

基本権の「客観法的」側面と憲法訴訟

—— ドイツ連邦情報局法

外国間通信偵察違憲判決を契機として ——

小 西 葉 子^{*}

- I はじめに
- II 国家の情報収集活動を統制する構造とその根拠
- III 連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決
- IV 諜報機関の「客観法的統制」の内容形成に関する近年の議論
- V 基本権の客観法的側面と基本法の客観法領域における要請
- VI むすびに代えて

I はじめに

本稿は、国家の情報収集活動の法的統制に関する現在のドイツの議論状況を題材に、「客観法」に向けられたドイツ基本法の要請という視点から、「裁判所が違憲審査を通じて、立法による憲法上の権利を保護するための適切な仕組みづくりが実行されていないと判断する場合、どのような手段で法の内容形成にアプローチすることができるのか」という命題の検証を試みることを目的とする。背景にあるのは、日本ではいまだ積極的に行われているとは言い難い違憲審査が大きな力を持つドイツで、統治機構間でのパワーバランスにどのような現象が生じているのか、という問題意識である。

この問題意識は、筆者がこれまで行ってきた国家の情報収集活動の統制の方法についての研究である「統制システム」の構築と関係している。そこでまずⅡで、筆者のこれまでの研究を踏まえた国家の情報収集活動を統制する構造とその根拠

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第20巻第1号2021年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科特任講師（ジュニアフェロー）

について簡単に説明し、本稿の位置づけを示す。次に、具体的な題材として取り上げる2020年5月19日に連邦憲法裁判所が下した連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決について、Ⅲで分析する。Ⅳでは、同判決に学説（及び行政）が与えた影響という観点から、2010年代後半以降、特に盛んに議論されてきた諜報機関法制の「客観法的統制」を確認する。更にⅤで、この「客観法的統制」について立法が不足していると裁判所が判断をする場合に、違憲審査を通じていかなる言及をなしうるのか（あるいはなしえないのか）、基本権の客観法的側面と基本法の客観法領域における要請という観点から検討する。最後にⅥでは、むすびに代えて、いまだ違憲審査が積極化しているとはいえない日本において本稿の議論がどのような意味を持つのか、その意義を示すこととする。

Ⅱ 国家の情報収集活動を統制する構造とその根拠¹⁾

1. 情報管理という「統制システム」の横軸

筆者はこれまでの研究において、国家の情報収集活動を統制する複数の手段を有機的に結びつけるための考慮要素を示し、具体的な統制構造の全体像について分析してきた。この構造を、ここでは「統制システム」と呼ぶ。

統制システムの構築にあたって重要となるのは、「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。注目したのは、「情報収集」と「監視」の区別である。まずは「監視」という言葉の字義について確認すべく、「監視」の語についての日本の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²⁾。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³⁾。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

1) 本稿Ⅱは、2020年3月に一橋大学に提出した筆者の博士学位取得論文「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——」の一部を含む。

2) 「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。

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³⁴⁾、ここで注目したいのは、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（「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。

「監視」と比較した場合の「情報収集」の最大の特徴は、③前後に連なる国家活動が想定されていることである。筆者がこれまでの研究において取り扱ってき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、ということを物語っている。山口いつ子は、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⁵⁾、「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」ことの重要性に言及している⁶⁾。

3) 「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)

4) 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〕。

5) 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。

また小向太郎は、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ものである。小向の二つのアプローチのうち、筆者の問題意識は後者に属する⁷⁾。

情報管理の諸段階の整理は論者により異なるが、情報収集を始点とした国家活動としての情報管理を前提として統制システムについて考える筆者は、この段階を①収集 (Erhebung)、②加工 (Verarbeitung)、③蓄積 (Speicherung)、④利用 (Auswertung)、⑤提供 (Übermittlung) という五つに分ける。

情報の「収集」は、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⁸⁾。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

6) 同上、19頁。

7) 小向太郎『情報法入門（第4版）』（NTT出版・2018）28頁以下。

8) 小西葉子「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）190頁以下で扱った反テロデータ判決（BVerfGE 133, 277., Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013）のように、蓄積されたデータを加工し、異なる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。

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⁹⁾。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、権限を有する複数の官庁による情報共有を前提としたドイツの各種データベース）。「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。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¹⁰⁾。

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、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とができよう。

このような情報管理の五段階の設定は一般的な区分ではなく、これまでの研究

9) データと情報の違いについて、同上、173頁以下。

10) 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」が発生しうが、主体が異なる場合、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。そのためドイツでは、取得した主体と異なる主体による情報の利用においては、目的の分離原則（Trennungsgebot）が要求される（この点については、同上、190頁以下）。

を通じたドイツの各争点に関する議論の俯瞰を踏まえて、筆者が整理したものである。例えば山本龍彦はこの段階を「収集」「保存・管理」「分析・利用」と区別し¹¹⁾、前述の小向は「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¹²⁾ことから、筆者がなぜこのような五段階の設定を試みたのかという点については、敷衍を要する。特に国家の情報収集活動に関わる我が国の状況下において、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は、この後扱うドイツ連邦憲法裁判所判決の「拡張された独立の客観法的統制」の要請の拡大と対置される透明性の要請との関係を検討する前に明確にしておかなくてはならない。

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条にその根拠を持つ所謂「知る権利」の重要な要素であると理解される¹³⁾。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、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」とである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¹⁴⁾。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

11) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社・2017）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）。

12) 小向、前掲注7）、143頁以下。

13) 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〔穴戸常寿発言〕参照。

ならず、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る」として、法解釈に疑問を呈す¹⁵⁾。

ここには二つの意味があると筆者は考える。一つは、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だけのものではないと筆者は考える。本来的にはこれらの情報に対しても、個人情報保護法や情報公開法を含む情報法制の趣旨、そして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ことを前提として、このような法制度が構築されているのである。

2. 統治機構という「統制システム」の縦軸

以上の情報管理の五段階を統制するために重要となるのは、統制主体として相互に作用する憲法上の統治機構の役割である。

14) 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、行政機関の裁量を認めるものと解されている。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。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。

15) 村上裕章『行政情報の法理論』（有斐閣・2018）58頁。

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、行政政府である。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、行政政府が主体となることが多い（日本において、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・統制を果たす機関を設置しうる（例えばドイツのデータ保護監察官や日本の個人情報保護審査会など）。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（例えばドイツの基本法10条審査会¹⁶⁾のように独立の監督・統制機関を（形式的に）立法府に組織する工夫など）、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¹⁷⁾。

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、それは筆者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。

立法府は、法的枠組みをつくる。特に「統制システム」の中におけるその具体的な役割には、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。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

16) 小西葉子「テロリズムに対抗するための国家的監視活動の統制：諜報機関の統制機構としての基本法10条審査会を中心に」一橋法学18巻3号（2019）465頁以下。

17) 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。

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。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¹⁸⁾。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。

裁判所は、まず、事前の手続審査を行う主体として立ち現れる。その最たる例が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¹⁹⁾。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、通常の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。また違憲審査については、制約される憲法上の権利の画定及び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を及ぼす。

3. 「統制システム」への根本的疑問と本稿の問題意識

以上のとおり、筆者は国家の情報収集活動に対する「統制システム」を、情報管理を横軸、統治機構を縦軸とする統制構造として描く。しかしこのような構造化には、根本的疑問がある。統制システムの内部にある各々の統制手法については、個別の基本権かあるいは特定の法的要請から描写されているが、それらの統制全体を構造化するという要請は、憲法秩序のどこから導かれるのだろうか？

18) 小西、前掲注8) 参照。

19) この点は、小西、前掲注16)、518頁以下にて言及している。

という疑問である。

統制システムの個別の構成要素が一定の法的根拠に基礎づけられているとすれば、構造化は論理的帰結として自然なことと理解することもできよう。しかしここで本質的な問題は、横軸としての情報管理の諸段階が縦軸の各統治機構の働きにより統制を受けるという構造ではなく、縦軸の各統治機構間の関係にある。実は、Ⅱ 1.において横軸同士の関係は説明したが、各統治機構間の関係については「憲法上の」という一語でしか説明していない。憲法上の各統治機構の関係は相互の抑制均衡として描かれるが、それ以上の説明を要しないのだろうか。この問題が鋭利に顕出される一つの場合が、統制システムの内部で要求される憲法上の要請を立法府が満たしていないとき、裁判所はどのような手段で／どこまで法の具体的な内容形成に干渉し得るのか？という問題に直面する場合である。

この場面において一つの示唆を与えるのではないと思われるのは、2020年5月19日にドイツ連邦憲法裁判所により下された連邦情報局法外国通信偵察違憲判決²⁰⁾の判旨が、「拡張された独立の客観法的統制」という要請を比例原則から導いていることである。そこで本稿は、「客観法」に向けられたドイツ基本法の要請という視点から、冒頭の命題に対する検証を試みたい。

Ⅲ 連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決

1. 事案の概要

本事案において連邦憲法裁判所は、連邦情報局法に基づいた外国居住者間の通信の傍受について法令違憲判決を下した。異議申立人は8名おり、国境なき記者団 (Reporters sans frontières) 及び外国に居住する5名のジャーナリスト、ドイツに居住するジャーナリスト、そしてグアテマラに住みスイス・ジュネーブに拠点を持つドイツ国籍の弁護士である²¹⁾(本判決は原告の主張に基づき、プレスや弁護士が情報提供者や顧客との間で結ぶ信頼関係の保護について、特別な考慮を必要とすることを明言するが、この点は後述する)。外国間で集中的に電子的

20) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020—1 BvR 2835/17—.

21) Ibid., Rn. 34.

テレコミュニケーションサービスを使う彼らには、連邦情報局の監視活動が多方面にふりかかる²²⁾。本件は原告らに対する特定の傍受が明らかとなったことを端緒とした訴えではなく、メールや電話、インスタントメッセージなどの電子的な手段を用いて私的・職業的に活動している原告らの、基本権侵害にあたる措置の蓋然性を前提とした訴えである²³⁾。

問題とされたのは、外国間通信偵察に関わる諸国家作用を基礎づける連邦情報局法の規定の憲法適合性である（連邦情報局（Bundesnachrichtendienst）は、ドイツの連邦レベルの諜報機関であり、連邦首相官房（Bundeskanzleramt）の所轄にあたる）。結論として複数の規定が違憲となったが、特に中心となったのは外国間通信偵察について定めた連邦情報局法6条及び7条である²⁴⁾。この条文は、2016年に改正されたばかりである。同6条は以下の通り定める。「(1) 連邦情報局は、次の各号についてデータが必要なときには、その任務の遂行のために、国内において技術的手段を用いて、外国において外国人同士で行う通信についての通信網（通信網）から個人データを含む情報を収集し及び処理することができる（外国間通信偵察）。1. ドイツ連邦共和国の国内外の安全に対する危険を早期に発見し、これに対処することを可能とするため、2. ドイツ連邦共和国の行為能力（Handlungsfähigkeit）を維持するため、3. 連邦首相官房が外務省、連邦

22) Michael Sachs, *Grundrechte: Geltung für Ausländer im Ausland*, Jus 2020, S. 706.

23) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020—1 BvR 2835/17—, Rn. 36. なお、ハンス＝ウーヴェ・エーリヒセン（著）工藤達朗（訳）「ドイツにおける憲法異議による基本権保護」比較法雑誌 46 巻 2 号（2012）52 頁のとおり、「憲法異議の権利（レヒト）保護作用は、連邦憲法裁判所の見解によれば、国家およびその機関の行為に対する基本権主体の特別の権利救済に限られるもの」ではなく、「むしろ連邦憲法裁判所は、憲法異議を「同時に客観的憲法の特殊な法（レヒト）保護手段である」と把握しており、それゆえ、憲法異議に理由があるか否かを審査するにあたって、異議申立人の主張する基本権侵害が存在するか否かを調べることに制限されるものではない」。

24) 連邦情報局法の条文は、渡辺富久子「ドイツの連邦情報庁法」外国の立法 275 号（2018）64 頁以下から引用。より原文に近く訳出すべきと考えた部分については、一部報告者が改訳している。なお本稿で一貫して「連邦情報局」と訳しているものは、同稿が「連邦情報庁」とするものと同じ Bundesnachrichtendienst を指す（ドイツの行政組織法体系に鑑みると、Dienst は「局」と訳するのが妥当と考えるため、「連邦情報局」と訳すので、小山剛「戦略的監視」と情報自己決定権」法学研究 79 巻 6 号（2006）5 頁以下の訳出と同趣旨である）。

内務省、連邦防衛省、連邦経済・エネルギー省及び連邦経済協力・開発省と協議してその種類及び範囲を定めた出来事に関して、外交及び安全保障政策上重要な意義を持つ他の情報を獲得するため。このデータ収集は、連邦首相官房が事前に命令により指定した通信網でのみ可能である。(2) 連邦情報局は、外国間通信偵察の枠組みにおける通信内容のデータの収集を、検索語を用いる方法によってのみ、行うことができる。検索語は、第1項第1文に規定する事情の解明のために指定され、かつ、適切でなければならず、その使用は、ドイツ連邦共和国の外交及び安全保障政策上の利益と一致していなければならない。(3) 欧州連合の施設、その加盟国の公的機関又は欧州連合の市民を対象とした調査の検索語は、次の各号に掲げる目的のいずれかのために必要である場合に限り、使用することができる。1. G10 法第5条第1項第3文にいう危険を発見し、これに対処するため、2. ドイツ連邦共和国の安全にとって特に関係の深い第三国における出来事に関するデータを専ら収集する場合に限り、第1項第1文第1号から第3号までにいう情報を入手するため。欧州連合の市民を対象としたデータ収集の検索語は、基本法第10条関係法第3条第1項にいう犯罪を発見・対処するために必要な場合にも使用することができる。(4) ドイツ国籍を有する者、国内の法人又は連邦領域に滞在する者の間での通信往来からデータを収集することは、許されない(5項以下省略)」。続いて、同7条は以下の通り定める。「(1) 連邦情報局が通信偵察の手段を用いて国外で収集したデータの更なる処理のために、第6条第1項第1文及び第3項から第6項までの規定を準用する。(2) 第6条第3項に規定する要件を満たす場合に限り、連邦情報局を通じて、外国の公的機関を介し、欧州連合の施設、その加盟国の公的機関又は欧州連合の市民を対象とした国外における調査をさせることができる」。

外国間通信偵察に関する異議申立の具体的内容は、以下の3点を中心である。①基本法10条に従った通信の秘密の侵害、②同4条1項2文に従ったプレスの自由の侵害、③同3条1項に基づく一般的平等原則違反である。②については、外国のテレコミュニケーションの戦略的監視について連邦情報局法が、プレスとその情報提供者との間の信頼関係の保護のためになんの特別な規定も含んでいないことが問題とされた。③については、異議申立人の一部(パリに本拠地を置く

国境なき記者団及び EU 圏内（ドイツ・イギリス（当時）・スロヴェニア）に居住する 3 名）が、ドイツ人と同様の保護を享受できていないことを平等原則違反として主張したものである²⁵⁾。

2. 判旨

本判決には複数のポイントがある。まずはそのポイントを概観した後、本稿の立場から特に重要と思われる「拡張された独立の客観法的統制 (ausgebaute unabhängige objektivrechtliche Kontrolle)」についての判旨を、詳細に見ていくこととする。

(1) 判決のポイント

前提として判決は、ドイツの国家権力に対する基本権の保護がドイツの領土に限定されるものではないことを、基本権と国家権力の関係に関する基本法 1 条 3 項に基づいて明らかにした²⁶⁾。これは、ドイツの領土外においてドイツ国籍を持たない人物に対して行われる基本権侵害についても、侵害主体がドイツ基本法により統制されるべき国家権力であれば憲法違反を問うとした点で画期的である。グローバル化の最中での通信偵察について非常に重要な点であるが、この点は別稿で詳細に論じることとしたい。

次に、連邦情報局法に基づく外国間通信偵察による基本法 10 条 1 項及び 5 条 1 項 2 文の制約が認定される。この制約は正当化されず、関連する連邦情報局法の複数の規定は憲法に違反する。正当化が否定される理由は、大別して二つある。一つは形式的に基本法 19 条 1 項 2 文に違反すること、もう一つは基本法 10 条 1 項及び 5 条 1 項 2 文の中核的な実体的要請を満たさないことである。

初めに基本法 19 条 1 項 2 文違反について、簡単に見ておく。外国間通信監視の権限は、基本法 73 条 1 項 1 号に規定された「対外関係の案件」に関する立法権限に支えられる²⁷⁾。確かにこれは、外国に関連した犯罪の偵察そのものに開

25) Ibid., Rn. 33.

26) Ibid., Rn. 88ff.

27) Ibid., Rn. 122ff.

かれてはいないが、連邦政府の政治的な情報獲得の任務のみに連邦情報局の権限の根拠があるわけではなく、固有の、直接的に行使されるのではない任務として、他国からの国際的な局面での切迫した危険を早期発見すること（Früh-erkennung）にも転用される²⁸⁾。しかし、連邦情報局法の権限規定は、基本法19条1項2文6の明示要請（Zitiergebot）²⁹⁾を考慮することなく同10条1項2文に基づく通信の秘密を侵害する権限を与えることから、形式的に違憲であると結論付けられた³⁰⁾。

次に、戦略的監視を中心的手法とした外国間通信偵察に関する連邦情報局の規定が、基本法10条1項及び5条1項2文の中核的な実体的要請を満たさないこと、すなわち実質的に違憲となると判断した点について整理する。

実質的違憲性の根拠は、大きく分けて四点ある。第一は、戦略的監視の手法は原則として比例原則上正当化されるとしつつ、現行の連邦情報局法の規定に基づくデータの使用・加工を実質的に違憲とした点である。第二は、戦略的監視の手法に基づき取得された個人関連データの他機関への伝達が根拠ある侵害閾に基づいていないとした点ある。第三は、基本法は他国機関との協働に開かれているが、協働する他国諜報機関も基本権上の限定を満たさなければならないとした点である（第四は(2)で説明する）。

第一の点については、1999年の戦略的監視判決³¹⁾との違いが極めて重要である。戦略的監視判決は、連邦情報局が行う諜報活動についても、「介入閾値」を問題としてきた。個人の利益の侵害と公共の利益の確保の比較衡量される中で、公共の利益となる法益が重大なものであればあるほど、「介入閾値（Einschreits-

28) Ibid., Rn. 128.

29) ドイツ基本法19条1項は「法律により、あるいは法律の根拠に基づいて、基本法上の基本権が制限されうる場合、当該法律は一般的に効力を持つものでなければならない、個別の場合にのみ効力を持つものであってはならない（1文）。加えて同法律は、条文を挙げて基本権を示さなければならない（2文）。」と定める。1文は個別法律による基本権制限を禁止し、2文はこれを担保するため、①法の明確化に奉仕する警告的機能、②基本権の射程の画定機能を果たす（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）214頁以下）。

30) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020—1 BvR 2835/17—, Rn. 134f.

31) BVerfGE 100, 313., Urteil des Ersten Senats vom 14. Juli 1999.

schwelle)」を低く設定することを許容するというのが、戦略的監視判決の採用した見解であった。

しかし本判決は連邦情報局の戦略的監視について、技術的な状況を背景に、もはや諜報活動において客観的な侵害閾値 (Eingriffsschwelle) を前提とすることはできないという。具体的には、一般社会において広く戦略的監視の手段が用いられうることを指摘したあとで³²⁾、裁判所は、形式的検索語を用いて行われる諜報活動も、個人的なテレコミュニケーションの監視に接近しているが、これは外国偵察という諜報機関の本来的任務の中では、憲法上正当化されうると説明する³³⁾。ただし、そこでは限定的な基準による保護が必要なければ正当化できないところ、現行の規定にはこの限定が足りていない、というのである (例えば外国通信偵察のデータ処理について定めた連邦情報局法 6 条は、①フィルタリング、②目的限定、③種類の違う監視措置の区別についての形式的確定規定、④特定職種保護規定などの限定ができていないとして、違憲と判断される)³⁴⁾。ただし連邦憲法裁判所は、外国偵察にも憲法上の権利保障の要請はあるものの、ドイツ国内における通信に対する偵察において要請されるものとはその要請は異なるものだ、ということを強調している³⁵⁾。

第一の点と異なり、第二の点である他機関への情報伝達については、上述の戦

32) 連邦憲法裁判所は、具体的には以下のとおり述べている。「(連邦憲法裁判所が戦略的監視判決を下した 1999 年の：筆者注) 当時は、実際上の観点でテレコミュニケーションの監視を厳密に限定し、特定の状況において利用されたテレコミュニケーション手段とだけ関連させていたのに対して、今日では既に量として比較することのできないほどのデータの流通が認識されている。これに伴い、電子的通信の形式で見通しきれない数(のデータ)が伝送され、有効利用される。通信サービスの偏面的且つ重層的な使用は、増大する各方式の間での個人の行為と、電気信号での人間間の相互作用の表出を見つけ、それゆえにテレコミュニケーションの監視が使用可能となる。同時にこの監視は、日常に深く関わり、また写真や書類の公刊を含めた最も私的且つ自発的な通信事象を巻き込(み、音声・画像認識、翻訳などの手法も広く一般に用いられているなど)、ひっくり返って戦略的テレコミュニケーション監視は、さしあたりおおそ市民社会でも一般的な通信にわたって潜在的に広がる」と (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 151.)。なお本判決では、介入閾値という言葉は用いられていない。

33) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020—1 BvR 2835/17—, Rn. 151ff.

34) Ibid., Rn. 303ff.

35) Ibid., Rn. 172ff.

略的監視判決が示した侵害閾の考え方が維持されており、更にその後蓄積されてきた分離原則（Trennungsgebot）の考え方が踏襲されている。すなわち、戦略的監視の手法に基づき取得された個人関連データの伝達は、根拠ある（客観的な）侵害閾に基づいていないため、他機関への伝達にあたっては目的変更に関する従来の判決に従って仮想のデータ新規利用（hypothetische Datenneuerhebung）が認められる場合にのみ許される³⁶⁾。特に危険防御・刑事訴追を目的とする警察や検察官へのデータ伝達については、より明確な規定が必要である³⁷⁾。一方、連邦政府への直接の伝達にはなんら制限はない³⁸⁾。

第三の点については、特にドイツ国内の人物の基本権保障の観点から、ドイツ国内のデータを他国から受け取る循環交換（“Ringtausch”）の禁止を明示した³⁹⁾。また、他国にデータを伝達する場合は、他国の指示した適切な検索語に基づく結果の伝達が自動化されていることが必要であるということも示し⁴⁰⁾、他国機関との協働（Kooperation）を否定せず、情報技術の利用形態を特定することで基本権の侵害を断ち切る仕組みづくりを求めている点が特徴的である。

(2) 拡張された独立の客観法的統制

次に裁判所は、データ処理の透明性の保障にむけられた要請は原則として諜報機関に対しても有効であるが、効果的な任務遂行のために不可欠である点において制限されうるところ、外国偵察は相当な機密保持が要求されるために、透明性及び個人的な権利保護の可能性はわずかになるという。これを補うのが、第四のポイントである「拡張された独立の客観法的統制」である⁴¹⁾。国内の人物に対する戦略的監視措置と異なり、他国の人物に対する戦略的監視措置については、立法者は原則として開示要求や通知義務を考慮にいれなくてよいために、国家的行為の透明性の要請と個人の権利保護を獲得するための実践的可能性は大きく後

36) Ibid., Rn. 216ff.

37) Ibid., Rn. 220f.

38) Ibid., Rn. 223f.

39) Ibid., Rn. 248.

40) Ibid., Rn. 254ff.

41) Ibid., Rn. 266.

退することから⁴²⁾、構築された独立の客観法的統制が継続的・包括的に遂行されるときのみに、比例性の要請に反しないといえることになる⁴³⁾。

憲法上の要請は、極めて限定的な回答・通知義務のために毀損される個人の権利保護との均衡を保つこと、そして監視権限の最終的な指導 (Anleitung) を本質的に補うことの二点にあり、前者のために裁判所に類似した独立性と自主性を持つ担当部局による客観的統制が、後者のために手続的構造化が必要であるとされた⁴⁴⁾。

筆者のこれまでの研究との関係からまず注目される特徴的な点は、透明性・個人の権利保障の縮減に伴い、客観法的統制の要請が高まっている (背景に、外国間通信偵察における開示義務・通知義務の非原則化) という論理構造である。本判決を日本の視点から見るにあたって、ドイツでは日本と違い、捜査機関には侵害閾値 (具体的危険の存在) の設定、諜報機関には (本判決によれば未だ憲法適合的ではないにしても) 透明性の要求あるいは客観法的統制の設定が法的に認められ、この点について裁判所が比較的厳格に違憲審査を行っている点を看過してはならない。つまり、外国間通信偵察では開示義務や通知義務が非原則化されたことが客観法的統制の要請の高まりに結び付くところ、この客観法的統制は、「連邦情報局 (諜報機関) の外国間通信偵察だから要求されているわけではない」といえる。この論理の本質は、開示義務・通知義務が非原則化される場面では、個人の権利を保護するために、客観法的統制をしっかりと行わなければならない、行われているかチェックしなければならない、ということにある。

そしてもう一つ特徴的な点は、特定の条文に基づく憲法上の権利による保障ではなく、主観的な憲法上の権利を全体として保護しようような比例原則から導かれる客観法上の構造の必要性が、ここで語られていることである。実は類似する

42) Ibid., Rn. 268ff.

43) Ibid., Rn. 272.

44) Ibid., Rn. 273ff. なお本判決は 2021 年末までに、連邦情報局法上で違憲とされた箇所を改正するように求めている (2020 年 6 月 19 日に、同法 3 条、4 条、6 条、8 条、22 条、32 条が改正されているが (2020 年 6 月 27 日施行)、これは本判決に対する応答としての法改正ではない (BGBl. I S. 1328. 2018 年に連邦内務省が「Bundesministerium des Innern」から「Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat」と名称変更したことを、各法に反映する改正の一部である))。

要請は先行判例においてもなされているが、判例の文言中での位置づけは変化しているように思われる。例えば連邦刑事庁法判決では、データ利用・加工の透明性と秘密的な監視措置に対する個人の権利保護の可能性は極めて制限された範囲でのみ確保されるために、保障されなくてはならないのは「効果的な監督的統制 (effektive aufsichtliche Kontrolle)」であるとされており、「それゆえ、比例原則は、法律の水準にも行政実践の高められた要求にも向けられた統制の効果的な形成を私的領域に深く達する監視措置のために作用する」⁴⁵⁾。この論理は反テロデータ法判決⁴⁶⁾から継承されたもので、基本的な構造は本判決にも引き継がれている。しかし本判決は、「客観法的統制」という従来と異なる表現を採用する。更に、これらの先行判例では特定の基本権侵害に関する狭義の比例性審査の内部で語られている統制の内容を、本判決は狭義の比例性審査とは切り離れた独立の章で論じている点も特徴的である。

この点の分析にあたって、Huber による本判決の評釈を参照したい。「連邦憲法裁判所から要求された連邦情報局の外国間通信偵察の統制の複線化 (Zweigleisigkeit) は、1999年7月14日のG10法判決 (戦略的監視判決：筆者注) における諜報機関の通信偵察の統制についての同法廷 (連邦憲法裁判所第一法廷：筆者注) の従来の判決の実践との関係を確かに断絶する。(中略) 連邦憲法裁判所は、明らかに統制権力のモデルを参考にしており、これはイギリスの Investigatory Power Act の模範になっている。基本法10条が連邦情報局の外国間通信偵察の領域に関連する場合でも、法的手段に変わって国民議会から選ばれた機関または補助機関を通じた (通信の秘密の：筆者注) 制限措置の再審査に歩み出ること、2項2文の出番が来る。連邦憲法裁判所は適切にも、基本法は「詳細な組織の指導をなんら」表現して「いない」ということを立証する。統制機関は、行政の機能領域の内部での独立した機関としても形成されうる」⁴⁷⁾。

45) BVerfGE141, 220., Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016, Rn. 140f.

46) BVerfGE 133, 277., Rn. 214.

47) Bertold Huber, *Das BVerfG und die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND*, NVwZ Beilage 1/2020, S. 8. なお基本法10条2項2文の「補助機関」の内容を基本法が何ら示していないという内容を明示した連邦憲法裁判所判決の例については、小西、注16で既に扱っている。

引用の冒頭にある複線化という表現は英米法圏の同一領域の研究においても好んで用いられている用語であり⁴⁸⁾、それを踏まえて連邦憲法裁判所がイギリスの法制度を手本としてこの要請を導き出したという Huber の考察は極めて興味深い。本稿で特に注目したいのはこの複線化モデルについて、基本法が詳細な制度設計に何ら言及していないことを Huber が明らかにする点である。基本法が具体的になんら言及していないところから、連邦憲法裁判所が「客観法的統制」という言葉を用いて要求した法の内容形成は、何によってその正当性が裏付けられるのだろうか。基本法 10 条 2 項 2 文を参照することは諜報機関を監督する新たな機関の設置を具体的に要求する根拠としてふさわしいのであろうか。

比例原則という基準から特定の法の内容が導かれるわけではないことは、本判決がこの点について改めて立法裁量について言及していることからも看取できる。ところ、本判決における「拡張された独立の客観法的統制」は（その引用文献から見て）近年学術的に形成された諜報機関法制の理論を理論的支柱としていると推察される⁴⁹⁾。そこでⅣでは、この学説の理論についてみていきたい。

Ⅳ 諜報機関の「客観法的統制」の内容形成に関する近年の議論

1. 諜報機関に向けられた法的ドグマティックの形成

近年のドイツ法学では、基本法の理念や基本権と関連した諜報機関法制のドグ

48) 例えばアメリカの修正 4 条に関する法律の構造とメカニズムについて論じた Daphna Renan, *The Fourth Amendment as Administrative Governance*, Stanford Law Review, Vol. 68, 2016, p. 1125 は、「効果的な監督ガバナンスは、線状 (linear) ではない」と表現する。

49) 本判決は、2018 年 3 月 15 日及び 16 日のシンポジウム（このシンポジウムには連邦首相官房及び連邦内務省が深く関与している）の成果を編纂した Jan-Hendrik Dietrich/Klaus Ferdinand Gärditz/Kurt Graulich/Christoph Gusy/Gunter Warg (Hrsg.), *Reform der Nachrichtendienste*, 2019 に収載された複数の論文を延べ 10 回、Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2 Aufl., 2019 からは延べ 12 回、Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffler, *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017 からは延べ 6 回、それぞれ引用している。影響を及ぼしている具体的な内容については後に一部検討するが、引用回数を見るだけでも、2010 年代後半の諜報機関法制に関する学術的な研究の蓄積が、本判決に強い影響を及ぼしていることが看取される。

マーティクの形成に強い関心が向けられており、ここに公法学者をはじめとする各法学分野の論者が結集している（ただしこのドグマーティクの形成には、行政の関与が見られることを看過してはならない）。

具体的に判例と学説の叙述を結びつけて見る前に、諜報機関法制のドグマーティクという聞き慣れないテーマについて、まずは案内を試みなければならない。ここで最初に参照するのは、Lindner/Unterreitmeier が2019年に公表した論稿である⁵⁰⁾。なお、Lindner はアウクスブルク大学の教授、Unterreitmeier は同大学の所在するバイエルン州内務省官僚である。「本稿はもっぱら筆者の個人的解釈を言い表すものにすぎない」との注釈が冒頭にあるが⁵¹⁾、これは同論稿における主張が行政府の見解を示していないことを強調するものである。

Lindner/Unterreitmeier は、基本法の規範的命題と諜報機関法制のドグマーティクの関係について、以下のとおり整理する。ドイツの安全構造（Sicherheitsarchitektur）の憲法上の出発点は、基本権の保護義務の次元と、「好戦的」ないし「闘う民主制」という基本法上の概念の形成である。自由権は、国家的侵害に対する防御権を保障するだけでなく、国家が個人の生命・身体の不可侵や個人の自由を保護することを義務付け、同時に基本法は、ナチズム支配の全体主義的システムによるおぞましい経験に直面して、これを乗り越えるための民主制概念を打ち立てる⁵²⁾。基本法上、諜報機関は「闘う民主制」の一部として構成される⁵³⁾。このことは、諜報機関を憲法適合的秩序の保持と安定性のために必要且つ正当な手段とみなすのみならず、制度的保障（institutionelle Garantie）を構築するものでもある⁵⁴⁾。諜報機関の制度には法治国家と自由の概念という基本法上の価値が重要な役割を果たし、諜報機関の偵察は憲法内在的な自由の制約を描く。ここから、基本法33条5項に定められた官僚の伝統的諸原則に関する制

50) Josef Franz Lindner/Johannes Unterreitmeier, *Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts*, DÖV 2019, S. 165ff.

51) Ibid., S. 165.

52) Ibid., S. 166.

53) この理解は、判例においても示されている。Vgl. BVerfGE 146, 1., Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Juni 2017., Rn. 110.

54) Lindner/Unterreitmeier, Fn. 50, S. 167.

度的保障⁵⁵⁾に言及した任期付大学事務局長規定に関する連邦憲法裁判所判決⁵⁶⁾を引用し、このような「構造的原理は、一般的に定評のある見解に従って実現に必要な権限への任務からの帰納的推論が許容されないときにも、その任務が効果的かつ制度適合的な任務を守る法的権限を備え付けられるべきだということが諜報機関の制度的保障から導かれる」という⁵⁷⁾。そこで、いわゆる盗聴判決⁵⁸⁾を踏まえて注目されるのは、基本法 10 条審査会の基本法上の根拠となっている基本法 10 条 2 項 2 文である⁵⁹⁾。「諜報機関に対する基本法 10 条 2 項 2 文の調整的な規定は、基本法が、特に技術的な措置の隠された使用を必要な手段とみなすことを模範的に示す」事例であると解される⁶⁰⁾。

この素描だけを見ると、諜報機関法制自体が基本法から枠づけられるように誤解されかねないが、もちろんそうではない。Gusy が指摘するように、「諜報機関法 (Recht der Nachrichtendienste) は、まずもって法律上の法 (Gesetzesrecht) である。そして立法は議会の任務である。立法者は専門的に形成され付随する政治的論理に従って行動するが、代替することはできない。改革の展望は、第一に政治的な任務である」⁶¹⁾。Gusy は諜報機関法制の改革を目的として、憲法上及び法的システム上の (gesetssystematisch) 文脈における現状調査 (Bestandsaufnahme) を試みているので、次にその整理を見ていくこととしよう。

憲法上の要請から、諜報機関法制の統一的構築の必要性が導かれるが、これは以下のとおり整理される。①憲法保護とは、中心的には自由の保護である。保護対象と保護活動は、強制的に相互に関連させられ、両者は必然的に矛盾するものではない。②基本法は、諜報機関及び連邦とラントのレベルにおける諜報機関法を分割する。ラント官庁の自由意思による統合はラント法を通じて相互に問題と

55) 早津裕貴「ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究 (2)」名古屋大学法政論集 273 号 (2017) 50 頁以下参照。

56) BVerfGE 149, 1., Beschluss des Zweiten Senats vom 24. 4. 2018.

57) Lindner/Unterreitmeier, Fn. 50, S. 167.

58) BVerfGE 30, 1., Urteil des Zweiten Senats vom 15. Dezember 1970.

59) 基本法 10 条 2 項については、小西、前掲注 16)、481 頁以下参照。

60) Lindner/Unterreitmeier, Fn. 50, S. 167.

61) Christoph Gusy, *Reformperspektiven des Rechts der Nachrichtendienste*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Fn. 49, 2019, S. 19.

なり、新たな調整関係、特に統制の問題が生ずる。③基本法のテキストにおいては、(テロリズムの撲滅のみならず) 同様の任務における複数の権限の正当化に狙いが置かれている。とりわけ高度な秘密保持の条件のもとでの相当な権限の重なりや二重活動、協働権限とは逆に、類似の官庁の権限は、任務遂行の増大する効力をもたらす必要はない。④分離とともに、協働の規定が存在する⁶²⁾。以上の Gusy の見解は、①は諜報機関の中核的権限の性質の問題、②～④は諜報機関同士及び(警察等)他の機関との分離・協働といった組織的な問題を、それぞれ基本法から導かれる問題として捉えているといえる。

次に、この憲法上の要請とは区別される法的システム上の要請についての Gusy の整理を見ていく。Gusy は、「諜報機関法制が独自の法的領域を描くかどうか」という問題をここで取り上げており、Lindner/Unterreitmeier のいう諜報機関法制のドグマーティクに関する問題を、狭義の意味では法的システムの問題であると解しているように思われる。この問題は治安法 (Sicherheitsrecht) の形成と深く関わっていて、「治安法を統合すればするほど、独立した法的領域としての諜報機関法の特徴は弱まる」。(諜報機関を) 統制する法は、諜報機関法のその他の規定が「内的な」ものであると同様に、基本法や議会法、手続法といった「外的な」ものにシステムの関連するものと認識されているが、諜報機関法の法的領域の特徴は、いまだ開かれていて、且つ少なくとも現時点では一義的に確定されていないという⁶³⁾。そのような理解の下で、Gusy が描く法的システムの文脈における現状調査は、「治安法の法システム (rechtssystematisch) 上の、目標と現状のアンビバレントを諜報機関法に認める」営みである。この営みは、以下のとおり整理される⁶⁴⁾。(あ) 正当性・法形成・法実践・効力の統制のシステムの統一性をもたらすこと。憲法保護の主題はその正当性・任務・権限を刻印する。そこでは、基本法の自由権的要求と治安法的要求の両者が問題となる。(い) 領域特定の情報法 (bereichsspezifische Informationsrechts) の文脈において新たにヨーロッパで刻印されたデータ処理規定を考慮し、諜報機関の特

62) Ibid., S. 23f.

63) Ibid., S. 24f.

64) Ibid., S. 25f.

性を具体化すること（「新たにヨーロッパで刻印されたデータ処理規定」とはもちろん EU データ保護規則（GDPR、ドイツでは DSGVO とよばれる）を指す）。これは、課報機関に関して欠如した EU の規制権限を強調することを前提とする。判決と学界における新たな枠組み条件とその検証に注意を払い、手を加え、形作っていくこともまた必要である。その際は、関連した情報法の体系化（Systematik）を用いることが自然である。（う）治安官庁との協調について課報機関の立場を明らかにすること。課報機関は第一に、強制力を伴う警察とその他の治安官庁の前域的組織として理解され、それゆえに（課報機関法制は）警察法上刻印された原則との近似が容易に想起されるところ、これに反して、課報機関は独自の「前域的・早期警戒的任務を伴う情報職務遂行者（Informationsdienstleister）」として理解する方が適切であるとする。（え）課報機関法制における細分化傾向を克服すること。多数の細目がそこに規定されればされるほど、各細目における自己隔離と法的ドグマティク上の不一致の傾向が強く存続する。

まず注目すべきは、（い）である。冒頭に述べた通り、筆者は国家的情報収集活動の「統制システム」の構築を試みてきたが、これは縦軸を憲法上の統治機構、横軸を情報管理の諸段階として、統治機構の役割を明らかにするものであった。そして横軸の情報管理の諸段階の理解は、情報法における情報の流れを捉える考え方に依拠している。Gusy の課報機関法制の法的システム上の現状理解は、筆者が試みたこの構造化が、法律の次元での問題であること／情報法体系の内部で理論的に成熟していくべきものであることを示唆している。更に（う）（え）は、治安官庁の前域という相対的な存在としてではなく、独自の機能領域を有する課報機関法制を通貫する法的ドグマティクの形成に対する志向が、（憲法から演繹されるものとしてではなく）法律の領域において形成されるべきことを具体的に示す。

憲法学の観点からこの問題について論じるとき最も気にかかるのは、憲法上の文脈と法的システム上の文脈が、どのように接合するのかである。この接合を理論的に説明するためには、基本法の要請と裁判所による客観法の内容形成との関係が重要となるように筆者には思われるが、この点については後述する。

2. 連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決に対する学説の影響

次に「諜報機関に対する独自の客観法的統制」について示した上述の連邦情報局法判決と関連する学説について、具体的に見ていきたい。

ここでは、学説上有力に提唱されてきた枠組みであり、本判決に大きな影響を与えていると思われる「透明性ある国家 (transparenter Staat)」という国家観に基づく諜報機関法制の位置づけを確認してみよう。本判決の「拡張された独立の客観法的統制」が拡大的に要求される理由は透明性と深く関係しており、その背景には外国間通信偵察における開示義務・通知義務の非原則化があるからである。ここでは Philipp Wolff の論を主に参照する。

Wolff は国家論の視点から、諜報機関と透明性の均衡についての基本法上の手法の問題を論じている。具体的には「ほとんど完全な透明性とは、ひょっとしたらポストモダンの民主主義的法的国家における諜報機関の不可欠の前提条件ではないのか？このような透明性ある諜報機関は十分に内密な行為可能性を満たすので、法治国家的諜報機関は不必要なのか？あるいは、国家的諜報機関に与えられる秘密性の程度を適切に決めることは闘う (wehrhaften) 憲法国家にとっての試金石とはならないのか？」という疑問を投げかける⁶⁵⁾。

歴史上国家は、(透明性を獲得する以前に) 秘密性を前提とする組織体として発展してきた。そのため、少なくともヨーロッパでは、現代国家は「絶対の秘密的イデオロギー」から、原則として「透明性ある国家」へ向けて発展してきた(20世紀の独裁的・全体主義的国家形態は除く)⁶⁶⁾。「基本法の国家は、公開性の中の国家である。これは、—— 解釈上も —— 共和制国家 (res publica) である」⁶⁷⁾。とりわけ民主主義原理と法治国家原理は、基本法20条1項及び3項という一般の透明性規定が国家の責務となる憲法上の基礎である。連邦憲法裁判所は、「民主制の一般的公開性原則」という言葉を用いるが、これは「可視可能性

65) Philipp Wolff, *Auskunfts- und Informationspflichten der Nachrichtendienste*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S. 1660f.

66) Ibid., S. 1661.

67) Matthias Jestaedt, *Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit—was darf der Verfassungsstaat verbergen?*, AöR 2001, S. 205.

(Sichtbarkeit)」と「理解可能性 (Verstehbarkeit)」の信頼の基礎となる条件を通じて記述される。「法治国家における個人は主体 (Subjekt) であって国家行為の客体 (Objekt) ではなく、その人そのものが国家的決定の受取人であり、国家的措置の関係者である」⁶⁸⁾。

この点 Jestaedt は、民主制原理から以下 3 つの「国家法上の開示要求」を浮き彫りにする。①資格証明行為 (Legitimationsakt) の前提条件としての公開性、②国家的行為の付随的・社会的統制の前提条件としての開かれた情報、③現代大衆デモクラシーを仲立ちする公共圏 (Öffentlichkeit) の必要性の 3 つの要求である⁶⁹⁾。これに対して、自由で民主的な法治国家の保持にとって必要不可欠な例外的事態としての、——特に諜報機関についての文脈では——闘う民主制の顕現としての「帝国の秘密 (arcana imperii)」による国家的組織形成の原則たる秘密保持の意味におけるパラダイムとして、秘密国家が描かれる⁷⁰⁾。

本判決は基本権との関係及び諜報機関の性質から、公の国家と秘密国家という性質の顕現の濃淡については国内・国外で異なると理解する。判決は、国内の人物に対しては広く通知義務を保障する個別の規定が必要であると述べる⁷¹⁾。これに対して、他国の人物に対する戦略的監視措置については、立法者は原則として通知義務を考慮にいれなくてもよいとする。他国における諜報機関の存在または偵察可能性を明らかにすることは、特にその情報源を危険にさらしうするため、広く制限される。実際に到達し得る法的保護の可能性や、公開の目標・信頼を作り出すことも、そのような措置のもとでの民主的議論を可能とする機能も、(国内における通知と同じようには) 外国における通知には到達し得ない。むしろ他の法秩序における関係者のための通知は、場合によっては危険ですらある。なぜなら、特定の当局の注意と不信感、場合によっては第三者の目にも、彼らはさらされることになるからである⁷²⁾。

この理論展開の基礎的部分で、判決は先行判例とともに連邦情報局法コンメン

68) Wolff, Fn. 65, S. 1665.

69) Jestaedt, Fn. 67, S. 216ff.

70) Wolff, Fn. 65, S. 1666.

71) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 268.

72) Ibid., Rn. 269.

タールの記載等の論文を引用する。例えば外国間通信偵察においては原則として立法者が通知義務を前提とする必要はないとする判旨が引用する2019年刊行の *Sicherheitsrecht des Bundes* の第二版 (Dietrich の執筆した連邦情報局法6条の解説) は、このように説明する。「基本法10条1項の基本権侵害は、法の根拠に応じて実現し、正当な公共の福祉の利益に貢献し、比例原則を充足する限りにおいてのみ許容される。私的生活領域の中心領域に関係する限り、侵害は排除される。連邦憲法裁判所判決に従い、正当な公共の福祉の目的として諜報機関の任務の充足が承認される。これは、基本権侵害の重要性との衡量におかれる。侵害の強度は、外国間通信偵察の場合、実際の・法的観点において限定される。(中略) 6条1項1文の法的任務は、個人の捜査ではなく、ドイツ連邦共和国にとっての治安リスクの外交戦略上の偵察と明確に結びついている。それゆえに、相応の補償的な手続法上の安全措置 (angemessene kompensatorische verfahrensrechtliche Sicherungen) がある限り、具体的な危険の前段階において低い侵害閾が充足される」⁷³⁾。

ここまでの議論を見ると、諜報機関法制のドグマーティクは、客観法上の内容形成に貢献しているように見える。しかし違憲審査との関係で諜報機関法制のドグマーティクをどう理解するかは、非常に困難な問題である。なぜなら学説が実際の法内容を決定づけるのは、①立法過程においてその提案が取り入れられるか、②終局的には裁判所が決定する特定の法規の解釈内容として容れられるか、いずれかのアクセスポイントを経由する場合であり、何ら法規が存在していない場合に突如学説で形成したドグマーティクが裁判所の“主張”として顕現するということは、法治主義のもとではあってはならないことだからである。その危険性は、ここまでに見てきた諜報機関法制のドグマーティク形成が行政の意図を含んでいるということからも看取される。

このような問題意識は、「法獲得が法適用ではなくドグマーティクにより行われるようになり、法獲得が広く学問化する傾向がある」という Jestaedt の主張

73) Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Fn. 49., 2019, S. 1458f [Dietrich]. なおここで引用した Dietrich の見解は、先行判例に沿って侵害閾を前提とした立論をしている点で、本判決と異なる理論構成を採っている。

を詳細に紹介する實原の問題意識と通底する⁷⁴⁾。Jestaedtの主張の基礎は、Alexyの唱える「原理論」をベースとした思考により基本権ドグマティクの「システムの展開」が「最適化思考を志向した基本権理解」「憲法適合的解釈」を志向することで、「いかなる法命題もドグマティクのシステムに引き寄せられ、法認識と法創造、学問と実定法の区別は失われ、更には学問と法も合体」するという事象への危惧にあるところ、ドイツの諺報機関法制の領域ではまさにこのような事象が現実化していることは前述したとおりである。

V 基本権の客観法的側面と基本法の客観法領域における要請

ここからは、Ⅳまでに論じてきたドイツの諺報機関法制をめぐる議論の内容を踏まえて、基本法という実定法と客観法という法領域、そして立法府と裁判所の権限の問題に正面から向かいあっていきたい。裁判所が違憲審査を通じて及ぼしうる法の内容形成への影響は、ドイツにおける基本権ドグマティクの議論とも、またドイツ特有の法哲学的議論の展開とも深く関連している⁷⁵⁾。この全貌を解き明かすことは本稿の任に堪えるものではないが、特にⅣの末尾において触れたAlexyの主張を意識しつつ論を進めてみたい。

1. 基本権の構造

(1) 基本権と客観的なにか

ドイツにおいても日本においても、憲法上の権利が条文上明確且つ直接に要求するのは、主観的権利の保障である。その意味で客観的なにかは、憲法上の権

74) 實原隆志「国法学と実務の近さを批判する純粋法学的言説について」工藤達朗／西原博史／鈴木秀美／小山剛／毛利透／三宅雄彦／斎藤一久（編）『憲法学の創造的展開（上）』戸波江二先生古稀記念（2017）154頁以下。なおJestaedtの見解は、後述するAlexyの議論の文脈においては「観察者」の視点を採る（この点についてはKelsenの純粋法学との関係から論ずる先行研究として、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社・2013）231頁以下参照）。

75) ただし篠原永明「『指導原理』・客観法・憲法上の権利」甲南法学57巻1・2号（2016）164頁以下が述べており、「客観法」の議論と基本権の客観法的側面の議論とは「厳密には合致していない」点には注意が必要である。

利との関係が文言上明確なものとはいえない場合も多い。

例えば、日本国憲法23条は「学問の自由は、これを保障する。」と定める。典型的且つ端的な主観的権利の保障を、ここから読み取ることができる。日本国憲法23条から直接読み取ることが出来るのは「学問の自由」という主観的な権利であるにもかかわらず、通説的には同条から大学の自治などが導かれると解されている。ドイツ基本法5条3項1文は、よりその主観的権利性が明白なものとなっており、「芸術及び学問、研究及び教授は自由である（Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.）」と定める。ドイツ基本法は日本国憲法と異なり、学問の自由とは区別して学校制度（Schulwesen）を同7条に定めているが、「学問の制度的インフラとしての大学を設置し維持する」という「客観」的な国家の義務は、同5条3項から導かれると伝統的には理解されてきた⁷⁶⁾。すなわち日独双方において、自治的な大学制度は学問の自由そのものから導かれるものであり、これは本稿でいう主観的権利との関係における客観的ななにかの一例である。小貫が引用するように、Daniel Krausnickは「大学自治という制度化モデルが基本権的に保障されているか否かは、学問の自由の客観法的内容の問題として究明されるべきだ」という⁷⁷⁾。

ただし、客観的ななにかが全てこのような類型に帰するわけではない。少なくともⅣで示した課報機関法制のドグマティック論は、学問の自由と大学の自治のように、憲法上の権利からある制度を導く一対一の関係にはないことは前述のとおりである。この点については後述するが、ここではまずドイツの通説的見解において基本権から導かれる客観的ななにかがどう位置付けられているのかという基本的な理解について、先んじて確認しておきたい。

ある基本法コンメンタールは、次のように記述する。「憲法は、本質的な部分として基本権を含」み、これは第一次的に主観的な防御権を成立させる。「その上で基本権は、特に生命や健康といった特定の法益のための保護義務を含み、参

76) 小貫幸浩「D. クラウスニク「保障国家と大学自治」へのノート」駿河台法学30巻2号(2017)7頁。

77) 同上、9頁（Vgl. Daniel Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, 2012, S. 101.）

加・手続・実行の権利を根拠づけることができるもので、国家の客観法的価値秩序の象徴 (Ausdruck der objektiv-rechtlichen Werteordnung des Staates)、すなわち統治機構の基礎と基盤 (basis and foundation of government) である⁷⁸⁾。

また、基本権に関する基礎的且つ網羅的な教科書の一つである Grundrechte Staatsrecht II は、次のように記述する。基本権の客観法的な機能は「基本権が国家の行動・決定の裁量の範囲を限定すること」や「基本法で規定されている権利が、それより進んだ積極的地位の権利によって、かつても今も補完されるところの指導概念」など、複数の意味を示す。理論的發展の基礎となっているのは、Böckenförde の行った現代の基本権理論の分類 (「制度的、価値体系的、民主主義機能的、社会国家的基本権理論」) である。同時に、連邦憲法裁判所は Lüth 判決以降、「基本権を単純法の解釈適用だけでなく、単純法の形成に関しても客観法的理解を及ぼし」た。ここで明らかにされていったのは「客観法的に制定されたものは、最終的に主観法的に適用され」ること、例えば「保護義務から保護請求権が、また制度の配分形成、給付、手続の基準から配分請求権が生じる」ことである⁷⁹⁾。

両者の記述から分かることは、2つある。1つは、基本権の中核は常に主観的権利 (防御権) にあるということである。もう1つは、基本権の保障によって実現が目指される価値への志向性として、基本権の客観的機能は、立法者を通じて一般法の中で実現されるということである。そのために、基本権の主観的機能が直接に果たされる場合よりも、その「客観」的機能が論じられる場合の方が、統治機構との強い結びつきを示す。

基本権の客観的機能を認めた先駆的な判決は先述した 1958 年の Lüth 判決⁸⁰⁾であり、この判決がその後現在に至るまで判例・学説に多大な影響を及ぼしてい

78) Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans Günter Henneke (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 14. Aufl., 2017, S. 56 [Hopfauf].

79) 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) 37 頁以下、Vgl. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, 35. Aufl., 2019, S. 40f.

80) BverfG 7, 198., Urteil des Ersten Senats vom 15. Januar 1958.

ることは周知の事実である。同判決については日本でも既に多く検討されているため改めて詳述することはしないが、栗城によれば「基本権規定は客観的価値秩序を樹立するものであり、この価値体系は憲法的基本決定として法の全領域に対して妥当しなければならないとする思想を基礎とする」Lüth判決の思想は、「その後も連邦憲法裁判所による意識的・自覚的に継承され」、「基本権が国家に対する国民の防禦権であるのみならず、客観的規範として価値体系を樹立するものであるのみならず、客観的規範として価値体系を樹立するものであるとすることは確立した判例となっている」という⁸¹⁾。

(2) 基本権モデルの変遷

基本権の構造についての議論は我が国でも多数紹介されているため、ここで詳述することはしないが、本稿の議論に必要な範囲でその展開を俯瞰するため、Christian Bumkeの論稿における「三つの基本権モデル」の整理を参照しよう⁸²⁾。1980年代以降形成されてきた基本権モデルは、①防御権としての基本権、②最適化原則あるいは原理としての基本権、③多次元的保障としての基本権の三つである⁸³⁾。これらのモデルは並列的なものではなく、時系列的に発展してきたものとBumkeは捉えている。それぞれのモデルの概要について、客観法的な要請の位置づけを意識しつつ見ていきたい。

まず、①先に述べた防御権としての基本権である⁸⁴⁾。このモデルにおいて基本権は二つの側面を示さず、基本権の客観的作用は、必要な限りで防御権的に把握されることとなる⁸⁵⁾。このモデルは、更に二つの種類に分岐することができ

81) 栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について——基本権の客観法的内容をめぐる議論に即して——」憲法理論研究会(編)『人権理論の新展開』(敬文堂・1994)93頁。

82) Christian Bumke, *Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz*, AöR 2019, S. 1ff. Bumkeの法ドグマティクに関する言及を他の論者との主張との関係で示す赤坂正浩「憲法ドグマティクと憲法裁判権」立教法学 102号(2020)149頁以下参照。同164頁以下は、Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, JZ 2014, S. 647などが言及する「法の体系化」についても詳しく論じており、これは本稿が論じることの叶わないドイツのドグマティク論の重要な諸相を照らし出す。

83) Ibid., S. 63ff.

84) Ibid., S. 63.

85) Ibid.

る⁸⁶⁾。一つ目の類型は、1960年代のリベラルな基本権理解の上に築かれている。代表的な論者はBöckenfördeである⁸⁷⁾。Böckenfördeの基本権論については我が国でも既に非常に多くの検討・分析がされているのでここでは詳しく立ち入らないが、元来は「基本法に合致した「基本権の一般的性格、規範的目的方向および内容上の射程についての、体系的に整除された見解」が存在するはずであり、これに解釈を導かしめる」⁸⁸⁾というかたちで基本権を解釈することを提唱し、②③の基本権理論が台頭してきてからもAlexy批判の文脈で「立法国家」から「裁判国家」への権力構造の変化がもたらされるという批判を行い、防御権一元論への回帰を主張⁸⁹⁾している。二つめの類型は二面的な権利関係の制限を課すもので、Schwabeが基礎を築き⁹⁰⁾、Poscherが強化した⁹¹⁾。

次に、②最適化原則あるいは原理としての基本権である⁹²⁾。代表的な論者は、言うまでもなくAlexyである⁹³⁾。Alexyは「主観的権利としての基本権」を発展させ、主観法概念を明確にした。そこでは保護領域（基本権（Grundrecht））と憲法上の侵害権限（基本権制約（Grundrechtsschranke））の共演が追究されるとともに、基本権の客観的作用（国家の積極的行為に向けられた権利（Recht auf positive Handlungen des Staates））を分析する。これは一般的な自由権のために述べられ、連邦憲法裁判所の一般的平等権の統制に基づく類似的恣意的公式が研究された⁹⁴⁾。Alexyはルールと原理を分けた上で、基本権を原理として捉える。原理は最適化原則として描写されるのである。

最後に、③多次元的保障としての基本権への発展である⁹⁵⁾。今日ではこのモ

86) Ibid., S. 63f.

87) Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1. Aufl., 1991, S. 119ff.

88) 小山剛『基本権の内容形成』（尚学社・2004）73頁、Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation- Bestandsaufnahme und Kritik*, in: ders., Fn. 87, S. 53ff.

89) 篠原、前掲注75、166頁以下。

90) Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977.

91) Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003.

92) Bumke, Fn. 82, 2019, S. 65f.

93) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 75ff.

94) Ibid.

デルによった理解が支配的であると Bumke は評する⁹⁵⁾。このモデルは、基本権が主観的側面と客観的側面の二面を備えていると理解する立場である。実際的で重要なものとして描かれるのは防御権であり、そのあとに保護義務と、制度的保障あるいは例えば手続法的な内容のようなその他の次元が続く。ただし両者の関係は（前者が後者を支配する関係ではなく）相互に作用する（*zueinanderstehen*）。連邦憲法裁判所とともに、その他の基本権の作用に対して防御権の優位を強調する見解が支配的であるが、Stern のように客観的側面に規範的秩序描写の中核を見出し、防御権もここからその基準を獲得するのだと考える見解もある⁹⁷⁾。しばしば強調されるのは、基本権的自由の考えは一般的行為の自由（*allgemeine Handlungsfreiheit*）の保護に使い果たされるものではなく、実現可能な自由（*realisierbare Freiheit*）に向けられているということである⁹⁸⁾。保護領域のレベルでは消極的自由概念が認められており、広い侵害理解が承認されているとともに、憲法上の侵害権限を常に必要とされる。不安定性（*Unsicherheit*）は、比例原則審査の枠組みでの状況的均衡の十分な訓練に関する限りで残存する。制度的保障と一般的な請求権（*Teilhaberecht*）の考えに対する原則として消極的な態度は問題とされず、残余の基本権作用の法的ドグマティクの処理のために異なった提言に行きつく。その点では、少なくとも保護義務については異なる審査要素が形成されており、それは法的ドグマティクの予見可能性に備わった最小値からも語られうるものと理解される。

Bumke は、基本権モデルの展開を、基本権ドグマティク（ないし、基本法の法的ドグマティク）の展開と同視している。日本でも「基本権ドグマティク」なる言葉を用い、あるいはこれを研究対象とする先行研究は多いが、筆者には未だこの全体像を正確に見て取ることができない。そもそもドイツ語の *Dogmatik* という語が（法学分野に限られず）日本で狭窄的に捉えられすぎているのではないかという懷疑は、かのアメリカ道具主義の祖たる John Dewey が *Dog-*

95) Bumke, Fn. 82, 2019, S. 66.

96) Ibid.

97) Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3 Hb. 2, 1994, S. 1794 ff.

98) Bumke, Fn. 82, 2019, S. 66.

matik を批判的意味合いで論じていたこと、そして Dewey の影響力が日本の社会科学全般に浸透していることに起因しているようにも思われるが⁹⁹⁾、本稿ではこの点は推測にとどめ、ここでは基本法と客観法の関係に肉薄するという目的をもって論を進めていきたい。

2. 基本権の客観的次元と客観法に関する一視角——Alexy の用語法を契機として

ここからは基本権の主観的要請と客観的要請について語り、二元的な基本権ドグマティクの形成に重要な役割を果たしてきた Robert Alexy が「主観的権利として、客観的規範としての基本権」という論文において、「客観的 (objektiv)」という用語のみを用いたことに注目してみたい¹⁰⁰⁾。ここでの目的は、

99) ジョン・デューウィ (著) 清水幾太郎／清水禮子 (訳) 『哲学の改造』(岩波書店・1968) は、「一般に認められていることであるが、ドイツ合理主義の成果が護教的であったのに対して、イギリス経験論の成果は懐疑的であった。(中略) これらは、感覚と思维、経験と理性という伝統的対立の論理的帰結である。(同 90 頁以下)」という認識の前提として、ドイツ合理主義の「ドグマティックな頑迷」の起源となった「そのままでは混沌である経験を純粹概念によって支え」「固定的な既存の普遍概念、「原理」、法則に対する個別的なものの従属を知的に弁明し「合理化」したカント哲学 (同 89 頁) の絶対性を指摘する。ただし、この点をイギリス経験論に特有の理解だと断じることにも適切である。Jhering は、ローマ法との関係における Dogmatik という用語を「事実上支配し、適用されているところの客観的な法と、それをもろもろの法規の形式に表現したもの、すなわちドグマとの間には、なんら完全な一致は存しない」、「ローマ法史の大部分の叙述は、ドグマ、すなわち立法および学説の歴史をもって、唯一の内容とするものであり、実際に行われているような法の叙述ではない」と理解するが、「その場合、ドグマは、その生きた背景を失い、ドグマの存在する根拠ともなり、前提ともなり、したがってその正当づけをも、その理解をも提供しているところの、事実の世界との連関から、断ち切られている」とした上で、「ある時代の法を、その時代の人々がドグマ的に加工したものは、公正の人々がその法を歴史的に叙述する場合に、けっして標準または模範とされてはならない。なぜならば、その時代の人々、彼が語りえたであろうことでも、それを彼の読者に語る必要がなかったために、語らないでいることが多いからである」と警鐘を鳴らしている (イエーリング (著) 原田慶吉 (監修訳) 『ローマ法の精神 第一巻 (1)』(有斐閣・1950) 49 頁及び 82 頁以下。本書の引用については一部旧字体を新字体に改めている)。Jhering の考える法 (Recht) の性質は、「誰もが社会の利益のために権利を主張すべき生まれながらの戦士なのだ」という一文 (イエーリング (著) 村上淳一 (訳) 『権利のための闘争』(岩波書店・1982) 86 頁) に集約される。

100) Robert Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, Der Staat 1990, S. 49ff. 邦訳として、ロベルト・アレクシー (著) 小山剛 (訳) 「主観的権利及び客観規範としての基本権 (1)」名城法学 43 卷 4 号 (1994) 179 頁以下、「同 (2・完)」名城法学 44 卷 1 号 (1994) 321 頁以下。

Alexy の知見の全容を示すことなく、あくまで Alexy の用語法の分析から「客観的」と「客観法的」という用語の差が何を示しているのか（あるいは何も示さないのか）ということを検証することを通じて、基本法と客観法的な法の内容形成の関係を立体的に把握する一助とすることである。基本法と客観法的な法の内容形成の関係に対する理解は、違憲審査を通じた客観法的な法の内容形成の限界を論ずるための基礎となる。

80年代の Hans D. Jarras のように、「客観法的 (objektiv-rechtlich)」という言葉を経済的に用いつつも、「客観的又は客観法的」といったように、判例に関する文脈では両用語を互換的に用いる態度は、理解しやすい¹⁰¹⁾。なぜなら Jarras は、Lüth 判決¹⁰²⁾や Kalkar 決定¹⁰³⁾などを引用した上で、連邦憲法裁判所は客観的価値決定を意味する「客観的規範 (objektive Norm)」 「客観法的内容 (objektivrechtliche Gehalt)」といった複数の表現を、類義語的に（場合によっては互換的に）用いている、と評価するからである¹⁰⁴⁾（なお Jarras は後年になって、蓄積された判例の分析から基本権の客観的内容を示す用語として「客観法的 (objektiv-rechtlich)」を用いることは不適當であり、「客観的 (objektiv)」を用いるべきだと主張するが¹⁰⁵⁾、この点については後述する）。

では判例の表現に左右されることなく、Alexy が「主観的権利」と「客観的規範」を対置したのは、なぜだったのか。この点注目されるのは、Alexy が上記論稿の冒頭において積極的に用いている用語が、題目に付された「客観的規範」ではなく「客観的次元 (objektive Dimension)」であるということである。つまり、主観的権利と客観的規範という対置は、基本権という実体的法を中心として見た場合の区分にすぎず、その前提には主観的次元と客観的次元という「空間」が存

101) Hans D. Jarras, *Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 1985, S. 367f.

102) BVerfGE 7, 198., Urteil des Ersten Senats vom 15. Januar 1958.

103) BVerfGE 49, 89., Beschluß des Zweiten Senats vom 8. August 1978.

104) Jarras, Fn. 101., S. 365. ただし厳密に言えば、Lüth 判決は「objektiv」、Kalkar 決定は「objektiv-rechtlich」という用語のみを用いている。

105) ハンス・D・ヤラス（著）土屋武（訳）「基本権：防御権と客観的原則規範」ハンス・D・ヤラス（著）松原光宏（編）『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』（中央大学出版部・2011）105頁以下。

在するということを示唆している。Alexy が上記論稿で、「基本権の主観的・客観的次元の間の関係 (Verhältnis zwischen der subjektiven und der objektiven Dimension der Grundrechte)」をテーマとしていることは、この示唆を裏付ける事実であると筆者は考える¹⁰⁶⁾。もちろんここで「空間」というのは、物理的な存在形式ではなく抽象的な段階の表現であるが、それは本質的で断絶的な相違が主観的次元と客観的次元の間に存することを意味するように思われる。

このような考え方の背景として、Alexy が基本権を、最適化命令としての原理 (Prinzip) として捉えていることを指摘しておかなくてはならない。中野雅紀が指摘するように、Alexy は「主観的次元も客観的次元も一旦原理に還元し、そこから論証を経ることによってふたたび両次元を具体化するということを提案している」¹⁰⁷⁾。この理論の危険性はしばしば指摘されるところであるが、本稿はこの指摘を一旦据え置き、同理論が要求される理由を契機として Alexy の基本権理解についてもう少し深く考えてみることにしたい。Alexy は、Hans Kelsen を契機として展開されてきた法実証主義に対して、排他的非実証主義と超包摂的非実証主義との中間に位置し「道徳的な欠陥は特定の条件の下で法的妥当性を消滅させるが、他の条件の下では消滅させない」とする包摂的非実証主義の基本的な形である Gustav Radbruch の見解が、「極端な不正は法ではない」という形で最も短く表現されることに改めて言及する¹⁰⁸⁾。Radbruch 公式は、Alexy にとって法実証主義に対する万能薬では全くなく、あくまで「法の最も外側の境界の理念の古典的表現である」にすぎないが、我々が「観察者」として法をただ描写するのではなく、社会的・道徳的な事象に左右される「参加者」として法を解釈しなければならない場合には、Radbruch 公式の採用を最低限の前提とせざるを得ず、更に「参加者」の存在は法に予定されていると指摘する¹⁰⁹⁾。「参加者」と「観察者」の観点の間にある区別は、H. L. A. Hart の「外在」「内在」の区別に露骨に類似する、とイギリスの公法学者・T. R. S. Allan は指摘する¹¹⁰⁾。Hart 自身は

106) Alexy, Fn. 100, S. 60ff.

107) 中野雅紀「何を基本権は含みうるのか」法学新報 103 巻 2・3 号 (1997) 303 頁。

108) Robert Alexy, *A Defence of Radbruch's Formula*, in: M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8. Aufl., 2008, pp. 427., ロベルト・アレクシー (講演) 足立英彦 (訳)「包摂的非実証主義」法律時報 87 巻 3 号 (2015) 69 頁以下。

「法と道徳を区別し、ナチスの法も、やはり「法」であることを認めた上で、これに道徳の観点から抵抗する」という法実証主義的観点から Radbruch 公式への反論を試みているが¹¹¹⁾、結論の相違は視点の相違に基づくものではなく、両者の理解は併存しうる。

Alexy の想定する客観的次元を理解しようとするにおいては、Alexy と法実証主義の距離が重要である。この点は日本の法哲学領域においても、既に多く検討が加えられてきた。酒匂一郎は、「アレクシーが〈盗賊団の秩序〉と〈支配者の秩序〉との区別のメルクマールとしているのは、正当性主張とその受容の有無である。〈支配者の秩序〉においてはこの秩序の目的（たとえば民族発展といった目的）が、支配の正当化根拠として維持されており、それが少なくとも受容されている」として、支配の正当化根拠の受容に支えられた〈正統性〉 Legitimität が法秩序概念の「定義的なメルクマール要素として組み込まれている」とした上で、「この法秩序概念は観察者にとっても必然的であろうか」という問題に対しては「否定的な」答えが導かれざるをえないとする¹¹²⁾。それは「ある秩序の〈国家〉としての認定は同時にその〈法秩序〉の認定をも含むとすれば、この場合〈法秩序〉の認定のメルクマールは基本的に実効的な政治的統治秩序の存立である」ということになるからであり、「実証主義的法秩序概念は以上のような観

109) アレクシー（講演）足立（訳）、同上、72頁以下。足立英彦「もう一度ラートブルフを読み直す」法哲学年報（2003）160頁によれば、Radbruchの法概念の把握にとって、「参加者」「観察者」の視点は「目的論的概念形成」を必須の要素としている点で特徴的である（同158頁以下は、Radbruchが「価値に関係させられた現実」を「ある価値に奉仕するという意義をもつ現実」と言い換えていることを読み解く）。ラートブルフ（著）田中耕太郎（訳）『ラートブルフ著作集 第一巻 法哲学』（東京大学出版会・1961）105頁以下参照。

110) Trevor R. S. Allan, *In Defence of Radbruch's Formula*, in: Martin Borowski/Stefan L. Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, 2017, S. 88.

111) 渡辺久丸「ワイマール民主主義擁護の思想と行動」大橋智之輔ほか（編）『現代の法思想』天野和夫・矢崎光圀・八木鉄男先生還暦記念（有斐閣・1985）113頁。渡辺はナチスの経験を経たドイツにとってはこのハートの主張は「ほとんど受容しがたく適合しない」ものだと指摘し、Radbruch公式の「有効性と実践的抵抗性については他言を要せず検証ずみのことと考えても大過ない」とする（同113頁以下）。

112) 酒匂一郎「法と道徳との関連：R・ドライヤーとR・アレクシーの所説を中心に」法政研究59巻3・4号（1993）172頁以下。

察者あるいは外部者の視点にさしあたり依拠することができる」ところ、主要なメルクマールとなるのは「何らかの意味での実効性」であり、このメルクマールは「分析的実証主義においては、最上位の法的権威の実効性であ」って「その権威によって成立する秩序が一定の自主性と独立性をもつこと」が（他の秩序と区別される）法秩序の最低条件である（ただしそれだけでは足りず、「合法性の体系が独立の実効性をもって存在」することが必要である）¹¹³⁾。

更に、Alexy の Kelsen に対する態度について、長尾龍一は重要な分析を示している。長尾は、Kelsen による根本規範論と Hart による「承認のルール」論との対比的分析を踏まえて¹¹⁴⁾、Alexy の Kelsen に対する態度は「アンビバレントの感がある」との批判を加える。具体的には、規範認識にとって「カテゴリーの転換が前提」と考える点で Hart と Kelsen は共通の立場にあるところ、上述のとおり非実証主義の立場から根本規範論に懐疑を示す Alexy は、Hart 批判の文脈においては Kelsen を擁護する立場をとっている。Alexy は Hart の主張を、「裁判実務などによる承認のルールの「受けいれ」という「事実」から、承認のルールという「規範」が推論される」という「移行」、すなわち「存在 (sein)」から「当為 (sollen)」へのカテゴリー転換が「移行」を意識されずに行われている点について批判するが、その際に「移行」の問題を中心問題として生まれたのが Kelsen の根本規範論であるというのである¹¹⁵⁾。

本稿の文脈において注目されるのは、Alexy の「承認のルール」に対する態度

113) 同上、173 頁以下。

114) 周知の点であるが、Hart の「承認のルール」は Dworkin らの議論によって「ハード・ケースのための諸基準をも含みうるような広範な法概念を採用することの是非、それによって司法的裁量論を否定することの是非、さらにそのような広範な法の確認の基準を法実証主義的なものとして把えるか「在るべき法」の関与する反法実証主義的なものとして把えるか」という議論に展開した（深田三徳「法体系の究極的規準」矢崎光圀（編）『現代の法哲学』井上茂教授還暦記念（有斐閣・1981）207 頁以下）。Alexy の最適化原理としての基本権論における原理の考え方の、Dworkin からの影響については、Alexy, Fn. 93, S. 88.

115) 長尾龍一「ケルゼンの根本規範論についての一考察」法学新報 123 巻 5・6 号（2016）660 頁。なお「移行」ではなく、法そのものの性質が「存在 (sein)」か「当為 (sollen)」かという問題をめぐる日本法学界の大きな論争として、美濃部達吉と横田喜三郎による論争がある（八木鉄男「法は当為か存在か」ホセ・ヨンパルト／三島淑臣（編）『法の理論 11』（成文堂・1991）17 頁以下）。

と、「原理」としての基本権の解釈（主観的側面、客観的側面）の問題である。存在（sein）から当為（sollen）への「移行」を自覚的であるべきものであるとする Alexy が、敢えて「客観法」という言葉を用いないことは、この側面が主観法的側面から切り離された「法」ではなく、原理としての「基本権」の多元的な側面であるという理解に基づく。この考えは、通説における基本権の「客観法」的側面の理解と相矛盾するものではなく、むしろ通説の理論的基盤として理解できる。しかし通説においては、この多元的な側面に、「制度的、価値体系的、民主主義機能的、社会国家の基本権理論」が混在しており、これらの段階に対応するかたちで（自覚的か無自覚的かはわからないが）連邦憲法裁判所判決においても様々な用語が用いられているのではないかと推察される。この点 Alexy は自説の視点から、原理としての「基本権」を、端的にこのように理解している。「基本権とは、人権を実定法へと変形する（transformieren）——主観的または客観的——意図のもとに、簡潔に言えば、道徳的権利（moralische Rechte）としての人権を実定化する意図に基づき、憲法へと受容された権利のことである」¹¹⁶⁾。この理解のために、Alexy は自覚的に、「客観法」的という用語の使用を避けているのではないかと筆者は推測する。

そうだとすれば、（少なくとも Alexy の用語法を真剣に受け止めるならば）「客観的」または「客観法的」、いずれの用語を用いるかということ、単なる用語の問題ではないということになる。Jarass は同様の問題意識を、判例の分析を基礎に示している。「連邦憲法裁判所は「客観的（objektiv）」という形容詞を用いていることが圧倒的に多」く、「客観法的（objektiv-rechtlich）」という形容詞はほとんど見られない」ところ、このことは「連邦憲法裁判所が従来の基本権内容の呼称について「主観法的（subjektiv-rechtlich）」という呼称を避けてきたことが符合する」¹¹⁷⁾。基本権の客観的内容が問題となるカテゴリーについて分析した上で、その実践的な意義を「主として基本権所有者がその侵害に対して裁判によって対処することができるのかどうか、すなわち基本権の客観的内容が主

116) ロベルト・アレクシー（講演）松原光宏（訳）「基本権・民主制・代表」法律時報 87 巻 3 号（2015）65 頁。

117) ヤラス（著）土屋（訳）、前掲注 105）、105 頁以下。

観的権利をもたらすものなのかどうかにかかっている」として、学説はこれを否定する見解が有力である一方、判例は「幾度となく、そして無条件で基本権の客観的内容を認めてきたという状況であり、その侵害が基本権所有者によって裁判で主張されうる状況である」と Jarass は分析する¹¹⁸⁾。判例の捉え方は諸説あるが、Jarass は判例における「基本権の客観的内容の主観法的転化」を抑制的に捉える理解を「まったく説得的ではありえ」ず、「このような立場を支持するために連邦憲法裁判所の判例において挙げられうるのは、実際のところ、概念の選択、つまり「客観的」という形容詞を用いていることだけ」であるが、むしろ「概念レベルで顧慮しなければならないのは」ここでも「裁判所が「客観法的」という概念」をほとんど用いていないということであるとし¹¹⁹⁾、「基本権の客観的内容が少なくとも今日的形態においてはすべて主観法的性質をもつ」との初見を示したうえで、「客観法的」という用語を避け、「客観的」ないしこれを具体化した「保護義務」「拘束的委託」という用語を用いるべきだと主張する¹²⁰⁾。

本稿において特に注目したい点は、先述した連邦情報局外国間通信偵察判決が、Jarass の判例理解よるとほとんど用いられていないとされてきた「客観法的」という用語を意識的に（初期の判例のように「客観的」と互換性ある用語としてではなく明示的に）用いていることである。これは、Jarass の判例理解を否定するものではなく、むしろその優位性を示すものではないか、と筆者は考えている。すなわち、本判決が言う「客観法的」という語が指す内容は、Lüth 判決以降基本権の客観的内容として語られてきたものとは異なる性質を有するものであることが明らかになっているのではないか、ということである。ただし Jarass 自身は、連邦憲法裁判所が「どのような手続法的帰結を基本権の客観的内容から引き出すことができるのかを考察している」ことを前提としつつ、「補助的機能として防御権の領域や保護請求権の領域における中心的機能を支えるような横断的カテゴリー」としてであれば「基本権の手続法的作用」が基本権の客観的内容の部分領域として認められうると考えていることには注意が必要である¹²¹⁾。

118) 同上、118 頁以下。

119) 同上。

120) 同上、123 頁。

3. 若干の分析と Wahl の視点

以上の分析は、基本権の客観的側面と関連づいた客観法領域における国家の役割の検討としては、基本権保護義務論の手前までの議論となっている。これは筆者が既に別稿で基本権保護義務論について整理しているためであるが¹²²⁾、前提となる客観法領域と基本法の結びつきについての本稿での検討を踏まえて、改めて基本権保護義務論について検討する必要がある。この点は別稿にて論ずる¹²³⁾。

では本稿の議論の範囲内では、完全な客観法領域において具体的な法律の内容形成に連邦憲法裁判所が踏み込むことについて、どのような示唆が与えられるのだろうか。主観的権利の保護のために、違憲審査の形で法律の内容形成に関与することは、憲法裁判所の中核的な権限である。他方客観法の領域における内容形成は、本来立法府の任務である。本稿で扱ってきた連邦憲法裁判所判決も、諜報機関法制に関する立法裁量を前提としながら、具体的な「拡張された独立の客観法的統制」の内容を示している。そうだとすれば、ここにいう「客観法的統制」の内容として立法府に要求される内容が何でありうるのかということが問題となる。

この疑問に対する回答の一つは、憲法秩序から導かれる比例原則を根拠として裁判所から立法府に要求することのできる内容はあくまでも「独立の客観法的統制」であり、監督機関や手続的統制といった具体的な制度設計に対する要求は立法府を直接的に拘束するものではないと理解することである。「客観法」という用語は元来基本権の客観法的側面を示すものではないし、本判決でも「基本権」との関係性は明示されていない。そうだとすれば、ここにいう（明らかに主観的権利のための違憲審査基準とは異なる）比例原則は、あくまでも国家原理から導かれる純然たる客観法領域に作用する規範であると捉えることが適切ではないか

121) 同上、117頁。なお、土屋武「基本権におけるドグマティックと理論」ヤラス（著）松原（編）、前掲注105）、135頁以下参照。

122) 小西葉子「テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則（2・完）：je-desto 公式と、法的概念としての「安全」」一橋法学17巻1号（2018）38頁以下。

123) 基本権保護義務論と国家の在り方について論じるにあたっては、日本で既にこの議論を詳細に論じた小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・1998）、三宅、前掲注74）などの体系的な先行研究に関連する分析が不可欠であるが、本稿はこの点には立ち入らない。

という確信が更に深まることとなる。このような理解は、先述した先行判例における「監督的統制」などと「客観法的統制」の位置づけの相違とも整合する。

この結論は、立法の内容が適切であるとはいえない場合で、しかも直接の権利侵害を根拠として要求することのできない法律の内容形成について、裁判所が何を根拠に立法を要求できるのか、どこまで具体的な内容形成を要求できるのかということ（実際に立法によって憲法上の要請が充足されていない場合に、裁判所はどのようなアプローチを採用することができるのか、という命題）について、一つの検証を試みるものにすぎない。ここで筆者が述べたいことは、「客観法」という用語が（例えばⅡで述べた国家の情報収集活動に対する「統制システム」のような）法的システムの構築の土台として、立法府ではなく裁判所によって語られる場合には、厳密な限定のもとで用いられなければならないということである。これは、客観法領域における法形成の主体は立法府であり、裁判所はあくまで憲法の要求する範囲内において立法内容を統制することができるにすぎないのだという法治国家の大前提を、裁判所自身が崩すことがあってはならないという考えに基づく主張である。

この主張に関連して、基本権の客観的次元と区別される基本法の客観法的な要請について Rainer Wahl が展開してきた議論を参照してみたい。Wahl は 1984 年に発表した論稿で、憲法の優位と法律の関係について論じている¹²⁴⁾。同論稿の議論は、憲法の客観法的要請について、憲法に「劣後する法律に残された意義は何か」¹²⁵⁾という問題設定から分析するものである。この議論は、劣後する法律に残された意義を分析することで憲法から導かれる「客観法」の領域を画定するという意味で、「客観的」ではなく）際立って客観法的議論であると位置づけられる。

Wahl は、複数の基本法上の条項と「連邦憲法裁判所判例便覧」を、1984 年当

124) Rainer Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, NVwZ 1984, S. 401ff., 邦訳としてライナー・ヴァール（著）小山剛（監訳）『憲法の優位』（慶應義塾大学出版会・2012）251 頁以下 [石村修（訳）]。以下、原則として引用は邦訳に依拠する。Vgl., Rainer Wahl, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003.

125) ヴァール、同上、268 頁。

時の「憲法の優位を代表」する根拠として挙げた上で、これらが「法律を知覚し、解釈するための特殊なやり方」として、「法律は憲法および基本権から導出されたもの、憲法委託の履行、基本権の客観的内容の具体化であるとする考え方・説明の仕方」により強化されると解釈する（「法律の憲法従属性」が増大し、「命令的・演繹的説明方式」と呼ばれるものに至ったと表現される）¹²⁶⁾。

Wahlにとって、立法政策のレベルで「憲法次元における解釈学的論証を自称するもの」が席卷することは、「演繹的・要請的な評価は、法律から、(相対的ではあるが、それでも多分の) 独自性と自立性を奪い取る」ために危惧すべきものである。ある法律が憲法適合的であれば、その法律に従った行為の合法性は、すなわち行為の憲法適合性を示すものとして機能することが原則であるはずだが、この機能は「基本権の単純法への勝者という構想ないし図式、そして比例原則」により「実定法規に直接的な憲法からの個別の留保が添付される」ことで限定されている。Wahlはこの点に強い懸念を示す。「憲法からの要請が法律の中で可能な限り処理されているのであれば、直接に基本権に依拠しなければならない場合は、必然的に少なくな」り、そのような法律は「自立性と独自性を維持し、取り戻す」べきであるというのが、Wahlの主張である¹²⁷⁾。実定法のレベルで優位する憲法と法律との関係への問いの一つとして、「法秩序の客観法的な要素としての基本権の、憲法上の放射効果の程度」についての問いがあるが、「憲法の優位の原理は根本的なもの」である一方、その範囲については何も語っておらず、「憲法は、核心においてすべての法秩序をその中に含んでいるわけではない」とWahlは考える¹²⁸⁾。

Wahlは、本稿発表のちょうど20年後に刊行されたHandbuchにおいて、基本法19条解説部分の執筆を担当している¹²⁹⁾。WahlはLüth判決を中心に、基本権の客観法的次元(Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte)について論じ、基本権の客観法的意義とは基本権ドグマティクにとってのみ意味をなすものではなく、その効果や帰結は更なる広がりを持つものとして意味がある

126) 同上、268頁以下。

127) 同上、271頁。

128) 同上、272頁以下。

として、スイス・アメリカ合衆国・フランス・スペイン・オーストリア・EU などでの客観法的機能の理解を比較検討している¹³⁰⁾。Wahl はこのような比較検討を行う理由として、「政治的討議及び全ての法秩序における憲法の常在 (Allgegenwart)、強力な法化推進力 (Verrechtlichungsschub)、全ての法秩序の憲法従属性 (Verfassungsabhängigkeit) が、基本権の客観法的次元の帰結の一部である」ことを挙げる¹³¹⁾。ドイツの体系にならった基本権の客観的次元 (objektive Dimension) が生じたことは、「基本権の精神からの法秩序の復活」なのである¹³²⁾。「独裁的あるいは専横的な政体から新しい秩序の民主主義のエンジン (Demokratie Motor) への転換 (Wende)」が憲法裁判の積極主義への追い風となった歴史的な潮流の中に位置付けられる Luth 判決¹³³⁾を基礎とした基本権の客観的次元の効果は、「実際の憲法の命題にも関わらず、その規範性のみならず、かなりの部分で基本法とその時々状況をつくりだしている全ての憲法および憲法訴訟に関わる環境に負うところがある」としている¹³⁴⁾。

一方では憲法と法律の関係から、他方では比較法的・歴史的観点から基本権の客観法的側面の作用について説明する Wahl の見解は、いずれもその問題を憲法作用の拡大に見出している点が特徴的である。このことは、基本権の効果として主観法的な側面と客観法的側面がある、という説明が、不適切ではないが十分で

129) Rainer Wahl, § 19 *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, 2004, S. 745ff. 基本法 19 条は基本権の制限に関する条文である。同条から基本権の客観法的側面を論じた著名な論者は、言わずと知れた Häberle である。日本でも大きな影響力を持った氏の著作 (Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Aufl., 1983.) については、すでに多くの先行研究で論じられているため、ここでは詳細に立ち入らないが、どんな基本権もその現実の保障のためには法律による内容形成を必要とする、というのがその主張の基礎であり、国内外の論者に影響を与えている。ペーター・ヘーベルレ (著) 畑尻剛/土屋武 (編訳) 『多元主義における憲法裁判 P. ヘーベルレの憲法裁判論』(中央大学出版部・2014)、畑尻剛『P・ヘーベルレの憲法論とその批判』DAS 研究会 (編) 『ドイツ公法理論の受容と展開』(尚学社・2004) 143 頁以下参照。

130) Ibid., 2004, S. 764ff.

131) Ibid., S. 746.

132) Ibid.

133) Ibid., S. 755f.

134) Ibid., S. 758.

もないということを示唆する。十分に説明をするためには、防御権という主観法的な性質が基本権の中核であるという理解に異議を唱えないことを前提に、主観法的側面と客観法的側面は表裏の関係と捉えるのか、主観法的側面を中心に置いた「放射」的な関係であると捉えるのかという区別を明確にする必要がある。ただし両者の区別が、実際にどのような意味があるのかは、上述のとおり基本権保護義務の形成との関係から更なる検討の必要がある。

VI むすびに代えて

本稿は、国家の情報収集活動を統制するためのシステムが構造化される憲法上の正当化根拠の所在を確認するという問題意識から、諜報機関法制に関するドイツの連邦憲法裁判所判例を端緒として「客観法的統制」の内容と範囲について検討を加え、「裁判所が違憲審査を通じて、立法による憲法上の権利を保護するための適切な仕組みづくりが実行されていないと判断する場合、どのような手段で法の内容形成にアプローチすることができるのか」という命題について検討した。

本稿のⅣで、この命題に対して示した重要な視点は、「憲法上の文脈と法的システム上の文脈が、どのように接合するのか」というものである。そこでⅤで、この接合を理論的に説明するのは基本法の要請と裁判所による客観法の内容形成との関係ではないかという仮説から、基本法に基づいて直接に形成されうる客観法領域の性質について、不十分ながら検討を加えた。

筆者がⅤの議論を通じて主張したかったことは、客観法領域における法形成の主体は元来立法府であること、そして裁判所はあくまで憲法の要求する範囲内において立法内容を統制することができるにすぎないのだという法治国家の大前提を、裁判所自身が崩すことがあってはならないということである。

違憲審査が十分に機能していると言い難い我が国において、このような主張をするにあたっては、その意図の敷衍を要する。筆者が危惧しているのは、違憲審査の積極化そのものではない。この点は強調しておく必要がある。ただし、裁判所至上主義を標榜するものでももちろんない。違憲審査の積極化は、現状裁判所の発言力が強いとはいえない日本においては、統治機構間の抑制・均衡を適正

に保つために必要であるが（この点違憲審査が積極的なドイツとは、状況が異なる）、ここでも重要視されるべきはあくまで、Ⅱで述べた「統制システム」の構造化を意識した統治機構間のバランスである。

このような視点から、筆者が本稿を通じて示したいと考えたのは、違憲審査の皮を被って法律のないところに「法律」を生み出し、法治国家を脅かす存在の出現に対する危惧である。言うまでもないことであるが、裁判所の存立基盤もまた実質的な法治主義にあり、法治主義なくして公正な法の適用・解釈は存在しない。その点本稿で扱った連邦情報局法外国通信偵察違憲判決は、裁判所がドグマーティクの名のもとに自身の権限を拡大しすぎてはいないか、という疑問をもたらす事案であるといえる。

違憲審査が積極的でないと評される現在の日本に、この問題意識はなんら関係のないものとも思うかもしれないが、そうではない。日本において違憲審査が積極化し始めるとき（それは明日かもしれないのだが）、我々はその動向や内実を注視し、更にはこれまで蓄積されてきた公法学の理論を駆使して、その権限の行使が権力分立のバランスの観点から見て適切なものであるか、検証を行うべきであると考えられるところ、本稿は、ドイツの諜報機関法制を取り巻く状況を題材に、実際にこの検証プロセスに挑んだものである。この挑戦は十分成功しているとは言いが、大量の法令や判決、学術論文、言説が世に出続ける現代においてこそ（また「情報」を題材としているために、技術的発展に伴うスピード感ある研究の遂行が強く要求される場合においてこそ）、先行研究の蓄積を丁寧に紐解き紡ぎ合わせていく、という学術研究の手法が重要である。

そして、権利論の側面から違憲審査を積極化するための議論をすることと、積極化が推進される局面において統治機構論的観点から留意すべき問題について議論をすることは、択一的・排他的関係にあるものではない。むしろ双方の議論を両輪としてはじめて、真に憲法上の権利を保障することのできる憲法訴訟論を構築することができると筆者は考えている。

憲法学の偉大な先達である栗城壽夫は、基本権の客観法的理解が「消滅したのではなく潜在的なものとして存続」し「再登場」したとする Grimm などによる歴史的論証に対して、「嘗っての状況と現代の状況との連続性が些か安易に肯定

されているように思われる」、「基本権の客観法的内容という概念のもとで、国家秩序・法秩序全体にとっての基本原則という意味と国家の積極的活動への義務づけという意味とが混同されているように思われる」と指摘したうえで「基本原則のよって根拠づけられ得るものの範囲は限られているのではないであろうか」と疑問を呈した¹³⁵⁾。筆者はこの疑問に強く共感する。そしてこの疑問は、法的ドグマティクが席卷する現代において、より一層真剣に受け止められなければならないものであると考えている。

135) 栗城、前掲注81)、97頁。