

テロリズムに対抗する予防的警察活動と 比例原則 (2・完)

— 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 16 卷 3 号)
- IV 予防的警察活動と『安全』
- V 終章 (以上本号)

IV 予防的警察活動と『安全』

1. 予防的警察活動と安全

IIIで述べた「テロリズムに関する予防的警察活動による、憲法上の基本権の侵害」を検討するにあたり、憲法訴訟を念頭においた議論で特に注視すべきと筆者が考えるのは、予防的警察活動の規制目的の中で語られる、予防的警察活動により保護される法益としての「安全 Sicherheit」の意義である。

上述したラスター捜査判決¹⁴⁵⁾は、以下のように述べる。「(筆者注：捜査対象者の)情報自己決定権の制限は、主たる一般利益 überwiegend Allgemeininteresse のために甘受されることとなる。これらは、安全と保護 Sicherheit und Schutz に関する全てのその他国民の権利から生ずる」。その上で、「安全」概念とは、「連邦および州の存立・安全および人の身体・生命・自由」として具体化

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第17巻第1号2018年3月 ISSN 1347-0388

* 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

145) BVerfGE 115, 320.

し、この「利益は、憲法上高い重要性を持った保護法益」であり、「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¹⁴⁶⁾。ここで「安全」は、国家の安全と住民の安全に区分され、両者はともに憲法上高い価値を有する保護法益として言及される。個人の尊厳等と距離をおいた「国家の安全」概念の価値の高さは、一方で大上段の理念に拠って基礎付けられ、もう一方で場合によっては世界情勢の問題を語ることで具体化されようとするが、本章では規制目的としても現れる「安全」概念を法的概念としてより具体化することで、Ⅲにおいて取り扱った手段審査での議論に付随するかたちで、憲法上の基本権保障に一石を投ずる役割を担わせるべきと考える。

ここで、「安全」概念が違憲審査において、憲法上の基本権を制約する可能性を有する国家活動の目的として大きな役割を果たすことから、Ⅱで簡単に言及した目的審査についてその位置付けを再度詳細に確認したい。従来連邦憲法裁判所は目的審査に比重を置いてこなかったが、その理由のひとつは、Ⅲでも言及した立法府と裁判所間の権限の問題にある。Vollmeyerによれば、立法目的の形成は、①立法による立法目的の設定、②解釈された立法目的による行政活動の拘束、③違憲審査における立法目的の審査の三段階を経て行われる¹⁴⁷⁾。①のとおり、立法目的形成の権限は、原理的に立法府にあるが、②③の段階においても付随的な立法目的の創造が行われ、特に③においては、形成された立法目的を違憲と判断することにより、消極的立法が行われることとなり、立法府の独占的立法権限との関係で問題が生ずる。Vollmeyerはこの問題について、「目的設定権限は原理的に立法府」に与えられているが、「基本法は権力分立の規律として厳格な要求をしていないため」必然的に例外を有する、と説明する¹⁴⁸⁾。

裁判所による目的設定が問題となるのは「任務充足のために必要不可欠な」場合に限られ、その場合において裁判所の目的設定は許容されるとともにその権限

146) BVerfGE 115, 320 (346).

147) Jan Vollmeyer, *Zweckprüfung und Zwecksetzung*, DÖV 2009, S. 55ff.

148) Ibid, S. 57.

行使が要求される。この時、裁判所は法律上の目的と異なる他の目的を導くこととなるが、その内容は憲法上考慮されるべき事項の不考慮の補完であることが原則である。ここで Vollmeyer は「裁判所による目的設定は、立法府による目的設定の優位の例外の中で使い果たされるのか」という点に疑問を呈し、裁判所による憲法を通じた立法のコントロール権限と独立した目的設定権限の存在を意識する。この問題意識は、具体的な憲法訴訟における裁判所の関与する目的の範囲とコントロールの強度、という二要素の相関性との関係で特に強く現れることとなり、Ⅲで論じた Klatt/Schmidt の議論とも関連する¹⁴⁹⁾。

他方 Hesse は、立法府と裁判所の権限という問題点について、連邦憲法裁判所と他の最高位の国家機関にとって何よりも肝心なことは、双方が互いに尊重し合うことであり、両者の実定憲法上の整序については、他に何らの保障も存在していないと述べる¹⁵⁰⁾。立法府とはいえ、憲法適合性の審査を免れないのは確かであり、基本権に対する正当化し得ない制約は裁判所により排除されるが、民主的な正統性を持つ立法府は、憲法という最低限の枠組みの中において立法裁量を有し、原則として合憲性の推定のもとで立法が行われる。憲法適合性の審査が行われるのは例外であり、権力分立の観点から、裁判所には自己謙抑が要請される¹⁵¹⁾。

両者の見解から意識されるのは、裁判所による目的設定の可能性がどのような場面において生ずるのかという点である。このような問題意識をもとにした議論は、2000年代前後から日独両国において散見されるようになり、目的審査について正面から論ずる論稿も増加している¹⁵²⁾。本稿は、立法府と裁判所の権限分配について正面から議論を行うものではないが、規制目的として語られる「安全」概念の内実について議論することで、予防的警察活動の目的について立法府が設定しうる限界、そして裁判所が行う目的審査のあり方に関して考える契機

149) Ibid, S. 59. Vollmeyer は、コントロール強度に対する独立性のみから目的設定権限を限定することは出来ないと考え、目的設定と目的最適化を区別して考える。

150) コンラート・ヘッセ（初宿正典／赤坂幸一・訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・2006）357頁。

151) Werner Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 11ff.

一としたいと考え、以下論ずることとする。

なお、規制目的としての「安全」概念を直接検討するのではなく、裁判所に一定の手続的拘束¹⁵³⁾を与えることで足りるのではないかという疑問も生ずる。しかし、手続的拘束の手段は、テロリズムに対する捜査という本稿の題材とする局面に限って言えば、不十分なものとなると筆者は考える。テロリズムが共同体に対する攻撃の表出という性質を持つ以上、本稿の想定する局面において裁判所の判断を支える法原則は、比例原則のみならず、手続的拘束の手段についてもまた「空転」することとなる懸念が強いためである¹⁵⁴⁾。

以上より、本章では「安全」という概念に着目し、法的概念としての性質を考えていきたい。具体的には、①現代の「安全」を取り巻く状況の理論的俯瞰、②国家目的としての「安全」の歴史的系譜と基本権保護義務、③危険・リスクの対立概念としての「安全」、④客観的「安全」・主観的「安全」という4つの観点からの分析を試みる。なお、①～④を並列的に論じようとするものではなく、①②では現代の「安全」概念を限定するにあたっての背景を、③④では①②の議論を踏まえて、実際に「安全」概念を内外から限定していく方法を論じる。

2. 現代の「安全」を取り巻く状況の理論的俯瞰

まず、現代の「安全」を取り巻く状況の理論的俯瞰を通じ、「安全」概念を再

152) Rainer Wernsmann, *Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm-BverfGE oder Gesetzgeber?*, NVwZ 2000, S. 1360ff., Wolfram Cremer, *Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke*, NVwZ 2004, S. 668ff., 松原光宏「立法裁量のセオリー・プラクシス」法学新報116巻7・8号(2009)1頁以下、門田孝「違憲審査における「目的審査」の検討(一)(二)」広島法学31巻2号(2007)145頁以下、31巻4号(2008)191頁以下、柴田憲司「比例原則と目的審査」法学新報120巻1・2号(2013)201頁以下。

153) 岡田俊幸「判断過程統制の可能性」法律時報第83巻5号(2011)55頁以下、橋本博之「行政裁量と判断過程統制」法学研究81巻12号(2008)507頁以下等、判断過程統制手法類似の発想や、井上典之「競争制限 国家独占と規制の首尾一貫性」企業と法創造7巻5号(2011)37頁以下、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学13巻3号(2014)165頁以下等、首尾一貫性の要請類似の発想の参照が考えられる。

154) 西原、前掲注12)、79頁以下。

定位する意義について確認する。

（1）「緊張の時勢」

まず比較憲法・比較民主主義等を研究するアメリカの法学者 Rosenfeld の議論を見ていきたい。本稿が日独の議論を主たる対象としているにも関わらず、ここでアメリカの論者の議論を参照するのは、後述する Gusy の議論との対比を考えるにあたって有用であるのみならず、Rosenfeld の議論がグローバルな現代社会の姿を普遍的に描き出し、且つ国家の憲法上の形態と接続させることに一定程度成功していると考ええるからである。

Rosenfeld はテロリズムとの対峙という場面での自由と安全のバランスングについて、戦時法・刑事法・警察法の3つの法律のパラダイムを意識した考察を展開するが¹⁵⁵⁾、その前提として、自由と安全の対立を調整するアプローチを決定するため、社会が危険に晒されている程度を評価し、平時 Ordinary Times／緊張の時勢 Times of Stress／危機の時勢 Times of Crisis の三段階に分ける。

Rosenfeld によれば、テロリズムと対峙する社会は「緊張の時勢」という状態にある¹⁵⁶⁾。緊張の時勢は、平時とも、軍事的・経済的・社会的ないし自然的な危機に直面した危機の時勢とも異なる。危機の時勢において、政府首脳陣は例外的な権限を持ちうる他、政治的表現の自由を含む基本的人権は広範な留保のもとに置かれうる。しかし緊張の時勢においては、行政部門への例外的な権限の付与や、基本的人権の広範な留保は認められない。緊張の時勢と危機の時勢を区別する要素は、①個別の脅威の程度（具体的には重大性・強度・持続性の差）と、②政治的グループ統合の程度である¹⁵⁷⁾。①に関して、緊張の時勢は、危機の時勢に比して重大性・強度は低く、持続性は長い個別の脅威が存在する。②に関して、緊張の時勢は、自己と他者の対立構造という意味における政治的グループの統合程度について、平時と危機の時勢の中間の状況を生む。具体的には、国民利益の、

155) Michel Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: A Comparative Constitutional Perspective*, in: Andrea Bianchi, Alexis Keller (Ed.), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, 2008, pp. 357-.

156) *Ibid.*, p. 359.

157) *Ibid.*

重要で代表的な概念の包摂ないし統合の「強度と成功率」が低下する。

従来型の戦争は危機的時勢の原因となり、テロリズムを起点とする争いは緊張の時勢の原因となる。従来型の戦争とテロリズムを起点とする争いの相違は、従来型の戦争が身体に対する危険を惹起するものである一方、テロリズム及びテロリズムを起点とする争いは精神に対する危険を惹起するものであるという点にある。強度は弱い、持続性の長いテロリズムの影響力は、直接的な身体への危険というよりはむしろ、精神的な不安感を特徴とする。

ここで Rosenfeld は、通常の国内犯罪と戦争の行為主体の相違について、ヘイピアス・コーパスの観点から論ずる¹⁵⁸⁾。通常の国内犯罪の被疑者の処遇は、手続の公正を重視する憲法上の基本的人権の保護を反映した刑事法パラダイムの内部にある。一方捕捉された他国軍隊の兵士は、敵国において軍事的な争いへの更なる参加を妨げる国際法規範に従う勾留が要求されているのみである。国家権力が対抗的位置におかれる犯罪の被疑者及び他国軍隊の兵士への中立主義の要求に加え、一般市民の「安全」を盾にとることは、全体あるいは一部の市民グループの基本的人権を制約する侵害を要求する可能性があるとして Rosenfeld は警鐘を鳴らす。これはまさしく、「自由と安全」の議論にむすびつく¹⁵⁹⁾。

Rosenfeld の議論は、個別具体的危険発生の蓋然性という国内公法の議論を第一の出発点とせず、戦時／平時の国家という国際法的観点をベースとした状態に対する評価という出発点から、テロリズムの脅威の性質まで落とし込んでいる点が特徴的である。国際法的リアリズムをベースに、憲法学に表れるものとは異なる「国家」像の炙り出しを行うことで、テロリズムの脅威について、強度は弱い、持続性は長いという性質を持ち、また国民全体の統合の強度・成功率を下げる効果を有するという分析へ繋げる Rosenfeld の議論の裏には、国民の統合程度の低下を穴埋めするために必要な強い国家のイデオロギーの存在に対する意識が透

158) この論じ方は、米国では目新しいものではない。横大道聡「最近の判例 *Boumediene v. Bush*, U.S., 128 S. Ct. 2229 (2008)」アメリカ法 2009 年第 1 巻 (2009) 163 頁以下、木村元「グアタナモの被拘禁者をめぐる訴訟と「法の支配」」法学第 73 巻 2 号 (2009) 262 頁以下等。

159) 愛敬浩二「自由と安全のトレードオフ？」ジュリスト 1422 号 (2011) 31 頁、白藤、前掲注 36)、45 頁以下等。

けて見える。

（2）「新しい安全概念」と現代

以上の議論を踏まえ、Gusyの主張を取り上げる。Gusyは安全概念に関する複数の論文を著しているが¹⁶⁰⁾、ここではテロリズムの対策との関連で語られる「新しい安全概念」について俯瞰的に論ずる稿の一部分を中心に取り上げる¹⁶¹⁾。

Gusyは旧来の安全概念を構成する要素を、以下の三点と指摘する。①保護利益が法的利益であること、②私的空間における法的利益であること、③国内における法的利益であること。②は対国家の「安全」は「平和」であるという理由から、③については国外における「安全」は国内法上の法的利益でありえないという理由から、このような限定がなされている。なお、当然のこのように思われる①について言及するのは、安全の保護利益が法的利益として限定的に認定できない場合、安全の保障により守られる利益はその他の法律上の利益との法的衡量には原則として値しないことを、現代の安全概念との関係で強調する意図があると思われる。

Gusyは、伝統的な危険概念に合致する現象に比べ、国際的テロリズムの現象は「不正確な法的表現に甘んじる」とし¹⁶²⁾、国際的テロリズムの脅威と対立する「安全」を定義付けるため、新しい安全概念の把握を試みる。Gusyによれば、その特徴は以下の三つである。①広域的且つ統合的であり個別的でないこと、②ダイナミックであり統計的ではないこと、③主観的であり、ありのままの客観性を欠くこと¹⁶³⁾。治安政治が「永続的」に実現するためには、広域的且つ主観的な安全概念から要求されるリスクマネジメントが、社会生活の全領域において必要となる。一方、「矛盾を帯びた」ものとして治安政治が立ち現れるとき、独立

160) Christoph Gusy, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, VVDStRL 63, 2004, S. 165ff., Christoph Gusy, *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe*, DÖV 1996, S. 573ff 等。

161) Christoph Gusy, *Vom "Neuen Sicherheitsbegriff" zur "Neuen Sicherheitsarchitektur"*, in: Thomas Würtenberger, Christoph Gusy, Hans-Jürgen Lange (Hrsg.), *Innere Sicherheit im europäischen Vergleich*, 2012, S. 71ff.

162) Ibid, S. 72.

163) Ibid, S. 75f.

した「安全」に到達することは困難といえる。この定義には、前掲の Rosenfeld が述べる議論に表れるよりも更に強く、政治的理想を追求する国家のイデオロギー性が析出されている。

ここで重要な一例としてとりあげられるのが、(ドイツ公法学者たる Gusy から見た) アメリカの安全保障である。アメリカの安全保障論争を治安政治の題材とする法律論の前提には、三つの課題がある¹⁶⁴⁾。①政体論 Regimefrage ②権限論 Kompetenzfrage ③効果論 Effektivitätsfrage である。特に①政体論については、アメリカの安全保障を保持する政体が議論の客体となるが、具体的はこの意味における政体論が問題となるのは、「国際的な紛争状況下でテロリストに適用される法は、国家の法的な通常状態においても使用されうるか」という点においてである。

ここで Gusy は、アメリカの安全保障政体論から一步引いた目線を重視する¹⁶⁵⁾。Gusy の議論において問題に対するアプローチの糸口となるのは、戦争とテロリズムの相違、そして国内犯罪とテロリズムの相違である。特に、国内犯罪とは個別の保護法益の侵害である一方、テロ行為は全てが現在の[・]具体的法益に向けられたものではなく、「法と国家の秩序の形成と受容」という法的基幹部分に関する持続的攻撃を含むという点に着目する。テロリストは法的秩序のみならず、国家の全てを否定する¹⁶⁶⁾。

興味深いのは、Gusy が Rosenfeld と異なり、あくまで国内法的な観点によりつつ、主観的危険・客観的危険という区別の前提にある個別具体的な危険に対し、損害発生[・]の蓋然性の程度ではなく、(Rosenfeld の議論に類似する) 攻撃の持続性と重大性を前提とした「持続的且つ基幹的危険」の存否に関する視点を提示したことである。このことは、Rosenfeld の手法が、国内の法に関する議論においても妥当する可能性があることを示す。テロリズムの脅威を持続的且つ基幹的危険と定義付けるとき、この法的議論の終着点は、テロリズムからの国民の安全のために制約される基本的人権の保障の如何に関する議論ではなく、立憲主義の根

164) Ibid, S. 76f.

165) Ibid, S. 83.

166) Ibid, S. 81.

幹への攻撃たるテロリズムに関する議論となる。法の支配により個人の権力による支配を置換するという極めて古典的な立憲主義の本質的ロジックを脅かす、という点で、テロリズムに対する対策に関する国家活動は憲法上個別の取扱いを受ける対象となりうる¹⁶⁷⁾。Gusy にとってのテロリズムの脅威の本質は、ここにあるといえよう。しかし、Gusy 自身が直後に述べるように、テロリズムの本質を解き明かしただけでは不十分であり、適切な法的手段が何かということを追求める営為が、この後に当然必要となる。ここでの Gusy の議論は、従来の「安全」とテロリズム対抗の文脈で言われる「安全」が異なることを示し、「国家的自己主張」という国家の政治的イデオロギーの主張が顕現する側面を摘示することで、「安全」の議論に潜在する特徴を明らかにする点にある。

(3) 「安全」に隠れたイデオロギーと、立法

以上に論じた Rosenfeld と Gusy の二議論の結論にある共通点は、ふたつある。①現代の「安全」を脅かす大きな一要素であるテロリズムに対抗する文脈における「国家」は、政治的イデオロギーの色合いを平時より強めることになるということ、②テロリズムの脅威の性質を、「持続性」や「対象」により、個別の国内犯罪とは異なるものと位置づけていることである。これらの共通点は、テロリズムとの関係において顕在化する現代の「安全」概念の、基礎的な問題意識と特徴を示しているといえる。

①に関連して、ドイツの刑法学者である Wörner によれば、ドイツにおいては客観的なテロ行為も主観的にテロを標榜した動機をもつ犯罪も、個別には処罰しておらず、「テロリズムはそれ自体としては刑罰を厳格化する事情ではなく、「むしろ処罰は国家や市民に対する重大な侵害の惹起の危険を前提にして」(a)テロ組織の創設及び支援 (§ 129a, b StGB)、(b)テロ行為の計画・準備・指導等テロ組織創設の前段階の行為及び宣伝行為 (§ 89 a, 90 b, 91 d StGB) という二方向に拡張されるという¹⁶⁸⁾。

167) Ibid, S. 82.

168) リァネ・ヴェルナー（金尚均・訳）「ドイツ法におけるテロの可罰的予備」龍谷法学 47 巻第 1 号（2014）205 頁以下。

ここで注目したいのは、ドイツでは個別具体的な危険に付帯したテロリズムの目的に対し加重罰を与えるのではなく、個別具体的な危険が存在することが明確でないにも関わらず、テロリズムの「思想」を持つ集団の組成そのもの或いはその喧伝に新設した処罰が与えられていることである。なぜ、「行為」ではなく、「思想」を基準とした結社や表現に対する制約がなされることとなったのか。

「イスラム過激派によるテロリズムが、安全を脅かす」という命題が、鮮烈な視覚的効果と共に国際的に顕現する契機となったのは、2001年9月11日の世界同時多発テロ発生であった。9.11の前後で「世界が分断され」、9.11は「アメリカのテロ対策をそれまでと比較にならないほど「飛躍的」に拡大・強化する起爆剤となった」¹⁶⁹⁾。同時多発テロの衝撃は、世論からの「テロリズムからの安全」に関する機運を高め、各国はテロリズム対策の法整備に奔走した¹⁷⁰⁾。2010年代に入り、世界同時多発テロの記憶が希薄化してくる中、今度はイスラム国(ISIS)等によるテロリズムが相次ぐ。

治安維持のための立法を政策的に進行させる国家にとって、9.11という最も大きなインパクトに関する「記憶の風化」は政策後退の危険信号である¹⁷¹⁾。基本的人権保護の場面における「記憶の風化」が明確になったのがイギリスである。イギリスでは9.11以後、テロリストと疑われる者に限って拘留期間の長期化や財産等の制限の実施が可能となったが¹⁷²⁾、移動の自由に対する包括的な制約となる管理命令 control order については、最高裁判所による厳しい審査を受けて2011年に廃止され、その後更に明確な文言に基づく調査措置の執行がなされるようになった¹⁷³⁾。

169) 岡本、前掲注5)、v頁。ただし、岡本は9.11以前との政策の連続性に着眼する。

170) 初川、前掲注7) 参照。

171) 湯浅成大「10年後の9.11:「過防備国家」の誕生と「日常生活リアリズム」の支配」東京女子大学紀要論集第64巻(2014)195頁以降参照。

172) 2000年代前半イギリスのテロリズム規制法について、初川満「英国テロ規制法の分析」初川、前掲注7)、121頁以下。同稿123頁において初川が言及するとおり、「英国においては、このように(筆者注:1974年のバーミンガムバブ爆破事件を契機とするテロ行為法(1974年)、1998年のオマー爆破事件を契機とする刑事裁判法(1998年)、9.11世界同時多発テロを契機とする新たなテロ行為法(2001年)、2005年ロンドン同時多発テロを契機とするテロ行為法(2006))テロリストによる非道な事件が発生すると、それに呼応するようにして規制法が作られることが多」い。

群発的に発生するテロリズムと 9.11 の記憶を繋ぐものは、「イスラム過激派」が当該テロリズムの担い手であるという事実である。ドイツでは 2014 年 9 月 12 日、ボン基本法 9 条 2 項を終局的な法律的根拠として、文書・音声・図画等において「イスラム国」及びそれに関係する組織の名称を用いることが禁止され、財産の差押えが可能となった¹⁷⁴⁾。イギリスでも、2015 年の法改正において、過激派思想そのものの封じ込めが企図された¹⁷⁵⁾。立憲主義国家にとって「思想」を理由とする基本的人権の制約の禁止は、歴史的反省に基づく戦後の基幹的な憲法上の理念であったにも関わらず¹⁷⁶⁾、立憲主義を掲げる各国がいとも簡単に踵を返したことは極めて危険な状況である。

国内における個人・結社によるテロリズムは、個別的危険が発生した後はあくまで刑法上個別の国内犯罪であることは、Wörner や Rosenfeld の議論においても明白な前提である。このことが意味するのは、国内犯罪として具象化したテロリズムは、被害者のみならず、加害者たるテロリストも憲法の影響下にある国民であるということである。一方、前述した Gusy の議論に見られるとおり、「国家的自己主張の措置」における「国家的安全」は、内部からの国家システムの破壊や武力行使による国家の転覆などを含むイデオロギー的なものであり、この意味では国際的・軍事的な「国家の安全」に近似する。

上述の通り、ドイツでは例外規定である基本法 9 条 2 項を根拠としてこの動きを正面から正当化する政治的動きがあるが、ナチズム暴走の歴史を前提とし、自由の保障のためには極めて厳格な運用が要求される本条項をもって、国際的・組織的ながら個別具体的な犯罪の積み重ねにより特徴づけられるテロリズムの思想を持つ結社等を禁止しうるかという点については、大きな疑問が残る。まして、我が国においては本条項の如き結社の自由の例外は存在しない。政治的自由の一として極めて重要な役割を持つ結社の自由に対して、行為ではなく「思想」を基

173) 岡久慶「イギリスの 2015 年対テロリズム及び安全保障法」外国の立法 265 (2015) 3 頁以下。

174) 渡邊育志「ドイツにおけるテロ対策立法」論究ジュリスト 14 (2014) 150 頁以下。

175) 岡久、前掲注 173)、12 頁。

176) 一例として、日本における治安維持法。奥平康弘「治安維持法小史」(岩波書店・2006) 等。

準に、「国家的安全」のために制約を加えることは許されないという立場に対し、正当な反証を挙げうる理論は、少なくとも我が国においては示されてはいないように思われる¹⁷⁷⁾。また「テロリズム」が持続的且つ切迫した危険を伴わない性質の脅威であるとするれば、通常の比例性審査ではない、持続性に対する対応を考慮した特殊な論理構造による憲法上の基本権の保護を行う必要があるのではないかと、との問題意識も捨て置きえない。

3. 国家目的としての安全と基本権保護義務

(1) 国家目的論

ここまで、現代における「安全」概念の再定位に関する憲法外在的な視点を取り上げた。次に、憲法外在的に付与されたものとしての「安全」の、憲法の内部構造との連結に関する史的な視点をとりあげる。キーワードは、国家目的 *Staatszwecke* と基本権保護義務 *Grundrechtsschutzpflicht* である。

Isenseeによれば、「安全」の保障は憲法外在的な国家目的として位置づけられ、憲法上は基本権保護義務として具体化する¹⁷⁸⁾。憲法外在的な国家目的と憲法内在的な規範との結びつきについては、後述の通り諸論あるが、まずは国家目的の一般的な議論について俯瞰する。

まず、国家目的・国家目標 *Staatsziel*・国家任務 *Staatsaufgabe* の相違について示す。国家目的とは、基礎理論上の国家存立目的であり、国家の正当化根拠と接続する概念である。国家目標・国家任務との最大の相違は、憲法上の具体的な規定から直接抽出しえない憲法外在的な政治国家理論を本質的な所属とする点である¹⁷⁹⁾。他方、国家目標は当該社会秩序にとっての理想像 *Leitbilder* 追求を国家に義務づける憲法学上の概念であると理解される¹⁸⁰⁾。憲法上の目標規定として顕現した国家目標は、国家目標規定 *Staatszielbestimmung* と呼ばれる¹⁸¹⁾。そして、これをより具体化したものが国家任務である¹⁸²⁾。

177) 岡田順太「結社の自由と治安・秩序」東北学院大学総合政策論集第9巻11号(2010)161頁以下。

178) Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 46f.

179) Christoph Möllers, *Staat als Argument*, 2000, S. 193.

180) *Ibid.*

Brugger によれば、国家目標・国家任務と区別される国家目的の機能は、その機能は主に四種類に分類することが出来る¹⁸³⁾。①国家の同質性確保¹⁸⁴⁾、②国家（及び憲法）の正当化¹⁸⁵⁾、③立法裁量の統制場面における権力濫用の制御、④議論の複雑性の減少である¹⁸⁶⁾。

（2）国家目的論の盛衰

国家目的がこのような存在として理解されるようになるまでに、国家目的論盛衰の歴史は四つの局面を経ており、現在の形は第五の形態であるといえる¹⁸⁷⁾。この五つの局面は(a)19世紀前半まで、(b)19世紀後半、(c)19世紀末～第二次世界大戦、(d)第二次世界大戦以後～1970年代まで、(e)1980年代以降に分岐出来る。以下、史的展開と各局面における理解の特徴を辿ることで、国家目的論と安全に関する基本権保護義務との結びつきのルーツを確認する。

(a) 第一の局面は19世紀前半までである。

16世紀以来のドイツ自然法学は、「何らかの自然的な事態・秩序（＝自然）又は先験的な倫理的法則・価値に基づいて、必然的に存立する、正しい人間生活のための規範」ととらえられた自然法概念の上に成り立つものであった¹⁸⁸⁾。これがドイツでは、18世紀から19世紀にかけて、君主制の援護者となってしまふ。背景には、非西欧的なドイツ特有の立憲君主制があったが、その後絶対主義に対する反発から、立憲主義的思想ないし同思想の観点から現実の憲法構造を実証的

181) 例えばボン基本法 20a 条。三宅雄彦「国家目的としての安全」法学教室 329 号（2008）14 頁。

182) 藤井康博「近世・近代ドイツ国法学における国家目的「自由」「安全」「生命」（1）：環境国家論への予備的覚書」静岡大学法政研究 16 卷 1-4 号（2012）143 頁以下。

183) Winfried Brugger, *Staatszwecke im Verfassungsstaat*, NJW 1989, S. 2429f.

184) 石村修「今日の憲法国家における国家目的」法学新報 103 卷 2・3 号（1997）96 頁以下。

185) BVerfGE 49, 24 (56)., Möllers, Fn. 179, S. XXXIf.

186) 小山剛「陰画としての国家」法学研究 80 卷 12 号（2007）143 頁、Brugger, Fn.183, S. 2430f.

187) 本款で以下参照する各文献から、明確な転換を複数の論者が指摘する点を転換点とし、筆者が整理を行った。

188) 山下平八郎「自然法と実定法（1）」愛知工業大学研究報告. A, 教養関係論文集 13（1978）22 頁。

に分析する、いわゆる自然法論を基礎とした法実証主義的憲法学の転換が起こった。立憲君主制時代の包括的な公共の福祉理解が、自然法的基礎づけにより限定的且つ制約的なものへと変化したといえる¹⁸⁹⁾。

(b) 第二の局面は、19世紀後半である。この時期、国家目的は一度目の「消滅」を経験する。この時期、国家目的論が一度目の消滅に瀕した理由は、主として以下の二つに整理出来る。

一点目は一般憲法学から一般国家学への移行が起こった点である。憲法学から一般国家学が分離するという憲法学の実態変化に直接起因するという意味で、国家有機体論から国家法人説への「移行」と、国家目的論の憲法学からの「消滅」はルーツを同じくする¹⁹⁰⁾。

二点目は自然法思想に対する批判への応答の結果の顕在化である。伝統的・体制的君主制論復興の右派は、神学的国家論と結びついて自然法に対する批判を行い、一方で近代的・自由主義論の勃興を目論む左派は、有機体としての国家を固有の主体と捉える形で自然法と国家の切り離しを主張した¹⁹¹⁾。

(c) 第三の局面は、19世紀末から第二次世界大戦終戦までである。第二の局面で消滅した国家目的論は、一度めのルネサンスを経験する。Jellinekは、第三の局面における国家目的を、客観的・個別的目的としての国家目的と、主観的目的としての国家目的に二分する¹⁹²⁾。このうち、第一局面で特に意識されて来た(自然法的な)客観的目的や、特定の国家の個別的目的といったものを、Jellinekは「まったく恣意的で規定し得ない」と断言し、是認しうる国家目的があるとすれば、それは主観的目的であるとする。Jellinekはその实在根拠を、国家の生命が人間の行為の不断の連続のうちにある、人間のあらゆる行為は必然的にある動機・目的によって規定されているという事実求め、これを否定することは

189) 小林孝輔『ドイツ憲法史』(学陽書房・1980) 82頁以下、102頁以下、栗城壽夫「ドイツ国家目的論史小考」法律雑誌 25巻3・4号(1979) 230頁以下。

190) 菟原明「『一般国家学 (Allgemeine Staatslehre)』の存在理由? — Ch・シュタルク教授定年退職講義 —」大東文化大学法学研究所報(2011) 2頁以下。

191) カール・シュミット(大久保和郎・訳)『政治的ロマン主義』(みすず書房・1970) 参照。

192) ゲオルグ・イエリネク(芦部信喜/小林孝輔/和田英夫・訳)『一般国家学(第二版)』(学陽書房・1976) 186頁以下。

国家を盲目的な自然力に貶位し、国家からすべての統一性と継続性とをただ奪うだけであるとまで述べる¹⁹³⁾。この考えは、1930-40年代、ナチスの国家運用の中において強調される（なお、同時期においても法実証主義の立場からは国家の自己目的的存在意義が強調され、国家目的論を批判する動きがあった¹⁹⁴⁾）。

(d) 第四の局面は、ドイツの第二次世界大戦敗北及びナチスの国家目的論濫用及びこれによる法秩序の骨抜きという事態に対する反省を踏まえた厳格な法治主義の実施である。これはボン基本法下での原則論としての実質的法治主義を意味する¹⁹⁵⁾。

(e) その後、現在に繋がる第五の局面が、1980年代以降に勃興する。これが第二の国家目的論ルネサンスの時期にあたる。第五の局面では、基本権保護義務論と結びつく形で、国家目的論が憲法の学壇に蘇ることとなることが最大のインパクトを持つが、この点については後に詳しく議論することとして、先に憲法領域以外の意味における第二の国家目的論ルネサンスの意義に触れたい¹⁹⁶⁾。

前憲法的な事実問題としては、自由主義的法治国家が二つの壁に打ち当たったことが挙げられる。①実質的平等が強く謳われる中、格差や高齢化に対応するため社会的・民主的法治国家への発展の道筋がつくられたこと、②IT・重工業・遺伝子工学等の著しい発展により、従来の自由主義的法治国家が経験して来なかった性質・程度の危険及びリスクに直面することになったことである。このような状況下で、共同体の保全者としての国家に対する期待が、事実上醸成されていた。ここで注目すべきは、規範の拘束力は価値観の合意から発するのではなく、社会的フィクションから発するという Sofsky の指摘である¹⁹⁷⁾。ただし Möstl が

193) イェリネク、前掲注192)、188頁。

194) ここでの「ルネサンス」とは、政治的動勢を含む社会全体の潮流自体を指す。実証哲学からナチズム的思想への転換を描く Eugen Herrigel 講演／秋沢美枝子翻訳／山田奨治 解題「オイゲン・ヘリゲル著「国家社会主義と哲学」[サムライのエトス]全訳と解題」日本研究 32 卷 (2006) 285 頁。

195) 高田敏「[形式的法治国・実質的法治国]概念の系譜と現状」近畿大学法科大学院論集 2 卷 (2006) 1 頁以下、エルンスト・E ベッケンフェルデ (樺島博志・訳)「法治国家概念の成立と変遷」同 (初宿正典・編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社・1999) 26 頁以下参照。

196) Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2003, S. 18.

適切に指摘するように、安全の保障者としての国家に対する期待が社会的フィクションに過ぎないとしても、基本権保護義務論の形成と、保護義務論の次元での国家の安全任務再発見という憲法領域での国家目的論ルネサンスの基礎となったことは間違いない¹⁹⁸⁾。

また Möstl は、憲法上の基本権保護義務論発展を下支えした二つの法的要因について指摘する。一点めは、共同体の保全者としての国家像形成の先駆けとなった、環境分野における 1970 年代以降の予防的國家活動の法律化である¹⁹⁹⁾。そしてもう一点は、國家の給付能力の限界に起因する、私人との協力を通じた危険の克服という観点の発生である。この観点は、自由主義的思想とは全く逆転した発想から生まれている。

(3) 國家目的としての「安全」と基本権保護義務

以上の各局面における多層的な変化を踏まえ、現代の憲法学を中心とした視座について論じる。上に述べたように、第五の局面では「基本権保護義務との接続」という形で憲法学との関わりにおける國家目的論が再登場する。

この理論的基礎を創造し、以降犇めく議論の中心となっている論者が、Isensee である。Isensee は「安全」を、ホブズ的な権力独占的近代國家が描かれる「歴史の第一段階」から継続的に存在する「憲法典の実効的妥当の前提且つ根本的な國家の成立目的」として描く²⁰⁰⁾。Isensee にとっての保護義務は、國家目的として構成される憲法外在的な「安全」を実現するため、國家に課された義務として基本法上に現れる。この主張の背景にあるのは、國家対國民という二項対立構造から、國家・國家の保護する被害者・被害者の法益を侵害する加害者という三面関係構造へ、という國家と國民の関係の捉え方の変化である²⁰¹⁾。

197) ヴォルフガング・ソフスキー (佐藤公紀・訳) 『安全の原理』(法政大学出版局・2013) 58-59 頁、Vgl. Wolfgang Sofsky, *Das Prinzip Sicherheit*, 2005.

198) Möstl, Fn. 196, S. 18.

199) 1994 年のボン基本法改正における 20a 条の追加について、国立国会図書館政治議会課憲法室 (山岡規雄/北村貴) 「諸外国における戦後の憲法改正 (第三版)」調査と情報 687 号 (2010) 8 頁以下参照。

200) Isensee, Fn. 178, S. 3ff.

基本権保護義務について1989年の国法学者大会²⁰²⁾をはじめとする学壇の端々で多様な見解が示され、これらは以下の形に整理することが出来る。

- ① (a) 独立した基本権保護義務を肯定する立場
- (b) 否定する立場 という第一の分岐
- ② (a) 独立した基本権保護義務を肯定する立場 のうち、
- (a-1) 保護義務を肯定する立場の中で国家目的から保護義務を導出する立場
- (a-2) 基本権から保護義務を導出する立場 という第二の分岐

本稿では、(a-1)対(a-2)(b)の二項対立、および(a-2)対(b)の二項対立について、代表的な論者の見解と、相互の対立の中で現れる問題意識の所在を概観する。その後、「安全」を志向する予防的な国家活動と保護義務との繋がりに関する議論を見たい。

(a-1)の立場の代表的論者は、前述したIsenseeである。Isenseeの考えに近い議論をするものとして、Möstlがいる。Möstlは、国家目的としての「安全」と基本権保護義務について、国家目的が基本権保護義務の考え方を発展させ、基本権保護義務は国家目的を実現させていく手段として基本法上に顕現するという相互関係のもと、基本法において再構成されると理解した²⁰³⁾。またDietleinは、独立国家の正当化根拠としての国家目的としての「安全」を自由主義的国家理解に基づいて憲法に導入し、最終的に基本権レベルで完成とするピラミッド型の構図を想定した。背景にあるのは、国民の忠誠義務・平穏義務・暴力独占の相関への再注目である²⁰⁴⁾。

国家目的から直接保護義務を導出する立場(a-1)と、国家目的を基本権に落と

201) 松本和彦「基本権の私人間効力」ジュリスト1424号(2011)59頁以下、三並敏克「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」政策科学13巻3号(2006)190頁以下参照。また、ドイツ連邦憲法裁判所で基本権保護義務が初めて問題となった事件として、BVerfGE 39, 1(墮胎罪判決)。ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社・2003)67頁以下[嶋崎健太郎]参照。

202) Christian Link, *Staatszwecke im Verfassungsstaat—nach 40Jahren Grundgesetz, 1. Bericht*, VVDStRl 48, 1989 (1990) S. 7ff, Georg Ress, *Staatszwecke im Verfassungsstaat—nach 40Jahren Grundgesetz, 2. Bericht*, VVDStRl 48, 1989 (1990) S. 56ff.

203) Möstl, Fn. 196, S. 53.

し込んでから保護義務を導出する(a-2)(b)の間で意識すべきは、上記の国家目的論の史的展開にまつわる「なぜ国家目的論は二度も消失したのか」という問題であると筆者は考える。自由主義的法治国家としての厳格な機能を維持することの意義はイデオロギーに侵犯されることを忌避するための国家の自己拘束であり、その実現にはテキストへの一定の依存が不可欠である。テキストへの依存により生ずる保護義務の狭索性や硬直性は、憲法内在的な法治国家原理²⁰⁵⁾の必然であることを鑑みれば、(a-1)の立場は、法治主義の実効的な維持継続に関する大きな問題を抱えている。

基本権から基本権保護義務を導出する(a-2)の立場で代表的な論者は、連邦憲法裁判所である。連邦憲法裁判所は、第一次墮胎罪判決において、国家の保護義務は基本権的規範の客観的価値秩序の一部であり、国家の生命保護義務の存在と範囲は基本権の価値体系から推定しようと述べた²⁰⁶⁾。Hermesによれば、裁判所は保護義務を、個人的自立の包括的保障という意味における客観的な「基本権の権能」と位置づけている²⁰⁷⁾。

保護義務を否定する(b)の立場を代表するのは、Murswiekである。Murswiekは保護義務に独自の意義を見いださない。しかし、仲裁者としての国家自体の現れを拒絶するわけではなく、防御権としての基本権の機能の一部として保護義務が存在すると理解する。Murswiekの見解の最大の利点は、保護義務を基本権内在的に理解することで、保護義務という名を冠して恣意的な国家活動が広範に行われることを防ぐことが可能となる点にある²⁰⁸⁾。

(a-2)と(b)の考え方の本質的な相違は、防御権としての基本権と基本権保護義

204) Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., 2005, S. 22f, S. 60ff., 鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎」早稲田大学大学院法研論集 76号(1996) 93頁以下。

205) 山崎栄一「日本における防災政策と基本権保護義務」大分大学大学院福祉社会科学研究所紀要第4号(2005) 50頁、同「基本権保護義務とその概念の拡大」六甲台論集 43巻3号(1996) 189頁以下参照。

206) BVerfGE 39, 1 (41f.), BVerfGE 46, 160. 参照。

207) Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, S. 202f., 小山、前掲注 186) 158頁。

208) Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, S. 107f.

務の独立性の有無にある。基本権保護義務は、個人の尊厳を根本に置く基本権の思想からの制約を受けることはあっても、主観的な防御権としての基本権の限界という側面から制約を受けることはなく、独自の展開が可能であるという特徴を有する。このことは基本権保護義務に意義を認める最大の利点であり、最大の不安要素でもある。この不安要素を排除しながら、基本権保護義務の「機能」を承認する手段の一例が、Murswiek の議論である。

以上に見たように、ドイツでは基本権保護義務（あるいは保護義務的な機能）が判例・通説により認められている。しかし、基本権保護義務に関する議論が成熟していない日本では、保護義務に独自の意義を見いださない Murswiek の議論にも特に注意を払う必要がある。石川が的確に指摘するように、米仏を比較対象国とする我が国の憲法論者の間には、基本権保護義務の問題自体、ドイツ特有の精神風土の中で産み出された仮象問題ではないか、との疑念が浸透している²⁰⁹⁾。このことから我が国においては、基本権保護義務というドグマ内での議論に留まらず、現代における「安全」概念を複合的に捉える必要性は高いといえよう。

以上の議論を踏まえ、予防的国家活動が保護義務の射程に含まれるかという点に議論を進める。ここで問題となるのは、予防的な国家活動が国家の積極的な作為として要求されるのか、ということである。Möstl は後述のとおり、安全を「危険の欠如」と「リスクの欠如」状態の二つに分類した上で、危険防御の前段階では、基本権の安全のみならず、公共の安全及び秩序という保護法益についても、これが侵害される十分な蓋然性が存在する場合には、これを保護義務の射程に含むとする²¹⁰⁾。危険・リスクの区別という問題と、国家目的と保護義務の関連性という問題は、異なる次元の問題であるが、両者は共に「安全」概念形成に影響を及ぼしている。一方、基本権保護義務が国家目的論から直接に導かれるとした Isensee は、主観的リスク・客観的リスク・危険を分類し、国家により形成される「安全」の射程を危険に限定する一方で、保護義務の射程と具体的に形成

209) 石川健治「憲法の解釈 Round6-3 基本権保護義務 隠蔽と顕示」法学教室 337 号 (2008) 41 頁。

210) Möstl, Fn. 196, S. 159f, S. 180f.

される「安全」については別のものと考えている。このように基本権保護義務の射程は国家目的と一致するものであり、「安全」は国家任務のレベルで形成されることになるという理解は、上述した国家目的・国家目標・国家任務という分類の位相と重ねて理解することが出来る。しかし、この保護義務の段階においてすら、不安の保護（主観的リスクの排除）はその対象領域に含まないとするのが Isensee の理解である²¹¹⁾。

Möstl と Isensee の比較により明確になるのは、国家目的から基本権保護義務を導出する、という同じ論理構成に立った場合でさえ、最終的な「安全」概念の内容には極めて大きな振れ幅が生ずる、ということである。

この点 Gusy は、保護義務が仮に国家目的により形成されるとしても、国家に直接課せられる国家任務と保護義務との繋がりを否定する立場をとる。その根底には、「安全への配慮」を担うのは第一義的に立法である、とする Gusy の立法への信頼がある²¹²⁾。上記の実質的・理論的な問題点の克服が極めて困難であると考えられるところ、基本権の制約という強度の効果をもたらす国家の活動を、憲法訴訟上正当化し得るほどの力を国家目的論に認めることは出来ない点で、Gusy の発想には賛同出来る。しかし Gusy が立法に「安全への配慮」を要求するにあたり、国家目的論を用いる理由は判然としない。ドイツ国内では、既に基本権保護義務の存在を無視することは困難であり、それを支える論拠の一つとなる国家目的論を正面から受け止める議論が主流となっているようにも思える。しかし、基本権保護義務の存在自体が議論の俎上にあがりはじめた現段階の日本の議論においては、Gusy の見解について考えることで、この問題を客観的に見ることが可能である。国家目的論に内在する基本権侵害の危険性を軽視し、基本権保護義務のテクニカルな有用性にとらわれて安易に日本へ輸入することには慎重でなければならない。

211) ヨーゼフ・イーゼンゼー（小山剛／上村都／栗城壽夫・訳）「保護義務としての基本権」[解説・小山剛] ヨーゼフ・イーゼンゼー（上村都／小山剛／栗城壽夫・訳）『保護義務としての基本権』第三章（信山社・2003）154-156頁、179-184頁。

212) Christoph Gusy, *Reform der Sicherheitsbehörden*, ZRP 2012, S. 230ff.

4. 危険・リスクの対立概念としての「安全」

ここまでテロリズムに対抗する場面における「安全」概念について、現代の状況及び歴史的な展開について検討した。これを踏まえ、「安全」概念の法的性質についての検討にうつる。

まずは危険・リスクの対立概念としての「安全」について論じる。従来、安全 Sicherheit は、危険 Gefahr の対立概念として把握されてきた²¹³⁾。伝統的な具体的危険は、状態あるいは行為概念であり、警察法を元来の所在とする。危険の対立概念として「安全」を捉えるとき、安全は「危険の欠如」として定義付けられる。しかし繰り返し言及してきたとおり、国家活動は予防的な国家活動への志向性のもとで大きく変化している。このような状況下において、安全の対立概念をリスクとする見解が打ち出された。そこで、「危険」「リスク」との対立概念として「安全」を捉えることに関する議論を、Gusy の見解を軸に示し、違憲審査における「安全」の輪郭を明らかにする上で、「危険」「リスク」との対立を軸とすることの利点と問題点を簡潔に示し、両者の帰結の相違について検討する。

Ⅲにおいて述べたとおり、危険とは「個別の事件発生 of 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」状態であり、その要素は①個別の事件発生 of 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の二点に分けることができる。

では、リスク Risiko とはどのような概念か。危険とリスクの関係については諸説あるが、まず、リスクが多層的な概念として構成されるということは一定の合意を見ているように思われる。それは後述するように、リスクが如何なる概念かという問題についての争点が、リスク概念の範囲の広狭という問題に帰せられ、その範囲の内に従来「危険」と言われてきたものが含まれるかという点を重要な分岐点としていることから見てとることができる。

Gusy は、リスクの不在そのものが「客観的安全」の状態にあたるとして、リスクを従来の議論における「危険」を含む概念でもある、との理解を示す²¹⁴⁾。

213) 「危険」概念について、前掲注 95) 参照。

すなわち Gusy の見解によれば、リスクという概念の多層性には、危険という次元が包摂される。これに対し、Isensee や Denninger は、リスクとは、損害発生
の遠い可能性または未知の可能性、ないしは単なる思考上の可能性にまで及ぶと
する²¹⁵⁾。このようなリスク概念は、状態或いは行為概念である危険と、本質的
な違いがある。つまり、危険とリスクの間には、時系列の広がり相違ではなく、
概念の考慮される次元の相違が存在するのである。

リスクに個人の主観的意識を含める見解を示す Isensee や Denninger の見解に
対して、Gusy は、リスクに個別の事例における個人の感覚を含めず、その意義
に客観性を内包させることで、「安全」の対立概念としての位置を獲得しうる性
質を付与している²¹⁶⁾。「危険」「リスク」の析出方法は、対立する法的概念とし
ての「安全」を捉えるにあたって深く影響を及ぼす。後述するように、Gusy
は主観的安全・客観的安全を含む「安全」を、リスクの対立概念と理解する²¹⁷⁾。
ここで重要なのは、客観的安全が「状態概念」であるということである。Gusy
は、客観的安全自体が独自の保護法益を形成するのではなく、一定の法規範が保
護する法益が維持されている「状態」を客観的安全としながら²¹⁸⁾、対立概念を
「リスクの不在そのもの」とするのである。Gusy にとっては、リスクも危険と同
じ状態概念であり、多層性はあくまで状態概念という枠内において、時的限界の
変動、将来の発生蓋然性の確信の程度の大小などによって描写される。それゆえ
この立場からは個別の主観的安全は、客観的安全という状態の附属物に過ぎず、
主観的安全それ自体の保護を目的とした基本権に対する制約は認められない。

これに対し Isensee は、「安全」をリスクの不在と解することに懸念を示す。
Isensee のリスク理解によれば、リスクは内在的限定を欠く概念であり、仮に
「安全」をリスクの不在と理解すれば、自由及び安全概念の明確性が損なわれる

214) Christoph Gusy, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, VVDStRL 63, 2004, S. 157f.

215) イーゼンゼー、前掲注 211)、136-138 頁、Erhard Denninger, *Prävention und Freiheit*, 2008, S. 8f.

216) Gusy, Fn. 214, S. 157.

217) Christoph Gusy, *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe*, DÖV, 1996, S. 578.

218) Gusy, Fn. 97, S. 39.

ためである²¹⁹⁾。Isensee は、保護義務の構成要件段階では、客観的リスクは「安全」の抽象的な対立概念の一部に含まれるとするが、具体的に「安全」概念が形成される段階においては、リスクは明確性を欠くことから含むべきでないとする。この論理展開は、客観的リスクと主観的リスクを分けるという線引きをしている点で、議論の性質上 Gusy の理解と近い部分があるようにも思われるが、客観的リスクですら憲法レベルで具体化した際には「安全」の対立概念にはならないとする Isensee の主張の結論は、本質的に Gusy の見解と対立する。

また異なる観点として、「安全」の保護法益性に関する議論に言及したい。Gusy は客観的安全に限っても、その独立の保護法益性を認めない。これには、Alexy が類似の見解を示している。Alexy は、「安全」はあくまで公共財且つ非技術的な概念であり、真正な意味における個別の基本権としては観念し得ないとする²²⁰⁾。この背景にあるのは、完全なリスク制御に対する懐疑である。他方で、Möstl は、Gusy や Alexy と対立する見解を提示する²²¹⁾。Möstl は、上述した危険とリスクという概念による安全保護のための国家活動に関する区分を前提に、公共の安全及び秩序という保護法益が害される蓋然性が存在する場合は、国家の介入を許容すべきとした。ここでの蓋然性は、危険判断の要件としての「十分な蓋然性」とは異なり、リスク防衛的な場面を含めて判断される要求の弱い蓋然性を言う。

ここまで、Gusy の見解を中心に、危険・リスクの捉え方とその対立概念として論じられる「安全」について見てきた。では、対テロリズムの「安全」概念を考えるにあたって、以上の議論がどのような意味を持つのか。

まず危険を「安全」の対立概念とする見解については、あくまで危険だけが「安全」の欠如といえるのか、ということが問題となる。そもそもリスクという概念が登場した背景には、科学技術等の発展に伴い、現代社会が複雑且つ発生見通しの困難な新しいリスクに対しての対応が必要ではないか、という議論があ

219) Josef Isensee, *Aussprache*, VVDStRL 63, 2004, S. 197.

220) Robert Alexy, *Aussprache*, VVDStRL 63, S. 194.

221) Möstl, Fn. 196, S. 159f., S. 180f., Möstl の議論について、小山剛「自由・テロ・安全」大沢秀介／小山剛・編『市民生活の自由と安全』（成文堂・2006）314-323 頁、白藤博行「リスク社会の警察行政」ジュリスト 1356 号（2008）83-84 頁参照。

る²²²⁾。

危険を「安全」の対立概念と捉える見解をもとに、Ⅲにおいて取り扱った二判決の規制目的としての「安全」を理解すると、両判決の対象となった予防的警察活動（戦略的監視・ラスタースearch）は、「安全」という状態を維持するためという目的に合致するものではなく、目的の正当性は認められないこととなる。なぜなら、予防的警察活動とは、「事前の」段階で行われることを本質とするものであるからである（Ⅱ参照）。本稿は、予防的警察活動を全く認めない立場に立つことは現実的ではなく、実際に予防的警察活動が必要となる場面も想定しようと考えることから、この立場には立たない。

一方で、「安全」の対立概念をリスクとする見解については、二つの問題点が挙げられる。

第一の問題点は、概念設定の内在的な困難性である。すなわち、主観の程度や、損害発生蓋然性とまでいえないがリスクとして認識される範囲に関する問題である²²³⁾。主観・客観といったリスク内部の分岐には一定の共通性があるものの、論者によってリスクの捉え方は異なり、その捉え方を決めるものが何かが明らかにされていないという問題点を指摘し得る。

第二の問題点は、内在的限定をし得ないために保護領域が拡大し、従来の比例原則が機能不全を起こすとき、侵害される基本権保護の手段は確保されるのか、という問題である。この問題点は、「安全」概念の拡散に繋がる。「安全」概念の拡散は、「安全が重要な保護法益である」と言えたからこそ成り立って来た比例原則の機能不全を惹起する。このときに、果たして安全を指向する国家活動により侵害される基本権を保護するための手段が確保し得るのか、という壁に直面する。

リスクを「安全」の対立概念と捉える見解をもとに、Ⅲにおいて取り扱った二判決の規制目的としての「安全」を理解すると、（リスクをどう捉えるかという点に依存するという留保はあるものの）目的の正当性は是認しうる可能性がある。

222) Christoph Gusy, *Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur*, *VerwArch* 2010, S. 311f.

223) Isensee, Fn. 219, S. 197, *イーゼンゼー*、前掲注 211)、157 頁。

しかし、第二の問題点として指摘したとおり、この見解では「安全」概念が拡散することから、「比例原則の空転」を回避するための方策を別途必要とする。

本稿では、「安全」をリスクの対立概念と位置づける立場をとった上で、後述5. において「安全」概念を更に限定づけていくこととする。

5. 客観的「安全」・主観的「安全」

(1) 前三者と本節の観点の相違

ここまで、第一に現代の「安全」を俯瞰的に把握する議論、第二に国家目的論・基本権保護義務により定義づけられる「安全」に関する議論、第三に危険・リスクの対立概念としての「安全」に関する議論について見てきた。

第四の視点は、客観的「安全」と主観的「安全」という安全そのものの内在的性質の相違に関するものである。

これまでに取り扱った三つの観点との最大の違いは、「安全」概念を外部との関係から基礎付けるのではなく、内在的性質から構造的に把握しようとする点にある。一方、四つの観点全てに共通するのは、憲法上の権利に対する規制を正当化する「安全」が、憲法上の権利に対立するものとして、どこまで保護に値するのかを検討する点にある。とりわけ警察活動については、活動の対象に「数値化可能な実体²²⁴⁾」が存在しないことがままある。厳密に言えば、数値化可能な実体が数値として認識出来るようになったとき、既にその実体はリスクでもなければ危険ですらない、「損害」となる。

数値化困難の影響が顕著に現れるのが、ここで扱う「客観的」安全・「主観的」安全の区別の困難性である。数値化可能な分野では、「数値化出来るものは客観的安全、出来ないものは主観的安全」と区別しうるため、環境等の分野からは主観的安全（≒安心感）は捨象され、どこまで（客観的）安全として保障されるか、という議論に向かいやすい²²⁵⁾。しかし、マスメディアが事実に基づくニュース等を用い、生命を脅かされる恐怖（安全の欠如）に関する情報の伝播を拡大して

224) 西原、前掲注12)、79頁。

225) 行政法分野における業績の一例として、戸部真澄『不確実性の法的制御』（信山社・2009）、山田洋『リスクと協働の行政法』（信山社・2013）。

いる現代においては、両者がどう区別されうるかということ自体、曖昧である。特にテロリズムは、前述の通り共同体の根幹に対する攻撃の表出という性質を有することから、(主観的)安全の欠如が著しく増幅される傾向にある。「主観的」安全の欠如が憲法上の利益と対立する法的利益として認識されるかどうか²²⁶⁾という命題を否定するとしても、或いは安全の一部が警察分野において「客観的」安全として法的保護を受ける可能性があるとしても、それを法的に確定するには、前提として「主観的」安全と「客観的」安全の区別を議論する必要がある。

(2) Gusy の主観的安全に関する試論

「主観的」安全の外縁を確認するための手段について、ここでは Gusy の見解を中心に見て行く。

Gusy が議論のベースとするのが、安全文化 *Sicherheitskultur* という概念である。安全文化・安全保障文化は、ドイツで現在注目を浴びている学際的な社会科学的分野の一であり²²⁷⁾、Rauer/Junk/Daaseによれば、安全文化は、価値指向性としての政治文化 *Politische Kultur* と、行為指向性としての戦略的文化 *Strategische Kultur* とのハイブリッドモデルであり、両者に関する問題(例えば危険対応の方法など)に関するコミュニケーションを通じて生成されてきた²²⁸⁾。

それではこの安全文化の中で、法的な「主観的」安全と「客観的」安全は、どのように理解されるのか。Gusy は、より広い安全についての社会的現象である安全文化と、従来安全に関するコミュニケーションについて議論されてきた分野である安全保障政策 *Sicherheitspolitik*、そして安全関係法令 *Sicherheitsrecht* の3つが同一の理論に則って動くということを示す。その基礎となるものが、安全に関するコミュニケーションに関する理論である。安全文化の中での法的な「主

226) 西原、前掲注12)、78頁。

227) 日本では主に国際政治分野で扱われてきた(国際政治167号(2012)のテーマが「安全保障・戦略文化の比較研究」であった)。

228) Valentin Rauer/Julian Junk/Christopher Daase, *Konjunkturen des Kulturbegriffs*, in: Hans-Jürgen Lange/Michaela Wendekamm/Christian Endreß (Hrsg.), *Dimensionen der Sicherheitskultur*, 2014, S. 33ff.

観的・安心感」の位置づけを模索し、主観的安全と客観的安全との近似を目指す国家の取り組みを促すのが Gusy の議論の方向性である²²⁹⁾。

では、元来法的なものに限定されない広域的な範囲に存する安全文化の中で、法的な「安全」はどのような観点から位置づけられるのか。この点 Gusy は、安全関係法令における「損害発生」の蓋然性をも含む、一本の線からなる因果関係を、安全文化において議論されるべき「危険概念の構成要素」として捉え、客観的危険をリスクのスペクトラムにおける特定の一断面と理解する²³⁰⁾。国民が警察及び官庁に危険防御を委ねている現状において、自由と安全の混合比 *Mischungsverhältnis*（≠二者択一 *Alternative*）を語ることが、安全文化の中における憲法上の安全概念の位置づけであるとする。

次に、どのようにして「主観的」安全と「客観的」安全が区別されるのかが問題となるが、ここで、「客観的」安全からではなく、「主観的」安全の側から線を引いていくことが Gusy の議論の特徴である。従来が発想では、「客観的」安全を決定することで、その範囲から逸脱したものについてはそもそも「安全」ではないとされてきた。しかし、「主観的」安全の中にも法的な意味での「安全」として観念出来る部分があるか、という点について議論する上では、曖昧な「主観的」安全そのものを一定程度確定するメリットが認められるということが、この議論の出発点である。

まず Gusy は、「主観的」安全は個人的なものに留まらず、社会的・政治的なレベルで感じられるものであるとして、個人的感覚を超えた意味付けを行う。そして、「主観的」安全に対し何らかの措置を施すにあたっては、様々な社会的レベルの手段があり、その中のひとつとして法という観点を扱う、とする²³¹⁾。それと同時に、アメリカ法秩序に端を発する（広い意味での）不安からの自由権

229) Gusy は後に、適切な情報開示を国家が行うことで、主観的安全と客観的安全の一定の対応関係構築を目指すようになる (*transparente Staat*)。Vgl. Christoph Gusy, *Der transparente Staat*, DVBl 2013, S. 941ff., ders., *Informationszugangsfreiheit—Öffentlichkeitsarbeit—Transparenz*, JZ 2014, S. 171ff.

230) Christoph Gusy, *Sicherheitskultur—Sicherheitspolitik—Sicherheitsrecht*, KritV 2010, S. 111.

231) *Ibid.*, S. 118f.

Grundrecht auf Freiheit von Furchtについて、近年の社会的認識・解釈に基づくものではなく、古くからあったものが時の流れの中で変化してきたものと理解する。このような自由権は国家による過度のコントロールの禁止という形で（例えば、遡及効の禁止やデュープロセス条項と結合して）保障されていたが、近年基本権保護義務と結びつき、テロリズム等の安全を脅かす問題についての、国家の秘密の情報調査という措置にも拡大している。Gusyの観点による不安からの自由権の本質は、事前の統制を許す点にある。事後的な基本権保護だけでは十分でない、という不安からの自由権に基づく発想である。ここから生じるのは、不安からの自由権を根拠として情報調査を容認する帰結であり、Gusyは国家からの自由を重視する立場から、この帰結を批判的に見る。

合理的な理由なく、国家が国民の自由な行動の規制をしてはいけない、という自由主義の基本的思考を鑑みると、不安からの自由権に関する理論は以下の二点において問題がある。一つ目は不安を解釈するにあたり、単一の因果関係を認識するのが困難であるという問題、二つ目は個人の主観性（認識のみならず、経験や精神状態）に左右され、演繹的判断の合理性を妨げるという問題である。

ここで、「主観的」安全の位置づけに関する議論に先立ち、主観的安全 subjektive Sicherheit と安心感 Sicherheitsgefühl の間に相違があるのか、という点について検討しておく必要がある。「主観的安全と安心感が同一のものかどうか」について正面から論じた法学分野の論文は、管見の限り日独共に見当たらない。Gusy・Kötter・Scheweはともに、主観的安全、安心感の他に、主観的安心感 subjektive Sicherheitsgefühl という言い方を用いていることが確認され²³²⁾、両語は互換的に使用されるようにも思える。しかし、Gusyの議論の特徴を注意深く見ると、安心感を個人的な感覚として、「主観的」安全を法的な概念として位置づけているのではないかと推測される。この区別は、本稿が法的な議論を対象としている以上、重要な点である²³³⁾。

232) Matthias Kötter, *Pfade des Sicherheitsrechts*, 2008, S. 241., Gusy, Fn. 230, S. 118., Christoph S. Schewe, *Das Sicherheitsgefühl und die Polizei*, 2009, S. 94.

233) 警察政策研究センター「[安全]及び[安心]、並びにこれらに類する「不安感」、「安全感」及び「体感治安」の警察白書における用例」警察学論集70巻7号(2017)122頁以下は、警察白書における「安全」「不安感」等の用語の来歴について触れている。

Schewe は、安心感単独ではもちろん、安全にも独立した法律上の保護法益性を認めず、安全の一部として安心感を位置づけることは出来ないとした上で²³⁴⁾、安心感の保護の憲法上の位置づけを国家性 Staatlichkeit や民主制 Demokratie といった、より大上段の国家構造の維持に関わるものと理解し²³⁵⁾、安全を必要不可欠な国家任務とする²³⁶⁾。一方、連邦憲法裁判所における憲法上の権利の規制目的としての安全は、主観的安全と客観的安全の区別が明確になされていない。Schwarz はラスター捜査判決や国勢調査権判決²³⁷⁾を取り上げ、「連邦憲法裁判所が公益侵害を基礎として、直接的に「監視対象の感情」と萎縮効果 *Einsüchtigungseffekt*²³⁸⁾との結びつけを援用するとき、基本権侵害のドグマは変更される」とし、現代における「個人の自由の重大な侵害は、現代のテロリズムが実在するというメルクマールとしての不安感から生じている」と指摘する²³⁹⁾。

「主観的」安全は、上述のように、「客観的」安全とは一線を画す独自の法的効果を有する。その上、「客観的」安全との非対応関係を前提とした超領域的且つ不規則的な拡散が、安全文化において「主観的」安全に中心的な位置を与えていることから²⁴⁰⁾、現代の「安全」に関する論争においては、「客観的」安全は脇役であり、主役はあくまで「主観的」安全となる、と Gusy は指摘する。この指摘は、国家のみならずマスメディアやインターネットが、安全概念の変化に深く関与している現代の特性が、警察の守るべき保護法益としての「安全」を捉えることを困難にしているという点を表している。

上述の通り「客観的」安全は、個別の損害発生 of 蓋然性により判断される一方²⁴¹⁾、「主観的」安全は、客観的な概念として発展する可能性を持った認識とし

234) Schewe, Fn. 232, S. 140ff.

235) Ibid, S. 146ff, S. 156ff.

236) Ibid, S. 51ff.

237) BVerfGE 65,1.

238) Vgl. Christian Rath, *Karlsruhe und der Einsüchtigungseffekt—Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundeiverfassungsgerichts*, KJ 2009, S. 65ff.

239) Kyrill-A. Schwarz, „Gefühlte“ Grundrechtseingriffe und „reale“ Gefahren, S. 412, in: Eri Hilgendorf/Frank Eckert (Hrsg.), *Subsidiarität, Sicherheit, Solidarität*, 2012.

240) Kyrill-A. Schwarz, *Die Dogmatik der Grundrechte—Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat*, in: Ulrich Blaschke (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit?: stättliche handlungsspielräume in extremen gefährdungslagen*, 2005, S. 30f.

てではなく、以下の三要素を持つ「不確定」で「コミュニケイティブな概念」として固有に判断される、と Gusy は続ける²⁴²⁾。

- ① 伝播性 Übertragung
- ② 自己増幅性 Selbstverstärkung²⁴³⁾
- ③ 他領域での思考・行動の変容（という効果）

Einstellungen und Verhaltenänderungen in anderen Bereichen

ここで Gusy が述べる「コミュニケイティブな概念」は、コミュニケーションと情報の境界において、多層的に構成される。単一の「客観的」安全の欠如についてであっても、情報の既知・不知、その情報の性質などによって「主観的」安全が大きく左右される²⁴⁴⁾。

Gusy は「主観的」安全をこのような振れ幅をもって定義づけたあと、「客観的」安全と「主観的」安全を近づけるために国家の適切な介入を要求するが、国家の全面的な介入は、市民的な自由を妨げることとなる。そこで、安全に関するコミュニケーションを支える安全文化は、憲法上原理的に自由・私的なものとして、一旦全面的に許容されると解される。ここで国家は、二次的に、安全に関する議論に参加する権限及び安全文化の形成に参加する権限を持つこととなる。その一方で、住民の信頼への応答、国家的情報任務の相対的且つ高度な客観性・中立性の担保、一般的安全喚起の差し控え、情報の選別等、一部の任務においては国家が中心的な役割を果たすことで、「客観的」安全と「主観的」安全の距離を近づけていくことが可能となる、というのが Gusy の議論の着地点である。

(3) Gusy の議論の意義と疑問点

以上の議論は、以下の三点において意義がある。①「主観的」安全の法的位置づけを「不安からの自由権」という潮流の中に位置づけながら、これに優位する

241) Gusy, Fn. 230, S. 116.

242) Ibid, S. 116.

243) これは「自然に増える」だけではなく、「客観的安全に対応せずに、自律的に量的変化を起こす」という意味をも持つ。Schewe, Fn. 232, S. 106ff.

244) Christian Endreß/Martin Feißt, *Von der Sicherheit zur Sicherheitskultur*, in: Fn. 228, S. 27f.

国家からの自由を論じている点、②「主観的」安全をただの「感覚」から更に一步進んだ形で措定し、「主観的」安全と「客観的」安全をつなぎ、また両者の合同さを損なわせているものの正体が、安全に関するコミュニケーションであると明らかにした点、③安全文化への国家による介入が、「主観的」安全と「客観的」安全を近づける役割を果たしうるという可能性を提示する点である。特に①②は、「ただの感覚」とされていた「主観的」安全に積極的な位置づけを与えるとともに、「客観的」安全を区分し、また区分しきれない部分を不確定なコミュニケーション部分に集約するという意義を持つ。これは、憲法上の法益としての「安全」の範囲の決定という問題に向かい合う一助として、法益として認められ得ない「主観的」安全を「客観的」安全から切り離すメルクマールとなりうる。

ただし Gusy がこの議論の帰着点として、安全コミュニケーションに対する国家の介入と、コミュニケーションの適正化を要求している点には賛同しかねる。Gusy は、「安全」は国家目的であるとしても、基本権保護義務の行使の対象ではなく、あくまで立法者に対する統制内容に過ぎないと理解する²⁴⁵⁾。その是非は別にしても、本来私的なものである（だからこそ民主制の過程に資するし、一方で不安定でもある）コミュニケーション²⁴⁶⁾に対して、例え安全に関する分野に限定するにしても「国家の介入が中心的な領域」²⁴⁷⁾とすることは、自由主義的・民主主義的な立憲国家の基礎たる生身のコミュニケーションを阻むことになるのではないか、という疑念がわく。

更に、Gusy の議論に対する最大の疑問は、「危険」「リスク」の対立概念としての「安全」と、「主観的」安全・「客観的」安全」との関係である。Gusy の定義を参照すると、「客観的」安全は危険の欠如とほぼ同義であるように思われる。しかし、「主観的」安全≡リスクの欠如という関係は成り立つようには思えない。リスクには環境的リスク等に代表されるように、一定程度客観視出来るものの、危険発生 of 蓋然性の程度が低い要素も含まれるからである。本稿ではこのような観点から、「両者の重なり合いはどのような形で起こり、また憲法上の権利に対

245) Christoph Gusy, *Grundrechte und Verfassungsschutz*, 2011, S. 2.

246) Gusy, Fn. 230, S. 124f.

247) Gusy, Fn. 230, S. 126f.

する規制目的として認めうる「安全」とはなにか」という問題を検討するため、前述したリスク概念の理解を深めた上で、ひとまずはGusyの挙げた伝播性・自己増幅性・他領域での思考・行動の変容効果という「主観的」安全ならではの特徴をメルクマールとして、「主観的」・「客観的」安全に対応した「主観的・客観的リスク」に関する理解を深めるべきであると考え。その上で、内在的に「主観的」・「客観的」安全として理解した「安全」概念を「リスク」と対立させ、「危険及び客観的リスク」を最終的に「安全」と対立する概念と理解することが出来ないか、という道筋を仮説として提示したい。この仮説においては、国家目的論からの議論は、「安全」概念の性質について歴史的観点から裏付ける役割を、現代の「安全」論からの議論は客観的リスクを具体的に捉える際の外縁を基礎付ける役割を担うと理解される。

この見解に立って、具体的な予防的警察活動に関する判決の規制目的としての「安全」を捉えた場合、どのような帰結となるか。まず4.の末尾に述べた通り、「リスク」の対立概念としての「安全」という目的の正当性は一定程度認められるといえる。その上で、「危険及び客観的リスク」を対立概念とする「安全」概念を一定程度限定する試みとして、「規制目的が「主観的リスク」に対するものではないと言えるか」という点を、個別具体的に検証する必要がある。

この検証にあたっては、規制目的としての「安全」を更に細分化する必要がある。戦略的監視判決では「高次の共同体の利益」の保全、ラスター捜査判決では「連邦および州の存立・安全、ならびに人の身体・生命・自由」の保全が具体的な国家活動の目的であるとして、簡単にその正当性を是認し、狭義の比例性審査に議論を委ねたが、「高次の共同体の利益」に何が含まれるのか、「連邦および州の存立・安全、ならびに人の身体・生命・自由」に対するリスクのどこまでが客観的リスクとして認定しうるのか、といった点を、「危険及び客観的リスク」を対立概念とする法的概念としての「安全」を媒介させた上で細分化し、検証していくこととなる。

6. 小括

本章では、対テロリズムの場面における「安全」概念の定義付けについて、視

点の異なるいくつかの手段を試みながら検討を行った。そして、歴史的・社会的な視点を組み込んだ議論を踏まえ、現代における「安全」＝「危険及び客観的リスクの欠如状態」と位置づけ、これを憲法訴訟上保護すべき法益と理解すべきではないかと結論付けた。そして主観的リスク排除の基準として、Gusy の試論を用いる。これによれば、例えば国内での個別具体的な犯罪行為としてのテロリズムが実行されるリスクは客観的リスクに含まれるが、国際的なテロリズムの跋扈は主観的リスクに留まるという見方も出来る。なぜなら、個別具体的な犯罪行為へのリスクが想定されないにも関わらず不安感のある状況は、周囲からの伝播等に基礎付けられるためである。

ただし、上述の通りリスク自体の議論に複雑な見解の相違が存在することから、「安全」概念の限定を精緻化するため、予防的警察活動の特性に即したリスクに関する分析を更に進める必要がある。その上で、個別事例の中で現れる「安全」の具体的内容が「危険または客観的リスクの欠如」を意味するか、という点について検証していくこととなる。

V 終章

本稿ではここまで、テロリズムに対抗する予防的警察活動に関する憲法訴訟上の統制について、比例原則との関係で論じてきた。

II では、テロリズムに対抗する予防的警察活動が、なぜ比例原則を空転させる性質を持つのかという点を中心に論じた。

III では、ドイツにおける予防的警察活動の違憲審査の実質的な争点となっている狭義の比例性審査について、je-desto 公式を中心に検討した。

IV では、テロリズムに対抗する予防的警察活動の場面において、規制目的として語られる「安全」概念の分析を試みた。

ここまでの議論は、いずれもドイツにおける予防的警察活動をめぐる違憲審査を取り扱ったが、これらの議論は日本の現状においていかなる参照可能性を有するものなのか。

第二次世界大戦後の予防的警察活動の萌芽は、冷戦構造あるいはその残香を反

映した共産主義を標榜する団体への限定的な予防的捜査であった。例えば堀越事件²⁴⁸⁾では、被告人の行為が国家公務員法102条1項に該当する行為か否かが争点とされ、そこでは公務員の職務遂行の政治的中立性がどのような形であれば保持されるのが問題となっている。しかし(敢えて訴訟上可能な主張の限界という点に囚われずに言及すると)本質的な問題は、どのような公務員が、どのような態様であればビラを配っても構わないか、という点にあるのではない。ビラを配るという日常的な行為について、政治的イデオロギーの相違から特別に予防的な監視を行うという警察活動をどのように統制していくか、という点が問題なのである²⁴⁹⁾。

ただし憲法による予防的警察活動の統制という問題は、堀越事件においては顕現しない。なぜならその摘発の範囲が実質的には政治的教義に基づく「狙い撃ち」であるにしても、形式上は、警察はあくまで法に抵触する行為を行った者を法に従って粛々と摘発しているにすぎないからである。そのため、予防的警察活動の憲法による統制という問題が具体的に顕現するには、警察活動の対象となる者になら嫌疑がない状況で警察活動が行われ、その活動が何らかの契機により対象者の知り得るところとならねばならない。

これらの条件を満たしたケースが、公安「テロ」情報流出事件(最決平成28年5月31日)である²⁵⁰⁾。本件は、イスラム教徒である原告らが、警視庁、警察庁及び国家公安委員会の、①モスクの監視などにより、原告らの信教の自由等の

248) 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁以下。大久保史郎「国交法事件上告審で何が問われるか——最高裁猿払事件判決の呪縛を解くために」法と民主主義453号(2010)32頁以下、内野雅敏「公安警察の暴走と脅かされる言論社会」憲法理論研究会編『“危機の時代”と憲法』(敬文堂・2005)89頁以下参照。

249) 共産主義の「狙い撃ち」と、je-desto 公式の思考様式との関係を示すサンプルとして、米国の1951年の判例である Dennis v. United States 341 U.S. 494 参照。本件は、1945年の共産党再建を、暴力による国家転覆唱導の結社を組織する共同謀議罪としてスミス法に基づき起訴した事案である。Dennis 判決について、尾吹善人「言論の自由(2) — Grave and Probable Danger —」同『憲法の基礎理論と解釈』(信山社・2007)639頁以下、右崎正博「国家の安全と言論結社の自由 — 1940年スミス法」早稲田法学会誌26号(1976)372頁以下、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量:「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」一橋法学9巻3号(2010)720頁以下参照。

250) 前掲注13)参照。

憲法上の権利を侵害し、また、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律や、東京都個人情報の保護に関する条例に違反する態様で個人情報を収集、保管及び利用し、②その後、情報管理上の注意義務違反等により個人情報をインターネット上に流出させた上、適切な損害拡大防止措置を執らなかったという2つの行為について、国家賠償法上の違法性を主張した事件である。その中で、憲法20条1項・14条1項・13条違反が争われた。結論として、情報収集活動による憲法上の諸権利侵害は不存在であるとした一方、情報流出については国家賠償法上の違法性を認めた（ただし本件は、前述した戦略的監視判決やラスター捜査判決とは異なり、法令違憲を論ずるものではなく、国家の事実行為に基づく憲法上の権利の侵害を論ずるものであり、ドイツの事例との関係において純粋な比較対象とすることは出来ない点には留意する必要がある）。

注目すべきは、情報収集活動そのものによる憲法上の権利侵害がないとした理由付けである。本件データの収集態様について、裁判所は警視庁が、「テロリストのインフラとして悪用されるおそれのあるイスラム・コミュニティの実態把握に努めており」、モスクの監視をするという態様の予防的な警察活動を行っていたと認定した。その上で、信教の自由が侵害されたいい得るためには、「国家による信教を理由とする法的又は事実上の不利益な取扱い又は強制・禁止・制限といった強制の要素が存在することが必要」だが、本件情報収集活動の態様は「あくまで任意の情報収集活動であり、それ自体が原告らに対して信教を理由とする不利益な扱いを強いたり、宗教的に何らかの強制・禁止・制限を加えたりするものではない」と判示した。具体的な理由付けとして、外形的行為の記録に留まるモスク立入の記録は、それ自体として宗教に対する強制等の効果を有するものではなく、不利益は認められるが、あくまで「情報流出によるもの」とした。

この点について、モスクを中心とした警察の情報収集活動が「強制」という態様にあたらぬからといって憲法上の権利を侵害しないとする論理が成立するのか、という疑問が湧く。刑事訴訟法上の捜査の任意・強制という区別と、憲法上の権利に対する「強制・禁止・制限」は別ものであるが、判旨は両者を一部混同しているようにすら見える。

また本稿の立場からは、同警察活動が国際テロの未然防止に必要であり、イス

ラム教徒の精神的・宗教的側面に容かいする意図ではなく、強制に渡るものでもないとして、仮に信仰活動に影響を及ぼしたとしても必要やむを得ない措置として容認する理由付けを補足的に述べた点が、非常に興味深い。判旨は各国での国際テロの現状について、事例を挙げて複数列举し（列举された事例の舞台はいずれも国外である）、米国の同盟国たる日本はイスラム過激派に狙われていると認定する。その上で、米国の同盟国ないしイラク等の占領に参加してイスラエルの存在を支援している国として複数のイスラム過激派の指導者から攻撃対象として名指しされていること、我が国にイスラム過激派組織の幹部が不法滞在していたこと、イスラム過激派組織の幹部が在日米国大使館を破壊する計画に関与したこと等の理由から「日本国内においてイスラム過激派による国際テロが発生する危険は十分に存在していたということができ、かつ、ひとたび国際テロが発生すると、その被害は多数の一般人を巻き込み、数百人ないし数千人単位の死傷者数を生じさせる可能性さえある」ため、同警察活動を容認するとした。

国際テロが仮に起これば重大な危険をもたらすから、このような情報収集活動が認められるのだという本判決の考えは、（もちろん本判決は国際テロの一般的な危険をもって十分な危険と認定しているため、そうは言わないが）発想として、Ⅲで言及した *je-desto* 公式に共通する点がある。*je-desto* 公式自体の問題点を意識することが重要であることは格別、「危険」ないし住民の「安全」といった概念について、法律上の概念としての限界を意識とした議論をすることが必要である。判旨のうち、個別の危険が認定出来るとすれば、在日米国大使館破壊に関する指摘だが、本件国家行為はこの点に限定した警察活動ではないことは明らかである。しかし裁判所は、要求される「危険」の程度や守られるべき「安全」の性質について議論することもなく、国際テロ発生の危険が「十分に存在していた」と判断する。「危険」「安全」とは何かという点に関する記述なく、一般的な危険を認定する本判決こそ、憲法上重要な権利を合理的な理由なく制約する「危険」を孕むのではないか²⁵¹⁾。

日本で予防的な警察活動を推し進める動きは、国際的なテロリズムの増加と公

251) 木村草太「法律家に必要なこと——イスラム教徒情報収集事件を素材に」月報司法書士507号(2014)11頁。

安警察の存在意義の低下、グローバル化する組織的犯罪への対処という観点から強まっている一方、ドイツでラスター捜査に関する連邦刑事庁法の規定や、戦略的監視や情報の使用・共有に関する法令が存在することとは違い、日本では同様の法令は存在しない²⁵²⁾。対象となる犯罪を限定することはもちろん、例えば裁判所命令による統制など、予防的警察活動の特性に合わせた適切なコントロールを行うための具体的規定を併せて定めなければ、予防的警察活動領域から生じる基本権の侵害は深刻化し、保障は形骸化の一途を辿る強い危惧がある²⁵³⁾。このような観点から、我が国で予防的警察活動に関する研究に取り組むにあたっては、法律の留保に関する議論を意識する必要がある²⁵⁴⁾。法律の留保に関する議論については、本稿でも繰り返し言及した立法府と裁判所の権限分配の問題と関連して、今後の研究課題とする。

本稿は、テロリズム対策のために行われる予防的警察活動に関する憲法訴訟上の統制手法に関し、第一の足掛かりとして、ドイツにおける予防的警察活動の違憲審査に関する議論の一部を参照して論じるものであった。今後日本における予防的警察活動の統制に関する総合的な手段の検討を進めるにあたり、本稿で参照した議論から得た示唆を踏まえ、研究を継続する。

252) 一方、刑事罰の範囲を拡大する議論は活発である。テロの計画や準備行為（下見等を含む）に対する処罰を規定した組織犯罪処罰法の改正案が、衆議院法務委員会での強行採決を経て、平成 29 年 7 月 11 日より施行された。本法については立法過程に対する懸念を含め、国連特別報告者である Joseph Cannataci がプライバシー権・表現の自由への危惧を記した書簡を首相宛に送付している。

253) 駒村圭吾「警察と市民——自由と権力の構造転換——」公法研究 69 号（2007）116 頁。

254) 法律の留保について、池田公博「法的根拠を要する捜査手法」刑法雑誌 55 卷 3 号（2016）410 頁以下、塩見正幸「法律の留保についての学説と実務の乖離」青山法務研究 12 卷（2016）1 頁以下、上村貞美「法律の留保」と人権保障の方式」香川法学 20 卷 1/2 号（2000）39 頁以下等。