

国家の情報収集に関わる外国人の通信の秘密とDPF規制

2024.6.1 関西学院大学 小西 葉子



自己紹介

小西葉子(関西学院大学総合政策学部専任講師)

愛知県蒲郡市出身。

中央大学法学部法律学科卒業後、一橋大学大学院法学研究科進学。

修士修了後、民間企業勤務を経て、2020年3月博士(法学)(一橋大学)

2020年4月～2021年3月 一橋大学大学院法学研究科 特任講師(ジュニア・フェロー)

2021年4月～2024年3月 高知大学教育研究部 助教

2024年4月より現職

近著(2023年以降刊行)

- 渡辺康行(編)『憲法訴訟の実務と学説』(日本評論社・2023)、指宿信・板倉陽一郎(編)『越境するデータと法』(法律文化社・2023)、山本龍彦ほか(編)『個人データ保護のグローバル・マップ』(弘文堂・2024)にて分担執筆。
- 単著として、「プラットフォーム事業者と政府の協働とリスク」情報法制研究14号(2023)、「裁判官に対する「国民の信頼」は、何のために必要か？」一橋法学22巻2号(2023)。
- 共著(筆頭著者)として、小西 葉子, 芝池 亮弥, 鄭 舒元, 曹 洋, 吉川 正俊「差分プライバシー技術の法的課題」情報ネットワーク・ローレビュー22号(2023)。

専門は憲法学(手法は日独比較)。「基本的人権の保障という終局的な目的は、どのような手段をとれば、実効的に実現できるのか？」を、主に統治機構のシステムという観点から考えています。





1. 報告の目的

- 国家による秘密裡の情報収集との関係におけるDPF規制の本質的課題はなにか、憲法学の観点から考える。

☞ その端緒としての、在外外国人の通信の秘密
... 題材としてのBVerfGE 154, 152(2020年)
(ドイツ連邦憲法裁判所による、外国間通信偵察違憲判決)

※ 本報告では、主に拙稿2章を取り上げる。



2. 国家による秘密裡の情報収集・・・何が問題か？

- 全ての国家活動において、行政機関は法律による統制を潜脱する可能性があるが、秘密裡に行われる情報収集は、市民が、潜脱に気付くことが困難である。

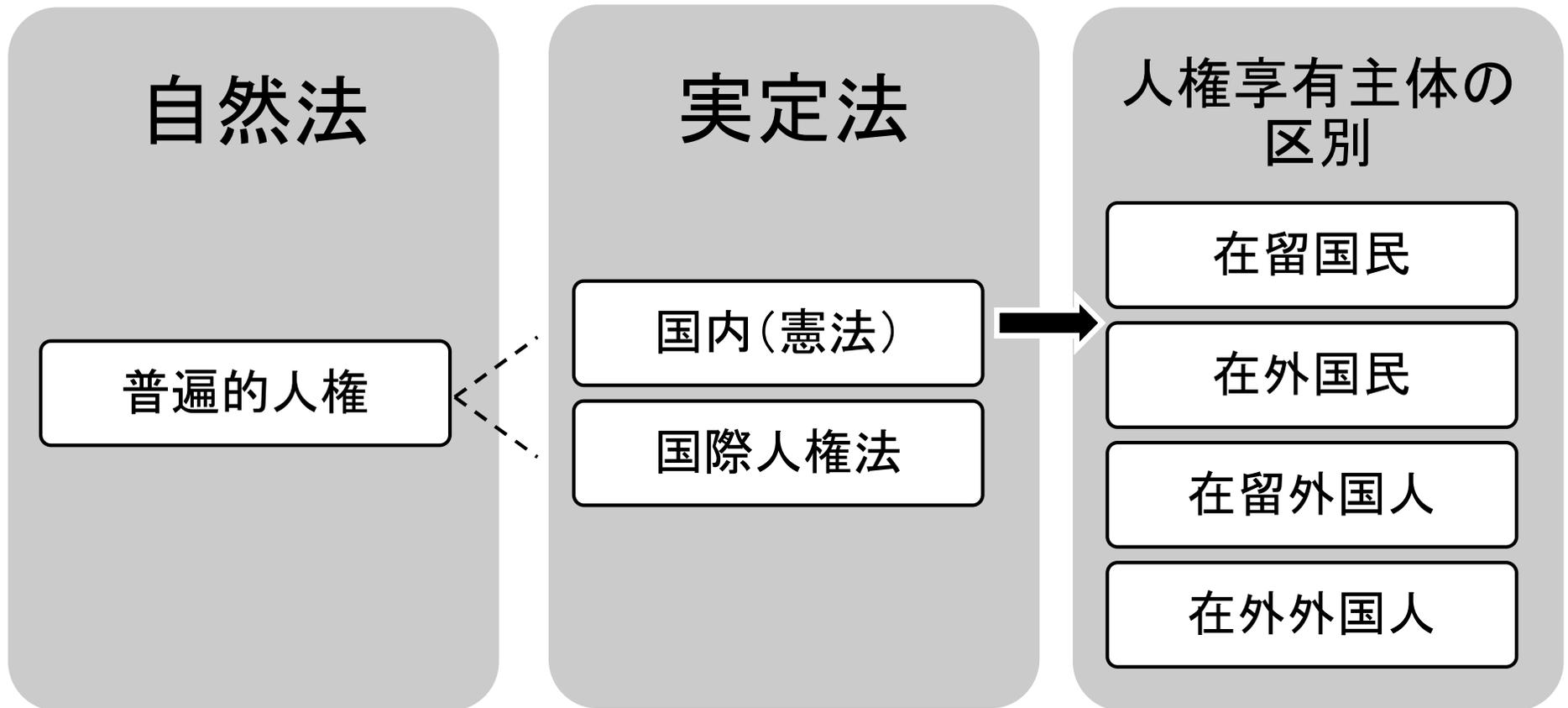
本質的な透明性 (Transparency) の欠如

(説明責任 (Accountability) を課し透明性を高める、という通常の行政機関にはあてはまる論理が、あてはまらない)





3. 在外外国人の通信の秘密





3. 在外外国人の通信の秘密

分類	主権	人権享有主体性
在留国民	○	○
在外国民	○	○
在留外国人	×(△)	○(△)
在外外国人	×	×

権利性質説(最大判昭和53・10・4(マクリーン事件))

「基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」



3. 在外外国人の通信の秘密

➤ 二つの問題

- (1) これまで、在外外国人の問題は「そもそも憲法上の基本的人権の問題とならない」という認識があった。この認識は適切か？
- (2) 在外外国人の基本的人権の問題を語る局面が現代に生じている可能性を認めるとして、権利性質説を採用することは適切か？



3. (1) 在外外国人の基本的人権

インターネット利用の
社会基盤化



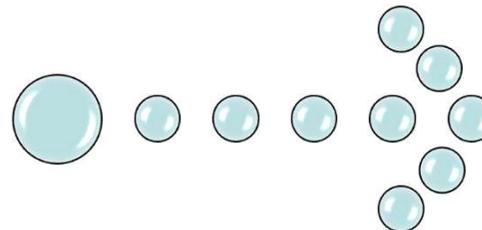
全世界的データ
ベース化の進行



組織犯罪や安全保障リ
スクのボーダーレス化



国家活動
の必然的
ボーダーレ
ス化



国境を前提とした
近代主権国家

… いまだに「前提」

☞ 主権国家の変容の議論と並行して行うべきは、主権国家を前提としたボーダーレスな権利保障の在り方の議論では？

∴ 憲法の終極的目的である基本的人権の保障

「主権国家を前提としたボーダーレスな権利保障」の在り方の中で在外外国人の基本的人権保障の方法を示した一例として、BVerfGE 154, 152を取り上げる。



3. (1) 在外外国人の基本的人権

BVerfGE 154,152

- 連邦情報局法6条及び7条(諜報機関による外国居住者間の通信傍受を定めた規定)の一部が違憲とされた事例。
- ドイツでは基本法10条において、通信の秘密が保障されている。本判決では、通信の秘密という基本権(Grundrecht)による国家権力の拘束(Bindung)が、国内外(対象者の国籍如何／在留有無)問わず生じるとされた。



3. (1) 在外外国人の基本的人権

BVerfGE 154,152

- 「基本法1条3項により、基本権は直接適用される法として、立法府・執行権・司法権を拘束する」ところ、「基本権保護がはじめから国境で終わるべきだということが、その成立経緯から推論されるものではなく、「人間を中心に据えた包括的な基本権保護をいう主張は、ドイツ国家が行動する際、常に基本権は保護すべきであり、したがって—どこで誰に対してといったことから—独立して—潜在的な保護の必要性を引き起こしうるとする」(Rn. 89)。
- 「各国家決定の段階において、全国民を代表する権限があると主張できるすべての決定は、基本権拘束により掌握される」(Rn. 91)。

👉 「ドイツ国家権力の基本権拘束は、外国においても、単なる客観法的義務に限定されず」、「個人の権利としての[引用者注:基本権の]性格は、基本法上の基本権保護の中心的内容の一部である」(Rn. 92)。



3. (1) 在外外国人の基本的人権

BVerfGE 154,152

- ただし、「この基本権拘束は、上述の各国家決定の段階において「単にドイツ連邦共和国の自律的な政治的決定に付随し、自らの行為の余地を限定するものにすぎない」ところ、「外国における特殊な条件」のもとで、「人的または事物的保護領域に関する個々の保障は、国内外で程度の差を要する場合がある」(Rn. 104)。

◆ 背景となる理解(Papier)

- (1) 通信の秘密の保護に対する基本権は、ドイツ人の権利であるのみならず、明らかな人権(Menschenrecht)である。
- (2) 在外外国人に対する本基本権保障の欠如は、基本法3条1項(一般的平等原則)と結びついて許容できない。
- (3) 現代の技術的發展に伴い変化する監視手法(具体的には国境を越えたテレコミュニケーション監視)の実体に基づき、基本権保護の必要がある。



3. (1) 在外外国人の基本的人権 [結論]

[(1)の結論] これまで、在外外国人の問題は「そもそも憲法上の基本的人権の問題とならない」という認識があったが、少なくとも通信の秘密に関する限り、この認識は適切ではない。

① 国家権力の行使の範囲は、通信の領域において、最早国境を前提としていない。



② 通信の秘密の中核にあるのは人格発展の基礎となる私的(プライベート)領域の保護という普遍的価値であり、国家を前提とした価値ではない。



在留外国人の基本的人権保障と同様に、在外外国人の基本的人権保障について問題とする必要がある。



3. (1) 在外外国人の基本的人権 [結論]

通信の秘密に関する限り、在留外国人の基本的人権保障と同様に、在外外国人の基本的人権保障について問題とする必要がある。

(国内実定法の問題であるから、在外外国人の通信の秘密は問題としなくてよいという理論構成に対する反論の第一段階)

☞ ただし、本稿で論証に至ったのは必要性のレベルのみ。

まずは理論的に、より緻密な論証・検討・議論を要する。

Ex. 工藤達朗[2023]「(BVerfGE 154, 152は)ドイツの基本権の効力が及んでいるにもかかわらず、他国の法秩序の効力は害されていないことの説明が十分ではない」



3. (2) 権利性質説の採否

在外外国人の基本的人権の問題を語る局面が現代に生じている可能性が認められることを、3. (1)で示した。

☞ その上で、権利性質説を採用することは適切か？

[(2)の結論] 必ずしも適切とはいえない可能性がある。

∴ ① 権利性質説が、在留を前提としているとしたら、(1)の結論で示した通り、適切とはいえない場面があり得る。

② 権利性質説は、権利の性質を個別に評価するたてつけをとるが、「(普遍的)人権かどうか」という二分法が、基本的人権の保障を実効的に行う上で、より適切である可能性がある(普遍的人権説)。

権利性質説(最大判昭和53・10・4(マクリーン事件))

「基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」



4. DPF規制との関係

Digital Services Act(EU)
情報流通プラットフォーム対処
法(日本、施行前)など...

以上の議論と、DPF規制の関係は？

☞ DPF事業者は、基本権拘束を受ける主体なのか？

インフラ化するPFの性質上、DPF事業者に公的アクターの側面を認め得るとすると、基本権拘束による統制の可能性はある。

But... 政治的対立や市場の奪い合いという狼が、基本権拘束の皮を被っている可能性が排除できない以上、DPF事業者も本質的に私人である(=国家ではなく、国家からは本質的に自由である)という前提を放棄すべきではない。



5. まとめ—国家を相対化することの危険性

- 基本的人権保障のために、国家は基本権により拘束される。そのかたちは検討の余地があるが、少なくとも実情に即したかたちで、再構成されなければならない(本報告3.)。
- 国家は国家権力の行使の契機を独占し続けている。この前提のもとで、基本権拘束の射程を国家以外に及ぼすことは、背景にある主権国家の権力行使の現実や責任の所在を有耶無耶にするリスクがある(本報告4.)。

[結論] 「国家が国家権力の行使の契機を独占し続けている状態で、国家を他のアクター、特にDPF事業者との関係において相対化し、矮小化すること」は、危険である。