The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	基本権保障の法的論証作法 : ドイツにおける防禦権のドグマーティク
Author(s)	松本, 和彦
Citation	大阪大学, 1996, 博士論文
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.11501/3109877
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

基本権保障の法的論証作法

——ドイツにおける防禦権のドグマーティク——

松本　和彦

目次

第一部　防禦権のドグマーティクの法的構造
序　章
第一章　問題と課題
一　問題状況
二　本論文の課題
第二章　防禦権のドグマーティクの基本構造
一　防禦権としての基本権保障の意義
二　実定憲法の基本権保障
三　三段階審査
第三章　基本権の保護領域と基本権制約
一　基本権の保護領域
二　基本権の制約
第四章　基本権制約の正当化
一　憲法的正当化の意義
二　形式的正当化要件－法律の留保原則
三　実質的正当化要件－特に比例原則について
第一部総括

第二部　防禦権のドグマーティクの利用可能性
——連邦憲法裁判所の国勢調査判決を素材にして——
序　章
第一章　一九八三年国勢調査判決の法・政治・社会状況
一　一九八三年国勢調査法の制定
二　データ保護法制の仕組み
三　一九八三年国勢調査法に対する反対運動とその影響
四　連邦憲法裁判所の仮命令
五　小括
第二章　基本権の保護領域論
一　国勢調査判決における保護領域論
二　信仰告白の自由、住居不可侵の権利、意見表明の自由
三　一般的人格権
四　情報自己決定権
五　小括
第三章　基本権制約論
一　介入行為としての基本権制約
二　国家の情報取り扱い行為の特殊性
三　情報介入行為の性格づけをめぐる議論
四　国勢調査判決における情報介入行為
五　小括
第四章　憲法的正当化論
一　憲法的正当化の要件
二　情報収集行為の憲法的正当化
三　情報伝達行為の憲法的正当化
四　情報利用行為の憲法的正当化
五　小括
終　章
一　防禦権のドグマーティクの実践的有用性
二　防禦権のドグマーティクとわが国への受容の際の諸問題

基本権保障の法的論証作法

——ドイツにおける防禦権のドグマーティク——

松本　和彦

第一部　防禦権のドグマーティクの法的構造

序　章

本論文は、ドイツ（ドイツ連邦共和国、以下同じ）憲法学の議論の検討を通して基本権ドグマーティク（Grundrechtsdogmatik）(1)の構造を探ろうとするものである。検討の素材はドイツに求めているが、その目的は、わが国の基本権ドグマーティクの構造を解明するための示唆を得ることにある。従って、本論文は日本国憲法の基本的人権保障を考える際の準備作業に位置づけられる。

そこで本論に入る前に、まず問題の所在を指摘して、本論文が取り組むべき課題を設定しておきたい。それは簡単にいえば、基本権と国家活動の間に生じるアンビヴァレントな関係を法解釈論上どのように扱えばよいか、すなわち、一方で国家の介入を排除しなければならず、他方で国家の積極的な活動を要請せざるを得ないという状況下にあって、基本権ドグマーティクはいかなる役割を果たすことができるのか、という問題である。問題の背景には、社会における利害関係の多様化・複雑化及び脱イデオロギー化がある。そこでの利害衝突が国家の干渉を招くとき、基本権との間に緊張関係が生じざるを得ない。ここで基本権ドグマーティクが何か役に立つことができないのかが問われるのである。基本権ドグマーティクは「生きた問題を解決する道具概念」(2)を提供することができないだろうか。基本権ドグマーティクが具体的な基本権紛争を解決するための枠組みを提示できないだろうか。本稿は、

このような問いに対し、ドイツ憲法学における議論を踏まえながら、基本権ドグマーティクの構造を解明し、その実践的有用性を探ろうとするものである。それは個別具体的な解釈論のための前提条件を明らかにする試みでもある。

この第一部は、問題の所在を明らかにした上で、一つの基本権ドグマーティクの法的構造を全体的に考察することに当てられる。いわば一般理論の樹立に焦点が合わせられるのである。応用理論については、次の第二部で扱われる。そこでは、具体的な判例を素材にして、この基本権ドグマーティクの利用可能性が考察される。具体例による吟味を経ることによって、この基本権ドグマーティクの実践的な有用性が確かめられれば、さしあたり本論文の目的は達せられたことになる。

第一章　問題と課題

一　問題状況

(1) 国家の肥大化と基本権の機能拡大

現代国家の特徴の一つとして、国家の果たすべき課題の増加、担うべき役割の拡大・多様化をあげることに異論はないと思われる。伝統的な任務とされる公共の安全秩序の維持以外に、国家が「ソシアル・サービスの実施者、産業の管理者、経済の統御者および社会の仲裁人」(3)として、極めて多角的な役割を果たしていることは周知の事実である。このような傾向は、八〇年代以降の「福祉国家見直し論」の台頭にあっても基本的に変わりがない。つまり、社会の自律に委ねるだけでは解決できず、国家による何らかの介入が求められている領域は、相変わらず広い範囲に及んでいるのである(4)。国家活動の拡大・多様化を導く要因は様々であるが、従来いわれてきたものに加えて、最近では、科学技術の発展に伴う新たな危険の創出や利害の衝突が大きな問題になっており(5)、付け加えるべき国家課題は増える一方である。こういった課題の増加は、現代社会の要請なのである。

他方、国家の積極的活動は、社会の側から事実上要請されるだけでなく、法的にも要請されている。その法的根拠は生存権などの社会的基本権である。これによって国家の積極的な給付活動を基本権問題として論じるきっかけが生まれた。社会的基本権は、国家活動を基本権保障の名の下に要請し、国家の具体的措置を法的に正当化するための憲法上の基礎を提供したのである。

しかし、国家活動の拡大・多様化傾向は更なる法的根拠を要求するようになる。おそらく多種多様な国家活動を法的に正当化するには、既存の法的根拠だけでは足りないと感じられたからであろう。この傾向は基本権の法的性格に重大な影響を及ぼし、基本権の内容自体の拡大・多様化を招来した。その影響はまず第一に、社会的基本権の内容が拡充されたことに表れている。社会的基本権は、従来、社会的弱者の国家による経済的配慮を求める権利というように捉えられていたが、現在では環境権や学習権に見られるように、そのような発想にとどまらず、もっと広範な内容を持つものと理解されている(6)。こうした理解は、社会的基本権を国家の積極的活動の一般的根拠として見るという傾向を生むことになる。第二に、幸福追求権のような包括的基本権条項を根拠に、「新しい人権」という形で、明文規定のない基本権がいくつか承認されたことが挙げられる。その内容は基本権ごとに様々であるが、中には国家に対する請求権としての性格を持つといわれるものもある(7)。自由権のみならず、請求権の性格まで持つに至ったのは、「新しい人権」には新しい内容にふさわしい、従来の発想を超える新しい機能が要求されたからである。こうして「新しい人権」もまた、国家の積極的活動の根拠として用いられるようになっていく。さらに第三に、伝統的な自由権的基本権においても、社会権的・請求権的・制度的性格があるといわれるようになる(8)。自由権的基本権であっても、国家の積極的活動の根拠になるというのである。こうなると、自由権であれ社会権であれ、基本権であれば全て国家活動の法的根拠たる資格が認められそうである。しかしさすがにそのような一般論は今のところ見られない。ただ、社会的基本権にも自由権的性格があると考えられることから(9)、両者の区別は相対化する傾向にあるともいわれる(10)。このように国家活動の拡大・多様化は、基本権の法的性格を変

容させつつあるといえよう。

また最近では、より一般的な国家の基本権保護義務が語られることもある(11)。これは、人々の社会的活動がもたらす基本権法益の侵害に対して、国家がその侵害を防止する義務を負うという考えである。この場合は、国家が法益侵害に対して適切な措置をとることが基本権保護のための国家の義務となる。

国家の活動が拡大・多様化し、他方、それに応じて基本権の役割も拡大・多様化するという過程は、実効的な基本権保障のためのものであった。従って、そこで求められたのは国家の単なる積極性ではなかった。主たる関心は、いかなる内容の活動が基本権から導かれるのか、あるいはどのようにしてその活動を統制するのかということだった。導こうとする活動の内容そのものが問題だったのであって、国家が単に積極的に動けばよいというものではなかった。しかしそれにもかかわらず、国家の様々な活動が基本権上の要請とされたことで、国家の介入行為がそのまま正当視されてしまったり、あるいは基本権の希薄化・インフレ化が懸念されたりと、無視できない状況が生じることにもなったのである。

（2）国家活動の制限と基本権の役割

他方、基本権が伝統的に果たしてきた役割は、国家の活動を制限することであった。この役割は国家の任務が増大した現代においても、その重要性を失ったわけではない。それどころか、国家が肥大化すればするほど、国家が生活の様々な場面に干渉することが多くなり、個人の自由が脅かされる危険が増大する。とりわけ現代のように、種々の利害が広い範囲にわたって複雑に絡み合った社会においては、利害の調整がますます難しくなる。そのため、国家がこの微妙な利害調整の作業を放棄し、国民全体の利益の名で安易に個々の利益に受忍を強いる危険もますます大きくなっている。そのような危険を防止するためにも、伝統的な自由権としての基本権の役割がこれまで以上に求められている(12)。

しかし問題はそれだけではない。最近では、基本権の問題としては従来あまり意識されることの少なかった、国

家のパターナリスティックな干渉が基本権侵害として取り上げられるようになってきた。井上達夫教授によると、パターナリスティックな国家活動は「自由国家から社会国家へ」というドグマと結合して、なしくずし的に拡大してきたという(13)。しかしパターナリズムの原則化は、「ノーマルな多数を、保護の名における恒常的干渉により、幼児化させ、無責任な受動的・他力本願的受益主体にしてしまう危険性」があり、このような過度の後見的配慮は、多数者による少数者の抑圧の場合同様、個人の自律領域を著しく縮減し、「個の尊厳」に大きな脅威を与えると批判される(14)。

「管理社会」と呼ばれるような、国家の管理機構が国民の組織化を進め、国家の干渉が個人の日常生活にまで及ぶ社会においては、個人の自律ということの重要性をもう一度見直しておく必要がある。最近、法学の諸分野において「自律」や「自己決定」を重視する傾向が見られるが、個人の価値を軽視しがちな現実の社会状況に鑑みれば、それも十分に理由があるといえよう。自律や自己決定自体を一つの基本権（自己決定権）として考える見解(15)が有力となっているのも、このような背景から理解できる。

以上の考察からすれば、国家の介入を出来るだけ排除しようとする伝統的な基本権の役割は、国家の積極的な活動が不可欠であることを承認しても、やはり極めて重要であるといわなければならない。

（3）現代国家と基本権のアンビヴァレントな関係

そうだとすると状況は相当に厄介である。先にも指摘したように、現代においては、国家は国民生活の多くの場面で積極的に活動し、ある者には権利・利益を与え、ある者には義務を課し権利を制限しなければならない。それは事実上必要とされるだけでなく、場合によっては基本権上の要請でもある。もちろん全ての国家活動が基本権から導かれるわけではないとしても、基本権の機能が拡大されるのに伴って、国家の積極的活動が求められる領域も拡大しているはずである。そして一旦要請された国家の活動は、必要とされる以上に、あるいは必要のない場面で、個人の自由領域に介入してくる可能性がある。そうでない場合も、過度の配慮によって個人の自律能力を萎えさせ

る危険が絶えず存在し続ける。肥大化した国家の権力は個人の自由にとってこれまで以上に脅威なのである。だとすれば、国家の活動が要請されるとしても、それが個人の自由を侵害しないように基本権が歯止めをかけなければならない。こうして見ると、基本権と国家の関係はアンビヴァレントなものであることがわかるだろう(16)。なぜなら、基本権は一方において国家を要請し、他方においてそれを排除しなければならない立場におかれているからである。

では、このアンビヴァレンスにどう対処すればよいのだろうか。本論文の課題はまさにその点にある。以下では、この課題をもう少し敷衍することにしたい。

二　本論文の課題

(1) 法的判断枠組の必要性

現実の憲法問題を対象として取り上げ、その合憲性を審査して決定を下すためには、ある程度技術的な判断枠組が必要である。複雑で漠然とした問題を解きほぐし、論点を整理し、判断の過程を秩序づけるためには、指針となるような一定の基準がなければならないし、決定を下す際には、過去の決定との整合性・関連性を検討し、かつ、その判断が恣意的でないことを保証し、決定の正当性を論証する、なんらかの基準がなければならない。抽象的な憲法規定から具体的な内容を得るためには、解釈という作業が必要だが、そのためにも依るべき基準がなければならない。こうした基準となる判断の枠組みがあってはじめて、法の解釈・適用も合理的に進められるのである(17)。

さらに、この判断枠組は、他者の法的判断を批判するための依るべき枠組みにもなり得る。自己の判断を論証する基準になるだけでなく、他者の判断を吟味する基準にもなるわけである。それゆえ、この枠組みを明らかにすることは、合理的な法的議論を可能にするための条件を探ることにもなるといえよう(18)。

そうだとすれば、国家と基本権のアンビヴァレンスにいかに対応するか、という問題を考える場合も、それをど

のような判断枠組によって取り扱うのか、どのような枠組みを用いて判断の正当性を論証するのか、という視角から考えておく必要があるだろう。というのも、ある基本権が国家の一定の措置を要請しているという解釈であれ、逆に排除しているという解釈であれ、その解釈の正当性は憲法に照らして解決されなければならず、その解釈の憲法的正当性は、先に述べたような法的判断枠組に従って論証されなければならないと考えられるからである。それゆえ、国家と基本権のアンビヴァレンスの問題も、具体的場面においては、そこで行われる解釈の憲法的正当性を法的判断枠組に従って論証するという形で捉え直すことができるように思われる。

そのためにも、このような論証の枠組みが、あらかじめ合理的に構成されていなければならない。そして、この枠組みの構築は、まさに基本権ドグマーティクが課題とすべきものなのである。基本権ドグマーティクは単に、枠組みに従った憲法の解釈・適用だけでなく、その枠組み自体の批判的形成にも関わるのである。法的判断枠組の構築を通じて、基本権ドグマーティクは憲法の解釈・適用の合理化に貢献するのである。

ところで、憲法学においてこれまで、このような法的判断枠組を構築する役割を担ってきたのは、いわゆる「憲法訴訟論」であったと思われる。「憲法訴訟論」といっても「その内容をどう考えるか必ずしも一義的に決まっているわけではない」(19)が、訴訟要件論のような手続論を中心に、違憲審査の基準論のような実体論まで含めて、憲法問題を裁判所において論じるための法技術が念頭におかれていたといってよいだろう。その目的は、基本権保障を現実のものとするために、憲法問題を取り扱う裁判官に対して、「彼らの拠るべき緻密に理論化された準則を提供することにあった」(20)といわれている。「憲法訴訟論」の議論は、裁判所という場での技術論に限定されているとはいえ、憲法判断を行う際のルールづくりという点で、本稿のいう法的判断枠組の構築と重なるものがある。法的判断枠組も、憲法問題の取り扱い過程を秩序づけ、同時に憲法判断の合理性を確保するためのルールだからである。このようなルール化には、実体的な憲法解釈が関わってこざるを得ない。従って違憲審査基準と同じく、ここでいう法的判断枠組も実体論的な法技術ということができる。

（2）防禦権のドグマーティクの利用可能性

さて既に述べたように、基本権と現代国家はアンビヴァレントな関係にあり、基本権から国家行為を導くことと、基本権によって国家行為を排除することが共に求められている。このアンビヴァレンスを適切に取り扱うためには、法的判断の正当性を論証するための枠組みが構築されなければならない。そうすると次に問題となるのは、求められる法的判断枠組とは一体どのようなものか、ということになるだろう。

これに対して本論文は、ドイツ基本権論から得た示唆に基づき、そこで展開されている基本権保障の判断枠組に焦点を当てる。このような判断枠組は、ドイツにおいては、とりわけ防禦権（Abwehrrechte）としての基本権保障において発展してきた。そこで本論文では、検討の対象を防禦権の法的判断枠組に定めたいと思う。防禦権というのは、ドイツ基本権論で用いられる用語であり、わが国の用語でいえば、自由権、あるいは自由権的基本権に当たる(21)。しかし本稿がドイツの議論を参照することに鑑み、防禦権という用語はそのまま用いることにしたい。

もっとも防禦権とはいっても、ここでの検討の対象は防禦権の法的判断枠組であって、防禦権そのものではない。「国家からの自由」を保障しようとする防禦権が基本権の重要な機能であることは当然としても、現代においては、「国家からの自由」のみならず、「国家への自由」も「国家による自由」も保障されなければならない(22)。基本権と現代国家のアンビヴァレンスが、このような状況の産物に他ならないとすれば、「国家からの自由」だけを重視するのではなく、基本権の抱える問題状況全体を視野に収めなければならない。だからこそ、このアンビヴァレンスを適切に取り扱うための判断枠組の構築を問題にするのである。本論文の検討対象が防禦権そのものではなく、防禦権としての基本権の判断枠組に向けられるのは、そのためである。

それでは、なぜ防禦権の法的判断枠組なのか。その理由をここで説明しておきたい。後述するように、ドイツにおいても、防禦権が伝統的に基本権の第一次的機能とされており、基本権ドグマーティクは防禦権を中心に展開されてきた。そのため、防禦権の法的判断枠組は、他と比べて比較的堅固で安定した構造をもつに至っている。こう

した安定性は合理的な法的判断を行うための前提条件であり、防禦権の判断枠組の大きな利点になっている。ドイツにおいて、防禦権の枠組みを拡充し、他の領域に応用できないかどうかが議論されたのも、防禦権の枠組みのもつ、このような利点を生かそうとしたためである(23)。

また、わが国では自由権的基本権が基本権保障の原点とされているにもかかわらず、そのための判断枠組が十分に構築されているわけではないという事情もある。それゆえ、防禦権の判断枠組を検討することは、わが国の自由権的基本権の保障それ自身にとっても意義があると考える(24)。

そこで以下の叙述では、ドイツ基本権論の中で展開されてきた防禦権の判断枠組に焦点を当てて、その全体像を概観しようと思う。本論文では、この枠組みに関わる法技術を防禦権のドグマーティクと呼ぶが、このドグマーティクの構造を明らかにするつもりである。

第二章　防禦権のドグマーティクの基本構造

一　防禦権としての基本権保障の意義

ドイツ連邦憲法裁判所は、いわゆるリュート判決（Lüth-Urteil）において、基本権を次のように定式化した。

「疑いなく基本権は、第一次的に、個人の自由領域を公権力の介入から保障するために定められている。すなわち、それは国家に対する市民の防禦権である。このことは基本権の理念の精神史的発展からも、基本権が個々の国家の憲法に受け入れられてきた歴史的経過からも明らかである」(25)。

この定式にもあるように、連邦憲法裁判所は、基本権の第一次的機能を防禦権であるとする(26)。防禦権という性格づけの意義は、公権力の介入から個人の自由領域を守ること、すなわち「国家からの自由」の保障にある。この点について、ワイマール期に防禦権としての基本権を定式化したカール・シュミットは、次のように述べている。

「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、国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保護されるような権利だけをいう。そのような権利に対して国家は原理的に予測可能な範囲内でのみ、かつ規律された手続においてしか介入することが許されないのであり、この点は固持されなければならない。従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」(27)。

シュミットのいう自由とは、いわゆる自然的自由であり、国家に先だって存在するものである。そして基本権の役割は、このような自由を国家の介入から保護することにあるとされる。もちろん、個人の自由に国家が介入することが絶対的に禁止されているわけではない。「国家は原理的に予測可能な範囲内で」「規律された手続において」介入することが許されているからである。その際、シュミットは個人の自由と国家の介入の関係を配分原理（Verteilungsprinzip）と呼ばれる原則によって把握する。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国家の権能は原理的に限定されている」という原理である(28)。シュミットはこの配分原理に基づいて基本権の機能を理解する。シュミット以後、一般に防禦権としての基本権保障は、配分原理を基礎にして組み立てられるようになった。配分原理が防禦権の法的判断枠組の大枠を形作るのである。

配分原理をどのように理解するかについては、複数の見方が可能である。自由の制限を害悪と捉える自由主義的な立場からすれば、配分原理は「国家に対する人間の消極的自由を最大化し、国家の規制権限を最小化する」原則と理解されることになる(29)。この立場からは、基本権保障についても、無限定の自由に対して国家の自由制限行為をできるだけ限定するのが基本権の役割であるとされるだろう。自由が原則で、その制限は例外とするのである。この意味で配分原理は「原則／例外」原理である(30)。

しかし今日、国家の規制を単に最小化すればよいとする考えには異論も多いと思われる。第一章で述べたように、国家には多種多様の課題が課せられているのであり、その中には、むしろ自由の規制を目的とするものも多い。例

えば、弱者保護や環境保全のために経済的自由を規制することなどがそれに当たる。このような課題を承認する限り、上述の基本権理解もそのまま受け入れるわけにはいかない。単に自由を最大化し、規制を最小化すればよいという考えは、社会国家としての現代国家の役割に適合せず、多機能化した基本権の役割とも相入れないであろう。だとすれば、自由が原則で、その制限は例外であるという考え方にも疑義が提起されよう(31)。しかし、「原則／例外」原理に対しては、別の理解も存在する。そこで今度は、最近有力になってきている、その別の理解の方を見ておこう。

上述の理解では「原則／例外」原理は量的に捉えられていた。すなわち、自由の制限を最小にし、自然的自由にできるだけ多くの余地を残す原理だと考えられていた。しかし、これとは異なる別の理解においては、「原則／例外」原理は量的にではなく、手続的に捉えるべきだとされる(32)。ここで手続というのは正当化の論証手続をいう。正当性の論証を原則にではなく、例外に要求するのである。原則はそれ自体が正当とされるので、あらためて正当化する必要がないのに対し、例外は一定の承認された手続に従って正当化されなければならない。正当化される限りで例外はその存在を認められるのである。

この手続的に理解された「原則／例外」原理を基本権保障に適用すると次のようになるだろう。まず、自由が原則で自由の制限が例外とされる。そこでは例外たる基本権的自由の制限は正当化手続を通じて承認されなければ、基本権侵害とされて排除される。逆にいうと、その制限が憲法上正当化可能であれば、すなわち、国家の法的介入が一定の重要な利益を保護するためのもので、しかもその手段が適切かつ必要であると見なされれば、基本権的自由の制限であっても憲法的承認を得るのである。正当化された制限は、政治的・社会的に望ましいと思われる場合もあれば、そうでない場合もあるだろう。しかし法的には、基本権制約の憲法的正当性を論証できるかどうかが決定的になる。このような理解においては、基本権保障の意味も、基本権制約の正当性を吟味する論証手続の保障をいうことになろう(33)。それは国家の規制を最小化すべきである（あるいは自然的自由の余地を最大限残すべき

である）ということではなく、国家が基本権を制限する場合は、その措置を特別の論証手続に従って正当化しなければならないということを意味するのである。

社会国家への転換とそれに伴う基本権観の変化に適合的であるため、「原則／例外」原理の理解として、手続的理解が今後ますます有力になるだろうと推測される。そうだとすれば、防禦権の基本権ドグマーティクも手続的理解を前提にして見ることが許されるだろう。そこで以下では、防禦権の法的判断枠組を手続として理解し、同時に、基本権制約正当化の論証手続であると考えて説明する。

二　実定憲法の基本権保障

以上のような前提を承認すれば、次の問題は、基本権制約の正当性を吟味する論証手続とはどのようなものかということになろう。しかし、その前にいくつか確認しておかなければならない点がある。

まず第一に、ここで基本権保障というときの基本権は、実定憲法上の基本権を意味するということである。というのも、基本権制約の正当性を論証する手続がどこに根拠を有するかといえば、それはおそらく実定憲法をおいて他にないと思われるからである。基本権保障の手続は、それぞれの実定憲法から導かれるのであり、その態様は実定憲法ごとに異なるのである。個々の実定憲法がどのような手続を定めているかは憲法解釈の課題であろう(34)。それゆえ基本権制約の合憲性は、憲法解釈によって明らかにされた手続に従って判定されることになる。本稿で検討の対象となるのは、ドイツ連邦共和国基本法上の基本権であるが、他の実定憲法の基本権保障の場合は、その憲法の規定によって異なった手続になることを当然の前提としている。

第二に、実定憲法ごとに基本権保障の態様が異なるとすれば、同じ実定憲法においても、個々の基本権ごとに正当性の論証手続が異なる可能性がある。実定憲法が基本権ごとに特別の手続を定めていれば、その論証手続も別様にならざるを得ないからである。従って、基本権保障の手続は、それぞれの基本権について個別的に明らかにされ

なければならない。

しかし個々の論証手続に違いがあるとしても、全体としてみれば、共通の法的判断枠組を形作っていることもまた事実である。本論文の課題はまさに、この基本権保障の大枠を明らかにすることにある。以下では、個別の基本権ごとに論証手続が若干異なるという点を留保して、共通の法的判断枠組を描き出してみたい。

三　三段階審査

基本権制約の正当化の論証手続は、諸段階に分けられた判断過程として捉えられる(35)。それは大まかにいうと、次のような段階を踏んで進められる。

まず第一に、国家の措置が基本権の保障する領域に関わるものであるかどうかの判断である。この領域を基本権の保護領域と呼ぶとすると、当該措置の関わる領域が基本権の保護領域であるかどうかが、ここでの問題である。もし保護領域に該当しないのであれば、基本権侵害はないということになるが、該当する場合は次の手続に進むことになる。

国家の措置が基本権の保護領域に関わるとされれば、第二に、その措置が基本権の制約といえるかどうかを問題にしなければならない。当該措置が基本権の制約といえないのであれば、基本権侵害ではないが、仮に基本権を制約するものであっても、それだけではまだ基本権侵害ではない。その制約が正当化できるかもしれないからである。

従って第三の段階として、基本権の制約が憲法上正当化できるかどうかの判定が行われる。これが正当化できれば基本権侵害はないが、正当化できないのであれば、その制約は憲法上許されないものとして基本権により防禦される。

基本権保障は以上のような三段階の審査手続に従って行われる。すなわち、基本権の保護領域を規定する段階、基本権の制約を確認する段階、基本権の制約を憲法上正当化する段階の三つである。これをピーロート／シュリン

クにならって三段階審査（Drei-Schritt-Prüfung）と呼んでおく(36)。それぞれの段階は一応区別されなければならず、合憲性審査は各段階ごとに行われる。ここで基本権侵害と見なされるのは、国家が基本権の保護領域に介入することによってその基本権を制約し、しかもそれを正当化できない場合ということになろう(37)。以下ではこの三段階審査をそれぞれに分けて見ていくことにする。

第三章　基本権の保護領域と基本権制約

一　基本権の保護領域

（1）保護領域の意義

基本権の保護領域（Schutzbereich）(38)とは、基本権が保護する生活領域をいう(39)。ある行為や自由が基本権によって保障されるためには、まず、その行為・自由が基本権の保護領域になければならない。基本権の行使と呼ばれる行為・自由は、その基本権の保護領域上の行為・自由なのである。例えば、学問や研究の自由は基本法五条三項の保護領域上の自由であるし、職業活動の自由は基本法一二条一項の保護領域上の自由である。また、基本権の保護領域は作為（例えば表現する自由）のみならず、不作為（例えば表現しない自由）を対象にする場合もある。一定の利益や状態・態様が保護領域に該当することもある（基本法一〇条の通信の秘密や一三条の住居の不可侵など）。さらに、基本法八条一項の集会の自由保障のように、全ての集会ではなく、「平和的かつ武器を持たない」集会だけを保護している場合もある。いずれにせよ、基本権保障を図りたいのであれば、問題の行為・自由が、何らかの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(40)。

基本権の保護領域は通常、国家による法的具体化を必要としないが、中には、法規範によって具体化された保護領域（Schutzbereich mit Rechts- und Normprägung）というべきものもある(41)。このような保護領域を持つ基本権としては、例えば基本法六条一項の婚姻制度の保障や一四条一項の財産権の保障がある。婚姻制度も財産権も、立

法者がその内容を具体化してはじめて保護領域が決まるのであり、最初に具体化がなければ当該基本権の保障をいうことはできないからである(42)。

この場合の問題は、立法者が保護領域を具体化するというときの具体化（Konkretisierung od. Ausgestaltung）の性格である(43)。具体化が保護領域の内容を形成するものだとしても、保護領域への介入（Eingriff）、すなわち基本権の制約とどう区別されるのか明らかではないからである。例えば、基本法一四条一項二文は財産権の「内容および限界は法律で定める」と規定するが、この法律の作用は保護領域の具体化なのか、それとも基本権の制約なのか。両者の間には境界線があって、その枠内で行われる立法者の法定立行為が保護領域の具体化で、その境界を越える行為が基本権の制約になるという見解も見られるが(44)、問題の解明はまだ十分であるとはいえないようである。

（2）保護領域の役割

ここまでの記述からもわかるように、ある行為が基本権の保護領域に該当するからといって、それが直ちにその行為の最終的な保障を意味するものではない(45)。基本権の保護領域は原則として絶対的に保護されるものではなく、一定の制約を受け入れるからである。ある行為・自由が基本権の保護領域に該当するというだけでは、一応の保護が認められるに過ぎない(46)。しかし保護領域にある行為を制約する場合は、制約の正当性を論証しなければならず、その論証は基本権の定める手続に従わなければならない。それゆえ、ある行為が保護領域上にあると認められれば、それを制約する国家の措置は一定の論証手続に服することになる。保護領域は基本権制約を一定の手続に拘束しつつ、その正当性を論証させるための前提なのである。基本権の保護作用が展開する場が保護領域であるともいえるだろう(47)。

また保護領域には、基本権保護の理由・論拠を提供するという役割も与えられている。ある行為・利益の保護領域該当性が論証されると、それは一応の保護ではあるとはいえ、基本権保護に値すると認められたことになる。従

って、その制約が特に正当化されない限り、保護領域に該当するというだけで、基本権保護を認めるべきだとする理由・論拠になる。他方、基本権を制約すべきとする理由・論拠も、場合によっては妥当であると見なされるだろうから、最終的には基本権制約の正当化手続の中で比較衡量されなければならない(48)。この衡量過程において、保護領域は基本権保護を支持する側面として登場し、他方の側面である基本権制約と対抗するのである。

（3）保護領域の規定

三段階審査の第一段階は、ある行為・自由が基本権の保護領域にあるかどうかを問うことである。それゆえ、ある基本権が保護の対象にしている行為・自由は何か、あるいは、どのような行為・自由がその基本権の保護領域にあるのか、といったことが問われなければならない。そこで個々の保護領域の範囲を規定し、互いを画定する方法が問題となる。

しかしそれを見る前に、基本権の保護領域がそもそも全ての行為・自由を包含しているのかどうかを見ておかなければならない。これは基本法二条一項の「人格の自由な発展」の権利をどう解釈するかに関わっている(49)。この基本権は、わが国の「幸福追求権（日本国憲法一三条）」にだいたい相当する権利であると見てよいだろう。「幸福追求権」同様、包括的基本権としての役割が認められるからである(50)。

そこで仮に二条一項の基本権を広く解して、その保護領域は全ての行為・自由を包含すると考えれば、他の基本権の保護領域に該当しない自由も、この基本権の保護の対象になる。つまり全ての行為・自由が一応の基本権的保護を享受することになる。その場合、基本権の保護領域該当性は、ある行為・自由が二条一項の保護領域に属するのか、それ以外の基本権の保護領域に属するのか、どちらかを二者択一で判断することになろう(51)。ただ、このような基本権の保護領域が固有の内容を持つかどうかは疑わしいし、単に、自由がその内容であるとしかいえないだろう。従って保護領域の規定が問題になるとしても、それは二条一項以外の基本権についてだということになる。

これに対して、二条一項を狭く解すれば、例えば、「狭義の人格的生活領域の保障」(52)と捉えたり、「人格の発展にとって重要な自由活動」(53)の保障と見るのであれば、この基本権も固有の保護領域を持つことになる。この場合、全ての基本権について保護領域の規定が必要になるだろう。そして個々の保護領域の範囲を定め、互いを画定しなければならなくなるだろう。

ドイツの場合、通説・判例は「人格の自由な発展」の権利を一般的行為の自由（allgemeine Handlungsfreiheit）の保障と見ており、前述の広い解釈の方をとっている(54)。この基本権の保護領域には外延がないので、ある行為・自由が他の基本権の保護領域に当たらない場合も、この基本権が受け皿となって、その行為・自由を一応保護することになる。とすれば、通説・判例による限り、全ての行為・自由が何らかの基本権の保護領域に該当するといってよいだろう。

「人格の自由な発展」の権利が固有の保護領域を持たないとすると、いずれにせよ全ての行為・自由が一応どれかの保護領域に該当するのだから、個々の基本権の保護領域を明確に画定し、その守備範囲を明らかにする必要はないのかもしれない。しかし、ある行為・自由が、どの基本権の保護領域にあるのかを定めることは、時として重要な意味を持つことがある。というのも、基本権の保護領域が異なることによって、基本権保障の手続が異なる可能性があるからである。例えば、屋外で行われた集団行進が、カトリックの聖体行列（Prozession）であった場合、この行動は基本法四条の信仰の自由の行使とも、八条の集会の自由の行使とも考えられる(55)。前者であれば四条二項(56)の定めに従い、後者であれば八条二項(57)に照らして審査される。どちらの問題とされるかで基本権制約の正当化手続が違ってくるのである。それゆえ、一般的行為の自由の権利はおくとしても、他の基本権の保護領域は画定しておく必要がある。

この画定は、個々の基本権のテキスト解釈によって行われる(58)。ある基本権の保護領域を画定する場合は、他の基本権や憲法規定の機能も十分考慮して、体系的に解釈しなければならない(59)。これにより一見競合する

かに見える複数の基本権にあっても、その保護領域を互いに画定することが可能になる。

なお保護領域の範囲は、第二段階の基本権制約と関連するということに注意しなければならない(60)。なぜなら、保護領域を広く捉えれば、国家の介入行為が関わる領域も拡大するため、場合によっては、あらゆる国家行為が当該基本権の制約と見なされてしまうからである。例えば、基本法五条一項の意見表明の自由の保護領域が、ある見解をアピールするための政治家暗殺という行為も含むと考えれば、刑法による殺人の禁止も、この基本権の制約と見なされるかもしれない。おそらくそれを基本権の制約と見ても、その制約は正当化できるだろうが、そもそも基本権の保護領域に含まれる行為と見るかどうかが問題である。しかしこの点をどう解するかはドイツでも争いがある(61)。

保護領域は基本権保障のための土俵を設定するが、他方、保護領域の射程から外れれば基本権保障に与れないという意味で、保障の限界を指示する機能も持っている。例えば、基本法一二条一項の職業の自由の権利は、職業選択や職業活動といった職業に関わる行為をその保護領域内に収めているといえるが、逆にいうと、職業に関わらない行為は、一二条一項の保護領域外にあるということになる。そのような行為は一二条一項の保護に与ることはできない。つまり、保護領域の消極面として、その保護に与れない行為・利益を指し示す機能も持っているのである。そのため保護領域の外延を画定する作業は、基本権の制約とは区別されるものの、それと同じく、当該基本権の保障の限界を明らかにする作業であると考えられている。このような限界は一般に、基本権の内在的限界（immanente Grenze）と呼ばれている(62)。この限界を境にして、基本権の保護が及ぶ領域と及ばない領域が区別されるのである。ある行為が当該基本権の保護領域内にないと判断されれば、もはや一応の保護も問題にならない。それゆえ、保護領域の画定は極めて重要である。ただし、判例・通説による限り、「人格の自由な発展」の権利の受け皿的な保護は残る(63)。そこにこの権利の特別の機能が認められているのである。

二　基本権の制約

（1）基本権の保護領域への「介入」

ある行為や利益が基本権の保護領域にあることが論証されれば、それは基本権保護を受けるに値する行為・利益である。国家はそれを侵害することが許されない。しかし、前述したように、この保護は一応のものであって、絶対的なものではない。人間の社会生活が必然的に利害の衝突を招来する以上、その衝突は調整されなければならないし、たとえ衝突の一因が基本権の行使にあるとしても、常に基本権の方を優先するわけにはいかない。いずれにしても、基本権の行使には別の自由や利益を保護するための一定の制約を課さざるを得ない。基本法が基本権制約の可能性を認めて、制約の形式と事由について一定の定めをおいているのも、そのためだと解されている(64)。

そこで制約が許容されるのはどんな場合かが問題となる。しかし、その前にここではまず、基本権の制約とは何かを明らかにしておかなければならない。何を捉えて基本権の制約というのかが明確でないと、その許容性を論じることなどできないからである。

それは保護領域の画定とは区別される。確かに保護領域の画定も一面では当該基本権の限界を論じるものである。しかし保護領域の画定は、基本権規定の解釈によって、一応保護されるべき個人の行為や自由の領域を定めることであった。これに対して基本権の制約の場合は、保護領域に対して一定の制限を加えようとする国家の行為に焦点が当てられる。つまり、そこで問題となるのは法律や行政行為などの形式によって基本権の行使を制限する国家行為なのである(65)。

防禦権のドグマーティクではこれまで基本権の制約を基本権の保護領域に対する国家の介入（Eingriff）(66)という形で論じてきた(67)。従って、基本権の制約とは何かという先の問いは、いかなる国家行為が基本権の保護領域への介入とされるのか、あるいは、基本権の保護領域への介入と見なされるべき国家行為とはどのようなものか、と言い換えられる。核心は「介入」とは何かである。

防禦権のドグマーティクにあっては、伝統的に介入の概念が大きな役割を果たしてきた。防禦権としての基本権の保護機能は、基本権の保護領域を防禦することにあるが、その際、防禦の対象になったのが、国家の介入行為であった。つまり、いかなる国家行為が基本権の防禦作用を発動させるのか、あるいはいかなる国家行為に対して憲法上の正当化が要求されるのかが問題になったとき、判断の基準にされたのが、この介入という概念だったのである。介入概念が防禦の対象となるべき国家行為とそうでない行為を選別したのである(68)。しかし、防禦の対象がどうして介入行為に限定されるのか、という点は当然問題になり得る。もちろんその前に、そもそも介入とは何かという点も問題である。そこで以下において、介入概念をめぐる議論の変遷を見ながら、これらの点を明らかにしようと思う。

（2）古典的介入概念

伝統的な介入概念、すなわち古典的介入概念(69)は、国家行為の形式に着目して立てられている。介入行為としての性格を一定の形式に求めた点にその特徴があるが、実はこれまで、その形式が統一的かつ明示的な形で定式化されたことはないといわれている。おそらく自明視されてきたからであろうが、最近になって、従来念頭におかれてきたと思われる国家行為が整理され、それが古典的介入概念として提示されるようになった。それゆえ、この概念は必ずしも歴史的実在とは一致しない、一種の理念型として構成されている。

一般に古典的介入概念といわれるとき想定されているのは、国家による不利益的（belastend）な法的規律である。例えば、行政が法律に基づき行政行為という形式でもって個人の財産権を制限するといった場合がそれに当たる。逆に、給付行政的な国家行為や事実行為はそれに当たらない。このような不利益的な法的規律は、基本法制定以前から既に十分意識されており、伝統的に基本権論の考察対象とされてきた(70)。現在でも、この不利益的な法的規律が介入行為の典型とされることに変わりはない(71)。

この古典的介入概念の属性として、しばしば次の四つの要素が指摘されている。すなわち、①目的志向性

（Finalität）②直接性（Unmittelbarkeit）③命令性（Imperativität）④法形式性（Rechtsförmlichkeit）の四つである(72)。不利益的な法的規律としての国家行為は、当然、これらの要素を全て備えている。しかし、これら四つのうちの一つでも欠けていると、その国家行為は古典的な意味での介入行為ではないとされるのである。以下では、これらの要素の各々についてもう少し説明を加えよう。

まず第一の要素である目的志向性であるが、これは国家が当該基本権の制約を意図して行ったかどうかに関わる。国家の意図という、いわば主観的事情を介入行為の構成要素とするのである。介入行為の目的志向性について、ブレックマンは次のように述べている。「こうした介入行為があるといえるのは、例えば、ある演説者が特定の政治的見解を主張しようとしている時に、行政がそれを妨げようとして、ある集会を解散させるというような場合である。しかし行政が特定の道路の通行を遮断し、それによってこの道路沿いにある商店が客を失った場合は、介入行為があるとはいえない」(73)。というのも、後者の場合、国家は通常、その規制によって商店の経済活動に損失を与えることを目的にしていないからである。もちろん、ここでいう意図とか目的というのは、法律執行者（行政）のそれである必要はないし、また法律制定者（立法者）の意図を問題にする場合も、純粋に主観的な意図を見る必要はないとされる。つまり法律制定の動機であるとか、法律上に明示された立法目的に限定して解する必要はないのである。従って、法律の規定から解釈によって客観的に引き出される意図があれば、目的志向性の要素は認められる(74)。その意味で目的の主観性はある程度緩和されている。

次に第二の直接性の要素であるが、これは国家行為が、直接、基本権を制約しているかどうかを問題にする。従って、国家行為が基本権制約的な効果を持っていたとしても、それが間接的効果である場合は介入行為ではないというのである。もっとも、ここで直接性や間接性といっても、その概念は実はそれほど明確なものではない(75)。あるときは、国家行為と毀損された法益との間に何らかの因果関係があるだけでは不十分で、直接的なつながりが必要だというような言い方で直接性の意味が説明される。これによると、先ほどのブレックマンの挙げる例（道路

の閉鎖と商店の経済的損失）は、目的志向性のみならず直接性の要素もないとされる。またあるときは、規制が第三者に不利益的効果を及ぼす場合、その第三者への基本権制約的効果には直接性がない、従って第三者の基本権には介入行為はない、というような言い方で説明される。例えば、規制が名宛人だけでなく第三者にも及ぶ場合（出版の禁止による読者の知る自由の制約など）や名宛人に利益を与えることが同時に第三者の不利益になる場合（競業者への補助金の交付など）がその例である。このように直接性の概念は一義的ではないが、判例においては、この要素がしばしば引き合いに出されると指摘されている(76)。

次に第三の要素としての命令性である。命令性とは、権力的な強制・命令の契機を意味する。ある国家行為が制約を受ける者の同意を要しない一方的行為である場合、そこには命令性の要素があるといえる。それゆえ一見、基本権制約的な国家行為であっても、基本権保持者の自発的な同意があるときは命令・強制の契機がないから介入行為ではないといわれる(77)。例えば、国家との契約の場合やいわゆる基本権放棄（Grundrechtsverzicht）の場合がそれに当たる。もちろん自発的な同意といっても、国家が事実上の優越性を背景にして相手に圧力をかけたときは、本当に自発性があったといえるかどうかは疑問とされるだろう。いずれにせよ、命令性は一方的な権力的行為に存するのである。

最後に第四の要素としての法形式性が挙げられる。これは、介入行為が法的形式を備えていることを意味する。介入行為は法律、行政行為、裁判所の判決といった法的行為でなければならないのである。単なる事実行為は介入行為ではないとされる(78)。

以上のように、古典的介入概念と呼ばれる行為は、目的志向性、直接性、命令性、法形式性の四つの要素からなる国家行為であり、このような国家行為が基本権の保護領域に影響を及ぼすとき、それが基本権の制約とされるのである。古典的な介入行為が介入行為とされることについては、現在でも異論はない。問題は、それだけを介入行為と見るのかという点にある。

（3）介入概念の拡大

古典的介入概念が一種の理念型であることは先にも述べたが、実際の介入概念がこの理念型から外れることは以前から見られたようである。しかし社会国家の進展は、介入概念の根本的な見直しを迫るようになる。というのも、社会国家化に伴って、国家と個人の関わり合う領域が以前にもまして拡大したからである。こうなると伝統的な介入概念で全ての事態を適切に把握することなど、もはやできなくなる。実効的な基本権保障を達成しようとするのなら、国家活動の多様化にも対処できる基本権ドグマーティクが提供されなければならないはずである。

とはいえ、よく考えてみると、そもそも基本権が古典的な介入行為に対してしか保障されないとする根拠はどこにもない(79)。影響を被る個人にとっては、基本権侵害が古典的な介入行為によるものであろうとそうでない国家行為によるものであろうと、どうでもよいことである。国家行為が基本権の制約を意図しようとしまいと、間接的なものであろうと、非権力的なものであろうと、事実行為に過ぎなかろうと、それが基本権の保護領域に対して制約的効果を持つ場合は、やはり基本権の制約と見るべきではないか。問題は国家行為の効果なのではないかという反論が生じたのである。そこで、介入概念を拡大して、基本権制約的効果を持つ国家行為を介入行為と見なそうとする見解が有力になる(80)。介入概念自体を拡大することによって、古典的介入概念では把握できなかった様々な国家行為(81)も介入行為として防禦権のドグマーティクの中に取り込もうというのである。こうして例えば、国家組織の内部行為や手続法の形成、給付行為といった、従来は介入行為と見られなかった国家行為についても、介入行為としての性格が問われるようになる(82)。他にも租税や補助金を通じての嚮導的作用であるとか、計画や契約、更にはインフォーマルな行政活動（行政指導や情報提供）など、極めて多種多様の国家行為が基本権制約的効果を持つ行為として考察の対象にされたのである。

ところが、介入概念を拡大するとなると、今度は逆に、基本権に何らかの影響を及ぼす国家行為は全て基本権の制約と見なせるのかという疑問が生じる。もし見なせるのだとすれば、基本権の制約が問われる場面は飛躍的に増

加しよう。そして制約が確認されれば、基本権の防禦作用がそれに対抗するので、多くの国家行為が基本権の侵害と見なされてしまうだろう。一般に、国家の活動は全て、個人の基本権に何らかの遠隔的効果を及ぼす可能性があり、その影響力は予測不可能であるから、常に基本権侵害の潜在的可能性を持つことになる。そうなれば国家は基本権侵害を危惧する余り、活動麻痺に陥る恐れもでてくる(83)。あるいは、多くの国家行為が基本権の制約と解されて裁判所に持ち込まれるようになれば、裁判所の負担過剰を招き、そこで機能麻痺を起こしてしまうかもしれない。それはまた社会国家としての現代国家にとってもゆゆしき事態である。国家の活動能力を萎縮させることは、現代国家に課せられた様々な社会的要請に十分に対応できなくなるということを意味するからである(84)。そうだとすれば介入概念を無限定に拡大するのは、必ずしも望ましくないということになる(85)。

しかし、介入概念の無限定の拡大は、本当に国家活動を麻痺させるのだろうか。実は仮に全ての国家行為が基本権の制約とされても、国家が直ちに麻痺状態に陥るとは限らない。なぜなら、基本権の制約は憲法的に正当化可能だからである(86)。正当な基本権制約であるとの論証さえあれば、その国家行為が退けられることはない。憲法上正当とされる基本権制約は、社会的要請でもあり、現代国家の任務でもある。だとすれば、介入概念を特別に枠づけることなく、何らかの基本権制約的効果を持つ国家行為を全て保護領域への介入行為と見なし、後はそれを憲法的正当化の手続に付した方がよいということになろう。

それでもなお問題は残る。確かに正当な基本権制約であれば国家の活動が麻痺することはないだろうし、それはまた必要なことでもある。しかし問題は、本当に、基本権制約的と思われるような全ての国家行為に正当化を要求できるのか、というところにある。つまり、本当に正当化手続に全てを委ねてしまうことが可能か、である(87)。正当化の意味と手続については後で詳しく述べるとして、ここで一つだけ、正当化の要件として特に重要な、法律の留保の例で考えてみよう。例えば、何らかの基本権制約的効果を持つ国家行為であれば、たとえそれが全く予期できないものであっても、法律の根拠が必要だといえるだろうか(88)。必要だというのなら、そのような要求は

不可能を強いることになりはしないか(89)。もちろん、正当化の意味をはっきりさせないままこの問題を論じても仕方がないが、それでも正当化の手続に決定的な意義を認める立場をとった場合、その手続に過度の期待をかけるような議論は、かえって手続自体の価値を落しめるのではないか。介入概念に限定をつけないまま、全ての介入行為を正当化手続に委ねてしまうと、その手続は曖昧になるか、複雑になり過ぎて、結局は実用性を失ってしまうのではないか。正当化の手続を有意味たらしめるためには、これまで介入概念が果たしていたような選別的機能（正当化の対象を選別する機能）を持たせなければならないのではないか。そのためには介入概念を要件化する必要があるのではないか。このような理由から、次第に介入概念を画定すべきだとする考えに注目が集まるようになるのである(90)。

（4）介入概念の画定

介入概念は画定されなければならないという点で意見は一致しても、どのように画定するかとなると様々である。もちろん、古典的介入概念では事態を適切に把握できないから、それを超える国家行為にも介入行為としての資格を認めるべきだとする点に争いはない。問題はそれを画定する要件である(91)。この要件をどのように定式化すればよいのか。今のところ通説はないので、以下では、現時点でだいたい承認されていると思われるところを概観しておく。

まず第一に、介入行為の概念は一応、広く捉えておくことが要求される。イゼンゼーによると、今日の支配的な見解は、「介入行為とは、基本権法益に対する、些細とはいえない国家作用であって、基本権主体の意思に反して行われるもの」と定義しているという(92)。従って、古典的介入概念の四つの要素を欠いた国家行為でも、介入行為としての資格が直ちに否定されることはない(93)。

第二に、介入行為は、社会生活上、受忍しなければならない不快な行為（Belästigung）と区別される(94)。先ほどの定義の中で、介入行為は「些細とはいえない国家作用」とあったが、要するに、些細な国家作用は介入行為

から除外されるのである。もちろん何が些細で何がそうでないかを区別するのは難しい。何よりこのような区別は「基本権に対する感受性を鈍らせ、基本権保護の水準を低下させる」(95)可能性もある。それにもかかわらず、日常的な煩わしさや不快感まで介入行為と結び付けるわけにはいかないとされる。

第三に、右の点と関連して、基本権制約の強度（Intensität）も要件として挙げられる。介入行為の存否を判断する際、制約の効果に焦点を当てたアプローチをとると、結局、その効果の程度が考慮されざるを得ない。それゆえ、ある国家行為を介入行為と見るべきかどうかは、基本権の保護領域への影響の程度によって判断しなければならないとされるのである。その場合、保護領域への影響が大きければ大きいほど、当該行為はそこへの介入行為とされる可能性が大きくなる(96)。

第四に、古典的介入概念の要素であった目的志向性に一定の役割が期待される。確かに、目的志向性の要素は介入行為のあるなしを決定づける要素ではない(97)。言い換えると、これを欠く国家行為であっても、介入行為とされる場合はあると考えられる。しかし逆に、この要素が認められる場合は、当該行為はそれだけで当然に介入行為と見なされるという。つまり、基本権制約の強度等を考慮せずとも、当然に介入行為とされるのである(98)。

さらに、目的志向性は介入行為の正当化の際の一指標とされる。それによると、基本権制約は、目的志向性を基準にして意図された制約と意図されない制約に区別される。そして形式的正当化の要件は、意図された制約にだけ妥当するというのである。形式的正当化の要件については、後で詳しく述べるつもりだが、法律の留保原則や制約される基本権の提示義務（Zitiergebot）(99)が、その代表例である。先にも述べたように、これらを全く意図されなかった制約にまで要求するのは、国家に不可能を強いることになると考えられる。しかし意図的な制約であるならば、たとえそれが勧告や指導のようなインフォーマルな国家行為によるものであっても、形式的正当化を不要とする理由はない。そこで介入行為を目的志向性の有無によって二つに分け、形式的正当化の要件は目的志向的な介入行為に対してだけ妥当するとされたのである(100)。つまり、目的志向性は、形式的正当化の要不要を決定づけ

る要素とされるわけである。

最後に、この目的志向性の概念自体が修正される。目的志向性が必ずしも主観的な概念でないことは既に述べたが、これがさらに客観的に捉えられる。すなわち、目的志向性とは、むしろ基本権制約の予測可能性（Vorhersehbarkeit）であるというのである(101)。それゆえ、ある国家行為に基本権制約的な効果があるとあらかじめ予測された場合は、その行為は目的志向性を持つとされる。こうして形式的正当化の要件は、意図的な制約だけでなく、客観的に予測可能な制約にも要求されることになる(102)。

以上が介入行為を画定するための要件である。これらの要件を基準にして、国家の介入行為を確認し、それによって基本権の制約があるかどうかを判断するのである。介入行為が認められなければ、基本権の制約はないとされ、それ以上の問題にはならない。しかし、介入行為が認められる場合は、従って基本権の制約が認められる場合は、この制約が憲法的にみて正当かどうかが問われることになる。それは憲法的正当化の手続に付されなければならない。では、その手続はどのようなものだろうか。章を改めて論じることにしたい。

第四章　基本権制約の正当化

一　憲法的正当化の意義

何度も述べたように、基本権の制約は、原則として、直ちに違憲の評価を受けるものではない。違憲と評価されるのは、基本権の侵害と判断された場合、すなわち、制約が正当化できなかった場合である。正当化の論証責任は国家に課され、それが成功しているかどうかは、憲法の定める正当化要件を満たしているかどうかによって判断される(103)。それゆえ、制約の正当化要件が憲法上どのように定められているのかが決定的に重要となる。この要件があらかじめ明らかになっていることが、基本権制約の許容性を論じる上で必要不可欠だからである。ではドイツ連邦共和国の基本法の定める正当化の要件とはどのようなものであろうか。以下では、基本法という実定憲法の

具体的な規定の下で、それがどのように定められているかを見てみたい。

まず基本法の採用する基本権保障方式に目を向けよう。ここでは芦部信喜教授に従って、基本権保障方式を一応便宜的に、絶対的保障方式（アメリカ憲法型）、相対的保障方式（ワイマール憲法型）、折衷型保障方式（ボン基本法型）の三つに分類する(104)。この分類は、憲法が保障する権利について、法律による制約が認められているか否かによって相対的保障方式と絶対的保障方式を区別し、同時に両者の中間として折衷型を想定する。基本法は第三の類型たる折衷型に分類される。折衷型の特色は、法律によっても自由に制約できない基本権という観念を認めつつも、例外的に基本権を制約する場合は法律によらなければならないとし、若干の基本権については、制約の根拠と程度を憲法自身が個別的に明記しているところにあるとされる(105)。基本法も、一条三項において、基本権が立法権をも拘束すると宣言し(106)、他方、個別の基本権条項において基本権制約の可能性を認め、それを法律に留保している。この二つは一見矛盾するかに見えるが、後者は、基本権の制約に法律の根拠を要求する形式的要請で、前者は、法律が基本権を制約する場合に、その制約を実体的に限界づける実質的要請と見ることができるので、両者を整合的に解釈することが可能である。

リュッベ-ヴォルフはこれを基本権の形式的保護機能及び実質的保護機能と呼んでいる(107)。それによると基本権には、その制約に対して、形式及び実質の二つの正当化要件を国家に課し、その充足を要求するという機能があることになる。つまり、基本権の制約には、形式的正当化要件と実質的正当化要件の充足が要求されるというのである(108)。制約を正当化するには二つの要件を共に満たさなければならず、その充足が論証できないと基本権制約は違憲の評価を受けることになる。

ところで、基本法を見ると、正当化の形式的要件にも実質的要件にもいくつかの種類があることがわかる(109)。しかし、ここでは前者の代表たる「法律の留保原則」と後者の代表たる「比例原則」を中心に、基本権制約の正当化とはどのようなものかを考えてみる。

二　形式的正当化要件――法律の留保原則

（1）形式的正当化要件としての法律の留保の意義

法律の留保とは、一定の国家的措置を法律に留保することをいう(110)。ここで一定の国家的措置とは、基本権の保護領域に対する国家の介入行為をいう(111)。また法律に留保するとは、その介入行為が法律による（durch Gesetz）か、あるいは法律に基づいて（aufgrund eines Gesetzes）行われなければならないということを意味する。従って、法律の留保原則とは、国家が基本権に介入する場合に、それは議会の制定した法律によって直接執行されるか、あるいは、法律の授権に基づいた行政の法規命令や行政行為によって執行されなければならないという原則をいうのである(112)。こうして法律の留保原則は、基本権の制約たる介入行為に法律という一定の形式を要求する原理となる。法律の留保が基本権制約の形式的正当化要件であるというのも、そのためである。基本権制約が法律あるいは法律の授権に基づく国家行為に依拠しているということが、制約を許容する形式的条件なのである。もちろん、それが法律に依拠していればそれでよしとするわけではない。法律の形式は、憲法的正当化の必要条件に過ぎない。

では、なぜ法律の形式を要求することが、基本権制約の正当化のために必要なのか。言い換えると、基本権制約に法律の根拠を求めることは、基本権保障にとってどのような意味があるのだろうか。この点について、しばしば指摘されるのは、まず第一に、議会の民主的正当性である。もっとも、ドイツのように議会の多数派が政府を組織する体制下では、行政もまた民主的正当性を持つのであって、民主的正当性だけでは法律の留保を根拠づけることはできない(113)。しかしそれでも、「（憲法）制定権力に基礎を置く制度的機能的民主的正当性に加えて、議会は第一次的直接的個人的な民主的正当性を有する」(114)ため、議会の民主的正当性は行政のそれと同列に論じられるものではない。それゆえ、この理由はなお法律の留保の根拠となり得る。第二の理由は、議会の立法手続の特性である(115)。議会においては、政治的に難しい問題も与野党の公開の議論によって決定されるという特性があ

る。これによって、国民は選挙権行使の前提となる判断材料を確保し、同時にその意思を議会に反映させる機会を持つ。それゆえ、基本権の制約のような重要な事項は、議会の公開の議論の中で決定されるべきだといわれるのである。第三の理由は、議会における決定の結果は公表される点である(116)。議会の決定は通常、法律という形式で官報に公表され、一般に明らかにされる。そして国民は決定内容を知ることができる。こうした決定の公表が、第二の理由と相まって、決定内容の信頼性を保障する。以上のような理由から、基本権制約のような重要な事項は法律に留保されなければならないとされるのである。

（2）留保理論の展開と二つの留保原則

ところで、このような意味での法律の留保原則は、基本法の指示するところでもある。既に述べたように、基本法は個別の基本権規定で、基本権制約に法律あるいは法律の授権を要求している(117)。この個別基本権規定における法律の留保は、基本権上の法律の留保（grundrechtliche Gesetzesvorbehalte）と呼ばれる。基本法は、基本権規定以外にも、法律に留保されるべき事項を明記しているし(118)、加えて、侵害留保説に起源を持ち、法治国家原則に根拠を有する、一般的意味の法律の留保（allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes）の原則(119)がなお認められるといわれるため、基本法の定める留保原則の全体像はかなり錯綜したものになっている。その原因はおそらく留保原則の由来と憲法構造及び社会状況の変化にある(120)。しかしここでの課題は留保原則の全体像の解明ではない。考察すべきは、基本権制約の正当化要件としての留保原則である。ただ、留保原則一般の理論展開は、この問題の考察にとっても一定の意味があると思われる。そこで以下では、この考察に必要な限りで、留保原則一般の理論展開にも触れることにしたい。

そもそも法律の留保原則は、ドイツ国法学にとって、基本法制定以前から既によく知られた原則であった。いわゆる侵害留保説が成立したのは一九世紀後半といわれる(121)。周知のように、この説は、市民の自由と財産に対する国家の介入行為に対して、法律あるいは法律の授権を要求すべきとする考えであった(122)。つまり、法律に

留保されるべき事項を、一般原則という形で、行政に認めさせ、議会の権限を確保しようとする法理だったのである。しかし、本来的に自由な行政という観念を前提にし、その上で行政の自由を市民階級の利益に合致するよう部分的に限定しようとして、市民の自由と財産という一定事項について、市民階級の代表機関たる議会を関与させようとしたこの原則は、自由主義的イデオロギーを背景にしているが、やはり立憲君主制下における君主と市民階級の妥協の産物であったといえる(123)。ところが、このような由来にもかかわらず、侵害留保説は基本法下においても基本的に妥当すると見なされた(124)。憲法上の根拠は、基本法二八条一項の法治国家条項と二〇条三項の法律への拘束条項である。自由と財産に対する国家の介入行為を法律に留保することが、おそらく、基本法の民主主義理解と並んで、基本権保障の趣旨に一致すると考えられたからであろう(125)。基本権規定に添えられた法律の留保（基本権上の法律の留保）が「侵害留保の部分的具体化かつ修正」(126)と理解されたのも、そのためであると思われる。しかし、「本来的に自由な行政」、「市民階級の自由と財産」、「古典的意味における介入行為」といった伝統的観念に縛られた侵害留保説が、憲法構造及び社会状況の変化にあって、そのままの形で維持できないのは明白であった。留保理論はその後大きく展開し、この説に重大な変容を迫ることになる。今では侵害留保説も大幅に修正されてしまった(127)が、それでも放棄されたわけではない。一般的意味の法律の留保と呼ばれているのが、この伝統的な留保原則の修正型なのである。

一般的意味の法律の留保が侵害留保の修正型だとすると、「侵害留保の部分的具体化かつ修正」と見なされる基本権上の法律の留保との関係が問題になる(128)。二つの留保原則は結局同じ所に帰着するのか、それとも別物なのか。同じであるとすれば、一般的意味の法律の留保は基本権上の法律の留保に吸収され、それ自体は不要となるのではないか。この論点は以下の考察にも関連性を有するので、ここで少し触れておく。

二つの留保原則はそれぞれ独自の内容を持つと考える見解は、次のように述べる。まず、ある見解は、基本権上の法律の留保の体系には欠缺があり、一般的意味の法律の留保の意義はそれを充填することだと主張する(129)。

例えば、基本法二条一項の「人格の自由な発展」の権利の解釈として、狭義説(130)をとれば、一般的行為の自由は基本権によっては保護されないことになるが、このような自由を行政の恣意から守るためには、一般的意味の法律の留保が必要になるという。あるいは、基本権の中にはドイツ人にしか保障されない自由、すなわち、外国人に保障されない自由があるが、そこに法律の保護を及ぼすことが、一般的意味の法律の留保の意義であるという。しかし、ロットマンによると、どちらの論拠にも説得力がないとされる(131)。というのも、判例・通説は、基本法二条一項の解釈として狭義説を採用していないし、外国人に対する関係でも、ドイツ人にのみ保障された基本権が外国人を当然に排除するものではないとしているからである。むしろ一般的意味の法律の留保が妥当するとすれば、欠缺論よりも、個別規定で法律の留保を規定していない基本権（いわゆる留保なき基本権(132)）の制約の場合や、基本権衝突の調整の場合であると述べる(133)。また、クレプファーも一般的意味の法律の留保を擁護する(134)。その理由の一つは、立法者の関与を必要とする行政の行為の全てが、基本権制約と見られるわけではないというものである。クレプファーはその例として民間放送の導入を挙げている。しかし何より重要な理由は、二つの留保原則の機能が根本的に違うというものである。すなわち、一般的意味の法律の留保は立法者の権限を強化するためのものであるが、基本権上の法律の留保は、基本権が立法者の全面的な干渉を受けないように、立法者の行動の自由を制限するためにあるというのである。

これらの議論からもわかるように、学説の多くは、二つの留保原則の重なり合いを認めながらも、両者を独立の原則と見ている(135)。しかし、この問題については、「まだ最終的な解明をされていない」(136)という評価もある。いずれにせよ、その解明は本稿の課題ではない。ここでの関心は、このような議論が基本権制約の形式的正当化の問題に何を示唆するか、ということにある。

（3）留保なき基本権と法律の留保原則

基本権制約の形式的正当化にとって、法律の留保原則の錯綜はどのような影響を及ぼしているのか。まず、個別

の基本権規定に法律の留保が定められている場合はどうか。この場合、基本法の直接の指示があると考えられるので、基本権の制約はそれに従って行われる。それゆえ、留保原則の理解の仕方がどうあろうと、基本権上の法律の留保が妥当することに特に争いはない。当該基本権の制約を正当化するには、個別規定で要求されているような法律の根拠が必要とされる。そのような法律の根拠を有しない介入行為は、憲法上正当化されない。

では、法律の留保がおかれていない基本権の場合はどうか(137)。法律の留保がないということは、基本法はそもそも法律による、あるいは法律に基づく介入行為を予定していないといえそうである(138)。しかし、基本法四条の信教の自由や五条三項の芸術の自由のような、法律の留保規定を持たない基本権も他の利益と衝突する場合があるし、衝突したときに常に優先されるべきだともいえないから、やはり制約の可能性自体は認めざるを得ない(139)。制約の可能性を認めるのなら、次に制約の形式が問題になるのは必定である。しかし、明文の留保規定がないことを理由に、制約の形式に対する憲法上の要請はないと主張する見解は見られない。むしろ上述のロットマンのように、そこに一般的意味の法律の留保が妥当すると主張する者も含めて、留保なき基本権の制約にも、法律の留保原則が当てはまるとする見解が一般的であるといってよいだろう(140)。そうだとすると、明文の留保規定があろうとなかろうと、法律の留保原則は基本権制約一般に適用されるといって差し支えないように思われる。

もちろん、こう述べたからといって、法律の留保規定を持つ基本権と持たない基本権の間に区別がないというのではない(141)。ここでの要点は、基本権を制約する場合、留保規定のあるなしに関わらず、法律の形式による正当化が要求されるということにある。ただ、前にも述べたように(142)、法律の留保原則は、原則として、目的志向性のない介入行為には妥当しないといわれている。

（4）議会の留保

ところで、先に、二つの法律の留保原則には機能の違いがあるという主張を紹介しておいた。すなわち、一般的意味での法律の留保は立法者の権限確保、基本権上の法律の留保は立法者の権限規制というように、異なった役割

を果たしているという見方である。このような見方は、歴史的にはともかく(143)、現在でも当てはまるといえるのか、考え直してみる必要がある。しかしここではその点をひとまずおいて、むしろ法律の留保原則に立法者の権限確保と権限規制の二つの機能があると想定してみる。そうすれば、最近の留保理論の展開が、前者の機能から後者の機能へと議論の力点を移してきているのが理解できるからである。

法律の留保原則をめぐる過去の議論は、立法者の権限確保に力点があった。それはこの原則に対して、本来的に自由な行政から一定の事項を取り上げ、それを立法者の権限に帰属せしめることが期待されたからである。しかし現在の議論は、どちらかというと立法者の権限規制の方に力点をおいている(144)。そこには立法者と行政の関係の変化が反映しているのである。一九世紀の政治的状況と違って、現在のように議会の多数派が政府を組織する体制の下では、立法者と行政の間に対立よりも政治的同質性が生じている。そのような状況においては、立法者の権限確保を第一とする必要性は相対的に減少すると同時に、立法者が選挙戦略あるいは政治戦略的な考慮から権限を行政に委任し、自らの政治責任を回避しようとする傾向が見られるようになってくる。ここで要請されるのは、行政への無責任な委任を防止し、立法者に与えられた憲法上の権限を実際に行使させることである(145)。立法者に自ら判断するよう強制することが、重要な課題になるのである(146)。

ところが、これまでの法律の留保原則は、立法者が留保事項を行政に委任することを必ずしも妨げなかった。留保事項の規制は、法律によって、あるいは法律に基づいてのみ許されるのであるが、それは立法者自身による詳細な規律まで求めるものでなく、法律の授権さえあれば行政に委任しても構わないと解されていたからである(147)。その上、法律の留保が及ぶ範囲が拡大したため、立法者に負担過剰の懸念を引き起こし、それがまた立法権限を行政に委任しようとする傾向に拍車をかけたのである(148)。

委任立法に対する憲法上の制約としては、基本法八〇条一項に規定がある。この規定は、行政が法規命令を制定する権限を認めると同時に、立法者に対して「与えられた権限の内容、目的及び範囲は、法律に規定されなければ

ならない」と指示している。つまり、立法者は行政に一定事項を委任できるが、白紙委任は認められず、法規命令の「内容、目的及び範囲」を法律の中に規定しなければならないというのである(149)。しかし、この規定には、授権の明確性（Bestimmtheit）に対する要請は含まれていると解されるものの(150)、「いかなる実質的決定を立法者自らが行わなければならないのか」(151)について、何も述べるところがないとされる。そのため、八〇条一項では立法者に委任内容の実質的判断を強制することはできなかったのである。

要するに、従来の法律の留保理論には、委任の許されない排他的な立法権限と委任可能な立法権限を区別するといった視点(152)が欠けていた(153)。しかし留保理論の展開は、次第にこの区別を承認するようになる。留保事項の中には、立法者自身の決定を必要とする、行政に委ねてはならない事項があり、それについては、立法者が自ら判断しなければならないというのである。今や議会の自由な決定権限は留保原則によって規制される。クレプファーもいうように、「法律の留保は、歴史的には議会の権限獲得の手段であったが、今日では議会の決定の自由の方に向けられる」(154)のである。これがいわゆる議会の留保（Parlamentsvorbehalt）の原則である。

議会の留保は、法律に留保された事項のうち一定のものを議会自身の判断に留保する。では、ここでいう一定のものとは何を意味するのだろうか。法律において議会自身が定めなければならない事項とはどのようなものか。この問いに対する判例・通説の解答は、「本質的（wesentlich）な事項」というものであった。本質的な事項を規律する場合は、立法者が自ら判断し、決定しなければならないというのである。本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）と呼ばれるこの考えは、現在では一般に広く承認されている(155)。しかし、本質的な事項が委任できないのは自明であり、そういうだけでは何もいっていないのに等しい(156)。連邦憲法裁判所は本質的な事項を「一般に基本法に」、とりわけ基本法の根本原則ないし基本権に従って判断される事項とし、あるいは、「基本権の実現にとって本質的な」事項とするが(157)、これも抽象的過ぎて判断の指針にならないだけでなく、最終的には、裁判所、特に連邦憲法裁判所が本質的と判断したものが本質的とされる恐れがある。では、本質性を認定する基準はあるの

か。ところがこれに対しては、学説は一般に否定的である。裁判所においても、もはやそのような基準を見つけ出そうとする努力はされていない(158)。本質性とは問題発見的（heuristisch）な概念に過ぎないとされ、「結局のところ、本質的な事項は何か、という問いには、連邦憲法裁判所なり、連邦行政裁判所が判示してきたものの中から、具体的な事例を選び出し、それを類型化して判断するほかない」(159)と考えられているのである。要するに、本質性の認定基準を定式化することはできないが、裁判所の過去の判決を整理することで、本質的なるものの具体的判断基準を立てることは可能であるというのだろう。もちろん、それを網羅的に抽出するのは不可能である。しかしそれでもいくつかの具体的基準を挙げることはできるようである(160)。

基本権の制約は、まず以上のような形式的要件によってその憲法的正当性が判定される。正当化できなければ、当該制約は違憲の評価を受けることになる。しかし正当化できたとしても、それだけではまだ不十分である。形式的正当化は必要条件に過ぎない。制約が許容されるためには実質的正当化がされなければならない。そこで今度は、正当化の実質的要件の方を検討しよう。

三　実質的正当化要件――特に比例原則について

（1）実質的正当化要件の意義

法律の留保原則によって基本権の制約には法律の形式が要求されるため、行政が基本権を制約するには法律の授権が必要である。行政の判断のみで基本権を制約することはできない。その意味で法律の留保は、行政から基本権を保護する。しかし基本法一条三項は、基本権が立法をも拘束すると定めており、基本権が立法からも保護されなければならないことを要求している。この場合、基本権制約の正当化要件も、法律の留保にとどまることはできない。制約の根拠となる法律の内容自体が基本権保障の意義に適合していなければならないからである(161)。法律の内容、従って基本権制約の内容を規制し、立法に対してもその充足を要求する要件が、既に述べた実質的正当化

要件である(162)。これは基本権制約に対する内容上の要請であり、同時に、法律による制約を逆に制約するためのルール、いわゆる「制約の制約（Schranken-Schranken）」である(163)。では、基本権制約を正当化するための実質的要件とはどのようなものだろうか。

実質的要件のいくつかは、個別の基本権規定に既に定められている。例えば、基本法一一条二項は、移転の自由の制約要件として、「法律によって、あるいは法律に基づく場合にのみ」制約できると定める一方で、同時に、「十分な生活基盤がなく、その結果公衆に特別の負担が生ずる場合、または、連邦もしくはラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合、伝染病の危険、自然災害もしくは特に重大な災害事故に対処するために必要な場合、少年が放置されないように保護し、もしくは犯罪行為を防止するために必要な場合にのみ」制約できると規定し、法律の留保原則に特別要件を付け加えている。そこでは、単に、基本権の制約に対して法律の形式を要求するにとどまらず、制約が許容される目的を細かに規定しているのである。このような法律の留保は、特別要件つきの法律の留保（qualifizierter Gesetzesvorbehalt）と呼ばれ、単なる法律の留保（einfacher Gesetzesvorbehalt）と区別されている(164)。前者の留保から制約内容に対する要請を見て取るのは容易だろう。先に挙げた移転の自由の場合も、制約目的が一定の事由（例えば、伝染病の危険防止など）に限定されており、基本権制約が制約目的の点で拘束されていることがわかる(165)。特別要件つきの法律の留保は、形式的要件だけでなく、実質的要件も定めているのである。

（2）制約目的の正当化

何度も述べたように、国家は一定要件の充足を条件として、一定の利益を保護するために基本権を制約することができる。立法者をも拘束し、不可侵の権利といわれる基本権が制約できるというのは、一見矛盾するようであるが、それにもかかわらず許容される場合があるのは、基本権制約もやむを得ないと感じさせるほど重要な利益の保護が目的とされているからである(166)。基本権制約の許容性は、制約目的の正当性を当然の前提としているので

ある(167)。逆にいうと、目的が正当でない基本権制約は、憲法上正当化されない。従って、国家が基本権制約を正当化するためには、まず、その目的の正当性を論証しなければならない。こうして目的の正当性が、基本権制約が内容的に満たさなければならない要件、すなわち、正当化の実質的要件の一つに数えられるのである。

では、いかなる目的であれば憲法上正当とされるのか。基本権の制約を正当化できるほどの目的とはどのようなものか。その手がかりは、やはり基本法にあるとされる。

その一つは、先に述べた特別要件つきの法律の留保である。基本法一一条二項が移転の自由の制約を正当化する目的として、伝染病の危険防止や自然災害への対処といった事由を挙げていることは既に述べた。他に、五条一項の意見表明の自由の制約目的として、五条二項が定める青少年保護や個人の名誉権の保護が挙げられる。また、六条二項の保護する、子どもの育成・教育に対する両親の権利の制約目的として、六条三項の定める子どもの放置防止が挙げられる。これらはいずれも、基本法が直接認めた正当な制約目的である。

基本法が制約目的を直接定めている場合は、それが憲法上正当な制約目的になるとして、そうでない場合はどうか。基本法は全ての基本権について直接、制約目的を定めているわけではない。単なる法律の留保しかおかれていない基本権もあれば、そもそも何の留保もなく保障されている基本権もある。これらの基本権については、何が憲法上正当とされる制約目的なのか、別に問題にする必要がある。

まず留保なき基本権から見てみよう。既に触れたように(168)、留保なき基本権の制約を正当化する理由は、憲法自身によって直接認められた利益の保護に限定されるというのが、判例・通説であった。連邦憲法裁判所の言葉を借りていうと、それは「衝突する第三者の基本権と憲法的地位を備えた他の法的価値」である。「衝突する第三者の基本権」が挙げられているということは、他者の基本権を保護するための制約であれば、それは目的において正当であるというのであろう。これに対して、「憲法的地位を備えた他の法的価値」というのは、極めて抽象的な表現であり、何を意味しているのか今もって十分に解明されていない(169)。しばしば言及されるものとしては、

基本法に定められた諸制度の維持、例えば、基本法七四条一二号の社会保険、一〇五条一項の財政専売、一二a条一項、七三条一号、八七a条一項の国防があり(170)、あるいは、社会国家原則のような国家構造上の諸原理も挙げられる(171)。確かにこれらは憲法上の制度・原理であるが、それだけで基本権制約を正当化する理由となり得るのか、疑問とする意見もある(172)。結局、個別的に検討するしかないのであるが、いずれにせよ、留保なき基本権の制約には、基本法から直接導くことのできる憲法的法益がなければならないという点では争いはない。

ところで、ここで挙げた「衝突する第三者の基本権と憲法的地位を備えた他の法的価値」は、法律の留保が置かれた基本権の制約にも妥当するのだろうか。例えば、特別要件つきの法律の留保規定を持つ基本権が、列挙された制約目的以外に、上述した憲法的法益の保護のために制約できるのだろうか。この点については異論もあるが(173)、妥当すると見るのが有力なようである(174)。

最後に、単なる法律の留保規定のおかれた基本権について見てみる。「衝突する第三者の基本権と憲法的地位を備えた他の法的価値」による制約は認められるとして、それ以外の理由でこの基本権を制約することはできるのか。この点、ミュラーのように、法律の留保規定は制約法律を基本権と同じ地位に上げるための法技術であると解すれば(175)、立法者が保護に値すると考えた利益は全て基本権制約の理由になるのかもしれない。しかしそこまでいえるかどうかは問題である(176)。ただ、基本法が特別の要件をおかずに、単に法律の根拠しか要求していないことから、この基本権の制約に関しては、立法者に裁量権が与えられたものと解されている(177)。それゆえ、何が正当な制約目的といえるのかについても、実際には立法者の判断に委ねられる部分が多いと思われる。その場合、基本法の役割は、何が正当な制約目的かを積極的に提示するのではなく、何が正当でない制約目的かを、いわば消極的に提示するものになるだろう(178)。つまり、立法者が採用した目的のうち、基本法によって禁じられていないものが、正当な制約目的になるのである。

さて、ここまで制約目的の正当性について述べてきたが、残った問題として、規制目的の重要性の程度をどのよ

うに判断するかという論点がある。しかし、この論点が特別に取り上げられて検討されている様子はほとんど見られない(179)。おそらく規制目的の重要性は、後述する比例原則の適用の際に考慮されているのではないかと思われる(180)。

（3）制約手段の正当化

基本権の制約が一定の目的のために行われるのだとすると、基本権を制約する国家行為は全て、その目的のための手段として捉えられなければならない。基本権を制約する国家行為を目的・手段構造と把握することで、その法的統制が可能になるからである(181)。とすれば、目的のみならず手段の正当性も、正当化の実質的要件と考えなければならない。制約手段の正当性は、それ自体が検討の対象とされる。制約目的が正当でも、そのための手段が正当でないのなら、やはりその基本権制約は正当化されない。基本権の制約は、正当な目的を達成するための正当な手段によって行われなければならないのである。それゆえ、目的の正当性が論証されれば、次に、手段の正当性を論証しなければならない。

ある制約手段の正当性は、どのようにして判断されるのか。ここでも特別要件つきの法律の留保が引合いに出される。特別要件つきの法律の留保に、正当な制約手段が定められている場合があるからである。例えば、基本法六条三項は、子どもの放置防止という目的のための手段として、教育権者の意思に反する、家族からの引き離しを認めている。これは制約手段が基本法によって直接正当化されている例といえよう(182)。

しかし、正当な制約手段が明文化されているのは極めてまれである(183)。手段の正当性を基本法から直接導き出すのは困難だといわざるを得ない。このような場合、制約手段の正当性をどうやって論証するのか。ここで持ち出されるのが、比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）(184)である。この原則は、制約の目的と手段の関連性に着目し、正当な目的に対して手段を適切に関係づけることによって、その正当性を保障しようとする法理である。本来、警察法領域において、国家の警察作用を統制する法理として用いられていたが(185)、基本権の領域に

も導入され(186)、現在では、基本権保障の中心的な法技術として、広く利用されるようになっている(187)。この比例原則の適用によって、制約手段の正当性が判断されるのである。

（4）比例原則の内容

比例原則は、次の三つの部分原則から成るといわれる。すなわち、適合性、必要性、狭義の比例性の三つである(188)。この三つの原則は、互いに関連するものの、一応独立の基準として、それぞれが制約手段の正当性を判定することができる。以下では、これらの内容と相互の関連性について説明する。

まず、適合性（Geeignetheit）原則である。この原則は、制約手段が制約目的にとって適合的かどうか、つまり、制約目的を達成するための手段として、当該制約手段が実際に役に立つかどうかを判定するものである(189)。言い換えると、規制によって現実に生み出された状況と規制によって生み出そうと意図している状況が、実際に一致するかどうかの問題である(190)。例えば、国民の生命・健康を保護するという目的が正当だとして、その目的を達成するために薬局間に距離規制を定めたと仮定してみよう。この場合、薬局開設者の職業選択の自由（基本法一二条一項）が制約されると考えられる。そこで、薬局間の距離規制という手段が国民の生命・健康の保護にとって実際に役に立つと評価した立法者の判断が問題になる。手段が目的に適合するとした立法者の判断が、経験的事実に照らして検証されなければならない(191)。検証できなければ適合性原則の審査を通過しない。つまり当該距離規制は、目的達成のための手段として正当化できなかったということになる。

次に、必要性（Erforderlichkeit）原則である。この原則は、制約手段が制約目的を達成するのに本当に必要なのかどうか、つまり、制約目的達成のためには、その手段しかないのか、他にもっと緩やかな手段がないのかどうかを判定するものである(192)。当該目的を達成する手段として複数のものが考えられる場合に、どの手段が基本権法益に対して毀損度の小さい、最も緩やかな手段なのかを問うのである。ここでは法益に対する毀損度を基準にして、手段間の比較が行われることになる。先ほどの薬局間の距離規制の場合だと、同じ目的を達成するのに、距離

規制より緩やかな手段がないのか、例えば、不良薬品の販売に対して刑事罰を加える規制の方が、職業選択の自由にとってより緩やかな手段といえないかどうかを問題にするのである。ここで前者の手段の方が後者の手段より緩やかだと論証できなければ、前者の距離規制は必要性原則の審査を通過しない。つまり当該距離規制は、目的達成にとって必要のない手段として正当化できなかったということになる。

最後に、狭義の比例性（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne）原則がある。これは制約目的と制約手段が互いに均衡を保った適切な関係にあるよう求める原則である。そのため、狭義の比例性原則の適用においては、規制によって得られる利益（国家が保護しようとしている利益）と規制によって失われる利益（制約のために毀損される基本権法益）の比較衡量が求められ、両者の均衡がとれているかどうかが判断される(193)。薬局間の距離規制の例においては、規制によって保護されるのは、国民の生命・健康の利益であり、負担を余儀なくされるのは、薬局開設者の薬局開設の自由である。そこで二つの利益の得失を比較衡量し、得られる利益が失われる利益に過大な負担をかけていないかどうかを審査するのである(194)。ここで、得られる利益に比べて、失われる利益があまりに大きいと判断されると、その規制は狭義の比例性原則の審査を通過しない。つまり当該距離規制は比例的でないとして正当化できなかったことになる。

この狭義の比例性原則の場合、利益と利益の衡量が求められることから、それを行う者の主観をどう統制するかという問題が生じる。ところが、この原則自体からは利益衡量を合理的に統制するための内容的基準は得られない。それゆえ、衡量の際に混入してくる判定者の主観的価値判断と偏見をどう扱うのか、どうすれば合理的な衡量が可能になるのかが、問われるわけである(195)。もちろん基本法自身が既に利益衡量を済ましていると解される場合はまだ問題は少ない。例えば、先に述べたように、基本法六条三項は子どもの放置を防止するため、家族から引き離すことを正当化しているが、これは基本法自身が、家族の結合を子どもの教育より高く評価する一方で、子どもの放置防止より低く評価したものと解されている(196)。しかし、このような例外的な場合を除くと、諸利益の評

価について、基本法は何も述べていない。そのため、狭義の比例性原則の適用においては、常に、相矛盾する利益の重要性を評価する、判定者の主観が問題になるのである。確かに、この原則は内容的基準を持たない形式的原理である。それゆえ、学説の中には、この原則を放棄するよう主張する見解もある(197)。しかし、判例・通説は相変わらずこの原則を堅持しているし、今後も放棄することはないだろう。その放棄はかえって基本権保障を低下させると思われているからである(198)。そうだとすると、採るべき道としては、比較衡量が価値判断であることを前提としつつ、同時にそれを合理化する方法を模索するしかないように思われる(199)。

ところで、比例原則の現実の機能を理解するには、三つの部分原則の相互関係を知っておく必要がある。最初に、適合性原則と必要性原則の関係から見ておこう。実はこの二つの原則は適用の順序に決まりがある。まず、適合性原則によって手段の正当性を判定した後で、必要性原則を適用しなければならない、という決まりである(200)。それというのも、制約目的にとって適合的な手段だけが、必要かどうかの判定を受けるに値するからである。目的に適合しない手段について、必要か否かを問うても意味がない。だから、必要性原則を持ち出す前に、当該制約は適合性原則による審査を通過していなければならない。適合性が否定された手段は必要性の審査を受ける資格がないのである(201)。

同様の関係は必要性原則と狭義の比例性原則の間にもある。つまり、狭義の比例性が問題になるのは、必要性が確認できた場合、すなわち、ある制約手段が制約目的達成にとって必要であると論証された後である。当該制約が必要だと判定された後で、それにも関わらず、その制約が基本権に対して過度の負担になっていないかどうかを判定するのが、狭義の比例性原則なのである(202)。必要性原則だけでは十分に基本権保障が図れない場合に、狭義の比例性原則が持ち出されるのである(203)。従って、この原則は基本権保障のための最後の審査に位置づけられているといえよう。

以上のような、三つの部分原則から構成される比例原則によって、制約手段の正当性は判断される。そして制約

手段の正当化でもって実質的正当化は終了する。実質的正当化が正当化の最後の要件であるため、この論証に成功すれば、基本権制約は憲法上正当化されたことになる。つまり、基本権の制約が憲法上承認されるのである。

第一部総括

これまで、防禦権のドクマーティクについて、その内容に立ち入って説明を加えてきた。以下ではそれを簡単に要約し、防禦権のドグマーティクの基本構造を明確にしておきたい。

防禦権のドグマーティクは、基本権保障を基本権制約と表裏の関係にあると見ることで全体の枠組みを形作っている。この枠組みの基礎は「原則／例外」原理としての配分原理にある。これは手続的に理解すれば、例外たる基本権制約に正当化の論証責任を課すルールの体系と解釈し得た。つまり、基本権制約の正当化（逆から見れば、基本権制約に対する反論）のための論証作法である。この論証作法は、一つ一つ論証を積み上げていく段階的手続と考えられている。すなわち、全過程が複数の段階に区切られ、それぞれの段階ごとに論証を尽くしていくという、いわばステップ・バイ・ステップの論証プロセスをなしているのである。その基本図式は三段階審査と呼ばれている。

まず、第一段階では、基本権の保護領域の規定によって、個人の行為・自由・利益が分析され、それが基本権保護を受けるべきものかどうかが判定される。保護領域に該当すると判断されると、それは基本権法益として、国家が基本権制約を通じて擁護しようとする利益に対して、原理的な優越性を主張できる。もちろん、この優越性は一応のものであるが、それでも、この一応の優越性を打ち破るために、国家は制約の憲法的正当性を論証しなければならなくなる。

次に、第二段階では、基本権の制約の有無が判断される。ここでは正当化の対象とされるべき国家行為が確定される。基本権の制約と見なされるべき国家行為とは、基本権の保護領域に対する国家の介入行為である。それは通

常、保護領域に重大な影響を及ぼす国家の干渉行為とされるが、その範囲が無限に広がらないように補助的な視点によって、一定の限定と方向づけが加えられる。こうして、基本権の保護領域と対置される、国家の介入行為が規定され、この後の正当化手続きに付されるべき対象が明確になる。

最後に、第三段階では、基本権の保護領域に対する国家の介入行為が、憲法に照らして正当といえるのかどうかが判定される。正当化の審査は、形式的要件と実質的要件の二点について行われる。形式的要件とは、介入行為の備えるべき形式についての要請である。その代表は法律の留保原則である。これは介入行為が法律の根拠を有しているかどうかを問題にするものである。また実質的要件とは、介入行為の内容に対する要請である。介入行為の内容上の正当性は、その制約目的と制約手段の双方から検討される。ここでは特に、目的と手段の関係を評価する比例原則が重要である。基本権の制約が、形式的にも実質的にも正当であると論証されれば、その基本権制約は憲法的意味での承認を得ることになる。

このような三段階の手続を大枠として、防禦権のドグマーティクは、基本権保障に奉仕すると期待されるのである。

本論文が防禦権のドグマーティクに焦点を当てて検討を加えているのは、現代国家と基本権の間に生じる緊張関係の問題に、それが有益な示唆を与えるのではないかと考えたからであった。利害関係が複雑化した現代社会において、個人に対する国家の干渉は、単純に権利侵害と見ることはできない。それゆえ、国家の積極的な活動を基本権保障の見地から評価するとしても、一義的な判断は不可能である。だとすれば、迂遠ではあるが、その解答は関係者達の合理的な議論を通じて獲得されるより他はないだろう(204)。そのためにも、この議論は合理的でなければならない。合理的な議論は各関係者達の論証手続を合理化することによって保証されるところが大きい。そこでは前提条件となるべき論証の枠組みが必要とされるに違いない。そして、この枠組みとなり得るのが、防禦権のドグマーティクであるように思われたのである。

防禦権のドグマーティクが法的論証の枠組みになるとしても、この枠組みに沿った論証が単なる機械的作業になるわけではないことに注意しなければならない。確かに、論証の手続を定めるということは、各種の基準やルールを用意することでもあり、法的論証は、これらの基準やルールに従って行われなければならないということを意味する。しかし、それを基準の単なる「当てはめ」と理解するのは、事態を過度に単純化するものであり、かえって問題の本質を捉え損なってしまう恐れがある(205)。防禦権のドグマーティクが提供する法的判断枠組は、決して、法的論証の機械化を押し進めるためのものではない。これが必要とされる最大の理由は、合理的な議論を成立させるための「共通の足場」の確保にある。憲法判断の合理性が当該判断の正当化と批判の議論によって保証されるとすれば、議論の合理化のためには納得できる議論枠組みが議論参加者に共有されていなければならない。防禦権のドグマーティクの役割は、そういう共通の枠組みを提供することによって、議論を合理化し、最終的に、憲法判断の合理性を保証することにあるのである。

もちろん、防禦権のドグマーティクが本当に納得できる議論枠組みとして機能するかという問題は残っている。本論文で検討しているのは、ドイツのそれであるので、まずドイツにおいて、このドグマーティクが具体的場面でどのように用いられているのかを検討し、その実践的有用性を探る必要があるだろう。「今日、連邦共和国においては、基本権は連邦憲法裁判所が解釈した通りに通用している」(206)といわれることからしても、とりわけ連邦憲法裁判所の判例が検討されなければならない(207)。そこで、この問題の検討が、次の第二部の課題となる。防禦権のドグマーティク、とりわけ、その基本図式としての三段階審査の法的判断枠組みが、十分に納得できる議論枠組みになり得ているか、ということが、具体的な例に照らして検討されなければならない。第一部では、検討に付されるべき対象が明らかにされ得たことをもって、とりあえず満足しておきたい。

第一部　註

(1)　本稿で用いるドグマーティクの概念には、若干の註釈が必要であろう。ドグマーティクとは何かという定義の問題に対しては、ドイツでも様々な見解が提出されており、それを一義的に定めることはできないといわれる。Vgl. G.Struck, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ,1975,S.84. 例えば、判例と区別して学説の意味で用いる場合もあれば、法哲学、法史学、法社会学などと対比して、いわゆる実定法学をいう場合もあり、また実定法の解釈・適用の方法をドグマーティクと呼ぶ場合もある。R.Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978,S.39; U.Meyer-Cording, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, 1973,S.14ff. マイヤー-コルディングによると、ドグマーティクとは、もともとドグマという、それ自体は疑い得ない権威的命題を体系化し、問題に対する解答をその体系から形式論理的に導き出そうとする思考様式を意味していたという。しかしその後、ドグマーティクの教条主義（Dogmatismus）的な思考が批判されるに至り、現在では、放棄するか、根本的に考え直すかの岐路に立っているとされる。Meyer-Cording, a.a.O., S.7ff.,20f.,32ff. これに対して、田中成明教授は、トピク論やレトリック論の考え方を導入することによって、ドグマーティッシュな思考の復権を図っている。それによると、いわゆるドグマは「客観的真理として絶対的な拘束力をもつものとしてではなく、法的紛争の正義に適った解決のための合理的な提言という暫定的・仮説的性質をもつにすぎないものとして」捉え直す必要があるものの、このようなドグマを議論・決定の前提とすることで、「安定性と柔軟性」を兼ね備えた合理的な法的思考が実現できるという。田中成明『法的思考とはどのようなものか』第二部第五章（一九八九）、同『法の考え方と用い方』七〇頁、九七頁（一九九〇）参照。本稿も、基本的にこのような見方に立って、ドグマとは「暫定的・仮説的性質をもつにすぎない」ものの、一応の説得力があるがゆえに一般に受け入れ可能な命題や概念を指すものと考える。またドグマーティクについても、そのようなドグマを用いた法の解釈・適用の手法を意味するものとして用いることにする。

(2)　棟居快行『憲法講義案Ⅰ「理論演習」』（一九九二）の「はしがき」参照。

(3)　小林直樹『現代基本権の展開』二一頁（一九七六）。

(4)　大須賀明「国家の積極的関与と自由主義」ジュリスト一〇〇〇号二頁（一九九二）、同『社会国家と憲法』三七頁（一九九二）参照。

(5)　この点については、「科学技術の発展と公法」を統一テーマにした公法研究五三号（一九九一）、戸波江二「科学技

術規制の憲法問題」ジュリスト一〇二二号八二頁（一九九三）、ジュリスト誌の特集「科学技術の進歩と人権」ジュリスト一〇一六号（一九九三）参照。

(6) これについては、小林直樹教授が環境権に関して述べておられるところが参考になる。教授によると、環境権は、第一に憲法の生存権規定によって根拠づけられるが、「歴史的・沿革的に見るならば、いわゆる生存権的基本権は、周知のとおり、資本主義社会における搾取もしくは配分の不平等から生じた『無産大衆の保護を契機として考えられたもの』であって、今日見られるような公害問題を予想していたわけではない。」それゆえ、環境権を生存権規定から導くのは「明らかに憲法二五条の読み直し、もしくはその拡張解釈によるものだということになる」という。小林・前掲書註(3)二六九頁参照。

(7) 例えば、情報コントロール権としてのプライヴァシー権には、開示請求権や訂正・削除請求権としての機能があるといわれる。松井茂記「情報コントロール権としてのプライバシーの権利」法学セミナー四〇四号四一頁（一九八八）、佐藤幸治「プライバシーの権利」清宮四郎他編『新版憲法演習1総論・人権Ⅰ〔改訂版〕』二五二頁（一九八七）参照。

(8) 例えば、「知る権利」について、芦部信喜教授は、「個人権的性格」の他に「参政権的性格」を持ち、「自由権的性格」の他に「社会権的性格」を持つと説明している。芦部信喜「『知る権利』の理論」内川芳美他編『講座・現代の社会とコミュニケーション3』一二頁（一九七四）。また、浜田純一教授は放送の自由について、その「個人的価値」と「機能的価値」あるいは「主観的側面」と「客観的側面」を区別される。浜田純一『メディアの法理』一三五、一五一頁（一九九〇）参照。さらに、同書のはしがきⅤ頁参照。

(9) 社会権の自由権的側面については、中村睦男『社会権の解釈』八頁（一九八三）参照。

(10) 区別の相対化については、その問題点も含めて、前田徹生「人権体系における自由権・社会権の区分論の意義と限界」『佐藤功先生古稀記念／日本国憲法の理論』一四三頁（一九八六）参照。

(11) 第五六回日本公法学会の第一部会シンポジウムにおける戸波江二教授の発言参照。公法研究五四号一一九頁（一九九二）。

(12) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』八四頁（一九九四）参照。

(13) 井上達夫「パターナリズムと人権」ジュリスト九四五号七四頁（一九八九）。

(14) 井上・前掲論文註(13)七五頁。なお、田中成明『現代日本法の構図〔増補版〕』第一章（一九九二）も参照。

(15) 山田卓生『私事と自己決定』（一九八七）、佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」月刊法学教室九八号六頁（一九八八）、同「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」法哲学年報「現代における『個人－共同体－国家』」七六頁（一九九〇）参照。

(16) 佐藤幸治教授は、自由現実化のための国家活動を必要としつつも、「自由を実現するために他者（国家）に依存するということは一種のパラドックス」であるとし、社会的基本権は自由権の確保のために必要ではあるが、同時に自由権を「破壊しかねない様々な契機をはらんでいる」という。佐藤幸治『憲法〔新版〕』三五三、三七五頁（一九九〇）。

(17) ここでいう法的判断枠組は一種のドグマである。なお註(1)参照。

(18) 合理的な法的議論のあり方については、田中・前掲書註(1)の他、平井宜雄『法律学基礎論覚書』（一九八九）、同『続・法律学基礎論覚書』（一九九一）、山下正男編『法的思考の研究』（一九九三）参照。

(19) 芦部信喜「憲法訴訟論の課題」芦部編『講座・憲法訴訟第一巻』六頁（一九八七）。

(20) 井上典之『司法的人権救済論』一頁（一九九二）。

(21) ドイツにおいても、自由権（Freiheitsrechte）、自由権的基本権（Freiheitsgrundrechte）という言葉が、防禦権と同義で用いられることはある。

(22) 「国家からの自由」「国家への自由」「国家による自由」に関して、本文のような大ざっぱな言い方に問題がないわけではない。この点については、樋口陽一「自由をめぐる知的状況」及び「研究会／自由をめぐる知的状況」ジュリスト九七八号一四、二九頁（一九九一）参照。

(23) 筆者はかつてドイツにおけるこのような議論を概観したことがある。拙稿「防禦権としての基本権の意義と可能性」阪大法学四一巻一号二四三頁（一九九一）参照。

(24) 本文で述べたような理由から、本稿の検討対象は防禦権の判断枠組に定められるが、これは基本権保障の判断枠組を防禦権のそれに限定することを意味しない。というのも、極めて多様な機能を持つ基本権を一つの判断枠組だけで扱うことは、やはりできないというべきだからである。それゆえ本稿は、防禦権の枠組みの万能性を主張するものではなく、その応用可能性を示唆するに過ぎない。

(25) BVerfGE 7,198(204f.).

(26) 基本権の第一次的機能が防禦権であるとすると、他方で、副次的機能の存在が推測される。実際、連邦憲法裁判所が

リュート判決で扱ったのは、国家に対する個人の防禦権ではなく、基本権の私人間効力の問題であった。連邦憲法裁判所の判例に現れた基本権の諸機能については、Vgl. H.D.Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv- rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR,1985,S.363ff.

(27) C.Schmitt, Verfassungslehre, 1928,S.163. 阿部照哉＝村上義弘訳『憲法論』一九五頁（一九七四）、尾吹善人訳『憲法理論』二〇三頁（一九七二）。

(28) Schmitt(Anm.27),S.126. 阿部＝村上・前掲訳註 (27) 一五五頁、尾吹・前掲訳註 (27) 一五九頁。

(29) W.Brugger, Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie, JZ,1987,S.633(635). ブルッガーは配分原理を「古典的な経済自由主義」的な見方に基づくものと捉えているようである。Vgl. Schmitt(Anm.27), S.166,175. 阿部＝村上・前掲訳註 (27) 一九七、二〇七頁、尾吹・前掲訳註 (27) 二〇六、二一八頁。

(30) Ch.Steinbeiß-Winkelmann, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, 1986,S.30; H.-U.Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970,S.46f.,93; J.Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977,S.60f. ただし、シュヴァーベの見解は、この原理を法技術的に捉えるものであり、次の手続的理解と通じるところがある。

(31) この点に関連して、いわゆる「疑わしきは自由の側に従え（in dubio pro libertate）」を憲法原理として承認するかどうかの問題がある。単なる自由の最大化と規制の最小化を疑問とする立場は、この考えに批判的である。K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD,19.Aufl.,1993,S.28. 阿部照哉他訳『西ドイツ憲法綱要』三四頁（一九八三）; I.v.Münch, GG-Kommentar(Hrsg.,v.Münch/Kunig),1992,S.52. もっとも次の手続的理解からすれば、また違う受け止め方がされるかもしれない。Vgl.E.Denninger, AK-GG,2.Aufl.,1989,S.180f.

(32) 「原則／例外」原理の量的理解と手続的理解を区別して説明するものとして、G.Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988,S.68f. なお、「原則／例外」原理への立ち入った考察としては、服部高宏「原則と例外」（山下編・前掲書註 (18) 一一九頁）が示唆に富む。

(33) 基本権の制約に正当性を要求し、正当化の論証手続を基本権保障の要諦とする考え方が明確に見られるのはシュリンクの見解である。Vgl.B.Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr, EuGRZ,1984,S.457(467). ベルンハルト・シュリンク／高田敏＝松本和彦訳「原理としての基本権?」阪大法学四二巻一号二四五頁（一九九二）も参照。シュリンクによると、基本権規定は基本権制約を正当化する際の論証責任のルール（Argumentationslastregeln）とされる。たとえ国家に基本権の制約が許

されるとしても、国家は、当該制約が正当な目的を達成するのに適合的かつ必要不可欠で、かつ個人の最低限度の地位を守っているということを論証しなければならない。基本権は国家にこのような論証責任を課すルールだというのである。Vgl. B.Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976,S.195ff. それは、公権力に対する基本権の拘束を手続的に捉え、直接、基本権の実体的内容を問題とするのではなく、基本権制約を正当化する論証手続や方法を重視する考え方といえるだろう。もっとも、このような考え方に批判がないわけではない。例えば、シュリンク的な考えでは、基本権は意味論的な（semantisch）内容を持たない、単なる語用論的な（pragmatisch）内容しか持たない規範になってしまうという批判がある。J.Berkemann, Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen, Rechtstheorie 20,1989,S.451(490f.); H.-J.Koch/H.Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982,S.104ff, vgl. Schlink, Abwägung, S.197. シュリンクの考えが、基本権に実体的な意味内容を全く認めず、それを単なる手続的ルールとしてしか見ていないとは、必ずしもいえないと思われるが（Vgl. Schlink, Abwägung, S.196.）、仮にそうだとしても、基本権を語用論の次元で扱うことが一概に否定されるべきともいえないだろう。批判者の側でも基本権制約の論証手続自体の意義は認めているようである。Vgl. Berkemann, a.a.O.,S.491. 本稿では、この問題を立ち入って検討する余裕はないが、一応、論証手続そのものの重要性は否定されないと考えて考察を進めたい。なお、石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相（一）」国家学会雑誌一〇五巻三・四号二四頁（一九九二）は、いわゆる憲法訴訟論について、それは「人権学説におけるあからさまな価値の強調と、価値の横溢した人権行使の仕方から一定の距離を置き、人権規定を論証責任ルールと理解する（換言すれば人権規定解釈は専ら論証責任ルールの導出手続として意味を持つ）ことを通じて、人権解釈の語用論的合理性の可能性を追求する議論である」と述べている。極めて示唆に富む見方である。

(34) 憲法解釈の方法論については、ドイツにおいても多くの優れた研究が公にされている。この点に本稿が立ち入ることはできないが、さしあたり次のものを参照されたい。渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話（一～二）」国家学会雑誌一〇三巻一・二号一頁（一九九〇）、一〇五巻一・二号九〇頁（一九九二）、服部高宏「F・ミュラーの法律学的方法論（一～二・完）」法学論叢一二三巻三号四五頁、六号四九頁（一九八八）。

(35) 論証手続を複数の段階に分けることは、法の適用過程をより明確かつ計算可能にし、それによって論証作業を規律づけ万全なものにする、と評価されている。Vgl. M.Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des BVerfG, in: BVerfG und GG, FG-BVerfG, Bd.II,1976,S.405(407); v.Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3.Aufl.,1985,S.118; J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts,

Bd.V,1992,S.143(165).

(36) B.Pieroth/B.Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 8.Aufl.,1992,S.3,56ff.,85f. 同様の説明をするものとして、H.D.Jarass/ B.Pieroth, GG－Kommentar, 2.Aufl.,1992,S.15; Isensee (Anm.41), S.163ff.; A.Bleckmann, Staatsrecht II － Die Grundrechte, 3.Aufl., 1989,S.323ff.

(37) 最近、内野正幸教授が「憲法上の自由」の範囲・限界の枠組を提示された上で、自由制約正当化原理の再検討を試みられておられるが、本稿でいう三段階審査とアプローチの仕方に共通するものがある。内野正幸『憲法解釈の論理と体系』三一四頁（一九九一）。なお、樋口陽一『憲法』一八九頁（一九九二）も参照。

(38) 保護領域という用語は必ずしも統一的に使われているわけではない。これ以外にも、基本権の構成要件（Grundrechtstatbestand）、規範領域（Normbereich）、保障領域（Gewährleistungsbereich）、妥当領域（Geltungsbereich）、作用領域（Wirkungsbereich）といった用語が同義で用いられている。もっとも、その内容についてはニュアンスの差があるようである。また基本権の保護領域と構成要件の概念は区別して用いられる場合もある。Vgl. R.Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985,S.273ff.

(39) Pieroth/Schlink (Anm.36), S.57; Jarass/Pieroth (Anm.36), S.16; Isensee (Anm.35) ,S.166; v.Münch (Anm.31),S.50. また、ハインリッヒ・ショラー／嶋崎健太郎訳「基本権論における領域論と保護区域論」自治研究六九巻四号六八頁（一九九三）も参照。

(40) 保護領域の規定は論理的に基本権の制約の議論に先行しなければならない。基本権の制約が問題になるのは、国家の介入が保護領域内の行為・自由に対してなされた場合だけだからである。保護領域該当性の論証を抜きにして基本権制約を論じることはできない。逆に、保護領域該当性が否定されれば基本権制約を論じる必要がなくなる。Isensee(Anm.35),S.168; v.Münch(Anm.31),S.50.

(41) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.59f.; Jarass/Pieroth(Anm.36),S.19; Isensee(Anm.35),S.171. この論点については Vgl. M.Nierhaus, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers?, AöR116,1991,S.72ff.; R.Herzog, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, FS Zeidler,Bd.2, 1987,S.1416ff. なお、リュッベ－ヴォルフは「法律によって創設された法的地位」の基本権的保護という見解を提唱し、この問題をより一般的な形で論じている。リュッベ－ヴォルフの説については、拙稿註(23)二六二頁参照。

(42) 立法者が保護領域を形成する権限を持つとすると深刻なジレンマが生じる。というのも、立法者が基本権の内容を自由に形成できることになれば、基本権が立法者を拘束する（基本法一条三項参照）という建前と矛盾するからである。立法者を拘束しているはずの基本権が立法者によって具体化されなければならないという論理をニーアハウスとヘルツォー

クは「循環論法」と見る。Nierhaus(Anm.41),S.74,90,98; Herzog(Anm.41),S.1420.

(43) 本文では Konkretisierung と Ausgestaltung を共に「具体化」と呼んで同義に用いたが、これらの用語も色々な意味で使われている。Vgl. Pieroth/Schlink (Anm.36), S.60f.; Alexy (Anm.38), S.300ff.; P.Lerche, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.V,1992,S.739(742,762ff.).

(44) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.60. ピーロート／シュリンクは、その境界を定める指針を「伝統」に求める。基本法一四条一項の場合であれば、具体化されるべき財産は伝統的な財産概念に依拠すべきだというのである。しかしこれについてはニーアハウスが、伝統では余りにも漠然としている上、余りにも保守的であると批判している。Nierhaus(Anm.41),S.99,Fn.202.; vgl.Alexy(Anm.38),S.304ff.

(45) シュヴァーベは保護領域を「潜在的な基本権保護の領域」であるという。Schwabe(Anm.30),S.152; vgl. Isensee(Anm.35), S.166; v.Münch(Anm.31),S.50.

(46) Alexy(Anm.35),S.273ff.

(47) シュヴァーベは保護領域を「基本権のコントロール地域」であるともいう。Schwabe(Anm.30),S.195. またリュッベ-ヴォルフはそれを「基本権が一般に保護機能を展開する領域である」と述べる。Lübbe-Wolff(Anm.32),S.26.

(48) Isensee(Anm.35),S.168; Alexy(Anm.38),S.289f.,294f.

(49) Vgl. Ch.Degenhart, Die Allgemeine Handlungsfreiheit des Art.2 I GG, JuS, 1990,S.161ff.; H.-U.Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI,1989,S.1185ff.

(50) 「幸福追求権」と「人格の自由な発展」の権利の比較研究としては、さしあたり次の文献参照。小山剛「一般的行為自由説をめぐる諸問題」『田上穣治博士追悼論文集／法と正義』六七三頁（一九九三）、戸波江二「自己決定権の意義と射程」『芦部信喜先生古稀祝賀／現代立憲主義の展開（上）』三二五頁（一九九三）、阿部照哉「個人の尊厳と幸福追求権」『人権保障の生成と展開』一五五頁（一九九〇）、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」法学五〇巻七号三三頁（一九八七）。

(51) Lerche(Anm.43),S.748; H.-U.Gallwas, Grundrechte,1985,S.29.

(52) Hesse(Anm.31),S.175. 阿部他・前掲訳註 (31) 二一三頁。

(53) Abweichende Meinung des Richters Grimm,in: BVerfGE 80,164(169).

(54) P.Kunig,in: GG—Kommentar (Anm.31), S.148f.; Degenhart (Anm.49), S.161,164; Erichsen (Anm.49), S.1191. この問題については小山・前掲論文註(50)、戸波・前掲論文註(50)が詳しい。また、「人格の自由な発展」の権利は、一般的行為の自由の他に一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）を含んでいると解されており、後者は前者から区別されるべき独自の基本権と考えられている。それゆえ、一般的人格権には固有の保護領域があると想定されているのであろう。Vgl. H.D.Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW,1989,S.857ff.(858). また、小山・前掲論文註(50)六八八頁の註四七、戸波・前掲論文註(50)三三七、三四〇頁も参照。

(55) この例はピーロート／シュリンクによっている。Pieroth/Schlink(Anm.36),S.85.

(56) 四条二項は「妨害されることなく宗教的行事をなすことが保障される」と規定する。なお、条文の邦訳は、樋口陽一／吉田善明編『解説世界憲法集（第三版）』（一九九四）の訳（初宿正典訳）に従った。以下、条文の邦訳は原則として本訳書に従う。

(57) 八条二項は「屋外の集会については、この権利は法律により、または法律の根拠に基づいて、これを制限することができる」と規定する。

(58) v.Münch(Anm.31),S.51; v.Mangoldt/Klein/Stark(Anm.35),S.118.

(59) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.64,84.

(60) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.64.

(61) この点について、シュタークは、脅迫や放火のような行為は意見表明の自由の保護領域から排除されるべきであると考え、わざわざ制約の問題を持ち出す必要はないとする。逆にアレクシーはこのような行為も保護領域から排除せず、制約の可能性を認めることによって対処すべきと考える。Ch.Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS,1981,S.237 (245f.); v.Mangoldt/Klein/Stark(Anm.35),S.140; Alexy(Anm.38),S.297f.

(62) Hesse(Anm.31),S.125, 阿部他・前掲訳註(31)一六〇頁。Isensee (Anm.35), S.173; Lerche (Anm.43),S.747; v.Mangoldt/Klein/Starck(Anm.35),S.121. もっとも、シュナップは「当該基本権保障の事項的射程」（保護領域の範囲に当たる）の規定を憲法直接的な制約と見る。F.E.Schnapp, Grenzen der Grundrechte, JuS,1978,S.729ff.(730). ただし、このような見方に対しては異論もある。Vgl.Alexy(Anm.38), S.259f.

(63) 「人格の自由な発展」の権利を一般的行為の自由の保障と解すれば、本当に、あらゆる行為が基本権保護の対象にな

るのか。ここでも見解は分かれるが、シュタークによると、「伝統的に刑罰が科されている、明らかに社会に危害を及ぼす全ての行為」は一般的行為の自由の保護領域から排除されるべきであるという（その場合も、基本権の手続的保護は残る）。Stark(Anm.61),S.245; v.Mangoldt/Klein/Stark(Anm.35),S.140,157. なお、戸波・前掲論文註(50)三五二頁も参照。

(64) Schnapp(Anm.62),S.729.

(65) 保護領域の画定と基本権の制約を区別する立場は「外在説（Außentheorie）」（いわば権利の二段階画定）と呼ばれる。この立場が基本権の保護領域を画定した後でも、さらに外側から制約を加える余地を認めるからである。これに対して、保護領域の画定だけで最終的に保障される基本権の内容を決定しようとする立場は「内在説（Innentheorie）」（いわば権利の一段階画定）と呼ばれる。ドイツにおいては、法的論証の過程を明確化できるという意味で「外在説」の立場の方が有力なようである。本稿の叙述も「外在説」に依っている。両説の内容については Alexy(Anm.38),S.250ff. が詳しい。

(66) 本稿では Eingriff に「介入」という訳語を当てる。わが国ではむしろ「侵害」と訳されることが多い（侵害行政とか侵害留保という場合がそうである）が、基本権の侵害は憲法上許されないと考えるので、両者は区別して用いることにしたい。

(67) 基本権の制約としての「介入」については R.Eckhoff, Der Grundrechtseingriff,1992 が包括的な研究である。

(68) Eckhoff(Anm.67),S.19ff.; Lübbe-Wolff(Anm.32),S.30; Bleckmann(Anm.36),S.336; Gallwas(Anm.30), S.22; E,Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht,1976,S.24f.

(69) Eckhoff(Anm.67),S.175ff.; Bleckmann(Anm.36),S.336f.; Isensee(Anm.35),S.175f.; Pieroth/Schlink (Anm.36),S.64; Jarass/Pieroth(Anm.36), S.17; A.Bleckmann/R.Eckhoff, Der>mittelbare< Grundrechtseingriff, DVBl,1988,S.373f.; A.Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991,S.134ff.

(70) Roth(Anm.69),S.135; Grabitz(Anm.68),S.27.

(71) Vgl. Isensee(Anm.35),S.175; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.64; Jarass/Pieroth(Anm.36),S.17.

(72) Isensee(Anm.35),S.176; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.64. ただし、ブレックマンとエッコフは第五の要素として「名宛人の指定（Adressierung）」を認める。Eckhoff(Anm.67),S.176; Bleckmann(Anm.36),S.336f.; Bleckmann/Eckhoff(Anm.69),S.373f. しかしこの要素は他の要素（例えば、直接性や法形式性）に解消されるのではないかと思われる。

(73) Bleckmann(Anm.36),S.336.

(74) Eckhoff(Anm.67),S.188f.

(75) Eckhoff(Anm.67),S.205.

(76) Eckhoff(Anm.67),S.197.

(77) もっともエッコフは「同意」を介入行為の正当化の問題であって、介入の要件の問題ではないとする。Eckhoff(Anm.67),S.185.

(78) Eckhoff(Anm.67),S.218ff.

(79) Gallwas(Anm.30),S.166.

(80) Roth(Anm.69),S.160; Bleckmann(Anm.36),S.338; Bleckmann/Eckhoff(Anm.69),S.376; Grabitz(Anm.68) ,S.32ff.

(81) このような国家行為は「事実的侵害（faktische Beeinträchtigung）」とか「間接的介入(mittelbarer Eingriff)」などと呼ばれている。ガルヴァスやラムザウアは前者の呼び方を使い、ブレックマン／エッコフは後者の呼び方を使う。Vgl. Gallwas(Anm.30); U.Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums,1980（本書の紹介として、高木光教授の詳細な書評がある。高木光「事実的侵害」『事実行為と行政訴訟』二九九頁（一九八八））; Bleckmann/Eckhoff(Anm.69).

(82) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.65; Isensee(Anm.35),S.175.

(83) Bleckmann(Anm.36),S.338,342f.; Grabitz(Anm.68),S.35.

(84) Grabitz(Anm.68),S.36.

(85) Vgl. Roth(Anm.69),S.162ff.

(86) Eckhoff(Anm.67),S.194.

(87) 否定的な観点からこのように問うのはシェルツベルクである。A.Scherzberg, Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität",1989, S.149; ders.,>Objektiver< Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht, DVBl,1989,S.1128(1130).

(88) この問いが肯定されれば、法律の留保は全部留保を意味することになるかもしれない。Vgl. Scherzberg(Anm.87),a.a.O.

(89) Gallwas(Anm.30),S.94.

(90) イゼンゼーは「際限なき介入要件だと、正当化すべき具体的対象を法的に把握するには非実用的で不適切ではないか」と述べて、介入概念を限定する必要性を主張している。Isensee(Anm.35),S.177. またエッコフも「介入概念の限界なき拡大は、全ての内容と全ての解釈学的機能を喪失させてしまうだろう」と述べ、「介入概念がそれにふさわしいフィルター的

機能を再び果たせるように」限定すべきことを説く。Eckhoff (Anm.67),S.235. ロートは法律の留保論との関係で介入概念の画定基準を求める。Roth(Anm.69),S.185. 他にも Vgl. Bleckmann(Anm.36),S.339f; Bleckmann/Eckhoff(Anm.69),S.380.

(91) 介入概念を画定する基準については Eckhoff(Anm.67),S.236ff. が詳しい。

(92) Isensee(Anm.35),S.175.

(93) Vgl. Pieroth/Schlink(Anm.36),S.65; Lübbe-Wolff(Anm.32),S.73.

(94) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.65f.

(95) Isensee(Anm.35),S.177.

(96) Jarass/Pieroth(Anm.36),S.18; Bleckmann/Eckhoff(Anm.69),S.380; Eckhoff(Anm.67),S.252ff.

(97) ただし、介入行為を資格づける決定的な要素と見る見解もある。Vgl. Grabitz (Anm.68), S.35f.; K.H.Friauf, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl,1971, S.674ff.(681).

(98) Eckhoff(Anm.67),S.192,196; Roth(Anm.69),S.232.

(99) 一九条一項二文は「(…)の基本法によって基本権が法律により、または法律の根拠に基づいて制限されうる限度において)その法律は、条項を示して[制限する]基本権をあげなければならない」と規定する。

(100) Isensee(Anm.35),S.178; Gallwas(Anm.30),S.94ff.; Roth(Anm.69),S.256. もっとも、目的志向性を持たない介入行為に対して、本当に形式的正当化がいらないといえるのかは問題である。ロートは目的志向性によって介入行為を区別することを説きつつ、非目的志向的な介入行為についても、法律の留保原則が妥当する場合があることを認める。Roth(Anm.69),S.276ff.

(101) Gallwas(Anm.30),S.23; Bleckmann(Anm.36),S.339; Eckhoff(Anm.67),S.246ff.

(102) 目的志向性の正確な意味について、それは基本権制約的な効果が事前に予測されていたことをいうのであって、単に事後の考察で予測可能と考えられたことをいうのではないとする指摘も見られる。この見方は目的志向性をあくまで主観的に捉えようとするものだといえる。Vgl.M.Heintzen, Staatliche Warnungen als Grudnrechtsproblem, VerwArch., 1990,S.532(545f.).

(103) 正当化すべきは自由の行使ではなく、それを制約しようとする国家の行為の方であり、国家はその責任を負っているとする議論については註(33)参照。

(104) 芦部・前掲書註(12)一七九頁。

(105) 芦部・前掲書註(12)一八三頁。

(106) 一条三項は「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」と規定する。

(107) Lübbe-Wolff(Anm.32),S.14,27ff. この区別は、シュヴァーベのいう基本権の方式的拘束（modale Bindungen）と実質的拘束（materielle Bindungen）の区別と同旨であるとされる。Schwabe(Anm.30),S.23f.

(108) Isensee(Anm.35),S.178; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.85; Bleckmann(Anm.36),S.344ff.,351ff.

(109) 形式的要件としては、例えば、基本権を制約する個別的法律の禁止（一九条一項一文「この基本法によって基本権が法律により、または法律の根拠に基づいて制限されうる限度において、その法律は一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合にのみ適用されるものであってはならない」）、制約される基本権の提示義務（一九条一項二文）、住居の捜索の際の裁判官留保（一三条二項「捜索は、裁判官によってのみ命ぜられ、…法律の定める形式によってのみ、これを行なうことが許される」）といったものがあり、実質的要件としては、基本権の本質的内容保障（一九条二項「いかなる場合でも、基本権はその本質的内実において侵害されてはならない」）がある。

(110) 法律の留保原則一般については、以下の文献を参考にした。F.Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.III, 1988, S.315(320ff.); F.Rottmann, Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte, EuGRZ,1985,S.277ff.; M.Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ,1984,S.685ff.; W.Krebs, Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura,1979,S.304ff.; J.Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS,1979,S.710ff.; G.Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW,1977,S.1313ff.; P.Selmer, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS,1968,S.489ff. 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」（『現代行政の行為形式論』一頁（一九九三）所収、大橋「法律の留保学説」と引用）、同『行政規則の法理と実態』（大橋『行政規則』と引用）九三頁（一九八九）、ミヒャエル・クレプファー＝パトリック・ライネルト／浜田純一訳「法律の留保」日独法学八号四三頁（一九八四）、村上武則「法律の留保と給付行政」広大政経論叢二一巻五・六号四一七頁（一九七二）、高田敏「法律による行政の範囲」広大政経論叢九巻三・四号二二三頁（一九六〇）参照。

(111) 既に註(66)で述べたように、介入行為（Eingriff）は通常、「侵害」と訳されており、それを法律に留保する考えは侵害留保（Eingriffsvorbehalt）説と呼ばれている。従って、基本権の保護領域への介入行為を法律に留保すべきとする考えは「侵害留保」説と呼べるかもしれない。ただ、ここでいう介入行為は修正・拡大されたそれであり、伝統的な侵害留保説の想定する古典的介入概念によっているのではない。また、侵害留保説が介入行為だけを法律に留保しようとするの

に対して、ここでいう法律の留保原則は、介入行為を法律に留保すべきだというだけで、法律に留保される事項を介入行為に限定する趣旨を含むものではない。それゆえ、仮に本稿での叙述が伝統的な侵害留保説を連想させるとしても、それとは別物と見なければならない。

(112) Hesse(Anm.31),S.132. 阿部他訳・前掲註(31)一六二頁。

(113) Krebs(Anm.110),S.307; Kisker(Anm.110),S.1314. 大橋「法律の留保学説」註(110)三八頁。

(114) 大橋「法律の留保学説」註(110)三八頁。

(115) Kisker(Anm.110),S.1315. 特に公開機能については、Vgl.Krebs(Anm.110),S.307. 大橋「法律の留保学説」註(110)四〇頁。

(116) Krebs(Anm.110),S.307.

(117) 例えば、基本法二条二項三文、四条三項二文、五条二項、六条三項、七条四項二文、八条二項、九条二項、一〇条二項一文、一一条二項、一二条一項二文、一二a条二項三文及び三項、一三条二項及び三項、一四条一項二文及び三項、一五条、一六条一項二文、一七a条一項及び二項。

(118) 制度・組織法律の留保として、二一条三項、二八条二項、三三条五項、三八条三項、四一条三項、四五b条二文、四八条三項三文、五四条七項、八四条一項、八五条一項、八七条三項、八七b条一項三文、八七d条二項、九一a条二項、九三条二項、九四条二項、九五条三項二文、九八条三項一文、一〇八条一項二文。財政法律の留保として、一〇六条三項三文、一〇七条二項、一〇九条三項、一一〇条。国際関係に関する法律の留保として、二四条一項、五九条二項。

(119) Ossenbühl(Anm.110),S.332.

(120) Ossenbühl(Anm.110),S.323f.; Kloepfer(Anm.110),S.686f.; Krebs(Anm.110),S.304ff.

(121) Krebs(Anm.110),S.304. 本稿では Eingriff を介入行為と訳しているが "Eingriffsvorbehalt" については、慣例に倣って侵害留保と訳しておく。なお、侵害留保説の生成と展開については Vgl.Rottmann(Anm.110),S.281ff.; Selmer(Anm.110),S.489ff.; W.Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte,1975,S.16ff. 村上・前掲論文註(110)四二九頁、高田・前掲論文註(110)二二六頁参照。

(122) Krebs(Anm.121),S.11; Krebs(Anm.110),S.304f.

(123) 大橋「法律の留保学説」註(110)二頁、高田・前掲論文註(110)二五二頁、宮沢俊義「『法律の留保』について」(『憲法の原理』三七〇頁(一九六七)所収)参照。

(124) Krebs(Anm.121),S.12; Krebs(Anm.110),S.305; Pietzcker(Anm.110),S.712. 高田・前掲論文註(110)二四一頁。

(125) 基本権保障と侵害留保説の関連性については、Vgl. Krebs(Anm.121).

(126) Krebs(Anm110),S.305. またグラビッツも、基本権上の法律の留保は、基本権の領域で伝統的な法治国家的原則たる法律の留保を実定化したものだと述べている。Grabitz(Anm.68),S.59.

(127) 介入概念の拡大と自由概念の拡大については、Vgl.Kloepfer(Anm.110),S.687.

(128) Rottmann(Anm.110),S.290; Kloepfer(Anm.110),S.687; Pietzcker(Anm.110),S.712.

(129) Krebs(Anm.121),S.35ff.

(130) 註 (50) とその本文参照。

(131) Rottmann(Anm.110),S.290.

(132) 基本法四条一項及び二項、五条三項一文、六条一項、七条二項及び三項、八条一項、九条三項、一六条二項、一七条、一九条四項参照。

(133) Rottmann(Anm.110),S.290.

(134) Kloepfer(Anm.110),S.687.

(135) その他に、基本権上の法律の留保固有の機能として、基本権を実効化する措置を立法者に留保する役割が認められている。ただし、これは基本権制約とは一応区別される基本権実効化の問題である。Vgl.Krebs(Anm.110),S.309f.; Krebs(Anm.121),S.110f.,119f.

(136) クレブファー＝ライネルト・前掲論文註 (110) 七二頁。

(137) 留保なき基本権については、Vgl. M.Kriele, Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, JA,1984,S.629ff; Schnapp(Anm.62), S.732ff.

(138) Isensee(Anm.35),S.178; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.68.

(139) v.Mangoldt/Klein/Stark(Anm.35),S.122.

(140) Schnapp(Anm.62),S.733,735; Isensee(Anm.35),S.179.

(141) 判例・通説は、留保規定がある場合とない場合を区別して扱っている。それによると、留保なき基本権の制約を正当化する理由は、憲法自身によって直接認められた利益の保護に限定される。連邦憲法裁判所は、これについて次のような定式を与えている。「衝突する第三者の基本権と憲法的地位を備えた他の法的価値がある場合にのみ、憲法の統一性とそ

れによって保護される全体的な価値秩序を考慮しながら、制約できない基本権に対しても、例外的に個々の関係において制限を加えることができる」。Vgl.BVerfGE 28,243(261). つまり、留保なき基本権については、制約の中身が特別に問われるのであって、制約の形式（すなわち、法律によるかよらないか）が問われるわけではないのである。

(142) 註(100)とその本文を参照。

(143) 歴史的には、一般的意味の法律の留保は、本来的に自由な行政から一定の事項を取り上げ、それを立法者に留保しようとする原則であり、他方、基本権上の法律の留保は、基本権の制約を憲法の個別規定が特に法律に認めた場合だけに限定し、立法者の権限を制限する原則であったという指摘がある。宮沢・前掲書註(123)三五七頁、特に三七〇頁参照。

(144) Ossenbühl(Anm.110),S.321.

(145) Ossenbühl(Anm.110),S.334f. 大橋「法律の留保学説」註(110)三〇頁。

(146) Pieroth/Schlink (Anm.36), S.69f.; Ossenbühl (Anm.110), S.321f.,332ff.; Krebs (Anm.110), S.311f.; Kloepfer (Anm.110),S.690f. 大橋「法律の留保学説」註(110)二八頁。

(147) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.70. 大橋「法律の留保学説」註(110)二九頁。

(148) Krebs(Anm.110),S.311. 大橋「法律の留保学説」註(110)三一頁。立法者の判断回避の方法としては、委任立法の他に、不確定法概念（unbestimmter Rechtsbegriff）の採用がある。これは、立法者が法律による規律を設けつつ、他方、その規律を包括的に定めることによって、実際には詳細を行政裁量に委ねるという方法である。

(149) Ossenbühl(Anm.110),S.321.

(150) 大橋「法律の留保学説」註(110)六頁。平岡久「法規命令制定への法律による授権の明確性（一～三・完）」大阪市大法学雑誌二八巻三・四号二九頁（一九八二）、二九巻三号四八頁（一九八三）、三五巻一号二〇三頁（一九八八）参照。

(151) Krebs(Anm.110),S.311. クレプファー＝ライネルト・前掲論文註(110)七〇頁。

(152) Ossenbühl(Anm.110),S.321; Krebs(Anm.110),S.311.

(153) ただし高田教授によると、これまでの議論においても、行政の作用に対して「法律の授権のみではなく同時に法律による行政の内容的羈束も必要である」とする説が見られたとされており、そこに委任の許されない事項を承認する契機が伺われる。高田・前掲論文註(110)二五一頁。

(154) Kloepfer(Anm.110),S.691.

(155) 註(110)に掲げた文献の他に、Vgl. H.H.v.Arnim, Zur >Wesentlichkeitstheorie< des Bundesverfassungsgerichts, DVBl,1987, S.1241ff.

(156) Krebs(Anm.110),S.312.

(157) BVerfGE34,165(192); 40,237(248f.); 41,251(260f.); 47,46(79); 49,89(126f.); 61,260(275).

(158) Ossenbühl(Anm.110),S.338f.; Krebs(Anm.110),S.308f.; Kloepfer(Anm.110),S.692. クレプファー＝ライネルト・前掲論文註(110)六七頁。

(159) 大橋『行政規則』註(110)九六頁。

(160) 学校法、原子力法、放送法といった個別法領域において認められる本質的事項については、大橋「法律の留保学説」註(110)九頁、クレプファー＝ライネルト・前掲論文註(110)五三頁。一例として、いわゆるカルカール決定（BVerfGE 49,89）における、連邦憲法裁判所の次のような判示を参照されたい。「ドイツ連邦共和国の国家領域内で、核エネルギーの平和的利用の法的許容性に対して賛成するか反対するかの規範的原則決定は、市民にとって、とりわけその自由・平等の領域と一般的な生活関係にとって広範な影響を及ぼすために、また必然的にそれと結び付いた規律の態様・強度のゆえに、法律の留保という意味での根本的・本質的決定である」（BVerfGE 49,127）。

(161) Schlink,EuGRZ,1984(Anm.33),S.459; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.71.

(162) Vgl.Bleckmann(Anm.36),S.351ff.; Lübbe-Wolff(Anm.32),S.28f.; Schwabe(Anm.30),S.24.

(163) 基本権制約に制約を設ける要件であれば、実質的要件でなくても、形式的要件であっても、「制約の制約」として機能する。通常、「制約の制約」として挙げられるのは、形式的要件では、議会の留保原則、基本権を制約する個別的法律の禁止、制約される基本権の提示義務、明確性の原則などがあり、実質的要件では、特別要件つきの法律の留保、比例原則、基本権の本質的内容保障などがある。Vgl.Pieroth/Schlink(Anm.36),S.72.

(164) 基本権を法律の留保規定によって分類すると、単なる法律の留保が置かれた基本権、特別要件つきの法律の留保が置かれた基本権、何の留保もなく保障された基本権の三つに分けられる。このうち単なる法律の留保とは、基本法が単に「法律により、または法律に基づいて」基本権を制約できると定めている場合をいう。例えば八条二項が「屋外の集会については、この権利は法律により、または法律の根拠に基づいて、これを制限することができる」と定めている例がそうである。Vgl.Schnapp(Anm.62),S.731f.; v.Münch(Anm.31),S.53; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.68; T.Wüfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte

und Grundrechtsschranken,1981,S.32f.

(165) Isensee(Anm.35),S.180; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.71.

(166) レルヒェは基本権の制約を、憲法にとってレレヴァントな利益の衝突を適切に調整することと見る。立法者が基本権という憲法的法益と別の重要な諸利益を調整するのが、基本権制約の役割だというのである。P.Lerche, Grundrechtsschranken, in: J.Isensee/P.Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts,Bd.V,1992,S.775(777). しかし、この衝突する利益の調整は、法技術的には、ある一定の利益を保護するという正当な目的を達成するために、ある基本権に制約を加えるという図式で捉えることが可能である。

(167) Gallwas(Anm.51),S.109ff.; Grabitz(Anm.68),S.64ff.

(168) 前掲註(141)参照。

(169) M.Selk, Einschränkung von Grundrechten durch Kompetenzregelungen?, JuS,1990,S.895.

(170) Selk(Anm.169),S.895ff.; Schnapp(Anm.62),S.734f.; v.Münch(Anm.31),S.55; Gallwas(Anm.51),S.111.

(171) Schnapp(Anm.62),S.734; Gallwas(Anm.51),S.110.

(172) 憲法的価値の確認は慎重にしないと、基本権を留保なく保障した意味が失われると考えているのである。Pieroth/Schlink(Anm.36),S.83; Jarass/Pieroth(Anm.36),S.24. ヤラスは、衝突する基本権の場合よりもずっと、慎重かつ注意深くなければならないという。

(173) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.82.

(174) その理由は、さもないと留保なき基本権の方が、留保のある基本権よりもはるかに相対化されかねないからとされる。Jarass/Pieroth(Anm.36),S.24. ただし、特別要件に定められていない他の憲法的法益によって、当該基本権を制約できるのかどうかという問題は、まだ議論され尽くされていないとする意見もある。Vgl. Schnapp(Anm.62),S.733.

(175) F.Müller, Die Positivität der Grundrechte,2.Aufl.,1990,S.90.

(176) Vgl. Grabitz(Anm.68),S.67f.Fn.78.

(177) Bleckmann(Anm.36),S.370; Lerche(Anm.166),S.782. もっとも、連邦憲法裁判所の判例を詳細に検討したグラビッツによると、基本法二条二項二文に定められた人身の自由は、単なる法律の留保しか置かれていない基本権であるにもかかわらず、立法者は、憲法に定められた公益を具体化するという目的でしか、当該基本権を制約できないとされているという。

Grabitz(Anm.68),S.68f.; E.Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR, 1973, 568(602f.).

(178) M.Gentz, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW,1968,S.1600(1602). ゲンツが正当でない制約目的として挙げているのは、基本法一条一項の人間の尊厳、三条一項の平等原則、一九条二項の基本権の本質的内容保障といった条項に反する目的である。

(179) わずかにシュリンクが「目的の正当性の問題は二者択一（Entweder/Oder）の問題であって、程度（Mehr/Weniger）の問題ではない」と述べているのが注目される。Schlink, Abwägung(Anm.33),S.200.

(180) Vgl. Grabitz(Anm.68),S.67.

(181) Schlink,EuGRZ,1984(Anm.33),S.459; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.71.

(182) 逆に、基本法が正当でない制約手段を明文化している場合もある。例えば、五条一項三文の検閲の禁止や一〇二条の死刑制度の廃止がそれに当たるという。Vgl.Gallwas(Anm.51),S.116.

(183) Vgl. Gallwas(Anm.51),S.117.

(184) 比例原則については、これまでに挙げたものの他に、以下の文献を参考にした。E.Stein, Staatsrecht,14.Aufl.,1993,S.240; M.Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,DVBl, 1985,S.97; K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland ,Bd.I, 2.Aufl., 1984, S.861; F.E.Schnapp, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS, 1983, S.850; R.Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR,1979,S.414; H.Schneider, Zur Verhältnismäßigkeits- Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: BVerfG und GG, FG- BVerfG, Bd.II,1976,S.390. 山下義昭「『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか（一～二）」福岡大法学論叢三六巻一・二・三号一三九頁（一九九一）、三八巻二・三・四号一八九頁（一九九四）、須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能（一～三・完）」東京都立大法学会雑誌三一巻二号三二七頁（一九九〇）、三二巻一号五〇一頁（一九九一）、三二巻二号一〇一頁（一九九一）、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」『芦部信喜先生還暦記念／憲法訴訟と人権の理論』五九九頁（一九八五）、田村悦一『自由裁量とその限界』二二三頁（一九六七）。比例原則に関しては他にも本格的な研究が行われており、既に優れたモノグラフィーも公刊されている。しかし本稿は比例原則の諸問題に立ち入って検討するものではなく、基本権制約の正当化要件の考察に必要な限りで比例原則を取り扱おうとするに過ぎない。

(185) Schneider(Anm.184),S.393f.　須藤・前掲論文（一）註(184)三二八頁、青柳・前掲論文註(184)六〇四頁、田村・前掲書註(184)二二三頁。

(186) 基本法のどこに比例原則の根拠を求めるかについては、見解が分かれていたが、現在では連邦憲法裁判所に従い、法治国家原則と基本権それ自体に求めるのが通例である。連邦憲法裁判所は次のように判示している。「ドイツ連邦共和国において比例原則は憲法上の地位を占めている。それは法治国家原則から明らかであり、結局のところ、基本権の本質自体から既に明らかである。というのも、国家に対する市民の一般的な自由要求の表現たる基本権は、公益保護にとって必要な限りでのみ公権力により制約することが許されるからである」。BVerfGE19,342(348f.).　法治国家原則にしか触れない判例もあるが（Vgl.BVerfGE23,127,133）、法治国家原則が基本法の個々の諸要素によって構成される原則であることに鑑みると、むしろ基本権それ自体に比例原則の憲法上の根拠を求める方が適切であるとする見解もある。Schnapp(Anm.186),S.852f.; vgl. H.-R.Lipphardt, Grundrechte und Rechtsstaat, EuGRZ,1986,S.149.

(187) 比例原則に憲法的地位を与えることに対して、これまで全く異論がなかったわけではない。フォルストホッフによる反対論も含めて、以下の文献参照。Schneider(Anm.184), S.395f.; Stern(Anm.184),S.862. 青柳・前掲論文註(184)六〇四頁。

(188) v.Mangoldt/Klein/Stark(Anm.35), S.123; Pieroth/Schlink(Anm.36), S.73f.; Grabitz(Anm.177), S.571f.; Gentz(Anm.178), S.1603ff.; Stein(Anm.184), S.240ff.; Stern(Anm.184),S.866f.; Schnapp(Anm.184),S.852; Wendt(Anm.184),S.415. 山下・前掲論文（一）註(184)一四五、一五一頁、須藤・前掲論文（一）註(184)三四八頁、青柳・前掲論文註(184)六〇八頁。なお、言葉の問題として、しばしば用語の不統一が指摘されている。例えば、比例原則という用語で、上位概念たる広義の比例性と部分原則たる狭義の比例性の両方が表される。そこで区別のために広義の比例性に代えて、「過剰措置の禁止（Übermaßverbot）」が使われる場合もある（「過剰措置の禁止」は必要性の意味で使われる場合があり、必要性と狭義の比例性の意味で使われることもある）。また、適合性の原則は「適格性（Eignung）」「目的有用性（Zweckauglichkeit）」、必要性の原則は「必然性（Notwendigkeit）」、狭義の比例性は「均衡性（Proportionalität）」「期待可能性（Zumutbarkeit）」「適切性（Angemessenheit）」などといわれる場合がある。いずれも同義で使われていると考えてよいが、「本来的に区別されるべきものが同義として扱われているのではないか」という指摘もある。須藤・前掲論文（一）註(184)三四一頁。Vgl.Jakobs(Anm.184),S.99f.

(189) 制約手段が目的適合的でなければならないとして、どの程度適合的であればよいのだろうか。連邦憲法裁判所による

と、適合性原則は目的の完全な実現を要請していないとされる。一部でも目的適合的であればよいのであり、あるいは、全くの不適合でなければよいというのである。Grabitz(Anm.177),S.572; Gentz(Anm.178),S.1603; Schnapp(Anm.184), S.854; Stern(Anm.184),S.866; Schneider(Anm.184),S.399f. 山下・前掲論文（一）註(184)一五三頁、須藤・前掲論文（一）註(184)三五一頁、青柳・前掲論文註(184)六〇八、六二三頁。加えて連邦憲法裁判所は、手段の目的適合性を判決時ではなく法律制定時において判断すべきとしているという。

(190) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.73.

(191) ここではいわゆる立法事実の審査が要求される。しかし立法者の事実判断に対しては、一定の裁量が認められている。高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について」『芦部信喜先生還暦記念／憲法訴訟と人権の理論』三三頁（一九八五）参照。

(192) もっとも、より緩やかな手段の選択に当たっても、連邦憲法裁判所は立法者に一定の裁量を認めているという。従って、当該手段が必要不可欠で、それ以外は考えられないという論証まで常に求められるわけではないとされる。Grabitz(Anm.177),S.574f.; Schnapp(Anm.184),S.854; Schneider(Anm.184),S.397,400. 青柳・前掲論文註(184)六二三頁。

(193) この判断に当たっても、連邦憲法裁判所は立法者の判断を尊重しているという。つまり、狭義の比例性原則の下で問題になるのは、目的と手段が比例しているかどうかというより、明らかに比例していないかどうか、全く均衡がとれていないかどうかだというのである。Grabitz(Anm.177),S.576; Gentz(Anm.178),S.1604; Schnapp(Anm.184),S.855; Stern (Anm.184),S.867; Schneider(Anm.184),S.396. 須藤・前掲論文（二）註(184)五〇七頁。

(194) 本来、狭義の比例性原則は、達成しようとする目的と比べて、手段が余りにも不釣合いといえないかどうかを判断するための原則であった。これに対して、衝突する全ての諸利益の実効性を獲得するための道具として、この原則を把握しようとする見解もある。Lerche(Anm.166),S.784; kritisch E.-W.Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz,1990,S.52ff. ヘッセのいう実践的整合性（praktische Konkordanz）の原理の提唱も同様の試みと解される。Hesse (Anm.31),S.27,133f. 阿部他・前掲訳註(31)三三、一六三頁。なお、須藤・前掲論文（二）註(184)五〇九頁も参照。

(195) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.74. 山下・前掲論文（二）註(184)一九二頁。

(196) Schlink,EuGRZ,1984(Anm.33),S.461; Pieroth/Schlink(Anm.36),S.74.

(197) Schlink,EuGRZ,1984(Anm.33),S.462.

(198) Wendt(Anm.184),S.418ff.,449,455f.

(199) この点で注目されるのはアレクシーの見解である。アレクシーは比例原則を原理理論によって把握しつつ、同時にそこに法的論証理論（juristische Argumentationslehre）を結び付けて、比較衡量の合理化を図っている。Alexy(Anm.38),S.100ff., 493ff. アレクシーの見解については、山下・前掲論文（二）註(184)一九三頁及び、亀本洋「法におけるルールと原理（一～二・完）」法学論叢一二二巻二号一八頁（一九八七）、一二三巻三号九五頁（一九八八）が詳しい。

(200) もちろんこれは理論上の順番であって、心理上のそれではない。必要性原則の審査があれば、適合性原則は当然に前提とされているはずだというのである。

(201) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.73. 須藤・前掲論文（一）註(184)三五七頁。

(202) Pieroth/Schlink(Anm.36),S.75.

(203) 山下・前掲論文（一）註(184)一四九頁は次のように述べている。「必要性の原則は国家目的達成のための基本権侵害を最小限度に抑えることはできても、基本権侵害の重大性ゆえに国家目的達成そのものを断念させるということはできない…。かくして、このような必要性原則の機能的限界が、伝統的な比例原則の機能拡大を、したがって、その意味の拡大を要請するのである。…その後、この意味の拡大が認識され、学説、判例により狭義の比例原則（均衡性の原則）として形成・発展を遂げることになるわけである」。

(204) 最近、有力になりつつある「法的議論の理論」については、註(18)に掲げた文献の他、田中成明編『現代理論法学入門』（亀本洋執筆）一三〇頁（一九九三）参照。Vgl.E.Hilgendorf, Argumentation in der Jurisprudenz,1991.

(205) 芦部信喜教授は「違憲審査の基準があまりに細かく類型化され図式化されると、具体的な人権裁判が、いかなる基準を当てはめるかという観点から、かえって形式的・観念的に割り切られる危険がある」と警告され、浦部法穂教授は「基準の体系化は、まかり間違うと、人権問題を、どういう場合にはどういう基準があてはまるかという、単なるへあてはめパズルゝにわい小化してしまう危険を伴っている」と述べられる。確かに、このような指摘は傾聴に値する。芦部・前掲論文註(19)三八頁、浦部法穂「憲法訴訟論」法律時報五八巻六号六七頁（一九八六）参照。

(206) K.Hesse,Bestand und Bedeutung, in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983,S.79(90).

(207) 山下義昭「ドイツ公法判例研究――民事訴訟法六八七条の公告は比例原則に違反し情報の自己決定権を侵害するとして違憲とした事例――」福岡大法学論叢三七巻二・三・四号六五五頁（一九九三）が一例を示してくれている。

第二部　防禦権のドグマーティクの利用可能性
――連邦憲法裁判所の国勢調査判決を素材にして――

序　章

第二部の目的は、既に第一部の締めくくりで明らかにしておいた。すなわち、防禦権のドグマーティクのドイツにおける具体的な応用例を検討することで、第一部で示した法的判断枠組の意義と機能を検証し、わが国での利用可能性を探るための予備的考察を行うことである。そのために第二部においては、判例を素材にして、この法的判断枠組が具体的場面でどのように用いられているのかを概観し、その実践的有用性を明らかにしたいと思う。従って、ここでは、既に提示した法的判断枠組の意義と機能について、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を用いて具体的かつ詳細に検討することにしたい。

第一部において提示した防禦権のドグマーティクの判断枠組は、三段階審査を基本図式とする法的論証作法であった。基本権の制約を擁護する者も、反駁する者も、このような作法に依拠して自己の主張を展開することで、合理的な議論が実現され、その結果として基本権保障が図られるのではないかと期待されるのである。つまり、この論証の作法に従うことが、基本権保障のための前提条件だということになるわけである。論証の作法は、合理的な議論を成立させるための「共通の足場」である。その共有を通じて相互の理性的コミュニケーションが可能となり、最終的に、憲法判断の合理性が保証されるのではないかと思われるのである。

問題は、この三段階審査が論証の作法として十分に納得できる議論枠組みになり得ているか、というところにある。そこで以下では、検証のための素材として、連邦憲法裁判所のいわゆる国勢調査判決(1)を例にとって、具体的に、この問題を考えてみたい。ここで国勢調査判決を例にするのは、この判決が上述の三段階審査のほとんどの場面において議論を誘発するためである。そこでは「共通の足場」の上での議論を比較的はっきりと見て取ることができる。だとすれば、この「共通の足場」自体の有用性をそこで交わされた議論によって逆に吟味することもで

きるのではないだろうか。

このような理解に立って、次章ではまず、国勢調査判決が下されるまでの法・政治・社会状況を概観し、判決の背景をなす様々な事情を明らかにする。本論に入る前に、まず議論の文脈を見渡しておこうというのである。その上で、国勢調査判決の内容に立ち入って法的方法を検討し、そこに表れる論証の作法を浮かび上がらせたいと思う。

第一章　一九八三年国勢調査判決の法・政治・社会状況

一　一九八三年国勢調査法の制定

ドイツ連邦共和国では、一九五〇年以来一〇年前後の長期的間隔で、全数調査方式による国勢調査が行われてきた。八〇年代に入って、連邦政府は、氏名・住所・電話番号・性別等に加えて、職業・学歴・家計の状態あるいは建物・住宅状況、事業所状況などに関する、ドイツ全土にわたる包括的調査を計画した。その法案は、経費の問題で一度廃案になったものの、内容上の変更をほとんど加えないまま、一九八一年初頭に連邦政府によって再び提案される。それが後の一九八三年国勢調査法(2)である。

提案理由(3)によると、国民・職業・事業所調査の実施は統計上の現状把握にとって不可欠だとされている。すなわち、住民の最新状況やその地域的分布、人口学的・社会的指標から見た住民構成、その経済的活動などについての情報が連邦・州・市町村にとって欠くことのできない基礎資料になるという。例えば住民数は、連邦参議院における各州の投票数の決定、連邦議会の小選挙区の画定、財政の調整、市町村議会の規模の決定などにとって重要な意義を有するだけでなく、住民登録簿と比較対照することによって、調査結果と住民登録簿の内容を一致させることもできるなど、様々な政策上の基礎になるというのである。

連邦政府の法律案は、連邦議会で審議され、いくつかの修正を受ける。当時は社会民主党（SPD）と自由民主党（FDP）の連立政権であったが、連立与党の提案に対して、野党のキリスト教民主同盟（CDU）／キリスト教

社会同盟（CSU）も賛成し(4)、直ちに連邦参議院に送付された。連邦参議院が、この案にいくつかの要件を付け加えるよう要求したため、調整委員会（Vermittlungsausschuß）が開催されたが、調整委員会は連邦参議院の見解を受け入れ(5)、同時にこれを連邦議会に提案したところ、連邦議会はこの案に全員一致で賛成し、他方、連邦参議院も全員一致で同意したので、結局、一九八三年国勢調査法は一九八二年三月四日に無事成立するに至る（公布は三月二五日）。

以上のように、多少の曲折はあったものの、最終的には、この法律は連邦議会と連邦参議院の全員一致によって成立したのである。つまり、法律の制定時においては、立法府の誰もこの法律に対して憲法上の疑義を抱いていなかったわけである。立法府だけではない。マスコミも他の問題で忙しく、一九八三年の初頭になって突然、大問題に発展するまで、特別の事情通でもない限り、この法律に注目する者はいなかった。ただ、国勢調査にあたる統計庁だけがルーティーン通りに準備を進めていたといわれている(6)。このまま何もなければ、一九八三年四月二七日に全国で一斉に国勢調査が実施されるはずであった。

二　データ保護法制の仕組み

いうまでもなく、国勢調査は個人情報にかかわるものである。それゆえ、データ保護の要請は国勢調査においても当然に認められる。実は、データ保護に関する法制度(7)は、七〇年代の半ばから八〇年代にかけて整えられたのであり、一九八三年国勢調査法が制定されたこの時代は、国民の意識においても、データ保護が重大な関心事であった。データ保護法制の整備は、明らかに国勢調査判決の文脈をなしているといってよいだろう。それゆえ、ここで当時の制度的状況について、少し説明を加えておくことにする。

個人情報保護のための一般法としては、データ保護法がある(8)。プライバシー意識の高まりもあって、包括的なデータ保護立法の必要性は六〇年代から既に指摘されていたが、実際に制定されたのは、一九七〇年一〇月七日

のヘッセン州データ保護法が最初である。この法律はドイツのみならず、世界で初のデータ保護法であり、「国内外を問わず、その後の議論のたたき台としての役割を果たした」と評されている(9)。一九七四年には、ヘッセン州に続いてラインラント・プファルツ州でも同様のデータ保護法が制定されている。

こうした動きに合わせて、連邦レベルでもデータ保護法を制定するように求める声が大きくなってくる。連邦データ保護法の制定は「重要な政治問題の一つ」(10)となり、数年をかけた議論の後、一九七六年一一月一二日に「データ処理における個人関連データの濫用防止に関する法律」(11)として成立し、翌年一月二七日に公布されたのである。

本法は、個人関連データ（personenbezogene Daten）の保有、伝達、変更、消去等に関して、官庁またはその他の公的主体及び民間諸団体から、当事者の保護に値する利益（schutzwürdige Belange der Betroffen）を守ることを目的として、様々な規制を定めるものである。規制の対象範囲を官・民の双方に及ぼすと共に、保護の対象を表すのにプライバシーや私的領域（Privatsphäre）といった概念を使わず、個人関連データという言葉で広く捉えているところに特色がある(12)。また、その適用範囲も電子的データ処理にかかる情報に限定しないなど、極めて包括的な保護を予定している(13)。

本法の定めるデータ保護法制の基本は、第一に、データ処理の自由の否定であり、第二に、情報当事者の権利の付与・確認であり、第三に、データ保護受託官（Beauftragter für den Datenschutz）制度の創設である(14)。すなわち、個人関連データの処理が認められるのは、原則として、法令による許しがあるか、または当事者が同意する場合である（第三条）。情報当事者は、自己の権利として、保有されている個人関連データの呈示、訂正、封鎖、消去を求める権利を与えられている（第四条）。また、データ保護の統制・監督のため、一種のオンブズマンたるデータ保護受託官を設置し、データ処理の第三者的統制にあたらせている（第一七～二一条）。法律違反に対しては、刑罰または行政罰が科せられる（第四一、四二条）。

連邦データ保護法は、個人関連データの保護のために広範囲にわたる規律を設けており、この点、他国の同種の法制度と比べても遜色がないと思われる。しかし、他方で、規律に不確定概念を多用せざる得なかったこともあって、多くの規定の内容が解釈とその後の運用に委ねられなければならなかった(15)。それゆえ、制定直後の時点では、連邦データ保護法の実効性を見定めることはまだ難しかったのである。

連邦データ保護法の制定は、諸州にも大きな影響を与え、一九七八年から七九年にかけて、全ての州で同様のデータ保護法が成立するに至った。既に先駆的なデータ保護法を持っていたヘッセン州とラインラント・プファルツ州も、新たに新法を制定し直している。

更に、一九八〇年八月一六日には、データ保護にとって重要な意味を持っている連邦届出登録大綱法(16)が成立する。この法律の目的は、住民の身元と住居を確認し、証明することであり、そのために住民登録制度を創設している。また、登録情報の行政相互の利用を図る一方で、当該情報を保護するための措置も定めている。もとの法案は「1974年頃までは連邦データ保護法案とセットで審議されてきたが、その後の情勢の変化によりデータ保護法案を優先させるとの考え方がとられ、審議が中断されたまま1976年11月第7会期の終了に伴い廃案となった」(17)という経緯がある。

以上のように、連邦データ保護法を中心に、一九八〇年までにデータ保護法制の整備が進んだことにより、その制度的枠組みは一応完成したといえるかもしれない。その背景に国民のプライバシー意識の発展もあった。しかし、当時のデータ保護法制にはまだ不十分な点がかなり残されていた。連邦データ保護法の多くの規定は明確性の点で若干問題があり、適用除外条項もあって、その有用性は運用次第というところがあった。データ保護受託官も、職務的に独立しているとはいえ、所属官庁との関係でどこまで有効に機能するのか、まだわからなかった。ジョージ・オーウェルの描く「一九八四年」は目前であり、迫り来る情報管理社会に対して多くの人々は不安を抱かざるを得なかったのである。

三　一九八三年国勢調査法に対する反対運動とその影響

（1）反対運動の展開

一九八二年三月に全員一致で可決された国勢調査法は、八三年四月二七日に調査の実施を予定していた。統計庁もそれに向けて万全の準備を整えていた。ところが、一九八三年に入って、突然、抗議の市民運動が始まり、調査の前途に暗雲が立ちこめるのである。

ハンブルクやベルリンなどの大都市で始まった、国勢調査に対する市民の反対運動は、まず左派系のマスコミによって報じられ、その後、火の粉を散らすようにあっという間に全国に広まった。運動の広がる早さは想像を遥かに超えるもので、二、三週間もしないうちにドイツ全土で約三〇〇の反対運動（その数は後に五〇〇以上に増えたといわれる）が展開されたといわれている(18)。しかも、運動の激しさは過去に前例を見ないものであった。ドイツ国内で国勢調査に対して、これほどの抵抗がなされたのは初めてであり、一三年前の国勢調査時にノルトライン・ヴェストファーレン州で、全部で二三例の法律違反の摘発が記録された(19)ことと比べても、その規模ははるかに巨大であったようである。

反対運動の主張は、国勢調査の中止か、さもなくばボイコットを、であった。連邦統計法は、申告を怠ったり、虚偽の申告をした者に最高一万マルクの罰金を科すと定めていたから、国勢調査のボイコットは刑罰の対象になっていた。それにもかかわらず、不正な調査のボイコットは「市民的不服従（ziviler Ungehorsam）」として正当化されると反対運動は考えたのである。

町中至るところに「私のデータは私のもの」と書かれたポスターやプラカードが掲げられ、住宅の扉には「物乞い、物売り、国勢調査お断り」などの貼紙が貼られた。テレビのスポットでもボイコットの呼びかけが行われ、広場では国勢調査反対をテーマにした演劇も上演されたという(20)。今回の反対運動の特徴は、その担い手が必ずしも急進的な運動家に限られず、広く一般市民も巻き込んで展開された点にある。この点は保守系のメディアも認

めており、その意味で、この反対運動は全ドイツ的な市民運動であったといってよいだろう。

（2）一九八三年総選挙への影響

当時はまた、政治の転換期でもあった。国勢調査法が成立した時は、社会民主党と自由民主党の連立政権（社民・リベラル政権）であったが、その年の九月に自由民主党が社会民主党の左傾化に反発して閣僚全員を引き上げ、連立は解消される。翌月、自由民主党はキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟と連立を組み、キリスト教民主同盟のヘルムート・コールを首相に据えて、新しい政権を作り上げたのである（保守・リベラル政権）。しかしこれは選挙による政権交代ではなく、政党の組合せの変化によるものであったため、政権の正統性についての論議を呼ぶことになる。というのも、前回の総選挙の際、自由民主党はシュミット政権（前政権）を支えると公約して、「非ＳＰＤ的な親シュミット票」を獲得していたからである。しかも、小党の思惑から総選挙を経ずして政権交代を成し遂げたため、新政権の民主主義的基盤は、最初から疑義あるものであった(21)。このような事情もあって、新政権はできるだけ早い時期に総選挙を実施することを約束せざる得なくなる。結局、総選挙は一九八三年三月六日に行われることになったが、国勢調査に対する反対運動が生じたのは、この決定の直後だったのである。

そのため、一九八三年国勢調査は総選挙の争点の一つとされることになる。この時、国勢調査に真っ向から反対する立場をとったのは、当時躍進中の緑の党であった(22)。もともと反原発などの市民運動を母体に全国政党化した同党にとって、国勢調査ボイコット運動はまさに自己の理念に沿うものであった。当然、積極的に反対運動にかかわり、国勢調査法の即時改正を呼びかけた。

これに対して、他の政党の立場は極めて曖昧であった。キリスト教民主同盟のウヴェ・バルシェルは社会民主党のビヨルン・エングホルムと同調して、国勢調査を延期し、しばらくの猶予期間をおくように求めた。連立与党の中心人物でキリスト教社会同盟の党首、フランツ・ヨゼフ・シュトラウスまでが、「市民がそれほど不安を抱いているのなら、予定されている国勢調査を二、三年の間やめてもよい」と平然といってのけている。さすがにこのよ

うな反応に対しては、同じキリスト教社会同盟の議員で、国勢調査を管轄する連邦内務大臣フリードリッヒ・ツィンマーマンが、「政治家達がうわべの選挙戦略上の利害から、突然、国勢調査の必要性から距離をおくのは、あまりにも不誠実である」と述べるほどであった(23)。

総選挙の結果は、周知のように、連立与党、特にキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟の圧勝であった。政権の基盤を固めることに成功した同党は、国勢調査の問題に対しても、従来通りという態度をとり、予定を変更する意思のないことを宣言する。政治に失望した反対運動は、再び市民運動として継続することになる。

（3）反対運動の主張する国勢調査法の問題点

では反対運動は国勢調査法のどこに問題があると感じていたのか。まず第一に、調査の具体的内容が国民のプライバシー観念にそぐわなかったことが挙げられる。国勢調査法は第二条から四条において申告事項を列挙しており、「どの人が家族の中のどの人に経済的に依存しているのか、誰がどんな雇用者の下でどんな職業に従事しているのか、事業所への通勤にはどんな交通手段を利用しているのか、現在の住居へはいつ移ってきたのか、暖房はどのようにしているのか、台所やトイレはついているのか」(24)など、調査の内容は詳細かつ、相当多岐にわたっていた。こうした個人データが全て集計された上、コンピュータで処理され一括管理されることによって、「市民が『ガラス張りの人間（gläserne Menschen）』になる」(25)という不安が最後まで払拭されなかった。

それ以上に問題であると考えられたのは、名前、住所、家族構成、宗教団体への加入・非加入、住居の利用状況のような調査の基本データが、住民登録簿と照合され、その訂正のために利用されることになっていたことである（国勢調査法第九条一項）。連邦政府は、国勢調査の目的について、繰り返し「統計をとるため」と説明していた。しかし、住民登録簿の訂正は明らかに効率的な行政執行を目的としており、統計目的と行政執行目的が本当に両立するのか、大いに疑問視されたのである。

それだけではない。国勢調査法第九条二項は、統計庁から他の行政官庁に対して、「その所管する事務の適法な

遂行に必要な限りにおいて」という条件付きではあるものの、申告されたデータを名前抜きで提供してもよいと規定していた。更に、第九条三項が市町村に対しても、やはりいくつかの条件付きながら、データの提供を認めていた。というのも行政官庁の間では、従来からその保有するデータを相互利用したいという要請が強かったが、国勢調査によった集めた個人データを利用できれば、行政の一層効率的な執行が可能になると思われたからである。それまでは行政事務を執行する際に、いちいちデータを収集しなければならなかったため、それにかかるコストがばかにならなかった。また市町村でも、自己の管轄する地域の住民を的確に把握したいという思惑があり、この種の国政調査はまさに好都合だったという事情があった。そのため、多くの市町村では懸賞金（Kopfprämien）の制度を設け、住民登録を行っていない人間を見つけた者には報酬を出すとさえいわれたのである(26)。

しかし反対運動の側では、これらの規定が最も異論のあるものであった。統計目的の調査なら匿名性（Anonymität）が前提となるはずであるが、行政執行目的なら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付くことにより、個人の具体的な人物像を作り上げるのに寄与する。それはまさに人間をガラス張りにすることにつながるだろう。ここで、統計庁によるデータ提供の際に個人の名前が外されているという反論は大した有効性を持たない。コンピュータを通じて複数のデータを照合することにより、容易に個人を特定することができるからである(27)。

加えて、データを行政に提供すると、行政過程において当該データがどのように不利益的に使われるのかが見定められない可能性が生じる。確かに、法は申告によった得られたデータに基づく不利益措置を禁止している（国勢調査法第九条一項、連邦統計法第一一条三項）。しかし、このような規定がどれほどの実効性を持つだろうか。データが転々とするうちに、最初の出所などどうでもよくなり、警察や税務署がそのデータを利用するのに何の障害もないということになるからである。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と主張したのである。

（4）プラスチック身分証明書の問題

ところで、収集されたデータと住民登録簿の照合を認めたことは、もう一つ別の問題を生じさせると考えられた。それは、一九八三年の二月に国勢調査法と同じく全員一致で可決された新しい身分証明法(28)によって、一九八四年の一一月に導入予定とされた「プラスチック身分証明書」の問題である。

この新しい身分証明書は、コンピュータとの接続及びそれによる解読を可能にするため、行政の様々な分野における効率性を飛躍的に高めると期待され、連邦議会によって導入が決定されたものである。しかし、このような身分証明書の発行は、国家による国民の管理をますます強めるだけであるとして、各方面から導入反対の声があがるようになる。特に、それが国境警備や犯罪捜査などの治安対策の一環と見られたことが、国民の不安を一層かき立てた(29)。

しかも、この身分証明書は国勢調査によって集めたデータを基に作られることになる。国勢調査と新しい身分証明書の作成は連携していると見なさざるを得ない。それゆえ両者は共に、国家が国民一人一人の情報をコンピュータで一括管理するための手段であると捉えられていく。この身分証明書に対する反対が、そのまま国勢調査に対する反対へとつながったのも、そのためだといえよう。

（5）反対運動の波紋と評価

反対運動の提唱したボイコットの方法は、国勢調査に参加しないという単純なものから、積極的に誤った情報を流してコンピュータを撹乱させるという手の込んだものまで様々であった(30)。後者の手法は「データ汚染（Datenverseuchung）」と名づけられたが、それは調査の執行を妨害することによって、調査の意味を失わせようとするものであった。

反対運動の激化は、仮に調査を実施しても、申告拒否や虚偽申告によってほとんど実効性が得られないのではないか、と思わせるに十分であった。実際、かつて国勢調査法の制定に賛成した議員の中には、とりあえず今回の調

査を取りやめて、法自体を改正すべきではないかと考える者も現れる。それにもかかわらず、調査の責任者である連邦内務大臣ツィンマーマンは、「もはや後戻りはできない」として、予定変更の可能性をきっぱりと否定している(31)。連邦政府は、国勢調査の準備のために既に約一億マルクの経費をかけており、今更引き下がることはできなかったのである。

連邦憲法裁判所は、後の判決文の中で、今回の反対運動が生じた理由を次のように説明している(32)。

「本法の求めるデータ収集が引き起こした動揺は、合理的かつ計画的な国家行為に必要な情報の入手のためなら、国家の権利と義務を尊重するというような忠誠心ある国民の間にも生じている。このことは、部分的に、次のような事情から説明されるかもしれない。まず、多くの人が調査の範囲と利用目的を知らなかったことである。それに、申告義務者に納得のいく説明をする必要性が適切な時期に認識されなかったこともある。しかも一般人の意識が自動データ処理の発展によって、一九五六年から一九六二年までのマイクロセンサス調査の頃から相当変化しているにもかかわらず、そうだったことである。現代のデータ処理の可能性は専門家にしか見渡すことができないし、それが国民に人格の把握をコントロールできないという恐怖をもたらすことがあり得る。たとえ立法者が単に必要かつ受忍可能な申告だけを求めていた場合でもそうである。また、今回の動揺のとりわけ大きな原因としては、一九八三年国勢調査法が立法府の全員一致によって可決されたにもかかわらず、専門家達が、データ収集に関する条項について、特にその利用に関する規定について、憲法上の要請に十分かなっているとはいえないという見解を支持したことがあげられるかもしれない」(33)。

このような評価の是非については、とりあえずおいておこう。ここでは反対運動が、決して一部の急進派だけのものではなかったという点が確認されればよい。

市民の反対運動は盛り上がりを見せたものの、八三年総選挙では、直接的な成果を上げることができなかった。しかし、調査の実施日は確実に近づいていた。そこで、ボイコット運動とは別に、法的な手段に訴えることで国勢

調査の執行を食い止めようとする動きも現れる。連邦憲法裁判所の国勢調査判決はそうした動きの産物でもあった。

四　連邦憲法裁判所の仮命令

反対運動が続けられる中、連邦憲法裁判所には一九八三年国勢調査法の違憲性を主張して、五〇〇にも上る憲法異議（Verfassugsbeschwerde）の申し立てがなされた。しかし、国勢調査の実施日が四月二七日に迫っていたこともあり、本案の判決を待っていたのでは、提訴の意味がなくなってしまう恐れもあった。そこで、本案判決の前に、仮命令（einstweilige Anordnung）の発令が申し立てられることになる。

仮命令とは、民事訴訟法でいう仮処分に相当する(34)。連邦憲法裁判所法第三二条一項によると「連邦憲法裁判所は、争訟事件において、仮命令によって事態を暫定的に規律することができる。ただし、それは重大な不利益を防止するためか、差し迫った暴力を阻止するため、あるいは他の重要な理由から、公共の福祉のために緊急の必要がある場合に限られる」と定められている。異議申立人達は、この仮命令によって、国勢調査の実施を一時的に差し止めようとしたのであった。

連邦憲法裁判所は多くの憲法異議の申し立てのうち、自由民主党の党員で、ハンブルクの弁護士であったマヤ・シュタートラー＝オイラー及び彼女の同僚弁護士ギゼラ・ヴィルトの訴えとリューネブルクの法学生グンター・フォン・ミルバッハの訴えを取り上げる(35)。申し立ての趣旨はいうまでもなく、一九八三年国勢調査法が彼らの基本権(36)を侵害するというものであった。これに対し、連邦政府を代表する形で連邦内務大臣ツィンマーマンが対峙する。ツィンマーマンは、この憲法異議は不適法であり、そうでなくても明らかに理由がないから退けられるべきであると主張した。他に、バイエルン州とシュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州が連邦政府に同調し、ハンブルク州が異議申立人に同調した。更に、連邦と州（バーデン・ヴュルテンベルク、バイエルン、ハンブルク、ヘッセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン）の各データ保護受託官が意

見を述べ、国勢調査法、特にその第九条に対して憲法上の疑義を申し立てた(37)。

これらの主張に対して、連邦憲法裁判所の第一法廷は四月一二日に口頭弁論を開き、翌一三日に判決を申し渡した。その中で連邦憲法裁判所は、結局、異議申立人の主張を認め、仮命令によって四月二七日の実施を差し止めたうえ、本案判決を下すまで執行を延期するように命じたのである(38)。この判決の理由づけは次のようになっている。

まず、仮命令の発令は、異議申し立てが不適法であるか、または明らかに理由のないものでない限り、原則として、本案で判断されるべき理由を考慮せずに行わなければならない。仮命令は本案における勝訴の見込みを考えて発令されるものではない。発令の判定の際に連邦憲法裁判所が行わなければならないのは、仮命令の発令が認められず、かつ本案で憲法異議に理由ありと判断された場合に生じる不利益と、仮命令の発令が認められて、かつ本案で憲法異議に理由なしと判断された場合に生じる不利益を衡量する（abwägen）ことである。

そこで利益衡量の前提について判断するに、本案では、自動データ処理技術の発展の中で、個人の基本権的地位の保護をどのようにすべきかという根本問題が提起されている。これにはかなり突っ込んだ検討が必要とされる。それゆえ、この憲法異議は不適法でも、明らかに理由がないものでもない。だとすると次に利益衡量によって、仮命令の発令の可否を決定しなければならない。

もし仮命令が発令されず、後に憲法異議に理由があると判断されればどうなるか。この場合、法律の執行によって、全ての申告義務者の基本権が侵害されることになるだろう。特に国勢調査法第九条に従って、データが行政目的に利用された場合、被害は深刻なものにならざるを得ない。だから、当法廷は全員一致の意見で、この第九条の執行を暫定的に延期することを決定する。

しかし、当法廷の多数派は、第九条だけの延期では十分ではないと考える。第九条のみの延期では、結局、データの収集・保有自体は行われることになる。これが基本権侵害になるかどうかは詳しく審査してみないとわからな

いが、基本権侵害であるとすれば、公共の福祉に対するかなり大きな不利益になるといえる。しかも、第九条以外の規定の合憲性に疑義が残っているにもかかわらず、それを適用するとすれば、国勢調査の結果の有用性も危うくするかもしれない。

他方、仮命令が発令されて、後に憲法異議に理由がないと判断されればどうなるか。この場合、仮命令が最終的かつ取り返しのつかない状態を創出することはない。また、それは本案の判断を先取りするものでもない。むしろ国勢調査が憲法に対立することなく実施できるのである。確かに、ここまでの準備にかかった費用の問題は無視することができない。しかし、国勢調査の合憲性が最終的に確認され、憲法上の疑義が取り除かれた後の実施の方が、より信頼できる成果を期待できるであろう。それが余分な資金の投入を正当化するのである。

以上のように述べて、連邦憲法裁判所は、五対三の決定で、一九八三年国勢調査法全体の延期を命じる仮命令を発令する。連邦憲法裁判所が議会の全員一致で可決された法律を差し止めたのは、連邦共和国史上初めてのことであると報じられている(39)。この後、連邦憲法裁判所は、国勢調査法の内容に立ち入った全面的審査に移るのである。

五　小括

ここまで、一九八三年国勢調査法判決が下されるまでの法・政治・社会状況について、かなり詳しく叙述してきた。最初に述べたように、ここでの叙述の目的は判決をめぐる議論の文脈を明らかにすることにある。議論が真空の中で行われるものでない以上、その背後に必ず様々な事情があるはずである。そして議論は、各人の抱える特有の事情を背景におきつつも、それぞれの立場から行われる。他方、法的議論はこうした事情を反映しながらも、文脈から一定の距離をおいて行われる。その意味で法に準拠した議論は、それ以外の議論とは違う独自の議論である。しかし、それは独自の合理性を持った議論でもある(40)。本稿ではその合理性を法的判断枠組に従った論証の仕

方に求めているのである。もちろん、それだけが法的議論の合理性を保証すると主張しているのではない。それなくしては法的議論として合理的だとはいえないと主張しているのである。

本章では、以下で論じる法的議論の特色を浮かび上がらせるために、その背景にある議論の文脈を明らかにしようとしてきた。議論の文脈をいかなる立場にも依らないで、客観的に叙述することは論理的に不可能であるとしても、これまでの記述から、国勢調査法に関する状況はある程度理解されたと思う。以下では、同じ問題を憲法的見地から三段階審査の論証作法に従って論ずればどのようになるか、という設定の下に話を進めることにする。議論を三段階審査の枠組みに整序することで、一体どのような帰結が生じるのか。そのような整序の仕方が本当に適切といえるのか。それはいかなる意味で合理的な議論のあり方といえるのか。次章では、こういう視点に立って、連邦憲法裁判所の国勢調査判決を分析し、それに基づいて三段階審査の論証作法を吟味していきたい。

第二章　基本権の保護領域論

一　国勢調査判決における保護領域論

三段階審査の第一段階は基本権の保護領域の分析である。ここでは、具体的な事例の中に基本権問題が含まれているのかどうか、含まれているとしてどの基本権がかかわっているのか、その基本権の内容はどのようなもので、どのような利益を保護しようとしているのか、といった点が論じられる(41)。基本権の保護領域論は、後に続く基本権制約論や憲法的正当化論の前提であり(42)、法的議論全体を枠づける土俵設定の意味を持っている。ここで保護領域該当性が否定されれば、もはや次の段階に話を進める必要はなくなり、論証手続は終了してしまう。それだけに保護領域論は重要であり、できるだけ細やかな論証が求められているといえよう。

では、国勢調査判決における保護領域論はどうであろうか。そこでは、いかなる内容の基本権がかかわっていると論じられているのか。個別の基本権規定の解釈によりながら、問題とされる基本権の種類と内容を分析しなけれ

ばならない。

憲法異議の申立人の主張では、基本法一条一項と結び付いた二条一項から導かれる一般的人格権、四条一項の信仰告白の自由、一三条一項の住居不可侵の権利、五条一項一文の意見表明の自由、一九条四項の裁判を受ける権利について、基本権侵害があるとされる(43)。これらの基本権の侵害の有無に関して、連邦憲法裁判所がそれぞれにつき検討を加えているので、以下ではそれに従って見ていくことにしたい。まず、信仰告白の自由、住居不可侵の権利、意見表明の自由に関する連邦憲法裁判所の論証を概観し、その後で最も議論の多い一般的人格権について論じることにする。

なお、一九条四項の裁判を受ける権利(44)は重要な手続的基本権であるが、実体的基本権の場合とは異なった特別の考察を必要とすると思われる(45)ので、本稿ではとりあえず検討の外におき、註において簡単に触れる程度にとどめたい(46)。

二 信仰告白の自由、住居不可侵の権利、意見表明の自由

(1) 信仰告白の自由

国勢調査法は第二条一号において「宗教団体への正式加入または非加入」を申告事項としている。これに対して、このような事項を申告させるのは、基本法四条一項の信仰告白の自由(47)(Bekenntnisfreiheit)を侵害するのではないかと申し立てられた。

基本法四条一項は「宗教および世界観の告白の自由」を明文で保障しており、そこにはもちろん積極的自由としての宗教的信念を告白する権利が含まれる。同時に、この権利の消極面として、宗教的信念について沈黙する権利もまた保障される。四条一項において、消極的信仰告白の自由が保障されているという見解は、もともと異論なく認められていた(48)が、これに加えて基本法にはこの自由を支えるもう一つの根拠がある。すなわち、基本法は

一四〇条(49)において、ワイマール憲法の宗教関連規定を「基本法の構成部分」と定めており、それを受けてワイマール憲法一三六条三項が「何人も、自己の宗教的信念を表明することを義務づけられていない」と規定していることである。基本法四条一項のみならず、基本法一四〇条と結び付いたワイマール憲法一三六条三項が存在することによって、消極的信仰告白の自由は基本権として保障される。ここまでは異論がない。

問題は、宗教団体に加入している、していないということを申告させる義務がこの消極的信仰告白の自由にかかわるかどうかである。宗教団体への加入・非加入を表明しないことは、信仰告白の自由の保護領域に含まれるのだろうか。

しかしこの点に関して連邦憲法裁判所の直接的な言及はない。消極的信仰告白の自由の保障を認めた後すぐに、ワイマール憲法一三六条三項二文(50)の基本権制約の要件に話を進めているからである。当該条文は明文によって「法律の命じる統計上の調査のために」官庁が宗教団体への加入・非加入を問うことを許している。連邦憲法裁判所は、本件がこの要件を満たすと判断して、信仰告白の自由の侵害であるという主張を退けたのである。

おそらく、論理的に見ると、このような判断は保護領域該当性と基本権制約の存在を認めた上で、基本法から直接に基本権制約を正当化したものといえるだろう。それゆえ、宗教団体への加入・非加入を表明しないこと自体は、基本権の保護領域上の行為であるといえるだろうし、もし「法律の命じる統計上の調査のため」でなければ、官庁がそれを問うことは基本権の侵害であるとされる余地が十分あると思われる(51)。

（2）住居不可侵の権利

国勢調査法の第三条二項は、住居統計上の質問事項として、住居の種類、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、部屋の数と使用状況などを申告するよう義務づけている。これに対して、このような住居に関する事項を強制的に申告させるのは、国家機関が住居に踏み込んで情報を収集するのと変わりがないから、基本法一三条一項の住居不可侵の権利(52)を侵害するので

はないかと申し立てられた。

ここで住居不可侵の権利の保護領域がまず問われるわけであるが、連邦憲法裁判所はかつて、基本法一三条の意味での「住居」とは「空間的な私的領域（räumliche Privatsphäre）」であるといい(53)、その保護目的は「そっとしておいてもらう（in Ruhe gelassen werden）」権利を保障することであると述べた(54)。つまり、基本法一三条においては、個人は他からの干渉を受けることなく、私的な空間を支配する自由を有するというのである。それがこの基本権の保護領域をなしているというわけである(55)。

「空間的な私的領域」としての「住居」という概念は必ずしも明確なものではないが、連邦憲法裁判所はそれを広い意味で捉え、個人の居住する家屋のみならず、企業・営業所（Geschäfts- und Betriebsräume）のような、公衆のアクセスが可能な空間をも含むものと理解した。このような解釈の仕方には、法人に対しても基本権保護を及ぼそうとする意図や一三条二項、三項の適用の問題がかかわっており(56)、本稿で論じるのは適当でないが、いずれにせよ、一三条が保護しようとする対象の範囲はかなり広いものとされているといえよう。

本件では、典型的な個人用住宅の調査の場合が問題となっているため、基本権の保護領域の該当性は否定されていないようにも見える。しかし結果的に、連邦憲法裁判所は住居不可侵の権利の侵害はないとした。裁判所の見解は次のようなものである。

基本法一三条の基本権は、住居保有者の意思に反して公権力が住居に侵入したり、そこに居座ったりすることを原則として禁じている。これ以外にも、公権力が住居に盗聴器を備え付けて利用することも禁じている。しかし、住居に侵入したり、居座ることなく行われる情報の収集活動は、基本法一三条によっては把握されない。それゆえ、私的な居住関係の表明が強制されるからといって、この基本権が侵害されているとはいえない(57)。

連邦憲法裁判所のこの見解は、基本権に対する国家行為の態様に焦点を当てており、基本権の保護領域よりもむしろ、第二段階の基本権制約について判断したと解する余地もあろう（その上で基本権の制約はないと考えた）。

ただ、基本法一三条の保護領域はあくまでも「住居」という一定範囲の空間と密接にかかわるものと解すれば、連邦憲法裁判所は基本権の保護領域の該当性自体を否定したということになるだろう。

（3）意見表明の自由

国勢調査法は第二条から第四条までの各条文において、国民・職業調査、建物・住居統計上の質問、事業所調査について定め、それぞれにつき申告するよう義務づけている。これに対して、このような申告の義務づけは基本法五条一項一文の意見表明の自由(58)を侵害すると申し立てられた。つまり、意見表明の自由の消極面が侵害されているというのである。

意見表明の自由も信仰告白の自由と同様、自己の意見を表明しない自由という意味での消極的自由としての側面を持っている。この点に異論はない。だとすれば、調査事項の申告を拒むことも消極的な意見表明の自由であるといえるだろうか。このような行為も基本法五条一項一文の保護領域に該当するのだろうか。

これに答えるためには、まず、意見表明の自由というときの「意見（Meinung）」の表明の意味を解釈しなければならない。通説によれば、ここでいう「意見」とは評価、価値判断、事実の評価的考察に限定され、単なる事実の通知は「意見」の表明とは見なされなかった(59)。評価の要素とかかわらない単なる事実の通知は、意見表明の自由に含まれないと考えられたのである。通説に従えば、調査事項の申告拒否は消極的な意見表明の自由の行使とはいえないということになろう。他方、少数説ではあるが、「意見」の概念を広く解釈して、単なる事実の通知も「意見」の表明に含め、消極的な意見表明の自由が個人データの収集・保有・伝達に対する保護を提供すると述べる見解もあった(60)。

これに対して連邦憲法裁判所は次のように述べる。「意見」の表明として、この基本権の保護に与るものを決める際に重要なのは、精神的な討議の枠内における態度の決定（Stellungnahme）、見解の形成（Dafürhalten）、思考の展開（Meinen）といった要素である。しかし、事実の通知にはこのような要素が欠けており、厳密な意味で

の「意見」の表明とはいえない。事実の通知が意見表明の自由の基本権によって保護されるのは、それが意見形成の前提である場合に限られる。国勢調査における申告のような、純粋な事実の通知は、意見形成と全くかかわりを持っていない(61)。

こうして、連邦憲法裁判所は意見表明の自由の侵害を否定したのであるが、その理由は、右に見たように、純粋な事実の通知は基本法五条一項一文の保護領域に含まれないとするところにあったと考えられる。

更に、連邦憲法裁判所は、基本法五条の適用を否定する理由をもう一つ挙げている。それは、消極的な意見表明の自由では、データ収集が第三者の下で行われたり、秘密の観察によってなされた場合、そもそも保護が受けられないという理由である(62)。つまり、たとえ申告の拒否が消極的な意見表明の自由の行使であるとしても、本人の申告が問題とならない領域でのデータ収集には保護が及ばないというのである。この部分は本件の事案とは関係のない傍論(obiter dictum)であるとする評釈もある(63)が、データ保護における消極的意見表明の自由の有効性の限界を示すものとして注目すべきであると思われる(64)。

三　一般的人格権

(1) 中心的争点としての一般的人格権

以上のように、連邦憲法裁判所は、信仰告白の自由、住居不可侵の権利、意見表明の自由といった基本権の侵害の主張を全て退けた。このうち最初の二つの基本権は国勢調査の一部事項にしかかかわらないが、最後の意見表明の自由は国勢調査の全事項に関係している。それゆえ、もし国勢調査がこの基本権の保護領域に触れるものであったなら、国勢調査法の合憲性は、とりわけ、消極的自由としての意見表明の自由に照らして判断されていただろう。この基本権を決め手にして、「意見表明の自由を通じてのデータ保護」を説く見解(65)もあったというのに、結局、連邦憲法裁判所は、純粋な事実の通知はこの基本権の保護領域に該当しないとして、それ以上の議論を展開し

なかった。つまり、意見表明の自由は個人情報保護にとって決定的な意義を有するものだとは考えられなかったのである。

これに対して、議論の中心におかれたのが一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）である。連邦憲法裁判所の言葉を借りると、「審査の基準となるのは、何よりもまず、基本法一条一項と結び付いた二条一項によって保護される一般的人格権である」(66)ということになる。一般的人格権こそが国勢調査法の提起する様々な基本権問題の真の争点であり、議論全体の土俵としてふさわしい基本権であるとされているのである。というのも、意見表明の自由があくまで、本人からの強制的データ収集しか問題にしえなかったのに対して、一般的人格権は、国家による個人関連データのあらゆる取り扱いを射程に収めることができると捉えられているからだろう。

そこで以下では、一般的人格権の内容と範囲について、これまでの学説や判例の議論を参照しつつ、できるだけ整理してまとめるように努めたい。その上で、節を改めて、国勢調査判決における連邦憲法裁判所の見解に立ち入り、そこで展開される一般的人格権論、特に、この判決で初めて本格的に論じられた情報自己決定権論を検討したいと思う。

（2）一般的行動の自由と一般的人格権

一般的人格権なる基本権は基本法のどこにも明文の根拠を持っていない。しかしそれにもかかわらず、判例・通説は一般的人格権を基本法によって保障された基本権として承認している。その際、基本法二条一項の人格の自由な発展の権利(67)が条文上の根拠として引合いに出されている。そこで、一般的人格権の内容を明らかにする手がかりとして、まず、基本法二条一項の解釈論から見ていきたい。

基本法二条一項の人格の自由な発展の権利は、その文言の抽象性・不明確性・不確定性から、その内容と範囲について、当初より極めて多くの議論を引き起こしている(68)。基本法の制定過程でも、「全体主義的秩序を拒否するという点を除いて、基本法二条一項によって保障される基本権に関しては、明確な観念が存在しなかった」と

いわれており(69)、初期の段階においては権利性自体を否定する議論もあったのである。現在では判例・学説とも、権利性を否定するものは見あたらないが、その内容をいかに捉えるかについては、なお議論がある。ここでの目的から考えて、その議論に立ち入る必要はないと判断されるため、詳細は別に譲り(70)、一応、判例・通説といわれている見解に従って話を進めることにする。

判例・通説によると、人格の自由な発展の権利は何よりもまず、一般的な行動の自由（allgemeine Handlungsfreiheit）を保障するものであるといわれる。一般的行動の自由とは、各人が欲することを行い、あるいは欲しないことを行わない自由をいい、「最も広い意味における人間の行動の自由」であるとされる(71)。このような自由が保障されているということは、人間のあらゆる行動が基本権の行使と認められるということを意味する。つまり、個別の基本権条項では特に認められていない行為や自由であっても、この基本権の保護に与ることができるのである。こうして人格の自由な発展の権利は、個別的基本権の保障からこぼれ落ちたあらゆる行動をカバーする包括的基本権、すなわち補充的基本権（Auffanggrundrecht）として機能することになるわけである。

この一般的行動の自由は人間のありとあらゆる行動を保護の対象にするため、その保護領域が無限に拡大する一方で、それが制約される可能性もまた広く認められる必要があった。しかし、個別的基本権の保護からこぼれ落ちる個人の利益を全て一般的行動の自由であるとして、一律に取り扱うのは不当であるという考えが次第に広がるようになる。すなわち、「狭義の人格的生活領域とその基本条件の維持」(72)の保障を課題とし、制約の可能性を容易に認めない特別の基本権が承認されなければならないと考えられるようになったのである。それは個別的基本権によってはカバーされない明文根拠のない基本権ではあるが、同時に、一般的行動の自由とも区別される独自の基本権でなければならない。このような課題を担う基本権として一般的人格権が登場するのである(73)。

一般的人格権は「比較的狭い人格領域を侵害することを目的とした介入からの防御に立ち向かうための基本権である」(74)。この基本権は、基本法二条一項の人格の自由な発展の権利に憲法上の根拠を有する点で、一般的行

動の自由と共通の基礎を持っている。しかし他方で、その内容の特性ゆえに一般的行動の自由から切り離され、その限りにおいて他の個別的基本権とパラレルの関係にあると考えられている(75)。こういった事情のせいか、一般的人格権を基本法に定礎せしめる際は、基本法一条一項の「人間の尊厳」条項をも同時に引合いに出すのが通例である。すなわち、一般的人格権は基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項によって保障されるというのである。

基本法一条一項と二条一項の二つが結合される結果、それぞれを単独で適用する場合とは異なった帰結が生まれると考えられているようである。クーニッヒによると、一般的人格権は、原理的に制約可能であるということのために基本法一条一項から区別され、他方で、「基本法一条一項があるがゆえに」三幅対の制約要件（他人の権利、憲法的秩序、道徳律）の適用を受けず、その制約可能性は別の諸原則から導かれるという理由によって、基本法二条一項からも区別されるという(76)。また連邦憲法裁判所も、一般的行動の自由との違いを意識して次のように述べている。「基本法一条一項との結び付きが示すように、基本法二条一項の一般的人格権は『人格の自由な発展』の要素を含んでいるが、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（aktiv）』要素、すなわち一般的行動の自由から切り離される。従って、一般的人格権の構成要件も、一般的行動の自由のそれよりも狭く捉えられなければならない。つまり、この権利は狭義の人格的領域への侵害と結び付くような介入行為にしか及ばないのである」(77)。

もっとも以上のような見解には、いくつかの問題点がある。例えば、「同じく基本法二条一項を根拠としながら、なぜ一般的人格権と一般的行為自由とでは構成要件に関するアプローチが異なり、一般的人格権についてだけ人格関連性が要求されるのか」(78)という疑問がそうである。確かに、一般的行動の自由と違って、一般的人格権の場合は「人間の尊厳」条項との直接的な結び付きが指摘される。しかしシュミット・グレーザーもいうように、「人間の尊厳に言及するだけでは、私的領域（＝一般的人格権）によって狭義の人格的領域を理解することが当然

に正当化されるわけではない。というのも、一般的行動の自由も基本法一条一項からその実質を獲得しているからである」(79)。

このような疑問は、一般的人格権と一般的行動の自由を全く違った基本権と見ることができるのか、という疑問とも関連している。シュミット・グレーザーは、これに対して、人格の自由な発展の保護には動態的・能動的要素と静態的・受動的要素があり、前者が人間の「行動」(＝一般的行動の自由)の保障で、後者が人間の「存在」(＝一般的人格権)の保障であるとしつつ、「存在」の保障は間接的に「行動」をも保護すると述べる(80)。これは、一般的人格権と一般的行動の自由を統一的に把握しつつ、同時に、両者の保障内容の違いを示そうとしたのだと思われる(81)。

仮にこの見解が一般的人格権と一般的行動の自由の異同を説明するものであったとしても、それだけでは何ゆえに「狭義の人格的領域」の保護に一般的人格権を結び付けるのか、という疑問に答えたことにならない。先ほどのシュミット・グレーザーは、それを裁判所が明示的に述べない「前提的理解(Vor-Verständnis)」であると捉え、「西欧文化の倫理的意識を形成してきた人格像に依拠するもの」であると考えた(82)。「狭義の人格的領域」が一般的人格権により保護されるのは、いわば当然の前提であるというのかもしれない(83)。他方で、「狭義の人格的領域」が保護されなければならない必要があるということ自体は、「現代における様々な発展とそれと結び付いた、人間の人格の保護に対する新しい危険状況に鑑みると」(84)十分に理解できる。最近の判例や学説が、一般的行動の自由と区別して、一般的人格権を構想するのも、こういった現代的状況下における「人格の自由な発展」の保護は、独自の基本権によって、特別に扱われなければならないと考えているためであるようにも思われる。だとすれば、「狭義の人格的領域」の保障としての一般的人格権は、「人格の自由な発展」が脅かされる現代的状況を視野に入れて、検討しなければならないということになろう。

そこで以下においては、最近の傾向にならって、一般的人格権を一般的行動の自由と区別される独自の基本権で

あると考え、それに固有の保護領域とはどのようなものであるかを見ていきたいと思う。そのためには、一般的人格権の形成に大きな影響を与えたと思われる、いわゆる「領域理論（Sphärentheorie）」(85)に言及しておく必要があるだろう。

（3）一般的人格権の保護領域と「領域理論」

一般的人格権の保護領域を精確に画定しようとすればかなりの困難に遭遇する。この困難が生じる理由は、いうまでもなく、「保護法益自体のプリズム的な多様性」(86)にある。一般的行動の自由も、無限に広い保護領域を持つ基本権であったが、一般的人格権もまた相当広範かつ多彩な保護領域を持っている。

ちなみに、一般的人格権の内容をなすといわれる、連邦憲法裁判所の判決に表れた諸権利をいくつかひろってみよう(87)。例えば、私生活に関する事実を利用されたり(88)、調査されたりしない権利(89)。離婚記録(90)や医者のカルテ(91)を目的外で使われない権利。話した言葉を勝手に録音して使われない権利(92)。囚人の社会復帰を報道によって妨げられない権利(93)。自己の人物像は自分自身で描写し、他者の自由にさせない権利(94)。話してもいないことを話したといわれない権利(95)。話の内容を不正確に引用されない権利(96)。問題となった権利をこうして挙げていけば、それこそ枚挙に暇がない。

逆に、このように多種多様な諸権利から母体となるべき一つの統一的な実体を観念するのも至難のわざである。確かに「狭義の人格的領域」が一般的人格権の保護領域であるということはできるだろう。しかし、そのような高度に抽象的な表現でしかいい表せないのも事実である。より精確な記述を求められても応えられないのである。更に、もっと重要な論点として、これらの諸権利をどのような形で保障すればよいのか、全てを一律に取り扱い同じ基準で判断してもよいのか、という問題もある。判例は「狭義の人格的領域」の保護という観念を手がかりにして、ケース・バイ・ケースで判断しているようであるが(97)、学説の方は何とかこの基本権の保護領域を画定し、基本権保障の基準を獲得しようと努力してきた。

中でも「領域理論」と呼ばれる考え方は注目すべき見解であった。「領域理論」とは、基本法二条一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とする考え方である。この理論は、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。ここでは「領域理論」を提唱する代表的論者であるショルツのまとめるところを見ておこう(98)。

ショルツによると、連邦憲法裁判所はこの基本権の保護を比例原則を通じて内容的に段階づけているという。そこで段階づけられる個人の生活領域は、「人間の自己決定の（不可侵の）核心領域（Kernbereich）ないし内密領域（Intimsphäre）にはじまり、私的領域（Privatsphäre）を経て社会的領域（Sozialsphäre）に至る段階的かつ同心円的構造」と捉えられる。「人間の自己決定の核心領域は絶対的に保護される。それゆえ、『比例的な』制約すら受けない。これに対して、私的領域は比例原則の基準に従って制約できる。そこでは比例原則がその全要素（必要性、狭義の比例性、適合性）において『厳格に』適用されなければならない。最後の社会的領域は幅広い範囲で『公共の福祉の理由』によって制約し得る。ただし、行動の自由の本質的内容に触れてはならない」(99)。

基本法二条一項の人格の自由な発展の権利は、一般的行動の自由であれ、一般的人格権であれ、極めて広範囲でかつ多様な保護領域を持つので、いくつかのグループに分けて保護の程度や方法を考える必要があるといわれてきた。「領域理論」は、核心領域・内密領域を絶対的に保護し、比例原則を通じて私的領域にも十分な保護を与え、社会的領域では公共の福祉を優先させるというやり方で、この要請に応えたのである。以上のような利点を持つ「領域理論」は、確かに多種多様な判例を体系的に整理するのに役立ち、判例理論をうまく説明することができるように思われた(100)。そのため他の論者にあっても、しばしば同様の説明がなされたのである(101)。

しかし、この「領域理論」にも批判がないわけではない。例えば、シュリンクは「領域理論」に対して根本的な疑念を呈している(102)。それによると、まず、不可侵の核心領域ないし内密領域といわれるものには連邦憲法裁

判所の定義がなく、しかもそれを認めた例もないという。私的領域といわれるものには雑多なものが詰め込まれており、全体の輪郭が描けない。社会的領域といわれるものには十分な保護が及ばないとされるが、説得的でない。何よりも私事（Privatheit）とは相対的なものであって、三つの領域をはっきりと区別することはできない。

確かに、私的領域と明確に区別され、かつ絶対的に保護されるべき内密領域を観念することは困難であるし、また、公共と関連する社会的領域だからといって一概に保護の程度が低いともいえない。例えば国勢調査の対象となった情報のうち、名前や住所は私的領域に入るのか社会的領域に入るのか定かでないし、仮に社会的領域だとしても、他の情報と結びつくことによってセンシティビティが高くなれば、保護の必要性も大きくなるだろう。その意味で国勢調査判決のいう「自動データ処理の条件の下では、もはや『重要でない（belanglos）』データは存在しない」(103)という言葉は示唆的である。個人の利益を三つの領域のうちのどれかに該当せしめるだけでは、問題を解決することはできないのである。

国勢調査判決が「領域理論」的思考を採らなかったため、連邦憲法裁判所はこの理論を放棄したという見解も現れる(104)。しかし多数説はなお「領域理論」を堅持しているようにも見える(105)。とりわけガイスは、核心領域の絶対的保護を目指す「領域理論」を強力に擁護する(106)。ガイスの関心は、領域間の相対化にもかかわらず、核心領域を抽出することは可能であり、それは絶対的に保護されなければならないと説くところにある。先にも述べたように、絶対的に保護されるような核心領域を観念することは難しいが、仮にそれが可能であっても、「領域理論」の有用性自体はかなり限定されたものにならざるを得ない。特に、社会的領域に該当すると考えられるものにも保護を及ぼさなければならない場合があるとなれば、三つの領域への割り振りだけで保護の程度と方法を判断するのは不可能だということになろう。

とはいうものの、「領域理論」の与えた影響は大きいと考えられる。比例原則の厳格な適用によって保護されるべき私的領域なるものを想定し、保護の程度の低い社会的領域と区別するという発想は、一般的人格権と一般的行

動の自由の区別におおむね対応しているように思われるからである。しばしば私的領域の保護は一般的人格権と同一視され(107)、「狭義の人格的領域」にかかわらない一般的行動の自由は社会的領域に現れる。また、「狭義の人格的領域」の保護を目的とする一般的人格権の方が、一般的行動の自由よりも保護が厚いといわれるが、私的領域の方が社会的領域よりも保護が厚いことと対応する。つまり「領域理論」は、人格の自由な発展の権利から一般的人格権と一般的行動の自由を分けるのに貢献したと考えられるのである(108)。

「領域理論」の果たした役割が以上のようなものであるとすると、結局、話は元に戻らざるを得ない。「狭義の人格的領域」といういい回しを超えて、一般的人格権の保護領域をもっと明確に対象化することはできないのだろうか。しかし判例や学説を見る限り、そのような試みは断念されているようである(109)。むしろ、現代的状況の下で生じる様々な人格侵害に対処する必要性が、「狭義の人格的領域」の保護という足場（たとえ明確なものではないとしても）を得て、新しい権利を生み出しているように見える。一般的人格権は、その意味で、時代や状況の変化に応じて保護領域を形作っていく包括的基本権なのであろう。

国勢調査判決においても、「自動データ処理の可能性と危険性が個人データの保護の必要性を認識せしめた」(110)という指摘がある。後述するように、国勢調査判決は一般的人格権から情報自己決定権（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）という新しい権利を生み出したが、そこで決め手になったのはやはり、「自動データ処理の可能性と危険性」に対する状況認識とそれに対処すべき必要性の認識であった。そこで一般的人格権は、現代的状況下におけるデータ保護の切実な必要性とこれまでの人格権論の成果を結びつける媒介の役割を果たしているといえよう。そして情報自己決定権の創出は、こうした一連の過程の延長線上に位置づけられるのである。

四　情報自己決定権

（1）一般的人格権から情報自己決定権へ

国勢調査判決は、一般的人格権を具体化し、そこから情報自己決定権という新しい権利を導きだした。基本権の保護領域論との関連でいえば、ここでいう情報自己決定権とは何か、一般的人格権と情報自己決定権の関係はどうなっているのかなど、論じるべき点は多い。本節では、情報自己決定権の保護領域を明らかにするために、連邦憲法裁判所による一般的人格権の具体化の過程を検討し、それとの関係で、情報自己決定権の内容を論じることにしたい。

既に述べたように、個人情報の憲法的保障について、連邦憲法裁判所は、「狭義の人格的生活領域とその基本条件の維持」を保護領域とする一般的人格権を議論の中心に据えた(111)。これは、一般的人格権が、国家による個人情報のあらゆる取り扱いを射程に収め得る適性と包括性を有していると考えられたためである。その反面で、一般的人格権の内容はいつまでたっても確定できず、その保護領域も抽象的にしか把握できなかった。そのため、連邦憲法裁判所としては、「狭義の人格的領域」の保護という抽象的な目標を手がかりにして個別事例ごとに、この基本権の保護領域を具体化する道を選ぶことになる(112)。しかし、個別事例における一般的人格権の具体化は、決して、その場しのぎの場当り的作業ではなかった。むしろ具体化の過程は、「狭義の人格的領域」の保護を前提に、一定の考慮要素を踏まえた合理的な判断過程であったと評価し得る。では、それはいかなる意味で、合理的な判断過程であったといえるのだろうか。

まず、そこでは、一般的人格権による保護を必要とすべき客観的状況が存在しているかどうかが考慮されている。一般的人格権は、現代における人格的利益の危殆化に対抗するために創出された基本権である。それゆえ、個別事例における具体化に際しても、人格的利益を保護する必要性が十分に認められなければならない。この切実な事情が裁判所の判断に反映し、一般的人格権の内容形成を先導するのである。国勢調査判決においても、「自動データ

処理の可能性と危険性」に対する状況認識とそれに対処すべき必要性の認識が、至る所で表明されている(113)。これが一般的人格権の具体化に大きく寄与したのはいうまでもない(114)。

状況の認識とそれに対処すべき必要性の認識は、一般的人格権の具体化においても、極めて大きな役割を果たしたと思われるが、もちろん、それだけでは、この包括的権利の保護領域を特定するのに不十分であるし、また、状況と保護の必要性の認識から直ちに具体的な権利を導くのは、方法論的にも無理がある。一般的人格権は基本法一条一項の人間の尊厳の不可侵性と結び付いた基本法二条一項の人格の自由な発展の権利から導かれたという体裁が維持されなければならないとすれば、保護を必要とする状況の存在は、あくまで間接的な根拠にとどまらなければならないであろう。

連邦憲法裁判所は、この点、一般的人格権の具体化にあたって、先例の検討を重視しているように見える。一般的人格権が、判例によって創出された基本権であることを思うと、この基本権の内容も、一連の諸判例の中で徐々に具体化されてきていると考えられる。もちろん、人格の自由な発展の権利や人間の尊厳の不可侵性に関する議論も、一般的人格権の形成に寄与しているし、また、私法上の一般的人格権の議論(115)が影響を与えていることも間違いない。しかし、個別事例において、連邦憲法裁判所が直接依拠しているのは、やはり一般的人格権に関する連邦憲法裁判所の先例なのである。ある事例における権利論は、先行する判例に基礎をおいており、その事例が先例となって後の権利論が導かれているのである。

そこで以下では、連邦憲法裁判所の判例の流れ(116)を概観することにより、判例による一般的人格権の具体化の過程を明らかにする。とりわけ、国勢調査判決における情報自己決定権が、先行する一般的人格権に関する諸判例からどのようにして生成し、その中でどのように位置づけられるのかを見てみたいと思う。おそらく、この具体化の過程で、判例の力点は「私生活の内密性の保護」から「自律的決定の保護」へと移ってきていることがわかるだろう(117)。そして情報自己決定権が、議論の転換から生じた一つの帰結であることも理解されるだろう。つま

り、判例の流れを一般的人格権の具体化の過程と捉え、情報自己決定権をその帰結と見ることで、事態を適切に説明することができるのである。

（2）個人情報と私生活の内密性の保護

個人情報に関する一般的人格権論は、当初、私生活の内密性の保護に焦点を合わせていた。これによると、一般的人格権の機能は、一般社会から切り離された私的な領域を個人に確保することにあるとされている(118)。個人には一人きりでいたり、極めて親しい人とだけ交わる、社会との関連を持たない場が必要である。個人が社会に参加していく際にも、時には滋養と休息の場が必要とされるように、このような場の確保は、個人の社会生活においても不可欠である。それゆえ、私生活の内密性は特に保護されなければならないと考えられたのである。

公の介入し得ない領域としての私生活を保護すべきであるという考え方は、既に一九五七年のエルフェス判決（Elfes-Urteil）(119)の中に伺うことができる。この判決は、基本法二条一項の人格の自由な発展の権利から一般的行動の自由の保障を導きだした判決として知られているが、そこで問題になったのは、一般的人格権と直接のかかわり合いを持たない外国旅行の自由であったにもかかわらず、一般的人格権の先例としてしばしば後の判決で言及されている。とりわけよく引用されるのは次の箇所である。「個々の市民には私的な生活形成の領域が憲法の力により（verfassungskräftig）留保されている。従って、全公権力の作用から免れた人間の自由の最終的で不可侵の領域が存在するのである」(120)。ここで言及された「私的な生活形成の領域」をめぐって、その後の判例は、この概念の具体化に努めることになる(121)。

国勢調査判決の先例として特に注目すべきは、一九六九年のマイクロセンサス決定（Mikrozensus-Beschluß）(122)である。マイクロセンサスとは、無作為抽出法によって選ばれた人々を対象になされる三ヶ月ごとの小規模な標本調査をいう。統計目的の生活実態調査という点で、国勢調査と同様の意義を持つ。本件で合憲性が争われたのは、一九五七年マイクロセンサス法(123)二条三号が定める「休暇・保養旅行」に関する事項の調査であった。

そこでは、休暇の期間、種類、場所、旅行の参加者、旅行で利用する交通手段などについて申告することが要求され、拒否に対しては罰金が科せられることになっていたため、このような私的事項の調査が基本法一条一項と二条一項に反しないかどうかが問題になったのである(124)。これに対して、連邦憲法裁判所は、次のような一般論を展開した。

基本法の価値秩序においては「人間の尊厳」が最高価値であり、それが基本法二条一項をも支配している。国家は「人間の尊厳」を侵害してはならず、また自由の本質的内容にも触れてはならない。そのために基本法は、個々の市民に私的な生活形成の不可侵の領域を保障している。「もしも国家が、自分には強制的に人間の全人格を記録し、カタログ化する権利があると主張して、人間を物のように扱い、あらゆる関係を容易に調べ得るとすれば、たとえそれが統計調査という匿名のものであっても、人間の尊厳とは合致しないであろう。このように国家が人格領域に踏み込んで、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、自由で自己責任のある人格の発展のためには、個人に『内的空間（Innenraum）』が残されていなければならないからでもある。この内的空間においては、個人は『自分のためだけに存在し』、『そこに閉じ込もることができる。外の世界はそこに近寄れない。ここではそっとしておいてもらえるのであり、孤独でいる権利（Recht auf Einsamkeit）が享受できるのである(125)』。たとえ評価中立的なものであっても、国家が中をのぞき込む（Einsichtnahme）だけで、場合によっては、既に侵害になり得る。というのも、そこには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力があるからである」(126)。決定によると、統計調査といえども、性質上、秘密の性格を有するような私的な生活領域（＝内密領域）に踏み込むことは、憲法上許されないが、「休暇・保養旅行」に関する事項は、このような領域に属しないとして、結論的には問題となった条項を合憲とした(127)。

本件は、いわゆる「領域理論」的思考の下にあると評価し得るが、そこでの力点が私生活の内密性の保護にあることは明白である。基本法一条一項と二条一項によれば、内密領域に属するような情報、すなわち性質上、秘密の

性格を有するような情報は、調査の対象とすることが許されないとされているからである。こうした態度は、その方向性において、アメリカのプライヴァシーの議論と共通するという指摘もある(128)。この時期のアメリカにおけるプライヴァシーの議論が、私生活の内密性の保護に力点をおいていたこと(129)を考えると、そうした影響もあるのかもしれない。いずれにせよ、連邦憲法裁判所は、社会的関連性を持たない極めて私的な情報が特に保護の対象になると見ていたようである。

このことは、マイクロセンサス決定のすぐ後に下され、それを補うといわれた離婚文書決定（Scheidungsakten-Beschluß）(130)からも明らかである(131)。本件では、離婚手続きで作成された文書が、一方の当事者（本件では夫であったが）の承諾なしに、懲戒手続きにおいて利用できるのかどうかが問題とされた。決定は、基本法による私的な生活形成の不可侵の領域の保護は、連邦憲法裁判所の確立した判例であるとし、そこから個人の内密領域の尊重が要請されるとした。その憲法上の根拠は、基本法二条一項であり、この基本権の内容と射程を決定する際に、基本法一条一項の人間の尊厳条項が持ち出される。更に、基本法一九条二項(132)によって、二条一項の基本権はその本質的内容において侵害されないとされる(133)。この決定では、絶対的に保護されるのは、私的な生活形成の不可侵の領域だけであるとされ、それ以外の領域については、「何人も、共同体に関連し共同体に拘束された市民として、優越する公共の利益のため、比例原則を厳格に遵守して行われる国家の措置は受忍しなければならない」と判示された(134)。こうした考え方は、私生活の社会的関連性の程度が、保護の程度を決定するという「領域理論」的思考の下にあるといえるだろう(135)。

一九七二年の医師カルテ決定（Arztkartei-Beschluß）(136)は「領域理論」的思考を鮮明に打ち出し、絶対不可侵の内密領域と、そこまではいかない私的領域を区別した。本件は、刑事手続きにおいて被疑者となった患者のカルテを押収することの合憲性が争われた事例であるが、連邦憲法裁判所は、医師による患者の健康状態の評価のような高度に人格的な事項については、秘密を保持する利益があるとしながらも、そのような利益は内密領域ではな

く、私的領域に属する事柄であり、優越する公共の利益を守るためにやむを得ない場合は、制約される場合もあると述べた(137)。ここでいう私的領域は、絶対的な保護を受けないという点で内密領域と区別されるが、秘密性を帯びた非社会的な領域という点では内密領域と共通する。しかし、内密領域と私的領域の境界線は不明確であり、両者を区別する基準が得られないことから、「領域理論」的思考の有用性に対しても、理論的に疑問視する向きも現れる(138)。

（3）個人情報と自律的決定の保護

こうした中で、連邦憲法裁判所は、私生活の内密性よりも個人の自律的決定に力点をおいて憲法判断をするようになる。すなわち、情報の私的性格に応じて保護を与えるべきであるとする「領域理論」的な考え方が後退し、情報のセンシティビティそれ自体よりも、個人情報に関する本人の決定権あるいは処分権（Verfügungsrecht）を重視すべきであるとする情報自己決定権の考え方が、前面に出てくるのである。この自己決定権という言葉自体は、既にマイクロセンサス決定の中にも登場していたが、そこでは「最も内的な生活領域における自己決定権」(139)という使い方がされており、自己決定権の射程も、内密領域内での自律的決定に限定されていたことが伺える(140)。しかし、その後の判例の展開は、内密領域や私的領域にかかわりなく、自律的決定の保護そのものに焦点を合わせるようになる。

例えば、一九七三年の録音テープ決定（Tonband-Beschluß）(141)は、情報の私的な性格にこだわりつつも、個人の自律的決定の保護に配慮する姿勢を見せている。ここで問題となったのは、秘密裏に採られた私的なテープ録音を刑事手続きの場で利用することが許されるかどうかであった。決定は先例に従い、私生活の内密領域と私的領域を区別し、前者への介入については、優越する公共の利益をもってしても正当化できず、比例原則の適用もないとしたが、後者への介入については、比例原則の厳格な適用の下で、優越する公共の利益を保護するために認められる場合があるとした(142)。こう判示した後で、決定は次のように述べている。「この基本権（＝人格の自由な

発展の権利）は、人格の発展にとって不可欠の法的地位をも保護している。そこには、一定の限界はあるが、自己の肖像に対する権利と共に、語られた言葉に対する権利も含まれる。それゆえ、原則として、何人も、誰が自分の言葉を録音してもよいのか、録音媒体に採られた声を再生してもよいのか、誰に対して再生し得るのかということを自ら一人で決定することができる」(143)。連邦憲法裁判所によると、本件は内密領域にかかわるものではないので、個人の自律的決定が保護されるかどうかは、比例原則の下で刑事裁判の公正な遂行の要請と衡量した上で決定されるという(144)。結局、テープ録音の使用は比例原則に反するとして認められなかった。本決定は、「領域理論」的思考を維持しながらも、自己決定権の考え方を取り入れた判例であるということができよう(145)。

この傾向を更に押し進めたのが、録音テープ決定の数カ月後に下されたレーバッハ判決（Lebach-Urteil）(146)である。本件は、仮釈放を間近にした憲法異議の申立人が、自らが幇助者としてかかわった殺人事件について、「レーバッハの兵士殺人」と題したドキュメンタリーとして実名入りで放送されることを知り、自己の人格権が侵害されると考え、その放映を差し止めるよう訴えたところ、民事裁判所が差止め処分を拒否したので、これによって基本法一条一項及び二条一項の基本権が侵害されたとして、連邦憲法裁判所に救済を求めた事件である。連邦憲法裁判所は、仮命令を発令して放送を一時差し止めた上で(147)、本案を審理し、異議申立人の訴えを認容している。

判決は、基本法一条一項と結び付いた二条一項の基本権について、「個人が自己の個性を発展させ、保持することができるような、私的な生活形成の自律的な領域を保障する」ものであると解釈した(148)。ここでは特に「私的な生活形成の自律的な領域」という言い回しが使われていることが注目される。それまでなら「私的な生活形成の不可侵の領域」といわれたところである。また判決は、この基本権から「何人も、原則として、他者が自己の生活像全体、または一定の生活事項を公表してもよいか、あるいはどの程度公表してもよいかについて、自ら一人で決定することができる」(149)という内容を引き出している。これはまさに個人の自律的決定を保護しようとする

自己決定権の考え方である(150)。

一九八〇年になると、「領域理論」的思考から完全に離脱し、個人の自律的決定の保護を前面に押し出す判例が現れる。同じ日に下されたエップラー決定（Eppler-Beschluß）(151)とベル・ヴァルデン決定（Bäll/Walden-Beschluß）(152)の二つがそれである。いずれも公の場における発言、従って私的領域にはかかわらない情報が問題になった事例である。前者は実際には発言しなかったことを発言したかのようにいわれたことが問題とされ、後者は不正確な引用が問題とされた。連邦憲法裁判所によると、これらが基本権侵害とされる理由は「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。というのも、個人は、第三者または公衆に対して、自己をどのように描写しようとするのか、自己の人格を第三者に処分し得るのか、どの程度処分し得るのかについて、原則として自ら決定することができるのであって、そのことは個人の私的領域に限定されないというべきだからである」(153)という。ここに至って、個人情報に関する自己決定権の考え方は確立したといえるだろう(154)。

（4）国勢調査判決における情報自己決定権論

国勢調査判決も、これらの判例の延長線上に位置づけられる。そして、この判決においてはじめて、情報自己決定権という権利が明示的に承認されるのである。

判決は、基本法一条一項と結び付いた二条一項の一般的人格権を議論の中心に据え、この基本権の内容を具体化してきた従来の判例(155)の傾向をまとめて、そこから次のような注目すべき判示を行う。すなわち、一般的人格権の中には「自己決定の思想から導かれる個人の権能があり、そこには、個人が自己の生活実情をいつ、いかなる範囲において開示するかについて、原則として自ら決定する権能」(156)も含まれるという判示である。つまり、判決は、これまでの判例における一般的人格権論の中に、個人情報に関する自己決定の権利が既に胚胎していると理解しているのである。

更に判決は、「この権能は今日及び将来の自動データ処理の状況下において特別の保護を必要とする」と述べて、情報自己決定権を保護すべき客観的状況を指摘している。すなわち、「この権能が危険にさらされるようになった最大の理由は、決定の過程において、もはや以前のように手作業で集めたカード目録や文書に手をつける必要がなくなり、今日では自動データ処理によって、特定の、あるいは特定可能な、個人の人的・物的諸関係に関する個々の情報（個人関連データ）(157)を技術的に無制限に貯蔵し、距離に関係なくいつでも瞬時に取り出すことができるようになったことにある。その上、特に統合情報システムが構築された場合は、この個人関連データと他のデータ集積体を結合することによって、部分的あるいは完全な人物像を作り上げることも可能になる。しかも、当該個人はその正確さや利用を十分にコントロールすることができないのである。こうして従来知られていなかった方法で、監視され影響される可能性が増大する。それは、公の関心という心理的な圧力を通じて、個人の行為態様に影響を及ぼし得るのである」(158)。

現代の情報処理技術の発展に鑑みて、判決は、個人の自己決定のためには、「なすべき、あるいはなさぬべき行為に関する決定の自由と、この決定に応じて実際に行動し得る可能性」が存在しなければならないという。「市民が自己に関して、誰が、何を、いつ、いかなる機会に知ることができるのかをもはや知り得ない」社会秩序においては、「自らの自己決定によって計画し決断する自由」が本質的に阻害される。「逸脱した行為様式が常に記録され、情報として継続的に貯蔵・利用・伝達されるのではないか、と不安に思う者は、そのような行為様式によって人目を惹かないように努めることになるだろう。例えば、ある集会や市民運動への参加が官庁によって記録され、それにより危険が生じるのではないかと予測する者は、おそらく、関連する基本権（基本法八条、九条）の行使を断念するに違いない。このことは、個人の発展の機会を侵害するだけでなく、公共の福祉も損なうだろう。というのも、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社会のための根本的な条件だからである」(159)。

「ここから次のようにいえるだろう。現代のデータ処理の状況下においては、人格の自由な発展のためには、個人データの無制限の収集・貯蔵・利用・伝達から個人を保護することが前提になる。それゆえ、この保護は、基本法一条一項と結び付いた二条一項の基本権に含まれる。その限りで、この基本権は、個人データの開示・利用について、原則として自ら決定する権能を保障しているのである」(160)。連邦憲法裁判所は、このように述べて、一般的人格権の具体化としての情報自己決定権を承認したのである。

（5）情報自己決定権の評価

連邦憲法裁判所は、一般的人格権を具体化して、それを情報自己決定権という新しい名称で呼んだ。そのため、学説の中には、この権利を判例が生み出した新しい基本権と捉える見解も現れることになる。例えば、ボイムラーは、国勢調査判決が、情報自己決定権によって、以前から学説によって主張されていた「データ保護を求める基本権（Grundrecht auf Datenschutz）」を承認したと理解している(161)。しかし、こうした見解は少数にとどまる。多くの者は、情報自己決定権を新しい基本権とは解しておらず、ましてや「データ保護を求める基本権」とは考えていない(162)。例えば、デニンガーによると、情報自己決定権という権利は、実体においても、名称においても、連邦憲法裁判所の創造物ではないという(163)。すなわち、この権利は、実体的には、マイクロセンサス決定以来ずっと認められてきた一般的人格権の一側面であって、データ処理技術の発展に合わせて具体化されたものである。また、名称としても、シュタインミュラーが一九七一年に連邦内務大臣の求めに応じて提出した鑑定書(164)において、「自己の人物像または集団像に関する情報自己決定権」、あるいは「情報の人物モデルに関する市民の自己決定権」といった用語を使って以来、様々な論者によって用いられてきたものであるというのである(165)。判例の流れの概観からも既に明らかなように、情報自己決定権は、デニンガーのいうごとく、一般的人格権の帰結であり、その具体化に過ぎない。確かに、連邦憲法裁判所が情報自己決定権という言葉を明示したのは、この判決が最初であるが、その内容自体は目新しいわけではない(166)。

情報自己決定権は、「データ保護を求める基本権」でないというだけはない。それはまた、「『自己の』データに関する絶対かつ無制限の支配という意味での権利」でもないと考えられている(167)。何人も共同体の内部において、コミュニケーションに依拠して人格を発展させる存在であるとすれば、たとえ個人情報といえども、「社会的現実の反映」としての性格を持たざるを得ない。そうであれば、社会とのかかわりを断ち切って、情報の処分権を本人に独占させることもできない。それゆえ、個人情報の絶対的な支配権は承認され得ない。同時に、情報自己決定権をこのような権利と解することもできない(168)。個人は、原則として、優越する公共の利益のために、情報自己決定権の制約を受け入れなければならないのである(169)。

なお、ここで注目すべきは、情報自己決定権が、情報そのものの保護ではなく、個人による情報の処分権、すなわち、個人情報の収集・貯蔵・利用・伝達等に関する自律的決定を保護しようとする点である(170)。連邦憲法裁判所の当時の長官であったベンダは、かつて、「本当の脅威は、誰に、いかなる目的で情報が渡るのかについて、個人が処分権を失っているところにある。私的領域を破壊するのは、情報それ自体ではなく、機能を喪失し、個人の影響力の及ばない情報の伝播なのである」と述べていた(171)。情報が個人を離れて第三者の下にあること自体が危険だというのではなく、個人の意思とは無関係に、あるいは、それに反して、転々とすることが危険なのであるというのだろう。ここでは、情報の私的性格の程度を問うた「領域理論」的思考とは異なり、情報の利用価値とそれに対する個人のコントロール可能性が問題になっているのである(172)。そういう意味では、情報自己決定権とアメリカにおける情報プライヴァシー権（informational privacy）(173)の議論には重なるものがあるといえよう(174)。

もっとも、連邦憲法裁判所が「領域理論」的思考を放棄し、情報の性格を問わなくなったといえるかどうかについては、争いがある。既に述べたように(175)、「領域理論」は堅持されているというのが多数説であり、連邦憲法裁判所も、後の日記決定（Tagebuch-Beschluß）(176)において、「領域理論」的思考に依拠する姿勢を見せて

いる(177)。情報自己決定権において「領域理論」的思考を取り入れるとすれば、おそらく、いかなる個人情報も情報自己決定権の対象になるとした上で、同時に、センシティビティの高い情報は、それに対する保護の程度も高いとされることになるのだろう(178)。しかし、情報自己決定権と「領域理論」の関係は、まだ十分に解明されているとはいえないように思われる。

連邦憲法裁判所が一般的人格権から情報自己決定権を取り出し、これを承認したことに対しては、おおむね好意的な評価でもって迎えられている(179)。特に、個人情報保護に関する憲法上の基礎を築いたことは、大きな功績であると考えられている(180)。情報自己決定権によってはじめて、個人情報は、秘密性の有無に関係なく、包括的に憲法の保障対象になったからである。「もはや『重要でない』データは存在しない」(181)とすれば、個人情報に関する包括的な保障が要請されるのも当然であるといえよう。しかし、権利の射程拡大に伴って、その内実がますます掴み所のないものになる傾向もなくはない。例えば、情報自己決定権に対する批判の中には、権利の内容と範囲が不明確で、実体が把握できないとか(182)、情報を好きなようにする自由であるかのように受け取られかねない(183)といった指摘もある。情報自己決定権が、明確で把握可能な法的権利に結実し得ているかどうかについては、確かに、問題とすべき余地がある。しかしその場合でも、情報自己決定権の具体的な内容と範囲が、その保護領域を考察するだけで明らかになると考える必要はない。それは、権利の制約のあり方や制約の正当化理由まで検討した上で明らかにできれば十分である。従ってここでは、それらを検討するための足がかりが得られれば、それでよいというべきだろう。情報自己決定権という観念は、そのための足がかりとして、十分その役割を果たし得ると評価できるように思われる。

五　小括

これまで国勢調査判決の保護領域論をやや詳しく見てきた。次の考察に移る前に、ここで一度、その議論を簡単にまとめておきたい。

この事例で問題になった基本権は、信仰告白の自由、住居不可侵の権利、意見表明の自由、一般的人格権、裁判を受ける権利であった。そして、これらの基本権のうちで、国勢調査法全体の合憲性に関係する可能性があるのは、意見表明の自由と一般的人格権であった。連邦憲法裁判所は、この二つの基本権の保護領域を検討し、前者の保護領域該当性を否定し、後者のそれを肯定した。これにより、国勢調査法の合憲性は、一般的人格権に照らして論じられることになった。

しかし、明文根拠のない一般的人格権の保護領域は、基本法の文言や制憲権者の意思に依拠するだけでは、その内容を明らかにすることができない。そこで連邦憲法裁判所は、保護の必要性を認識するとともに、先例の解釈を通じて、一般的人格権の具体化を図った。こうした具体化の過程を経て、上述の情報自己決定権が得られることになる。個人情報の収集・貯蔵・利用・伝達に関して、原則として自ら決定する自由を保護の対象とする情報自己決定権が、ここに獲得されるのである。

議論はこの後、基本権制約論に移るのであるが、そこでは、この情報自己決定権が前提とされ、それとのかかわり合いにおいて論じられることになる。すなわち、そこでの考察対象は、情報自己決定権の制約に定められるのである。この点を確認した上で、次の基本権制約論に話を進めることにしたい。

第三章　基本権制約論

一　介入行為としての基本権制約

三段階審査の第二段階は基本権制約の分析である。ここでは、具体的な事例において、そもそも基本権の制約が認められるか、認められるとすれば何が基本権の制約に当たるのか、なぜそれが基本権の制約なのか、といった点が論じられる(184)。もし基本権の制約が存在しなければ、憲法的に正当化すべき対象も存在しないということになり、この次の憲法的正当化論に話を進める必要がなくなってしまう。その意味で、基本権制約論は、憲法的正当化論の前提とされるべき議論であるといえよう。

基本権制約論において議論の対象になるのは、基本権を制約する国家行為である。より正確にいうと、基本権の保護領域に対する国家の介入行為（Eingriff）である。第一段階で既に、基本権の保護領域は確定されているので、ここでは、そこへの介入行為を確定することが課題となる。国家のいかなる措置が、基本権制約というべき介入行為なのか。それを明確に対象化することが、基本権制約論の目的であり、また、憲法的正当化のための不可欠の条件なのである(185)。

基本権の制約と見なすべき国家の介入行為を判定するための基準として、伝統的に挙げられてきたのは、次の四つの要素である(186)。すなわち、①目的志向性（Finalität）②直接性（Unmittelbarkeit）③命令性（Imperativität）④法形式性（Rechtsförmlichkeit）の四つである。介入行為とは、この四つの要素を備えた国家行為のことをいうと考えられてきたのである。それゆえ、この基準によると、国家が、制約の意図をもって（目的志向性の要素）、直接に（直接性の要素）、強制・命令といった権力的手段を用いて（命令性の要素）、しかも法律や行政行為のような法的行為によって（法形式性の要素）基本権の保護領域に作用した場合に、そこに介入行為が、従って基本権の制約が存在すると判断されたのである。

しかし、国家行為の種類・態様が著しく多様化した現代においては(187)、基本権の保障を考える場合も、伝統

的な介入行為だけを対象にしているわけにはいかなくなる。間接的あるいは事実的な基本権侵害が語られる現在、むしろ、四つの要素を備えていない国家行為であっても、介入行為と見なすべき場合があると考えなければならない(188)。それでは一体、どのような国家行為が現代的意味での介入行為といえるのか。それが基本権制約論における最大の問題である。以下では、限られた視角からではあるが、国勢調査判決を素材に、連邦憲法裁判所が、基本権制約としての介入行為をどのように扱っているかを見ていこう。

二　国家の情報取り扱い行為の特殊性

国家が個人情報とかかわる場面は多い。特に現代国家は、自らに課せられた様々な課題を遂行するために、極めて多くの情報を必要としており、個人情報もその例外ではない。他方、情報の量的増大と質的多様性に対応して、国家の情報取り扱い行為の方も、量・質ともに大きく変化した。国家の情報取り扱い行為（Informationsakt）は、一連の過程として捉えることができるが、取り扱い場面ごとに分けて見ると、情報の調査、収集、貯蔵、利用、伝達といった様々な行為に分解して考えることができる(189)。かつて、このような情報取り扱い行為を基本権との関連で考察することは、ほとんどなかったのであるが、既に述べたような情報自己決定権を承認した以上、こうした国家の様々な情報取り扱い行為が、情報自己決定権との関連で、基本権の制約にならないのかどうかが、当然、問題にならざるを得ない。

では、一体、いかなる情報取り扱い行為が情報自己決定権の制約と見なせるのか。国家の情報取り扱い行為の中に、介入行為としての性格（Eingriffsqualität）が見られるのかどうかが、問われなければならないであろう(190)。果して、国家の情報取り扱い行為は、全て介入行為と見ることができるのか。それのどこに介入行為としての性格を見ることができるのか。介入行為の四つの要素によれば、それはどのように評価されるのか。

まず、国家の情報取り扱い行為のうち、介入行為として問題なく承認されるのは、国家が国民に個人情報の開示

あるいは申告の法的義務を課し、これに反すれば、刑罰を科すとしたような場合である(191)。このような情報取り扱い行為は、目的志向性、直接性、命令性、法形式性の四つの要素を全て含んでおり、従って、伝統的な意味での介入行為に該当する。それゆえ、直接かつ強制的な情報収集は、異論なく、情報自己決定権の制約と認められる。

しかし、これ以外の情報取り扱い行為は、伝統的な意味での介入行為によって把握することは困難である。というのも、国家における個人情報の取り扱いは、通常、情報当事者の与り知らないところで進行しており（それゆえ、そこには直接性や命令性の要素がない）、しかも単なる事実行為として行われている（それゆえ、法形式性がない）場合が多いからである(192)。例えば、本人から直接、強制的に情報を取得する代わりに、本人に気づかれないように観察したり、あるいは第三者を調査するなどして情報を取得する行為は、伝統的な意味での介入行為ではない。また、以前に収集した情報を保有しておき、必要に応じて取り出す場合や、それと他の情報を結合する場合、国家機関内部において情報をやりとりする場合、特定の第三者に情報を提供したり、一般に公表したりする場合も、伝統的な意味での介入行為に当たらない。しかし、情報自己決定権を承認した以上、これらの情報取り扱い行為が介入行為でないといって済ますことはできない。これらは明らかに情報自己決定権に抵触するからである。情報自己決定権を実効的に保障するためには、右の情報取り扱い行為にも、新たに介入行為としての性格を見いだす必要がある。

三　情報介入行為の性格づけをめぐる議論

比較的早い時期から、国家の情報取り扱い行為に介入行為としての性格を認めていたのは、シュヴァンであった(193)。シュヴァンは、従来の判例・学説が、国家の情報取り扱い行為自体を介入行為と見なさず、専ら情報の取り扱いの前後に生じる介入行為にしか目を向けなかったことを批判する。シュヴァンによると、国家の情報取り扱い行為は、通常、二つの介入行為の中間にあるという。例えば、飲酒運転に対する血液検査においては、まず採血

が行われ（これは身体に対する介入行為である）、そこから血液中のアルコール値が測定され（ここに情報の取得がある）、それが証拠になって、後の刑罰や行政処分（これも介入行為である）が決定される。そのため従来の議論は、情報の取得を独立の介入行為と見なさず、それを前後の介入行為に解消していたという(194)。しかし、今や、国家のあらゆる情報取り扱い行為を独立の介入行為と見なすべき時期であるとシュヴァンは主張する。前後の介入行為とは別に、国家の情報取り扱い行為は全て介入行為、すなわち、情報介入行為（Informationseingriff）として位置づけるべきであるというのである。

しかし、国家のあらゆる情報取り扱い行為を端的に情報介入行為とするシュヴァンの見解に、そのまま追随する者は現れなかった(195)。主張そのものは極めて明快であったが、情報取り扱い行為のどこに介入行為としての性格を見るのかが、明らかでなかったためである。こうして、シュヴァンの見解は受け入れられなかったが、国家の情報取り扱い行為に介入行為としての性格を見いだそうとする試み自体が挫折することはなかった。

例えば、シュリンクは、連邦憲法裁判所の判例を分析して、そこから情報介入行為の性格を明らかにしようとする(196)。シュリンクによると、情報取り扱い行為が介入行為と見なせるかどうかは、マイクロセンサス決定で扱われたような直接かつ強制的な情報収集(197)（＝介入行為）との等価性（Äquivalenz）を測ることによって判断できるという。すなわち、介入行為としての性格は、この直接かつ強制的な情報収集と同視し得るかどうかによって判断されるというのである。例えば、離婚文書決定では、情報当事者からの直接かつ強制的な情報収集ではなく、懲戒手続きのために民事裁判所から間接的に情報（ここでは離婚文書）を取得したことが問題とされている。しかし、もともと、その情報は民事裁判所での離婚手続きにおいて直接に情報当事者から取得されたものである。懲戒手続きでは、情報当事者から新たに情報を提出させる代わりに、既にある情報を民事裁判所に提供してもらったわけだから、このような情報の取得は直接かつ強制的な介入行為と同視すべきであるとされるのである(198)。また、情報当事者から第三者に対して自発的に提出された情報を、その第三者から国家が取得する場合も介入行為と考え

るべきであるという(199)。というのも、もし国家が第三者を経由せずに、情報当事者から新たに情報を取得しようとすれば、それは介入行為とならざるを得ないからである。この場合、国家による第三者からの情報収集は、当事者からの情報収集に代わる代用措置（Ersatzvornahme）に過ぎない(200)。この代用措置という観点から見れば、当事者から直接かつ秘密裏に情報を収集する場合や国家機関内部において情報をやりとりする場合も、全て介入行為（情報介入行為）と見なすことができるというのである(201)。

直接かつ強制的な情報収集を基礎に、それとの等価性を測ることによって、情報介入行為であるかどうかを判断するというシュリンクの手法は、確かに、多くの情報取り扱い行為に介入行為としての性格を見いだすことを可能にした。しかし、残念ながら、この手法にも限界があった。というのも、この手法では、情報の単なる貯蔵や情報どうしの結合、あるいは情報の公表といった国家行為(202)については、介入行為としての性格を認めることができなかったからである。これらの情報取り扱い行為についても、情報自己決定権によって把握されるべきであるとすれば、介入行為としての性格を見いだすための別の方法が考えられなければならない。

ここで参考になるのが、ローゼンバウムの見解である(203)。ローゼンバウムは、国家の情報取り扱い行為が個人の心理に及ぼす影響に注目する。個人情報が国家によって直接的あるいは間接的に収集され、記録されるとすれば、個人は、何らかの不利益を受けるのではないかと恐れ、自己の行動を自ら規制するかもしれない。現実には何の不利益もなかったとしても、心理的圧力がかかることに変わりはない。このような心理的圧力は、個人の自律的決定を妨げ、行動の自由を束縛する(204)。情報自己決定権が、個人の自律的決定を保護しようとするものであるのなら、国家の情報取り扱い行為から生じる心理的圧力は、まさにこの権利によって排除されるべきものである。この心理的圧力は、個人が自己の情報の行方を見透すことのできない（Unüberschaubar）状態から生じていると考えられる。国家による情報の貯蔵や公表も、個人に自己の情報の行方を見定めさせない可能性を持っているため、やはり心理的圧力を生じさせ、自律的な決定と自由な行動を妨げる。それゆえ、これらの情報取り扱い行為による

心理的圧力も、情報自己決定権が排除すべき対象である。このように心理的な影響を考慮すると、個人に自己情報の行方を見透す可能性を制約し得るあらゆる国家行為が、情報介入行為を意味することになるというのである(205)。

ローゼンバウムのように心理的圧力まで含めて考えれば、情報介入行為の範囲は飛躍的に拡大し、国家の情報取り扱い行為のほとんどを射程に収めることができるだろう。国家の情報取り扱い行為が引き起こす、個人の自律的決定と行動の自由に対する心理的圧力については、連邦憲法裁判所の判決の中でも触れられたことはあった(206)。しかし、連邦憲法裁判所の理解において、それが情報介入行為と結び付けられているのかどうかは不明である。なお、他の論者においても、理由づけは必ずしも明確ではないが、国家の情報取り扱い行為を広く情報介入行為と見なしているように思われる(207)。

四　国勢調査判決における情報介入行為

それでは、国勢調査判決において、連邦憲法裁判所は、情報介入行為についてどのような立場をとったのであろうか。結論からいうと、連邦憲法裁判所は従来の議論に対して、一定の見解を表明したり、原理原則を打ち立てるといったことを一切行わなかった(208)。それゆえ、この判決から、いかなる要件を満たせば情報介入行為が認定されるのかに関する原則論を伺うことはできない。しかし、判決に情報介入行為に関する手がかりがないかというと、そういうわけでもない。そこで以下では、判決に表れた情報介入行為に関する議論を探ることにしたい。

まず、情報の収集に関して、それが情報介入行為に当たるということは、連邦憲法裁判所においても、異論なく認められている。そのことは、一九八三年国勢調査法の情報収集プログラム（第二条から第四条）の合憲性を判断する際に、はっきりと明示されている(209)。すなわち「一九八三年国勢調査法は、第五条において、憲法異議の申立人に対し、罰金による威嚇を伴いながら（連邦統計法第一〇条と結び付いた第一四条）、第二条一号乃至七号、

第三条、第四条に挙げられた調査事項について、申告するよう義務づけている(210)。これによって国勢調査法は、基本法一条一項と結び付いた二条一項が保障する人格権に介入している。収集されたデータは、将来及び収集の時点ではまだ予測できない任務に対しても、利用可能でなければならない。申告義務者は、このような情報介入行為を受忍しなければならない」とされているのである。既に述べたように、直接かつ強制的な情報収集が介入行為に当たることについては、従来から問題なく認められていた。この判示は、その当然のことを確認したに過ぎない。

一九八三年国勢調査法は、情報の収集以外にも、国家の情報取り扱い行為に関する若干の規定をおいている(211)。例えば、第九条一項は、第二条一号及び二号の申告事項と住民登録簿を照合して、その訂正のために利用することを認めている。第九条二項は、連邦及び州の統計庁から他の連邦及び州の上級官庁に申告事項を伝達することを認めており、更に、その上級官庁から別の官庁や他の公的・非公的主体に伝達することも認めている。第九条三項は、市町村及び市町村連合が、州の統計庁から申告事項を伝達してもらうことを認めている。第九条四項は、申告事項を連邦及び州の統計庁から特定の者に伝達し、学術目的のために利用することを認めている。第九条六項は、連邦及び州の統計庁が申告事項を、統計上の結果という形で、公表することを認めている。この第九条の一連の規定が、一九八三年国勢調査法において、最も問題視されたことについては、既に指摘しておいた通りである(212)。

これらの情報取り扱い行為が、情報介入行為に当たるかどうかについて、連邦憲法裁判所は、特に何も述べていない。もちろん、情報自己決定権の意義から考えて、個人データの無制限の収集・貯蔵・利用・伝達が、この権利に反するということははっきりしている(213)。しかし、個人データのいかなる取り扱いが、この権利の制約に当たるのかについては、情報自己決定権の意義だけから判断することはできない。連邦憲法裁判所は、これまで学説上、情報介入行為に関して色々と論じられてきた経緯を無視し、右の情報取り扱い行為が情報介入行為であるかどうかの明示的な判断しなかったのである。

ただ、国勢調査判決では、第九条に定められた個人情報の利用・伝達・公表の憲法的正当性について、かなり詳しく論じられており(214)、第九条のいう利用・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も見える。このような論じられ方がされた本当の理由はわからないが、おそらく連邦憲法裁判所としては、今なお異論の多い情報介入行為の原則論に深入りすることを慎重に回避し、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(215)、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推察される。そうだとすれば、情報介入行為一般についてはともかく、少なくとも、一九八三年国勢調査法第九条における個人情報の利用・伝達・公表に関しては、情報介入行為としての性格が認められたといってよいように思われる。

以上のように考えられるとすれば、一九八三年国勢調査法の定める個人情報の収集・利用・伝達・公表といった国家の情報取り扱い行為は、情報自己決定権に対する制約であるということができるだろう。

五　小括

基本権制約論についても、ここで簡単にまとめておきたい。

基本権の制約とは、正確にいうと、基本権の保護領域に対する国家の介入行為を意味していた。議論の前提となる基本権の保護領域論は、既に論じられた後なので、この基本権制約論においては、国家の介入行為を確定し、対象化することが課題となる。すなわち、具体的事例の中から、国家の介入行為と見なすべきものを抽出し、憲法的正当化の対象として明確化することが、求められているのである。

国勢調査判決のような、情報自己決定権にかかわる事例においては、国家の情報取り扱い行為の中に介入行為としての性格が見いだせるか、という形で論じられることになる。介入行為であるかないかは、通常、目的志向性、

直接性、命令性、法形式性の四つの要素の有無を基準に判断するのであるが、情報取り扱い行為は、特殊な構造を持つがゆえに、こうした四つの要素による判断に馴染まなかった。そこで連邦憲法裁判所は、自律的決定と行動の自由を保護する情報自己決定権の意義に鑑み、国家の情報取り扱い行為が個人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(216)。そこでは、情報介入行為のための一般的な要件論は展開されなかったが、個別具体的な考察の結果、情報の収集のみならず、情報の利用・伝達・公表に関する特定の情報取り扱い行為もまた、介入行為として、情報自己決定権の制約になるとされたのである。

なお、国勢調査判決では、情報介入行為の一般的要件が論じられず、個別具体的な国家行為についての判断しかなかったため、今後に持ち越された問題も多い。その中で、ここでは、些細な情報取り扱い行為の問題と承諾の問題を取り上げ、若干の指摘をしておきたい。

まず、些細な（trivial）情報取り扱い行為の問題であるが、これは、国家のあらゆる情報取り扱い行為のうちで、いかにして情報介入行為と、そこに至らない些細な情報取り扱い行為を区別するか、という問題である(217)。国家の情報取り扱い行為は多種多様であり、その全てを情報介入行為と見なすわけにいかないとすれば、線引きの問題が生じるのは必然である。しかし、これについて、明確な線引きを行うのは至難の技である。おそらく一般論としては、抽象的な議論で満足するほかないと思われる。

次に、承諾（Einwilligung）の問題であるが、これは、国家による情報の取り扱いを情報当事者本人が本当に承諾しているといえるかどうかにかかわる問題である(218)。本人が承諾しているのなら、国家による情報の取り扱いも介入行為とは見なせないため、そもそも情報自己決定権の制約は存在しないということになる(219)。しかし、本人の任意性・自発性は疑わしいという場合が多く、特に、情報提供が他の国家行為の前提になっている場合（例えば、社会給付を受けるためにやむを得ずなされる情報提供の場合）や、本人の自律的決定の余地がほとんどない場合については、承諾の有効性を否定しなければならないといわれている。従って、承諾の有無は、原則として、

限定的に解釈しなければならないだろう。

第四章　憲法的正当化論

一　憲法的正当化の要件

(1) 正当化要件の意義

三段階審査の第三段階は基本権制約の憲法的正当化である。基本権の保護領域に対する国家の介入行為が確認された場合、その介入行為は憲法的に正当化されなければならない。国家の介入行為は正当化される限りにおいてのみ憲法的に承認される。逆に、正当化されなければ、それは基本権侵害と見なされて排除されることになる。国家の介入行為、すなわち、基本権制約は社会的に望ましい場合もあれば、そうでない場合もあろう。不可侵といわれる基本権であっても、他の重要な利益を保護するために制約されなければならないとすれば、基本権制約が積極的に求められる場合もあると考えられる。しかし、憲法的観点からいえば、基本権制約が社会的に望ましいかどうかを直接に問う必要はない。ここで重要なのは、基本権制約が憲法から導かれるいくつかの要件に照らして正当化できるか否かに尽きる(220)。基本権保障とは、まさに、基本権の保護領域に対する国家の介入行為の憲法的正当化を求めることによって達成されるものなのである。

憲法的正当化論では、具体的な事例において、基本権を制約する国家の介入行為が正当化されるかどうか、すなわち、憲法上の正当化要件を充足するか否かが論じられる。第一部において詳述したように(221)、この正当化要件には形式的要件と実質的要件がある(222)。形式的正当化要件とは、国家の介入行為が備えておかなければならない外形にかかわる要件であり、実質的正当化要件とは、介入行為が内容的に満たしておかなければならない中身にかかわる要件である。この二つの正当化要件の双方を充足してはじめて、基本権制約が憲法的に正当化されたといえるのである。

それでは、いかなる要件を満たさなければならないのだろうか。実は、憲法の定める正当化要件には、形式的・実質的要件ともに複数ある(223)。しかし、具体的な判決において、その全てが検討されることはまれである。あえて論証するまでもないと考えられているためかもしれないが、実際に議論の対象となる正当化要件はだいたい決まっている。その代表的な例が、形式的要件としての法律の留保原則であり、更に、実質的要件としての比例原則である。前者は国家の介入行為に法律の根拠を要求するものであり、後者は介入行為の目的と手段の比例性を要求するものである。いずれも、その要求の具体的内容については議論がある(224)。それにもかかわらず、この二つの原則の要求に応えることが、憲法的正当化のための不可欠の条件であることに異論はない。基本権制約は、法律の根拠を持たなければならず、しかも、正当かつ重要な目的に比例した手段を通じて行わなければならないのである。ここでは国勢調査判決を例にとって、そこで展開される基本権制約の正当化要件を中心に、憲法的正当化の実際を見ていきたいと思う。

（2）国勢調査判決における正当化要件の一般論

連邦憲法裁判所は、国勢調査判決において、個々の具体的な介入行為に対する憲法的正当化を論じる前に、まず、情報自己決定権の制約を正当化する要件の一般論を展開している(225)。本稿でもこれに倣って、個別論の前に、一般的な議論をしておきたい(226)。

連邦憲法裁判所の国勢調査判決が扱う諸問題は、いうまでもなく、一九八三年国勢調査法の合憲性審査という枠内に限定されている。その意味で、国勢調査判決にも限界はあるし、そこから余りに多くの結論を引き出せると期待してはならないだろう。にもかかわらず、ここで展開された一般論は、かなり広い射程を有していると評価し得よう(227)。おそらく連邦憲法裁判所も、このことを意識して一般論を展開したのだろうが、その叙述は明らかに直接の問題を超えており、個人情報保護のための一般理論としても十分に通用するように思われる。国勢調査判決が、個人情報保護をめぐる後の議論の基礎となっていることを見ても、この判決の一般的妥当性は明白である。

そこで、問題の一般論についてであるが、判決は、まず、情報自己決定権の原則的制約可能性を承認するところから話を始めている(228)。連邦憲法裁判所の言葉を借りていえば、「情報は、たとえそれが個人に関連するものであっても、社会的現実の反映であるから、当事者だけに排他的に位置づけることはできない」のであり、「それゆえ、原則として、個人は優越する公共の利益（Überwiegende Allgemeininteresse）のために、情報自己決定権の制約を受忍しなければならない」(229)のである。既に述べたように、情報自己決定権は無制約の絶対的権利ではなかった。制約をやむを得ないと感じさせるほどの優越する公共の利益を保護するためであれば、情報自己決定権の制約も受け入れざるを得ない。

ただし、「私的な生活形成の絶対的に保護された核心領域に対する介入は、優越する公共の利益によっても正当化できない」(230)というのが、これまでの判例の立場であった(231)。「領域理論」的思考に裏付けられた核心領域の絶対的保護という考え方が、国勢調査判決においても維持されているとすれば、個人情報保護との関連において、この核心領域が何を意味するのかが問題となり得る。従来の理解によると、それは「性質から見て、秘密の性格を有するような固有の人間生活の領域」(232)であり、内密の個人情報がそれに当たると考えられていた。ところが国勢調査判決は、「自動データ処理の諸条件の下では、もはや『重要でない』データは存在しない」と述べて、「申告事項の性質（Art）」よりも「データの利用可能性」を決定視する態度をとった(233)。このような判示は「領域理論」の放棄を意味するのか、それとも、情報の内密性と絶対的に保護された核心領域とは関係がなく、「領域理論」は相変わらず維持されているといえるのかについて、学説の評価を二分することになる。また他方、連邦憲法裁判所は、国勢調査判決の別の箇所で、「優越する公共の利益が存するのは、通常は、社会的関連性を持つデータの場合だけであり、受忍を要求し得ない内密の事項や自己負罪の場合は除かれる」(234)と述べている。この箇所だけに注目すると、「受忍を要求し得ない内密の事項」は優越する公共の利益の保護を制約目的とする場合でも、正当化できないということになろう。この判示は、先ほどの「データの利用可能性」を重視する態度とど

のように整合するのだろうか。

シュミット・グレーザーによると、「決定的なのは、情報の内密性の程度ではなく、既に何度も述べたように、情報処理の種類と方法である」という(235)。その根拠として、国勢調査判決の次の箇所が引用されている。「いかなる目的のために情報が要求され、いかなる結合可能性・利用可能性があるのかについて、明確になってはじめて、情報自己決定権の制約の許容性に関する問題に答えられる」(236)。しかし、シュミット・グレーザーも情報の内密性の程度を問う必要はないとしているわけではない。情報自己決定権を制約する場合、その制約事由は重要なものでなければならないが、その重要性は「当該データが人格の内密領域に近接していればいるほど、より大きくなければならない」と述べているからである(237)。連邦憲法裁判所も「申告事項の性質のみに焦点を合わせることはできない」とか、「情報がどの程度センシティヴであるかは、それが内密の事象に該当するするかどうかにのみ依拠しているわけではない（傍線は筆者による）」(238)という言い回しを用いており、情報の利用可能性を重視しつつも、情報の内密性の程度を捨象しているわけではないとしているように見える。シュミット・グレーザーのように考えるとすれば、内密の個人情報(239)は絶対的な保護に与るわけではないものの（それゆえ、核心領域に属するとはいえないが）、比例原則の適用段階において、原則として、対抗利益に優位する地位が与えられることになるのだろう(240)。

もしそうであるとすれば、絶対的に保護される核心領域はないということになるのだろうか。この点、シュミット・グレーザーによると、収集した情報を組み合わせて部分的あるいは完全な人格像を作り上げることは、優越する公共の利益によっても正当化し得ないだけでなく、同時に、絶対的に保護された領域をも侵害するという(241)。そのような試みは「人格の包括的な記録化・カタログ化」(242)をもたらし、人間を「単なる情報客体（Informationsobjekt）」(243)におとしめるからである。国勢調査判決もこのように理解できるのであれば、情報結合による人格像の形成は、人格の核心領域を保護するために、絶対に許されないとされていることになる(244)。

このように考えられるとすれば、情報自己決定権は、原則として、優越する公共の利益によって制約可能であるが、絶対的に保護された核心領域を侵害するような場合は、優越する公共の利益をもってしても制約を正当化できないということになろう。もちろん、優越する公共の利益が認められるだけでは、情報自己決定権の制約は正当化できない。他の形式的・実質的正当化要件が充足されなければ、最終的に基本権制約は承認されない。では、国勢調査判決において検討されている正当化要件には、他にどのようなものがあるのだろうか(245)。

まず、基本法二条一項から、情報自己決定権の制約には憲法適合的な法律の根拠が要求される。基本法二条一項は、人格の自由な発展の権利の行使が「憲法的秩序」に反しないように求めているが、この「憲法的秩序」は「憲法適合的な法秩序」の意味に理解されており、それは、法律の留保原則と特に変わらないと考えられている(246)。それゆえ、この基本権の制約には法律の根拠が必要とされることになるが、これは情報自己決定権の制約にも当然に妥当する(247)。

次に、当該法律には、基本権制約の諸条件と範囲が明確に定められていなければならず、市民にとって認識可能なものでなければならないとされる。これは規範明確性（Normenklarheit）の要請といわれている。明確性の要請は、法律の留保原則の派生原理として理解することが可能であり、後者と同様、形式的な正当化要件である。

更に、実質的正当化要件としての比例原則の尊重が挙げられている。この原則は法治国家原則の最も重要な構成要素の一つであるが、基本権保障にとっても特別の意義を有している。それゆえ、比例原則は「基本権自体の本質」から導くことができるといわれている(248)。情報自己決定権を制約する国家行為も比例原則の諸要件を満たしていなければならない。

最後に、組織・手続き法上の予防措置が要求されている。これは、自動データ処理の条件下においては、とりわけ人格権侵害の危険が大きいため、組織規定や手続き規定を整備して、基本権侵害を予防しなければならないという考え方に基づいている(249)。この考えによれば、立法者は基本権を保障するために、組織・手続き法上の予防

措置をとることを憲法的に義務づけられることになる。この義務に反した場合（立法不作為の場合や誤った措置をとった場合）は基本権侵害とされることになる。この義務違反を判断する仕方は、基本権制約の場合と必ずしも同じではないが、ここでは、基本権制約の正当化の文脈の中で扱うことにしたい（連邦憲法裁判所も結局はそのような扱い方をとっているように見える）。

以上、情報自己決定権の制約を正当化するために、連邦憲法裁判所が国勢調査判決の中で展開した要件を概観してみた。それは、優越する公共の利益の保護（＝規制目的の正当性）、法律の留保原則、規範明確性の要請、比例原則、組織・手続き法上の予防措置の義務づけの五つであった。以下では、国家の個別の介入行為ごとに、これらの諸要件に照らした基本権制約の憲法的正当化のあり方を見ていきたいと思う(250)。

二　情報収集行為の憲法的正当化

（1）行政目的で収集され、本人を識別し得る個人情報の場合

はじめに、国家による情報収集行為が憲法的にいかにして正当化されるのかを検討する。情報を収集する国家行為、とりわけ、法的な提供義務を伴った情報収集行為が、介入行為であるという点については、既に確認済みである。問題は、それが先ほどの正当化要件に照らして憲法的承認を得ることができるかどうかである。

連邦憲法裁判所は、情報収集行為の正当性を審査するに当たって、まず、本人を識別し得る、匿名化されていないデータ（individualisierte, nicht anonymisierte Daten）と匿名化された、統計目的のためのデータを区別して、それぞれについて憲法的正当化を図っている(251)。情報収集行為という点では同じでも、情報の利用目的が異なる場合は、違った正当化が必要とされているのである。そこで、ここでも、この区別に従って、本人を識別し得る個人情報の収集の場合から考える(252)。

最初に、このような情報を収集する目的が、優越する公共の利益を保護するためであるかどうかである。つまり、

憲法的に見て正当な規制目的が認められるかどうかである。これについて、連邦憲法裁判所は、租税の賦課や社会保障の給付の際における個人情報の収集を例として挙げている(253)。例えば、適正・公平な租税行政や社会保障行政の執行という目的のためには、個人情報が必要である。適正・公平な租税行政や社会保障行政の執行は、優越する公共の利益に当たるといえるから、憲法的に正当な目的である。それゆえ、情報収集行為は、規制目的の観点から見て、憲法的に正当化される(254)。

もちろん、目的が正当化されるだけでは、まだ十分でない。そのためには、次に、当該情報収集行為が法律の根拠を持っているかどうかを見なければならない。その点、例えば、社会保障行政に関して、連邦社会法典第一〇編の二〇条以下が、官庁が職権で事態を調査する権限を規定しており、社会保障行政にかかわる情報収集行為に対して、法律上の根拠を提供している。これを見る限り、社会保障行政を執行するために個人情報を収集する国家行為は、法律の留保原則にかなっているといえるかもしれない。

かもしれないと述べたのは、介入行為に何らかの法律の根拠があるだけでは、まだ、法律の留保原則をクリアしたとはいえない場合があるからである。というのも、本来、情報は自由に流通する性質を持っており(255)、一定の目的のために集めた情報もすぐに他の目的のために利用される危険があるため、情報の利用が法律の定める目的の範囲内にとどまるように意識的・作為的に配慮しておく必要があるからである。もし、情報の目的外使用がなされれば、その行為は法律上に根拠を持たないことになり、上述の配慮のないところでは、法律の留保原則に反することになる。従って、行政執行目的で、国家が本人を識別し得るような個人情報を収集する場合は、特別の考慮が必要となるのである。

そこで特別の考慮として、規範明確性の要請が登場する(256)。規範明確性の要請とは、上述したように、法律には、基本権制約の諸条件と範囲が明確に定められていなければならず、市民にとって認識可能なものでなければならないとする要請である。こうした考え方自体は連邦憲法裁判所の判例において既に確立しており、特に目新し

いものではない(257)。すなわち、一般に、明確性の原則（Bestimmtheitsgrundsatz）と呼ばれてきたものがそれに当たる(258)。例えば、基本法八〇条一項二文は、立法者による行政への授権の明確性に関して、「与えられる権限の内容、目的、範囲は、法律において規律（bestimmen）されなければならない」と定めているが、この規定をめぐって、委任立法の限界の問題から一般条項（Generalklausel）や不確定法概念（unbestimmter Rechtsbegriff）の使用の問題まで、立法者がどのくらい明確かつ具体的に法律の規定を整備しなければならないかが論じられてきた。その後、本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）や議会留保の原則（Parlamentsvorbehalt）などの議論とからんで、立法者は判断を行政に委ねるのではなく、一定の重要な事項については、自らの責任において決定し、それを法律の中に規定しなければならないと考えられるようになる(259)。ここで挙げた規範明確性の要請も、これまでの議論の延長線にあることは確かである。立法者に対して明確な規定を要求することで、市民が国家の介入行為を予測できるようにすると同時に、政治責任を負う立法者自身に規律内容を決定させようとしているからである。

しかし、これに加えて、個人情報保護の場面では、とりわけ、本人を識別できる個人情報の保護の場面では、他とは違う固有の問題を考慮して対処しなければならない事情がある。それは、何よりも、情報自己決定権の意義からいえることである(260)。自己の情報を規律する法律が不明確であると、当該情報がどのように利用されているのかわからないだけでなく、その個人は不利益を被ることを恐れて、自律的決定と行動の自由を自ら差し控えてしまうかもしれない。「誰が、何を、いつ、いかなる機会に自分について知っているのか」をできるだけ認識し得るようにすることが、情報自己決定権を保障することの意味だったとすれば、情報収集行為を定める法律にも、そのことがはっきりと書き込まれていなければならない。

情報自己決定権の意義を考慮すると、規範明確性の要請からは他にも次のような原則が導かれる。すなわち、情報の利用目的は、個別領域ごとに（bereichsspezifisch）精確に法律上に規定されなければならないという原則である(261)。これは、一般条項や不確定法概念による規律を原則として認めないという趣旨だと理解されている(262)。

個人情報の行方を本人がコントロールするためには、当該情報が何のために使われるのかを知る必要があるが、そのためにも情報の利用目的は明確に規定されなければならない。従って、法律の根拠が見いだせたとしても、それが一般条項や不確定法概念によっていた場合は、情報自己決定権の制約は認められないというのである。しかし、連邦憲法裁判所が国勢調査判決において、例として挙げた租税法と社会法の規定は、いずれもそれほど明確な規定ではなかったという批判もある(263)。その程度の規律でよいのなら、一般条項による規律も認められてよいのではないかというのである。確かに、どの程度の明確性があれば、この原則に反しないといえるのかは難しい問題である(264)。ボイムラーはこの原則を「実質的に可能である場合は、常に特別かつ精確な規範が用いられなければならない」(265)という原則と捉え、「実質的に可能である場合」という要件を加えて理解しているが、これが明確性の判断基準として十分といえるかは疑問であろう。ショルツ／ピッチャスも、国勢調査判決を引用して(266)、法律に求められる詳細さ（Detailliertheit）は、収集されるデータの性質、範囲、考えられる利用方法及び、その濫用の危険性を考慮して決められると主張するが(267)、これも一般的基準を立てることの限界を示しているように思われる。

さて、規範明確性の要請には、もう一つの派生原則がある。それは目的拘束の原則である(268)。これによると、情報の利用目的は法律に明確に規定されなければならないだけでなく、同時に、その利用が法律に定められた目的の範囲に限定されなければならないとされる。目的外使用を禁止することによって、本人の知らないところで情報が使われる可能性をなくし、情報自己決定権を意味あるものにしようというわけである。ただし、どの程度詳細かつ具体的に目的の内容を規定すればよいのかは、今なお未解決の問題である(269)。

規範明確性の要請は、個人情報の使用目的を明確に定めさせ、かつ、目的外使用を禁じることで、個人の情報に対するコントロールを確保するという機能を営んでいる。

国家の情報収集行為の内容が法律に明記され、かつ、その目的が明確に規定されたとしても、それだけではまだ

憲法的正当化は終了しない。正当化が完了するためには、国家行為が比例原則を満たしていて、更に、組織・手続き法上の予防措置がとられていることが確認されなければならない。

まず比例原則(270)であるが、これは規制目的と手段のバランスがとれているかどうかを検討するために用いられる。比例原則には、適合性、必要性、狭義の比例性の三つの部分原則がある(271)が、それぞれを順番に適用していって、国家による情報収集行為が、目的達成のために適合的かつ必要であるといえるかどうか、そして得られる利益に比して失われる利益の方が大きくないかどうかを審査しなければならない。規範明確性の要請を検討したときに、既に規制の目的は明確であると確認されているので、その明確な目的と、規制手段たる国家の情報収集行為を取り出して、両者のバランスを調べればよいわけである(272)。特に本人を識別できる個人情報の場合、自動データ処理技術によって瞬時に他の情報と結合されたり、他の国家機関に伝達されて不利益に用いられたりするときは、とりわけ人格に対する危険が大きいので、目的と手段の適合性と必要性の審査は、特に厳格に行われなければならない。そのため、例えば、収集した情報を抹消せずに貯蔵しておくことは、情報収集の目的達成にとっての必要性を超えると判断されるので、比例原則に反し認められないといわれている(273)。また、収集した情報が内密性を有する場合は、異論はあるが、規制目的が極めて重要な利益を保護するためでないと認められない。逆に、内密の情報を収集するのでない場合は、得られる利益と失われる利益の比較衡量も、個人情報保護に対して一方に優位に行われる必要はないと考えられているようである(274)。

連邦憲法裁判所は、法律の留保原則や比例原則のような、基本権制約に対する通常の正当化要件に加えて、個人情報保護のためにもう一つ新しい要件をおいた。それが組織・手続き法上の予防措置の義務づけである(275)。連邦憲法裁判所が例として挙げていたのは、租税法三〇、三一条及び社会法典第一〇編六七条乃至八六条と結び付いた第一編三五条であった(276)。これらはいずれも、それぞれの事項に関する職員の守秘義務を定めたものである。正当な行政目的を執行するために、職員は個人情報を取り扱わなければならないが、その場合も当該情報が外部に

漏れたり、目的外で使用されたりしないようにするため、守秘義務を遵守しなければならない。守秘義務以外にも、手続き法上の予防措置として、説明義務（Aufklärungspflicht）、情報提供義務（Auskunftspflicht）、抹消義務（Löschungspflicht）といった義務を個別領域ごとに定めるように勧告している。また、独立したデータ保護受託官（Datenbeauftragter）の存在も、情報自己決定権の実効的な保護のために重要であるとしている(277)。ただし、こうした組織・手続き法上の予防措置は、それを欠けば憲法違反となるというものなのかどうかは、国勢調査判決からは明らかでない(278)。

（2）統計目的で収集された個人情報の場合

統計目的で個人情報を収集する場合は、それ以外の目的で収集する場合と異なった考慮を必要とする。ここでは統計目的に固有の問題を論じることによって、統計目的でない場合とどこがどのように違うのかを明らかにしたい(279)。

まず、統計目的それ自体が、情報自己決定権の制約を正当化し得る目的といえるかどうかが問題になる。この点について、連邦憲法裁判所は、社会国家における経済・エコロジー・社会政策のためには計画的な政策遂行が重要であり、それには基礎資料となるべき情報が必要であると述べる。統計は社会国家的政策の計画的実現のために不可欠であるというのである(280)。社会国家原則(281)を持ち出して正当化を図っているところから考えて、連邦憲法裁判所は統計目的に憲法的価値を認めているのかもしれない。実際、学説の中にはそのような理解も見られる(282)。いずれにせよ、統計の作成が情報収集行為を正当化する目的であることに異論はない。

ただし、統計目的といえども、いかなる個人情報をも収集可能にするわけではない。統計はあくまで、公的課題を実行するための手助けとしてのみ意味があるのであって、それとは関係のない情報を収集することは許されない。また、一定の情報については、それが申告者に対する社会的劣等者の烙印（soziale Abstempelung）を押すものである場合は、人格に対する侵害を引き起こすので、やはり許されない(283)。

他方で、統計目的からする個人情報の収集にあっては、目的拘束の原則は排除される(284)。というのも、統計データは様々な政策の基礎資料になるのであって、いかなる目的のために用いられるのかを予め特定することができないのみならず、そうすべきものでもないからである。情報の利用目的が多様であるのは、統計の本質に属する。それゆえ、統計データは必要に応じて取り出せるように、データバンクに貯蔵しておかなければならない。データを伝達することも当然に認められる。もちろん、統計上の結果という形で、データを公表することも性質上、当然である。通常の情報処理においては、目的拘束の原則から情報の貯蔵や伝達は禁じられるのであるが、統計においては、その固有の性格から事情が異なるのである。もちろん、目的拘束の原則が排除されるからといって、規範明確性の要請も適用されなくなるというわけではない。単に、「データの密接かつ具体的な目的拘束」が求められないというだけである。

また、比例原則についても、同様に妥当する。この点は、統計目的でない情報収集の場合と変わらない。ただし、目的拘束の原則を排除する代わりに、埋め合せとして統計目的での情報収集にのみ妥当する原則がいくつかある。それは、特に、組織・手続き法上の保護措置という形で現れる(285)。国勢調査判決において連邦憲法裁判所が列挙しているものをここで全て拾ってみよう。

統計データが利用目的からする拘束を受けず、様々な国家政策の基礎資料として用いられることが許されるのは、国家政策が社会国家原則によって正当化されるためだけではない。目的拘束の原則を排除しても許される最大の理由は、統計データが匿名化（Anonymisierung）されているという点にある。つまり、個人情報は、匿名化される限りにおいて、多様な利用が認められるのである。

しかし国勢調査のように、匿名化することを前提に行われる、統計目的の情報収集の場合も、情報の収集・処理の段階ではまだ本人を識別することができる。というのも、その段階では調査の正確さを確認するための補助資料として、個人の氏名、住所、識別番号といった識別標識が調査票に付されているからである(286)。それゆえ、匿

名化のためには、このような補助資料は早急に抹消されなければならない。いつまでもそれが残っていたり、一旦、それを切り離しても、すぐに元通りに戻せたりするとなれば、匿名化という統計調査の前提が崩れてしまう。補助資料を用いること自体は認められるとしても、これがもたらす不利益を排除するための特別の措置がとられなければならないのである。

連邦憲法裁判所が要求する特別の措置とは、識別標識としての補助資料に対する抹消規則(287)、調査票に関する厳格な守秘義務(288)、出来る限り早期の匿名化の要請の三つである。統計作成業務と他の行政事務との間には障壁が設けられなければならず(289)、統計と行政は完全に分離されなければならない（＝「統計と行政の分離原則」）。これによって、統計目的が達成されると同時に、個人情報保護が図られるとしているのである。しかも、これらの組織・手続き法上の予防措置をとることで、統計作成自体がより実効的になるという(290)。つまり、国勢調査に応じても不利益を被ることがないという信頼が国民の間に広まることが、統計データの正確性・真実性を保障するのであり、ひいては統計自体の実効性を確保することになるというのである(291)。組織・手続き法上の予防措置は、こうした信頼感を国民の中に醸し出す上でも有効だとされているのである。

（3）国勢調査判決における情報収集行為の憲法的正当化

以上のような諸要件を踏まえて、今度は具体的に、国勢調査判決における情報収集行為の憲法的正当化を見ていきたい。検討すべき諸要件は既に明らかであるので、以下では、具体的な国家行為がそれに合致するかどうかを見るだけでよいはずである。一九八三年国勢調査法は、五条一項と結び付いた二条乃至四条において、様々な個人的生活事項を申告するよう義務づけている。これらの規定は、介入行為としての情報収集行為を根拠づけるものであるので、先ほどの諸要件に照らして、憲法的に正当化しなければならない。判決文に従って(292)、一つ一つ検討していこう。

連邦憲法裁判所は、最初に、一九八三年国勢調査法の情報収集プログラムは、大筋において（im wesentlichen）、

合憲であると述べる。これによって、予定されていた国勢調査そのものは、憲法的に許されることが確認された。ただし、問題は「大筋において」の意味である。判決の中で連邦憲法裁判所はいくつかの条件を付けており、この部分をいかに理解するかで、法律全体の評価も変わってくる。しかし、この点を検討する前に、連邦憲法裁判所による情報収集プログラムの憲法的正当化を概観しておこう。

まず、優越する公共の利益の保護が規制目的となっているかであるが、これについては、統計目的ということなので問題はない。統計目的の憲法的正当性については既に論じた通りである。統計目的は正当であるが、統計目的であれば、いかなる情報であっても収集できるわけでないことも述べた。それに当たる例として、連邦憲法裁判所が指摘するのは、国勢調査法の二条八号の定める施設居住者及び施設職員の身分に関する申告事項である(293)。要するに、施設居住者であるということを特に申告させることの憲法的是非である。これに対して、連邦憲法裁判所は、このような事項の調査は社会的劣等者の烙印を押すものであるとして、基本法一条一項と結び付いた二条一項の人格権を侵害するとした。従って、情報収集プログラムが合憲であるというのも、とりあえず、この二条八号を取り去った上での話だということになる。

次に、情報収集プログラムを定めた国勢調査法の規範明確性の要請はどうであろうか。これについても、連邦憲法裁判所は特に問題はないとしている(294)。法律の目的は、資料と結び付いた法律テキストから明らかであれば、十分に明確であるとし(295)、更に、法律テキストとそれによって規律される生活領域が関わる文脈から明らかであるのなら十分である(296)というのである。統計目的の場合、その主要な内容が法律から解釈によって導けるのなら、規範明確性の要請は十分に満たされているといえる。ここでは個々の具体的な利用目的を定める必要はないし、それはそもそも不可能だからである。

また、情報収集プログラムは比例原則にもかなっているという(297)。ただし、その具体的な適用においては、かなり突っ込んだ検討がなされており、最終的に合憲とされたものの、今後の立法・行政のあり方に対して、いく

つかの憲法的枠づけがなされた。判決は、比例原則の三つの部分原則である、適合性、必要性、狭義の比例性(298)の諸原則について判断を加え、いずれについても要件を満たしているとした。しかし、この結論に至るまでに、とりわけ必要性原則に対して、かなりきめ細かい審査が行われている。

必要性原則とは、規制目的を達成するための手段はできるだけ緩やかでなければならないとする原則であった。この原則に応えるためには、目的適合的な複数の手段の中から、基本権法益に対する毀損度ができるだけ小さい手段が選択されなければならない。いわばオルタナティヴの検討が求められるのである。

最初に問われたのは、国勢調査を全数調査（Totalerhebung）という形で行うことの必要性であった(299)。国勢調査法はドイツ国内の全ての人を調査の対象としており（国勢調査法五条一項参照）、全ての人の個人情報が収集されるものと定めていた。しかし全数調査に対しては、かねてから任意の標本調査（Stichprobenerhebung）や完全調査と標本調査（Voll- und Stichprobenerhebung）の組合せの方が、より緩やかな調査方法なのではないかという意見があった。もしこれらの調査方法がオルタナティヴたり得るのであれば、国勢調査法のやり方は必要性原則に合致しないということになる(300)。これに対して連邦憲法裁判所は、全数調査と比べると他の方法では誤差がより大きくなるので、全人口についての信頼できるデータを得るためには全数調査が必要であるとした。その限りで国勢調査法のやり方は是認されたのであるが、この後に続けて、連邦憲法裁判所は一定の条件をつけている。

全数調査が必要であるというのは、あくまでも現時点における経験的判断に基づくものだから、将来、もっと優れた調査方法が見いだされた場合は、必要性原則についての判断も変わる可能性がある。それゆえ、立法者は、調査方法が絶えず発展している中で、なお全数調査が比例原則に合致しているかどうかを確認する義務を負い、しかも、もし予測の誤りや事情の変更が判明したときは、当初の規律を改善する（Nachbesserung）義務(301)を負うとしたのである。こうして判決は、将来の立法に対して、憲法上の枠をはめたのである(302)。

次に問われたのは、調査員による調査票の配布と回収の必要性であった(303)。予定されていた国勢調査では、

任命された調査員が申告義務者の下に出向いて調査票を配布し、記入済みの調査票を直接回収することになっていた(304)。しかし、こうしたやり方には、調査員によるプライヴァシー侵害の懸念があった。そこでこれに代えて、郵送式の調査方法がとれないかどうかが論じられていたのである。これに対して連邦憲法裁判所は、住民、建物、住居、事業所の完全かつ正確な確定には地域の巡回が必要であるし、郵送では、全ての申告義務者に調査票が届くとは限らないから(305)、郵送式調査はオルタナティヴたり得ないと結論づけた。

ところが、連邦憲法裁判所の判断はこれで終了しなかった。確かに、郵送式調査はオルタナティヴたり得ないが、予定された調査方法より緩やかなやり方があるというのである。それは次のようなものであるとされている。まず、調査員は申告義務者に対して直接、調査票を配布し、それを受け取った申告義務者の名前と住所を記載したリストを作成する。申告義務者は密封した封筒に記入済みの調査票を入れて調査員に手渡すか、調査機関に提出または郵送する。郵送の場合、申告義務者は郵送料を負担する必要はない(306)。この方法によれば、調査員がのぞき見する危険を排除すると同時に、調査員が地域を巡回することで郵送式調査の欠点を免れることができるという(307)。そして、オルタナティヴがある以上、他のやり方をとれば比例原則に反し、基本権を侵害することになるというのである。これは国勢調査法自体を違憲とするものではないが、国勢調査の実施に対して、憲法上の枠をはめたものということができるだろう。

比例原則の審査が終ると、最後に、組織・手続き法上の予防措置についての検討がなされる(308)。国勢調査の規律に対して、組織・手続き法による補完がなされることによって、情報自己決定権の保障も全うされるからである。確かに、既に連邦統計法一一条一項が統計上の守秘義務を定め(統計の秘密原則)、一一条七項一文が統計作成後すぐに補助資料を抹消すべき旨を定め(抹消規則)、一一条七項二文が補助資料は抹消されるまでの間、他の事項から分けて特別に保管されなければならない旨を定めている(遮蔽化規制)。しかし判決によると、これらの規定だけではまだ不十分であり、基本権保障のためには、更に次のような措置がとられなければならないという

(309)。

まず第一に、説明義務（Aufklärungspflicht）及び教示義務（Belehrungspflicht）の規定である。特に、申告義務者は同一世帯内でも別々に調査を受けることができるということや、記入済みの調査票は密封した封筒に入れて調査員に手渡すか、調査機関に提出・郵送できるということが、文書で教示されなければならない。また、電話番号のような任意の申告事項については、その旨を明示しておかなければならない。

第二に、氏名、住所、識別番号、調査員リスト番号のような補助資料は、できるだけ早期に抹消し、抹消されるまでは他の事項から分けて保管しておかなければならない。また、それが補助資料であることは教示されなければならない。データ保護受託官による実効的なコントロールも不可欠である。

第三に、申告事項を調査員にのぞき見られないようにするための措置として、職務活動の観点から見て、利害衝突が避けられないような調査員の投入は断念されなければならず、また、住居の直近に調査員が配置されてはならない。

第四に、立法者は調査票の内容と法律が一致するように配慮しなければならない。その際、基本的な決定は立法者が行わなければならない。

以上のような組織・手続き法上の措置がとられてはじめて、統計目的での個人情報の収集が許されるというのである。最初に、国勢調査法の情報収集プログラムは「大筋において」合憲とされていると述べたが、実際には、かなり多くの条件が留保されていることがこれで明らかであろう(310)。むしろ正確には、この情報収集プログラムは、憲法的にはまだ正当化し得ていないと見る方が素直であるように思われる。

三　情報伝達行為の憲法的正当化

（1）情報収集行為と情報伝達行為

前章で述べたように、収集された個人情報を別の者に伝達する行為は、それ自体が別個の介入行為である。たとえ情報の伝達が国家機関内部で行われた場合でもそうである(311)。それゆえ、情報収集行為と情報伝達行為は、それぞれ別個に正当化されなければならない。もっとも、憲法的正当化の方法そのものには特別の違いはない。情報収集行為のときと同様に、法律の留保原則や比例原則などの観点から検討すればよいのである。国勢調査判決においても、情報伝達行為に固有の正当化要件があるとされているわけではない。だからそこで展開された一般論(312)にも特に目新しいものはない(313)。

既に触れたように、統計目的で収集され、かつ匿名化された情報については、それを伝達することに何ら問題はない。統計目的で収集されたが、まだ匿名化されておらず、本人が識別できる情報の伝達の場合は、次の要件を満たしているときに限り、憲法に適合するといわれる。すなわち、① 他の官庁への伝達する目的も統計作成のためであること ② 法律の明文根拠があること ③ 統計上の守秘義務 ④ 匿名化の要請について相応の措置（組織・手続き法上の予防措置）がとられていることである。

問題は、統計目的で収集されたが、そのためのみならず、行政目的（例えば、税務行政や社会保障行政）のために個人情報を伝達する場合である。これは明らかに目的外使用である。目的外使用が情報自己決定権を侵害することは既に確認済みである。そこで、目的外使用であるという批判を避けるために、統計目的と併せて行政目的も法律に定めることによって、二つの目的を同時に達成する調査を行うとしたらどうなるのか。これは結合調査（kombinierte Erhebung）といわれる方法であるが、連邦憲法裁判所によると、統計目的の調査と行政目的の調査はそれぞれ妥当する法原則が違うのだから、一緒に扱うことはできないという(314)。行政目的の調査においては、情報の密接かつ具体的な目的拘束が不可欠であり、何のために個人情報が利用されるのかが明らかでないとならな

いが（規範明確性の要請）、結合調査はこの原則を曖昧にしてしまう。それゆえ、こういうやり方では、規範明確性の要請に反する上に、比例原則にもそぐわないと考えたのである。

一九八三年国勢調査法は、九条において、統計目的で収集した個人情報を他の一定の行政目的のために利用できるように定めている。上述の観点からすれば、この規定の合憲性はかなり疑わしいものであった。以下において、連邦憲法裁判所の述べるところを見てみる。

（2）住民登録簿の訂正

国勢調査法九条一項は、国勢調査により収集された情報(315)を住民登録簿と照合して、その訂正のために利用することを認めていた。すなわち、ここでは、統計庁に一旦集められた個人情報が市町村（Gemeinde）に伝達されて、そこで住民登録簿の訂正のために利用されることになっていた。立法者は、住民登録簿の訂正という行政目的と国勢調査という統計目的を一度に達成しようとしたのである。これが正当化されると考えられた理由は、もしもこのような住民登録簿の訂正が認められなければ、極めて包括的で、かつコストがかかり、市民に余分の負担をかける調査を別個に、住民登録簿を訂正するためだけに実施しなければならなくなるというものであった(316)。

しかしこの規定に対して連邦憲法裁判所は、こうしたやり方は情報自己決定権を侵害するとして違憲の判断を下した(317)。すなわち、当該規定は一致し得ないものを結び付けており、目的を達成するためには不適合である（ungeeignet）。しかも、その内容は不明確で、市民にはその射程が理解できないという。要するに、比例原則の中の適合性原則に反すると同時に、規範明確性の要請にも反するというのである。統計目的の調査においては、匿名化が要請され、統計上の秘密は厳守されなければならないが、他方で、目的拘束の原則は働かない。逆に、住民登録簿の訂正の場合は、本人を識別する必要があるが、他方で、厳格な目的拘束の原則が働かなければならない。この矛盾を解決して、二つの目的を同時に達成することはできない。結局、本人を識別できる個人情報が、目的に拘束されずに流通しかねない危険だけが残ってしまうのである。

国勢調査法九条一項二文が定める不利益措置の禁止規定(318)は、その危険に対処するために定められた。しかし連邦憲法裁判所によると、この規定には実効性がないという。というのも、目的拘束の原則が働かないところで個人情報が伝達されてしまえば、その後は最初の出所がどこであったかに関係なく、個人情報が流通し、その行方はもはや誰にも見透すことができなくなるからである。そうなれば、この規定の効力も及び得ないだろう。しかも情報の行方を見透すことができなければ、それは規範明確性の要請に反することにもなるとされる。

（3）連邦及び州の上級官庁への情報伝達

国勢調査法九条二項は、国勢調査により収集された個人情報(319)を連邦及び州の上級官庁（指定された機関も含む）に伝達することを認めていた。もちろん、その場合でも、伝達は所管する事務の適法な遂行に必要な場合に限られていた。また、氏名をはじめとして一定の事項をはずすことが条件とされている。しかしこの規定に対しても、連邦憲法裁判所は違憲の判断を下している(320)。

この判断は職務共助（Amtshilfe）(321)をめぐる議論に一定の結論を与えることにもなった(322)。かつては、基本法三五条一項の定める職務共助の要請が、そのまま法的根拠とされて、国家機関内部での情報伝達を正当化すると考えられていたのだが、情報自己決定権を承認した後は、個人情報の伝達は情報自己決定権の制約と見なされるようになり、基本権保障に固有の正当化がされなければならないと考えられるに至った。従って、九条二項のような情報伝達の場合も、職務共助の要請を持ち出すことなく、正当化されなければならない。

しかし、この規定は正当化の要件をクリアしなかった。確かに、情報伝達が統計目的に限定されていれば、まだ救いがあったかもしれない。ところが規定を見る限りでは、統計目的に限定されているのか、何らかの行政目的が予定されているのか判然としない。それゆえ、連邦憲法裁判所は規範明確性の要請に反すると判断したのである。その結果、この規定は違憲であると宣言された。

（4）市町村への情報伝達

国勢調査法九条三項は、地域計画、測量業務、市町村計画、環境保護の目的のために、国勢調査により収集された個人情報を市町村に伝達することを認め、更に、統計目的のためにも個人情報を市町村に伝達することを認めていた(323)。しかし連邦憲法裁判所は、この規定についても、違憲の判決を下している(324)。

まず、地域計画等を目的とした情報伝達の合憲性については、その目的に具体性が欠けており、規範明確性の原則に反するとした。次に、統計目的の情報伝達については、遮蔽化規制がなされていないという点にクレームをつけた。すなわち、市町村においては、統計作成業務と他の行政事務が未分離であって、個人情報の利用を統計目的に限定することは、事実上、無理だろうというのである。本来であれば、組織・手続き法上の予防措置を設けて、他の行政事務から統計作成業務を完全に遮蔽しておかなければならないのであるが、それができていない現状において、個人情報を市町村に伝達することは、情報自己決定権を侵害することになるという。そういうわけで、この規定もまた違憲であると宣言されたのである。

四　情報利用行為の憲法的正当化

個人情報の利用の憲法的正当化は、通常、情報収集の場面で一緒に検討されているので、それだけを特別に取り出して、新たに正当化する必要はない。しかし、情報収集の段階では検討されない全く別の目的のために、個人情報を利用しようとする場合は、それを特別に正当化しなければならない。国勢調査判決においては、国勢調査法九条四項の定める学術目的のための情報利用がそれに当たるだろう(325)。この規定について、連邦憲法裁判所の説くところを見てみよう(326)。

連邦憲法裁判所は、学術目的の憲法的正当性を当然の前提とした上で、その目的の範囲内にとどまる限り、個人情報の利用は許されると判断した。九条四項は氏名と住所を付さないことを条件にしているが、これにより、個人情報の利用が学術目的の範囲内でなされることが十分に保障されるという。経験的な判断によれば、情報の受け手

（学者）は、特定の標識をもった主体としての個人に関心があるだけなのだから、現行の規制(327)を超えて、特別の予防措置を設ける必要もない。それゆえ、この規定に基づく情報利用は合憲であるとされたのである。

五　小括

以上、情報収集行為を中心に、国家の情報介入行為に対する憲法的正当化のあり方を色々と論じてきた。正当化の段階に入ると、議論はかなり具体的になってくる。それというのも、この段階では既に、保護されるべき基本権の内容は明らかであるし、審査すべき国家の介入行為もはっきりと対象化されているからである。後は、介入行為が正当化の諸要件を充足しているかどうかを判断するだけでよいわけである。ここでも、国勢調査判決で用いられた憲法的正当化の諸要件をまとめておきたい。

基本権制約の憲法的正当化は、国家の介入行為が憲法上のいくつかの正当化要件を満たしているかどうかを検討することによって行われる。国勢調査判決で挙げられた正当化要件は、正当目的としての優越する公共の利益の保護、法律の留保原則、規範明確性の要請、比例原則、組織・手続き法上の予防措置の義務づけの五つであった。これに対して、正当化されるべき介入行為は、情報収集行為、情報伝達行為、情報利用行為であった。

情報収集行為については、行政目的から行われる個人情報の収集と統計目的から行われるそれとを厳格に区別して、正当化することが求められた。このような区別は、前者が本人を識別し得る個人情報を扱うものであるのに対して、後者は匿名化が前提になっているところに理由があるとされる。国勢調査は統計目的から行われる情報収集であり、一九八三年国勢調査法は、統計目的の調査に妥当する正当化要件に照らして、その合憲性が審査された。その結果、一定の事項を除いて、かつ、組織・手続き法上の予防措置を補完することを条件として、「大筋において」合憲であると判断された。

情報伝達行為については、国勢調査法九条に定められた、住民登録簿の訂正のための情報伝達、連邦及び州の上

級官庁に対する情報伝達、市町村に対する情報伝達の正当化が求められた。しかし、これらについては、比例原則や明確性の要請、あるいは組織・手続き法上の予防措置の要請に合致しないと見なされて、違憲の判断を受けた。

情報利用行為については、国勢調査法九条四項の学術目的からなされる情報利用の正当化が求められた。これに対しては理由づけが十分であるとはいえないものの、正当化要件のいずれにも反しないと考えられて合憲であると判断された。

基本権制約の憲法的正当化にあたっては、上述の五つの正当化要件が、必ずしも全てにおいて明示的に適用されているわけではないが、その場合も、決して判断されなかったというわけではなくて、むしろその要件が充足されていることは自明であるから、わざわざ明示的に検討する必要はないとされたものと思われる。基本権制約の憲法的正当化が機械的な作業ではない以上、事案の特殊性に応じて柔軟に対処されることも十分に有り得よう。しかしそれでも、国勢調査判決の中に、原則として、一定の正当化要件に照らして、国家の介入行為を一つ一つ検討していく正当化の手法が認められているということは確認されるだろう。

最後に、判決の影響とその後の展開について、若干、触れておきたい。判決が明示的に違憲と判断したのは、九条一項乃至三項の諸規定だけであったが、他に国勢調査のプログラム自体にもいくつかの条件が付されたため、一九八三年国勢調査法に基づいて予定の調査を行うことは事実上、極めて難しくなっていた。そのため、連邦政府はついに、国勢調査の実施を断念し、判決の趣旨に合うような法律を新たに制定して出直すことを宣言せざるを得なくなる(328)。もっとも判決の趣旨といっても、国勢調査判決では、情報自己決定権を初めとして新奇の法概念が多用されており、その上、直接の事案を超える一般的な判示が随所に見られるため、その射程を見きわめるのは相当厄介であると感じられたようである(329)。そうした中で、一九八三年国勢調査法に変わる新しい法律が成立する。それが一九八七年国勢調査法(330)である。この法律に対しても、憲法上の疑義が提起されたが、今度はそれを乗り切り(331)、現行法として現在に至っている。

終　章

一　防禦権のドグマーティクの実践的有用性

ここまで、国勢調査判決という具体的な事件を素材にして、防禦権のドグマーティク、とりわけ、その基本図式たる三段階審査が実践的有用性を示しているかどうかについて、いろいろと検討を加えてきた。検討にあたっては、個々の細かい論点をめぐる議論に付き合い過ぎた感がないでもない。とはいえ、これまでの経緯から見ても、判決が依拠する法的論証の仕方は、基本権の保護領域論に始まり、基本権制約論を経て、憲法的正当化論へと展開していく三段階審査の作法に従っているといってよいと思われる。そして、この作法に従うことで、錯綜とした法的紛争が「共通の足場」の上で議論できるように枠づけられていることも確認し得るだろう。確かに、国勢調査判決という一つの例を挙げるだけで、三段階審査の論証作法が、納得できる議論枠組みになっていると断言することは無理かもしれない。しかし、この例を見るだけでも、それが広く一般的な妥当性を持ち得ることは十分に推察できるではないかと思う。基本権をめぐる法的議論に参加しようとする者は、この論証作法の共有を通じて相互のコミュニケーションをとることになり、それが合理的な議論を成立させる前提となるのである。

基本権をめぐる「難しい」法的紛争にも適切な解答を与え、基本権の保障を磐石にするためには、合理的な議論が必要であるというのが、本論文の出発点であった。そして、そのための前提条件として、本論文は、防禦権のドグマーティクが提供する三段階審査の論証作法を提示した。しかし、本論文の主張が本当にその通りといえるのかを証明するには、なお、合理的な議論(332)とは何かについての、もっと立ち入った考察がなければならないだろう。更に、本論文が参照した防禦権のドグマーティクがドイツ法のものであることを考慮すると、その背後にあるドイツ的法思考(333)との関係を明らかにする必要もあるかもしれない。もちろん、これらの作業に要するであろう負担を考えると、それをこの場で展開するのは断念せざるを得ない。今後の研究の中で、少しずつ取り組んでいく他ないであろう。それは今後の課題として残しておきたい。

二　防禦権のドグマーティクとわが国への受容の際の諸問題

他方、防禦権のドグマーティクが、わが国の基本権論にどのような示唆を与え得るのかという問題も別に考察する必要がある。とりわけ、基本枠組みとしての三段階審査が、法的論証作法として利用できないかどうかが問題になるであろう。わが国でも、自由権の保障を第一としつつも、他に多様な機能を基本権に認めようとする傾向が認められるように、どちらの国においても、国家と基本権の間の緊張関係は適切に取り扱われなければならない問題である。そうであれば、合理的な議論のための「共通の足場」は、ここでも必要とされているということができるだろう。もしドイツにおいて、防禦権のドグマーティクがこの要請に応えられるのなら、それはわが国においても十分に参考になるといってよいのではないだろうか。

もちろん、両国の間にある種々の相違点を考慮すれば、ドイツの議論を単純にわが国に持ち込むことができないのは当然である。しかしそう結論づける前に、どこが相違しているのか、なぜその相違が法的にレレヴァントといえるのかという問題に答えておかなければならないだろう。詳細な検討は他日を期すしかないが、ここでは今後の課題を提示する意味も込めて、若干の指摘だけを行っておきたい。

まず、ドイツとわが国の憲法上の相違点として、基本法と日本国憲法という実定憲法の規定の仕方が違うという点が挙げられる。既に述べたように、わが国の基本権保障方式は法律の留保規定をおかない絶対型で、基本法のような折衷型ではない(334)。つまり、日本国憲法には折衷型憲法にあるような、基本権制約に対する法律の留保が定められておらず、それゆえ基本権制約も法律の留保規定のあり方に従って区別されるという考えがとられていない。この点は確かに基本権制約の正当化要件に違いをもたらすに違いない。しかしだからといって、日本国憲法下では法律の留保原則は妥当しないとか、基本権制約に法律の形式は必要ないとまではいえないだろう(335)。むしろ法律の留保原則は日本国憲法にも妥当するというべきである。もちろん、そのようにいえたとしても、問題の全てが片付くわけではない。例えば、いわゆる本質性理論を採用するかどうかについて意見が分かれているように

(336)、具体的に見れば、必ずしも同様には考えられないとされる場合もあろう。しかし、これは個別的な論点であって、基本枠組み自体に違いをもたらすようなものではないと思われる。

第二に、大きな相違点として、ドイツと日本の裁判制度の違いが指摘される。前者が憲法裁判所制度、後者が司法裁判所制度をとることを見れば、確かに両者は異なっている。しかし、この点についても慎重に考察する必要がある。まず、ドイツの憲法裁判制度を抽象的違憲審査のイメージで捉えるとすれば、ドイツにおける違憲審査の現実とかなりかけ離れるように思われる(337)。ドイツでも憲法異議（Verfassungsbeschwerde）の訴えが憲法裁判の大半を占めていることを考えると、実際には付随的違憲審査がほとんどである。その意味で、現実の姿としては、抽象的か付随的かという点は大きな違いではないといってよいように思われる(338)。

もっとも、付随的違憲審査であるといっても、この憲法異議はわが国にはない訴訟手続であり、これがないという点は相当大きな相違点であるといえる。というのも、憲法異議においては基本権侵害の主張が提訴の要件とされており(339)、基本権侵害が訴訟要件とされていないわが国と比べると、憲法訴訟のあり方が入口の段階で既に異なっているからである。これは、わが国ではたとえ基本権が侵害されていても、それだけで訴訟を提起することはできないということを意味する。わが国の違憲審査は「実定訴訟法の規定する訴訟要件を、すでにパスした訴訟においてはじめてなされる」(340)ものであって、訴訟が可能かどうかは実定訴訟法の定めに委ねられており、基本権侵害があるかどうかは訴訟要件ではないと考えられているのである。

しかし、この点について、本当にドイツと日本は全く違うと考えるべきなのだろうか。たとえ同じでないとしても、基本権侵害が訴訟の直接の要件でないと考えるのは、本当に憲法の趣旨にかなうのだろうか。むしろ「実定訴訟法上の訴訟要件・訴訟類型の規定にかかわらず、実体的基本権に加えられた侵害に対して実体的基本権を防御・回復するために当事者が提起する訴訟が、許される余地がある」(341)という見解の方が正鵠を得ているといえないか、十分に検討し直してみる必要があろう。それは同時に、日本国憲法七六条の司法権概念や三二条の裁判を受

ける権利の再検討を伴うべきものである(342)。

本論文で扱った防禦権のドグマーティクをわが国ではどのように捉えるべきかという問題も、これらの点と併せて考えなければならない。しかし、それもまた今後の課題である。

第二部　註

(1) BVerfGE 65,1. 国勢調査判決については、わが国でも既に多くの紹介がある。特に、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・下）」ジュリスト八一七号六四頁、八一八号七六頁（一九八四）は詳細である。また、浜砂敬郎「西ドイツ１９８３年国勢調査法にかんする連邦憲法裁判所の判決文」九州大学経済学研究五〇巻一・二合併号一一九頁（一九八四）は、判決の全文訳を試みている。この二つは、本論文でも適宜利用させていただいた。他に、西浦公「プライバシー侵害に関する訴訟事件（ドイツ）」榎原猛編『プライバシー権の総合的研究』四五一頁（一九九一）、平松毅「個人情報保護と憲法」自由と正義三八巻一〇号四頁（一九八七）、同「個人情報の電算処理に伴うプライバシー保護」ジュリスト八五四号五一頁（一九八六）、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』」一橋論叢九四巻五号七二八頁（一九八五）参照。

(2) Gesetz über eine Volks-,Berufs-,Wohnungs-,und Arbeitsstättenzählung vom 25.März 1982 (BGBl.I S.369) — Volkszählungsgesetz 1983 —

(3) BTDrucks. 9/451,S.7ff.

(4) BTDrucks. 9/1068,S.17.

(5) BTDrucks. 9/1350.

(6) U.Mückenberger, Datenschutz als Verfassungsgebot, KJ,1984,S.1. ミュッケンベルガーは、一九八三年になって数週間で、なぜ状況が一変したのかを十分に説明できる者は今日に至っても誰もいない、という。

(7) 当時のデータ保護法制については、次の文献を参照した。石村善治「西ドイツのプライバシー保護立法と運用の実態」ジュリスト臨時増刊『情報公開・プライバシー』七四二号二三八頁（一九八一）、行政管理庁行政管理局監修『世界のプライバシー法』一〇二頁（一九七八）。後者には、資料として、連邦データ保護法の全文訳と「連邦データ保護法案提出の際の提案理由書」の翻訳が収められており、極めて有益である。

(8) データ保護法の概要については、註(7)に掲げられた文献の他、津田賛平「西ドイツ連邦データ保護法」ジュリスト七六〇号二九頁（一九八二）、太田知行「プライバシー保護法の比較法的研究（西ドイツ）」比較法研究四三号三七頁（一九八一）（以下、太田・第一論文と引用）、太田知行「西ドイツ連邦情報保護法について（上・下）」法曹時報三〇巻九号一頁、一〇号一頁（一九七八）（以下、太田・第二論文と引用）参照。

(9) 『世界のプライバシー法』前掲書註(7)一〇二頁。

(10) 太田・前掲第二論文（下）註(8)二〇頁。

(11) Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung vom 27.Januar 1977 — Bundesdatenschutzgesetz —

(12) この辺りの事情は、プライバシーあるいは私的領域概念の「相対性」から説明されている。太田・前掲第一論文註(8)四〇頁、同・前掲第二論文（上）註(8)八頁参照。

(13) 『世界のプライバシー法』前掲書註(7)二七二頁。

(14) 太田・前掲第一論文註(8)四四頁。

(15) 石村・前掲論文註(7)二四一頁、太田・前掲第二論文（下）註(8)二〇頁。

(16) Melderechtsrahmengesetz vom 16.August 1980.

(17) 『世界のプライバシー法』前掲書註(7)一〇三頁。

(18) Der Spiegel, Nr.8/1983,S.104.

(19) Der Spiegel, Nr.13/1983,S.30.

(20) Der Spiegel, Nr.13/1983,S.28.

(21) 加藤秀治郎『戦後ドイツの政党制』六八頁（一九八六）。

(22) 結局、緑の党は、この時の総選挙で五・六％の得票率を得て阻止条項をクリアし、連邦議会に初めて代表を送り込むことになる。

(23) Der Spiegel, Nr.11/1983,S.120.

(24) Der Spiegel, Nr.8/1983,S.104.

(25) 「ガラス張りの人間」という言葉は、反対運動の標語として、後の連邦憲法裁判所の判決の中でも引用されている。Vgl. BVerfGE 65,1 (17).

(26) Der Spiegel, Nr.8/1983,S.105; Nr.13/1983,S.30. 例えば、ミュンヘンでは住民登録をしていない外国人を見つけた調査員に五マルク、ドイツ人の場合は二・五マルクの懸賞金を出すとされた。

(27) Der Spiegel, Nr.8/1983,S.105; Nr.13/1983,S.31.

(28) Gesetz über Personalausweise vom 25.Februar 1983.

(29) Der Spiegel, Nr.16/1983,S.24ff.; Nr.32/1983,S.17ff.

(30) Der Spiegel, Nr.13/1983,S.32.

(31) Der Spiegel, Nr.13/1983,S.34ff.

(32) この説明は、判決理由の冒頭に一種の前文を付ける形でなされている。連邦憲法裁判所がこのようなやり方をとるのは、極めて異例であるといわれる。Vgl. K.Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ?, 1987,S.51.

(33) BVerfGE 65,1(3f.).

(34) 仮命令の制度については、永田秀樹「西ドイツにおける憲法訴訟の手続原則」大分大学経済論集三四巻三号一四〇頁（一九八二）、野中俊彦「憲法裁判における仮処分」金沢法学一四巻一号一頁（一九六八）参照。

(35) 後の本案判決の際には、更に多くの参加者がこの憲法異議に加わることになる。その中には、法情報学者のヴィルヘルム・シュタインミュラー（彼は連邦データ保護法の制定にも関与している）や憲法学者のアーダルベルト・ポドレッヒもいた。

(36) 侵害を受けるとされた基本権の条項は、基本法一条一項と結び付いた二条一項（一般的人格権）、四条一項（信教の自由）、五条一項一文（意見表明の自由）、一三条一項（住居不可侵の権利）、一九条四項（裁判を受ける権利）である。

(37) 当時の連邦データ保護受託官は、ハンス・ペーター・ブル教授であり、また、ヘッセン州のデータ保護受託官はシュピロス・シィミティス教授であった。

(38) BVerfGE 64,67.

(39) Der Spiegel, Nr.16/1983,S.17. この仮命令の発令は各方面に様々な反響をもたらした。政治家は、この法律が政治の転換期に成立したことも手伝って、失敗の責任を互いに押し付け合った。法律家は、これで落ち着いて国勢調査法の問題点を議論できると歓迎した。急進的な反対運動家は、この仮命令が運動を尻すぼみに終らせるのではないかと恐れたといわれる。

(40) 法的思考の合理性については、田中成明『法理学講義』（一九九四）、同『法の考え方と用い方』（一九九〇）、同『法的思考とはどのようなものか』（一九八九）参照。

(41) 領域という言葉はある種の空間イメージを持っているが、基本権の保護領域にはそのような空間的発想はない。基本権保障の対象となるべき種々の法益の集合体を全体的に捉えて、基本権の保護領域と呼んでいるのである。Vgl. B.Pieroth/B.Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 10.Aufl.,1994,Rn.248.; J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.V,1992,S.143(166f.). ハインリッヒ・ショラー／嶋崎健太郎訳「基本権論における領域論と保護区域論」自治研究六九巻四号（一九九三）参照。

(42) 基本権制約論においては、基本権の保護領域に対する国家の介入行為が論じられ、また、憲法的正当化論においては、保護領域への介入行為に対する憲法的正当化要件が論じられる。従って、いずれの議論でも基本権の保護領域論が前提となるのである。

(43) BVerfGE 65,1(16ff.).

(44) 基本法一九条四項は「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途（Rechtsweg）が開かれている」と規定する。なお、ドイツ連邦共和国基本法の条文の邦訳については、原則として、高田敏／初宿正典編訳『ドイツ憲法集』（一九九四）または、樋口陽一／吉田善明編『解説世界憲法集（第三版）』（一九九四）の訳（共に初宿正典訳）に従う。

(45) 手続的基本権は、実体的基本権のように実体的利益の保護それ自体を直接目指すものではない。確かに究極的には、何らかの実体的利益を保護しようとするものであるとしても、直接には、国家に一定の手続の遵守を要求するための権利である。それゆえ、実体的基本権の保障の場合とは異なる考慮を加えなければならない必要性があると思われる。

(46) 一九八三年国勢調査法第五条二項の「申告履行の命令に対する不服申し立て及び取消訴訟は、停止的効果を持たない」という規定に対して、異議申立人は、一九条四項の権利保護保障が侵害されると主張した。BVerfGE 65,1(20f.). しかし、連邦憲法裁判所は「一般の福祉のために停止し得ない措置を適時に実施しようとして、個人の権利保護請求権を一時的に見合わせたとしても、それは優越的な公共の利益によって正当化され得る」と述べて、異議申立人の主張を退けた。BVerfGE 65,1(70f.).

(47) 基本法四条一項は「信仰、良心の自由、ならびに宗教および世界観の告白の自由は、不可侵である」と規定する。

(48) Vgl., D.Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre,1980,S.144.

(49) 基本法一四〇条は、ワイマール憲法の一三六、一三七、一三八、一三九、一四一条を「基本法の構成部分」であると規定して、これらの条文に基本法としての効力を与えている。

(50) ワイマール憲法一三六条三項二文は「官庁は、（ある者の）権利・義務が、ある宗教団体への所属いかんに左右され、または、法律の命じる統計上の調査のために必要とされる限度においてのみ、その所属について問う権利を有する」と規定する。

(51) 連邦憲法裁判所は、統計目的だから宗教団体への加入・非加入の申告を義務づけても基本権侵害ではないとしたが、申し立てでは、統計目的と行政執行目的の混合が問題とされた（vgl. BVerfGE 65,1,20）のだから、この点をもう少し検討すべきであったと思われる。

(52) 基本法一三条一項が原則論として「住居は不可侵である」と規定し、二項が住居の「捜索」のための許容要件を定め、三項が「捜索」の場合以外の介入・制限に関する許容要件を定めている。

(53) BVerfGE 32,54(72). この判決の論点については、森口佳樹「ボン基本法一三条と行政手続への適用について」阪大法学四〇巻一号一三

七頁（一九九〇）参照。

(54) BVerfGE 32,54(75). Vgl.BVerfGE 27,1(6).

(55) W.Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI,1989,S.41(69ff.); Rohlf(Anm.48),S.152ff.

(56) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.72; Rohlf(Anm.48),S.155. 「住居」の概念を狭く解釈して、企業・営業所をそこから排除すると、これらの空間への「捜索」やその他の介入・制限が無制約になるという不都合があるため、「住居」概念は広く解釈されるべきであるとされる。ただし、規制の対象となる「住居」の性質に応じて、基本権的保護の程度は異なるというのが判例・通説の立場である。

(57) BVerfGE 65,1(40).

(58) 基本法五条一項一文は「各人は、言語、文書、図画によって自己の意見を自由に表明し流布する権利…を有する」と規定する。

(59) Vgl. Rohlf(Anm.48),S.184.

(60) C.-E.Eberle, Datenschutz durch Meinungsfreiheit, DöV,1977,S.306ff.

(61) BVerfGE 65,1(41).

(62) BVerfGE 65,1(41).

(63) P.Krause, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, JuS,1984,S.268(269).

(64) Vgl. Vogelgesang(Anm.32),S.96f.

(65) Eberle(Anm.60),S.308ff.

(66) BVerfGE 65,1(41).

(67) 基本法二条一項は「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序また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」と規定する。

(68) 人格の自由な発展の権利に関する研究はわが国でも盛んであるが、比較的最近の研究として次のものを挙げておきたい。戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』三二五頁（一九九三）、小山剛「一般的行為自由説をめぐる諸問題」田上追悼『法と正義』六七三頁（一九九三）、阿部照哉「個人の尊厳と幸福追求権」法務省人権擁護局編『人権保障の生成と展開』一五五頁（一九九〇）、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」法学五〇巻七号一二〇三頁（一九八七）参照。更に、Vgl. Ch.Degenhart, Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art.2 I GG, JuS,1990,S.161ff.; H.-U.Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.),

Handbuch des Staatsrechts,Bd.VI, 1989, S.1185ff.; ders, Das Grundrecht aus Art.2 Abs.1 GG, Jura,1987,S.367ff.

(69) A.Podlech, AK-GG,2.Aufl.,1989,S.251,Rn.5.

(70) 人格の自由な発展の権利の内容の捉え方については、広義説、狭義説、最狭義説の三つがある。このうち、広義説の一般的行動の自由説が判例・通説であり、狭義説の人格的利益説（ヘッセ、グリムなど）や最狭義説の人格核心説（ペータース）との間で議論が交わされてきた。論争の具体的内容については註(68)に掲げた文献を参照されたい。

(71) 基本法制定前の草案では、二条一項の文言は、「全ての人は自由である。各人は、法秩序と善良の道徳の制限内で、他人を傷つけないあらゆることを行う自由を有する」と規定していた。Vgl. Podlech(Anm.69),S.250,Rn.4. この文言が現在のように変更された理由について、連邦憲法裁判所は「法的な考慮でなく、言葉上の理由」からだったとし、現行法と草案の間に内容上の違いはないと解している。BVerfGE 6,32(36f.).

(72) BVerfGE 54,148(153).

(73) 憲法上の一般的人格権については、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権」小林孝輔編『ドイツ公法の理論』二九七頁（一九九二）（以下、根森・第一論文と引用）、同「人格権の保護と『領域理論』の現在」時岡古稀記念『人権と憲法裁判』七五頁（一九九二）（以下、根森・第二論文と引用）が詳しい。更に、Vgl. Ch.Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art.2 I i.V.mit Art.1 I GG, JuS,1992,S.361ff.; H.D.Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW,1989,S.857ff.

(74) 根森・前掲第一論文註(73)三〇二頁。

(75) H.D.Jarass/B.Pieroth, GG-Kommentar,3.Aufl.,1995,S.64,Rn.26; Jarass(Anm.73),S.858.

(76) Ph.Kunig, in: GG-Kommentar,(Hrsg. I.v.Münch/P.Kunig), 4.Aufl.,1992,S.167,Rn.30; なお、ヤラスは次のように述べている。「その際、第一の基礎は基本法二条一項の基本権にあるといってよいだろう。基本法一条一項はこの基本権に作用し強化する働きをしているのである。万一、基本法一条一項が独自の基礎になるとすれば、一般的人格権を法律によって制約するのが難しくなってしまう。というのも、このような制約は基本法一条一項の基本権にあっては排除されているからである」。Jarass(Anm.73),S.857.

(77) BVerfGE 54,148(153).

(78) 小山・前掲論文註(68)六八五頁。

(79) Schmitt Glaeser (Anm.55), S.57,Rn.27. 根森・前掲第一論文註(73)三〇六頁も次のようにいう。「もともと第二条一項の『人格の自由な発展を求める権利』そのものが『人間の尊厳』の具体化である。そのような第二条一項がいま一度『人間の尊厳』と結びつけられる結果と

して出てくる一般的人格権が、このように必然的に『より狭い領域』の保護になるかは、理論的には、本当は疑問である」。

(80) Schmitt Glaeser,(Anm.55),S.53,Rn.19.

(81) 根森・前掲第一論文註(73)三〇六頁も「この両者は、やはりコインの裏表の関係にある」とし、「両者を統一的に把握することの方がより重要なように思われる」と見ている。Vgl. Degenhart(Anm.73),S.361f.

(82) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.57,Rn.27.

(83) 憲法上の一般的人格権に先行して、私法上の一般的人格権が既に判例・学説上、承認されていたという事情がここでは重要である。すなわち、「狭義の人格的領域」が私法上の一般的人格権による保護を受けることが、既に広く認められていたため、そのことが憲法上の一般的人格権の形成にも決定的な影響を及ぼし、「狭義の人格的領域」の保護と憲法上の一般的人格権を結び付けたと考えられるからである。連邦通常裁判所（BGH）が私法上の一般的人格権を承認する際に、基本法一条一項の「人間の尊厳の不可侵性」と二条一項の「人格の自由な発展の権利」に言及していることを思うと、ここに憲法と私法の間に働くダイナミズムが伺えるといってよいだろう。私法上の一般的人格権については、五十嵐清『人格権論』一二二頁以下（一九八九）、斉藤博『人格権法の研究』（一九七九）などを参照。私法上の一般的人格権も憲法上の一般的人格権も共に明文根拠を持たず、学説の努力と判例の積み重ねによって確立した。しかし現在では、両者を異なった内容の権利であると捉える見方が有力なようである。民法典の八二三条一項が定める「その他の権利」に条文上の根拠を有し、不法行為法上の保護に与る私法上の一般的人格権と、基本権としての憲法上の一般的人格権が、制度上、異なった取り扱いを受けるのは当然であるが、他にも、前者が私人間に作用し後者が私人と国家の間に作用する関係で、論証責任の割り振りや利益衡量の場面でそれぞれ違った考慮が働くといわれている。Vgl. H.Ehmann, Anhang zu §§ 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. in: Erman, Handkommentar zum BGB, Bd.I,9.Aufl.,1993, S.17(40ff.,Rn.69ff.).

(84) BVerfGE 54,148(153).

(85) 「領域理論」については、根森・前掲第一及び第二論文註(73)の他、ショラー・前掲論文註(41)も参照。

(86) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.47,Rn.10.

(87) 一般的人格権が問題となった連邦憲法裁判所の諸判例を概観するわが国の文献として、戸波・前掲論文註(68)三三七頁の他、平松毅「個人情報保護」公法研究五三号七五頁（一九九一）、西浦・前掲論文註(1)四四九頁参照。

(88) BVerfGE 18,146.

(89) BVerfGE 27,1.

(90) BVerfGE 27,344.
(91) BVerfGE 32,373.
(92) BVerfGE 34,238.
(93) BVerfGE 35,202.
(94) BVerfGE 35,202.
(95) BVerfGE 54,148.
(96) BVerfGE 54,208.
(97) Vgl. BVerfGE 54,148(153f.).
(98) R.Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts(Schluß), AöR100,1975,S.265ff. ショルツの議論に言及するものとして、根森・前掲第二論文註(73)八五頁、阿部・前掲論文註(68)一六五頁、赤坂・前掲論文註(68)一二二三頁も参照。
(99) Scholz(Anm.98),S.288.
(100) Rohlf(Anm.48),S.70ff.
(101) ショラー・前掲論文註(41)六九頁以下参照。
(102) B.Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat,1986,S.233(241f.).
(103) BVerfGE 65,1(45).
(104) Pieroth/Schlink(Anm.41),S.100,Rn.414.
(105) ショラー・前掲論文註(41)及びそこに掲げられた文献参照。
(106) M.-E.Geis, Der Kernbereich der Persönlichkeitsrechts, JZ,1991,S.112ff. 根森・前掲第二論文註(73)八八頁以下はガイス論文を好意的に紹介する。
(107) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.47,Rn.10.
(108) 本文のようにいえるとすれば、一般的人格権と一般的行動の自由が一応分離された今の時点では、「領域理論」の持つ意味はますます小さくなったということになるだろう。
(109) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.51f.,Rn.16.

(110) Schlink(Anm.102),S.237.

(111) BVerfGE 65,1(41).

(112) Vgl. BVerfGE 54,148(153f.); Schmitt Glaeser(Anm.55),S.58.

(113) BVerfGE 65,1(1.Leitsatz ,42,43,44,45,46).

(114) Vgl. Vogelgesang(Anm.32),S.53.

(115) 註(84)参照。

(116) 判例の流れを概観するものとして Vgl.Rohlf(Anm.48),S.70ff.

(117) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.59; Vogelgesang(Anm.32),S.42; Rohlf(Anm.48),S.195; Ch.Karaus, Der Grundrechtliche Schutz der Privatsphäre bei der Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe von statistischen Daten,1985,S.60f.; R.Scholz/R.Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung,1984,S.69f. なお、判例の変遷に伴うかのように、学説の議論も推移している。Vgl. Vogelgesang (Anm.32),S.112ff.,116ff.

(118) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.60.

(119) BVerfGE 6,32.

(120) BVerfGE 6,32(41).

(121) Vgl. BVerfGE 6,389; 10,55; 18,146.

(122) BVerfGE 27,1.

(123) Gesetz über die Durchführung einer Repräsentativstatistik der Bevölkerung und des Erwerbs- lebens vom 16.März 1957 (BGBl. I S.213) —Mikrozensusgesetz—

(124) この決定の時点では、連邦憲法裁判所はまだ一般的人格権を明示的に承認していなかった。そのため決定においては、基本法一条一項と結び付いた二条一項の基本権ではなく、基本法一条一項プラス二条一項の基本権に照らして判断するという体裁がとられている。

(125) この判示部分では、J.Wintrich, Die Problematik der Grundrechte, 1957,S.15f. 及び G.Dürig, in: Maunz-Dürig, GG 2.Aufl.,Rdnr.37 zu Art.1 が引用されている。とりわけ、かつての連邦憲法裁判所長官ヨゼフ・ヴィントリッヒの所説が強く影響しているという指摘がある。Vgl. Rohlf(Anm.48),S.72.

(126) BVerfGE 27,1(6f.).

(127) BVerfGE 27,1(8).

(128) R.Kamlah, Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht, DöV,1970,S.361(362); vgl. E.Benda, Privatsphäre und "Persönlichkeits-profil", in: FS W.Geiger zum 65.Geburtstag,1974,S.23(29).

(129)Vgl. Warren and Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv.L.Rev.193(1890); Prosser, Privacy, 48 Calif.L.Rev.389(1960); Griswold v. Connecticut, 381U.S.479(1965).

(130) BVerfGE 27,344.

(131) Kamlah(Anm.128),S.361.

(132) 基本法一九条二項は「いかなる場合でも、基本権はその本質的内容において侵害されてはならない」と規定する。

(133) BVerfGE 27,344(350f.).

(134) BVerfGE 27,344(351).

(135) Benda(Anm.128),S.30.

(136) BVerfGE 32,373.

(137) BVerfGE 32,373(379f.).

(138) W.Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ,1974,S.241(243f.).

(139) BVerfGE 27,1(7).

(140) Vgl. Vogelgesang(Anm.32),S.45.

(141) BVerfGE 34,238.

(142) BVerfGE 34,238(245f.).

(143) BVerfGE 34,238(246).

(144) BVerfGE 34,238(248ff.).

(145) 録音テープ決定の直後に下されたソラヤ決定（Soraya-Beschluß）でも、私的領域は「自己責任において決定を行う」領域であるとされている。BVerfGE 34,269(281).

(146) BVerfGE 35,202.

(147) BVerfGE 34,341.

(148) BVerfGE 35,202(220).

(149) BVerfGE 35,202(220). この基本権には、「人物の描写に関する処分権」あるいは「自己の私的領域に関する排他的な決定権」が含まれるともいう。Ebenda.

(150) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.65; Rohlf(Anm.48),S.116f.,123; Karaus(Anm.117),S.56ff.

(151) BVerfGE 54,148.

(152) BVerfGE 54,208.

(153) BVerfGE 54,148(155).

(154) Vgl. Vogelgesang(Anm.32),S.47.

(155) 国勢調査判決が先例として引用するのは、次のものである。BVerfGE 27,1（マイクロセンサス決定）; 27,344（離婚文書決定）; 32,373（医師カルテ決定）; 35,202（レーベンク判決）; 44,353（中毒症相談所決定）; 54,148（エンプラー決定）; vgl. ferner BVerfGE 56,37（自己負罪決定）; 63,131（反論権決定）.

(156) BVerfGE 65,1(41f.).

(157) 判決は連邦データ保護法二条一項を参照するよう指示する。そこでは「この法律において個人関連データとは、特定の、あるいは特定可能な自然人（当事者）の人的・物的諸関係に関する個々の情報をいう」と規定されている。ここでいう個人関連データという概念は、個人の私的領域の情報よりも広いと考えられている。Vgl. F.v.Hammerstein, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre im Steuerrecht, 1993,S.58.

(158) BVerfGE 65,1(42).

(159) BVerfGE 65,1(42f.).

(160) BVerfGE 65,1(43).

(161) H.Bäumler, Normenklarheit als Instrument der Transparenz, JR,1984,S.361(362).

(162) Scholz/Pitschas(Anm.117),S.23; E.Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, KJ,1985,S.215(218); S.Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung– Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW,1984,S.398(399).

(163) Denninger(Anm.162),S.218.

(164) Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann u.a., Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des BMI,1971,BT–Drucks. VI

/3826,S.81ff.,88,93.

(165) シミティスもまた、情報自己決定権を「データ保護を求める権利」ではないと考えるのだが、それによると、連邦憲法裁判所は、情報自己決定権を持ち出すことによって、基本法が情報処理の自由を保障するのではなく、むしろ情報処理に対する障壁を築いているということを確認したのだとされる。Simitis(Anm.162),S.399.

(166) もっとも、先例や客観的状況を基に、一般的人格権の具体化によって情報自己決定権を導きだしたことに対しては、現在でもなお、理論的に疑問とする見解もある。Vgl, Ph.Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura,1993,S.595(596).

(167) BVerfGE 65,1(43f.).

(168) Vogelgesang(Anm.32),S.139ff.; Simitis(Anm.162),S.400; Krause(Anm.63),S.271.

(169) BVerfGE 65,1(44).

(170) Denninger(Anm.162),S.219f.; vgl. Vogelgesang(Anm.32),S.53f.; Schmidt(Anm.138),S.245f.

(171) Benda(Anm.128),S.37; vgl. Scholz/Pitschas(Anm.117),S.71.

(172) 国勢調査判決も次のようにいう。「その際、情報の性格にのみ焦点を合わせることはできない。決定的であるのは、情報の使用・利用可能性なのである」。BVerfGE 65,1(45). Vgl. Denninger(Anm.162),S.220; Simitis(Anm.162),S.402.

(173) アメリカの情報プライヴァシー権については、佐藤幸治「権利としてのプライバシー」ジュリスト七四二号一五八頁（一九八一）、同「プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察（一）」法学論叢八六巻五号一頁（一九七〇）参照。

(174) 既にドイツにおいても、アラン・F・ウェスティンの見解（A.F.Westin, Privacy and Freedom, 1967）などが取り上げられていた。Vgl. Schmidt(Anm.138),S.244. なお、藤原・前掲論文註(1)一四五頁も参照。

(175) 註(105)とその本文参照。

(176) BVerfGE 80,367(373f.).

(177) Vgl. Geis(Anm.106),S.112ff.

(178) Hammerstein(Anm.157),S.65f.

(179) Vogelgesang(Anm.32),S.17.

(180) Simitis(Anm.52),S.399.

(181) BVerfGE 65,1(45).

(182) Krause(Anm.117),S.271; ders., Grundrechtliche Grenzen staatlicher und privater Informationserhebung und -verarbeitung, DB, Beilage,Nr.23,1983,S.1(4). クラウゼは、情報の収集や貯蔵によって、一体何が侵害されるのかわからないという。

(183) H.Schneider, Anmerkung von BVerfGE 65,1, DöV,1984,S.156(162).

(184) 詳しくは、拙稿「基本権の保障と制約に関する一考察（一）」民商法雑誌一一一巻一号四九頁（一九九四）（本論文第一部一九頁以下）参照。

(185) 先に、基本権の保護領域について、議論の足がかりになり得る程度の役割が果たせれば十分であると述べたが、このことは国家の介入行為に対しては妥当しないというべきである。というのも、介入行為は憲法的正当化の対象にされるからであり、憲法的正当化が意味のあるものになるためには、その対象が明確であることが必要だからである。

(186) Vgl, R.Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992; Pieroth/Schlink(Anm.41),Rn.256; Isensee(Anm.41), S.176; A.Bleckmann, Staatsrecht II -Die Grundrechte, 3.Aufl.,1989,S.336.

(187) 例えば、大橋洋一「法治主義の現代的課題」法政研究六一巻三・四号（下巻）九〇九頁以下（一九九五）参照。

(188) Vgl. W.Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994.

(189) 国家の情報取り扱い行為の類型については、Vgl. Rohlf(Anm.48),S.201ff.

(190) Ch.Rosenbaum, Der grundrechtliche Schutz vor Informationseingriffen, Jura,1988,S.178(180); B.Schlink, Die Amtshilfe, 1982,S.169ff.

(191) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.95; Kunig(Anm.166),S.600; Rosenbaum(Anm.190),S.180.

(192) 前註(191)参照。他にも、Vgl. Jarass/Pieroth(Anm.75),S.68,Rn.32.

(193) E.Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, Verw.Arch., 1975, S.120(127ff.).

(194) シュヴァンは前者を付随的介入行為（Begleiteingriff）、後者を結果的介入行為（Folgeeingriff）と呼ぶ。Schwan(Anm.193),S.129f.

(195) H.-U.Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat,1979,S.507(510).

(196) Schlink(Anm.190),S.172ff.

(197) マイクロセンサス決定（BVerfGE 27,1）では、法的な回答義務と非回答に対する制裁を伴った情報収集が問題とされている。それが介入行為に当たることは明白であるため、判断の基礎とされるのである。Schlink(Anm.190),S.172.

(198) Schlink(Anm.190),S.174f.

(199) 具体例としては、医師カルテ決定（BVerfGE 32,373）が挙げられている。そこでは、患者が医師に提供した自己の健康に関する情報

を、検察が医師から押収しようとしたことが問題とされた。この場合、患者から医師への情報提供は自発的なものであるが、医師から検察への情報提供はそうではない。仮に、医師からの情報提供も自発的であったとしても、検察が患者から直接情報を取得しようとすれば、患者の自発性は期待できないだろう。それゆえ、医師の下にある患者の情報を検察が押収するのは、介入行為とされるのである。Schlink(Anm.190),S.178f.

(200) Schlink(Anm.190),S.180.

(201) Schlink(Anm.190),S.188f.

(202) Vgl. Ch.Gusy, Grundrechtsschutz vor staatlichen Informationseingriffen, Verw.Arch.,1983,S.91 (105,108).

(203) Rosenbaum(Anm.190),S.180f.

(204) Schmitt Glaeser (Anm.55), S.96; Scholz/Pitschas (Anm.117), S.83; Denninger (Anm.162), S.233; vgl. Schlink (Anm.190),S.184.

(205) Rosenbaum(Anm.190),S.180.

(206) Vgl. BVerfGE 27,1(7); 65,1(42).

(207) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.96; Kunig(Anm.166),S.600. なお、シュリンクも、判例・学説は、情報の収集・処理・伝達を以前にもまして広く、介入行為として評価する傾向にあるという。B.Schlink, Datenschutz und Amtshilfe, NVwZ,1986,S.249(252).

(208) Vogelgesang(Anm.32),S.61; Scholz/Pitschas(Anm.117),S.27,82f.; Denninger(Anm.162),S.221; Kunig (Anm.166), S.600.

(209) BVerfGE 65,1(52).

(210) 一九八三年国勢調査法は、第二条、第三条、第四条において調査事項を列挙し、第五条において申告義務者を定めている。更に、連邦統計法第一〇条が調査に対する回答義務を定め、それと結び付いた形で一九八三年国勢調査法第一四条が、違反に対する罰則を定めている。

(211) 条文の具体的内容については、末尾に掲げた一九八三年国勢調査法条文抜粋を参照。

(212) 註 (24) 周辺の本文参照。

(213) BVerfGE 65,1(43); vgl. Krause(Anm.63),S.269.

(214) BVerfGE 65,1(61ff.).

(215) 国家の情報取り扱い行為が個人の自律的決定と行動の自由に及ぼす影響については、連邦憲法裁判所は、既に情報自己決定権を論じるところで、一定の示唆を行っていた。Vgl. BVerfGE 65,1(42f.).

(216) こうした手法は、国家行為が基本権の保護領域に及ぼす効果に着目して、介入行為の有無を判断するやり方であるといえよう。国家行為の基本権制約的効果を考慮に入れた判断は、介入行為を画定するための現代的手法として、広く認められている。拙稿註(184)五七頁参照。

(217) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.96; Vogelgesang(Anm.32),S.61f.; Kunig(Anm.166),S.600; R.Baumann, Stellungnahme zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, DVBl.1984,S.612(614).

(218) Schmitt Glaeser (Anm.55), S.97f.; Kunig (Anm.166), S.601; Rosenbaum (Anm.190), S.180f.; Schlink (Anm.207), S.252.

(219) 承諾は、しばしば、情報自己決定権の放棄（Verzicht）と同視される。しかし、本人が承諾して第三者に情報を提供するのは、権利の放棄ではなく、むしろ権利の行使として見るべきであろう。Vgl. Rosenbaum(Anm.190),S.180f.; A.Geiger, Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ,1989,S.35ff.

(220) 基本権制約の憲法的正当化とは、より正確にいうと、国家の介入行為が憲法の正当化要件を充足しているかどうかの判断を意味する。複数ある正当化要件を一つ一つ吟味していって、それらが充足されていると判断されれば、基本権制約は正当化される。要件の具体的意味の解明には、もちろん、原理的な考察が必要となるが、要件の充足性の判断はあれかこれかで行われ、一つの判断がなされれば、それを前提に次の判断が行われることになる。この過程で一つでも要件が充足されてないと判断されれば、その時点で正当化に失敗したと見なされ、基本権制約は違憲の判定を受けることになる。こうしたステップ・バイ・ステップの論証の作法は、三段階審査の基本図式の場合と変わりない。

(221) 拙稿「基本権の保障と制約に関する一考察（二・完）」民商法雑誌一一一巻二号二二三頁以下（一九九四）（本論文第一部二七頁以下）参照。

(222) Vgl. Pieroth/Schlink(Anm.41),Rn.273ff.; Isensee(Anm.41),S.178ff.; Bleckmann(Anm.186),S.344,351.

(223) 後述する法律の留保原則と比例原則を除くと、形式要件としては、例えば、基本権を制約する個別的法律の禁止（一九条一項一文）、制約される基本権の提示義務（一九条一項二文）があり、実質的要件としては、基本権の本質的内容保障（一九条二項）がある。Vgl. P.Lerche, Grundrechtsschranken, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, V ,1992,S.775(791ff.).

(224) 法律の留保原則及び比例原則に関する、これまでの議論については、シュテルンとザックスのまとめが参考になる。Vgl.K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/2,Allgemeine Lehren der Grundrechte,1994,S.369ff.,761ff. なお、比例原則の部分については邦訳がある。クラウス・シュテルン／小山剛訳「過度の侵害禁止（比例原則）と衡量命令（一～二・完）」名城法学四四巻二号一五三頁

（一九九四）、三号一二五頁（一九九五）参照。

(225) BVerfGE 65,1(44).

(226) 情報自己決定権に関する連邦憲法裁判所の憲法的正当化論を要領よくまとめるものとして、Vgl. W.Schmitt Glaeser (Anm.55), S.100f.; Vogelgesang (Anm.32), S.56ff.; Scholz/Pitschas (Anm.117), S.29ff.

(227) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.98; J.-D.Busch, Anmerkung von BVerfGE 65,1, DVBl, 1984,S.385(387).

(228) BVerfGE 65,1(44).

(229) Ebenda.

(230) BVerfGE 34,238(245).

(231) Vgl. Gusy(Anm.202),S.102f.

(232) BVerfGE 27,1(7).

(233) BVerfGE 65,1(45).

(234) BVerfGE 65,1(46).

(235) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.98.

(236) BVerfGE 65,1(45).

(237) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.102.

(238) BVerfGE 65,1(45).

(239) 内密の個人情報の例として、デニンガーが挙げているのは、性的行動（Sexualverhalten）に関する情報である。Denninger(Anm.162),S.222.

(240) フォーゲルゲザンクは、国勢調査判決の解釈として、情報の性質よりも情報利用の文脈の方が重視されていると見るが、情報の性質（そのセンシティビティ）もまた考慮されているという。ただし、それは「領域理論」とは関係がないと考えているようである。Vogelgesang(Anm.32),S.62ff.; ferner vgl. Scholz/Pitschas(Anm.117),S.36.

(241) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.99. Vgl.BVerfGE 65,1(42).

(242) BVerfGE 65,1(53). Vgl. BVerfGE 27,1(6).

(243) BVerfGE 65,1(48).

(244) Vgl. Kunig(Anm.166),S.603.

(245) BVerfGE 65,1(44).

(246) Jarass/Pieroth(Anm.75),S.59,Rn.14; vgl.auch Baumann(Anm.217),S.612.

(247) なお、連邦統計法は六条一項において、「連邦統計は、本条二項あるいは他の法規定で例外が認められていない限り、法律によって命じられる」と規定している。

(248) BVerfGE 19,342(348).

(249) このような考え方を広く普及させるのに大きく貢献したのは、コンラート・ヘッセである。K.Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ, 1978, S.427(434ff.); ferner P.Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL30, 1972,S.43 (86ff.). 井上典之編訳『ペーター・ヘーベルレ／基本権論』七四頁以下（一九九二）も参照。Vgl. BVerfGE 53,30(65); 63,131(143). なお、組織・手続き法による基本権保護という考え方については、Vgl. E.Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.V, 1992, S.291ff.

(250) 本文で挙げた諸要件は、国勢調査判決において、一般論として展開されたものである。しかし、こうした一般論的要件は、個別の介入行為の正当化の場面で、そこにおける特別の事情等を考慮しながら扱わざるを得ない側面も持っている。Vgl. Schmitt Glaeser (Anm.55), S.101.

(251) BVerfGE 65,1(45).

(252) 本人を識別し得る個人情報の収集は、本件の直接の争点ではない。本件はあくまでも、統計目的からする情報の収集が問題になった事件である。その意味では、この部分の判示は傍論である。しかし、一九八三年国勢調査法九条が行政執行目的をも一部取り入れて規定していたため、連邦憲法裁判所としても、その正当性に関する一般論を展開する必要があったものと推測される。

(253) BVerfGE 65,1(45).

(254) ショルツ／ピッチャスは、そもそも情報への配慮（Informationsvorsorge）は、一般に現代国家の重要な任務であるとしている。Scholz/Pitschas(Anm.117),S.103ff.

(255) 浜田純一『情報法』七頁（一九九三）。

(256) 規範明確性の要請については、Schmitt Glaeser(Anm.55),S.102; Vogelgesang(Anm.32),S.69ff.; Scholz/Pitschas (Anm.117),S.30f.; Bäumler (Anm.161),S.361ff.

(257) Vgl. BVerfGE 8,274(325); 9,137(147); 20,150(158ff.); 31,255(264); 45,400(420); 56,1(12). Vogelgesang (Anm.32),S.69; Bäumler (Anm.161),S.362.

(258) 明確性の原則については、平岡久「法規命令制定への法律による授権の明確性（一～三・完）」大阪市大法学雑誌二八巻三・四号二九頁（一九八二）、二九巻三号四八頁（一九八三）、三五巻一号二〇三頁（一九八八）参照。Auch vgl. B.Busch, Das Verhältniß des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992,S.113ff.

(259) 本質性理論と議会留保の原則については、拙稿「基本権の保障と制約に関する一考察（二・完）」民商法雑誌一一一巻二号二三〇頁以下（一九九四）（本論文第一部三五頁以下）の他、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」（『現代行政の行為形式論一頁（一九九三）所収』、ミヒャエル・クレプファー＝パトリック・ライネルト／浜田純一訳「法律の留保」日独法学八号四三頁（一九八四）参照。

(260) Rosenbaum(Anm.190),S.183.

(261) BVerfGE 65,1(46). Vgl. Schmitt Glaeser(Anm.55),S.102; Vogelgesang(Anm.32),S.69; Scholz/Pitschas (Anm.117),S.31; Simitis (Anm.162), S.400.

(262) Rosenbaum(Anm.190),S.183; Simitis(Anm.162),S.400.

(263) Vogelgesang(Anm.32),S.71; Krause(Anm.63),S.275.

(264) Denninger(Anm.162),S.223.

(265) Bäumler(Anm.161),S.364.

(266) Vgl. BVerfGE 65,1(46).

(267) Scholz/Pitschas(Anm.117),S.31.

(268) Vogelgesang(Anm.32),S.71f.; Simitis(Anm.162),S.402.

(269) Vogelgesang(Anm.32),S.72.

(270) BVerfGE 65,1(46). Vgl. Schmitt Glaeser(Anm.55),S.103; Vogelgesang(Anm.32),S.66f.; Scholz/ Pitschas (Anm.117),S.32f.

(271) 比例原則の三つの部分原則については、第一部でも触れておいたが、念のためにここでもう一度簡単に説明しておきたい。まず、適合性（Geeignetheit）原則であるが、これは投入された手段が目的達成のために実際に役に立つのかどうかを判定するものである。次に、必要性（Erforderlichkeit）原則は、当該手段が目的達成にとって必要最小限度といえるのかどうか、あるいは、できるだけ穏やかな手段であるのかどうかを判定するものである。最後の狭義の比例性（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne）原則は、得られる利益と失われ

る利益の比較衡量によって、後者が前者を上回らないかどうかを判定するものである。

(272) Denninger(Anm.162),S.223; Rosenbaum(Anm.190),S.184.

(273) Vogelgesang(Anm.32),S.67f.; Denninger(Anm.162),S.223f.

(274) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.100f.; Scholz/Pitschas(Anm.117),S.32.

(275) Vogelgesang(Anm.32),S.77ff.; Denninger(Anm.162),S.227f.

(276) 租税法三〇、三一条は、「租税上の秘密」と題する節において、職員の守秘義務等について定めている。また、社会法典第一編三五条は「社会秘密（Sozialgeheimnis）」と題して、社会給付の主体に対して、個人情報に関する秘密を守ることを求める個人の請求権を認めている。社会法典第一〇編六七条乃至八六条は、「社会データの保護」と題する章において、職員の守秘義務をはじめとして、個人情報保護のための詳細な措置を定めている。

(277) BVerfGE 65,1(46).

(278) クラウゼは、これらの措置を憲法的要請と理解するのは誤りであるとし、連邦憲法裁判所もそのように理解していないと述べる。もしもそれが憲法要請だとすれば、データ保護受託官などは、憲法的に保障された制度ということになってしまうというのである。Krause(Anm.63),S.272; vgl. Scholz/Pitschas(Anm.117),S.45ff.

(279) 統計目的での個人情報の収集については、Vgl. Schmitt Glaeser(Anm.55),S.103ff.; Scholz/Pitschas(Anm.117),S.47ff.; Denninger(Anm.162),S.228f.; Simitis(Anm.162),S.403ff. なお、浜砂敬郎「統計調査におけるプライバシー問題の新局面」統計学四七号七三頁（一九八四）も参照。

(280) BVerfGE 65,1(47).

(281) 社会国家原則は基本法二〇条一項と二八条一項に定められている。Vgl. Simitis(Anm.162),S.403. なお、「連邦目的のための統計」については、連邦の専属的立法権限として、基本法七三条一一号に定めがある。

(282) Schmitt Glaeser(Anm.55),S.103.

(283) 社会的劣等者の烙印を押す可能性のある場合として、連邦憲法裁判所が挙げているのは、麻薬中毒患者、前科者、精神病患者、反社会的人物といったレッテルを貼る恐れのある扱い方である。こういうやり方での情報収集は認められないというのである。

(284) BVerfGE 65,1(47). Vgl. Vogelgesang(Anm.32),S.72f.

(285) BVerfGE 65,1(49ff.), Vgl. Schmitt Glaeser(Anm.55),S.105f.

(286) 浜砂・前掲論文註(279)七九頁は次のようにいう。「行政目的のための個人データでは、個人を識別する氏名、住所および電話番号等

の標識は、登録、許認可、給付、賦課および監督業務のために情報の本質的要素である。これに対して、統計データにおいて、個人を識別する標識は、調査回答の正確性を審査するための情報であって、統計表の作成がおわれば必要がなくなる補助的資料である」。

(287) これについては、連邦統計法一一条七項一文に既に規定がある。

(288) これについても、連邦統計法一一条一項一文に既に規定がある。連邦憲法裁判所は、既に実定化されている（ただし、連邦統計に関して）規律を憲法的に根拠づけようとしているようにも見える。

(289) これは「遮蔽化規制（Abschottungsregelung）」と呼ばれている。

(290) BVerfGE 65,1(50f.).

(291) シュミット・グレーザーは実効的な統計の作成も、憲法上の要請であるという。Schmitt Glaeser(Anm.55),S.105.

(292) BVerfGE 65,1(52ff.).

(293) BVerfGE 65,1(48f.,52).

(294) BVerfGE 65,1(54).

(295) Vgl. BVerfGE 27,1(8).

(296) Vgl. BVerfGE 62,169(183f.).

(297) BVerfGE 65,1(54f.).

(298) 狭義の比例性という用語の代わりに、判決では期待可能性（Zumutbarkeit）という用語が使われている。連邦憲法裁判所の用語法は必ずしも一定していないことについては、しばしば指摘されている通りであるが、ここでも用語の違いが意味の違いをもたらしているわけではないといえる。

(299) BVerfGE 65,1(55f.). なお、全数調査は悉皆調査とも呼ばれる。

(300) Simitis(Anm.162),S.403f.

(301) 改善義務については、Vgl. R.Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl,1982,S.1123; P.Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur <Nachbesserung> von Gesetzen, in: FS K.Eichenberger, 1982,S.481; R.Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat, 1987,S.161.

(302) なお、全数調査に代わるものとして、行政の持つ既存のデータの転用ができないかどうかも問われた。しかし、この方法では、統計

と行政の分離原則に反するのみならず、個々のデータを全て結合して、統一的なデータ集積体を作る必要があるため、人格の記録化・カタログ化につながるとして、そもそもオルタナティヴたり得ないとされた。

(303) BVerfGE 65,1(57f.).

(304) この点については、国勢調査法に明文の規定はない。ただし、六条三項には、「調査員は、調査目的の遂行に必要であり、かつ申告義務者が同意する限りにおいて、自ら調査票に記入する権限と義務を有する」という規定がある。

(305) 郵送先の住所は既存の登録簿に頼らざるを得ないが、この登録簿が正確であるとは限らないという事情もあった。

(306) 郵送料は無料とする根拠として、連邦統計法一〇条三項の「回答は…無償かつ郵送料なしで行われなければならない」が引合いに出されている。

(307) このような解釈に対しては、歪曲であるとする批判もある。Vgl. Schneider(Anm.183),S.162f.

(308) BVerfGE 65,1(58ff.).

(309) 判決によると、立法者は全ての事項を自ら規律する必要はないが、不可欠の事柄については配慮しなければならないとする。この判示は、本質性理論・議会留保の原則を述べたものと理解される。

(310) それゆえ、シミティスは、国勢調査法の大部分は違憲と宣言されたと理解している。Simitis(Anm.162),S.398. 逆に、クラウゼは、改善は必要とされたものの、後述する九条一項乃至三項を除いて、国勢調査法は基本法に一致することが確認されたと理解している。Krause(Anm.63),S.273.

(311) Vgl. F.Hufen, Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, JZ,1984,S.1072(1075).

(312) BVerfGE 65,1(61f.).

(313) Vgl. Karaus(Anm.117),S.132ff.

(314) BVerfGE 65,1(61f.).

(315) 利用される事項は、氏名、住所、電話番号、性別、生年月日、家族状況、宗教団体への正式加入または非加入、国籍、住居の利用状況であった。

(316) Vgl. BVerfGE 65,1(30).

(317) BVerfGE 65,1(63f.). なお、憲法異議の申立人は、そもそも連邦には住民登録簿の訂正を規律する権限がないはずであると主張したが、

これに対しては、基本法七五条五号（届出・身分証明制度に関する連邦の大綱的規律を定める権限）が法的根拠となり得るとされている。

(318) 連邦統計法一一条三項にも同様の規定がある。

(319) 伝達される情報は、一定の例外を除いて、ほとんど全ての申告事項に及んでいる。

(320) BVerfGE 65,1(65f.).

(321) 基本法三五条一項は、全ての官庁が相互に職務上の援助を行うべきことを定めている。これを職務共助という。

(322) Vgl. B.Schlink(Anm.207),S.249; ders.(Anm.190); H.P.Bull, Datenschutz contra Amtshilfe, DöV,1979,S.689.

(323) 地域計画等を目的とする場合は、一定の例外があるが、統計目的の場合は、国勢調査によって得られた全ての個人情報を伝達してもよいと定められている。

(324) BVerfGE 65,1(66ff.).

(325) Vgl. Karaus(Anm.117),S.186ff.

(326) BVerfGE 65,1(69f.).

(327) 連邦データ保護法や連邦統計法の定める保護措置や、データ保護受託官の監督業務など。

(328) Vgl. G.Gross, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit Blick auf die Volkszälung 1987, das neue Bundesstatistikgesetz und die Amtshilfe, AöR,1988,161(174ff.).

(329) Gross(Anm.328),S.164; vgl.Vogelgesang(Anm.32),S.83ff.

(330) Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Gebäude-, Wohnungs-, und Arbeitsstättenzählung vom 8.November 1985(BGBl. I S.2078) -Volkszählungsgesetz 1987-

(331) BVerfG(1.Kammer des Ersten Senats), Besch.v.24.9.1987, NJW,1987,2805; Besch. v.28.9.1987, NJW,1987,961; Besch.v.18.12.1987, NJW,1987,959.

(332) 議論の理論としては、理由探求アプローチのトゥールミン、レトリック論のペレルマン、トピク論のフィーヴェク、討議理論のハーバマスなどが重要である。これらの理論の影響の下に、独自の法的議論の理論を構築するものとして、アレクシーと平井宜雄が注目されなければならない。R.Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2.Aufl.,1991; 平井宜雄『法律学基礎論覚書』（一九八九）、同『続・法律学基礎論覚書』（一九九一）参照。

(333) ドイツ的法思考の特色については、村上淳一教授の最近の諸論稿が参考になる。村上淳一「文字文化の衰弱と法の変容」大阪市大法

学雑誌四一巻四号一頁（一九九五）、同「ドイツの法学教育」法律時報六七巻二号六三頁（一九九五）、同「包摂技術とコミュニケーション」桐蔭法学一巻一号三頁（一九九四）、クリスティーナ・エッシャー＝ヴァインガルト／村上淳一「『宴のあと』事件と『メフィスト』事件（上・中・下）」ＵＰ二六〇号一八頁、二六一号一六頁、二六二号二六頁（一九九四）参照。これによると、ドイツ的法思考の特色は、二分法的・逐次処理的な論理にあるとされる。ただし、村上教授は、ドイツ的法思考を極めて批判的に捉えており、その限界についても鋭い論評を行っている。村上教授の見解からすれば、「合理的な議論」というのも、ドイツ的法思考に基づく限り、決して額面通りには受け取れないとされることになろう。この見解は十分な検討に値するが、もちろんここでは扱い得ない。

(334) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』一七九頁参照。本論文第一部一七頁も参照。

(335) 高橋正俊「法律留保型基本権考」香川法学一一巻三・四号六九頁（一九九二）。高橋教授は「法律留保は基本権保障のひとつのテクニックであり、現行憲法下でも、その法的構造にもとづいて意義づけされるべきものである」と述べる。他に、堀内健志「人権の実質的保障の一断章」『菅野喜八郎教授還暦記念／憲法制定と変動の法理』一〇五頁（一九九一）も参照。

(336) 例えば、阿部泰隆教授がこれを基本的に支持されるのに対して、小早川光郎教授は疑問を呈される。阿部泰隆『行政の法システム（下）』七一四頁（一九九二）、小早川光郎『行政法講義（上Ⅰ）』一〇九頁（一九九三）参照。

(337) 永田秀樹「ドイツと日本の憲法裁判」法と民主主義一月号二〇、二四頁（一九九二）。永田教授によると、「アメリカ型＝付随的違憲審査制＝人権保障型（私権保障型）、ドイツ型＝抽象的違憲審査型＝憲法秩序保障型という図式」は「事実を正しく表現していない」とされる。

(338) もっとも、年間一、二件程度であっても、抽象的違憲審査に付される事例は、重大なものが多く、その影響も大きい。この点はもちろん無視できない。

(339) 基本法九三条一項四ａ号によると、憲法異議とは「各人が、公権力によって自己の基本権の一つ、または、第二〇条第四項（抵抗権）、第三三条（公民権、公職就任における平等）、第三八条（選挙権、被選挙権）、第一〇一条（法律の定める裁判官の裁判を受ける権利）、第一〇三条（法律上の審問を請求する権利）および第一〇四条（自由剥奪の際の権利保護）に含まれている諸権利の一つを侵害されている、とする主張をもって提起することができる」訴えとされている。さらに基本法はより一般的に、一九条四項において「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途（Rechtsweg）が開かれている」と定める。

(340) 棟居快行「『基本権訴訟』の可否をめぐって」（『人権論の新構成』二八五頁（一九九二）所収）二八六頁。なお、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究四一号九七頁（一九七九）も参照。

(341) 棟居・前掲書註(340)二九二頁。このような訴訟を棟居教授は「基本権訴訟」と命名される。

(342) わが国でも既に本格的な検討がはじまっている。棟居・前掲書註(340)の他に、井上典之『司法的人権救済論』（一九九二）、松井茂記『裁判を受ける権利』（一九九三）、笹田栄司『実効的基本権保障論』（一九九三）、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』（一九九二）、遠藤比呂通「憲法的救済法への試み（一～四・完）」国家学会雑誌一〇一巻一一・一二号一頁（一九八八）、一〇二巻七・八号三五頁（一九八九）、一〇三巻五・六号一頁（一九九〇）、一〇五巻一・二号六二頁（一九九二）、佐藤幸治『現代国家と司法権』（一九八八）参照。

〔資料　一九八三年国勢調査法　条文抜粋〕

第一条

① 一九八三年四月二七日の時点において、建物・住居統計上の質問事項を含む国民及び職業調査、並びに、農業以外の事業所及び企業調査（事業所調査）が実施される。

第二条

国民及び職業調査は、以下の事項について行われる。

一 氏名、住所、電話番号、性別、生年月日、家族状況、宗教団体への正式加入または非加入、国籍

二 専用住居、主要住居、副次的住居としての住居利用（届出登録大綱法第一二条二項）

三 生計の主たる源泉

四 就業者、主婦、生徒、学生の身分

五 修得した職業、職業教育の実習期間、一般教育における最終学歴、職業学校または大学における最終学歴、最終学歴における専攻

六 就業者、生徒、学生につき、事業所または教育場所の名称と住所、並びに、通勤・通学に利用する主要な交通手段と所要時間

七 就業者につき、仕事の業種、職業上の地位、活動内容、労働時間、農業及び農業以外の副次的活動

八 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

第三条

① 建物統計上の質問事項は、居住空間を有する建物及び常時居住されている宿泊所について、住所、種類、建築年数、所有者、所有者に代わる用役権者または、地上権あるいは用役権の譲渡、承認、委譲の権利を有する者を含むものとする。

② 住居統計上の質問事項は、以下のものを含む。

一　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
二　更に賃貸住宅につき、月々の賃貸料
三　更に空家住宅につき、空いている期間

第四条

事業所調査は、以下の事項について行われる。

① 農業以外の全ての事業所及び企業につき、
　a) 名称、標識、住所、電話の有無とその数、営業所の種類、活動の種類、事業所及び企業の業種、開設年次、新設または移転に関する事項、営造物、官庁、社会保険、教会、団体、その他の組織の施設について、事業所の代表者
　b) 性別、職業上の地位ごとの従業員数、パートタイムの従業員数、性別ごとの外国人労働者数
　c) 前年度の額面賃金・給料の総計

② 主たる営業所及び単一の営業所については更に
　a) 手工業登録簿への企業登録
　b) 企業の法形式

③ 本社につき、全ての支店に対する第一号及び第二号による事項の他、
　a) 名称、標識、住所、活動の種類と業種
　b) 従業員数
　c) 前年度の額面賃金・給料の総計

第五条

① 申告義務者は以下の者である。
　一　国民・職業調査の場合
　　全ての成年者、独立の世帯を営む未成年者。これらの者は未成年及び障害者たる世帯構成員に対しても申告義務を負う。共同宿泊所、営造物及びこれに類した諸施設に居住する者については、申告義務者の事情により必要とされる限りにおいて、これらの施設の長が申告義務を負う。

二　建物統計上の質問事項につき
　第三条一項に掲げられた者またはその代理人、あるいは建物の管理者
三　住居統計上の質問事項につき
　住居の所有者、またはその代理人、並びに第一号及び第二号に掲げられた申告義務者
四　事業所調査の場合
　事業所及び企業の所有者または長

② 申告履行の命令に対する不服申し立て及び取消訴訟は、停止的効果を持たない。

第六条

① 一九八三年国勢調査法の実施のために、名誉職の調査員を任命することができる。

② 満一八歳から六五歳までの全てのドイツ人は、名誉職の調査員としての活動を引き受ける義務を有する。但し、健康上あるいはその他の重大な理由から、その活動を期待できない者は免除される。

③ 調査員は、調査目的の遂行に必要であり、かつ申告義務者が同意する限りにおいて、自ら調査票に記入する権限と義務を有する。

第七条

① 連邦、州、市町村、市町村連合及びその他の公法上の団体は、調査機関からの要請に基づき、その職員を調査員としての活動に用いる義務を負う。

② この義務によって、日常の重要な公務が中断されてはならない。

第九条

① 第二条第一号及び第二号による国勢調査の申告は、住民登録簿と照合して、その訂正のために利用することができる。この申告から得られる知識は、個々の申告義務者に対する不利益措置に利用されてはならない。

② 第二条乃至第四条によって把握される事実について、個々の申告事項は、名前を付さずに、一九八〇年三月一四日の連邦統計法（連邦官報第一部二八九頁）第一一条三項に従い、連邦及び州の統計庁から連邦及び州の専門の上級官庁に伝達することができる。但し、この伝達は所管する事務の適法な遂行に必要な場合に限られる。第二条第一号の宗教団体への正式加入・非加入、並びに第四条第一号C及び第四条第三号Cによって把握される事実の項目を除き、本項第一文は、連邦及び州の専門の上級官庁から特定の官庁や他の公的・非公的主体への伝達に対しても適用される。但し、この伝達は、連邦及び州の専門の上級官庁が委任した事務の遂行に必要な場合に限られる。本条第

一項第二文は準用される。

③ 地域計画、測量業務、市町村計画、環境保護の目的のために、市町村及び市町村連合は、自己の管轄領域にいる申告義務者の第二条乃至第四条にかかる事実について、第二条第一号の宗教団体への正式加入・非加入及び第四条第一号C、第四条第三号Cに関する項目を除き、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。自己の統計上の処理のために、市町村及び市町村連合は、第二条乃至第四条によって把握される事実について、個々の申告事項を州の統計庁から受けて利用することができる。本条第一項第二文は準用される。

④ 学術上の目的のために、第二条乃至第四条によって把握される事実について、第二条第一号の宗教団体への正式加入・非加入及び第四条第一号C、第四条第三号Cに関する項目を除き、かつ名前及び住所を付さずに、必要とされる個々の申告事項を連邦及び州の統計庁から公務員及び公務のために特別の義務を負った者に伝達することができる。

⑤ 第二項乃至第四項によって伝達される個々の事項は、その受け手により、伝達された目的のためにのみ利用することが許される。

⑥ 第二条第一号によって把握され、年齢及び性別によって分類される、宗教団体への正式加入・非加入に関する事項、第四条第一号bによって把握され、事業所及び企業の業種によって分類される事実、並びに第四条第三号bによって把握される事実について、連邦及び州の統計庁は、統計上の結果という形で、個々の申告事項を公表できる。

⑦ 連邦統計法第一一条は、個々の申告事項を提供される地位にある者に対しても適用される。

⑧ 州の統計庁は、連邦の統計庁が自ら実施しない場合で、かつその限りにおいて、連邦目的の追加的処理のために、要請に基づき個々の申告事項を連邦の統計庁に提供することができる。