

早稲田大学審査学位論文（博士）の要旨

## 日本国憲法 13 条解釈論の日独比較研究

實 原 隆 志



## 序

日本国憲法には表現の自由や経済的自由をはじめとして、多くの権利・自由が挙げられている。その多くは憲法制定時にその重要性が既に明らかであったものであるが、新しい問題に対して人権規定の解釈によって対応することが試みられることがある。しかし、そこでなされる解釈が様々な不利益を発生させたり、議論を呼び起こしたりすることがある。そこで本稿では、日本国憲法 13 条を中心とした人権規定はどのように解釈されるべきか、そして、そうした解釈から生じうる問題についてどのような論証が必要であるかを、ドイツの議論を参照しながら明らかにする。

## 第 1 部 基本権の保護領域をめぐる争い

第 1 部では基本権の保護領域について、ドイツの状況を紹介しながら検討する。それは、公権力による措置が問題となった場合に、それが憲法上の権利の問題と言えるかは、この措置によって制約される個人の行為や利益が憲法上の権利に含まれていると言えるかどうかによって変わるためである。

### 第 1 章 基本権の保護領域をめぐる議論—基本権の構成要件と保障内容

ドイツにおける通説的な見解は、基本権の保護領域を広く理解してきた。通説的な見解の代表的論者であるアレクシーは基本権の保護領域該当性と基本権介入該当性を共に広く理解すべきとし、それを広い「構成要件」論として展開した。しかし広い構成要件論に対しては、国家を個人の敵とする見方に固執しているのではないかとの批判があり、「構成要件」や「保護領域該当性」という用語の理解や「介入」の有無を判断する基準も論者によって様々である。さらには、いったん保護領域に含まれたものの多くが最終的に保護されないという「(不) 誠実性」、基本法 2 条 1 項の空洞化、基本権衝突の増加や連邦憲法裁判所の権限の不当な拡張、「グロテスク」な基本権の登場、基本権の「陳腐化」などの批判があった。他方で、狭い構成要件論に対しては、利益間の衡量が基本権審査の前段階に移ってしまっている、保護領域審査が制約条項を取り込んでしまっている、国家の措置の法治国家的な統制や基礎づけ可能性が低下してしまうなどの反論がなされた。

その後、2000 年以降になると、連邦憲法裁判所の注目判決もあって、基本権の「保障内容」該当性に関する議論が登場する。例えば、ベッケンフェルデは、それまでの通説的な見解は基本権の介入の正当化に関する検討を多くの事例で求めるものであり、「裁判官留保」の問題が生むと批判する。そこで基本権の保護領域に含まれるものを「事物・生活領域」と「保障内容」に分け、そのうち保障内容を限定的に理解すべきであると主張した。また、リームは判例や通説が国家と社会を対置させているとして批判し、自由とは国家に対する自由ではなく、現実の自由の保護という客観的な委託を含むとする。このような状

況においては「保護領域」ではなく、「保障内容」という用語を用いるべきであると主張した。しかし、違憲審査の第一段階をどのような名称によってどのような作業として理解するかについては争いがあり、また彼ら一両者の主張は厳密には異なるのだが一の主張に対しては、国家が基本権を保障するという見方への批判、これまでは正当化の段階で行ってきた衡量を保護領域の審査に移してしまっているとの批判などがある。

このように、基本権が何を保護しているかという点について保障内容との用語を用いた議論が展開されたが、そこで問題となっている争点に大きな変化はない。特に、基本権が保護するものを広く、あるいは狭く捉える場合のそれぞれの立場がもたらす不利益が双方から指摘されるという議論が続いており、基本権の保護領域の解釈をめぐる議論に進展が見られたとは言い難い。

日本でも憲法上の権利に該当するかどうかという論点は、主に憲法 13 条の問題として検討されてきたが、ドイツにおけるのと同様の争点をめぐる議論となっている。そして、長期にわたって同様の議論が続いているということは、基本権の保護領域が拡張することによって裁判所の権限が拡張するとの指摘についても同様である。第 2 章ではそこに焦点を当てる。

## 第 2 章 保護領域の拡張と裁判所の権限

日本においては幸福追求権の保護範囲を比較的狭く解する立場が通説的になっている。その保護範囲を広く解する一般的自由説に対しては、幸福追求権の制限の正当性を審査する裁判所の権限という観点での批判がある。

ドイツにおいても、基本権の保護領域を広く理解する通説的な見解に対しては、多くの行為が基本権の保護領域に含まれることによって対立する利益同士を裁判所が衡量しなければならない場面が増え、それによって憲法裁判所の権限が拡張してしまうとの批判がある。

しかし、日独両国において、保護領域を広く理解する立場も、裁判所の権限の拡張をどのように正当化できるかを検討している。例えば阪本昌成は幸福追求権については一般的自由説を支持しているが、民意を反映している民主政治であっても「法の支配」や「公共の福祉」に従っている必要があり、それらに関して審査を行うのが裁判所の役割であると考えている。また、ドイツではベッケンフェルデが、留保のない基本権の保護領域を限定的に理解する一方で、基本法 2 条 1 項の保護領域については広く理解している。一見すると矛盾するようではあるが、保護領域の広い解釈に伴う裁判所の権限の拡張という問題は、制定議会の意図には反しないため解決可能であると考えている。

阪本やベッケンフェルデの議論は、一定の理論を前提にしているものであり、「循環論法」の指摘もあり得るところであろう。しかし、両者の議論は、基本権の保護領域が広く解釈された場合に裁判所に課せられることになる任務が増える可能性があるとして、裁判所が違憲審査を行うことの正当性についての検討が適切なものとなっているかが検討されるべ

きであることを示しているように思われる。そして、その正当性を検討するにあたっては、憲法という実定法を超える「憲法理論」に依拠することには一定の意味があるように思われるが、その点については後に検討する。

### 第 3 章 近年の議論状況

「保障内容」という用語を用いて行われた、基本権の保護領域をめぐる 2000 年以降の議論においては、一見すると大きな展開があったようにも見えるが、実際に論じられている点に大きな変化はなかった。また、人権のインフレ化、権利の不明確性、裁判所の権限の拡張、権利の空洞化といったものが論点として扱われてきたが、これらの論拠は議論に決着をつけるに至ってはいないと言わざるを得ない。特にこれらの論点については、憲法上の基本権の保護の要否に関する結論を先取りするものであるとの問題や、それぞれの立場の優劣を決定するものとは言い難いという問題がある。

そうしたこともあってか、日本においては、憲法 13 条による保護の要否が検討されてきたものの一部を、客観法的な保護を受けるに過ぎない「放任行為」と理解する立場も目立ち始めている。そこではこれまでの議論において憲法上の保護の有無が問題となってきた行為・自由を、憲法上の（主観的）権利とそうではないものとに区別し、後者に分類された行為については、それを規制することの正当性だけが検討されるとする。また、放任行為を規制する正当性に関しては、法律の根拠があるか、規制の（内容的な）必要性・合理性などが認められるかを検討しようとしている。

この「客観法的権利」説は、幸福追求権の保護領域をめぐる議論の再構成をする上で有用なものにも感じられる。しかし「放任行為」が憲法によって主観法的に保護されていないものなのであれば、そうした行為の規制の合憲性をなぜ裁判所が審査し、場合によっては違憲とできるのかが問題となるだろう。このような審査の必要性を認めるのであれば、憲法 13 条の保護領域を広く理解し、放任行為に類する行為も基本権の保護領域に含まれると考えるべきであろう。

それゆえ、基本権の保護領域を広く理解し、それをどのような理論によって支えるかを検討すべきであるように思われるが、この場合には、人権規定の解釈とそれを支える理論の関係をどのように捉えるべきかが検討課題となるだろう。その検討を第 4 章において行いたい。

### 第 4 章 憲法理論と憲法解釈—イェシュテットによるドイツの判例・通説への批判

上ではここまでの検討に基づき、特定の理論に基づいた検討の意義やその必要性について指摘した。第 4 章では「純粹法学」的な理論に基づいて現在の判例や通説の見解を批判するイェシュテットの見解に注目する。というのは、彼の議論を参照することは理論と憲法解釈の関連性を検討するうえで有益と思われるからである。

イェシュテットはまず、(法) ドグマティックを法学と法実務の共通言語として機能しう

るものとして挙げる。法ドグマーティクは法適用に関わるものであると捉えられているが、ドイツの国法学においてはこれが多用されており、「政治」の排除、法学と法実務の役割分担の不明確化などといった問題が生じているとする。また、客観説が用いられる傾向があることも批判し、ドグマーティクを用いる際には主観的・歴史的解釈によるべきであるとしている。他方で、ドグマーティクのように実定法の証明が必要ないものとして、イエシュテットは「理論」を挙げる。理論は、指導原理やキー概念などの形で用いられるものであり、各憲法の部分の背後にある全体を把握できるようにするものであるという特徴があるとしている。しかし、ドイツの判例・通説は「連邦憲法裁判所実証主義」的であり、そうした状況では理論がもつ必要性が満たされなくなると批判している。こうしたイエシュテットの主張をよく見ると、法体系における様々な形での分業構造とその必要性を指摘しており、その意味でケルゼン的な議論を基礎としていることが分かる。

他方で、イエシュテットはアレクシーの議論も批判の対象の中心としているが、ある一定の理論を出発点にしたうえで憲法論を展開するという手法自体は、原理理論を出発点として議論を展開するアレクシーと共通しているところがある。アレクシー以外にも、本章で取り上げた論者の多くが特定の考えを背景に議論を展開していることは、その議論に循環という性質を否定しがたいとしても、憲法のテキストの抽象性を考えると、イエシュテットが主張する通り、憲法学においては実定法の世界の外にある「理論」が不可欠であることはたしかであろう。イエシュテットとアレクシーとでは基礎としている理論と具体的な主張のそれぞれに違いが見られる一方で、一定の理論を基礎としているという意味で解釈の方法という点では共通点もあり、こうした相違する見解の背後にある方法の類似性のようなものが、理論を用いて憲法規定を解釈する必要性を際立たせているように思われる。

理論は実定法の外にあるものであるため、理論の妥当性自体を検討することは困難であろう。先に示した、アレクシーの議論を基礎とする見解をイエシュテットが批判していることに対する疑問は、そうした観点からのものであった。それゆえ、基本権の保護領域をどのように解釈すべきかは、その解釈の基礎に置く理論との兼ね合いで検討されるべきであるように思われる。

## 第 5 章 第 1 部の小括

第 1 部で示した結論をまとめると、まず基本権の保護領域は広く捉えられるべきである。この場合にはいったんは憲法上保護されるとされた権利に対する制約が正当化できるかを裁判所が審査しなければならないが、それ自体が問題なのではなく、それをどのように正当化できるかという観点での検討が行われるべきである。しかし、その場合には、それをどのように正当化できるかが問題となるが、イエシュテットやアレクシーの議論を参照する限り、一定の理論を出発点としたうえで解釈論を展開するのが賢明であるように思われる。そして、結論的に言えば、人権規定を広く解釈し、そうした解釈の出発点として原理理論を据えるのが適切と思われる。

## 第 2 部 基本権に対する介入と、その正当化

第 1 部において、基本権の保護領域該当性をめぐる日独の状況や近年の「客観法的権利」説も概観することを通じて、これまで扱われてきた論点についてはより立ち入った考察が必要であることと、基本権の保護領域を広く解することの必要性について述べた。第 2 部では基本権に対する制約の問題を、介入の有無やその正当化の問題として検討する。

### 第 1 章 Nシステムを使用することの憲法上の問題

第 2 部の検討は、公的機関による個人情報の収集が有する法的性質の検討から始める。こうした行為の法的性質の評価について、ここでは、いわゆる「Nシステム」の問題を取り上げる。

ドイツでは、公道を走行する車両のナンバーを自動的に読み取り、それを警察の捜査記録・メモと自動的に照合するシステムについて規定していた州法に対して憲法異議が申し立てられたことがある。連邦憲法裁判所はこの事件が情報自己決定権に関するものであることを前提とした上で、問題となっている諸規定は、ナンバー記録を行う手がかりや最終的に役に立つべき捜査目的も挙げておらず、基本法に反するとした。

他方、日本ではこうした情報収集・照合は「Nシステム」と呼ばれているが、東京地裁は過去の判決において、Nシステムによって運転者等の容貌等は撮影されず、ナンバー・データは一定期間経過後消去され、画像が記録・保存されることはないとした上で、Nシステムの使用は憲法に違反しないと判断した。

このような両国の判例を比較すると、日本にはNシステムを用いるための具体的な立法がないという特徴が明らかになる。日本の判例はそれでも違憲ではないとしており、日本の刑事訴訟法学説の通説的見解も、こうした措置について具体的な法律上の根拠を厳格に求めている。警察による情報収集が問題となる多くの事例について個別具体的な法律上の根拠を求めない一方で、それぞれの措置について一定の歯止めをかけようとするのは日本の議論の特徴の一つとなっている。しかし、法律とそれを制定する国会がもつ民主的意義を考えるならば、Nシステムの使用についてもドイツと同様に具体的な法律上の根拠を求めるべきであるように思われる。

### 第 2 章 行政・警察機関が情報を収集する場合の法律的根拠

このように、Nシステムの法的な評価という点で日独両国の判例・学説には大きな違いがあり、このような違いはNシステム以外の場面でも見られる。

日本の刑事訴訟法は 197 条 1 項但書きで、強制処分については法律の定めが必要であると規定している。この規定に従えば、警察などが行おうとしている措置が「強制処分」に該当するかどうかによって、法律上の根拠の要否が決まることになる。日本の刑事訴訟法

学における通説的な見解は、令状の要否の問題とも関連させながら「重要な権利・利益」の範囲を限定的に捉え、多くの処分を「任意処分」と理解しながらも、「任意処分」についてもその限定を試みることによって国家による行為の行きすぎを防ごうとしている。そして、これは判例においても同様である。

しかし、ドイツの判例と学説は、それとは異なる状況にある。ドイツにおける違憲審査は、基本権の保護領域該当性、保護領域に対する介入の有無、介入の正当化の可否の、主に三段階で行われる。そして、三段階目の正当化審査においては、そのような介入に法律上の根拠があるかが検討される。公権力による情報収集に具体的な法律上の根拠が必要かどうかは、そのような情報収集が「介入」に該当するかどうかで変わってくる。そして、基本権に対する「介入」概念は現在では拡張されており、介入概念の拡張は情報自己決定権に対する「介入」概念にも表れている。この点において、判例と通説で大きな違いはない。

このように具体的な法律の根拠が必要となる国家の行為、そしてそこで制約される権利の重要性について、日独両国の議論状況は異なっている。この点に関する日独両国の違いは議論の枠組みの違いにすぎないのかもしれないが、そこで問題となるのは、制約される権利の重要性を任意処分の許容性の問題として検討すれば十分なのか、特に「強制処分法定主義」にどのような意義があるかであろう。その点、強制処分法定主義は強制処分を行うことに対して法定という形で有権者の代表による承認を得ることを求めるという意味で民主主義的意義を有している。また、判例においては刑事訴訟法に「検証」に関する規定があることで強制処分の法定という問題は解消されると考えられていることが多いように思われるが、強制処分法定主義は、ドイツの議論を参照するならば憲法上の原理でもあると考える余地がある。それゆえ、公権力の行為に対して具体的な立法がないことは軽視されてはならない。技術的手段を用いた国家の行為に対する法律上の根拠の要否に関する日独両国の違いは単なる論理構造の違いではなく、日本の判例・通説は「強制処分法定主義」がもつ先述の意義を十分に考慮しておらず、妥当ではない。法律上の根拠を厳格に求める、ドイツの判例・通説の方が適切と思われる。

### 第3章 「サイバーパトロール」の法的性質

現代の社会では薬物や児童ポルノ・データの売買に関するやり取りなどがインターネット上で行われることも多く、「ウェブサイトや電子掲示板等を閲覧して違法情報や有害情報等の捜査の端緒となる情報を把握する活動」が行われている。この活動は日本においては「サイバーパトロール」とも呼ばれるが、それを行う直接の根拠となる法律や規定は明らかではない。日本の刑事訴訟法が定める「強制処分法定主義」に従えば、サイバーパトロールが「強制処分」に該当すると、この活動を行うための直接的な法律上の根拠が必要になる。ここまでの議論に続き、第2部第3章では個人の情報を収集する新しい措置として公権力によるインターネット上での情報収集の問題を取り上げ、先に示した見解の当て

はめを試みる。

インターネット上での情報収集という点では、ドイツの連邦憲法裁判所の 2008 年判決がある。この事件ではある州の法律が憲法擁護庁に対して、秘密裡の監視やインターネットのその他の解明、例えば特に、コミュニケーション空間に秘密裡に参加するといった措置を用いて情報収集することを認めていたことが問題となった。連邦憲法裁判所は、情報自己決定権の問題となる場合として「一般にアクセス可能な情報の収集」を挙げ、これは特定人を標的にして収集する場合を除いて介入とはならないとした。また、「国の当局が、属性・身分を隠して、ある基本権主体とのコミュニケーションに加わる」場合も基本的には情報自己決定権への介入とはならず、さらに、当局が、その人のコミュニケーションの相手となっている者が有している相手の属性や動機への保護に値する信頼を利用して、そうしなければ得られなかったであろう個人データを収集すれば介入となるものの、多くの場合はそうした信頼は保護に値しないと述べた。

こうした判断についてはドイツ国内でも批判があるが、ここではこの判断を日本国内の法状況に当てはめて検討したい。日本におけるサイバーパトロールの定義を踏まえると、日本におけるインターネット上での情報収集では不特定多数の者が閲覧できる情報を対象としてきたと言える。刑事訴訟法がいわゆる「強制処分法定主義」について規定していることを考えると、この情報収集行為は立法によらずに行われうるかどうか重要な検討事項となる。

しかし、連邦憲法裁判所の見解に従うならば、不特定多数の者が閲覧できる情報が情報収集の対象とされているのであれば特定の人物を標的にした情報収集でない限りは立法によらなくても行え、それはアクセス制限のないチャットにおけるやりとりの観察についても同様となる。他方で、コミュニケーションパートナーの属性をチェックする習慣のあるスペースにおいてコミュニケーションの直接の相手方として身分を隠して行う情報収集は、立法を待ってから行うべきだろう。その点、日本においては 2013 年の閣議決定において「一般のインターネット利用者からの通報が期待し難い、登録サイト内等」の情報の把握が今後の課題として挙げられている。そうした情報収集活動の対象は SNS も及びうと思われるが、SNS においては利用者が実名を使っていることも多いことや事前に許可されている者だけが閲覧できる情報があることなどを考慮しながら、立法の必要性を検討する必要があると思われる。

#### 第 4 章 私生活における不可侵の核心領域の保護

ここまで第 2 部においては、基本権に対する介入に立法を求めることに関する日独両国の議論状況を参照したが、かねてより連邦憲法裁判所においては、基本権に対する介入の実質的な正当性も審査されてきた。そこでは主に比例原則を用いて審査され、介入が違憲とされたことも少なくない。しかし連邦憲法裁判所はそれだけでなく、個人には対立利益による制限が正当化されない不可侵の領域も保障されているとしてきた。

連邦憲法裁判所は日記決定と大盗聴判決において、犯行と直接関連する情報は核心領域には含まれないとした。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はあるが、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した。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に介入する可能性があるとして指摘し、そのような介入はできる限り避けるべきであるとした。仮に核心領域に関わるデータが得られた場合には、第二段階として、そのデータの利用を禁止する規定が必要であるとした。

しかし、近年ではこうした判例に対して様々な批判がある。主な検討課題としては、核心領域の定義、定義に当たっての衡量の有無や衡量することの適否があり、また二段階での保護においては、一度は情報が知られてしまうという問題もある。

それでも、連邦憲法裁判所は一定の情報については核心領域に属するものとして絶対的に保護されるべきであるとの姿勢を崩しておらず、また、情報の収集・収集の継続・収集した情報の利用の場面について厳格に審査している。連邦憲法裁判所の審査においては、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。また、そのような審査は、問題となっている情報の重要性からして必要であり続けると思われる。

## 第 5 章 第 2 部の小括

日独両国においては N システムに関する法的評価について、特に具体的な法律上の根拠の要否という点で大きな違いが見られる。そして、それは N システム以外の措置についても同様である。たしかに日本においても N システムを使用した措置を一切無制限のものとして認めているわけではないとはいえ、例えば強制処分法定主義には、法定という形で有権者の承諾を得るという意味がある。それゆえ日独両国の差異は大きいと言わざるを得ない。また、ドイツでは、私生活の核心領域の保護が衡量を通じてなされているとの指摘があるものの、やはり絶対的な保護は残っており、それ以外の場合であっても公権力による情報収集に対する強い保護が求められている。こうしたことから、公権力による個人情報収集について具体的な法律的根拠を求め、また、「不可侵の核心領域」に含まれるとして絶対的な保護を受ける領域は相当程度狭まったとはいえ、警察などの措置によって生じる個人の不利益の大きさに応じて厳格な審査が行おうとするドイツの判例・通説が適切であるように思われる。その点、現在日本で行われているサイバーパトロールには法律上の根拠は必ずしも必要ないと思われるが、日本においても個人情報を警察などが扱う際に生じる不利益がドイツの議論を参照しながら慎重に検討されるべきである。

## 第 3 部 基本権と他の利益の衝突—人格権の保護の問題

第 1 部と第 2 部においては、基本権の保護と制約についてどのような検討がなされてきたのかを見た。主に公的機関対個人という関係において生じる問題を主に想定しながら、対公権力との関係で基本権の保護領域とそれに対する介入の概念を広く捉え、同時に、私生活の核心領域の絶対的な保護とそれ以外の利益の強い保護を求めた。しかし、基本権を強く保護することで他者に対して不利益を生じさせる可能性もある。そこで、第 3 部においては、新しい権利が憲法上保護されるとした場合に、その行使が他者私人の利益に影響をもたらさうる場面について検討する。

## 第 1 章 名誉保護の強化の試みについて

表現の自由は憲法が保障する権利の中でも重要性が様々に指摘されているものである。日本の憲法学説は、表現の自由は経済的自由などに対して優越的な地位を認められるべきであり、その制限の合憲性は厳格に審査されるべきであると理解されている。表現の自由の意義として挙げられているのは主に「個人の自己実現」と「国民の自己統治」である。特に自己統治という観点での重要性はメディアの自由についてしばしば指摘されている。

こうした理解は、ドイツにおいても同様であると言ってよいと思われる。ドイツにおいて表現の自由を保護する根拠となる条文は基本法 5 条であり、判例も通説もそこで保障される「コミュニケーションの自由」には主観法的な防御権としての側面だけでなく、客観法的な側面もあるとしている。例えば、メディアの自由については、「民主主義にとってもつばら構成的 (konstituierend)」であり、市民の間での意思形成に奉仕するという性格もあるとされている。そして「相互作用理論」や表現の自由の「推定ルール (Vermutungsregel)」が用いられ、コミュニケーションの自由は強く保護される必要があると理解されている。

しかし、表現やコミュニケーションの自由が強く保護されると、他人の社会的な信用 (名誉) を害する行為まで強い保護が及ぶ可能性がある。例えばクリーレは、名誉権も意見表明の自由と同様に民主的な秩序にとって重要であるとして、判例における表現の自由の「手厚すぎる」保護を批判している。

とはいえ、ドイツ国内においてこの見解は主導的な地位にあるわけではない。また、名誉を保護することには一定の重要性があるとはいえ、それを日本において参照するにあたっては、留保が必要であろう。例えば、毛利透は名誉権が十分に保護されないことによる種の「萎縮効果」が発生することを認める一方で、表現の自由に対する「国家の制裁」と名誉に対する「社会的制裁」とを同列に扱うべきではないと指摘する。他にも、これまでにも日本においては名誉保護が重視されるあまり表現者の保護が不十分であるとの指摘がなされており、近年の日本の実務においては日本の学説における「二重の基準」論やアメリカ流の「現実的悪意の法理」が用いられないままに賠償額が高額化しているという現状もある。こうした状況を考えると、名誉の保護を強化し、『表現の自由の』手厚すぎる保護」を批判するドイツの議論を日本に持ち込むことには弊害の方が大きいだろう。名誉権と表現の自由の対立は決して新しい問題ではないが、いまなお生じ続けており、ここ

での検討はインターネット上での名誉毀損の問題などを考える上でも参考になるだろう。

## 第 2 章 子の出自を知る、父親の権利としての人格権

先に取り上げた名誉権と表現の自由の対立は比較的以前から論じられてきた事柄であるが、今日では生命科学技術の進歩、特に DNA 鑑定技術が向上したことにより、人格権をめぐる新たな問題も生じてきている。第 3 部第 2 章においては、父親が自身の法律上の子との遺伝上の親子関係を知る権利と、それを望まない子やその母親の側の利益との関係について検討する。

こうした父親の権利は、ドイツにおいても連邦憲法裁判所において検討対象となっている。その事件においては、異議申立人が子の母親に知られることなく、民間の研究所において DNA 鑑定を行ったことが問題となった。その鑑定結果においては遺伝上の父子関係がないことが確認され、彼はこの結果を根拠にして改めて父性の否認を申し立てたが、その申立てが退けられたために憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、子が法律上の父親の血縁上の子であるかだけを確認でき、子の法的地位に対する効果をもたない公式の手続を用意することを立法者が怠っており、父性を否認するためのドイツ民法（以下、BGB）1600 条以下による手続が、子が彼の子であることを知るだけにする父親の権利を、合憲的な形で考慮していないことを批判した。

この判決を受けて 2008 年に BGB に 1598a 条が追加され、遺伝子出自鑑定への同意と、検査に必要な遺伝子試料を提供することを受忍するよう裁判所が求めることができるようになった。この法改正にも不十分な点がいくつか指摘されていたが、連邦最高裁判所の 2008 年判決では、養育費の遺伝上の父親に対する返還請求の場面において、子の遺伝上の父親を裁判において確認できるようになった。また、法律上の父親ではないが自分が遺伝上の父親であると考えている男性の権利に関しては 2013 年の改正によって BGB に 1686a 条 1 項 1 号が追加された。この規定は法律上は父親ではないが遺伝上は父親である者に、子との面接交渉権を一定の条件下で認めたと、この権利を主張するためにはその子が自分の遺伝上の子であることが必要のために、面接交渉権を主張するなかで遺伝上の父子関係を付随的に確認するための規定も設けられた（FamFG 167a 条 2 項）。

このように「子の出自を知る、『父親』の権利」の保護は広がりつつある一方で、その拡張には限界もある。権利を行使できるのは具体的な請求に付随する範囲とどまっており、また、2015 年の判決において連邦憲法裁判所は、子の母親に対して子の生物学上の父親と思われる者を明かすように求める権利は、女性の内密領域に関わるため法律上の父親には認められないと判示している。

以上のことから、「子の出自を知る、父親の権利」の場合には、子やその母親、場合によっては法律上の父子といった、他者の利益との衡量が必要となることが分かる。「子の出自を知る、父親の権利」の射程範囲は実際に限定的なものにとどまっている。

### 第 3 章 第 3 部の小括

社会の変化を背景にして新しい基本権が導出されたり、新しい内容をもつ形で権利が行使される可能性があることは確かである。しかし、それによって他者の具体的な個人の利益を害するおそれがあるときには両者の調整が求められ、その保護が限定的な範囲にとどまることもありうる。第 3 部における検討を通じて示したのは、ドイツにおいては、ある個人による権利の行使が他者私人の権利・利益に影響を与える場合には、名誉権にしても情報自己決定権にしても、様々な制約を受けることがあるということであった。名誉権や情報自己決定権の行使が他者私人の利益と衝突する場合には、その保護範囲が限定的であるべき場合が少なくないと言える。

### 最後に—本稿の到達点

以上の記述において導かれた結論を最後にまとめると、まず、基本権の保護領域は広く解されるべきである。基本権の保護領域を広く理解し、新しい社会問題を憲法問題として構成する必要があると思われる。このような理解はドイツにおいては判例・通説となっている一方で、それらに対しては多くの批判もある。しかし、これらの争点は基本権の保護領域の広さに関する議論に決着をつけるものとはなっておらず、双方の学説の利点や欠点を指摘しあうという論じ方となっており有益ではない。例えば、裁判所の権限が拡張してしまうとの批判が主に一般的自由説に対してなされてきたが、重要なのは、裁判所の権限が拡張することを理論的にどのように正当化できるかであり、一般的行為自由説においても様々に説明が試みられてきた。本稿の第 1 部においては、保護領域を広く解する基礎となる理論としてアレクシーの提唱する原理理論を参照したが、この理論を基に基本権の保護領域を広く解することを提唱した。

このようにして基本権の保護領域を広く捉える場合、他者の利益を害するものも保護領域に含まれることになり、それらを制約せざるを得ない場合も出てくるだろう。しかし、まず必要なのは、基本権の保護領域に含まれている権利や自由の制限に具体的な法律上の根拠があることである。ドイツにおいては基本権に対する「介入」の概念が広く理解され、多くの制約に具体的な法律上の根拠が求められている。しかし、日本の判例・通説においては権利の制約に対する具体的な法律上の根拠が厳格に求められているわけではない。法律がもつ民主主義的意義を考えれば、この点の両国の違いは軽視されるべきものではない。さらに権利の制約に対する制約という観点では、憲法上の権利に対して介入する根拠となる法律やそれに基づく国家の行為の比例性も、個人の権利に対して生じる不利益の重大性に応じて慎重に検討される必要がある。警察等による情報収集という点では、近年のドイツの判例が「不可侵の核心領域」として絶対的に保護される領域を狭めつつあることは否定できないとはいえ、絶対的に保護される領域は依然として残されており、対立利益との衡量が行われる場合であっても、連邦憲法裁判所は警察等の行為の比例性などを厳格に審

査する姿勢を示してきている。日本において警察などが個人情報扱う際に生じる不利益をこれまでの判例・刑事訴訟法学説が十分に考慮してきたとは言い難く、ドイツで主張されていることを参照すると、多くの場面でこれまで以上に厳格な審査を求めるべきであろう。

このような見解を前提にすると、公権力に対する基本権の保護は非常に強くなるだろう。しかし、基本権の保護は強ければ良いというわけではないこともまたたしかであり、特に、基本権の行使が具体的な他者私人の利益と対立する場合には、双方の利益に対する配慮が求められる。まず表現の自由と対立する可能性があるものとして名誉権があるが、憲法上の権利として位置づけられているとはいえ、表現の自由に対して名誉権を強く保護すべきであるとする指摘は、ドイツにおいては有力説とはなり得ていない。また、日本においても、表現の自由を強く保護すべきとの見解が学説のなかでは有力である。近年において名誉毀損を理由として命じられる賠償金が高額化する傾向にある日本の近年の状況を考えても、名誉の保護を強化しようとする見解は採用しがたく、名誉の保護は弱いものにならざるをえないだろう。また情報技術の進展もあって、子の出自を知るという父親の権利をどのように保護すべきかも検討課題となっている。ドイツにおいては近年の法改正においてこの場合の父親の権利の幅が一部において広げられているとはいえ、そこで認められているのは具体的な請求に付随した形での権利行使にとどまっている。出自を知る権利をめぐる日独両国の制度・議論には大きな違いがあるが、両国における議論は、出自を知る権利を保護する場合にはそれによって不利益を被る可能性がある者の利益を慎重に考慮する必要があることを示していると思われ、ドイツの判例・通説の姿勢は日本においても参照されるべきものであるだろう。

以上のように日本国憲法 13 条をはじめとした憲法の人権規定を、ドイツの判例や学説を参照しながら解釈することで、基本権に対してその時々で求められる水準を十分に満たし、同時に、その保護が行き過ぎになることを防げられると思われる。

以上