、住居不可侵の場合は核心領域内部における人格発展に対して「住居」が持つ空間的基体としての意義に鑑み、当該領域内における行為の一部にしか核心領域への帰属が確認されない場合であっても、行為全体に収集禁止を及ぼす形で核心領域保障が図られる。それに対して、そのような基体を欠いた遠隔通信の秘密に関しては、核⁽¹⁶⁶⁾

(165) BVerfGE 113, S.391f.

(166) 通信の秘密に撤退領域としての意義を否定する見解として、Vgl. Rohlfs (Anm. 17), S.169. これに対して、コミュニケーション伝達の基体 (ein kommunikationsvermittelndes Substrat) が保障されるべきとする見解も見られる。Vgl. Kötter (Anm. 157), S.233f., ders., *Pfade des Sicherheitsrechts*, Baden-Baden 2008, S.332. また Roggan は、第2法廷が回線・端末に関連した核心領域保護 (anschluss- bzw. endgerätebezogen Kernbereichsschutz) ではなく、接続・連絡に関連した核心領域保護 (verbindungs- bzw. kontaktbezogen Kernbereichsschutz) を展開していると述べているが、これは要するに第2法廷が通信回線に個別のコミュニケーション行為を超えた独自の意義を認めていないという趣旨かと思われる。彼は、このような第2法廷の核心保障理解には、刑事訴訟法におけるそれとの間に齟齬が見られるとも述べている。Vgl. Roggan (Anm. 163), S.154, 155ff.

心領域保障のためのそのような推定が働かないのである。⁽¹⁶⁷⁾⁽¹⁶⁸⁾このような議論に対して、収集禁止に対する憲法上の要請を不当に低く評価する理解であるとの批判が生じる余地は確かにある。しかし、連邦憲法裁判所の判例によれば、核心領域に属する情報収集はアブリオリに禁止されている訳ではなく、また一定の手続保障を具備していれば違憲との評価を受けることもない。したがって、刑事訴追等の公共の利益を犠牲にしてまでも、核心領域に属さない情報収集の断念を求めうるだけの十分な動機が判例理論にはそもそも欠如していたのである。

本件決定に対して、刑事司法の機能性といった公共の利益をより重視し、核心領域保障を（一層）後退させたとの批判が見られるのは、ある意味で当然であろう。⁽¹⁶⁹⁾もっとも、遠隔通信の秘密における核心領域論の上記のような展開を見る限り、基本法10条において13条における「住居」に相当するような基体があるか否かといった点を始め、核心領域の保障内実は元々（かつ、今な

(167) Vgl. Warg (Anm. 44), S.238, m. Anm.5. この点、学説では「具体的な事例において、遠隔通信監視がこの核心領域へと算入される内容を把握するという事実に基づく根拠が存在する場合には、措置は正当化することはできず、中止されなければならない」（BVerfGE 113, S.391f.）との箇所を根拠に、収集対象の一部に核心領域に属する情報が含まれる場合には監視措置は中止されなければならないという理解も見られた（Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S.1021, m. Anm.115）。もっとも、その後のEメール押収決定においてこの箇所は「…措置はその限りで（insoweit）正当化することができず、その限りで中止されなければならない（傍点引用者）」（BVerfGE 124, S.70）と変更されている。このような変更により第2法廷による判例変更の可能性を指摘するものとして、Roggan (Anm. 163), S.154, 155, 158.

(168) 遠隔通信の秘密（あるいはIT基本権）に関して、このような「住居」に対応する空間的基体の有無について、判例に該当する記述はない。この点、収集段階における憲法上の規律の困難性を述べる箇所を見るに、遠隔通信（や情報技術システムを介したコミュニケーション）の場合、住居と異なり場所やコミュニケーションの相手方を基準として事前に類型的判断を行うことが困難であるという事情が背景にあることが一つの憶測として考えられる。もちろん、こうした事情が基体の有無の判断へと結びつけられるのは本末転倒の観があるが。

(169) 結論自体には反対ではないが、Vgl. Sachs (Anm. 134), S.375.

お)⁽¹⁷⁰⁾ 不明確な状態にあった。したがって、収集情報の利用に関する第三者機関の不要を説いている箇所も含めて、第2法廷による核心領域論が対立利益との衡量を通じた保障内実の後退にあたるのか、あるいは(不明確性を奇貨とした)核心領域保障の内実の精緻化にあたるのかは直ちには判断しがたいというべきであろう。⁽¹⁷²⁾

他方、収集段階における核心領域保障を根拠とする基本法上の規律をほぼ断念し、また、現在判例による核心領域論の中心になりつつある手続保障は比例原則をはじめとする相対保障の枠組で説明しきる可能であるとの指摘もなされている。このような判例の議論をに対して核心領域の「計画的侵害 (planmäßig Verletzung)」⁽¹⁷⁴⁾であるという評価が見られることから分かるように、近年の連邦憲法裁判所による核心領域論の展開が、収集禁止に絶対保障の意義を見出す学説の議論との間に、核心領域保障の理解をめぐるより一層の乖離を生じさせていることは明らかであろう。

(170) Gerche (Anm. 163), S.267.

(171) 収集情報の利用に関する第三者機関の判断についても、監視措置の実施とその通知、および収集情報の利用に対する事後的な司法審査という形で裁判所の関与が保障されていることを理由に、第三者機関が常に必要とされるわけではないと判示されている。Vgl. BVerfGE 129, S.249f. また別の部会決定では、収集情報の利用可能性に関する裁判所の関与について、捜査機関の判断裁量が認められている。Vgl. BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. V. 11. 5. 2007-2BvR 543/06, NJW 2007, S.2757, Rn.64ff.

(172) Vgl. Roggan (Anm. 163), S.154.

(173) Dammann (Anm. 3), S.234f., 236ff., Peterson (Anm. 128), S.324f., Son (Anm. 57), S.533, 539, Rogall (Anm. 15), S.84. 特に消去要請について、Son (Anm. 57), S.536, ders., Heimliche polizeiliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, Berlin, 2006, S.170f., s. a. Schenke (Anm. 98), S.1390f.

核心領域論に対応する記述は、国際法やEU法においても見られず、また連邦憲法裁判所のいう核心領域保障のための憲法上の要請も、アメリカでは私的領域の相対保障の枠組から導出されていることが指摘されている。Vgl. Dammann (Anm. 3), S.171ff., 205ff.

(174) Roggan (Anm. 163), S.157.

4. まとめ

本稿では、これまで連邦憲法裁判所による核心領域保護論の展開を整理・分析してきた。最後にこれまでの内容を総括するとともに、別稿にて行う理論的考察のための視角を確認することにしよう。

一つの見方として、連邦憲法裁判所による核心領域論の展開を実体論から手続論への変遷と整理することができるだろう。上述したように、情報内容の社会的関係性あるいは意義の程度を核心領域帰属の判断基準とする連邦憲法裁判所の核心領域論は、社会的関係性と絶対不可侵とは矛盾なく調和しうるのかという問いを前に、第二次日記決定の時点ですでに一つの限界に直面していた。その後、テロリストないし組織犯罪への対処や科学技術の進展の捜査手法への応用を背景に、住居あるいは通信といった最も“プライベート”な領域が公的な関心の対象となる中、連邦憲法裁判所は情報の収集段階から収集後の利用・消去等に至る一連のプロセスの法的制御を志向する新たな核心領域論を見せるようになる⁽¹⁷⁶⁾。このような判例の展開は、社会の変化によって生じた公私の境界線の動揺に対処するための苦肉の策であったと評価することもできよう。しかし、第二次日記決定以降一貫して学説から提起されている“相対化”との批判を見ればわかるように、衡量否定の立場を未だに維持する連邦憲法裁判所の核心領域論が、果たして絶対不可侵を語りうるものたりえているかどうかは疑問である。連邦憲法裁判所はその判例の中で、目的達成に不要なデータの消去等の保障では核心領域保障として不十分であると判示することで、核心領域保障と比例原則（の一部）との区別を維持しようとしているが⁽¹⁷⁷⁾、連邦憲法裁判所の求める手続保障が何故に個人の「絶対不可侵の核心領域」を保障すること

(175) Horn (Anm. 4), Rn.78.

(176) 社会的関係性の程度を基準とする核心領域の特定については、判例上言及されることも少なくなっており、直ちに手続保障の検討へと入っている例も見られる。Vgl. BVerfGE 120, S.335; 129, S.245ff.

(177) Vgl. BVerfGE 109, S.314, 330; 120, S.339.

になるのか、その結び付きは一向に明らかでない。穿った見方をすれば、衡量の必要性を生じさせる社会的関係性の内においても核心領域保障の余地を見出そうとする連邦憲法裁判所の試みこそが、却って核心領域論の独自の意義を見失わせる結果につながっていると見ることもできるようにも思われる。⁽¹⁷⁸⁾

他方で、厳格に衡量を排した特定の行為・領域の絶対的保障を唱える見解に対しては、こうした考え方によって重大犯罪への対処が困難になり、安全保障上の危険が生じるという趣旨の懸念がしばしば表明されている。⁽¹⁷⁹⁾こうした事情に加え、公権力による情報収集活動に対する基本権保障の枠組が明らかでなかったエルフェス判決以来の展開も合わせ見れば、あるいは連邦憲法裁判所による核心領域論は実際のところ、一貫して私的領域に対する基本法上の相對保障を根拠づけてきたという評価も可能であるかもしれない。⁽¹⁸⁰⁾社会的関係性を欠いた“私”の領域に対する公権力の介入を可能にする正当な利益はありえないという指摘も見られるように、⁽¹⁸¹⁾核心領域保障に比例原則と区別される独自の意義など初めからなく、またあるべきでもないとする議論が出てくるのも別段不思議な話ではない。⁽¹⁸²⁾しかしこのように考えると、基本法における不可侵

(178) 核心領域の所在が曖昧であることを指摘するものとして、Vgl. Gurlit (Anm. 12), Rn.49, Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Auf., München 2010, Art.1 Abs.1, Rn.80, Baldus (Anm. 4), S.224f.

(179) Denninger (Anm. 77), S.103, Poscher (Anm. 65), S.273, Volkmann (Anm. 98), S.593, Warg (Anm. 44), S.242.

(180) Vgl. Dammann (Anm. 3), S.229ff.

(181) Vgl. Benda (Anm. 46), S.31.

(182) 核心領域保障に法概念としての独自の意義を否定する見解として、Dammann (Anm. 3), S.197ff., Rogall (Anm. 15), S.61ff., Amelung (Anm. 64), S.1755, Frank Lucien Lorenz, Aktionismus, Populismus? – Symbolismus! Zur strafprozessualen akutisch-optischen Überwachung von Wohnungen, GA 1997, S.59ff., Robert Alexy, Theorie der Grundrechte (Suhrkamp, 1994), S.327ff. 他方、利益衡量を認めることと核心領域保障とは矛盾しないとする見解として、Baldus (Anm. 4), S.223ff., s.a., ders., Menschenwürdegarantie und Absolutheitstheorie, AöR 136 (2011), S.529ff.

の核心領域の存在については、判例及び学説において批判を受けながらも概ね一致が見られてきたということ自体が一つの興味深い事実である。彼らは不可侵の核心領域を通じて、一体“何”を論じ、そして期待していたのだろうか。一切の衡量を排除する不可侵の核心領域の法的保障という、核心領域テーゼの脱神話化（Entmystifizierung der Kernbereichsthese⁽¹⁸³⁾）は、憲法上の自由理解にとって“何”を意味しているのだろうか？

(183) Rogall (Anm. 15), S.63.