

連邦刑事庁（BKA）・ラスタ―捜査・オンライン捜索（3・完）

――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

はじめに

第一章 BKA改定の背景とその周辺

第二章 BKA法改定の境界値①――具体的危険の法理（以上、五二卷三・四号）

第三章 BKA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（以上、五三卷二号）

第四章 改定BKA法の争点

おわりに（以上、本号）

第四章 改定BKA法の争点

本章では、二〇〇八年BKA法改定の立法動向、法構造、及び各争点における議論状況を確認した上で、ドイツ治安法制にとってのBKA法改定の意義を考察する。

1 「オンライン検索」判決後の治安法制の動向

まず、連邦憲法裁「オンライン検索」判決後のバイエルンと連邦における治安法制をめぐる動向を、「オンライン検索」規定の扱いに絞って確認しておこう。⁽¹⁾

(1) バイエルン 「オンライン検索」判決以前から州警察及び州憲法擁護局への「オンライン検索」の権限付与を進めていたバイエルン政府は、判決が示した基準を踏まえた州警察職務法及び州憲法擁護法の改正法案を州議会に提出し (Lt-Drs. 15/10345 v. 2. 4. 2008, 15/10313 v. 1. 4. 2008) 、両法案とも二〇〇八年七月三日に可決を見た (Lt-Drs. 15/10998 v. 3. 7. 2008, 15/10999 v. 3. 7. 2008. ただし、後に触れるように〇九年に再改定)。

この〇八年改定により新設された警察官職務法三四 d 条は、個人の接続記録や保存情報の徴取目的での IT システムへの秘密の侵入を認めるが、この措置は、①「連邦又は州の存立又は安全」又は「個人の身体、生命、自由」に対する「差し迫った危険」(dringende Gefahr) の防除に必要な場合が要件とされている (二項一文一号)、②「私生活形成の核心領域」に入る内容や、聖職者、弁護士、医師、セラピスト等の刑法五三条で規定された証言拒否権者に関する内容のデータ徴取が禁止され、これらが徴取されたデータに含まれている手掛かりが点検 (Durchsicht) により明らかになった場合には、遅滞ない抹消が義務付けられている (五項及び六項)、及び③同法三四条四項の家宅盗聴の規定を準用し、裁判官の令状留保が原則として確保されている (四項一文) など、「オンライン検索」判決の趣旨を二応は踏まえた体裁になっている。もともと、①同法三〇条五項に列挙する「重大な犯罪」を根拠づける「具体的な準備行為」のある場合にも措置を可能としている (二項一文二号)、②右危険に責任がある者に対してのみならず、危険責任者への情報提供者、危険責任者からの情報受領者、及び第三者提供者に加え、さらに危険責任者の下にある IT システムの利用者まで措置の対象となりうる (同号。ただし刑法上の証言拒否者は除く)、③「切迫した危険

の場合(bei Gefahr im Verzug)には裁判所の令状を要求していない(四項二文)、などの点で措置の拡大的運用のおそれを抱えていた(これらの問題点は、同様の内容を含むBKA法改定の審議の際にも取り上げられることになる)。しかも、同時に新設された三四e条は、システム侵入の「必要的付随措置」として、住居への秘密の立入・搜索を可能にするものであったが、基本法一三条四項の要件を充たさない点で違憲の疑いの濃い規定であった。併せて、「極めて重大な法益に対する具体的な危険の事実上の手掛かり」の存在と、裁判官の令状を条件に、州憲法擁護局に対して「秘密のオンラインデータ徴取」の権限を付与した州憲法擁護法六e条(及び必要的付随措置に関する六g条)も、同様の問題点を有していた⁽²⁾。なお、州法の整備と並行して、さらにバイエルン政府は、犯罪捜査目的の「オンライン搜索」の合法化のため、刑法一〇〇k条新設を連邦議会に求める動議を連邦参議院に提出するという動きもみせたが、これは不成功に終わっている(BR Drs. 365/08 von 4.7.2008)。

しかし、二〇〇八年秋の政治状況は、このような「オンライン搜索」への積極的姿勢に象徴されるバイエルンの治安強化政策を揺るがすことになる。すなわち、バイエルンで四六年間にわたり単独政権を維持してきたCSUは、〇八年九月二八日の州議会選挙で過半数を割り込むまでに議席を減らし、これまでCSUの治安強化政策に強く反対してきたFDPとの連立を余儀なくされる(バイエルンFDPの党首は市民的自由へのアフエクシヨンの持主として知られるS・ロイトホイザー・シュナレンベルガー)⁽³⁾。連立協議では、とくに「オンライン搜索」の扱いをめぐって両党は激しく対立したが、連立協定では、「オンライン搜索」の存置を前提としつつも、これを「絶対的な例外」と定位置し、かかる性格に相応しい規律と運用の在り方の見直しを明言するとう玉虫色の合意にこぎつけた⁽⁴⁾。これにより「オンライン搜索」は延命したものの、「オンライン搜索との関連での住居への秘密の立入り権限は将来的には廃止される」、「職務上知り得た秘密の保持者として保護される範囲に、将来的にはジャーナリスト及び議員も含められる」

といった具体的な改善事項が盛り込まれたことは、CSUの「オンライン検索」推進派にとって大きな障碍となったことは確かである。この連立合意の線で州警察法、州憲法擁護法、州データ保護法の見直しが行われ、○九年七月一日四日成立の改定法 (Jr-Drs.16/1938 von 14.7.2008) により、「オンライン検索」等に関する「必要的付随措置」を定めた州警察法三四 e 条及び州憲法擁護法六 g 条は削除された。主措置の「オンライン検索」を規定した同三四 d 条に関しては、措置の保護法益に、「それが脅かされることが人の生存の基盤に関わるような公共の利益」が加えられる一方、「重大な犯罪」の準備行為に対する措置は認められないことになった。また当該措置は、「警察上の任務の遂行が他の方法では見込みがない又は困難な場合に」に限定され、措置の比例性を強調した規定に変更されたのである。

(2) BKA法の改定⁽⁵⁾ 先に連邦内務省が公表していたBKA法改定試案(シヨイブレ案)では、四 a 条一項二文(シヨイブレ案における条文番号だが、正規の改定法案と同じ。具体的内容については後述)に基づく差し迫った危険の防除又は犯罪の予防が「他の方法では期待できない若しくは本質的な妨げになる場合」に、BKAに「当事者の認識が無くとも、技術上の手段の自動稼働によりITシステムからデータを徴収することができる」権限を認め、その対象も、警察法上の行為責任者と状態責任者(連邦警察法一七及び一八条)のみならず、「当該有責者の発した他人に関わる重要な情報の提供又は再譲渡を受けた者」、さらに、有責者が利用しているITシステム運営者にまで拡げていた。しかし連邦憲法裁判の判決により、連邦内務省は、判決が示した厳格な基準に法案を合わせることを余儀なくされた。この内務省での再検討作業を経て、○八年六月二〇日にBKA法改定に関する連立与党共同提案案(BT-Drs.16/9388)が、八月二三日にはこれと同一内容の連邦政府案(BT-Drs.16/10121)が、それぞれ連邦議会に提出された。⁽⁶⁾

九月一五日、連邦議会内務委員会は与党会派提案案に対する専門家公聴会を開催した(BT-Protokoll 16/73)。公述

人として出席したのは、P・ダーテ（バイエルン州刑事庁長官）、H・ガイガー（フランクフルト大学教授）、C・グズィ（ビレフェルト大学教授）、D・ヘックマン（パッサウ大学教授）、M・クッチャ（ベルリン行政司法大学教授）、C・メラー（ゲッティンゲン大学教授）、M・メストル（バイロイト大学教授）、R・ポッシャー（ポーフム大学教授）、F・ロツガン（弁護士・人権擁護団体フマニステシエ・ウニオン幹事）、P・シャー（連邦データ保護監督官）、そしてJ・ツイエルケ（BKA長官）の一名である。そこで示された諸見解に対するメディアの反応は、「憲法学者たちも憲法上の疑義はないと判断した」という受け止め方であった。^⑧ このような一部メディアの報道は、大学教授の公述人の中では、FBIのような包括的な権限を持つ集権的制度はドイツの憲法状況では認められないと法改定の基調に対してかなり踏み込んだ批判を展開したクッチャを別にすると、治安強化派のメストルはもとより、グズィやポッシャーのようになりべらるな立場の論者も改定法の原則的な合憲性を承認しているので確かに誤りではないが、しかし各論において数多くの問題点が指摘されていたのだから、ややミスリードの感がある。

法改定について、野党（FDP、同盟九〇／緑の党、左翼党）のみならず、与党SPD内にも消極的な声があったことは前章でも触れた。SPD系の法律家団体である社会民主主義法律家協会（ASJ）もBKAへの「オンライン検索」権付与に反対する声明を出している。^⑩ メディアも、ジャーナリストの証人拒否権が保障されていない点を中心に改定法案への批判を表明した。^⑪ 監視国家化に反対する市民運動諸団体の統一行動「不安に代わる自由を二〇〇八（Freiheit statt Angst 2008）—監視狂想を止める」でもBKA法改定反対が主要課題の一つとされた。^⑫

こうした批判の中、内務委員会段階で、とりわけ批判の強い「オンライン検索」規定については二〇二〇年末まで施行を凍結すること、又、「オンライン検索」とラスタール捜査について施行五年後に事後評価（Evaluation）を行うことが取り決められた。こうした微修正を経て、一月一二日の本会議採決でも与党SPD議員の一部造反（二〇名が

反対、六名が棄権)はあったものの、ともかく法案は賛成多数により連邦議會を通過している(BT-Protokoll 16/186)。しかし、この流れにストップをかけたのが、州議會で躍進を続けていたFDPの存在であった。〇八年九月までの時点でFDPは、バーデン＝ヴュルテンベルグ、NRW、ニーダーザクセンという表決権の多い州で連立に加わっており、さらに、一〇月からのバイエルン州での連立政府への参加により、連邦参議院において大きなイニシアティブを發揮する条件を整えていたのである。加えて、シュライブレの強引な政治手法への反発もあり、SPDが内相ポストを占める州も法案反対の態度を示すようになっており、参議院での審議直前にポツダムで開かれた連邦・各州内相連絡會議の場では、法案成立への協力を求めるシュライブレの訴えに対して、ザクセン＝アンハルトやベルリンの内相は公然と反対の立場を表明した。⁽¹⁴⁾ 果せるかな、一月二八日、連邦参議院は法案への同意を拒否し、一部の州が求めていた兩院合同協議会の召集(基本法七七条二項)すら否決した(BR-Drs.851/08)。このため合同協議会は、同じく召集権を有する連邦政府自ら召集することを余儀なくされたのである(BT-Drs.16/1227)。とはいえ、兩院合同協議会での協議は連邦政府＝連邦議會側のペースで運び、①BKAの任務の限定性の明確化、②いわゆる「オンライン搜索」措置における、「切迫した危険の場合」の裁判官留保の例外規定(BKA長官の緊急措置権)の削除、③「私生活の核心領域」保護に関する裁判所による指揮下での点検規定の挿入、という三点のみをもって連邦参議院側が修正案に⁽¹⁵⁾ 応じている(BT-Drs.16/1391)。連邦参議院内では、この修正案への反対意見も出たが、多数派はこれを受け入れ(BR-Drs.853/08)、一月一九日の兩院での承認を経て、「オンライン搜索」に関する二〇k条を除く部分が二〇〇九年一月一日に発効したのである(BGB I S.308)。

2 ○八年改定の概要と立法趣旨

ここでは、○八年改定の内容を概観し、その特徴を把握する（以下、特記ない限り、条文番号はBKA法のそれを指す）。

改正法提出理由書によれば、今回の改定の趣旨は基本法七三条一項九a号にBKA法を対応させるためのものであり、これにより「国際テロリズムの領域での危険防除は最適化され改善される」としている（BT-Drs.16/9588, S. 14; 16/10121 S.16）。そのため新設された四a条では、まず、BKAの任務として「国際テロリズムの危険の防除」が明記され、その活動要件も基本法に対応して、①州をまたぐ危険が存在していること、②州警察官庁の管轄権が認識できないこと、若しくは③州最高官庁が権限移譲を求めていること、が挙げられている（二項一文）。のみならず、右任務の範囲内では、刑法一二九a条一項及び二項の定める犯罪（著しい方法での住民への威嚇、暴力若しくは暴力の脅迫により官庁又は国際機関を違法に利用すること、国家又は国際機関の政治上、憲法上、経済上、社会上の基盤構造を破壊又は著しく毀損し、及び同種の犯罪行為若しくはその効果により国家又は国際機関を著しく損なうこと）の未然予防（Verhütung）もBKAの任務とされた（同一文）。すなわち、「国際的テロリズム」の具体的な危険防除に加え、特定の「テロ犯罪の未然予防」の権限がBKAに与えられたのである。ただし、法は、BKAへの新たな権限付与が連邦情報庁（BND）などの連邦の他の治安機関や州警察の従来の権限を変更するものでないことを明記し、又、BKAが当該権限を行使するに際しては、これら並行権限を持つ機関への報告を義務付けている（四a条二項）。

右の事項を前提に法は、BKAに対して以下のような権限を付与している。すなわち、個人に関するデータの徴取（二〇b条）、尋問（二〇c条）、身元確認（二〇d条）、連邦警察法二四条三項の鑑識事務的措置（erkennungsdienstliche Maßnahme）（二〇e条）、召喚（二〇f条）、「特別の手段」〔長期的監視、又は覆面捜査員若しくは協力員の利用等〕

によるデータ徴取(二〇g条)、住居内又は住居外からの盗聴(二〇h条)、個人監視の目的での個人に関するデータ等の保存(Ausschreibung)¹⁶⁾(二〇i条)、予防的ラスタ―捜査(二〇j条)、「オンライン捜索」(ITシステムへの秘密の侵入)(二〇k条)、電気通信監視(二〇l条)、電気通信接続・通信記録及びインターネット・アクセス記録等の秘密のデータ徴取(二〇m条)、IMSIキッカー¹⁷⁾(二〇n条)、一時的な退去及び立入禁止命令(二〇o条)、勾留(二〇p条)、人及び物の捜索(二〇q条及び二〇r条)、物の押収(二〇s条)、住居への立入及び捜索(二〇t条)、である。すなわち、危険防除のための標準措置のみならず、盗聴や予防的ラスタ―捜査等の犯罪予防のための情報収集措置について、「国際テロ」の危険防除と「テロ犯罪の未然予防」という任務的限定があるとはいえず、州警察と同じ権限を――さらに、州警察法レベルではなお一般的ではない「オンライン捜索」も含めて――BKAは認められたことになる。BKAはこれらの措置を通じて徴取した個人に関する情報を、一定の要件の下で連邦並びに各州の警察機関及びその他の官庁に通知することができる(二〇v条)。措置対象者の認識無く講じられる二〇g条乃至二〇n条の措置は、一定の要件の下で、当事者への通知が義務付けられている(二〇w条)。なお、二〇a条の概括規定により、上述二〇b条以下の諸措置以外にも、四a条に基づく任務遂行の範囲内で危険(二〇a条の定義によれば、「四a条一項二文に基づく犯罪と関連し、公共の安全にとつての個別具体的事案において存在する危険」)防除のために必要な措置を講ずることが可能になっている。「これらの権限は、危険防除の領域で連邦警察及び各州警察の権限に大幅に倣ったものであり、且つ、その際には、近時の憲法裁判所の諸判決への配慮がなされている」と改正法提出理由書では説明されている(BT-Drs.16/9588, S.14; 16/10121 S.16)。ただ、そうであるとしても、列挙された権限カタログは著しく多様・包括的なため、「BKA法四a条という極めて限定された侵害権限の範囲内では、BKAは事実上…全てのことを講じる権限を持っている¹⁸⁾」¹⁸⁾といえ、とりわけ情報収集手段の質的・量的拡大が如実に見ら

れる。その背景にあるのは、「九・一一事件」以来の「イスラム過激派」による「国際的テロリズム」の脅威は続いており、仮に現在のドイツで具体的な攻撃計画の手がかりが存在しなくとも、いつ何時ヨーロッパ内で「テロ」攻撃が起こっても不思議ではないといった、「九・一一ラスター捜査」の際に語られた「持続性の危険」論を彷彿させる現状認識である⁽¹⁹⁾。二〇〇七年のザウアーラントグループ事件(二〇〇七年九月にNRW州のザウアーラントでイスラム過激派グループ「イスラム聖戦同盟(IJU)」に属する三名の人物が国外テロ団体加入罪(刑法二二九b条)等の容疑で逮捕「後に協力者としてさらに一名がトルコで拘束」された事件⁽²⁰⁾)は、ドイツ国内で「テロ」の謀議が実際に行われていた事実と伴に、犯罪を未然に予防することになった米CIAと連携したBNDや連邦憲法擁護庁(BVfS)の情報収集の実績を宣伝することになり、BKA法案推進側にとっては格好の有利な事例になったといえる⁽²¹⁾。

3 BKA法改定の争点の検討①——とくにオンライン捜査について

以下では法改定の争点を整理・考察するが、本稿の関心の一つが今回の法改定と連邦憲法裁判決との関係を確認するところにあること⁽²²⁾、加えて、いわゆる「オンライン捜査」は今回の法改定を象徴するものとしてメディア等では扱われてきたことを鑑み、法改定全体の検討に先立ち、まずは「オンライン捜査」(すなわち「ITシステムへの秘密の侵入」[verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme])を授權した二〇k条)を別個に取り上げておきたい。

(一)二〇k条の構成 いわゆる「オンライン捜査」を授權した二〇k条は、以下のような構造となっている。

①措置の要件 BKAは、「人の健康、生命若しくは自由」又は「その脅威が、国家の基盤若しくは存立、又は人の生存の基盤に関わるような公共の利益」に対する危険が存在するという推定を特定の事実が正当化する場合、「当事者の認識が無くとも、技術的手段を用いて当事者が利用するITシステムに侵入し、そのデータを徴取することが

できる」(一項一文)。又、「措置の実施が無ければ近い将来において損害が発生するという十分な蓋然性はいまだ確認できない場合でも、個別具体的事案において特定の人物により脅かされている、第一文で掲げた法益の一つに対する危険を特定の事実が示している場合には、第一文に基づく措置が認められる」(同二文)。措置は、四 a 条に基づく任務遂行のために必要で、当該措置が無ければ任務遂行が本質的に困難になる場合に限定される(同三文)。

②措置の対象 措置の対象は、連邦警察法一七条及び一八条が定める行為責任及び状態責任を有する人物に限定されるが、それ以外の人物が関わるものが不可避の場合も、当該措置が認められる(二〇k条四項)。

③対象となるシステムの安全性確保及び個人情報保護への配慮 ITシステムに対してなされる変更はデータ徴取のために不可欠なものに限られること、又、措置終了時には、行われた変更が技術的に可能な限り自動的に回復されることが確保されなければならない(二〇k条二項一文)。用いられた手段の無権限の利用からの保護、及び複製されたデータの変更、無権限の抹消並びに無権限の情報獲得からの保護がなされなければならない(同二文)。

④記録の義務 措置に際しては手段の名称、実施日時、予定されているシステムへの変更、実施主体等が記録されなければならない。当該記録の利用は措置対象者又は権限ある公的機関による措置の適法性審査の場合に限定され、一年後に自動消去されなければならない(二〇k条三項)。

⑤裁判官留保 措置は「連邦刑事庁長官又はその代理の申立に基づき裁判所によつてのみ命令され」(二〇k条五項)、この命令は書面でなされ、且つ書面中には、措置対象の人物(可能であれば姓名及び住所)、対象となるITシステム、措置の方法、範囲並びに期間、及び措置の基本的な理由が明記されていなければならない(同六項一文)。この命令の期間は三ヵ月を越えてはならず、さらに三ヵ月の再延長のみが認められているが(同二文、三文)、命令の条件が消滅した場合には直ちに措置を終了しなければならない(同四文)。

⑥**核心領域保護** 「措置により私生活形成の核心領域からの情報ばかりが (allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung) 獲得されてしまうことを推定する事実上の手がかりが存在する場合には、措置は許されない」(二〇k条七項一文)。又、「可能な限り私生活の核心領域に関わるデータが徴取されないことが技術上確保されなければならぬ」(同二文)。徴取されたデータは、命令を発した裁判所の個別的指揮の下、BKAの(いかなる指揮にも拘束されない)情報保護監督官及び連邦刑事庁の二名の職員(その内の一名は裁判官の資格を持つ者でなければならぬ)により核心領域に関係していないかについて速やかに点検を受けなければならない(同三文及び四文)。私生活形成の核心領域に関わるデータは利用されずに「速やかに抹消」されなければならない(同五文)。データの徴取・抹消の事実が文書化され、その利用は個人情報保護の観点からの統制の目的に限定され、当該目的にとつての必要性が消滅した時点(遅くとも文書の出た一年後まで)で文書は抹消される(同六文及び七文)。

(2) 「オンライン検索」規定における連邦憲法裁判決の影響

それでは、二〇k条には、連邦憲法裁「オンライン検索」判決の基準(とくに、①極めて重大な法益に対する具体的危険の要件、②私生活の核心領域の二段階保障、③裁判官留保)がどの程度、又、どのように反映されているのだろうか。以下、この点を確認・検討していく。

極めて重大な法益に対する具体的危険——侵害境界値に関しては、「オンライン検索」判決の文言がほぼそのまま用いられている。立法者が自ら制度形成しようという意欲を欠いている点には批判もあるが、⁽²⁴⁾法案提出者としてはNRW州議会の轍を踏まないために慎重を期したわけである。連邦憲法裁は、厳しい条件付きとはいえ「オンライン検索」が存続する余地を残したのであり、とくに具体的危険の存在を措置の前提としながら、近い将来における危険発生の十分な蓋然性という同概念の構成要素について、一定の条件(すなわち、①個別具体的事案、②特定の人物、③

事実上の手がかりの存在)があれば、かかる蓋然性を求めないかたちで、実際には具体的危険概念を「緩和」⁽²⁵⁾しているのであるから、立法者がこの基準に準拠するのは無理からぬところとはいえる。しかし、二〇k条について「オンライン搜索」判決を遵守した内容と解する見解⁽²⁶⁾に対しては、同判決が、なおも特定可能な危険惹起者と措置対象者との明確な同一性を厳に要求していることからして、二〇k条の基準はかかる判決の基準すら下回っているという違憲論が対置可能であろう。とくに同条が措置対象者について警察法上の行為責任者・状態責任者概念を用いたことにより、ITシステムの所有者やプロバイダーなどへと対象範囲が無制限に拡大するおそれ⁽²⁷⁾、さらに——措置対象者のシステムだけに限定した侵入が技術上難しいという問題点を度外視するとしても——措置対象となるパソコンの範囲の不明確さによる対象拡大のおそれが生じている点が批判されているのである⁽²⁸⁾。また、本条が従来のSecurity概念⁽²⁹⁾が妥当する連邦警察法一七条及び一八条に依拠している点を捉え、少なくとも「オンライン搜索」は具体的危険の存在を要件とするという合憲限定解釈が必要であるという見解もある⁽³⁰⁾。

これらの批判は改定BKA法の連邦憲法裁の「オンライン搜索」判決からの逸脱を指摘するものであるが、そもそも「オンライン搜索」判決の危険概念自体を問題視することも可能であろう。この点、島田茂は、まず、「オンライン搜索」判決が「近い将来における侵害発生の十分な蓋然性」を要求しなかったものの、特定の事実に基づき事態の推移を「時間的に見通せる」と定式することで、時間的近接性の要件をなおも維持したのに対し、改定BKA法においては、時間的近接性の要件が明確に放棄され、伝統的な具体的危険概念の部分的修正からの大きな逸脱があると判断している⁽³¹⁾。しかし、同時に島田は、この連邦憲法裁による危険概念の「部分的修正」を、「具体的危険概念のなかに包摂された人的危険概念は、時間的近接性要件の緩和と連動することによって、具体的危険概念を予防警察的危険概念の一種に変質させる重要な契機⁽³²⁾」と説明している。そうだとすれば、この「変質」によって、改定BKA法にみ

られるような立法者による危険概念における時間的近接性の放棄は、すでに不可避であったと見ることも可能である。このことは、かかる「変質」に批判的な島田とは異なり、「オンライン搜索」判決を連邦憲法裁による危険前段階での具体的危険の放棄と捉え、これを肯定的に受け容れると同時に、BKA法二〇k条の憲法適合性も承認するM・メストルの理解³³⁾がよく示しているところであろう。

このような「オンライン搜索」規定の危険概念をめぐる評価の相違をおくとしても、秘密裏の措置であり侵害強度の点で性質の異なる聴覚的・視覚的住居監視(BKA法二〇h条)の侵害境界値(重大な法益に対する)「さし迫った危険」と比較して、前者の境界値がより低く設定されている点の説明がつかないという指摘もある³⁴⁾。

②私生活の核心領域——当初の与党法案・政府法案は、「私生活の核心領域」からの情報」の混入に関する点検は二名のBKA職員が行うと定めていたが、独立性が疑わしいという批判が強くなり、裁判官による個別指揮の下でBKAデータ保護監督官と二名の職員が行うと改められた(二〇k条七項)³⁵⁾。核心領域の二段階保障については、措置が禁止されるのは当該措置が「私生活の核心領域からの情報」だけに及ぶ場合に限定されており、他方、聴覚的・視覚的住居監視を授権した二〇h条五項にはそのような限定が無いことに比せば、本項措置の核心領域保護の緩和が意図的になされていることがわかる。そうだとすれば、複雑・多様なITシステムからの情報徴取の段階で「私生活の核心領域からの情報」だけを徴取しないというのは事実上不可能であり、この種の保護は——前章で指摘した、絶対的保護と二段階保護コンセプトのアポリアは不問にしても——「空虚なもの」だ³⁶⁾という批判が強³⁶⁾い点も理解できるところといえる。

③裁判官留保——二〇k条五項には、当初の与党法案・政府法案の段階では、第二文以降に、「切迫した危険の場合には、連邦刑事庁長官又はその代理の手で命令を下すことができる。この場合、速やかに裁判所の事後的な決定が

なされなければならない。この命令が三日以内に裁判所により承認されない場合には、措置は失効する」という例外規定が設けられていた。連邦憲法裁が「オンライン搜索」のような基本権侵害強度の強い措置が比例性を維持するために不可欠と考えたに裁判官留保を、「切迫した危険」の下とはいえ、骨抜きにしようとするこの例外規定は、法案審議段階で最も批判された点の一つであり、先に見えてきたとおり連邦参議院の不同意後の協議の結果、削除されることになった。こうした改善にもかかわらず、運用上は、専門的知識と経験を有するBKA側の判断の前に、裁判官のチェックが果たして有効に機能するかという点で懸念が出されている。⁴⁷⁾

(3) 必要性・合理性の問題 連邦憲法裁「オンライン搜索」判決は、諜報活動目的での「オンライン搜索」の必要性・合理性を承認した(本稿第三章2(4)参照)。しかし、同判決の趣旨に沿ったものと説明される本法の評価をめぐっては、「そもそもこのような重大な侵害が実際に必要なのか」と、あらためて「オンライン搜索」の必要性・合理性を問う意見も出されている。⁴⁸⁾

(4) 二重機能 F・ロッガンは、「オンライン搜索」のような犯罪予防と刑事訴追の二重機能を持つ措置の場合、犯罪予防のみの観点から措置が講じられる余地は極めて限定的であると解する。連邦憲法裁が時間的近接性を緩和し、また人的危険概念を採用したことで、防除されるべき危険に伴う、特定の人物の刑事訴追の嫌疑の側面が(特に刑法一二九条、一二九a条においては)浮き出るようになる。だからこそ、危険防除としての「オンライン搜索」の適用余地は極めて例外的でなければならぬとロッガンは説いているのである。⁴⁹⁾

4 BKA法改定の争点検討②——その他一般について

「オンライン搜索」以外の点でも、BKA法の改定に際しては、以下のような問題点が指摘されている。

(1) 「国際テロリズム」の不明確さと「危険人物」(Gefährder) への対象拡大? まず問題になるのが、四 a 条が「国際テロリズムの危険 (Gefähr des internationalen Terrorismus) の防除」を B K A の任務とする際の、「国際テロリズム」の定義の不在である。⁽⁴⁰⁾ B K A 法には「国際テロリズム」の定義はなく、そもそも親法たる基本法七三条一項九 a 号自体が「国際テロリズム」という用語を無定義のまま使用しており、その問題性は同号の制定時点で指摘されていた点である。⁽⁴¹⁾ その際、R・ポシャーは、憲法に照らした限定解釈の必要性を強調し、例えば単なるイデオロギー的傾向を持つだけの個々の犯罪を「国際テロリズム」の概念から除外するべきと説いていた。⁽⁴²⁾ 一般には、欧州理事会の二〇〇二年六月一三日の「テロ対策のための枠組みに関する決定」(2002/475/JI, ABl.2002 L 164, S.3) が、「国民に重大深刻なかたちで動揺を与え、公共機関若しくは国際機関に対して作為若しくは不作为を違法に強制し、又は一国若しくは国際機関の政治的、憲法的、経済的、社会的な基本構造の不安定化若しくは破壊を目的として行われる」故意の犯罪行為を「テロリズム」と定義しており、この決定に基づき挿入された刑法二二九 a 条は、右目的により行われる具体的な犯罪カタログを列挙し、これらの犯罪を行った団体を「テロ結社」と位置付けている。⁽⁴³⁾

B K A 法四 a 条の場合、一項二文が、「国際テロリズムの危険の防除」を定めた同項一文の「任務の枠内で」、刑法二二九 a 条一項及び二項が掲げる「犯罪を未然に防止する」ことを B K A に認めているところから、後者の犯罪が少なくとも「国際テロリズムの危険」に包摂されることは読み取れる。B K A 改定法の法案提出理由書は、同条一項二文に基づき予防される犯罪行為を、「刑法二二九 a 条に対応したテロ目的傾向 (terroristische Zielrichtung)」と同等した上で、且つ「住民を著しく動揺させ又は国益 (staatliche Güter oder Interessen) 若しくは国際組織を著しく損ねる」ものに限定している。これらの危険は国内外の「テロ結社」が引き起こすことが常ではあるが、個人の手にする場合もある。また、同項一文の任務の「枠内で」あるため、ドイツ国内で実行されようとしているが国際的な関連を有す

る、若しくは国外で実行されようとしているがドイツと関連を有する行為に限定される (BT-Drs. 16/9588, S. 19; BT-Drs. 16/10121, S. 21)。こうした立法者の意図を踏まえれば、又、四 a 条一項二文から読み取れる対象となる行為の (① 重大な犯罪であること、② 特定の目的を持つこと、③ 特段の損害を生じうること) 限定が存在する点と、同項一文の中に見られる権限発動の限定 (七三条一項九 a 号を受けた三要件) が存在する点を踏まえれば、あえて積極的な法律上の定義に困難が伴う「テロリズム」概念に立入らないまま BKA の権限に限定を画したことの意義を積極的に評する見方も出てこよう。このような説を採用元連邦憲法調査官 M・ベッカーは、テロ結社やテロ行為と関係があるというだけで前述の①～③を充たさない犯罪 (例えば、マネーロンダリングや通貨偽造) は、BKA 法上のテロリズム概念には含まれず、また、たとえ著しい動揺効果を有する行為であつても、その活動地域が領域的に限定されている集団も対象とならないと解する⁽⁴⁾。これは、「ドイツ国内のみで活動する集団でも、世界規模での『ジハード』のごとき国際的にプロパガンダされたイデオロギー的傾向との結び付きにより当該条件を充たしうる」とする法案提出理由書 (ebenda) よりも限定的な解釈を目指しているといえよう。このようなベッカーの立場からすれば定義不在への懸念は四 a 条の誤読に基づくものということになるが、しかし、そのような「誤解」を生む法構造自体に問題があると思われることもできるのではないか。この点に関わつて一瞥に値するのは、四 a 条が事実上「イスラム主義危険人物」(Islamistischer Gefährder) を想定した規定であると認識し、同条一項二文の任務の一環として、刑法一二九 a 条一項及び二項が禁ずるテロリズム結社設立の意思があり「且つ当該犯罪の防止のために徴取されたデータが不可欠な場合」に個人に関する情報の徴取を認める二〇 b 条二項一号の規定に、イスラム過激主義者の早期発見という、この法改定の本質を端的に読み取る C・フォン・デンコヴスキの議論である⁽⁴⁶⁾。「危険人物」とは、実定法上のもではないが、治安当局の実務上通用する概念であり、連邦内務省の見解では、「政治的な動機を持つ重大な犯罪 (politisch motivierte

Strafat von erheblicher Bedeutung)´とくに刑法一〇〇a条の意味における犯罪を實行しようとしているという推定が特定の実事から正当化できる人物」と定義されている(BT-Drs.16/3570, S.6)。この点をもちいて、「Nichtstörerだが、未だ抽象的にとどまる危険の防除のための負担を被る者」への措置を予定する法改定は、危険防除のみを想定した基本法七三条一項九a号の想定を越えている可能性があるというのである⁽⁴⁷⁾。彼の分析を的外れだと批判する見解もあるが、「危険人物」という曖昧且つ特定の価値判断を伴う概念がもたらす事実上の影響を考慮に入れることは重要であると思われる。加えて、フォン・デンコヴスキが読み取るのは、「危険人物」概念を梃子にした警察の行動余地の拡大である(彼の場合、かかる「危険人物」とステイグマされるイスラム系住民への影響に関心を抱いているようである)。「危険人物」自体、Störer/Nichtstörerという警察法上の境界線を大きく掘り崩すものであるが、それでも連邦及び州の諜報・公安調査機関が実務上、「危険人物」概念と結びつけていたのは通信監視に関する刑法一〇〇a条の挙げる犯罪類型であった。これに対して、BKA法四a条の想定する「危険人物」は、刑法一二九a条で挙げる犯罪類型が基準となる。対象となる犯罪は刑法一〇〇a条の方が刑法一二九a条よりも多いが、前者は「重大な」という限定があるのに対して、後者は器物損壊のような軽微な犯罪も含まれており、BKAの活動の拡大且つ柔軟化につながる可能性がある⁽⁴⁸⁾。

(2) 連邦と州の並行権限、検察及び他の連邦治安諸機関との競合 今回の法改定により、一定の条件の下で連邦(BKA)と州警察が危険防除に関して並行権限を有することになった。これを基本法七三条一項九a号——この憲法改正自体の憲法政策的当否は別に問われようが⁽⁵⁰⁾——の法律レベルでの具体化と見る限り、その憲法適合性に問題はないようにみえる。しかし、(1)で触れたように、九a号を具体的危険の防除だけをBKAに付与した規定だと解すれば、四a条が認める犯罪予防権限は基本法を逸脱しているということになる。さらに、退去命令(二〇〇条)、

勾留(二〇p条)、人の搜索(二〇q条)、住居への立入及び搜索(二〇t条)のような標準措置は、基本法の授權する「国際テロリズム」の危険防除以外の、州の管轄である一般的な危険防除に本来は馴染むものであるため、この点での連邦による権限濫用のおそれと管轄権違反を指摘する見解もある⁽⁵¹⁾。措置に対する責任も条文中不明確であり、連邦と州両者の情報収集活動の併存は少なくとも基本権侵害の可能性の増大を意味することは確かである⁽⁵²⁾。ただ、他方では、危険防除と犯罪予防の区別は法益侵害の観点からによるものであって、警察の任務規範において両者に相違は無いと言いつ切るメストルのような見解もあることも指摘しておこう⁽⁵⁴⁾。

また他方、連邦検事局や連邦の他の治安機関との権限競合・権限融合の問題も指摘されている。まず、BKA法四a条における「国際テロリズム」の危険は、刑法一二九a条及び一二九b条の嫌疑の端緒でもあるため、連邦検事局との機能分担が問題になる⁽⁵⁵⁾。この場合、両者の職員規模の相違(BKA職員五五〇〇名に対して、連邦検事局は九〇名の検事を含む約二〇〇名)から、BKAが事実上の主導権を握ると予測されている⁽⁵⁶⁾。そして、このことは、措置又は捜査において、刑事訴訟法上の厳格な法定主義(とくに刑訴法一五二条二項)ではなく、警察法の便宜主義が支配する可能性を意味する。こうした点を踏まえ、BKAの措置について、連邦検事局への速やかな報告義務の法定化を求め見解もみられた⁽⁵⁷⁾。

第二に、BND、あるいはBVerfSや州の公安調査・憲法擁護機関との関係が問題になる。「犯罪に対する疑いを裏付ける事実ではなく、単に犯罪の危険の予測の存在だけで、当局がいわゆる『危険人物』及びその接触者・同伴者を事実上内偵し、電話を傍受し、コンピューターをオンライン上で搜索する」危険探査(Gefahrenermittlung)をBKAが行うことは、BKAの危険防除の性格が薄れる一方、Störer概念と結びつかない犯罪予防的性格が強まることであり、執行権限と情報収集権限を兼備した「秘密情報警察」の誕生を意味する。フォン・デンコヴスキがこのような

権限強化をBKAにとってもプラスにはならないと説くとき、念頭に置いているのは治安機関の情報共有の結果、裁判的統制に馴染まない諜報・公安調査的な情報が警察上の予測の中に入り込む可能性である。これら情報機関の情報は断片的なものや信憑性が必ずしも高くもないものも含まれ、かつ誇張的に提示されることが少なくなく、警察の措置を比例性の点で裁判的統制に耐えられないものにしてしまうというのである⁽⁵⁹⁾。

(3) 措置の必要性・合目的性 特定の州の権限が確認できないために四a条に基づきBKAが活動できるのは、通常、緊急な介入を必要とする場合である。そうだとすれば、長期的な時間を要するラスタースearch(二〇j条)のような措置の適切性が問われるし、召喚や退去命令のような措置は事実上講じることができないのではないか、可能だとしてもテロリストの危険防除に有効なのかという疑問も指摘される⁽⁶⁰⁾ところである。

(4) 予防的ラスタースearch 予防的ラスタースearchを授權した二〇j条は、複数データベース間の自動照合のために、公共又は民間の機関からの特定の人的範囲の個人に関する情報の提供を、「国家の存立若しくは安全に対する危険、又は人の身体、生命、自由、若しくはその保護が公共の利益に資する重要な資産に対する危険の防除にとって必要な場合」とする一方(同条一項一文前段)、BKA法四a条一項一文に基づく違法行為(すなわち刑法二一九a条一項及び二項に基づく違法行為)が「着手されている」という推定を具体的な準備行為が証明する場合にも(auch dann)、通常は(in der Regel)このような危険が存在する」と明示している(同条一項一文後段)。この二つの文の關係が問題になるところであるが、まず、前段の要件については、連邦憲法裁ラスタースearch決定(BVerfGE 115, 320)の定式を意識しながらも肝心の「具体的危険」という文言が入っておらず——提案提出側が同判決の要請することを「明示的に確認したも⁽⁶¹⁾」(BT-Drs.16/9588, S.25; BT-Drs.16/10121, S.27)と自負しているにもかかわらず——これだけでは違憲論が出るのは当然である。そこで後段の、刑法二一九a条一項及び二項に基づく違法行為犯罪の「具体的

な準備行為」が、連邦憲法裁が要請する具体的危険と同定できるのかが重要であるが、この点は必ずしも明確ではない。⁽⁶²⁾ 仮に「具体的な準備行為」を具体的危険との同視を承認したとして、「場合にも」という非限定的な条件からは、この「具体的な準備行為」が措置発動の要件たる危険の態様の一例示であることしか読み取れないため、拡大適用のおそれが残るといえよう。⁽⁶³⁾

(5) 私生活形成の核心領域 改定後のBKA法では、四箇所において私的生活の核心領域の保護が明示されている(一六条a項、二〇h条五項、二〇k条七項、二〇l条六項)が、これ以外の措置、例えば二〇g条二項の定める長期監視(一号)や住居外での容ぼう撮影(二号)等には核心領域の保護は存在しないと解する余地も出てくる。⁽⁶⁴⁾ しかも、このうち前述の「オンライン搜索」に加え、電気通信監視(二〇l条六項一文)についても、措置禁止は、核心領域「ばかりが」獲得されてしまう場合となっており、この点の問題点は本章3で指摘したとおりである。しかし、ここでもメストルは、人間の尊厳の不可侵性があらゆる侵害の際に堅持されるべきことは承認しながらも、「私生活形成の核心領域」に関する内容については連邦憲法裁の判断自体も流動的であり、また連邦憲法裁の要請は多分に運用上の配慮に対してであるから、法律上の規律まで必要ないと法を擁護している。⁽⁶⁵⁾

(6) 接触者・同伴者 二〇b条二項は、二〇a条一項二文に基づく犯罪の予防的措置が犯罪の着手を支える者すなわち、「接触者・同伴者」に対しても認められることを定める。同二〇g条一項でも、「データ徴取の特別的手段」(besondere Mittel der Datenerhebung)⁽⁶⁶⁾ すなわち長期的監視、覆面捜査員や協力員等を用いたデータ徴取の対象として、接触者・同伴者を挙げている。このような措置の接触者・同伴者への拡大は、Störerのみを対象とする危険防除の原則から予防的措置への警察法の重心移動を象徴する現象として警戒的・否定的に解されると同時に、規範特定性・規範明確性の観点からその合憲性が問われてきた争点である。⁽⁶⁷⁾ 二〇〇五年には、「重大な犯罪を実行しようとして

いるという推定を具体的な手掛かりが正当化する人物と、当該犯罪に関する示唆 (Hints) が獲得されうることを期待できるような態様において関係を持つ人物」を接触者・同伴者を定義した上でこれを遠隔通信監視の対象にしたニダーザクセン州公共安全秩序法の規定が不明確だとして連邦憲法裁で違憲判断を受けている (BVerfGE 113, 349 [380 f.]⁽⁶⁸⁾)。この点、BKA法二〇b条二項二号の定義によれば、①一時的な接触、偶然的接触は対象から外れる他、②四a条一項二文犯罪準備の認識を有する者、③当該犯罪で利益を得る者、又は④Störerを利用する者、という限定がなされている。こうしたことからD・ヘックマンは、二〇g条一項三号の接触者・同伴者の概念は違憲と判断されたニダーザクセンの州法よりも狭く定義されており、連邦憲法裁の要請する規範特定性・規範明確性をクリアしていると解しており、「具体的な手がかり」の明記が必要と説く立場と対立する⁽⁷⁰⁾。

(7) 証言拒否権の保護

二〇u条は、刑訴法五三条一項一文一、二又は四号で保護されている連邦議会及び州議会の議員、刑事弁護士、公法上の宗教団体に属する聖職者が絶対的に保護されているのに対して (同条一項、同三乃至三b号又は五号上の拒否権者、すなわち刑事弁護以外の職務に携わる弁護士、税理士、医師、薬剤師、セラピスト、カウンセラー、ジャーナリスト等については、「当該人物が担う職務に伴う公益性及び当該人物に対し告知又は公表された事実の秘密を保持することに伴う利益を尊重した比例性の審査」という留保の下で、措置の中止又は制限の可能性が規律されている (二項))。これは、刑訴法上の証言拒否権者を二つのカテゴリーに分けることによつて証言拒否権を相対化するものと批判されている⁽⁷¹⁾。核心領域保護の観点から秘匿が認められる職業の範囲と、刑訴法上の証言拒否権者の範囲が異なるのは当然であるという見解もあるが、ジャーナリストの拒否権が緩和されている点は、先に紹介したように、メディアの激しい批判を受ける結果になった。弁護士の活動を刑事弁護士と民事の代理人とで区別する点については、連邦弁護士会が強く批判している⁽⁷²⁾。確かに、「極めて個人的な信頼のおける人物」が職

業上知りえた秘密が私生活の核心領域保護に含まれる点を確認した連邦憲法裁「大盗聴」判決は、そのような「信頼のおける人物」と刑事訴訟法上の証言拒否権者との部分的な重なりしか認めておらず、ジャーナリストをそこから除外している (BVerfGE 109, 279 [321:323])。ただ、この判決では、核心領域に関する会話の相手とされた医師は二項の規律対象になっており、他方、核心領域の会話の相手とされていない議員は一項の規律対象になっている点で、連邦憲法裁の核心領域論だけでは説明がつけにくいことがわかる。そして、こうした職業に伴う「信頼関係の保護」を、刑事手続上の証言強制のみならず、公権力による捜査的措置全般に対して及ぶと解すれば、刑訴法五三条に該当者に差を設ける必要は見出しがたいといえそうである⁷⁴。いずれにしても、第二項は、比例性の衡量基準を法文上明確にしていない点でも問題が指摘されている⁷⁵。

(8) データの海外治安機関への提供 公聴会においてM・クッチャは、法を改定するのであれば、不明確な海外治安機関への情報提供に関する現行のルール (BKA法一四条一項一号はBKAの「任務に遂行に必要な場合」という包括的な規律になっている) を改めより厳密な要件を課すべきであったと指摘している⁷⁶。第一章でも触れたが、「反テロ・データベース」稼働後、BKAは治安情報管理の中心的役割を担いつつあり、また、その際、海外治安機関との情報共有も想定している以上、少なくとも、法による明確な枠づけが求められるところであろう。

(9) 措置当事者への通知義務 措置当事者への通知、とくに秘密捜査の場合のそれは、当事者が裁判所に救済を求める権利を実効的に保障するために重要な意義を持つことは判例でも確認されている (BVerfGE 100, 313 [361, 364])。BKA法では二〇w条において措置対象者への通知規定を置いている。しかし、①「当事者の明らかに保護に値する利益 (überwiegende schutzwürdige Belange) に反する場合」(二項一文) や、②事実関係上、刑訴法の通知義務規定が適用される場合 (二項二文)、③「オンライン搜索」の対象者及び関係者 (mitbetroffen Person)、電気通信

監視の当事者、電気通信接続・通信記録の当事者については、当該措置が適切なものではなかった場合でも、「措置が僅かにしか関係せず、且つ、これらの者が通知に伴う利益を有していないと認めることができる場合」(同二文)、④措置終了後五年を経過し、将来的に報告の条件が発生する見込みが確実に無く、且つ裁判所が同意した場合(三項五文)、⑤捜査協力者(V-Mama)や覆面捜査員の投入(二〇g条二項四号及び五号)について、措置の目的若しくは極めて重大な法益が脅かされる場合(二項一文)及び同手法による再捜査の妨げになる場合(二項一文)、など広範な適用除外規定を設けている。ベッカーは、事由①及び②の除外理由については問題ないとしながらも、事由③及び④については違憲であるとし、又、事由⑤については一般論としては問題ないが、再捜査を理由とする適用除外は(ほとんどの事例について該当しうるので)説得力がないと述べている。⁽⁷⁷⁾

(10)事後評価と議会コントロール BKA改定法六条は、ラスタール捜査と「オンライン検索」について、法改定の施行から五年後に、連邦議会の同意の下で任命された専門家の鑑定を取り入れた事後評価を義務付けている。当初の与党法案・政府法案に存在していなかった事後評価規定は、公聴会段階で、公述人の多くが強く要請したことを踏まえて挿入されたものである。例えば、基本本法七三条一項九a条新設の際に批判的な論陣を張ったM・ポシヤー⁽⁷⁸⁾は、BKA法改定の公聴会では法改定の憲法政策上の当否には固執せずに、基本法改定により喪失した連邦主義的な権力濫用防御策を埋め合わせるものとして、事後評価の義務付けと議会コントロールの制度化をBKA法に盛り込む改善を提案し、とくに事後評価制度は、アドホックでなく包括的な評価、官庁だけではなく独立の外部機関との連携による評価の実施を提唱していた。⁽⁷⁹⁾事後評価規定の挿入は、ポシヤーが言うように、「透明性の担保と過剰な不安の除去」に資するものと評価しうるが、他方、議会コントロールの整備という公述人たちのもう一つの要求は反映されず、この点での課題を残すことになった。

5 法改定に対する憲法異議

改定BKA法の最終段階での政府与党の譲歩がある程度肯定的に受けとめられたこともあり、改定法施行後のこの問題に対する世論の関心はしぼんでしまった感があるが、対抗的リアクションが全く終息したというわけでもない。まず、二〇〇九年一月二七日にはB・ヴィンゼマンを原告代表（代理人はF・ロッガン）とする人権団体が、続いて同年四月二三日にはドイツ・ジャーナリスト協会（DJV）の支持を受けたジャーナリスト・編集者らのグループ（代理人はR・バウム、B・ヒルシュラ）も、BKA法に対する憲法異議を連邦憲法裁判所に申し立てた。大盗聴違憲訴訟、「オンライン搜索」違憲訴訟を闘った原告グループによる三件目の（バウムらの場合、航空安全法違憲訴訟を含めた四度目の）憲法異議である。前者の原告グループの異議申立書を見ると、新設された規定のうちラスター捜査（BKA法二〇j条、「オンライン搜索」(同二〇k条)、電気通信監視(同二〇l条)に的を絞って違憲性を主張している。ここでは、二〇j条が犯罪の準備行為段階から予防的ラスター捜査を認めている点で連邦憲法裁判ラスター捜査決定の基準に反すると指摘し、また、二〇k条については、基本法七三条一項九a号は具体的な危険防除に対する授權のみを認めたものだから、「オンライン搜索」判決による基準緩和はBKAには適用されないと主張するなどの法律構成が採られている。このような立論に連邦憲法裁判がどう応答するかは興味深いところであるが、文面上は憲法裁判の判例法理を大きくなぞっているこれらの規定に対して、連邦憲法裁判が違憲と判断する公算は必ずしも高くはないと思われる。新たにBKAに付与された基本権侵害を伴う措置のほとんどが、すでに州法や連邦法上存在するものであり、その憲法適合性も連邦憲法裁判がすでに承認しているという現実もある。改定法案の審議時に連邦議会内務委員会委員W・ヴィーフェルプッツ（SPD）は、この世界「最高の警察法」をカールスルーエに突きつけて啞然とさせるのだと豪語したが、連邦憲法裁判の判決によって最新技術を利用した予防監視的措置の多くについて軌道修正

を余儀なくされてきた公権力サイドの率直な実感を示した発言である。もちろん、BKA法に規定されたラスター捜査や「オンライン捜索」に関する厳しい要件が今後の実務の上で厳格に遵守されるかは疑問の余地があり、運用の適法性が再び問われる場面も予想される。かくも足枷の多い立法が生み出されたこと自体が連邦憲法裁判の判例法理の成果とも捉えることはできるが、今後の運用において裁判所のコントロールが不十分であれば、その事実から遡及して、IT基本権の内実は希釈され、「具体的な危険」や「私生活形成の核心領域の絶対性」という垣根は切崩されていきかねないという点は注意を要しよう。

6 小括―国内治安システムの構造変容?

本章5で問われていた憲法解釈上の問題とは別に、“BKAのFBI化”⁽⁸⁴⁾という言葉に象徴されるドイツ治安法制の構造上安全のアーキテクチャ (Sicherheitsarchitektur)⁽⁸⁵⁾の変容についての憲法政策上の妥当性については、別途問われなければならない。二〇〇六年の基本法七三条一項九a号挿入の段階では十分に意識されなかった感のあるこの問題が、BKA法改定に伴って、あらためて浮上してきたことの意義は大きい。今回の法改定をもって憲法構造上の自由と安全のバランスが大きく崩れることはないと言われ、州警察と連邦との人員上・財政上の力の差がもたらす、警察任務の連邦への事実上の大幅移動の可能性を認めている。住居監視のような措置は人員上・財政上の理由もあり実際には州警察では利用できなかったが、このような「事実上の自由保護」はBKAの場合には当てはまらないからである⁽⁸⁶⁾。また、フォン・デンコヴスキが指摘する(イスラム系)「危険人物」概念に基づく措置の制度化や、接触者・同伴者への措置拡大といった特徴から、伝統的警察法の *Störer/Nichtstörer* の二分法的大幅な弛緩をあらためて読み取ることができる。

こうした観点からすれば、改定BKA法に対する論者たちの分析から確認できる、①州に配分されている危険防除任務の連邦への集権化、②危険防除、犯罪予防、犯罪訴追という各任務のBKAを軸とした融合化、という二つの傾向をあらためて意識することが重要である。いずれも、本稿第一章ですでに指摘したように、二〇〇〇年代の治安法制の一般的な傾向ではあるが、BKA法改定が——なおも多くの権限的限定を伴うとはいえ——そうした法制の一つの完成形態であった点があらためて確認できよう。そして、このような傾向をどう評価するかが、BKA法改定論議の中で明確になった治安政策上の対抗軸になっていたのである。①の点では、治安法制における連邦制的分権構造がもたらす権限濫用への抑制機能の喪失を埋め合わせるシステムが構築可能かという点が問われよう。又、②の点を評価する際には、BKAの危険防除的機能の比重後退が警察実務への悪影響をもたらす可能性指摘し、諜報・公安調査活動は危険防除を主務とする警察ではないというフォン・デンコヴスキの実務的観点からの主張は興味深いところである。⁸⁷ただし、デンコヴスキも、対案として公安調査（憲法擁護）機関の機能強化を主張しているから、総和として国家による予防的情報収集任務の拡大については必ずしも否定的ではない。この点では、近時の諜報機関が組織犯罪や「テロ」犯罪の予防に活動の重心を移している傾向を批判し、BKA法改定によるBKAの犯罪予防権限の強化を契機に、とくにBVfSは、「テロ」の社会的背景、精神構造、資金の流れ、人脈図などの構造の解析や危険予測といった、その本来の任務に立ち戻るべきだというA・ヴォルフの主張と近い位置にいる。ヴォルフは、BKAの権限拡大に対応したBVfSへの「オンライン捜索」の権限付与の争点となるであろうと予測するが、BKA法改定は諜報・公安調査機関の機能強化論の刺激となっているようである。

ところで、本章5でも触れたように、治安法制の集権化と機能的拡大を掣肘してきた連邦憲法裁においても、改定BKA法を違憲と判断する可能性は高くない。立法者による文面上・表面上の判例尊重は、連邦憲法裁による裁

判的統制を鈍らせるであろう。そのような状況下では、裁判的統制の追及を補完するものとして、治安立法に対する議会的コントロールの実効性確保に大きな期待が寄せられることになる。改定BKA法論議の際にも見られたこのような方向性は、治安立法一般の文脈では、議会コントロールによる民主的正統化の意義と、法の事後評価の重要性を説いてきたグズィの問題意識に沿うものである。裁判所による統制に過剰な期待・負荷をかけないためにも、治安法制の制度化と運用に対する制御の制度設計の際に酌むべき示唆だと評することができるが、しかし、その内実は、裁判所のコントロールを前提とした警察統制法理の蓄積に比べれば、なお抽象的・一般的な方向性の提示にとどまっており、より精密な理論化が求められるところである。また、議会的コントロールはメディア・世論（言い換えれば市民的公共圏⁹¹）との連動が不可欠である。この点、BKA法改定に際してのメディアや市民運動の強い批判・抵抗の動き、大連立政権の治安政策に批判的なFDPや左翼党の勢力拡大、及びこうした批判を受けての連邦参議院でのBKA改定法の修正過程は、「テロ対策」の名の下で市民的自由や法治国家的諸原則が脅かされていることへの危機感の存在と、市民的公共圏と連動した政治の場でのコントロールの可能性をかううじて示した実例であったともいえる。しかしながら、見方を変えれば、それにもかかわらず結局、世論はBKA法改定を承認、少くとも受忍したのであり、「市民的自由の喪失に対する不安」以上に根強い「テロに対する不安」が多数の市民の中に浸透していることを示している⁹³。そしてまた、治安強化推進の議論に肯定的な世論形成に、ザウアーラントグループ事件などの報道が果たした役割も少なくはない⁹⁴。これらの事実は、治安政策・治安立法に対する裁判的コントロールを補完する議会的コントロール、さらには市民的公共圏を通じた制御という道筋が機能するために必要なことは、制度設計上の法治国家的原則の尊守だけではないことを改めて示唆している。

おわりに

これまでの論述をもって、BKA法改定問題を手掛かりに二〇〇〇年代後半のドイツにおける国内治安に関する憲法政策論・憲法解釈論の動向を把握するという本稿の目的はひとまず達成できた。各章で提示された諸論点に対して断片的に加えてきた本稿なりの分析は、さらに全体的評価への結晶化が求められるが、現状把握を第一義的な課題とする本稿ではこれ以上立入らず、ここで取り上げなかった諸現象も総合した今後の作業に委ねることにしたい。以下では、改定BKA法が発効した二〇〇九年以降の展開への若干の言及によって、本稿のむすびとしたい。

1 第二次メルケル政権の治安政策の行方

二〇〇九年一〇月に誕生したCDU/CSUとFDPによる新たな連立政権の治安政策に触れておきたい。両党の連立協定第四章は「自由と安全―市民的権利と強い国家を通じて」となっており、両党の立場が共存した格好になっている。⁹⁵内容としては、警察と諜報・公安調査機関との「分離原則」の維持やBKA法の規定及び運用面での改善や電気通信監視の事後評価が示されるなどの点に、FDPの意向が反映されている。とくにBKAの措置については、私生活の核心領域保護を強化する観点から現行法を検証することを取り決めている。「オンライン搜索」の際の令状については、現行のBKA所在地の区裁判所に代えて、連邦裁判所の裁判官が連邦検事総長の求めに基づき発行することに改めるとしている。核心領域保護の不十分さや裁判官留保の形骸化という、改定BKA法の大きな問題点として指摘され、目下係争中の憲法異議の争点ともなっている部分が、改善の方向で見直しされる可能性が出てきたわけである。他の部分でもデータ保護を重視するFDPの主張が多く取り入れられているが、ただし他方では、警察の多

国間協力活動の際の連邦と州の連携強化、連邦警察の機能強化の方向性、極右・極左過激勢力との対峙姿勢、「テロ」や組織犯罪に対応した市民的安全調査のための研究機関の創設が盛り込まれるなど、各論的には治安強化の方向に親和的な内容も含まれてはいる。

第二次メルケル政権発足に伴う新組閣により財務相に転じたシヨイブレの後任として、T・デ・マジールが内務相に任命された。ザクセン州の司法大臣や内務大臣を経験したこのCDUの中堅政治家は、前任者ほど強固な治安強化論者ではないが、インターネット上の児童ポルノ規制への積極的な姿勢において「シヨイブレ二世」⁹⁶とも呼ばれている。他方、ツュプーリスの後任司法大臣にはFDPのロイトホイザー・シュナレンベルガーが就任した。この間、M・ハルムス連邦検事総長は、BKA法によりBKAが予防的活動の一環として獲得した情報を刑事訴追領域で活用することは可能という見方と同時に、「オンライン搜索」などを含めたテロ対策強化のための刑訴法改定を望む見解を、新聞インタビューで示しており⁹⁷、刑事訴訟法改定が具体的な立法論議に浮上してくる可能性がある。こうした検察の意向に対して、かつて「大盗聴」を批判して内相を辞職した経歴を持つロイトホイザー・シュナレンベルガーがどういう姿勢をとるのかは今のところ定かではない。⁹⁸

2 《一九八三》と《一九八五》のはざま

BKA法に基づく「オンライン搜索」が施行されるのは実に二〇二〇年のことである。「異例の対応」⁹⁹といえる長期的な凍結であるが、「オンライン搜索」が抱える技術上の難点やコストを考えれば、推進派にとつても、多くの問題をクリアーするための猶予期間として必要な時間といえるかもしれない。問題は、この凍結期間の間に「オンライン搜索」のような情報収集手法に対する市民の感覚がどのような変化を遂げるのか（あるいは遂げないのか）という

点である。カメラ監視、ラスタター捜査、電気通信監視、銀行預金口座や自動車標識の自動照合など様々な監視措置や個人情報収集活動に馴致された市民の多くは、B K A法二〇k条の発効を待つまでも無く、「オンライン捜索」にも心理的抵抗をさほど感じることなく、刑事法、B N D法、各州警察法等において当該措置の導入が容易に実現しているかもしれない。Nichtstörerである自ら監視の対象とはいえ、捜査の事実上のねらいが——「九・一一ラスタター捜査」からホフマンリームが読み取ったように、あるいは、新設されたB K A法四a条からフォン・デンコヴスキが読み取ったように——イスラム過激主義の「危険分子」だとすれば、多くの市民にとって、監視される不利益はやはり「他人事」に見えるのかもしれないからである。ザウアーラントグルッペ事件は、ドイツ国内における「テロ」犯罪の「持続性の危険」の存在に説得力を与えると同時に、それを未然に予防した情報機関のよりいっそうの機能強化を求める動きを後押しするであろう。すでに人口に膾炙した「敵／味方刑法」のみならず、警察法制もまた「敵／味方警察法」へと変容しつつあり、B K A法の改定はそのことを象徴する出来事であったといえるかもしれない。(ヤーコプスの「敵／味方刑法」とそれを支える思想「例えばよく指摘されるように、カール・シュミットの政治思想」、デペンホイアーの「法治国家の自己主張」論^⑩などの本格的な検討は今後の課題として残されている)。

否、逆に《一九八三年》の連邦憲法裁国勢調査判決の嫡子たる《二〇〇八年》の「オンライン捜索」判決の精神が、こうした流れを阻止するかもしれない。このような役割を少なくとも一定の範囲で果たしてきたと評しうる連邦憲法裁判所第一法廷の判例動向は本文で確認したとおりであるが、ホフマンリームが二〇〇八年夏に退任し、二〇一〇年三月に長官がパピアからフォスクーレに交替した後も、この流れに大きな変化はない。二〇一〇年三月二日には、第一法廷は、電話、インターネット電話、ファックス、Eメール、インターネット、チャット等を取り扱う電気通信事業者に通信記録の保存を各国に義務付けたEU指令(2006/24/EG)の国内法化である電気通信法一一三a条並びに

一三b条及び刑訴法一〇〇g条一項を基本法一〇条の通信の秘密の侵害を理由に違憲無効と宣言した(BVerfGE, Urtv.2.3.2010 I BvR 256/08, I BvR 263/08 u.I BvR 586/08)^(註)。本案手続に先立つ法適用停止の仮命令(BVerfGE 121, 1; BVerfGE 122, 120)の流れからは予想された結論ともいえるが、「日常的交友の上で必須で、現代世界の社会生活への関与にとってもはや放棄できない」電気通信を行う全ての市民を対象とする点で、同法に基づく記録保存を「法秩序がこれまで知らなかったような、面的広範性を伴う格段に重大な侵害」(I BvR 256/08 u.a.Rdn.210)だとする基本認識に立った上で、戦略的監視判決、「大盗聴」判決、ニードーザクセン遠隔監視判決、ラスター捜査決定、「オンライン捜索」判決という一連の判例法理を引証しながら、データの照会・利用にかかわる刑事訴追(特定の事実により根拠付けられる重大な犯罪の嫌疑の存在)、危険防除及び諜報(重大な法益に対する具体的危険の事実上の手がかりの存在)のそれぞれの侵害境界値を再確認した同判決(ebenda, Rdn.227-234, 253-253)の意義は小さくない。ただし、これまで何度か言及したとおり、連邦憲法裁は最新技術を駆使した予防的監視措置について厳格な基準で審査を行ってきたものの、当該基準の遵守を前提に、こうした措置に憲法上のお墨付きを付与してきた点も忘れてはならないであろう。三月二日の判決もまた。電気通信の記録保存一般を違憲だと解しているわけではない。

このように、国内治安に関するドイツ——もとよりドイツのみに固有の話ではないが——の憲法政策論・憲法解釈論は、BKA法上の「オンライン捜索」が稼動する(二〇二〇年Vを、(使い古した言い回しだが)G・オーウェル『一九八四年』の描く世界に変えるか、それとも(一九八三年Vの国勢調査判決の理念が生きる世界にとどめるのか)という、せめぎあいの振幅が続いている。

【後記】 本稿第四章及び終章部分は二〇〇九年末までにアウトラインを完成してものであるが、予想外に公表が遅れたた

め、二〇一〇年四月までに出た文献や雑誌・新聞記事で筆者が接し得た情報についても本文中に反映させている。

- (1) この点については vgl. Rainer Erd, Bundesverfassungsgericht versus Politik, KI 2008, S. 120-124; Gerrit Hornung, Ein neues Grundrecht CR 2008, S. 299 f. 隣国オーストリアでの政策論議に投じた本判決のインパクトについては vgl. Stefan Holzner, Die Online-Durchsuchung, Kenzingen 2009, S. 46 f.
- (2) vgl. Fredrik Roggan, Präventive Online-Durchsuchungen : in, ders. (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, Berlin 2008, S. 112, 118 f.
- (3) 例えば、一九九六年に民主主義と憲法裁判との関係をめぐりショイブレとの間で交わされた論争を紹介した、服部高宏「法と政治の力学と憲法裁判」井上達夫・島津格・松浦好治編『法の臨海「I」』所収（東京大学出版会・一九九九年）一一二—一一六頁。
- (4) Koalitionsvereinbarung 2008 bis 2013 zwischen CSU und FDP für die 16. Wahlperiode des Bayerischen Landtags, 2008. 「コンピューターのオンライン検索は、私的領域への強い侵害であるから、絶対的な例外事例に限り許される。法律上の基準は、この例外的性格という観点から審査されねばならない。とりわけ、オンライン検索との関連での住居への秘密の立入り権限は将来的には廃止される。私生活の営みの核心領域は、連邦憲法裁判所の判決のとおり、不可侵である。この点に関する規定は、より明確化されたものになる。職業上得た秘密の保持者として保護される範囲に、将来的にはジャーナリスト及び議員も含まれる。監視措置に際しての裁判官によるコントロールと同時に議会によるコントロールも改善される。連立両党は、秘密のオンライン検索の運用についての外部機関による事後評価を予定している」(ebenda, S. 62)。
- (5) 二〇〇八年のBKA法改定に関する論考のうち、雑誌等に公表されたものとして、z.B. Gerhart R. Baum/Peter Schantz, Die Novelle des BKA-Gesetzes, ZRP 2008, S. 137 ff.; Charles von Denkowski, Weitere Präventivbefugnisse für das BKA?, Kriminalpolitik 2007, S. 292 ff.; ders., Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA, Kriminalpolitik 2008, S. 410 ff.; Frank Thiede, Entwurf des BKA-Gesetzes, Kriminalpolitik 2008, S. 539 ff.; Fredrik Roggan, Das neue BKA-Gesetz - Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, S. 257 ff.; Reiner Erd, Das neue BKA-Gesetz, K&R 2009, S. 3; Heinrich A. Wolff, Die Grenzverschiebung von polizeilicher und nachrichtendienstlicher Sicherheitsge-

währleistung, DÖV 2009, S. 597 ff. xurunuに、Monographeeとして、Matthias Bäcker: Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt, Berlin 2009. が公刊されている。併せて、後掲註(7)の連邦議会内務委員会公聴会の議事録及び公述人意見書も参照。邦語文献としては、島田茂「予防的警察措置の法的統制と比例原則の適用」甲南法学五〇巻一号(二〇〇九年)七二頁以下、上代庸平「テロ対策権限の垂直的配分」大沢秀介・小山剛編「自由と安全」(尚学社・二〇〇九年)二三八頁以下、等がこの問題を直接・間接に扱っており、本稿はこれらの分析も参考にしている。

(6) 連邦政府提出法案は連邦参議院の第一回審査を必要とするため、与党議員による同様の法案が提出される場合がある。この点につき、山口和人「ドイツの立法過程」上田章先生七寿記念『立法の実務と理論』(信山社・二〇〇五年)五七一―五七二頁、参照。

(7) 公聴会の議事録、公述人意見書及び公述人以外の関連団体(メディア八団体、ドイツ産業・商業会議、ドイツ弁護士協会、等)が提出した意見書は、連邦議会のHPに登載されている(http://www.bundestag.de/bundestag/aussschusse/a/04/anhoeungen/Anhoeerung_15/index.html)。以下の註において、公聴会の発言を掲げる場合、発言者名・*Anhörung*・議事録(BT-Protokoll 16/73)頁数を、意見書を掲げる場合、文責者名・*Stellungnahme*・頁数を、それぞれ表記する。

(8) 例えば、ARDの報道番組のサイト記事の見出しは「オンライン検索に対する異議ほとんど出ず」となっている(Die Nachrichten der ARD von 15.9.2008, http://www.tagesschau.de/inland/bkgesetz_106.html)。連邦議会の広報サイト自体が活動報告で「BK A法は『合憲である』と見出しを打った(<http://www.bundestag.de/cgibin/druck.pl>)」ほどの影響も大きいと思われる。

(9) Kutscha, *Anhörung*, a.a.O. (Anm.7), insb.S.48.

(10) Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen und Juristen, Pressemitteilung von 17.11.2008. とはいえ、SPD主流は法案を支持したのであり、連邦議会を通過した翌日のSZ紙の論説は、「一九三三年の授権法の採決に抵抗した歴史を指摘しながら、SPDはその法治国家的伝統を思い出すべきであったとその姿勢を批判している(SZ von 21.11.2008)」。

(11) ジャーナリスト団体、放送局(ARD、ZDF)、メディア労組などのプレス・メディア八団体による共同見解が連邦議会と連邦参議院にそれぞれ提出されている(ARD u.a., Gemeinsame Stellungnahme von 11.9.2008; ders., Gemeinsame

Stellungnahme von 27.10.2008. http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a_04/anhoeerungen/Anhoeerung_15/Stellungnahmen_weiterer/index.html。その中で「ジャーナリストの職業上のコミュニケーションは、社会における政治的、経済的、社会的な問題に可能なかぎり多くの公民を直面させるという任務をメディアが遂行する上で立脚する基盤である」(S.2)という前提から、ジャーナリストの情報秘匿権の重要性が説かれている。Der Spiegel 51/2008 S.91.では、法案が持つ報道の自由への危険性を指摘した各メディアの見解が整理されている。

(12) 一〇月一三日にはベルリンで主催者発表一〇万(警察発表一万五千〜五万)の大規模デモが行われた(vgl. Berliner Morgenpost-Online von 13.10.2008)。

(13) vgl. Spiegel-Online von 13.11.2008; taz-Online von 13.11.2008

(14) vgl. Spiegel-Online von 18.11.2008, von 20.11.2008

(15) 政府の強硬姿勢の前に僅かな譲歩で満足している連邦参議院の「妥協」を「こまかし」だと酷評する新聞論説もあった(SZ von 4.12.2008)。

(16) この概念に「き」 vgl. Pieroth/Schlink/Kriesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, S. 15 Rdn.36-44.

(17) IMSIキヤッチャーとは、技術的手段によってモバイル端末の機種番号、端末カード番号、存在位地を捜査すること。その実態については、vgl. Charls von Denkowski, Fernmeldeaufklärung durch IMSI-Catcher, Kriminalpolitik 2002, S.117 ff.

(18) Wolf, a.O. (Ann.5), S.598.

(19) バイエルン州刑事局長のダーテは、「ザウアーラントグループのメンバーは治安官庁がよく認識していた人物であった——だが、その現実の危険性はなかったのである。シンパと実行犯との垣根がいかに狭いのか、この例からも明らかである」と指摘する(Dahe, Stellungnahme, a.a.O. [Ann.5], S.1)。「持続性の危険」については、本稿第一章、参照。

(20) デュッセルドルフ上級地方裁判所が認定した事実によれば、このグループは、在独米軍施設、ディスコクラブ、空港などでの爆弾テロを計画していたという。RAFによるシュライシャー誘拐事件以降最大規模の捜査官を投入したこの事件は、戦後最大のテロ裁判と評されたが、当初黙秘していた被告人が公判中に罪状を認めるに転じたこともあり、予想外の迅速審理により、二〇一〇年三月四日、被告人らに対して禁固一年から二二年の刑(協力者に三乃至五年の懲役)を言い渡す判決が同上級地方裁判所で下された(vgl. z.B. Spiegel-Online von 4.3.2010)。

- (21) 連邦憲法擁護庁は、二〇〇八年時点でドイツ国内にて活動するイスラム過激組織を二九団体、その構成員や協力者を三四七二名（前年比一五五〇名増）と把握している。vgl. BfM, Verfassungsschutzbericht 2008, S.207 f.
- (22) 例えば連邦参議院の法案審議での、シヨイフレ連邦内相の発言（BR-Drs. 851/08, S.406）、参照。
- (23) 島田・前掲註（5）も参照。
- (24) Bäcker, aa.O. (Ann.5), S.105.vgl. auch ebenda, S.105, FN264.
- (25) この点は、本稿第三章、参照。島田・前掲（註5）八〇―八四頁、参照。
- (26) z.B. Heckmann, *Stellungnahme*, aa.O. (Ann.7), S.4-6.
- (27) 二〇k条を基本的に合意と解するヘックマンも、行為責任者のみならず、状態責任者にまで措置を拡大したことについては、規範明確性・規範特定性に違背すると指摘する。状態責任について、例えば、ITシステム上の爆弾テロ計画を削除するプロバイダーの「責任」を想定した場合、そこで防除されるべきは、ITシステム自体の危険ではなく、システム上を流通する情報内容に含まれる危険である以上、Nichtstörerであるプロバイダーに負担を強いることを意味する（Heckmann, *Stellungnahme*, aa.O. [Ann.7], S.9 f.）。
- (28) Baum/Schantz, aa.O. (Ann.5), S.138 f.; Roggan, aa.O. (Ann.5), S.261.
- (29) Störerは、一般には「妨害者」¹、ときに「障害者」などと訳される。本稿が、第一章にてNichtstörerを「非侵害者」と訳出したのは、法益を毀損する（schädigen）者又は侵害する（beeinträchtigen）者というニュアンスの強調を意図したところによるが、同じく本稿がEingriffを（「介入」ではなく）「侵害」という訳を採用したことによる概念上の混淆のおそれがあるばかりか、O・マイヤーの警察法学に沿革を有する「善き秩序」（gute Ordnung）をstörenしない臣民／市民の義務という観点からすれば、「攪乱者」²ともなくば一般的なStörer≡妨害者≡Nichtstörer≡非妨害者がやはり無難であると再認識するに至った。第一章との整合性の問題もあるが、第一章以上にStörer概念が重要な位置を占める本章では、Störer≡Nichtstörerは、原語のままとした。警察により防除されるべき危険の責任（行為責任及び状態責任）が帰される人物としてのStörerについての説明は警察法の教科書であれば必ず触れられているが、とりわけ、当該概念の不明確さへの批判的視点も含んだErhard Denninger, *Gefahrenabwehr*, in: Hans Lisken/E.Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4.Aufl. München 2007, E.Rdn.67 ff.参照。これらドイツ警察法の概念枠組みを応用した、宮田三郎『警察法』（信山社・二〇〇一）

年)第七章も参照。警察法に関するマイヤーの議論については、米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(一)」法学七〇巻(二〇〇六年)三二頁以下、があらためて参考に値する。

(30) Bäcker, a.a.O.(Anm.5), S.105.

(31) 島田・前掲(註5)八二―九六頁。本稿第三章部分の脱稿以降に接した島田の見解を踏まえたとき、本稿の「オンライン捜索」判決の分析は、判決の限界を明確にする視点が不十分であったと感じている。

(32) 島田・前掲(註5)九〇頁。

(33) Müstl, a.a.O.(Anm.7), Stellungnahme, S.5 f.; ders., Anhörung, a.a.O.(Anm.7), S.22 f.

(34) vgl. Geiger, Stellungnahme, a.a.O.(Anm.7), S.3; Bundesrechenwaltskammer, Stellungnahme, a.a.O.(Anm.7), S.3 f.

(35) 裁判官の関与が強化されたこととなるが、島田茂が指摘するように、この点検が情報収集を実際に行うBKA職員の主導なる可能性は高い(島田・前掲「註5」八六頁)。データ保護観察官の独立性にもなお疑義が呈されている(=B.Bäcker, a.a.O.[Anm.5], S.89)。*खराब*、*पोश्या*の評価は、任務に従事する官吏がコントロールに関与すること自体、核心領域保護の軽視であり、「茶番」だと厳しく(Ralf Poscher, Menschenwürde und Kernbereichsschutz, JZ 2009, S.276)。連邦議会の本会議でも、BKAの自己コントロールなどアル中患者を酒場に連れて行きながら呑みすぎるなど忠告するに等しいと辛辣な批判が出ている(Abg.Ulla Jelpke (DIE LINKE), BT-Protokoll 16/186, S.19838 (B))。しかし、ヘックマンなどは、修正前の法案に対してすら、聴覚的監視に関する刑事訴訟法の規定とのバランス上、少なくとも一名は裁判官資格を有するBKA職員が関わっていれば問題はないという所見を示している(Heckmann, Stellungnahme, a.a.O.(Anm.7) S.17 f.; ders., Anhörung, a.a.O.[Anm.7], S.51)。

(36) Roggan, a.a.O.(Anm.5), S.261; Schar, Stellungnahme, a.a.O.(Anm.7), S.4 f.

(37) 前掲註(35)の点での疑義と同様、ここでも島田は、措置発動の要件で重要な法益に対する危険の存在を裏付ける事実の判断について、裁判官がBKA側の判断を覆すことは「極めて困難になることが予想される」と述べる(島田・前掲「註5」八五―八六頁)。なお、裁判官が発する令状には対象となる人物や、措置の期間などに加えて、「本質的な理由」が記載されることになっている(二〇〇k条六項四文)が、このような限定だけでは恣意的な運用の防止には必ずしもつながらないと批判されている(vgl. Möllers, Stellungnahme, a.a.O.[Anm.7], S.3)。

- (38) Baum/Schantz, a.a.O. (Anm.5), S.138; Kutscha, *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.19 f.; Roggan a.a.O. (Anm.2), S.111; Bäcker, a.a.O. (Anm.5), S.104.
- (39) Roggan, *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.105-197, 259 f.
- (40) Bäcker, a.a.O. (Anm.5), S.52-57; Kutscha, *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.66 f.
- (41) 基本法七三二項九 a 条挿入時の R・ボンシャーによる批判は、vgl. Ralf Poscher, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 15/4832, S.3 ff. vgl. auch Rosalie Möllers, Einheit durch Vielfalt?, JBÖS 2008/2009, S.397 ff. insb. 406-410. 邦語文献では、上代・前掲 (註5) 一五一―一五四頁が詳しく紹介している。
- (42) Poscher, *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.67.
- (43) vgl. dazu Mark A. Zöllner, Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der „Bekämpfung“ des Internationalen Terrorismus, JZ 2007, S.763 ff. S・ミテルは「こうした国際的取決めや法令を検討した上で、最大公約数的なメルクマールとして、①手段Ⅱ「著しい程度を持つ暴力行為」、②行動様式Ⅱ「民間人への不安の流布」、③目的Ⅱ「通常(ただし不可避ではない)公権力機関の特定の態度を惹起させるかたちでの、既存の政治的又は社会的態度の変更」を掲げている (Stefan Müddel, Inner Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, Baden-Baden 2007, S.54-57)」。そして「このようなメルクマールを直接有しない犯罪行為を内容とする刑法二一九 a 条の「テロ結社の設立」というと見出しは不正確であるとミューデルは言う (ebenda, S.218-219)」。併せてミテルは「刑法二一九 a 条の実体法としての意義はさほど大きくなく、むしろ電話盗聴をはじめとする同法に連結する広範な刑事訴訟法の権限を根拠づける役割が重要であると指摘し、同条の「予防的刑法規範」としての性格を振り出している (ebenda)」。このようなミューデルの指摘は BKA 法四 a 条との関連でも妥当なことであり、BKA 法改定の把握にとつても「九・一一事件」後に改定され対象を拡大した刑法二一九 a 条 (関連して新設された同一二九 b 条) の考察も必要になってくるが、立入る余裕がない。さしあたり、vgl. Bettina Weißer, Der „Kampf gegen den Terrorismus“ - Prävention durch Strafrecht? JZ 2008, S.388 ff. 渡邊齊志「テロリスト犯罪規定を改正するため」の法律案「外国の立法二一八号(二〇〇三年)一五一頁以下」も参照。また、これも本稿で触れることができなかったが、近時の EU 域内での「テロ」対策の紹介として、福井千衣「EU のテロリズム対策」外国の立法二一八号(二〇〇六年)六八頁以下、も参照。

- (44) Bäcker, aa.O. (Ann.5), S.52-57. ベッカーは「テロリズム概念の不明確さに由来する危険防止と犯罪防止の境界線の不在よりは、危険防止と犯罪捜査との関係が曖昧である点こそが問題であると考えている。また他方、基本法やBKA法の上での定義不在を解釈により制約しうる「開かれた形式」であるとあえて積極的に捉え、「グローバルなネットワークを持つ組織的テロ行為をも捕捉しうる」ことに期待する見方もある(上代・前掲「註5」二五三―二五四頁)。
- (45) Bäcker, aa.O. (Ann.5), S.53, 57.
- (46) von Denkowski, aa.O. (Ann.5), 2008, S.411; ders., aa.O. (Ann.5), 2007, S.294-296. フォン・デンコウスキはハンブルク警察警視(警察中尉)の経歴を持ち、〇八年時点での肩書きは連邦議会調査局調査員。
- (47) z. B. Roggan, *Anhörung*, aa.O. (Ann.7), S.60 f. 他方、分離原則への抵触を否定する見解として、Wolff, aa. (Ann.5), S.602auch Thiede, aa.O. (Ann.5), S.541.
- (48) Thiede, aa.O. (Ann.5), S.540 f. 同稿は「公安調査・憲法擁護の領域で将来の犯罪予防の文脈で実務上形成されてきた危険人物概念は、警察法の *Störer* 概念とは異なるものであり、不明確さを除くためにBKA法に定義規定が必要であった点を認めつつも、四 a 条一項二文の趣旨が明確である以上、同規定の犯罪着手の意思を推定させる事実の存在(単なる憶測 [Mutmaßung] では不可)を条件とする二〇 b 条二項一号の内容は明確であり、又、同一号の接触者・同伴者も判例上(ニーターザクセン予防的通信監視判決。BVerfGE 113, 348 [380 f.] 同判決によれば、措置対象となる接触者・同伴者には、「本来の対象者 [Zielperson] との緊密な個人的又は職業上のつながりが存在」する、「長期にわたり接触が保たれている」若しくは「共謀状態の下に置かれている又は当該状態が続いている」といったことが要求され、「表面上一時的な又は偶然的な日常的接触では十分ではない」とされる)その範囲も明確である反論する。
- (49) von Denkowski, aa.O. (Ann.5), 2008, S.411.
- (50) 上代・前掲(註5)一三八頁以下、参照。
- (51) Kutscha, *Stellungnahme*, aa.O. (Ann.7), S.1 f.; ders., *Anhörung*, aa.O. (Ann.7), S.19 f. 他方、分離原則への抵触を否定する見解として、Wolff, aa. (Ann.5), S.602auch Thiede, aa. (Ann.5), S.541. なお、二〇 j 条の予防的ラスタースタッフ捜査については、連邦・各州の憲法擁護機関、軍情報機関、及び連邦諜報機関からの情報提供の禁止を明示することで(二項二文)、「二重管轄の禁止」原則に配慮を見せている。

- (22) Geiger, *Anhörung*, a.a.O. [Ann. 7], S.13.
- (23) Roggan, *Anhörung*, a.a.O. (Ann. 7), S.258.
- (24) Möstl, *Anhörung*, a.a.O. (Ann. 7), S.71.
- (25) Bäcker, a.a.O. (Ann. 5), S.60-64.; Geiger, *Stellungnahme*, a.a.O. (Ann. 7), S.8 f.; von Denkowski, a.a.O. (Ann. 5), 2008, S.413. 「組織間の距離は相互の支え合ひの基盤である。すなわち、相互複数の者が同じことをすれば、互いに邪魔をすゝむらひ、助け合へば互いに支えあふこと」(Christoph Gusy, Mehr als der Polizei erlaubt ist?, in: Stefan Huster/Karsten Rudolph [Hrsg.], Von Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a.M. 2008, S.204-206, S.131)。
- (26) Bäcker, a.a.O. (Ann. 5), S.62 f.
- (27) Bäcker, ebenda, S.64.; Roggan, a.a.O. (Ann. 5), S.258.
- (28) von Denkowski, a.a.O. (Ann. 5), 2008, S.415. すべに見てきたように、このような抽象的危険に基づく「目標なき」(ins Blaue hinein) 措置」は、ラスター捜査決定や「オンライン捜索」判決で連邦憲法裁判が厳しく批判してきたところである。
- (29) von Denkowski, a.a.O. (Ann. 5), 2008, S.412. まことに、デンコウスキは〇三年の論考において、伝統的な分離原則の思考に捉われない刑事警察による国家擁護(「テロ」対策)と憲法擁護(過激派対策)との組織的・機能的協力の必要を説き、理想モデルとして内務省管轄の統合的な諜報機関の新設すら提唱しており (Charles von Denkowski, Das Trennungsgesbot – Gefahr für die Innere Sicherheit?, Kriminalpolitik 2003, S.211 ff., insb. 218 f.) 近稿との整合性の点では理解に苦しむ。
- (30) Kutscha, *Stellungnahme*, a.a.O. (Ann. 7), S.3.; Schaar, *Stellungnahme*, a.a.O. (Ann. 7), S.3. ラスター捜査の構造的な問題点について、本稿第二章、参照。
- (31) Kutscha, *Stellungnahme*, a.a. (Ann. 7), S.2 f.; Roggan, *Stellungnahme*, a.a.O. (Ann. 7), S.19 f.; ders., *Anhörung*, a.a.O. (Ann. 5), S.27. 「公共の利益に資する重要な資産」の範囲も明確ではない。
- (32) Geiger, *Stellungnahme*, a.a. (Ann. 7), S.18. 各意見書中も、とても詳細な検討を行うべく、クマンは、相違を表面的なものとしながら、一項目文後段の削除を提案して、Heckmann, *Stellungnahme*, a.a.O. [Ann. 7], S.7 f.)。
- (33) Kutscha, *Stellungnahme*, a.a. (Ann. 7), S.2 f.
- (34) Roggan, *Stellungnahme*, a.a.O. (Ann. 7), S.4. auch Geiger, *Stellungnahme*, a.a.O. (Ann. 7), S.3.; ders., *Anhörung*, a.a.O.

- (Amn. 7), S.13-14. ; Bäcker, a.a.O. (Amn.5), S.80-84.
- (65) Möstl, *Anhörang*, a.a.O. (Amn.7), S.53 f.
- (66) 予の概論に「予は」 vgl. Frederik Rachtor, Das Polizeihandeln, in: Litsken/ Denninger, a.a.O. (Amn.29), F. Rdn. 290 ff. ; Pjeroth/Schink/Kriesel, a.a.O. (Amn.16), §14 Rdn.103 ff.
- (67) vgl. Foroud Shirvani, Die Kontakt- und Begleitpersonen und die „Besonderen mittel der Datenerhebung“ im Polizeirecht, *VerwArch* 2010, S.86 ff.
- (68) 判例の概要と評釈は、西原博史「予防的通信監視と通信の秘密：比例原則」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ（信山社・二〇〇八年）二五四頁以下、参照。
- (69) Heckmann, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.10 ; Roggan, a.a.O. (Amn.5), S.258 f.auch Bäcker, a.a.O. (Amn.5), S.77 f. 併せて前掲註(48)を参照。
- (70) Geiger, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.10 f.auch Gusy, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.7 f.
- (71) Baum/Schantz, a.a.O. (Amn.5), S.139 ; Roggan, a.a.O. (Amn.5), S.259.auch Bundesrechtsanwaltskammer, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.6. 聖職者に「公法上の宗教団体に限定して」点が問題になる（vgl. Poscher, *Stellungnahme*, a.a.O. [Amn.7], S.15）。
- (72) Heckmann, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.18 f. ; ders., *Anhörang*, a.a.O. (Amn.7), S.18. ズッカーの点では違憲性は生じない（Bäcker, a.a.O. [Amn.5], S.90-93）。
- (73) Bundesrechtsanwaltskammer, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.5-9.
- (74) vgl. Gusy, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.12-14. ヌズィは「信頼関係の保護」をプレスからの観点から展開する。彼が援用する近時（二〇〇七年二月二七日）の連邦憲法裁判決『キケロ』事件は「プレスの自由は、編集作業の秘密性への、及びメディアとその情報提供者との信頼領域への国家の侵入からの保護も含む」ことを確認している（BVerfGE 117, 244 [258]）。
- (75) Geiger, *Stellungnahme*, a.a.O. [Amn.7], S.23.
- (76) Kutscha, *Stellungnahme*, a.a.O. (Amn.7), S.5. クッチャは、ザウアーラントグルッペ事件を念頭に、海外治安機関からの

「テロ」実行の情報、同地で拘束されたドイツ国籍保持者への拷問を伴う取調に基づくものであった問題も指摘している (ebenda)。ザウアーラントグルッペ事件の公判では、このような拷問に基づく供述の証拠採用が争点になりえたが、被告人たちの「自発的」供述の結果、問題が顕在化することなく結審に至っている (vgl. Stern.de.von 3.24.2010)。

(77) Bäcker, a.a.O. (Anm.5), S.96-98; Schar, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.9 f. とくに事由③は、対象となる措置の基本権侵害の重大さから措置当事者への影響が「軽微なものにすぎない」(二項二文)とは考えにくく、また、その判断基準の明示もないまま BKA の裁量に委ねている点も問題が多いと思われる (ebenda, S.98)。

(78) Poscher, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.19-21; ders., *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.25 f., 54 f. 他に、auch Geiger, *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.50; Gusy, *Anhörng*, a.a.O. (Anm.7), S.50 f.; Schar, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.3; Roogan, a.a.O. (Anm.5), S.262; Möllers, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.4. 他方、消極的な見解として、Mösl, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.4.

(79) Poscher, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.19-21.

(80) z.B. Erd, a.a.O. (Anm.1), S.3.

(81) ウィンセントマンの異議申立書が、heise-online にアップされている (http://www.heise.de/bin/fp/issue/4/dl-artikel2.cgi?artikel=29614&mode=html&zeilenlaenge=72)。原告の主張の基本線は、Roogan a.a.O. (Anm.5) に示されているとおりである。

(82) Gusy, *Stellungnahme*, a.a.O. (Anm.7), S.1 f.; ders., *Anhörng*, S.15 f.

(83) vgl. FR vom 7.10.2008.

(84) 「BKA の FBI 化」は法改定反対派が多用するフレーズであるが、当の FBI では、「九・一一事件」後の米国の情報機関再編の中で、テロ対策・諜報機能の強化がさらに進んでいる。この点につき、岡本篤尚『9・11』の衝撃とアメリカの『対テロ戦争』法制(法律文化社・二〇〇九年)二六四―二七〇頁、が参考になる。

(85) ドイツ国内あるいは EU 域内のテロ政策の論議における、「安全のアーキテクチャ」(Sicherheitsarchitektur) という用語の多用も近時の特徴である。多くの論考のタイトルや副題に登場するが、一つの典型として、BKA 長官ツィールケがシュレスヴィヒ・ホルシュタイン内務省刑事局長時代に「九・一一事件」直後の時代状況を背景に公表した、Jörg Ziercke, *Neue Sicherheitsarchitektur für Deutschland, Kriminalpolitik 2002*, S.346 ff. を挙げることが出来る。さらに、この概念自体

を考察対象とした⁷⁸ Thomas Württemberg/Stefan Tanneberger: Sicherheitsarchitektur als interdisziplinäres Forschungsfeld, in: Gisela Riescher (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit statt Terror und Angst, Baden-Baden 2010, S.97 ff. が重要である。同稿によれば、Sicherheitsarchitekturとは、市民の基本権の尊重の下での対外安全・国内治安の保障に奉仕する組織や法的権限を、個別問題というよりは、治安維持任務の遂行に役立つ法システムの原則的方向性について論じる文脈で用いられる概念だとされている。-neue Sicherheitsarchitektur⁷⁹ などと言われる場合、当該アーキテクチャの目的(客観的)安全の維持向上、主観的安心感の強化、及び国家的・社会的な治安維持措置からの自由の保護)が変化したわけではなく、安全の実現のために国家が向き合うべき対象、そのための技術的・組織的可能性⁸⁰、さらに、市民相互の関係や国家像そのものを映し出す「時代精神」のようなものの変化を意味するのだと説明されている(ebenda, S.97 f.)。こうした言説の流布と、都市における建築工学的観点からの防犯政策(アーキテクチャによる規制)への関心の高まりとの関連性も気になるところである。

(86) Gusy, Anhöring, aa.O.(Anm.7), S.15 f. も「とも」法案推進側からすれば、従来の州警察の力では不十分だからこそ、連邦の力が必要だとこの論理になせ (Dahne, Stellungnahme, aa.O.[Anm.7], S.2 f.)。

(87) von Denkowski, aa.O.(Anm.5), 2008, S.415;vgl. auch Wolff, aa.O.(Anm.5), S.598-600.

(88) Wolff, aa.O.(Anm.5), S.603-606.

(89) Christoph Gusy, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63, 2004, S.184-186. BKAの諜報機関化という視点から注目される動きとしては、対BND議会統制強化法案(連邦情報局の議会統制の進展のための法律)一案。BT-Drs.16/12411)に、一定の条件の下でBKAの活動にも議会統制委員会の権限が及ぶと規定された点が挙げられる(法案一条。ただし審議の過程でこの点は削除された)。

(90) Christoph Gusy, Leerlaufende Evaluationspflichten?, in: Fredrik Roggan (Hrsg.), Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat, Berlin 2006, S.139 ff. ただし、テロ対策法等の現行の評価規定の多くは十分に機能していないと診断されている。

(91) 「市民的公共圏」については、その概念も議論の射程も多様多彩であるが、日本の憲法学における当該概念の積極的導入の試みとして、森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』(日本評論社・二〇〇三年)、がある。市民的公共圏における治安法制の制御という方向性についての詳述な検討は本稿筆者の今後の課題としたいが、ただ少なくとも、社会的諸力(防

犯ボランティアや民間警備会社等)による安全構築への参加(という名の公権力の下請け化)と社会的統合政策の推進による犯罪抑止のようなモデルの構築を単純に追求しているわけではないことは断っておく(未だ問題意識の提示にとどまるが、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)四五七頁以下、とくに四六七―四七一頁、参照)。

(92) このような一書としてvgl. z.B. Ilja Trajanow/Juli Zeh, *Angriff auf die Freiheit*, München 2009.

(93) アーレンスバッハ世論調査研究所長の社会学者R・ケヒャーの実施した調査の結果、現在の国家による監視措置に行き過ぎを感じているのは回答者の二〇%にしかすぎず、「安全か、監視からの保護か」という設問では、四六%が前者、四五%が後者を選んだという(Elisabeth Noelle/Thomas Petersen, *Wie sicher ist Deutschland?* in: FAZ vom 19.7.2006, S. 5)。この調査結果は、A・ハーニング(二〇〇八年当時の連邦内務次官)が自己の論考の中で議論誘導的な紹介をしている[August Hanning, *Sicherheit Gewähltesten—Freiheit wahren*, in: Huster/Rudolph, aa.O.(Anm.55), S.204-206]。トレンた世論と軌を一にして、「テロの時代」という「非常時」下での「市民の犠牲」(Bürgeropfer)の積極的正当化と公的承認を求めるO・デベンホイアーの『法治国家の自己主張』(Oto Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn u.a. 2007)が賛否両論の論議を呼んでいるが、同書の治安法制の状況認識として、以下のような一文を引用しておく。「警察法制の安全法制(Sicherheitsrecht)への形状変更によって、法秩序はテロリズムによる特別の危険状態に対峙している。すなわち、潜在的に高度な危険集積度をもった共同行為の中にあるミリュールへの諜報機関による潜入の著しい困難さが効果的に克服されるのは、具体的な、すなわち見通せる危険の前に広く拡がる対策装置が講じられている場合だけである。空港での全ての市民を対象とした一般的な安全チェックは多様な、しかし全ての市民に向けられた事前配慮措置や事前注意措置の特に特徴的なもの一つにすぎない。さらに挙げるとすれば、最強度の傍受措置(大盗聴)、接触禁止、ラスタ―捜査、コンピューターの探知、ビデオ監視等々。安全状態の改善という利益をもつこの種の危険防除規律は、自由選択権の感覚的な喪失を導く。……多様な治安立法は、部分的に憲法裁判所で破棄されたものも含めて、テロの脅威の現在の評価の紛れもない指標である。雑多な安全チェックを耐え忍ぶ市民の自発的意思と忍耐力は、その限りで高い安全要求と自由放棄の覚悟を示している」(ebenda, 70 f.)。

(94) メディアの報道姿勢への批判とついでvgl. Trajanow/Zeh, aa.O.(Anm.92), S.81-89.

- (95) Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU UND FDP, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt, 2009, S.98 ff.insb.98-100.
- (96) WELT-Online von 10.8.2009
- (97) Hamburger Abendblatt-Online (<http://www.abendblatt.de/>) vom 14.3.2009.
- (98) 他党に比べれば——「赤・緑連立」政権下でシリノ内相の治安政策を支持した同盟90／緑の党はもとより、旧東独で監視国家体制を敷いたPDSの後継党の側面を有する左翼党と比べても——確固たるスタンスを堅持するFDPではあるが、現在の党の主流は経済的新自由主義路線であり、市民的自由重視の古参党员を中心とした党内左派影響は低い。(vgl. Taojanow/Zeh, a.a.O. [Anm.90], S.92-94)。彼らFDP左派は「強い国家」による治安政策を批判するが、「治安維持の民営化」にも批判的な点で、この部面でも国家の撤退を主張する党主流派とは対立する。(vgl. Hans-Jürgen Lange, Der Wandel des föderalen Sicherheitsverbundes, in: Huster/Rudolph, a.a.O. [Anm.55], S.74 f.)。
- (99) FR von 7.11.2008
- (100) デベンホイアーの「市民の犠牲」論は、「国家と憲法を実効的に防衛することへの、すなわち、政治的実存の具体的形態をテロによる否定に抗して主張することへの市民の覚悟」(Deppenauer, a.a.O. [Anm.93], S.30)が強調されることにより、「自由と安全」の対抗を「自爆テロ」のハイジャック機に偶然乗り合わせていたがゆえに国家の手で撃墜され生命を犠牲にすることすら厭わない(市民個人の自発的受容と、そうした自己犠牲を讃える公衆の「あるべき態度」の問題に解消してしまっているように思われ)。vgl. auch Marcus Hawel, Dämmerng des demokratischen Rechtsstaates?, KJ 2009, S.65-69.
- (101) パピアーの下で調査官を務めたカールスルーエ行政裁判所判事による「パピアー・コート」への賛辞として、Jens Hoffmann, Zur Absolutheit des Menschenwürdeschutzes im Wirken des Präsidenten des BVerfG Hans-Jürgen Papier, NVwZ, 2010, S.217 ff.
- (102) 評釈として、Alexander Roßnagel, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“—Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NZW 2010, S.1238 ff.の憲法異議は「FDP／同盟90／緑の党」市民団体の三者がそれぞれ提訴し、原告の総数は三万四千人を越える大きな訴訟であった (ebenda, S.1239)。