

超える価値」を確認しておくことにも一定の意義があるようと思われる。それにより、この狡猾な権力が社会全体に与えるじわじわとした影響を、表現の自由の萎縮効果論のように、権利論の射程に組み込むことができるかもしれないからである。

無論、このようなアプローチは多くの課題を抱えている。例えば、プライバシーの政治的性格を強調する場合、個人情報の開示請求権などがもつ意味は変化しうる。それは、情報システムをモニタリングするための「市民的統制」としての意味を帯びるからである。また、社会的側面を強調することによって、情報主体による自己情報のコントロール（支配可能性）がこれまでより「薄く」しか保障されない場面も出てくるであろう。より詳細な検討が必要であることはいうまでもない。

03

データベース社会におけるプライバシーと 個人情報保護

1はじめに

我々がいま、本格的な「データベース社会」を迎えるとしていることは、マイナンバー制度の足音を聞くまでもなく、明らかである。当然こうした社会には、行政事務の効率性・正確性を飛躍的に高め、国民の移動性や民間の公平性を高めるというポジティブな側面もあるが、プライバシー問題など、ネガティブな側面もある。しかし、少し冷静になって考えてみると、データベースの創設や、そのネットワーク化それ自体が、必然的に、個人に関する私事の公開や暴露をもたらすわけではないということがわかる。

では、データベース化によって生じる《プライバシー問題》とは、一体何であろうか。この点が明確にされないままの議論は、病状の、曖昧で不正確な診断が、患者に対する有効な処方箋の提示を妨げてしまうのと同様、データベース社会が提起する《プライバシー問題》に対する有効な対応を困難にしてしまうよう思われる。そこに何か憲法上の問題があることはわかっていて、それを何とかしたいのだけど、その問題の把握が不十分であるために、ほとんど効かない薬を処方してしまう、というような——不幸な“すれ違ひ”とも呼ばべき——事態である。

本章の目的は、データベース社会を特徴づける新たな《プライバシー問題》を明確化し、このような“すれ違い”を解消すること、この《問題》に見合った憲法審査の在り方を提示することにある。

II データベース問題と、その処方箋

1 データベース問題——「鈍痛 (dull pain)」

データベース社会に特有のプライバシー問題とは何か。果たしてそれは、情報通信技術が現在のように飛躍的に発展する以前のプライバシー問題と何が違うのか。

敢えて比喩的に表現すれば、伝統的なプライバシー問題が「激痛 (acute pain)」にかかるものではあるとすれば、データベースが提起する新しいプライバシー问题是「鈍痛 (dull pain)」にかかるものであるようと思われる。まず前者について見れば、例えば1890年のワレンとブランダンディス論文¹⁾が典型的なプライバシー侵害事案としたのは、イエロー・ジャーナリズムによる——ヌード写真を含む——私生活上の秘密の公開・暴露であったが、これは明らかに、羞恥心や屈辱感など、強く激しい精神的苦痛を被害者に与えるものであった。また、1960年代の情報プライバシー論議は、アーロードの議論——後述のように、これは佐藤幸治の「自己情報コントロール権」論に多大な影響を与えたものであるが——も、実際には「激痛」系の問題を取り扱うものであつたように考えられる。フリードの議論は、プライバシーの権利を、「尊重、愛、友情、信頼」という〔人間にとつ〕最も基本的な「および関係」にとつて不可欠な条件であるとか、「もしそれがなければほとんど人間でありえないような関係——愛、友情、信頼の関係——にとつてなくてはならない環境」と捉えた上で、電子盗聴器など、私生活を盗み聞きする「取り付け型」装置が、愛・友情・信頼で結ばれた基本的人間関係を具体的・直接的に阻害することを問題視したのである²⁾。ちなみに、この

ような「激痛」系のプライバシー権論が生まれた背景には、それぞれ、カメラ技術、盗聴技術等、科学技術の劇的な発展がある。

これに対して、近年の高度情報技術の劇的な発展と、そのデータベースへの応用がもたらすプライバシー問題は、「激痛」というよりも、長期にわたって持続する、鈍く重苦しい痛み、すなわち「鈍痛」という語彙によつて特徴づけられるようと思われる。よく指摘されるように、我々は、高度にネットワーク化されたデータベースにおいて、自分の情報が、どこに、どの程度、いつまで保存されているのか、ネットワーク上をどのように飛び交い、誰に、どのように扱われれるのかを正確に知ることができない。データベースにおける情報の流れは、我々情報主体にとって基本的に不可視で、具体的に捕捉することができないのである。我々が、このような茫洋たるデータベースを前に受け取る《不確実性》は、確かに、先述したような「激痛」を生じさせるものではないが、それがもたらす実質的不安は、「鈍痛」となつて我々の行動に様々な影響を与えうるようと思われる。

このようなデータベース問題について、例ええばアメリカの情報法学者であるソロブは、具体的にどこかが悪いわけではないが、徐々に、しかし確実に人々から力を奪い取る身体の「免疫機能の低下」に似ていると表現しているが、これも、いま述べた「鈍痛」とほぼ同じ意味と理解してよいであろう(ソロブは、荒漠としたデータベースが、言論や結社の自由を含む憲法上保護された諸活動に萎縮効果を与え、民主主義にも重要な影響を与えるとも指摘している)。また、「統合情報システムが構築された場合は、……個人関連データと他のデータ集積体を結合することによって、部分的あるいは完全な人物像を作り上げることも可能になる。しかも、当該個人はその正確さや利用を十分にコントロールすることができないのである。こうして從来知られていないかった方法で、監視され影響される可能性が増大する。それは、公の関心という心理的な圧力を通じて、個人の行為態様に影響を及ぼし得るのである」とか、「逸脱した行為様式が常に記録され、情報として永続的に貯蔵される」、とか、「不法行為上のプライバシー侵害事案として有名な1964年のHamberger v. Eastman Kodak Company判決が、隣人にによる寝室への盗聴器の取り付けによって、屈辱や当惑などなどを踏まえると、こうした「盗聴」問題を議論のメイン・テーマとしたフリードの主張を認めていたことなどは、やはり、プライバシー問題を、胸に突き刺すような精神的苦痛（激痛）を伴うものとして捉えるイメージがあつたようと思われる。

1) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 195 (1890). ブランダイスの議論につき、宮下絵『プライバシー権の復讐』(中央大学出版部, 2015年) 1頁以下参照。

2) 不法行為上のプライバシー侵害事案として有名な1964年のHamberger v. Eastman Kodak Company判決が、隣人にによる寝室への盗聴器の取り付けによって、屈辱や当惑などなどを踏まえると、こうした「盗聴」問題を議論のメイン・テーマとしたフリードの主張を認めていることは、やはり、プライバシー問題を、胸に突き刺すような精神的苦痛（激痛）を伴うものとして捉えるイメージがあつたようと思われる。

3) Daniel J. Solove, *The Digital Person*, New York University Press, 97, 107-108 (2004).

みならず「公共の福祉」（民主的な共同社会）も妨げられる（傍点筆者）⁴⁾などと述べるドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決⁵⁾——「情報自己決定権」を認めたものとして有名であるが——も、データベースに特有の「鈍痛」問題を的確に描き出しているようと思われる。

以上のように見ると、データベース、あるいは高度情報技術の発展によてもたらされるプライバシー問題は、私事が他者に知られることへの否定的反応を根底に持つといった点で、伝統的なプライバシー問題と類似性・関連性を有してはいるが、一応それとは異なる《問題》として理解されるようと思われる。後述のように、この区別は重要である。両者を混同することは、「激痛」ではなく「鈍痛」に苦しむ患者に対し、まったく見当外れの処方箋を出してしまうことにもつながるからである。

2 誤った処方箋？——“すれ違い”

いま述べたように、個人が自己情報を収集され、データベースに登録される際に被る痛みは、その後の情報処理の不確実性に由来する「鈍痛」であって、これを伝統的な「激痛」系パラダイムから診断したとしても、それは症状として単に無視されるか、大した痛みではないとみなされるにとどまり、そのための裁判例や学説に、このような不幸な“すれ違い”があつたように思われる。

(1) 裁判例——取得時中心主義
例えば、指紋押捺制度の合憲性を争った平成7年最高裁判決⁶⁾は、指紋

4) 訳は、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）132頁、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」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）61頁を参照した。国勢調査判決については、他に、藤原靜雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』——橋論叢94巻5号（1985年）728頁、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集42巻1号（1998年）115頁、高橋和広「情報自己決定権論に関する一考察」六甲台論集・法学政治学篇59巻1号（2012年）77頁以下等を参照。

5) BVerGE 65, 1.

6) 最判平7・12・15刑集49巻10号842頁。

も「利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシー〔を〕侵害〔する〕危険性がある」と述べつつも、結局は伝統的な「激痛」系のパラダイムに引きずられて、違憲審査のポイントを専ら指紋押捺の瞬間に置いていた。しかし、指紋押捺制度の現在的問題の核心は、指紋押捺によって生じる羞恥心や屈辱感にあるよりも（外表性をもつ指紋の収集それが自体が、「激痛」をもたらすとは思えない）、その情報がデジタル化され、データベースに組み込まれた後の利用のされ方や、利用状況の不確実性に基づく実質的不安にあると言えよう。そうすると、情報「取得」行為の正当性のみを切り取つて指紋押捺制度の合憲性を審査した本判决は、現代的なデータベース問題への配慮を完全に取り逃しているということになる。

警察による「録画」機能付きのテレビカメラ監視の合憲性を争った昭和63年の山谷テレビカムラ監視事件判決⁷⁾についても、指紋押捺事件判決と同様の“すれ違い”を指摘できる。また、Nシステムの合憲性を扱った平成13年の東京地裁判決⁸⁾においても、データベース問題と審査方法とのズレが見られる。本判决は、憲法13条は「みだりに私生活に関する情報を収集、管理されることのない自由」（傍点筆者）を保障すると述べ、憲法上の保護を情報「管理」場面へと明示的に拡張したうえ、手段審査の場面では、Nシステム上に「記録されたナンバーデータは、……一定期間保存できるようになつているが、その後は消去されることになつており、これが長期間にわたって大量に蓄積される仕組みとはなつていない」（傍点筆者）などと述べ、データベースの構造上の特徴を指摘して、その「相当性」を論証するなど、情報取得後の「不確実性」問題に一定の配慮を見せはいる。しかし、やはり本判决を、データベース問題に正面から応えたものと見ることはできない。例えば、本判决では、情報の保存期間の曖昧性が不間に付されている上、データベースからの情報の「消去」が何によつて担保されているのかも検討されていない。また、そもそもNシステムの目的が法律等に明確に規定されていないことや（法律上の根柢を全くこと自体問題なのであるが）、情報「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』——橋論叢94巻5号（1985年）728頁、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権論に関する一考察」六甲台論集・法学政治学篇59巻1号（2012年）77頁以下等を参照。

7) 東京高判昭63・4・1 東高刑時報39巻1~4号8頁。

8) 東京地判平13・2・6 判時1748号144頁。

とも言うべきNシステムに対する違憲審査のポイントを、なお情報の「取得」場面に置くものと言えよう。

このように、これまでの裁判例は、「データベース」をまさに問題にしていたにもかかわらず、その審査のポイントを、専ら情報の取得場面に置いてきた、と評することができる（取得時中心主義）⁹⁾。データベース問題は、一旦データベースに組み込まれた情報が、その後どう扱われるかについての不可視性・捕捉不可能性によって生ずる長期的な不安であり、収集等の個別的行為によって生じる瞬間的な痛みではない。にもかかわらず、ここで見た裁判例は、ワレン＝ブランディスの残影が残っているからなのか、個別の行為による瞬間的苦痛に重点を置いて——すなわち「激痛」系のパラダイムから——データベースを審査してきたと言えよう。

(2) 学説——ウェットな自己情報コントロール権説

こうした“すれ違い”は、データベース社会またはデータ・バンク社会の問題に積極的に応答しようとしてきた学説においても見られる。例えば、プライバシー権に関する日本の通説的見解である佐藤幸治の自己情報コントロール権説も、データベース問題をその射程に入れつつ、なおこれに対応した具体的な審査標準を提示しきれていないようと思われる。

その一因は、同説が、先に挙げたフリードのプライバシー権論をその範型としたことにあろう。フリードは、1960年代に、ウェスティン（Alan Westin）らとともにプライバシー権論の「情報論的転回」¹⁰⁾を牽引した論者として知られるが、その内実は、ウェスティンの議論とは異なり、相当にウェットなものであった。そこでは、人が、対人・対面関係において、自らの情報の開示範囲を主体的に選択していくことによって、愛・友情・信頼で結ばれた親密な人間関係が形成されるという点が重視された。そこから、プライバシー権の核心も、人間関係の形成にとって重要な情報——つまりは「センシ

9) 「取得時中心主義」については、山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号（2010年）111頁以下（本書04章）、星間一郎「防犯カメラと刑事手続」（弘文堂、2012年）81頁参照。さらに、片桐直人「自衛隊の情報保全活動の一環として行われた情報収集・保存が違法とされた例」法学セミナー増刊・速報判例解説12号（2013年）23頁以下参照。

10) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号（2010年）80-82頁（本書01章）参照。

ティプ情報」——をコントロールすることに置かれ、権利の「侵害」も、他者がセシシティップ情報が盗み取られることなどによって、人間関係の形成が直接的に阻害されるという事態が想定された。フリードの議論においては、盗聴器による私事の盗み聞きが「侵害」の典型例とされるなど、結局、他者の個別具体的行為によって生ずる瞬間的な苦痛が中心的な問題とされ、本章の言うデータベース問題が積極的に論じられるることはなかつたのである。実際、フリードの論文には、「コンピュータ」という言葉や、「データベース」「データ・バンク」と言う言葉は一度も出てこない。

他方で佐藤は、データベース問題に十分気づいている¹¹⁾。しかし、プライバシー権を、「個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する範囲を選択できる権利」と定義し、それは「人間にとつて最も基本的目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を開示する権利」を意味する。つまり、「個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する範囲を選択できる権利」と定義し、それは「人間にとつて最も基本的な、愛、友情および信頼の関係にとって不可欠の生活環境の充足」という意味で、まさしく『幸福追求権』の一部を構成するにふさわしい」と述べる佐藤説¹²⁾は、個人情報保護の憲法的・実体的基礎づけを、フリードのウェットな議論に求めたがゆえに、データベース問題なし「鈍痛」問題に対応する具体的な憲法ドクトリンを提示しきれなかつたようと思われる。例えば佐藤は、「データ・バンク社会」との関連で、「〔①〕公権力が……正当な政府目的のために、正当な方法を通じて〔外延情報を〕収集・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利の侵害とはいえない」が、「〔②〕かかる外的情報も悪用されまたは集積〔利用〕されるとき、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利の侵害の問題が生ずる」¹³⁾（傍点筆者）と述べる。

しかし、①の「侵害」を導く「正当でない方法」が何かが曖昧である上、不可視性を特徴とするデータベースにおいては、そもそもいつ正当でない方が

11) 例えば、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）185-186頁参照。

12) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）453-454頁。佐藤は、「侵害」の典型例として、「公権力が盗聴器を使用して個人の会話を聴取したり、個人の道徳的自律と存在に直接かかわる情報（例えば、個人の思想、良心等にかかわる情報）を取得・保有すること」を挙げる。佐藤幸治「現代国家と人権」（有斐閣、2008年）438頁。

13) 佐藤・前掲注12) 憲法455頁。

法で保有・利用されたかが、情報主体にはわからず、一旦正当に収集されれば、情報主体はその後の「権利侵害」を争いようがないのではないか、との疑問が生ずる。②の「悪用」についても同様である。すなわち、いつ「悪用」されたのか、情報主体にはわからぬ（佐藤説における「侵害」の不可知性）。もちろん、データベース化が予め告示・明示されている限り、「集積」については、情報の収集段階で把握することができるから、これを情報主体が争うことができるかもしれない。しかし、そこでどのように審査が行われるのか、明確ではない。「集積」は、まさに大量に集まつた情報が“どう保存され、どう取り扱われるかわらない”という点で問題視されるのであるが、その情報が外延情報であるとの理由で、結局、その情報の集積（収集）行為にミクロ的に照準した緩やかな目的・手段審査がなされるということになれば、やはり、データベース問題とは“すれ違った”審査になる可能性は高い。

III 住基ネット判決と構造審査——構造論的転回？

1 住基ネット判決——構造審査

こうした裁判例や学説の状況の中で、ようやくデータベース問題を意識するような審査手法を導入したと思われるが、平成20年の住基ネット合憲判決¹⁴⁾である。住基ネットに組み込まれる情報の性質を踏まえれば、従前の判断枠組みの下では、先述した指紋押捺制度事件判決と同様の処理がなされた可能性もあつたが、本判決は、「構造審査」とでも呼ぶべき¹⁵⁾、これまでにない審査を行った。本判決は、確かに住基ネットで扱われる情報の秘匿性の低さを認めているが、かかる情報の個別具体的な処理——登録や接続の瞬間——に着目した緩やかな目的・手段審査を単に行うのではなく、住基ネットのシステム構造全体に目を向け、その堅牢性や健全性を審査したのである。すなわち、本判決は、①住基ネットによる情報の管理・利用等は「法令等の根拠に基づき、……正当な行政目的の範囲内で行われている」こと（法令による目的拘束）、②「システム上の欠陥等により外部から不正にア

クセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと」（システム強度）、③「目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもつて禁止されていること」（罰則等による規制）、④「住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていること」（第三者機関・監視機関の設置等）、⑤「現行法上、本人確認情報の提供が認められる行政事務において取り使われる個人情報を一元的に管理することができている機関又は主体は存在しないこと」（一元的管理機関の不存在）を審査した上で、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのため本人確認情報が法令等の根拠に基づかずには正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じている」ということともできない」と述べ、やえに、「憲法13条により保障された……自由〔個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由〕を侵害するものではない」と結論づけたのである（傍点筆者）。

先に触れたように、データベース問題、あるいは「鈍痛」問題は、データベースに組まれた適切なシステム構造やアーキテクチャが、情報の取扱いをめぐる「不確実性」を縮減することによってしか軽減されない。この点で本判決は、後述のように不十分な点も多々あるが、前記「構造審査」を行うことによって、データベース問題に取り組む姿勢を一定程度見せたようと思われる。システム構造の問題は、これまで個人情報保護法制等、法律レベルの問題とされてきたが、これを、一部憲法レベルにまで吸い上げたものと読むことができる。また、本判決が、かかる審査の結果、システム構造上の脆弱性が見出され、それによって情報が開示等される「具体的危険」が認められれば、情報組み込みの段階で、つまり、未だ「実害」ないし「具体的害悪」が発生していない段階——本章のメタファーを使えば「鈍痛」段階——で、権利が侵害されうるとしたことも注目される¹⁶⁾。

16) 確かに本判決は、憲法13条の保障する自由を、あくまで「開示」・「公表されない自由」と捉えており、「激痛」系パラダイムに拘泥しているようにも思える。しかし、もし「激痛」系パラダイムにこだわるならば、開示・公表により実際に「激痛」が生じる段階で「侵害」を認めればよく、いくら開示等の「危険」があるからといって、組み込

14) 最判平20・3・6民集62巻3号665頁。

15) 山本・前掲注10) 86-87頁参照。

こうして見ると、本判決は、2006年に、アメリカの情報法学者であるリチャードが観察したプライバシー権論の「構造論的転回（structural turn）」¹⁷⁾のうちのなかにある1ピースに数えられるかもしれない。リチャーズは、90年代後半以降、プライバシー権論の重点を、私事の公開やセンシティブ情報の同意なき開示・利用のような、事後的で個別的な行為（specific wrongs）ではなく、情報システムや、データベースの構造ないしアーキテクチャにそれ自体に置く「構造論的転回」が起きていると指摘したが¹⁸⁾、本判決は、データベース問題を踏まえて、こうした「転回」を実際の訴訟の中で一定程度具現化したもののように思われるからである。

2 構造論的転回の諸問題

(1) 住基ネット判決の構造審査

もちろん、このような住基ネット判決の構造審査に問題がないわけではない（むしろ問題は山積みである）。例えば、棟居快行が指摘するように、住法上の監視機関は、「個別案件ごとの事前規制の権限を付与されているわけではない」く、本人確認情報の「適切な取扱い」を実質的に担保するための機関たりうるか疑問である¹⁹⁾。また、本判決は、構造審査を「侵害」の有無を判断する場面（三段階審査で言えば第二段階）で行っているように見えるが、

み段階で「侵害」を認める必要はなかったようと思う。「危険」は、単に、「将来生ずべき侵害」として、差止め請求（妨害予防請求）の本案勝訴要件と考えればよいかからである。こう考えれば、本判決は、情報システムの脆弱な構造によって生ずる「鉛痛」を、主觀的権利フレームへと翻訳する要諦ともなりうるようと思われる。

¹⁷⁾ See Neil M. Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1087 (2006). 本章では検討の対象としなかったが、こうした「転回」と「プライバシー・バイ・デザイン」の考えには一定の共通性があるようと思われる。後者は、「さまざまな技術に関する設計仕様の中に、プライバシーを組み込むという考え方およびアプローチ」などと説明される。石井夏生利「カナダ法制の動向」岡村久道編『グラウド・コンピューティングの法律』（民事法研究会、2012年）447頁。

¹⁸⁾ 筆者は、「システム・コントロール」概念の包含可能性を踏まえつつ、大袈裟にもこれを「第3期プライバシー権論」と呼んだことがある。山本・前掲注10) 82-85頁参考。

¹⁹⁾ 棟居快行「公共空間とプライバシー」長谷部恭男ほか編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2007年）217頁。

これも検討の余地がある。「侵害」は、なお「正当化」されうるが、具体的危険が認められるほど脆弱な構造をもつネットワークシステムを、さらに正当化する余地はあるのか、疑問を呈しうるからである。現在の高度情報技術を踏まえれば、少なくともネットワーク型データベースは、構築・運用それ自身が自己情報コメントロール権への「侵害」になりうるものと解し、構造審査は、むしろ「正当化」の場面で行うべきであろう。ただ、このような問題は、あつても、本判決が導入した「構造審査」それ自体については、データベース社会における現代的なプライバシー問題に正面から向き合うものとして、積極的に評価を与えてよいように思われる²⁰⁾。

(2) 裁判所の制度的能力論

とはいって、「構造審査」、あるいは構造論的転回には、憲法上慎重に議論されるべき重要な問題が含まれている。例えば、松本和彦は、構造審査の必要性を指摘する筆者の見解を「大変興味深い」と評しつつも、「社会システム全体を見渡すマクロの視点は政策決定者が持つべき視点であり、全体構造の審査は裁判官のなし得るところではない」とし、筆者のいう構造審査が「マクロの視点を取り込むものだとすると、果たしてどこまで可能であるのか」と、疑問を呈示している²¹⁾。確かに構造審査は、特定の国家行為を違憲審査の引き金にしつつも、その焦点をシステム構造全体の健全性・堅牢性に当てるものであり、裁判所の制度的能力との関係で一定の問題を抱えている。しかし筆者は、①必要性と②可能性の両面から、かかる構造審査を正当化できることを考えている。①について、政策決定者ないし立法者が、データベース問題を踏まえた十分な構造のデザインを行なうとは限らない、という点を指摘できる。例えば、現行の個人情報保護法上、監視機関の設置は義務付けられていない。現行の行政機関個人情報保護法が、一定の場合に、利用目的の変更（3条3項）、目的外利用（8条2項2号）、他の行政機関等への提供（8条2項3号）などを認めていることを踏まえると、こうした「例外」的な取り扱いをチェックし、統制する監視機関がないことほどの致命的な思われある（「例外」は「例外」でなくなる）。さらに、警察の保有するデータベース²²⁾

²⁰⁾ 住基ネット判決のボテンシャルに一定程度期待するものとして、小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト2012年春号120頁。

²¹⁾ 松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報1034号（2011年）40頁。

のように、法律の根拠がなく、また個人情報保護法の規定が直接及ばないデータベースも存在している。こうしてみると、やはり、「政策決定者」ではなく裁判所が、憲法を直接の根拠として、一定の構造審査を行う「必要」があるようと思われる。

ささらに①について、データベース社会においては、ミクロ的な情報処理に照準した審査が実質的な有効性をもたない、という点を指摘できる。データベース問題の本質は、情報を取られた後に始まる構造上の不安であって、「構造」へのマクロ的視点なしに、問題の本質は捉えられない。もちろん、このデータベース的不安を、情報を「取る」という行為の侵害性を高める加重的因素としてのみ認め、審査の対象としては、あくまでも情報取得行為に限定して、それを厳格に審査するという戦略もありうる（そして、取得行為を違憲とする）。しかし、システム構造が、違憲審査において不間に付されるならば、上述の「取得」時審査により正面から情報を取り難かった行政機関（情報取得を正当化できない機関）は、「構造」の隙をついて掘られた裏道を通じて、結局その情報を、これを保有する別の機関からこっそり入手することが可能になってしまい（いわゆる「代用措置（Ersatzvornahme）」の可能性）。そうすると、一定の構造審査がないと、取得時のみに照準した個別的審査は乖離化することにもなるのである。この無意味さを防ぐ点でも、裁判所が一定程度、「構造」に関与する必要はあるように思われる。なお、「裏道」を使つてなされたその収集・提供行為をミクロ的・事後的に審査すればよい、との見解もありうるが、データベースの不可視性（先述の「侵害」の不可知性）を踏まえれば、この行為は情報主体によってそもそも認識されないため、これを使うことも現実的に困難となる。

②については、確かにその制度的能力を考えれば、裁判所が、技術的・工学的観点から、問題ある「構造」とは何かを積極的に定義していくことは困難であろう。しかし、構造審査において審査される「構造」は、このような技術的・工学的なシステム構造だけではなく、利用目的の明確性や、目的拘束の厳格性、適正な情報の利用等を担保する刑罰規定の組み込みや監視機関の設置なども含む。このような事項であれば、裁判所の能力を前提にしても、

「構造」審査は可能であるようと思われる。実際、先に挙げたドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決も、いわゆる比例性だけでなく、規範明確性や、組織・手続法上の予防措置の有無も厳密に審査していた²³⁾。

ところで、データベース問題は、裁判所のみによつて対処されうるようなものでは、断じてない。高度の専門技術性や、データベースの不可視性、またそこにおける個別的情報処理の（外部的）捕捉不可能性などを考えれば、この問題は、直接的または常態的には、むしろ監視機関によつて対処されるべきものであろう。その意味で、監視機関の有無や権限（前記Ⅲ ④）は、裁判所が行う「構造審査」の中心的要素と解すべきものである。データベース問題は、法律によつて厳格な目的拘束をかけ、刑罰規定や監視機関等を設置する立法者、こうした目的拘束の遵守状況を具体的にチェックする監視機関、これらの立法者や監視機関の活動をモニタリングする裁判所との協働的な関係によつてはじめて有効に対処されうるのである。裁判所の行うマクロ審査は、その意味では限定的なものと考えられる。

以上のようにみると、裁判所による一定の「構造審査」は、現代のデータベース社会を踏まえれば「必要」であり、また、裁判所の能力をもつてしまも、いま述べた限度でなざれる限りは「可能」であると考えられる。

(3) 「鈍痛」と権利論

「具体的な害悪」が生じる前の、まさに「鈍痛」のようなものを、果たして憲法上の権利の侵害と認められるかという、より根源的な問題が指摘されていいる。データベースへの情報の組み込み、そのための情報収集行為は、確かにそれ自身、情報主体に対して何か具体的な害悪を感じさせるものではない。心理的な「不安」とでも言うべきものである。そして、靖国神社参拝事件判決²⁴⁾等を想起すれば容易に看取できるように、「不安」（不快な感情）と権利クレームとの相性はそれほどよいものではなかった。この点を重視すれば、システム構造への取り込みが「個人の自律性を浸食していくのだ」との主張は、主観的利益である自己情報コントロール権の論述を提供していない（権

22) 山本龍彦「日本におけるDNAデータベース法制と憲法」比較法研究70号（2008年）73頁以下参照。

23) 国勢調査判決の手法と構造審査との類似性について、小山・前掲注20) 124頁（注26) 参照。

24) 最判平18・6・23訴月53卷5号1615頁。

利問題として処理しなくとも、新たな公序を構想することで対処できそうだ」（傍点筆者）との阪本昌成の指摘は、傾聴に値するものである²⁵⁾。しかし筆者は、データベース問題は、なお「権利問題」として捉える余地があると考えている。ただ、こうした主張を行うにも、おそらく二通りのアプローチがありえよう。一つは、鈍痛は鈍痛でも、データベースへの組み込みによって受ける「鈍痛」は、靖国神社参拝事件等で宗教的少数派が受けれるそれよりも実質的なものだ、と考えるアプローチである。本章が、データベース問題に伴う「不安」を、注意深く「実質的」不安と呼んでいたのは、このことにつかわる。こうした実質的不安を考える上でまず重要なのは、圧倒的とも言える情報技術の発展状況である。一旦手にした情報の利用等に対する強い誘惑は、これまで、技術的・費用的コストによって事実上抑制されていたと言えるが、近年の技術発展は、こうした事実上の抑制を取り払いいつつあり、それにより、情報のデータベース化は、ありとあらゆる無数の「可能性の束」をもたらしている。また、その「可能性の質」も重要である。例えば、「遺伝情報」——これは、本人さえも知らない精神的特徴や、遺伝性疾患、将来罹りうる疾患などをある程度正確に示しうる場合があるが——をデータベース化し、不確実な利用管理状況に置くことは、その情報主体に過度のリスク回避行動をとらせることなど、その人の自律的生に実質的な影響を与えるように思われる²⁶⁾。

いま述べたのはセンシティブ情報のデータベースにかかわる問題であったが、単純情報の保存・利用ということでスタートしたデータベースでも、同

25) 阪本昌成「プライバシーの権利と個人情報の保護——情報財の保護か自由な流通か」佐藤幸治先生古稀記念『國民主權と法の支配（下）』（成文堂、2008年）99頁参照。原本の指摘は、アメリカの *Laird v. Tatum*, 408 U.S. 1 (1972) の考え方とも共通している。この事件で原告は、公の秩序を乱すおそれのある公的諸活動を対象とした陸軍の情報収集・保存システムについて、表現の自由に対する「萎縮効果」を理由にその違憲性を主張したが、最高裁は、原告はこのシステムの存在から「直接的な損害を受けていること、または直接的な損害をすぐにも受けれる危険のあること」を証明しておらず、原告が述べているのはただ「臆測による」不安に過ぎないとして、そのスタンディングを否定した。同判決については、「個人の私的生活にかかわる微細な情報システムが設けられた場合における『損害の非具象的性質、プライバシーに対する chilling effect を概念化できなかつた』」などと批判される。佐藤幸治『現代國家と人権』（有斐閣、2008年）363頁。

26) 山本龍彦『遺伝情報の法理論』（尚書社、2008年）参照。

様の問題が起こりうる。単純情報から個人の様々な属性情報を名寄せし、そぞらを特定のアルゴリズムを用いて解析すれば、かなりの精度で——amazon.co.jp のレコメンド機能以上に正確かもしれないが——その人の好みや傾向を割り出すことができる²⁷⁾。それによつて、例えば“テロリストの属性”とみなされ、様々な不利益を受けうることを考えれば、イスラム文化研究などは、研究のためにモスクを調査したり、イスラム教関連資料の検索や閲覧を控えるようになるかもしない。

以上のように、圧倒的技術発展のもたらした無数の「可能性の束」と、個人の全人格の把握や、個人の脱構築不可能性²⁸⁾まで帰結するような「可能性の質」を踏まえると、不確実な構造のもたらす「不安」は、権利侵害と言いうる程の実体を有しているようにも思われる。

いま述べたアプローチとは一応別のものとして、「鈍痛」も「苦痛（pain）」であることを認めた上で、その痛みの「鈍さ」や「緩き」を、社会公共全体に与える影響の大きさによって補完し、合わせて「権利侵害」を完成しようというアプローチがありうる。確かに、データベースへの情報の組みやそのための情報取得が個人の自律的生に与える影響は間接的で、そのための情報取得が個人の自律的生に与える影響は直接的で、そのどちらの影響もともも知れない。しかし、データベースが作り出す「警戒的」な「雰囲気」²⁹⁾が、民主主義に与える否定的影響は決して小さくないであろう。個人がデータベース的・構造的不安によって差し控えた表現行為はわずかであつても、それが合算されれば、言論空間の活気は確実に失われるはずである。これは先の国勢調査沖決が、不確実性は「個人の発展の機会を妨げるだけではなく」、「自由で民主的な共同社会」をも害すると指摘していることでも関連している。また、システム構造の不可視性は、構造内部で行われる「違法」行為に対する統制困難性を帰結し、情報の絶え間ない再生産をもたらす。ソロプロは、このような情報増殖がもたらす政府の圧倒的な情報保有力

27) ピックデータの活用にかかわる諸問題について、例えば、安岡寛道編『ピックデータ時代のライログ』（東洋経済新報社、2012年）参照。

28) ここで言う個人の「脱構築不可能性」とは、私に関する「記述（の束）」と私という「固有名」との間にある余剰が失われ、「私」という存在が固定化してしまうことを言う。

29) 毛利透『表現の自由』（岩波書店、2008年）225頁。

は、政府と市民間の「力の不均衡」を生み、やはり民主主義社会そのものを脅かす危険があると指摘している³⁰⁾。このようにみると、データベースの「構造問題」は、あくまでも社会デザインの問題であって、その対応は全面的に政治部門に委ねられるとする見解も疑わしくなる。表現空間そのものが阻害されれば、民主的政治過程において「構造」の健全性等を民主的に討議し、維持していくことも、また困難となるからである。そうすると、これを「権利侵害」として司法的救済にのせる必要はあるようと思われる。そもそも、プライバシーの権利は、表現の自由と同様、個人的利益には還元しない社会公共的利益を有している³¹⁾。例えばブルーベンフェルドは、プライバシーの権利を、国家が「力によらずして個人の生活を支配」し、社会を標準化・規準化することに抗う「反全体主義」的な権利と位置づけ、これを民主主義と関連づけて理解している。すなわち、反全体主義的な権利としてのプライバシー権は、「民主主義によって、(國家が)個人の生活の日々の行動に対して支配・命令する範囲に限界が設けられなければならないがゆえに……存在する」というのである³²⁾。また、シェワルツは、プライバシー権を、政治的討議空間を構成し、そこにおける市民参加を可能にするための「前提条件」としても捉えている³³⁾。プライバシーの権利に、このような社会公共的側面を認めるのであれば、データベースへの情報の組み込みが、当該個人の自律に対して与える影響は間接的であるとしても、民主主義等、社会公共への影響が実質的なものであれば、これをプライバシーの権利への侵害とみなすことはできるようと思われる。こう見ると、「鈍痛」は、「激痛」の劣った侵害類型ではなく、それと同等の、しかし質的に異なる侵害類型と捉えるべきことになる。

IV おわりに

最後に、以上の議論を前提に、やや具体的な憲法解釈論を展開しておきたいたい。

まず、データベース問題に特有の「鈍痛」をして捉えることは、「自己情報コントロール権」という考え方それ自身の放棄を意味しない。ただ、この権利は、表現の自由と同様に、多様な価値ないし利益とかかわつており、状況ないし文脈によってその背景的価値の組み合われを変えるものであるから、その定義は何か一つの価値と固く結び付いたものではなく、できる限り包括的なものであるべきである。この点で、「自己に関する情報を、いつ、どのように、いかなる範囲で他者に開示するのかを自ら決定する」というウエスティングのドライな定義が有用であるように思われる³⁴⁾。

重要なのは、定義というより、やはり侵害概念である。本章の行った検討によれば、国家によるデータベース構築を前提とした情報取得行為を問題にする場合には、その「侵害」を、取得後に起こりうる無数の侵害可能性を織り込む形で、またその可能性によって生じる実質的不安や民主主義への否定的影響を織り込む形で査定し、かかる侵害形式に見合った審査——すなわち構造審査——を用いるべき、ということになる。もつとも、侵害の度合いや構造審査の「場所」は、状況や文脈によって異なりうる。例えば、①既存データベースの「ネットワーク化」が問題になる場合、すなわち住ネットやマイナンバー制度の合憲性にかかる事案であるが、これは、まずはネットワークシステムそのものの合憲性が審査され、厳格な構造審査が正当化の段階で行われることになる。その上で、別途、このシステムによって行政機関間に新たに行われるることになった情報のやりとりが、情報のセンシティブ性に応じた審査基準によって個別的に審査されることになる³⁵⁾。次に、②新規のデータベース化が問題となる場合には、構造審査はやはり正当化の場面で行われるべきであるが、予定されるネットワークの規模と情報のセンシ

30) Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 178-179 (2008).

31) 詳細は、山本龍彦「プライバシー——核心はあるのか」長谷部恭男編『講座人権論』の再定位3人権の射程』(法律文化社, 2010年) 137頁以下(本書02章) 参照。

32) Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 784, 804-805 (1990).

33) Paul M. Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 VAND. L. REV. 1609, 1650-1651 (1999); *see also* Neil M. Richards, *The Puzzle of Brandeis, Privacy and Speech*, 63 VAND. L. REV. 1295 (2010).

34) Alan Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, 7 (1967).

35) マイナンバー制度を例に挙げれば、まず、共通番号による各データベースのネットワーク化が構造審査され、それが合憲とされる場合に、別途、「別表」に挙げられる新規の情報のやりとりが個別的に審査されるべきであろう。

ティプ性によって、かかる審査の厳格度が変わつくるようになるに思われる。大規模なネットワーク化が予想され、かつセンシティブ情報を取り扱う場合は、法律の根拠はもちろん、刑罰規定や監視機関等の設置が要求されるべきである。DNA型データベースなどには、厳しい目的審査や比例性審査に加えて、このような厳格な構造審査が行われるべきであろう。

最後に、③データベース化を前提としない個別的情報収集が問題になる場合には、構造審査は侵害の度合いを査定するものとして行われるべきと考える。この場合、構造の脆弱性は、直ちに当該収集行為の違憲を結論づけない。例えば、京都府学連事件³⁶⁾のような写真撮影が現代においてなされた場合、この写真が適切に保管され、事件後に廃棄されることが法律上明確に規定されているれば、データベース的不安は基本的に除去されるので、侵害度を低く見積もることができる一方、こうした規定がなく、当該写真がどう扱われるか不確実である場合には、侵害度が高く見積もられ、その上で公共の福祉と衡量されることになろう。もし写真撮影等の憲法的ハードルを下げたい場合には、警察は、写真撮影や写真の保管等に関する法律の制定を求めていくべき、ということになる。

もちろん、以上のような具体的な解釈論には異論もありえよう。しかし、現代のプライバシー問題が、伝統的な「激痛」系パラダイムからは適切に把握されない、ということは、最後に改めて強調してよいように思われる。このことを認識し、取得後の情報の取扱いの在り方自体に憲法的なメスを入れなければ、この国は、人民をコントロールし、自らに対する異議申立を搔き消してその権限を最大化しようとする「権威主義的情報国家（authoritarian information state）」へと走り出すことになるかもしない³⁷⁾。

36) 最大判昭44・12・24刑集23巻12号 1625頁。

37) Jack M. Balkin, *The Constitution in the National Surveillance State*, 93 MINN. L. REV. 1, 17 (2008).

第2部

警察による情報監視と プライバシー