

情報的自己決定権と IT基本権のはざま・覚書

—とくにドイツ憲法とヨーロッパ基本権憲章の場合—

小 貫 幸 浩

0. はじめに

2018年5月25日、EUのデータ保護基本指令（DSGVO, 英語圏では一般に、GDPRと称されている）が発効した。これは従前の「指針」である95/46EG (RL) にとって代わるものである。「指針」から「指令（命令）」になったこと、しかも「基本」指令にされたことにもEUのデータ保護にかける心構えが観取し得るところである。その厳格な保護要求への各国の対応（苦心）が喧伝されている今日である。わが日本法にとっても同様である。（参照、ジュリストNo. 1521, 特集「GDPRの適用開始をめぐって」の諸論考など）

その他にもEUの法令として、とりわけ警察・司法領域でのデータ保護の指針 (RL (EU) 2016/680) が重要であり、さらに本稿で取り扱うのが、ヨーロッパ基本権憲章8条である。その他、EUの枠組みから外れるが、ヨーロッパ人権条約（これも8条、私生活・家庭生活・住居・コミュニケーション—Briefverkehr, correspondance—の尊重への権利）さらに各国憲法・法律でのデータ保護法制があり、ドイツなどにはさらにラント法があり、多層的である。また、データ保護に関する特定領域の個別法がさまざまなレベルにある。本稿では、とくに影響力の大きいドイツ憲法を視野に入れたい。尚、ドイツでの連邦レベルでのデータ保護法として「連邦データ保護法」Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) があるが、DSGVOの発効を期して、全面的に改正され、これも既に后者の発効と同時に施行されている。（尚、以下原則として2018. 5. 24までの連邦法を、(旧) BDSGと記すことにする。）

ところで、発効間もないDSGVOについてはデータ・個人情報保護の徹底性

が肯定的に評価され、それにくらべて例えば日本法の対応の遅れを指摘する論評や記事が多いが、他方で、早速DSGVOの改正論も聞かれるところである。たとえば、各国の国内法のバラバラの対応を一層、多様化してしまいには人知には届かない、複雑なデータ保護法の網が張り巡らされていくのではないかと、むしろ簡素な法規範の体系のほうが実効的にデータ保護を達成できるのだ、との指摘も聞こえる。(たとえば、Vgl., ZVwZ2018, Ht. 10, Editorial (J. Kühling), J. Kühling, F. Sackmann, NVwZ2018, S. 682ff.) かような複雑性を今後も充進させる主要因のとして、DSGVOが各国法に委ねるÖffnungsklauselがあり(これにも強行的に各国に委ねなければならないものと、任意的にそうできるものと二つがある)、これが原因となって各国の対応の多様性、悪く言えばモザイク性が生じている、と指摘されている。思うに、新しい法制への円滑な対応は勿論、必要なことであるが、その前にこれまでに積み残されてきた問題点の解明ということも欠かせない作業であろう。

2018年度=平成30年度の本学大学院で個人情報保護法を開講した機会に、日本法だけでなく、ドイツ憲法・ヨーロッパ法における個人情報保護、データ保護法制の展開についても考えることになった。この小稿はその副産物である。

1. 情動的自己決定権か、それともIT基本権か

(1) 手はじめにドイツ憲法における問題状況の一瞥から開始したい。ドイツでのデータ・個人情報保護の「マグナ・カルタ」と位置づけられるのが、1983年の連邦憲法裁による「国勢調査」判決である。(E65, 1) (尚、ドイツでの一般的人格権の私法領域での先行性、ドイツ、ヨーロッパでのデータ保護法の整備・発展については、Vgl., W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 1ff., in: Merten/Papier (hrsg.), HdGR, Bd. 4, 2011. また、この「マグナ・カルタ」に先行して「人に関する」データ・情報についての自己決定権が、さまざまな領域で憲法裁自身の諸判決・決定によって認められていたことにつき、F. Hufen, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 116, in: P. Badura, H. Dreier (hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001. この論稿でフーフエンは、この判決はむしろその時代の危険状況の認識に立って「侵害」の定義を新たにしたのであり、「保護領域」や審査基準(1-IGG, 2-IGG, 一般的人格権)の点では従来の裁判例の延長上にある、としている。すでに国勢調査判

決の前提とした状況は牧歌的であり、今日、人格権の核心にとってはむしろ保険者・労働者の遺伝情報が重要である、人体や生理学上の同一性こそが一般的人格権の異なる内容であるとの趣旨が見られる。aa.O., S. 117, 120.) 基本法 1 条 1 項および同 2 条 1 項の一般的人格権として、「情動的自己決定権」Recht auf informationelle Selbstbestimmungを明確に定式化し、データ・情報収集・保存・加工につき「法律の留保」および法規範の明確性、比例原則を強調したのである。また、立法者＝議会には、人格権侵犯の危険に備えるための組織的・手続き的対処を義務づけたものでもある。本稿の関心からは、この画期的な判決もまだ、個人の権利vs国家の問題設定に重心が置かれていたということが重要である。

これをどう受け止めるか。データ・個人情報処理について法律の留保を強調することが、行政活動に限らず、私人の活動についてもこの分野での「法化」に刺激を与えた、というのはW. Hoffmann-Riem, AöR1998, S. 513ff. である。それによると、この歴史的な判決のインパクトのもとにデータ保護法の一般法と個別法が矢継ぎ早に制定・整備され、関連諸法が交錯して、巨大な法規範のネットワークが出来上がった。これは、もはや専門家にとっても理解不能なものになりつつある。こうして法規範が一定量を超えると、人間の知力が及ばない。そうすると、法の実効性も損なわれるのである（この点は前述のJ. Kühlingも述べている危惧と共通するところがある）。そこで、ホフマン・リームは、この「国勢調査判決」が法律の留保や明確性の要請が単に基本権の「保護領域」に「触れる」だけでなく「制約・侵害」する場合にだけ求めていることに注意を促していた。つまり法の対応としては、基本権・自由の行使にとっての「重大な危険」にしばって対応すべきで、その程度に至らない程度のものについては市民の自己防御に任せてよいというもの注目すべき見解であろう。

また、今からはほぼ四半世紀前の国勢調査判決が前提する諸状況は牧歌的なものであって、主権的个人が自らに関わる情報をどこまで社会に開放するかを決定する権利があるという考えは、それだけでは今では通用しないと断言する論者もいる。(E. Schmidt-Jortzig, DöV2018, 10ff.) それは個人主義的人間像による防御権思考であるが、もうすでにデジタル社会において個人が自律的に決定できる余地は一層小さくなっているのが現実であろうというのである。さらにインターネット社会の現実の危機状況は、もはや国家だけでなく、別の角度

(私人, 民間) からやってくる。匿名化され, 異化された個人データさえ, マッチング, すりあわされて簡単に整序されてしまう。かように特別の骨折りなしに個人が特定され, その人物像ができてしまうのに, その時になってようやくデータ保護が必要になるとうのでは遅い。(a.a.O., S. 13) ここから, シュミット・ヨルツイヒは国の保護義務による法整備が単に個人のデータ保護だけでなく, 国によるデータ管理にとっても有益である(それなのに2018年5月以降の新BDSGも旧態依然であると)という方向性を打ち出している。

(2) 割合に近年の憲法裁判例のなかで注目すべきものとして, ノルトライン・ヴェストファーレンの憲法擁護法のオンライン検索とインターネット傍受(盗聴)を可能とする規定が無効と判断された憲法異議事案がある。(E120, 274 = Online-Durchsuchung, この判決をきっかけとする包括的な研究として, 参照, 高橋和広「IT基本権論に関する一考察」六甲台論集・法学政治学篇, 61-1, 239頁以下) 判旨は, 後者の点に関しては問題の規定が10-1GG(通信の秘密)に照らして憲法的に正当化できない侵害であるとしている。本稿にとって重要なのが, 前者の点, つまり情報技術網への内密の検索についての判断である。憲法裁によれば, 該規定は一般的人格権としての「情報技術網の信頼性と全一性」Vertraulichkeit und Integrität der informationstechnischer Systemの保障への基本権を侵すものとして正当化しえない, というのであった。なぜ, 憲法裁はこの新しい名前の基本権を必要としたのであろうか。それについては, 基本法における10条(通信の秘密)でも, 同13条(住居の不可侵), さらに憲法裁がこれまでに展開してきた一般的人格権=情報的自己決定権でも, この新しい危険の前には不十分である, との認識に立っているからである。まず, 通話者の支配領域でのコミュニケーションが終了してからその後に収集された内容と通話状況については, 通話者が内密でのデータへの侵入に対し自分で防御策を講じうる限りは, 通信の秘密は及ばない。また, 国家機関が情報技術網の利用そのものを監視し, この網の収集メディアを搜索する場合にも, 通信の秘密では対応しきれない。これらの場合には, 上記の「新しい基本権」が必要である, と判示した。また, 住居の不可侵(13GG)も, 情報技術網への侵入については万全ではない。この情報網が仮に住居にあったにしても, その侵入態様とは独立に, 一般的な(侵入からの)保護を提供するものではない。侵入は場所とは無関係に行われうるし, 場所に着目された保護では, 情報技術網に特有の危険に対し防御する

ことができない。

それでは、情報的自己決定権との関係ではどうであろうか。憲法裁によれば、情報技術網の利用者の保護必要性は、私的領域のデータにとどまらない。情報技術網に侵入する第三者は、きわめて膨大で雄弁なデータ量を手に入れるのであり、それは当事者にとっては人格そのものへの重大な侵入であり、情報的自己決定権がカバーしうる個々のデータ収集をはるかに超えるものである。かくして、連邦憲法裁によって情報的自己決定権とは別の基本権が、ただし、それもやはり一般的人格権の一つとして呼び出されたのである。(ただし、後述G.ブリッツは、なぜ、憲法裁が情報的自己決定権についてかように限定的に理解するのか、理由が述べられていないと批判している、S. 413. この点は同様な批判として、M. Eifert, NVwZ 2008, S. 521ff. 本件では侵害の強度や質に新しいところがあるにしても、それはこれまでの情報的自己決定権の枠内での比例原則で対応し得ると主張している。)

はたして、本当にこの新しい基本権が必要であったか。通信の秘密、住居の不可侵のそれぞれの保障するものについてもそうであるが、そもそも情報的自己決定権が何事を誰から、誰に対して保障するのかが明らかにされないままで、新しい権利が呼び出された、という批判もありうると思う。現に、この判決を受けてまもなく公刊された論稿のなかで、G.ブリッツは、確かに情報的自己決定権の保護領域も不明確なままだが(このことはW. Rudolf, a.a.O., Rn., 23f., も指摘している)、これをそのままにして、さらに不明確な新しい基本権を上塗りしていくことは、基本権ドグマティークのありかたとして誤りであって、方向性の定まらないカズイスティークに身を委ねることになると警告している。何よりも、情報的自己決定権に立ち返って、その輪郭を浮き彫りにして、それを新しい文脈にも通用するように彫琢することが目指されるべきであり、そのほうが実効的な基本権保障に資するに違いない、としている。(G. Britz, DöV2008, S. 411ff. (414)) この批判は、重要な点を衝いていると思う。「IT基本権」「コンピューター基本権」などと呼ばれるこの新しい基本権が、まだ不分明さを残してはいるが相応の歴史をもつ情報的自己決定権とどこが、どう違うかはまだ議論のなかに漂っている。(F. Hufen, Staatsrecht II, Grundrecht, 4 Aufl., 2014, 第12章, Rn. 3ff., も微妙な書き方に終始している。) 憲法裁によるこの新しい権利の導き方が不十分ではあれ、個人の決定権に焦点を当てる保護の考え方ではカバーしきれない点を明確にした、それが基本権の保護には多次

元的で客観的な次元があるということなのだ、と相半ばする見解もある。このことはそもそも自己情報決定権にも妥当することなのだ、というのがM.アルベルスである。(M. Albers, Umgang mit personenbezogenen Information und Daten, Rn., 68b, 68c., in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2Aufl., 2012) さらに、われらは後述部において、この点に関する一つの建設的解釈に出会うことになろうと思う。なお、以下の論述において「データ」と「情報」を兌換的に用いるが、正確を期すならば区別すべきであろうが、この点をご海容願いたい。(この区別について、Vgl., M. Albers, a.a.O., Rn., 7ff., アルベルスの指摘では、連邦憲法裁の情動的自己決定権に関する裁判例ではこの区別は明確とは言えないものの、侵害の強度の測定および衡量において「情報」に重点が置かれている、a.a.O., Rn. 65. 連邦憲法裁は、個々の「データ」収集からも情動的自己決定権が保護されるのかについては答えてさえないとして、アルベルスはE115, 320=Rasterfahndungに言及している。それどころか、誰もがアクセスしうる源からの「データ」収集はその体系的収集・処理により情動的自己決定権への特別な危険状況を惹起しないかぎり「侵害」とは見られないというのが、憲法裁の裁判例なのだとしている。)

*なお、この「オンライン」判決の直後に、まず、外国に本拠地を置くドイツの会社Domizilgesellschaften, さらに外国の会社であるがドイツに置かれる会社について、税法上の重要な情報収集を当局に認める規定をめぐる憲法判断が下されている。E120, 351. ここで当事者が、(旧) BDSG19条に基づき、自らに関わるデータの開示を求めたが、自分の名前までは開示されたものの、自らの「人に関わる」データの開示については拒否されたことをめぐるものであった。憲法裁はこの点につき、情動的自己決定権には、特定の種類の情報にまでのアクセスを含むものではない、と判示している。本件の場合、当事者本人のデータ開示を求めているのでは是非はあろうが、これは情動的自己決定権によって「保障されないもの」を排除するという消極的方向から、その「保障するもの」を明らかにしようとする態度であり、注目に値しよう。情動的コントロール権との関係では、さらに車両ナンバーを自動的に捕捉するための警察法上の規定が規範の明確性・明瞭性に欠けており、また侵害の強度を考慮すると比例原則にも反するので、情動的自己決定権を侵犯しているとした、E120, 378=Kfz-Kennzeichenがある。

2. 2010年代のドイツでの問題提起

(1) 順不同に挙げるが、M. Bäcker, *Der Staat*2012, S. 91ff., J. Masing, *NJW* 2012, S. 2305ff., D. Grimm, *JZ*2013, S. 585ff., がそろって、私人間・民間企業との関係でのデータ保護法制の必要性を主張していたのが注目される。尤も、ドイツのこれまでの(旧) BDSGにも私人間問題への対応規定はあった。(その第1条ないし第11条, 第27条ないし第28条) だが、これまでの立法・裁判での対応が対・国家との関係に傾斜してきたこと、2-IGG(自己の人格の自由な発展への権利)との関連を考えるならば、データ保護の問題ないし情報的自己決定権について、これまで以上に私人間での実効的保障ということが期されるべきであるとの趣旨として、W. Rudolf, aa.O., Rn., 26.) 最初にあげたベッカー論文では、私人間での情報的自己決定権の保障のありかたは対・国家のそれとは異なるものとして、独自のものとして構想されるべきことが主張されている(後述)。第三にあげた論考でグリムは、私人間でも保護のための法制の整備を説いているが、同時にドイツ連邦憲法裁判所の示してきた水準が、今後、ヨーロッパ基本権憲章を担当するであろう欧州裁判所(EU裁判所)の権限主張と権限拡張によって攪乱される危険を指摘している(グリムはこれまでもさまざまな文脈でとりわけヨーロッパ裁判所とドイツ連邦憲法裁判との間にいわゆる「協力関係」があるという見方に悲観的な見解を採ってきた。Vgl. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 132ff., 178ff., 219f., 264ff.)。とりわけグリムによって指摘されているのが、ドイツの連邦憲法裁判によって形成されてきた情報的自己決定権とEU基本権憲章のデータ保護権(8条)との内容・射程の相違である。二番目にあげたマシングも、私人間でのデータ保護は、対・国家とは異なる条件とコンセプトで対応すべきことを説いている(この点については、後述4で取材するJ. ラインハルトも、そのヨーロッパ基本権憲章8条の検討のなかで同じ趣旨のことを述べている。)しかも、一部は統一的なヨーロッパ法の対応として、他方、各国法制での独自の展開が必要である、としている。以上、総合すると、私人・民間企業がまずは基本権主体であることからそれらを国家と同視できないにしても、私人間での「(交渉)力の不均衡」(とくに相手方が企業の場合)に際しては、国家の関与がなんらかの形で及ぶべき(とくに基本権保護義務の履行)である、というのが有力な見解であろう。そ

して、この問題意識はすでに Hofmann・Reim の古典的な論稿 (W.H.-R, AöR 1998, 524ff.) でも見られたものである。そこではただ法化現象に警鐘が鳴らされただけでなく、同時に、国勢調査判決以降、国・公権力からの個人のデータ・情報保護に合わせた法律が過剰傾向を示すのに、私人間での保護のための法律が過少であるというアンバランスが指摘されていた。尚も、この問いが問われ続けているのである。

(2) ドイツ憲法に即して「人間の尊厳」(1-IGG) を根拠として、データ保護についても国の保護義務が認められる、という見解が有力である (E. Gurlit, NJW2010, S. 1035ff. (1039ff.), D. Grimm, aa.O., S. 587f., J. Masing, aa.O., 2306ff. など)。それはまず、立法者によって同位の基本権担い手の地位の調整である。ドイツの立法状況としては、まず (旧) BDSG の民間関係についての規定が不十分であり、その他の実体的行為規範 (たとえば 201ff. StGB, ここには私的発言の盗聴、私的文書の秘密の侵犯、データへの不正アクセス、私的秘密事項の侵犯などについて規定されている。親告罪として規定されている場合が多い。) についても実効的保護のしよみの必要性が指摘されている。そこで近年、データ保護を一層民事法の領域に委ね、情動的自己決定権の侵害に対して差し止め・損害賠償で争う方法の開拓が提唱されている。公法領域での直接的コントロールもこれまで不十分であり、その不足分を各ラントの独立のデータ保護受託者がかるうじて補ってきたのである。データ保護受託者は民間領域でのコントロールについても指示を受けないが、議会によって選任されるので、民主的正当性に欠けない。過小禁止原則をふまえれば、保護委託の充足については立法裁量であり、裁判所は法律の解釈により、場合によっては法律の「継続的形成」Fortbildungによって保護委託を履行するのである。これまでの裁判例では、被保険者が最も核心的な情報を明らかにした場合にのみ、保険をうけとることができるといった契約においては、当事者間の対等性が崩れている。これは、情動的自己決定権に反しているとした例がある。(BVerfG, JZ2007, 576.) また、同様に、一般にアクセスしうるウェブサイトからのデータ収集はそれだけではまだ基本権侵害とはならないとされている (E120, 274 (344f.) = Online) ことも考えあわせると、十分とは言えない。

以上のグルリットの見解は、保護義務論は無論、有力なのであるが、首尾よく対応しうる範囲も存外、限定されているということであろう。

上述で言及したマシングの見解では、保護義務は詳細で領域に対応した特有の規律を要請する。情報的自己決定権は客観法として私法関係においても適用される。とりわけこの点は、商業的領域で重要な点である、というのも消費者が自らに関わる情報について実質的に自己決定するには、ぜひとも厳格なデータ保護法なしにはありえないからである。SNSにおいても同じであるが、これらの領域においてはデータの相互交換自体がすでに商業的に行われているのである。かくしてインターネット大企業をはじめとする巨大な市場アクターが厳格な法的規制に服することにはもっともな理由がある。さて、マシングによると私人間でもデータ保護が基本権として順守されるべく、立法者がなすべきことは何か。いかなる文脈で、いかにして個人のデータが他人によってアクセスされうるかについてその個人が具体的に影響を行使できるようにし、その個人が自らの像とその人格の公開性の程度についても実質的な決定にあずかれるようにすることである。そのためには立法者には信頼性の期待に法的に詳細に応え、データの流れとその影響を透明にすることが求められる。また同様に、自らのデータを限定的に放棄することでのみ経済的・社会的生活に個人が参加できるという選択肢を設定することである。また、まもなくヨーロッパ裁判所が認めることになる「忘れられる権利」がデータ保護にとって不可欠であるという認識を、マシングはすでに示していた。「個人の自由は、時間の中で常に更新される自己構想であり、時がたてば当然忘れられるべきものである。忘れられる、つまりそれは誤りを飲み込んで、許容するものである。」(S. 2308)。「忘れられる権利」の有効性については、後述のように基本権保護義務に肯定的な見解をとるグリムが懐疑的であったことを付言しておこう。せいぜい、それはデータベースを消去し、削除Löschungの義務を基礎づけるにとどまる、と。(D. Grimm, a.a.O. S. 589.) また、それは私人間関係では一般化することは無理であり、せいぜい領域別に可能な対応にとどまる、と述べていた。

どうやら、マシングの見解は私人間でのデータ保護基本権の貫徹のために立法者が詳細で具体的な法的対応をすべきである、そこにいわば新しい権利とされる「忘れられる権利」をも具体化した規定をもちこむべきである、というもののようである。

すでに言及されグリムによっても、私人間でのデータ保護については基本権保護義務での対応が、アメリカ型の対応に比してドイツの憲法裁判の大いなる

功績であるとされている。(aa.O., S. 587ff.) またグリムによっても、私人によるデータ処理の危険の潜在性が国家からくるそれとは性格の異なるものである。ゆえに、それに対応する法的保護のありかたも異なってくる。この点の認識において、現状のヨーロッパ法は不十分であると指摘されていた。

では、グリムはデータ保護についての基本権保護義務がいかなる場面でどのように働くというのであろうか。国家と違って私人がデータを収集し、整理し蓄蔵することは、その人にとって基本権行使である。その目的も原則自由であり、それを説明する義務は、原則としてない。他方で、自己のために他者にデータを放棄することを一方的に強制する権利は、誰にもない。ここは、相互での任意の協力でことが運ばれる。とはいえ、実質上の力の格差、脅し、欺きによるデータ収集には任意性がない。グリムは、国の基本権保護義務が働くのは、この場合である、としている。(aa.O. S. 588.) 民法・刑法は、保護義務論やデータ保護の基本権が主張されるずっと前から、しかるべく対応してきた。以上は一般法での対応であるが、さらに、ある特定の分野でのデータについては当事者の同意があっても収集してはならないというものもある。また、同意があるとはいえ、他の規律のもとにおかれるべき場合もある。同意を与えたとはいえ無意識のうちに、一定のサービスを受けるには、あたかもデータの放棄を強制されているのと異ならない、という状況があるのである。

(3) いずれにしても、ヨーロッパレベルと各国での展開の綱引きが立法レベルでも裁判所レベルでもあり、今後、ヨーロッパ法の一層の発展が展望しうるところ、各国法制との齟齬が予想されるだけでなく、各国憲法・法律のありかた、判例法理、学説との間に楽観的な予定調和論を抱くことはできない。DSGVOの発効に画期的な意義を認める大方の見解からすると反時代的ではあるが、小稿では、私見ではむしろDSGVOの発効にもかかわらず一とともに一層、というべきか—深刻化しつつあると思われる問題状況、隘路に閉じ込められている状況を概観したい。その袋小路から脱却するためにも、権利の一何よりもまず、本稿にとっては「情報的自己決定権」の一「保護領域」であれ、「保障内容」であれ、いずれにしてもその輪郭を明確に描き出すことが第一歩であろうというのが本稿の立場である。そうすれば「IT基本権」の成否、その内容、守備範囲もより明らかになるであろう。それから、各国法制の足並みをふまえ、ヨーロッパの場合には欧州裁判所、さらに欧州人権裁判所と各国憲法裁

(若しくはそれに相当するもの)の協力関係を確実なレベルにまで育むことが不可欠であろう。そのことは、日本法における個人情報・データ保護法制やプライバシー保護法制の今後を考えることにも資するであろうと考えるのである。

3. ドイツ憲法=GGにおける情動的自己決定権

(1) 管見の限りで、ドイツ憲法における情動的自己決定権に対する理論上のスタンスとしては、三つに大別できるように思う。①この権利の意義を強力に支持する立場であり、しかし、これが行き過ぎるとあたかも絶対的な所有権のように捉える見解にもなる。②逆に、公権力・企業に楽観的で、それらを性善説で捉え、情動的自己決定権の「優位性」を否定する見解がある。③その中間で、それを、特定の保護領域に限定されない古典的な防御権として抽象的に構想するのでなくて、特定の領域での権利(例えば、保健・衛生法領域での、社会福祉法上の、あるいは税法上の……自己情報決定権として)に分節化し、残りについては客観法的次元での対応を考えるという見解である。便宜上、まず最初に、②に位置付けられる代表的見解に触れておきたい。この見地に分類できるであろうH.P. Bullによると、データ処理にはいつでも危険が伴うかと言うと、そうではない。連邦データ保護法以後、ドイツで法整備が進み、データ保護受託者および公的議論によるコントロールが効を奏してきており、経済的(業界)にも、行政的にもデータのねつ造はない。(NJW2006, S. 1618) 第二、情動的自己決定それ自体が目的ではない。それなのにそれを自己目的であると考えた論者たちは、それを「実質的に」保障しようとして、パートナーリスティックな後見の見解を展開する。(S. 1622) さらに自己決定権の絶対主義は人間の尊厳との関係から、自己提示Selbstdarstellungの権利に説き及ぶが、これは自らの人格についての意見形成を自己独占することを意味する。「勿論、誰でも自らに適切と思われる自画像を周りに提示してもよい、だが、そのイメージを正しいと受け取る義務は誰にもない。」(aa.O.) こうしてブルによれば、情動的自己決定権は、契約の自由や営業の自由と衡量されるべきものであり、無限界の絶対的権利ではない。また別の論考においてブルは、たとえば人身・生命の権利が危うくなっている時に、誰が第三者のデータ保護の「優越性」を訴えて、データ提供を拒否するであろうか。またインターネット上で流通している

ほとんどのデータは任意で提供されたものであり、情動的自己決定権が絡む余地がない、という趣旨のことを述べている。(H.P. Bull, NVwZ2011, S. 257ff. (259))

①の見解を代表するのが、ブルも言及している (Vgl. NJW, S. 1618) S. Simiitisであり、立法者のあらゆる介入にもかかわらず、処理されるデータの範囲が拡張するばかりであり、また、データの情報内容も増大しており、データ処理の技術インフラも根本的に変化した。要するに、データ保護関連法が整備されればされるほど、データの処理とデータ増殖とを加速している。このような危機の認識から、情動的自己決定権の優位性を主張するのが①である。(尚、シミティスは情動的自己決定権が単に個人的のみにならず、民主社会の発展の死命を制する重要性を持つ、だからこそ優越的な権利なのだという見解をもっていることも、補足しておきたい。このような見解から、シミティスは情動的自己決定権を絶対的処分権の如く観念することは許されないとしている。S. Simitis, NJW1984, S. 398ff. (399f.)) これに対しては、②の見地からは、そもそもデータ処理は社会的に有益なのである。確かに、データ保護法は個人の権利を侵害するデータ処理に対する矯正手段として不可欠である、しかし、それによってデータ処理が阻止されてはならない、と説かれる。(Bull, aa.O., S. 1618) こうしてむしろ、抽象的な情動的自己決定権に立って「侵害」思考を教条的に展開することから解放されるべきこと、データ収集・処理・利用という何が何でも明示的な法律の根拠が必要であるといった思考から解放されるべきだ、というのである。(NVwZ, S. 259.) いわばデータ・リバーリアンともいうべきであろうか。

どうやら①と②の間には、現代の情報社会に潜む危険の現状認識も、民主社会にとっての情動的自己決定権の意味づけにおいても小さくない開きがあるように思われる。無論、②のブルもデータ保護権が民主社会の維持と発展にとって不可欠であることは重々承知している。それでも、情動的自己決定権を引き合いに出せば、データを必要とする人々(受け手)の法益を押しつけることができることに異論を提起しているのである。(S. Simiitis, AöR2018, S. 312ff. (313) これはH. P. B.の近作への書評である。) ただ、この権利がいずれにしても絶対的な権利ではない点での一致が見られるし、また両者ともに近代国家における「公・私」二分論に立って立論しているように思われる。

③の見解を提示するのが、K.-H. Ladeurである。いよいよ近代国家の前提と

してきた「公」「私」の区別ないし「(市民)社会」と「国家」の区別がおぼつかなくなっているという認識に立って(この点では、ホフマン・リームも上引AöR1998, S. 514で同様の認識だった)、データ保護権、より具体的には情報的自己決定権というコンセプトが時代遅れでないのか、を問うのである。あるいは、もしどの様に解すればこのコンセプトが今日でも有意なものになりうるかが問われる。ラデューによれば、現代の複雑な情報流通プロセスにおいて、個人データ・情報を個人の占有の如く考えることにはドグマティーク上の難点がある。基本権に関する立法による働きかけにも、「侵害」と「触れる」の微妙なグレーゾーンが存することが連邦憲法裁判によっても示されている。情報的自己決定権についても同様に、事実的、機能的限定が必要である、との見解がラデューによって提示される。(DöV2009, S. 45ff. (S.48f.))かの国勢調査判決の一節(「どうでもよいデータなどない」)をあまりに素朴に受け止めると、かえって、情報的自己決定権の輪郭を見失うことになる。「誰も、いつも何事か、あるいは誰か他人との関係を表現する情報が完全に自分の自己決定の下におかれるための権利を主張しえない。」(aa.O., S. 49)ラデューの見解では—これは、ホフマン・リームも指摘していたように—国勢調査判決で憲法裁判が正当にも慎重に留保づけていたが、その後のデータ保護関連法、および憲法裁判の裁判例によってこの抑制的態度が放棄されていった。また、データ保護を強力に支持する向きの論者によって、情報的自己決定権が民主制に不可欠なものであると祭り上げられた結果としてその保護領域が拡張され、その半面で法律によって制約される範囲も広がったというジレンマをラデューは指摘しているわけである。

(aa.O.) これに対し、法が保障する権利は、はじめから衡量に依存しており、とくに第三者効力が考慮される私法分野で、この点は顕著に現れる、としている。同様に、立法者には基本権保護義務があり、私人によるデータ処理の権利が対抗法益として考慮される。以上のラデューの見解に、一連の拙論が取材してきた基本権「保障内容」論との親和性が観取できるように思われる。そのうえで、ラデューは比例原則の適用を個人と国家との関係での防御権(情報的自己決定権についていえば、その主観的権利の次元)に限定するのである。(aa.O., S. 53) 恐らくであるが、比例原則・衡量が適切に適用されるためにも、この基本権の保護領域が明確に輪郭づけられるべきこと、その主観的権利の次元と、客観法的次元とでは立法者の対応に違いがあってしかるべきだ、と言うの

であろう。果たして、ラデューは、かのオンライン判決において新たに打ち出された「情報技術網の信頼性と全一性」の保障への基本権(しばしば「コンピューター基本権」「IT基本権」とも呼ばれることがある)をして、これは情動的自己決定権を客観法的次元で強化しようとして、その第一歩を歩んだということなのだと解するのである。(aa.O., S. 54) これは、情動的自己決定権 (E65, 1) と、より新しい「コンピューター基本権」ないし「IT基本権」との関係についての一つの有力な解釈であると思う。

上述との関連で興味深いこととして、Online判決の報告者であったとされ、いわゆる「基本権保障内容」論の有力な論者であるホフマン・リームが(拙稿、高岡法学16巻1・2号、駿河台法学29巻2号)この「IT基本権」について一般的人格権から導出されるものの、これまでの情動的自己決定権とは異なる独自の「新しい基本権としての保護の次元」を示したものである、とされていた。

(W.H-R, JZ2008, S1009ff., (1019))これだけ情報技術の発展した今日では、データ収集・加工・譲渡などの過程に直接関係する措置だけにとどまらず、それらの措置が基本権に沿っておこなわれる「前提」(組織的、手続き的、制度的)にも及ぶと主張している。このように解しても決して、従来の情動的自己決定権を軽視することにもならないし、この「マグナ・カルタ」の保護目的も保護水準も何ら変わらない、と予防線を張っている。(aa.O., S. 1015) その内実には尚も不明な点が残るものの、「保障」Gewährleistungという次元を示したことで、単に国家による侵害とは異なる仕方での危険からも、国が「責任」をもって対処すべきことが明らかにされた、と言うのである。もはや自己決定的人格権という「フィクション」に依拠せず、現代情報社会に潜む新しい特別の危険を保護領域の段階で考慮し、制約するには特別の条件が必要であることを指摘し、この危険に対する保護策を講じることを可能にした、と高く評価するのである。また、本判決がかように、この危機の特有性を浮き彫りにし、保護領域を特定しとすることで、「広義での」比例原則審査を詳細に展開することを可能にした、とも述べている。(aa.O., S. 1018f.) もっとも、この先についてはホフマン・リームも詰め切れていないようで、国の対処がいかになされるべきかは、客観的法律委託であるとして立法府に広い裁量が認められると述べるにとどまっている。(aa.O., S. 1019)

「IT基本権」へのさまざまな批判に対し、基本権「保障内容」論に立つホフ

マン・リームがこの新しい権利を独自の保障次元に対応するものとして再解釈して擁護している点が興味深いところである（さらにVgl., W.H.-R., JZ2014, S. 53ff. (57)）。決して、保障内容論に立つからと言って、頑迷に新しい権利（ないしは権利の新しい次元）の成立に眼を閉ざすのではないのである。1980年代に情報的自己決定権が承認されるかどうかにか際しても、基本権ドグマティーク・立法・司法は新しい挑戦に立ち向かったように、IT基本権についても同様である（a.a.O., S. 1019）というホフマン・リームの柔軟な見解が印象的である。（尚、拙稿・高岡法学上掲所収）

私見では、保障内容論と言うと基本権によって保障される範囲を一律狭くする見解であると考えられがちだがそうではない。他方で、保障内容論には尚も基本権ドグマティークとして、確固たる方法を提示しえていないという一種のもどかしさが禁じえないところである。

(2) ここで、再び情報的自己決定権に視線を向けよう。上述したように私人間での情報的自己決定権保護のありかたについて、GGおよび連邦憲法裁に即して近年もっとも掘り下げた論稿を提供したのが、M. ベッカーである。

まず、データ保護の基本権は対・国家の関係では客観法の形成委託として構想される。その際、特殊な親密性保護（10GG, 13GG, それぞれ信書・郵便・電信電話の秘密の保障、住居の不可侵の保障など）と情報的自己決定権（2-1GG + 1-1GGから導かれる一般的人格権）がpunkチュエルな主観的防御権として補足している、という理解が提示される。この文脈では、つまり情報的自己決定権は、客観法的には個人の発展可能性が確保されるべく国のデータ処理過程を規律することが、まずは立法者に要求されている。そのためにもデータ処理の各局面（収集、加工、削除、譲渡）が分節化され、あるいは逆に組み合わせられ、全体の流れが透明で追行しうることが必要である。それぞれのデータ処理行為には明確な目的がなくてはならないのみならず、プロセス全体にわたる法的指示が必要であろう。全体に妥当することとして、当事者に十分な影響・情報権が与えられるべきことである。さらに、データ処理の組織的・技術的枠組みおよび適切なコントロールのしくみが創設されねばならない、とベッカーは指摘していた。

次に、GGに掲げられている個別の親密性保障と、さらに補完的な情報的自己決定権が国の侵害に対する防御権となることも看過されるべきでない。情報

的自己決定権は主観的防御権と客観法的側面が交錯するなかで、特有の作用をするものなのである。(a.a. S. 98ff.)

ベッカーの見解では、情動的自己決定権は私人間の関係でも客観法的委託として位置づけられる。ただし、私人間でのプンクチュエルな、的のしぼられた危険からの保護については、対・国家の場合とは別様に構造化されねばならない。(a.a.O., S. 99) 論旨は要するに、私人は(法人については、19-3GG)自らが基本権の享有主体であるので、他者の基本権を「侵害」したり、それに「介入」するものでないので、私人間での自己情報決定権は「防御権」として観念しえない。むしろ、この点では上述のラデューの見解に近く、基本権の保護法益に「触れる」私人の情報活動から基本権を保護する義務として観念されるのだ、というのである。この論脈で、意味深なパセージが挿入されている一。保護義務から立法者に要求される規律密度は防御権(対・国家)の場合よりも低い、というのである。私人によるセンシブルな情報活動(たとえば、病歴、犯罪歴に関わる)さえもが、原則として一般条項を介するので衡量次第となる。かくして基本権保護義務を最終的に「実現」するのは裁判所である。また、公権力と違って、私人・私企業は他者・世間に対し自らの情報処理活動の目的について説明する義務もない、と(a.a.O., S. 100)

(3) 以上(2)は、保護法制のありかたについてのベッカーの見解である。それは、対・国家と私人間では異なる保護法制で対応すべきだ、というのである。次に、保護の実質的基準についても国の情報活動との関係での基準はそのまま、私人間には通用するわけではない、というのがベッカーの見解である。基本的には、私人双方の保護法益の衡量になるが、その際、該情報活動が当事者の人格発展の自由(2-1GG)をどの程度まで危険にさらしているかという「強度」が実質的基準とされるべきだ、というのである。勿論、再三、私人は公権力ではないことに注意を払ってのことであるが、ベッカーは、私人間関係であってもあたかも国家対個人のような「力の不均衡」が生み出されている場合にはGGから高度な(厳格な)基準が導かれることがある、としている(たとえば、放送・通信業者、保険業者、信用会社との関係、企業や法人でなくとも一般個人によってビデオ監視機器が設営される場合など)。それでは、いかなる基準がGGから導かれるのか、一瞥したい。

①まず、ベッカーが指摘しているのが、私人の情報処理活動による自由への

危険に関する基準についてである。この文脈での基本権保護義務はまず、GG所定の個別具体の親密性保障（10GG, 13GG）から導かれる。一言でいえば、私人の情報活動によって個人の内的、外的発展可能性が危機にさらされる場合とは、いかなる場合であるかということである。その際、二つの着眼点が挙げられる。i) 情報そのものの基礎、ii) 行為者が情報を処理するコンテキスト、である。(a.a.O., S. 102) i) の着眼点によって、親密性への正当な期待が描写される。この点までは個別具体の親密性保障（10GG, 13GG）が及ぶので、その限りで情動的自己決定権は単に「受け入れ」の役割を引き受けるまでである。これに対し、私人による該情報活動が当事者の外的発展可能性にとっていかなる重さ（負担、あるいは触れる程度）があるかを明らかにするのがii) の着眼点である。ここでは、該情報行為によって得られる情報に行為者がどのように対応するのかが検討される。その際、必ずしも当事者にとって具体的な不利益＝害悪が予測される必要はない。というのもベッカーによると、情報の不確かさによって当事者が一方的に不利になることがないように情動的自己決定権がまえもって引き受けているからである。

以上、もう少しまとめるとi) とii) の着眼点があいまってまず、特定の情報行動との関係で保護義務が発生するかどうかを検討される。当事者の発展可能性が害されることのない場合、もしくはその害悪が無視してよい場合には、保護義務、およびそれに対応する保護権は発生しない。この点につき、現今のデータ・情報処理はオートメーション化しており、もはや「どうでもよい」データ・情報というものなどない（E65, 1 (45)）という向きがあろう。しかし、これは反論にならない。ベッカーは、それらがいかなる目的でいかに取得されるかという点こそが決定的に重要なのだ、と説いている、(a.a.O., S. 103)

次にi) ii) から危険の重さと強度が測定される。通常は、行為者、当事者双方の利益が比較衡量される。その衡量を確実ならしめるべく、i) ii) がさらに適切な下位基準に具体化される。そのために個別問題領域ごとに事例群が編成される。ベッカーが例として挙げているのが次のごとき問題群である。

(A) 当事者にとって信頼しうる利用の限界を超えて行為者が創出する情報はその基礎からして(i), すでに当事者の発展可能性を危機にさらしている。技術的手段による監視がその例である。また、欺き、威嚇によって当事者から一定の申告を取得する場合もそうである。これらの事例群(A)では、i) の

着眼点だけで事足りるのであって、ii)は補足的なものにとどまる。

これに対し(B)一般的にアクセスできる基礎に基づく情報であり、そして人格権を危険に晒すことさらな技術的手段がもちいられるのではない場合は、情報の基礎=源だけで(i)当事者の発展可能性を危機に陥れるわけではない。こうした事例群では、ii)の着眼点が重要になる。一般的にアクセスできるデータであってもそれが蓄積され、それがオートマチックに再処理されるとなれば、その情報「価値」が高まり、法的統制の対象となる。(旧)28-1①Nr.3 BDSGはこれであった。これらの事例群では、ii)の着眼点にそって人格権と発展の自由への危険を測定することになる。その際、情報行為が奉仕する目的が何であるかが明確にされねばならない。たとえばそのデータが「人に関係しうる」ものであっても、処理者が用いるのでなく、技術的必然に収集されてしまう性格のものであれば、それだけでは基本権への危険が発生したとは言えない。また、たとえ「人に関係する」情報が意図的に収集されたとしても、利用方法や利用目的に照らしほとんど人格権と発展の自由への危険が無視しうる程度のものであれば、保護義務は発生しない。ベッカーの見解では、(旧)28-3 BDSGのいわゆる「リスト特約」(一定の条件のもと団体の名簿によってその構成員のデータの一部を処理・活用できる)が、かかる対応例である。(aa.O., S. 104)

②情報保護の基本権は、個人の発展の自由に従事するものであり、対国家関係はもとより私人間でも当事者の「同意」Einwilligungが重視される。私人間での交渉地位の不均衡が顕著であり、同意が実質的意味で語れない場合、基本権の「保障責任」Gewährleistungsverantwortungが情報の自己決定権により基礎づけられる。ベッカーの説くところ「国は個人が自己規定的に決定することを可能ならしめるか、あるいは行為者と当事者との対抗する利益をみずから調整しなくてはならない。」ただしベッカーは、「保障」を呼び起こすかかる事態が例外であると釘を刺している。(aa.O., S. 106)この例外にあたるかどうかの基準として⑦該情報行為が当事者の発展の自由に従著な危険をもたらすだけでなく、国の介入なしには当事者の発展可能性が持続的に阻害されるほどの「力の格差」があるかどうか。⑧その力の格差・不均衡が市場のような機構によってどこまで緩和され、あるいは除去されうるか。⑨同意すること以外に、当事者にはまっとうな選択肢が残されていないかどうか。もし、これらの基準

に該当するとなれば、国の介入義務が発生する。その場合の介入の仕方にもいくつかのヴァリエーションがありうる。

ベッカーのこの論稿はその他の点でもさまざまに有用な示唆を与えてくれる。ここではひとつだけ、GG及び連邦憲法裁判による情動的自己決定権の法理の展開についてのベッカーの視角についてコメントしておきたい。それは、各国内法とヨーロッパ法との今後の関係についてのベッカーの見通しを問題にすることであるが、ベッカーがこの論稿を公表した時期というのがEUレベルで新しい個人情報保護法（今日のDSGVO）の策定を模索しつつあった時期と重なることも関係することである。ベッカーは、この論稿の締めくくりで大要次のように述べていた—。私人間での個人情報・データ保護法は今後一層ヨーロッパ法で対処されていくであろうし、欧州裁判所の近年の裁判例でも、私人間でのデータ保護権の重要性が強調されている。だが、データ保護権がこれまでのところヨーロッパレベルで十分に形成され・展開されたとは言えない。むしろ、今のところ各国の基本秩序において展開されている議論・解釈のしかたが、EUレベルにも波及しているというのが実相であろう。しかし、ベッカーによれば、この現状は決して国内基本権の「帝国主義」といったものではない。それはヨーロッパレベルでの法的対話であり、その目的は「ヨーロッパ基本権社会」の深化に向かうことである。その際、情動的自己決定権についてはドイツ憲法—国勢調査判決ではなく、上述Online-Durchsuchung判決＝E120, 274を引きつつ—がその議論伝統からして対話の相手として一番の適格者である、と。

つまり、ベッカーは、Online判決を目して今後のヨーロッパ法におけるこの領域でのドイツ憲法のモデル性を語るのである。はたして第一に、上述グリムが指摘したようにドイツの連邦憲法裁判と欧州裁判所との間に「協力関係」を予想できるか。さらにヨーロッパ法への影響が強いドイツ憲法、憲法裁判例が「情動的自己決定」について、その権利の性格、内容、射程について明確な輪郭を描き切れているか、さらに付随的に、情動的自己決定権と「IT基本権」との関係はいかに、という二重ないし三重の問題が浮かび上がるのでないか。

4. ヨーロッパ基本権憲章8条＝データ保護権の「保障内容」について

(1) 上記3の末尾で、ベッカー論文から主として二つの問題性を導いたので

あるが、以下しばらく、その前者の問題（ドイツ憲法上の「情動的自己決定権」の「保障するもの」の明確化）への示唆を得たいと思うのである。そこで以下では、J. ラインハルトの論考とともに、とくにヨーロッパ基本権憲章8条の「保障内容」について検討したい。その際、ラインハルトが採っている手続きがドイツ憲法の「情動的自己決定権」ないし（争いもあるが）「IT基本権」の保障するものを明確にすることへの手がかりになるのではないかと考えるのである。さらにラインハルトによって、もう一つの問題、つまりEU構成諸国の憲法裁と欧州裁判所の権限関係についても言及されているのが注目される。もちろん、上述グリムが指摘しているように、ドイツ連邦憲法裁による「情動的自己決定権」の内容・射程と欧州裁判所が基本権憲章8条のデータ基本権に関し説示している内容・射程には食い違うところもある、という留保も押さえたうえでのことである。

まず、憲章8条が規定するのはデータ保護権であって、明文上は「情動的自己決定権」を規定しているわけではない点が確認されるべきである。さらに明らかなこととして、データそのものでなくて、「人に関するpersonenbezogen」データが保障されるということである。さらに、同8条にはデータ保護の奉仕する価値・原理が明確に規定されていないことも、注意を要するところである。

* 「人に関する」という指標の定義の困難さについては、基本的には、(II) BDSGについて、Vgl. T. Herbst, ZVwZ2016, S902ff. 同様にラインハルトも、EU裁判所はこれまで、「匿名」と「人に関する」を区別してきたのだが、もう、この区別の有意性が失われた、としている。(a.a.O., S. 533.) 匿名化されたものであっても、他のデータと調合(マッチング)され、あるいは分断化されて、匿名でなくなることも指摘されている。

ヘルプストはそもそも(II) BDSGが制定されてもう40年になるというのに、その中心規定である「人に関するデータ」の概念が不明確のままに放置されてきたことが不思議だと言う。そのうえでヘルプストは「人に関する」とは何かというよりは、それを一つ取り、該データが「人に関する」ものであるかどうかを—誰が同定するのかこそが重要である、という。それには、主観的相対的な見解と、絶対的客観的な見解が対立しているが、後者に修正を加えて、外見的には匿名(仮名、ニックネーム)でのデータであっても責任ある部署(官庁)や第三者による同定がまったくありそうにないのでない限り「人に関するデータ」とされてよい、という見地である。(a.a.O., S. 905) これは、誰かによって理性的・合理的に当事者が同定しようと期待しうるか

いう蓋然性判断に依拠するものである。つまり、「人に関する」というのは程度の問題である。この蓋然性が高くなるほどに「人に関する」程度も大きくなるということである。これまでの(旧)BDSGもふくめてデータ保護法全体として、本人の同意なしには「人に関するデータ」処理Verarbeitung(収集も含めて、以下、同様)は法規定が許容する限りで認められる(4-IBDSG、これをヘルプストは、「許容規範」としている)。その際、公務所(13-2Nr. 8, 14-2Nr. 9BDSG)および非公務所(民間私人, 28 BDSG)の利益と当事者の利益との衡量が要求されている、というのである。とりわけ公務所の場合には、比例原則に沿って、当事者の利益とそのデータ取り扱いが仕える公共目的との衡量(「妥当性」審査Angemessenheit)が要求されている。(S. 906)私見では、許容規範といえども、その際に衡量が要求されているというヘルプストの見解は示唆的だと思われる。

また、以下、基本的には憲章8条の権利享有主体としては、個人を念頭において論を進めるが、法人については争いがあるようである。欧州裁判所によれば、法人についてはその名称に特定の自然人の名前が挙がっている限りで、この基本権が援用できる。しかし、憲章8条は「人」Person, personbezogenといているのであり、52条(権利制限に際しての法律留保規定)が「人間」Menschenという文言を使っているのとは違うのである。また、データは自然人だけでなく、企業など法人にとっても重要であることに変わりがない、として積極的に解する見解もある。(Th. Kingreen, in: Chr., Calliess, M. Eur, M. Ruffert (hrsg.) EUV/AEUV, 4Aufl., 2011) また、文言、成立史、体系性からは憲章8条は法人には通用しないように見えるが、この基本権の性格および欧州人権条約8条との関係から法人についても積極的に解されるという見解もある。(G. Heissl, EuR2017, S. 561ff.)

ここで、ラインハルトが示している選択肢が、本稿のテーマにとって重要である。

まず、選択肢(A)として、「人に関する」という指標をより一般的な意味で用いて、基本権保護の有力な手がかりになるように鍛え直す、という方向がある。生活世界=日常世界の一層のデジタル化に伴い、憲章8条の保護領域も拡張される。憲章8-1は情報社会の一種「受け入れ」の権利として再構築されることになる。だが、これに対しては、保護領域の拡張は、必ずしも実効的な基本権保障につながるわけではない。基本権審査を、単に侵害の正当性・比例原則(衡量)のレベルにあと送りするだけだ、という批判がありうる。

(2) そこで、ラインハルトが推奨するのは、憲章8条の保護領域により明確な輪郭を与えるという方向(B)である。この点で参照されるべき裁判例として、上述のBVerfGE120, 378=Kfz-Kennzeichenに言及されて、一定のデータ処理についてはそもそも保護領域から除外されており、侵害・干渉ではない。つまり正当化を要さない。電子媒体による車両ナンバー把握が問題となったこの裁判例では、捜査上の既存のデータとのマッチングが即座に行われ、その結果が否定的であればそれらのデータが匿名のままに置かれ、跡形なく人的関連性のつながりをつけることができないように消去されることが法的にも技術的にも確実であれば、情報的自己決定権への侵害ではない、と判示されている。ラインハルトによれば「人に関する」とか人的同定性よりも、むしろ保護の必要性を特定し明確にして、データ処理にからむ潜在的危険性と自由行使への制約もより明確に浮きぼられるべきだ、と。(a.a.O., S. 534)

①データ保護は、プライバシー、所有権、人格権にまでおよぶ広がりのある問題であり、また人格の発展には公的・政治的次元も含まれる。もちろん、データ保護というものは何か一つの価値・原理の実現に使えるものでもない。それは例えば特殊私的な情報(プライバシー)保護とも独立のものである。連邦憲法裁によれば、データ処理・加工がいわば自然発生的に無意識的に行われるという状況の下では、重要でないデータというものは存在しない。(E65, 1(45))つまり要保護性は、データの種類・内容ではなく文脈(利用可能性)によって判断されるのである。

同様に、データ保護権は所有権保護に還元することもできない。もちろん、一定の文脈では所有権の理解でうまく対応できる場合もあろう。

また、ラインハルトの見解では、情報的自己決定権を人的データの使用についての自己決定権に還元するのも短絡的である。この点、連邦憲法裁の情報的自己決定権のコンセプトは、「自己決定」「自律」の理念に結合し、人的データの要保護性、または保護される条件につきまず抽象的レベルで定式化している。(a.a.O., S. 536)連邦憲法裁による若干の定式を取り出すと、情報的自己決定権はあたかも人的データの包括的処分権のごときである。しかし、かかる理解は内容的にも基本権ドグマティックとしても難点を抱えている、というのがラインハルトの見解である。かように絶対的な処分権というのが現実的でないとだけでなく、情報プロセス・コミュニケーションの多層性・社会性を看過

しており、規範的指導理念としても不適格である、としている。

同様に、ラインハルトは政治論議においてしばしば用いられる「データ主権」という言葉にも不分明さが免れないと指摘している。(aa.O., S. 537) まさに、この概念には絶対的処分権という理解が忍び込んでいる、というわけである。

②以上、要するにデータ保護基本権の保護法益を何か一つの概念に押し込めることはできない。(aa.O., S. 534, S. 537) 「人に関する」データ保護法はさまざまな点で、その他の基本的諸自由の伸びやかな行使の条件である、とされるのである。逆に言えば、人的データの不適切・違法な取り扱いによって、さまざまな自由への危機状況が惹起される。こうした危機状況は、コミュニケーション・メディアの「全一性」、経済のやり取りの「親密性（信頼性）」、プライバシーへの正当な期待にまで及びうる。つまりラインハルトによると、データ保護基本権の保護条件（要保護性）については一般的包括的レベルでも、文脈特有的にも模索されるべきである、ということである。

(3) EU裁判所の判例法理では、データ保護の基本権とプライバシー権との関係があいまいであること。「人に関する」の指標にこだわり、かつ（にもかかわらず、というべきか）、それを明確に定義しえていないことから、プライバシー権（これは「人に関する」ことに限定されない）に手助けを求めているが、データ保護権とプライバシー権との関係についても、あいまいである。

①データ保護は他の基本権、とりわけプライバシー権保護にとっての手段、前提として、かかる意味で構成要素であるという、欧州裁判所裁判例の一動向について。ラインハルトによると、欧州裁判所の近年の裁判例の重心はヨーロッパ基本権憲章のプライバシー権（7条）に傾いている。また、しばしばプライバシー権とデータ保護権（8条）が一体的な審査プログラムとして位置づけられている。近年のデータ保護権をめぐる裁判例では、プライバシー権の諸観点が前者の侵害の強度を規定し、較量を構造化する際に言及されている。むしろ8条のほうは「ついでに」補完的に考慮されるにとどまり、私生活の営みにとってデータ保護がもたらす意義が打ち消されてしまっているごとき感がある。(S. 539) また、農業基金からの補助金受領者のリスト公表の規定をめぐって (Vgl. F. Wollenschläger, AöR2010, S. 363ff.この論稿では、EUによる補助金を受給しているものを公表することが、財政民主主義の意義に照らし、比例原則に反しないことが論じられていた。この論稿と前後して欧州裁判所で該判決が下されている。EuGH, Urteil von 9. 11.

2010. 判決の論理はやはり憲章7条と同8条の二本立てであり、この点に着目してアルベルスも憲章8条の固有性が十分には捉えられていない、としている。M. Albers, a.a.O., Rn., 44.) 自然人(個人名)公表は違法であるが、法人名公表は合法であるという判旨からも、8条と7条が融合的に取り扱われていることがうかがえる。だが、これに対し7条による私生活・家庭生活・住居・コミュニケーションの保障という意味での「プライベート」とはいえない情報の保護が問われると、8条と7条とは切り離されなくてはならない。そこで欧州裁判所は「人に関する」情報と「私生活に関する」情報とを区別しているという次第なのである。

また、欧州裁判所の裁判例ではプライバシー保護とデータ保護とは交差するところもあるが同一ではない。また「人に関する」データ保護も単に私生活の包括的保障の一部と見るべきでない、としている。(a.a.O., S. 540) というのも、「人に関する」データの重要性は私生活にとどまらず公的自由の行使にも及ぶ。公的自由の行使に関する萎縮効果が問題となるのである。こうして「人に関する」データ処理についての規律が基本権憲章7条、同11条(表現の自由と情報の自由)の他に他の基本権的自由の行使にも影響するのである。こうして、データ保護権への侵害の強度、比例原則を充足しているかについて決定的なのは、データ基本権そのものというよりは、その他の個別基本権である、とされることになる。

②しかし、ラインハルトは欧州裁判所の裁判例には、データ保護の基本権を独自の基本権として示唆するもう一つの動向があり、こちらが注目されるべきだとしている。ラインハルトによると、8条には個別の基本権保障とは別に、横断的な権利性が独自のものとして含まれている。それは一方では、法形成への客観法的指示の性格をもつが、他方で、個人にとっての防御権という性格も併せ持つ。当事者に情報権・訂正要求権が認められるのはこのためである。この客観的、主観的、二つの側面から(aa)データ安全とコントロールの仕組み、(bb)情報権、訂正要求権、(cc)(データ処理の)条件と目的の明確性の要請と保護強度について、ラインハルトとともに分説したい。

(aa)データ安全の保障については憲章8条には明記されてはいないものの、欧州裁判所によっても肯定されているものである。データ乱用の危険、資格のないアクセス、無権限での「人に関する」データの利用から守るものである。これに対応すべく技術的、組織的手当てが所期されている。勿論、そのために

命じられる水準はデータの種類とそのセンシビリティに依存することではある。
(a.a.O., S. 541)

基本権憲章8-3で各国には独立のコントロール機関の設置が命じられており、これも客観法的要請である。この要請から、公権力によって処理されたデータは、その国にデータ保護とデータ安全性の独立のコントロール機関が存在しないときには、EUの領域に保管されねばならない。当事者には、コントロール機関に訴える権利がある。より一般的に、「人に関する」データを第三国に移転できるのは、そこでの保護水準が一定程度確保されていることが条件である。(基本権憲章8-1)また、憲章8-1によってその第三国がかかる水準の保護を提供しているかを審査する権限が、コントロール機関に付与される。

(bb, 略, 但し後述5(6)③を見よ。)

(cc) EUおよびその構成諸国は直接にEUの基本権によって拘束されるが、そのことがデータ処理の条件への厳格なしぼりとして表現されている。憲章8-2①の条件(明記された目的への忠実, 当事者の同意, その他, 法律による正当な基礎)は、憲章52-1による基本権侵害への一般的条件(法律の留保, 本質内容, 比例原則)をも、厳格さの点で上回るものである。(a.a.O., S. 543)

ラインハルトは「人に関する」データを公権力が取り扱うことの合憲性判断にとって、比例原則(過剰禁止)が特別に重要であることを指摘している。(S. 544) 欧州裁判所によると、「人に関する」データ保護の例外は「絶対的に必要なこと」に限定される。同裁判所はまた、データ保護の基本権はそれ自体が重要というのでないので、かかる原則は具体的な侵害を考慮してのみ理由づけられる、とも書いている。

5. ヨーロッパ憲章8条と私人間関係(水平的効力)について

(1) 上述したD. グリムもM. ベッカーも、私人間でのデータ処理については基本権保護義務の論理で対応するという方向性を打ち出していた。この点、基本権の第三者効力論での対応を模索するのが、ラインハルトの見地である。

(あるいは、この点の相違は前二者の対象がドイツ憲法であり、後者は主としてヨーロッパ基本権憲章上のデータ基本権を検討している、という対象の違いによるのかもしれない。ヨーロッパ基本権憲章は条約であり、それが各国に対し基本権保護義務を基礎づけるという

のは、かなりの冒険であるということなのかも知れない。尤も、以下に見るように、ラインハルトは必ずしも、保護義務論と第三者効力論との異ならない区別については、それほどセンシティブに踏み込んではいないようである。尚、基本権保護義務と第三者効力との関係につき、M. Ruffert, S. 141ff., 252f.)

さて、憲章51-1によると本憲章はEUおよび構成諸国がEU法を執行するに際して適用されるものである。その限りでは、私人・民間企業はここに考慮されていない。だからといって、憲章上の基本権が私人間には適用されないとは即断できない。EU法に関しては、とりわけ基本的自由と差別禁止に関する裁判例に水平的効力論が取り込まれているのである。

(2) 積極的義務と間接効力一。上に見た様に、憲章51-1からも基本権によって公権力が拘束されることが媒介になって、私人間でも基本権が効力を発揮するという論理である。各国立法者の法形成にあたり、また各国の行政・司法においても憲章の基本権を解釈・適用するのである。しばしば「放射効」と呼ばれるこれらの効果は、基本権に関する様々の作用として現れる。本稿の関心からは、憲章の基本権によって国家権力が単に消極方向にのみ義務づけられるのではなく、私人の基本権地位を私人による侵害からも守るべき積極方向にも義務づけられている、という点が重要である。

こうして憲章8-1には自らのデータの「保護への権利」と明記されており、防御的次元に還元され得ない。文言・概念からは水平効力が「保護義務のドグマティック」で説明できるかもしれない。しかし、そのような文言の背景にある基本権ドグマティックの「前理解」のほうが決定的に重要である、とラインハルトは付言している。(a.a.O., S. 547, Anm. 61) データ保護の基本権を防御権に限定する前理解は、公権力による侵害を防禦すれば、それだけで対抗しあう自由が調和されると仮定するようなものである。しかし、いまやこのような楽観論、サイバースペースの自己防御で十分であるという見解に立つことはできない。

また、ラインハルトの指摘では、国家は基本権に拘束されるが、私人は原則として自由であると言う区別が、基本権憲章8条の態度である。その前提には、データ保護の最低水準が少なくとも国家によって遵守されるだろうという期待がある。しかし、もし、スノーデン・スキャンダルで明らかになったように民間企業のデータに国家スパイが法の制約なしに手を出すことになれば、このよ

うな期待も、また上述の区別も無きも同然であろう。

(3) コントロール密度とコントロール基準—。ラインハルトによると、保護義務に関するコントロールとしては明証性や過小禁止のような基本的なコントロールが、連邦憲法裁によって採用されている。これは、基本権を過度に客観的で完全な一ブクチュエルでない一体系に拡張して、民主的立法者に代わって憲法裁自らが決定者の立場にたつことを予防するためでもある。

これに対し、データ・プライバシー保護のためにまさに広範な判断権限を行使してきたのが、欧州裁判所である。もとより、上述で言及したように、D.グリムが警戒していたように、欧州裁判所の積極性はこの分野に限定されない。ただ、従来の欧州裁判所の裁判例からは保護義務ならば立法裁量が広く認められることになるのかは、定かではない。(ラインハルトによるとこの点は、欧州人権裁判所についても同様である、ということである。) 欧州裁判所のグーグル・スペイン判決 (EuGH, Urt. v13. 5. 2014, C-131/12) では、データ保護の規範的意味を明確にして具体化するだけでなく、法秩序形成への諸条件をも引き出すことまでも自らの権限であるとしていた。こうして、基本権憲章のデータ保護権が構成国の憲法秩序にどこまで効果し得るかは、とりわけ構成国の憲法裁判所(ないしは、それに対応する裁判所)と欧州裁判所の権限関係、および構成諸国内部での憲法裁と立法権の権限関係という問題とも絡み合うのである。(J.R., a.a.O., S. 549)

(4) 保護要求の限界について—。これは、情報コミュニケーションがその本性からしてトランスナショナルなものであるに対して、欧州基本権憲章の適用領域が限定されているというズレから生ずる問題である。データ保護要求の本性からして、EU領域を突き破るものであるが、その結果、EUのデータ保護は、ある企業がその支店を置いた第三国との関係へも波及するのである。この点に関して欧州裁判所は、DS-RL (データ保護指針) 95/46の適用領域につき、その目的を広く解していた。(グーグル・スペイン。) この指針のいう「支店」Niederlassungについて大略「取り引きが行われる地」Marktortprinzipという理解を示していた。また、EU領域から第三国への「人に関する」データの移転は、その第三国で適切なデータ保護水準が確保されている限りで認められる。だが、EUの基本権水準がそのまま域外に適用されるわけではない。欧州裁判所の見解も、この点の限界を踏まえたものである。つまり、あるデータ・情報

につきEU法圏では「忘れられる権利」が認められるにしても、それがそのまま世界中で「忘れられるべきである」ということではない。他の法域の国々では、依然として検索され、ヒットされうる状態にある。いずれにしても、インターネット・コミュニケーションが越境的であり、他方で意見表明の自由、情報の自由、データ保護などの水準が各国間でバラツキがあるというズレが解消されているとは言えない。(a.a.O., S. 551)

(5) 直接効力は実効的な基本権保障であるか。条約など国境を超える法について「直接効力」という言葉を用いるのは少々ややこしさがあるのだが(国内法的効力の問題と私人間効力の問題が二重になって)、ここでは基本権憲章のデータ保護権の私人間での直接効力の問題である。この点で示唆を与えてくれるのが、EU「デジタル基本権憲章」案が領域で活動するすべての企業に対しても妥当すると規定している、ということである。これが果たして、直接効力説に立つものか、それとも間接効力に立つものか。インターネット市場の分野でデータ・情報力が偏在的に蓄積され、情報格差—デジタル・ディバイド—をもたらしている。こうして私法秩序の法的対等性が掘り崩されようとしている今日、直接効力が有効であるという向きもあるであろう。しかし、かかる見解が実効的な対応策になりうるかは全く不明であるというのが、ラインハルトの見解である。なによりも、本来、基本権の直接の名宛人である公権力が同時に、その基本権の要求を貫徹する存在に転換されることに疑義を呈するのである。

(a.a.O., S. 552) この疑義は基本権保護義務の論理にも向けられるものであるから、分かりやすい批判でもあろう。

連邦憲法裁の裁判例には、私企業または官民共同所有の施設で一般に開放された場所を「パブリック・フォーラム」として捉える動向も観取しうる。(E128, 226 (245) = Fraport, ここでは官民混合所有の空港の出航口での政治的主張を含むパンフレット配布行為が、パブリック・フォーラムでの集会の自由、意見表明の自由の行使として位置づけられうるかが問われた。(肯定、但しこの点に関する反対意見あり。) また、Vgl., E139, 378, これは、民間企業所有の市街中心部の広場での集会(フラッシュモブ)への立ち入りをめぐる仮の救済手続きであった。また、学説のなかにはインターネットについてまると「パブリック・フォーラム」と捉える見解もあるところ、ラインハルトはこれは必ずしも適切ではない、としている。)しかし、データ保護法上の地位が抽象的原理にとどまる限り、対抗しあう基本権地位は直接効力論≒パブリック・フォーラム論において

も法制によって媒介されねばならない。こうして、ラインハルトにとって実質的には間接効力を採用せざるを得ないのだ、というのである。(a.a.O., S. 553, Anm. 84, 85) しかも、ある基本権から具体的な法効果が導き出され、それを私人にたいしても直接主張し得る場合にだけ、かかる法制（法規定）が必要となるに過ぎない。ラインハルトは、かような場合はまれなものであり、その様な例が基本権憲章8-2②の情報権・訂正要求権として挙げられているのだと述べている。(a. a. O., Anm. 86) 結局、ラインハルトの見地は、基本権拘束を私人にまで拡張することが、私人こそが本来の基本権主体であることの裏をかいくぐることになる、と警戒するものである。

(6) インターネット社会・データ社会の特徴は、国家権力でないどころか、社会権力でさえない「普通の市民」の行動が他者の基本権の機能条件を左右するということである。(S, 555) 上述ラデューによれば、「間主観的な」(データの) 処理・利用関係があり、このことが情報社会の現代に特有のリスクなのである。(K.H. Ladeur, a.a.O., S. 55) また、このプロセスには、インターネット利用者だけでなく、サーバー、著作権者などさまざまな法的利益が多極的にかかわっている。ラインハルトはこのような認識に立って、以下、データ基本権の客観的側面から立法者によって実現されるべき基本的な規律はどの様なものか。次に、多極的な法益対立のもとで、裁判官はいかに対抗しあう基本権的地位を秤にかけろべきか。この二つの問題について詳細に検討している。後者については、節をあらためて(7)で取りあげよう。

私人間関係での基本的規律にかかわる諸条件一。基本権憲章8条には、四つの実質的、制度的要請が掲げられている。信義誠実原則、厳格な法律の留保、データ処理への目的設定と目的への拘束性である。勿論、これらは公権力に向けられたものであり、そのままでは私人には適用され得ない。この条項はまた、データ保護についての特定の、具体的な構想を命じてはいない。しかし、これらの諸原理全体から立法府には、データ利用のチャンス、リスク双方を配分する総合的な法的枠組みづくりが要求されている。もとより、仮に私人間関係でも、対・国家の場合と同程度の保護がされるべきであっても、必ずしも同様の保護のありかたが私人間関係でも求められている、と言うのではない。上述ベッカーの見解(3(2)(3))と同様の認識である。そのうえで基本権憲章8条に照らし、私人間関係でも立法者が果たすべき課題として、①対立しあう基本権

地位を「同意」によって調整すること、②保護利益をより明確に客観化すること、③当事者の情報権を規律すること、④データの安全性を保障することが挙げられている。(aa.O., S. 556)

①ラインハルトが、最も基本的な課題であるとするのが、「同意」についてである。国によるデータ処理については法律の留保が最重要の要素であるが、私人間でのデータ処理の問題にとっては、「同意」が第一の要件である。しかも、これは形式的にはなく、私人間の対等性という前提のうえで、同意が要求されるということである。自己の自由意思で同意を与えたと言えるためには、その自己決定の帰結が見通すことができること、何のために契約するのが理解できている、と言う前提条件がおさえられねばならない。

基本権憲章8条1項は、インターネット経済のもとで情報・コミュニケーション関係が自己決定的に形成されるための条件を守るものである。IT大企業により情報市場が独占されており、利用者＝消費者が不利な契約を強いられるはならないからである。この点を押えたうえで、しかし、ラインハルトは次の様に留保を付している。現下の状況のもとでも、利用者には別のサーバー、別のSNSに乗り換えるという選択肢が残されている。だから、自己決定・同意の前段階での保護的介入は特別な事情ある場合に限定されるべきである。例えば、雇用関係のような特別の文脈あるときにのみ、かかる保護が命じられている、と。(aa.O., S. 558)

②保護利益をもっと客観化すること。上の①で述べた様に、「同意」が実質的に与えられることが最低限度の条件であり、それがあればよいというものではないので、データ・人格権保護を実効化するには、仮に同意があるにしても、ある種の「人に関するデータ」の処理は許されない、ということが肝要である。

(9-2aDSGVO) 逆に、データ処理による侵害の蓋然性が無視し得るほどに低い場合には、当事者の同意なしにデータ処理が許容されてよい。(aa.O., S. 559) 憲章8条は、保護法益をかように上下方向で二重に限定して客観化することを許容しており、立法者に委ねられた裁量余地は広い。

③透明性確保と当事者の情報権。当事者に情報権、閲覧権、訂正・削除要求権といった実効的なコントロール権を与えているのが憲章8-2②である。これらの諸権利は直接には公権力に向けられている。しかし、私人間でも効果するものである。DSGVOではこれらの権利は広く解されており、開示拒否は

限定的にのみ許される。(13~15DSGVO) これもまた基本権「保護要求」への対応である。

透明性に関しては、利用者に対し隠されたままになっているデータ蓄積措置を一定程度まで「見える化」することが求められている。(S. 560)

④データの安全性も憲章8条に特有の「保障内容」の一部である。データの安全は公権力による侵害が比例原則にかなうための前提であり、私人間関係でも重要である。その際、保護水準はデータ・情報の種類に左右される。銀行カード・クレジットカードなどのセンシブル・データは、通常の消費者データを守るためのものとは異なるメカニズムによって守られるべきである、というのがラインハルトの提言である。センシブル・データを確実に守るには、効果的なガバナンスが必要とされるということであろう。DSGVOにもデータ安全性のために、損害賠償規定がある。(82-1)

(7) 基本権保護における多極性と裁判官による較量一。法律は一般条項を盛り込まざるをえず、そうすると構成要件が概括的であり、私人間での法益の調整は裁判所に持ち込まれることになる。欧州裁判所は、データ保護には基本権の次元があることに言及して、単純法による拘束と法的地位をさらに強化している。(グーグル・スペイン)

ラインハルトによれば、基本権関係の多極性を軽視する較量は一面的であり、受け入れられないものとなる。それは往々にして、公権力が市民の自由を侵害した場合に適用される正当化モデルをそのままに、私人間関係に持ち込むものである。

データ保護の基本権が対抗する法的地位との関係でいかなる「重み」をもつかは、その社会的機能を考慮して測定されるべきであるが、欧州裁判所の判断がそのようになっているかは怪しい、というのがラインハルトの見解である。

欧州裁判所は検索マシンの利用者にとって一定の場合に「忘れられる権利」(今日では、17DSGVO)を認めた。検索マシン企業に対しては、その条件がそろっている場合にはその申し立てに従う義務があると論じていた。(グーグル・スペイン)ここで欧州裁判所は、(当時の)指針95/46のデータ保護規定につき、基本権としての重みを考慮して解釈されると確言したのである。その際、欧州裁判所により採用された方法とは、検索マシン業者によるデータ処理を憲章7条、および8条の権利への侵害として位置づける。次いで、この基本権

にしかるべく重みを与えて比例原則による審査を展開している。この方法に基づいて、憲章7条、同8条の権利は対抗する法益に一般的に優位するという準則を推定するに至っているのである。(グーグル・スペイン) だが、ラインハルトの指摘に負えば、ここで対抗する利益が純然たる経済的利益であれば、この推定は然りであろう。だが、もし、それが公的なコミュニケーション秩序や情報の自由に影響を及ぼす利益であれば、どうであろうか。このような場合には、国家対市民の関係での正当化モデルに沿った較量のしかたでは、対抗する基本権地位が適切に考慮されていないので妥当な結論に至ることができない、というのがラインハルトの主張である。

(8) 最後に、ラインハルトはこの論文をしめくくって、次のように総括している。基本権憲章のデータ保護の基本権保障について、欧州裁判所はそれに輪郭を与えてきた。一定のコンセプトにまで固めたとは言えないにせよ、個々の構成要素を浮き彫りにして、個別分野に沿った具体化を与えてきている。憲章8条の保護要求は、侵害が国によるものであれ、私人によるものであれ、個人のデータを守ろうとするものである。ただしそのうえで、対国家の場合と対私人の場合では、基本権保護のありかたは別様であってよい。もちろん、そのことは保護水準は違わなくてはならない、ということではない。さらに、欧州裁判所が各国の専門裁(憲法裁も含めて)との関係で「機能的限界」を意識しつつ、データ保護についてのフィギアを発展させることが求められる、と結んでいる。(a.a.O., S. 564) この最後の指摘が、グリムが悲観的に、またベッカーがやや楽観的に言及していた欧州裁判所とドイツ連邦憲法裁との「協力」による情報の自己決定権なりデータ基本権の内容の明確化という課題に関することである。

* * *

グリムは既に紹介したように、ヨーロッパレベルで展開されているデータ保護権(憲章8条)の内容・射程とドイツで展開されている「情報の自己決定権」のそれとの齟齬を指摘していた。またグリムにとって、欧州裁判所とドイツ連邦憲法裁との間に「協力関係」があると見ることもできないことでもあった。これに対し、ドイツでの情報の自己決定権が、ヨーロッパレベルでのデータ基本権の展開に大きな示唆を与えてくれるだろうというのが、ベッカーの視角であった。但し、その際、ベッカーが目にしたのは、むしろ情報の自己決定権と

の関係性・異同が争われている、一般に「IT基本権」と呼ばれる権利を打ち出したOnline判決の方である。ラインハルトの場合には欧州裁判所とドイツ連邦憲法裁の「協力」に期待している点でベッカーに近いが、その視角は、あくまでも欧州基本権憲章のデータ基本権に置かれている。ドイツ憲法上の情動的自己決定権、IT基本権への一定の示唆を与えるものではあれ、データ基本権の内実説明はそれとしてドイツ憲法独自の検討課題として残されたままである。こうしてみると、各論者のまなざしには微妙なずれがあり、焦点のあてかたが異なるのである。勿論、一抹のもどかしさをもってこのように言うのも筆者の一方的な無理な注文故なのであるが。

EUのデータ保護基本命令（DSGVO）の施行により、世界の諸国はその対応にあくせくしている状況である。無論、諸国がそれぞれにDSGVOに迅速にかつ適切に対処することが当面の国際経済交流および民主的なデータ・情報流通にとって不可欠であると言うをまたない。その点は、該命令の足元にあるヨーロッパ諸国も、また日本も同じであろう。だが、ヨーロッパ法にとって影響力の強いドイツ法における情動的自己決定権なりIT基本権（コンピューター基本権）によって何事が、誰に対して、どのようにして「保障される」のかという先決問題の解明を先送りにして急ぐことは単に消化不良にとどまるという話ではない。それは「ヨーロッパ基本権共同体」—その前提として、欧州裁判所（および欧州人権裁判所）と各国の憲法裁判所との協力関係が築かれていること—の着実な歩みにも影を落とすことになるのでなかろうか。あえて周回遅れの備忘録をしたためたゆえんである。

(2018. 11. 30脱稿)