

東邦大学学術リポジトリ

Toho University Academic Repository

タイトル	ドイツ連邦憲法裁判所による萎縮効果論の位置づけに関する一考察：情報自己決定権に関する裁判例の検討を中心に
別タイトル	Eine Überlegung über die einschüchternde Wirkung vom BVerfG
作成者（著者）	高橋, 和広
公開者	東邦大学
発行日	2023.02.28
ISSN	03877566
掲載情報	東邦大学教養紀要. 54. p.83 103.
資料種別	紀要論文
内容記述	論文
著者版フラグ	publisher
JaLCDOI	info:doi/10.14994/toho.liberal.arts.rev.54.83
メタデータのURL	https://mylibrary.toho-u.ac.jp/webopac/TD28213180

ドイツ連邦憲法裁判所による萎縮効果論の位置づけに関する一考察

—— 情報自己決定権に関する裁判例の検討を中心に ——

高橋和広*

Eine Überlegung über die einschüchternde Wirkung vom BVerfG

Kazuhiro TAKAHASHI**

1. 序

ドイツ連邦憲法裁判所は、特に公権力による個人データの取扱いが、基本法上保護される個人の自由を制限する萎縮効果を持ち得ることに対して、その判決の中で懸念を示してきた。しかし、個人データの取扱いがもたらす萎縮効果を強調し、公権力活動の法的統制へと結び付けようとする連邦憲法裁判所の傾向に対しては、以下で紹介するようにドイツにおいても批判が少なくない。ドイツでは公権力による基本権制約の合憲性を審査する思考様式として伝統的に三段階審査が用いられているところ、本稿では近時の論稿¹も参考にしつつ、主に個人データの取扱いとの関係で連邦憲法裁判所が展開してきた萎縮効果論と三段階審査、とりわけ「介入」概念との関係を整理することで、この分野における今後の理論的考察にむけた準備作業を行うことを目的とする。その過程で、2018年に情報自己決定権に関して連邦憲法裁判所が行った判例変更についても、この文脈の中で検討することを試みる。

2. 国勢調査判決以前の連邦憲法裁判所による萎縮効果論

連邦憲法裁判所による萎縮効果論の開始時期については、1958年のLüth事件判決²において既に展開されていたとする見解³と、1976年のDGB事件判決⁴におけるRupp-von-Brünneck判事による少数意見とする見解⁵がある。このように議論の出発点について理解に相違が見られるものの、同じ1976年の政治ビラ事件決定では萎縮効果(einschüchternde

*東邦大学理学部准教授

¹ この問題について論じる比較的近時の研究として、J. Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, Mohr Siebeck, 2016, J. Zanger, Freiheit von Furcht, Berlin, 2017, 邦語文献として、小山 剛「監視と萎縮」憲法研究第6号(2020年)111頁以下、門田美貴「集会の監視と萎縮効果に関する予備的考察」法学政治学論究134号(2022年)229頁以下。

² BVerfGE 7, S. 211. 木村俊夫「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(2003年)157頁以下。

³ Christian Rath, Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt, KJ Beiheft 1/2009, S. 66, Staben (Anm.1), S. 15, Zanger (Anm.1), S. 59.

⁴ BVerfGE 42, S. 158f., 162. 毛利 透『表現の自由』(岩波書店, 2008年)249頁以下参照。

⁵ J.A. Frowein, Reform durch Meinungsfreiheit, AöR 105 (1980), S. 186f. この少数意見をもって、連邦憲法裁判所の判決における最初の萎縮効果論の登場としつつ、Lüth事件判決について萎縮効果論の萌芽を見出すことも可能と述べるものとして、毛利・前掲247, 249頁。

Wirkung) という文言を連邦憲法裁判所が初めて用いた決定が下されていることから⁶、情報自己決定権が1983年の国勢調査判決において連邦憲法裁判所により基本権として承認されるよりも前から、連邦憲法裁判所により萎縮効果論が展開されていたことは確実である。もっとも、これらの判決・決定が対象とする事件では、主に表現活動による名誉毀損の成否を争点とする形で、公権力の制裁による意見表明及びプレスの自由の侵害が争われており、公権力による個人情報の取扱いによる萎縮効果が問題となる事件とは判例上も、学説上も別系統として位置づけられているようである⁷。したがって、まずは国勢調査判決における萎縮効果論の位置づけから確認することとしよう。

(1) 国勢調査判決⁸ (BVerfGE 65, 1)

人口、職業、住宅、事業所等の国勢調査について定めた国勢調査法に対して憲法異議が申し立てられ、一部違憲の判決が下された国勢調査判決において、連邦憲法裁判所が基本法1条1項(人間の尊厳)と連携した同2条1項(一般的人格権)から情報自己決定権を導出した箇所を、少し長くなるが引用する。

「この権利(一般的人格権:引用者)は、現代および将来の自動データ処理という前提の下では、特段の保護を必要とする。この権利は、とりわけ以下の理由から危機に瀕している。すなわち、決定過程において、以前のように手作業によって収集されるカード資料や書類に頼る必要はもはやなく、むしろ今日では、自動データ処理によって特定の又は特定可能な個人の人的ないし物的諸関係についての個々の申告事項…(中略)…を、技術的には無制限に保存することができ、いつでも距離に関係なく一瞬間に呼び出すことができる。それら個々のデータは更に、——とりわけ、統一的な情報システムの構築により——当事者がその正確さや利用について十分に管理できないまま、他のデータ集合と結びついて、部分的あるいは完全な人格像(Persönlichkeitsbild)へと統合されうる。それによって、閲覧や影響力行使の可能性が、これまで知られていなかった方法によって拡大し、その可能性はただ公の関心がかつ心理的圧力のみを通じて個人の行為に影響を及ぼしうることになる⁹。」(下線部引用者、以下同じ)

情報処理技術の向上により、それ以前には考えられなかった程の膨大かつ正確な個人データを取り扱うことが可能になり、かつその可能性が人間の心理へと作用することによって(強制的な手法に依らずとも、そのようなデータを他人が持っている、利用される可能性があると感じさせることによって)個人の行動に影響を及ぼすことが可能になった。このような事態のどこに問題があると連邦憲法裁判所は考えているのか、判決の続きを見てみよう。

⁶ BVerfGE 43, S. 136. 毛利・前掲 250 頁以下。

⁷ Zanger (Anm. 1), S. 57ff. 意見表明の自由の分野では、その後も連邦憲法裁判所の決定の中で萎縮効果に言及されている。z. B. BVerfGE 114, S. 349ff., BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19. 12. 2007 - 1 BvR 967/05 -, Rn. 32ff.

⁸ 本判決については、平松 毅「判批」前掲2)『ドイツの憲法判例(第2版)』60頁以下、松本和彦「基本権保障の憲法理論」(大阪大学出版会, 2001年)94頁以下、拙稿「情報自己決定権論に関する一考察」六甲台論集法学政治学篇59巻1号(2012年)77頁以下参照。

⁹ BVerfGE, 65, S. 42.

「しかし、現代的な情報処理技術の前提の下でも、個人の自己決定は、ある行為について、その行為を実施すべきか思いとどまるべきかについて決定する自由が、その決定に従って実際に行動される可能性も含めて個人に与えられていることを前提とする。自己に関するいかなる情報が、社会の中にいる周辺の人々に知られているのか十分な確信をもって見通すことが出来ない者や、コミュニケーションの相手となり得る者がどの程度知っているのか、ある程度でも評価することが出来ない者は、自身の自己決定から計画し、あるいは決断する自由を著しく抑制されている。誰が自分の何を、いつ、いかなる機会に知るかを市民が知ることでできない社会秩序やこれを可能とする法秩序は、情報自己決定権とは相容れない。逸脱した行為様式が常に記録され、情報として持続的に保存・利用・移転されるかどうか確信のない者は、そのような行為様式によって注意をひかないよう試みることだろう。それに伴い、例えば集会や市民運動への参加が当局により記録され、それによって自己にリスクが生じることを考慮に入れる者は、場合によっては対応する基本権（基本法8, 9条）〔集会・結社の自由：引用者〕の行使を見合わせるだろう。このことは、個人の発展の機会のみならず、公共の福祉をも侵害する。何故ならば、自己決定は市民の行為・協働能力に基づく自由で民主的な公共体の基本的な機能条件だからである¹⁰⁾。」

自由（ここでは行動の自由が主に念頭に置かれている）とは、決断した行為を妨げられないことに尽きるのではなく、決断に至るまでの意思決定過程の自由をも含んでいる。自分以外の人間が自身に関するどのような情報を持っているのかが分からなければ、人は自由に意思決定を行うことが出来ない、即ち人は、本当はやりたいことを、行動に移す前に断念してしまう。ここでは情報自己決定権という基本権についての一般的な説明が展開されているため国勢調査判決の事案と直接の関係は無いが、具体例として、集会行為を萎縮する例が挙げられており、連邦憲法裁判所は、これは個人の自由の問題にとどまらず、共同体全体に関わる問題であると捉えている。

「ここから以下の結論が導かれる。データ処理という現代的な諸条件の下では、個人の自由な発展は、個人データの無制約な他者による収集や保存、利用、移転から保護されることを前提としている。それ故に、この保護は基本法1条1項と結びついた2条1項によって包含されている。その限りで、基本法は個人データの開示及び利用について、原則として自分で決定する個人の権限を保障している¹¹⁾。」

連邦憲法裁判所によると、上述の事態に対処するためには、個人が個人データの取扱いを自ら決定することが出来る情報自己決定権が必要ということになる。このような包括的な決定権限を導き出すのは論理の飛躍にも見えるが、いずれにせよこの判決によって、萎縮効果という言葉こそ使われていないものの、強制的な手法に依らない公権力による個人データの取扱いによって、当該個人に生じると考えられる萎縮作用を基本法上の権利論の中で扱う必要があるという連邦憲法裁判所の態度が明確に示されることとなった。

¹⁰⁾ BVerfGE, 65, S. 42f.

¹¹⁾ BVerfGE, 65, S. 43.

(2) 情報自己決定権に関する三段階審査

連邦憲法裁判所により基本権として承認された、この情報自己決定権に関する違憲審査はどのように行われるのか。連邦憲法裁判所が強調する萎縮効果と違憲審査との関連について検討するための準備作業として、公権力による個人情報の取扱いの合憲性を判断する際に行われる三段階審査の概要を簡単に確認しておこう¹²。以下では、①ある基本法上の権利が保障する（空間、利益、行動などの）領域【保護範囲】に、②公権力が法律や具体的な措置を通じて介入を加えているか【介入：Eingriff】、③保護範囲への介入は正当化しうるか【正当化審査】、という順序で行われる三段階審査における、情報自己決定権に特徴的な事情を整理する。

(a) 保護範囲及び介入

情報自己決定権の保護範囲について連邦憲法裁判所は、国勢調査判決において「自動データ処理という条件の下では、もはや“些細な”データは存在しない¹³」と述べている通り、個人データの利用・結合によりセンシティブなデータ発生しうる可能性を重視することで、それ自体としては秘匿性の高くないデータの取扱いについても、情報自己決定権の保護範囲の射程へと収めている。この点は、保護範囲を大幅に拡張した結果として、情報自己決定権は実質的に保護範囲の輪郭を失ってしまっているとして批判的に論じられることもある¹⁴。

また、介入についても、自己の個人データの取扱いについて原則として自ら決定することが出来る権利という定義に従うと、強制的な手法を伴わない、あらゆる個人データの取扱いから介入が生じることとなりうる¹⁵。しかし、このような理解は、個人データの取扱いについて財産権のような包括的コントロール権を原則とし、（自動データ処理に該当しない個人データの収集・処理も含めて¹⁶）他人による個人データの取扱い全てについて、法律の留保等の正当化審査を通過するよう求めるかのような印象を生じさせることとなり¹⁷、連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開に対して批判的な見解も見られるようになった¹⁸。また、こうした論者の中には、情報自己決定権を三段階審査の中に位置づけることに対しても批判的な立場を示す者も見られる¹⁹。

もっとも実際には、あらゆる個人情報の取扱いについて、情報自己決定権への介入が生じる訳ではない。連邦憲法裁判所の判例を見ても、例えば2008年以降の判例の中で、誰にでもア

¹² 三段階審査については、小山 剛『憲法上の権利』の作法（第3版）（尚学社、2016年）11頁以下、松本・前掲8）を参照。情報自己決定権との関係では特に、實原隆志『情報自己決定権と制約法理』（信山社、2019年）。

¹³ BVerfGE, 65, S.44.

¹⁴ 連邦憲法裁判所は、情報自己決定権の保護範囲を示しておらず、この権利の意義と目標について述べているにすぎないという批判がある。Vgl. H. P. Bull, Der Individualrechtsschutz und die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens, AöR 145 (2020), S. 294. 小山 剛「住基ネット訴訟」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣、2017年）224頁以下も参照。

¹⁵ Vgl. U. D. Fabio, in: Maunz / Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 39, 2001, Art. 2 Rn. 176.

¹⁶ 連邦憲法裁判所は後の決定において、自動データ処理の可能性と危険性は、個人データ保護の必要性を際立たせるものではあっても、その要保護性の理由や原因ではないとして、情報自己決定権の保護範囲が、自動データ処理に限定されることを否定している。BVerfGE 78, S. 84. s. a. H. D. Jarass, in: ders. u. M. Kment, Grundgesetz Kommentar, 17. Aufl., C. H. Beck, 2022, Art. 2, Rn. 46. 玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）303頁以下参照。

¹⁷ 実際には国勢調査判決を見ると、連邦憲法裁判所は、個人は社会的共同体の中で発展し、コミュニケーションに依拠した人格であるという明確な留保をつけている。Vgl. BVerfGE 65, S. 43f. s. a. L. Michael u. M. Morlok, Grundrechte, 8. Aufl., Baden-Baden, 2023, S. 266.

¹⁸ Vgl. H. P. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2011, M. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden, 2005, S. 159.

¹⁹ Vgl. M. Albers, Ein vielschichtiges Bündel von Rechtsbindungen und Rechtspositionen, in: M. Friedwald u. a. (Hrsg.), Informationelle Selbstbestimmung im digitalen Wandel, Springer, 2017, S. 15ff.

クセスすることのできる情報について、公権力が第三者と同じ条件で利用することは禁じられていないとして、具体的にはインターネット上で公開されている情報の閲覧にとどまる限り、情報自己決定権の保護範囲への介入は無いという判断が示されている²⁰。

また、学説でも比較的早い段階から情報自己決定権への介入が否定される場面が検討されており、収集行為との関係で、公の情報源からの収集行為については介入が否定される旨が論じられている²¹。他にも、国勢調査判決に従う限り自己描写権²² (Selbstdarstellung) への介入の有無にとって決定的なのは、情報の取扱い方法であって、特定のデータ処理のみを取り出して介入か否か評価することは出来ず、データの収集が介入にあたるか否かは、全体の利用状況の中で判断されると述べる一方、偶然の発見 (Zufallsfunde) については軽微な負担 (Bagatellbeeinträchtigung) であることを理由に、介入にはあたらないと考える見解²³や、当局が処理を企図して (ins Auge fassen) 情報を収集したのではない場合については、市民と行政の間での日常的な些細な情報交換と同様に介入の閾値を下回るため、情報に関する不安から保護する必要はないとする見解が見られた²⁴。

(b) 正当化審査

情報自己決定権の場合、正当化審査では法律の留保、(利用目的など) 規範の明確性・特定性、比例原則、組織的・手続的な予防措置 (当事者への情報提供義務やデータ保護法上の監督機関の設置、裁判官留保²⁵など) が要求されることになる²⁶。具体的に要求される措置の内容について、基本法から一義的に導出される訳ではないが、ここでは、比例原則を始めとする正当化審査における裁判所の審査密度や (狭義の) 比較衡量審査における被侵害利益の重みづけを決定するにあたって、介入の強度・重大性が重要な要因の一つと位置付けられていることを確認しておく²⁷。

国勢調査判決における萎縮効果への言及は、連邦憲法裁判所による情報自己決定権の基本権としての承認を規範的に根拠づけるために言及されているにとどまり、その後の違憲審査に重要な影響を及ぼしていたとは言い難い。以下では、国勢調査判決以降の連邦憲法裁判所の判例を整理することで、その後の連邦憲法裁判所の議論における萎縮効果論の位置づけを確認することを試みる。

3. 国勢調査判決後の連邦憲法裁判所による萎縮効果論

(1) 情報自己決定権と他の基本権との関係 (集会の自由)

上記国勢調査判決の引用箇所では、個人情報取扱いにより萎縮効果が生じる行為の例とし

²⁰ Vgl. BVerfGE 120, S. 344f.; 120, S. 361; 142, S. 251f.

²¹ Vgl. D. Fabio, in: Maunz / Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 39, 2001, Art. 2 Rn. 176.

²² 自身を第三者に対して又は公の場でどのように見せるか自ら決定する権利であり、情報自己決定権はこの権利の下位類型に位置づけられることもある。Vgl. Th. Kingreen u. R. Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 37. Aufl., C.F. Müller, 2021, S.143ff., W. Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee / Kirchhof, HStR, Bd.VI, § 129, Rn. 42ff.

²³ Schmitt Glaeser (Anm. 22), Rn. 96f. m. Fn. 313.

²⁴ Ph. Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S. 601

²⁵ 裁判官留保については、山田哲史「続・権利ドグマティックの可能性 (2)・(3・完)」岡山大学法学会雑誌 70 卷 1 号 (2020 年) 1 頁以下、70 卷 2 号 (2020 年) 1 頁以下。特に情報自己決定権との関係では、「(3・完)」12 頁以下参照。

²⁶ 小山・前掲 12) 102 頁参照。この点に関する連邦憲法裁判所の議論が一貫性を欠いたものであることを批判的に指摘するものとして、Vgl. Albers (Anm. 19), S.20.

²⁷ Vgl. Kingreen u. Poscher (Anm. 22), Rn.366ff. 小山・前掲 12) 16 頁、63 頁以下も参照。

て集会・結社の自由が挙げられていた。しかし、後に連邦憲法裁判所が下したバイエルン州集会法決定²⁸ (BVerfGE 122, 342) では、集会の様態を撮影・記録する行為について、情報自己決定権ではなく、集会の自由との関係でその違憲性が問題となり得る旨を判示している。集会の規模や潜在的な危険性とは無関係に、参加者の特定が技術的に可能な形で集会を撮影・記録することを可能にするバイエルン集会法の、仮命令による暫定的な執行停止²⁹ が争われた事件において、連邦憲法裁判所は以下のように述べている。

「憲法異議申立人がここで基本法 2 条 1 項に従い、情報自己決定権にも依拠しうるかどうかは未確定である。提起された訴えの限りでは、争われている規定は集会の自由に対して及ぼす固有の作用全体に関わっている。この点で本件では基本法 2 条 1 項から、(集会の自由について定める) 同 8 条以上の要請が生じることはない³⁰。」(括弧内引用者)

過去には、監視による集会参加への萎縮作用を集会の自由の問題とすることに批判的な見解も見られた³¹。しかし本件では、仮命令審査における本案判決前の暫定的な判断ではあるが³²、情報自己決定権と集会の自由との保護範囲が重複している限りにおいて、集会の自由が優先的に適用されるという連邦憲法裁判所の理解が示されている³³。

(2) 連邦憲法裁判所による萎縮効果論の位置づけ (通信の秘密)

続いて、連邦憲法裁判所による三段階審査における萎縮効果論の位置づけについて確認する。ここではまず、通信の秘密 (基本法 10 条) に関する判決から見ていくこととしよう。

(a) 戦略的監視判決 (BVerfGE 100, 313³⁴)

初めに見る戦略的監視判決では、(特定の犯罪の計画・遂行に関する嫌疑について事実に基づく根拠が要求される個別的監視と異なり) 侵略戦争など対象となる事項に関する情報の獲得を期待しうる場合、具体的な危険の存在を前提とせず国際通信を包括的に監視対象とする——監視される者からすれば、監視対象となる事項に関する自身の嫌疑の有無に拘わらず通信を監視される——ことを連邦情報局 (BND) に認める法律の合憲性が争われた³⁵。

適用法条について連邦憲法裁判所は、「基本法 10 条 (通信の秘密) の他に、基本法 1 条 1 項

²⁸ 本決定については、大森貴弘「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、2018年)168頁以下参照。

²⁹ 仮命令制度については、畑尻 剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 (第2版)』(中央大学出版部、2013年)215頁以下〔畑尻 剛〕参照。

³⁰ BVerfGE 122, S. 359.

³¹ 内心における行為決定の自由を、行為自由を保障する個別基本権の保護範囲に入れると、行為への影響を伴わない秘密裏による監視と、行為に影響を与える公の監視とで、関係する基本権が異なることになり不合理である等といった理由で、個別基本権の問題とすることに批判的な見解が見られた。Vgl. A. Geiger, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, Berlin 1994, S. 165f.

³² なお、本件では介入の有無自体は特に論じられていないが、集会の主催者は司会者の個人情報を知りしかならなければならないなどの義務を負っていたため、カメラでの撮影・記録に拘わらず、情報の取扱いによる基本権への介入が認められた事案ではないかと考えられる。

³³ 基本権競合の観点から論じるものとして、小山・前掲1)120頁以下参照。

³⁴ 本判決については、小山 剛「『戦略的監視』と情報自己決定権」法学研究 79 卷 6 号 (2006 年) 1 頁以下、同「戦略的監視の限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008 年) 247 頁以下参照。

³⁵ 戦略的監視について、Vgl. Ch. Schaller, Kommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst, SWP Berlin, 2016, S.28ff.

と連携した2条1項から生じる情報自己決定権が適用されることはない。遠隔通信に関して、基本法10条には特別な保障が含まれており、一般的な規定は排除される³⁶⁾と述べて、情報自己決定権と通信の秘密とが一般法と特別法との関係にあることを前提に、本件では後者のみが適用される旨を判示する。同時に、国勢調査判決において情報自己決定権との関係で導出された基本法上の要請はほぼ基本法10条(1項)にも転用されることを認めている³⁷⁾。

次に、通信の秘密に対する介入について連邦憲法裁判所が述べている箇所を確認しよう。戦略的監視により収集された通信内容は、事前に決められたキーワードに従ってフィルタにかけられ、キーワードを含まないものは保存の対象から外れる。キーワードを含む通信内容は、情報としての重要性を分析された後、重要性の高いもののみが関係当局に提供され、重要性の低いものは消去される。しかし、戦略的監視は上述のとおり、国際的な遠隔通信を対象を限定していることから、ドイツの領域内部での通信が他国を経由して行われた場合には、自動的に除外されることになる。

「(通信内容の) 収集によりコミュニケーションを連邦情報局が利用できるようになり、以降のキーワードとの照合の基礎が形成される点で、収集自体が介入である。ドイツ国内での遠隔通信が意図せずに専ら技術上の理由により、さしあたっては一緒に収集されたが、しかし(必要な信号を抽出するフィルタ処理など) 信号処理の後に直ちに技術的に、再び履歴の残らない形で除去される場合に限っては、介入は無い³⁸⁾。」(括弧内引用者)

対象国との間で接続された通信は全て捕捉されることになるが、本来は対象となっていないにも拘わらず、当該対象国を経由したために捕捉され、かつ直ちに消去される通信について、連邦憲法裁判所は、通信の秘密への介入は無いと判示している。なお、この判決中では、介入が否定される根拠は明確には説明されていない。

次に、連邦憲法裁判所がこの判決において、萎縮効果について言及している箇所を確認しよう。連邦憲法裁判所は、戦略的監視の比例性を審査するにあたり、比例原則の下では、基本法において保護される自由の損失と公共の福祉という目的とが不適切な関係にあってはならず、「基本権の側では、いかなる条件の下で、どのような、そしてどれほど多くの基本権主体が、どれほど強力な基本権の制約に晒されているかが重要である」と述べたうえで³⁹⁾、介入の重大性について論じる中で以下のように述べている。

「客観的に予期すべき、又は懸念しなければならない不利益は、認識によって既に生じうる。記録や事後の分析、場合によっては他の当局に提供され、さらに利用される危険を伴う監視に対する懸念は、既に前段階においてコミュニケーションにおける気後れやコミュニケーションの中断、同調行動、ここでは特に特定の会話内容や用語の回避へと至ること

³⁶⁾ BVerfGE 100, S. 358.

³⁷⁾ BVerfGE 100, S. 359. 住居不可侵(基本法13条)についても連邦憲法裁判所は、空間的な私的領域に対する聴覚的監視について、情報自己決定権ではなく住居不可侵が適用されることを明らかにしている。Vgl. BVerfGE 109, S. 325. もっとも別の判決では、2つの基本権の保護範囲の重なり合いが部分的なものにとどまる場合など、例外的に両方の基本権が並行して適用される場合があると判示している。Vgl. BVerfGE 115, S. 187.

³⁸⁾ BVerfGE 100, S. 366.

³⁹⁾ Vgl. BVerfGE 100, S. 375f.

が考えられる。その際に考慮しなければならないのは、多数の基本権主体における個々の侵害だけではない。むしろ、遠隔通信の秘密監視は社会全体のコミュニケーションに関わる。それ故に連邦憲法裁判所は——その限りにおいて比較可能な——情報自己決定権に個人的利益を越えた共同体との関係性を承認したのである⁴⁰。」

通信内容を捕捉される可能性があるという懸念は、通信によるコミュニケーション行為自体を萎縮させる効果を持ち得ることが、ここでは介入の重大性を高める事情として位置づけられている。一方、萎縮効果が介入の有無の判断と関連しているかどうかという点については、判決文からは明らかではない。

(b) 携帯電話監視判決 (BVerfGE 107, 299)

次に、同じ通信の秘密の侵害が争われた携帯電話監視判決をみる。この事件では、テロリストと疑われている者と接触していると思われるジャーナリストが利用している電話回線について、刑事訴訟法及び電気通信設備法に基づき、一定期間中に確立された通話の接続データ（通信サービス提供の際に収集、処理、利用されるデータ。Ex. 電話番号、開始・終了時刻、データ量。通信の内容は含まれないが、利用者に関する情報が推知され、たいていは利用者に結び付く）を検察に提供するように、区裁判所から通信会社に発せられた命令（当初はフランスとの間で確立された接続データだったが、後に地理的限定は撤廃された）の合憲性が争われた。

連邦憲法裁判所は判決の中で、接続データの提供を命じる裁判所の命令が通信の秘密の保護範囲に触れることを認めつつ⁴¹、正当化審査の中で以下のように述べている。

「ターゲット検索 (Zielwahlsuche: 第三者 (通信事業者) の通信回線を用いて対象者に連絡がとられたか否か確認するために行われる調査。この調査を通じて、誰が対象者に連絡をとったか突き止めることも可能になる) の実施により、問題の電話との接続が確立したために、データベースの中から発見され、“適合 (命中: Treffer)” として刑事訴追機関に伝達された電話加入者は、基本法 10 条 1 項 (通信の秘密) の基本権において関わっている。こうした人たちは、被疑者の居場所を突き止めるといった目的のために、他の措置を行う起点となる。(…中略…)

ターゲット検索のデータ照合は、サービス提供者が保管する接続データ全体と関わるため、その情報提供には、同時に (更なる刑事訴追を可能にする積極的な内容以外にも) 消極的な意味内容も含まれている。すなわち、該当期間中に発見されたものを除く電話からは、問題の電話への接続が確立されなかったという内容である。これは、数百万人もの大集団に関わる情報である。もっとも、このアクセスは、機械的に行われた成果の無い (不適合の) 照合の場合には、匿名で履歴も残らず、刑事訴追機関にとって認識関心 (Erkenntnisinteresse) もないままである。その限りで主観的権利の制限 (Eine Beeinträchtigung subjektiver Rechte) は生じない⁴²。」(括弧内引用者)

⁴⁰ BVerfGE 100, S. 381.

⁴¹ BVerfGE 107, S. 312f.

⁴² BVerfGE 107, S. 328.

誰から電話がかかってきたかということだけではなく、誰から電話がかかってこなかったかという情報も個人データになりうる。しかし、捜査機関にとっては不要であって、直ちに消去されるデータに関しては、一人一人の当事者の権利が侵害される訳ではない。基本権が保護領域の中で個人に提供する保護は、さしあたっては主観的権利の形をとることから⁴³、主観的権利の制限が無いということは通信の自由の保護範囲への介入が無いという意味と解すことができる。

「たとえ、ターゲット検索によって把握されることになる遠隔通信への加入者の大部分が、上記の理由により基本権介入を発動させる性質において関わっていなくとも（…）、広範囲にわたる当事者の範囲は、法律上の授權やその解釈の適切さの判断にとって重要である。基本法10条（通信の秘密）は電気通信の秘密への国家による介入から諸個人を保護し、その（基本法10条の）客観的内実における遠隔通信の秘匿性を、その（通信の秘密がもつ）社会全体にとっての意義においても保障する。捜査が広範囲で実施されることが濫用のリスクや監視されているという感情の発生に寄与する場合、気後れすることなく遠隔通信を利用すること（Unbefangtheit der Nutzung der Telekommunikation）は脅かされ、その結果として社会のコミュニケーションの質も脅かされる⁴⁴」（括弧内引用者）

ここでは、ターゲット検索の対象者のうち大部分を占める、介入が否定される者のコミュニケーション行為に生じる萎縮効果が、法律の合憲性を審査する際に考慮される旨が述べられている。一人一人としてみれば深刻な問題ではなくとも、社会全体における遠隔通信の自由な利用という点では重大な事態が生じうるという理由から、法律の合憲性に対する慎重な判断が連邦憲法裁判所により根拠づけられている⁴⁵。

(c) 小括

情報自己決定権が承認された国勢調査判決では、萎縮効果論は情報自己決定権の必要性・要保護性という規範的根拠が説明される中で展開されていた。しかし、通信の秘密との関係では、萎縮効果論は正当化審査の中で、介入の重大性を通じて審査密度を高める文脈の中で展開されている⁴⁶。通信の秘密の場合、要保護性や保護範囲が明確であるため、萎縮効果を規範的根拠として取上げて論じる必要が無かったものと推測されるが、萎縮効果を保護範囲への介入の根拠としない一方、正当化審査の中で言及するという枠組みは、これから見る情報自己決定権に関する連邦憲法裁判所の判決にも引き継がれることとなる。

⁴³ Vgl. Jarass (Anm. 16), Art. 1 Rn. 31. s. a. BVerfGE 154, S. 218.

⁴⁴ BVerfGE 107, S. 328.

⁴⁵ 水平的加算による介入の強化について、A. Brade, Die horizontale Eingriffsaddition, DÖV 2019, S. 852ff.

⁴⁶ なお、先述したバイエルン州集会法決定でも、仮命令審査においては、関係する諸利益の適切な衡量の結果、公共の福祉のため緊急の必要がある場合のみ、法律の執行停止が正当化されるところ、法律の執行が停止されなかった場合の不利益ないし介入の重大性を論じる文脈において、問題の法律に基づく記録の作成（データの収集）は基本権の行使を断念するほどの萎縮効果を生じさせるおそれがあり、これは個人の発展の機会のみならず、共同体の利益をも侵害しうるものである旨や、広範囲に収集されたデータが長期にわたり保存されることにより、濫用のリスクや監視されているという感情が強まる旨が、通信の秘密や（国勢調査判決のような）情報自己決定権に関する先例を参照しつつ述べられている（Vgl. BVerfGE 122, S. 369ff.）。仮命令審査に関する説明については、畑尻・工藤・前掲29）219頁以下〔畑尻 剛〕参照。

(3) 連邦憲法裁判所による萎縮効果論の位置づけ (情報自己決定権)

(a) 弁護士データ事件 (BVerfGE 113, 29)

最初に見るのは、捜査手続の過程で実施された弁護士事務所における電子データの記録媒体の差押えについて、情報自己決定権侵害の有無が争われた事件である。この事件において連邦憲法裁判所は、データベース全体への介入が特に情報自己決定権への介入に当たる旨を説明する中で、自動データ処理によって個人データの収集・保存・利用・移転が無制限に行われる潜在的な危険性に対抗するために、個人には自己の個人データの開示及び利用について、原則として自ら決定する権限が基本法2条1項及び1条1項により保障されることを、国勢調査判決を参照しつつ確認し、そのうえで以下のように述べている。

「そのうえ、この基本権は、直接的に保障しているものに加えて (über das hinaus, was es unmittelbar gewährleistet)、萎縮効果からの保護にも役立つ。この萎縮効果は、誰がいつ、いかなる機会に自分の何を知るか、個人が認識することが出来ないときに発生し、他の基本権の行使について侵害へと至る可能性がある。自らの自己決定から計画し、かつ決断するという個人の自由は、これによって著しく抑制されうる。

他者が秘密を知ることが持つ、基本権の行使を怯ませる効果 (ein abschreckender Effekt) が回避されなければならないのは、当事者たる個人のためだけではない。公共の福祉もこれを通じて侵害される。何故ならば自己決定は市民の行為・協働能力に基づく自由で民主的な公共体の基本的な機能条件だからである⁴⁷。」

萎縮効果は情報自己決定権の要保護性を基礎づける規範的な根拠であるが、萎縮効果からの保護自体は直接の保護対象という訳ではなく、情報自己決定権を通じて間接的に保障されるものであるという理解が示唆されている。つまり、萎縮効果が発生したことを理由に保護範囲への介入が基礎づけられるわけではない。

同様の表現は、遠隔通信終了後に通信当事者の支配領域に保存されている接続データの差押えについて情報自己決定権との関係で争われた判決でも (「直接保障しているものに加えて」という文言は無くなっているが) 用いられている⁴⁸。

(b) ラスター捜査決定 (BVerfGE 115, 320)

続いて、ラスター捜査決定について検討する⁴⁹。連邦憲法裁判所の下で合憲性が争われたラスター捜査の概要について確認すると、ラスター捜査とは、様々な公的機関ないし私的団体の保有する大量の個人情報の中から一定の特徴を備えた人物を抽出し、捜査対象を絞り込んでいく手法であり、米国における同時多発テロ後にドイツ全土で実施された。予防的なラスター捜査については各州の警察法に定められているところ、連邦憲法裁判所の審査の対象になったのはノルトライン・ヴェストファーレン州の警察法における関連規定である。本件では同法に基づき、住民登録局や外国人中央登録所、大学等の教育機関に対して警察へのデータの引渡し

⁴⁷ BVerfGE 113, S. 46.

⁴⁸ BVerfGE 115, S. 188.

⁴⁹ 宮地 基「安全と自由をめぐる一視角」法政論集 230号 (2009年) 335頁以下、同「ラスター捜査事件」前掲 28) 『ドイツの憲法判例Ⅳ』29頁以下、徳本広孝「網目スクリーンの法的統制」渥美東洋編『犯罪予防の法理』(成文堂, 2008年) 291頁以下参照。

区裁判所に命じられた。まず、一定の年齢及び性別に該当する520万のデータが州の刑事局へ引き渡され、その後、宗教的帰属や（元）学生としての身分、出身地、国籍等のドイツ全体で統一された基準に従い自動照合された後に、残った約11,000のデータが連邦刑事局に引き渡された（他のデータは消去）。これらのデータは連邦刑事局の保有するデータとも照合されるなどし、最終的にラスタースearchの結果に基づいて州の刑事局による後続の措置の対象になった者は8名であり、さらに、刑事手続へとつながった例は無かった。

ラスタースearchの後に後続の措置の対象となった者には、原則として事後に警察より通知が行われることになっていたため、ラスタースearchの対象となったモロッコ国籍の学生から、当該捜査を命じた区裁判所の命令の違法性を理由とする抗告が申し立てられ、さらに当該抗告（及び再抗告）を退けた裁判所の決定に対して、連邦憲法裁判所に憲法異議が申し立てられた。

連邦憲法裁判所はまず、「個人の自己決定は——現代における情報処理という条件の下でも——行うべき又は差し控えるべき行為に関する決定の自由が、この決定に即して実際に行動する可能性も含めて個人に与えられていることを前提としている⁵⁰」と述べて萎縮効果論に言及しながら情報自己決定権を導出しつつ、介入について以下のような基準を示す。

「引渡し命令は、データの収集及び保存ならびに他のデータとの照合の基礎を作成することから、介入に当たる。命令の介入としての性質は、当事者が持つ個人の自己決定の権利への影響に現れる。命令は、データを当局に利用できるようにするものであり、後続する他のキーワードとの照合の基礎を形成する。介入としての性質が欠けるのは、データが意図せずに専ら技術上の理由により、さしあたっては一緒に収集されたが、しかし収集の後に直ちに技術的に、再び履歴の残らない形で除去される場合に限られる。…（中略）…基準となるのは、監視・利用目的を通じて特定された関係を視野に入れた全体的考慮において、当事者性（Betroffensein）が、当該データに対する当局の関心がすでに、基本権介入を発動させる性質が肯定されるほど高まっているか否かである⁵¹。」

ラスタースearchの過程で発せられるデータの引渡し命令自体は介入に該当するとしつつ、上述した通信の秘密に関する判決と同様、収集後すぐにデータが消去される者については、介入は存在しないという判断が示されており、その際の判断基準はデータの利用関係全体から見た当局の関心である。そして連邦憲法裁判所は、具体的な事案との関係では、以下のような判断を下している。

「（本件）ラスタースearchにおいては、そのデータが最初の照合の後にまた別の後続する措置、とりわけ更なる照合の対象となるような人々が、これに該当する。引渡し命令は、こうした人々の情報自己決定権の侵害である。データ引渡しの要求は、直接的にはこれらの人々に向けられていないが、彼らのデータを収集することを目標としており、それによって国家は彼らを監視しているのである⁵²。」

⁵⁰ BVerfGE 115, S. 341f.

⁵¹ BVerfGE 115, S. 343.

⁵² BVerfGE 115, S. 343f.

「本件における引渡しによる基本権介入は、少なくとも連邦全体で統一された基準に従った照合により、引き渡された全データの中から、州当局が抽出した約 11,000 人について認められる。これらのデータは更なる処理の対象となっていた。… (中略) …

そのような状況における当局の独自の認識関心は、全ての部分段階が終わった後に残ったデータだけではなく、他の措置のために必要な、引き渡された全データを次第に削減する最初の部分段階にも存在する⁵³。」

事案に対する判断としては、最初に州の刑事局に提供されたデータではなく、その後の州刑事局による照合を経て、連邦刑事局に提供されたデータについてのみ介入が認められている。データの収集・照合・提供等の段階を経て当局の関心が高まったとみることが出来るが、連邦憲法裁判所の示す基準は、どの段階で介入が肯定されるほどの関心が生じるのかを明らかにするものではない。後述のとおり、この点をめぐる連邦憲法裁判所の議論は、学説による批判の対象となっている。

連邦憲法裁判所は上記のような理由で、ラスタースearchの対象者のうち、介入が成立する範囲を限定しつつ、正当化の審査においては、介入が否定される者に生じうる萎縮効果も考慮に入れ、嫌疑の無い者を対象に大規模で実施される本件ラスタースearchが重大な介入に当たると述べる。

「さらに、そのような介入からは、基本権の行使における侵害へと至る可能性がある、萎縮効果が発生しうる (…)。基本権の行使を怯ませる効果が回避されなければならないのは、当事者たる個人のためだけではない。公共の福祉もこれを通じて侵害される。何故ならば自己決定は市民の行為・協働能力に基づく自由で民主的な公共体の基本的な機能条件だからである (…)。捜査が広範囲で実施されることが、濫用のリスクや監視されているという感情の発生に寄与すると、気後れの無い行為 (Unbefangenheit des Verhaltens) が脅かされる⁵⁴。」

「適切性 (比例原則における狭義の比例性⁵⁵: 引用者) の判断にとって考慮に入れられるべきは、基本権介入が生じる形でラスタースearchに関わっている者の人数だけではない。捕提される者全体の人数も——基本権の客観的重要性の故に——考慮されなければならない⁵⁶ (…)」

ラスタースearchによりデータが収集・照合される者の大多数について情報自己決定権への介入が否定されているのに対し、正当化審査においては比例原則との関連で、介入が生じていない者に発生する萎縮効果も考慮に入れられており、通信の自由と類似の議論の構造になっている。また、通信の秘密では、自由な遠隔通信の利用そのものが、それが持つ社会的重要性ゆえに、諸個人の主観的権利とは区別される客観法的な保護の対象になっていたが、情報自己決定

⁵³ BVerfGE 115, S. 344.

⁵⁴ BVerfGE 115, S. 354f.

⁵⁵ 松本・前掲 8) 89 頁註 225 参照.

⁵⁶ BVerfGE 115, S. 357.

権では「自己決定」が、それに対応する形で客観法的な保護の対象になっていることが分かる。

(c) 第1次Nシステム判決 (BVerfGE 120, 378)

判例変更が行われる前の連邦憲法裁判所の判例として最後に2008年の第一次Nシステム判決を取り上げる⁵⁷。本件は、自動車ナンバー自動識別装置（以下、「Nシステム」）の根拠規定とされるヘッセン州公安秩序法およびシュレスビヒ・ホルシュタイン州一般行政法に対して、各州における自動車の所有者・運転者からその合憲性について疑義を提起された憲法異議事件である。連邦憲法裁判所自身の説明によると、当該システムの概要は以下の通りである。まず、各走行車両がビデオカメラによって視覚的に把握される。続いてソフトウェアを用いて自動車ナンバーの文字・数列が読み取られ、確認されたナンバーは自動的に警察の保有する捜査データと照合される。ナンバーが捜査データに含まれている場合には、適合通知が伝達され、その際に自動車ナンバーや、通知の時間・場所等の他の情報が記録され、その後自動車の停止等の関連措置へとつながることになる。それに対して、ナンバーが警察の保有する捜査データに含まれていない、いわゆる不適合事例 (Nichttrefferfall) の場合には、撮影された映像および識別されたナンバーは、履歴も残らない形で直ちに消去される。まず、情報自己決定権への介入に関して連邦憲法裁判所が判示した箇所を見てみよう。

「多大なデータ・ストックを把握することが、単に適合数 (Treffermenge) の更なる縮減のためという目的に対する手段にすぎない場合でも、それが官庁に情報を自由に利用・処分することを可能にするものであり、後続するキーワード (Suchkriterien) との照合に対する基礎を形成する限り、情報収集において既に介入は存在しうる (…。基準となるのは、監視・利用目的を通じて特定される関係を視野に入れた全体的考慮において、当事者性 (Betroffensein) が、基本権介入を発動させる性質において肯定されるほど、当該データに対する官庁の関心がすでに高まっているか否かである (…)」⁵⁸。]

自動車の保有者など個人の特定制度とつながりうることから、自動車ナンバーが個人データにあたることを前提に⁵⁹、自動車ナンバーの収集及び捜査データとの照合といったデータの取扱いが情報自己決定権への介入に当たるか否かが検討されているところ、連邦憲法裁判所はここでも、ラスタースearch決定と同じ判断基準を用いている。

「データが収集された後ただちに、履歴を残さず、匿名のまま個人との関連性を確立する可能性もない形で、技術的に元通りに除去される限りにおいて、データの収集は何ら危険な事態 (Gefährdungstatbestand) を基礎づけない (…。それゆえに、手持ちの捜査データとの照合が即座に行われ、結果がマイナスで (いわゆる不適合事例)、加えてデータが匿名のままただちに履歴を残さずに、個人との関連性を確立する可能性もなく消去されることが保証されている場合には、電子的ナンバー識別の諸事例において情報自己決定権の

⁵⁷ 實原隆志「ドイツ-Nシステム判決」大沢・小山編『自由と安全』（尚学社、2009年）274頁以下、同「ドイツ版『Nシステム』の合憲性」前掲28）『ドイツの憲法判例IV』42頁以下参照。

⁵⁸ BVerfGE 120, S. 398.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 120, S.399ff.

保護範囲への介入に至ることはない。

それに対して、識別されたナンバーが記録装置に記録され、場合によってはまた別の措置の根拠となりうる場合には、情報自己決定権への介入となる（いわゆる適合事例）。この時点から識別されたナンバーは国家機関によって活用されるようになり、情報自己決定に関する基本権の保護を發動させる、行為自由やプライバシー（Verhaltensfreiheit und Privatheit）に対する特有の人格危殆が始まる⁶⁰。」

連邦憲法裁判所はここでも、公権力により収集されたデータがその後に利用される文脈に着目し、当該データが消去されずに個人の特定ないし具体的な不利益的措置につながりうる場合に介入の成立範囲を限定している⁶¹。これは裏返していうと、自身のデータが捜査データの中に含まれていない圧倒的多数の者にとっては、Nシステムの下で実施される自動車ナンバーの収集・照合が内心の意思決定に及ぼしうる影響（萎縮効果）は、介入の有無の判断とは無関係ということである。

他方、規範の明確性・特定性等の授權根拠に求められる憲法上の要請を高める介入の重大性を決定づける要因として、連邦憲法裁判所は情報収集の動機や状況の他に、ここでも萎縮効果に言及している。

「当事者が、例えば法益侵害などを通じて、収集されることについて自身に帰責可能な動機を作出しているか否か、あるいは、収集が動機なく生じており、したがって事実上、誰に対しても行われうるか否かという点が重要である。自らの行為を通じて介入を惹起していない者たちに対する情報収集は、動機に関連する情報収集よりも原則的に、より高度の介入強度をもつ（…）。

収集の動機を与えていない者が多数、ある措置の作用領域に含まれる場合、その措置からは、基本権行使についての侵害へと至りうる、一般的な萎縮効果（Einschüterungseffekte）が生じうる（…）。 捜査が広範囲で実施されることが、濫用のリスクや監視されているという感情の発生に寄与する場合には、気後れなく行動することがとりわけ脅かされる（…）。しかしこれは、多数の情報を連続的に収集する際に、まさに問題となることである⁶²。」

連邦憲法裁判所は、自動車ナンバーを収集されるいわれの無い多数の者にNシステムが及ぼす心理的影響を、介入の成否に関する判断とは切り離す一方で、介入の重大性を通じて、当該データ取扱いに対する正当化審査の規律密度を高める事情として位置づけているのである⁶³。

⁶⁰ BVerfGE 120, S. 399f.

⁶¹ Vgl. G. Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.): Offene Rechtswissenschaft, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, S.574f.

⁶² BVerfGE 120, S. 403.

⁶³ 拙稿「ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開」六甲台論集法学政治学篇 59 卷 2 号（2013 年）57 頁以下参照。

(4) 小括

(a) 連邦憲法裁判所による萎縮効果論の整理

ここで、連邦憲法裁判所が判例を通じて展開してきた萎縮効果と三段階審査との関係を整理しておこう。用語法に一貫性が欠けるものの、個人データの取扱いの合憲性をめぐる事件において連邦憲法裁判所は継続的に萎縮効果論を展開してきた⁶⁴。

国勢調査判決では、個人データの取扱いによって個人に生じうる萎縮作用が、情報自己決定権の規範的根拠として論じられていた。公権力によるデータの利用関係ないし文脈に着目する連邦憲法裁判所の情報自己決定権論は、事実上この基本権の保護範囲の輪郭を失わせる一方で、通信の秘密に関する判例をも踏襲する形で⁶⁵、公権力の「認識関心」という観点から介入の成立範囲を限定している⁶⁶。それと同時に、大規模な個人データの取扱いにより多数の者の内心に生じうる萎縮効果は、基本権への介入を根拠付ける事情ではなく、正当化審査における規律密度に関わる介入の重大性を高める事情として位置づけられている⁶⁷。

(b) 連邦憲法裁判所の萎縮効果論に対する批判

連邦憲法裁判所がラスター捜査決定や第一次Nシステム判決で示した、不適合事例について当局の認識関心の不在を理由に情報自己決定権に対する介入の存在を否定する判断枠組みは、公権力による個人情報取扱い方法の多様性に鑑みれば汎用性が高い判断基準と見ることでもできる。しかし、上述のように整理される、連邦憲法裁判所による萎縮効果論は、判例変更が行われる前から批判の対象となってきた。

まず連邦憲法裁判所内部からの反論として、ラスター捜査決定で反対意見を執筆したHaas裁判官は、法廷意見への多岐にわたる反論の中で、とりわけ萎縮効果論との関係では、①ラスター捜査の萎縮効果を理由に介入の重大性を根拠づけつつ、他方でラスター捜査が、捜査時点では秘密裏に実施されることも介入の重大性を高める事情として位置づけられているのは矛盾である⁶⁸、②性別等の特徴を用いたデータの瞬間的な照合による行動の制御・抑止効果よりも、テロの恐怖による人々の行動への萎縮効果の方が大きいはずであると述べている^{69,70}。

⁶⁴ Vgl. Zanger (Anm.1), S. 54f.

⁶⁵ Vgl. Zanger (Anm.1), S. 69f.

⁶⁶ 公権力による個人データの収集、保存、利用、移転等の取扱いは、各々が独自の基本権に対する介入と見なされるため、それぞれについて特別な法律の根拠が必要とされる。Vgl. Michael u. Morlok (Anm.17), S.266, 333, s. a. BVerfGE 65, S.43f. したがって当局の認識関心は、それら取扱いについて定める法規定から客観的に判断されることになると考えられる。なお、連邦憲法裁判所の展開する基本権論が正当化審査中心になっているという文脈において、情報プライバシー保障の内実はほとんど特定されておらず、むしろ防御されるべき公権力の行為様式を通じて形成されているという指摘が見られる。(Vgl. J. Buchheim, Rechtfertigungszentrierte Grundrechtslehren, in: D. B. Müller u. L. Dittrich (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band VI, De Gruyter, 2022, S.43f.)

⁶⁷ 比較的近時の連邦憲法裁判所による決定でも、過去に有罪判決を受けた者を対象とする、位置特定のために必要なデータの一貫した収集は、当事者に国家に監視されているという感情を生じさせ、気後れのない行為や基本法上の自由の行使の侵害につながりうるものが、介入の重大性を高める事情として位置づけられている。Vgl. BVerfGE 156, S.143f. 本決定については、小西葉子「『電子的足かせ』の合憲性」自治研究 98 巻 9 号 (2022 年)154 頁以下、同「国家の情報収集活動に関わる自動データ処理の法的課題」情報ネットワーク・ローレビュー 21 巻 (2022 年)8 頁以下参照。

⁶⁸ Sondervotum Haas, BVerfGE 115, S. 371f.

⁶⁹ Sondervotum Haas, BVerfGE 115, S. 375f.

⁷⁰ 通信事業者による最低 6 ヶ月間の包括的な通信履歴保存の義務付けに対して通信の秘密の違反が認定された別の判決においても、萎縮効果を理由に介入の重大性を高めた法廷意見の判断に対して、萎縮効果について客観化可能な根拠が無い、経験的な裏付けを欠く、萎縮効果を公権力の行為に由来するものに限定するのは不当であるといった批判が反対意見より出されている。もっとも、萎縮効果に関する議論を展開すること自体に反対している訳では必ずしもない。Sondervotum Schluckebier, BVerfGE 125, S. 365f., Sondervotum Eichberger, BVerfGE 125, S. 380f.

また、学説からも、捜査データとの照合による結果から遡及的に収集行為の介入該当性が判断される点や、自身のデータが捜査データに含まれているか否か知らず、自身に関する情報がどのように取り扱われるか分からない当事者にとっては、適合事例においても不適合事例においても同様に生じうるはずの萎縮効果が介入の成否の判断において考慮されていない点、ひいては同様の監視技術を司法審査の対象とすることが、基本権への介入の存在が否定される多くの当事者にとって困難になること等に対して疑問が示されてきた⁷¹。この点は、次に述べる連邦憲法裁判所による判例変更とも関係している。

4. 連邦憲法裁判所の判例変更とその意義

2018年の第二次Nシステム決定⁷²（BVerfGE 150, 244）において、情報自己決定権への介入に関して連邦憲法裁判所が2008年判決で下した判断は変更される。同じ日に複数の州におけるNシステムを対象とする2件の決定が下されているが、ここで主に取り上げるのは、法律に対して憲法異議が申し立てられた後者の事件（BVerfGE 150, 309）ではなく、行政裁判所の決定による憲法違反が争点となった判決憲法異議事件である。

(1) 行政裁判所による判決・決定

まずは、判例変更を理解するうえで重要と考えられる、連邦憲法裁判所による決定に至るまでの事件の経緯について簡単な整理を試みる。上述した、連邦憲法裁判所による2008年の第一次Nシステム判決後、Nシステムを導入していた各州は違憲判断を受けて法改正による修正を施すことになったが、多くの州では表面的な修正にとどまったことから、改正後もまた批判を受けることとなった⁷³。

本件で争われたバイエルン州のNシステムは、2005年12月24日に同州の警察任務法の改正により導入され、改正法は2006年1月1日に施行されている⁷⁴。本件憲法異議申立人は、既述の2008年3月11日に連邦憲法裁判所により違憲判決が下された後にまず、バイエルン州に対してNシステムの稼働停止を求める行政法上の不作為請求訴訟を提起している⁷⁵。

ドイツにおける行政法上の不作為請求訴訟においては、訴訟要件としての①出訴資格と②権利保護の必要性が充足していることを前提に、本案では基本権を含む権利の違法な侵害の有無——具体的には法律の根拠の有無や比例原則——といった観点から請求の可否が判断される⁷⁶。本件訴訟では、データの照合に用いられる当局の保有データの中に原告のデータが含まれていないという事実が裁判所により認定されているところ、原告（後の憲法異議申立人）は、

⁷¹ M. Cornils, Grundrechtsschutz gegenüber polizeilicher Kfz-Kennzeichenüberwachung, JURA 2010, S.445f., P. Breyer, Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2008, S.824f., U. Kauß, Die präventive Kontrolle des öffentlichen Raumes durch automatische Kfz-Kennzeichenerfassung, DuD 2014, S.629f.

⁷² 實原隆志「自動車ナンバー認証システムの合憲性」福岡大學法學論叢 65 卷 1 号 175 頁以下、同・前掲 12) 123 頁以下、191 頁以下参照。拙稿「ドイツ版『N システム』の合憲性 II」自治研究 96 卷 9 号（2020 年）155 頁以下参照。

⁷³ Vgl. F. Braun u. A. Seidl, Anmerkung, jurisPR-ITR 13/2010 Anm.6, A.

⁷⁴ 合憲性が争われた N システムの仕組み自体は、10 年前に問題となったものと大きく変わらないとされている。バイエルン州の N システム固有の問題も指摘されていたが、本稿では割愛する。Vgl. W. Ziebarth, Automatisierte Erfassung und Verarbeitung von Kfz-Kennzeichen zu Fahndungszwecken, CR 2015, S.691f.

⁷⁵ 2008 年事件のように法律に対する憲法異議の申立てが行われなかったのは、この時点で法律の施行から 1 年以上経過していたため、出訴要件を充たさなかったためではないかと推測される（連邦憲法裁判所法 93 条 3 項）。

⁷⁶ ドイツにおける行政法上の不作為訴訟については、湊 二郎「ドイツ行政裁判所法における不作為訴訟に関する一考察」立命館法学 351 号（2013 年）1 頁以下、同「ドイツにおける単純行政活動に対する不作為訴訟」356 号（2014 年）41 頁以下参照。

Nシステムの下で収集されるデータ全体の約5%が「誤った適合事例」(unechter Trefferfall: 本来は不適合として即座に消去されるべきであるにも拘わらず、誤って適合通知が出され、担当の警察官が目視で確認し手動でデータを消去する)であるため、情報自己決定権に対する介入、ひいては個人の権利侵害の可能性は排除されないという趣旨の反論を提起していた。

この論点についてミュンヘン行政裁判所⁷⁷及びバイエルン上級行政裁判所⁷⁸は、誤った適合事例において収集された自動車ナンバーの読取り及びその後の手作業による消去という形で警察官が関与した時点で、収集データの個人関連性が確立し、その後の国家機関によるデータ利用が可能になることから、適合事例と同様に行為自由やプライバシーに対する特有の人格危殆(die spezifische Persönlichkeitsgefährdung für Verhaltensfreiheit und Privatheit)は始まっていることを理由に情報自己決定権に対する介入の存在を肯定した(不作為請求自体は、いずれの裁判所も本案で棄却している)。

これに対して、最上級審である連邦行政裁判所は、下級審の判断を覆し、誤った適合事例でも情報自己決定権に対する介入の存在を否定した⁷⁹。警察官の手作業によるデータの取扱い、Nシステムの性能の不足を補完するにとどまり、介入の存在を肯定するほどの当局の関心は認められない旨が判断の根拠として示されている⁸⁰。

この判決に対しては、介入の認定の要請を緩和すればするほど、個人の権利保護を志向する行政訴訟が個人の当事者性から切り離され、結局は抽象的規範統制になる危険が大きくなることを指摘し、理解を示す見解も見られる⁸¹。しかし、その一方で、警察官の目視の時点でデータが特定個人に帰属する可能性が生じることを理由に、誤った適合事例において介入を否定した裁判所の判断が批判されるにとどまらず、不適合事例における介入を否定してきた連邦憲法裁判所の判断枠組み自体も批判の俎上に載せられることとなる。具体的には、何ら自身の責めに帰することのできない事由により、Nシステムの下で個人データを収集・照合される多数の無実の者たちこそが、当該システムの被害者であるにもかかわらず、その者たちに生じている萎縮効果を基本権に対する介入の成否の判断から外すことは、結果として法律の合憲性について裁判所の審査を求める機会をその者たちから奪うことになっていること、さらに、監視措置の自動化ないし迅速化が進むほど、情報自己決定権に対する介入の存在が否定され、情報自己決定権の保護の内実が削減されていくことは、情報技術の発展に伴って生じる危険に対応するために基本権として承認された情報自己決定権の存在理由に反していることが指摘されている⁸²。この連邦行政裁判所の判決に対して、敗訴した原告は連邦憲法裁判所に憲法異議を提起する。結論からいうと、連邦憲法裁判所は概ね上記の批判に対応する形で判例を変更することとなった。

(2) 連邦憲法裁判所による決定

続いて、連邦憲法裁判所による判例変更の箇所を判決文に即して確認していくことにしよう。

⁷⁷ VG München, 23.09.2009 - M 7 K 08.3052. 決定文は以下を参照。 <https://openjur.de/u/31581.html>

⁷⁸ VGH Bayern, 17.12.2012 - 10 BV 09.2641. 判決文は以下を参照。 <https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/kennzeichenerfassung.pdf>

⁷⁹ BVerwG, 22.10.2014 - 6 C 7.13. 判決文は以下を参照。 <https://www.bverwg.de/221014U6C7.13.0>

⁸⁰ Vgl. BVerwG (Anm.79), Rn. 29.

⁸¹ Vgl. W. Neumann, Anmerkung, jurisPR-BVerwG 5/2015 Anm.2, D.

⁸² Vgl. Ziebarth (Anm.74), S.688f., J. Vahle, Anmerkung, DVP 2015, S.259. 連邦行政裁判所の判決において、警察官による目視の時点ではまだ秘匿性が維持されていることを理由に、Nシステムと他の監視措置との間で一応の区別は設けられているという指摘もある。Vgl. Th. Bode, Anmerkung, NJ 2015, S.264.

う。連邦憲法裁判所は、情報自己決定権に対する介入の有無について、過去の判例と同一の基準で判断する立場を明らかにする。

「実際のところ、電子的なデータ処理という枠内で第三者の個人データが偶然ついでに一緒に把握され、把握された後に再び機械的に匿名化され、履歴も残らず、当局の認識関心も無い状態のまま消去される場合には通常、基本権介入は認められないというのは、連邦憲法裁判所の判例どおりである。基準に従って説明すると、基本権への介入は当該データに対する当局の関心が明確に高まっている場合に、その限りにおいて認められるという点は維持されなければならない⁸³。」

連邦憲法裁判所は、この公権力の側の認識関心の程度という基準の下で、主に二つの観点からNシステムに対する評価を改め、(誤った適合事例を含む)不適合事例におけるデータの取扱いについて情報自己決定権に対する介入の存在を認める判断を示している。

「コードナンバー又は人的メルクマールを大量のデータと短時間で照合することを可能にする、現代の情報技術の状況の下では、本件番号検査のような検査の経過においてもそのような関心の高まりは存在する。データ照合により公の場にいる者に狙いを定めて、その者又はその者が携行している物が警察による搜索の対象かどうか検査が行われる場合には、たとえこれらのデータが検査に引き続いて直ちに再び消去される場合であっても、それらのデータに対する当局の高い関心は存在する。」

この点に関して重要なことは、データの把握や照合により基礎づけられる検査の経過が、番号検査に含まれる者全員を意識的に対象としており、また対象とすべきとされていることである。照合の結果が最終的に不適合になる者のデータも含めることは、意図せずに専ら機械的に行われている訳ではなく、それらのデータを含めることは、検査で必然的に求められている部分であり、これらのデータを含めることで初めて検査は捜査上の措置としての意味を持つようになる。番号検査装置の側を通り過ぎるか、別の形で検査に含まれる車両全ての番号を把握しようという、明確に高まった関心は、番号検査装置にとって標準的な当局の事前の見通し(ex ante-Perspektive)にある。何故ならば、(そこでは)まさに検査(の実施)自体が重要だからである。この目的のために、データが狙いを定めた形で収集され、データをその都度の人物と関係づけることができるかどうか問題になる。その判断が自動的に行われるということは問題ではない。むしろ、これによって警察の検査可能性はかなり拡大されている⁸⁴。」(括弧内引用者)

2008年の第一次Nシステム判決では、警察の保有する捜査データに含まれていない自動車ナンバーは照合後、即座に自動的に消去されることになっており、警察官の眼に触れることも無いことから、当該システムの下で警察が関心を持つ実質的な標的は、適合事例における当事者に限られると判断されていた。これに対して2018年決定では、個人データの自動的かつ網

⁸³ BVerfGE 150, S. 267.

⁸⁴ BVerfGE 150, S. 267f.

羅的な収集・照合がNシステムの不可欠な構成要素であることが強調されている。すなわち、不適合事例においても、自動車ナンバーを読み取られる走行車両は偶然にデータの収集対象になった訳ではなく、番号読取装置の前を走行する車両の番号が全て対象になることはNシステムの仕組みに鑑みれば当然、織り込み済みであり、寧ろ走行車両を包括的にデータの収集対象に含めないと、当該システムの実効性を保証することは困難であることを根拠に、不適合事例についても自動車ナンバーの収集段階で個人データに対する公権力の高度の関心は認められると判断されている。

「全てのデータが即座に消去されることで、不適合事例の当事者に対しては何らの不都合も結果も生じないということは、上記の内容と矛盾しない。」というのも、不適合事例における当事者についても、番号検査により国家による措置の対象となり、それによって彼らに対して捜査における関心が貫徹されることには変わりはないからである。検査によって当事者は、当事者又は当事者が携行する物が当局の捜査の対象か否か検査される。同時に当事者が妨げられずに走行を続ける行為は、当局が当事者に対する情報を持っていないことという留保の下に置かれることになる。そのような措置は、措置の結果に関係なく、それ自体において自由を侵害するものである。市民が基本的には、国家により任意に記録されることも無く、自身の誠実さについて弁明する必要もなく、また絶え間なく監視されているという感覚にさらされることなく、移動することが出来るということは、共同体の自由の一つである。(…)。いつでもどこでも気付かないまま記録され、何らかの捜査リストに含まれているか、さもなければデータベースの中に入っているかどうかを検査されるというのは、上記と一致しない。寧ろそのような措置は、個人の自由の前で固有の理由を必要とし、情報自己決定権への介入として正当化を要する⁸⁵。」

やはり2008年の第一次Nシステム判決において、連邦憲法裁判所は、警察官による目視もないことから収集データの個人関連性が確立することはなく、後続の不利益的措置へとつながる事態へも発展しないことを、不適合事例において情報自己決定権に対する介入が否定される理由として位置づけていた。これは、情報自己決定権について、(移動の自由を含む)具体的な行為自由に対する法的保障を前倒しするものと理解する立場とは親和的な議論ということができよう。しかし、2018年決定では、不適合事例では具体的な不利益的措置が執られる事態へと発展することはなくとも、Nシステムによる自動車ナンバーの取得・照合の潜在的な対象者たちに、自らが監視の対象になっていると意識させることによって生じうる萎縮効果が、情報自己決定権に対する介入の存在を根拠付けるものとして位置づけられている。

既に述べたように、Nシステムにおける不適合事例について情報自己決定権に対する介入の存在を認めるべきという見解は2008年判決の時点より見られた。しかし、2018年の決定では、①警察が保有する捜査データに含まれていない者に対する当局の関心と、②Nシステムの対象者が被る不利益(国家による監視を意識しない自由な移動の制限)という、公権力と諸個人の両面における評価を改めることで、連邦憲法裁判所自身は自らの立場を変更することとなった⁸⁶。

⁸⁵ BVerfGE 150, S. 268f.

⁸⁶ 決定を下した判事のうち、2名は介入に関する判例の変更反対したことが明らかになっている(BVerfGE 150, S. 309)。なお、決定文中では反対理由は明らかにされていない。

連邦憲法裁判所は判例変更の理由を決定文中で述べているものの、不適合事例について介入を否定した過去の判断を何故維持することができないのか、その理由については詳細に説明している訳では必ずしもない。しかし、上記の連邦行政裁判所の判断が維持されると、Nシステムのように、嫌疑の有無に拘わらず大量の人間を捕捉しスクリーニングにかける捜査手法の対象者は、自身に対する権利侵害が要件とされる限り、たとえ連邦憲法裁判所が重視してきた萎縮効果が発生していても、(必ずしも連邦憲法裁判所に限られない)裁判所を通じて公権力による違法な個人データの取扱いを追及することが困難になりかねない⁸⁷。これに加えて、AIに代表される先端技術を用いた新たな捜査手法の導入が進んでいくと、技術の進展に伴い情報自己決定権の保護の内実が縮減するという皮肉な事態が、今後さらに加速していく恐れがある⁸⁸。情報自己決定権に対する介入の成立範囲を拡大する連邦憲法裁判所の判例変更は、このような事態を懸念したのではないかと考えられる⁸⁹。

5. 結語

公権力による個人データの取扱いによって発生すると裁判所が考える萎縮効果は、情報自己決定権が基本権として承認された国勢調査判決では、その規範的根拠として言及されていた。しかし、その後の連邦憲法裁判所による議論展開の中で、萎縮効果は介入の重大性、さらに介入自体を根拠付ける事情として位置づけられることとなった。

本稿では、介入の有無の判断に関する連邦憲法裁判所の判例変更についても論じてきたが、介入の判断において公権力の側の「認識関心」に着目する連邦憲法裁判所の判断基準は、個人データの取扱い方法の相違にかかわらず用いることができる点で、汎用性が高い基準であるとみることもできる一方、曖昧な基準であるとして学説から批判も受けている⁹⁰。また、連邦憲法裁判所が情報自己決定権に関する判例において展開する萎縮効果論自体についても、連邦憲法裁判所による萎縮効果論が、科学的な根拠や経験的な裏づけが示されないまま恣意的に展開されているといった批判⁹¹や、通信の秘密と類比的に設定された「自己決定」の客観法的保障という構成についても抽象的にすぎるといった批判⁹²を学説から受けている。

他方、本稿では直接の考察対象としなかったが、公権力の個人データの取扱いが持つ行為の制御・抑止効果を重視して、萎縮効果論の再構成を提唱する Zanger⁹³や Staben⁹⁴のような論

⁸⁷ 本決定に対しては、介入の成立範囲が拡張されたことにより、訴訟の提起が容易になる旨が指摘されている。Vgl. F. Roggan, Grenzen von Kfz-Kennzeichenkontrollen, NVwZ 2019, S. 345f., C. Halder, Anmerkung, JurisPR-ITR 8/2019 Anm.2, D. B. Rusteberg, Zwischen modernem Sicherheitsrecht und klassischem Polizeirecht, VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/zwischen-modernem-sicherheitsrecht-und-klassischem-polizeirecht-die-entscheidungen-zur-automatisierten-kennzeichenkontrolle/>, 2019.

⁸⁸ 他の捜査手法に対する本決定の影響については、Vgl. Rusteberg (Anm. 87), Roggan (Anm. 87), S. 346f., 邦語文献として水野陽一「顔認証技術を用いた捜査手法に対する規制方法」北九州市立大学法政論集 49 巻 1・2 合併号 (2021 年) 85 頁以下参照。

⁸⁹ 連邦憲法裁判所は、同様に網羅的な監視が行われる速度制限違反や信号無視の取締りについては、監視の時点では自動車ナンバーのような個人データは収集されず、適合事例において初めて個人データが収集されるため、基本権に対する介入が存在するのは適合事例に限られると述べている (BVerfGE 150, S. 269)。もっとも、これらの監視において、不適合事例の場合に介入が否定される理由は、関心の程度の問題ではなく、そもそも個人データが収集されていないからである。

⁹⁰ Bull (Anm. 14), S. 296f., R. Schnieders, Anmerkung, NVwZ, 2019, S. 397.

⁹¹ Rath (Anm. 3), S. 78f., H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Auflage, 2013, Art. 2 I, Rn. 87, M. Nettesheim, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70, 2011, S. 28, Bull (Anm. 14), S. 298f.

⁹² C. Held, Intelligente Videoüberwachung, Duncker & Humblot 2014, S. 94f. 小山・前掲 1) 117 頁以下参照。

者も見られる。内心の意思決定過程における権利侵害を如何にして客観的に判断するかが、いずれの議論においても課題となっているが、これは場合によっては個人の主観的権利の理解について改めて検討する契機となる可能性も否定できない⁹⁵。

情報自己決定権を始めとする基本権を根拠とした、公権力による個人データの取扱いの法的統制は続いていくことが予想されるが、その中で連邦憲法裁判所が萎縮効果への言及を続けていくのか、どのような文脈において言及するのかといった点は、今後も論点の一つであり続けると考えられる。

※本稿は2021年10月2日に「JILIS 情報法×憲法研究会」にて報告した内容を加筆修正したものである。当日に御参加いただいた方々に、この場を借りて篤く御礼申し上げます。

※本稿は、科学研究費補助金（課題番号：18H00798）の助成を受けている。

⁹³ 内心における意思決定過程の自由に対する侵害について、外側から客観的に評価することは困難であり、むしろ萎縮効果からの自由を共同体の利益と捉えるべきと主張している。介入についても、個人の主観的な感覚に頼るべきではなく、また経験的な裏付けを欠く場合でも、分別のある当事者といった規範的な人間像を想定することで客観的な判断は可能であると説く（Vgl. Zanger (Anm. 1), S. 134ff., 148ff.）。もっとも、萎縮効果に関する具体的な判断が明快に論じられているとは言い難い。

⁹⁴ 内心における萎縮作用は客観性に欠けており基本権保護の基準となりえないため、萎縮効果からの自由という一定の当為状態を客観的に国家に義務付けるといふ議論が展開されており、さらに個人を客観法保障の受託者（Treuhand）と見做すことで、公権力活動が及ぼす社会全体への作用を「介入」と捉える可能性も示唆されている。萎縮効果の認定については、経済学や心理学等の他の学問分野の知見が役立つとしつつ、萎縮効果の評価については立法に裁量を認めており、立法者が萎縮効果に関する評価自体を怠っていた場合などの例外を除き、裁判所は立法を尊重して抑制的に審査することとなっていることから、違憲審査における萎縮効果論の重要性はそれほど大きくないと考えられる。Vgl. Staben (Anm. 1), S. 115ff., 136ff.

⁹⁵ 連邦憲法裁判所による「主観的権利侵害」という枠内での議論展開を批判的に考察する論考として、山田哲史「『権利ドグマティック』の可能性」岡山大学法学雑誌 68 卷 3・4 号（2019 年）207 頁以下参照。