

国家级重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治评论

王贵松 主编

（第六卷）



中国人民大学出版社



国家级重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治评论

王贵松 主编

(第六卷)

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政与行政法治评论. 第六卷/王贵松主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 3

(国家级重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛)

ISBN 978-7-300-16472-4

I. ①宪… II. ①王… III. ①行政程序法-中国-文集 IV. ①D922.114-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 230797 号

国家级重点学科

中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治评论 (第六卷)

王贵松 主编

Xianzheng yu Xingzheng Fazhi Pinglun (Diliujuan)

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2012 年 3 月第 1 版

印 张 25 插页 2

印 次 2012 年 3 月第 1 次印刷

字 数 417 000

定 价 69.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

《宪政与行政法治评论》（第六卷）

编委会

顾 问：罗豪才 许崇德
主 任：韩大元 胡锦涛
委 员：杨建顺 莫于川 李元起 张 翔
王贵松 喻文光 王 旭

编辑部

主 编：王贵松
编 辑：董 妍 李秋萍 李样举 欧元军
杨 凡 于文豪 曾 娜（首席）
秘 书：李智海

目 录

主题研讨：现代社会的信息公法

- “安全”与信息自我决定权 … [日] 小山刚 著 吴东镐 译 (1)
- 德国社会法典的个人资料保护 …… 张道义 (14)
- 日本信息法制的发展与
 课题 …… [日] 宇贺克也 著 肖 军 译 (54)
- 日本的信息公开制度：回顾、现状与展望 …… 石龙潭 (62)
- 回避法定知情权的开放政府
 ——香港政府信息公开制度评析 …… 陈咏熙 (91)
- 论广播电视自由及其限制
 ——以德国与美国的宪法经验为借鉴 …… 秦奥蕾 (128)
- 论国家定密权的配置 …… 徐静圆 (147)

学术专论

德意志帝国

- 国家法 …… [德] 保罗·拉班德 著 柳建龙 译 (166)

德国行政法院法官的

画像…………… [德] 奥特洛夫 著 吴绮云 译 (202)

法的执行体系论与行政法的理论

体系…………… [日] 高木光 著 王贵松 译 (226)

行政机关事实认定的司法审查标准

——以美国实质性证据标准为视角…………… 凌 洋 (244)

简析台湾地区“环境基本法”之规范内涵、功能和

施行现况…………… 王毓正 (276)

公法名家

德国国法学大师印象 (一)…………… 李忠夏 (306)

德国国法学者史坦恩…………… 张道义 (322)

笕克彦与近代中国立宪构想的展开…………… 李晓东 (356)

直接保障主义与中华民国宪法

——以张知本的宪法论为中心…………… [日] 中村元哉 (375)

主题研讨： 现代社会的信息公法

“安全”与信息自我决定权

[日] 小山刚* 著
吴东镐** 译

主题研讨：现代社会的信息公法

【摘要】 由于危险设施、尖端技术的发展，犯罪的组织化与尖端化等事态的发生与常态化，安全概念的内涵正发生变化，出现了各

* 小山刚，法学博士，日本庆应义塾大学法学部教授。本文《“安全”と情報自己決定権》。原载于辻村みよこ、長谷部恭男編：《宪法理论的再创造（憲法理論の再創造）》（日本評論社、2011年）。摘要和关键词系译者所加。

** 吴东镐，日本庆应义塾大学法学博士，延边大学法学院教授。

种各样运用所谓风险控制和风险关注概念的、在传统的干预之前的规制。这不仅使衡量自由与安全的天平向安全方面大大倾斜，而且使法治国家陷入危机。德国联邦宪法法院的判例表明，现代社会盛行的通讯监听、电子眼、车号自动拍摄装置等措施，虽然并非直接制约个人的行动自由，但却构成对宪法上的信息自我决定权的限制。因此，这些措施必须要满足相应立法规范的确切性、特定性要求；要有充分体现比例原则的法律的授权；原则上禁止那些无特定目的地收集个人信息，同时，也禁止变更目的。

【关键词】 安全 安全与自由的天平 法治国家的空转 信息自我决定权

虽然安全依赖于各种措施不断得到维持、保障，但在很多情形下此类措施会制约自由。在这个意义上，自由与安全会陷入二律背反的关系。而当自由本身被看做是对安全的威胁时，会表现为“要么自由，要么安全”的极端形式。无论从理论上，还是从实践上，我们在此类二选一的问题中很难得到有益的启示，重要的是探究自由与安全的合理的平衡点。不过，国内外的实践表明，这并非易事。^①

安全是一种综合性概念，它所涵盖的法领域、争论焦点涉及方方面面。本文就个人信息的获取、持有、利用的宪法问题，以德国的判例、学说为素材展开若干讨论。这里不仅包括对宪法的明文权利产生显著而重大侵害的措施（如作为应对有组织犯罪、恐怖活动的对策而实施的通讯监听），也包括看似对宪法权利的侵害的重大性存在疑点的措施（如

① “安全”、“风险社会”、“监视社会”成为宪法学的主要研究课题之一，已经取得了许多成果。除了《公法研究》69号（2007年）之外，关于“安全”问题，包括比较法的概括性研究有：大泽秀介、小山刚编：《市民生活的自由与安全（市民生活の自由と安全）》（成文堂、2006年）；大泽秀介、小山刚编：《自由与安全——各国的理论与实务（自由と安全各国の理論と実務）》（尚学社、2009年）；森英树编：《现代宪法上的安全——以比较宪法学研究为视角（現代憲法における安全比較憲法学的研究をふまえて）》（日本评论社、2009年）。关于监视问题的研究有：《法律时报》增刊上刊载的《新的监视社会与市民社会的现状（新たな監視社会と市民的自由の現在）》（2006年）。关于风险问题的研究有：《法律家（ジュリスト）》1356号的专题《国家撤退了？（国家は撤退したか）》。另外，最近的论文有：宫地基：《关于安全与自由的一个视角（安全と自由をめぐる一視角）》（名古屋大学法政论集，2009年230号，第335页）；驹村圭吾：《关于“视线的权力性”的备忘录（“視線の権力性”に関する覚書）》（庆应义塾创立150周年纪念法学部论文集——《庆应的法律学（慶應の法律学）公法I》，庆应义塾大学出版会2008年，283页）。

现已成日常生活一部分的电子眼、N系统*等)。虽然两者的基本议题是一致的,但各自面临的问题却有所不同。

一、“天平”的倾斜

过去,原则上衡量自由与安全的天平是自由,当存在具体危险时才允许国家作出必要而最小限度的规制。不过,现在,这一天平弄不好便倾向于安全这一侧。

(一) 过去的天平

自由与安全的调整问题,在宪法层面上,通过法治国家意义上的分配原理^①,在警察法层面上,通过以比例原则^②为核心的各种法理的确立,暂且得到解决。在这一过程中,安全概念也从作为国家目标而积极阐述的概念,转化为作为公共福祉的一要素在将基本权意义上的自由限制予以正当化的脉络中只是消极提及的概念。^③既然安全概念是作为将基本权限制正当化的规制目的而出现的,那么,可以说,它并非是概括性的、模糊不清的概念,而应被解释为所谓“周边居民的生命、身体、财产”的具体的法律利益。^④一般认为,只有存在具体危险,方可实施国家的干预,而“不允许在危险尚未显现时,就实施概括性的事前的关注或预防”^⑤。

* N系统是指公路上的车号自动拍摄系统,在日本习惯上称为N系统,这里的N字母出于英文Number中的第一个字母。——译者注。

① C. Schmitt, Verfassungslehre, 1982, S. 126. 其要旨在于:所有的法律规定、所有的行政干预、所有的国家侵害应该在原理上受到限制,而且也能够测定、计算。所有的国家控制,其本身也应当是能够受控制的。

② 参见须藤阳子:《比例原则的现代意义与功能(比例原则の現代的意義と機能)》,5页以下,法律文化社,2010。

③ 关于自由主义意义上的法治国家的安全,默斯特尔(Möstl)指出,安全的法律意义被浓缩在侵害的正当化这一观点,预防性、压制性活动领域、法领域已被套上法治国家意义上的限定,因此,警察的侵害权限被限定在防止具体危险。M. Möstl, Diestaatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2003, S. 10.

④ 小山刚:《作为宪法学上的概念的“安全”(憲法学上の概念としての“安全”)》,《庆应义塾创立150周年纪念法学部论文集——〈庆应的法律学 公法I〉》,325页,庆应义塾大学出版会,2008。

⑤ Möstl, 前掲书, S. 159.

不过，核电等危险设施、基因工程学等尖端技术的发展、犯罪的组织化与尖端化等正动摇着上述观点，也就是说，安全被理解为积极的、概括性的概念（自由主义意义上的法治国家中已消失的、宪法层面上的安全任务的重新发现）。这实际上意味着：过去的调整手段不再起作用的事态的发生与常态化，或者，从过去的手段而言，无法忽略的事态的发生与常态化（运用所谓风险控制·风险关注概念的、在传统的干预之前的规制^①）。

（二）使天平倾斜的要因

所谓自由与安全的平衡，原本就不是固定不变的。“自由”包括各种自由，“安全”也包括各种内涵。不仅对自由的限制程度各不相同，而且，安全受到破坏的概率也有高低之分。与此相应，在个别、具体的调节中，天平向安全倾斜的要因也是复合性的。

第一，就因安全而受限制的自由而言，有时会出现依过去的定义、理解无法完全把握的情形。比如，无论是电子眼、通讯监听，还是对居所的听觉性监视，不仅并不会直接发生因其措施而活动受限制的效果，也不会直接产生某种具体的不利益。因此，对于一般的隐私权、单纯的个人信息而言，当不发生公开、滥用等具体侵害时，就存在着作出过低评价的倾向（虽然通讯秘密、住宅不受侵犯等宪法中有明文规定的保障可另当别论）。

第二，就为了在有组织犯罪、恐怖活动等大规模的灾难中使生命免受侵害而采取的必要措施而言，其措施同时也有助于防止或起诉那些细微的违反秩序的行为，况且，储存数据（资料）也有助于预防或起诉将来的犯罪。可以说，所有有益于某种目的的措施，通过效果相加，其措施的必要性、合理性会得到强化。

第三，在其损害越是有可能达到不能忽略的范围、程度，越是要求安全的市民的呼声高的情形下，仅仅依靠以具体危险作为界限的干预就会陷入错过时机的局面。因此，此类情形下自然会强烈要求预防性的规制、干预。从预防的观点而言，如同作为防止疯牛病的对策全面禁止从美国进口牛肉那样远远提前于具体危险这一界限，对不特定的多数人采取的监视措施以及外国人入境时通过指纹登记手段对入境的外国人所采取的信息收集、保存等措施，也应当

^① 默斯特尔将其命名为“安全的文艺复兴”。Mösl, 前掲书, S. 17ff.

予以肯定。

从这里可以导出如下的推理：一方面，如果某种措施有助于各种目的的实现，那么，采取该措施的意义重大。另一方面，如果该措施并不直接制约个人的活动自由，或者，不给对方造成具体侵害，那么，该措施对宪法上的权利、自由的负担几乎等于零。以预防为目的的“提前干预”，尤其是信息收集措施会导致对象人群的显著扩张，但所有的人都成为其措施的对象也意味着稀释每个人同该措施的关联性。如果出现了因其措施而为难的人，那么，只能说明他是个“坏家伙”。

（三）法治国家的空转

上述想法不仅使衡量自由与安全的天平向安全方面大大倾斜，而且使天平本身也陷入危机。就以法律保留为核心内容的法治国家的形式要求而言，因为上述措施并不直接制约特定个人的活动自由，所以自然就不属于宪法权利的限制，继而，极易导致就连法律根据也不要求的结果。就以比例原则为核心内容的法治国家的实质要求而言，因一方面上述措施导致的是轻微的伤害，另一方面是对各种目的意义上的效果的叠加，很容易导致合宪的结论。不仅如此，因失去“特定”目的这一连接点而使以手段的必要性审查为核心的传统的比例原则本身也很可能陷入无法有效运作的局面。^①

二、明显重大的制约——通讯监听等问题

就个人信息的获取、持有、利用问题，下面首先简单探讨德国联邦宪法法院的判例——该判例阐明了对宪法权利构成重大而明显侵害的通讯监听等问题的宪法上的界限。^②

（一）目的约束、规范的明确性与特定性

在具体危险发生之前的信息的获取并不直接构成违宪，而且，有时

^① 西原博史在论文《风险社会、预防原则与比例原则（リスク社会・予防原則・比例原則）》（《法律家》，2008年第1356号，75页以下）中阐述了比例原则空转的问题。

^② 参见小山刚：《“战略性监视”与信息自我决定权（戦略的監視と情報自己決定権）》，载《庆应大学法学研究》第79卷，第6号，1页，2006。

作为一种例外，在其本来的任务——防止危险——所必要的限度内允许作出。^① 就比例原则而言，如果是旨在防止对极其重要的法益的重大损害的发生，那么，按照一般常理而言，也允许作出相应的强有力的措施（后面加以阐述）。

不过，问题在于，通过强有力的措施而达到的信息的获取、持有、利用是否仍需要法律根据呢？尤其是可否将这一信息为其他目的而加以利用呢？

联邦宪法法院一贯强调的是：已获取的信息的利用严格受获取目的的约束，尤其是，为保护极其重要的法益而运用强有力的措施所获取的信息不能转用于重要程度低的法益的保护。这就是在国情调查判决中得以确立的所谓目的约束原则——该原则同授权法律的明确性、特定性的要求^②紧密联系在一起。

国情调查判决成为一个先例。在该判决中被确认为违反目的约束原则的事实是将以统计为目的使用一定强制力而获得的数据转用于法律执行的目的。不过，其判决理由却以一般形式得以定式化。“数据的利用限于法律中特定的目的。考虑到自动处理数据的危险性，有必要禁止提供及使用该数据，以防止背离目的。”“强制提出个人资料所必要的条件是，立法者应当将利用目的以领域所固有的形式详细加以规定，而且，该资料的提出要适合于该目的及达到该目的所必要的。为了不特定的目的或无法特定的目的而储存没有匿名化的资料，显然违背上述原则。”^③

后来的判例将这一要求转用于明文加以确认的基本权的限制（通讯监听＝《基本法》第10条、对居所的听觉性监视＝《基本法》第13条）。战略性监视判决指出：“在这个意义上，联邦宪法法院在国情调查判决中依据《基本法》第2条第1款加以展开的各种基准，也可转用于

① BVerfGE 100, 313 (383); 115, 320 (360). 虽然如何定位不以具体危险为前提的信息获取本身是个重要的宪法问题，但本文无法深入探讨此问题。Möstl（掲揭书，S. 209）认为这个问题不同于环境法领域中的“风险”问题。他指出：“作为预防意义上的安全保障手段的防止危险概念并不因此被放弃，而正好相反。防止危险……意味着要具备能够充分预测危险的认识水平，其前提是能够在危险来临之前获取信息。”本文也以这种理解为前提。

② 最近的联邦宪法裁判所判例也提及明确性与特定性的含义，这一点参见：R. Bartone, Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 305ff.

③ BVerfGE 65, 1 (46).

《基本法》第10条的个别意义上的保障。”^①

就基本权的限制而言，规范的明确性、特定性是一般意义上的合理要求。不过，这一要求对于“防止危险、刑事诉讼之前的阶段”而言尤其具有合理性。^②

另外，关于规范的明确性、特定性的意义，一般从（1）作为当事人的市民、（2）执行法律的行政、（3）控制行政的法院等三个方面分别予以阐述。^③但一般认为，就侵害信息自我决定权的授权法律，规范的明确性、特定性还具有一种特别的功能——所谓强化目的约束的功能。^④从这个意义上，不再依据合宪性限定解释对不明确、不特定的规定实施救济。^⑤

一般认为，对于授权规范的特定性及明确性具体提出何种要求，将“取决于侵害的性质及重大性”^⑥。因此，对于通过侵害通讯的秘密、住所不受侵犯权而获取的信息，自然就课以严格的要求。

战略性监视判决在阐述目的约束意义的基础上，明确了例外时允许变更目的的条件。虽然目的约束原则并非根本不允许变更目的，但变更目的必须要有不仅在形式上而且在实质上符合基本法的法律根据。为此，目的变更首先应当能够优于基本权的一般利益而得以被正当化；其次，新目的应当（同获取信息的官厅的任务及权限联系在一起）严格受十分明确的规范的规制；再次，实施资料收集的当初的目的与变更后的目的之间不能存在龃龉。^⑦值得提及的是，在有关争执对住所的听觉性监视的合宪性的其他判决中，上述判决理由被转用于住所的不受侵犯权利。^⑧

（二）狭义的比例性

对重要的宪法权利课以强有力的限制的必要条件是，该限制必须是保护重要的公共利益所不可或缺的手段。一般而言，依据比例原则控制

① BVerfGE 100, 313 (359). 关于住所不受侵犯的论述可参见：BVerfGE 109, 279 (375)。

② BVerfGE 113, 348 (377f.). 具体参见小山刚前掲论文。

③ 作为教科书式的说明，可参见：BVerfGE 110, 33 (53)。

④ BVerfGE 120, 378 (408) = 车号判决。参见实原隆志：《德国——N系统判决》，载大泽秀介、小山刚编：《自由与安全——各国的理论与实务》，109页以下。

⑤ BVerfGE 100, 313 (396)。

⑥ BVerfGE 120, 378 (401)。

⑦ BVerfGE 100, 313 (360)。

⑧ BVerfGE 109, 279 (375f.).

的核心是手段的必要性审查^①，但对于监视而言，审查的核心却是狭义的比例性审查。^② 战略性监视判决将狭义的比例性审查具体化为所谓的“比过去更为严格”（je-desto）公式的衡量规则。

这一公式旨在寻求（1）基本权侵害的重大性、（2）可能发生的损害的重大性、（3）损害发生的盖然性等三个变数之间的均衡。最近的有关争执网屏（halftone screen）搜查的合宪性的判例^③将这一公式定式化，并指出：“受威胁的或已经发生的法益侵害越是重大，而且，所争执的基本权侵害越是不重要，那么，推断对法益的危险或侵害的盖然性可以很低，且作为嫌疑基础的事实也可以不确切。”

战略性监视判决判定对伪造货币的听觉性监视为违宪，其理由是：在损害发生盖然性很低的阶段，尤其是对于不能定性为重大犯罪行为的一般伪造货币行为实施了重大的基本权侵害活动。^④ 同样，在线（online）搜索判决也指出，要实施监视，仅凭单纯的推测及经验远远不够，还必须存在支撑危险评价的特定的事实。^⑤

（三）法治国家的范围内

作为应对恐怖主义、有组织犯罪的对策，国家在何种程度上能够对宪法权利施以重大的侵害呢？

联邦宪法法院院长帕佩尔（H. J. Papier）指出：“即便是罪犯或犯罪嫌疑人，如把他排除在法共同体之外，作为法共同体的敌人被置于不受法律保护的状态，这是法治国家的投降。对法治国家的危险、对自由而民主秩序基础的侵害，必须运用法治国家的手段予以处置。即便是到

① 比例原则的内容包括：（1）手段的合理性、（2）手段的必要性、（3）利益的均衡（也称之为狭义的比例性）等三个方面的审查。首先，就手段的合理性而言，当手段促进立法目的（规制目的）的实现时，该手段的合理性就得到肯定。而当其手段阻碍立法目的的实现，或不具有促进目的的功能时，其合理性就被否定。但手段的合理性并不要求完全实现立法目的。其次，就手段的必要性而言，即便是其手段能够对立法目的的实现起积极作用，但如果存在限制基本权的程度更低的其他手段，那么，其必要性就被否定。最后，狭义的比例性要求“手段应当同其所追求的目的保持均衡”，或者，“手段应当同其所追求的目的保持合理的比例关系”。

② 手段的必要性意味着要探讨：即便是其手段能够对立法目的的实现起积极作用，但是否还存在限制基本权的程度更低的其他手段。其旨在，防止那些立法目的的实现程度明显很低的手段成为备选手段。

③ BVerfGE 115, 320 (360f.).

④ BVerfGE 100, 313 (375f.).

⑤ BVerfGE 120, 274 (321ff.).

了将来，我们也必须接受并树立这一崇高的宪法要求。否则，我们无疑将用自己的手来破坏我们自己所要保护的价值。”^①

三、乍看轻微的制约——电子眼监控

通讯秘密、住所不受侵害的重要性显然是很明确的，而与此相比，电子眼、N系统的侵害的重要性则需要进一步说明。在这里，首先予以明确的是，对于从直觉上而言其重要度大打折扣的，或者，是否属于对基本权的限制这一点看似令人怀疑的基本权限制，联邦宪法法院课予了比较高标准的要求。

关于公共广场的电子眼，联邦宪法法院指出（Regensburg 决定）：“信息自我决定权要受重要的一般利益的限制，但该限制必须符合法治国家所要求的规范明确性，而且，该限制必须依据合乎比例原则的法律作出……本案所欠缺的正是这一点。”因为，“并没有规定限于某种特定的任务或领域获取数据的前提条件”^②。另外，对于公路上设置的车号自动拍摄装置，联邦宪法法院判定州法的有关授权规定违反规范的明确性、特定性要求而违宪（车号判决）。^③ 该判决还从实体上确认：州法违反了比例原则（狭义的比例性）。^④

实际上，这些意味着：（1）对宪法权利的限制所发生的时间早于对行为的直接、具体的制约所发生的时间；（2）从不同的视角而言，乍看轻微的限制并非那么微不足道。

（一）限制的发生

关于宪法权利的限制究竟发生在何种阶段的问题，联邦宪法法院指出：“警察为了预防性的保护法益，或者将来能够顺利开展刑事诉讼，

① H. J. Papier, Freiheit versus Sicherheit-Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten des Terrorismus; Vortrag anlässlich der gemeinsamen Abendveranstaltung des Rheinischen Merkur und der Katholischen Akademie Berlin am 10. 12. 2007 in Berlin, S. 20f. 另外还可参见：BVerfGE 115, 320 (358)。

② BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23 Februar 2007-1 BvR 2368/06, NVwZ 2007, 688 (688ff.).

③ BVerfGE 120, 378 (407ff.).

④ BVerfGE 120, 378 (429ff.).

在没有法律的特别授权的前提下，在危险来临之前实施了收集信息的活动。在很长的一段时间里，此类观察、信息处理措施没有被定格为基本权侵害。不过，此类措施中的多数的侵害性性质得到确认之后，随即确立了一项原则，即警察应当具备法治国家所要求的、满足特定性要求的侵害授权。”^①

具体而言，Regensburg 决定指出，通过公共广场的电子眼所获取的影像资料“有可能被用作——对在被监视的领域中作出不受欢迎的行为的人采取负担性的强制措施的依据”；电子眼“会起到威慑作用，在这个意义上，会操纵当事人的活动”；通过录制，影像资料“被技术性地记录，将来有可能被提取、筛选、编辑。于是，有关特定的、分类可能的当事人的大量信息被获取，在极端情形下有可能导致——被监视的空间里的当事人的活动经历被浓缩。”由此可以推导出的结论是：会侵害作为信息自我决定权的一般意义上的人格权。（Regensburg 决定^②）

关于车号自动拍摄行为，所谓车号判决指出：因并非所寻找的车号而立即被抹掉（不留痕迹）时，根本不构成对信息自我决定权的侵害。但“当被捕捉的车号被记录装置记录下来，成为采取下一个措施的基础时，就会构成对基本权的侵害。此时，对行动自由的、固有的人格权的危害即开始，而信息自我决定权的保护也得以启动”^③。

关于权利侵害发生时刻的这种理解，实际上同信息自我决定权紧密联系在一起。某一判决对于依该权利的“保护的扩充”作出了如下的解释：

“从威胁人格权的阶段就开启保护这一点而言，信息自我决定权实际上扩充着对行为自由和隐私的基本权保护。此类威胁状态的产生有可能早于对能够指明的法益的具体威胁，尤其是，有关个人的信息以当事人无法过目、无法阻止的方式被利用的情形下更是如此。”^④

（二）限制的重大性

即便是可以断定为对宪法权利的限制，当认为限制的程度轻微时，

① BVerfGE 110, 33 (56).

② BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007-1 BvR 2368/06, NVwZ 2007, 688 (688ff.).

③ BVerfGE 120, 378 (399f.).

④ BVerfGE 120, 274 (311ff.). 另外，还可参见：BVerfGE 120, 378 (397f.).

其限制还是容易被正当化。

尽管如此，Regensburg 决定就电子眼问题^①指出，对信息自我决定权的侵害程度（Intensität）的法律判断基准为“侵害的方式”。在这个意义上，“该当事人是否提供了采取其措施的原因？其原因究竟是什么？”这一点也很重要。“以不特定多数人为对象的、不存在嫌疑情况下的侵害……原则上构成强度的侵害。”电子眼实际上也意味着“专门针对自身并不存在应当受监视的理由的人实施监视（此类措施往往如此）”，因此，被确认为构成重大的侵害。

相同的判断也出现在车号判决中。^②该判决首先指出，基本权限制的重大性取决于：“信息具有什么样的人格关联性”，同时还要看到“被获取的信息经过后来的编辑而最终具有的人格关联性”。进而，该判决还指出，“当事人是否作出了其信息被获取的某种原因行为（如实施违法行为），或者，当事人并没有作出此类行为，从而实际上所有的人都能够成为当事人”这一点也很重要。“从原则上而言，对有相应原因的人收集信息和对于并没有通过自身的行为制造出侵害的原因的人收集信息相比较，显然后者构成更为严重的侵害。”

四、结语

综上，有些情形下，虽然并非直接制约个人的活动自由，但却构成对宪法上的信息自我决定权的限制。而此时必须要满足规范的明确性、特定性要求，同时要有充分体现比例原则的法律的授权。原则上禁止那些无特定目的地收集个人信息，同时，也禁止变更目的。

那么，规范的明确性、特定性与目的约束、比例原则中狭义的比例性等手段是否能够有效防止法治国家的空转呢？这一点尚需做进一步的探讨。不过，不管怎样，可以肯定的是，没有这些手段，法治国家的空转将变成现实。

（一）空转的担忧——基于 N 系统诉讼

在争执所谓 N 系统的合宪性裁判（第一次 N 系统诉讼）中，东京

^① BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007-1 BvR 2368/06, NVwZ 2007, 688 (688ff.).

^② BVerfGE 120, 378 (402f.).