

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

目次

序章 はじめに - 国家の情報収集活動の拡大と「テロ対策」	1
1. 問題意識と全体像	1
(1) 問題意識 - 「比例原則の空転」の重圧	1
(2) 全体像	8
2. 分析枠組み	8
(1) 始点 情報収集の目的である「テロ対策」	8
(2) 特徴1 情報収集主体である捜査機関と諜報機関の接近	9
(3) 特徴2 制約される憲法上の権利の位置付け	10
(4) 終点 情報収集活動の統制システムの構築	11
3. 小括	11
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	13
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	13
1. 背景 - 9.11 を経た社会の変化と法的概念としての「安全」	13
(1) 緊張の時勢	16
(2) 新しい「安全」概念と現代	18
(3) 「安全」に隠れたイデオロギーと立法	20
2. 性質 - リスクとしてのテロリズムと「安全」の意義	23
(1) テロリズムと法的リスク	23
(2) 「安全」概念と危険／リスク	25
(3) 客観的「安全」／主観的「安全」	30
3. 法的概念としての「安全」を脅かすテロリズムと国家の任務	36
(1) テロリズムに対抗する国家の任務 - 国家目的としての「安全」	36
(2) 国家目的としての「安全」と基本権保護義務	41
4. 小括	45
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	46

1. テロリズムに対抗する手段の一としての情報収集	46
(1) テロリズムに対抗するための「予防」的国家活動	46
(2) 秘密的・予防的・広域的な情報収集活動の特殊性と役割	49
2. テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の実態	51
(1) 主体	51
(2) 態様	52
3. 小括	56
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	56
1. 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	
法上の権利の種類	57
(1) 類型論の意義	57
(2) 類型論の限界 — 「公共圏」への制約という観点から	58
2. 内心の自由への介入	60
(1) 思想良心の自由／信仰の自由	60
(2) 内心の自由の制約と法の下での平等	65
3. 私的生活領域への介入	67
(1) 憲法上の権利としてのプライバシーとデータ	67
(2) 通信の秘密と IT 基本権	73
(3) 住居の不可侵と住居内会話傍受	78
4. 小括	82
第四章 第一部総括	83
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	83
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	83
1. 刑事訴訟法上の捜査と個人情報	83
2. ドイツにおける立法の展開と裁判例	88
(1) 世界同時多発テロ発生以降 — 反テロ立法の確立	88
(2) 2006 年以降 — 連邦憲法裁判所判例と立法	89

3. 立法のチェック機能 - 立法評価	96
(1) 立法評価論の憲法学上の位置付け	96
(2) テロリズム対策立法と立法評価 - ATDG を題材に	99
4. 小括	113

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

115

1. 諜報機関の統制	115
(1) 情報収集活動の主体としての諜報機関	115
(2) 諜報機関に対する監督 (Aufsicht) と統制 (Kontrolle)	118
(3) 日本における情報収集活動の監督・統制の現状	119
2. 個別的統制機関の検討 - ドイツ・基本法 10 条審査会を例に	122
(1) 基本法 10 条審査会の沿革	122
(2) 基本法 10 条審査会の組織	125
(3) 基本法 10 条審査会の機能	130
(4) 基本法 10 条審査会の憲法上の位置付け	136
3. 日本における国家の情報収集活動の統制機構設置に向けて	144
(1) 設置形態の検討① - 立法	145
(2) 設置形態の検討② - 行政	149
(3) 第三者機関の設置と令状主義 - 捜査機関と諜報機関の接近・再訪	154
4. 小括	159

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

159

1. テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の裁判所による統制	159
(1) 比例原則と予防的警察活動	159
(2) テロリズムに対抗するための予防的警察活動に関する裁判例と je-desto 公式	162
2. je-desto 公式と狭義の比例性審査	171

(1) 比例原則と je-desto 公式	171
(2) je-desto 公式の位置付け - Alexy の重要性公式を用いた試論	175
3. 小括	188
第八章 第二部総括	189
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	190
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 ...	190
1. 情報収集統制の視点	190
(1) 「情報収集」と「監視」	190
(2) 情報管理の端緒としての情報収集	192
(3) テロリズムに対抗するための情報収集の特徴 - 情報管理の視点 から	195
2. 情報の「提供」と憲法上の要請	196
(1) テロリズムに対抗するための情報と情報公開	196
(2) 情報の「提供」としての令状呈示	198
3. 小括	202
第十章 統制システムの構造化	202
1. 総論 - 憲法上の統治機構の役割	202
(1) 情報管理と憲法上の統治機構	202
(2) 統制システムにおける情報管理の諸段階と情報収集	205
2. 各論 - 憲法上の権利の保障のための段階的アプローチ	206
3. 小括	207
第十一章 第三部総括	210
終章 むすびに	211
【参考文献一覧】	215

序章 はじめに - 国家の情報収集活動の拡大と「テロ対策」

1. 問題意識と全体像

(1) 問題意識 - 「比例原則の空転」の重圧

本稿は、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の保障を目的として行われた研究の成果である。本研究は、このような情報収集活動の複数の統制手段を検討し、更にはこれら統制手段を構造化することを目指すところとしている。

はじめに、筆者がなぜ、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を問題視しているのか。この問題意識を明確にするところから、本稿をはじめることとしたい。

問題意識の端緒となるのは、「予防」という観点である。「予防」的な国家活動は、現代社会における技術の発展や、人々の活動の多様化に伴い、広く行われるようになった¹。たとえば、工業の発展により高まる公害リスク、遺伝子操作等その効果について予測可能性のない医療・生物学的技術への対応などが、その契機の一として挙げられる²。「予防」的な国家活動には、具体的危険発生前に行われる予防的な情報収集活動（予防的警察活動や諜報を含む）が含まれる³。背景には、犯罪自体の多様化やテロリズムの不安増加や⁴、インターネットや監視技術の発達があるが⁵、具体的危険発生前に行われる情報収集には、具体的危険

¹ 小山剛「「安全」と情報自己決定権」法律時報 82 卷 2 号（2010）99 頁。

² 環境法分野での予防的國家活動について、松村弓彦「ドイツ環境法における予防原則（その 1～その 5）」法律論争第 86 卷 1 号（2013）177 頁以下、同 6 号（2014）245 頁以下、同第 87 卷 1 号（2014）207 頁以下、同 6 号（2015）173 頁以下、同第 88 卷 6 号（2016）163 頁以下。環境分野での予防原則の哲学的分析に関し、佐々木崇「予防原則の哲学的考察」京都大学文学部哲学研究室紀要 *Prospectus* 15（2012）37 頁以下。

³ 予防的警察活動については、様々な分野から多数の研究が発表されている。近年では、石川裕一郎「市民的自由と警察の現在」法学セミナー 61 卷 11 号（2016）48 頁以下、淡路智典「予防警察的措置の限界と個人の自由」総合政策論集 13 卷 1 号（2014）159 頁以下、島田茂「カメラの使用による予防警察的監視活動の法的統制」甲南法学 52 卷 1/2 号（2011）1 頁以下等。

⁴ 多様化する予防的警察活動の具体的な例について、山本節子『大量監視社会』（築地書館・2008）等。

⁵ 具体的な事例に関し、監視カメラについて西原博史（編）『監視カメラとプライバシー』（成文堂・2009）、盗聴法の改正について海渡雄一「成立した拡大盗聴法と共謀罪法案の相乗効果をもたらす危険性」法と民主主義 514 号（2016）11 頁以下参照。ドイツにおける監視技術の発達と犯罪の多様化に伴う監視関連法の展開について、Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, *Recht ist, was der Freiheit dient*, Recht und Politik 2013, S. 65 ff.

が発生した後に行われる個別の警察活動とは異なる憲法上の問題が生ずる。

ここでは、個々の憲法上の権利の侵害のみに留まらない、憲法訴訟上重大な問題が発生する可能性がある。ドイツの違憲審査基準との関係において、この問題を象徴する現象が「比例原則の空転」である。第七章にて詳述するとおり、比例原則 *Verhältnismaßigkeit* とは、国家の活動が目的及び制約する憲法上の権利に照らして比例的なものであるかを判断し、比例的でなければ当該国家活動は違憲と判断される法の一般原則である。西原は、「比例原則の空転」の問題について、以下のように指摘する。「予防原則を主張する理論的枠組みにおいては、出発点が個人から離れた公的安全という独立の公益に見いだされているわけではなく、むしろ危険予防が個人の基本権と接点を持つからこそ妥協出来ない国家任務として理論化される傾向が強まっている」ところ⁶、(マテリアルな実体を持つ「安全」に対して)「安心」はいかなる実体をも手がかりとして踏まえていないため、比例性審査は必然的に空転する」⁷。「主観的な安心感」を「憲法上の地位に置」くことを「排除」する「排除ルールがなければ、基本権保障は空洞化する」、と⁸。この指摘によれば、予防的な国家活動は、(客観的な)「安全」のみならず(主観的な)「安心」をその保護すべき利益として含む限りにおいて、「比例原則の空転」と本質的に結合関係にあるといえる。

比例原則の空転の理由を西原とは異なる捉え方で示すのは、*Lepsius* である。*Lepsius* は本稿第一章で詳しく論じるテロリズムと「安全」の関係から、比例原則の空転について、以下のように述べる。「テロに対する新しい理解は、自由と安全保障の調整における原則が変化していることを表して」おり、変化のメルクマールとして、自由の脱個人化・保護義務の拡大・公共の利益と個人の権利の比較衡量の三点を指摘することが出来る⁹。そこでは「市民的自由の比較衡量は、もはや法的に展開される又は正当化を要する利益とは直面」せず、「目的の正当化が事実の理解に支えられているにすぎず」、「事実は比較衡量し得ないので、

⁶ 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト 1356号(2008)75頁以下参照。

⁷ 同上、78頁以下。

⁸ 西原博史「比例原則の3つのモデルと事実認識・価値判断」岡田信弘／笹田栄司／長谷部恭男(編著)『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古稀記念論集(信山社・2015)583頁。

⁹ オリバー＝レプシウス(著)河村憲明(編訳)「自由・安全・テロリズム」警察学論集58巻6号(2005)34頁。

もはや通常の憲法上の「比較衡量の原則」は機能し¹⁰ない、と¹⁰。Lepsius の見解の最も重要な点は、予防的な国家活動により保護される利益が法的利益とは言えないために、そもそも基本権との対立利益とはなり得ないにも関わらず、無理に比例原則を適用するために、比例原則が空転するという点にある。これは、法的利益といえる（客観的）「安全」と、保護法益から除外する「安心」を区別する西原の考え方とは異なる。

比例原則はドイツの伝統的警察活動を起源とし、法治国家原理の発展として理解されてきたが¹¹、「比例原則の空転」は、ドイツ固有の問題ではない。後述するとおり、明示的に比例原則を用いたものとして理解されるわけではない我が国の予防的な国家活動に関する裁判例においても、後述するとおり「比例原則の空転」類似の状況が発生している。それは、「比例原則の空転」という問題が、違憲審査基準のあり方だけに依存する問題ではなく、憲法上の権利を制約する国家の情報収集活動が従来と異なる保護法益に向けられていることを本質としているからである。

近年このような問題が顕著に見られるのが、テロリズム対策の場面である。なぜ現代のテロリズム対策という場面において、予防的な国家の情報収集活動と憲法上の権利との摩擦という問題が、特に大きく取り上げられるのだろうか。手がかりとなるのは、テロリズムの定義である。テロリズムと通常の犯罪の区別は容易ではない¹²。2002年のEUテロ対策枠組み決議（EU Council Framework Decision on Combating Terrorism）1条1項は、①国ないし国際的組織に対し、重大な損害を齎すこと、②人々を深刻な恐怖に陥れ、あるいは許容出来ない手段で、政府や国際的組織に何らかの行為を強要させたり、忌避させたりすること、③国あるいは国際的組織の、根源的な政治的・憲法的・経済的・社会的な構造を極めて不安定なものとし、あるいは破壊すること、以上三つをテロリズムの要件とした¹³。また国際法学者の初川は、テロ行為は「カメレオンのような」性質¹³をもち、「テロ行為が行われる状況による様々なカテゴリ

¹⁰ 同上、36頁以下。

¹¹ 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社・2010）6頁以下。

¹² 岡本篤尚『<<9.11>>の衝撃とアメリカの「対テロ戦争」法制』（法律文化社・2009）92頁以下。

¹³ Markus Thiel, *Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr*, 2011, S.31 ff., Vgl, OJ2002 Nr.L164/3.

一の犯罪に該当し得る」とした上で¹⁴、テロ行為に共通する特徴として、(あ)犠牲者の非個性化、(い)国際又は国内の武力紛争との関連・人道への罪への重大さ等の国際的影響力、(う)犯罪を形成する行為であることの三点を挙げる¹⁵。

EU テロ行為枠組み決議^③と初川の定義(あ)の両者を併せ見ると、「非個人的な犠牲者を有する犯罪が全て国家構造破壊の目的に結びつく訳ではないが、国家構造破壊の目的を有する犯罪行為の犠牲者は非個人的たらねばならない」という特殊な不可分性があることがわかる。このことから、テロリズムとして認定される行為は、個人に対する攻撃というより共同体の根幹に対する攻撃の表出である、という特徴が炙り出される。

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問題視しない(あるいは黙殺する)状況が存在する。そして、このような状況は、日本を含む各国で発生していることが看取されるのである¹⁶。アメリカの法哲学・政治哲学分野で議論された「リベラリズム対共同体論」に見るように、共同体は、ある部分ではリベラリズムと対抗する性質を有する¹⁷。そのため、上記のような定義を有するテロリズムへの対抗者としての国家は、共同体の保全者たる役割をもって立ち現れざるをえない。この共同体の保全者たる国家を支えるものが、各種のメディア(マスメディア・インターネットメディア)¹⁸であり、そこから生まれる一種の断片化した連帯である¹⁹。

世界同時多発テロ以降のテロリズムの特徴に関する議論において、メルクマールのひとつとして注目されてきたのは、行為主体がイスラム原理主義の過激派に属するという特徴であった²⁰。しかし、イスラム原理主義の過激派に属する

¹⁴ 初川満「国際社会とテロ規制措置」初川満(編)『テロリズムの法的規制』(信山社・2009) 26頁。

¹⁵ 同上、27頁。

¹⁶ 大沢秀介/小山剛(編)『自由と安全 — 各国の理論と実務』(尚学社・2009) 参照。

¹⁷ 小泉良幸『リベラルな共同体』(勁草書房・2002)、駒村圭吾「共和主義ルネッサンスは立憲主義の死か再生か」長谷部恭男/土井真一/井上達夫/杉田敦/西原博史/阪口正二郎(編)『岩波講座憲法 1 立憲主義の哲学的地平』(岩波書店・2007) 132頁以下参照。

¹⁸ 右崎正博「現代メディアと市民的公共圏」森英樹(編)『市民的公共圏形成の可能性』(日本評論社・2003) 475頁以下。

¹⁹ ここでいう断片化した連帯は、従来の民主主義を支えてきた「連帯」ではない。西原、前掲注 8、572頁以下のいう、特に近年顕現するインターネットを通じた「相互に交渉を欠く」「断片化したコミュニケーション集団の存在によって特徴づけられる」「連帯の欠如」が、ここでいう断片化した連帯の性質である。

²⁰ 例えば、国際テロ研究会(編著)『国際テロリズムの潮流』(立花書房・2018)。

者は、イスラム教徒全体のごく一部に過ぎない²¹。しかし、イスラム教徒でない者が多数派を占める日本やドイツ、アメリカ等の各国においては、平穏なイスラム教徒の憲法上の基本権が、多数派の「不安」により正当化される予防的・広域的な情報収集活動により侵害されることとなる²²。

たとえば、日本におけるテロリズムに関わる予防的警察活動が問題となった公安「テロ」情報収集・流出事件判決²³では、イスラム教信者の多い国の出身であるというだけで情報収集の対象となり、テロ対策のための予防的且つ広域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る判決がなされている。本判決の判断は、具体的な嫌疑を前提とせず、憲法上の権利として十分に保護されなければならない信仰の内容を基準とした情報収集を結果的に認めており、一部の研究者や実務家から厳しく批判された²⁴。しかし、断片化した連帯の状況にある社会の大部分は、このような状況に警鐘を鳴らすことがなかった。それは、情報収集の対象となった人々は自らとは異なる存在であるため、自らがこのような権利制約を受けることはない、という誤った安堵と、情報収集の対象となった人々は（具体的な嫌疑が存在せずとも）「我々の安全」のため、国家により情報を監視されることを受容すべきグループである、という認識が存在するためであると推察される。

この背景には、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、

²¹ 例えば日本のイスラム教徒について、店田廣文・岡井宏文「日本のイスラーム」宗教時報 No.119（2015）2頁以下参照。

²² 西原、前掲注6、75頁以下参照。

²³ 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）。

²⁴ 渡辺康行「「ムスリム捜査事件」の憲法学的考察」松井茂記／長谷部恭男／渡辺康行（編）『自由の法理』阪本昌成先生古稀記念論文集（成文堂・2015）937頁以下。倉地智広「ムスリムという「恥辱」法と民主主義473号（2012）18頁以下、井桁大介「認められなかった「違法捜査」世界854号（2014）29頁以下、福田健治「地裁判決は本当に「原告勝訴」なのか 公安資料流出事件判決をめぐる誤解をただす」創44巻3号（2014）62頁以下、同「判決ホットレポート モスク監視を全面的に擁護したムスリム違法捜査国賠訴訟一審判決〔東京地裁2014.1.15判決〕」法と民主主義487号（2014）47頁以下参照。

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²⁵。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²⁶、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たりすることを言う。

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。この分断の線引きは、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、国家の恣意が暴走しないよう、自省的な運用を可能とする制度を法律上設ける必要がある。しかし我が国においては、ことテロ対策の分野に関する秘密的・予防的・広域的な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を保護するための立法上の動きは見

²⁵ 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。

²⁶ 刑事法における「立場交換可能性」の欠如については、従来から認識されている。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〔山本晶樹〕は「刑事法では、個人の尊重と公共の福祉の調和を図ることが、他の法律分野以上に要請される。というのは、規範対象が刑法では一般市民であるが、刑訴法では被疑者・被告人、刑事政策では受刑者というように、国民から漸次、距離をもつことになり、それだけ、それぞれの国家作用に対する国民の監督が困難となっていき、それにより、ともすれば社会秩序の維持の前に個人の尊重がおびやかされる恐れがあるからである」と述べる。

られない。

テロリズムに対抗するための情報収集及びデータ取扱いのうち、特に予防的警察活動について、Sieber²⁷は次のように述べる。「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²⁸。前述した公安「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、国法的小および法理論的な指示システム」をも変化させる²⁹。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³⁰。

筆者は、松村や Sieber の見解に同調するとともに、当該指示システムを反映した法制度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。そしてその法制度が憲法上の権利を実効的に保障するものであるためには、比例原則の空転を防ぐ明確さ(例えば、秘密的・予防的・広域的な国家の情報収集活動を適切に統制することができる法理論や違憲審査基準を形成する営み)、多数者によって少数者が社会から迫害されることのない冷静さ(例えば、大規模なテロリズムが発生した際に、これに反発する強烈な民意により形成された立法につ

²⁷ Ulrich Sieber は、2003 年からマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長を務める刑法学者である。

²⁸ 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。

²⁹ 同上、58 頁以下。

³⁰ 松村格『システム思考と刑事法学』(八千代出版・2010) 254 頁以下。

いて、その運用が拡大しすぎることをないように統制するとともに、時間を置いて、あるいは異なる主体がその内容をチェックする営み)を、併せ持っていないなければならないとも考えるのである。以上のような構造化の観点から、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ことが、本稿の目的である。

(2) 全体像

本稿は以上の問題意識を始点として議論を進めていくが、はじめにその全体像を示しておく。

本稿では、まず、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と憲法上の権利の制約について整理する(第一部)。

次に、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、また法律の留保を前提として統制するドイツの事例を参考とし、検討する(第二部)。

第二部では、ドイツにおいて個別の情報収集活動を統制する際に重要な三つの統制手法を中心に検討する。先に述べると、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ではないことが明らかとなり、個別の統制手法を構造的に把握し、運用するべきであるという結論に至ることとなる。

そこで、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、各段階におけるステークホルダーの作用を明確化する統制システムの構築を試みる(第三部)。

2. 分析枠組み

次に、本稿を特徴付ける分析枠組みについて、枠組み設定の特性、意義及び限界を明確にする。

(1) 始点 情報収集の目的である「テロ対策」

本稿が一貫して注目するのは、情報収集の目的である「テロ対策」「テロリズムに対抗する」という要素である。「テロ対策」というと、対象が限定されているようにも見えるが、実際はそうではない。前述のとおり、テロリズムという対象自体の適切な限定が極めて難しい中、第二章でも詳しく述べるとおり、その

対策の範囲は地理的にも時間的にも、広範にわたっている現状がある。

それにも関わらず、本稿が「テロ対策」「テロリズムに対抗する」という要素を中心に置くことには、二つの理由がある。一つは、現代において「テロ対策」を標榜することは、通常 of 危険防御に留まらない措置を国家機関が行おうとする際に、国民からの権利侵害の批判を避けることのできる手段となっているためである。その背景には、重大なテロリズムが発生した場合の甚大な被害の発生を、地震や台風といった自然災害や、航空事故や原子力事故等の事故と並ぶ重大なリスクと考え、そのような事態に対処するためのクライシスマネジメントあるいはリスクマネジメントは国家の責務であるとする発想がある³¹。そのような発想自体は、「安全」概念を変容させる背景とも共通するところであり、詳細な議論は第一章に委ねることとするが、このような背景に基づく国家の責務への信頼は、本来情報公開を前提とし、国民からの批判可能性を残しておかなければ透明性・健全性を欠く。しかし、個別のテロ対策についてはその性質上、その多くが秘密的に行われるため、これに伴う国民の権利侵害の無批判な受忍が避けられない状況となっている。もう一つは、前述のとおり、テロ対策という目的を据えることで、思想や信仰の内容を狙い撃ちする国家活動が正当化されるおそれがあるという点である。

以上の理由から、テロ対策を目的とする情報収集を分析の始点とすることは憲法上の権利保障の観点から意義があり、これを分析の始点として据えることとしたい。

(2) 特徴 1 情報収集主体である捜査機関と諜報機関の接近

次に、本稿の分析枠組みを特徴付ける点を、二つ挙げる。

一つは、テロリズムに対抗する情報収集活動の中心的主体となる捜査機関と諜報機関の相違を意識しながらも、あえてどちらかの機関に特化した議論に終始しない点にある。

捜査機関と諜報機関の相違と接近については、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

³¹ 板橋功「危機管理総論」前田雅英（編集代表）公益財団法人公共政策調査会（編）『現代危機管理論－現代の機器の諸相と対策』（立花書房・2017）13頁以下。

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、捜査機関と諜報機関の相違について、第五章で取り上げる反テロデータ判決³²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」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」とした。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」ことからも看取出来る、と³³。

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が、第三章にて詳述するとおり、両者はその法的根拠と組織設置の終局的目的を異にすることが前提である。すなわち、両者の相対化による接近は、目的の相違を前提とした手段の段階での接近であるということを経験しておかなければならない。

（3）特徴 2 制約される憲法上の権利の位置付け

もう一つの特徴は、当該情報収集活動において制約される憲法上の権利の保障が、本稿全体を貫く最も重要な価値として位置づけられているにも関わらず、本稿では特定の憲法上の権利に限定した議論を展開しない点にある。

テロリズムに対抗するための情報収集活動は、その態様や基準により、制約する憲法上の権利が異なる。詳しくは第三章で整理するが、例えば、通信傍受の

³² BVerfGE 133, 277, Urteil des Ersten Senats v. 24. 4. 2013.

³³ Klaus Ferdinand Gärditz, *Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste*, EuGRZ 2018, S.8.

ように態様に着眼するならば、通信の秘密が問題になるし、イスラム教徒であることをメルクマールとするというように情報収集の内容に着眼するならば、信教の自由が問題になる。しかし本稿は、制約される可能性のある主たる憲法上の権利について、テロリズムに対抗する情報収集との関係でそれぞれの議論の前提となる基本的な議論の所在の確認と、当該議論に関する日独の相違を明らかにするに留め、特定の憲法上の権利に限定した統制を検討する手段を採らない。それは冒頭にも述べたとおり、本稿の終局的な目的が、適正な情報収集活動を行う統制システムを構造化することにあるためである。

(4) 終点 情報収集活動の統制システムの構築

本稿のひとまずの終着点は、先に述べたとおり、情報収集の統制システムを構築する点にある。具体的には、第一部及び第二部において論じる日独におけるテロリズムに対抗する情報収集活動の統制の背景及び実例の検討を基礎として、第三部において情報収集活動の統制システムを構築する。

第三部で示すとおり、統制システムの構築に際しては、収集・加工・蓄積・利用・提供という情報管理の諸段階に着目する。このような統制システムの構築方法には、二つの利点がある。一つめは、情報収集の後続行為を含めた議論をすることで、情報収集を始点とするデータ・情報の取扱いについて、時間軸を通貫する一体的な統制を図ることが可能となる点である。もう一つは、各段階における憲法上の統治機構の機能と関係をそれぞれ明確にすることで、統制システム全体と憲法上の要請の関係から、国家の各権力が果たすべき具体的な役割を描写することができる点である。

3. 小括

本章では、議論の前提として、テロリズムに対抗する情報収集活動が、特に「予防」という性質のために「比例原則の空転」を招来していることを示し、その背景には、多数派の「不安」に裏付けられた共同体の断片化した連帯が存在することを明らかにした。このような状況下で、情報収集の対象者の権利保障と治安の維持の均衡を保つためには、刑事法領域及びその根本を形成する公法領域におけるシステム思考が有益であるという見解があるが、本稿はこの観点から具体的な統制システムの構造化を進めていくことを示している。

その上で、本稿の分析枠組みの特徴として、「テロ対策」という情報収集の目的を始点とすること、捜査機関・諜報機関といった情報収集の主体を限定せず、特定の憲法上の権利に特化した議論も行わないことを明示した。その意図は、①甚大な被害を生じるおそれのあるテロリズムへの予防的な対抗措置としての情報収集という局面においては、捜査機関と諜報機関の活動領域の接近が指摘されていること、②一つの情報収集により複数領域に跨る憲法上の権利制約の問題が生じていること、といった法的課題に対処しようとする点にある。

これを踏まえ、システム思考の具現化の一例として、テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制システムの構造化を試みることに、本稿の着地点がある。

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

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

1. 背景 - 9.11 を経た社会の変化と法的概念としての「安全」

本章では、まず、現代のテロリズムと法の間を捉えることから議論をはじめたい。議論の切り口は複数考えられるが、本稿では、法的概念としての「安全」を現代のテロリズムとの関係で再定位する、という手段に拠ることとしたい。それは、主に第二部で取り上げるテロリズムに対抗するための秘密的・予防的・広域的な情報収集活動に関する日独の裁判例の多くが、当該国家活動が守ろうとする保護法益として、ひいては当該国家活動による憲法上の権利の制約を正当化するための根拠として、「安全 (Sicherheit)」という用語を用いているものの、その内容が一義的でないように思われるためである。

ラスター捜査判決³⁴は、以下のように述べる。「(筆者注：捜査対象者の) 情報自己決定権の制限は、主たる一般利益 (überwiegend Allgemeininteresse) のために甘受されることとなる。これらは、安全と保護 (Sicherheit und Schutz) に関する全てのその他国民の権利から生ずる」ところ、「安全」概念とは、「連邦および州の存立・安全および人の身体・生命・自由」として具体化し、この「利益は、憲法上高い重要性を持った保護法益」であり、「平和と秩序を維持する、制度化された権力としての国家の安全と、それによって一個人の尊厳と固有の価値に基づく尊重のもとで一保障される住民の安全は、他の高い価値と同じレベルの憲法上の価値を有する³⁵」、と。ここで「安全」は、国家の安全と住民の安全に区分され、両者はともに憲法上高い価値を有する保護法益として言及される。このように、特に個人の尊厳等と距離をおいた「国家の安全」概念の価値の高さは、一方で大上段の理念に拠って基礎付けられ、もう一方で場合によっては世界情勢レベルの問題を語ることで具体化されようとする。

ここで「安全」は、情報収集活動が終局的に達成しようとする目的として描かれる。後述するとおり、現代の比例原則においては目的審査の段階と手段審査の段階があると理解されているが、連邦憲法裁判所は、実のところ目的審査に

³⁴ BVerfGE 115,320, Beschluß des Ersten Senats v. 4. 4. 2006.

³⁵ BVerfGE 115, 320 (346).

比重を置いていないといわれる。その理由の一は、立法目的形成の権限分配にある。

Vollmeyerによれば、立法目的形成は、①立法による立法目的の設定、②解釈された立法目的による行政活動の拘束、③違憲審査における立法目的の審査の三段階を経て行われる³⁶。①は、無論第一次的な創造的立法形成機能を果たすフェイズである。この意味で、目的設定権限は原理的に立法府にある³⁷。それにも関わらず、②③の段階においても、立法目的の解釈という意味での立法目的の付随的創造が行われ、特に③においては、形成された立法目的を違憲と判断することにより、消極的な創造的立法形成機能が発揮されることとなり、民主主義に根ざした立法府の独占的立法権限との間で問題が生じることとなる。Vollmeyerはこの問題について「目的設定権限は原理的に立法府」に与えられているが、「基本法は権力分立の規律として厳格な要求をしていないため」必然的に例外を有する、と説明する³⁸。

裁判所による目的設定が問題となるのは「任務充足のために必要不可欠な限り」であり、その場合において裁判所の目的設定は許容されるとともにその権限行使が要求される。この時、裁判所は法律上の目的と異なる他の目的を導くこととなるが、その内容は憲法上考慮されるべき事項の不考慮の補完であることが原則である。ここでVollmeyerは「裁判所による目的設定は、立法による目的設定の優位の例外の中で使い果たされるのか」という点に疑問を呈し、裁判所による憲法を通じた立法のコントロール権限と独立した目的設定権限の存在を意識する。この問題意識は、具体的な憲法訴訟における裁判所の関与する目的の範囲とコントロールの強度という二要素の相関性との関係で、特に強く

³⁶ Jan Vollmeyer, *Zweckprüfung und Zwecksetzung*, DÖV 2009, S.55 ff. アメリカで、「目的審査への関心がもっとも先鋭に現れている」保護条項下での違憲審査を扱う平地秀哉「憲法上の平等保障と立法目的の審査」早稲田法学 77 卷 2 号 (2002) 147 頁以下によれば、立法目的とは「一言でいえば、「その法律が達成しようとしている結末」のこと」であるが、それを判断する裁判所の能力の限界により、目的審査が二重の基準の内部でさえ困難を齎すということを示唆する。ここで平地は立法段階での目的と、裁判所で示される目的を意識的に区別するが、行政活動の拘束については捨象している。また目的手段審査の客観化を、立法過程を根拠に行うと言う観点から目的審査に切り込む新しい取り組みについて、小林祐紀「立法判断の客観化に向けた法的アプローチ」法学政治学論究：法律・政治・社会 101 卷 (2014) 37 頁以下。

³⁷ Vollmeyer, *Ibid.*, S. 55 ff.

³⁸ *Ibid.*, S.57.

現れることとなる³⁹。

他方 Hesse は、立法者と裁判所の権限という問題点について、連邦憲法裁判所と他の最高位の国家機関にとって何よりも肝心なことは、双方が互いに尊重し合うことであり、「両者の実定憲法上の整序については、他に何らの保障も存在していない」と述べる⁴⁰。立法府とはいえ、憲法適合性の審査を免れないのは確かであり、基本権に対する正当化し得ない制約は裁判所により排除されるが、民主的な正統性を持つ立法府は、憲法という最低限の枠組みの中において立法裁量を有し、原則として合憲性の推定のもとで立法が行われる。憲法適合性の審査が行われるのは例外であり、権力分立の観点から、裁判所には自己謙抑が要請される⁴¹。

Vollmeyer と Hesse の見解から意識されるのは、裁判所による目的設定の可能性がどのような場面において生ずるのかという点である。このような問題意識をもとにした議論は、2000年代前後から日独両国において散見されるようになり、目的審査において正面から論ずる論稿も増加している⁴²。

本稿は、国家の情報収集活動を適正に統制する法的手段の検討を志向するものであることから、訴訟上重要な意義を有する国家活動の目的として語られる「安全」という概念の検討を看過するわけにはいかない。そこで、まずは現代のテロリズムにより脅かされるとされる「安全」を取り巻く状況の理論的俯瞰を通じ、「安全」概念を再定位する意義について確かめる。

³⁹ これは、第七章で扱う Klatt/Schmidt の主張とも関連する（ただし、Vollmeyer は、コントロール強度に対する独立性のみから目的設定権限を限定することは出来ないと考え、目的設定と目的最適化を区別して考えることで、コントロール権限と目的設定との関係を明確化するという手段をとる。目的設定は立法独自の権限であるが、目的設定の裁量は目的実現の段階（すなわち、実際に目的が最適化された状態で実現される段階）においては、立法者の裁量を示唆するという考え方である（Ibid., S.59）。

⁴⁰ コンラート・ヘッセ（著）初宿正典／赤坂幸一（訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・2006）357頁。

⁴¹ Werner Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, S.11 ff.

⁴² Rainer Wernsmann, *Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm-BverfGE oder Gesetzgeber?*, NVwZ 2000, S.1360 ff., Wolfram Cremer, *Rechtfertigung legislativer Eingriff in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke*, NVwZ 2004, S.668 ff., 松原光宏「立法裁量のセオリー・プラクシス」法学新報 116 巻 7・8 号

（2009）1 頁以下、門田孝「違憲審査における「目的審査」の検討（一）（二）」広島法学 31 巻 2 号（2007）145 頁以下、同 31 巻 4 号（2008）191 頁以下、柴田憲司「比例原則と目的審査」法学新報 120 巻 1・2 号（2013）201 頁以下。

(1) 緊張の時勢

まず比較憲法・比較民主主義等を研究するアメリカの法学者・Michel Rosenfeld の議論を見ていきたい。本稿が日独比較を中心としているにも関わらず、ここでアメリカの議論を参照するのは、後述する Gusy の議論との対比を考えるにあたって有用であるのみならず、Rosenfeld の議論がグローバルな現代社会の姿を一定程度普遍的に描き出し、且つ国家の憲法上の形態と接続させることに一定程度成功していると考えられるからである。

Rosenfeld はテロリズムとの対峙という場面での自由と安全のバランスングについて、戦時法・刑事法・警察法の3つの法律のパラダイムを意識した考察を展開するが⁴³、その前提として、自由と安全の対立を調整するアプローチを決定するため、社会が危険に晒されている程度を評価し、平時 Ordinary Times / 緊張の時勢 Times of Stress / 危機的時勢 Times of Crisis の三段階に分ける。

Rosenfeld によれば、テロリズムと対峙する社会は「緊張の時勢」という状態にある⁴⁴。緊張の時勢は、平時とも、軍事的・経済的・社会的ないし自然的な危機に直面した危機的時勢とも異なる。危機的時勢において、政府首脳陣は例外的な権限を持ちうる他、政治的表現の自由を含む基本的人権は広範な留保のもとに置かれうる。しかし緊張の時勢においては、行政部門への例外的な権限の付与や、基本的人権の広範な留保は認められない。緊張の時勢と危機的時勢を区別する要素は、①個別の脅威の程度（具体的には重大性・強度・持続性の差）と、②政治的グループ統合の程度である⁴⁵。①に関して、緊張の時勢は、危機的時勢に比して重大性・強度は低く、持続性は長い個別の脅威が存在する。②に関して、緊張の時勢は、自己と他者の対立構造という意味における政治的グループの統合程度について、平時と危機的時勢の中間の状況を生む。具体的には、国民利益の、重要で代表的な概念の包摂ないし統合の「強度と成功率」が低下する。

従来型の戦争は危機的時勢の原因となり、テロリズムやテロリズムを起点と

⁴³ Michel Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: A Comparative Constitutional Perspective*, in: Andrea Bianchi, Alexis Keller (Ed.), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, 2008, pp.357-.

⁴⁴ Ibid., p.359.

⁴⁵ Ibid.

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

ここで Rosenfeld は、通常の国内犯罪と戦争の行為主体の相違について、ヘイビアス・コーパスの観点から論ずる⁴⁶。通常の国内犯罪の被疑者の処遇は、手続の公正を重視する憲法上の基本的人権の保護を反映した刑事法パラダイムの内部にある。一方捕捉された他国軍隊の兵士は、敵国において軍事的な争いへの更なる参加を妨げる国際法規範に従う勾留が要求されているのみである。国家権力が対抗的位置におかれる犯罪の被疑者及び他国軍隊の兵士への中立主義の要求に加え、一般市民の「安全」を盾にとることは、全体あるいは一部の市民グループの基本的人権を制約する侵害を要求する可能性があるとして Rosenfeld は警鐘を鳴らす。これはまさしく、前述した「断片化した連帯」、そして日本でも「自由と安全」の議論にむすびつく⁴⁷。

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

⁴⁶ このような議論は、米国では目新しいものではない。横大道聡「最近の判例 *Boumediene v. Bush*, U.S., 128 S. Ct. 2229 (2008)」アメリカ法 2009 年第 1 巻 (2009) 163 頁以下、木村元「グアンタナモの被拘禁者をめぐる訴訟と「法の支配」」法学第 73 巻 2 号 (2009) 262 頁以下等。

⁴⁷ 愛敬浩二「自由と安全のトレードオフ？」ジュリスト 1422 号 (2011) 31 頁、白藤博行「「安全の中の自由」論と警察行政法」公法研究 69 号 (2007) 45 頁以下等。Vgl., Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.

(2) 新しい「安全」概念と現代

以上の議論を踏まえ、Gusyの主張を取り上げる。Gusyは安全概念に関する複数の論文を著しているが⁴⁸、ここではテロリズム対策との関連で語られる「新しい安全概念」について俯瞰する論稿の一部分を中心に取り上げる⁴⁹。

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

Gusyは、伝統的な危険概念と比べ、国際的テロリズムの現象は「不正確な法的表現に甘んじる」とし⁵⁰、国際的テロリズムの脅威と対立する「安全」を定義付けるため、新しい安全概念の組成を試みる。Gusyによれば、第一義的に法律論から成り立つ新しい安全概念の特徴は以下の三つである。(あ)広域的且つ統合的であり、個別的でないこと、(い)ダイナミックであり統計的ではないこと、(う)主観的であり、ありのままの客観性を欠くこと⁵¹。治安政治が「永続的」に実現するためには、広域的且つ主観的な安全概念から要求されるリスクマネジメントが、社会生活の全領域において必要となる。一方、「矛盾を帯びた」ものとして治安政治が立ち現れるとき、独立した安全は最終的には到達し難いものである。この定義には、前掲のRosenfeldの主張に表れるよりも更に強く、政治的理想を追求する国家のイデオロギー性が析出されている。

ここで重要な一例としてとりあげられるのが、(ドイツ公法学者たるGusyの

⁴⁸ Christoph Gusy, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, VVDStRL 63, 2004, S.165 ff や、Christoph Gusy, *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe*, DÖV, 1996, S.573 ff 等。

⁴⁹ Christoph Gusy, *Vom "Neuen Sicherheitsbegriff" zur "Neuen Sicherheitsarchitektur"*, in: Thomas Würtenberger/Christoph Gusy/Hans-Jürgen Lange (Hrsg.), *Innere Sicherheit im europäischen Vergleich*, 2012, S.71 ff.

⁵⁰ Ibid., S.72.

⁵¹ Ibid., S.75 f.

目から見た) アメリカ的安全保障である。アメリカ的安全保障論争を治安政治の題材とする法律論の前提には、三つの課題がある⁵²。(a)政体論 *Regimefrage*、(b) 権限論 *Kompetenzfrage*、(c) 効果論 *Effektivitätsfrage* である。特に①政体論については、アメリカ的安全保障を保持する政体が議論の客体となるが、具体的にこの意味における政体論が問題となるのは、「国際的な紛争状況下でテロリストに適用される法は、国家の法的な通常状態においても使用されうるか」という点においてである。

ここで *Gusy* は、アメリカ的安全保障政体論から一步引いた目線を重視する⁵³。*Gusy* の議論において問題に対するアプローチの糸口となるのは、戦争とテロリズムの相違、そして国内犯罪とテロリズムの相違である。特に、国内犯罪とは個別の保護法益の侵害である一方、テロ行為は全てが現在の具体的法益に向けられたものではなく、「法と国家の秩序の形成と受容」という法的基幹部分に関する持続的攻撃を含むという点に着目する。テロリストは法的秩序のみならず、国家の全てを否定する⁵⁴。

興味深いのは、*Gusy* が *Rosenfeld* と異なり、あくまで国内法的な観点によりつつ、主観的危険・客観的危険という区分の前提にある個別具体的な危険に対し、損害発生 of 蓋然性の程度問題という方向ではなく、(*Rosenfeld* の議論に類似する) 攻撃の持続性と重大性を前提とした「持続的且つ基幹的危険」の存否に関する視点を提示したことである。このことは、*Rosenfeld* の手法が、国内の法に関する議論においても妥当する可能性があることを示す。テロリズムの脅威を持続的且つ基幹的危険と定義付けるとき、この法的議論の終着点は、テロリズムからの国民の安全のために制約される基本的人権の保障の如何に関する議論ではなく、立憲主義の根幹への攻撃たるテロリズムに関する議論となる。法の支配により個人の権力による支配を置換するという極めて古典的な立憲主義の本質的ロジックを脅かす、という点で、テロリズムに対する対策に関する国家活動は憲法上個別の取扱いを受ける対象となりうる⁵⁵。*Gusy* にとってのテロリズムの脅威の本質は、ここにあるといえよう。しかし、*Gusy* 自身が直後に述

⁵² *Ibid.*, S.76 f.

⁵³ *Ibid.*, S.83.

⁵⁴ *Ibid.*, S.81.

⁵⁵ *Ibid.*, S.82.

べるように、テロリズムの本質を解き明かしただけでは不十分であり、適切なリアクション、すなわち法的手段が何かということを追求する営為が、この後に当然必要となる。ここでの Gusy の議論は、従来の「安全」とテロリズム対策の文脈で語られる「安全」が異なることを示し、「国家的自己主張」という国家の政治的イデオロギーの主張が顕現する側面を摘示することで、「安全と自由」の議論に潜在する特徴を明らかにする点にある。

(3) 「安全」に隠れたイデオロギーと立法

Rosenfeld と Gusy の主張の共通点は、二つある。①現代の「安全」を脅かす大きな一要素であるテロリズムに対抗する文脈における「国家」は、政治的イデオロギーの色合いを平時より強めることになるということ、②テロリズムの脅威の性質を、「持続性」や「対象」により、個別の国内犯罪とは異なるものと位置づけていることである。これらは、テロリズムとの関係において顕在化する現代の「安全」概念の基礎的な問題意識と特徴を示しているといえる。

①に関連して、ドイツの刑法学者である Wörner によれば、ドイツにおいては客観的なテロ行為も主観的にテロを標榜した動機をもつ犯罪も個別には処罰しておらず「テロリズムはそれ自体としては刑罰を厳格化する事情ではなく、「むしろ処罰は国家や市民に対する重大な侵害の惹起の危険を前提にして」(a)テロ組織の創設及び支援 (§ 129a,b StGB)、(b)テロ行為の計画・準備・指導等テロ組織創設の前段階の行為及び宣伝行為 (§ 89 a, 90 b, 91 d StGB) という二方向に拡張されるという⁵⁶。

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

「イスラム過激派によるテロリズムが、安全を脅かす」という命題が、鮮烈な視覚的効果と共に、国際的に顕現する契機となったのは、2001年9月11日の

⁵⁶ 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 巻第 1 号（2014）205 頁以下。

世界同時多発テロ発生であった。9.11の前後で「世界が分断され」、9.11は「アメリカのテロ対策をそれまでと比較にならないほど「飛躍的」に拡大・強化する起爆剤となった」⁵⁷。同時多発テロの衝撃は、世論からの「テロリズムからの安全」に関する機運を高め、各国はテロリズム対策の法整備に奔走した⁵⁸。2010年代に入り、世界同時多発テロの記憶が希薄化してくる中、今度はイスラム国（ISIS）等によるテロリズムが相次ぐ。

治安維持のための立法を政策的に進行させる国家にとって、9.11という最も大きなインパクトに関する「記憶の風化」は政策後退の危険信号である⁵⁹。基本的人権保護の場面における「記憶の風化」が明確になったのがイギリスである。イギリスでは9.11以後、テロリストと疑われる者に限って拘留期間の長期化や財産等の制限の実施が可能となったが⁶⁰、2011年に移動の自由に対する包括的な制約となる管理命令 control order については、最高裁判所による厳しい審査を受けて廃止され、その後更に明確な文言に基づく調査措置の執行がなされるようになった⁶¹。

群発的に発生するテロリズムと9.11の記憶を繋ぐものは、「イスラム過激派」が当該テロリズムの担い手であるという事実である。ドイツでは2014年9月12日、ボン基本法9条2項を終局的な法律的根拠として、文書・音声・図画等において「イスラム国」及びそれに関係する組織の名称を用いることが禁止され、財産の差押えが可能となった⁶²。イギリスでも、2015年の法改正において、過激派思想そのものの封じ込めが企図された⁶³。「思想」を理由とする基本的人権の制約の禁止は、歴史的反省に基づく戦後の基幹的な憲法上の理念であった

⁵⁷ 岡本、前掲注12、v頁。ただし、岡本は9.11以前との政策の連続性に着眼している。

⁵⁸ 初川、前掲注14参照。

⁵⁹ 湯浅成大「10年後の9.11:「過防備国家」の誕生と「日常生活リアリズム」の支配」東京女子大学紀要論集第64巻（2014）195頁以降。

⁶⁰ 2000年代前半イギリスのテロリズム規制法について、初川満「英国テロ規制法の分析」初川、前掲注14、121頁以下。同123頁において初川が言及するとおり、「英国においては、このように（筆者注：1974年のバーミンガムパブ爆破事件を契機とするテロ行為法（1974年）、1998年のオマー爆破事件を契機とする刑事裁判法（1998年）、9.11世界同時多発テロを契機とする新たなテロ行為法（2001年）、2005年ロンドン同時多発テロを契機とするテロ行為法（2006））テロリストによる非道な事件が発生すると、それに呼応するようにして規制法が作られることが多い」。

⁶¹ 岡久慶「イギリスの2015年対テロリズム及び安全保障法」外国の立法265（2015）3頁以下。

⁶² 渡邊斉志「ドイツにおけるテロ対策立法」論究ジュリスト14（2014）150頁以下。

⁶³ 岡久、前掲注61、12頁。

にも関わらず⁶⁴、立憲主義を掲げる各国がいとも簡単に踵を返したことは極めて危険な状況である。

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

ドイツでは例外規定である基本法 9 条 2 項⁶⁵を根拠としてこの動きを正面から正当化する政治的動きがあるが、ナチズム暴走の歴史を前提とし、自由の保障のためには極めて厳格な運用が要求される本条項をもって、国際的・組織的ながら個別具体的な犯罪の積み重ねにより特徴づけられるテロリズムの思想を持つ結社等を禁止しうるのかという点については、大きな疑問が残る。まして、我が国においては本条項の如き結社の自由の例外は存在しない。政治的自由の根本の一として極めて重要な役割を持つ結社の自由に対して、行為ではなく「思想」を基準に、「国家的安全」のために制約を加えることは許されないという立場に対し、正当な反証を挙げうる理論は、少なくとも我が国においては示されていないように思われる⁶⁶。また発生前の「テロリズム」が持続的且つ切迫した危険を伴わない性質の脅威であるにも関わらず何らかの対応を必要とするのであれば、通常のプロportionality 審査ではない、持続性に対する対応を考慮した論理構造による憲法上の基本権の保護を行う必要があるのではないか、とも思われるのである。

⁶⁴ 一例として、第三章において詳述する日本の治安維持法。

⁶⁵ 基本法 9 条 2 項は以下のとおり定める。「目的もしくは活動において刑事法に反する結社、または憲法適合的秩序もしくは国際協調の思想に反する結社は、これを禁止する」。

⁶⁶ 岡田順太「結社の自由と治安・秩序」東北学院大学総合政策論集第 9 巻 11 号 (2010) 161 頁以下。

2. 性質 - リスクとしてのテロリズムと「安全」の意義

(1) テロリズムと法的リスク

本章はここまでに、現代のテロリズムに直面する「安全」がどのような状況に置かれているか、ということを検討し、現代のテロリズムの特徴として、世論の不安を煽りつづける「持続性」の要素があることを把握した。この「持続性」が存在するがゆえに、重大なテロリズムが実際に発生すると、世論は強烈に刺激される。なぜなら世論は「テロが起こるかもしれない」という不安と、国家は「テロリスト」から、我々をもっと適切に保護しなければならないのではないかという鬱屈とした不満を、常に抱えているからである（それが、上述した「持続性」を有するテロリズムの存在の具体的影響の一例であろう）。

「持続性」という観点から見たとき、テロ対策法制は地震対策を含む防災法制⁶⁷と大きな共通点がある。大規模な災害やテロリズムが発生すると、実際に国民の生命や身体が傷付けられるのみならず、実際に発生した災害やテロリズムの発生を前提としていなかった立法の不作为あるいは行政の対応の不十分さが重大な問題となった。そのため、発生時期やその確度、重大性が明瞭でない想定事例に対応するリスクマネジメントの考え方をを用いて「安全」を保障する傾向が強くなってきた。この傾向が、テロ対策法制と防災法制の重要な共通点である。下山憲治は、伝統的行政法学では「防災対策は社会秩序維持の上から重要であるため、保安警察の一類型としてとらえられてきた」が、近年では「災害行政法」という領域設定論が主張されるようになり、組織法・手続法領域においては「一定の科学的合理性に裏打ちされた予防的災害対策、応急的（臨床的）災害対策、そして、戦略的災害対策を総合するリスクマネジメントの視点からの原理的転換も必要となっている」と指摘する⁶⁸。

立法過程に着眼してこの傾向を描写すると、防災法制とテロ対策法制は、ともに甚大な被害を及ぼした個別の災害やテロ事件のインパクトを契機として、

⁶⁷ 林秀弥／金思穎／西澤雅道『防災の法と社会 - 熊本地震とその後 -』（信山社・2018）11頁以下参照。なお、日本の防災法制の基底をなす災害対策基本法は、地震や台風、津波などを対象とする（同基本法は、1959年の伊勢湾台風における防災行政の体制的不備の反省から、1961年に制定されている（同15頁以下））。

⁶⁸ 下山憲治「防災法制の展開と今後の法的課題」生田長人（編）『シリーズ・防災を考える4 防災の法と仕組み』（東信堂・2010）216頁以下。このような転換は国際的なものであり、同221頁以下では、2002年国連国際防災戦略事務局の報告書におけるリスクマネジメントに関する言及を取り上げている。

法制度を充実させてきたといえる。テロ対策立法については、前述のとおり 9.11 世界同時多発テロ以降、世界各国でテロ対策法制が整備されていったところ（ドイツのテロリズムに対抗するデータに関する立法については第四章で扱う）、我が国の防災法制も、関東大震災や阪神大震災、伊勢湾台風を契機として法制度の構築が進んでいった経緯があり⁶⁹、近年では東日本大震災が大きな影響を与えている。例えば、工学分野におけるリスクマネジメントの専門家らにより著された『震災工学』は、「工学システムの安全に関する分野では、従来、規基準類で定められた許容値を下回れば安全、そうでない場合は危険という二者択一的な考えが主流であった」が、東日本大震災の原子力発電所の事故を受けて、「安全と危険の間にはグレーゾーンが存在する」ということが再認識されたと指摘する⁷⁰。このようなリスクマネジメントの視点は、東日本大震災後、行政によっても示され（ナショナル・レジリエンス）⁷¹、平成 25 年の災害対策基本法改正に大きく影響を与えている。

ただし防災法制とテロ対策法制には、憲法上の権利保障という観点から見ると、決定的な相違がある。防災法制は地震や台風といった「自然災害」を対象としていることから、これによって個人の憲法上の権利が制約される場面は例外的であり、例えば「望ましくない出来事が起こる可能性（確率 P）×結果（被害の大きさ）の組み合わせ（影響度 C）」というリスク定義を踏まえ、経済的合理性を考慮の上、対応の「意思決定をして継続的にリスクを極小化する」というリスクマネジメントの公式が比較的素直に妥当する⁷²。一方テロ対策法制は、テロリズムを発生させる行為者が存在する「人的災害」を対象としていることから、その法制度は本質的に個人の憲法上の権利を制約することとなる。そこでは、憲法上の権利を不当に侵害しない制度設計が要求されることから、事態はより複雑である。

このように、リスクマネジメントとしての性質を持ちながら、リスク計算の公式がそのまま妥当しないというテロ対策法制の特徴を踏まえ、テロリズムに

⁶⁹ 同上、209 頁以下。

⁷⁰ 矢代晴実（編著）『震災工学』（コロナ社・2016）121 頁以下。

⁷¹ 平成 25 年内閣府防災白書

（http://www.bousai.go.jp/kaigirep/hakusho/h25/honbun/1b_3s_04_00.htm、最終閲覧日 2020 年 1 月 5 日）。

⁷² 矢代、前掲注 70、126 頁以下。

より脅かされるとされる「安全」の法的性質について、更に議論を進めていきたい。

(2) 「安全」概念と危険／リスク

上述した「リスク」との関係から、引き続き「安全」について考えていく。

従来、安全 (Sicherheit) は、危険 (Gefahr) の対立概念として把握されてきた⁷³。伝統的な具体的危険は、状態あるいは行為概念であり、警察法を元来の所在とする⁷⁴。危険の対立概念として「安全」を捉えるとき、安全は「危険の欠如」として定義付けられる。しかし前述のとおり、国家活動は予防的な国家活動への志向性のもとで大きく変化している。このような状況下において、「安全」の対立概念をリスクとする見解が打ち出された。そこで、「危険」「リスク」との対立概念として「安全」を捉えることに関する議論を、Gusy の見解を軸に示し、違憲審査における「安全」の輪郭を明らかにする上で、危険・リスクとの対立を軸とすることの利点と問題点を簡潔に示し、両者の帰結の相違について検討する。

危険防御 (Gefahrenabwehr) は、各州警察法の一般条項において、警察の任務の一として定められている (NW PolG1 条, thür PAG2 条, Sachs PolG1 条等)。Gusy は NW PolG 1 条を参考に、警察の任務を①危険防御の措置を通じた「公共の安全」の保護、②私的権利の限定的な保護、③公共の秩序の保護、④他官庁の執行共助⁷⁵に分ける。危険との関係で扱われるのは、①の任務である。

危険概念について論ずる前に、危険防御という警察活動が保護法益とする「公共の安全」という概念について、ここで触れておきたい。米田によれば、「公共の安全」はフランス由来の「共同体の善き秩序」を由来とし、ラント高権の支配

⁷³ § 2 Nr. 3a brem PolG, § 2 Nr. 1a NdsSOG, § 3 Nr.3a SOGLSA, § 3 Nr.3a thürOBG . Götz, Fn.115, S.40, 米田雅宏「危険概念の解釈方法 (1) ~ (4・完)」自治研究 83 卷 8 号 95 頁以下、10 号 87 頁以下、11 号 118 頁以下 (以上 2007) 84 卷 1 号 (2008) 103 頁以下、同「現代国家における警察法理論の可能性 (1)」法学第 70 卷 1 号 (2006) 32 頁以下、島田茂「ドイツ警察法における犯罪予防の目的と危険概念の関係」甲南法学 49 卷 3・4 号 (2009) 1 頁以下、須藤陽子「ドイツ警察法における危険概念の展開」大分大学経済学論集 48 卷 3・4 号 (1996) 288 頁以下、同「日独警察法理論の相違」立教法学第 80 卷 (2010) 178 頁以下、桑原勇進「危険概念の考察：ドイツ警察法を中心に」碓井光明／水野忠恒／小早川光郎／中里実 (編)『公法学の法と政策』金子宏先生古稀記念論集 (有斐閣・2000) 647 頁以下。

⁷⁴ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*, 7 Aufl., 2012, S.57 f.

⁷⁵ 重本達哉「ドイツにおける行政執行の違法性をめぐる最近の動向」近畿大学法学 61 卷 2・3 号 (2013) 193 頁以下参照。

関係下で形成されてきたという歴史的経緯を持つ概念である⁷⁶。プロイセン以降、公共の安全が法的概念として個別法に記載されるようになった。その代表たる警察法は、公共の安全を、警察が守るべき保護法益として提示する。ドイツで広く用いられている警察法教科書の一である Pieroth/Schlink/Kniesel によると、公共の安全は三つの要素を含む。①法的秩序の毀損、②主観的権利または個別の法的利益の毀損、③国家の存立、あるいは国家や高権のその他の担い手の行事の毀損である⁷⁷。この三つの要素は完全に独立しているものではなく、重なり合っている（なお、後述する現代の「安全」と「公共の安全」は完全に一致するものではない）。

では、この危険防御の核となる「危険」とは、どのような概念か。危険という概念は、各州並びに連邦警察法において定義付けられており、「個別の事件発生の十分な蓋然性の存在する場合に、予測可能な時点において公共の安全あるいは秩序に対する損害が生じると考えられる」状態を指す。危険概念の要素は二点ある。①個別の事件発生の十分な蓋然性があること、②予測可能な将来の時点において損害が発生すると予測されることである⁷⁸。両者は個別の要素として理解されるが、パラレルな時間軸の中では相互に関連性を持つ。

Gusy は危険発生判断のメルクマールを「第一義的に権限を持つ機関の変更」に求め、危険概念のポイントについて、時的近接性を示す予測可能な「将来の」という点に置く⁷⁹。危険が実際に捕捉され、損害が発生する間に、各官庁は危険予防・危険防御・損害発生後対応という過程を辿り活動を行うが、いまだ危険が存在していない場合、その対応は危険予防（Gefahrenvorsorge）と呼ばれる。予防的警察活動が行われるのはこの段階である。次に将来の損害発生が十分な蓋然性を持って予測されるという上記二点が満たされた段階で、危険防御（Gefahrenabwehr）が行われる。これを Gusy は、予防的（präventive）警察活動と対比して、抑止的（repressive）警察活動と呼ぶ⁸⁰。その後、損害が発生すると、警察は司法警察活動を行う。ここで注目すべきは、損害発生前の行政警

⁷⁶ 米田、前掲注 73（2006）47 頁以下。

⁷⁷ Pieroth/Schlink/Kniesel, Fn.74, S.118 ff.

⁷⁸ Ibid., S.41.

⁷⁹ Christoph Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8. Aufl., 2011, S.51, 54.

⁸⁰ Ibid.

察と、損害発生後の司法警察の性質の相違という伝統的区分に加え、損害発生前の警察活動についても、「第一義的に権限を持つ機関の変更」といえるような区別があると認識されている点である。危険が存在しない段階であっても、損害に結びつくおそれのあるものが何一つない状態において、無意味な警察活動（或いはその他官庁の活動）が行われるわけではない。そこにはリスク（*Risiko*）が存在する。

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

Gusy は、リスクの不在そのものが「客観的安全」にあたるとして、リスクを従来の議論における「危険」を含む概念でもあるとの理解を示す⁸¹。すなわち *Gusy* の見解によれば、リスクという概念の多層性には、「危険」という次元が包摂される。これに対し、*Isensee* や *Denninger* は、リスクとは、損害発生の遠い可能性または未知の可能性、ないしは単なる思考上の可能性にまで及ぶとする⁸²。このようなリスク概念は、状態あるいは行為概念である危険と、本質的な違いがある。つまり、危険とリスクの間には、時系列の広がり相違ではなく、概念の考慮される次元の相違が存在するのである。

リスクに個人の主観的意識を含める見解を示す *Isensee* や *Denninger* の見解に対して、*Gusy* はリスクに、個別の事例における個人の感覚を含めず、「リスク」の意義に客観性を内包させることで、「安全」の対立概念としての位置を獲得しうる性質を付与している⁸³。「危険」「リスク」の析出方法は、対立する法的概念としての「安全」を捉えるにあたって深く影響を及ぼす。後述するように、*Gusy* は主観的安全・客観的安全を含む「安全」を、リスクの対立概念と理

⁸¹ *Gusy*, Fn.48, 2004, S.157 f.

⁸² ヨーゼフ・イーゼンゼー（著）小山剛／上村都／栗城壽夫（訳）「保護義務としての基本権」〔解説・小山剛〕ヨーゼフ・イーゼンゼー（著）上村都／小山剛／栗城壽夫（訳）『保護義務としての基本権』第三章（新全社・2003）136-138頁, Erhard Denninger, *Prävention und Freiheit*, 2008, S. 8 f.

⁸³ *Gusy*, Fn.48, 2004, S.157.

解する⁸⁴。ここで重要なのは、客観的安全が「状態概念」であるということである。Gusyは、客観的安全自体が独自の保護法益を形成するのではなく、一定の法規範が保護する法益が維持されている「状態」を客観的安全としながら⁸⁵、対立概念を「リスクの不在そのもの」とするのである。Gusyにとっては、リスクも危険と同じ状態概念であり、多層性はあくまで状態概念という枠内において、時的限界の変動、将来の発生蓋然性の確信の程度の大小などによって描写される。それゆえこの立場からは、個別の主観的安全は、客観的安全という「状態」の附属物に過ぎず、主観的安全それ自体の保護を目的とした基本権に対する制約は認められない。

これに対し Isensee は、安全をリスクの不在と解することに懸念を示す。Isensee のリスク理解によれば、リスクは内在的限定を欠く概念であり、仮に「安全」をリスクの不在と理解すれば、自由及び安全概念の明確性が損なわれるためである⁸⁶。Isensee は、保護義務の構成要件段階では、客観的リスクは安全の抽象的な対立概念の一部に含まれるとするが、具体的に「安全」概念が形成される段階においては、リスクは明確性を欠くことから含むべきでないとする。この論理展開は、客観的リスクと主観的リスクを分けるという線引きをしている点で、議論の性質上 Gusy の理解と近い部分があるようにも思われるが、客観的リスクですら憲法レベルで具体化した際には安全の対立概念にはならないとする Isensee の主張の結論は、本質的に Gusy の見解と対立する。

更に異なる観点として、「安全」の保護法益性から、リスクについて考えてみたい。Gusy は客観的安全に限っても、その独立の保護法益性を認めない。これには、Alexy が類似の見解を示している。Alexy は、安全はあくまで公共財且つ非技術的な概念であり、真正な意味における個別の基本権としては観念し得ないとする⁸⁷。この背景にあるのは、完全なリスク制御に対する懐疑である。他方で、Möstl は、Gusy や Alexy と対立する見解を提示する⁸⁸。Möstl は、上述し

⁸⁴ Gusy, Fn.48, 1996, S.578.

⁸⁵ Gusy, Fn.79, S.39.

⁸⁶ Josef Isensee, *Aussprache*, VVDStRL 63, 2004, S.197.

⁸⁷ Robert Alexy, *Aussprache*, VVDStRL 63, 2004, S.194.

⁸⁸ Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2003, S.159 f., S.180 f. Möstl の議論について、小山剛「自由・テロ・安全-警察の情報活動と情報自己決定権を例に-」大沢秀介／小山剛（編）『市民生活の自由と安全-各国のテロ対策法制』（成文堂・2006）314頁以下、白藤博行「リスク社会の警察行政」ジュリ

た危険とリスクという概念による安全保護のための国家活動に関する区分を前提に、公共の安全及び秩序という保護法益が害される蓋然性が存在する場合は、国家の介入を許容すべきとした。ここでの蓋然性は、危険判断の要件としての「十分な蓋然性」とは異なり、リスク防御的な場面をも含め判断される、要求の弱い蓋然性を言う。

ここまで、Gusyの見解を中心に、危険・リスクの捉え方とその対立概念としての「安全」について見てきた。では、テロリズムにより脅かされうる「安全」の法的性質を考えるにあたって、以上の議論がどのような意味を持つのか。

まず「危険」を「安全」の対立概念ととらえる見解については、あくまで「危険」だけが「安全」の欠如といえるのか、ということが問題となる。そもそも「リスク」という概念が登場した背景には、科学技術等の発展に伴い、現代社会が複雑且つ発生見通しの困難な新しい問題に対しての対応が必要ではないか、という議論がある⁸⁹。危険を「安全」の対立概念ととらえると、個別の危険発生前に「安全」の保障を目的として行われる予防的な国家活動は、原則としてその目的の正当性が認められないこととなる。なぜなら、予防的な国家活動は、字義のとおり「事前の」段階で行われることを本質とするものであるからである。本稿は、第三章にて示すとおり、予防的な情報収集活動を全く認めない立場に立つことは現実的ではなく、実際に予防的警察活動や諜報活動が必要となる場面も想定しうると考えていることから、この立場には立たない。

一方で、対立概念を「リスク」と捉える見解については、二つの問題点が挙げられる。

第一の問題点は、概念設定の内在的な困難性である。すなわち、主観の程度や、損害発生の蓋然性とまでいえないがリスクとして認識される範囲に関する問題である⁹⁰。主観・客観といったリスク内部の分岐には一定の共通性があるものの、論者によってリスクの捉え方は異なり、その捉え方を決めるものが何か明らかにされていないため、議論が水掛け論となりがちであるという問題点を指摘し得る。

スト 1356 号 (2008) 83 頁以下参照。

⁸⁹ Christoph Gusy, *Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur*, *VerwArch* 2010, S.311 f.

⁹⁰ Isensee, Fn.47, S.197, イーゼンゼー, 前掲注 82, 157 頁。

第二の問題点は、第一の問題点とも関係するが、内在的限定をし得ないために保護領域が拡大し、従来の比例原則が機能不全を起こすとき、侵害される憲法上の権利保障の手段は確保されるのか、という問題である。この問題点は、「安全」概念の拡散に繋がる。「安全」概念の拡散は、「安全が重要な保護法益である」と言えたからこそ成り立って来た比例原則の機能不全を惹起する。このときに、果たして安全を指向する国家活動により侵害される基本権を保護するための手段が確保し得るのか、という壁に直面する。

（３）客観的「安全」／主観的「安全」

上述のとおり、「リスク」と対置される「安全」という法的概念が、重大な問題を内包しつつも新たに形成されつつあることを踏まえ、更に「安全」概念の内在的な性質に迫っていきたい。ここでは、客観的「安全」と主観的「安全」に関する Gusy の議論を中心に扱うが、まずはその趣旨を説明したい。

テロリズムの抑止と検挙を終局的な目的とする国家の情報収集活動の対象には、「数値化可能な実体⁹¹」が存在しないことがままある。厳密に言えば、数値化可能な実体が数値として認識出来るようになったとき、既にその実体は「リスク」でもなければ「危険」ですらない、「損害」となる。数値化の困難さの影響が顕著に現れるのが、ここで扱う「客観的」安全・「主観的」安全の区別の困難性である。数値化可能な分野では、「数値化出来るものは客観的安全、出来ないものは主観的安全」と明確に区別しうるため、前述した防災や環境の分野からは主観的安全（≒安心感）は一定程度捨象され、数値で推し量ることの可能なリスクがどこまで（客観的）安全として保護されるか、という議論に向かいやすい⁹²。しかし、メディアが事実に基づくニュース等を用い、生命を脅かされる恐怖（安全の欠如）に関する情報の伝播を拡大している現代においては、両者がどう区別されるかということ自体、曖昧である。特に、テロリズムは、前述の通り共同体の根幹に対する攻撃の表出という性質を有することから、（主観的）安全の欠如が著しく増幅される傾向にあるといえる。「主観的」安全の欠如が憲法上の利益と対立する法的利益として認識されるかどうか⁹³という命題を否定する

⁹¹ 西原、前掲注 6、79 頁。

⁹² 環境分野の先行研究として、戸部真澄『不確実性の法的制御』（信山社・2009）、山田洋『リスクと協働の行政法』（信山社・2013）参照。

⁹³ 西原、前掲注 6、78 頁。

としても、あるいは安全の一部が警察分野において「客観的」安全として法的保護を受ける可能性があるとしても、それを法的に確定するには、前提として「主観的」安全と「客観的」安全の区別を議論する必要がある。

では、「主観的」安全の外縁を確認するために、どのような手段をとることが出来るか。Gusy の見解を中心として、具体的に検討していく。

Gusy が議論のベースとするのが、安全文化 (Sicherheitkultur) という概念である。安全文化・安全保障文化は、ドイツで現在注目を浴びている学際的な社会科学研究分野の一であり⁹⁴、Rauer/Junk/Daase によれば、安全文化は、価値指向性としての政治文化 (Politische Kultur) と、行為指向性としての戦略的文化 (Strategische Kultur) とのハイブリッドモデルであり、両者に関する問題 (例えば危険対応の方法など) に関するコミュニケーションを通じて生成されてきた⁹⁵。

それではこの安全文化の中で、法的な「主観的」安全と「客観的」安全は、どのように理解されるのか。Gusy は、より広い安全についての社会的現象である安全文化と、安全に関するコミュニケーションの議論されてきた元来のフィールドである安全保障政策 (Sicherheitspolitik)、そして安全関係法令 (Sicherheitsrecht) の三つが同一の理論に則って動くということを示す。その基礎となるものが、安全に関するコミュニケーションについての理論である。安全文化の中での法的な「主観的安全・安心感」の位置づけを模索し、主観的安全と客観的安全との近似を目指す国家の取り組みを促すのが Gusy の議論の方向性である⁹⁶。

では、元來法的なものに限定されない広域的な範囲に存する安全文化の中で、法的な「安全」はどのような観点から位置づけられるのか。この点 Gusy は、安全関係法令における「損害発生 of 蓋然性をも含む、一本の線からなる因果関係」

⁹⁴ 日本では主に国際政治分野で扱われてきた (国際政治 167 号 (2012) のテーマが「安全保障・戦略文化の比較研究」であった)。

⁹⁵ Valentin Rauer/ Julian Junk/Christopher Daase, *Konjunkturen des Kulturbegriffs*, in: Hans-Jürgen Lange/Michaela Wendekamm/Christian Endreß(Hrsg.), *Dimensionen der Sicherheitskultur*, 2014, S. 33 ff.

⁹⁶ Gusy は後に、適切な情報開示を国家が行うことで、主観的安全と客観的安全の一定の対応関係構築を目指すようになる (transparenter Staat)。Vgl. Christoph Gusy, *Der transparente Staat*, DVBl 2013, S. 941 ff., ders., *Informationszugangsfreiheit – Öffentlichkeitsarbeit – Transparenz*, JZ 2014, S.171 ff.

を、安全文化において議論されるべき「危険概念の構成要素」として捉え、客観的危険をリスクのスペクトラムにおける特定の一断面と理解する⁹⁷。国民が国家に危険防御を委ねている現状において、自由と安全の混合比（Mischungsverhältnis）（≠二者択一（Alternative））を語ることが、安全文化の中における憲法上の安全概念の位置づけであるとする。

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

まず Gusy は、「主観的」安全は個人的なものに留まらず、社会的・政治的なレベルで感じられるものであると定義付け、個人的感覚を超えた意味付けを行う。そして、「主観的」安全に何らかの措置を施すにあたっては、様々な社会的レベルの手段があり、その中のひとつとして法という観点を扱う、とする⁹⁸。それと同時に、アメリカ法秩序に端を発する（広い意味での）不安からの自由権（Grundrecht auf Freiheit von Furcht）について、近年の社会的認識・解釈に基づくものではなく、古くからあったものが時の流れの中で変化してきたものと理解する。このような自由権は国家による過度のコントロール禁止という形で（例えば、遡及効の禁止やデュー・プロセス条項と結合して）保障されていたが、近年基本権保護義務と結びつき、テロリズム等の安全を脅かす問題についての国家の秘密的な情報収集にも拡大している。Gusy の観点による不安からの自由権の本質は、事前の統制を許す点にある。事後的な基本権保護では足りない、という不安からの自由権に基づく発想である。ここから生じるのは、不安からの自由権を根拠とした情報収集を容認する帰結であり、Gusy は国家からの自

⁹⁷ Christoph Gusy, *Sicherheitskultur – Sicherheitspolitik – Sicherheitsrecht*, KritV 2010, S.111.

⁹⁸ Ibid., S.118 f.

由を重視する立場から、この帰結を批判的に見る。

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

ここで、「主観的」安全の位置づけに関する議論に先立ち、主観的安全（subjektive Sicherheit）と安心感（Sicherheitsgefühl）の間に相違があるのか、という点を検討しておく必要がある。「主観的」安全と安心感が同一のものかどうかについて正面から論じた法学分野の論文は、管見の限り日独共に見当たらない。Gusy・Kötter・Scheweはともに、主観的安全、安心感の他に、主観的安心感（subjektive Sicherheitsgefühl）という用語を用いていることが確認され⁹⁹、両語は互換的に使用されるようにも思える。しかし、Gusyの議論の特徴を注意深く見ると、安心感を個人的な感覚として、「主観的」安全を法的な概念として位置づけているのではないかと推測される。この区別は、本稿が法的な議論を対象としている以上、極めて重要である。

Scheweは、安心感単独ではもちろん、安全にも独立した法律上の保護法益性を認めないことから、安全の中にこれを位置づけることは出来ないとした上で¹⁰⁰、安心感の保護の憲法上の位置づけを、国家性（Staatlichkeit）や民主制（Demokratie）といった国家構造の維持に関わるものと理解し¹⁰¹、「安全」を必要不可欠な国家任務とする¹⁰²。一方、連邦憲法裁判所における憲法上の権利の規制目的としての安全は、「主観的」安全と「客観的」安全の区別が明確にはなされていない。Schwarzはラスター捜査判決や国勢調査権判決¹⁰³を取り上げ、「連邦憲法裁判所が公益侵害を基礎として、直接的に「監視対象の感情」と萎縮

⁹⁹ Matthias Kötter, *Pfade des Sicherheitsrechts*, 2008, S.241, Christoph S. Schewe, *Das Sicherheitsgefühl und die Polizei*, 2009, S.94.

¹⁰⁰ Schewe, *Ibid.*, S.140 ff.

¹⁰¹ *Ibid.*, S.146 ff, S.156 ff.

¹⁰² *Ibid.*, S.51 ff.

¹⁰³ BVerfGE 65,1, Urteil des Ersten Senats v. 15. 12. 1983.

効果（Einschüchterungseffekt）¹⁰⁴との結びつけを援用するとき、基本権侵害のドグマは変更される」とし、現代における「個人の自由の重大な侵害は、現代のテロリズムが実在するというメルクマールとしての不安感から生じている」と指摘する¹⁰⁵。

「主観的」安全は、上記のように、「客観的」安全とは一線を画す独自の法的効果を有する。その上、「客観的」安全との非対応関係を前提とした超領域的且つ不規則的な拡散が、安全文化において「主観的」安全に中心的な位置を与えていることから¹⁰⁶、現代の「安全」に関する論争においては「客観的」安全は脇役であり、主役はあくまで「主観的」安全である、と Gusy は指摘する。この指摘は、安全概念の変化に深く関与している現代的特性が、警察の守るべき保護法益としての「安全」を捉えることを困難にしているという点を表している。

上述の通り「客観的」安全は、個別の損害発生の蓋然性により判断される一方¹⁰⁷、「主観的」安全は、客観的なものとして発展する可能性を持った認識ということではなく、以下の三要素を持つ「不確定」で「コミュニケイティブな概念」として固有に判断される¹⁰⁸。その三要素とは、①伝播性（Übertragung）、②自己増幅性（Selbstverstärkung）¹⁰⁹、③他領域での思考・行動の変容（という効果）（Einstellung und Verhaltenänderungen in anderen Bereichen）である。

ここで Gusy の言うところの「コミュニケイティブな概念」は、コミュニケーションと情報の境界において、多層的に構成される。単一の「客観的」安全の欠如についてであっても、情報の既知・不知、その情報の性質などによって「主観的」安全が大きく左右される¹¹⁰。

Gusy は「主観的」安全をこのような振れ幅をもって定義づけたあと、「客観

¹⁰⁴ Vgl., Christian Rath, *Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt – Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, KJ 2009, S. 65 ff.

¹⁰⁵ Kyrill-A. Schwarz, „Gefühlte“ Grundrechtseingriffe und „reale“ Gefahren, in: Eirie Hilgendorf/Frank Eckert (Hrsg.), *Subsidiarität, Sicherheit, Solidarität*, 2012, S. 412

¹⁰⁶ Kyrill – A. Schwarz, *Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat*, im Ulrich Blaschke (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit? : stättliche handlungsspielräume in extremen gefährdungslagen*, 2005, S.30 f.

¹⁰⁷ Gusy, Fn.97, S.116.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ これは「自然に増える」だけではなく、「客観的安全に対応せずに、自律的に量的変化を起こす」という意味をも持つ。Schewe, Fn.99, S.106 ff.

¹¹⁰ Christian Endreß/Martin Feißt, *Von der Sicherheit zur Sicherheitskultur*, in: Fn. 95, S. 27 f.

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

以上の議論は、以下の三点において意義がある。①「主観的」安全の法的位置づけを「不安からの自由権」という潮流の中に位置づけながら、これに優位する国家からの自由を論じている点、②「主観的」安全をただの「感覚」から更に一歩進んだ形で措定し、「主観的」安全と「客観的」安全をつなぎ、また両者の合同さを損なわせているものの正体が、安全に関するコミュニケーションであると明らかにした点、③安全文化への国家による介入が、「主観的」安全と「客観的」安全を近づける役割を果たしうるという可能性を提示する点である。特に①②は、「ただの感覚」として片付けられていた「主観的」安全に積極的な位置づけを与えるとともに、「客観的」安全を区分し、また区分しきれない部分を不確定なコミュニケーション部分に集約するという意義を持つ。これは、憲法上の法益としての「安全」の範囲の決定という問題に向かい合う一助となり、法益として認められ得ない「主観的」安全を「客観的」安全から切り離すメルクマールとなりうる。

ただし Gusy がこの議論の帰着点として、安全コミュニケーションに対する国家の介入と、コミュニケーションの適正化を要求している点には賛同しかねる。Gusy は、「安全」は国家目的であるとしても、基本権保護義務の行使の対象ではなく、あくまで立法者に対する統制内容に過ぎないと理解する¹¹¹。その是非は別にしても、本来私的なものである（だからこそ民主制の過程に資するし、一方で不安定である）コミュニケーション¹¹²に対して、例え安全に関する

¹¹¹ Christoph Gusy, *Grundrechte und Verfassungsschutz*, 2011, S. 2.

¹¹² Gusy, Fn.97, S. 124 f.

分野に限定するにしても「国家の介入が中心的な領域¹¹³」とすることは、自由主義的・民主主義的な立憲国家の基礎たる生身のコミュニケーションを阻むことになるのではないか、という疑念が湧く。

更に、Gusyの議論に対する最大の疑問は、「危険」「リスク」の対立概念としての安全と、「主観的」安全・「客観的」安全との関係である。Gusyの定義を参照すると、「客観的」安全は危険の欠如とほぼ同義であるように思われる。だからといって、「主観的」安全⇨リスクの欠如という関係は成り立つようには思えない。曖昧で広い範囲を含むリスクという概念には、一定程度客観視出来るものの、危険発生の蓋然性の程度が低い要素も含まれるからである。

本稿ではこのような観点から、「両者の重なり合いはどのような形で起こり、また憲法上の権利と対立する規制目的として認めうる「安全」とはなにか」という問題を検討するため、前節で示したリスク概念の理解を深めた上で、ひとまずはGusyの挙げた伝播性・自己増幅性・他領域での思考・行動の変容効果という「主観的」安全ならではの不確定性をメルクマールとして、「主観的」・「客観的」安全に対応した「主観的」・「客観的」リスクに関する理解を深めるべきであると考え。その上で、「主観的」・「客観的」安全として理解した「安全」概念を「リスク」と対立させ、「危険及び客観的リスク」を最終的に「安全」と対立する概念と理解することが出来ないか、という道筋を仮説として提示したい。本仮説との関係では、この後に述べる国家目的論からの議論は、客観的リスクを具体的に捉える際の外縁を基礎付ける「安全」概念の性質を歴史的観点から裏付ける役割を担うと理解される。

3. 法的概念としての「安全」を脅かすテロリズムと国家の任務

(1) テロリズムに対抗する国家の任務 - 国家目的としての「安全」

ここまで、テロリズムに対抗する秘密的・予防的・広域的な国家の情報収集活動の正当化根拠として用いられてきた「安全」という法的概念の現代的実体を明らかにしようとする試みに取り組んできた。

ここまでの議論は、あくまでも憲法との関係に限ったものではなく、より広範な視野のもとでの議論であったが、憲法や国家論との関係に限定して見ると、

¹¹³ Ibid., S. 126 f.

「安全」という法的概念は、非常に古い歴史のもと、国家の本性と深く複雑な関係性を有するものである。そこでここからは、憲法外在的に付与されたものとしての「安全」の、憲法の内部構造との連結に関する史的な視点を取りあげる。キーワードは、国家目的（*Staatszwecke*）と基本権保護義務（*Grundrechtsschutzpflicht*）である。

Isenseeによれば、「安全」の保障は憲法外在的な国家目的として位置づけられ、憲法上は基本権保護義務として具体化する¹¹⁴。憲法外在的な国家目的と憲法内在的な規範との結びつきについては後述の通り諸論あるが、まずは国家目的の一般的な議論について俯瞰する。

まず、国家目的・国家目標（*Staatsziel*）・国家任務（*Staatsaufgabe*）の相違について示す。国家目的とは、基礎理論上の国家存立目的であり、国家の正当化根拠と接続する概念である。国家目標・国家任務との最大の相違は、憲法上の具体的な規定から直接取り出しえない憲法外在的な政治国家理論を本質的な所属とする点である¹¹⁵。他方、国家目標は当該社会秩序にとっての理想像（*Leitbilder*）追求を国家に義務づける憲法学上の概念であると理解される¹¹⁶。憲法上の目標規定として顕現した国家目標は、国家目標規定（*Staatszielbestimmung*）と呼ばれる¹¹⁷。そして、これをより具体化したものが国家任務である¹¹⁸。

Bruggerによれば、国家目標・国家任務と区別される国家目的の機能は、主に四種類に分類することが出来る¹¹⁹。①国家の同質性確保¹²⁰、②国家（及び憲法）の正当化¹²¹、③立法裁量の統制場面における権力濫用の制御、④議論の複雑性の減少である¹²²。

¹¹⁴ Isensee, Fn.47, 1983, S. 46 f.

¹¹⁵ Christoph Möllers, *Staat als Argument*, 2000, S. 193.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ 例えば、ボン基本法 20a 条。三宅雄彦「国家目的としての安全」法学教室 329 号（2008）14 頁参照。

¹¹⁸ 藤井康博「近世・近代ドイツ国法学における国家目的「自由」「安全」「生命」（1）：環境国家論への予備的覚書」静岡大学法政研究 16 卷 1-4 号（2012）143 頁以下。

¹¹⁹ Winfried Brugger, *Staatszwecke im Verfassungsstaat*, NJW 1989, S.2429 f.

¹²⁰ 石村修「今日の憲法国家における国家目的」法学新報 103 卷 2・3 号（1997）96 頁以下。

¹²¹ BVerfGE 49,24(56), Beschluß des Zweiten Senats v. 8. 1978., Möllers, Fn.115, S. XXXI f.

¹²² 小山剛「陰面としての国家」法学研究 80 卷 12 号（2007）143 頁, Brugger, Fn.119, S.2430 f.

国家目的がこのような存在として理解されるようになるまでに、国家目的論盛衰の歴史は以下四つの局面を経ており、現在の形は第五の形態であると理解し得る¹²³。この五つの局面とは（a）19世紀前半まで、（b）19世紀後半、（c）19世紀末～第二次世界大戦、（d）第二次世界大戦以後～1970年代まで、（e）1980年代以降である。以下、史的展開と各局面における理解の特徴を辿ること、国家目的論と安全に関する基本権保護義務との結びつきのルーツを確認する。

（a）第一の局面は19世紀前半までである。16世紀以来のドイツ自然法学は、「何らかの自然的な事態・秩序（＝自然）又は先験的な倫理的法則・価値に基づいて、必然的に存立する、正しい人間生活のための規範」ととらえられた自然法概念の上に成り立つものであった¹²⁴。これがドイツでは、18世紀から19世紀にかけて、君主制の援護者となってしまう。背景には、非西欧的なドイツ特有の立憲君主制があったが、その後絶対主義に対する反発から、立憲主義的思想ないし同思想の観点から現実の憲法構造を実証的に分析する、いわゆる自然法論を基礎とした法実証主義的憲法学の転換が起こった。立憲君主制時代の包括的な公共の福祉理解が、自然法的基礎づけにより限定的且つ制約的なものへと変化したといえる¹²⁵。

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

一点目は一般憲法学から一般国家学への移行が起こった点である。憲法学から一般国家学が分離するという憲法学の実態変化に直接起因するという意味で、国家有機体論から国家法人説への「移行」と、国家目的論の憲法学からの「消滅」はルーツを同じくする¹²⁶。

¹²³ 以下参照する各文献から、明確な転換を複数の論者が指摘する点を転換点とし、筆者が整理を行った。

¹²⁴ 山下平八郎「自然法と実定法（1）」愛知工業大学研究報告.A, 教養関係論文集 13（1978）22頁, ホップズ（著）水田洋（訳）『リヴァイアサン（一）』（岩波書店・1992）208頁以下。

¹²⁵ 小林孝輔『ドイツ憲法史』（学陽書房・1980）82-88頁、102頁以下、栗城壽夫「ドイツ国家目的論史小考」法律雑誌 25巻3・4号（1979）230頁以下。

¹²⁶ 菟原明「「一般国家学（Allgemeine Staatslehre）」の存在理由？ - Ch・シュタルク教授定年退職講義 -」大東文化大学法学研究所報（2011）2頁以下。

二点目は自然法思想に対する批判への応答の結果の顕在化である。伝統的・体制的君主制論復興の右派は、神学的国家論と結びついて自然法に対する批判を行い、一方で近代的・自由主義論の勃興を目論む左派は、有機体としての国家を固有の主体と捉える形で自然法と国家の切り離しを主張した¹²⁷。

(c) 第三の局面は、19世紀末から第二次世界大戦終戦までである。第二の局面で消滅した国家目的論は、一度めのルネサンスを経験する。Jellinekは、第三の局面における国家目的を、客観的・個別的目的としての国家目的と、主観的目的としての国家目的に二分する¹²⁸。このうち、第一の局面で特に意識されて来た(自然法的な)客観的目的や、特定の国家の個別的目的といったものを、Jellinekは「まったく恣意的で規定し得ない」と断言し、是認しうる国家目的があるとなれば、それは主観的目的であるとする。Jellinekはその实在根拠を、国家の生命が人間の行為の不断の連続のうちにあり、人間のあらゆる行為は必然的にある動機・目的によって規定されているという事実から求め、これを否定することは国家を盲目的な自然力に貶位し、国家からすべての統一性と継続性をただ奪うだけであるとまで述べる¹²⁹。この考えは、1930-40年代、ナチスの国家運用の中において強調される(なお、同時期においても法実証主義の立場からは国家の自己目的的存在意義が強調され、国家目的論を批判する動きがあった¹³⁰)。

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

¹²⁷ カール・シュミット(著) 大久保和郎(訳)『政治的ロマン主義』(みすず書房・1970) 参照。

¹²⁸ ゲオルグ・イエリネク(著) 芦部信喜/小林孝輔/和田英夫(訳)『一般国家学(第二版)』(学陽書房・1976) 186頁以下, Vgl. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, S.230 ff.

¹²⁹ 同上邦訳 188頁、原著 234頁。

¹³⁰ ここでの動きを「ルネサンス」と評価しうるのは、政治的なレベルでの動きも含めた社会全体の潮流自体に関する動きを指す。実証哲学からナチズム的思想への転換を描く1935年ドイツの哲学者の講演を収載した Eugen Herrigel(講演) 秋沢美枝子(翻訳) 山田奨治(解題)「オイゲン・ヘリゲル著「国家社会主義と哲学」「サムライのエトス」全訳と解題」日本研究 32巻(2006) 285頁。一方で実証主義者と自然法学者のナチズムを巡る議論をフランス憲法学・法哲学の大家が論じた Michel Tropel(著) 南野森(訳)「ミシェル・トロペール論文撰(10) ナチス国家は存在したか?」法政研究 74巻4号(2008) 961頁以下は、第三帝国の哲学的背景を顕著に表す。

意味する¹³¹。

(e) その後、現在に繋がる第五の局面が、1980年代以降に勃興する。これが第二の国家目的論ルネサンスの時期にあたる。第五の局面では、基本権保護義務論と結びつく形で、国家目的論が憲法の学壇に蘇ることとなることが最大のインパクトを持つが、この点については後に詳しく議論することとして、先に憲法領域外の第二の国家目的論ルネサンスの意義に触れたい¹³²。

前憲法的な事実問題としては、自由主義的法治国家が二つの壁に打ち当たったことが挙げられる。①実質的平等が強く謳われる中、格差や高齢化に対応するため社会的・民主的法治国家への発展の道筋がつくられたこと、②IT、重工業、遺伝子工学等の著しい発展により、従来の自由主義的法治国家が経験して来なかった性質・程度の危険及びリスクに直面することになったことである。このような状況下で、共同体の保全者としての国家に対する期待が、事実上醸成されていった。ここで注目すべきは、規範の拘束力は価値観の合意から発するのではなく、社会的フィクションから発するという Sofsky の指摘である¹³³。ただし Möstl が適切に指摘するように、安全の庇護者としての国家に対する期待が社会的フィクションに過ぎないとしても、基本権保護義務論の形成と、保護義務論の次元での国家の安全任務再発見という憲法領域での国家目的論ルネサンスの基礎となったことは間違いない¹³⁴。

また Möstl は、法律レベルで憲法上の基本権保護義務論発展を下支えした二つの法的要因を指摘する。一点めは、共同体の保全者としての国家像形成の先駆けとなった、環境分野における 1970年代以降の予防的国家活動の法律化である¹³⁵。そしてもう一点は、国家の給付能力の限界に起因する、私人との協力を

¹³¹ 高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状」近畿大学法科大学院論集 2 卷（2006）1 頁以下、エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（著）樺島博志（訳）「法治国家概念の成立と変遷」エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（著）初宿正典（編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社・1999）26 頁以下参照。

¹³² Möstl, Fn.88, S.18.

¹³³ ヴォルフガング・ソフスキー（著）佐藤公紀（訳）『安全の原理』（法政大学出版局・2013）58-59 頁, Vgl. Wolfgang Sofsky, *Das Prinzip Sicherheit*, 2005.

¹³⁴ Möstl, Fn.88, S.18.

¹³⁵ 環境法分野での予防原則の展開について、松村、前掲注 2、Bohm Monica（著）大久保規子（訳）「ドイツおよびヨーロッパ環境法における予防原則の展開」阪大法学 57 卷 2 号（2007）329 頁参照。なお 1994 年のボン基本法改正における 20a 条の追加について、国立国会図書館政治議会課憲法室（山岡規雄・北村貴）「諸外国における戦後の憲法改正（第三版）」調査と情報 687 号（2010）8 頁以下参照。

通じた危険の克服という観点の発生である。この観点は、自由主義的思想とは全く逆転した発想から生まれている。

(2) 国家目的としての「安全」と基本権保護義務

以上のような各局面における多層的な変化を踏まえ、現代の憲法学を中心とした視座にうつる。上に述べたように、第五の局面では「基本権保護義務との接続」という形で国家目的論が再登場する。

この理論的基礎を創造し、以降犇めく議論の中心となっている論者が、Isenseeである。Isenseeは「安全」を、ホッブズ的な権力独占的近代国家が描かれる「歴史の第一段階」から継続的に存在する「憲法典の実効的妥当の前提且つ根本的な国家の成立目的」として描く¹³⁶。Isenseeにとっての保護義務は、国家目的として構成される憲法外在的な「安全」を実現するため、国家に課された義務として基本法上に現れる。この主張の背景にあるのは、国家対国民という二項対立構造から、国家・国家の保護する被害者・被害者の法益を侵害する加害者という三面関係構造へ、という国家と国民の関係の捉え方の変化である¹³⁷。

基本権保護義務については1989年の国法学者大会¹³⁸をはじめとする学壇の端々で多様な見解が示されているが、これらは以下の形で整理することが出来る。

- ① (a) 独立した基本権保護義務を肯定する立場
 - (b) 否定する立場 という第一の分岐
 - ② (a) 独立した基本権保護義務を肯定する立場 のうち、
 - (a-1) 保護義務を肯定する立場の中で国家目的から保護義務を導出する立場
 - (a-2) 基本権から保護義務を導出する立場 という第二の分岐
- 本稿では、(a-1) 対 (a-2) (b)、及び (a-2) 対 (b) という二項対立について

¹³⁶ Isensee, Fn. 47, S.3ff.

¹³⁷ 松本和彦「基本権の私人間効力-基本権保護義務論の視点から」ジュリスト1424号(2011)59頁以下、三並敏克「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」政策科学13巻3号(2006)190頁以下参照。また、ドイツ連邦憲法裁判所で基本権保護義務が初めて問題となった事件として、BVerfGE 39, 1, Urteil des Ersten Senats v. 25. 2. 1975 (堕胎罪判決)がある。

¹³⁸ Christian Link, *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, 1. Bericht*, VVDStRl 48, 1990, S.7 ff., Georg Ress, *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, 2. Bericht*, VVDStRl 48, 1990, S. 56 ff.

て、代表的な論者の見解と、相互の対立の中で現れる問題意識の所在を概観する。その後、「安全」を志向する予防的な国家活動と保護義務との繋がりに関する議論を見たい。

(a-1) の立場の代表的論者は、前述した Isensee である。Isensee の考えに近い議論をするものとして、Möstl がいる。Möstl は、国家目的としての「安全」と基本権保護義務は、国家目的が基本権保護義務の考え方を発展させ、基本権保護義務について、国家目的は実現させていく手段として基本法上に顕現するという相互的關係のもと、基本法において再構成されると理解した¹³⁹。また Dietlein は、独立国家の正当化根拠としての国家目的たる「安全」を自由主義的国家理解に基づいて憲法に導入し、最終的に基本権レベルで完成するとするピラミッド型の構図を想定した。背景にあるのは、国民の忠誠義務・平穏義務・暴力独占の相関への再注目である¹⁴⁰。

国家目的から直接保護義務を導出する立場 (a-1) と、国家目的を基本権に落とし込んでから保護義務を導出する (a-2) (b) の間で意識すべきは、上記の国家目的論の史的展開にまつわる「なぜ国家目的論は二度も消失したのか」という問題であると筆者は考える。自由主義的法治国家としての厳格な機能を維持することの意義は、イデオロギーに侵犯されることを忌避するための国家の自己拘束であり、その実現にはテキストへの一定の依存が不可欠である。テキストへの依存により生ずる保護義務の狭窄性や硬直性は、憲法内在的な法治国家原理¹⁴¹の必然であることを鑑みれば、(a-1) の立場は、法治主義の実効的な維持継続に関する大きな問題を抱えているといえる。

基本権から基本権保護義務を導出する (a-2) の立場で代表的な論者は、連邦憲法裁判所である。連邦憲法裁判所は、第一次墮胎罪判決において、国家の保護義務は基本権的規範の客観的価値秩序の一部であり、国家の生命保護義務の存在と範囲は基本権の価値体系から推定しうると述べた¹⁴²。Hermes によれば、

¹³⁹ Möstl, Fn.88, S.53.

¹⁴⁰ Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., 2005, S 22 f, S. 60 ff., 鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎-国家理論を援用する見解について-」早稲田大学大学院法研論集 76 号 (1996) 93 頁以下。

¹⁴¹ 山崎栄一「日本における防災政策と基本権保護義務」大分大学大学院福祉社会科学研究所紀要第 4 号 (2005) 50 頁、同「基本権保護義務とその概念の拡大」六甲台論集 43 卷 3 号 (1996) 189 頁以下参照。

¹⁴² Vgl., BVerfGE 39, 1(41 f.), BVerfGE 46, 160, Urteil des Ersten Senats v. 16. 10.

裁判所は保護義務を、個人的自立の包括的保障という意味における客観的な「基本権の権能」と位置づけている¹⁴³。

保護義務を否定する(b)の立場を代表するのは、Murswiekである。Murswiekは保護義務に独自の意義を見いださない。しかし、仲裁者としての国家自体の現れを拒絶するわけではなく、防御権としての基本権の機能の一部として、保護義務が存在すると理解する。Murswiekの見解の最大の利点は、保護義務を基本権内在的に理解することで、保護義務という名を冠して恣意的な国家活動が広範に行われることを防ぐことが可能となる点にある¹⁴⁴。

(a-2)と(b)の考え方の本質的な相違は、防御権としての基本権と基本権保護義務の独立性の有無にある。基本権保護義務は、個人の尊厳を根本に置く基本権の思想からの制約を受けることはあっても、主観的な防御権としての基本権の限界という側面から制約を受けることはなく、独自の展開が可能であるという特徴を有する。このことは基本権保護義務に意義を認める最大の利点であり、最大の不安要素でもある。この不安要素を排除しながら、基本権保護義務の「機能」を承認する手段の一例が、Murswiekの主張なのである。

以上に見たように、ドイツでは基本権保護義務(あるいは保護義務的な機能)が判例・通説により認められている。しかし、基本権保護義務に関する議論の成熟していない日本では、保護義務に独自の意義を見いださないMurswiekの議論にも特に注意を払う必要があるだろう。石川が的確に指摘するように、米仏を比較対象国とする我が国の憲法論者の間には基本権保護義務の問題自体、ドイツ特有の精神風土の中で産み出された仮象問題ではないか、との疑念が浸透している¹⁴⁵。このことから我が国においては、基本権保護義務というドグマ内の議論に留まらず、現代における「安全」概念を複合的に捉える必要性が高いといえよう。

以上の議論を踏まえ、予防的な国家活動が保護義務の射程に含まれるかとい

1977.

¹⁴³ Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, S.202 f., 小山、前掲注 122、158頁。

¹⁴⁴ Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, S. 107 f.

¹⁴⁵ 石川健治「憲法の解釈 Round6-3 基本権保護義務 隠蔽と顕示-高まる内圧と消えない疑念」法学教室 337号(2008)41頁。

う点に議論を進める。ここで問題となるのは、予防的な国家活動が国家の積極的な作為として要求されるのか、ということである。Möstl は、前述のとおり、「安全」を「危険の欠如」と「リスクの欠如」状態の二つに分類した上で、危険防御の前段階では、公共の安全及び秩序という保護法益についても、これが侵害される十分な蓋然性が存在する場合には、これを保護義務の射程に含むとする¹⁴⁶。危険・リスクの区別という問題と、国家目的と保護義務の関連性という問題は異なる次元の問題であるが、両者は共に「安全」概念形成に影響を及ぼしている。一方、基本権保護義務が国家目的論から直接に導かれるとした Isensee は、「主観的」リスク・「客観的」リスク・危険を分類し、国家により形成される「安全」の射程は危険に限定されるとする一方で、保護義務の射程と具体的に形成される「安全」については別のものと考えている。このように基本権保護義務の射程は国家目的と一致するものであり、実際に形成される「安全」は国家任務のレベルで形成されることになるという理解は、上述した国家目的・国家目標・国家任務という分類の位相と重ねて理解することが出来る。しかし、この保護義務の段階においてすら、不安の保護（「主観的」リスクの排除）はその対象領域に含まないとするのが Isensee の理解である¹⁴⁷。

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

この点 Gusy は、保護義務が仮に国家目的により形成されとしても、国家に直接課せられる国家任務と保護義務との繋がりを否定する立場をとる。その根底には、「安全への配慮」を担うのは第一義的に立法である、とする Gusy の立法への信頼がある¹⁴⁸。上述した実質的・理論的な問題点の克服が極めて困難であると考えられるところ、憲法上の権利の制約という強度の効果をもたらす国家活動を、憲法訴訟上正当化し得るほどの力を国家目的論に認めることは出来ない点で、Gusy の発想には賛同出来る。しかし Gusy が立法に「安全への配慮」を要求する理由として、あえて国家目的論を用いる理由は判然としない。ドイ

¹⁴⁶ Möstl, Fn.88, S.159 f, S.180 f.

¹⁴⁷ イーゼンゼー、前掲注 82、154 頁以下、179 頁以下。

¹⁴⁸ Christoph Gusy, *Reform der Sicherheitsbehörden*, ZRP 2012, S.230 ff.

ツ国内では、既に基本権保護義務の存在を無視することは困難であり、それを支える論拠の一つとなる国家目的論を正面から受け止める議論が主流となっているようにも思える。しかし、基本権保護義務の存在自体が議論の俎上にあがりはじめた現段階の日本の議論の中では、Gusy の見解について考えることで、この問題を客観的に見ることが可能である。筆者は、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と考えている。

4. 小括

以上、本章では、テロリズムに対抗する国家活動の目的となる「安全」について分析してきた。ここでは小括として、本章で論じた「安全」と憲法の関係についてまとめる。

まず、現代の「テロリズム」は、「持続的かつ切迫した危険を伴わない脅威」として描写される性質を有するため、テロリズムに対抗し「安全」を確保するためには継続的対応が要求される結果、政治的イデオロギーが読み込まれやすくなるという特徴がある。テロ対策法制は防災法制に似て、リスクへの対処という側面があると理解されるが、テロ対策法制は「人的災害」であることから、客観的なリスクの把握が困難であるにも関わらず憲法上の権利の制約を伴うことが予想され、これにより比例原則の機能不全の問題が生じる。本章では、この問題に対処するための道筋として、Gusy の議論を参考に、テロ対策法制「主観的」・「客観的」安全として理解した「安全」概念を「リスク」と対置し、「危険及び客観的リスク」を最終的に「安全」と対立する概念と理解することが出来ないか、という仮説として提示する。

憲法との関係では、「安全」は、国家目的の重要な一として歴史的変遷を経て発展してきたところ、現代においては基本権保護義務と接続する。基本権保護義務の根拠は諸説あるものの、日本においてはそもそも基本権保護義務による「安全」の確保を国家の任務として理解することが可能であるか、精査が必要である。

テロリズムと「安全」の現代的側面を、憲法との接合から検討し直すことは、テロ対策により制約されうる憲法上の権利と対立する法益は何か、ということ

を明らかにする一助となる。すなわち、単なる現代的テロリズムの解釈論としてだけではなく、テロリズムに対抗するための国家活動の憲法適合性を審査するための具体的要素（目的の正当性の内容）を明らかにするという訴訟上の意義を有するということである。

本章を踏まえ、次章では、テロリズムに対抗するための国家活動のうち、本稿が中心的に取り扱うこととしている情報収集について、その性質を論じていくこととする。

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

1. テロリズムに対抗する手段の一としての情報収集

(1) テロリズムに対抗するための「予防」的国家活動

テロリズムに対抗するための国家活動の方法は、多様である。地理的範囲としては国内・国外の両者に及び、その手法は、爆発物によるテロを防ぐために公共交通機関のゴミ箱を一時的に撤去させたり、不審な郵便物に対処したりする官民が一体となったソフトアプローチ¹⁴⁹から、法規制に基づくテロ組織の資金対策¹⁵⁰、更には刑事訴追というハードアプローチまで含む。また時的範囲としては、危険発生以前の予防的な対応から、既に発生した重大なテロリズムに対抗するための緊急状態における対応まで、ほとんどあらゆる時間軸において対応が行われているといえよう。特に現代においては、「持続性」のあるテロリズムのリスクへ対処すべく「予防」的なテロリズム対策が課題となっていることは、第一章で示したとおりである。

ここでは、第一章で事象として捉えた「予防」について、「予防国家」という新たな国家像へのパラダイム転換という視点からその本質について考えてみた

¹⁴⁹ 2020年東京オリンピック・パラリンピックを見据え、テロの発生を未然に防ぐため「官民一体となったテロに強い社会の実現」を目指す警察庁国際テロ対策強化要綱が決定・公表された。警察庁及び警視庁が旗振り役となって推進する、官民が一体となったテロ対策について、佐藤安夫「官民連携のテロ対策」治安フォーラム 24巻8号（2018）2頁以下。警察庁の方針を踏まえ、警視庁が発表したテロ対策東京パートナーシップが推進する項目のうち、予防的な警察活動を含む監視手段として注目すべきは「非常時映像伝送システム」である。同6頁以下はこのシステムを、「事業者のセキュリティカメラシステムに改良を加えた危機を警視庁本部に設置し、事業者の管理区域内でテロなどの非常事態が発生した場合、発生の際の蓋然性が極めて高い場合又は非常事態に発展するおそれのある場合に、事業者が閲覧している映像と同じ映像を警視庁に配信するシステム」であると説明する。非常事態の発生の際の「蓋然性」「おそれ」を判断する主体は警視庁ということになるが、その手続や判断基準は判然としない。

¹⁵⁰ 資金対策について、阿久津正好「我が国において関係行政機関及び事業者等が講ずるテロ対策に資する措置等について」警察学論集 59巻11号（2006）67頁以下が詳しい。

い。その意図は、危険発生の個別具体的な蓋然性が存在する場合の対処や、危険発生後の対応と比較した場合の「予防」的手段の性質を明らかにする点にある。

Grimm の見解によれば、「予防」とは、あらゆる時に公権力に要請され、自由に対する侵害を防ぎ、安全を保障するための事前的国家活動であるという。「予防」の本質は時系列上、「事前的に」行われる点にある¹⁵¹。例えば従来治安維持活動の代表例である伝統的な警察活動において、予防的な活動は例外的である。しかしその理由は、伝統的な概念に現れている警察活動の目的そのものに予防的活動が資する程度が少ないためではなく、予防という場面においては警察活動に強度の人権侵害を伴う恐れがあるためである。Grimm は、特に予防という場面において、自由を守るための国家活動が内包する民主的・法治国家的留保を空洞化する危険を含むというジレンマが顕在化すると指摘する。予防的国家作用の特殊性は、特定の個人や公衆の自由、国家の自由保障機能を害さない行為をも標的とする特徴があり、起こりうる危機はその措置を通じてはじめて発見されるという性質にあるからである¹⁵²。それにも関わらず、予防的国家活動が要求される理由を、Grimm は以下のように指摘する。社会的・技術的条件構造は、科学技術の発展に伴う新たな危険の発生、(国家以外の)社会的強者の出現、抑圧的手段の有効性の相対的低下といった形で限定されている。このような構造下にある現代において、伝統的法原則では保護義務を全うし得ない、と¹⁵³。

このような予防的国家活動を、国家像のパラダイム転換の観点から描写するのが、Denninger である。「予防国家」は、法の安定から法益の安全へ、という重心の移動に基礎付けられ、国家活動が法益の安全保障に直接的に方向性づけられた国家像を指す。Denninger が「予防国家」と対置するのは、「(自由主義的)法治国家」である。ここでいう「(自由主義的)法治国家」とは、所謂法律の留保をその中核とする法学上の国家概念に留まるものではなく、市場原理に法益の現実的配分秩序を委ねている国家を指す。これは、「(自由主義的)」という枕詞に表されるように、小さな国家のもとで個人の自由意志を最上位のもの

¹⁵¹ Dieter Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in : ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991.

¹⁵² Ibid., S.197, 215

¹⁵³ Ibid., S.211 f.

とすることが最も法益保護に資するという考え方による¹⁵⁴。

重要な点は、両者の性格から演繹される機能論理の差異である。「(自由主義的) 法治国家」の機能論理は、以下の通りである。自由の保護のためには国家の介入を最小限に押さえ、出来る限り市場の開放性を要求することが必要となる。そのために、法律の明確性・手段の比例性が要求される、というものである。これは、従来の法学が依拠してきた機能論理であったといえよう¹⁵⁵。

Denninger は、「安全」と「自由」の緊張関係¹⁵⁶に基づく両者の間の理論的な非両立性を認めながらも、「予防」という国家作用が伝統的法治国家の性質にそぐわない(しかし、一方で必要である)という認識から、二者択一ではなく、両理論の目的を理想的に組み合わせることを目指そうとする¹⁵⁷。「安全なくして自由なし」という事実上合致する前提から、「安全であればあるほど自由になる」という誤った結論への飛躍という決定的な思考上の短絡性¹⁵⁸に対する危惧のもと、伝統的な自由主義的法治国家と異なるモデルが妥当するようになってきている事態を、現代国家の「予防国家」への憲法パラダイムの内面的展開の様相としてとらえるのである(「自由・平等・友愛」から「安全・多様性・連帯」へ¹⁵⁹)。

Denninger の問題意識は、法治国家の最大限の自由を、安全の最適な保障によって保障する「機能的均衡」を形成し、予防的国家作用の内的限界を法的に決定することで保護しなければならないという点にある¹⁶⁰。そうだとすれば、こ

¹⁵⁴ Erhard Denninger, *Der Präventions-Staat*, in : ders., *Der gebändigte Leviathan*, 1988, S. 33.

¹⁵⁵ Erhard Denninger, *Freiheit durch Sicherheit?*, KJ 2002, S. 470.

¹⁵⁶ このような観点自体は、例えば Gusy, Fn.48, 2004, S.165 ff.や Wolfgang Hoffmann-Riem, *Freiheit und Sicherheit in Angesicht terroristischer Anschläge*, ZRP 2002, S. 497 ff.にも通ずる。岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制-その憲法上の問題点-」大沢秀介/小山剛(編)『市民生活の自由と安全』(成文堂・2006) 97頁は、ドイツでのテロ対策法の検討は「自由と安全の関係をどのように調整するのかという大きな構図を下敷きとして行われる傾向にある」と指摘する。

¹⁵⁷ Denninger, Fn.155, S.470.

¹⁵⁸ Denninger, Fn.82, S.16 f. なお、愛敬、前掲注 47、31頁は、Cass Sunstein や Stephan Holmes 等のアメリカでの議論を受け、「トレードオフのテーゼは自由の削減によって安全が当然に高まることを含意するため、選挙で選ばれた権力者は効果的なテロ対策が見つからない場合、「自由の削減=安全の増加」という根拠薄弱な前提に頼りがちになる」という、同様の問題意識を示している。

¹⁵⁹ Erhard Denninger, *Vielfalt, Sicherheit und Solidarität, in Menschenrechte und Grundgesetz*, 1994, S.24 f., S.27 f.

¹⁶⁰ Denninger, Fn.154, S.33, Erhard Denninger, *Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz*, 2002, S. 97, 西浦公『『安全』に関する憲法学的 一考察』樋口洋一/上村貞美/戸波江二(編集代表)『日独憲法学の想像力(下)』栗城壽夫先生古稀記念論集(信山社・2003) 89頁。

の指摘の最も重要な点は、「予防国家」という新たなパラダイム転換の可能性を示したことではない。パラダイム転換を理由に、これまで培って来た違憲審査の枠組みを安易に遺棄することなく、予防的な国家活動の場面において最大の自由を保護する違憲審査基準を応用出来る可能性がどの程度あるのか、真摯に見極めるべきだとする示唆を与えた点であるといえる。

予防的な情報収集活動の違憲審査基準論についての詳しい議論は第七章に委ねることとして、ここではテロリズムに対抗するための手段の一である「予防」的な国家活動が、以上のような国家像の捉え方を背景としているということを描き留めておくことに留める。

(2) 秘密的・予防的・広域的な情報収集活動の特殊性と役割

以上のとおり、従来の憲法学の思考様式からすれば重大な課題を抱えつつも、現代において重要な役割を果たす「予防」的な国家活動であるが、これは当然情報収集に限定されるものではない（例えば、前述した公共交通機関のゴミ箱の撤去のための行政指導や、入国審査における手荷物検査の法律上の義務付けも、テロ対策としては予防的である）。しかし、テロリズムに対抗する予防的な国家活動の中で、情報収集は特殊且つ重要な役割を果たす。ここでは、テロ対策としての情報収集活動を論じる意義をより明確にするため、その性質について素描してみたい。

まず、情報収集の特殊性は、特定の個人や団体をその対象とする点にある。これは、ある一定の目的を持った情報収集の性質としては、当然のことであるが、予防的な国家活動としては極めて特殊な性質である。この特徴はその他のテロリズムに対抗するための予防的な国家活動と比較したとき、特に際立つ。すなわち、通常予防的な国家活動は、テロが発生した場合甚大な被害を及ぼす「場所」の警戒や、国内でのテロを未然に防ぐための対策として実行されるものであるが¹⁶¹、そのような活動が中心となる理由は、予防の段階ではテロリズムの

¹⁶¹ 板橋功「講演 今後の我が国におけるテロ対策の課題」警察学論集 69 卷 1 号 (2016) 37 頁以下参照。ただし、本稿は、同講演の内容に賛意を示すものではない。例えば、東京オリンピック・パラリンピックといった「イベントに乗じて犯行を行えば、PR 効果も大きく、この機会に一旗揚げやろうと目論むテロリストがいらないとは限らない。むしろその可能性は高い」(同 43 頁) とする理論的根拠には疑問を感じる。また、官邸のドローン偵察を行った原子力発電所に反対する個人が、約 1 年にわたって複数の原子力発電所の撮影などの準備を行ってきたことをもって、「この犯人は、具体的な着手時期は明らかではないものの、事件の実行に向けて着々と準備を進めていくといった、テ

行為者は明らかではないためである。しかし、情報収集の場合は（いかなる情報収集であろうと）一定の基準をもって対象を特定すること、ここでは「テロリストの可能性のあるもの」、より厳密に言えば情報収集の主体が「テロリストの可能性のある」と考えているものを特定する作業が前提にあるのである。

これは、テロリズムに対抗するための予防的な情報収集活動が、広域的にならざるを得ないということを示している。なぜならば、誰か分からない「テロリスト」に関する情報を、一定の基準に基づいて収集しようとするからである。しかも、ここでの「誰か分からない「テロリスト」」ということの意味は、ただ対象者が特定されていないということではもちろんなく、そもそも未だ何のテロ行為も行われていない「予防」的な段階における情報収集であるため、本質的に対象者を特定することが不可能であるということである（実際に、上述した日本で行われた公安「テロ」情報の収集では、イスラム教徒の多い国の出身者やモスクに出入りするもの、といった基準で対象の特定が行われている。後述するドイツのラスター捜査事件でも、外国籍の男性といった極めて広範な基準で対象が特定されている）。

そして、これらの情報収集活動は、原則として秘密的である（情報公開との関係での秘密性については第九章で詳しく論ずる）。秘密性は、予防的であることに先立ち、治安維持のために行われる情報収集全般に備わる特性である（ただし、予防的・広域的な情報収集である以上、テロリズムと全く無関係な多くの人々の情報を対象とする蓋然性が極めて高いことから、行政機関個人情報保護法との関係での開示可能性は議論の対象とすべきであると筆者は考える。この点については第九章で詳しく論ずる）。

このように、秘密的・予防的・広域的な性質を持ち、憲法上の権利との関係において緊張関係を生ずる当該情報収集であるが、一方でその役割の一定の必要性は認めざるを得ない。第一章で論じたとおり、現代においては国家が守るべ

ロリストと全く同じ思考様式を見て取ることができ」、「こうした類いの者が、ひとたび方向性を誤ると、大きなテロや社会問題を引き起こすこともあり得る」（同 44 頁以下）としていることは、核に反対する活動家たちの動向を追い、その情報を民間企業に漏洩した大垣警察市民監視事件における岐阜県警の行動に通ずる思考様式であるといえよう。このような考えが、警察大学校や防衛大学校の講師歴もあり、警察庁をはじめとした国家関連のプロジェクトにも多く参画する板橋によって発信されていること自体に、「テロリスト」と「一般市民を自認する人々」を分断し、特定の活動や思想を持つ者を排除する「断片化した連帯」が加速していく危機感を覚える。

き「安全」の概念自体が大きく変化している一方、情報化の加速度的進展により危険やリスクの事前の確知が極めて難しくなっている。そのような状況下で、テロリズムに対抗する予防的な情報収集活動を全く否定することは困難であるという結論には、首肯せざるを得ない。そうだとすれば、不可欠となるのは秘密的・予防的・広域的な情報収集活動の特性に応じた法的統制であるといえる。

2. テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の実態

以上のような秘密的・予防的・広域的な性質を持つテロリズムに対抗するための情報収集活動は、具体的にどのような実態を持つものなのか。ここでは、主体と態様に着眼して、整理していきたい。

(1) 主体

テロリズムに対抗するための情報収集活動の主体は、大別して、捜査機関・諜報機関・その他行政機関に分けられる。

まず、捜査機関は、警察的権力を前提として、犯罪の捜査を行うことを主たる目的とする機関である。本稿では中心的に取り扱わない既に発生したテロ行為（犯罪）に関する捜査活動は、捜査機関により実施される。そうだとすると、本稿が中心的に扱う予防的な情報収集活動とは無関係な機関であるとも思われるが、後述するとおり、実際には捜査機関による「予防的警察活動」が実施されていることは珍しくない。日本では、警察による任意の捜査の根拠規範は刑事訴訟法 197 条 1 項本文¹⁶²にあるが¹⁶³、警察官の「一般的職責の範囲の確定」は組織法である警察法 2 条 1 項¹⁶⁴にあると理解されており¹⁶⁵、少なくとも強制処分に該当しない範囲では、予防的警察活動が広く行われる蓋然性があるといわざるを得ない。更に、このような活動により入手した情報の利用方法についても法的統制が存在しないという現状がある。事実、現在岐阜地裁に係争中の大垣警察市民監視事件では、捜査機関であるはずの岐阜県警が、犯罪の嫌疑のない活動家らの情報を収集し、あまつさえ民間企業に当該情報を意図的に漏洩して

¹⁶² 刑事訴訟法 197 条 1 項は、以下のとおり定める。「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない。」

¹⁶³ 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣・2015）33 頁以下。

¹⁶⁴ 警察法 2 条 1 項は、以下のとおり定める。「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする。」

¹⁶⁵ 酒巻、前掲注 163、39 頁。

いることが報道されている¹⁶⁶。

次に、諜報機関である。諜報機関は、国際的な自国の安全保障といった特定の目的のもとに法律上一定の権限を与えられ、広く情報収集を行う。諜報機関は、特定の犯罪の嫌疑について捜査することを目的としていないという点で明確に捜査機関と区別されるが、実際にはその情報収集の範囲は捜査機関のそれと重複している場合も多い。それは、序章において述べたとおり、捜査機関と諜報機関との間に事実上の接近が生じていること、より具体的には、捜査機関・諜報機関双方の名目上の組織目的と実質的な情報収集の範囲に乖離が存在することに起因する（なお、この点に乖離がない場合であっても、収集後のデータの共有・目的外利用の可能性が開かれていることにより、実質的に両者の扱う情報の範囲は重なり合うことがある）。

これ以外に、その他の行政機関による情報収集活動も行われる。具体的には、入国審査官による上陸許可¹⁶⁷・在留資格の確認に伴う調査¹⁶⁸や、税務署における税務調査¹⁶⁹などに付帯して、テロリズムに関係する人物の在留や、テロ行為を行った組織への資金流出などの行為について情報収集が行われる場合がある。また、捜査機関や諜報機関がテロ対策の目的で収集した情報を、これらの行政機関が用いる可能性もある。ただし、これらの行政機関は限定的な局面における調査のみをその権限としていることから、本稿では、これらの行政機関の個別の活動については取り扱わないこととし、以下では原則として捜査機関及び諜報機関を中心として議論を進める。

（２）態様

捜査機関と諜報機関の接近は、情報収集の態様の面からも認識することがで

¹⁶⁶ 朝日新聞（名古屋本社版）2014年7月24日。

¹⁶⁷ 出入国管理及び難民認定法（以下、入管法）5条は、以下のとおり定める。「次の各号のいずれかに該当する外国人は、本邦に上陸することができない」。本条各号のうち、例えば4号（1年以上の懲役・禁錮等の刑に処されたことのある者）、5号の2（国際競技会等の妨害）、8号（銃砲刀剣類所持）などは、テロ対策の水際対策で用いられる上陸拒否理由となっている（高宅茂「水際テロ対策とインテリジェンス」法律のひろば69巻6号（2016）12頁以下）。また上陸に関連して、税関のテロ対策の取り組みについて、小黒一正「国際テロ対策に係る関税局・税関の取り組みについて」ファイナンス41巻1号（2005）20頁以下。

¹⁶⁸ 入管法59条の2は、以下のとおり定める。「法務大臣又は出入国在留管理庁長官は、（中略。事例に応じて入国審査官、入国審査官又は入国警備官に）それぞれ事実の調査をさせることができる」。

¹⁶⁹ 国税通則法74条の2～6は、国税の調査にかかる質問検査権を定める。

きる。ここでは、捜査における任意処分・強制処分の理解を念頭に置きながら、情報収集の手段を整理したい。本稿は捜査に限った議論をするものではないが、強制処分にあたる手段とは、その情報収集の態様が「相手の意思に反する重要な法益侵害」を伴うことを意味するものであるとする理解が有力なものとなっているが¹⁷⁰、それがどのような目的で行われるかに関わらず（刑事訴追目的で行われるか、国家の安全保障目的で行われるかに依らず）、憲法上の権利保障の観点から見れば、法律上あるいは司法手続による個別的統制に服する必要性が高いと考えられるからである。

我が国の刑事訴訟法上の捜査は、その手段の強制力や権利侵害の重大性を基準として、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）に区分される。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¹⁷¹。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¹⁷²、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。

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¹⁷³。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種類の強制処分にあたるのか、あるいはいずれの種類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¹⁷⁴。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

¹⁷⁰ 白取祐司『刑事訴訟法（第 9 版）』（日本評論社・2017）94 頁以下。

¹⁷¹ 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 卷 2 号（2017）185 頁以下。

¹⁷² 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。

¹⁷³ 同上、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。

¹⁷⁴ 安富潔『刑事訴訟法広義（第 4 版）』（慶応義塾大学出版会・2017）44 頁は、任意処分と強制処分の関係を正比例のグラフで表現しているが、ここではこのグラフ中のどこにそれぞれの処分が位置付けられるのかという問題が、ここでの課題である。

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。

情報収集の手段として、最も容易に想起されるのは尾行、すなわち情報収集を行う者が実際に特定の人物を物理的に追いかける行為である¹⁷⁵。また、公の場所や、公の場所から目視することができる場所における監視も、尾行と連続する行為態様として連想される。これは現実の場所（例えば公道）に限らず、インターネット上に公開されている掲示板などを捜査や諜報の目的を持って継続的に閲覧することも含まれる。

追尾や公の場所における監視のポイントは、情報収集の対象者が公の場所におり、情報収集を行う者がリアルタイムで情報を取得することを前提としていることである。無論、公の場所に居るならばいつでもどこでも情報収集の対象とされてよいということではなく、憲法上の権利の制約という観点ではむしろ強度な制約を発生させる場合もある。例えば、GPSによる監視との比較において、「GPSをつけられた車がラブホテルの駐車場に滞在する時間帯等も捕捉されていたが、尾行の場合には同伴者の顔すら確認されるわけで、どちらが侵害度合いが強いかは一概に言えない」とする議論もある¹⁷⁶。しかし、少なくとも尾行や公の場所における監視は、その行為態様全体を強制処分と断ずることは難しい類型であると理解することができよう。

公の場所にある監視カメラに記録された情報収集の性質については、争いがある。公道における写真撮影については、「現に犯罪が行われもしくは行われたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行われるとき」には、「その対象の中に、犯人の容貌等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第

¹⁷⁵ 尾行の適法性について、指宿信「追尾監視型捜査の法的性質」指宿信（編著）『GPS操作とプライバシー保護 位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社・2018）20頁以下。

¹⁷⁶ 西原博史「監視社会と犯罪捜査-防犯カメラとGPS、ビッグデータ、顔認証」佐藤博史（編）『シリーズ刑事司法を考える第2巻 捜査と弁護』（岩波書店・2017）56頁以下。太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル48号（2016）61頁、清水真「「プライバシーの期待」についての考察」井田良／高橋則夫／只木誠／中空壽雅／山口厚（編）『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂・2014）参照。

三者である個人の容貌を含むものになつても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである」とした京都府学連事件判決¹⁷⁷がリーディングケースとして挙げられるが、公の場とはいえ継続的な監視の場合、本件とは異なる性質を有するとも解される¹⁷⁸。

以上の態様と異なり、以降の類型に属する態様は、行為態様全体が強制処分と理解されることが通説的である。まず、秘密裡の通信や信書を管理する第三者からの情報提供である。プラットフォームによる捜査機関への任意の情報提供の問題は、社会的にも大きな注目を浴びており¹⁷⁹、特に通信内容そのものの開示を求める場合は信書開封の強制と同視しうる。

また、後述する住居内の会話傍受や通信傍受は、住居の不可侵や通信の秘密、プライバシーの自由といった憲法上の権利を制約するものであり、同様に強制処分であると解されている。日本においては、諜報機関による会話傍受や通信傍受について法律上規定がないが、ドイツにおいては一定の手続きを経て、諜報機関にもこれらの行為が認められている（この点は第二章で詳述する）。

日本におけるGPS捜査については、第五章で詳しく論ずるが、下級審でその処分の性質について様々な見解が示されていたところ、最高裁においてこれを強制処分と判断する判決が出された。

更に、本稿が比較研究の対象とするドイツにおいては、ラスター捜査（Rasterfahndung）や、オンライン捜索（Online-Durchsuchung）¹⁸⁰や端末通信傍受（Quellen-TKÜ）¹⁸¹といった手法の利用が見られる。ラスター捜査につ

¹⁷⁷ 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

¹⁷⁸ 松代剛枝『監視型捜査手続の分析』（日本評論社・2018）191頁以下。

¹⁷⁹ 例えば、2019年6月25日にフランス政府のオ・デジタル担当相は、SNSにヘイトスピーチを書き込んだユーザー情報を司法当局に提供させる決定を、自らのTwitter及びロイター通信のインタビューを通じて公表した（ロイター通信の報道について、「FB、ヘイトスピーチの容疑者情報提出へ 世界初＝仏担当相」（2019年6月26日

（<https://jp.reuters.com/article/france-tech-idJPKCN1TQ2B6>）、最終閲覧日2020年1月5日）。また、捜査機関への情報提供に関する事案ではないが、日本において最高裁判所が検索エンジン運営事業者の性質に言及したものとして、最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁がある。

¹⁸⁰ Benjamin Derin / Sebastian J. Golla, *Der Staat als Manipulant und Saboteur der IT-Sicherheit?*, NJW 2019, S. 1111 f., Dennis-Kenji Kipker, *Vom Staatstrojaner zum staatseigenen Bundestrojaner*, ZRP 2016, S.88 f. 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。

¹⁸¹ 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

いては、第七章において詳細に検討するが、オンラインの情報を網掛け式に調べる情報収集の手法であり、広域性が特徴となる。またオンライン検索と端末通信傍受は、いずれも「トロイの木馬」等のマルウェアによりコンピュータに侵入することによって暗号化された情報やコンピュータに蓄積された情報を取得する手法であり¹⁸²、極めて秘密的且つ強度の権利侵害を伴い、技術的にも強い疑義のある手法である¹⁸³。

これらの多様な情報収集の手法により具体的に行われるそれぞれの行為が、強制処分であるのか任意処分であるのかを判断することは、難しい問題である。特定の態様全てが強制処分だといいうる場合もあれば、任意処分と考えられてきた態様に分類しうる行為でも、技術的手段の介入により、強制処分と解されるべき場合もあるからである。強制処分と任意処分については、第五章において、個人情報との関係で再訪することとしたい。

3. 小括

本章では、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った。

主体については、捜査機関と諜報機関が中心となるが、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、両者の機能領域が重複し、接近が生じているとの指摘に言及した。

態様については、我が国の従来 of 捜査法を意識して、強制処分該当性の有無を念頭に整理した。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・任意処分の区分が情報収集の各態様と一対一の関係にはなくなりつつある現状を素描した。

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

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。

¹⁸² Constantin Abate, *Online-Durchsuchung, Quellen-Telekommunikationsüberwachung und die Tücke im Detail*, DuD 2011, S.125., Felix Ruppert, *Die moderne Klaviatur der Strafverfolgung im digitalen Zeitalter*, JA 2018, S.1000.

¹⁸³ 例えば、加藤=辻本、前掲注 181、282 頁以下では、国家によるトロイの木馬使用の法的・技術的問題が指摘されている。

法上の権利

1. 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の種類

(1) 類型論の意義

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。まず、なぜこのような類型化を必要とするか、という点について説明する。

序章でも言及したとおり、本稿の最終的な目的は、テロリズムに対抗するための情報収集活動を統制するシステムを構築する試みを行うことにある。当該システムは、制約される憲法上の権利の実効的な保障を終局的な目的とするが、情報収集活動による個別の憲法上の権利制約の在り方について論ずることは、この目的を達するため、実際に発生した法的事象を通じた検証を行う際の手段である。当然ながらそれらの法的事象においては、憲法上の権利の制約の存否及び性質が重要なものとなるとともに、本稿が日独比較研究というかたちを採る以上、両国における当該憲法上の権利の根拠及び解釈の基本的な相違を明確にすることは必要不可欠な条件である。

本稿では、情報収集活動の目的・態様との関係から、制約される憲法上の権利を類型的に整理し直す。なぜなら、前章で列挙したテロリズムに対抗する情報収集活動の個別の憲法上の権利の制約事例を横断的に検討すると（この具体的な検討は主に第二部で行っている）、異なる性質を持っている憲法上の権利の制約に、共通点が認められるためである。そして、その共通点は、主に情報収集活動の目的と態様に依存することから、その目的に依存する憲法上の権利の制約と、その態様に依存する憲法上の権利の制約は、検討の段階を異にするべきであり、その意味で類型化には一定の意義があるといえる。

そこで本稿は、情報収集活動の目的により制約対象が変化する類型（内心の自由への介入）及び情報収集活動の態様により制約対象が変化する類型（私的生活領域への介入）の二つに分けて、テロリズムに対抗するための情報収集により制約される憲法上の権利について論じていくこととしたい。

（２）類型論の限界 — 「公共圏」への制約という観点から

本論に入る前に注意しておかねばならないことがある。本章で取り扱う類型は、あくまでも情報収集活動の目的・態様を前提として、ここから直接に導かれる憲法上の権利の制約の一側面を捕捉するものにすぎないということである。すなわち、本章で挙げる内容が、秘密的・予防的・広域的な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憲法上の価値のすべてではない。この点は、本稿の本質的な限界の一つを明らかにするものであるという意味で、重要である。

上述の類型論では捕捉できない重要な憲法上の価値の制約の一つとして、「公共圏」への制約が挙げられる。序章に述べたとおり、テロリズムは共同体に対する脅威として立ち現れる。森は、「国家による「安全確保」は必然的に国民の権利制限につながる」とする「基本的警戒心」の重要性を前提としつつ、「公権力が真に市民に奉仕する権力として必要な活動を行うべき場面もあろうし、国家たる「公」の介入を排除して、「市民的公共圏」を主体的につくりあげることが要請される場面もあろう」として、「市民にとって真の（したがって権利としての）安全・安心確保の要請に応えうる新たな理論枠組み」の構築の必要性を説く¹⁸⁴。

「公共圏」への制約は第一章で扱った「安全」の法的概念性と深く関連を有するが、テロリズムに対抗するための情報収集活動が及ぼす影響に目を向ければ、情報収集という国家活動を正当化するために用いられる「安全」という概念の分析の中に、「公共圏」への制約の問題を埋没させてしまうことには問題がある。というのも、「公共圏」への制約は、国家活動を正当化する目的の審査の内部に収斂されるべき問題ではないからである（もし目的審査の一環として位置付けるならば、実質的に「公共圏」への制約の詳細が議論の対象となることはないまま、通過儀礼的に審査をしたことにされてしまいかねない）。そうかといって、例えば情報収集活動の目的を基準とした「内心の自由への介入」の類型的把握においては、宗教上の行為や集会・結社の自由、更には思想に基づいた表現の自由が制約を受けていると評価することは難しい。なぜなら情報収集そのものは、

¹⁸⁴ 森英樹（編）『現代憲法における安全 — 比較憲法学的研究をふまえて』（日本評論社・2009）序文 iv 頁以下〔森英樹〕。

なんら外形的な行為を制限するものではないからである。上述した類型論が情報収集による制約を基準としていることに鑑みれば、後述するとおり、当該情報収集活動が思想良心あるいは信仰の自由の間接的制約となるおそれがあると捉えることが議論の限界にあたる。

しかしながら、テロリズムに対抗するための（特に予防的な）情報収集活動が行われていることが知覚されたならば、内心の自由の表出行為を中心とした国民の活動に一定の萎縮効果が生じることが容易に想像される。これは、表現活動に限るものではない。例えば、一定の宗教上の行為（定期的な礼拝）を行うことにより、特定の思想や信仰を有していることを捜査機関あるいは諜報機関に推定されてしまうならば、当該行為の実施を取りやめるといった信教の自由の萎縮効果も、十分に考えられる。このような萎縮効果が生じることが、広い意味で多様な人間の共生によりつくられる公共圏の衰退の一因となり、公権力による公共圏の恣意的な形成に結び付きかねない。

公権力による公共圏の恣意的な形成のおそれは、私的生活領域への介入領域との関係でも立ち現れる。例えば、特定の通信手段による通信についてのみ傍受が認められることが周知の事実となったならば、当該通信手段と同一の目的を果たしうる異なる通信手段が優先的に用いられることとなるという意味で、公権力が公共圏を形成する手段を恣意的に選択することに結び付きかねない¹⁸⁵。

本稿は、テロリズムに対抗するための情報収集活動の性質を前提とした類型論により把握される憲法上の権利の保障を実効化する統制システムを構築しようとする。憲法上の要請との関係から情報収集活動全体の適正化をはかることが、統制システムの全体目的である以上、本稿が構築しようとする統制システムは、結果として公権力による公共圏形成の恣意性を減少させる効果を有するものではあると考えるが、本稿は「公共圏」に対する当該情報収集活動の影響力の理論的証明や、その影響力の、憲法上の権利の制約としての性質や意義の検証を行う任に堪えるものではない。これは本稿の一つの限界であり、今後の研

¹⁸⁵ 端末通信傍受の手段を正当化する理由として、従来型の電話と暗号化音声通信の利用者の平等性を論ずるものとして、Felix Freiling/Christoph Safferling/Christian Rückert, *Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als neue Maßnahmen für die Strafverfolgung*, JR 2018, S.21.がある。ただし本稿は、あらゆる通信手段への傍受を認めるべきだと主張しているわけでも、技術的發展に対する立法政策の遅れを批判しているわけでもない。

究課題としたいと考える。

2. 内心の自由への介入

(1) 思想良心の自由／信仰の自由

(ア) 日本

日本では、思想良心の自由は憲法 19 条、信教の自由は同 20 条 1 項 1 文に規定されている。信教の自由は、①宗教的信仰の自由（告白の自由を含む）、②宗教上の行為の自由、③宗教上の集会・結社の自由に大別される¹⁸⁶。しかし、ここでは敢えて両者を一度に論ずる。まずはその理由を明示したい。

後述のとおりドイツでは、思想・良心の自由と信教の自由（及びその告白の自由）は基本法 4 条 1 項により合わせて保障されており、両者の保護は基本的に一つの保護領域に含まれるものと解される¹⁸⁷。

しかしこのことは、最終的に日本における国家の情報収集活動の法的統制を検討しようとする本稿にとって、思想良心の自由と信教の自由を合わせて論じる直接の理由にはならない。本稿の立場から、両者を合わせて論ずる実質的理由として第一に挙げられるのは、実際のテロリズムに対抗する国家の情報収集活動の実施にとって、両者を区別することが困難であることによる。本稿で想定するのは、（例えば「イスラム教信仰者である」といった）極めて広域的で、それそのものをもっては具体的な犯罪の嫌疑には結びつかない基準による国家の情報収集活動である。

では、なぜこのような基準による情報収集活動が行われるようになったのか。従来であれば、実際にそのような個別の具体的危険を発生させるおそれのある集団の集会等に直接出入りしている者や、既に具体的危険を発生させたことについて嫌疑のある人間と接触する者を対象として情報収集を行えば、その情報収集の目的であるテロ行為発生の危険への対処という目的を、一定程度充足する情報収集ができていただろう。しかし、個人がインターネットにより様々な思想に簡便に触れることができるようになった現代では、プロフィールや活動

¹⁸⁶ 後藤光男『政教分離の基礎理論 - 人権としての政教分離 -』（成文堂・2018）23 頁以下は、この三つに加え、④宗教を布教する自由をその内容と解する。

¹⁸⁷ ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク／トルステン・キングレーン／ラルフ・ポッシャー（著）永田秀樹／倉田原志／丸山敦裕（訳）『現代ドイツ基本権 [第 2 版]』（法律文化社・2019）189 頁。

歴を一見する限り平穩に生活する一般市民としか見えない者が、外観上なんら変化のないまま、インターネットによる知識の入手を経てテロ行為を実行することに結びつく思想を持つようになり、具体的危険を発生させる事例が実際に頻発している¹⁸⁸。このような事態に対処するべく、広域的な基準による情報収集が行われるようになったと推察される。テロリズムに対抗するための捜査や諜報という形態における情報収集においては、情報収集の対象者の思想や信仰の内容がテロ行為に直結する場合があります、またテロを指向する思想の背景に真摯な信仰が存在する場合もあるとすれば、本稿が想定する場面では、思想・良心と信仰を区別することは一層困難である。

更に、より一般的に両者の制約に対する違憲審査を意識するときには、両者を合わせて論ずる積極的意義があるともいえる。渡辺は、思想・良心の自由と信教の自由の同質性は、憲法解釈における両者の接近を導くと考えられるところ、近年判例・学説においてもその接近傾向が認められるようになってきたことを指摘し¹⁸⁹、両者の内心における同質性について、信教の自由に関するエホバの証人剣道受講拒否事件判決¹⁹⁰と、思想・良心の自由に関する国家ピアノ伴奏拒否事件判決¹⁹¹を例に、保護領域の核心・外縁の区別及び制約の直接性という観点から比較分析を行う¹⁹²。安西も同様の視点から、日本の最高裁判所における国旗国歌事件判決¹⁹³の判旨について、エホバの証人剣道受講拒否事件判決との関係から分析し、「最高裁はこうして思想・良心の自由の領域で、間接的制約というとらえ方を設定したが、信教の自由の領域においてもこれを当てはめて考えることができるのではないか。信教の自由に対しても間接的制約がありうる。そして信仰という核心部分との関連性が強い外部的行為が規制されるとき、必要性、合理性は厳しく審査されるが、関連性がそれほど強くないとき、審査は比較的緩やかになる」と述べる¹⁹⁴。この指摘の本質は、思想・良心の自由と信仰

¹⁸⁸ 板橋功「国際テロリズムの変遷と日本」、前掲注 29、50 頁は、この状況を「インターネットを利用した SNS や過激な Web サイト、テロ組織のオンライン機関紙などを通して過激化し、テロを実行するわけであり、直接的な繋がりがなく、誰がテロリストになるか分からない、まさに点の展開である」と分析する。

¹⁸⁹ 渡辺康行『「内心の自由」の法理』（岩波書店・2019）251 頁以下。

¹⁹⁰ 最判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁。

¹⁹¹ 最判平成 19 年 2 月 27 日民集 61 卷 1 号 291 頁。

¹⁹² 渡辺、前掲注 189、274 頁以下。

¹⁹³ 最判平成 23 年 5 月 30 日民集 65 卷 4 号 1780 頁。

¹⁹⁴ 安西文雄「信教の自由 - アメリカにおける展開とわが国への示唆」山本龍彦／大林

の自由とは、その保障の意義を共有する関係にあるという点にある。

ドイツ基本法の規定や、先行研究における判例解釈に向き合うとき、自然と疑問が湧くのは、そもそもなぜ我が国においては思想・良心の自由が個別の規定として保障されているのか、という点である。この点佐藤幸治は、「思想・良心の自由の保障規定は精神的自由に関する基礎法ともいふべき地位を占める」一方、他の精神活動の自由が十分保障されれば「19条が妥当すべき余地はほとんどないのではないか、という疑問も生じる」と指摘した上で、「日本国憲法がこの規定を設けた背景には、内面の思想そのものまでも統制しようとしたわが国における過去の苦い経験（治安維持法がその象徴）と、「思想の自由」の確立を求めたポツダム宣言の受諾という事情がある」と分析する¹⁹⁵。

ここで例として挙げられた治安維持法は、「革命後の労農ロシア」を念頭に置いた「無政府主義及び共産主義の実践運動」の取締りを目的としていると理解されるが¹⁹⁶、文言上は更に広く、「國体ヲ變革シ又ハ私有財産制度ヲ否認スルコトヲ目的トシテ結社ヲ組織シ又ハ情ヲ知リテ之ニ加入シタル者」を取り締まることとされている（治安維持法1条）。治安維持法成立について、佐藤は、「大正デモクラシーの嫡出子」といふべき加藤高明内閣の手によって、普通選挙法と同時に、治安維持法が制定されているのは、大正期が決して直線的に把握されえないものであることを物語っている」と指摘する¹⁹⁷。この点、政治学者・小野修三は、加藤内閣が「普通選挙法と治安維持法の抱き合わせ」を求められていたことの背景には枢密院の態度が関係すると推定するが（なお、同内閣が両法成立の抱き合わせを求められていたことは「歴史家の間の『通説』的見解」と言われる¹⁹⁸）、ここでは史的分析に深く立ち入ることはできない。ただ、治安維持法制定時において反対論者から「同法は共産主義や無政府主義だけでなく、議会を通じての合法的改革を求める思想・運動にまで適用される恐れがあるから反対であるとする主張」がなされていたこと¹⁹⁹、すなわち専ら思想のみを理

啓吾（編）『違憲審査基準－アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂・2018）168頁。

¹⁹⁵ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011）216頁。

¹⁹⁶ 小栗勝也「治安維持法反対論の諸相」法学研究68巻1号（1995）511頁。

¹⁹⁷ 佐藤、前掲注195、116頁。

¹⁹⁸ 小林幸男「治安維持法成立過程に関する補論（一）－特に「国体」概念に関連して－」京都学園法学2・3号（2002）53頁。

¹⁹⁹ 小栗、前掲注196、515頁。

由とした弾圧が拡大することに対する懸念が示されていたこと、そして第二次世界大戦下においてはこの懸念が現実のものとなっていったという史実は、思想・良心の自由の個別保障の意義を裏付ける日本特有の背景であるといえよう²⁰⁰。

ただし、歴史的な根拠が存在することに留まらず、思想・良心の自由の保障が持つ固有の意義は厳然と存在する。特に、本稿が主題とするテロリズムに対抗するための情報収集という局面においては、憲法 19 条の規定は固有の役割を果たす。樋口は、憲法 19 条が固有の意味を持つ場面を、(a) 特定の考えの強制の禁止、(b) 沈黙の自由の保障、(c) 思想に基づく不利益取扱いの禁止の三つに分類する²⁰¹。(c) については後述する憲法 14 条 1 項の問題とすべきとも考えられるが²⁰²、少なくともテロリズムに対抗するための情報収集活動によって、他人に知られることがないとの期待が前提にある私的領域における行為からその思想を推認されることは、(b) を制約しているといえる。

信教の自由の一貫としての①宗教的信仰の自由(告白の自由を含む)と、思想良心の自由に関する(b)沈黙の自由の保障との間で異なるのは、「対象となる内心の内容が信仰と分類されるか否か」ということのみであり、制約の形態はもちろん、その保障の程度にも差異は存在しない。なぜなら、仮に、内心に留まるものについて信仰と分類されるものだけに特別な保障を与えるとすれば、「信教とは何か」を国家が決定し、特別の保護を与えることとなり、憲法 20 条 1 項後段及び 3 項に定められる政教分離に反する帰結を生みかねないからである。あるいは、政教分離に反するとまで断じることができないとしても、上述したとおり国体護持を念頭に置いた治安維持法への歴史的反省を踏まえて憲法 19 条を解釈するならば、内心に留まる限りにおいては両者を区別されるべきではない。

²⁰⁰ 治安維持法について、奥平康弘『治安維持法小史』(筑摩書房・1977)、中澤俊輔『治安維持法』(中央公論新社・2012)参照。

²⁰¹ 樋口陽一『憲法[改訂版]』(創文社・2001) 211 頁。

²⁰² 同上は最大判昭和 48 年 12 月 12 日(三菱樹脂事件)を念頭においてこのような分類をしている(同頁では、「労働力の質と直接かかわりのない事項についての深刻を求め、それを本人に採って不利益な取扱いの理由とすることは、公権力の行為であれば直接に思想・良心の自由の侵害であるし、私企業の行為であれば、公序良俗に反して違法という評価をくわえるべきものであろう」として、三菱樹脂事件の判旨が②と③に関係すると指摘する)。

(イ) ドイツ

ドイツの思想及び信仰の自由は、基本法 4 条 1 項において、「思想、良心の自由及び宗教上、世界観上の信条は、侵されることがない」と定められている。人間の尊厳の表出としての基礎的な基本権に属する 4 条 1 項は、内面に留まる限りは絶対的不可侵を保障するものと解される²⁰³。また 4 条 1 項の保障は、ワイマール憲法 135 条と異なり、法律の留保がないと一般的に解されてきた²⁰⁴。ただし、近年はワイマール憲法 136 条 1 項の解釈を参照して、基本法下においても信教の自由に法律の留保を觀念しうるとすべきだとする立場が有力な批判説として存在すると、棟久は指摘する²⁰⁵。

これを可能とする前提として、宗教上及び世界観上の国家の中立性がある。信教の自由が絶対的に保障されるためには、国家の中立性は普遍的に不可欠な要素であるといえるが、特にドイツの場合、その背景には、「中世から現代に至るまでの国家とキリスト教教会との長い闘争の歴史がある」と山岸は指摘する²⁰⁶（なお、ワイマール憲法以降の国家と教会の関係の歴史的背景については、清水が詳細に論じている²⁰⁷）。ここでは制度的保障としての政教分離ではなく、個人の内心の自由との関係での国家の中立性に限って見る。

基本法 4 条 1 項の保障する内心の自由としての信仰の自由について、国家の中立性が問題となった古典的事例に、法廷における十字架事件判決がある²⁰⁸。ユダヤ教を信仰する弁護士らが、4 条 1 項の基本権及び 3 条 1 項及び 3 項の平等原則に基づき、裁判所に設置された十字架を当該訴訟中取り外すことを求めた点に関して、連邦憲法裁判所は、「不可侵のものとして保障されている信仰・

²⁰³ Bruno Schmid-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke(Hrsg.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 14.Aufl., 2017, S.280 f.

²⁰⁴ Ibid., S.285.ワイマール憲法 135 条は、以下のとおり定める。「国のすべての住民は、完全な思想と良心の自由を享受する。妨げられない宗教上の行為は、憲法を通じて保障され、国家的保護のもとにある。一般的な国家の法律は、これについて影響を受けない。」。

²⁰⁵ 棟久敬「留保のない基本権としての信教の自由と法律の留保に関する覚書」秋田大学教育文化学部研究紀要人文科学・社会科学部門 74 巻（2019）85 頁以下。

²⁰⁶ 山岸喜久治「基本権としての信教の自由と法律問題：ドイツ憲法学の「三段階審査」法の発想から」宮城学院女子大学人文社会科学論叢 26 号（2017）59 頁

²⁰⁷ 清水望『国家と宗教』（早稲田大学出版部・1991）。

²⁰⁸ BVerfGE 35,366, Beschluß v. 17. 7. 1973., 井上典之「信仰の自由と法廷の宗教的シンボル—法廷における十字架事件—」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）121 頁以下、山本和弘「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造—憲法上の規範的根拠と解釈学上の効力—」早稲田法学会誌 68 巻 2 号（2018）408 頁以下。

信仰告白の自由という基本権は、基本権の体系における最上級の価値（*obersten Wert im System der Grundrechte*）としての人間の尊厳と密接に関連しており、その序列（*seine Ranges*：筆者補記）の故に広く解釈されなければならない。基本権において具体化される世界観や宗教の問題において国家による強制によって妨害されないという自由権は、いずれにせよ次のような場合に比較的些細な侵害からの少数者の保護自体を正当化し得る。それは、国家の裁判所という領域においてのように、その保護の要求が多数者の信仰の自由の行使という権利と衝突しない場合である」、として、権利保護の必要性を認め、具体的な衡量を示している²⁰⁹。ただしこの衡量は、多数者の信仰の自由である場合や、公共安全のような公益と対立する場合に、少数者の内心の自由の保護について4条1項が如何なる結論を導くのかという点について、回答を示すものではない。例えばラスター捜査判決を見ると、連邦憲法裁判所は「行われた決定が基本法3条1項、3条3項、4条1項、19条4項及び103条1項に基づく異議申立人の権利を侵害するかどうかについては、当該憲法異議が情報自己決定権の侵害の結果、既に成功しているのであるから、判決を必要としない。」としており、直接の判断をしていない²¹⁰。

なお基本法では、思想・良心及び宗教上・世界観上の自由が一つの保護領域に含まれると解されているが、このうち思想については、論理的に異質なものであるとして、基本法制定時は、並記に批判的な見解が有力であった²¹¹。また、世界観上の自由が明記されるにあたっては、ナチス政権下での世界観の強要への抵抗が色濃く反映されたというドイツ特有の背景があることも²¹²、日本における治安維持法と思想・良心の自由との関係と同様に重要な点である。

（２）内心の自由の制約と法の下での平等

ここで一点、注意しておかなければならないことがある。それは本稿が、内心

²⁰⁹ 訳は井上、同上、123頁による。原文表記の補記は、BVerfGE 35, 366 (376)に基づき、筆者が行った。

²¹⁰ BVerfGE 115, 320 (370)。

²¹¹ 清水、前掲注207、414頁以下。

²¹² 同上、418頁以下。ナチス政権下の法の運用及び司法制度について、広渡清吾「ナチス司法点描—清水誠のドイツ法研究に寄せて—」広渡清吾／浅倉むつ子／今村与一（編）『日本社会と市民法学—清水誠先生追悼論集—』（日本評論社・2013）755頁以下、ベルント・リューターズ（著）古賀敬太（訳）『カール・シュミットとナチズム』（風行社・1997）、57頁以下参照。

の自由との関係で、法の下での平等（憲法 14 条 1 項）について取り扱っていないことである。公安「テロ」情報収集事件において、原告側は「本件情報収集活動は、ムスリムであることのみに着目してムスリムを狙い撃ちにしたものであって、憲法 14 条 1 項後段が禁じる「信条」に基づく差別であり、「同条後段が「信条」を列挙事由の一つとしているのは、民主主義ないし個人主義の理念に照らして、社会での生き方の根源に関わるものとして、「信条」に基づく区別」は原則許されない旨主張しているところ、同判決の原審は、①「イスラム教徒の精神的・宗教的側面に容かいする意図によるものではないこと」、②信仰活動等の実体の把握は「国際テロ防止のために必要な活動であり、警察の責務に属するものであること」、③信教の自由に対する影響がモスク立入りに伴う「嫌悪感にとどまる」ことを理由としてこの主張を退けていることから²¹³、本稿の立場について言及しておきたい。

前述のとおり、あらゆる意味での情報収集は、主体が誰であれ、必ず何らかの限定を伴って行われるため、形式的平等の状態にはなりえない。それが捜査や諜報といった一定の国家目的に基づくものであれば、更にその傾向は強くなる。従来、このような治安維持目的での情報収集活動には、その目的を達成するために必要な範囲で当然に裁量が認められていると考えられてきた（裁量を認めない、あるいは羈束裁量しか認めないと解するならば、捜査活動や諜報活動一般が否定されねばならない）。本稿は、第一章で論じたとおり、これらの機関が活動目的として自己を正当化するために用いる「安全」の法的概念としての性質自体を問う立場にあることから、本来この裁量の範囲と平等取扱いについて論じる必要があるとも思える。

しかし、本稿は平等の問題を詳しく取り扱うことはせず、このような問題点があることを言及するに留める。それは上述した日本における内心の自由の保障の意義からすれば、思想や信教を基準とした国家の広域的情報収集活動は、一次的には憲法上の権利の制約問題として取り上げるべきと考えているためである²¹⁴。

²¹³ 東京地判平成 26 年 1 月 15 日。

²¹⁴ 実際の訴訟上、このような主張する余地を否定するものではない。むしろその可能性を検討すべきであり、そのための法理論的裏付けを詳細に組み立てる必要があると考えているが、この点は本稿の最終的な到達点に照らし、検討の対象外ということである。な

3. 私的生活領域への介入

(1) 憲法上の権利としてのプライバシーとデータ

(ア) 日本

先にも取り上げた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²¹⁵。

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²¹⁶。

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²¹⁷、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²¹⁸。近年では、小林が、従来のプライ

お、このような意図による検討の除外であることから、筆者が公安「テロ」情報収集事件判決の原審の考えを肯定しているわけではなく、特に信教の自由に対する制約が「嫌悪感にとどまる」等とは言いがたいと考えていることについては、強調しておきたい。

²¹⁵ 最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁以下。

²¹⁶ 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法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「プライバシーの権利」大石眞／石川健治（編）『憲法の争点』（有斐閣・2008）98 頁。

²¹⁷ 長谷部恭男『憲法（第 7 版）』（新世社・2018）149 頁以下。

²¹⁸ 渋谷秀樹『憲法（第 2 版）』（有斐閣・2013）408 頁。

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²¹⁹。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²²⁰、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²²¹。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²²²。

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

²¹⁹ 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 卷 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 卷（2007）27 頁以下、同「個人情報保護制度の基礎としてのプライバシー権概念に関する考察」関西大学法学論集 62 卷 4・5 号（2013）2167 頁以下。

²²⁰ 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 卷 1=2 号（2011）203 頁。

²²¹ 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。

²²² 實原隆志「「GPS 捜査」の憲法上の問題」福岡大学法学論叢 63 卷 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。

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²²³。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²²⁴、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、前述した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るろう。

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、行政を統制する各論的規定は、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²²⁵。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、

²²³ 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。

²²⁴ 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。

²²⁵ 曾我部真裕「個人情報保護法とメディア」マスコミ倫理第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。

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²²⁶。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²²⁷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²²⁸。

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）²²⁹。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、実効的な規制として機能するかは疑問である²³⁰。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²³¹。

（イ）ドイツ

ドイツでは、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²³²である。同判決は、基本法1条1項と結びつ

²²⁶ 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。

²²⁷ 山本龍彦「インターネット時代の個人情報保護」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（成文堂・2015）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。

²²⁸ 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。

²²⁹ 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。

²³⁰ 同上、10頁及び18頁。

²³¹ 長谷川、前掲注226、253頁。

²³² BVerfGE 65, 1., 平松毅「自己情報決定権と国勢調査」前掲注136、60頁以下参照。

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²³³、「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²³⁴。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。

ドイツの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法制度上中心的な役割を果たし²³⁵、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²³⁶。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、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²³⁷。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²³⁸。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どころ、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

²³³ 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001）129 頁。

²³⁴ 同上、131 頁。Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 f.).

²³⁵ 佐藤結美「個人情報の刑罰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。なお既発表の拙稿における GDG（共有データ法）についての記述の誤りについては、後掲注 512 参照。

²³⁶ 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 233、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。

²³⁷ 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。

²³⁸ Wolfgang Hoffmann-Riem, *Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation*, AöR 2009, S.517 f.

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。Schaar²³⁹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²⁴⁰。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。Roßnagel²⁴¹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／データの儉約（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填する段階の三つである²⁴²。

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も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

²³⁹ 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。

²⁴⁰ Peter Schaar, *Der Funktionswandel des Datenschutzes ; im Bull zum 75. Geburtstag*, 2011, S. 1060 ff.

²⁴¹ 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。

²⁴² Alexander Roßnagel, *Modernisierung des Datenschutzes für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung*, mmr 2005, S.71.

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²⁴³。

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²⁴⁴。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、最終的に裁判所において情報自己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²⁴⁵。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²⁴⁶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、我が国の立法過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、第五章で詳しく論ずる。

(2) 通信の秘密と IT 基本権

(ア) 日本

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。

²⁴³ 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。

²⁴⁴ 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 卷 1 号(2016)48 頁以下。

²⁴⁵ Vgl. BVerfGE 115,120.

²⁴⁶ 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。

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²⁴⁷、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²⁴⁸。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²⁴⁹。阪本の主張から10年以上後の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²⁵⁰。芦部の述べ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²⁵¹。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

²⁴⁷ 最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁以下。

²⁴⁸ 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。

²⁴⁹ 同上（1985）、64頁。

²⁵⁰ 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。

²⁵¹ ただし、芦部、同上（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。

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²⁵²。

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²⁵³。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²⁵⁴。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²⁵⁵、「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²⁵⁶。これは従来の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、従来の通説に従い、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²⁵⁷。

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

²⁵² 棟居快行「通信の秘密」法学教室 212 号（1998）44 頁以下。

²⁵³ 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。

²⁵⁴ 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。

²⁵⁵ 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 卷 3・4 号（2016）178 頁以下。

²⁵⁶ 海野、前掲注 254（2015）208 頁以下。

²⁵⁷ 曾我部真裕「通信の秘密の憲法解釈論」Nextcom Vol.16（2013）15 頁以下。

報収集活動の場面を想起するにおいても重要である。

(イ) ドイツ

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。

ドイツ基本法は、表現の自由を同 5 条 1 項 1 文、検閲の禁止を同条項 3 文で定め（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する。同条項は結社の自由（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²⁵⁸。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²⁵⁹。

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*²⁶⁰）を有すると解される²⁶¹。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

²⁵⁸ 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。

²⁵⁹ Matthias Lachenmann, *Das Ende des Rechtsstaates aufgrund der digitalen Überwachung durch die Geheimdienste?*, DÖV 2016, S. 504.

²⁶⁰ 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「プレス自由と意見表明の自由の競合」*広島法学* 30 卷 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。

²⁶¹ Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 14. Aufl., 2016, S.327 f.

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²⁶²。

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²⁶³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²⁶⁴。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²⁶⁵。

通信の秘密とIT基本権との間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、ドイツでは前述のとおり、オンライン検索や端末通信傍受が問題となっている。

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（基本法10条2項については、第六章で詳しく論ずる）。

²⁶² Ibid., S.328.

²⁶³ BVerfGE 120, 274, Urteil des Ersten Senats v. 27. 2. 2008.

²⁶⁴ 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、高橋和広「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「ドイツーオンライン判決」大沢秀介／小山剛（編）『自由と安全』（尚学社・2009）261頁以下。

²⁶⁵ 植松健一「連邦刑事庁（BKA）・ラスタール捜査・オンライン検索（2）」島大法学53巻2号（2009）9頁。

(3) 住居の不可侵と住居内会話傍受

(ア) 日本

憲法 35 条は「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第 33 条の場合を除いては、正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収するものを明示する令状がなければ、侵されない。」と定めるところ、これが保障する権利の性質については、令状主義を手続的に保障する規定なのか、それとも住居の不可侵という実体的権利をも合わせて保障するのかという点について議論がなされてきた²⁶⁶。この点について GPS 捜査判決は、「住居、書類及び所持品に限らずこれに準ずる私的領域」を、憲法 35 条の保障の対象であると判断し²⁶⁷、同条が実体的権利保障を含む規定と解する立場を明確にしたが、これに至るまでの学説での議論は一筋縄では行かない。

憲法 35 条を含む憲法上の刑事手続に関する規定は、その制定経緯からしても、内容としても、アメリカ合衆国憲法修正 4 条、修正 5 条、修正 6 条、修正 8 条から強く影響を受けていると言われる²⁶⁸。ただし、君塚が指摘するとおり、「刑事手続に関する条項の憲法解釈については、日本の憲法学はほとんど研究成果がなく、それどころか守備範囲としても認識していない傾向」がある²⁶⁹。令状主義そのものについての議論は、比較法の観点も含めて今後の課題としたいと考えるところ、ここでは日本における理解の展開の一端にのみ触れる。

1990 年代の憲法学では、憲法 31 条以下全体を「適正手続の保障」と解する見解が主流であったといえ、その中に住居の不可侵のプライバシー保護の意義を読み込む説が見られる状況であった。例えば芦部は、35 条は、「13 条にお

²⁶⁶ 高村紳「日本国憲法 35 条における捜査手続におけるプライバシー保障」法学研究論集 49 号 (2018) 21 頁以下。

²⁶⁷ 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 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。

²⁶⁸ 君塚正臣「刑事手続 - 憲法学的検討の序として」山本龍彦／大林啓吾 (編)『違憲審査基準 - アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂・2018) 227 頁以下。

²⁶⁹ 同上、229 頁。2005 年以降の刑事手続に対するアメリカ連邦最高裁 (Roberts Court) の傾向を分析した先行研究として、青野篤「刑事手続-保守的コート?」大林啓吾／溜箭将之 (編)『ロバーツコートの立憲主義』(成文堂・2017) 247 頁以下参照。

るプライバシーの権利、29条の財産権、書類については19条の思想・信条の自由、20条の信教の自由、21条の通信の秘密、23条の学問の自由」などによって「保障されている住居・書類・所持品などの不可侵を再確認しかつ刑事手続におけるその侵害について一定の手続保障を定めようとするもの」とする²⁷⁰。

一方、野中／中村／高橋／高見は、35条を「証拠収集方法の代表例たる捜索・押収につき、裁判官の発する令状を要求することにより、司法的抑制、一般令状の禁止、被捜索・押収者の防禦権の保障を実現しようとしたもの」として、専ら手続的保障だと解しているように見える²⁷¹。

35条の手続的保障の性質を最も強調するのが、奥平の主張である。奥平は、（実体的な権利保障と、手続的・予防的権利保障、権力分立などに代表される制度的な保障が、同じように重要且つ必要であるという立場から）31条以下を専ら手続的請求権に眼目を置く規定であると解している²⁷²。ただし、その趣旨は「憲法三一条以下は、自由の保障そのものをではなくて、原則として在る自由をある特定の場例外的に（筆者注：強調は奥平）侵害・剥奪することを許す条件を設定」しており、「例外を正当化する（筆者注：強調は奥平）手続条件を特記すること、すなわち例外を例外として浮き彫りにすることによってその効果として、原則としての自由（ひとの行動の自由）を確保する構えになっている」ことを根拠として、内在的制約の存在を否定する点にある²⁷³。

この時期にあっても、伊藤は、明確にプライバシーの自由を35条に読み込んでおり、「日本国憲法は、31条で、手続的保障の原則を定め、さらに、刑事手続に関する詳しい規定を設けている」と述べ、35条の令状主義の「保護の対象」を「身体の自由のそのものではなく、密接な私生活の自由」とであると理解し、「今日では、国家権力は、犯罪捜査のためであっても、個人のプライバシーを侵してはならないというプライバシー保護の観点から本条の意味を読み取ることができる」としていた²⁷⁴。

²⁷⁰ 芦部信喜『憲法Ⅲ 人権（2）』（有斐閣・1981）158頁。

²⁷¹ 野中俊彦／中村睦男／高橋和之／高見勝利『憲法Ⅰ（新版）』（有斐閣・1997）379頁。ただし、同367頁は、31条について適正手続・適正実体説の利点に言及しているため、35条についても手続保障とともに実体保障も読み込まれていると解するのが適切かもしれない。

²⁷² 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣・1993）298頁以下。

²⁷³ 同上、300頁。

²⁷⁴ 伊藤正己『憲法（新版）』（弘文堂・1990）323頁。

大石はここから更に進んで、憲法 35 条を令状主義という手続的保障を定めたものであるのみならず、「実体的権利保障規定としての「住居の不可侵」」をその内容として含むものであると明確に解する見解を示した²⁷⁵。大石の主張は、歴史上、実体的権利保障規定としての「住居の不可侵」が「立憲的公理」の観点から要求され、「あらゆる人権宣言に見いだされるはず」のものであるとして、日本にそのような規定が存在しないことに疑問を呈することを契機とし²⁷⁶、憲法 35 条の重要な性質として住居の不可侵を読み込む。

現在では、(大石の見解が通説的なものとなったとまでは言えないものの) 憲法 35 条を住居の不可侵を内容とするプライバシーの自由を保障する実体的権利保障規定と解する立場が主流である。ただ、この理解が刑事訴訟法学においても一定程度共有されているかどうかは、慎重に判断しなければならない。例えば田宮は、憲法 35 条 1 項の趣旨を「人権の観点から、「侵入、捜索、押収」に対していわば不可譲の限界を示している」として、プライバシーの保護の限界を定める条項であるとの立場をとる²⁷⁷。笹倉はこのような立場を、「令状主義の目的論的解釈」として、賛意を示す²⁷⁸。笹倉の見解と大石の見解は、一致していないように思われる。なぜなら笹倉は、「憲法 35 条の保障する「住居、書類及び所持品」に係るプライバシーや財産権は、憲法 35 条以外の手段によっても守られているのであり、憲法 35 条は、プライバシー保護のためのツールのひとつでしかない。」としているからである²⁷⁹。また緑は、上述した奥平の見解に対して、(自らは否定的な見解を示しつつも) 従来の刑事訴訟法学は好意的であったと分析する²⁸⁰。

なお、以下に扱うドイツでは導入された住居内会話傍受について、日本では法制審議会・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)により検討されたが、導入は見送られている。

²⁷⁵ 大石眞「憲法三十五条解釈の再構成」法学論叢 136 巻 4・5・6 号(1995) 165 頁以下。

²⁷⁶ 同上、172 頁。

²⁷⁷ 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(有斐閣・1996) 100 頁。

²⁷⁸ 笹倉宏紀「令状主義の意義と機能に関する若干の考察—最高裁平成 28 年 12 月 9 日第三小法廷判決を素材に—」刑事法ジャーナル No.56(2018) 52 頁。

²⁷⁹ 同上、53 頁。

²⁸⁰ 緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断(3・完) —憲法 35 条による権利保障—」修道法学 29 巻 1 号(2006) 241 頁以下。

(イ) ドイツ

ドイツにおいて、基本法 13 条 1 項は「住居は、不可侵のものである」と定められている。ただしドイツでは、嫌疑を根拠づける特定の事実の捜査（同条 3 項）及び公共の安全に対する急迫の危険の防御（同条 4 項）のために必要があるときは、住居内会話傍受が認められており、同条を基本法上の根拠として、刑事訴訟法 100c 条が制定された。

しかし、ドイツで住居内会話傍受が認められたのは、議会での激しい攻防を伴った憲法 13 条の大幅改正（1998 年 3 月 26 日施行）²⁸¹と刑事訴訟法改正（同年 5 月 4 日施行）²⁸²においてであり、伝統的に認められてきた権利制約の形態ではない²⁸³。むしろ伝統的には、住居内会話傍受に対しては強い反対論が存在した。井上によれば、反対論の主旨は、住居の不可侵の「保障は、単なる物理的空間としての住居を保護しようとするものというよりは、個人の人格の自由な発展に必要な - 外部からの管掌を受けない - 退避場所たる私的空間を担保しようとするものであり、その確信は「場所的私的領域（räumlicher Privatsphäre）」の保護という点にあるから、そのような住居内で公然とではなくなされる会話を第三者が密かに聴取・録音することは、まさにその保障の要請に反する、というのであった」。井上はこの点について、基本法 13 条改正によれば「法規実証主義的には、憲法問題は解消する」ものの、反対論は「単に基本法 13 条自体に制約規定が置かれているか否かといった形式論の域にとどまるものではなく、より実質的な価値判断を内包するものであったように思われる」として深い省察を示す²⁸⁴。すなわち、住居内での会話が、「搜索の場合に問題となるような制約可能な私的領域とは違った、遥かに不可侵性の強い内密領域に属するものだとする見方が存していたのではないか」という認識である²⁸⁵。

そのような住居の不可侵の理解は、1998 年の基本法 13 条改正に対する連邦

²⁸¹ BGBl. I, S.610.

²⁸² BGBl. I, S.845.

²⁸³ ドイツにおける住居内会話傍受法制化の経緯について、井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』（有斐閣・2014）169 頁以下、クリスチャン・ヒルグラーバー（著）大西楠・テア（訳）「憲法改正の必要性和意義、基本法 10 条、13 条、16 条を例として」鈴木秀美／マティアス・イエシュテット／小山剛／ラルフ・ポッシャー（編）『憲法の発展 I - 憲法の解釈・変遷・改正 -』（信山社・2017）184 頁以下。

²⁸⁴ 井上、同上、177 頁以下。

²⁸⁵ 同上。

憲法裁判所判決（大盗聴判決）からも見てとることができる²⁸⁶。ここで重要な概念となるのは、「私的生活領域の核心（中核）領域」である。連邦憲法裁判所は、私的生活領域には、状況により制約されうる部分と、信頼関係を前提とした人物との親密な会話のように絶対不可侵の核心（中核）領域に含まれる部分が存在するとの理解を前提としながら、犯行に直接関わる情報は後者には含まれないという先例²⁸⁷の踏襲を確認したが、このような私的生活領域の二分論は、井上による住居内会話傍受反対論の省察を裏付ける「住居の不可侵」の価値の理解を示しているように思われる。

「住居の不可侵」の条文上の根拠とその形成について未だ議論のある日本と比較すると、現在のドイツの議論状況は、「既に基本法上組み込まれた住居の不可侵とその制約類型をどのように限界づけるか」が中心的な関心事となっており、日本とは議論の段階を異にしているといえる。

4. 小括

本章では、テロリズムに対抗する憲法上の権利について論じた。はじめに、情報収集活動の目的・態様との関係から、制約される憲法上の権利を「内心の自由」と「私的生活領域の自由」の二類型的に整理した上で、なおこの類型には収まらない「公共圏への制約」の問題があることを指摘した。

二類型に包摂される憲法上の権利の制約のうち、「内心の自由」への介入の問題は、信教や思想を基準とした情報収集対象の限定といった情報収集の目的・内容との関係で生ずる。内心の自由には思想良心の自由や信仰の自由が含まれるが、テロリズムに対抗するための情報収集活動は、思想や信仰の表出行為ではなく、第一義的には思想や信仰そのものを間接的に制約し、内心に留まる限りは両者を区別する意義は低く、また治安維持法を例とした歴史的検討に鑑みても両者を区別して、特定の思想・信仰の保障を優遇するべきではないという見解を示した。

²⁸⁶ BVerfGE 109, 279, Urteil des Ersten Senats v. 3. 3. 2004. 邦語の先行研究として、實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」長崎県立大学国際情報学部研究紀要 13号（2012）30頁、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社・2008）320頁以下。

²⁸⁷ BVerfGE 80, 367, Beschluß des Zweiten Senats v. 14. 9. 1989. 邦語の先行研究として、實原、同上、30頁、根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的人格権の保護 - 日記決定」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅱ』（信山社・2006）25頁以下。

一方、「私的生活領域」への介入の問題は、通信傍受や住居内会話傍受といった情報収集の態様との関係で生ずる。本章ではプライバシー、通信の秘密、住居の不可侵について、日独の議論状況を整理した。

第四章 第一部総括

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、憲法との関係から整理した。

まず、現代のテロリズムにより脅かされ、テロリズムに対抗する秘密的・予防的・広域的情報収集活動の目的とされる「安全」が如何なる内実を持つ法的概念であるのか、検討した（第一章）。

次に、テロリズムに対抗する手段の態様と行為主体を整理し、本稿が主として扱う秘密的・予防的・広域的情報収集活動の位置づけを明確にした（第二章）。

また、当該情報収集活動が制約する憲法上の権利について、情報収集の目的・内容により制約される内心の自由と、その態様により制約される私的生活領域の自由の二類型に分けて、それぞれの憲法上の権利に関する議論の日独比較を行った（第三章）。

以上の三章を通じて、第一部では、テロリズムに対抗する国家活動の保護法益の内容、秘密的・予防的・広域的な情報収集活動の内容、そして制約される憲法上の権利の内容を検討することで、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で明らかにした。

以上を踏まえ、第二部では、テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制について、ドイツにおける三つの法的事象を詳しく検討することを通じて考えていきたい。

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

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

1. 刑事訴訟法上の捜査と個人情報

本章では、テロリズムに対抗する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とその立法評価について検討する。第三部のはじめにこの点について論ずるのは、情報収集活動の法的根拠となる立法が、その成果物として

のデータや情報の特性との関係で、いかなる統制を受けて成立・改正していくべきものであるのか、という点を明らかにする必要があると考えるためである。これは、テロリズムに対抗する情報収集活動に関する立法に限って言えば、立法者に全幅の信頼を置くことは望ましくなく、立法過程に対しても一定の統制をかける必要があると筆者が考えており、その手段として立法評価システムに一定の可能性を見出しているということでもある。

テロリズムに対抗するデータに関する立法の特徴は、その対象に刑事訴訟法上の捜査、すなわち刑事訴追目的で取得されたデータと、予防的に取得されたデータをとともに含む点にある。

本稿が検討対象とするのは、基本的に予防的な情報収集活動に限るが、上述したとおり両者の境界も曖昧であることから、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の日独の相違を確認するところから議論をはじめたい。

(ア) 日本

前述のとおり、我が国における刑事訴訟法上の捜査は、警察法 2 条 1 項により一応の根拠を与えられる。実際に行われる捜査は、その処分の性質から、任意処分と強制処分に区別されることは、第二章において述べたとおりである。

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²⁸⁸。たとえば、米子銀行強盗事件判決²⁸⁹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²⁹⁰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

²⁸⁸ 稲谷、前掲注 222, 10 頁以下。

²⁸⁹ 最判昭和 53 年 6 月 20 日刑集 32 卷 4 号 670 頁以下。

²⁹⁰ 最決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁以下。

れ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²⁹¹」とも評されたGPS捜査判決である。

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と上で、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、令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがあり、またGPS捜査は秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できないとする。そして、同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令状主義の真正面からの修正を容認したこと、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、第三章で述べたとおり、令状主義は憲法35条の明文による要請であるところ、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ふ本判決の手法は、憲法の最高法規性を揺るがす重大な瑕疵を内包するおそれがある。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²⁹²、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、こと捜査とプライバシーという観点から見て令状主義の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

²⁹¹ 笹倉宏樹／山本龍彦／山田哲史／緑大輔／稲谷龍彦「強制・任意・プライバシー [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。

²⁹² 長谷部、前掲注217、267頁、大石眞『権利保障の諸相』(三省堂・2014)264頁以下参照。

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²⁹³。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和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²⁹⁴。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す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²⁹⁵、山田の述べる通り、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²⁹⁶。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²⁹⁷。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。

²⁹³ 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。

²⁹⁴ 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。

²⁹⁵ 後藤昭「法定主義の復活？」法律時報89巻6号(2017)5頁。

²⁹⁶ 山田哲史「GPS捜査と憲法」法学セミナー752号(2017)29頁。

²⁹⁷ 實原、前掲注222、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。

(イ) 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²⁹⁸、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おそれがある処分として個別に規定されている²⁹⁹。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³⁰⁰。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、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³⁰¹。このように、各捜査手法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・任意処分の区別を前提として裁判所が個別に判断をする日本型の理解は採られていない。更に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³⁰²。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立場である。

²⁹⁸ 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權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權を行った規定である。

²⁹⁹ 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領域の保護」近畿大学法学 54 巻 2 号（2006）177 頁以下参照。

³⁰⁰ BVerfGE 112, 304, Urteil des Zweiten Senats v. 12. 4. 2005., 川又伸彦「自動車の位置監視システムの合憲性」前掲注 286、375 頁以下。

³⁰¹ 斎藤司「GPS 監視と法律による規律」刑事弁護 89 号（2017）112 頁。

³⁰² 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。

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發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、法整備を個人情報保護法制の中での行政、更には捜査機関の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顯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立法による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。

2. ドイツにおける立法の展開と裁判例

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³⁰³、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³⁰⁴。

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³⁰⁵、TBG(テロリズム撲滅法)が制定される³⁰⁶。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

³⁰³ Heinrich Amadeus Wolff, *Moderne Sicherheitsgesetze*, in: Hans Jürgen Papier/Ursula Münch/Gero Kellerman(Hrsg.), *Freiheit und Sicherheit*, 2016, S.64 ff.

³⁰⁴ 坪郷／高橋, 前掲注 246, 32頁以下。

³⁰⁵ Peter Schaar, *Das Ende der Privatesphäre*, 2009, S. 132 f.

³⁰⁶ Philipp H. Schulte, *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung*, 2008, S.183 ff.

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³⁰⁷・129b 条³⁰⁸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³⁰⁹。これ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³¹⁰。

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）³¹¹。

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（共有データ法）の一環として、ATDG（反テロデータ法）が制定された³¹²。ATDG は、連邦と州の警察官庁と秘密諜報機関の間で共有する

³⁰⁷ 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（渡邊斉志「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）。

³⁰⁸ 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）国内にいるかの場合にのみ効力を有する。（後略）

³⁰⁹ 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。

³¹⁰ 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。

³¹¹ Wolf-Rüdiger Schnke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, S.1344.

³¹² BGBI. I, 2006, S.3409. なお GDG は正式名称を Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz) といい、ATDG の制定及び関係法律の改正を行う法律である。すなわち「共有データ法」と訳出することが適切であり、BDSG の前提ではなく例外であるところ、既発表の拙稿「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 巻 1 号（2019）177 頁では、あたかも BDSG の前提として

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）を設けることを専らの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予防的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。

2009年、連邦憲法裁判所によるラスター捜査判決がなされた。ラスター捜査判決については第七章で詳細に論じているが、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ある。連邦憲法裁判所は、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、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 of 十分な蓋然性および蓋然性予測の具体的な事実に基づく、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³¹³。

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、本判決は、州によって異なっていたラスター捜査の発動要件に関して、連邦全体での統一に向け一定の指針を定めたという意義を有する。本判決を受けて連邦刑事庁法は、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、201 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

GDG が存在するかのように読める記述があり、この点は訂正しなければならない。また同 187 頁でも GDG と ATDG という二つの法律が存在するかのような記述となっているが、上述の通りそのような理解は適当でない。以上二点について、お詫びして訂正する。
³¹³ BVerfGE 115, 320 (362).

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、本判決（2006年4月4日）を受け、早々に2006年8月28日に基本法が改正された。73条に規定される連邦の専属的立法分野に、「州をまたぐ危険が存在する場合、1つの州警察官庁の管轄が認識し得ない場合、又は州最上級官庁が委託を要請した場合における、連邦刑事警察官庁による国際テロリズムの防除（同条9号a号）」が加えられたが³¹⁴、これは①の改正の基本法上の根拠とされた。

更に2009年には、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によるコントロールが強化された³¹⁵。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³¹⁶。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³¹⁷。現在の議会統制委員会の大き

³¹⁴ Jarass/Pieroth, Fn.261, S.876 f. これは、連邦刑事庁の権限拡大の一環と見ることも出来る。植松健一「連邦刑事庁(BKA)・ラスター捜査・オンライン検索(1)-憲法学的観点からみたドイツにおける「テロ対策」の限界-」島大法学第52巻第3・4号(2009)6頁以下。

³¹⁵ 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」。

³¹⁶ 渡邊齊志「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。

³¹⁷ BT-Drs. 18/12585. Thorsten Kingreen, *Parlamentarische Kontrolle, insbesondere durch Untersuchungsausschüsse (Art.44 GG)*, Jura 2018, S.883., Enrico Brissa, *Aktuelle Entwicklungen der parlamentarischen Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*, DÖV 2017, S. 767 f., Bernd Grzeszick, *Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts und Kompetenzen 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。

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。

第七章でその違憲審査の方法について詳しく論ずる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に限って見れば、二つの大きな意義を有する判決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。

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おそれがある。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）³¹⁸。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³¹⁹。

本判決は主な争点について、以下の通り判示する。

³¹⁸ BVerfGE 133, 277., Jan-Willem Prügel, *Entscheidungsanmerkung*, ZIS 2013, S. 533 ff.

³¹⁹ Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, JZ 2013, S.633. オンライン検索判決（BVerfGE 120, 274.）、蓄積データ判決（BVerfGE 125, 260, Urteil des Ersten Senats v. 2. 3. 2010.）、通信傍受新規律判決（BVerfGE 129, 208, Beschluß des Zweiten Senats v. 12. 10. 2011.）などが、ここにいう一連の判決である。

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、予防的な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³²⁰。

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 (Trennungsgebot)」を前提とし³²¹、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中央機関を、それぞれ設置することができることと定めた基本法 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³²²。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

³²⁰ BVerfGE 133, 277 (323 ff.).

³²¹ Prügel, Fn.318, ZIS 2013, S. 529 ff., Hans Peter Bull, *Datenschutz oder Schutz von Individualinteressen?*, in: Thomas Meyer/Udo Vorholt (Hrsg.), *In Freiheit contra Sicherheit?*, 2012, S. 41 ff, Dieter Grimm, *Der Datenschutz vor einer Neuorientierung*, JZ 2013, S.585 ff, Julia Stunbenrauch, *Gemeinsame Verbunddateien von polizei und Nachrichtendiensten*, 2008. 同語の訳について、入井凡乃「事後的に正義と新規義務」法学政治学論究 101 巻 (2014) 117 頁は Trennungsgebot を「分離原則」と訳出しており、この訳が Trennungsgebot の実質的意義にも妥当すると思われるため、本稿もこの訳に沿った。

³²² 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」。

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³²³。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³²⁴。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³²⁵、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³²⁶。分離原則については、その理論的・歴史的背景及び有効性を検証する意義があると考えるが、この点についてはここでは詳細には論じない。

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、「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、連邦データ保護法24条1項により、連邦データ保護監察官(**Beauftragter für den Datenschutz**)の義務とされている(後略)³²⁷」と定めるが、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³²⁸、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」という点について言及がなかった。しかし、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、こ

³²³ BVerfGE 133, 277(329). 上代、同上、173頁。

³²⁴ Gärditz, Fn.76, S.634.

³²⁵ 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。

³²⁶ 上代、前掲注322、178頁。

³²⁷ 松本、前掲注233、98頁によれば、連邦データ保護監察官(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。連邦データ保護及び情報の自由に関する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、佐藤結美「個人情報の刑罰的保護の可能性と限界について(4)」北大法学論集67巻1号(2016)97頁以下参照。

³²⁸ BVerfGE, 133,277(370 f.).

の点、裁判所から具体的な是正の要請が示されたといえる³²⁹。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³³⁰。

本判決を受けて、ATDGが改正された（2015年1月1日施行）³³¹。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て、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。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³³²。

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、憲法上の要請と関連させて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、テロリズム対策に関わる法に関する立法評価の研究について、憲法学的観点から論じる³³³。

³²⁹ BT-Drs. 17/12665(neu)v.7.3.2013., S.6 f., Matthias Kötter, *Von den Daten zur Empfehlung*, in: Christoph Gusy(Hrsg.), *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, 2015, S.60 f. なお、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) 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。

³³⁰ 入井、前掲注 321、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。

³³¹ BGBI. I, 2014, S. 2318. 渡辺、前掲注 243、24頁以下参照。

³³² 渡辺、同上、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。

³³³ 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

3. 立法のチェック機能 - 立法評価

(1) 立法評価論の憲法学上の位置付け

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³³⁴。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³³⁵。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³³⁶。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

／新井／横大道 (編著)、前掲注 322、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.))。

³³⁴ 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、同『租税政策の形成と租税立法』(信山社・2013)。

³³⁵ 手塚、同上、広島法学第 28 巻 3 号 (2005) 66 頁。

³³⁶ 大石真『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」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配<上巻>』(成文堂・2008) 323 頁以下。

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³³⁷。

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、立法統制の総合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³³⁸。

ドイツの社会学・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（a）古典的な法的結論の査定、（b）侵害に関する知識の更新にあるとする³³⁹。（a）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³⁴⁰。（b）については、新しくあるいは複雑な実情を持つ規制は、不確定な制約下の規定がある場合に生ずるが、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 Schaller は、「立法評価は首尾一貫性³⁴¹の萌芽であり、以下二つの局面で利用されると考えた³⁴²。（あ）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、（い）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

³³⁷ 大石、同上（2016）158頁以下。

³³⁸ 君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17 卷 2 号（2008）1 頁以下、高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義 60 卷 7 号（2009）112 頁。

³³⁹ Renate Mayntz, *Regulative Politik in der Krise?*, Deutsche Gesellschaft für Soziologie 1979, S. 55 ff.

³⁴⁰ Kötter, Fn.329, S.63 f.

³⁴¹ 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 卷 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 卷 3 号（2014）1065 頁以下参照。

³⁴² Steven Schaller, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, 2016, S.154 ff.

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 Gesetze)」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³⁴³。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 Gesetze* という場合には、立法形成手段としての *Gesetzesfolgenabschätzung* を含む、より広義の意味内容を含む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³⁴⁴。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 Gesetze* 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³⁴⁵。

³⁴³ Alfred G. Debus/Axel Piesker, *Ex-post-Gesetzesevaluationen zur Ermittlung datenschutzrechtlicher Folgen*, in : Fn. 329, S.194.

³⁴⁴ 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。

³⁴⁵ 植松、前掲注 329、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から、あえて事前・事後の両者について論ずる。

(2) テロリズム対策立法と立法評価 - ATDG を題材に

(ア) 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³⁴⁶。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機関である。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」³⁴⁷。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³⁴⁸。

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の検証とは、再検証を必要とする理由が大き

³⁴⁶ 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。

³⁴⁷ 同上、101頁以下。

³⁴⁸ 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。

く異なる。第一章でも述べたように、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、定量的基準に代わる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。

(イ) 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/Piesker³⁴⁹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 Kötter³⁵⁰の主張からテロ対策立法の立法評価のシステムの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おける両者の見解を見た後、具体的に ATDG に関する立法評価への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、

³⁴⁹ Alfred G. Debus 及び Axel Piesker は、Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (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。

³⁵⁰ 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。

具体的な立法評価の手法について検討する。

(i) 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³⁵¹。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。

³⁵¹ Debus/Piesker, Fn.343, 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 344, 71 頁。各段階の名称訳出は、梁の訳に従った。

三つの立法評価の段階は、異なる目標と手段を用いる一方、評価の主題を限定するという共通の役割を持つ。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³⁵²

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	
① 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
② 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
③ 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

①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。

②補完的立法評価 (bGFA) は、①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。①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、

³⁵² 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。

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、③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。(a) 認識機能、(b) コントロール機能、(c) 対話機能、(d) 適法化機能である³⁵³。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。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

³⁵³ Debus/Piesker, Fn.343, S. 199 f.

り侵害されるおそれ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。

(ii) 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。本稿が一貫して注目している、テロ対策に関する予防的な情報収集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³⁵⁴。①経験的にどのような方法で侵害に関する知識に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。安全保障に係る立法の、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³⁵⁵。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、以下三つの観点から、立法評価の内容を区分する。

(a) 侵害に関する知識がもたらす社会的結果の精査、(b) 効果に即した法的規範の表明手段としての比例原則、(c) 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。

³⁵⁴ Kötter, Fn.329, S.68 ff.

³⁵⁵ Ibid., S.59 ff.

まず、(a) 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。(あ) 実態分析、(い) 効果分析である。

(あ) 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问题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³⁵⁶。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。

(い) 効果分析とは、立法者が追求すべき目標について、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³⁵⁷。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、この再検査は實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³⁵⁸の手段による分析が行われる³⁵⁹。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、(b) 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、効果特定のであり、直接の法規範上の帰結につながるものでは

³⁵⁶ Hubert Rottleuthner / Margret Rottleuthner-Lutter, *Recht und Kausalität*, in : Michelle Cottier / Josef Estermann / Michael Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, S.23

³⁵⁷ Kötter, Fn.329, S.70 ff.

³⁵⁸ 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。

³⁵⁹ Kötter, Fn.329, S.71 .

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³⁶⁰。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 は述べる。それは、(a) 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、法は均衡を失っているとされ、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³⁶¹。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。

³⁶⁰ 宍戸常寿「「猿払基準」の再検討」法律時報 83 卷 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、前掲注 11 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 Verhältnismäßigkeit*, Jus 2014, S.193 ff., Mike Wienbracke, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, ZJS 2013, S.148 ff.

³⁶¹ Kötter, Fn.329, S.71.

最後に、(c) 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、基本権の手続的保護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³⁶²。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こととなる。

(iii) 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、両論者による2013年反テロデータ判決を受けた改正ATDGを題材に、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³⁶³。

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、十分に明確に決定されたものである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

³⁶² Kötter, Fn.329, S.79 ff.

³⁶³ Debus/Piesker, Fn.343, S.203 ff.

うことでもある³⁶⁴。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、増大する基本権の危機的状況の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主観的に感じられる侵害は観念し得なくなる一方で、目的結合は将来における措置でのデータ利用のリスクを持つことから、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、(a)(あ)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当てられるため、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。

(a)(い)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事自体、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³⁶⁵。ここで、「量的・質的な手段から適用への混

³⁶⁴ Ibid., S.204.

³⁶⁵ Ibid., S.72.

同 (Mix)」が発生すると Kötter は評価する³⁶⁶。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、これらの効果の質的な包括性や、特に捜査からの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上がった」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³⁶⁷。ここで、比例原則に基づく法令の合憲性判断の内容を (a) 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 (a) 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 Überprüfung 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、とくに重複した観点や複数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

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ Kötter, Fn.329, S.74 ff.

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³⁶⁸。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 条審査会 (G10-Kommission) が挙げられる³⁶⁹。第六章で詳しく論ずるが、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³⁷⁰、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)」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³⁷¹。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³⁷²、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。

(iv) 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

³⁶⁸ Ibid., S. 82.

³⁶⁹ Vgl. Stefan Hansen, *Neue deutsche Sicherheitsarchitektur*, 2009, S.23 ff.

³⁷⁰ Dennis-Kenji Kipker, *Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit*, 2016, S.104 f. 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)。

³⁷¹ 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) 121 頁以下。

³⁷² 渡邊, 前掲注 316, 126 頁。

は、法的な専門性なくしては発生し得ないと考える³⁷³。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を行うこと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、法律的手段による立法評価の内実を実質的に決定すると解する。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、法的議論として展開する以上、法的思考と社会学的分析の関係性について、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るだろう。

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した状態に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

³⁷³ Christoph Gusy, *Von der Evaluation zur Evaluationsforschung*, in : Fn.329, S.226 f.

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³⁷⁴。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、テロ対策立法に関する裁判所の、比例原則に基づいた憲法

³⁷⁴ 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。

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。

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、憲法上の権利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。

4. 小括

本章で論じたように、ドイツでは、特に過激な捜査態勢や恣意的な情報収集から国民の基本的な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立法上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ない、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止むを得ない、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³⁷⁵。これは、先に整理した日独の刑事訴訟法上の捜査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、侵害のおそれ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求するという選択肢が存在することを認識することには、我が国においても共通の意義がある。

本章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、基本権保障のために、更に一步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³⁷⁶。筆者はこの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

³⁷⁵ 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。

³⁷⁶ 上代，前掲注 322, 175 頁以下。

きであるとする。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ステークホルダーの役割を明確にすることが求められる。このような視点から、次章では、本章で立法府に附帯する専門家集団の例として挙げた第三者機関である基本法 10 条審査会を中心に、テロ対策の組織的・手続的統制について論じていく。

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

1. 諜報機関の統制

(1) 情報収集活動の主体としての諜報機関

第二章で整理したとおり、テロリズムに対抗する情報収集活動の主体には、捜査機関や諜報機関が存在する。本章ではドイツの諜報機関に対する第三者機関による統制の議論を通じて、テロリズムに対抗する情報収集活動の第三者機関による統制の在り方を論ずることから、まずは統制対象となるドイツの諜報機関について概観する。

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³⁷⁷。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³⁷⁸、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、

³⁷⁷ Joachim Kretschmer, *BKA, BND und BfV - was ist das und was dürfen die?*, Jura 2006, S.336 ff.

³⁷⁸ 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。

武市が詳細に分析している³⁷⁹。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³⁸⁰。

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て連邦国防省の外局となった³⁸¹。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³⁸²）、特に諸国民の平和的共存（基本法26条1項³⁸³）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³⁸⁴。

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*

³⁷⁹ 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 卷 3 号（2018）49 頁以下。

³⁸⁰ 前述した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。

³⁸¹ 渡辺、前掲注 378、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。

³⁸² 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」。

³⁸³ 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」。

³⁸⁴ Thomas Siems, *Aufgaben eines militärischen Nachrichtendienstes*, DÖV 2012, S.425 ff., 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。

Garantie)の一環として、設置されている³⁸⁵。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³⁸⁶。

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、第五章で詳しく論じた反テロデータ法である。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。諜報機関ではなく捜査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³⁸⁷。

序章や第三章で述べた捜査機関と諜報機関の接近の実態を踏まえると、諜報機関の活動あるいは諜報機関の活動と同視しう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

³⁸⁵ Josef Franz Lindner/Johannes Unterreitmeier, *Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts*, DÖV 2019, S.167.

³⁸⁶ BVerfGE 143, 101, Beschluß des Zweiten Senats v. 13. 10. 2016 (139) (邦語の紹介及び解説として、柴田堯史「ドイツ憲法判例研究(223)」自治研究 95巻12号(2019)132頁以下)及びこれを引用する BVerfGE 146, 1, Beschluß des Zweiten Senats v. 13. 7. 2017 (49 f).

³⁸⁷ BVerfGE 133, 277, Urteil des Ersten Senats v. 24. 4. 2013.

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³⁸⁸。

(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、本章で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、あくまでも上記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³⁸⁹。

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、ヒエラルヒッ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)」、「ヒエラルヒッシュな関係にはない行政単位が、他の行政単位の手続処理の形式、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 (berichtigen) 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³⁹⁰。

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、統制対象となる各諜報機関との間に、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

³⁸⁸ Hans Peter Bull, *Sind Nachrichtendienste unkontrollierbar?*, DÖV 2008, S. 751.

³⁸⁹ 渡邊、前掲注 371、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。

³⁹⁰ 薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学 9 卷 3 号 (2010) 208 頁以下。

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・統制の現状

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³⁹¹、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目的で、日本の公安委員会について取り上げる。

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）³⁹²。国家公安委員会は国务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

³⁹¹ 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）104 頁。

³⁹² 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 卷 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 卷 2 号（2013）14 頁以下参照。

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³⁹³。

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）・警視總監（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、警視總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。

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³⁹⁴。情報公開・個人情報保護審査会³⁹⁵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

³⁹³ 原野翹『行政の公共性と行政法』（法律文化社・1997）168 頁以下。

³⁹⁴ 平成 29 年 9 月 29 日答申

（https://www.pref.aomori.lg.jp/soshiki/soumu/gakuji/files/joko-tousin_048.pdf 参照、最終閲覧日 2020 年 1 月 5 日）。

³⁹⁵ 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。

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）。元警察大学校校長の荻野徹³⁹⁶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³⁹⁷。

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

³⁹⁶ 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。

³⁹⁷ 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。

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³⁹⁸。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。

2. 個別的統制機関の検討 - ドイツ・基本法 10 条審査会を例に

(1) 基本法 10 条審査会の沿革

(ア) 基本法 10 条 2 項とその憲法適合性

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。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、本条の保護領域については、通信の秘密に関する叙述として前述したとおりであるが、基本法 10 条 1 項の通信の秘密も、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。同条 2 項 2 文は「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

³⁹⁸ 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。

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、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ことを示す。

基本法 10 条 2 項は、1968 年の非常事態法（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し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³⁹⁹。

連合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⁴⁰⁰。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⁴⁰¹。

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

³⁹⁹ 渡邊、前掲注 371、115 頁。BT-Drs. V/1879, S.12.

⁴⁰⁰ 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）。

⁴⁰¹ Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, S.1349 f. 基本法第 17 補充法について、BGBl I, 1968, S.709.

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⁴⁰²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⁴⁰³、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うるのか⁴⁰⁴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。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⁴⁰⁵、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⁴⁰⁶。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⁴⁰⁷。

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

⁴⁰² BVerfGE 30, 1, Urteil des Zweiten Senats v. 15. 12. 1970.

⁴⁰³ 西浦公「通信の秘密とその制限」前掲注208、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／鈴木法日児（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。

⁴⁰⁴ 石村、同上、241頁。

⁴⁰⁵ ①～④について、渡辺、前掲注403、531頁参照（BVerfGE 30, 1(21 ff.))。

⁴⁰⁶ BVerfGE 30, 1(34).

⁴⁰⁷ BVerfGE 30, 1(35).

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ことである⁴⁰⁸。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⁴⁰⁹。

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。

(2) 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⁴¹⁰。「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。

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

⁴⁰⁸ BVerfGE 30, 1(43 f.).

⁴⁰⁹ BVerfGE 120, 274(332).

⁴¹⁰ Gusy, Fn.111, S.16.

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⁴¹¹。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。

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）⁴¹²・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当否を、連邦政府からの報告に基づき個別具体的に判断する権限を有するという相違点があった⁴¹³。

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⁴¹⁴。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

⁴¹¹ Brissa, Fn.317, S.765 f.

⁴¹² 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。

⁴¹³ 渡邊、前掲注 316、126 頁。

⁴¹⁴ BGBl. I, 2009, S.1977.

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⁴¹⁵。

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⁴¹⁶。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として、「委員会への参画権」を挙げる⁴¹⁷。「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⁴¹⁸、議会統制委員会による諜報機関の統制は、本質的に議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

⁴¹⁵ 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 412、96 頁以下参照。

⁴¹⁶ 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」。

⁴¹⁷ 苗村辰弥『基本法と会派』(法律文化社・1996) 61 頁以下。

⁴¹⁸ 同上。

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 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⁴¹⁹。

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⁴²⁰」し、「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⁴²¹。

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

⁴¹⁹ Bull, Fn.388, S. 759.

⁴²⁰ BVerfGE 143, 1 (15), Beschluß des Zweiten Senats v. 20. 9. 2016.

⁴²¹ Bertold Huber, *Anmerkung*, NVwZ, 2016, S. 1706 f.

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。

なお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⁴²²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⁴²³もいる。本章は基本法 10 条審査会を中心に扱うが、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ここで簡単に確認しておきたい。

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⁴²⁴、2006 年には連邦情報局に関する調査委員会が⁴²⁵、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など⁴²⁶、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

⁴²² 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.

⁴²³ Alexander Hirsch, *Die Kontrolle der Nachrichtendienste*, 1996, S. 275.

⁴²⁴ 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。

⁴²⁵ 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 180、356 頁以下。

⁴²⁶ ドイツ連邦議会ウェブページ参照

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こと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⁴²⁷。

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（*Bundeshaushaltsordnung* - 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⁴²⁸。

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⁴²⁹。

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・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。

（3）基本法 10 条審査会の機能

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。

（<https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/ua/luntersuchungsausschuss>、最終閲覧日 2020 年 1 月 5 日）。

⁴²⁷ 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。

⁴²⁸ Bertold Huber, *Informationsbedürfnis und Geheimhaltungserfordernisse*, in : Fn.422, S.106.

⁴²⁹ 前掲注 327 参照。

(ア) 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⁴³⁰。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⁴³¹。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⁴³²。

⁴³⁰ Peter Bartodziej, *Parlamentarische Kontrolle*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S.1589.

⁴³¹ 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。

⁴³² Bartodziej, Fn.430, 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）。

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う⁴³³。

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⁴³⁴。

(イ) 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⁴³⁵。

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⁴³⁶。

(ウ) 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

⁴³³ Ibid., S.1590.

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ Ibid., S.1592.

⁴³⁶ Ibid.

する基本法 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⁴³⁷。

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 - Teledienstunternehmen⁴³⁸）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⁴³⁹の使用の際に、基本法 10 条審査会の決定が必要となる。

⁴³⁷ Ibid., S.1593.

⁴³⁸ 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。

⁴³⁹ 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「スティングレイ」」法学セミナー 60 巻 11 号（2015）1 頁。「スティングレイ」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諜報機関の他、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.1328 ff.）。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 - 「オンライン捜索」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 254（2018）282 頁以下。

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、表2のとおりである⁴⁴⁰。

(表2)

	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2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⁴⁴¹。

⁴⁴⁰ 表2について、BT-Drucksache 18/11228, (6 (Tabelle 3)).

⁴⁴¹ BT-Drucksache 18/11228, (6 ff.). 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。

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3のとおりである⁴⁴²。

(表3)

	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

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、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。

⁴⁴² 表3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。

(4) 基本法 10 条審査会の憲法上の位置付け

(ア) 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⁴⁴³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⁴⁴⁴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⁴⁴⁵。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⁴⁴⁶。

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 (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⁴⁴⁷。

⁴⁴³ BVerfGE 143, 1.

⁴⁴⁴ シグント (SIGINT) とは、通信情報収集 (signals intelligence) の略語である。

⁴⁴⁵ 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。

⁴⁴⁶ 渡辺、前掲注 378、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。

⁴⁴⁷ BVerfGE 143, 1 (3 f.).

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⁴⁴⁸。

(イ) 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。

(i) 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⁴⁴⁹。機関争訟においては対抗的關係⁴⁵⁰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」⁴⁵¹。この点は、日本の行政事件訴訟法 6 条に規定される「機関

⁴⁴⁸ 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。

⁴⁴⁹ 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 卷 1 号 (2007) 5 頁。

⁴⁵⁰ 山岸喜久治「国家機関相互の紛争に対する憲法裁判の解決：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対抗型手続 (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。

⁴⁵¹ 同上、5 頁参照。Vgl. Wolfgang Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des*

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⁴⁵²。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⁴⁵³。

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⁴⁵⁴。

(ii) 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うる⁴⁵⁵。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、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⁴⁵⁶。

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

Bundesverfassungsgerichts, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, Band III, 2005, S.1301.

⁴⁵² 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 卷 2 号 (1986) 14 頁以下。

⁴⁵³ 名雪、前掲注 449、5 頁以下。

⁴⁵⁴ 同上、8 頁以下。

⁴⁵⁵ BVerfGE 143, 1 (10 f.).

⁴⁵⁶ 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))。

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⁴⁵⁷。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⁴⁵⁸。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（Opportunitätserwägungen）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⁴⁵⁹。

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

⁴⁵⁷ BVerfGE 143, 1 (12).

⁴⁵⁸ BVerfGE 143, 1 (12 f.).

⁴⁵⁹ BVerfGE 143, 1 (13 f.).

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 (Entscheidungsgremiums) 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⁴⁶⁰。

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

⁴⁶⁰ Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, DVBl, 2016, S.1540 f.

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⁴⁶¹。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* の視点を意識し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（ただし、ここでは *Gewaltengliederung* の理論的な背景に関する議論には立ち入ることができない）。

(c) 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ぬ理由を、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⁴⁶²。基本法 10 条 2 項 2 文は、拘束力のある憲法上の任務を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⁴⁶³。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⁴⁶⁴。

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*)⁴⁶⁵とは異なり - 「連邦議会」とは呼んでいない

⁴⁶¹ 高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社・2017）42 頁以下。

⁴⁶² BVerfGE 143, 1 (14).

⁴⁶³ BVerfGE 143, 1 (14 f.).

⁴⁶⁴ BVerfGE 143, 1 (15).

⁴⁶⁵ 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

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⁴⁶⁶。

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 条審査会を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）⁴⁶⁷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”）」⁴⁶⁸。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、議会の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⁴⁶⁸。

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

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。

⁴⁶⁶ BVerfGE 143, 1(16).

⁴⁶⁷ 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当てられている。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。

⁴⁶⁸ BVerfGE 143, 1 (16 f.).

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、統制システ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⁴⁶⁹。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 (Ineinandergreifen)、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⁴⁷⁰。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

⁴⁶⁹ Mark Alexander Zöller, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, 2001, S.286.

⁴⁷⁰ BVerfGE 143, 1 (17).

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（Gesamtübersicht der Beschränkungsmaßnahmen und Grundsatzfragen）が重要となる⁴⁷¹。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續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規定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を通じた中立的官庁として運用される⁴⁷²。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⁴⁷³。

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⁴⁷⁴。

3. 日本における国家の情報収集活動の統制機構設置に向けて

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・手續的側面の一として、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

⁴⁷¹ BVerfGE 143, 1 (17 f.).

⁴⁷² BVerfGE 143, 1 (18 f.).

⁴⁷³ BVerfGE 143, 1 (19).

⁴⁷⁴ 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續的に守る統制であり、「組織的及び手續法的な予防措置」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ができるのではなく、憲法異議手續に委ねられると述べた（BVerfGE 143, 1 (19 f.))。

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⁴⁷⁵、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) 設置形態の検討① - 立法

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⁴⁷⁶。

⁴⁷⁵ 塩野宏「行政委員会制度について」日本学士院紀要 59 卷 1 号（2004）10 頁以下。

⁴⁷⁶ 大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権』（成文堂・2008）208 頁以下。

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、立法府主導による執行特権の統制という位置付けになる⁴⁷⁷。「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⁴⁷⁸。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⁴⁷⁹、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。

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定義を試みてきたが、その結果は

⁴⁷⁷ 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。

⁴⁷⁸ 同上、229 頁。

⁴⁷⁹ 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「ドイツ連邦共和国と大統領制」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。

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⁴⁸⁰。

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⁴⁸¹、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⁴⁸²。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が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⁴⁸³。

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

⁴⁸⁰ 毛利透『統治構造の憲法論』（岩波書店・2014）236頁以下。

⁴⁸¹ 村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学 90号（2005）228頁。

⁴⁸² 同上、229頁。

⁴⁸³ 毛利、前掲注 480、241頁。

に解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⁴⁸⁴、仔細な検討は別の機会に行うこととして、ここでは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については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

⁴⁸⁴ 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。

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ふともとれる。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）設置形態の検討② － 行政

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⁴⁸⁵、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⁴⁸⁶、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。

(ア) 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⁴⁸⁷。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⁴⁸⁸、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⁴⁸⁹。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

⁴⁸⁵ 塩野、前掲注 475、3 頁以下。

⁴⁸⁶ 毛利、前掲注 480、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。

⁴⁸⁷ 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。

⁴⁸⁸ 佐藤功『行政組織法（新版・増補）』（有斐閣・1985）267 頁以下。

⁴⁸⁹ 駒村圭吾『権力分立の諸相』（南窓社・1999）82 頁以下。

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⁴⁹⁰、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駒村の分析である。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。

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⁴⁹¹。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⁴⁹²。

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、本章の議論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、本章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

⁴⁹⁰ 同上、84 頁以下。

⁴⁹¹ 原田大樹「行政委員会」法学教室 458 号（2018）78 頁以下。

⁴⁹² 同上。

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⁴⁹³。この「民主化」の内容を具体的に論ずる鵜飼信成は、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⁴⁹⁴。鵜飼の理解によれば、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、「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⁴⁹⁵。

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

⁴⁹³ 塩野、前掲注 475、8 頁。

⁴⁹⁴ 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 [鵜飼信成]。

⁴⁹⁵ 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。

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。

(イ) 公安委員会の可能性

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。ここでは、本章冒頭に触れた日本の「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⁴⁹⁶。

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

⁴⁹⁶ 同上。

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⁴⁹⁷。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的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⁴⁹⁸。しかし、本稿は②に関して、公安委員会の役割を「大局的見地」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。

（３）第三者機関の設置と令状主義 - 捜査機関と諜報機関の接近・再訪

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。ここで、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、令状主義との関係に着眼して検討する。

（ア）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⁴⁹⁹。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

⁴⁹⁷ 滝澤、前掲注 398、37 頁。

⁴⁹⁸ 同上。

⁴⁹⁹ 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/shingi1/shingi03500012.html>、最終閲覧日 2020 年 1 月 5 日）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 卷 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。

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・井上正仁の議論である⁵⁰⁰。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⁵⁰¹。

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けれども、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⁵⁰²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⁵⁰³。

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

⁵⁰⁰ 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、前掲注283、第三章参照。「登頂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／小田中聰樹（監修）『盗聴法の総合的研究』（日本評論社・2001）94頁参照）。

⁵⁰¹ 第20回議事録、24頁以下。

⁵⁰² 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。

⁵⁰³ 前掲注501, 25頁。

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⁵⁰⁴、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⁵⁰⁵、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。

(イ) 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

⁵⁰⁴ 齋藤、前掲注 499、179 頁。

⁵⁰⁵ 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。

できないおそれのある GPS 捜査の性質から、令状主義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⁵⁰⁶、通信傍受の領域においても、そもそも令状主義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提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提示や、当事者への事後の通知をすることでは足りず、執行前に令状提示と同様の効果を有する手続的担保が必要であると筆者は考える。この点については第九章で再訪する）。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を、特定電子計算機を通じて警察内部において可能とした（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⁵⁰⁷。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）⁵⁰⁸、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

⁵⁰⁶ 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 279 頁以下。

⁵⁰⁷ 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。

⁵⁰⁸ 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。

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（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律、以下組織犯罪処罰法）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⁵⁰⁹。

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）における監視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。

⁵⁰⁹ 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。

4. 小括

本章では、基本法 10 条審査会を例に、情報収集活動の個別的統制に関する第三者機関の組織と機能について論じてきた。しかし、秘密的・予防的・広域的な情報収集に対する個別判断を統制する第三者機関の統制機能を具備したとしても、この統制も適切に機能しない場合が想定される。上述した基本法 10 条審査会当事者能力決定の本案のように、外交上の理由やその他の政治的な理由により、法律上認められた基本法 10 条審査会の権限が骨抜きにされる事態はドイツでも起こっているのである。

そうなってしまったとき、憲法上の権利の制約の違憲性は、最後の砦である裁判所による違憲審査に委ねられることになるが、特に訴訟上の違憲審査においては、比例原則の空転の影響が顕著に現れてくることとなる。次章では、ドイツにおける予防的警察活動に関する違憲審査に適用された基準を中心に、裁判所におけるテロリズムに対抗する秘密的・予防的・広域的情報収集活動の憲法適合性審査について論ずることとしたい。

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

1. テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の裁判所による統制

(1) 比例原則と予防的警察活動

ドイツの違憲審査基準の基礎をなす法原則は、比例原則である。比例原則 *Verhältnismaßigkeit* とは、目的審査を前提に、必要性・適合性・狭義の比例性という三段階の手段に関する審査を行うことで、国家の活動が目的及び制約する基本権にとって比例的なものであるかを判断し、比例的でなければ当該国家活動を違憲とする、違憲審査における法の一般原則である⁵¹⁰。現在では欧州人権裁判所においても準拠される法の一般原則となっているこの法原則は⁵¹¹、ドイツの戦後違憲審査基準の要として成熟し、世界的な潮流を生み出すまでに至った⁵¹²。

⁵¹⁰ Thomas Reuter, *Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, 2009, S.512., オリバー・レプシウス (著) 横内恵 (訳) 「比例原則の可能性と限界」自治研究 89 卷 11 号 (2013) 60 頁、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社・1996) 342 頁参照。

⁵¹¹ 須藤、前掲注 11、6 頁以下、江島晶子「比例原則のグローバル化」比較法研究 75 号 (2013) 214 頁以下。

⁵¹² Bernard Schlink, *Proportionality in constitutional law*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 2012, p.296., Vgl. David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2004. Beatty はカナダの憲法学者である。

比例原則の要素は諸論あるが、その具体的内容については多くの先行研究があり⁵¹³、またここで比例原則そのものの複雑な総体問題に立ち入ることは困難を極めるが、議論の前提として、比例原則に関する一定の理解を示す。

イスラエルの法学者である Cohen-Eliya/Porat が指摘するように、比例原則は、少なくともドイツやカナダ⁵¹⁴においては、憲法の趣旨を訴訟上適切に反映する為の手段として、balancingよりも構造的であると信じられている⁵¹⁵。その根拠は、比例原則が論理的な審査順序と、段階的に補填し合う複数の分析的審査を有するためであるとされるが、我が国では米国の二重の基準論との関係で大きな議論のあるところであり、また比例原則とbalancingを二項対立的に見るのではなく、比例原則にbalancingが包括されていると見る見解もある⁵¹⁶。

裁判所と比例原則の結びつきは、以下三つの機能を持つと Schröder は指摘する⁵¹⁷。①裁判所が比例原則の遵守を制御する機能、②法または憲法を通じた形成領域を裁判所自体が保ち、固有の立場で比例原則を取り扱う機能、③裁判所が例外的に法の更なる形成に従事する際、その法に対し、同様に比例性を保持する機能である。すなわち比例原則は、裁判所の専権的な範囲での比例原則の適用を求めるのみならず、法の形成領域においても重要な役割を果たすといえる。また、裁判所を通じてだけでなく、法の一般原則としても、比例原則は立法や行政を拘束している⁵¹⁸。

以上のような意義を有する違憲審査基準としての比例原則は、前述のとおり必要性審査・適合性（相当性）審査・教義の比例性審査の三つに分かれる。

必要性審査とは、手段が目的達成のために必要か、審査する段階である。

適合性（相当性）審査とは、目的の実現に対し手段が有効か、審査する段階である。手段が規制目的の実現を促進する場合に肯定されるが、完全な目的達成を

⁵¹³ 江島、前掲注 360、85 頁以下。

⁵¹⁴ 佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開」北大法学論集第 63 巻 2 号（2012）1 頁以下。

⁵¹⁵ Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat, American balancing and German proportionality, I・CON8, 2010, p.268.

⁵¹⁶ Schlink, Fn.512, p.293

⁵¹⁷ Ulrich Jan Schröder, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Maßstab richterlicher Entscheidung*, RohR 2/16, 2016, S.51 ff.

⁵¹⁸ Reuter, Fn.510, S.515

もたらさなければ否定されるというものではない。

狭義の比例性審査とは、手段が目的に対して適当であるか、審査する段階である。

なお目的審査は、従来の理解における比例原則の要素には含まれていない。しかし、Klatt/Meister⁵¹⁹や Wienbracke⁵²⁰などによる比例原則に関する比較的新しい業績は、先に示した三つの前段階の枠組みとして、目的の正当性・手段の正当性という大枠の審査の存在を示し、これらを含めた二層構造（目的と手段の二段階・手段の中での三段階）の審査を比例原則の内容としている。これは連邦憲法裁判所における2008年の情報監視の下での情報システムの機密性・統合性を要求する個人の主観的権利に関する判決が、比例原則の枠組みに関し、上記二層構造の構造化に言及したことに起因する流れといわれている⁵²¹。

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

伝統的な警察活動は、民主主義原理・社会国家原理・法治国家原理に基づく危険防御を中心的な任務とする⁵²²。伝統的な警察活動において、事前的な活動は例外的である。これに対し「予防」は、「事前的に」行われる点にその本質がある⁵²³。警察活動が法規制や裁判所命令による統制を受けることなく行われることで、正当化困難な基本権の侵害を伴う恐れがあるために、伝統的な警察活動においては「予防」的な活動は忌避されてきたが、序章・第一章・第二章を中心に論じたとおり、現代の構造変化により、予防的警察活動もまた、積極的な国家活動の一として描かれるようになった。

比例原則はドイツの伝統的警察活動を起源とし、法治国家原理の発展として理解されてきたが⁵²⁴、予防的警察活動については、上記のような伝統的警察活動との相違から、序章で論じた比例原則が適切に機能しない「比例原則の空転

⁵¹⁹ Klatt/ Meister, Fn.360, S.193 ff.

⁵²⁰ Wienbracke, Fn.360, S.148 ff.

⁵²¹ BVerfGE 120,274(318 f.)

⁵²² Gusy, Fn.79, S.34 f.

⁵²³ Grimm, Fn.151, S. 197 f.

⁵²⁴ 須藤、前掲注 11、6 頁以下。

525」 という問題が生起する。

この空転を回避するために、比例原則の一部を変形させて適用するドイツの je-desto 公式は我が国でも注目されている⁵²⁶。しかし、以下に見る通り、je-desto 公式は狭義の比例性審査を緩める結果を齎す。そのため、比例原則という原理との関係で je-desto 公式がどのように解釈されうるかという問題を看過して、その利便性に飛びつくことは賢明でないと思われ、慎重な精査が必要であると筆者は考える。精査の方法として、本章では Alexy の重要性公式を用いた狭義の比例性審査の解釈を通じて、比例原則の中での je-desto 公式の位置付けの正当性について論ずる。

(2) テロリズムに対抗するための予防的警察活動に関する裁判例と je-desto 公式

ドイツでは、予防的警察活動に関する訴訟が多く提起されている。ここでは予防的警察活動について、比例原則を応用して違憲審査を行った二つの判決を中心に扱う。その二判決とは、戦略的監視⁵²⁷判決及びラスター捜査判決⁵²⁸である。両者の法令違憲の審査に関する狭義の比例性審査にかかる部分が、本稿では重要である。

(ア) 戦略的監視判決 — BVerfGE 100, 313

戦略的監視とは、前章でも取り上げた G10 法⁵²⁹を法的根拠として行われていた、国家による国民の個人データに関する事前告知のない広範囲な監視行動である。戦略的監視判決は、第三次盗聴判決とも呼ばれ、第一次盗聴判決⁵³⁰、第二次盗聴判決⁵³¹と同一の系譜において語られる。

戦略的監視が G10 法により規定された 1968 年当初、監視対象となる嫌疑は、憲法的危険状態を惹起する国家への武力攻撃に限られていた。このような厳しい限定の根拠は、第六章で詳細に論じた基本法 10 条 2 項 2 文にある⁵³²。ドイ

⁵²⁵ 小山、前掲注 1, 103 頁。

⁵²⁶ 小山剛「「戦略的監視判決」と情報自己決定権」法学研究 79 卷 6 号 (2006) 1 頁以下。

⁵²⁷ BVerfGE 100,313, Urteil des Ersten Senats v. 14. 7. 1999.

⁵²⁸ BVerfGE 115,320.

⁵²⁹ Vgl. Peter Welsch, "Der tendenzielle Fall der Freiheit", 2013, S.130 f.

⁵³⁰ BVerfGE 30, 1.

⁵³¹ BVerfGE 67, 157, Beschluß des Ersten Senats v. 20. 6. 1984.

⁵³² BGBl I, 1968, S.709.

ツでは 1970 年代から「公共の安全 (öffentliche Sicherheit)」に個人の主観的権利を含むとする理解が一般的であるが、「連邦及びラントの存立もしくは安全」は、文言上個人の主観的権利を含まないものと理解するのが妥当であると認識されていた⁵³³。そのため「自由で民主的な基本秩序の擁護」「連邦及びラントの存立もしくは安全の擁護」を厳密に解釈し、戦略的監視の範囲を限定していたのが初期の G10 法であった。

しかし、1994 年の犯罪対処法に基づく改正により、上記に加えて、国際テロ攻撃 (G10 法 3 条 1 項 2 文 2 号) 兵器の国際的取引 (3 号) 対ドイツの薬物の輸出 (4 号) 外国における通貨偽造 (5 号) 3~5 号で挙げられた活動に関連した資金洗浄行為 (6 号) が戦略的監視の対象とされた。小山は「1994 年の法改正は、戦略的監視と「個人」とのかかわりを増大させている⁵³⁴」と改正法を評価する。

戦略的監視判決は、連邦情報局が G10 法を根拠として個人の通信を広域的に監視する権限 (G10 法 3 条 1 項 2 文 2 号~6 号) や、取得データを他官庁と共同して利用するために引き渡す権限 (G10 法 3 条 3 項・5 項・7 項)、情報取得対象者への限定的な通知義務 (G10 法 3 条 8 項) 等の違憲性について争われた。連邦憲法裁判所は、G10 法 3 条 1 項 1 文、2 文 5 号、3 項、4 項、5 項 1 文、7 項 1 文、8 項 2 文、9 条 2 項 3 文を基本法 10 条に違反し違憲とし、また G10 法 3 条 8 項 2 文を基本法 19 条 4 項に違反し違憲と判断した⁵³⁵。本件には複数の争点があるが、ここでは予防的警察活動と比例原則という観点に絞って、本判決の理由付けとその意義について考察する。

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

一点めの戦略的監視の権限の範囲に関して、戦略的監視そのものの根拠規範 (3 条 1 項 2 文各号) のうち、基本法 10 条に反して違憲と判断されたのは、通貨偽造に関する G10 法 3 条 5 号のみである。裁判所は「嫌疑なく行われる監視」

⁵³³ Hans H. Klein, *Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, DVBl, 1971, S.233.0

⁵³⁴ 小山、前掲注 526、4 頁。

⁵³⁵ BVerfGE 100, 313(315).

について、その目的を「その既存が対外的・対内的な平和と個人の法益に重大な損害を与える高次の共同体の利益 (hochrangige Gemeinschaftsgüter)」の保全として正当化を認め、必要性・適合性についても認めた上で⁵³⁶、法律が比例原則の中で狭義の比例性を満たしているかを中心に判断した。衡量の要素は「個人の利益」と「公共の利益」である。裁判所は「個人の利益」については「介入閾値」「当事者の数」「侵害強度」の三点を基準として、「公共の利益」については「目的の重要性」「利害の重要性」の二点を決定的要素として判断を下した⁵³⁷。

Möstl が指摘したように、一点目の部分に関する本判決の肝は、後述する *je-desto* 公式を用いて「具体的な危険の前域における包括的な概念を通じて、危険防御の狭い概念と取り替えた」点にある⁵³⁸。本判決は危険の捉え方と具体的な権限の限界に関する比例性審査が深い繋がりを持つことを明確に表しただけでなく、その変容をも示している。

二点めの他機関との情報の共同利用の制約に関して、判決はまず、基本法 10 条の保護領域を、通信の内容のみでなく、その後のデータ処理にも及ぶとした⁵³⁹。G10 法 3 条 3 項 1 文の「目的」要件は、取得のみならずその後の使用も含め、基本法 10 条の要請に従って合憲的に解釈出来得る範囲で認められることとなる。判決は基本法 10 条の要請に基づく判断基準として、目的拘束性と比例性の二点を挙げた。目的拘束性も重要な争点であるが、ここでは深く立ち入らない⁵⁴⁰。比例性については、後述する *je-desto* 公式（反比例公式）に基づき情報提供閾値を緩和した上で、なお法令を一部違憲としている⁵⁴¹。具体的には、まず他官庁への情報提供それ自体が、戦略的監視を担当する連邦情報局の情報取得・保有・利用より重大で、個別の基本権侵害を生むとした。

本章の問題関心に照らし重要なのは、判決の狭義の比例性判断に関する部分である。裁判所は、狭義の比例制判断に際し、①国家活動により保護される法益

⁵³⁶ BVerfGE 100, 313(383).

⁵³⁷ BVerfGE, 100, 313(376)., Claus Arndt, *Zum Abhörurteil des BVerfG*, NJW 2000, S.47 f.

⁵³⁸ Markus Möstl, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strategische Fernmeldeaufklärung und die informationelle Vorfeldarbeit im allgemeinen*, DVBl 1999, S, 1394.

⁵³⁹ BVerfGE, 100, 313(366).

⁵⁴⁰ BVerfGE, 100, 313(360).

⁵⁴¹ BVerfGE, 100, 313(391 f.).

の高い重要性があること、②嫌疑に対する十分な事実上の根拠があることを必要不可欠なものとして摘示し、この要件充足に関する判断基準として、二つの *je-desto* 公式（反比例公式）を提示する。

一つめの *je-desto* 公式は、国家活動により保護される法益の重要性と危険の蓋然性に関するものである。具体的には、「法益が重大なものであればあるほど、或いはその行為によって広く損害を受け、あるいは受けるのであればあるほど、脅かされたる損害あるいは生じた損害について要求される蓋然性は低く、或いは嫌疑の基礎となる事実は不確実であってもよい」という基準である⁵⁴²。これは後述のラスター捜査でも類似の判断が提示されている、予防的な国家活動に特有の基準である⁵⁴³。

二点めは、情報提供の閾値に関する限定的な *je-desto* 公式である⁵⁴⁴。具体的には「法益が重要であればあるほど、情報提供の閾値は、脅かされている法益侵害の前域において行うことが許される」というものである。より詳細には、「立法者が保護法益を複数の高次のものに限定し、その法益に対して生じる損害が極めて重要なものである場合」には情報提供閾値を相対的に低く定めることが出来る一方で、「危険の程度が相対的に低い行為についても予防しなければならないものとする場合は、情報提供の閾値は高くなければならない」とした。**Müller-Terpitz** は、本判決のドグマティッシュな意義を、他官庁との情報共有に関する部分も含めて、基本法 10 条の妥当する空間を形成した点に求めている⁵⁴⁵。また、目的拘束性の原則を基礎として、秘密情報機関・警察・憲法擁護庁などの国家機関間における情報の相互参照を原則として禁止し、情報の使用用途を目的により限定する法理である官庁間の情報共有に関する分離原則につながる予防的な国家活動により収集された情報の管理について言及している点で、判例法理への影響も大きい⁵⁴⁶。

⁵⁴² BVerfGE, 100, 313(392).

⁵⁴³ Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 15 Aufl., 2013, S.41.

⁵⁴⁴ BVerfGE, 100, 313(392 f.)

⁵⁴⁵ Ralf Müller-Terpitz, *Die "strategische Kontrolle" des internationalen Telekommunikationsverkehrs durch den Bundesnachrichtendienst*, Jura 2000, S.301 f.

⁵⁴⁶ 判例の展開として、二判決を挙げる。① BVerfG, Urteil 24. 4. 2013, 1 BvR 1215/07., Vgl. Jan-Willem Prügel, *Entscheidungsanmerkung*, ZIS 2013, S. 533 ff. (なお、本判決を受け、反テロデータ法が改正された (Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze vom 18. Dezember 2014 (BGBl. I S.

ここで、本判決に含まれる2つの je-desto 公式を比較したい。両者には、二点の相違が見られる。一点めは、法益の重大性 x と反比例する「変数 y 」が何か、という点である。前者の変数 y は、危険の要件である「蓋然性」について要求される。後述するように、危険の存否は、どの国家機関が如何なる形態で介入することが出来るか、という介入の閾値を判断するための決定的な要素である。翻って言えば、介入閾値そのものは異なる要素も含めて別途判断されなければならないということである。一方、後者の変数 y は介入閾値のレベルそのものである。二つめは、後者の閾値の設定には、保護される法益の重要性と深く関連する保護される法益の範囲の広狭が、特に指摘されている点に表れる。これは判決の結論に関係する。判決は、G10 法 2 条により通信の秘密の制限を命じられているもののデータ提供の他は、十分な限定がかけられていないとする。その根拠として、①BND が他の官庁に情報を提供し得る犯罪行為に多種多様なものが含まれていること、②要求される事実の基礎についても、刑事訴訟法よりも低い程度しか要求していないこと、③情報提供のタイミングが可罰的未遂よりも前倒しになっていることが挙げられたが⁵⁴⁷、保護する法益の範囲の広狭という問題を規範で指摘する本判決は、①の根拠を重く見ていると評価し得る。

(イ) ラスター捜査判決 — BVerfGE 115, 320

本件は、ノルトライン・ヴェストファーレン州に住むモロッコ国籍の学生によって提起された、同州警察法 31 条（1990 年 2 月 24 日公布）に基づき実施されたラスター捜査による情報自己決定権（基本法 1 条 1 項、2 条 1 項）等の基本権侵害に関する憲法異議の訴えに関する判決である⁵⁴⁸。

第二章で簡単に触れたが、ラスター捜査とは、公私諸機関で電子的に蓄積された個人データを、特定の事項への該当性についてまとめて照合する捜査手法である。ラスター捜査は、予防的な場面ではない通常の犯罪捜査過程において、特定事件の被疑者を捜し出すためにも用いられるが、予防的警察活動としてのラスター捜査では「実際はなんら犯罪行為と無関係な市民が、多く捜査対象と

2318), 2015 年 1 月施行。これをもって、同法は時限立法でなくなった)。渡辺、前掲注 243、24 頁以下参照)。② BVerfG, Urteil 20.4.2016, 1 BvR 966/09, 1BvR 1140/09. Rn. 287.

⁵⁴⁷ BVerfGE, 100,313(396 f).

⁵⁴⁸ BVerfGE, 115, 320. (第一審 Landgerichts Düsseldorf vom 29. 10. 2001 – 3 Wx 356/01 –, 原審 Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. 2. 2002 –25 T 873/01–.)

され」るとともに「比例原則が空転し、捜査により守られる憲法上の利益（「安全」）と、同捜査により脅かされる憲法上の権利（「自由」）との調整の基準が不明確」であるという固有の問題がある、と Schewe は指摘する⁵⁴⁹。

2001年9月11日の世界同時多発テロで、実行犯が過去ドイツに潜伏していたという事実が発覚し、ドイツ政府は潜在的テロリストを発見すべく、9.11事件の被疑者らが共通して持っていた特徴を手がかりに、全国的なラスター捜査を展開した。多くのイスラム教徒学生等から訴えが提起されていたが、本件はそのうちの一件である。

予防的なラスター捜査の根拠規定がおかれるようになった契機は、1970年代の赤軍派テロへの対応であったが、その根拠規定は2008年の連邦刑事局法改正に至るまで、各州警察法によって定められていたのみであった。各州警察法の規定は、その限界に差異があり、厳格な要件を求める州では、危険の程度について時間的近接性や切迫性を求めるものもあった⁵⁵⁰。本件の対象となるノルトライン・ヴェストファーレン州警察法31条（以下、PolG NW 31条）は、ラスター捜査発動のため「現在の」危険の存在を要求しており、またラスター捜査が許されるためには例外なく裁判官の命令を必要とし、事後にはラスター捜査に関する情報公開を必要とするという厳格な規定であった。

判旨は、法令自体については合憲とした一方で、本件に限った法令の適用行為については違憲とした。法令違憲についての判断において、連邦憲法裁判所は通例通り三段階審査を用いる。情報自己決定権の保護領域について言及した後、PolG NW 31条に基づき「電子的なデータ処理を目的として個人に関する情報が収集され、蓄積される場合⁵⁵¹」に、警察の観察または監視活動は、基本権への制約としての法的性質を持つ可能性があるとして、制約の可能性を認めた。その上で、PolG NW 31条を比例原則に基づき正当化する。必要性・適切性については共に存在すると簡単に認めており、実質的な争点は狭義の比例性審査部分に置かれた。

裁判所は、ラスター捜査により保護される利益を「連邦および州の存立・安全

⁵⁴⁹ Christoph. S. Schewe, *Das Ende der präventiven Rasterfahndung zur Terrorismus?*, NVwZ 2007, S. 174 f.

⁵⁵⁰ 宮地基「安全と自由をめぐる一視角」法政論集 230号（2009）338頁。

⁵⁵¹ BVerfGE 115, 320 (342).

および人の身体・生命・自由」とし、この利益に対する「現在の危険を防ぐこと」をラスタースearchの目的として正当性を認めている。この「利益は、憲法上高い重要性を持った保護法益である。平和と秩序を維持する、制度化された権力としての国家の安全と、それによって一個人の尊厳と固有の価値に基づく尊重のもとで一保障される住民の安全は、他の高い価値と同じレベルの憲法上の価値を有する」と述べる⁵⁵²。ここで言及される「安全」の内容は、特定の個人や事象に還元するのが困難な法益として描かれる。次にラスタースearchによって侵される憲法上の利益について、裁判所は、情報自己決定権という重要な利益に対し、ラスタースearchは極めて重大な介入の権限を与えられていると判断する。介入の重大性の根拠は、照合によるデータ結合が人格に関わる覗き見を可能にする場合があること、対象データが多様・広範であること、捜査対象にされたことが周囲に知られることによる偏見等の不利益が重大であること、通知は限定的で多くは秘密捜査に留まること、匿名性は永続的でなく、後続の捜査では失われるものであるということ、不特定多数の、具体的容疑や責任がない人々を対象にしているということ等に求められた⁵⁵³。

裁判所は、以下のとおり説示する。両者の利益を単純に衡量する限り、PolG NW 31条は比例性に反するとはいえない。しかしラスタースearchは「脅かされる法益に対する危険が充分具体的なものになった段階で、はじめて介入出来るということを立法者が定めることによって、法治国家原理の要請を守っている場合に限り⁵⁵⁴」比例性を維持しており、「具体的な危険」が発生する前にはラスタースearchを行うことが出来ない。この点、PolG NW 31条は「現在の危険」を要求しており、文言上比例性を維持しているといえる、と。

本章の問題意識に関連して、法令を合憲とした部分の判断で注目すべきは、どの程度の危険が基本法上要求されているかという点についての判示である。裁判所は、憲法が「現在の危険」の存在までを要求するものではなく、継続的危険をも含む可能性のある、損害発生の十分な蓋然性及び蓋然性予測の具体的な事実的基礎を内容とする「具体的な危険」で足りるとした上で、「脅かされるある

⁵⁵² BVerfGE 115, 320 (346).

⁵⁵³ Ibid., 宮地、前掲注 550、 350 頁。

⁵⁵⁴ BVerfGE 115, 320 (357).

いは導かれる法益侵害が重大であればあるほど、そして基本権侵害の重要性が軽微であればあるほど、(危険発生の：筆者注)蓋然性は低くて良く」「嫌疑の基礎となる事実の根拠も小さくて良い」⁵⁵⁵ためであるとする *je-desto* 公式を示した。具体的には、「ラスター捜査が一般的に要する時間を考慮すると、極めて近い将来に、確実に近い蓋然性をもって損害発生が予想されることを法律上要求するならば、この要件が満たされるほとんどのケースにおいて、ラスター捜査は効果を発揮するには遅すぎる。(ラスター捜査によって守られる法益：筆者注)が高い価値を有することを考えれば、比例性の原則を守るためこの捜査手法をこれほどまでに広範囲に制限することが要求されるわけではない⁵⁵⁶」とした。

第五章で述べたとおり、本判決は立法の場面においても強い影響力を持った反面、特にラスター捜査を推し進める側から批判を受けることになる。最たる存在感を示したのは **Hass** 裁判官による反対意見である⁵⁵⁷。**Haas** は州上級裁判所の判断を支持し、多数意見の判断を批判する。その要点は四つである。①ラスター捜査による情報自己決定権への介入の程度は軽微であるということ、②多数意見は、ラスター捜査は自由を保護・促進するための措置であるという本質を見逃し、侵害的な措置として一面的に構成しているということ、③危険の問題、④多数意見の見解は問題解決に必要な範囲を超えているということである。③について、**Haas** は、犯罪発生の前段階における予防活動をリスクに対する対処として行うことについては、基本法から見ても高い意義があることを根拠に、*PolG NW 31* 条に規定される「現実的危険」はもちろん、多数意見が述べる「(伝統的なものより要件の緩和された：筆者注) 具体的危険」すら憲法は要求していないとした。

次に、「本件国家行為が重大な侵害にあたるか」という点について、本判決多数意見を部分的に支持しながら、一部 **Haas** の見解に賛同する学説の一として、**Hillgruber** の見解を紹介する⁵⁵⁸。

Hillgruber は、「ラスター捜査による情報自己決定権侵害がセンシティブな情

⁵⁵⁵ BVerfGE 115, 320(360 f).

⁵⁵⁶ BVerfGE 115, 320 (362).

⁵⁵⁷ BVerfGE 115, 320(371 f.).

⁵⁵⁸ Christian Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes – nur bedingt abwehrbereit?*, JZ 2007, S.209 ff.

報に関わるものではないため重大でない」という意見については、ラスタ－捜査は情報自己決定権という個人の基本権だけではなく「共同の基本権⁵⁵⁹」をも脅かしているという根拠に基づき、批判的な態度をとる。一方で自由と安全の均衡について、永続的国家目的としての「国民の安全と保護」が基本法上の保護義務を形成すること、基本権侵害は保護義務の限界であることの二点を、判決の多数意見が確認していることについて言及する。その上で、ラスタ－捜査のような新しい形の捜査は、伝統的法治国家の枠組みから離れたものであるが、新たな脅威に対抗するため、立法者にその正当化を要求する必要がある、ここで伝統的法治国家の枠組みから離れた自由と安全の均衡を図る手段としては、Haas 裁判官の意見が有益であるとする。すなわち、保護義務によってなされた捜査は、そもそも自由権を強化する性質であるとする意見である。

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

他方、「要求する危険蓋然性のレベルを、「具体的危険」としたことの当否」について、本判決多数意見を批判する学説の一として、Schewe の見解を紹介する⁵⁶⁰。

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

Schewe の批判の最も重要な点は、連邦憲法裁判所の「具体的危険」の基準によるならば、ラスタ－捜査は制限的な場合にのみ機能する捜査手法であるところ、テロリズムは地理的・時間的に広範囲に渡るものであるため、テロリズム撲

⁵⁵⁹ Hillgruber はこの語を、「公共の福祉」と同義に使う。

⁵⁶⁰ Schewe, Fn.549, S.170.

滅の手段として機能しないという点である。すなわち、「具体的危険」の基準のもとでは、②に実効的につながる①の実行は困難だ、という指摘である。

上述のように je-desto 公式が示されたのは、「具体的危険」の程度に関する部分であった。伝統的な意味に置ける具体的危険概念は、伝統的には国家の介入がないとき、近い将来規範的に保護される利益に対する加害行為がなされる十分な蓋然性が個別に存在する状態を指す。しかし本判決では、具体的危険が生ずる前の介入は許されないとしながら、「具体的危険」とは現在の危険までを要求するものではなく、「継続的危険」の場合も含むとした⁵⁶¹。具体的危険概念について同旨を述べた 2008 年のオンライン検索判決⁵⁶²に関して、島田は「判決の表現は極めて微妙であり、『近い将来、損害が発生する十分な蓋然性』までは求められないが、特定の事実に基づいて、法益侵害に向けた状況の展開を『時間的に見通せる』ことは必要であると述べて」いる点に注目し、「時間的近接性の要件がなおも維持されている、ということもできる」と連邦憲法裁判所の具体的危険の要件緩和の程度につき、留保を加えた⁵⁶³。要件緩和の程度はともあれ、従来の比例性を侵害される法益の重大性を用いて修正したことは間違いない⁵⁶⁴。

2. je-desto 公式と狭義の比例性審査

(1) 比例原則と je-desto 公式

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

玉蟲は、je-desto 公式を「憲法上の権利に対する制限が重大であればあるほど、その制限を正当化する公益は重要でなければならない」ことを内容とする」と理解する⁵⁶⁵。「je-desto (…であればあるほど、ますます…)」という言葉の本

⁵⁶¹ BVerfGE 115, 320(364 f).

⁵⁶² BVerfGE, 120, 274., Vgl. NJW 2008, S. 831 ff.

⁵⁶³ 島田茂「予防的警察措置の法的統制と比例原則の適用」甲南法学 50 卷 1 号 (2009) 84 頁。

⁵⁶⁴ なお、適用違憲について裁判所は、以下のように説示した (BVerfGE 115, 320 (369).)。2001 年 9 月 11 日以降のドイツ国内における状況に関する指摘は、ドイツにおいて今テロの攻撃あるいは準備がなされているという認識があることを証明するものではなく、危険認定についての事実の基礎が漠然としているため、PolG NW 31 条にいう「現在の危険」にあらず、本件ラスタースearchの発動要件充足性を認めた下級審の判断は「現在の危険」概念を不当に拡大解釈したものであり違憲である、と。

⁵⁶⁵ 玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社・2013) 334 頁以下。

義に立てば、このような理解は不可能ではなく、ドイツでも Zippelius / Würtenberger は、玉蟲と同様の je-desto 公式理解を採用するが⁵⁶⁶、本稿はこの立場に立たない。玉蟲の引用する小山⁵⁶⁷や、行政法領域において je-desto 公式をかなり早い時期に紹介した桑原⁵⁶⁸ら、複数の邦語文献が、明確に je-desto 公式を「反比例公式」と表現しているが⁵⁶⁹、この理解の基礎は上述した戦略的監視判決及びラスター判決が、「国家の守る保護法益の重要性」と「介入閾値（又は介入閾値の前提となる危険存在の蓋然性の程度）」の関係を反比例的に捉えてきたことにある。例えば、Götz は反比例のルール（Regel der umgekehrten Proportionalität）（Je-desto 公式“Je-desto-Formel“）と明確に表記して、その内容を「危惧される損害が大きくまたは重大な結果を齎すものであればあるほど、損害発生の蓋然性の要求は僅かであり」とする定式と理解している⁵⁷⁰。また Tanneberger は、je-desto 公式を「前域的措置の領域において、具体的犯罪の危険防御あるいは訴追に関する措置に基づき、具体的犯罪についての特定の事実と近接性の欠如を条件として、法的利益の侵害蓋然性の要求段階を弱めるもの」と指摘しており、先に示した二判決に見られる je-desto 公式を正確に把握した表現の一を示しているといえよう⁵⁷¹。

玉蟲は正比例と反比例の違いを「問題となる基本権や基本権介入の性質」の問題と述べるが⁵⁷²、この理解は後述する Alexy の重要性公式のように、狭義の比例性審査の理論的説明の場面において基本権と国家活動が保護する保護法益をフラットに考える形式とは適合的である。しかし、筆者は、反比例型の事例においては、後述するように基本権の性質から導かれる最低のラインが存在するのか等、衡量法則一般には当てはまらない特種の問題があるために、正比例の場合と同一のパーспекティブに則る理解のみでは足りず、正比例の場合と明確に区別をする必要があると考える。以上の理由から本稿では、比例的な狭義の比例性審査と反比例原則 je-desto 公式を明確に区別する Tannenberger の定

⁵⁶⁶ Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 32 Aufl., 2008, S.124.

⁵⁶⁷ 小山、前掲注 526、46 頁。

⁵⁶⁸ 桑原、前掲注 73、652 頁。

⁵⁶⁹ 実質的な区別を示唆するものとして、島田、前掲注 563、72 頁以下参照。

⁵⁷⁰ Götz, Fn.543, S.41.

⁵⁷¹ Steffen Tanneberger, *Die Sicherheitsverfassung*, 2014, S. 395 ff.

⁵⁷² 玉蟲、前掲注 565、335 頁。

義を採用する立場に立つこととしたい。

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

危険とリスクの関係に関する議論については第一章で既に論じたが、Gusy の見解は、損害発生蓋然性の「十分さ」という、ともすれば不明瞭になりがちな判断基準に、明確な線引き機能が要求されているということをも示唆している。Götz はこのことを、「十分な蓋然性」の向こうには「単なる可能性 (*bloß Möglichkeit*)」が存在する」と表し、危険の「十分」性は、抽象的な「安全」によって判断されるものではないとする⁵⁷³。また Götz は蓋然性と可能性の概念的区別を流動的なものだとする一方で、損害発生の確率が極めて高い場合には、最早その事象の発生に関しては蓋然性という段階で評価する必要はないとする。すなわち「十分な蓋然性」の判断が要求されるのは、発生確率が未だ極めて高いとは言えない段階において、しかし一定確率を持って損害発生が見込まれると評価される場合であることを意味する。

では「十分な蓋然性」という要件の充足は、どのように判断されるのか。

まず、十分な蓋然性判断を基礎付ける事実上の根拠は何か。Götz は、十分な蓋然性の背後にあるものは抽象的な安全性ではないとする立場に立ち、「損害発生の蓋然性に関する予測は、確認された事実の結論から導かれる」とする⁵⁷⁴。

「確認された事実の結論」とは、具体的には経験的知識や、学問・技術に基づき広く認められた学問的成果を言う。特に重要な根拠となるのは、直接知覚可能であり、論理的説明を必要としない経験的知識である。

「確認された事実の結論」から、法的に「十分」といえる蓋然性が存在するかを判断するには、具体的に蓋然性を判断する基準を導き出す必要がある。まず既に損害が発生している場合が、最早危険のレベルで語れるものはないとして

⁵⁷³ Götz, Fn.543, S.41.

⁵⁷⁴ Ibid.

排除される⁵⁷⁵。十分な蓋然性の議論は、官庁間の権限分配の問題を惹起するため、「蓋然性」の段階を越えて既に損害が発生している場合とは区別されなければならない。Gusyは十分な蓋然性の判断に関する一般的な規範を「警察的な保護利益を毀損すると客観的に予期される事象に関し、十分な発生根拠が存在」し、しかも「ただ社会的に妥当なリスクに曝されているだけではない」と言い得ること、とする⁵⁷⁶。そして、具体的にこの規範を判断する指標として、①（具体的な）環境下での事実の知覚、②知覚された事実が、将来的に継続するという予測の二つを示す⁵⁷⁷。①事実の知覚とは、しばしば法的な根拠（Anhaltspunkt）とされるものであり、複数の異なる知覚の在り方が想定される。たとえば、危険の元となるような事象に直面した官吏の狭義の知覚、起こりうる危険についての第三者の言明である。これに対して、②事実の将来的な継続予測は、これら全ての知覚から導き出されるものではなく、知覚の更なる要素として付け加えられるものである。

では、危険概念は、je-desto 公式との関係ではどのような意味を持つか。上述のとおり、je-desto 公式のベースとなる考え方は、「ある国家活動の保護する法益」を変数 x 、「介入の閾値・強度ないしその前提となる危険発生の蓋然性の程度」を変数 y と定める反比例であった。変数 x は類型化しうるとしても、その本質は変動的な性質を有する。しかし、従来変数 y は定数 p であった。危険概念は、介入の強度・閾値ないし危険発生の蓋然性の程度を、定数 p として固定する意義を有していたのである。それは危険概念が「十分な蓋然性」や「将来の時点」という曖昧な性質を要素とするものでありながら、これらの要素を定式化することで警察等の活動における恣意性を排除しようとしてきた試みの成果である。そのため、国家活動の保護する法益の重要性は、従来介入の閾値・強度ではなく、比例原則中の目的審査に関する部分に対して効果を持ち、一方で介入の閾値・強度は国家活動により侵害される法益（たとえば、基本権）の重要性によって変動するものであった。しかし、je-desto 公式は、十分な蓋然性そのものを判断する基準ではなく、要求される蓋然性の「十分」性の程度を決定する基

⁵⁷⁵ Gusy, Fn.79, S.54.

⁵⁷⁶ Ibid., S.56.

⁵⁷⁷ Ibid.

準として働く⁵⁷⁸。これは、je-desto 公式が、蓋然性判断の定数 p を、変数 y に代える効力を有するということを意味する。つまり、危険概念は、その決定的要素の一である「十分な蓋然性」要件の本質を、je-desto 公式によって変質させられているといえよう。

(2) je-desto 公式の位置付け - Alexy の重要性公式を用いた試論

では、je-desto 公式は狭義の比例性審査の一として、理解し得るものなのだろうか。この疑問に応答すべく、狭義の比例性審査の定式化について、Alexy が 2003 年にまとめた重要性公式 (Gewichtsformel)⁵⁷⁹、及びこれに対する 2013 年の Klatt/Schmidt による批判を概観し、特に je-desto 公式との関係について考察を加えたい。

(ア) Alexy の重要性公式

重要性公式は、数的或いは幾何学的思考を用い、比例原則の曖昧性・恣意性を排除しようとする目的を持った公式として、現在ドイツで違憲審査基準に関する議論の一角をなしており、後述するように重要性公式は je-desto 公式の正当性を理論的に説明するツールとしても理解しうることから、ここで取り上げる⁵⁸⁰。

Alexy はまず、比例原則の中核をなす衡量 (Abwägung) という手法には、①構造、②合理性、③正当性の三点について問題があるとする⁵⁸¹。これらの中で

⁵⁷⁸ Götz, Fn.543, S.41.

⁵⁷⁹ Robert Alexy, *Die Gewichtsformel*, in : Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Diter Reuter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, S.771 ff., Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, in : Luka Burazin/Andrej Kristan Ur., *Revus* 22 2014, pp.54. Alexy の重要性公式は多方面から注目を浴びている。ドイツでの各分野からの議論として、法哲学分野から Jan Joerden, *Logik im Recht*, 2. Aufl., 2010, S. 344 ff., 行政法分野から Ekkehard Hofmann, *Abwägung im Recht*, 2007, S.281 ff. ただし長尾一紘, 前掲注, 9 頁が指摘するように、Alexy 自身が実定法へ解釈段階への導入を論証している部分以外については「法理学上のものであって、法解釈上のものではない」。

⁵⁸⁰ Gewichtsformel を、松原光宏「ドメスティック・グローバルモデルとしての比例原則」法哲学年報 (2010) 176 頁以下は英語論文における表記に準じて「ウェイト・フォーミュラ」、毛利透「アレクシーの原理理論における形式的原理と立法裁量」山元一/只野雅人/蟻川恒正/中林暁生 (編)『憲法の普遍性と歴史性』辻村みよ子先生古稀記念論集 (日本評論社・2019) 88 頁以下は「重みづけ定式」と訳すが、本稿では「重要性公式」と異なる訳出をする。松原がまま「ウェイト」とする理由は、Gewicht≒Weight が「重み(重さ)」と「重要性」という意味の二義を持ち、日本語では両者が区分されているためであると推測されるところ、本稿は上記論文における Gewicht の意味は主として後者にあると理解する。Gewichtsformel 記号法上の G が Gewicht を示していること (記号 G は文脈上明らかに重要性を意味する)、Gewichtsformel は、重要性を最も合理的に表現することが出来る公式である、との言及を Alexy が論文中にしていることの二点を根拠とする)。

⁵⁸¹ Alexy, Fn.579, 2003, S.771.

根源的な問題は①構造である。なぜなら、③正当性は法的な議論においては②合理性の問題に帰結し、②合理性のもとでの比較衡量はその①構造によって決定されるからである。Alexyにとって、比較衡量の構造問題を決定する根本的な発想は「ルール・原理論」である。Dworkinの議論に端を発し⁵⁸²、ドイツにおいてはAlexyが先陣を切ったこの議論は、日本でも各論者が紹介をしているため⁵⁸³仔細の紹介は割愛するが、端的に言えば、まず従来性質上の区別がはっきりとはなされてこなかった憲法上の原則を「ルール Regeln」と「原理 Prinzip」の二つに区別する。「ルール」に分類される原則は形式的であり、ルール違反は即違憲と判断される一方、その強い効力とルール化の厳密性のため、適用範囲は狭い。代表例は検閲の禁止である（日本国憲法 21 条 2 項 1 文）。一方で「原理」は実体的であり、それ自体が憲法上の価値を有する。そのため、同様に憲法上の価値を有する他の「原理」との比較衡量が認められるという性質を持つ。代表例は表現の自由である（日本国憲法 21 条 1 項）。

重要性公式の扱われるフィールドである比例原則が用いられる場面において問題となるのは、「原理」同士の対立である。原理同士の対立を調整する機能を有する比例原則は、必要性・適切性（相当性）・狭義の比例性の3要素に分割される。このうち、必要性と適切性（相当性）は、事実上の蓋然性に対して、パレート最適に則った相対的最適性を追求するものである。一方で、法的な蓋然性は狭義の比例性審査において判断される。狭義の比例性は、「ある原理の不充足あるいは侵害の程度が高ければ高い程、他の原理の充足蓋然性は大きくなる」という定式（衡量法則（Abwägungsgesetz））をベースとしている⁵⁸⁴。

衡量法則は、三段階に解体できる。①原理の不充足・侵害の程度を確認する段階、②対立する原理の充足蓋然性を確認する段階、③対立する原理の充足蓋然性（②）が、もとの原理の侵害・不充足（①）を正当化するかどうかを判断する

⁵⁸² ロナルド・ドゥオーキン（著）木下毅／小林公／野坂泰司（訳）『権利論（増補版）』（木鐸社・2003）98頁以下、104頁以下。

⁵⁸³ ルール・原理論について、渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義」樋口陽一／上村貞美／戸波江二（編）『日独憲法学の創造力』（信山社・2003）1頁以下、松原、前掲注 580、早川のぞみ「ドゥオーキンの法理論における原理の役割と機能」桃山法学 15 卷（2010）329頁以下、高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリスト 1363 号（2008）65頁以下、同「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報 61 卷 12 号（2009）3598頁以下、亀本洋「法におけるルールと原理」法学論叢 122 卷 2 号（1987）18頁以下。

⁵⁸⁴ Alexy, Fn.579, 2003, S.772.

段階である。このように狭義の比例性審査を各要素に解体する試みは、Habermas や Schlink といった論者からの、狭義の比例性審査は「常に」主観的・恣意的な審査であり合理性を欠く、という批判を退けることが出来る。たとえば、①侵害強度が軽微であり、②侵害の基礎の重要性が高度である場合、③国家活動は正当化され、侵害の結果が重大なものではないという解答が明確に導き出される、ということである。Alexyはこのことを、煙草生産者判決及びタイタニック誌判決に基づき、論証している⁵⁸⁵。

この後 Alexy は、衡量法則の合理性を担保する構造の構築に取りかかる。ここでは、上述した三段階を典型的に表現する手段として、l（重要性低）・m（重要性中）・s（重要性高）という三つの記号が用いられる。この l・m・s の評価を下すにあたっては、①ある原理の不充足・侵害の程度、②対立する原理の充足蓋然性という二つの段階において確認された事実を比較することになる。

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

まず、各記号が以下のように定義される。

P_i = 不充足・侵害の程度（①）に関する評価の変数

IP_i = P_i に関する具体的な侵害の強度

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

C = 当該事例を決定する個々の事実の定数

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

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

P_i の抽象的重要性 = $GP_i A$

伝統的理解によれば、抽象的重要性が明確になるとき、 $IP_i C$ における C と、

⁵⁸⁵ Ibid., S.776. ここで実例として検討されている判決として、BVerfGE 95, 173, Beschluß des Zweiten Senats v. 22. 1. 1997（煙草生産者）、BVerfGE 86. 1, Beschluß des Ersten Senats v. 25. 3. 1992（雑誌タイタニック判決）。

GPiAにおけるAには類似性がみられる。すなわち、定数が、変数を伴う部分を具体化する機能を果たしているのである。

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

はじめに問題にしたのは「衡量法則の中で、対立する原理の充足に関する具体的重要性を語るのとは何か」ということである。Piに対立する原理Pj充足のための介入措置は、Piに関する不履行又は侵害についてどのような効果を齎すのかということに左右されるが、この両者の関係性が具体的重要性を語るためには重要である⁵⁸⁶。

次に具体的重要性をどのように表現するかが問題となる。単純に考えれば、「(具体的)重要性(Wichtigkeit)をWとして、WPiCをIPiCと類似したものとして扱い、具体的重要性を示す」という手段が考えられる⁵⁸⁷。しかし、Alexyはよりシステマティックな熟慮に則って、伝統的な衡量法則モデルの解釈として、他の手段を導く。Pjの具体的重要性は、Piに関する不履行又は侵害を通じた、Pjにおける侵害強度として形成されるとする。

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

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

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

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

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

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

最も端的に衡量法則を描き得るものとして、Alexyが公式化する差分公式

⁵⁸⁶ Ibid., S.779.

⁵⁸⁷ Ibid., S.780.

(Differenzformel) は、 $G_{i,j} = I_i - I_j$ と表現される。注意しなければならないのは、 $G_{i,j} \neq G_i / G_j$ だということである。上述のように、 G_i は P_i の重要性を表現し、これによって P_i の侵害強度を表現するものであるが、 $G_{i,j}$ は、 P_i の具体的重要性と、 P_j の具体的重要性の両方を用いて、最終的な国家による当該介入行為の重要性を示すことができる。これは、上記の C を用いた具体化が可能である。すなわち、 $G_{i,j}$ の具体化は $G_{P_i, j} C$ であり、 $G_{P_i, j} C$ の最小値は $G_{i,j}$ である。これは言い換えるならば、 P_i と P_j の相対的重要性の結論を示すこととなる。

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

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

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \dots X$$

侵害強度と隣り合うこの重要性公式は、行われた措置の原理と、対立する原理の「抽象的」重要性を具体化し、経験的要求としての安全の段階性を受容する役割を果たす⁵⁸⁸。Alexy は $G_{i,j}$ の表現として差分公式より重要性公式を採用すべきとするが、その理由の一は、重要性公式が差分公式に比べ、よりはっきりと P_i と P_j の優位が現れるという点に求められる (具体的な値を l, m, s 値として代入すると、明確である)。

上述のように衡量法則では、侵害強度と抽象的重要性の両者が役割を果たす。両者の蓋然性は、両者を区別するとき具体化する。侵害強度 (I_i, I_j) と、抽象的重要性 (G_i, G_j) の関係においては、以下三つのベースとなる状況が想定され得る。

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

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

⁵⁸⁸ Ibid., S.785.

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

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

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

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

$$W_i = I_i \cdot G_i$$

$$W_j = I_j \cdot G_j$$

Y式によれば、基本権侵害の程度が大きければ大きい程、抽象的重要性、ひいては侵害の確信性が高くなければならない。これは、経験的 (epistemisch) 評価を必要とする。経験的な衡量法則の評価は、伝統的なスケールリングに導入される。連邦憲法裁判所は共同決定判決⁵⁸⁹において、コントロールの強度を、侵害の確信性にに基づき **g** (確実)、**p** (もっともらしい)、**e** (間違っているとはいえない) の三段階として描いた。具体的な状況の中での、 P_i の非実現と、 P_j の実現に対する個別の措置の経験的なコントロールの強度を意味する S_i 、 S_j は、この三段階のコントロールの強度のもと、 SP_iC / SP_jC として表される⁵⁹⁰。侵害の確信性を重要性から切り離して個別化することで、より明確化した要素の取り入れを行うことが可能になる。

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

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

Z式は、 $G_i = G_j$ のときに単純化される。 $G_i = G_j$ とは、憲法上の抽象的重要性が同等であるということを示す。この状況で侵害強度が重大 (s) である場合、この重大な侵害は P_i に対する積極的措置の実行と、 P_j に関する措置の中止が始

⁵⁸⁹ BVerfGE 50, 290, Urteil des Ersten Senats v. 1. 3. 1979.

⁵⁹⁰ Alexy, Fn.579, 2003, S.790.

点となる。この時、Piの重大な侵害は確信性が高い(g)が、それはすなわちPjについての革新性はただ正当化が可能な程度(p)に留まることとなる⁵⁹¹。Ii, Ijは相互に関連性を、Si, SjはIi, Ijとも、両者同士でも相関関係を有する。

Alexyの結論は、「対立する二つの原理(Prinzip)の関係を最も完全に把握する手段」が、「重要性公式(筆者注: Z式)」であるというものである⁵⁹²。ここで、重要性公式の位置づけが、ここまでに示されて来た衡量法則として語られるのではなく、より広い射程を示唆する「対立する二つの原理の関係」と理解されている点にも注意が必要である⁵⁹³。

(イ) Alexyに対するKlatt/Schmidtの批判と対案

Alexyの重要性公式に対して総合的な考察を加えた見解の一として⁵⁹⁴、Klatt/Schmidtの主張について検討する⁵⁹⁵。

Klatt/Schmidtは、Alexyが二つの衡量法則を定式化したことを指摘する⁵⁹⁶。

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

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

(下線部は、表現は異なるものの、概ね同様の意味を示す⁵⁹⁷。)

① ②の結合の具体化が、重要性公式(Z式)であるという理解である。

Klatt/Schmidtがまず注目するのは、侵害の確信性から描いた個別的措置についてのコントロール強度を表現する、重要性公式に特有の記号Si,jである⁵⁹⁸。

⁵⁹¹ Ibid.

⁵⁹² なお、Piに対する累積的な介入行為(累積回数n)に関する重要性公式は、

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

と表現される。Alexy, Fn.579, 2003, S.791 f.

⁵⁹³ Ibid., S. 791.

⁵⁹⁴ Matthias Klatt/Johannes Schmidt, *Spielräume im öffentlichen Recht*, 2010, S. 11 ff., Hofmann, Fn.579, S.284 ff., Joerden, Fn.579, S.347 ff.

⁵⁹⁵ Matthias Klatt/Johannes Schmidt, *Abwägung unter Unsicherheit*, in: Matthias Klatt(Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, S.105 ff., AlexyとKlatt/Schmidtの議論の関係について、Michael Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generation*, 2014, S. 95 f.

⁵⁹⁶ Klatt/Schmidt, Fn.595, S.111.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ 毛利、前掲注580、81頁以下は、Si, Sj(「確実性」変数S)の導入が、Alexyの新たな形式的原理の定式化に影響を与え、これを奇異なものとしていると指摘する。

Klatt/Schmidt は、 $S_{i,j}$ の程度は、特定の国家行為に対する立法府と裁判所のコントロール権限の分配を示唆しているという⁵⁹⁹。これを踏まえて、コントロール強度に関するスケーリングには二つの欠点があると Klatt/Schmidt は批判する⁶⁰⁰。一点目の欠点は、Alexy が重要性公式を通じて表した上記二つの衡量法則が機能不全を起こすという点である。二点目の欠点は、コントロールの強度に関する S_i , S_j の判断という役割を連邦憲法裁判所が行うことは不適切ではないかという点である。一方、この段階制を認める利点は、普遍的な経験的概念であるため、立法あるいは裁判所といった特定のコントロール関係に限定されない点にある。

ここで Klatt/Schmidt は、Alexy の提唱する経験的な確信 (empirische Gewissheit) を揶揄するように、経験的な不安定 (empirische Unsicherheit) という概念を持ち出す。確信性を批判した Klatt/Schmidt の主眼は、Alexy が捨象する「衡量において排除することのできない不安定さ」の考慮を衡量法則にどのように取り入れるか、という点に主眼を置き、Alexy の行った数的・幾何学的な基本権的最適化の思考について、「国家的機能の行為無能力化を迫るもの」と断じる⁶⁰¹。Klatt/Schmidt は、この経験的な不安定さの元で行われる比較の特性に起因する二つの問題を示唆する⁶⁰²。(a) 不安定が比較の構造それ自体だけではなく、複数の原理と関わりを持つこと、(b) 不安定さが、司法上の実践とも比較の理論とも、関係をもつことである。(a) は衡量法則の内的な構造及びその構造の内部での不安定さの効果を、(b) は衡量法則の外部における不安定さの効果を表している⁶⁰³。

Klatt/Schmidt は、重要性の段階について、経験的な不安定さの段階だけがコントロールの関係から独立しており、その段階付けの可能性は、特定の二つの連続性にその判断の基礎を有するとする。その連続性とは、不安定から安定までの段階的連続性及び悲観から楽観までの段階的連続性である。この段階的

⁵⁹⁹ 重要性公式と立法裁量について、Martin Borowski, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, in: Matthias Klatt (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, S.154 ff.

⁶⁰⁰ Klatt/Schmidt, Fn.595, S.114.

⁶⁰¹ Ibid., S.110.

⁶⁰² Ibid., S.115.

⁶⁰³ Ibid., S.117.

連続性について、特定の段階がどのように関係する原理に影響を及ぼすのかを検討する必要がある、そのための用いられる手段が段階的衡量（Einstufungsabwägung）である⁶⁰⁴。段階的衡量の大きな枠組みは、（あ）重大な危険の有無の判断をする段階、（い）危険の程度が軽微である場合に限り、重要性を特定する段階である。段階的衡量は、重要性公式との間で発見的な関係にあり、侵害強度の比較における外在的な正当性の一部として、対立する原理の間での本質的な比較を可能とする⁶⁰⁵。

ここまで、経験的な不安定性の元での段階的衡量という手段を、経験的安定を無視した重要性理論に対する手段として提示した Klatt/Schmidt は、均衡を崩す不安定さには、経験的なもの以外に規範的なものも存在し、これをも比較の中で考慮しなければならないとする。経験的不安定性とは異なり、規範的不安定性は Alexy によっても考慮されている。Alexy にとっての規範的不安定性の一例は、重要性公式においては結論が 1 となる場合、結論が出ずに手詰まりとなってしまう場合である。Klatt/Schmidt にとっては、比較を最終的に決定する場合に問題となるのは経験的不安定性であるが、規範的不安定性も比較の決定の前域において影響を及ぼすと解する。彼らの理解によれば、規範的不安定性は、「意見表明の自由はその抽象的重要性が、生命の権利より高いあるいは同等の重要性があるのか」というような重要性公式と侵害強度のジレンマに現れる⁶⁰⁶。

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

不安定性は、段階の中での裁量余地に関する問題を惹起する⁶⁰⁷。このことが

⁶⁰⁴ Ibid., S.124.

⁶⁰⁵ Ibid., S.125.

⁶⁰⁶ Ibid., S.130.

⁶⁰⁷ Ibid., S.136.

具体的に現れて来たのが、上述したラスター捜査判決での多数意見と Haas 裁判官の反対意見の対立である。ここでは侵害の強度に対する認識に相違が生まれていたが、影響を与えたのは規範的不安定性である。すなわち両者の見解の相違は既知の事実をどのように評価するかという点に不安定性に基づく段階的な判断に拠る。最小公約数は、少なくとも軽微な基本権侵害は生じている、ということである。しかし、両者の相違の間でどちらが適切かと言う命題については、最小のコンセンサスでは判断し得ない。Klatt/Schmidt は、この規範的不安定性の理解についても、段階的衡量という手段が機能すると考える。規範的不安定性はここでは、中間的(mittel)であるとだけ評価され、不安定(unsicher)であるとは評価されない。この「中間的安定性」という段階は、侵害強度が高い段階にも、比較的低い段階にも含まれており、そのために相互の原理を同一のものとして中立化し、両者の侵害を対立的に把握することを許すのである⁶⁰⁸。この理解だけを見ると、判例の分析としては適切である一方で、不安定性のもとでは段階的衡量の機能が極めて限定的にしか機能しないようにも見える。しかし、衡量法則を机上の空論に貶めないためには、経験的不安定性・規範的不安定性の両者の要素を取り込む必要がある。

そこで限定的にしか機能しなくなってしまう段階性理論を補填するのが、コントロールの配分、すなわち立法府と裁判所の権限分配の問題である。基本権を最適化原則としてとらえることで、実際上の限界を不安定の領域から押し開けることが出来るというのが、Klatt/Schmidt の理解である⁶⁰⁹。Alexy も同様の旨を述べており、そこでは「原理の理論は、経験的自由裁量の構造の一般的な考慮に照準を合わせることを、ほぼ自動的に可能とする」と表現されている⁶¹⁰。この発想を、不安定性認識の中でも用いることで、段階的衡量の裁量余地を厳格なかたちで限定するということも考えられる。しかし、この発想には批判がある。それは、Alexy が権限と実体的比較の問題を混同していることである。Alexy の重要性公式の発想の始発点は、立法の決定を権限付ける外的原理(国家介入の根拠となっている法益)と、対立する実体的憲法原理(国家行為により侵

⁶⁰⁸ Ibid., S.137 f.

⁶⁰⁹ Ibid., S.139.

⁶¹⁰ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002, p.416.

害される可能性のある個人の憲法上の権利)が、どのように対峙するかという点にある。Alexyはこの対立関係に対して、外在的な解決の間でどちらかの原理が抽象的な優先度を持つという結論を避け、二つの衡量法則を比較のための基準とした。しかし、この措置には問題があると Klatt/Schmidt は指摘する⁶¹¹。なぜなら、原理の形式的側面に関して、二つの衡量法則が全く考慮されていないからである。すなわち、具体的な事例の検討以前に、優先度が一定程度決まって来るとするのが批判する立場の発想である。この立場の代表的なものが、所謂二重の基準論である⁶¹²。二重の基準論は、権限の問題(誰が Wer、の部分)と、実際の比較(どのように Wie の部分)を区別する。Klatt/Schmidt は、Alexy の見解より二重の基準論が優れていると評価するが⁶¹³、それは二重の基準論が特定の権限関係に囚われることなく機能するため、常に変化し、時に問題を孕む統制関係を通じてではなく、二重の基準を通じて具体的原理の比較が可能であるためである。Klatt/Schmidt は、二重の基準論との関係で相対的に重要性公式を批判するのみならず、権限分配についての問題についても、①裁量余地の法的根拠が明確ではないこと、②権限の問題自体を比較の中でどう考慮していくのかという問題があること、③司法の自己抑制の正当性に関する懸念があることを指摘した⁶¹⁴。

Klatt/Schmidt の結論は、「前提となる不安定性は、経験的変数を通じた段階的衡量の中で考慮されなければならない」というものである。経験的・規範的な安定は、「安定している」「中間的安定」「不安定」という三つの段階によって示され、衡量の中での経験的「安定性」が確認された場合の効果は、対立する二つの原理の攻防力が、それぞれの安定性の段階を相対的に強めるという形で現れる。ただし、二つの原理の比較の中からは段階的不安定さの問題は解決されないとする重要性公式に対する留保を真正面から認めた上で、その後に残るのは経験的不安定性の基礎にある、立法府と裁判所の権限分配の問題に他ならないと結論づけた⁶¹⁵。

⁶¹¹ Klatt/Schmidt, Fn.595, S.140.

⁶¹² 君塚、前掲注 338、1 頁以下参照。

⁶¹³ Klatt/Schmidt, Fn.595, S.142 f.

⁶¹⁴ Ibid., S.144 ff.

⁶¹⁵ Ibid., S.150.

(ウ) その他の日独論者による指摘

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

まず、Hoffman は I_i, G_i, S_i として、重要性公式の中では所与のものとして与えられる記号の描写について疑問を呈する⁶¹⁶。すなわち、いかなるフォーマットの中に置かれた場合に、 I_i, G_i, S_i が定数として導かれ得るのか、という疑問である。この疑問に対し、Alexy が予てより基本権思想の背景として用いて来た討議理論⁶¹⁷というフォーマットを糧にする、という一応答が可能であろう。そもそも記号化される定数についての議論を重要性公式の枠内で行わない理由はそこにあると考えられ、実際に Alexy は重要性公式と討議理論の関係を意識して「balancingは、合理的な法的討議の主張形式である」と述べている⁶¹⁸。しかし、行政法分野から国家行為と個人の利益の均衡決定及びコントロールを数的に議論する Hoffman が、討議理論のような不安定なフォーマットによって定数が導けるとする論理を首肯するかは疑問である。

また日本の論者では、松原が重要性公式に関する二つの問題点を指摘している⁶¹⁹。一つは、なぜ分子・分母を構成する原理たる $I_i, I_j \cdot G_i, G_j \cdot S_i, S_j$ がそれぞれ三段階に分けられるのかという点。いま一つは、Alexy が予てより主張して来た無差別曲線上の選択型利益衡量論と重要性公式とは、論理的に抵触する部分があるが、その関係をどう説明するかが判然としないという点である。本稿はこれらの争点に深入りする余裕を持たないが、特に後者の、自身の理論との一貫性という観点は、Alexy の主張の影響力の大きさに鑑みても重要な争点となろう。

(エ) 重要性公式から見た je-desto 公式

では、重要性公式と je-desto 公式はどのような関係性にあるのか。ここで、再度注目されるのが、Klatt/Schmidt の冒頭の指摘である。

⁶¹⁶ Hofmann, Fn.579, 2007, S.283. Vgl., Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, S. 61 ff.

⁶¹⁷ 討議理論について、渡辺康行「国家と自由 7・基本的諸自由の理論」法律時報 70 巻 12 号 (1998) 109 頁以下、同「討議理論における人権の基礎付けについて」憲法理論研究会 (編)『憲法 50 年の人権と憲法裁判』(敬文堂・1997) 153 頁、同「人権理論の変容」『岩波講座・現代の法 1』(岩波書店・1997) 65 頁以下参照。

⁶¹⁸ Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, in: *Rights, Balancing and Proportionality*, 4 Law & Ethics of Human Rights 2010, pp.32.

⁶¹⁹ 松原、前掲注 580、182 頁。

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

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

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

(a) (国家行為の守る) 法益が重大なものであればあるほど、またはその行為によって広く損害を受け、もしくは受けるのであればあるほど、脅かされたる損害あるいは生じた損害について要求される蓋然性は低く、嫌疑の基礎となる事実是不確実であってもよい

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

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

このように重要性公式は、比例原則と反比例原則たる *je-desto* 公式を、同一の理論の軌道において説明することが出来る点で有用であり、汎用性が高い。ただ *Klatt/Schmidt* の指摘するように、重要性公式そのものの機能性について

は疑問も多く、特に各変数のレベルの判断が所与のものではないという点は、こと判断の基礎となる事実が脆弱であり、規範的に位置づけることが難しい予防的な情報収集活動に関する判決においては、大きな問題として立ちはだかることとなる。また、冒頭に述べたように、正比例と反比例を区別することには、基本権保障の観点から見て重要な意義があるところ、重要性公式では両者が同列に理解されるという点も注目される。

3. 小括

ここまで、予防的警察活動に関係する判例と学説から見た比例原則について論じた。特に中心として論じてきたのは、比例原則の実質的な中心となる狭義の比例性審査の内部で *je-desto* 公式に関する議論である。現在のドイツにおいて、*je-desto* 公式は、狭義の比例性審査の枠内、ひいては従来の比例原則の枠内で、予防的な警察活動を全面禁止することなく、一定程度の規制をかけていく手法として理解することが可能である。ただし経済的自由の領域から警察法へ流入した *je-desto* 公式の成立背景を考えると⁶²⁰、*je-desto* 公式がそれ自体として受容されているとは言い難い日本の現状に鑑みても、基本権侵害の危険が高まるこの公式を狭義の比例性審査の中でどう理解するかは重要な争点を孕む。この争点が、Alexy と Klatt/Schmidt の議論からは垣間見えるという意義があるろう。

では、Alexy と Klatt/Schmidt の主張の結論をもって、実際の事例を解釈してみると、どのような相違が生じるのか。ラスター捜査判決を例とする。判決は、上述のとおり、継続的危険をも含む可能性のある、損害発生 of 十分な蓋然性及び蓋然性予測の具体的な事実的基礎を内容とする「具体的危険」で足りるとしたが、Alexy の見解に立てば、国家による基本権侵害行為（ここではラスター捜査）が、確定的な三要素（ $I_i/G_i/S_i$ ）から決定され、 $G_{i,j} < 1$ となる危険の程度が「具体的危険」であるかどうかを検証するという論理となる。一方、Klatt/Schmidt の見解によれば、これに確定的な要素ではない経験的不安定性の変数 S_n を織り込むこととなる。そのため、特に具体的な可視化の困難な「具体的危険」には、経験的不安定性という負の要素が強く考慮されることとなり、結果

⁶²⁰ 桑原、前掲注 73、652 頁以下参照。

として合憲的な国家行為の範囲が狭まる可能性がある。また、Klatt/Schmidtの見解は、経験的不安定性の基礎にある立法府と裁判所の権限分配の問題についても、重要な示唆を与える。

更に、両者の議論からの示唆として、狭義の比例性審査の枠組みは、国家行為の守る「法益」の内実について議論する場ではなく、具体的均衡をはかる場所ではないだろうかという疑問も生じる。すなわち、本来狭義の比例性審査ではなく、規制目的の中で国家活動の保護する「法益」の限定という段階で論じるべき内容まで、je-desto 公式の中で包括的に論じてしまっているのではないか、とも思われるのである。je-desto 公式が変数 x と y の両社の変動を前提とすることを踏まえれば、je-desto 公式の議論も、その本質は国家活動が守ろうとする「法益」の議論にあるといえるだろう。その意味で、第一章で論じた「安全」概念の限定は、違憲審査においても重要な意義を有する。

第八章 第二部総括

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、複数の手段を用いた統制を行うドイツでの、三つの法的事象を分析した。

一つめはテロリズムに対抗するための情報収集活動の成果物たるデータおよび情報の取り扱いに関する立法とその立法評価（第五章）、二つめは情報収集活動の第三者機関による個別的統制（第六章）、最後に個別の訴訟における裁判所の違憲審査（第七章）である。

第二部では、ドイツで用いられている様々な統制手法が、日本に有益な示唆を齎すものであることを示した。一方で、各統制手法単体で実効的な憲法上の権利の保障を実効的に行うことは、複数の統制手法があっても未だ秘密的・予防的・広域的情報収集活動に対して憲法上の疑義が示され続けているドイツの状況に鑑みても、極めて難しいといえることも明らかとなった。

そこで第三部では、第二部で検討した複数の統制手法を構造的に把握することで、統制手法の機能が相互に補完しあって憲法上の権利の保障を実効化することが可能となるのではないか、との仮説に基づき、統制システムの構造化を試みる。

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背景となる状況を分析する。ここで重要となるのは、「情報収集」統制の視点と、その視点が憲法上の要請とどのように関連するのか、という点である。

1. 情報収集統制の視点

(1) 「情報収集」と「監視」

まず注目したいのは、「情報収集」と「監視」の区別である。本稿では、国家がある目的のもとで情報を得る行為全体を表現するにあたり、主として「情報収集」という言葉を使ってきたが、ドイツにおいては同旨の活動を指す用語として「監視 (Überwachung)」を用いる場合があり、本稿も「監視」という表現を限定的に用いている場合がある。そこで遅まきながら、ここで「情報収集」と「監視」の区別を明確にしておきたい。

「監視」という言葉の字義について確認すべく、本稿で扱ってきた当局による情報の収集行為を表現する意味合いとは異なる「監視」の語について、立法過程における理解を見てみたい。行政機関の保有する情報の公開に関する法律(以下、情報公開法)の制定にあたり、1996年に情報公開法要綱案が策定された⁶²¹。要綱案では、目的の一として、「国民による行政の監視・参加の充実に資すること」が挙げられる⁶²²。ここでの「監視・参加」とは「国民が行政の諸活動を注視し、行政機関に説明を求め又はその説明を聞いて行政に関する意見を形成し、行政が適正に行われることを促すために、その意見を適宜の形で表明することなどのことを意味する。」と説明されていた。実際の情報公開法では「監視・参加」の語が用いられなかった経緯も興味深い⁶²³、ここで注目したいのは、こ

⁶²¹ 「情報公開法要綱案(最終報告)(平成8年11月)」季刊行政管理研究76巻(1996)68頁以下参照。

⁶²² 「情報公開法要綱案(中間報告)全文」

(https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/b_20.htm、最終閲覧日2020年1月5日)

⁶²³ 小林直樹「情報公開法改正の考察～情報公開条例との関連で～」社会科学雑誌

(2012)96頁注19、右崎正博/多賀谷一照/田島泰彦/三宅弘(編)『新基本コンメンタール 情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法』(日本評論社・2013)20頁[右崎正博]。

ここで「監視」という言葉が「注視」という言葉に代置されていることである。「監視」という言葉は、「(人が他を)見る」という行為を強調する表現であるといえよう。

「監視」と比較した場合、「情報収集」という用語には、①「情報」という無機物を中心とする（「監視」は、注視の主体である「人」の介在を中心とする）、②主体が限定されない（本稿で扱う「情報収集」の議論はテロリズムに対抗するためのものであることから、捜査機関・諜報機関に主体が限定されているが、「情報収集」自体はこれに限定されない。「監視」は、特定の主体の行為である）、③前後に連なる国家活動が想定されている（「監視」は、独立している）という特徴を描き出すことができる、と筆者は考える。

これらの特徴のうち、本稿との関係で最も重要な特徴といえるのは、情報収集は、③前後に連なる国家活動が想定されていることである。これまでに取り扱ったドイツの連邦憲法裁判所判例や立法に見られるように、情報収集に後続する措置（例えば、収集した情報の「蓄積」を前提とする共有データの存在や、収集した情報を結びつける「利用」）の存在が、明示的又は黙示的に意識されている。このことは、情報収集により制約される憲法上の権利を実効的に保障するためには、結果として情報管理全体に対する統制が必要とされる、ということをも物語っている。山口は、現代の「情報」とは「人々の日常生活の基本概念として、異なる定義が複雑にせめぎ合う」ものであるが、「蓄積よりもむしろ「流れ（flow）」が本質であるものとして捉えられている」と指摘し⁶²⁴、「社会において情報が〈自由〉に流れることの原理的な価値や意義」の確認を本質的な要素として「情報に関する法を一つのまとまりとして捉える」こと重要性に言及している⁶²⁵。

また小向は、情報のデジタル化やネットワーク化に対応するために法制度に要求されることとして、「情報化が適切に進むような制度の実現（環境整備・規制緩和）」及び「新たに発生する発生する問題に関して必要なルールの整備（実体法・手続法）」の二つのアプローチをあげる。このような問題意識は、デジタ

⁶²⁴ 山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・構造』（東京大学出版会・2010）2頁。

⁶²⁵ 山口、同上、19頁。

ル化・ネットワーク化の問題がある際に限るものではなく、情報に関する法制度を現代の問題に則して見直す際に通底する。小向の二つのアプローチのうち、本稿の問題意識は、後者に属する。あえてこのような問題意識との関係で、本稿が自説の位置付けを明確にしようとするのは、後述するとおり、刑事訴追や諜報に関する情報収集及び情報管理を情報に関する法制度の枠外にあると考えるべきではない、と筆者が考えているためである⁶²⁶。

以上を踏まえ、本章では、情報法制の趣旨を汲み、情報収集及びその後続行為を包括し、時間軸を通貫する段階的構造として捉えられる「情報管理」の構造に注目して、テロリズムに対抗するための情報収集を受ける者の憲法上の権利を実効的に保障することができる統制システムの構築を目指し、議論を進めていく。

（２）情報管理の端緒としての情報収集

後述のとおり情報管理の諸段階の整理は論者により異なるが、情報収集を起点とした国家活動としての情報管理を前提とする本稿は、第二部で扱ったドイツの判例や法制度を参考として、①収集（*Erhebung*）、②加工（*Verarbeitung*）、③蓄積（*Speicherung*）、④利用（*Auswertung*）、⑤提供（*Übermittlung*）という五つに段階を分ける。

ここではまず、情報管理の端緒としての情報の「収集」と後続行為の定義と関係について、第二部の議論を参照しつつ確認していきたい。

情報の「収集」は、本稿で主として扱う諜報活動や予防的警察活動、捜査活動のほか、行政調査や第三者からの情報提供などの手段により行われる。まず言及すべきは、情報管理という枠組みの中で考える場合、収集の形態や権限はひとまず据え置かれ、「収集」の事実そのものを情報管理の端緒として理解する必要があるということである。情報収集活動に対する統制は、収集の形態や権限に応じて個別に行われることとなるが、その統制の手段は、「収集」単体で行われるべきものあれば、「収集」以降の情報管理の諸段階において行われるべきものもあり、達成しようとする目的により整理されなければならない（例えば、第五章で扱った反テロデータ判決のように、蓄積されたデータを加工し、異なる

⁶²⁶ 小向太郎『情報法入門（第4版）』（NTT出版・2018）28頁以下。

権限を持つ官庁と共有しようとする場合、「収集」に対する個別の統制と、「加工」「蓄積」「利用」の諸段階での統制の両者が併存することにより、はじめて統制の目的たる個人情報の保護が達成されよう。また、第六章で扱った「収集」を行ったことを通知するか否かの法的基準は、直接的には「提供」、間接的には「収集」に対する統制であるといえる）。このことは、情報収集活動の統制にあたり情報管理の過程を前提とすることが、情報収集活動の統制に限定した統制手段の検討では看過されかねない課題を析出する機能を有することを示している。

次に、「加工」とは、他のデータと結びつけたり、必要なデータのみを抽出したりして、収集したデータを必要な「情報」に変化させることと定義付けることができよう。「収集」したばかりの取得物は、それだけで情報といえることもあれば、単なるデータに留まる場合もある（データと情報の違いについては、第三章で述べたとおりである）。この意味では、「加工」とは、取得した生のデータを情報収集主体の目的に即して意味のある情報に変える営みであるともいえる。

「蓄積」とは、文字通り「収集」「加工」した情報を蓄積し、保管しておくことをいう。「蓄積」の段階で注目すべきは、この段階での取扱いによっては、収集主体と異なる主体による情報へのアクセスが可能となる点である（例えば、第五章で取り上げた異なる権限を有する官庁による情報共有を前提とした反テロデータベース）。「蓄積」を評価するにあたっては、蓄積そのものの行為としての側面と、蓄積構造としてのデータベースの側面の両者が存在することを失念してはならない。

「利用」とは、「収集」「加工」「蓄積」された情報を、ある特定の目的のために取り出し、用いることである。本稿の立場からは、「利用」と「目的」の関係について指摘しておきたい。情報の「利用」には必然的に「目的」が存在するということは、我々の日常的な情報の活用場面においても言えることだが、国家により収集された情報が「利用」される場合には、その意味が異なる。まず、情報の「利用」が当該情報の収集主体と異なる主体により実行される場合、「利用」が独立してプライバシーの権利に対する侵害を構成する可能性がある。「収集」は「利用」を前提としているところ、収集主体と利用主体が異なることで、収集時とは異なる目的による「利用」が生じるからである（なお、同一の主体による

行為の場合も、例えば収集した情報を別件捜査に用いる場合など、異なる目的による「利用」が発生しうるが、主体が異なる場合、第二章で論じたとおり各主体の達成すべき組織目標が異なる以上、基本的に同一の目的での情報の利用は原則として想定しがたく、この問題は常に発生するといえる）。

最後に、「提供」である。この点は、我が国における治安維持のための情報収集についての先行研究ではあまり注目されてこなかった観点であるが、本稿では、情報収集の対象者への通知とこれに代わる法制度の構築の要請は、第三者への情報公開と並び、情報の「提供」という段階の一要請であると位置づける。この点については、後に詳述する。

では、「収集」以降の情報管理の過程と、「収集」との関係をどのように整理すべきか。注目したいのは、情報収集を中心として情報管理を捉え直す構造化の要請に関する山本龍彦の主張を中心とした「連続戦略」論争である⁶²⁷。

山本は、情報収集に後続する情報の保存・管理、分析・利用で生じる危険を情報取得行為の評価に取り込む「連続戦略」が、少なくとも現行法下では必要であると主張する⁶²⁸。山本の主張は、後続行為の危険を情報収集の評価とすることで、情報の取得時に違法性がなければプライバシー侵害の問題は生じないという姿勢を容認しないことにあると推察されるところ、本稿はこの主旨に賛同する（なお筆者は、情報収集の段階に収斂できない情報の共同利用などの場面については、独立して違法性を評価すべきであり、取得場面と利用場面について個別の法的規律をかけるべきであると考えて統制システムを構築するものであるが、山本は「現在の法制度の下では」連続戦略を取るべきであると繰り返し強調した上で、「仮に警察による情報の保存・集積や利用・解析、廃棄手続等を明確かつ具体的に規律する法律が存在したならば、情報取得行為は、やはり取得行為それ自体として評価されるべき」と述べていることから⁶²⁹、筆者の見解は山本の主張と対立するものではない）。

これに対して笹倉宏紀は、取得場面と利用場面を個別の法的規律の対象と捉

⁶²⁷ 以下の論争の整理は、西原、前掲注 176、68 頁以下による。

⁶²⁸ 山本、前掲注 223、93 頁以下。山本は、プライバシーを問題とする裁判所の違憲審査にあたって、構造審査の採用を提唱している。構造審査とは、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（同 54 頁）。

⁶²⁹ 同上、95 頁。

え、法益侵害の「総量規制」を念頭において取得行為への規制の緩急を論ずる「切断戦略」を主張する⁶³⁰。笹倉は、「ひとたび取得された情報の事後の取扱いに伴う法益侵害（「鈍痛」）の量は、予想される利用目的が累積すればするほど増え、それに比例して情報の取扱いの正当化が困難になる⁶³¹」から総量規制を必要とすると主張する。また稲谷龍彦は、「敵」の特定・弾圧というエージェンシースラックを念頭に、「連続戦略」が前提とする裁判所への信頼を批判し、国民による法律的規制の制度的構築による解決を志向している⁶³²。稲谷の見解に対しては、「立法府をプリンシパル（としての国民：筆者注）と同視するのは危険」であり、「その意味で多数決に抗してでも守るべき権利の擁護を任務とする裁判所の役割を過小評価することも適切ではない」とした西原の指摘が的確である⁶³³。筆者は、既に第五章において、立法評価との関係で同様の指摘をしている。

（３）テロリズムに対抗するための情報収集の特徴 - 情報管理の視点から

本稿の立場からは、山本を中心とした上述の論争が、あくまでも刑事訴追を前提とした捜査に限定された議論であることを摘示しておかなければならない。しかしながら、①情報の収集という局面がその後続行為とどのような法的関係にあるのか、②情報管理の各段階に対する法的規律の制定にどのような立場を取るか、といった問題意識は、捜査に限定されるものではなく、むしろ「安全」を志向するべくして行われる個別の人的対象に向けられた情報収集全体に共有されるべきものであると考えられる。

なぜなら、データの「蓄積」や目的外「利用」の必要性を完全に否定するのではないのであれば、情報収集そのものが捜査として行われるか、予防的警察活動として行われるか、あるいは諜報として行われるかは、情報収集の権限の画定を前提とするものの、後続する諸段階におけるデータ及び情報の取扱いにとっては、権限の画定が本質的な問題とならないからである。本稿はこの意味では、「切断戦略」を前提としている（ただし上述の通り、筆者は「総量規制」を容認するものではないし、後続行為の違法性を情報収集の違法性として捉える

⁶³⁰ 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権-「監視捜査」統御の試み」法律時報 87 卷 5 号（2015）70 頁以下。

⁶³¹ 同上、71 頁。

⁶³² 稲谷、前掲注 222、274 頁以下。

⁶³³ 西原、前掲注 176、69 頁。

可能性を否定するものでもない)。本稿の序章や第二章において言及してきたとおり、テロリズムに対抗するための情報収集活動に限定すれば捜査機関と諜報機関は接近していると捉えうるのであるが、少なくとも情報収集の権限に関する表面的な点では、この接近は強く顕現しない。なぜなら、あくまでも各国家機関には目的があり、情報収集はその目的に拘束されるからである。しかし、後続行為を前提とすると、その接近は顕著なものとなる。すなわち、情報収集の際に曲がりなりにも有していた収集の「目的」の変更を許容することで、後続行為においては、従来の収集主体の権限の限界という問題が変質していくのである。

2. 情報の「提供」と憲法上の要請

(1) テロリズムに対抗するための情報と情報公開

このように本稿では、情報管理の諸段階を、①収集 (Erhebung)、②加工 (Verarbeitung)、③蓄積 (Speicherung)、④利用 (Auswertung)、⑤提供 (Übermittlung) に区分する。これらの諸段階は、上述のとおり、個々に異なった憲法上の権利の制約を生ぜしめる可能性がある。

ただし先にも述べたとおり、このような五段階の設定は、一般的な区分とは言えない。例えば上述のとおり、山本は、この段階を「収集」「保存・管理」「分析・利用」、小向は「情報の取得 (作成)」「情報の保有 (利用)」「情報の提供 (発信)」と区別する⁶³⁴。

本稿は各段階を五段階に細分化した上で、「提供」の要素を独立した段階として捕捉する。本稿が想定する状況下において、情報の「提供」がいかなる憲法上の価値を担保するものであるのかという点について、まず日本の行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律 (以下、行政機関個人情報保護法) 及び行政機関の裁量を尊重する行政機関の保有する情報の公開に関する法律 (以下、行政機関情報公開法) における情報公開を契機として考えてみたい。

情報公開は、「民主制の正常な運営の前提」であり、憲法 21 条にその根拠を

⁶³⁴ 小向、前掲注 626、143 頁以下は、情報の取得 (作成)・情報の保有 (利用)・情報の提供 (発信) と区別するが、少なくとも本稿が対象とするテロリズムに対抗するための予防的警察活動及び諜報活動の局面での官庁の情報管理という観点では、取得と作成 (加工) の間には連続性があるが、生のデータを取得するための手続と、その後の加工では後述するとおり異なる法的問題が発生する場合がある。また、保有 (蓄積) は利用とは原則として異なる主体により行われ、その形態も全く異なるので、区別すべきである。

持つ所謂「知る権利」の重要な要素であると理解される⁶³⁵。もちろん、憲法 21 条から直接的に開示請求権を導くことができるとは考えられておらず、開示請求は立法による制度化が必要であるわけだが⁶³⁶、ここでは、国家の安全や捜査中の事件に関する事項が「不開示情報」とされていることに注目する。行政機関個人情報保護法 14 条 5 号は、「開示することにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」を不開示情報とする（なお、「行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある」かどうかという基準の意義は、行政機関情報公開法 5 条 4 号の趣旨と同様に⁶³⁷、行政機関の裁量を認めるものと解されている⁶³⁸）。テロリズムに対抗するための情報収集により取得されたデータ及び情報は、基本的に同条号に含まれる不開示情報にあたり解されよう。村上裕章は、この規定について、「制定過程では比較的狭い裁量が想定され、国会審議において被告に立証責任がある旨明言されていたにもかかわらず、広範な裁量を認めたり、原告に立証責任を課す裁判例があ」として、法解釈に疑問を呈す⁶³⁹。

ここには二つの意味があると筆者は考える。一つは、これまでもテロリズムに対抗するための情報収集が「秘密的」とであるという性質を有すると述べてきたとおり、国家の安全や捜査中の事件に関して行政の保有する情報は、一般的な開示により、本質的に収集の目的を損なうおそれがあるということである。もう一つは、逆説的だが、国家の安全や捜査中の事件に関する情報についても、行政機関個人情報保護法制及び行政機関情報公開法制の適用対象であるという

⁶³⁵ 宇賀克也／長谷部恭男（編）『情報法』（有斐閣・2012）8 頁。ただし、行政機関情報公開法において「知る権利」の明記はなく、「国民主権の理念にのっとり（同 1 条）」とされている。「知る権利」の憲法上の明記に関する議論として、「第 193 回国会衆議院憲法審査会議録第 7 回」（2017）14 頁以下〔宍戸常寿発言〕参照。

（http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/025019320170601007.htm、最終閲覧日 2020 年 1 月 5 日）。

⁶³⁶ 宇賀／長谷部（編）、同上。

⁶³⁷ 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説 [第 6 版]』（有斐閣・2018）497 頁以下。

⁶³⁸ 国家公安委員会・警察庁「国家公安委員会・警察庁における情報公開審査基準」

（2017）13 頁は、より詳らかに、「行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある」という基準について「司法審査の場においては、裁判所は、第 4 号に規定する情報に該当するかどうかについての行政機関の長の第一次的な判断を尊重し、その判断が合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるか（「相当の理由」があるか）否かについて審理・判断するのが適当であり、このような規定振りとしているものである」と述べる。

⁶³⁹ 村上裕章『行政情報の法理論』（有斐閣・2018）58 頁

ことである。行政機関個人情報保護法 2 条 5 項本文は、同 12 条 1 項以下で開示請求の対象とされる「保有個人情報」について「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した個人情報であって、当該行政機関の職員が組織的に利用するものとして、当該行政機関が保有しているもの」と定義する。不開示情報の規定を見ても明白であるように、情報収集の目的が国家の安全や捜査中の事件に関する調査であっても、情報収集の主体が捜査機関であっても、同法制の適用除外となっているわけではないのである。これは、ただ法制度上の状況を示しているものではないと筆者は考える。本稿が主として取り扱ってきたテロリズムに対抗するための情報の取り扱いについても、本来的には個人情報保護法制や情報公開法制を含む情報法制の趣旨、すなわち情報法制の基礎を成すプライバシー権や知る権利の保障といった憲法上の要請が妥当すると解すべきではないか、と思われるのである。

（２）情報の「提供」としての令状呈示

以上のとおり、情報収集及び後続する情報管理の諸段階は、（その収集目的が捜査及び治安維持に関係する場合であっても）情報法制の趣旨を汲むものでなければならないというのが本稿の立場である。そうだとすれば、本稿が想定する情報収集により集められたデータ及び情報についての「提供」も、自己情報コントロール権を含むプライバシーの自由や知る権利といった憲法上の要請を充足するものでなければならない。

情報法制一般にいう情報の「提供」は、①当該情報に関連する当事者に対し、プライバシー保護や手続保障の観点から制度上情報を提供するもの（例えば行政機関個人情報保護法 10 条 1 項における個人情報ファイルの保有等に関する事前通知）、②当該情報に関連する当事者が、自己情報コントロール権行使の観点から情報公開を請求し、これに応じて情報を提供するもの（例えば同 12 条 1 項における自己情報の開示請求）、③当該情報に直接は関連しない第三者が、知る権利の観点から情報公開を請求し、これに応じて情報を提供するもの（例えば行政機関情報公開法 3 条による開示請求）に分けられる。

この観点から捜査及び治安維持に関する制度を見ると、例えば現行の刑事訴訟法における令状制度は①の類型に含まれる制度といえる。そこで、ここでは、

テロリズムに対抗するための情報の管理における情報「提供」という段階が現在の日本の法制度との関係ではどのように描写しうるのかを検証するため、令状の事前呈示という現在の日本に存在する手続きとの関係から、情報の「提供」行為の意義について説明を試みたい。

令状主義は、第三章で住居の不可侵の根拠条文として挙げた憲法 35 条の要請である。しかし、令状主義の射程、特に刑事訴訟法に定められた令状の事前呈示がいかなる憲法上の要請を反映しているのか（あるいは憲法上の要請を反映するものではなく、立法政策上の問題なのか）という点には争いがある。この点について井上は、令状の事前呈示を憲法 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⁶⁴⁰。より具体的には、「呈示のもつはたらきは、搜索・差押えの実施による権利・利益の制約が令状に明示された範囲を超えないように - また、もし超えたのであれば不当に侵害された権利・利益を回復できるように - する」というものである。それゆえ、搜索・差押えの実施にあたって事前呈示の原則に反する手続がとられたのであれ、権利・利益の制約が令状によって許された範囲を超えなければ、このような権利・利益の制約それじたいには合理的な理由を見いだすことができる」と言う岩下の表現がこの立場を的確に説明している⁶⁴¹。酒巻も、これと同様の見解を示す⁶⁴²。

令状主義の本旨が、プライバシーの保護のため、プライバシーを強度に侵害する捜査態様の行為について司法審査にかからせることをその内容としていることにあるならば、令状の事前呈示についてこのような理解を採ることに違和感はない（ただし、この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搜索・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、適正手続の保障の観点から、少なくとも当事者への事

⁶⁴⁰ なお、辻本典央「搜索差押令状の呈示のない住居等への立入-最決平成 14 年 10 月 4 日刑集 56 卷 8 号 507 頁-」近畿大学法学 53 卷 1 号（2005）159 頁が指摘するとおり、令状の呈示が憲法の要請であるという議論が肯定的に論じられるようになってきたのは近年である。

⁶⁴¹ 岩下雅充「搜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係-原則に対する例外と立ち入るために「必要な処分」との接点に着目して-」京都学園法学 64 号（2010）61 頁。

⁶⁴² 酒巻匡「令状による搜索・差押え（2）」法学教室 294 号（2005）105 頁以下。

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⁶⁴³)。また、この理解は、令状の事前呈示の原則を認めたものと解されている入室後令状呈示決定⁶⁴⁴の判旨（刑事訴訟法「222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきである」）とも整合的である。

しかし、本決定は、憲法上の権利という観点から見ると、二つの疑問がある。一つめは、「手続の公正」という表現を用いつつも、憲法31条や告知・聴聞の手続を明示的に参照していないこと。いま一つは、「処分を受ける者の人権に配慮する趣旨」という文言における「人権」の内容を明確にしていないことである。本決定は令状の事前呈示を原則としたものの、結論としては本件で問題となった令状呈示前の立入りについて「警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである」と結論付けているが、そのような抽象的な根拠に基づく結論に至った理由の一つは、この二点に顕れているように、事前呈示の原則の前提となる令状呈示の憲法上の根拠を明確にしていないことにあると筆者は考えている。山本正樹は、「証拠保全の観点から、証拠隠滅破棄の抽象的なおそれを令状執行機関の裁量に委ねる結果、搜索差押えの実効性の確保が被処分者の利益・権利の保護を凌ぐこととなり、令状主義による司法的抑制は大きく後退している」と述べるが⁶⁴⁵、令状執行機関の裁量統制にあたって重要となる裁量の限界は、令状呈示の憲法上の要請により定義付けられるべきである。

では、その憲法上の要請の具体的内容とは、何であろうか。これを検討するた

⁶⁴³ 同上、106頁は、「立法政策として、令状による強制処分一般について、処分の実効性確保のため必要やむを得ない合理的な理由が認められる場合に、処分実効の際には令状の呈示そのものを行わなくとも、令状の呈示と機能的に同程度の公正担保の代替的手当があれば、そのような立法も文面上違憲とはいえないと解されるであろう」と述べる。筆者はこの見解に対して、「令状の事前呈示」と機能的に同程度の公正担保の代替的手当が必要であると主張する立場である。そのため、酒巻が直後に立法例として挙げる「「通信傍受法」の傍受令状に基づく傍受の実施」は、筆者の立場からは、これを十分に満たす代替的手当を制度化したものとはいえない。

⁶⁴⁴ 最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁。

⁶⁴⁵ 山本正樹「令状による搜索・差押えに関する一考察」近畿大学法学58巻2・3号(2010)209頁。

め、当然に令状の呈示が不要とされる場面について考えてみたい。刑事訴訟法の通説的見解によれば、①被処分者が令状呈示の利益を放棄したといえる場合、②被処分者が不在の場合には、それぞれ当然に令状の呈示が不要と解されていると辻本は述べる⁶⁴⁶。②は実務的な観点に基づく限界の例であるといえるが⁶⁴⁷、①は、令状の呈示のような情報収集の対象者に対する「通知」が保障する価値の一側面として、告知・聴聞の手続という適正手続の保障という価値のみならず、情報の「提供」により保障される自己情報コントロール権の保障という価値を見いだすことを試みる本稿の立場を裏付ける性質を描き出しているものと解釈しうる。すなわち、適正手続の保障の重要な目的は、「実体的真実に則した正確な刑事裁判の実現⁶⁴⁸」という公益にあるから、ここにいう令状呈示の利益が専ら適正手続の保障を内容とするものであれば、理論上、これを令状の被執行者の意思で容易に「放棄」することは認められないという結論が導かれる。それにも関わらず、刑事訴訟法上、被処分者に令状呈示の利益を放棄する権利があると考えられていることを（実務的な要請からだけでなく）理論的にも正当化しようとするならば、そこには適正手続の保障の要請以外に、自己情報コントロールというプライバシーの自由の一環として認められる価値が読み込まれていると考えざるを得ない。

ここで令状の事前呈示を題材として検証したかったことは、（令状主義が如何なるものかということや、令状呈示により提供される情報が何かということではなく）テロリズムに対抗するための情報収集のように捜査や諜報の局面において行われる活動についても、情報法制の淵源と重なる部分のある情報の「提供」が既に重要な役割を果たしているということである。このような観点からすると、治安維持に関する情報収集についての本人への通知を、情報の「提供」という段階のうちに捉えることへの違和感は幾分か和らぐ。

もちろん一般の情報公開と同一に考えられない点は多々あり、その点については別途詳細な分析が必要となる。ここでは、これまで特殊の手続と考えられてきた捜査・諜報上の本人通知や令状呈示と、個人情報保護や情報公開に関連

⁶⁴⁶ 辻本、前掲注 640、166 頁。

⁶⁴⁷ 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法 [捜査・証拠篇]』（立花書房・2016）127 頁は、②を「令状を呈示することができない合理的な理由がある場合」の例示とする。

⁶⁴⁸ 長谷部、前掲注 217、261 頁。

して語られる実質的な権利である自己情報コントロール権の関係の一端を明らかにしたものに留まる。

3. 小括

本章ではまず、「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を統制することで、結果として収集された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を求め、「情報収集」及びその後続行為を含む情報管理の視点から構造化を試みる立場を明示した。

その上で本稿では、テロリズムに対抗するための情報の管理について、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、通知や情報開示を含めた「提供」の段階を置く見解を採用している点が、本稿の特徴である。この見解は、治安維持目的での情報収集活動は秘密性が高いが、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。

更に、現在の日本の法制度の中で「提供」の段階がどのように描写されるかを検証すべく、日本の現状においてテロリズムに対抗するための情報収集手段の一つとして捉えられる捜査手続上、典型的な本人通知の実例である令状呈示の憲法上の価値について考察を行い、令状呈示の価値には、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示し、「提供」の意義の一側面を明らかにした。

第十章 統制システムの構造化

1. 総論 - 憲法上の統治機構の役割

(1) 情報管理と憲法上の統治機構

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していく。

そこで重要となるのは、憲法上の統治機構の役割である。ここではまず、情報管理と統治機構の関係から、前章までの研究を通じて明らかにしてきた内容をまとめて整理する。

(ア) 行政府 - 情報管理の主体と監督・統制

情報管理の諸段階の全てを通じて、情報管理の主体として立ち現れるのは、

行政府である。本稿で主として取り扱ってきた情報収集の主体としてだけではなく、その蓄積や利用、提供にあたっては、基本的に行政府が主体となる（国に対して個人情報の適切な取扱いを求める法が、行政機関個人情報保護法であることは、この現れである）。

ただし、行政府の役割はそれだけではない。行政内部では、情報の収集や利用の主体となる行政庁に対し、監督・統制を果たす機関が存在しうる（例えば、第六章で言及したドイツのデータ保護監察官や、日本の公安委員会など）。行政内部の監督・統制機関は、情報管理の主体となる行政庁にとっては抑止的存在であり、当該情報管理の過程で制約される憲法上の権利の保障の一翼を担うものともなりうる。一方で、行政内部の監督・統制一般に言えることだが、立法府・裁判所による統制に比較して柔軟且つ臨機応変な対応が可能である一方、同じ行政府による対応であることから、その監督・統制の客観性や実効性は劣る場合がある。この点を補完する組織的・手続的な工夫が必要であるとともに（例えば、第六章で論じた基本法 10 条審査会のように、形式的には立法府に組織するなど）、原則として当該監督・統制機関の判断が終局的決定とならないことが要求される⁶⁴⁹。

なお、情報管理の主体の内部に実質的に包摂される組織であるならば、それは本稿が想定する統制システムにおいては、監督・統制機関としての第一義的な資格を欠くこととなる。なぜならば第六章で論じた通り、実効的な監督・統制機関にはその性質上、独立性・中立性が要求されるからである。その意味で、第六章で論じた日本の公安委員会は、監督・統制機関としての第一義的な資格を欠くものではなく、権限や手続の整備によっては監督機関としての役割を果たしうるものと考えられる。

（イ）立法府 - 枠組みの構築と評価の反映

立法府は、情報管理の法的枠組みをつくる立場である。これには、情報管理全体を司る法制度の構築のみならず、情報収集の権限を法律上設定することや、情報提供を行わなければならない条件を法律上明確にすることなどを含む。このことを憲法との関係から見れば、立法府は、情報管理の諸段階において制約

⁶⁴⁹ 同様のメカニズムは、現行法の行政不服審査法と行政事件訴訟法との関係にも見られる。

されうる憲法上の権利を適切に想定し、当該権利の保障を実効化する法制度を実現する義務を負っているといえる。情報管理の枠組みの構築は、あくまでも憲法上の要請に反しない範囲で立法裁量を与えられている、と言い換えてもいい。

一方第五章で論じたとおり、立法府は、特定の立法により与えられた権限の運用や、この運用をめぐる発生する社会的諸事象を分析し、また裁判所による司法審査における言及を十分に考慮し、当該立法を評価する。その評価は、当該立法や周辺各法の改正・制定に結びつく。ただし当然ながら、立法府は選挙を通じた国民の信任に基づく議員から構成され、多数決での決定を前提としているため、立法の評価内容が常に制定法に反映されるとはいえない。

(ウ) 裁判所 - 事前審査及び訴訟上の審査

裁判所は、まず、事前の事前審査を行う主体として立ち現れる。これは、情報収集が国家権力の行使として、私的生活に介入を来す可能性がある場合に行われる措置であり、事前の事前審査への裁判所の関与の一形態である。その最たる例が、第九章で論じた刑事訴追のための捜査手続における令状審査であるが、令状発布のための手続や制度に遺漏がなくとも、それ以降の制度の形態によっては令状審査という手続が骨抜きになるおそれがある点には留意が必要である。これは、その他の手続において、事前に裁判所が関与する場合も同様である。

更に、通常裁判所の権限の行使として、国家の情報管理を対象として提起された訴訟における法の適用が行われる。そこでは、違法性判断及び違憲審査が行われるが、違法性判断についてはその他の行政訴訟の例に漏れず、裁量の踰越の有無が争点となると想定される。その意味で、第一章で論じた情報収集活動の目的として立ち現れる「安全」の限定は、重要な意義を有する。しかし、情報収集活動の権限を決定する個別の根拠法が存在しない場合（一般法により権限が根拠づけられると考えられる場合）、「安全」の範囲は拡大する懸念があり、その意味でも目的の画定を裁判所に委ねて良いのかという点には懸念が残る。また違憲審査については、第三章で論じた制約される憲法上の権利の画定、及び第七章で具体的に論じた審査基準の決定が重要である。

この訴訟上の審査の結論は、個別の事案における終局的な法の適用の結論と

して、行政や立法の活動に一定の影響力を及ぼす。特に、第五章において論じたとおり、大規模なテロリズムの勃発により過熱する「テロリズム」撲滅の要請が、多数派により特定の少数派が「テロリスト」のレッテルを張られることに結びついているような場合には、憲法上の権利保障のために裁判所が果たすべき役割は大きい⁶⁵⁰。

（２）統制システムにおける情報管理の諸段階と情報収集

以上、憲法上の統治機構との関係から、テロリズムに対抗するための情報管理の関係を素描してきたが、ここで情報管理の諸段階の一としての情報収集が統制システムの内部でどのような位置付けにあるのか、という点に言及しておかなければならない。なぜならば、憲法上の統治機構との関係で情報管理を捉えるとき、各統治機構は個別の解決すべき問題への対応としてアクションを起こすこととなるが（例えば、蓄積されたデータの取扱いのための立法をする立法府、蓄積データの共同利用がプライバシーの自由を侵害することを根拠として提起された訴訟に対する裁判所の判断）、この一断面のみを切り取る場合、情報管理の諸段階に対する各統治機構の役割を明示することはできるものの、情報管理の諸段階の重要性の程度を描くことができず、各段階は同等の価値を持つかの如く誤って描写されてしまいかねないからである。

本稿が第二部までに「情報収集」を中心として議論してきたことの意義は、第三部を通じて否定されるものでは決してない。むしろ、その意義は情報管理過程の中で、テロリズムに対抗するための情報収集活動を描くことで、強調されるべきものとする。その根拠は、①情報管理は一般的に、収集の段階を欠いては始まり得ないこと、②恣意性の生じやすいテロリズムに対抗する秘密的・予防的・広域的な情報収集活動を端緒とする情報管理においては、収集時に制約される憲法上の権利の性質の考慮と、この制約を正当化しうる法的担保の存在、そして適正な目的の限定が、強く要求されることに求められる。

この要求の淵源は、(a) 第三章で論じたとおり、テロリズムに対抗する秘密

⁶⁵⁰ ただし、本稿のテーマに限ったことではないが、裁判所が事実上立法を上書きするかたちでの違憲審査権の行使については、民主主義の観点から疑義がある。邦語で刊行されている当該争点に関する包括的な先行研究の例として、例えば、ジョン・ハート・イリイ（著）佐藤幸治／松井茂記（訳）『民主主義と司法審査』（成文堂・1990）、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣・1991）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社・2001）など。

的・予防的・広域的な情報収集活動が、通常の個人情報保護法制における保護法益となるプライバシーの自由に代表される私的生活領域の自由のみならず、内心の自由の間接的制約を形成するという点、(b) 第一章及び第二章にて論じたとおり、従来の危険防御の発想では対象となり得なかった国民が情報収集の対象とされ、許容され得なかった手段が許容されるといった「予防的・広域的」という当該情報収集活動の特質の二点に求められると筆者は考えている。すなわち、以下論ずる各論では便宜上諸段階を並記しているが、その重点はあくまでも「収集」にあるということである。

2. 各論 - 憲法上の権利の保障のための段階的アプローチ

以上を踏まえ、統制システムを中心となる情報管理の諸段階におけるアプローチについて、上述した憲法上の統治機構の役割の顕現に重点を置きつつ、本稿のこれまでの議論を総括するかたちで整理を試みたい。

まず、「収集」段階では、①収集の目的、②収集の（人的・物理的・時間的）範囲、③収集の態様の適切な限定が重要である。その手段としては、第一義的に立法が重要である。しかし、予防的・広域的に行われることをその本質の一とする現代のテロリズムに対抗する情報収集活動においては、①②の限定には限界がある（第二章で述べた通り、「予防」は具体的な危険発生の前段階で行われることから、①②を適切に限定することは極めて困難であり、その意味では本質的な「広域」性がある）。そのため、立法において重要となるのは③の限定である。第二章及び第三章で述べたとおり、多様な情報収集の手法のメニューを、法律において詳細に規定するドイツの実践は、参考とすべき点が多い。

立法上詳細に規定することの難しい①②の限定においては、第七章で論じたとおり、裁判所による違憲審査が最後の砦となる（ただし、本稿は予防的・広域的な性質を持つ情報収集に対しては、違憲審査は緩やかになる傾向にあることを認めざるを得ず、そのために段階的な統制システムが必要だと考えている点は、再度強調しておく）。

次に、「加工」の段階がある。実は本稿では、「加工」について個別に論じることとはしていないが、第三章で述べたとおり、収集した生の「データ」を、目的に即した意味のある「情報」にするのが、この段階である。目的外の「情報」を、

この後の蓄積段階に残しておくこととなった場合、加工の段階に独立した違法性が生ずることとなる。

その後、「蓄積」の段階がある。先に述べたとおり、「蓄積」は「利用」と密接な関係を有する。例えば、他の官庁がアクセスできる状態でのデータの蓄積は、データの目的外利用の問題を惹起する。第五章で論じたとおり、蓄積・利用の段階では、特に行政内部でのデータ・情報の取扱いの監督・統制が重要となる。

そして、「提供」の段階がある。第九章にて述べたとおり、本稿における提供には、行政の情報管理と同様に、①当該情報に関連する当事者に、制度上情報提供を行うもの、②当該情報に関連する当事者が、自己情報コントロール権行使の観点から情報公開を請求し、これに応じて情報を提供するもの、③当該情報に直接は関連しない第三者が情報公開を請求し、これに応じて情報を提供するものの三つが含まれる。ただし、高度な秘密性が要求されるテロリズムに対抗する情報収集活動を含む治安維持目的での情報収集活動においては、②③の範囲をどう設定するかは、別途議論が必要である。①については、第六章で論じたとおり、収集対象者への通知の個別判断の当否が、第三者機関により包括的に審査される制度を置くことで、情報収集対象者に対する事前の通知の欠缺によるプライバシーの自由の侵害が憲法上正当化されるという構造を採用するという方途が有力であると筆者は考える。この手段によると、第三者機関による審査により必要やむを得ない最小限の場合と判断された場合以外は、原則として本人への通知が促され、ひいてはその当否が立法府や裁判所、更には国民の審判に委ねられる構造が生ずるからである。ただし、その主体たる第三者機関は、立法府・裁判所・行政府のいずれに置くとしても、独立性・中立性を保っていないければその役割を果しえない。

3. 小括

以上、本稿の呈示する統制システムについて、情報管理の諸段階との関係から描写を試みた。小括として、統制システムの発展可能性と課題について、不十分ながら言及する。

繰り返し述べてきたとおり、統制システムの本旨は、憲法上の権利保障を実効化することにある。そのため統制システムは、従来「収集」の段階における憲

法上の権利の制約のみが問われてきた場面であっても、「収集」以降の諸段階における権利制約について考慮した上で国家活動が行われなければならないことを示すとともに、「収集」以降の各段階固有の権利制約を単独で認定することにも積極的な姿勢を示す。

統制システムの発展可能性は、特に、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。統制システムはテロリズムに対抗する情報収集活動の特性から、従来の上の統制が機能不全を起こすことを認め、情報管理の諸段階における憲法上の統治機構の権限の行使を期待するものである。その基礎となる立法においては、当然に立法裁量が存在するが、その立法裁量も憲法上の要請に拘束される。憲法上の権利保障の実効化のための仕組みづくりは、その形態如何の裁量の限界はさておき、立法府の責務である。その意味で、統制システムは立法府に一定の期待を寄せるものであることは否定されない。

ただし、その時点の多数派により形成される議会による決定は、権力分立の機能、特に裁判所による抑止的判断に適切な影響を受けるべきである。裁判所の判断は、事前的な手続きにおいて、あるいは事後的に訴訟において行われる。

日本における治安維持目的での国家の情報収集活動を拘束する事前的な手続きにおける裁判所の役割は、(戦後においては) 上述のとおり令状審査が代表的である。英米法の影響を強く受けて成立した戦後の新・刑事訴訟法施行の翌年(1949年)の著作において、団藤は、捜査手続における裁判所の役割について「被疑者の人権の保護」という観点から見ると、「捜査手続について細かい法律的な制限を置かなければならない。いな、制限を置いただけでは足りないので、その制限を保障するための機構が必要である。その機構をどこに求めるかという、公平な立場にあるべき裁判官である」と述べる⁶⁵¹。情報化社会への発展以前に語られた、明瞭なこの言説は、ただ捜査の司法審査の必要性を指摘しているのみならず、複雑化した現代国家の情報収集の統制の機構としての裁判所に対する信頼の、憲法上の価値の意義をいま一度検証するよう我々に迫ってい

⁶⁵¹ 団藤重光『刑事訴訟法』(勁草書房・1949) 27頁。

るように、筆者には思われる。

また当該立法により実現された仕組みの行政府による運用についても、適切な評価を行うべきであることも、統制システムは示している。

ただし、この点に発展可能性を求める以上は、統制システムの内在的課題にも言及しておかなければならない。すなわち、本稿では情報管理の諸段階の中で統制システムを可視化したのが、この諸段階の設定が、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であるかどうか、という課題である。前述のとおり、本稿は「提供」の段階の価値を、令状制度との関係から示したが、収集・加工・蓄積・利用・提供の他にも考慮すべき段階が存在するとも考えられる。例えば、第二章で言及した端末通信傍受やオンライン検索は、マルウェアを用いて情報収集を行うが、このような特殊な情報技術を用いる場合、そもそも「収集」の前段階として、当該情報技術の使用を選択する「技術導入」の適法性が問われうる。本稿の採用した統制システムにおいては、このような場合も「収集」の問題とすることとなるが、新規の技術的手段を、情報収集機関が立法上の根拠なく導入する可能性を考慮するとき、果たしてそのような理解は統制システムの本旨に照らして妥当といえるのだろうか（立法上の根拠を持たない侵害的な技術的手段の導入自体に違法性があると解すべきではないのか）、という疑問が生ずる。

また、理論上更なる追究が必要となる点として、立法府・行政府・裁判所の関係性を避けて通ることはできない。統制システムは、情報管理の諸段階における統治機構の顕現のみを取り上げ、権力分立の本質的な課題に迫っていない。例えば、違憲審査が立法裁量を限定する効果を有することを統制システムは肯定的に評価するが、これは民主主義を冒すこととならないのか。行政の裁量はどこまで認められるのか。これらの本質的な課題を捨象した状態では、統制システムは表面的且つ技術的な存在に留まってしまう危険性があり、この危険性は統制システムの濫用のおそれを惹起する。本稿では、この点について立ち入った議論をすることが叶わないが、今後の重要な課題として更なる追究を試みたい。

第十一章 第三部総括

第三部では、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情報収集について、テロリズムに対抗するための情報管理の諸段階において、憲法上の権利保障のために機能する統治機構の権限行使のモデル化を試みた。

ドイツにおいて「情報収集」と「監視」という用語が用いられることに着眼し、統制手法を有機的に結びつける試みにあたっては、「監視」より中立的且つ後続の情報管理過程を意識することを明確にすることができる「情報収集」という観点に注目すべきである、という視点から、情報法制における情報管理の諸段階の内部に情報収集活動を位置づけ、情報収集及びその後続行為を含めた、段階的な統制システムを構築することを提案した。

情報管理の諸段階の中で統制システムを構築することにより、統制における立法府・行政府・裁判所を中心とした憲法上の統治機構の憲法上の権利保障の機能が顕在化するのみならず、諸段階の遮断を前提とした法的結合が明確となること、諸段階の中での「収集」段階の重要性が確認されることなどの特徴があることを示した。

一方で、統制システムには、①諸段階の区分が「収集・加工・蓄積・利用・提供」という五段階でよいのか、②憲法上の統治機構相互の関係の原理的諸問題に向き合う必要があるといった課題もある。これらの課題については、憲法上の権利保障の観点から見た情報法制及び刑事法と憲法の関係や、権力分立の原理的課題の研究を通じて、今後追求していく。

終章 むすびに

本稿は、テロリズムに対抗するための情報収集活動の統制について、いくつかの点で従来の議論とは異なる視点・手法を用いた議論を行った。テロリズムに対抗するための「安全」の保障という共通の目的を持つ国家活動、その主たる担い手たる捜査機関と諜報機関の相違を意識しつつも、実務上の両者の接近や、データの共有といった現象を踏まえて憲法上の権利の保障を中心に据えた結果として「情報収集」という共通の行為態様に着眼した本稿は、特に刑事訴訟法分野に対しては、一種グロテスクな印象すら与えるかもしれない。もしそのような印象を抱く読者があるとするれば、それは筆者の本望である。なぜならば、本稿の示すテロリズムに対抗するための情報収集活動の統制システムの根底にあるのは、序章に述べたとおり、多様化する捜査や諜報による「情報収集」の手法とその統制のあり方が、捜査法の構造論に転換を要求するものではないか、という問題意識だからである。

このような問題意識は新しいものではなく、情報化社会の初期段階から指摘されてきたものである。渥美東洋は1979年の著作において、従来「世界の諸民族は、その態様こそ異なれ、一方でプライバシーを守りつつ、他方で法や習俗や習慣による人の行動の規律のための監視制度を設けて、両者のバランスをたくまず生み出しながら、長い歴史を送ってきた」が、「生活の便宜さや、サーヴィスをいきわたらせるための情報処理システムを開発したことにより、今や、プライバシーと監視のバランスは危機に瀕している」と指摘し、「この問題は背景が深く広いので、必然的に刑事訴訟を超えた考察が求められる」と述べる⁶⁵²。ここでは犯罪捜査だけに留まらず、行政的調査・公安調査活動により取得される情報、更には背番号制や民間のオンラインの銀行取引から取得される情報までが「監視」の手段として用いられることが懸念されており、この意味で渥美の視野は、本稿の射程よりもずっと広い。

そして、渥美は同書において、日本の刑事訴訟法は古典的な弾劾主義の理解から出発してはいないこと、アメリカでも「田園的・農村的社会」から「都市的社会・無名性の社会」への転換に伴い、捜査機関は組織化せざるを得ず、「歴大

⁶⁵² 渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣・1979）21頁以下。

な組織内での計画的な捜査の実行は、ただでさえ密行的な性質を持つ捜査の可視性を低めることになり、「このような現実にあっては、理念的に当事者の有利さの均衡を解く「弾劾主義」は、当事者の均衡を達成しうるものではなくなってしまう」ことをも指摘している⁶⁵³。しかもこの指摘は、密行性の高い捜査機関の入手した証拠の開示により、「被告人側の防禦・挑戦が蟻螂の斧にたとえられてしまうことにならないこと」を志向する根拠として挙げられている。これは公判における証拠開示について論じている箇所の記述だが、少なくともこの点に限って言えば、渥美は理想主義的な弾劾主義からの脱出を、被告人の実質的な権利保障と結びつけるかたちで語っていた。

渥美の指摘を端緒として刑事訴訟法学の近年の傾向について考えるにあたり、戦後刑事訴訟法学を歴史的に解釈する緑の見解は、示唆に富んでいる⁶⁵⁴。緑は、二項対立的な弾劾的捜査観のもとで、一貫して被疑者・被告人の人権保障を志向する平野龍一の捜査構造論が、冷戦崩壊以降の個別具体的な立法の活性化に対しては「力を発揮できなかった」と評価し、実際に立法を形成する推進力となったのは「個別具体的な事項について微調整を積み重ねて改善を目指す、「個別方式」のアプローチである」と分析する。実際に、第六章でも取り上げた1999年の通信傍受法制定以降、実務に強い影響力を持ったのは、利益衡量論を重視する論者たちであった⁶⁵⁵。

これは、憲法学の立場からは、本来由々しきことであると評価せざるをえない。なぜならば、平野による弾劾的捜査観の提唱は、我が国の憲法と刑事訴訟法が、アメリカ的デュー・プロセスの価値観と日本の実務家の間にゆきわたっている実体的真実主義の価値観、「この二つの価値観にはさまれて苦悩している」ことに対する応答であったからである⁶⁵⁶。

⁶⁵³ 同上、273頁以下。

⁶⁵⁴ 緑大輔「刑事訴訟法学と実務-刑事訴訟法学の「守備範囲」をめぐって」法律時報 91巻 9号（2019）50頁以下。

⁶⁵⁵ 井上正仁「刑事訴訟法学のアイデンティティを求めて-中間報告」法学協会雑誌 130巻 4号（2013）1頁以下参照。また、利益衡量論の推進に貢献した論者の一人である酒巻が、裁判官らとともに証拠開示制度の理論構築の成果とした、酒巻匡（編著）『刑事証拠開示の理論と実務』（判例タイムズ社・2009）は、捜査を通じて取得した証拠の取り扱いという意味で、本稿の立場からも非常に興味深い点が多い。

⁶⁵⁶ 平野龍一『捜査と人権』（有斐閣・1981）61頁以下。刑事訴訟法基礎理論研究会「平野龍一理論と刑事訴訟法-共同研究・刑事訴訟法の基礎理論（第2回）」近畿大学法学 64巻 3・4号（2017）1頁以下参照。

平野は、両者の根底にある価値観の相違を、「刑法の社会統制の手段としての機能」に対する評価と、「国家権力に対する考え方」に見る。すなわち、手続的担保により被疑者・被告人の権利を保障することをその本旨とするデュー・プロセスの価値観は、捜査手続が「違法であったために、犯人が処罰されずにすんだとしても、それがただちに社会秩序に対する脅威だとは考えない」。その前提には、国家権力に対する懐疑がある⁶⁵⁷。一方で「実体的真実主義は、刑法の機能を大きく評価」し、刑法上「可罰的と規定された行為が処罰を免れることは、法秩序ひいては倫理秩序に対する重大な脅威と感じられる」。実体的真実主義は国家権力に対する信頼に基礎をおいており、「拘禁して取り調べても、警察は無茶はしないであろう、もし無茶なことをしたことが明らかになったなら、これに対する処置をとればよい」との考えを前提としている⁶⁵⁸。

両者の価値観の相違と当時の日本の状況について、憲法の目指す価値観と実務の乖離を分析した平野は、「捜査手続の構造の違いが、深く価値観の差にねざしているとすれば、その対立のはげしいわが国で、アメリカの最高裁判所のような判決によって、デュー・プロセスの方向に強引にひっぱってゆくことには、問題があろう。しかし、すでに憲法は、その価値観をさし示しているのであるから、「あれかこれか」という選択となれば、デュー・プロセスの方向に賽は投げられているといわざるをえない」との結論に至る。

もちろん平野の提唱した理想主義的二項対立を前提とする弾劾的捜査観は、渥美が指摘したとおり、現代の捜査及び将来的にこれに結び付く可能性のある国家の情報収集との関係では一定の修正を余儀なくされることは間違いない。しかし刑事訴訟法が憲法の理念の下で解釈される以上、その修正は、国家権力への懐疑を前提に、国民の権利保障のため国家権力を拘束するという、立憲主義の旗印と針路を常に同じくするものでなくてはならない。それは、平野が指摘した実体的真実主義の価値観の根底にある国家権力への信頼が、立憲主義の観点からは看過できないものであるということでもある。

この議論を現代の憲法学の観点から捉えようとするとき、筆者は、佐藤幸治の二つの言葉を想起する。一つは、1988年の著書で述べられた「**「道徳的権利**

⁶⁵⁷ 平野、同上、62頁。

⁶⁵⁸ 同上。

としての人権を基礎におくことなしに、法的・実定的権利も生じえぬのではないか」という言葉⁶⁵⁹、もう一つは2015年の著書で述べられた「国家・国民が、個別的現象に対する情動的反応から徒に「力」や「支配」を求めて狂奔することなく、広い長期的な視点に立って地道に課題に取り組んで行く必要がある。その際求められるのは、多様な人間の共生を可能とする基礎的条件である「寛容」と「知恵の交換」である。われわれは、立憲主義を侮蔑し、「力」への信仰に走った国々によってあの第二次世界大戦という未曾有の悲劇が引き起こされたことを決して忘れてはならない」という言葉⁶⁶⁰である。

佐藤の二つの言葉は、情報技術の加速度的発展に伴い、犯罪の形態も「安全」の意味もこれに対応する捜査や諜報のあり方も変化する時代における、当該分野での憲法学的分析の意義、特に憲法上の権利の保障を中心とした分析の意義を裏付けるものと筆者は考える。もちろんこれは、近年、利益衡量論を前提として刑事訴訟法学と実務の距離が近付いたことを批判するものではなく、憲法上の権利の中核的で普遍的な価値の保障にとって必要と考えるならば、立法府に対して考え方の枠組みの変換を迫る試みが、(理念的な領域においてだけでなく)個別で危急の対応を求められる問題設定の中においても、積極的に行われなければならないということの意味している。筆者は、これこそが、憲法学の重要な意義の一つであると考えているのである。

そして、技術的に有為転変する情報収集のような分野、そして「テロリストは自分ではない」ことを前提とした国家への過度な「安全」の要求が生じる、時代の「情動的反応」の熱量に動かされてしまうテロ対策のような問題領域においてこそ、時代に左右されることなく守られるべき憲法上の権利の価値を軸とした統治機構の構造的把握がその意義を発揮する、と筆者は考えている。

⁶⁵⁹ 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣・1988) 496頁。

⁶⁶⁰ 佐藤幸治『立憲主義について』(左右社・2015) 11頁。

【参考文献一覧】

- Alexander Hirsch, *Die Kontrolle der Nachrichtendienste*, 1996
- Alexander Roßnagel, *Modernisierung des Datenschutzes für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung*, mmr 2005
- Alfred G. Debus/Axel Piesker, *Ex-post-Gesetzesevaluationen zur Ermittlung datenschutzrechtlicher Folgen*, in : Christoph Gusy(Hrsg.), *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, 2015
- Benjamin Derin / Sebastian J. Golla, *Der Staat als Manipulant und Saboteur der IT-Sicherheit?*, NJW 2019
- Bernard Schlink, *Proportionality in constitutional law*, Duke Journal of Comparative & International law 2012
- Bernd Grzeszick, *Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts und Kompetenzen des Parlamentarischen Kontrollgremiums*, DÖV 2018
- Bertold Huber, *Anmerkung*, NVwZ, 2016
- Bertold Huber, *Informationsbedürfnis und Geheimhaltungserfordernisse*, in : Marion Albers/Ruth Weinzierl (Hrsg.), *Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik*, 2010
- Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*, 7. Aufl., 2012
- Bruno Schmid-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke(Hrsg.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 14. Aufl., 2017
- Carl Böhret/Götz Konzendorf, *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung*, 2001
- Valentin Rauer/ Julian Junk/Christopher Daase, *Konjunkturen des Kulturbegriffs*, in : Hans-Jürgen Lange/Michaela Wendekamm/Christian Endreß(Hrsg.), *Dimensionen der Sicherheitskultur*, 2014
- Christian Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes - nur bedingt abwehrbereit?*, JZ 2007
- Christian Link, *Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz*, 1. Bericht, VVDStRL 48, 1990

Christian Rath, *Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt - Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundeiverfassungsgerichts*, KJ 2009

Christoph Gusy, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, VVDStRL 63, 2004

Christoph Gusy, *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe*, DÖV, 1996

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

Christoph Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8. Aufl., 2011

Christoph Gusy, *Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur*, VerwArch 2010

Christoph Gusy, *Der transparente Staat*, DVBl 2013

Christoph Gusy, *Informationszugangsfreiheit - Öffentlichkeitsarbeit - Transparenz*, JZ 2014

Christoph Gusy, *Sicherheitskultur - Sicherheitspolitik - Sicherheitsrecht*, KritV 2010

Christoph Gusy, *Grundrechte und Verfassungsschutz*, 2011

Christoph Gusy, *Reform der Sicherheitsbehörden*, ZRP 2012

Christoph Gusy, *Von der Evaluation zur Evaluationsforschung*, in : Christoph Gusy (Hrsg.), *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, 2015

Christoph Möllers, *Staat als Argument*, 2000

Christoph S. Schewe, *Das Sicherheitsgefühl und die Polizei*, 2009

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

Claus Arndt, *Zum Abhörurteil des BVerfG*, NJW 2000

Constantin Abate, *Online-Durchsuchung, Quellen-Telekommunikationsüberwachung und die Tücke im Detail*, DuD 2011

David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2004

Dennis-Kenji Kipker, *Vom Staatstrojaner zum staatseigenen Bundestrojaner*, ZRP

2016

Dennis-Kenji Kipker, *Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit*, 2016

Dieter Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in :
ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991

Dieter Grimm, *Der Datenschutz vor einer Neuorientierung*, JZ 2013

Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*,
1985

Ekkehard Hofmann, *Abwägung im Recht*, 2007

Enrico Brissa, *Aktuelle Entwicklungen der parlamentarischen Kontrolle
nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*, DÖV 2017

Erhard Denninger, *Prävention und Freiheit*, 2008

Erhard Denninger, *Der Präventions-Staat*, in : ders., *Der gebändigte Leviathan*,
1988

Erhard Denninger, *Freiheit durch Sicherheit?*, KJ 2002

Erhard Denninger, *Vielfalt, Sicherheit und Solidarität, in Menschenrechte und
Grundgesetz*, 1994

Erhard Denninger, *Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum
Terrorismusbekämpfungsgesetz*, 2002

Felix Freiling/Christoph Safferling/Christian Rückert, *Quellen-TKÜ und Online-
Durchsuchung als neue Maßnahmen für die Strafverfolgung*, JR 2018

Felix Ruppert, *Die moderne Klaviatur der Strafverfolgung im digitalen Zeitalter*,
JA 2018

Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987

Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900

Georg Ress, *Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz*, 2.
Bericht, VVDStRL 48, 1990

Greg La Barge, *Pre- and Post- Testing with More Impact*, Training and Development
Journal 43(4), 2007

Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*

Kommentar, 14. Aufl., 2016

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

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

Hans Peter Bull, *Datenschutz oder Schutz von Individualinteressen?*, in : Thomas Meyer/Udo Vorholt (Hrsg.), *In Freiheit contra Sicherheit?*, 2012

Hans Peter Bull, *Sind Nachrichtendienste unkontrollierbar?*, DÖV 2008

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

Hubert Rottleuthner/Margret Rottleuthner-Lutter, *Recht und Kausalität*, in : Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010

Jan Joerden, *Logik im Recht*, 2. Aufl., 2010

Jan Vollmeyer, *Zweckprüfung und Zwecksetzung*, DÖV 2009

Jan-Willem Prügel, *Entscheidungsanmerkung*, ZIS 2013

Joachim Kretschmer, *BKA, BND und BfV - was ist das und was dürfen die?*, Jura 2006

Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., 2005

Josef Franz Lindner/Johannes Unterreitmeier, *Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts*, DÖV 2019

Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983

Julia Stunbenrauch, *Gemeinsame Verbunddateien von polizei und Nachrichtendiensten*, 2008

Klaus Ferdinand Gärditz, *Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste*, EuGRZ 2018

Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, JZ 2013

Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, DVBl, 2016

Kurt Graulich, *Polizeiliche Gefahrenabwehr mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen*, KriPoZ 2016

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

Manuel Weitnauer, *Der Deutsche Corporate Governance Kodex*, 2018

Matthias Klatt/Johannes Schmidt, *Spielräume im öffentlichen Recht*, 2010

Matthias Klatt/Johannes Schmidt, *Abwägung unter Unsicherheit*, in : Matthias Klatt(Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013

Mahhias Klatt/Moritz Meister, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Jus 2014

Matthias Kötter, *Pfade des Sicherheitsrechts*, 2008

Matthias Kötter, *Von den Daten zur Empfehlung*, in : Chrsitoph Gusy(Hrsg.), *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, 2015

Matthias Lachenmann, *Das Ende des Rechtsstaates aufgrund der digitalen Überwachung durch die Geheimdienste?*, DÖV 2016

Mark Alexander Zöllner, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, 2001

Martin Borowski, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, in: Matthias Klatt (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013

Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2003

Markus Möstl, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strategische Fernmeldeaufklärung und die informationelle Vorfeldarbeit im allgemeinen*, DVBl 1999

Markus Thiel, *Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr*, 2011

Michael Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generation*, 2014

Michel Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress : A Comparative Constitutional Perspective*, in : Andrea Bianchi/Alexis Keller (Ed.),

Counterterrorism : Democracy' s Challenge, 2008

Mike Wienbracke, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, ZJS 2013

Monika Kuschewsky, *Data Protection & Privacy – Jurisdictional Comparisons*, 2012

Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat, American balancing and German proportionality, I • CON8, 2010

Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015

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

Peter Schaar, *Der Funktionswandel des Datenschutzes ; im Bull zum 75. Geburtstag*, 2011

Peter Schaar, *Das Ende der Privatesphäre*, 2009

Peter Welsch, “*Der tendenzielle Fall der Freiheit*”, 2013

Philipp H. Schulte, *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung*, 2008

Rainer Wernsmann, *Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm-BverfGE oder Gesetzgeber?*, NVwZ 2000

Ralf Müller-Terpitz, *Die “strategische Kontrolle “des internationalen Telekommunikationsverkehrs durch den Bundesnachrichtendienst*, Jura 2000

Renate Mayntz, *Regulative Politik in der Krise?*, Deutsche Gesellschaft für Soziologie 1979

Robert Alexy, *Die Gewichtsformel*, in : Joachim Jickeli/Peter Kreuz/Diter Reuter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003

Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, in : Luka Burazin/Andrej Kristan Ur., *Revus* 22, 2014

Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002

Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, in : *Rights, Balancing and Proportionality* , 4 Law & Ethics of Human Rights 2010

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, *Recht ist, was der Freiheit dient*, Recht und Politik 2013

Sebastian Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008

Stephan Förster, *Das Verhältnis von Standardkostenmodell und Gesetzesfolgenabschätzung*, in : Stephan Hensel/Kilian Bizer/Martin Führ/Joachim Lange (Hrsg.), *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, 2010

Stefan Hansen, *Neue deutsche Sicherheitsarchitektur*, 2009

Stefanie Harnisch/Martin Pohlmann, *Der Einsatz des IMSI-Catchers zur Terrorismusbekämpfung durch das Bundeskriminalamt*, NVwZ 2009

Steffen Tanneberger, *Die Sicherheitsverfassung*, 2014

Steven Schäller, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, 2016

Thomas Reuter, *Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, 2009

Thomas Siems, *Aufgaben eines militärischen Nachrichtendienstes*, DÖV 2012

Thorsten Kingreen, *Parlamentarische Kontrolle, insbesondere durch Untersuchungsausschüsse (Art. 44 GG)*, Jura 2018

Ulrich Jan Schröder, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Maßstab richterlicher Entscheidung*, RohR 2/16, 2016

Valentin Rauer/Julian Junk/Christopher Daase, *Konjunkturen des Kulturbegriffs*, in : H. J. Lange, M. Wendekamm, C. Endreß (Hrsg.), *Dimensionen der Sicherheitskultur*, 2014

Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 15 Aufl., 2013

Werner Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992

Winfried Brugger, *Staatszwecke im Verfassungsstaat*, NJW 1989

Wolfgang Durner, *Anmerkung*, DVBl 2016

Wolfgang Hoffman-Riem, *Freiheit und Sicherheit in Angesicht terroristischer Anschläge*, ZRP 2002

Wolfgang Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, Band III, 2005

Wolfgang Sofsky, *Das Prinzip Sicherheit*, 2005

Wolfram Cremer, *Rechtfertigung legislativer Eingriff in Grundrechte des*

- Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke*, NVwZ 2004
- Wolfgang Hoffmann-Riem, *Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation*, AöR 2009
- Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014
- 愛敬浩二「自由と安全のトレードオフ？」ジュリスト 1422号 (2011)
- 青野篤「刑事手続-保守的コート？」大林啓吾／溜箭将之 (編)『ロバーツコートの立憲主義』(成文堂・2017)
- 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社・1996)
- 阿久津正好「我が国において関係行政機関及び事業者等が講ずるテロ対策に資する措置等について」警察学論集 59巻 11号 (2006)
- 芦部信喜「通信の秘密」法学教室 219号 (1998)
- 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) [増補版]』(有斐閣・2000)
- 芦部信喜『憲法Ⅲ 人権 (2)』(有斐閣・1981)
- 渥美東洋『捜査の原理』(有斐閣・1979)
- 淡路智典「予防警察的措置の限界と個人の自由」総合政策論集 13巻 1号 (2014)
- 安西文雄「信教の自由 - アメリカにおける展開とわが国への示唆」山本龍彦／大林啓吾 (編)『違憲審査基準 - アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂・2018)
- 飯島淳子「行政機関個人情報保護法改正」法学教室 434号 (2016)
- 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)
- 井桁大介「認められなかった「違法捜査」」世界 854号 (2014)
- 石川健治「憲法の解釈 Round6-3 基本権保護義務 隠蔽と顕示-高まる内圧と消えない疑念」法学教室 337号 (2008)
- 石川裕一郎「市民的自由と警察の現在」法学セミナー61巻 11号 (2016)
- 石塚壮太郎「ドイツ憲法判例研究 (206)」自治研究 94巻 7号 (2018)
- 石村修「今日の憲法国家における国家目的」法学新報 103巻 2・3号 (1997)
- 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)

- 石村修『憲法の保障』（尚学社・1987）
- 板橋功「危機管理総論」前田雅英（編集代表）公益財団法人公共政策調査会（編）『現代危機管理論－現代の機器の諸相と対策』（立花書房・2017）
- 板橋功「講演 今後の我が国におけるテロ対策の課題」警察学論集 69 巻 1 号（2016）
- 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）
- 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）
- 伊藤正己『憲法（新版）』（弘文堂・1990）
- 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』（弘文堂・2017）
- 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）
- 井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』（有斐閣・2014）
- 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣・1997）
- 井上正仁「刑事訴訟法学のアイデンティティを求めて－中間報告」法学協会雑誌 130 巻 4 号（2013）
- 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「スティングレイ」」法学セミナー 60 巻 11 号（2015）
- 入井凡乃「事後的正義と新規義務」法学政治学論究 101 巻（2014）
- 入井凡乃「ドイツ憲法判例研究（158）」自治研究 90 巻 6 号（2014）
- 岩下雅充「捜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係－原則に対する例外と立ち入るために「必要な処分」との接点に着目して－」京都学園法学 64 号（2010）
- 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）
- 植松健一「連邦刑事庁（BKA）・ラスタール捜査・オンライン検索（1）－憲法学的観点からみたドイツにおける「テロ対策」の限界－」島大法学第 52 巻第 3・4 号（2009）
- 植松健一「連邦刑事庁（BKA）・ラスタール捜査・オンライン検索（2）」島大法学 53 巻 2 号（2009）
- 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）

- ヴォルフガング・ソフスキー（著）佐藤公紀（訳）『安全の原理』（法政大学出版局・2013）
- 宇賀克也／長谷部恭男（編）『情報法』（有斐閣・2012）
- 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第6版〕』（有斐閣・2018）
- 右崎正博「現代メディアと市民的公共圏」森英樹（編）『市民的公共圏形成の可能性』（日本評論社・2003）
- 右崎正博／多賀谷一照／田島泰彦／三宅弘（編）『新基本コンメンタール 情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法』（日本評論社・2013）
- 薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学 9 卷 3 号（2010）
- 白井雅子「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 卷 1=2 号（2011）
- 菟原明「「一般国家学（Allgemeine Staatslehre）」の存在理由？－Ch・シュタルク教授定年退職講義－」大東文化大学法学研究所報（2011）
- 海野敦史『「通信の秘密不可侵」の法理』（勁草書房・2015）
- 海野敦史『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）
- 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 卷 3・4 号（2016）
- 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）
- 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）
- 江島晶子「比例原則のグローバル化」比較法研究 75 号（2013）
- 榎原猛（編）『プライバシー権の総合的研究』（法律文化社・1991）
- エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（著）樺島博志（訳）「法治国家概念の成立と変遷」エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（著）初宿正典（編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社・1999）

- Eugen Herrigel (講演) 秋沢美枝子 (翻訳) 山田奨治 (解題) 「オイゲン・ヘリゲル著
「国家社会主義と哲学」「サムライのエトス」全訳と解題」日本研究 32 卷 (2006)
- 大石真「憲法三十五条解釈の再構成」法学論叢 136 卷 4・5・6 号 (1995)
- 大石真『権利保障の諸相』(三省堂・2014)
- 大石真『統治機構の憲法構想』(法律文化社・2016)
- 大石真「立法府の機能をめぐる課題と方策」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配
<上巻>』(成文堂・2008)
- 大沢秀介／小山剛 (編)『自由と安全 — 各国の理論と実務』(尚学社・2009)
- 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)
- 太田茂「GPS 捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル 48 号 (2016)
- 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)
- 大林啓吾「リスク社会の憲法秩序」警察学論集 69 卷 1 号 (2016)
- 大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権』(成文堂・2008)
- 岡田順太「結社の自由と治安・秩序」東北学院大学総合政策論集第 9 卷 11 号 (2010)
- 岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制-その憲法上の問題点-」大沢秀介／小山剛 (編)
『市民生活の自由と安全』(成文堂・2006)
- 岡久慶「イギリスの 2015 年対テロリズム及び安全保障法」外国の立法 265 (2015)
- 岡本篤尚『<<9.11>>の衝撃とアメリカの「対テロ戦争」法制』(法律文化社・2009)
- 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)
- 奥平康弘『治安維持法小史』(筑摩書房・1977)
- 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣・1993)
- 小栗勝也「治安維持法反対論の諸相」法学研究 68 卷 1 号 (1995)
- 小黒一正「国際テロ対策に係る関税局・税関の取組みについて」ファイナンス 41 卷 1 号
(2005)
- 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)
- 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 卷 2 号 (2018)
- オリバー＝レプシウス (著) 河村憲明 (編訳)「自由・安全・テロリズム」警察学論集 58
卷 6 号 (2005)
- オリバー・レプシウス (著) 横内恵 (訳)「比例原則の可能性と限界」自治研究 89 卷 11

号 (2013)

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)

海渡雄一「成立した拡大盗聴法と共謀罪法案の相乗効果をもたらす危険性」法と民主主義 514号 (2016)

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)

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)

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)

亀本洋「法におけるルールと原理」法学論叢 122巻2号 (1987)

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

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)

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)

川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法[捜査・証拠篇]』(立花書房・2016)

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)

川崎英明「盗聴法と令状主義」奥平康弘／小田中聰樹(監修)『盗聴法の総合的研究』(日本評論社・2001)

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

君塚正臣「刑事手続 - 憲法学的検討の序として」山本龍彦／大林啓吾(編)『違憲審査基準 - アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂・2018)

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)

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)

木村元「グアンタナモの被拘禁者をめぐる訴訟と「法の支配」」法学第73巻2号 (2009)

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)

- 倉地智広「ムスリムという「恥辱」」法と民主主義 473号（2012）
- 栗城壽夫「ドイツ国家目的論史小考」法律雑誌 25巻3・4号（1979）
- クリスチャン・ヒルグラーバー（著）大西楠・テア（訳）「憲法改正の必要性和意義、基本法10条、13条、16条を例として」鈴木秀美／マティアス・イエシュテット／小山剛／ラルフ・ポッシャー（編）『憲法の発展 I - 憲法の解釈・変遷・改正 -』（信山社・2017）
- 桑原勇進「危険概念の考察：ドイツ警察法を中心に」碓井光明／水野忠恒／小早川光郎／中里実（編）『公法学の法と政策』金子宏先生古稀記念論集（有斐閣・2000）
- 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）
- 刑事訴訟法基礎理論研究会「平野龍一理論と刑事訴訟法 - 共同研究・刑事訴訟法の基礎理論（第2回）」近畿大学法学 64巻3・4号（2017）
- ゲオルグ・イエリネク（著）芦部信喜／小林孝輔／和田英夫（訳）『一般国家学（第二版）』（学陽書房・1976）
- 小泉良幸『リベラルな共同体』（勁草書房・2002）
- 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）
- 孝忠延夫『国勢調査権の研究』（法律文化社・1990）
- 国際テロ研究会（編著）『国際テロリズムの潮流』（立花書房・2018）
- 国立国会図書館政治議会課憲法室（山岡規雄・北村貴）「諸外国における戦後の憲法改正（第三版）」調査と情報 687号（2010）
- 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）
- 後藤昭「法定主義の復活？」法律時報 89巻6号（2017）
- 後藤光男『政教分離の基礎理論 - 人権としての政教分離 -』（成文堂・2018）
- 小林孝輔『ドイツ憲法史』（学陽書房・1980）
- 小林直樹「情報公開法改正の考察～情報公開条例との関連で～」社会科学雑誌（2012）
- 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）
- 小林直三「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）

- 小林直三「個人情報保護制度の基礎としてのプライバシー権概念に関する考察」関西大学法学論集 62 卷 4-5 号 (2013)
- 小林祐紀「立法判断の客観化に向けた法的アプローチ」法学政治学論究：法律・政治・社会 101 卷 (2014)
- 小林幸男「治安維持法成立過程に関する補論（一）－特に「国体」概念に関連して－」京都学園法学 2・3 号 (2002)
- 駒村圭吾「共和主義ルネッサンスは立憲主義の死か再生か」長谷部恭男／土井真一／井上達夫／杉田敦／西原博史／阪口正二郎（編）『岩波講座憲法 1 立憲主義の哲学的地平』（岩波書店・2007）
- 駒村圭吾『権力分立の諸相』（南窓社・1999）
- 小向太郎『情報法入門（第4版）』（NTT出版・2018）
- 小山剛「「安全」と情報自己決定権」法律時報 82 卷 2 号 (2010)
- 小山剛「自由・テロ・安全-警察の情報活動と情報自己決定権を例に-」大沢秀介／小山剛（編）『市民生活の自由と安全-各国のテロ対策法制』（成文堂・2006）
- 小山剛「陰画としての国家」法学研究 80 卷 12 号 (2007)
- 小山剛「＜学界展望＞憲法」公法研究 80 号 (2018)
- 小山剛「「戦略的監視判決」と情報自己決定権」法学研究 79 卷 6 号 (2006)
- コンラート・ヘッセ（著）初宿正典／赤坂幸一（訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・2006）
- 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）
- 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)
- 齋藤司「GPS 監視と法律による規律」刑事弁護 89 号 (2017)
- 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 卷 4 号 (2014)
- 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社・2001）
- 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣・2015）
- 酒巻匡「令状による捜索・差押え（2）」法学教室 294 号 (2005)
- 酒巻匡（編著）『刑事証拠開示の理論と実務』（判例タイムズ社・2009）
- 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)

- 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1995）
- 阪本昌成『権力分立 - 立憲国の条件』（有信堂・2016）
- 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）
- 佐々木崇「予防原則の哲学的考察」京都大学文学部哲学研究室紀要 Prospectus 15（2012）
- 佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開」北大法学論集第 63 卷 2 号（2012）
- 笹倉宏紀「令状主義の意義と機能に関する若干の考察 - 最高裁平成 28 年 12 月 9 日第三小法廷判決を素材に -」刑事法ジャーナル No. 56（2018）
- 笹倉宏樹／山本龍彦／山田哲史／緑大輔／稲谷龍彦「強制・任意・プライバシー [続]」法律時報 90 卷 1 号（2018）
- 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権 - 「監視捜査」統御の試み」法律時報 87 卷 5 号（2015）
- 佐藤功『行政組織法（新版・増補）』（有斐閣・1985）
- 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011）
- 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣・1988）
- 佐藤幸治『立憲主義について』（左右社・2015）
- 佐藤安夫「官民連携のテロ対策」治安フォーラム 24 卷 8 号（2018）
- 佐藤結美「個人情報保護の刑罰的保護の可能性と限界について」刑法雑誌 56 卷 2 号（2017）
- 佐藤結美「個人情報保護の刑罰的保護の可能性と限界について（4）」北大法学論集 67 卷 1 号（2016）
- 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 卷（2018）
- 塩野宏「行政委員会制度について」日本学士院紀要 59 卷 1 号（2004）
- 穴戸常寿「「猿払基準」の再検討」法律時報 83 卷 5 号（2011）
- 渋谷秀樹『憲法（第 2 版）』（有斐閣・2013）
- 重本達哉「ドイツにおける行政執行の違法性をめぐる最近の動向」近畿大学法学 61 卷 2・3 号（2013）

- 實原隆志「「GPS 捜査」の憲法上の問題」福岡大学法学論叢 63 卷 1 号（2018）
- 實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」長崎県立大学国際情報学部研究紀要 13 号（2012）
- 實原隆志「行政・警察機関が情報を収集する場合の法的根拠」ドイツ憲法判例研究会（編）『＜講座 憲法の規範力＞第 4 卷 憲法の規範力とメディア法』（信山社・2015）
- 柴田憲司「比例原則と目的審査」法学新報 120 卷 1・2 号（2013）
- 柴田堯史「ドイツ憲法判例研究（223）」自治研究 95 卷 12 号（2019）
- 島田茂「カメラの使用による予防警察的監視活動の法的統制」甲南法学 52 卷 1/2 号（2011）
- 島田茂「ドイツ警察法における犯罪予防の目的と危険概念の関係」甲南法学 49 卷 3・4 号（2009）
- 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 卷 3 卷（2005）
- 島田茂「予防的警察措置の法的統制と比例原則の適用」甲南法学 50 卷 1 号（2009）
- 清水望『国家と宗教』（早稲田大学出版部・1991）
- 清水真「「プライバシーの期待」についての考察」井田良／高橋則夫／只木誠／中空壽雅／山口厚（編）『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂・2014）
- 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）
- 下山憲治「防災法制の展開と今後の法的課題」生田長人（編）『シリーズ・防災を考える 4 防災の法と仕組み』（東信堂・2010）
- 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 卷 6 号（2015）
- ジョン・ハート・イリィ（著）佐藤幸治／松井茂記（訳）『民主主義と司法審査』（成文堂・1990）
- 白取祐司『刑事訴訟法（第 9 版）』（日本評論社・2017）
- 白藤博行「「安全の中の自由」論と警察行政法」公法研究 69 号（2007）
- 白藤博行「リスク社会の警察行政」ジュリスト 1356 号（2008）
- 杉原周治「プレスと意見表明の自由の競合」広島法学 30 卷 1 号（2006）
- 鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎-国家理論を援用する見解について-」早稲田大学

大学院法研論集 76 号 (1996)

鈴木陽子「権力分立と執政」憲法研究 48 卷 (2016)

鈴木陽子「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 卷 2 号
(2014)

須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社・2010）

須藤陽子「ドイツ警察法における危険概念の展開」大分大学経済学論集 48 卷 3・4 号
(1996)

須藤陽子「日独警察法理論の相違」立教法学第 80 卷 (2010)

曾我部真裕「個人情報保護法とメディア」マスコミ倫理第 695 卷 (2017)

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

高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状」近畿大学法科大学院論集 2
卷 (2006)

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)

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 卷 2 号 (2014)

高橋和広「IT 基本権論に関する一考察」六甲台論集法学政治学篇 61 卷 1・2 号 (2015)

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 卷 3 号 (2014)

高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義 60 卷 7 号 (2009)

高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリスト 1363 号 (2008)

高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報 61 卷 12 号 (2009)

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 卷 2 号 (2013)

高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社・2017）

高村紳「日本国憲法 35 条における捜査手続におけるプライバシー保障」法学研究論集 49
号 (2018)

高宅茂「水際テロ対策とインテリジェンス」法律のひろば 69 卷 6 号 (2016)

滝澤幹滋「公安委員会の管理を強化」時の法令 1639 号 (2001)

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 卷 3 号

(2018)

竹中勲「プライバシーの権利」大石眞／石川健治（編）『憲法の争点』（有斐閣・2008）

店田廣文・岡井宏文「日本のイスラーム」宗教時報 No.119（2015）

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）

玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社・2013）

田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣・1996）

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 卷 2 号（1986）

団藤重光『刑事訴訟法』（勁草書房・1949）

辻本典央「刑事手続における私的秘領域の保護」近畿大学法学 54 卷 2 号（2006）

辻本典央「搜索差押令状の呈示のない住居等への立入-最決平成 14 年 10 月 4 日刑集 56 卷 8 号 507 頁-」近畿大学法学 53 卷 1 号（2005）

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）

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）

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 卷 3 号（2005）

手塚貴大「立法過程における政策形成と法（二）」広島法学 28 卷 4 号（2005）

手塚貴大「立法過程における政策形成と法（三・完）」広島法学 29 卷 1 号（2005）

手塚貴大「行財政改革・政策評価・行政法」広島法学 33 卷 2 号（2009）

手塚貴大『租税政策の形成と租税立法』（信山社・2013）

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）

ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社・2003）

ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅱ』（信山社・2006）

ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社・2008）

ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社・2018）

戸部真澄『不確実性の法的制御』（信山社・2009）

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）

トマス・ホップズ（著）水田洋（訳）『リヴァイアサン（一）』（岩波書店・1992）

- 苗村辰弥『基本法と会派』（法律文化社・1996）
- 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）
- 中谷昇「国家公安委員会制度について（上）（下）」警察学論集 50 卷 3 号（1997）、同 4 号（1997）
- 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 卷 1 号（2007）
- 西浦公「『安全』に関する憲法学的 一考察」樋口洋一／上村貞美／戸波江二（編集代表）『日独憲法学の想像力（下）』栗城壽夫先生古稀記念論集（信山社・2003）
- 西原博史（編）『監視カメラとプライバシー』（成文堂・2009）
- 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト 1356 号（2008）
- 西原博史「比例原則の 3 つのモデルと事実認識・価値判断」岡田信弘／笹田栄司／長谷部恭男（編著）『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古稀記念論集（信山社・2015）
- 西原博史「監視社会と犯罪捜査-防犯カメラと GPS、ビッグデータ、顔認証」佐藤博史（編）『シリーズ刑事司法を考える第 2 巻 捜査と弁護』（岩波書店・2017）
- 野中俊彦／中村睦男／高橋和之／高見勝利『憲法 I（新版）』（有斐閣・1997）
- 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）
- 長谷部恭男『憲法（第 7 版）』（新世社・2018）
- 畠基晃「ドイツ国会の防衛オンブズマン」立法と調査 290 号（2009）
- 初川満（編）『テロリズムの法的規制』（信山社・2009）
- 早川のぞみ「ドゥオーキンの法理論における原理の役割と機能」桃山法学 15 卷（2010）
- 林秀弥／金思穎／西澤雅道『防災の法と社会 - 熊本地震とその後 -』（信山社・2018）
- 原田大樹「行政委員会」法学教室 458 号（2018）
- 原野翹『行政の公共性と行政法』（法律文化社・1997）
- 樋口陽一『憲法 [改訂版]』（創文社・2001）
- 平地秀哉「憲法上の平等保障と立法目的の審査」早稲田法学 77 卷 2 号（2002）
- 広渡清吾「ナチス司法点描—清水誠のドイツ法研究に寄せて—」広渡清吾／浅倉むつ子／今村与一（編）『日本社会と市民法学—清水誠先生追悼論集—』（日本評論社・2013）
- 兵藤守男「ドイツ連邦共和国と大統領制」法政理論 30 卷 3 号（1998）
- 平野龍一『捜査と人権』（有斐閣・1981）

- 藤井康博「近世・近代ドイツ国法学における国家目的「自由」「安全」「生命」(1): 環境国家論への予備的覚書」静岡大学法政研究 16 卷 1-4 号 (2012)
- 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 卷 1 号 (1999)
- 福岡英明「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 卷 2 号 (2001)
- 福田健治「地裁判決は本当に「原告勝訴」なのか 公安資料流出事件判決をめぐる誤解をただす」創 44 卷 3 号 (2014)
- 福田健治「判決ホットレポート モスク監視を全面的に擁護したムスリム違法捜査国賠訴訟一審判決 [東京地裁 2014.1.15 判決]」法と民主主義 487 号 (2014)
- ベルント・リューター (著) 古賀敬太 (訳) 『カール・シュミットとナチズム』(風行社・1997)
- ボード・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク/トルステン・キングレーン/ラルフ・ポッシャー (著) 永田秀樹/倉田原志/丸山敦裕 (訳) 『現代ドイツ基本権 [第 2 版]』(法律文化社・2019)
- Bohm Monica (著) 大久保規子 (訳) 「ドイツおよびヨーロッパ環境法における予防原則の展開」阪大法学 57 卷 2 号 (2007)
- 松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣・1991)
- 松代剛枝『監視型捜査手続の分析』(日本評論社・2018)
- 松原光宏「立法裁量のセオリー・プラクシス」法学新報 116 卷 7・8 号 (2009)
- 松原光宏「ドメスティック・グローバルモデルとしての比例原則」法哲学年報 (2010)
- 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)
- 松村格『システム思考と刑事法学』(八千代出版・2010)
- 松村弓彦「ドイツ環境法における予防原則 (その 1~その 5)」法律論争第 86 卷 1 号 (2013)、同 6 号 (2014)、同第 87 卷 1 号 (2014)、同 6 号 (2015)、同第 88 卷 6 号 (2016)
- 松本和彦「基本権の私人間効力-基本権保護義務論の視点から」ジュリスト 1424 号 (2011)
- 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会・2001)

- 丸橋昌太郎「秘匿捜査の規律の構造について」刑法雑誌 56 卷 2 号（2017）
- Michel Tropel（著）南野森（訳）「ミシェル・トロペール論文撰（10）ナチス国家は存在したか？」法政研究 74 卷 4 号（2008）
- 緑大輔「監視型捜査」法学教室 446 号（2017）
- 緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断（3・完）—憲法 35 条による権利保障—」修道法学 29 卷 1 号（2006）
- 緑大輔「刑事訴訟法学と実務—刑事訴訟法学の「守備範囲」をめぐって」法律時報 91 卷 9 号（2019）
- 三並敏克「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」政策科学 13 卷 3 号（2006）
- 三宅雄彦「国家目的としての安全」法学教室 329 号（2008）
- 宮下紘『EU 一般データ保護規則』（勁草書房・2018）
- 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）
- 宮地基「安全と自由をめぐる一視角」法政論集 230 号（2009）
- 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）
- 棟居快行「通信の秘密」法学教室 212 号（1998）
- 棟久敬「留保のない基本権としての信教の自由と法律の留保に関する覚書」秋田大学教育文化学部研究紀要人文科学・社会科学部門 74 卷（2019）
- 村上裕章『行政情報の法理論』（有斐閣・2018）
- 村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学 90 号（2005）
- 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）
- 毛利透『統治構造の憲法論』（岩波書店・2014）
- 毛利透「アレクシーの原理理論における形式的原理と立法裁量」山元一／只野雅人／蟻川恒正／中林暁生（編）『憲法の普遍性と歴史性』辻村みよ子先生古稀記念論集（日本評論社・2019）
- 森英樹（編）『現代憲法における安全 — 比較憲法学的研究をふまえて』（日本評論社・2009）
- 門田孝「違憲審査における「目的審査」の検討（一）（二）」広島法学 31 卷 2 号（2007）、

同 31 卷 4 号 (2008)

矢代晴実 (編著)『震災工学』(コロナ社・2016)

安富潔『刑事訴訟法広義 (第 4 版)』(慶応義塾大学出版会・2017)

山岸喜久治「基本権としての信教の自由と法律問題：ドイツ憲法学の「三段階審査」法の発想から」宮城学院女子大学人文社会科学論叢 26 号 (2017)

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)

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)

山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・構造』(東京大学出版会・2010)

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 - 「オンライン捜索」を取り入れた連邦刑事庁法の改正 - 」外国の立法 247 号 (2011)

山崎栄一「日本における防災政策と基本権保護義務」大分大学大学院福祉社会科学部研究科紀要第 4 号 (2005)

山崎栄一「基本権保護義務とその概念の拡大」六甲台論集 43 卷 3 号 (1996)

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

山田哲史「GPS 捜査と憲法」法学セミナー 752 号 (2017)

山田洋『リスクと協働の行政法』(信山社・2013)

山本和弘「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造—憲法上の規範的根拠と解釈学上の効力—」早稲田法学会誌 68 卷 2 号 (2018)

山本節子『大量監視社会』(築地書館・2008)

山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社・2017)

山本龍彦「インターネット時代の個人情報保護」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 (成文堂・2015)

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)

山本正樹「令状による捜索・差押えに関する一考察」近畿大学法学 58 卷 2・3 号 (2010)

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 卷 6 号 (2016)

- 湯浅成大「10年後の9.11:「過防備国家」の誕生と「日常生活リアリズム」の支配」東京女子大学紀要論集第64巻(2014)
- 横大道聡「最近の判例 Boumediene v. Bush, U.S., 128 S. Ct. 2229 (2008)」アメリカ法2009年第1巻(2009)
- ヨーゼフ・イーゼンゼー(著) 小山剛/上村都/栗城壽夫(訳)「保護義務としての基本権」[解説・小山剛] ヨーゼフ・イーゼンゼー(著) 上村都/小山剛/栗城壽夫(訳)『保護義務としての基本権』第三章(新全社・2003)
- 米田雅宏「危険概念の解釈方法(1)～(4・完)」自治研究83巻8号、同10号、11号(以上2007)84巻1号103頁以下(2008)
- 米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(1)」法学第70巻1号(2006)
- リアネ・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巻第1号(2014)
- ロナルド・ドウォーキン(著) 木下毅/小林公/野坂泰司(訳)『権利論(増補版)』(木鐸社・2003)
- 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)
- 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)
- 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)
- 渡邊斉志「ドイツにおけるテロ対策立法」論究ジュリスト14(2014)
- 渡邊斉志「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)
- 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)
- 渡邊斉志「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)
- 渡邊斉志「軍隊の国外出動に関する立法動向」外国の立法219号(2004)
- 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)
- 渡辺康行『「内心の自由」の法理』(岩波書店・2019)
- 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/鈴木法日児(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）

渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義」樋口陽一／上村貞美／戸

波江二（編）『日独憲法学の創造力』（信山社・2003）

渡辺康行「国家と自由 7・基本的諸自由の理論」法律時報 70 卷 12 号（1998）

渡辺康行「討議理論における人権の基礎付けについて」憲法理論研究会（編）『憲法 50

年の人権と憲法裁判』（敬文堂・1997）

渡辺康行「人権理論の変容」『岩波講座・現代の法 1』（岩波書店・1997）