テロリズムに対抗するための データに関する立法と立法評価

小　西　葉　子※

Ⅰ　はじめに：テロリズムに対抗するためのデータに関する立法と刑事法立法の「政治化」

本稿は、テロリズムに対抗するため国家機関が行う情報収集を通じて侵害されうる基本的人権を、実効的に保障するための法的システム構築を考える、という問題意識から、テロリズムに対抗するためのデータに関する立法とその立法評価について論ずるものである。本稿ではドイツの議論を中心に扱うが、我が国における参照可能性を念頭に置くことから、まずはこの問題意識の、我が国における所在について確認したい。

公安「テロ」情報収集・流出事件判決[1]は、テロ対策のための予防的且つ広域

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 18 巻第 1 号 2019 年 3 月　ISSN 1347－0388
※　一橋大学大学院法学研究科博士後期課程
1)　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、小西葉子「テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則（二）」一橋法学 17 巻 1 号（2018）60 頁以下。

的な警察活動としての情報収集に対し、捜査対象となる個別の危険を認定し得ないにも関わらず、国際テロ発生の危険が「十分に存在していた」と判断したことをもって、宗教をメルクマールとした個人情報の収集については合憲とし、流出についてのみ国家賠償法上の違法を認めた。本判決の憲法適合性判断の背景には、松原芳博が現代の刑事法について指摘する以下二点の特徴が影響している、と筆者は考える。①刑事法における「立場の交換可能性」の欠如、②現代型リスク社会においてリスクが可視化されないことに伴い、「客観的な危険性よりも主観的な不安感によって社会が動かされ」ることによる、刑事法立法の「政治化」である[2)]。具体的には、①とは「犯罪者は我々一般国民とは異なる」という意識により、一般国民が刑事法を自らに適用することを想定し得ないことを、②とは政治的な意図により刑事法立法がなされたり、その運用が決定づけられることを言う。

このことは、上記判決で対象となった捜査や予防的警察活動に関する、裁判所における憲法適合性判断だけでなく、いわゆるテロ等準備罪を含む組織犯罪処罰法改正法などの立法府による刑事法立法にも影響しているが、①②の特徴を持つ刑事法は、共同体としての国家を強力なものとする一方、個人の憲法上の権利の保障を蔑ろにする危険性を包含する。なぜならば憲法は、テロリズムの潜在的な被害者だけでなく、捜査対象者の憲法上の権利の保障をも要請するが、特に国民に大きな不安を与えるテロリズムに対抗するという目的のもとにおいては、①②が捜査対象者と「一般の国民」を分断する中で、国家はこの要求を軽視するに足る十分な動機を有しているためである。この影響は、①「立場交換可能性の欠如」という感覚のために、主観的には極めて明確なものであるように感じられる一方、客観的には②刑事法立法の「政治化」により非常に曖昧なものとなっていることに顕れる。

本来、国家を拘束する最高法規としての憲法の機能は、テロ対策のように国家の恣意が顕現しやすい場合にこそ発揮されるべきものであり、更に憲法上の権利を実効的に保障するため、捜査機関の恣意が暴走しないよう、自省的な運用を可

2)　松原芳博「リスク社会と刑事法」日本法哲学会（編）『リスク社会と法』（有斐閣・2010）78頁、82頁。また①について、榎原猛（編）『プライバシー権の総合的研究』（法律文化社・1991）116頁。

能とする立法を設ける必要がある。しかし我が国においては、テロ対策の分野に関する予防的警察活動としての情報収集及びデータ取扱いについて、情報収集の対象者のプライバシー権をはじめとした憲法上の権利を保障するための立法上の動きは見られない。

テロリズムに対抗するための予防的警察活動としての情報収集及びデータ取扱いについて、Sieber[3]は以下のように述べる。「捜査を最適化するため」のデータ取扱いに関する協働と介入をめぐり「新たな治安構築」がなされているが、特に「対テロのデータファイル」の場合には「予防と抑止の区別は、さらに曖昧になり」、また国際的テロリズムの捜査にあたって複数の国家の権限が関連する「新たな治安構築」は「コントロールの欠如」によって特徴づけられる。これにより、予防及び捜査の必要性が、従来の「刑法による対応と警察的な危険予防との区別を、広範囲にわたって相対化して」おり、「組織犯罪やテロリズムの領域における情報収集が、犯罪の嫌疑にではなく」「治安リスクに基づいて行われる場合に」特に顕著になる、と[4]。冒頭で取り上げた公安「テロ」情報収集・流出事件で警察が行っていた情報収集活動のとおり、我が国でも同様の状況が生じているところ、Sieber が指摘するように、「これらの問題は、グローバルな規模で生じている、社会の技術的、経済的および政治的な変遷に起因して」おり、「この変遷は、刑法の根本にある、国法的および法理論的な指示システム」をも変化させる[5]。松村格は同様の視点から、我が国においても「組織犯罪と環境犯罪のグローバル化とボーダーレス化をシステム思考によって考察し、それに対処する刑法と刑法学をシステム思考すべきであるという刑法（学）の視座の転換」をすべきと訴える[6]。

筆者は、Sieber や松村の見解に同調するとともに、刑事法の性質に従い、当該システムは明示的且つ具体的に構築されなければならないと考えるが、Ⅱに見

3) Ulrich Sieber は、2003 年から 2018 年現在まで、マックス・プランク外国・国際刑法研究所所長を務める刑法学者。
4) ウルリッヒ・ズィーバー（著）甲斐克則／田口守一（監訳）『21 世紀刑法学への挑戦』（成文堂・2012）37 頁以下。
5) ズィーバー、前掲注 4)、58 頁以下。
6) 松村格『システム思考と刑事法学』（八千代出版・2010）254 頁以下。

るように、我が国のテロ対策に関して、そのようなシステムは未だ構築されていない。そこで本稿では、このシステム構築の一助とすべく、ドイツでのテロリズムに対抗するためのデータに関する立法の系譜と、その立法評価について取り上げる。まずⅡにおいて、前提となる個人情報保護と刑事訴訟法上の捜査を中心とする情報収集活動の関係について、データと情報の相違を含め、日独の判例・立法の基礎的事項を確認する。Ⅲでは、ドイツにおけるテロ対策としての情報収集活動及びデータ取扱いに関係する立法を中心に、立法過程を概観する。ドイツにおける一連のテロ対策立法の制定過程においては、連邦憲法裁判所判例の影響が色濃く、これがⅣに論じる立法評価を含んだ憲法上の権利を実効的に保障する体系の構築に寄与している。そこで、立法の制定過程における判例の影響も明らかにする。その上でⅣにおいて、Ⅲで概観したテロリズムに対抗するためのデータに関する立法を「評価する」という営為が、憲法上の権利を実効的に保障するシステムとして機能する余地があるのか、という点について検討する。

テロ対策立法における立法評価については、予防的な情報収集活動の統制手段としての立法事後評価（Gesetzesevaluation）の有効性を問う問題関心から、植松が論じている[7)]。制度としての具体的な立法事後評価とその実態の分析については、植松の論稿において詳細に論じられており、本稿では大きく取り扱わない。一方、本稿は、①テロリズムに対抗するためのデータに関する立法に対象を限定し、②「事後」の評価に留まらない総体的な立法評価システムを、③立法府と裁判所の関係に重点を置いて分析しようとする点で、植松の論稿とは着眼点を異にする。特に③について、テロリズムに対抗するためのデータに関する立法について行われる立法評価は、後述するように定量的基準を用いることのできる分野における立法評価とは異なる性質を有するところ、本稿では立法評価の客観性を担保するにあたって評価の主体に注目し、立法府と裁判所の関係に焦点をあてる。

7)　植松健一「ドイツの治安法制における立法事後評価（一）」立命館法学 379 号（2018）1 頁以下。

Ⅱ 個人情報とデータ

1. 個人情報保護に関する憲法上の根拠

まずは前提となる個人情報と憲法の関係について、日独判例・立法の基礎的事項を整理したい。

(1) 日本

個人情報保護と憲法との関係が争点となった古典的判決である京都府学連事件判決において、最高裁判所は、憲法13条は「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定して」おり、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という）を撮影されない自由を有する」として、「警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されない」と判示した[8]。

以降裁判所は、所謂肖像権にとどまらず、プライバシーについても、憲法との関係性に言及する文脈で触れる。しかしその法的性質の表現は、あくまでも憲法13条の「趣旨」との関係性によるものであり、明確に憲法上の権利として構成されてはいない[9]。

近年学説では、人格の発展・陶冶のために自身に関する情報の取扱いを自身で決定することが出来ることを軸とした、情報自己決定権ないし自己情報コントロール権を、憲法13条を根拠として拡大的に認める方向での議論が強い。この傾向は、情報化社会の発展により、消極的に情報を秘匿するだけでは個人情報を守ることは到底不可能となってきたことを背景とする。

プライバシー権と情報自己決定権、自己情報コントロール権の関係性は、いまだ明確ではない。例えば、長谷部は広義のプライバシー権としての「自己決定

8) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁以下。

9) 現在に至っても、「プライバシー権」という表現が最高裁判所廷意見で使用される状況とはなっていない。「プライバシー」と「プライバシー権」の識別の意義について、竹中勲「プライヴァシーの権利」大石眞／石川健治（編）『憲法の争点』（有斐閣・2008）98頁。

権」と狭義のプライバシー権としての「自己情報コントロール権」を区別し[10]、渋谷は自己情報コントロール権の発展経緯を踏まえ「プライバシーの権利が、自己情報コントロール権である」とする[11]。近年では、小林が、従来のプライバシー権の抽象的定義付けによる概念化を批判し、全面的な実用主義的アプローチに基づく概念化を提案する一連の研究を発表している[12]。この実用主義的アプローチに基づく概念化は、まさに我が国の裁判所が従来情報自己決定権や自己情報コントロール権に対してとってきた、「憲法上の権利として抽象的定義を明確にせず、個別事例の中で基本的人権の趣旨から構成しうる権利の侵害が存在するのかを審査する」という態度を論理的に分析したものとしてもとらえることができ、プライバシー権の本質を考える上での一視点として興味深い。

自己情報コントロール権という観点と同様に、本稿の関心から重要なものと考えられるのは、「データ」とプライバシー権という観点である。臼井は、「詮索・干渉されない権利」と「データ化された個人情報を守る権利」を区別した上で、プライバシー権の保護領域が語られる必要があるとし[13]、玉蟲は機能的アプローチから「個人情報に含まれる「人格プロフィールへの到達可能性」」を重視する[14]。両者の見解は、後述するドイツの議論で意識されている「データ」とプライバシー権との関係性を考える上でも重要な視座となる。「データ」との関係からは、米国裁判例を参照し、あるデータが他のデータとの組合せにより、新たな（場合によっては重要な）情報に至ることに着眼した「モザイク理論」も注目されている[15]。

山本は「データ」とプライバシー権に関して、プライバシー権の発展過程から展望する。ここでは、プライバシー権の性質の変容について、アメリカと日本の

10)　長谷部恭男『憲法（第 7 版）』（新世社・2018）149 頁以下。
11)　渋谷秀樹『憲法（第 2 版）』（有斐閣・2013）408 頁。
12)　小林直三「プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察」関西大学法学論集 54 巻 6 号（2005）1236 頁以下、同「プライバシー権の概念化と新たな分類」大阪経済法科大学法学研究所紀要 40 巻（2007）27 頁以下、同「個人情報保護制度の基礎としてのプライヴァシー権概念に関する考察」関西大学法学論集 62 巻 4-5 号（2013）2167 頁以下。
13)　臼井雅子「個人情報保護、プライバシー権および権利主体の行方に関する一考察」中央学院大学法学論叢 24 巻 1＝2 号（2011）203 頁。
14)　玉蟲由樹「捜査機関の情報活動とプライバシー」犯罪と刑罰 27 号（2018）143 頁以下。

議論の展開を背景に、「古典的な私生活秘匿権」をプライバシー権の内実とする第一期、佐藤幸治の主張した愛・友情・信頼の形成を目的とする「ウェットな自己情報コントロール権」をプライバシー権の内実とする第二期、そしてビッグデータ社会を前提に「システム構築を前提として、その構造やアーキテクチャをどのように設計すべきか」を中心的な課題とする「ドライな自己情報コントロール権」をプライバシー権の内実とする第三期に区分される[16]。第三期における課題のひとつは、ビッグデータ社会における情報システムの構築や、その先行行為としての情報処理による権利侵害が、システムに対するアプローチの段階では明確でないため、プライバシー権の法益性を論ずる必要があることである。山本はこの法益性を、プライバシー権の社会公共的価値や、「予防的ルール」としての権利論を参照することで限定づけようとする。

山本の主張については、プライバシー権の性質の変化にどこまで連続性を付与しうるかという疑問や、第三期を第二期と比較して「ドライな自己情報コントロール権」と呼称することへの違和感はあるものの[17]、本稿で注目したいのは、現代のプライバシー権に関する議論が、個人情報それ自体の性質ではなく、各種「データ」を取り巻く環境 ── ここでいう「環境」とは、「モザイク理論」を意識したデータを取り巻く他のデータの存在のみならず、山本の言う情報システムや、後述する捜査手法などを含む ── に大きく左右されるということである。プライバシー権の性質を再度議論することと併せて、個人情報に関する法制度を中心とした「データ」を取り巻く環境について議論する必要があろう。

ここで、日本における個人情報に関する基本的な法制度についても確認しておく。個人情報保護基本法制は平成 15 年に施行され、同法制の基幹的な法である

15) 實原隆志「「GPS 捜査」の憲法上の問題」福岡大学法学論叢 63 巻 1 号（2018）13 頁以下、稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』（弘文堂・2017）72 頁、清水真「捜査手法としての GPS 端末の装着と監視・再論」明治大学法科大学院論集（2013）176 頁以下。

16) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社・2017）3 頁以下。

17) 例えば、小山剛「〈学界展望〉憲法」公法研究 80 号（2018）241 頁は、山本の主張する第三期プライバシー権について「情報の秘匿性という従来のプライバシー権論で支配的であった要素が、情報管理システムの堅牢性といった要素に並ぶ、考慮要素の一つに格下げされているように見える」として、第一期・第二期との連続性に疑問を呈する。

個人情報保護法は、第一章から第三章は総論的規定として官民双方に、第四章以降は民間に対してのみ適用されており、行政を各論的に統制する規定は、別途行政機関個人情報保護法ならびに独立行政法人等個人情報保護法において定められた[18]。両法は、①行政の適正かつ円滑な運営、②個人の権利利益の保護、③個人情報の適正かつ効果的な活用を目的として制定されている[19]。このうち③は、ビッグデータの中での個人情報保護／プロファイリング等[20]への対応など、新しい技術的発展に対する個人情報保護の方針を定める改正の実施（平成 28 年）に際して追加された目的であるが、個人情報の保護を踏まえつつも、個人情報の有用性に着眼する姿勢を明らかにしている[21]。

本改正を踏まえた行政機関個人情報保護法は、ビッグデータを用いた国家活動を意識しているものの、予防的且つ広域的に行われるテロ対策にかかる情報収集活動を、直接的に統制する役割を果たすものとはなっていない。島田が指摘するように、そもそも行政機関個人情報保護法は、個人情報の「保有」以降が規制の主たる対象であり、「収集」段階については利用目的の明示義務があるに留まる（同法 4 条）[22]。個人情報のデータとしての「保有」に関する目的拘束性の原則（同法 3 条）は明示されており、ビッグデータを用いた情報収集に対する一定の規制として機能することも期待されるように思われるが、目的外利用における「相当な理由」の有無は行政機関の長により判断されることとなっており、実効

18)　曾我部真裕「個人情報保護法とメディア」マスコミ倫理 695 巻（2017）2 頁以下、塩入みほも「個人情報保護法制の体系と地方公共団体における個人情報保護の現状」駒沢大学法学部研究紀要 76 巻（2018）2 頁以下参照。

19)　長谷川幸一「行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法の平成 28 年改正の意義と課題」現代社会文化研究 No. 64（2017）251 頁。

20)　山本龍彦「インターネット時代の個人情報保護」松井／長谷部／渡辺（編）、前掲注 1）539 頁以下。またプライバシー権とビッグデータについて、加藤弘則「プライバシー権はビッグデータ問題を解決できるか」東京大学教養学部哲学・科学史部会哲学・科学史論叢 19 号（2017）57 頁以下、プロファイリングの国際的状況について、尾崎愛美「装着型 GPS 捜査とプライバシー」法学政治学論究 111 号（2016）49 頁以下参照。

21)　具体的には、非識別加工情報の利用などに繋がる。本改正について、飯島淳子「行政機関個人情報保護法改正」法学教室 434 号（2016）64 頁以下。飯島によれば、立法過程における非識別加工情報のニーズは医療分野にほぼ限られている。

22)　島田茂「行政機関個人情報保護法の制定と条例の改正」甲南法学 46 巻 3 巻（2005）6 頁以下。

的な規制として機能するかは疑問である[23]。また、改正前は他の情報と区別されていなかったセンシティブ情報について「要配慮個人情報」として定められたが（同法2条4項・10条1項5号の2)、個別に対象者の同意を必要とするものではない[24]。

(2) ドイツ

ドイツにおいて、個人情報と基本権との関係が連邦憲法裁判所においてはじめて言及されたのは、国勢調査判決[25]である。同判決は、基本法1条1項と結びついた同2条1項から情報自己決定権を導出し、以降ドイツにおける情報自己決定権は、本規定に基づき、憲法上の権利としての価値を与えられている。松本は、ドイツの裁判例における「一般的人格権の具体化」の帰結としての情報自己決定権理解は、「私生活の内密性よりも個人の自律的決定に力点をおい」た発想に立ち[26]、「個人が自己の生活実情をいつ、いかなる範囲において開示するかについて、原則として自ら決定する権能」も含まれると評する[27]。これは、「自己決定権」を核とした理解であり、情報をコントロールすること自体の権利性について論ずるのではなく、あらゆる自己決定の権能が原則として個人にあることが本質的な内容であり、ここに自身の情報に関する自己決定も当然含まれる、という点に重点が置かれているという特徴があるといえる。

ドイツの一般的なデータ取扱いについては、GDG（一般的データ法）により定められているが、個人情報としてのデータ保護については、BDSG（連邦データ保護法）ならびに各州のデータ保護法が中心的な役割を果たし[28]、ここに追加するかたちで、具体的なデータの取扱いの制限を個別法で定める構造となっている[29]。近年学説では、IT社会と私人による情報活用手段の発展を前提として、

23) 島田、前掲注22)、10頁、18頁。
24) 長谷川、前掲注19)、253頁。
25) BVerfGE 65, 1., 平松毅「自己情報決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例（第2版)』（信山社・2001）60頁以下参照。
26) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001）129頁。
27) 松本、前掲注26)、131頁。Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 f.).
28) 佐藤結美「個人情報の刑法的保護の可能性と限界について」刑法雑誌56巻2号（2017）172頁以下。

人格の発展・陶冶につながる情報自己決定権を客観法的構成から捉えながら、「データ（Datum）」と「情報（Information）」を区別する議論が登場している[30]。Hoffman-Riem は、「データ」とは解釈の自由な「記号」に過ぎないとし、社会的認識のもとにおいて解釈され、コミュニケーションの下で交換される「情報」とは区別されるとする[31]。この議論の前提は、「データ」は「情報」となって初めて社会的意義を持ち、ひいては法的な議論の対象となりうるところ、情報化社会に蔓延するデータ全てを法的に統制することは必要性も実現可能性もない、という立場である。これは基本法が前提とする個人の尊重を実質化する人格の発展・陶冶に対し、「データ」という新たな社会的資源が利点と危険性の両側面を有することを明らかにしながら、基本法上の要請に基づき、考慮すべき「データ」の性質を現実的に限定しているという点で、実効的な議論である。当然その先には、「情報」とは何か、「情報」の中の区分、「情報」の取扱いと個人情報保護法、情報自己決定権との関係など多くの問題が待ち受けているが、少なくとも議論の出発点としては、「データ」と「情報」の区別を明確にすることには一定の意義があることが、ここでも確認される。

「データ」と「情報」の区別を行い、「情報」に法的保護を与える際の出発点は、保護されるべき「情報」の前提となる「データ」の取扱いである。Schaar[32]はデータ保護法の考え方を構成する基本要素として、以下五つを挙げる[33]。①データと個人との関連性、②許可留保の禁止、③目的拘束性の原則、④必要性の原

29）　基本的なドイツデータ保護法制の仕組みについて、松本、前掲注 26）、97 頁以下。なお、ドイツのデータ保護法制は、2018 年の GDPR（EU 一般データ保護規則）適用に先んじて、2017 年に全面改正されている。GDPR に関して、宮下紘『EU 一般データ保護規則』（勁草書房・2018）参照。

30）　高橋和広「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集 60 巻 2 号（2014）116 頁以下。

31）　Wolfgang Hoffmann-Riem, *Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation*, AöR 2009, S. 517 f.

32）　Peter Schaar は、2003 年から 2013 年まで BfDI（データ保護及び情報の自由に関する連邦コミッショナー）の長官を務めた。BfDI は、BDSG 上、独立した権限を持って、公的団体による個人のデータ取扱いの適切性を検証する機能を有する機関である（Vgl. Monika Kuschewsky, *Data Protection & Privacy - Jurisdictional Comparisons*, 2012, p. 172）。なお Hans-Peter Bull も、BfDI が設立された 1978 年から 1983 年まで、同職を務めている。

則、⑤データ保護における役割概念（データ所有者・調査対象・加工者・使用者）である。これら五つの要素は一斉に取り入れられたものではなく、段階的な立法措置の中で導入されてきた。Roßnagel[34]は、この立法措置の段階を「情報技術発展の三段階」として分析する。「情報技術発展の三段階」とは、①ビッグデータ社会に対する反応として、データ保護とデータ加工の制限を含むデータ保護法を制定する段階、②データ流出の回避／データの倹約（必要性の限定）などの補足段階、③増大する偏在的なデータ消費に伴い、データ保護システムを補塡する段階の三つである[35]。

ドイツのデータ保護法制は、個別の手段ではなく、データの「種類」を特定して、取扱いの対応を定めている点に特徴があり、テロリズム対策法制の中でこの傾向が具体化されている。例えば、ATDG（反テロデータ法）1条は、「ドイツ連邦に関わる国際テロの解明・対策のために」関連省庁が任務を遂行する上で必要なデータを「テロ対策データベース」の内容とすると定めるとともに、具体的な対象を同法2条で規定する[36]。

このようにドイツでは、個人情報とそのもととなるデータについて、（後述のとおり立法上の変遷はあるものの）一貫して手厚く保護する立場をとっている。対照的な様相を呈しているのはアメリカである。宮下は、アメリカと欧州諸国の情報自己決定権に対する姿勢の転換点は、「テロとの戦い」であると指摘する[37]。世界同時多発テロの実行犯がスリーパーとして潜んでいたドイツでも、広域的且つ具体的な嫌疑を前提としないラスター捜査が行われたが、最終的には情報自己

33） Peter Schaar, *Der Funktionswandel des Datenschutzes*, in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann（Hrsg.）, *Staat, Verwaltung, Information : Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, 2011, S. 1060 ff.

34） Alexander Roßnagel は、1990 年代より一貫して、データ保護に関する研究を行う公法学者である。

35） Alexander Roßnagel, *Modernisierung des Datenschtzrechts für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung*, mmr 2005, S. 71.

36） ATDG2 条は、以下のとおり定める。各官庁は、「有効な法的規定に基づき、警察あるいは諜報機関の情報により既に収集したデータが（本条各号の事項に）関連することが事実上の根拠に基づき明らかである場合」で、且つ（テロ解明のために）必要な場合、同法3条1項に応じて、（本条各号に）該当するデータを蓄積する義務を負う。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）40 頁以下参照。

決定権に対する一定の配慮を持った姿勢は崩れなかった[38]。ただし、このような姿勢が堅持された理由は、①テロ攻撃について、アメリカは「戦争宣言」であると捉えている一方、ドイツでは「犯罪の特別に恐ろしい形態」と認識している[39]という本質的な相違だけでなく、②情報自己決定権の中核的な価値を堅持する明確な態度が裁判所によって示され、立法過程に大きな影響を及ぼしたことが主たる要因と思われる。特に②は、我が国の立法課程における裁判所の位置付けを考える上でも、重要な示唆を与える要因であり、後に詳しく論ずる。

2. 刑事訴訟法上の捜査と個人情報

次に、刑事訴訟法上の捜査と個人情報について整理する。本稿は、テロ対策のための情報収集活動により収集されたデータに関する立法を研究対象としているため、検討の前提として刑事訴訟法上の捜査の位置付けについても確認する必要がある。

(1)　日本

我が国における刑事訴訟法上の捜査は、その処分の性質から、強制処分（刑事訴訟法 197 条 1 項但書）と、任意処分（刑事訴訟法 197 条 1 項本文）に区分された上で、強制処分の場合であれば強制処分法定主義及び令状主義が妥当する[40]。一方任意処分の場合は、利益侵害の程度や犯罪の重大性、捜査の必要性・緊急性などを総合考慮して、比例性が認められる手段でなければ捜査の違法性が認定され[41]、同捜査過程で得られた証拠は証拠排除の法則により証拠能力を失う。

37)　宮下紘「プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突（一）」比較法雑誌第 18 号（2010）138 頁。宮下は、アメリカは「潜在的なテロリストを見抜くために、テロとはまったく無関係な一般人の個人情報をかき集め、これまでの監視のあり方を変え」た一方、欧州諸国では、テロリストとの戦いであろうと、（プライバシー権）を擁護しようとしてきたと分析する。アメリカのテロ対策法制について、大林啓吾「リスク社会の憲法秩序」警察学論集 69 巻 1 号（2016）48 頁以下。

38)　Vgl. BVerfGE 115, 120.

39)　坪郷實／高橋進「9.11 事件以後における国内政治の変動と市民社会」日本比較政治学会年報 9 号（2007）30 頁。

40)　令状主義の制度設計について、丸橋昌太郎「秘匿捜査の規律の構造について」刑法雑誌 56 巻 2 号（2017）185 頁以下。

強制処分と任意処分の区別は明確でなく、またその違法性の範囲も学説によって異なり、判例と学説の有力説にも乖離が見られるが[42]、こと新たな技術を用いた捜査については、その性質に対する法的理解自体が統一されておらず、強制処分・任意処分のいずれに該当するか、強制処分であるとして当該処分が刑事訴訟法上定められたいずれの類型の強制処分にあたるのか、あるいはいずれの類型にも該当しないのか、といった点が明確でない状態が続くことがままある。その場合、裁判所による刑事訴訟法条文の解釈と事実認定を前提に、各捜査態様について個別判断がくだされることとなる。このように我が国では、強制処分・任意処分のいずれに該当するかについての判断、またそれぞれの処分において必要な要件を欠く捜査ではないことの判断、いずれについても裁判所が主体的な役割を果たすという特徴があるといえる。

近年、処分性判断による捜査機関の統制という場面に関する裁判例において、プライバシー権の解釈に混乱が見られると、稲谷は指摘する[43]。たとえば、米子銀行強盗事件判決[44]では、所持品の内容を捜査官が一瞥する行為をプライバシー侵害性の低い行為と判断しているところ、宅配便Ｘ線検査決定[45]は、宅配便のＸ線検査をプライバシー侵害性の高い行為と認定している。宅配便Ｘ線検査決定では、目視による一瞥とＸ線検査の差異を明確にすることなく、異なる個別事例に対する判断としたが、両者が本質的な相違を有し、プライバシー侵害について異なる帰結を導くといえるのかは、不明瞭なままであった。

しかし、上記両判決を含む従来のプライバシー権解釈を基礎とした裁判例は、個々の監視型捜査を強制処分と考えるか任意処分と考えるかはさておき、いずれ

41） 池田修／前田雅英『刑事訴訟法講義（第５版）』（東京大学出版会・2014）85 頁以下。
42） 池田／前田、前掲注 41）、78 頁以下。また川出敏弘「任意捜査の限界」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会（編）『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下）』（判例タイムズ社・2006）27 頁は、強制捜査と任意捜査は、侵害された権利・利益の性質ではなく行為の方法・態様により区別されるとし、総合考慮による区別を懐疑的に見る。議論の経緯について、安富潔『刑事訴訟法（第２版）』（三省堂・2013）41 頁以下。
43） 稲谷、前掲注 15）、10 頁以下。
44） 最判昭和 53 年６月 20 日刑集 32 巻４号 670 頁以下。
45） 最決平成 21 年９月 28 日刑集 63 巻７号 868 頁以下。

も強制処分に該当すれば当然令状を要するという考え方に基づくものであった。これを覆した判決が、監視型捜査に関する「画期的判決」[46]とも評された GPS 捜査判決[47]である。

本判決は、GPS 捜査は刑事訴訟法上、特別の根拠がなければ許容されない強制の処分にあたるため、従来の判例に則れば令状が必要であると正面から認めた上で、GPS 捜査は使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴い、令状請求の審査に適さないおそれがあり、また GPS 捜査は秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状提示を行うことは想定できないとする。そして、令状主義に代わり、その趣旨が担保されうる他の手段を選びうるが、捜査の実効性に配慮しつつ、どのような手段を選択するかは、第一次的に立法府に委ねられるとした。

本判決は、①下級審で判断が分かれていた GPS 捜査を強制処分と認めたこと、②令状主義を真正面から修正することを容認したこと、③令状主義の趣旨を担保する異なる手段の立法を促したことの三点で、極めてインパクトの大きな判決であった。

特に②については、令状主義は憲法 35 条の明文による要請であり、これを裁判所が拡大解釈し、且つその拡大の手段を立法府に委ねるという本判決の手法は、憲法の最高法規性を揺るがす重大な瑕疵を内包する虞がある。実質的にも、私的領域への介入の制約を立法目的として令状を要求する 35 条の意義に立ち返るに[48]、このような運用が認められうるのかは疑問である。ただ、日本国憲法制

46)　笹倉宏樹／山本龍彦／山田哲史／緑大輔／稲谷龍彦「強制・任意・プライヴァシー［続］」法律時報 90 巻 1 号（2018）54 頁において引用される、山口厚最高裁判事の発言。

47)　最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 巻 3 号 279 頁以下。井上正仁「GPS 捜査」井上正仁・大澤裕・川出敏裕（編）『刑事訴訟法判例百選（第 10 版）』（有斐閣・2017）64 頁以下、角田正紀「GPS 捜査大法廷判決について」刑事法ジャーナル No. 53（2017）66 頁以下、緑大輔「監視型捜査」法学教室 446 号（2017）24 頁以下、伊藤雅人／石田寿一「車両に使用者らの承諾なく秘かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査である GPS 捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か」ジュリスト 1507 号（有斐閣・2017）106 頁以下。

48)　長谷部、前掲注 10)、267 頁参照。ただし、35 条の権利性に関しては、これが実体的権利保障を定めたものか、専ら被疑者の手続的権利保障を定めたものかという点について、諸説ある。大石眞『権利保障の諸相』（三省堂・2014）264 頁以下参照。

定時には想定しえなかった技術的進歩が背景となっていることに鑑みれば、捜査とプライバシーという観点から見て、令状主義が修正を余儀なくされていることは、本判決の指摘するとおりである。

また本稿の問題意識からは、③について、刑事法立法と裁判の関係の転換を表出するものと捉えられる。中島宏は本判決について「かつての刑事立法が硬直化し、司法の法創造機能に法の発展を委ねざるをえなかった時代から、今世紀の司法制度改革を経て「立法の時代」へと展開したことが、解釈ではなく立法による解決を思考する本判決の姿勢を導いている」と評価する[49]。また大野正博は、立法の「沈黙」の転換点は1990年代以降の「オウム事件を契機とした組織的犯罪対策の必要性と反社会的団体による企業犯罪・経済犯罪の増加」にあると見る[50]。これらの指摘は、従来の令状主義の考え方には適さない、秘匿性のもとに実効性が担保される新しい技術的手段を用いた情報収集について、全てを退けられるべきものと考えるのは現実的ではなく、本質的な問題は、令状主義が性質上妥当し得ない態様による捜査手段の実効的な統制方法について、立法による個別の対応が出来る法的環境が日本には存在しないことにあるのではないか、という問題意識を示唆する。この問題は、強制処分法定主義と令状主義、そして法律の留保の関係を今一度検討することに直結し、更には技術的に新しい情報収集の手段に対する広義の立法過程のあり方を考えることに繋がる。

この点に関連して、後藤昭は、本判決を「強制処分法定主義の復活」と評しているが[51]、山田の述べるとおり、法律の留保の原則の考え方を前提とすれば、「強制処分法定主義などというものをわざわざ設定する必要があるのか」という疑問が生じる[52]。實原は、法律の留保と刑事訴訟法197条1項但書に関する議論を前提に「監視型の捜査手法に対する立法的措置の必要性を日本国憲法上どのように位置づけるかが問題」とする[53]。本稿の立場からこの議論を考える上での本判決の意義は、本判決を強制処分法定主義の復活と評価すべきか、従来の強

49) 中島宏「GPS捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752号（2017）14頁。
50) 大野正博「いわゆる「現代型捜査」の発展と法の変遷」法学セミナー752号（2017）26頁。
51) 後藤昭「法定主義の復活？」法律時報89巻6号（2017）5頁。
52) 山田哲史「GPS捜査と憲法」法学セミナー752号（2017）29頁。

制処分・任意処分の区別の相対化と評価すべきかという判断はひとまず措くとしても、個別具体的且つ段階的な立法上の対応を通じて、新たな技術を用いた情報収集活動を合憲的に運用する余地を探求する必要があると示し、法律の留保原則の我が国刑事法における表出について、今一度真摯に向き合う契機となったことにあるといえる。

(2)　ドイツ

ドイツ刑事訴訟法においては、明文の根拠規定を持たず、且つ基本権に対する比較的重大でない侵害を伴う処分については、同法 161 条及び 163 条において包括的に捜査の権限が与えられているが[54]、通信傍受や監視機器使用などの捜査手法については、基本権に対する比較的重大な侵害を伴う虞がある処分として個別に規定されている[55]。前者が日本における任意処分、後者が強制処分に該当する。強制処分の個別規定には、通信傍受（100a, b 条）、大盗聴（100c, d 条）、小盗聴（100f 条）、写真・ビデオによる撮影（100h 条 1 項 1 号）GPS 捜査を含む「監視を目的とする技術的手段」（100h 条 1 項 2 号）などがあり、技術的進歩に伴い、個別規定のメニューは随時追加されている。

特に、GPS 捜査の合憲性について、2005 年の連邦憲法裁判所判決は、当該捜査が他の監視方法と組み合わせられることにより人格の包括的監視をもたらす場合には、情報自己決定権を侵害するおそれがあるものとした[56]。同判決を受けて 2008 年に新設された刑事訴訟法 100h 条は、①補充性の原則を満たすこと、

53)　實原、前掲注 15)、36 頁、山本龍彦「GPS 捜査違法判決というアポリア？」論究ジュリスト 22 号（2017）155 頁以下参照。

54)　ドイツ刑事訴訟法 161 条 1 項は、「検察官は事実探求のため、あらゆる態様の調査活動を自ら行い、またはその捜査補助官（指定の警察官）に行わせることができる。」と定めており、本項がドイツにおける捜査活動の一般的授権規定と解されている（金尚均／辻本典央／武内謙治／山中友理『ドイツ刑事法入門』（法律文化社・2015）160 頁参照）。なお、刑事訴訟法 163 条は、警察に対し捜査活動の一般的授権を行った規定である。

55)　1968 年、通信傍受が同法 100a 条に規定されて以降、技術的手段における強制処分についての個別規定が順次定められる。辻本典央「刑事手続における私的秘密領域の保護」近畿大学法学 54 巻 2 号（2006）177 頁以下参照。

56)　BVerfGE 112, 304., 川又伸彦「自動車の位置監視システムの合憲性」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社・2008）375 頁以下。

②監視のみを目的とすること、③重大な犯罪を対象とする場合に限ることを要件としてGPS捜査を許容した[57]。強制処分の種類と要件を法律上詳細に規定するドイツの法体系においては、強制処分・任意処分の区別を裁判所が個別に行うという場面は限定されていく。更に、当該処分が任意処分に該当する場合の、情報自己決定権と警察機関の情報収集の適法性について、實原は以下のように指摘する。「ドイツにおいては、「情報自己決定権に対する『侵害』ではない」との結論は、制約されている権利・利益が、手段の比例性（許容性）を審査すべきほどには重要でないことを意味する」、と[58]。これは任意処分の違法性を論ずる日本の裁判所とは、明確に異なる。

基本的人権の保障と法治主義、法律の留保の徹底が強く意識されたドイツの例から得られる示唆は、明文による令状主義の明文による要請という課題はあるにせよ、令状主義の趣旨を没却せずに技術的発展に即した捜査を可能としながら、立憲主義国家として憲法上強く要請される基本権の保障を全うするために、個別の捜査類型に対する立法的統制をかけていくことが有効である、ということである。これは前述した法律の留保の考え方が、個別の捜査の統制においてどのように顕れるべきかを検討するにあたり、本質的な命題である。特に捜査対象が嫌疑なき国民に広がる傾向にある、テロ対策のための警察活動に対する基本権の保障という局面においては、このような統制に対する要請は強く現れる。以降、この点に留意しつつ、テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制のあり方について、収集される「データ」に関する立法を中心に論じる。

Ⅲ　ドイツにおけるテロリズムに対抗するためのデータに関する立法過程

近年、ドイツにおけるテロリズムに対抗するためのデータに関連した事項につ

57）斎藤司「GPS監視と法律による規律」刑事弁護89号（2017）112頁。
58）實原隆志「行政・警察機関が情報を収集する場合の法律的根拠」ドイツ憲法判例研究会（編）『〈講座　憲法の規範力〉第4巻　憲法の規範力とメディア法』（信山社・2015）260頁。

いては、世界同時多発テロの発生を契機として一連の立法化が行われた。以下、その主たる立法の制定過程と、これに影響を及ぼした裁判例を時系列に沿って辿った上で[59]、裁判所が立法過程に与えた影響について分析する。

1. 世界同時多発テロ発生以降 ── 反テロ立法の確立

2001 年の世界同時多発テロ直後、第一次反テロ一括法が成立する。団体結社法の宗教特権の削除や、国外での犯罪組織設立を犯罪行為の対象に含むことなどが主たる内容である[60]。

2002 年、第一次反テロ一括法を補完する第二次反テロ一括法に関する議論を経て[61]、TBG（テロリズム撲滅法）が制定される[62]。本法は、銀行や資本企業、航空輸送会社、コンピューターサービスシステム、通信コミュニケーションまたは通信サービスの提供、航空旅客会社への調査から、明確な限定を設けて（且つ時限的に）、情報を入手する体制を整えた。また同年、テロ対策の観点から複数の法律が改正される。税関法では、テロ組織の資金源となる税犯罪に関して、税関組織による統一的対応を可能とする改正が行われた。また刑法では、国内ないし国際的テロ組織の創設と支援を構成要件とする刑法 129a 条[63]・129b 条[64]につき、ドイツに関連する活動の範囲内で、国外組織にもこれを拡大した[65]。これ

59）　Heinrich Amadeus Wolff, *Moderne Sicherheitsgesetze*, in: Hans-Jürgen Papier/Ursula Münch/Gero Kellerman（Hrsg.), *Freiheit und Sicherheit*, 2016 , S. 64 ff.

60）　坪郷／高橋、前掲注 39）、32 頁以下。

61）　Peter Schaar, *Das Ende der Privatesphäre*, 2009, S. 132 f.

62）　Philipp H. Schulte, *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung*, 2008, S. 183 ff.

63）　刑法 129a 条は「テロ組織の創設・参加」について、1 項及び 2 項で創設・参加により 1 年以上 10 年以下の自由刑が課される対象となるテロ組織が「目的とする」犯罪類型を指定し、3 項では 1 項及び 2 項で掲げた罪により脅迫を行うことを目的とした組織を創設した者を 6 月以上 5 年以下の自由刑を処すと定める。更に 5 項では、テロ組織を支援・宣伝したものは 1 項及び 2 項該当の組織については 6 月以上 10 年以下の自由刑、3 項該当の組織については 5 年以下の自由刑または罰金刑に処すと定める（渡邉斉志「テロリスト犯罪規定を改正するための法律案」外国の立法 218 号（2003）155 頁以下参照）。

64）　刑法 129b 条は、国外の犯罪とテロ組織について、以下のとおり定める。(1) 129 条・129a 条は、国外の組織についても効力を有する。EU の構成国以外の組織に関係する行為については、空間的適用範囲における法の範囲内で行われる活動があるか、行為者あるいは犠牲者がドイツ人であるか、（当該組織が）国内にいるか、いずれかの場合にのみ効力を有する。（後略）

らの規定は抽象的危険犯として定められており、「テロ組織に関与しただけで処罰され」ることとなるが、このような規定が容認される背景について、ドイツの刑法学者であるヴェルナーは、テロリズムが「重大な犯罪をする人の決意に対して展望的刑法保護を必要とするほどの人々の危殆化を内包する固有のダイナミクスを有しているということを考慮している」と考察する[66]。

2004 年には、MADG（軍事保安局法）の第一次改正が行われた。本改正法の主たる目的のひとつは、海外の軍事拠点での情報収集・情報分析に関する任務行使を可能とすることであった（MADG14 条）[67]。

ここまでは、いずれも世界同時多発テロに対する反応として、テロ対策にかかる国家の権限を強化する方向での法制定・法改正が中心であった。

2. 2006 年以降 ── 連邦憲法裁判所判例と立法

2006 年、GDG（一般的データ法）と ATDG（反テロデータ法）が制定される。GDG は一般的データに関する定めをするものだが、テロリズム撲滅に関連した情報をもつ他の官庁に、情報を要求する際のデータを対象に含む。ATDG はここから更に進んで、連邦と州の警察官庁と秘密諜報機関の間で共有することを前提としたデータベースに、テロ対策のためのデータ（反テロデータ）を設けることを目的とした時限立法として制定された。後述するとおり、本法は、2013 年の反テロデータ判決を受けて改正されることとなる。

異なる権限を有する官庁の間でのデータの共有を前提とした両法の創設は、国家のテロ対策のための情報収集活動にかかる権限強化に一役買ったことには、疑いがない。一方で、法律の下でのデータ共有を明確にし、その限界を表した点においては、両法の創設は権限の拡大に留まらない統制的な意義を持つとも評価しうる。

65） なお TBG は制定当時 2007 年までの時限立法であったが、2007 年（5 年延長）・2012 年（4 年延長）・2015 年（5 年延長）と延長が繰り返されて現在に至っている。

66） リァネ・ヴェルナー（著）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 1 号（2014）211 頁以下。

67） Wolf-Rüdiger Schnke/Kurt Graulich/Josef Ruthig（Hrsg.）, *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, S. 1344.

2009年、連邦憲法裁判所によりラスター捜査判決が下された。ラスター捜査判決については別稿にて論じているため詳細は割愛するが[68]、広範な条件によるデータの網掛け捜査（ラスター捜査）を行う根拠となったPolG NW31条と、これに基づく捜査の合憲性が争われた事件で、裁判所は、憲法上是認しうるラスター捜査が開始される際に要求される法律の文言上の「危険」の程度について、発生すると予想される損害の程度が大きければ大きい程、介入に必要とされる危険の程度は小さくてよいとされるje-desto公式を前提に[69]、PolG NW31条が基準とする「現在の危険」まで要求されるものではなく、「損害発生の十分な蓋然性および蓋然性予測の具体的な事実的基礎という、具体的な危険」の基準を満たしていれば、狭義の比例性審査を充足するものと判示した[70]。

本判決に関連して（あるいは本判決に関わる事象の影響を受けて）、この時期、三つの大きな立法上の動きが生じる。①連邦刑事庁を通じた国際テロの危険への防御に関する法律制定、②刑法改正、③基本法改正である。まず①については、基本法73条1項9号aによる国際的テロリズムの危険に対する防御の権限は立法者にあると明示されていたが[71]、本法は各州が独力では克服できないテロリズムに直面した場合に、国際的なテロリズムの防御の予防的任務を担う連邦刑事庁に対し、BKAG20k条のオンライン捜査や、20l条の情報源の通信の監視、20h条の予防的な住居の監視の権限といった、秘密の情報調査の包括的権限を与えることと規定した。次に②については、テロの計画・準備・指導などの処罰を定めた刑法89a条・89b条・91d条について、その前段階の行為を新たに処罰対象とした。これは、テロに関する行為につき、予防的行為にまで処罰を拡大する意義を有する。最後に③については、基本法45d条が新設され、警察等とのデータ共有が可能な連邦秘密諜報機関に対する議会統制委員会によるコントロールが強化された[72]。これはラスター捜査判決から直接導かれた改正とは言えないもの

68） BVerfGE 115, 320., 小西葉子「テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則（一）」一橋法学16巻3号（2017）463頁以下。
69） 小西、前掲注68）、470頁以下。
70） BVerfGE 115, 320（362）.
71） Hans Dieter Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl., 2016, S. 876 f.

の、従来から設置されていた議会統制委員会を、基本法上の要請として新たに位置づける点で、情報収集活動に対する議会の統制を基本法と結びつける役割を果たす[73]。近年の議会統制委員会の活動としては、2016年に発生したベルリン・クリスマスマーケットへのトラックテロの実行犯Anis Amri（ISILと関係しており、当該事件発生前より予防的に情報収集の対象となっていた人物）に対する捜査機関の情報収集活動などに対して実施されたものがある。現在の議会統制委員会の大きな役割の一つがテロリズムに対する情報収集活動を統制することにあるということを表す一例といえよう[74]。

ラスター捜査判決には、ラスター捜査を批判する立場からだけでなく、これを推進する立場からも批判があったが、2001年以降のテロ対策立法の立法過程に与えた影響という観点で見れば、二つの大きな意義を有する転換点となったと筆者は考える。

一つは、ラスター捜査の限界を明確にし、従来ばらつきのあった各州警察法でのラスター捜査の基準を、連邦全体で統一化するに至ったことである。「現在の危険」よりも切迫性の低い「具体的危険」を要求するという合憲性の基準の当否については議論のあるところであるが、少なくとも同判決によって、ラスター捜査は捜査手法として基本法との関係で一定の立場を確立し、今後の予防的警察活動の推進に対し示された基本法上の許容性が、連邦一律の基準として立法に反映された。

---

72) 2009年7月17日改正法で追加された45d条1項は、以下の通り定める。「連邦議会は、連邦の秘密諜報機関の行動を統制するための委員会委員を任命する」。

73) 渡邉斉志「ドイツにおける議会による情報機関の統制」外国の立法230号（2006）124頁以下。同125頁では、Parlamentarisches Kontrollgremium（PKGr）に「議会監督委員会」の訳があてられているが、本稿ではKontrollの語について憲法的統制を強調する観点から、「議会統制委員会」と訳す。45d条2項に従い、*Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*（*PKGrG*）に詳細が定められる。

74) BT-Drs. 18/12585. Thorsten Kingreen, *Parlamentarische Kontrolle, insbesondere durch Untersuchungsausschüsse*（*Art. 44 GG*）, Jura 2018, S. 883., Enrico Brissa, *Aktuelle Entwicklugnen der parlamentarischen Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*, DÖV 2017, S. 767 f., Bernd Grzeszick, *Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts und Komeptenzen des Parlamentarischen Kontrollgremiums*, DÖV 2018, S. 209 ff. などに見られるように、近年の国内外のテロリズムに対する情報収集活動に対する議会によるコントロールに、注目が集まっている。

いま一つは、情報収集活動の議会によるコントロールという観点が、基本法上明確になったことである。「具体的危険」の要求はあくまで捜査対象となる行為により生じる被害の大きさに依拠するものであり、その捜査対象範囲についての言及はなく、実際のラスター捜査でも国籍や年齢といった極めて一般的なデータでの網掛けが行われていた。これでは捜査対象範囲が広範囲に拡大し続け、基本権を不当に侵害する虞がある。広く情報収集活動に対するコントロールを行うことを一つの役割とする議会統制委員会に、基本法上の地位が与えられたことは、本判決との関連では、情報収集活動を基本法の趣旨に従って統制するための一手段として機能する、と捉えることが可能であろう。

更に、連邦憲法裁判所は 2013 年、ATDG に基づき創設された反テロデータについて、判決を下した（以下、反テロデータ判決）[75]。本判決は、電子的な捜査手法に関する、一連の連邦憲法裁判所判決の終着点と評価される[76]。

本判決は主な争点について、以下の通り判示する。

まず、反テロデータの取扱いについてである。前述のとおり ATDG は、連邦と州の警察官庁と秘密諜報機関など、複数の異なる官庁の間で共有することを前提とした反テロデータの蓄積・交換について定めている。反テロデータとしてのデータの共有は、異なる任務を持つ情報収集活動の主体を関連づけることとなり、刑事罰を伴う危険防御及び刑事訴追を目的とした反テロデータの使用は、基本権に対する高度の侵害となりうる。特に、予防的情報収集活動を任務とする秘密諜報機関については、危険発生の前域における情報収集活動を行うことから、慎重な対応が要求される[77]。

そこで反テロデータの使用は、収集の目的に応じてデータを分離し、目的外のデータ利用に関しては新たな審査を必要とする「分離原則（Trennungsgebotz）」を前提とし、データの交換は原則として認められないと考える。分離原則の憲法上の地位は、国家及び憲法秩序、ひいては国民を保護するための情報収集を行う

75）　BVerfGE 133, 277., Jan-Willem Prügel, *Entscheidungsanmerkung*, ZIS 2013, S. 533 ff.

76）　Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, JZ 2013, S. 633. オンライン捜索判決（BVerfGE 120, 274.）、蓄積データ判決（BVerfGE 125, 260.）、通信傍受新規律判決（BVerfGE 129, 208.）などが、ここにいう一連の判決である。

77）　BVerfGE 133, 277（323 ff.）.

中央機関を、それぞれ設置することができると定めた基本法87条1項2文から導かれる。本規定は、法治国家と基本権の保障を刻印する。ただし、各官庁は収集の権限が異なり、特に警察官庁は秘密諜報機関が収集するデータを自ら集めることが出来ないため、反テロデータ法を通じて分離原則は部分的に破棄され、例外的にデータ交換を認めることとなる[78]。これはまさしく反テロデータ法の目的そのものであり、この立法目的自体は合憲とされる。しかし、データの交換を前提とする以上、過度のデータ蓄積・結合や内容の限定・コントロールが不十分な場合については、情報自己決定権の侵害として、狭義の比例性を満たさず違憲となりうる。権限の異なる官庁の間でのデータの交換は、緩和された条件においても当該情報を取得することが正当化されうるほど、特に重要性の高い公共の利益に資するものでなければならず、明白な法律上の規定を根拠として、十分に具体的且つ適切な閾値が示されなければならないとした[79]。本判決は、組織上の分離原則から基本権的分離原則を導いた、と評される[80]。本判決について、入井は情報分離原則と目的拘束原則との重複について指摘し[81]、上代はデータ交換を前提とする情報分離原則の「相対化」の契機となったと指摘する[82]。分離原則については、その有効性を検証する意義があると考えるが、この点については別稿にて論ずる。

更に、本稿で取り扱う裁判例の立法過程への影響との関係においては、反テロデータの運用を適切にコントロールするための監督的権限に関する判示も重要である。ATDG10条1項は、データ保護のための監督機能について、以下のとおり定める。「データ保護と情報の自由に資するデータ保護実施のコントロールは、

78） BVerfGE 133, 277（299 f.）. 上代庸平「安全確保権限の相互協力的行使と情報共有の憲法的課題」大沢秀介／新井誠／横大道聡（編著）『変容するテロリズムと法』（弘文堂・2017）174頁が指摘するように、反テロデータに関する情報の分離原則は、実態としては、具体的な危険を前提とした捜査をその権限とする警察機関が、特定の目的のもとで広範な情報収集を行う秘密諜報機関の取得したデータを利用する場合に発生する基本権侵害が問題となり、この基本権侵害の常態化の懸念は「比例原則の運用において深刻に考慮される余地があ」る。

79） BVerfGE 133, 277（329）., 上代、前掲注78）、173頁。

80） Gärditz, Fn. 76, S. 634.

81） 入井凡乃「ドイツ憲法判例研究（158）」自治研究90巻6号（2014）125頁。

82） 上代、前掲注78）、178頁。

連邦データ保護法 24 条 1 項により、連邦データ保護受託官（Beauftragter für den Datenschutz）の義務とされている（後略）」[83]。本判決は、二年間という期間を例示して、立法府及び監督官庁によってデータ保護の実施に関するコントロールとその確認を行うことを求め[84]、後述のとおり立法者へ大きな影響を与えた。

当時、時限立法であった ATDG の更新規定には、「具体的に誰が評価を実行するのか、どのような手段で評価を行うか」について言及がなかった。本判決がなされる前の 2013 年 3 月に、連邦政府は「重要性や基準、詳細な分析に関する更なる規定がない中、立法者は、法的に定義される目標設定と基本権の可能な制約との関係における観点において、テロ対策のためのデータという手段の包括的な分析と利用を意図」しなければならないと述べたが、本判決ではこの点について、裁判所から具体的な是正の要請が示されたといえる[85]。この要請は判決の中で、「事後的是正義務（Nachbesserungspflicht）」「新規律義務（Neuregelungspflicht）」と呼ばれる[86]。

本判決を受けて、ATDG が改正された（2015 年 1 月 1 日施行）[87]。改正後の ATDG については立法評価のシステムを検討する中で論ずるが、従来国際的テロリズムの克服を目的として、各官庁が保有するデータの蓄積・結合・利用の権限と制約を定める時限立法であった ATDG は、本判決による同法合憲性の裏付けを背景として時限立法でなくなる一方、判旨に従い、データ保護の実施につい

83）　松本、前掲注 26）、98 頁によれば、連邦データ保護受託官とは、連邦データ保護法に創設時より設けられた「データ保護の統制・監督のための、一種のオンブズマン」としての役割である。

84）　BVerfGE, 133, 277（370 f.）.

85）　BT-Drs. 17/12665（neu）v. 7. 3. 2013., S. 6 f., Matthias Kötter, *Von den Daten zur Empfehlung*, in: Chrsitoph Gusy（Hrsg.）, *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, 2015, S. 60 f. なお、植松、前掲注 7）、35 頁以下のとおり、この連邦政府の報告は、ATDG の運用について、5 年ごとの連邦議会への報告を義務づける共通データベース法の規定に基づくものである。

86）　入井凡乃「事後的是正義務と新規律義務」法学政治学論究 101 巻（2014）117 頁は、従来ドイツの学説・判例において混同して用いられる両概念の判別を論ずる。

87）　Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze vom 18. Dezember 2014（BGBl. I S. 2318）., 渡辺富久子、前掲注 36）、24 頁以下参照。

て、議会による定期的なコントロールを目的とした確認義務が課された。改正後のATDGに新設された10条2項は、「(同) 1項に規定する機関は、権限の枠組みに応じて、少なくとも二年ごとにデータ保護の実施のコントロールを行うことを義務とする」と定めている[88]。また、同法9条3項は、「連邦刑事庁は、2017年8月1日から、3年ごとに、反テロテロデータベースのデータ概要及び利用について連邦議会に報告する」と定めた。

ラスター捜査判決ならびに反テロデータ判決の両者が立法に与える影響に関して共通する特徴は、両判決に関連して、法の運用のチェック機能としての「立法府及びその関係機関によるコントロール」が、憲法上の要請との関係から立法に反映されている点である。次章では、この動きに関連してドイツで論じられている、テロリズムに対抗するためのデータに関する立法の立法評価の研究について、憲法学的観点から論じる[89]。

Ⅳ テロリズムに対抗するための データに関する立法評価システム

1. 立法評価論の憲法学における位置付け

従来我が国の法学領域において、立法評価は、政策評価との関連で論じられてきた[90]。手塚貴大は、法律の有する「実効性・効率性」を担保するための評価

88) 渡辺富久子、前掲注36)、48頁以下参照。なお、改正前の2項は、改正後同条3項となっている。

89) 本稿では反テロデータ判決までを中心に取り扱うため、注記するに留めるが、連邦憲法裁判所は2016年、2009年の連邦刑事庁法改正による国際的なテロリズムの防御の予防的任務を担う連邦刑事庁の情報調査の包括的権限について、権限自体は合憲的であるとする一方、措置の要件の更なる厳格化を要求する判決を下した（連邦刑事庁法データ判決（BVerfG 141, 220., Vgl. Kurt Graulich, *Polizeiliche Gefahrenabwehr mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen*, KriPoZ 2016, S. 79 f., Wolfgang Durner, *Anmerkung*, DVBl 2016, S. 780 ff., 石塚壮太郎「ドイツ憲法判例研究（206）」自治研究94巻7号（2018）145頁以下、同「テロ防止のための情報収集・利用に対する司法的統制とその限界」大沢／新井／横大道（編著）、前掲注78)、180頁以下)。この要請に対応してBKAGが全面的に改正された（2018年5月25日施行（Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1. Juni 2017（BGBl, I S. 1354).))。

が不可欠であり、そのための「法律の影響アセスメント（Gesetzesfolgenabschätzung）」が理論的に要求されるとする。ここでの「法律の影響アセスメント」は、「“法律の実施によって生ずる諸々の影響を把握し、それをベースとして当該法律の実効性・効率性等を評価する作用”」と定義づけられる[91]。手塚は「法律の影響アセスメント」が要求される実質的な理由の一つを、「法律の過多の解消」のため、当該立法を制定すべきであるか否かの厳格な審査を行うべきである、という点にあるとする。

一方、我が国の憲法学において立法評価が意識的な議論の対象となった端緒の一といえるのは、大石による立法府の機能に関する言及である[92]。大石は「立法評価（Evaluation der Gesetze）」について、ドイツの議論を参考にして提示された韓国法制研究院の用語を参照し、「法形式を備えた規範が全体適用領域に対して及ぶ財政的及び非財政的、意図的及び非意図的影響全般を分析するもの」とした上で、以下のように述べる。「国民生活の基盤を形づくる包括的・総合的な立法」については立法評価になじまないが、「ドイツにおいて、立法評価（Evaluation der Gesetze）が裁判官による合憲性の統制（richterliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit）及び行政による実施可能性（Durchführbarkeitskontrolle durch die Verwaltung）とともに語られるとき、立法統制（Kontrolle der Gesetzgebung）という広い文脈の中で、その一つの形態として位置付けられている」ことを自覚する必要がある、と[93]。

大石の視点は、憲法学的観点における立法評価という営為が、立法統制の総体

90）福岡英明「フランスにおける法律の施行統制・立法評価・政策評価」高岡法学 11 巻 1 号（1999）81 頁以下、同「フランスの政策評価・立法に対するデクレと通達」高岡法学 12 巻 2 号（2001）227 頁以下、手塚貴大「立法過程における政策形成と法（一）」広島法学第 28 巻 3 号（2005）65 頁以下、同「立法過程における政策形成と法（二）」広島法学 28 巻 4 号（2005）67 頁以下、同「立法過程における政策形成と法（三・完）」広島法学 29 巻 1 号（2005）73 頁以下、同「行財政改革・政策評価・行政法」広島法学 33 巻 2 号（2009）1 頁以下。

91）手塚、前掲注 90）、広島法学第 28 巻 3 号（2005）、66 頁。

92）大石眞『統治機構の憲法構想』（法律文化社・2016）151 頁以下、同「立法府の機能をめぐる課題と方策」初宿正典／米沢広一／松井茂記／市川正人／土井真一（編）『国民主権と法の支配〈上巻〉』佐藤幸治先生古稀記念論文集（成文堂・2008）323 頁以下。

93）大石、前掲注 92）、（2016）、158 頁以下。

的なシステム構築の一部として位置づけられることを示唆する。裁判所による違憲審査との関連で、内在的評価システムの存在が、裁判において実施される比例性審査の前に要求される衡量の厳格さを決定付けることを指摘する君塚の指摘も、着眼点は異なるものの、同旨の発想であるといえよう[94]。

ドイツ行政社会学の大家である Mayntz は、憲法学的観点における立法評価の意義を、①基本法（特に人権）を軸とする目的決定、②民主的目的決定への貢献、③権力分立に基づく目的決定にあるとし、またその効果を（あ）古典的な法的結論の査定、（い）侵害に関する知識の更新にあるとする[95]。（あ）については、予期される効果と制定法のコストについて、仮定的に算出するメソッドの集合から算出される[96]。（い）については、新しくあるいは複雑な権利侵害に関する実情を持つ規制の法的な評価に関する条項は、具体的な実情に対する憲法上の審査を具体化したものとして、評価の内容と手続の両者を含み、評価実施に際する立法者の憲法上の義務について定めることで、侵害に関する知識の更新を担保する。

Mayntz が論じる立法評価の古典的な意義・効果について、政治学者の Schäller は、「立法評価は首尾一貫性[97]の萌芽であ」り、以下二つの局面で利用されると考えた[98]。①新たな法の制定に際し、法的領域の前域における知識について立法手続へ提供するという局面、②一度実現された立法との関連において、規範の測定可能な帰結に関する知識を、その形成領域において事実上有効な規範として効果を現すように、立法者へ情報提供するという局面の二つである。この指摘は、先に引用した大石の議論のように裁判所や行政との関連性に対する意識が顕在化しているものではないが、立法手続との関係から、これらのステークホ

94）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 巻 2 号（2008）1 頁以下、高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義 60 巻 7 号（2009）112 頁。

95）Renate Mayntz, *Regulative Politik in der Krise?*, in: Matthes, Joachim (Hrsg.), *Deutsche Gesellschaft für Soziologie*, 1979, S. 55 ff.

96）Kötter, Fn. 85, S. 63 f.

97）首尾一貫性について、ギュンター・クラウス（著）フーブリヒト・マンフレッド（訳）「首尾一貫性の規範的概念」産大法学 38 巻 3／4 号（2005）556 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）1065 頁以下参照。

98）Steven Schäller, *Föderalisms und Souveränität im Bundesstaat*, 2016, S. 154 ff.

ルダーの位置付けが立ち現れることを示唆している。

本稿では、このような文脈の中に位置づけられる議論として、テロ対策立法の特殊性を踏まえ、テロリズムに対抗するためのデータに関する立法評価について論ずる。

ここで、手塚の「法律の評価アセスメント（Gesetzesfolgenabschätzung）」と、大石の「立法評価（Evaluation der Geseteze）」について、その差異を確認しておく必要がある。後に取り上げる Debus/Piesker は、両者の用語を区別せずに用いることを明示する[99]。個別の立法を前提とした評価手法として捉える場合、両者の内容に決定的な相違はないと思われるが、一方で Evaluation der Geseteze という場合には、立法形成手段としての Gesetzesfolgenabschätzung を含む、より広義の意義を有する場合がある点には注意が必要である。梁は、「立法評価」を「当該立法の影響だけでなく、立法者や立法過程の評価等、法令の制定に関連する全ての部分の包括的な評価を含んでいると解釈される用語」とし、制度としての立法影響評価とは区別すべきであることから、立法権の不当な制約となる誤解を招かないよう「立法影響評価」の用語を Gesetzesfolgenabschätzung の訳として用いるべきだと主張する[100]。本稿では、梁の抱く懸念をふまえた上で、具体的な法律を前提とした評価手法としての「法律を評価する」という営為を、立法府と裁判所の関係も含んだ広い視野から総体的システムとして論じる必要があると考えるところ、この点では両者の意義に差異はないとの立場から、Gesetzesfolgenabschätzung と Evaluation der Geseteze の両者を、ともに「立法評価」と訳す。なお前述のとおり、本稿での「立法評価」は、事後の立法評価を対象とする植松の「立法事後評価（Gesetzesevaluation）」を含む、総体的な立法評価の営為を指す[101]。

99）　Alfred G. Debus und Axel Piesker, *Ex-post-Gesetzesevaluationen zur Ermittlung datenschutzrechtlicher Folgen*, in: Fn. 85, S. 194.

100）　梁邵英「韓国における「立法影響評価」をめぐる議論の展開（二）」法学論叢 178 巻 6 号（2016）71 頁以下。

101）　植松、前掲注 7）、18 頁以下は、事前の影響予測ではマクロ的な視点が中心となることから、「基本権の保護という観点から立法をコントロールする上では、事後評価の方が事前の影響予測よりも有用である」とするが、本稿は立法評価を総体的なシステムと捉えて、立法評価の主体の役割を検討する観点に立つ。

2. テロ対策立法の立法評価の意義── 他領域の立法評価との比較

テロ対策立法の立法評価システムについて論ずる前に、テロ対策立法の立法評価の意義について、ドイツにおける他領域の立法評価と比較から確認する。

ドイツにおける他領域の立法評価に関し、2000 年代以降特に注目された実績の一つとしてあげられるものに、行政手続費用（Bürokratiekosten）の削減に関する分野がある。ドイツでは 2006 年、行政手続費用の削減を目的とした独立の諮問機関たる、国家法規監理委員会（Nationaler Normenkontrollrat）が設置された[102]。これは、形式的な行政手続により生じるコストを削減すべく、オランダの取り組みを参考として設置された機関で、「企業の行政手続費用負担を客観的に算定するための標準費用モデル（Standardkosten-Modell（SKM））」を用いた行政手続費用の算定を行う。当初首相は「この委員会を組織令（Organisationserlass）によって設置する考えであったが」、「法律の質の向上は立法者の重大な関心事であ」ることを明らかにし、また「重要なプログラムにおける「脱議会政治化（Entparlamentarisierung）」の印象を避けるため」に、与党が「議会の関与を強く求めた」[103]。このように、行政手続費用を客観的基準により算定し、形式主義的行政手続により生じる無駄なコストを廃止するための法改正に資することを目的とした諮問機関である国家法規監理委員会は、標準費用モデルという客観的基準に基づく独立した評価の基礎を形成し、これをフィードバックされた立法府が立法評価を行うとともに、機関の存立根拠に立法府が関与するという、立法評価システムのモデルの一つとなったといえる[104]。

行政手続費用に関する立法と同様、テロ対策立法も、ある期間ごとに再検証する必要性が高い。ただし、形式行政手続からの脱却によるコスト削減を目的とした行政手続費用に関する立法とは、再検証を必要とする理由が大きく異なる。冒

102） 齋藤純子「ドイツの国家法規監理委員会法」外国の立法 231 号（2007）99 頁以下。委員会及び調整官の訳語は、同 101 頁に準拠する。

103） 齋藤、前掲注 102）、101 頁以下。

104） Stephan Förster, *Das Verhältnis von Standardkostenmodell und Gesetzesfolgenabschätzung*, in: Stephan Hensel/Kilian Bizer/Martin Führ/Joachim Lange（Hrsg.）, *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, 2010, S. 71 ff は、法改正を通じ「良き法（gute Gesetze）」の実現を目指す営為としての立法評価と、その基礎段階の基準としての標準費用モデルの関係について論じている。

頭にも述べたように、テロリズムに対抗する立法は治安リスクに対して行われるものであるために、介入閾値が明確でない。それにも関わらず、前述のドイツにおけるテロ対策立法の立法過程からも見てとれるように、大規模なテロリズムが発生した直後は、しばしば過度な規制を伴う立法が行われる。そのため、一時的な「不安」を源泉とした、基本権侵害を伴う過度な規制がなされていないかという点について、再検証を繰り返す必要性が高い、ということがテロ対策立法の特性である。

更にテロ対策は、行政手続費用のように定量化して検証することが出来ないという性質を持つ。行政手続費用の立法評価は、標準費用モデルがその基礎の重要な部分を担うこととなるが、テロ対策に関してこのような定量的基準を用いることは出来ない。では、定量的基準に代わって立法評価の客観性を担保するため、どのような手段が想定しうるか。結論から述べると、テロ対策立法の立法評価について、その客観性を担保するにあたっては、裁判所が大きな役割を果たす。その役割とは、主として立法評価を担う立法府の外から、一定の組織的独立性と判断の客観性を有する機関が、立法評価の基礎となる情報を提供し、場合によっては評価の方向性を示唆することで、立法評価の客観性を担保するという役割である。以下、テロ対策立法の立法評価システムの分析においては、この点に注目して論ずる。

3. テロリズムに対抗するためのデータに関する立法評価システムの分析

本項では、まず Debus/Piesker[105] の論稿を題材に、立法評価システムの段階と機能について論じ、その後 Kötter[106] の主張からテロ対策立法の立法評価のシ

105)　Alfred G. Debus 及び Axel Pisker は、Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verweltung（FÖV）の下部組織である Das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation（InGFA）に所属する公法学者である。InGFA は 2009 年以降、立法評価に関して様々な法律を題材に研究を行っており、2018 年に終了したプロジェクトでは、MADG（軍事保安局法）や BNDG（連邦諜報機関法）などにおけるテロリズム撲滅に関わる規定の評価について検討対象としている。

106)　Matthias Kötter は、2018 年現在 Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung（WZB）に属する公法学者であり、法の支配や安全に関する論考を、ドイツ語圏並びに英語圏において精力的に発表している。

ステム的分析の指標となる各局面について論じる。立法評価の枠組みに関する両者の見解を見た後、具体的に ATDG の立法評価に対する両者の見解を確認することで、テロリズムに対抗するためのデータに関する立法評価の特徴と、具体的な立法評価の手法について検討する。

(1) 立法評価の形式と機能

Debus/Piesker は、立法評価の形式について、政治的形成過程の分割された各局面により命ぜられる以下三つの段階に分けられるとする見解を採用する。(a)施行前立法評価（pGFA）、(b)補完的立法評価（bGFA）、(c)施行後立法評価（rGFA）である[107]。この見解は、2001 年発刊の立法評価に関する HandBuch で定立された、立法評価モジュールの考え方による。

三つの立法評価の段階は、異なる目標と手段を持つ一方、評価の主題を限定するという共通の役割を有する。表 1 は、立法評価モジュールの各段階の機能を整理したものである。

表 1　立法評価モジュールの各段階[108]

立法評価モジュールの名称	各段階を方向付ける要素			結　果（プロダクト）
	各段階の具体的目標	時系列上の位置付け	手　段	
(a)施行前立法評価（pGFA）	規定の意図を確認し、必然性の有無を調査すること	法制定前	規定の意図及び帰結に関する最適化	必然性のない規定の排除 最善の代替手段の設定
(b)補完的立法評価（bGFA）	規定の原型を形成すること	法制定過程	効果の分析と定式の利用	討議草案
(c)施行後立法評価（rGFA）	有効な法的規定の実証審査を行うこと	施行後	規定の意図を踏まえた実現性の再確認	チェック基準

107)　Debus/Piesker, Fn. 99, S. 197 ff. なお、韓国での先行研究を参照して本分類に言及するものとして、梁、前掲注 100)、71 頁。各段階の名称訳出は、梁の訳に従った。

108)　Carl Böhret/Götz Konzendorf, *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung*, 2001, S. 2 を参考に、Debus/Piesker の論稿を踏まえ、筆者が再編した。

(a)施行前立法評価（pGFA）は、問題定義の段階において実施される。ここでは、第一の措置として問題解決に資する法的規定のモデルが示された後、第二の措置としてそれぞれの規定を選択した結果として生ずる状況の評価が実施され、最善の選択肢は何かを比較検討することとなる。pGFA は、規定の選択肢の発展に基づくシステム化を通じた政治的定式化の過程、またはそれぞれの局面における個別の結果の査定を通じて支えられる。

(b)補完的立法評価（bGFA）は、(a)を経た後の政治的意思決定プロセスにおいて投入される。(a)において既にあらかじめ公式化された最善の法理について、執行能力・服従可能性・理解可能性・コストと利益の関係・法的機能性などから、具体的に当該立法を評価する。ここでは、テストメソッド（実践テスト、図上作戦）及び各種検査手法（利用価値分析、インターフェイス分析、機能系統図、基準コストモデルなど）が用いられる。

最後に、(c)施行後立法評価（rGFA）において、実践上法的規定の有効性が実証される程度を検証する。検証の着眼点は、これらの規定に関する政治的意図に到達しているか、または意図せぬ結果が発生しているかという点にある。rGFA の枠組みにおける目標指向性のもとでの認識と効果は、評価対象となった法的規定を場合によっては改正し、停止し、あるいは新たな法を形成するための基礎となる。

これらの評価段階全体における立法評価の機能は、大きく四つに分けられると Debus/Piesker は述べる。①認識機能、②コントロール機能、③対話機能、④適法化機能である[109]。立法評価の段階性を前提とすれば、立法評価の営為における時間的・財政的リソースの分配は、どの機能に重点が置かれるのかという点に左右される。

システムとしての立法評価は、立法形成の各段階における具体的な評価を与え、整理する機能を持つ。筆者が特に注目すべきと考えるのは、これら三つの立法評価の段階と、立法評価全体として有する四つの機能が、立法府や行政府、また政治家と専門家という垣根を超えた対話を、立法の制定の過程という時間軸の中で

109)　Debus/Piesker, Fn. 99, S. 199 f.

細分化し、目標管理して分類することにより、技術的な変化や予測していない法的結果を踏まえたきめ細やかな修正していくことを可能とする点である。この効果は、テロ対策の分野においては、科学技術や環境分野での効果とは異なる意味を有する。科学技術や環境分野においては、技術的に「予測していなかった結果」が発生することに対する修正という意義が大きいが、テロ対策の分野では「目的達成にとって、真に必要な範囲に限定されているのか」「恣意的に特定の(政治的・宗教的)表現を抑圧する内容となっていないか」を繰り返し問うこと自体に意味がある。これは、前述のテロ対策立法の立法評価の意義に関する箇所において言及したとおり、大きなテロが発生した直後などに見られる過激な立法の動きを、冷静に検証し、または省みることが、テロ対策立法により侵害される虞のある基本権の保障を担保するための営為として必要である、ということを改めて示唆している。

⑵ 立法評価分析の指標となる各局面

次に、Kötter の見解を見たい。立法評価モジュールの三段階が、政治的意思決定過程の時系列内部に位置づけられた総体的な立法評価の局面を表していることとは異なり、Kötter の提示する三つの観点は、ある立法の法的効果とその評価主体に着眼している。そのため、必ずしも時系列に即したものとはならないが、特に立法府と裁判所の立法評価における役割と関係性を明らかにしている点が特徴的である。

Kötter にとってのテロ対策立法に関する立法評価の出発点は、被制約利益が結社の自由に代表される政治的自由に関わる憲法上の権利であるにも関わらず、制約根拠が不確定かつ政治的恣意性の流入するおそれのある「安全」であるために審査の厳格性が流動的になっているところを、「安全」概念の法的根拠となる個別の条項を評価することで安定させよう、という発想である。筆者がこれまでの研究を通じて一貫して注目してきた、テロ対策に関する予防的警察活動の恣意性を統制する困難に対し、立法過程からのアプローチを試みようとする見解と整理できる。

テロ対策立法を中心とする安全に関する法を評価するにあたって、Kötter は

以下の三つの観点を重視する[110]。①経験的にどのような方法で侵害に関する知識に到達するかという観点、②効果に即した法的・規範的観点、③憲法により要求される事項を法が満たしているかという点を立法者が検討するために、必要とされる情報についての観点である。では、これら三つの観点は、立法評価の中でどのように顕現するのか。安全保障に関係する立法の、効果相関的且つ法的・規範的な評価からの帰結は、立法評価に基づき、どのような評価基準と枠組条件が設定されるかということに依存する[111]。Kötter はこの前提として、立法の因果的な効果の分析を重視し、上記三つの観点から、立法評価の内容を三つに区分する。(あ) 侵害に関する知識がもたらす社会的結果の精査、(い) 効果に即した法的規範の表明手段としての比例原則、(う) 憲法上立法者に義務づけられたチェック機能及びそのもととなる情報 (の確認) である。

まず、(あ) 侵害に関する知識がもたらす社会的結果の精査とは、侵害に関する知識への到達と、当該知識がもたらす社会的結果に対する分析の局面である。この局面は、更に以下の二つに分けられる。(a)実態分析、(b)効果分析である。

(a)実態分析とは、1970 年代の行政上の調査に端を発し、今日では法の適用段階における各種の法的問題の査定に基礎付けられる法律を起点として因果関係上引き起こされる社会的変化の分析をいう[112]。行政を通じた法の適用と実行や、優遇措置や介入措置の決定といった条件付けに利用される。実態分析を行う利点は、法的規制と行政行為の量的に算出された相互関係の単純化にある。

(b)効果分析とは、立法者が追求するべき目標について、制定された法がどの程度貢献しているかをはかる効果測定的分析である[113]。立法者の目標を到達すべき仮定的効果に置き換えることで、制定後再検査される (ただし立法者はこの再検査の結論について説明を加えることが出来ず、また結論は一定でなく突然変化することもあり得ることから、この再検査は実際上困難なものである)。ここでは、事実としての効果分析について、プレポスト均衡[114]の手段による分析が行

110)　Kötter, Fn. 85, S. 68 ff.
111)　Ibid, S. 59 ff.
112)　Hubert Rottleuthner/Margret Rottleuthner-Lutter, *Recht und Kausalität*, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, S. 23
113)　Kötter, Fn. 85, S. 70 ff.

われる[115]。この手段による理想的な結論の証明は、介入に対する第一基準となり、妨げとなる要因はプレポスト均衡の複数の基準を通じて、より適切なコントロールを受けた後、効果確認が行われる。

次に、(い) 効果に即した法的規範の表明手段としての比例原則適用の局面についてである。具体的規定の実態分析・効果分析を軸として、効果に即した法的規範を打ち立てることで、法的領域に立法評価の議論を接続することが、この局面で達成すべき目的である。この法的規範は、法的効果の決定・評価を指向するものであり、実際の効果を示すものではない。反対に、社会的・経験的な手段による分析は、効果特定的であり、直接の法規範上の帰結につながるものではないとも言える。ここでの「比例原則」は、法適用の効果からの法的・規範的評価の独立性の担保として描かれる[116]。比例原則における法令審査は、法律固有の目的達成に対する、法律の内容の審査であり、安全に関する法の法的・規範的評価は特定の憲法的要求を求められるものと位置づけられる。ここで注意すべきは、法の憲法的評価は、終局的には連邦憲法裁判所による判断に委ねられるとしても、法律が制定される前域において当然に生じている、と Kötter が考えていると推察される点である。法的・規範的評価は、相対的に短い形成期間しか持たない法については、しばしばなんら新しい認識をもたらしえないことがあると Kötter

---

114)　達成しうる効果の評価に関する前後の均衡。例えば予防的な業務の評価についての統計モデル等がこれに該当する。医療や教育の分野など学際的に幅広く用いられている手法である。プレポストテストの分かりやすい一例として、農学等を専門とする筆者が教育的観点から同テストを説明した Greg La Barge, *Pre- and Post- Testing with More Impact*, Training and Development Journal 43 (4), 2007, pp. 69 を挙げる。

115)　Kötter, Fn. 85, S. 71.

116)　宍戸常寿「「猿払基準」の再検討」法律時報 83 巻 5 号 (2011) 25 頁は、行政法分野で発達した比例原則が、基本権制約の正当化判断で用いられることになった背景を考察する。行政法分野での比例原則に関する研究として、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社・2010) が詳しい。その他、憲法・国際人権法の観点から比例原則を論じたものとして、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／宍戸常寿／林知更 (編)『現代立憲主義の諸相 (下巻)』(有斐閣・2013) 85 頁以下。また、比較的近年の論稿で比例原則について論じたものとして、Mahhias Klatt/Moritz Meister, *Der Grundsatz der Verhältnismäßiigkeit*, Jus 2014, S. 193 ff., Mike Wienbracke, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, ZJS 2013, S. 148 ff.

は述べる。それは、(あ) の経験的な事実と当該事実の分析が、法的・規範的評価の根底に存在していなければならないと考えるからであろう。

これを踏まえて、比例原則による安全に関する法の審査は、評価に際し、法が「効果的且つ必要不可欠で均衡のとれたものであるかどうかを審査すること」を権限として有し、変化する基本権の理解あるいは新たな危険の可能性について、基本権侵害から描き出すという意義を有する。「(上述の) 経験的な効果分析の手段に基づく当該立法の有効性が確認されないとともに、立法者が法の目的を追求するものではなく、法的規制が適当でない場合」に、法は均衡を失しているとされ、更に当該法的規制の対象となる危険の「効果が大きければ大きいほど、要求の厳格性は立法者の審査のもとにおかれる」と Kötter は述べる[117]。裁判所は、法的規制に関する侵害強度と比例性を基準として、その影響の範囲と典型的な付帯結果を審査することで、基本権に対する制約を正当化する。基本権の手続的保障と、その他の制度的な保障、あるいはこれらを実施するか否かの審査が予定されている限りで、裁判所に割り当てられた機能の範囲内での、予防的な措置からの基本的人権保障は十分であるとされる。ここでは経験的な確認が第一に行われ、法的・規範的な適切性評価が続く。

最後に、(う) 憲法上立法者に義務づけられたチェック機能及びそのもととなる情報 (の確認) に関し、事実上の評価ならびに法的・規範的評価の客観性を担保するため、基本権の手続的保障ないしその他の制度的な保障の枠組みにおける立法者によるチェックを行う局面についてである。特に侵害に関する知識として蓄積されてきた事態の現実化が危惧される場合、立法者のチェック機能の実践は、憲法からの厳格な要請を受けることとなる[118]。学術的議論を前提とした手続論からは規則的に高度な要求がなされ、学術的仮説は立法者の選択を通じて証明される。

(3)　2013 年反テロデータ判決を受けた ATDG に関する具体的な立法評価

以上の議論の踏まえ、2013 年反テロデータ判決を受けた改正 ATDG を題材に、

117)　Kötter, Fn. 85, S. 71.
118)　Ibid., S. 79 ff.

両論者による立法評価の具体的活用例を見たい。

Debus/Pisker は、前述の立法評価の段階と機能に関する議論を踏まえて、具体的な立法評価の基準を、①適法性、②コスト、③効率性、④効果、⑤需要、⑥実施能力、⑦付随的／結果的効果の七つに区分し、これらの諸観点から、rGFA の段階における基本権の侵害強度の評価について、2013 年の反テロデータ判決の連邦憲法裁判所判断を受けた ATDG の立法評価というかたちで例示する[119]。

まず、反テロデータの活用による情報自己決定権侵害の違憲性は、連邦憲法裁判所で度々用いられた「個人的データの無制限な調査・蓄積・利用・転送」という内容ごとに判断されるが、ここでは情報自己決定権の侵害強度に応じた審査強度をもって法律の評価が実施されるべきであると Debus/Piesker は述べる。これは評価基準の①及び③に関連して、比較的高い侵害強度の場合、十分に明確な法的規定が要求され、比例原則の評価に基づきその侵害を考慮しなければならないということになるものと解釈でき、前述した立法評価の機能から要請される。

また侵害強度に関しては、評価基準の②コスト等に関連し、情報の「感度(Sensibilität)」が考慮される。それは、「電子的なデータ加工の諸制約のもとにあるとき、個人に関わるデータは「些細なもの」とは決して言い得ない」ということでもある[120]。加工可能なデータは増加しているにも関わらず、伝統的な手法も、電子的データ交換の可能性も修正されていない現状は、多くの基本権侵害の懸念を生む。そのうえ侵害の重大性については、データの取扱いに起因した結果的侵害の可能性が増大しているといえる。目的結合の基準が高まれば高まる程、客観的に不都合な利用と感じられる侵害は観念し得なくなる一方で、目的結合は未来における措置でのデータ利用のリスクを持ち、対象となるデータは、比較的長い期間、危険に曝されると解される。

次に、Kötter による ATDG に関わる立法評価の具体的活用例を見る。

まず、(あ) (a)実態分析では、反テロデータの運用と利用に関する個別規定が問題となる。具体的には、各条文の運用から、その適切性が「データの運用・利用により法から導かれる目的に到達しうるか」「データの運用・利用に憲法上の

119)　Debus/Piesker, Fn. 99, S. 203 ff.
120)　Ibid., S. 204.

必要性があるか」「侵害されうる基本権に対し、より寛容な手段が用いられているかどうか」を論ずる。実態分析の局面では、法律上の各条項と、当該条項からもたらされる社会的変化の帰結という部分に限って焦点があてられるため、理論上は各条項から導き出される帰結は異なりうるが、実態としてはそのまま違憲審査の基準である比例性審査に直結することとなる帰結であるため、通常は各法の趣旨に基づき、総体として同一の帰結が導かれる。この帰結は、実態としては、比例原則に基づいた裁判所による憲法適合性の法令審査の内容と合致する。

（あ）(b)効果分析において、注目すべきは法律の目的である。ATDG の目的は、情報収集の対象者・第三者等の基本権の同時的な保持を目指し、中心的な基盤の下での情報交換の最適化を通じて国際的テロリズムを撲滅することにある。Kötter は、「あらゆる観点の中で、ただ個別措置の結果だけを示すことは ATDG 評価の主題ではない。同様に、反テロデータの基本権に関連する課題に対する目的達成の評価は慎重なものに留める」べきであるとし、「立法上の目的を一義的に決定するということ自体、その法という手段の達成度の証明を、実効的に排除するものである」と述べる[121]。ここで、「量的・質的な手段から適用への混同（Mix）」が発生すると Kötter は評価する[122]。事実の分析は、あくまで直接的且つ技術的な目的達成の下でのみ獲得せられるものであり、上述の国際的テロリズムの撲滅のような包括的目的によるものであってはならないにも関わらず、政府が「統計的な数値や中心的な対象グループに関するデータの使用状況等の照会」や、「反テロデータに関する専門家の答申に基づいた調査が証明されるまでの期間に、これらの効果の質量的な包括性や、捜査に基づく容疑者の同定により、テロリストによる襲撃のような重大な犯罪を反テロデータに基づき撲滅することが出来る確度は確実にあがった」としたことが、Kötter のいう「混同」の ATDG における具体的な内容である。一義的な立法目的のもとで、効果の量と質の区別をせず、そこから生じた捜査の結果を効果測定の指標とすることは、Kötter の言う「混同」によりもたらされる、忌避すべき結果となる。

更に Kötter は、この後の局面において、反テロデータ判決やその後の立法過

121）Kötter, Fn. 85, S. 72.
122）Ibid.

程に影響を与えた、立法過程における評価システムの中での ATDG の憲法的評価を実施する専門家集団に注目する[123]。ここで、比例原則に基づく法令の合憲性判断の内容を（あ）で論じ、その後の局面では立法評価に関わるステークホルダーに着眼する Kötter の意図は、法的・規範的評価やそのチェックという段階で具体的に語られる立法評価の内容は、あくまで（あ）侵害に対する知識がもたらす社会的結果の精査から導き出されるものであると考えられ、これより後の段階においては、最終的に表出する立法評価の内容を左右するシステムの構造によってのみ評価の実体に変化が及ぼされると理解しているためであると推察される。連邦政府により 2013 年 3 月に設置された、2001 年 9 月 11 日以降のドイツにおける安全構造と安全立法の検証に関する審査会（Kommission zur Überprufung der Sicherheitarchitektur und -gesetzgebung in Deutschland nach dem 11. September 2001）は、ドイツにおける安全構造の将来の形態についての結論を審査し、テロ撲滅に向けた立法の発展を牽引することを目的とし、異なる官庁の共同作業の権限のもとでの任務と権限の発展を目指す。委員会から示された報告と、ドイツの安全構造のその他の発展は、ATDG の憲法的評価を証明したと Kötter は考える。専門家集団の評価の客観性を担保するのは、権限を有する評価の担い手の責任のもと、透明性の原則に基づいて行われる問題提起の具体化、専門家の選抜・委任、その他の枠組み的条件の決定である。通常は、問題設定を明確化することと、その立場における唯一の回答をする専門家が回答を行うことを必須の要件として、評価の学問的部分の結果があとづけられることにより、客観性が保障される。しかし、ATDG の評価については、科学的な唯一の回答を求めることはできず、選ばれた専門的な研究は、中立性を損ねる重大な危険をはらむ点に特に注意が必要である、と Kötter は述べる[124]。本稿で再三言及している、テロ対策立法の恣意性をどのように回避するかは、ここにおいても重要な課題となる。

なお、テロ対策に限定されるものではないため Kötter の議論には登場しないが、連邦政府に設置される専門家集団に対し、連邦議会に設置される、国家の情報収集活動に関する憲法的評価を実施する専門家集団の例として、基本法 10 条

123） Ibid., S. 74 ff.
124） Ibid., S. 82.

審査会（G10-Kommission）が挙げられる[125]。同審査会は裁判官資格を有するものを構成員とし、前述した議会統制委員会と共同して[126]、基本法 10 条を実効的に保障する観点から、「技術的専門知識を有する協力者を自由に使用する（G10 法 15 条 3 項 2 文）」[127]ことを含む広範な権限を持って「通信の秘密を制限する措置の全体の統制にあた」っている[128]。同審査会は情報収集を行う機関の具体的な措置に関して、その「妥当性について判断」することを任務とし[129]、立法評価を直接的に行うものではないが、具体的措置の統制を通じて立法者のチェック機能に影響を与えるという意味においては、間接的に立法評価の一部を構成している。

(4)　若干の考察

以上の議論について、筆者は二つの課題を指摘し、若干の考察を加えたい。

第一に、具体的な手段に対する「評価」という観点における、法的思考と社会学的分析の前後関係についてである。例えば Gusy は、社会的手段の評価の観点は、法的な専門性なくしては発生し得ないと考える[130]。なぜなら、法の目的性・実効性・効果等の能率を分析・評価する際には、法的手段に対する目的の確定が不可欠であり、個別の手段の評価のみから目標達成の判断はできないからである。この点に限れば、社会的手段は法律的手段による下支えを必要としている。一方で法的手段による評価は、社会学的な専門性がなくとも、特定の場合については行いうる。たとえば、評価の対象が法的問題に限定されている場合である。しかし Debus/Piesker の議論においては両者の区別が明確でなく、Kötter は社会的手段による立法評価が、法的手段による立法評価の内実を実質的に決定する

125)　Vgl. Stefan Hansen, *Neue deutsche Sicherheitsarchitektur*, S. 23 ff.

126)　委員会の構成員は、連邦議会の任期の期間ごとに、議会統制委員会によって選出される（G10 法 15 条 4 文）。Vgl. Dennis - Kenji Kipker, *Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit*, 2016, S. 104 f.

127)　渡邉、前掲注 73)、131 頁参照。

128)　渡邉斉志「ドイツ「信書、郵便及び電信電話の秘密の制限のための法律」の改訂」外国の立法 217 号（2003）121 頁。

129)　渡邉、前掲注 73)、126 頁。

130)　Christoph Gusy, *Von der Evaluation zur Evaluationsforschung*, in: Fn. 85, S. 226 f.

と解する。本稿で取り上げたKötterの主張に限って言えば、あくまでも法的問題に限定した評価の問題を除いて議論を展開していると理解することも出来るが、法的思考と社会学的分析の関係性について、また法律の形成・評価・解釈それぞれについて、更に細分化されたレベルにおいて論じる必要があろう。

第二に、立法評価に関する裁判所の機能についてである。前述のとおり、Debus/Pieskerの議論においては、評価の段階の内部における裁判所の位置付けは可視化されていない。一方Kötterは、立法評価に関する裁判所の機能を限定的に解している。この傾向は、社会的結果としての侵害に関する知識への到達を、評価基準として具体的に検討する点に現れており、裁判所の採用する比例原則の基準に基づく効果測定の対象について、事前に効果の量と質を区分する事実の分析を行った後のものと解することで、裁判所の評価機能に限定を加える立場であるといえる。これによりKötterは、効果の量と質を混同し、広範な目的に資する国家の行為を緩やかに認めることを否定する。Kötterの主張は、Debus/Pieskerの議論で相対化されたステークホルダーの位置付けを明らかにしている点は評価出来るものの、裁判所の機能をどのように解すべきかという点については更なる精査が必要であろう。

ただし、立法評価に関する裁判所の機能の限定的解釈の傾向を、先鋭的民主主義論・経験主義論と結びつけることや、裁判所を軽視しているものと断じることは適当でない。Kötterの主張は、権力分立の観点から立法評価の基礎となる事実の分析権限を立法府の専権的事項と解し、ドイツにおける裁判所による違憲審査の法的役割として、法の効力を判断することはできても、具体的評価を行うことには適さないと示すことで、法の評価という営為の責任の主たる所在を明確にしているとも言える。

Kötterの見解の重要性を踏まえた上で、筆者は以下のように考える。立法府の自己検閲に、高度な客観性を要求することは困難が伴う。権力分立の本質的な意義は、権力の一点集中を妨げることによって、相互のチェックを可能にすることであった[131]。この意義に立ち返れば、立法府主導の評価機能への過度な信頼には、慎重な態度をとる必要があるといえる。立法評価における立法府と裁判所の役割とその関係について、立法評価の先に、必然的に法改正の可能性があると

いう意味においては、立法府が立法評価の主な主体であるということには疑いがない。しかし、立法評価の基礎として客観性を担保した判断材料を必要とすることを考慮すると、立法評価の判断の基礎となる知見は、立法府から独立した機関により、立法府に対して与えられなければならない。その上で、民主的基礎を有する立法府が立法評価を行い、法改正に繋げることとなる。

では、本稿で扱ってきたテロリズムに対抗するためのデータに関する立法について、客観性を担保した立法評価の判断の基礎となる知見は、どのようにして提供されるべきか。前述のとおり、行政手続費用に関する立法評価では、独立諮問機関における標準費用モデルという客観的基準に基づいた知見が立法府に提供されていたが、テロ対策立法では、性質上このような定量的基準は観念しえず、また専門家の選定及び判断基準の客観性を担保することも難しい。そこで重要になるのが、裁判所による比例原則に基づいた憲法適合性判断である。前述した Kötter の見解のとおり、比例原則は、法的・規範的評価の独立性の担保として描かれる。ここで裁判所の機能を限定的にとらえる Kötter の見解に対し、筆者は、法律的事項に関する専門的且つ終局的な判断機関として、法的思考と、法律の解釈・適用に関する社会学的分析の当否の両者を、憲法適合性判断の中で扱うことを裁判所の任務と解することで、裁判所が立法府の行う立法評価に対し、立法府から独立した機関として、比例原則に基づく憲法適合性判断という、一定の客観性を担保した立法評価の基礎となる知見を与えうるのではないかと考える。

---

131)　近年、執政権の議論に関連して、権力分立に関する議論を見直す動きがある。権力分立を中心に扱った議論として、阪本昌成『権力分立 ── 立憲国の条件』（有信堂・2016）41 頁以下、鈴木陽子「権力分立と執政」憲法研究 48 巻（2016）1 頁以下、同「権力分立（三権分立）論をめぐる研究と問題の整理」東洋法学 57 巻 2 号（2014）107 頁以下、ジュリアン・ブドン（著）佐藤五郎／徳永貴志（訳）「権力分立の理論」北大法学論集 65 巻 6 号（2015）1876 頁以下等。阪本は同 46 頁以下において、権力 power（s）という言葉の意義について論ずる中で「厳密には power とは、権限または作用の意に限定して用いられるべきであ」り、この場合の「power には権力というニュアンスはない」とした上で、「司法とは権力ではなくして法的権限であ」り、「権力分立論のねらいは司法権を権力としないことにあったのだ」とまで断ずる。このような発想に立つ主張は、本稿で取り上げた Kötter の立場を支えうるようにも見える。しかし、同 49 頁以降で述べられる「分散原理」「抑制原理」が適切に働くには（その対象がなんであれ）他の“作用”による抑制によってはじめて均衡が保たれるという論理構成そのものは変化しない。

Ⅲで論じたように、比例原則に基づく憲法適合性判断は、大規模なテロリズムが発生したことによる「過激な」立法に対し、基本的人権保障の観点から一定の歯止めをかけるという意味では有効である。ただしこれには、行政手続費用に関する標準費用モデルのような高度な客観性はない。また、裁判所は立法評価に対する知見を与えるのみで、立法評価の主体は立法府である、という構成は理論上のものであり、実質的には立法評価の内容を裁判所が形成してしまう危険性がある点には注意が必要である。

Ⅴ　結びに：憲法上の権利の保障とテロ対策

本稿で論じたように、ドイツでは、テロリズムに対抗するための過激な捜査態勢や恣意的な情報収集から国民の基本的人権を保障することを目的の一つとして、国家による個人情報及びデータの取得や共有に関する立法がなされるとともに、憲法上の要請に基づき当該立法の瑕疵をどのように修正するかという点について、立法評価という枠組みの中で議論する動きがある。再三言及しているとおり、個人情報やデータに関する権利を憲法上の要請と結びつけて考える以上、当該データの収集・利用・共有は法律の下で適正に運用されなければならず、またその法律自体の憲法適合性を問う必要がある。そのための手段として立法があり、裁判所による憲法適合性の判断があり、更には本稿で取り上げた立法評価がある。

日独の裁判例を比較すると、テロリズムが一旦発生した場合の被害の甚大さを鑑みれば予防的な情報収集活動もやむを得ない、という日本の公安「テロ」情報収集・流出事件判決での最高裁判所の見解は、一見すると、前述したドイツ連邦憲法裁判所のラスター捜査判決における je-desto 公式に類似しているようにもみえる。しかし、立法過程との関係から見れば、ラスター捜査判決は憲法適合的なテロ対策のための情報収集活動を限定する意義を有するとともに、立法がこれを反映することで予防的警察活動統制の一翼を担い、その後のテロ関係情報の共有・利用に関する議論に繋がったが、我が国において、公安「テロ」情報収集・流出事件判決を受けて、同様の動きが起きているようには思われない。むしろ広域な水面下の情報収集を裁判所が是認してしまう結果を惹起しており、また情報

の共有・利用に関する議論にも繋がっていない状況である[132]。これは、Ⅱで整理した日独の刑事訴訟法上の捜査に関する裁判所の位置付けの相違が前提にあり、また裁判所の権限も両国で異なることが大きな要因ではある。しかし本稿で論じたように、テロ対策のための情報収集の特殊な性質に鑑み、侵害の虞がある基本的人権の価値を重視した問題意識を共有し、立法による措置を要請する理論について論じることには、我が国においても共通の意義がある。

2018年8月1日、2020年度開催の東京オリンピックを見据え、国際テロ対策等情報共有センターが新設された。ここでは、内閣官房や捜査機関など、関係する十一の省庁がテロに関する不審物や不審者の情報を共有する。式典・競技をつつがなく実施することは、もちろん極めて重要なことであるが、同時に国際的に注目を受ける場面において、個人情報やデータを不当に収集・利用したとなれば、法治国家としての我が国の信頼は国際的に大きく毀損されうる。特に公安「テロ」情報収集・流出事件判決で問題となった予防的情報収集活動のように、国籍や信教、モスクへの出入りなどをメルクマールとした情報収集を、具体的嫌疑も法律の規制もない中で行った場合には、国際的な問題を引き起こしかねない。

本稿ではドイツでの立法過程や裁判例を取り上げたが、我が国においても国家機関の内部でのテロ対策のための情報共有・利用・蓄積に対する問題意識を前提とした立法上の措置が必要であるのみならず、基本的人権の保障のために、更に一歩踏み込んだ対応が必要となる。この点、上代は、ドイツの統合型テロ対策組織のプロトタイプとしての、統合テロリズム防止センター（GTAZ）について、その機能と法的評価を論じ、「わが国においても、国際テロ対策における組織化・統合下の有用性は十分に認識されている」とした上で、今後はテロ対策に対する「組織的権限行使」の憲法的統制が論点となると指摘する[133]。筆者はこの

132)　2019年1月4日の中日新聞朝刊において、検察が顧客情報を入手する企業などのリスト（捜査上有効なデータ等へのアクセス方法等一覧表）を作成し、内部で共有していることが報じられた。同紙によれば、リストには約三六〇種類のデータの取得先が記載されているが、そのうち、取得に令状を要することが明示されているのは二十二種類に留まり、その他は「捜査関係事項照会」などにより任意に提供されうるものという。我が国の国家活動としての情報収集に関する、データ保護の現状が垣間見える。

133)　上代、前掲注78)、175頁以下。

指摘を重く受け止め、テロ対策に対する憲法的統制の一つとして、立法上の措置の憲法適合性を担保する総合的なシステムを検討する段階を見据えなければならず、その構成要素の一つとして、我が国においても、テロリズムに対抗するためのデータに関する立法への立法評価という営為を用いることが検討されるべきであると考える。その際には、テロ対策立法を客観的に分析・判断・評価することで、実効的な基本的人権の保障と必要なテロ対策を両立するために、立法府・裁判所及び専門家集団といった立法評価に関与する各アクターの役割を明確にすることが求められる。