

テロリズムに対抗する予防的警察活動と 比例原則 (1)

—— je-desto 公式と、法的概念としての「安全」 ——

小 西 葉 子[※]

- I 序章
- II 予防的警察活動と比例原則
- III 予防的警察活動と je-desto 公式 (以上本号)
- IV 予防的警察活動と『安全』
- V 終章

I 序章

本稿の問題関心は、テロリズム対策のために行われる予防的警察活動を、憲法訴訟上いかに統制できるかという点にある。

予防的な国家活動は、現代社会における技術の発展や人々の活動の多様化に伴い、広く行われるようになったが¹⁾、特に警察活動の領域においては、具体的危険発生前に監視等を行う予防的警察活動が行われている²⁾(なお、ここでいう予防的警察活動とは、損害の発生(また、損害発生の十分な蓋然性)が認められない段階で、信教・国籍といった特定のメルクマールに基づいて対象者を抽出し、

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第16巻第3号 2017年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 小山剛「『安全』と情報自己決定権」法律時報82巻2号(2010)99頁。
- 2) 予防的警察活動については、様々な分野から多数の研究が発表されている。近年では、石川裕一郎「市民的自由と警察の現在」法学セミナー61巻11号(2016)48頁以下、淡路智典「予防警察的措置の限界と個人の自由」総合政策論集13巻1号(2014)159頁以下、島田茂「カメラの使用による予防警察的監視活動の法的統制」甲南法学52巻1/2号(2011)1頁以下等。

対象者の嫌疑に関わらず事前に情報収集を行う警察活動を指す)。予防的警察活動が行われる背景には、一方では犯罪自体の多様化やテロリズムの不安増加³⁾、他方ではインターネットや監視技術の発達がある⁴⁾。しかし、具体的危険発生前に行われる予防的警察活動には、具体的危険が発生した後に行われる警察活動とは異なる憲法上の問題が生ずる。

近年このような問題が特に大きく現れているのが、テロリズム対策の場面である。そこで初めに、「なぜ現代のテロリズム対策という場面において、予防的警察活動と憲法上の基本権との摩擦という問題が、特に大きく取り上げられるか」という点について、言及したい。

テロリズムと通常の犯罪の区別は、容易ではない⁵⁾。2002年のEUテロ対策枠組み決議第1条第1項は、①国ないし国際的組織に対し、重大な損害を齎すこと。②人々を深刻な恐怖に陥れ、あるいは許容出来ない手段で、政府や国際的組織に何らかの行為を強要させたり、忌避させたりすること。③国あるいは国際的組織の、根源的な政治的・憲法的・経済的・社会的な構造を極めて不安定なものとし、あるいは破壊すること、の3つをテロリズムの要件とした⁶⁾。また国際法学者の初川は、テロ行為は「[カメレオンのような]性質」をもち、「テロ行為が行われる状況による様々なカテゴリーの犯罪に該当し得る」とした上で⁷⁾、テロ行為に共通する特徴として、(ア)犠牲者の非個性化、(イ)国際又は国内の武力紛争との関連・人道への罪への重大さ等の国際的影響力、(ウ)犯罪を形成する行為で

3) 多様化する予防的警察活動の具体的な例について、山本節子『大量監視社会』(築地書館・2008)等。

4) 具体的な事例に関し、監視カメラについて、西原博史編『監視カメラとプライバシー』(成文堂・2009)・盗聴法の改正に関して海渡雄一「成立した拡大盗聴法と共謀罪法案の相乗効果をもたらす危険性」法と民主主義514号(2016)11頁以下参照。ドイツにおける監視技術の発達と犯罪の多様化に伴う監視関連法の展開について、Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, *Recht ist, was der Freiheit dient*, Recht und Politik 2013, S. 65ff.

5) 岡本篤尚『《9.11》の衝撃とアメリカの「対テロ戦争」法制』(法律文化社・2009)92頁以下。

6) Markus Thiel, *Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr*, 2011, S. 31ff, Vgl. OJ2002 Nr. L164/3.

7) 初川満「国際社会とテロ規制措置」初川満編『テロリズムの法的規制』(信山社・2009)26頁。

あることの3点を挙げる⁸⁾。

EU テロ対策枠組み決議における定義③と、初川の定義(ア)の間には、「非個人的な犠牲者を有する犯罪が全て国家構造破壊の目的に結びつく訳ではないが、国家構造破壊の目的を有する犯罪行為の犠牲者は非個人的たねばならない」という特殊な不可分性があり、このことから、テロリズムとして認定される行為は個人に対する攻撃というより共同体の根幹に対する攻撃の表出である、という特徴が炙り出される。通常の捜査においては原則として許されない、具体的な危険が発生する前の非前科者のリストアップやデータ収集といった予防的警察活動が、共同体の根幹に対する攻撃の表出としてのテロリズムへの対抗手段として行われる場合、憲法上の個々の基本権の侵害のみに留まらない、憲法訴訟上重大な問題が生じうる(Ⅱにおいて後述する「比例原則の空転」)。

このような性質を有するテロリズムへの対抗者としての国家は、共同体の保全者たる役割をもって立ち現れざるをえない。この共同体の保全者たる国家を支えるものが、各種のメディア(マスメディア・インターネットメディア)⁹⁾であり、そこから生まれる一種の断片化した連帯である¹⁰⁾。現代のテロリズムの特徴に関し、メルクマールのひとつとして注目されるのは、行為主体がイスラム原理主義の過激派に属することが多いという特徴であるが、イスラム原理主義の過激派に属する者はイスラム教徒全体のごく一部に過ぎない¹¹⁾。しかし、イスラム教徒でない者が多数派を占める日本やドイツ、アメリカ等の各国においては、平穏なイスラム教徒の憲法上の基本権が、多数派の「不安」により正当化される予防的警察活動により侵害される現象がしばしば発生している¹²⁾。たとえば、日本

8) 初川、前掲注7)、27頁。

9) 右崎正博「現代メディアと市民的公共圏」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』(日本評論社・2003)475頁以下。

10) ここでいう断片化した連帯は、従来の民主主義を支えてきた「連帯」ではない。西原博史「比例原則の3つのモデルと事実認識・価値判断」岡田信弘・笹田栄司・長谷部恭男編著『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古稀記念論集(信山社・2015)572頁以下のいう、特に近年顕現するインターネットを通じた「相互に交渉を欠く」「断片化したコミュニケーション集団の存在によって特徴づけられる」「連帯の欠如」が、ここでいう断片化した連帯の性質である。

11) 例えば日本のイスラム教徒について、店田廣文・岡井宏文「日本のイスラーム」宗教時報No.119(2015)2頁以下参照。

においてテロリズムに関わる予防的警察活動が問題となった公安「テロ」情報流出事件では、イスラム教信者の多い国の出身であるというだけでテロリズムとは無関係な多くの人が予防的警察活動の対象となった¹³⁾。

このような状況下で、予防的警察活動に対する司法による統制は適切に行われているとはいえない。その理由は大きく二つある。①（特に日本において）予防的警察活動を適切に統制する立法の不在、②予防的警察活動の違憲審査における場面で違憲審査が適切に機能しないこと（「比例原則の空転」）である。

本稿では、②を中心として、憲法訴訟における予防的警察活動の統制及び正当化に関し、大きく二つの視点から検討する（①については、本稿を踏まえ別稿にて論ずることとしたい）。

本稿の構成としては、まずⅡにおいて、予防的警察活動と比例原則について概観する。その上で、先行研究において指摘されてきた、予防的警察活動の違憲審査における比例原則の機能不全（「比例原則の空転」）の問題の所在を確認する。

Ⅱで確認する内容は、Ⅲ・Ⅳで取り上げる二つの視点の前提となる。

次にⅢにおいて、第一の視点として、ドイツにおいて予防的警察活動の違憲審査に適用された je-desto 公式について取りあげる。je-desto 公式については、従来ドイツの予防的警察活動に関する判例分析の一環として、我が国でも取り上げられてきたところであるが¹⁴⁾、本稿では違憲審査基準としての比例原則の構造内部における je-desto 公式の位置付けに関し、Alexy の重要性公式を手掛かりと

12) 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト 1356号（2008）75頁以下参照。

13) 最決平成28年5月31日（原審：東京地判平成26年1月15日判時2215号30頁以下、訟務月報60巻8号1688頁以下）。渡辺康行「「ムスリム捜査事件」の憲法学的考察」松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行編『自由の法理』阪本昌成先生古稀記念論文集（成文堂・2015）937頁以下。倉地智広「ムスリムという「恥辱」」法と民主主義473号（2012）18頁以下、井桁大介「認められなかった「違法捜査」」世界854号（2014）29頁以下、福田健治「地裁判決は本当に「原告勝訴」なのか 公安資料流出事件判決をめぐる誤解をただす」創44巻3号（2014）62頁以下、同「判決ホットレポート モスク監視を全面的に擁護したムスリム違法捜査国賠訴訟一審判決〔東京地裁2014.1.15判決〕」法と民主主義487号（2014）47頁以下参照。

14) 小山剛「「戦略的監視判決」と情報自己決定権」法学研究79巻6号（2006）1頁以下、宮地基「安全と自由をめぐる一視角」法政論集230号（2009）335頁以下。

した狭義の比例性審査の分析により検証する。なぜなら本稿の問題関心からは、Ⅱにおいて詳述する「比例原則の空転」という現象が、狭義の比例性審査における je-desto 公式の登場により回避しうるのかが大きな課題となるところ、比例原則の構造的解釈の中での je-desto 公式の位置付けを把握する試みには重要な意義があるためである。

Ⅳでは、第二の視点として、規制目的及び正当化理由としての「安全」概念の検討について取り上げる。この点、規制目的としても立ち現れる「安全」概念の限定の意義や要否に関し、我が国でも議論のあるところであるが¹⁵⁾、概念の具体的限定に関しては、近年ドイツで盛んに議論されている。後述するように、「比例原則の空転」という現象は、規制目的として語られる「安全」概念の曖昧さに起因する部分が大きく、我が国ではこの点に関する分析に更なる深化の余地があると考えられることから、本稿では予防的警察活動において語られる「安全」概念の限定について、ドイツの複数の先行研究をもとに、多角的に議論する。

Ⅱ 予防的警察活動と比例原則

1. 比例原則

違憲審査における比例原則 *Verhältnismäßigkeit* とは、国家の活動が目的及び制約する基本権にとって比例的なものであるかを判断し、比例的でなければ当該国家活動を違憲とする法の一般原則である¹⁶⁾。具体的には、目的審査を前提に、必要性・適合性（相当性）・狭義の比例性という3つの手段に関する審査を行うことで、国家の活動が目的及び制約する基本権にとって比例的なものであるかを判定することとなる¹⁷⁾。現在では欧州人権裁判所においても準拠されるこの法原則は¹⁸⁾、ドイツにおける戦後違憲審査基準の要として成熟し、世界的な潮流

15) 西浦公『『安全』に関する憲法学的考察』栗城壽夫先生古稀記念論集『日独憲法学の想像力（下）』（信山社・2003）81頁以下、西原、注12）、75頁以下。

16) Thomas Reuter, *Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, 2009, S.512.

17) オリバー・レブシウス（横内恵・訳）「比例原則の可能性と限界」自治研究 89 卷 11 号（2013）60 頁、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社・1996）342 頁参照。

18) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社・2010）6 頁以下。

を生み出すまでに至った¹⁹⁾。

比例原則の要素は諸論あるが、その具体的内容については多くの先行研究があり²⁰⁾、またここで比例原則の構造や機能に関する問題に立ち入ることは困難を極めるが、議論の前提として、比例原則に関する一定の理解を示す。

イスラエルの法学者である Cohen-Eliya/Porat が指摘するように、比例原則は、少なくともドイツやカナダ²¹⁾においては、基本法の趣旨を訴訟上適切に反映する為の手段として、balancingよりも構造的であると信じられている²²⁾。その根拠は、比例原則が論理的な審査順序と、段階的に補填し合う複数の分析的審査を有するためであるとされるが、我が国では米国の二重の基準論との関係で議論のあるところであり、また比例原則とbalancingを二項対立的に見るのではなく、比例原則にbalancingが包括されていると見る見解もある²³⁾。

裁判所と比例原則の結びつきは、以下三つの機能を持つと Schröder は指摘する²⁴⁾。①裁判所が比例原則の遵守を制御する機能、②法または憲法の形成領域を裁判所自体が保ち、固有の立場で比例原則を取り扱う機能、③裁判所が例外的に法の更なる形成に従事する際、その法に対し、同様に比例性を保持する機能である。すなわち比例原則は、裁判所の専権的な範囲での比例原則の適用を求めるのみならず、法の形成領域においても重要な役割を果たすといえる。また、裁判所を通じてだけでなく、法の一般原則としても、比例原則は立法や行政を直接

19) Bernard Schlink, *Proportionality in constitutional law*, Duke Journal of Comparative & International law (2012), p. 296., Vgl. David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004).

20) 柴田憲司「憲法上の比例原則について (一)」法学新報 116 (9/10) (2010) 183 頁以下、同「憲法上の比例原則について (二)」法学新報 116 (11/12) (2010) 185 頁以下、小山剛「比例原則と猿払基準」法学研究 87 巻 2 号 (2014) 29 頁以下、江島晶子「多層的人権保障システムにおけるグローバル・モデルとしての比例原則の可能性」長谷部恭男・安西文雄・穴戸常寿・林知更編『現代立憲主義の諸相 (下巻)』(有斐閣・2013) 85 頁以下、行政法の観点から須藤、注 18) 参照。

21) 佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開」北大法学論集第 63 巻 2 号 (2012) 1 頁以下。

22) Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat, *American balancing and German proportionality*, I・CON8 (2010), p. 268.

23) Schlink, Fn. 19, p. 293.

24) Ulrich Jan Schröder, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Maßstab richterlicher Entscheidung*, RohR 2/16 (2016) S. 51ff.

拘束している²⁵⁾。

以上のような裁判所と比例原則の結びつきの中で、違憲審査基準としての比例原則の具体的な手段は、前述のとおり必要性審査・適合性（相当性）審査・狭義の比例性審査の3つに分かれる。

必要性審査とは、手段が目的達成のために必要か、審査する段階である。

適合性（相当性）審査とは、目的の実現に対し手段が有効か、審査する段階である。手段が規制目的実現を促進する場合に肯定されるが、完全な目的達成をもたらさなければ否定されるというものではない。

狭義の比例性審査とは、手段が目的に対して適当であるか、審査する段階である。

なお目的審査は、従来の理解における比例原則の要素には含まれていない。しかし、Klatt／Meister²⁶⁾や Wienbracke²⁷⁾など、比例原則に関する比較的新しい業績は、先に示した手段審査の前段階の枠組みとして、目的の正当性・手段の正当性という大枠の審査の存在を示し、これらを含めた二層構造（目的と手段の二段階・手段の中での三段階）の審査を比例原則の内容としている。これは連邦憲法裁判所における 2008 年の情動的監視の下での情報システムの機密性・統合性を要求する個人の主観的権利に関する判決が、比例原則の枠組みに関し、上記二層構造の構造化に言及したことに起因する流れといわれる²⁸⁾。

2. 「予防」的警察活動

次に、「予防」的な警察活動について、伝統的な警察活動との相違を踏まえて概観したい。比例原則は他でもない伝統的な警察活動の統制理論として生じたにも関わらず、予防的な警察活動に対しては適切に機能していないことから、両者の相違は重要である。

伝統的な警察活動は、民主主義原理・社会国家原理・法治国家原理に基づく危

25) Reuter, Fn. 16, S. 515.

26) Matthias Klatt／Moritz Meister, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Jus 2014, S. 193ff.

27) Mike Wienbracke, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, ZJS 2/2013, S. 148ff.

28) BVerfGE 120, 274 (318f).

陰防衛を中心的な任務とする²⁹⁾。伝統的な警察活動において、事前的な活動は例外である。これに対し「予防」は、「事前的に」行われる点にその本質がある³⁰⁾。警察活動が法規制や裁判所命令による統制を受けることなく行われることで、正当化困難な基本権の侵害を伴う恐れがあるために、伝統的な警察活動においては「予防」的な活動は忌避されてきた。Grimm は、「予防」的国家作用の場面においては、自由を守るための国家活動が、内包する民主的・法治国家的留保を空洞化する危険を含むというジレンマが顕在化すると指摘する。「予防」的国家作用は、特定の個人や公衆の自由、国家の自由保障機能を害さない行為をも標的とする特徴があり、起こりうる危機はその措置を通じてはじめて発見されるという性質を持つからである³¹⁾。

それにも関わらず、現代社会において「予防」的国家活動が要求される理由は、科学技術の発展に伴う新たな危険の発生、(国家以外の) 社会的強者の出現、抑圧の手段の有効性の相対的低下といった社会的・技術的条件構造下にある現代において、伝統的法原則では保護義務を全うし得ないためであると Grimm は述べる³²⁾。このような現代の構造変化により、予防的警察活動もまた、積極的な国家活動の一として描かれるようになった。

3. 「比例原則の空転」と予防的警察活動の本質的結合

では、予防的警察活動と比例原則とは、どのように関係するのか。この点について、日独で言及される「比例原則の空転」の議論を参照する。

西原は以下のように指摘する。「予防原則を主張する理論的枠組みにおいては、出発点が個人から離れた公的安全という独立の公益に見いだされているわけではなく、むしろ危険予防が個人の基本権と接点を持つからこそ妥協出来ない国家任

29) Christoph Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8 Aufl., 2011, S. 34f.

30) Dieter Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in: *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 197f.

31) Ibid, S. 215.

32) Ibid, S. 211f., なお、Grimm は別稿の法治国家の機能を各レベルで見直す試みの中で、法治国家の意義を法的価値の独立性等に求め、現代国家の社会的条件の中で法治国家を再定位している (Dieter Grimm, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit*, JZ 2009, S. 596f.)。西浦、注15)、86-87 頁参照。

務として理論化される傾向が強まっている」ところ³³⁾、(マテリアルな実体を持つ「安全」に対して)「安心」はいかなる実体をも手がかりとして踏まえていないため、比例性審査は必然的に空転する³⁴⁾。「主観的な安心感」を「憲法上の地位に置」くことを「排除」する「排除ルールがなければ、基本権保障は空洞化する」、と³⁵⁾。

この指摘によれば、予防的警察活動が(客観的)「安全」のみならず「安心」をその保護すべき利益として含む限りにおいて、「比例原則の空転」と予防的警察活動の間には本質的結合が存在することになる。

筆者は、西原の主張の趣旨に賛同する一方、予防的警察活動を一切禁止するという態度をとらないのであれば、排除ルールの設定に先立ち「(主観的な)安心」と「安全」がどこで区分されるかを明確にする必要性は未だ残ると考える。なぜならば、予防的警察活動においては客観的「安全」「安心」の区別が判然としていたとは言い難い上、近年の我が国の行政法分野における「安心」を警察の守るべき保護法益と位置づける傾向を考慮すると、必然的に両者の区別についての説明責任が伴うといえるからである³⁶⁾。

「比例原則の空転」の原因について西原とは異なる捉え方で論ずるのは、Lepsiusである。Lepsiusは以下のように述べる。「テロに対する新しい理解は、自由と安全保障の調整における原則が変化していることを表して」おり、変化のメルクマールとして、自由の脱個人化・保護義務の拡大・公共の利益と個人の権利の比較衡量の3点を指摘することが出来る³⁷⁾。そこでは「市民的自由の比較衡量は、もはや法的に展開される又は正当化を要する利益とは直面」せず、「目的

33) 西原、前掲注12)、75頁以下。

34) 西原、前掲注12)、78頁以下。

35) 西原、前掲注10)、583頁。

36) 警察実務ないし行政実務では、少なくとも客観的「安全」に保護法益性が認められるのは自明とされ、「安心」をも保護法益に含めようとする向きが強い。田村正博『今日における警察行政法の基本的な考え方』(立花書房・2008)2頁以下、櫻井敬子「行政警察に関する考察」警察政策7巻(2005)1頁以下。この理解に対して、行政法学者の立場から批判向けるものとして、白藤博行「安全の中の自由」論と警察行政法」公法研究69号(2007)45頁以下。

37) オリバー＝レプシウス(河村憲明・編訳)「自由・安全・テロリズム」警察学論集58巻6号(2005)34頁。

の正当化が事実の理解に支えられているにすぎず」、「事実は比較衡量し得ないので、もはや通常の憲法上の「比較衡量の原則」は機能し」ない、と³⁸⁾。

Lepsius の見解の最も重要な点は、予防的な警察活動により保護される利益は、法的利益とは言えないためそもそも基本権との対立利益とはなり得ないにも関わらず、無理に比例原則を適用するために、比例原則が空転するという点にある。これは、法的利益といえる（客観的）「安全」と、保護法益から除外する「安心」を区別する西原の考え方とは異なる。

比例原則はドイツの伝統的警察活動を起源とし、法治国家原理の発展として理解されてきたが³⁹⁾、予防的警察活動については、上記のような伝統的警察活動との相違から、比例原則が適切に機能しない「比例原則の空転」という問題が生起するということが、両者の指摘から分かる⁴⁰⁾。「比例原則の空転」は、ドイツ固有の問題ではない。明示的に比例原則を用いたものとして理解されるわけではない我が国の予防的国家活動に関する裁判例においても、「比例原則の空転」類似の状況が発生している⁴¹⁾。

この空転を回避するために、比例原則の一部を変形させて適用するドイツの *je-desto* 公式は我が国でも注目されているが（後述Ⅲ参照）⁴²⁾、本稿では *je-desto* 公式の問題点を踏まえた上で、法的利益としての「安全」概念の限界についても合わせて検討を行う（後述Ⅳ参照）。

Ⅲ 予防的警察活動と *je-desto* 公式

1. ドイツ連邦憲法裁判所における、予防的警察活動と比例原則

ドイツでは、予防的警察活動に関する訴訟が多く提起されている。ここでは予防的警察活動について、比例原則を応用して違憲審査を行った二つの判決を中心に扱う。その二判決とは、戦略的監視判決⁴³⁾及びラスター捜査判決⁴⁴⁾である。

38) レプシウス、前掲注 37)、36-37 頁。

39) 須藤、注 18)、6 頁以下。

40) 小山、前掲注 1)、103 頁。

41) 西原、前掲注 12)、75 頁以下。

42) 小山、注 14)、1 頁以下。

両者の法令違憲の審査において狭義の比例性審査にかかる部分が、本稿では重要である。

(1) 戦略的監視判決——BVerfGE 100, 313

戦略的監視とは、連邦警察法の改正を定めた Gesetz zu Artikel 10 (以下 G10 法)⁴³⁾を法的根拠として行われていた、国家による国民の個人データに関する事前告知のない広範囲な監視行動である。戦略的監視判決は、第三次盗聴判決とも呼ばれ、第一次盗聴判決⁴⁶⁾、第二次盗聴判決⁴⁷⁾と同一の系譜において語られる。

戦略的監視が G10 法により規定された 1968 年当初、監視対象となる嫌疑は、憲法的危険状態を惹起する国家への武力攻撃に限られていた。このような厳しい限定の根拠は、基本法 10 条 2 項 2 文にある⁴⁸⁾。「信書の秘密ならびに郵便および電気通信の秘密」の「制限は、法律に基づいてのみ行うことができる」という 10 条 2 項 1 文の規定を受け、基本法 10 条 2 項 2 文はこの制限が、「自由で民主的な基本秩序の擁護、または連邦及びラントの存立もしくは安全の擁護のためのものであるときは、法律により、その制限が当事者に通知されないこと、および裁判上の方法に代え、議会の選任した機関および補助機関によって事後審査を行うことを定められる」とする。ドイツでは 1970 年代から「公共の安全 öffentliche Sicherheit」に個人の主観的権利を含むとする理解が一般的であるが、「連邦及びラントの存立もしくは安全」は、文言上個人の主観的権利を含まないものと理解するのが妥当であると認識されていた⁴⁹⁾。そのため「自由で民主的な基本秩序の擁護」「連邦及びラントの存立もしくは安全の擁護」を厳密に解釈し、戦略的監視の範囲を限定していたのが初期の G10 法であった。

しかし、1994 年の犯罪対処法に基づく改正により、上記に加えて、国際テロ

43) BVerfGE 100 (313).

44) BVerfGE 115 (320).

45) Vgl. Peter Welsch, *Der tendenzielle Fall der Freiheit*, 2013, S. 130f.

46) BVerfGE 30, 1.

47) BVerfGE 67, 157.

48) 17. Gesetz zur Ergänzung des GG v. 24. 6. 1968, BGBl I 709.

49) Hans H. Klein, *Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, DVBl, 1971, S. 233.

攻撃（G10法3条1項2文2号）兵器の国際的取引（3号）対ドイツの薬物の輸出（4号）外国における通貨偽造（5号）3～5号で挙げられた活動に関連した資金洗浄行為（6号）が戦略的監視の対象とされた。小山は「1994年の法改正は、戦略的監視と「個人」とのかかわりを増大させている」⁵⁰⁾と改正法を評価する。

戦略的監視判決は、連邦情報局がG10法を根拠として個人の通信を広域的に監視する権限（G10法3条1項2文2号～6号）や、取得データを他官庁と共同して利用するために引き渡す権限（G10法3条3項・5項・7項）、情報取得対象者への限定的な通知義務（G10法3条8項）等の違憲性について争われた。連邦憲法裁判所は、G10法3条1項1文、2文5号、3項、4項、5項1文、7項1文、8項2文、9条2項3文を基本法10条に違反し違憲とし、またG10法3条8項2文を基本法19条4項に違反し違憲と判断した⁵¹⁾。本件には複数の争点があるが、ここでは本節の中心的な課題である「予防的警察活動と比例原則」という観点に絞って、本判決の理由付けとその意義について考察する。

比例原則との関連で注目したい点が二点ある。一点目は戦略的監視の権限範囲の限定に関する論理構成、二点目は他機関との情報の共同利用の制約に関する論理構成である。

一点目の戦略的監視の権限の範囲に関して、戦略的監視そのものの根拠規範（3条1項2文各号）のうち、本判決において基本法10条に反して違憲と判断されたのは、G10法3条における通貨偽造に関する5号のみである。裁判所は「嫌疑なく行われる監視」について、その目的を「その毀損が対外的・対内的な平和と個人の法益に重大な損害を与える高次の共同体の利益 *hochrangige Gemeinschaftsgüter*」の保全として正当性を認め、必要性・適合性についても簡素に認めた上で⁵²⁾、法律が比例原則の中で狭義の比例性を満たしているかを中心に判断した。衡量の要素は「個人の利益」と「公共の利益」である。裁判所は「個人の利益」については「介入閾値」「当事者の数」「侵害強度」の三点を基準として、「公共の利益」については「目的の重要性」「利害の重要性」の二点を決定的要素

50) 小山、前掲注14)、4頁。

51) BVerfGE 100, 313 (315).

52) BVerfGE 100, 313 (372f).

として判断を下した⁵³⁾。

Mörtl が指摘したように、一点目の部分に関する本判決の肝は、後述する je-desto 公式を用いて「具体的な危険の前域における包括的な概念を通じて、危険防御の狭い概念と取り替えた」点にある⁵⁴⁾。本判決は、危険の捉え方と具体的な権限の限界に関する比例性審査が深い繋がりを持つことを明確に表した上、その変容をも示している。

二点目の他機関との情報の共同利用の制約に関して、判決はまず、基本法 10 条の保護領域を、通信の内容のみでなく、その後のデータ処理にも及ぶとした⁵⁵⁾。G10 法 3 条 3 項 1 文の「目的」要件は、取得のみならずその後の使用も含め、基本法 10 条の要請に従って合憲的に解釈出来得る範囲で認められることとなる。判決は基本法 10 条の要請に基づく判断基準として、目的拘束性と比例性の二点を挙げた。目的拘束性も重要な争点であるが、ここでは深く立ち入らない⁵⁶⁾。比例性については、後述する je-desto 公式（反比例公式）に基づき情報提供閾値を緩和した上で、なお法令を一部違憲としている⁵⁷⁾。具体的には、まず他官庁への情報提供それ自体が、戦略的監視を担当する BND の情報取得・保有・利用より重大で、個別の基本権侵害を生むとした。

本稿の問題関心に照らし重要なのは、判決の狭義の比例性判断に関する部分である。裁判所は、両者を判断するため、①国家活動により保護される法益の高い重要性があること、②嫌疑に対する十分な事実上の根拠が存在することを必要不可欠な要件として摘示し、この要件充足に関する判断基準として、判決は 2 つの je-desto 公式（反比例公式）を提示する。

一点目の je-desto 公式は、国家活動により保護される法益の重要性と危険の蓋然性に関するものである。具体的には、「法益が重大なものであればあるほど、

53) BVerfGE, 100, 313 (376), Claus Arndt, *Zum Abhörurteil des BVerfG*, NJW 2000, S. 47f., ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社・2008）247 頁以下 [小山剛]。

54) Markus Mörtl, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strategische Fernmeldeaufklärung und die informationelle Vorfeldarbeit im allgemeinen*, DVBl 1999, S. 1394.

55) BVerfGE, 100, 313 (366).

56) BVerfGE, 100, 313 (360).

57) BVerfGE, 100, 313 (391f).

或いはその行為によって広く損害を受け、あるいは受けるのであればあるほど、脅かされたる損害あるいは生じた損害について要求される蓋然性は低く、或いは嫌疑の基礎となる事実は不確実であってもよい」という基準である⁵⁸⁾。これは後述のラスター捜査でも類似の判断が提示されている、予防的な国家活動に特有の基準である⁵⁹⁾。

二点めは、情報提供の閾値に関する限定的な *je-desto* 公式である⁶⁰⁾。具体的には「法益が重要であればあるほど、情報提供の閾値は、脅かされている法益侵害の前域において行うことが許される」というものである。より詳細には、「立法者が保護法益を複数の高次のものに限定し、その法益に対して生じる損害が極めて重要なものである場合」には情報提供閾値を相対的に低く定めることが出来る一方で、「危険の程度が相対的に低い行為についても予防しなければならないものとする場合は、情報提供の閾値は高くなければならない」とした。Müller-Terpitz は、本判決のドグマティッシュな意義を、他官庁との情報共有に関する部分も含めて、基本法 10 条の妥当する空間を形成した点に求めている⁶¹⁾。また、目的拘束性の原則を基礎として、秘密情報機関・警察・憲法擁護庁などの国家機関間における情報の相互参照を原則として禁止し、情報の使用用途を目的により限定する法理である官庁間の情報共有に関する分離原則 *Trennungsgebot*⁶²⁾につながる予防的な国家活動により収集された情報の管理について言及している点で、判例法理への影響も大きい⁶³⁾。

58) BVerfGE, 100, 313 (392).

59) Volkmann Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 15. Aufl., 2013, S. 41.

60) BVerfGE, 100, 313 (392f).

61) Ralf Müller-Terpitz, *Die "strategische Kontrolle" des internationalen Telekommunikationsverkehrs durch den Bundesnachrichtendienst*, Jura 2000, S. 301f.

62) Jan - Willem Prügél, *Entscheidungsanmerkung*, ZIS 2013, S. 529ff., Hans Peter Bull, *Datenschutz oder Schutz von Individualinteressen?*, in: Thomas Meyer/Udo Vorholt (Hrsg.), *In Freiheit contra Sicherheit?*, 2012, S. 41ff., Dieter Grimm, *Der Datenschutz vor einer Neuorientierung*, JZ 2013, S. 585ff., Julia Stunnenrauch, *Gemeinsame Verbunddateien von polizei und Nachrichtendiensten*, 2008. 同語の訳については、後述する BVerfGE 133, 277 に言及する邦語文献である入井凡乃「事後的な正義と新規義務」法学政治学論究 101 号 (2014) 117 頁は *Trennungsgebot* を「分離原則」と訳出しており、この訳が *Trennungsgebot* の実質的意義にも妥当すると思われるため、本稿もこの訳に沿った。

ここで、本判決に含まれる2つのje-desto 公式を比較したい。両者には、二点の相違が見られる。一点めの相違は、法益の重大性 x と反比例する「変数 y 」が何か、という点である。前者の変数 y は、危険の要件である「蓋然性」について要求されるレベルである。後述するように、危険の存否は、どの国家機関が如何なる形態で介入することが出来るか、という介入の閾値を判断するための決定的な要素である。しかし翻って言えば、介入閾値そのものは異なる要素も含めて別途判断されなければならない。一方、後者の変数 y は介入閾値のレベルそのものである。二点めの相違は、後者の閾値の設定には、保護される法益の重要性和深く関連する保護される法益の範囲の広狭が、特に指摘されている点である。これは判決の結論に関係する。判決は、G10 法2条により通信の秘密の制限を命じられているもののデータ提供の他は、十分な限定がかけられていないとする。その根拠として、①BND が他の官庁に情報を提供し得る犯罪行為に多種多様なものが含まれていること、②要求される事実の基礎についても、刑事訴訟法よりも低い程度しか要求していないこと、③情報提供のタイミングが可罰的未遂よりも前倒しになっていることが挙げられたが⁶⁴⁾、保護する法益の範囲の広狭という問題を規範で指摘する本判決は、①の根拠を重く見ていると評価し得る。

(2) ラスター捜査判決 — BVerfGE 115, 320

本件は、ノルトライン・ヴェストファーレン州に住むモロッコ国籍の学生によって提起された、同州警察法31条(1990年2月24日公布)に基づき実施された予防的警察活動として行われたラスター捜査による情報自己決定権(基本法1

63) 判例の展開として、二判決を挙げる(両判決に触れるものとして、井上典之「ドイツのテロ対策・予防のための法制度」論究ジュリスト21号(2017)49頁以下)。①BVerfG 133, 277, Vgl. Prügel, Fn.62, S.533ff. (なお、本判決を受け、反テロデータ法が改正された(Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze vom 18. Dezember 2014 (BGBl. I S.2318), 2015年1月施行。これをもって、同法は時限立法でなくなった)。渡辺富久子「ドイツにおけるテロ防止のための情報収集」外国の立法269号(2016)24頁以下参照)。②BVerfG 141, 220, Vgl. Kurt Graulich, *Polizeiliche Gefahrenabwehr mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen*, KriPoZ 2016, S.79f., Wolfgang Durner, *Anmerkung*, DVBl 2016, S.780ff.

64) BVerfGE, 100, 313 (396f).

条1項、2条1項)侵害に関する憲法異議の訴えに関する判決である⁶⁵⁾。

ラスター捜査とは、オンライン捜査の一環であり、公私諸機関で電子的に蓄積された個人データを、特定の事項への該当性についてまとめて照合する捜査手法である。ラスター捜査は、通常の犯罪捜査過程において特定事件の被疑者を捜し出すためにも用いられるが、予防的警察活動としてのラスター捜査には「実際はなんら犯罪行為と無関係な市民が、多く捜査対象とされ」とともに「比例原則が空転し、捜査により守られる憲法上の利益(「安全」)と、同捜査により脅かされる憲法上の権利(「自由」)との調整の基準が不明確」であるという固有の問題がある、と Schewe は指摘する⁶⁶⁾。

2001年9月11日に発生した世界同時多発テロの実行犯が過去ドイツに潜伏していたという事実が発覚したことから、ドイツ政府は潜在的テロリストを発見すべく、9.11事件の被疑者らが共通して持っていた特徴を手がかりに、全国的なラスター捜査を展開した。この捜査に対し、多くのイスラム教徒学生等から情報自己決定権に関する訴えが提起されていたが、本件はそのうちの一件である。

予防的なラスター捜査の根拠規定がおかれるようになった契機は、1970年代の赤軍派テロへの対応であったが、その根拠規定は2008年の連邦刑事司法改正に至るまで、各州警察法によって定められていたのみであった。各州警察法の規定は、その限界に差異があり、厳格な要件を求める州では、危険の程度について時間的近接性や切迫性を求めるものもあった⁶⁷⁾。本件の対象となるノルトライン・ヴェストファーレン州警察法31条(以下、PolG NW 31条)は、ラスター捜査発動のため「現在の」危険の存在を要求しており、またラスター捜査が許されるためには例外なく裁判官の令状を必要とし、事後にはラスター捜査に関する情報公開を必要とするという厳格な規定であった。

判旨は、法令自体については合憲とした一方で、本件に限った法令の適用行為については違憲とした。法令違憲についての判断において、連邦憲法裁判所は通

65) BVerfGE, 115, 320.

66) Christoph. S. Schewe, *Das Ende der präventiven Rasterfahndung zur Terrorismus?*, NVwZ 2007, S. 174f.

67) 宮地、注14)、338頁。

例通り三段階審査を用いる。情報自己決定権の保護領域について言及した後、PolG NW 31 条に基づき「電子的なデータ処理を目的として個人に関する情報が収集され、蓄積される場合」⁶⁸⁾に、警察の観察または監視活動は、基本権への制約としての法的性質を持つ可能性があるとして、制約の可能性を認めた。その上で、PolG NW 31 条を比例原則に基づき正当化する。必要性・適切性については共に簡単に存在すると認めており、実質的な争点は狭義の比例性審査部分に置かれた。

裁判所は、ラスター捜査により保護される利益を「連邦および州の存立・安全ならびに個人の身体・生命・自由」とし、この利益に対する「現在の危険を防ぐこと」をラスター捜査の目的として正当性を認めている。この「利益は、憲法上高い重要性を持った保護法益である。平和と秩序を維持する、制度化された権力としての国家の安全と、それによって——個人の尊厳と固有の価値に基づく尊重のもとで——保障される住民の安全は、他の高い価値と同じレベルの憲法上の価値を有する」と述べる⁶⁹⁾。ここで言及される「安全」の内容は、特定の個人や事象に還元するのが困難な法益として描かれる。次にラスター捜査によって侵される憲法上の利益について、裁判所は、情報自己決定権という重要な利益について、ラスター捜査は極めて重大な介入の権限を与えられていると判断する。介入の重大性の根拠は、照合によるデータ結合が人格に関わる覗き見を可能にする場合があること、対象データが多様・広範であること、捜査対象にされたことが周囲に知られることによる偏見等の不利益が重大であること、通知は限定的で多くは秘密捜査に留まること、匿名性は永続的でなく、後続の捜査では失われるものであるということ、不特定多数の、具体的容疑や責任がない人々を対象にしているということ等に求められた⁷⁰⁾。

裁判所は、以下のとおり説示する。両者の利益を単純に衡量する限り、PolG NW 31 条は比例性に反するとはいえない。しかしラスター捜査は「脅かされる法益に対する危険が充分具体的なものになった段階で、はじめて介入出来るとい

68) BVerfGE 115, 320 (342).

69) BVerfGE 115, 320 (346).

70) Ibid, 宮地、前掲注 14)、350 頁。

うことを立法者が定めることによって、法治国家原理の要請を守っている場合に限り⁷¹⁾比例性を維持しており、「具体的な危険」が発生する前にはラスター捜査を行うことが出来ない。この点、PolG NW 31 条は「現在の危険」を要求しており、文言上比例性を維持しているといえる、と。

本稿の問題意識に関連して、法令を合憲とした部分の判断で注目すべきは、どの程度の危険が憲法上要求されているかという点についての判示である。裁判所は、憲法が「現在の危険」の存在までを要求するものではなく、継続的危険をも含む可能性のある、損害発生 of 十分な蓋然性及び蓋然性予測 of 具体的な事実的基礎を内容とする「具体的な危険」で足りるとした上で、「脅かされるあるいは導かれる法益侵害が重大であればあるほど、そして基本権侵害の重要性が軽微であればあるほど、(危険発生 of 筆者注) 蓋然性は低くて良く」「嫌疑の基礎となる事実の根拠も小さくて良い」⁷²⁾ためであるとする je-desto 公式を示した。具体的には、「ラスター捜査が一般的に要する時間を考慮すると、極めて近い将来に、確実に近い蓋然性をもって損害発生が予想されることを法律上要求するならば、この要件が満たされるほとんどのケースにおいて、ラスター捜査は効果を発揮するには遅すぎる。(ラスター捜査によって守られる法益: 筆者注) が高い価値を有することを考えれば、比例性の原則を守るためこの捜査手法をこれほどまでに広範囲に制限することが要求されるわけではない」⁷³⁾とした。

本判決は、州によって異なっていたラスター捜査の発動要件に関して、連邦全体での統一に向けた一定の指針を定めたという意義を有する。本判決(2006年4月4日)を受けて、2006年8月28日に基本法が改正される。73条に規定される連邦の専属的立法分野に、「州をまたぐ危険が存在する場合、1つの州警察官庁の管轄が認識し得ない場合、又は州最上級官庁が委託を要請した場合における、連邦刑事警察官庁による国際テロリズムの防除(同条9号a号)」が加えられた⁷⁴⁾。これを受けて、これまで各州で定められていたラスター捜査の規定が、

71) BVerfGE 115, 320 (357).

72) BVerfGE 115, 320 (360f).

73) BVerfGE 115, 320 (362).

74) 植松健一「連邦刑事庁(BKA)・ラスター捜査・オンライン検索(1)」島大法学第52巻第3・4号(2009)6頁以下。

連邦刑事庁法の一環として規定された⁷⁵⁾。連邦刑事庁法 20j 条 1 項は、「連邦刑事庁は、国家の存立若しくは安全に対する危険又は個人の身体、生命、自由もしくは重要な価値を有するもので、その維持が公益に必要なものに対する危険を防止する為に必要な範囲において」ラスター捜査は許容されるとした。ここには、「具体的危険」という文言は見られないが、判決の文言に準拠した具体的な列举となっている（判決では、「著しく重要な法益（「個人の身体、生命及び自由、又はそれを脅かすことが国家の基礎もしくは存立、あるいは人間の生存の基礎に関わるような公共的法益」）に対する具体的危険」としていた）。このような「危険」に該当した場合、20k 条に基づいて秘密裏でのラスター捜査が許容される。この措置を行うには、例外なく裁判所の命令を必要とする。

このように、本判決は立法の場面においても強い影響力を持った反面、特にラスター捜査を推し進める側から批判を受けることになる。最たる存在感を示したのは Haas 裁判官による反対意見である⁷⁶⁾。Haas は州上級裁判所の判断を支持し、多数意見の判断を批判する。その要点は四つである。①ラスター捜査による情報自己決定権への介入の程度は軽微であるということ、②多数意見は、ラスター捜査は自由を保護・促進するための措置であるという本質を見逃し、侵害的な措置として一面的に構成しているということ、③危険の程度の問題、④多数意見の見解は問題解決に必要な範囲を超えているということである。③について、Haas は、犯罪発生の前段階における予防活動をリスクに対する対処として行うことについては、基本法から見ても高い意義があることを根拠に、PolG NW 31 条に規定される「現実的危険」はもちろん、多数意見が述べる「(伝統的なものより要件の緩和された：筆者注) 具体的危険」すら憲法は要求していないとした。

次に、「本件国家行為が重大な侵害にあたるか」という点について、本判決多数意見を部分的に支持しながら、一部 Haas の見解に賛同する学説の一として、Hillgruber の見解を紹介する⁷⁷⁾。

75) Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008, BGBl. I S. 3083ff., 外国の立法 247 号 (2011) 65 頁以下、山口和人「海外法律情報ドイツ」ジュリスト 1371 号 (2009)。

76) BVerfGE 115, 320 (371f)。

Hillgruber は、「ラスター捜査による情報自己決定権侵害がセンシティブな情報に関わるものではないため重大でない」という意見については、ラスター捜査は情報自己決定権という個人の基本権だけではなく「共同の基本権」⁷⁷⁾をも脅かしているという根拠に基づき、批判的な態度をとる。一方で、自由と安全の均衡について、永続的国家目的としての「国民の安全と保護」が基本法上の保護義務を形成すること、基本権侵害は保護義務の限界であることの二点を、判決の多数意見が確認していることについて言及する。その上で、ラスター捜査のような新しい形の捜査は、伝統的法治国家の枠組みから離れたものであるが、新たな脅威に対抗するため、立法者にその正当化を要求する必要がある、ここで伝統的法治国家の枠組みから離れた自由と安全の均衡を図る手段としては、Haas 裁判官の意見が有益であるとする。すなわち、保護義務によってなされた本件捜査は、そもそも自由権を強化する性質であるとする意見である。

Hillgruber は、捜査対象となる情報が単純情報か否かという点によってラスター捜査による基本権侵害の重大性は左右されることはないが、そもそも伝統的法治国家の枠組みから捜査の重大性を判断すること自体が適当ではないのではないかという見解を示している。

他方、「要求する危険蓋然性のレベルを、「具体的危険」としたことの当否」について、本判決多数意見を批判する学説の一として、Schewe の見解を紹介する⁷⁹⁾。

Schewe は、本判決をテロリズム撲滅の手段としてのラスター捜査の実効性を削ぐものとして批判するが、この前提として、ラスター捜査を二つの段階に区別して理解する。①網掛け (Raster) を作ってデータの搜索・伝達を行う段階、②実際にそのデータを利用した予防的捜査を行う段階である。①の段階で規則的に集められた情報から「(侵害者というよりむしろ) 推測された行為者」に対して、警察は事実上の監視や証人による供述をもって、捜査を行うこととなる。

77) Christian Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes—nur bedingt abwehrbereit?*, JZ 2007, S. 209ff.

78) Hillgruber はこの語を、「公共の福祉」と同義に使う。

79) Schewe, Fn. 66, S. 170.

Schewe の批判の最も重要な点は、連邦憲法裁判所の「具体的危険」の基準によるならば、ラスター捜査は制限的な場合にのみ機能する捜査手法であるところ、テロリズムは地理的・時間的に広範囲に渡るものであるため、テロリズム撲滅の手段としては機能しないという点である。すなわち、「具体的危険」の基準のもとでは、②に実効的につながる①の実行は困難だ、という指摘である。

上述のように je-desto 公式が適用されたのは、「具体的危険」の程度に関する部分であった。後述のとおり、伝統的な具体的危険概念は、近い将来規範的に保護される利益に対する加害行為がなされる十分な蓋然性が個別に存在する状態を指す。しかし本判決では、「具体的危険」が生ずる前の介入は許されないとしながら、「具体的危険」とは現在の危険までを要求するものではなく、「継続的危険」の場合も含むとした⁸⁰⁾。具体的危険概念について同旨を述べた 2008 年のオンライン捜査判決⁸¹⁾に関して島田は、「判決の表現は極めて微妙であり、『近い将来、損害が発生する十分な蓋然性』までは求められないが、特定の事実に基づいて、法益侵害に向けた状況の展開を『時間的に見通せる』ことは必要であると述べて」いる点に注目し、「時間的近接性の要件がなおも維持されている、ということもできる」と連邦憲法裁判所の具体的危険の要件緩和の程度につき、留保を加えた⁸²⁾。要件緩和の程度はともあれ、従来要求されてきた要件について侵害される法益の重大性を用いて修正したことは間違いない⁸³⁾。

80) BVerfGE 115, 320 (364f).

81) BVerfGE, 120, 274 (オンライン捜査判決) は、情報システムへの侵入行為に対する予防的警察活動を支える州法が違憲無効とされた事例である。

82) 島田茂「予防的警察措置の法的統制と比例原則の適用」甲南法学 50 巻 1 号 (2009) 84 頁。

83) なお、適用違憲について裁判所は、2001 年 9 月 11 日以降のドイツ国内における状況に関する指摘は、ドイツにおいて今テロの攻撃あるいは準備がなされているという認識があることを証明するものではなく、危険認定についての事実の基礎が漠然としているため、PolG NW 31 条にいう「現在の危険」にあらず、本件ラスター捜査の発動要件充足性を認めた下級審の判断は「現在の危険」概念を不当に拡大解釈したものであり違憲である、と説示した (BVerfGE 115, 320 (369)).

2. 比例原則と je-desto 公式

(1) 危険概念と je-desto 公式

以上の二判決の違憲審査の在り方に共通するのが、所謂 je-desto 公式である。まず反比例公式とも言われるこの公式について、本稿の問題意識に即してその定義を確認したい。

玉蟲は、je-desto 公式を「憲法上の権利に対する制限が重大であればあるほど、その制限を正当化する公益は重要でなければならない」ことを内容とする」と理解する⁸⁴⁾。「je-desto (……であればあるほど、ますます……)」という言葉の本義に立てば、このような理解も可能であり、ドイツでも Zippelius/Würtenberger は、玉蟲と同様の je-desto 公式理解を採用するか⁸⁵⁾、本稿はこの立場に立たない。玉蟲の引用する小山⁸⁶⁾や、行政法領域において je-desto 公式を早い時期に紹介した桑原⁸⁷⁾ら、複数の邦語文献が、明確に je-desto 公式を「反比例公式」と言及しているか⁸⁸⁾、この理解の基礎は上述した戦略的監視判決及びラスター判決が、「国家の守る保護法益の重要性」と「介入閾値（又は介入閾値の前提となる危険存在の蓋然性の程度）」の関係を反比例的に捉えてきたことにある。例えば、Götz は反比例のルール Regel der umgekehrten Proportionalität (Je-desto 公式 “Je-desto-Formel”) と明確に表記して、その内容を「危惧される損害が大きくまたは重大な結果を齎すものであればあるほど、損害発生の蓋然性の要求は僅かであり」とする定式と理解する⁸⁹⁾。また Tanneberger は、je-desto 公式を明確に「前域的措置の領域において、具体的犯罪の危険防御あるいは訴追に関する措置に基づき、具体的犯罪についての特定の事実と近接性の欠如を条件として、法的利益の侵害蓋然性の要求段階を弱めるもの」と指摘しており、先に示した二判決に見られる je-desto 公式を正確に把握した表現の一を示している⁹⁰⁾。

84) 玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社・2013）334頁以下。

85) Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl., 2008, S. 124.

86) 小山、前掲注 14)、46頁。

87) 桑原勇進「危険概念の考察——ドイツ警察法を中心に——」確井光明・小早川光郎・水野忠恒・中里実編『公法学の法と政策 金子安古稀 下巻』（有斐閣、2000）652頁。

88) 実質的な区別を示唆するものとして、島田、前掲注 82)、72頁以下参照。

89) Götz, Fn. 59, S. 41.

玉蟲は正比例と反比例の違いを「問題となる基本権や基本権介入の性質」の問題と述べ⁹¹⁾、この理解は後述する Alexy の重要性公式のように、狭義の比例性審査の理論的説明の場面において基本権と国家活動が保護する保護法益をフラットに考える形式とは適合的である。しかし、筆者は、反比例型の事例においては、後述するように基本権の性質から導かれる固有の限界が存在するのかが等、衡量法則一般には当てはまらない特種の問題があるために、正比例の場合と同一のパースペクティブに則る理解のみでは足りず、正比例の場合と明確に区別をする必要があると考える。以上の理由から本稿では、比例的な狭義の比例性審査と反比例原則 *je-desto* 公式を明確に区別する上述の Tannenberger の定義を採用する立場に立つこととしたい。

次に *je-desto* 公式の位置づけについて、危険 *Gefahr* 概念との関連性から見る。ここで危険との関係を取り上げる理由は、上述のように判例でも重要な役割を果たしてきた「危険」概念の本質的要素である十分な蓋然性・時間的近接性の要件を緩和した *je-desto* 公式が、「危険」という概念の扱い、規範的に必要とされる危険の程度の変化、実際の危険の存否判断の方法といった問題と複雑に関係するためである。

危険防御 *Gefahrenabwehr* は、各州警察法の一般条項において、警察の任務の一として定められている (PolG NW 1 条、PAG Thür 2 条、PolG Sachs 1 条等)。Gusy は PolG NW 1 条を参考に、警察の任務を①危険防御の措置を通じた「公共の安全」の保護②私的権利の限定的な保護③公共の秩序の保護④他官庁の執行共助⁹²⁾としている。危険との関係で扱われるのは、①の任務である。

危険概念について論ずる前に、危険防御という警察活動が保護法益とする「公共の安全」という概念について、ここで触れておきたい。ドイツにおける「公共の安全」は、米田によれば、フランスにおける「共同体の善き秩序」を由来とし、ラント高権の支配関係下で形成されてきたという歴史的経緯を持つ概念であ

90) Steffen Tanneberger, *Die Sicherheitsverfassung*, 2014, S. 395ff.

91) 玉蟲、前掲注 84)、335 頁。

92) 重本達哉「ドイツにおける行政執行の違法性をめぐる最近の動向」近畿大学法学 61 巻 2・3 号 (2013) 193 頁以下参照。

る⁹³⁾。プロイセン以降、公共の安全が法的概念として個別法に記載されるようになり、その代表たる警察法は、公共の安全を、警察が守るべき保護法益として提示する。広く用いられている警察法教科書の一である Pieroth/Schlink/Kniesel によると、公共の安全は三つの要素を含む。①法的秩序の毀損、②主観的権利または個別の法的利益の毀損、③国家の存立、あるいは国家や高権のその他の担い手の行事の毀損である⁹⁴⁾。この三つの要素は完全に独立しているものではなく、重なり合っている（なお、Ⅳで検討する現代の「安全」と「公共の安全」は完全に一致するものではない）。

では、この危険防御の核となる「危険」とは、どのような概念か。危険という概念は、各州並びに連邦警察法において定義付けられており、「個別の事件発生の十分な蓋然性の存在する場合に、予測可能な時点において公共の安全あるいは秩序に対する損害が生じると考えられる」状態を指す⁹⁵⁾。危険概念の要素は二点ある。①個別の事件発生の十分な蓋然性があること、②予測可能な将来の時点において損害が発生すると予測されることである⁹⁶⁾。両者は個別の要素として理解されるが、パラレルな時間軸の中では相互に関連性を持つ。

Gusy は損害発生判断のメルクマールを「第一義的に権限を持つ機関の変更」に求め、時的近接性を示す予測可能な「将来の zukünftig」損害発生という点に重点を置く⁹⁷⁾。危険が捕捉され、損害が発生する間に、各官庁は危険予防・危険防御・損害発生後対応という過程を辿り活動を行うが、いまだ危険が存在して

93) 米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性」法学70巻(2006)47頁以下。

94) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*, 7. Aufl., 2012, S. 118ff.

95) §2 Nr. 3a brem PolG, §2 Nr. 1a NdsSOG, §3 Nr. 3a SOGLSA, §3 Nr. 3a thürOBG, 米田雅宏「危険概念の解釈方法(1)～(4・完)」自治研究83巻8号95頁以下、10号87頁以下、11号118頁以下(以上、2007)84巻1号103頁以下(2008)、同「現代国家における警察法理論の可能性(1)」法学第70巻1号(2006)32頁以下、島田茂「ドイツ警察法における犯罪予防の目的と危険概念の関係」甲南法学49巻3・4号(2009)1頁以下、須藤陽子「ドイツ警察法における危険概念の展開」大分大学経済学論集48巻3・4号(1996)288頁以下、同「日独警察法理論の相違」立教法学第80巻(2010)178頁以下、桑原勇進「危険概念の考察：ドイツ警察法を中心に」碓井光明・水野忠恒・小早川光郎・中里実編『公法学の法と政策：金子宏先生古稀』(有斐閣・2000)647頁以下。

96) Götz, Fn. 59, S. 41.

97) Christoph Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8. Aufl., 2011, S. 51, 54.

いない場合、その対応は危険予防 *Gefahrenvorsorge* と呼ばれる。予防的警察活動が行われるのはこの段階である。次に将来の損害発生が十分な蓋然性を持って予測された段階で、危険防御 *Gefahrenabwehr* が行われる。これを Gussy は、予防的 *präventive* 警察活動と対比して、抑止的 *repressive* 警察活動と呼ぶ⁹⁸⁾。その後、損害が発生すると、警察は司法警察活動を行う。ここで注目すべきは、損害発生前の行政警察活動と、損害発生後の司法警察活動の性質の相違という伝統的区分に加え、損害発生前の警察活動についても、「第一義的に権限を持つ機関の変更」といえるような区別があると認識されている点である。危険が存在しない段階であっても、損害に結びつく虞のあるものが何一つない状態において無意味な警察活動（或いはその他官庁の活動）が行われるわけではない。そこにはある種のリスク *Risiko* が存在する。危険とリスクの関係に関する議論については後述するが、Gussy の見解は、損害発生蓋然性の「十分さ」というともすれば不明瞭になりがちな判断基準に、明確な線引きが要求されているということをも示唆している。Götz はこのことを、「十分な蓋然性」の向こうには「単なる可能性 *bloß Möglichkeit*」が存在する」と表し、危険の「十分」性は、抽象的な「安全」によって判断されるものではないとする⁹⁹⁾。また Götz は蓋然性と可能性の概念的区別を流動的なものだとする一方で、損害発生の確率が極めて高い場合には、最早その事象の発生に関しては蓋然性という段階で評価する必要はないとする。これは「十分な蓋然性」の判断が要求されるのは、発生確率が未だ極めて高いとは言えない段階において、しかし一定確率を持って損害発生が見込まれると評価される場合であることを意味する。

では「十分な蓋然性」という要件の充足は、どのように判断されるのか。

まず、十分な蓋然性判断を基礎付ける事実上の根拠は何か。Götz は、十分な蓋然性の背後にあるものは抽象的な安全性ではないとする立場に立ち、「損害発生の蓋然性に関する予測は、確認された事実の結論から導かれる」とする¹⁰⁰⁾。「確認された事実の結論」とは、具体的には経験的知識や、学問・技術に基づき

98) Ibid.

99) Götz, Fn. 59, S. 41.

100) Ibid.

広く認められた学問的成果を言う。特に重要な根拠となるのは、直接知覚可能であり、論理的説明を必要としない経験的知識である。

「確認された事実の結論」から、法的に「十分」といえる蓋然性が存在するかを判断するには、具体的に蓋然性を判断する基準を導き出す必要がある。まず既に損害が発生している場合が、最早危険のレベルで語れるものはないとして排除される¹⁰¹⁾。十分な蓋然性の議論は、官庁間の権限分配の問題を惹起するため、「蓋然性」の段階を越えて既に損害が発生している場合とは区別されなければならない。その上で Gusy は十分な蓋然性の判断に関する一般的な規範を「警察的な保護利益を毀損すると客観的に予期される事象に関し、十分な発生根拠が存在」し、しかも「ただ社会的に妥当なリスクに曝されているだけではない」と言い得ること、とする¹⁰²⁾。そして、具体的にこの規範を判断する指標として、①(具体的な)環境下での事実の知覚、②知覚された事実が、将来的に継続するという予測の二つを示す¹⁰³⁾。①事実の知覚とは、しばしば法的な根拠 Anhaltspunkt とされるものであり、複数の異なる知覚の在り方が想定される。たとえば、危険の元となるような事象に直面した官吏の狭義の知覚、起こりうる危険についての第三者の言明である。これに対して、②事実の将来的な継続予測は、これら全ての知覚から導き出されるものではなく、知覚の更なる要素として付け加えられるものである。

では、危険概念は、je-desto 公式との関係ではどのような意味を持つのか。上述のとおり、je-desto 公式のベースとなる考え方は、「ある国家活動の保護する法益」を変数 x 、「介入の閾値・強度ないしその前提となる危険発生の蓋然性の程度」を変数 y と定める反比例であった。変数 x は類型化しようとしても、その本質は変動的な性質を有する。しかし、従来変数 y は定数 p であった。危険概念は、介入の強度・閾値ないし危険発生の蓋然性の程度を、定数 p として固定する意義を有していたのである。それは危険概念が「十分な蓋然性」や「将来の時点」という曖昧な性質を要素とするものでありながら、これらの要素を定式

101) Gusy, Fn. 97, S. 54.

102) Ibid, S. 56.

103) Ibid.

化することで警察等の活動における恣意性を排除しようとしてきた試みの成果である。そのため、国家活動の保護する法益の重要性は、従来介入の閾値・強度ではなく、比例原則中の目的審査に関する部分に対して効果を持ち、一方で介入の閾値・強度は国家活動により侵害される法益（たとえば、基本権）の重要性によって変動するものであった。しかし、je-desto 公式は、十分な蓋然性そのものを判断する基準ではなく、要求される蓋然性の「十分」性の程度を決定する基準として働く¹⁰⁴⁾。これは、je-desto 公式が、蓋然性判断の定数 p を、変数 y に代える効力を有するということ意味する。つまり、危険概念は、その決定的要素の一である「十分な蓋然性」要件の本質を、je-desto 公式によって変質させられているといえよう。

(2) 比例原則に関する Alexy の重要性公式

では、je-desto 公式は狭義の比例性審査の一として、理解し得るものなのだろうか。この疑問に応答すべく、狭義の比例性審査の定式化について、Alexy が 2003 年にまとめた重要性公式 Gewichtsformel¹⁰⁵⁾、及びこれに対する 2013 年の Klatt/Schmidt による批判を概観し、特に je-desto 公式との関係について考察を加えたい。重要性公式は、幾何学的思考を用い、比例原則の曖昧性・恣意性を排除しようとする目的を持った公式として、現在ドイツで違憲審査基準に関する議論の一角をなしており、後述するように重要性公式は je-desto 公式の正当性を理論的に説明するツールとしても理解しうることから、ここで取り上げる意義が高いと考える¹⁰⁶⁾。

Alexy はまず、比例原則の中核をなす衡量 Abwägung という手法には、①構造②合理性③正当性の三点について問題があるとする¹⁰⁷⁾。これらの中で根拠的

104) Götz, Fn. 59, S. 41.

105) Robert Alexy, *Die Gewichtsformel*, in Joachim Jickeli, Peter Kreutz, Diter Reuter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, S. 771ff., R. Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, in: Luka Burazin/Andrej Kristan Ur., *Revus* 22 (2014) pp. 54-. Alexy の重要性公式は多方面から注目を浴びている。法哲学分野から Jan Joerden, *Logik im Recht*, 2. Aufl., 2010, S. 344ff., 行政法分野から Ekkehard Hoffman, *Abwägung im Recht*, 2007, S. 281ff. ただし Alexy の理論は原則として法理学上のものである点には注意が必要である。

な問題は①構造である。なぜなら、法的議論における③正当性は②合理性の問題に帰結し、②合理性のもとでの比較衡量はその①構造によって決定されるからである。Alexyにとって、比較衡量の構造問題を決定する根本的な発想は「ルール・原理論」である。Dworkinの議論に端を発し¹⁰⁸⁾、ドイツにおいてはAlexyが先陣を切ったこの議論は、日本でも各論者が紹介をしているため¹⁰⁹⁾仔細の紹介は割愛するが、端的に言えば、従来性質上の区別がはっきりとはなされてこなかった憲法上の原則を「ルール Regeln」と「原理 Prinzip」の二つに区別する。「ルール」に分類される原則は形式的であり、ルール違反は即違憲と判断される一方、その強い効力とルール化の厳密性のため、適用範囲は狭い。代表例は検閲の禁止である（日本国憲法第21条第2項第1文）。一方で「原理」は実体的であり、それ自体が憲法上の価値を有する。そのため、同様に憲法上の価値を有する他の「原理」との比較衡量が認められるという性質を持つ。代表例は表現の自由である（日本国憲法第21条第1項）。

重要性公式の扱われるフィールドである比例原則が用いられる場面において問題となるのは、「原理」同士の対立である。原理同士の対立を調整する機能を有する比例原則は、必要性・適切性（相当性）・狭義の比例性の3要素に分割され

106) 松原光宏「ドメスティック・グローバルモデルとしての比例原則」法哲学年報（2010）176頁以下はGewichtsformelを、英語論文における表記に準じてウェイト・フォーミュラとするが、本稿では「重要性公式」と異なる訳出をする。松原がまま「ウェイト」とする理由は、Gewicht≡Weightが「重み（重さ）」と「重要性」という意味の二義を持ち、日本語では両者が区分されているためであると推測されるところ、本稿は上記論文におけるGewichtの意味は主として後者にあると理解する。Gewichtsformel記号法上のGがGewichtを示していること（記号Gは文脈上明らかに重要性を意味する）、Gewichtsformelは、重要性を最も合理的に表現することが出来る公式である、との言及をAlexyが論文中にしていることの二点を根拠とする）。

107) Alexy, Fn. 105, S. 771.

108) ドウォーキン『権利論（増補版）』（木鐸社・2003）98頁以下、104頁以下。

109) ルール・原理論について、ドウォーキン、前掲注108）、98頁以下、104頁以下。渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力』（信山社・2003）1頁以下、早川のぞみ「ドウォーキンの法理論における原理の役割と機能」桃山法学15巻（2010）329頁以下、高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリスト1363号（2008）65頁以下、同「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009）3598頁以下、亀本洋「法におけるルールと原理」法学論叢122巻2号（1987）18頁以下。

る。このうち、必要性と適切性（相当性）は、事実上の蓋然性に対して、パレート最適に則った相対的最適性を追求するものである。一方で、法的な蓋然性は狭義の比例性審査において判断される。狭義の比例性は、「ある原理の不充足あるいは侵害の程度が高ければ高い程、他の原理の充足蓋然性は大きくなる」という定式（衡量法則 Abwägungsgesetz）をベースとしている¹¹⁰⁾。

衡量法則は、三段階に解体できる。①原理の不充足・侵害の程度を確認する段階、②対立する原理の充足蓋然性を確認する段階、③対立する原理の充足蓋然性(②)が、もとの原理の侵害・不充足(①)を正当化するかどうかを判断する段階である。狭義の比例性審査をこのような要素に解体する試みは、Habermas や Schlink といった論者からの、狭義の比例性審査は「常に」主観的・恣意的な審査であり合理性を欠く、という批判を退けるために有用である。たとえば、①侵害強度が軽微であり、②侵害の基礎の重要性が高度である場合、③国家活動は正当化され、侵害の結果が重大なものではないという解答が明確に導き出される、ということである。Alexyはこのことを、煙草生産者判決及びタイタニック誌判決に基づき、論証している¹¹¹⁾。

この後 Alexy は、衡量法則の合理性を担保する構造の構築に取りかかる。ここでは、上述した三段階を典型的に表現する手段として、l（重要性低）・m（重要性中）・s（重要性高）という三つの記号が用いられる。このl・m・sの評価を下すにあたっては、ある原理の不充足・侵害の程度及び対立する原理の充足蓋然性という二つの段階において確認された事実を比較することになる。

では、どのように比較を行うのか。Alexy は後述の通り、数的あるいは幾何学的な二つの手段を提示するが、その前提として、①の侵害強度と、②の抽象的重要性の関係性について論じる。

まず、各記号が以下のように定義される。

P_i = 不充足・侵害の程度 (①) に関する評価の変数

$I P_i$ = P_i に関する具体的な侵害の強度

110) Alexy, Fn. 105, S. 772.

111) Ibid, S. 776. ここで実例として検討されている判決として、BVerfGE 95, 173., BVerfGE 86, 1.

$GP_i = P_i$ の重要性 (②) (※従来は、抽象的重要性と解されてきた)

C = 当該事例を決定する個々の事実の定数

Alexy によれば、従来の狭義の比例性審査における衡量法則は、侵害の強度 IP_i に関する問題であると捉えられて来た。 C は、 IP_i の具体性を明確化するために用いられ、 IP_i は、 IP_iC の最小値として表される。

この侵害強度 (IP_iC ないし IP_i) を表現するためには、以下のように、当該事例の抽象的な重要性を決定する定数 A を用いる。

P_i の抽象的重要性 = GP_iA

伝統的理解によれば、抽象的な重要性が明確になるとき、 IP_iC における C と、 GP_iA における A には類似性がみられる。すなわち、定数が、変数を伴う部分を具体化する機能を果たしているのである。

ここから Alexy は、重要性を具体的重要性和抽象的重要性に区別し、具体的重要性にスポットをあてる。

はじめに問題にしたのは「衡量法則の中で、対立する原理の充足に関する具体的重要性を語るのは何か」ということである。 P_i に対立する原理 P_j 充足のための介入措置は、 P_i に関する不履行又は侵害についてどのような効果を齎すのかということに左右されるが、この両者の関係性が具体的重要性を語るためには重要である¹¹²⁾。

次に具体的重要性をどのように表現するかが問題となる。単純に考えれば、「(具体的) 重要性 Wichtigkeit を W として、 WP_iC を IP_iC と類似したものとして扱い、具体的重要性を示す」という手段が考えられる¹¹³⁾。しかし、Alexy はよりシステマティックな熟慮に則って、伝統的な衡量法則モデルの解釈として、他の手段を導く。 P_j の具体的重要性は、 P_i に関する不履行又は侵害を通じた、 P_j における侵害強度として形成されるとする。

以上を踏まえ、最終的に③対立する原理の充足蓋然性 (②) が、もとの原理の侵害・不充足 (①) を正当化するかどうかを判断する段階をどのように実行するかが問題となる。

112) Alexy, Fn. 105, S. 779.

113) Ibid, S. 780.

まず数字を用いた二つの表現方法の前提となる、Pi と Pj の侵害強度の関係を示す。

$I_i > I_j$ (結論は、Pi が Pj より優先され、当該国家行為は違憲)

$I_i > I_j$ (結論は、Pj が Pi より優先され、当該国家行為は合憲)

$I_i = I_j$ (結論は、手詰まり。この比較だけでは結論を出せない)

I_i 及び I_j を表現するための手段として、l, m, s の段階的記号をもって Pi と Pj の優先度を確認することが、ここで描かれる伝統的な衡量法則を表現するためのモデルである。Alexy は、新しい衡量法則の捉え方を提示するにあたり、伝統的な衡量法則モデルの解釈の段階でも強調した具体的重要性を全面に押し出す。

最も端的に衡量法則を描き得るものとして、Alexy が公式化する差分公式 Differenzformel は、 $G_i, j = I_i - I_j$ と表現される。上述のように、 G_i は Pi の重要性を表現し、これによって Pi の侵害強度を表現するものであるが、 G_i, j は、Pi の具体的重要性と、Pj の具体的重要性の両方を用いて、最終的な国家による当該介入行為の重要性を示すことができる。これは、上記の C を用いた具体化が可能である。すなわち、 G_i, j の具体化は $G_{Pi, jC}$ であり、 $G_{Pi, jC}$ の最小値は G_i, j である。これは言い換えるならば、Pi と Pj の相対的重要性の結論を示すこととなる。

差分公式のように、数的 arithmetisch 発想の助けを借りて、伝統的モデルにおける Pi と Pj の関係性を重要性の観点から説明することには、二つの利益がある。一つ目は単純化の利益、二つ目は高度の直感的相当性を感じられるという利益である。

これに対して、幾何学的 geometrisch 発想に立つと、 G_i, j は以下のように表現出来る (重要性公式 Gewichtsformel)。

$$G_i, j = \frac{I_i}{I_j} \cdots \cdots X$$

侵害強度と隣り合うこの重要性公式は、行われた措置の原理と、対立する原理の「抽象的」重要性を具体化し、経験的要求としての安全の段階性を受容する役割を果たす¹¹⁴⁾。

Alexy は G_i, j の表現として差分公式より重要性公式を採用すべきとするが、

その理由の一は、重要性公式が差分公式に比べ、よりはっきりと P_i と P_j の優位が現れるという点に求められる（具体的な値を l, m, s 値として代入すると、明確である）。

上述のように衡量法則では、侵害強度と抽象的重要性の両者が役割を果たす。両者の蓋然性は、両者を区別するときに具体化する。侵害強度 (I_i, I_j) と、抽象的重要性 (G_i, G_j) の関係においては、以下3つのベースとなる状況が想定され得る。

$$(1) I_i \neq I_j, G_i = G_j$$

$$(2) I_i = I_j, G_i \neq G_j$$

$$(3) I_i \neq I_j, G_i \neq G_j$$

どの状況になるかは四つの価値 (I_i, I_j, G_i, G_j) に依存するが、この四つの価値全ての関係性を一括して表現するため、Alexy は $G_{i,j}$ (P_i と P_j の具体的重要性) を用いる。

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j} \dots\dots Y$$

Y 式は、上述した X 式を、抽象的重要性を用いて具体化した形である。ここには限定的で具体的な重要性 ($G_{i,j}$) と抽象的重要性 (G_i) の間で、非限定的で具体的な重要性 ($I_i \cdot G_i$) が立ち現れてくる。相対的ではない具体的重要性を、他の記号を用いて考えるとすれば、以下のようになる。

$$W_i = I_i \cdot G_i$$

$$W_j = I_j \cdot G_j$$

Y 式によれば、基本権侵害の程度が大きければ大きい程、抽象的重要性、ひいては侵害の確信性が高くなければならない。この判断には、経験的・認識的評価を必要とする。この評価は、伝統的なスケーリングに導入される。連邦憲法裁判所は共同決定判決¹¹⁵⁾において、コントロールの強度を、侵害の確信性に基づき g (確実)、 p (もっともらしい)、 e (間違っているとはいえない) の三段階として描いた。具体的な状況の中で、 P_i の非実現と、 P_j の実現に対する個別の

114) Ibid, S. 785.

115) BVerfGE 50, 290.

措置の経験的なコントロールの強度を意味する S_i 、 S_j は、この三段階のコントロールの強度のもと、 SP_iC/SP_jC として表される¹¹⁶⁾。侵害の確信性を重要性から切り離して個別化することで、より明確化した要素の取り入れを行うことが可能になる。

S_i 、 S_j を用い、 Y 式を完全化すると、 $G_{i,j}$ は以下のように表現される。

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \cdots \cdots Z$$

Z 式は、 $G_i = G_j$ のときに単純化される。 $G_i = G_j$ とは、憲法上の抽象的重要性が同等であるということを示す。この状況で侵害強度が重大 (s) である場合、この重大な侵害は P_i に対する積極的措置の実行と、 P_j に関する措置の中止が始点となる。この時、 P_i の重大な侵害は確信性が高い (g) が、それはすなわち P_j についての革新性はただ正当化が可能な程度 (p) に留まることとなる¹¹⁷⁾。 I_i 、 I_j は相互に関連性を、 S_i 、 S_j は I_i 、 I_j とも、両者同士でも相関関係を有する。

Alexy の結論は、「対立する二つの原理 Prinzip の関係を最も完全に把握する手段」が、「重要性公式 (筆者注: Z 式)」であるというものである¹¹⁸⁾。ここで、重要性公式の位置づけが、ここまで示されて来た衡量法則として語られるのではなく、より広い射程を示唆する「対立する二つの原理の関係」と理解されている点¹¹⁹⁾にも注意が必要である。

(3) Alexy に対する Klatt/Schmidt の批判と対案

Alexy の重要性公式に対して総合的な考察を加えた見解の一として¹²⁰⁾、Klatt/Schmidt の主張について検討する¹²¹⁾。

Klatt/Schmidt は、Alexy が二つの衡量法則を定式化したことを指摘する¹²²⁾。

116) Alexy, Fn. 105, S. 790.

117) Ibid.

118) なお、 P_i に対する累積的な介入行為 (累積回数 n) に関する重要性公式は、

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots + I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

と表現される。Alexy, Fn. 105, S. 791f.

119) Alexy, Fn. 105, S. 791.

120) Matthias Klatt/Johannes Schmidt, *Spielräume im öffentlichen Recht*, 2010, S. 11ff.

①基本権侵害が重大であればある程、侵害に関する主要な前提は確信性 Gewissheit をもたなければならない

②ある原理の不充足あるいは侵害の程度が高ければ高い程、他の原理を遂行する重要性 Wichtigkeit は大きくななければならない

(下線部は、表現は異なるものの、概ね同様の意味を示す¹²³⁾。)

①②の結合の具体化が、重要性公式 (Z 式) であるという理解である。

Klatt/Schmidt がまず注目するのは、侵害の確信性から描いた個別的措置についてのコントロール強度を表現する、重要性公式に特有の記号 Si, j である。Klatt/Schmidt は、 Si, j の程度は、特定の国家行為に対する立法者と裁判所のコントロール権限の分配を示唆しているという¹²⁴⁾。これを踏まえて、コントロール強度に関するスケーリングには二つの欠点があると Klatt/Schmidt は批判する¹²⁵⁾。一点目の欠点は、Alexy が重要性公式を通じて表した上記二つの衡量法則が機能不全を起こすという点である。二点目の欠点は、コントロールの強度に関する Si, Sj の判断という役割を連邦憲法裁判所が行うことは不適切ではないかという点である。一方、この段階制を認める利点は、普遍的な経験的概念であるため、立法あるいは裁判所といった特定のコントロール関係に限定されない点にある。

ここで Klatt/Schmidt は、Alexy の提唱する経験的な確信 empirische Gewissheit を揶揄するように、経験的な不安定 empirische Unsicherheit という概念を持ち出す。確信性を批判した Klatt/Schmidt の主張は、Alexy が捨象する「衡量において排除することのできない不安定さ」の考慮を衡量法則にどのように取

121) Matthias Klatt/Johannes Schmidt, *Abwägung unter Unsicherheit*, in: Matthias Klatt (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, S. 105ff., Alexy と Klatt/Schmidt の議論の関係について、Michael Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generation*, 2014, S. 95f.

122) Klatt/Schmidt, Fn. 121, S. 111.

123) Ibid.

124) 重要性公式と立法裁量について、Martin Borowski, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, in: Matthias Klatt (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, S. 154ff.

125) Klatt/Schmidt, Fn. 121, S. 114.

り入れるかという点に主眼をおき、Alexy の行った数的・幾何学的な基本権的最適化の思考について、「国家的機能の行為無能力化を迫るもの」と断じる¹²⁶⁾。Klatt/Schmidt は、この経験的な不安定さの元で行われる比較の特性に起因する二つの問題を示唆する¹²⁷⁾。①不安定が比較の構造それ自体とだけではなく複数の原理と関わりを持つこと、②不安定さが、司法上の実践とも比較の理論とも、関係をもつことである。①は衡量法則の内的な構造及びその構造の内部での不安定さの効果を、②は衡量法則の外部における不安定さの効果を表している¹²⁸⁾。

Klatt/Schmidt は、重要性の段階について、経験的な不安定さの段階だけがコントロールの関係から独立しており、その段階付けの可能性は、特定の二つの連続性にその判断の基礎を有するとする。その連続性とは、①不安定から安定までの段階的連続性、②悲観から楽観までの段階的連続性である。この段階的連続性について、特定の段階がどのように関係する原理に影響を及ぼすのかを検討する必要がある、そのための用いられる手段が段階的衡量 *Einstufungsabwägung* である¹²⁹⁾。段階的衡量の大きな枠組みは、(a)重大な危険の有無の判断をする段階、(b)危険の程度が軽微である場合に限り、重要性を特定する段階である。段階的衡量は、重要性公式との間で発見的な関係にあり、侵害強度の比較における外在的な正当性の一部として、対立する原理の間での本質的な比較を可能とする¹³⁰⁾。

ここまで、経験的な不安定性の元での段階的衡量という手段を、経験的安定を無視した重要性理論に対する手段として提示した Klatt/Schmidt は、均衡を崩す不安定さには、経験的なもの以外に規範的なものも存在し、これをも比較の中で考慮しなければならないとする。経験的不安定性とは異なり、規範的不安定性は Alexy によっても考慮されている。Alexy にとっての規範的不安定性の一例は、重要性公式の結論が1となり手詰まりとなってしまう場合である。Klatt/Schmidt にとって、比較を最終的に決定する場合に問題となるのは、規範的不安

126) Ibid, S. 110.

127) Ibid, S. 115.

128) Ibid, S. 117.

129) Ibid, S. 124.

130) Ibid, S. 125.

定性より経験的不安定性であるが、規範的不安定性も比較の決定の前域において影響を及ぼすと解する。彼らの理解によれば、規範的不安定性は、「意見表明の自由はその抽象的重要性が、生命の権利より高いあるいは同等の重要性があるのか」というような重要性公式と侵害強度のジレンマに現れる¹³¹⁾。

経験的不安定性と規範的不安定性を区別するため、Klatt/Schmidt は重要性公式に第四の変数を取り入れることを提案する。それは経験的重要性に関する変数 S_n である。これは、Alexy の重要性公式における S_e として示された経験的安定を前提とした変数と対置される変数であり、 S_n をメルクマールとすることで、経験的安定と規範的安定の両者の価値に関する複雑な状況を、統一的な段階性の中で把握することが出来ると考える。この統一的な段階の中で、経験的前提や規範的前提が不安定であるとき、認識論的な不安定さが捉えられる。

不安定性は、段階の中での裁量余地に関する問題を惹起する¹³²⁾。このことが具体的に現れて来たのが、上述したラスター捜査判決での多数意見と Haas 裁判官の反対意見の対立である。両者の間には侵害の強度に対する認識に相違が生まれていたが、影響を与えたのは規範的不安定性である。すなわち両者の見解の相違は、既知の事実をどのように評価するかという点の不安定性に基づく、段階的な判断に拠る。最小公約数は、少なくとも軽微な基本権侵害は生じている、ということである。しかし、両者の相違の間でどちらが適切かという命題については、最小のコンセンサスでは判断し得ない。Klatt/Schmidt は、規範的不安定性の理解についても、段階的衡量という手段が機能すると考える。ここでの規範的不安定性は、中間的 *mittel* であるとして評価され不安定 *unsicher* であるとは評価されない。この中間的安定性という段階は、侵害強度が高い段階にも、比較的低い段階にも含まれており、そのために相互の原理を同一のものとして中立化し、両者の侵害を対立的に把握することを許すのである¹³³⁾。この理解だけを見ると、判例の分析としては適切である一方で、不安定性のもとでは段階的衡量の機能が極めて限定的にしか機能しないようにも見える。しかし、衡量法則を机上の空論

131) Ibid, S. 130.

132) Ibid, S. 136.

133) Ibid, S. 137f.

に貶めないためには、経験的不安定性・規範的不安定性の両者の要素を取り込む必要がある。

そこで限定的にしか機能しなくなってしまう段階性理論を補填するのが、コントロールの配分、すなわち立法府と裁判所の権限分配の問題である。基本権を最適化原則としてとらえることで、実際上の限界を不安定の領域から解放することが出来るというのが、Klatt/Schmidt の理解である¹³⁴⁾。Alexy も同様の旨を述べており、そこでは「原理の理論は、経験的自由裁量の構造の一般的な考慮に照準を合わせることを、ほぼ自動的に可能とする」と表現されている¹³⁵⁾。この発想を不安定性認識の中でも用いることで、段階的の衡量の裁量余地を厳格なかたちで限定するということも考えられる。しかし、この発想には批判がある。それは、Alexy が権限と実体的比較の問題を混同していることである。Alexy の重要性公式の発想の始点は、立法の決定を権限付ける外的原理（国家介入の根拠となっている法益）と、対立する実体的憲法原理（国家行為により侵害される可能性のある個人の憲法上の権利）が、どのように対峙するかという点にある。Alexy はこの対立関係に対して、外在的な解決の間でどちらかの原理が抽象的な優先度を持つという結論を避け、二つの衡量法則を比較のための基準とした。しかし、この措置には問題があると Klatt/Schmidt は指摘する¹³⁶⁾。なぜなら、原理の形式的側面に関して、二つの衡量法則が全く考慮されていないからである。すなわち、具体的な事例に入る前に、一定程度優先度が決まって来るとというのが批判する立場の発想である。この立場にあるのが、所謂二重の基準論である¹³⁷⁾。二重の基準論は、権限の問題（誰が Wer、の部分）と、実際の比較（どのように Wie の部分）を区別する。Klatt/Schmidt は、Alexy の見解より二重の基準論が優れていると評価するが¹³⁸⁾、それは二重の基準論が特定の権限関係に囚われることなく機能するため、常に変化し、時に問題を孕むコントロール関係を通じてでは

134) Ibid, S. 139.

135) Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002, p. 416.

136) Klatt/Schmidt, Fn. 121, S. 140.

137) 君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17 卷 2 号 (2008) 1 頁以下参照。

138) Klatt/Schmidt, Fn. 121, S. 142f.

なく、二重の基準を通じて具体的原理の比較が可能であるためである。Klatt/Schmidt は、二重の基準論との関係で相対的に重要性公式を批判するのみならず、権限分配についての問題についても、①裁量余地の法的根拠が明確ではないこと、②権限の問題自体を比較の中でどう考慮していくのかということ、③司法の自己抑制の正当性に関する懸念があること、等を指摘した¹³⁹⁾。

Klatt/Schmidt の結論は、「前提となる不安定性は、経験的変数を通じた段階的衡量の中で考慮されなければならない」というものである。経験的・規範的安定性は、「安定している」「中間的安定」「不安定」という三つの段階によって示され、衡量の中での経験的「安定性」が確認された場合の効果は、対立する二つの原理の攻防力が、それぞれの安定性の段階を相対的に強めるという形で現れる。ただし二つの原理の比較の中からは段階的不安定さの問題は解決されないとする重要性公式に対する留保を真正面から認めた上で、その後に残るのは経験的不安定性の基礎にある、立法府と裁判所の権限分配の問題に他ならないと結論づけた¹⁴⁰⁾。

(4) その他の日独論者による指摘

Klatt/Schmidt 以外の論者の指摘についても、若干言及を試みたい。

まず Hoffman は、重要性公式の中では所与のものとして与えられる記号の描写について疑問を呈する¹⁴¹⁾。すなわち、いかなるフォーマットの中に置かれた場合に、Ii, Gi, Si が定数として導かれ得るのか、という疑問である。この疑問に対し、Alexy が予てより基本権思想の背景として用いて来た討議理論¹⁴²⁾というフォーマットを糧にする、という一応答が可能であろう。そもそも記号化される定数についての議論を重要性公式の枠内で行わない理由はこの点にあると考えら

139) Ibid, S. 144ff.

140) Ibid, S. 150.

141) Hoffman, Fn. 105, S. 283., Vgl. Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, S. 61ff.

142) 渡辺康行「国家と自由7・基本的諸自由の理論」法律時報70巻12号(1998)109頁以下、同「討議理論における人権の基礎付けについて」憲法理論研究会編『憲法50年の人権と憲法裁判』(敬文堂・1997)153頁、同「人権理論の変容」『岩波講座・現代の法1』(岩波書店・1997)65頁以下参照。

れ、実際に Alexy は重要性公式と討議理論の関係を意識して「balancingは、合理的な法的討議の主張形式である」と述べている¹⁴³⁾。しかし、行政法分野から国家行為と個人の利益の均衡決定及びコントロールを数的に議論する Hoffman が、討議理論のような不安定なフォーマットによって定数が導けるとする論理に首肯するかは疑問である。

また日本の論者では、松原が重要性公式に関する二つの問題点を指摘している¹⁴⁴⁾。ひとつは、なぜ分子・分母を構成する原理たる $I_i, I_j \cdot G_i, G_j \cdot S_i, S_j$ がそれぞれ三段階に分けられるのかという点。いまひとつは、Alexy が予てより主張して来た無差別曲線上の選択型利益衡量論と、重要性公式とは論理的に抵触する部分があるが、その関係をどう説明するかが判然としないという点である。本稿はこれらの争点に深入りする余裕を持たないが、特に後者の、自身の理論との一貫性という観点は、Alexy の主張の影響力の大きさに鑑みても重要な争点であるといえよう。

(5) 重要性公式から見た je-desto 公式

では、重要性公式と je-desto 公式はどのような関係性にあるのか。ここで再度注目されるのは、Klatt/Schmidt が、Alexy により重要性公式の中で定式化されたと指摘する二つの衡量法則である。

①基本権侵害が重大であればある程、侵害に関する主要な前提は確信性 Gewissheit をもたなければならない

②ある原理の不充足あるいは侵害の程度が高ければ高い程、他の原理を遂行する重要性 Wichtigkeit は大きくななければならない

この①②は、戦略的監視判決の示した je-desto 公式 ((a)とする) に対応している。(a)の内容を今一度確認しよう。

(a) (国家行為の守る) 法益が重大なものであればあるほど、或いはその行為によって広く損害を受け、あるいは受けるのであればあるほど、脅かされたる損害

143) R.Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, in: *Rights, Balancing and Proportionality*, 4 Law & Ethics of Human Rights (2010) pp. 32.

144) 松原、前掲注 106)、182 頁。

あるいは生じた損害について要求される蓋然性は低く、或いは嫌疑の基礎となる事実は不確実であってもよい

ここで重要となるのは、①②における「基本権」と、(a)における「法益」の対立を前提とし、国家行為の守る「法益」側から重要性公式を見ると、要求される重要性の閾値は、法益の重要性との関係から幾何学的直観により正当性が認識出来るものとして、低く設定されるということである。

このことは、重要性公式が幾何学的に表されることと相俟って、je-desto 公式を理論的に基礎付けるために、重要な意義を有する。①②は、Klatt/Schmidt が基本権の側から Alexy の重要性公式を定式化したものだが、実は Alexy の重要性公式自体はこのような目線をとっていない。Alexy が企図する視点は、あくまで国家行為が守ろうとする法益と、国家行為により脅かされる法益という「原理の対立」をフラットに見るものである。Alexy にとっては、重要性公式を用いる前段階の、l, m, s 値（あるいは g, p, e 値）を決定する段階で討議理論に基づく人権への配慮がなされると理解され、重要性公式の段階では人権への配慮を要しないと考えられているため、このような観点を持つといえる。このことは、衡量法則（正比例原則）を示した①②と、je-desto 公式（反比例原則）を示した(a)の両者が、一つの公式への l, m, s 値（あるいは g, p, e 値）の代入によって表現出来ることを意味している。

このように重要性公式は、比例原則と反比例原則たる je-desto 公式を同一の理論の軌道において説明することが出来る点で、有用であり汎用性が高い。ただ Klatt/Schmidt の指摘するように、重要性公式そのものの機能性については疑問も多く、特に各変数の段階の決定が所与のものではないという点は、こと判断の基礎となる事実が脆弱であり、規範的に位置づけることが難しい予防的警察活動に関する判決においては、大きな問題として立ちはだかることとなる。また冒頭に述べたように、正比例と反比例を区別することには、基本権保障の観点から見て重要な意義があるところ、重要性公式では両者が同列に理解されるという点も注目される。

3. 小括

ここまで、判例と学説から見た比例原則と予防的警察活動について論じた。特に中心として論じてきたのは、比例原則の実質的な中心となる狭義の比例性審査の内部で je-desto 公式に関する議論である。現在のドイツにおいて、je-desto 公式は、狭義の比例性審査の枠内、ひいては従来の比例原則の枠内で、予防的な警察活動を全面禁止することなく、一定程度の統制をかけていく手法として理解することができる。ただし経済的自由の領域から警察法へ流入した je-desto 公式の成立背景を考えても、je-desto 公式がそれ自体として受容されているとは言い難い日本の現状に鑑みても、基本権侵害の危険が高まるこの公式を狭義の比例性審査の中でどう理解するかは重要な争点を孕む。この争点が、Alexy と Klatt/Schmidt の議論からは垣間見える。

では、Alexy と Klatt/Schmidt の結論は、予防的警察活動の事例の解決にあたっては、どのような相違が生じるのか。ラスター捜査判決を例とする。判決は上述のとおり、継続的危険をも含む可能性のある、損害発生 of 十分な蓋然性及び蓋然性予測の具体的な事実に基礎を内容とする「具体的危険」で足りるとしたが、Alexy の見解に立てば、国家の基本権の侵害行為（ここではラスター捜査）が、確定的な 3 要素 (Ii/Gi/Si) から決定され、 $G_i, j < 1$ となる危険の程度が「具体的危険」であるかどうかを検証するという論理となる。しかし、ここで Klatt/Schmidt の見解を考慮すると、確定的な要素ではない経験的不安定性の要素 S_n を織り込むこととなる。そのため、特に具体的な可視化の困難な「具体的危険」には、経験的不安定性という負の要素が強く考慮されることとなり、結果として合憲的な国家行為の範囲が狭まる可能性がある。また、Klatt/Schmidt の見解は、経験的不安定性の基礎にある立法府と裁判所の権限分配の問題についても、重要な示唆を与える。

更に両者の議論からの示唆として、狭義の比例性審査の枠組みは、国家行為の守る「法益」の内実について議論する場ではなく、具体的均衡をはかる場所なのではないだろうかという疑問も生じる。すなわち、本来狭義の比例性審査で論じるべきでなく、規制目的の中で語られる国家行為の守るべき「法益」の限定という段階で論じるべき内容まで、je-desto 公式の中で包括的に論じてしまっている

のではないかとも思われるのである。je-desto 公式が変数 x と y の両者の変動を前提とすることを踏まえれば、je-desto 公式の議論もその本質は、基本権と対立する国家活動が守ろうとする「法益」の議論にある。そこで本稿は、「安全」という法益それ自体を論じる必要があるとの意識を持って、次章に臨みたい。