



法と自由に関する一憲法学的考察ードイツ情報自己決定権論を題材にー

高橋, 和広

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2014-03-25

(Date of Publication)

2016-03-25

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第6159号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1006159>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博士学位論文

「法と自由に関する一憲法学的考察 ——ドイツ情報自己決定権論を題材に——」

神戸大学大学院法学研究科

専攻：理論法学専攻

指導教授：井上 典之教授

学籍番号：074j316j

氏名：高橋 和広

提出年月日：2014年1月10日

論文要旨

監視カメラや N システム、住基ネットに代表されるような、公権力による個人関連データ・情報の取扱いは、憲法学において論ずべき問題であるか、そしていかにして論ずべきであるか。科学技術の進展に裏づけられたソフトな統治手法への憲法学からの対応の必要性が論じられているが、そのような対応が憲法上の自由権論にとってどのような意味をもっているかは、いまだ十分に明らかにされていない。本稿は、主としてドイツにおける情報自己決定権論の展開を素材として、憲法学における法と自由をめぐる問題に対する基礎的な考察を試みるものである。

1. 連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開

本稿は、国勢調査判決（BVerfGE 65, 1）に始まる連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開を、①情報自己決定権はなぜ必要か。なぜ公権力による個人関連データ・情報の取扱いを、基本法の下で規律しなければならないのか、②情報自己決定権とは、「何」をどのように保障する基本権なのか、という二つの問いに即して以下のように整理した。

① 連邦憲法裁判所が、「個人データの開示及び利用について、原則として自分で決定する権利」と定義される情報自己決定権を承認した背景には、現代社会における個人の自由や人格に対する以下のような危機意識があった。すなわち、情報技術が進展し、大量のデータを瞬時に処理することが可能になった情報化社会においては、個人に関連する膨大なデータ・情報や詳細な人格像が、本人にコントロールできないところで収集、保存ないし利用されるようになる。このような社会において諸個人は、公権力による諸々の個人関連データ・情報の取扱いや人格像の形成が、自己にとって不利益となる事態へとつながることをおそれ、そのような事態へとつながりうる行為を控えるようになる。

連邦憲法裁判所は、基本法上の自由は行為自由のみならず、当該行為を行うか否かについて自由に決定できることをも前提としていなければならないという判断から、個人関連データ・情報の取扱いが内心への心理作用を通じて個人の行為を萎縮させる上記のような事態の到来を、基本法によって対処すべき「人格に対する危機」であると考えた。そしてこのような萎縮効果を生じさせるような個人関連データ・情報の取扱いの規範的な制御を可能にし、もって個人の「自由な自己決定 (freie Selbstbestimmung)」ないし「思いのままの振る舞い (Unbefangenheit des Verhaltens)」を保障するために、連邦憲法裁判所は情報自己決定権を基本権として承認するに至った。つまり、連邦憲法裁判所は情報自己決定権を、公権力による個人関連データ取扱いの法的制御を通じて個人の「自由な自己決定」の前提を保障するものと位置づけたのである。

② それでは、上記のように構想された情報自己決定権は、実際に公権力による個人関連

データ・情報の取扱いをいかなる形で規律するのか。あるいは、情報自己決定権によって「自由な自己決定」はどのように保障されるのか。

この点については、日独いずれの議論においても介入防御思考を背景とする、いわゆる三段階審査の視点から説明されることが多く、連邦憲法裁判所の判例もまた、形式的にはそのような枠組みに則って審査しているように見える。しかし、本稿では判例の分析を通じて、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の理解として、以下のような見解を提示した。

まず、学説における情報自己決定権論では、公権力による個人関連データの取扱いをもって直ちに情報自己決定権の保護範囲への介入を肯定する議論が多く見られるところ、連邦憲法裁判所の判例では、形式的には個人関連データ取扱いの対象者であっても、一定の者については認識関心（*Erkenntnisinteresse*）の不在等を理由に、情報自己決定権の保護犯意への介入が否定されている。

次に正当化審査についても、個人の主観的権利の制約に対する正当化という観点から判例を説明することは困難である。連邦憲法裁判所による正当化審査の実態はむしろ、基本法上の客観法的利益として把握される「自由な自己決定」の保障という観点から、個人関連データの収集から利用に至るデータ処理プロセス全体の憲法適合性を審査するものとなっている。

もっとも、一部の個人関連データ取扱いについて、何故に情報自己決定権の保護範囲への介入が否定されるのかは、その根拠および判断基準ともに依然不明確なままである。また正当化審査についても、情報自己決定権のもとで妥当する各種の原則（明確性・特定性の原則、比例原則など）が、公権力による個人関連データ・情報の取扱いに対して、具体的にどの程度の要請を課しているのかについては、曖昧な部分が多い。

2. 情報自己決定権論に対する理論的考察

続いて、連邦憲法裁判所の情報自己決定権論に対する分析結果を踏まえた上で、本稿はドイツの学説において展開される情報自己決定権論に対する理論的な考察を行った。ここではとりわけ、①判例や一部の学説において情報自己決定権が、個人の主観的な権利から離れた客観法構成へと推移していったことにはどのような必然性があるのか、②そして客観法構成、ひいては情報自己決定権論はどのような問題を抱えているのか、という観点から議論を整理することを試みた。

① 個人関連データの取扱いに関する個人の決定権を原則とする介入防御の視点から情報自己決定権論を展開する議論には、どのような問題があるのか。なぜ情報自己決定権論は、客観法的に構成されるに至ったのか。その要点は、おおむね以下のように整理される。

個人は自己に関するデータを「物」と同じように所有ないし占有することはできない。われわれの生きる社会では、個人に関するデータが本人にコントロールすることのできな

い形で広範に流通しており、諸個人は原則として“自由”にそれらのデータを収集することができ、またそのデータを解釈することによって獲得される情報を利用することができる。これらの個人関連データ・情報の取扱いすべてに基本法によって対処すべき「自由」ないし「人格」に対する危険が認められるわけではないことに異論はないだろう。人格に対する危険が認められるのは、データないし情報の取扱いがある社会的関係性・文脈において一定の意味作用を有する場合に限られているのである。つまり情報自己決定権論において対象とすべき問題の核心は、個人関連データ・情報の取扱いそれ自体ではなく、これらの取扱いをして人格に対する危険を生ぜしめるところの、社会的な関係性を法的に制御することにある。

このようにして、個人の決定権限や社会的関係性の遮断を思考上の出発点とする議論は根本的に誤っているものと考えられるようになり、情報自己決定権論は、個人関連データ取扱いに関する個人の決定権限という主観的な権利を基点とする議論から、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を志向する客観法論へと再構成されることとなる。そしてこのとき、基本法上保障されるべき個人の「自由」「人格」は、このように法的に制御されるべき関係性の内において把握されるものであることが明らかになる。

② 情報自己決定権がこのように客観法論として再構成されることに一定の根拠が認められるとしても、そのような再構成は更なる問題を生じさせることになる。すなわち、このように再構成された情報自己決定権論のもと、公権力による個人関連データ・情報の取扱いは、基本法のもとでどのように規律されることになるのか。本稿では以下の2点を主な問題点として指摘した。

第1の問題点は、個人の自由ないし人格発展の「法化」をめぐる問題である。上述の議論を踏まえると、情報自己決定権は個人関連データ・情報の取扱いが行われる社会的関係性・文脈の法的制御によって、個人の自由な自己決定ないし人格発展の前提条件を保障するものと理解されることになる。このとき、当該社会的関係性の法的制御を通じて前提を保障されるべき自由は、客観法的に制御された関係性の中で把握される「自由」であり、個人の恣意という意味での“自由”、“自己決定”とは切り離されている。つまり、情報技術の進展を背景に生じる“不自由”に対する基本法からの対応は、皮肉にも基本法上保障されている「自由」と個人の“自由”との乖離をよりいっそう鮮明にすることになる。

2点目は、情報自己決定権のもとで行われる社会的関係性の法的制御を根拠づける「実体」をめぐる問題である。一つ目の問題点として、基本法上保障される「自由」が個人の恣意と断絶していることを指摘したが、それでは基本法上保障される個人の「自由」、「自己決定」はどのように定義されるのか。言い換えれば、基本法によって保障されるべき「自由」はいかにして特定されるのか。そして、基本法の下で行われる社会的関係性の法的制御はどのように実質的に根拠づけられるのか。

この点、判例・学説が情報自己決定権を通じて保障されるべきと考える「自由な自己決

定ないし人格発展」の内実は明らかでなく、情報自己決定権論の客観法的構成を唱える論者は、具体的な保障のあり方について広範な立法裁量を認めている。つまり、基本法上保障されるべき個人の人格発展のあり方が、立法者による内容形成に委ねられるという、ある種逆説的とも思われる事態が生じることになる。これに対して、(オンライン判決において連邦憲法裁判所が「情報技術システムの秘匿性と十全性」の保障に特別な人格上の意義を認めたように) 特定の文脈に独自の意義を認めることで、より具体的かつ事の性質に即した社会的関係性の制御のあり方を、基本法上の要請として導出することも確かに考えられる。しかし、情報自己決定権の基本権としての承認を根拠づけた高度な情報技術が、その更なる進展によって、社会的関係性の法的制御を根拠づけている個人の人格発展自体をも変化させ続けていることを明らかにした IT 基本権論の盛衰は、このようなアプローチが抱える難点をも明らかにした。基本法によって保障されるべき自由ないし人格発展は、情報技術の進展に応じて常に変動しているのであり、人格に対する新しい危険に対処する基本法上の自由権論は、このような法と自由との間の不安定な関係性の中で、社会的関係性を規範的に制御するための論理を展開してゆかなければならないのである。

3. まとめ

ドイツにおける情報自己決定権論は、個人関連データの取扱いに関する個人の決定権限を基点とする議論から、当該取扱いが行われる社会的関係性の客観法的制御へと推移している。その過程で、情報自己決定権論において保障される「自由」は個人の恣意としての“自由”、“自己決定”とは断絶していることが明らかにされる反面、そのような社会的関係性の法的制御を根拠づける実体としての「自由」の内実は不明確である。

このように整理されるドイツ情報自己決定権論は、憲法上の自由権論にとって重大な意味を持っている。すなわち、憲法上の権利は、憲法の“前”にある自由ないし人権を「憲法の論理」へと変換させたものであると通常理解されているところ、上記の議論が明らかにしているのは、「憲法の論理」へと変換される“前”に存在し、憲法上の自由権を根拠づけている(はずの)自由が、曖昧かつ流動的なものとして、特定することが困難になりつつあるという事態である。つまり、ドイツにおける情報自己決定権論の展開は、統治手法の変化への対応を試みる「新しい自由権論」が、保障すべき自由を曖昧にしたまま「憲法の論理」を空転させていく危険性を示唆しているのである。

本稿は、このような事態を前にして、自己の立場を明確にするものではない。しかし、ドイツ情報自己決定権論を素材に、憲法学における法と自由との間の根源的な関係について考察する本稿の議論は、憲法上の自由権論が直面している問題に対する考察の起点を提供するものであると考えている。

目次

序論	…… (7)
第1章 情報自己決定権に関する一考察 —ドイツ連邦憲法裁判所の「国勢調査」判決の再考を中心に—	…… (14)
第2章 ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開	…… (56)
第3章 情報自己決定権論に関する一理論的考察 —憲法上の問題の所（不）在について—	…… (108)
第4章 IT 基本権に関する一考察	…… (163)
結論	…… (205)

序論

1 「新しい」憲法上の自由権・自己決定権論について

本稿の課題は、ドイツにおける情報自己決定権論の整理・分析を通して、憲法上の自由・自己決定権論を再考するための一視角を提供することである。しかし、なぜ憲法上の自由・自己決定権論が再考を迫られているのか、またいかなる観点からの再考が求められているのか。まずは、本稿の背景にある問題意識を明らかにしておく必要があるだろう。

統治のテクノロジーの向上を背景とするソフトな権力行使に対して、強制的排除をもって自由の実現と考えてきた従来の自由権では十分に対処することが難しい、といった記述は憲法学の論文に接していれば様々な場面で出くわすことだろう¹。この問題に鋭い論者の一人が言うところによれば、新しい統治テクニックは、監視や調査の実施を通じて我々個人の内面にある秩序感覚に働きかけ、強制的手法を用いずに我々を操作するものであり、憲法学はこのような統治手法の変化に対応する「新しい」自由権論について検討する必要があるという²。もう少し具体的なレベルの議論としては、監視カメラやNシステムを始めとする高度な情報処理システムの導入が、憲法上保障された行動の自由に萎縮効果を与えることがしばしば懸念されている³。これらの措置の違憲性が、実際に裁判上でも争われていることは周知のとおりであり⁴、とりわけ萎縮効果に配慮した下級審判決は学説においても好意的に取り上げられることが多い⁵。他方、これらの措置に対する、より抽象的な（「憲法論以前の、いわば哲学的な物言い」⁶）批判として、このような新しい統治テクニックは自律的・主体的な個人を喪失させるものであり、このような由々しき事態に対しては、「人

¹ 駒村圭吾「警察と市民」公法研究 69号（2007年）119頁、石川健治「30年越しの問い」法学教室 332号（2008年）63頁以下、西原博史「プライバシー権の意義」同編『監視カメラとプライバシー』（成文堂、2009年）86頁、高橋和之ほか「[座談会] 憲法 60年——現状と展望」ジュリスト 1334号（2007年）1頁（棟居快行発言）、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学第3巻 権利の保障』（日本評論社、1994年）126頁以下参照。ドイツにおける同種の議論として、Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michale Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? (Nomos, 2004), S.69.

² 駒村圭吾「『視線の権力性』に関する覚書」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 公法 I』（慶應義塾大学出版会、2008年）288頁、同「『憲法の留保』と権力の構造」法学教室 324号（2007年）52頁以下参照。

³ 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト 1412号（2010年）83頁、憲法判例研究会編『判例プラクティス 憲法』（信山社、2012年）45頁（山本龍彦執筆）、棟居快行『憲法学再論』（信山社、2001年）284頁以下、小泉良幸「車両ナンバー読取システムと憲法 13条」ジュリスト 1398号（2010年）11頁、實原隆志「ドイツ版「Nシステム」の合憲性」自治研究 86巻 12号（2010年）157頁以下参照。

⁴ 大阪地判平成 6年 4月 27日判時 1515号 116頁以下、東京高判平成 21年 1月 29日判タ 1295号 193頁参照。

⁵ 駒村・前掲 2) 291頁以下、同『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013年）278頁以下、西原・前掲 1) 85頁以下参照。

⁶ 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012年）282頁参照。

格」概念や「人間」概念にもかかわるより深い議論が求められるといった指摘もなされている⁷。

もっとも、「ビッグ・ブラザー」や「パノプティコン」といった刺激的な用語も用いて説明される上記のような事態が、いかにわれわれの不安・閉塞感を喚起するものであったとしても、これを以て直ちに憲法上の自由権・自己決定権の侵害と捉えることはできない⁸。というのも、強制的な手法を用いないソフトな権力行使から自由を保障するためには、公権力（あるいは他の私人）による強制の排除を中核に据えてきた自由権論⁹が不十分であると指摘することはできても、他者による何らの影響も受けない「本当の自己決定」などもとより存在するものではなく¹⁰、「萎縮するのもしないのも、自由を行使しようとする人間の判断に委ねておけばよいのではないか」¹¹という主張も十分に成り立ちうるように思われるからである。しかしそうであるからといって、このような（強制を欠いた）他者による影響を受けた状態で行われる個人の決定を「自己決定」として認めてしまえば、そして（根源的なレベルにおいて）その喪失が懸念されている「自律」「主体」「人格」等の概念が、どのように憲法上の議論へと構成されるのかが明らかにされなければ、憲法学において論ずべき問題をそこに見出すことはできなくなる。他方、そこに憲法学において論ずべき自由ないし自己決定の侵害を認めるのであれば、（外的な行為を通じて表される本人の意思決定とは異なる）何処にそのような憲法上の自由の侵害が認められるのかが明らかにされなければならないはずである。これは、表現の自由における萎縮効果ないし間接的・付随的侵害において論じられてきた（はずの）問題であるが¹²、「新しい」自由権論が議論の対象となりつつある現在の状況がその証左でもあるように、既存の自由権論はこの問いに対して未だ明確な回答を提供していないように思われる。以下では問題の所在を明らかにするために、統治手法の変化と憲法上の自由権・自己決定権との関係について、もう少し踏み込んで整理してみることにしよう。

古典的な自由権論が、公権力による介入の防御を中心としてきたことはすでに述べたが、このような「原則—例外」図式においては、基本的には、公権力による介入を排除することによって、個人の自由（ないし非国家的領域としての社会）が保障されるという消極的

⁷ 安岡寛道編『ビッグデータ時代のライフログ』（東洋経済新報社、2012年）199, 202頁（山本龍彦執筆）参照。また、「個人の尊厳」や「自律的人格」といった普遍的物語の終焉について指摘するものとして、駒村圭吾「自由な社会の二つの憂鬱」世界761号（2007年）88頁参照。法哲学における議論として、大屋雄裕「情報化社会における自由の命運」思想965号（2004年）212頁以下参照。

⁸ Vgl. Martin Nettesheim, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011), S.35.

⁹ 林知更「共通番号制とプライバシー権」住民行政の窓367号（2011年）7頁、駒村・前掲註1）119頁、曾我部真裕「自由権」57巻5号（2012年）12頁参照。

¹⁰ 井上典之「自己決定権」という憲法上の権利について(一) 神戸法学雑誌49巻3号（2000年）101頁。

¹¹ 毛利透『表現の自由』（岩波書店、2008年）vi頁。

¹² 駒村・前掲註1）124頁註20。ドイツにおける「事実上の侵害」概念の導入や「介入」、「保護範囲」概念の拡張傾向を批判的に整理するものとして、Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 1), S.69.

な国家観が想定されているものと思われる¹³。もちろん安全保障や社会的不平等の是正等の必要性が否定されているわけではなく、むしろ公権力の存在はそれら問題への対処能力によって正統化される。しかしその一方で、それらの諸問題は、上記の防御権中心の自由権保障を前提として、その枠組みの中で政治的ないし政策的に解決が求められる問題と基本的には考えられている¹⁴。他方、そこで保障されている個人の自由についていうと、個人の防御権を第一次的なものとするこのような防御権中心の図式からは、自分が何を望み、どうしたいのかを知っているという意味での、一個の自律した人格の存在が想定されており¹⁵、公権力による介入を排除することによって、個人の本来的な“自由”が保障されるというイメージを垣間見ることができるだろう。本稿との関係でまず重要なことは、古典的な自由権論によって保障される憲法上の「自由」が、以上のような「前提」に基づいていると考えられることである¹⁶。

それでは、このような古典的自由権論におけるイメージが、先に述べた統治手法の変化とどのように関係しているのだろうか。簡単に言うと、おそらく問題は先に述べたようなソフトな統治手法が、古典的な自由権論（およびそれが前提とする公権力行使）とうまく合致しない点にあると言えるだろう。つまり、公権力が強制的手法を伴わない手段によって、諸個人の意思形成過程ないしアイデンティティ形成過程に入り込み、個人の外形的な決定・行為に（不当に）影響を及ぼしており、またそのような状態が常態化することで、「自己」自身のあり方そのものがコントロールされてしまうといった事態が新しい自由権論の必要性を唱える論者によって懸念されているところ¹⁷、上述の古典的な自由権論、とりわけ「自分のことは自分で決められる」という意味での自律した人格のイメージを前提とした場合、このような事態の何処に、憲法上保障されるべき自由の侵害が認められるのかが判

¹³ 三段階審査論の背景に市民的法治国家観が控えていることを指摘するものとして、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013年）72頁以下参照。これに対して、「侵害・防御図式」自体は、国家と市民の間関係について特定の観念と結びついているわけではないという指摘もある。宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）216頁、同「憲法上の権利」の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』（有斐閣、2009年）242頁参照。

¹⁴ 小山剛「陰画としての国家」法学研究 80 卷 12 号（2007年）144頁以下参照。もちろん生存権（憲法 25 条）を始めとする明文の規定を理由に、公権力による一定の積極的介入が憲法上も止められると理解されていることは言うまでもない。しかし、その場合にも、社会国家の介入と、個人の自由・自律との緊張関係がしばしば説かれることになる。さしあたり、西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）参照。

¹⁵ Vgl. Rupert Schulz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (München, 1971), S.24, Josef Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge (Duncker & Humblot, 1998), S.370f.

¹⁶ 「個人は自分自身で見解を持つことができるし、そう期待すべきである」と考えるものと、「個人が政治価値の準拠点であるとしても、個人自身は善悪を自分で決められない存在である」と考えるものとの、二つの個人主義について述べるものとして、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）128頁参照。

¹⁷ プライバシー論において身体性の回復が争われているという駒村圭吾教授による指摘は、このような文脈において理解することが出来るものと思われる。駒村・前掲 2) 321 頁参照。

然としないのである。このように考えると、新しい自由権論を論じるにあたっては、個々の憲法上の権利論ではなく、それらの諸権利において前提とされてきた憲法上の自由・自己決定自体を反省的に捉えなおすためのメタの視点に立った分析が必要になることがわかるだろう。いいかえれば、それまで自律した個人像のイメージを前提に「法外」¹⁸または「ブラック・ボックス」¹⁹として暗黙裡に扱われてきた、個人の自己決定、つまり内心における意思決定過程に対する外界からの影響を、憲法上の自由権論・自己決定権論において主題化するべきか否かがここでは問われているのである。

以上を前提に本稿の研究対象は、さしあたり以下のように表される。近時の憲法学において議論の俎上に上りつつある「新しい」憲法上の自由権・自己決定権とは、いかなるものか。そして、われわれは「自由」や「自己決定」の名のもとに、いったい“何”を護ろうとしているのだろうか？

2 わが国における情報自己決定権論の紹介

以上のような関心から、本稿ではこの問題に深くかかわっていると本稿筆者の考える、ドイツにおける情報自己決定権論の展開を整理・分析してゆくことにする。もっとも、周知のようにドイツ情報自己決定権論自体は、わが国でも幾人かの論者によってすでに議論が紹介されているところである。したがって、本稿の構成の説明に入る前に、これら先行研究との関係および本研究のもつ独自性についてここで確認しておくことにしよう。

まず本稿との関係において最初に指摘しておくべきことは、わが国におけるドイツ情報自己決定権論の紹介、とりわけ主要な憲法学者によるそれが、主として防御権として紹介されてきたということである²⁰。あるいは、見方を変えればそれは、当該基本権は防御権を前提とする三段階審査を導入するためのモデル・ケースとして利用されてきたということもできよう²¹。したがって、当然ながらそこでの議論は、いわゆるプライバシーに位置づけられる問題（の一端）をいかに 3 段階図式で説明するかという観点から議論が行われ、そしてそこに他の憲法上のプライバシー論とは区別される、情報自己決定権論（ないし三段階審査）の長所が見出される。要するに、情報自己決定権論は上で述べてきたような統治のテクノロジーの高度化を背景とする自由権論の変容といった文脈で取り上げられてこなかったのである。しかし、もともと情報自己決定権論は、情報技術の急速な進展を背景に広く行われるようになった個人関連データ・情報の取扱いを通じて、個人が制御されあるいは萎縮効果が発生するような事態に対処するものとして構想されてきた基本権であり²²、

¹⁸ 石川健治「インディフェレンツ」比較法学 42 巻 2 号（2009 年）152 頁参照。

¹⁹ 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012 年）306 頁参照。

²⁰ 小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」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 頁以下参照。

²¹ 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001 年）96 頁以下参照。

²² Vgl. Spiros Simitis, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz 6., neu bearbeitete Aufl. (Nomos, 2006), §1, Rn.27, Hans D. Jarass, in: ders. u. Piroth, GG 12.Aufl. (C.H.Beck, 2012), Art.2, Rn.42.

また現在に至るまでの連邦憲法裁判所の判決を見ても、情報自己決定権の背景にあるこの問題意識は、今なお連綿と引き継がれていることを確認することができるだろう²³。そうであれば、この情報自己決定権という基本権のもつ意義も、こうした規範的な根拠との関係において見定められなければならないはずである²⁴。

他方、わが国における情報自己決定権に関する他の諸々の論考の中で、情報自己決定権が、情報技術の進展のもとで脅かされる個人の自己決定ないし主体性の保障、あるいは自由で民主的な社会の維持を規範的な根拠としていることについて言及されることは確かにあるが²⁵、この点について理論的に詰めた考察が行われてきたとは言いがたい。というのも、結論を先取りする形になるが、情報自己決定権論は、当該基本権を生じさせた問題状況への対処として成功しているとは必ずしも言えないからである。以下の本論においては、ドイツにおける情報自己決定権論の分析を通じてこの点を論証してゆくことが求められることになるが、その際には、ドイツにおける情報自己決定権論を単純に整理し、紹介するのみでは不十分である。情報化社会における“自由”の危機を背景に登場した情報自己決定権とは、いかなる期待を背負って登場した基本権であり、またその期待に応えることに成功したといえるかどうか、そして不成功であるとすればそれはいかなる理由によるものかをドイツにおける判例・学説の分析を通じて明らかにすることが必要となる。

なお、本稿はいわゆるプライバシーを扱う文献を相当数参照し、また議論の内容もプライバシー論として議論されている内容と重複している部分が多いが、プライバシーそれ自体を研究対象とするものではない²⁶。そもそも、「監視カメラとプライバシー」のような例を典型として、プライバシーの問題と憲法上の自由権の問題（委縮効果）とが同時に提起されることも少なくないが、社会的性格を持ち、それがためにその本質なるものの理解が困難であるといわれるプライバシーが²⁷、自然権的な理解もいまだに根強い表現の自由等の憲法上の自由権²⁸と何故に同時に問題とされるのか、両者の関係についてこれまで深く考え

²³ Vgl. z. B. BVerfGE 113, S.46; 115, S.354f.; 120, S.402.

²⁴ もっとも本論でも述べるように、本家のドイツにおける情報自己決定権論が、当初よりこのような防御権としての理解を前提に展開されており、その根拠であるはずの「人格」との明確なつながりを欠いたまま、今なお一定の影響を保っていることを考えれば、わが国においてこのような情報自己決定権論の紹介がなされたことには無理からぬ側面もある。

²⁵ 玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）281頁、および342頁以下、平松毅『個人情報保護』（有信堂、2009年）25頁以下、實原・前掲註3）157頁以下参照。また松本・前掲註21）144頁および187頁註215も参照。

²⁶ 公権力による個人関連情報取扱いの合憲性をめぐる問題が、主として憲法学における通説として位置づけられている自己情報コントロール権を軸に展開されていることは周知のとおりである。当該権利と日本の裁判例の関係を整理するものとして、山本・前掲）ジュリスト85頁以下参照。

²⁷ プライバシーが、社会や人々の認識の変化に対して開かれた概念であることを指摘する文献は数多く見られるが、ここではさしあたり、Vgl. Marion Albers, Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl 2010, S.1063, 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.185f.

²⁸ これに対して、表現の自由の後国家性について論じるものとして、棟居快行「特集・憲法と

られてこなかったように思われる。しいていえば本稿は、そのような重複が見られるプライバシーの問題領域（の一端）に対して、憲法上の自由・自己決定権論の側から接近するものである。

3 本稿の構成

以上の点を踏まえて、本稿では、情報社会における憲法上の自由権・自己決定権論の再考をキーワードに、ドイツの判例・学説において情報自己決定権論がどのように展開し、そしていかなる困難に直面しているかを以下の手順で検討することにする。

まず第1章、第2章において、ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開を見てゆくことにする。もう少し具体的に言うと、ここでは連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の出発点である国勢調査判決（BVerfGE 65, 1）と、情報自己決定権に対する侵害を理由に連邦憲法裁判所によって違憲判決が下された比較的近時の重要判決である N システム判決（BVerfGE 120, 378）を主たる検討対象として取り上げ、判決を詳細に見てゆくことで、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の内在的理解を試みる。あらかじめ見通しを述べておくと、情報自己決定権論を、個人関連データ取扱いを排除する主観的な防御権とする理解から、これらの判決を矛盾なく説明しきことは困難であると考えられる。本稿では、その説明することのできないその偏差の部分に着目し、そこから連邦憲法裁判所の展開する情報自己決定権論の全体像を明らかにするよう努めることにし、その際には①情報自己決定権の規範的根拠はどこに見出されているのか、②①の議論は公権力行為の規範的統制のあり方に、どのように反映されているかといった点を考察の中心に据えることにする。

第3章では、第1, 2章において明らかにされた連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開の理論的意義を検討することを目的として、ドイツ公法学説における情報自己決定権論を整理・分析する。情報自己決定権を主として主観的防御権として理解する古典的な情報自己決定権論から、情報自己決定権の客観法構成への推移を基軸に、情報自己決定権論がいかなる観点からどのように再構成されていったかをここでは主に見てゆくことにする。情報自己決定権論の客観法構成の必然性と、それが抱える深刻な問題点は、本稿の関心である憲法上の自由権論・自己決定権論の再考にとっても、少なくない示唆を与えるものと考えられる。

第4章では、オンライン判決（BVerfGE 120, 274）において連邦憲法裁判所によって基本権として承認された、いわゆる IT 基本権（Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme）をめぐる議論を取り上げる。そこではまず IT 基本権の内実、とりわけ評釈等で頻りに論じられた情報自己決定権との異同について明らかにした後、両基本権を同質的にとらえる本稿の立場を前提に、情報自己決定権と区別される IT 基本権の独自の意義について検討する。そこで明らかにされ

「経済秩序」企業と法創造 6 巻 4 号（2010 年）104 頁以下参照。

る IT 基本権承認の意義は、情報自己決定権論、ひいては憲法上の自由権・自己決定権論一般にとっても重大な問題提起を含んでいると考えられる。

本稿の結論を先に簡単に述べておくと、新しい統治手法による公権力行使の憲法的統制を憲法上の自由権・自己決定権論へと導入するためには、憲法上の自由権・自己決定権論自体が、それらが間主観的な社会的関係性の中で把握されることが明示される形で変容しなければならない。もっともこのような新しい自由権・自己決定権論が、“本来の”目的である“個人の自由”の保障に裨益しうるかどうかは疑わしく、むしろその実現の根源的な不可能性を示唆しているようにも思われる。自由と社会的関係性に関するこの点をめぐる詳細は以下の本論に委ねることにするが、いずれにせよ本稿では、このような分析結果を基に、「新しい」憲法上の自由権論・自己決定権論を構築することの是非について明確な結論を提示することはない。しかし、そのこと自体は本稿の意義を減殺するものではないはずである。なぜなら、憲法上の権利論がいずれの路を進むにせよ、主題化されつつある新しい自由権・自己決定権論の背後に伏在する問題の構造を整理し、それを提示することには一定の意義があると考えられるからである。

第1章 情報自己決定権論に関する一考察

—ドイツ連邦憲法裁判所の「国勢調査」判決の再考を中心に—

序

1983年12月15日の連邦憲法裁判所第一法廷によって下された国勢調査判決¹において、情報自己決定権が同裁判所に初めて基本権として承認されたことが、ドイツ公法学における情報自己決定権論の展開²にとって重大な転換点であったことを否定する者はいないだろう³。この判決自体、情報プライバシーの分野において国際的にも有名な判決であるようだが⁴、同判決によって定式化された情報自己決定権もまた、その後の連邦憲法裁判所による多くの判決の中で登場するだけでなく、テロ対策等の社会的にも重大な問題に関する立法・行政実務とも深く関わっている。また学説の側も、判決直後こそ、そのミスリーディングな名称に対する揶揄も見られたが⁵、この判決は「データ保護についての山上の垂訓 (Bergpredigt zum Datenschutz)」⁶として概ね肯定的に評価されてきたといえる⁷。しか

¹ BVerfGE 65, 1 この判決を取り上げる邦語文献は多い。ここではさしあたり、藤原静雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』」一橋論叢 94 巻 5 号 (1985 年) 728 頁以下、阿部照哉「個人の尊厳と幸福追求権」法務省人権擁護局内人権実務研究会編『人権保障の生成と展開』(民事法情報センター、1990 年) 166 頁以下、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集 42 巻 1 号 (1998 年) 115 頁以下、平松毅「情報自己決定権と国勢調査」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) 60 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) 96 頁以下参照。

² ドイツにおいて国勢調査判決以前のデータ保護に関する議論の推移を整理するものとして、Marion Albers, *Informationelle Selbstbestimmung*, Baden-Baden: Nomos, 2005, S.113ff, Hans Peter Bull, *Informationelle Selbstbestimmung*, 2.Aufl., Mohr Siebeck, 2011, S.22ff., Spiros Simitis, in: ders. (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz 6., neu bearbeitete Aufl.* (Nomos, 2006), *Einleitung*, Rn.1ff.

情報自己決定権自体は、国勢調査判決以前から既に議論の対象とはなっていた。z. B. Erhard Denninger, *Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, ZRP 1981, S.232f., *Abweichende Meinung des Richters Hirsch*, BVerfGE 57, S.201f. 連邦データ保護法の立法に当たって作成された鑑定意見書が、後に国勢調査判決に与えた影響について、作成者自身が皮肉も込めて述懐しているものとして、Vgl. Wilhelm Steinmüller, *Das informationelle Selbstbestimmungsrecht — Wie es entstand und was man daraus lernen kann*, RDV 2007, 158 ff., s. a. BT – Drs. VI / 3826, insb. S.88, 93f.,

³ Albers (Anm. 2), S.151.

⁴ *The Computer in German and American Constitutional Law*, 37 AM. J. COMP. L. (1989), 675, James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy*, YALE LAW J, Vol.113 (2004), 1216, Joel R. Reidenberg, *Rules of road for global electronic highways*, Harv. J.L. & Tech Volume 6 (1993), 289, David Lindsay und Sam Ricketson, *Copyright, privacy and digital rights management (DRM)*, in: Andrew T. Kenyon and Megan Richardson (ed.), *New Dimensions in Privacy Law* (Cambridge, 2006), 135, Daniel J. Solove, *Understanding Privacy* (Harvard University Press, 2008), 200, fn.15 (ダニエル・J・ソローブ (大谷卓史訳) 『プライバシーの新理論』(みすず書房、2013 年) 14 頁註 15)

⁵ Friedhelm Hufen, *Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, JZ 1984, S.1073, Hans Schneider, *Anmerkung*, DÖV 1984, S.162

⁶ Karl-Heinz Ladeur, *Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von*

し他方において、近年ではこの国勢調査判決に対して懐疑的な見解も少なくなく⁸、情報自己決定権論の錯綜した展開とも相まって、当該判決の位置づけも以前ほどは安定したものではなくなってきたようである。本章ではこのような現状に鑑み、ドイツ連邦憲法裁判所国勢調査判決の再読を試みることにする。連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の出発点である国勢調査判決で、いったい「何」が述べられ、あるいは述べられなかったのかを改めて確認することは、その後の議論展開を把握するためにも必要な作業であると考えられる。

議論の見通しを良くするために、本章の結論を先に確認しておくとして、国勢調査判決は基本権としての情報自己決定権の必要性ないしその規範的根拠については、情報化社会の進展に伴う「自由」、「人格」の危機という観点から比較的詳細に述べているものの、当該基本権によって公権力行為がいかん規律されるのかという、いわゆる権利の実体内容については、当該判決から読み取れることは意外なほど少ない。本章ではこの点を論証するために、概ね以下の2点から判決を分析してゆくことにする。①連邦憲法裁判所は、いかなる理由から情報自己決定権を基本権として承認したのか、②一部違憲という本判決の結論はいかにして導出されたのか、あるいは、①の議論と当該事案に対する連邦憲法裁判所の判断とはどのようにつながっているのか。このような事情により、本章は情報自己決定権の実体内容に関する考察を行ってはいないもの、実際にその権利の内実を明らかにするものとは必ずしもなっていない。そのため本章では、個人関連データ・情報の取扱いに対して主に防御権として作用する個人の決定権限として理解されてきた、連邦裁判所による情報自己決定権論を再考するための契機を提供することを第一的な目的とする。

Wissensnetzwerken-, DuD 2000, S.12, Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrecht, 2003, Rn.7

⁷ Wolfgang Hoffmann-Riem, Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, AöR 123 (1998), S.520

⁸ Hans Peter Bull, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden, in: Martin H.W. Möllers, Robert Chr. van Ooyen (Hg.), Bundesverfassungsgericht und öffentliche Sicherheit, 2011, S.71, Albers (Anm. 2), S.151ff., 162f. また、本判決が必要な審理の範囲を大幅に超えるものであり、またこのことが本判決の過大評価や過度の一般化につながったことに批判的に言及する見解もある。Walter Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Merten u. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Band IV (C. F. Müller, 2011), Rn.9, Christoph Gusy, Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz, KritV 83 (2000), S.62. 情報技術のさらなる進展を理由に、国勢調査判決当時とは、問題状況が変化していることを指摘するものとして、Wolfgang Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S.1009, ders., Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 134 (2009), S.536. さらに、概念の不明確性や先行判例との関係、親密圏の相対化への懸念などを理由に、比較的早い段階から懐疑的な立場を示していた例として、Christian Starck, Mangolt/Klein (Hrsg.), GG Band I, Art.2 Abs. 1 Rn.114, Philip Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S.596, Max-Emanuel Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, S. 114, Peter Krause, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, JuS 1984, S.268ff.

1 情報自己決定権の規範的根拠

(1) 根拠条文について

連邦憲法裁判所の展開する情報自己決定権論は、いかなる根拠に基づくどのような権利なのか。また、条文上の根拠として掲げられる一般的人格権（基本法1条1項と連携した2条1項）⁹とはどのように関わっているのか。ここではまず、国勢調査判決の判決文に即して、この権利の内実について検討することにしよう。

国勢調査判決は、連邦政府による、氏名や住所のみならず、職業、学歴、電話番号から家族構成、宗教団体への帰属をも対象とする包括的調査を定めていた1983年国勢調査法¹⁰の合憲性が争われた憲法異議事件である。政府による個人情報の収集のみならず、収集後の伝達・利用をも視野に入れた上で、一部違憲判決を出したこの判決は、公権力による大規模な個人情報の処理について一定の枠づけをしたという点では画期的な判決であったといえよう。国民の間でのプライバシー意識の高まりや、判決が下されたのが1983年だったということもあってか、ビック・ブラザー¹¹という用語に象徴されるような情報管理社会の到来への懸念も背景に、この判決は肯定的に評価されてきた。以下ではまず、公権力による個人情報の処理が、何故基本法の問題とされるのかといった点について、該当する判決文の箇所を引用しながら確認することにしよう。

「基本法秩序の中心には、自由な社会の一員として自由な自己決定において活動する、個人の価値と尊厳がある。基本法1条1項と連携した2条1項において保障されている一般的人格権がその保護に役立ち、現代的な諸発展やそれと結びついた人間の人格の新たな危機という点においても、一般的人格権は重要性を獲得しうる……。判決を通じたこれまでの具体化は、一般的人格権の内容を終局的に確定していない。それは、既に以前の諸決定……の流れの下での決定において示唆されているように、いつ、および、いかなる限度内で個人の生活実態を明らかにするかを、原則として自らで決定するという、自己決定の思想から生じる個人の権限をも含んでいる（…）」¹²

情報自己決定権の基本法上の根拠は、基本法1条1項と連携した2条1項によって保障される一般的人格権である¹³。同じ基本法2条1項によって保障されている一般的自由権が

⁹ 基本法1条1項の「人間の尊厳」保障と共に根拠とされる基本法2条1項は「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳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」（訳は高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第6版）』（信山社、2010年）を参照。以下同じ）と規定している。

¹⁰ 関連条文については後掲。

¹¹ Hufen (Anm. 5), S.1078, Trute (Anm. 6), Rn.2.

¹² BverfGE, 65, S.41f.

¹³ 日本国憲法13条の幸福追求権の保護範囲の問題が、しばしば基本法上の一般的人格権と一般的自由権との比較検討を通じて論じられてきたのは周知のとおりである。例えば、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」同『立憲国家と憲法変遷』（信山社、2008年）309頁以下、阿部・前掲155頁以下、小山剛「一般的行為自由説をめぐる諸問題」田上穰治博士追悼記念論文集『法と正

個人の行為自由一般を保護の対象としているのに対し、一般的人格権は、制約しえない権利の核心を確定する「人間の尊厳」条項（基本法1条1項）との結びつきを通じて¹⁴、人格の統合性それ自体¹⁵、あるいは、より狭い人格的な生活領域およびその基本的諸条件の維持を保障する¹⁶。また、一般的自由権のこのような性格から、一般的行為自由は積極的な形で展開するのに対し、一般的人格権は受動的あるいは静態的な形で私的領域の尊重に役立ち、ある程度すでに具体化ないし安定化された地位への許されない侵入や自律的な自己決定および自己描写（Selbstdarstellung）の侵害一般から個人を保護するものと解されている¹⁷。当然、上記引用箇所において連邦憲法裁判所が先行判例¹⁸を参照しながら定式化している、情報自己決定権についても、このような観点から把握されることになるだろう。他方、判決文中でも述べられているように、社会の発展に伴って生じた人格に対する新たな危険に対して、個別の基本権では対応できない場合に、一般的人格権は特別の基本権として機能する¹⁹。このような側面に着目して、一般的人格権は包括的ではないが、特定の生活領域に限定されない保護範囲を持つことから、受け皿基本権（Auffanggrundrecht）であると呼ばれることもある²⁰。一般的人格権が持つこのような特性を踏まえると、当該基本権の保障内容は、そのつどの人格に対する危険に応じて個別に具体化されなければならない²¹。したが

義』（比較憲法学会、1993年）673頁以下、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀記念『現代立憲主義の展開・上』（有斐閣、1993年）325頁以下、工藤達朗「幸福追求権の保護領域」法学新報103巻2・3号（1997年）191頁以下、宮地基「人格の自由な発展の権利」明治学院大学・法学研究74号（2002年）49頁以下、中村英樹「憲法上の自己決定権と憲法一三条前段「個人の尊重」」九大法学76号（1998年）151頁以下参照。一般的人格権の外観を整理するものとして、上村都「ドイツにおける人格権の基本構造」岩手大学文化論叢第7・8輯（2009年）93頁以下参照。また、2条1項と個別基本権との競合について論じるものとして、杉原周治「包括的基本権と個別基本権の競合」情報学研究No.78（2010年）19頁以下

¹⁴ 基本法2条1項と1条1項の結びつきについて、邦語文献としては、押久保倫夫「「人間の尊厳」の規範結合」兵庫教育大学研究紀要第23巻（2003年）45頁以下、また、樋口陽一・中島徹「改めて憲法一三条裁判を考える」法律時報79巻11号（2007年）70頁以下参照。

¹⁵ Dietrich Murswiek, in: Sachs (Hrsg.) GG Art.2, Rn.59.

¹⁶ Hans D. Jarass, in: ders. u. Pieroth, GG 12.Aufl. (C.H.Beck, 2012), Art.2, Rn.38.

¹⁷ Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG Art.2 I Rn.23, Walter Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee / Kirchhof, HStR, Bd.VI, §129, Rn.18f., Robert Alexy, Theorie der Grundrechte (Suhrkamp, 1994), S.333. なお、両者の区別が実際は曖昧であることを指摘するものとして、Vgl. Albers (Anm. 2), S.179ff., 230f.

¹⁸ BVerfGE 27, S.6; 27, S.350f.; 32, S.379; 35, S.220; 44, S.372f.; 56, S.41ff.; 63, S.142f.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 54, S.153, Murswiek (Anm. 15), Rn.59. このような一般的人格権の開放性について、Vgl. Herbert Bethge, in: VVDStRL 57 (1998), S.20ff., insb. S.21, Alexy (Anm. 17), S.330ff.

²⁰ Murswiek (Anm. 15), Rn.64ff., Walter Schmitt Glaeser, Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2.Aufl.(Mohr Siebeck, 2012), S.59f., Vgl. Gabriele Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung (Mohr Siebeck, 2007), S.82. この「受け皿基本権」という用語は、その重大性において列挙された基本権に匹敵する一般的人格権の保障を説明する場合だけでなく、個別基本権の保障からもれた無名の自由権を保障する一般的行為自由を説明する場合にも用いられる。Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II 28.Aufl.(Heidelberg, 2012), Rn.389, Di Fabio, in: Maunz u. Dürig (Hrsg), GG, Art.2 I Rn.15, Dreier (Anm. 17), Rn.30

²¹ Vgl. BVerfGE 54, S.153f., Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,

って、本件国勢調査判決において連邦憲法裁判所によって適用された一般的人格権（を具象化した情報自己決定権）の保障内容を理解するためには、連邦憲法裁判所が、問題とされる事案との関係において、保障対象であるところの人格をどのように理解しており、また、その人格に対して既存の法形式では対処することのできない、いかなる危機が生じていると考えているのかを判決文から明らかにすることが求められる²²。以下では、（一般的人格権から導出される）情報自己決定権を基本権として承認するに際して、連邦憲法裁判所が本件国勢調査の背景に人格に対するいかなる危険を認めていたのかという点を、判決文に即して確認することにしよう。

（２） 先例との関係：自己描写権との連続性

先の引用箇所が続いて、基本権としての情報自己決定権の承認について連邦憲法裁判所が判示した箇所を少し長くなるが引用する。

「この権利（一般的人格権——引用者）は、現代および将来の自動的データ処理という前提の下では、特段の保護を必要とする。この権利は、とりわけ以下の理由から危機に瀕している。すなわち、決定過程において、以前のように手作業によって収集されるカード資料や書類に頼る必要はもはやなく、むしろ今日では、自動的データ処理によって特定のまたは特定可能な個人の人的ないし物的諸関係についての個々の申告事項²³（個人関連データ[連邦データ保護法2条1項参照]）を、技術的には無制限に保存することができ、いつでも距離に関係なく一瞬の間に呼び出すことができる。それら個々のデータは更に、——とりわけ、統一的な情報システムの構築により——当事者がその正確さや利用について十分に管理できないまま、他のデータ集合と結びついて、部分的あるいは完全な人格像（*Persönlichkeitsbild*）へと統合されうる。それによって、覗き（*Einsichtnahme*）や影響力行使の可能性が、これまで知られていない方法によって拡大し、その可能性はただ公の関心をもつ心理的圧力のみを通じて個人の行為に影響を及ぼすことになるのである。

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、その行為を実施する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

Band III/1 §66 II 3c（シュテルン（井上典之ほか編訳）『ドイツ憲法II基本権編』（信山社、2009年）18頁参照（伊藤嘉規訳））。

²² Bull (Anm. 2), S.28, Kunig (Anm. 8), S.596

²³ 「情報」と「データ」の区別については、その曖昧さが指摘されているが（Albers (Anm. 2), S.87ff., 176）、ここでは事実についての記録を「データ」、特定の社会的文脈の中で作られ、利用される意味要素としての「情報」という区別をとりあえず参照する。Vgl. Albers, a. a. O., S.87ff., Gabriele Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u. a., Offene Rechtswissenschaft (Mohr Siebeck 2010), S.566, Trute (Anm. 6), Rn.16ff. 国勢調査判決における両概念の混同を指摘するものとして、Vgl. Albers, a. a. O., S.158f., Hoffmann-Riem (Anm. 8), JZ, S.1009, Anm.2

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・伝達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²⁴。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。

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、伝達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

²⁴ 引用箇所から明らかなように、本判決では情報自己決定権の必要性を裏付ける例として、個人関連データ収集・処理による集会行為等への萎縮効果が挙げられている。それまでの判旨では、自己に関するいかなるデータがどのように利用されるか分からないといった、情報社会における不確実性一般が論じられていたにもかかわらず、ここでは、特定のデータ収集によって特定行為が抑止されることへと視点が切り替わっていることが見て取れる（Ladeur (Anm. 6), S.13）。しかし、情報自己決定権が特定の行為自由の保障へと還元されるおそれがあるという意味で、連邦憲法裁判所が挙げるこの例はやはりミスリーディングな例というべきであろう（このような萎縮作用は個別基本権の問題として対処することが可能であるとする見解も少なくない。Vgl. Hans Peter Bull, *Gefühle der Menschen in der 'informationsgesellschaft' - Wie reagiert das Recht?*, Nomos 2011, S.25, ders. (Anm. 2), S.42, 57ff., Hoffmann-Riem (Anm. 7), S.520f.）。連邦憲法裁判所が基本法上の保護の対象としたのは、集会の自由をはじめとする特定の行為自由ではなく、それに先行する決定の自由である（Vgl. Albers (Anm. 2), S.154f.）。なお、個別基本権の保障とは区別される、基本法 2 条 1 項による独自の保障をめぐる Albers の議論については、Vgl. Albers (Anm. 2), S.454ff.）。

公権力による個人情報の処理によって生じうる萎縮効果については、情報自己決定権に関する後の連邦憲法裁判所の判例において頻繁に言及されている（Vgl. BVerfGE 113, S.46; 115, S.188. 近時の情報自己決定権が関わる諸判決において、萎縮効果が強調されていることを指摘するものとして、Vgl. Friedrich Schoch, *Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung*, Jura 2008, S.356. krit. Bull (Anm. 2), S.17）。また、個人関連データ・情報の取扱いによる萎縮効果を重視する見解は日独双方の学説においても見られるところである（Jarass (Anm. 16), Art.2, Rn.42. 西原博史「プライバシー権の意義」同編『監視カメラとプライバシー』（成文堂、2009年）52頁以下、千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報 84 巻 3 号（2012年）、102 頁以下参照）。しかし本稿においては、情報自己決定権の規範的根拠としての萎縮効果について、これ以上踏み込んだ分析を行うことは差し控える。理由はこれから本文で論じるように、本件事案に対する判断と直接的に結びついているとは思われないからである。

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」²⁵

上記の引用箇所からは、連邦憲法裁判所が、①大量、迅速かつ不透明な個人関連データ・情報の処理およびそれによって生じうる人格像への懸念が、当人への心理的な圧力となって個人の行為を抑制することを、(自由で民主的な公共体の機能条件として位置づけられる)「自己決定」という観点から問題視していること、および②このような事態に対して、自己関連データの取扱いに関する本人の決定権限を認めることで対処しようと考えているように見えること、という2点について重視していることをさしあたり読み取ることができるだろう。もっともこのように整理したところで、連邦憲法裁判所による情報自己決定権の承認をめぐる疑問が氷解するわけではない。特にここでまず指摘すべきは、①と②との関係が不明確なことである²⁶。情報科学技術の進展を背景とする個人関連データの取扱い及びそれに伴う人格像の創出と、個人関連データ・情報の取扱いについて本人の決定権限を認めることとは、連邦憲法裁判所においていったいどのようにつながっているのだろうか。この点を明らかにするため、ここで情報自己決定権と、判例・学説において展開されている既存の一般的人格権論²⁷との関係について確認し、それを踏まえたうえで情報自己決定権の特徴ないし必要性について検討することにしよう。まずは、一般的人格権の背景にある人格の危機について述べた個所で、連邦憲法裁判所が先例として掲げているエッペラー判決²⁸を見ることにする。

エッペラー判決の事案は、ある政治家が他党の作成した演説原稿に、自身の見解とは異なる見解があたかも自己の見解であるかのように表現されていることを理由に、人格権侵害に基づく停止を求める訴え(Unterlassungsanspruch)を提起したというものである。本稿との関係で重要なのは、ねつ造された発言が本人に帰属することと一般的人格権との関係について述べた以下の部分である。

「しかしながら、行っていない発言を自己の発言としてなすりつけられること(das Unterschieben)からも、一般的人格権は保護を与える。これは私的領域のような、承認された人格権の保護利益が私的生活を侵害するようなでっち上げのインタビューが流布されることなどによって、同時に侵害されるような場合にもあてはまる(BGH, NJW 1965, S.685²⁹——ソラヤ決定(BVerfGE 34, 269 (282f.))も参照³⁰)。そのような保護利益が

²⁵ BVerfGE, 65, S.42f.

²⁶ Albers (Anm. 2), S.236

²⁷ 連邦憲法裁判所による一般的人格権の展開については、Vgl. Michael Germann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, JURA 2010, S.734ff. また、D・グリム(上村 都訳)「憲法における人格の保護」名城法学 51 巻 1 号(2001年) 117 頁以下も参照。

²⁸ BVerfGE 54, 148. この決定については、押久保倫夫「一般的人格権の性質と保護領域」前掲註 4)『ドイツの憲法判例(第2版)』54 頁以下参照。

²⁹ この決定については、斎藤博『人格権法の研究』(一粒社、1979年) 159 頁以下参照。

³⁰ この決定については、Vgl. Albers (Anm. 2), S.217f. また、取り上げる論点は異なるが、渡

侵害されていない場合でも、誰かが、本人が行っておらず、その人自身による社会的な妥当性要求 (sozialen Geltungsanspruch) を侵害するような発言をしたように仕向けられるならば、それは同様に一般的人格権への介入を意味する。これは一般的人格権の根底にある、自己決定の思想から導き出される。個人は——私的領域へと限定されることなく——彼が第三者や大衆に対して自己をどのように描写するか、自己の人格を第三者が利用できるか否か、および、どこまで利用することができるのかを原則として自分で決定することができる。とりわけ、自己の発言を公にするか、および、どのように行うかについての決定もここに含まれる (…)³¹

エッペラー判決が、国勢調査判決の先例として重要な点は2つある。1つは、各個人には、他者に対して自己をどのように見せるか、いいかえれば他者において生じる自己の人格像を原則的に自分で決めることが「自己決定」の名の下に認められているように思われることである。つまり、主体としての「私」には、自己を、他者のアクセスする客体としての「私」へと構成していく自由が、基本法上の自由権として認められているのである。この権利はその後、自己描写権という名称の、一般的人格権を具象化した権利の一つとして整理されることになる³²³³。2つ目は、人格に対する危険を生じさせうる情報は、名誉の毀損や私的生活領域に関係する情報である必要はもはやなく、公の場における発言が広く適用対象に含まれるということである。そして、エッペラー判決では、「発言」という情報の流

辺康行「裁判官による法形成とその限界」前掲註4)『ドイツの憲法判例 (第2版)』384頁以下参照。

³¹ BVerfGE 54, S.155f.

³² 情報自己決定権と自己描写権とを連続的に把握する見解は多く見られるが (Vgl. Bernhard Schlink, *Das Recht der informationellen Selbstbestimmung*, Der Staat 25 (1986), S.233, Pieroth/Schlink (Anm. 20), Rn.397ff., Schmitt Glaeser (Anm.17), Rn.31, 42f., ders. (Anm.20), S.62, Di Fabio (Anm. 20), Rn.166, 175. これに対して両者を区別して整理するものとして、Jarass (Anm. 16), Rn.40f., 42ff. 他者が抱く自己像について本人に自由なコントロールを認めるかのような当該判決の表現については、その後の連邦憲法裁判所も含めて抑制的ないし批判的な理解が目立つ。Vgl. Britz (Anm. 20), S.45, Bull (Anm. 2), S.52, Trute (Anm. 6), Rn.12, Elke Gurlit, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes*, NJW 2010, S.1036, BVerfGE 82, S.269; 97, S.149; 97, S.403; 99, S.194; 101, S.380. そもそもエッペラー判決自体が、保障の対象としていたのは意見等の表明 (äußern) であり、自己描写は必ずしも意識していなかったとの指摘もある。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.

³³ 邦語文献では、長谷部ほか「〔座談会〕プライバシー」ジュリスト 1412号 (2010年) 114頁 (宍戸常寿発言) 参照。また、プライバシー権を、自己イメージの使い分けという観点から理解することを試みる見解として、棟居快行『人権論の新構成』(信山社、1992年) 173頁以下、石川健治「人格と権利」ジュリスト 1244号 (2003年) 29頁以下、同「イン・エゴイストス」長谷部・金編『法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004年) 199頁以下、これに対する批判として、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、1999年) 111頁以下参照。また、曾我部真裕『反論権と表現の自由』(有斐閣、2013年) 201頁以下、斉藤愛「住基ネットとプライバシー権」大沢秀介ほか編『憲法.com』(成文堂、2010年) 91頁も参照。

出が問題とされたが、国勢調査判決は、更にその方向を推し進め、情報科学技術の発達を背景に、対象となる情報源は「発言」から「個人関連データの申告」へと、そして後には個人情報処理一般へと拡大されていった³⁴のである。

(3) 先例との関係：二つの「自己決定」

上記のように、自己像に関する本人のコントロール権限という観点から、情報自己決定権を自己描写権と連続的にとらえることで、とりあえず先に述べた疑問に答えることはできるだろう。要するに情報自己決定権とは、情報処理技術の進展によってますます困難になりつつある自己イメージのコントロール可能性を、個人関連データ・情報の取扱いに関する決定権限を認めることで、本人に取り戻させる権利だということになる。もっとも、このように整理してもなお、疑問は残る。すなわち、そもそもなぜ個人には、自己を他者に対してどのように見せるかを自分で決定する権利が認められなければならないのか。エップラー判決では、この点についての記述がない。ここで着目するのは、生活実態の公開と個人の自己決定との関係という点において、国勢調査判決によって先例の1つとして挙げられており、また、「視きや影響力行使の可能性が、これまで知られていない方法によって拡大され、その可能性はただ公の関心のもつ心理的圧力のみを通じて個人の行為に影響を及ぼすことができる」という国勢調査判決の判旨と類似の記述を示すマイクロセンサス決定³⁵である。人口と就業活動という項目の抽出国勢調査において、「休暇・休養旅行」といった私的事項が申告対象とされたことの違憲性が争われたこの事件について、連邦憲法裁判所は以下のように判示している。

「このように国家が人格領域に立ち入り、市民の個人的諸関係を包括的に把握することが禁止されているのは、自由かつ自己責任による人格の発展のためには、個人に『内的領域 (Innenraum) ³⁶』が残されていなければならないからでもある。この空間においては、個人は『自己自身とかかわり』、『その領域に閉じこもることができる。外界はそこに近づくことができない。ここでは邪魔をされず、孤独を求める権利を享受する (…)]』。たとえ評価中立的であっても、場合によっては国家が覗きこむことのみによってすでに、公の関心という心理的圧力によって人格の自由な発展を妨げることができる介入となりうる³⁷。」

この引用箇所から分かるように、連邦憲法裁判所は、閉鎖的な内心領域が覗き込まれることによって心理的圧力を通じて個人の自由な人格の発展が妨げられる事態をもって、人

³⁴ Albers (Anm. 2), S.152f., 156

³⁵ BVerfGE 27, 1

³⁶ Britzによると、ここでいう内心領域は物理的な領域ではなく、精神的な領域である。Vgl. Britz (Anm. 20), S.30

³⁷ BVerfGE 27, S.6f.

格に対する危険と考えている。ここで重要な点は、この覗きからの逃避という文脈における個人の自由が、個人の自由な意思決定を前提とする「行為」の自由ではなく、その行為の前段階にある個人の意思決定ないし内心の自由の保障を意味していることである³⁸³⁹。このようなマイクロセンサス決定における議論を国勢調査判決の解釈へと敷衍すると、以下のように整理することができるだろう。すなわち、個人関連データ・情報やその結合から生じる人格像が⁴⁰、本人の手の届かないところで利用・作成されうるという事態においては、

³⁸ Albers は連邦憲法裁判所による情報自己決定権の定式化を「自由な自己決定」の主題化という観点から理解する (Albers (Anm. 2), S. 175)。他にも、Christian Rosenbaum, *Der grundrechtliche Schutz vor Informationseingriffen*, Jura 1988, S.180, 松本・前掲註 1) 141 頁以下参照。

³⁹ このマイクロセンサス判決と国勢調査判決との関係については、覗きあるいはより広範に情報処理による個人の内心への影響という点での連続性を認め、ただ力点が私的領域から自律的決定へと移っていったと捉えることも考えられるが (Trute (Anm. 6), Rn.10, 松本・前掲註 1)、125 頁)、上記の判示箇所が国勢調査判決の先例たり得るかには疑問もないではない。「その領域に閉じこめることができる。外界はそこに近づくことができない。ここでは邪魔をされず、孤独を求める権利を享受する」と述べられていることからわかるように、マイクロセンサスにおける人格の自由な発展は、明らかに社会的領域から切り離された閉鎖領域における自己決定を志向しており (Vgl. Walter Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.33)、社会的関連性や人格像の創出を与件としている自己描写権や情報自己決定権とは、そもそも前提を異にしているようにも思われるからである。これに対して、人格発展の内的構成という視点を導入することで、このような閉鎖領域における内省と情報遮断を通じた自己描写の両者を、私的領域保護に含めることができるとする議論として、Vgl. Britz (Anm. 20), S.72, 74f. また、社会的関連性のない「親密圏」と社会的関連性のある「不可侵領域」との区別を説く議論として、Monika Desoi u. Antonie Knierim, *Intimsphäre und Kernbereichsschutz*, DÖV 2011, S.398ff.

⁴⁰ 国勢調査判決が先例として引用しているマイクロセンサス決定では、人格像

(*Persönlichkeitsbild*) の作成が、①「人間をその完全な人格において記録したり、カタログ化したりすること」が、いわゆる客体公式 (Vgl. Ilmer Dammann, *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung* (Duncker & Humblot, 2011), S.144ff. また、井上典之「いわゆる「人間の尊厳」について」*阪大法学* 43 卷 2・3 号 (1993 年) 1051 頁以下も参照) の問題として取り扱われている一方で、②人格像の作成が心理的影響を介して個人の行為・決定に影響を及ぼすことへの懸念が、これとは区別される形で論じられている (BVerfGE 27, S.6)。Albers はこの国勢調査判決の引用箇所において、人間の客体化・人格の包括的把握ではなく、(虚像を含む (Britz (Anm. 20), S.57, Anm. 20)) 人格像の作成がもつ個人の行為への影響がもつばら問題視されているとして、連邦憲法裁判所がいわゆる人格像の作成の問題を②の問題へと収斂させていると述べているが (Albers (Anm. 2), S.153ff., m. Anm.12, BVerfGE 65, S.42)、しかし、国勢調査判決における他の判示箇所を見る限り、連邦憲法裁判所が人格像作成の問題について①の視点を全く放棄しているとは言い難いように思われる (BVerfGE 65, S.48. 53)。また、人格プロフィール形成の禁止を、自己関連データのコントロール不能性から説明する見解として、Ernst Benda, *Privatsphäre und "Persönlichkeitsprofil"*, in: G. Leibholz, H. J. Faller, P. Mikat, H. Reis (Hrsg.) *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung* (J. C. B. Mohr, 1974), S.37

他方、包括的な人格プロフィールの作成ないし人格のカタログ化の絶対的禁止については、連邦憲法裁判所の判決でも言及され (BVerfGE 115, S.351)、これに賛同する学説も見られる (Vgl. Di Fabio (Anm. 20), Art.2 I Rn.173, Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.45, 100f.)。しかし他方で、人格プロフィール確立の危険という漠然とした理由では、情報自己決定権が保護範囲の実質を欠いていることを埋めることはできない、あるいは、公権力にはそのような包括的な人格プロフィールを作成する合理的な理由がなく、懸念は非現実性であるとして、批判的な見解も多い (Vgl. Klaus Vogelgesang, *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?*, Baden-Baden:

そのような事態を意識する本人の内心における心理作用を介して、当人の行為・決定に影響が及ぶことで、個人の自由は「本質的に (wesentlich)」抑制された状態にあると国勢調査判決では述べられているわけだが⁴¹、連邦憲法裁判所の用いたこの「本質的」という表現は、情報技術の発達した社会においては、個人の外的行為に対応する自己決定の存在をものは単純に前提とすることができないことを示唆していたものと解釈することができる。つまり、現実には個人が行う決定は、たとえそれが自身の選択によってなされたものであったとしても、その決定は自身を取り巻く自己関連データの不透明な流通や、それによって生成される自己についてのイメージによる抑圧を受けた「決めさせられた」決定なのかも知れない。そこで個人の「自由な」あるいは主体的な自己決定を確保するためには、個人関連データ・情報の取扱いに関して個人に一定のコントロール権能を個人に対して認めることで、このような抑圧を生じさせ得る不透明な情報の流れに対抗できるようにしなければならない。連邦憲法裁判所はこのように考えたものと推測される⁴²。しかしこのことは裏返せば、そのようなコントロール権限が認められていなければ、もはや個人は自身の行為ないし基本権の行使を「自由に」自己決定することができないということでもある。つまり、「自己責任によって人生を形成していく能力を授かった“人格”(eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte "Persönlichkeit")」は、アプリアリに存在するものではなく、基本法の下で保障(保証)されることで初めて存在しうるものなのである⁴³。一般的人格権およびそれを具象化した基本権である情報自己決定権の背後に

Nomos Verl.-Ges., 1987, S.165ff., Karl-Heinz Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung : Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S.52, ders. (Anm. 6), S.13, Bull (Anm. 2), S.75ff., ders. (Anm. 24), S.28., Trute (Anm. 6), Rn.26, ders., Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts, DV 42 (2009), S.99f., Gabriele Britz, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV 2008, S.413, Klaus Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht (J.C.B. Mohr Tübingen, 1992), S.60.). また Simitis は、人格プロフィール創出の可否も、個人関連データの利用関係・文脈に応じて判断されるべきであり、利用関係から離れて絶対的に禁止されるものではないとしている (Vgl. Simitis (Anm. 2), §1, Rn.95ff.).

邦語文献ではたとえば、「自己(に関する)情報の切片がつぎはぎされ、「統合」されて、統禦不能な自己の像が流通していこうとするとき、そうした「統合」を流産させる役割を担うのが、プライバシーの権利である」という蟻川恒正教授の指摘がある。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)95頁参照。

⁴¹ Vgl. BVerfGE 65, S.43 本人から離れて独立に生じるイメージ (Gegenbild) と自己決定との衝突という観点から私 (Privatheit) ないし自由な生活の営み (Lebensführung) を論じるものとして、Martin Nettesheim, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011), S.7ff., insb. S.10f., 33ff. また、Walter Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.42 も参照。

⁴² ミクロセンサス決定について、公権力における決定プロセスの規律という、古典的な基本権保障に関する議論では対処することのできない要素が含まれていたことを指摘するものとして、Vgl. Albers (Anm. 2), S.195f.

⁴³ Vgl. BVerfGE 5, S.205 (この判決については、樋口陽一「自由な民主的秩序の保障と政党の禁止」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)414頁以下参照)。当該判決を国勢調査判決と関連づけているものとして、Marie-Theres Tinnefeld, Persönlichkeitsrecht und Modalitäten der Datenerhebung im Bundesdatenschutzgesetz,

ある人格の危機について以上のように考えると、連邦憲法裁判所によって言及されている「自己決定の思想」とは、個人情報のコントロールに対する個人の自己決定ではなく、個々の行為に先行してなされる個人の意思決定を指していることが分かるだろう。まとめると、情報自己決定権とは、個人の自由な意思決定という意味での「自己決定」を保障するために、自己関連データに関する処分についての決定権限を保障する、いわば手段的な権利なのである⁴⁴。

このような「自己決定」の保障という観点から整理したとき、先行判例に対する情報自己決定権の意義は明らかであろう。すなわち情報自己決定権の意義は、マイクロセンサス決定においては閉鎖領域への覗き込みに限定されていた「自己決定」の侵害が、もはや領域的に限定されていないことを明示した点にある。言い換えれば国勢調査判決は、個人関連データ・情報の取扱いと、個人が現実に行う決定とは区別される「自己決定」との結びつきを、心理作用を通じた影響という形で一般的に明示した判決ということもできるだろう⁴⁵。個人関連データ・情報が本人の手を離れたところで広範かつ迅速に収集・管理・利用されるような“新しい”事態に対して我々が抱く“不自由”感に人格の危機を見出した連邦憲法裁判所は、情報自己決定権という権利を持ち出すことによって、この問題を基本法の俎上へと乗せたのである⁴⁶。このようにして、一般的人格権を根拠とする「いつ、および、いかなる限度内で個人の生活実態を明らかにするのかを、原則として自分で決定するという、

NJW 1993, S.1118. 自己責任のないし自己決定された発展という思想 (Gedanke der grundsätzlich eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Entfaltung) を、一般的行為自由や私的領域の基礎と理解する見解として、Vgl. Albers (Anm. 2), S.193, 197

⁴⁴ 情報自己決定権を、行為自由のための手段として理解するものとして、Bull (Anm. 2), S.1, 31. また情報自己決定権を、基本権行使を実質的に自己決定するための、道具的な自己決定と理解する見解として、Britz (Anm. 23), S.568, 570f. s. a. Adalbert Podlech, in: AK-GG 3.Aufl., 2001, Art.2, Abs.1, Rn.44f., Josef Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge (Duncker & Humblot, 1998), S.374

⁴⁵ これに対して、私的領域への侵入と、個人の自律的決定の侵害をリンクさせる議論も見られる。Vgl. Hans-Ulrich Evers, Privätsphäre und Ämter für Verfassungsschutz (de Gruyter, 1960), S.38ff.

⁴⁶ もっともこのような人格の危機は電子的データ処理導入の以前にも見られるところであり、その意味で情報処理技術の向上は人格の危機にとって不可欠の条件ではない (Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.95, Dieter Grimm, Datenschutz vor einer Neuorientierung, JZ 2013, S.586, Bull (Anm. 2), S.33, 68f., Murswiek (Anm. 15), Rn.73, Simitis (Anm. 2), Rn.69, Albers (Anm. 2), S.160)。実際に、「現代的な情報技術」という強調はその後の判例の中で薄れてゆき、情報自己決定権論は個人情報の処理一般へと範囲を拡大していったが、国勢調査判決においても調査員による調査票の覗きが問題視されていることから、既にそのような傾向は見られる (Vgl. BVerfGE 65, S.57)。情報技術の向上と個人の自己決定という、本来区別すべき問題を結びつけた結果、かえって論旨が分かりにくくなったことを批判するものとして、Bull (Anm. 2), S.31ff. これに対して、電子的データ処理の高度な処理能力を強調する議論として、Vgl. Benda (Anm. 40), S.36f. また Simitis も、国勢調査判決についてはデータ保護自体が、情報処理技術の向上によって可能となったデータ処理の自動化を背景に生じた問題であるとしている (Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.3, 6ff., 28)。さらに連邦データ保護法は、適用対象を電子的データ処理へと明示的に限定していないが、各々の規定を見れば自動的データ処理を念頭に置いていることは明らかであると述べている (Simitis, a. a. O., Rn.16)。

自己決定の思想から生じる個人の権限」は「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個人の権限」へと拡大されることになった⁴⁷。

(4) 小括

これまで述べてきたことをまとめると、連邦憲法裁判所は一般的人格権と個人関連データの処分に関する決定権限、および行為自由とは区別される独自の意義をもった「自由な自己決定」とを結びつける形で、「個人データの開示・利用について原則的に自分で決定する」権利と定義される情報自己決定権を基本法1条1項と連携した2条1項から導き出した⁴⁸。しかし、情報自己決定権の具体的な権利の内容や限界と、この権利の規範的根拠たる個人の人格・自己決定との関係は少なくともこの段階ではいまだ明らかではない。情報自己決定権は、人格・自由な自己決定への侵害に対して防御権的に作用するのか、それとも、この権利は人格・自己決定の前提条件を整備するものなのか、あるいはまったく別の形で作用するのか⁴⁹。さらに、それに関連して以下のような疑問も当然生じてくる。すなわち、情報自己決定権による保障が必要とされる状況か否かはどのように判断されるか、いいかえれば、個人の自由な自己決定はどのようにして基本法上保障されるのか。情報自己決定権論に対する近時の批判の中心は、この点の自由な自己決定と情報自己決定権との間に見られる論理の飛躍と不鮮明さにある⁵⁰。この点を念頭に置きつつ、情報自己決定権の保障内容に関する国勢調査判決の判断を続けて見てゆくことにしよう。

⁴⁷ この点と関連して、個人の生活領域を、絶対的に保護される核心領域から私的領域、社会的領域へと至る段階的・同心円の構造と捉え、個別に制約可能性を論じる領域理論と情報自己決定権の関係が日独双方で議論されているが (Erhard Denninger, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit*, KJ 1985, S.220, Ernst Benda, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz*, DuD 1984, S.88, Geis (Anm. 8), S.114., krit. Rühl (Anm. 32), S.91ff., Podlech (Anm. 44), Rn.37ff. 邦語文献においては、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・前掲註4)120頁以下参照)、領域理論が私的領域の尊重を志向していたのに対し、情報自己決定権がデータ・情報の利用諸関係の中に人格に対する危機を見出していることから、そもそも両説は方向性の違う議論であったとの指摘がある (Albers (Anm. 2), S.162, Anm.52, Rühl, a. a. O., S.94f. Albers は、連邦憲法裁判所に私的領域保障の発想があったことは認めているが、領域理論には立っていなかったものと整理している。Vgl. Albers, a. a. O., S.209f.)。また、国勢調査判決がそれまで認められてきた核心領域保護を放棄したという批判に対して、そもそも国勢調査判決における情報自己決定権の承認は、核心領域の保護(の放棄)とは無関係であると主張する見解として、Dammann (Anm. 40), S.21, 231, Rupert Scholz / Rainer Pitschas, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung* (Duncker & Humblot, 1984), S.36.

⁴⁸ Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.9

⁴⁹ Albers (Anm. 2), S.157

⁵⁰ Albers (Anm. 2), S.156f., Ladeur (Anm. 6), S.12ff.

2 情報自己決定権の保障内容

(1) 情報自己決定権の制約可能性

情報自己決定権の具体的な保障内容を知るためには、この基本権がいかなる範囲で妥当し、かつ公権力行為をどのように規律するのかを明らかにしなければならない。この点、連邦憲法裁判所は、まず情報自己決定権の一般的制約可能性について、以下のように述べている。

「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、個人と共同体の緊張関係を、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。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受忍しなければならない」⁵¹。

社会的共同体における個人という一定の人間像を理由に、ここでは情報自己決定権の制約可能性が認められている⁵²。ここで判決の言う個人の共同体被関連性を、個人の権利と共同体の利益という二分法に基づく外在的な制約と解釈するか⁵³、個人の人格発展自体が他者とのコミュニケーションによって規定されているという趣旨の内在的制約を説くものと理解するか⁵⁴、学説ではこの連邦憲法裁判所による共同体公式をめぐる興味深い対立もみられるが、それは措くにしても、連邦憲法裁判所の説明は、情報自己決定権の限界を示すという点において、曖昧にすぎる感は否めない⁵⁵。情報自己決定権を保護する根拠である「自由に決定する自己」が、自由で民主的な公共体の機能条件として連邦憲法裁判所によってもその重要性が強調されている以上⁵⁶、保護範囲の限定や公共の福祉を理由とする制約

⁵¹ BVerfGE 65, S.43f.

⁵² Albers (Anm. 2), S.164, m. Anm.64. これに対して保護範囲の限定と理解する見解もある。Vgl. Ladeur (Anm. 6), S.13f.

⁵³ このような解釈を前提に、判決に批判的な見解として、Albers (Anm. 2), S.164f., Trute (Anm.6), Rn. 20, Scholz / Pitschas (Anm. 47), S.27f. s. a. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, S.81. (ニクラス・ルーマン著 (今井弘道, 大野達司訳) 『制度としての基本権』 (木鐸社、1989年) 113頁以下参照)

⁵⁴ こちらの解釈に立つたうえで判決を擁護する見解として、Hoffmann-Riem (Anm. 7), S.521, Thomas Giesen, *Das Grundrecht auf Datenverarbeitung*, JZ 2007, S.920, ders., *Zivile Informationsordnung im Rechtsstaat*, RDV 2010, S.272f. また、共同体関連性に対する態度が個人の人格のあり方についての理解と関わっていることを指摘するものとして、玉蟲・前掲註1) 133頁参照

⁵⁵ Albers (Anm. 2), S.165, Trute (Anm. 6), Rn.20

⁵⁶ Ladeur (Anm. 40), S.49, Simitis (Anm. 2), Rn.31, 39, Aulehner (Anm. 44), S.374. Ladeur

を認めることで、安易に「情報他者決定」を容認するわけにはいかないはずである⁵⁷。しかし他方で、個人関連データの処理が個人の人格に対して脅威となり得るということが仮に事実であるとしても、また、公権力による強制的な個人関連データの収集ももとより無制限に認められてきたわけではないということを考えても、一定の行政執行のために個人関連情報を収集、利用することは従来から認められてきたということも指摘しなければならない⁵⁸。さらにより根本的な問題として、連邦憲法裁判所も認めているように個人関連データを完全に本人のコントロール下に置くことは明らかに非現実的である。個人に関するデータが流通すること自体はごく日常的な現象であり、そのデータから各人が解釈を通じて、他者に対する一定のイメージを抱くことは、回避されるべきことでもなければ、そもそも回避することなど不可能であろう⁵⁹。我々は、そうした事態を法的に対処すべき不自由とは考えていないはずである。過剰な保護もまた、情報自己決定権論の要請ではない。他者による情報処理が、「社会的共同体の内部で発展する、コミュニケーションに依存した人格」である個人がなす決定に対して与える影響を考慮した場合、どこまでが自由な自己決定であり、どこからが「本質的に」自由を制限された決定となるのか⁶⁰。このような曖昧さは、以降の本件国勢調査法に対する審査全体に及んでいる。

次に、連邦憲法裁判所による情報自己決定権の制約に対する正当化審査は、どのような観点から行われるか。情報自己決定権の制約に対して求められる基本法上の要請について、上記の引用箇所が続いて連邦憲法裁判所は以下のように述べている。

「これら諸々の制限は、——連邦統計法 6 条 1 項において適切に承認されたことであるが——基本法 2 条 1 項に従い（憲法に適合する）法律上の根拠を必要とする。この法律上の根拠は、これらの制限の条件や範囲を明確かつ市民にとって認識可能なものとし、それによって法治国家的な規範明確性の要請に適合する（…）。さらに、立法者は、規制に際して比例性の原則を尊重しなければならない。憲法上の地位を与えられたこの原則は、国家に対して市民が持つ一般的な自由の要求の表出として、公共の利益保護のために必

は、自己決定が自由で民主的な社会の機能条件とされていることを考えると、自己の決断という意味における自己決定が、公共の福祉を理由に制限されることなどイメージすることができないとも述べている。Ladeur (Anm. 6), S.13

⁵⁷ Vgl. Ladeur (Anm. 40), S.48, Bull (Anm. 2), S.51f. もっとも Ladeur は、情報自己決定権がデータ保護論者によって、民主制の本質内容へと祭り上げられられていることに、批判的に言及している。Laduer, a.a.O. S.49.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 65, S.45. 給付行政における個人関連情報の必要性を強調する見解として、Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.6.

⁵⁹ Britz (Anm. 20), S.59ff., Bull (Anm. 2), S.52f., ders, Informationsrecht ohne informationskultur?, RDV 2008, S.52, Ladeur (Anm. 6), S.13

⁶⁰ Vogelgesang (Anm. 40), S.61f., Kunig (Anm. 8), S.600, Schmitt (Anm. 17), Rn.97, Aulehner (Anm. 44), S.393f. Desoi と Knierim は連邦憲法裁判所による領域理論から不可侵の核心領域への発展を、社会的存在としての人間の本質から読み解こうとする。もっとも、社会的存在としての人間と私的生活形成の不可侵領域とがどう結び付けられているのかは明らかでない。Desoi u. Knierim (Anm. 39), S.398ff.

要不可欠な限りにおいてのみ、その都度公権力によって制約されうるという、基本権自体の本質から既に帰結として導かれる（…）。既に説明した自動的データ処理の利用を通じた諸々の危険に対して、立法者は人格権侵害の危険に対抗する組織的・手続法的措置を今まで以上に実施しなければならない⁶¹。

単純な法律の留保を越えた情報自己決定権に対する制約の実質的な正当化事由と位置付け得るものとして、上記引用箇所から、「規範の明確性」および「比例原則」、「組織的・手続法的措置」という、その後の連邦憲法裁判所の諸判決でも繰り返し引き合いに出される3つの要請を抽出することができるだろう⁶²。もっとも、何故に情報自己決定権の制約に対してこのような要請が課せられるのか、これら要請と情報自己決定権の規範的根拠との関係は明らかでなく⁶³、また組織的・手続法的措置への要請が一般的な要請なのか、あるいは本件についてのみ妥当する事例判断なのかも定かではない⁶⁴。そして、情報自己決定権の保護範囲に至っては、一般的な準則らしきものも定立されていない⁶⁵。こうした点を踏まえると、上記の引用箇所を見る限り、連邦憲法裁判所が情報自己決定権について、堅固な一般的準則を定立したということとはできないだろう⁶⁶。

（２）利用・結合関係への着目

情報自己決定権への一般的な制約可能性をめぐる議論に続き、本件国勢調査法が定める統計調査による情報自己決定権への制約の許容性について、連邦憲法裁判所の述べるところを見てゆくことにしよう。もっとも、判決では上記の各要請を踏まえた本件国勢調査の合憲性審査へと直ちに移行しておらず、すぐ後で見ると連邦憲法裁判所は、情報自己決定権の制約に対する違憲審査において、個人関連データの利用関係に着目することの必要性を説いている。この点、少し議論を先取りする形となるが、本件判決における違憲審査では、問題とされている個人関連データの取扱いが「統計調査」であることが決定的に重要な要因となっている。しかしなぜ、このようなデータ処理の性格が本件国勢調査法の下で実施される統計調査の合憲性を審査するに当たって重要な要因となっているのだろうか。連邦憲法裁判所の判旨を見てみよう。

⁶¹ BVerfGE 65, S.44.

⁶² Vgl. Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.29

⁶³ Vgl. Albers (Anm. 2), S.239. 他方で Albers は、規範明確性や手続保障等の要請について、先例との連続性が認められることも指摘している (a. a. O., S.239)。また比例原則の要請については、連邦憲法裁判所が情報自己決定権を基本的には防御権的地位として暗黙裡に理解していたことによると説明するものと説明している。Vgl. Albers, a. a. O., S.163

⁶⁴ Albers (Anm. 2), S.162f. 連邦憲法裁判所が求める手続的要請の内実が不明確であることを指摘するものとして、Aulehner (Anm. 44), S.395f.

⁶⁵ Albers (Anm. 2), S.162

⁶⁶ Albers (Anm. 2), S.163f. また、本判決を下した判事の一人である Benda は、情報自己決定権は、電子的データ処理の領域において、様々な権利・義務が複雑に絡み合ったものであると述べている。Benda (Anm. 47), S.87

「憲法異議は情報自己決定権について、余すところなく論究する理由にはならない。しかし、国家が市民の個人関連データの申告を求める際に生ずる介入に対する、この権利の射程だけは決定しなければならない。その際に、申告事項の種類にのみ着目することはできない。重要なことは、申告事項の有用性と利用可能性である。これらは、一方においては情報収集の目的に依るが、他方では情報技術に特有の処理・結合可能性にも依る。この可能性を通じて、それ自体としては些細な情報も新たな位置価 (Stellenwert) を獲得し得る。その限りで、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。

したがって、情報がセンシティブなものであるかどうかは、専らその情報が内密な事象に関するものであるかということのみに依存しているわけではない。むしろ、あるデータの人格権上の意義を確定するためには、そのデータの利用関係を認識することが必要である。申告がいかなる目的のために求められ、どのような結合・利用可能性が存在するかが明らかになって初めて、情報自己決定権の許される制約についての問いに答えることができる」⁶⁷。

つまり、情報自己決定権の射程を判断するためには、公権力によって処理されるデータの種類のみにならず⁶⁸、その利用可能性も考慮に入れなければならないということである。このような連邦憲法裁判所の立場は、これまでの議論から十分説明することができるだろう。すなわち、情報自己決定権の規範的根拠である「自由な自己決定」が脅かされることへの懸念は、すでに見たように個人関連データの利用・結合によって生じる（あるいは生じることが懸念される）人格像に由来しており、したがって情報自己決定権による保障の射程もデータの利用等によっていかなる人格像が生じうるかという観点から決定されることに

⁶⁷ BVerfGE 65, S.45.

⁶⁸ 判決文を素直に読むと、データの利用・結合可能性とは別に、データの種類「も」情報自己決定権の射程を判断するにあたって一定の意義を有しているように見える (BVerfGE 65, S.45, 46, Vogelgesang (Anm. 40), S.63ff.). しかし Albers は、情報自己決定権の保障において問題となっているのはデータが担う意味内容たる「情報」であり、そうである以上、データの意味内容をデータの「種類」という観点から固定していくアプローチと、データが利用される文脈からその意味内容を特定していくアプローチとは両立しないはずであるという。そのうえで彼女は、収集が認められない例として連邦憲法裁判所が挙げている、申告を期待することのできない内密な情報や、自己不在につながるような情報についても、それらの情報が収集対象から排除されるのは公権力側の利用意図から説明されるとして、データの「種類」が情報自己決定権の保障において重要な意味をもつことを否定している。Vgl. Albers (Anm. 2), S.160f. これに対して、内密事項や自己負罪に関する申告に個人関連データの収集を正当化する一般的利益の優越性が認められないとする連邦憲法裁判所の判示に、領域理論の発想の名残を認める見解も見られる。Vgl. Desoi u. Knierim (Anm. 39), S.401, Reinhold Baumann, Stellungnahme zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, DVBl 1984, S.612, 614, Trute, (Anm. 6) Rn.29

なる⁶⁹。もちろんこのように考えることで、データの利用・結合関係を考慮に入れずに、個々のデータのみを捉えて情報自己決定権の対象から外すことはできなくなり、対象となり得るデータの種類という観点からは、情報自己決定権の保護範囲はほぼ無制約に広がることになる⁷⁰。しかし他方で、言うまでもないことだが、データの利用・結合関係の存在を以て、直ちに当該データに情報自己決定権の射程が及ぶことになるわけではない。というのも、データそれ自体ではなくその利用・結合関係を考慮に入れる必要があるのは、ひとえに情報自己決定権の保障内容の特性によるものであり、またいかなるデータの取扱いに情報自己決定権の射程が及ぶのかということも、利用・結合関係それ自体ではなく情報自己決定権の保障内容に応じて決定されるべき問題だからである⁷¹。

(3) 情報自己決定権の制約可能性における2類型

以上のように、情報自己決定権による保障の射程が個人関連データの利用関係に応じて決まってくることを理由に、連邦憲法裁判所は、匿名化されていない個人関連データと、統計目的に特定されたデータとの区別を導入する。以下、この区別にしたがって、判例を整理・分析することにしよう。

(a) 非統計目的での個人関連データ取扱い

連邦憲法裁判所はまず、個人関連データの強制的な収集が、それまでにおいてもすでに

⁶⁹ 前掲・註23)で指摘した「データ」と「情報」の区別も参照。Vgl. Albers (Anm. 2), S.158f., Trute (Anm. 6), Rn.17ff. また、判決においても両者の区別が示唆されている。Vgl. BVerfGE 65, S.43f.

⁷⁰ 情報自己決定権の保障内容を検討する上で、個人関連データの利用関係に着目した連邦憲法裁判所の立場に対する学説の評価は概ね高い(Pieroth/Schlink (Anm. 20), Rn.399, Kunig (Anm. 8), S.600)。もっとも本文で述べたように、収集データの利用・結合関係への言及は、情報自己決定権の射程を判断するにあたっては、当該データの利用・結合関係まで射程に入れる必要があるということであり、利用・結合関係が認められれば、ただちに情報自己決定権の保護範囲に含まれることにはならないはずである。しかし実際には、利用・結合関係への言及は、その後「個人関連データ処理がもつ人格権上の意義は、データそれ自体のみならず利用関係・文脈に応じて決せられる」という本来の趣旨を離れて解釈されるようになる。その結果、個人関連データの利用関係が存在することによって直ちに情報自己決定権への介入が認められるようになり、また情報自己決定権の保障範囲や程度も画一的に理解される傾向が見られるようになった (Albers (Anm. 2), S. 161f. Anm.51, dies., Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl 2010, S.1067, Vogelgesang (Anm. 40), S.62ff., Geis (Anm. 8), S.113)。近時はこのような学説による理解 (あるいは誤解) に対する批判もみられるところであり (Bull (Anm. 8), S.71, ders., Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung, NJW 2006, S.1618, ders. (Anm. 59), S.50)、「もはや重要でないデータはない」という言い回しも、それ自体は特に重要ではないという見解もある (Bull (Anm. 24), S.24, Thomas Böckenförde, Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, S.935)。情報自己決定権の保護範囲の判断において、人格に対する危険という問題は事実上迂回され、介入判断が個人の恣意の保護と区別がつかなくなるほど拡張されたことは、情報自己決定権論に対する有力な批判の一つである。Ulrich Meyerholt, Vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Zensus 2011, DuD 2011, S.685, Ladeur (Anm. 40), S.49, Nettessheim (Anm. 41), S.27. また、「利用関係」という概念自体の不明確性を指摘するものとして、Albers (Anm. 2), S.159

⁷¹ Albers (Anm. 2), S.158, 161f.

無制限に認められていたわけではなかったこと、および立法者はすでに憲法上求められる方向性を指し示す、当事者保護のための様々な措置を定めてきたところ、立法者が情報自己決定権やそれと関連する比例原則ならびに手続法的措置の義務によって、これらの規定を定めることを憲法上どの程度強いられるのかは、収集データの種類及び範囲、考えられる利用ならびに濫用の危険に依存していることを述べた後に⁷²、とりわけ以下の諸々の措置が重要であるという。

「個人関連データの申告を強制することは、立法者が利用目的を、個別領域ごとに精確に定めることと、申告がこの目的に対して適合的かつ必要であることを前提とする。匿名化されないデータを不特定の、あるいは特定することのできない目的のためにストックすることは、この前提と合致しないであろう⁷³。任務履行のために個人関連データを収集するすべての機関も、提示された目標を達成するための必要最小限度に限定されなければならない。

データの利用は法律上特定された目的に限定される。自動的データ処理が持つ諸々の危険を考慮すればすでに、伝達・利用禁止を通じた目的外利用に対する——職務共助に対抗しうる (amtshilfefester) ⁷⁴——保護が必要である⁷⁵。更なる手続法上の保護の備えとして、教示・情報提供・抹消義務が重要である。

自動的データ処理の諸条件のもとで市民に対して存在するデータの保存・利用の不透明さゆえに、また時宜を得た備えによる早い段階での権利保護のためにも、独立したデータ保護官の関与が、情報自己決定権の効果的な保護にとって、重大な意義を有している」⁷⁶

ここで非統計目的での個人関連データ取扱いにおいて求められる措置として、利用目的

⁷² BVerfGE, 65, S.45f.

⁷³ 動機を欠いた網羅的なデータの収集・保存の禁止は、その後の判決にも受け継がれていく (BVerfGE 100, S.360; 115, S.350; 118, S.187)。しかし、通信履歴の予備的データ保存の是非が争われた判決において、一定の要件のもとで容認されることが明らかになった (BVerfGE 125, S.316)。これを連邦憲法裁判所による既存の議論の精緻化と説くか、緩和と理解するかは、学説においても理解が分かれている (Vgl. Rudolf (Anm. 8), Rn.21, 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.60, dies. u. Jörn Reinhardt, BVerfG, Urt. V. 2. 3. 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, ZJS 2010, S.770f.))。

⁷⁴ この点について、行政は情報統一体 (Informationseinheit) として内部で自由に情報交換することができない、といった説明がなされることがある。Vgl. Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.36. この問題を扱う古典的な文献として、Bernhard Schlink, Die Amtshilfe (Duncker & Humblot, 1982), insb. S.169ff.

⁷⁵ 自動的データ処理の長所を生かすほど、データの機能的な利用が可能になるが、その反面、データ処理のプロセスが不明確になっていくことが、目的拘束の必要性を裏づける一つの根拠とされている。Vgl. Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.35

⁷⁶ BVerfGE, 65, S.46.

の特定⁷⁷、必要（最小限度）性、目的外の伝達・利用を禁止する目的拘束⁷⁸、教示・情報提供・抹消義務および独立したデータ保護官といった組織的・手続法的措置が挙げられている。すでに上で引用した、情報自己決定権に対する一般的な制約可能性について連邦憲法裁判所が述べたところと比較すれば、これらの要請が先の一般的な要請を具体化したものであることが分かるだろう。しかし、ここでの説明は一般的なものとどまっておらず、以下で見るように各要請の具体的内実はそれほど明確にはされていない。もっとも、事案で問題になっているのは統計調査であることから、本件国勢調査法の下で実施される個人関連データの取扱いが統計調査である限りにおいて、これらの要請は本件とは関係ないとも考えられるため、この点の不明確性を以て直ちに判決に問題があるということにはならないだろう。

とりわけ利用目的の特定および目的拘束については、方法上の諸原理(modale Prinzipien)であり、実際にどの程度目的を精確に特定する必要があるか、あるいは他の機関への個人関連データの伝達はどの程度許容されるのかといった点は、これらの要請自体から直ちに導出されるわけではなく、具体的な準則は基本権の保障内実に依存している⁷⁹。この点、情報自己決定権の規範的根拠ないし保護範囲に関する連邦憲法裁判所の議論を見ても分かるように、当該基本権が個人関連データ自体ではなく、データの各種取扱いによって生じる「自由な自己決定」の侵害に対する保障を目的とするものであることを考慮すると、利用目的の特定をはじめとするデータの利用関係・文脈に関する諸要請の具体的内実を、この情報自己決定権の規範的根拠から明らかにしていくこともあるいは考えられるのかもしれないが、本判決において連邦憲法裁判所は、この点についてこれ以上踏み込んだ説明をしていない⁸⁰。

また、組織的・手続法的措置については教示・情報提供・抹消義務および独立したデー

⁷⁷ 国勢調査判決以降、利用目的確定の要請が過大評価される傾向にあるとして、同様に批判的な見解として、Trute (Anm. 6), Rn.37ff. 規範明確性を基本法上の準則とすることに懐疑的な見解として、Vgl. Bull (Anm. 2), S.103f., Ladeur (Anm. 6), S.14

⁷⁸ もっとも目的拘束の要請は、その後の連邦憲法裁判所の判例においても、一定の条件の下で例外が認められている。Vgl. Albers (Anm. 2), S.269, BVerfGE 100, S.360; 109, S.375f.; 110, S.69. 目的拘束の要請における例外が原則化していることを理由に、当該要請自体の不合理性を主張する見解も見られる。Bull (Anm. 2), S.105. 他にも情報自己決定権と目的拘束との関係について批判的な見解として、Vgl. Trute (Anm.6), Rn.40.

⁷⁹ Albers (Anm. 2), S.166ff. Albers は過剰禁止の要請についても同様のことが妥当すると述べている。また Ladeur は、目的の特定性に関する具体的な要請が不明確な根拠として、個別領域ごとに、かつ精確になされるべき利用目的の特定が、その都度の領域における行為条件に依存していることを挙げている。Ladeur (Anm. 6), S.14.

⁸⁰ Vgl. Albers (Anm. 2), S.168f. もっとも、その後のいくつかの連邦憲法裁判所の判例を見ても、情報自己決定権論における利用関係の重視は、結局のところ個人関連データの利用が企図された目的に限定されているか否かのチェックに尽きており、情報自己決定権からそれ以上の実体的な規律がどこまでなされているか疑わしいところもある。Vgl. Simitis (Anm. 2), §1 Rn.68, BVerfGE 78, S.85f.; 84, S.279ff.

タ保護官の設置⁸¹が重要である旨が確認されているが、これらの措置をとることは必要不可欠なのか、あるいは他の措置によって代替可能なのかといった点について、連邦憲法裁判所がどのように考えているかは明らかでない⁸²⁸³。

(b) 統計調査の特殊性

連邦憲法裁判所は、上で述べたような個人情報の処理をめぐる一般的な判断枠組を示す形となったが、その直後に統計調査の特殊性に言及し、結論としてはこの特殊性が本件国勢調査法に対する憲法上の判断を規定することになる。連邦憲法裁判所は、統計が現代の社会国家にとって重要な意味を持つことを確認した後⁸⁴、以下のように述べることで統計調査は個人情報の処理に関する上記の一般的要請にそぐわないとする。

「統計目的のデータ収集については、厳格かつ具体的なデータの目的拘束は求められていない。統計的評価を経た後に、当該データが多様かつ予め特定されていない任務に利用されることは、統計の本質に属する。それ故に、データ保存の必要性も存在する。具体的な目的拘束の要請や大量の人格関連データ保存の禁止は、非統計目的のデータ収集にのみ妥当するものであり、人口の数、社会構造についての信頼できる確認を通じて、他の統計調査や政治的な計画プロセスのための確かなデータベースを斡旋する国勢調査には妥当しない」⁸⁵。

個人情報の処理について、処理の目的や利用・結合関係を明確にするよう求められる根拠としては、いかなる目的に対して自己の個人関連データが特定され、また必要とされるのかを市民が法律の文言から認識できなければならないという法治国家原理と、個人関連データの処理を正当な目的の下で必要最小限にとどめるという目的拘束原理の2つが挙げ

⁸¹ データ保護委託官の不可欠性については学説においても理解が異なる。Krause (Anm. 8), S.272, Spiros Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung -Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung-*, NJW 1984, S.403

⁸² 消去義務を公権力による個人関連データへのアクセスの時間的限定、他の措置をしばしば当事者の認識を欠いた個人関連データ取扱いによる情報自己決定権の制約に対する実効的保障と理解する見解として、Albers (Anm. 2), S.169

⁸³ Simitis は、組織的・手続法的措置の意義を、利用されるデータの組織的遮断や、利用目的の不特定性を補完する点にあるとしている。Simitis (Anm. 2), §1 Rn.114.

⁸⁴ 「統計は、基本法の諸々の原理や指令に拘束された国政にとって重大な意義を持つ。経済的、社会的発展が、放棄することのできない運命として受忍されるのではなく、永続的な任務として理解されるべきであるならば、経済的、生態的、社会的諸関連についての包括的、継続的、並びに日常的に更新されるべき情報が必要とされる。関連データの認識と、自動的処理の提供する機会の援助によって、その認識によって伝達された情報を統計のために利用する可能性は、社会的国家原理を志向する国政にとって不可欠な行為理由をもたらす」(BVerfGE 65, S.47)。

⁸⁵ BVerfGE, 65, S.47.

られる⁸⁶。しかし、統計データは政策立案・形成の際に参照される基礎資料であり、予め特定の目的・政策と結びついているものではない。統計によって得られた知見は、様々な政策へと反映される。その意味で、統計は、その本性上、利用・結合関係の要請にそぐわないのである⁸⁷。もちろんそうであるからといって、およそ統計調査の実施が情報自己決定権侵害を理由に許されなくなるわけではない。しかし、「統計における事の性質上、利用・結合関係の多様性を予め特定することができないのであれば、その埋め合わせのために、情報システム内部の情報収集・処理には相応の制約が向けられなければならない」⁸⁸のである。この点で注目されるのが、以下の判示である。

「情報自己決定権の保障のためには、さらに、データの収集・処理の実施・組織のための特別な措置が必要である。なぜならば、情報は、収集段階の間は——部分的には保存されている間も——まだ個別に特定することが可能である。同時に、氏名や住所、参照番号や調査員のリスト（連邦統計法11条7項1文も参照）といった、補助申告（指標）として求められ、非匿名化を容易にするような申告については、抹消規定が必要である。個人関連性が存在するか、あるいは再現可能である限りにおいて、外部に対する実効的な遮蔽規定（Abschottungsregelungen）は、統計調査にとってとりわけ重大である。情報自己決定権の保護のためには——厳密に言えば、収集手続についても——、統計上の諸目的のために収集された個別申告についての強力な秘密保持（Geheimhaltung）が不可欠である（統計上の秘密）。同様のことは、可能な限り早い段階での（事実上の）匿名化という要請にも当てはまり、この要請は非匿名化に対する措置と結びついている。一時的なものに限定されているとはいえ、なおデータが人格関連性を示している限り、国家機関が計画的任務のために必要な情報へとアクセスすることは、情報自己決定権によって求められ法律上も守られるべき、データの匿名性とその秘密保持を通じた統計の遮蔽性によってはじめて認められる⁸⁹。」

⁸⁶ Denninger (Anm. 47), S.223. 個人関連データ取扱いにおける利用目的の限定、必要（最小限度）性は、データ保護法に引き継がれた。もっとも、連邦憲法裁判所の判決によると、これらの要請は介入の重大性を左右する要因ではあるものの、一般条項の導入等の例外を一切排除するものではない。Vgl. Christoph Gusy, Die "Schwere" des Informationseingriff, in: Peter Baumeister, u.a. (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz (Duncker & Humblot, 2011), S.410, BVerfGE 118, S.197

学説では、インターネットに象徴される情報技術の発達を背景に、厳格な目的確定・拘束についてその非現実性を理由に批判的な立場をとる見解も少なくない（Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.37ff., Gusy (Anm.8), S.61f.）。国勢調査判決も参照したうえで、目的との両立可能性（Zweckvereinbarkeit）への緩和を提唱する見解として、Martin Eifert, Zweckvereinbarkeit statt Zweckbindung, in: Walter Grupp, u.a. (Hrsg.), Rechtswissenschaft im Wandel (Mohr Siebeck, 2007), S.143f., s.a. Bull (Anm. 2), S.104ff.

⁸⁷ Denninger (Anm. 47), S.223

⁸⁸ BVerfGE, 65, S.48.

⁸⁹ A.a.O., S.49f.

統計調査においては収集されたデータが他の目的・データと利用・結合関係に立つことが当然に予定されている訳であるが、そうであるからといって統計調査が情報自己決定権という基本権に由来する要請を免れることができるかは当然別の問題である。各種情報処理の性質や実施の在り方に応じて基本権保障の内実が規定されることが容易に認められてしまう事態は、本末転倒といわざるを得ない。この点について、つまり、統計の性質と基本法上の要請との関係について、連邦憲法裁判所の判断の中では必ずしも明快に説明されておらず⁹⁰、学説では統計調査の重要性が情報自己決定権保護に対して優越するという観点から説明されることも多く見られた⁹¹。しかしここでは、本稿の関心に即して、情報自己決定権の保障内実から説明することを試みることにしよう。すなわち統計調査とは、集団内部の情報を収集・分析することで当該集団の性質・傾向を明らかにするものであり、原則的に個人識別情報と収集データは結びついておらず、またその必要もない⁹²。したがって、既に述べたように、情報自己決定権の根拠である人格に対する危険が、個人関連情報の利用・結合によって生じる人格像の創出に由来するものであるならば、匿名化⁹³や遮蔽措置によって収集データと本人との関係が遮断されている限り、上述の人格に対する危険という問題は生じないといえることができる⁹⁴。統計調査の実施において、利用目的の特定や目的拘束といった基本法上の要請が欠如していることは、匿名性の保障を通じて、人格に対する危険の発生を回避することによって正当化されているのである⁹⁵。しかし、この統計調査における匿名性の要請は、専ら情報自己決定権に由来する基本法上の要請に解消されるわけではない。

「統計目的で収集された個人関連データが、当事者の意思に反して、または当事者の認識を欠いたまま伝達され得るのであれば、憲法上保障されている情報自己決定権の許されない制約であるばかりか、基本法自身が 73 条 11 号で定め、それによって保護に値する官庁統計が脅かされる。官庁統計が有効に機能するためには、収集データについては

⁹⁰ Vgl. Albers (Anm. 2), S.170.

⁹¹ Vgl. Vogelgesang (Anm. 40), S.72f., Simitis (Anm. 81), S.403ff., Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn. 106ff., Denninger (Anm. 47), S.228f. 平松毅『個人情報保護』(有信堂、2009年)42頁も参照。

⁹² 統計調査と収集データの匿名性とのつながりについては、Vgl. Denninger (Anm.47), S.222, Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.106,

⁹³ 匿名化の定義については、「個々の申告は、申告義務者や当事者ともはや関係づけられない場合に匿名化される」(Vogelgesang (Anm. 40), S.251)

⁹⁴ Albers (Anm. 2), S.170, Rudolf (Anm. 8), Rn.30. s. A. Niko Härting, *Datenschutz im Internet*, CR 2008, S.747. また国勢調査判決の中でも、匿名化ないし統計処理の済んだ収集データを他の機関に伝達しても、人格権の侵害は認められないと述べられている。BVerfGE, 65, S.51.

⁹⁵ 基本権としての匿名性を求める権利について論じるものとして、Vgl. Albert von Mutius, *Anonymität als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in: Helmut Bäuler u. Albert von Mutius (Hrsg.), *Anonymität im Internet* (Vieweg, 2003), S.12ff. また、匿名性の法的保障を扱う近時の邦語文献として、さしあたり志田陽子「匿名性——《国家から把握されずにいる自由》の側面から」公法研究 75 号 (2013 年) 104 頁以下参照。

考え得る最高度の精確性さと信頼性が不可欠である。この目標は、情報提供を義務づけられた市民に、統計目的で収集されたデータの遮蔽措置に対する不可避の信頼が得られた場合にのみ達成することのできるものであり、その信頼なくしては、事実在即した申告が行われるような態勢を整えることはできない。(…)したがって、「計画」という国家任務が統計の遮蔽化を通じてのみ保障され得るものであるならば、秘密保持や可能な限り早期のデータの匿名化という原理は、個人の情報自己決定権の保護のために基本法上求められるだけでなく、統計それ自体にとっても本質的なものになる」⁹⁶。

要するに、規範明確性の代償措置として求められる匿名化や遮蔽化の要請が、情報自己決定権論の背景にある人格の危険とは別の問題として、統計自体の実効性という観点からも求められているのである⁹⁷。しかし、これによって以降の国勢調査判決の判旨を読み解くにあたって重大な困難が生じることになる。というのも、国勢調査の実施において求められる匿名化等の要請が、情報自己決定権への制約を正当化するためのものとして求められているのか、あるいは統計の実効性を保障するためのものとして要請されているのかといった点や、それら両要請の内実は同一なのか、それとも区別されるのかといった点について、連邦憲法裁判所は説明していないからである。そのために国勢調査判決では、統計の実効性保障と区別されうる形で、情報自己決定権が統計目的での個人関連データの取扱いに対していかなる要請を課しているかについて、判決から導出することが出来なくなってしまっているのである⁹⁸。

このような統計の特殊性を強調する視点は、国勢調査実施のためのデータ収集の段階のみならず、収集データを他の機関へと伝達する段階にも及んでいる。すなわち、法律の根拠に基づく未だ匿名化されていない個人関連データ伝達の許容性について連邦憲法裁判所は、当該伝達が統計分析を目的とするものであり、かつ前掲した秘密保護・匿名化に向けられた各種措置が伝達先で保証されている場合にのみ伝達を認めている。他方で、「統計目的で収集され、匿名化されず、あるいは統計的に処理されていないデータを行政執行のために伝達することは、情報自己決定権への許されない介入である」⁹⁹と連邦憲法裁判所は述べているが、要するに国勢調査法が規範明確性の要請から免れるのは、それが統計である限りにおいてであり、その実態がもはや統計の本性を超えているのであれば当然、問題とされるデータの取扱いには、先に述べた非統計目的での個人関連データ取扱いに対する基本法

⁹⁶ BVerfGE, 65, S.50f.

⁹⁷ Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.109, Rudolf (Anm. 8), Rn.5, Bull (Anm.2), S.33 ラスター捜査決定では、人格プロフィールの確立が情報自己決定権のみならず、統計収集の匿名性という観点からすでに許されないであろうことが述べられている。Vgl. BVerfGE 115, S.351

⁹⁸ Albers は、データの利用目的やそれに対応する過程組織 (Ablauforganisation) が、データ取扱いに対する準則の形成を形づくっていると述べる一方で、統計目的でのデータ処理における準則の変化が情報自己決定権の規範内容の変化を意味しているのかは定かではないとしている。Vgl. Albers (Anm. 2), S.172

⁹⁹ BVerfGE, 65, S.51f.

上の各要請が課せられることになる¹⁰⁰。このようにして、1983年国勢調査法に対する違憲審査は、情報自己決定権への介入の可否から、同法の下で実施される国勢調査の、統計手法としての合理性へと争点を移していったのである。

3 1983年国勢調査法の合憲性

以上のような統計の特殊性を前提に、連邦憲法裁判所は、本件で問題とされた国勢調査法にいかなる判断を下したのか。連邦憲法裁判所は、「1983年の国勢調査法は、5条において憲法異議者を、罰金を伴う罰則（連邦統計法10条と連携した14条）によって、国勢調査法2条1号ないし7号、および3条、4条に挙げられている調査事項について、申告を義務づけられている。それによって、基本法1条1項と連携した2条1項によって保障された人格権は制約（eingreifen）されている」¹⁰¹と述べ、同法が定める罰金による情報提供の義務づけについて、それが基本法1条1項と連携した2条1項によって保障される人格権への介入に該当することを（十分な根拠を欠いたまま）認め¹⁰²、また、国勢調査法によ

¹⁰⁰ 収集データを統計以外の目的で利用することは、規範明確性の要請に反するのみならず、比例原則にも違反するとされている。また、統計目的への限定がなされていても、伝達先で十分な匿名化・遮蔽措置がとられていなければ、やはり違憲となる。Vgl. BVerfGE, 65, S.62f.,68f.

¹⁰¹ BVerfGE, 65, S.52.

¹⁰² 保護範囲の不明確性のみならず、本判決では「介入（Eingriff）」についても明確な根拠もないまま、介入の存在を前提に判断が下されている（Albers (Anm. 2), S.163）。しばしば強制的手法を伴わずに行われる公権力による情報収集活動に、基本権に対する介入としての性格が認められるかについては、本判決以前より議論されていた問題であるが（Vgl. Eggert Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch 66 (1975), S.127ff., Hans-Ulrich Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 18 (1979), S.510f. 邦語文献においてこの問題を論じる古典的な業績として、島田茂「ドイツにおける予防警察的情報収集活動と侵害留保論」『各国警察制度の再編』（法政大学出版局、1995年）123頁以下、また松本・前掲）137頁以下も参照）、本判決はこの点について特に論じているわけではない。むしろ本判決は、本文中で引用した判決の個所からも読み取ることができるように、強制的手法によるデータ収集を念頭に置いているようにも思われる（s. a. BVerfGE 65, S.45, 46, 50, Vogelgesang (Anm. 40), S.87）。情報自己決定権の背景にある人格に対する危険ではなく、罰則による申告行為の強制を理由に介入を肯定しているかのような連邦憲法裁判所の判旨に対しては、むしろ一般的自由権の問題として構成すべきであったとの批判が提起されている（Albers (Anm. 2), S.163f. m. Anm.59ff.）。これに対して、手続に係る危険からの保護、というもう少し広い視点から連邦憲法裁判所の介入判断を理解する見解も見られる

（Scholz/Pitchas (Anm. 47), S.83）。なお、松本和彦教授は、連邦憲法裁判所の介入判断につき、「個別具体的な国家行為にだけ焦点を合わせ、それが個人の自律的決定と行動の自由に及ぼす影響を考慮して、そこに介入行為としての性格を見いだそうとしたのではないかと述べているが、これは判決が示した情報自己決定権の規範的根拠と介入判断とのつながりを推測しているという点では正当な推論である（同種の議論として、Vgl. Denninger (Anm. 47), S.233, Rosenbaum (Anm. 38), S.180f.）。しかし、介入を根拠づける人格に対する危険について、判決文から十分な手掛かりを得ることは、やはり難しいと言うべきだろう。松本・前掲註4)144頁および187頁脚注215も参照。ちなみに、罰金を通じた申告行為の強制という点で共通するマイクロセンサス決定についても、同様に一般的自由権の問題として捉える余地があるが（Vgl. Scholz/Pitchas (Anm. 47), S.28）、これに対してはマイクロセンサス決定においては申告義務それ自体ではなく、申告情報の種類が問題となっていることを理由に一般的自由権の問題ではないという指摘もみ

る情報処理は人間の尊厳に反するような人格の記録・カタログ化にはつながらないものと判断している¹⁰³。ここでは、それに続いて展開される、規範の明確性以下の各要請をめぐる連邦憲法裁判所の判断を見ていくことにする。

(1) 規範の明確性

個人情報処理について、法治国家原理及び目的拘束の原理から規範の明確性が求められることは既に述べた。憲法上の要請としての明確性の要請については絶対的な基準があるわけではなく、どの程度の明確さが求められるかはその都度の事例ごとに判断される¹⁰⁴。連邦憲法裁判所は、上述の統計の特殊性から国勢調査の個々の目的をリストアップしていくことは不要であるとする。そして、法律の文言およびそれと関連する生活領域との関連から立法目的が明らかになればそれで十分であり、本件の場合は調査対象からいかなる社会構造の基本的事実が調べられているか、という主たる目的を認識することができるとして比較的容易に明確性が肯定されている¹⁰⁵¹⁰⁶。

られる。Vgl. Dammann (Anm. 40), 228f. なお Albers は、個人関連データ取扱いについては、古典的な介入概念では対処できないとして、個人関連データ・情報の取扱いに関する基本法上の規範による準則が、国家に帰責可能な形で逸脱された場合に「介入」が認められるとする、独自の議論を展開している。Vgl. Albers (Anm. 2), S.239f., 437ff., insb. S.445ff.

¹⁰³ BVerfGE 65, S.52ff. 本判決では、人格の包括的記録あるいはカタログ化の問題 (BVerfGE 65, S.48, 52ff.) はクリアされているが、その一方で営造物における国勢調査の実施において、入居者と施設職員 (その親族を含む) が合理的な理由なく区別して調査されていることは、統計調査に伴い社会的烙印 (sozialen Abstempelung) を生じさせる恐れがあるとして、(基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項によって保護される) 人格権に違反するものと判断されている

(BVerfGE 65, S.48f.)。ラスター捜査決定では、このような烙印的作用の生じるおそれが、介入の重大性を根拠づける一つの要因とされている (Vgl. BVerfGE 115, S.351ff.)。この問題を他者によるイメージ構築・偏見を通じた人格発展の阻害という観点から論じるものとして、Trute (Anm. 6), Rn.25ff. また Britz は、同様の視点から差別禁止と一般的人格権 (自己描写権・情報自己決定権) とが共通の基盤に立つものとして議論の再構成を図っている (Vgl. Gabriele Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung (Mohr Siebeck, 2008), S.179ff.)。日本で「個人の尊重」から類似の議論を展開していると思われるものとして、西村裕一「まなごしの憲法学 (1)」法学教室 384 号 (2012 年) 40 頁以下参照。

¹⁰⁴ Baumann (Anm.68), S.616. 以降の連邦憲法裁判所の判例では、特定性・明確性の要請の具体的な内実は、介入の形式と重大性に応じて決定されるという定式が定着することになる。Vgl. BVerfGE 110, S.55; 120, S.408

¹⁰⁵ BVerfGE, 65, S.54.

¹⁰⁶ 「情報自己決定権の原理に適合するためには、理性的な市民が法律の執行に関して、自己についてだれがいつ何を知るのかイメージすることができ、そのデータの利用可能性を考慮し、それに合わせて行為できるようでなければならない」として、情報自己決定権から厳格な明確性の要請を導く議論はこの当時から見られる (Baumann (Anm.68), S.616)。しかし、国勢調査判決においては、本文でも述べたように、規範明確性の要請も統計の実効性に還元しうるものだったため、この点は主題化されなかったと考えるべきであろう。反対に、目的の特定性が一般的な法治国家的要請に解消されてしまっていることに批判的に言及するものとして、Ladeur (Anm. 6), S.14.

(2) 比例原則

公権力による行為の合理性、必要性および利益の均衡性を審査する比例原則は、法治国家における重要な構成要素の1つとされている¹⁰⁷。国勢調査判決では、「措置は目的達成のために合理的かつ必要なものでなければならない。措置と結びついた介入は、その強度に応じて、事柄の重大性と市民によって受忍されるべき損害との間で釣り合いのとれたものでなければならない」として要求した比例原則判断について連邦憲法裁判所は、国勢調査法は審理対象とされている限りにおいて適合していると判断した¹⁰⁸。具体的にはいかなる観点からその適合性は判断されているか。簡単に整理すると、ここでの判断対象は、①全数調査 (Totalerhebung) を任意の抽出調査 (Stichproben) あるいは完全調査と抽出調査の組み合わせ (Voll- und Stichprobenerhebung) によって代替し得るか、②国勢調査の実施を既存データの流用・結合によって代替し得るか、③訪問調査に代わり、郵便方式による調査の実施は可能か、④質問事項は過剰ではないか、という4点にわたる。これに対する連邦憲法裁判所の判断は、それぞれ、以下のとおりである。①抽出調査には重大な誤りの危険があり、代替たりえない。もっとも、この評価は現在の認識・経験的根拠によるものであって、将来において立法者に変化した状況に基づき、元々合憲であった規制の改正が義務付けられることはあり得る。②市民をその完全な人格において記録・カタログ化することにつながり得る既存データの結合は、より緩やかな手段であるとさえいえず、代替たり得ない。③現行の記録にある宛先が調査実施時点の状況を完璧に反映しているとはいえないため、郵便による質問票の配布は不完全である。しかし、調査員が質問票を配布するとともに申告義務者の氏名と住所の書かれたリストを作成し、義務者が記入された質問票を密閉された封筒に入れて無償で提出するという方式は考えられるかもしれない¹⁰⁹。④国勢調査は多方面にわたって調整された社会・経済の統計的な全体像を供給することを目的とする。したがって、各調査事項は分離されてはならず、データはまさにその全体において必要とされる¹¹⁰。

ここから2つのことが分かるであろう。1つは、連邦憲法裁判所は、統計調査の実施方式を変更することにより、調査の実効性を後退させること求めているわけではないということである。つまり、調査の実施によって生ずる個人の不利益と国勢調査の実施とを秤にかける、という判断はここでは示されていない¹¹¹。2つ目に、ではここでいう個人の不利益とは何か。それは上述した国勢調査の実施によって不可避免的に生じる個人の特定可能性、および人格像が創出される危険であるということができよう。個人情報匿名化が統計の性質上求められるからといって、統計調査実施の全過程において匿名性が保証されているわ

¹⁰⁷ この比例原則を基本権の本質それ自体からの要請ととらえる見解として、Alexy (Anm. 17), S.100ff., Pieroth/Schlink (Anm. 20), Rn.284

¹⁰⁸ BVerfGE, 65, S.54f.

¹⁰⁹ この点について批判的な見解として、Schneider (Anm. 5), S.162f.

¹¹⁰ BVerfGE, 65, S.55ff.

¹¹¹ 統計の実効性を、情報自己決定権制約の正当化事由と捉える見解として、Vgl. Aulehner (Anm. 44), S.377

けではなく、一定の処理を経て初めて実施されるのであって、それまでは人格権上のリスクが存在することになる¹¹²。抽出調査や郵便方式といった代替案の検討は、このリスクの極小化を目指すものと理解することができよう。しかしこれをもって、統計調査の実効性を維持しながら情報自己決定権に配慮したと見るのは早計であろう。既に述べたように、収集情報の匿名化等の措置は情報自己決定権のみならず、統計自体の実効性からの要請でもあるからである。国勢調査判決に対して学説では、この連邦憲法裁判所の判断をもって将来の憲法判断を留保した、あるいは将来の立法に対して憲法上の枠をはめたものと評価する向きもある¹¹³。しかし、これまでの検討を踏まえて考えるとむしろ、国勢調査判決は結局その都度の技術水準に照らして、実効的な統計調査を実施するうえで最も合理的な統計手法の採用を求めているにすぎず、情報自己決定権は比例原則の判断において、何ら固有の役割を果たしていないのではないかという疑いが生じてくる¹¹⁴。

(3) 組織的・手続法的措置

連邦憲法裁判所は更に、情報自己決定権の保障のために、データ収集の実施・組織について補充的な手続法上の措置が必要であると、考え得る基本法上の措置として、以下の4つを挙げる¹¹⁵。①国勢調査法は申告義務を原則個人のものとして定めているので、対象者は自身が望まない限り、他人と一緒に1つの世帯票の中に数え入れられないことや、記入された調査票を密閉された封筒に入れて提出することができることなどについて、立法者は市民に対する説明・教示義務を負う。②個人の特定につながるメルクマールは可能な限り早期に抹消され、そこまでいかなくとも他の申告データと分離された状態で保存されなければならない。同時に、データ保護受託官による実効的な保障が不可欠であり、申告義務者にはいずれのメルクマールがただの補助資料にすぎないのか、詳細に説明する必要がある

¹¹² 統計調査における匿名性の限界を示唆するものとして、Vgl. Bull (Anm. 2), S.127. このようなリスクを統計調査に伴う必然的な帰結とする見解として、Vgl. Aulehner (Anm. 44), S.377. また Albers は、実質的ないし時間的な観点から匿名性には限界が認められ、情報自己決定権はその限りにおいてデータの取扱いに対する準則を提供するものと考えている。実際に彼女は、連邦憲法裁判所の求める実効的な匿名性の保障や可能な限り早期の匿名化を、過剰禁止の要請として説明している。Albers (Anm. 2), S.171, 175f.

¹¹³ Simitis (Anm. 81), S.403f., Schneider (Anm. 5), S.162

¹¹⁴ 松本教授は、判決が狭義の比例性の代わりに期待可能性 (Zumutbarkeit) という用語を用いているとの理解を示している (Vgl. BVerfGE, 65, S.55)。確かに、狭義の比例性を表す用語は Zumutbarkeit をはじめ複数存在し (Vgl. Pieroth/Schlink (Anm. 20), Rn.299)、また、価値衡量を示唆する記述は本件判決文中において他にも見られるが (S.54)、少なくとも本判決に限定すれば、本判決は狭義の比例性については判断していないという理解も可能と思われる。松本・前掲註 1) 193 頁脚注 298 参照。情報自己決定権がその後「自由と安全」をめぐる議論においてしばしば引き合いに出されることから、情報自己決定権論において、安全に対する基本権 (Grundrecht auf Sicherheit) との衡量は重要な論点の一つとなっている (Vgl. Aulehner (Anm. 44), S.428ff., Scholz/Pitschas (Anm. 20), S.110ff.)。これに対して、情報自己決定権の保障する利益の内容が不明確であることを理由に、狭義の比例性判断自体に懐疑的な見解もみられる。Vgl. Ladeur (Anm. 40), S.52.

¹¹⁵ BVerfGE, 65, S.58f.

る。③調査員の導入において、申告義務者との利益衝突が回避されなければならない。④立法者は、調査票の内容を法律と合致させなければならない¹¹⁶117。

連邦憲法裁判所は、上記のような組織的・手続法的措置を掲げた上で、本件 1983 年国勢調査法においてこれらの措置が十分に整備されていないと認定している。しかし他方で、これらすべてが定められる必要はなく、必要な措置がとられなければならないというにとどまっている¹¹⁸。このことから分かるように、本件で問題とされた国勢調査法について、組織的・手続的保障が基本法上どこまで求められるのか、ここでの列挙は一般的な要請なのか、事例判断に過ぎないのかといった点は不明である¹¹⁹。また、早い段階での匿名化処理や実効的な匿名性の保障を志向するこれらの措置は、統計調査に対する市民の信頼を通じて調査の実効性に資することが学説によって指摘されていることから分かるように¹²⁰、ここでもやはり、制度設計の合理性とは区別される、情報自己決定権と国勢調査法に対する基本法上の要請との関係は不明確であるといえる。

(4) 収集情報の利用・伝達行為の合憲性

国勢調査判決における情報自己決定権論の最後として、収集情報の利用・伝達を定める国勢調査法 9 条各項の合憲性について判断された箇所を見ていこう。連邦憲法裁判所は、まず、収集データ伝達の合憲性に関する議論の大枠を以下のように示す。

「統計目的で収集され未だ匿名化されていない、つまり個人関連性のまだあるデータを明示の法律上の授権によって伝達することは、——すでに説明したように——それが他の官庁による統計分析のために行われ、かつその際に人格権保護のために必要な措置、とりわけ統計上の秘密と匿名化の要請が連邦およびラントの統計庁におけるのと同じよう

¹¹⁶ A.a.O., S.59ff.

¹¹⁷ 情報自己決定権を理由に過度の組織的・手続法的要請を課すことに疑問を呈するものとして、Starck (Anm.8), Rn.119. また、立法者の執行責任の問題を指摘するものとして、Scholz/Pitschas (Anm. 47), S.53ff. 権力分立との関係から立法者によって基本権の内容が定義されることを懸念するものとして、Vogelgesang (Anm. 40), S.187f.

¹¹⁸ BVerfGE, 65, S.57.

¹¹⁹ Vgl. Albers (Anm. 73), Rn.68. 近時の学説においては、介入の重大性とリンクさせるなど、組織的・手続的措置を比例原則の中に位置づける議論も見られる (Britz (Anm. 23), S.584, 593, s.a. Bernhard Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S.465, 小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト春号 (2012 年)、121 頁以下も参照)。しかしその場合でも、比例原則を根拠に特定の措置が求められることになるとは考えがたい (Vgl. Aulehner (Anm. 44), S.396)。したがって、特定の組織的・手続的措置の不備をもって直ちに違憲判断に直結することはなくなることになるだろう。なお、これらの要請を古典的防御権では説明することのできない、客観法上の要請と理解する見解も見られる。Vgl. Vogelgesang (Anm.40), S.183ff., Aulehner (Anm. 44), S.389, ders. Wandel der Informationskompetenz, in: A. Haratsch, D. Kugelman, U. Repkewitz (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft (Mainz, 1996), S.207f.

¹²⁰ Schmitt Glaeser (Anm. 17), Rn.109, 松本・前掲註 1)、159 頁。情報自己決定権の要請として捉えるものとしては、Albers (Anm. 2), S.175f.

に、信頼できる形で保証されている限りにおいてなされ得る。これに対して、統計目的で収集され、法律上の規定によると統計目的に特定された、個人関連性のある非匿名データが行政執行目的で転送される伝達される場合（目的外利用）、それは情報自己決定権への許されない介入にあたるだろう¹²¹。

統計目的で収集されたデータの伝達は、基本法上一切禁止されているわけではなく、統計分析を目的とすることや、匿名化をはじめとする一定の措置が取られることを条件に限定的に認められている。これに対して立法者が、データが行政執行のために直接伝達される旨を定めることは、統計と執行の分離という原則と合致しないものであるとして退けられるべきか否か、あるいは、それ自体として許される統計目的での個人関連データの収集と、同じくそれ自体として許される行政執行目的での個人関連データの収集とを同時に実施することの可否といった点については、連邦憲法裁判所は明確な判断を留保しながらも、これらの措置に対して以下のような憲法上の疑義を示す。

「統計目的で収集されたデータの直接的伝達も結合調査も疑念がないわけではない。なぜなら、異なる要請を伴う 2 つの異なる目的の結合は、市民に見通すことのできない自動的データ処理の可能性ゆえに、市民を大いに不安に陥れ、それによって申告の許容性や統計目的に対する申告の適性が脅かされ得るからである。更に、異なる諸前提が顧慮されるべきである。統計目的での収集・利用には、統計上の秘密や匿名化の要請、不利益禁止が妥当するが、これに対してこれらは行政執行目的での収集には同じ形では当てはまらない（…）。

それでも 2 つの目的を同時に実現しようとする規定は、それら目的が傾向的に両立しない形で結びついている場合には不能であり、それをもって違憲となる。そのような場合には、調査における統計目的と行政執行との結合は、規範の不明確性と理解不可能性（Unverständlichkeit）につながるのみならず、それを超えてさらに規範の非比例性をも生じさせる。専ら統計目的でのデータ収集と異なり、ここでは伝達データの厳格かつ具体的な目的拘束を欠かすことができない。加えて、規範明確性がとりわけ重要である¹²²。

統計調査について厳格な目的拘束や規範の明確性が妥当しないのは、統計の性格上要請される匿名性の要請が遵守される限りにおいて、人格に対する危険が生じないことによる、という点は既に述べた。このような統計の特殊性による事情は、収集データが統計以外の目的に利用される場合には当然のことながら妥当せず、その場合の当該情報処理と情報自己決定権との関係は、統計分析の場合におけるそれとは別個に判断される必要がある。しかし、他方で重要なことは、目的外利用が「統計目的に対する申告の適性」、すなわち統計

¹²¹ BVerfGE, 65, S.61.

¹²² A.a.O., S.61f.

調査の実効性を脅かし、あるいは統計調査の実現を不可能にすることが指摘され、それが違憲判断と結びつけられているように、ここでも情報処理に対する要請が統計の実効性によって説明されていることである。統計調査と両立しない行政執行目的での情報収集に対して厳格な目的拘束や規範明確性が求められると述べられているが、これらの要請が統計の実効性という観点からも求められることは既に述べたとおりであり、統計の性質上求められる要請とは区別される情報自己決定権の背景にある自由・人格がもつ独自の要請もまた曖昧なままである。この傾向は、個別条項に対する裁判所の判断においても見られる。以下、要約的に整理していこう。

i) 住民登録簿との照合・訂正

国勢調査法 9 条 1 項は、統計目的で収集されたデータを市町村が持つ住民登録簿 (Melderegister) と照合され、かつその登録簿の訂正に利用されることを許可している。連邦憲法裁判所は、この規定につき、住民登録簿との照合についての規定を設けることについて連邦に管轄があることは認めながらも¹²³、当該規定自体は情報自己決定権を侵害するものであると判断する。

連邦憲法裁判所によると、住民登録簿との照合を目的とするデータ収集と統計調査は両立しない。登録行政庁 (Meldebehörde) は、住民登録法大綱法 (Melderechtsrahmengesetz) の規定に従い、広範囲にデータを伝達することをその任務としており¹²⁴、いかなる具体的な目的のために、どの官庁がデータを利用するのかを見通すことはできない。このことから、データ収集において統計調査と住民登録簿の照合という 2 つの目的は、相互に侵害するにとどまらず、それどころか排斥しある関係にあることが分かる。実効性を確保するために厳格な秘匿性を要求する統計調査の実施は、広範かつ利用目的の不明確な個人関連データの処理とは両立しえないのである¹²⁵。

確かに国勢調査法 9 条 1 項は、収集データに基づく不利益措置の禁止を定めていることから分かるように、両方の目的を同時に追求することによって統計の機能が損なわれる点に配慮しているといえる。しかし、この規定は、統計と執行との結合を通じて生じる統計の機能性および当事者保護についての欠損を十分に補うものではない。なぜなら、データの伝達が統計目的に限定されず、住民登録簿の照合にも不利益禁止を妥当させることは、その妥当範囲の広範さや不明確性ゆえに、規定全体を理解することを不可能にし、それによって住民登録簿のデータが法令に基づいて、収集手続を考慮に入れないまま伝達されるおそれがあるからである¹²⁶。つまり、データが統計調査を起源とするものであることの確認や不利益禁止の考慮がなされることなく伝達が行われ得る、ということを当事者に

¹²³ A.a.O., S.63.

¹²⁴ 登録行政庁の伝達義務については、Vgl. §17ff. MRRG vom 16. 08. 1980. BGBl Teil.1, S.1433ff.

¹²⁵ BVerfGE, 65, S.64.

¹²⁶ Albers (Anm. 2), S.173

は見抜くことができなくなるからである。登録行政庁による広範なデータの伝達は不利益禁止規定の機能不全を引き起こし、また同時に規範明確性の要請を侵害する¹²⁷とされる。

ii) 最上級庁等への伝達

国勢調査法 9 条 2 項は、収集された個人関連データの職務管轄上の最上級官庁等に伝達され得ることを定めているところ、連邦憲法裁判所によると、当該規定も基本法に違反することになる。

まず、この規定は収集データが氏名や宗教団体への帰属の有無を除く形で伝達されることを定めているが、それでも伝達データは容易に本人と関係づけられるものであり、匿名化されたということはできない¹²⁸。そしてこの規定は、データの伝達が統計目的に限定されているか否かが明らかでない不明確な規定であり、当該規定においてはそもそも行政執行目的での伝達が予定されているか、また予定されているとしてその際に、非匿名データの場合に求められるところの、いかなる具体的かつ明確に定義された目的の下でデータが利用されるかを認識することができない。したがって、統計と執行の未分離や結合調査、伝達の必要性といった点についての判断を俟つまでもなく、当該規定は情報自己決定権の侵害にあたる¹²⁹とされる。

iii) 市町村および市町村組合への伝達

国勢調査法 9 条 3 項 1 文は、地域計画等の特定の目的のために、氏名を除く収集データの市町村および市町村組合への伝達を許可する規定である。この規定も、統計のみならず行政執行目的での個人関連データの利用を予定しているか、またその際にいかなる具体的かつ明確に定義された目的の下で利用されるかを認識することができないため、一般的人格権に違反するものと判断されている¹³⁰。

続いて、各々の統計調査を目的に、市町村および市町村組合に氏名を含む収集データの利用を認める国勢調査法 9 条 3 項 2 文もまた、情報自己決定権に違反するとされる。確かに、規定上個人関連データの利用は、自治体領域における統計分析に限定されている。しかし、市民の情報自己決定権を保障するためには更に、個人関連データの処理に際して統計庁の他にも、連邦やラントの統計庁内部におけるのと同様に、目的拘束を確保する組織が必要である。自治体においては統計処理を管轄する機関がなく、また、自治体統計は、連邦統計とは対照的に法律によって規定されておらず、他の行政任務とももとより遮断されていないことから、自治体統計には特にその種の保障が求められる。また、自治体領域における統計利用では、伝統的な図表の作成のみならず、計画目的での特殊な分析も念頭に置かれているところ、その分析は自治体が保有する非常に多大な追加データにより、容

¹²⁷ BVerfGE, 65, S.64f.

¹²⁸ Albers (Anm. 2), S.174

¹²⁹ BVerfGE, 65, S.65f.

¹³⁰ A.a.O., S.66f.

易に非匿名化の限界に直面する。したがって、自治体領域におけるような小規模の人的集団に関する自治体統計と、他の市町村およびその組合の任務領域との分離は不可欠であるが、当該規定はそのような保障をしていないため、基本法 1 条と結びついた 2 条 1 項と矛盾する。

iv) 学術目的での伝達

以上の判断に対して、連邦憲法裁判所は、国勢調査法 9 条 4 項の定める学術目的での、氏名および住所を除く特定データの伝達については合憲判断を下している。

たいていの研究分野においては、個々の人間について関心は持たれておらず、各人は特定のメルクマールの担い手として関心を持たれているにすぎないことから、直接的な個人的関連性は必要ない。伝達データから氏名や住所を除く当該規定はこのような認識によるものと理解することができる。また、伝達の名宛人たる機関も、原則として追加データをほとんど持っていないことから、各種個別法の規定を超えて、情報自己決定権保護のために更なる措置が求められるということはない¹³¹。

(5) 小括

以上みてきたことから分かるとおり、違憲とされた規定に共通しているのは¹³²、これらの規定が国勢調査法に基づき収集されたデータの処理につき、上述した統計に性質上求められる匿名性・遮蔽性の要請を逸脱していることである。統計目的での情報収集に規範明確性等の厳格な要請の遵守が求められないのは、匿名化等によりデータの個人関連性を失わせることで人格に対する危険および統計の実効性という両方の要望に応えることができるからである。したがって、本件で問題とされた国勢調査法 9 条各項のように、匿名性等の点で逸脱が見られる以上、当該諸規定は統計の実効性と人格に対する危険という論理的には区別される 2 つの観点からその是非が問われることになる。もっとも、上記の整理から明らかになったのは、実際には前者の統計の実効性のみで違憲判断の説明は可能と思われることである。既に述べたように、連邦憲法裁判所によると統計の実効性を根拠づけるのは、収集データの匿名性ないし遮蔽性に対する国民の信頼である。しかし、実際の国勢調査法 9 条各項の規定は、不利益禁止規定の空転、データの伝達・利用をめぐる規範の不明確性、遮蔽措置の欠如といった難点ゆえに、連邦憲法裁判所によれば到底統計の実効性を保証し得るものではなかった。連邦憲法裁判所が統計分析を目的としないデータの直接的伝達や結合調査に対する憲法判断を留保したことは上述の通りであるが、これは、要するに本件国勢調査法による統計目的での情報収集が、既に統計手法としての合理性を欠如しており基本法上容認し得るものではなかったため、統計目的での合理的な情報収集を前

¹³¹ A.a.O., S.69f. 判決の立場に批判的な見解として、Ulrich Mückenberger, *Datenschutz als Verfassungsgebot*, KJ 1984, S.22, Albers (Anm. 2), S.174

¹³² 違憲判断に批判的な立場として、Schneider (Anm. 5), S.163f.

提とした上での、行政執行目的での情報収集およびそれらの結合について独自に憲法上の判断を下す必要がなかったものと理解することができよう。

まとめ

以上、本稿では国勢調査判決における連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開を見てきた。最後にまとめとして、本判決において示された情報自己決定権論を、その規範的根拠の部分と、公権力の行為を規律する準則としての情報自己決定権論とに分けて整理し、国勢調査判決の読解を通じて明らかにされた、あるいは明らかにされることのなかった情報自己決定権の内実について確認することによって、情報自己決定権論に関する更なる検討課題を提示することにしてしよう。

まず、国勢調査判決において情報自己決定権を初めて基本権として承認した連邦憲法裁判所の行為は、基本権保障における「自由な自己決定」を主題化する試みと評価することができるだろう¹³³。すなわち、情報技術が進展し、膨大な個人関連データを迅速に処理することが可能になった情報化社会においては、個人関連データや人格像が本人にコントロールすることのできない形で流通・創出されるようになる。このような社会において諸個人は、公権力による個人関連データの取扱いや人格像形成によって生じる不利益的な事態を回避するために、このような取扱いのないし人格像の形成につながりうるような行為決定を控えるようになる。つまり連邦憲法裁判所は、情報自己決定権の承認に際して、公権力による個人関連データ取扱いによって、それを意識する個人の内心における心理作用を通じて、個人の行為に先行して行われる「自由な自己決定」が侵害されるという事態に、新しい基本権をもって対処すべき「人格の危機」を見出したのだ。いいかえれば、情報自己決定権とは、公権力による個人関連データ・情報の取扱いを（基本）法的に規律することで「自由な自己決定」を保障するための基本権なのである。

それでは、規範的根拠に関する以上のような理解を前提に、情報自己決定権の実体内容をどのように定式化することができるだろうか。すなわち、保障されるべき「自由な自己決定」とはどのように定義され、またそれはどのような形で公権力による個人関連データ・情報の取扱いを規律するのか。情報自己決定権という新しい危険に対処する独自の基本権の承認において、当該基本権の実体内容を解明することが不可欠であることはいまでもない。しかし、本章の検討を通じて明らかになったように、情報自己決定権の実体内容に関して、国勢調査判決から得られるところは少ない。すなわち、情報自己決定権による保障内実と、規範の明確性を始めとする各種の準則がどのようにつながっているのかについては、本判決では明らかにされていない¹³⁴。また、公権力による個人関連データ・情報の取扱いの内に人格に対する危機を認め、それらデータの利用関係を（基本）法的に制御することを基本権保障の問題として議論する必要が出てきたことから直ちに、個人に「個人

¹³³ Vgl. Albers (Anm. 2), S.175, Meyerholt (Anm.70), S.683

¹³⁴ Albers (Anm. 2), S.175

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個人の権限」を承認すべき旨が導出されるわけではなく、そこには論理の飛躍が認められる¹³⁵。連邦憲法裁判所による情報自己決定権論に見られるこのような不明確性は、その後の情報自己決定権に関する曖昧かつ多義的な解釈を生じさせた原因の一つであるといえることができる¹³⁶、他方でこのような不明確性は本件判決が対象とするデータの取扱いが国勢調査であったという事案の特殊性によるところも大きいと考えられる。

本件事案の特殊性を整理すると、国勢調査判決の事案は以下の 2 点において特殊な事案であった。まず 1 点目に、公権力による情報処理（収集）が罰則を伴う法的命令によって行われたことである。このことにより、つまり罰則による申告行為の義務付けという形式が採られたことにより、情報自己決定権が具体的な行為の前段階における自由な自己決定をその規範的根拠としている点が後景に退くことになり、それが情報自己決定権への介入を判断するにあたって、当該基本権の規範的根拠から遡って検討することが回避される結果につながったとも考えることができる。次に 2 点目として、本件国勢調査法に対する判断において、個人関連データ・情報の取扱いの不透明性や目的外利用等が、連邦憲法裁判所によって統計調査の実効性と結び付けられていたことが挙げられる。つまり、本件国勢調査に課せられる要請は、情報自己決定権と統計調査の実効性という 2 つの異なる観点から根拠づけられているのである。この点は、データ・情報処理という点では共通する監視カメラや N システムの実効性が、これらの事情によって損なわれるとは考えられておらず、むしろそれらの事情に依存しているかのように論じられる傾向にあることとは対照的といえよう。このような理由から、1983 年国勢調査法に対して違憲判決を下した連邦憲法裁判所の判断に対しては、統計調査の実効性保障という観点から一貫した説明を与えることが可能であり、それとは別に情報自己決定権と公共の福祉との衡量や、情報自己決定権に対する制約の限界について判決の中で論じる必要性は、実際のところ乏しかったといえる¹³⁷。したがって、合理的な政策目的を追求する中で行われる個人関連データ・情報の取扱いと、連邦憲法裁判所が主題化を試みた新しい基本法上の自由との関係という、情報自己決定権論が本来扱うべき問題について、本判決が論じているのかどうかは、判決文を読んでも判然としないのである。そのような事情から、情報自己決定権が公権力による個人関連データ・情報の取扱いに対していかなる要請を課しているか、明らかにされることはなかったといわなければならない¹³⁸。もちろん本判決においても、統計の実効性審査には解消し尽くされない独自の、より厳格な要請が情報自己決定権によって課せられていると理解する

¹³⁵ この点に着目して、国勢調査判決が、個人関連データ取扱いに関する自己決定という意味での情報自己決定権を承認したという通説的な理解に反対する見解として、Albers (Anm. 2), S.176, 177, Matthias Bäcker, Das IT-Grundrecht, in: Robert Uerpmann-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht (LIT, 2009), S.6

¹³⁶ Vgl. Albers (Anm. 2), S.176

¹³⁷ 国勢調査判決において、情報自己決定権の内在的制約が不明確であることに批判的に言及するものとして、Krause (Anm. 8), S.270f.

¹³⁸ Albers (Anm. 2), S.162f., 171f.

可能性が完全に排除されているわけではないだろう。実際に判決文を素直に読めば、個人関連データ・情報の取扱いに係る各種の要請は情報自己決定権によるものと説明されていることから、連邦憲法裁判所自身もそのように理解していたとも考えられる。しかし問題は、判決文を仔細に読むことで明らかになったように、統計の実効性という本件国勢調査法の合理性審査を超えて、個人関連データの取扱いに対して情報自己決定権がいかなる要請を課しているのか、あるいは情報自己決定権の保障は、実効的な統計調査の保障の裏側として保障されるにすぎないのかという点について、判決文から連邦憲法裁判所の立場を読み取ることができない点にある¹³⁹。

これらの特殊事情により、国勢調査判決においては、情報自己決定権の規範的根拠たる自由な自己決定と、情報自己決定権の射程および個人関連データ・情報取扱いにおける基本法上の要請との関係が明確に示されることはなかった。より直截的な言い方をすれば、本判決における保護範囲、介入、正当化といった審査プロセス全体において、情報自己決定権は実は不要だったのである。そのため、保護範囲や介入の判断基準、目的拘束や比例原則等の実体的内容、あるいは当事者の認識保障をはじめとする組織的・手続法的措置の要請の具体的内実など、情報自己決定権の保障内容はどのように理解され、またそこでの理解が公権力と個人との間の法関係にいかん反映されるのかといった問題は、本判決ではほとんど明らかにされることなく積み残されているのである¹⁴⁰。

このように、国勢調査判決において連邦憲法裁判所の展開した情報自己決定権論は、その規範的根拠である「自由な自己決定」がどのように法的に保障されるのかを明らかにしておらず、当該裁判所が見出した新たな人格に対する危険への対応という意味では、極めて不十分なものだったといえる。仮に、この自由な自己決定が、公権力による個人関連データ・情報処理の政策的合理性の裏側として保障されるにすぎないのであれば、情報自己決定権は当該処理の不合理性の告発を基本法上の問題として俎上に載せるという役割を持つにすぎず、あえて一般的人格権を持ち出す必要もなかったはずである。情報技術が進展するにつれて個人関連データ・情報処理が質量ともに重要性を増しつつある中で、「自由な自己決定」をいかに保障するかという、情報自己決定権が提起した新しい自由権論の対手は、強制的命令ではなくむしろソフトな統治手法であり、そして制度の濫用・不合理性ではなく「合理的」な制度設計である¹⁴¹¹⁴²。したがって、このような事態に対して情報自己

¹³⁹ 連邦憲法裁判所が、統計以外の情報処理については一般論を超える議論を提示していないとする見解として、Vgl. Albers (Anm. 2), S.166

¹⁴⁰ Albers (Anm. 2), S.176f., Bull (Anm. 2), S.81, Krause (Anm. 8), S.271, Michael Heise, Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme?, RuP 2009, S.95

¹⁴¹ Simitis は、犯罪捜査において効率性が個人関連データの行為裁量を決定するのであれば、アクセスすることのできないデータというものはほとんど考えられないと述べている。もっとも、そのすぐ後で連邦憲法裁判所がこれとは異なる見解に立っていることの証左として、国勢調査判決 (BVerfGE 65, S.46, 66) が挙げられている。Vgl. Spiros Simitis, Hat der Datenschutz noch eine Zukunft?, RDV 2007, S.145.

¹⁴² これに対して、公権力行為の合理性保障という観点から基本権保障を論じるものとして、櫻

決定権、ひいては基本法上の自由・人格がいかに対応することができるのかという問題を検討するためには、本章とはまた別の考察が必要となる。

国勢調査判決はその後の連邦データ保護法をめぐる動向に影響を与えた一方で¹⁴³、基本法の下での個人関連データ取扱いに対する判断枠組を示したものとして、その大枠は後の連邦憲法裁判所の判決にも引き継がれている¹⁴⁴。また、その中で情報自己決定権論は、国勢調査判決以降の判決の中で個人関連データ処理の一般へとその妥当範囲を拡大させてゆき¹⁴⁵、経済取引¹⁴⁶や、私人間における第三者効¹⁴⁷も情報自己決定権論として議論されるに至った¹⁴⁸。国勢調査判決が提起した情報自己決定権（およびその背景にある「自由な自己決定」）が公権力の行為をいかに規律するのかを検討するためには、国勢調査判決以降の情報自己決定権に関する諸判例をも分析する必要があるが、これは次章以下に委ねることにしよう。

〈参照条文〉

・ 1983 年国勢調査法（抄録）

§1 (1) 1983 年 4 月 27 日時点を基準として、建造物および住居に関する統計上の質問を含む国民および職業調査ならびに農業以外の事業所および企業調査（事業者調査）が実施される。

(2), (3)は略

§2 国民および職業調査の対象は以下の通り。

1. 氏名、住所、電話番号、性別、生年月日、宗教代替への法的帰属または不帰属、国籍。
2. 専用の住居または主要ないし副次的住居としての住居の利用（住民登録法大綱法 12 条 2 項）。
3. 主たる生計の源泉。
4. 職業生活への参加、主婦、生徒、学生としての身分。
5. 修得した職業、実務的な職業教育の期間、一般教育学校における最終学歴、職業

井智章「基本権論の思考構造（一）（二）・完」法学論叢 155 卷 3 号（2004 年）109 頁以下、155 卷 6 号（2004 年）94 頁以下参照。

¹⁴³ Vgl. Eifert (Anm. 86), S.140, Albers (Anm. 73), Rn.61, dies. (Anm. 2), S.151. 国勢調査判決に対する批判的な応答も含む、判決後の事態の推移を総括するものとして、Vgl. Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.39ff.

¹⁴⁴ Vgl. Simitis (Anm. 2), Einleitung, Rn.29, Bull (Anm. 8), Grundsatz S.71. 他方、私的領域の尊重や他の一般的人格権由来の諸権利が独自の展開を見せたことを指摘するものとして、Vgl. Albers (Anm. 2), S.247ff., s. a. Podlech (Anm. 44), Rn.20a

¹⁴⁵ BVerfGE 78, S.84

¹⁴⁶ BVerfG, NJW 1988, S.3009

¹⁴⁷ BVerfGE 84, S.194f.

¹⁴⁸ Trute (Anm. 6), Rn.7.

教育学校または大学における最終学歴ならびに最終学歴における専攻。

6. 就業者ならびに生徒あるいは学生については、職場または養成所の名称と住所、通勤・通学に利用する主な交通手段と所要時間。
7. 就業者については、事業の業種、職場における地位、仕事内容、労働時間、農業および非農業の副次的な職業。
8. 営造物内における入居者としての身分または職員ないし職員の親族への帰属。

§3 (1) 建築物に関する統計上の質問は、居住空間を含む建築物および恒常的に居住者のいる宿泊所については、住所、種類、築年数ならびに所有権者あるいはその代わりとして用益権者または地上権ないし用益権の譲渡、承認、委譲の権利を有する者を含む。

(2) 住居に関する統計上の質問は以下の通り。

1. 種類、大きさ、利用目的、暖房および暖房エネルギーの種類ならびに入居年数、居住関係、社会福祉上の住宅建設資金による住宅助成ならびに部屋の数と利用。
2. 賃貸住宅についてはさらに、月額賃料。
3. 空き家についてはさらに、空き家の期間。

§4 事業所調査の対象は以下の通り。

1. 農業以外のすべての事業所および企業について、
 - a) 名称、表示、住所、電話の接続および設置数、事業所ないし企業の営業・仕事内容・職掌の種類、開設年次、新設ないし移転に関する申告、営造物や官庁ないし社会保険の施設ならびに教会、団体、その他の組織の施設においては、事業所の代表者。
 - b) 性別や業務における地位に応じた従業員数。
 - c) 前年度の総賃金・支給額の合計。
2. 主たる営業所および単一の営業所についてはその他にも、
 - a) 手工業登録簿への企業登録。
 - b) 企業の法形式。
3. 主たる営業所においては、第1号、第2号による申告に加えて、すべての視点について、
 - a) 名称、表示、住所、仕事内容ないし職掌の種類。
 - b) 従業員の数。
 - c) 前年度の総賃金・支給額の合計。

§5 (1) 申告義務者は以下の通り。

1. 国民・職業調査の場合

すべての成年者または独立の生計を営む未成年者。これらの者は、未成年の、ないし障害を持った世帯構成員についても申告義務を負う。共同宿泊所、営造物及び類似の施設内の者については、申告義務を負うものの置かれている状況が必要とする限りにおいて、これらの施設の長も義務を負う。

2. 建築物に関する統計上の質問の場合

第3条1項に挙げられている者、またはその代理人ないし建築物の管理者。

3. 住居に関する統計上の質問の場合

住居の所有者、またはその代理人、ならびに第1号および第2号に掲げられた申告義務者。

4. 事業所調査の場合

事業所および企業の所有者あるいは長。

(2) 申告の要請に対する不服申立ておよび取消訴訟は、停止的効果を持たない。

§6 (1) 1983年国勢調査法実施のために、名誉職の調査員を任命することができる。

(2) 満18歳から満65歳までのドイツ人はすべて、名誉職の調査活動を引き受けることを義務づけられている。健康上の、あるいは他の重大な理由からそのような活動を期待することができないものについては免除される。

(3) 調査目的の履行に必要で、かつ申告義務者が同意している限りにおいて、調査員は自ら記入する権限と義務を持つ。

§7 (1) 連邦、ラント、市町村、市町村団体および他の公法上の団体は、収集機関の要請に応じて、職員を調査活動に参加させる義務を負う。

(2) 重要な公務の活動が、この義務によって妨げられてはならない。

§9 (1) 2条1項および2項に従った国勢調査の申告事項は、住民登録簿と照合され、その訂正のために利用され得る。これら諸々の申告から獲得された情報は、各申告義務者に対する措置のために利用されてはならない。

(2) 2条ないし4項に従って把握された諸事実についての氏名を除いた各申告事項は、1980年3月14日連邦統計法11条3項に従い、連邦およびラントの統計庁から職務管轄上の最上級庁へ、最上級庁の管轄にある任務の適法な遂行にとって必要な限りにおいて伝達され得る(…)。1項2文は準用される。

(3) 地域計画および測量、市町村計画、環境保護の目的のために、2条ないし4条に従って把握される管轄区域内にいる申告義務者の諸事実の内、2条1号における宗教団体への法的帰属の有無や4条1号c及び4条3号cによって把握されるもの以外の諸事実について、氏名を除く必要な各申告事項は、連邦およびラントの統計庁から市町村や市町村組合に伝達され得る。連邦およびラントの統計庁は2条ないし4条によつ

て把握された諸事実を、各々の統計処理のために市町村及び市町村組合に自由に利用させることができる。1項2文は準用される。

(4) 学術上の目的のために、2条ないし4条に従って把握される管轄区域内にいる申告義務者の諸事実の内、2条1号における宗教団体への法的帰属の有無や4条1号c及び4条3号cによって把握されるもの以外の諸事実について、氏名および住所を除く必要な各申告事項は、連邦およびラントの統計庁から公務員及び公務に対する特別の義務者に伝達されうる。

(5) 2項ないし4項によって伝達される個々の申告事項を、受け手は伝達の目的のためにのみ利用することができる。

(6) 連邦およびラントの統計局は、第2条1号によって把握される宗教団体への法的帰属ないし不帰属に関する申告については年齢と性別に基づいて分類することで、第4条1号bによって把握される事実については事業所や企業の業種に基づいて分類することで、ならびに第4条3号bによって把握される事実について、個々の申告事項を統計結果という形で公表することができる。

(7) 連邦統計法第11条は、個々の申告事項が伝達される機関で働いている者にも適用される。

(8) 諸ラントの統計庁は、これら統計庁が自ら追加的処理を実施しない場合、その限りにおいて、連邦目的にかなった追加的処理のために、連邦統計庁に対して、要請に応じて個々の申告事項を伝達する。

・連邦統計法（当時、抄録）

§10 (1) すべての自然人、私法上の法人や人的商社、公法上の社団、営造物、財団、および連邦やラント、市町村、市町村連合の官庁やその他の公的機関、ならびにそれらの監督下にある公法上の社団、営造物、財団は、回答が明示的に自由裁量に委ねられていない限りにおいて、合法的に命令された質問に答える義務を負う。

(2) 質問された者が負う申告義務は、連邦統計を職務上任された者に対して存在する。

(3) 回答は、真実で完全かつ期限通りに、また費用と送料無料で提供されなければならない。

(4) 質問された者が記入する調査の書式が定められている場合、回答はこの調査の書式に基づいて提供されなければならない。申告の正確性は、調査の書式において定められている限りにおいて、署名を通して確認されなければならない。

§11 (1) 連邦統計のために行われる人的・物的諸関係に関する個々の申告は、同一のことが法規定によって定められている限りにおいて、たとえ個々の場面で当事者が自己の行った個別の申告事項の伝達または公表に明示的に同意しているとしても、公務員および連邦統計の実施を任された、公務を特に義務付けられた者によって秘密にされな

ければならない。… (略)

(2) 連邦統計を任されている者および機関の間で個々の申告事項を伝達することは、連邦統計の作成に必要な限りにおいて許される。

(3) 連邦統計庁、ラント統計庁、その他諸々の調査機関および官庁は、職務管轄上最上級の連邦・ラントの官庁、それらの官庁によって指定された機関、ならびにその他の公務員および公務を特に義務づけられた者に対して、受け手の範囲や利用目的の種類の下、統計を命じる法規定が許しており、かつ調査の書式において公示されている場合、その限りにおいて、要請に応じて統計上の個々の申告事項を伝達する権限および義務をもつ。

(4) 第1項による守秘義務は、第3項によって個々の申告事項を伝達される者に対しても適用される。

(5) 連邦統計庁およびラント統計庁は、申告義務者または当事者ともはや関係づけられないよう匿名化された個々の申告事項を伝達することができる。

(6) 複数の申告義務者による申告の統合は、この法律の意味における個々の申告ではない。

(7) 申告義務者ならびに他の当事者の同定に役立つデータ、とりわけ氏名と住所は、その認識が連邦目的のための統計分野における任務の履行にとってもはや必要でない場合、消去されなければならない。申告義務者の氏名と住所は、他のデータと分離され、特別な鍵をかけて保管されなければならない。

§14 (1) 故意または過失により、第10条第1項ないし第3項に基づく情報提供を、不正確または不完全に行い、あるいは適時に行わなかったものは、秩序違反にあたる

(2) 秩序違反は、1000 ドイツ・マルク以下の過料に処せられうる¹⁴⁹。

・連邦データ保護法 (当時、抄録)

§5 データの秘密

(1) 第1条2項の枠内で、あるいはそこで挙げられている者または機関の委託においてデータ処理を行う者には、その都度の合法的な任務の履行に属する目的以外の目的のために、保護されている個人関連データを不正に処理し、公示し、アクセス可能にし、またはその他に利用することが禁じられている。

(2) これらの者は、1項による活動を開始するにあたって義務づけられる。それらの者の義務は、活動の終了後も存続する。

§13 当事者への情報提供

(1) 当事者には、申請に基づいて、その者について保存されているデータに関する情報が提

¹⁴⁹ Vgl. §14 BstatG vom 14. 03. 1980. BGBl Teil.1, S.292

供されなければならない。申請においては、情報が提供されるべき個人関連データの種類は詳細に特定されていなければならない。保存機関は手続、とりわけ情報提供の形式を、義務的な裁量によって指定する。

(2) 略

(3) 情報提供は以下の場合に限り行われぬ。

1. 情報提供が、保存機関の管轄にある任務の合法的な履行を脅かすおそれのある場合
2. 情報提供が公の安全または秩序を脅かすおそれのある場合、あるいはその他連邦またはラントの福祉に不利益を惹起するおそれのある場合
3. 個人関連データまたはそれらのデータが保存されているという事実は、法規定ないしその本性上、とりわけ優越する第三者の正当な利益のために、秘密にされなければならない。

4. 略

(4) 略

第2章 ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開

序

第1章では、ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の出発点である国勢調査判決（BVerfGE 65, 1）を題材に、当該権利の規範的根拠およびその内実について分析することを試み、暫定的な結論として以下のような見解を提示した。国勢調査判決において連邦憲法裁判所が情報自己決定権を基本権として承認した背景には、公権力による膨大な個人関連データの収集・結合によって生じる制御不能な自己の似姿（Abbild）への不安が、内心への心理的圧力を通じて具体的行為に至るまでの個人の決定過程に萎縮的に作用するという、「自己決定」の危機があった。つまり、情報技術の進展に伴う統治手法の変化に対する不安を背景に、外界に表れる個人の決定と「自己決定」との乖離が疑われるようになったのである。しかし他方で、当該判決において提起された「自由」と、実際の事案に対する判断、すなわち国勢調査法に対する違憲判断とは必ずしも明確に結びついておらず、実際には審査の大部分が、問題とされる国勢調査の調査手法としての合理性を検討することどまっており、単なる公権力行為の合理性の保障に解消されない、公権力行為を規律すべき個人の「自由」、いかえれば情報自己決定権によって保障されるべき「自由」の実体的内実については、不明確なままであった¹。したがって、連邦憲法裁判所をして情報自己決定権の承認へと向かわせた「自由」が、いかなる憲法上の意義を持ちうるのかについては、さらなる判例・学説の分析が必要であるとした。

本章では前章の続きとして、国勢調査判決以降の連邦憲法裁判所の判例について、その審査の枠組み及び事案に対する判断を詳細に見てゆくことで、連邦憲法裁判所の理解する情報自己決定権の内実を明らかにすることを試みる。結論も交えてもう少し具体的に言うと、「自己の個人関連データの取扱いに関する個人の自己決定」を中核とする防御権ドグマティックから情報自己決定権論を展開する見解が日独双方でみられるが、自己決定権に関連する連邦憲法裁判所の判例をこの観点から説明しきことは困難であると考えられる。本章では、説明しきることのできないその偏差の部分に着目し、判決中で挙げられている先行判例も踏まえながら、連邦憲法裁判所の内在的論理の把握、すなわち同裁判所の理解する情報自己決定権の実体内容の解明に努めることにする。これは、連邦憲法裁判所の理解する情報自己決定権あるいは情報自己決定権それ自体に対する批判的検討や、さらには基本権・基本法上の自由をめぐる、より理論的な考察へと続く準備作業として位置づけられる。

以上の問題意識を念頭に、本稿では分析の具体的な素材として、2008年に連邦憲法裁判所が、自動車ナンバー自動識別システムを定める両ラント法につき、主として情報自己決定権の侵害を理由に違憲判断を下した自動車ナンバー（die automatisierte Kfz -

¹ 第1章参照。

Kennzeichenerkennung) 判決 (BVerfGE 120, 378)²³を取り上げることとする。ドイツにおける典型的な違憲審査に見られる各論点について一通りの判断を示し、かつ既存の判決を継承・発展させたものともいわれるこの判決を⁴、その引用する先例とも合わせて分析することで、国勢調査判決以降の連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開を整理してゆくことができるだろう。まずは当該判決の事案を確認した後、前稿との関係も踏まえた上で本稿における検討の視角を確認することにしよう。

1 事案の整理と検討の視角

(1) 事案の整理

本件は、自動車ナンバー自動識別装置の根拠規定とされるヘッセン公安秩序法⁵およびシュレスビヒ・ホルシュタイン一般行政法⁶に対して、各ラントにおける自動車の所有者・運

² この判決を取り上げる邦語文献として、實原隆志「ドイツ—Nシステム判決」大沢・小山編『自由と安全』(尚学社、2009年)274頁以下、同「ドイツ版「Nシステム」の合憲性」自治研究86巻12号(2010年)149頁以下、平松毅『個人情報保護』(有信堂、2009年)308頁以下、小山剛「安全」と情報自己決定権」辻村・長谷部編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011年)392頁以下参照。

³ 本判決では、自動車ナンバー自動識別システムの設置は、基本法上ラントに立法権限が認められている危険防御に属するのか(基本法70条)、あるいは競合的立法権限の対象とされる犯罪の訴追に属するのか(基本法74条1項1号)、といったラントの立法権限をめぐる論点も提起されていた。連邦憲法裁判所は、情報自己決定権侵害によって本件両ラント法に違憲性が認められることを理由に、この論点については判断を下さなかったが(BVerfGE 120, S.432)、学説では違憲説も多い(Clemens Artz, Voraussetzung und Grenzen der automatisierten Kennzeichenerkennung, DÖV 2005, S.58f., Alexander Roßnagel, Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher Kfz-Kennzeichenerfassung, NJW 2008, S.2549, 特にヘッセン公安秩序法について、José Martínez Soria, Grenzen vorbeugender Kriminalitätsbekämpfung im Polizeirecht: Die automatisierte Kfz-Kennzeichenerkennung, DÖV 2007, S.781, Gerhard Hornmann, Verfassungswidrigkeit der Befugnis über den automatisierten Kfz-Kennzeichenabgleich im Hesseschen Polizeirecht, NVwZ 2007, S.669f., ders., Die Novellierung des Hessischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Jahr 2009, NVwZ 2010, S.294)。この論点を詳細に取り上げる論考として、Annette Guckelberger, Zukunftsfähigkeit landesrechtlicher Kennzeichenabgleichsnormen, NVwZ 2009, S.352ff.

⁴ Michael Sachs, Anmerkung, JuS 2008, S.826, 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.72

⁵ 関連する条文は以下の通り。

14条 公の場所及び特に危険な公の施設におけるデータ収集及びその他のデータ処理

5項 警察官庁は公道や公の広場において、手持ちの捜査データとの照合を目的に、自動車ナンバーのデータを自動的に収集することができる。手持ちの捜査データに含まれないデータは即座に消去されなければならない。

6 84条 公の行事や群衆並びに公の広場におけるデータ収集

4項 1項ないし3項に従ったデータ収集は、第三者が不可避的に関連する場合にも実施することができる。作成された撮影、録画、録音並びにその際に獲得される他の個人関連データは、3項による措置が行われる場合以外は遅くとも収集より一か月後に消去あるいは破棄されなければならない。このことは、これらのデータが重大な犯罪行為や秩序違反の訴追のために必要とされる場合、あるいはその者が将来比肩しうる犯罪行為や179条2項の意味における犯罪行為(常習犯や組織犯罪等——引用者)を行うことが明らかな場合には妥当しない。データ

転者からその合憲性について疑義を提起された憲法異議事件である。本判決の主な争点は、両ラント法に基づく自動車ナンバー自動識別システム下におけるデータ処理の合憲性であった。連邦憲法裁判所自身の説明によると、当該システムの概要は以下の通りである。まず、各走行車両がビデオカメラによって視覚的に把握される。続いてソフトウェアを用いてナンバーの文字・数列が読み取られ、確認されたナンバーは自動的に警察の手持ちの捜査データ（Fahndungsdateien）と照合される。ナンバーが手持ちの捜査データに含まれている場合には、適合通知が伝達され、その際に自動車ナンバーや、通知の時間・場所等の他の情報が記録され、その後自動車の停止等の関連措置へとつながることになる⁷。それに対して、ナンバーが手持ちの捜査データに含まれていない、いわゆる非適合事例（Nichttrefferfall）の場合には、撮影された映像および識別されたナンバーは、履歴も残らない形でただちに消去される⁸。

（２）検討の視角

本件自動車ナンバー自動識別措置と国勢調査との重大な事案の相違として、まず前者が規範的命命による行為自由の制約を伴わない事実行為である点を指摘することができよう。前稿でも確認したように、情報自己決定権の保護範囲・介入概念を、公権力による個人関連データ取扱いによって脅かされる個人の「自己決定」の保障という規範的根拠にまで遡って確定するのであれば、単純情報も含めた個人関連データの取扱いが、すべて基本権に対する制約とされることにはならないはずである。しかし、すでに述べたように国勢調査判決の判旨においては、国勢調査の実施と情報自己決定権の背景にある個人の「自己決定」とがどのように結びついているのかという点については不明確なままであった⁹。学説においては国勢調査判決における介入の肯定を罰金による申告の義務づけから理解する見解もみられるが、この見解も認めているように、個人情報取扱いに関する法律上の義務の存

の目的変更は個別の事例において確定されかつ文書化されなければならない。1文の意味において不可避免的に関わらざるをえない第三者や、第1項ないし第3項による措置の当事者への教示は、それが2文に掲げられた期限内では、比例的でない捜査によってのみ可能である場合、とりわけそれによって基本権制約が深化する恐れがある場合、または優越的に保護に値する他者の利益と対立する場合には行われぬ。

5項 警察はこの法律や他の法律に従って公共の交通領域を監督するに当たり、手持ちの捜査データとの自動的照合を目的に、自動車ナンバーの電子的識別のための技術的手段を公開で設置することによって個人関連データを収集することができる。データ収集を秘匿することは、公開によるデータ収集では措置の目的が危うくなる場合にのみ許される。確認されたナンバーと関連するデータが存在しない限り、獲得されたデータは即座に消去されなければならない。確認されたナンバーと関係する捜査メモ（Fahndungsnotierung）が存在する場合、4項の3文ないし5文が妥当する。1文及び2文による技術的手段を広範囲にわたり固定して使用することは許されない。

⁷ 実際には、適合事例にも関わらず関連措置が執られない場合もあり、そのことを問題視する見解もある。Vgl. Patrick Breyer, Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2008, S.824, Guckelberger (Anm.3), S.358

⁸ BVerfGE 120, S.379f.

⁹ 本稿第1章参照。

在と、人格関連性の肯定とは論理必然の関係にあるわけではない¹⁰。情報自己決定権への制約の有無は、あくまで当該権利の保障内容に照らして判断されなければならないはずである。このような理由から、規範的命令を通じた行為自由に対する直接的制約を伴わない情報取扱い措置は、情報自己決定権の射程を考察するための適切な対象であるといえる¹¹。もっとも、国勢調査判決以降の情報自己決定権に関するいくつかの判決の中で、事実行為としての情報取扱い措置に対して情報自己決定権への介入が肯定されてはいるものの¹²、それらの判決を経てもなお、情報自己決定権における保護範囲・介入概念の不明確さは未だに指摘されている¹³。連邦憲法裁判所は本判決において、一定の条件の下で個人関連情報の収集について情報自己決定権の保護範囲への介入が否定される可能性を示している。本稿ではこの箇所を手掛かりに、情報自己決定権の保護範囲・介入に関する連邦憲法裁判所の理解を推測することを試みる。

続いて、情報自己決定権への介入を正当化するにあたって、公権力には明確性・比例原則等の憲法上の要請が課せられる。国勢調査判決の際、これらの判断につき情報自己決定権が固有の役割を果たすことはなかったというのが前稿で示した見解であるが¹⁴、その後の諸判決における情報自己決定権論の展開を見るに、情報自己決定権が妥当することにより国家には個人情報の取扱いにつき厳格な憲法上の要請が課せられる、というのが連邦憲法裁判所による情報自己決定権論に対する一般的な理解といえるだろう。しかし、情報自己決定権の下、公権力には具体的にいかなる要請が課せられるのか。本判決に対しては、とりわけ比例原則につき比較的詳細な判断が示された上で違憲判断が出された点が注目されているが¹⁵、本稿では情報自己決定権に対する基本法上の要請一般について整理したうえで、当該要請が情報自己決定権という基本権の保障内容とどのように関係しているかを検討する。

以下では、上述の視角に基づき連邦憲法裁判所の判旨を整理・分析してゆくことにしよう。

¹⁰ Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden: Nomos, 2005, S.163f., Karl-Heinz Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung : Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S.46.

¹¹ Vgl. Albers (Anm.10), S.134, Gabriele Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, S.570, Walter Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd.VI, §129, Rn.85, Christoph Gusy, Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz, KritV 83 (2000), S.54f.

¹² BVerfGE 115, 320(ラスター捜査決定), BVerfG, 1 BVR 2368/06 vom 23.2.2007, NVwZ 2007, S.688ff. (レーゲンスブルク決定)。

¹³ Bull (Anm.4), S.71, Gabriele Britz, Freie Entfaltung durch Selbstbestimmung, Mohr Siebeck, 2007, S.61ff., Ulrich Meyerholt, Vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Zensus 2011, DuD 2011, S.685, Ladeur (Anm.10), S.49, Martin Nettesheim, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011), S.27

¹⁴ 本稿第1章参照。

¹⁵ Sachs (Anm.4), S.827

2 判旨の分析

(1) 情報自己決定権の保護範囲への介入

(a) 本件自動車ナンバー自動識別措置の情報自己決定権への介入

本件に関する最初の判断は、違憲判断に入る前提となる、憲法上の権利に対する制約の確認、具体的には情報自己決定権の保護範囲 (Schutzbereich) への介入 (Eingriff) の有無についての判断である。考察に入る前に、まずは判旨を確認しておこう。始めに、連邦憲法裁判所は基本権としての情報自己決定権の意義について述べている。少し長くなるが、判決文を引用しよう。

「情報自己決定権は、とりわけ現代的なデータ処理という諸条件の下、諸々の情報関連措置から諸個人に対して生じる、人格に対する危険 (Gefährdungen) と侵害を考慮している (…)。この権利は行為自由や私 (Verhaltensfreiheit und Privatheit) の基本法上の保護を補助し、拡大する。この保護は、人格に対する危険の段階においてすでに始まっている。

そのような危険状況は、法益の具体的な脅威の前域において既に生じうる。電子的データ処理によって、個人の人的・物的諸関係についての個別事項 (Einzelangaben) を制限なく保存することができ、いつでも、また、距離に関係なく瞬時に呼び出すことができる。これら個別事項はさらに、他のデータ集合と結合され、それを通じて多様な利用・結合関係が生じうる (…)。それによって、また別の情報が発生し、基本法上保護された関係者の秘匿利益の侵害や、それに続いてその者の行為自由への侵害がもたらされることを推測することができる (…)。電子的データ処理による潜在的介入はさらに、伝統的な方法ではさばくことのできなかつた量のデータを処理することができる点に特徴がある。これに関連する基本権保護は、そのような技術的可能性を伴って高められた危険状況に対応する (…)」¹⁶

情報技術の進展した現代社会においては、さまざまな個人関連データが各種データ処理を経て、個人の人格を脅かす事態へと至ることが考えられる。このような事態に実効的に対処するためには、そのような人格への脅威に先立つデータ処理をも基本法の射程に入れる必要がある。そして、そこで問題となるべき「データ¹⁷」には現代的なデータ処理技術の下での広範な利用・結合関係を理由に、それ自体を単独で評価した場合には重要でないものも含まれるようになるため、情報自己決定権の保護範囲はほぼ無制約に広がりうること

¹⁶ BVerfGE 120, S.397f.

¹⁷ 学説では「データ」と「情報」の区別に重大な意義を認める見解が見られ、この点は学説における情報自己決定権論の展開を理解するうえで重要な点であるが、本稿では両者を厳格に区別して用いていない。Vgl. Albers (Anm.10), S.87ff., 176

になる¹⁸。この辺りは、国勢調査判決からもすでに導かれうるところであろう¹⁹。むしろここで着目するのは、介入の判断に関して他の判決も引用しながら述べられている以下の箇所である。

「多大なデータ・ストックを把握することが、単に適合数 (**Treffermenge**) の更なる縮減のためという目的に対する手段にすぎない場合でも、それが官庁に情報を自由に利用・処分することを可能にするものであり、後続するキーワード (**Suchkriterien**) との照合に対する基礎を形成する限り、情報収集において既に介入は存在しうる (…)。基準となるのは、監視・利用目的を通じて特定される関係を視野に入れた全体的考慮において、当事者性 (**Betroffensein**) が、基本権介入を発動させる性質において肯定されるほど、当該データに対する官庁の関心がすでに集中しているか否かである (…)

情報自己決定権は、たとえ個人が公の場に赴いたとしても、その行為と結びつく個人関連情報が、更なる利用可能性を伴った保存へとつながる自動的な情報収集によって収集されないという利益を保護する」²⁰

趣旨が必ずしも明瞭でないところもあるが、「連邦憲法裁判所は、何らかの形で不利益的な決定の原因となりうるすべての情報措置ではなく、すでに具体化された不利益的な決定に向けられた情報措置を把握しようとしている」²¹という指摘もあるように、ここでは情報自己決定権への介入の有無が、収集後の情報利用も視野に入れた、官庁による情報処理プロセスに依存していることが見て取れる²²。そして、この点が本件自動車ナンバー自動識別システムに対する介入の有無についての判断につながることになる。

「他方において、データが収集された後ただちに、履歴を残さず、匿名のまま個人との関連性を確立する可能性もない形で、技術的に元通りに除去される限りにおいて、データの収集は何ら危険な事態 (**Gefährdungstatbestand**) を基礎づけない (…)。それゆえに、手持ちの捜査データとの照合が即座に行われ、結果がマイナスで (いわゆる非適合事例)、加えてデータが匿名のままただちに履歴を残さずに、個人との関連性を確立する

¹⁸ BVerfGE 120, S.398f.

このような公権力による広範な個人情報の取扱いの主題化を、アメリカの (狭い) プライバシー概念と区別する見解として、Artz (Anm.3), S.58. また、邦語文献において、プライバシーの二元的構成を唱える見解として、小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト春号 (2012年) 122頁、ドイツの情報自己決定権論とアメリカのプライバシー権論の相違については、宮下紘「プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突 (1)」比較法文化 18号 (2010年)、153-156頁も参照。

¹⁹ 判例における用語の変更に、近時の連邦憲法裁判所による情報自己決定権の保護範囲の拡大が認められることを批判的に指摘する見解として、Britz (Anm.11), S.575f.

²⁰ BVerfGE 120, S.398, 399

²¹ Britz (Anm.11), S.575

²² Roßnagel (Anm.3), S.2548

可能性もなく消去されることが保証されている場合には、電子的ナンバー識別の諸事例において情報自己決定権の保護範囲への介入に至ることはない。

それに対して、識別されたナンバーが記録装置に記録され、場合によってはまた別の措置の根拠となりうる場合には、情報自己決定権への介入となる（いわゆる適合事例）。この時点から識別されたナンバーは国家機関によって活用されるようになり、情報自己決定に関する基本権の保護を発動させる、行為自由や私（*Verhaltensfreiheit und Privatheit*）に対する人格に対する特別な危険が始まる」²³

上記の引用箇所では、同じ自動車ナンバーの識別のうち、適合事例と非適合事例で情報自己決定権に対する介入の有無について判断が分かれることが、その根拠とともに述べられている。すなわち、前者においては自動車ナンバーが照合の後も保存され、個人関連性の確立を前提に以降の措置へと続行するという事態の発生が、情報自己決定権の発動を根拠づける危険な事態とされている²⁴。しかしなぜ、後続措置との関係性が「情報自己決定権の保護範囲に対する介入の有無」を左右するのか、あるいは非適合事例において情報自己決定権が問題とならないことは、情報自己決定権という基本権の性格に照らしてどのように説明されるのか。

ここまで見てきた情報自己決定権への介入をめぐる連邦憲法裁判所の議論の考察はすぐ後にまた行うことにして、本件ナンバー識別措置が情報自己決定権の適用対象となりうる「個人関連データの収集」に該当することを、ここで判旨に即して簡単に確認しておこう。

まず、本件において公権力により取り扱われる情報について、連邦憲法裁判所は以下のように述べることで、当該情報が情報自己決定権による保護の及びうる「個人関連情報」であることを肯定している。自動車ナンバー自動識別システムにより収集される、特定のナンバーを付けた自動車がナンバー識別時に撮影装置の設置場所を通過したという情報は、適合事例においては自動車の所有者と関連する情報²⁵であり、さらにその自動車が後に停車させられたり、あるいは監視されたりする場合には、その情報は運転者や、場合によっては同乗者とも関連することになる²⁶。

²³ BVerfGE 120, S.399f.

²⁴ Vgl. BVerfGE 100, S.366; 115, S.343, Stefan Muckel, *Automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen*, JA 2009, S.78

²⁵ 自動車の運転者と所有者が同一人物であるとは限らないため、所有者の個人関連情報といえるか疑いもあるが、両者が一致する蓋然性を理由に所有者の個人関連情報と解されている。Vgl. Artz (Anm.3), S.57, Guckelberger (Anm.3), S.356, Michael P. Robrecht, *Automatische Kennzeichenerkennung – Eine zulässige Kompensation weggefallener Grenzkontrollen?*, NJ 2008, S.10

²⁶ BVerfGE 120, S.400. 情報自己決定権の保護範囲は、個人関連性ないし個人関連可能性のみを要件としているとする見解がある一方で、およそデータは個人関連データであるとの指摘もある。Vgl. 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.58, Thomas Giesen, *Zivile Informationsordnung im Rechtsstaat*, RDV 2010, S.269. また Grimm は、情報自己決定権の

また、連邦憲法裁判所は自動車ナンバー識別の時点では厳密に言うともまだ個人関連性は生じていないが、識別措置が情報の保存や利用といった、後続する個人的関連性のある情報処理へとつながりうる基礎を形成するものであることを根拠に、ナンバー識別の時点で既に情報自己決定権への介入が認めている。そして、この介入は短時間に無数のナンバーを連続的に識別する点に特徴があり、また、ナンバー識別が行動像 (*Bewegungsbilder*) などのさらなる情報の獲得につながる場合には、情報自己決定権への介入は拡大する旨が述べられている²⁷。

(b) 考察

本件自動車ナンバー自動識別措置は、監視カメラによる撮影や網目スクリーン捜査と同様、規範的命令を伴わない事実行為であり、個人情報の取扱いに関する規範的命令の存在を以て、情報自己決定権への介入を肯定することはできない。それでは、本件のような情報関連措置につき、情報自己決定権の保護範囲はどこまで及び、また、いかなる措置につき情報自己決定権への介入が認められることになるのだろうか²⁸。これはいまだ十分な解決を見ていない問題であるが、「介入」「保護範囲」をめぐる判決の議論の分析は、続く正当化判断の分析とも関わってくる問題であり、さらには連邦憲法裁判所による情報自己決定権の理解を推知することをも可能にするものと考えられる。

(aa) 広範な保護範囲

「この権利 (情報自己決定権——引用者) は、いつ、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ふ、自己決定の原則に由来する個人の権限を保障する (…)。それは、権利の担い手に、その者に関連する個別化されたまたは個別化可能なデータの際限のない収集や保存、利用、伝達に対して特別な保護をする (…)」

29

規範的根拠が人格権保護であることに着目し、データの個人関連性の有無が情報自己決定権の射程の限定にかかわっているとす (Vgl. Dieter Grimm, *Der Datenschutz vor einer Neuorientierung*, JZ 2013, S.586)。本判決でも自動車ナンバーが個人関連情報であることが簡単に確認されているが、自動車ナンバー (データ) がその利用関係に応じて個人関連性を持ちうるということであれば (Vgl. Albers (Anm.10), S.461)、データの個人関連性もア priori に決まるのではなく、これも情報利用の文脈に応じて決まってくるということになるだろう。

²⁷ BVerfGE 120, S.400f.

²⁸ Guckelberger (Anm.3), S.356

²⁹ BVerfGE 78, S.84; 84, 194; 96, 181; 103, 32f.; 113, 46; 115, S.341; 120, S.311f., また、この定義については Vgl. Albers (Anm.10), S.152, m. Anm.5, Ernst Benda, *Privatsphäre und "Persönlichkeitsprofil"*, in: G. Leibholz, H. J. Faller, P. Mikat, H. Reis (Hrsg.) *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung* (J. C. B. Mohr, 1974), S.32, mit Hinweis auf Westin, *Privacy and freedom*, New York, 1970, S.42. 古典的定義に対する批判として、Albers, a.a.O., S.154, 162.

個人関連情報の取扱いについて、個人に広範な権限が認められているかのような、そして実際に学説ではそのように解される根拠とされてきたこの情報自己決定権の定義が³⁰、本判決では用いられていない。もっとも、この定義自体は本判決以降もしばしば連邦憲法裁判所に用いられていることから³¹、この一事を以て連邦憲法裁判所の立場が変更されたものと理解することはできず、すでに周知のことゆえに割愛したものと理解するのが適当であろう。この定義のもとで、情報自己決定権の広範な保護範囲ないし保護範囲の輪郭の欠如が見られることは、すでに日独で指摘されているところである³²。前稿でも述べたように、情報自己決定権の背景にある人格に対する危険が、データそれ自体ではなく、個人関連データの流通する社会的な相互関係の中から生じてくるのであれば、データの内容やデータ処理の種類といった観点からその保護範囲を特定することは極めて困難である³³。また、上で引用した判旨にもあるように、当該権利が個人の人格に対する具体的な侵害からの保護ではなく、その前景に当たる人格に対する危険までも射程に含めている点についても、肝心の人格に対する危険がその内実を具体的に特定されなくとも肯定されるのであれば、人格に対する危険という観点から範囲を限定することもまた困難であり、当該権利の射程はその性格上、非常に広範なものと考えざるを得ない。もっとも、情報自己決定権の背景にある一般的人格権が、個別基本権では拾い上げることのできない人格の構成要素の保護や、人格発展に対する新たな危険への対応を請け負う無名の自由権（*unbenanntes Freiheitsrecht*）であり³⁴、人格に対する危険に対応するためにはそのような個人情報をめぐる包括的な基本権が不可欠であると仮に考えることができるならば、射程の広範さ自体は情報自己決定権論にとって深刻な欠点には必ずしも当たらない。むしろ重要なことは情報自己決定権という権利の射程を、その権利の性格に照らして明確に特定することができるか否かにある³⁵³⁶。

³⁰ 個人にデータ支配権を認めるかのようなこの定義に批判的な見解として、Hans Peter Bull, *Informationelle Selbstbestimmung*, 2.Aufl., Mohr Siebeck, 2011, S.34, Albers (Anm.10), S.176, 177

また、国勢調査判決からこのような情報自己決定権の理解を引き出すことに批判的な見解として、Matthias Bäcker, *Das IT-Grundrecht*, in: Robert Uerpmann-Witzack (Hrsg.), *Das neue Computergrundrecht* (LIT, 2009), S.6, s. a. Albers (Anm.10), S.158, 176, 177

³¹ この様な国勢調査判決以来の定義を用いる最近の判決として、BVerfGE 130, S.183.

³² Ladeur (Anm.10), S.49f., 小山・前掲註 18) 123 頁以下参照。

³³ Britz (Anm.11), S.566ff., 574ff..

³⁴ Vgl. BVerfGE 54, S.153f., Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1 §66 II 3c (シュテルン (井上典之ほか編訳) 『ドイツ憲法Ⅱ基本権編』 (信山社、2009年) 18 頁参照 (伊藤嘉規訳)), Christian Starck, Mangolt/Klein (Hrsg.), GG Band I, Art.2 Abs. 1 Rn.17, Dietrich Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 6. Aufl., München 2011, Art.2 Rn.64ff..

³⁵ しばしば取り上げられる Ladeur の批判も、保護範囲の曖昧さよりもむしろ、情報自己決定権の内実と規範的根拠である一般的人格権との関係が曖昧であることを問題視しているといえる。Ladeur (Anm.10), S.47

³⁶ 学説では、自動車ナンバーの識別は情報の「収集」とは区別される (Klaus Friedrich Kempfner u. Robert Käß, *Die Befugnis zum Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme*

保護範囲がこのように広範に理解される一方で、介入についても、古典的な意味での介入概念に適合しないデータ処理が持ちうる³⁷、上述のような人格に対する（曖昧な）危険に対する懸念を前提に、判例・学説では公権力による個人情報の取扱い一般に情報自己決定権への介入が認めようとする傾向が見られた³⁹。言い方を変えれば、保護範囲とは区別される介入概念独自の意義について、これまで十分に論じられてこなかったのである⁴⁰。このような伝統的理解の下、本件措置について非適合事例も含めて情報自己決定権の基本権関連性を肯定すべきとする見解も多くみられるが⁴¹、そのような中で連邦憲法裁判所は本件自動車ナンバー識別システムについて、どのような理屈で非適合事例における情報自己決定権の保護範囲への介入を否定したのか。この点について、判決を批判する見解は多く見られるが、非適合事例につき情報自己決定権の保護範囲への介入を否定する連邦憲法裁判所の論理に着目する議論は、管見の限りそれほど多くはない。以下では、その中の一つである Britz の議論も踏まえた上で、判決の分析を試みることにしよう。

(bb) 保護範囲の限定？

Britz はまず、連邦憲法裁判所の示す情報自己決定権の射程の限定を、具体的な不利益に

im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz, BayVBL 2011, S.556)、あるいは照合は「利用」に該当するために収集とは別に法的根拠を要する (Vgl. Robrecht (Anm.25), S.12, Alexander Roßnagel, Verdachtslose automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen, DAR 2008, S.61f.) といった議論がなされているように、多くの論者がこの広範な定義に依拠して本件措置につき情報自己決定権への介入の有無を判断している。しかし後にも述べるように、実際のところ情報自己決定権の定義自体が、当該権利の保護範囲の確定などといった形で、憲法裁判所の判断に影響を与えているとは言い難いように思われる。

本判決を下した判事の一人でもある Hoffmann-Riem は、個人情報処理に関する個人の包括的権能として情報自己決定権を理解することを早い段階から批判している。Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, AöR 123 (1998), S.530f.

³⁷ Vgl. Johannes Masing, Gesetz und Gesetzesvorbehalt – zur Spannung von Theorie und Dogmatik, in: Offene Rechtswissenschaft (Anm.11), S.477, 487

³⁸ 介入概念の拡大傾向とその無制限な拡大に対する歯止めの必要性については周知のとおり。さしあたり、Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II 28.Aufl. (Heidelberg, 2012), Rn.255ff. また、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）24頁以下も参照。

³⁹ Albers (Anm.26), Rn.59, Pieroth/Schlink (Anm.38), Rn.399, Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Stand 2001, Art.2 Abs.1 Rn.176. これに対して、法律の留保や正当化要請の妥当範囲の限定という観点から、保護範囲およびそれと区別される介入を限定的に捉える見解として、Hoffmann-Riem (Anm.36), S.527, 531

⁴⁰ Marion Albers (Anm.26), Rn.59. この文脈で Albers は、情報自己決定権においては、介入概念が伝統的な理解から乖離している点を指摘している。

⁴¹ Alfons Schieder, Die automatisierte Erkennung amtlicher Kfz-Kennzeichen als polizeilichen Maßnahme, NVwZ 2004, S.780, Soria (Anm.3), S.782f., Matthias Cornils, Grundrechtsschutz gegenüber polizeilicher Kfz-Kennzeichenüberwachung, Jura 2010, S.445f., Breyer (Anm.7), S.825

通ずる情報利用という観点から保護範囲を限定するものと理解する⁴²。つまりここでは、ある個人情報の取扱いが、当該個人に対する不利益措置と結びついている場合、当該情報取扱い行為は、情報自己決定権の保護範囲に包含されるものと理解される。実際の諸判決に対する評価としては、情報利用に対する抽象的な不確かさから行為自由を保護することを理由に、安易に情報自己決定権の保護範囲への介入が肯定されているために、射程の限定が機能していないことを理由に、**Britz** は批判的な態度を示しているが⁴³、他方で一定の情報関連措置については連邦憲法裁判所によって基本法による保護の対象から外されているものと理解する。

「確かに連邦憲法裁判所は、それ自体としては何ら不利益を根拠づけないが、しかし、当該情報措置によって獲得される認識がなければ不可能であろう関連する不利益的措置の下準備となりうるような情報措置について、既に基本法の保護に含めている。ただし実際には、連邦憲法裁判所は、何らかの形で不利益的決定の原因となりうるようなあらゆる情報措置を含めようとしているようには見えず、むしろすでに具体化された不利益的決定を目指す情報措置のみを含めようとしているように見える。基準となるのは、「監視・利用目的を通じて特定された関係を視野に入れた全体的考慮において、当事者性（*Betroffensein*）が、当該データに対する官庁の関心がすでに、基本権介入を発動させる性質が肯定されるほど集中しているか否かである」⁴⁴

この文から、**Britz** は情報自己決定権による保護を、具体的な不利益的決定に対する予防的な行為自由の保護と理解していることが分かるだろう⁴⁵。したがって、**Britz** の理解によれば、本件事案において非適合事例の場合に、情報自己決定権の保護範囲への介入が否定されるのは、収集後ただちに消去されるため具体の不利益的決定との関係が切断されているからということになる⁴⁶。**Britz** はこのような理解を前提に、特別な危険状態を限定的に解することで、情報自己決定権による保護範囲を基本法上重要な措置へと限定することを提唱し、また判例にもそのような徴候がみられると述べている⁴⁷。他方で、介入概念については広範な理解を示しており、公権力による情報措置の法化（*Verrechtlichung*）⁴⁸は、あ

⁴² **Britz** (Anm.11), S.574

⁴³ **Britz** (Anm.11), S.576f.

⁴⁴ **Britz** (Anm.11), S.575

⁴⁵ **Britz** (Anm.11), S.577. 介入の重大性をめぐる議論であるが、同様の視点から論じるものとして **Cornils** (Anm.41), S.446. このような形で判例上、情報自己決定権への介入が前倒しされる傾向が見られることに批判的な他の見解として、**Friedrich Schoch**, *Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung*, Jura 2008, S.357.

⁴⁶ これに対して、危険の不在ないし軽微さを理由に保護範囲を限定することに対して批判的な見解として、**Spiros Simitis**, in: ders. (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz 6., neu bearbeitete Aufl.* (Nomos, 2006), §1, Rn.79, 83

⁴⁷ **Britz** (Anm.11), S.578ff.

⁴⁸ 法化の問題については、**Britz** (Anm.11), S.578, **Hoffmann-Riem** (Anm.36), S.514ff, 527f.

くまで保護範囲の特定を通じて限定されるものと考えている⁴⁹。

確かに情報自己決定権が、個人情報の取扱いに伴う本人に対する不利益の措置からの保護を提供するものであることは、他の判決文からも読み取ることができる⁵⁰。しかし、以下で述べるように「保護範囲への介入」⁵¹という曖昧な言い回しがなされる情報自己決定権の保護範囲と介入の関係について、特別な危険状態の特定を通じて保護範囲の限定という観点からアプローチしていく **Britz** の議論は、とりわけ連邦憲法裁判所の判例の理解という点に関しては賛同し難い⁵²⁵³。**Britz** は自身の情報自己決定権論を展開するなかで、収集データ利用に伴う不利益の強度⁵⁴やデータ収集措置の秘匿性⁵⁵、私秘性に対する期待⁵⁶といった

⁴⁹ **Britz** (Anm.11), S.583

⁵⁰ レーゲンスブルク決定において連邦憲法裁判所は、美術品付近の監視カメラによる撮影が、情報自己決定権への介入にあたることを説明する際に、以下のように述べている。「ビデオ監視によって獲得された映像は、監視によって把握された領域において、特定の望ましくない行為様式を示す人々に対して、負担を伴う後見的措置を準備するために使われうるものであり、また使われるべきでもある」(BVerfG, 1 BVR 2368/06 vom 23.2.2007, Rn.38.

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20070223_1BVR236806.html

この判決について触れる邦語文献として、小山・前掲註 2) 388 頁以下、同「監視国家と法治国家」ジュリスト 1356 号 (2008 年) 49 頁以下。平松・前掲註 2) 300 頁以下参照。

⁵¹ **BVerfGE 120, S.399**。本判決について、介入と保護範囲の判断が一時的になされていると指摘する評釈として、**Sachs** (Anm.4), S.826, **Cornils** (Anm.41), S.445

⁵² ラスター決定では情報自己決定権の保護範囲に限界が存在するか否かについては未決定であるとされながらも、保護範囲と介入は別々に検討されており、前者について肯定した上で、非適合事例については介入が否定されている (**BVerfGE 115, S.342ff.**)。

⁵³ 理論的な観点から、情報自己決定権の保護範囲を人格に対する危険という観点から限定し、主観的権利として再構成することを試みることは自体は間違いではない。このアプローチを強調する見解として、近年学説では、人格に対する危険の内容を特定することで、情報自己決定権の保護範囲を限定することを試みる見解も見られる。もっともこれらの見解においても、主観的防御権の範囲は社会環境の中で生じる人格に対する危険によって特定されることになっており、決して個人の (恣意の) 自由が保障されているわけではない点には注意が必要である。Vgl. **Britz** (Anm.11), S.578f., **Matthias Bäcker, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation**, in: **Rensen u. Brink** (Hrsg.), **Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**(De Gruyter, 2009), S.122f., ders.(Anm.30), S.6f..

⁵⁴ **Britz** は集会の自由に関する判例を参照する形で、情報自己決定権との関連性を根拠づける人格上の危険事態は、必ずしも公権力の関心に依存しておらず、強度の不利益をもって人格に対する危険が認められるとしている。しかしこれは彼女が「関心」を狭く解していることによるものと考えられ、本文でも述べるように、情報自己決定権への介入の有無について問題となる公権力の「認識関心」は、特定可能な個人に対する不利益措置の抽象的な可能性を以て広く肯定されており、件の集会の自由の判例においても認識関心を肯定することは可能であると考えられる。Vgl. **Britz** (Anm.11), S.579, m. Anm. 70, **BVerfGE 122, S.369f.**

また、通信の秘密の判例であるが、後続措置が行われる危険の不在が、介入の有無ではなく、介入の重大性に関わる問題であることを示唆するものとして、**BVerfGE 125, S.331f.** この判決については、**Karl-Friedrich Lenz** 「通信履歴保存義務を定める EU 法および国内法に対する違憲判決」(自治研究 88 巻 9 号、2012 年) 154 頁以下、「通信履歴保存に関するドイツ連邦憲法裁判所 2010 年 3 月判決」(青山法学論集 52 巻 1 号、2010 年) 201 頁以下、**ハンス・ユルゲン・パピア** (倉田原志訳) 「予備的データ保存と基本法」立命館法学 344 号 (2012 年) 543 頁以下参照。

⁵⁵ **BVerfGE 113, S.383f.**

⁵⁶ **BVerfGE 115, S.348**

判例上用いられている言い回しを参照することで、情報自己決定権への介入を基礎づける人格に対する危険を特定することを図っているが⁵⁷、しかしここで注視すべきことは **Britz** の参照するこれら諸要素は、判例上は基本的には介入の重大性にかかわる要素として位置づけられていることである⁵⁸。介入の重大性に関する諸要素を理由に、保護範囲を限定する **Britz** の議論は、連邦憲法裁判所の議論の適切な理解・発展といえるだろうか、あるいはなぜこれらの要素を理由に保護範囲を限定的に理解することができないのか、ひいては連邦憲法裁判所の展開する情報自己決定権論において、「保護範囲」、「介入」、「介入の重大性」はいかなる関係に立っているのか。以下では、非適合事例について介入を否定する際に、自動車ナンバー判決で引用されている先行判決の分析を通じてこの点を明らかにしてゆくことにしよう。

(cc) 先行判例の検討

最初に見るのは、国際的なテロや組織犯罪対策を理由に連邦情報局による遠隔通信の監視を許可した法改正が、基本法 10 条の保障する電気通信の秘密との関係で、その合憲性を審査された遠隔通信監視判決⁵⁹ (BVerfGE 100, 313) である。連邦憲法裁判所はこの判決において、以下のように述べることで、基本法上保障される電気通信の秘密について介入が否定される可能性を示している。

「基本法 10 条は、コミュニケーションの秘匿性 (Vertraulichkeit) を保護しようとするものであるため、国家によるあらゆるコミュニケーション・データの閲覧、記録、利用は基本権への介入である (…)。その結果、連邦情報局の職員によって電気通信の過程が閲覧されることについて、介入の性質は明白である。しかし、監視・利用目的を通じて特定される関係の中で、先行する作業段階も考慮に入れなければならない。

それゆえに、収集が連邦情報局にコミュニケーションを処理できるようにし、後続する諸々の検索用語 (Suchbegriffen) との照合の基礎を形成している限りにおいて、収集自体がすでに介入である。ドイツにおける回線間での諸々の通信過程 (Fernmeldevorgänge) が、意図せずに、ただ技術上の原因のみに起因して一緒に収集されたとしても、信号の解明の後に直ちに、技術的に再び元通りに、履歴を残さない形で除去される限りにおいて介入は無い。それに対して、収集されたデータが直ちに特定

⁵⁷ **Britz** (Anm.11), S.579f.

⁵⁸ 本判決でも出てくる収集データの広範な利用・結合関係や、人格プロフィール形成なども挙げられているが、これらは情報自己決定権の規範的な基礎付けとして論じられることが多く、個別の介入の判断にかかわるものではない。

⁵⁹ この判決を取り上げる文献として、小山剛「戦略的監視」と情報自己決定権」法学研究 79 巻 6 号 (2006 年) 1 頁以下、同「戦略的監視の限界」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) 247 頁以下参照、

の人々へと関係づけることができないことは、介入の性質に反しない。というのも、(…)
このような場合においても個人関連性は確立されるからである」⁶⁰

基本法 10 条が定める電気通信の秘密をより実効的に保障するためには、通信記録が実際に閲覧されるよりも前の段階へと保護を前倒しする必要があるが、その際、介入がどこまで前倒しされるかという点について、連邦憲法裁判所はこの判決で、自動車ナンバー判決におけるのと類似の言い回しを用いることで、一応の基準を示している。もっとも、「意図せずに、ただ技術上の原因に起因して一緒に収集されたとしても、信号の解明の後に直ちに、技術的に再び元通りに、履歴を残さない形で除去される」場合には、なぜ介入が否定されることになるのか、その根拠については述べられていない⁶¹。

そこで、自動車ナンバー判決ではこの判決に続いて引用されている、携帯電話監視判決 (BVerfGE 107, 299) を続けて見ることにしよう。この判決では、ジャーナリスト活動に際して行われた通話記録の引渡しを命じる裁判官命令の合憲性が争われたが、連邦憲法裁判所は基本法 10 条に関する部分において、上記遠隔通信監視判決の該当部分の参照を求める形で、以下のように述べている。

「アクセスは実際には機械的に生じ、照合の成果がない場合は、匿名かつ履歴がなく、捜査機関にとって認識の関心 (Erkenntnisinteresse) もないままである。主観的権利の侵害は、その限りで生じない。

たとえ、目標選択の捜査 (Zielwahlsache) によって把握されることになる遠隔通信への加入者の大部分が、それゆえに基本権介入を発動させる性質において関わっていなくとも (…)、広範囲にわたる当事者の範囲は、法律上の授權やその解釈の適切さの判断にとって重要である。基本法 10 条は電気通信の秘密への国家による介入から諸個人を保護し、その (基本法 10 条の——引用者) 客観法的内実における遠隔通信の秘匿性を、その (遠隔通信の秘匿性の——引用者) 社会全体にとっての意義においても保障する。諸々の捜査措置の広範囲での面的網羅性 (Streubreite) が濫用のリスクや監視されているという感情の発生に寄与する場合、思いのままに遠隔通信を利用すること (Unbefangenheit der Nutzung) は脅かされ、その結果として社会のコミュニケーションの質も脅かされる」

62

上記の引用箇所においてまず重要な点は、遠隔通信の秘密への介入が限定されている一方で、そのような限定ゆえに主観的権利侵害が成立しない部分についても、遠隔通信の秘匿性という客観法上の保護利益が保障されており、そのような利益が違憲判断 (本件では

⁶⁰ BVerfGE 100, S.366

⁶¹ この判示箇所に簡単に言及するものとして、Georg Hermes in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2.Aufl. 2004, Art.10, Rn.53 m. Anm.182

⁶² BVerfGE 107, S.328, s.a. BVerfGE 113, S.382f.

狭義の比例性) に影響を及ぼすことが認められていることである。ここから、以下の 2 点を読み取ることができるだろう。1 つは、遠隔通信の秘密への介入が、目標選択の捜査によって適合判定が下され、更なる措置が予定されている者に限定されている結果⁶³、それ以外の者が通信データ濫用の危険や監視を意識することによって抱く萎縮的な感情は、主観的な権利保護の対象から外れていることである。しかし他方で 2 点目として、このような主観的権利関係から排除された利益は、社会全体における遠隔通信の秘匿性という、各人に帰属しない客観法的利益として基本法上保障されているということである⁶⁴。つまり、ここに基本法 10 条における保護範囲と介入との断絶を見てとることができるのである。

それでは、保護範囲と区別される介入はどのような場合に肯定されるのであろうか。この点については上記引用箇所の中で、介入の有無の判断につき認識関心 (Erkenntnisinteresse) という用語が加わっていることが注目される。つまりここでは、捜査機関側の認識関心が個人の主観的権利侵害の有無を左右するものと理解されているのである。もっとも、この箇所を読んだだけでは、基本権介入の発動を根拠づける認識関心の内実は明らかではない。そこで、この判決を引用する自動車ナンバー判決の該当箇所において、最後に引用されているラスター捜査決定⁶⁵ (BVerfGE 115, 320) を次に見ることにしよう。各種公的機関・私的団体が保有する個人関連データの収集・照合によって特定のメルクマールをもつ人物を抽出する捜査手法が情報自己決定権侵害にあたるか否かが争われたこの決定において、捜査機関による各機関への伝達命令が情報自己決定権への介入に該当するかを判断するに当たり、連邦憲法裁判所は上記諸判決を引用したうえで、自動車ナンバー判決でも引用される以下の基準を定立する。

「基準となるのは、監視・利用目的を通じて特定された関係を視野に入れた全体的考慮において、当事者性 (Betroffensein) が、当該データに対する官庁の関心がすでに、基本権介入を発動させる性質が肯定されるほど強くなっているか否かである。

少なくとも 1990 年ノルトライン・ヴェストファーレン・ラント警察法によるラスター捜査においては、そのデータが最初の照合の後にまた別の後続する諸々の措置、とりわけ更なる照合の対象となるような人々は、これに該当する。伝達命令は、これらの人々の情報自己決定権の侵害である。データ伝達の要求は、直接的にはこれらの人々に向け

⁶³ BVerfGE 107, S.327f.

⁶⁴ Vgl. Christoph Gusy, Das Fernmeldgeheimnis von Pressemitarbeiten als Grenze strafprozessualer Ermittlungen, NStZ 2003, S.400. 基本法 10 条の保護機能が、個人の保護を超えたコミュニケーション・システムの保護にも及んでいることを指摘するものとして、Vgl. Ladeur (Anm.10), S.49, BVerfGE 85, 386, Rn.49.

⁶⁵ この判決を取り上げる邦語文献として、宮地基「安全と自由をめぐる一視角」法政論集 230 号 (2009 年)、335 頁以下、植松健一「連邦刑事庁 (BKA)・ラスター捜査・オンライン捜査 (1)」島大法学 52 巻 3・4 号 (2009 年) 1 頁以下、特に 18 頁以下、徳本広孝「網目スクリーン捜査の法的統制」渥美東洋編『犯罪予防の法理』2008 年、291 頁以下、島田茂「ドイツ警察法における犯罪予防の目的と危険概念の関係」甲南法学 49 巻 3 号 (2009 年) 142 頁以下参照。

られていないが、それは彼らのデータの収集することを目標としており、それでもって彼らを監視しているのである」⁶⁶

情報自己決定権への介入の有無は、対象者への不利益措置に至るまでの一連のデータ処理過程を通じて判断される、当該個人関連データに対する一定の認識・利用関心が、当該データ取扱い措置の背景に認められるか否かによって判断される。ラスタースearchや本件自動車ナンバー識別システムにおける公権力による情報収集・照合の目的は、後続の措置・決定の対象者を検索・特定することである。したがって個人関連データを処理する公権力の関心の対象は、本件でいえば専ら適合事例における該当者であり、非適合事例において取り扱われる情報は、データ処理過程において偶然視野に入ってきたものにすぎない。このことは、非適合事例におけるデータ処理の仕組みによっても裏付けることができる。すなわち非適合事例におけるデータ処理が、データの収集から消去に至るまでの一連の過程において、当該データが一度も公権力の担い手の目に触れることもないまま処理されるという純粋に機械的・技術的な過程であることは⁶⁷、非適合事例における対象者に対する公権力の関心の不在を表しているといえよう⁶⁸。裏返せば、このような個人の特定可能性とそれに基づく後続措置の可能性がシステム上排除されていない場合、たとえ実際に後続措置に移らなくても、対象者に対する公権力の認識関心が否定されないことも考えられる⁶⁹。もっとも、本件の非適合事例のように、匿名のまま、不利益措置につながる可能性が一切ない場合に介入が否定されることは説明されるとしても、「認識関心」がどのような場合に認められるか、その判断基準はいまだ不明確である⁷⁰。その意味でも、本判決におけるような介入の限定は、収集から消去に至るまでにデータが機械的に処理され、その後の保存、利用

⁶⁶ BVerfGE 115, S.343f.

⁶⁷ Roßnagel (Anm.3), S.2548

⁶⁸ Stettner は、基本法 10 条における介入の否定を、誤った個人関連性 (fehlender Personenbezug) という言葉で説明している。Rupert Stettner, Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, in: Merten u. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Band IV(C. F. Müller, 2011), Rn.60

⁶⁹ Vgl. Murswiek (Anm.34), Art.2 Rn.88a. なお、匿名性は情報自己決定権の介入を否定するための必要条件ではない。オンライン判決では、連邦憲法裁判所は一般的にアクセス可能な公開情報の収集に情報自己決定権への介入を否定しながら、収集情報が保存・利用等の後続措置とつながる場合には介入が認められうると判断している。Vgl. BVerfGE 120, S.344f. この判断に批判的な見解として、Vgl. Thomas B. Petri, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur "Online-Durchsuchung", DuD 2008, S.448

また、本文で引用した通信の秘密を起源とする諸判決では、連邦憲法裁判所は個人関連性が技術的に消去される場合には介入が否定されることを認める一方で、対話当事者の匿名性を介入の有無を左右する事情ではなく、介入の重大性を根拠づける事情として位置付けている (BVerfGE 100, S.376, 381; 107, S.320.)。情報自己決定権と基本法 10 条との関係を一般法と特別法の関係として捉えるのが連邦憲法裁判所の立場であり、この匿名性の欠如と介入の重大性とのつながりは、ラスタースearch決定にも引き継がれている (BVerfGE 115, S.347, 354)。

⁷⁰ オンライン判決では、公開情報の収集や対面でのコミュニケーションを通じた個人関連データの収集につき、原則として情報自己決定権への介入が否定されているが、ここでは「認識関心」といった基準は明示的には言及されていない。Vgl. BVerfGE 120, S.344ff.

へとつながる余地がシステム上排除されているという、事案の特殊性によるところが大きいと思われる⁷¹。

(dd) 小括

連邦憲法裁判所による情報自己決定権の保護範囲への介入をめぐる理解について、簡単にまとめておこう。本件自動車ナンバー判決では、非適合事例について情報自己決定権の保護範囲への介入が否定されたが、その意味と根拠を本稿ではさしあたり以下のように捉えている。

連邦憲法裁判所による情報自己決定権の基本権関連性の限定を、Britz は人格に対する特別な危険という観点から保護範囲の限定と理解することを試みているが、むしろこの限定は介入の否定と解すべきである。その根拠は、引用されている諸判決の分析を通じて明らかになったように、そこでは介入が一定の範囲に限定されている一方で、主観的な権利侵害に包括されない利益が客観法的な構成を通じて保障範囲に含まれており、その意味で介入が保護範囲とは区別される独自の意義を持っていたことである。そして、この介入の有無は、(抽象的に把握される) 人格に対する危険へとつながる個人関連データ取扱いの一連

⁷¹ このような当事者 (Betroffenheit) への介入の限定に対しては、別の箇所でも述べているように萎縮効果は非適合事例にも同様に生じていると考えられることから、萎縮効果を以て危険事態の発生を肯定すべきとする見解からの異論も考えられるが、この点は情報自己決定権の規範内容をどのように理解するかにかかっている、ということになるだろう。Albers は、介入の有無は個別基本権の保障内実には照らして判断されるべきとした上で、個人関連データ・情報の取扱いにおける「介入」を、基本法上の規範における諸準則が国家に帰責可能な形で逸脱された場合に存在するものと捉えている。また、そこでは帰責可能性はデータ・情報処理のプロセス (およびそこで用いられる技術) を考慮して判断されると考えられている。Vgl. Albers (Anm.10), S.445f., dies., *Faktische Grundrechtesbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem*, DVBl 1996, S.241. なお、本判決が先例として依拠している基本法 10 条の通信の秘密について、そもそも古典的な介入概念が妥当していないことを指摘するものとして、Albers (Anm.10), S.79, Hans-Heinrich Trute, *Verfassungsrechtliche Grundlagen*, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch des Datenschutzrecht*, 2003, Rn.67

⁷² Vgl. Masing (Anm.37), S.476 Anm.14, 488.

非適合事例における情報自己決定権への介入の否定を自己描写権 (Selbstdarstellungsrecht) 又は脱「私」化 (Entprivatisierung) から説明する見解もある (Hans-Heinrich Trute, *Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts*, DV 42 (2009), S.99, Christoph Gusy, *Die "Schwere" des Informationseingriff*, in: Peter Baumeister, u.a.(Hrsg.), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz* (Duncker & Humblot, 2011), S.406)。特に前者は、前稿でも取り上げた国勢調査判決との接続可能性もあり、また日本でも類似の議論が見られることを考えると興味深い見解であるが (棟居快行『人権論の新構成』(信山社、1992年) 173頁以下、石川健治「人格と権利」ジュリスト 1244号 (2003年) 29頁以下、同「イン・エゴイストス」長谷部・金編『法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004年) 199頁以下、曾我部真裕『反論権と表現の自由』(有斐閣、2013年) 201頁以下、斉藤愛「住基ネットとプライバシー権」大沢秀介ほか編『憲法.com』(成文堂、2010年) 91頁参照)、前註 70でも述べたように、匿名性を欠いた公開情報の収集について情報自己決定権への介入が否定される可能性を認めたオンライン判決における判示を見ても、判例の説明として適切といえるかどうかは疑問が残る (BVerfGE 120, S.344f.)。

のプロセスから判断される、対象者に対する公権力の認識関心を基準に判断されている⁷³。この点を敷衍すると、手持ちの捜査データに自己情報が含まれていない者は、いかに本件システムを忌避し、その行為選択に影響を受けようとも、そのことを理由に情報自己決定権への介入が肯定されることはない⁷⁴⁷⁵。公権力による情報取扱いによって生じる基本法上の問題は、一連のデータ処理過程によって裏付けられる、特定可能な個人の個人関連データに対する公権力側の認識関心を経て初めて、当該個人の主観的権利侵害へと具体化されるのである。

このような判決の解釈に対しては、当然異論も想定される。まず、保障国家思考を指摘される連邦憲法裁判所第一法廷が保護範囲と介入の区別をそこまで意識しているのか⁷⁶、と

⁷³ Britz と類似の議論を「介入」の問題として捉える見解として、Vgl. Walter Rudolf, *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, in: Merten u. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte Band IV*, Rn. 65. Rudolf は不利益のない、又は非本質的な不利益しかもたらさない措置については介入が否定されるものと理解しているが、この不利益の内実については判決文の参照を超える具体的な記述はない。この点、不利益の「本質性」が、個人関連データ取扱いのプロセス（から推認される公権力の認識関心）によって判断されるのであれば結論は同じであり、結局介入の有無は公権力側の認識関心に依存していることになる。他に認識関心を基本権保護の出発点とする見解として、Vgl. Bäcker (Anm.53), S.122. 他方、公権力側の関心という主観的な要因によって介入の有無が判断されることに批判的な見解として、Cornils (Anm.41), S.445f. また、照合自体の介入判断を、照合後の事情に依存させることを批判する見解として、Breyer (Anm.7), S.825.

序に言うところ、マスター決定ではこの公権力の認識関心は、第三者からのデータ収集が当事者に対する介入にあたること理由にもなっている。Vgl. BVerfGE 115, S.344.

⁷⁴ これに対して、監視されずに、ないしデータを収集されずに運転する自由を主張する見解として、Roßnagel (Anm.3), S.2550, Artz (Anm.3), S.57. このような「自由」に批判的な見解として、Hans Peter Bull, *Sind Video-Verkehrskontrollen "unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar"?*, NJW 2009, S.3281.

⁷⁵ Guckelberger は、非適合事例の場合には、自動車の運転者に監視圧力は生じないとして判決を支持しているが (Guckelberger (Anm.3), S.356)、後に述べる介入の重大性のところで連邦憲法裁判所自身が述べているように、自動車ナンバーと捜査データとの照合結果が適合事例か否かを運転者には知ることができないのであれば (BVerfGE 120, S.406)、個人への萎縮効果という点で適合事例と非適合事例を区別することはできないはずである。

また、自動車ナンバー識別措置のもつ萎縮的作用を理由に、非適合事例について介入を否定した判決の立場を批判する見解もある (Breyer (Anm.7), S.825, Cornils (Anm.41), S.446, s. a. Soria (Anm.3), S.784)。私人間の事例であるが、家の天窓にはりぼての監視カメラを設置したことが、隣人に監視圧力を与えることを理由に、一般的人格権の侵害に当たると判断された裁判例があり (LG Bonn, Urt. v. 16.11. 2004 - 8 S 139/04 NJW-RR 15/2005, S.1067ff.)、Breyer は、本判決によってこの裁判例が明確に否定されたと主張している。もっともこの裁判例には、当初監視カメラであるとの事実認定のもとで敗訴した被告 (設置者) が、上訴の段階で当該カメラは実は「はりぼて」であったとの主張を新たに付け加えたという事情があり、この裁判例の判断を一般化することには異論もあろう。はりぼてのカメラの設置も含めて、萎縮効果を理由に情報自己決定権の侵害を肯定する見解として、Vgl. Joachim Pohl, *Videoüberwachung im öffentlichen Raum*, KJ 2003, S.317ff., Murswiek (Anm.34), Art.2 Rn.88a

これとは異なり、判決において、考慮されるべき萎縮効果は適合事例におけるそれに限定されていると理解する見解もあり、そこでは萎縮効果の重要性は比較的強く評価されている (Kempfler u. Käß (Anm.36), S.561)。

⁷⁶ Oliver Lepsius, *Das Computer-Grundrecht*, in: Fredrik Roggan (Hrsg.),

いう疑問が考えられる。確かに本判決中にも見られる「保護範囲への介入」という言い回しを以て、両概念の区別に対する連邦憲法裁判所の意識の不在の表れであると見ることは十分な理由がある。しかしここで重要なことは、情報自己決定権への介入によって言い表される個人の主観的権利の制約と、そのような主観的な権利義務関係に解消されない客観的な法関係が区別されていることを、判旨から見て取ることができるということである。つまりここから、連邦憲法裁判所は、個人関連データ取扱いに対する主観的防御権として情報自己決定権を理解する伝統的な議論とは、異なる議論を展開しているものと解釈する余地が生じてくるのである。

もちろんこのような議論に対しては、基本法 10 条に関する引用判例に見られるような、介入と保護範囲の区別は情報自己決定権についても同様に看取されるのか、という批判を想起することができるだろう。確かに、本判決における介入の有無の判断において、このような介入と区別される保護利益を明確に示す記述はない。この点、携帯電話監視判決では、通信の秘密がもつ客観法的側面が「法律上の授権やその解釈の適切さの判断⁷⁷⁾」に関わってくると判示されている⁷⁸⁾。したがって、上記の批判の当否も以下で見てゆく本判決における違憲判断、すなわち介入の正当化審査およびその準備作業にあたる介入の重大性判断をめぐる判旨の分析を通じて検証されることになるだろう。

(2) 介入の重大性

(a) 介入の重大性判定における考慮要素

個々の場面での情報自己決定権への介入に求められる憲法上の要請は、介入の重大性に依拠して決まってくる⁷⁹⁾。介入の重大性に影響を与える事情に関する連邦憲法裁判所の議論は、概ね以下の 3 つの観点から整理することができる。

(aa) 収集情報のもつ人格権上の意義

連邦憲法裁判所曰く、収集情報の持つ人格関連性は、介入の重大性を判断するうえで重要な意味を持つ。その際には、当該情報それ自体がもつ人格権上の意義のみならず、収集

Online-Durchsuchungen (BWV, 2008), S.43ff.. 本判決に対する保障国家思考の影響を指摘したうえでそれに批判的な見解として、Breyer (Anm.7), S.825. 保障国家論についてはさしあたり、Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat (2004), S.203ff. 邦語文献としては、小貫幸浩「基本権が「保障するもの」は何か」高岡法学 15 卷 1=2 号 (2004 年) 225 頁以下、同「基本権が「保障するもの」は何か・続」高岡法学 16 卷 1=2 号 (2005 年) 1 頁以下、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造」阪大法学 55 卷 5 号 (2006 年) 121 頁以下、實原隆志「基本権の構成要件と保障内容」千葉大学法学論集 23 卷 1 号 (2008 年) 155 頁以下、特に 173 頁以下、三宅雄彦「保障国家と公法理論」埼玉大学社会科学論集 126 号 (2009 年) 31 頁以下、青柳幸一「三段階審査論の問題性」明治大学法科大学院論集 12 号 (2013 年) 39 頁以下参照

⁷⁷⁾ BVerfGE 107, S.328

⁷⁸⁾ 通信の秘密の客観法的作用については、Vgl. Stettner (Anm.68), Rn.87f.

⁷⁹⁾ Gusy (Anm.72), S.399

情報の広範な処理や結合によって獲得される情報の人格関連性も考慮しなければならない⁸⁰。利用関係も考慮に入れたうえで情報の内容に着目するこのアプローチについては、さしあたり異論はないだろう。

(bb) 情報収集の動機と状況

ここでは、具体的に情報収集の動機と秘匿性が考慮される⁸¹。

(i) 動機を欠く介入の重大性

まず、前者について連邦憲法裁判所は、当事者が情報収集に対して、法益侵害等の自己に帰責可能な動機を作ったか否か、あるいは情報収集が動機のない状態で生じ、したがって、事実上誰でも対象としうるものであるかが重要であり、自己の行為によって介入の動機を作り出していない者に対する情報収集は、動機と関係づけられた介入よりも原則として高い介入強度を持つとする⁸²。しかしなぜ、当事者による動機の創出が介入の重大性と関わるのだろうか。連邦憲法裁判所による説明をもう少し詳しく見てみよう。

「さらに、当事者が例えば法益侵害などを通じて、収集についてその者に帰責可能な動機を創出しているか否か、あるいは、収集が動機なく生じており、したがって事実上、誰に対しても行われうるか否か、という点が重要である。自己の行為を通じて介入を惹起しない者たちに対する情報収集は、動機に関連するそれよりも原則的により高度の介入強度をもつ(…)

収集の動機を与えていない者が多数、ある措置の作用領域に含まれる場合、その措置からは、基本権行使についての侵害へと至りうる、一般的な萎縮効果(Einschüterungseffekte)が生じうる(…)。諸々の捜査措置の広範囲での面的網羅性が、濫用のリスクや監視されているという感情の発生に寄与する場合には、思いのままに振る舞うこと(Unbefangenheit des Verhaltens)がとりわけ脅かされる(…)。しかしこれは、多数の情報を連続的に収集する際に、まさに問題となることである」⁸³

上記から、何らきっかけを与えていないにもかかわらず、諸個人が広く情報収集の対象となりうる場合、各人は自分がいつ情報収集の対象となるか分からず、常に情報収集を意識するようになり「自由」に、言い換えれば自分の望むように自己の行為を決定することができなくなるという事態を連邦憲法裁判所が深刻な事態と捉えていること、そして本件

⁸⁰ BVerfGE 120, S.402

⁸¹ Vgl. Sachs (Anm.4), S.826

⁸² BVerfGE 120, S.402. krit. Trute (Anm.72), S.102f. 警察義務者の法理に関する古典的な研究として、島田茂「西ドイツ警察法における予防的警察活動の法理(1)」横浜市立大学論叢 34 卷 1=2 号(1983年) 177 頁以下、特に 183 頁以下

⁸³ BVerfGE 120, S.402

においてもこのような事態の到来が問題となりうることを連邦憲法裁判所が懸念していることが分かる⁸⁴。しかし、このような懸念と介入の重大性とはどのようにつながっているのだろうか。この点について再度、判決で挙げられている先行判例を通じて検討することにしよう。ここでも、重要な判決は基本法 10 条に関する携帯電話監視判決である。重複することになるが、引用されている箇所をもう一度確認することにしよう。

「たとえ、目標選択の捜査によって把握されることになる遠隔通信への加入者の大部分が、それゆえに基本権介入を発動させる性質において関わっていないととも（…）、広範囲にわたる当事者の範囲は、法律上の授権やその解釈の適切さの判断にとって重要である。基本法 10 条は電気通信の秘密への国家による介入から諸個人を保護し、その（基本法 10 条の——引用者）客観法的内実における遠隔通信の秘匿性を、その（遠隔通信の秘匿性の——引用者）社会全体にとっての意義においても保障する。諸々の捜査措置の広範囲での面的網羅性が濫用のリスクや監視されているという感情の発生に寄与する場合、思いのままに遠隔通信を利用すること（*die Unbefangenheit der Nutzung der Telekommunikation*）は脅かされ、その結果として社会のコミュニケーションの質も脅かされる」⁸⁵

すでに見たようにここでは、遠隔通信の対象となる大勢の人間のそれぞれについて、個別に基本権侵害が認められるわけではないとされる一方で、通信監視の対象者が多数に上ることそれ自体は、当該措置の憲法適合性審査において重大な意味をもつものとされている

⁸⁴ また、Cornils は判決のこの箇所を以て、措置の対象者の人数が基本権介入の強度へとつながられていると述べているが、彼自身も認めているように、ここでは当事者の人数は、広範な措置の実施によって個人に生じる萎縮効果の理由づけとして挙げられていると理解することも可能であり（Cornils (Anm.41), S.446f.）、また後の本文で述べるような客観法的な観点から介入の重大性が根拠づけられている可能性もあることから、対象者の人数自体が当事者以外の基本権保護という形で介入の重大性を根拠づけていると理解すべきではないだろう。ラスター捜査決定では、携帯電話監視判決を引用しながら（BVerfGE 107, S.328）基本権の客観法的意義を理由に、当事者の人数は介入の重大性を根拠づけるものとして扱われていたが（BVerfGE 115, S.347, 356f.）、この点は反対意見で強く批判されている（*Abweichende Meinung der Richterin Haas*, BVerfGE 115, S.373. s.a. Hans Peter Bull, *Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung*, NJW 2006, S.1620, ders.(Anm.30), S.98f., Trute (Anm.72), S.99. m. Anm.81, 103f.）。また Ladeur は、ラスター決定において連邦憲法裁判所が当事者の人数に着目していることを根拠に、当該決定を通常の比例原則の適用として理解することは困難であり、情報自己決定権は参加的権利（*Teilhaberecht*）として理解されるべきであると主張している。Vgl. Ladeur (Anm.10), S.53, 54. 本件自動車ナンバー判決が出される前には、当事者が多数にのぼる点に着目して、ラスター捜査と自動的自動車ナンバー識別との同型性を主張する見解も見られたが（Robrecht (Anm.25), S.11）、本判決ではおそらく、ラスター捜査決定のこの箇所の引用は注意深く回避されている（Vgl. BVerfGE 120, S.402）。他の個人の基本権保護を志向しているかのような記述をきらったと考えることも出来よう。また、措置の広範さに（情報自己決定権の背後にある）人格権上の意義を認めることに懐疑的な見解として、Bull (Anm.4), S.87f.

⁸⁵ BVerfGE 107, S.328.

る。上で述べた議論を踏まえれば、ここで言及されている社会のコミュニケーションの質とは個人に主観的権利として帰属しない客観法上の保護法益であることが分かるだろう。そして以下で見るように、このような議論の構造は、情報自己決定権にも引き継がれている。後継判例である、ラスタ―捜査決定の該当箇所を見てみよう。具体的な嫌疑なく、大規模な人間がラスタ―捜査の対象となることが、当該捜査の基本権介入の重大性を根拠づけることの説明として、連邦憲法裁判所は以下のように述べている。

「基本権行使を怯ませる効果が回避されなければならないのは、当事者たる諸個人の主観的権利保護のためのみではない。公共の福祉（*Gemeinwohl*）もまた、それによって侵害される。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」⁸⁶

公権力による情報の取扱いが個人の意思決定に影響を及ぼし、その結果として当該個人がある基本権の行使を断念したとしても、それは公権力によって特定の基本権行使が命令等の強制力を以て妨げられているわけではなく、したがってあくまで当人の自発的な判断によって断念されたということも不可能ではない⁸⁷。それにもかかわらず、なぜこうした事態への懸念が、介入の重大性を根拠づけるほど重要な要素として扱われるのか。連邦憲法裁判所の言に従えばその理由は、個人情報がいっどこで収集され、どのように使われるかわからない状況ゆえに個々人が思いのままに振る舞うことができないような、すなわち委縮効果が生じるような「不自由」な社会は、基本法が想定する自由で民主的な公共体と合致しないから、ということになる⁸⁸。つまりここでは、思いのままに振る舞うこと、言い換えれば個人の「自由な自己決定（*freie Selbstbestimmung*）」⁸⁹が保障された自由で民主的な秩序が、基本法 10 条における「遠隔通信の秘匿性」に対応する基本法上の客観法的な保護法益として位置づけられており、そして情報自己決定権におけるこの客観法秩序に対する脅威が情報自己決定権への介入の重大性を根拠づけているのである⁹⁰。

（ii）情報収集の秘匿性

他方、もう一つの要素である秘匿性については、介入の秘匿性により当事者にとって事前の権利保護が事実上妨げられ、事後の権利保護についても、少なくともより困難となり

⁸⁶ BVerfGE 115, S.354f.

⁸⁷ Britz (Anm.11), S.574f.

⁸⁸ Vgl. Christian Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetz – nur“bedingt abwehrbereit“?*, JZ 2007, S.212f.

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 65, S.41

⁹⁰ 「自由で民主的な基本秩序」の規範的意義については、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.32ff.

うることが介入の重大性の根拠とされている⁹¹。これは、個別の情報収集を特定できないことになると、当該収集措置について司法手続を通じて争うことも難しくなり、自らの手で適時に介入から権利を守ることができなくなることが懸念されることをその根拠としており、それゆえに法治国家では秘密裏に行われる措置は例外であり、その実施には特別な正当化が必要とされている⁹²。しかし、そこで興味深いのは連邦憲法裁判所がこの秘匿性を個人の権利保護を超えた「社会全体（die Gesellschaft insgesamt）」に関わること⁹³と捉えていることである。その意義について、先例として引用されている判決の内、「大盗聴」判決（BVerfGE 109, 279）⁹⁴の該当箇所を見ながら確認することにしよう。同判決は、組織犯罪捜査のための盗聴を合法化する基本法 13 条（住居の不可侵）の改正・追加およびそれに基づく盗聴の授権が、基本法改正の限界を定める基本法 79 条 3 項との関係でその合憲性について争われた事案である。以下は、聴覚的監視を可能にする刑訴法の諸規定の介入の重大性に関する判断の一部である。

「住居内の公に話されていない言葉を秘密裏に監視することは、個人に関わるのみならず、社会全体のコミュニケーションにも作用しうる。聴覚的監視に至る可能性から萎縮効果が生じるが、とりわけ、嫌疑のない者もその効果にさらされる。なぜなら、その者も法律上の諸規定によると、いつでも捜査措置に気付くことなく巻き込まれうるからである。しかし、監視に対する懸念のみですでにコミュニケーションに対する気おくれ（Befangenheit）につながりうる。基本法 13 条は個人を空間的な私的領域への国家の介入から保護し、それとともにその権利の客観法的内実において、コミュニケーションの秘匿性をその社会的意義においても保障する。基本権の担い手個人の保護のために設けられる憲法上および法律上の措置は、基本法を尊重する監視実務に対する公衆の信頼のためにも役立ちうる」⁹⁵

つまり、介入の秘匿性と社会全体とのつながりは、秘密裏の介入を懸念することによって生じる「気おくれ」、すなわち萎縮効果が、個々人の権利保護のレベルを超えた客観法的意義において当該基本権を脅かすことに由来しているのである。住居不可侵が争点であった「大盗聴」判決でその保障が約束されたのは、空間的に把握される私的領域内部での「気おくれ」のない「自由」なコミュニケーションであるが、本件自動車ナンバー判決におけ

⁹¹ BVerfGE 120, S.402f. 情報自己決定権行使の前提として、個人データ取扱いに関する通知義務を情報自己決定権の基本要素と説く見解として、Rudolf (Anm.73), Rn.54

⁹² Vgl. BVerfGE 113, S.383f.; 118, S.197f.

⁹³ BVerfGE 120, S.403

⁹⁴ この判決を紹介する文献として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」前掲註 59) 『ドイツの憲法判例Ⅲ』320 頁以下、同・前掲註 2) 『個人情報保護』286 頁以下、小山剛「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・前掲註 50) 「監視国家と法治国家」53 頁参照

⁹⁵ BVerfGE 109, S.354f.

る保障の対象は、やはり上述の「思いのままに振る舞うこと」、すなわち「自由な自己決定」⁹⁶ということになると考えられる⁹⁷。

(cc) 収集データの利用

最後に、連邦憲法裁判所は、収集データの利用と介入の重大性との関係について述べる。

「基本権の担い手に対する介入の強度は、情報収集を超えていかなる不利益がその措置に基づいて生じるおそれがあるか、またはその者にそれなりの根拠に基づいて (**nicht ohne Grund**) 懸念されているかによって影響を受ける (…)。続く当事者への基本権介入のためにデータが利用される可能性や、また別の後続措置を発動しうる、他のデータと結合される可能性によって、介入の重大性は増大する」⁹⁸

情報の利用・結合による後続の基本権介入の可能性に着目する点では、介入の有無の判断と共通しているが、ここで重要なのは、後者では言及されていなかった当事者の懸念が挙げられていることである。つまり、ここでも介入の重大性を根拠づけるのは公権力の情報処理に対する個人の (合理的な) ⁹⁹懸念によって生じる萎縮効果であり¹⁰⁰、また、この萎縮効果の発生は、現実に行われる公権力による個人関連データの利用とは必ずしも対応していないことが分かるだろう¹⁰¹。

(b) 本件介入をめぐる重大性判断

上記を前提に、本件自動車ナンバー自動識別措置による情報自己決定権への介入の重大

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 65, S.41

⁹⁷ 介入が当事者に認識できない場合は、萎縮効果は発生しないはずであるから、連邦憲法裁判所が、一方で秘匿性によって介入の重大性を根拠づけ、他方で萎縮効果を重視していることは矛盾しているという批判がある (Haas (Anm.84), S.371f., Cornils (Anm.41), S.446)。しかし、本文でも述べたように、ここでいう秘匿性は、自動車ナンバーの識別が行われることは認識しているが、個別の識別措置を認識することができないことだと理解すれば、萎縮効果をいつ行われるか分からない措置に対する懸念に由来するものと考えられる (Vgl. Britz (Anm.147), S.85)。したがって、連邦憲法裁判所の議論は矛盾しているとはいえないだろう。

⁹⁸ BVerfGE 120, S.403

⁹⁹ Vgl. Rudolf (Anm.73), Rn.69. Bull は、連邦憲法裁判所の展開する萎縮効果論が、人間の主観的な精神状態 (subjektive Befindlichkeiten der Menschen) に依拠している点を批判しているが、客観法上の要請である萎縮効果への配慮が本当に個人の“主観的な”感情に配慮するものであるのか、疑いがないでもない (Vgl. Bull (Anm.4), S.82, ders., Gefühle der Menschen in der 'informationsgesellschaft' - Wie reagiert das Recht?, Nomos 2011, S.1ff.)。

萎縮効果の根拠とされている懸念が、公権力に対する事実に基づかない不信感に依拠しているとして、その合理性について批判的な見解として、Vgl. Bull (Anm.30), S.63ff., Trute (Anm.72), S.101.

¹⁰⁰ Vgl. Cornils (Anm.41), S.447

¹⁰¹ 萎縮効果の発生が、他者 (公権力) の実際の知識に依存していないことについて、Vgl. Albers (Anm.10), S.121

性はどのように評価されるか。結論からいうと連邦憲法裁判所は、当該介入の重大性は収集データの利用される文脈に応じて決まるとしながらも、本件における介入の重大性についてはここで確定的な判断を下すことを避けている¹⁰²。したがって以下では、こういった要素が介入の重大性につながるものとして、連邦憲法裁判所によって位置づけられているのかという観点から、判決の論旨を見てゆくことにしよう。

まず、自動車ナンバーの識別が、遺失自動車の捜索や、十分な保険を欠いた自動車の走行継続を排除することに限定されているのであれば、情報収集が具体的な当事者に対して持つ人格関連性は比較的小さいとの判断が示されている。このような場合には、介入は車両停止等、他の措置が執られる蓋然性を高める点で、確かに一定の重大性を持つ。それでも、情報収集を通じて当事者の行為について推論がなされたり、獲得された情報が集結され、あるいは結合されたりすることにはなっていない以上、介入は特別に強いものではない。また、識別によって把握される行為、すなわち公道等における走行自体は秘匿されるべき情報ではなく、上述のような場合では識別は捜索車両の停止といった他の措置の補助手段に過ぎないことも、介入の重大性を否定する要素として挙げられている¹⁰³。

それに対して、自動車ナンバーの自動識別が、運転者の行為の解明を目的とした保存など、獲得情報が別の目的のために利用されることになると、情報収集措置がもつ基本法上の重要性は変化する¹⁰⁴。上記の分類に従って連邦憲法裁判所の議論を整理してゆこう。

(aa) 収集情報のもつ人格権上の意義

警察官庁が、問題とされる自動車の所有者データにアクセスできる限りにおいて、自動車ナンバーの識別により、当該所有者がもつ自動車が、問題の時刻に識別装置を通過したという情報が獲得されることになり、当該自動車の運転者や、場合によっては同乗者の身元確認が容易になる¹⁰⁵。このように、特定のナンバーを付けた車両が通過した場所や時刻に関する情報は、運転者や同乗者の身元と結びつけられることで、——さしあたりは瞬間的なものにすぎないが——当事者の行動様式(Bewegungsverhalten)に関する情報になる¹⁰⁶。

そしてさらに連邦憲法裁判所の説明によると、獲得された情報の人格関連性は、自動車ナンバーの識別が行われた場所や、警察がもつ他の情報に応じて高くなるとされ、そこでは自動車の停車場所や進行方向から、運転者がサッカーや集会等の特定の行事を訪れることが推測されるという例が挙げられている。

しかし問題は、なぜこのように個人の行動が解明されることが介入の重大性を基礎づけることにつながるのかという点である。連邦憲法裁判所の叙述を見てみよう。

¹⁰² BVerfGE 120, S.403

¹⁰³ BVerfGE 120, S.403f.

¹⁰⁴ BVerfGE 120, S.404.

¹⁰⁵ この身元確認を通じて容易に匿名性が失われることを理由に、本件識別措置とビデオ監視とで介入強度に相違があることを説く見解として、Artz (Anm.3), S.57.

¹⁰⁶ BVerfGE 120, S.405.

「そのような諸状況の下では、この措置は、他の諸々の基本法上の自由への基本法上の介入と機能的に等価なものとして現れうる（…）。たとえば、特定の目標を定めて、集会への参加や市民運動への関与が書き留められる場合には（…）、これは行為制御的な作用を展開し、介入と同等の措置（*eingriffsgleiche Maßnahme*）として、行使されるコミュニケーションの自由（*Kommunikationsfreiheiten*）と関わりうる」¹⁰⁷

ここでは、個人の行動の解明が高度の人格関連性を理由に介入の重大性を高めることの説明として、それが基本法上の自由への介入と機能的に等価であることが挙げられている。しかし、ここでいう「機能的等価」とは何か、またそれはいかなる場合に認められるのか。ここでは、これまでとは異なる二つの決定、「ユンゲ・フライハイト」決定と協約遵守規定決定が引用されている。以下、両判決の関連箇所を要約したうえで、その引用の意義について検討することにしよう。

“ユンゲ・フライハイト”決定¹⁰⁸（BVerfGE 113, 63）

まず前者の決定では、ノルトライン・ヴェストファーレン・ラントの憲法擁護庁の手による憲法擁護報告（*Verfassungsschutzberichte*）の中で、「ユンゲ・フライハイト（*Junge Freiheit*）」紙が極右という表題のもとで紹介されたことが、出版の自由（基本法 5 条 1 項 2 文）¹⁰⁹との関係で問題とされた憲法異議事件である。本件では、異議者に対する不利益が憲法擁護庁ではなく、当該報告を目にした第三者の反応を通じて間接的に及ぶことから、出版の自由の保護範囲および介入についての判断が特に問題とされた。連邦憲法裁判所は、保護範囲については、自由で民主的な国家における出版の自由の重要性を強調することで、基本法 5 条 1 項 2 文が、出版の自由の担い手には、国家の影響力行使を経て第三者によって間接的に生じる侵害に対しても主観的な防御権を保障している旨を判示した¹¹⁰。そして介入については、本件報告による表現の自由への作用を、「公衆の啓蒙を通じた自由で民主的な基本秩序に対抗する試みの防止¹¹¹」という憲法擁護庁の目標設定を考慮に入れたうえで、介入に匹敵するものと判断している。

すなわち、連邦憲法裁判所によると、本件報告が特別な危険の防止を目的としており、

¹⁰⁷ BVerfGE 120, S.406.

¹⁰⁸ この判決について論じる邦語文献として、斉藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』（敬文堂、2009年）59頁以下、毛利透「自由『濫用』の許容性について」阪口正二郎編『自由への問い3 公共性』（岩波書店、2010年）64頁以下、土屋武「国家による情報提供活動と基本権」中央大学大学院研究年報 37号（2007年）11頁以下、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」法学新報 120 卷 1=2号（2013年）159頁以下参照。

¹⁰⁹ 基本法 5 条 1 項 2 文の条文は以下の通り。

「出版の自由並びに放送及びフィルムによる報道の自由は、これを保障する」

¹¹⁰ BVerfGE 113, S.76f.

¹¹¹ BVerfGE 113, S.77.

かつそれに特化した特別な権限を備えた機関によるものである以上、同報告における公表は、国家機能の担い手による公共の議論への単なる参加や、市民による独自の決定のための十分な情動的基礎の創設を超えた、異議者に対する間接的な制裁といわざるを得ず¹¹²、同報告において、異議者の新聞を憲法敵対的とみなし、その試みについての推論も加えた憲法擁護庁の評価は、異議者についての警告としての性格をも併せ持っている。確かに、報告の中で言及されることで異議者の出版活動が妨げられるわけではない。しかし、その報告を見た潜在的読者や広告主、ジャーナリスト等の行動を通じて異議者の活動の機会是不利な形で影響を受けることになり、報告が持つこのような第三者を通じた間接的な作用はコミュニケーションの基本権への介入に匹敵するものと判断されている¹¹³。

協約遵守規定決定¹¹⁴ (BVerfGE 116, 202)

もう一つの決定である協約遵守規定決定は、ベルリン調達法 (Berliner Vergabegesetz) の規定が、公共調達の発注者たる行政機関に、受注者による被用者への最低賃金保証を定めた協約遵守宣言 (Tariftreueerklärung) を受注要件とするよう求めていたことが職業の自由 (基本法 12 条 1 項)¹¹⁵との関係で問題とされた事件である。

連邦憲法裁判所は、当該要件は企業の競争行為を一般的に規制するものではないとしながらも、公共調達の履行のために受注者が被用者との間で締結する契約について一定の内容形成を促している点を捉えて、本件規定が基本法 12 条 1 項によって保障される、企業の領域における契約の自由に関わるものであると判示する¹¹⁶。

そして次に、介入の判断について以下のような判断基準を提示する。

「基本権保護は伝統的な意味における介入に制限されない (…)。むしろ、基本権の防御権の内実は、事実上あるいは間接的な諸々の侵害的影響についても、これらの影響がその目標設定および作用において介入に匹敵する場合には関連しうる (…)。そのような介入と機能的に等価なものを選択することで、基本権の拘束が考慮されなくなるわけではない (…)。それでも、間接的な諸結果が、それに合わせて定められているわけではない法律上の規定の単なる反射にすぎない場合、国家措置には基本権拘束にとって決定的となる介入と同等の作用が欠けている (…)」¹¹⁷

¹¹² Vgl. BVerfGE 113, S.77.

¹¹³ Vgl. BVerfGE 113, S.78f.

¹¹⁴ この判決に言及する邦語文献として、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 (第2版)』(中央大学出版部、2013年) 535頁以下(土屋武執筆)、小山・前掲 108) 160頁以下参照。

¹¹⁵ 基本法 12 条 1 項の条文は以下の通り。「すべてのドイツ人は、職業、職場及び養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、又は法律の根拠に基づいて、これを規律することができる」

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 116, S.221

¹¹⁷ BVerfGE 116, S.222

連邦憲法裁判所はこのような基準に照らして、本件規定に介入と同等の侵害的影響 (eingriffsgleiche Beeinträchtigung) が認められるべきであると判断している。すなわち、本件規定は社会・経済的な理由から、労働契約関係の形成において雇用者を一定の行為へと促すことを目的とするものである。規定の直接の名宛人である発注機関への義務づけを通じて競争者を間接的に規制対象とすることで、受注者によって締結される労働契約の内容は規範的に設定されることになるが、このように「労働条件へと影響を及ぼすことは立法者の目的設定に包含されている。その影響は、他の目的に資する法律の、事実上の結果として、反射という形で生じるものにとどまらない」¹¹⁸

以上の二つの決定を見ることで連邦憲法裁判所は、個人の各種基本権行使について事実上の不利益が及んでいる場合において、当該不利益が単なる反射にとどまらない基本権介入との機能的等価性が認められるか否かを判断するにあたり、当該不利益の具体的内容に加えて、特定可能な相手に対する公権力側の意図を重視していることが分かる¹¹⁹。上述の介入判断をめぐる検討も踏まえたうえで要約すると、まず前者の決定においては、政府による情報提供が潜在的読者等の第三者の行為決定へと影響を及ぼし、その結果として表現者が被る間接的な不利益が、政治的討論からの排除という憲法擁護庁の制裁的意図¹²⁰を通じて同庁に帰責されることで、同庁による当該表現者への主観的な権利侵害へと具現化されている。また、後者の決定においても、公共調達の受注要件の規定が与える労使間の契約内容への間接的な影響が、一定の契約内容への誘因という公権力側の関心を理由に¹²¹、受注者の主観的権利への介入へと具現化されている。これらの決定を前提に本件自動車ナンバー判決の趣旨を考えるに、連邦憲法裁判所が懸念しているのは、公権力が自動車ナンバー識別措置を利用して、集会参加等の特定個人の基本権行使に対して、不利益な作用を及ぼすことを意図しているような事態であると考えられる。もちろん、当該措置につき上に述べたような形での個別基本権介入との等価性が認められるかどうかは、公権力による本件シ

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 116, S.222f.

¹¹⁹ 連邦憲法裁判所第一法廷が介入該当性の判断において目的性 (Finalität) を重視する傾向を指摘した上で、その実態は介入ではなく各基本権の保障内容の問題であるとし、批判的な態度を示す見解として、Matthias Cornils, Von Eingriffen, Beeinträchtigungen und Reflexen, in: Detterbeck, Rozek, Coelln (Hrsg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit* (Duncker & Humblot, 2009), S.147ff. また、介入を国家への帰責という観点から捉えたうえで、目的性を判断基準の一つとして掲げるものとして、Niels Petersen, *Die Eingriffsdogmatik aus deutscher Perspektive*, ZöR 2012, S.467f. 畑尻・工藤編・前掲註 114) 535 頁以下 (土屋武執筆)、土屋・前掲註 108) 14、17 頁も参照。これに対して Britz は、情報開示するか、あるいは行為自由を断念することで開示に伴う不利益を回避するかの二者択一を当事者が迫られている場合に、機能的等価性が肯定されるとしている。Vgl. Britz (Anm.11), S.574. これに対して、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捉え直したうえで、「機能的等価性」に批判的な立場に立つ見解として、Albers (Anm.10), S.446f., dies. (Anm.26), Rn.73

¹²⁰ Vgl. Dietrich Murswiek, *Neue Maßstäbe für den Verfassungsschutzbericht*, NVwZ 2006, S.121, Günter Bertram, *Eine Lanze für die Pressfreiheit*, NJW 2005, S.2890f.

¹²¹ Vgl. Ulrich Preis u. Daniel Ulber, *Tariftreue als Verfassungsproblem*, NJW 2007, S.469

システムの利用実態に依存することになるが、本件事案においてこのような利用実態が認められるかという点については、連邦憲法裁判所は判断を控えている。いずれにせよ、ここでも公権力の主観的側面を考慮せずに、各当事者に生じる事実上の不利益からただちに介入との等価性が認められるわけではない¹²²。

他方、このような個別基本権への介入との等価性から、情報自己決定権への介入の重大性を根拠づける考え方に対しては、学説からの批判も想起される。連邦憲法裁判所によると、ここでは情報取扱いが公権力によって、いわゆるコミュニケーションの基本権¹²³の行使を制御するために用いられうることで、介入の重大性を根拠づけていることになるが、しかしこれは各種基本権の問題として十分に対処可能であるとも考えられるからである。確かに、引用された判例を見ればわかるように、古典的な介入との機能的等価性が認められる場合、個人は当該行為自由を保障する自己の主観的権利への介入を理由に憲法異議を提起したうえで当該行為の合法（憲）性について審査を求めればよいのであり、あえて情報自己決定権の問題として構成すべき必然性はないようにも思われる¹²⁴。しかしこの点は、「自由な自己決定」を一種の客観法的法益として介入の重大性において重視する連邦憲法裁判所の論旨も考慮すると、むしろ各種基本権介入との機能的等価性が疑われるような運用を通じて個人の諸活動を委縮させるような事態が、システム上排除されているかどうか、（個別の基本権ではなく）あくまで情報自己決定権との関係において問題視されていると考えることもできるだろう。すなわちここでも、本件システムの利用実態が不明確であることが、その運用に対する諸個人の懸念を背景に、各種行為の自由な決定に委縮効果を生じさせ得るものとして、介入の重大性が根拠づけられているとも考えられる¹²⁵。

(bb) 情報収集の動機と状況

本件が、萎縮効果の観点から重大である、動機を欠いた情報収集を可能にする措置であ

¹²² 多くの論者が「介入」概念を公権力側の目的から切り離し、国家行為がもつ不利益的作用を以て介入を肯定する傾向にあることを指摘したうえで批判的な立場に立つものとして、Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michale Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? (Nomos, 2004), S.69ff.

「介入」概念の拡張の問題を扱うものとして、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性とその論証構造」阪大法学 55 卷 5 号（2006 年）1279 頁以下、特に 1289 頁、同「市場競争に影響ある情報の国による公表」前掲註 59 『ドイツの憲法判例Ⅲ』、292 頁以下、西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の限界」同『ドイツの憲法判例Ⅲ』117 頁、小山剛『「憲法上の権利」の作法（新版）』（尚学社、2011 年）34 頁以下、土屋・前掲註 108）15 頁以下参照。

¹²³ コミュニケーションの基本権については、Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S.1010f., s.a. Dieter Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen(Duncker & Humblot, 1976), S.80ff.

¹²⁴ Vgl. Bull (Anm.4), S.80f., Trute (Anm.72), S.100

¹²⁵ 情報関連措置の比例性を判断するにあたって様々な点を考慮に入れることができることや、人格の対する抽象的な危険状態を基本法上取り扱うことができる点に、個別基本権の保障に解消されない、情報自己決定権の独自の意義を認める見解として、Vgl. Britz (Anm.11), S.593

ることが連邦憲法裁判所に認められていることはすでに述べたが¹²⁶、加えて連邦憲法裁判所は、同様に萎縮効果と関わる秘匿性についても本件介入の重大性と関連しうると述べている。確かに、自動識別装置が隠れたところに設置されていたり、後方から撮影されたりしない限り、運転者は多くの場合に当該装置を認識しうるだろうが、当事者には識別された自動車ナンバーが照合の結果、適合事例とされて保存・利用されるのか、非適合事例として消去されるのか認識することができないため、介入の有無自体を運転者が認識できることは保証されていないからである¹²⁷。自動車ナンバーの識別ではなく、照合の結果、すなわち、介入の有無について当事者の認識が保障されていない以上、先の引用判例に従えば、「いつでも捜査措置に気付くことなく巻き込まれうる」ことによる萎縮効果が発生し、かつ考慮すべき萎縮効果の発生は介入が認められる適合事例に限定されているわけではない。もっともこの秘匿性を理由とする介入の重大性についても、後続の措置等を通じて、運転者が自己の自動車ナンバーが収集されたことを直ぐに知ることができるように配慮されている場合には妥当しないとして、連邦憲法裁判所は本件における介入の重大性について判断を下すことを留保している¹²⁸。

(cc) 収集データの利用

最後に連邦憲法裁判所は、本件自動車ナンバー自動識別措置が、警察的措置の単なる補助手段にとどまらない新たに人格を侵害する可能性を持ちうることを指摘する。

「それが、個々の走行についての人格に関連する情報を獲得することを授権している場合、あるいはいくつかの個々の進行が移動プロフィール (Bewegungsprofil) へと結合されることになっている場合には、ナンバーの収集は技術的観察の一つの手段として利用されうる (…)。この場合において、その措置は、単に警察がもつこれまでの介入の利用手段を能率的にするのではなく、潜在的に高い人格関連性をもつ新たな種類の介入の可能性として現れる。

このような観察手段がもつ特別な衝撃力や介入強度は、警察がもつこれまでの技術的・人的可能性と比べて何倍にも上る識別可能な事例数や、自動化やネットワーク化によって可能となった、効果的かつ秘密裏に行われるデータ収集・処理にとってのより良い諸条件から生じている」¹²⁹

科学技術の進展を背景とする技術的監視の下で、識別された自動車ナンバーを他の大量のデータと迅速に結合・処理することが可能になる。とりわけ、そのような措置が長時間

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 120, S.402

¹²⁷ BVerfGE 120, S.406, Gusy (Anm.72), S.402

¹²⁸ BVerfGE 120, S.406. 秘匿性が常に介入の重大性を根拠づけるわけではないことを指摘するものとして、Rudolf (Anm.73), Rn.69.

¹²⁹ BVerfGE 120, S.407.

あるいは広範囲にわたって実施され、特定個人の走行以外の行為が推測されるような場合や、他の適合通知と秘密裏に結合されることで移動プロフィールが構成されるような場合には、介入は重大のものとなりうる。また、移動プロフィールについての詳細な情報が、「いつ、どこで、誰と、何の目的で会い、そこで何をしたか」といった他の情報と結びつけられると、介入の強度は、人格像の確立がもつそれに近づくことにもなる¹³⁰。この人格像の確立に関連して国勢調査判決が引用されているところ、そこでは本人にコントロール不能な人格像が公にさらされることが、本人への心理的圧力となって当該個人の行為に影響を与えることを理由に、情報自己決定権の必要性が説かれている¹³¹。つまり、ここでもやはり情報取扱いによる個人の行為への影響可能性が、介入の重大性の根拠とされていることが分かる。もっともこの収集データの利用に関しても、本件自動車ナンバー自動識別システムにこのような利用実態が認められるか否かについて、連邦憲法裁判所は判断を下していない。

(c) 考察

上記から、介入の有無を判断する際には論じられていなかった、情報の取扱いによって生じる萎縮効果が、介入の重大性を増大させるものとして位置づけられていることが分かるだろう¹³²¹³³。そしてそれ以上に重要なことは、通信の秘密や住居の不可侵といった、情報自己決定権の特別法¹³⁴にあたる基本権に関する先例の検討を通じて明らかになったように、この萎縮効果が当事者間の主観的な法関係を越えた、「自由な自己決定」の保障を志向

¹³⁰ BVerfGE 120, S.407. 自動車ナンバー識別措置によるプロフィールの確立を過大評価し、人間の尊厳と関連させることに批判的な立場として、Schieder (Anm.41), S.779f.

¹³¹ BVerfGE 65, S.42.

¹³² 近時の情報自己決定権に関わる諸判決において、萎縮効果が強調されていることを指摘するものとして、Vgl. Schoch (Anm.45), Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, S.356.

これに対して、連邦裁判所による萎縮効果論については、社会学的・心理学的洞察を欠くという批判もある (Cornils (Anm.41), S.447, Nettesheim (Anm.13), S.28)。また、公権力による情報収集等に対して諸個人が不感症になっているとの指摘もある。Vgl. Ladeur (Anm.10), S.45
¹³³ 連邦憲法裁判所が介入の重大性に関わるものとしてあげる諸要素が、相互に矛盾していることを批判する見解として、Vgl. Trute (Anm.72), S.101. また、情報自己決定権が保護の対象とする不利益の多様性を指摘したうえで、それら不利益の交差・結合によって萎縮効果が生じるとする見解もある。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.176

¹³⁴ BVerfGE 110, S.358f.; 125, S.310, Britz (Anm.11), S.581, Hermes (Anm.61), Art.10, Rn.15f. また、小山・前掲註 18) 122 頁脚註 17 も参照。Albers は、情報取扱いに関する諸々の個別基本権の根底に、データ処分的な思考があることを否定し、基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項は独自の要請を担っていると考えることで、個別基本権と 2 条 1 項が一般的と特別法の関係に立つと理解することに批判的な態度を示している。Vgl. Albers (Anm.10), S.355f., 425, 454ff. また、一般法・特別法と理解することで、各基本権の特質が平準化されてしまうことを懸念する見解として、Vgl. Trute (Anm.72), S.97f.

する客観法上の要請であるということである¹³⁵。本件判決に対するいくつかの評釈は、一方では連邦憲法裁判所が介入の範囲を限定しておきながら、他方で非適合事例も含む本件システムがもつ広範な作用領域が介入の重大性の根拠とされている点や、本判決の判断が個々の情報取扱いではなく、本件自動車ナンバー自動識別システム稼働の合憲性について判断していることを捉えて、判決の論旨の一貫性について追及しているが¹³⁶、これらの見解は判決に対する正当な批判とは言い難い。保護利益たる「自由な自己決定」を客観法上の法益と捉える連邦憲法裁判所の理解に立つ限り、その論旨に矛盾はないからである。つまり、客観法上の保護法益である「自由な自己決定」は、介入を基礎づける主観的権利侵害の有無とは直接は関係しておらず、また本判決における介入の重大性以下の正当化判断は、大規模な個人情報処理システムである本件自動車ナンバー自動識別システム全体と客観法上の要請との齟齬について審査するものであると考えられる。

他方、連邦憲法裁判所は介入の重大性に関わる具体的な事情を挙げながらも、ナンバー収集の契機を除いて、本件をめぐる具体的な認定は控えており、最終的に情報自己決定権の保護範囲への介入が重大であるか否かについて判断を示していない。これは、介入の重大性にかかわる諸々の事情を掲げながらも、実際の重大性判断は本件システムの下で個人関連データがどのように処理されるかというデータ利用の文脈に依存しているため¹³⁷、当該システムがいかなる目的のもとで、どのように利用されるのかといった、同システムの利用実態が明らかでない以上、具体的な判断を示すことができなかったものと考えられる。そして、この点は以下に続く判断にも影響を及ぼしている。

(3) 規範の特定性・明確性

(a) 特定性・明確性要請の趣旨

次に、情報自己決定権への介入に対する具体的な憲法上の要請について検討する。まずは、授權の特定性・明確性¹³⁸について見てゆくことにしよう。

¹³⁵ 玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）334頁も参照。

¹³⁶ Cornils (Anm.41), S.447, Breyer (Anm.7), S.825, ラスター捜査判決に対しても同様の批判をする見解として、Winfried Bausback, Fesseln für die wehrhaft Demokratie, NJW 2006, S.1923f., Trute (Anm.72), S.99

¹³⁷ Rudolf (Anm.73), Rn.69

¹³⁸ 特定性・明確性の両要請については、両者の関係が不明確であるとの指摘がなされている（小山剛「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）346頁）。近年では、少なくとも学説レベルでは、前者が、立法者が不特定の法概念を用いた場合の規制内容の認識可能性を指すときに用いられるのに対し、後者は、いくつかの規範が同時に作用する場合に、規範の適用結果を見通すことができることを立法者に求める要請と理解され、両要請は区別される傾向にあるようだが、連邦憲法裁判所の判決においては特に区別して用いられているわけではない。本稿も両者の相違は特に意識していない。Roberto Bartone, Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht (Anm.53), S.310, 325. 両者の矛盾可能性について言及するものとして、Trute (Anm.72), S.89. また、實原・前掲註2)「ドイツ—Nシステム判決」283頁も参照

「特定性の要請は、民主的に正統な議会が、基本権介入やその射程について本質的な決定を行うこと、および政府や行政が法律に制御的で制限的な行為基準を見出し、裁判所が実効的な法的統制を実施することができることを保証することになっている。さらに、規範の特定性や明確性は、当事者たる市民が負担を伴う措置に適応しうることを可能にする（…）。立法者は介入の動機や目的、限界を個別の領域ごとに、精確に、かつ規範を明確にする形で十分確定しなければならない」¹³⁹

このように、特定性および明確性要件を法治国原理としての法律の留保の観点から説明し、さらに本質性留保の一側面である民主的プロセスとの関係にも触れた後に¹⁴⁰¹⁴¹、連邦憲法裁判所は当該要請の具体的内実が「介入」に応じて決まることを確認する。

「授権の特定性および明確性についての具体的要請は、介入の形態と明確性に左右される（…）。したがって、重大な介入も許されているか否かが授権根拠から認識できなければならない。このような介入の可能性が、十分明瞭に排除されていない場合、授権はそのような介入において求められるべき要請を遵守しなければならない（…）」¹⁴²

つまり、授権の特定性および明確性の要請は介入の形態や重大性によって規定され、また、重大な介入が明示的に排除されていない場合には、その排除されていない重大な介入も考慮に入れた上でその要請の内実が決まるということである¹⁴³。引用されているニーダーザクセン警察法違憲判決およびラスター決定の参照箇所には上記引用部分に対応する記述が見当たらないため、引用の趣旨は必ずしも明瞭ではない。しかし、前者の判決において不確実な要素の多い予防的措置において、動機・利用目的等の特定に高度の要請が課せられることが確認されていることと、両事案が危険防御に関するものであったことを考え合わせると、上記引用部分はおそらく介入の要件や形態が必然的に不明確にならざるを得ない危険防御の分野を念頭に置いた記述であり、本件自動車ナンバー識別システムにおいても、このような問題が「生じうる」と連邦憲法裁判所が考えていたものと推測される¹⁴⁴。

¹³⁹ BVerfGE 120, S.407f.

¹⁴⁰ BVerfGE 120, S.408

¹⁴¹ Cornils (Anm.41), S.447, s. a. Trute (Anm.72), S.88. 原田大樹「法律による行政の原理」法学教室 373号 (2011年) 4頁以下、大橋洋一『行政法 I』(有斐閣、2009年) 33頁以下、松本・前掲註 38) 231頁以下、高田敏『新版 行政法』(有斐閣、2009年) 36頁以下も参照

¹⁴² BVerfGE 120, S.408

¹⁴³ 明示的に排除されていない介入も考慮に入れた上で審査すべきという連邦憲法裁判所の議論を、官庁の側に立証責任を転換するものと理解する見解もある (Vgl. Roßnagel (Anm.3), S.2548)。

¹⁴⁴ BVerfGE 113, S.377f.; 115, S.365f. s.a. Trute (Anm.72), S.90ff. ニーダーザクセン警察法違憲判決については、西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則」前掲註 59) 『ドイツの憲法判例 III』 254頁以下、小山・前掲註 138) 「自由・テロ・安全」 347頁も参照

続いて、連邦憲法裁判所は、情報自己決定権においては収集データ利用についての目的拘束、すなわち当事者に予測できないような目的外利用を禁止するために、特定性および明確性の要請が特別な機能を担っていることも確認する。

「法律上の規定が情報自己決定権への介入を授権している場合、特定性および明確性の要請は、措置の動機や当該情報の考えられる利用目的の限定を確保するという特別の機能も持つ(…)。それによって、目的拘束の憲法上の要請は強化され、さもなければ当該要請は空転する可能性がある」¹⁴⁵

前稿でも確認したように、情報自己決定権は、個人関連データが本人にコントロール不可能な形で流通することによって生じる人格に対する危険、より具体的にいうと萎縮的作用に由来する権利である¹⁴⁶。そのような事態を回避し又は対処するためには、自己に関係するデータが公権力によっていかなる目的のためにどのように利用されるか、その取扱いの文脈が特定されている必要がある。ここに、先述の特定性・明確性の意義、すなわち公権力の活動範囲の明確な特定にとどまらない独自の意義が、情報自己決定権から導出されることになる¹⁴⁷。個人関連データの収集目的を、情報自己決定権を充たす形で特定することも、特定性の要請に属するのである¹⁴⁸。

しかし他方で、具体的に本件諸規定について高度な明確性の要請が課せられるか否かについては、判決文では明確な記述がなく、連邦憲法裁判所の態度は判然としない。その理由として本件の場合、先にも述べたように介入の重大性は収集データを利用する文脈に応じて決まるというのが連邦憲法裁判所の立場であるところ、本件諸規定におけるその文脈を特定しないことには介入の重大性、ひいては具体的要請も定まらないことが考えられる。つまり、本件自動車ナンバー識別システムのもとで収集されるデータの利用目的がある程度特定されていれば(例えば遺失車両の搜索)、想定されるものの明示的には排除されていない重大な介入(例として、後者につき包括的監視)が存在することを理由に、収集データの運用に対して厳格な要請を課すことについて一応の説明はつくだろう。他方、そもそも本件システムの導入目的自体が曖昧であれば、基本法上の要請を規定する介入として、いかなる形態ないし重大性をもった介入が実施されるか想定することも難しいものと思われる。

¹⁴⁵ BVerfGE 120, S.408

¹⁴⁶ 本稿第1章参照。Vgl. BVerfGE 65, S.42. krit. Bull (Anm.30), S.17

¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 118, S.187. Britz (Anm.11), S.583, dies, Schutz informationelle Selbstbestimmung gegen schwerwiegende Grundrechtseingriffe, JA 2011, S.83, Trute (Anm.72), S.88f. もっとも法律の留保の場合と異なり、行政による適用の段階で特定性が保障されていれば十分ことは足りるとの指摘も見られる。Vgl. Gusy (Anm.11), S.62f., Britz (Anm.11), S.583f.

¹⁴⁸ Bartone (Anm.138), S.324

(b) 本件措置要件（動機と利用目的）の不明確性

本件諸規定に対する具体的な判断も簡単に確認しておこう。連邦憲法裁判所は、概ね以下の理由から、本件措置の要件、とりわけ自動車ナンバー自動識別措置の動機と利用目的について、個別領域ごとに、かつ規範が明確な形で定められた規定が欠けていると判断した¹⁴⁹。①手持ちの捜査データとの照合「目的」の不明確。捜査データに含まれるデータの種類や捜査データへと採用されるための要請から自動車ナンバー識別の動機や利用目的を限定することができない¹⁵⁰。②「手持ちの捜査データ（Fahndungsbestand）」概念の不明確性。文言や立法過程、警察職務規定（Polizeidienstvorschrift）などから当該概念を明確にすることができないこと、さらに捜査データに含まれるデータ自体が可変的であることなどから、当該概念について詳細な定義を導出することができない。③監視の非排除。利用目的の不特定ゆえに、自動車ナンバー識別の実態として、移動プロフィールの確立にもつながりうる対象者の監視となることが規定上排除されていない¹⁵¹。④シュレスビヒ・ホルシュタイン一般行政法の不十分な規定。場所の限定を通じた識別措置の動機の限定や、抹消義務によっても識別・照合自体は広範に行われうるため、特定性の要請が充たされているとはいえない。⑤識別措置を刑事手続目的で利用することの非排除。照合される捜査データも危険防御と刑事手続とで目的ごとに分離されておらず、データへのアクセス権限についても犯罪訴追を目的とするアクセスが排除されていない。⑥憲法適合的解釈の否定。立法者自身も本件措置の実施範囲について広範な理解に立っている以上、連邦憲法裁判所が当該諸規定を、解釈を通じて合憲的に限定することはできない¹⁵²。

(c) 収集情報の限定

さらに、連邦憲法裁判所は収集情報の範囲という観点からも、本件諸規定がもつ問題点を指摘する。いわく、本件諸規定による乗車ナンバー識別措置のもとでは、自動車ナンバーの文字と数字の連続以外の情報が収集されるかは明確でない。現行において通常行われる識別措置の際には、映像によって認識しうる個々の事物も不可避免的に認識される。また、自動車への迅速なアクセスが求められる場合など、場所や進行方向等の、自動車ナンバー

¹⁴⁹ BVerfGE 120, S.409ff.

¹⁵⁰ 本来識別される自動車ナンバーと照合されるデータは、動機や目的実現のために必要な範囲に限定されなければならないはずであるが（Vgl. Breyer (Anm.7), S.828, Frank Braun, *Verfassungsmässigkeit der Kfz-Kennzeichenerfassung in Bayern*, BayVBL 2011, S.554）、本件では目的や動機自体が不明確なため、逆向きの推論が試みられていることになる。特定性を肯定する見解として、Soria (Anm.3), S.783

¹⁵¹ ヘッセン公安秩序法では、移動プロフィールの確立がすでに懸念されていたようである。Vgl. Friedhelm Hufen, *Stellungnahme zu den Gesetze für ein 8. HessSOG-Änderungsgesetz gegenüber dem Hess. Landtag*, Ausschussvorlage INA/16/23, S.12(<http://starweb.hessen.de/cache/AV/16/INA/INA-AV-023-T1.pdf>)

¹⁵² 肯定説として、Soria (Anm.3), S.783, Bull (Anm.30), S.64。他ラントの法律についてであるが、Fredrik Roggan, *Das novellierte Brandenburgische Polizeigesetz*, NJ 2007, S.202。連邦憲法裁判所も、情報自己決定権に関する法律について、一般的に憲法適合的解釈を否定しているわけではない。（Vgl. BVerfGE 118, S.188）

以外の情報が不可欠な場合も考えられる。それにもかかわらず、本件諸規定は利用目的が不明確であるために、収集される情報の範囲を、目的を参照することにより解釈を通じて限定することができず、その範囲は事実上、警察官庁の裁量に委ねられている¹⁵³。

(d) 考察

上記で引用した判決文を見る限り、介入の形態と重大性から特定性・明確性という憲法上の要請の具体的内実が決まり、その内実に照らして問題とされる規定の合憲性を審査するというのが、連邦憲法裁判所が想定する当該要請をめぐる判断手順であることがうかがわれる。しかし、本件がそのような手順にうまく合致した事案であったとは言い難い。確かに、プロフィール形成に至る包括的監視や刑事手続との接続可能性などの、重大な介入にあたる措置が実施される可能性が明示的に排除されていないことを理由に、高度の要請が課せられていると解することも不可能ではないだろう。しかし、本件規定に対する判断を見ても分かるように、本件は識別された自動車ナンバーの利用目的をはじめ、収集情報を利用する文脈を特定することがほとんどできないという事案であり、このような事情は重大な介入に当たる文脈を排除していないことを理由に特定性・明確性についての憲法上の要請を高める事情であると同時に、それ自体がすでに当該要請に反するものとして違憲判断につながることも考えられるからである。つまり、本件自動車ナンバー識別システムの意義自体が不明確であり、何のために情報を収集するのがそもそも曖昧であったことから、本件措置の利用目的・動機を適切に限定することがそもそも不可能な事案であり、介入に応じた具体的な要請を考えるまでもなく明確性・特定性要請に反することが明らかな事案であった。いいかえれば、収集されたデータの利用が、特定の利用目的と直接関係し、かつその範囲に利用が限定されているかという観点から、情報利用に対する目的拘束や目的外利用の禁止の保障の有無について検討するための前提が、本件の場合すでに欠けていたということもできるだろう。要するに本件における特定性・明確性要請違反の判断をこのような観点から理解すると、この点に関する違憲判断の根拠は規定の特定性・明確性の欠如というよりもむしろ、端的に本件自動車ナンバー自動識別システムの意義や、収集データ取扱いの文脈が全くもって不明確なところにあったということが出来る。したがって、仮に本件システムの下で、監視措置等の重大な介入の授權が予定されていたとしても、当該授權規定に具体的にどの程度の特定性・明確性が求められるかといった目的拘束等に関する具体的な要請の内実について、本判決から得られるところは少ない¹⁵⁴。

(4) 比例原則

¹⁵³ BVerfGE 120, S.425ff.

¹⁵⁴ この点ラスター決定では、問題の法律において定められているデータ処理が危険防御を目的としていることを確認したうえで、規範の明確性・特定性は比較的緩やかに認められている。Vgl. BVerfGE 115, S.365f. なお、連邦憲法裁判所による特定性・明確性の要請と、個人の「自由」との関係について懐疑的な見解として、Vgl. Bull (Anm.30), S.103f.

最後に、連邦憲法裁判所は本件システムの根拠規定を比例原則に違反するものと判断する。比例原則とは、国家の基本権介入につき合理的、必要かつ適切な手段による正当な目的の追求を求める原則であるが¹⁵⁵、連邦憲法裁判所は上述した規定の不明確性が、比例性判断にも影響を及ぼすことを確認する¹⁵⁶。

「特定性の欠如は、憲法上の過剰禁止の遵守を侵害しうる。なぜなら、特定性の欠如は措置の合理性や必要性を弱め、介入の不適切性のリスクを高めるからである（…）。授權が不明確な場合、強度の介入を伴う目的設定を許すような解釈が、十分明瞭に排除されない。それゆえ比例性の審査においても、不明確性によって可能となる、授權の目的設定や射程（Reichweite）についての広範な理解が基礎に置かれるべきである¹⁵⁷。」

比例原則は、上述のように、国家による基本権介入に一定の要請を課す原理であるが、審査されるべき介入行為の性格に応じてその要請も変動する。そして、争われている諸規定を根拠として、いかなる介入行為が実施されうかが不明確である以上、連邦憲法裁判所の言によれば比例性審査では想定しうる最も強度の介入行為に合わせて判断されることになる¹⁵⁸。本件のような自動車ナンバーの識別も、その実施が規定上、盗難車両の捜索・確認など比較的軽微の介入に限定されておらず、既定の不明確性ゆえに長期にわたる行動プロフィールの作成などの重大な介入が排除されていない場合、そのような重大な介入に対応してこれを正当化しうるような重要な公共の利益ないし措置に対する十分な根拠が存するように規定上配慮することが立法者には求められる¹⁵⁹。以上のような理解を前提に、目的の正当性¹⁶⁰、手段の必要性¹⁶¹については、規定の不明確性を理由に確定的な判断が留保される一方で¹⁶²、いわゆる狭義の比例性審査については、当該諸規定が情報自己決定に対する重大な介入行為に対して基本法上求められる法律上の介入閾値を十分に規格化して

¹⁵⁵ BVerfGE 120, S.427

¹⁵⁶ 学説では、データ保護法上の利用目的の特定が、介入の性質・強度に関係しているといった指摘や、特定性・明確性の要請には、自由と安全とのバランスという実体法上の側面と比例性審査の前提としての側面という二つの側面があるといった説明がなされている。Vgl. Britz (Anm.11), S.583f., Trute (Anm.72), S.91, 96

¹⁵⁷ BVerfGE 120, S.427

¹⁵⁸ 特定性の要請と比例原則の関係について、Vgl. Pieroth/Schlink (Anm.38), Rn.325. また、小山剛・前掲註 122) 103 頁も参照。ここでも立証責任原則の観点から理解する見解として、Vgl. Roßnagel (Anm.3), S.2549

¹⁵⁹ Vgl. Masing (Anm.37), S.480f.

¹⁶⁰ 「その都度、具体的に追求されている使用目的の重要性は、実際にはその目的がいかなる侵害法益に具体的に關わるかということと、法益への危険の強度はどの程度か、ということに依存する」(BVerfGE 120, S.427)

¹⁶¹ 「必要性への疑いを根拠づけるより緩やかな手段が存在するか否かは、目的の具体化を欠いた状態で包括的に明らかにされるものではない。自動的自動車ナンバーの識別は、考えうる識別事例の数によって監視の新たな射程を可能にするため、一連の警察的措置にとって、より穏やかな手段というものは明らかでないと考えられる」(BVerfGE 120, S.428)

¹⁶² Vgl. Muckel (Anm.24), S.78f.

いないことを理由に、連邦憲法裁判所は違憲判断を下す¹⁶³。以下では、この点をめぐる連邦憲法裁判所の判断について、少し詳しく見てゆくことにしよう。

(a) 狭義の比例性：見境のない捜査の禁止

狭義の比例性の下では、立法者による基本権侵害の重大性が、その全体的考慮において、介入の正当化根拠の重要性との間で釣り合いがとれていることが求められる。この国家と個人との緊張関係を均衡させることは、第一次的には立法者の任務である。このことから、一定の強度の基本権介入は、一定の嫌疑・危険段階から企図されうることになり、対応する介入閾値は、法律上の規定を通じて保障される必要が生じてくる¹⁶⁴。

このような立法者による諸利益の衡量と介入閾値法定の必要性という原則を確認した後、連邦憲法裁判所は、現代の警察国家に象徴されるような新たな「危険」への対処を念頭に、狭義の比例性の具体的要請について確認する。

「憲法は立法者が、その特権に属する新たな又は変化した危険・脅威の状況及び新たな捜査可能性の確認に基づき、警察法における伝統的な法治国家的諸拘束を発展させていくことを妨げない(…)。その際、狭義の比例性原則は立法者に、一方における基本権介入の形式と強度と、他方における介入閾値や求められる事実的基礎、保護法益の重要性等の、介入を基礎づける構成要件要素との間で均衡を保つことを求める。差し迫ったあるいは発生する法益侵害が重大であるほど、そして問題とされる基本権介入が僅かなものであるほど、差し迫ったまたは発生する法益侵害を推論しうる蓋然性はわずかでもよくなり、嫌疑を基礎づける諸事実についても、場合によってはあまり根拠づけられる必要がなくなってゆく。もっとも、差し迫った法益侵害が非常に重要なものであった場合でさえ、十分な蓋然性という要件は放棄されえない¹⁶⁵。憲法は、基本権に介入する捜査が見境なく (ins Blaue hinein) 行われることを許容しない(…)」¹⁶⁶

連邦憲法裁判所は、テロ対策の必要性やそれを可能とする捜査技術の向上にかんがみて、犯罪の発生や具体的な嫌疑の前段階において、国家が警察法や刑事訴訟法における伝統的な限界を超えて、予防的に介入することを認めている¹⁶⁷。しかし、そのような事前介入も

¹⁶³ Vgl. BVerfGE 120, S.428

¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 120, S.428

¹⁶⁵ krit. Christian Hillgruber, Der Staat des Grundgesetzes - "nur bedingt abwehrbereit"?, JZ 2007, S.213

¹⁶⁶ BVerfGE 120, S.428f. s. a. BVerfGE 115, S.360f. 畑尻・工藤編・前掲註114) 564頁(土屋武執筆)も参照。

¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 110, S.34; 100, 383f.; 115, S.360f., Trute (Anm.72), S.87, Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S.497ff. 犯罪撲滅を目的とする情報科学技術の利用とその限界の両方が、ともに基本法から導出されることを指摘するものとして、Soria (Anm.3), S.779. この論点を扱うものとして、小山剛「自由・テロ・安全」大沢・小山『市民生活の自由と安全』(成文堂、2006年)305頁以下、

当然無制限に行われてよい訳ではなく、一定の制限に服さなければならない¹⁶⁸。もっとも、連邦憲法裁判所によると、その制限は完全に放棄されることはないが一義的に確定されるものでもなく、危険の深刻度や介入の重大性に応じた可変的なものである¹⁶⁹。そのため、連邦憲法裁判所の糾弾する見境のない捜査もまた一義的に明らかにされるものではなく、常に事案との関係において明らかにされることになるが、連邦憲法裁判所はこの点についてどのような判断を見せているか。本件諸規定について、狭義の比例性違反を認めた判決部分を以下で見てゆくことにしよう。

(b) 本件諸規定の検討

本件諸規定が監視等に至る重大な基本権介入を排除していないことについては既に言及した。連邦憲法裁判所によると、両ラント法はこのような重大な介入に合わせて構成要件の限定や実体的・手続的な保障を講じることを怠っているという¹⁷⁰。連邦憲法裁判所はここで、具体的にどのような点を問題視しているのか、あるいは問題視していないのか。まずは、前者についての判断を見てみよう。

「争われている諸規定が、その不明確な広がりによって、動機なく生じるまたは（…）広域にわたって実施される、自動車ナンバーの自動識別・利用措置を可能にしていることは、狭義の比例原則と合致しない。ヘッセン公安秩序法 14 条 5 項は、“公道や公の広場での”自動車ナンバー・データの自動識別を制限なく許している。シュレスビヒ・ホルシュタイン一般行政法 184 条 5 項は、情報収集を法律上別の形で定められた“公共の交通領域における監督”と結びつけ、単に“技術的手段の広範囲にわたる使用”を禁じているにすぎないところ、この規定も動機のない自動車ナンバーの自動的識別を排除していない（…）。それゆえに、両ラントにおいては憲法上許されていない、“見境なく”基本権に介入する捜査が行われることが可能とされている」¹⁷¹

上記引用箇所から、自動車ナンバー自動識別システムに対する狭義の比例性判断において連邦憲法裁判所が重視しているのは、両ラント法の規定が動機のない（*anlasslos*）自動車ナンバーの識別を許容している点であることが分かるだろう¹⁷²。ではなぜ、連邦憲法裁判所はこの動機の有無を重視しているのだろうか。上記引用部分に続く判示箇所を見てみよ

西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト 1356 号（2008 年）75 頁以下、植松・前掲註 65）1 頁以下、島田・前掲註 65）113 頁以下、桑原勇進「危険概念の考察」確井光明ほか編『公法学の法と政策』（有斐閣、2000 年）647 頁以下参照。

¹⁶⁸ Vgl. Soria (Anm.3), S.782, Trute (Anm.72), S.85f.

¹⁶⁹ Trute (Anm.72), S.101ff.

¹⁷⁰ Vgl. BVerfGE 120, S.429

¹⁷¹ BVerfGE 120, S.430

¹⁷² Rainer Erd, Bundesverfassungsgericht versus Politik, KJ 2008, S.131, Muckel (Anm.24), S. 79. krit. Bull (Anm.4), S.86f., 90f.

う。

「そのほか、特別の動機なくまたは持続的に設備された、自動車ナンバーの自動識別が行われている場所を、自動車に乗って通過したという一事を以て、誰でも区別なく捉える自動的ナンバー識別は、永続的に管理されているという印象を与える。監視されているという順応的な感情は(…)、萎縮効果や、その結果として基本権行使についての侵害へと至りうる。これには、個人の発展の機会のみならず公共の福祉も関わる。なぜなら、自己決定は市民の行為・協働能力によって根拠づけられる、自由で民主的な公共体の重要な機能条件だからである(…)」¹⁷³

いつでも何のきっかけもなく、かつその実態の不明瞭な監視が行われるようになると、監視の対象となりうる個人は常にその監視を意識し、監視されていることによる漠然とした不安の中で、その行為を決定するようになる。いかに諸個人がなす行為やその行為の選択が、個人の決定に由来するものであったとしても、その決定が個人の自由な決定によるものでなければ自己決定であるとはいえない。この意味での「自己決定」が保障されていなければ、これを前提として成り立っている自由で民主的な公共体は根底から崩れることになる。連邦憲法裁判所の議論を、概ねこのように理解することができるのであれば、連邦憲法裁判所による「見境のない捜査」への批判の内実は、ここでも個人情報の収集や利用が個人の与り知らぬ形で広範に行われることによって生じうる、諸個人の自己決定への萎縮作用にあるということになるだろう¹⁷⁴。

上記の引用箇所は、もともと国勢調査判決では基本権としての情報自己決定権の理由づけとして述べられている部分であったが¹⁷⁵、本判決では比例原則における考慮要素として位置づけられており、その意味で、情報自己決定権の規範的根拠たるにとどまらず、事案に対する判断とも結びつけられている。

そして、このように萎縮効果というメルクマールを考慮に入れることで、上記引用箇所が続いて、現行の網羅的な自動的自動車ナンバー識別措置の実施を具体的危険の防御へと制限することや、抽出捜査によって代替することが求められている訳ではないとし¹⁷⁶、また他方において、その実施は、危害発生リスクとその防止可能性につき高い蓋然性が認められる場面に限定される必要はない、とする連邦憲法裁判所の叙述も説明することができるように思われる¹⁷⁷。すなわち、連邦憲法裁判所が重視しているのは、広範かつ不透明な個人関連データに対する懸念から、諸個人が“自由”な決定ないし行為を萎縮するよう

¹⁷³ BVerfGE 120, S.430

¹⁷⁴ N システムが萎縮作用を持つことに懐疑的な見解として、Bull (Anm.30), S.99f., Bull (Anm.4), S.91.

¹⁷⁵ BVerfGE 65, S.43

¹⁷⁶ 自動車ナンバー識別措置の実施が、盗難車両の捜索など、軽度の介入を目的とするものに限られている場合には合憲の余地があるとされている (Vgl. BVerfGE 120, S.431)

¹⁷⁷ BVerfGE 120, S.430f.

な事態であり、そのような事態を防ぐためには、まずもってデータの利用・結合関係が明確に特定する必要がある。他方、データの取扱いに関する一連の措置が、実施の目的に即して明確かつ合理的に特定・限定されており、適合事例において関連措置が適切に実施されていることが保証されているのであれば、自動識別装置の設置場所をはじめ、データの収集段階で措置の実施を厳格に限定する必要は必ずしもない¹⁷⁸。つまり重要なことは、具体的危険それ自体ではなく¹⁷⁹、いかなる危険への対処を志向するか、といった本件システム導入の動機・目的を通じて、本件システム下における収集後の個人関連データ取扱いの文脈が合理的に特定されていることなのである。

さらに連邦憲法裁判所は、争われている両ラント法において、適合通知の根拠である手持ちの捜査データへと採用された際の元々の動機がなくなってもなお、識別された自動車ナンバーが保存され、かつデータ利用の目的拘束が確保されていないことから、収集情報が漂流する (*vagabundieren*) する事態が排除されていないことを、狭義の比例性違反と結びつけている¹⁸⁰。個人関連情報の広範かつ不明確な利用関係が、その不利益的作用の可能性を想起させることで諸個人に萎縮的作用を及ぼすことが、そこで懸念されているのだとすれば¹⁸¹、この点もやはり上記と同様に、個人の「自由な自己決定」から説明することができるだろう。

(c) 考察

以上のように、ここでは比例原則判断のうち、特に狭義の比例性についての判断を中心

¹⁷⁸ これに対して、自動車ナンバーと手持ちの捜査データとの照合について、情報自己決定権とそこから考慮されるべき比例原則から、一定の適合率が求められるとする見解として、Hornmann (Anm.3), S. 671. 反対に、実際の適合率は 0.3 パーセント程度だが、介入の合理性は緩やかに判断されるとする見解として、Roßnagel (Anm.36), S.64, Guckelberger (Anm.3), S.357.

¹⁷⁹ ラスター決定やオンライン判決などの情報自己決定権論に関連する諸裁判例において、「具体的危険」概念が、警察法におけるそれとは異なり不明確で柔軟な概念となっていることが多くの論者によって指摘されている。Vgl. Bäcker (Anm.30), ders., *Das IT-Grundrecht – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven*, in: Ulrich Lepper (Hrsg.), *Privatsphäre mit System* (Düsseldorf, 2010), S.13, Gabriele Britz, *Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*, DÖV 2008, S.415, Martin Kutscha, *Mehr Schutz von Compyterdaten?*, NJW 2008, S.1043f., Thomas Böckenförde, *Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre*, JZ 2008, S.931f., Trute (Anm.72), S.102f. 判決における具体的危険を、警察法における具体的危険概念の詳細化ととらえる見解として、Vgl. Markus Möstl, *Das Bundesverfassungsgericht und das Polizeirecht*, DVBl 2010, S.810. 島田・前掲註 65) 154 頁も参照

また、オンライン判決を具体的危険と具体的危険の事実に根拠とを区別しているものと理解する見解、連邦憲法裁判所が損害発生の際の時間的接近性ではなく、むしろ因果的連関を重視しているものと理解する見解としてそれぞれ、Vgl. Robert Kaß, *Die Befugnis zum verdeckten Zugriff auf informationstechnische System im bayerischen Polizeiaufgabengesetz*, BayVBl 2010, S.3, s. a. BVerfGE 120, S.328, Lepsius (Anm.76), S.39f. なお、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) 83 頁以下も参照

¹⁸⁰ BVerfGE 120, S.431f.

¹⁸¹ Vgl. BVerfGE 65, S.42f.

に見てきた。連邦憲法裁判所は規範の不明確性を与件に、主として法律上の介入閾値、すなわち自動車ナンバー識別措置の動機¹⁸²が欠如していることによる萎縮効果を重要な要素として、狭義の比例性違反を認定した¹⁸³。

本判決の判決主文で、狭義の比例性審査をクリアするためには具体的な危険状況ないし一般的に高められた法益危殆・侵害のリスクが求められるという記述を根拠に¹⁸⁴、本判決において厳格な（狭義の）比例性判断が行われたと見る向きもあるが¹⁸⁵、実際の判旨を見ると具体的な衡量判断については不明確な点が多い。本件の場合、当該システム設置の目的は不明確ではあるが、立法者や政府の側では盗難・遺失車両の捜索や保険の切れた車両の特定といった、それほど深刻な事態ではない比較的軽微な事例も想定されていたことや、重大な介入が明示的に排除されていなかったことなどから、狭義の比例性について厳格な判断が行われたとも考えられる。しかし、そもそも何のために利用されるのか、本件システムによって何が実現されるのかということすらも不明確な本件 N システムについて、立法による法律上の介入閾値の設定に対して実際にどの程度の要請が課せられていたのか、本判決の判旨からは明快な基準を見つけることはやはりできない¹⁸⁶。そもそも具体的な衡量要素を見ても、何度も確認しているように、まず本件自動車ナンバー自動識別システムの利用実態が不明確である以上、当該システムの導入によっていかなる利益が実現されるのか明らかではない。他方、被侵害利益についても、先に引用した「自由で民主的な公共体の重要な機能条件」が、本判決では狭義の比例性判断における考慮要素を説明するなかで挙げられている。しかし、そこで衡量要素として位置づけられている、萎縮効果を受けない個人の「自由な自己決定」については、いかなる場合にどこまでの制約を甘受しなければならないのかは明らかではなく¹⁸⁷、さらにはそもそも自由な民主的公共体の基礎とし

¹⁸² もっとも、連邦憲法裁判所も自動車ナンバー自動識別措置の違憲性判断において、動機の厳格な特定を常に求めているわけではなく、要請の程度は他の要素とも関連して相関的に決まってくる（Vgl. BVerfGE 120, S.429, 432f.）。犯罪訴追や危険防御の重要性が軽視されているとの指摘と合わせて、動機を重視する判決の立場を批判するものとして、Bull (Anm.4), S.86f.

¹⁸³ Cornils (Anm.41), S.449. インターネット・コミュニケーションに対する萎縮効果を狭義の比例性において考慮した他の判決として、BVerfGE 120, S.323

¹⁸⁴ BVerfGE 120, S.378

¹⁸⁵ Vgl. Walter Frenz, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, DVBl 2009, S.337

¹⁸⁶ 法益侵害の「十分な蓋然性 (hinreichende Wahrscheinlichkeit)」という連邦憲法裁判所の用語（BVerfGE 120, S.429）を根拠に、本判決を遵守すると実効的な危険防御が困難になることを憂慮する見解も見られる（Cornils (Anm.41), S.449）。しかし、本文で述べたことから明らかのように、「十分な蓋然性」が、個々の事案と無関係に一定の拘束力をもつものであるかは疑わしい。用語の使用自体に批判的な見解として、Vgl. Trute (Anm.72), S.102f.

なお、本判決以前に、自動車ナンバー識別措置に対して比例性につき厳格な要請を求めていた見解として、Vgl. Soria (Anm.3), S.783ff., Roßnagel (Anm.36), S.64.

これに対して、ラスター捜査よりも介入の重大性が小さいことを理由に、措置の実施にあたり具体的危険の要件を不要としていた見解もある。Vgl. Soria (Anm.3), S.785

¹⁸⁷ Ladeur (Anm.10), S.48, ders., Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken–, DuD 2000, S.13. また、本件措置を監視目的で利用す

て位置付けられる、個人の自己決定は法的保護になじむものなのか、という根本的な疑問も提起されている¹⁸⁸。このような点も考慮すると、むしろ本判決の核心は、実際には衡量というよりも、包括的な人格プロフィールの作成に至るような深刻な利用実態も明示的に排除しておらず¹⁸⁹、自動車ナンバーの識別・利用実態に関する文脈も極めて不明確であるという非常にルーズな規定を、「見境のない捜査」を容認するものであるとして追及したところにあるのではないかと思われる¹⁹⁰。

まとめ

(1) 連邦憲法裁判所による情報自己決定権の客観法的構成

(a) 連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の整理

以上見てきたように、ドイツ連邦憲法裁判所による自動車ナンバー判決は、自動車ナンバーの識別・照合といった、規範的命令の伴わない事実上の情報処理システムを定める法律について、情報自己決定権の侵害を理由に違憲判断を下した判決である。ここで、冒頭で立てた問いを確認しよう。すなわち、連邦憲法裁判所は情報自己決定権をどのように理解しているのか、あるいは連邦憲法裁判所は情報自己決定権をもって、「何」をどのように保障しようとしているのか。この問いに即して、最後にこれまでの議論をまとめることに

ることは原則的に比例原則に反するとする見解として、Breyer (Anm.7), S.828.

¹⁸⁸ 「自由意思」や「自己決定」を独自の保護法益と考えることに懐疑的な見解として、Bull (Anm.30), S.45ff., Albers (Anm.10), S.118f.

¹⁸⁹ そもそも政府にはこのような包括的な人格プロフィールを作成する動機が存在しないことを唱える見解として、Bull (Anm.30), S.84. また、この問題は必要性審査で十分対応可能だとする見解として、Trute (Anm.72), S.99f.

¹⁹⁰ 情報自己決定権の実体的保障内容として、不明確な情報取扱いの文脈を糾弾する点に個別基本権とは区別される独自の有用性があると考えられる見解もある (Vgl. Albers (Anm.10), S.106, m. Anm.298, S.456ff., Britz (Anm.11), S.593)。実際、法律の根拠に基づいて利用関係がある程度明確に特定され、実際にその範囲に利用が限定されている限り、個人関連データ取扱いに対する連邦憲法裁判所の態度は比較的寛容であるとの指摘も見られる (Vgl. Simitis (Anm.46), §1, Rn.68, Bernhard W. Wegener u. Sven Muth, Das »neue Grundrecht« auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JURA 2010, S.848f. 後者の見解においては、データ保護をめぐる議論が自律の保護から濫用防止へと推移していると指摘されている)。ラスタ決定に対しても、情報自己決定権の過保護によってラスタ捜査の実効性が失われたという批判が見られるが (Haas (Anm.84), S.376ff., Uwe Volkmann, Anmerkung, JZ 2006, S.920, Bausback (Anm.136), S.1924. 宮地・前掲註 65) 360 頁以下も参照)、本稿が明らかにした連邦憲法裁判所の立場と、前掲註で述べた「具体的危険」概念の曖昧さを見るに、このような批判が適切であるかは疑問の余地もある。すなわち、連邦憲法裁判所は高次の法益保護を目的として膨大な個人関連データを収集・スクリーニングを実施するラスタ捜査を一応肯定する一方で、危険 (ないし事件) が具体化し、収集してスクリーニングにかけるべきデータがある程度明らかになった段階で捜査に入ることを求めているのであり、危険 (事件) の内実が曖昧で収集・スクリーニングすべきデータも不明確な段階で「見境なく」捜査を実施したことを批判していたという可能性も考えられる。この程度の「具体的な危険」を理由に捜査の実効性が失われるのであれば、その批判はラスタ捜査自体に向けられるべきであろう (Vgl. Bull (Anm.4), S.67)。その一方で、本判決を含む情報自己決定権関連の事案に対する連邦憲法裁判所の判例について、審査が過度に綿密であるとして批判的な見解もみられる。Vgl. Sachs (Anm.4), S.827

しよう。

前稿でも述べたように、国勢調査判決によって承認された情報自己決定権は、自己に関する情報の収集・結合等によって萎縮ないし抑圧されうる個人の「自由な自己決定」を保障するために認められる基本法上の権利である。連邦憲法裁判所は、萎縮効果からの保護、言いかえれば、個人の「自由な自己決定」が自由で民主的な公共体においてもつ基本要素としての意義を確認し、基本法上の保護法益とすることによって、各種の基本権行使よりも前段階の意思決定に影響を及ぼしうる個人関連データ処理に対して、憲法的規律を及ぼす必要性を論じた¹⁹¹。

もっとも、個人関連データの取扱いのないし当該データの処理によって生じうるこの種の危険の発生をもって、直ちに個人の主観的権利への介入が認められる訳ではない。判例上、情報自己決定権への介入が肯定されるのは、一連のデータ処理過程を通じて判断される当事者性（*Betroffenheit*）¹⁹²が認められる者に限定されている。その当事者性の内実については、判決では必ずしも明らかにされていないが、情報自己決定権という基本権において論じられるべき基本法上の問題は、さしあたり個人データに対する公権力の認識関心を通じて主観的な法関係へと具体化されているものということではできらう。

その一方で、基本権への介入が肯定される場合、その違憲判断の審査対象は当該個人に帰属する主観的利益に対する制限の可否に限定されず、そこでは個人情報取扱いに関するシステム全体と、諸個人の主観的利益に解消されない客観法上の基本法秩序との適合性が審査されることになる¹⁹³¹⁹⁴。本判決に即してもう少し踏み込んだ言い方をすれば、

¹⁹¹ ドイツの表現の自由における萎縮効果論を取り上げている文献として、毛利透『表現の自由』（岩波書店、2008年）243頁以下参照。そこでは、萎縮効果論は「客観的価値に基礎を置きながらも、それを主観的自由の拡大へと連結する重要な役割を果たしている」ものとして位置づけられている。

¹⁹² 情報自己決定権を、客観法的公正の見地から、当事者の参加権（*Beteiligungsrecht*）と見る見解もある。Vgl. Ladeur (Anm.10), S.54, Poscher (Anm.133), S.171. 連邦憲法裁判所による基本権の客観法的側面の重視と主観的権利への固執を指摘するものとして、Oliver Lepsius, *Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung*, in: Fehling u. Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck, 2010), Rn.33

¹⁹³ 個人の主観的権利を離れた客観法準則としての側面が、連邦憲法裁判所の情報自己決定権論に見られることを指摘するものとして、Bull (Anm.30), S.48, ders., *Informationsrecht ohne Informationskultur?*, RDV 2008, S.52. Bull は、国勢調査判決において既にこのような傾向が見られるとしている。Bull (Anm.30), S.31, BVerfGE 65, S.41

また、情報自己決定権には客観法準則と（真正の）防御権という二つの側面があるとした上で、客観法準則が主観的権利へと移行したものと、特定の危険状態を防御するものという、情報自己決定権から二つの防御権が認められることを指摘するものとして、Vgl. Bäcker (Anm.53), S.120ff., ders. (Anm.30), S.5ff. 本判決について言うと、介入の有無に関しては（介入を根拠づける危険状態の内容が不明確であるものの）後者を示唆する記述も見られるが（Vgl. BVerfGE 120, S.397）、介入の重大性以下の正当化審査は前者の視点によって説明されることになるだろう。つまり、本判決のような情報自己決定権に関する判決の分かりにくさの原因の一つは、この視点の混在にある。s. a. Gusy (Anm.72), S.402

¹⁹⁴ プライバシー、あるいは「私生活上の自由」を客観法的に構成することを唱える邦語文献としてさしあたり、山本龍彦「プライバシー」長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社、2010

連邦憲法裁判所は、個々の個人関連データの取扱いを超えた個人情報処理システム全体を視野に入れたうえで、公権力による個人関連データ処理の文脈が不明確または不合理なものとなっていないかを判断しているものと評価することができるだろう¹⁹⁵。ここで重要なことは、判決をこのように理解すると、情報自己決定権をめぐる連邦憲法裁判所の違憲審査を、個人データの取扱いに関する自己決定という、個人の主観的権利（防御権）に対する制約の可否、といった枠組みに解消することはできなくなるということである。つまり、このような連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の議論の構造を見る限り、「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個人の権限」¹⁹⁶という視点は、もはや後景に退いてしまっているのである¹⁹⁷。

主観的側面と客観的側面という、基本権の二重機能はすでに周知のことに属するが¹⁹⁸、

年) 137 頁以下、同「プライバシーの権利」ジュリスト 1412 号 (2010 年) 80 頁以下、また安岡寛道編『ビッグデータ時代のライフログ』(東洋経済新報社、2012 年) 88 頁以下 (山本龍彦執筆)、長谷部恭男「ユビキタス時代のプライバシー」[2012-1]アメリカ法 63 頁、千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報 84 巻 3 号 (2012 年) 99 頁以下を参照。¹⁹⁵ 情報自己決定権論において、個別のデータ取扱いにとどまらず、それらの措置に関する組織・手続・システムも考慮に入れられていることを肯定的に捉えているものとして、Vgl.

Hoffmann-Riem, Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 134 (2009), S.531f., Albers (Anm.26), Rn.68c. また、情報自己決定権を人格に適合的な情報秩序一般を保障し、人格を脅かす個別の情報関連措置に対して保護するものとする理解する見解として、Bäcker (Anm.179), S.6. また、玉蟲・前掲註 135) 343 頁も参照。国勢調査判決において、既にこのような傾向が認められることを示唆するものとして、島田茂「ドイツにおける予防警察の情報収集活動と侵害留保論」『各国警察制度の再編』(法政大学出版局、1995 年) 155 頁以下参照。

このような審査手法は、「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]」を承認したオンライン判決 (BVerfGE 120, 274) における審査手法とも類似しているが、本判決が個別のデータ処理の憲法適合性をその背後にある仕組みを踏まえて審査しているのに対して、オンライン判決では情報技術システムという特定のシステム自体の機能性に対する信頼を基本法上保障の対象としていた点に違いを指摘することができる。Vgl. Hoffmann-Riem, a.a.O., S.532, ders. (Anm.123), S.1015f., 1019, Albers, a.a.O., Rn. 68c., dies., Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl 2010, S.1061ff.

¹⁹⁶ BVerfGE, 65, S.42f.

¹⁹⁷ Albers (Anm.26), Rn.63. もっとも、国勢調査判決の時点ですでにこのようなアプローチには問題があったとする批判がなされていることは既述の通り。前註 30)参照。

また、オンライン判決を題材に個人関連データの取扱いを個人の自己決定に依拠させることの限界を論じるものとして、Vgl. Hoffmann-Riem (Anm.123), S.1013, ders. (Anm.195), S.527.

また、自律や自己決定から信頼ないし信頼期待への視線の変更を見て取るものとして、Vgl. Böckenförde (Anm.179), S.938 m. Anm.127. 本件自動車ナンバー判決を伝統的な情報自己決定権理解から批判する見解があることは既に見たが (註 41)、このような議論はこのオンライン判決についてもみられる。Vgl. BVerfGE 120, S.344ff., Martin Eifert, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NVwZ 2008, S.522. これに対して玉蟲教授は、「ドイツにおいては「いつ、いかなる限度で個人的な生活状況が明らかにされるのかを原則として自己で決定する」個人の権利という定式を維持しつつ、(…) 現代的情報システムとの関連でのシステムの信頼性保護といった様々な時点での問題を論じることができた」として、両方の視点は併存しているものと理解している。玉蟲・前掲 135) 341 頁以下。

¹⁹⁸ Michael Sachs, in: Grundgesetz (Anm.34), Vor. Art. 1 Rn.27ff., Ernst-Wolfgang

本稿で示した連邦憲法裁判所による情報自己決定権の客観法的構成は、基本権論一般にとっても重大な意味を持っていると考えられる¹⁹⁹。以下ではこの点を明らかにすることによって、次章で論じることになる、情報自己決定権論に対する理論的考察における検討課題を明らかにすることにしよう。

(b) 連邦憲法裁判所による情報自己決定権論に潜む理論的課題

上述したように連邦憲法裁判所は、情報技術の発達を背景に危機に瀕している（と考えている）「自由な自己決定」を基本法上の法益と捉え、当該法益の保障という観点から公権力による個人関連データ・情報の取扱いを規律することを試みている。そしてその際には、個人関連データの取扱いに関する個人の決定権限ではなく、当該法益を客観法的に把握したうえで、公権力による個人関連データ処理システム全体を規範的に制御してゆくことで当該法益を保障するというアプローチを連邦憲法裁判所はとっているものと思われる。個人関連データ・情報が広範に流通ないし利用、結合されうる現代において、個人は自身の行為を“自由”に決定することができなくなっているという国勢調査判決以来の自己認識については本稿の中でもすでに何度か言及してきたが、連邦憲法裁判所のアプローチは、このような自己認識に基づいて、「自由な自己決定」を情報自己決定権の客観法的構成を通じて保障することを試みるものと整理することができるだろう。いいかえれば、連邦憲法裁判所の議論の枠組みにおいては、個人が自己決定できるかどうかは、「自由な自己決定」の保障のもとで実施される個人関連データ処理システムの制御に依存しているのである。

もっとも、本稿の中ですでに述べてきたように、連邦憲法裁判所が客観法的利益として位置づけている「自由な自己決定」とはいかなるものか、この「自由な自己決定」と、情報自己決定権のもとで課される公権力による個人関連データ処理に対する規律態様とはどのように結びついているかといった点は、連邦憲法裁判所の判例においても十分に明らかにされていない。本件で問題とされた規定が、すでに見たように収集データの利用文脈について著しく曖昧であるという点で極めてルーズな規定であったために、連邦憲法裁判所

Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S.1ff., Robert Alexy, Grundrechte als subjective Rechte und als objective Normen, a. a. O., S.49ff. R・アレクシー（小山剛訳）「主観的権利及び客観規範としての基本権（一）（二）」名城法学 43 巻 4 号（1994 年）179 頁以下、44 巻 1 号（1994 年）321 頁以下、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 頁以下参照。憲法異議の客観法的側面については、Vgl. Pieroth/Schlink (Anm.38), Rn.1276. 畑尻・工藤編・前掲註 114) 286 頁以下（工藤達朗執筆）、工藤達朗「憲法裁判の二重機能」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力と憲法裁判』（信山社、2013 年）319 頁以下参照。

¹⁹⁹ 情報自己決定権の客観法的側面については、すでに私法関係における情報自己決定権の適用という形で議論されていた。Vgl. Hoffmann-Riem (Anm.36), S.524. 連邦憲法裁判所の判例もあるが、もっともここでは諸利益間の衡量に重点が置かれている。Vgl. BVerfGE 84, 192, Rn.11ff. 私人相互間における情報自己決定権について論じる文献として、玉蟲・前掲 135) 315 頁以下、倉田原志「ドイツにおける労働者のプライバシー権序説--情報自己決定権を中心に」立命館法学 299 号（2005 年）1 頁以下参照。もっとも、実際は情報自己決定権ではなく、一般的人格権で処理されていることが多いとの指摘もある。Albers (Anm.26), Rn.67

は情報自己決定権による具体的な要請について明確にするまでもなく違憲判断を下すことができた事案であったと整理することができよう。しかし、このような「自由な自己決定」の規範的意義の不明確性を踏まえてもなお、このように整理される連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の客観法的構成には、基本法上の自由・人格の発展にとって重大な問題を突きつけていると思われる。

個人は、自分が何を行い、どのようになりたいかを自分で決定し、自己の望むように行なうことができる。われわれが個人の自由・人格発展として通常抱いているイメージは、おおよそこのようなものであろう。そしてここでは、自分が何を望み、どうになりたいかを自分で決定できることは不可欠の前提となっていると思われる。連邦憲法裁判所が「自己決定」を自由で民主的な公共体の機能条件としていることも²⁰⁰、おおむね以上のような観点から理解することができるだろう。これに対して、先に述べた「自由な自己決定」の客観法的保障を志向する連邦憲法裁判所の自己決定権論は、現代においてもはや無条件に妥当しなくなった個人の「自由な自己決定」を、個人関連データ処理の規範的制御を通じて客観法的に下支えすることを意図するものであるといえるだろう。このような連邦憲法裁判所の情報自己決定権論に対して、情報自己決定権の客観法的側面を肯定的に評価する論者は、客観法的な法益として把握される「自由な自己決定」の保障を通じて、個人の“主観的”な（恣意の・思いのままの）自己決定を可能にするものと考えられるだろうし、確かにそれは（もし実現されるならば）理想的な状態である。情報自己決定権を、「自由な自己決定」の保障を通じて、当事者を超えた各主体に対して、自由で民主的な公共体の構成員としての地位を保障（保証）する権利²⁰¹とする説明や、「自己決定権は、個々人が自由な自己決定をなしうる前提条件を整備することを必然的に要求する」「人間の尊厳と情報自己決定権とは、それぞれが保障の「層」を形成するかたちで、個人の人格および主体性を保護している」²⁰²といった指摘は、国勢調査判決以来の情報自己決定権論の背景にある連邦憲法裁判所の問題意識を正確に理解した記述といえるだろう。

しかしここで直ちに問われなければならないのは、このような客観法的な「自由な自己決定」の保障が、個人の主観的な意味での（恣意の）“自己決定”の保障につながるということがどうして言えるのかということである²⁰³。上述の枠組みに従えば、個々人が行う各種の決定が、「自由な自己決定」として本人に帰属するかどうかは、客観的な法益として位置付けられる「自由な自己決定」の解釈に依存していることになる。個人が、自身の決定

²⁰⁰ BVerfGE 65, S.43; 120, S.430

²⁰¹ Vgl. Gusy (Anm.72), S.410ff. また、市民に関するデータ・バンク創設と基本法との関係をめぐって、情報自己決定権論以前にすでに同様の議論が見られたことは興味深い。Vgl. Eggert Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch 66 (1975), S.120ff.

²⁰² 玉蟲・前掲註 135) 313,342 頁

²⁰³ 客観的原理としての基本権の意義は主観的権利の強化にあるというのが連邦憲法裁判所の自己理解なのだろうが、問題はそれが理論的にいかに担保されているかという点にある。Vgl. BVerfGE 115, S.358

が「自己決定」であることをいくら声高に主張したところで、その決定が「自己決定」として法的に通用するわけではない。個人の決定は、客観法的に把握される「自由な自己決定」に対応する場合に、その限りにおいて「自己決定」として認められるにすぎないのだ。個人の決定に先行する客観法的な法秩序が、諸個人の「自由な自己決定」を保障しているということは、裏返せば個人の“決定”はそのような法秩序の裏づけを欠く限り、決して「自由な自己決定」として本人に法的に帰属されることはないということをも含意しているのである。ここにおいて、諸個人の自己決定に基づく人格発展を基本権論の出発点にしようとしても、その出発点であるべき個人の自己決定の“前”に当該個人が行う決定を「自己決定」たらしめる法秩序が論理的に先行していることが分かるだろう。個人の「自己決定」は、もはや個人に本来のないしアプリアリに備わっているものではなく、法的に構成されるある種の地位として基本法上保障されるべきものなのである²⁰⁴。

このような連邦憲法裁判所の情報自己決定権論は、いわゆる客観法論の抱える問題を端的に、かつ最も深刻な形で表している。というのも、そこでは「自由な自己決定」の保障という観点から公権力による個人関連データ処理を規範的に制御することが志向されているが、しかしこの個人関連データ処理を制御する際に規範的な準則を提供する「自由な自己決定」の内実は、判決を見てもわかるように不明確であり、またこれを特定することには困難が伴うからである。むろん、個人の“自由”な自己決定と客観法上保障される「自由な自己決定」が一致させることができるのであれば問題はないが、本来「法外」²⁰⁵の、ないし「ブラック・ボックス」²⁰⁶であるところの自己決定を客観法的に再構成し、(基本)法的に保障(保証)しようとする「法化」の試みが、そこから外れる“個人”の自由ないし自己決定を基本権保障の視野から排除する形で、“個人”の自己決定を侵害しないという保証はどこにあるのだろうか²⁰⁷。このように連邦憲法裁判所の情報自己決定権論においては、個人の“自由”な自己決定・人格の発展のために必要な前提条件の保障という形で、むしろ決定から行為に至るまでの人格発展プロセス全体が“個人”と乖離した客観法秩序によって規定される、という極めて“不自由”な事態へと墮すおそれが生じているのである。

自己決定のための自己決定という、自己決定の二段階構造が情報自己決定権論において認められることを指摘する見解はこれまでの議論においてもすでに見られ²⁰⁸、その客観法

²⁰⁴ Vgl. Albers (Anm.10), S.132, 281

²⁰⁵ 石川健治「インディフェレンツ」比較法学 42 卷 2 号 (2009 年) 152 頁参照

²⁰⁶ 棟居快行『憲法学の可能性』(信山社、2012 年) 306 頁参照

²⁰⁷ 情報自己決定権論における「自己決定志向」の下、主観的な決定の自由が後見へと移り変わってしまうことを懸念するものとして、Vgl. Bull (Anm.74), S.1622. また、客観的な基本権論において、個人的・主観的権利の内実と制度的・客観的な基本権の機能との間に齟齬が生じうることを懸念し、あくまで個人の主観的権利の優位を説くものとして、Lepsius (Anm.192), Rn.28ff., 35ff.

²⁰⁸ 松本・前掲註 38) 141 頁以下参照

的な位置づけについてもすでに指摘されているところであるが²⁰⁹、そこでいう個人の自己決定が客観法的に規定されたものであることの意味について、学説では必ずしも十分に意識されてこなかったように思われる²¹⁰。この点、公共体において各人が「自由に」自己決定できるようなある種の秩序形成を志向するという、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の構成は、近時ドイツにおいて少なくない論者によって主張される、情報自己決定権論の客観法的構成²¹¹に接近していると考えられる²¹²。したがって、情報自己決定権論の客観法的構成の意義と限界をめぐる更なる検討については、学説における情報自己決定権論の展開を考察する次章に委ねることにしよう。

(2) 日本の判例・学説との比較

ここで、これまで整理してきた連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開と、日本における議論との比較検討も簡単ではあるが行うことにしよう。上記の検討で明らかにされた連邦憲法裁判所の判例から垣間見える情報自己決定権は、個人関連データの取扱いに関する決定権という意味での主観的権利に対する介入・正当化を審査する古典的なそれとは大きく異なっており、単純情報の取扱いについて広範に主観的権利への介入を認め、公権力に正当化根拠の説明を求める古典的な防御権構成に情報自己決定権の意義を見出す、日本における情報自己決定権論の紹介²¹³とは明らかに様相を異にしている。また、上記の分析を踏まえると、ドイツ連邦憲法裁判所の判決を参照しながら N システムの合憲性について判断した日本の裁判例²¹⁴についても、その評価は両義的なものへと変わってくるだろ

²⁰⁹ 玉蟲・前掲註 135) 344 頁参照

²¹⁰ この点はドイツの議論にも妥当すると思われる。「自由と安全」という表題の下で、法治国家、市民の自由を根拠に連邦憲法裁判所を擁護する議論は多いが、そこでいう「自由」をめぐる判例の内在的理解という点では考察の不十分なものも少なくないように思われる。Vgl. Geert Mackenroth, *Der Rechtsstaat in der Zwickmühle, Nomos*, 2011, S.34ff., Christian Bommaris, *Das Bundesverfassungsgericht und die Grundrechte*, KJ 2011, S.47, Erd (Anm.172), S.129ff. このような傾向に対して批判的な議論として、Hans Peter Bull, *Freiheitspathos und Sicherheitspolitik*, *Recht und Politik* 44 (2008), S.16ff., ders (Anm.30), S.7ff.

²¹¹ Hoffmann-Riem (Anm.36), S.522ff., Albers (Anm.10), S.460ff., dies. (Anm.26), *Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten*, Rn.56ff., Trute (Anm.71), Rn.19, Ladeur (Anm.10), S.45ff., insbes. S.54f.,

²¹² 古典的ドグマティックの変更に積極的な学説と、先例との連続性に執着する連邦憲法裁判所という対立的な構図のもとでの両者の接近と相違を整理するものとして、Vgl. Britz (Anm.11), S.562ff., 592ff., insb. 594f. 両者を接近させる形で情報自己決定権論の再構成を図るものとして、Vgl. Bäcker (Anm.30), S.4ff., ders. (Anm.53), S.122f.

²¹³ 小山・前掲註 18) 122 頁以下参照。松本・前掲註 38) 93 頁以下参照。ドイツの学説における情報自己決定権の客観法的構成に言及する文献として、植松健一「連邦刑事庁 (BKA) ・ラスター捜査・オンライン検索 (2)」*島大法学* 53 卷 2 号 (2009 年) 39 頁脚註 48 参照。

²¹⁴ 東京高判平成 21 年 1 月 29 日判タ 1295 号 193 頁、およびその原審である東京地判平成 19 年 12 月 26 日

(<http://www.tkcllex.ne.jp/lexbin/ShowZenbun.aspx?sk=634920450491257500&pv=1&bb=25460183>)。評釈として、小泉良幸「車両ナンバー読取システムと憲法 13 条」*ジュリスト* 1398

う。

「我が国においては、警察は、警察法 2 条 1 項の規定により、強制力を伴わない限り犯罪捜査に必要な諸活動を行うことが許されていると解されるのであり、上記のような態様で公道上において何人でも確認し得る車両データを収集し、これを利用することは、適法に行い得るといふべきである (…)」という N システム訴訟控訴審における判示箇所は、確かに本稿で見た強制を伴わない、事実行為としての個人関連データの取扱いによって生じる「自由」の侵害を考慮しない問題のある記述のように思われる²¹⁵。また他方で、原審において「このような車両を用いた移動に関する情報が大量かつ緊密に集積されると、車両の運転者である個人の行動等を一定程度推認する手掛かりとなり得ることは否定できないといふべきであり、原告らの主張するような国民の行動に対する監視という問題も生じ得るから、N システム等によって得られる情報が、目的や方法のいかんを一切問わず収集の許される情報とは言えないことも明らかである」と述べたうえで、情報コントロール権²¹⁶の違法な侵害の有無の検討という形で議論が展開されていることは注目に値する。N システムによって収集された情報の安全管理・利用状況の把握の適正さを、監視を通じた「自由」の侵害をも考慮に入れたうえで、同システムを用いる制度の仕組みに照らして判断しているのだとすれば、このような判断は結果的にドイツの連邦憲法裁判所の判断に近くなっているように見えなくもない²¹⁷。いずれにせよ、情報自己決定権というドイツ憲法学に由来

号 (2010 年) 10 頁以下、小山剛「N システム訴訟」川崎・小山編『判例から学ぶ憲法・行政法 (第 3 版)』(法学書院、2011 年) 34 頁以下参照。

²¹⁵ 委縮効果論に註目する見解として、小泉・前掲註 214) 11 頁、また、棟居快行『憲法学再論』(信山社、2001 年) 273 頁以下、とりわけ 288 頁以下、實原・前掲註 2) 157 頁も参照。

²¹⁶ もっとも、監視による委縮効果、あるいはより根本的に、法が命令による強制を必要としなくなり、その裏側としての他者の他者性という論理的前提が失われつつある中で、個人の自由をどのように議論していくか(大屋雄裕「功利主義と法」『功利主義ルネッサンス 法哲学年報 (2011)』(有斐閣、2012 年) 72 頁参照)、という問題を情報コントロール権説やその根底にある人格的自律権説が共有しているかは些か疑わしいところもある。「現代監視社会」の難しさ」と人格的自律との関係は不明確と言わざるを得ない(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011 年) 184 頁以下、および脚註 33 参照)。

これに対して、国家の非強制的手法による自律の浸食について語る興味深い議論として、小泉良幸「国家の役割と共同体論」全国憲法研究会編『憲法問題 16』(三省堂、2005 年) 23 頁以下、とりわけ 31 頁以下参照。

同様の問題意識に立ちながらも、自己決定の条件・制度依存的な性格も指摘するものとして、山本龍彦・前掲註 194) 158 頁以下、同「生殖補助医療と憲法 13 条」辻村・長谷部編・前掲註 2) 『憲法理論の再創造』325 頁以下参照。

²¹⁷ この裁判例が、不十分ではあるものの、データベースによる情報管理の問題をも視野に入れていたことに一定の意義を認めるものとして、山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集 63 巻 8 号 (2010 年) 130 頁以下、同「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究 75 号 (2013 年) 93 頁参照。また、山本未来「自動車ナンバー自動読取システム (N システム) の許容性と限界」明治学院大学法科大学院ローレビュー第 6 号 (2007 年) 107 頁も参照。もっとも、N システム全体の仕組みが不明確であるとする批判が出ていることから分かるように、このような認定に必要な情報が十分開示されているとは言い難く(同上、108 頁。また小林直樹「自動車ナンバー自動読取システム (N システム)」獨協法学第 68 号 (2006 年) 80 頁も参照)、この非公開性がむしろ同システムの長所と評されることも少なくない(田村

する権利を援用することによって、直ちにこれらの裁判例を批判することはできない。情報自己決定権とはいかなる権利か、そのような権利を憲法上の権利として認めることは適切か、この権利を用いて裁判例を批判することにはいかなる意義があるかといった点については、より踏み込んだ考察が必要となるはずである。

(3) 今後の検討

以上で、ドイツ自動車ナンバー判決を主たる素材に連邦憲法裁判所による情報自己決定権の理解を明らかにすることを試みてきた。これまでの分析結果を要約すると、情報技術の発達した現代社会における「自由な自己決定」の保障を志向してきた、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論は、当初の議論の出発点である個人関連データ取扱いに対する決定権限を離れ、議論の実態は公権力によるデータ・情報処理に対する客観法的な規律へと移り変わっていった。もっとも、そこで公権力による個人関連データ・情報処理を規範的に統制する際の準拠点として位置づけられる「自由な自己決定」の内実はいまだ不明確であり、基本法上対処されるべき萎縮効果が個人関連データの取扱いによって発生するのはどのような場合であり、またそのような萎縮効果から「自由な自己決定」はどの程度保護されるのかといった点について、判例から有意な示唆を得ることは今のところ難しいというべきであろう²¹⁸。

またこれとは別に、表現行為や通信行為といった特定の行為類型を離れた抽象的な「自己決定」²¹⁹、「萎縮効果」を憲法学において主題化することは適切なのかといった、より根本的な問題が横たわっている²²⁰。これは、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開、

正博『全訂警察行政法概説』(東京法令、2011年)308頁以下、幕田英雄『捜査法解説(第3版)』(東京法令、2012年)152頁以下参照)。

また、法律の留保や規範の明確性を根拠に、このような制度の仕組みが通達等によって定められている点を問題視することもできるだろう。駒村圭吾「「憲法の留保」と権力の変容」法学教室324号(2007年)46頁以下、特に52頁以下、小泉・前掲註214)11頁、小山・前掲註214)38頁以下、永田秀樹「Nシステムと憲法13条」判例セレクト2009(法学教室)、4頁参照。實原・前掲註2)「ドイツ版「Nシステム」の合憲性」157頁、同・前掲註2)「ドイツ—Nシステム判決」286頁も参照。また、山本龍彦「京都府学連事件判決というパラダイム」法学セミナー689号(2012年)49頁も参照。他方、本判決に言及しながら、法律の留保の意味変化を論じるものとして、三宅雄彦「論証作法としての三段階審査」法学セミナー674号(2011年)9頁以下参照。

²¹⁸ 本件システム下での萎縮効果発生に疑問が呈されていることについては、前註174)参照。また、ラスター捜査の萎縮効果について同様の批判を行っているものとして、Vgl. Haas (Anm.84), S.375. また、基本法10条に関する判断だが、Vgl. Abweichende Meinung des Richters Schluckebier, BverfGE 125, S.366, und des Richters Eichberger, BverfGE 125, S.380f.

²¹⁹ 「自己決定」は、選択の対象・様式があって初めて意味のある概念となるという指摘も見られる。Vgl. Beate Rössler, Der Wert des Privaten (Suhrkamp, 2001), S.99, Albers (Anm.10), S.154

²²⁰ Sachs (Anm.198), Vor Art.1 Rn.43, Di Fabio (Anm.39), Art.2 Abs. 1 Rn.175. 懐疑的な見解として、Bull (Anm.30), S.16ff., 63ff., 94ff., Thomas Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz (LIT Verlag),

および近時のドイツ情報自己決定権論において存在感を増しつつある同権利の客観法的構成の意義と限界をめぐる問題である。情報自己決定権論が、個人関連データ取扱いに関する個人の決定権限から客観法的な構成へと変化していったことにはいかなる必然性が認められるか、また、このような客観法的構成による「自由な自己決定」の保障は、基本法上の自由権論一般との関係で、いかなる意味を持っているのか。このような理論的な問題を検討することは、日本の憲法学における憲法上の「自由」ないし「自己決定」を論ずるうえで重要な示唆を含んでいると考えられる。

2006, S.212f., 204f., Nettesheim (Anm.13) S.28. これに対して客観法構成には肯定的であるものの、自己決定ないし委縮効果を主題化することに懐疑的な見解として、Vgl. Gusy (Anm.72), S.402, 410ff.

他方、データ処理について論じる学説の多くは、萎縮効果や同調圧力 (Konformitätsdruck, Anpassungsdruck) といった用語を用いて、自由な自己決定をめぐる深刻な事態に何らかの形で言及するものが多い。Vgl. Artz (Anm.3), S.58, Braun (Anm.150), S.555, Cornils (Anm.41), S.449, Breyer (Anm.7), S. 828, Robrecht (Anm.25), S. 10, Guckelberger (Anm.3), S.356, Muckel (Anm.24), S. 79, Roggan (Anm.152), S. 202, Schieder (Anm.41), S.781, Masing (Anm.37), S.489f., Oliver Diggelmann, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011), S.73, Hans D. Jarass, in: ders. u. Pieroth, GG 12.Aufl. (C.H.Beck, 2012), Art.2, Rn.42

第3章 情報自己決定権論に関する一理論的考察

——憲法上の問題の所（不）在について——

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¹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。しかしすでに論じたように、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しているわけではなく、またその議論の詳細を見ても肝心の当該基本権の実体内容については未だ十分に明らかにされていない。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、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」²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観を理解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

¹ BVerfGE 65, S.43

² Josef Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge (Duncker & Humblot, 1998), S.383f., s. a. Dietrich Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee / Kirchhof, HStR, Bd.V, 2.Auflage (C.F. Müller, 2000), §112, Rn.26ff.

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とする。

1 古典的理解に対する批判

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³。「(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)」⁴、「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」⁵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)⁶などと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

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. 否定的な見解として、Vgl. Patrick Breyer, Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2008, S.825. これに対して共有自体に否定的な理解を示すものとしては、Karl-Heinz Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S47.

⁴ Pieroth/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.305, 308, Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrecht, 2003, Rn.11, Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung (Baden-Baden, 2005),

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⁷—現在では多くの批判にさらされている。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。

(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⁸。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の取扱いをめぐる基本法上の問題が、私的領域の尊重という主として領域的な観点から議論されていたのに対し⁹、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」¹⁰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な空間から解放され¹¹、個人情報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

S.152ff., dies., Information als neue Dimension im Recht, Rechtstheorie 33 (2002), S.81, Britz (Anm. 3), S.567. もっとも批判されている当の論者たちが、「データ」や「情報」を所有の対象と捉えているかどうかは別の問題である。

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、小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト春号(2012年)、120頁以下参照

⁸ 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、問題は法律の留保自体ではなく、データ保護システムの体系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。

解されているからである¹²。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格の保障にとって真に必要であるならば、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にはならない。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¹³。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¹⁴、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¹⁵。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¹⁶。

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）¹⁷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¹⁸¹⁹、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実が曖昧であったことを示している²⁰。

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

¹² Vgl. Trute (Anm. 6), Rn.10f., 29. Simitis (Anm. 8), §1, Rn.65ff.

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 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.2 I 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., Albers (Anm. 6), S.355

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 (Suhrkamp, 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。

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

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) 古典的理解の誤り

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、その行為を実施する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入れない。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。

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」²¹

²¹ BVerfGE 65, S.42f.

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り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²²。この一般的人格権由来の基本権は、連邦憲法裁判所によって「人物の描写についての処分権」²³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」²⁴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²⁵。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。このような事態に対処するためには、自己に関するデータ・情報の流通をコントロールし、他者がか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ような道具立てが必要になる。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^{26,27}。

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）²⁸、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、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のである。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」³⁰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³¹、情報自己決定権の射程は個人関連

²² BVerfGE 54, S.155; 65, S.41f.

²³ BVerfGE 35, S.220

²⁴ BVerfGE 82, S.269

²⁵ 両基本権を関係づける見解として、Bernhard Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 25(1986), S.233, 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

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

²⁷ この点については、第1章参照。

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-Abmann / A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2.Auflage, C.H.Beck, 2012, Rn.68, m. Anm.228, dies. (Anm. 6),

データの取扱い全般に及ぶものと理解されるに至った³²。

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の全域においてすでに生じうる。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」³³

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的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がより一層困難になるものと考えられる³⁴。

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

Informationelle Selbstbestimmung, S.164 m. Anm.64. 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、最近の判決の中で、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.

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

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³⁵。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決めつけることは適切ではない³⁶。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することのできない」³⁷ことによって生じる委縮効果 (Einschüchterungseffekt)³⁸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」³⁹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⁴⁰、各人には自らの責任で対処することが求められている⁴¹。

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⁴²、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、やはり現実的とは言い難い⁴³。また、仮にこのような個人の認識可能性を現実的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、これは本来情報自己決定権を以て対抗すべき監視国家を、皮肉にも正当化することにつながりうる⁴⁴。

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

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.

(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できるべき」⁴⁶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」⁴⁷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⁴⁸、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⁴⁹⁵⁰。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

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への違和感を示唆するものとして、Ladeur (Anm. 13), S.13, Aulehner (Anm. 2), S.390.

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っ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. 長谷部恭男ほか「座談会 日本国憲法研究(10)プライバシー」ジュリスト 1412号 (2010年) 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。もっともこの見解は、当該判決における該当箇所は、古典的な制限ドグマーティ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.

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か明らかではない。

(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⁵¹。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ても、あたかもその当該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⁵²。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⁵³。

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 (Zeichen oder Zeichengebilde) である。これらは (これも最も一般的な意味におけ

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ていた見解として、Glaeser (Anm. 25), Rn.77

⁵² Vgl. Britz (Anm. 3), S.567. 長谷部ほか・前掲註) 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、情報をも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

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」⁵⁴

つまり「データ」が、日常の世界における様々の事象を数・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⁵⁵、「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⁵⁶。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⁵⁷。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)・真実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⁵⁸。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⁵⁹。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⁶⁰。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⁶¹。このように、「データ」の意義は、「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のである⁶²。

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. Repkewitz (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

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.

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」⁶³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⁶⁴。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⁶⁵。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⁶⁶⁶⁷。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中で把握されなければならない⁶⁸⁶⁹。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、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的構成からア

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.

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.

アプローチしようとした点にある⁷⁰。「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⁷¹。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⁷²。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⁷³。

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に再構成されていったかを整理してゆくことにしよう。

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⁷⁴。

(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⁷⁵、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つば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、防御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⁷⁶。なぜ、情報自己決定権

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.

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、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013年) 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

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、個人と共同体の緊張関係を、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。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」⁷⁷

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⁷⁸。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⁷⁹、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」⁸⁰

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。

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 74) 289 頁以下参照

⁸⁰ Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.521

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⁸¹。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を意味している。

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。

「基本法ドグマーティクは、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の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、社会的な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。基本法ドグマー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、その機能可能性を社会的領域においても確保するため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」⁸²

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

⁸¹ 他にも、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述べるものとして、Vgl. Podlech (Anm. 60), Rn.38, 53f.

⁸² Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.522f.

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が生じてきたのである。個人が自己の人格を発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⁸³、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、その下で人格を発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⁸⁴、犯罪追跡の必要性⁸⁵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⁸⁶。そこでは、情報社会におけるいかなる不利益が、(基本)法的にレヴェラントか、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⁸⁷。つまり、コミュニケーション・ネットワークを通じ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

⁸³ Hoffmann-Riem (Anm. 17), S.538

⁸⁴ 情報利用と人格発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, 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

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⁸⁸。

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⁸⁹。

(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⁹⁰。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⁹¹、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⁹²、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⁹³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にある⁹⁴。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⁹⁵。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

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信頼性と十全性 (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るのかもしれない (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.

⁹⁴ Trute (Anm. 49), S.825

⁹⁵ Trute (Anm. 6), Rn.13

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」⁹⁶

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、むしろ諸々の客観法的な内実によって影響を及ぼすことができる。これらの内実は、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」⁹⁷

「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⁹⁸。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

⁹⁶ Trute (Anm. 6), Rn.15

⁹⁷ Trute (Anm. 6), Rn.19

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

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」⁹⁹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」¹⁰⁰

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¹⁰¹。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、公権力不在のもとで無条件に実現されるものではない¹⁰²。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

⁹⁹ Trute (Anm. 6), Rn.21

¹⁰⁰ Trute(Anm. 6), Rn.22

¹⁰¹ Trute (Anm. 49), S.825

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

れるのである¹⁰³。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¹⁰⁴。

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¹⁰⁵、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¹⁰⁶。

(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のも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¹⁰⁷。情報自己決定権の客観法構成とは、それまでの防御権的構成に代わり、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¹⁰⁸、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¹⁰⁹。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。

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

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

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*)¹¹⁰である。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¹¹¹、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」を保障したことはない。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、行為自由の保障を超える「現実の自由」を保障しているのである。

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¹¹²。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、立法者によって主とし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」¹¹³あるいは「純粋な」¹¹⁴防御権では不十分であり、それに限定されないとはいつているが、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¹¹⁵。

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の法的保障が、広範な立法裁量の下で構築される客観的な法律制度に依存しているこ

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

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的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.

とに対する批判をまずは挙げるができるだろう。「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」の具体的内実とは明らかではなく、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ない¹¹⁶。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。」¹¹⁷

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)」¹¹⁸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定するものと考えられている¹¹⁹。法的な責任概念が、基本的にこの自由意思に基づく自己

¹¹⁶ Vgl. Britz (Anm. 3), S.563f.

¹¹⁷ Trute (Anm. 6), Rn.14

¹¹⁸ Trute (Anm. 6), Rn.15

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

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¹²⁰。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発展させてゆく存在である。いいかえれば、相互に排他的な個人による人格発展は、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¹²¹。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であ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答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だろう。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¹²²、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にとっても、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）¹²³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

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)

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

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考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¹²⁴。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¹²⁵¹²⁶。

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ることは、“自由”を制約するものとして排除される¹²⁷。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¹²⁸。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¹²⁹。しかし、基本権としての自

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

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

由権の保障は、個人の“自由”に資する（はずである）と考えから¹³⁰、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¹³¹、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¹³²。かくして、法外の“自由”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¹³³。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¹³⁴。

(b) 伝統的ドグマー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ーティクでは、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

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ーティ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 卷 5 号（2011 年）35 頁以下参照。

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 (Suhrkamp, 1994), S.290ff.

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

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。

なドグマーティクは、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てしよう。

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ーティクにおいては、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見ても、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*）の考慮が必然的に求められる¹³⁵。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るか、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¹³⁶。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萎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のである¹³⁷。要するに“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

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

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

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な考慮——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、他者がもつ特定の知識が、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当てはまる。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ものの、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遡及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」¹³⁸

情報・データ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体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¹³⁹) 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

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.

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

ない。いかなる取扱ないしその作用が、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¹⁴⁰¹⁴¹。

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ー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¹⁴²。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、もはや思考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¹⁴³。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

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

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问题として取り上げていることには変わりはなく、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.

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、基本権ドグマティッ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」¹⁴⁴

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¹⁴⁵。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、その内実はその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¹⁴⁶。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、(古典的ドグマティックにおいては防御権が中心であったのと異なり) 作為請求権か不作為請求権かといった点にはやはり本質的な差異はない¹⁴⁷。

(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

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.

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¹⁴⁸、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¹⁴⁹、「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¹⁵⁰。

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する¹⁵¹。そして、このような一般的人格権による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¹⁵²¹⁵³。そして、公権力には個人関連デ

¹⁴⁸ 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.

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

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¹⁵⁴。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¹⁵⁵、自己に関する情報・データ取扱いの認識可能性¹⁵⁶、個人が影響を及ぼす機会の法的保障¹⁵⁷、監督機構・制度の保証¹⁵⁸の 4 つを挙げている¹⁵⁹。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、保障の具体的内実の決定について広範な裁量が認められている¹⁶⁰。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立っていることになる¹⁶¹。

(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

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で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.

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たんした原因の一つがあると言っている。Vgl. Albers (Anm. 31), Rn.75

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¹⁶²。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¹⁶³。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¹⁶⁴。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」¹⁶⁵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ーティ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）¹⁶⁶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

¹⁶² Albers (Anm. 31), Rn.70. このような 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。Vgl. Albers, a. a. O., Rn.72, m. Anm.282

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.

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

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点目として、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ができる。第1章で見たように、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。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たらすのか、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、実態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”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、参考になる議論として 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 : 人格発展の内面的構成要素

(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¹⁶⁷、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」¹⁶⁸

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意味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ろう¹⁶⁹。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

¹⁶⁷ 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るだろうが、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。

¹⁶⁸ Britz (Anm. 87), S.7f.

¹⁶⁹ このような自律と自由との関係から、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.

あるという¹⁷⁰。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“選びとられた”自己 (“gewähltes” Selbst) でなければならぬのだ¹⁷¹。

(b) 個人の自律と人格発展のコミュニケーション的性格

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。(…) ここにおいて、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」¹⁷²

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。現実はいむしろ反対であり、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て消極的に作用する要因である¹⁷³。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。他者のアイデンティティ期

¹⁷⁰ Vgl. Britz (Anm. 87), S.9

¹⁷¹ Vgl. A. a. O., S.10f.

¹⁷² A. a. O., S.12

¹⁷³ Vgl. A. a. O., S.12f.

待・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」¹⁷⁴

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¹⁷⁵。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くなる¹⁷⁶。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。

(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)」¹⁷⁷であるという。

「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

¹⁷⁴ A. a. O., S.13

¹⁷⁵ 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」の關係的・動態的理解について、s. a. Ladeur (Anm. 3), S.52

¹⁷⁶ Vgl. Britz (Anm. 87), S.14

¹⁷⁷ Vgl. Britz (Anm. 87), S.15. s. a. Rössler (Anm. 19), S.101f.

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」¹⁷⁸

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。個人が他者の抱い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)一度立ち止まって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¹⁷⁹。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するために必要なものなのである¹⁸⁰。

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。(…)一般的人格権の基本権保護はむしろ、(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」

181

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

¹⁷⁸ Britz (Anm. 87), S.15

¹⁷⁹ Vgl. a. a. O., S.29f.

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ Britz (Anm. 87), S.33

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、外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¹⁸²。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が可能となるような措置がとられるべきこととなる¹⁸³。

以上、人格の自由な発展における人格の内面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、一般的人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 はこのような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¹⁸⁴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、

¹⁸² S.a. a. a. O., S.16

¹⁸³ A. a. O., S.34

¹⁸⁴ A. a. O., S.39

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¹⁸⁵。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しないう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の証左として挙げられている¹⁸⁶。

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」¹⁸⁷

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、それ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（不当に）排除されてしまう¹⁸⁸。「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」¹⁸⁹。

(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

¹⁸⁵ Vgl. a. a. O., S.39

¹⁸⁶ Vgl. a. a. O., S.40ff.

¹⁸⁷ A. a. O., S.40

¹⁸⁸ Vgl. a. a. O., S.42f.

¹⁸⁹ A. a. O., S.43

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¹⁹⁰。そして、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、国家には他者の抱い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面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」¹⁹¹

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発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¹⁹²。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¹⁹³。

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¹⁹⁴。

¹⁹⁰ Vgl. a. a. O., S.45

¹⁹¹ A. a. O., S.46

¹⁹² Britzはこのように点に、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、山本龍彦准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。

¹⁹³ Vgl. Britz (Anm. 87), S.47

¹⁹⁴ Vgl. a. a. O., S.48f.

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（*Rahmenbedingungen*）に影響を及ぼすことができるにすぎない¹⁹⁵。

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、他者が抱い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¹⁹⁶。

(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い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。」¹⁹⁷

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

¹⁹⁵ 自己描写権が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.

¹⁹⁶ Vgl. a. a. O., S.49f.

¹⁹⁷ A. a. O., S.53

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¹⁹⁸。

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¹⁹⁹。

(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くりあげ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

¹⁹⁸ 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」を生じさせうる「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を——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。

¹⁹⁹ Vgl. Britz (Anm. 87), S.54

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²⁰¹。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²⁰²。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²⁰³。つまり、情報自己決定権をめぐる問題の複雑性の根本には、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²⁰⁴。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御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²⁰⁵、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²⁰⁶。

(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

²⁰⁰ A. a. O., S.61

²⁰¹ A. a. O., S.59f., 62f.

²⁰² Vgl. Bull (Anm. 49), RDV S.52, Ladeur (Anm. 3), S.49f.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ 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

²⁰⁵ 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。

²⁰⁶ 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.

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面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、ということができらう。

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発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²⁰⁷。

もつとも、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発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発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面的な自由の領域が、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」²⁰⁸

ここから Britz は、先に述べた自己描写の直接・間接的効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²⁰⁹。「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²¹⁰211。

²⁰⁷ Vgl. Albers (Anm. 6), Informationelle Selbstbestimmung, S.400ff.

²⁰⁸ Britz (Anm. 87), S.39

²⁰⁹ S. a. Luhmann (Anm. 119), S.133 (邦訳・100 頁参照)

²¹⁰ 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

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²¹²。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²¹³。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）であるというが²¹⁴、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²¹⁵。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²¹⁶。それらが強固なイメージ支配力を持ち、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、基本法上許される（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

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指定される「私」が社会的に構築されたものでないとは何故言えるのかは明らかでない。Vgl. Denninger (Anm. 180), 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考えるか、あるいは閉ざされたものと考えるかについて、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.

²¹¹ 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。

²¹² S. a. Britz (Anm. 87), S.33

²¹³ 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.

²¹⁴ Vgl. Britz (Anm. 87), S.83

²¹⁵ Vgl. Bull (Anm. 18), S.52

²¹⁶ 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. 180), S.47f., ders. Freiheit durch Sicherheit?, KJ 2002, S.473.

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²¹⁷218、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の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がたく、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²¹⁹。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よう。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²²⁰。

²¹⁷ 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。

²¹⁸ 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

²¹⁹ **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.

²²⁰ 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和ドイツ・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。

(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²²¹。

「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」²²²

国家による個人情報の取扱いによって生じう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²²³。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²²⁴。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と考え²²⁵。

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

²²¹ Vgl. Bull (Anm. 18), S.16f., ders. (Anm. 49), S.1619

²²² Bull (Anm. 18), S.65

²²³ Vgl. Bull (Anm. 18), S.69f., 82

²²⁴ 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.

²²⁵ Vgl. Bull (Anm. 18), S.64, ders. (Anm. 41), S.83.

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²²⁶。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²²⁷。Bull はこの積極的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ざしを遮ってしまう。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

²²⁶ Vgl. Bull (Anm. 18), S.9

²²⁷ Vgl. a. a. O., S.10

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」²²⁸

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²²⁹。Hesse の議論の要点は一つには、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て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²³⁰。

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、実際に保障されるどころのその「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。

もともと、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²³¹、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となる。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

²²⁸ Konrad Hesse, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in: ders. / Siegfried Reicke / Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung* (Tübingen, 1962), S.85f.

²²⁹ 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。

²³⁰ Vgl. Bull (Anm. 18), S.12

²³¹ Vgl. a. a. O., S.12

実の自由」の飽くなき追求は、結果として自由に対する巧緻を究めた客観法的な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ふのだ。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」²³²

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²³³。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²³⁴。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その真価を発揮するものなのである²³⁵。

²³² A. a. O., S.47, ders. (Anm. 41), S.91.

²³³ Vgl. Bull (Anm. 18), S.136. Bull は同じ箇所、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 Richterin Haas*, BVerfGE 115, S.374.

²³⁴ 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.

²³⁵ 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)。

(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²³⁶、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」²³⁷

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²³⁸。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 (Informationskultur) に従って判断されることになる²³⁹。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」²⁴⁰

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

²³⁶ Norbert Lammert, *Süddeutsche Zeitung* 20, 12, 2007

²³⁷ Bull (Anm. 49), RDV S.54

²³⁸ Vgl. Bull (Anm. 49), RDV, S.48ff.

²³⁹ Vgl. Bull (Anm. 18), S.6

²⁴⁰ Bull (Anm. 49), RDV S.54

いうことである²⁴¹。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²⁴²。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の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²⁴³。

(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。「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である²⁴⁴。つまり、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のである²⁴⁵。

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²⁴⁶。Bull によれば、むしろこのような法化による自

²⁴¹ Vgl. a. a. O., S.54

²⁴² Vgl. a. a. O., S.54

²⁴³ Vgl. Bull (Anm. 41), S.96.

²⁴⁴ Vgl. Bull (Anm. 18), S.123f.

²⁴⁵ Vgl. a. a. O., S.28f., 137.

²⁴⁶ 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。

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²⁴⁷。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るのみ確保することができる²⁴⁸。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²⁴⁹。また、そ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

²⁴⁷ 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.auf. (Walter de Gruyter, 1994), Rn.49ff.

²⁴⁸ 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。

²⁴⁹ 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

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²⁵⁰。しかしそうであるからといって、「法化」を否定すると、そ

²⁵⁰ 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。

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
ラドクスを提起しているのである。

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、本稿筆者は悲観的である。小山・前掲 146) 42 頁以下参照。

第4章 IT基本権に関する一考察

序

2008年2月27日、ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷は、基本法1条1項と連携した2条1項に由来する一般的人格権の特別な具象化(Ausprägung)として、「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)」を提示した。このオンライン判決(BVerfGE 120, 274)¹での連邦憲法裁判所によるこの“新しい”基本権の承認²は、メディアでは好評を博する一方³、学説においては冷静ないし懐疑的な見解も多く見られるところである⁴。本稿は、この“新しい”基本権を承認するに至った判決の論理、およびそれに対する学説の反応を整理し、その議論の構造を把握することで、情報自己決定権論を題材とするこれまでの議論とも接合しうる、基本権ないし基本法上の自由に対する基礎的な考察を試みるものである。さしあたり、本稿が検討する問いは以下のように整

¹ 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)・ラスター捜査・オンライン捜索(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、平松毅「憲法擁護庁によるインターネットへの侵入・捜索の違憲性」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 オンライン捜索に違憲判決」ジュリスト1359号66頁、Rosler Albrecht(鈴木秀美訳)「翻訳「オンライン捜索」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。

² IT基本権は一般的人格権の分化ないし具象化であって、“新しい”基本権であることを否定する見解も多い。Wolfgang Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S.1014, 1022, 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.77, Dieter Hömig, »Neues« Grundrecht, neue Fragen?, JURA 2009, S.207, Christoph Gusy, Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DuD 2009, S.6f., Martin Kutscha, Das “Computer-Grundrecht” – eine Erfolgsgeschichte?, DuD 2012, S.393.

³ Der Spiegel, 3.3.2008(<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-56047395.html>), FAZ 27.2.2008(<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/nach-dem-urteil-koalition-macht-bei-online-durchsuchungen-tempo-1514954.html>)

⁴ Kutscha (Anm. 2), S.391, Gerrit Manssen, Das “Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme”, in: Robert Uerpman-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht (LIT, 2009), S.61.

この点、学説からはおおむね好意的に迎え入れられた情報自己決定権とは対照的である。Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken–, DuD 2000, S.12, Wolfgang Hoffmann-Riem, Selbstbestimmung in der Informaionsgesellschaft, AöR 123 (1998), S.520. Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrecht, 2003, Rn.7. また、情報自己決定権が、国勢調査判決以前においてもすでに議論が行われていたのに対し (Vgl. BT-Drucksache 06/3826, Erhard Denninger, Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, ZRP 1981, S.231ff.)、IT基本権の登場が唐突なものであった点にも相違が見られる。

理される。①IT 基本権とはいかなる基本権か、②当該基本権の是非をめぐって、いかなる観点からどのような議論が展開されているか、③IT 基本権をめぐる議論は、これまで検討してきた情報自己決定権をめぐる議論といかなる関係にあるか、ひいては基本権論一般にとっていかなる意義を有しているか。

以下ではまず、本件の事案および判旨の概要を簡単に確認した後、本判決においていかなる理由からどのような基本権が導き出されたのかという点を中心に、IT 基本権に関する連邦憲法裁判所の判旨を詳細に見てゆく。次に、当該基本権はどのような特徴をもった権利であり、この権利の是非をめぐっていかなる議論がたたかわされているのか、という観点から学説の議論を整理する。そして最後に以上を踏まえた上で、当該基本権が基本権論一般にとっていかなる理論的意義を有しているのかを検討することにする。

1 判決の概要

(1) 事案

本件憲法異議事件における主たる違憲審査の対象は、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 文であり⁵、その中でも IT 基本権との関係で問題になったのは、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捜索⁷[Online-Durchsuchungen]）を定めた同文後段である⁸。

前段が技術的に定められた手段を用いた（auf dem dafür technisch vorgesehen Weg）インターネット・コミュニケーションの内容把握を想定しているのに対し、目標システムの脆弱性につけこみ、あるいはスパイ・プログラムのインストールを通じて情報技術システムへと侵入することで、当該システムの利用の監視、記憶媒体の調査、あるいは目標シス

⁵ 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。

⁶ NW 法を改正し、オンライン捜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

⁷ 本件措置が刑事訴訟法上の「捜査」に該当しないことから、「Durchsuchung」という用語が用いられていることに異議を唱える見解もみられる（Vgl. Martin Kutscha, Verdeckte “Online-Durchsuchung” und Unverletzlichkeit der Wohnung, NJW 2007, S.1169）。本稿ではそのような異論も考慮したうえで、「捜索」という訳語をあてることにする。

⁸ 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.

テムの遠隔操作を可能にする点に、後段による措置の特徴がある⁹。

連邦憲法裁判所の説明によると、このようなオンライン検索が必要とされる背景には、情報技術上の手段、とりわけインターネットを利用して犯行を計画・実施する過激な国際テロ集団に対して、古典的な手法を用いた捜査手法では実効的に対処できないという事情がある¹⁰。もっとも、オンライン検索も、上述した捜査の性格上、対象者がシステムのセキュリティを高水準で維持している場合には十分な実効性を期待することはできない¹¹。しかし他方で、一旦システムへの侵入が成功すれば、対象者に事前に警戒されることなく、継続的なインターネット・コミュニケーションの監視ないし古典的な捜査手法ではほとんど得ることの出来なかった認識を獲得することができるようになるといわれている¹²。

(2) 判断の概要

上記のようなオンライン検索を定める件の規定に対して、連邦憲法裁判所はどのような判断を下したか。ここでは、判決の概要を要約的にまとめてみよう。

連邦憲法裁判所は、情報技術システムへの秘密裏のアクセスを授権する NW 法第 5 条 2 項 11 号 1 文後段につき、情報技術システムの秘匿性と十全性に対する基本権としての特別の具象化において、一般的人格権の侵害を認めた。詳細はすぐ後で見てゆくことになるが、情報技術システムの発展・社会への浸透と、多数の国民が自己の人格発展につき同システムへと依存しているという実態に、連邦憲法裁判所は通信の秘密¹³（基本法 10 条）や住居

⁹ BVerfGE 120, S.276f. もっとも、「オンライン検索」と呼ばれ、これまで法律上の授権なく行われてきた同措置が、実際にどのような形で実施され、またどのような成果を上げてきたかはほとんど知られていないとされている (S.277)。Vgl. Thomas Böckenförde, *Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre*, JZ 2008, S.925

一般的に承認されたオンライン検索の定義は無いが、捜査機関によって直接に物理的アクセスすることの出来ない IT システムへの、コミュニケーション・ネットを通じた秘密裏のアクセスを可能にする技術的措置全体が問題となることについては、学説上広範な一致が見られる

(Robert Käß, *Die Befugnis zum verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme im bayerischen Polizeiaufgabengesetz*, BayVBl 2010, S.4, Julius Weyrauch, *Das Computergrundrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme*, in: Pascal Schumacher (Hrsg.), *digital constitution: impuls-papiere* (itm, 2011), S.4)。また、オンライン検索の技術的側面について論じるものとして、以下の文献がある。Markus Hansen / Andreas Pfitzmann, *Techniken der Online-Durchsuchung*, in: Fredrik Roggan (Hrsg.), *Online-Durchsuchungen* (BWV, 2008), S.131ff., Hannes Federrath, *Technische Aspekte des neuen Computergrundrechts*, in: *Das neue Computergrundrecht* (Anm.4), S.53ff.

¹⁰ BVerfGE 120, S.278. s.a. Federrath (Anm. 9), S.53

¹¹ このような実効性への疑念が、計画的なテロ活動について妥当することを指摘するものとして、Hansen/Pfitzmann (Anm. 9), S.142f.

¹² BVerfGE 120, S.278f., 319f. また、オンライン検索の導入によって、コミュニケーション自体の捕捉が不要になる点に長所を認めているものとして、Vgl. Hans Peter Bull, *Informationelle Selbstbestimmung*, 2.Aufl., Mohr Siebeck, 2011, S.90

¹³ 連邦憲法裁判所は、以下の理由から当該規定に対する基本法 10 条の適用を否定した。遠隔通信終了後に当事者の支配領域に保存された遠隔通信の内容および状況については、秘密裏のアクセスに対して、自ら保護措置を取りうる限りにおいて、基本法 10 条の保護は及ばない。また、

不可侵¹⁴（同 13 条）、および他の一般的人格権由来の基本権¹⁵では十分に対応することのできない人格に対する危険を見出し¹⁶、同システム自体の秘匿性および十全性を対象とする独自の基本権保障を提示した。

もっとも、本件においてその適用が肯定された IT 基本権も無制限に通用するわけではなく、個人は憲法適合的な法律上の根拠に由来する権利制限を受忍しなければならない¹⁷。しかし、本件規定については、規範明確性（G10 法¹⁸の要件がかかる場面が不明確¹⁹）、比例

国家機関が情報技術システムそれ自体を監視し、あるいはシステムの記憶媒体を調べる場合にも、基本法 10 条の保護は及ばない。情報技術システムへの侵入によって引き起こされる危険は、単なる進行中のコミュニケーションの監視と結びついたそれをはるかに超えている（Vgl. BVerfGE 120, S.307ff.）。

郵送・通信中の第三者による干渉に対する脆弱性を、基本法 10 条によって対処すべき固有のリスクと解して、通信終了後の 10 条不適用を支持する議論として、Matthias Bäcker, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Berlin, 2009), S.103, m. Anm.9, s.a. Moritz Tremmel, Die Entwicklung "neuer" Grundrechte durch das BVerfG (Creative Commons, 2010), S.17.

なお、プロバイダのサーバに保存されているメールにも通信の自由の保護が及ぶことを明らかにした判例として、Vgl. BVerfGE 124, S.56

¹⁴ 前註と同様に連邦憲法裁判所は、住居不可侵の保護利益は私生活が開示される領域圏であり、介入が場所と無関係に生じる場合には、領域保護を志向する基本権では情報技術システムがもつ特別な危険を防御することができないとして、13 条の適用を否定している（Vgl. BVerfGE 120, S.309ff.）。

本判決が下される前には、住居不可侵の適用の可否が議論の中心であった（Böckenförde (Anm. 9), S.926, Hans Kudlich, Enge Gesseln für »Landes- und Bundestrojaner« - Anforderungen an die Zulässigkeit einer (sicherheitsrechtlichen) Online-Durchsuchung, JA 2008, S.476, Michael Heise, Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme?, RuP 2009, S.94）。大盗聴判決（BVerfGE 109, 279）以来、基本法 13 条の保護範囲について連邦憲法裁判所が領域志向的な発想から行為保護へと転換したとの理解を前提に、本件での 13 条適用を主張する見解も見られた（Vgl. Johannes Rux, Ausforschung privater Rechner durch Polizei- und Sicherheitsbehörden, JZ 2007, S.292, Gerrit Hornung, Erwiderung, JZ 2007, S.828ff.）。本判決が基本法 13 条不適用の立場に立ったことについては、領域志向への再転換などとして支持する見解が多いが（Oliver Lepsius, Das Computer-Grundrecht, in: Online-Durchsuchungen (Anm. 9), S.25, Böckenförde (Anm. 9), S.926, Hömig (Anm. 2), S.208）、懐疑的な見解も少なくない（Vgl. Kudlich, a. a. O., S.478, Michael Sachs u. Thomas Krings, Das neue "Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme", JuS 2008, S.483, Gerrit Hornung, Ein neues Grundrecht, CR 2008, S.301）。

¹⁵ 連邦憲法裁判所は、私的領域保護は個人に領域的かつ主題的に特定された、望まない覗き込みから原則として自由であるべき領域を保障するが、情報技術システムの要保護性は、私的領域に属すべきデータのみ限定されないとして、私的領域保護の本件への適用を否定している

（Vgl. BVerfGE 120, S.311）。私的領域はデータの内容によって限界づけられるわけではないとして批判的な見解として、Vgl. Böckenförde (Anm. 9), S.938f.

¹⁶ 学説ではこれらの基本権のほかに、オンラインでのアクセスによって情報技術システムないしその機能性への損害が所有権（基本法 14 条 1 項）の問題として議論されなかったことを批判する見解が見られる。Vgl. Manssen (Anm. 4), S.65f., Uwe Volkmann, Anmerkung, DVDI 2008, S.592

¹⁷ BVerfGE 120, S.315

¹⁸ G10 法の概要については、さしあたり渡邊斉志「信書、郵便及び電信電話の秘密の制限のため

原則（重大な介入に対して、保護法益の重大性や危険の事実に根拠を要件として定める介入閾値、および独立かつ中立的な機関による事前審査を求める手続保障の双方が欠けていることを理由とする狭義の比例性違反²⁰）、私的生活形成の核心領域保護（当該保護のために必要な事前／事後の二段階措置の欠如²¹）といった各要請を充たしていないことを理由に、違憲無効と判断された。

以上で、オンライン判決の概要を確認した。本判決で承認された IT 基本権については、その保護範囲の射程や私人間への作用²²が不明確であることなど、なお多くの問題が未解決のまま積み残されている²³。しかし以下では、IT 基本権承認がもつ基本権理論上の意義、という本稿の関心について考察するための準備作業という限定のもと、一般的人格権から IT 基本権を導出するに至るまでの憲法裁判所の議論を、判決文を参照しながら少し詳しく見てゆくことにしよう。

2 IT 基本権承認に至る判旨の整理

(1) 情報技術システムの人格上の意義

まず連邦憲法裁判所は一般的人格権が、列挙された個別基本権では適切に対処できない新しい人格に対する危険に対して、その危険の内実即ち基本権保障を提供する権利であることを確認したうえで²⁴、情報技術システムの発展と、それがもつ人格にとっての意義

の法律（基本法第 10 条に関する法律-G10）」外国の立法 217 号（2003 年）115 頁以下参照

¹⁹ BVerfGE 120, S.315ff.

²⁰ BVerfGE 120, S.318ff., insb. S.321ff.

²¹ BVerfGE 120, S.335ff. 連邦憲法裁判所による核心領域保護における二段階モデルに対しては、学説からは賛否両説みられる。肯定的な見解としては、Vgl. Ralf Poscher, Menschenwürde und Kernbereichsschutz, JZ 2009, S.269ff., Hömig (Anm. 2), S.212f., Böckenförde (Anm. 9), S.932, Martin Eifert, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NVwZ 2008, S.522f.,.. 当該モデルを、核心領域保護を相対化するものと捉える見解として、Vgl. Hornung (Anm. 14), S.304f., Volkmann (Anm. 16), S.593, Martin Kutscha, Neue Chancen für die digitale Privatsphäre?, in: Online-Durchsuchungen (Anm. 9), S.164ff. ders., Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2008, S.1044, Sachs/Krings (Anm. 14), S.485f. 判例に則りながら、核心領域保護の可能性をあくまで第一段階の審査の充実に求める見解として、Maximilian Warntjen, Der Kernbereichsschutz, in: Online-Durchsuchungen (Anm. 9), S.57ff. この問題を取り上げる邦語文献として、實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」長崎県立大学研究紀要第 13 号（2012 年）29 頁以下、特に 31 頁以下参照。

²² IT 基本権の私人間適用について比較的詳細に論じるものとして、Matthias Bäcker, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), S. 91ff., Alexander Roßnagel und Christoph Schnabel, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, NJW 2008, S.3534ff., Anika D. Luch, Das neue "IT-Grundrecht" Grundbedingung einer "Online-Handlungsfreiheit", MMR 2011, S.78f., Kutscha (Anm. 2), S.393f., Petri (Anm. 6), S.446f.

²³ Heise (Anm. 14), S.98

²⁴ BVerfGE 120, S.303. 一般的人格権のこのような性格については、BVerfGE 120, S.303, Rn.169 で引用されている諸判決を参照。また、Vgl. Dietrich Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2011, Art.2 Rn.64ff., Walter Schmitt Glaeser, Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2.Aufl. (Mohr Siebeck, 2012), S.59f.

について以下のように述べている。

「情報技術の利用は、個人の人格および発展にとって以前には見通すことができなかつたほどの意義を獲得した。現代の情報技術は、個人に諸々の新たな可能性を開いているが、しかし人格に対する新たな種類の危険をも基礎づけている。

近時の情報技術の発達によって、諸々の情報技術が偏在しその利用は多くの市民の生活の営み（*Lebensführung*）にとって中心的な意義を持つに至っている。

さしあたりこのことは、この間に、明らかに連邦共和国において多数の人が利用するようになったパソコンにも当てはまる。その種の計算機の性能は、その主記憶装置やそれと結合した記憶媒体の容量と同様に向上してきた。今日のパソコンは、多数の人々が様々な目的のために利用することができるものである（…）。それに応じて、人格発展にとってのパソコンの意義は著しく高まった。

個人の生活設計にとっての情報技術の重要性は、パソコンの広範な普及と性能とに尽きるものではない。それに加えて、住民の大部分が日常的に関わりある無数の事柄が、情報技術的な諸要素を含んでいる（…）」²⁵

インターネットが、テレビや映画の視聴、読書、遠隔通信を始めとするこれまでのメディアが提供していたサービスをすべて含んでいることを想起すれば明らかなように、情報技術は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²⁶。いまや「多くの」または「大部分の」人々にとって、コンピュータやネットワークは各人の人格の発展のために（あるいは日常の生活において）不可欠のものとなっているのである²⁷。そして、この傾向は、諸システムのネットワーク化を通じたシステムの機能向上、拡大によって更に顕著なものとなる²⁸。このように、現代において多くの人々は、高性能の情報技術システムを「通じて」自己の人格を発展させている訳だが、そのような事態は同時に人格発展にとってネガティブな面をも持ち合わせている。狭義の比例性判断における基本権への介入の重大性に関する叙述も含めて、情報技術システムと人格に対する危険との関係をめぐる連邦憲法裁判所の論旨をまとめてみよう。

(i) 人格の推論・萎縮効果

パソコンのような複雑な情報技術システムは、利用者に多様な利用可能性を開いている

²⁵ BVerfGE 120, S.303f.

²⁶ Vgl. Martina Schlögel, Das Bundesverfassungsgericht, die informationelle Selbstbestimmung und das Web 2.0, ZfP 59. Jg. 1/2012, S.90

²⁷ Vgl. Gusy (Anm. 2), S.34, Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 134 (2009), S.515f. これに対して、情報技術システムの普及から、当該システムの人格関連性を導出する方向へと議論が運ばれることに批判的な見解として、Vgl. Volkmann (Anm. 16), S.592.

²⁸ Vgl. BVerfGE 120, S.304

反面、意識的か無意識的かを問わず膨大なデータの作成・処理・保存といったデータ処理過程と不可分に結びついている。そのため、第三者はこのようなデータ処理過程へのアクセスを通じて、利用者の行動や人間関係などに関連する大量のデータをシステムの記憶装置等から入手し、これらのデータを収集・分析することで利用者のプロフィールを形成することができるようになり、ひいては利用者の人格を推知することが可能になる²⁹。

さらに、連邦憲法裁判所はこのような捜査の実施によって生じうる委縮効果について述べている。

「当事者の第三者とのコミュニケーションについて情報を与えるデータが収集される限り、基本権介入の強度は、——公共の福祉にもあたる——市民が監視されずに遠隔コミュニケーションに参与する可能性が制限されることによって更に高まる（…）。監視に対する恐れは、たとえそれが事後に行われるものであっても、思いのままに個々のコミュニケーションを行うこと（*unbefangene Individualkommunikation*）を妨げうるので、そのようなデータの収集は市民の自由を間接的に侵害する。加えてそのようなデータ収集は、第三者が目標となる人と一緒に、その種の介入に対する要件があるか否かを問題とすることなく、必然的に含まれる限りにおいて、介入の重大性を高める相当広範囲での面的網羅性（*Streubreite*）を示している（…）」³⁰

上記引用箇所から、コミュニケーションに関するデータが無条件に収集の対象とされることで、捜査対象者以外の第三者も含めた広範な諸個人に対して遠隔コミュニケーションを行うことへの委縮効果が生じることが懸念されていることが分かる。つまりここで介入の重大性ひいては人格への危険を基礎づけているのは、監視を意識することによって諸個人の“自由”な人格の発展が妨げられる事態である。

（ii）ネットワーク化に由来する諸問題

上記の諸問題は、情報技術システムのネットワーク化によって、より一層深刻なものとなる。その一つとしてまず、情報技術システムが、ネットワーク化を通じてその利用可能性を拡大することによって、大量かつ多様なデータが処理されることになり、それによって利用者の人格に対する更なる認識が可能になることが挙げられる³¹。他方、システムのネットワーク化は、第三者による探察（*ausspähen*）または操作に利用されるおそれのある技術的なアクセス可能性を生じさせる。当事者はそのようなアクセスを認識することができ

²⁹ Vgl. BVerfGE 120, S.305, 322f.. 人格プロフィール形成による人格への危険については、Vgl. BVerfGE 65, S.42, krit. Gabriele Britz, *Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*, DÖV 2008, S.413, Ilmer Dammann, *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung* (Duncker & Humblot, 2011), S.151ff.

³⁰ BVerfGE 120, S.323

³¹ 裏返せば、インターネットを介したオンライン検索によって獲得されるデータ自体は、インターネットの利用と必ずしも結びついていない。Vgl. Eifert (Anm. 21), S.521

ず、また仮に認識することができたとしても情報技術システムがもつ高度の複雑性や自己防衛のために必要なコストの高さを考えると、このようなアクセスに対して個人に実効的な自己防衛措置をとることや法的手段をもって対処することを求めることはできない³²。

(iii) 情報技術システムの十全性

さらに連邦憲法裁判所によれば、基本権への介入の重大性を根拠づけるのは個人関連データの収集・分析に限られない。介入の重大性はアクセスの対象たる計算機を外部からの干渉から守る十全性（この概念の詳細については後述）の観点からも根拠づけられる。

「(…) アクセス自体がすでに計算機への損害を引き起こすということを、排除することはできない。(……) アクセスする機関や、場合によってはアクセス・プログラムを濫用する第三者も、アクセスの対象である計算機への侵入に基づき、過ってあるいはそれどころか意図的な操作によって、データ・ストックを消去・変更ないし新たに作成することができる。このことは、捜査との関係があろうがなかろうが、さまざまな形で当事者に損害を与えうる。

使用される情報技術次第では、侵入は国家による措置の適切性を審査する中で一緒に考慮されるべき、さらなる損害をも引き起こしうる。例えば、侵入のためのソフトウェアが有用なプログラムと勘違いされる形で当事者に交付される場合、その当事者がこのプログラムを第三者に転送し、結果的にその者のシステムも同様に損害を被るということも排除することができない。侵入のために、未だ知られていないオペレーティング・システムの安全性の不備が利用される場合、これはアクセスの成功（に関する公共の利益——引用者）と、可能な限り高度な情報技術の安全性に関する公共の利益との間での目標の衝突（Zielkonflikt）を引き起こしうる。その結果、捜査官庁が例えば、他の諸機関に対してそのような安全性の不備を埋めるよう促すことを控え、それどころかその不備が知られることのないように積極的に努める危険が生じることになる。そのことによって目標の衝突は、国家は情報技術の可能な限り高度の安全性に尽力するものである、という国民の信頼を侵害するだろう」³³

上記引用箇所から、公権力による情報技術システムへの侵入それ自体が、当事者ないし第三者へと損害を及ぼしうるものとして重大視されていることが分かるだろう。ここでは計算機への侵入後に行われるデータ・ストックの改変や、侵入プログラムの第三者への感

³² Vgl. BVerfGE 120, S.305f., 324f., s.a. Hoffmann-Reim (Anm. 2), S.1012f., 1017f. 基本法上の自由の保護は、マニアやハッカーといった、情報技術システムの利用における危険を意識し、かつ技術的にも精通した一部の者のみを対象としているわけではないと述べるものとして、Vgl. Hoffmann-Riem, a.a.O., S.1016., Christoph Worms, Das Internet und die Grundrechte, RuP 2009, S.141

³³ BVerfGE 120, S.325f. s.a. Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012

染が、十全性保障を根拠づける損害として挙げられている。また学説においても、問題のプログラムの情報技術システムへの侵入とその後生じるおそれのある同システムの操作によって、当事者に関する虚偽の情報や人格像が流出することになり、それらの情報・人格像が自身に対する諸々の決定の基礎とされるような事態、あるいは流通する虚偽の情報や人格像のために自己イメージに基づく人格の発展が抑圧されるような事態³⁴へとつながりうること、さらには当該システムを通じて第三者の情報技術システムにも被害が及ぶといった事態が生じうることなどが、情報技術システムの十全性に独自の要保護性を認める具体的根拠として説明されている³⁵。もちろん誤ったデータ・情報の流通自体は何も情報技術システムに限った話ではない³⁶。しかし、当該システムがもつ高度の情報処理能力に鑑みれば、流出する情報・人格像は質・量ともに膨大なものになる。また、すでに述べたように現代社会における諸活動が情報技術システムに強く依存していることを考慮すれば、システムの機能障害によって生じる弊害も、他とは比較にならないほど大きい。このような懸念のもと公権力による情報技術システムの安全性への配慮は、公共の利害にかかわる重大な問題の一つとして考えられるようになる。つまり、諸個人の抱く情報技術システムの安全性への信頼が、基本法上正当な信頼として保障されており、そうであるがゆえに当該システムの安全性を動揺させるようなアクセス自体に介入の重大性が認められているのである。

IT 基本権の導出に関するここまでの議論をここで整理しておこう。情報技術システムの発達・浸透に伴い、個々人がその人格発展に際して情報技術システムの機能に依存するようになる一方で、そこで必然的に生じる大量の個人関連データの処理と情報技術システムのネットワーク化を通じて、自己の行動・特徴について広範に推知される危険が生じる。他方、求められる技術の高度さゆえに、このような事態に対して、独力でもって実効的に対処することができる者は限られている。このような背景の下で連邦憲法裁判所が懸念しているのは、個人の人格発展に必要な情報技術システムのプログラムの作動の遅れや誤り、あるいは長期にわたる継続的な監視・データ収集にさらされることによって生じる広範なプロフィール形成やコミュニケーションへの委縮効果によって、望ましい個人の人格発展が抑圧されるような事態である³⁷。そして、情報技術システムが基本法上の保護の対象とされることも、連邦憲法裁判所が抱くこのような懸念によって根拠づけられる。すなわち、多くの人間にとって情報技術システムの利用は人格発展にとって不可欠のものとなり、また個人が妨げられることなく自己の人格を現実に発展させていくことができるかどうか、

³⁴ これらの事態の危険性について説明するものとして、Vgl. Marion Albers, *Informationelle Selbstbestimmung (Nomos Baden-Baden, 2005)*, S.119f., Gabriele Britz, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung (Mohr Siebeck, 2007)*, S.52f.

³⁵ Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1017, s. a. ders. (Anm. 27), S.530f.

³⁶ Vgl. Albers (Anm. 34), S.119

³⁷ Vgl. Matthias Bäcker, *Das IT-Grundrecht*, in: *Das neue Computergrundrecht (Anm. 4)*, S.8. 人格発展のために不可欠な情報技術システムへの信頼が、社会・経済的な関心事であることを強調するものとして、Vgl. Bäcker, a.a.O., S.9, Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.535

情報技術システムの秘匿性・十全性が公権力によって尊重されるかどうかにかんして決定的に依存するようになる中で、基本法は、諸個人の人格発展を実効的に保障するために、これらの者が情報技術システムの秘匿性・十全性の保障に対して抱く期待を、正当な期待として尊重することを、公権力に対して要請しているものと考えられるようになったのである³⁸³⁹。

(2) IT 基本権の適用範囲

以上で、情報技術システムの発達を背景とした基本法上対処すべき事態をめぐる連邦憲法裁判所による説明を簡単に整理した。しかし何故にこのような事態に対して、既存の基本権ではなく、一般的人格権由来の“新しい”基本権を以て対処しなければならないのか。連邦憲法裁判所は通信の秘密（基本法 10 条）、住居不可侵（同 13 条）、私的領域の保護（一般的人格権）といった基本権が保護を提供しない、あるいは十分な（hinreichend）保護を提供しない旨を説明しているが、以下では、学説からの批判がとりわけ大きかった情報自己決定権について論じている箇所を見てゆくことにしよう。

(a) 情報自己決定権との関係

周知のように、連邦憲法裁判所は 1983 年の国勢調査判決（BVerfGE 65, 1）⁴⁰において「自己の個人データの開示・利用について原則的に自分で決定する」権利⁴¹と定義される情報自己決定権を一般的人格権由来の基本権として承認した。その後この基本権は、「自由と安全」という表題のもと、具体的な不利益措置に至る以前の公権力の個人関連データ取扱いに対する規範的統制という文脈の中で、判例・学説において一定の存在感を獲得した⁴²。本件事案においても、公権力によるオンライン検索によって個人関連データの収集・利用が行われるのであれば、当然情報自己決定権の問題として構成される余地があるはずである⁴³。それにもかかわらず、なぜ連邦憲法裁判所は情報自己決定権ではなく、“新しい”基

³⁸ Vgl. BVerfGE 120, S.306f., Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012, Gabriele Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, S.588ff., Bull (Anm. 2), S.79

³⁹ 本件は、公権力によるシステムへの外からの介入の可否が争われた事案であったために直接問題にならなかったが、情報技術システムに関する国家の保護義務ないし保障責任を強調する見解として、Dirk Heckmann, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit, in: Helmut Rübmann (Hrsg.), FS für Gerhard Käfer (juris GmbH Saarbrücken, 2009), S.129ff., Hansen/Pfitzmann (Anm. 9), S.148ff., Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1019, Gusy (Anm. 2), S.37, ders., in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Band 1, 6. Aufl., 2010, Art.10 Rn44a, Geert Mackenroth, Der Rechtsstaat in der Zwickmühle, Nomos, 2011, S.32, Bull (Anm. 2), S.79. また、オンライン判決における IT 基本権の適用も、その実態は保護請求権の主観化であったとする見解もある。Vgl. Luch (Anm. 22), S.75

⁴⁰ 第 1 章参照。

⁴¹ BVerfGE 120, S.312; 65, S.43

⁴² Vgl. BVerfGE 115, 320, Bull (Anm. 12), S.1ff. また、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013 年）329 頁以下参照

⁴³ Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.30

本権の問題として本件を扱ったのか。この点に関して連邦憲法裁判所は以下のように述べている。

「それではやはり情報自己決定権は、個人がその人格発展のために情報技術システムを頼りにし、その際にシステムに個人データを委ねるか、あるいはシステムを利用する時点で必然的に個人データを提供することから生じる人格に対する危険を、完全には考慮に入れていない。そのようなシステムにアクセスする第三者は、他の諸々のデータ収集・処理の措置に頼ることなく、潜在的に非常に広範かつ言明力のあるデータ・ストック (äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand) を手に入れることができる。そのようなアクセスは、当事者の人格に対する重大性において、情報自己決定権が阻止するところの個別のデータ収集をはるかに超えている⁴⁴⁾」

情報技術システムが、それが個人に関係する広範かつ大量のデータを処理することから、その利用次第で人格への重大な危険を惹起しうることが懸念される一方で、当該システムが現代における多くの人々にとって、その人格発展のために不可欠なものになっているという、連邦憲法裁判所の現状認識についてはすでに述べた。問題は、このような情報技術システムがもつこの人格に対する両義性が、情報自己決定権と区別される IT 基本権の適用と、どのように結びついているかということである。このような関心から上記引用箇所を見ると、IT 基本権の適用を根拠づける要因として、情報技術システムが大量の個人関連データを集積している点に着目していることが分かるだろう。すなわち、個人の人格発展が情報技術システムの利用に深く依存しており、かつ情報技術システム自体が高性能のデータ処理システムであることの必然的な帰結として、同システムには、個々のデータ収集・処理を介さなくても個人の人格に関連する膨大なデータが集積されることになる。そのため、情報技術システムへアクセスすることによって得られる人格関連情報は、個別データの収集によって得られるそれを、質・量ともに大きく上回っているものと、ここでは考えられているのである。

このように連邦憲法裁判所は、情報技術システムへのアクセスという特定の個人関連データ処理に対して、他の個人関連データ処理と同列に扱うことのできない特別な（人格に対する）危険を認めている。そしてそうであるがゆえに、個別のデータ取扱いに焦点を置いた情報自己決定権論では、情報技術システムが（基本法上の）人格に対してもつ特別な危険を適切に考慮することができないと考えた、とさしあたり理解することができるだろう。

もつとも、情報自己決定権と IT 基本権との関係に関する判旨の理解は、学説の間でも一様ではない。以下では、学説における判例に対する批判・再批判の議論の展開を見ていくことで、情報自己決定権と区別される IT 基本権独自の基本法上の意義について確認するこ

⁴⁴⁾ BVerfGE 120, S.312f.

とにしよう。

(aa) IT 基本権承認に対する批判

連邦憲法裁判所による IT 基本権の承認に対する批判の根拠は、概ね以下のように整理することができる。

IT 基本権承認の根拠とされている、公権力による広範かつ深刻なデータ・ストック収集の危険性については、情報自己決定権をめぐってすでに同様の議論が行われている⁴⁵。連邦憲法裁判所は IT 基本権を導出する過程で、情報技術システムへのアクセスに、単なる個々のデータ収集 (einzelne Datenerhebungen) を超える人格上の意義を認めているが、公権力が情報技術の進展を背景に大量の個人関連データを収集・結合することで、人格プロフィールの形成に至る広範な個人情報を獲得することの危険性については、確かに国勢調査判決でも述べられているところである⁴⁶。また、既存の情報自己決定権に関する他の連邦憲法裁判所の判決を見るに⁴⁷、その判断は個人関連データの収集・アクセスにとどまらず、収集データの利用・処分をも視野に入れていることから、そこでは情報自己決定権について、個別のデータ収集・アクセスを超えた広範な保護範囲が前提とされていることが分かる⁴⁸。以上から、連邦憲法裁判所による IT 基本権の導出は、情報自己決定権の射程を不当に限定するものであり、情報自己決定権とは区別される IT 基本権を導出することはできない。

また、連邦憲法裁判所が判決の中で強調している人格に対する危険は介入の強度に関するものであり、ここから情報自己決定権の保護の欠缺を導き出すことはできない⁴⁹。情報技術システムへのアクセスが個人関連データの収集を伴うものである限り、当該アクセスは情報自己決定権の射程内である。そして当該アクセスに連邦憲法裁判所が懸念するような人格に対する危険が認められるとしても、これは新しい基本権ではなく、情報自己決定権の枠組みの中で比例性審査の要請を高め、あるいは裁判官留保等の手続保障を求めることで対処することができるはずである⁵⁰。このような対処を怠った、連邦憲法裁判所による新しい基本権の承認は、情報自己決定権の意義を切り詰め、弱体化させるものである^{51,52}。

⁴⁵ Lepsius (Anm. 14), S.29f., Manssen (Anm. 4), S.70, Heise (Anm. 14), S.98, Britz (Anm. 29), S.413, Elke Gurlit, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, S.1037

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 65, S.42

⁴⁷ BVerfGE 115, S.187f.; 115, S.343f.; 118, S.183f.

⁴⁸ Bull (Anm.2), S.80

⁴⁹ Britz (Anm. 29), S.413, Eifert (Anm. 21), S.521f., Heise (Anm. 14), S.98, Hans-Heinrich Trute, Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts, DV 42 (2009), S.88 Anm.20

⁵⁰ Vgl. Sachs/Krings (Anm. 14), S.483f., Hornung (Anm. 14), S.301f.

⁵¹ Britz (Anm. 29), S.413, Lepsius (Anm. 14), S.31, Volkmann (Anm. 16), S.591.

もともと本判決後一ヶ月足らずで連邦憲法裁判所第一法廷は、自動車ナンバー自動識別措置を定めるラント法を、情報自己決定権侵害を理由に違憲無効と判断している。Vgl. BVerfGE 120, 378. この判決については第 2 章を参照。

⁵² 他にも、情報技術システムへのアクセスに、連邦憲法裁判所のこのような人格に対する重大な危険が認められるとしても、アクセス後のデータ処理にもなお IT 基本権との関連性が認めら

(bb) 批判に対する再反論

上述の批判に対して、連邦憲法裁判所による IT 基本権の承認を擁護する見解は、以下の 2 点から再反論を行っている。

まず、情報技術システムへのアクセスによって生じる人格に対する危険は、個別のデータの取扱いにおける危険への単なるプラス・アルファではなく、それとは区別される独自の危険である。本判決で連邦憲法裁判所が強調しているのは、個々の人格発展が情報技術システムに依存し、かつそれが人格への危険をも基礎づけているという事態であり、この事態を基本権保障の問題として捉えるためには、個別のデータおよび当該データの取扱い措置ではなく⁵³、個人の人格発展と密接に関連する当該情報技術システムの信頼性を視野に入れる必要があるということである⁵⁴。言い換えれば、このような情報技術システムと人格との関係を考慮しないまま個別データ処理を論じても、事柄の性質に応じて基本権保障を論じることはできないのである⁵⁵。そして、当該システム保障への介入に求められる基本法

れるとは必ずしも言えないという指摘も見られる。Vgl. 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.68b

⁵³ Bäcker は、判決中の「個々のデータ収集 (einzelne Datenerhebung)」という言い回しは、情報自己決定権がデータや情報が特定の連関において利用されることによって生じる人格への危険に対して、個別に対処する権利であることを述べているのであって、批判的な見解が前提としているような、情報自己決定権の対象がデータの収集行為へ限定されるという趣旨に解すべきではないと主張している。Vgl. Bäcker (Anm. 13), S.122 m. Anm.101

⁵⁴ Bäcker (Anm. 13), S.123. さらに Bäcker は、IT 基本権不要論は、実際には違憲判断の際に IT 基本権を裏口から招き入れているはずであるとして、不要論に対して再反論を加えている。Vgl. Bäcker, a.a.O., S.124. データ取扱いを本人が認識することは困難であることを強調して、自己関連データの処分権を中核とする自己決定志向の限界とシステム保護の必要性を説くものとして、Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012f., 1017f.

また、電子的遠隔コミュニケーションの領域においては、情報自己決定権は情報システムの十全性・秘匿性の結果であるとするものとして、Gusy (Anm. 2), S.39, s.a. Luch (Anm. 22), S.76. IT 基本権に懐疑的な Britz も、IT 基本権が情報技術システムに対する信頼期待

(Vertraulichkeitserwartung) の正当性を保障するものであるのに対して、情報自己決定権は特定の信頼期待それ自体を根拠づけるものではなく、当該信頼期待を前提としたうえで保護の段階で、信頼期待と結びついた、データに関する個人の決定権限を保護するものであるとして両者を区別している (Vgl. Britz (Anm. 38), S.590. これとは別に、情報取扱いの際の、その都度の文脈における正当な期待の保護という観点から、むしろ情報自己決定権論と IT 基本権論の同型性を指摘するものとして、Vgl. Marion Albers, Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl 2010, S.1068, dies. (Anm. 52), Rn.68c

また、コミュニケーション・インフラに対する信頼を基本権保障の対象とすることについて学説が鈍感であることを非難するものとして、Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1018f.

⁵⁵ IT 基本権に好意的な論者は、本判決をそもそも情報自己決定権の保護範囲を限定したものと理解せず、いずれの基本権の方が情報技術システムをめぐる人格に対する危険という事態を適切に考慮できるか否か、という観点から IT 基本権の必要性を説明している。Vgl. Bäcker (Anm. 37), S.10, ders. (Anm. 13), S.132, Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1016, 1018f., Böckenförde (Anm. 9), S.927f., Hanno Kube, Persönlichkeitsrecht, in: Isensee u. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VII (C. F. Müller, 2009), Rn.70, Hömig (Anm. 2), S.209, 210. krit.

上の要請は、あくまで当該介入に伴う独自の人格上の危険に即して精緻化されたものであり、情報自己決定権のもとで課せられる基本法上の要請とは異なるものである⁵⁶。またこのように審査手法を個別領域ごとに特化していくことは、過度な射程の広範さゆえに精緻な議論を行うことが難しい情報自己決定権の負担の軽減や⁵⁷、独自性の強化にもつながることが期待される⁵⁸。

続いて第二の再反論として、情報技術システムの十全性保障がもつ独自性が挙げられる。個々人が人格発展のために依存している情報技術システムの十全性に対する侵害は、当該システムの遠隔操作を典型例として、データ収集等の個別のデータ処理と直接の関わりなく生じうると考えられるため、情報自己決定権への介入が無くとも問題となりうる⁵⁹。

以上より、連邦憲法裁判所による IT 基本権承認をめぐる学説内部での見解の相違は、一つには情報技術システムという特定のシステムに対して、基本権保障における独自の人格

Manssen (Anm. 4), S.64f. m. Anm.26

もっとも、本判決後に連邦憲法裁判所第二法廷で下された判決では、基本法 10 条の適用を理由に IT 基本権の適用が否定されている。Vgl. BVerfGE 124, S.57. オンライン判決の時点ですでに、IT 基本権を補充的な基本権と理解していた見解も少なくない。Vgl. Britz (Anm. 29), S.414, Eifert (Anm. 21), S.522, Petri (Anm. 6), S.444, Volkmann (Anm. 16), S.591

⁵⁶ 保護範囲の細分化や精確な広義の比例性審査が可能になると主張する見解として、Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1018f., Böckenförde (Anm. 9), S.928. また、IT 基本権への介入に対して特別な要件が課される点を好意的に評価する見解も多い (Vgl. Bäcker (Anm. 37), S.25, ders., IT-Grundrecht – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven (LDI NRW, 2010), S.13)。もっとも、IT 基本権の制限に対して課される要請は開かれており、本件において厳格な審査が行われたのも、本件オンライン検索が重大な介入と評価されたことによるとも考えられることから (Bäcker, a.a.O., S.12f., s.a. Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1019f.)、IT 基本権導入によってより手厚い基本権保障が可能になったとの認識に対しては、批判的ないし懐疑的な見解もみられる。Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.30f., Böckenförde (Anm. 9), S.931, Volkmann (Anm. 16), S.592, Manssen (Anm. 4), S.66. また、そもそもオンライン判決においても、IT 基本権に対する制約は割合広く認められているという指摘もある。Vgl. Bull (Anm.2), S.73.

⁵⁷ 情報自己決定権もそれほど確固たる保障を提供していたわけではないという指摘もある。

Bernhard W. Wegener u. Sven Muth, Das »neue Grundrecht« auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JURA 2010, S.848.

⁵⁸ Bäcker (Anm. 13), S.124, ders. (Anm. 56), S.6, Mark Deiters u. Anna Helena Albrecht, Anmerkung, ZJS 2008, S.323f. オンライン判決を情報自己決定権の客観法的側面の強化と解して好意的な見解として、Karl-Heinz Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung : Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S.55. これに対して、情報自己決定権論の精緻化を図るべきであったとして批判的な見解として、Vgl. Britz (Anm. 29), S.413f.

⁵⁹ 十全性に対する侵害が個人関連データの取扱いとは独立に行われうる点に着目して、IT 基本権の独自の意義を強調する見解として、Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1016, Bäcker (Anm. 13), S.125, Hornung (Anm. 14), S.302, 303, Käß (Anm. 9), S.4, Luch (Anm. 22), S.75, 78, Murswiek (Anm. 24), Rn.73c

これに対して、十全性の保障に秘匿性と区別される独自の意義を認めることに否定的な見解も見られる。IT 基本権保護の対象となる情報技術システムが大量の個人関連データを処理するものに限定されていることを根拠に、十全性の保障が個人関連データ保護の意味に限定されると説く見解も見られるが (Vgl. Volkmann (Anm. 16), S.592)、確かにこの見方を徹底させると、十全性に独自の意義を見出すことは難しくなる (Vgl. Eifert (Anm. 21), S.522. krit. Hoffmann-Riem, a.a.O., S.1016, Anm. 73)。

上の意義を認めるか否かに由来していることが分かるだろう。システム保障と個人の人格発展との関係についてはまた後で論じることになるが、学説において判決に批判的な論者の多くが、IT 基本権を基本的に情報自己決定権の延長線上で捉えたうえで、その必要性について疑義を呈しているのに対して⁶⁰、判決に好意的な論者においては個別のデータ取扱いから離れて特定のシステムそれ自体を基本法上保障することの必要性が強調されていることや、また IT 基本権を遠隔通信の秘密⁶¹、あるいは住居不可侵⁶²とのアナロジーにおいて理解しようとする見解が多く見られることは、このような文脈において理解することができるだろう。個人関連データ取扱いのない個人の“自由な”人格の発展は、当該システムの保障を“通じて”保護されているのである。

(b) 適用範囲⁶³

以上で、他の基本権、とりわけ情報自己決定権と区別される IT 基本権の独自の意義について確認したが、それではこの IT 基本権は、いかなる場合に適用されるのか。その曖昧さのない不安定性が学説からすでに指摘されているが⁶⁴、ここではその対象と範囲について、

⁶⁰ Volkmann (Anm. 16), S.591

⁶¹ 10条とのアナロジーについては Britz (Anm. 29), S.414f., Gusy (Anm. 2), S.39, 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.171f. また、基本法 10 条と IT 基本権との境界が不明確である旨を指摘するものとして、Lepsius (Anm. 14), S.26f.

⁶² Poscher (Anm. 61), S.171f., Pieroth/Schlink, Grunkrechte Staatsrecht II, 28.Aufl. (C.F. Müller, 2012), Rn.400, Murswiek (Anm. 24), Rn.73c. 懐疑的な態度も見せているが、Britz (Anm. 38), S.590, dies. (Anm. 29), S.412. これに対して、IT 基本権が住居不可侵とは性格の異なる基本権であることを強調する見解として、Lepsius (Anm. 14), S.25, Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1021

Lepsius らは、IT 基本権はあくまで自由なコミュニケーションの保障を志向するものであり、自己内対話を可能にするための撤退領域を保障するものではないとして、撤退領域の保障という観点から基本法 13 条とのアナロジーを説く立場とは一線を画している。本文でも述べたように、連邦憲法裁判所による IT 基本権の性格づけを見る限り (Vgl. BVerfGE 120, S.323)、撤退領域の保障を根拠にアナロジーを肯定する見解は支持し難いように思われる。他方、IT 基本権は撤退領域を保障するものではないとしながらも、なお 13 条とのアナロジーを支持する Bäcker のような論者もあり (Bäcker (Anm. 37), S.9f., ders. (Anm. 13), S.122f.)、特定の領域を基本法によって保障することの意義について興味深い議論を提供している。なお、撤退領域においてなされる自己内対話を間主観的なコミュニケーションから切り離されたものと考えることが本当にできるかどうかについては疑問もある。この点は Britz の議論を題材に第 3 章で論じた。なお、私的領域の保障が、特定のコミュニケーションの保護と、自己内対話の保障という二つの側面をもつことについては、Vgl. Britz (Anm. 34), S.72, 74f. また、私的領域保障と自己描写権との交錯については、Vgl. Di Fabio, in: Maunz / Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Stand 2001, Art.2 Abs.1 Rn.166

⁶³ 人的保護範囲、とりわけ IT 基本権の法人への適用の可否については、本判決では問題になっていない。学説では適用に肯定的な見解も見られる。Vgl. Weyrauch (Anm. 9), S.22f.

⁶⁴ Albers (Anm. 52), Rn.68b, Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012, Bäcker (Anm. 37), S.10, Martin Kutscha, Mehr Schutz von Computerdaten?, NJW 2008, S.1043f. 本判決において、金融機関からの顧客情報の収集が IT 基本権ではなく、情報自己決定権の問題とされたことを批判

判決を基に簡単に確認することにしよう。

(aa) 対象

IT 基本権の保護の対象となるのは、基本権の担い手の自己の情報技術システム (*das eigene informationstechnische System des Grundrechtsträger*) である⁶⁵。連邦憲法裁判所はこの「情報技術システム」という概念について明確な定義を与えておらず、「パソコン」や「ラップトップ」、「(多機能の) 携帯電話」などの個別の例を挙げるにとどめている⁶⁶。このような開かれた概念により、電子データを処理するシステムをさしあたり基本権保護の対象に含めうることは、将来も含めた情報技術の急速な進展を考慮に入れることができるものとして肯定的に評価されているが⁶⁷、他方で、個人関連データを処理するシステムが全て IT 基本権による保障の対象となると解されているわけではない。技術的な仕組み上、当事者の特定の生活領域と個別に関わっているにすぎないシステムについては、他のデータ収集と同じく情報自己決定権によって対処される⁶⁸。判決では、IT 基本権が適用されるのは、問題とされるシステムが単独または技術的ネットワークによって大量かつ多様な個人関連データを含んでおり、よって個人の生活設計の主要部分をのぞき見ることや、あるいは更に重大な人格像を獲得することが可能になるような場合に限定されている⁶⁹。要するに、IT 基本権の対象となるシステムは、その機能的ネットワークにおいて、特別な要保護性が生ずるような、複雑なシステムに限定されているのである⁷⁰。

また、「当事者が、情報技術システムを自己のものとして利用し、それゆえに状況に応じて単独でまたは利用権限のある他の者と共同で、情報技術システムの使用について自分で決定する、ということから出発することができる限りにおいて、基本法上承認されるべき秘匿性・十全性への期待は存在する」⁷¹と判決中で述べられているように、IT 基本権の保

し、適用範囲の曖昧さを指摘するものとして、Vgl. Kutscha, a. a. O., S.1043, ders. (Anm. 21), *Neue Chancen*, S.163. Vgl. BVerfGE 120, S.346f.

⁶⁵ Bäcker (Anm. 37), S.10. Vgl. BVerfGE 120, S.315

⁶⁶ Weyrauch (Anm. 9), S.18, Hornung (Anm. 14), S.302

⁶⁷ Bäcker (Anm. 37), S.10, Hornung (Anm. 14), S.302

⁶⁸ BVerfGE 120, S.313f.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 120, S.314. 基準の不明確さを指摘するものとして、Manssen (Anm. 4), S.69f. また、情報技術システムの進展により、将来的には IT 基本権の適用対象が大きく拡大するとの指摘もある。Vgl. Hansen/Pfitzmann (Anm. 9), S.149f., s.a. Bäcker (Anm. 37), S.11, ders. (Anm. 56), S.8, Kutscha (Anm. 21), *Neue Chancen*, S.163, ders. (Anm. 21), *Mehr Schutz*, S.1043

⁷⁰ この場合の「複雑性」とは、アクセスが困難であるといった意味での複雑性 (*Kompliziertheit*) ではなく、システムに含まれているデータの量・多様性や機能的範囲を指している (Vgl. BVerfGE 120, S.315, Luch (Anm. 22), S.76, Bäcker (Anm. 56), S.8)。また、学説では外付けハードディスクや USB メモリなどの、それ自体としては何ら情報処理を行っていない保存メディアも、他のシステムとの結合可能性を理由に情報技術システムの一部となることが指摘されている (Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012, Bäcker (Anm. 37), S.11, Hornung (Anm. 14), S.303)。

⁷¹ BVerfGE 120, S.315

障を受けるためには、問題のシステムが基本権の担い手の、「自己の」システムでなければならない。もっともこの要件は当該システムの物権的な所有権者に限定されておらず、技術的／法的基準に基づいて個別に判断される。具体的には、前者についてはシステムの場合ないしアクセス制限の有無を基準に、後者については契約上の利用権限や排他的権利などの法的帰属を根拠に、この要件は比較的緩やかに解されている⁷²。

(bb) 保護利益

IT 基本権は、情報技術システムの秘匿性および十全性という二つの独立した保護利益を示している⁷³。これらの概念は情報技術の分野における専門用語を借用したものであることが指摘されているが⁷⁴、以下では学説の議論も参考に、両者の異同についてもう少し詳しく確認することにしよう。

判決では、まず前者の秘匿性については、当該システムによって作成・処理・保存されるデータが秘密のままであることに対する利用者の利益を保護するものであると定義されている⁷⁵。この定義によると、保護されるべき当事者の期待の対象はあくまで当該システムによって処理されるデータやシステムを介したコミュニケーションの秘匿性であり、(十全性とは異なり) 人格発展の手段としての情報技術システムそれ自体への信頼は保障の対象ではない⁷⁶。もっとも、問題のシステムから公権力がデータを収集する行為は、当該データの重要性や種類、アクセスの形式にかかわらず、システムからのデータ収集であることを理由に秘匿性への介入にあたりと解されており⁷⁷、その意味ではデータの秘匿性に対する利用者の信頼は、それ自体として要保護性が認められているわけではなく、システムを通じて保障されることになる⁷⁸。「利用者利益という判決文中に見られる主観的なメルクマールは、基本権を輪郭づける枠割を担っているにすぎず、個人の権利や法的地位を根拠づけるものではない」と判決を理解する見解は、この点を重視するものであるといえるだろう⁷⁹。

⁷² Vgl. Bäcker (Anm. 37), S.12f., Böckenförde (Anm. 9), S.929, Hornung (Anm. 14), S.303. これに対し、所有権者に限定されるとの理解を示す見解として、Volkman (Anm. 16), S.592. なお、複数の利用権者利益が対立している場合の処理については、Vgl. Bäcker (Anm. 56), S.9ff.

⁷³ 必要なときに情報にアクセスすることができる、という「利用可能性 (Verfügbarkeit)」が保障の対象から外されていることを指摘する議論が見られる一方で (Hansen/Pfitzmann (Anm. 9), S.132, Bäcker (Anm. 56), S.12)、IT 基本権の趣旨に照らして適用範囲は柔軟に解釈されるべきとする見解もある (Vgl. Heckmann (Anm. 39), S.139f.)。

⁷⁴ Bäcker (Anm. 37), S.13

⁷⁵ BVerfGE 120, S.314. 秘匿性を、正当な権限を持つ者へのアクセス可能性の限定という要素を加味して定義しているものとして、Vgl. Hansen/Pfitzmann (Anm. 9), S.132

⁷⁶ この点を指摘するものとして、Vgl. Böckenförde (Anm. 9), S.928, Luch (Anm. 22), S.75, Weyrauch (Anm. 9), S.21, Bull (Anm.2), S.78.

⁷⁷ Hornung (Anm. 14), S.303

⁷⁸ Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012. また Luch は、システム利用者の主観的な信頼期待はシステムの客観的な十全性に対応しており、システムの十全性は利用者の信頼期待を通じて主観化されると述べている。Vgl. Luch (Anm. 22), S.75

⁷⁹ Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.35

つまり、個人にはデータの秘匿性を求める権利が基本法上認められているが、その権利ないし法的地位を根拠づけているのは、当該データの秘匿性に関する個人の利益ではない。むしろ基本法上秘匿性が保障されるべき直接の対象は、それらデータが集積されている情報技術システムであり、個人関連データの秘匿性に関する個人の利益は、この情報技術システムの秘匿性を通じて間接的に保障されているのである。このとき、利用者利益といった主観的なメルクマールはそれ自体として、データの秘匿性を求める個人の権利の要保護性を根拠づけるものではなく、むしろ情報技術システムを通じて根拠づけられた基本法上の要保護性を個々人の主観的法関係へと帰属させるための概念にすぎない。

後者の十全性について判決では、情報技術システムへの干渉によって、その性能・機能・保存内容を第三者が利用できるようになることで、保護される情報技術システムの十全性が侵害される場合に IT 基本権への介入が認められると述べられている⁸⁰。上述のように、十全性の保障はシステムの機能性一般の保障を志向するものであり⁸¹、それに対する侵害は個別のデータ収集とは独立に生じうるため、秘匿性とは独自の意義をもつものと理解されている⁸²。

以上で、IT 基本権という“新しい”基本権の導出に至るまでの連邦憲法裁判所の判決およびそれをめぐる議論の展開を確認した。判決による IT 基本権の承認については、問題の NW 法の規定が杜撰なものであったことから既存の基本権を前提に判決前から既に違憲の疑いが強く指摘されていたこともあって⁸³、その必要性について懐疑的な態度を示す見解も多い⁸⁴。しかし以下では本稿の関心に即して、当該基本権の承認をめぐる学説の議論のうち、基本権に関する基礎的考察、すなわちこのような基本権を認めることが基本権論一般にとってどのような意味を持つか、という観点から学説上の議論を整理・分析していくことにしよう。

3 IT 基本権の基本権理論上の意義

(1) IT 基本権に対する理論的批判

(a) IT 基本権の特徴

ここでは、これまで整理してきた連邦憲法裁判所による IT 基本権論の展開を踏まえた上

⁸⁰ BVerfGE 120, S.314. 十全性を「情報が完全で正確、かつ現在のものであること、あるいはそうでないことがはっきりと認識することができること」と定義する例として、Vgl.

Hansen/Pfitzmann (Anm. 9), S.132

⁸¹ Vgl., Bäcker (Anm. 37), S.13f., Luch (Anm. 22), S.79, Böckenförde (Anm. 9), S.928, Weyrauch (Anm. 9), S.21f.

⁸² 十全性保障の独自の意義として、基本権保障の前倒しと、秘匿性とは無関係の侵入による副作用や他者による情報技術システムの操作に対する防御という二点が挙げられている (Vgl. Bäcker (Anm. 56), S.12)。また、情報技術システムへの侵入がおよそ IT 基本権への介入に当たることを指摘する見解もある。Vgl. Hornung (Anm. 14), S.303

⁸³ Lepsius (Anm. 14), S.21, Kutscha (Anm. 21), Mehr Schutz, S.1042, Volkman (Anm. 16), S.591, Eifert (Anm. 21), S.522

⁸⁴ Lepsius (Anm. 14), S.22, 41, 47, Tremmel (Anm. 13), S.3, Manssen (Anm. 4), S.65, 71f.

で、連邦憲法裁判所が IT 基本権という一般的人格権由来の基本権を承認したことの意義を、主として基本権論一般に対する意義という観点から検討してゆくことにする。議論の対象とされた当該 IT 基本権とはどのような権利であり、また当該権利は基本権理論に対していかなる意義を有しているか。以下では、判決を批判する立場からこの点を比較的詳細に論じている Lepsius の見解を一つの軸として、議論を整理してゆくことにする。まずは、Lepsius が IT 基本権の特徴について論じている箇所を確認しよう。

「(IT 基本権導出にいたる——引用者) 一連の積極的な理由づけは、その重点を個別化可能な行為や個人に帰属可能なデータではなく (…)、むしろ——ここが本来的に新しいところであるが——技術的なシステムそれ自体の提供に置いている。保護する価値は、ネットワーク化されたコミュニケーションの機会においてすでに認められ、個人のデータ履歴が実際に作成される時点で初めて認められるわけではない。客観的なシステム保護が意図されているのである。しかしその場合、基本法上保護された領域は、第一次的には個人の行為においてではなく、むしろ特定の発展可能性を技術的に利用する可能性において結びついている。このことは、第一に新しい基本権、すなわち「情報技術システムの秘匿性と十全性に対する基本権」という名前において表されている⁸⁵。保護されているのはシステムであり、行動ではない。期待あるいは見込みは保護されていても、行為は何ら保護されていないのである」⁸⁶

前述のように、連邦憲法裁判所によると個人はその人格の発展に際して、情報技術システムの秘匿性と十全性を必要としている一方で、そのシステムのパフォーマンスの確保については、要求される知識・技術の高度さゆえに、利用者は基本的に他力本願の状況にある。つまりその限りにおいて個人は、自己の人格発展の前提条件たる情報技術システムの機能性を自分以外の他者に期待し、依存すべき立場に置かれているのである。IT 基本権は、個人の人格発展を実効的に保障するために、このような状況を基本権保障において考慮に入れたものと理解することができるが、上に引用した Lepsius の記述は、その際の基本権保障における情報技術システムの考慮は、個人の人格発展行為の保障に解消されるものではなく、むしろ当該システム自体が個人の行為から独立した独自の保障対象となっていることを指摘しているのである。すなわち、IT 基本権は個人との直接的なつながりを持たない一定の客観的なシステムを保障するものと理解されており、この点に IT 基本権の特徴が認められているのである⁸⁷。

⁸⁵ 「情報技術システムの秘匿性と十全性に対する基本権」のこうした特徴を考えると、IT 基本権ないしコンピュータ基本権 (Computergrundrecht) といった名称がミスリーディングで不適切な略称であることが分かる (Vgl. Heckmann (Anm. 39), S.130)。

⁸⁶ Lepsius (Anm. 14), S.33

⁸⁷ A. a. O., S.33f., Bäcker (Anm. 37), S.9, Kutscha (Anm. 21), Neue Chancen, S.162, Volkmann (Anm. 16), S.592, Manssen (Anm. 4), S.68f., Hornung (Anm. 14), S.302

(b) 連邦憲法裁判所の保障国家思考

それではなぜ、このような特定のシステムを独自の基本権保障の対象とすることが少ない論者によって問題視されているのか⁸⁸。言い換えれば、このような基本権を認めることは、基本権論にとっていかなる意義を持っているのか。次にこの点を検討することにしよう。この点につき、判決に批判的な立場に立つ Lepsius は、IT 基本権の背景に連邦憲法裁判所の保障思考 (Gewährleistungsdenken) を読み取っている。これはいわゆる保障国家論にも通じる問題であるが⁸⁹、ここで問題にするのは連邦憲法裁判所の思考枠組みである。連邦憲法裁判所第一法廷の下したいくつかの決定では⁹⁰、伝統的な基本権ドグマティックで用いられる「保護範囲 (Schutzbereich)」の代わりに「保障範囲 (Gewährleistungsbereich)」の用語が用いられており、学説では近時の第一法廷判決に見られるこのような傾向は、当該法廷が広範な保護範囲と比例原則下での綿密な衡量という伝統的な思考様式に疑問を付しているものと理解されている。それでは、新たなアプローチとして提示されるこの保障国家思考にはどのような特徴が見られるのか。Lepsius による説明を見てみよう。

「当該法廷は保障範囲を、(行為に関する自由権の保護範囲を特定するに当たって典型的であったように) 第一次的に自由の領域を求める主観的な請求によって決定しているのではもはやなく、むしろ社会それ自体における自由な社会的行為のための条件について、客観的に行われる考察を以て決定している。保障範囲の場 (Topos) を通して、社会における自由の配分やその機能条件、事実上の要件についての諸々の考察が保護範囲の特定へと流れ込んだが、それらの考察は自由の範囲を求める主観的な請求を訂正する形で導入されるものであった。言い換えると、基本法上保護される行為の特定にあたり、社会全体の連関において自由を用いる客観的な機会が価値を高める一方で、個人的・主観的な行為の諸形式は傾向として、よりわずかな重要性しかもっていなかった」⁹¹

伝統的なドグマティックにおいては個人の主観的 (恣意の) 自由を思考上の出発点とし、

⁸⁸ Lepsius (Anm. 14), S.32ff., 42ff., Eifert (Anm. 21), S.522, Michael Kloepfer und Florian Schärkel, Grundrechte für die Informationsgesellschaft - Datenschutz und Informationszugangsfreiheit ins Grundgesetz?, JZ 2009, S.458, 460

⁸⁹ Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat (2004), S.203ff., ders., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michale Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? (Nomos, 2004), S.60, m. Anm.31. 邦語文献としては、小貫幸浩「基本権が「保障するもの」は何か」高岡法学 15 卷 1=2 号 (2004 年) 225 頁以下、同「基本権が「保障するもの」は何か・続」高岡法学 16 卷 1=2 号 (2005 年) 1 頁以下、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造」阪大法学 55 卷 5 号 (2006 年) 121 頁以下、實原隆志「基本権の構成要件と保障内容」千葉大学法学論集 23 卷 1 号 (2008 年) 155 頁以下、特に 173 頁以下、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013 年)、青柳幸一「三段階審査論の問題性」明治大学法科大学院論集 12 号 (2013 年) 39 頁以下参照

⁹⁰ BVerfGE 105, S.268, 273; 113, S.391; 124, S.69

⁹¹ Lepsius (Anm. 14), S.43

基本法上の自由を国家機関によって権威的に、厳格に定義することによって生じる不自由を回避するために、基本権の保護範囲は広範に把握され、基本法上の多くの問題は衡量によって対処されてきた⁹²。これに対して保障思考は、基本権ないし個人（の行為）を社会的ないし間主観的な連関の中で捉えている点に特徴がある。このような思考に立つ場合、個人に基本権保障が及ぶか否か、またいかなる保障が及ぶのかは社会的な意味連関の中で決まってくる。その意味で、個人の行為はそれ自体として基本権保障を享受することができず、常に社会的な留保（Gesellschaftsvorbehalt）に服しており、社会的な自由の諸機能と客観的に両立する限りにおいて基本法上の自由を享受する⁹³。

憲法上の自由の出発点を個人の恣意に求める見解は日本でも少なくない⁹⁴、このような思考方法に対する批判は比較的容易に思いつくだろうが、ここでは Lepsius の議論を参考に二つの観点から批判を挙げることにしよう⁹⁵。

「つまり、「保障思考」の効果は（…）、多数者が——根本において立法による内容形成のみは制限されてはいるが——システム保護から利益を受ける一方で、少数者の基本権保護の損失につながりうる。その場合、その効果は個々人における個人的利益保護の損失を超えている。基本権は主観的な自由権から客観的な立法制限・委託へと変遷する」⁹⁶

批判の一つは、基本権の出発点を個人ではなく社会に求める構成をとると、その社会的文脈から外れる「個人」が、基本法の保障から排除されてしまうことである。判決文中にも見られる「多くの」または「大部分の」人々という言い回しからも連想されるように、基本法上の自由の保障の出発点に「個人」ではなく、間主観的な社会的関係を据えることは、そこに包摂されない少数者ないし個人の自由を基本権保障から排除する危険性を孕んでいる。Lepsius によれば、このようなイメージは民主制にそぐわない。なぜなら、民主主義社会において立法過程から排除される傾向にあるがゆえに政治的に従属し、法律を恐れなければならない少数者の自由を基本法は保障しなければならないからである。民主制下における基本権が機能するための固有の諸条件が、その主観的な防御権志向に認められる

⁹² Lepsius (Anm. 14), S.42f., Christoph Möller, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, S.1973, Albers (Anm. 34), S.29ff. 松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報 83 巻 5 号（2011 年）36 頁以下も参照。

⁹³ Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.44

⁹⁴ さしあたり、西原博史『自律と保護』（成文堂、2009 年）145 頁以下、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011 年）270 頁、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998 年）306 頁、同『基本権の内容形成』（尚学社、2004 年）、300 頁参照。もっとも、一般的自由を客観法原則の観点から説明するようになった小山剛教授が、現在でも恣意の自由を基本権保護の対象と考えているかは疑問の余地もあろう。小山剛『憲法上の権利の作法（第 2 版）』（尚学社、2011 年）96 頁以下参照。

⁹⁵ この他にも、問題を逐一社会的な意味連関から捉えなければならなくなるため、保障思考だと法的複雑性が高まり、かえって問題への対処が困難になるという指摘もある（Lepsius (Anm. 14), S.44）。S. a. Albers (Anm. 34), S.359

⁹⁶ Lepsius (Anm. 14), S.44

所以である⁹⁷。

「他方において「保障範囲」の概念は、個人の自由な行為は多くの場合、基本権の担い手が自律的に作り出すことのできない社会的または技術的な文脈に依存している、という認識に応じている。基本権の担い手は国家の事前給付に頼らざるをえず、その自由の領域はこの事前給付がどの程度保障されるかに依存している。その典型例が、規範形成された諸々の保護範囲である。法秩序がなければ所有権は存在しない。経済活動は市場経済の諸々の機能条件に拘束されている。出版の自由は大勢の協力を前提とし、放送の自由は特別な組織を求めている。第一次的に主観思考の保護範囲の特定は、自己決定された自由の範囲を装っているが、しかし、その自由の範囲は、実際は広範な諸領域において、対応する自由の領域が（法的であれ、社会的であれ、技術的であれ）設けられることで初めて存在するものである」⁹⁸

二つ目の批判は、「自由と制度」という表題のもとで日本でも議論されている問題である⁹⁹。確かに、自由の領域（所有権）や組織モデル（放送の自由¹⁰⁰）、個人の行為の機能条件（市場経済秩序¹⁰¹、家族）などの一部の分野において、基本権保障が法的具体化に依存していることはLepsiusも認めているが、これはあくまで例外的なものとして理解すべきであり、規範形成と個人の自由との間の抽象的なつながりを理由に、このような思考を一般的人格権、ひいては基本権一般に拡張することに対しては否定的な態度が示されている¹⁰²。すなわち、このような思考を全面的に肯定してしまうと、（少数者に限らない）個人の自由・人格発展は、それに先行する客観法上の法関係を見つけることで初めて、基本権保障における居場所を得ることになる。このとき、個人の行為・自由はアプリアリに保障されるのではなく、その“前”に保障の対象となっている客観的ないし間主観的な関係を通じて間接的ないし反射的に保障されているにすぎないことになる。Lepsiusによれば、個人の生活な

⁹⁷ A. a. O., S.44f. 西原・前掲) 15 頁以下、同「プライバシー権の意義」同編『監視カメラとプライバシー』(成文堂、2009 年) 82 頁以下も参照

⁹⁸ Lepsius (Anm. 14), S.44

⁹⁹ さしあたり、赤坂正浩「制度と自由」『立憲国家と憲法変遷』(信山社、2008 年) 243 頁以下、同「人権と制度保障の理論」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008 年) 70 頁以下、小山剛「人権と制度」『岩波講座憲法 2』(岩波書店、2007 年) 49 頁以下参照。

¹⁰⁰ 放送の自由における主観的権利(放送事業者の自由)と客観法的側面(情報の多様性)との複雑な関係性を巡る、ドイツにおける判例・学説の議論の展開を整理・分析するものとして、西土彰一郎『放送の自由の基層』(信山社、2011 年) 特に 57 頁以下参照

¹⁰¹ 営業の自由を保障国家論に親和的な立場から論じるものとして、Vgl. Matthias Bäcker, *Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht* (Nomos, 2007). これに対して保障国家論に否定的な議論として、Vgl. Oliver Lepsius, *Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung*, in: Fehling u. Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck, 2010), S.143ff.

邦語文献として、井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性」企業と法創造 27 号、2011 年、37 頁以下参照。

¹⁰² Lepsius (Anm. 14), S.45

いし人格発展が情報技術システムに依存するようになったという連邦憲法裁判所の強調する事情も、この点を左右する要因ではない。むしろ情報技術システムは多機能で、かつ非常に多様な目的のために用いることのできる潜在力を持っているがゆえに、情報技術システムの利用可能性、ひいてはそれを用いた行為の要保護性は、個々人の（主観的な）事情によるところが大きい。これらの事情は、各人の行為自由を起点とする古典的な主観的権利アプローチを後押しこそすれ、当該システム自体の保障を志向する客観法的なアプローチを正当化するものではない¹⁰³。

以上の保障国家志向に対する批判を要約すると、Lepsius をはじめとする、IT 基本権を脱個人的ないし非個人的権利として批判する論者は、個人の行為とは独立した一定のシステム自体を保障の対象とする IT 基本権、あるいはその背景にある公共体全体の統合的な基本秩序を志向する基本権観¹⁰⁴が導入されることによって、個人の主観的（恣意の）自由と基本権とのつながりが失われてしまう点を問題視していると整理することができるだろう¹⁰⁵。

（２）IT 基本権登場の背景

基本法上の自由の出発点をあくまで主観的（恣意の）自由に求める限り、IT 基本権およびその背景にある基本権観を批判する上述の議論には一定の説得力があるように思われる。それでは、連邦憲法裁判所の展開する（IT）基本権論は誤っているのか。そもそも何故 IT 基本権が導出されるに至ったのか。言い換えれば、IT 基本権の背景には自由・人格に対するどのような危機が存在するのか。上述の Lepsius の議論の中にもすでに断片的に表れているが、以下では統治手法の変化という公権力側の事情と、個人の人格発展という基本権の担い手側の事情という両方の側面からこの問題について考えていくことにしよう。

（a）現代の安全保障法にみられる統治手法の変化

Lepsius は連邦憲法裁判所が、基本権保障を個人の行為と切り離れた IT 基本権を承認した背景には、テロ対策を典型とする現代の安全保障法（Sicherheitsgesetz）があると¹⁰⁶。以下では、現代の安全保障法の下で、いかなる自由・人格の危機が生じており、また、この危機に対して既存の伝統的な主観的防御権ではなぜ実効的に対処することができないのかを、Lepsius の議論を参考に整理してゆくことにしよう。

¹⁰³ Lepsius (Anm. 14), S.46f.

¹⁰⁴ Vgl. Volkmann (Anm. 16), S.590

¹⁰⁵ このような観点から保障国家論に対して批判的な態度をとるものとして、Vgl. Möllers (Anm. 92), S.1976f.

¹⁰⁶ この辺りの議論については、Lepsius の議論については、オリバー＝レプシウス（河村憲明訳）「自由・安全・テロリズム」警察学論集 58 巻 6 号（2005 年）24 頁以下も参照

(aa) 伝統的防御権の機能不全

Lepsius は、現代の安全保障法がもつ特徴として、秘匿性と、大勢の第三者を巻き込む形で非常に広範囲にわたって実施される面的網羅性 (*große Streubreite*) という二つの要素を挙げており、これらの要素は市民の法的地位の変更をもたらすものであると述べている¹⁰⁷。それでは、これらの両要素をもつ現代の安全保障法は、いかなる意味で市民の法的地位の変更をもたらすのか。Lepsius はこの点を、これらの法律によって定められた捜査手法と古典的な防御権ドグマティック (の機能不全) との関係という観点から説き起こしている。

一つは、監視カメラや N システムなどについて言われているように、秘匿性により個人の認識を欠いた状態で捜査上の措置が実施されることになるため、対象者本人のイニシアティブによる権利保護が難しくなることである¹⁰⁸。この場合、代替的な監査措置 (議会の統制委員会、インカメラ手続) や事前監査 (裁判官留保¹⁰⁹) などの客観化された自由保護が代替措置として求められることになる¹¹⁰。

第二に、秘匿的措置は通常は監視を目的としており、対象者の行動を変化させることを目的とはしていない。このような措置に対して、主観的防御権をもって対処することは難しい。なぜなら、主観的防御権としての基本権は、個人の行為を妨害から保護するものであるため、監視措置のような対象者の行為変更を志向しない措置においては、対抗すべき相手、すなわち保障されるべき行為を明確に特定することが出来ないからである¹¹¹。

(bb) 現代の安全保障法における自由・人格の危機

上記では、現代の安全保障法下で行われる捜査に対して、伝統的な防御権では有効に対処しえないことを確認した。だが、当事者に認識されず、かつその行為を変えることも意図していない措置に対して、そもそも何故に基本権を以て対抗しなければならないのか。そこにはいかなる人格・自由の危機が認められるのか。次にこの点を確認することにしよう。

「秘匿性はさらに、国民の中に潜在的監視の感覚を生じさせ、不信の雰囲気の種類をまく (*sät ein Klima des Misstrauens*)。監視される環境にあるのはどこであり、いかなるコミュニケーションが盗聴されるのかを、いったい誰が知ることができるのだろうか。その結果は、社会全体の委縮効果であろう——連邦憲法裁判所はしばしば委縮効果を挙げている。そのような信頼失墜のプロセスに、裁判所は対応する「十全性と秘匿性」の保障

¹⁰⁷ BVerfGE 120, S.49

¹⁰⁸ 連邦憲法裁判所の諸判決では、この点は介入の重大性を高める要素とされている。Vgl. BVerfGE 115, S.353; 120, S.325; 120, S.402f.

¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 120, S.331ff.

¹¹⁰ Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.49f.

¹¹¹ Vgl. a. a. O., S.50

を以て応えているのである」¹¹²

特定の行為を強制的に命令／禁止しなくとも、秘密裏にかつ広範に捜査（監視）を実施することによって、監視を意識した個々人はその行動を委縮するようになる¹¹³。上記引用箇所から、連邦憲法裁判所が「情報技術システムの秘匿性と十全性」の基本法上の保障を以て対応を試みたのは、このような現代の監視措置の下で発生する（と考えられている）萎縮効果であると、Lepsius が捉えていることが分かるだろう。さらに Lepsius は、大量のデータを収集・蓄積することで、通常の五感を用いた社会的接触では考えられないほどの広範なデータを電子的に収集し、人格プロフィールへと結合することで、人間を自身に関する事柄をすべて知られている、いわばガラス張りの状態に置いてしまう¹¹⁴現代の監視措置の下では、このような萎縮効果への懸念はより深刻な形で現れると考えている。

まとめると、現代の安全保障法の下で対処されるべき（と考えられている）自由・人格に対する危険とは、秘密裏かつ広範に行われる現代の捜査によって、自己の人格・行動を隅々まで把握されることへの懸念から、（主観的防御権によって対応しうる）具体的な行為の制約を介することなく生じうる萎縮効果（Einschüterungseffekte）なのである。

（cc）安全保障法における「脱個人化」傾向

以上で、捜査手法の変化とそれに伴って生じる自由・人格の危機について確認した。だが、安全保障法の変化を契機とする上記のような事態は、いかなる背景のもとで生じたものなのか。この点を最後に確認することにしよう。ここで注目し値するのが、Lepsius の言う現代の安全保障法に見られる脱個人化（Entindividualisierung）傾向である。

Lepsius いわく、現代の安全保障諸法は個別に、及び行為形式に応じて異なる形で個人に干渉するのではなく、包括的にその都度の個人の行為とは無関係に、個人に対して義務を負わせる手法を採っている。ラスタースearchやナンバー識別、公共空間のビデオ監視などが具体例として挙げられているが¹¹⁵、それらの措置はすべて、個人をその者のとった行為を理由に措置の対象とするのではなく、むしろ問題とされる場所に居合わせていることを理由に措置の対象とするものである。その場合、対象者たる人間は、自己の行為を契機として介入の名宛人となる、という意味で「個人」として扱われているわけではなく、あくまで抽象的に危険と考えられた環境の一部として把握されている¹¹⁶。

¹¹² A. a. O., S.50

¹¹³ 監視による行為可能性の剥奪について、Vgl. Martin Nettesheim, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011), S.8

¹¹⁴ Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.50f.

¹¹⁵ それぞれ情報自己決定権侵害の有無が争われた判決として、BVerfGE 115, 320; 120, 378, BVerfG, 1 BvR 2368/06 vom 23.2.2007, NVwZ 2007, S.688ff.

¹¹⁶ Lepsius (Anm. 14), S.48. Gusy はこのような措置を「嫌疑獲得のための介入

(Verdächtigengewinnungseingriff)」と説明しているが、Ladeur はこのような説明は、「個人」を対象としない当該措置の特徴をとらえそこなっているとして批判している。Vgl.

Lepsiusによれば、このような安全保障法における脱個人化傾向は、客観的な状態としての安全の保障を目的として掲げることで、公権力側がとりうる措置が個別化可能な犯罪訴追・抑止措置へと限定されることを回避するためのレトリックであるが、市民はこの脱個人化傾向によって、量的にも質的にも拡大された国家的監視の対象となる¹¹⁷。すなわち、公権力が客観的な状態としての安全を保障するために、大規模な予防活動が展開され、ここでは個人は具体的な犯罪の嫌疑の有無にかかわらず監視の対象となり、嫌疑の不在を理由に監視を免れることもできない。また、監視措置の秘匿性は、本人に反論・回避の機会を与えることなく、安定した監視活動を可能にする。

以上、安全保障法における統治手法の変化と基本法上の人格との関係をめぐる議論をまとめてみよう。安全保障法における脱個人化傾向により、公権力は諸個人を、その行為によらずに広範に措置の対象とするようになり、またその目的についても、そこでは必ずしも行為の変更が意図されているわけではない。このような安全保障法のもとでは、問題とされる措置の相手となるべき「個人の行為」は消失し、「個人の行為はもはや法的義務のための第一次的な結合点とはなりえな」くなる¹¹⁸。他方で、このような捜査手法の導入によって、諸個人がその行為を委縮してしまうという“不自由”な事態の招来が懸念されるようになったが、公権力による介入防御を中核とする古典的な自由権論では、このような事態に対して実行的に対処することができない。なぜなら、個人の行為への制約に対して、個人が自己の権利侵害を主張することによって自由を回復する、というのが古典的な自由権論における基本的なモデルであるところ、上述の安全保障法の下で実施される措置においては、個人は排除されるべき行為自由の制約を特定することもできなければ、そもそも措置の実施を認識することができるかどうかも定かではないからである。つまり、IT基本権という個人の行為と直接に関連しない特定のシステムそれ自体を保障の対象とする基本権が承認された背景には、公権力が特定の行為を直接の対象としないこのような統治手法によって諸個人の“自由”が制約されるような事態に対して、行為自由を基点とする古典的な防御権的基本権では適切に対応できなくなったという事情があり、オンライン判決は統治手法の変化によって顕在化したこのような“自由”の危機に対して、新たな法学的方法論を用いて対処することを試みた判決であったと評価することができるだろう¹¹⁹。

(b) 「前提条件」保障の必要性・自己決定パラダイムの限界

それでは、IT基本権は統治手法の変化を背景とするこのような“自由”の危機に対して具体的にどのように対応するものなのだろうか。Lepsiusをはじめとする判決に批判的な論者が、IT基本権に対して非個人的・脱個人的基本権と批判していることはすでに見たとお

Christoph Gusy, Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz, KritV 83 (2000), S.483, BVerfGE 107, S.314ff., 326ff.; 115, S.355, 359f., Ladeur (Anm. 58), S.53f.

¹¹⁷ Lepsius (Anm. 14), S.48, 49

¹¹⁸ A. a. O., S.48f.

¹¹⁹ Volkmann (Anm. 16), S.591

りである。以下ではこの問題について、IT 基本権を擁護する側の議論をもとに、検討することにしよう。

確かに連邦憲法裁判所の判決では、情報技術システムが個人の人格に対してもつ意義が説明されている。そして、IT 基本権を支持する論者たちもこの点を捉えて、IT 基本権が当該システムの保障それ自体を目的とするものではなく¹²⁰、前提条件の保障という形で人格の自由な発展と密接に関わり、これを間接的に保障するものであるとして、Lepsius らの議論に反論している¹²¹。人数的には Lepsius らは少数派であり、また、この点をめぐって活発な議論が行われているわけでは必ずしもなく、Lepsius らへの批判は簡単な言及にとどまっていることが多い¹²²。しかし、このような議論が直ちに Lepsius 等に対する有効な反論になっているかは疑問である。既述のように、Lepsius らに言わせれば判決で用いられる人格、利益等の用語は、基本権保障の範囲を輪郭づけるものにすぎず、IT 基本権と人格発展とのつながりは、何ら主観的な意味での個人の権利・地位を保障するものではない。客観法規範の手続的主観化と表現されていることから分かるように¹²³、Lepsius によれば、むしろそこでは、人格の方が「個人」を離れて客観化されてしまっており¹²⁴、「個人」は情報技術システムの保障を通じて反射的にしか把握されていないということになるだろう¹²⁵。したがって、上述のような Lepsius の議論に応えるためには、システム保障と個人の自由、人格発展とのつながりについてももう少し踏み込んだ検討を行う必要がある。なぜシステムそれ自体を基本法上保障する必要があるのか、そしてシステム保障を通じて前提を保障されるべき「人格発展」とはいかなるものなのか。

¹²⁰ Hömig (Anm. 2), S.209.

¹²¹ Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.531, ders.(Anm. 2), S.1012, m. Anm.34, Bäcker (Anm. 13), S.126, Weyrauch (Anm. 9), S.26f.. 人格保護の手段 (Vehikel des Persönlichkeitsschutzes) と説明するものとして、Vgl. Heckmann (Anm. 39), S.140

¹²² Bäcker (Anm. 13), S.126, Weyrauch (Anm. 9), S.26f., Manssen (Anm. 4), S.69, Anm.42

¹²³ Lepsius (Anm. 14), S.36f.

¹²⁴ Lepsius は、一般的人格権の機能が、本来担ってきた個人の主観的防御権の保護からシステム保護へと移り変わっていると批判している (Lepsius (Anm. 14), S.36)。Hoffmann-Riem も、IT 基本権が間接的に人格権保護を超える意義を持っていることを認めているが

(Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.536)、一般的人格権の意義を専ら主観的防御権に限定して理解する Lepsius の議論には異論もあるだろう。Vgl. Josef Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge (Duncker & Humblot, 1998), S.380, Adalbert Podlech, in: AK-GG 3.Aufl., 2001, Art.2, Abs.1, Rn.55ff. また、一般的人格権および自己描写権の給付権としての側面を論じるものとして、Vgl. Britz (Anm. 34), S.31ff., 48ff., 72f. また、出自を知る権利 (Recht auf Kenntnis eigener Abstammung) について、Vgl. Albers (Anm. 52), Rn.80, Hans D. Jarass, in: ders. u. Pieroth, GG 12.Aufl. (C.H.Beck, 2012), Art.2, Rn.56, BVerfGE 79, 256; 90, 263f. また、この権利からいかなる憲法上の主張が認められるかを検討するものとして、春名麻季「自己の出生をめぐる憲法上の利益について」六甲台論集法学政治学篇 49 卷 3 号 (2003 年) 19 頁以下も参照。

¹²⁵ Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.41. 人格発展・個人の保護とシステム保障とを区別する見解として、Vgl. Eifert (Anm. 21), S.522, Tremmel (Anm. 13), S.24f. もっとも、人格発展とのつながりの不鮮明さは、情報自己決定権における個人関連データ収集についても指摘されていることではある。Vgl. Britz (Anm. 29), S.412, Ladeur (Anm. 58), S.47

まずは、なぜシステム保障を通じた前提保障を思考上の出発点にしなければならないのか、この点から確認することにして。統治手法の変化によって、それまで強制の不在という形で理解される傾向にあった個人の自由を法的に特定することが困難になったことはすでに述べた。しかしそうであるからといって、ただちにシステム保障の必要性が根拠づけられるわけでもないだろう。前章で取り上げた国勢調査判決でも述べられているように、情報自己決定権もその規範的根拠は自己関連データに関する処分権を本人に認めることで、本人の自由な自己決定 (*freie Selbstbestimmung*) を保障することにあつた¹²⁶。つまり、そこでは個人関連データの取扱いに関する本人の処分権限の行使が、個人の“自由”につながるという想定があつた。さらに言えば情報自己決定権とは、情報技術の発達を背景とする“自由”の危機という、IT 基本権と共通する問題に対して、(システム保障ではなく)個人関連データ・情報の取扱いに関する本人の決定権限の承認を通して対処しようとした基本権であると整理することもできるかもしれない¹²⁷。しかしそれではなぜ、個人関連データ・情報の取扱いに関する決定権限ではなくシステム保障を論じる必要があるのか。この点を説明するのが、以下の *Hoffmann-Riem* の議論である。

「しかし利用者は、今日通常の複雑な情報技術システムにおいて、いかなる個人関連データが、あるいは場合によっては人格に関わるいかなるデータが、自身によって入力されたものを越えて利用過程において生じるのか、それらのデータはどこで、どれほどの期間において記録(保存)され、またいかなる利用の文脈において誰によって利用されるのかを原則として知らず、また知ることもできないため、利用者はその限りにおいて、それらデータの開示・利用に関する自己決定権(…)を事実上行使することができない。データの種類が利用者に知られている場合でも、自己防衛が利用者にとって過大な要求である場合や期待することのできない機能的な損失につながる場合には、自律的な処分可能性は抜け落ちている。情報の自律性の構造的な損失は、情報交換の技術的可能性の獲得に対応している。じっさいのところ、システムに関する機能的保護は——いずれにせよ、ある程度は——この自律の損失という帰結を補整するための諸々の備えを可能にするものであり、自己のデータの取扱いに関する重要な自己決定の可能性を回復するための備えを可能にすることはほとんどない」¹²⁸

情報技術の発達によりますます大量かつ多様なデータが流通するようになるにしたがつて、個人は自己に関連するいかなるデータがどのように流通しているか知ることができなくなった。また仮に知ることができたとしても、当該データ取扱いに由来する不利益的な

¹²⁶ BVerfGE 65, S.41, 42f. Arian Nazari-Khanachayi, Sicherheit vs. Freiheit, JA 2010, S.762. また、第1章も参照。

¹²⁷ 現実の情報自己決定権論が必ずしもこのように展開してこなかったことについては、前章を参照。

¹²⁸ Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1012f.

事態に対処するためには、情報技術に関する一定の専門的・技術的能力が要求されるため、自己関連データ取扱い及びその帰結を正確に認識した上で、データの処分に関する決定を的確に行うことを本人に期待することはできなくなった¹²⁹。このような場合、当該個人にはデータ取扱いに関する自己決定の前提条件が欠けているものとされ、自己決定ないしデータの取扱いに対する同意は、その実質的な正統化力（*Legitimationskraft*）を失い、純粹に形式的なもの、ないしフィクションにすぎないものとして考えられるようになる¹³⁰。なぜなら、自己関連データの取扱いに関する本人の決定自体が、データ・情報に対するコントロールを喪失している状態では、“自由に”行われていない疑いが生じているからである。つまりここでは、外界に表れる行為（および行為に対応する決定）と内心における自由な意思決定との齟齬という、国勢調査判決において情報自己決定権の必要性を基礎づけた規範的根拠に関わる議論が、個人関連データの取扱いに関する個人の決定（行為）にも同様に妥当しているのである。

このように考えると IT 基本権とは、個人関連データの取扱いに関する個人の自己決定への信頼が失われるようになる中で（自己決定パラダイムの限界¹³¹）、その代替策として個人関連データ取扱いに対する規範的制御を、当該データの流通するシステムそれ自体の安全性の法的保障を通じて行う試みであると評価することができるだろう。つまりこの基本権は、個人関連データ・情報の取扱いに伴う諸問題に対して、個人の自己決定ではなく、寧ろ（基本権の担い手にはコントロールすることのできない）客観的な情報技術システムの秘匿性と十全性の保障を以て対処する基本権なのである。

それでは、このような自己決定パラダイムの限界とそれに代わるシステム保障は、個人の自由な人格発展とどのようにつながっているのだろうか。次に、情報技術システムに関する国家の保障責任の重要性を説く、Gusy の議論を少し長くなるが引用しよう。

「この状況（公私区分の曖昧化——引用者）に対する新たな視点は、基本権の担い手たちがその個人的な自由の行使を新しいメディアに頼っているという事実にある。自由の行使は主にメディアを介して行われる。このことは、もはや伝統的なコミュニケーション的基本権のみならず、結社や職業の自由のような他の無数の権利・自由に対しても妥当する。（…）情報とコミュニケーションは、部分的には基本権の不可欠の内実であり、部分的には基本権の不可欠の前提条件である。

それによって、過去の諸学説の基礎が相対化されるように思われる。このことは、特に自己決定の出発点に対して妥当する。コミュニケーションやそのメディアに頼ってい

¹²⁹ このようなデータの取扱いに関する自己決定の弱体化傾向を、判決後の事情も含めて説明するものとして、Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.524f.

¹³⁰ Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1013, ders. (Anm. 27), S.527f. 同意要件が形骸化し、法規制の潜脱を可能にするための道具として機能していることも指摘されている。Vgl. Spiros Simitis, *Hat der Datenschutz noch eine Zukunft?*, RDV 2007, S.146f.

¹³¹ Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1011, Gusy (Anm. 2), S.34.

る者は、もはやそれらの使用について自由に決定することができない。その利用に反する決定は、第一次的には自由行使の一方式ではなく、むしろ自由放棄の一形式である(…)

そのような諸決定も基本法上保障された諸々の自由の部分として承認されるべきことには、原則として異論はないが、それでもやはり同様に、以下のことを無視することはできない。すなわち、ある決定に際して、ある選択肢が多大な法的・事後的利益をもたらす、他の選択肢が完全な、ないし広範な利益の放棄と結びついている場合、その決定を単純に自由な決定と評価することはできない。さもなければ、法的自由は単なるフィクションとなってしまうだろう」¹³²

メディアとしての情報技術システムは、諸個人のあらゆる生活領域に関わっており、個人は自己の人格発展を、その前提条件たる当該システムに依存している状態にある。そしてこのとき、個人は自己のなす決定よりも“前”にあるメディアの利用について、「自己決定」することはできない。個人は、自己の人格発展を自らのコントロール下に置くことができない情報技術システムに依存している以上、当該システムを利用しないという選択肢は事実上排除されているからである¹³³。その意味で、現実における個人の人格発展のあり方は情報技術システムというメディアによって形づくられている(*prägen*)のである——規定されているとまでは言わなくとも¹³⁴。ここにおいて、上述の *Lepsius* があくまで例外的なものと理解するにとどめていた個人の自由と前提条件(メディア)との関係が、基本法の下での人格発展一般の問題へと拡大されていることが分かるだろう¹³⁵。そして、このようなメディアと個人の決定との関係から、以下の帰結が導かれる。

すなわち、法的に保障されるべき個人の「自己決定」はアプリアリに存在するものではなく、むしろ人格発展の前提条件たるメディアの構築を通して実現されるべきものであると考えられる¹³⁶。すでに述べたように、個人の人格発展がメディアに依存していることを考慮すると、現実には個人が行う決定を以て直ちに「自己決定」とみることはできない。なぜなら、人格発展のあり方が、その“前”にあるメディアによって形づくられているところ、個人の行為・選択可能性を“不当”に制限するようなメディアのもとでは、個人は“自由”に自己の人格を発展させてゆくことができないからである。裏返して言うと、個人の自由な人格の発展の中核たる「自己決定」は、それを可能にするための前提条件として、情報技術システムの機能性に対する信頼が保障されていることを必要としているのである。ここから、基本法は、個々人が真に“自由に”各種の基本権を行使し人格を発展させていくために必要なメディア(としての情報技術システム)の保障を、国家に対して要請して

¹³² Gusy (Anm. 2), S.34

¹³³ S. a. Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.527.

¹³⁴ Vgl. Heckmann (Anm. 39), S.135

¹³⁵ *Lepsius* は、連邦憲法裁判所第一法廷による保障国家志向を、基本法5条1項の放送の自由におけるモデルを、基本権保障一般へと拡大するものであると評している。Vgl. *Lepsius* (Anm. 101), Rn.37

¹³⁶ Vgl. Gusy (Anm. 2), S.39

いるものと解されるようになる¹³⁷¹³⁸。具体的にいうと、国家には情報技術システムに対する外部からのアクセス制限や秘匿性の保障、濫用防止などの技術的対策を、法を介して保障することによって、情報技術システムの利用関係を法的に制御することが求められているのである¹³⁹。

(c) 「前提保障」をめぐるジレンマ

オンライン判決でも強調されているように、個人の人格発展が情報技術システムに依存していることを正面から認めてしまえば上記のような議論はそれなりに説得的に映るだろう。もっとも、このような IT 基本権による「前提条件の保障」が“個人”の自由に資するという保証はない。以下では、このような客観的なシステム（に対する信頼）を基本法上の保障対象とすることに対して、根本的な疑問を提起している Bull の議論を参照することで、この点を確認することにしよう。

「連邦憲法裁判所もまた、——おそらく、このような考慮（市民からの徹底した不信によって国家活動が台無しになってしまうこと——引用者）もあって——人間の信頼の保護に取り組んでいる。（…）コンピュータへの侵入のために、「未だ知られていないオペレーティング・システムの安全性の不備」が利用される場合、これは目標の衝突に、つまり「アクセスの成功（に関する公共の利益——引用者）と、可能な限り高度な情報技術の安全性に関する」公共の利益との間の衝突につながりうる。その結果、「捜査官庁が例えば、他の諸機関に対してそのような安全性の不備を埋めるよう促すことを控え、それどころかその不備が知られないままであるように積極的に努める危険が生じる」。それによって、目標の衝突は、「国家は情報技術の可能な限り高度の安全性に尽力する、という国民の信頼を侵害する」¹⁴⁰。

これは全く正しい——それでも、不信感を抱くようになる動機がどれほど多く存在するか、そしてとりわけ考えられる信頼の欠如すべてに対して国家がいかなる措置をと

¹³⁷ オンライン判決を同様の観点から理解するものとして、Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1010f., Worms (Anm. 32), S.142. また Hoffmann-Riem は、このような一般的人格権を根拠とする IT 基本権が、人格権保護を越え出る側面を持っていると述べている。Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.525f.

¹³⁸ 情報技術システム等に関して公権力の積極的な保護義務を論じることに否定的な Lepsius も、人間の生活全体を把握するような監視国家への対抗として、公権力に対する基本法の客観法的な次元について語ることに意義を認めている。もっとも、そこでの客観法準則は「国家による人間の完全な把握・監視は、国家構造諸原理から導出される限界によって排除されなければならない」というものであり、主観的自由とは直接関係づけられていない。客観法準則を（消極的な意味での）権限配分の問題として論じている Lepsius の議論は、確かに人格発展の前提保障としてシステム保障を論じる議論とは一線を画しているといえるが、監視国家を排除する客観法準則が、自由な法治国家の限界として導出されうるとする Lepsius の議論が説得的か否かは別の問題であろう。Vgl. Lepsius (Anm. 14), S.54f.

¹³⁹ Vgl. Gusy (Anm. 2), S.35f.

¹⁴⁰ BverfGE 120, S.326

るべきかを想像すると、考え込んでしまう。(…) 阻止されるべき諸々のリスクは、実際のところある部分は、現行法によって既に違法であるところの諸々の行為の結果として生じる。これらの諸事例においては、さらなる固有の法規範は何ら必要ではなく、現行法の首尾一貫した実施「のみ」が必要である。それにもかかわらず、連邦憲法裁判所が新しい諸規定を必要と考える場合、それらの諸規定はおそらく、多かれ少なかれ象徴的な「信頼構築的措置」としてしか考えることができない。刑法上の制裁可能性ですら十分に実効的でない場合に、いかなる法規制ないし行政上の措置が人間の信頼期待を満たすうえで実際に適合的なのかが必ず疑われるようになる」¹⁴¹

Bull によれば、国家が情報技術システムの安全性を尊重することに対して諸個人の抱く信頼が重要であることは肯定されるが、その一方でこのような信頼に対する不安の淵源は、実際には現行法令の適正な執行によって対処することが可能であり、法令順守のほかには何か特別なことが求められているわけではない。人々の不安を除去することを目的に実施される措置は、実際のところ気休めのために導入されるものであり、その内実は合理的な根拠を欠いた象徴的なものにすぎないのである¹⁴²。もちろんそうであるからといって、個人の行為・決定がそのような漠然とした不安感による影響を被っていることや、またそのような象徴的な措置がとられることによって、個人が“自由”にふるまえるようになるといった事態が生じることが否定されるわけではない。しかし問題は、仮に上のような事態が現実に生じていたとして、このような不安のない状態を保障することが、本当に基本法上求められているのかということである。

「さらなる根本的な問題が潜んでいる。法が機能することに対する信頼保護は法自体の任務なのだろうか。あるいはこのような努力は、Ernst-Wolfgang Böckenförde の有名な言葉によるところの¹⁴³、民主的な法治国家が自由を疑わしくすることなく、自らによつ

¹⁴¹ Hans Peter Bull, Die “Online-Durchsuchung” und die Angst vor dem Überwachungsstaat, Vorgänge Heft 4/2008, S.17

¹⁴² Bull は基本法上の自由保障において、個人の内心にまで踏み込むこと自体に否定的な立場のようである。Vgl. Bull (Anm. 12), S.63ff., ders., Gefühle der Menschen in der ‘informationsgesellschaft’ – Wie reagiert das Recht?, Nomos 2011, S.1ff. この点、いわゆる「安心（感情）」の憲法上の保障をめぐる同様の議論を見ることができる。植松健一「安全感情の保護に対する公権力の役割」島大法学 49 巻 4 号（2006 年）349 頁以下、森英樹「憲法学における「安全」と「安心」」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集』（創文社、2004 年）503 頁以下、大沢秀介「自由 VS 安全」ジュリスト 1334 号（2007 年）94 頁以下、西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト 1356 号（2008 年）78 頁以下、吉田尚正「ドイツにおける「安全と自由」論と日本の治安への含意」自治研究 80 巻 1 号（2004 年）117 頁以下、岡本篤尚「パラドックスとしての「安全・安心」」全国憲法研究会編『憲法改正問題』（日本評論社、2005 年）207 頁以下、同「「安全」の専制」全国憲法研究会編『憲法問題 12』（三省堂、2001 年）93 頁以下参照。

¹⁴³ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit (Suhrkamp, 1976), S.283f., ders., Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), S.79f.

て保障することのできない社会文化的な前提条件を創出することには属さないのではないだろうか (…)

確かに国家は、それがもつ憲法上の諸原理が作用するように促さなければならない。そのような努力が不成功のままだと、非常に洗練された諸々の法規範も役に立たない。そしてここに、データ保護をさらに前域、すなわち望ましくない諸行為に関わる法によっては直接満たされることのない、人間の期待や見込みといった領域へと拡大しようとするすべての試みをもつジレンマがある。法制定のみによって信頼を生みだそうとすると、メタの法 (Meta-Recht) がつくられ、一層上昇していく法制定のスパイラルへと入りこむ——対抗する諸原理や諸利益との考えうる衝突のことを完全に見過ごしたまま¹⁴⁴

ここで直接念頭に置かれているのは、既存の法律の適正な執行に対する信頼の要保護性であるが、ここでの Bull の議論は、これまで論じてきた「前提条件」を法的に保障することが必然的にもつジレンマという、より広範な射程を有していると思われる¹⁴⁵。いわゆるデータ保護論者は、「監視社会」といった用語に象徴されるような、大規模な個人関連データ処理が秘密裏に行われるような社会における“不自由”に対して、法的保障の必要性を説いている。そこでの彼らの主張においては、抑圧された状況の下で個人が現実に行う決定は“不自由”な決定であることが前提とされている。そしてそこから、個人が自由に自己の人格を發展させてゆくためには、個人が自己の望むように決断し、そして行動できるような「自由な自己決定」が保障されている必要があると考えられるようになる。つまり、各人が“自由”に人格發展することのできる社会は無条件に存在するものではなく、自由な人格發展のための前提条件を (基本) 法的に保障することが追求されるようになるのである。しかし、例えば表現活動に必要な情報が入手できない場合など、データ保護の拡大・深化によってデータ取扱いを要する人格發展行為が困難になる場面を考えれば容易に想像がつくように¹⁴⁶、あるべき「自由な自己決定 (freie Selbstbestimmung)」¹⁴⁷というメタの視点を導入して個人関連データの取扱いを規律することは、かえってそこから外れる個人の“自由”を基本権保障の視野から排除することへとつながりうる¹⁴⁸。つまりそこでは、

¹⁴⁴ Bull (Anm. 141), S.17f.

¹⁴⁵ 情報自己決定権を Hesse の共同体論につながるものとして批判しているのとは対照的に、Bull は IT 基本権については Böckerförde を参照しながら議論しているが、これは Bull が IT 基本権を、自由な枠秩序 (Rahmenbedingungen) としての私的領域保障を仮想領域へと拡大したものと捉えていることによるのだろう (Bull (Anm. 12), S.56., ders., Informationsrecht ohne Informationskultur?, RDV 2008, S.49)。もっとも信頼構築による個人の“自由”の前提保障という点で見れば、両基本権の性格はやはり近いというべきであろう。この点については、前註も参照。

¹⁴⁶ 情報処理・利用と人格發展との関係を重視するものとして、Vgl. Bull (Anm. 12), S.58f., Thomas Giesen, Grundrecht auf Datenverarbeitung, JZ 2007, S.918ff., ders., Ziele Informationsordnung im Rechtsstaat, RDV 2010, S.266ff.

¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 65, S.41

¹⁴⁸ 際限のない「法化」の危険は Hoffmann-Riem も指摘している。Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 4), S.527f., s.a. Britz (Anm. 38), S.578

個人の“自由”を保障するための信頼保護が、個人関連データの取扱い、ひいては人格発展それ自体を広範に法化ないし規格化することで、それと矛盾する個人の“自由”を制約するおそれがあるというジレンマが顕在化しているのである。

もっとも Bull も、引用箇所からも分かるように、法秩序が究極的には個人の“不自由”に依拠せざるを得ないことを、良心の自由を題材に論じた Böckenförde の議論を否定しているわけではない。むしろ Bull の批判は、すでに見たように、そもそも合理的な根拠の乏しいデータ保護が、個人の“自由”を制限する側面を併せ持つことへの十分な自覚を欠いたまま、拡大・深化されていく傾向に対して向けられている。このような Bull の議論は、自由な人格発展の前提保障として性格づけられる、個人関連データ処理の法的規律が、一方において前提を保障されるべき人格ないし自由の実体を欠いたまま、他方において当該規律を通じて個人の“自由”を制限しながら、空転していく危険を示唆している。

(3) IT 基本権論の意義と課題

(a) 人格発展のコミュニケーション的把握

これまで、IT 基本権という基本権を承認することの適否をめぐる、異なる立場からの議論を整理してきた。当該基本権の承認をめぐる対立が基本権保障の中核である個人の人格発展に対する理解の相違に由来するものであることは、上記の整理からも明らかであろう。この点、批判的な論者からすれば、情報技術システムという客観的なシステム保障と、その背景にある(はずの)多種多様な個人の人格発展とのつながりは明らかではなく、また、それ自体としては自己決定の対象ではない客観的なシステム¹⁴⁹が個人の自由よりも“前”に保障対象として置かれることが、個人の自由・自己決定に(悪)影響を及ぼすことを Bull の議論は示唆している¹⁵⁰。個別具体的なひとりひとりの人間という意味での“個人”を基本権保障の中心に据えるのであれば、Lepsius や Bull の問題意識は確かに正当である。前提保障という形で行われる、保障されるべき人格発展の特定は、そこに含まれない“個人”の自由な人格発展を排除する側面をも同時に併せもっている。つまり、急速な情報技術の進展に対応するための「新しい」基本権の承認は、条文上の明確な根拠という形式的な正統性からも¹⁵¹、個人の自由という実質的な正統性からも逸脱したまま空転してゆく危険性を孕んでいるのだ。

しかし他方で、IT 基本権に肯定的な論者のいうように、個人の自由・人格発展にとって

¹⁴⁹ Vgl. Gusy (Anm. 2), S.34

¹⁵⁰ この種の議論は、パターンリズム批判の文脈でしばしば目にするものである。例として、中山茂樹「生命・自由・自己決定権」前掲『憲法の争点』96頁参照。また、個人の自律的決定における、福祉国家的他律の「内在」について指摘するものとして、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)168頁参照。この点、蟻川恒正教授は、裁判規範としての憲法上の人権によっては対処できない「問題」と考えているように思われる。蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学第3巻 権利の保障』(日本評論社、1994年)131頁以下参照。

¹⁵¹ Wegener u. Muth (Anm. 57), S.848

メディアが不可欠であり、また人格発展自体がメディアの信頼性に深く依存しているのであれば、外的な環境（メディア）を通じた個人の自由の制約を論じようにも、そもそもそのような制約を離れた個人の“自由”というものを論じることができるのかという疑問が生じてくることになる。現代の社会生活が、判決のいう情報技術システムに深く依存していることを考えれば、IT 基本権に対して批判的な論者の主張するように、個人の自由・人格発展の前提保障を志向するシステム保障が実際には個人の自由を規定し、あるいは制限するものであることを告発しようとしても、そのようなシステムの“前”にいかなる個人の“自由”、“自己決定”が存在するのかイメージすることすら困難になりつつあることが分かるだろう。システム保障の背景にある統治手法の変化や自己防衛の限界といった事情は、このような思考上の出発点として、自由の（実定）法化に対抗するための批判的な視座を提供しうる個人の“自由”が非常に頼りないものであることを示しているのである。しかし、それでは IT 基本権が保障している自由な人格発展とはどのようなものなのだろうか。この点について、システム保障と個人の人格発展との関係性という観点から、IT 基本権を擁護する論者の議論を参考に、もう少し掘り下げて考えてみることにしよう。

「当面のところ問題になっている諸々の基本権、とりわけ人格保護およびコミュニケーションの自由、住居の保護の基本権は、国家の介入のみならず私人による自由の侵害にも向けられている。特に関係しているのは、コミュニケーションの自由である。コミュニケーションの自由とは、他者との共働（Zusammenwirken）の中で利用される自由である。その限りで、個人の地位は社会的な関係からのみ記述可能である。“孤独な”個人に焦点を置いた基本権ドグマティックの思考は、コミュニケーションの自由がもつ諸々の社会的な次元や、加えてそれに関する要保護性を適切に把握することができないだろう。

個人に関するコミュニケーションが技術的に支えられている限り、効果的な基本権保護は技術的なコミュニケーション・インフラも前提としており、そしてこのインフラが個人の自由と再帰的に関連付けられうる限りにおいて、その具体的な利用をも前提としている」¹⁵²

ここでは人格発展の前提保障として位置づけられる情報技術システムについて論じてきたが、そこで前提を保障されるべき個人の「人格の発展」とは、他者とのコミュニケーションという社会関係ないし社会的文脈の中でのみ捉えられるものであることが、ここではつきり述べられている¹⁵³。Lepsius が保障国家思考として批判したのは、まさにこのような

¹⁵² Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1010f. このような人格発展のコミュニケーション的把握は、Hoffmann-Riem の情報自己決定権論においてもすでに見られていたところであり、この点からも、少なくとも Hoffmann-Riem においては情報自己決定権論と IT 基本権論を連続性の内において捉えられるべきものであることが分かる。ders. (Anm. 4), S.521

¹⁵³ いわゆる基本法上のプライバシー保護を、社会的文脈の観点から再構成することを提唱する議論として、Vgl. Albers (Anm. 54), S.1061ff. また、個人関連データに関する本人の包括的処

個人の自由・人格発展観であることはすでに見た。確かにこのようなアプローチでは、保障の対象とされる社会関係に包摂されない個人の自由・人格発展は基本権保障の対象から外れることになるだろう。しかし、これまでの検討から分かるように、個人の人格発展自体が、それを可能とするコミュニケーション・インフラに“現実”依存している以上、コミュニケーションおよびそのために必要なインフラを考慮せずに個人の人格発展を観念することもまた非現実的であるということである。このように社会関係の中での“現実”の自由の追求が「個人」を置き去りにするものであることが Lepsius らに非難されている訳だが、Hoffmann-Riem らに言わせれば、そのような前提を欠いた決定を無条件的に「自己決定」として妥当させることもまた自己決定を形骸化させる「単なるフィクション」にすぎない。つまりここにおいて、“個人”の自己決定の形骸化の回避と“個人”の自由の不在とが、表裏一体となって結びついているのである。

(b) 情報自己決定権「論」との関係

上記のように特徴づけられる IT 基本権論は、それまで判例・学説において展開されてきた情報自己決定権論といかなる関係に立つものであるか。IT 基本権は、諸個人の人格発展が情報技術システムに依存する中で生じる“不自由”な事態に対して、当該システムの安全性（に対する信頼）を保障対象とすることで対処するものである。このように理解される IT 基本権論は、情報技術の進展によって顕在化した新たな自由の危機に対して、個人関連データ・情報の取扱いに関する個人の決定権限を中核とする「自己決定パラダイム」から離脱し、諸個人の人格発展の背後にある社会的関係性を憲法学の議論へと導入することを明らかにしたものと評価することができるだろう。もっとも、このような議論はすでに「システム・データ保護 (Systemdatenschutz)」等¹⁵⁴を志向する情報自己決定権論、とりわけこれまで論じてきた客観法的に再構成されたそれとして¹⁵⁵、判例・学説において既に議論されていたということも不可能ではない¹⁵⁶。それでは、情報自己決定権論の再構成ではなく、IT 基本権という“新しい”基本権が承認されたことにはいったいいかなる意味があるのか。ここでは、情報自己決定権と IT 基本権との相違にこだわることで、IT 基本権論

分権を批判し、問題の所在を社会的次元に置いたうえで正当な信頼期待 (berechtigte Vertraulichkeitserwartungen) という観点から基本権保護の射程を確定していくことに肯定的な見解として、Britz (Anm. 29), S.412, dies. (Anm. 38), S.566ff., 580f.

¹⁵⁴ 「システム・データ保護」を「データ保護やデータの安全をデータ処理システムの構造へと統合することにより、人間に依拠しない形での効果的なデータ保護を思考する議論」と定義するものとして、Vgl. Alexander Dix, *Konzepte des Systemdatenschutzes*, in: *Handbuch Datenschutzrecht* (Anm. 4), Rn.1. また、「要保護性を志向する個人関連データ・情報取扱いの文脈形成・制御」と理解する見解もある。Vgl. Albers (Anm. 52), Rn.102ff. また Dix は、情報自己決定権や通信の秘密に関する連邦憲法裁判所の判例において、データ保護に公益との関係を認めることによって、システム保護の不可避性を説く傾向が見られるとする。Vgl. Dix, a. a. O., Rn.9

¹⁵⁵ 本稿第 2 章および第 3 章参照。

¹⁵⁶ Vgl. Albers (Anm. 52), Rn.68c, および前注 153)の Hoffmann-riem の議論参照。

がもつ独自の意義について確認することにしよう。

前章で論じたように¹⁵⁷、客観法的に構成された情報自己決定権論において、情報自己決定権は、諸個人を取り巻く個人関連データ・情報の取扱いに関する社会的関係性を規範的に制御することで個人の自由な自己決定、人格発展の前提条件を保障する権利として位置づけられていたが、そこでは具体的にいかなる社会的文脈がどのような形で制御されるのか、具体的な準則の内容は不明確であり、Hoffmann-Riem や Trute らによっても実際の制御はその大部分が広範な立法裁量の下で行われる内容形成に委ねられていた¹⁵⁸。これに対して IT 基本権は、諸個人の現実の人格発展が「情報技術システム」に大きく依存していることを重視し、同システムの秘匿性と十全性を基本法上の保障対象として明示的に特定した点に特徴がある。すなわちこれは、諸個人の人格発展と深く関わる同システムの秘匿性と十全性を脅かすような行為の憲法適合性について、より具体的な憲法上の規範内容を提示することで情報自己決定権論におけるそれよりも、より事の性質に即した綿密な審査を可能にし、以て個人の人格発展の実効性保障を志向するものであると整理することができるだろう¹⁵⁹。

(c) 残された課題

もつとも、IT 基本権が情報自己決定権とは異なり、情報技術システムという特定のシステムないし社会的文脈を基本法上の保障対象としていることは、さらなる重大な問題を生じさせている。まず、個々人の行為・決定に先行して憲法上保障されるべき信頼期待（あるいはその期待の正当性を裏付ける社会的文脈）——本件では、情報技術システムの秘匿性と十全性——はいかにして確認されるのだろうか¹⁶⁰。上で確認した、判決当時の情報技術を

¹⁵⁷ 本稿第3章参照。

¹⁵⁸ Hoffmann-Riem (Anm. 4), S.529f., Trute (Anm. 4), Rn.24, 32, Albers (Anm. 34), S.460f. また、情報自己決定権を「源泉的・枠組的権利 (Quell- und Rahmenrecht)」と理解する見解として、Vgl. Ladeur (Anm. 58), S.52.

もつとも情報技術システムについても立法裁量の必要性は指摘されている。Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1013f., Gusy (Anm. 2), S.38

¹⁵⁹ Hoffmann-Riem は、組織的・手続的措置等による構造的なシステム形成を通じたデータ保護を志向する情報自己決定権論に対して、情報技術システムの機能性への信頼を保障する IT 基本権に独自の意義を認めている。Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 2), S.1015, ders. (Anm. 27), S.532.

また Albers は、IT 基本権の保障内容が未だ不明確であり、具体化が必要であることを指摘しながらも、この基本権が自己決定パラダイムから離脱し、情報技術システムの秘匿性と十全性という特定の社会的文脈を個人の人格発展との結びつきから基本権を根拠づけるものである点に独自の価値を認め、高く評価している。そして、IT 基本権を電子的私的領域 (elektronische Privatsphäre) の保障と説く議論 (Vgl. Böckerförde (Anm. 9), S.938f.) に対しては、このような「私」の保障におけるパラダイムの転換を看過した短絡的な議論であるとして厳しい評価を下している。Albers (Anm. 52), Rn.68c, dies. (Anm. 54), S.1068, Anm.75, s.a. Gusy (Anm. 2), S.35

¹⁶⁰ 人間の尊厳の内実を（可変的な）社会的合意によって特定することの是非をめぐって、類似の議論が見られる。Vgl. Dammann (Anm. 29), S.149ff.

めぐる国内事情に言及する判決箇所からも分かるように¹⁶¹、IT 基本権は社会関係においてすでに基本法上正当と見なされている個人の自由な人格の発展（情報技術システムを用いた人格発展）が事実上脅かされている場合に、前提保障という名目のもとでその障害を除去する形で社会関係を制御することによって（情報技術システムの秘匿性・十全性を保障することによって）、個人の自由な人格発展の実現を可能にするものと考えられる。しかし、この新しい基本権の承認が、（承認に先行する）所与の信頼を承認（追認）するものなのか、あるいは自由・人格発展自体を積極的に構成・規格化するものなのか、その境界は非常に曖昧であるといわざるをえない¹⁶²。というのも、いかなる社会状況及びその変化が新しい基本権の承認につながるのか（あるいはつながらないのか）を、われわれはすでに判決によって承認された基本権を通してしか知ることができないからである¹⁶³。情報自己決定権論の客観法構成において広範な立法裁量が認められていることはすでに見たが、基本法を通じて公権力行為を規範的に規律すべき「自由」、「人格発展」が（裁判所の決定という）公権力行為によって特定されているかのような事態が生じているという点で、ここでも情報自己決定権論におけるのと同様の問題状況が生じていることを指摘することができるだろう。

さらに、急速かつ継続的な情報技術の進歩に応じてその都度基本法上保障されるべき文脈を確定することに伴う困難性・不安定性を指摘することができる。この点を示唆する Bäckers の議論を見てみよう。

「ネット上のデータが、技術的に定められた手段で収集される場合には IT 基本権は適用されないこと、また加えて当該基本権が基本法 10 条に対して補充的であることにこだわる場合¹⁶⁴、そのようなネット上のデータを視野に入れると、IT 基本権は空転する。ネット上のハードディスクやネットに基づくアプリケーション・プログラム、オンライン・ゲームやソーシャル・ネットワークにおけるアカウントなどの、インターネット上のデータ・ストックは、保存能力または機能範囲といった点では、確かに徹底的に、十分に

¹⁶¹ BVerfGE 120. S.303f.

¹⁶² Vgl. Britz (Anm. 38), S.589f. m. Anm.117. 本判決に対して行われている、連邦憲法裁判所による法形成との批判も、この文脈において理解することができる。Vgl. Heise (Anm. 14), S.94ff., Worms (Anm. 32), S.138ff., Tremmel (Anm. 13), S.20ff., Jürgen Roth, Datenschutz in das Grundgesetz, vorgänge Heft4/2008, S.32ff. これに対して、基本権の現代化を連邦憲法裁判所が担ってきたとして肯定的に見る向きもある。Vgl. Gusy (Anm. 2), S.38

¹⁶³ 法と社会をめぐるこのようなアプローチはハード・ケースほど判断が困難であり、循環論法になる傾向があるという指摘もあるが (Vgl. Nettesheim (Anm. 113), S.31 m. Anm.139, s. a. Böckenförde (Anm. 9), S.938)、Albers はこのような不確実性をむしろ肯定的に捉えているようである (Vgl. Albers (Anm. 54), S.1067)。法の発見と決定の発見との逆説的な関係を指摘する彼女からすれば、ハード・ケースにおける個々の決断は、個人の自由を規定する社会的文脈を内側から再構築するための契機と映っているのかもしれない (Vgl. Marion Albers, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71, S.258ff.)。

¹⁶⁴ 前注 55 参照。

複雑なシステムの構成要素と認めうるものであり、実質的には IT 基本権の保護範囲に含まれる。国家機関は、それでもやはりそのようなデータ記憶装置に対して、基本権保護が最終的に問題にならないような形でアクセスするだろう。国家機関は、付属のパスワードを入力することで技術的に定められた手段をとるか、あるいは例えばサービスの経営者に引渡しを義務づける形で、技術的に定められていない手段でデータを獲得するだろう。前者の例では、IT 基本権はすでに構成要件上関係しておらず、後者の例では、保存されているデータは、つねに通信の秘密の保護範囲にも含まれるため、IT 基本権は基本法 10 条の背後に隠れることになる

この結果は、それ自体として見てすでに、腑に落ちないものであるに違いない。なぜなら、オンライン判決において連邦憲法裁判所第一法廷は、ネットワーク化された情報技術システムが特に保護に値することを強調していたからだ。現在、技術の発展が、計算・保存能力をますますネットへと移していく形で進んでいることが、これに付け加わる。このような発展が続くとすれば、IT 基本権は中期的に機能しなくなってしまうかもしれない。基本権保護を、情報技術の普及から生じる新しい人格に対する危険に適合させるという目標は、根本的に損なわれてしまうだろう」¹⁶⁵

要するに、Bäcker の理解によれば、IT 基本権は個人関連データの処理・保存等がパソコンをはじめとする機器によって行われることを前提としていた。しかし情報技術の進展によってこれらのデータ取扱い自体がネット上で行われるようになり、それに対応して IT 基本権を根拠づける人格に対する危険もネット空間へとその所在を変えると、Bäcker によれば IT 基本権はこのような人格に対する“新しい”危険に上手く対処することができないのである。換言すれば、情報技術システム自体が物体としての機器を離れた、仮想空間としてのネット上に構築されるようになると、IT 基本権は他の基本権と区別される独自の規律領域を失ってしまうのだ¹⁶⁶。

これまで見てきたように IT 基本権は、情報技術の進展に伴う新たな危険に対処するために導出された基本権であるが、Bäcker はオンライン判決以後も依然として続く、さらなる情報技術の進展により、IT 基本権もまた機能不全になりつつあることを指摘している。このことは、情報技術の進展に対応することを目的とする一般的人格権の保障内実は、固定的に捉えられるものではなく、その都度の技術水準に対応する形で常に変動しうるものと考えなければならないことを示している¹⁶⁷。またこの他にも、IT 基本権についてはインフ

¹⁶⁵ Bäcker (Anm. 56), S.18f.

¹⁶⁶ これに対して、IT 基本権の適用対象である「情報技術システム」は物的な機器に限定されないとする興味深い解釈も見られる。このような理解に立てば、例えばクラウドのようなオンライン上の保存領域へのアクセスも IT 基本権でカバーすることも考えられるようになる (Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.531)。しかし他方で、このようにインターネットそれ自体も保護範囲の対象に含めることで、今度は適用対象をいかに限定するかという問題が生じることも指摘されている。Wegener u. Muth (Anm. 57), S.849f.

¹⁶⁷ Bäcker は、将来的には基本法 10 条と統合する形での基本法改正を提唱している。Vgl.

ラ・サービスの民営化・国際化が進む中で、公権力にはどのような責任がいかなる範囲で及ぶかも明らかでないことが指摘されている¹⁶⁸。情報技術の進展に応じて保障を必要とする人格発展（の前提保障）が変動するにとどまらず、さらにその内のどの範囲について国家に保障が求められるのかといった点についても、明確な指標はより一層失われてゆく傾向にある。

このような状況を踏まえると、現代社会にふさわしいものとしてメディアで称賛されたIT基本権論が、その後急速に存在感を失っていったことは、法と社会との不安定な関係性をめぐる上記の問題の深刻さを象徴する出来事であるように思われる¹⁶⁹。もっともこうした事情はIT基本権のような一般的人格権の具象化が不要であることを裏付けるものではもちろんない。問題は、急速に社会状況が変化しそれに伴いわれわれの自由や人格発展のあり方自体も変遷していく中で、如何に基本権保障をそれに対応させていくかという点にこそある。つまりIT基本権は、情報自己決定権論によって主題化されつつある、基本権保障と社会構造との関係をさらに動的な運動態として構成することの必要性を示唆しているのである¹⁷⁰。

Bäcker (Anm. 56), S.18f.

¹⁶⁸ Bull (Anm.2), S.79, Worms (Anm. 32), S.142, Gusy (Anm. 2), S.37, Britz (Anm. 38), S.590f., Hoffmann-Riem (Anm. 27), S.516.

¹⁶⁹ Manssen (Anm. 4), S.71. オンライン判決はその後の議論に大きな影響を与えることを期待する見解もみられたが (Rainer Erd, Bundesverfassungsgericht versus Politik, KJ 2008, S.120)、実際のところは、IT基本権はその適用範囲の狭さゆえの使い勝手の悪さを指摘されているように (Heise (Anm. 14), S.97, s.a. Volkman (Anm. 16), S.592)、その後の連邦憲法裁判所判例においては適用されていないようである。また、判決の立法実務に与えた影響についても、判決が恣意的に解釈されていると批判するものもみられる。Vgl. Ulf Buermeyer u. Matthias Bäcker, Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf Grundlage des § 100a StPO, HRRS 2009, S.434. 植松健一「連邦刑事庁 (BKA)・ラスタール捜査・オンライン捜査 (3・完)」島大法学 53 卷 4 号 (2009 年) 85 頁以下も参照。

¹⁷⁰ Vgl. Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.86ff. (ペーター・ヘーベルレ (井上典之編訳)『基本権論』(信山社、1993 年) 46 頁以下 (浅川千尋訳)), s. a. ders., Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee / Kirchhof, HStR Band II, 3. Aufl. (C.F. Müller, 2004), Rn. 57

また、法システムによる新たな危険状態の認識について理論的に考察するものとして、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.86ff. この中で Rühl は、一般的人格権の適用可能性を判断するためには、保護利益に関する具体的な構造についての理論 (sachliche Struktur des Schutzgutes) が必要とされていること、また採用されている構造を明らかにし、かつ批判や訂正を可能にするためには、法学は社会科学上の知見に対して開かれたものでなければならぬことを指摘している (A. a. O., S.88)。

基本的人権の動的展開ないし人権条項の開放性について、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011 年) 122 頁以下、宍戸常寿「法秩序における憲法」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 (第 2 版)』(有斐閣、2009 年) 46 頁以下参照。いわゆる新しい人権の承認要件に関する議論もこの問題に関わっていると考えられる。「新しさ」をどこに求めるかにもよるが (竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010 年) 64 頁以下参照)、社会変化に対応する新しい人権の承認についても、何かしらの形で社会意識あるいはコンセンサスが求められるというのが通説的な理

まとめ

IT 基本権とは、どのような背景のもとで生じた、いかなる特徴をもつ基本権なのか。IT 基本権論の意義を確認する形で、最後に議論を整理することにしよう。諸個人がその人格の発展において、あるいは日々の生活において、いわゆる情報技術システムへの依存を深める一方、公権力の統治手法の変化によって、必ずしも個人の特定の行為を強制的に命令／禁止しなくとも、当該システムの信頼性を脅かし、特定することのできない曖昧な“不自由”を醸成することによって¹⁷¹、個人の自由が侵害されるような事態が懸念されるようになった。そして、このような自由への脅威に対して“本来の”保障目的である個人の自由・人格発展を基本法のもとで「実効的」に保障するための方策として、当該システム自体の信頼性をその前提条件として保障することの必要性が意識されるようになる。情報技術システムの進展により、情報技術システムが個人の人格発展にとって不可欠な存在となる一方、当該システムの利用に伴う自己関連データの取扱いに対して個人が適切な判断を下すためには、専門的な知識・能力が要求されるようになり、あるいはそもそも決定の機会自体が与えられないような事態が生じている。このような個人の情報技術システムに対する一方的な依存関係により、外形的な行為・決定を以て、直ちにそれに対応する内心の意思が存在することを、原則的にでも肯定することに対して不安が生じるようになったのである。オンライン判決における「情報技術システムの秘匿性と十全性に対する基本権」の具象化は、個人のアプリアリな自己決定を思考上の出発点と捉える自己決定パラダイムの限界が指摘される中、情報技術システム全体の信頼性を保障することで当該パラダイムを代替・補充するために提示されたものと理解することができる。つまり IT 基本権は、個人の自由・人格発展が個人に還元されえない社会関係（情報技術システムを介したコミュニケーション）に依存しているという事実が人格保障に対して独自の意義を持っているこ

解といえるだろう（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（岩波書店、2011年）120頁以下、同『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）347頁以下、同「科学技術の発展と人権論の課題」学習院大学法学部研究年報28巻（1993年）24頁も参照、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号（1996年）12頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第2版）』（有斐閣、2010年）131頁以下、とりわけ135頁以下参照）。もっともこの点については批判ないし留保も提起されている（赤坂・前掲）271頁、同・渋谷秀樹『憲法（第5版）』（有斐閣、2013年）254頁以下（赤坂執筆）、渋谷秀樹『憲法（第2版）』（有斐閣、2013年）186頁、芦部・前掲『憲法学Ⅱ』349頁註11も参照）。なお、芦部信喜はこの問題をめぐる議論が不十分であると述べているが、その後、議論が活性化したわけでもなく、状況は今でもさほど変わっていないと思われる。芦部信喜「包括的基本権条項の裁判規範性」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第Ⅱ巻』（有斐閣、1983年）91頁以下、註10参照。また特にプライバシーを中心に、社会・経済の変化と憲法上の人権論との関係について論じるものとして、同・前掲「科学技術の発展と人権論の課題」1頁以下も参照。

また、自己決定権を「社会関係のいくつかにおいて、他者に対して自己の行為の承認を求める権利」とする見解も見られる。石川健治「人格と権利」ジュリスト1244号（2003年）29頁、羽瀨雅裕『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）190頁以下も参照。

¹⁷¹ Vgl. Luch (Anm. 22), S.75

とを正面から認め、そのような関係の制御を基本権保障の俎上に載せたものと整理することができるだろう。

このような IT 基本権論と情報自己決定権論とはどのような関係に立つか。この問いに対する回答は、念頭に置く情報自己決定権の理解に応じて変わってくることになるだろう。情報自己決定権を個人関連データ・情報の取扱いに関する本人の決定権限と理解する場合、IT 基本権の登場は、自己決定からシステム保障へのパラダイム変化として説明されることになるだろう。これに対して、前章まで論じてきた客観法的に再構成された情報自己決定権論と IT 基本権との関係については、むしろその類似性を指摘することができるだろう。つまり、両者は個人の人格発展をコミュニケーションの観点から捉えた上で、個人の決定・行為の背景にある社会的関係性の法的制御を基本権保障の議論へと導入することを試みている点で、共通の議論の構造をもっているのである。

最後に、このように IT 基本権が情報自己決定権と区別される独自の基本権として承認されたことによどのような意義が認められるか。まず、IT 基本権は、人格の自由な発展の前提条件の保障を志向している点で、先に述べた情報自己決定権論の客観法的構成と共通しているが、後者がその「前提保障」の具体的な内実に乏しいがゆえに、結果としてその具体化を広範な立法裁量に委ねていたのに対し、IT 基本権は「情報技術システムの秘匿性と十全性」という特定の社会関係・文脈を人格発展に不可欠のものとして明示的に基本権保障の対象としている点は、現実の社会における個人の自由・人格の発展を基本法上、より実効的に保障する試みとして、ひとまず積極的に評価することができるだろう。しかし他方、オンライン判決後の IT 基本権論の衰退は、このような「具象化」にとって避けることのできない問題を明らかにしている。すなわち「情報技術システムの秘匿性と十全性」という「特定」の「具体的」な社会的関係性の保障がその存在感を失っていった理由として、情報技術の進展を主たる背景として、個人の人格発展の前提条件、ひいては人格発展それ自体が変動し続けていることが考えられるからである。「情報技術システムの秘匿性と十全性」という特定の社会関係・文脈を保障対象とする IT 基本権論の登場とその後の盛衰は、社会状況が急速に変転する中で具体的な基本法上の規範内容を獲得・維持することの必要性和困難性とを同時に示しているが、このことは社会的関係性の法的制御を起点に基本権保障の再構成を図る議論が直面するであろう、深刻な問題を示唆しているといえるだろう。

結論

これまで本稿は、情報技術の進展等を背景とする統治のテクノロジーの高度化を契機として主題化されつつある憲法上の自由権論・自己決定権論の再考について、ドイツ情報自己決定権論を題材に、その問題状況や理論的課題を整理してきた。ここでは結論として、これまでの議論を総括するとともに、本研究の意義について確認することにしよう。

1. 連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開

第1、2章では、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の再検討を行った。ここでは連邦憲法裁判所の判決の詳細を見てゆくことで、今なお影響力を失っていない古典的な情報自己決定権理解では判決を説明しきることができないことを明らかにした。また、連邦憲法裁判所自身の展開する情報自己決定権論を明らかにするとともに、そこに表れている問題を提示し、もって次章以下に続く情報自己決定権論の理論的な考察のための基礎を構築することに努めた。

第1、2章について、本稿の示す結論は以下のとおりである。まず第1章では、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の出発点である国勢調査判決を考察の中心に据えた。同判決からは情報自己決定権の規範的根拠、すなわち情報技術の進展によって、膨大な個人関連データ・情報の処理が本人の与り知らぬところで行われるようになったという事態を前に、連邦憲法裁判所が個人の「自由」ないし「人格」の危機を認め、これに対する手段として情報自己決定権を基本権として承認したということについては読み取ることができる。しかし他方で、この「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」権利と定義される情報自己決定権は、いかなる形で公権力による個人関連データ・情報の取扱いを規律するのかという、情報自己決定権がもつ基本権としての内実については、本判決より得られるところは少ないと言わざるを得ない。なぜなら、(あくまで連邦憲法裁判所の判決を読む限り)当該事案において違憲判決を導いたのは、本件国勢調査法に基づく統計調査の実効性の欠如であり、また、罰則の賦課を通じた申告行為の強制という点を捉えて一般的自由権侵害を根拠に争うことが可能であったことも考え合わせると、特段新しい基本権を必要とする事情もなかったという理解も可能と思われるからである。要するに、情報自己決定権は連邦憲法裁判所の懸念する自由ないし人格の危機にどのような形で対処する権利なのか——情報化社会において個人の自由をいかに保障するか、懸念されている新しい自由の危機に対して自由権論自体がどのように変わらなければならないのか——という問いについては、国勢調査判決からはほとんど明確な示唆を得ることができないのである。

第2章では、連邦憲法裁判所によるNシステム判決を、先行判例を含めて丹念に読んでいくことで、国勢調査判決以降の連邦裁判所による情報自己決定権論の内実を明らかにすることに努めた。本稿によって明らかにされた連邦憲法裁判所による情報自己決定権論に

ついて重要な点は、以下の 2 点に集約される。①公権力による個人関連データ・情報の取扱いによって、直ちに当事者の情報自己決定権への介入が認められる訳ではなく、介入が肯定されるためには公権力の当事者への「認識関心 (Erkenntnisinteresse)」が必要とされる、②情報自己決定権の保障根拠と考えられる「自由な自己決定 (freie Selbstbestimmung)」は、主観的な法関係に解消し尽くされない客観法的な法益である。ここから、「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¹という定義のもとで、主として防御権として理解されてきた伝統的な情報自己決定権論とは、明らかにその内容の異なるものであることが分かる。他方、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論もその重要な部分において、その内容には不明確な点が残されている。具体的には、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論に見られる問題点は、上記に対応する以下の 2 点が不明確であることに求められる。①「介入の判断に関わる公権力の認識関心はどのような場合に認められるか、②「情報自己決定権の保障根拠たる「自由な自己決定」は、公権力による個人関連データ・情報の取扱いをどのように規範的に統制しているのか。つまり、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論においては、基本権に対する制約の有無を判断する基準と、公権力行為に対する法準則という、主観・客観の両法関係において、最も重要な問題が未だ不明確なまま積み残されているのである。

2. 情報自己決定権論の理論的意義

第 3 章では、主に学説における情報自己決定権論の展開を整理・分析することで、情報自己決定権論の理論的意義および課題を明らかにすることに努めた。他者による個人関連データ・情報の取扱いの内に、基本法上保障されるべき自由・自己決定への侵害を見出す場合、そこでは当然のことながら個人のなす決定が他者による個人関連データ・情報の取扱い、およびそれがもつ作用による影響を受けるものであることが前提となっているものと考えられる。このような事態への対処として、まず直観的に考えられるのは、個人の決定に (悪) 影響を及ぼしうる個人関連データ・情報の取扱いを排除することであり、防御権を中核とする古典的な情報自己決定権論はこのような発想に立っていたと考えることも (やや好意的ではあるが) できるだろう。

これに対し、古典的な情報自己決定権論への批判を通じて明らかになったことは、われわれが生きている社会とは、自己に関する膨大なデータが流通する社会であり、そこでは他者はそれらのデータを自由に解釈し、そこから自己に関する多くの「情報」を引き出すことができ、他方でまた諸個人は他者によるそのような解釈やイメージ形成を予期し、それを前提に自己の行為、ひいてはアイデンティティを決定しているということである。つまり、個人の決定が、他者による個人関連データ・情報の取扱いという外的な要因に依存していることを一度理論的に承認してしまうと、諸個人が本来的に他者との関係性の中で自身の行為を決定する存在であることが明らかとなり、そのような関係性から離れた“個

¹ BVerfGE 65, S.43.

人”の自己決定などというものを考えることができなくなってしまうのである。したがって、情報化社会において自由・自己決定を基本法上保障しようとする試みは、必然的に個人を関係性から遮断することによってではなく、むしろそのような関係性の存在を前提に、それを制御することによって法的に確保することを目指すようになる。このようにして情報自己決定権論は、立法者による個人関連データ・情報取扱いに関する社会的文脈形成の裁量をいかに枠づけるか（Hoffmann-Riem, Trute）あるいは抽象的な基本法の文言から、いかにして個人関連データ・情報の取扱いに関する基本法上の規範を獲得するか（Albers）という問いへと再構成されることになった。このような情報自己決定権の客観法的構成は、基本権一般の理解にとって重大な意義を有している。防御権を中心とする伝統的な憲法上の自由権論——ひいては近代法一般——においては、各人は自己が何を望んでいるか知っており、行為を通じてそれを実現することができることが一応の前提とされていた。しかし、ここではもはやそのような前提は維持されていない。個人の決定・行為は外的な環境による影響を受けており、公権力による統治活動も含む膨大な個人関連データ・情報処理の中で行われた行為を、自己決定に基づく自由な人格発進行為とみなしてよいかどうか、まさにそこでは問われているのである。情報自己決定権の客観法的構成は、社会的な関係性の法的制御を通じて個人の自己決定・人格発展の「前提条件」を保障することによってこのような事態への対応を試みた。しかしこのような「前提条件」の保障は、われわれの自由・自己決定が（基本）法によって制御される間主観的な関係性に支えられていることを明らかにするものであり、結果としてそのような関係性を離れた“個人”の自由が基本権保障の対象から外れることになるという、ある種逆説的な事態を生じさせることとなる。

情報自己決定権の客観法的構成に対するアンチ・テーゼを提供するものとして取り上げた Britz や Bull は、個人関連データ・情報の取扱いの規範的統制と“個人”の自由・自己決定の保障とをどう結び付けるかという問題について、興味深い議論を展開している。Britz の議論は内心における意思形成過程と外的な行為自由との結びつきを基本権保障において明示的に主題化することによって、Bull の議論は反対に内心における意思形成過程の問題を基本権保障の対象から排除することによって、問題への対処を図っているものと位置づけることができる。しかし、前者については、一旦人格発展をコミュニケーションという観点から捉えれば、自己の行為から批判的に距離を取って反省する「自己」自体も、関係性から離れたものとして観念しえなくなってしまうこと、後者については、内心における意思形成過程まで射程に入れることを拒否してしまうと、個人関連データ・情報の取扱いによる“自由”の危機という問題を、基本法上の問題として論じることができなくなってしまうことから、本稿では彼・彼女らの議論は問題の解決よりもむしろその困難性を示唆しているものとして整理した。

第4章では、オンライン判決によって連邦憲法裁判所によって基本権として承認された IT 基本権を取り上げた。当該基本権の意義及び情報自己決定権との異同等をめぐって、判決後しばらくはドイツにおいて活発な議論が見られたが、現在は判例・学説ともに当該基

本権をめぐる議論は低調傾向にあるといえる。本稿では IT 基本権を、(古典的な見解の理解するような決定権限としての) 情報自己決定権と対比的に捉えるのではなく、(上述のように社会的関係性を法的に制御するものとしての) 情報自己決定権と基本的に同質のものと捉えた上で、それとは区別される IT 基本権独自の意義を明らかにすることを試みた。具体的には、判例・学説における情報自己決定権論においては、社会関係を制御する際の基本法上の規範内容が不明確であることが問題点として指摘されることがこれまでの検討から明らかになっていたが、IT 基本権は情報技術システムの秘匿性および十全性という特定の社会的関係・文脈を(基本)法的に制御するものとして、いわば情報自己決定権論を補完するものとして位置づけることができる。もっとも、このような理解に立つことで、情報自己決定権論および IT 基本権論にとってより根本的な問題が明らかになる。自由な自己決定ないし人格の発展の前提条件の保障という観点から、情報自己決定権を客観法的に再構成することを試みる論者の議論が、肝心の前提保障の内実が曖昧であるがゆえに、実際はその具体化の大部分が広範な立法裁量にゆだねられていたことは前章でみた。このことを考えると、当時のドイツにおける情報技術の発展段階ないし国内社会における浸透という社会状況を踏まえたうえで、「情報技術システムの秘匿性と十全性」という特定のシステムを基本法上の保障対象とする IT 基本権は、現実における個人の人格発展(の前提条件)の保障をより確実なものにする試みと理解することができよう。しかしこのような IT 基本権論は、いかなる社会的文脈がどのような形で(基本)法的に制御されるべきかといった準則が基本法の解釈という形でいかに導出されるのかが明らかでないという点で、重大な問題を抱えている。IT 基本権論の唐突な登場とその後の衰退は、情報技術の発展による急激な社会の変転とそれに付随して生じる自由な人格発展の「前提条件」の変化に対する基本法からの対応が必要であることを示すと同時に、その対応が困難であることをも同時に象徴する出来事といえる。基本権とその背後にある(はずの)社会的関係性との関係をいかに動的な運動態として構成するか、この点をめぐる考察は今後の課題として残されている²。

3. 結語 ——「新しい」自由権・自己決定権論と課題——

最後に、冒頭に掲げた「新しい」自由権・自己決定権論の意義と課題について、わが国の議論も参照しつつ、本稿の立場を明らかにすることにしよう。

² 社会の全体的発展と自由との相互作用については、林知更「共通番号制とプライバシー権」住民行政の窓 367号(2011年)10頁以下も参照。Hoffmann-Riem は、自身の議論を民営化やグローバル化といった社会的変化への対応を志向するものとしている。Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michale Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? (Nomos, 2004), S.53ff., insb. S.75f. また、人権の「歴史的発展の駆動力」を、「カルヴァンの流れを汲み、アメリカへ新天地を求めたピューリタン諸派による信教の自由の主張」に見出したとする、石川健治教授によるイエリネック論が興味深い。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)141頁参照。

まず、統治のテクノロジーを背景とするソフトな権力行使——本稿では特に個人関連データ・情報の取扱い——に対応した憲法上の自由・自己決定権論を展開するためには、個人の行為・決定の背後にある社会的関係性を主題化する必要がある³。すでに見たように、強制性といった比較的明確なメルクマールを欠き、かつ常態として社会内に遍く見られる個人関連データ・情報の流通・処理の内に自由・自己決定への侵害を認める場合、われわれは憲法上保障されるべき自由・自己決定を、社会的関係性を排除することによってではなく、むしろ当該関係性の内において保障する方向へと議論を転換しなければならない。いいかえれば、憲法上の自由・自己決定は、個人関連データ・情報が流通・処理され、またそれらが一定の作用を持つ社会的な関係性を法的に制御することによって実現されるものとなる⁴。いわゆる情報プライバシーの問題を「自由」ないし「自己決定」の問題として構成した国勢調査判決は⁵、基本法上保障されるべき自由が、間主観的な相互作用の中で把握されるべきものであることをすでに示唆していたのである⁶。

しかし、憲法上の自由権・自己決定権論にとって重要な問題は、さらにその先にある。すなわち、憲法でもってそのような社会的関係性を制御するためには、憲法上の自由はもはや社会的関係性とは無関係ではありえず、むしろそのつどの社会関係・文脈の中で捉えられなければならないため、そのような関係性から切り離された個人の自由・自己決定はもはや基本権保障における思考上の出発点とはなりえない。基本法上の自由はそれら諸関係から離れた多様な個人の恣意ではない。個人が享受する憲法上の自由は、法的に制御された社会的関係性を通じて間主観的に規定されているのである⁷。いいかえれば、憲法

³ 石川・前掲註2) 149頁以下、158頁以下参照。

⁴ 林・前掲註2) 12頁も参照。

⁵ Vgl. Christoph Gusy, Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DuD 2009, S.34.

⁶ 国勢調査判決において、「データ」と区別される「情報」の社会性が十分に主題化されなかったと指摘するものとして、Maion 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.58.

⁷ プライバシー論に引き付けていえば、自己情報コントロール (佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年) 181頁以下、同「プライバシーの権利 (その公法的側面) の憲法論的考察」『現代国家と人権』(有斐閣、2008年) 259頁以下、同「プライバシーの権利と個人情報の保護」同書 459頁以下参照) であれ、自己イメージ・コントロール (棟居快行『人権論の新構成』(信山社、1992年) 173頁以下、特に 185頁以下参照。石川健治「人格と権利」ジュリスト 1244号 (2003年) 29頁以下、同「イン・エゴイストス」長谷部・金編『法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004年) 199頁以下、曾我部真裕『反論権と表現の自由』(有斐閣、2013年) 201頁以下、斉藤愛「住基ネットとプライバシー権」大沢秀介ほか編『憲法.com』(成文堂、2010年) 91頁も参照) であれ、自己関連データ・情報に関する個人の決定ないし処分権限は、客観法規範を通じて制御された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。プライバシーを調整問題とする見解として、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、1999年) 118頁、同『憲法 (第5版)』(新世社、2011年) 146頁、同・井上典之「表現手段の多様化とプライバシー」井上典之・小山剛・山元一 (編)『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004年) 88頁以下、同「名誉・プライバシーと表現の自由」宇賀克也・長谷部恭男編『情報法』(有斐閣、2012年) 10頁参照。

上の自由・自己決定は、対応する社会的関係性を前提とする二次的なものとなっており、そのような関係性から離れた“個人”の“自由”とのつながりは、ここでは失われてしまっているのだ⁸。

かくして、現代型権力・管理社会といった言葉に象徴されるような事態における“不自由”を告発し、批判するためには、憲法上の自由権論は、個人の“自由”を保障する者から、間主観的な社会的関係性を規範的に制御するものへと意識的に再構成されなければならない。しかし、このような関係性の規範的制御を支える実体としての「自由（自由な自己決定・人格の発展）」はいかにして獲得されるのだろうか。この点、普遍的な概念としての「人格」概念から、社会的関係性の制御に関する規準が論理必然的に導出されるのであれば問題はない⁹。しかし、本稿で見てきた情報自己決定権および IT 基本権論が示唆しているのはむしろ、上記のような意味での「実体」を特定することは困難であり、かつそれ自体が流動しているという事実である。憲法のもとでの規範的制御のあり方を決定すべき「実体」が、むしろ規律されるべき公権力行為（立法者による裁量形成、連邦憲法裁判所による新しい基本権の承認）によって特定されているかのような、逆説的な事態は、このような背景のもとで生じているものと理解することができるだろう。

このことは主題化されるべき「新しい」憲法上の自由権論にとっても重大な意味を持っている。つまり、従来憲法上の人権規定は、憲法の“前”にある人権を「憲法の論理」にしたがって実定法化したものと理解されてきた¹⁰。しかしすでに見たように、「現実」の自

この点、宍戸常寿准教授は、プライバシー論がシステム・コントロールへと移り変わってゆくことによって、「個々人の選好によるコントロールという主観的な側面が後退していく」ことを指摘している。長谷部恭男ほか「座談会 日本国憲法研究(10)プライバシー」ジュリスト 1412号（2010年）104頁以下参照（宍戸常寿発言）。

⁸ 石川・前掲註 2) 149頁参照。このような“個人”を憲法学において主題化することについて、長谷部・金編「発題VIを受けての討論」前掲註 7)『法律から考える公共性』213頁参照（石川健治発言）。あるいは「魔女」について、金井光生「憲法哲学の執拗低音（三・完）」行政社会論集第 22 巻第 1 号（2009年）1頁以下参照。

⁹ 人格という存在概念から権利を導出することを批判するものとして、長谷部恭男ほか・前掲註 7) 96頁以下参照（阪本昌成発言）。これに対して、多文化主義が強調される現代においても、なお普遍的なフィクションとしての人格概念が必要であることを示唆するものとして、蟻川恒正「憲法学に「個人」像は必要か」全国憲法研究会編『憲法問題 23』（三省堂、2012年）69頁以下参照。あるいはそれを裏側から論じるものとして、石川・前掲 7)「イン・エゴイストス」181頁以下参照。元来この問題は、「強い個人」か「弱い個人」かといった問題設定の下で議論される傾向になったように思われる（例として、笹沼弘志「権力と人権」憲法理論研究会編『人権論の新展開』（敬文堂、1996年）31頁以下、小畑清剛『「一人前」でない者の人権』（法律文化社、2010年）参照）。しかし、いかなる個人「像」を想定するかという問題と、フィクションとしての個人「像」自体を放棄すべきかという問題は、区別して論じなければならない。

また、「行き過ぎた個人主義」というドイツ連邦憲法裁判所への批判に対して、同裁判所による基本権論の展開を、具体的な個人の自由の保障とは区別される人間中心主義としてとらえるものとして、井上典之「現代的課題への対応と過去の清算」全国憲法研究会編『憲法問題 13』（三省堂、2002年）34頁以下、特に 44頁以下参照。

¹⁰ 宍戸常寿「「憲法上の権利」の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第 2 版）』（有斐閣、2009年）233頁以下、高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト 1288号（2005

由・自己決定を保障するために社会関係の（憲）法化を進めていくほど、憲法上保障される「自由」は社会的な関係性の中でのみ把握されるようになる。このとき関係性の法的制御を支える実体としての自由を特定することができないのであれば、憲法によって対処すべき管理社会より、憲法によって保障される「自由」な社会の方が、より個人の“自由”に資するということが何故いえるのだろうか。「新しい」自由権論は、「憲法の論理」を、本来の第一次的な保障対象であるところの個人の自由との関係を曖昧にしたまま空転させていく危険性を有しているのである¹¹²。このような憲法上の「自由」の社会化が孕む問題を考えれば、権利と社会構造との明確な分離を説く阪本教授の唱えている立場¹³は、一つの

年) 110 頁参照。

¹¹ 山本龍彦准教授は、プライバシーの社会公共的性格を強調することで、「柔らかな権力」への対抗におけるプライバシーの意義を認めているが、このような議論に対しては、個人的利益は社会公共的利益のうちに解消されてしまうのではないかという疑問を提起することができると思われる。山本龍彦「プライバシー」長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社、2010年）156頁以下参照。プライバシーの公共的性格を論じるものとして、千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報 84 卷 3 号（2012年）104 頁以下、宮下紘「プライバシーという憲法上の権利の論理」一橋法学 4 卷 3 号（2005年）1159 頁以下、特に 1176 頁以下、同「プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突（1）」比較法文化 18 号（2010年）137 頁も参照。S. a. Spiros Simitis, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz 6., neu bearbeitete Aufl. (Nomos, 2006), §1, Rn.38ff.

¹² 大屋雄裕教授の以下の記述は、このような断絶を前提になお、作られた主体によって構成された「自由な社会」へのコミットメントを宣言しているものと理解することができるだろう。

「しかしわれわれの自我のあり方自体が支配にさらされようとしているときに、「本当の」自我のあり方を正当化根拠とすることにどのような意義があるのだろうか。むしろ重要なのは、それをどのようなものとして扱う・作り出すことによってわれわれがどのような社会を持ちたいのかということではないだろうか」（大屋雄裕「情報化社会における自由の命運」思想 965 号（2004年）226 頁以下）

¹³ 長谷部恭男ほか・前掲註 7) 95 頁以下参照（阪本昌成発言）。もっとも本稿の立場からすると、阪本・山本両氏の議論の構造は思いのほか近いのかもしれない。山本准教授のようなシステム・コントロールによって保障される「自由」の社会公共性についてはすでに述べたとおりだが、阪本教授のプライバシー理解もまた、教授のいう「自由な社会」に基づいているように思われる。要するにプライバシーの保障は、個人に先行して存在する社会における期待可能性に依存しており、その具体的な保障内容も、論者の理解する社会的に通用している期待可能性によって決まっているのである。このようなプライバシーの社会性については、プライバシーを基本的に調整問題と考える長谷部恭男教授の議論についても同断である。長谷部恭男ほか・前掲註 7) 94 頁以下参照（阪本昌成発言）、阪本昌成『表現権利論』（信山社、2011年）63 頁も参照。また、長谷部の議論については前註 7) 参照。そもそも個人の自律的選択と個々の具体的な行動の自由とのつながりを否定している長谷部教授にとって、「自己決定とそれに基づく行為」という「主体の論理」（大屋雄裕「他者は我々の暴力的な配慮によって存在する」RATIO 1（2006年）241 頁参照）を憲法学において論ずべき問題と考えているかは疑問である（参照、長谷部恭男『憲法（第5版）』（新世社、2011年）109 頁以下）。また駒村教授は、情報プライバシーは「適正で安全な個人情報管理に対する合理的期待」の問題として議論すべきとしている。駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013年）281 頁以下、同『視線の権力性』に関する覚書 慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 公法 I』（慶應義塾大学出版会、2008年）316 頁も参照。これに対して、このような社会通念を持ち出すことに批判的な見解として、西原博史「プライバシー

ありうる選択肢である。しかし、現代社会における新しい自由権論の必要性を説く論者の眼には、おそらくこのような議論は新しい統治手法に対処することのできない不十分な議論と映ることだろう¹⁴。

他方、このような関係性の中における不自由への対処は、萎縮効果や間接的・付随的規制の問題としてすでに憲法学において論じられてきたと見ることもできる。「新しい」自由権論に求められているのは、このような判例・学説における憲法上の自由権論を、個人の恣意としての“自由”から説明することではない。むしろ求められているのは、「何」が憲法上の自由として社会的関係性において通用しており、また通用してきたのかという視点から、各々の憲法上の自由権の背後に控える、新しい統治手法に対して保障されるべき自由の実態解明に努めることだろう。

無論、以上のようなアプローチには「個人」の自由と原理的に切り離された、そのような社会的関係性を基本法によって制御することに、いったいいかなる意味があるのか」「急速に進展する情報化社会の中では、(社会的に把握される)自由・自己決定の「前提条件」も絶えず変動してゆくはずであり、テクノロジーを固定ないし後退させない限り¹⁵、社会的関係性を制御する安定した規範を獲得することはできないのではないか」といった異なる立場からの反論が予想される。確かに、上記のアプローチをとると、とりわけ進展の著しい情報技術の分野においては、(人格自体を規定する)社会的関係性が、その関係性から批判的に距離をとろうとする観察者自身の立脚点をも変動させながら急速に変化してゆくことになるため、いったい“何”が保障すべき自由なのか、確定することすら困難になることは想像に難くない。あるいは、科学技術の進展を後追いする形で、法が常に対応を迫られている現在の状況を考えれば、そのような事態は、すでに実感としても生じているのかもしれない¹⁶。しかし、科学技術の進展を背景とする統治手法の変化を前に我々が漠然と感じている“不自由”感と、それへの対抗として主題化されつつある新しい自由権・自己決定権論とはいかなるものなのか、そしてわれわれは新しい自由権・自己決定権論の名のも

権の意義」同編『監視カメラとプライバシー』(成文堂、2009年)82頁以下参照。

¹⁴ 山本準教授が、情報システムの構築や、それへの取り込みないし接続それ自体が非中立的国家行為として憲法上問題とされるべき旨を主張していることや、阪本教授による権利と秩序・構造との明確な分離に対して異議を唱えているのも、このような意味において理解することができるだろう。山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号83頁、同「番号制度の憲法問題」法学教室397号(2013年)50,53頁、同「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究75号(2013年)98頁以下、長谷部恭男ほか・前掲註7)98頁以下参照(山本龍彦発言)。

¹⁵ 駒村圭吾「自由な社会の二つの憂鬱」世界761号(2007年)78頁、同「警察と市民」公法研究69号(2007年)119頁以下参照。Vgl. Martin Kutscha, Grundrechtlicher Persönlichkeitsschutz bei der Nutzung des Internet, DuD 2011, S.464. 科学技術に条件づけられたデータ保護規制は、すべからく一時的なものであることを指摘するものとして、Vgl. Spiros Simitis, Hat der Datenschutz noch eine Zukunft?, RDV 2007, S.147, 152f.

¹⁶ 情報技術の発達と法規制、および自由との関係については、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)62頁以下(大屋雄裕執筆)、特に自由との関係については72頁参照。

とにいったい何を議論しようとしているのか、その実態を知っているか否かとの間には、無視しえない違いが存在するはずである。