

国家による情報行為と法関係に関する考察（二）

—— 佐々木惣一「存在権」論を中心に ——

広 田 恭 子

第1章 国家による情報行為の拡大

- 1 はじめに
 - (1) 問題の所在
 - (2) 課題の設定
 - (3) 本稿の構成とその内容
- 2 国家による情報行為の拡大事例
 - (1) 戸籍制度
 - (2) 住民基本台帳制度
 - (3) 個人番号制度
- 3 情報行為の特徴
 - (1) 「情報」の定義（個別法等を参考に）
 - (2) 「情報」の特質（学説を参考に）
 - (3) 情報行為の特徴（以上、第75巻第6号）

第2章 情報自己決定権

- 1 基本権総論
 - (1) 三段階審査の概要
 - (2) 人格の自由な発展の権利
- 2 情報自己決定権に関する判例
 - (1) 国勢調査判決（以上、本号）
 - (2) 自動車ナンバー記録II決定
- 3 連邦憲法裁判所による判例法理
 - (1) 情報の分離原則
 - (2) 日本法の考察への視点

第3章 「存在権」論に関する考察

- 1 情報行為に必要な三つの視点
 - (1) 処分性概念とその意義
 - (2) 侵害行為性
 - (3) 両立かつ対抗関係
- 2 存在権の発見
 - (1) 臣民の地位と国民の地位
 - (2) 存在権の発見
- 3 「存在権」論に関する考察
 - (1) 「存在権」論に関する学説の見解
 - (2) 自由権及び国務要求権に関する理解
 - (3) 「存在権」論に関する考察
- 4 「存在権」論の意義

第4章 国家による情報行為と法関係に関する考察

- 1 国家による情報行為と存在権に関する考察
 - (1) 考察の枠組み
 - (2) 戸籍制度と存在権
 - (3) 住民基本台帳制度と存在権
 - (4) 個人番号制度と存在権
- 2 国家による情報行為と法関係に関する考察
 - (1) 問題意識とその解答
 - (2) 国家による情報行為と法関係に関する考察
- 3 おわりに

第2章 情報自己決定権

本章は、第4章において、国家の情報行為が、「存在権」をいかにして制限ないし侵害しうるのかということを考察するための準備作業として位置づけている。ドイツ連邦憲法裁判所（以下「連邦憲法裁判所」という。）は、人格に対する危険に対応するために、情報に関する自己決定権を導き出した。本稿の問題関心との関係から、情報自己決定権に関する判例を参照し、日本法への考察の視点を得ることがここでの目的である。そのための手がかりとして、連邦憲法裁判所の二つの判例を参照する。

ドイツでは、1983年国勢調査判決⁷⁴⁾において情報自己決定権が承認されて以来、連邦憲

法裁判所の判例の蓄積により「基本権」⁷⁵⁾の保護の射程を発展させている。基本権とは、ドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」という。）93条1項4a号及び同法90条1項に挙げられた諸権利のことである⁷⁶⁾。判例によって導き出された情報自己決定権は、現代の情報技術の下での人格に対する危険に対応するために、人間の尊厳（基本法1条1項）と結びついた「人格の自由な発展の権利」（同法2条1項）から導かれた一般的人格権の具体化の一つとして連邦憲法裁判所が承認した情報に関する自己決定権である。まずは、この判決を参照する。次に、自動車ナンバー記録II決定⁷⁷⁾を参照する。この決定は、国勢調査判決では明言されなかった、情報自己決定権への「介入」⁷⁸⁾の判断枠組みが示されているため、本決定を参照する。なお、情報自己決定権の保護の射程を拡大させたオンライン検索判決⁷⁹⁾は、連邦憲法裁判所が、基本権の保護領域に隙間が生じ、情報自己決定権だけでは十分ではないと判示し、その隙間を埋める形で新たに「情報技術システムの機密性と完全性の保障を求める権利」を承認した判決であるが、本稿は、第4章の考察に必要な限りで判例を参照することとし、先に掲げた二つの事例のみを参照することにしたい。

本章の構成は次のとおりである。最初にドイツの三段階審査と呼ばれる司法審査の枠組みとその審査基準の概要を確認する。次に、基本法2条1項に基づきられる人格の自由な発展の権利を概観する。基本法2条1項は、一般的行為自由及び一般的人格権の二つの異なる基本権を保障していると解されている⁸⁰⁾が、本章では、情報自己決定権を基礎づける一般的人格権のみを確認する。続いて、一般的人格権の形成に大きな影響を与えた「領域理論」を確認する。領域理論は、「連邦憲法裁判所の数多くの判例を分析し整理し直すことによって見いだされた」⁸¹⁾ものである。

そして、先に掲げた二つの判例では主に次の点を確認する。国勢調査判決については、

74) BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1983 (BVerfGE 65, 1).

75) ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) 93条1項4a号は、「基本権」と「20条4項、33条、38条、101条、103条及び104条に含まれる諸権利」を区別して規定しているが、本稿ではそれらを総括して「基本権」と記述する。

76) 各条項が規定する諸権利については、畠尻剛=工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』（中央大学出版部、2013年）306頁を参照願いたい。

77) BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018 (BVerfGE 150, 244).

78) 介入の定義については後述するが、ひとまず次のように説明しておくことにする。介入行為とは、基本権の保護領域に属する法益に対し、一定の性質をもつ国家行為によって基本権保護領域に介入し、当該法益の全部又は一部を制約ないし制限する効果を有する、あらゆる国家行為のことをいう。介入行為に該当すると判断されると、その国家行為は、憲法上の正当化の論証が求められる。国家が介入行為の正当化を論証できなければ、当該介入行為は違憲であると判断される。他方で、国家が介入行為の正当化を論証できれば、当該介入行為の違法性は阻却され憲法適合的行為として承認される。また、介入行為に該当しないと判断される場合には、憲法上の正当化の論証は求められない。基本権を侵害しない介入行為だからである。

79) BVerfG, Urt. v. 27. 2. 2008 (BVerfGE 120, 274).

80) 押久保倫夫『個人の尊重』と『一般的自由』『人格権』辻村みよ子編『憲法研究4号』（信山社、2019年5月）65頁参照。

81) 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～121頁。

第一に、情報自己決定権とはどのような権利なのか、連邦憲法裁判所の情報自己決定権に関する権利の概要を確認する。第二に、連邦憲法裁判所はなぜ情報自己決定権が必要であると述べたのか、この権利が必要とされた理由を確認する。次に、自動車ナンバー記録Ⅱ決定については、第一に、連邦憲法裁判所が、国勢調査判決のなかでは語らなかった情報自己決定権に対する介入をどのように捉えていたのかという点について確認する。第二に、本決定において拡大された介入の画定基準について確認する。

1 基本権総論

（1）三段階審査の概要

三段階審査（Drei-Schritt-Prüfung）とは、基本権侵害の違法性を評価するために、次の三つの段階に分けて審査される図式のことをいう⁸²⁾。第一段階は、対象となる国家の行為が、基本権の保護領域（Schutzbereich）⁸³⁾に関わるものかどうかが審査される。基本権の保護領域とは、「基本権が保護する生活領域」⁸⁴⁾のことをいう。そして、国家行為が、基本権保護領域に関わる行為である場合は、次の審査に進む。第二段階は、その国家行為が基本権の保護領域に対する制限、すなわち、基本権介入（Grundrechtseingriff）⁸⁵⁾に当たるかどうかが審査される。基本権介入に当たる場合は、次の審査に進む。第三段階は、その基本権介入が憲法上正当化（Rechtfertigung）される行為であるかどうかが審査される。第三段階の正当化の段階で問題となっている国家行為が憲法上正当化されないと認められてはじめて基本権の侵害（Verletzung）が認められることになる。

こうした三段階審査の特徴は、国家が、基本権の保護領域に属する介入行為の正当化を立証しなければならないのに対し、各人は、基本権の保護領域に属する自由や利益について、特に正当化を必要としない点に大きな特徴がある。それは、「介入行為に対する保護領域の優位性を前提とした法的判断枠組み」⁸⁶⁾とされているからである。特に「個人の行

82) 三段階審査については、この説明に限られない。例えば、松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報83巻5号（2011年）34頁は次のように説明している。三段階審査とは、「ドイツ公法学によって彫琢された基本権保障の論証作法であり、そもそもは国家からの自由を求める権利（自由権＝防護権）を保障するための審査の論証プロセス」を指し、「この論証プロセスが三段階の審査手続となっているので、三段階審査と呼ばれている」。

83) 「Schutzbereich」の訳語については、「保護領域」と日本語に訳されることが多いが、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』—『憲法上の権利』への招待」法律時報74巻7号（2002年）62頁では、「『保護領域』ではなく『保護範囲』という訳語を採用」しておくべきだったという。また、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回〔三段階審査—概要と注釈〕」法学セミナー675号（日本評論社、2011年）66頁以下も「保護範囲」の訳語を採用している。

84) 松本・前掲注(81)19頁。

85) 「Grundrechtseingriff」の日本語訳は、基本権侵害、基本権介入、基本権制限等と訳されているが、本稿では、憲法違反として確定的な侵害を意味する「Verletzung」には「侵害」を当て、それと区別する意味で「Grundrechtseingriff」には「基本権介入」を、「Eingriff」には「介入」の語をそれぞれ当てることにする。

86) 松本和彦「ドイツ基本権論の現状と課題」ジュリスト1244号（有斐閣、2003年5月1日-15日）191頁。

為はもともと自由であるが、國家の介入行為はそもそも許されない。だから正当化を要する。個人の行為の違法性阻却が問題となる刑法・不法行為法の文脈と國家の介入行為の違法性阻却が問題となる憲法の文脈は、正当化責任が逆転⁸⁷⁾されているということが重要である。

三段階審査の図式の考え方には、それを支える基盤がある。松本によれば、それは、カール・シュミットによって提唱された配分原理であるという。配分原理とは『『個人の自由は原理的に無限定だが、この領域に介入する國家の権能は原理的に限定されている』という原理』⁸⁸⁾と説明される。この原理は、市民が自由であることが原則であり、國家が市民の自由を制限することができるのは例外的にしか認められず、しかも國家の介入は、原理的に限定があると考える。カール・シュミットは、『市民的法治国家における基本権とは、前国家的かつ超国家的権利として妥当し、國家が法律の定めによって付与するものではなく、国家以前の所与のものとして認められるような権利だけをいう。…』したがってこれらの基本権は、その実体からすれば法益ではなく自由の領域であり、ここから権利が、しかも防禦権が出てくるのである』⁸⁹⁾と述べている。

原則は自由であり、例外的に自由を制限するという、『原則-例外』図式は、『憲法上の権利』の構成として防衛権的構成を支えるだけではなく、『憲法上の権利』の侵害を認定する論証の構成も規定している⁹⁰⁾。つまり例外的に自由を制限する側がその制限の正当化を論証しなければならず、制限者のほうに正当化の論証責任を転換するという点に、原則-例外の図式に支えられた三段階審査の特徴がある⁹¹⁾。以下では、具体的に三段階審査の各概念を確認していくことにしよう。

①保護領域

保護領域は、「領域」という訳から直感的に空間的なものを示すように思われるが、Schutzbereich といわれる場合の領域（Bereich）は、空間を示している概念ではない。ここで表現されている領域とは、「同じ機能、同じ役割、同じテーマが、保護領域の同一の内容を形作っている」⁹²⁾ ものを示している。すなわち、同一の内容で形成された「基本権

87) 松本・前掲注(82)35頁(註10)。

88) 松本・前掲注(82)35頁。駒村・前掲注(83)67頁も参照。

89) 松本・前掲注(81)14頁。

90) 駒村・前掲注(83)67頁。

91) もっとも、三段階審査の理論的根拠が明快ではないと批判する見解がある。三段階審査を憲法の図式としては単なる「論証作法」としか形容されず、その論拠としては、法治主義原理、又は配分原理が、せいぜい挙がるくらいであり、「この図式が理論ではなく使い勝手から支持されるからこそ、『論証作法』と呼ばれる」のではないかという。三宅雄彦「〔三段階審査〕論証作法としての三段階審査」法学セミナー674号（日本評論社、2011年）9頁～10頁。

92) ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク＝トルステン・キングレーン＝ラルフ・ポッシャー（永田秀樹＝倉田原志＝丸山敦裕/訳）『現代ドイツ基本権（第2版）』（法律文化社、2019年）82頁。

法益の集合体」⁹³⁾を意味する。

ある行為や自由が基本権で保障されるためには、問題となる行為や自由が基本権で保護されている領域になければならない。「基本権の保障を図りたいのであれば、問題の行為、自由、利益が、基本権の保護領域に該当することを論証しなければならない」⁹⁴⁾。これが、基本権の保護領域の論証プロセスである。

三段階審査の第一段階は、まず、基本権の保護領域に該当することを論証するのが第一の関所ということになる。例えば、この段階で保護領域該当性が否定されれば、基本権を制限する介入を論じる必要性はなく、第二段階に進むことはできない。なぜなら、ある行為や自由は、基本権の保護領域に存在する行為や自由の行使でなければ、基本権を制限されたことにはならないからである。

また、先程確認したとおり、正当化の論証責任の分配が逆転しているため、「ある利益が基本権の保護領域の側に置かれるのか、逆に国家の保護法益の側に置かれるのかを決することは、極めて重大な意味を持つ」⁹⁵⁾。保護領域の意義はこの点にある。ある行為や自由が保護領域に該当すると判断されると、その行為や自由は、正当化をする必要はない。なぜなら、保護領域該当性が認められると、その行為や自由は正当なものとしてみなされるからである。逆に、保護領域に該当する行為や自由を制限する国家行為は、制限の正当化が求められる。

のことからもわかるように、保護領域該当性の問題は、後続の介入や正当化の論証との関係において相互に関係し合っているのである。そうすると、基本権保障を強化するためには、できる限り保護領域は広くとり、市民の行為、自由を保護の射程に收めることが望ましいと考えるべきだろうか。

この点、保護領域の安易な拡大については、慎重な見解がある。「基本権に対する過剰な要求や過剰な拡大は、憲法上の正当化を自明とされているような領域にまでしばしば要求するようになり、その結果、基準が安易な小銭に堕ちてしまう」⁹⁶⁾という指摘である。

保護領域の確定は、沿革的・歴史的解釈や憲法の規定その他の関連する法規の解釈によって導かれる。連邦憲法裁判所は、エルフェス判決⁹⁷⁾において、基本権保護領域の解釈を沿革的・歴史的経験に基づいた説明を行なっている。同判決は、基本法2条1項が規定する人格の自由な発展の権利の具体化として、一般的行為自由を最初に導き出した判決で知られており、一般的行為自由を基本権として承認する際に以下のように述べている。

93) 松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛=駒村圭吾編『論点探求憲法〔第2版〕』(弘文堂、2013年) 106頁。

94) 松本・前掲注(81)19頁。

95) 松本・前掲注(82)36頁。

96) ボード・ピエロート他・前掲注(92)81頁。

97) BVerfGE, Urteil. v. 16. 1. 1957 (BVerfGE 6, 32). 事実の概要及び解説については、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障—エルフェス判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、1996年2月) 31頁、大西芳雄「旅券延長申請却下事件」別冊ジュリスト『ドイツ判例百選』(有斐閣、1969年) 64頁の評釈を参照。ただし、訳はこれらに依っていない。

「基本法2条1項は、歴史的経験に鑑みれば、公権力の介入に特に晒されてきた特定の生活領域の人間の行動の自由を、特別な基本法の規定を通じて保障してきた。すなわち、憲法は、段階的な法律の留保によって、基本権のそれぞれの領域がいかなる範囲で介入されうるかを境界づけてきたのである。これらの特別の生活領域が基本法上保護されない限りにおいて、その自由が公権力によって介入された場合には、個人は、基本法2条1項を援用することができる」⁹⁸⁾。

連邦憲法裁判所は、基本法2条1項の保護領域について、沿革的・歴史的経験を踏まえた解釈論を展開し、個別的基本権で保護されない限りで同項に基づいて補充的に人間の行動の自由の保護を求めることができることを明らかにした。こうした沿革的・歴史的経験を踏まえた保護領域論は、その意味で「対抗利益を俎上にあげる」⁹⁹⁾正当化の審査とは異なる審査基準が採られている。

②介入概念

三段階審査の第二段階は、介入である。配分原理を基盤にした介入は、伝統的に基本権の保護領域に対する侵害であると考えられてきた。ただ、この段階では、基本権を確定的に侵害する行為と認められているわけではない。ある国家行為が、基本権の保護領域に対する介入であると認められるということは、基本権が保護する生活領域に対する侵害と疑わしき事案が、そこに「ある」ということであり、暫定的に違憲性が見出せるのだが、介入の段階では、あくまで暫定的な違憲性が成立しているに過ぎない¹⁰⁰⁾。そのため、確定的な侵害という意味と区別するために「Eingriff」をあえて侵害ではなく介入あるいは制限もしくは制約等の訳語を当てる場合がある。本稿もそれに倣ってEingriffの訳を介入とし、基本権に対する制限という意味で用いる。

介入の果たす役割で重要な機能は、介入が認められると、国家の側に国家行為の正当化が求められることである。したがって、介入の当否の問題は、基本権の制限をどのような範囲で画定するかという問題でもあり、それ自体重要な論点である¹⁰¹⁾。

もちろん、すべての国家行為が介入に該当するわけではない。介入に当たらないとされた国家行為は、たとえ基本権の行使を法的ないし事実上制限する行為であっても正当化は要求されないことになる¹⁰²⁾。その意味では、介入の当否は、基本権の保護領域を画定するとともに、国家に介入の正当化の論証を負わすための重要な鍵概念ということになる。

98) BVerfGE 6, 32, Rn. 16.

99) 松本・前掲注(82)37頁。

100) 反対に「ある自由や利益が保護範囲に入るとしても、国家行為による自由へのコミットメントが『制限』と評価されなければ、一応の違憲性は成立しない」駒村・前掲注(83)68頁。

101) もっとも、ドイツの介入概念が日本において重要な意味をもつのか疑問も出されている。石川・前掲注(83)61頁は、「Eingriffの要件については、憲法裁判所への出訴要件としての重要性をもつドイツの場合とは異なり、あくまで民事・刑事・行政訴訟のなかで、攻撃防御方法としての違憲主張が行われるに過ぎない日本では、さほど大きな取扱いが必要かどうかは疑問である」と述べる。

102) 小山剛『憲法上の権利』の作法〔第3版〕(尚学社、2016年) 35頁参照。

1) 古典的介入概念

介入概念は、伝統的に古典的介入概念として発展してきた。古典的介入概念は、次の四つの条件をもっている。すなわち、「目的的であり、単に、全く別の目的に向けられた国家行為で意図しなかったにもかかわらず生じたような結果ではな」く、「直接的であり、単に、国家行為の、意図的ではあったが、しかし、間接的な結果として現れたようなものはな」く、「法的行為であり、単に事実上の効果ではなく法的効果をも」ち、「命令または強制をもって命じられ、あるいは執行される」¹⁰³⁾ ものである。

介入行為は、基本権の保護領域に属する法益に対し、国家行為が上記の性質をもって介入し、当該法益の全部又は一部を制限する効果を有するあらゆる国家行為を指す。

国家行為の正当化が要求されるのは、基本権の保護領域に対する国家の介入行為である。したがって、どのような国家行為が基本権の保護領域に対する介入行為に当たるのかを確定しなければならない。その確定の判断をするのが、前述の四つの条件をもつ古典的介入概念であると考えられてきた。

2) 介入概念の拡大

しかし、近年、現代的行政活動の拡大に対し、古典的介入概念では捉えられない国家行為があるのではないかと指摘されるようになる。このような背景の下、連邦憲法裁判所は、具体的事件を通じて古典的介入概念の四つの条件を現代的介入概念へと拡大させている。現代的介入概念は、介入の効果が「目的的であるかそれとも意図的でないか、直接的であるかそれとも間接的であるか、法的であるかそれとも事実上（実際の、非公式）のものであるか、命令や強制を伴うものであるかそうでないかは問われない」¹⁰⁴⁾。

古典的介入概念を現代的介入概念に拡大させる契機となったのは、「意図しない付隨的な行為、間接的行為、非権力的行為、事実行為といった中にも、基本権制約的な効果を持つものがある。たとえば、国家による個人情報の収集・保有・処理・伝達・開示といった行為は、本人以外の第三者からの情報の任意提供や国家内部でのやりとりのごとく、従来的な介入行為に該当しない場合が多いが、だからといって、これらの情報取扱い行為を不間に付してよいとはいいがたい」¹⁰⁵⁾ と考えられたことが介入概念を拡大する契機になっている。

また、「国家は公益実現を図るも（目的性）、自らが任務を委託した民間部門を規律するのみで、直接に関与するのではない（間接性）。しかも、このときの規律は、法律や処分に依らない（非法形式性）、単なる契約や情報提供、あるいは非公式な交渉に留まる（非強制性）」¹⁰⁶⁾ 行為、すなわち、「介入概念の4要件のどれかを欠く干渉の扱いが問題とな

103) ボード・ピエロート他・前掲注(92)83頁。

104) ボード・ピエロート他・前掲注(92)84頁。

105) 松本・前掲注(86)192頁。

106) 鈴木秀美=三宅雄彦編『〈ガイドブック〉 ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）44頁〔三宅雄彦執筆〕。

る」¹⁰⁷⁾。

しかし、三段階審査においては、古典的介入概念の狭量が、三段階審査の第三段階（正当化）へ進むことを閉ざしてしまう。それは、基本権保護の観点からいっても古典的介入概念の四つの条件は十分とはいえず、「近年の保障国家の浸透」¹⁰⁸⁾の背景もあって、古典的介入概念の狭量を拡大させる必要性が生じたのである。すなわち、現代的介入概念が求められた背景には、社会的変化に伴って要請された国家の活動範囲の拡大が一つの大きな契機となっている。

③正当化

1) 形式的正当化審査

第三段階は、基本権への介入と評価された国家行為を国家が正当化 (Rechtfertigung) を図る段階である。この段階で審査される基準は、次の審査から構成される。まず、形式的正当化審査と実質的正当化審査に分けられる。形式的正当化審査では、いわゆる法律の留保原則¹⁰⁹⁾に適合しているかどうかが中心となって審査される。また、制限の根拠となる法律が、規範の明確性・特定性の原則を充たしているかが問題となる。

判例は、規範の明確性と特定性の原則について厳密には区別されることなく用いられているようである¹¹⁰⁾。ただ、明確性は、規範の意味内容を限定できているかを問題とするものであり、特定性は、基本権を制限する条件とその範囲を問題とするものと説明することができる¹¹¹⁾。

「特定性の要請 (Bestimmtheitsgebot)」とは、憲法上の要請ないし法治国家原理の要請であると考えられているが、その根拠については一様ではない¹¹²⁾。例えば、国勢調査判決では次のように説明されている（判決文では「明確性の要請 (Gebot der Normenklarheit)」の表現が使われている¹¹³⁾）。「法律上の根拠は、制限の要件及び範囲が明らかであり、さらに国民にとって識別可能で認識できるものであり、それによって、法治国家原理

107) 鈴木=三宅・前掲注(106)〔三宅雄彦執筆〕44頁。

108) 鈴木=三宅・前掲注(106)〔三宅雄彦執筆〕44頁。

109) ドイツの場合、法律の留保原則は、判例・通説ともに本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie) に基づいている。本質性理論については、大橋洋一『現代行政の行為形式論』(弘文堂、2014年)、特に第一章〔法律の留保学説の現代的課題—本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie) を中心として〕を参照願いたい。

110) 實原隆志『情報自己決定権と制約法理』(信山社、2019年) 131頁参照。

111) 實原・前掲注(110)131頁参照。

112) 實原は、根拠について次の三つに整理する。①法治国家原理（基本法20条3項）説、②基本権説、③法律の留保説である。實原隆志「『G P S 捜査』の憲法上の問題—ドイツの議論との比較—」『福岡大学法学論叢』64巻2号（2019年9月）440頁以下参照。

113) 實原・前掲注(112)441頁は、国勢調査判決の後の判決が、国勢調査判決の明確性の要請について述べている部分を引用していることについて、「規範の『特定性』の憲法上の位置づけを述べたものとして援用しており、情報自己決定権に対する侵害の合憲性が争われる際にも、多くの判決・決定において特定性の要請が法治国家原理と関連づけて述べられている」と分析する。

の要請である明確性の原則に適うものでなければならない」¹¹⁴⁾。

また、税関刑事局決定¹¹⁵⁾では、規範の明確性・特定性について、それぞれの立場から見た意義を次のように述べている。①は市民、②は行政、③は裁判所から見た意義である¹¹⁶⁾。すなわち、「①法律上の規定を手がかりとして、当事者が、自己の行動をそれに合わせることができるほど、法的状態（Rechtslage）を認識できなければならない。規範の特定性および明確性に対する要請は、法律状態（Gesetzeslage）の評価に際して生じる不確実性によって基本権行使を妨げるような場合には、より高いものになる。②市民の自由の限界についての決定は、一方的に行政の裁量にゆだねられてはならない。行政の行為余地について、法律には、これを限定する機能が帰属する。この機能は、国家行為が適法であることを確保し、それによって、国家の濫用から市民の自由を保護するものである。③裁判所が法的規準を手がかりとして行政を統制できるようにする」¹¹⁷⁾ことである。

後で見る2008年自動車ナンバー記録判決（以下「第一次判決」という。）¹¹⁸⁾においても、規範の明確性・特定性の原則の根拠を法治国家原理に置いていると見られている¹¹⁹⁾。

このように、ドイツでは、規範の明確性・特定性の原則は、連邦憲法裁判所が、法治国家原理から導き出し、これまで繰り返し強調されている原則¹²⁰⁾であり、違憲性判断のための重要な基準として位置づけられている。

2) 実質的正当化審査

実質的正当化審査は、目的審査と手段審査に分けられる。目的審査では、立法目的が正当であるかどうかが審査される。そして、基本権を制限する目的が正当であることを前提としたうえで、手段審査に進む。手段審査には、広義の比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）、あるいは比例原則（以下「比例原則」という。）と呼ばれる審査基準がある。

比例原則は「過剰侵害の禁止」ないし「過度の侵害禁止（Übermaßverbot）」¹²¹⁾ともいわれ、国家行為が、基本権の侵害を過剰に行なうことを禁止する原則である。比例原則は、立法者が、基本権行使に制限を設定する際に立法者に対して課す制限を表し、連邦憲法裁判所の判例で最も重要な制限に対する制限¹²²⁾の原則と考えられている。

114) BVerfGE 65, 1 Rn. 151.

115) BVerfG, Beschl. v. 3. 3. 2004 (BVerfGE 110, 33).

116) 小山剛「『戦略的監視』と情報自己決定権—BVerfGE 100, 313を中心にして—」『法學研究』79巻6号（慶應義塾大学法学研究会、2006年6月）35頁～36頁参照。

117) 小山・前掲注(116)36頁。①、②、③については便宜上、筆者が追記した。

118) BVerfG, Urt. v. 11. 3. 2008 (BVerfGE 120, 378).

119) 小山・前掲注(116)47頁(註83)参照。

120) Vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 151. ; BVerfGE 120, 378, Rn. 94.; BVerfGE 110, 33, Rn. 104.

121) 根森健「憲法上の人格権—個人の尊厳保障に占める人権としての意義と機能について」日本公法学会編『公法研究』58号（日本公法学会、1996年）77頁。

122) ボード・ピエロート他・前掲注(92)90頁～91頁参照。

比例原則は、次の三つの審査基準で構成される。(a) 制限によって達成しようとする目的に対して、その制限の手段が、目的を達成するために有用（合理的）かが審査される適合性ないし合理性（Geeignetheit）の基準、(b) その制限の手段が、目的を達成するために制限が小さく、かつ必要性があるかが審査される必要性（Erforderlichkeit）の基準、(c) 制限によって達成しようとする目的とその制限の手段が、釣り合いがとれているか（Verhältnismäßigkeit）すなわち、制限によって得られる利益とその制限によって失われる利益が衡量され両者の均衡がとれているかが審査される狭義の比例性（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne）基準¹²³⁾である。

（2）人格の自由な発展の権利

①一般的人格権

1) 一般的人格権の性質とその任務

一般的人格権は、基本法上の特別な自由の保障を対象としたものではないが、しかし、それとひけを取らない重要性のある人格の要素を保障し¹²⁴⁾、「防禦機能において、一般的な人格権は、直接に国家に対して適用される」¹²⁵⁾基本権である。

連邦憲法裁判所が、基本法2条1項の人格の自由な発展の権利から一般的人格権を抽象的レベルで定式化し承認したのは、「エップラー決定」¹²⁶⁾である。もっとも、戦後、連邦通常裁判所の民事事件においてすでに判例上承認されていた私法上の人格権を、1973年ソラヤ決定¹²⁷⁾、同年のレーバッハ判決¹²⁸⁾の流れを受けて憲法上的一般的人格権として承認し、その性質や位置づけを明確にし、定式化したのが本決定であり¹²⁹⁾、その意味では、一般的人格権が憲法上の基本権として承認されたリーディング・ケースといってよいであろう。エップラー決定は、エップラー博士が、バーデン・ヴュルテンベルク州のキリスト教民主同盟の選挙活動の演説の原稿にしていない発言をしたかのように記述されていることに対し、記述されたような発言はしていないとして、この記述による人格権の侵害を理由に差止訴訟を提起した事件¹³⁰⁾である。

連邦憲法裁判所によれば、「一般的人格権は、例えば、良心の自由や意見表明の自由と同じく人格の構成要素を保護する特別の（『個別的』）自由権を補充する無名の『自由

123) 市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」法律時報83巻5号（日本評論社、2011年5月）7頁参照。

124) Vgl. BVerfGE 120, 274, Rn. 169.

125) アルブレヒト・レスラー（鈴木秀美/訳）『オンライン検索』についての連邦憲法裁判所判決—2008年2月27日第一法廷判決—』阪大法学（大阪大学法学会、2009年58巻5号）294頁。

126) BVerfGE, Beschl. v. 3. 6. 1980 (BVerfGE 54, 148).

127) BVerfGE, Beschl. v. 14. 2. 1973 (BVerfGE 34, 269).

128) BVerfGE, Urteil. v. 5. 6. 1973 (BVerfGE 35, 202).

129) 押久保倫夫「一般的人格権の性質と保護領域—エップラー事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年2月）36頁以下参照。

130) 押久保・前掲注(129)36頁参照。

権』¹³¹⁾であるという。「その任務は、『人間の尊厳』の最高の憲法原則という意味において、伝統的な具体的自由の保障によっては完全には捉えきれ得ない、より狭い私的生活領域やその根本的条件の維持を保障することである」¹³²⁾。この権利の必要性は、「現代の発展とそれに関連する人間の人格保護に対する新たな危険の観点からも特に存在する」¹³³⁾。

本決定が特徴的なのは、一般的人格権の保護の根底には個人の自己決定の保護の思想があることを明言している点にある。すなわち、判決は、基本法2条1項によって保障される一般的人格権は、していない発言を押し付けられることに対しても保護されうるとし、それが基本権で保障される理由を次のように説明した。「このことは、一般的人格権の保護の根底にある自己決定の思想から導かれる。すなわち、個人は、第三者や公衆に対して自己をどのように表現しようとするのか、第三者が、自己の人格について自由に処理しうるのかどうか、どの程度まで自由に処理しうるのかということについて、私的領域の制限なしに、原則として自ら決定することができる」¹³⁴⁾。連邦憲法裁判所は、このように述べて、一般的人格権の保護の根底に自己決定の保護の思想があることを明らかにしたのである¹³⁵⁾。

このようにして、エッラー決定は、一般的人格権の保障の隙間を埋めるために、私的領域の制限なしに原則として、自らの発言や自己の表現に関する自己決定を承認し、保護領域を拡張させた。一般的人格権は、その後の判例のなかでも様々な法益が承認されていくことになる。

2) 一般的人格権の位置づけ

一般的人格権の位置づけについて、判例は次のように整理している。「基本法1条1項との関連づけが示すように、基本法2条1項の一般的人格権には、『人格の自由な発展』の要素が含まれるが、それは、保護された領域の尊重を求める権利として人格の自由な発展の『能動的』な要素である一般的行為自由 (vgl. BVerfGE 6, 32.) からは切り離される」¹³⁶⁾関係にある。それゆえ「一般的人格権の構成要件的諸条件も一般的行為自由のそれよりも狭く引き出されなければならない。一般的人格権は、より狭い人格の領域を侵害する介入だけに及ぶと解するのが相当である (vgl. BVerfGE 34, 238 (247) - heimliche Tonbandaufnahme; BGHZ 24, 72 (81); 27, 284 (287).)」¹³⁷⁾。本決定において、このように定式化され

131) BVerfGE 54, 148, Rn. 13.

132) BVerfGE 54, 148, Rn. 13. 憲法上的一般的な人格権の詳細については、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権—人格権研究序説—」小林考輔ほか編『ドイツ公法の理論』(一粒社, 1992年) 297頁以下参照。

133) BVerfGE 54, 148, Rn. 13.

134) BVerfGE 54, 148, Rn. 16.

135) 松本・前掲注(81)130頁は、本決定を「『領域理論』の思考から完全に離脱し、個人の自律的決定の保護を全面に押し出す判例」の一つに挙げている。

136) BVerfGE 54, 148, Rn. 13.

137) BVerfGE 54, 148, Rn. 13.

た一般的人格権は、特別の基本権の保障からこぼれ落ちた法益のなかでも、特に人格要素を構成する法益を対象とした保護領域をもつ無名の自由権として位置づけられる。そして、その任務は、一般的行為自由よりも狭い私的領域の保護とその根本的条件を維持することにある。

3) 保護法益

連邦憲法裁判所が詳述した一般的人格権は、無名の自由権であり、補充的に適用されうる基本権である。しかし、それゆえに権利の内容を明確に画定することは困難であると考えられた。これに対して、連邦憲法裁判所は、一般的人格権は、将来、新たに生じうる危険に対処できるよう、あえて自覚的に権利内容を確定することはしなかったようである。すなわち、「一般的人格権の詳述された本質ゆえに、連邦憲法裁判所の判例は、連邦通常裁判所と同様に、保護される権利の内容を最終的に確定することはせず、その都度、決定される事件を手がかりにその輪郭を浮き彫りにして示してきた」¹³⁸⁾。

判例によってこれまで承認された憲法上の一般的人格権は、個人の生活領域に関するものとして—内密領域・私的領域・秘密領域—の保護、人格的名誉権、自己の人格の外部に対する描写についての決定権、肖像権、発言した言葉についての権利、執筆した言葉についての権利、発言の歪曲や捏造に対抗する権利、氏名権、犯罪との関係で無限定の報道に対抗する権利、情報自己決定権などの保護法益が承認されている¹³⁹⁾。

4) 基本法の「人間像」

連邦憲法裁判所は、基本法に同一の基礎をもつ人格の自由な発展の権利から二つの異なる無名の自由権を導き出した。それは、一般的行為自由と一般的人格権である。もっとも、一般的行為自由と一般的人格権は、同じ基本権から承認された権利とはいえ、判例による権利の基礎づけは異なっている。すなわち、一般的行為自由は、基本法2条1項単独で基礎づけられるのに対し、一般的人格権は、基本法1条1項の人間の尊厳と結びつけて基礎づけられるのが通例である¹⁴⁰⁾。

連邦憲法裁判所は、投資助成判決¹⁴¹⁾以来、「基本法の人間像」について幾度か強調し¹⁴²⁾、そこから一定の憲法解釈の実質的基準を導き出している。同判決によれば、「基本法の人

138) BVerfGE 54, 148, Rn. 14.

139) BVerfGE 54, 148, Rn. 14. アルプレヒト・レスラー（鈴木秀美/訳）・前掲注(125)294頁～295頁参照。

140) 判決では「Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG」で表現される「基本法1条1項と結びつけられた2条1項」という言い方が使われている。Zum Beispiel vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 146.; BVerfGE 120, 274, Rn. 201.

141) BVerfG, Urt. v. 20. 7. 1954 (BVerfGE 4, 7). 本判決の評釈として、根森健「『基本法の人間像』と基本法の経済政策の中立性—投資助成判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年2月）26頁以下参照。

142) Zum Beispiel vgl. BVerfGE 65, 1, Rn. 150.; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 13. April 1983 (BVerfGE 64, 67, Rn. 11).

間像は、孤立した無制限の個人という人間像ではない」。「基本法は、むしろ、人の社会的（被）関連性と社会的（被）拘束性という意味で、個人と共同社会との緊張状態に決断を下している。〔もちろん〕その際には、人の固有の価値を傷づけることなしに」。「基本法の人間像は、とりわけ、基本法1条、2条、12条、14条、15条、19条、20条の全体から生じる。そして、この全体が意味するものは、人の自主性が保障されていることを前提としたうえで、個々人は、現に存する事情のもとで一般に要求しうるもの限界内で、社会的共同生活の保護の育成や促進のために、立法者が引くような、個々人の行為の自由に対する限界を甘受しなければならないということである」¹⁴³⁾。

連邦憲法裁判所が強調する基本法の人格は、「『共同社会的拘束性』のもとにあり、『国家を形成する力』であらねばならない点で、日本国憲法に言う国家権力から自由な自律的存在としての『個人』とは異なることに注意」¹⁴⁴⁾が必要である。基本法2条1項が人間の尊厳と結びつけられるということは、「人間の尊厳だからそれぞれの個人の自己決定も尊重されると同時に大事なのは、限定されている。2条1項に掲げられたものも、1条1項の人間の尊厳という実質的価値によって限定を受ける」¹⁴⁵⁾関係にあると考えられる。それゆえ、一般的な人格権は、基本法1条1項の人間の尊厳によって基礎づけられると同時に、基本法の人間像によって限定を受ける関係にあると理解されるのである¹⁴⁶⁾。

②領域理論

数多くの判決の蓄積を通じて、連邦憲法裁判所は、一般的な行為自由については、最終的な不可侵の自由な私的領域があることに言及し、公権力によって侵すことのできない絶対的に保護されうる生活領域を基本法上特別な保護の下に置いた。他方で、一般的な人格権については、一般的な人格権の詳述された本質ゆえに権利内容を最終的に確定せずに、決定される事件を手がかりに保護領域の輪郭を浮き彫りにしようとしてきた。学説は、基本権の保護領域を規定し、基本権の保障の基準を獲得しようと努力してきた¹⁴⁷⁾。こうした実務と学説の相互の努力が、人格の自由な発展の権利が保障する基本権の生活領域に対する段階的な保護理論を誕生させた。それが、いわゆる「領域理論」と呼ばれる保護の考え方である。

領域理論とは、「基本法2条1項の人格の自由な発展の権利が保障する生活領域を保護の程度に応じて複数の段階的領域に区切り、それぞれの領域ごとに相応の保護を与えよう

143) 根森・前掲注(141)27頁。

144) 芦部信喜「包括的基本権（1）〔憲法講義ノート（第35回）〕」法学教室127号（1991年）57頁。

145) 樋口＝中島対談「《対談》あらためて憲法十三条裁判を考える—住基ネット訴訟に関連して」法律時報79巻11号（2007年）75頁〔樋口陽一発言〕。

146) ドイツ基本法の人間像を考察するものとして、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）3頁以下、押久保倫夫『『個人の尊重』の意義—ドイツにおける『人間像』論を検討して—』時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、1992年）33頁以下、根森・前掲注(132)297頁以下を参照。

147) 松本・前掲注(81)120頁参照。

とする考え方」¹⁴⁸⁾である。この理論の特徴は、同項が保障する自由の領域を当該行為の社会的関連性を尺度として段階づけて保護するアプローチを採用¹⁴⁹⁾している点にある。連邦憲法裁判所による領域分けは、三つの段階的・同心円的な構造を持ち、最も内側の領域を核心領域ないし内密領域とし、その外側に私的領域が存在し、私的領域のさらに外側に社会的領域が存在すると考えられている¹⁵⁰⁾。

それぞれの保護の程度は、核心領域ないし内密領域は、人間の自己決定の核心領域は絶対的に保護される領域とされ、比例原則による制限も受けないが、私的領域は、比例原則に従って制限されうる。すなわち、私的領域に属する法益は、優越する公益との利益衡量の対象とされるために相対的な保護を受けるに過ぎない。ただし、利益衡量の際は、比例原則の全要素（合理性、必要性、狭義の比例原則）が厳格に適用されなければならない。社会的領域は、行為の自由の本質的内容が制限されない限りで、公益によって広範に制限されうる領域である¹⁵¹⁾。

核心領域、秘密領域及び私的領域は、個人が私的な問題を自己決定することができる領域である。自己決定権は、一般的人格権に由来し、「人がその個性を自律的に形成することができる避難領域」¹⁵²⁾を保護する。しかし、この理論では、「公共的領域における自己決定権を説明することができない」¹⁵³⁾。例えば、自分が言わなかった演説をしたかのように言われるなど、これらは、私的領域の保護によっては説明することができないためである¹⁵⁴⁾。

これに対して、連邦憲法裁判所は、一般的人格権に根拠づけて自己決定権とは区別される自己表現権を承認してきた。しかし、公権力によって行われる詳細な個人情報の収集や利用等の行為が、基本権を侵害するという批判がドイツ全土で巻き起こることになる。それが、次で確認する国勢調査法の施行に対する一連の反対運動である。

2 情報自己決定権に関する判例

（1）国勢調査判決

①情報自己決定権の前史（連邦憲法裁判所の仮命令）

ドイツでは、1950年以来10年前後の間隔で全数調査方式による国勢調査が行われてきた。80年代に入り、連邦政府は、ドイツ全土において包括的な調査を計画し、1983年4月27日

148) 松本・前掲注(81)120頁。

149) 根森・前掲注(121)71頁参照。

150) 根森・前掲注(121)71頁～72頁参照。この領域分けの整理については、論者によって種々あり、統一されたものではない。例えば、平松毅「自己情報決定権と国勢調査一国勢調査法一部違憲判決一」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12月) 64頁では、領域理論の領域分けを「内密領域、私的領域、社会領域」に整理して説明している。

151) 根森・前掲注(121)71頁～72頁参照。

152) 平松・前掲注(150)65頁。

153) 平松・前掲注(150)65頁。

154) 平松・前掲注(150)65頁参照。

に全国一斉に国勢調査の実施が予定されていた¹⁵⁵⁾。その根拠となったのは、1983年国勢調査法（以下「国勢調査法」という。）である。同法の制定に至る概略は次のとおりである。

1981年、連邦政府による国勢調査法案は、連邦議会で審議され、当時の与党（社会民主党と自由民主党の連立政権）のみならず野党も（キリスト教民主同盟、キリスト教社会同盟）この提案に賛成し、連邦参議院に送付された。連邦参議院ではいくつかの修正の要求があり、連邦議会はこの修正の提案に全員一致で賛成し、連邦参議院も全員一致で同意したため、国勢調査法は、1982年3月4日に成立する¹⁵⁶⁾。同法は、連邦議会と連邦参議院の全員一致の賛成をもって成立した法案であった。つまり、成立した国勢調査法に対して、後に憲法上の疑義が持ち上がるとは、当初、誰も予想していなかったのである¹⁵⁷⁾。

1) 反対運動が問題視した国勢調査法の問題点

ところが、1983年に入って突然、抗議の市民運動が始まる。反対運動が主張した国勢調査法の問題点は大きく二つある。

第一は、「市民は、『ガラス張りの人間』になる (der Bürger werde zum "gläsernen Menschen")」¹⁵⁸⁾ という不安である。国勢調査法には2条から4条まで申告事項が列挙されており、それによれば「施設の場合、居住者としての身分、職員または職員の親族としての身分」¹⁵⁹⁾ の申告（2条8号）や居住に関する事項として「種類、大きさ、設備、使用目的、暖房及び暖房エネルギーの種類、住居への入居年次、居住関係、公的住宅資金による助成、部屋の数と使用」¹⁶⁰⁾ の申告（3条2項1号）等、申告義務の内容が詳細かつ多岐にわたっており、これらの情報が集計され、コンピュータにて一括処理されることによって、市民は「ガラス張り」にされるのではないかとの不安を抱いたためである。

第二は、最も深刻だと捉えられた9条の規定である。9条には、国勢調査の申告内容を住民登録簿と照合し、その訂正のために利用できることが規定されていた（9条1項）¹⁶¹⁾。これについては、統計目的と行政執行目的という異なる目的が本当に両立するのかが疑問視された¹⁶²⁾。また、名前を付さずに、かつ適法な事務の遂行に必要な場合に限りという条件付きではあるものの、2条から4条によって把握される事実を連邦統計法に従い、連邦

155) 松本・前掲注(81)96頁～97頁参照。1983年国勢調査法制定に至るまでのドイツ国内で起きた反対運動とその影響に関しては同書が詳しい。本稿も参考にした。

156) 松本・前掲注(81)97頁参照。

157) 松本・前掲注(81)97頁参照。

158) BVerfGE 65, 1, Rn. 94.

159) 松本・前掲注(81)196頁。松本・前掲注(81)には、1983年国勢調査法の条文抜粋が資料として掲載されており参考になる。その他、鈴木庸夫・藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決〔上〕」ジュリスト817号（有斐閣、1984年7月1日）68頁以下には、国勢調査判決に関連する重要な条文が掲載されている。

160) 松本・前掲注(81)197頁。

161) 松本・前掲注(81)198頁参照。

162) 松本・前掲注(81)102頁～103頁参照。

及び州に伝達できることも規定されていた（9条2項）¹⁶³⁾。さらに、市町村等は、地域計画や環境保護等の目的のために2条から4条によって把握される事実を一定の場合を除き、かつ名前を付さずに必要とされる個々の申告事項を州の統計庁から伝達してもらうことができる旨が規定されていた（9条3項）¹⁶⁴⁾。統計目的のための調査であれば匿名性が前提となるはずが、行政執行目的であれば匿名性は排除されなければならない。匿名性のない個人データは他のデータと結びつくことにより、具体的な個人像を作り上げるのに寄与する¹⁶⁵⁾。それゆえ、反対運動は「匿名性を保証しないで、行政執行目的のために個人データを利用することは断じて許されない」¹⁶⁶⁾と主張した。

2) 連邦憲法裁判所の仮命令の発令

反対運動が継続されるなか、「500にも上る『憲法異議』（Verfassungsbeschwerde）の申し立てがなされた」¹⁶⁷⁾。憲法異議とは、基本権や基本法20条4項、33条、38条、101条、103条及び104条に含まれる諸権利が、公権力によって侵害された人は誰でも、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを申し立てることができる司法救済制度である（93条1項4a号）。ただし、他の出訴で争う途がない場合に限り申し立てることができ（同項4号）、他の裁判で争う途を尽くした後でしか憲法異議を申し立てることはできない。また、判決に対する憲法異議は、連邦憲法裁判所（部、合同部、部会）の判決に対しては、認めると際限なく異議が繰り返されることになるため、申し立てることができない¹⁶⁸⁾。

反対運動の最中、多くの市民によって憲法異議が申し立てられたが、しかし、1983年4月27日の国勢調査の実施が迫っており、本案審理を経て判決を待っていたのでは憲法異議を申し立てた意味がなくなるおそれがあった。そこで、原告らは、国勢調査の実施の中止を求める仮命令の発令の申し立てを行った。それが、後に1983年4月13日に下される連邦憲法裁判所による仮命令の決定¹⁶⁹⁾に関する申し立てである。

以下では、仮命令の決定に関する判決理由を確認することにしよう。結論として、国勢調査法に基づき1983年4月27日に予定されている人口調査、職業調査、住宅調査及び職場調査の実施は、憲法異議に関する判決が下されるまで延期される決定がなされた。連邦憲法裁判所は、その理由を概ね次のように説明している¹⁷⁰⁾。

「異議申立人らは、国勢調査法に対して、基本法1条1項と結びついた2条1項（一般的な人格権）、4条1項（信教の自由）、5条1項第1文（意見表明の自由）、13条1項（住居の不可侵）及び19条4項（裁判を受ける権利）を侵害すると主張して憲法異議を提起し

163) 松本・前掲注(81)198頁参照。

164) 松本・前掲注(81)199頁参照。

165) 松本・前掲注(81)103頁参照。

166) 松本・前掲注(81)104頁。

167) 松本・前掲注(81)106頁。

168) 畑尻=工藤・前掲注(76)342頁参照。

169) BVerfGE 64, 67.

170) BVerfGE 64, 67.

ている。異議申立人たちは、憲法異議に関する判決が下されるまで仮命令によって国勢調査の実施を延期することを要求している。

これに対して、連邦内務大臣は、連邦政府を代表して、仮命令の申し立てに対して反対している。彼は、憲法異議の訴えは不適法であるか、少なくとも明らかに理由がないと主張している。

しかし、当該仮命令についての申し立ては、理由があり認められるというべきである。連邦憲法裁判所に関する法律（以下「連邦憲法裁判所法」という。）は、32条1項に基づいて、訴訟となった場合において、重大な不利益を回避するため、あるいは他の重要な理由から公共の福祉のため緊急の必要がある場合に限り、仮命令によって事態を暫定的に規律することができる。連邦憲法裁判所の確立した判例によれば、連邦憲法裁判所法32条1項の要件を検討する際には、厳格な基準が適用される必要がある。仮命令は、申立人が、はじめから不適法か、又は明らかに理由がないものでない限り、原則として、攻撃された規範の違憲性について挙げた理由を顧慮しないで行わなければならない。

仮命令が必要とされるのは、本案の決定のための法的問題に良心的かつ包括的審査をするために必要とされる時間が裁判所にないためである。仮命令は、本案における勝訴の見込みを考慮して発令するのは適切ではない。むしろ、連邦憲法裁判所は、仮命令が下されず、かつ本案で憲法異議に理由があると判断された場合に生じうる不利益と、仮命令が認められて、かつ本案で憲法異議に理由がないと下された場合に生じうる不利益とを衡量しなければならない。

憲法異議は、許されないものでも明らかに理由のないものでもない。1969年マイクロセンサス決定¹⁷¹⁾以来、さらに発展した統計及び自動データ処理の可能性の特別の条件の下で共同体に拘束され、共同体に関係づけられた人格として個人の基本権地位の保護をどのようにすべきか、詳細な検討が必要とされる根本問題が提起されているのである。

そこで、必要とされるべき衡量は以下のようなものになる。もし仮命令が下されなかつたとして、後になって憲法異議に理由があると立証された場合、法の執行によってすべての国民の基本権が侵害されるであろう。この基本権侵害は、様々の重みとして効果が異なる可能性がある。これは、国勢調査法9条1項から4項に従って行政執行の目的でデータが利用される限り、その損害は取り消しのきかない重大な影響を与える。だから、連邦憲法裁判所は、全員一致の意見で少なくとも9条の執行を当分の間、延期することを決定した。

しかし、多数派の意見によれば、このような部分的延期では十分ではない。9条のみの延期では、結局、データは収集され保存されるであろう。この措置が、自動的データ処理の条件の下すでに基本権侵害を引き起こすのかどうか、詳細な審査をしてみないとそれは返答できない。しかも、部分的延期では、9条以外の規定の合憲性に関して不確実性が残されているにもかかわらず適用されるとするなら、いっそう国勢調査の結果の有用性を

171) BVerfG, Beschl. v. 16. 7. 1969 (BVerfGE 27, 1).

危うくするかもしれない。憲法に関して明らかになるまで国勢調査の全部の執行を延期するよりも法の部分的のみ執行する方が立法者の考えに適うのかは現時点では不明である。

他方で、仮命令が出され、後で憲法異議に理由がないことが判明したとしても、その場合、それに関連する不利益の重大さは小さくなる。仮命令は、最終的かつ取り返しのつかない状態を作り出すものではない。それは、特に、本案の決定を先取りするものでもない。国勢調査は、連邦憲法裁判所が、その実施に憲法上の障害がなく対立しないと決定した場合に限り、実施できるのである。

確かに連邦内務大臣の説明によれば、国勢調査の実施の準備のために約1億マルクに達する相当な費用がすでに発生していることは無視できない。この費用は、国勢調査が延期された場合には大幅に失われる可能性がある。

他方で、国勢調査の実施の合憲性が最終的に判断され、かつ、それに伴う不確実性が除去されて実施されれば、より信頼性のある結果が得られうるし、また、それによって、相当に高い費用の投入を正当化するであろう。この決定は、5対3の多数決によって決定された」。

連邦憲法裁判所は、仮命令を発令する理由をこのように述べて、国勢調査の全部の実施を延期するよう、仮に命じたのである。

②国勢調査判決（判旨）

ここからは国勢調査判決の概要を参考する。特に、情報自己決定権の保護領域に関わる判決部分を中心に確認することにする。

1) 情報自己決定権の承認

まず、審査の基準が、「基本法1条1項と結びついた2条1項によって保護される一般的人格権」であることが明言される¹⁷²⁾。続いて判決は、「憲法的秩序の核心には、自由な社会の構成員としての自由な自己決定において活動する人間の価値と尊厳が存在する」¹⁷³⁾と述べ、憲法的秩序の最高の価値が人間の尊厳にあることを確認する。そして、「それを保護するには、特別の自由の保障と並んで基本法1条1項と結びついた2条1項によって保障される一般的人格権が貢献する。それは、現代の発展とそれに関連する人間の人格に対する新たな危険の観点からも重要性を増しうる（vgl. BVerfGE 54, 148）」¹⁷⁴⁾。

連邦憲法裁判所は、これまでの判例を通じて具体化された一般的人格権の内容が、「最終的に確定されたものではない」¹⁷⁵⁾とし、保護領域の発展可能性について、次のように述べた。

「一般的人格権の内容は、これまでの決定（BVerfGE 54, 148）で既に示されているよ

172) BVerfGE 65, 1, Rn. 145.

173) BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

174) BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

175) BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

うに、以前の決定（BVerfGE 27, 1; BVerfGE 27, 355; BVerfGE 32, 373; BVerfGE 35, 202; BVerfGE 44, 353）を継承している。それはまた、自己決定の思想から導かれる個人の生活実態について、いつ、どのような範囲で開示するかを原則として自ら決定する権能を含む（vgl. ferner BVerfGE 56, 37; BVerfGE 63, 131）」¹⁷⁶⁾。そして、「この権能は、現在及び将来の自動データ処理条件の下では、特別の保護を必要とする」¹⁷⁷⁾ という。

なぜ、自動データ処理の下では特別の保護が必要になるのか。判決は、その理由を次のように説明する。「この権能は、現在及び将来の自動データ処理条件の下では、特別の保護を必要とする。それは、とりわけ決定プロセスにおいて、かつてのよう手作業によるカード目録や書類を収集する必要がなくなり、むしろ、今日では、自動データ処理によって『識別された、あるいは識別可能な個人の人的、もしくは物的事実の状況に関する情報（連邦データ保護法 2 条 1 項参照）¹⁷⁸⁾』を技術的には無制限に蓄積し、距離に関係なく瞬時にいつでも引き出すことができるだけに殊更に危険に晒されている。そのうえ、特に統一的な情報システムが構築された場合には、当事者は、他のデータ集積によって自己の個人像の正確性や利用について、十分にコントロールすることができないまま部分的あるいは完全な個人像を組み立てられる可能性がある。このようにして、これまで知られていなかった方法で観察や影響力の可能性が増大し、それは公の関心という心理的な圧迫を通じて個人の態様へ影響を及ぼすことをすでに可能にする」¹⁷⁹⁾ からである。

さらに判決は、現代の情報処理技術の諸条件の下での個人の自己決定がもつ意義を詳述する。「しかし、個人の自己決定には、たとえ現代の情報処理技術の諸条件の下であっても、その決定に基づいて現実に行動をとる可能性を含め、とるべき行動あるいは控えるべき行動に関する自己決定の自由が、個人に与えられていることが前提となる。自己に関する情報が、特定の社会環境の範囲において、どのように知られているのか十分な確実性をもって見通しができない者やコミュニケーション相手の認識をある程度評価することができない者は、自己決定に基づいて計画し、判断する自由を本質的に妨げられる可能性がある」¹⁸⁰⁾。判決は、公権力から影響を受けていない自由な意思に基づいて行われる自己決定を重視し、現代の情報処理技術の諸条件の下で行われる情報の取扱いが、公の関心という、個人の自由な自己決定を阻害しかねない心理的圧迫、萎縮効果を生じさせうる危険性を顧慮する。

判決によれば、萎縮効果によって「逸脱する行動が常に記録され、また情報として永続的に保存、利用、あるいは提供されるかどうか確信がもてない者は、そのような行動に

176) BVerfGE 65, 1, Rn. 146.

177) BVerfGE 65, 1, Rn. 147.

178) 判決は、判決当時の連邦データ保護法 2 条 1 項の「個人関連データ」の定義を参考するように指示しているが、この定義は、現行 GDPR 4 条 1 項の「個人に関するデータ」の定義とほとんど相違はない。GDPR では前述したとおり、識別可能な自然人の定義がより精緻化された規定になっている。

179) BVerfGE 65, 1, Rn. 147.

180) BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

よって注意を引かないよう努力する」¹⁸¹⁾ ようになるという。判決はその一例として、「例えば、集会、あるいは市民団体に参加するということを官庁に記録され、そのことによってリスクを生じさせるということを予想する者は、場合によっては基本権に適合した権利（8条集会の自由、9条結社の自由）の行使を断念するかもしれない」¹⁸²⁾ というような場面を挙げている。それは、「個人の個々の発展の機会を奪うだけでなく、公共の福祉をも害することになる。なぜなら、自己決定は、市民の行動、協働能力を基礎とする自由で民主的な共同体の根本的な機能条件であるからである」¹⁸³⁾。

「このことから次のことがいえる。すなわち、現代の情報処理の諸条件の下では、人格の自由な発展は、自己の個人データの無制限の収集、保存、利用及び提供に対して、個人の保護を前提とする。それゆえ、この保護は、基本法1条1項と結びつく2条1項の基本権に含まれる。その限りで、この基本権は、自己の個人データの開示及び利用について、原則として自ら決定する権能を保障する」¹⁸⁴⁾。連邦憲法裁判所は、このように説示し、情報自己決定権を導き出した。

2) 情報自己決定権の保護領域

もっとも、情報自己決定権が無制限に保障される権利ではないことは連邦憲法裁判所が認めている。すなわち、「個人は、自己のデータについて、制限のない絶対的な支配権を有するものではない。むしろ、個人は社会的共同体のなかで発揮される、コミュニケーションに依存する人格なのである。情報は、それが個人に関する限りのものであっても社会的現実の描写であり、もっぱら当事者のみに帰属するものではない。連邦憲法裁判所の判例において繰り返し強調されているように、基本法は、個人と共同体関連性及び共同体拘束性という意味での個人と共同体との緊張関係を決定してきた。それゆえ、個人は、優越する公益によって情報自己決定権が制限されることを原則として受け入れなければならない」¹⁸⁵⁾。

判決では、連邦憲法裁判所がこれまでの判例を通じて強調してきた基本法の人間像がここでも論じられており、情報自己決定権の制限を正当化しうる根拠として持ち出されている¹⁸⁶⁾。ここで前提とされている人間像は、共同体のなかで発揮される、他者とのコミュニケーションを通じて人格を発展させていく人格像である。そこには、社会的関係性を抜きに人格を発展させる人格像は語られていない。これが、基本法の人間像であり、共同体関連性及び共同体拘束性に制限された人格の自由な発展の権利であると考えるべきことであろう¹⁸⁷⁾。

181) BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

182) BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

183) BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

184) BVerfGE 65, 1, Rn. 149.

185) BVerfGE 65, 1, Rn. 150.

186) 同種の見解を示すものとして、玉蟲・前掲注(146)291頁を参照。

基本法が決定してきたこの人格像を前提にすれば、個人は、社会的共同体のなかで他者とのコミュニケーションに依存する人格であり、コミュニケーションのなかで交わされる情報のやりとりを通じて人格を発展させていく存在である。それゆえ、情報は、社会的現実が投影された性格をもたざるを得ない。したがって、国勢調査判決の解釈に従えば、たとえ情報が、個人の内面に関わるような秘匿な情報であったとしても、公益との関係では比較衡量の対象となりうるのであり、情報自己決定権の制限の適否は、それによって決定されるということになる。そして、公益が優越する場合には、個人は、その制限を受け入れなければならない。

3) 基本権介入行為の判断

次に、介入行為について言及している部分を確認する。そこでは、情報自己決定権で保護される情報の性質について触れられている。

連邦憲法裁判所は、この審査では、国勢調査が情報自己決定権の保護領域に対する介入行為に当たるか否かのみを決定すると宣言する。「この憲法異議は、情報自己決定権に関して網羅的に検討する根拠を与えていたわけではない。決定すべきことは、国家が、市民の個人に関連するデータの申告を要求することによって、情報自己決定権に対する介入行為の影響のみ判断されるべきである」¹⁸⁸⁾。そして、有名な次の語りをいうのである。「介入行為の影響の判断は、申告事項の種類についてのみを考慮することはできない。決定的なのは、申告事項の有用性及び利用可能性である。これらは、一方では調査の目的に依存するが、他方では情報技術特有の処理可能性と結合可能性に依存する。したがって、それ自身では重要ではないデータであっても新しい価値をもつ。その限りでは、自動データ処理の下では、もはや重要ではないデータは存在しないのである」¹⁸⁹⁾。

また、「情報が、どの程度センシティヴであるかということ、つまり、情報が親密な事象に関わるものかどうかということにも依存しない。むしろ、データが、人格権にとって重要性を有するかを確定するためには、データの利用関連性を認識している必要がある。すなわち、申告が、どのような目的で要求され、どのような結合可能性及び利用可能性が存在するのかが明らかになってはじめて情報自己決定権の許容される制限の問題について答えることができるのである。その際には、個別化され、匿名化されていない形式で調査及び処理される個人に関するデータと、統計目的のために指定された個人に関するデータとが区別されなければならない」¹⁹⁰⁾。

187) 玉蟲・前掲注(146)293頁は、「連邦憲法裁判所の立場が、共同体関連性の強調をもって個人的アイデンティティの存在を一切否定したものかどうかは、(…) 領域理論と情報自己決定権との関係についての理解とあいまって、なおも検討を要する」と述べており、断定的な見解を示すことに慎重な立場をとっている。

188) BVerfGE 65, 1, Rn. 152.

189) BVerfGE 65, 1, Rn. 152.

190) BVerfGE 65, 1, Rn. 153.

この説示部分については、統計目的のための情報収集行為と、行政執行目的のための情報利用行為は、別々の介入行為であることが前提とされ述べられている。つまり、連邦憲法裁判所は、情報収集行為と情報利用行為は別々に独立した介入行為であるとの認識に立っていると思われる。

さらに、目的拘束性についても、統計目的であれば匿名性で足り、行政執行目的であれば非匿名性である必要があり、それぞれが本来異なる目的から要求される情報収集行為と情報利用行為であり、したがって、それぞれの目的に基づいて扱われるデータは、明確に区別されるべきであるとの認識が示唆されている。

しかし、国勢調査判決は、情報自己決定権に対する介入行為の判断について、結論としてこれ以上の原則論を述べることはなかった。そのため、それは後の判例に引き継がれることになる¹⁹¹⁾。ただ、本判決が、情報自己決定権に対する介入行為の議論をまったくしなかったのかというとそうではない。判決では国勢調査法による申告義務の規定について次のように情報自己決定権への介入行為性を認めているのである。「1983年国勢調査法は、5条で異議申立人に対し、罰金処罰の下で（連邦統計法10条と結びついた14条）、2条1号から7号、3条、4条が列挙する調査事項について申告する義務を負わせている。これによって、基本法1条1項と結びついた2条1項によって保障された人格権に介入している」¹⁹²⁾。そして、「申告データは、さしあたり調査の時点で未だ予測できない将来のための課題にも利用できなければならない。申告義務者は、この情報介入を受け入れなければならない」¹⁹³⁾と述べている。したがって、国勢調査法に基づく申告義務が、情報自己決定権に対する介入行為に該当することは、本判決のなかでも言及されており、法律による直接的な強制手段による情報収集行為が介入行為に該当することは肯定されている。ただ、本判決は、国勢調査法9条に基づく情報利用行為が、情報介入行為に該当するのかについての特段の言及はしなかったのである¹⁹⁴⁾。

4) まとめ

以上のとおり、連邦憲法裁判所によって、情報自己決定権が承認されるに至った理由及びその権利の概要を確認した。次に、介入行為が認められると正当化の段階に進む。しかし、本稿の目的は、ひとまず情報自己決定権が承認された理由とその権利の概要が確認できれば本章の目的としては十分である¹⁹⁵⁾。そこで、これまで見てきた内容の整理と考察をすることにしたい。

191) 情報自己決定権に対する介入行為の基準については、後述する「自動車ナンバー記録II決定」で確認する。

192) BVerfGE 65, 1, Rn. 168.

193) BVerfGE 65, 1, Rn. 168.

194) 松本・前掲注(81)144頁は、異議申立人が問題視していた国勢調査法9条の情報取扱行為の憲法的正当性について、かなり詳しく論じられていることに着目し、国勢調査判決は、「9条のいう利用・伝達・公表が情報介入行為であることを当然の前提にしているように見える」と述べている。

まず、本判決の第一の特徴は、情報自己決定権が有する人格保護機能の重要性が語られている点である。判例によれば、情報自己決定権の必要性は、現代の情報技術の発展と自動データ処理の下での情報の取扱いに関する危険性に求められる。それは、自動データ処理を前提とする情報処理がこれまで知られてこなかった技術の進展によって、個人に対する観察や影響力の可能性を増大させ、単純な個人情報も他の情報と結合されることにより、部分的あるいは完全な個人像を組み立てられる可能性をもたらしたからである。この可能性は、公の関心という心理的な圧迫を通じて個人の態様へ影響を及ぼすことをすでに可能にする。

そうした危険に対処するために、連邦憲法裁判所は、自己に関する情報の開示や利用について原則として自ら決定することを認める情報自己決定権を承認した。この権利は、人格の自由な発展のための前提とされ、自己決定の思想を情報分野にまで及ぼした点に本判決の特徴がある。

しかし、グリム¹⁹⁶⁾がいうには、情報自己決定権の意義は自己決定にあるのではないという。すなわち、一般的な人格権は、「行動の許容 (Handeln-dürfen) という人格発展の能動的な側面ではなく、扱われ方 (Behandelt-werden) という受動的な側面が重要」であるというのである。「処分権としての人格権の構造が適合するのは（…），国家が必要なデータを本人から強制的に求めた，最初の段階だけ」であり、そのデータがすでに他者が処分できる状態にある場合には及ばないからである。国勢調査判決が、「革新的な力を発揮した領域」はここにあり、「新しい使用システムへの分散したデータのあらゆる組み入れや現存するデータのあらゆる変換が，該当者の人格発展に対する新たな危険を生ぜしめるという認識を作り上げた」ことが本判決の意義であり、自己決定権として意義があるのでないとして、自己決定権の承認よりも、むしろ、データの利用可能性及び結合可能性の危険の存在を明らかにした点に意義があったと評価している。

第二の特徴は、情報自己決定権の保護の対象となる情報が、どの程度センシティヴな情報であるかという秘匿性の程度やそれが親密な事象に関わるものかどうかということには依存しないとされた点である。判決は、現代の自動データ処理条件の下での情報の取扱いにおいて重要な点を処理の可能性及び結合の可能性に見出している。それ自体重要ではないと思われるデータであっても、その後の処理可能性及び結合可能性によっては、新しい意味内容を生じさせうるからである。

情報自己決定権は、個人に関する情報の開示や提供について、原則として、本人の自由

195) 正当化審査を確認しないで考察するのが適切かどうかはわからない。というのも、情報自己決定権の具体的な内容が、保護領域で論じられた部分のみの確認からすべて明らかになるとは言い切れないからである。例えば、権利の制約のあり方や、介入行為の憲法正当化の論証を考察してはじめて明らかになる部分もあるであろう。しかし、介入行為については、後の近時の判例で明らかにされているように、必ずしも本判決を細部にわたって検討する必然性もないと思われる。本稿においてはその目的の限りで保護領域論を確認することにした。

196) ディーター・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）130頁参照。

な決定に委ねることを意味する。そのため、判決は、情報自己決定権に対する侵害の有無の判断を情報の収集段階に焦点を合わせているかのように見える。しかし、実際には、収集後の処理過程がどのように規定されているのかという利用可能性や他のデータとの結合可能性を重視して考察し、侵害の有無を判断する思考様式を探っている。情報自己決定権の重要な機能の一つは、具体的損害が発生していない段階で国家の介入行為の違憲性の有無を問うことができる点にある。すなわち、「情報自己決定権の制限は、取得の時点で発生する。情報自己決定権が、情報それ自体の価値ではなく、人格的自律を脅かすような結合・利用からの保護にあるとすれば、情報自己決定権の保護領域は、侵害可能性から逆算して設定される」¹⁹⁷⁾。情報自己決定権は、その意味で人格権の保護の前倒しとして重要な役割を果たす機能を有している。

もっとも、判決は、あらゆる個人関連情報を一般的な人格権の保護の射程に収めた一方で、領域理論的思考を採用せず、優越する公益との比較衡量によって相対的保護を受けうるに過ぎないことを明らかにした点に本判決の特徴がある¹⁹⁸⁾。

第三の特徴は、先例¹⁹⁹⁾以来、踏襲された基本法の人間像が、情報自己決定権に対する制限の可能性として論じられている点である。判決によれば、人間の尊厳のゆえに自己決定が尊重され、人格発展のために他者とのかかわりのなかで情報は利用されうるのである。

連邦憲法裁判所が想定する人格発展の人間像は、個人が社会的共同体のなかで他者とのコミュニケーションに依存して発展するという人間像が描かれている。この人間像を前提とした解釈によれば、情報は、それが個人に関する限りのものであっても、社会的現実が投影されたものとして捉えられ、それゆえに社会的関連性を帯びた情報を社会から全く切り離し、当事者だけに排他的に帰属するものとして扱うことはできない、ということになる。

そして、共同体に関連し、共同体に拘束される人間像の下で利用される個々の情報は、決して個人に独占されるものではなく、共同体によって共有されうるものとして把握される。したがって、個人は、個々人の行為の自由に対する限界、すなわち、優越する公益による情報自己決定権の制限を受け入れなければならない。この結論は、投資助成判決以来、継承された基本法の人間像の解釈論理によって導かれたことになる。

しかし、国勢調査判決の先例と見られるマイクロセンサス決定²⁰⁰⁾では、個人は、共同

197) 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（有斐閣、2012年）124頁。

198) しかし、国勢調査判決後の日記決定（BVerfG, Beschl. v. 14. 9. 1989 (BVerfGE 80, 367)）では、賛否同数であるが、領域理論はなお維持されていると見られる決定が下されている。平松・前掲注（150）65頁参照。日記決定の評釈については、根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的な人格権の保護—日記決定—」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、2006年5月）25頁以下参照。

199) BVerfGE 4, 7.

200) BVerfGE 27, 1. この決定の時点では、「連邦憲法裁判所はまだ一般的な人格権を明示的に承認していなかった」ため、「基本法1条1項プラス2条1項の基本権に照らして判断」された。松本・前掲注（81）181頁（註124）参照。

体関連性及び共同体拘束性によって国勢調査などの一定の範囲に関する統計調査の必要性に基づく基本権の制限を受け入れなければならない²⁰¹⁾ ことが明言されているものの、他方で同決定は、エルフェス判決を参照し、人間の尊厳は不可侵であり基本法の価値秩序のなかで最高の原則であることを宣言したうえで、基本法の人間の尊厳の帰結として、国家は、人間の尊厳をいかなる手段によっても侵害することは許されず、かつ、基本法2条1項が定める限度を超えて人間の自由を本質的に制限することはできないことを明言していた。すなわち、同決定は、基本法が公権力の影響から切り離された私的生活形成の不可侵の領域を保障することを明らかにしていたのである²⁰²⁾。

さらに、本決定は、国家は、国民の個人的状況について包括的に把握するために人格領域へ侵入することも禁じられると述べている。なぜなら、「個人は、自己の人格を自由に、かつ、自己責任の下で発展させるために『自身が占有』し、かつ、『周囲から立ち入られることなく邪魔されずに閉じこもることができる孤独の権利 (ein Recht auf Einsamkeit)』を享受しうる『内的空間 (Innenraum)』が残されていなければならないからである」²⁰³⁾。このようにマイクロセンサス決定では、個人は、孤独の権利を享受し、国家からの不可侵の内的空間が保障されることが説かれていた。

これに対して、国勢調査判決は、孤独の権利や不可侵の領域論を採らずに、情報の重要性や秘匿性を問わず広く個人関連情報を情報自己決定権の保護の対象にした。しかし、その反面、あらゆる個人関連情報が、優越する公益によって制限を受ける可能性が示唆されている。こうして比較してみると、国勢調査判決は、マイクロセンサス決定よりも一般的な人格権の制限の可能性がより拡大された²⁰⁴⁾ と評価することもできるのではないだろうか。その意味では、一般的な人格権の保護の程度が薄れたかのように思える。この点を強く批判したのは、領域理論の論者一人であるガイス²⁰⁵⁾ である。ガイスは、国勢調査判決は、「これまでの核心領域の『絶対的保護』という連邦憲法裁判所の『領域理論』からの転換、その本質な相対化をはかるものでもあったため、この判決への反響は分裂していた」²⁰⁶⁾ と同判決の判例法理を強く批判している²⁰⁷⁾。

201) Vgl. BVerfGE 27, 1, Rn. 22.

202) Vgl. BVerfGE 27, 1, Rn. 18f.

203) Vgl. BVerfGE 27, 1, Rn. 21.

204) 玉蟲・前掲注(146)292頁は、国勢調査判決が、「自動データ処理の条件の下ではもはや『重要でない』データは存在しない」と述べていることに着目し、「情報自己決定権が保護するデータの範囲につき、データの内容、あるいはそのデータの関係する私的事項の質といった観点は切り捨てられており、すべての個人関連情報を同様に扱うことが要求されている」とし、個人に関する情報のすべてが、共同体関連性の下で留保されうる点で、本来「重要なはずの情報に対する配慮を引き下げるとの理解を生じさせることとなった」ことを指摘している。

205) Max-Emanuel Geis, *Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts—Ein plädoyer für die „Sphärentheorie“—*, JZ 3/1991, S. 112 ff.

206) 根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在—最近のドイツ連邦憲法裁判所判例から—」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』(成文堂, 1992年) 89頁。

ここまで情報自己決定権に関するリーディングケースである国勢調査判決の保護領域論を中心に確認してきた。連邦憲法裁判所は、憲法異議で原告が主張する基本権の保護領域該当性を検討し、審査の基準を一般的人格権に照準を合わせた。判決は、それまでの一般的人格権の先例の解釈を参照しながら、国勢調査判決において一般的人格権の具体化が図られている。その結論が情報自己決定権の承認である。

もっとも、連邦憲法裁判所は、領域理論的思考を探らず、情報自己決定権で保護される情報は、センシティヴ性や親密な事象に関わるものかどうかに依存しないと述べている。判決の言葉を用いれば、もはや重要ではない情報などないということになろう。あらゆる個人関連情報が、情報自己決定権の保護の対象とされた一方で、一般的人格権が、基本法1条1項の人間の尊厳と結びつけられたことによって基本法の人間像による制限、すなわち、共同体関連性及び共同体拘束性よって比較衡量され、優越する公益と認められれば、基本権の制限を受容しなければならない。

しかし、本判決後に下された日記決定などに見られるように、領域理論はなお維持されていると考える見解もあり、連邦憲法裁判所の一般的人格権の保護領域に対する考え方が、領域理論と決別したのか、それとも領域理論を維持しつつ情報自己決定権と両立させていると考えられるのか、評価は分かれている。

国勢調査判決では、情報自己決定権に対する介入行為がどのような性質をもつ行為であるのかという、原則論については論じられていない。したがって、その部分の確認は、基本権保護領域に対する制限として介入行為の範囲を拡大した「自動車ナンバー記録II決定」²⁰⁸⁾を取り上げ、この決定における判断の内容を参照することで確認することにしたい。

207) ガイスの議論については、根森・前掲注(206)75頁以下参照。また、玉蟲・前掲注(146)298頁、松本・前掲注(81)122頁でも紹介されている。

208) BverfGE 150, 244.