

諜報機関による議員の監視と「たたかう民主制」 —ラーメロウ事件を素材として—

植 松 健 一

„Anhaltspunkte für den Verdacht“—mit anderen Worten: nichts ist bewiesen!

—Heinrich Lummer¹

目次

第1章 問題の所在

第2章 前提

第3章 判例

第4章 ラーメロウ事件

第5章 おわりに

第1章 問題の所在

本稿は、公安情報収集を目的として現職の議員に対して諜報機関が実施した監視活動（*Beobachtung*）の適法性が争われたドイツの行政訴訟（ラーメロウ事件）を紹介し、これに検討を加えるものである。その問題関心は——本稿内でその全てを解明する意図ではないが——以下のようなところにある。

1 普遍化（？）の中の「たたかう民主制」

この事件の検討は、ドイツ連邦共和国における「たたかう民主制」に関する理論と運用の現状把握のための一つの手がかりを提供する。

周知のとおり、「たたかう民主制」（「戦闘的民主主義」）は、戦後（西）ドイツの特殊性を刻印するものとして、日本の憲法学も早い時期から——多くの場合は批判的なかたちで——これを観察の対象としてきた²。「たたか

う民主制」がドイツ民主共和国（DDR＝旧東独）との対峙を余儀なくされたドイツ連邦共和国の体制擁護イデオロギーだった冷戦期が終わると、ひとたびは関心が遠のいた感もあったが³、1990年代以降の差別言論規制とりわけpolitically correct（PC）への関心の高まりや⁴、さらには2001年の米国の「9・11事件」以後の「対テロ戦争」の文脈の中で——ドイツ特有の問題というよりは、立憲民主主義国家が普遍的に抱え込んだディレンマという捉え方の中で⁵——再び「たたかう民主制」という問題構制がアクチャリティを持つ時代を迎えている。

かえりみれば、「たたかう民主制」という不確定概念は、60年間を超える「ボン基本法体制」の歴史の中で、その意味と機能の点で絶えず変転をみせてきた。近時の邦語文献の分析を借りるなら⁶、①「ナチズムの克服」として出発した「たたかう民主制」は、②冷戦の緊張下で「反リベラル・デモクラシーの克服」の様相を帯び、さらに、③70年代に入り体制紊乱分子の予防的排除、国内テロ対策の側面が前面に現れ、④80年代のデタント期を経て⁷、⑤統一後の90年代にはDDRの「不法の克服」の文脈で語られる⁸、という展開を描くことができる。そして、⑥ここに「対テロ戦争」正当化論としての「たたかう民主制」論が流れ込んでくる。確かにドイツは米国の「テロとの戦い」とは一定の距離を保ち、国内の（イスラム原理主義はもとより⁹、極右・極左の政治行動も含めた）治安対策においても連邦憲法裁判所が一定の制動装置の役割を果たしてきたこともあり、「基本法は実際にはたたかうどころか平穏な民主制を実現した」¹⁰と評価しうるわけだが、だからといってドイツが米国流「テロとの戦い」と無縁だったというわけではなく¹¹、「戦う安全国家」（streitbarer Sicherheitsstaat）¹²、「法治国家の自己主張」（Selbstbehauptung des Rechtsstaates）¹³といった新たなスローガンの下で——したがって極右・ネオナチ¹⁴や共産主義に対する抽象的な反発・危機感よりも、むしろより「現実的な」市民の安全願望に支えられて——ドイツの憲法状況を規定し続けている。

2 「たたかう民主制」維持システムの重心移動—“監視と公表”

体制擁護イデオロギーとしての「たたかう民主制」の本質は変わっていないとしても、その具現する場面が従来とは異なってきている点は否定できない。適用対象の点で「たたかう」べき「敵」がイスラム系「テロ」組織等へと多様化している点（後述 3）は見えやすい面であるが、「たたかう民主制」を支える制度・装置の比重にも実は変化が見られる。ここでは後者の点について、ある論者の整理による「たたかう民主制」の制度的・機能的構造（下の図）¹⁵も参照しながら、敷衍しておきたい。

ドイツにおける「たたかう民主制」を支える諸装置の体系

法的措置・行政的措置の次元				刑事法的措置の次元	
憲法上の		行政法上の			刑法上の
		集会法、 官吏法上の	憲法擁護法 上の	警察法上の	
連邦憲法裁判所による 政党禁止・ 基本権剥奪	内務大臣による 結社 禁止	行政庁による 集会禁止・ 公勤務者の 就業禁止	憲法擁護機関 による（諜報 機関的手段を 伴う）監視	警察による （強制手段 を伴う）危 険防除	（政治的扇動罪、 国家反逆罪等に よる）刑事追討
			憲法擁護白書		
精神的・政治的対決（geistig-politische Auseinandersetzung）¹⁶の次元					

「たたかう民主制」といえば政党禁止や基本権喪失というハードな措置が連想されるが、政党禁止は共和国黎明期の1950年代にドイツ共産党（KPD）（56年）と社会主義帝国党（SRP）（52年）という左右両極の政党に対して適用されたのみであり、基本権喪失については手続に付されたケースはあるにせよ実際に宣告された事案は今のところ一件もない¹⁷。それゆえ、これらハードな措置のシンボリックな意義¹⁸は失われていないとしても、実際にはこれらの措置以外の制御手法が有効な機能を発揮してきた。それは、水島朝穂の1979年の論考の一節をそのまま引用するなら、「60年代までは『外部の敵』の脅威に緊急事態法を、70年代前半は『内部の敵』との闘いに『就業禁止』

を、そしてその『内部の敵』との闘いも、70年代後半から80年代に向けて、『就業禁止から盗聴攻撃へ』¹⁹といった展開である。そして、90年代以降の「たたかう民主制」の舞台は、一つには、集会法・公秩序法に関わる集会不許可という場面に²⁰、もう一つには、連邦憲法擁護庁（Bundesamt für Verfassungsschutz）及び各州が設置する憲法擁護局による監視活動と憲法擁護白書（Verfassungsschutzbericht）への記載という場面に明らかにシフトしている。本稿が扱うのは後者の場面であるが、『たたかう民主制』の砦とも考えられていた連邦憲法裁判所が、おおっぴらにその体制に内在する問題点を指摘し始めた²¹現在、他方で、憲法擁護機関の「非直接的で、インフォーマルで、皮下に作用する防衛戦略」²²としての「たたかう民主制」の役割が高まり、当該機関の収集した公安情報を記載した憲法擁護白書における公表こそが——「かつてしばしば、たたかう民主制の『切れ味のよい剣』と呼ばれてきた政党禁止が今や鈍く錆びついたものとみなされている」²³のとは対照的に——「たたかう民主制の砦」の役割を果たしているのである。

このような認識は、とりわけ2001年にNPDの政党禁止手続が挫折した後に広く流布するようになったが²⁴、こうしたことも相俟って、憲法擁護白書への不利益記載の基本権侵害や、白書作成の前提となる情報獲得のための憲法擁護機関の監視活動そのものの違法性・違憲性が問われる事案が、「たたかう民主制」に対する法的評価のメルクマールの役割を果たすことになる。ラーメロウ事件はその典型事例である。

3 「たたかう民主制」と「テロ対策」

第3に、ラーメロウ事件は、「たたかう民主制」の古典的な問題構制を越えて、公権力による事前配慮的な情報収集一般の法的問題を考察するための一素材でもある。

「たたかう民主制」の担い手である憲法擁護機関の任務が（とりわけイスラム系の）「テロ」対策の性格を帯びる中²⁵、内外の警察機関・公安機関・諜報機関の機能的融合が顕著となり²⁶、結果として、国家保障（Staatsschutz）

と体制保障 (Verfassungsschutz) との境界線は²⁷、かつてとは異なる意味で極めて未分明になってきている。『自由 (主義的) な民主的基本秩序』擁護のために『闘う』とする思考枠組のいわば地続きで、『安全』のために『闘う』ことが『緊急事態』として立ち現れる」昨今の状況²⁸が、こうした傾向を後押ししている。

警察の危険前段階的活動への進出は伝統的な警察＝危険防除活動の「具体的危険」要件への繋留を解くことで新たな法的問題群を生じさせているが、本来、「具体的危険」に馴染み難いとされてきた諜報機関の情報収集活動も法治国家的要請の完全にアンタッチャブルな領域ではないはずである。だからこそ、連邦情報局 (BND) や連邦軍諜報部 (MAD) も含めた情報機関に対する議会のコントロールをどう担保するかは従来からの重要な課題であった²⁹。また、「情報技術システムの秘密性と完全性の保障を求める権利」(IT基本権) なる新たな基本権概念を生み出した点で注目を集めた2008年の連邦憲法裁オンライン搜索判決 (BVerfGE 120, 274) も、捜査対象者の所持するパソコンへのハッキング権限を州憲法擁護局に付与した州法が違憲とされた事案であった。この判決は、「…侵害による毀損は当事者にとっては同一のものである以上、その〔法治国家的＝引用者〕要請の見地では、例えば警察官庁と憲法擁護機関などその他の予防的任務を担う官庁との間といったような、所管官公署に応じた区別の契機は存在しない」という認識を示し (ebenda, 329 f.)、諜報機関的活動の法的統制の基本枠組みの必要性が指唆した³⁰。こうした現象から導きうる本稿筆者の仮説は、警察が犯罪の事前予防的活動に積極的に踏み込むことになった結果として、また、この領域における警察と諜報機関との任務融合が刑事警察官庁である連邦刑事庁 (BKA) 主導で実現しつつある結果として³¹、これら警察の危険前段階の情報収集に対する法的コントロールが争われた事案の中で形成されてきた近年の連邦憲法裁の判例法理が——もちろん単線的・短絡的に展開しうるものではないとしても——従来は極めて統制密度の薄い領域と解されてきた諜報機関固有の任務領域の中にも入り込まざるをえなくなっているという見方である。かか

る仮説の計測資料としても、本件ラーメロウ事件に対する裁判所の判断は重要である。

4 判例の中の「たたかう民主制」

これまで述べてきたことと一見相矛盾するが、「戦後ドイツ」を刻印づける「たたかう民主制」の「古典的な」問題構制が今日的意義を喪失してしまったわけでもない³²。ラーメロウ事件も、民主主義的観点から憲法上保障された政党や議員の地位・特権と、やはり一つの民主主義観の体现である「たたかう民主制」という憲法原理とのオーソドックスな対抗軸が中心にあり、本件に対する裁判所の判断から、この点についての判例動向の現段階を把握することが可能である。

憲法擁護機関の監視活動が本格的に法的検討の対象となったのは、1990年代に極右勢力「レパブリカーナ党」をめぐる行政訴訟が頻発した後の2000年代に入ってからとあってよい³³。これらの事案の中には、いわゆる諜報機関的手法（後述第2章1）を駆使した監視が問題になったものもあれば、憲法擁護白書への不利益記載が問題になったものもある。判例は、それぞれの事案に対して一定の結論を——傾向としては、公権力寄りの連邦行政裁判所と、これに対峙する連邦憲法裁判所というかたちをとって——示してきた。ラーメロウ事件の場合、憲法擁護白書記載の前段階の情報収集活動であり、また一般に公表されている資料等からの収集であるため、そもそも基本権侵害と認められないか、仮に認められるとしてもその程度は低いといわざるを得ない。しかし、そうはいつても、監視対象は連邦議会又は州議会の現職議員である。このようなケースで裁判所が、どのような判断枠組みを示したのかは注目に値するところであろう。

5 監視対象としてのDIE LINKE

最後に、ラーメロウ事件の検討は、監視対象であるDIE LINKE（以下、左翼党³⁴）という政党の憲法政治的意味を明らかにする手がかりにもなりう

る点で重要性を持つ。

周知の事柄に属するが、左翼党は、DDRの支配政党である社会主義統一党（SED）の流れを組む左派党/民主社会党（Linkspartei/PDS）と、元SPD党首O.ラフォンテーヌがSPD離党後に結成した「労働と社会的正義の党：選挙のオルタナティブ」（WASD）とが、政党連合の期間を経て、2007年6月に結成した政党である。「多元主義」（Pluralismus）に基づく左翼諸派の結集を掲げ、2009年連邦議会選挙では得票率11.9%で76議席を獲得し、また、州議会でも2010年時点で16州中13州において議席を得て五党体制の一角としての地位を確立している。党員数は2010年12月の公称で77,658名に及ぶ。同時期他党の党員概数は、SPD＝約51万2千、CDU＝約52万1千、FDP＝約7万、緑の党＝約5万5千であるから、FDPを凌ぐ第三位の勢力ということになる。しかも、SPDとCDU/CSUは慢性的な党員数の下落傾向が続いているので³⁵、「新興勢力」としての左翼党の存在感が浮かび上がってくる。

したがって、左翼党及びその所属議員を監視対象とするということは——大衆恣意行動で強いインパクトを有し、州議会レベルでの議席も獲得しているとはいえ、しかし議会内勢力としてはなお破片政党にとどまるNPDの場合と比べても——民主過程に与える影響は少なくはないはずである。実際、左翼党を含んだ五党体制については、「ヴァイマルの悲劇」の再来を危惧する声や、そうでなくとも不安定な連立の組み替えがもたらす有権者の政治不信を懸念する声があり、結果として多数代表選挙制の導入による二大政党制ないし二大ブロック制への憧憬は公法学者の中にも見られる³⁶。こうした動きと、公権力が今なお——もしくは今だからこそ（？）³⁷——左翼党を憲法敵対勢力とみなして監視を行い続けること³⁸との連動性は、ドイツの憲法政治の現状を把握する上で分析に値すると思われる。

第2章 前提

本章では、ドイツの憲法擁護機関による監視活動の法的根拠と実態につい

て概述する。

1 監視の法構造

基本法は、連邦の立法権限として、「連邦若しくは個々の州の自由民主主義的な基本秩序、連邦若しくは個々の州の存立及びその安全の保護（憲法擁護）」に関する連邦と各州の協力を挙げ（73条1項10号b）、又、連邦固有の行政の管轄事項として、「憲法擁護を目的とする資料の収集（Sammlung）のための」中央機関の設置（87条1項）を挙げている。これを法律レベルで具体化したのが、「憲法擁護の業務における連邦と各州の協働及び連邦憲法擁護庁に関する法律」（以下、連邦憲法擁護法）である。1950年に制定された同法は、前記規定を挿入した基本法改定に伴う1972年改定、連邦データ保護法を順守するための1990年改定、さらに「テロ対策一括法」に基づく2002年改定など数次の大改定を経て、今日に至っている³⁹。

以下、本稿での検討にとって重要な条項を挙げておく（本法は、下記に訳出した部分以外、基本法10条具体化法〔G-10法〕と連動した通信傍受に関する詳細な規律や、情報の収集・処理の際の個人データ保護に関する規律を含むが、ここでは触れない⁴⁰）。

（憲法擁護官庁の任務）

第3条 ①連邦及び個々の州の憲法擁護官庁の任務は、以下の各号に関する情報、とくに事項関連的及び人物関連的な情報、報告、及び資料の収集及び解析である。

1 連邦若しくは個々の州の自由民主主義的な基本秩序、連邦若しくは個々の州の存立、又はその安全に敵対する企て（Bestrebung）、又は、連邦若しくは個々の州の憲法機関若しくはその職員の職務遂行を違法に毀損することを目的とする企て

2 …

（定義）

第4条 ①この法律においては、

…

c) 自由民主主義的な基本秩序に敵対する企てとは、第2項で挙げる憲法的諸原則を破棄又は失効させることをねらいとする人の結合 (Personenzusammenschluß) の中での、又は当該結合のための目標志向的・目的志向的な、政治的に特定の行動態様 (politisch bestimmte, ziel- und zweckgerichtete Verhaltensweise) をいう。

…

②この法律において自由民主主義的な基本秩序には、以下の各号に掲げるものがある。

a) 選挙及び投票において、並びに立法、執行権、裁判の特別の機関を通じて国家権力を行使し、国民代表を普通、直接、自由、平等、秘密の選挙において選出する国民の権利

b) 立法の憲法適合的な秩序への拘束並びに執行権及び裁判の法律と法への拘束、

c) 議会内反対党の設立と活動の権利

d) 政府の解任と国民代表に対する政府の責任性

e) 裁判所の独立性

f) あらゆる暴力支配や恣意的支配の排除、及び

g) 基本法に具体化された人権

(憲法擁護庁の権限)

第8条 ①連邦憲法擁護庁は、連邦データ保護法又はこの法律の特段の定めに従わない限り、自己の任務にとって必要な個人関連データを含む情報を取得 (erheben)⁴¹、加工、及び利用することができる。

②連邦憲法擁護庁は、協力者 (Vertrauensleute)、情報提供者 (Gewährsperson)、視察 (Ovservation)、容貌撮影・音声録画、暗号文書・暗号標識等の秘密の情報獲得のための手法、器具及び機器を使用することができる。これらの使用については、当該情報獲得の命令についての管轄権の規律も含む職務規定の中に記載さ

れねばならない。この職務規定は、連邦内務大臣の承認を必要とし、この承認については連邦議会統制委員会に報告される。

…

⑤連邦憲法擁護庁は、複数の合理的な措置の中から、当事者を最も害さないと予想される措置を選択しなければならない。措置は、あらかじめ意図した成果との比例性を明らかに越えるような不利益をもたらすものであってはならない。

…

(情報取得の特別の形式)

第9条 ①連邦憲法擁護庁は、以下の各号に掲げる推定を事実により正当化できる場合に、第8条第2項に基づく手段による情報、とりわけ個人関連データを取得することができる。

1 このような手法により、第3条第1項に基づく企て若しくは行為に関する情報又はこのような情報の究明に必要な情報源が獲得し得る

又は

2 安全の脅かされる活動又は秘密機関的活動 (geheimdienstliche Tätigkeit) に対して連邦憲法擁護庁の協力員 (Mitarbeiter)、施設、器機、情報源の保護のために必要である

本号第1文に基づく取得は、事実関係の究明が、他の、当事者にとってより害の少ない方法で可能である場合には、許されない。情報が一般にアクセスできる情報源から又は第18条3項に基づく照会により獲得されうる場合には、通例は、より害が少ないものと認められる。第8条2項に基づく手段の適用は、解明されるべき事実関係の意義に対して明らかに比例しないものであってはならない。措置が、その目的を達成した場合、又は目的が達成されえない若しくは当該措置では達成されえないという手がかりが生じた場合には、遅滞なく終了しなければならない。

…

(連邦憲法擁護庁の報告義務)

第16条 ①連邦憲法擁護庁は、その活動について連邦内務省に通知する。

②第1項に基づく通知は、第3条1項に掲げる企てや活動に関する連邦内務省を通じた公衆への啓発にも資するものであり、年に最低1度は出される概述的な報告書の中で行われるものとする。その場合、人の結合についての把握情報（Verständnis）又は組織若しくは非組織的集団の印象（Darstellung）の公表が必要で、且つ公共の利益（Interesse der Allgemeinheit）が当事者の保護に値する利益を上回るものである場合には、個人関連データも公表することができる。

上記のような法構造を念頭においた上で、連邦擁護庁の活動について若干の説明を付け加えておこう。

①**公表物からの監視（offene Beobachtung）**：連邦憲法擁護庁の情報源の60%は、公表物、すなわち監視対象団体の規約、綱領、機関紙等の内容や、新聞・雑誌、ラジオ・テレビ、インターネット等の監視対象に関する報道から得られる情報だといわれる。また、そのうちの20%程度の情報は、私企業・私人からの情報提供や、警察等の他の官庁との情報交換（連邦憲法擁護法17条以下）を通じて入手されているようである⁴²。このような公表物からの情報獲得の法的根拠は、それが個人の法益侵害にあたるものではないという理由から、法8条1項の概括条項のみで足りると解するのが実務・判例であるが⁴³、この解釈の当否については、ラームロウ事件の検討の中で触れたい。

②**諜報機関的手段（nachrichtendienstliche Mittel）による監視**：諜報機関的手段として、法8条2項に例示されたような手法が連邦憲法擁護庁に授權されている。ここでは、個々の諜報機関的手段についての叙述は省くが、いずれも基本権侵害を生じさせる可能性が高く、法治国家的統制を回避して濫用されるおそれの強いものばかりである。それゆえに、明確な法的根拠、比例原則等の法治国家的要請の遵守、事前・事後における法的・政治的コントロールの担保が強く求められるところであるが、連邦憲法擁護法上は、要件の明確化（9条）、及び情報取得・保存・提供に伴う情報保護に関する規定（10条－15条、17条－26条）に加え、議会統制の途を確保している（8条2項3文）。また、法は、より制限的でない手段選択の原則及び比例原則の

遵守を特に明記している（8条13項、9条1項2文以下）。

本稿の叙述との関係上とくに説明しておくべきは、法8条2項で例示されている「協力者」（Vertrauensleute＝通称V-Mann）についてである⁴⁴。協力者とは、官庁に籍を置かない諜報機関の„Mitarbeiter“であり、長期にわたり報酬を得て憲法擁護機関と協働しながら、監視対象団体に所属し、そこから秘密裏に情報を得る活動をしている者のことである。なお、同じく8条2項で挙げられている「情報提供者」（Gewährsperson）は、その都度の情報提供で対価を得る者であり、諜報機関との継続的「雇用」関係にある協力者とは区別されている。協力者は警察によっても用いられるが、一般に諜報機関の方が長期的な潜入を実施し、継続的に的確な情報アクセスを得る目的で協力者を利用することが多いとされる。しかし、協力者の活動は、あくまで憲法擁護機関の任務と権限の範囲に限られるため、刑事訴追のための捜査や、あるいは、監視対象団体の意思形成を混乱させるようなことは違法とされる。

後にも触れるNPD違憲訴訟は、協力者使用の不適切さが手続継続の成否を分けることになったが、連邦憲法擁護庁が監視対象であるNPDの連邦及び各州の党幹事会メンバーに協力者工作を仕掛け、その総数は最大560名（幹事会構成員の15%）にも及んでいたことが、連邦政府側の提出した証拠から明らかになっている（BVerfGE 107, 339 [350]）。又、この判決文の中では、NPDの元NRW州支部長で連邦幹事会のメンバーでもありながら24年間にわたり連邦憲法擁護庁と協力関係にあったU・ホルトマン等、複数の協力者の実例が挙げられている [ebenda]）。

③憲法擁護白書：連邦内務省は、1969年以降、連邦内務省は国内の公安動向に関する年次報告として憲法擁護白書を出しているが、これは憲法擁護法16条上の義務に基づく活動である。また、70年代に入り各州でも同様の白書を出すようになった。本稿冒頭でも触れたが、「たたかう民主制」の実効性確保のための装置として、憲法擁護白書は重要な役割と果たしていると評されている⁴⁵。連邦憲法擁護法上は、これを「公衆への啓発」（16条）と表現する。ここでの啓発は、何が「自由民主主義的な基本秩序」の臨界に当た

る「過激な」(extremistisch) 集団・活動であるのかを、具体的な「憲法敵対的」(verfassungsfeindlich)⁴⁶な企ての実例を挙げて周知するというスタイルをとるが、このような啓発を、連邦政府は「政治的過激主義との精神的・政治的な対決 (geistig-politische Auseinandersetzung) への重要な寄与」と位置づけている⁴⁷。一方で「自由民主主義的な基本秩序」の積極的な宣伝・啓発があるとすれば、他方でこのような消極的啓発は、前者の啓発とあいまって、「国民の憲法意識、すなわち政治的共同体の基盤に関する基本的コンセンサスを固めること」が目指されているといえる⁴⁸。しかし、公権力による公定的判断の流布という憲法擁護白書の性格は、高権的・公法的性質を有するものであり、単なる「政治的な」対決(策)と観念することに疑問を呈する見解もある⁴⁹。

また他方、「対決」以上に能動的な「政治闘争 (politischer Kampf) の装置」として憲法擁護白書の性格を描きだすD.ムルスヴィークは、白書に、①マーケティング機能、②制裁機能、③一般的予防機能、④警告機能、という4つの現実的機能を見て取る⁵⁰。この見方が妥当だとすれば、憲法擁護法に基づく「公衆への啓発」は、それ自体が(刑法・警察法上の)撲滅対策的措置(Bekämpfungsmaßnahme)に等しい行為といえる。現在では憲法擁護白書内で「憲法の敵」といった露骨な文言が直接使われることはないが⁵¹、しかし、ある組織を「過激」と定義することで事実上の憲法の敵と公定し、国民に警告することには変わりはない。「諸君らはこんな企てと関わりを持つな!彼らを政治的議論に参加させるな!それでもそんな組織に加わったり、これを支えたりする者は、そのことをもって自身も過激派と格付けられ、それ相応の扱いを受けることを覚悟しなければならないのだ」⁵²と。

もっとも、このような機能を持つからこそ、憲法擁護白書は、基本権侵害の観点からは政党禁止や反逆罪適用よりも穏健な態様で、しかも基本法体制を効果的に擁護する手法として、その積極面の評価も可能かもしれない⁵³。ムルスヴィークも政府の「啓発による撲滅的対策」を全否定しているわけではなく、条件次第では、むしろ適切な手段と考えている。現行の白書の公表

実務が違憲と断ずべき構造的欠陥を抱えているが故に、問題なのである。ムルスヴィークによれば、とりわけ最大の欠陥は憲法擁護機関の監視対象組織をすべからく「過激」派と整除して、危険性のない団体にもステイグマを与えている点であり、その改善策として、報告への公的評価を伴った掲載と、当該評価の前提となる情報収集行為との要件上の区分が厳格に求められる。組織の憲法敵対性が明確になる前段階における監視活動は、実効的な憲法擁護のために必要である以上、憲法敵対的な目的を持つ「疑いの事実上の手がかかり (tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht)」⁵⁴を条件にすれば認められるとしても、「啓発による撲滅的対策」の対象は「実際にも憲法敵対的である組織」に限定されなければならないとする⁵⁵。

2 「憲法敵」への「フレキシブルな応対」

「たたかう民主制」の下での憲法擁護機関の活動の今日的な意味・機能という冒頭（第1章3）で明らかにしておいた問題意識を、ここで考察しておきたい。

現在では組織犯罪対策の活動もあるにせよ、連邦憲法擁護庁及び各州の憲法擁護機関の本来任務のイメージは、政党禁止、基本権喪失、結社禁止といったハードな措置の前提としての情報収集であろう。しかし、冒頭でも述べたように、今日、憲法擁護機関の監視活動は、憲法擁護白書での公表という「啓発による撲滅的対策」と結びつくかたちで、それ自体の固有の機能が認知されつつある。例えば、A・シェルブは、危険があるか／否か（したがって違憲の政党・団体か／そうでないか）というEntweder-Oderの二項対立しかない現行の政党禁止手続の見直しを立法論として提言している⁵⁶、このような危険の多寡（Mehr-oder-Weniger）の程度問題として危険状況を把握した上で、選挙立候補や政党助成の面での制裁と結びつける（これをシェルブは「フレキシブルな応答 [flexible Response] と呼ぶ）発想は、実はすでに「早期管制システム」(Frühwarnsystem)としての憲法擁護機関による監視と公表が果たしている機能でもある。このような具体的危険の前段階での

情報収集は、近時の警察の任務領域拡大の中で学説が警戒感をもって着目してきた「危険探査」(Gefahrerforschung)に他ならないが、憲法擁護機関のこのような活動をシェルフのいう「フレキシブルな応答」という枠組みで捉えれば、網羅的な情報収集の過程で偶然性に依存して重大情報を捕捉するというイメージでは捉えきれない、より明確な戦略の枠内での行動と描くことができようである。

そして、この「フレキシブルな応答」の実定法上の橋頭保は、1990年の全面改正により連邦憲法擁護法の中に、「自由民主主義的な基本秩序に敵対する企て」(4条1項)という概念が、連邦憲法裁SRP違憲判決(BVerfGE 2, 1)の判示を活かした定義規定を伴いつつ——しかし例示的の列挙で——すでに確保されていると捉えることができる。また、この「自由民主主義的な基本秩序に敵対する企て」が——実務・判例に批判的な学説の一部を除いて——「憲法敵対的企て」とほぼ同義に用いられていることを鑑みれば、本来、基本法には存在しない「憲法敵対的」・「憲法敵」という概念が、1975年の「過激派」決定(BVerfGE 39, 334)を嚆矢に、1970年代に大きな問題となった公務員の「就業禁止」(Berufsverbot)措置の指導理念として流布していった経緯にも改めて目を向ける必要があるようである⁵⁷。この75年の決定は、「憲法敵」なる「準法律概念」によって、基本法が政党禁止や基本権喪失の認定を連邦憲法裁に専属させて(21条2項、18条)政治的濫用の危険がある行政権の関与を排除したことの意義を連邦憲法裁自らが大きく損なわしめた事案と評されているが⁵⁸、その結果、「今や行政権は…もろもろの政治的見解や集団、運動に対して憲法敵のレッテルを自由にはることができ、しかもその効果として、行政庁がこれらの見解や集団、運動から明確に離反しないすべての者をかなり無制限な探索にさらすことができ」⁵⁹の状態が現出したのである。しかも注目すべきは、ここでいう「憲法敵」には、違憲ではないが「憲法に好意的ではない政党」(nicht verfassungsfreundliche Partei)ないし「憲法敵対的に見える政党」(als verfassungsfeindlich angesehene Partei)などと称される、違憲=憲法敵対的な政党と合憲政党との中間カテゴリーが

含まれていた点である⁶⁰。このような意味での曖昧な「憲法敵」概念によって、政党禁止・基本権喪失に直結しない団体・人物を監視し、憲法擁護白書に警告的に記載するという、憲法擁護機関の活動の面的・時間的拡大⁶¹は支えられてきたといえよう。

整理すれば、憲法擁護機関の監視活動を（中間カテゴリーをも包摂する）「憲法敵」への「フレキシブルな応答」と捉えた場合、①違憲と認定しうる「憲法敵」に対しての（使い出の悪い）政党禁止手続に代替する対処、②違憲とまではいえない「憲法敵」を対象とする面的拡大という二つの役割を担っているのである。したがって、憲法擁護の任務とする公権力担当側からすれば、政党禁止手続等を前提としない憲法擁護機関の監視は憲法擁護白書と不可分に結びついた憲法擁護のnormalな手段であり、現在、その比重はますます高まっているといえることができる。そして、こうした近時の現象を支える法的基盤・理論的基盤は、連邦共和国における「たたかう民主制」の運用の中に容易に求めることができるという点もここで確認したとおりである。

第3章 判例

ラーメロウ事件での争点に関連し、同事件の連邦行政裁判所判決中にも参照指示のかたちで登場する先行事例を瞥見しておきたい（判決文引用中の下線は、本稿筆者が付したものである）。

1 政党に対する監視活動

（1）レパブリカーナ党事件連邦行政裁判所判決（Urteil vom 7. 12. 1999 - BVerwG 1 C 30. 97 - BVerwGE 110, 126）

政党の監視については、1992年の連邦・各州内相連絡会議が極右政党「レパブリカーナ党」（Die REPUBLIKANER）に対する諜報機関の手段を用いた監視を決定して以降、各州で陸続と提起された行政訴訟の判例群がある⁶²。

その1つとして、連邦行政裁判所の上告審に上がった事案が、レパブリカー

ナ党のニーダーザクセン州支部が州憲法擁護局による諜報機関の監視活動の差止めを求めたのが本件である。連邦行政裁判所は、州憲法擁護法の授権に基づく政党の監視を基本法上合憲とした上で、下級審は本件における諜報機関的手段の投入が比例原則と合致するかの審査を尽くしていないとして、行政裁判所に差戻した。

判決は、州憲法擁護法上の諜報機関の監視対象に政党も含まれ、「憲法敵対的企ての疑いのある政党の監視は、その他の結社や個人と同様に、刑事訴追的国家的措置に関する決定を準備することだけを排他的に目的とするものではない」と述べる。「…長年の国家実践をみても、むしろ政党の監視は、憲法敵対的な勢力、集団及び政党のアクチュアルな展開に関する情報を自由民主主義的な基本秩序の脅威の前段階において獲得し、収集し、もって政府や公衆を、ありうる危険の態様と規模が認識でき、適切な手法すなわち政治的手段により対応できるような状態の下に置くことを主たる目的とするとさえいえる」。

他方で、判決は、監視が「国家の影響や監視を受けずに自ら自己の目標、組織、活動を決定できる」ことを核心領域とする政党の自己決定権への侵害（＝介入 [Eingriff]）に該当することを認める。

「政党の自由と、たたかう民主制という相反する原理は、比例原則を用いることで適切な調整へと導かれうる」。「多年にわたる監視による包括的な解明以降も憲法敵対的な企てが除去されず、監視にとって決定的に重要な事実状態が本質的に変化してしまってもかわらず、以前に存在した嫌疑の要素をもって諜報機関的手段による『長期間監視』（Dauerbeobachtung）を実施する場合には、比例原則と合致しない」。協力者、情報提供者、覆面的捜査等を利用した政党監視は、政党の自由領域を大きく侵害する。「協力者の投入は、政党内部の意見交換を不安定なものにし、意思形成に不利益な影響を及ぼし又、このような手法により間接的ながらも政党の活動や発展のチャンスに外部からの影響を及ぼすことに適している」。秘密の情報獲得は政党の自己決定との慎重な衡量を必要とするところ、

諜報機関的監視は政党の選挙での当選の権利とその事実上の可能性を侵害するものではないから、当該監視と結びついた不利益を政党は甘受しなければならないと判断した控訴審の衡量では不十分である。「このような衡量は、憲法擁護白書への政党の掲載とそこに存する不利益（BVerfGE 39, 334 [357 f.]）にとっては確かに適切である」が、本件のような「諜報機関的監視は、憲法擁護白書への記載とは異なって、政党の内部領域への侵害であり、当該監視に対応した公表活動により生じた事実上の不利益を押しとどめる術を政党が持たない点で後者の場合とは違うからである」。

「被告は、諜報機関的経験を踏まえて、どの程度までであれば諜報機関的手段を伴う原告に対するさらなる監視が認められるのかを控訴審の場で明らかにする必要があった。当事者の陳述内容の蓋然性に合理的な疑いがない限り、審理は比例原則の維持が出発点となりうる」。諜報機関的手段の投入には、他の領域の心証形成と同じ論証・証明方法を求められない。しかし、だからといって、裁判所の審査が純然たる恣意的扱いの審査だけに切り詰められてよいわけではない。諜報機関的手段が、政府や公衆への合目的な情報提供に必要なではないのに、情報細部の完全性を期すために投入されことは、比例性を欠く。

このように、本判決は、憲法擁護機関による監視が政党禁止手続と直接関係ない理由（憲法敵との「精神的・政治的対決」）からも認められることを明確にしたのみならず、むしろこのような意図での監視こそが主流であるかの説示を行っている。その際、「自由民主主義的な基本秩序の危険の前段階」に展開する「憲法敵対的な勢力、集団及び政党」を指定することで、監視の対象を拡大し、また時間的前倒しを容易にしている。しかし、他方で、諜報機関的手段による監視が政党の自己決定権にもたらす侵害の重大さを重く受けとめるかたちで——ここでは、憲法擁護白書の不利益記載を事実上の不利益に「すぎない」とした連邦憲法裁判所の75年NPD決定（後述2（1）の判例）との事案的相違が強調されている——比例原則の審査を行っている点は注目されてよい。その結果、時間的経過により憲法敵対的要素が消滅する場

合のみならず、監視によっても憲法敵対的要素が除去されない場合においてもやはり、比例性の観点から不適法な長期的な監視になるという解釈が提示されているのである⁶³。ラーメロウ事件においては、この連邦行政裁判決の前半の監視正当化論と、後半の厳格な比例性の審査という2つの要素のどちらに強く準拠するかによって、各審級で異なる判断が下されることになる。

(2) 連邦憲法裁判所NPD違憲訴訟 (Beschuß vom 18. 3. 2003—BvB 1, 2, 3/01—BVerfGE 107, 339)

本件は、NPDの違憲確認を連邦政府が連邦憲法裁判所に提起(その後、連邦議会、連邦参議院も提訴)した手続であるが⁶⁴、政党禁止要件の実体判断に立ち入ることなく、手続上の瑕疵を理由に手続の中止が決定された。KPD禁止以来の政党禁止がかかった手続として社会的インパクトも大きく、すでに指摘したように禁止手続の挫折が「たたかう民主制」にのっての政党禁止制度の現実的実効性の薄さを示した事案であった。本件手続については加藤一彦による詳しい紹介と分析があるので⁶⁵、その参照を請うこととし、ここでは本稿の叙述との関連で、協力者の投入という諜報機関的手法に対して示した連邦憲法裁判所の厳しい態度のみを確認しておきたい。

本件手続の中止の大きな理由は、「監視対象政党の連邦執行部、州執行部又はこれに類する指導的機関の構成員に対する官庁の諜報機関的接触による政党の監視は、原則として基本法21条1項に基づく政党の憲法上の地位と結びついた保障への重大な毀損である」ということを前提に、協力者を用いた監視活動は、法治国家的要請を充たした違憲確認手続と合致しないと判断されたところにある。法廷意見⁶⁶も、協力者の使用それ自体を否定しなかったものの、諜報機関的監視が「全体的傾向としての政党意思の国家的制御が決定的になる程度」に達した場合を、政党の憲法上の地位の毀損にあたるかと考えたのである。

これに対して、手続上の中止ではなく違憲性に関する実体判断に踏み込むべきであったとするゾマー裁判官ら4名の反対意見は、協力者の投入も「治療できない手続の障害」ではないと説いている。彼らの主張は以下のような

ものである。政党の違憲性の確認は「違憲的な企てに関する情報の事前収集を前提にするものであり」、当該情報収集は憲法擁護部局（Verfassungsschutzämter）の職務であり、「公衆に周知の事実資料を収集することだけに限定されない。違憲政党はしばしば戦略的計算から真の意図を覆い隠し、偽装的態度をとる以上」、「憲法擁護部局は、憲法敵対者の秘密の活動態様の手がかりを得るために同じく極秘行動や偽装行動の下で当該違憲政党の情報を入手する状況を強いられる」。「もし政党禁止手続の開始時に諜報機関の監視を中止しなければならないとすれば、判決の決定的時点で事柄に即した判断はもはや不可能になってしまうであろう」。違憲認定のために連邦憲法裁が職権で事実を調査する場合、協力者らと被申立政党との接触が本件手続の開始前に終了していなくとも、協力者らの証言を採用することができるのであり、その証拠価値はまた別の問題である。また、手続申立機関のうち連邦議会や連邦参議院は、諜報機関的監視について執行権力としての権限を行使できるわけではない。

2 憲法擁護白書における不利益記載

（1）連邦憲法裁判所NPD決定（Beschuß vom 29. 10. 1975 - 2 BvE 1/75 - BVerfGE 40, 287）

憲法擁護白書への不利益記載をめぐる連邦憲法裁判所の下した先例として、1975年のNPD決定がある。1974年刊行の73年版連邦擁護白書には、NPDを『憲法敵対的な目標設定と活動を伴った政党』、『右翼急進的』、『右翼過激主義的』、『自由の敵』、『自由主義的な基本秩序に対する危険』などといった評価が示されていたが、連邦憲法裁は、政府の広報活動の一環である白書の記載は具体的な法的効果を生じさせるものではないので、政党特権（この言葉については後述第4章3（3））に基づき禁止されている「行政上の対処」（administratives Einschreiten）に該当せず、又、なんらかの権利侵害をもたらすものでもない判断した。

「連邦内務省の広報活動の枠内で公表される白書『73年版憲法擁護』は、NPD に対する行政の『対処』を示すものではないし、当該白書の公表によってNPDの違憲性を法的に発効させるものでもない。むしろ、…申立人が異議を唱える白書の表現の本質は、連邦内務大臣が、自由民主主義的な基本秩序を保護するという自己の憲法上の義務の遂行の中で、そして当該義務から派生する憲法敵対的なグループや活動を監視することに対する管轄権の枠内で果たしてきた価値判断なのである。このような価値判断には法的な効果はなんら結びついてこない。そこから政党にとって事実上の不利益が発生しても、かかる不利益は基本法21条により保護されていない」。

その上で連邦憲法裁は、政党の機会均等の権利は、「民主主義の基本秩序の本質的要素として、政党の競争機会の平等に対する政党の請求権を恣意的に損なうようないかなる国家的措置も禁じている」と述べ、禁止されていない政党の目標や活動に関する不利益判断を国家が公表する際の憲法上の限界をとって、他事考慮の疑念を抱かせるような措置を挙げている。

この連邦憲法裁決定を踏襲し、90年代に至るまで行政裁判所は、憲法擁護白書に対する法的コントロールへの消極姿勢を示し続ける⁶⁷。これらの判決では、白書中の消極的評価が他事考慮に基づく恣意的取扱いを疑わせるものでないかだけが審査基準とされ、比例原則の検討がなされる場合でも、具体的な危険の疑いとは切り離された「自由民主主義的な基本秩序」という抽象概念と原告の利益がダイレクトに衡量されたため、原告の不利は明らかであった。これを憲法擁護白書の機能に対する裁判所の無理解と強く批判するのが先に紹介したムルスヴィークの所説である⁶⁸。たしかに消極的評価の公表により生じる不利益は、法的・強行的な介入ではなく事実上のものであるけれども、このような事実上の不利益も国の高権的措置の結果と見なされるべきであり、権利侵害の性格は否定されないのだという。このような批判を（ムルスヴィークの論考も挙げつつ）汲み取った判断が、次のユンゲ・フライハイト事件での連邦憲法裁の判断である。

(2) ユンゲ・フライハイ特事件連邦憲法裁判所2005年5月24日決定

(Beschluss vom 24.5.2005 - 1 BvR 1072/01 - BVerfGE 113, 63)

本件は、ベルリンで週刊新聞「ユンゲ・フライハイ特」を発行する編集者が提起した憲法異議である⁶⁹。この判決については、「たたかう民主制」の現状を考察する文脈で毛利透が、又、公権力による情報提供行為に伴う基本権侵害を考察する文脈で斎藤一久が⁷⁰、すでに紹介・分析を加えているが、本稿の検討にとっても重要な判例であるため、やや立ち入って取り挙げておきたい。

ノルトライン＝ヴェストファレン (NRW) 州内務省が公表している憲法擁護白書の1994年版及び1995年版の中で、「ユンゲ・フライハイ特」紙は、極右の企ての一つとして扱われた(94年版では、「右翼過激主義 (Rechtsextremismus) : 右翼過激主義的な刊行物、出版社、販売、メディア」の項で、95年版では「右翼過激主義的な組織、集団、傾向」の項で取り上げている)。なお、95年版では、当局による「ユンゲ・フライハイ特」の監視に際しては、諜報機関的手段は使用せず、その紙面からの評価である旨が強調されている。

原告は、州の記載行為の違法確認及び白書の頒布差止めを求める訴えをデュッセルドルフ行政裁判所に提起したが却けられ、上級行政裁判所への控訴も却下された。連邦憲法裁判所は、この上級行政裁判所決定が原告のプレスの自由に対する基本権(基本法5条1項2文)を侵害するものとして、これを破棄し、デュッセルドルフ行政裁判所に差し戻した。その判旨は以下のとおりである。

「国家の情報提供活動や公論形成過程への国家の参画が、すべて基本権侵害と評価されるわけではない」。「基本権の保護範囲に触れるか否か、毀損が権利侵害又は権利侵害類似の措置を意味しているかどうかが問題である。憲法擁護白書で原告を取り上げた際には、この点で権利侵害があったと肯定しうる」。

「基本法5条1項2文は、プレスの自由の享有主体に対して主観的防禦権を認めているが、この防禦権は、第三者に対する国家の影響力行使を経由して、例え

は第三者の行動が権利侵害に匹敵する態様で公表上の影響力や出版組織の財政上の収益に不利な影響を及ぼすことにより間接的に発生する毀損に対しても、当てはまる。これに対して——1975年に当裁判所第2部が基本法21条の領域について認めたように(BVerfGE 40, 287 [293])——情報提供活動の事実上の不利益を越えた法的な効果が国家の措置と結び付いていなければならないことが、コミュニケーションの自由の損なわれうる前提なのではない。

「憲法擁護白書は、国家の広報活動の任意の産物なのではない」。「憲法擁護白書における公表とは、公的な論議への、あるいは例えば市場参入者たる市民の独自の判断形成のための十分な情報基盤の創設(BVerfGE 105, 252 [267 ff.]⁷¹)への、公権力担当者による単なる参画を越えるものである」。「たしかに、『ユンゲ・フライハイ特』の出版や編集は、憲法擁護白書での言及によって、同誌を引き続き発行・販売することも、本件で問題になった同一の論説を再発行することすらも、妨げられているわけではない。しかしながら、同誌の影響力は、憲法擁護白書によって不利な影響を受けている。潜在的読者が同誌を入手し講読することを妨げられる可能性があり、又、例えば広告依頼者、ジャーナリスト、投書欄投稿者などが、憲法擁護白書での言及が契機となって、同誌を見放したり、ボイコットをするといった事態もあり得ないことではない」。「このような憲法擁護白書の間接的な効果は、コミュニケーション的基本権への侵害に匹敵する」。

憲法擁護白書における公表は、憲法敵対的な企てに対する公衆の啓蒙のためには原則として適切な一手段である。その際、「事実上の手がかりが可能性として嫌疑を根拠づけるだろうという推測を正当化するにすぎないのであれば」、「基本権侵害の根拠として十分ではない。企てはなお確認されてはいないが、事実上の手がかりがこれに対応する嫌疑を根拠づける場合には、当事者に及ぶ不利益な効果をかながみてもなお、憲法擁護白書での公表を正当化するのに、その強度は十分というべきである」。「憲法価値や憲法原則に向けた純然たる批判は、おそらく批判にとどまらないそれらの排除のための活動でなければ、自由民主主義的な基本秩序に対する危険とは評価されえない。比例性の原則を考慮すれば、制裁の性質と重さは、具体的な危険の潜在性に対応してはならない」。

「制裁を意見表明やプレスでの公開と結びつける場合に補足的に顧慮されるべきは、意見表明の自由が…憲法の諸原則や価値との批判的な対決をも認める民主制にとって構成的だという点である」。「意見表明から結論を導き出し、場合によっては法益保護のための措置を講ずることは国家に禁止されていない」。「官庁や裁判所が1994年及び1995年に公表された論文の評価だけを根拠にしなかった点については、憲法上の疑義はない。憲法擁護白書の任務はグループの企てに関する情報提供であって、不可避免的に白書掲載該当期間内の諸論考だけから当該企てを読み取らねばならないものでもないからである」。「しかしながら、なにゆえに証拠として提出された論説を、その著者の憲法敵対的な企ての表現だけではなく、発行人や編集者の憲法敵対的な企ての表現だとしなければならないのかについて、憲法上の要請は根拠を十分としない」。嫌疑の事実上の手がかりが存在していないのに、白書は、原告を、当局が憲法敵対的な企てと認定している他の集団と区別せずに、これらと同一の項目の中で扱った。「白書の構成により憲法敵対的な企ては確認されていないことを明確にすることが、より緩やかな手段としてありえた」。確かに、白書の本文中には、憲法敵対的な企てをしているとは述べられておらず、このような企てに対する事実上の手がかりの存在だけが指摘されているにすぎない。しかし、一般の読者は、このような区分に注意を払わず、見出しのレイアウトで判断するだろうし、メディアが白書の同一項目で扱われている組織を同種の憲法敵対的の勢力として扱うことも念頭に置かねばならない。

以上のような判旨であるが、1975年NPD決定の判断枠組みとの関係でいえば、本件決定は、75年決定を基本法21条関連のケースと明示した上で、75年決定が述べた「純然たる事実上の不利益」論は、本件のようなコミュニケーションの自由への侵害事例には直ちには当てはまらないという立場をとっているようである。しかし、なぜ、プレスと政党特権とで侵害性の認定に差が生じる理由は明確にはされていない。

憲法擁護白書での不利益記述に権利侵害的性格を見出した本判決の射程は、出版事業者のみならず、すべての組織の事案に及ぶと評するムルスヴィーク

は、「民主制にとって、政党の自由と政党の機会均等は、プレス自由・意見表明の自由よりも構成的でないというわけではない」と述べ、「純然たる事実上の不利益」論はもはや政党の領域でも当てはまらないと見ている⁷²。しかしながら、そのことを前提にしてもなお、憲法敵対性の疑いを認定する基準についてプレスと政党に差異を設ける連邦憲法裁判所の立場をムルスヴィークも承認している。彼によれば、意見表明は通常は政治的活動を伴わず、憲法敵対的な活動に向けられた政治的活動が表現に現れている場合に初めて企ての手がかり在りと評し得るのに対して、政党とはそもそも既存の政治的關係の変更・刷新をねらいとした組織であり、この点で、政党による発言も政党内部での発言も、政治の現状変革の意図を推定しうる。とりわけ、党の指導的幹部による憲法の基本秩序批判は、政権獲得後の憲法体制変更の意欲の表明と同定できるのだという⁷³。

3 議員への監視

連邦憲法裁判所小質問決定（Beschluss vom 1. 7. 2009 - 2 BvE 5/06 - BVerfGE 124, 161）

ラーメロウ事件では、監視対象が現職の議員であるという点で、基本法で保障された自由委任に基づく議員の地位との関係が問題になる。この点が問題になった近時の事例として、2009年7月1日の連邦憲法裁判所第2部の決定がある。2006年の第16連邦議会において、野党「同盟90/緑の党」会派所属の議員が、連邦政府に対して質問書（Kleine Anfrage）の形式により（連邦議会議事規則104条）、連邦の諜報機関による議員監視に関する情報開示と説明を2度にわたり求めたところ、政府は、「質問事項である諜報機関の情報収集の法的基盤、手続、運用等について統制委員会ですでに報告し、長老協議会（Altstenrat）の場でも議員に対する監視の条件と限界についての見解を述べており、また、諜報機関の秘匿が必要とする情報については、そのために設置された特別委員会の場でのみ明らかにするものである」旨の答弁書（Bundestagdrucksache 16/2098, 16/2412）をそれぞれ出し、いずれも質問が

求める具体的な情報提供には応じなかった。これらの答弁書の内容が基本法38条1項2文及び20条2項2文を侵害するものとして野党議員たちが提訴したのが、本件である⁷⁴。

連邦憲法裁は、請求の一部を認容したが、その中で下記のような説示をしており、このくだりは、ラーメロウ事件の連邦行政裁判決の中でも引用されている。「諜報機関的監視は、議員の独立性（基本法38条1項2文）並びに政治的意思形成への当該議員の所属政党の関与（基本法21条）の見地からの危険、及びもって民主的意思形成過程全体にとっての著しい危険をもたらす。これに関連する情報の議会の需要は高度な重要性を持つ。これに反して秘密保護が対抗利益として貫徹すべきならば、特段の理由付けを必要とする。本件にはそれが欠けている」。

第4章 ラーメロウ事件

前章で取り上げた判例から確認できるように、裁判所は諜報機関的手段を伴う情報収集活動については基本権侵害の重大性に比例した厳格な要件を求めてきたが、憲法擁護白書を媒介とした情報提供活動についても、近時の連邦憲法裁は権利侵害的性格を認めている。しかし、次に検討するラーメロウ事件では、①公表情報源からの収集である点、②現職の議員に対する監視である点、でこれらの先例と異なる性格を有する事案ため、裁判所の判断が注目されるようになったのである。

1 経緯

本稿冒頭で示したとおり、本件は、連邦憲法擁護庁による左翼党の幹部党员B. ラーメロウ（Bodo Ramelow）に対する監視活動の違法確認を求める訴えである。ラーメロウは、1981年から90年までヘッセン州ミッテルヘッセン管区の労働組合書記を務め、90年からは統一により編入されたチューリッゲン州において組合運動の指導的役割を果たしてきた。1999年4月にPDSに入

党し、1999年11月から2005年10月までチューリンゲン州議会議員の地位にあり、会派団長を務めた。2005年10月には連邦議会議員に当選し、ここでも会派副団長という要職に就いている。2009年8月から再びチューリンゲン州議会議員となり、左翼党会派団長の地位にある。

左翼党の概要については、すでに述べたところであるが、旧DDRの支配政党SEDあるいは連邦共和国内で1956年に違憲政党とされたKPDの後継政治団体DKPとの思想的・人的継続性を有している点、又、党内の急進グループ（とりわけ「コミュニスト・プラットフォーム」、「マルキスト・フォーラム」、「リンクスユージェント・ソリート」の3グループ）が、党則上承認されたグループとして党内に一定の影響力（とくに「コミュニスト・プラットホーム」は構成員800名強、党幹事会では党内第2勢力となる6議席を有する）保持している点などから、これら急進グループはもとより、党や党指導部も連邦憲法擁護庁の監視対象となってきた。

ラーメロウについては、本件とは別にチューリンゲン州の連邦憲法擁護局による監視活動をめぐる情報開示や差止めの争訟が存在するが、本件では連邦憲法擁護庁の監視活動のみが争点となっている。

本件上級行政裁の認定事実によれば、連邦憲法擁護庁は、1999年11月から上級行政裁での口頭弁論時までの期間、一般的に公表されている資料・刊行物（左翼党やその関連団体の機関紙、党綱領、報道発表、声明、一般メディア等における同党等に関する報道記事等。ただし、連邦議会及びチューリンゲン州議会の本会議及び委員会における発言・表決の記録は参照していないと認定されている）を手がかりに、原告ラーメロウの政治活動・議員活動に関する個人ファイル（Personenakte）を作成した。これらの取得情報の内容については、ラーメロウからの情報開示請求により、一部は本人に開示されている⁷⁵。

原告ラーメロウの訴えは、1999年11月のチューリンゲン州議会議員当選まで（期間①）、州議会議員任期中（期間②）、及び連邦議会議員としての活動を維持している間（期間③）、というそれぞれの時期において、連邦憲法擁護

庁が行った原告に対する個人関連情報の収集の違法確認を求めてケルン地方行政裁判所に提訴した。なお、時期によりPDS→左派党/PDS→左翼党と変遷する党名については、本稿では左翼党で記述を統一する。

①ケルン行政裁判所判決 (VG Köln, Urteil vom 13. 12. 2007-20 k 3077/06-)⁷⁶

第一審となるケルン行政裁判所は、期間①についての情報収集については請求を斥けたが、期間②及び期間③における情報収集について違法と認定した。同裁判所は、左翼党内には様々な傾向が存在すること、党綱領等における政治的目標の表現は多義的で、又そこには様々な政治的立場が含まれていること、そして1997年以降、党としては「コミュニスト・プラットホーム」の活動制限を試みてきたこと、等の事実を挙げ、党自体が「自由民主主義的な基本秩序に敵対する企て」を追求していた事実を確認できないとした。

他方、「一般人のアクセスできる資料からの情報取得が、すでに議員の自由領域への重大な侵害である」という認識の下、「コミュニスト・プラットホーム」その他の党内過激集団とは別の派閥に属する原告への監視は、議員の地位の重要性との衡量において相当な比例性を欠き (in keinem angemessenen Verhältnis) 違法であると判断した。その際、以下のような注目し得る判断を示している。

「…このことは、とりわけ監視が公表された場合に、とくにコミュニケーション過程の自由の点で当てはまることである。その際には、いずれにせよ監視の事実が知れわたることにより、それが好意的関心を持つ側に知られるのみならず、『当該議員に敵対する』政治的論議の中でも利用されることを覚悟しなければならぬので、議員が自己の表現を内容上しかるべく合わせざるをえないと考える危険性は僅かなのかもしれない。それでも、この種の権利侵害は、議員が、自己の仲介職務・調整職務を遂行することを妨げうるものである。かくして、例えば市民又は他の議員は、憲法擁護機関による監視と登録に脅威を感じて、当該議員

と会話を交わすのに威圧感を覚えることもありうる。この点に関して原告は、2007年12月13日の口頭弁論の中で、議員としての原告に陳情をしようとした市民が高速道の休憩所でしか原告と会合することを望まなかったという具体的に描写された事例を挙げて、実際上の影響を明らかにしている。このような出来事は一般化するものではないかもしれないが、しかし、原告が議員の地位に基づく活動——市民から持ち込まれる陳情や依頼を処理することもその一つに含まれる——において、影響を受けずに自分の望む行動がとれないことを明白に示すものである。さらに、連邦憲法裁がすでに国勢調査判決で述べているように、誰が、何を、いつ、いかなる機会に、自分のことを知るのかを市民がもはや認識し得ないような社会秩序は情報自己決定権と合致しない。そのことで、集会や住民請願への参加が官庁により登録され、これが原因で自身のもとにリスクが発生しうることを計算する者は、これに対応する自らの基本権（基本法8条及び9条）の行使を切り詰めてしまうかもしれないのである」。

「加えて、議会のみならず個々の議員も有するコントロール機能が、連邦憲法擁護庁の活動によって影響を受ける。というのも、そうした活動を行う際の議員は、憲法擁護庁による監視のために接触を妨げられかねない第三者の情報を頼りとすることもあるからである。この点に関して原告は、例として、公共委託のコントロールに従事していたチューリッゲン州議会の委員会委員としての原告の職務を挙げている。こうしたセンシティブな領域では、議会的コントロールにとっての糸口になりうる情報は、通常は信用があってはじめて獲得されうるであろう」。

②NRW上級行政裁判所判決（OVG NRW, Urteil vom 13. 2. 2009 – 16 A 845/08 –）⁷⁷

連邦の控訴を受けたNRW上級行政裁（この段階でラーメロウ側は、将来における情報収集の差止めも請求内容に加えている）は控訴を却け、以下のような判示をした。

左翼党内の上記3グループは、自由民主主義的な基本秩序への憲法敵対的な企てを裏付ける手がかりが存在する。また、これらのグループの党内的影響力を考

慮した場合、左翼党が憲法敵対的な企てを追求していることも事実から裏付けられるのであり、連邦憲法擁護庁による同党への継続的な監視活動の必要性が認められる。

監視対象者個人が憲法敵対的活動を追求していることを裏付ける事実上の手がかりが十分でなくとも、一般人のアクセスできる資料源からの情報収集であれば、法律上の授権は必要ない。しかしながら、このような手段の情報収集でも、本件の場合には、議員としての活動に対する事実上の不利益を伴いうるものであるため、原告の有する自由な議員の地位を侵害している。連邦憲法擁護庁による監視活動は、憲法忠誠心の強い有権者への接触を困難にするようなスティグマを与え、原告が支持者を獲得することを困難にするものであるにもかかわらず、当該監視を正当化するような直接的な危険は生じていない。確かに憲法敵対的な企ての手がかりを示す党内グループは確認できるが、これらの勢力はこれまでのところ党内で一定の影響力を有していない。しかも、原告は、党の有力幹部ではあるが、これらの党内グループに所属するものではない。「そうであればなおさら、将来的にこの種の重要な情報が原告のさらなる監視によってのみ獲得されうるのは不明になる」。連邦憲法擁護庁は、左翼党自体や党内の急進グループ、又は原告以外の党幹部の監視によって重要情報を基本的に獲得できたのであり、原告の監視がなければこれらの情報獲得が妨げられていたという被告の主張は採用できない。このような本件監視の僅かな成果では、原告の自由な議員の地位に対する侵害を正当化できるものではない。

監視による原告の議員活動に対する事実上の不利益は、「監視と結びついた『スティグマ付与』が、住民の圧倒的多数を構成する憲法忠誠的であると自認する人々の原告への信用を傷つけるところ」からくる。「このような議員活動を傷つける信用喪失は、憲法擁護庁による監視それ自体の結果であって、議会が領域に監視を限定した場合には無くなるというものではない」。

2 連邦行政裁判所2010年7月21日判決（BVerwG, Urteil v.21.7.2010—C 22.09）

被告連邦共和国の上告を受けた連邦行政裁第6部は、上告を受理し、原判決を破棄し、原告の請求をすべて棄却した。以下にその判旨をまとめておく（括弧つき番号と見出しは便宜上、本稿筆者が付したものである。また、ここでの法とは連邦憲法擁護法を指す）。

被告連邦共和国の上告は根拠がある。原判決は、連邦法に違背しており（行政裁判所規則137条1項）、また別の理由からも正当化できない（同144条4号）⁷⁸。原告に対する連邦憲法擁護庁による情報収集は比例原則に反しない適法なものであり、将来における当該情報収集活動の差止めを請求することはできない。

（1）本件監視が情報の取得に該当するか（Rn. 13—18）

公権力の情報収集のうち、「権利侵害が問題になるのは、獲得された個人又は複数名の情報がねらいとされている場合」、すなわち連邦データ保護法上の情報の取得（Erhebung）に該当する場合である。取得とは「当事者を目標に定めた意図的な情報の獲得のみ」を意味し、例えば、積極的に求めたわけではない通報などによる偶然の情報入手は含まれない。公的生活における発言、文書、活動は、公権力によるその取得・保存を常に同意した上で行われるものではないため、これら目的志向性をもつ情報の収集にあたっては法律の授權が必要である。しかしながら、これらの情報収集の中で情報自己決定権の侵害が認められるのは、「体系的な取得、収集、登録（Erfassung）により叙述力（Aussagewert）を獲得するような場合」に限られる。

（2）政党特権・政党自己決定権との関係（Rn. 19—26）

「政党も、法4条1項1文cの人の結合に政党も含まれる」。基本法が連邦憲法裁判だけに認めた違憲政党の認定に先立って、政党の存立に対する行政上の対処が講じられることは許されない。しかしながら、憲法擁護庁の監視については、仮に「違憲性が確認できなくとも、ある政党が憲法敵対的目標を追求している」という確信を獲得し、そのような主張をすることが許されている」。

政党が国家の影響や監視を受けずに目標、組織、活動を定めることは、政党の自己決定権の核心領域に属する。しかし、「政党の自己決定権は、『たたかう民主制』の支持という基本法の決定にその制約を見る」。「基本法は、国家に、憲法の中心的な基本的価値を（刑事訴追的な）保護装置によって保全し、保障する任務を国家に委託した。その場合、憲法敵対的な企てに対する政党の監視は、刑事訴追的な国家措置に関する決定を準備することだけを排他的に目的とするわけではない。そうではなくて、憲法敵対的な勢力、集団及び政党のアクチャルな展開に関する情報を自由民主主義的な憲法秩序の脅威の前地において獲得し、収集し、もって政府及び公衆が、ありうる危険の態様と程度を認識し、適切な方法で、すなわち政治的な手段でこの危険に対抗することができるような状態の下にあらかじめ置くようにするということも、監視の目的とするところである。憲法敵対的な活動が、自由民主主義的な基本秩序に対する、もはや政治的な手段ではなく、司法的な手段でしか対処しえないような危険となる一線を越えているかを確認しうるために、このような前地が必然的に監視されねばならないのである（BVerwGE 110, 126 [131 ff.]）。

「立法者は、連邦憲法擁護庁の任務と権限を、政党の自己決定権への侵害が自由主義的な民主制の自己防衛にとり不可避の諸要請に限定されるように規定した。政党の自由とたたかう民主制という対抗的な原理は、比例原則の力を借りて法8条5項及び同9条の中に供給されている」。したがって比例原則の遵守を含めた連邦憲法擁護法上の要件を満たしていれば、監視活動が政党間の開かれた競争に対して必要以上の強い侵害となることはない。連邦憲法擁護法は、憲法擁護機関が政治的に偏向して政権党の道具として利用されることを認めていない。「選挙戦のための弾薬（Munition）の用意は憲法擁護機関の任務ではない」。

（3）左翼党内に「自由民主主義的な基本秩序に敵対する企て」を示す事実上の手がかりが存在したという控訴審の事実認定は上告審を拘束する。（Rn. 27-63）

法4条1項3文は、連邦憲法擁護庁の活動の要件を、憲法敵対的な企ての存在についての確証までを求めず、その具体的な手がかりで足りるとしている。しかし、事実上の手がかりという構成要件が要請するのは、単なる推測以上のもので

ある。この要件には、「嫌疑の事実基盤としての、具体的で明確な範囲に濃縮された諸事情」(konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände)の存在がなければならぬ(vgl. BVerfGE 100, 313)⁷⁹。嫌疑を裏付けることができない場合でも、「現にある全ての事実上の手がかりの全体眺望」(Gesamtschau)から嫌疑を導き得ることがある。

事実上の手がかりを監視の要件とすることは、政党の自由な活動を考慮してもなお、憲法上の公理を満たしている。原告が関連性を主張した判決(BVerfGE 113, 63)は、政党への適法な監視に対するそれ以上の限定を認めていない。この判決は、プレスとの関連で憲法擁護白書の記載が問題になったものである。「連邦憲法裁判所は、まず、それ以前の判決との連関から、基本権侵害としての政府の情報提供行為をいかに評価し、いかなる条件の下でこのような侵害が正当化しうるかを明確にした。その際に憲法裁判所がとくに強調したのは(そして、その限りで政党の純然たる監視の意義についても)、憲法敵対的企ての疑いに対する事実上の手がかりの存在が憲法擁護白書に掲載するに十分だという点については、憲法上の疑義は存在しないということである」。「比例原則は、憲法敵対的企てを理由とする政党の監視の可能性にも限界を設定するものである。しかしながらこの点で、連邦憲法裁判所の判決は、安易に転用されうるものではない。政党の自由な活動に対する侵害の重大さは、当該政党が(単に)監視されているのか、それとも、このような監視の結果として政党に由来する自由な民主主義的基本秩序への脅威に関する公表を甘受せねばならないのかに応じて、異なる。監視は、自由民主主義的な基本秩序に対する企てが存在していて、禁止申立ての手段を講じないにしても、政党との政治的対決を必要になっているか否か、あるいは、かかる目的のために憲法擁護白書を通じた公表という警告の手段も投入されるべきか否かといったことの解明に資するものである。自由民主主義的な基本秩序に向けられた可能性としての企てに対する対応のこのような格付けは、当該企てに対する事実上の手がかりについての同等の比重をその都度要求することを否定するものである」。

上級行政裁は、マルクス＝レーニン主義的な意味におけるプロレタリアート独

裁による社会主義的・共産主義的社会秩序の確立を左翼党の相当な部分が目指していることを示す、重要で豊富な事実上の手がかりを得た。上告審である当法廷は事実審の証拠判断が思考法則（*Denkgesetz*）に反しない限りこれに原則として拘束されるところ⁸⁰、上級行政裁とは異なる心証形成の可能性を裏付ける事実の摘示だけでは思考法則違反は認定できない。上級行政裁は、党内グループの下にしか憲法敵対的な企てを認定しなかったが、党が全体として憲法敵対的な企てを推進している場合だけに党による憲法敵対的な企ての手がかりが認められるわけではない点も同時に確認している。党内グループの明白な憲法敵対的企ては、どのような方向に政党が展開しうるかについての手がかりを提供する以上、個々の党内グループではなくて政党全体の監視を要請する。

法4条1項1文cは、「自由民主主義的な基本秩序に対する企て」を純粋な政治的意見を越えた「目的志向的・目標志向的な、政治的に特定の」行動態様に限定している以上、当該企ては、「純粋な政治的意見」を超えた、実現のための能動性のある行動を伴う、客観的にみて「政治的な効果を発揮するためのものでなければならない」。但し、企て実現のための「能動性のある戦闘的・攻撃的な態度」(*aktiv kämpferisch-aggressive Haltung*)は常に必要とするものではない⁸¹。「活動が、政治的に主たる目的の遂行と並んで、法律で保護された法益の棄損をねらいとしており、又そのことが企ての決定的に重要な目的でなければならず、「単なる脅威の負担（*Inkaufnahme*）」では十分ではない」。加えて、「有責行為が法益侵害の結果に向けられていなければならない。憲法敵対的組織の目標との純然たる合致や同調だけでは要件を充たさない」。

（4）自由委任との関係、法律の留保、議会の同意（Rn. 64-79）

党幹部である原告の活動の監視は、「原告が個人としては憲法敵対的な企てを追求していないことを理由に、排除されるものではない」。法4条1項1文cの「人の結合」で活動する個人の監視は、本人が自由民主主義的な基本秩序を除去する目標を主観的には追求していないとしても、同法の目的は客観的に存する危険の防除にあるから、その行動がこれらの企てを支援しているとみなす客観的な合理性があれば、適法である。「自らは自由民主主義的な基本秩序に立脚しながら

ら、しかし客観的に見れば、その活動によって憲法敵対的な企てが促進されているのに、このことを認識せずに、又は理由のないものとみなし、「かかる目的のために自身が悪用されているということに感づかないこのような人物は、自由民主主義的な基本秩序の現状にとって、確信的行為者と同様に危険なのである（BVerwGE 122, 182)」。

「基本法38条1項2文は、自由委任に基づく地位の保有だけではなく、その事実上の職務遂行も保護している」が、「たたかう民主制」の原理のような他の憲法上の法益によって制約される。

法律の留保が要請する立法者の本質的な決定は、連邦憲法擁護法の規律をもって下されている。立法者は、自由民主主義的な基本秩序に敵対する企てが、選挙で議席を獲得した政党によっても行われうるし、また、その所属議員が当該政党の中で枢要な役職も兼務し、憲法敵対的な企ての担い手になりうることを想定していた。他方で、立法者は、情報機関の監視活動が、議員の独立や政治的意思形成への監視対象議員の所属政党の参画に対して及ぼす「著しい危険」を看過してはいない。そこで立法者は、このような対立する憲法原理の調整を、詳細な侵害要件の明文化によってだけではなく、連邦憲法擁護庁の活動が比例原則に服することをとくに明示した（法8条5項、9条）。「これらの規律によって、立法者は自ら自由委任とたたかう民主制との緊張関係の解消についての本質的決定を下している」。

立法者は、連邦憲法擁護庁による議員に関する情報取得について、議会の事前の同意を要件とはしていない。基本法に特段の定めがなくとも、議員に対する他の国家権力の措置には議会の同意が必要になるという一般原則は、基本法からは読み取れず、ましてや通常法の個別規定を一般化することもできない⁸²。

政党特権は、政党組織の保護のみならず、「党の幹部や構成員の手により一般的に認められた手段によってなされる政党公認の又は政党と結びついた活動」についても及ぶのであって、このような活動をする市民が制裁を受けないことを保障する。「しかしながら、基本法21条2項の保護目的から導かれるのは、政党構成員たる原告は、政党におけるその党員資格ゆえに、政党自身が受認しなければ

ならない国家的措置に対しての保護を受け得る立場にはないという点である」。

(5) **本件監視は比例性の原則を維持している** (Rn. 80–107)

a 公表された情報源からの原告に関する情報の取得は、憲法敵対的な党内グループを有する政党の方向性を判断するという目的達成の手段として合理性 (geeignet) がある。 監視が10年に及ぶ点も、原告が憲法敵対的な企ての事実上の手がかりを有する政党で幹部として継続的に活動した以上、比例原則に反するものではない。

b 監視は過去においても現在においても必要性 (erforderlich) がある。 「左翼党内部での憲法敵対的な企ての解明は、党の幹部である原告の監視なくしては効果的に達成できない。「政党の政治的方向性、その公衆の中での現象像、及び党内の論議に対して幹部が与える影響力を考えれば、政党を震源とする危険についての精度の高い評価にとって、党内の急進的な諸勢力と当該幹部の関係についての情報は、本質的な意義を持つ」からである。「原告のような本人は敵対的な活動をほとんどしていない幹部の監視は、政党本体だけや党内急進諸勢力だけに監視を限定した場合よりも、直接で信頼に値する追加情報の獲得が期待できる」。

c 公表物からの情報獲得は、狭義の比例原則を順守している。 連邦憲法擁護庁は、秘密の情報獲得手段を投入せず、一般人のアクセスできる資料だけで情報を取得している（上級行政裁判所は、原告が請求する諜報機関的手段の利用の違法性の確認について、これを斥けた）。しかも、連邦憲法擁護庁は、「原告の議会内活動の核心領域、すなわち議会の本会議及び委員会での原告の投票行動並びに発言を監視対象から除外している」。「原告に関する情報の取得が、自由民主主義的な基本秩序にとっての危険の実効的な除去のためにもたらす利益は、現下の状況では、原告に関する情報の取得により原告が甘受する不利益を凌駕する。この点での上級行政裁の利益衡量の判断は矛盾を伴うもので、法的な誤りがある。

①<原告の不利益>：議員への諜報機関的監視は、議員の独立性、政治的意思形成への政党の参画、もって民主的意思形成過程全体に「重大な危機」をもたらす (BVerfGE 124, 161)。監視事実のもたらすスティグマ効果によって、憲法に忠誠的だと自認する住民の大部分が原告への接触を控える結果、自由委任に基づ

く職務の遂行に事実上の不利益を発生させている。有権者との接触に関する障碍は、有権者の政治的嗜好や状勢の把握が不可欠な議員の政治活動にネガティブに作用するのみならず、「全体の中の議会の意思形成過程にとって意義を持つ情報が失われる。議会において、人民の意思を再反映した、超個人的な全体意思は、全議員の妨げられない協働によってのみ形成される。このような全体意思は、各議会構成員がその知見と自己の個人的信条を持ち込んだ議論の結果である。個々の議員がこのような意思形成過程にもたらず寄与は、当該議員の教育、その個人的な経歴、その私的環境における経験だけではなく、当該議員が住民との接触により獲得される情報にも基づいている」。

②<①に関する被告の主張の不当性>：被告は、監視対象となっている事実を一般市民が知ったことにより原告に事実上の不利益が生じたと解しながら、事実発覚時（2003年）以前の監視活動をも違法とした原審の認定の背理を指摘する。「この点につき被告は、原判決を誤解している。上級行政裁判所が正当にも事実上の不利益を見出したのは、第一次的には情報取得の公然性の中ではなく、情報の取得それ自体の中にある」。被告は、原告が（本来ならば秘密のままであった）監視事実を自ら公開し、その結果生じた活動の事実上の困難を援用して、自由委任への侵害を主張するのは信義則にもとると主張したいようである。しかしながら、原告の政治活動についての強固な支持者たちの間に「スパイ行為（Bespitzelung）」に反対する連帯を呼び起こし、そのことが原告の利益ともなり得るわけで、原告がこうした行動をとるのは許されることである。

④<議会・政党の活動への不利益>：「自由委任原則への影響を別にしても、連邦憲法擁護庁による情報収集は（たとえ公表物からであっても）議会及び政党の政治的活動に対して不利益を及ぼす。監視されていると知り、そのことをもって、自己の発言が収集され、解析されているということを計算に入れなければならない者は、例えば政治的発言や声明への署名の際に、ともすれば躊躇しがちで不安を感じ行動することになり、少なくとも、その政治的業務において妨げられていると感じる可能性がある（BVerfGE 65, 1）⁸³」。ただし原告が主張する、憲法擁護庁やその職員が選挙戦に利用するために政治的敵対者の情報を収集すると

いった想定は、それ自体すでに授権根拠のない違法行為であるから、問題にする必要はない。

⑤<措置の穏和性>：「それでも、自由委任に基づく職務遂行に対する不利益は、連邦憲法擁護庁が公表物からの情報獲得に自制していることにより、著しく緩和されている。自由委任の原則は、議員が信頼する人物や心中を打ち明けている人物を手段として秘密に監視されているとしたら、核心を害することになるかもしれない。議員活動における秘密の監視は、それが非公然でなされるものである場合には、これに該当することになるだろう。しかしながら、公表物からの情報収集の対象となるのは、通常はいずれにせよ、できる限り広汎な効果と周知をねらいとして公然と遂行されうる活動にすぎない」。「加えて、議員活動の核心領域は、情報収集からなお除外されている」。原告自身、控訴審の口頭弁論で、公表物からの情報収集は自己の政治的活動の内容に影響を与えなかったと証言している。

情報収集が、議員としての活動以外の行動に及ぶときには、原告の人格権に不利益を及ぼす。「あらゆる発言の完全な収集や個人記録簿に集積された資料の要約によって、折に触れてなされる公的な発言からの印象として残っているものを越えた情報内容が、政治的人格の全体イメージとして誕生してしまう」。しかしながら、「原告に関する情報収集は、その人格権に及ぼす影響として僅かなものにすぎない。連邦憲法擁護庁は、一般人のアクセスできる資料源の中にある公表物によって、不特定な大規模の人的範囲がすでに知るところとなっている情報を収集しているにすぎない。このような情報は、原告の個人的生活領域に触れるものではなく、公共圏におけるその政治的活動にもつばら関わるものである。原告の活動と政治的見解の包括的なイメージは、そもそも大部分が公の下で展開され、メディアや政敵により詳細に監視されてきたような政治的活動にいまだ限定されている。それは原告の個人的な生活遂行にかかわるものではない」。

公表資料からの情報獲得は、限定的・付随的な価値しかないからといって、疎かにされてよいものではない。政党の方向性のイメージを描くには、党の指導的地位にある者の態度に関する情報が不可欠である。又、議会で議席獲得可能を得

票率を有する場合には、党の指導的人物が通常は党選出の議員になる。「政党の憲法敵対的企てを示す事実上の手がかりが在るにもかかわらず当該幹部が監視対象から除外されなければならないとするなら、自由民主主義的な基本秩序に対する活動に関する情報の収集は本質的な制約を受けることになる」。

原告は、憲法敵対的な企ての手がかりが存在する政党の中での自己の際立った政治的活動を通じて、自らに関する情報の取得についての責任の契機をもたらしてきた。「政党のための又は政党における活動は、自由委任に基づく職務の遂行と完全に分離し得るものではない。政党及び会派への議員の政治的結束は、憲法上認められるし、又、望まれてもいる。」。「会派は、議会的枠組みの中で不可欠の調整任務を遂行し、政治的世論動向に対する意見の多様性を束ね、政治的決定可能性に応じてテーマを先鋭化させる。議会における個々の議員が大きな政治的影響力行使する場合、すなわち彼がそれを形成せんとする場合、当該議員は投票による支持が必要である（BVerfGE 118, 277 [328]）。議員が自己の自由委任に基づく職務遂行の際に、政党との結びつきから得られるこのような利点は、しかしながら逆に、彼が議員として活動しようとする対象である政党に対する憲法擁護機関の合法的な措置と結びついた、当該議員の活動にとっての不利益を受認しなければいけないことでもある。」。

3 検討

前章で紹介した諸判決と比較した場合、本件における憲法擁護機関の活動の特徴として、以下の3点を指摘できる。

①（NPD違憲訴訟と異なり）政党禁止手続を前提とした情報収集ではなく、且つ（ユンゲ・フライハイ特訴訟と異なり）憲法擁護白書記載の前段階の情報収集活動である。

②（NPD 違憲訴訟やレパブリカーナ訴訟と異なり）公表物からのみの情報収集である。

③（他の事件と異なり）監視対象が連邦議会及び州議会の議員の職にある者である。

一般的にいえば、こうした特徴の相違により、権利侵害の（それが認められるとして）程度も異なるし、それにより監視手法の比例性遵守の判断も異なってくるはずである。

この点を意識しながら、上告審判決を中心に本件に検討を加えていくが、その際、本稿執筆時点で参照できた2本の評釈（Ch. メラーズ、M. クラット）及び原審の上級行政裁判決に関する評釈（S. シュエルナー）⁸⁴も参考に（なお、以下の記述において欄外番号 [=Rn.] は、特記の無い限り上告審判決のものである）。

（1）権利侵害—「事実上の不利益」論の相対化

上告審判決は、公表された資料源からの情報収集活動に伴う「事実上の不利益」を権利侵害——具体的には政党自己決定権・政党特権及び自由委任に基づく議員の地位（マנדート）の侵害——と同種のものとなりうることを認めた。本件第一審判決が、例えば「議員の自由領域への重大な侵害」を認定している（VG Köln, Urteil vom 13. 12. 2007-20 k 3077/06-Rn. 97）のに比べると矛先はやや鈍るものの、それでも総論的な判断枠組みとしては、「基本権の間接的侵害」に対する連邦憲法裁の近時の敏感な反応⁸⁵を連邦行政裁が踏襲した事例と評し得る。その際、レパブリカーナ党判決、ユンゲ・フライハイท์決定、及び本件上告審判決の判断枠組みを一体的に把握すれば、権利侵害の強度は、①公表物からの監視⇒②連邦憲法擁護白書への不利益記載⇒③諜報機関的手段を用いた監視という段階順に重大になると理解されていることがあらためて確認できるであろう⁸⁶。

とはいえ、具体的な違法性判断の場面では、本件監視行為は適法と判断されている。なぜだろうか。この点に関して上告審判決の布石として注目すべきは、プレス自由の事案であるユンゲ・フライハイท์決定との事案的相違を強調し、さらに、同決定において「連邦憲法裁判所がとくに強調したのは（そして、その限りで政党の純然たる監視の意義についても）、憲法敵対的企业の疑いに対する事実上の手がかりがあれば憲法擁護白書への掲載に十分だという点に憲法上の疑義はないということである」（Rn. 31. 傍点本稿筆

者)として、憲法裁決定の法理を監視活動の正当化にすら援用している点であろう。それでも、本件監視活動の基本権侵害を認定する以上、本判決が監視活動の限界点として、単なる推測ではない「嫌疑の事実上の手がかり」の必要性を要求せざるをえないはずである。しかるに、本判決は、「政党が(単に)監視されているのか、それとも、このような監視の結果として、政党に由来する自由民主主義的な基本秩序への脅威に関する公表を受認せねばならないのかに依じて」、監視と白書記載との権利侵害(又は侵害類似行為)の程度の差異化をはかっている。上告審は、①政党禁止、②それには至らないが違憲の企てがある政党との「政治的対決」、③警告、という(③は②の一形態とも読めるが)3類型を想定した上で、いずれの場合も監視活動が必要であると理解する。これらの対処の選択の前段階では、企てが真に存在するのか、それとも可能性として存在するのか、あるいはまた可能性すらも存在しないのか、は判定できない。それゆえに、監視の段階では、先例が対処の要件として求める「企ての事実上の手がかりと同等の比重をその都度要求することを否定」するのである。この侵害強度の低い見積もりが比例性の判断の命運を分けることになるのだが、それでも、75年NPD決定の「単なる事実上の不利益」論がそのままのかたちではもはや維持しえないことを明らかにした点での意義は認められよう。

なお、判決理由の早い箇所、情報自己決定権についても、連邦憲法裁オンライン検索判決を参照指示しながら、一般人のアクセスできる情報であっても、その体系的なデータの取得、収集、登録が介入に該当することが確認されている(Rn. 17)が、該権利が本件ではどう関わってくるのかの言及はなされていない。

(2) 法律の根拠の要否と構成要件該当性

①左翼党は監視の構成要件を満たしているか

連邦憲法擁護庁は、連邦憲法擁護法4条が認める「自由民主主義的な基本秩序に敵対する企て」の「事実上の手がかり」があれば、同8条1項1文の概括的権限条項を根拠に公表媒体からの情報収集を行うことができる——こ

の前提命題は、本件の全ての審級が認めたところであり、又、学説も承認するところである。

しかしながら、本件事案への当てはめにおいて、第一審のケルン行政裁判所は憲法敵対的企ての「事実上の手がかり」自体を否定した。左翼党内には様々な政治勢力が並存していること、党綱領も曖昧なものであること、そして1997年以降の党が「コミュニスト・プラットホーム」の活動を抑制する試みをしてきたこと、等の事実を重視してのことである。これに対して、控訴審判決は、党綱領、SED体制からの距離の不明確さ、党内の極左的傾向などを考慮して、政党の憲法敵対的企てに関する「事実上の手がかり」を承認しており、又、上告審判決もかかる控訴審判決の事実認定を採用した。そこから、上告審判決と控訴審判決は、政党の「将来の展開」を判断するためには憲法敵対的な党内勢力と政党全体とのつながりを視野に入れ続けなければならない、左翼党が党綱領で「社会秩序の革命的転覆」を追求していなくとも、憲法敵対的な党内勢力の党内での影響力から、党と全体して憲法敵対的な企ての追求に至りうる可能性が監視実施期間中「排除されていなかった」という結論に至るのである。

控訴審の認定した事実が「憲法敵対的な党内グループの政党内意思形成への影響力にもかわらず、それが政党の外部的行動にはほとんど影響を与えていない」⁸⁷ことを示すものである以上、上告審＝控訴審と一審との判断の分水嶺は、政党に「憲法敵対的」企ての「事実上の手がかり」を認める契機を、党内での憲法敵対的な確信が党内で優勢になった段階に求めるか、それとも、党が対外的に攻撃的な憲法敵対的行為を露わにする段階に求めるかの違いに引かれよう⁸⁸。判決自身が、「憲法敵対的」企てについて、連邦憲法擁護法の「目的志向的・目標志向的な、政治的に特定の行為態様」という法の文言を重視し、純然たる政治的意見表明以上の行動のことだと説明していることからすれば、後者の段階をもって「事実上の手がかり」認定時と解する方が整合性はとれていたはずである。

そもそも、「事実上の手がかり」自体、不確定性を免れ得ない概念ではあ

るが、ここでも上告審判決は、それが「単なる推測 (bloße Vermutung) 以上のもの」であるとし、「嫌疑の事実基盤としての、具体的で明確な範囲に濃縮された諸事情」の存在を求めている。しかも、控訴審判決で自由民主主義的な基本秩序に敵対的な企ての「嫌疑の事実上の手がかり」という表現が用いられている点に言及し、「企ての手がかりが存在するということは、その嫌疑が存在するということ」だと同定し、この言葉をもって上級行政裁は「企ての事実上の手がかり」よりも低い監視の境界値を設定したわけではないのだとする「注釈」まで加えている (Rn. 29)⁸⁹。「事実上の手がかり」が「単なる推測」ではないと明言することで警察法学の通説的理解⁹⁰を踏襲した点は、危険前段階を作用領域とする諜報機関に対する法的コントロールの観点から意義のある判示だと思われる。しかし、このような言明に示された判断枠組みと、控訴審の認定事実の無批判な追認との落差を整合的に理解するのは困難を要する⁹¹。上告審判決は、各事実が単独では嫌疑を根拠づけることがなおいできなくとも、「現にある全ての事実上の手がかりの全体眺望」が嫌疑を導くこともありうるという認識によって、極めて印象論的な判断の余地を認めてしまっているが (Rn. 30)⁹²、「具体的で明確な範囲に濃縮された諸事情」を求めるのであれば、ユンゲ・フライハイ特決定において連邦憲法裁が企ての「嫌疑」の事実上の手がかりの存否認定の前提として示した意見表明の範疇化の作業⁹³とそれを前提とした事実の当てはめのごとき丹念な作業が、本件においても求められるところであった。本件上告審の説示は、ユンゲ・フライハイ特決定の争点であった連邦憲法擁護白書での公表の条件を充たしているか否かの判断材料として、まずは情報収集が不可欠なのだという点を示唆しているようにも読めるが、それでは前述の言明とは矛盾するし、そもそも「事実上の手がかり」を法が要件としたことの意味がなくなってしまうのではなかろうか。

本判決がまるごと採用した控訴審による認定事実にも問題が含まれている。控訴審は証拠採用された党関係資料とマルクス、レーニン等の文献類との突き合わせを経て、「PDS、左派党/PDS、及び現在の左翼党の憲法敵対的企て

の事実上の手がかりのみならず、それを越えて、これらの党が、上述の憲法的諸原則の除去若しくは失効に関する目的志向的・目標志向的な、政治的に特定の行動態様に踏み込んでいたし、現在も踏み込んでいる事実上の手がかりが存在する」と認定した（OVG NRW, Urteil vom 13. 2. 2009—16 A 845/08—, Rn. 331）。控訴審の事実認定を逐一検討する余裕は（本来は有意義な作業であるが）ないが、一つの例を挙げると、左派党/PDS期の党綱領では「社会的諸利益の実現が特徴的に現れていて、私有財産的資本の支配を克服しているようなオルタナティブな社会構造」の必要性を挙げ、社会主義的政策の目標を「階級関係の変革、政治の方向転換のために必要な諸条件の創設、及びそれと結びついた所有構造・権力構造の再構築」としていたが、控訴審によれば、これらの文書は、「党により追及される変革が経済政策に限定されず、既存の社会的諸関係・権力的諸関係総体に関わらざるをえないことを明確にしている」という（ebenda, Rn. 316）。加えて、党綱領の根幹も「人間が、貶められ、従属させられ、孤立し、尊重されない存在になっているような所有関係・支配関係の克服」（K. マルクス）を要求していることを「完全に排除するものではない」という。さらに、「同党は、『共産党宣言』における社会主義者の目標の定義と類似の関係にある」と評し、マルクス『共産党宣言』の一節を引用する（ebenda, Rn. 318）。

「プロレタリアがブルジョワジーとの闘争の中で必然的に階級としてまとめ、革命を通じて支配的階級になり、支配的階級として強権的に古い生産的諸関係を止揚すれば、プロレタリアートは、かかる生産的諸関係とともに、階級対立の存在条件、階級そのものの存在条件を止揚し、もって階級としての自己の支配を止揚するのである。各人の自由な発展が全て者の自由な発展の条件であるようなアソシエーションが、階級と階級的諸対立を伴った古いブルジョワの社会にとって代わる」⁹⁴。

そして、上告審判決が述べるように、控訴審は「党が多元性又は多元主義と称するところの様々な左派政治諸勢力の結集という目標を追求する党の綱領上の宣言から、このことを導き出した。その際、綱領は、明示的に、急進

勢力や、『既存の諸関係を根本的に否定するような』諸力（PDS／左派党綱領）も含めている」（Rn. 47）。すなわち、第一審が、党内の諸傾向の存在を反映した政党綱領の多義性と多元主義的性格ゆえに、党内急進勢力もその一派にすぎないと捉えたのに対して、逆に控訴審は、多元主義的性格の党だからこそ極左的傾向にも流れる可能性があるとして解したのである。それは（上告審判決の説明によれば）控訴審が当該急進グループを泡沫集団と捉えず、党規約上これら憲法敵対的グループが「重要テーマに応じて幹部会、委員会、及び各種作業グループの活動への参画が含まれていること、党大会に代議員を派遣することができること、及び活動資金を党の財源から受け取っていることなどを重視した」からである（ebenda）。

②原告ラーメロウは、監視の構成要件を満たしているか

仮に左翼党に憲法敵対的企ての「事実上の手がかかり」が認められるとしても、党員ではあるが直接に企てに関与していない本件原告への監視が、法の要件を充たしているのかという問題がある。この点についても、上告審判決と控訴審判決は、原告が法の認める監視対象となりうることを認めている。

しかし、この判断は、両裁判所とも監視対象の活動が憲法敵対的企てを支えていると判断するに「客観的にみて合理性がある」（Rn. 69）ことを求めていることと距離があり、又、連邦憲法擁護法4条が「人の結合」という要件を明示している点との関連でも疑問が残る⁹⁵。ドロステのコメントールでも、法4条のいう「人の結合」とは、「個人とは区別される多数の人間（Personmehrheit）の包括的な呼称」であり、「法人たると権利能力なき社団たると問わない」「人の集団が共同の目的を追求している」ことが前提要素となると説明されている⁹⁶。「コミュニスト・プラットホーム」などの組織がこれに該当するとしても、これらの組織に加入していない原告を当該「人の結合」の一部と位置付けることは難しいと思われる。

（3）政党自己決定権・政党特権

本件では、監視活動が政党自己決定権及び政党特権を違法に侵害しないかが争点となった。「政党の自己決定権」という表現は、レバプリーカーナ党訴

訟連邦行政裁判決でも用いられているが、講学上は、基本法21条1項に基づく「政党の自由」(Parteienfreiheit od. Freiheit der Parteien)として扱われることが多い⁹⁷。他方、政党特権(Parteiprivileg)とは、基本法21条2項が政党の違憲宣告権を連邦憲法裁のみに専属的に認めたことを指すものであり、この特権に基づき政党は基本法9条2項に基づく結社の禁止の適用除外になると一般に解されている⁹⁸。「たたかう民主制」の下でも、政党については、「政党の自由」ないし政党自己決定権に基づき、禁止についても特段の手続的保障が与えられているのである。

本件上告審判決では、政党特権が「第一次的には政党組織を保護するものであるが、しかし、党の幹部や構成員の一般的に認められた手段でなされる政党公認の又は政党と結びついた活動についても及ぶ」とし、党員のこのような活動に対する制裁の禁止は特権の保護範囲に入ることを確認している⁹⁹。しかし、判決は、「憲法原理としてのたたかう民主制」を対抗原理に置いて政党の自己決定権の制約を正当化し、また、政党特権の内容も大幅に希釈して、「特権」の派生原理である党員の党活動に対する制裁からの自由も、これに連動して消滅するという論理を打ち出している。さらに、判決は、政党禁止手続と接続しない憲法擁護機関による情報収集活動を、連邦憲法裁による違憲判決前の行政措置の禁止を要請する政党特権の傘の下に含めないようにしている。

たしかに、基本法の政党に対する優越的処遇自体が「たたかう民主制」の構成要素と解することもできる以上¹⁰⁰、政党自己決定権や政党特権には内在的制約が伴うという説明は可能であるし、そのような説明が従来の判例の基本線でもある。ユング・フライハイท์決定の判断枠組みも同決定自身が引いた予防線によって政党の領域に入り込むことを遮断できるので、政党に関する判例法理を揺るがすものではないと解することもできる。しかし、公権力の監視・不利益公表からのプレスの自由の保護が民主的意思形成への寄与という観点に基づくものであるとすれば——実際、本件第一審判決は、政党特権ではないが、議員の地位の憲法的保障を有権者と議員との民主的コミュ

ニケーション過程の観点で把握しようとした——公権力の監視と政党特権との関係を検討するに際して、ユンゲ・フライハイ特決定以前の判断枠組みをもちや無批判に継受しないという筋道もありえたであろう。さらに付言すれば、政党特権に基づく保護が政党構成員に及ばないとしても、次の段階として、意見表明の自由、人格の自由な発展の権利等への侵害の問題に直面するはずであるが、本件上告審にはそれ以上の踏み込んだ言及はない。この点でも、先に引用した説示のとおり、本件監視活動が情報自己決定権から集会・結社の自由に至る諸基本権の侵害になりうる点を示唆する第一審判決の視野の広さは評価されてよい。

メラースが批判するように、「いかなる政党も急進化することがありうるということは、政治過程の開放性の本質をなすことから」であるとすれば、政党の憲法敵対的方向への将来的可能性を明らかにするためだけの長期的監視に合理性・必要性は認められなくなりそうである。さもなくば、左翼党がドイツ連邦議会において将来多数派を形成する可能性も排除されていない以上、連邦議会の全議員全員の監視も正当化されてしまう。党内過激グループの動向をすでに把握できているのに、なにゆえ政党全体を監視する必要があるかという指摘もできよう。「連邦行政裁は、憲法擁護法がもはやカバーしていない態様の諜報機関的ロジックにおいて、情報取得の前方移動に奉仕している」のである¹⁰¹。

（４）自由委任に基づく議員の地位（マנדート）

本件の特色は、監視対象が議員であるため、政党の諸権利のみならず、基本法38条1項2文で保障された自由委任に基づく議員の地位との関係も問われている点である¹⁰²。

上告審は、この憲法原則に対しても、政党特権・政党自己決定権に対してと同様、憲法原理としての「たたかう民主制」を対峙させることで、その規範的要請を相対化した上で、他方、連邦憲法擁護法8条を「たたかう民主制」の具体化だと説明することで準憲法ランクの格付けを同条に与えて、そこから直ちに基本法38条1項を制約しうるかの説示をしている。

ただ、この説示は、憲法擁護法に具体的な言及がなくとも議員が同法8条の監視対象となること、及び同法が法律の留保を充たしていることを弁証する「前振り」の場面で用いられており、比例性判断の結論を直ちに左右するものではない。むしろ、比例性判断の前提として重要なのは、自由委任の原則という憲法原理の相対化を、「政党のための又は政党における活動は、自由委任に基づく職務の遂行と完全に分離し得るものではない」という論理を回路にして行っている点であろう。議員は政党・会派と結びつくことでその活動に現実的影響力を持つというメリットを得ている以上、同時に、その所属政党に対する監視がもたらす不利益も議員は甘受しなければいけないという論理である。このような、やや迂遠かつ慎重な論法は、この段階まで見解を同じくしてきた控訴審が、自由委任に基づく議員の地位への侵害についての比例性審査の段階で、侵害の重大性とそれに比例しない成果の乏しさを指摘して違法認定に至っていることを意識してのことと推知しうる。上告審判決も、諜報機関による監視が議員の独立性を「重大な危機」をもたらしうる点を明らかにした小質問決定の判旨を引用し、又、スティグマ効果論に基づき「事実上の不利益」の権利侵害性を認定する控訴審の論理を追認している。さらに、この箇所では、市民が監視事実を知ることが議員としての原告の事実上の不利益になるというのであれば、監視が公然の事実になる2003年より前の監視活動についてはかかる不利益は発生していないとする被告側（上告側）の主張に丁寧な論駁を加えている。その上での比例性の審査であるが、控訴審判決との相違は、まず、憲法敵対的企ての探知という目的と、公表物からの情報収集という手段との合理的関連性に関する評価に関してである。控訴審は、公表物からの情報収集が憲法敵対性認定のための補助的な役割しか果たさないゆえ、目的との関連でいえば、監視を正当化するほどの合理性を有しないと判断した。しかし、上告審判決は、原告が政党幹部であることを重視し、原告に関する公表情報は「限定的・追加的な意義しかないとしても、軽視されてよいものではない」と述べ、一定の成果があることを強調する。さらに、狭義の比例性の判断の場面では、公表物からの情報収集であり、

しかも議会での表決や発言の記録は収集から外されているという点が決め手となった。公表物からの情報収集であっても、その包括的な集積は「政治的人格の全体イメージ」を作りだしてしまう可能性を孕んでいる。しかし、連邦行政裁に言わせれば、それはあくまで被監視対象者の「公共圏における政治活動に関わるもの」であって、個人の生活領域に触れるものではない。結局、憲法擁護機関がつくりだす被監視対象の「全体イメージ」は、あくまで公的性格のものであり、しかも、メディアや政敵の手ですでにつくり上げられたイメージなのである。かくして原告の主張する私的な生活領域への侵害論は否定されるのである。

このような判決の論理に対してメラースの評釈は、基本法上の議員の地位の保障の意義は執行権力に対する全体としての議会によるコントロールの確保にあるという点を判決は理解していないと批判する¹⁰³。曰く、問われるべきは議員個人の行動の自由ではなく民主的代表としての「議員の機関的な地位」であり、後者の意味において重要なことは、議会の意思形成が執行部門の介入によって妨害されないことである。そして、基本法38条1項2文は規範的な保障であって、具体的事案で執行部門の介入が個々の議員に実際に影響を与えたか否かは必ずしも重要ではない。また、行政機関による議員への監視活動によって議会の持つ対政府のコントロール機能が脅かされないかどうかの問題である以上、監視で得られる情報の価値は重要ではなく、公表された情報ならば侵害が直ちに正当化されるといった解釈は誤っているのである。メラースの立場からは、議員への監視が議員及びその集合体としての議会のコントロール機能に負の影響を及ぼすことを重く受け止めた第一審判決の視点は評価されるであろう。また、第一審判決は、議員の有権者とのコミュニケーション過程に与える監視の影響を指摘しているが、そこで用いられている「議員職務に内在する仲介・調整機能」という表現は、第一審判決が参照を指示するM. プレンナーの論考の中に見られる。プレナーは述べる。「多様なコミュニケーション的出来事に取り込まれた議員が、自己の態度全体を諜報機関による掌握というデモクレスの剣に従属させられる状

態に陥ることは許されない。そのような場合になったら、市民と議員の間の十分な信用の基盤を前提とする以上、もはや議員は全国民の代表として活動することはできないであろう」¹⁰⁴。

あわせて、やはりプレナーが問題提起するように¹⁰⁵、このような議員の独立性を踏まえれば、議員への監視に対する法的規律のあり方も問い直されてよい。上告審は、本件が非諜報機関的な情報収集であることを一つの理由として、概括的権限条項以外の法律根拠の不要と議会の同意要件の不要を導き出したが、その趣旨からして、たとえ諜報機関的監視であろうとも議会の同意を法的要請とは捉えていないようである。しかしながら、州レベルでの規律状況に目を向けた場合、議会の同意や報告義務の法定化は、少なくとも立法論として検討されてよい方向であることがわかる。例えば、ザクセン州憲法擁護法では諜報機関的手段による議員の監視については事前に州議会議長の同意を求めている（5条5項）¹⁰⁶。加えて、ザクセン＝アンハルト州のように、監視措置後の遅滞ない時期における州議会議長と同統制委員会への報告義務を州内務大臣に課している例もある（同州憲法擁護法29条）。さらにいえば、上で述べたような議員の独立性の持つ複合的な意義からすれば、諜報機関的手段か否かは程度問題であり、いずれの監視活動に対しても議会の同意や報告義務を求めることも、立法論として望まれる。

（5）比例原則の関係

①**合理性**：比例性の審査上、まず問題となる点は、憲法敵対的企ての手がかりを認定できない原告に対する10年以上の長期にわたる監視活動が、左翼党内の憲法敵対的活動を解明する目的と合理的関連性を有するかという点である。

控訴審は、前述のように、左翼党の監視については合理的関連性があると判断した。しかしながら、党の幹部ではあるが党内急進勢力に属しない原告の監視によっては「将来的にこの種の重要な情報が獲得されうるかは不明である」として、合理性に疑問を示した。これに対して、上告審判決は、むしろ急進勢力に属さない党幹部だから「直接的で信頼に値する追加的情報」を

もたらず可能性もあるとして、その合理的関連性を認め、この点で、事実認定のみならず必要性の審査においても共同歩調をとってきた控訴審判決と袂を分かつことになる。この上告審の判断については、メラーヌもクラットも厳しい批判を加えている。レパブリカーナ事件連邦行政裁判判決には、「多年にわたる監視による包括的な解明以降も憲法敵対的な企てが除去されず、監視にとって決定的に重要な事実状態が本質的に変化してしまったにもかかわらず、以前に存在した嫌疑の要素をもって諜報機関的手段による『長期的監視』を実施する場合には、比例原則と合致しないことになる」という判示があったことを、ここで想起すべきであろう。この先行判例の射程が本件のような公表資料からの監視との区別にも及ぶと解することができれば、本件上告審判決は、『一蓮托生』(„Mitgefangen-Mitgehungen“) 的に過激的傾向に関する手がかりで過激派ではない幹部の監視の合理性を満たさせようとしている点で、連邦行政裁判所の判例から逸脱をしながら十分な論拠づけもない¹⁰⁷ ものであると評されることになる。

もっとも、将来の展開が不明なのでこれを解明するための左翼党の監視は目的と合理的関連性があると認定してしまった以上、党幹部たる原告の行動だけをそこから除外する控訴審の判断——原告の議員の地位を狭義の比例審査の段階での考慮要素とすることはありうるにしても——の方が論理的には難があるともいえ、上告審判決に対するシュエルナーの批判も¹⁰⁸ この点では的を射ているのかもしれない。

②**必要性**：必要性の審査において上告審は、より侵害程度の強い監視手法として①秘密の監視、②議会内の表決・発言等も含めた情報収集を例に挙げ、こうした手法を用いていない本件監視は緩やかな措置であったと論証する。しかし、そこでは、より強い手段の発見にとどまり、さらに穏やかな手段の存在が十分に検討されていないという問題点を残している¹⁰⁹。

③**狭義の比例性**：狭義の比例性を衡量する場面において、上告審が監視活動のスティグマ効果までを認定しながら、それでも監視を正当化できてしまうのは、公表された刊行物等からの情報収集の価値を「些細なものではない」

と考えないからである。しかし、「些細なものではない」となれば、ステイグマ効果やそれに伴う萎縮効果はそれだけ大きくなるのであるから、なおさらその権利侵害の強度を重視するのが論理的には自然ではなからうか。

4 小括

以上の検討を踏まえて、簡単な小括を述べておきたい。

本件は、公表物の監視であるため、諜報機関の監視に比して権利侵害の程度は低く見積もらざるをえず、連邦憲法裁や連邦行政裁の先例にてらしても合憲・適法が導きやすい事案であったといえる。しかし他方、監視対象が現職の議員であるゆえの特段の配慮が求められる事案でもあった。考察してきたような自由委任に基づく議員の地位の憲法的意義を踏まえた場合、連邦議会又は州議会の議員¹¹⁰に対する憲法擁護機関に対する監視活動は、党内グループや一般党员に比してはもちろん、政党自己決定権や政党特権に支えられた政党全体に比しても、より厳密な憲法的正当化の論証が要請される。この点を本件上告審判決も意識していること自体は、監視活動がもたらす議員の活動に対する「事実上の不利益」を正面から受け止めた説示から見てとることはできる。しかしながら、上告審は、自由委任に基づく議員の地位を議員自身の活動への影響の問題として限定的に把握しており、監視が議員及び議員の集合体たる議会による行政コントロールそのものに影響を及ぼすという視点に欠けている。また議員と政党の不可分な結び付きという事実をもって、左翼党監視の必要性から議員である原告監視の必要性を導き出している。そして、そもそも本件の場合、左翼党が連邦憲法擁護法の監視要件を充たしているかの疑問が上告審判決への評釈や第一審判決において提起されている。それにもかかわらず、本件監視を憲法擁護法の枠組みで説明しようとすることは、「党内少数派から党そのものへ、党内の論議から憲法敵対的活動へ、憲法敵と把握された政党から議員の地位を有するその党员へという、3つの断絶を持った有責性の連鎖」¹¹¹を用いた強引な論理操作が必要な作業だったのである。

すでに参照してきたように、メラスとクラットの各評釈はいずれも上告審判決に批判的であり、当事者である左翼党も「判決は、我が党を担う全ての者のみならず左翼党を支持して議会で当選した者までも一般的嫌疑の下に置くことができるようにする、憲法擁護機関への白紙委任状である。これにより好き放題に憲法擁護機関を政治の道具とすることができる」(K. エルンスト党首)と厳しく反発しているが¹¹²、メディアの反応は政治的スタンスにより二分されており、判決を歓迎する論調もみられた¹¹³という点は指摘しておきたい。

上告審判決を受けてラーメロウは、連邦行政裁の判決が恣意的取扱いの禁止(基本法3条1項)と結びついた情報自己決定権(同2条1項)、法治国家原理(同20条3項、28条1項)、及び自己の良心にのみ従う議員の独立性(同38条1項)を侵害するとして、連邦憲法裁に憲法異議を申し立てた(代理人は、H. P. シュナイダーら)。その訴状によれば¹¹⁴、ラーメロウ側の従来の主張に加え、情報自己決定権侵害の主張を前面に打ち出している印象を受ける。本件上告審判決では公表資料からの情報収集に伴う情報自己決定権侵害性を認めながら、具体的事案に即した議論が展開されなかった。それゆえ、情報自己決定権に関する判例を蓄積する連邦憲法裁がどのような判断を下すかが注目されるところである。例えば連邦憲法裁は、予防的ラスタースearch(スクリーン網目search)について、当該search手法がもたらす「動揺効果」を指摘して、情報自己決定権への重大な侵害的性格を認定している(BVerfGE 115, 320)¹¹⁵。本件第一審判決のように、諜報機関による議員監視をコミュニケーション過程を歪ませる行為という観点で捉えた場合、侵害を受ける基本権が、議員の独立性であれ、情報自己決定権であれ、あるいはユンゲ・フライハイท์訴訟のようなプレスでの自由であれ、個人の行動に対する影響すなわち「萎縮効果」なり「動揺効果」といった言葉で認識される公権力作用は、やはり憲法的統制の対象として把握されねばならないといえよう¹¹⁶。このような視点を持って問題を捉えなおした場合、憲法擁護機関による政党や議員の監視とは——仮にそれにより収集された証拠を基に申立て

られた政党禁止手続が挫折しようと、あるいは憲法擁護白書の記載方法が連邦憲法裁の求める基準を遵守する結果「憲法敵との精神的・政治的対決」の効果が減じようと——監視の事実それ自体の持つ「動揺効果」「萎縮効果」によって、すでに「たたかう民主制」を維持する憲法擁護機関の目的の多くを達成してしまう活動なのかもしれない。本件の全審級が程度の差はあれ認定するスティグマ効果の問題も、この点に関わってくる軽視できない問題である。かつてKPD違憲判決の際、基本法発効以降の時期において連邦議会で最大15議席を獲得していたKPDは、政党禁止手続と幹部・活動家の反憲法的結罪（刑法90 a 条）での起訴が「連動して、KPDへの抑圧として作用し」¹¹⁷、連邦憲法裁の違憲判決を待たずして、選挙で5%条項を突破できずに連邦議会から姿を消した先例が、ここでは想起されるべきである。

おわりに

以上、本稿では、連邦憲法擁護庁を中心としたドイツの憲法擁護機関の任務と今日的意義及び機能を確認した上で（第2章）、連邦擁護機関の監視活動に関わる近時の判例動向を踏まえつつ（第3章）、ラーメロウ事件について連邦行政裁判決を中心に考察を行ってきた（第4章）。第1章で提示した問題意識のうち、**2**については第2章において若干の敷衍をした。また問題意識の**4**については、第4章小括部分で部分的ながら本稿なりの暫定的な見解を提示しておいた。問題意識**1**、**3**及び**5**は、それぞれ広い射程と深い奥行きを持つ問題群であるため本稿の拙い考察から明らかになったものは僅かであり、継続の課題とするしかないが、稿を閉じるにあたり本稿の考察に対するさしあたりの総括を雑駁なかたちではあるが提示して、今後の作業の足掛かりとしたい。

ラーメロウ事件連邦行政裁の判断については、ラーメロウの被る不利益を重視した下級審の判断と対比しつつ、又、評者たちの説得力ある判決批判を

参考にしなが、本稿もその問題点を指摘してきた。とはいえ、この裁判のいずれの審級でも「マルキスト・プラットフォーム」ら党内グループの「憲法敵対的」性格は認定されている。又、憲法擁護機関の政党や議員に対する監視活動について、政党禁止手続に直結する証拠収集以外の情報収集も含めて、概括的権限条項のみで可能であるという判断でも各審級は共通している。これらの前提を是とするのであれば、「憲法敵対的」グループの監視に付随してその所属政党の綱領や機関紙を監視実施機関が日常的にチェックすることを禁止するのは実務的感覚からすれば難しいことかもしれない¹¹⁸。NPD違憲訴訟の手続中止決定によって協力者のごとき諜報機関の手段に対する重い枷が憲法擁護機関に科せられている以上なおさらである。この点で連邦行政裁判の判断は憲法擁護機関の公安情報収集を認める以上は、常識的な結論であったと見る余地もあろう。もとより、本稿はこのような「実務的常識」に与するわけではない。ただし、本稿として指摘したいのは、本来問われるべきは、パンフレットや適法な政治行動で示されただけの——必ずしも暴力的転覆ではない——「反体制的」メッセージを根拠にして、ある組織や人物を「憲法敵対的」と認定する（第一審ですら与件としていた）手法の妥当性それ自体ではなかったかという点である。本稿ではこれ以上の探求はできないが、かかる視座は、マルクスやレーニンの著作が違憲性認定の有力な証拠に採用する1956年のKPD違憲判決（BVerfGE 5, 85 [147-237]）の審査手法¹¹⁹を——さらには、具体的な活動以前に、政党の掲げる「目標」と「自由民主主義的な基本秩序」という抽象概念との齟齬が（判例で示された「能動性をもった闘争的、攻撃的な態度」への限定などの一定の留保はあるにせよ）政党の違憲性認定の決定的な要素となってしまう政党禁止のシステムを——根源から問い直す方向に向かうことになるであろう。

本稿の関心の一つに、その機能と意義を変容させてきた「たたかう民主制」の現段階を観察するところにあった。「たたかう民主制」というコンセプト自体の抜本的な問い直しが求められていることはさしあたり置くとしても、

今日のドイツでは、従来の、すなわち「冷戦思考」の「たたかう民主制」は、その意義や有用性を大きく喪っており¹²⁰、これに代わる新たな位置づけが求められている。具体的な「たたかう民主制」の延命方向としては、「たたかう安全国家」や「防衛力のある法治国家」というキーワードにみられる「国家保障」型の正当化論を前面に出した方向での再定義が考えられる。すでに連邦及び各州の憲法擁護機関が組織犯罪やイスラム系「テロ」の情報収集に活動の傘を拡げているのは、こうした方向を反映したものである。又、本稿で繰り返し指摘したように、切れ味の悪い武器としての政党禁止・基本権喪失よりも、「啓発による対決」としての憲法擁護白書と諜報手段を伴わない監視活動という「フレキシブルな応答」の比重が今後も高まることが予想される（この「フレキシブルな応答」が対象者にとって不利益が少ないことを必ずしも意味しないことは本稿で検討したとおりである）。

しかるに、ラーメロウ事件の過程で明らかになった憲法擁護機関の活動の現状——もとより「実態」そのものが不透明であるが——が示したのは、組織犯罪対策や「テロ対策」といった同機関に課せられた新たな課題にもかかわらず、左右の「過激派」対策という、いわば「本来任務」の存在感はなお大きいという点である。とくに左翼勢力（具体的には左翼党とその周辺の政治組織）に対する監視活動は、「冷戦思考」を引きずった「たたかう民主制」観の下で行われているように見える。この点を裏付ける別例を挙げれば、弁護士・著述家で市民運動家としても知られるR.ゲスナーに対する連邦憲法擁護庁による40年に及ぶ監視活動の実態がある。2011年2月4日、ケルン行政裁判所第20部が、この連邦憲法擁護庁によるゲスナーの個人データ収集活動を違法であると判断しメディアの注目を集めているが¹²¹、憲法擁護機関の「冷戦思考」に基づく活動がなお多く存続していることを示す事案である。そして、こうした憲法擁護機関の活動を追認した、本件における連邦行政裁の判断もやはり「冷戦思考」に囚われており、この点では、連邦憲法裁の近時の判断とのギャップが鮮明になっている¹²²。ラーメロウ事件に対して今後下される連邦憲法裁の判断があらためて注目される所以である。

最後に、本稿が素描してきたドイツの姿は、日本の現状を映し出す鏡にもなることを指摘しておきたい。本稿の作業は、「たたかう民主制」ドイツと日本国憲法体制とを比較し、立憲民主主義の観点から見た後者の優位性を確認することには貢献しそうにない。むしろ見えてくるのは、ドイツと同じく「たたかう民主制」あるいは「戦う安全国家」としての日本の問題状況である。確かに日本においても、隠蔽体質の警備・公安機関による情報収集活動の実態に迫ろうとしたジャーナリズムや、あるいは、それが法的・政治的コントロールの圏外に置かれている状況を批判し続けてきた法律学の営為は存在する¹²³。しかし、1970年代以前に比べてはもとより、日本共産党幹部宅電話盗聴事件（1985－86年）やオウム真理教破防法適用手続（1995年公安調査庁による請求・97年公安審査委員会による請求棄却）当時の状況と比べても——公権力による情報収集・監視活動の場が必ずしも減ったわけでもなくともかかわらず¹²⁴——そのような関心は低下しており、諜報機関に対して法治国家的意味においてセンシティブなドイツでの議論状況とは対照的である¹²⁵。冒頭で指摘したように、「たたかう民主制」の論理と機能がドイツ的な特殊性を薄めていく一方で、「法治国家の自己主張」、「たたかう安全国家」といった他国にも転用可能な概念と融合し、「テロとの戦い」（という名の米国及びその「同盟」国のヘゲモニー戦略）正当化論と未分明になっていく現状にあっては、戦後ドイツが格闘してきた情報機関の法的・政治的統制という課題との向き合い方を参考にしながら、日本の実務を再検証する作業が不可欠だと思われるのである¹²⁶。

（2011年4月25日脱稿）

*本稿は、科学研究費基盤研究（C）「グローバル化時代における民主主義の再定位に向けた比較憲法的研究」（研究代表・本秀紀）に基づく共同研究の成果の一部である。なお、執筆にあたり斎藤一久・東京学芸大学准教授に文献複写等でお世話になった。

- 1 Heinrich Lummer, „Stoppen Sie diese Diskriminierung“, in: Alexander von Stahl, *Kampf um die Pressefreiheit*, 2. Aufl., 2005 Berlin, S. 104. H. ルーメルは、キリスト教民主同盟 (CDU) の政治家で、ベルリン市参事会議長や連邦議会議員等をつとめた。
- 2 本稿は、「たたかう民主制」に関する膨大な独語文献群の参照は (それだけでも相当な数に及ぶ) 比較的最近の論考にとどめ、多くの知見を邦語文献から得ている。以下の各註で掲げるもの以外では、宮沢俊義「たたかう民主制」同『法律学における学説』(有斐閣・1968年) 所収153頁以下を筆頭に、影山日出彌『『社会的法治国家』における『治安立法』の特質』愛知大学法経論集42号 (1963年) 95頁以下とくに131頁以下、渡辺重範『ドイツ近代選挙制度史』(成文堂・2000年) 第15章-第16章、渡辺洋「ドイツ憲法学における『たたかう民主制』の理論的位相(1)・(2)・(完)」早稲田大学法研論集86号 (1998年) 281頁以下、90号 (1999年) 363頁以下、山中倫太郎『『闘う民主制』に対する考察』初宿正典先生還暦記念『各国憲法の差異と接点』(成文堂・2010年) 所収877頁以下、をひとまず挙げておきたい。
- 3 それゆえ、90年代の法状況をフォローした、石村修『憲法国家の実現』(2006年・尚学社) 第4章、理論状況を検討した、渡辺洋『『たたかう民主制』と『過去の克服』』早稲田大学法研論集82号 (1997年) 271頁以下、はそれぞれ重要である。
- 4 樋口陽一『国法学〔補訂版〕』(有斐閣・2008年) 181-189頁は、「たたかう民主制」とPCとの異同を伴う関係性につき、90年代の米、独、仏の状況を横断的に描く。
- 5 たとえば、阪口正二郎「多様性の中の立憲主義と『寛容のパラドクス』」岩波講座憲法5『グローバル化と憲法』(2007年) 69頁以下。やや別の角度から、とりわけEUレベルでの「たたかう民主制のグローバル化」に言及するものとして、Hans-Jürgen Papier/Wolfgang Durner, *Streikbare Demokratie*, AöR 2003, S. 340 ff. そこでは、一方では、例えば海外ウェブサイトを通じた反憲法的宣伝等への対処の必要性の増大、他方では、ドイツ共産主義者党 (DKP) 党員であることを理由とするギムナジウム教諭の免職を欧州人憲条約違反と判断したヨーロッパ人権裁判所判決 (フォークト事件。EGMR, EuGRZ 1995, 590 ff.) のように人権の国際的保障にドイツ・スタンダードが通用しない場面が出てきている点が指摘されている (ebenda, S. 368-370. なお、岡田俊幸「憲法敵対的政党のための政党活動を理由とする公務員の懲戒免職処分と表現の自由」戸波江二編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』[信山社・2009年] 424頁以下も参照)。
- 6 この整理は、この問題に長らく取り組んできた渡辺洋の近時の業績に大きく

依拠している。まず、渡辺洋『「たたかう民主制」の意味・機能変遷』神戸学院法学32巻4号(2003年)53頁以下とくに59-61頁、を参照。ドイツの最近の文献での整理としては、Andrea Härtel, Die Entwicklung des Institutes des Parteiverbots innerhalb der bundesrepublikanischen Konzeption „streitbarer Demokratie“ vor und nach dem NPD-Verbotsverfahren, in: Martin H. W. Möllers/Robert Cht. van Ooyen(Hrsg.), Parteiverbotsverfahren, Frankfurt (Verlag für Polizeiwissenschaft) 2010. S. 59-72.

- 7 80年代のデタント期におけるドイツでの議論状況は、樋口陽一「自由な民主的基本秩序の保障と政党の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 [第2版]』(信山社・2003年)417-418頁、参照。
- 8 渡辺・前掲(註3)271頁以下。この時期は、憲法擁護機関が、組織犯罪(OK)、サイコ集団(Scientology-Organisation)などのカルト・セクトの情報収集に深く乗り出し、それぞれに法解釈論上・法政策論上の論議を惹起してきた(vgl. Bernadette Droste, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, Stuttgart u. a. 2007. S. 202-211. OK対策との関連で、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47巻1号[2006年]92-95頁、参照)。そしてまた、2000年代に改めて注目されることになるJ. イゼンセーの「安全に対する基本権」論が、70年代に頻発した左翼過激派「テロ」の脅威が残る一方で、組織犯罪が社会問題化しつつあった1982年の講演録(Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983)を嚆矢とするものであった点へのメンションとして、Martin H. W. Mölle, Voraussetzungen, Ablauf und Rechtsfolgen von Parteiverbotsverfahren, in: Möllers/Ooyen, a. a. O. (Anm. 6), S. 31. 憲法擁護機関の機能変遷は、「たたかう民主制」が、「憲法忠誠」、「基本権保護義務」、「安全と自由」といった憲法上の問題群を摂取していく過程と見ることもできよう。
- 9 vgl. Droste, a. a. O. (Anm. 8), S. 211-221. auch ebenda, S. 110 f.
- 10 毛利透「自由「濫用」の許容性について」阪口正二郎編『自由への問い3 公共性』(岩波書店・2010年)所収64頁。
- 11 「対テロ一括法」に基づく連邦憲法擁護庁の権限拡大については、岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制」大沢秀介・小山剛『市民生活の自由と安全』(成文堂・2006年)所収103-110頁、等参照。
- 12 この言葉の含意については、森英樹『「戦う安全国家」と個人の尊厳』ジュリスト1356号(2008年)58頁脚注3、63-64頁、参照。
- 13 vgl. Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn u. a. 2007, insb. S.29-34, 55-74.
- 14 政治的には、単純に「極右」=ネオナチではなく、他方、「極左」にも様々

な潮流があることはいうまでもないが、ここでは立ち入らない。前者のグループの概念整理については、村松恵二『「極右」概念の再検討』青森法政論叢11号（2010年）75頁以下、が示唆に富む。

- 15 Härtel, a. a. O. (Anm. 6), S. 51.
- 16 この意味については、本稿第2章1で触れる。
- 17 政党禁止の運用については、山岸喜久治『ドイツの憲法忠誠』（信山社・1998年）第1章、基本権喪失については同書第2章が詳しい。
- 18 Vgl. Martin Morlok, Parteiverbot als Verfassungsschutz, NJW 2001, S. 2941 f. 本稿註（117）の指摘も参照。
- 19 水島朝穂「西ドイツにおける『就業禁止』問題と『政党特権』」法の科学7号（1979年）215頁。
- 20 この点については、渡辺洋「公安と公序」神戸学院法学35巻3号129頁以下、参照。具体的な事案として、渡辺洋「NPDによるシナゴーク建設反対集会の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社・2008年）242頁以下、浜田豊「レパブリカーナの集会への反対行動の規制の当否」自治研究71巻4号（1995年）137頁以下、参照。
- 21 毛利・前掲（註10）69頁。
- 22 Uwe Volkmann, Dilemmata des Parteiverbots, DÖV 2007, S. 584.
- 23 Dietrich Murswiek, Der Verfassungsschutzbericht – das scharfe Schwert der streitbaren Demokratie, NVwZ 2004, S. 774, FN 43. U. フォルクマンは、政党禁止制度が「別時代の遺制」のごとき機能不全に陥った理由を、予防国家の多種多様な防御装置の存在に見出す。具体的には、第1の防衛線として、生存配慮、景気政策、子どもの養育から娯楽の提供までに至る経済政策・社会政策による危機の前提条件的予防があり、これらの諸制度が機能不全を起こした場合の第2の防衛線として、政治的過激主義の伸張を抑制する間接的な緩和装置——①学校教育・社会教育や政府広報を通じて過激主義の誘惑に対する免疫を国民に与える包括的な啓発、②公勤務の任用における「自由民主主義的な基本秩序の敵」の排除、③5%阻止条項を用いて過激主義の議会への進出を著しく困難にする選挙法制、④国家社会主義の賛美からホロコーストの否定に至るまで処罰対象を漸次拡大してきた政治刑法、⑤ソーシャルワーカー的な予防的右翼対策プログラム、⑥「早期警戒システム」としてあらゆる急進主義的傾向を記載する憲法擁護機関による将来を見通した監視など——の存在である。これら一見すると体系性のない諸制度も、総体としてみれば、「自衛と自己主張」という相対的なまとまりを確認できる。かくして、「このような包括的なシステムの中で、政党禁止それ自体のようなより高次の段階への移行は、もはや想定されていない。要するに、現代の予防国

- 家の多彩な兵器庫が、政党禁止制を大幅に余計なものにしているのである」(Volkmann, a. a. O. [Anm. 22] S. 584)。
- 24 z. B. Hilmar Sander, Politische Parteien im Visier des Verfassungsschutzes, DÖV 2001, S. 329. 邦語文献の中では、80年代に山岸喜久治が、憲法擁護庁をはじめとする諜報機関による行政調査について実態を示しつつ、「思想調査そのものであり、反体制勢力に対する国家の監視機能を体現するもの」であり、「反全体主義の名のもとでのコミュニズムに対する懐疑と非寛容がその本質」と断じている(山岸・前掲[註17]第5章[初出は名古屋大学法政論集101号(1984年)135頁以下])。
- 25 東西統一の段階ですでに「たたかう民主制」の治安領域への重心移動を指摘していた論考として、Hans-Gerd Jaschke, Streitbare Demokratie und Innere Sicherheit, Opladen 1991, S. 62 ff.
- 26 邦語文献としてはさしあたり、岡田・前掲(註11)108-109頁、島田・前掲(註8)84-94頁、参照。ここでは、危険防除=警察/諜報・情報収集=情報機関・憲法擁護機関という従来維持されてきた「分離原則」の融解が問題になるが、この点について本稿筆者も「警察の情報機関化」の観点から注目してきたところである(拙稿[連邦刑事庁(BKA)・ラスター捜査・オンライン検索(1)]島大法学52巻3・4号[2009年]1頁以下[3-7頁])。この前稿は、「具体的危険」を活動の前提とする警察が法的統制密度の希薄さが所与のものとされてきた危険前段階的領域へ進出することへの警戒を前面に出した内容になっているが、当該領域での公権力の活動に対するコントロールの筋道については、十分な考察へと踏み込むことができなかった。本稿は、まさに危険前段階を任務領域としてきた(連邦情報局や軍諜報局も含む)諜報機関の法的・政治的なコントロールのあり方を考察する端緒の作業として、前稿での課題を補完する意味も持っている。
- 27 石村・前掲書(註3)102、131頁は、両者の概念区分を明確にした上で、冷戦終了後の憲法擁護機関の再定義に、「憲法保障と国家保障は無意識の内に接近し、法規上区別したはずのことが実行されていないという矛盾」を指摘している。2000年代以降の法状況は、こうした傾向に拍車をかけてきたと見ることができよう。
- 28 森・前掲(註12)64頁。
- 29 最近でも、vgl.z. B. Hans Peter Bull, Sind Nachrichtendienste unkontrollierbar?, DÖV 2008, S. 751 ff. 渡邊齊志「ドイツにおける議会による情報機関の統制」外国の立法230号(2006年)124頁、以下も参照。
- 30 この判決については、拙稿「連邦刑事庁・ラスター捜査・オンライン検索(2)」島大法学53巻2号(2009年)15頁を参照。

- 31 Julia Stubenrauch, *Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten*, Baden-Baden 2008は、その象徴である「反テロ・データベース」の統合運用の法的問題点を中心に、この問題に多角的な検証を加えている。拙稿・前掲（註26）3-7頁、も参照。
- 32 実際、最近の論考でも、「たたかう民主制」を所与の憲法原理と捉える見方に疑義を呈するものがある(Sander, a. a. O. [Anm. 24], S. 333. vgl.auch Papier/Durner, a. a. O. [Anm. 5], S. 363-368.)。「たたかう民主制」に対する批判的議論については、水島朝穂「ボン基本法における『戦闘的民主主義』」早稲田大学法研論集24号（1981年）285頁以下、参照。
- 33 Vgl. Sander, a. a. O. (Anm. 24), S. 329.
- 34 既成のpolitische Parteiとは異なる理念と組織原理の下に集ったDie Grüneの本意を尊重すれば、「緑の人々」と訳すべきなのと同じく、Die LINKEも「左翼」、「左派の人々」などの呼称が適切であろうが、本稿では、すでに定着しつつある「左翼党」と称する。
- 35 1990年の時点で、SPDの党員数は約95万人、CDUは約77万7千人であったから、Parteiverdrossenheitと呼ぶにふさわしい低落ぶりである（vgl. Der Spiegel 35/2010, S. 66. なお、„Volk der Widerbose“と題するこの記事は、シュツットガルト駅再開発プロジェクト [Stuttgart-21] 反対運動に象徴される近年のドイツ各地で頻発する市民の大規模抗議行動と住民投票の増加を、既存政党をはじめ政治的公共圏を伝統的に支えてきた労組や教会など既存組織の凋落と対象させつつ、その背景を探ろうとしている [ebenda, S. 64-72]）。
- 36 その代表格として元連邦憲法裁判所判事のP. キルヒホフがいる。彼は、雑誌インタビューの中で、「選挙結果はいかなる勝者ももたらさず、不確かな推移を伴った政党間交渉のきっかけとなるだけである。現行の民主主義のシステムは、有権者の意思と当選者との間の直接的な密接さを喪失している」との認識の下、選挙前段階での連立構想提示の義務付けや、選挙が事実上の連邦首相選択となるような多数代表的要素強化の方向での選挙制度見直し論を展開している（Paul Kirchhof, Interview, in: Stern.de. von. 23.9.2009）。E. ベンダ（元連邦憲法裁判所長官、元司法大臣）も左翼党を含む五党体制がヴァイマルの再来を招くことを危惧し、「政治を再活性化させる」手段として多数代表制を支持している（„Benda fordert Mehrheitswahlrecht“, in: Süddeutsche.de. von 4.2.2008）。公法学会内の議論としては、vgl.Armin Hatje, *Demokratie als Wettbewerbsordnung*, VVDStRL 69, 2010, S. 161f.
- 37 vgl. sueddeutsche.de, a. a. O. (Anm. 36).
- 38 最新の『連邦憲法擁護白書2009年版』も、左翼党を「左翼過激主義」

(Linksextremismus) の章で取り上げている (BMI, Verfassungsschutzbericht 2009, Berlin 2010, S. 172 f.)。曰く、「一方で同党は、公衆の中での自身の立ち現れ方において、改革志向的な新たな左翼勢力として認められることを目指している。その一方では、党内には相変わらず左翼過激主義的な企てに対する数多くの指標が存在する。それはとくに、左翼過激主義的暴力に対する非統一的な態度、同胞内の公然たる過激主義的結合の極めて広範な (vollumfänglich) 受け容れである。さらに、連邦幹事会の中では、B、…、並びにG、及びトロッキスト組織のメンバーが協働している」(ebenda, S. 173. 原文はB某らにつき実名表記)。

- 39 この展開について、vgl. Droste, a. a. O. (Anm. 8), S. 9–31. 1990年改定については、石村・前掲書(註3) 104–106頁、115–121頁、小島裕史「ドイツの治安関係法令(1)」警察学論集56巻4号(2003年) 115–124頁、がそれぞれ紹介している。
- 40 連邦憲法擁護庁の関連法令のコンメンタールとしては、Droste, a. a. O. (Anm. 8)。また、Hermann Borgs-Maciejewski/Frank Ebert, Das Recht der Geheimdienste, Stuttgart u. a. 1986も、90年改定前のものであるが今なお定評があり、ラメロウ事件上告審判決でも参照が指示されている。
- 41 Erhebungの概念定義について、ボルグス＝マシエヴスキー/エバールの連邦憲法擁護法(72年法)コンメンタールは、収集(Sammlung)という包括概念から、保存(Aufbewahrung)及び整理(Bereithaltung)を除いたものと捉えつつ、Erhebungのメルクマールとして、能動的な情報獲得(aktive Informationsbeschaffung)を挙げ、例えば市民からの通報などの偶然的情報の入手(zufällige Erlangung von Informationsbeschaffung)をErhebungは含まれないと説明する(Borgs-Maciejewski/Ebert, a. a. O. [Anm. 40], §3 A Rn. 11–13)。「したがって、法的意味を持つErhebungは、当事者を目標に定めた意図的な情報獲得のみである」(ebenda, S. 52)。この説明は、ラメロウ事件連邦行政裁判所判決でも引用されている。本稿筆者は、前稿において、Erhebungの訳につき、「獲得」「入手」などとの差異を強調しながらこの能動的な含意を示すため、他の文献の訳出状況も参照しながら(例えば、小島・前掲註[39])「徴取」という訳語を当てたが、日本の現行法令(例えば行政機関の保有する個人情報保護に関する法律2条3号)の用法との対応も考慮し、より一般的な「取得」がさしあたり適切であると考えを改めた。
- 42 vgl. Droste, a. a. O. (Anm. 8), S. 228 f. 監視対象団体の公表物は一般に入手しにくいものも多く、協力者や情報提供者経由のものも少なくはないが、これらも「公表物」に含めている。
- 43 z. B. Droste, a. a. O. (Anm. 8), S. 227.

- 44 以下の説明につき、Droste, a. a. O.(Anm. 8), S. 266–279.
- 45 すでに、石村修『憲法の保障』(尚学社・1987年)328頁が、NPD事件を紹介しつつ、「政府による判断で、このような価値判断がなされ、公表されること」の問題性を指摘している。憲法擁護白書については早くは、山岸・前掲書(註17)292–300頁以下、などが紹介している。また、渡辺重範・前掲書(註2)第16章は、70年代の憲法擁護白書を参照しながら、70年代の政治的過激主義の動向を分析している。
- 46 連邦内務省や1973年版以降の連邦の憲法擁護白書では、「過激主義」と「急進主義」(Radikalismus)とを概念的に使い分けている。前者は「憲法敵対的」と同視が可能な違憲とすべき政党・結社であり、後者は監視対象ではあるが非合法ではない政党・結社とされている(vgl. Borgs-Maciejewski/Ebert, a. a. O. [Anm. 40], §3 A Rn. 68。「過激」には暴力性が伴うのに対し、「急進」には理論・観念レベルでの根本性・根源性が含意されていると整理する、村松・前掲[註14]88頁も参照。ただし、E. イエッセ(小笠原道雄・渡辺重範訳)『戦闘的民主主義』(早稲田大学出版部・1982年)66頁、によれば、両者の区別は流動的なもので、ドイツにおいても日常用法の上では使い分けられていないようである)。加えて、山岸・前掲書(註17)219頁が指摘するように、基本法には存在しない「憲法敵対的」、「憲法敵」という概念が、1975年の「過激派」決定(BVerfGE 39, 334)を嚆矢に、「70年代の『就業禁止』を支える法的範疇の中心的位置を占め」るかたちで流布していった点もここで確認しておく必要があろう。
- 47 この表現は、1974年12月9日の連邦・各州内相連絡会議(IMK)が採択した通称「ヒルシュ報告」(BT-Drs. V/4208)の中で登場した。憲法擁護機関の公表任務の意義を確認した同報告書の抜粋も含めて、vgl. Borgs-Maciejewski/Ebert, a. a. O. [Anm. 40], §3 A Rn. 45.
- 48 Murswiek, a. a. O.(Anm. 23), S. 771. vgl.auch Lars Oliver Michaelis, Politische Parteien unter der Beobachtung des Verfassungsschutzes, Baden-Baden 1999, S. 181–199.
- 49 Michaelis, a. a. O.(Anm. 48), S. 192–194.
- 50 Murswiek, a. a. O.(Anm. 23), S. 773.
- 51 かつてはNPDを「自由主義的な基本秩序にとっての危険な政党」と表記していたが、1975年のNPD決定以降はかかる表記は控えられている(石村・前掲書[註45]328頁、参照)。
- 52 Dietrich Murswiek, Staatliche Warnungen, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe, DVBl 1997, S. 1028.
- 53 このような見方としてz. B. Hans-Jürgen Doll, Der Verfassungsschutzbericht—

ein unverzichtbares Mittel zur geistig-politischen Auseinandersetzung mit dem politisch motivierten Extremismus, NVwZ 2005, S. 658 ff.

- 54 連邦憲法擁護法に対応するノルトライン＝ヴェストファレン州憲法擁護法の規定は、「疑いの手がかり」という文言を採用している(3条1項)。G10法でも、「疑いの事実上の手がかり」(3条1項)という文言が使用されている。
- 55 Murswiek, a. a. O. (Anm. 23), S. 774 f.
- 56 Armin Scherb, Feststellung der Verfassungswidrigkeit ohne Parteiverbot!, RuP 2002, S. 8.
- 57 詳しい展開につき、山岸・前掲書(註17)第4章、参照。なお、水島朝穂「ボン基本法における『自由な民主主義的基本秩序』早稲田法学会誌29巻(1978年)347-348頁は、「憲法敵」概念が「自由民主主義的な基本秩序」にとって代わったという当時の指摘に対して、そうではなく、「前者は後者を必要としている」という見方を提示している。「過激派決定」については、石村修「公務員と憲法忠誠」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(2003年・信山社)471頁以下、等も参照。
- 58 山岸・前掲書(註17)276頁、水島・前掲(註57)347頁。
- 59 Michael Hofferbert, Recht des öffentlichen Dienstes und Berufsverbote (Einleitung), in: Erhard Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, II, Frankfurt a. M. 1977, S. 492. ここでは、水島・前掲(註57)347頁における訳出引用から抜粋するかたちで引用した。
- 60 山岸・前掲書(註17)245-247、276頁、水島・前掲(註57)343頁、参照。vgl. dazu auch Michaelis, a. a. O. (Anm. 48), S. 192-195.
- 61 憲法擁護機関の情報収集の実態を分析するには、危険前段階調査という時間的拡大という側面と、例えば政党特権に抵触するおそれのある活動や、本来の設置趣旨上予定されていない組織犯罪対策への面的・領域的拡大という二つの側面からの把握が必要である。
- 62 これらの訴訟については、vgl. Michaelis, a. a. O. (Anm. 48), S. 23-38; auch Rolf Gössner, Die Republikaner-ein Fall für den Verfassungsschutz? KJ 2004, S. 58 ff.
- 63 したがって、C. メラースは、ラーメロウ事件連邦行政裁判法の判断枠組みの持つ「監視が時間的に完全に無限定にされる」危険を指摘し、その萌芽をこのレバプリーカーナ党訴訟連邦行政裁判法に求めるが(後述のMöllers, a. a. O. [Anm. 84], S. 49)、やや一面的な評価に思える。
- 64 連邦政府の申立書は、加藤一彦『政党の憲法理論』(有信堂・2003年)第8章が詳しく紹介している。
- 65 加藤一彦「NPD違憲政党訴訟と憲法裁判」東京経済大学現代法学10号(2005

- 年) 119頁以下。この手続に関する独語文献は豊富であるが、最近の書であるMöllers/van Ooyen, a. a. O. (Anm. 6), は本事案の全体像を把握するのに有益である。
- 66 政党の違憲手続は、連邦憲法裁の部を構成する8名の裁判官のうち少なくとも6名の特別多数の同意がなければ、被申立人(政党)側に不利な判決を下すことができない(連邦憲法裁判所法15条4項1文)ため、本件では3名の少数意見が法廷意見となった。この点も加藤・前掲(註65)121-122頁の説明を参照。
- 67 判例については、Murswiek, a. a. O. (Anm. 23), S. 122, Fn. 4 f.
- 68 Murswiek, a. a. O. (Anm. 23), S. 122.
- 69 詳細な事実経緯については、vgl. von Stahl, a. a. O. (Anm. 1). フォン・シュタールは、検事総長を務めた後、FDPの政治家としても活躍し、本件憲法異議の原告代理人を務めた弁護士である。
- 70 毛利・前掲(註10)、斎藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』(敬文堂・2010年)55頁以下。
- 71 ここで参照指示されているグリコール決定については、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報の国による公表」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(註20)所収292頁以下、参照。
- 72 Dietrich Murswiek, Maßstäbe für Verfassungsschutzbericht, NVwZ 2006, S. 128.
- 73 Murswiek, a. a. O. (Anm. 72), S. 128.
- 74 背景と争点について、vgl. Volker Beck /Michael Schlicker, Zur Kontrolle der Geheimdienste durch Fragen der Abgeordneten und Fraktionen des Deutschen Bundestages, NVwZ 2006, S. 912 ff.
- 75 監視事実発覚の端緒は、CDU系の労組連合体であるCDAのチューリングン支部が頒布したリーフレットの中にあつた、80年代のラーメロウの政治活動とDKPとのつながりを指摘した記述である。ラーメロウは、このリーフレット作成に際してCDAは憲法擁護機関からラーメロウに関する個人情報の提供を受けたと考え、連邦憲法擁護庁に照会をしたところ、同庁によるラーメロウに関する情報収集の事実が通知されたのである(vgl. OVG NRW, Urteil vom 13. 2. 2009-16 A 845/08-Rn. 205)。なお、非開示情報に関する非開示処分取消訴訟は、ラーメロウ側が敗訴している(Urteil vom 13. 12. 2007-20 K 6242/03-; Beschluß vom 13. 2. 2009-16 A 844/08-)。
- 76 判決の全文は、NRW州裁判所の判例検索サイトから閲覧できる。
http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2007/20_K_3077_06urteil20071213.html

- 77 判決の抜粋は、DVBl 2009, S. 922(mit Anmerkung von Sebastian Söllner). 全文は、NRW州裁判所の判例検索サイトから閲覧できる。
http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2009/16_A_845_08urteil20090213.html
- 78 行政裁判所法137条は、上告理由として原判決の連邦法違反を挙げている。また同144条4項は、「判決理由が現行法に違反しないが、判決自体が他の理由により正当なときは、上告は棄却されうる」と規定している。
- 79 ここで参照指示されたG10法に基づくBNDの戦略的監視に関わる連邦憲法裁判決については、小山剛「戦略的監視の限界」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(註20)所収246頁以下、等参照。
- 80 行政裁判所法137条2項は、「連邦行政裁判所は、原判決が下した事実認定についての適法且つ正当な根拠のある上告理由が提示されている場合を除いて、この事実認定に拘束される」と規定する。vgl. auch BVerwGE 106, 115 (123). 行政訴訟における上告手続については、恩地紀代子「上告の許可」関西大学大学院法学ジャーナル71号(2002年)1頁以下も参照。
- 81 周知のとおり、「既存の秩序に敵対する能動性のある活動的・戦闘的な態度」という要件は、KPD違憲判決で打ち出された定式化である(BVerfGE 5, 85 [141])。判決の評釈として、影山日出彌「政党の違憲性の決定」別冊ジュリスト『ドイツ判例百選』(1969年)12頁以下、樋口陽一「自由な民主的基本秩序の保障と政党の禁止」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(註57)414頁以下、も参照。なお、判決のこの箇所では、ドロステのコンメンタールが3度にわたり参照指示されている(Droste, a. a. O. [Anm. 8], S. 65 ff.)。
- 82 ここで判決は、議員が適用除外とされている2、3の法令を検討し、これらは連邦憲法擁護法とは性質を異にするものであることを論証する。①「連邦の保安検査の条件と手続に関する法律」(保安検査法)は、連邦議会議員への適用を禁じている(2条3項1号)。しかし、そもそも保安検査は原則として連邦憲法擁護庁の管轄ではなく、同庁の勤務者・従事者に関係する場合に、例外的に同庁が自らこれを実施できるだけで(3条1項)。それ以外の場合は、連邦憲法擁護庁は、他の官庁が実施した検査に協力するにすぎない(3条2項)。②議員法44c条は、DDRの国家安全省(スチュージ)の活動について連邦議会議員に対する審査を認めている。この規定は、議員の基本法上の特段の地位にかんがみて、一般市民とは異なる国家的介入の可能性を議員に課しているものである。③G10法は、②と逆に、第三者を対象とする監視措置の際に議員送達郵便を含めることを禁じるもので、連邦議会及び各州議会の議員自身に向けられた措置の中では議員送達郵便は監視の対象となりうる(3条2項4文)。G10法は対象範囲の限定はないが、この規定から

も議員に対する憲法擁護官庁の措置の許容性が前提とされている (Rn. 78)。控訴審判決でも同内容の言及がある (OVG NRW, Urteil vom 13. 2. 2009—16 A 845/08—Rn. 262—264)。

- 83 ここで参照指示のある国勢調査判決の説示を引きつつ、社会的コミュニケーションの中での機能の側面から個人情報保護を説明し、さらに、ユング・フライハイ特訴訟でも問題になった政府の情報提供活動の権利侵害性の問題に着目する文献として、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣・2000年) 410—423頁。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・前掲書(註57)所収60頁以下、も参照。
- 84 Christoph Möllers, Anmerkung, JZ 2001 S. 48 ff.; Matthias Klatt, Die Beobachtung von Abgeordneten, NVwZ 2011, S. 146 ff.; Sebastian Söllner, Anmerkung zu OVG NRW, Urteil vom 13.2.2009, DÖV 2009, S. 928 ff.
- 85 斎藤・前掲 [註70] 61頁。毛利・前掲 [註10] 66—67頁も参照。
- 86 Vgl.auch Foroud Shirvani, Parteienfreiheit, Parteienöffentlichkeit und die Instrumente des Verfassungsschutzes, AöR 2009, S. 585.
- 87 Möllers, a. a. O.(Anm. 84), S. 49 f.
- 88 Möllers, a. a. O.(Anm. 84), S. 49.
- 89 メラースは、「企ての事実上の手がかり」と「企ての嫌疑の事実上の手がかり」をあっさりと同一視したことを問題にする (Möllers, a. a. O. [Anm. 84], S. 49)。両概念を明確に区別し——後者の文言を置くにとどまるNRW州憲法擁護法(本稿註 [54] 参照)とは異なり——連邦憲法擁護法の文言を尊重すれば、「事実上の手がかり」はより具体性を伴ったものが求められるであろう。クラットも上告審の、「事実上の手がかり」の当てはめ段階での質の切り詰めを批判する (Klatt, a. a. O. [Anm. 84], S. 150)。
- 90 警察法の実務・学説状況については、vgl. Frederik Rocher, Das Polizeihandeln, in: Hans Lisken/Erhard Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., München 2007, Rn. 170—174.
- 91 この点、Murswiek, a. a. O.(Anm. 72), S. 124 f.
- 92 この説示は、国家反逆罪(刑法83条)容疑の原告に対するG10法に基づく連邦擁護庁の通信監視を許可する連邦内務大臣令を適法とした連邦行政裁1990年10月17日判決(BVerwGE 87, 23 [28])からの引用であり、本件第一審判決の中にも見られる説示である。90年判決は、この説示に続け、「嫌疑の推論にとって、諜報機関的又は犯罪上の経験が考慮される」と述べており、極めて漠然とした判断枠組みとなっている点が特徴的である。なお、この90年判決の判示自体が、警察・公安官僚の手によるG10法のコンメンタール(Borgs-Maciejewski/Ebert, a. a. O. [Anm. 40], § 3 B Rn. 8)に依拠して

いる点も確認しておきたい。

- 93 ムルスヴィークがユンゲ・フライハイ特決定の評釈内で行なっている範疇化作業が参考になる。すなわち、①革命や政治的暴力行使を呼びかけ、又はそのような活動を予告する発言、②独立の裁判所の廃止の支援といった、「憲法敵対的」目標設定を直接に表現している表現、③自由民主主義的な基本秩序の一要素に向けた批判、④（例えば、特定個人の人間の尊厳を軽視した表現や、連邦議会レベルでの外国人参政権付与は民主主義の原理に合致するという主張など）内容的に自由民主主義的な基本秩序の一要素と合致しない表現、⑤内容的には自由民主主義的な基本秩序と関係しないものの、間接的に「憲法敵対的」目標設定に結びつきうる表現、という具合である（Murswiek, a. a. O. [Anm. 72], S. 124 f.）。ユンゲ・フライハイ特決定は、カテゴリー①～③までに言及し、このうち②と③の表現については憲法敵対的企ての疑いの手がかりとならないと判断した。④と⑤についても、勿論解釈として手がかりとから除外されるであろう。
- 94 マルクス＝エンゲルス（大内兵衛・向坂逸郎訳）『共産党宣言』（岩波文庫）等を参考にした。
- 95 Möllers, a. a. O. (Anm. 84), S. 49; Klatt, a. a. O. (Anm. 84), S. 147.
- 96 Droste, a. a. O. (Anm. 8), S. 169.
- 97 Michaelis, a. a. O. (Anm. 48), S. 158–161; Jörn Ipsen, Art. 21, in: Michael Sachs, GG Kommentar, 5. Aufl., München 2009, Rn. 28–32; Martin Morlok, Art. 21, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2006, Rn. 48–74; Rudolf Streinz, Art. 21, in: Mangolt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 6. Aufl., München 2010, Rn. 99–118; Winfried Kluth, Art. 21, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, GG Kommentar, München 2009, Rn. 100–123.
- 98 z. B. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. Aufl., Heidelberg 1999, RN. 716（初宿正典・赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』[成文堂・2006年] 442頁）。しかし、基本法21条上の政党は同9条の結社には該当せず「特権」からの派生命題ではないと解し、そもそも「特権」という用語自体に疑義を呈する説として、Ipsen, a. a. O. (Anm. 97), Rn. 149. 政党特権については、さらに、水島・前掲（註19）205頁以下、は70年代の文献であるが示唆に富むところが大きい。
- 99 もっとも、この点は連邦憲法裁判所も原則論としては承認しているようである（z. B. BVerfGE 12, 296 [305 ff.]）。しかし、75年の「過激派決定」では、多数意見は政党特権が官吏法領域には及ばないという立場に立った（BVerfGE 39, 334 [359 f.]）。この点につき、水島・前掲（註19）212–213

頁を参照。

- 100 政党の憲法上の地位に関する議論と「たたかう民主制」については、上脇博之『政党国家論と憲法学』（信山社・1999年）53-58頁、115-118頁も参照。
- 101 Möllers, a. a. O.(Anm. 84), S. 48 f. メラースは、被告への举证責任として、左翼党が憲法敵対的勢力と今後とも関わりをもつ可能性の存在ではなく、左翼党が憲法敵対的な政党に発展する可能性が排除されえない点を証明させるべきであったと指摘する。
- 102 P. バドーラの記念論文集に寄せられたM. プレンナーの「議員と憲法擁護」というタイトルの論考（Michael Brenner, Abgeordnetenstatus und Verfassungsschutz, 25 ff.）が参考になる。vgl. auch z. B. Hans Hugo Klein, Status des Abgeordneten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, B. d. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 50; Peter Badura, Die Stellung des Abgeordneten nach dem Grundgesetz und den Abgeordnetengesetzen in Bund und Ländern, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin/New York 1989, § 15, Rn. 1-26. ドイツ憲法の文脈で議員の自由委任を論じた邦語文献として、山本悦夫『国民代表論』（尚学社・1997年）第1章、加藤一彦『議会政治の憲法学』（日本評論社・2009年）第5章、山本悦夫『国民代表論』（尚学社・1997年）第1章、加藤一彦『議会政治の憲法学』（日本評論社・2009年）第5章、等も参照。
- 103 Möllers, a. a. O.(Anm. 84), S. 50. ただ、メラースも基本法が行政権による議員監視を一切認めていないとは解さないで、問題はその限界設定であるが、彼によれば、少なくとも情報収集の前提として議員の個人関連情報に踏み込んではいないと述べている（ebenda）。同様の観点から、個々の議員の監視が議会の意思形成に与える影響を指摘するものとして、Brenner, a. a. O. (Anm. 102), S. 44-46. 議員の自由委任原則と全体としての議会の関係については、vgl. z. B. Martin Morlok, Art. 38, in: Dreier, a. a. O. (Anm. 92), Rn. 129. 議員の政府コントロールについては、vgl. auch Klein, a. a. O. (Anm. 102), Rn. 33-35. 議会による政府のコントロールという課題は、ドイツを参考にした吉田栄司の一連の業績〔吉田『憲法的責任追及制論（1）（2）〕〔関西大学出版部・2010年〕〕がある。
- 104 Brenner, a. a. O.(Anm. 102), S. 47 f. コミュニケーションの自由についての説明として、山本・前掲書（註83）413-414頁文末註（2）の整理が参考になる。
- 105 Brenner, a. a. O.(Anm. 102), S. 53 f. プレンナーは、自説を展開するにあたり議員の免責特権（Indemnität）からの要請も挙げている。もっとも

本件監視の場合、連邦憲法擁護庁は、ラーメロウの議会内での表決や発言を収集範囲から外すことで、(その射程を狭く解した場合の) 免責特権との抵触に配慮している。

- 106 ただし、事前同意によって、秘匿性を本質とする諜報機関的手段の実効性を減じさせるという問題はある。他方、監視の対象として通常想定される議会内少数派への恣意的な監視の実効的な歯止めになるかという問題もある。
- 107 Klatt, a. a. O.(Anm. 84), S. 148.
- 108 Söller, a. a. O. (Anm. 84), S. 92
- 109 vgl. Klatt, a. a. O.(Anm. 84), S. 148 f.
- 110 ゲマインデ議会の場合、ゲマインデ議会が執行機関的側面を有する関係上、自由委任原理を一定の範囲で承認しながらも、それは連邦議会議員や州議会議員と全く同質なものではないという説が有力であるが(駒林良則『地方議会の法構造』[成文堂・2006年] 95-100頁参照)、マンデートの趣旨からすれば、執行部門からの監視行動に対しては、ゲマインデ議会の議員についても連邦議会議員等と同様の保護が認められるべきであろう。
- 111 Möllers, a. a. O.(Anm. 84), S. 50. auch Klatt, a. a. O.(Anm. 84), S. 150.
- 112 Erklärung von Klaus Ernst vom 21. 7. 2010 ([http://www.die-linke.de/index.php?id=251&tx_ttnews\[tt_news\]=12683&tx_ttnews\[backPid\]=35&no_cache=1](http://www.die-linke.de/index.php?id=251&tx_ttnews[tt_news]=12683&tx_ttnews[backPid]=35&no_cache=1))
- 113 辛辣な時事批評で著名な南ドイツ新聞(SZ)のコラムニスト、H. プラントリは、「民主的社會主義」という党文書の文言によって憲法擁護機関による警戒が始まるのなら、SPDも監視対象となるはずだし、基本法の部分的批判で警戒が始まるのなら、連邦軍の国内出動を可能にする基本法改正が持論の前連邦内相ショイブレ(CDU)も監視対象になるはずだと述べる(Süd-deutsche Zeitung vom 22.7.2010)。他方、肯定的なコメントとして、Christian Treubar, Ein gutes Urteil gegen die LINKE, in ZEIT online vom 7.23.2010. そこでは、監視を批判する左翼党こそ、監視国家そのものであったDDR体制を支配したSEDの後継党ではないかといった論が展開されている。
- 114 訴状はラーメロウのサイト
(http://www.bodo-ramelow.de/fileadmin/bodoramelow/Dokumente/Verfassungsbeschwerde_Ramelow2010.pdf)に掲載されている。
- 115 この連邦憲法裁決定については、拙稿・前掲(註26)、宮地基「安全と自由をめぐる一視角」名古屋大学法政論集230号(2009年)335頁以下、等が詳しく検討している。なお、この決定に付されたハース裁判官反対意見は、「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且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」としてテロの脅威の放置こそ市民の行動を萎縮させるという持論を展開し(BVerfGE

- 115, 320 [371 ff.]、学説等でも一定の支持を得ている (z. B. Christian Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes*, JZ 2007, S. 212 f. 拙稿・前掲 [註26] 22-24頁も参照)。しかし、予防的ラスタースearchがドイツに居住するイスラム系男性に実施された「9・11」事件直後の「テロへの恐怖感」の存在が語りえた時期とは異なり、又、左翼党への監視の場合、「憲法敵対的企ての手がかり」があるとされた党内過激派も含めてハース流の逆「動揺効果」論が成立する余地はほとんどない。
- 116 かくして表現の自由の「萎縮効果論」までも視野に入れるべきことになりそうだが、もはや立入ることはできない。ドイツ連邦憲法裁判所の判例動向を辿りながら、そこにおける萎縮効果論の定着を描き出す、毛利透『表現の自由』(岩波書店・2008年)第6章等を勉強しながら、今後の課題としたい。
- 117 山岸・前掲書(註17)58頁、参照。こうした見方に立てば、NPDの政党禁止手続も提訴した連邦政府にとって連邦憲法裁での成否は二次的・付随的なもので、提訴それ自体のシンボリックな効果によって政治的効果はある程度達成されていたと見ることもさえてできる。実際、当時のO. シリー連邦内相は提訴を「シグナル」と位置づけていた。「NPDへの態度を正しく理解しようとするなら、そこに伴う意味づけの側面 (bezeichneter Aspekt) を過小評価してはならない。今日の政治は大部分が意味づけ (Zeichensetzung) で構成されており、まさにNPDに対する禁止提訴はほとんどが象徴的政治である」(Rudolf Wassermann, *Aktivierung der wehrhaften Demokratie*, NJW 2000, S. 3762)。
- 118 もちろんラーメロウ事件は、個人ファイルを作成している点で重大な基本権侵害が生じているので、情報自己決定権に敏感な連邦憲法裁の判例を踏まえれば、容易に正当化することは難しいはずである。
- 119 KPD違憲判決では、「憲法敵対的な意図の証拠として…政党の目標が、最も重要な認定手段とされるべきである」という方針に基づき、「政党の政治的活動全体の基盤として公表されている党綱領は、政党の目標として重要な認定手段である」という理解が示された (BVerfGE 5, 85 [143, 147])。判決のこの点への批判につき、山岸・前掲書(註17)58頁、参照。第4章においても指摘したが、憲法敵対性の事実上の手がかりについて、様々な公表資料を参照しても、最後は「全体的眺望」という印象論的な判断がなされていることも、この審査手法の根本的な問題点である (例えば、Droste, a. a. O. [Anm. 8], S. 179 f.は、事実上の手がかりの具体的資料を例示しながら、党綱領等は限定的な「証拠能力」しかない [それ自体は妥当な] 説明をした上で、「全体的眺望から明らかになる基本的傾向」が決定的に重要だと述べる)。さらに、本稿とは異なる観点からではあるが、Volkman, a. a. O.

- (Anm. 22), S. 580 f.は、党綱領の類はいかようにでも憲法適合的にカムフラージュできると指摘し、審査の実効性に疑問を投げかける。
- 120 連邦行政裁の本件判決を、新聞は「これぞまさに冷戦」(SZ紙)、「冷戦への回帰事例」(FAZ紙)等の表題にて報じている („Das ist wirklich Kalter Krieg“, suaddeutsche.de. vom 21. 7. 2010; „Ramelow: Rückfall in den Kalten Krieg“, FAZ.net vom 2. 7. 2010)
- 121 „Kein Feind der Verfassung“, FR vom 5.2.2011; „Vierzig Jahre Beobachtung“, suededeutsche.de. vom 5.2.2011; „Big Brother verwechselte Freund und Feind“, Spiegel-Online vom 5.4.2011.
- 122 Klatt., a. a. O.(Anm. 84), S. 150、も連邦憲法式の判断に注目する。
- 123 公安機関を題材にした文献・資料は枚挙に暇ないが、一般書として青木理『日本の公安警察』(講談社現代新書・2000年)のみを掲げておく。法学分野に限っても行政法、刑事訴訟法、法社会学など様々な分野の検討があるが、ここでも、憲法学からのアプローチを試みた石村・前掲(註3)第5章及び6章を挙げるにとどめる。なお、NPD違憲訴訟を扱った加藤・前掲(註65)は、日本の現状分析としてオウム真理教解散手続や団体規制法に基づく宗教団体アレフの観察に言及しているが、正鵠を射た問題意識だといえる。
- 124 2000年代に入ってからからの有名な事件だけでも、①防衛庁の情報公開請求者に対する個人ファイル作成、②目黒社会保険事務所事件(堀越事件)などポストینگ規制での警視庁公安部の監視活動、③自衛隊イラク派遣に反対する市民運動・労組・ジャーナリストに対する自衛隊情報保全隊による監視、④同じく情報保全隊による自民党議員の講演会参加自衛官の監視(ただし、これは一部メディアのフレームアップの側面も強い。橘洋之助『産経新聞』が民主党バッシング・キャンペーンで墓穴』週刊金曜日835号[2011年]24—25頁)、⑤公安外事課の「テロ」容疑者情報・協力者情報の流出、等が挙げらるであろう。
- 125 ゆえに例えば、室井力「警備情報収集活動と法治主義」同『現代行政法の原理』(1973年・勁草書房)所収60頁以下、が法解釈論の手法で展開した実務批判は賞味期限を失っていない。
- 126 例えば、公安調査庁『内外情勢の回顧と展望』(及びその記載内容を踏襲している、より流通度の高い『警察白書』)における政党・団体・組織に関する記載内容・記載方法については、ドイツの憲法擁護白書をめぐる近時の議論状況を踏まえて、あらためて検証しなおされるべきであろう。