

「戦略的監視」と情報自己決定権

——BVerfGE 100, 313を中心として——*

小 山 剛

「戦略的監視」と情報自己決定権

- 一 はじめに
- 二 戦略的監視判決
 - 1 事実の概要
 - 2 二つの次元——監視自体の許容性とデータ利用の許容性
 - 3 戦略的監視自体の許容性
 - 4 他機関へのデータ提供
 - 5 その他の問題
- 三 監視・「核心領域」・比例原則
 - 1 戦略的監視の原理的許容性
 - 2 監視の絶対的限界
 - 3 比例原則
- 四 目的拘束性と規範明確性
 - 1 目的拘束の原則
 - 2 規範明確性・特定性と憲法適合的解釈
- 五 むすびにかえて
 - 1 連邦憲法裁判所の基本的態度
 - 2 射程

一 はじめに

安全への要求が高まるにつれ、「監視社会」⁽¹⁾という言葉が象徴的に示すように、プライバシーとの衝突が問題となる場面も増えてきた。安全という言葉に込められる種々の要請、あるいは(広義の)安全によって保全される保護法益は、それ自体は正当なものである。しかし、いくらそれが正当であっても、その実現の方法いかんによっては、古典的プライバシー権および情報自己決定権に対する、看過しえない重大な侵害をもたらす。もちろん、個人情報の取得や使用が原理的に許されないというわけではない。犯罪の具体的な嫌疑および具体的危険に結びつけて、刑事訴訟法や警察法は、一定の範囲および方法による個人関連情報の取得・利用を許容してきた。

本稿で取り上げるのは、そのような犯罪の具体的な嫌疑や具体的危険を前提としない個人情報取得、さらに、これを取得した国家機関がどのような要件の下に他の国家機関に情報の提供を行うことが許されるのかという問題について判断した、ドイツ連邦憲法裁判所の一九九九年七月一四日の「戦略的監視」判決である⁽²⁾(以下、「本判決」と呼ぶ)。後述のように、本判決において確立された戦略的監視に対する連邦憲法裁判所の基本的態度の特徴は、①戦略的監視による個人関連データ取得の段階に加えて、その後のデータ利用の段階に対しても厳格な憲法上の要請を課していることにある。また、②その中身として、目的拘束の原則、侵害を授權する法律上の規定に対する規範明確性・特定性の要請、狭義の比例性が中心的な役割を果たしている。

本稿では、この判決を概観したうえで(二)、データ取得の絶対的限界と比例原則から生じる相対的限界(三)、目的拘束と規範明確性・特定性(四)について、関連判例を含めた判例法利の展開を考察する。これによって、犯罪の具体的嫌疑や具体的危険を前提とせずに国家が個人情報取得しうる(あるいはこれが許されない)のはどのような場合か、また、当該情報の他の官署への提供はどのような要件の下に許されるのか(または許さ

れないのか)について、具体的に考えることができると思うためである。

二 戦略的監視判決

1 事実の概要

(1) 基本法一〇条改正とG 10

(a) ドイツ基本法は、一〇条(通信の秘密)と二三条(住居の不可侵)において個別的にプライバシー権を保障している。しかし、前者については一九六八年に、後者については一九九八年に、基本権の大幅な制限を許容する憲法改正が行われた。本稿に関連するのは六八年の改正であるが、その結果、一〇条二項二文として「その制限が自由で民主的な基本秩序、または連邦もしくはラントの存立もしくは安全の保障に役立つときは、その制限が、制限を受ける者に通知されない旨、および、裁判で争う方途に代えて議会の選任した機関および補助機関による事後審査を行う旨を法律によって定めることができる。」という規定⁽³⁾が導入された⁽⁴⁾。それと同時に、この改正により授權された監視を具体化する法律 *Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zur Artikel 10 Grundgesetz)* ——以下では「G 10と呼ぶ」——が制定された。

このG 10⁽⁵⁾は、次の二つのタイプの通信監視を予定していた(二条)。まず、G 10二条は、ある者が、連邦共和国またはその民主的秩序を脅かす特に重大な犯罪行為を計画し、実行し、完了したという嫌疑についての手がか(Anhaltspunkte)が成立する場合に、個人に結びついた監視が許されるとし、これは「個別的解明」と呼ばれる。加えて、G 10三条は、いわゆる戦略的監視について定めている。この戦略的監視は、当初は、連邦共和国に対する武力攻撃の危険を早期に認識し防衛するためにのみ行うことができた(G 10三条一項二文旧規定)。

(b) G 10 三条旧規定に基づいて行われる通信監視の本質的メルクマールは、それが各個人に対して向けられたものではなく、技術的な理由からも各個人に向けることもできないことであり、個人に結びつかない情報の獲得に奉仕するというものであった。また、戦略的監視に際して個人に結びついた情報を入手した場合には、そのデータを当事者の不利益に用いてはならないとされ (G 10 三条二項一文旧規定)、その例外は、監視が G 10 二条に基づいて命じられた場合と、G 10 二条または刑法一三八条⁽⁶⁾で挙げられた行為を計画ないし実行したとの嫌疑の具体的な手がかり (tatsächliche Anhaltspunkte) が存在する場合に限られていた (G 10 三条二項二文旧規定)。

(c) G 10 五条五項旧規定は、通信の監視を当事者に通知しないものとし、G 10 九条五項旧規定は、裁判による救済の途を排除していた。連邦憲法裁判所は、G 10 五条五項旧規定は監視措置の目的が阻害されなくなった後にも通知を行わないとしている点で違憲無効であるとした (BVerfGE 30, 1)。立法者は、この判決の趣旨に従って法改正を行っている。

(2) 一九九四年犯罪対策法による改正

(a) G 10 は、制定以降、種々の改正を受けたが、重要なのが一九九四年の犯罪対処法による改正である。⁽⁷⁾ この改正により、戦略的監視の対象となる事項は、従来の武力による攻撃 (G 10 三条一項二文一号) のほかに、国際テロの攻撃 (同・二号)、兵器の国際取引 (三号)、連邦共和国への薬物輸出 (四号)、外国で行われる通貨偽造 (五号)、三号から五号で挙げられた行為に関連した資金洗浄 (六号) へと拡大された。

一方、新たに加えられた探知目的に関わる監視は、G 10 制定の時点では技術が未発達だった回線に依存しない国際通信にのみ及ぶとされ (G 10 三条一項一文)、回線に依存した通信関係の監視が許されるのは、侵略戦争の危険が問題となる場合にのみ限定されている (G 10 三条一項三文)。

これと同時に、一九九四年の法改正は、戦略的監視と「個人」とのかかわりを増大させている。G 10 三条二項

二文は、特定の通信接続の意図的な捕捉を禁止している。どれを捕捉するかを選択は、G 10 三条二項一文により、命令において記された危険領域に関わる事態の解明のために特定され、またそのために適合的なキーワード (Suchbegriffe) を通じて行われる。とはいえ、G 10 三条二項三文は、このルールが外国における外国人の通信接続には妥当しないとしており、その電話番号を、いわゆる形式的キーワードとして利用することができるとしている。以前とは異なり、今日では通信が行われた接続を特定することが原理的に可能であるため、これによって事実上、個人関連性が増大することになる。

(b) 新規定は、個人関連データが監視により獲得された場合の不利益利用の禁止についても、重大な修正を含んでいる。G 10 三条三項一文と三条五項一文は、特定の犯罪行為の阻止、解明、または訴追のため、連邦および州の憲法擁護庁、軍防諜部、税関刑事局、連邦輸出局、検察、警察に対して、その任務の遂行に必要な限りでこれを引き渡すことができる旨、定めているためである。個人関連データの利用を正当化する犯罪行為は、当初の規定と比較して、著しく拡張された (G 10 三条三項一文)。

(c) 最後に、監視の通知についても、G 10 三条八項は通知義務に限定を加えている。G 10 三条八項は、個人関連データを連邦情報局 (BND) が取得から三カ月以内に廃棄した場合、または BND からデータの提供を受けた官署が受領から三カ月以内に廃棄した場合には、当事者への通知をしなくてもよいとする。

(3) 異議申立人の主張

本件では、BND が通信を監視・記録・分析する権限、取得したデータを他の官庁に引き渡す権限等の合憲性が正面から争われた。本判決では複数の異議申立てが併合して審理されたが、以下では、第一事件の異議申立人の主張とこれに対する判断のみを扱うこととする。⁽⁸⁾

第一事件の異議申立人は、薬物刑法を研究する大学教授である。その主張によれば、G 10 三条一項二文の二号

から六号による BND の権限拡大と、G 10 三条八項の定める通知義務の限定は違憲であり、加えて、G 10 三条四項 (BND に自身の任務についての審査権・評価権を付与)、G 10 三項三項、五項、七項 (個人関連データの他の官庁への提供権限、他の官庁がデータを審査・評価し、これを別に利用する権限) も違憲である。これらの規定により、基本法一〇条、一条一項、二条一項から生じる基本権が侵害された。

興味深いのは、異議申立人の次のような見解である。

——本質的には、戦略的コントロールは具体的な行為者と結びついた危険の嫌疑とも、それどころか行為と結びついた危険の嫌疑とも関わりなく行う網目スクリーン (Rasterfahndung) の手法である。

——BND は、G 10 三条五項の定める他機関への情報提供権限に明らかなように、結果として、基本権に対する警察的・刑事司法的な侵害権限を持つ危険前域捜査官庁へと変化した。BND はその法律上の権限、さらには憲法上の分離原則に反して、内的安全に結びついた侵害的な秘密警察官庁・捜査官庁になった。

2 二つの次元——監視自体の許容性とデータ利用の許容性

連邦憲法裁判所は、G 10 三条一項一文および二文五号、三項、四項、五項一文、七項一文、八項二文、九条二項三文が基本法一〇条に適合しないと、さらに、G 10 三条八項二文は基本法一九条四項に適合しないとした。

まず、連邦憲法裁判所は、本件で審査の規準となるのは特別法である基本法一〇条であり、基本法一条一項と結びついた二条一項から生じる情報自己決定権ではないとしたが、①国勢調査判決を引用して、基本法一〇条の通信の秘密の保護領域はコミュニケーションの内容、いつ誰と通話したか等のコミュニケーションの事実に加え、その後の情報処理・データ処理手続や捕捉された事実の利用に対しても及ぶとし、②基本法一〇条二項に基づく通信の秘密の制限は、あらゆる基本権の制限と同様に正当な公共の福祉目的を追求し、比例原則を遵守した法律

による規律を要するというだけではなく、通信の秘密に対する侵害によって取得された個人関連データのまさに処理に関して、基本法一〇条から立法者に対する特別な要請が生じるとして、③「その限りで、連邦憲法裁判所が国勢調査判決において基本法一条一項と結びついた二条一項から展開した諸規準は、特別な保障である基本法一〇条にも用いることができる⁽⁹⁾」とした。

この「特別な要請」の出発点となるのは、

——制限の前提条件および範囲が明確であり、各人が法律から読み取れるものであること。「特に侵害の目的が、領域に特化したかたちで、かつ、詳細に規定されていなければならない、収集されたデータがこの目的のために適格的であり必要でなければならない。匿名化されていないデータを不特定の目的または特定できない目的のために蓄えておくことは、これに合致しない。取得されたデータの保存および利用は、閲覧を授権した法律が定めた目的に、原則として拘束される⁽¹⁰⁾」。

——基本権の要請は、通信の秘密を破って獲得されたデータおよび情報の提供にも及ぶ。それは、通常、データの伝達が利用の連関の変更でもあるためであり、それは、場合によっては当事者に対して、当初の利用の連関におけるよりも重大な結果をもたらすことがある。

という認識である。そこには、データ取得の許容性とは別に、データ利用、特に目的の変更を伴う他の機関へのデータ提供が独自に問題となることが示されており、本判決においても、両者は区別して審査された。

以下では、戦略的監視（データ取得）自体の許容性（後述3）、他機関へのデータ提供（後述4）、その他の問題（後述5）の順に、判決の内容を見ることにした。

3 戦略的監視自体の許容性

結論として、連邦憲法裁判所は G 10 一条一項、三条一項二文一号から六号に基づく通信の監視・記録は、基本的に基本法一〇条に適合するとし、G 10 三条一項二文五号（外国で行われる通貨偽造に対する監視）のみを違憲であるとした。

連邦の立法権限を肯定した上で連邦憲法裁判所が審査したのが、G 10 の規定が規範特定性・明確性の要請と比例原則を充足しているかどうかである。

(1) 特定性・明確性

まず、連邦憲法裁判所は、G 10 一条一項、三条一項の規定は通信の秘密に対する侵害権限の特定性 (Bestimmtheit) および規範明確性 (Normklarheit) の要請を、次の理由から充足するとした。⁽¹⁾

「立法者は特に通信監視が行われる目的および獲得された知見が利用される目的を、十分に詳細かつ明確な規範で確定している」。監視により早期に認知しようとしている危険状況は、「十分に詳しく記述されており、他の法律を指示することによってさらに明確化されている。監視の範囲は、電話線によるのではない国際通信に特定されている」。監視が許される前提条件をこれ以上詳しく特定することは、「情報部局の任務および作業のやり方からして、不可能であった」。

(2) 比例性

G 10 三条一項二文五号が違憲とされたのは、狭義の比例性に違反するとされたためである。

(a) 連邦憲法裁判所はまず、G 10 三条一項二文一号から六号に掲げられた危険を適時に知覚し、これに対処するという目的は、公共の福祉の正当な利益であるとした。それによれば、確かに二号から六号で新たに加えられた危険は、ドイツへの武力攻撃という一号の危険ほど重要なものではない。しかし、種々の程度においてである

が、二号から六号の危険は、それが損なわれれば対外的・対内的平和と各人の法益に対する重大な損害をもたらす、高次の共同体法益に関わっている⁽¹²⁾。

(b) 次に、G 10に基づく通信の監視は、立法目的の達成にとって適合的であり、また、法律は、目的の達成のために必要であるとされた⁽¹³⁾。

(c) 最後に、G 10一条および三項一項に基づく制限は、基本的には狭義の比例性の要請を満たしているが、外国で行われる通貨偽造を知ること（五号）だけは、この要請を満たすものではないとされた⁽¹⁴⁾。そこでまず、五号に関する説示を見ることがする。

それによれば、通貨偽造は、武力攻撃やG 10三条の定めるその他の行為に比肩しうる危険ではない。通貨偽造は、外国との結びつきが不可避な危険ではないし、連邦共和国の存立および安全にとって重大な危険であるとも限らない。個別には、外国において通貨偽造が大規模に行われ、連邦共和国の通貨価値の安定やラントの経済力に重大な損害を与えることもありうる。しかし、本件の規定はそのような事例への限定を行っていないため、その限りで危険の程度と基本権侵害の重大性との間に、不均衡が生じている⁽¹⁵⁾。

(3) 戦略的監視自体の比例性

この前提として、戦略的監視それ自体は比例原則に違反するものではないとされたが、そこには、いくつかの重要な説示が含まれている。

(a) まず、各人は重要な一般的利益によって正当化される制限を受けなければならないが、立法者は一般の利益と個人の利益の適切な調整を行わなければならないとされ、衡量の際に考慮されるべき事項が、次のように整理されている。

「基本権の側では、いかなる前提条件の下で、どれだけ数の基本権主体が、どれだけ強い介入に直面しているかが重

要である。従って、規準となるのは介入の閾値 (Einschreitschwelle) がどのように形成されているか、当事者の数、そして侵害の強度である」。また、侵害の強度は、会話の参加者が匿名にとどまるのかどうか、いかなる会話、いかなる内容が補足されるのか、監視によっていかなる不利益が基本権主体に生じ、または基本権主体が理由のないとはいえない恐れを抱くことになるのかによって決まる。

「公共の利益の側では、通信監視が奉仕する目的および利益の重要性が決定的である。これは、とりわけ、通信監視によって知覚されようとする危険がどれほど重大か、また、その発生がどれだけ蓋然的かによって左右される⁽¹⁶⁾」。

具体的な当てはめでは、本件で問題の規定による通信の秘密に対する侵害は重大であるが、通信の秘密を完全に廃棄し、基本権の本質的内容を侵害したとする異議申立人の見解は妥当ではないとされた。基本法は、外国の偵察の目的であっても「グローバルで包括的な監視」を許容するものではないが、そのような監視は本件でも行われていないし、特定の基本権主体についてすべての通信を前提条件なしに捕捉するわけでもない。むしろ、監視および記録は法的にも事実上も、限定されているとされた。

他方で、連邦憲法裁判所は、基本権侵害を相対的に軽微であると評価した一九八四年の G 10 判決⁽¹⁷⁾を修正した。この先例は、戦略的監視は特に重要な目的 (連邦共和国に対する武力攻撃の防止) に奉仕し、各人がコントロールに服することになる蓋然性もきわめて低いものであり、原則として匿名にとどまるために軽微な負担を課すに過ぎないから比例的であるとしていたが、現在では、この評価はもはや妥当しないとされた。

(b) 第二は、戦略的監視に直接に関わる説示である。ここでは、異議申立人の見解とは異なり、法律の定める監視等の権限は「伝統的には危険防御の領域で具体的危険、刑事訴追の領域で十分な犯行の嫌疑として示されていた介入の閾値に欠けているというだけの理由で比例に反することになるわけではない」とされた。「確かに監視は、嫌疑なしに行われる。加えて、基本権侵害は、不当な嫌疑にさらされるという一般的风险に尽きている

わけでもない。……すべての人が監視措置の客体となりうるのである。しかしながら、種々の目的は、G 10 における侵害前提条件を、警察法・刑事訴訟におけるそれとは異なるように定めることを正当化する」とされたのである。⁽¹⁸⁾

当てはめでは、以下のように説示されている。確かに、通信の監視によって対処すべき重大な危険といえども、外国偵察を目的とした通信の監視をいかなる前提条件や制限もつけずに行うことを、憲法上、正当化することはできない。しかし、G 10 三条一項一文・二文には、一定の実体的基準と手続的保障が含まれている。G 10 で採られている保障を考慮すれば、連邦政府に情報を与えることを目的とした捕捉および監視は不適切 (unangemessen) ではない。捕捉される遠距離通信の数は多数であるが、国際通信の総数からすれば、その一部にすぎない。その際、「G 10 三条二項二文に含まれる、特定個人の接続を狙い撃ちして監視することの禁止」が意味を持つ。そのような禁止がなかったならば、嫌疑のない侵害であること、捕捉される通信が広く及んでいること、通信の参加者を同定しうることからして、比例原則に違反することになったであろう⁽¹⁹⁾」。

4 他機関へのデータ提供

上述のように、通信の秘密の基本権による保障は、データ取得の段階だけではなく、その提供にも及ぶ。「特に侵害の目的が、領域に特化したかたちで、かつ、詳細に規定されていなければならず、匿名化されていないデータを不特定の目的または特定できない目的のために蓄えておくことは許されない。取得されたデータの保存および利用は、取得の当初の目的に原則として拘束されるのであり、データの提供は、例外的にのみ許されることになる。」

G 10 三条五項一文は、三条三項一文の「目的」を要件に、連邦および州の憲法擁護庁、軍防護部、検察、警察

等の他機関に対して、それぞれの任務の遂行に必要である場合にデータを提供すべきことをBNDに命じている。この規定は、「完全には基本法10条の規準……に適合しない」とされた。特に詳しく審査されたのは、この規定が「目的拘束」に反しないかどうか、また、比例原則に反しないかどうかであった。

(1) データの提供と目的拘束

目的拘束の原則について、本判決は、次のような一般的説示を行っている。

——目的拘束の原則は、目的の変更を一切許容しないわけではないが、目的を変更するには、形式的にも実質的にも基本法に適合した法律の根拠を持たなければならない。そのためには、目的変更が、基本権上の利益に優越する一般の利益によって正当化されるものでなければならない。また、新しい目的が、情報を受け取る官庁の任務および権限に結びつけて、十分に明確な規範として規律されていなければならない。さらに、データ収集が行われた当初の目的と変更後の目的との間に、齟齬があつてはならない。⁽²⁰⁾

——目的拘束を担保するためには、当該データが通信の秘密に対する侵害により取得されたデータであることが引き続き認識できなければならない。そのような標識づけが、憲法によって要請される。⁽²¹⁾

(a) 本判決はまず、犯罪行為の防止・解明・訴追が基本法上、重要な意義を持ち、「まさに重大犯罪の実効的な解明は法治国家的共同体の本質的な委託である」ことを理由に、G 10の規定の目的には憲法上の疑義がないとした。⁽²²⁾

次に、本判決は、国勢調査判決の核心である、個人関連データの提供および再利用についてその目的を「領域に特化したかたちで、かつ、詳細に」定めなければならないという要請を満たしているかを検討する。結論として、①G 10三条五項は個別に列挙された受領機関の任務の履行に必要な限りで、という限定を付しており、②G 10三条三項一文はそれぞれの官署の任務の範囲内に加えて、利用目的をカタログに列挙された犯罪行為の防止・

解明・訴追へと限定していることを理由に、立法者はこの要請を遵守しているとされた。

(b) 最後に、(個人関連データが提供される) 諸目的は、通信の秘密の制限のもとで行われるデータ収集を正当化する当初の目的とも合致するとされた。⁽²³⁾ 連邦憲法裁判所はまず、以下のように説示して、データ提供による「迂回」を禁止する。

BNDが行う嫌疑なき通信の監視は、戦略的コントロールのためにのみ許される。その特徴は特定個人を標的にした措置ではなく、連邦政府が報告を受けるべき国際的危険状況に関わるものだということである。この限定された利用目的のみが、基本権侵害の広範さと深刻さを正当化する。かりに基本権侵害がはじめから犯罪行為の防止や訴追を目的にしていたとすれば、そのような権限は、基本法10条に合致するものではない(G10判決を引用)。特定の収集手段の投入に対する基本権により要請された制約は、その手段によって特定の利用目的のために適法に収集されたデータが、そのような手段の投入が許されない諸目的のために提供されることにより、迂回されてはならない。

とはいえ、基本法10条は、あらゆる提供を禁止しているのではない。「他の観点の下で収集されたものであっても、犯罪行為の防止、解明、訴追に関連する情報が慎重な審査の後にG10三条五項に掲げられた官庁に提供されることは、第一次的目的に矛盾するものではない。問題の提供規定の規準(Vorgabe)は、——G10三条五項一文および三条三項一文に基づく提供の閾値、G10三条五項二文における裁判官職の資格を持つ職員による特別な審査——は、提起された要請を充足するものである」。

(2) 比例性と„je desto“公式

しかしながら、他機関への情報提供を供するG10の規定は、「過剰侵害禁止と完全に適合するものではない」とされた。問題の規定は、手段の適合性、必要性に欠けているわけではない⁽²⁴⁾が、狭義の比例原則を十分に考慮していないとされたのである。

本判決は、他機関への提供が新たな基本権侵害であるとし(a)、その比例性は「*Je desto*」公式に従って判断されるべきだとした(b)。

(a) 本判決はまず、他機関への情報提供が新たな、重大な基本権侵害であるとする。それによれば、⁽²⁵⁾

「侵害の重大性は、個人関連データの提供が通信の秘密を新たに打ち破ることであり、最初の介入よりも重大な侵害を結果としてもちうることから生じる」。データ提供の作用は、情報を知る者の範囲が広まるだけではなく、監視の当事者に対する措置が結びついている。BNDは個人に結びついた措置をとることがまったくできないし、連邦政府もその政治的対抗戦略の枠内において通信参加者に対抗する措置を予定していないのに対して、G10五条一項によりデータの提供を受ける官署は、通常、当事者に対する捜査や調査を行い、場合によっては刑事手続を開始することができるのである。

侵害の重大性については、さらに、BNDの情報獲得手段が意味を持つ。その手段は、嫌疑なしに、また広い範囲で行われるため、通信の秘密に対して特に持続的に干渉を加えるものであり、これが基本法一〇条に合致するのは、ただ戦略的監視の目的にのみ奉仕し、また、通信参加者の特定が、断片的でそのため解釈を要する情報の解明に必要な場合

に限り許されているからにはほかならない。
「このような事情の下では、提供の適切性 (Angemessenheit) が充足されるのは、①その奉仕する利益が通信の秘密に優越し、②データがその利益にとって関連があることと、当事者が犯罪行為を行ったことに十分な蓋然性があることについての確実な基礎 (sichere Basis) がある場合に限られる。これに欠けるならば、要求可能性の限界を超越することになる」。

(b) 基本権に対する侵害が重大であるとされる以上、その正当化には、高いハードルが課せられることになる。本判決は、①保護される法益の「高度の重要性」と②「嫌疑に対する十分な事実の根拠 (hinreichende Tatsachenbasis)」とが、「必要不可欠」であるとした。⁽²⁶⁾

これをうけて連邦憲法裁判所は、次の二つの“je-desto”公式を展開する。

——①「法益が重要であればあるほど、また、その行為によって広範な損害をこうむる、またはこうむったのであればあるほど、脅かされた侵犯または発生した侵犯へと推論する蓋然性は低くてよいし、場合によっては、嫌疑の基礎となる事実是不確実であってよい」⁽²⁷⁾。

——②「法益が重要であればあるほど、提供の閾値 (Übermittlungsschwelle) は、脅かされた法益侵害の前域へと前倒しすることが許される。具体的手がかりという要件に結びついた犯罪計画行為がデータ提供の閾値として十分とされるためには、法益は、極めて重要 (übertragend wichtig) でなければならぬ」。すなわち、「立法者が保護法益をいくつかの高次の法益に限定し、その法益に対して生じうる損害が極めて重大なものである場合には、立法者は、提供の閾値を相対的に低く設定することを禁じられるものではない」。反対に、保護法益のカタログを著しく拡張し、また、危険に曝される程度が相対的に低い行為をも防止すべき結果に取り込む場合には、立法者は、提供の閾値を高く設定しなければならない」⁽²⁸⁾。

(3) 当てはめ

二つの“je-desto”公式を読めば、本判決における当てはめの思考過程やその結論も、おのずと推測できよう。(a) 連邦憲法裁判所は、G 10 三条三項と結びついた三条五項には、G 10 二条に基づき通信の秘密の制限を命じられた者のデータ提供に限っては問題はないとした。しかし、その他のものについては、十分な限定に欠けている。そのことは、①犯罪行為カタログ、②犯罪行為の嫌疑の基礎となる事実、③法益に対する危険の時間的広がり、の相互作用から明らかとなるとされた。

具体的には、BND が他の官署に情報を提供できるとされる犯罪行為には、最高次の共同体法益を害し、それどころか国家の法益保護能力さえも脅かすような重大なものから、中程度の犯罪領域に含まれる犯罪行為まで、雑多なものが含まれている。嫌疑の基礎となる事実も、例えば刑事訴訟法一〇〇a 条⁽²⁹⁾と比べて、相対的に低く設

定されている。刑事訴訟法一〇〇a条が「特定の事実 (bestimmte Tatsachen)」を要求しているのに対して、G 10 三条三項と結びついた三条五項は、データ提供について「具体的な手がかり」でよいとしている。最後に、刑事訴訟法一〇〇a条に基づく可罰的未遂よりも前の計画段階をも取り込んだことにより、提供は、ほとんど際限のない前域で行われるようになっていく。

(b) 連邦憲法裁判所は、このことから一方における犯罪行為の予防と他方における犯罪行為の訴追に対して、異なる帰結が生じるとし、それぞれの場合のデータ提供に対して次のような要件を課した。

——まず、刑事訴追の場合には法益侵害はすでに発生しており、その制裁が問題となっているため、G 10 に基づき通信の秘密に対する侵害により取得された個人関連データの提供の閾値は、刑事訴訟法一〇〇a条の要件を下回るものであってはならない。「さもないければ、当事者となる基本権主体の数が、要求可能な範囲を超えることになる」。G 10 三条三項一文は、嫌疑に対する「具体的な手がかり」があればよいとし、刑事訴訟法一〇〇a条よりも明らかに後退しているため、提供の閾値を要求可能な程度を超えて低く設定している。

——一方、犯罪行為の防止に関しては、①嫌疑の基礎が事実に基づく手がかりでよいとされ、②すでに計画段階に結びつけられており、③必ずしも重大ではない犯罪行為も含まれているという事情から、「当該基本権に不利に、明らかに不均衡をもたらしている」。

「それゆえ、立法者は、犯罪行為防止のための提供規定のすべての要素に、同時に固執することはできない」。すなわち、基礎となる事実および計画段階への前倒しを維持しようとするのであれば犯罪行為カタログは限定されたものでなければならず、反対に現在の犯罪行為カタログは、予測の確実性に対して高い要請が課せられた場合にのみ、正当化できる。

5 その他の問題

本判決では、そのほかにも、G 10のいくつかの規定が憲法に違反するとされた。なお、異議申立人の一部がジャーナリストであったことから、本判決ではプレス(30)の自由（基本法五条一項）に対する違反も問題となったが、本稿では取り上げない。

(1) BNDと目的拘束・過剰侵害禁止

G 10三条四項は、BNDに対して、通信監視による取得した個人関連データが当該措置を正当化する目的にとって必要であるかどうかの審査を命じる。連邦憲法裁判所は、この規定だけをとれば憲法上、非難されるべき点はないが、基本法一〇条から生じる目的拘束の要請と、過剰侵害禁止とを十分に考慮していないため、通信の秘密に合致しないとした⁽³¹⁾（なお、本判決は、目的拘束を担保するためには当該データが通信の秘密に対する侵害により取得されたデータであることが引き続き認識できなければならないとし、そのような標識づけが、憲法によって要請される⁽³²⁾としていた）。

それによれば、

—— G 10三条四項がBNDに個人関連データの目的適合性の審査を要求していること、また、G 10三条六項一文が審査の結果不要であるとされたデータの破棄または消去を命じていることは、目的拘束の原則を考慮している。しかし、法律には、廃棄ないし消去されなかったデータに関して目的拘束が保持される保証がない。加えて、G 10三条四項は、基本法一〇条から生じる「標識義務」を考慮していない。

—— 問題の規定には、過剰侵害禁止に適ったさらなる分析のための閾値を予定していない。データの利用に対して一定の要請を課したG 10三条三項はBNDには関係していない。この規定は、G 10三条五項に基づきデータが提供された官署に向けられている。BNDはG 10一条一項、三条一項の掲げる危険領域に対し十分な情報機関の重要性のあるデータのみを分析することが許されるとする規定が、この法律には含まれていない。そのような閾値は、基本法五条一項二文との関係でも重要である。

(2) 連邦政府への報告

BND 法一二条に基づく BND の連邦政府に対する報告義務 (G 10 三条三項二文により G 10 三条三項一文の制約から除外されている) もまた、通信の秘密の十分な保障に結びついていないとされた。⁽³³⁾

G 10 三条三項二文が BND 法一二条に基づく報告義務を G 10 三条三項一文の利用目的の制限から除外したこと自体は非難されるものではない。なぜなら、G 10 三条三項一文の制限は BND の任務に適合するよう定められたものではないためである。とはいえ、通信のコントロールを正当化する G 10 一条一項、三条一項一文・二文の目的に対する拘束が規定されていないことは、基本法一〇条に違反する。さらに、個人関連データの「標識義務」がないことも基本法一〇条に違反する。

このような保障は、連邦政府との関係でも欠落している。基本法一〇条の保護作用は、データを取得する BND に対してだけではなく、連邦政府に対しても及ぶ。「連邦政府との関係において、基本権主体の保護の必要性は、それどころか BND との関係におけるそれよりも大きい」。なぜなら、BND は事象の観察および分析を行うだけであるのに対して、政治的機関であり執行権の頂点にある連邦政府は、その知見を、当事者に重大な侵害をもたらす措置へと移しかえることができるためである。そのため、「連邦政府もまた、データを自由に扱ってはならないのである。通信の内容および状況について知ることが許されるのは、G 10 三条一項二文一号から六号までに挙げられた危険を適時に認識し、その防御のための措置をとるために限られる。それゆえ、これらのデータを他の目的のために蓄積または利用すること、連邦政府にも許されていない」。

(3) 情報受領機関と目的拘束

さらに、情報受領機関に対して、第五項に基づき提供されたデータが第三項に掲げる目的にとつて必要であるかを審査することを義務づける G 10 三条七項も基本法一〇条に合致しないとされた。⁽³⁴⁾ その理由は、「標識義務」が定められていないことによる。

(4) 当事者への通知の排除

当事者への通知義務の範囲を限定するG 10三条八項二文もまた、基本法に適合しないとされた⁽³⁵⁾。とはいえ、G 10三条八項一文が通知を限定していること自体は違憲ではない。基本法一九条四項三文と結びついた一〇条二項は、自由で民主的な基本秩序、または連邦もしくはラントの存立もしくは安全の保障に役立つ通信の秘密の制限について、通知を行わないことを許容しているためである。

一方、G 10三条八項二文は基本法一〇条および一九条四項に違反するとされたのは、次の理由による。

この規定に従えば、BNDまたはデータを受領した機関が三カ月以内にデータを消去した場合には、通知は行われない。この規定は、三カ月間という期限にのみ焦点を当てており、この期限内にデータに対して何が行われたかは問題とはならないため、BNDは、この規定を、三カ月以内の消去を義務づけるものであるとして扱っている。

行政の実行可能性は、通知義務のるように広範な排除を正当化するものではない。確かに、多くの数が捕捉され、また、取得された素材の多くが無関係として直ちに消去されるという事情は、通知が断念されることの理由となる。しかし、単なる時間の経過だけでは不十分である。なぜなら、それだけでは、捕捉されたデータが期限内に他の一切の利用に供されないことが含まれていないためである。

「原則として権利保護が必要となる侵害がすでにデータ捕捉の段階で生じていることをさておいても、利用は、通常、重大な負担を当事者に与える。そのような事情の下では、通知の断念は、せいぜいのところ、捕捉されたデータがそれ以上の段階を踏まずに無関係なものとして直ちに廃棄された場合にのみ正当化されうる。そのような限定をせずに、G 10三条八項二文は基本法一〇条二項および一九条四項を比例性に反して制限している」。

(5) 司法的救済の排除

その一方で、司法的救済を排除するG 10九条六項の規定は合憲であるとされた⁽³⁶⁾。

この規定の憲法上の根拠である基本法一〇条二項二文は、自由で民主的な基本秩序、または連邦もしくはラン

トの存立もしくは安全の保障に役立つ制限について、裁判所にかえて議会の選任した機関および補助機関による事後審査を行うことができる旨を定める。

G 10 九条六項は、この基本法一〇条二項二文の枠に収まっている。司法的救済の途の排除は G 10 二条および三条一項二文一号に基づく命令の場合に限定されており、二号から六号の場合には及んでいない。議会による統制は G 10 九条で確保されている。また、当事者には、G 10 五条三項に基づき、通知後の司法的救済の途が開かれている。それによって G 10 二条および三条一項二文一号の場合にも当事者に通知が行われれば司法的救済の途が開けるのかどうかは、憲法上の観点からは問題とはならない。憲法上、確認すべきは、G 10 五条五項三文の解釈上、通知が司法的救済の途の前提条件となつてはならないことである。当事者が別の方法で監視を知った場合にも、司法的救済を求めることができなければならない。さもないれば、権利保護は必要限度を超えて制限されてしまう。

(6) データ消去

データ消去に関する G 10 三条六項、七項二文・三文および七条四項の規定は合憲であるとされた⁽³⁷⁾。ただし、その際に、基本法一九条四項が権利保護を挫折させるような措置を禁止しており、不必要なデータを消去すべき義務は、権利保護の保障と調和的に解されなければならないことが指摘されている。

(7) 委員会による統制

制限措置の委員会 (Kommission) によるコントロールについて定める G 10 九条二項三文の規定もまた、基本法一〇条に適合しないとされた。

その第一の理由は、「コントロールがデータの捕捉および利用のすべてのプロセスに及ぶことが十分に保障されていない」ためである。詳細は省くが、規定は委員会のコントロール権限が大臣の命令に対してのみ結びつ

ていると読める体裁になっており、実務上もG10三条三項、五項、六項、八項の事例に対しては委員会によるコントロールが行われなかった。本判決は「個人関連データの領域における厳格な特定性の要請」を指摘し、規定はその射程を明確にするものでなければならなかった。

加えて、①犯罪対策法により著しく拡大したBNDの監視活動にかんがみ、委員会はその任務を実効的に果たしうる人員を整えなければならないこと、また、②G10三条五項に基づき州の官署にデータが提供される場合、州の行政の領域においても十分なコントロールが行われることを要求している。

三 監視・「核心領域」・比例原則

以上のように、本判決は、戦略的監視による個人関連データ取得の段階に加えて、その後のデータ利用の段階に対しても厳格な違憲審査を行った。目的拘束の原則はもとより、規範の特定性・明確性および比例原則は、データ取得の段階だけではなく、国家が情報自己決定権に介入するすべての段階で、憲法上の要請として妥当する。以下では、戦略的監視の原理的許容性（後述1）、その絶対的限界（後述2）、比例原則に基づく限界（後述3）の順に、関連判例を含めて考察することにした。目的拘束の原則、規範特定性・明確性の要請については、後述（四）で扱う。

1 戦略的監視の原理的許容性

(a) すでに見たように、本判決は、戦略的監視は「伝統的には危険防衛の領域で具体的危険、刑事訴追の領域で十分な犯行の嫌疑として示されていた介入の閾値に欠けているというだけの理由で比例に反することになるわけではない」と説示し、具体的危険を前提としない監視がそれだけの理由で違憲となるものではないとした。⁽³⁸⁾よ

り明確に、ノルトライン・ヴェストファーレン州警察法に基づく網目スクリーン捜査の合憲性が問題となった二〇〇六年四月四日の決定（以下、「網目スクリーン捜査決定」と呼ぶ）では、次のように説示されている。⁽³⁹⁾

「立法者は、侵害権限の形成に際して伝統的危険概念に結びついた警察法上の侵害の限界に拘束されることを必ずしも強いられるわけではない」。「立法者が危険状況についての新しい、または従来とは異なる認識を行うことはその評価特権 (Paragative) に含まれることであり、そのような認識に基づいて、立法者が警察法の領域における伝統的な国家法的拘束を継続的に発展させることを、憲法は原則として禁じるものではない」。

(b) もとより、網目スクリーン捜査決定も、これらの説示の直後に、立法者が伝統的な危険防御の法理から離れる場合の限界（同決定においては、比例原則）に論を進めている。しかしながら、限界を遵守する限りにおいて、立法者は原則として、状況の変化に対応して具体的危険という侵害前提条件から離れることができるとされていることは重要である。⁽⁴⁰⁾

そうなると、戦略的監視、あるいはより広く、伝統的な危険概念から離れることに対して、どのような理屈により実質的限界を画することができるのか極めて重要となる。通信の秘密の侵害が問題となった本判決（戦略的監視判決）や情報自己決定権の侵害が問題となった網目スクリーン捜査決定では、比例原則がこの実質的統制の中心的役割を果たしてきた。一方、基本法一三条（住居の不可侵）にまで目を向けると、連邦憲法裁判所は、二段構えの構成をとっていることがわかる。すなわち、①私的生活形成の核心領域を侵害するような監視は衡量を行うまでもなく絶対的に禁止されるとし、②その残余の部分について、比例原則による統制を行う、という構成である。

そこで次に、（戦略的監視ではないが）住居に対する聴覚的監視が問題となった事例を取り上げ、この絶対的禁止の要請およびその帰結に目を転じることにはしたい。

2 監視の絶対的限界

(1) 基本法一三条の改正と住居の監視

(a) 連邦憲法裁判所の二〇〇四年三月三日の聴覚的監視判決⁽¹⁾において問題となったのは、一九九八年の基本法改正で導入された基本法一三条三項自体の合憲性と、この憲法規定の授權に基づき制定された住居の監視を許容する法律の合憲性である。

一九九八年の基本法改正は、特に組織犯罪対策を念頭においている。技術的手段を用いた住居の監視の必要性は、一九九〇年代初頭から繰り返し主張されていた。いくつかの州警察法には、技術的手段を用いた危険防御のための住居監視を授權するものがあつたとされる。また、刑事訴訟法を改正した一九九二年七月一五日の法律は、組織犯罪に対抗するために住居外における会話の盗聴を授權したが、法案に含まれていた住居内の会話の秘密裏の盗聴は、憲法上の疑義から削除された。その後の議論では、住居の監視のためには基本法改正が必要であるという点では一致が成立していたが、その法的許容性および刑事政策上の必要性については争いが続いた。

一九九八年の改正は基本法一三条に四つの項を追加するという大規模なものであるが、聴覚的監視判決で問題となった一三条三項新規定は、次のものである。

「一定の事実によって、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したとの嫌疑が根拠づけられるときは、事態の捜索が他の方法によっては比較にならないほど困難になり、あるいは見込みがなくなるであろうと考えられる場合には、裁判官の命令に基づき、被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を講じることが許される。この措置には、期限が付けられるものとする。この命令は、三名の裁判官による合議体によって下される。危険が急迫しているときは、この命令は一名の裁判官によってもこれを下すことができる。」

(b) 連邦憲法裁判所は、①基本法一三条三項は憲法改正の限界について定めた基本法七九条三項に違反するも

のではないとし、また、②住居のあらゆる聴覚的監視が基本法一三条一項に含まれる人間の尊厳の内容に違反するものではないとしたが、③基本法一三条三項に大幅な限定解釈を施すことによってその授權の内容の絞りこみを行い、④一九九八年五月四日の組織犯罪対策改善法によって導入された刑事訴訟法上の規定は、人間の尊厳の保護（基本法二条二項）、比例原則、実効的な出訴の途の保障（二九条四項）、法的聴聞請求権（二〇三条一項）を充足しないとした。

(2) 絶対的限界としての人間の尊厳

(a) まず、基本法一三条三項が人間の尊厳（一条一項）に違反し、基本法改正の限界に違反するのではないかという問題について、連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

基本法一三条三項における法律による聴覚的住居監視の導入の授權は、基本法一条一項と結びついた七九条三項に違反するものではない。なぜなら、一三条三項の授權はこの限界を遵守した法律上の規律等のみを許容しているためである。憲法上の授權の限定は、一部は基本法一三条三項に含まれているが、さらに、体系的な憲法解釈によって援用される諸憲法規範との関わりからも生じる。⁽⁴²⁾ このため、七九条三項違反の審査の対象となるのは、「他の憲法上の諸規準と結びついた基本法一三条三項」である。⁽⁴³⁾ 基本法改正によって導入された基本権の制限は、特に基本法一条一項に依拠した、また、比例原則を適用した体系的解釈によって解釈されなければならない。⁽⁴⁴⁾

(b) この体系的解釈によって、基本法一三条三項には次のような限定が加えられた。

基本法一三条三項は、その法律による内容形成によって、住居の聴覚的監視による情報収集が基本法一条一項および二条一項と結びついた一三条一項の保護する私的生活形成の不可侵の領域に到達した場合にはこれを禁止するものであると理解されなければならない。⁽⁴⁵⁾ 「規範の明確性の原則を顧慮して、聴覚的監視の種類および方法が人間の尊厳の侵害をもたらさないようにする法律上の規律が必要である。……聴覚的な住居の監視が予期せず

に絶対的に保護されるべき情報の収集に至った場合には、監視は直ちに中止され、記録は直ちに廃棄されなければならない⁽⁴⁶⁾。絶対的に保護されるべきデータのあらゆる利用は禁止される。

具体的には、次のような規準が帰結された。

——ある事情が私的生活形成の不可侵の領域に属するのか、それとも一定の条件の下で国家の介入を許容する社会的領域に属するのかは、果たしてその事情に社会的意義ないし社会的関連があるのかどうかによって判断されるのではなく、その社会的意義ないし関連が具体的事例においてどのような性質であり、どれほど強いのかによって判断されるべきである⁽⁴⁷⁾。

——すでに行われた犯罪を内容を含む会話は、その内容上、私的生活形成の不可侵の領域に属するものではない。しかし、だからといって、犯罪の嫌疑と被疑者の発話との間につながりがあるというだけで、社会的関連が肯定されるわけではない。例えば、内心の心情や感情を語るにすぎず、具体的な犯罪への言及を欠くような対話は、可罰的行為の原因や動機が説明されているとしても、それだけで共同体関連性を持つものではない⁽⁴⁸⁾。

——生活形成の核心領域への侵害を回避するためには、住居において非公然に語られた言葉の盗聴は、ある者が一人で、または特別な、核心領域に関わるような信頼関係にある人物と二人きりでおり、会話の内容が犯罪への直接の関わりを明らかにするであろうことについての具体的な手がかりがない場合には、禁止される。確かに、各人が最も親密な者と住居において行う会話のすべてが核心領域に属するわけではないが、人間の尊厳保護を実効的なものとするためには、そのような「推定」が働く。「絶対的に保護された会話が盗聴措置によって捕捉される蓋然性がある場合には、盗聴措置は排除されなければならない⁽⁴⁹⁾」。

——個人の住居の盗聴は、たとえ原理的には許容されるものであるとしても、刑事手続に関連した内容が含まれることとの蓋然性がある会話状況に限定して行われなければならない。まず情報収集をした上で、これが絶対的に保護される私的生活形成の核心領域に関わるかどうかを確認する、という手順は許されない。「時間的・空間的な『包括的監視(Rundumüberwachung)』は、極めて高度に個人的な会話が盗聴される蓋然性が高いため、許されない。監視が長期

間に及び、当人のあらゆる行動や生の表出がほとんど欠けるところなしに記録され、それに基づいて人物プロフィールが作成できるほど包括的な場合には、人間の尊厳に違反する⁽⁵⁰⁾。

——絶対的に保護された会話を捕捉する蓋然性についての十分な外見的表徴に基づき住居の聴覚的監視に対する禁止が成立しない場合には、被疑者の会話が盗聴されてよい。「会話内容の評価に対して人間の尊厳保護の観点から必要な『最初の一瞥 (Sichtung)』は、憲法上非難されるものではない」とはいえ、基本法一条一項を保護するためには、私的な住居の盗聴に際しては、盗聴された会話を自動的に記録するだけではならず、いつでも中断できなければならない。「住居の監視中に私的な生活形成の不可侵の核心領域に属する状況が生じたならば、監視は中断されなければならない。それでもなお行われた記録は、廃棄されなければならない。取得された情報の提供および利用は禁止される。基本法一三条三項は、そのような記録を証拠として利用することの禁止が成立するというように解釈されなければならない」⁽⁵¹⁾。

(3) 「核心領域」と比例原則

以上の説示から明らかなように、住居の聴覚的監視について、連邦憲法裁判所は私的な生活形成の核心領域の不可侵を第一の憲法上の要請として掲げた。この核心領域に属するような会話を捕捉すること、また、そのような会話を捕捉する蓋然性のある状況下での監視は許されない。ある人物の全体像を捕捉するような監視も、人間の尊厳に反するものとして禁止される。この不可侵の核心領域については、比例原則に基づく衡量は行われない。

比例原則が登場するのは核心領域に関わらない、公権力による介入が許される余地のある領域における住居監視についてである。なお、この聴覚的監視判決においても、いくつかの法律上の規定が比例原則違反となったが、それは、本判決（戦略的監視判決）と同じく、すべて狭義の比例原則に違反するとされたものである⁽⁵²⁾。

狭義の比例原則については、次に詳しく扱うことにしたい。

3 比例原則

(1) 比例原則による統制の可能性

比例原則は、手段の適合性、手段の必要性、狭義の比例性という三原則から構成される。⁽⁵³⁾ 比例原則は、「法律の留保から比例的法律の留保へ」⁽⁵⁴⁾ という評価が示すように、最も重要な「基本権の制限の制限」として機能している。このため、国家の介入時点の前倒しに対して実質的限界を画することができるかどうかは、比例原則による実効的な統制が可能であるかどうかに決定的に依存するといえることができる。

(a) 通信の秘密に関しては、すでに基本法一〇条の改正が問題となった一九七〇年の盗聴判決が、「その制限が自由で民主的な基本秩序、または連邦もしくはラントの存立もしくは安全の保障に役立つときは、その制限が、制限を受ける者に通知されない旨、および、裁判で争う方途に代えて議会の選任した機関および補助機関による事後審査を行う旨を法律によって定めることができる」という基本法一〇条二項の規定自体に対して、比例原則に適合するよう限定解釈を加えていた。⁽⁵⁵⁾ また、戦略的監視との関わりでは、G10判決と呼ばれる一九八四年の判決が⁽⁵⁶⁾ 比例原則違反の有無を比較的详细に審査している。

このように、比例原則は、重要な公益目的のための盗聴や戦略的監視との関係でも空転するものではない。本判決（戦略的監視判決）でも、戦略的監視それ自体はこの原則に違反するものではないとされる一方、G10三条一項二文一号五号（外国で行われる通貨偽造に対する監視）は狭義の比例性に違反し、違憲であるとされた。しかし、本判決における比例原則違反の審査には、通常の基本権侵害の場合とは異なる特殊性が認められる。

(b) 特殊性の第一は、狭義の比例性が中心的な役割を演じていることである。一般的な理解と従来の連邦憲法裁判所の実務に従えば、比例原則の中心となるのは、第二原則すなわち手段の必要性である。⁽⁵⁷⁾ しかし、本判決で違憲となったG10三条一項二文一号五号のみならず、二〇〇五年七月二七日のニードーザクセン州警察法判決（以下では「NdS州警察法判決と呼ぶ」）でも、法律上の規定は狭義の比例性に違反するために違憲であるとき

れた。⁽⁵⁸⁾ また、網目スクリーン捜査決定において連邦憲法裁判所は、具体的危険を前提とせずに発した区裁判所の命令を支持したラント裁判所、上級ラント裁判所の決定を破棄したが、それは、狭義の比例性に反するとされたためであった。⁽⁵⁹⁾ さらに、住居の聴覚的監視が問題となった上述の大規模盗聴判決でも、刑事訴訟法の一部の規定が比例原則違反となったのは狭義の比例性に違反するとされたためであった。⁽⁶⁰⁾

大規模盗聴判決がそうであったことからわかるように、狭義の比例原則違反という第一の特殊性は、具体的危険を前提としない「戦略的」監視であることに固有のものではない。おそらくそれは、「監視」による通信や住居、情報自己決定権の侵害に特殊なものなのであろう。

(c) 第二の特殊性は、具体的危険という介入の閾値に欠けている戦略的監視についても、「種々の目的は、……侵害前提条件を、警察法・刑事訴訟におけるそれとは異なるように定めることを正当化する」という説示に関わる部分である。次に、これを見ることにしたい。

(2) 「戦略的監視」と比例原則

(a) 具体的危険という介入の閾値に欠けている戦略的監視が狭義の比例性を満たす条件について、本判決は二つの衡量ルールを展開している。

繰り返しになるが、第一のルールは①「基本権の側では、いかなる前提条件の下で、どれだけの数の基本権主体が、どれだけ強い介入に直面しているかが重要である」、②「公共の利益の側では、通信監視が奉仕する目的および利益の重要性が決定的である」というものであり、①の要素として「介入の閾値がどのように形成されているか、当事者の数、そして侵害の強度」が、②の要素として「通信監視によって知覚されようとする危険がどれほど重大か、また、その発生にどれだけ蓋然性があるのか」が挙げられている。

第二のルールは、“*je-desto*” 公式⁽⁶¹⁾ である。これは、本判決では情報取得の比例性審査の文脈ではなく、後述

する檢察等の他機関へのデータ提供の合憲性を審査する文脈で使用されているが、詳しくは後述するように、
„je-deso“公式自体はそのような限られた文脈に限り妥当するわけではない。⁽⁶²⁾

(b) なお、戦略的監視による通信の秘密の制限に対してどのような衡量ルールを用いるのかにつき、連邦憲法裁判所の態度は定かではなかった。G 10判決では、①まず、「基本法五条二項における「意見表明の自由の」制限と類似に」として、いわゆる相互作用論⁽⁶³⁾が援用された。「基本権を制限する法律——本件ではG 10——と基本法一〇条一項の基本権との関係は、基本権の作用力を一方的に制限する関係として理解されてはならない。そうではなく、基本権制限的法律自体もまた、この基本権の根本的な意義を認識して解釈されなければならない。その基本権制限的作用自体が、この基本権の光の中で制約されなければならない……。従って、制限は比例的でなければならぬのである」。⁽⁶⁴⁾②続いてG 10判決は、「比例原則によれば、本件で問題の基本権制限（戦略的監視）は法益（ドイツ連邦共和国に対する武力攻撃の危険の適時の識別および対応）を保護するために適合的でなければならぬ。基本権制限は、そのために必要なものでなければならない……。最後に、基本権制限は、狭義において比例的でなければならない……」⁽⁶⁵⁾と説示していた。

本判決およびその後の判例において相互作用論への言及がまったくないことからすると、通信の秘密の制限を意見表明の自由の制限のアナロジーで考えるという思考を、連邦憲法裁判所は放棄したと思われる。

(c) 第一のルールに戻り、その中身に目を向けると、基本権の側の考慮要素として、「当事者の数」が挙げられていることが特徴的である。おそらくこれは、基本権制限一般について妥当する考慮要素ではなく、通信等の「監視」に固有のものだと考えるべきであろう。⁽⁶⁶⁾

G 10判決では、侵害の重大性の判断に際して、①監視される信書等の発信者・受取人が匿名にとどまるため、各人にとって相対的に軽度の負担であり、基本権侵害の程度も軽微である⁽⁶⁷⁾ということと並んで、次のことが指摘

されていた。それは、②一九七八年には東ドイツとの間で一億八千八百万の郵便の往来があり、その他のワルシャワ条約加盟国との間に六千万の郵便の往来があったうち、コントロールを受けたのは百六十万通にすぎず、「そのようなコントロールに『該当する』蓋然性は、各人にとって極めて低いものである」ということである。⁽⁶⁸⁾

本判決（戦略的監視判決）において、連邦憲法裁判所は、G 10 判決の軽微な基本権侵害という評価はもはや妥当しないとする一方で、「グローバルで包括的な監視」は本件でも行われていないこと、捕捉される遠距離通信の数は多数であるが、国際通信の総数からすれば一部にすぎないことを指摘しており、「当事者の数」という考慮要素は、少なくともこれまでの判例では、監視を許容する方向に作用している。⁽⁶⁹⁾

(3) „je-desto“ 公式

(a) 本判決は、「je-desto」公式の先例として BVerfGE 30, 1 (18) を引用しているが、同判決の該当頁には、「je-desto」という構文も、実質的にこれに対応する説示も存在しない。⁽⁷⁰⁾

もっとも、「je-desto」公式自体は目新しいものではない。連邦憲法裁判所のカルカー決定は、「果たして、いつ、そしていかなる内容の立法を憲法が命じるのかは、発生しうる危険の性質、切迫性、程度、憲法上の保護利益の性質および重要性、ならびに、どのような法的規制がすでに存在するのかによって決まる。……「核エネルギーの平和利用によって生じうる」帰結の性質とその重大性に鑑みれば、たとえ危険発生の蓋然性が極めて低い場合であっても、保護義務は、立法者に対しても具体的に発動する」と説示している。⁽⁷¹⁾

連邦憲法裁判所は、原発の安全性が争われた別の判決でもこのカルカー決定の説示を引用しており、この公式は、リスクが問題となる領域においては（防御権ではなく、基本権保護義務の発動要件としてであるが）判例法理として確立していたとみなすことができよう。⁽⁷²⁾

なお、N d S 州警察法判決は、「刑事訴追と危険防御に対して、判例は、前域においても重要となる衡量原則

を「発展させた」と説示しているが、先例として引用されているのは、本判決と二〇〇四年三月三日の税関刑事局決定だけである。⁽⁷³⁾ “*je-desto*” 公式の刑事訴追・危険防御の前域への明示的な適用は、実際には本判決に始まるのかもしれない。

(b) いずれにせよ、データ提供の段階で “*je-desto*” 公式を展開した本判決とデータ取得の段階でこの公式を用いた N d S 州警察法判決を総合すれば、これが汎用性をもつ公式であることがわかる。この公式は、“*je-desto*” の文節に何が挿入されるかによって種々のヴァリエーションを持ちうるが、基本的には、①基本権侵害の重大性、②保護される法益の重要性と予期される損害の重大性、③介入の時点、という三つの変数の間で比例的均衡を保つことを要請するものである。その後の判例でも、この公式の言い回しは一定ではないが、本稿では、三変数を同時に取り込んだものとして、網目スクリーン捜査決定におけるそれを紹介しておくことにしたい。⁽⁷⁵⁾

「脅かされた、あるいは発生した法益侵害が重大であればあるほど、また、問題となる基本権侵害が重要でないのであれば重要でないほど、法益に対する危険やその侵害を推論させる蓋然性は低くてよいし、場合によっては嫌疑の基礎となる事実も不確かであってよい」。

四 目的拘束性と規範明確性

禁止に反して収集されたデータは、利用に供されてもならない。適法に収集されたデータも、自由に利用できるわけではない。

データの利用の段階で連邦憲法裁判所が問題とした点は、多岐に及ぶ。データの処理・利用の各段階としては、

① BND による他の機関への情報提供 (上述二 4)、② BND 自身によるデータの取り扱い (上述二 5 (1))、③ BND による連邦政府への情報の提供 (上述二 5 (2))、④ BND から情報の提供を受けた機関によるデータの取り扱い (上述二 5 (3))、に対して審査が加えられた。また、データの処理・利用の諸段階を統制する憲法上の要請としては、データ消去や当事者への通知、委員会による統制の実効性の問題をさておけば、① 目的拘束の原則、② 規範の明確性・特定性、③ 狭義の比例性と „*Je-das-to*“ 公式が重要である。最後者についてはすでに検討したので、以下では、① 目的拘束の原則と② 規範の明確性・特定性について若干の補足をしておく。

1 目的拘束の原則

(a) すでに見たように、本判决 (戦略的監視判決) は、他機関への情報提供が新たな、重大な基本権侵害であると位置づけた。

目的拘束の原則は、国勢調査判決⁽⁷⁶⁾で強く打ち出されたものである。匿名化されていない個別化可能なデータについて、同判決は次のように説示していた。

匿名化されていない個人関連データの申告を強制するには、立法者が利用目的について領域に特化したかたちで、かつ、詳細に規定することに加え、申請がこの目的のために適格的であり必要であることが前提となる。匿名化されていないデータを、不特定の目的または特定できない目的のために収集・蓄積してはならない。任務の履行のために個人関連データを収集する部署は、その目的を達成するのに必要な最小限にとどめなければならない。データの利用は、法律で特定された目的に限定される。データの自動処理がもたらす危険にかんがみれば、他への提供禁止および利用禁止を通じて、目的外使用に対する保護を行うことが必要である⁽⁷⁷⁾。

国勢調査判決は、統計目的によるデータ収集については、統計の本質上、データについての限定的で具体的な

目的拘束は要求し得ないとした。「目的の具体的な記述の要請および個人関連データの収集の厳格な禁止は、非統計的目的の場合に妥当するものであり、国勢調査には妥当しない」⁽⁷⁸⁾。しかしながら、「統計目的で収集された、匿名化されておらず、または統計処理を加えられていないデータを行政執行目的のために提供することは、情報自己決定権に対する許されない侵害となる」⁽⁷⁹⁾。統計と執行の分離を前提に、同判決は、次のように説示している。二つの目的を同時に達成しようとするのは「傾向として相容れないものを相互に結びつける場合には不適当であり違憲である。このような場合、一つの調査の中で統計目的を行政執行目的に結合させるのは、規範の不明確性と理解不能性をもたらすだけではなく、規範の比例性に対する違背 (Unverhältnismäßigkeit) も生じさせる。……加えて、規範明確性の要請が特に重要である。市民は、法律上の規律から、自己のデータが統計目的だけに使われるのではなく、自己の個人関連データがいかなる具体的な行政執行目的のために特定され、必要であるのか、また、その利用は自己負罪に対する保護の下で、この目的に限定されていることが認識できなければならない」⁽⁸⁰⁾。

(b) 目的拘束の原則は、目的の変更を一切許容しないわけではないが、目的を変更するには、形式的にも実質的にも基本法に適合した法律の根拠を持たなければならないことになる。本判決は、①目的変更が基本権上の利益に優越する一般の利益によって正当化されるものであり、②新しい目的が情報を受け取る官庁の任務および権限に結びつけて十分に明確な規範として規律されていなければならない、③データ収集が行われた当初の目的と変更後の目的との間に、齟齬があつてはならないとされた⁽⁸¹⁾。そして、データの自由な利用は、連邦政府という憲法機関にも許されるものではない。「連邦政府もまた、データを自由に扱ってはならないのである。通信の内容および状況について知ることが許されるのは、G 10 三条一項二文一号から六号までに挙げられた危険を適時に認識し、その防御のための措置をとるために限られる。それゆえ、これらのデータを他の目的のために蓄積または

利用することは、連邦政府にも許されていない」のである。⁽⁸²⁾

2 規範明確性・特定性と憲法適合的解釈

(1) 個人情報と規範明確性・特定性

(a) 基本権の制限に際して規範の明確性が要請されるのは、通信の秘密に限らず一般的なことである。⁽⁸³⁾ この要請を個人情報保護に関して具体的に展開したのが、国勢調査判決である。同判決は、「情報自己決定権」を確立すると同時に、この権利は無制限に保障されるものではないとし、「原則として各人は、優越する公共の利益の保護のためにされる情報自己決定権の制限を甘受しなければならない」とした。⁽⁸⁴⁾ その際に連邦憲法裁判所は、法律の留保、比例原則、組織・手続上の予防措置と並んで規範の明確性を要求したが、規範の明確性について、「制限の要件および範囲が法律自体から明白であり、市民が認識できるものとなっていなければならない」⁽⁸⁵⁾と述べている。よって法治国家の要請である規範明確性に適うものでなければならぬ」と述べている。

(b) なお、国勢調査判決では、一九八三年国勢調査法の収集プログラムは「規範明確性の要請を充足する」とされた。⁽⁸⁶⁾ その判断基準として、「法律は、その目的が立法資料 (Materialien) と結びついた法律条文のテキストから明らかにするのであれば、十分に特定のである」、「その際、法律テキストの、それにより規律される生活領域との連関から法律の目的が明らかになれば足りる」という基準が示されている。ここで注目されるのは、「立法者は個々の法律上の義務づけについて逐一、それぞれの具体的目的を法律自体の中で説明する必要はない」とされ、「それは特に、統計目的、特に国勢調査について当てはまる。国勢調査の複合的な目標設定にかんがみれば、個々の目的をリストアップするのは不可能なことである」とされていることである。⁽⁸⁷⁾

この説示は、国勢調査の特殊性ゆえに規範明確性の要請に一定の限度が生じるとするものであり、本判決にお

いてBNDの任務の特殊性が理由となつて規範明確性の要請に限度が生じたことと、同じ構成である。加えて、本判決におけるデータ取得段階に関わる規範明確性の審査は、比較的簡潔であつた。⁽⁸⁸⁾

(2) (戦略的) 監視と明確性・特定性

(a) とはいえ、これによって特定性・明確性の要請の実践的意義を過小評価することはできない。特に、具体的危険を前提としない監視措置について、NdS州警察法判決は、同州法の規定が特定性・明確性の要請に反し違憲であるとした。⁽⁸⁹⁾そこで注目されるのは、以下の説示である。

「将来の犯罪行為に対する訴追準備や将来の犯罪行為の予防に際しては、危険防御やすでに行われた犯罪行為の訴追について展開された諸規準と同じ規準に結びつけることはできない。市民の自由権に侵害を加える危険防御は、具体的な危険状況を前提として、刑事訴追は、すでに実行された犯罪行為の嫌疑に結びついている。しかし、危険防御や刑事訴追の前域において将来的に生じるかもしれない犯罪行為に対する任務では、そのような関連性が欠けることになる。そのため、このような場合には、特にこの前域であるという状況に合致したものでなければならぬ」⁽⁹⁰⁾

「立法者がそのような状況において基本権侵害を予定するのであれば、立法者は、その契機となる犯罪行為や将来の犯行を示唆する事実について求められる要請を、前域探知の領域において予測の誤りのリスクが特に高いにもかかわらずこれを憲法上、容認しうるほど特定しうる形で記述しなければならない」⁽⁹¹⁾

この説示では、特定性・明確性の要請が「危険防御や刑事訴追の前域」において特に強いとされていることが注目される。⁽⁹²⁾

(b) ところで、規範明確性・特定性はなぜ重要なのだろうか。これについて極めて詳細な説示を行っているのが、税関刑事局決定⁽⁹³⁾である。同決定は、「侵害の動機、目的および限界が授權の中で領域に特化したかたちで、そして規範明確的に特定」しなければならないのは、①当事者となる市民がこれに対応できることを保障し、②

法律を執行する行政がその行態を制御し、限界づけるための行動の指針をあらかじめ与えられ、③裁判所が法的統制を実行できるようにするためであるとした。この①から③の意義について、同決定は、次のような教科書的説明を加えており、その中で、「監視」という措置に付随する特殊性にも言及している。

——「法律上の規定を手がかりとして、当事者が、自己の行動をそれに合わせることで、法的状態 (Rechtslage) を認識できなければならない。規範の特定性および明確性に対する要請は、法律状態 (Gesetzestlage) の評価に際して生じる不確実性によって基本権行使を妨げるような場合には、より高いものとなる。ある規律の実践的意味が異なる規律領域に属する規範の全体的な関わりから決まるような場合には、規範内容の明確性および規範適用の結果に対する予見可能性は、まさにこの全体的関わりについても確保されていなければならない」。

「監視措置への授權に際して、特定性の要請は、いかなる原因で、また、いかなる前提条件の下で行為に監視のリスクが結びつくのかを、当該個人が認識できることを要請する。国家による侵害行為発動の前提条件の特定性——そして同時に、そのような行為を制限する基準を示すものであるが——は、行為の具体的な前提条件を知らない個人にとっても利益となる。原因を作っておらず、むしろ偶然に当事者となった第三者に対しては、監視措置の前提条件を法秩序が原理的に事後に理解しうる形で記述していれば足りる⁽⁹⁴⁾」。

——「規範の特定性および明確性に対する要求は、行政を拘束し、内容・目的・程度について行政の行動を拘束することにも奉仕する。これに含まれるのは、衡量による決定に対して十分に明確な規範が呈示されていることである。市民の自由の限界についての決定は、一方向的に行政の裁量にゆだねられてはならない。行政の行為余地に関して、法律にはこれを限定する機能が帰属する。この機能は、国家の行為が適法であることを確保し、それによって、国家の濫用から市民の自由を保護するものである。行政の拘束のこのような局面は、監視措置に際して特に重要である。なぜなら、当事者は監視について知らずにいるためである。これは特に、国家の監視を予想せず、したがって自己の私的領域への覗き見に対して自らを守ることができない第三者について妥当する⁽⁹⁵⁾」。

——「最後に、規範特定性および規範明確性は、裁判所が法的規範を手がかりとして行政を統制できるようにする」。

市民の保護にとり、措置の秘密性ゆえに当事者が自己の権利のために自ら乗り出すことができない一方で、裁判所が措置の執られる以前に、あるいはそれが執行されている最中に行政の統制のために介入することが極めて重要である。⁽⁹⁶⁾

(c) 同決定の教科書的記述は、さらに規範特定性・明確性と比例原則との関係についても行われている。

すなわち、「十分な規範特定性および明確性が欠けていると、特に憲法上の過剰侵害禁止原則を害することになる。規範化の目標および事実に関わる基盤 (tatsächliche Ausgangslage) に対する要請についての法律の記述が不正確であればあるほど、監視措置の適合性・必要性についての判断は困難になる。特に、事実に関わる前提条件についての不特定性は、……公共の利益と当事者の法益との間の関係が不均衡となるリスクを生じさせる」⁽⁹⁷⁾。

(3) 憲法適合的解釈

これらの判決で強調された規範明確性・特定性の要請は、法律の憲法適合的解釈が行われる場合には、立法者を制御するというその意義を著しく減じることになる。しかしながら、本判決（戦略的監視判決）は、「憲法適合的解釈は、基本法が基本権侵害により取得された個人関連データの提供および目的変更を許容する規範に対して向けられた特定性・明確性の要請に合致するものではない。立法者は、憲法に適合した規律を行うことが義務づけられている」として、「ここで憲法適合的解釈を行うことはできない」と断言している。⁽⁹⁸⁾

五 むすびにかえて

1 連邦憲法裁判所の基本的態度

本稿で考察したのは、具体的な犯罪の嫌疑および具体的危険を前提としない個人情報取得が許されるのか、また、その利用、とりわけ、取得した情報をどのような要件の下に他の国家机关に提供しうるのか、という問題

である。連邦憲法裁判所の戦略的監視判決は、①「伝統的には危険防御の領域で具体的危険、刑事訴追の領域で十分な犯行の嫌疑として示されていた介入の閾値に欠けているというだけの理由で、比例性に反することになるわけではない」こと、②しかし、戦略的監視によって取得された個人関連データの利用は、取得それ自体よりも強い侵害となりうること、③取得・利用の両方に関わる憲法上の要請として、目的拘束の原則、規範の明確性・特定性、比例原則の要請を充足することを要求した。

このような連邦憲法裁判所の基本的態度は、①戦略的監視を許容する一方で、収集されたデータの利用をコントロールすることに腐心しているようにも読めるであろうし、②戦略的監視の許容性を正面から扱わず、その細かい要件の問題にすり替えているようにも読めるかもしれない。そこで予想されるのが、そのような基本的態度に対して向けられる批判である。

実際、監視の実質的限界という点では、(戦略的監視ではないが)住居の監視について絶対的に保護されるべき私的生活形成の核心領域を侵害するものであり、「最初の一瞥」を含めて監視は許されないとする批判がある⁽⁹⁹⁾。また、比例原則については、狭義の比例原則違反のみが実際には問題になっており、しかも、関連判例を検討すると、長い説示にもかかわらず、結局のところかなり形式を重視した審査となつていることも指摘できよう⁽¹⁰⁰⁾。したがって、監視の実質的限界については、今後も議論が可能であるし、必要である⁽¹⁰¹⁾。

しかし、個人関連データの保護は現在ではまさにそれがどのように加工され、利用されるかの観点が重要であり、加工・利用が不明確なままでは取得も許されるべきではないこと、また、広義の「安全」に含まれる種々の保護法益には重要性の差異がありうることからすれば、データの取得のほか、その後の加工・利用の流れを法律で明確に定めることによって可視化し、基本権侵害の重大性と釣りあわない——ここでは「*je-dés*」公式が援用されよう——、あるいは目的拘束を逸脱したデータの利用を統制・排除するという視点の意義を軽視すべきで

はない。簡単に取得しうる単純な個人情報でも、その後が霧に包まれていては人格権に対する重大な侵害となる。連邦憲法裁判所が本判決において展開した“*je-deso*”公式は、具体的危険を前提としない通信監視に余地を与えるとともに、これを統制するという二重の機能を営む衡量原則であった。さらに、税関刑事局決定では、「規範化の目標および事実に関わる基盤に対する要請についての法律の記述が不正確であればあるほど、監視措置の適合性・必要性についての判断は困難になる」という“*je-deso*”関係が示されており、規範特定性・明確性の要請と比例原則とを架橋するものとして、注目される。

2 射程

最後に、若干の補足をしておくことにしたい。

(a) 本稿で取り上げた判例は、通信の戦略的監視や住居の聴覚的監視など、それ自体が重要な基本権に対する重大な侵害を当然に含意するものであった。そこで、単純な個人情報については上述の判例法理は妥当しないのではないかとの疑問が生じるかもしれない。しかし、網目スクリーン捜査決定⁽¹⁰⁾は、国勢調査判決⁽¹⁰⁾を援用して、「情報技術に固有の処理可能性・結合可能性により、それ自体は重要ではないデータも新たな位置価値を取得しうる」としている。

(b) また、法律の留保が、「侵害」の場合だけなのか、また、侵害留保説を前提とした場合でも、「侵害」とは何か、どこまで詳細に法律自体で規定する必要があるのか、といった問題がある。これらの点につき、わが国の実務は、連邦憲法裁判所の要請より著しく低い状態にとどまっているように思われる。後者（どこまで詳細に）については、既述のように、連邦憲法裁判所は特に強い規範特定性・明確性の要請を課している。また、前者（侵害に該当するか）については、税関刑事局決定の次の説示を紹介しておくことにしたい。⁽¹⁰⁾

「法治国家による特定性の要請は、歴史的に見れば、特に警察法上の危険防御の領域で展開され、時の経過とともに、新しい形態の危険防御的措置へと拡大された。一部は、はじめは法律による授權が必要であるとは考えられていなかった。秩序官庁、特に警察は、当初は法律による特別な授權なしに、法益を予防的に保護し、あるいは後の刑事訴追をやりやすくするために、危険の前域において情報を収集した。その種の觀察 (Beobachtung) や情報処理の措置は、長い間、基本権侵害であるとは位置づけられてこなかった。しかし、そのような措置の多数について侵害的性格が承認されるようになった後には、官庁はこれに対して法治国家の特定性の要求を充足する侵害の授權を必要とすること(16)が確立した(国勢調査判決を引用)。このことは、基本法一〇条の適用領域における監視措置に対して、なおさら妥当する」。

(c) 国家は、自由と安全との間に、適切な調整を見出さなければならない。自由に種々のものがあり、これに対する侵害の態様も多種多様であるように、まさに安全という概念は定義が困難であり、そこには、種々の法益や要請が込められる。抽象的次元において安全を声高に叫ぶことも、自由を一面的に強調することも適切ではない。網目スクリーン捜査決定から次の部分を引用しておくことにしたい。⁽¹⁶⁾以下の説示は、連邦憲法裁判所の基本的立場の背後にある考え方を示すとともに、国家目的または基本権保護義務に対する過剰な期待や批判を戒めるものとなるろう。

「国家は、テロリストの企て……に対して、必要とされる法治国家的手段を用いて効果的に對抗することが許されるし、對抗しなければならない。しかし、基本法の下で国家は、法治国家的手段に限られるのである」。

「このことは、安全および国民の保護という根本的な国家目的に対しても妥当する。憲法は、立法者に対し、自由と安全との間の適切なバランスを樹立することを求めている。このことは、絶対的な安全という目標の追求を排除するだけではない。そのような目標は、どのみち現実には達成できないし、また、自由の放棄という代償を払ってのみ達成されるものである。基本法は、さらに、事実に関わる諸事情の枠内で最大限の安全を樹立しようという目標の追求をも、法

治国家の諸条件に従わせるのであり、そのような条件には、なにかんずく、国家による侵害を防御する権利である基本権に対する不適切な (unangemessen) 侵害の禁止が含まれているのである。

この禁止は、国家の保護義務の限界でもある。……

保護義務を履行する手段の選択に際して、国家は、その投入が憲法に合致する手段のみに限定される。絶対的に保護された各人の尊厳保持に対する尊重要求に対する侵害は、たとえ「その侵害によつて保護されるべき——小山補充」当該憲法法益が重要なものであるとしても、常に禁止される。しかし、狭義の比例原則に従った衡量の枠内においても、国家の保護義務は、不適切な基本権侵害の禁止の基本権保護義務を援用した空洞化につながることを……を許すものではない」。

そして、この決定は、網目スクリーン捜査の憲法上の要件として現実の危険は要求されず、具体的危険で足りるとしつつ、特に重大な損害が発生する可能性が排除されないというだけでは具体的危険の要件を満たすものではなく、⁽¹⁰⁶⁾アメリカによるアフガニスタン攻撃を含む九・一一後の政治情勢やウサマ・ビン・ラディンとつながりのある可能性のある人物が州内に潜伏しているというだけでは、ドイツがテロ攻撃に見舞われ、あるいはドイツにおいてテロの準備が行われているという具体的危険を肯定するには足りない⁽¹⁰⁷⁾としているのである。

(1) 法律雑誌における特集として、法と民主主義三七七号(二〇〇三年)の特集『草の根』治安立法? Ⅱ『生活安全条例』を斬る!」、法律時報七五卷一二号(二〇〇三年)の特集『監視社会』と市民的自由…法学からの批判的アプローチ」がある。

(2) BVerfGE 100, 313. なお、以下において傍線は、すべて小山が付したものである。

(3) 同時に、基本法一九条四項も改正され、「第一〇条第二項第二文は「これによつて」影響を受けない」という第三文が挿入された。以下も含めて、基本法の訳文は、高田敏二初宿正典『ドイツ憲法集(第四版)』(二〇〇五年)に従っている。

- (4) なお、この改正は、連邦内に駐留する軍隊の保護に関して、同盟国の留保権を解消し、これまで駐留軍によって行われてきた郵便や電信電話の監視をドイツの管理下で行うと同時に、通信監視を法治国家的に規律するという目的を追求していた(一九五二年五月二六日の「ドイツ条約」五条二項を履行したものである)。従って、この改正は、信書、郵便および電気通信の秘密の制限を平時に許容するものであるが、緊急事態法に関連するものであると位置づけられていた。この憲法改正の合憲性が争われたのが、BVerfGE 30, 1ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(二〇〇三年)二六二頁(西浦公)である。
- (5) 以下、G 10 旧規定の説明は、BVerfGE 100, 313 (316 f.) に従っている。
- (6) 刑法一三八条は、計画された犯罪行為についての告発義務違反の規定である。
- (7) 以下の内容は、BVerfGE 100, 313 (318 ff.) を要約したものである。
- (8) 以下に「~~を~~」 BVerfGE 100, 313 (325 f.) を参照。
- (9) BVerfGE 100, 313 (359).
- (10) BVerfGE 100, 313 (359 f.).
- (11) BVerfGE 100, 313 (372 f.).
- (12) BVerfGE 100, 313 (373).
- (13) BVerfGE 100, 313 (373 ff.).
- (14) BVerfGE 100, 313 (375 ff.).
- (15) BVerfGE 100, 313 (384 f.).
- (16) ~~以下~~ BVerfGE 100, 313 (376).
- (17) BVerfGE 67, 157.
- (18) BVerfGE 100, 313 (383).
- (19) BVerfGE 100, 313 (384).
- (20) BVerfGE 100, 313 (360).
- (21) BVerfGE 100, 313 (360 f.).

- (22) BVerfGE 100, 313 (388 f.).
- (23) BVerfGE 100, 313 (389 f.).
- (24) BVerfGE 100, 313 (390 f.).
- (25) BVerfGE 100, 313 (391 f.).
- (26) BVerfGE 100, 313 (392).
- (27) BVerfGE 100, 313 (392).
- (28) BVerfGE 100, 313 (392 f.).
- (29) 刑事訴訟法一〇〇a条は、「通信の監視および記録は「……特定の事実が嫌疑を基礎づける場合に」命じることができると規定している」。
- (30) 簡潔な紹介として、鈴木秀美「通信傍受法」法学教室二二三号（二〇〇〇年）二六頁がある。
- (31) BVerfGE 100, 313 (385 ff.).
- (32) BVerfGE 100, 313 (360 f.).
- (33) BVerfGE 100, 313 (387).
- (34) BVerfGE 100, 313 (396 f.).
- (35) BVerfGE 100, 313 (397 ff.).
- (36) BVerfGE 100, 313 (399 f.).
- (37) BVerfGE 100, 313 (401).
- (38) 上述二二e(3)g。
- (39) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (134 f.), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ts20060404_1bvr051802.html.
- (40) ただし、網目スクリーン捜査決定は、網目スクリーン捜査については、具体的危険の要件から離れることができないと結論づけている。後述五2cを参照。
- (41) BVerfGE 109, 273.

- (42) BVerfGE 109, 273 (315).
 - (43) BVerfGE 109, 273 (316).
 - (44) BVerfGE 109, 273 (316).
 - (45) BVerfGE 109, 273 (318).
 - (46) BVerfGE 109, 273 (318 f.).
 - (47) BVerfGE 109, 273 (319).
 - (48) BVerfGE 109, 273 (319).
 - (49) BVerfGE 109, 273 (319 f.).
 - (50) BVerfGE 109, 273 (323).
 - (51) BVerfGE 109, 273 (323 f.).
 - (52) BVerfGE 109, 273 (336 ff.).
 - (53) 詳しくは、K・シュテルン(小山剛訳)「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(一一・完)」名城法学四四卷二号一五三頁(一九九四年)、名城法学四四卷三号一二五頁(一九九五年)を参照。
 - (54) B・ピエロート／B・シュリンク(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(二〇〇一年)九一頁。
 - (55) それは例えば、次のような限定解釈である。①比例原則を考慮すれば、基本法一〇条二項二文は、「監視措置の目的に対する危険や、自由で民主的な基本秩序または連邦もしくはラントの存立または安全に対する危険が排除されないのであれば通常の法的救済手段にゆだねたり、議会の選任した機関に代えて特別の裁判手続を設けることに余地を残している(BVerfGE 30, 1 [21])。②さらに、「その制限が自由で民主的な基本秩序、または連邦もしくはラントの存立もしくは安全の保障に役立つときは」という文言は、比例原則が要請する、次のような解釈を可能とする。すなわち、法律による通信の秘密への侵害は、「憲法敵対的行為の嫌疑を正当化しうる具体的状況が存在し、具体的事例において他の偵察手段を尽くした後
- に信書、郵便、電気通信の秘密に対する侵害によってしか憲法敵対的行為に対処できない場合に限って許容することができる」という解釈である(BVerfGE 30, 1 [22])。

- (56) BVerfGE 67, 157 (173 ff.).
- (57) このことの指摘として、ヒェロート／シュリンク（前掲注54）九七頁以下を参照。
- (58) BVerfGE 113, 348 (382 ff.).
- (59) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (125 ff., 154 ff.).
- (60) BVerfGE 109, 273 (336 ff.). すなわち、①聴覚的監視の授權によって追求される目的（重大な犯罪行為の解明および組織犯罪への対応）は憲法上、正当なものであり、②聴覚的監視という手段は目的達成のために適格的であり、必要である。しかし、法律上の規定の一部は狭義の比例性に違反する。その理由は、刑事訴訟法一〇〇c条一項三号の定める犯罪行為がカタログが、基本法一三条三項の意味における「特に重大な犯罪行為」だけに限定されていないためである。
- (61) 上述二4(2)。
- (62) 後述三3(3)。
- (63) 意見表明の自由に関わる相互作用論につき、詳しくは、上村都「ドイツ連邦憲法裁判所初期判例における意見自由と名誉保護」名城法学論集二七集三頁（二〇〇〇年）、D・グリム（上村都訳）「連邦憲法裁判所判例における意見表明の自由」名城法学四九巻四号一五九頁（二〇〇〇年）を参照。
- (64) BVerfGE 67, 157 (172 ff.).
- (65) BVerfGE 67, 157 (173). 「」内は小山による補充であり、（ ）内は原文による補充である。
- (66) さもなければ、少数者に対する基本権制限は該当者の数が少ないことを理由に常に軽微だとみなされることになる。
- (67) BVerfGE 67, 157 (178 f.).
- (68) BVerfGE 67, 157 (178).
- (69) 一方、BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (123 f.) は、網目スクリーン捜査について、当事者が多数であることを強調している。
- (70) なお、該当頁で述べられている内容は、①基本法一〇条二項二文は新しいことを規定したのではなく、一文の適

用されるべき事例を具体化したにすぎないこと(自由で民主的な基本秩序や連邦・ラントの存立・安全の保護を目的とした場合に、いかなる措置を法律により導入することができるかを定めたにとどまる)、②ドイツ連邦共和国の存立とその自由な憲法秩序は優越的法益であり、その実効的な保護のために不可欠な場合には基本権を制限しうること、③憲法秩序や国家の安全・存立に対抗する計画や措置が多くの場合、組織的に企てられており、相互の情報伝達に依存していること、であり、*„je-desto“* 公式を直接に示唆するものでもない。

なお、この公式は、「反比例定式」と呼ばれている。桑原勇進「危険概念の考察——ドイツ警察法を中心に——」、碓井光明ほか編『公法学の法と政策 金子宏先生古稀祝賀 下巻』(有斐閣、二〇〇〇年)六四七頁(六五二頁以下)を参照。

(71) BVerfGE 49, 89 (142) = ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(二〇〇三年)三六九頁(高田敏)。

(72) BVerfGE 53, 30 (57) = ドイツ憲法判例研究会編(前掲注71)七三頁(笹田栄司)。

(73) BVerfGE 113, 348 (386)。

(74) BVerfGE 110, 33 (60) = 税関刑事局決定、BVerfGE 113, 348 (386) = N d S 州警察法判決。

(75) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (136)。

(76) BVerfGE 65, 1 = ドイツ憲法判例研究会編(前掲注71)六〇頁(平松毅)、鈴木庸夫・藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決(上)(下)」ジュリスト八一七号六四頁、八一八号七六頁(一九八四年)、藤原静雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』」一橋論叢九四巻五号(一九八五年)七二八頁、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(二〇〇一年)一三一頁以下、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集四二巻一号(一九九八年)一一五頁以下。

(77) BVerfGE 65, 1 (46)

(78) BVerfGE 65, 1 (47)。

(79) BVerfGE 65, 1 (51 f.)。

(80) BVerfGE 65, 1 (62)。

- (81) BVerfGE 100, 313 (360).
- (82) 上述115⁽²⁾。
- (83) 規範明確性の要請の一般的な根拠は、法治国原理である。詳しくは、K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1 2. Aufl. 1984, S. 829 ff. を参照。
- (84) BVerfGE 65, 1 (43).
- (85) BVerfGE 65, 1 (44).
- (86) BVerfGE 65, 1 (54).
- (87) BVerfGE 65, 1 (54).
- (88) 上記113(1)の引用は、該当箇所のほぼ全文である。
- (89) BVerfGE 113, 348. なお、NdS州警察法三三a条一項二号は、「特別に重要な犯罪行為を犯すであろうという想定を正当化する事実がある者に対して行う場合であつて、この犯罪行為を訴追するための準備やこの犯罪行為の予防が他の方法では不可能と思われる場合」に警察は遠隔通信の監視および記録を通じて個人関連データを収集することができ旨を規定し、三号は「第二項に挙げられた者の連絡者や補助者に対して行われる場合であつて、第二号に掲げられた犯罪行為を訴追するための準備やこの犯罪行為の予防のために不可欠である場合」にも監視・記録をすることができると規定していた。
- (90) BVerfGE 113, 348 (377).
- (91) BVerfGE 113, 348 (377 f.).
- (92) もっとも、G 10 一条一項や三条一項のような規定は、この高度の要請を満たすであろう。また、——戦略的監視ではないが——住居の監視の合憲性が問題となったBVerfGE 109, 273で審査された刑事訴訟法の規定のように、監視の対象となる犯罪行為を詳細に列挙する（犯罪行為カタログ）という条文体裁をとった場合には、特定性・明確性の要請を当然に満たすことになるう。
- (93) BVerfGE 110, 33 (53).
- (94) BVerfGE 110, 33 (53 f.).

- (95) BVerfGE 110, 33 (54).
- (96) BVerfGE 110, 33 (54).
- (97) BVerfGE 110, 33 (54 f.).
- (98) BVerfGE 100, 313 (396). 参考として S. 386, 397 も参照。
- (99) 以下につき、BVerfGE 109, 273 (383 f.). その概要は、次のものである。私的住居の閉鎖性ゆえ、外部の者は、ある特定の時点に室内で何が語られているかを知ることにはできない。法廷意見も認めるように、室内で何が行われているかを推測するためのいくつかの手がかりが存在するだけである。だが、その推測が正しいかどうかは、住居の閉鎖性を破り、住居内で何が行われているかを知らないといけない。しかし、それによって、内密領域として絶対的に保護される領域に対する侵害が生じうる。「もし閉じた扉の内側の状況が私的生活形成の絶対的に保護される核心領域に含まれることにつき、そのつど具体的な確認を要求することになれば、結局、この領域に対する侵害をひとまず甘受しなければならないことになる。しかし、基本法七九条三項はまさにこれを阻止しようとしているのである」。
- (100) そのようなものとして、BVerfGE 109, 273 (346 f.) Ⅱ 反対意見を参照。それによれば、基本法一三条三項が前提としている「特に重大な犯罪行為」は中程度の犯罪領域を明白に超えるものでなければならず、基本法一三条三項は列挙されたカタログ行為が単に個別事例においてだけではなく、すでにそれ自体として特に重大であることを要求している。しかしながら、何が抽象的に「特に重大な犯罪」かの決定的な手がかりとなるのは、法定刑の範囲であるとされた。具体的には、五年の自由刑よりも重い法定刑がおかれているかどうかという形式的指標により、基本法一三条三項の意味における「特に重大な犯罪行為」であるかどうか判断されている。
- (101) 批判的な見解として、G. Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 10 Rn. 78 f. m.w.N. を参照。
- (102) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (104).
- (103) BVerfGE 65, 1 (45).
- (104) BVerfGE 110, 33 (56).
- (105) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (126-130).

(106) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (159).

(107) BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (160).

*本稿は、小山剛「自由・テロ・安全——警察の情報活動と情報自己決定権を例に——」大沢秀介ほか編『市民生活の自由と安全——各国のテロ対策法制——』（成文堂、二〇〇六年）三〇五頁を補完するものであり、特にその三二四頁以下で取り上げた判例法理を別の視点から再検討したものである。