

# テロリズムに対抗するための 国家的監視活動の統制

— 諜報機関の統制機構としての基本法 10 条審査会を中心に —

小 西 葉 子<sup>\*</sup>

- I はじめに：テロリズムに対抗するための国家的監視活動の統制機構
- II 基本法 10 条
- III 基本法 10 条審査会の成立過程と他の統制機関
- IV テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制における基本法 10 条審査会
- V 基本法 10 条審査会の憲法上の地位  
— BverfGE 143, 1 (基本法 10 条審査会当事者能力決定) を例に
- VI 日本における国家の情報収集活動の統制機構導入へ向けたアプローチ
- VII むすびに代えて

## I はじめに：テロリズムに対抗するための国家的監視活動の統制機構

### 1. テロリズムに対抗するための情報収集活動の性質とその統制

筆者はこれまで、テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動により侵害されるおそれのある、具体的な犯罪の嫌疑のない者の憲法上の権利を保障することを目的として、国家の情報収集活動を統制する手段について多角的な視点から検討を加える試みを行ってきた<sup>1)</sup>。

その中で筆者は、二つの仮説を立てるに至った。一つは、裁判上の手段・目的

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 18 卷第 3 号 2019 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（1）（2・完）：je-desto 公式と、法的概念としての「安全」一橋法学 16 卷 3 号（2017）449 頁以下、17 卷 1 号（2018）27 頁以下、同「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」一橋法学 18 卷 1 号（2019）169 頁以下。

の限定・立法による統制など、主に日独比較研究の形で行ってきた一連の研究の中で検討してきた各手段が、いずれも単独では十分な保障をなしうる機能を果たし得ないのではないか、という仮説である（仮説1）。その根拠の一つは、現代におけるテロリズムに対抗するための国家による情報収集活動の性質が、秘密的・広域的・予防的であることから導かれる。秘密的であることは、事前事後を問わず情報収集の対象者（権利侵害を受ける個人）からの裁判上の手段による異議申立てが困難となることを意味する。広域的であることは、情報収集の目的を詳細に限定することが困難であることを意味する。予防的であることは、情報収集の対象を犯罪の嫌疑の濃淡で区別することが不可欠な要素ではなくなったことを意味する。これらは、現代におけるテロリズムに対抗するための情報収集活動の性質が、従来機能してきた情報収集活動の統制手段の機能領域の各所で、機能不全を生じさせているということを示している。

いま一つは、仮説1を踏まえ、執行機関たる行政府と、統制機関たる立法府・裁判所の関係という視点から、多角的な統制手段を相互に有機的に結びつけるべきではないか、という仮説である（仮説2）。仮説1のとおり、単独では十分な保障をなしえないために複数の手段が必要とされるとすれば、各手段を総合して十分な保障をなしうるよう、その機能や性質、段階に応じた整理を行うことが不可欠であるところ、その整理はそれぞれの統制手段を実現する主体とその権限に深く関連していることが推察されるためである。

これら二つの仮説を前提として、筆者自身の研究を省みると、これまでの研究において検討してきた統制手段は、「多角的」とはいいつつも実体的統制に偏り、組織的・手続的側面を付随的にしか捉えてこなかった。そこで本稿では、多角的統制手段の組織的・手続的側面の一として、国家による情報収集活動の一形態たる諜報機関による監視の統制機構と、その個別的統制について、ドイツの基本法10条審査会（G10-Kommission）を中心として検討する。

後述するとおり、諜報機関とは、情報収集の目的と範囲を限定し、嫌疑を前提としない監視・諜報を行うことを任務とする機関である。日本では、公安調査庁や自衛隊情報保全隊等の諜報機関による情報収集のみならず<sup>2)</sup>、諜報機関ではない警察的機関によっても、犯罪の嫌疑を前提としない情報収集が行われており、

これらが憲法上の権利を侵害するものではないかと問題視されている（自衛隊情報保全隊について、自衛隊情報保全監視活動事件（仙台高判平成28年2月2日）。警察について、公安「テロ」情報収集・流出事件（最決平成28年5月31日）、大垣警察市民監視事件（2019年7月現在岐阜地裁に係争中）。諜報機関と警察的機関との接近はドイツでも見られる現象であるが、この点については後述する）。

大垣警察市民監視事件に関する論述の中で、愛敬は、「警察による情報収集・管理・利用に明確性・特定性を備えた法律の根拠が必要ではないか、という視点は重要である。少なくとも、立法論として、今後検討されるべき問題ではないか」と指摘した渡辺の見解<sup>3)</sup>を前提に、「渡辺のいうとおり、立法論として法治主義の要請を具体化すべきことは当然であるが、本事件において裁判所は立法的対応を待たずに「構造審査」を行い、警察のデータベースに対する法的統制の欠如（無法状態）を理由として違憲・違法と結論すべきである」と述べる<sup>4)</sup>（なお、ここに言う「構造審査」とは、山本がプライバシー権との関係で論じ、住基ネット事件判決<sup>5)</sup>における裁判所の審査手法として説明するもので、特定の個人情報の個別の処理ではなく、情報管理システムの構造全体の堅牢性や健全性を審査する方法である<sup>6)</sup>）。

筆者は愛敬の見解に同意するとともに、この「法的統制の欠如」を解消する手段の一つとして、国家の情報収集活動の第三者機関による統制機構の法制化が必要であると考えている。これは、「監視機関を監督する第三者機関」の設置について、立法化の要請や裁判的統制と並ぶ「重大な課題」と指摘する渡辺と、同様の問題意識である<sup>7)</sup>。この点ドイツにおいては、嫌疑を前提としない情報収集活動を行う諜報機関の統制機構が多層的に形成されており、データ蓄積の始点であ

2) 武藤糾明「監視社会の実態——日本」日本弁護士連合会第60回人権擁護大会シンポジウム第2分科会実行委員会（編）『監視社会をどうする！』（日本評論社・2018）90頁。なお武藤は、大垣警察市民監視事件の弁護団にも加わっている。

3) 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）963頁。

4) 愛敬浩二「『大垣警察市民監視事件』の憲法学的検討」法の科学48号（2017）110頁。

5) 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁以下。

6) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社・2017）54頁。

7) 渡辺康行『『内心の自由』の法理』（岩波書店・2019）324頁。

る「収集」にアプローチしているところ、後述の通りこれらの統制機構や法制度が国際的にも高い水準の統制を（少なくとも形式的には）実現していることから、日本における参照の意義が高いと考え、本稿にて論ずる。

## 2. ドイツの諜報機関とテロリズムに対抗するための情報収集活動

### (1) ドイツの諜報機関とテロ対策

ドイツにおける連邦レベルの諜報機関は、三つに分かれる。連邦憲法擁護庁 (Bundesamt für Verfassungsschutz—BfV)、連邦軍事保安局 (Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst—BAMAD)、連邦情報局 (Bundesnachrichtendienst—BND) である<sup>8)</sup>。連邦憲法擁護庁は連邦内務省 (Bundesministerium des Innern)、連邦軍事保安局は連邦国防省 (Bundesministerium der Verteidigung)、連邦情報局は連邦首相官房 (Bundeskanzleramt) の管轄である。以下、各機関の機能と関連するテロ対策について、簡単に整理する。

連邦憲法擁護庁について定めるのは、連邦憲法擁護法 (Bundesverfassungsschutzgesetz—BVerfSchG) である。連邦憲法擁護庁は、国内の極右・極左主義及びイスラム主義の団体活動の監視を行い<sup>9)</sup>、そのための情報収集及び分析を任務とする (同3条)。連邦憲法擁護庁に関しては、武市が詳細に分析している<sup>10)</sup>。過激派及びテロ等の対策に取り組む「共同過激派・テロ対策センター (Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum—GETZ)」は、連邦憲法擁護庁が警察及び各ラントの憲法擁護庁と協働して運用している<sup>11)</sup>。

連邦軍事保安局について定めるのは、軍事保安局法 (Gesetz über den militärischen Abschirmdienst—MADG) である。従来は軍事保安局として設置されていたが、2017年に連邦軍事保安局に改組され、連邦軍から独立した組織とし

---

8) Joachim Kretschmer, *BKA, BND und BfV—was ist das und was dürfen die?*, Jura 2006, S. 336ff.

9) 渡辺富久子「ドイツの連邦情報局法——対外情報機関の活動の法的根拠——」外国の立法 275号 (2018) 56頁。

10) 武市周作「憲法保障機関の正統性——連邦憲法擁護庁を中心に」東洋法学 61巻3号 (2018) 49頁以下。

11) 共同テロ防止センター (GTAZ) と共同過激派・テロ対策センター (GAR) をルーツとする。武市、前掲注10)、53頁。

て連邦国防省の外局となった<sup>12)</sup>。連邦軍事保安局は、自由で民主的な基本秩序又は連邦もしくはラントの存立もしくは安全に対抗する行為（同1条1項1文1号：極右・極左主義の防御）、又は外国のために行われる連邦軍に対する諜報活動に対する情報収集及び分析（同2号：スパイ行為の防御）、連邦国防省の管轄内で勤務し、または勤務するとされている者が行う諸国民の協調の思想（基本法9条2項結社の自由の文言より）<sup>13)</sup>、特に諸国民の平和的共存（基本法26条1項）<sup>14)</sup>に対して向けられた活動への関与に対する情報収集及び分析（軍事保安局法1条1項2文：国際的な極右・極左主義及びテロリズムの防御）を任務とする<sup>15)</sup>。

連邦情報局について定めるのは、連邦情報局法（Gesetz über Bundesnachrichtendienst—BNDG）である。外交及び安全保障政策上重要な外国に関する知識を得るための情報収集活動（同法1条2項1文）を任務とする。

これらの諜報機関は、基本法上、「闘う民主制」の制度的保障（institutionelle Garantie）の一環として設置されている<sup>16)</sup>。連邦憲法裁判所は、複数の判例において以下のとおり述べる。「ドイツ連邦共和国の国内外の安全の保持のために、基本法（45d条、73条1項10号b、87条1項2文）は憲法擁護庁及び諜報機関の設立を、明文を持って認める。諜報機関は、闘う民主制に関する基本法の基本決定の象徴であり、法治国家の自己主張の意思（Selbstbehauptungswillen）であり、それに関連したドイツ連邦共和国の安全システムの構成要素である」と<sup>17)</sup>。

12) 渡辺、前掲注9)、56頁によれば、この改組は連邦軍事保安局の活動に対する連邦国防省の「監督を強化しようとするもの」であり、その組織・任務は従来と同様である。

13) 基本法9条2項は、以下のとおり定める。「その目的若しくは活動において刑事法と相容れない結社、または憲法適合的秩序若しくは国際協調の思想に反する結社は、禁止される」。

14) 基本法26条1項1文は、以下のとおり定める。「諸国民の平和的共存を妨害するにふさわしく、且つその意図をもってなされる行為、特に侵略戦争の遂行を準備する行為は、憲法に違反する」。

15) Thomas Siems, *Aufgaben eines militärischen Nachrichtendienstes*, DÖV 2012, S. 425ff., 渡邊齊志「軍隊の国外出動に関する立法動向」外国の立法219号（2004）122頁。

16) Josef Franz Lindner/Johannes Unterreitmeier, *Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts*, DÖV 2019, S. 167.

三つの諜報機関及び警察的機関は、相互に（また、各ラントに設置された憲法擁護庁、警察機関及びその他国家機関との間で）収集したデータを共有する。特にテロ対策の目的に関するデータ共有の根拠となるのは、反テロデータ法（Anti-terrordateigesetz—ATDG）である。各諜報機関は、上述のとおり固有の任務を有し、任務に必要な範囲内で情報収集活動にあたっている。諜報機関ではなく警察的機関として位置づけられる連邦刑事庁（Bundeskriminalamt—BKA）も、この点では同様である。そのため、データの共有にあたっては、データの目的外利用という問題が発生することとなるところ、連邦憲法裁判所は「目的の限定と変更」の観点から、この点について論じている<sup>18)</sup>。

諜報機関と警察的機関の異同については、整理が必要である。なぜなら、従来警察活動の根拠と考えられてきた個別具体的な危険の発生またはその可能性なしに情報収集活動を行う、いわゆる予防的警察活動が認められるようになり、両者の機能領域は相対化していると思われるためである。この点 Gärditz は、諜報機関と警察官庁の相違について、2013年の反テロデータ判決<sup>19)</sup>の判旨を参照しつつ、以下のとおり論ずる。「反テロデータ判決の裁判所の主張の基礎は、諜報機関と警察及び刑事訴追官庁の任務の性格の構造的相違にある」ところ、諜報機関は「危険状態の前域における」偵察を行う。「裁判所は客観的な制度上の「分離原則」を発展させるのではなく、基本権的な比例原則で規定するという理想像に従い、権限における憲法上の要求もまた、刑事訴追あるいは危険防御の領域とは明確に異なって形成される」。しかし、これは「理想像」に留まり、実態はより複雑である。「少なくとも連邦憲法裁判所自身は、強度の基本権侵害の領域に限定して、諜報機関による偵察のためにも具体的且つ事実を支えられた嫌疑の基礎を要求し、それゆえに侵害域は警察法に近づいている」と考えており、「既に単一法の発展が、一方で諜報機関の介入権限がときには警察的カテゴリと結合すること（連邦憲法擁護法 8a 条及び 9 条 2 項、G10 法 3 条 1 項）、他方で警察官庁に

---

17) BVerfGE 143, 101, Beschluss des Zweiten Senats v. 13. 10. 2016 (139). 及びこれを引用する BVerfGE 146, 1, Beschluss des Zweiten Senats v. 13. 7. 2017 (49f.).

18) BVerfGE 133, 277, Urteil des Ersten Senats v. 24. 4. 2013.

19) BVerfGE 133, 277.



も(中略)前域的措置の権限が与えられているということを示している」ことから看取出来る、と<sup>20)</sup>。Gärditzは警察活動の前域化はもちろん、諜報機関の警察的活動の側面からも、両者の相対化の実態を炙り出している。

このような実態を踏まえると、諜報機関の活動あるいは諜報機関と同様の機能を有する国家活動の統制は、他の行政機関とは異なる配慮が必要となるといえる。Bullは諜報機関統制の困難と必要性について、以下のとおり述べる。「諜報機関は、その権限の大部分を秘密裏に保持しなければならない。そのため、その他の執行単位(Einheit der Exekutive)について可能であり、民主主義原理に従い望ましいものであるように、大衆にとって対等な透明性を伴った監督を行うことは、(諜報機関に対しては：筆者補記)不可能である。しかし、諜報機関は統制出来ないわけではない。政府及び行政内部の監督及び独立した裁判所を通じた事後的統制と並んで、連邦及びラントにおける議会的委員会も、同じく独立した統制を及ぼす。これらの議会的統制は強化されることができし、そうあるべきである」、と<sup>21)</sup>。

## (2) 諜報機関に対する監督(Aufsicht)と統制(Kontrolle)

ここで、ドイツにおける諜報機関に対する「監督」と「統制」について、その相違と関係を明確にしておく必要がある。なぜなら、II以降に主として論ずる基本法10条審査会、及びその上部機関にあたる議会統制委員会は、あくまでも諜報機関による制限措置の「統制(Kontrolle)」を任務とするものであり、ここでは「監督(Aufsicht)」の語は用いられていないからである<sup>22)</sup>。

この点薄井一成は、ドイツの議論を参照して、「上位の行政単位が、ヒエラル

20) Klaus Ferdinand Gärditz, *Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste*, EuGRZ 2018, S. 8.

21) Hans Peter Bull, *Sind Nachrichtendienste unkontrollierbar?*, DÖV 2008, S. 751.

22) 渡邊齊志「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)115頁以下は、Parlamentarisches Kontrollgremiumを「議会監督委員会」と訳すが、Kontrolleは一貫して「統制」と訳すべきであるとするのが、本稿の立場である。同稿中、他に「監督」と言う訳語があげられているのはAufsichtであり(例えば、G10法11条1項の訳出)、統制機関の任務を明確にするという観点に立てば、両者は明確に区別されなければならない。

ヒツシュな決定機構において、事務処理の形式、手続、内容等を拘束的に定める活動は、指揮 (Leitung)、「ヒエラルヒツシュな関係にはない行政単位が、他の行政単位の事務処理の形式、手続、内容等の拘束的な決定に関与する活動は、統制 (Kontrolle)」であり、「指揮と統制は、一般に、ある機能単位が、甲) 別の機能単位の活動を監察し (beobachten)、乙) この活動を所与の基準に照らして審査し (prüfen)、丙) 必要な場合、これに是正的に加入して (berichten) 行うが、この監察、審査、是正的介入の三要素からなる活動は、監督 (Aufsicht) と呼ばれ」、監督は、「指揮の性格を持つ監督と統制の性格を持つ監督」に分かれ、「統制の性格を持つ監督は権利能力を持つ行政単位を当事者とするものであり、これに関する紛争は司法判断の下に置かれる」と解する<sup>23)</sup>。

統制 (Kontrolle) が、①本質的に行為主体とは独立した機関により行われること、②監督の一態様であること、という性質を有すると考えるならば、後述する議会統制委員会及び基本法10条審査会は統制機関である、と表記することが正確である。これらの統制機関と、統制対象となる各課報機関との間に、組織上も権限上も、指揮命令関係は認められないからである。ただし後述するとおり、連邦憲法裁判所は基本法10条審査会を議会統制委員会とは切り離し、行政の機能領域において実効的に機能する機関であると解している点には注意が必要である。

### 3. 日本における情報収集活動の監督・統制

本稿の目的は、ドイツの基本法10条審査会を参考に、日本における国家の情報収集活動の個別的統制の可能性について検討を加えることであるが、現在我が国において、国家の情報収集活動の個別的統制を専門に担う機関はない。弁護士の武藤糾明は、国家の情報収集活動の監督機関の例として、公安警察及び刑事司法警察に対する国家公安委員会を挙げる一方、同委員会の監督は建前であり、「およそいかなる意味においても監督の実効性を欠」いていると評するが<sup>24)</sup>、本稿では、基本法10条審査会を含むドイツの情報収集機関の統制機構と比較する

23) 薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学9巻3号(2010)208頁以下。

24) 武藤、前掲注2)、104頁。



目的で、日本の公安委員会の機能・組織と実質的な限界について概観する。

### (1) 公安委員会の組織と権限

1948年、行政委員会として、警察庁を司る国家公安委員会と、各都道府県警察を司る都道府県公安委員会（及び北海道については方面公安委員会）が設けられた（警察法4条・5条・38条・45条<sup>25)</sup>。国家公安委員会は国務大臣である委員長と五名の委員から（同4条）、都道府県公安委員会は五名または三名の委員から（同38条2項）構成される。国家公安委員会は内閣総理大臣の、都道府県公安委員会は都道府県知事の直轄である。国家公安委員会の任務は、同5条1項において「国の公安に係る警察運営をつかさどり、警察教養、警察通信、情報技術の解析、犯罪鑑識、犯罪統計及び警察装備に関する事項を統轄し、並びに警察行政に関する調整を行うことにより、個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持すること」と定められており、同条4項は「国家公安委員会は、第一項の任務を達成するため、次に掲げる事務について、警察庁を管理する」として、実に26号にもわたる項目を挙げる。また、同条2項は「同項の任務に関連する特定の内閣の重要政策に関する内閣の事務を助けること」、同38条3号は「都道府県公安委員会は、都道府県警察を管理する」と規定する。この点、国家公安委員会と都道府県公安委員会を全く同視することはできないが、警察に対する監督機関として位置づけられるという意味では同様の機能を持つ。中でも国家公安委員会は「今日警察のすべてにわたる職務を管理することから、権限上は「警察庁を通じて全警察を掌握しているといっても過言ではない」とされる<sup>26)</sup>。

警察組織の形成に関しても、公安委員会は強い権限を持つ。国家公安委員会は、同16条に基づき、警察庁長官（同16条1項）・警視総監（同49条1項）・各都道府県警察本部長（同50条1項）・警視正以上の職員（同55条3項）の任免権

25) 国家公安委員会の制度背景・組織等については、中谷昇「国家公安委員会制度について（上）（下）」警察学論集50巻3号（1997）130頁以下、同4号（1997）169頁以下が詳しい。また、設置の経緯及び変遷について、高橋寛人「公安委員会と教育委員会の比較検討——教育委員会の意義とあり方を考える——」教育学研究80巻2号（2013）14頁以下参照。

26) 原野翹『行政の公共性と行政法』（法律文化社・1997）168頁以下。

を有する。警察庁長官の任免については内閣総理大臣の承認が、警視総監の任免については都公安委員会の同意ならびに内閣総理大臣の承認が必要であり、各道府県警察本部長・警視正以上の職員の任免については各都道府県公安委員会が同意を行う。

## (2) 「管理」権限の射程

以上のとおり、法律の文言上は、公安委員会は警察に対し、非常に強い監督権限を有しているように見える。しかし、公安委員会の「管理」権限は、実体上個別具体的なものとはなっておらず、そのために公安委員会による監督権限は形骸化している。その一例として、(情報収集活動に関するものではないが)公安委員会の機能の限界を示す青森県情報公開・個人情報保護審査会答申第48号が注目される<sup>27)</sup>。情報公開・個人情報保護審査会<sup>28)</sup>は、平成15年の個人情報保護法制の整備に伴って制定された情報公開・個人情報保護審査会設置法に基づき設置され、行政機関並びに独立行政法人の情報公開及び個人情報保護について、「諮問に応じ審査請求について調査審議する」ことを目的とする機関である(情報公開・個人情報保護審査会設置法2条)。本答申第48号は、ある事件の被害者の子による被害者の司法解剖結果の開示請求に対し、青森県警本部長が存否の応答拒否を前提とした不開示決定を行った事案について、青森県公安委員会の審査請求に基づき、同審査会が答申を行ったものである(同審査会は、青森県警の不開示決定を妥当と判断した)。ここで争われているのは私人による警察内部資料の開示請求であるが、公安委員会は警察に対する監督的権限を持ちながら、同審査会に答申を行うという手段によっている。

本件について、専門的機関である情報公開・個人情報保護審査会の審議を仰ぐ必要性があるということは、もちろん否定されない。しかし、上述のとおり公安委員会が各警察機関を「監督」する機関であるとするれば、本件のように他の諮問

---

27) 平成29年9月29日答申 ([https://www.pref.aomori.lg.jp/soshiki/soumu/gakuji/files/jo-ko-tousin\\_048.pdf](https://www.pref.aomori.lg.jp/soshiki/soumu/gakuji/files/jo-ko-tousin_048.pdf) 参照、2019年8月23日最終閲覧)。

28) 同審査会について、折橋洋介「第三者機関による制度的救済：情報公開・個人情報保護審査会、公文書管理委員会、個人情報保護委員会」法学教室432号(2016)33頁以下。

機関の判断を求めずとも、青森県公安委員会が青森県警の判断に対して直接「監察・審査・是正的介入」を行うことが出来るとも思われるため、公安委員会の権限の内容を明らかにしておく必要がある。

実は、警察法5条4項に列挙された事務の「管理」については、公安委員会自身が定める国家公安委員会運営規則により、その運営の大綱方針を定め（国家公安委員会運営規則2条2項）、事務の処理がこの大綱方針に適合していないと認めるときは、警察庁長官に対し、当該大綱方針に適合するための措置に監視、必要な指示をする（同4項）と定められており、各都道府県公安委員会運営規則も同旨の規定を置く（例えば、上記事例の対象となった青森県公安委員会運営規則2条2項）。元警察大学学校長の荻野徹<sup>29)</sup>は、「警察事務の執行については実施機関の権限とされていること」、及び「公安委員会の制度趣旨が政治的な中立性確保（政治的に「偏らない」こと）と民主的コントロール（官僚独善に「陥らない」こと）」にあることから、「管理」という用語は、法令用語の一般的な意味としては、下位の行政機関に対する上位の行政機関の指揮監督が内部部局に対する場合と大差ないくらいに立ち入って行われることを示すものであるが、公安委員会による警察の管理は、大綱方針を示すことに限定されている」と解釈することに合理性があると述べる<sup>30)</sup>。

しかし、この実務上定着している解釈及び行政立法については、警察法の改正経緯に鑑みて違和感が残る、と筆者は考える。2001年3月1日に施行された警察法の一部を改正する法律は、1999年9月以降相次いだ警察の不祥事を懸念した国家公安委員会の決定により、有識者が集って開催された警察刷新会議における緊急提言、及びこれを踏まえて国家公安委員会及び警察庁が取りまとめた警察改革要綱に基づき、警察法12条の2を追加した<sup>31)</sup>。同1項は、「国家公安委員会は、第5条第4項第25号の監察について必要があると認めるときは、警察庁に対する同項の規定に基づく指示を具体的又は個別的な事項にわたるものとする

29) 2015年より原子力規制庁次長、2019年7月9日付で原子力規制庁長官に就任。

30) 荻野徹「国家公安委員会による警察庁の「管理」について」公共政策研究9号（2010）122頁。

31) 滝澤幹滋「公安委員会の管理を強化」時の法令1639号（2001）32頁以下。

ことができる。」と定め、同5条4項25号は、「前各号に掲げる事務を遂行するために必要な監察に関すること。」と定めている。ここにいう「前各号」とは、前述のとおり警察庁のほぼすべての任務にあたる「管理」の対象である。すなわち、警察法12条の2の1項は、「管理」の対象を監察するために必要な場合、警察庁に対する具体的又は個別的な指示を与えることが出来ると規定しているのである。そうであるとすれば、少なくとも本改正法が施行された2001年以降は、「管理」の内容を「大綱方針を示すことに限定されている」と考えることは困難であろう。

警察の権限は多岐に渡り、前述したように諜報機関に接近した前域的な情報収集活動はその一端でしかなく、また後述するドイツの例は警察機関ではなく諜報機関を対象とする統制機構であるため、日本の公安委員会とそのまま比較することはできない。ただ、我が国の現状として、警察活動全般の個別的統制という発想自体が根付いていないことを示す一例を看取することはできる。

以上を踏まえ、本稿では、最終的に日本における国家の情報収集活動に対する個別的統制の方法について、テロリズムに対抗する情報収集活動の統制の一環として検討することを目的として、ドイツの例を参考に論じていくこととする。

## II 基本法10条

### 1. 基本法10条の保護領域

ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）10条1項は、「信書ならびに郵便・通信の秘密は、これを侵してはならない。」と定める。本稿で主として扱う基本法10条審査会は、基本法10条1項を実質的に保障することを目的として設置されていることから、まず本条の保護領域について、日本国憲法との比較から確認する。ここでは、情報化社会の現代において、特に議論の対象となっている通信の秘密を中心に扱う。

#### (1) 日本における「通信の秘密」

基本法が表現の自由を定めるのは同5条1項1文、検閲の禁止を定めるのは同

条項3文であり（なお、同条項2文は出版・放送の自由）、信書ならびに郵便・通信の秘密とは異なる条文において規定されている。一方、日本国憲法において、通信の秘密を定めるのは、憲法21条2項後段である（「通信の秘密は、これを侵してはならない。」）。周知の通り、同条1項は表現の自由を、同条2項前段は検閲の禁止を定めている。

日本の最高裁判所は、警察の捜査としての通信傍受との関係における通信の秘密について、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と述べるが<sup>32)</sup>、日本国憲法における通信の秘密の位置付けについては、条文の位置付けから、表現の自由に重きを置いた規定であるのか、プライバシーの保護に重きを置いた規定であるのかという点について、古くから議論されてきた。現在においても論者により見解が異なるが、一貫してプライバシー権に重きを置いた見解が多数派であると説明される。例えば阪本は、「通説は、「通信の秘密」の保障を、プライバシーの権利の重要な一環であると同時に、表現の自由の一部である、と解しているようである」と述べ、有力説として、表現の自由との関係で通信の秘密を捉えると、保障範囲が狭くなることから、専らプライバシーの権利の保護との関係で保障されたものであると理解する説があると説明する<sup>33)</sup>。その上で、「通信の秘密」とは、「表現の自由」の一内容である「通信の自由」の一部であり、「通信の自由」とは「一種のコモン・キャリアとして法定された通信業務事業者を国民が利用するさいの各種の自由」と解し、「表現の自由」を再考している<sup>34)</sup>。阪本の主張から10年以上の後の1998年、芦部は以下のとおり述べている。「通信の秘密と表現の自由との一定の結びつきを認める（しかし後述するように、私生活の秘密の保護の一環としての性格も有するとする）のが、わが国の通説的見解である」が、「憲法典が『通信の秘密』規定を21条に組み込んでいる以上、通信は表現の自由の一環として位置づけられている、と端的に理解すべきである」とする有力説もある、と<sup>35)</sup>。芦部の述べ

---

32) 最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁以下。

33) 阪本昌成「「通信の自由・通信の秘密」への新たな視点」法学セミナー364号（1985）59頁以下、同『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1995）139頁以下。

34) 阪本、前掲注33）（1985）64頁。

る有力説の提唱者こそ、阪本その人であり、阪本の検討した「表現としての通信」の影響が学会にも浸透しているものと解することができる<sup>36)</sup>。同じ年の論稿で、棟居は、インターネットが民間に広く普及しつつあった当時の情報化社会における通信の秘密の意義として、「私的言論の保護」として表現の自由に重きを置いた見解を提示し、「私的言論という閉じたコミュニケーション空間をプライバシーの領域と捉えるならば、第三者からの（中略）干渉はプライバシー権の侵害ともなる」と述べている<sup>37)</sup>。

このような経緯を辿ってきた日本における通信の秘密論であるが、近年の論稿ではどのように論じられているのか<sup>38)</sup>。特筆すべきは、通信の秘密論の再構築を試みる海野敦史の主張である<sup>39)</sup>。総務省を中心とした官庁でのキャリアを持つ海野は、日本国憲法21条2項後段の名宛人との関係から、「通信の秘密」の法実態を明らかにしようとする。同条項の名宛人は「公権力及び通信管理主体」であり<sup>40)</sup>、「通信の秘密不可侵」の内容には通信の秘密が侵害されない「主要な制度的環境」をつくる公権力の作為義務の要請が内包されているとするのが、海野の理解である<sup>41)</sup>。これは従来議論におけるプライバシーの自由と表現の自由のいずれに重きを置くかという二者択一の構図とは異なるアプローチであると

---

35) 芦部信喜「通信の秘密」法学教室219号(1998)101頁、同『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣・2000)541頁。

36) ただし、芦部、前掲注35)(1998)101頁以下は、「通説的見解も通信の自由を無視しているわけではな」く、「通信の秘密と通信の自由の関係について、「後者を前者から分離して観念することは、理論的にも実際的にも困難であって、後者は前者の論理的前提ないし反射としてその内容をなすもの」と解すれば(私は妥当と考えるが)」通説と有力説は実質的にほとんど異なるものではない、と述べる。

37) 棟居快行「通信の秘密」法学教室212号(1998)44頁以下。

38) 以下、近年の日本国憲法上の通信の秘密解釈論について取り上げているが、国際法的観点からは通信主権と国際的な通信監視を含む諜報活動に関して言及する先行研究がある。高橋郁夫「通信の秘密の数奇な運命(国際的な側面)」情報ネットワーク・ローレビュー Vol.15(2017)17頁以下。

39) 海野敦史『「通信の秘密不可侵」の法理』(勁草書房・2015)、同『通信の自由と通信の秘密——ネットワーク社会における再構成』(尚学社・2018)参照。

40) 海野敦史「通信の秘密不可侵の法規範との関係における通信用端末設備の法的位置づけ及びその内包する情報に対する保護のあり方——米国の「逮捕に伴う捜索」に関する判例法理を手掛かりとして——」経営と経済95巻3・4号(2016)178頁以下。

41) 海野、前掲注39)(2015)208頁以下。



いえる。ただし、海野の議論を、伝統的な「通信の秘密」の議論との関係でどのように捉えるべきかは、精査を要する。例えば曾我部は、前述した伝統的な論争を前提に、海野の見解を含む通信の秘密の性質に関する昨今の議論を中心に論じた上で、「比較憲法や明治憲法の「信書の秘密」以来の解釈を踏まえると、従来通説に従い、表現との関連性は認めつつも、主として通信におけるプライバシー」が「通信の秘密」であるとして、伝統的な議論から導かれる結論を再評価している<sup>42)</sup>。

本稿は通信の秘密の性質に関する詳細な議論をするものではないが、通信の秘密をプライバシー権の一部として把握するという理解をここで再確認しておくことは、通信の秘密が、現代において具体的に法的問題となる、国家による情報収集活動の場面を想起するにおいても重要である。

## (2) ドイツにおける「通信の秘密」

次に、ドイツにおける通信の秘密について、国家による情報収集活動との関係を踏まえて確認していきたい。

ドイツにおける基本法上の通信の秘密条項は、結社の自由（基本法9条）と移動の自由（同11条）の間に位置づけられており、日本のように「プライバシーの自由又は表現の自由のいずれに重きが置かれているか」といった問題には焦点が当てられていない。

現代のドイツにおいて、通信の秘密の保障に関する議論が盛んに行われているのは、情報端末を介在した個別の情報伝達事象の保護の限界についてである<sup>43)</sup>。インターネット等を通じた電子的通信を含む国民が行う多数の情報伝達事象の前で、基本法10条は、「情報伝達の結合の保護」に特別な実質的意義を与えるとともに、連続した情報伝達の内容と手法を、技術的伝達事象を通じて発生する危険から保護する<sup>44)</sup>。

42) 曾我部真裕「通信の秘密の憲法解釈論」Nextcom Vol.16 (2013) 15頁以下。

43) 笠原毅彦「ドイツにおける通信の秘密と、日本法に対する示唆」情報ネットワーク・ローレビュー Vol.14 (2016) 215頁以下が、ドイツの各法における通信の秘密の顕現についてまとめている。

通信の秘密は、通信のトラフィックを通じた個々の受け手への情報の無形の伝達の中で保障されるものであり、現代ではテレコミュニケーションの秘密を包摂するところ、この基本権は様々な電磁的な手段その他の形式による通信を包摂する発展的開放性 (Entwicklungsoffenheit)<sup>45)</sup>を有すると解される<sup>46)</sup>。このような性質を持つ伝達事象が、これと切り離すことのできない情報端末の性能と結びつけられ、且つ基本権特有の侵害が問題になる限りにおいては、本条の保護領域は情報端末にまで及ぶ。情報伝達事象の完結が、通信の秘密の保護領域の限界である<sup>47)</sup>。

情報伝達事象の前後、例えば情報の発信者及び受信者のコンピュータ内部に蓄積された情報の保護は、通信の秘密の保護領域外である。このような情報の保護については、2008年のオンライン検索判決<sup>48)</sup>により導かれた、基本法1条1項と結びついた同2条1項に基づく一般的人格権から導かれるIT基本権の保護領域に含まれると解される<sup>49)</sup>。IT基本権は、「ITシステムの秘密性と完全性の保障」を内容とし、現代の情報化社会特有の基本権として形成される<sup>50)</sup>。

---

44) Matthias Lachenmann, *Das Ende des Rechtsstaates aufgrund der digitalen Überwachung durch die Geheimdienste?*, DÖV 2016, S. 504.

45) Sebastian Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 106 によれば、発展的開放性 (Entwicklungsoffenheit) とは、「法的システムの内部で、テキスト上の基準の明確な変更を超えて、変革時期における事実上及び法律上の変化をつくることについて、法理論的な — 法のドグマティッシュな手段であると実証する」法原則である (Vgl. Manuel Weitnauer, *Der Deutsche Corporate Governance Kodex*, 2018, S. 484.)。杉原周治「プレスの自由と意見表明の自由の競合」*広島法学* 30巻1号 (2006) 141頁は、プレス概念を解釈する文脈における同旨の現象 (「読み取り可能な」伝達メディア) すべてをプレス概念に含む) を表現した「entwicklungsoffen」という表現を「発展の余地を残した」と訳す。

46) Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 14. Aufl., 2016, S. 327f.

47) *Ibid.*, S. 328.

48) BVerfGE 120, 274, Urteil des Ersten Senats v. 27. 2. 2008.

49) IT基本権についての邦語の先行研究として、小貫幸浩「情報自己決定権とIT基本権のはざま・覚書」*駿河台法学* 32巻2号 (2018) 43頁以下、高橋和弘「IT基本権論に関する一考察」*六甲台論集法学政治学篇* 61巻1・2号 (2015) 39頁以下、石村修「ドイツ — オンライン判決」大沢秀介/小山剛 (編)『自由と安全』(尚学社・2009) 261頁以下。

50) 植松健一「連邦刑事庁 (BKA) ・ラスター捜査・オンライン検索 (2)」*島大法学* 53巻2号 (2009) 9頁。

通信の秘密と IT 基本権との境界は流動的であり、情報伝達事象の前後にデータを取得される場合には IT 基本権が、持続的な情報通信事象からデータが収集される場合には基本法 10 条に基づく通信の秘密がそれぞれ問題となる。IT 基本権と通信の秘密が問題となる国家による情報収集活動の一局面として、ドイツでは「オンライン検索 (Online-Durchsuchung)<sup>51)</sup>」「端末通信傍受 (Quellen-TKÜ)<sup>52)</sup>」といった捜査手法を前提とした「国家のトロイの木馬 (Staatstrojaner)」の利用が問題となっている。これらの捜査手法は、コンピュータに侵入的にアクセスするものであり、強度の権利制約を伴う (この点については、別の機会に詳しく論ずる)。

以上のような問題意識により限定づけられてきた基本法 10 条 1 項の通信の秘密であるが、無制限に保障されるものではなく、「制限は、法律に基づく場合に限り、行うことができる」と定める同条 2 項 1 文に従い、制限されうる。これらの制限は、「当該制限が、自由且つ民主的な基本秩序の保護、または連邦及びラントの存立もしくは安全の保護のためのものであるときは、法律により、当該制限が当事者に通知されないこと、及び裁判上の手段に代えて、議会の選任した機関及び補助的機関を通じた事後審査を行う旨、定めることができる」と定める同条 2 項 2 文に従い、裁判上の手段に代えて、議会の選任した機関及び補助的機関を通じた事後審査を行うときには、関係者に通知される必要はない。

## 2. 基本法 10 条 2 項の制定

ここで基本法 10 条 2 項について、詳しく見ていく。同条項は、1968 年の非常

51) Benjamin Derin/Sebastian J. Golla, *Der Staat als Manipulant und Saboteur der IT-Sicherheit?*, NJW 2019, S. 1111f., Dennis—Kenji Kipker, *Vom Staatstrojaner zum staatseigenen Budestrojaner*, ZRP 2016, S. 88f. 石村修「コンピュータ基本権——オンライン監視事件——」ドイツ憲法判例研究会 (編)『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社・2018) 50 頁は、BVerfGE 120, 274 の対象となったオンライン検索について、「国家のトロイの木馬」が利用されたことが疑われていることと言及する。

52) 加藤克佳=辻本典央「インターネットにおける犯罪と刑事訴追——2012 年第 69 回ドイツ法曹大会刑事法部会 (ミュンヘン)——」近畿大学法学 61 巻 1 号 (2013) 280 頁。同稿では、Quellen-TKÜ に「端末電話傍受」の訳があてられているが、TKÜ とは Telekommunikationsüberwachung の略称であり、トロイの木馬との関係も踏まえ、本稿では「端末通信傍受」と訳す。

事態法（基本法第17補充法）制定により基本法に追加された条項である。後述するG10法は、同文における「裁判上の手段」に代わる「事後審査」を具体化した法律であり、基本法10条審査会はこの事後審査を行う「補助的機関（Hilfsorgan）」にあたるが、この点については後に詳述することとして、ここではまず、基本法10条2項の制定経緯を確認したい。1968年当時、西ドイツには米英仏の連合国軍が依然駐留しており、「西ドイツ政府が緊急事態に際して有効な対処をなすうる法的環境を整備するまでの間、駐留軍の安全確保のための措置をとる権利を留保していた。こうした留保を解消するために、西ドイツ政府はいわゆる緊急事態法制と呼ばれる一連の法整備を進めた」が、これらの法整備は、ドイツが「敗戦国としての地位から脱する過程」に位置づけられる<sup>53)</sup>。

連合国軍による安全確保のための措置をとる権利の留保は、治安留保（Sicherheitsvorbehalt）と呼ばれる。治安留保に基づく措置の決定は、1954年10月23日の占領軍政権の終結（パリ条約調印）を過ぎててもなお、1952年5月26日締結のドイツ条約5条2項に基づいて行われていた<sup>54)</sup>。ここでは平時においても、ドイツ国内の郵便及び通信の往来の一部が、連合国側によって監視の対象となっていた。この状態から脱するべく、CDU/CSU、SPDの各会派からなる大連合の賛成（三分の二の多数）をもって、非常事態法が成立したのである<sup>55)</sup>。

基本法10条2項は、制定当初より強い憲法上の疑義が投げかけられていた。特に、基本法10条2項2文が基本法79条3項に定められた基本法変更の限界を超えるか、という点が争点となった1970年の所謂第一次盗聴判決<sup>56)</sup>は、5対3で合憲とされたが、少数意見が付された。

本判決は複数の重要な争点を含んでおり、我が国でも紹介されているところだが<sup>57)</sup>、ここでは「裁判上の手段」に代えて他の手段によるという基本法10条2

53) 渡邊、前掲注22)、115頁。BT—Drs. V/1879, S. 12.

54) ドイツ条約とは、旧西ドイツが連合国との間で締結した「占領態勢を終結させ、西ドイツに主権を移管するため」の条約（川喜田敦子「第二次世界大戦後の西ドイツ賠償問題とヨーロッパ地域秩序形成」法政論集260号（2015）176頁）。

55) Wolf—Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, S. 1349f., BGBl. II, S. 305.

56) BVerfGE 30, 1, Urteil des Zweiten Senats v. 15. 12. 1970.

項2文の規定が、「法治国家における法的保障の原理」との関係で憲法上正当化されるのか<sup>58)</sup>という点について確認しておく。

多数意見は、「あらゆる憲法上の規定は、基本法の必須的諸原則と、その価値秩序に合致するように解釈されなければならない」とし、基本法が「闘う民主制」を採用していることを強調して、裁判上の手段に代えて他の手段を採用することを正当化するところ、これは、前述した制定経緯及び諜報機関の地位が強く意識されたものと解することができるが、多数意見はこの立場から、基本法10条2項2文の語義を極めて限定的に解釈する<sup>59)</sup>。具体的には、①事後的通知の許容と要請、②非通知の場合の限定、③監視対象の限定、④収集情報の利用範囲の限定、そして、⑤「裁判上の手段」を排除するため「法律は実質的且つ手続的に、裁判上の統制に匹敵し、特に少なくともこれと同等の実効性のある審査手法を定めなければならない」とする審査手法の限定である。

一方で、Geller/v. Schlabrendorff/Ruppの三名の裁判官による少数意見は、基本法10条2項2文を憲法適合的に解釈する立場を採らない。その理由は、「基本法10条2項2文が妥当性のある(gültig)憲法規範であるかどうか」自体が、ここでの問題となっているからである<sup>60)</sup>。この立場によれば、基本法10条2項2文の文言は明らかであり、「具体的嫌疑のある場合に限定された規定を定めるものと限定的に解釈すること」はできない<sup>61)</sup>。

更に、少数意見において注目すべきは、基本法10条2項2文の規定が、基本法20条から生ずる個人の権利保障に対する法治国家的要請に違反するとした理由に関し、議会の選任した機関及び補助的機関の独立性の欠如について言及した

57) 西浦公「通信の秘密とその制限」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・2003)261頁以下、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸/鈴木法日兄(編)『憲法制定と変動の法理:菅野喜八郎教授還暦記念』(木鐸社・1991)531頁以下、石村修『憲法の保障』(尚学社・1987)240頁以下。渡辺は連邦憲法裁判所の1960年代~1970年代の西ドイツにおける憲法解釈方法論の変遷を、石村は憲法改正の限界を論ずる中で、本判決を扱う。

58) 石村、前掲注57)、241頁。

59) 多数意見の訳出は、西浦、前掲注57)、261頁によった。限定的解釈の理解(特に後述①~④)については、渡辺、前掲注57)、531頁参照(BVerfGE 30, 1 (21ff.))。

60) BVerfGE 30, 1 (34)。

61) BVerfGE 30, 1 (35)。

ことである<sup>62)</sup>。ここでは、権利保障のための機関が、独立性・中立性を前提に、正当な手続を踏むことが本質的であるとされる。この点連邦憲法裁判所は、後にオンライン検索判決において、裁判上の手続に代える他の手段については、「その独立性と中立性について裁判官のそれと同じ程度の保障が示される」ことが必要であると述べている<sup>63)</sup>。

本稿が主として扱う基本法10条審査会は、基本法10条2項2文の規定する「議会の選任した機関及び補助的機関」を具現化した機関にあたる。その解釈の基礎は、第一次盗聴判決の多数意見に従った基本法10条2項2文の理解にあるが、少数意見の指摘もまた、基本法10条審査会の地位の特殊性を検討するにあたって重要な指摘である。

### Ⅲ 基本法10条審査会の成立過程と他の統制機関

#### 1. G10法上の統制機関

##### (1) 基本法10条審査会の組織

前述した1968年の非常事態法制定と同時に、G10法(Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz—G10))が制定された。これは、基本法10条2項2文の規定を具体化し、基本法10条1項の基本権を実質的に保障するための法律である。

基本法10条審査会は、基本法10条2項2文に基づきG10法15条に定められた機関であり、法的に特殊な地位を占める(ただし後述するように、連邦憲法裁判所は、基本法10条審査会自体が基本法から直接導かれる存在ではないと解する点には注意が必要である)。この意味で審査会は、その他の国家機関、特に統制機関からは区別される。この特殊な地位は、特定の憲法保護官庁に対する統制権限を根拠づけ、また制限する<sup>64)</sup>。「特定の憲法保護官庁」とは、上述した諜報機関(連邦憲法擁護庁・連邦軍事保安局・連邦情報局)である。

---

62) BVerfGE 30, 1 (43f.).

63) BVerfGE 120, 274 (332).

64) Christoph Gusy, *Grundrechte und Verfassungsschutz*, 2011, S. 16.



G10 法 15 条 1 項 4 文は、「構成員は公の名誉職であり、連邦政府の意見を聴取した後にドイツ連邦議会の一任期の間、(中略) 議会統制委員会 (Parlamentarische Kontrollgremium—PKGr) によって任命される」と定める。また、基本法 10 条審査会の制定する議事規則は、議会統制委員会の同意を必要とする (同条 4 項 2 文)。

議会統制委員会は、基本法 45d 条に定められた基本法上の存在であり、連邦議会議員により構成されていることから、議会統制委員会の組織的支配を受ける基本法 10 条審査会は、形式的には議会に属するものであるといえる。諜報機関の議会的統制は、民主的法治国家に特有の課題であるとともに、ドイツにおいては特に歴史的側面が、現代においては特に技術的側面が重要な要素である<sup>65)</sup>。ただし、後述するようにドイツにおける諜報機関の統制機構は多面的な構造となっており、各統制機構の性質は組織だけではなく、その機能からも個別に分析する必要がある。

## (2) 議会統制委員会と基本法 10 条審査会の権限の相違

現在、G10 法上定められた情報収集活動の統制機関は、議会統制委員会と基本法 10 条審査会の二つである。G10 法制定当初の統制機関は、議会統制審査会 (Parlamentarische Kontrollkommission—PKK)<sup>66)</sup>・基本法 10 条委員会 (G10-Gremium)・基本法 10 条審査会で構成されていた。基本法 10 条委員会と基本法 10 条審査会は、ともに諜報機関の情報収集活動による通信の秘密の制限に対する統制をその目的として設置された。一方、権限は異なる。基本法 10 条委員会が、諜報機関が通信の秘密の制限にかかる活動を行おうとする場合に、その可否を判断する権限を有する一方、基本法 10 条審査会は諜報機関が行う具体的な通信の秘密の制限にかかる措置の可否を、連邦政府からの報告に基づき個別具体的

65) Enrico Brissa, *Aktuelle Entwicklungen der parlamentarischen Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*, DÖV 2017, S. 765f.

66) 議会統制審査会の前身は、議会代表者委員会 (Parlamentarische Vertrauensmännergremium—PVMG) である。議会統制委員会の設置経緯について、国立国会図書館調査及び立法考査局「欧米主要国の議会による情報機関の監視」基本情報シリーズ 17 (2014) 29 頁以下。

に判断する権限を有するという相違点があった<sup>67)</sup>。

議会統制審査会は、1999年に改組されて議会統制委員会となった。議会統制委員会は、議会統制審査会が基本法10条委員会を吸収したもので、両組織の性質を兼ね備えている。2009年には、基本法上にその存在が明記されるに至った<sup>68)</sup>。基本法45d条は、「連邦議会は、連邦諜報機関の統制のための委員会を置く。」と定めている。議会統制委員会は、諜報機関（連邦憲法擁護庁・軍事保安局・連邦情報局）の統制を設置目的とし（議会統制委員会法（Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes—PKGrG）1条1項）、情報開示請求（同5条1項）、職員への事情聴取（同条2項）、安全保障上の理由に基づく戦略的監視及び国際的な通信監視に対する同意（G10法5条1項2文及びこれを準用する同8条1項）などを行う広範な権限を有する<sup>69)</sup>。

議会統制委員会は、会派（Fraktion）ごとに選出された委員から構成される。この点は、裁判官資格を有する者から選定される基本法10条審査会とは大きく異なる。構成の法的根拠は、連邦議会議事規則（Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages）12条1文である<sup>70)</sup>。苗村は、ドイツの議会は会派ごとの議席数が重視される「会派議会」であるとともに、委員会は本会議の映し鏡として重要な活動をする「委員会議会」でもあると指摘し、ドイツ連邦議会における議員の重要な権利の中に、「委員会への参画権」を挙げる<sup>71)</sup>。「議会の活動の大部分が本会議ではなく委員会で行われている現状に鑑みれば、個々の議員にとっては、委員会への参画は、議会の意思形成への議院の参画権の重要な部分を成す」ことに鑑みても<sup>72)</sup>、議会統制委員会による諜報機関の統制は、本質的に議

---

67) 渡邊斉志「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）126頁。

68) BGBl. I, S.1977.

69) 議会統制委員会法の条文について、国立国会図書館調査及び立法考査局、前掲注66)、96頁以下参照。

70) 連邦議会議事規則12条1文は、以下のとおり定める。「議院運営委員会、委員会の構成及び委員会の議長の規定は、個々の会派の人数の比率で定められる」。

71) 苗村辰弥『基本法と会派』（法律文化社・1996）61頁以下。

72) 同上。

会的統制であるといえ、この意味で個別具体的な行政行為に対する直接的な統制を行うことには馴染まないものといえよう。

議会統制委員会と基本法 10 条審査会の権限の相違は、「個別具体的な行政行為に対する統制」であるか否か、という点に現れる。基本法 10 条審査会は、個別具体的な行政行為に対する実施の可否を決定することを任務とするため、「連邦の諜報機関により獲得される個人関連データの収集全体、加工及び利用」に及び (G10 法 15 条 5 項 2 文)、その職務を全うするため、守秘義務のもとで「全ての資料、特に制限措置と関係する、蓄積されたデータ及びデータ加工プログラムの閲覧を許されること」を認められている (同条項 3 文 2 号)。これは、議会統制委員会の権限が「連邦政府は、議会監督委員会に対し、第 1 条第 1 項に掲げる官庁の一般的な活動及び特に重大な事件について (議会統制委員会法 4 条 1 項 1 文)」又は議会統制委員会の求める事件について (同条項 3 文)、報告を要求されるものの、同 6 条 2 項 1 文において「情報へのアクセス上やむを得ない理由若しくは第三者の人格権の保護の理由により必要な場合、又は執行上の自己責任の根幹領域に関わる場合」は報告を拒否し得ると定められていることと比べて、少なくとも法律の文言上は留保を持たない点で、強固な権限であるといえよう。

更に、後に詳述するが、基本法 10 条審査会が「不許可又は不必要と明らかにした命令については、所轄の連邦省は遅滞なくこれを取り消す」(G10 法 15 条 6 項 3 文) という実効的な個別的統制の権限を有している。Bull は、基本法 10 条審査会のこのような権限を「拒否権 (Vetorecht)」と表現しているが、この拒否権もまた、議会統制委員会やその前身である議会統制審査会にはないものである<sup>73)</sup>。

基本法 10 条審査会の第 18 立法期議長代理を務めた Huber は、後述する基本法 10 条審査会当事者能力決定が基本法 10 条審査会の権限を矮小化していると批判する中で、基本法 10 条審査会の権限の性質について、以下のように述べている。G10 法に従った制限措置に対する基本法 10 条審査会の相対的な統制は、「データの把握と利用の**全体的な** (強調は Huber) プロセス」を包括しており、連

73) Bull, Fn. 21, S. 759.

邦憲法裁判所によれば、基本法10条審査会は、「財政面及び手続面で適合的な、司法上の権利保護に同等な統制を執行し、そして具体的規範的な基準に基づく法的統制は、個別の事例に即して確定」し<sup>74)</sup>、「全ての組織について、信書・郵便・通信の秘密についての侵害の準備・決定・実行・監視に従事する権限、その組織の全ての（強調はHuber）措置を監視する権限を」与えられている。この統制は「**継続的に**（強調はHuber）」行われる。かくして基本法10条審査会には、包括的な審査と決定の権限が、包括的なデータ保護法上の統制の権利を含めて認められている、と<sup>75)</sup>。

以上のように、上級機関である議会統制委員会との関係では、個別的事例の統制に関する全体的且つ強固な権限を有する組織であるという点が基本法10条審査会の特徴であるといえる。基本法10条審査会の機能及び権限の限界については、後に詳しく論ずる。

## 2. 諜報機関に対する連邦の各統制機構と基本法10条審査会

連邦レベルにおける諜報機関の統制機関は、議会統制委員会とその下位機関である基本法10条審査会のほかにも、調査委員会（Untersuchungsausschuss）、予算委員会におかれる秘密委員会（Vertrauensgremium）といった立法府に附帯する機関、データ保護及び情報の自由に関する連邦保護監察官（Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit—BfDI）といった行政府に附帯する機関から構成され、更には連邦憲法擁護庁と十六のラントの憲法擁護庁、警察官庁間の協力を通じても相互的統制が保障されるなど、非常に多角的なものとなっている。この状況から、ドイツの諜報機関を「おそらく世界で最も統制されたもの」と評する論者<sup>76)</sup>や、ドイツの諜報機関の議会的統制は国際比較の観点で「高い水準」にあるとする論者<sup>77)</sup>もいる。

---

74) BVerfGE 143, 1 (15), Beschluss des Zweiten Senats v. 20.9.2016.

75) Bertold Huber, *Anmerkung*, NVwZ, 2016, S. 1706f.

76) Hansjörg Geiger, *Informationsbedürfnisse und Geheimhaltungserfordernisse—menschenrechtsorientierte Evaluierung und Kontrolle der Nachrichtendienste*, in: Marion Albers/Ruth Weinzierl (Hrsg.), *Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik*, 2010, S. 97.

本稿は基本法 10 条審査会を中心に取り扱うが、最終的には日本における国家の情報収集活動の統制手法に関して検討することを目的としているため、その他の機関の組織と機能の概要についても簡単に見ておきたい。

調査委員会は、基本法 44 条に定められた憲法上の機関である。議員の四分の一の申立てがある場合に設置が義務づけられ、原則公開である（基本法 44 条 1 項）。調査委員会は対象となるテーマを問わないが<sup>77)</sup>、2006 年には連邦情報局に関する調査委員会が<sup>78)</sup>、2014 年には後述するアメリカ国家安全保障局のドイツにおける情報収集活動に関する問題についての調査委員会が設けられる<sup>80)</sup>など、情報収集機関の統制機構の一として重要な役割を果たしている。孝忠はドイツの調査委員会制度について、「ドイツの議会調査権の大きな特徴は、議会内多数者の意志に反してでも調査委員会を設置し、特定の事実を解明しようとするのできる少数者調査権」として、「立法準備等の調査とは区別される「不正調査」、「スキャンダル調査」などにその積極的な役割を果たしてきた」と分析する<sup>81)</sup>。

連邦議会の予算委員会におかれる秘密委員会は、連邦予算規則（Bundshaushaltsordnung—BHO）10a 条 2 項に定められた機関であり、諜報機関の予算を非公開で審査する財政面の統制機関である。議会統制委員会の委員長、委員長代理

77) Alexander Hirsch, *Die Kontrolle der Nachrichtendienste*, 1996, S. 275.

78) 渡辺富久子「ドイツ連邦議会による政府の統制——調査委員会を中心に——」外国の立法 255 号（2013）104 頁以下（表 2）は、2013 年までに設置された調査委員会をリスト化している。

79) 本調査委員会が行った情報閲覧請求に対し、連邦政府が拒否した事案は、連邦憲法裁判所において争われている（BVerfGE 124, 78, Beschluss des Zweiten Senats v. 17.6.2009）。同決定に関する邦語の先行研究として、柴田堯史「連邦議会調査委員会による情報提出要請の連邦政府による拒否の合憲性——連邦情報局（BND）調査委員会事件——」ドイツ憲法判例研究会（編）、前掲注 51）、356 頁以下。

80) ドイツ連邦議会ウェブページ参照（<https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/ua/luntersuchungsausschuss>、2019 年 8 月 23 日最終閲覧）。

81) 孝忠延夫「『議会政と国勢調査権』研究覚書」政策創造研究 7 号（2014）96 頁。孝忠によれば、少数者調査権は Max Weber の提唱によりワイマール憲法 34 条に初めて規定された（同 96 頁）。ワイマール憲法に比べ、現行の基本法では、①調査委員会設置についての少数者権が「議員の 5 分の 1」から「議員の 4 分の 1」とハードルが高くなったこと、②この法定少数者の証拠調要求権が明記されていないこと、③調査の非公開が過半数で行われること、など、少数者調査権の「制限」の方向を示していたが、「一連の憲法改革論議のなかでは、少数者調査権の尊重・充実が提言され」てきた経緯がある（同 97 頁）。同『国勢調査権の研究』（法律文化社・1990）24 頁以下参照。

及び指定された委員は秘密委員会に、秘密委員会の委員長、委員長代理及び指定された委員は議会統制委員会に、それぞれ出席することが可能である<sup>82)</sup>。

データ保護及び情報の自由に関する連邦保護監察官は、連邦データ保護法(Bundesdatenschutzgesetz—BDSG)に則って連邦議会により選出され、大統領によって任命される。データ処理に関する監督・統制機関として、連邦行政機関及び鉄道・郵便・通信に関する事業を対象とし、データ保護のための調査や立入検査の権限を有する<sup>83)</sup>。

このように、ドイツにおける諜報機関による情報収集活動の統制は、異なる組織的根拠・目的を有する複数の統制機関が、一部重複する権限の行使や相互の人的交流を要素として、多層的に構成されている点に大きな特徴がある。

## IV テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制における 基本法10条審査会

### 1. 基本法10条審査会の機能とG10法上の手続

ここからは、基本法10条審査会の機能について、G10法上の手続との関係から詳細に見ていく。

#### (1) 制限措置の申請に対する決定

審査会の権限行使の中心となるのは、G10法3条・5条・8条に基づく制限措置(Beschränkungsmaßnahme)の申立てに関する決定の場面である<sup>84)</sup>。3条は個別的制限(個別の盗聴・通信監視等)、5条は戦略的監視に関する制限措置の根拠となり、8条はドイツの利益に関係する外国における戦略的監視を特別に規

---

82) Bertold Huber, *Informationsbedürfnis und Geheimhaltungserfordernisse*, in: Fn.76, S.106.

83) データ保護及び情報の自由に関する連邦保護監察官について扱う邦語の先行研究として、寺田麻佑「特定個人情報保護委員会の機能と役割——各国における同種機関との比較を中心に——」情報処理学会研究報告 EIP69—Vol.14 (2015) 6頁。

84) Peter Bartodziej, *Parlamentarische Kontrolle*, in: Jan—Hendrik Dietrich/Sven—R. Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S.1589.



定している。申立てに対する決定は、基本法 10 条 2 項 1 文に基づき制限措置について定める G10 法第 4 節の手續に則って行われる。信書・郵便・通信の秘密を制限しようとする諜報機関は、まずその内容につき、申立てを行わなければならない (G10 法 9 条)。申立て先は、連邦首相により委任された連邦省である<sup>85)</sup>。当該省は、各諜報機関の申立てに基づき、制限措置の命令を下す (同 10 条 1 項)。命令に際しては、①命令の根拠、権限を付与される官庁、制限措置の種類・範囲・期間の明示 (同 2 項)、②制限措置の対象の明示 (同 3 項)、③探索語 (Suchbegriff) の指定・情報の収集範囲、伝送経路の限定 (同 4 項)、④3 ヶ月を限度とした期限の明示 (同 5 条) など、詳細な条件を定めることが要求されている。この命令をもとに、その後、当該連邦省は、基本法 10 条審査会に対して、毎月命令した制限措置を報告する (同 15 条 6 項)。この報告は原則執行前に行わなければならないが (同 1 文)、遅滞のおそれがある場合には報告前に執行することも可能である (同 2 文)。ただし、審査会が認めなかった命令は、遅滞なく取り消されることとなる (同 3 文)。

制限措置実施命令の源となる申立ては、実務上、新規の基礎申請として、あるいは (G10 法 10 条 5 項に従って遅くとも 3 ヶ月後には必要となる) 連続する措置の延長申請として行われることとなるが、5 条及び 8 条に従った探索語に基づく (同 4 項) 申請の際には、更にいわゆる補充的申請が必要とされる場合もある。補充的申請は、たとえば、重要な探索語を承認させようとする場合に行われる<sup>86)</sup>。

申立てに対して審査会の下す具体的決定の内容は、大きく分けて「不許可 (unzulässig)」、「必要ではない (nicht notwendig)」、「許可でき、且つ必要 (zulässig und notwendig)」の三種類である。ただし、明らかな不備のある申請は、既に行政の内部で差し戻されているため、不許可決定はめったにないとい

85) 州の憲法擁護庁の場合は管轄の州最高官庁であるが、本稿では連邦レベルの議論のみを取り扱う。

86) Bartodziej, Fn. 84, S. 1589. 例えば、想定し得る共犯者あるいは接触者といった語による探索は、国内の電気通信接続に向けられる限りにおいては認められないが、ドイツ国籍を有する所有者又は利用者を除く接続を対象とする場合は認められる (G10 法 5 条 2 項 2 文・3 文)。

う<sup>87)</sup>。

また、明確な規定はないものの、たとえばその間の事態の変更のための会議における既に文書で提出された申立ての撤回、あるいは特定の関係者、電気通信接続あるいは探索語に関して法的に分離可能な申立ての一部がある場合に限っての部分決定は認められている<sup>88)</sup>。

## (2) 決定後及び措置終結後の基本法10条審査会の役割

制限措置の枠組みにおいて、あるいはその終結後にもまた、審査会は通知に関する副次的決定を行う場合がある。この決定は、G10法12条及び15条7項に従った通知、及び連邦憲法擁護法8b条7項（場合によっては連邦情報局法2a条及び軍事保安局法4a条）に従う官庁の特別の情報請求に関連するものであり、措置の終結後、所轄の諜報機関を通じた通知がまだなされないときに行われる。審査会は、通知の更なる見合わせの可否及びその期間についての多数決による決定（G10法12条1項3文・4文、2項、場合によっては連邦憲法擁護法8b条7項1文）または最終的な非通知に対する満場一致の決定（G10法12条1項5文）を通じ、関係者が情報収集について通知されるか、ひいては裁判上のチェックのための事後的機会を得るかという事項について、決定する<sup>89)</sup>。

G10法3条に従った個別措置の際の主たる関係者にとっての通知は、とりわけ特別な意義を有する。なぜなら戦略的監視と異なり、個別措置においては、（少なくとも潜在的には）対象となる個人の通信利用全体の監視が問題となるからである<sup>90)</sup>。

## 2. テロリズムに対抗するための情報収集活動に対する 基本法10条審査会の統制実態

以上の権限・機能に関して、テロリズムに対抗するための情報収集活動に対す

---

87) Ibid., S. 1590.

88) Ibid.

89) Ibid., S. 1592.

90) Ibid.

る基本法 10 条審査会の実効性について垣間見るため、具体的な状況を確認してみたい。G10 法 14 条に基づく 2007 年から 2013 年までの議会統制委員会報告によれば、審査会による個別措置の決定事例の総数は 50~160 件程度（最多は 2013 年の 157 件、最少は 2009 年の 55 件）であり、対象者の延べ人数 380 件~1950 件程度（最多は 2013 年の 1944 件、最少は 2007 年の 384 件）であり、最終的に非通知とされた事例は決定対象の 2~16%と、年度により大きなばらつきがある<sup>91)</sup>。

テロ対策法 (Gesetzes zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus—Terrorismusbekämpfungsgesetz) に基づく事例に限れば、航空事業、金融事業、郵便事業及び電気通信・通信サービス事業 (Telekommunikations—Teledienstunternehmen)<sup>92)</sup>それぞれの個別の事例について、顧客あるいは利用者に関する情報を入手する際、及びいわゆる IMSI キャッチャー<sup>93)</sup>の使用の際に、基本法 10 条審査会の決定が必要となる。

当該領域における、2002 年から 2015 年の各事業別の情報提出要求等の数は、

91) Ibid., S. 1593.

92) Teledienst (通信サービス) は、通信サービス法 (Teledienstgesetz—TDG) 上の概念であり、テレバンキングやデータ交換などの個人間コミュニケーション領域 (通信サービス法 2 条 2 項 1 号)、インターネット又はその他通信網使用 (同 3 号) などのサービスの提供などを意味する。

93) IMSI キャッチャーとは、「携帯電話の基地局を偽装して相手方に知られずに情報を取得出来る汎用機器」である (指宿信「偽装携帯基地局を用いた通信傍受：携帯電話の無差別傍受装置「ステイングレイ」」法学セミナー 60 卷 11 号 (2015) 1 頁。「ステイングレイ」とは IMSI キャッチャーの通称)。指宿が取り上げるのはアメリカの事例だが、ドイツでは本稿で取り上げる各課報機関の他、連邦刑事庁においても、IMSI キャッチャーが用いられてきた。連邦刑事庁法 (Bundeskriminalamtgesetz—BKAG) は、2009 年の改正から、BVerfGE 141, 220, Urteil des Ersten Senats v. 20. 4. 2016 (連邦刑事庁データ判決) に基づく 2017 年の全面改正までの間は改正前連邦刑事庁法 20n 条、改正後は 53 条により、国際テロリズムに対抗するため、モバイル通信端末の機器番号、端末中で使用されるカードのカード番号及び同端末の所在に関する捜査を認めており、これを IMSI キャッチャー使用の根拠としている (Stefanie Harnisch/Martin Pohlmann, *Der Einsatz des IMSI—Catchers zur Terrorismusbekämpfung durch das Bundeskriminalamt*, NVwZ 2009, S. 1328ff.)。改正前連邦刑事庁法について、山口和人「ドイツの国際テロリズム対策法制の新たな展開——「オンライン捜査」を取り入れた連邦刑事庁法の改正——」外国の立法 247 号 (2011) 54 頁以下。米国の IMSI キャッチャーに関する先行研究として、海野、前掲注 39) (2018) 282 頁以下。

(表1)

	航空	金融	郵便	通信	IMSI キャッチャー	合計
2002	1	9	0	26	3	39
2003	2	16	0	14	9	41
2004	0	7	0	24	10	41
2005	0	12	0	21	10	43
2006	0	7	0	14	10	31
2007	0	5	0	38	9	52
2008	2	10	0	52	14	78
2009	4	18	0	55	16	93
2010	10	16	0	43	16	85
2011	4	17	1	34	14	70
2012	10	26	—	34	17	87
2013	8	25	—	54	26	113
2014	3	30	—	39	17	89
2015	2	20	—	38	19	79

表1のとおりである<sup>94)</sup>。

表1は各事業項目別の総数をまとめたものであるが、本表のもととなったドイツ連邦議会報告資料の詳細からは、IMSI キャッチャーを除く各事業項目別に、いずれの諜報機関による情報提出要求がなされたかを確認することができる。これによれば、2009年の航空事業に関する要求を除く全ての事業・年度で、圧倒的に連邦憲法擁護庁の情報提出要求件数が多いことが分かる<sup>95)</sup>。

2012年から2015年の、G10法12条1項に基づく諜報機関別の基本法10条審査会の通知決定延べ人数については、表2のとおりである<sup>96)</sup>。

通知ないし非通知の判断は、上述のとおり各事案の性質に依拠することから、

94) 表1について、BT-Drucksache 18/11228, (6 (Tabelle 3))。

95) BT-Drucksache 18/11228, (6ff.)。なお2009年の航空事業に関する申請については、連邦憲法擁護庁が1件、連邦情報局が3件、軍事保安局が0件であった。

(表2)

	諜報機関	通知	仮の非通知	最終的な非通知
2012	連邦憲法擁護庁	48	76	4
	軍事保安局	0	3	0
	連邦情報局	1	1	0
2013	連邦憲法擁護庁	139	282	5
	軍事保安局	0	0	3
	連邦情報局	0	0	6
2014	連邦憲法擁護庁	143	231	12
	軍事保安局	5	4	0
	連邦情報局	0	0	0
2015	連邦憲法擁護庁	83	152	171
	軍事保安局	0	5	0
	連邦情報局	0	0	2

本表に表れた延べ人数の多寡をもとに通知・非通知の割合を論ずることは無益である。ここから分かることは、基本法10条審査会の通知決定は、テロ対策の場面においても、少なくとも形骸化していない（一定程度機能している）ということである。

ただし、基本法10条審査会が適切に機能するためには、前述した権限公使の実効性を、審査会が具備することが必要不可欠である。この点について、基本法10条審査会の限界が顕在化したといえる事例が、次に扱う基本法10条審査会当事者能力決定の本案である、NSA調査項目リストの閲覧拒否に関するものである。

96) 表2について、BT-Drucksache 18/216 (10)„ BT-Drucksache 18/3708 (neu) (10)„ BT-Drucksache 18/7424 (10)„ BT-Drucksache 18/11228 (12). を参照し、筆者が作成した。

## V 基本法10条審査会の憲法上の地位

### — BVerfGE 143, 1 (基本法10条審査会当事者能力決定) を例に

#### 1. 基本法10条審査会当事者能力決定の背景 — 米独合同諜報活動

基本法10条審査会当事者能力決定<sup>97)</sup>は、アメリカの国家安全保障局 (NSA) とドイツの連邦情報局 (BND) の合同シグント活動<sup>98)</sup>に基づく、NSA 調査項目リスト (NSA-Selektorenlisten (Filter-Listen)) の提出及び閲覧のための準備に関する連邦政府及び連邦首相官房長による拒否 (2015年6月18日) について、基本法10条審査会が申立人となって、基本法10条2項違反を理由に機関争訟を提起した事案である。

米独の諜報における協働関係は、9.11以降、蜜月となった。ドイツはアメリカにとって、海外で最重要の監視プラットフォームとなり、ドイツとしても「国内のテロ事件の殆どでその防止や捜査」にアメリカとの連携が貢献してきた<sup>99)</sup>。この連携の中、ドイツ連邦情報局が収集し、アメリカ国家安全保障局に提供していた項目のリストがNSA 調査項目リストである。

諜報対象は、少なくとも伝統的には、基本法上問題とならない国外を対象としていると理解されてきた。しかし、Edward Snowden の告発から、連邦情報局が国家安全保障局の情報収集に協力し、友好国の公的機関や政治家、国民の通信情報を国家安全保障局に提供し、またドイツ国民もその対象にされている疑いが生じたことから、この点に関する調査のため、基本法44条に基づき国家安全保障局調査委員会が設けられたが、委員会は十分な証拠がないことから、この疑いを否定した<sup>100)</sup>。

本件の発端となったリストの閲覧拒否が行われたのち、基本法10条審査会は

---

97) BVerfGE 143, 1.

98) シグント (SIGINT) とは、通信情報収集 (signals intelligence) の略語である。

99) 警察政策学会テロ・安保問題研究部会「米国国家安全保障庁の実態研究」警察政策学会資料82号 (2015) 253頁以下。

100) 渡辺富久子「ドイツの連邦情報局法 — 対外情報機関の活動の法的根拠 —」外国の立法275号 (2018) 59頁以下。諜報対象には、Angela Dorothea Merkel 首相以下著名な政治家らが多く含まれていると疑われた。本件本案のNSA 調査項目リストに関する、調査委員会の調査権行使に関する事案として、前掲のBVerfGE 143, 101がある。



(G10 法 15 条 5 項の規定にも関わらず)、質問を通じた間接的な内容確認をすることしか認められなかったことから、基本法 10 条審査会が当該閲覧拒否について、機関争訟のかたちで基本法 10 条 2 項違反としてその違憲性を争うこととなったのである<sup>101)</sup>。

本件は、このような高度な政治的背景を持つ事案である。ただし、連邦憲法裁判所は、基本法 10 条審査会が、連邦憲法裁判所法 13 条 5 号に定められた機関争訟の当事者能力を有する基本法 93 条 1 項 1 号に定められた機関にあたるか、という訴訟要件の充足性を否定したため、本案審理には至っていない<sup>102)</sup>。

## 2. 基本法 10 条審査会の権限の限界

以下、本決定の判旨を契機として、基本法 10 条審査会の権限の限界について検討する。

本決定は基本法 10 条審査会が、①独自の種別の統制機関であり、②基本法 93 条 1 項 1 号における連邦最高機関ではなく、③基本法 93 条 1 項 1 号における基本法または連邦最高機関の規則によって独自に権限を与えられた関係機関でもないことから、機関争訟における当事者能力を欠くとして、本件を却下した。

### (1) 機関争訟の性質と当事者能力

まず前提として、ドイツの機関争訟について確認しておく。連邦憲法裁判所における機関争訟手続の法的根拠は、基本法 93 条 1 項 1 号、連邦憲法裁判所法 (Bundesverfassungsgerichtsgesetz—BVerfGG) 63 条以下にある。基本法 93 条 1 項は、以下のとおり定める。「連邦憲法裁判所は、以下の事項について裁判を行う。①連邦の最高機関、または基本法もしくは連邦の最高機関の規則により独自に権限を与えられたその他の関係機関の権利及び義務の範囲に関する争訟を契機とする基本法の解釈。(後略)」。機関争訟とは、二つの憲法機関の間で争われる、憲法上の権利義務に関する争訟をいう<sup>103)</sup>。機関争訟においては対抗的関

---

101) BVerfGE143, 1 (3f.).

102) その他に本件本案と深い関係がある事案として、前掲の BVerfGE 124, 78 (調査委員会による情報提出要請拒否の合憲性に関する事案) がある。

係<sup>104)</sup>となる当該二機関であるが、両者は同一の法主体に属することから、解釈上は権利義務そのものについての争いではなく、当事者相互の管轄と権限の範囲を限定付ける争いであるといえる。この意味で機関争訟は、「自己訴訟の性質を有する」<sup>105)</sup>。この点は、日本の行政事件訴訟法6条に規定される「機関訴訟」と類似の性質を持つといえる。自己訴訟の性質を有する事案は、本来「政治的手段・行政監督的手段によるべき」である<sup>106)</sup>。名雪健二は、ドイツの機関争訟の多くが政治的課題に関する争いであることに関して、基本法93条1項1号及び連邦憲法裁判所法63条以下が連邦憲法裁判所に要求するのは「争いを契機として、基本法の解釈に関」する決定をすることであるが、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法64条及び67条の「文言や意味を超越して、当該憲法機関の権利侵害を機関争訟手続の決定主文の中で確認してきた」と指摘する。この根拠は、連邦憲法裁判所67条1段における機関争訟の文言にあるとされるが、名雪は「政治的結論を引き出すことは政治の課題にとどめるべきである」と述べている<sup>107)</sup>。

各機関が機関争訟の当事者能力を有するか否かは、基本法93条1項1号における連邦最高機関 (oberste Bundesorgane)、または基本法もしくは連邦最高機関の規則により特別に権限を与えられたその他の機関 (andere Beteiligte) にあたるか、により判断される<sup>108)</sup>。

---

103) 名雪健二「ドイツ連邦憲法裁判所の権限：機関争訟手続」東洋法学51巻1号(2007)5頁。

104) 山岸喜久治「国家機関相互の紛争に対する憲法裁判的解決：ドイツにおける機関争訟制度の意義」宮城学院女子大学研究論文集116号(2013)3頁以下によれば、連邦憲法裁判所への諸手続は、①對抗型手続(機関争訟・連邦及び州における紛争)、②客観的苦情処理型手続(抽象的規範統制・具体的規範統制)、③特殊型手続(憲法訴願・選挙審査訴願)の三つに分類される。

105) 同上、5頁参照。Vgl. Wolfgang Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, Band III, 2005, S. 1301.

106) 田村浩一「機関訴訟についての若干の疑問」関西大学法学論集36巻2号(1986)14頁以下。

107) 名雪、前掲注103)、5頁以下。

108) 同上、8頁以下。

## (2) 独自の種別の統制機関としての基本法 10 条審査会

判旨はまず、基本法 10 条の性質について、以下のとおり述べる。基本法は、その 10 条 1 項において、信書・郵便・通信の秘密の基本権を高い重要性を持って保障しており、信書・郵便・通信の秘密の制限は、基本法 10 条 2 項 1 文に従い、法に基づいてのみ命令される<sup>109)</sup>。基本法 10 条は、効果的な基本権保護の必要条件として、脅かされている信書・郵便・通信の監視措置の情報を更に要求する。というのは、そのような情報なくしては、関係者は、その通信接続の閲覧・把握の違法性も、万一の削除又は補正の権利も主張することができないからである<sup>110)</sup>。

その上で、基本法 10 条 2 項 2 文を実現する統制機関である基本法 10 条審査会の性質について、以下のとおり述べる。基本法 10 条 2 項 2 文の実現に際し、その「補充的手続」に参加する機会を関係者が有しないときにも、実態的且つ手続適合的な裁判上の統制と同価値の、特に少なくとも同程度に効果的な再検査を、法は予定していなければならない。この統制は、法的統制でなければならないが、時宜の根拠に基づく統制機関が存在する規定を基本法 10 条 2 項は許容しており、この機関による監視の不作为や終了については、監視事例の数を更に限定してしかるべきであることを要求する。統制機関は、議会の内部や外部に形成される。権力分立 (Gewaltenteilung) の原理は、例外的に裁判所を通じてではなく、立法を通じて任命若しくは形成された行政権の措置に対抗する権利保護が、行政権の機能領域内に独立の機関を認めることを許す<sup>111)</sup>。G10 法に従い命じられた制限措置の統制は、議会統制委員会及び基本法 10 条審査会の義務である<sup>112)</sup>。立法者は裁判上の手段に代わる機関を創造するが、これは裁判所ではない。行政権の機能領域の内部における機関のように振る舞うが、行政権に併合されるものでもない。その機関は法的統制を行うが、しかし時宜の考慮 (Opportunitätserwägung-

109) BVerfGE 143, 1 (10f.).

110) BVerfGE 143, 1 (11). 閲覧等請求権は、基本法 19 条 4 項による裁判上の権利保護を直ちに狭めるものではなく、特有のデータ保護法が問題となり、これは情報及びデータ加工の国家の見解に対し有効なものとしてもたらされる (BVerfGE 143, 1 (11)).

111) BVerfGE 143, 1 (12).

112) BVerfGE 143, 1 (12f.).

gen)をも適切に表現することができる。ここでは不足した裁判上の権利保護の代理として役立つ、裁判所の力の外にある独自の種類の統制機関が問題となっている、と<sup>113)</sup>。

ここで連邦憲法裁判所は、基本法10条審査会が組織上裁判所の外部にあり、行政権の内部に包摂されるものでもないことを明確にする。興味深いのは連邦憲法裁判所が、裁判所の「機能」である「法的統制」と、政治的判断のもとで迅速且つ効率的に行政活動を行う行政権の「機能」の一部である「時宜の考慮」の両者を、基本法10条審査会という一つの機関が行いうることを示す点である。この理解によれば、組織上、裁判所・行政権のいずれにも属しない同審査会は、独自の機関として、機能上、部分的に両者の性格を有することとなる。

この点について Gärditz は、本決定の評釈中で、以下のとおり論ずる。「連邦憲法裁判所は基本法10条審査会の機能と性質を明らかにすることに、相当な労力を費やしている。基本法10条審査会の憲法上の基礎は、“非常事態憲法”の産物である基本法10条2項2文にあり、基本法は同審査会を必須の機関として予定しておらず、特定の情勢(Konstellation)下での基本権保障の手続的保全(の手段:筆者注記)として予定している」。当該機関は独立性を有する必要があるが、「基本法10条2項2文に従った特定の機関設備と権限が、どの範囲において、そしてどのような手続的体制をもって」整備されるかは、立法者の選択に依拠する。連邦憲法裁判所は、「基本法10条審査会の機能を、特定のデータ保護として手続的な基本権保護を保障するものとして描」き、基本法10条審査会は、「裁判上の手続の地位を引き継ぐにも関わらず、裁判所ではなく、独自の統制機関であり、行政権の機能領域において行動する」。「基本法10条審査会は、所轄の省及び連邦情報局の見解に対する決定を支えるもので、大抵はその実態自身を明らかにすることはない」。「中立的担当部局(Instanz)としての基本法10条審査会は」、「一方で行政権の連合(Einbindung)、他方で継続的且つ包括的な法的統制を通じた関係者の利益の「補償的代理機関」として存在し、G10法の手続は「対審的な手続ではない」。「基本法10条審査会のモデルは、意思決定機関(Ents-

---

113) BVerfGE 143, 1 (13f.).

cheidungsgrremiums) の中立性と、先入観にとらわれないことに対する信頼」を持つ。その手続は、「民主的正統性保全のメカニズムに包摂されるものにとどまるところ、連邦憲法裁判所は、権力の機能分立 (Gewaltengliederung) に立ち返る、と<sup>114)</sup>。

ここで注目したいのは、連邦憲法裁判所は従来どおり権力分立 Gewaltenteilung と表記しているにも関わらず、Gärditz が基本法 10 条審査会のモデルを、権力の機能分立 Gewaltengliederung に立ち返って論じていると評価する点である。権力の機能分立 Gewaltengliederung と、従来の権力分立 Gewaltenteilung の差異について、高橋雅人は、「ドイツの権力分立原理については、大きく分けて 2 種類の議論があり、それは「権力の相互抑制から自由主義の実現を目指す議論と、国家権力が各機関に適した効率的な処理を目指す議論である。とくに後者の立場が、ドイツでは有力」であるところ、これは「機関 (Organ) の分立ではなく、機能 (Funktion) の分立」であり、「これは、かつての権力分立論が、固定的に権力の範囲を確定するプログラムだったと批判するものである。そして、求めるべきは、権力作用の相互作用を捉え、異なる権力の交錯や権力間での境界変動が矛盾をきたさないように理解する構想なのである」と述べる<sup>115)</sup>。裁判所は、組織だけでなく機能に着目して当該機関の位置付けを論じていることから、権力の機能分立 Gewaltengliederung の立場に立って本件を理解すること、すなわち組織と機能の分離について考えることが重要である、と筆者は考える。

### (3) 機関争訟における基本法 10 条審査会の当事者能力と機能的位置付け

次に判旨は、基本法 10 条審査会が基本法 93 条 1 項 1 号における連邦最高機関にあたらない理由を、以下のとおり述べる。基本法 10 条審査会は、憲法により、存在・地位・本質的な権限を構成されているものではない。基本法 10 条 2 項 2 文の制定経緯と目標設定に従えば、憲法規範には、その客観的メッセージを越えて「議会の選任した機関あるいは補助機関」の利益になるような権限保障的效果は、当然存在しない<sup>116)</sup>。基本法 10 条 2 項 2 文は、拘束力のある憲法上の任務を

114) Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, DVBl, 2016, S. 1540f.

115) 高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社・2017) 42 頁以下。

包括するものではなく、また通知義務の制限の権限を与えるが、そのように命じるものではない。基本法10条審査会の存在は立法機関の意思に依存し、基本法10条2項2文は、公布された法を執行するための「ある(ein)」機関が定められていなければならないということを要求する<sup>117)</sup>。審査会は、民主的意思決定と国家的決定への到達のプロセスにおける憲法上直接的な地位を有することではなく、そのため国家的意思決定に関与することはない、と<sup>118)</sup>。

更に、もう一つの機関争訟の当事者能力の要件である、基本法もしくは連邦最高機関の規則により特別に権限を与えられたその他の機関に、基本法10条審査会が該当しない理由について、判旨は以下のとおり述べる。まず、形式的には、①基本法は基本法10条審査会について明示的に言及していない状況にも関わらず、基本法10条2項2文は、その補助機関を——基本法45b条の防衛監察委員(Wehrbeauftragter)<sup>119)</sup>とは異なり——「連邦議会」とは呼んでいないこと、②基本法10条審査会は、45d条における議会統制委員会のように、連邦議会の義務的委員会(Pflichtgremium)として規定されるものでもないことが挙げられる<sup>120)</sup>。

その上で基本法10条審査会の組織上の位置付けについては、以下のとおり述べる。確かに、基本法10条2項2文に従った機関あるいは補助機関は、議会から選任されるが、これをもって基本法10条審査会がドイツ連邦議会の一部として認定されるものではなく、基本法10条審査会の民主的正統性(demokratische Legitimation)<sup>121)</sup>が確かめられる(のみである)。議会の補助機関の存在は、議会との関係において指示に拘束され、活動報告の法的義務を有する関係に属して

---

116) BVerfGE 143, 1 (14).

117) BVerfGE 143, 1 (14f.).

118) BVerfGE 143, 1 (15).

119) 基本法45b条は、以下のとおり定める。「基本権保護のために、また議会的統制の実行を連邦議会が行う際の補助機関として、連邦議会の防衛監察委員が任命される。詳細は連邦法で定める。」防衛監察委員について、梶基晃「ドイツ国会の防衛オンブズマン」立法と調査290号(2009)103頁以下参照。同、105頁以下によれば、防衛監察委員とは、軍人の基本権の保障を主たる目的として、軍の監視活動を行うことを任務とし、防衛監察委員法により、予告なく軍の施設・部隊に立ち入ることの出る「部隊監察権」をはじめ、強力な「情報収集権」「文書閲覧要求権」などの権限を有する。

120) BVerfGE 143, 1 (16).



いる。確かに、基本法 10 条審査会は、連邦議会のもとに「位置づけられている (“angesiedelt”)」。しかしながら、議員であることが必須ではない基本法 10 条審査会の構成員は、その職務について独立しており、指示に従うものではない (G10 法 15 条 1 項 3 文)。同審査会の構成員は、名誉職であり、断続性の原則に従うものではなく (同条項 4 文)、ドイツ連邦議会に対する報告義務は存在しないと指摘する。そのため連邦憲法裁判所は、基本法 10 条審査会はドイツ連邦議会の組織的権力 (Organisationsgewalt) を規定していない、と結論づける<sup>122)</sup>。

ここでは、基本法 10 条審査会が憲法から直接導かれる存在ではなく、議会の判断に依拠する存在であるとされる一方、民主的意思決定プロセスとの関係、及び構成員・組織・報告義務などの客観的要素を踏まえ、同審査会が議会の組織的権力を有しないことが具体的に指摘されている (なお、それにも関わらず、同審査会が組織上議会に位置づけられている理由を、連邦憲法裁判所は「民主的正統性」に求めている)。

この点については、前述した Gärditz の指摘のとおり、連邦憲法裁判所が権力の機能分立という考え方を、基本権の保障のための国家の情報収集活動に対する統制のメカニズムを説明するために直接用いている点が特徴的である。この点 Zöller は、以下のとおり指摘する。諜報機関は国の存立を守るためにのみ用いられるところ、この目的のために活動するときには「諜報機関自身が民主的な基本秩序の要素」となる。「機関の遮断 (Abschirmung) に関する一般的な国家利益は、統制メカニズムの遮断に関する特定の基準をもたら」すことから、これを目的として、民衆を代理する議会統制委員会・基本法 10 条審査会などが設立される、と<sup>123)</sup>。この指摘は、秘密裏に行われ、公に開示すればその活動の意義が失

121) Legitimation を「正統性」と訳すか「正当性」と訳すかについては、論者によって異なる。トーマス・ヴェルテンベルガー (著) 畑尻剛 (編訳) 『国家と憲法の正統化について』(中央大学出版部・2016) では、統一的に正統性の語があげられている。一方、高橋、前掲注 115)、48 頁以下は、「正統性」とは法の外に由来する支配の根拠であり、正統性と合法性を併せ持つ内実を有する「正当性」とは区別され、Legitimation は「正当性」とすべきであることを唱える。

122) BVerfGE 143, 1 (16f.).

123) Mark Alexander Zöller, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, 2001, S. 286.

われることの多い情報収集活動の統制任務を、基本法10条審査会のような法的独立性と実効性を兼ね備える機関により、手続的な担保をもって実行することの重要性を示唆しているとも言える。権力分立との関係については、後に日本における同種の機関設置の検討に関する箇所でも再訪することとしたい。

では、諜報機関の議会的統制との関係から見て、基本法10条審査会はどのような機能的位置付けにあるか。判旨は、以下のとおり述べる。基本法10条審査会は、最終的に議会的統制機能を行使するものではない。議会的統治システム(das parlamentarische Regierungssystem)は、議会の統制機能を通じて刻印されるところ、政府と行政の議会的統制は、基本法にとって基本的な機能及び組織の原理を示す権力分立の原理を実現する。その際、権力分立の原理は、国家権力の機能の完全な分離を目指しているのではなく、政治的な権力配分、三権の密接な関連性(Ineingreifen)、国家権力の抑制という結果を含む結果的な相互の統制と制限を目指すものである。その点で、議会的統制は政治的統制であり、行政上の超過統制(Überkontrolle)ではない<sup>124)</sup>。G10法の適用領域において、政治的統制は議会統制委員会の義務である。議会統制委員会は、G10法の執行を通じて一般的な統制を果たすため、各省からの報告に基づいて、ドイツ連邦議会に毎年、措置の実行・種別・範囲について報告する(G10法14条1項2文)。その際は、個別の事例ではなく、制限措置と原則をめぐる問題の全体観(die Gesamtübersicht der Beschränkungsmaßnahmen und Grundsatzfragen)が重要となる<sup>125)</sup>。それとは逆に、基本法10条審査会は具体的な制限措置の許容性と必要性に関し、行政権の機能領域(Funktionsbereich der Exekutive)において、すなわち「実効的な」領域において活動することとなる。基本法10条審査会の統制は、制限措置に伴い獲得した個人関連データの収集・加工・利用の全プロセスの手続保全についての体制として、個別の事案の中での連邦省の制限措置の命令のチェックにまで及ぶ(G10法15条5項)。その際、基本法10条審査会は、所轄の連邦省及び連邦諜報機関の見解に対してその決定を支え、規定の実情を自ら解明するものではない。基本法10条審査会は、継続的かつ包括的な法的コントロール

124) BVerfGE 143, 1 (17).

125) BVerfGE 143, 1 (17f.).

ールを通じた中立的官庁として運用される<sup>126)</sup>。基本法 10 条審査会は、そのほかに、連邦議会の審理と決定の任務には参加しない、と<sup>127)</sup>。

ここで連邦憲法裁判所は、前述した議会統制委員会と基本法 10 条審査会の機能の差を強調することで、基本法 10 条審査会が議会的統制の機能と切り離されていることを論証した<sup>128)</sup>。

## VI 日本における国家の情報収集活動の統制機構導入へ向けたアプローチ

ここまで、基本法 10 条審査会の組織と機能を中心に、ドイツにおける諜報機関の個別的統制についての議論の一側面を見てきた。ただし、あくまで筆者の問題関心は、基本法 10 条審査会をはじめとする諜報機関の統制機構について分析し、テロリズムに対抗する国家的監視活動に対する多角的統制手段の組織的・手続的側面の一として、日本への示唆を得る点にある。

そこで注目したいのが、基本法 10 条審査会当事者能力決定で言及された、基本法 10 条審査会の位置付けに関する点である。連邦憲法裁判所は基本法 10 条審査会を、形式的には議会に属する一方、実際は行政の機能領域において活動する独立的・中立的且つ独自の存在と解するが、日本において情報収集活動の個別的統制機関を新たに設置すると仮定した場合、この論述がどのような示唆を与えるか、考えていきたい。

まず、ドイツでは基本法 10 条 2 項により、裁判上の手段に代えて情報収集活動の個別的統制を行う機関を「議会の選任した機関及び補助機関」とする明確な

126) BVerfGE 143, 1 (18f.).

127) BVerfGE 143, 1 (19).

128) なお、本稿では大きく取り扱わないが、判旨では最後に、基本法 10 条審査会と憲法異議について、基本法 10 条審査会により果たされる統制活動は、機密的国家的な監視措置の適法性を手続的に守る統制であり、「組織的及び手続的な予防措置」として基本法保護に役立つ。しかしながら、基本権の保護領域は、機関争訟における基本法 10 条審査会を通じて有効に完成したものとなることのできるのではなく、憲法異議手続に委ねられると述べた (BVerfGE 143, 1 (19f.))。

定めがあるが、日本において同種の機関を設けることを想定する場合、組織上、①立法府に附帯する機関とする、②行政府に附帯する機関とする、③全く独立した機関とするという三つの選択肢が想定される。このうち、③については、従来むしろ独立性を有する委員会の存在の違憲性を論じるにあたって批判的に主張されてきた見解であり<sup>129)</sup>、現在の日本においては理論的基盤を欠くといえ、またそのような事態を踏まえて尚この立場に立つべき明確な理由を、現時点で筆者は有していないことから、今回は検討の対象外としたい。

では、情報収集活動の個別的統制を行う機関を日本に設置するとして、①立法府に附帯する機関とする場合と、②行政府に附帯する機関とする場合とで、それぞれどのような課題が見いだされるか。ドイツの例を契機として、以下論ずる。

### 1. 立法府に附帯する個別的統制機関設置の課題——権力分立

国家的な情報収集活動の統制機関を立法府に附帯する機関とする場合、最大の課題は、実質的機能は行政のものであるにも関わらず、民主的正統性の観点から議会に設置することが権力分立に反しないのか、ひいてはこの前提となる権力分立とは何か、という点である。ドイツでは、憲法上の要請として議会に附帯することが明確にされていた機関について、裁判所が基本法10条2項2文に内在する立法裁量を認めた上で、その機能を行政のものであると判断したこと、及び権力の機能分立の考え方をを用いることで、この点が全面的に問題にされることはなかった。しかし、日本で新たにこのような機関を設置すると仮定する場合、まずこの点が問題となる。

この課題を考えるにあたって、重要な示唆を与えるのが大林の見解である<sup>130)</sup>。大林は、アメリカの9.11独立調査委員会の分析を通じて立法府に帰属する独立調査委員会の可能性を探る中で、以下の問題提起をする。独立調査委員会の制度が「立法によって創設され、立法府に帰属していることを鑑みると、それは結局立法府による執行特権の統制になるのではないか」という疑問が浮かんでくる。そうであるとすれば、抑制と均衡の補完という位置付けではなく、立法府主導によ

129) 塩野宏「行政委員会制度について」日本学士院紀要59巻1号(2004)10頁以下。

130) 大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権』(成文堂・2008)208頁以下。

る執行特権の統制という位置付けになる」<sup>131)</sup>。「形式的従属性と実質的独立性を持つ独立調査委員会」の理解について、「新たな権力分立論を展開する必要性を生じさせるものである」、と<sup>132)</sup>。大統領の権限が強く、裁判所においても執行特権が語られるアメリカと、大統領の権限が限定的なドイツ<sup>133)</sup>、そして大統領制を有しない日本とは様相を異にするため、この争点をそのまま本稿の議論に適用することはできない。しかし、独立した第三者機関の議会への形式的従属と、機能面での独立性という議論は、まさしく本稿におけるここでの中心的争点であり、大林が述べるように「新たな権力分立論を展開する必要性」があるといえると考ええる。

ここに言う「新たな権力分立論」について検討するためには、権力分立に関する事項を網羅的に論じた上で議論する必要があるが、本稿はその任に堪えるものではない。ここでは、現在日本で取り上げられている権力分立に関する議論のうち、立法府に附帯する行政の個別的統制機関の可否を論ずる端緒となりうる主張に触れながら、若干の考察を試みるに留める。

日本における伝統的な権力分立論は、行政権に対し控除説を採ってきた。控除説は行政の多様性を網羅するために積極的な定義が困難である、という消極的理由に依拠するため、複数の論者が積極的な定義を試みてきたが、その結果は一部の行政作用が脱落する定義となるか、あるいは形式的には積極的な定義をしているものの実態は控除説と相違ない定義に留まるか、このいずれかであったように思わ

131) 同上、226頁。アメリカの執行特権 (executive privilege) という考え方は、「大統領が議会や裁判所から情報開示要求を受けた際にこれを拒絶する権限」を意味し、1974年の U.S. v. Nixon 連邦最高裁判所判決により言及されている。

132) 同上、229頁。

133) ドイツでは連邦大統領は中立的存在であり (基本法 55 条 1 項)、連邦大統領の命令及び処分を有効にするためには連邦首相又は所轄の連邦大臣の副署 (Gegenzeichnung) を必要とする (同 58 条)。これは、ワイマール期の反省を生かすものである。山岸は「連邦大統領は、ワイマール期のライヒ大統領、フランスやアメリカの大統領に比べて圧倒的に地味な存在となった」と指摘する (山岸喜久治「ドイツ連邦共和国大統領——平常事務と緊急権限——」宮城学院女子大学 22 号 (2013) 68 頁)。兵藤は、ドイツの大統領制を「象徴大統領制」、アメリカの大統領制を「執政大統領制」と理解する (兵藤守男「ドイツ連邦共和国大統領制」法政理論 30 卷 3 号 (1998) 4 頁)。基本法 10 条審査会当事者能力決定の被申立人も、連邦政府ならびに連邦首相官房である。

れる。そして、行政権の積極的定義付けの試みは、その実益の乏しさから、十二分に議論が尽くされてきたとは言い難い争点でもある。この点について毛利は、行政権の積極的定義を試みた戦後行政法の大家・田中二郎の主張を取り上げ、以下のとおり指摘する。行政権の積極的定義付けという争点は、「もしそれが学会の存在理由を賭けた問題なら、次々と新しい提案が出てきてしかるべきである。田中が孤立した主たる要因は、行政法の存立には行政の積極的定義が必要だと言う彼の問題関心が全然共有されなかったことにあり、田中二郎自身の行政法理論体系との関係で見ても、「この積極的定義は彼の行政法学の中身にほとんど影響を与えていない」と<sup>134)</sup>。

しかし現在では、行政権領域の明確化の要請は、憲法学の領域から強く主張されている。村西は、我が国における「伝統的通説の関心事は、「権力相互の抑制」ではなく、もっぱら「行政権の抑制」であり、「この通説的思考を導く前提は、明示的でないにせよ、国会が国民によって直接選任された唯一の国家機関である事、すなわち、国会が内閣より高度な民主的正統性を有していること」にあり<sup>135)</sup>、控除説に対して「その複雑多様性はひとり行政権にのみ具わる特質ではあり得ない」ことを指摘する<sup>136)</sup>。このような観点から、高度の政治的決定を本質的要素とする「執政権」を中心に、内閣の憲法上の任務領域を再構成しようとする説が主張されている（執政権説）。これに対して、行政権とは「法律の執行」をその任務とする説（法律執行説）を主張する見解がある。毛利は、「国家権力をどのように行使すべきかは国民代表たる議会在国民の中の議論をふまえて定める法律によって初めて決まるのであって、それなしに行政権が国民に働きかけることを正当化する根拠はない」ことを本説の根拠として挙げる<sup>137)</sup>。

この議論を、立法府に附帯する行政の個別的統制機関の可否という観点から見ると、非常に興味深いことが分かる。控除説と法律執行説は、実質的には行政権の任務の広狭という観点、理論的には立法府と行政府の役割分担をどのように解

---

134) 毛利透『統治構造の憲法論』（岩波書店・2014）236頁以下。

135) 村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学90号（2005）228頁。

136) 同上、229頁。

137) 毛利、前掲注134)、241頁。



すべきかという観点、その両者において対極的である。しかし、執政権説のように排他的に行政権に属する権限が存在することを明示する、という立場に立たないという点では、控除説・法律執行説は共通している。控除説では立法府・裁判所の権限を除くものが、法律執行説では法律を通じて立法府から委ねられたものが、それぞれ行政権の内容とされるからである。そうだとすれば、立法府に附帯する行政の個別的統制機関の存在を許容することが、理論的に最も困難であるのは、執政権説であるといえる。このことは、単に各説の限界を示す以上の意義を有する。ここで明らかになるのは、立法府に附帯する機関が行政府の個別具体的判断を覆す権限を保有することを具体的に想定すると、行政府の本質的あるいは中核的な権限を想定するかはさておき、立法府の機能が拡大解釈されることになるのではないか、という問題意識である。

このような問題意識は、行政の権限の強化・拡大傾向が続いてきた戦後の我が国の公法学においては、大きな注目を浴びて来なかったように思われる。ドイツの議論を参考に、立法府と行政府の「協働執政」を論ずる村西の主張は、このような問題意識に一つの解決の糸口を与えるものであるが<sup>138)</sup>、仔細な検討は別の機会に行うこととして、本稿では以上の議論を踏まえ、立法府に附帯する個別的統制機関の設置に対する二つの懸念を提示するに留めたい。

一つは、立法府に個別の行政判断を判定させるという過大な負担を課すことで、結果として機能不全が生じる懸念である。行政府は、法律によれば、その組織を(理論上は)ほとんど限界なく拡大しうるが、立法府は議院の組織が憲法上規定されており、物理的な限界が存在するため、機能不全を生じさせないためには組織的な工夫が必要であろうと思われる。この点は、前述した基本法10条審査会の組織のように、個別的な統制を行う機関を中立的な構成員により組織し、当該構成員を間接的にでも議会が選任するという形態を採用することの副次的な効果として、一定程度回避することはできるであろう(なお、この選任方法の第一義的な効果は、無論民主的正統性の担保である)。

もう一つの懸念は、多数派による判断に馴染まない判断を、立法府が民主的正

138) 村西良太『執政機関としての議会——権力分立論の日独比較研究』(有斐閣・2011) 参照。

統性の名のもとに一義的に正当化してしまうことへの懸念である。冒頭に述べたとおり、筆者の問題関心である「テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の統制」の主眼は、大規模なテロの発生あるいは発生の危惧に対する不安を根拠として、テロを含む犯罪の嫌疑が全くない（が、テロリストと同一の国籍や信教を持つ）少数の者の憲法上の権利を、多数派が侵害するという事態の回避である。しかし、立法府に附帯する機関が行政の判断を個別具体的に統制する場合、立法府が行政府の行為を、民主的正統性を根拠として裏付けてしまうともとれる。そこで多数派の「暴走」が生じる危険性は、無視できるものではない。ドイツではこれらの事態を回避するため、基本法10条審査会を、会派的な特徴を有する議会統制委員会の下部組織でありながら、独立性・中立性を有する機関として位置づけている。しかし、このような組織的構造を採用しようとする場合、基本法10条審査会当事者能力決定で連邦憲法裁判所が論じたとおり、個別的統制を行う機関（ここでは基本法10条審査会）が立法府の機関であるといえるのか、という別の問題が生じる。「行政の機能領域において働く立法府に附帯する機関」という権力の機能分立論を前提とした説明が、現在の我が国の立法過程において受容されるためには、更なる理論の精緻化が必要である。

結論として、日本において国家の情報収集活動を個別的に統制する機関を、立法府に帰属させようとする場合、「立法府と行政府の管轄範囲」という権力分立論上の課題に対するアプローチを必要とし、このアプローチをとるためには「新たな権力分立論」について網羅的且つ精緻な議論を要する、と筆者は考える。

## 2. 行政府に附帯する個別的統制機関設置の課題

### — 独立性・中立性・民主的正統性

次に、国家的な情報収集活動の個別的統制機関を行政府に附帯する機関とする場合、中心的な課題は、機関の独立性・中立性・民主的正統性の確保にあると考える。ドイツでは、連邦議会議員から構成される議会統制委員会から任命される基本法10条審査会は、立法府に附帯することで民主的正統性が認められ、組織的帰属の点で行政から独立している。また中立性について、連邦憲法裁判所は前述のとおり、継続的かつ包括的な法的コントロールを通じた中立的な官庁として

審査会が運用されることで保たれると解する。

日本において行政府に附帯する機関としての情報収集活動の個別的統制機関設置を仮定すると、その性質はいわゆる広義の独立行政委員会に該当することとなるであろう。現行の独立行政委員会は、戦後アメリカの占領下で設置され<sup>139)</sup>、占領終結後その多くは廃止された。占領下での行政委員会設置要請の根拠は、官僚機構の民主化という実質的な民主的正統性の確保にあった。現在設置されている広義の独立行政委員会は、「一定の行政分野においては内閣からの政治的影響を排して公立中立な法執行を確保する必要がある」こと<sup>140)</sup>、すなわち独立性・中立性の確保を存在理由としている。ここから独立行政委員会を定義づければ、「独立性・中立性を有し、特定の行政任務を行う合議制の機関」であるといえる。この定義には、本稿でこれまで論じてきた国家の情報収集活動の個別的統制機関を包摂しうる。

独立行政委員会の民主的正統性・独立性・中立性については、これまで複数の先行研究が検討を加えている。本稿では、立法府に附帯する国家の情報収集活動の統制機関の検討と同様、本稿の関心に沿って日本における議論の一端を垣間みることにしたい。

#### (1) 日本の独立行政委員会と基本法 10 条審査会

まず、独立行政委員会の独立性・中立性を説明するにあたっては、議会に附帯する基本法 10 条審査会の独立性を論ずる時と同じく、組織と機能の両側面が重要である<sup>141)</sup>。合議制の結果として独立性は当然に担保されるとする見解もあるが<sup>142)</sup>、独立行政委員会固有の独立性を根拠付ける要素は、この点に留まらない。

独立行政委員会の独立性に関する先行研究として注目すべきは、駒村の議論であろう。駒村は、独立機関の独立性に関する学説の類型として、①厳格な権力分

139) 塩野、前掲注 129)、3 頁以下。

140) 毛利、前掲注 134)、242 頁以下、宍戸常寿「パーソナルデータに関する「独立第三者機関」について」ジュリスト 1464 号 (2014) 19 頁。

141) 神崎一郎「行政委員会の意思決定」千葉大学法学論集 28 卷 1・2 号 (2013) 174 頁以下。

142) 佐藤功『行政組織法 (新版・増補)』(有斐閣・1985) 267 頁以下。

立観を前提に、独立機関を認めない独立機関否定説 (Executive Agencies 論)、②柔軟な権力分立観を前提に、独立機関を議会の「一部」として行動する機関と捉える説 (Arm of Congress 論)、③柔軟な権力分立観を前提に、独立機関を大統領と議会の双方の統制権・管轄権の競合・調整の結果として独立性を肯定する説 (Fourth Branch 論) の三つを分析するが<sup>143)</sup>、本稿の立場から注目したいのは、独立性と中立性の関係に関する分析である。駒村は、各説の「独立性」概念の基底には、政治過程における独自の「中立性」概念が存在しており、その「中立性」概念の中に既に所論の「独立性」概念の胚胎が看取出来る」と考察した上で、「独立性」概念を「中立性」概念の制度論上の帰結・反映と分析し、国語的意味から逸脱した「独立性」「中立性」の「魔語」の仮面を取り除いたところには「議会従属型制度構想と統制権競合型制度構想という二つの対立する制度構想」の存在があると分析する<sup>144)</sup>。

独立性とは異なる位相において、実質的要請との関係から中立性に言及する見解もある。原田大樹は、「行政委員会の内部構造の多様化により、現在では「委員会」という名称は、必ずしも行政委員会のみが付されるわけではなくなっている」が、このような機関を「委員会」という名称の組織」として新設することは、「古典的な間接民主制に基づく統治・行政過程をいわば「開放」することを意味する」インパクトを持つ、と解する<sup>145)</sup>。このような「開放」の正当化は政策課題の専門性・中立性・民主性に根拠づけられるところ、このうち中立性が要求される根拠について、原田は、「私人の権利に対して行政機関が強度の侵害作用をもたらしたりする場合には、裁判類似の慎重な判断手続が要求され、その際には通常の官僚機構から一定の独立性を有する機関、あるいは当該介入作用に直接関わらない判断者が手続を主催する必要性が高くなる」ことを実質的理由として挙げる<sup>146)</sup>。

日本における独立行政委員会の議論のうち、独立性・中立性に関する視点は、

---

143) 駒村圭吾『権力分立の諸相』(南窓社・1999) 84頁以下。

144) 同上。

145) 原田大樹「行政委員会」法学教室 458号 (2018) 78頁以下。

146) 同上。

本稿に奇妙なインパクトを与える。それは、独立行政委員会の文脈で論じられる独立性・中立性の要素が、本稿で論じてきた基本法10条審査会に関する独立性・中立性の要素と、その内容を同じくするように思われることである。このことから、行政府と立法府、どちらに附帯する機関として国家の情報収集活動の個別的統制を行う機関を考えるべきか、という問題意識について論ずるにあたり、独立性・中立性の要素に着眼することは本質を見誤ることになりかねないように思われるのである。

一方、組織的観点においては最も大きな相違と思われる、民主的正統性の観点についてはどうか。独立行政委員会と民主的正統性の関係については、行政法領域において日本特有の課題が指摘されている。塩野宏は、日本における戦後の行政委員会制度の導入は制度こそアメリカのそれを模範としているものの、新たな経済規制への対応としてこれを導入したアメリカと異なり、「専ら、戦後の日本の行政の民主化の一環として捉えられてきた」と指摘する一方、当時の学壇においてはその民主化の根拠が明確に論じられて来なかったという<sup>147)</sup>。この「民主化」の内容を具体的に論ずる鶴飼信成は、英米法における行政法の発達を継受する戦後の日本の行政委員会について、答申の内容に法的拘束力がなかった戦前の委員会と比較して、「戦後の行政委員会は、自ら最終的な決定をする権限をもつ合議制の官庁であり、そのようなものが採用されるようになったところに、戦後行政の民主化の姿がみられる」と述べている<sup>148)</sup>。鶴飼の理解によれば、ここでいう「民主化」とは、立法府の民主的正統性に類似するような組織的権威の裏付けを想定しているのではなく、あくまでも行政府と比較した行政委員会の意思決定のあり方の変化を想定しているといえる。塩野が指摘するのは、このような「民主化」が一体いかなる根拠に基づいて受容されたのか、という(外国法の継受を超える)理論的な理由についての議論が不足していたことであろう、と推察される。日本型の行政委員会を制度と組織の観点から紐解く行政学者・伊藤正次も、同旨の見解を示す。伊藤は、行政委員会が導入された占領期の日本では、

---

147) 塩野、前掲注129)、8頁。

148) 財団法人日本法律家協会『準司法的行政機関の研究』(有斐閣・1975)293頁以下〔鶴飼信成〕。

「戦前の天皇制と結合した「絶対主義的」・「中央集権的」な「官僚行政」を打破し、行政機構の「民主化」を推進するうえで、行政委員会制度の導入は不可欠の要素である」とする主張が有力であったものの、占領終結とともに行政の「民主化」を掲げる議論は「ほとんど顧みられなくな」り、機能の観点を重視する議論へと移行したと分析する<sup>149)</sup>。

このように、日本の独立行政委員会における「民主的正統性」を語るにおいては、この極めてドメスティックな歴史的観点を除いて説明することはできず、また「民主化」の理論的根拠が未だ不明確であるという特徴があるが、そのことは現代において、占領期の「民主化」論が直接行政委員会の存立根拠となっているということの意味するのではない。むしろ、この歴史的観点のうち、体制変動が行政の民主化の要請を齎したという要素は、現代の行政委員会における民主的正統性について、国家体制のあり方、ここでは議院内閣制の点から論ずる、という広く受容された問題提起の手法を裏付ける意味を持つと筆者は考える。

## (2) 具体的機関の想定——若干の考察

以上の検討を踏まえ、具体的に日本において、行政に附帯する国家の情報収集活動の統制機関を設置するとしたら、どのような形を想定することができるだろうか。

冒頭に検討した日本の「国家公安委員会」を中心に考えてみたい。国家公安委員会は、上述した広義の独立行政委員会に分類される。ただし、厳密には国家公安委員会の長は管轄の大臣であり、この意味で宍戸は国家公安委員会を「他省庁との調整・交渉の円滑を図る」ために「中立性・独立性を一定程度後退」させた「大臣委員会」であると表現し、世界各国のプライバシー・コミッショナー（ドイツで言えば、行政に属する前述のBfDI）に相当する機関を日本で設置するにあたっては、国際的な要求に応えるためにも、「独立性の高い監督機関」として「通常の独立行政委員会の形態の採用が順当」であろうことを述べる<sup>150)</sup>。

---

149) 伊藤正次『日本型行政委員会制度の形成』（東京大学出版会・2003）9頁。

150) 同上。



本稿は宍戸の見解の趣旨に賛同するとともに、プライバシー・コミッショナーだけではなく行政の情報収集活動の個別的統制機関についても、これを行政府に設置するにあたっては、独立性・中立性の観点から、通常の独立行政委員会の形を採用することが理想的であると考え。ただし現実的には、現行の監督機能との関係から、国家公安委員会を活用することも視野に入れるべきであると思慮する。

実は、前述した2001年の警察法改正にあたっての国会審議で、①警察の監視機関を新たに設置することが既に検討されている。当該機関の設置が見送られた理由は、「警察の組織や業務に精通している者が当たらなければ実効ある監察とはならないこと、職員の不祥事の調査は捜査活動と密接に関連する場合も多いこと、監察と人事の緊密な連携が不可欠であることなどから、警察以外の機関が監察を行うことは適当でない」ことであった<sup>151)</sup>。同時に、②国家公安委員会が自ら監察を実行する機関となる仕組みについても検討されたが、「公安委員会の役割は大局の見地から警察運営の適正を図るということにあり、このため、公安委員には原則として警察事務の専門家でない有識者が充てられ、個々具体的な警察事務の執行に当たることなく警察の事務の執行を監督すること」という従来の見解が堅持され、これも見送られたという経緯がある<sup>152)</sup>。しかし、本稿は②に関して、公安委員会の役割を「大局の見地」に限定することへの疑問を既に提示しており、「個々具体的な警察事務の執行」にあたることは適当でないにしても、一定の条件のもとでの実効的権限を有した統制を「警察の事務の執行の監督」の一形態として実施する可能性も捨て置きえないと考える。

## Ⅶ むすびに代えて

以上、本稿では、ドイツの基本法10条審査会を中心に、個別的統制を担う国家の情報収集活動の統制機構について、組織的・手続的観点を中心に論じ、不十分ながら我が国における具体的な統制機関の設置に関する課題にまで言及した。

151) 滝澤、前掲注31)、37頁。

152) 同上。

本稿のむすびに代えて、日本における国家の情報収集活動の統制機構設置議論の必要性・緊急性について、近年の立法との関係から言及するとともに、今後の研究課題について述べておきたい。

## 1. 法制審議会特別部会における議論

国家の情報収集活動を監督・統制する第三者機関設置の必要性については、後述する通信傍受法改正に繋がった「法制審議会 新時代の刑事司法制度特別部会(2011年6月29日～2014年7月9日)」においても議論がなされている<sup>153)</sup>。令状を前提としない諜報活動や予防的警察活動についてではなく、令状を必要とする通信傍受についてもこのような議論がなされていることは、注目に値する。

ここで取り上げたいのは、本特別部会第20回会議における、弁護士・青木和子と日本の通信傍受法制に影響を与えた刑事訴訟法学者・井上正仁<sup>154)</sup>の議論である。青木は、「実際に通信傍受が本当に適正に行われているのかということについて、もちろん事前に裁判所の令状があって、あるいは不服申し立てという制度はありますけれども、それ以外に、国民の立場からすると、誰かがその適正さについてしっかり監視をしているという仕組みが必要なのではないか」という問題意識から、「何らかの第三者的な機関を作って、もちろん守秘義務がある者によって構成される機関で、そこに対してはもう少し詳しい報告をする、説明をする。そしてその説明されたものについて、本当にそのとおりなのかどうかについて検証出来るような機関」を作るべきだと述べる<sup>155)</sup>。

青木の主張に対し、井上は、「現行の通信傍受法では、裁判官、裁判所が関わ

---

153) 同部会の議事録及び配布資料について、法務省ホームページ (<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi03500012.html>、2019年7月6日最終閲覧) 参照。齋藤由紀「法制審議会の審議方法について：通信・会話傍受を中心に」関東学院法学23巻4号(2014)177頁以下、岩田研二郎「法制審議会「新時代の刑事司法特別部会」の答申の問題点」法と民主主義490号(2014)32頁以下参照。

154) 通信傍受に関する井上の主張について、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣・1997)、同『強制捜査と任意捜査(新版)』(有斐閣・2014)第三章参照。「盗聴法案を丸ごと容認する」井上の理論には、批判も多い(川崎英明「盗聴法と令状主義」奥平康弘／小田中聡樹(監修)『盗聴法の総合的研究』(日本評論社・2001)94頁参照)。

155) 第20回議事録、24頁以下。

ることによって適正を担保するという仕組みが結構手厚く作られていると思うのですが、それで足りないところはどこなのでしょう。またそれで足りないということを示す立法事実はあるのですか。」と問うた上で、第三者機関<sup>156)</sup>を「設けても、常に全件を詳しく見るというようなことは現実に不可能ですので、何らかの申立てとか疑いがあるときに発動される。それと、我が国の現行制度のように、当事者に不服があるとか、何らかの理由があって裁判所に異義（筆者注：原文ママ。正しくは異議）が申し立てられ、裁判官、裁判所によって審査されるというのとで、どこがどう違ってくるのか、私などにはよく分かりません」と述べている<sup>157)</sup>。

本特別部会には「いくら意見を述べようとも、基本構想と掛け離れた、法務省の意図するものとは違うものは、採り上げてもらえない」構造になっているという批判があり<sup>158)</sup>、議事録からも政府の意向と対立する委員・幹事の憤懣が看取されるところであるが<sup>159)</sup>、井上の指摘はそのような文脈に位置づけられるべきものではなく、説得力のある反論である。裁判所による統制が十分に及んでいるのであれば、そもそもこのような統制機構を置く必要性がないのではないか、という問題提起は、本稿で論じてきたドイツの諜報機関の監視が令状主義のもとになく、基本法 10 条審査会が「裁判上の手段」に代わるものとされているということから見ても、極めて重要なものである。ここでは、この問題提起に対する本稿の立場からの応答を試みたい。

---

156) ここで井上は「オーストラリアのオンブズマン」を例として挙げる。想起されているのは、同特別部会第 11 回会議（同議事録 10 頁以下）で、弁護士の小坂井久が述べた主張である。小坂井は、通信傍受のような「強力な捜査手法」が「捜査機関に対する強い信頼感とセットでなければ、到底、成就しない」ことを述べた上で、自身が参加していた国家公安委員会委員長研究会において取り上げられたオーストラリアのオンブズマンの事例を参考に、「令状の全てからチェックできるシステムになっており、中身の情報も全部見られる」「第三者の独立した機関」が「説明責任を果たす」ことの必要性に言及する。

157) 前掲注 155)、25 頁。

158) 齋藤、前掲注 153)、179 頁。

159) たとえば、第 21 回議事録、27 頁以下では、弁護士で元日弁連会長の宮崎誠が、部会長の指名による参加者の発言について、捜査関係者側の発言回数が「極めて多く」、「日弁連委員は手を挙げていたのにもかかわらず」指名されないとして、議事進行の「妥当性」「公平性」を求めている。

## 2. 私見——国家の情報収集活動の分類と統制手法

筆者は、現行の令状主義に基づく統制と、新たな個別の統制機構による対処の必要性という観点から、現在の日本で行われている国家の情報収集活動を四つの領域に分けることができると考える。

第一に、令状主義が及ばない領域の国家による監視の領域がある。いわゆる予防的警察活動における情報収集や諜報機関の活動はこれにあたり、冒頭に述べたとおり、日本でもこのような活動は行われている。この領域については裁判所による統制下になく、本稿で論じてきたドイツの諜報機関の例と同様の視点から、個別の統制機構を置く必要性が高い。

第二に、通常どおり令状主義が妥当する領域がある。捜査の一環たる搜索等が、その例である。この領域では、令状発布にあたっての司法審査も、執行の際の令状提示も、通常問題なく行われ、憲法35条の要求する令状主義が充足されるといえる限りは、第三者機関による統制の必要はない。

第三に、令状を取得するにたる嫌疑を前提としているものの、令状主義が完全に充足されているか疑問のある領域がある。例えば、令状の事前呈示が事実上不可能な、秘密的捜査（前述の通信傍受や、GPS捜査など）の領域である。この領域については、GPS捜査大法廷判決が、令状主義の趣旨を満たすことができない虞のあるGPS捜査の性質から、令状に代わる手段による手続的担保を容認する見解を述べたように<sup>160)</sup>、通信傍受の領域においても、そもそも令状を用いた法制度が適正に機能しているといえるのか、という点にまずは立ち返る必要がある。筆者は、通信傍受令状の発布は、裁判所が当該捜査の必要性を法的に確認するという意味では機能しているものの、通信の当事者に対する事前の令状呈示を行わない点を補完する法的制度が存在しないことが問題であると考えている（通信管理者への事前の令状呈示や、当事者への事後の通知をすることでは足りず、執行前に令状呈示と同様の効果を有する手続的担保が必要である）<sup>161)</sup>。基本法10条審査会のような第三者機関を経由した手続は、この補完的制度の一選択肢となりうる。しかし井上のように、通信傍受令状の運用で十分であると理解す

---

160) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号279頁以下。

る論者に対しては、むしろ、この第三の領域と、次に述べる第四の領域が区別できないことから、遺漏なく手続的担保を及ぼすためには、第三の領域についても第三者機関による統制が必要である、と応えるべきであろう。

その第四の領域とは、形式上は令状を取得しているものの、その実態として令状による対象の特定が適切に行われぬ領域である。井上の見解は、少なくともこの第四の領域を想定していないように思われるが、近年の改正通信傍受法や改正組織犯罪処罰法は、この第四の領域を生み出している、と筆者は考えている。

2019年6月1日より施行された改正通信傍受法（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律、以下通信傍受法）は、従来通信事業者の立ち会いのもとで実施していた通信の傍受の一部が、特定電子計算機を通じて警察内部において可能となった（通信傍受法23条）。これは、「特定電子計算機の機能等により、立会人がある場合と同程度に通信傍受の適正が確保される」ことをその根拠とする<sup>162)</sup>。2016年12月1日に通信傍受の対象犯罪がほとんどすべての犯罪に拡大され（同3条）<sup>163)</sup>、また従来から傍受中の別件捜査が許容されている状況下で（同15条は、同3条により対象とされる罪のほか、「死刑若しくは無期若しくは短期一年以上の懲役若しくは禁錮に当たるものを実行したこと、実行していること又は実行することを内容とするものと明らかに認められる通信が行われたとき」は、傍受令状に記載されている犯罪以外についても傍受が可能であると定める）、警察内部における傍受を許容することには、令状の趣旨を潜脱する危険性が高い。

また、2017年7月11日に施行された改正組織犯罪処罰法（組織的な犯罪の処

161) この点、井上、前掲注154) (2014) 159頁以下は、令状の呈示を憲法35条（令状主義）ではなく憲法31条（適正手続の保障）の要請と解し、事後的であっても不服申立の機会が与えられればよいとする。本稿はこの見解への応答をなすものではないが、仮にこのような立場に立つとしても、現行法上令状の事前呈示が必要とされている通常の捜索・押収との関係において、事前の令状呈示を行わないことが許されるためには、少なくとも当事者への事前の令状呈示と同視しうる手続的担保が必要とされるように思われる。令状主義については、稿を改めて論じたい。

162) 鶴鶴昌二「時代に則した新たな司法制度の構築 取調べの録音・録画制度の導入、合意制度の導入、通信傍受の合理化・効率化、弁護人による援助の充実化等」時の法令2017号（2017）19頁。

163) 対象犯罪拡大の合憲性について、川出敏裕「通信傍受法の改正について」東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 10（2015）103頁以下。

罰及び犯罪収益の規制等に関する法律)は、同6条の2において、テロリズム集団その他の組織的犯罪集団の団体の活動の計画のための準備行為として、「資金又は物品の手配、関係場所の下見その他の計画をした」場合に、五年以下の懲役又は禁錮とする、いわゆるテロ等準備罪(同条1項)を定めた。この規定を上述した通信傍受法の別件捜査の範囲と併せて見ると、ある者について、一旦何らかの嫌疑で傍受令状を取得することが出来れば、その者が買い物や預金の引出し、外出全般を行い、あるいはそれを行おうとすることを内容としている限り(言い換えれば、日常的な社会活動を行っているだけで)、理論上はあらゆる範囲の通信傍受が可能となりうることになる。

これが、筆者の述べる第四の領域である。第三の領域に属する捜査と、第四の領域に属する監視は、裁判所による令状発布の段階では区別することが出来ないため、事前・事後を通じて国家の情報収集活動を統制する独自の第三者機関の存在が必要となると考える<sup>164)</sup>。

このように、本稿において論じた国家の情報収集活動を個別に統制する第三者機関は、第一の領域(諜報活動・予防的警察活動)における情報収集活動についてはもちろん、第三(対象が限定された秘密的捜査)と第四の領域(取得した令状を契機として行う秘密的捜査を通じた無限定になりうる監視)における情報収集活動についても統制対象とするものとして、我が国においても具体的に設置を検討すべきであると筆者は考える。

### 3. 今後の研究課題

筆者はこれまで、テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動を多角的に統制する手段を研究してきた。本稿で取り上げた諜報機関の統制機構の議論は、

---

164) 現行法上、第三者機関による統制は行われていないが、指揮という意味では国家公安委員会規則である通信傍受規則6条が、「傍受の実施及び再生の実施並びにこれらに付随する事務に従事する職員に対して、適正な傍受の実施及び再生の実施に必要な指導教養を行う」傍受指導官の設置を求める。しかし、これはあくまでも所掌の警察本部に所属する警察官から指名されるものであって、内部的存在である。また「指導教養」が行われるということは、適正な傍受や再生の実施が損なわれていた可能性があるともとれるが、その内容が外部に明確にされる方途は定められておらず、傍受指導官の機能を検証することもできない。



国家の情報収集活動をその執行過程において統制することができるという点、及び、性質上事前の通知が出来ず裁判上の手段による権利保護が困難な秘密的情報収集を、組織的・手続的に統制することができるという点で、日本の現状を踏まえても一考の価値がある重要な統制手法の一つであるといえる。また、諜報機関と接近する警察的権力に対する統制手法としても、この議論を適用する可能性があることは、前述したとおりである。

最後に、筆者の今後の研究課題を明らかにするため、冒頭に述べた仮説に立ち戻りたい。

本稿冒頭では、仮説2として、「執行機関たる行政府と、統制機関たる立法府・裁判所の関係という視点から、多角的な統制手段を相互に有機的に結びつけるべきではないか」という命題を提示した。この命題に対し、本稿では、統制機構が国家の情報収集活動の手続的統制として機能するためには、その組織的位置付けを国家の統治機構（特に、行政府・立法府）との関係で明確にすることが重要であることを論証してきた。この議論から今後の研究課題を明らかにするにあたり、注目したい点が二点ある。

一点めは、本稿で取り扱った種類の統制機構の権限が、情報の収集・加工・利用等の情報管理の全プロセスに影響を与えるものでありながら、その重心が国家の情報収集活動の実施及び通知の統制に置かれている点である。「多角的な統制手段を結びつける」という仮説2の観点から見ると、ここには二つの意味を見いだすことができる。一つは、国家による情報管理の端緒として情報収集活動の統制が極めて重要であるということ（令状主義との関係で統制機構論を捉えることは、この点を再確認することにも繋がる）。そしていま一つは、情報収集に関する法的統制とその後の情報管理の過程（加工・蓄積・利用等）に関する法的統制は密接に関連するが、その効果が最大限発揮される制度の形態は異なると推定されるということである（例えば、膨大なデータベースとなった蓄積情報そのものを、本稿で扱ったような合議制の統制機構で管理するというのは、不可能ではないが非効率的である）。

もう一点は、統制機構の位置付けを考えるにあたって本質的な要素であった「国家の統治機構の機能」という観点が、テロリズムに対抗するための国家の情

報収集活動を統制する各手段を構造化するにあたっては、重要であると思われる点である。冒頭で述べたとおり、テロ対策のための情報収集活動は、その多くが秘密的・広域的・予防的に行われる。その性質のために、伝統的な捜査や諜報の領域で機能してきた法的統制によっては十分に憲法上の権利を保障することができない（機能不全を起こしている）のであれば、法的統制のあり方を見直すべきであり、より本質的には、各権力の機能と憲法上の権利の保障の関係から、統制の権限の所在を再検討することが必要である。

以上二点から、筆者は今後の研究課題として、国家の各権力の機能を情報管理過程の中で再構成する手法を用いて、テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制メカニズムの構築を試みたいと考える。