

【博士学位論文 要旨】

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システムと憲法

— 日独比較の観点から —

一橋大学大学院法学研究科法学・国際関係専攻

博士後期課程 JD171004 小西 葉子

1. 全体の構成

本研究は、テロリズムに対抗するための秘密的・予防的・広域的な国家の情報収集活動により、具体的な犯罪の嫌疑がないにも関わらず情報収集の対象とされることで制約される個人の憲法上の権利について、実効的保障を及ぼすための手段の検討を目的として行われたものである。

具体的には、このような情報収集活動の複数の法的統制手段を日独比較の観点から検討し、情報管理過程の中で構造化することを通じて、制約される個人の憲法上の権利の保障を実効化する（統制システムの構築）。

本稿は、全三部で構成されている。第一部では、議論の前提として、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を憲法の観点から整理する。第二部では、テロリズムに対抗するための情報収集活動について、ドイツの事例を参考に三つの統制手法を検討する。この検討を通じ、個別の統制手法単独では実効的な憲法上の権利の保障は十分に実現できないことが明らかとなり、各統制手法を関連付けて構造的に把握し、運用するべきである、という結論に至る。そこで第三部では、第二部を中心として検討した情報収集活動の統制手法を、情報管理過程の中に再定位し、各段階における憲法上の統治機構の作用を明確化する統制システムの構築を試みる。

2. 序章 はじめに — 国家の情報収集活動の拡大と「テロ対策」

本章では、テロリズムに対抗するための秘密的・予防的・広域的な国家の情報収集活動による憲法上の権利の制約の問題点を明確にするところから、本稿の議論をはじめめる。端緒となるのは、「予防」という国家活動の性質が、従来憲法上の権利の保障のために機能していた比例原則を空転させているという現状である。特に、テロリズムに対抗するための予防的

な国家活動については、この空転は顕著である。なぜなら、テロリズムの定義そのものに共同体の根幹に対する攻撃の表出としての特徴が読み込まれており、その背景には共同体への帰属意識を持つ多数者（を自認する人々）が少数者の権利制約を黙殺するという、現代の「断片化した連帯」が存在するからである。「断片化した連帯」を前提とする共同体としての国家は強固なものとなる一方で、連帯から外れた国民の憲法上の権利の保障を不当に脅かす危険性を孕んでいる。

このような現代的展開が、「刑事法学及びその根本にある公法学の「指示システム」を変化させる」という指摘が日独両国の論者からなされているところ、本稿は、この指示システムの変化を具体化する一例として、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システムを構築する。議論の過程においては、①捜査機関と諜報機関の接近を前提にあえて情報収集活動の主体を限定せず「情報収集」という国家活動の性質を中心に据えて論じる点、②特定の憲法上の権利に限定した議論を展開せずに論じる点が、本稿独自の手法である。

3. 第一部 テロリズムに対抗する国家の情報収集活動の性質と憲法

(1) 第一章 現代のテロリズムと法 - 法的概念としての「安全」の変遷とともに

本章では、テロリズムに対抗する国家活動の終局的目的として描かれる「安全 (Sicherheit)」という法的概念の変遷から、現代のテロリズムと法の間を捉える。

共同体への「基幹的」攻撃として「持続性」を特徴とするテロリズムに直面する現代の「安全」(同章1.)は、「持続性」の観点から見ると、リスクマネジメントの観点が要求される防災法制と類似した性質を持っていることが分かる(同章2.(1))。この背景には、「持続性」を特徴とする現代のテロリズムに対抗する手段に「予防」という性質が流入したことにより、伝統的に「危険 (Gefahr)」と対置されてきた「安全」を、危険発生の前域を含む「リスク (Risiko)」と対置すべきと解する見解が有力化している状況がある。ただし、「危険」と「リスク」のどちらを「安全」の対立概念と捉えるべきかという問題については、どちらの立場にも難点があることから、両者の比較のみで安易に拠って立つ見解を決定することは難しい(同章2.(2))。

そこで一旦「安全」を他の概念との対立概念として理解する立場から離れ、「安全」概念を「主観的」安全と「客観的」安全として(内在的に)区別する Gusy の議論を参照する(同章2.(3))。Gusy の議論は、「客観的」安全と対立する「客観的」危険を、リスクのスペク

トラムにおける特定の一面と理解した上で、従来独立した概念とされてこなかった「主観的」安全を、「客観的」安全と性質上異なるものとして法的概念としての「安全」から排除する。本稿はこの議論を踏まえ、「危険及び客観的リスク」を「(法的概念として把握できる「客観的」)安全」と対立する概念として理解すべきではないか、という仮説を提示する。

ここまで素描した法的概念としての「安全」は、現代特有の特徴を析出した結果として描き出されているが、「安全」は長らく国家目的として捉えられてきた歴史があり、この視点からの分析もまた重要なものである(同章3.(1))。国家目的論は現代に至るまで五つの段階を経ていると整理できるが、現代における国家目的としての「安全」は、基本権保護義務と接続する(同章3.(2))。基本権保護義務の構造的理解の手法は多岐に渡るが、国家目的論の現代的展開に支えられる保護義務の射程と「安全」の関係をどのように捉えるかが、ここでの課題である。この点について本稿は、「国家目的から基本権保護義務を導出する」という同一の論理構成を採用する論者の中でさえ、最終的な「安全」概念が一義的に確定されないことを示す一例として、Möstl と Isensee の主張を比較する。更に、Gusy が立法に「安全への配慮」を要求する根拠として敢えて国家目的論を用いることの理由の不明瞭さを例に、国家目的論に内在する基本権侵害の危険性を軽視し、基本権保護義務のテクニカルな有用性にとらわれて安易に日本へ輸入することには慎重になるべきであることを示唆する。

(2) 第二章 テロリズムに対抗する手段としての国家の情報収集活動

本章では、前章で詳しく論じた「安全」に対する脅威として描かれるテロリズムに対抗するための情報収集の性質について、主体と態様に着目した整理を行う。

まず整理の前提として、テロリズムに対抗する国家活動のうち、「予防」という側面を持つ活動の性質を国家像の転換から再確認し(同章1.(1))、テロリズムに対抗する他の国家活動との比較から、秘密的・予防的・広域的な性質を持つ情報収集活動の性質を示す(同章1.(2))。

その後、主体と態様について整理する。

主体については、捜査機関と諜報機関が中心となる(同章2.(1))。ただし現代においては、捜査機関が予防的な警察活動を行ったり、諜報機関が国内の通信傍受を行ったりと、両者の機能領域に重複・接近が生じていることを示し、各法の適用領域との関係を整理する。

態様については、我が国の捜査法体系における強制処分/任意処分の区別を意識した整理を行う(同章2.(2))。具体的な情報収集の手法には、尾行といった古典的な手法から、

マルウェアを用いたコンピュータへの侵入を伴うオンライン検索まで、多様な手法が存在するが、それぞれの手法について、現代の情報技術の発展による新たな問題が生起している側面が看取でき、強制処分・任意処分の区別が情報収集の各態様と一対一の関係ではなくなりつつある現状を素描した。

(3) 第三章 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制約される憲法上の権利

本章では、前章で整理したテロリズムに対抗するための情報収集活動により、制約されるおそれのある憲法上の権利を類型的に整理する。類型的整理は、本稿が情報収集活動を中心とした統制システムを構築することを終着点としていることから、情報収集活動の目的と関係する「内心の自由への介入」と、情報収集活動の態様と関係する「私的生活領域への介入」を区別しておくことに一定の意義があるため、必要となる（同章1. (1)）。ただしこの類型的整理には、情報収集活動を中心とした整理であるが故に生ずる限界があることに注意が必要である（例えば、「公共圏」への制約に対する独立した検討機会を欠く点（同章1. (2)））。

「内心の自由への介入」について、本稿は、思想良心の自由と信仰の自由を合わせて論ずる（同章2. (1)）。それは内心の自由に留まる限り、両者を区別することは困難であり、且つ違憲審査を意識するならば両者を合わせて論ずることに積極的意義も見出されるためである。更には、日本において思想良心の自由が憲法上独立した条項（憲法19条）により規定されている背景として、治安維持法等による思想弾圧の過去の克服という独自の歴史的沿革が存在することも認識しておかなければならない。一方ドイツにおいては、思想良心の自由及び宗教上・世界観上の信条が一つの条項（基本法4条1項）により規定されているが、この背景には国家とキリスト教教会との闘争という歴史的沿革に裏付けられた国家の中立性への要請が存在する。

「私的生活領域への介入」については、三つの憲法上の権利を対象として日独の議論を比較した。まずプライバシー権（日本では憲法13条／ドイツでは基本法1条1項と結びついた同2条1項）を中心とする個人情報保護について、収集された「データ」と「情報」の違いに着眼する日独の議論を整理する（同章3. (1)）。次に通信の秘密（日本では憲法21条2項後段／ドイツでは基本法10条）について、「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」といった沿革上の問題に長らく焦点が当てられてきた日本と、通信の秘密の限界に位置するIT基本権という新しい基本権を定義した判例

(BVerfGE120, 274) をめぐって、情報端末を介在した個別の情報伝達事象の保護の限界を論ずるドイツの議論状況の差異を明確にする(同章3.(2))。更に、住居の不可侵(日本では憲法35条/ドイツでは基本法13条)については、憲法35条が住居の不可侵の実体的権利保障規定であるのかという点に激しい対立があり、且つ憲法学と刑事訴訟法学の理解にも乖離が見られてきた日本と、1998年改正により基本法に直接組み込まれた住居内会話傍受の解釈論上の限界を論じてきたドイツでは、議論の段階が大きく異なることを示した(同章3.(3))。

(4) 第四章 第一部総括

本章では、第一部が本稿の議論の前提として、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を、憲法との関係から整理したことを総括した。

4. 第二部 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手段

(1) 第五章 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

本章では、テロリズムに対抗するためのデータに関するドイツの立法過程と、その立法評価について検討した。

現代では、テロリズムに対抗するための情報収集活動を行う各官庁が集めたデータを、他官庁が共有・利用するという動きが各国で生じているところ、特にドイツでは、反テロデータ法に基づき、テロ対策の分野におけるデータベースの共同利用が正当化されている。データを取得した時点と異なる目的でのデータ利用は、対象者のプライバシー等を不当に侵害するおそれがある。特にテロ対策立法は、甚大なテロの被害を受けた直後などに世論の後押しを受けた国家が、憲法上の権利保障を軽視する立法を行う傾向が見られるため、立法内容の適切性について時間を置いて再度評価を加える必要性が高い。実際にドイツの反テロデータ法は、定期的な立法評価の実施を立法府に要求している。

本章はこのような問題意識から、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について、世界同時多発テロ以降の法整備を、時系列を追って検討した(同章2.)。中でも、連邦憲法裁判所判決が、その後の法改正の方向性や立法評価の内容に与えた影響について、重点的に分析する。この分析を踏まえ、ドイツの学説を参考に立法評価の構造を段階的に明らかにし、実際に行われたドイツの反テロデータ法の立法評価について検討した(同章3.)。

結論として、事後に行う立法の評価に留まらず、立法評価の前提となる社会的事実の検証

や裁判所による違憲審査の立法評価への影響などを、広く立法評価の営為として捉えれば、立法評価の中心的主体である立法府だけでなく裁判所も、法的システムとしての立法評価にとって重要な役割を果たすことを明らかにした。

(2) 第六章 テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の個別的統制機関

本章では、諜報機関を個別的に統制する第三者機関である基本法 10 条審査会 (G10-Kommission) を中心に、組織的・手続的統制について論じた。

基本法 10 条審査会は、通信の秘密が制限される場合に、当該制限が当事者に通知されないことが認められるときの条件として「裁判上の手段に代えて」事後審査を行う「議会の選任した機関及び補助的機関」(基本法 10 条 2 項) を具体化した機関である。立法府に附帯する議会統制委員会の下部機関であるが、判例 (BVerfGE 143, 1) は、その機能領域が行政府・裁判所の機能の一部を含む独自のものであり、立法府の組織的権力を有するものではないと解し、また基本法は同機関の設置を直接要求するものではないとする (同章 2. (4))。本稿はこの議論を参考に、日本における国家の情報収集活動の統制機構の設置について検討し、独立性・中立性を保った行政委員会の形態を採ることが理想的ではないかとの検討結果を示した (同章 3. (1) (2))。

更に、日本の立法過程においても同種の第三者機関の設置について議論がなされてきたことに鑑み、本稿では、現在の日本における国家の情報収集活動を令状との関係から検討する (同章 3. (3))。現在の日本には、①令状主義が及ばない領域の監視、②通常どおり令状主義が妥当する領域の捜査、③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の捜査、④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の監視があると整理し、①だけでなく③④についても令状発布段階で適切な司法審査を実施することが難しいことから、補完的に第三者機関による統制が要求されるのではないかとするものが筆者の主張である。

(3) 第七章 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と違憲審査

本章は、テロリズムに対抗するための情報収集活動としての予防的警察活動に対するドイツの違憲審査において用いられた「je-desto 公式」を、Alexy の重要性公式 (Gewichtsformel) の枠組みの中で解釈する試みを行った。

比例原則から見た「予防」的警察活動の問題点は、「危険発生」のように明確な発動基準が存在しないため、その判断基準の客観的設定が困難で、憲法上の権利の侵害が適切に判断

できない点にあるところ（同章1.（1））、ドイツでは、狭義の比例性審査において「je-desto 公式」を適用することで、この問題点を理論的に回避しようとする判例・学説が見られる（同章1.（2））。

狭義の比例性審査は通常、「侵害される基本権の重要性の高さ」を変数 x 、「介入の閾値・強度ないしその前提となる危険発生の蓋然性の程度」を変数 y と定め、両変数の正比例関係が成り立っているかを審査するものであるところ、「je-desto 公式」は「ある国家活動の保護する法益の重要性の高さないし侵害される基本権の重要性の低さ」を変数 x 、「介入の閾値・強度ないしその前提となる危険発生の蓋然性の程度」を変数 y と定める反比例を前提とする考え方に則って狭義の比例性審査を修正するものであるが、憲法上の権利の保障を弱めるおそれのあるこのような修正が認められるかは議論がある（同章2.（1））。

本章は判例（BVerfGE100, 313 及び BVerfGE115, 320）の検討を通じ、「je-desto 公式を比例原則の中で、どのように位置づけるべきか」という問題を検討した上で、狭義の比例性審査に関する Alexy の重要性公式に基づき、je-desto 公式と従来の比例原則の整合性を検討する（同章2.（2））。ここでは、「保護される法益」と「侵害される利益」をフラットに表現する重要性公式が、je-desto 公式を理論的に説明することが出来る基礎となると考える一方、公式化に伴う「単純化の利益」と引き換えに失われるおそれのある比例原則の本質的価値について考察した。

（4）第八章 第二部総括

本章では、第二部において、テロリズムに対抗するための情報収集活動について、複数の手段を用いた統制を行うドイツの例を参考に、三つの統制手法を分析したことを総括した。

5. 第三部 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システム

（1）第九章 テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動と情報管理

本章では、第一部及び第二部で論じてきた各統制手段を有機的に結びつけるための考慮要素を示し、次章にて素描する具体的な統制システムの構造の基礎を示した。

まず「情報収集」と「監視」の相違を契機として、情報収集及びその後続行為の各段階を統制することが、収集データの取り扱いの適正化を通じた情報収集対象者の憲法上の権利保障の実効化に資することを示す（同章1.）。この見解の有意性は、山本龍彦を中心とした「連続戦略」「切断戦略」の議論においても示されているが、本稿は第二部までに論じたドイツの事例を参考として、テロリズムに対抗するための情報の管理を、収集・加工・蓄積・

利用・提供の五段階に区分することとした。

特に、本人への通知や第三者への情報開示を含めた広義の「提供」の段階を置く点が、筆者の主張の特徴である（同章2.）。テロ対策のように治安維持目的で行われる情報収集活動は、秘密性が高く、取得情報は広く不開示情報とされる傾向にあるが、行政機関個人情報保護法制や情報公開法との関係で適用除外となるものではなく、その趣旨は当然に及ぶとの考えから裏付けられる。実際に、広義の「提供」の典型的事例といえる捜査法領域での令状呈示の価値には、適正手続の保障の価値のみならず、情報公開を基礎づける価値の一つである自己情報コントロール権が読み込まれていると解釈しうることを論証した。

（2）第十章 統制システムの構造化

本章では、これまでの議論を総括すべく、テロリズムに対抗するための国家の情報管理の統制システムを構築する。

まず、憲法上の統治機構の役割について、情報管理の観点を踏まえ、前章までの議論を包括的に整理する（同章1.（1））。具体的には、①情報管理の主体であり、その監督・統制機構を包摂する行政府、②立法行為を通じて情報管理の法的枠組みを構築し、更に立法評価を反映する主体となる立法府、③情報収集の事前審査及び情報管理の各段階における違憲審査を担う裁判所と、統制システム内に現れる三権の基本的作用を特徴づけた。これらの作用の顕現にあたっては、情報管理の端緒である「収集」段階に重きが置かれる（同章1.（2））。

更に、情報管理の各段階における三権の作用のあり方を具体化した（同章2.）。「収集」段階では、特に収集の態様の適切な限定が重要であり、これは第一義的には立法府に委ねられるが、裁判所の違憲審査により確認・補完される。「加工」段階では、「データ」と「情報」の法律上の取扱いの相違が問題となる。「蓄積」段階は、「利用」段階と密接に関連する。情報収集主体と異なる官庁によるアクセスが可能な形態での「蓄積」は、目的外利用の問題を惹起することから、法律上の枠組み設定や当該枠組みの評価だけでなく、行政府内部での監督・統制が特に重要である。更に「提供」段階では、当該情報に関連する当事者に情報提供を行う制度や情報公開の制度を、立法により整備する必要がある。秘密性の高いテロリズムに対抗する情報収集に関する情報の「提供」は困難を伴う場合が多いことから、本人への通知や情報公開の欠缺を補填しうる独立性・中立性を保った第三者機関による審査が有効である。

統制システムの発展可能性は、憲法上の権利保障という基本的要請を充足する仕組みづ

くりに寄与する立法府・裁判所・行政府の活動を、情報管理の諸段階において促す点に求められる（同章3.）。反面、①本稿の行った情報管理の段階設定が、テロリズムに対抗するための情報収集活動を適切に統制するための最適解といえるかという検証、②権力分立の本質的な課題の追究、という統制システムに内在する重要な二つの課題が残存していることも、併せて述べた。

（3）第十一章 第三部総括

本章では、第三部において、第二部までに検討してきた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手法を、情報管理の諸段階のうちに再定位し、それぞれの段階で憲法上の権利保障のために機能する統治機構の作用を明確化した統制システムの構築を試みたことを総括した。

6. 終章 むすびに

本章では、まとめとして、本稿の議論とこれを集約した統制システムの在り方が、刑事訴訟法上の捜査領域における情報収集とその余の情報収集を区別して、両者を全く異なる法的統制下にあるとする理解に転換を要求するものであることを示す。

第二次世界大戦後、根本的転換を経験した憲法学と刑事訴訟法学の「苦悩」の応答として、平野龍一が提唱した弾劾的捜査観が修正された現状は、「立憲主義のグローバル化」に湧く憲法学と、利益衡量重視の個別アプローチにより実務との距離を詰めた刑事訴訟法学が、1990年代後半以降袂を分けた結果であると筆者は考える。本稿が示した統制システムは、この傾向に対する「苦悩」の憲法学からの一応答として、時代に左右されない憲法上の権利の価値を中心に刑事法の指示システムの枠組みの変換を迫る構造化の例であり、「多様な人間の共生」の自由を追求する試みであったと総括することができる。