

## 人間の尊厳と核心領域保護

——基本権思考の空間化の危険について——<sup>†</sup>

Menschenwürde und Kernbereichsschutz :

Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens

ラルフ・ポッシャー\*

訳 松原光宏\*\*  
土屋武\*\*\*

人間の尊厳の保障は尊重要求、つまり関係に向けられるものであって、物理的ないし理念的な空間の遮蔽（Abdichtung）に向けられたものではない。このような理解に基づけば、秘密捜査措置は憲法上十分に許容されるが、連邦刑事庁法（Bundeskriminalamtgesetz）の新たな権限には、審査に耐えられない部分があることが明らかとなる。

---

<sup>†</sup> Poscher, Ralf, Menschenwürde und Kernbereichsschutz. Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens, JZ 2009, S. 269-277.

ラルフ・ポッシャーはポッフム大学公法・法社会学・法哲学講座の教授である〔当時。現在はフライブルク大学教授〕。本稿は、フンボルトフォーラム（法）の論文コンテスト「テロの時代における法（Recht in Zeiten des Terrors）」の受賞に際して2008年11月26日にベルリン・フンボルト大学にて行われた講演に基づいている。

\* フライブルク大学教授

Ralf POSCHER

Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

\*\* 所員・中央大学法学部教授

\*\*\* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

## I. ドグマティック上の挑戦

新たな形態の国際テロリズムと組織犯罪により、国内の安全の保護に対して新たにして巨大な任務が生じている。このような挑戦については、国内政治の論議において繰り返し強調されており、治安機構の改編と警察や秘密機関の権限の拡張の正当化のためにそれは援用されてきている。近時では連邦刑事庁(Bundeskriminalamt: BKA)の警察権限の拡張との関連において援用された<sup>1)</sup>。治安当局には、新たな危険に適切に対応することを認める権限が与えられるべきである。国際テロリズムと組織犯罪がたとえば現代的なデータ処理技術や電子ネットワークを利用している場合、治安当局は、危険に対して広く効果的に制御すべきときには、このシステムへの侵入をも行わなければならない。個別の安全政策上の措置に対する代案や批判は正当であるにもかかわらず、初代連邦データ保護官ハンス・ペーター・ブル(Hans Peter Bull)が最近適切にも、安全政策における現実に適さない根本的な批判に対して〔次のように〕警鐘を鳴らした。単に「ノー」といい、またよりよい社会・外交・成長政策を指摘するだけでは、新たな危険状態に適するような建設的な提案とはならない。そのような指摘には、社会・外交・成長政策が行なわれたにもかかわらず——あるいは少なくともその実現まで——生じる現実の危険にどのように対応されるべきかという問題に対して、解答する責任がなお残されている<sup>2)</sup>。

このような状況における憲法の任務は、カテゴリーカルな「ノー」を語ることではない。むしろ、安全政策のための基準を準備し、行為の不可欠性にもかかわらず、なお基本権上の自由の空間と治安機構の法治国家的・民主的統制が保障されつづけることを確保することにある。しかしながら、

---

1) 1997年7月7日連邦刑事庁法(BGBI. I S. 1650)、同法は近時、2008年12月25日連邦刑事庁による国際テロリズムの危険の防止に関する法律1条によって改正された(BGBI. I S. 3083)。

2) Bull Neue Gesellschaft Frankfurter Hefte 10/2008, 46 (48).

このような任務は単純なものではない。比例原則といった憲法の伝統的な介入・統制基準はもちろん、危殆化の程度が極端であるかによってテストされる<sup>3)</sup>。可能な限り実効的な事前配慮を行うためには、可能な限り多くの情報が、単に有用であるにとどまらず実効性強化のために必要でもある。そして9.11やマドリッド、ロンドンで起こったような襲撃やそれ以上に深刻な事態を阻止することが問題となる場合に、単なる情報の収集、保存、処理を行うだけでどうして不適切といえようか？ 比例原則を切り崩すように見える事前配慮思考のダイナミズムからすでに、比例性のみならず、その作動可能性を憲法上の基準にすることが要求されてきた。それによれば、事前配慮措置が「違憲なのは、それが比例的でないからではなく、むしろその措置が常に比例的であるからである」<sup>4)</sup>。

新たな脅威とこの脅威に安全政策によって対応することに端を発するドグマーティク上の挑戦に対し、連邦憲法裁判所は、新たに導入されたほぼすべての安全法上の道具立てに関して下された、1ダースを超える一連の印象的な判決によって対応してきた<sup>5)</sup>。裁判所がそれらの判決により展開してきたドグマーティクの枠組の基本構造は、およそ3つの要素を示している。1つには、裁判所は——学説の多数と完全に一致して——<sup>6)</sup>実体的

3) *Trute*, in: Gedächtnisschrift Jeand'Heur, 1999, S. 401 (408-410); *Schulze Fielitz*, in: Festschrift Schmitt Glaeser, 2003, S. 407-434; *Enders* VVDStRL 64 (2005), 7 (46-49); *Volkmann* JZ 2006, 918 (919); *Lepsius* JURA 2006, 929 (931); 予防の枠組における過剰介入禁止の意義について一般的に、*Neumann*, *Vorsorge und Verhältnismäßigkeit*, 1994.

4) *Enders*, VVDStRL 64 (2005), 7 (47); また同論文46頁も参照。「一貫した事前配慮は確たる限界を知らない」。

5) 一部に関する評価として、*Erd* KJ 2008, 118-133.

6) *Trute*, in: Gedächtnisschrift Jeand'Heur, 1999, S. 418-427; *ders.* DV 2003, 501 (521); *Albers*, *Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge*, 2001, S. 246-250, 334-347; *Schluze Fielitz*, in: Festschrift Schmitt Glaeser, 2008, S. 429 f.; *Kutscha* NVwZ 2003, 1296 (1297 f.); *Schoch* *Der Staat* 2004, 347 (367 f.); *Middel*, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, 2006, S. 356-359.

基準の破棄に対して、手続法的要求により補償<sup>7)</sup>することで対応しようとする。たとえば裁判所は、治安当局による特に強力な基本権介入について裁判官留保を要求し<sup>8)</sup>、また秘密措置に際しては通知義務を要求し<sup>9)</sup>、そして立法者が導入した議会への報告義務を憲法上肯定的に評価した<sup>10)</sup>。

しかしながら、裁判所は手続法による補償に限定せず、他方で安全政策上の措置に対する相対的な実体的制限および絶対的な実体的制限をも規定した。ドグマーティク上の革新としてきわめてめざましいのが、オンライン搜索判決における個人の情報システムのインテグリティを求める権利の展開<sup>11)</sup>である。この判決により、裁判所は新たな憲法上の実体的基準を展開した。さらに、裁判所が異なる強度の基本権介入について定めた介入の閾値の差異から、相対的制限が生じる<sup>12)</sup>。

最後に、裁判所は絶対的限界をも設定し、それは、危険にさらす程度がきわめて甚大であることにかんがみても任意にゆだねることのできないとしてきた。この絶対的限界の基礎づけのために、そのつど人間の尊厳の保障まで援用してきた。その点でもっともめざましい判決である航空安全法判決は、旅客機の墜落は、9.11のテロ攻撃の場合のように旅客機が空飛ぶ爆弾として用いられていたとしても許されないと判示した。裁判所からすると、人間の尊厳の保障は、死を免れない乗客と潜在的犠牲者の生命を差し引きして計算することを根本的に排除している<sup>13)</sup>。

---

7) 法における補償思考について一般的に、*Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip*, 1999.

8) *BVerfGE* 103, 21 (34); *BVerfG NJW* 2008, 822 (832) [*BVerfGE* 120, 274].

9) *BVerfGE* 100, 313 (361).

10) *BVerfGE* 109, 279 (340).

11) *BVerfG NJW* 2008, 822 (824, Rn. 166 f.) [*BVerfGE* 120, 274].

12) これについて詳細は、*Poscher DV* 2008, 345.

13) *BVerfGE* 115, 118 (158) = *JZ* 2006, 408 mit Anm. *Starck*; 批判的なものとして、たとえば、*Huster Merkur* 2004, 1047 (1050); *Hase DÖV* 2006, 213 (218); *Hillgruber JZ* 2007, 209 (216 f.).

## II. 核心領域保護のコンセプト

航空安全法判決の背景となっているのは、世界史的にみて類をみない極端なケースである。これに対し、新たな安全政策上の措置にとって——現実的にはたとえば連邦刑事庁法によって新たに導入された秘密措置にとって——より実践的意義が大きいのは、連邦憲法裁判所が同じく人間の尊厳の保障を援用して示した別の絶対的限界である。大規模盗聴判決において、裁判所は基本法1条1項から、絶対的に保護される私的生活形成の核心領域（Kernbereich）を導き出した。「私的生活形成の核心領域における人格発展には、感覚および感情、ならびにきわめて高度に個人的な考察、意見および体験といった内面での出来事を表現することを、しかも国家机关がこれを監視するとの不安を抱かずに行なうことができるという可能性が含まれる。感情の表出や無意識の体験の表明、またセクシュアリティの表現形式も保護に含まれる」<sup>14)</sup>。核心領域には、単に高度に人格的というにはもはやとどまらない社会関連性を示すような内容は含まれない。それゆえ、日記の保護に関する判例においてすでに、裁判所は、単に内的な感情や印象を描写するにとどまらない具体的な犯罪行為に関する記述を、核心領域保護から排除していたのであった<sup>15)</sup>。

そのようにして画された私的生活形成の核心領域を無視した場合、連邦憲法裁判所の見解によれば、それは単に原則的に許されないというものではなく、常に許されないものとなる。裁判所がその際に強調しているのは、核心領域に抵触する限り、他の利益との衡量の余地もない、ということである。

「このような保護は、比例原則を基準とする……衡量によって相対化されてはならない……。たしかに、刑事司法の実効性が……被疑者の人間の尊厳の維持よりも重要であるとも思われる……ようなきわめ

14) BVerfGE 109, 279 (314).

15) BVerfGE 80, 367 (375); 同判決を受け継いで、BVerfGE 109, 279 (319).

て深刻な犯罪形式は常に存在する。しかし、そのような評価を行うことは、国家には……禁じられている」<sup>16)</sup>。

核心領域の絶対的保護から裁判所は、その性質上、核心領域に侵襲するに適合的な監視措置のための一連の規準を展開する。当該措置によって核心領域が侵害されるとの予測に蓋然性が認められる場合には、監視はそもそも行われてはならないというのが最優先である<sup>17)</sup>。これはたとえば、信頼している人物との私的住居における会話について、それが具体的な犯罪行為にかかわるとの根拠がなんら存在しない限りで、それを音声監視することについてあてはまる<sup>18)</sup>。以上にに基づき監視が排除されない場合には、たしかに当該監視は原則として許されることになるが、可能な限りの抑制が維持されつづけることが保障される。私的住居の監視の場合、たとえば、核心領域に抵触するや否やいつでも監視を遮断することができるようにするために、自動監視を放棄することが必要な可能性がある<sup>19)</sup>。可能な限り抑制したにもかかわらず措置により絶対的に保護される私生活の核心領域に基づく事態が把握される場合、記録はただちに消去されなければならない。そのような情報の利用は一切認められない<sup>20)</sup>。特に、抹消義務と利用禁止の遵守は、調査されたデータが利用できるかどうかについて独立の機関が判断することによって確保されなければならない<sup>21)</sup>。

16) BVerfGE 109, 279 (314); 参照, すでに BVerfGE 34, 238 (245) = JZ 1973, 504 mit Anm. Arzt; 75, 369 (380) = JZ 1987, 1075; 80, 367 (374); 93, 266 (293) = JZ 1996, 360 mit Anm. Zuck. 判決は、一般的人格権の人間の尊厳の核心は、衡量に対し抵抗性を有するとする。

17) BVerfGE 109, 279 (320).

18) BVerfGE 109, 279 (320).

19) BVerfGE 109, 279 (323, 328); このような手続法上の制約と実効性の獲得も結び付けられうることについては、Ruthig GA 2004, 587 (602)。同論文は、カリフォルニアにおける盗聴措置に関する経験的研究に依拠している。

20) BVerfGE 109, 279 (323, 328, 332 f.); 113, 348 (392); BVerfG NJW 2008, 822 (834) [BVerfGE 120, 274].

21) BVerfGE 109, 279 (333); BVerfG NJW 2007, 2753 (2757 Rn. 65 f.) [BVerfGK 11, 164].

### III. 核心領域保護の空間モデル

絶対的に保護される私的生活形成の核心領域という考え方は、空間的イメージに基づく一般的人格権の領域モデル (Sphärenmodell) にさかのぼる。それによれば、人格は同心円を描く3つの領域において発展される。社会的領域、私的領域、内密領域がそれである。社会的領域には、公共における個人の叙述が含まれる<sup>22)</sup>。私的領域には、私生活のコミュニケーションの関係における個人の行為、たとえば友人関係や家族における行為が含まれる<sup>23)</sup>。最後に、内密領域は内面的な思考世界にかかわるものであり、それはたとえば信書や日記の記載、また近親者や親しい者との会話で表明される<sup>24)</sup>。社会的領域および私的領域への介入は、従来の介入ドグマティクによれば可能であることになる一方、内密領域は人格の核心領域を構成する。人格の核心は領域イメージの中心に見いだされる。連邦憲法裁判所は、人格の核心を人間の尊厳に位置づけ、それに絶対的な保護を認めている。

#### 1. 核心領域保護の住居への限定

領域 (Sphären) や絶対的に保護される核心領域などといったしかるべき空間的イメージにより、メタファーにとどまらず基本権および基本権保護をも空間的に思考する誘惑に駆られる。空間のメタファーを自然主義的

22) BVerfGE 27, 1 (6 f.); 109, 279 (319 f.).

23) BVerfGE 27, 1 (6 f.); 119, 1 (29 f.).

24) 核心領域の絶対的保護を特にはっきりと強調したものとして、すでに、BVerfGE 27, 1 (6); 34, 238 (246); 国勢調査判決 (BVerfGE 65, 1) では、領域理論からの離脱が繰り返見いだされたのであるが (*Geis* JZ 1991, 112 (113) m.w.N. を見よ)、同判決後も、連邦憲法裁判所は絶対的に保護される人格の核心領域の観念を堅持している。たとえば BVerfGE 80, 367 (374) は、その制限的な定義が批判されてはいるものの (*Geis* a. a. O.), そのような立場をとっている。

に転用することで、核心領域が物理的意味における一定の空間に限定される。かくて、人格の核心領域は、基本的には住居においてのみ与えられるような空間的基盤を必要とする、ということを出発点とする論者も一部に現れる<sup>25)</sup>。それゆえ、住居外の監視は、

「私的生活形成の核心領域には抵触しえない。個人が公共において語り、また話したことすべては定義上、〔世間から〕身を引いた (Zurückgezogenheit) 私的領域には含まれない。……このことは、暗闇に乗じた集まりや、森やあるいは人里離れた地域での集まりにも当てはまる。いずれも自由にアクセスできる場所であって、基本法13条において特に保護された住居とは比較の対象とならない」<sup>26)</sup>。

連邦憲法裁判所の大規模盗聴判決においても、「親密なコミュニケーションは空間的基盤を……〈必要とする〉……。それは私的住居であるのが通常である…。私的住居は『最後の避難所』として人間の尊厳の維持のための手段である」<sup>27)</sup>という。

核心領域保護を空間的基盤と結びつけることは、大規模盗聴以外の秘密裏に行われる情報介入に対する核心領域保護にとって特別な意味がある。今回連邦刑事庁により利用可能とされることとなったように、秘密連絡員 (Vertrauensperson) や秘密捜査官が投入され、また住居外で技術的手段が隠れた形で投入された場合<sup>28)</sup>、「感覚や感情、またきわめて高度に個人的な考察や意見や体験といった内面での出来事を表現する」<sup>29)</sup> コミュニケー

---

25) Gercke JR 2004, 347 (349); Starck NdsVBl. 2008, 145 (148); 同様に, BGH JR 2004, 345 (347); また, Löffelman NJW 2005, 2033 (2034 f.) が, 狭い核心領域解釈を, 「監視されうる空間の種類」と「監視されうる個人の相互関係」を援用して擁護している点も参照。

26) Starck NdsVBl. 2008, 145 (148).

27) BVerfGE 109, 279 (314).

28) 連邦刑事庁法新20g条2項。もともと、州の警察法においても同様の規律が設けられている。たとえばノルトライン・ヴェストファーレン州警察法17~20条参照。

29) BVerfGE 109, 279 (314).



ションを観察し、収集することができる。核心領域の保護は住居に限られるというテーゼが正しいとすれば、このような隠れたあるいは秘密裏のデータ収集の場合には、核心領域保護のための特別な手続法・実体法上の保障は必要ないことになろう。それゆえに、連邦刑事庁法が新たに定めた一連の秘密裏のあるいは隠れた介入のための規定も、核心領域保護のための保障を置いていない<sup>30)</sup>。

しかしながら、基本的に、私的生活形成は——特にそのコミュニケーション的關係において——住居外でも行われうる<sup>31)</sup>。人的にもテーマ的にも、住居外のコミュニケーションもまた私的生活形成の核心領域に含めることができる<sup>32)</sup>。連邦憲法裁判所は例示として夫婦間、近親者間、信頼關係が存在する者の間で交わされる高度に個人的な意見、感情、体験に関する会話を挙げていたが、これらの会話は、ひと気のない森を散歩する中で、あるいはドライブの車中でもなされることはありうる。高度に個人的なテーマ、内密領域に含まれるようなテーマの中には、住居では私的領域が他の家族との関係で守られないがゆえに、場合によっては住居ではむしろ語られないものもありうる。妻あるいは夫が、婚姻外の誘惑あるいは過ちについて親友と語らう場合、夫婦で住む住居ではそれをしようとはしないであろうし、むしろ逆に、することができないであろう。伝記的に見て同様の状況は、とりわけ青少年やまだ自己の住居を持たない見習いや学生について生じる。特に家族と空間的に密接な関係の中で生きる者は、社会的に不利益を受けることになる。これは住居を持たない者により一層あてはまる。尊厳保護を住居内でのコミュニケーションに限定することにより、これらの人々はすべて、その高度に個人的な生活形成の重要な要素の保護から排除されるのである。

私的生活形成は住居外であっても核心領域に含まれうることを、連邦憲

---

30) 連邦刑事庁法新20g 条。

31) 詳細は、*Wartjen*, *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, 2007, S. 79 ff.

32) たとえばまた、*WeiBer* GA 2006, 148 (161 f.); *M. Baldus* JZ 2008, 218 (220).

法裁判所も出発点としており、それはオンライン検索や電気通信の監視について核心領域保護を要求している場合に見られる。連邦憲法裁判所は個人情報システムにおける核心領域データの絶対的保護について、情報システムが住居内に存在することを要求しておらず<sup>33)</sup>、また通話監視の際の核心領域の保護を固定ネットワーク接続に限定していない<sup>34)</sup>。高度に個人的な生活表明が住居、電気通信や私的情報システムで行われることとその他のコンテキストで行われることの違いは、せいぜい、後者が事実上あるいは法的に受けられる保護が少ないこと、そしてそれゆえ私秘性への信頼は同一の基本権上の保護を受けないという点に見いだされうるにすぎない<sup>35)</sup>。しかし、私的に語られることばは、住居外であっても、事実上また法的にも監視措置から保護される。事実上、自動車内で、ひと気のない浜辺で、海岸で、あるいは森の散歩で、技術的手段を用いて盗聴されることを覚悟する必要は誰にもない。法的にも、世間一般に向けられていないという意味で<sup>36)</sup>非公共的な言辞を傍受装置によって盗聴することは、刑法201条2項1号によれば3年以下の自由刑によって処罰される。

核心領域保護が一定の物理的空間に限定されるという意味で空間化されてはならないとの結論はまた、人間の尊厳の保障から核心領域保護を導き出すことと唯一合致する<sup>37)</sup>。たしかに、人間の尊厳の保障はまた住居の自由との関連をも示す。しかし、住居の自由それだけが人間の尊厳の核心を保護するものではない。人間の尊厳の保障はむしろ、原則として全生活関係に及ぶものであって、個別的基本権のテーマに限定されない尊重要求を伝えるものである点で、横断的基本権である。このことは、人間の尊厳の保護から派生した私的生活形成の核心領域の保護についても妥当する。人

---

33) BVerfG NJW 2008, 822 (826) [BVerfGE 120, 274].

34) BVerfGE 113, 348 (290 ff.).

35) このような意味で、たとえば、Starck NdsVBl. 2008, 145 (148).

36) Graf, in: MünchKommStGB 2003, § 201 Rn 13 m. w. N.

37) たとえばまた、Kutscha, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 60 f.; Petri, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, S. 838; M. Baldus JZ 2008, 218 (225).

間の尊厳の保障は、私生活の核心領域を、それがどこで展開されようとも——つまり住居に限らず——保護するのである。

核心領域が原則として一切の情動的介入の場合に顧慮されなければならないといっても、それは、どのような場合に立法者が核心領域侵害に対する特別の手続法上の保障を定めなければならないのかについて述べるところがない。結局、伝統的な搜索の場合にも、核心領域データが偶然に含まれることがありうる<sup>38)</sup>。しかし少なくとも、情報への介入の際に典型的には核心領域に関連するデータが収集されることを予め考えに入れることができる場合には、立法者は手続法上の保障を規定しなければならないであろう。このことはとりわけ、被害者が核心領域の維持のために用いる通常の社会的・物理的保護メカニズム<sup>39)</sup>を乗り越える特別な技術的手段によって、介入が隠れてあるいは秘密裏に行われる場合に認められうるであろう。それゆえ、核心領域保護に関する規定が、秘密連絡員や秘密捜査官の投入と同じく、住居外での技術的手段による監視について定められる<sup>40)</sup>。連邦刑事庁法や州の警察法に見られるそれに対応する新規定は、その点で欠点がある<sup>41)</sup>。

最後に、立法形式の問題として、連邦刑事庁法草案においていくつかの秘密措置について行われたように<sup>42)</sup>、それぞれの介入形式に対する手続法

38) 参照、たとえば、**BayObLG NJW 1992, 2370**。同判決は、押収した信書が薬物中毒患者の内密の詳細を記していた場合の、その信書の刑事訴訟上の利用可能性について判示している。

39) このような保護メカニズムの基本権上の意義については、たとえば、**BVerfGE 115, 166 (185 f.)**; *Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009 (1017)*。

40) *M. Baldus JZ 2008, 218 (225)*; 秘密連絡員や秘密捜査官に関して異なる見解に立つものとして、*Kötter DÖV 2005, 225 (229)*; シュタルクは、この場合に使用禁止を必要かつまた十分なものとみる (*Starck NdsVBl. 2008, 145 (148)*)。

41) 連邦刑事庁法新**20g** 条 2 項 2 号、4 号、5 号、ノルトライン・ヴェストファーレン州警察法**17-20** 条、ザクセン州警察法**41** 条、チューリンゲン州一般警察法**36** 条、核心領域保護に関する明示的規定を持つものとして、たとえば、ニーダーザクセン州警察法**35** 条 2 項、**36** 条 4 項、**36a** 条 5 項。

42) 草案はそのような規定を、**16** 条 1 a 項 (小規模盗聴)、**20h** 条 5 項 (大規模盗

上の保障を、それぞれに特有の形で形成するかどうかという問題がある。警察法の新たな法典化において、典型的な核心領域関連性を示す措置が数多いことに鑑みれば、核心領域保護の一般的規定を定めることも選択肢として存在したであろう<sup>43)</sup>。まったくもって不完全であるとしても、その端緒は、たとえばブランデンブルク州警察法に見いだされる<sup>44)</sup>。

## 2. 理念的空間の保護

核心領域のメタファーを一定の物理的空間の保護へと翻訳するというのが、このようなコンテキストにおいて人間の尊厳の保障に生じる空間化の唯一の形式ではない。広く行きわたった観念によれば、核心領域の人間の尊厳の保護は、物理的空間の保護とは同視されないが、核心領域保護は、理念的空間、すなわち人格の理念的核心は一切の侵襲から保護されるというように理解される。人間の尊厳の保障は、このような理念的空間を、あたかもあらゆる国家の介入に対しても遮蔽する理念的境界を通じて保護する。このような立場によれば、この理念的空間への侵襲はすべて、人間の尊厳の侵害を意味する。これは、住居が人間の尊厳と同じく絶対的に保護されるとした場合に、国家が行う住居への侵襲がすべて住居基本権の侵害を意味するとされるのと同様である。

### a) 保護コンセプトの矛盾？

人間の尊厳の保障が上述の意味で空間化される場合には、連邦憲法裁判所の判決に対して疑問が投げかけられる。イエーガー、ホーマン＝デンハルト両裁判官は、大規模盗聴判決における少数意見において、展開された

---

聴)、201条6項(電気通信の監視)および20k条7項(オンライン検索)において定めている。

43) *Roggan NJ* 2007, 199-203; また刑事訴訟領域について、ヴォルターは人間の尊厳の保護を「カッコの外にくりだす」よう指示している(*Wolter GA* 2007, 183 (198))。

44) ブランデンブルク州警察法29条6項1文は、核心領域にあたるデータの収集の一般的禁止のみを定めており、手続法的保障は定めていない。

核心領域コンセプトに矛盾があるとして、法廷の判決を批判した。

「それゆえ、私的住居の場合には……高度に個人的な領域に帰属されうのような状況が推定されうる。しかし、住居の遮蔽性を破り、そこで何が起こったのかに関する知識を入手した場合にはじめて、それが適切かどうかの确实性を備えるようになる。しかしながら、これによってすでに、内密なものとして四方を壁で囲うことによってまさに絶対的保護を受けるべき領域に介入したことになりうる。……それゆえこのことは、常にこのような核心領域への介入がまず甘受される結果となるのであろうが、これは、基本法79条3項がまさに阻止すべきことなのである」<sup>45)</sup>。

人間の尊厳の空間的構想において、法廷の判決のコンセプトは当惑させるもののように見える。というのも、核心領域への侵襲によってその被害が確認された場合にはじめて、中斷・抹消義務および利用禁止が及ぶからである。非難の矛先は、人間の尊厳の保護が法廷の核心領域保護モデルにおいてはそれが侵害された場合にはじめて及ぶとされることに向けられる。

法廷の多数が、保護コンセプトを核心領域への侵襲が排除されないように形づくっていることは、ニーダーザクセン州警察法に基づく電気通信の監視に関する判決において再度確認された。

「しかし、電気通信の監視を命じ、またはそれを実施する場合、会話の内容がどのようなものとなるのかは确实には予測できないため、盗聴措置が私的生活形成の核心領域にあたるコミュニケーションを捉えるリスクは、これを排除することができない」<sup>46)</sup>。

しかし、裁判所の見解によれば、高いランクを持つ法益に対する危険が存在し、かつ手続法上の保障により高度に個人的な領域のコミュニケーション内容が保存・利用されることが阻止される場合には、このようなり

---

45) イェーガー裁判官およびホーマン＝デンハルト裁判官の少数意見, BVerfGE 109, 382 (383 f.).

46) BVerfGE 113, 348 (392).

スクは甘受されうるといふ<sup>47)</sup>。オンライン検索判決はさらに進んで次のように述べる。

「私的生活形成の核心領域に抵触する可能性のある……監視措置は、核心領域に関連するデータが収集されないことを、できる限り広範に確保しなければならない。——情報技術システムへの秘密裏の侵入の場合のように——情報を認知してしまうことが実践的に不可避である場合には、利用段階における十分な保護に配慮しなければならない」<sup>48)</sup>。

オンライン検索について、裁判所はさらに、国家による核心領域への侵襲が「実践的には不可避」であることを出発点としている<sup>49)</sup>。

裁判所の判決の基底にあるのは、収集段階と利用段階を区別する二段階保護コンセプトである<sup>50)</sup>。原則として、すでに収集段階において、核心領域データの認知を避けるためにあらゆることが行われるべきである。収集段階における保護は、核心領域に関わるデータの収集が完全に排除されなければならないというところまでは及ばず、核心領域データの収集は一定の場合には「実践的に不可避なもの」として甘受される。その場合、このような核心領域データに関して利用段階において保護が講じられるべきである。しかしながら、核心領域が人間の尊厳から導出されるのの一見対応するように、この核心領域が理念的空間として絶対的に保護されるとした場合に、核心領域への侵襲が「実践的に不可避」であるような措置はどのようにして正当化されうるのであろうか？「人間の尊厳の……抵触が……認知することで基本的に生じ」<sup>51)</sup>る場合に、どのようにして利用段階において核心領域の絶対的保護が保障されるべきであろうか？

b) 空間の絶対的保護

核心領域の絶対的保護と、高度に人格的なものおよび内密なものの理念

---

47) Ebd.

48) BVerfG NJW 2008, 822 (834, Rn. 277). [BVerfGE 120, 274] 傍点は筆者。

49) これに賛成するのは、T. Böckenförde JZ 2008, 925 (932).

50) T. Böckenförde JZ 2008, 925 (932); Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009 (1020 f.).

51) Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009 (1020).

的領域への侵襲が不可避であることとの間には緊張関係が存在するが、この緊張は、2つの方向で解消することができる。大規模盗聴判決の少数意見は、核心領域の絶対的な遮蔽を擁護する方向でこの緊張を解消する。イエーガーおよびホーマン＝デンハルト両裁判官の見解によれば、「人間の尊厳の維持のためには……したがって少なくとも被疑者が一人で、家族と、あるいは相当の信頼関係が存在する者と滞在する私的住居について、それが包括的保護を受けることが想定されている」<sup>52)</sup>。このような立場の帰結が、親族や親しい者との間の電気通信監視ならびにオンライン検索も、それらが「實際上不可避免的に」結びつく核心領域への介入ゆえに違憲であると考えられる、というものである<sup>53)</sup>。このような意味で緊張が解消されるとすれば、聴覚や視覚による住居空間の監視、電気通信の監視、オンライン検索を行う捜査当局から、少なくとも議会立法者の見解によれば実効的な危険防御に本質的であるような捜査手段が、奪われるとまでは言えないにせよ、本質的に縮減されることになろう。空間的に理解される核心領域の保護の絶対性に有利な方向で〔緊張を〕解消することにより、住居の監視、電気通信の監視、オンライン検索に対して広範に及ぶ憲法上の「ノー！」が突き付けられることになる。

#### c) 衡量のトポスとしての人間の尊厳

しかし学説には、この緊張を別の方向で解消しようとする向きもある。この見解によれば、判例の不整合は、——人間の尊厳の場合であっても——絶対的に保護された権利こそがまさに存在しえないことを示しているという。むしろ判例の基底には、核心領域の定義の際にすでに、しかしまた核心領域への不可避免的な侵襲に関しても、人間の尊厳と国家の安全の利益の間の衡量が存在する<sup>54)</sup>。例外〔の存在〕が批判されるのではなく、核心

52) イェーガーおよびホーマン＝デンハルト裁判官の少数意見, BVerfGE 109, 382 (383 f.); これに賛成するものとして, O. Lepsius JURA 2005, 433 (439 f.).

53) たとえば, Kutscha LKV 2008, 481 (486).

54) Schlehofer GA 1999, 357 (359); Lepsius JURA 2005, 433 (440); M. Baldus JZ 2008, 218 (224).

領域保護そしてそれとともに人間の尊厳の保障が衡量に耐性を持つと不誠実に宣言すること、これが批判されるのである。これに対して、裁判所によっては認められていないが実際に行われている衡量に基づけば、相応の広範な安全の利益が存在する場合に核心領域の例外を認めることにのみ、首尾一貫性が認められるとする。

このように緊張を解消することは、それにきわめて特有の爆發力を有する。それは、核心領域保護を人間の尊厳の特有の発露と見て、判例における誤認による不整合を利用して、人間の尊厳の保障の絶対性を全体として疑問に付す。その場合、これによって、判例が、次第に学説<sup>55)</sup>においても反対されていった人間の尊厳保護の絶対性<sup>56)</sup>を自ら貫徹しておらず、基本法1条1項も衡量に服することが、核心領域保護に基づいて示されることになる。核心領域保護に関する判例に基づけば、人間の尊厳保障は全体として国家の安全の利益との衡量に開かれるべきである。その場合、ひとたび衡量に開かれた人間の尊厳保障は、その他の状況においても安全の利益と衡量される。核心領域判例の一貫した解釈以上に本質的に重要なことがある。すなわち、航空安全法判決の修正と、そして結局はまた拷問禁止である。核心領域保護に関する判例が示しているのが、人間の尊厳の保護が安全の利益との衡量を受け入れることであるとすれば、なぜそのような衡量が航空安全法や拷問の場合には基本的に排除されることになるのかが理解できないことになる。

---

55) *Brugger* Der Staat 1996, 67-97 ; *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 45; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 79; *H. Dreier*, in: ders., Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Art. 1 Abs. 1 Rn. 133; *M. Baldus*, in: Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V. (Hrsg.), Dokumentation 15. Deutscher Verwaltungsrichtertag 2007, 2007, 249 (259).

56) 人間の尊厳保護の絶対性については、*Poscher* JZ 2004, 756-762; *ders.*, Menschenwürde im Staatsnotstand, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 215-231.



#### IV. 尊重の表現としての核心領域保護

それでは、核心領域保護に関する判例の分析は、核心領域保護がすでに原罪となったことを示すのであろうか？ 判例は、特に航空安全法判決において、真の世界没落のシナリオを非難を受けても、英雄的に人間の尊厳の一切の相対化に反対したのであるが、すでにひそかに人間の尊厳の保護の絶対性から離別したのだろうか？

##### 1. 尊重要求としての人間の尊厳の保障

核心領域保護に関する判例を人間の尊厳の保障の絶対性へと位置づけるのが困難であるというのは、まさに核心領域保護の空間化にも示されるような、人間の尊厳保障に対する根深い誤解に基づいている。その際、人間の尊厳の保障は、その他の自由権のモデルに基づいて構想されている。このモデルによれば、人間の尊厳の保障の保護法益は理念的な実体であるか、あるいは私的生活形成の核心領域の場合には、身体、生命または住居と同じく侵害から保護される理念的空間である。このような意味において、空間的に考えられる人格の核心領域への侵襲により人間の尊厳が侵害される。それは、国家による身体や住居への侵襲が、それに対応する自由権を侵害するのと同様である。

##### a) 人間の尊厳の不可侵性 (Unverletzlichkeit)

しかしながら、このような人間の尊厳の保障の観念が適切ではありえないということは、すでに基本法1条1項の文言が示している。実体的な観念と空間的な観念はその出発点を、核心領域の場合に人間の尊厳の実体が国家によるそこへの侵襲によって侵害されるという点におくのに対し、基本法1条1項は人間の尊厳の不可侵性 (Unantastbarkeit) を確認している。「人間の尊厳は、不可侵である」。この条文は文字通りに理解される。基本法によれば、人間は、その類に属していることによって尊厳が認められるのであり、あるいは連邦憲法裁判所のことばによれば、「各人は、

その属性や業績，社会的地位にかかわらず，尊厳を有する。尊厳はまた，その身体的または精神的状態に基づけば有意に行動することができない者にも固有のものである」<sup>57)</sup>。類としての人間に属する者はだれであれ，尊厳が切り詰められ，制約され，あるいは奪われることはありえない。他の人間によるものであれ，人生や自然の盛衰によるものであれ，そのようにいえる。

それゆえ，一見したところに反して，人間の尊厳はまた，身体，生命，自由または住居のように侵害することができない。国家は身体の完全性 (Unversehrtheit) であればこれを奪うことができる。警棒による殴打が行われる前は身体の完全性を有しているが，殴打が行われた後では，完全性は毀損される。国家は生命すら奪うことができる。人質誘拐犯は，救助のための発砲が行われる前は生存しているが，発砲後には死亡してしまう<sup>58)</sup>。同様に，国家は，われわれの住居に侵襲し，それによってその私秘性を破壊することはできるのであるが，われわれの尊厳を切り詰めたり，あるいは除去したりすることはできないし，それどころか侵すことすらできない。基本法1条1項は，人間の尊厳の不可侵性 (Unantastbarkeit) を要求するものではなく，それを確認するものなのである<sup>59)</sup>。

b) 尊重要求 (Achtungsanspruch)

尊厳は原則として不可侵であるがゆえに，国家が侵害することのできるような実体的に考えられた尊厳ではないとすれば，人間の尊厳の保障が保護するものとは何であろうか？ 人間の尊厳の保障は，理念的であれ物理的であれ，実体や空間を保護するものではなく，関係 (eine Relation, ein

---

57) BVerfGE 87, 209 (228); また, BVerfGE 96, 375 (399) = JZ 1998, 352, 同判決については, Stürner JZ 1998, 317.

58) 救助のための発砲の許容性について詳細は, Rachor, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kap. F Rn. 990-1024.

59) Schlehofer HGA 1999, 357 (359 f.) が規範的な帰属について述べているのは適切である。同頁ではまた，基本法制定会議における人間の尊厳の理解がこれに合致するものであることを指摘している。

Verhältnis, eine Beziehung)を保護するものである<sup>60)</sup>。人間の尊厳の保障は、尊重を保護しており、国家は人間の尊厳に基づき、尊重をもって人間と向き合わなければならない。連邦憲法裁判所も次のように述べている。「しかし、人間の尊厳から生じる尊重要求は、侵害されることがありうる」<sup>61)</sup>。人間の尊厳は関係を保護するものであって、実体や空間を保護するものではないのであるが、このことはとりわけ、人間の尊厳の保障は人間によってのみ侵害されうるということにも示される。非人間的なものによる侵害や攻撃と、人間の尊厳の問題群は何ら結びつくものではない。ライオンが襲いかかり、無残にも身体をズタズタに切り裂くことにより<sup>62)</sup>、たしかに健康は侵害され、生命すら奪われるが、それは地震の場合と同じく、あまり人間の尊厳の問題となることはない。人間の尊厳は尊重要求を主題としており、この尊重要求は、人間が尊厳を通じて相互に立つ関係にかかわるがゆえに<sup>63)</sup>、人間の尊厳は人間によってのみ制約されうる。それゆえ、地震の犠牲者に対する冷淡な反応が尊厳の発露たる尊重要求を侵害することもありうるが、地震それ自体あるいはその結果として生じる災害による窮乏には、そのようなことはないのである<sup>64)</sup>。

## 2. 尊重要求と核心領域

それでは、人間の尊厳の特徴について以上のように再認することは、核心領域保護に関する判例の評価にとって何を意味するだろうか？ 人間の

60) *H. Hofmann* AöR 1993, 353 (359 f.) は、ブランデンブルク州憲法7条2項の次の文言を援用する。「各人は各人に対し、その尊厳を承認する責任を負う」。

61) **BVerfGE 87, 209 (228)**; また、**BVerfGE 96, 375 (399)**; *H. Dreier*, in: ders. (Fn. 55), Art. 1 Rn. 131; *H. Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu, *Kommentar zum Grundgesetz*, 11. Aufl. 2008, Art. 1 Abs. 1 Rn. 7; *Leibholz/Rinck*, *Grundgesetz*, Stand 2008, Art. 1 Abs. Rn. 8.

62) *Schweidler* ZfL 12 (2003), 2.

63) *Schweidler* ZfL 12 (2003), 2 f.

64) 外国における、たとえば大飢饉の際の努力の要求水準の低さについては、*H. Hofmann* AöR 1993, 353 (365 f.).

尊厳侵害は、国家が一定の実体を制約し、あるいは一定の領域に侵襲することだけで生じるものではない。極端な場合、国家は侵略者を、その尊厳を侵すことなく殺害することすらできる。侵略者との対決が生命にかかわる場合すらも、国家はその侵略者を——敵としてであれ——尊重することができる<sup>65)</sup>。実体の侵害においてまさに尊厳の無視が表現されている場合にのみ、実体の侵害において尊厳の侵害も存在する。それゆえに、人間を動物のように扱う恣意的な国家による殺人は、生命権の侵害であるのみならず、尊厳の侵害でもあるのである。同様に、身体の完全性への介入のすべてに人間の尊厳の侵害が認められるわけではない。しかし、その介入が拷問の枠組のなかで行われる場合には、その介入行為は尊厳を侵している。なぜなら、当該介入行為が理性的な意思形成、したがって人間を類として特徴づけるものを否定することに向けられているからである。尊厳の無視は、拷問の本質をなす。それゆえ拷問は、尊厳侵害の典型例でもあるのである。

生命やあるいは身体の完全性への介入のすべてが人間の尊厳の侵害であるわけではないように、国家が私的生活形成の核心領域に属する内容を認知した場合に、常に基本法1条1項の侵害が存在するわけではない。たとえば窓が共有の庭に向けて開いていることを隣人が意識していない場合に、その隣人の私的なあるいはまた内密な詳細を偶然に知ることが誰にでもありうるように、公職者にも起こりうる。たとえば警察官がその窓の前をパトロールする場合や、カップルが周りに誰もいないと勘違いしているが、林務官がいる見張り台近くであった場合、また公務員が薬物販売者の住居を捜索し、その際に引出しから被害者の内密の写真を発見する場合がこれにあたる。

a) 意図せざる介入効果

公職者は、隠れてあるいは秘密裏に個人に関する情報を収集する場合には、当然むしろより頻繁に、以上に対応する状況に至る。しかし、私的生

65) このことに対する誤認は、尊厳の物理的前提条件としての生命が尊厳と同一視されるときに生じる。たとえば、*Schlehofer* GA 1999, 357 (363 f.) を見よ。

活形成の核心領域の内容を単に認知するだけにとどまらず、尊厳を無視している場合にはじめて、人間の尊厳の侵害となる。判例上これにあたるのは、私的生活形成の核心領域の情報を国家の目的のために利用するべく、国家が核心領域に侵襲する場合である。国家はこれによって、人格の全領域を道具化し、国家の目的の下位に位置づけていることを示す。被害者は「単なる手段」となる。これに対し、私生活の核心領域に関する意図せざる認知は、必ずしも、被害者の私的生活形成の核心領域、つまりその尊厳の無視の表現であるとは限らない。

このことは基本的に、意図せざる効果が甘受されるような場合にもあてはまる。一般的に、極めて厳しい制約であっても、それが甘受されるものであれば、被害者の無視には必ずしも当たらないと考えられる。たとえば、強制接種の場合に、予防接種によって一部に深刻な健康被害が発生する者があることを、われわれは甘受している。しかしその際に、少なくともリスクグループについて例外規定を定め<sup>66)</sup>、それにもかかわらず生じた被害に補償がなされる<sup>67)</sup>場合には、被害者の軽視であるとは考えられない。当事者でない者の補償に関する警察法上の規定は、同様に評価される<sup>68)</sup>。介入措置に関して意図せざる効果が生じた場合、意図せざる効果を避けようとし、そしてそれでもなおそのような効果が発生した場合には、被害者の制約を可能な限り限定し、そして——必要であれば——補償を行おうとする努力の真摯性、これらによってまさに、被害者に対する尊重が表現されるのである。

連邦憲法裁判所が核心領域保護に関する判例において要求しているのは、まさにこのような尊重の形式である。核心領域への侵襲が「實際上不

66) 参照、感染症防止法20条6項3文。同条についてはたとえば、*Stebner/Bothe MedR* 2003, 287 (287 f.)。

67) 予防接種の被害を理由とする補償請求権 (*Aufopferungsanspruch*) について基本的なものとして、BGHZ 9, 83; 現在では、感染症防止法60条。

68) 参照、たとえば、バイエルン州一般警察法70条2項1文、ベルリン州一般警察法59条1項2号。

可避」な介入を行う場合に、人間の尊厳への尊重は、意図せざる侵襲が可及的に回避されること、努力にもかかわらず意図せざる認知が生じた場合にはただちに中断し、そして特に決して利用されないことを要求する。とりわけ被害者の尊厳への尊重から、独立の機関による収集・利用禁止のコントロールが要求される<sup>69)</sup>。

このような評価を、厳格主義的観点から疑問視しようとする向きもあるかもしれない。〔それによれば、〕核心領域の意図せざる認知となる一定の蓋然性を有する措置をとる場合に、人間の尊厳への尊重を表現することができる唯一の形式は、介入が原則として行われぬことにあるとする。しかしながら、一方で、このような評価は、核心領域の意図せざる不利益のみによっては根拠づけることができない。むしろ、国家が核心領域を意図せざる認知から保護するために実際にまた技術的に可能なあらゆることを行い、一切の利用を禁止し、特に独立の監視を設けている場合には、これらの努力を行っているにもかかわらず、国家が被害者に対する軽蔑をどのような点で表現しているのかが示されなければならないであろう。他方、少なくともそのような厳格な立場について、なぜその立場に立つ場合に私的住居空間に対する古典的な搜索が行われるだけで許されるべきでないのかは容易には説明されないであろう。しかし、そのような議論が成功するかどうかとは全く別に、連邦憲法裁判所に対して、少なくとも、不整合との非難を向けることはできない。空間的な核心領域保護モデルに従えば矛盾として現れること——判例は一方で核心領域を絶対的に保護していながら、しかし国家による侵襲を甘受している——は、人間の尊厳保障を尊重要求として再認識すれば、価値判断が問題となっているにすぎない。つまり、意図せざる核心領域の認知の可能性を胚胎する介入の場合に、尊厳の尊重がどのようにして表現されるのか、全般的に介入を行わないことによってしかできないのか、それとも核心領域に可及的に配慮し、特に一切の核心領域に関するデータの利用を認めない複合的な手続法上のレジーム

---

69) BVerfGE 109, 279 (333).

によっても行うことができるのか、これが問題となるにすぎないのである。

その点で、連邦憲法裁判所が我々の価値判断および直観、ならびに意図せざる介入効果に関するその他の実践を、厳格主義的立場よりも適切に反映する立場を採っていることが、これまでの考察によって示されてきた。少なくとも、人間の尊厳の保障が保護コンセプトの空間化から純化され、同保障の構成する尊重要求が再度中心に位置づけられる場合には、人間の尊厳保障の絶対性要求を必然的に放棄することになるという矛盾は、裁判所の立場とは結び付けられないことが明らかとなる。裁判所のコンセプトは、国家の安全利益により人間の尊厳を相対化する衡量に基づくものではなく、国家行為の意図せざる効果に対して人間の尊厳から生じる尊重要求が何を命じるかについての判断に基づいているのである。

b) 連邦刑事庁法の新たな規律

連邦憲法裁判所の構想が人間の尊厳と国家の安全利益との衡量に基づくものではないことは、とりわけ、安全政策が考えられる限り大きな脅威に向けられる場合であっても、その構想が安全政策に対し限界を設定する点にも示されている。たとえばオンライン検索に関する権限などの連邦刑事庁の新たな権限は、核心領域保護の要求を前にして、それが国際テロリズムの防御によって重大な安全利益に資するということによって正当化することができない。連邦刑事庁の権限は、そのような重大な安全利益に役立つにもかかわらず、収集レベルでも利用レベルでも、核心領域保護に関する憲法上の規準を満たしていない。

新たな規律において、収集レベルでの制限がおろそかにされている。連邦刑事庁法新20k条7項および20l条6項によれば、オンライン検索および電気通信監視の枠組における収集は、「専ら」核心領域に関するデータにかかわることが予測される場合に限り、認められないとする<sup>70)</sup>。コミュニケーションまたは記録が専ら核心領域に関するデータを対象とするという前提条件は現実性を欠く。核心領域に関するコミュニケーションまたは

---

70) 同じく、刑事訴訟法100a条4項、ザールラント州警察法28a条2項。

記録は通例また、日常的なこと、瑣末なこと、またその他のことをも対象とすることになる。さらに、純粋に核心領域に関するコミュニケーションまたは記録があらかじめそのようなものとして認識可能でなければならないというのは、いっそう現実的ではない。そのように解するとすれば、核心領域は第一段階で空転する<sup>71)</sup>。連邦刑事庁法の新規定に反して、核心領域にかかわることがそもそも予測可能である場合——コミュニケーションが具体的な犯罪行為の約束または計画にもかかわることについて何ら根拠が存在しない場合——には、それだけで収集は行われてはならず、または中断されなければならない<sup>72)</sup>。コミュニケーションが具体的な犯罪行為の約束または計画にもかかわることについて根拠が存在する場合であっても、それが職務遂行上および技術上可能である限り、核心領域に関するデータの収集は行われてはならない。

利用レベルでは、独立の機関<sup>73)</sup>によるコントロールから、評価機関と使用機関の組織上の分離が保障されるべきである。これは、意図せずに収集された核心領域データに関する使用禁止を保障する。収集されたデータが、利用段階で、使用機関によりその使用可能性について調査されるとすれば、一度得られた核心領域に関するデータについての知識は、以後の手続についても消し去ることがほとんどできないであろう。しかし、核心領域にあたる疑いのある記録が、利用段階において、独立機関によってその憲法上の使用可能性について審査される場合には、審査の際に得られた知識は、基本権上の評価と職務遂行上の使用を組織上分離することにより、使用当局の以後の手続に影響を与えることはない。したがって、組織上の分離により、使用当局が核心領域にかかわるデータをも利用する場合には不可能であるような方法で、核心領域保護は真摯に受け止められる。しかし、連邦刑事庁法新20k条7項のオンライン搜索の規定によれば、収集されたデータは、「命令する裁判所の指揮の下、……遅滞なく連邦刑事庁の

---

71) *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009 (1020).

72) **BVerfGE 113, 348 (391)**.

73) **BVerfGE 109, 279 (333)**.



データ保護官及び連邦刑事庁の2名の他の職員により……核心領域に関連する内容を検査しなければならない」とされる。すでに立法手続において争いがあり、幾度となく修正されたのであるが、連邦刑事庁の官吏がまず核心領域に関連する記録をも認識するということがいまだにその基礎にある。しかし、これでは核心領域内容を評価する独立の機関と職務遂行上使用する当局の区別が行われない<sup>74)</sup>。連邦刑事庁の捜査官が記録を基本権により評価する際に得た核心領域の事態に関する知識をその捜査に混入させないこと、これが当該捜査官に要求されるとすれば、核心領域保護は茶番になってしまうおそれがある。ここでも、私的生活形成の核心領域は、官吏がそもそも核心領域に関するデータを認識することによって無視されるというわけではない。そうではなく、職務遂行として活動する官吏が当の官吏のコントロールに参画することによって無意味化されることこそ、[私的生活形成の核心領域に対する]無視が存在するのである。連邦刑事庁法新20k条7項において選択された利用段階における独立のコントロールの具体的形成は、第2段階における核心領域保護の中心となる使用禁止を十分真摯に受け止めていない。

## V. ま と め

イメージは、示唆を与える大いなる力の発端となりうる。それは言語上の類縁たるメタファーにもあてはまる。そして、私的生活形成の核心領域というメタファーは、複雑な心理学的および社会学的考察を概念化し、基

74) この点で刑事訴訟法100c条7項の規定とも区別される。同条は、核心領域に関連するデータが集積される可能性がある傍受プロセスがそもそも問題となるかどうかについてのみ、検察官が決定し、それに該当する場合に〔データの〕使用〔の判断〕は裁判所に存するというようにして、少なくとも憲法適合的に理解することができる。この規定は、連邦憲法裁判所のある部会決定において憲法適合的なものとみなされた (BVerfG NJW 2007, 2753 (2757 Rn. 65) [BVerfGK 11, 164])。第二部での手続において、同規定は新たに検討されている (BVerfG vom 15.10.2008 - 2 BvR 236/08)。

本権ドグマティク上の注目を集めるにふさわしいものである。しかしながら、ドグマティクはイメージによって、そのイメージを十分に検討することもなく構成の中に移しこむ誘惑にのせられてはならない。人間の尊厳の保障から導出された核心領域保護は、物理的空間ないし理念的空間の遮蔽に向けられているのではない。核心領域保護は、一定の生の表明の尊重に向けられているのであり、それは、どのような空間であれ行われる基本権主体の心理学的、社会的インテグリティにとって、高度の重要性を有している。核心領域保護をこのような絶対的尊重要求へと引き戻すことにより、保護を住居空間へと狭めることも、治安当局の秘密裏の隠された情報収集に対する憲法の広範な「ノー！」に帰着するような過度の強化も回避される。しかし、とりわけ尊重要求を再認識することにより、空間的な人間の尊厳理解を背景にすると不整合に見えざるを得ない判例を、人間の尊厳の絶対的保護が解体していることを示す重要証人として援用可能とすること、これが阻止される。核心領域保護に関する判例は、全体として見て相当な成果を有する裁判所のドグマティクの枠組における首尾一貫した礎石であり、この裁判所の成果は、憲法ドグマティクにとって困難な環境において、基本権上の自由および法治国家的コントロールを確保することに寄与するのである。

#### 訳者あとがき

本稿は、*Poscher, Ralf*, Menschenwürde und Kernbereichsschutz. Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens, JZ 2009, S. 269-277の全訳である。

ポッシャー教授の経歴、本稿訳出の経緯等については、現在訳出中のポッシャー教授の別稿、*Poscher, Ralf*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: J.R. Sieckmann (Hrsg.), Prinzipientheorie der Grundrechte, Baden-Baden 2007, Nomos Verlag, S. 59-79において説示することにした。

本稿は、ドイツ国法学における人間の尊厳のドグマティックの中核問題の1つである核心領域保護の問題を扱ったものである。その内容はきわめて明解なものであり、説明の必要はないと思われるが、あえて述べれば次のようになる。

新たな安全問題を背景に、連邦憲法裁判所は人間の尊厳の保護について、私的生活形成の核心領域保護のコンセプトを打ち出した。この核心領域保護については、実体的であれ理念的であれ空間的に理解する学説が多い。しかしながら、そのように解すると、判例の立場（いわゆる二段階保護コンセプト）は、核心領域の絶対的保護を主張しつつも核心領域への侵襲が実践的に不可避であるとする、いわば矛盾するものとして理解されることになる。この矛盾を解消するべく、学説は、空間的理解の徹底を図り、一切の侵襲を許されないとする立場と、人間の尊厳の絶対性を放棄し、衡量可能性を認める立場とに分かれることになる。

このような状況に対し、ポッシャー教授は、判例の立場について別の理解可能性を提示する。まず、人間の尊厳はまさに不可侵であることから、この保障を空間的に理解すること自体を問題視し、これに尊重要求（*Achtungsanspruch*）としての人間の尊厳の保障を対置する。これは人間相互の関係を保護するものであって、国家は尊重をもって人間に対峙しなければならないことを要求する。この尊重要求が満たされるかどうかは人間の尊厳保障の中核問題であって、そのため、空間（身体・生命等）への侵襲が必然的に尊厳侵害になるわけではないとする。

そして、国家による介入措置により、私的生活形成の核心領域に意図せざる効果が生じた場合には、当該効果の回避の努力、なお効果が発生した場合の効果の限定化と補償といった努力の真摯性が認められるかが、尊重要求を満たしているかどうかの1つの基準であるとする。そして判例の核心領域保護も、このような尊重の形式を要求しているものと理解し、連邦憲法裁判所が示した情報の収集段階、利用段階についての具体的な判断枠組を擁護する。以上の観点からすると、新たな連邦刑事庁法の規定は収集・利用両レベルにおいて問題があるとする。

ちなみに、ポッシャー教授には本論文のほか、人間の尊厳を主題とする3つの論文が存在する (Poscher, Ralf, „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“, JZ 2004, S. 756-762; ders., Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter, in: G. Beestermöller/H. Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielficht?, C. H. Beck 2006, S. 75-87; ders., Menschenwürde im Staatsnotstand, in: Bahr/Heinig(Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 215-231)。これらの論文では、人間の尊厳が法ドグマティクにおいて絶対性をもつものとされることは法ドグマティクの内的視点のレベルでは説明できるものではないとし、外部的視点たる社会学 (法社会学) などを手がかりに、この点について検討を加えている。そして、①人間の尊厳は単なる禁止を超えたタブーとしての性格をもち、目的合理性に基づく衡量には服しない、②人間の尊厳の相対化を認めると、その例外がインフレ化することから、人間の尊厳の侵害を法的なタブーとし、その違反に制裁を科すことで、「悲劇的選択」の濫用を防ぐ、③それでもなお人間の尊厳を侵害しなければならないきわめて例外的ケースも理論上は存在するが、その場合は法的制裁を受ける覚悟のもとで、個人の倫理的責任によりタブー破りが行われる、そして、社会は「悲劇的選択」の処理からわかるように、法と倫理の構造的カップリングが対抗的な形で行われることになる、ことなどを指摘する。そして、以上の議論を背景に、ドグマティクのレベルで、拷問の法上の絶対禁止を説明し、また緊急事態においても人間の尊厳はやはりタブーとして理解されうるとする。

本稿とともに先行する3論文を読むことで、ポッシャー教授の人間の尊厳に関する立場が立体的に理解されることになろう。

なお、2004年の論文については、次号にて訳出する予定である。詳しくはそちらを参照されたい。