

連邦刑事庁（BK A）・ラスタ―捜査・オンライン捜索（1）

—— 憲法学的観点からみたドイツにおける「テロ対策」の現段階 ——

植 松 健 一

—— 自由な法治国家は、予防国家でもなければならぬ。予防任務を担えないような国家は、その法治国家性も傷つけることになるであろう。

W. Bosbach⁽¹⁾

—— とにかく彼はすでに実現させた多くの変更がどういう結果となるかを待たずに、常に新しい恐怖のシナリオと新たな提案を持ち出して世論に息つく暇すら与えないのですから。

W. Hoffmann-Riem⁽²⁾

はじめに

第一章 BK A改定の背景とその周辺

第二章 BK A法改定の境界値①—— 具体的危険の法理（以上、本号）

第三章 BK A法改定の境界値②—— IT基本権・私生活形成の核心領域・裁判官留保

第四章 BK A法改定の争点

おわりに

はつめい

ドイツでは、二〇〇九年一月一日に「連邦刑事庁 (Bundeskriminalamt: BKA) 及び刑事警察業務における連邦と各州の協働に関する法律」(BKA法) 等の改定を内容とする「連邦刑事庁による国際テロリズムの危険防除のための法律」(〇八年BKA改定法[BGBI 2008 I, 3083]) が施行され、従来のBKA法に四a条及び二〇a乃至二〇x条が追加された。これにより、州の管轄である危険防除が一定条件の下でBKAにも並行権限として付与され、この任務に必要な——その多くが最新技術を駆使した予防監視的・情報収集的な性格を持つ——措置がBKAに認められることになった。BKAのFBI化への布石とも評される今回の法改定は、ドイツの国内治安法制(安全法制[Sicherheit] ⁽³⁾) の構造転換をもたらす可能性がある。また、今回のBKA法改定は、それが最近の国内治安法制に対する連邦憲法裁判所の判断との緊張の中で敢行されたがため、その改定論議の中に憲法上・警察法上の近時の諸争点が凝縮している。二〇〇〇年代後半に入り連邦憲法裁判の判決を対抗軸に(見方によっては、連邦憲法裁判自身を一方のアクターとして) 新たな様相を示し始めている「自由と安全」に関する議論動向の把握にも、BKA法改定問題は有効な足がかりとなろう。もちろん、すでに日本においても、このようなドイツの動向を素材として現代の事前配慮国家(Vorsorgestaat) ⁽⁵⁾ による予防的措置に対する法治国家的諸原則の耐久力が検討されてきた。⁽⁶⁾ それゆえ本稿は、これら先行業績の手を借り、さらにBKA法改定問題を導きの糸とすることで、ドイツにおける「自由と安全」をめぐる憲法状況の現段階を把握する試みということになる。⁽⁷⁾

以下、まず、BKAの任務拡大に伴う問題状況を確認した上で、連邦憲法裁判の判例動向を概観する(第一章)。次

に、これら諸判例の中で示された概念・法理の中で今回のBKA法改定と関連の深いもの（具体的危険、IT基本権「ITシステムにおける秘密性と完全性の保障に対する基本権」、「私生活形成の核心領域」論、裁判官留保）について、その論点を把握する（第二章、第三章）。以上の作業を踏まえ、最後に、BKA法改定の内容を概観し、その憲法上の争点を整理・検討する（第四章）。

第一章 BKA法改定の背景とその周辺

1 BKAの権限と存在感の拡大⁽⁸⁾

BKAは、刑事警察に関する連邦と各州の協働（基本法七三条一〇a号）に基づく「警察上の情報照会・報告制度のための及び刑事警察のための中央機関（Zentralstelle）」（同八七条二項二文）として設置された、連邦内務省所轄の連邦上級官庁である。一九五一年のBKA設置法（旧法）により誕生した後、数次の法改定を経て、刑事訴追の連絡・支援機関にとどまらない独自の「多機能的治安官庁」としての性格を強めてきた。まず、七三年の大幅改定の際に、国際的な武器・麻薬密輸と通貨偽造に対する独自の捜査権限が付与され、さらに一九九五年の欧州警察機構（Europol）協定発効後、同機構に対する窓口を担うに至り、BKAの役割は一段と高まった。おりしも連邦憲法裁判所国勢調査判決（VerfGE 65, 1）に対応した情報自己決定権保護の観点からの法整備が、他の公官庁と同じくBKAにも求められていたところであり、九七年に現行BKA法が制定された。しかし、BKAの権限拡大を伴うこの新法は、政権連立に参加していたFDPも消極的で、連邦参議院では五五箇所もの修正要求が出されるなど、政治的には難産であったことは記憶されてよい⁽¹²⁾。しかし、ともかくも成立したこの新法の下、指紋やDNA解析技術の向上に

も支えられて、BKAは犯罪データベースの運用の中核としての役割を担うようになる。⁽¹³⁾さらに、〇二年の第二次「テロ対策法」(BGBl 2002 I, 361)に基づくBKA法改定があり、BKAには刑法三〇三b条のコンピュータ・サポータージュ罪(データの消去又はデータ処理設備若しくはデータ媒体の損壊・改変等を通じた公共機関や民間事業者の重要なデータ処理の妨害の罪)に関する刑事訴追権限が一定の条件の下で付与された(BKA法四条一項)。また同時に、BKA法二条二項一号に基づく中央機構として必要な既得情報の補充・解析目的での、国内の公共機関・民間事業者や海外の刑事・司法機関からのデータ徴取(同七条)の権限も付与され、⁽¹⁴⁾中央情報機関としてのBKAの性格がより鮮明になった。こうした権限と役割の拡大に対応すべく機構改革が推進され、〇五年には国際連絡局(International Koordinierung: IK)が発足した。また、〇六年の共同データ管理法(BGBl 2006, I 3409)に基づく「反テロ・データベース」(ATD)には、BKA、連邦情報局(BND)、連邦憲法擁護庁(BVfS)、軍諜報部(MAD)、税関刑事庁(ZKA)、連邦警察(BP)、各州の憲法擁護庁及び州警察が参加しているが、ここでもBKAは中心的な役割を果たしている。⁽¹⁵⁾

かくして、〇八年BKA法改定以前に付与されていたBKAの主な任務としては、①刑事訴追・犯罪予防について情報提供・解析等を通じた州への支援及び各州間の調整(BKA法二条)、②刑事訴訟法一六一条及び一六三条に基づく刑事訴追(四条)・具体的には、国際的な武器・麻薬取引、偽造通貨、資金洗浄、国際犯罪組織による連邦憲法機関及びその構成員等に対する脅迫等の罪、刑法二二九a条の禁ずるテロリスト結社の結成等の罪、及びコンピュータ・サポータージュ罪)、及び、それ以外の犯罪で州又は連邦検事総長からの委託若しくは請求又は連邦内務省の指示に基づく場合の刑事訴追(四条)、③四条の任務遂行に関わる証人保護(六条)、④憲法機関及びその外国賓客に対する警護(五条)、⑤欧州刑事警察機構(Europol)をはじめとする国際刑事組織及び外国の警察機関との協働の窓口として

の役割（三条）、がある。こうした任務に応じて、BKAには犯罪歴のある者の個人情報や捜査・刑事訴追に関する記録等の保存・改変・利用が認められ、また、国内の公共機関若しくは民間業者又は国際刑事組織若しくは外国の刑事・司法官庁等との情報交換、さらに当該任務に関わる犯罪情報のデータベースの管理・参加が認められている（七条乃至一三条及び二〇条）。とくに憲法機関構成員等の保護（五条及び六条）関連では、いわゆる標準措置である身元確認や人・物に対する捜索（二一条）の他に、特別の予防監視的措置が認められている。すなわち、この領域においては要保護者の生命、身体並びに自由に対する犯罪の実行が推定できる人物及び当該人物の同伴者・連絡者に関する情報徴取が可能であり、その手段として明示されているのは、①二日間を越える長期的監視、②家宅外での技術的手段の秘密運用による録画・録音、及び③捜査協力員の利用である（二三条）。

このような漸進的な権限拡大を遂げてきたにもかかわらず、BKA単独での捜査・監視措置が右列記のものに限定されている限り、総合的な治安機関としてはなお活動上の限定を伴う。後述3で扱う〇一年から〇三年に「テロリスト」摘発のための各州警察が実施した予防的ラスタースト捜査（präventive Rasterfahndung：スクリーニング捜査、網目スクリーニング捜査などとも訳される）の際にもBKAはプロファイリングやデータファイル運営において主導的な役割を果たしたが、自らは予防的ラスタースト捜査の権限を持っていなかった。「テロ対策法」により追加されたBKA法七条二項も「個別の情報照会を認めるものにすぎず、自動照会による包括的なデータ獲得を認めるものではない」⁽¹⁶⁾。こうしたこともあり、直接には基本法七三条一項九a号の具体化を契機とした今回の法改定によって、BKAの危険防除及び「犯罪の予防的対策」（vorbeugende Bekämpfung von Straftaten）領域における権限（とくに情報収集権限）拡大がねらいとされたのであった。

2 基本法改定による分離原則 (Trennungsgebot) の揺らぎ

その際に見落とせないのは、そもそも基本法七三条一項九 a 号自体が B K A サイドの強い意向で実現したものであり、法治国家的な観点から問題を含むものであったという点である。同号は、「州をまたぐ危険が存在する場合、一の州警察官庁の管轄が認識できない場合、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 (Bundeskriminalpolizeiamt) による国際テロリズムの防除」を連邦の専属的立法とするものである。この規定挿入は〇六年の連邦制再編の一環として行われたものであるが、再編の基本コンセプトが連邦の管轄事項に対する連邦参議院の同意項目の削減を前提とした州立法権限の拡大にあった中で、例外的に九 a 号は連邦参議院の同意を条件に (同条二項) 連邦の立法管轄を拡大するものとなっている。⁽¹⁷⁾ 「国際テロリズムの防除」という限定的範囲とはいえ、危険防除任務への連邦の進出に変わりはなく (州からの要請の場合はまだしも、州をまたぐ危険か否かや州の管轄権が認識できるか否かを認定するのが B K A であればなおのこと)、⁽¹⁸⁾ しかも internationaler Terrorismus の定義自体が基本法上は不明確という点も鑑みれば、「この規定はドイツの警察・治安法制システムに破壊を伴わずには順応しないものである。それでも、このような伝統の破壊が政治的に選択され、基本法により正統化されたのである」⁽¹⁹⁾ という指摘も肯首できよう。

より巨視的に見た場合、B K A の権限拡大は、八〇年代から九〇年代にかけて「犯罪の予防的対策」が警察の活動領域として実務上・理論上認知されるようになって以降の⁽²⁰⁾、さらには「テロ対策法」以降の⁽²¹⁾、諜報 [Nachrichtendienst]・公安調査 (憲法擁護) 機関と警察、刑事訴追と危険防除、連邦と州といった従来の機能上・管轄権上の垣根の相互浸食という周知の現象の一側面と捉えられるべきである。したがって、B K A の権限拡大は、まず、安保・治安的情報収集活動 (防諜、諜報、及び公安調査) と警察活動との組織上・権限上の「分離原則」

(Trennungsgesetz)⁽²²⁾ への抵触のおそれを意味する。分離原則は、ゲシュタポ時代の反省に基づき包括的な治安官庁の成立を妨げるという目的と同時に、前者が連邦、後者が各州という連邦主義的任務配分と対応することで連邦主義の維持に資し、さらに、当該原則から要請される諜報・公安調査機関と警察との情報共有の制限が、個人の情報自己決定権保護の役割を果たしてきた。⁽²³⁾ ○五年の「連邦国境警備隊の連邦警察への名称変更に関する法律」(BGBl I 2005, 1818)ですら、従来の連邦国境警備隊の権限自体を変更するものではなかったにもかかわらず、成立に際して連邦参議院での反対が少なくなかったのは、「連邦警察」(BP)という名称変更が象徴する警察任務の連邦への集権化の動きへの各州の危惧を示している。⁽²⁴⁾ ましてや基本法七三条一項九 a号の場合、連邦の実際の権限拡大であり、しかも同号が——BNDでもBPでもBvFSでもなく——「連邦刑事警察官庁」具体的にはBKAを「国際テロリズム」対策の担い手に指名したことで、BKAの「多機能的治安官庁」化と分離原則の溶解を予測する見方が改正時から存在していた。⁽²⁵⁾ 前述の「反テロ・データベース」も、そのような流れを促進するものである。⁽²⁶⁾ 他方では、九四年の組織犯罪対策法、○二年の「テロ対策法」を経てBNDも危険防除・刑事訴追領域に進出してきており、⁽²⁷⁾ 分離原則の境界はさらに曖昧になってきている。近時では、分離原則には基本法上や法治国家的原理上の根拠はなく、歴史的沿革と結びついた単純法レベルの原則にすぎないとして——この主張自体は以前から存在するものであるが——とくに「テロ」対策分野における当該原則の緩和を支持する議論も登場しており、⁽²⁸⁾ 実務上も理論上も大きな揺らぎをみせている。さらに、連邦の危険防除任務への進出は、連邦刑事訴追/州警察の「二重管轄の禁止」(Verbot der Doppelzuständigkeit)と呼ばれるもう一つの機能分割原則の浸食である。この場合、他方では連邦のみならず、その逆のベクトルで、州警察が「犯罪の予防的対処」の枠の中で連邦の刑事訴追任務に主体的に足を踏み入れていることも忘れてはならない。⁽²⁹⁾

3 予防的ラスタ―捜査 (präventive Rasterfahndung) に見る「非常時」志向

2で述べた現象は、七〇年代後半に「国内治安」(Innere Sicherheit) 概念が内務省・警察サイドの言説に登場して以降、より如実には九四年の組織犯罪対策法に基づく法整備以降、段階的及び不加逆的に進行してきたものであるが、これに拍車をかけたのは周知のとおり〇一年九月一日の米国での「テロ」事件である。連邦憲法裁判所裁判官ディ・ファビオの言葉を借りれば、この事件以降「いかなる手段でも正当化される『非常時・転換期』(Not-Wendzeit) がヒステリックに語られる傾向⁽³²⁾」がドイツでも顕在化することになった。「テロ」と無関係の一般乗客ごとハイジャック機を撃墜できる航空安全法一四条はかかる傾向を最もよく象徴しており、だからこそ当該規定を違憲とした連邦憲法裁判所の判決が世論や学説の大きな関心を集めたのであった。⁽³³⁾しかし、この極限事例を想定した文字通り「象徴的立法 (symbolische Gesetzgebung)⁽³⁴⁾」といえる撃墜条項と同じく——しかし日常的に市民が措置の対象になるという意味において一般性を有し、しかも実際に講じられた措置であるという点では撃墜条項以上に——「非常時」の常態化を物語る法現象として、九・一一事件を契機とする警察による予防的ラスタ―捜査(以下、「九・一一ラスタ―捜査」と呼ぶ)を記憶しておく必要があるだろう。⁽³⁵⁾ BKAとの因縁少なからず、また次章の判例にも関わる「九・一一ラスタ―捜査」の状況について、ここで立ち入って見ていくことにしよう。

(一)「九・一一ラスタ―捜査」の運用状況 ラスタ―捜査とは、警察が他の公共機関や民間業者からそれぞれが保有する個人情報(例えば、住民登録上のデータ、公共料金の支払記録、銀行口座の取引記録)の提供を受け、これらの情報を電磁データ上の自動照合に掛けて(網掛け[Rasterung])、捜査に関連する特徴を有する人物を割り出す措置である。⁽³⁶⁾このような捜査手法自体は、七〇年代の赤軍派(RAF)の政治的「テロ」対策として当時のBKA長官日・ヘロルドの指揮により導入された後、九二年の組織犯罪対策法に基づき刑事訴訟法九八a条及び九八b条に

規律された、従来から知られたものではある。⁽³⁷⁾ R A Fの幹部や国際犯罪容疑者の潜伏先発見・身柄確保に効果を発揮したとされるが、費用対効果の問題もあり、二〇〇一年までの五年間、B K Aはこの手段を用いていなかった。

しかし、九・一一事件がラスター捜査に再び脚光を当てることになる。〇二年の第二次「テロ対策法」一八条に基づく社会保障法典の改定(第十編六七条以下)によりラスター捜査のための社会保障情報提供が認められてもいる。ただし、実際に実施されたのは各州の警察による「九・一一ラスター捜査」である。九・一一事件実行犯(とされる者)の一部が一時期ドイツ国内にいわゆるスリーパー(Schläfer)として潜伏していたという報道はドイツ社会に衝撃を与えたが、事件直後、各州内相定例連絡会議はドイツ国内のスリーパー・テロリスト又はその協力者・関係者を発見するためのラスター捜査体制を取り決めた。各州の刑事庁や憲法擁護局は刑事当局以外の公共機関(大学・専門単科大学、市町村の住民登録申請課、及び外国人登録中央管理局)の保有情報をB K Aに提供し、B K Aは「テロ実行犯」のプロファイリングに加えて、各州から寄せられた情報を一本化するデータベース・Schläferを構築した。ノルドライン＝ヴェストファレン(N R W)州だけで延べ五二〇万名分の個人情報収集・照合され、うち三万二千名の情報がデータファイル・Schläferに登録されている。プロファイリングされた照合基準は、子が無く独立生計を営む一八歳から四〇歳までの男性、大学生・専門単科大学生若しくはこれらに過去在籍していた者、飛行操縦訓練経験者、頻繁な海外渡航やビザ再申請、イスラム教信者、イスラム圏諸国の国籍保有者若しくはその国で生まれた者等であった。⁽³⁸⁾ この照合の結果、ハンブルグではラスターに残った一四〇名のイスラム系外国人が警察の任意捜査を受けている。⁽³⁹⁾ しかし、R A Fの幹部のように容疑者やその特徴が特定されていれば別だが、「イスラム系男性」という漠然とした範疇の中から具体的な容疑も特定できないまま不信人物を摘発するのは極めて困難な作業であり、捜査に大量の人員と経費を費やし⁽⁴⁰⁾二〇〇三年まで続けられたにも関わらず一人のスリーパーも摘発できない結果に終わった。

つまるところ、この捜査は市民の「テロ」への不安を解消する活動を公権力は怠っていないとアピールするだけの「象徴的警察活動」であった、と診断される所以である。⁽⁴¹⁾

(2) 予防的ラスタースearchの法的根拠

もともと、九〇年代の警察法改定の際に多くの州は、「犯罪の予防的対

策」のためのラスタースearchについて警察法模範草案補正案（一九八六年）一〇f条を範とした特別の授權規定を設けており、そのうち少なからぬ州が「現在の危険」(gegenwärtige Gefahr)、すなわち「損害を及ぼす出来事の効果が生じ始めているか、又は当該効果がほぼ確実な蓋然性(an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)をもって直ちに若しくは極めて近い時点で差し迫っている」危険(ニーターザクセン州公共安全秩序法[NSOG]二条一号bの定義規定)という講学上「最上位の」⁽⁴²⁾過重要要件を当該searchに求めていた。「現在の危険」を規定する場合、損害発生の時間的近接性と生命・身体等の保護法益の重大性の要件とが結合されるのが通例であり、⁽⁴³⁾B・ピエロートらの整理によれば、このような加重要件は、①特段に強度な基本権侵害を伴う措置、②多数の非侵害者(Nichtstörer)が対象となる措置、又は③警察に権限が無いが、損害の重大性や損害発生の接近性から、警察が講じることのできる措置について、その濫用に対する立法者の配慮として説明されている。⁽⁴⁴⁾すなわち、州警察法上のラスタースearchは少なくとも②に該当するものであり、そこに「現在の危険」を要請した立法者の配慮は一定の合理性を有するものであった。

(3) 裁判所の判断

しかしながら、「九・一一ラスタースearch」の令状に対してイスラム系の留学生等による差

止め等の訴えが各地の通常裁判所や行政裁判所に陸續と持ち込まれると、この「現在の危険」(もしくは授權規範上のこれに類する文言)の有無をめぐって、裁判所の判定は二極に分かれてしまう。⁽⁴⁵⁾しかも、ドイツ国内での「テロ」事件の危険性を否定したのは確定判決としてはヘッセン州のsearchに対するフランクフルト上級行政裁判所の二件の決定(OLG Frankfurt, NVwZ 2002, S. 626, S. 627)のみで、その趨勢は「現在の危険」をはじめとする授權規範上

の意味における「危険」の存在を簡単に認定してしまった。捜査を適法とした裁判所は、①ニューヨークの「テロ」事件の一環としてドイツが攻撃対象となる危険性を認定したり (AG Düsseldorf, DuD 2001, S. 754 f.)、②ドイツが米国との協調を示し米国の軍事行動に参加したことによる報復「テロ」を「危険」と認めたが (OLG Düsseldorf, NVwZ 2002, S. 629)、なかには、③ドイツ国内での「テロ」の「現在の危険」自体は否定しながら、諸外国における危険状態の存在から、刑法六条の世界主義 (Weltrechtsprinzip: 海外で実行された国際共通的な保護法益侵害に對するドイツ刑法の適用) 及び同七条の消極的当事者主義 (passives Personalitätsprinzip: 海外で実行されたドイツ連邦共和国又は国民を対象とした一定の犯罪に對するドイツ刑法の適用) に基づき州内でのラスタール捜査を適法とするというマインツ行政裁判所の決定 (VG Mainz, DuD, S. 303) のような理由付けも見られた。

(4) 反比例公式と「現在の危険」しかし、「テロ」攻撃の「現在の危険」が当時のドイツ連邦共和国に存在していたと言われても、(その国際的立場や事件後の態度において米国の「同盟者」と見なされうる点で事情は変らなぬ) 日本において「九・一一後」を「経験」した本稿筆者には——例えばデュッセルドルフ区裁判所の令状 (AG Düsseldorf, DuD 2001, S. 754 f.) が九・一一事件のわずか三週間後 (〇一年一〇月二日付発令) という事情を差し引くにしても——にわかに肯首し難いところである。しかしドイツの通常裁判所や行政裁判所は、一つに、いわゆる反比例公式 (je-des-to 公式ないしはFaust公式) という危険の蓋然性の判定基準を、もう一つに、「持続性の危険」 (Dauerngefahr) とこうコンセプトを用いて、「現在の危険」という立法者が設けた発動境界値 (Eintrittschwelle) なしは侵害境界値 (Eingriffschwelle) を相対化していったのである。

反比例公式とは、法益侵害の重大性 (及び基本権侵害強度の低さ) に反比例して、法益侵害の危険の蓋然性についての事実による根拠付けの厳格度は低減するという判断基準である。⁽⁴⁶⁾ 前述のように、「九・一一ラスタール捜査」当時、

少なからぬ州が当該措置の要件に「連邦若しくは州の存立若しくは安全、又は人の身体、生命、自由に対する現在の危険の防除のために必要な場合」（例えば、一九九〇年NRW州警察法三一条一項）といった重大な法益の保護を目的に置いてした。しかし、「テロリストにより被る損害の観点から損害発生の際かな蓋然性しか要求されないのであれば：警察法上の反比例公式の適用は、比例性の基準の持つ限界設定機能の解除（*Entgrenzung*）をもたらず⁽⁴⁷⁾」。ラスタ―措置濫用の歯止めとして重大な法益侵害を要件に課した立法者の意図が、皮肉にも裁判所による危険判断の厳格さを弱める根拠となっているのである。⁽⁴⁸⁾

それでも、反比例公式は行政判例上定着しており、一般論としては、公権力行使の比例性の判断基準（少なくとも公権力行使の正当性の説明）として一定の有効性を持つといえるのかもしれない。ところが、これに対して、「持続性の危険」というコンセプトはいっそう問題性を孕むものであり、これが「現在の危険」という厳格な侵害境界値を溶解させたといっても過言ではない。⁽⁵⁰⁾ 例えばベルリン上級地裁決定の判示によれば、「持続性の危険」の特徴は、「蓋然性の予測が、危険の性質上、再度現実化する時、場所、及び態様については不可能であるが、ただ危険の存在一般」と「極めて甚大な可能性としての損害」だけは認識可能なものである。この種の危険は、「損害の発生が直ちに生ずるとは確認しえず、一定の、場合によっては相当長期の間発生しない可能性が残るかもしれないが、常時すなわち即座にも損害へと転ずる可能性もまたある、という理由から現実的なものである」。そして、同裁判所は、ラスタ―捜査のような前段階的措置は損害の速やかな発生は条件ではなく、その「持続性の危険」があれば足りると認定し、「現在の危険」の不存在を理由に、裁判所の捜査令状を取消したベルリン地裁決定（LG Berlin, DuD 2002, S. 175）を破棄した⁽⁵¹⁾である（KG Berlin, NVwZ 2002, S. 1537. 同様の判断と「VGH Hamburg DuD 2002, S. 370）。マインツ行政裁判所も、九〇年代後半のケニアやタンザニアの米軍駐留地やイエメンでの米軍艦船への一連の

「テロ」攻撃を「九・一一事件で（今のこと）頂点に達した計画的に意図された殲滅戦略」（傍線は本稿筆者）として描き、「成就した攻撃においてすでに具体化し、現状に照らしさらなる攻撃の脅威がありうる持続性の危険は存在する」と述べている（VG Mainz, *DtD* 2002, S. 303 [305]）。このような「持続性の危険」というコンセプトに、既述のような刑法の世界主義までも動員するマインツ行政裁判所決定の論理が接合するとき、世界のどこかに「テロ」の脅威がある限りいつでも措置が発動できることになるであろう。かくして、この頃の警察法学は「九・一一ラスター捜査」を例に危険前段階の情報解明措置がもたらす伝統的な法治国家的警察法理の揺らぎを語ったのであった。⁽⁸²⁾「今もはや、法治国家の伝統的な諸原則とは異なり、何人も常に適法に行動してきたか、行動しているかのみが考慮されるのではない。今やその者がいずれ違法な行動をする可能性があるかどうかに関心は及んでいる。すなわち情報介入とは…違法性の前段階で反道徳の兆候を探索することなのである」⁽⁸³⁾、などと。

(5) 「事前配慮型」ラスター捜査　しかも、このような訴訟の頻発が一因となって、いくつかの州では、警察にとって使い出の良くない「現在の危険」要件を授權規定から外す法改定を行った（NRW州三一条一項や上級地方裁判所により捜査を違法と認定されたヘッセン州公共安全秩序法二六条一項）。さらには、「重大な犯罪の予防的対策のため」(zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung) といったより包括性の強い文言に置き換える州（チューリンゲン州警察一般法四四一条一項）も現れた（ある論者はこれを、GefährmodellからVorsorgemodellへのシフトと呼んでゐる⁽⁸⁴⁾）。

こうした裁判所の法解釈と立法者の法改定を前に、「現在という危険の法律上の加重は、ラスター捜査の限界付けとなることすらなかった」と批判される所以である。

4 連邦憲法裁判所第一法廷

2、3で見てきた傾向は、シュレイダー政權（SPDと同盟90／緑の連立）のO・シリ、及びメルケル政權（CDU／CSUとSPDの「大連立」）のW・シヨイブレという強烈な個性⁽⁵⁶⁾を持つ二代の連邦内相の下で強力に推進されてきた「テロ」対策及び犯罪対策の所以である。しかし、これに対する一定の歯止めの役割を果たしているのが連邦憲法裁判所（とくに第一法廷）である。とりわけ二〇〇四年以降の連邦憲法裁判所の判決は目覚しく、以下のような措置に厳しい縛りをかけてきた。すなわち、自宅内の会話傍受（大盗聴）（BVerfGE 109, 279）、電気通信事業者からの通信記録等保存情報の提供・押収（BVerfGE 115, 166; BvR 256/08, NWwZ 2009, 96; 2BvR 236, 237/08, NWwZ 2009, 103）、税関刑事局や州警察による通信監視（BVerfGE 110, 33; BVerfGE 113, 348）、検察庁等の公的機関による銀行預金口座情報の自動照会（BVerfGE, 118, 168）、予防的ラスタースター捜査（BVerfGE 115, 320）、公共の場での監視カメラ（BvR 2368/06, NWwZ 2007, 688）、自動車ナンバー標識自動認識装置を用いたデータ徴取・照会（BVerfGE 120, 378）、州憲法擁護庁によるオンライン搜索（BVerfGE, 120, 274）、さらに、連邦軍によるハイジャック機撃墜（BVerfGE 115, 118）、等である。これら諸判決の特徴として、少なくとも以下のような点が指摘できる。

（1）**法治国家的原則に則った「非常時」志向の否定** 第一に、大盗聴やBNDの戦略的通信監視に代表される九〇年代の組織犯罪対策法、及び航空安全法撃墜条項や「九・一一ラスタースター捜査」に代表される九・一一事件後の治安対策立法に対して、連邦憲法裁判所が、あるときは基本法上の管轄規定（連邦軍の任務を定めた三五条や連邦の任務領域を定めた八七a条）を手がかりとして、またあるときは法治国家的原則たる規範特定性・規範明確性の要請や比例原則を基準にしながら違憲無効と判断し、とくに九・一一事件後の「非常時」志向を否定してきたことである。そこからは、「自由と安全のバランスは立法者によって新たに調整されてよいが、しかし、その重心が立法者によつ

て根本的にずらされてよいものではない」(BverfGE 115, 320 [135]) という姿勢を看取することができる。九九年一二月から〇八年四月まで連邦憲法裁判所第一部の裁判官として右諸判決のほとんどに加わってきたW・ホフマン・リームは、九・一一事件の記憶生々しい〇二年の論稿で、現行の刑法や警察法のスリーパー型テロリストへの適応力の欠落を悲観しつつも、「法と秩序」を求める市民の不安感が他者や社会的異端者への共感や寛容精神を圧迫することがあってはならないと述べている。彼からすれば、不明確な契機と目的により講じられたラスタール捜査は、イスラム系住民に対する差別助長の点からも、とくに批判されるべき措置であった。⁽⁵⁷⁾ なお彼は退任直後の新聞インタビューでも、九・一一事件以降の「この新たな恐怖のシナリオを前にしても法治国家の質を下げるつもりがなければ、法治国家の諸前提を放棄せずに、これを新種の脅威と手段に適合させねばならない」という理念の下、政治サイドからの憲法裁判所批判に対しても超然とした態度で臨んだと述懐している。⁽⁵⁸⁾

(2) **基本権コンセプトの展開による「予防」志向への対峙** 第二の特徴として、(航空安全法の撃墜条項を別にして) これらの事件は危険発生の前段階での公権力による予防的監視・情報収集に関わるものであり、そこには、「九・一一以降」という状況特殊性とはひとまず別に、「犯罪の予防的対策」への警察活動の重心移動という法現象に對する連邦憲法裁の一つの応答が示されている。連邦憲法裁は、伝統的な警察上の措置に比べると基本権侵害の態様や程度が定かではなく、又、従来の危険概念では把握が難しいこれらの措置が、やはり重大な基本権侵害に該当することを認定した。こうした判断の際、保護範囲の対象となる基本権として大きな役割を果たすのは、言うまでもなく情報自己決定権であるが、さらに必要に応じて連邦憲法裁は、「人間の尊厳」(基本法一条一項)や「人格の自由な発展」(同二条一項)から、「私生活形成における核心領域」の絶対性や「ITシステムにおける秘密性と完全性の保障」といったコンセプトを導き出してきた。連邦憲法裁により違憲とされた航空安全法一四条三項は、ハイジャック機攻

撃の要件にそれが「現在の危険の除去の唯一の手段」であることを要請していたが、このような厳しい要件すら「基本法一条一項の人間の尊厳の保障と結びついた二条二項一文に基づく生命に対する権利に合致しない」と認定され (BVerfGE 115, 118[Leitsatz 3])、先に紹介した「九・一一ラスタール捜査」の裁判例とは間逆のベクトルで公権力濫用の安全装置としての「現在の危険」要件は否定されたのである。

(3) 連邦憲法裁判所批判 もちろん、こうした連邦憲法裁判の姿勢には——憲法解釈上の観点から以上に多分に憲法政策上の観点からの——批判も少なくはない。⁽⁶⁰⁾ 連邦内相のシヨイブレは、大盗聴判決の結果なされた刑事訴訟法改定を聴覚的監視措置の「事実上の死」だと嘆き、判決を攻撃する⁽⁶¹⁾。憲法裁判の判示するように親密圏における会話の一切が傍受不可能だというのであれば、犯罪者たちは私的な会話の中で実行計画を語るであろう。だが、捜査機関が欲しいのは犯罪と無関係な親密な会話ではなく、あくまで犯罪の計画や着手に関わる情報なのであるから、記録消去の徹底と他の機関への情報譲渡の禁止で十分だというのである。学説における憲法裁判所批判も辛辣で、J・イーゼンセーは航空安全法判決を「支離滅裂の観念論」(schizophrener Idealismus)⁽⁶²⁾と呼ぶ。「連邦憲法裁判所は、航空機乗客の人間の尊厳のみに目を向けるが、しかし飛行機の外にいる犠牲者の尊厳は無視している」のであり、「その根本的な存在目的が自国の市民の安全であるところの国家に深刻な事案に何もなさずにいることを強いている。それでも基本権という無垢の水の中でその〔総督〕ピラトとしての手を洗うことが憲法裁判には許されているのだ」(括弧内は本稿筆者)⁽⁶³⁾。C・ヒルグラーバーも、連邦憲法裁判は「憲法の番人」であるからこそ、「たたかう憲法解釈」(wehnhafte Verfassungsinterpretation) によって安全確保という裁判所を含む全ての国家機関が担う任務の遂行を容易にし、「安全に目をこらさぬ」(sicherheitsblind) 憲法解釈に對峙しなければならぬと主張している。⁽⁶⁴⁾

こうした批判に対する連邦憲法裁側の応答としては、まず先に紹介したホフマン・リームの見解が想起しうる。⁽⁶⁴⁾ また、「安全の中の自由」⁽⁶⁵⁾ではなく、「自由の中の安全」と題した第二法廷裁判官U・デイ・ファイオによる小稿も一連の憲法裁批判の文脈を意識している。⁽⁶⁶⁾そこでは、「法治国家の合理化力が発揮されるのは、その国家が、あらゆる全体主義的な『ゼロ・サム図式』(Alles-oder-Nichts-Schema)や、いかなる手段も法／正(Recht)だとする原理を断固拒否する社会の一部である場合だけである」と、「安全」一辺倒の傾向が否定されている(しかし同時にデイ・ファイオは、「人間の尊厳」のような概念が「自由と安全」という問題領域で超実定法規的な高次の価値として幅を利かせることにも警鐘を鳴らしており、これを第一法廷への牽制と捉えるのも穿ちすぎではない)。

もちろん先に見たような批判がある一方で、「憲法裁は、古典的な法治国家原則の擁護者であることを自ら明らかにしたのみならず、現代の憲法判例がどうすれば技術的知識を自由権の防御のために役立てることができるかを示した」⁽⁶⁷⁾だとか、「テロリズムとの戦いにおける基本権の強化と、治安立法制定の方向として集合的安全や主観的安心感から離れ個人の自由により接近する矯正とを示した」⁽⁶⁸⁾といった積極的評価が数多く見られるのもまた事実である。ただし、GPS (BYERLIGE 112, 304) やIMSIキッカー (2 BvR 1345/03 v. 22. 8. 2006) を用いた捜査を合憲としたように、⁽⁶⁹⁾この種の異議の全てを連邦憲法裁は認めてきたわけではない。連邦憲法裁は、組織犯罪対策法や「テロ対策法」にみられる「非常時」志向的立法及び措置(前述①)に対しては、かなり厳格な対応を見せている一方、警察の「予防」志向的な立法や措置(前述②)に対しては、これを所与ないしは不可逆的なものとしてある程度寛容な態度を示しているように見えるが、この点は、個別事例ごとの詳細な検討及び諸判例相互の比較検討⁽⁷⁰⁾による実証が必要である。しかし、BKA法改定における捜査・監視手法の規律状況と憲法裁判所の判例法理との距離の測定を目的の一つに置く本稿としては、この広い視野を必要とする問題にはこれ以上踏み込まず、以下では、ラスター捜

査決定とオンライン搜索判決の二件を本稿の課題に沿うかたちで取り上げるとどめる（本稿第二章及び第三章）。

第二章 BKA法改定の境界値①——具体的危険の法理

ここでは、二〇〇六年四月四日の連邦憲法裁判所第一法廷決定（BVerfGE 115, 320. ラスター捜査決定）を取り上げる。⁽²²⁾

1 ラスター捜査決定の事実

前章で詳述したように、九・一一事件後に各州で実施された「九・一一ラスター捜査」に対して捜査対象者からの提訴が頻発したが、本件もそうした訴訟に端を発している。一九九〇年NRW州警察法三二条一項（以下、断りのない限り三二条はこの旧規定を指す）は、ラスター捜査を「連邦若しくは州の存立若しくは安全、又は人の身体、生命、自由に対する現在の危険の防除のために必要な場合」に限定していた（なお、これも前述のとおり、「九・一一ラスター捜査」の円滑な実施のために、二〇〇三年七月二五日の法改定により同項から「現在の危険」の文言は削除されている）。「九・一一ラスター捜査」捜査はこの規定が根拠となったが、デュッセルドルフ区裁判所の捜査令状（AG Düsseldorf, Beschl. 2. 10. 2001 - 151 Gs 4092/01 -）に対して、NRWのモロッコ出身の大学生が、「現在の危険」は存在せず当該令状は違法であるとして、その取消を求めてデュッセルドルフ地方裁判所に提訴した。⁽²³⁾しかし、同裁判所も（LG Düsseldorf, Beschl. 29. 10. 2001 - 25 T 873/01 -）、その上級審のデュッセルドルフ上級地方裁判所も（OLG Düsseldorf, Beschl. 8. 2. 2002 - 3 Wx 356/01 -）、「現在の危険」は存在しており、また争点のラスター捜

査は比例性の要件を充たす正当な情報自己決定権への侵害 (Eingriff)⁽⁷⁴⁾ であるとして、原告の訴えを却けた。そこで原告は、これらの裁判所の決定の違憲性について連邦憲法裁の判断を仰いだのである。連邦憲法裁は、原審諸判決の解釈が基本法に違背するという理由で、これらを破棄する決定を下した。

2 決定の要旨

決定理由 B I 及び II 部分 (BVerfGE 115, 320 [341 ff.], 以下本節では同判決集の該当頁数のみ掲げる) の流れを辿っておこう。

(1) **授權規定の合憲性** (341—346) まず、本決定は、事件当時の N R W 警察法三一条一項に基づく監視的措置が情報自己決定権の保護範囲に対する侵害にあたりと認定した上で、同規定は合理性・必要性、及び狭義の比例原則の要請を充たすとして、当該侵害の違憲性が阻却されると判断している。

(2) **ラスター捜査に伴う基本権侵害の重大性** (346—357) しかしながら、同時に決定は、同項に基づくラスター捜査に強い基本権侵害を認める。なぜならば、当該措置の場合、①徴取される個人データが多様かつ広範になる可能性がある (にもかかわらず条文上その範囲が明示されていない)、②徴取された情報に基づき講じられる別のさらなる措置が基本権介入を招く可能性がある、③「措置対象者に対するステイグマ効果を持ち、間接的には日常生活や職場での差別を生み出すリスクを高める」、④容疑のない者も広く対象とする点で著しい面的広範性 (Sreubreite) を持つために「濫用の危険と監視されている」という感情を生じさせ」、もって個人の自由な行動に動揺効果 (Einschränkungseffekt) を及ぼす、からである。

(3) **自由と安全** (357 ff.) このような本件措置に伴う強度な基本権侵害を前提に、その違憲性阻却事由の存否

の検討に入るが、それに先立ち決定では、「自由の民主的基本秩序」や市民の生命を保護するために国家には「テロの脅威」に対抗する義務がある点、しかし同時に、それは法治国家的手段に限定される点が強調されている。憲法が立法者に求める「自由と安全の適切なバランス」は、「どのみち現実には存在せず、ただ自由の放棄という代償を払うに至るだけであろう絶対的な安全という目標を追求するのを排除するだけではない。基本法は、たとえ事実の状況に基づいた最大限の安全を構築するという目標ですら法治国家的条件に服せしめているのであり、とくにこの条件に数えられるのが国家からの侵害防禦の権利 (Recht staatlicher Eingriffsabwehr) としての基本権への不適切な侵害の禁止である」⁽⁷⁵⁾。

(4) 反比例公式 (359—363) 次に、決定は反比例公式の採用を確認するが、その際には、「蓋然性の程度の要請と将来予測の事実の基盤は任意に引き下げられてよいものではなく、基本権侵犯の態様並びに重大性及び境界値と顧慮されるべき法益保護の成果の展望との適切な関係が存在することも必要である」という点、「脅かされている法益侵害が最も重大である場合ですら、十分な蓋然性の必要性は放棄されうるものではない」点、及び「重大な基本権侵害の条件として、推定や推論が諸事実の中の具体的な輪郭を持った出発点を備えていることが保障され続けているなければならない」点が強調されている。そして、法益への危険防除としての基本権侵害が具体的な危険の前段階でも比例性を有しうるか否かは、当該侵害が期待する成果を挙げる十分な展望のみに依存するのではなく、防除されるべき脅威と侵害措置の対象者との密接さに鑑みて許容される侵害形態にとどまっているか否かにも拠ると説く。この点、ラスター捜査には「本人特定の嫌疑 (personenbezogener Verdacht) に向う事実の連鎖」も「脅かされている法益と基本権侵害を受ける当事者との密接関係 (Nähebeziehung)」も存在しないため際限のない適用のおそれがあり、これを回避するための授權規定上の限定によって、その「法治国家的欠損」 (rechtsstaatliches Defizit) を「埋合わせる」

(kompensieren) 必要があるところ、NRW州警察法三一条はこうした限定を設けていないため、当該規定は具体的危険 (konkrete Gefahr) を要件とする と解してはじめて合憲となると決定は述べる。ゆえに、「ラスター捜査が具体的危険の前段階において可能とされることは、そもそも許されていない」とされるのである。

(5) 具体的危険 (363-365) かくして決定は、「ラスター捜査に適用される侵害の垣根は、憲法上不可避に伝統的な意味における現在の危険である必要はないが、それが具体的な危険を下回することは許されない」と説く。しかも、「具体的な危険の確認のために必要とされる蓋然性の予測は、事実上依拠していなければならぬ。抽象的な手がかりや個別具体事例に関連する把握可能なきっかけ (Anlass) の無い純然たる推定では、十分ではない」とも付け加えている。その上で、決定は、かかる具体的危険が「継続性の危険」すなわち「相当長期に及ぶどの時点においても損害発生 of 十分な蓋然性が存在する」状態として存在することもあると述べる。もとより、「継続性の危険」の認定には、やはり「損害発生 of 十分な蓋然性及び蓋然性の予測の具体的な事実根拠という具体的危険の必要性と結び付いた要請が妥当する」という認識の下、決定は、「攻撃の機会としてテロリストグループにより選択されうる外交上の緊張状態が繰り返し存続し、且つその状態が長期的に維持される可能性」が存在し、「その限りで、テロ攻撃がドイツでも行われるか当地で準備されることは、実際には排除されていない」が、しかしながら、「遅くとも二〇〇一年九月一日以来、すなわち現時点で四年に及び実際に絶え間なく存在している一般性の脅威状況や外交上の緊張状態は、ラスター捜査令状にとって十分ではない」と認定し「継続性の危険」の存在も否定している。

(6) 規範特定性・規範明確性 (365 f.) 決定は、ラスター捜査に関する授權規定に対するさらなる要請として規範特定性・規範明確性の原則を挙げ、とくに情報自己決定権への介入の場合はデータの利用目的の範囲を明確に規定しなければならぬと、国勢調査判決 (BVerfGE 65, 1 [43 f.]) を挙げながら指摘する。ただし、この点について

は、NRW州警察法三一条が、データ徴取を「連邦又は州の存立又は安全にとっての危険若しくは個人の身体、生命、自由にとっての危険の防除」(一項)を目的とする他のデータ(個別具体的事例において必要な別のデータ)(二項)との自動照合に範囲限定している点で、規範特定性と規範明確性は充たされると判断している。しかしながら、加えて決定は、右要請が充たされるのも「具体的危険」の要件が前提であることも強調する。この要件がなければ、「個別具体事例において必要」なデータの範囲も条件も判然としなくなるからである。「もし、ラスター捜査の思考準拠点(Bezugspunkt)が例えば一般的なテロの危険であって、そのことをもって、かかる危険が警察によって必要となるデータの種類の具体化の思考準拠点となるのだとしたら、ほとんど限界のない授權を生み出すことになっていただろう」から、憲法上の規範特定性の要請が侵犯されたはずだというのである。

以上のような認識を前提に決定は、令状の適法性判断に際しては右に述べたような基準を踏まえるべきところ、地方裁判所及び上級地方裁判所は「テロ攻撃の単なる可能性をもって憲法上許されない具体的な…危険状況の放棄を行った」として、両裁判所の決定を違憲と判断したのである(367-370)。

3 ハース裁判官反対意見

決定の理由B IIには二名の反対があり、ハース裁判官が反対意見を書いている(BVerfGE 115, 320 [371 ff.])。第一法廷の保守派として磔刑像決定(BVerfGE 93, 1)や「兵士は殺人者だ」事件決定(BVerfGE 93, 266)等で多数意見のリベラルな見解に反対してきた彼女は、大盗聴判決や航空安全法判決などでは多数意見に同調してきたものの、退官半年後に控えた本件で再び存在感を示す。ハース裁判官は、具体的危険という概念を危険探知やリスク配慮に対してまでも憲法上の境界値として適用しようとする多数意見の意図は、「国家と共同社会から基本権保護という

重要なフィールドの上で著しく闘う力を失わせてしまう」として、「直接に民主的正統性を持つ通常立法の立法者の融通の利く制度化可能性」に配慮した自制を憲法裁に求める。国家には市民の生命や健康に対する不安の除去が求められているのであり、「共同社会と紐帯を持ち且つこれに拘束を受ける市民」は九・一一事件以降の状況下ではラスト捜査対象となることで被る基本権侵害など些細なものとして甘受しているというのが彼女の基本認識である。

ハース裁判官が、基本権侵害を軽微なものと解するのは以下のような論拠による。①照合のために他機関から提供を受ける情報は、氏名、性別、住所、大学での専攻など措置対象者にとって通常は公表されて構わず、すでにデータとして記録されているものである。②ラスト捜査の面的広範性も、対象者一人ひとりの基本権侵害の強度に影響を及ぼすものではない。個々人にとって軽微である侵害が、多数を対象とすることでその侵害強度が高まるというわけではない。むしろ対象者の規模が大きくなるほど、個々人の匿名性は強まる。③多数意見が指摘するイスラム信者への差別も、個人の信仰は通常は秘密にされておらず、基本法三条三項が不利益扱いを禁止する性別や言語などのメルクマールと特段異なるものではない。さらにいえば、捜査は原則非公開で行われるものであるからステイグマは生じない。④多数意見の萎縮効果（動揺効果）論も支持できない。数秒程度のデータ照合が捜査対象者の行動を変更することはないからである（通信監視措置の分野で憲法裁が展開してきた論理を援用するのは不当である）。多数意見は、「基本権行使を躊躇させる効果が回避されなければならないのは、措置対象者の主観的権利の保護のためだけではない。こうした効果が生じることで公共の利益も害されるのである。なぜならば、自己決定は、そこで生活する市民の活動能力・参加能力に基礎を置く自由で民主的な政治的共同体の本質的機能条件だからである」(BYERLIGE 115, 320 [354 f.]) と、国勢調査判決で展開された議論 (BYERLIGE 65, 1 [42]) を踏襲した。しかしながら、むしろ「テロ」の危険を国家が放置しておくことこそ、かかる意味での市民の自己決定を萎縮させることになる。「個人は、

世界規模で直面するテロリストの脅威により惹起され、かつ真摯に尊重されるべき恐怖により威圧されて、自己の態度に影響を受けるのである」。

次に、反対意見は、多数意見が説く脅威と措置対象者との密接関係の必要性も反比例公式の従来判例・学説に照らして妥当ではないとする。そもそも密接関係があるかないかを解明するためにラスタ―捜査という手法がとられるのである。そして、ドイツと併にアフガニスタン攻撃参加したスペインや英国でテロ事件が発生した事実を踏まえれば、「テロ」の脅威を肯定した上級地方裁判所の判断は適当であったと結論づける。

最後に、反対意見は、多数意見が本件の争点を越えて説示を行っている点を批判する。本件の審査対象はNRW州警察法三一条の合憲性と同法に基づくラスタ―捜査令状を適法とした上級地方裁判所の判決の合憲性であり、具体的危険をラスタ―捜査に対する憲法上の侵害境界値として設定する必要性は無かったというのである。

4 基本権侵害強度と具体的危険

(1) 侵害強度の法理 予防的ラスタ―捜査に伴う基本権侵害の強度については、判例・学説で見解が二分されていた。⁽⁷⁶⁾ 本決定は、強度の侵害認定に積極的な立場を示すことで――ハース裁判官反対意見や学説の批判があるにせよ、そしてまた、措置継続下の各地の裁判所の判断と本件決定との時差は無視できないとしても――この対立にひとまず決着をつけたことになる。こうした非侵害者が広範に対象となる予防的監視・捜査措置として公共の場でのビデオ監視などと共通項を持つがゆえに、⁽⁷⁷⁾ 本決定の影響力は少なくないであろう。収集されたデータの二次利用の危険性については、国勢調査判決以来の憲法裁の敏感な姿勢が踏襲されている。

とくに本件で特徴的なのはステイグマ効果の判断である。「九・一一ラスタ―捜査」がイスラム文化圏出身者への

偏見を助長するという問題は当該措置当時から指摘されており、合憲説に立つW・ブルッガーですら、〇一年以降のラスター捜査が外国人統合の「社会的雰囲気汚染」したことを深刻に受けとめていた。⁽²⁸⁾これに対して、ハース反対意見のように信仰を住所や性別等の情報と同一視した上で、これらを理由に生じうる差別一般の問題に解消したり、フォルクマンらのように社会的偏見の直接の原因はイスラム過激主義による「テロ」事件であり、ラスター捜査のステイグマ効果はせいぜい付随物にすぎないと解する見解がある。⁽²⁹⁾しかしながら、イスラム文化圏に属する者であれば誰でも「テロ」犯罪を行う可能性があるという公権力の認識が当該措置を通じて公示されることの社会的意味は軽視しうるものではなく、この点を無視して基本権侵害強度を認定することはやはり妥当ではなかったであろう。

(2) 反比例公式／「Jedesto公式」⁽³⁰⁾まで本稿は、本決定が示した反比例公式を、行政裁判所の判例や、「刑事訴追・危険防除の前域に「Jedesto公式を適用した最初の例」とされる戦略的監視決定 (BVerfGE 100, 313) 以来の連邦憲法裁のそれと直線的に把握してきた。警察法の教科書の中にも警察法上の反比例公式を連邦憲法裁が採用した判例として本決定を整理するものがあり、⁽³¹⁾そう理解してさしあたり不都合はない。しかし、警察法の教科書で語られる反比例公式は「措置発動の蓋然性と損害程度の積」という二極の比例であり、同様に本決定が掲げる連邦憲法裁の先例も、「危険に晒されている法益 (gefährdeter Rechtsgut) が重大であればあるほど、且つ、その時に行動によって損なわれたか又は損なわれようとしている当該法益が広範であればあるほど、その分だけ脅かされている又はすでに生じた侵犯を推論しうる蓋然性の程度で低い要請が設定されてよく、且つ、場合によっては、法益への脅威又は侵犯が推論されうる事実の根拠づけもより低いものでよ」(BVerfGE 113, 348[386]; ニーダーザクセン通信監視判決) といった定式がなされてきた。しかるに本決定では、「脅かされている又はすでに生じた法益侵害が重大であればあるほど、且つ (und) 問題となる基本権侵害の重大性が低ければ低いほど」、蓋然性の必要性は低くなるという

定式 (BVerfGE 115, 320[360])、傍点は本稿筆者) になっている。この分野の判例動向に通じる小山剛は、連邦憲法裁の「Je-desio⁸⁵公式」を①基本権侵害の重大性、②発生しうる損害の重大性、③損害発生⁸⁶の蓋然性という「三変数間の均衡を求めるもの」と定義し、「具体的危険の前域で行われる監視については、危険発生⁸⁷の蓋然性という第三の衡量要素を取り込んだ、Je - desio⁸⁸公式へと狭義の比例原則を進化させなければならなかった」と分析するが、この枠組みが明確に打ち出されたのが本決定といえよう⁸⁹。憲法上の比例原則の衡量要素としては「危険の蓋然性」は新参であるが、従来の警察法の反比例公式からすれば、「基本権侵害の重大性」の方こそがこの公式にとつてのいわば「異物」である。それゆえ、このような融合について、「反比例公式の適用は、危険の存否を判定するものであっても、危険防除的侵害が比例性を有するか否かを判断するものではない」と批判もなされてはいるが、「九・一一ラスター捜査」の際に明瞭になった二項型の反比例公式が抱える問題を克服するためには必要な営為であったと解することができる。この三つの衡量要素の関係が本決定で完全にクリアになったとまでは言い難いが、少なくとも従来の定式とは異なり、保護法益が重要なものであっても重大な基本権侵害を伴う限り蓋然性の内実を具体的危険が認められない程に引き下げてはならないという点が憲法上の要請として明示されたことは確かである⁹⁰。近時、危険前段階措置(犯罪の予防的対策)では危険要件を厳格に求める必要はないという議論が有力なだけに、この定式の意義は少なくとも⁹¹

(3) **現在の危険／具体的危険** しかし同時に、本決定は、NRW州警察法三二条一項旧規定の「現在の危険」要件が保護法益の重大性に比例しないという理由から、その憲法上の根拠を否定してもいる。前章で述べたとおり、「現在の危険」という要件加重は、ラスター捜査に伴う多数の非侵害者に対する基本権侵害を重く捉えた立法者の配慮の表れである。しかし、本決定は、かかる条件を充たす「ほとんどの場合」ラスター捜査はすでにその実効性を失っ

つるゝ述べる (BVerfGE 115, 320 [362])⁽⁸²⁾。この点を踏まえると——多数意見では明言しておらず、ハース裁判官反対意見でも婉曲な示唆にとどまるが——合理性・必要性を充たすラスター捜査に「現在の危険」の要件を課すことは、(多数意見も先例を示して承認しつつある[BVerfGE 115, 320 (358)]⁽⁸¹⁾とつる)基本権保護義務に由来する過少保護禁止 (Unterrmaßverbot) の法理との抵触を連邦憲法裁判が感じつつある可能性は否定できない⁽⁸³⁾。

だが、いずれにせよ、本決定は、重大な法益保護を目的とする危険の前段階措置に対しても、警察法の一般条項に基づく措置の前提とされる⁽⁸⁴⁾という意味で危険防除のベースラインである具体的危険 (見通せる時点 [in absehbarer Zeit] での公共の安全若しくは秩序に対する損害が発生するであろうという十分な蓋然性が個別具体的事案において存在する状態 [N S O G 二条一号 a]⁽⁸⁴⁾) を侵害境界値として設定したわけである。その際とくに注目すべきは、多くの非侵害者 (Nichstörer) が措置対象者となる本件のような事案において、「脅かされている法益と基本権侵害を受ける当事者との密接関係」の必要性を明確にし、その点で「法治国家的要請」を充たさない本件措置にその代償としての具体的危険を求めるという論理構成を本決定が採用した点である (BVerfGE 115, 320 [361–364])。とつるのも、「予測される損害発生と対象者との密接性の要請は警察法上、危険の予測とは関係がない」⁽⁸⁵⁾はずの具体的危険の概念が、法益侵害者と措置対象者との同一性・密接性を少なくとも補うものとして提示されることにより、その事実上の侵害境界値は格段に上昇するからである。かかる密接関係の要求自体は、すでに連邦憲法裁判の先例に見ることができ(戦略的通信監視判決[BVerfGE 100, 313]; 携帯電話監視判決[BVerfGE 107, 299]; 税関刑事局決定[BVerfGE 110, 331]; ニーダーザクセン通信監視判決[BVerfGE 113, 348])、これらは犯罪予防や刑事訴追のための通信監視など基本法一〇条関連の事案であり、ラスター捜査に比べれば措置対象者が遥かに限定されている。それゆえ、これらの事案では法廷意見に与したハース裁判官は、長時間の通信監視と容疑に無関係な市民は数秒の照合で対象から振落とされ

るラスタ―捜査とでは性質が異なるとして、本件に密接関係を要請することに反対したのである (BVerfGE 115, 320 [376—378])⁽⁹⁶⁾。

U・フォルクマンの評釈も法廷意見を危険概念への過大要求だとし、さらに「現在の危険」、「直接の危険」(unmittelbare Gefahr)、「著しい危険」(erhebliche Gefahr) などといった加重した危険概念を危険前段階措置に立法者が持ち込む傾向自体に批判の眼を向けている。措置の濫用を制御する目的での危険概念への加重は、危険前段階措置の場合は、かえって危険概念の侵害限定機能を損ねてしまうのであり、危険概念に固執して侵害限定機能の復興を試みる連邦憲法裁も、統制能力の欠如という問題を抱え込んでしまった⁽⁹⁷⁾。このような、フォルクマンの主張は警察による法益保護と警察による基本権侵害という緊張の中で展開されてきた危険概念の沿革的意義が軽視されているからいがあるが、確かに危険前段階における予防的措置に従来の危険防除法の法理がそのまま妥当するのかがという疑問がある⁽⁹⁸⁾。このような措置を積極的に肯定する限り——生ずるのは理解できるところではあるし、本決定が具体的危険の要件を「単純法律の信頼度の高い解釈としてではなく、憲法上の要請の解として示した」⁽⁹⁹⁾ことの理由付けも確かに十分ではない。また他方では、ハース裁判官やフォルクマンとは逆の方向で、本決定が具体的危険に拘りながら結局のところ措置対象者の損害への関連性を不問にした点をむしろ批判する評者もいる⁽¹⁰⁰⁾。とりわけ、非侵害者への侵害は通常「現在の危険」の下でのみ許されると解する立場からすれば、法益侵害者と措置対象者との密接関係の不在に起因する「法治国家的欠損」がなぜ具体的危険の要件により補填されるのかにつき、本決定の説明では不十分であろう⁽¹⁰¹⁾。

さらに他方、危険発見手段としての予防的ラスタ―捜査に具体的危険を課すアポリアを抱えてまで——「現在の危険」はもちろん具体的危険の要件の下でも予防的ラスタ―捜査は効果を發揮できないという見方が当該捜査に肯定的か否定的かの相違を越えて支配的であるにもかかわらず——これを延命させる必要があったのかという問題も出てく

る。本決定では授權規定の合理性・必要性はあつざりと承認されているが、立法目的に対する手段の合理性の観点から違憲とする余地もありえたはずである⁽¹⁰⁾。

(4) それでも「持続性の危険」は持続する？

加えて見落とせないのは、本決定が「持続性の危険」概念を具

体的危険に取り込むことで、この基準の緩和の契機を抱え込んだ点である。「持続性の危険」の概念が「九・一一ラスタ―捜査」捜査の適法性の論証のために援用されてきたことは前章で述べた。本決定が、「現在の危険」よりも損害発生の時間的近接性の薄い具体的危険の下で「持続性の危険」を承認するのであれば、侵害境界値がそれだけ低下する可能性はある。もっとも、本決定は、結論としては九・一一事件直後の状況に「持続性の危険」の存在を認めなかったわけであり、「持続性の危険の確認のためには、具体的事実の必要性と結びついた「損害発生」の十分な蓋然性及び蓋然性予測の要請」を強調したその説示 (VerfGE 115, 320 [364]) を、「持続するいずれの時点においても、具体的な事実の根拠に基づく損害の蓋然性が存在」することを要請したものと解すれば、通常裁判所・行政裁判所の裁判例における「持続性の危険」論を明確に否定する意図をそこに読み取る余地はあろう。もとより、そのために、あえて問題点のある「持続性の危険」コンセプトを採用する必要があつたのかは疑問の残るところであるが。

5 判決の影響

本件の争点がNRW警察法三一条一項旧規定に基づくラスタ―捜査令状の適法性であつたにも関わらず、当該争点の判断を越えて立法基準として具体的危険を語る必要があつたのかという批判は、ハース裁判官反対意見をはじめ多くの評者によりなされている⁽¹¹⁾。これは「民主的立法過程との関係における憲法裁判の役割と限界」という大きな論点に関わる問題であり、これ以上の検討は断念するが、いずれにしても、NRWの講じた措置が授權規定の構成要件の

みならず、憲法上の侵害境界値も下回ると本決定が指摘することで、その違憲性認定に説得力が増したことは事実である。他方、本件決定の説示と現行三一条一項（現在の危険）を削除した九三年規定との関係はどうかであろうか。九三年規定も具体的危険の存在を前提にしている（¹⁰⁶）と解されるので、その違憲性を指摘する見解はさしあたり見られない。それゆえ本決定は、侵害境界値の引き下げを行った現行規定に合格点を出すことで予防的ラスタ―捜査の合理性・必要性を承認する一方、伝統的な具体的危険に拘ること（¹⁰⁷）で「九・一一ラスタ―捜査」とこれを追認した司法判断の「非常時」志向を否定するというかたちで、「自由と安全」のバランスを追求したと評することができる。しかし、NRW州以外の警察法にとっての影響は甚大で、本件決定時、その多くが本決定の基準を充たしていないと見られていた（¹⁰⁸）。しかし、ここでも論者によっては、単なる「犯罪の予防的対策」目的の規定では連邦憲法裁の基準を充たさないが、「特に重大な犯罪」の防除や防止が目的であれば当該基準と合致するという解釈もあり（¹⁰⁹）——後者の基準さえ充たしていない州では法改定を余儀なくされたが——そこには本決定の射程を出来るだけ絞り込もうとする意図が見られる。もともと、すでに指摘したように、具体的危険を前提にした予防的ラスタ―捜査の効果には疑問があり、そうでなくとも失敗に終わった「九・一一ラスタ―捜査」の経験は同様の捜査を躊躇させるに十分であり、各州のスクリーン捜査規定は適用を見ないまま休眠状態に入る可能性も強い。さらに「反テロ・データベース」の充実が、諭えるなら川で砂金を採るがごとき予防的ラスタ―捜査の実務的必要性を低減させている側面もある（¹¹⁰）。それでも予防的ラスタ―捜査は（連邦憲法裁の示した基準の下であろうとも）「テロ犯罪」対策に「欠くことのできない」手法として、連邦内務省はBKA法に連邦自らの権限として取込もうとするのである。

（続く）

註

- (1) Wolfgang Bosbach, Der Rechtsstaat in Zeiten des Terrors, in: Stefan Huster/Karsten Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a. M. 2008, S. 150. ホスバッハは、弁護士出身のCDU/CSUの連邦議会議員(内務問題担当)。連邦憲法裁判所オンライン搜索判決(BVerfGE, 120, 274)の興奮(なごし衝撃)冷めやらぬ時期に公刊されたこの書は、内務問題に通じた各党派の連邦議会議員、C・グズィやHーJ・ランゲら公法・政治学の研究者、さらにFDLPの重鎮で大盗聴違憲確認訴訟や航空安全法違憲確認訴訟の申立人になったG・R・パウムやB・ヒルシュの論説も収められており、二〇〇〇年代後半のドイツ治安法制の議論状況が把握できる一書である。
- (2) Wolfgang Hoffmann-Riem, Interview von SZ 12/13.4.2008. 「彼」とは連邦内相W・シヨイブレの事。
- (3) それ自体ある種のイデオロギー性を持つ「Innere Sicherheit」概念と結びついた概念である「Sicherheitsrecht」の政治的含意について、拙稿「ドイツにおける『安全と自由』」森英樹編『現代憲法における安全』(日本評論社・二〇〇九年)所収四五七―四五九頁、参照。
- (4) 二〇〇〇年代前半の議論状況については、さしあたり、vgl. Mathias Köter, Pläde des Sicherheitsrechts, Baden-Baden 2008, Kap. 4, 5.
- (5) Vorsorgestaat vgl. Uwe Volkmann, Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats, JZ 2004, S. 700―703.
- (6) すでに相当蓄積された文献群の中で、小山剛、西原博史、島田茂、白藤博行、米田雅宏らの仕事にこうした問題意識を見ることが出来る。本稿との関連では、小山剛「監視国家と法治国家」ジュリスト一三五六号(二〇〇八年)四八頁以下、西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト一三五六号(二〇〇八年)七五頁以下、島田茂「ドイツ警察法における『犯罪の予防的制圧』の任務と権限」甲南法学四七巻一号(二〇〇六年)五三頁以下、白藤博行「リスク社会下の警察行政」ジュリスト一三五六号(二〇〇八年)八二頁以下、米田雅宏「危険概念の解釈方法(一)」(四・完)自治研究八三巻八号九五頁以下、一〇号八七頁以下、一一号一一八頁以下(二〇〇七年)、八四巻一号一三頁以下(二〇〇八年)、をさしあたり掲げておく。なお、本稿はビレフェルト大学における在外研修期間(二〇〇八年一月―二〇〇九年九月)中に構想・執筆された事情から、掲げるべき邦語文献に遺漏がありうることを予めお断

りしておく。

- (7) 前掲註(6)の諸業績に学びつつ筆者も若干の論稿を公表してきた。拙稿・前掲註(4)四五七頁以下、同「安全感の保護に対する公権力の役割」高大法字四八巻四号(二〇〇六年)一七〇頁以下、同「ドイツにおける公共の場でのカメラ監視の憲法学考察」法政論集二二三号(二〇〇六年)三三五頁以下、がそれである。ただ、これらは事前配慮国家の法的・政治的統制手段の提示という困難な課題を前にして、なお現状分析の域を出ていない。本稿もまた今後の本格的な考察のための予備的作業の一つに位置付けられる。

- (8) BKAの権限と組織については、BKAの広報パンフレットBundeskriminalamt, Das Bundeskriminalamt: Fakten und Zahlen 2008 (BKAのウェットサイト[www.bka.de]からダウンロードできる)を参照。さらに、以下の諸文献を参考にした。Reinhard Mokros, Polizeiorganisation in Deutschland, in: Hans Lisker/Erhard Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München 2007, Kap. B Rn. 16 - 21; Hans Lisker/Erhard Denninger, Die Polizei im Verfassungsfuge, in: ebenda, Kap. C Rn. 156 - 162; Wolfgang Schreiber, Das Bundeskriminalamtesgesetz vom. 7. 7. 1997, NJW 1997, S. 2137 ff.; B. Mathias Schütte, Bundeskriminalamt, in: Hans-Jürgen Lange (Hrsg.), Wörterbuch zur Inneren Sicherheit, Wiesbaden 2006, S. 26. ff. vgl. auch Köter, a. a. O. (Anm. 4), S. 114, Fn. 558. 小島裕史「ドイツ治安機関の概要(一)」警察学論集五五巻一(二〇〇二年)九八—一〇〇頁も、二〇〇二年段階のBKAの状況について紹介している。

- (9) Christian J. Tams, Die Zuständigkeit des Bundes für die Abwehr terroristischer Gefahren, DÖV 2007, S. 372.
- (10) 職員規模は、この七〇年代に格段に拡大し、設立時の職員数四八二名から一九八〇年段階では三三三九名に達した。二〇〇八年時点での職員数は四八〇九名である。vgl. Bundeskriminalamt, a. a. O. (Anm. 8), S. 5.
- (11) この有名な判決に関する文献は多いが、まずは、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社・二〇〇三年)六〇頁以下、参照。本稿との関連では、島田茂「ドイツにおける予防警察的情報収集活動と侵害留保論」『各国警察制度の再編』所収(法政大学出版局・一九九五年)一三三頁以下、も参照。

- (12) vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm. 8), S. 2138 f.

- (13) 一九九八年から稼働しているDNA分析データベースには、約二万五千件の個人情報と三万六千件の証拠データが保存されており、二〇〇二年には殺人六六件、性犯罪一三五件の解決に寄与したという (Schütte, a. a. O. [Ann. 8], 27 f.)。〇五年からは重大犯の他に詐欺、窃盗の再犯データも徴取対象となった結果、約七七万件ものデータが保存されている (vgl. DER SPIEGEL 14/2009, S. 43)。
- (14) 「テロ対策法」に基づくBKAの権限拡大については、小島裕史「ドイツの治安関係法令(一)」警察学論集五六巻五号(二〇〇三年)一六八頁―一七四頁、岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』(成文堂・二〇〇六年)所収一一頁以下、等参照。
- (15) 「反テロ・データベース」の問題点については、*vgl.* Fredrik Roggan, Die „neue Sicherheitsarchitektur“ der Bundesrepublik Deutschland, NJW 2007, S. 876 ff. *zu* *den* *in* *der* *vor* *liegenden* *Arbeit* *behandelten* *Themen* *vgl.* Julia Stubenrauch, Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, Baden-Baden 2009.
- (16) Hans Lisken, Zur polizeilichen Rasterfahndung, NVwZ 2002, S. 514.
- (17) *vgl.* Tams, a. a. O. (Ann. 9), S. 367 f.; Markus Heintzen, Die ausschließliche Bundesgesetzgebung, in: Christian Stark (Hrsg.), Föderalismusreform, München 2007, Rn. 103.
- (18) M・ハインツェンも「国際」という限定が治安捜査上ほとんど意味を持たないことを指摘する (Heintzen, a. a. O. [Ann. 9], Rn. 97)。「国際テロリズム」の定義規定の不在は〇八年のBKA法改定論議でも指摘されているので、本稿第四章で触れる。
- (19) Tams, a. a. O. (Ann. 9), S. 372. したがって、この基本法改定の意義を連邦軍との関係で読み取る(山内敏弘「ドイツにおけるテロ対策立法の動向と問題点」龍谷法学四〇巻四号「二〇〇八年」三三七―三五八頁、森英樹「戦う安全国家」と個人の尊厳」ジュリスト一三五六号「二〇〇八年」六二頁)のみならず、同時に警察領域における連邦(具体的には憲法機関に位置づけられたBKA)の進出という側面への注意も必要である。
- (20) こうした動向は島田茂が丹念に追いかけている。*vgl.* *z.* *B.* *auch* *Kötter*, a. a. O. (Ann. 4), Kap. 3.
- (21) このあたりの事情は、岡田・前掲註(14)九五頁以下、等参照。

- (22) dazu vgl. Martin Kutscha, *Innere Sicherheit und Verfassung*, in: Fredrik Roggan/Martin Kutscha (Hrsg.), *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2.Aufl., Berlin 2006, S. 79–80. 島田・前掲註(6)八四一九五頁も参照。より詳しくシモノタラフニーニョフ Marco König, *Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten*, Stuttgart u. a. 2005; Stubenrauch, a. a. O. (Ann. 15).
- (23) vgl. Stubenrauch, a. a. O. (Ann. 15), Kap. 1–2; vgl. Veith Melde, *Terrorismusbekämpfung durch Organisationsrecht*, JZ 2005, S. 815 ff, insb. 819 f.
- (24) vgl. Michael Scheuring, 1951 bis 2005 – vom Bundesgrenzschutz zur Bundespolizei, NVwZ 2005, S. 903 f. ㄱㄱ) とは同時に、連邦機関内におけるBKAとBPPとの管轄権上の衝突の契機も含んでゐる。近時のBPPの海外出動論議にㄱㄱㄱ) vgl. Dieter Wiefelspütz, *Der Einsatz der Bundespolizei im Ausland*, JöSR 2006/2007, S. 255 ff.
- (25) Tams, a. a. O. (Ann. 9), S. 372.
- (26) vgl. Roggan, a. a. O. (Ann. 15), S. 876–881; Stubenrauch, a. a. O. (Ann. 15), Kap. 1. 共同データ管理法と「テロ対策法」改定の審議過程でも分離原則との関係が問題になった。○六年十一月六日の連邦議会内務委員会公聴会の議論と公述人 (P・パトローラ、H・ガイガー、M・メストル、R・ポシヤーら) 意見書 (<http://www.bundestag.de/aussschusse/a04/anhoeerungen/Anhoerung03/index.html>) を参照。
- (27) vgl. Fredrik Roggan, *Neue Aufgaben und Befugnissen im Geheimdienstrecht*, in: Kutscha, a. a. O. (Ann. 22), S. 412 ff. insb. 427 ff.; Christoph Gusy, *Mehr als Polizei erlaubt ist?*, in: Huster/Rudolph, a. a. O. (Ann. 1), S. 120 ff. ㄱㄱ)した文脈の中で提起されたBNDの戦略的監視に対する連邦憲法裁の判断 (BVerfGE 100, 313) については、小山剛「戦略的監視の限界」ドイツの憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社・二〇〇八年)二四七頁以下、等参照。
- (28) 島田・前掲註(6)八四一九〇頁参照。
- (29) Karsten Baumann, *Vernetzte Terrorismusbekämpfung oder Trennungsebot?*, DVBl 2005, S. 798 ff. ㄱㄱ)のような見解に反対して、近時のC・グズイは、多様で膨大な公権力の任務を鑑みれば、情報収集と危険防除の機能分離による専門性の強化こそが実効的な国際テロ対策に資するという観点から分割原則の堅持を説いている (Christoph Gusy, *Trennung*

gsgebot, JBÖS 2008/2009, S. 177 ff. insb. 185—189. ただし個別案件に応じた連絡会議型の情報共有と協力は原則に反しないとする[ebenda, S. 187 f.]。

(30) この点を指摘した文献も多いが、さしあたり、Kutschka, a. a. O. (Ann. 22), S. 82—84. 島田・前掲註(6) 四—九六頁、参照

(31) Köter, a. a. O. (Ann. 4) が、政治学や社会学の知見も取り込みながら戦後ドイツの国内治安法制の運用と理論の展開を見事に跡付けている。

(32) Udo Di Fabio, *Sicherheit in Freiheit*, NJW 2008, S. 424.

(33) 航空安全法判決については、森英樹、山内敏弘等の詳しい検討があり(山内・前掲註「19」とくに二一六四—二一七五頁、森・前掲註「19」五七頁以下)それらでは、ドイツの膨大な文献群も掲げられている。森の指摘する、「例外的な超レアケースを根拠に法的武装を高める手法が『民主政』のゆえに産出されるのは、万万が一であれ生起するかもしれないというリアリティに衝迫された市民感覚が下支えしている」という構造(同六五頁)は、「九・一一後」の法状況を把握する上で重要である。

(34) ホフマン・リームは、航空安全法の撃墜条項を象徴的政治の産物と見る(Hoffmann-Riem, a. a. O.[Ann. 2])。安心感(Sicherheitsgefühl)と象徴的立法との連関を論じたAngella Stehr, „Objektivität“ in der Gesetzgebung?, ARSP 2005, S. 535 ff.については、拙稿・前掲註(4) 四六二—四六三頁で紹介している。

(35) 代表的な概説書『警察法要綱』(Lisken/Denninger, a. a. O.[Ann. 8], Handbuch des Polizeirechts)の共編者で〇四年二月に他界したH・リスケンが、ヴァイマル末期の大統領緊急命令や六八年の非常事態法制の歴史を想起させながら、「九・一一ラスタール捜査」の「非常時」志向的性格を批判的に描写している(Lisken, a. a. O. [Ann. 16], S. 513 ff. insb. 516)。W・ブルッガーの「自由と安全」に関する法哲学的・国家学的考察が、拷問や大衆煽動罪(刑法一三〇a条)の問題と並んで、「九・一一ラスタール捜査」を具体的素材の一つに選んだのも(Winfried Brugger, *Freiheit und Sicherheit*, Baden-Baden 2004, S. 86—101)、「全市民監視的性格とステイグマ効果を併せ持つこの措置の時代表象性に着目してのことであろう。このような重要な意義を有するにもかかわらず、拙稿・前掲註(3)では、紙幅の限界というよりは筆者の準備不足のためにこの問題をスルーせざるをえず、その限りで稿題(「ドイツによる『安全と自由』」)に

悼む内容になってしまった。本稿がその補遺としての役割を果たせれば幸いである。

- (26) vgl. BVerfGE 115, 320 (321—324). 予防的ラスタースearchの法状況と法的問題については、*Thomas Petri, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrenrecht*, in: *Lisken/Deminger, a. a. O.* (Anm. 8), Kap. H Rn. 500—536; *Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht*, 5. Aufl., Heidelberg 2007, Rn. 213—213c; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kriesel, Polizei- und Ordnungsrecht*, 5. Aufl., München 2008, §15 Rn. 55 f. 等の警察法の概説書を参照。「九・一一ラスタースearch」を直接テーマにした文献としては、連邦憲法裁判決定直前に提出された *Dissertation Diana Zschoch, Die präventiv-polizeiliche Rasterfahndung*, Frankfurt a. M. 2007の他、*Lisken, a. a. O.* (Anm. 16), S. 513 ff.; *Christoph Gusy, Rasterfahndung nach Polizeirecht?*, *KritV* 2002, S. 474 ff.; *Winfried Bausback, Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung*, *BayVBl* 2002, S. 713 ff.; *Wilhelm Achelpöhl/Holger Niehaus, Rasterfahndung als Mittel zur Verhinderung von Anschlägen islamistischer Terroristen in Deutschland*, *DÖV* 2003, S. 49 ff.; *Hans-Detlef Hom, Vorbeugende Rasterfahndung und informationelle Selbstbestimmung*, *DÖV* 2003, S. 746 ff.; *Michael Kriesel, Rechtsprechung*, *NJ* 2003, S. 36 ff. 等々を参照。*Thomas Groß, Terrorbekämpfung und Grundrechte*, *KJ* 2002, S. 2—6; *Bruggen, a. a. O.* (Anm. 35), S. 86—101.; *Oliver Lepsius, Freiheit, Sicherheit und Terror*, *Leviathan* 2004, S. 80 f.; *Kötter, a. a. O.* (Anm. 4), S. 304—307; *Stefan Middell, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, *Baden-Baden* 2007, S. 178 ff. (ただし本稿脱稿後の参照のため、本稿には反映されてゐない)；*ders., Präventive Terrorismusbekämpfung nach den Anschlägen vom 11. September 2001*, *JBÖS* 2008/2009, S. 153—157; *Dirk Pehl, Die Implementation der Rasterfahndung*, *Berlin* 2008等の他、後掲 (Anm. 50) の諸文献でも取り上げられてゐる。
- (27) 膨大なデータの中から捜査上の特徴を持つ人物をピックアップする手法 (positive Rasterfahndung) と、関係ない人物を篩い分ける手法 (negative Rasterfahndung) との区分があるが、この相違は法的検討の上では重視されていない (vgl. *Petri, a. a. O.* [Anm. 36], Rn. 501. 例外的に、*Kriesel, a. a. O.* [Anm. 36], S. 38)。刑事訴追目的のラスタースearchについても、かつては解釈上・法政策上の問題点を指摘する見解があったが、現在ではもっぱら予防的・警察的ラスタースearchが問題になっている。なお、*BNfD*も、九四年の基本法一〇条具体化法 (G10法) 改定で権限付与され、九九年の

- 連邦憲法裁への異議で問題になりつつも、〇一年の同法の大幅改定により存続した戦略的ラスタースearchの権限を有してゐる (vgl. Roggan, a. a. O. [Ann. 27], S. 427 ff.)。
- (38) vgl. Zschoch, a. a. O. [Ann. 36], S. 1; BVerfGE 115, 320/325 f. l.
- (39) NRWとハンブルグの状況は、BVerfGE 115, 320 (352, 356) の認定事実に拠った。
- (40) 例えば、シユレスヴィツヒールシユタインではラスタースearch用ソフト導入とデータ照合に〇一年だけで二万五千マルク (当時) 強を費やした。人的コストの点でいえば、バイエルンで最大二六名、ヘッセンで最大三〇名の警察職員がデータ徴取・照合に従事したという (vgl. Pehl, a. a. O. [Ann. 36], S. 257, 260 D・ペールの丹念な実証に裏付けられた刑事政策的研究は「九・一一ラスタースearch」を失敗と結論づけてゐる [ebenda, S. 227-237, 288-294]。こうした否定的見方の存在にもかかわらず、BKA長官J・ツイエルケは、失敗か成功かは見方の問題と一蹴してゐる [BT-Drucksache 16/9588, S. 361]。
- (41) Christoph S. Schewe, Das Ende der präventiven Rasterfahndung zur Terrorismusbekämpfung?, NVwZ 2007, S. 175 f. 「九・一一ラスタースearch」展開中の〇二年四月まで連邦憲法裁判所長官の地位にあったJ・リンバッハも、退官直後招かれたドイツ弁護士会総会の講演において、目下の状況を象徴的政治と呼び「警察国家への悪しき移行」の兆候への危惧を語つてゐる (Jutta Limbach, Ist die kollektive Sicherheit Feind der individuellen Freiheit?, AnwBl 2002, S. 454 ff. insb. 456 f.)。
- (42) Christoph Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., Tübingen 2009, Rn. 130, vgl. auch z. B. Erhard Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, a. a. O. (Ann. 8), Kap. E Rn. 52-56; Volker Gitz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., München 2008, § 6 Rn. 24 f.; Schenke, a. a. O. [Ann. 36], Rn. 78.
- (43) Gusy, a. a. O. (Ann. 42), Rn. 130; Denninger, a. a. O. (Ann. 42), Rn. 53.
- (44) vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, a. a. O. (Ann. 36), § 4 Rn. 22. 23の点; 米田・前掲註 (9) (11) 1133頁—1133頁も扱う。桑原勇進「危険概念の考察」金子宏先生古稀記念『公法学の法と政策 (下巻)』(有斐閣・二〇〇〇年) 六六—六六八頁も参照。
- (45) 「テロ」の危険の存在を認め捜査を適法と判断した判例として、z. B. LG Düsseldorf, DuD 2001, S. 755; OLG

- Düsseldorf, NVwZ 2002, S. 629; KG Berlin NVwZ 2002, 1537 (その決定の評釈として) Kriesel, a. a. O. [Ann. 36], S. 36 ff.) ; OVG Koblenz, NVwZ 2002, S. 1528; VG Mainz, DuD 2002, S. 303. それに対し、危険を否定した判例として z. B. OLG Frankfurt, NVwZ 2002, S. 626, S. 627; LG Wiesbaden, DuD 2002, S. 240; LG Berlin, DuD 2002, S. 175. 判例動向の整理は、vgl. Zischoch, a. a. O. (Ann. 36), S. 2-4; Achelpöhter/Niehaus, a. a. O. (Ann. 36), S. 54 ff.; Bausback a. a. O. (Ann. 36), S. 717-723.
- (46) vgl. z. B. Horn, a. a. O. (Ann. 36), S. 751 ff.; Schenke, a. a. O. (Ann. 36), Rn. 77; Pieroth/Schlink/Kriesel, a. a. O. (Ann. 36), § 4 Rn. 7. ただし、本稿第二章 4 (2) の指摘するところをも参照されたい。
- (47) Helmuth Schulze-Fielitz, Nach dem 11. September, in: Festschrift für Walter Schmit Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 422.
- (48) 米田・前掲註(6)九四頁、一〇一頁注(97)は、反比例公式が危険の蓋然性の客観的判断を妨げ、行政実務を迫認する危険性が指摘されている点を紹介し、「法適用者の直感に訴えかけ、全く一般受けさせるところに、最大の魅力と危険性がある」と評している。
- (49) 初期のものとして、BVerwGE 45, 51[61]. 最近では z. B. BVerwGE 116, 347[359].
- (50) 「持続性の危険」概念については、vgl. Denninger, a. a. O. (Ann. 42), Rn. 53-56. 以下に「九・一テラスター捜査」の文脈では、Bausback, a. a. O. (Ann. 36), S. 721; Schulze-Fielitz, a. a. O. (Ann. 47), S. 420-424; Friedrich Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, Der Staat 2004, S. 356 ff.; Dieter Kugelmann, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DÖV 2003, S. 786 ff.; Hans-Heinrich Trute, Gefahr und Prävention in der Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung 2003, S. 508-514.
- (51) しかし、明らかに刑事訴追と危険防除を混淆するものの論理には厳しく批判がある (vgl. Achelpöhter/Niehaus, a. a. O. [Ann. 36], S. 55)。
- (52) 前掲註(50)の諸文献参照。これらの表題の中に踊る「危機 (Gefahr) 中の危険概念 (Gefahrenbegriff)」、「自由主義的法治国家の警察法からの決別」といった字句に時代の雰囲気が反映されている。
- (53) Schulze-Fielitz, a. a. O. (Ann. 47), S. 421.

- (54) このモデル区分は、Uwe Volkmann, Die Verabschiedung der Rasterfähdung, JURA 2007, S. 133. に於て。NRW やヘッセンでも「現在の危険」の要件が削られた。当時の各州の規律状況は、z. B. Gussy, a. a. O. (Anm. 36), S. 475-478; Bausback, a. a. O. (Anm. 36), S. 715-717; Achelpöhlner/Niehaus, a. a. O. (Anm. 36), S. 50 f.
- (55) Kugelmann, a. a. O. (Anm. 50), S. 787. auch Schulze-Fielitz, a. a. O. (47) S. 422 f. クーゲルマンの場合、それゆえに危険概念の堅持による実体的制御よりも、規範特定性・規範明確性や自己情報抹消権の保障などに関心が向かっている (ebenda, S. 787-789)。
- (56) とりわけ、W・シヨイブレという政治家の行動原理を「保守革命」の文脈に位置づける興味深い論考として、Marcus Hawel, Dämmerung des demokratischen Rechtsstaates?, KI 2009, S. 64 ff., insb. 70-72.
- (57) Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 ff., insb. 449-451. 悲観的なアンビバレントな表現も見られる論説であるが、 Hoffmann-Riem が、イスラム社会に蔓延する迫害者たる米国やイスラエルへの怨嗟に言及しながら、「自由と安全と平等」(傍点は筆者)のバランスの追求の必要性を(しかも国際的な視点としてのそれを)説いている点は見落とせない。
- (58) Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 2). もとより一裁判官の学者の立場からの見解が第一法廷全体を支配したわけではないが、連邦憲法裁判の判例法理と Hoffmann-Riem の学説と関係は、例えば G・ライプホルツ、K・ヘッセ、E・W・ベッケンフェルデら歴代の大学教授出身裁判官のそれと同様、別個検討されてよい。
- (59) とはいえ、九〇年代中葉の表現の自由や国家の信教的中立性の領域で下された第一法廷の判決に対する当時のセンセーショナルな批判(例えば、畑尻剛「批判にさらされるドイツの憲法裁判所(上)(下)」ジュリスト一〇六号七四頁以下、一〇七号七九頁以下、「一九九七年」等、参照)に比べると、その反応は穏やかといえる。
- (60) Wolfgang Schäuble, Aktuelle Sicherheitspolitik im Lichte des Verfassungsrechts, ZRP 2007, S. 210-212. ショイブレの挙げるデータによれば、二〇〇三年頃三〇件代であった傍受措置は連邦憲法裁判大盗聴判決後の立法措置猶予期間及び刑法法該当規定(一〇〇c条乃至一〇〇f条)改定後となる〇五年には七件に減少した (ebenda, S. 212)。
- (61) Josef Isensee, Leben gegen Leben, in: Festschrift für Günter Jakobs zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 2007, S. 233.
- (62) Josef Isensee, Menschenwürde, AöR 2006, S. 192. イーゼンセー門下の O・デッケンホーマーの近著は、航空安全法

判決も踏まえながら、国家学的分析概念にとつての「市民の犠牲」(Bürgeropfer)の意義を指摘しているが、そこでは連邦憲法裁の「人間の尊厳」観は、「市民の犠牲」を正当化する彼の国家観のいわば敵役が割当てられている(Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn u. a. 2007, insb. S. 75—104)。

- (63) Christian Hilgner, Der Staat des Grundgesetzes, JZ 2007, S. 209 ff. auch Christof Gram, Der wehlose Verfassungssaatz?, DVBl 2006, S. 653 ff. 現在の「対テロ戦争」への向き合い方は、ドイツにおいては必然的に「戦闘的民主制」(streitbare Demokratie)ないしは「たたかう民主制」(wehrhafte Demokratie)への態度と関わってくる。このような視点を提供する論考として、渡辺洋『「たたかう民主制」の意味・機能変遷』神戸学院法学三三巻四号(二〇〇三年)一一七頁以下、同「公安と公序」神戸学院法学三五巻三号(二〇〇五年)七〇九頁以下、森・前掲註(19)、参照。なお、本稿筆者は、ヒルグラーバーらの言説の中にヴァイマル末期の「教条主義的護憲論」批判(この点については、拙稿「ヴァイマル憲法崩壊期の憲法救済的改憲論」憲法理論研究会編『危機の時代』と憲法』(啓文堂・二〇〇五年)一四七頁以下、参照)と共通の通奏低音を聴き取る。

- (64) Hoffmann-Rien, a. a. O. (Anm. 2), ders., a. a. O. (Anm. 57). ヒルグラーバーの連邦憲法裁判にはホフマン・リームも遺憾を覚えたらしく、〇七年国法学者大会で両者は衝突する。「規範的要請と政治的現実との間の憲法規定」という題で報告に立ったヒルグラーバーが、航空安全法判決に加わったD・ヘーミック裁判官の退官後の発言を報じるFAZ紙の記事を引用して、憲法裁判所裁判官の政治的現実への「無責任」ぶりを「信じられない憲法上の偽善行動」と罵った(Christian Hilgner, Verfassungsrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67, 2008, S. 37—43) 〇〇に對しての、ホフマン・リームの強い抗議が印象的である(ebenda, Aussprache, S. 112 f.) 〇に對するヒルグラーバーの応答として、ebenda, S. 127 f.)。

- (65) 「安全の中の自由」を掲げて安全構築のための国家的介入の強化を説く論考として、z. B. Peter J. Tetinger, Freiheit in Sicherheit, in: Festschrift für Jochem F. Kirchhof zum 75. Geburtstag, Köln 2003, S. 281 ff.

- (66) Udo Di Fabio, a. a. O. (Anm. 32), S. 421 ff.

- (67) Rainer Erd, Bundesverfassungsgericht versus Politik, KJ 2008, S. 132 f.

- (68) Schewe, a. a. O. (Anm. 41), S. 177. 〇の評者も使う客観的安全と主観的安心感という対抗軸の中で、連邦憲法裁

はなお前者に軸足を置いて国内治安法制関連連事案を判断しているということであろう。この点、通常裁判所や行政裁判所の中に主観的安心感の保護に引きずられている傾向（例えば、ラスタター捜査について本稿次章、カメラ監視について拙稿・前掲註「3」四六三―四六七頁、参照）が垣間見えるのとは対照的である。

(69) ただし、両者とも第二法廷（後者はディ・ファビオ裁判官所属の第二法廷第一部）の判決である（前者の判決の評釈として、川又伸彦「自動車の位置監視システムの合憲性」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書註「27」三七五頁以下）。また、第一法廷にもその多数派とは一線を画するハース裁判官のような存在もいる。

(70) そのいくつかは邦語文献でも紹介・検討がなされている。大盗聴判決については小山剛「自由・テロ・安全」大沢・小山前掲書註（14）三〇五頁以下、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・前掲書註（27）三二〇頁以下、ニーターザクセン通信監視判決については西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則」右同書一四七頁以下等、航空安全法判決については前掲註（19）の山内論文及び森論文等、カメラ監視決定については、拙稿・前掲註（3）四六八―四六九頁、等。また、前掲註（6）の小山論文及び白藤論文が、本文に並べた判決のいくつかを系統的に取り上げている。

(71) Hans-Heinrich Trute, *Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Die Verwaltung 2009, S. 85 ff. が稿題ごおりの分析を行っている。その他、情報自己決定権に関わる判例動向を分析する R・エルド、W・フレンツ、H・P・ブルらの論説（Erd, a. a. O. J. Annm. 67J, S. 198 ff.; Walter Frenz, *Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG*, DVBl 2009, S. 333 ff.; Hans Peter Bull, *Meißeine auf Weg des Rechtsstaats*, JBöS 2008/2009, S. 317 ff.）や、規範特定性・規範明確性・狭義の比例原則・私生活形成の核心領域・人間の尊厳の観点から近時の連邦憲法裁判の動向に触れる E・ベニンガーの小稿（Erhard Denninger, *Prävention und Freiheit*, in: *Huster/Rudolph, a. a. O. J. Annm. 1J, S. 85 ff.*）も参照。

(72) 直接の評釈として Uwe Volkmann, *Anmerkung*, JZ 2006, S. 918 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 54), S. 132 ff.; Winfried Bausback, *Fesseln für die wehrhafte Demokratie?*, NJW 2006, S. 1922 ff.; Christian Kirchberg, *Zur Zukunft der Rasterfahndung*, CR 2007, S. 10 ff.; Michael P. Rohreht, *Die präventive Rasterfahndung im Lichte der aktuellen Verfassungsrechtsprechung*, SächsVBl 2007, S. 80 ff.; Schewe, a. a. O. (Anm. 41), S. 174 ff. *予約* Trute, a. a.

- O. (Ann. 71), S. 96—103; Schenke, a. a. O. (Ann. 36), Rn. 213a—213c; Bull, a. a. O. (Ann. 71), S. 325 f.; Hillgruber, a. a. O. (Ann. 63), S. 211—214; Schäuble, a. a. O. (Ann. 60), S. 210—212; Köter, a. a. O. (Ann. 4), S. 307 等でも扱われている。
- (73) NRW州だけでも複数の訴えがあり、ヨルダン人学生とイスラム圏出身の両親を持つドイツ国籍保有者による各訴えに対する上級地方裁決定 (OLG Düsseldorf, Besch. 8. 2. 2002 - 3 Wx 351/01 -, - 3 Wx 357/01 -) は NVwZ 誌に登載されているが (NVwZ 2002, S. 629, S. 631) 本件申立人の事案とは別件である。なお、ドイツ国籍保有者の事案について上級地方裁は、地域的・時間的に危険状況と特段の關係のないドイツ国籍者もラスタラーの結果捜査線上に残す点については比例性を欠き違法と認定している (ebenda, S. 631)。
- (74) 近年の邦語文献においては Enggriff II 「介入」という訳がかなり定着しており、筆者も別稿ではこれに従って「侵害」を用いることにした。
- (75) この説示からは、マニンガーの有名なテーゼ (Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit?, KJ 2002, S. 468) や、ホフマン・リーム自身がすでに説いていた発想 (Hoffmann-Riem, a. a. O. [Ann. 57]) との連関が読み取れる。
- (76) 裁判例については、前掲註 (45) 参照。学説上、強度な基本権侵害を認めるものと「z. B. Groß, a. a. O. (Ann. 36), S. 4—6, 16 f.; Lisken, a. a. O. (Ann. 16), S. 515 f.; Achelpöhl/Niehaus, a. a. O. (Ann. 37), S. 50. 消極的な見解として z. B. Horn, a. a. O. (Ann. 36), S. 748—750; Schenke, a. a. O. (Ann. 36), Rn. 213c; Trute, a. a. O. (Ann. 71), S. 98—101; Brugger, a. a. O. (Ann. 35), S. 93 f. それぞれの論拠は、本決定の多数意見又は反対意見の中で概ね採用されている。
- (77) カメラ監視との共通性は、vgl. Zschoch, a. a. O. (Ann. 36), S. 198—203. 拙稿・前掲註 (7) (「カメラ監視の憲法学的考察」) も参照。
- (78) vgl. auch Limbach, a. a. O. (Ann. 41), S. 454 ff.
- (79) Brugger, a. a. O. (Ann. 35), S. 95—99. 九・一一事件以降の法状況を早い段階で批判的に描写した T・グロスは、より直裁に「九・一一ラスタラー捜査」を信教の自由への侵害問題と捉え、当該捜査目的での個人の信仰情報の収集・

提供を違憲と説くところ (Groß, a. a. O. [Ann. 36], S. 5 f., 16)。

- (80) U・フォルクマンは、インターネット通販を利用するために市民が自発的に民間業者に広範な個人情報を提供している現状を例に、国勢調査判決の時代と比べた個人情報に関する市民意識の変化を指摘する (Volkmann, a. a. O. [Ann. 54], S. 134)。また、H-H・トルーテは、データ収集・処理に関する「公開性と透明性」が情報自己決定権にとって重要であるとして、公開の結果がステイグマをもたらすのだとしたら、侵害強度をどう減らせばよいのかと疑問を投げかける (True, a. a. O. [Ann. 71], S. 99)。私見では、これらの主張は本決定への決定的な批判とはなり得ていないと思われるが、同調する説は少なくない。z. B. Schenke, a. a. O. (Ann. 36), Rn. 213c。

- (81) 小山・前掲註(27)二五一―二五二頁。

- (82) Gusy, a. a. O. (Ann. 42), Rn. 119, Fn. 86。ハース裁判官反対意見では、文字通り「反比例公式」(die Formel der umgekehrten Proportionalität) という用語が用いられ、行政裁判所の判例が先例として挙げられている (BVerfGE 115, 320 [377 f.])。

- (83) Anna Leisner, Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe, DÖV 2002, S. 326。警察法の教科書での反比例公式なるしは Fausst 公式の言及は、Schenke, a. a. O. (Ann. 36), Rn. 77; Pieroth/Schlinsky/Kniesel, a. a. O. (Ann. 36), § 4 Rn. 7; Denninger, a. a. O. (Ann. 42), Rn. 52; Götz, a. a. O. (Ann. 42), § 6 Rn. 7; Gusy, a. a. O. (Ann. 42), Rn. 119。

- (84) 小山・前掲註(6)五四―五六頁。同・前掲註(27)二五一頁も。

- (85) ニーダーザクセン通信監視判決でも、本文で引用した二項型「je-desto」公式の次の一文で、「しかしながら、推測や推論が諸事実の中の具体的な輪郭のある出発点を有しているという点は常に保障され続けなければならない」とは述べているが、その論拠付けは明示されていなかった (BVerfGE 113, 348[386])。これに対し本決定は、「しかしながら、蓋然性の程度と予測の事実基盤に対する要請は任意に引下げられてよいわけではなく、基本権侵犯の態様及び重大性とねらいとする法益保護の結果への見込みとの適切な関係の中にも立脚するものでなければならぬ」と説示することで、基本権侵害の重大性と危険の蓋然性との関係を明確にしている (BVerfGE 115, 320[361])。その後の連邦憲法裁判の判例では、「je-desto」公式の定式としては二項型に戻っているが (z. B. BVerfGE 120, 378[429]) 「三変数間衡量」の

発想が放棄されたわけではない。オンライン検索判決でも、「蓋然性の程度と予測の事実基盤は、基本権侵犯の態様と重大性との合理的な関係の中で設定されなければならない」と本決定の説示が引継がれている（BVerfGE 120, 274 [327]）。小山剛が行政法学で定着している「反比例公式」と訳を使わず、「je desto 公式」という呼び方に拘るのは、彼の言う「進化」を遂げた憲法裁判上の衡量手法と、行政法（とりわけ警察法）上の反比例公式との自覚的な区別を示唆してのことかもしれない。なお、連邦憲法裁判の示した方向とは別に、従来の反比例公式が私法的（不法行為法や保険法）な発想に捉われていた点を批判し、公法上の比例原則としての自立化の徹底を目指す試みもあるが（Leisner, a. a. O. [Anm. 83], S. 326 ff.）⁶⁷そこでは保護法益が基本権保護義務論と結びつけられるため、蓋然性への要請はいっそう低減する⁶⁸。

(67) Götz, a. a. O. (Anm. 42), 86 Rn. 8.

(87) もちろん、実際の事案において蓋然性をどう判断するかという難題がそこには残る。この点で、米田雅宏が、反比例公式が必ずしも有用でないと指摘していることはすでに紹介した（註〔48〕）。こうした従来の諸法理の問題点を踏まえて、T・ダルンシュテットの「帰納的推論アプローチ」等から日本の警察法学への示唆を展開する米田の研究は重要である。とはいえ、少なくとも基本権侵害を伴う授權規範の違憲性阻却事由の判断の場面においては、「je - desto 公式」ないしは反比例公式は判断に説得性を持たせられる力があると思われる。

(88) z. B. Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl 2007, S. 581 ff. への論説に（57）は、白藤・前掲註（6）八三―八四、八七頁による紹介と批判的分析がある。さらに、小山・前掲註（70）三一九―三二三頁も参照。BKA改定法の連邦議会内務委員会公聴会でも、メストルは本決定の基準を批判し、その見直しを希望して（Markus Möstl, Schrittliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Innenausschuss den Deutschen Bundestages am 15. 09. 2008, S. 14）。

(89) この点は多くの論者が指摘している。他機関からのデータ提供、照合、プロファイリングといった作業を経るラスタータッチは一定の期間を要とし、しかも具体的危険が不明確であれば、提供を受けるべきデータも不明確なため、膨大なデータから絞り込みをかけるをえない。絞り込みを厳重にすれば潜在的「テロリスト」が捜査の網から抜け落ちる可能性があり、逆に絞り込みを緩くすれば、残る膨大なリストを基に人海戦術による捜査が必要となる（Schewe, a. a. O. [Anm.

41], S. 176)。

(90) ハース裁判官は、反比例公式に則り蓋然性の基準を引き下げる解釈をした場合にのみ三一一条一項に「憲法上の疑義が生じることはない」と述べる (BVerfGE 115, 320 [376])。

(91) 過少保護禁止の法理については、vgl. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24., Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 297a, 297b. 邦語文献では、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂・一九九八年)八四頁以下、同『基本権の内容形式』(尚学社・二〇〇四年)二二七頁以下、等が詳しく扱っている。

(92) 「現在の危険」のような要件過重を比例性の観点から懐疑を向ける見解として、Franke Hansen-Dixs, Die Gefahr im Polizeirecht im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheit, Köln u.a.1982, S. 51 f. 桑原・前掲註(44)六六八頁も参照。他方、ラスタター捜査は、「現在の危険」プラス「極めて重要な法益保護」で、ようやく比例原則が充たされるといふ説もある (Acheplöcher/Niehaus, a. a. O.[Anm. 36], S. 52)。「現在の危険」をラスタター捜査の侵害境界値と解するリスケンには、ヘッセン州での「現在の危険」削除も法的には irrelevant であり、やはり急迫の脅威 (akute Bedrohung) がなければ適用できないと述べる (Lisken, a. a. O.[Anm. 16], S. 515 f.)。

(93) Schenke, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 71; Götz, a. a. O. (Anm. 42), § 6 Rn. 19.

(94) Gusy, a. a. O. (Anm. 42), Rn. 125. vgl. auch Denninger, a. a. O. (Anm. 42), Rn. 42; Götz, a. a. O. (Anm. 42), § 6 Rn. 3 f.; Pieroth/Schlink/Kniesel, a. a. O.(Anm. 36), § 4 Rn. 9–12; Schenke, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 78.

(94) 講学上、「個別具体的事案において一般的な生活リスクを越える、すなわちもはや社会適合的ではない法益への脅威」(Gusy, a. a. O.[Anm. 42], Rn. 130)、「予期される出来事の推移が妨げられなければ、十分な蓋然性をもって、警察の保護する法益を害する状態又は行動」(Pieroth/Schlink/Kniesel, a. a. O. [Anm. 36], § 4 Rn. 2)などと定義される。

(95) Tuttle, a. a. O. (Anm. 71), S. 102 f. 45. この点で本決定を批判する。

(96) ハース裁判官の主張を支持するものとして、Mösl, a. a. O. (Anm. 88), Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, S. 585 f. insb. Fn. 52. H-H・トルーテやH・P・ブルも、連邦憲法裁の侵害強度の判断は事実に基づ

- かない想定に基づく批判する (Trute, a. a. O.[Ann. 71], S. 97 - 101; Bull, a. a. O.[Ann. 72], S. 327)。
- (97) Volkmann, a. a. O. (Ann. 54), S. 135 - 137. 要件加重された危険概念が「危険」概念の統制力を削いでいると云ふ指摘は、auch Trute, a. a. O. (Ann. 50), S. 513 f.
- (98) U・フォルクマンの批評の背後には、適用のハードルの高さゆえに実用性の低いラスター捜査の授權規定の象徴的立法的性格への批判的視点が控えている (Volkmann, a. a. O. [Ann. 72], Anmerkung, S. 919)。
- (69) Volkmann, a. a. O. (Ann. 54), S. 135. 関連して vgl. auch Uwe Volkmann, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, S. 216 ff. insb. 219 f.
- (100) Köfer, a. a. O. [Ann. 4] S. 307.
- (101) Petri, a. a. O. (Ann. 36), Rn. 535' が「伝統的な警察法」の発想として提示している。
- (102) この点で、予防的ラスター捜査を「最後の手段」(ultima ratio)にとどめようとする H・リスケンが、多くの非侵害者が対象になるこの措置を、「警察上の緊急状態」(polizeilicher Notstand)の法理との関連で説明しようとしているのが興味深い (Lisken, a. a. O.[Ann. 16], S. 515 f. 非侵害者への「警察上の緊急状態」の關係については、vgl. Denninger, a. a. O.[Ann. 42], Rn. 138 - 152; Pieroth/Schlink/Kniesel, a. a. O.[Ann. 36], § 9 Rn. 74 - 85; Schenke, a. a. O.[Ann. 36], Rn. 313 - 319) しかしてこのような「古典的な危機防除措置」の枠組みで危険前段階の情報徴取を説明する発想を否定する見解として、Zschoch, a. a. O. (Ann. 36), S. 114 - 118. 他方、シエーヴェは、連邦憲法裁は具体的危険の要件を「法治国家的欠損」の唯一の補填と解していたわけではなく、比例原則を維持しうる他の立法上の規律が存在しない場合の合意限定解釈の一つの提示と読む。なお、シエーヴェは、連邦憲法裁の基準に適合する予防的ラスター捜査の授權のあり方として、センシティブな個人データ(社会保障関係記録、預金・信用情報、信仰など)に具体的危険を要件とする一方、氏名や住所などの情報にはこれが必要としないダブル・スタンダードを提唱している (Schewe, a. a. O. [Ann. 41], 176)。
- (103) しかし、R・ポシヤーは、連邦憲法裁の判示は(程度の差はあれ市民が日常的にさらされている意味での)一般的な危険状態だけで予防的ラスター捜査を行うことは許されないという趣旨であり、ラスター捜査の意義を毀損するものではないと、これを擁護している (Ralf Poscher, BT - Drucksache 16/9588, S. 69 f.)。

- (104) 予防的措置に対する適合性(合理性)及び必要性審査の機能不全を指摘するものとして、西原・前掲註(6)七八―八二頁。
- (105) ラスター捜査の性格は「容疑獲得的侵害」(Verdachtsgewinnungseingriff)であるという、本決定の他多くの文献で引用されるテーゼ(Gusy, a. a. O.[Anm. 36], S. 483)を示したグズイは、BKA法改定論議の際、予防的ラスター捜査は合理性を欠き不必要という立場を明確にした(Christoph Gusy, Innenausschuss A-Drs. 16(4)460A, S. 10 f.)。
- (106) Denninger, a. a. O. (Anm. 42), Rn. 55.
- (107) 以下にその点への批判として、Bausback, a. a. O. (Anm. 72), S. 1924, auch Trute, a. a. O. (Anm. 71), S. 98.
- (108) Vgl. z. B. Henning Tegmeyer/Jürgen Vahle, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl., Stuutgart u. a. 2004, § 31. insb. Rn. 4a; auch Petri, a. a. O.(Anm. 36), Rn. 536.
- (109) しかし、前掲註(92)で挙げた、Achelpöhlner/Nichaus, a. a. O. (Anm. 36), S. 52& Lisken, a. a. O. (Anm. 16), S. 515 f. などの文献や、「現在の危険」を明記した改定BKA法(本稿第四章で扱う)すらも比例原則違反と解するM・クツチャールの立場(Martin Kutschra, Innenausschuss A-Drs. 16(4)460D, S. 2 f.; Fredrik Roggan, Innenausschuss A-Drs. 16(4)460B, S. 19 f.)に立って、違憲の疑いが生じるであろう。
- (110) フォルクマンは、単なる「重大な犯罪の予防的対策の必要のため」はもちろん、それを「推定を事実上の手がかりが正当化する」場合といった要件を付しても(ヘッセン州公共安全秩序法二六条一項)不十分だという(Volkmann, a. a. O.[Anm. 54], S. 135)。見解により多少の相違はあるが、少なくとも、犯罪予防目的のラスター捜査を認める七州(バーデン・ヴュルテンベルク、チューリンゲン等)の警察法が連邦憲法裁の基準に抵触すると見られてきた(Pletho/Schlink/Kniesel, a. a. O.[Anm. 36], Rn. 55 f.)。他方、軽々に違憲と断ずることを戒める見解として、Bausback, a. a. O. (Anm. 36), S. 1924.
- (111) Pletho/Schlink/Kniesel, a. a. O.(Anm. 36), Rn. 55, 56. この説に立って、ロープレヒトなどがその違憲性を指摘する(Robrecht, a. a. O.[Anm. 72], S. 81)バイエルン州一般警察法四四条には憲法上の問題は特に無いことになる。
- (112) 例えば、本稿第一章(5)で例示したチューリンゲン州警察職務法四四条は〇八年に再改定され、「重大な意義を

持つ犯罪の予防的対策」という規定は、①「具体的な計画行為・準備行為が、…ある者が特に重大な犯罪を実行する意図を持つという推定を正当化する場合」と改められた。また他に措置の可能な要件として、②「連邦若しくは州の存立若しくは安全に対する又は人の生命、安全若しくは自由に対する、又は公共の危険性がある限りで物に対する具体的な危険」が加えられた(一項)。同じく〇八年のバイエルン州警察職務法四四四条改定でも、「重大な犯罪の具体的な準備行為が、それ自体で若しくは別の特定の事実と併せて、当該犯罪が惹起されるという根拠ある推定を正当化する場合の、当該犯罪の防除」と、チューリンゲンの規定の②と同様の法益侵害の防除に「必要な場合」を要件とした(後者の規定はバーデン＝ヴュルテンベルク州警察法四〇条の〇八年改定にも見られる)。

(113) Vgl. dazu Jörg Ziercke, BT - drucksache 16/9588, S. 30.

(114) それにもかかわらず、〇六年四月のこの決定は、同年二月の航空安全法判決と並び九・一一事件以降の治安政策に対する一つの批判的総括を意味しており、同年末に失効する「テロ対策法」の延長問題を抱えた「テロ対策」推進論者たちを苛立たせることになった。決定直後のリアクションとしては、バイエルン州やヘッセン州の内相が決定に不快感を示したという(vgl. Robrecht, a. a. O.[Ann. 74], S. 87, Fn. 117)。連邦内相シヨイブレも、リスク配慮のための情報収集に伴う「低強度の基本権侵害」については危険概念も再定義されるべきだと、憲法裁判所の判断に疑問を呈している(Schauble, a. a. O.[Ann. 60], S. 210-212)。すでに紹介したヒルグラーバーの論説でも、この二つの判決が直接の批判の対象となつてゐる(Hilgenber, a. a. O.[Ann. 63], S. 209 ff.)。

(115) ただし、バイエルン州刑事庁長官P. ダーテの見解(Peter Dathe, Innenausschuss A-Drs. 16(4)460F, S. 6)によつて。