

私生活における不可侵の核心領域の保護

實 原 隆 志

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Takashi JITSUHARA

概 要

ドイツ連邦憲法裁判所は、家族や弁護士などとの会話に代表される、高度に個人的な情報は収集されてはならないとしてきた。そのような情報は「プライベートな生活形成の核心領域」と呼ばれているが、この領域の保護について、そのような保護の要否をはじめとして、近年においては様々な指摘がある。

本稿においては、このような議論に着目し、核心領域に含まれる情報の保護のあり方について検討する。

キーワード：プライバシー、情報自己決定権、核心領域

はじめに

ドイツ連邦憲法裁判所は 1983 年の国勢調査判決¹において、情報自己決定権という新しい権利をボン基本法から導き、注目を集めた。それ以降、国家に対して個人の情報を保護する判例が定着してきた。学説の一部には、情報自己決定権は他の実体的な権利を補完するものでしかなく、独自に検討されるべきものではないとする者もある²。しかし、多くの学説は連邦憲法裁判所の判例に対して、好意的な立場を示してきた。

この情報自己決定権も、無制限に保護されるわけではないとされる一方で、絶対的に保護される「核心領域」もあるとされてきた。本稿では核心領域の保護をめぐる、ドイツの近年の議論状況に着目することを主要な目的としている。

以下では、プライベートな情報の保護が問題となった事例を紹介し、そのような判例に対する指摘を概観した上で、若干の検討を行う。

1. ドイツ連邦憲法裁判所の判決

ドイツ連邦憲法裁判所は、対立利益による制限が正当化されない、不可侵の領域があるとしてきた。「核心『領域』」という言葉の印象とは異なり、捜査対象者が私的な空間において、何を行っ

-
- 1 BVerfGE 65, 1. 解説として、平松毅「自己情報自己決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）60頁以下。
 - 2 G. Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundrechtskritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S.561ff.

ていたのか、どのような会話をしていたのかも検討対象とされてきた³。

不可侵である、このような領域の保護が問題となった主な事例として、日記決定、大盗 聴判決、オンライン捜査判決を挙げることができる。核心領域の保護については、連邦最高裁判所でも扱われており、最近でも、車内での独り言を刑事事件において証拠として利用できないとした事例があるが⁴、ここではドイツ連邦憲法裁判所の判例だけに焦点を当てる。

(1) 日記決定⁵

この事件では、異議申立人が有罪とされた際に、日記に書かれた手記が証拠として利用されたことが問題となった。この決定の中で連邦憲法裁判所は、犯行に関する内容は私生活の核心領域に含まれず、絶対的に保護されるものではないことなどを指摘して、証拠として利用したことは基本法には反しないと判断した。なお、この決定においては、裁判官の意見が4対4の賛否同数に分かれた。

(2) 大盗聴判決⁶

この事件においては、住居の不可侵を保障した基本法 13 条に、住居内の盗聴を認める規定が追加され、それに基づいて改正された刑事訴訟法が違憲と判断された。この判決において、犯行に直接関連する情報が核心領域から除外されたことと、核心領域に関わる情報が収集された場合に必要な措置について語られたことが、学説の関心を惹いた。

① 犯行に直接関連する情報の扱い

判決において連邦憲法裁判所は、不可侵の核心領域に含まれる情報として、親密な家族との会話、弁護士や医師、牧師などといった者との間での、信頼関係を前提として行われる会話を挙げ、注目された。しかし、他方で、犯罪に直接関連する情報は核心領域に含まれないとして、先述の日記決定における理解を先例として引用した⁷。

② 核心領域に関わるかについての事前の予測

核心領域に関わる情報について連邦憲法裁判所は、そのような情報に対する侵害が起らないような法律の規定が必要であるとした。この判決においては、さらに、ある措置が予想しない形で核心領域に触れた場合に、必要な事柄についても言及された。連邦憲法裁判所は、このような場合には措置を中止し、得られた情報は削除されるべきであり、利用されてはならないとした。

多数意見は、このような理解に基づいて、基本法の改正自体には問題ないと判断した。それに対して少数意見は、住居内で行われている会話に核心領域に含まれる情報があるかは、それを盗聴して初めてわかるのであり、基本法はまさにそのような情報収集を禁じているとした。そして、そのような情報収集を認める改正は、基本法に反する改正であるとした。

3 T. Petri, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafvfahrensrecht, in: E. Denninger/ F. Rachor (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, S.710ff. (728f.) 参照。

4 BGH 22. 12. 2011. NJW 2012, S.945ff. この判決の解説として W. Mitsch, Strafprozessual unantastbare "Kommunikation mit sich selbst", NJW 2012, S.1486ff., M. Jahn/ E. Geck, Tagebuch revisited - Der Bundesgerichtshof, die Gedankenfreiheit und ein Selbstgespräch im Auto, JZ 2012, S.561ff., G. Warg, Anmerkungen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung, NSTZ 2012, S.237ff.
また、それより以前にリハビリ施設内での独り言について検討された事例として NJW 2005, S.3295ff.

5 BVerfGE 80, 367. この判例の紹介として、根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的人格権の保護—日記決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』（信山社、2006年）25頁以下。

6 BVerfGE 109, 279. この判例の紹介として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）320頁以下。

7 BVerfGE 109, 279 <319>.

(3) オンライン捜査判決⁸

ノルトライン・ヴェストファーレン州の法律は、憲法擁護局に対して、捜査対象者のパソコン内にソフトウェアを使って秘密裡に侵入することを認めていた。そのような規定が、基本権を侵害しないかが、この事件の争点の一つであった。そして、判旨の中で注目されたのは、この判決が新しい基本権の必要性を説いた点と、核心領域を2段階で保護しようとしている点であった。

①「コンピュータ基本権」

判決において連邦憲法裁判所は、「コンピュータ基本権」とも呼ばれる、新しい権利を適用した⁹。コンピュータ・システムに侵入されることの危険性に着目した権利であり、個人が使っているコンピュータには機密性 (Integrität) や安全性が確保されていると信じて、情報機器を使えることの重要性を指摘する概念であった。

② 核心領域の2段階での保護

また、連邦憲法裁判所は、先例と同様に、核心領域は絶対的に保護されるとした。しかし、核心領域に属する情報がコンピュータ内に保存されているか、事前にわかるとは限らない。そこで、オンライン捜査判決は2段階での保護を提唱した¹⁰。

まず連邦憲法裁判所は、核心領域に関わるようなデータの収集が、情報・捜査技術的に可能な限り行われなことを求める。他方で、収集されるデータが核心領域に関わるかは、データの収集前・収集時にはっきりしないこともある。仮にそのようなデータが取得された場合には、核心領域に対する侵害をできる限り少ないままにするよう、立法者は確保しなければならないとする。具体的には、核心領域に関わるデータを収集した場合には、そのデータは直ちに削除されるべきであり、転送や利用は禁止されるべきであるとした。

(4) 小括

ここまで見てきたように、日記決定と大盗聴判決においては、犯行と直接関連する情報は、核心領域には含まれないとされた。そして、核心領域に関わる情報はできるだけ収集されないようにする必要があるが、もし収集された場合には、盗聴を中止し、得られた情報は利用されてはならないとされた。また、オンライン捜査判決においても、コンピュータへの侵入が核心領域を侵害する可能性があるとして、そのような侵害はできる限り避けるべきであるとされた。仮に核心領域に関わるデータが得られた場合には、そのデータ利用を禁止する規定が必要であるとされた。「2段階の保護」という表現はオンライン捜査判決において用いられたものであるが、基本的な考え方は、大盗聴判決においても同様であったと言えるだろう¹¹。

しかし、このような判例に対しては様々な指摘がある。次に、判例に関する学説の反応について、核心領域の定義に関する指摘、2段階での保護に関する指摘、の順で見ることにする。なお、

8 BVerfGE 120, 274. この判例の紹介として、石村修「ドイツーオンライン判決」大沢秀介・小山剛編『自由と安全－各国の理論と実務』（尚学社、2009年）261頁以下。

9 判決前に、オンライン捜査と基本権の関係について議論を展開していたものとして D.Lorenz, Die verdeckte Online-Durchsuchung als Herausforderung an die Grundrechtsdogmatik, in: Scholz/ Lorenz/ Pestalozza usw., Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, 2008, S.17ff. がある。

10 連邦憲法裁判所の基本的な考え方について解説するものとして E. Gurlit, NJW 2010, S.1035ff., J. Ruthig, Grundrechtlicher Kernbereich und Gefahrenabwehr: Verfahren, Rechtsschutz, Schadenersatz, in: Baumeister/ Roth/ Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, 2011, S.499ff., Hans-Jürgen Papier, Das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, 2011, S.263ff.

11 C. Enders, in: K. Stern/ F. Becker (Hrsg.), Grundrechte Kommentar, 2010, S.81ff. (135).

連邦憲法裁判所判決によって、犯行と直接関連する情報が核心領域から除外されたため、犯行と直接関連しないものも含む「核心領域」については、以下では説明の便宜上、「広義の核心領域」と呼ぶことにする。

2. 核心領域の定義に関する学説の状況

核心領域が絶対的に保護されるとして、核心領域に含まれる情報とは、どのような情報なのであろうか。ここでは、犯行に直接関連する情報を、核心領域から除外したことについての指摘と、核心領域と対立利益との衡量は認められない、とされている点についての議論を紹介する。

(1) 犯行に直接関連する情報を、核心領域から除外したことについて

オンライン捜査判決においては、犯行に直接関連する情報が核心領域に含まれるのか、明示されなかった。現代においては、個人的な生活日記などのファイルもパソコンに保存されることが多く、パソコン内のデータには日記に近いものもあるとの指摘があることから¹²、日記決定の理解は受け継がれていると考えるのが自然であろう。しかし、オンライン捜査判決が犯行に関わる情報をどのように扱っているかについては、ここで検討する余裕がない。少なくとも日記決定と大盗聴判決においては、犯行と直接関連する情報は、核心領域から排除されていたことを、まず確認しておきたい。

この点について、批判的な学説もある。「犯罪者には人間の尊厳を援用することが禁止されるということか」との批判は、その一例である¹³。他にも、犯行に関わる情報を核心領域から除外したのは、核心領域を対立利益と衡量した結果であり、「絶対的な保護」としてきた判例と矛盾するのではないかとの指摘もある。この点は、核心領域を定義する上で衡量が必要ないのか、連邦憲法裁判所は本当に衡量をせずに保障しようとしているのか、といった指摘と関連するため、項を改めて紹介する。

(2) 核心領域と対立利益との衡量は認められないとされている点について

① 犯行に関連する情報を核心領域から排除した根拠について

連邦憲法裁判所は、核心領域に対する侵害は、対立利益との衡量をするまでもなく、絶対的に禁止されるとしている。しかし、それに対しては、犯行に関連する情報を核心領域から除外したことは、対立利益と衡量した結果であり、連邦憲法裁判所の定義とは矛盾するとの指摘がある¹⁴。それゆえ、日記決定が判例の転換点だったとされることもある¹⁵。

しかし、連邦憲法裁判所は、その際に衡量を先行させている点で矛盾しているものの、衡量を先行させること自体には問題がないとする学説も、近年目立ち始めている。

② 核心領域と衡量

連邦憲法裁判所の判例は、日記決定の後に下された大盗聴判決やオンライン捜査判決においても、対立利益との衡量が許されない領域があるとしている。しかし、これに対して、連邦憲法裁判所は実際には衡量を行っているのではないかと、との指摘も少なくない。このような状況をふまえて、学説は、核心領域を定義する上で衡量は必要ないとする立場と、衡量は避けられないとす

12 BVerfGE 120, 274 <335f.>.

13 O. Lepsius, Jura 2005, S.433ff. (S.440).

14 M. Baldus, JZ 2008, S.218ff. (224), Baldus, AöR 2011, S.529ff. (538).

15 M. Nettesheim, VVDStRL 70, 2011, S.7ff. (20).

る立場とに分かれている。

1) 衡量せずに保護できるとする立場

核心領域を定義する際に、衡量は必要ないとしている立場について、ここではヴァルンチェンとデニングアの議論を取り上げる。

a. ヴァルンチェンの議論

判例の枠組みを一部修正することで、絶対的に保護される領域を確保し、そのような領域に該当するの客観的に判断するための指標を探る議論として、ヴァルンチェンによる議論がある。ヴァルンチェンは、収集の対象となっている情報が核心領域に含まれるかを、「高度な人格性」と、情報の収集による侵害の態様という、二つの観点から判断しようとする。また、ある捜査が核心領域を侵害するかについて、その措置がもつ一般的な特徴と、個別的な事情を考えながら検討しようとしている点にも特色がある。

ヴァルンチェンの議論は、大盗聴判決の枠組みにしたがって核心領域を定義しようとするものであるが、このような議論には様々な困難があることを、ヴァルンチェン自身も認めている。しかし、それは、核心領域について具体化を試みた、不可避的な帰結であるとしている¹⁶。

b. デニングアの議論

また、たしかに、盗聴のような侵害措置に対して無条件に保護されるというわけではなくなっているが、絶対に禁止される侵害はあるとする立場もある。たとえば、デニングアは、侵害可能性の完全な限界という問題について、憲法裁判所は降伏したわけではないと述べている¹⁷。

2) 衡量は不可避であるとする立場

これに対して、実際には衡量が不可避であり、これまでも衡量の結果、侵害を正当化できない場合にだけ保護されてきたのではないかと指摘がある¹⁸。たとえば、大盗聴判決の多数意見の問題点の一つとして、核心領域と侵害が相互に絡み合っていることが挙げられている¹⁹。このような批判は、ヴァルンチェンの議論に対しても当てはまるだろう。

しかし、仮に衡量を行った上で核心領域を定義しても、基本権の保護にとって問題にならないとする立場も、近年目立ち始めている²⁰。EU諸国やアメリカには完全な保護についての規定がないことが、根拠として挙げられることがある²¹。また、2段階での保護についても、衡量を前提にした考え方であると指摘もなされている²²。さらに、その他の指摘として、リンデマンによる議論と、ダムマンによる議論を取り上げる。

a. リンデマンの議論

リンデマンは自説を展開する中で、ヘルデーゲンの議論に依拠する。ヘルデーゲンは、連邦憲法裁判所が、日記での表現を刑事手続で利用する際に、侵害の重大さと犯罪嫌疑の重要さの衡量を重視していると理解する。そしてこのような姿勢は、尊厳の保護が衡量に開かれていること

16 M. Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, 2007, S.59.

17 E. Denninger, ZRP 2004, S.101ff. (102f.). また、同種の指摘として J. Rux, Wie viel muss der Rechtsstaat wissen?, in: S. Huster/ K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S.208ff. (215).

18 Enders, a.a.O. (Anm. 11), I. Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 2011, S.51, Baldus, JZ 2008, a.a.O. (Anm. 14), S.224, Jae-Young Son, Grenzen der sog.

"Kernbereichs-Dogmatik" des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Rüdiger Schenke, 2011, S.525ff. (533)

19 Lepsius, a.a.O. (Anm. 13), S.440.

20 M. Herdegen, Art. 1, in: T. Maunz/ G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2009, S.57, Baldus, AöR 2011, a.a.O. (Anm. 14), S. 548, Son, a.a.O. (Anm. 18), S.533.

21 Baldus, AöR 2011, a.a.O. (Anm. 14), S. 546f.

22 A. Gudermann, Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts. Die Zulässigkeit eines informationstechnologische Instruments moderner Sicherheitspolitik, 2010, S.206.

を柔軟に示しているとして、連邦憲法裁判所の判例を好意的にとらえる²³。

リンデマンも、対立利益による制限を認めることで、1条1項の人間の尊厳の対象が限定されすぎること避けられるとする。尊厳保護規定は主観的権利と理解されており、この規定を主観的権利として運用(Operation)するためには、衡量は避けられないとする。たしかに、1条1項の相対化が起こるとの懸念もあるかもしれないが、1条1項を実際に適用しようと思えば必要な帰結であると、リンデマンは考える²⁴。

b. ダムマンの議論

ダムマンは、連邦憲法裁判所が、犯行と直接関わる会話を社会的関連性を有すると理解していることは、衡量を認めないという核心領域の性質と矛盾するとしている。判例においては、衡量の結果、核心領域と認定したものだけが不可侵になっているにすぎないと指摘する²⁵。

しかし、核心領域の絶対的な保護を否定する場合、一見すると、リベラルな刑事訴訟・警察法も拒否することになるようにもみえるが、基本権保護の損失とはならないという。その根拠として挙げられているのは、連邦憲法裁判所が、比例原則の適用を通じて、高度な要請をしていることや、手続を通じた基本権保護があることである。他にも、基本法や欧州人権条約から導かれる、公正な手続の原則も援用し、法治国家原理も挙げる²⁶。

このような議論の前提としてダムマンは、「不可侵の核心領域」という概念には、規範的な意味はなく、記述的な意味しかないとする。不可侵の核心領域を憲法に適合させるためには、そのように理解するしかないと述べる²⁷。

③ 小括

このように、犯行に直接関連する情報を核心領域から除外していることについては、学説において、様々な指摘がある。また、核心領域を定義する際に衡量を先行させる必要があるかについても、様々な見解があり、さらに、衡量が行われても問題ないとする立場が近年においては多くなってきている。

しかし、核心領域を強く保護するにしても、本来収集されてはならない情報が知られる可能性があるという問題がある。たとえば、盗聴の対象となる会話が高度に人格的な性格を有するかについて、盗聴に先立って完全に把握できるわけではない。次に、その点に関する指摘を見る。

3. 2段階での保護に関する是非

先に見たように、オンライン捜査判決は、核心領域は2段階で保護されるとしている。このような保護の方法については様々な指摘があるが、多くの論点に関連しているため、まずは論点の整理を試みたい。

オンライン捜査判決は2段階での保護について述べたが、連邦憲法裁判所は3段階での保護を考えているとの見方もある²⁸。(1) 核心領域を侵害すると予想される場合に、盗聴を認めないための法律上の規定、(2) 核心領域に触れた場合の、監視措置の中止、(3) 削除義務や利用禁止による、核心領域が侵害されたことの効果の除去、の3点に分ける見解である。

23 Herdegen, a.a.O. (Anm. 20), S.57.

24 M. Lindemann, JR 2006, S.191ff. (197).

25 Damman, a.a.O. (Anm. 18), S.51.

26 Ders., S.220ff.

27 Ders., S.198f.

28 Warntjen, a.a.O. (Anm. 16), S.39.

このような分類は、学説における論点を整理する上で有用と思われるため、ここでも、連邦憲法裁判所に対して指摘されている事柄を3点に分けたい。以下では、核心領域に含まれる情報が収集される可能性があること、情報の収集を継続することの可否、情報の利用段階での保護、に関する学説を、順に概観する。

(1) 核心領域に含まれる情報が収集される可能性があることについて

まず、高度に人格的な情報が含まれるかが、事前に明らかでない場合には情報を収集できることについて、それは核心領域の保護の絶対性と矛盾するとの指摘がある。しかし、そのような「矛盾」について、見解は分かれている。

① 批判的に理解する立場

核心領域に関わる情報が含まれているか不明な場合の情報収集について、批判的に理解する立場がある²⁹。盗聴が中止になったとしても、個人の保護は、常に「1秒遅れることになる」との指摘は、その一例である³⁰。また、ペーターゼンは、連邦憲法裁判所の決定は妥協の産物であり、「人間の尊厳を『小銭』と考えるな」という、デューリッヒによる警告が現実のものになってしまった、と厳しく批判している³¹。

② 厳しい批判を行わない立場

その一方で、核心領域に関わる情報が知られることを、それほど大きな問題と捉えない見解もある。ポッシャーは、人間の尊厳の不可侵の保障は、文字通り「尊厳」の不可侵であり、身体や生命、自由や住居の保護とは問題が異なるとする。生命や身体に対する侵害、すべてが人間の尊厳の侵害となるわけではなく、同様に、国家が核心領域に分類されるべき内容を含む情報を知った場合に、尊厳の侵害が常に起こるわけではないと言う。たとえば、窓が開いていることに気付かずに、近所の人の内密な内容を偶然に知ってしまうことは、よくあることであり、それは公務員についても同じことであると述べる。

仮に、意図しない形で核心領域を侵害した場合に、それが人間の尊厳の侵害となるのは、核心領域に含まれる内容を単に知ってしまったということに加えて、尊厳の無視があったという要件を満たす必要があるという。具体的には、国家による尊厳無視の度合いや、技術的ではない、古い手法での捜査では無理だったのかについての検討が求められるとする。ポッシャー自身、連邦憲法裁判所が一貫していないと批判される可能性を認める。それでも、裁判所の考え方は、人間の尊厳を国家の安全の利益と比較して、相対化した結果ではないとする。人間の尊厳から導かれる尊重要求が、国家の行為の意図せざる結果に対して何を求めるかの判断の結果であるとして、連邦憲法裁判所の考え方を支持している³²。

(2) 情報収集の継続

次に、情報収集が開始されたのちに、中断・中止すべき場合があるとされている点についても様々な指摘がある。多くの議論は、先に紹介した、核心領域に関わる情報の収集が開始される

29 F. Roggan, Große Lauschangriff, in: Roggan/ M. Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl., 2006, S.106ff. (124).

30 Lepsius, a.a.O. (Anm. 13), S.439.

31 N. Petersen, KJ 2004, S.316ff. (324ff.). 基本法1条1項の「小銭化」については Lepsius, a.a.O., S.440 にも指摘がある。

32 R. Poscher, JZ 2009, S.269ff. (274ff.).

可能性があることと密接に関連付けられている。そのため、ここにおいては、情報の収集が中断・中止させられる場合について批判的な見解を主張する、ショイブレの意見を紹介する。

内務大臣の経験も有する政治家であるショイブレは、盗聴の停止や中断に関する連邦憲法裁判所の判例を批判する。連邦憲法裁判所の判例によれば、常に一人が「ライブで」聞いていなければならなくなり、また、電波をいつ再接続してよいのかが不明であるという。そして、判例に従えば、刑事訴訟法上は全くどうでもよい情報を保護することで、刑法上重要な認識を得ることが阻害されると批判する。そのようなことは望ましくなく、むしろ必要な人格保護は事後的な削除の要請で達成できるのではないかと述べる³³。

(3) 情報の利用段階での保護

情報収集が開始されたのちに、収集されてはならない内容を知るに至った場合には、情報収集を中止・中断し、得られた情報は削除され、刑事訴追の場面で利用されてはならないとするのが、連邦憲法裁判所の判例であった。このようにして連邦憲法裁判所は、情報の利用の場面においても個人の情報を保護すべきであるとしたが、その点についても様々な指摘がある。ここでは、情報の利用に対する審査を、利益衡量によって行おうとする立場と、厳格に行おうとする議論について述べる。

① 利益衡量を用いる立場

情報を利用するための措置について利益衡量を用いる立場として、ここでは、バルドゥースの議論を取り上げる。バルドゥースは、核心領域に含まれる情報の収集だけでなく、その利用も不可侵とは理解しない。バルドゥースによれば、情報を利用することで他の危険に対処しうる場合には、情報の利用は排除されない。核心領域を侵害する方法で収集されたデータを利用することが、重要な個人的利益や、はるかに優先すべき集団的利益を守るために必要な場合には、情報の利用は禁止されないとする。そして、公安当局がある特定の種類の監視、たとえば、ある特定のやり方での電話接続という監視方法を、完全に放棄しなければならないという事態に陥る場合には、利用は認められるべきであると述べる。情報収集措置の中止命令についても、そのような中止命令が無制限に妥当することに固執すれば、オンライン捜査という道具は全く使えなくなるに違いないと指摘する³⁴。

このようにしてバルドゥースは、情報の収集・利用の場面において、比較的単純な利益衡量を行い、情報の利用を広く認めている。

② 厳格な審査を支持する立場

これに対して、学説においては、2段階で保護を試みても、情報の利用段階で権利の保護は弱くならないとの見解が有力になっている。核心領域に関わるような情報も収集される可能性が認められたものの、国家の活動を監視するという姿勢において連邦憲法裁判所は一貫しているとされることが多い³⁵。

4. 検討

ここまで、ドイツの判例・学説の状況を、核心領域の定義に関する議論、2段階での保護に関

33 W. Schäuble, ZRP 2007, S.210ff. (211f.).

34 Baldus, JZ 2008, a.a.O. (Anm. 14), S.226.

35 G. Hornung, CR 2008, S.299ff. (305), U. Volkman, DVBl 2008, S.582ff. (593), M. Eifert, NVwZ 2008, S.521ff. (523), M. Kutscha, NJW 2008, S.1042ff. (1044).

する議論とに分けて紹介した。これらの議論に関する検討にあたって、連邦憲法裁判所の理解に従うと、情報の収集が認められる場合と、認められない場合を、整理しておきたい。

警察等が情報を収集する場合、その情報が核心領域に該当する可能性と、該当しない可能性が考えられ、核心領域に該当する場合には、情報を収集できないことがありうる。しかし、判例によれば、犯行と直接関連する情報は、核心領域には含まれない。私的な住居や、高度な信頼関係を前提とする会話の盗聴は、刑事手続にとって重要な内容をもつことが確実である場合に限られ³⁶、その限りにおいて可能である。その結果、情報が収集される前の段階で、情報が取得されてはならないことが確定するのは、収集される予定の情報が、核心領域に該当し、なおかつ、犯行との関連性が直接的ではない、もしくは、全くない情報である。さらに、2段階（ないしは3段階）での保護を前提にすると、そのような情報であることが事前に明らかである、という条件が加わる。

判例がもたらす、このような帰結について、以下では、核心領域の定義についての議論を情報の収集に関わる議論と理解した上で、情報の収集、情報収集の中止・中断、情報の利用、の場面に分けて、若干の検討を行う。

（1）情報の収集

まず、情報の収集について、ここでは、核心領域をどのように定義するか、警察等による情報収集をどのように統制するか、について検討する。

① 核心領域の定義について

さらに、核心領域の定義に関する問題は、犯行に直接関連する情報と核心領域の関係、核心領域を定義する際に衡量を行うことは認められるか、との論点に分けられる。

1) 犯行に直接関連する情報を核心領域に含めなかった点について

連邦憲法裁判所自身は、犯行に関わらない、高度に私的な情報が収集される可能性が高いことが事前に明らかの場合に、情報の収集を認めないことで、判例を一貫させていると考えているものと思われる。

しかし、犯行に直接関連する情報であれば、広義の核心領域に含まれる情報であっても、収集される可能性があり、犯行との関連性が事前に明らかではない場合には、情報の収集が認められる。この点が、連邦憲法裁判所の判例は矛盾していると指摘される点であり、先に紹介した、「核心領域の保護は、もはや記述的な意義しかもっていない」との指摘を招いているものと思われる。この点は、核心領域と衡量との関連性にも関わるため、以下で続けて検討する。

2) 核心領域と衡量

核心領域の概念を定義する際に、連邦憲法裁判所は衡量をすでに行っているのではないかとの指摘も紹介した。ヴァルンチェンの議論は、侵害態様も考慮しながら絶対的に保護される領域を定義しようとするものであった。しかし、定義に至る過程を見てみると、対立利益との衡量に限りなく近い部分もあるように思われる。その意味で、近年の学説の多くは、対立利益との比較衡量を、ある程度は認めるようになってきていると言えるだろう。

しかし、連邦憲法裁判所自身は、犯行と関連する情報が核心領域に該当するかは「社会的関連性」の定義の問題であり、対立利益との衡量の問題ではないと考えているのではなかろうか。

3) 小括—核心領域の定義について

核心領域の定義をめぐる議論は、結局、「社会的関連性」の概念の理解をめぐるものと思われる。しかし、社会的関連性は衡量せずに定義できるとも、定義するためには衡量が不可欠であるとも、

36 M. Köttler, DÖV 2005, S.225ff. (228).

いずれの理解も可能であるように思われる。それは、犯行と直接関連する情報の扱いについても同様である。

② 情報収集の可否と、その統制

核心領域は不可侵であると理解できるかとは別に、いずれにしても、そのような情報の収集について、どのような統制がなされるべきか、検討される必要がある。

たしかに、連邦憲法裁判所は、核心領域に触れる情報が含まれているかが事前にわからない場合、また、犯行と直接関連する情報が含まれる場合に、情報収集を始めてよいとしている。しかし同時に、これまでの実務において、いわゆるセンシティブ情報に関わらない事例においても、比較的厳格な審査を行ってきた³⁷。情報を収集する目的の特定性や、収集された情報が他の情報と結合される危険性、市民に生じうる「萎縮効果」など、様々な観点からの検討がなされてきた。

このように考えると、仮に「絶対的」な保護でなくなったとしても、直ちに国家の活動に対する監視を放棄することにはならない³⁸。学説の中には、オンライン捜査判決は、データの収集の問題を重要視しておらず、利用段階が重要であると考えている、との指摘がある³⁹。しかし、連邦憲法裁判所は、これまでの判例実務において、警察等が個人情報を収集する場合についても、それらの措置の合憲性・適法性を厳しく審査してきた。核心領域に含まれる情報であれば、なおさらのこと、犯行との関連性の強度、犯行の重大性などの観点から、情報収集が認められるべきか、厳格な審査が行われると思われる。

先に、個人の内密に関わる情報を、近所の人が偶然に聞くことと、警察が聞くことを同視しようとするポッシャーの見解を紹介した。しかし、犯罪捜査の際に警察が盗聴することで発生する不利益は、私人である近隣住民が会話を偶然に聞いたという場合よりも、はるかに大きいと思われる。それゆえ、ポッシャーの議論は、情報収集の妥当性について検討する際に参照すべきではないように思われる。

③ 小括—情報の収集について

判例の理解に従えば、情報が収集される前の段階で、情報が取得されてはならないことが確定するのは、収集される予定の情報が、広義の核心領域に該当する情報であり、なおかつ、犯行との関連性が直接的ではない、もしくは、全くない情報であり、さらに、そのような情報であることが、事前に明らかな場合だけである。そのうち、犯行と全く関連しない情報であることが事前に明らかな場合は、情報を収集できなくとも、警察等はそれほど困らないであろう。それゆえ、情報収集を禁じる意味があると言えるのは、犯行との関連性が「直接的」という程度に至らない情報が収集されることが、事前に明らかである場合だけであろう。

たしかに「絶対的な保護」というのは極めて例外的なほどに強い保護であり、そのような保護を受ける場面が少ないこと自体はやむをえないであろう。とはいえ、情報収集が禁止される場面があまりにも少なすぎるとの評価も、ありうるところだろう。「核心領域に含まれる情報であっても、収集される可能性がある」との命題も、波紋を呼ぶものであることは間違いない。連邦憲

37 ラスター捜査に関する判決 (BVerfGE 115, 320. 解説として、宮地基「安全と自由をめぐる一視角—ドイツにおけるラスター捜査めぐって」名古屋大学法政論集 230号 (2009年) 335頁以下) や、Nシステムに関する判決 (BVerfGE 120, 378. 解説として、拙稿「ドイツ版『Nシステム』の合憲性」自治研究 86巻 12号 (2008年) 149頁以下) など。

38 日本の学説においては、表現の自由の規制について議論する際に、検閲は絶対的に禁止されるとした上で、検閲に該当しない場合であっても、事前抑制として厳格な審査が求められることが多い。核心領域に含まれる情報は、絶対的に保護されるわけではないとしても、強く保護されるべきであるという、ここでの主張と、考え方としては類似しているかもしれない。

39 Rux, a.a.O. (Anm. 17), S.226.

法裁判所に向けられる批判・懸念に対しては、核心領域に含まれる情報を、「完全」な保護に限りなく近い保護をすることによって応えるしかないだろう⁴⁰。たとえば、「犯行との直接的な関連性」という要件を厳格に審査し、相当程度に関連性がある情報だけを核心領域から除外する、という運用が求められるように思われる。

核心領域についての連邦憲法裁判所の定義をめぐる争いは、「社会的関連性」の理解に関わるものであり、現状では、決め手に欠けているように思われる。その点でも、今後、連邦憲法裁判所が、どのようにして国家による情報の収集を統制するかが、重要となると言える。

そして、近年の判例の動向をみる限り、そのような厳格な審査がなされると考える余地は、十分にあり得ると思われる⁴¹。学説の中に、核心領域の衡量を認めるものが増えてきているのは、そのような連邦憲法裁判所に対する信頼の表れ、と解することも、あながち不可能ではないかもしれない。

(2) 情報収集の継続・中止と、その統制

以上述べたように、核心領域に関わる情報収集が例外的に認められたことは、その領域の完全な保護のあり方を考える上で重要であった。他方で、どのような情報収集が中止・中断されるべきかについても、検討される必要がある。仮に、情報収集に対する核心領域の保護が不可侵とは言えなくなったと考えても、そのことで、情報収集の継続についての審査が緩やかでよいということには、必ずしもならないだろう。

連邦憲法裁判所の判例が、情報収集を中止・中断すべき場合があるとしている点を、ショイブレが批判していることを、すでに紹介した。たしかに、刑法上重要な認識が得られない場面も生じられると思われるが、情報収集の可否は、犯罪の重大性や、情報の犯行との関連性の程度などを考慮した上で判断されるため、常に得られないとは限らない。また、オンライン捜査判決をはじめとする判決以外においても、刑法上重要な情報を得るためであれば、情報収集を中止・中断しなくてよいとされていたわけではない。情報収集の継続についても、収集されている情報の性質を考慮した上で、慎重な審査が行われてきた。

このように、核心領域の2段階での保護によって、初めて情報収集の中断・中止が求められたわけではない。その意味で、ショイブレの批判は、2段階（もしくは3段階）での保護そのものではなく、実務家の視点から、連邦憲法裁判所の判例一般に対して行われたもの、と考えるべきであるように思われる。

(3) 情報の利用と、その統制

情報収集の継続について述べたことは、情報の利用についても当てはまる。たしかに連邦憲法裁判所は、広義の核心領域に関わる情報収集の余地を認めたという点で、情報の収集についての審査を、ある程度弱めたとみることできる。しかし、連邦憲法裁判所は、これまで、収集されたデータの利用について、国家の活動を厳しく審査する姿勢を示してきた。仮に、高度にプライベートな情報で、なおかつ犯行と直接関連しない情報であれば、従来の基準に従っても、その削除が命じられたり、刑事裁判での利用が禁じられるということは、十分に考えられる。

先に見たようにバルドゥースは、2段階での保護にしたがって、情報の利用について利益衡量

40 連邦憲法裁判所の「領域理論」と呼ばれる考え方の異同は、別の機会に検討したい。

41 Warg, a.a.O. (Anm. 4), S.240 は、独り言に関する連邦最高裁判所の判決は、連邦憲法裁判所よりも保護を広げている、と述べる。

によって検討すべきとしている。しかし、情報収集の要件がある程度緩やかになったとしても、それによって情報の利用の場面で、審査が突然に緩くなるとは考えにくい。その意味でバルドゥースの指摘は、2段階での保護についてなされているというよりは、情報の利用について、従来の判例よりも緩やかな審査を求めているものと理解できるように思われる。

(4) 小括

判例は、核心領域に属する情報であっても、そのような情報に該当するかが事前に明らかでない場合、また犯行に直接関連する情報である場合には、核心領域に含まれないとして、収集を認めた。広義の核心領域に含まれる情報の収集が認められない場面は、限定されたと言える。この点については様々な評価がありうるものの、いずれにしても、高度に人格的な情報を、どのように保護すべきかが検討される必要があることには変わりない。核心領域が2段階で保護されることに対しては、様々な指摘があるが、連邦憲法裁判所は、情報の収集・収集の継続・利用の場面について、厳格に審査してきた。そして今後も、高度に人格的な情報については、犯行との関連性の強さや、犯行の重大性などの観点からの、非常に厳格な審査が、情報の収集・収集の継続、情報の利用という各段階で求められるはずである。

おわりに

筆者は2011年4-9月の期間において、ドイツ・ミュンヘン大学での在外研修の機会を得た。在外研修中には、「プライベートな生活形成の核心領域」について扱う文献が、多く公表されていた。そして、それらの文献の多くが、連邦憲法裁判所は核心領域を、もはや絶対的には保護していないのではないかと、そして、対立利益と衡量しても十分保護できるのではないかと、と指摘していた。おそらく、オンライン判決が下されてから数年が経ち、それをふまえた業績が公表され始めたということだと思われるが、ドイツにおいてこのような主張が多く行われていることに驚き、それが本稿を作成するきっかけであった⁴²。

本稿ではそれらの学説について扱うことを主な目的としたが、他方で残された課題も少なくない。主なものとして、公的領域での情報収集の問題、通信の傍受に関わる問題、日本の議論に与える示唆についての検討、が挙げられる。

(1) 公的領域での情報収集の問題

本稿では主に、私的な空間内での情報収集に着目したために、公的空間における情報収集については触れられなかった。公的領域を録画せずにビデオによって監視する場合には、基本権の侵害ではないとの見解もあるが⁴³、犯罪が発生する危険性の程度などについて、今後も慎重な考慮がなされると思われる。少なくとも、録画を伴わないビデオ監視がもつ侵害的性格を、連邦憲法裁判所が否定するとは考えにくい。しかし、その点について詳しく考察できなかった。

42 本稿は在外研修の成果の一部であり、研修中に学んだことをふまえた研究である、長崎県立大学平成24年度学長裁量教育研究費「私生活の核心領域の絶対的な保護をめぐる検討」による研究成果の一部である。また、2011年度の在外研修に際して、ご協力いただいたすべての関係者に、この場を借りて感謝申し上げたい。

43 Nettesheim, a.a.O. (Anm. 15), S.35f.

(2) 通信の傍受に関わる問題

また、一口に「プライベートな生活形成」と言っても、住居と電話コミュニケーション、インターネット上でのコミュニケーションとでは、保護の強さが異なるとする見解が有力である⁴⁴。本稿では主に、個人的な空間内での情報収集に着目したために、通信の秘密に関連する議論には触れられなかった。

日本の通信傍受法について、傍受を認める要件を「極めて厳格」と理解する立場がある⁴⁵。その一方で、通信傍受法が、通信傍受の立会人に対して、傍受の中断や中止を求める、具体的な条文を含んでいないことに対する懸念も述べられている⁴⁶。しかし、通信傍受法が認めているのは、住居内会話の傍受の盗聴ではなく、通信の傍受であるため、本稿では通信傍受法についての検討を行えなかった。

通信傍受法は、一方で、犯行に関わる内容をもつ通信が行われる可能性を、傍受を行う条件とし(3条)、また、令状に記載された通信が行われるかを確認するための傍受も認めている(13条)。他方で、通信傍受法 15 条は、医師や弁護士、宗教の職にある者などとの間での通信は、傍受されてはならないとしている。ドイツの議論をふまえると、それらの者との会話が犯行に直接関連している場合の傍受について、憲法学や刑事訴訟法学がどのように論じているのか興味があるが、その検討は今後の課題とせざるを得ない。

(3) 日本の議論に与える示唆についての検討

また、日本においてはコンピュータ・システムに対して遠隔で侵入することや、住居内の盗聴を認める具体的な法律が今のところ制定されていないため、ドイツの議論と日本の議論を比較する余裕がなかった。その点も、今後の研究を通じて検討したい。

*本稿は、科学研究費若手研究 B「高度情報社会において国民の個人情報情報を国家が扱う 場合の憲法上の問題」(課題番号：23730030)(平成 23-25 年度)研究成果の一部である。

44 M. Bäcker, Das IT-Grundrecht: Funktion, Schutzgehalt, Auswirkungen auf staatliche Ermittlungen, in: R. Uerpman-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009, S.1ff. (27), L. Meyer-Goßner/ J. Cierniak, Strafprozessordnung, 2009, S.364f., R. Schenke, Art. 10, in: Stern/ Becker (Hrsg.), Grundrechte Kommentar, 2010, S.884ff. (915), M. Möstl, Polizeiliche Maßnahmen im Dicht der Freiheit der Telekommunikation und des grundrechtlichen Schutzes der Wohnung, in: D. Kugelmann (Hrsg.), Polizei unter dem Grundgesetz, 2010, S.27ff. (51f.), Papier, a.a.O. (Anm. 10), S.270, Son, a.a.O. (Anm. 18), S.538.

45 増井清彦『犯罪捜査 101 問 [補訂 第五版]』(立花書房、2005 年) 168 頁。

46 平松、前掲注 6)、326 頁、野中・中村・高橋・高見『憲法 I 第 5 版』(有斐閣、2012 年) 399 頁参照。