論　説

続・権利ドグマーティクの可能性：規律密度と比例原則（1）

山　田　哲　史

１．はじめに
２．形式的規律密度要請としての明確性の原則
　２.１．総論
　２.２．各論
　２.３．まとめ
３．実質的規律密度要請としての比例原則
　３.１．比例原則の基本構造
　３.２．基本的法益の序列化
　３.３．権利侵害の程度を判断する基本枠組
　３.４．基本枠組の現代的な変容の可能性：国家活動の性質変化と危険概念
　３.５．まとめ（以上，本号）
４．手続的補償としての制度的担保
５．おわりに

１．はじめに

前稿[1]において，本稿筆者は，最大判平成29年３月15日刑集71巻３号13頁を契機に，捜査活動の統制を主として念頭に置きながら，「権利ドグマーティク[2]」がなお有用かつ適切なアプローチであるか改めて考察すべく，連邦憲

(1)　拙稿「『権利ドグマーティク』の可能性」岡山大学法学会雑誌68巻３・４号（2019年）740頁以下。
(2)　「権利ドグマーティク」という用語の本稿における意味については，笹倉宏紀ほか「強制・任意・プライヴァシー［続］」法律時報90巻１号（2018年）59頁以下にしたがっている。

法裁判所によって「権利ドグマーティク」が有力に推進されていると目されるドイツの状況について検討を開始した。具体的には，ドイツにおいて，捜査活動を中心として，国家による情報収集・保存・利用活動に対する規制をめぐる侵害法益論，あるいは権利侵害論がどのように展開されているかを検討した訳であるが，この検討から得られたのは，ドイツにおいては，連邦憲法裁判所が判例によって新たな基本権を創出するなど，「攻めの姿勢」が見受けられ，「権利ドグマーティク」がかなり有力に推進されているということであった。もっとも，ここで提示された基本権は，「基本権」とされていることからも明らかなように，表面的には主観的権利の体裁をとっているものの，客観的法としての性格が色濃く，そのことがドイツにおいても学説からかなり批判的に指摘されている。そして，前稿の見立てによれば，このように，連邦憲法裁判所やそれをリードする学説がおそらく一定の無理を承知で主観的権利侵害の存在を基礎づけようとするのは，基本権侵害の存在を通じて法律による規律の必要性を導こうとしているためではないかと推測されるのである。前稿では，そのような動機が隠されているのであれば，むしろ，正面から，立法を通じた，情報システム管理，安全保持の必要性を論じるべきではないのかという指摘も行なったところである。しかし，そういった政治的重要性，あるいは議会の機能適合性の提示も必ずしも明確な基準があるわけではなく，主観的権利という枠組みに馴染んだ裁判所を舞台に論じる場合には特に，なお「権利ドグマーティク」の可能性が残されていることは否定できない。そのような観点から，前稿では，結局「権利ドグマーティク」の可能性，有用性についての結論を示すことはできず，「権利ドグマーティク」を利用することによって，適切な法律による規律のありようを考える基準を提示できているかを検討した後に最終的な判断は持ち越されるとした[(3)]。そこで，本稿では，以上のような前稿の暫定的結論を踏まえ，ドイツの判例が，基本権侵害の存在を前提とした上で，実質的な内容の要求も含めた広い意味での規律密度として，どのようなものを法律に要求しているのかを検討する

(3) 拙稿・前掲註(1)690頁以下。

ことにしたい。

この規律密度の問題に関連する，法律の留保論のコロラリーとして明確性の原則（Bestimmtheitsgrundsatz）をあげることができる。本稿では，まずは，連邦憲法裁判所のものを中心に，判例がどのように明確性の原則を基礎付けているかを確認した上で，それを踏まえて，明確性要求充足の有無の判断について，どのような枠組・指標が判例において採用されているかをみることにしたい。というのも，本稿の注目は，規律密度の問題について，判例が一定の指標をうまく提示できているかに向けられているからである。また，連邦憲法裁判所も，オンライン捜索判決において，明確性の原則を本質性理論とつなげ，本質性理論から導かれる規律密度の充足要求が，明確性原則であるという理解を示している(4)。このような理解は，本質性理論を規律密度の問題に純化し，法律の留保論，あるいは本質性理論に関する主たる論点として，規律密度論をここで扱おうとしている本稿の立場とも親和的であるということができよう。

しかし，明確性原則が本質性理論と結びつけられ，規律密度要求の問題だとされるということは，少なくとも一般的な基準においては，明確性の原則の要求内容も，スラディング・スケールであり，比較的わかりやすい，固定的な基準，もう少しわかりやすく言えば，明確度の要求水準が提示されているわけではないということを意味する(5)。実際に，ドイツにおいても，諧謔

(4)　BVerfGE 120, 274 (316). 学説上も，このような判例理解が一般的である。Siehe z.B. *T.A. Bode,* Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S.212; *T. Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriff, 2013, S.183. ただし，明確性の原則は，法律の規律内容の明確性の要求として，法律の留保と結びつくことは当然ながら，法治国的要請，我が国でいうところの自由主義的要請については，法律以外の法令との関係で明確な規定がなされることも排除されないことを指摘し，法律の留保と明確性の原則を相互に分離して論じるべきことを説くものとして，*M. Kloepfer*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.691があることを指摘しておく。

(5)　拙稿「本質性理論再考」行政法研究26号（2018年）116頁参照。要求される法律による規律密度について，判例自体が，規律対象の分野や個別の事案への依存性，柔軟性を強調しているとするものとして，BVerfGE 49, 89 (127); 58, 257 (277f.) も参照。Siehe auch *Bode*, ebd., S.212.

的に「不明確な明確性の原則」などと呼ばれることもある[(6)]。

また，関連して，日本同様，ドイツにおいても，罪刑法定主義を明示的に規定した条文は基本法に存在していないが，直接的には遡及処罰の禁止を規定した基本法103条２項が罪刑法定主義を規定した条文であると理解され，類推の禁止を含む，刑事実体法についての高い明確性の要求がここから導かれると考えられている[(7)]。しかし，本稿の関心も大きい刑事手続法については，この103条２項の高い明確性要求は及ばないというのが連邦憲法裁判所の判例の立場であり[(8)]，その意味でも，一定程度明確な要求水準を持った，明確性の原則が刑事手続法については妥当していないということになる[(9)]。

さらなる問題として，規律密度，あるいは明確性の問題は，基本的には形式的な，あるいは量的な問題として理解されることになるが，実質的な規律内容要求とも無関係ではなく，また，容易に区別できない側面もあるということ[(10)]を指摘しておかねばならない。すなわち，旧稿でも，折に触れて言及したように，広い意味での比例原則に基づく，実質的な規律要求との区別が困難なのである[(11)]。制約を受ける権利の重要性や，制約の度合いが高まるにつれて，規律密度も高まるのであるが，その密度は単純な量の問題というわけではなく，そこで詳細に定めることが要求されるのは，具体的な権利保障のための手当て，権利制約に見合うだけのきめ細やかかつ適合的な規律である。また，比例原則による統制の限界などを踏まえた，手続的補償としての

---

(6) *Bode*, ebd., S.215f.. なお，1997年の論文であり，やや古くなってしまったところもあるが，連邦憲法裁判所の判例における明確性の基準がはっきりとしたものではなく，極端な事案にしか利用されないものになっていることを指摘するものとして，*H.-J. Papier/ J. Möller*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR Bd.122, 1997, S.196f. がある。

(7) Siehe z.B. BVerfGE 73, 206 (235f.); 92, 1 (12f.); 126, 170 (195ff.); *V. Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S.26f.; *C. Dagenhart*, Art.103, in: *M. Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011, S.2068ff. Rn.53ff. (u.a. S.2073ff. Rn.67 u. 69).

(8) BVerfGE 25, 269 (286f.); 63, 343 (359); 112, 304 (315).

(9) もっとも，例えば，BVerfGE 126, 170 (196) も指摘するように，刑事実体法において求められる明確性の程度も一般的，画一的なものではないとされている。

(10) Siehe z.B. *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.382.

(11) 拙稿・前掲註(1)736-735頁註(15)，718頁註(101)，708頁註(129)，697頁註(182)及び，これらに対応する本文を参照。

意味を持つ，裁判官留保のような一定の制度的な（institutionell）権利保障の装置を用意することが要求される場合もある。ドイツにおいても，このような問題は意識されつつ，基本的には，形式的な要求としての明確性要求と，実質的な比例性要求，さらには，制度的な権利保障の担保をわけて論じる場合がむしろ一般である[12]。しかし，このように異なった性質のものが存在しており，一方では，それぞれ別に考える必要があることも踏まえつつ，さしあたっては規律密度という概念を用いながらも，究極的には，どのような規律を持つことが要求されるのかを問うことが本稿における主題である。また，これもすでに前稿で触れたことであるが，実質的法治国原理の導入によって，法律の留保は，比例的な法律の留保へと変貌したというように，法律の留保原則の中に，比例原則を取り込む見解も有力である[13]。以上のような事情を踏まえて，本稿は以下の検討において，敢えて「規律密度の問題」という統一テーマの下に，明確性の原則のみならず，比例原則のもとで言及される諸要素や，制度的手当についても論じることにしたい。

少し，前置きが長くなったが，以下では，まず，一般的なレベルでは，スライディングスケールであることが強調されるのみで，個別具体的な状況を見るしかないとも言われる[14]，明確性の原則の判例や学説における理解を簡単に確認する(**2**)。その上で，実質的な規律要求に関係する，比例原則にも目を転じ，とりわけ捜査活動の規律に関する判例の中で，どのような事情が，考慮要素，あるいは，判断の指標として指摘されているのか，学説にも目を配りながら確認する(**3**)。なかでも「核心領域論」については，前稿の侵害法益論でも触れたところであるが，権利制約の正当化可能性や，正当化にあたり要求される，規律の密度，実質的内容を画する基準としても，あるいは，

⑿　例えば，*Schwabenbauer* (Anm. 4) の第５章，第６章が，このように分類，整理して論じている。

⒀　拙稿・前掲註⑴736-735頁註⒂参照。

⒁　*Papier／Möller* (Anm. 6), S.185は，画一的な明確性水準があるのではなく，結局，立法者および裁判所が，法的安定性，予見可能性を確保すべく，個別・具体的な場面で，どのような態度で，どこまで詳細に規律するかが論じられるべきだという。なお，当該論文自体は，以降でその具体的場面をいくつか場合分けして論じている。

そのような基準としてこそ，機能する余地があるということもここでは示唆されることとなる。そして，最後に，不確実性が高まるなかで実体的判断が困難を伴なうことに対応した，手続的補償としての性格も有する，制度的担保としての裁判官留保やその他の仕組みについても触れることにする(4)。

2．形式的規律密度要請としての明確性の原則

2.1．総論

2.1.1．根拠論

明確性の原則は，法規命令への立法委任のあり方に関する基本法80条１条２文のほか —— これも先に述べたとおり，明文では遡及処罰の禁止を述べるだけであるが ——，刑事実体法についての103条２項といった，部分的な根拠規定と言いうるものがあることを除けば，基本法上明文の規定を持っているわけではない[15]。したがって，憲法上の基本原則に根拠が求められることになるが，ここで主として言及される原則が，法治国原理と基本権保障の二つである[16]。このうちの一つ，法治国原理の下位原則にあたるのが法的安定性（Rechtssicherheit）であり[17]，これを明確性原則の根拠としてあげるものもある[18]。同じく法治国原理の下位原則に位置付けられる，法律の留保原則や権力分立原則とも密接に関わり，これらの原則を通じて，法治国原理のほか，これと並ぶ憲法上の原理である，民主政原理にも関係することになるという[19]。本稿筆者も，法律の留保の原則との関係から，ここで明確性原則に注目しているのであり，また，本質性理論に基本的に依拠することによって，法律の留保原則を民主政原理とも深く結びつけるものとして理解してい

(15) *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.182; *Papier/ Möller* (Anm. 6), S.178.
(16) Siehe z.B. *Schwabenbauer*, ebd.
(17) *Papier/ Möller* (Anm. 6), S.179.
(18) *Bode* (Anm. 4), S.209; *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S.396. ただし，Bode は法的安定性と権力分立を明確性の原則の根拠として並立させている。この点に関連して，Papier・Möller と自身の整理の違いについて説明する，*Bode*, ebd., S.209 Fn.6を参照。
(19) *Papier/ Möller* (Anm. 6), S.180ff..

ることを考えれば，このような一般的な理解と対立するものではない。

もう一つの根拠とされるのが基本権保障であるが，これは，基本権の規制根拠が明確であって初めて，権利の保障とその限界づけが意味を持つというものであり，明確性原則は基本権保障にとって，前提として当然包含されうるものであるというように説明される[20]。ここでの説明にも表れているように，基本権保障自体，法治国原理や民主政原理とも深く結びつくものであり，その意味では，法的安定性と基本権保障の区別も相対的なものと言わざるを得ない面がある。この点，Papier と Möller は，法的安定性を個別具体的な事案に必ずしもとらわれない客観法的要請として整理する一方，基本権保障を個別具体的な事案に即した主観的権利保障として強調している[21]。

このように，詳細な根拠論の整理は論者によって区々なところがあるが，基本的には，様々な憲法上の原理・原則が複合的に関連している原則であり，明確性の原則が問題となっている個別具体的な事象が，関連する諸原理・原則のうち，特にいずれに関連するかで，強調すべき点が異なることはあるにしても[22]，さしあたっては，多面性を持つ原則であることを踏まえておくことが重要であるし，無理に詳細な根拠論にこだわる必要はないだろう[23]。

2.1.2. 一般的指標

一般的な指標ということに関しては，とりわけ，本質性理論を規律密度の問題に純化させるような本稿筆者の基本的立場を前提とすれば，本質性基準の内容について述べたところ[24]が該当するということになろう。ただし，ここでは，（規律密度の問題には必ずしも純化しない）判例や学説による整理を目的としているので，重複を恐れず，また，規律密度に特化した視点から整

⑳　*Papier/ Möller*, ebd., S.181f.. Siehe auch *Kunig* (Anm. 18), S.396.

㉑　*Papier/ Möller*, ebd., S.182f..

㉒　捜査法における，類推適用の禁止に特化した議論ではあるが，背景にある諸原理・原則に立ち返って，直接かつ個別の限界づけを導こうとするものとして，*S. Kratzsch*, Die so genannte Annexkompetenz im Strafverfahrensrecht, 2009, S.185ff. がある。

㉓　*Papier/ Möller* (Anm. 6), S.183f. も明確性の原則を独自の憲法上の原理として位置付けたとしても実益は少ないとし，複合的な性格を踏まえて諸原理・原則を考慮していく必要性を強調する。

㉔　拙稿・前掲註(5)120頁以下。

理し直すことにしたい。

先ほども述べたように，要求される規律密度の決定は，個別の事案に依存した，柔軟性を持つものであるが，一定の指標として，①基本権との関連性[25]，②関連する基本権の重要性，③個別の場面において基本権に与えられる負荷の程度というものが挙げられ，これらの存在が認められ，また，大きいと判断されれば，それに比例して要求される，規律の密度あるいは明確性が高くなるという[26]。

①に関して，新しい科学技術を用いた隠密裏の情報収集活動などが，基本権を侵害するのかという問題は，ドイツでも議論されており，前稿でも述べたように，連邦憲法裁判所の国勢調査判決では，萎縮効果の存在による侵害発生の「前倒し」を図っている[27]。Bode は，特に，隠密裏に行われる捜査活動に対する規制を考える文脈においては，これを「萎縮からの自由」という独立した基本権として考え[28]，刑事手続法における規律密度を向上させる

---

(25) この関連性中には，基本権の侵害（Eingriff）だけではなく，法律の基本権の具体化の問題も含まれうるのであり，明確性の原則が，基本権の具体化立法に一定の制約を課すこともありうるという点については，*Kunig* (Anm. 18), S.398f. などを参照。

(26) 判例の整理として, 例えば, *R. Bartone*, Gedanken zu Grundsätzen der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzip, in: *H. Rensen / S. Brink* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern Bd.1, 2009, S.314ff.（中でも明確性の要求が侵害の程度に比例するという点について，BVerfGE 86, 288 [311] をあげる）や，*Bode* (Anm. 4), S.212ff. を参照。そして，このような指標を見たとき，政治的重要性に関わる諸事項はこの限りにおいて，少なくとも明確には考慮対象とされていないことがわかる。結局，アプリオリかつ一般的な基準はなく，明確性原則は最善化命令（Optimierungsgebot）であることを強調する点も含めて，*K.-D. Drüen*, Normenwahrheit als Verfassungspflicht?, ZG 2009, S.63を参照。

(27) BVerfGE 65, 1 (43). 拙稿・前掲註(1)726頁，分析として723頁以下を参照。

(28) *Bode* (Anm. 4), S.112ff.. もっとも，萎縮効果を強調するものはともかく，このように，独立の権利として構成するのは，ドイツにおいても珍しい見解である。本稿筆者としても，保護の必要性を基礎づけたり，範囲を広げたりという場面で，萎縮効果を援用することはともかく，萎縮からの自由という独立の権利を観念する場合，一般的な保障範囲の画定にせよ，個別具体的な場面での侵害（Eingriff）の存否の判断においても，不明確なところが多くなってしまうのではないかという疑問を持っている。関連して，連邦憲法裁判所の判例における萎縮効果論はなお発展途上で，衡量における考慮要素としてはともかく，基本権審査の結果をそれだけで左右するものともなっていないと指摘する，

ための根拠としていること[29]が注目される。なお，隠密性に関していえば，オンライン捜索判決において連邦憲法裁判所が，法治国において，隠密裏に行われる侵害（Eingriff）が例外的なものであることを強調し，特別な正当化が要求されることを指摘する[30]とともに，裁判官留保という手続的保障の必要性を導く際の考慮要素としており[31]，隠密性が権利保障のための手当の必要性を導く考慮要素と示唆されていることも重要である[32]。

③の基本権への負荷の程度に関しては，もちろん①・②の要素とも密接に関わりながらではあるが，本稿において，実質的規律密度要請に関する原則として整理されている，比例原則のもとで，審査密度設定の指標として機能したり，実質的手当の十分性自体を判定する基準となったりすることは論をまたない。そして，基本権への負荷は，結局，個別具体的な国家行為が生じていないと特定できない側面もあり，事前の法律による規律がどれほどであるべきかという議論とはどうしても馴染まない側面があるため[33]，この③の問題については，むしろ続く**3**での検討対象とし，ここでは深入りしないことにする。

他方で，判例や学説も，刑事実体法の場合も含めて，解釈の余地なく明確であることまでを，明確性の原則の下に要求するものではない[34]。そして，そこでよく挙げられる考慮要素の一つが，伝統的な解釈方法を利用して，条

K.F. Gärditz, Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGRZ 2018, S.14を，そこに引用される文献も含めて参照。

(29) *Bode*, ebd., S.217.

(30) BVerfGE 120, 274 (325)［ただし，比例原則の検討の場面で言及］．あわせて，当該判決が引用する，BVerfGE 118, 168 (197) も参照。

(31) BVerfGE 120, 274 (331ff.).

(32) BVerfGE 120, 274 (325) なども述べるように，隠密裏の侵害については，関係者が事前に自身の利益保護を図ることができないため，その分，その正当化要求が高まることになる。これに関連して，*Schwabenbauer* (Anm. 4), S.187ff. は，議会による公開の議論を通じて，詳細な内容が決定されることで，議会による政治的責任の引き受けを意味すること，また，その反面，国家の介入行為の正統性が高まることを強調している。このように考えるのであれば，基本権に関係する問題が前面には出ているものの，政治的重要性の観点も間接的にであれ，考慮されているということもできよう。

(33) Siehe z.B. *Bode* (Anm. 4), S.218.

(34) Siehe z.B. BVerfGE 126, 170 (195f.).

文の意義が理解可能なのであれば良いということである[35]。これは明確性の要求を緩和するものとしてあげられることもあるが，逆にいえば，伝統的な解釈方法によって，条文の意義に関する理解が得られない場合には，明確性の原則を満たさないということであるように思われる。そうすると，伝統的な解釈方法によって，条文の意義が理解可能かということ自体その判断は，具体的文脈に依存するものではあるものの[36]，基本権関連性や基本権の重要性，基本権への負荷の程度によって，要求される規律密度が上昇するという枠組みを仮に相対基準というのであれば，伝統的解釈方法を通じて適用要件が確定可能であることという基準は，絶対的限界を設定したものと整理することも可能であろう[37]。

さらに，もちろん明確性の要求を緩和する方向にのみ機能するものではないが，判例は，基本権関連性や基本権の重要性，基本権への負荷の程度といったもののほか，立法者の規律能力も，明確性あるいは規律密度の要求を設定する要素としてあげている[38]。これについては，2005年のいわゆる GPS 判決において，連邦憲法裁判所が明確性原則は一切の技術革新を排除するものではなく，高速かつ基本権を危殆化するような技術発展に対処する余地を認

---

(35) Siehe z.B. BVerfGE 17, 67 (82)［ただし，具体的な法令が通常の法学的解釈方法によれば，意味内容が理解可能であることを指摘し，明確性を問題としないものである］; 83, 130 (145); *Bode* (Anm. 4), S.214; *Bartone* (Anm. 26), S.322.

(36) Siehe *Bode*, ebd., S.220. さらに，特に裁判官に対する統制ということを考えた場合に，伝統的な解釈方法によることという規制が，職業的エートスに訴える以上にどこまで意味のあるものかは疑問なしとはしない。この点に関する，本稿筆者の見解については，直接には，憲法適合的解釈の限界を論じるものであるが，拙稿「第４章 ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣，2018年）136-137頁を参照。*Bode*, ebd., S.218も，伝統的解釈方法の意味するところが必ずしも明確ではなく，いろいろな解釈手法の用い方が判例において十分に確立しているか疑問視している。また，一定の曖昧さを持つ法律について，憲法適合的解釈，あるいは憲法適合的縮減（Reduktion）を施すことも許されるとされ（siehe *H.-H. Trute*, Grenzen des Präventionorientierten Polizeiechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, Die Verwaltung 2009, S.95; *G. Duttuge*, Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot, in: *H.J. Hirsch/ J. Wolter/ U. Brauns* (Hrsg.), FS für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S.29），限界はますます曖昧であるといえよう。

(37) Siehe BVerfGE 110, 33 (56); *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.184.

(38) Siehe z.B. BVerfGE 118, 168 (188); 120, 274 (316).

める必要もあることを指摘している[39]が，問題となる規律対象が複雑であったり，動態的であったりするために，科学技術をはじめとして自然科学の知見が要求され，あるいは，そのような知見を持っても，不確実性が排除しきれないというような場合には，立法者を詳細な規定設定から解放する方向に機能する考慮要素とはなろう[40]。しかも，不確実性ゆえの濫用の危険性というものも踏まえると，ある新技術の利用がもたらす，基本権の侵害の性質を見極め，既存の立法がその実施を許す基本的決定を行なっていると言えるかは慎重に判断されるべきであり，技術の進歩の速度も安易に過大評価すべきではないという批判[41]にも，もっともと言えるところが多い。

さらに，規律能力の限界によって，立法時のさしあたっての規律密度要求はともかく，立法者が規律責任から解放されるわけではない[42]。むしろ，その反面，事後的な科学技術や事態の進展に留意して，見直し等の継続的な対

---

(39) BVerfGE 112, 304 (316).

(40) Siehe *Papier/ Möller* (Anm. 6), S.185ff.［ただし，新技術の問題については強調していない］; *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.193f.［一般論として，一定程度将来に開かれた規律を認めざるをないことを指摘するとともに，自然科学上の不確実性が立法者に余地を与えることは認める］.

ただし，他方で科学技術の発展や社会構造の複雑化に伴って，法律の規律内容も複雑化する傾向も指摘できるのであって，この複雑化が，規律内容の明確性を奪うという問題も生じてくる。なお，ここでは規律密度と明確性の程度の向上が一致していないということ（siehe auch *Bartone* (Anm. 26), S.310）に注意しておく必要がある。以上の点を主題化する論稿として, *E. V. Towfigh*, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen Gemacht, Der Staat Bd.48, 2009, S.29ff. がある。関連して，警察法の分野において，連邦憲法裁判所の判例の影響により，規範の規律密度を高める要請がはたらき，それゆえに規範の明確性が損なわれていると指摘をする，*M. Möstl*, Das Bundesverfassungsgericht und das Polizeirecht – Eine Zwischenbilanz aus Anlass des Urteils zur Vorratdatenspeicherung –, DVBl. 2010, S.813も参照。

この Towfigh の論稿は，明確性の原則が，法の名宛人である一般人を基準として論じられる従来の議論に対して，現実的には一般人が法を直接解釈することはなく，行政機関を含めた法律専門家を通じた解釈・適用が問題となる現実を，とりわけ法の複雑性が問題となっている現代においては直視すべきであるとして，主観的な明確性判断を否定する。そして，これに代えて，専門家による処理を前提とした客観的基準の確立を通じて，複雑性を減らそうというのではなく，複雑性を制御する仕組みを構築すべきだと主張する。この見解に対する，伝統的立場からの批判として，*Bode* (Anm. 4), S.220も参照。

(41) Siehe *Schwabenbauer*, ebd., S.204f..

(42) *Schwabenbauer*, ebd., S.194.

応を行う義務が立法者に発生するというべきであって[43]，立法者の事後是正義務を基礎付ける理論として機能する可能性を示唆する論者もいる[44]。

２.２. 各論

２.１. では，明確性の原則の根拠論を概観した上で，一般的な判断枠組や指標について簡単な検討を加えた。続いてここでは，判例を題材として，実際の明確性原則充足の判定のあり方を見てみることにしたい。題材には，ア）捜査活動についての一般的授権規定が根拠規定となるかが争われた事案，イ）一般的授権規定とは別の個別規定ではあるが，比較的曖昧な表現が用いられる規定の扱いが問題となった，いわゆる GPS 判決，近時の最重要判決であり，最新の捜査技術の使用が，個別の比較的詳細な規定を持った規定によって根拠づけられるかが争われた，ウ）オンライン捜索判決とエ）BKA 判決を取り上げることにする。

２.２.１. 一般的授権規定による授権

ドイツにおいて，刑訴法161条１項（検察），163条１項（警察）という，一般的な捜査活動の授権規範が存在していることは，前稿などですでに紹介し

---

(43) 上述の GPS 判決（BVerfGE 112, 304 [316]）も，技術の発展に注意を払う義務が第一に立法者に生じていることを指摘しており，例外的に，捜査当局による既存の立法による対応の余地を認めているに過ぎない。また，同判決は，BVerfGE 112, 304 (320) で，手続的保障が将来的な変化に合わせて適切なものであるかを観察する義務が立法者に生じることを述べている（この点を強調するものとして，*I.E. Vassilaki*／*J. Day*, Anmerkung, CR 2005, S.574も参照）。加えて，この GPS 判決の事案が欧州人権裁判所において扱われた判決において，同裁判所も，技術の絶えざる発展を，明確な規律の必要性を基礎付ける要素として扱っている（Uzun v. Germany, 2010-VI Eur. Ct. H.R. 1, 15-16, ¶ 61 (2010)）。

(44) z.B. *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.359f.. なお，ここでの議論は，本質性基準の一般論で紹介した，政治的重要性による法律による規律の必要性の基礎づけが，他方で規律密度の緩和につながるという議論（拙稿・前掲註(5)140-141頁）を，主に規律密度の観点から再度論じているものであることは言うまでもない。なお，治安法制を題材に，ドイツにおける立法の事後的評価という問題に取り組む，本稿の立場からも興味深い内容を扱う邦語文献として，植松健一「ドイツの治安法制における立法事後評価(1)」立命館法学379号（2018年）1061頁以下も参照。

この他，連邦憲法裁判所の判例において，不確実性を理由に明確性が後退することの代償措置として特別な権利保護の仕組みが要求されていることを指摘する（BVerfGE 110, 33 [68]，BVerfGE 113, 348 [381] を引用）ものとして，*Trute* (Anm. 36), S.90f. も参照。

た通りである[45]。既述のことではある[46]が，重複を恐れず，それぞれ仮訳を引用すると，161条1項の規定は，「160条1項ないし3項［訳注：公訴提起に向けた事実究明等が検察官の職務として規定される］の目的を達するため，検察官は，公務所に照会して報告を求め，また，法律上他に特段の定めのない限り，全ての捜査上の処分（Ermittlungen jeder Art）を自ら行い，または警察署もしくは警察官に行わせる権限を有する（ist befugt）。警察署または警察官は，検察官の嘱託または請求に応じる義務を負う。」というものであり，163条1項の文言は，「警察署または警察官は，犯罪を究明し，遅延の許されない処分は全てこれを行い，もって事件が混迷に陥るのを防止しなければならない。この目的を達するため，警察署または警察官は，公務所に照会して報告を要請し，遅滞のある場合にはこれを求め，また，法律上他に特段の定めのない限り，全ての捜査上の処分を行う権限を有する。」となっている。このように，いずれの条文も，一般的・抽象的な文言となっており，そこで授権された権限というのは必ずしも明確ではなく，一般的には比較的軽微な基本権侵害を伴う捜査活動の根拠規定となるにとどまると説明されている[47]。そして，このような理解の背景には，本質性理論の考え方があると考えられるのが一般的である[48]。ここでは，部会決定ではあるが，連邦憲法裁判所において，刑訴法161条1項が特定の捜査活動の根拠規定となるかが問題となり，161条1項の明確性の原則への抵触の有無も争われた事例[49]を取り上げることにする。

この部会決定において問題となったのは，俗に，「Operation Mikado[50]」

(45)　拙稿・前掲註(1)738頁以下参照。

(46)　同上・738-737頁註(9)及び(10)。

(47)　Siehe z.B. *C. Roxin / B. Schünnemann*, Strafverfahrensrecht, 28. neu bearbeitete Aufl., 2014, S.316 Rn.23. あわせて，拙稿「強制処分法定主義の憲法的意義」公法研究77号（2015年）228頁も参照。

(48)　Siehe z.B. *T. Perti*, Auskunftverlangen nach § 161 StPO gegenüber Privaten – eine verdeckte Rasterfahndung?, StV 2007, S.267.

(49)　BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405.

(50)　これについては，*C. Schnabel,* Das „Mikado-Prinzip“, DuD 2007, S.6などを参照。

などと呼ばれる，児童ポルノ摘発活動の適法性，合憲性である。具体的には，2004年のテレビのドキュメンタリー番組が発端となり，クレジットカードで79.99米ドルを支払うことによって，児童ポルノ動画・画像を入手できるインターネット上のサービスが存在することが判明した。これを受けて，2006年にハレ検察庁が捜査を開始し，このインターネットサービスの顧客を突き止めるべく，ドイツ国内でマスターカードまたはビザカードを発行している金融機関に対して，2006年３月１日以降に，特定のフィリピンの銀行への79.99米ドルの振込を指図したカード口座を提示するよう，書面で要求した。この要求に応じて，金融機関は口座情報を提供し，322名の口座の所持者が捜査を受けた。ここで紹介する部会決定は，この要求を受けたドイツ銀行が発行するクレジットカードの所持者が提起した憲法異議に関するものであり(51)，そこでは，このような捜査活動が法律上の根拠を有するものであるかが問題となったわけである。

連邦憲法裁判所第二法廷第二部会（以下，単に部会と呼ぶ）は，検察庁によるデータの照会によって照合の対象とはなったが，口座情報が抽出されて検察に提供されるといったことのなかった申立人は，私企業による機械を通じたデータ照合を受けただけであり，そもそも情報自己決定権の侵害（Eingriff）が生じていないとした(52)。

それでも，部会は，本件捜査活動の法律の根拠の有無についても検討を及ぼし，まずは刑訴法98a 条に規定されるラスター捜査（Rasterfahndung）に該当しないかが検討された。部会によれば，ラスター捜査とは，捜査当局に保存された情報と個人情報を，個別事案に即した犯罪捜査学上の調査基準を

(51) 以上については，NJW 2009, S.1405f. などを参照。

(52) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17. 2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405, S.1406, Rn.17ff.. これが，萎縮効果などを指摘し，もはや，些末な個人情報などないとした，国勢調査判決と整合的であるか疑問視するものとして，*T. Schaefer,* Rasterfahndung „light“ – Abfrage von Kreditkartendaten, NJW-Spezial 2009, S.280がある。また，私企業によることを理由に侵害を否定した点は，「私法への逃亡」の問題を抱えるものであり，機械による自動的処理が侵害の否定の根拠となるとした点も，自動化・機械化の時代において理由として適切かと指摘する，*C. Schnabel,* Anmerkung, CR 2005, S.384f. も参照。

用いて，自動的に比較，トラッキングするものであり，私的機関である銀行に依頼して特定の条件を満たす情報の提出を求めることはこれに該当しないし，ここで行われた依頼は，上記のように定義されるラスター捜査よりも基本権の侵害の程度が低いものであるとして，ラスター捜査には該当せず，98b条で求められる実施のための手続も必要とされないとしている[53]。

こうして，最後に，捜査当局が主張するように，刑訴法161条1項の一般的授権規定によって基礎付けられるものとなるかが問われることとなり，これが肯定された。そこでは，先ほど述べたような，161条1項が比較的軽微な基本権侵害の根拠規定となることなど一般的な議論がまずは確認された[54]。その上で，具体的に特定された犯罪行為の嫌疑に裏付けられた被疑者を機械的に探し出すべく，私人の保有するデータを機械によって調べることは，態様（Art）と範囲（Umfang）において，情報自己決定権への侵害の度合いは小さく，161条1項によって基礎付けられうる範囲内にとどまっているとし[55]，また，秘密裏に行われるということだけで，161条1項による授権の範囲外とされることもないなどとして，161条1項の他の個別の授権は必要とされないという[56]。

さらに，本件部会決定は，161条1項の規範としての明確性についても検討を及ぼしているが，161条1項は，捜査活動が特定の被疑事実のために行われることという目的による限定を行なっており，それ以外の状況や人間関係に対する侵害を授権するものとはなっていない[57]として，明確性を肯定すると

---

(53) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405, S.1406f., Rn.20 ff..

(54) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405, S.1407, Rn.26.

(55) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405, S.1407, Rn.27.

(56) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405, S.1407, Rn.28f.. これに対して，調査対象となったカード口座の保持者に，161条1項の場合にも要求されるべき，捜査の端緒としての嫌疑があったのかは疑わしいとする，*Schnabel* (Anm. 52), S.385も参照。

(57) ここでは，BVerfGE 113, 29 (52) が引用されている。

ともに，その裏返しとして，重大な基本権侵害を授権するものではないことを再度指摘している[58]。

以上の判示内容を踏まえると，161条１項の授権の範囲内か否かという問題に関しては，基本権侵害の程度が唯一といってもよい，重要な指標とされていることがわかる。また，これは，裏返せば，授権範囲をその程度に止めることで，161条１項が明確性要求を充足していること基礎付けているということでもある。ただし，その一方で，明確性原則については，目的による捜査活動の範囲限定を指摘して，その充足を授権の範囲の問題とは一定程度切り離して論じており，明確性の原則を重視していることがうかがえること，またその充足の論証に注力していることをおさえておくべきだろう。もっとも，明確性の判断について，明確な一般的指標が示されてはいないこともまた事実である。

２.２.２. 比較的曖昧な規定による授権（GPS 判決）

「捜査の対象が重大な犯罪行為（Straftat von erheblicher Bedeutung[59]）であり，他の方法では事案の解明または被疑者の居所の探知が成功する見通しが低い，または困難である場合，事案の解明または被疑者の居所の探知のために，一定の技術的手段（technische Mittel）を監視目的で用いることができる[60]」と規定していた，判決当時の刑訴法100c 条１項１号 b[61]（以下，２.２.２. において，本件規定と呼ぶ）が，被疑者の使用する自動車への GPS

(58) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405 (S.1407f., Rn.30). なお，決定は，この他，最後に比例原則の要請を満たしていることについても触れている (S.1408 Rn.31ff.)。

(59) これが組織犯罪に限定されるという理解について，*Vassilaki/Day* (Anm. 43), S.572f. を参照。

(60) 訳文の作成あたって，斎藤司「ドイツの GPS 捜査とその法的規制方法」指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護』（現代人文社，2018年）133頁を参考にした。なお，この判決を中心とする，ドイツにおける GPS 捜査について論じる邦語文献については，この斎藤論文のほか，同論文128頁註(1)に紹介がある（ここに紹介されていないものとして，川又伸彦「GPS を利用した監視によって得られた認識を証拠として用いることの合憲性」自治研究82巻６号（2006年）147頁以下）ので，適宜参照されたい。

(61) 判決後の法改正により，この条文は現在ほぼ同じ内容で，100h 条１項２号に規定されている。この現行条文の翻訳が，斎藤・同上133頁に掲載されている。

受信機[62]の装着[63]とそれによる情報収集の根拠条文となるか，2005年のいわゆる GPS 判決において争われた。

連邦憲法裁判所は，明確性の原則を主題化した上で，明確性の判断に関する一般的議論では，先に**1．はじめに**で紹介したように，刑事手続法については基本法103条２項の適用はなく，一般の法治国原理から導かれる明確性の原則が妥当することを前提として，当事者にとって自身の置かれた法的状況が認識でき，当事者の問題となる行為を規制の対象とできるかが問われることになるとした。裁判所は，立法者には，明確性原則は権利侵害（Eingriff）を伴う技術的な捜査手法を詳細に示し，それによって，法律の名宛人が個別の規律の内容を知ることができるようにする義務が課されているとしながらも，明確性の原則は犯罪についての技術的革新を考慮に入れることをおよそ排除するような，法律上の規定を要求するものではないとした。そして，基本権保護を脅かすような情報技術の変遷について，立法者にはむしろこれを注意深く監視する義務を導いている。なお，立法者による修正が必要とされる場合もあることを留保しつつ，刑事捜査当局や刑事裁判所による，法律上の不確定な条項について具体的な補充がなされうることも認めている[64]。

---

(62)　GPS 発信機とされることもあるが，GPS からの情報に関する限り受信機であり，そこから得られた情報を，別途捜査機関側の持っている端末に送信するものである。GPS を利用した位置情報取得の仕組みとそれをめぐる誤解については，高木浩光「GPS 捜査の技術的発展と最高裁判決の射程」指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護』(現代人文社，2018年）70頁以下を参照。

(63)　なお，アメリカの Jones 判決の法廷意見においては，GPS 装置の装着のための私有地立ち入りが，令状が要求される捜索に該当することの根拠とされ（United States v. Jones, 132 S. Ct. 945, 949 (2012)），我が国の GPS 大法廷判決（最大判平成29年３月15日刑集71巻３号13頁）においても，装着行為が住居に準ずる私的領域への侵入という意味で，重要な権利の侵害の存在，あるいは，強制処分該当性が認められたのではないかという議論もあるところである（例えば，山本龍彦「GPS 捜査違法判決というアポリア？」論ジュリ22号（2017年）149-151頁を参照）が，ドイツでは，判例・学説の双方において，機器の「使用」に装着等も含めて考えるのが一般的で，別途装着による所有権侵害等の問題が論じられない傾向にあることを批判的に指摘し，自身は，装着行為を語義的に使用（Verwendung）に含めることは困難であり，別途根拠規定が必要となるとするものとして，*Kratzsch* (Anm. 22), S.252ff. がある。

(64)　以上について，BVerfGE 112, 304 (315ff.) が述べている。

具体的な当てはめの問題については，判決異議の対象となった連邦通常裁判所の判決が，立法過程において「一定の技術的手段」の例としてあげられていた発信機（Peilsender）がさらに発展したものであると位置付けていたものの，その相違点についてはあまり述べていなかったこと[65]に関連して，連邦憲法裁判所は，従来の発信機を成功裏に利用しようと思えば，少なくとも，その時点でのおよその居所の情報がわかっていることが前提条件となっていたことなどを指摘する一方で，GPS の場合はこのような制約がないことを指摘しており[66]，これは GPS と発信機の区別を図ったものと理解される。他方で，人感センサー（Bewebungsmelder）や暗視装置（Nachtsichtgeräte）よりも，位置情報を容易かつ柔軟に取得でき，また得られる情報はより正確であるとしつつも，屋内や閉鎖空間，高層建築物の狭間での位置情報受信に障害をきたすこと[67]を理由に，憲法を理由に制限的な条件のもとにのみその利用が許されるようなものではないとした[68]。

このように，本判決は，具体的に授権の対象と考えられている手段との対比，類推という手法によって判断しており，しかも，最終的には，憲法上特別詳細な根拠規定を必要としないという結論を提示しただけのものとなっており，基準は示されていないと言ってよい状況にある[69]。

---

(65) BGHSt 46, 267 (272).

(66) BVerfGE 112, 304 (316).

(67) この点を強調するものとして，*I. Conrad,* RFID- Ticketing aus datenschutzrechtlicher Sicht, CR 2005, S.537がある。なお，この判断は，判決当時の技術を前提としており，判決が2005年，この判決で問題とされた GPS 装置の利用が，1995年であることを考えると，現在の GPS を利用した位置情報の取得技術では，このような判断は妥当しない可能性が高い。実際に，我が国の下級審の判断の中に，GPS を利用した位置情報取得の技術が誤差の大きいものであるとして強制処分該当性を否定したものがあった（大阪地決平成27年１月27日判時2288号134頁）のに対して，2017年の日本の GPS 判決の弁護団は，立体駐車場等においても位置情報の誤差がわずかなものであったことを実証実験により明らかにしたという。この点については，亀石倫子「捜査における位置情報の取得と弁護」刑事法ジャーナル48号（2016年）79-80頁などを参照。

(68) BVerfGE 112, 304 (317). Siehe auch *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.203.

(69) *Bode* (Anm. 4), S.405はこのような判断のあり方について，かなり具体的な事情に依存しており，また，比例原則との混同が見られると批判的に評価している。

２.２.３. オンライン捜索判決

続いて，オンライン捜索判決における，明確性の原則に関する判示を確認しておくことにしよう。この判決では，前稿[70]でも述べたように，ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法擁護法（NRW-VSG）の憲法適合性が争われたが，具体的に規範の明確性が問題となったのは，同法５条２項11号である。判決当時のこの条文の邦語仮訳は以下の通りである[71]。

§５　権限

⑴　省略

⑵　憲法擁護庁は７条に規定する基準にしたがって，情報収集のために，諜報機関として，以下の各号に定める措置を手段とすることができる。

１. から10. 省略

11. 加えて，インターネット上の通信装置への隠密裏の侵入，当該装置の探索，技術的手段も伴う情報技術システムへの秘密裏のアクセス，その他のインターネットの秘密裏の監視と解析。ただし，以上の措置が，その様態と重大性において，信書，郵便及び電信電話の秘密の侵害と同等のものであるときは，基本法10条に関する法律の定める条件のもとでのみ許される。（以下，省略。）

連邦憲法裁判所は，明確性の原則に関する一般的基準の提示に関連して，本稿でもすでに繰り返し述べたように，明確性の原則を本質性理論と結びつけるような形で，民主的で正統性を有する立法者による本質的決定を要求するものであると性格づけた。その上で，問題となる課題次第で，立法者に求められる基本権侵害の要件の定め方は異なりうることと ―― これもまた繰り返し言及したことであるが ――，立法者の規律の可能性も求められる明確

⑺⓪　拙稿・前掲註⑴714頁以下。

⑺①　仮訳の作成にあたり，植松健一「連邦刑事庁（BKA）・ラスター捜査・オンライン捜索⑵」島大法学53巻２号（2009年）４頁，石村修「コンピュータ基本権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社，2018年）51頁及び平松毅「憲法擁護庁によるインターネットへの侵入・捜索の違憲性」大東ロージャーナル６号（2010年）999-100頁を参考にした。

性の確定に影響することにも，一般的な考慮要素の提示に際して言及した[72]。

以上のような一般論の提示の後，連邦憲法裁判所は，具体的に，NRW-VSG５条２項11号が，IT 基本権[73]の侵害の要件を十分に示しておらず，明確性の原則に反すると評価した[74]。明確性を欠くとした理由としては，次の２点が挙げられている。

まずは，基本法10条の定める要件の充足を求めるものの，そもそもその充足が求められるか否かを，基本法10条が保障する，信書，郵便及び電信電話の秘密の侵害が存在するかどうかにかからしめていることを問題としている。つまり，諜報機関の行為によって，信書，郵便及び電信電話の秘密が侵害されているかどうかは，それ自体，複雑な判断と評価を要するものであり，その評価と判断は，まず立法者に課されるべきものだからである[75]。さらに，連邦憲法裁判所は，NRW-VSG５条２項11号が，基本法10条の侵害と「様態と重大性において」同等であることを基本法10条法の要件充足を要求する前提としていることが，明確性要求への違反をより深刻なものとしているという。つまり，このような条件設定により，基本法10条法の要件充足要求の有無の判断に当たって規範的評価を求めることになっており，NRW-VSG５条２項11号は要件を十分明確に示したとは言えないという[76]。

次に，裁判所は，諜報活動の許容要件について，基本法10条法の参照を求めるが，当該法律のどの部分が具体的に参照されるべきかが示されておらず，その点でも明確性要求を満たさないとしている[77]。

以上のような判示の特徴として，具体的な規定の不明確性が強調されているものの，判決自体が一般的な判示の部分で言及した，立法者による規律の

(72) 以上について，BVerfGE 120, 274 (315f.)。

(73) なお，連邦憲法裁判所は，基本法10条の保障する基本権の侵害についても，ここで紹介する IT 基本権に関する判示を引用して，明確性の原則に反することを判示している。Siehe BVerfGE 120, 274 (342).

(74) BVerfGE 120, 274 (316).

(75) BVerfGE 120, 274 (317).

(76) BVerfGE 120, 274 (317f.).

(77) BVerfGE 120, 274 (318).

可能性や，そこでは言及されていないが，問題となっている基本権の重要性をあげて衡量する，本質的な決定はどの程度のものを指すのかといった観点からの検討は展開されていない印象を受ける。もちろん，この判断に先んじて，IT 基本権という新たな基本権類型を提示し，その重要性を指摘している[78]ので，侵害される基本権の重要性が前提とされていることは推測されるものの[79]，さりとて，基準の提示とそこへの具体的な事情の当てはめというスタイルが採られていないことは確かである。

もっとも，ある種の「善解」をすれば，基本権の重要度や規律可能性について衡量するような相対的明確性判断 ―― **2.2.3.** では，本稿も相対的な明確性判断を実質的な比例原則との混同にもつながるなどと，否定的に評価したところである ―― が行われたケースではなく，絶対的な明確性を欠くケースであったという見ることも不可能ではなかろう。それでも，そのような考慮は明示されていないし，一般的議論として，立法者による本質的決定の要求や規律可能性に言及したこととの間で整合性がとれているかは疑わしい。その意味で，この判決も，不明確な明確性判断の一例に数えられるように思われる[80]。

2.2.4. BKA 法判決

最後に，従来の情報収集活動に関する諸判例を総括する判決とも言われる[81]，連邦刑事庁（BKA）法判決[82]における明確性原則の取り扱いについても触れ

---

(78)　この点については，本稿２(2)(ii) a を参照。

(79)　Vgl. *M. Sachs / T. Krings*, „Das neue Grundrecht auf Gwährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme", JuS 2008, S.48.

(80)　なお，ドイツにおける判例評釈においても，オンライン捜索判決における，明確性原則の問題を取り上げるものは少ないように見受けられる。

(81)　Siehe z.B. *B. Rusteberg*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zum Bundeskriminalamtsgesetz – Eine Zwischenbilanz des allgemeinen Sicherheitsrechts, KritV 2017, S.25; *Gärditz* (Anm. 28), S.7.

(82)　BVerfGE 141, 220. 邦語による紹介文献として，渡辺富久子「ドイツ 連邦刑事庁のテロ調査権限に関する連邦憲法裁判決」外国の立法268-１号（2016年）10頁，同「ドイツにおけるテロ対策法制とその変容」大沢秀介・新井誠・横大道聡編著『変容するテロリズムと法』（弘文堂，2017年）146-147頁，石塚壮太郎「テロ防止のための情報収集・利用に対する司法的統制とその限界」大沢秀介・新井誠・横大道聡編著『変容するテロリ

ておくことにしたい。これまで，ナチス期の警察組織と情報組織の結合に対する反省から，両者の分離が強く行われてきたところ[83]，国際的なテロリズムへの対応の必要性から，連邦レベルでの統合的な情報収集の必要性が認識され，基本法改正による連邦・州の立法権限の配分に関する基本法73条１項９a 号の新設をへて，それを根拠とする連邦レベルの立法により，国際テロリズムの危険防止のための権限が，2008年の立法により連邦刑事庁の権限として整備された[84]。この2008年法に基づき新設された，連邦刑事庁法における様々な秘密裏の情報収集措置の授権規定の合憲性が争われたのが，本件憲法異議である。

連邦憲法裁判所は，比例原則についての審査を展開する中で，明確性原則について言及しており，比例原則とは区別された独立の検討項目を設けていないことがまず特徴的である。明確性原則の一般的な要請内容などについて述べた部分においても，連邦憲法裁判所は，要求される明確性の程度はここの規定が問題としている対象によって異なるとしながらも，一般的には侵害（Eingriff）の重大性に沿う形でその程度は大きくなるとして，その限りで，明確性の原則は比例原則と密接につながっているとまで明言している[85]。本判決において，連邦憲法裁判所が一般的な議論として明確性の原則の要求内容や程度について述べるのはこれにとどまっている。あとは，その直前に，規範の明確性が求められる理由として，規制の対象となる市民に侵害の予見可

ズムと法』（弘文堂，2017年）180頁以下［本稿は，BKA 法判決について，特にこの文献に多くを負っている］，石塚壮太郎「連邦刑事庁による秘密裏の情報収集およびその利用・伝達に課される諸条件 —— 連邦刑事庁法違憲判決」自治研究94巻７号（2018年）145頁以下，井上典之「ドイツのテロ対策・予防のための法制度 ——『憲法の枠内』か安全の優先か」論究ジュリスト21号（2017年）55-56頁などがある。

(83) ドイツにおける警察と情報機関の分離原則についての邦語文献として，上代庸平「安全確保権限の相互協力的行使と情報共有の憲法的課題」大沢秀介・新井誠・横大道聡編著『変容するテロリズムと法』（弘文堂，2017年）167頁以下などがある。

(84) この経緯については，邦語では，石塚・前掲註(82)182頁のほか，法律の内容も含めて，山口和人「ドイツの国際テロリズム対策法制の新たな展開 ——『オンライン捜索』を取り入れた連邦刑事庁法の改正 —— 」外国の立法247号（2011年）54頁以下の詳しい説明を参照。

(85) BVerfGE 141, 220 (265, Rn.94).

能性を与え，また裁判所による実効的な統制が可能となるようにすることの２点が挙げられている[86]。そして，これ以外では，各条項の規定内容の狭義の比例性が検討される場面において，個別的に明確性の原則が充足されるかが言及されているのみである。

次に，個別の条項に関する明確性充足の判断のありようについて見ていくことにしよう。ここでの一般的な傾向をまず述べておくと，先に述べたように，狭義の比例性の検討の場面において，明確性の原則の充足についても言及が行われているため，もちろん，侵害される基本権の重要性や侵害の程度についての検討自体は行われているが，それが明確性原則の充足判断と直接結びつけられてはいない。さらに言えば，これくらいの侵害の重大性からすれば，この程度の明確性が必要とされるが，本件で問題となっている規定はそれを満たしているかというような，ある程度一般的な基準の提示とそこへの当てはめという構造は取られていないと言ってよい。専門裁判所や下級裁判所における一般的な文言の意味理解を前提とすれば，明確性に疑念は生じないというような判断[87]や，権限発動が認められる要件としての具体的危険の発生を確認することが要求されていないから明確性を欠くというような判断[88]，憲法適合的解釈を施した上で，当該解釈が解釈として成り立ち得，明確性原則の要求も満たすという判断[89]，他の条項を参照することによって，適切な規制範囲を持った条文解釈が可能であり，よって明確性要求にも合致するというような判断[90]，同様に限定的な解釈が可能であり明確性原則の要求を満たしているとする判断[91]というように，結局結論の言い切りにすぎないようなものばかりである。これは，一般論において，わざわざ比例原則判断と密接に関連することが明示的に指摘され，狭義の比例性を扱う部分で明

(86) BVerfGE 141, 220 (265, Rn.94).
(87) BVerfGE 141, 220 (288f., Rn.158).
(88) BVerfGE 141, 220 (291, Rn.165).
(89) BVerfGE 141, 220 (310f., Rn.233).
(90) BVerfGE 141, 220 (330f., Rn.297).
(91) BVerfGE 141, 220 (334, Rn.306; 346f., Rn.341).

確性が付加的に言及されていることにも如実に表れており，むしろこのような構成に周到さすら感じられるところであるが，本判決において，明確性原則は，独立に，それ自体で意味を持つような要求として実際には扱われていないと整理することもできよう(92)。

2.3. まとめ

以上の通り，2.2. では形式的規律密度要請としての明確性の原則についての議論，そして，捜査機関や情報機関による情報収集活動に関する具体的な判例をいくつか取り上げて検討してきた。ここでは，明確性の原則に関して，基本権侵害（Eingriff）の存在を（原則的には）前提としつつ，その侵害の程度に応じて根拠規範の明確性要求が高まるという，一般的・抽象的な枠組みが示されていることが，まず確認できた。ただし，この一般的定式は，どの程度の侵害が存在すればどの程度の明確性が要求されるのかということについて指標を提供するものではなく，本質性理論について言われるのと同様，すべてはスライディングスケールであり，最善化要求に止まる。もっとも，段階的な明確性要求としての明確性原則の定式化の基礎付けに本質性理論が援用されているのであるから，これは当然のことである。さらに，基本

(92) 例えば，*A. Kießling*, Gefahraufklärungsbefugnisse in der Polizeirechtsdogmatik – Überlegungen anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsrerichts zum BKAG, VerwArch 2017, S.289ff. は，明確性について取り上げ，従来の判例と BKA 判決との相違点などについて言及しているが，そこでは，事前予防的な介入措置の必要性や具体的な準備行為の存在について明確に示すことの必要性が主題化されており，まさに，形式的な規律密度の問題というよりも，実質的な必要性の問題が論じられていると評価できよう。

なお，BKA 判決の評釈類においても，明確性の原則について取り上げるものは多くない。Kießling のほかにこれに触れるものとしては，*G. Beaucamp*, Ist Kritik am BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts plausibel?, DVBl 2017, S.535f. u. 540のように，一般的な明確性原則の内容の確認と判示内容の紹介，立法者に必要以上に負担を強いるものではないかといった問題点を取り上げるもののほか，*W. Durner*, Anmerkung, DVBl 2016, S.784のように，明確性要求を充足しないことを理由とした違憲判断や憲法適合的解釈の実施があったことを指摘した上で，一般的な明確性原則の解釈論上の根拠は必ずしも明らかではないことや，判示内容は基本的に説得的であるがなおそこに至るアプローチ等に不明瞭なものが残ることを指摘するものといったものがあるにとどまり，明確性要求充足の判断枠組みについて踏み込んで検討したものは管見の限り見当たらない。

権侵害の程度に応じて明確性要求が高まるという定式は，実質的要請としての比例原則と重なるものであり，これはドイツにおいて判例自体も認めるところである。そして，このような比例原則との近似性を明言したBKA判決に特に鮮明に表れているが，比例原則，中でも狭義の比例性とともに明確性要求の充足が判断され，結局，比例原則を充足するという判断に，明確性原則に反しないという結論だけが添えられるというような傾向が見て取れる。もちろん，特定の語の解釈可能性について言及をしていないわけではなく，そういった解釈可能性というものについては結論を述べるより仕方ないところはあろう。それでも，少なくとも，明確性要求の指標について，何かわかりやすい手がかりが判例法上，提示されているとは言いがたいというのが現状である。

3．実質的規律密度要請としての比例原則

続いて，ここでは実質的な規律密度の要請を充足しているか判断する枠組みとして機能する比例原則について，とりわけ捜査活動等における情報収集・保存・利用活動について，判例法において判断の定式化がなされているのか，仮になされているのであれば，その内容はどのようなものかを見ていくことにしたい。

3.1．比例原則の基本構造

捜査活動等における情報収集・保存・利用活動に関する，比例原則を用いた統制のありようを分析する前提として，比例原則の基本構造について紹介しておくことにしよう。

比例原則，より正確に言えば，比例原則に基づく統制枠組みは，すでに我が国でも多くの紹介があるところ(93)であり，とりわけ，「法科大学院時代」

(93)　例えば，我が国において違憲審査の枠組としての比例原則の在りようを紹介した先駆的な業績として，松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会，2001年）54頁以

に入ってのち，憲法適合性審査の基本枠組みをめぐる文脈において注目されてきたところである[(94)]。したがって，沿革などを含む基礎理論的な検討や詳細な分析は，優れた従来の研究に委ねる[(95)]として，ここでは，捜査活動による情報の収集・保存・利用活動に対するものに基本的には引きつける形で[(96)]，大まかな枠組みと特徴を指摘するに止めることにする。

比例原則における判断要素として，一般に次のものが挙げられている。すなわち，第一に，権利を規制することとなる国家行為（本稿においてここで注目しているのは主に法律であり，行政の行為としても一般的規範の定立が想定されることになる）の目的が正当であること（目的の正当性），第二に，その目的達成にとって当該国家行為が手段として適合的であること（手段の適合性［Geeignetheit］），第三に，目的達成にとって当該国家行為が手段として必要不可欠であること（手段の必要性［Erforderlichkeit］），そして，最後に，当該国家行為による侵害利益と得られる利益がつりあいのとれたものであること（狭義の比例性や均衡性［Proportionalität］，適切性［Angemessenheit］などと呼ばれる）の四つである[(97)]。なお，四つ目の狭義

下を挙げておく。加えて，行政法学の観点から比例原則の意義，機能について詳細な検討を加えたものとして，須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社，2010年）も参照。

(94) 前註で挙げた松本文献のほか，小山剛『「憲法上の権利」の作法（第３版）』（尚学社，2016年），石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報74巻７号（2002年）60頁以下などを参照。また，ドイツ型の比例原則による憲法適合性審査とアメリカ型の違憲審査基準論による憲法適合性審査の比較について，松本哲治「審査基準論と三段階審査」曽我部真裕ほか編『憲法論点教室』（日本評論社，2012年）16頁以下などを参照。

(95) ここまでに挙げた文献のほか，ドイツの議論を主に参照しつつ，基本権解釈における利益衡量論について，理論的に検討するものとして，長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』（中央大学出版部，2012年）を挙げておく。

(96) 関連して，須藤・前掲註(93)83頁，223頁，258-259頁は，比例原則の適用される法分野や，立法統制に用いられるのか，行政統制に用いられるのかといった点によって，比例原則の意義について丁寧な整理が必要であることを強調する。

(97) さしあたり，代表的な教科書として，*T. Kingreen/ R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht Ⅱ, 34. Aufl., 2018, S.92ff. Rn.330ff.［同書の第31版（2014年刊）の邦語訳として，ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク／トルステン・キングレーン／ラルフ・ポッシャー（永田秀樹・倉田原志・丸山敦裕訳）『現代ドイツ基本権（第２版）』（法律文化社，2019年）90頁以下］を挙げておく。

の比例性については，前三者によって，これは判断されるものであり，重ねて狭義の比例性を論じても，合理的かつ拘束性のある枠組みを示すことは不可能で，結局裁判官の主観的判断が持ち込まれざるを得ず，妥当な判断基準として機能するものではないとして，判断基準としてあげることに否定的な見解も有力である(98)。

この四つの判断要素のうち，目的の正当性については，捜査活動を可能にする法律についていえば，犯罪捜査は，目的としての正当性を否定されるものではなく，基本的に認められるので，実際上，判断要素として重要なものではない(99)。手段としての目的適合性についても，犯罪捜査に全く資さないものを排除する機能はもちろん営むものの，通常，そのようなものは考えがたい。むしろ，犯罪捜査に資するがゆえ，さらに言えば，資する程度が強すぎるがゆえ手段として投入されるのであり，その反面生じる副作用が問題視されることになる。したがって，手段としての目的適合性が争点化することは稀である(100)。

---

(98)　衡量論に鋭く切り込む博士論文（*B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976［厚生経済学やゲーム理論の知見も持ち込みつつ，衡量の困難性，客観的統制の難しさを指摘し，判例や学説の衡量論を批判する］）を執筆したSchlinkがもともと執筆者であった教科書の改訂版である，*Kingreen/Poscher,* ebd., S.94ff. Rn.340ff.［邦訳93頁以下］は，この立場である。

なお，*Bode* (Anm. 4), S.237f. は，*F. Ossenbühl*, Maßnahme mit dem Übermaßverbot, in: *P. Badura / R. Scholz* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens (FS Lerche), S.157f. の，比例性判断として行われる，連邦憲法裁判所の独自の信念に基づく審査は，立法者の判断領域への不当介入となりうるとの批判に対して，それは一見そのように見えるだけであり，憲法への拘束から生じる当然の制約であるし，立法者による判断がなされた後にそれに対して審査がなされているに過ぎず，基準の喪失を避けるべく，裁判所にむしろ求められるのは，詳細な指針の提示であるという。あわせて，衡量は法的判断において不可欠なものであり，衡量自体が問題なのではなく，その濫用的実践が問題なのであるとする，*J. Isensee*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, JZ 1996, S.1090なども参照。

(99)　*Schwabenbauer* (Anm. 4), S.206. Siehe auch *Bode*, ebd., S.224.

(100)　Siehe *Schwabenbauer,* ebd., S.207; *Bode*, ebd., S.224. もっとも，*Schwabenbauer*, ebd., S.208ff. は，どの程度の適合性を要求するかという点については，立法者の判断権限と裁判所の審査権限，能力との関係で問題としうることを指摘している。

また，一般的にも目的適合性は，目的の完全な実現を要求するものではなく，目的の実現に資するものであれば充足が認められるというのが，判例（siehe z.B. BVerfGE 30,

こうして，主に問題となるのは，必要性と狭義の比例性ということになるが，狭義の比例性の検討が要求されるべきかについて，疑義が呈されていることは先に指摘した通りである。最後の点に関連して，狭義の比例性を基準とすることに否定的な見解の指摘するところは基本的に妥当なものを含んでいるといえる。そして，仮に，狭義の比例性を考慮要素として維持する場合も，数値化等明確な指標を提示することは不可能であるとしても，基本権を中心とする権利利益についての序列化(101)や権利侵害の程度を判断する指標の提示や判断の定式化が，一定程度必要となろう。また，必要性の判断においても，同様の効果が得られる複数の手段が想定可能な場合に，より侵害の軽微な手段である国家行為が選択されなくてはならないということが問題とされる。そうであるならば，結局，ここでも権利侵害の大小が争点化されており，枠づけられた適切な判断を可能とするためには，基本権なり権利利益なりについて序列化されていることが望ましい。さらに，特に本稿においては，権利言説に載せて議論することが裁判所での審査にとって便宜となるかを検討するにあたり，判例によって一定の有用な基準を提示できているかを問うているのであり，基本権を中心とする，保護法益の序列化が従来の判例等において十分に示されているのかを検討することは重要な課題となろう。

実際に，国家活動による権利侵害を許容するための要件設定のための考慮要素（すなわち，実質的な規律密度の決定要素）として，連邦憲法裁判所の判例は，当該行為によって保護しようとする法益の序列と数量，当該法益に迫っている危険，あるいは，既に存在する容疑の度合い，関係する基本権享

292 [316]; 33, 171 [187]）である。この点について，邦語では，松本・前掲註(93)59頁や須藤・前掲註(93)24頁などを参照。

(101) 狭義の比例性の判断について否定的な立場を採用するため，必要性の文脈でのものであるが，*Bode* (Anm. 4), S.225ff. を参照。なお，確かに，狭義の比例性の判断を否定するのであれば，法益の比較を行う場面は必要性に限られるので，必要性モメントの重要性が増すとともに，そこで基本権の序列化が論じられるべきことになる。しかし，狭義の比例性モメントを維持する場合，適合性と同様，効果の大きさを強調することで容易に充足が認められる傾向にある必要性モメントの重要性は低いものであると，*Schwabenbauer* (Anm. 4), S.213は指摘する。

有者の数，そして，侵害や損害の強度といったものを挙げている[102]。そうすると，ドイツにおいて国家行為の保護目的となる法益や国家行為によって制約される基本権（いずれも憲法上国家による保護の要求される権利利益であることが必要であるので，以下，基本的法益と呼ぶ）がどのように整理されているかについて若干であれ見ておくことによって，特定の捜査活動等に求められる実質的な規律密度を判断する枠組みが明瞭化されよう。また，基本権享有主体や権利侵害の数量というものの測定は，個別の事実・事情を見るより仕方ないにしても，その侵害や損害の強度・程度を判断する基本枠組みのようなものを見ておくことも必要であろう。

このような次第で，以下では，基本的法益の序列化がどのように考えられているか（３.２.），次に，権利侵害の程度を判断する基本枠組（３.３.），さらには，近時の国家行為の性質変容に伴う，３.３.で見る枠組み自体の変容に関わる議論（３.４.）をそれぞれ紹介し，若干の検討を加えていくこととする。

３.２. 基本的法益の序列化

３.２.１. 総説

基本権をはじめとする基本的法益の序列化を考える上でまず問題になってくるのが，基本権は同等の重要性を持つというテーゼである。日本において，初等・中等教育において人権の間に価値の差はないと言われながら，大学で憲法の学習を始めると，憲法上の権利の中に序列があることを前提とする「二重の基準論」という議論が当然のように論じられ，初学者にとっての躓きの石（の一つ）となるという問題があるが，ドイツにおいても，憲法学におけ

(102) BVerfGE 100, 313 (375f.); 109, 279 (353); 113, 348 (382; 386); 115, 320 (347). Siehe auch *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.216. 関連して，隠密裏に行われる監視等の捜査活動による，「萎縮からの自由」侵害の程度を判断する指標という限定されたものではあるが，*Bode*, ebd., S.227ff. は，当該措置の期間の長さ，情報が直接的に取得され保存されるか間接的に取得され保存されるか，取得される情報の量にも関わる監視装置の種類や数，当該活動が物理的・自然的な障壁を乗り越える程度，私的領域への内容的な関連性と言った考慮要素を提示している。

る通説が，基本権の同等性を支持していると言われることもある[103]。従って，ここで問題にするような保護法益の序列化などということがそもそも可能なのかも問題となりうる。

しかし，ここでいうところの基本権の同等性というのは，あらかじめ，特定のある権利が，特定の別の権利に優位するということが決まっているのであれば，衡量というものがおよそ不可能になってしまうという意味であり[104]，具体的な権利・利益の衡量の余地，可能性を維持するための議論のようである[105]。そして，このような文脈で基本権の間の抽象的な序列化を否定する見解であっても，個別的・部分的な優劣関係は認められると言ったり，個別の相対的な重要性の変動を認めたり，個別の法益が他の法益との関係においてどのような価値関係を持つのかがわかっていないと衡量は不可能であるとしたりすると指摘されている[106]。そうであるならば，説明の仕方次第という面が大きく，具体的な事情に即した判断を担保しつつ[107]，その基礎を提供するという意味での法益[108]の序列化，あるいは，法益相互の関係性の設定というものは，衡量の実現に際して求められることこそあれ，否定されるべきではないということになろう[109]。

そして，実際に，基本法自体が一定の権利利益に特別な憲法上の保障を認

(103) Siehe z.B. *Bode*, ebd., S.226.

(104) Siehe *L. Michael*, Methodenfragen der Abwägungslehre: Eine Problemskizze im Lichte von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik, JöR neue Folge Bd.48, 2000, S.197.

(105) 関連して，*R. Alexy,* Theorie der Grundrechte, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 582, 1994, S.520 [zuerst veröffenet 1985] は，あらゆる具体的な基本権衝突を想定することは不可能であり，個別具体的な判断は避け難いと，逆の方向から，事前の，具体的事案を考慮しない基本権の「序列化」の可能性を否定する議論を展開している。

(106) *Michael* (Anm. 104), S.198 Fn.208.

(107) *Bode* (Anm. 4), S.227その意味で，基本権の序列化があくまで抽象的なものにとどまることを強調する。

(108) ここで，法益とは，主観的な権利のほか，国家に課せられた義務や客観的な原理などを基礎付ける法的保護に値する利益一般のことを広く意味するものとして用いている。このような用語法については，*J. Eichhoff*, Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2010, S.289を参照。

(109) 関連して，個別の法益の他の法益との関係における価値の序列関係が明確でないと衡量は成り立たないという見解を示すものとして，*S. Storr*, Grundrechtsschutz in der EU, Der Staat Bd.36, 1997, S.562も参照。

め，基本法改正の限界の設定や，制約を可能とする要件設定において，その要件に差異を設けていることが指摘されている。そういう意味では，基本法自体が一定の基本権の序列化を認めていると言って差し支えないのである[110]。

例えば，Eichhoff は，従来の連邦憲法裁判所の判例[111]などを踏まえつつ，以下のように，大まかな[112]基本的な法益の序列関係を提示している[113]。すなわち，まず，基本権に限定してみれば，人間の尊厳（基本法１条１項）があらゆる基本権に優位する法益であることには議論がなく[114]，続いて，あらゆる人間の自由な行動の前提であり，それを条件付けるものである，生命への権利（基本法２条２項）は，法律による制約が予定されている点で人間の尊厳には劣位するものの，最上級の価値として承認されている[115]。これに，一般的な人格権や信仰・良心の自由（基本法４条）[116]，基本法５条１項によって保障される意見表明の自由[117]，道徳的自己決定の発露という意味での婚

---

(110) Siehe *Bode*, (Anm. 4), S.226; *Michael* (Anm. 104), S.198. Siehe auch *Eichhoff* (Anm. 108), S.292f.［一定の指標としての役割は認めつつ，保護範囲全体の広狭によっても制約の条件設定の多寡は影響されるとして，制約についての条件設定が複雑なものとなっているかどうかによる単純な序列化を戒めている］.

(111) なお，引用される判決が比較的初期のものに限られている点には若干問題が感じられないわけではない。

(112) Eichhoff 自身，序列関係はなお十分に開かれたものであるとしており（*Eichhoff* (Anm. 108), S.295），あくまで自らが行なっているのは素描であって，多数の例外は存在しているし，衡量の場面の蓄積によって位置付けが変化する可能性も存在することを強調していること (ebd., S.299) を見落としてはいけない。

(113) *Eichhoff*, ebd., S.291ff..

(114) ここでは，BVerfGE 6, 32 (41); 45, 187 (227); 50, 166 (175); 75, 369 (380) が引用されている。もっとも，人間の尊厳を基本権価値秩序において最上位の価値を持つものと明示するのは，BVerfGE 50, 166 (175) のみである。なお，BVerfGE 50, 166 (175) は，BVerfGE 6, 32 (41); 45, 187 (227) を引用するものの，後二者は，人間の尊厳の不可侵性については述べるが，他の価値との関係で最上位にあることを明示するわけではないし，BVerfGE 75, 369 (380) は，留保なき基本権である芸術の自由を以ってしても人間の尊厳に対する制約は認められない旨述べたものである。

(115) Vgl. BVerfGE 39, 1 (42)［胎児の要保護性，国家による保護義務を導く前提として言及されている］.

(116) Vgl. BVerfGE 35, 366 (376)［人間の尊厳と対比させそれに準じるものとして描いていることが注目される］.

(117) ここでは，BVerfGE 7, 198 (208f.)［意見表明の自由の重要性は説かれるが，本文のような順位づけが直接かつ明示的になされているわけではない］が引用されている。

姻と家族の保護（基本法６条１項）[118]といった，人間の尊厳を具体化した内容を保護対象の核心として有していると解される様々な基本権[119]が続くこととなるという。さらに，空間的，コミュニケーション的な観点から，人にとっての一定の残存領域（Rückzugsbereich）を保持していくことに関わるという意味で人間の尊厳に関わるとされる[120]，通信の秘密（基本法10条）や住居の不可侵（基本法13条）についての基本権がこれに続く。集会の自由（基本法８条）や結社の自由（基本法９条）も，人間の尊厳との関連性を持つものの，それが間接的であるということを理由に，以上の諸権利に劣位するという[121]。そして，最後に，物質的な側面が強くそれゆえ人間の尊厳との関連性が薄いものと性格づけられる，基本法12条や14条の経済的基本権がようやくこれに続くことになる[122]。また，このような人間の尊厳との関連性による序列付けのほか，意見表明の自由や集会，結社の自由の経済的自由への優位を説くに当たって，連邦憲法裁判所が，意見表明の自由など，優位するとされている自由が，機能的に民主政に寄与するものであることを理由としてい

---

(118) これについては，連邦憲法裁判所判例の引用はないが，*R. Zippelius,* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 57. Lfg. Dez. 1989, Art. 1 Abs. 1 und 2 Rn.13が引用されている。

(119) Siehe *Zippelius*, ebd., Rn.13 u. 47ff..

(120) Siehe BVerfGE 51, 97 (110); 75, 318 (328).

(121) 連邦憲法裁判所は，意見表明の自由，プレスの自由，芸術の自由に加えて，集会の自由についても，あらゆる通常法律の適用の誤りを基本権侵害として扱っていると指摘する，*E. Klein*, Preferred Freedoms-Doktrin und detsches Verfassungsrecht, in: *ders* (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit (FS Bend), 1995, S.146を引用している。ここでも例として挙げられる連邦憲法裁判所判例として，BVerfGE 87, 399 (409)［衡量の前提として，集会の自由は，意見表明の自由と同様に，個人の人格発展と民主的秩序のための基盤となるような意義を有していると指摘し，制約が正当化されるためには同程度に重要な法益の保護が必要となるとしていることも注目される］も参照。

(122) Siehe z.B. *H. Schneider*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979, S.229. *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. Ⅲ/2, 2. Aufl., 1994, S.818f. は，Schneider の判例分析に言及して，アメリカ流の二重の基準論がドイツ法においても一定程度是認されていることを認めているが，衡量は個別の事案に依存するものであり，ここでの序列化は，具体的な判断をするにあたっての目安（Leitlinie）であることを前提としている。加えて，*Klein*, ebd., S.150も，財産権や職業の自由の劣位は，大まかなものであり，あらゆる具体的状況のもとで認められるものではないと相対化している。

る点[123]も指摘される。

続いて，基本権以外の公共的法益を中心とした基本的価値との関係に視野を広げれば，連邦憲法裁判所は，国家の存続のほか，基本法20条に規定された基本原理に対応する「自由で民主的な基本秩序」を，生命への権利と同様に，最上級の法益として位置付けているという[124]。そのほかの公共的利益と基本権との序列化について，連邦憲法裁判所は，例外的に，かつ暗示的に行うのみであるが，ドイツ連邦共和国の存続をプレスの自由[125]や通信・郵便の秘密[126]に優位させたことあると指摘されている。また，国の安全や市民のデータ保護に関わるような機密性の高い文書については，プレスの自由によって，行政の遂行が阻害されないように，前者を劣位させた[127]一方で，行政の不祥事については情報の必要性を行政の利益に優位させるなど，形式的・組織的な行政過程よりも，実質的な利益を優位させる態度が見受けられる[128]という。また，強い社会関連性が認められ，社会において一致して受け入れられている利益に関わるかも，基本権との優劣の決定要素だという。

また，公共的法益の序列化に際しては，絶対的，一般的に承認された法益（国民の健康や扶養といったものがこれに当たる[129]）と，政治的決定に依存する法益（手工業の生産状況や生産力といったものがこれに当たる[130]）に分類され，後者については立法者による公益としての認定を待つ必要があり[131]，

(123) Vgl. BVerfGE 69, 315 (343)［集会の自由］; 12, 205 (259f.)［放送の自由］; 20, 162 (174f.); 52, 283 (296)［プレスの自由］; 5, 85 (134f.); 27, 71 (81)［（情報の自由なども含む広義の意味での）意見表明の自由］.

(124) BVerfGE 20, 162 (178; 222).

(125) BVerfGE 20, 162 (178).

(126) BVerfGE 27, 88 (102f.).

(127) BVerfGE 28, 191 (199).

(128) BVerfGE 25, 296 (306); 28, 191 (200)［いずれも実質的な秘匿性のあるものに限定して，国家機密保持の必要性がだとうするというものである］.

(129) Vgl. BVerfGE 7, 377 (414).

(130) Siehe z.B. BVerfGE 13, 97 (107ff.).

(131) BVerfGE 13, 97 (107)［ここでは，国民の健康のような絶対的な法益についても言及され，それと対置する形で立法者の設定する公益の存在を説いている］.

前者に劣位することとなる。また，学説[132]においては，同様の区別を，市民に直に関わる「直接的な（unmittelbar）公益」[133]と，市民の人格的発展に対してプラットフォームや枠付けを提供し，共同体としての調整を行うための仕組みとして機能する「間接的な（mittelbar）公益[134]」という形で行おうとするものも見られるという。

加えて，基本法自体による一定の序列化が見られると指摘し，基本法の具体的な規定ぶりに着目したBodeも，隠密裏に行われる捜査活動に関連する基本権の抽象的序列として，後述するように判例においては絶対的な保護の対象となると整理される人間の尊厳，憲法レベルで制約可能要件が詳細に定められる住居の不可侵，通信の自由（と彼が基本権の一つとして基本法２条１項の保護対象に位置付ける，萎縮からの自由[135]）という，大まかに三段階の序列の存在を提示していること[136]が，本稿の関心からも注目される。

３.２.２. 特論：人間の尊厳が絶対的保護対象とされることの意義

連邦憲法裁判所の判例は，人間の尊厳の保護は絶対的なものであるとしており，正当化の余地を認めず，人間の尊厳の侵害（Eingriff）が認められれば，即違憲であるという[137]。すなわち，比例性審査の対象とはならず，厳密な意味では比例性審査における序列化の範疇に含まれないわけである[138]。しか

---

(132) *Schneider* (Anm. 122), S.134ff.

(133) *Schneider*, ebd., S.135は，直接的公益の代表として，（歯科を含む）医師や医薬品についての公衆のための配慮，疫病の防止，食料の確保などを包摂する意味での国民の健康や扶養，青少年の保護，職業上の地位や職場の安全も含む人間としての発展の保障などを挙げている。

(134) *Schneider*, ebd., S.136では，具体的に，経済，手工業，農業，そして競争のあり方に関するものや，消費者保護，社会保障，洪水対策，公衆の安全，交通の仕組みといったものが挙げられており，インフラストラクチャーそれ自体，あるいは，その設定がここで，「間接的公益」として理解されているように思われる。

(135) Siehe *Bode* (Anm. 4), S.112ff..

(136) Ebd., S.226f.

(137) Siehe z.B. *N. Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011, S.15f.; BVerfGE 75, 369 (380).

(138) 関連して，我が国や米国にいわゆる定義づけ衡量よろしく，衡量をあらかじめ行い，一定の定義に当てはまる国家行為を禁止するという可能性もありうる。例えば，連邦憲法裁判所の判例（BVerfGE 100, 313 [376]. Siehe auch BVerfGE 67, 157 [173f.]）には，「全般的，包括的な監視（globale und pauschale Überwachungen）」については，許容しな

し，これは先にBodeの整理を主張したところでも示唆したように，人間の尊厳というものを，保護法益の序列化の中で最上位に位置づけていると理解することも可能である。その意味では，人間の尊厳が保護法益の序列化の中において最上位に位置づけられるということが具体的にはどのような帰結を導くものであるかをここで見ておくことは，本稿にとって決して無意味なことではない。

それでは，早速，具体的な検討に移ることにしよう。まず，検討対象の設定に関して，連邦憲法裁判所は，人間の尊厳一般のレベルで論じるというよりは，そこに引きつけつつ，より個別具体的な利益を主題化しているとも指摘され(139)，本稿が関心を向ける問題領域と関係する文脈では，私生活形成の核心領域が絶対的な保護対象として位置付けられてきたことが重要である。そこで，以下では私生活形成の核心領域についての判例を中心に紹介・検討することにしたい。

連邦憲法裁判所の判例は，私生活形成の核心領域の保護(140)は絶対的なものであることを再三述べて，比例性審査を通じた正当化の余地はないことを繰り返してきた(141)。この核心領域論は，すでに前稿で紹介したところである(142)が，生活領域を私生活形成の核心・内密領域，私的領域，社会公共的領域といった形で分類し，核心領域である親密領域への侵入については，正当化，

いというルールの存在を前提とするように見受けられるものもある。もっとも，そこにおける「全般的，包括的な監視（globale und pauschale Überwachungen）」自体の概念が必ずしも明確ではなく，衡量の結果の言い換えに過ぎないようにも思われる。

(139) *C. Goos*, Innere Freiheit: Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs, 2011, S.49f.. Siehe auch BVerfGE 109, 279 (311f.).

(140) 人間の尊厳に由来する私生活形成の領域の憲法による留保・保障は，つとに1957年のいわゆるElfes判決によって承認されている。そして，同判決も，私生活形成の領域は，これは人間の自由にとって最後に残されるべき不可侵の領域であるとまで述べていた（BVerfGE 6, 32 [41]）。Siehe auch *Teifke* (Anm. 137), S.19.

(141) この点を明確に述べたものとして，1973年のBVerfGE 34, 238 (245)があり，大盗聴判決（BVerfGE 109, 279 [313]）や，オンライン捜索判決（BVerfGE 120, 274 [335]），BKA判決（BVerfGE 141, 220 [276, Rn.120]）など，近年の有名判決でもこの判決が引用されている。Siehe auch *Teifke*, ebd., S.19f.

(142) 拙稿・前掲註(1)732-731頁。あわせて，当該箇所に引用の文献も参照。

あるいは対立利益との衡量を許さないというものである[143]。これについては，それぞれの領域の区別が曖昧であるとの指摘がある[144]ほか，実際の判例を見ると，親密領域に該当するかどうかということ自体が，具体的事情の総合考慮によって，ケース・バイ・ケースに決定されているなどの指摘がある[145]。つまり，絶対的保護の対象が衡量によって認識されていることとなり，絶対的保障自体が相対化されかねない構造となっているというのである。

保護の対象は場所ではなく人間である，ましてや人間の尊厳と関連づけるのであればなおさらであり，領域理論の空間的な把握には批判[146]も少なくはない。場所ではなく問題となる情報の内容によって判例も核心領域を決定しているという見解[147]のほか，人間としての尊重（Achtung）にこそ人間の尊厳の意義が見出せるとして，判例もこのような観点から整理，理解することが可能だという見解[148]もある。もっとも，このような理解を採用したところで，人間の尊厳の侵害にかかる絶対的保障対象となるかどうかの判断は，個別具体的な事情に依存して行われざるを得ず，むしろその判断の複雑性は増大する[149]。すなわち，絶対的保障自体の相対化はここでも免れないのである[150]。

---

(143) もっとも，学説において，私生活形成の核心部分の保障を，本文のような領域理論によって，物理的な意味での「領域」を重視するものとして狭く理解するものもあれば，後述するような物理的な領域に必ずしも拘泥しない意味での，核心的な「領域」の絶対的保障を述べる理論として判例理論を整理するような，やや緩やかなものも見られ，用語法は必ずしも厳格ではない印象を受ける。

(144) Siehe z.B. *Teifke* (Anm. 137), S.20ff..

(145) *Teifke*, ebd., S.25f..

(146) Siehe z.B. *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.257ff.; *R. Poscher*, Menschenwürde und Kernbereichsschutz, JZ 2009, S.274.

(147) *Schwabenbauer*, ebd., S.257ff.［ただし，Schwabenbauer は，S.261ff. において，判例の具体的線引きに批判的な立場も示している］.

(148) *Poscher* (Anm. 146), S.274. なお，*Schwabenbauer*, ebd., S.270は，Poscher の見解を評価しつつも，*Poscher*, S.275f. が，意図せざる監視を絶対的禁止の対象外としていることについては批判的である。

(149) Siehe *Schwabenbauer*, ebd., S.269; *Poscher*, ebd., S.275f..

(150) 近時の重要判決をいくつか見るだけでも，例えば，大盗聴判決（BVerfGE 109, 279 [311f.]）が，絶対的保護対象である核心領域（これは，保障のコアな部分という趣旨で，領域理論のいう狭い意味での物理的な領域としての核心・内密領域ではないと解される）の具体化にあたっては，規律対象となる各生活領域の特性や問題類型の構成に留意

関連して，学説上は，アメリカにおける９.11テロを受けて制定された，航空安全法の合憲性が問題となったり(151)，未成年者の誘拐事件で容疑者に被害者の居場所を供述させるべく拷問を行なった警察官の行動の正当化可能性が論じられたり(152)と，実務的な問題にも触発されて，21世紀初頭以降，人間の尊厳保障の絶対性が大きな論点となっている(153)。この論争に立ち入って検討

した，個別の状況の考慮が必要であるといい，これは，航空安全法判決において，人間の尊厳に適合的であるかどうかは，対立の生じうる各別の状況に配慮してここに具体化されると判示される際にも引用されている（BVerfGE 115, 118 [153]）。これらからは，具体的事情の考慮の必要性を連邦憲法裁判所が説いていることがうかがえる。また，オンライン捜索判決においては，核心領域保護の具体的形成の憲法上の要請については，情報収集の方法や，把握される情報の内容によって変化しうるとしており（BVerfGE 120, 274 [337]），かなり明確に，核心領域保障の内容決定が相対的に，諸事情の考慮のもと行われることが示されている（siehe *Teifke*, ebd., S.28）。さらに，BKA 判決も，比例原則による相対化が許されないことを強調しつつも，個別の事情の考慮は排除されないと述べている（BVerfGE 141, 220 [278, Rn.124]）。

(151) Siehe BVerfGE 115, 118.

(152) BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 14.12.2004, NJW 2005, S.656f.［地方裁判所や連邦通常裁判所の判決が，取調べにおける拷問の存在を認めたことを指摘し，それが人間の尊厳を害するものであるとしつつも，無罪に直結するものではないとし，違法収集証拠の排除では足りず無罪としなければいけない立証がないため，憲法異議の手続きに入ることはできないとした連邦憲法裁判所部会決定］; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.12.2004 – 5/27 KLs 7570 Js 203814/03 (4/04), NJW 2005, 692［拷問を実施した警察官についての刑事裁判判決。拷問該当性と人間の尊厳の侵害を認めた上で，緊急避難や，誤想避難の成否，非難可能性の有無など違法性や責任の阻却の可能性が主たる争点とされた。結局これらについて，具体的事案における成立は認めなかったが，一般的な可能性については認め，その限りで人間の尊厳の相対化を許していることについては判決も自覚している。もっとも，当時の心理状況や動機などにより情状酌量による刑の減軽を行い罰金刑が相当とした上で，刑法59条にしたがって，刑の留保つき警告を言い渡し，処罰を回避した。なお，検察側・被告人側双方が上訴せず，この判決は確定した。この判決の評釈として，*H. Götz*, Das Urteil gegen Dascher im Lichte der Weteordnung des Grundgesetz, NJW 2005, S.953ff. も参照］. Siehe auch z.B. *F. Wittreck*, Menschenwürde und Folterverbot, DÖV 2003, S.873ff..

(153) Theodor Maunz と Günter Dürig を当初の編者とし，編者 Dürig 自らが人間の尊厳保障の絶対性を初版で説いた基本法の加除式コンメンタールの2003年改訂において，Matthias Herdegen が人間の尊厳保障の絶対性を否定する立場を表明し，憲法学の泰斗 Ernst-Wolfgang Böckenförde からの批判を招く（*E.-W. Böckenförde*, Die Würde des Menschen war unantastbar: Zur Neukommentierung der menschenwürdegarantie, in: *ders*, Recht, Staat, Freiheit, Erweiterte Ausgabe, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 914, 6. Aufl., 2016, S.379ff., zuerst veröffenlicht in: F.A.Z. vom 3. September 2003, Nr.204 S.33+35［とりわけ，基本的な立場の相違を捉えて，「改訂」の枠内に収まっているのかという点に疑

を加えることは本稿の目的とはそれるため，これ以上の深入りは避けるが，学説(154)上，実際上の相対化，衡量の是認は，判例においてもすでに行われているとか指摘されており，少なくとも部分的には相対化あるいは衡量の是認を認めざるを得ないとする見解の方がむしろ一般的になっているようにも見受けられる(155)。

このような近時の学説に従うのであれば，そもそも絶対的保障の対象としての人間の尊厳をここで項目を分けて論じる必要はないということにもなりかねない。もっとも，人間の尊厳の相対化を認める議論にあっても，その保護法益としての最高性は認め，最高性と対立利益との衡量を通じた制約の正当化可能性の承認は両立するというような趣旨を強調する見解(156)が多い。そうであるならば，最高位の保護法益としての人間の尊厳の下位分類を紹介したことは，本稿におけるここでの検討対象にとって一定の意義を持つといえ

義を呈している］）など，ドイツ公法学界を揺るがす事態に発展した。Siehe z.B. *J. von Bernstorff*, Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenz und Auftrag, JZ 2013, S.905.

(154) 判例と学説の状況と整理については，*C. Bäcker,* Begrenzte Abwägung: Die Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit, Der Staat 2016, S.433ff.［判例が人間の尊厳の絶対性を説きつつ，実質的に衡量を行なっていることを指摘した上で，学説を，①ルール・原理二分論の再構成を説くもの，②判例に誤読を招くところがあり，人間の尊厳の絶対性は，衡量の結果として導かれた人間の尊厳侵害についての言及であるとする見解，③ルールとしての人間の尊厳と原理としての人間の尊厳の二つの人間の尊厳があるとする見解に三分して紹介している。Bäcker 本人は，③に近い見解を採用し，人間の尊厳について正当化可能性を認めつつ，一定の烈度を備えるものについては人間の尊厳の不可侵領域への介入として正当化を排除する。なお，人間の尊厳の定義自体は，介入が要求される事情などとの関係で相対的に決定されざるを得ない場面があるという］などを参照。なお，このような議論には，Dworkin の議論に触発される形で，法規範を衡量を許さないルールと，最善化要求として他の原理との衡量による制約を認められる原理に分けて論じ，人間の尊厳についても，ルールとしてのそれと，原理としてのそれとに分類した Robert Alexy の議論（*Alexy* (Anm. 105), S.97）が大きく影響している。人間の尊厳の性質に焦点を当てた，Alexy の最近の関連論文として，*R. Alexy,* Menschenwürde und Verhältmäßigkeit, AöR 2015, S.497ff. もあわせて参照。邦語による議論の紹介として，玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社，2013年）28-32頁などがある。

(155) なお，絶対性の維持を主張するものとしては，*Böckenförde* (Anm. 153) のほか，*D. Classen,* Die Menschenwürde ist – und bleibt – unantastbar, DÖV 2009, S.689ff.; *Bernstorff* (Anm. 153) などがある。

(156) z.B. *Teifke* (Anm. 137), S.165f..

よう。また，結局，権利保障の必要性に関わる考慮要素[157]をピックアップしつつ，大まかな保護必要性の序列化を行うという意味で，相対的保護の対象とされる諸権利・諸法益との差異は，相対的なものであるということになろう。

また，視点を変えると，最高位の保護法益としての人間の尊厳の範囲画定が，先に見たように個別具体的な事情に依存的であるというのであれば，権利論によって，法律による規律対象を画定したり，規律のありようを導いたりという目論見にとっては，厳しい帰結をもたらすのではないかという危惧も生じてくる。

3.2.3. 小括

以上のような，保護法益の序列化に関連する議論から得られる結論は，保護法益の序列中で最上位に位置づけられるとされる人間の尊厳も含めて，保護法益としての基本権の序列は抽象的な目安，指標として機能するに過ぎず，個別の事案における判断は，結局具体的な事情を考慮して行うより他ないということである。そうすると，判断の精緻化という点では，具体的事情の判断に際しての枠組を整理しておくことが重要になるだろう。

---

(157) 伝統的に私的な（物理的）領域とされてきた場所への該当性という衡量要素によって保護対象の明確な線引きをしようとするのが領域理論であり，この他にも，個人への配慮などの大まかな枠設定により，介入の烈度を一応は問えるようにして，その烈度を考慮要素に一定の閾値を越えれば正当化を許さないとする（例えば，包括的監視を禁止する枠組み［siehe *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.292ff.］）アプローチがあると整理することができるように思われる。さらに，弁護人や配偶者，パートナーなどもっとも個人的に信頼を置く人々とのコミュニケーション（ebd., S.301; z.B. BVerfGE 90, 255 [260]; 109, 279 [329f.]; 141, 220 [276]）や，私的領域の保護とは文脈を異にするが，職業上の秘密保持義務の対象（*Schwabenbauer*, ebd., S.301ff.; BVerfGE 108, 251 [269f.]）について，介入の絶対的禁止領域を明らかにしようとする試みも，この一種に位置付けることができよう。逆に，核心領域への該当性を否定する事情として，連邦憲法裁判所の判例（z.B. BVerfGE 80, 367 [375]; 109, 279 [319f.]; 141, 220 [277]）は，犯罪行為についての直接的なコミュニケーションへの該当性をあげている。なお，この判例の整理に対する批判として，*Schwabenbauer*, ebd., S.262ff. も参照。

３.３. 権利侵害の程度を判断する基本枠組

この点，Schwabenbauer によれば，連邦憲法裁判所が権利侵害の程度を判断する際の特徴として，基本的に（被侵害権利にとって）最悪の事態を基礎においてそれを行うことが指摘できるという[158]。実際に，通信履歴保存（Vorratdatenspeicherung）に関する連邦憲法裁判所判決では，Eichberger 裁判官の反対意見が，多数意見は最大限の侵害を想定して判断するものの，通常想定される侵害はそれほどのものではない旨批判しており[159]，学説においてもこれに同調するものも見られる[160]。違憲審査の判断手法や範囲についてどう考えるかという問題は論じうるところではある[161]ものの，Schwabenbauer も言うように，法律自体が通常想定される場合を越す侵害を許容する規定となっているのであれば，通常想定される場合に限定して違憲審査をしなければならないということにはならないはずである[162]。

次に，権利侵害の程度に影響し侵害に対する条件付けを決定する要素として，Schwabenbauer は，次の３つを指摘している。

すなわち，第一に，危険排除（予防）と犯罪捜査（危険の事後的鎮圧）との区別である。市民に対する危険を予め取り除くことは，国家の重要な任務であり，すでに生じた犯罪の捜査よりも，それに伴う権利侵害への制約はより緩やかなものとなりうるというのである。そして，のちにもう少し詳しく述べるように，近時はこの危険排除の必要性が以前に増して強調されるようになっている[163]。

---

(158) *Schwabenbauer*, ebd., S.217.

(159) BVerfGE 125, 260 (383)[Abweichende Meinug des Richters Eichberger].

(160) *H.P. Bull*, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden, in: *M.H.W. Möllers/ R.C. van Ooyen* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und öffentliche Sicherheit, 2011, S.85f..

(161) この点については，さしあたり，拙稿・前掲註(1)696頁註(184)（我が国にいわゆる文面審査と適用審査の使い分けの問題に関わる。ドイツにおいても，憲法異議の場合を中心に我が国にいう適用審査の原則性を強調する見解があることなどを紹介した）を参照。

(162) *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.217.

(163) *Schwabenbauer*, end., S.218.

第二に，執行機関による区別である。敷衍すると，ドイツにおいては第二次大戦後，ナチス期の警察と秘密諜報機関の融合への反省に立って，情報機関と警察の厳格な分離が行われてきたわけである(164)が，この分離がここに関連する。情報機関については，その機能の性質上，警察とは異なり，具体的な危険や犯罪行為の発生以前に広く権限を行使することが認められるため，この点で侵害への制約が緩やかになることとなる(165)。もっとも，後述する国家行為の性質変化にも大きく関わるが，警察の活動も予防的なものへと軸足を移すことになったため，連邦憲法裁判所の判例(166)も含め，最近では，情報機関と警察の分離を厳格には要求せず，相対化が進んでいることも指摘される(167)。

そして，第三に侵害の方法（Modus）による差異であり，Schwabenbauer はここで具体的に，侵害が隠密裏に行われるかオープンに行われるかで侵害に対する制約，条件付けは異なるとしている(168)。なお，ここで具体的な判断要素を考えるのであれば，先に紹介した，隠密裏に行われる捜査活動に伴う，萎縮からの自由の侵害の程度の判断における客観的考慮要素についての

(164)　BVerfGE 133, 277 (328f.)［厳密には，この判決は情報の分離について直接的に述べたものであり，組織の分離についても含意するものであるかどうかは別途論じる得るところである。この点については，入井凡乃「判批」自治研究90巻６号（2014年）124-125頁を参照］. Siehe auch z.B. *B. Pieroth / B. Schlink / M. Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Aufl., 2016, §2 Rn.19. 邦語では，上代・前掲註(83)167頁が詳しい。さらに，前掲註(83)・(84)と対応する本文も参照。

(165)　*Schwabenbauer* (Anm. 4), S.218.

(166)　アンチテロデータ法判決において，連邦憲法裁判所は，情報に関する情報機関と警察の分離原則を情報自己決定権から憲法上の原則として導いた一方で，そこで言われたのは，原則的な情報共有の禁止と例外的な場合の情報交換・共有の許容であり（BVerfGE 133, 277 [329]），この判決自体に相対化の契機を含むものである（上代・前掲註(83)174-175頁［ここでは，実態としての相対化についても言及されている］）。

(167)　*Schwabenbauer* (Anm. 4), S.218f.［ここでは，BVerfGE 125, 260 (332) への参照を求めている。なお，警察などの機関に予防的作用が与えられるようになってきていることと，それを背景に，機関による区別ではなく権限に着目した比例性要求に服するべきことについては，厳密には331頁から判示が続いている］．他のドイツ語文献も含めて，上代・同上174-175頁も参照。

(168)　*Schwabenbauer* (Anm. 4), S.219. ただし，連邦憲法裁判所は，情報機関と警察の分離原則の基礎づけとして，情報収集が原則的に隠密裏に行われるか公然と行われるかの差異を重視しており（BVerfGE 133, 277 [328f.]），これを踏まえると，Schwabenbauer の第２，第３の要素の区別は相対化される。

Bode の議論[169]も参考になろう。

3.4. 基本枠組の現代的な変容の可能性：国家活動の性質変化と危険概念

事件発生後の狭い意味での捜査活動であれば，現に存在する，あるいは過去に存在した害悪の除去を行うこととなるので，権利・法益の侵害状況を把握すること（診断 Diagnose）は比較的容易である。しかし，予防的な警察活動においては，不可避的に除去すべき行為について，実現可能性を含めた意味での危険性を判断する必要があり，そこには，不可避的に予測（Prognose）が必要とされる[170]。犯罪行為等の害悪惹起やその予防鎮圧に用いられる技術が大きく発展したことや，いわゆる９.11テロに象徴される国際的テロリズムの拡大，複雑化，重大化といったものにより，害悪が発生する前の予防的国家活動が重要性を増すとともに，先にも見たように[171]，予防的活動と捜査活動に代表される害悪除去の区別が相対化し，複合的なものとなっているなか[172]で，比例性判断は質的に変化している[173]。また，従来の法治国原理の枠組みの中で要求された比例原則自体の変容がなお有用なものとして機能しうるのか，枠組み自体は残るとしても，危険[174]や現実の害悪の除去のためになされる，基本権侵害[175]を伴う国家行為の実施要件に変容が生じるのではないか，

---

(169) *Bode* (Anm. 4), S.227ff.［これについては，前掲註(102)で簡単に紹介している］.

(170) *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.223ff.. 関連して，以上のような診断と予測の区別，それぞれの定義については，*Schwabenbauer*, ebd., S.225の他，*W. Hoffmann-Riem*, „Anscheingefahr“ und „Anscheinverursachung“ im Polizeirecht, in: *ders*, Offene Rechtswissenschaft, 1972, S.1078 [Erstveröffentlichung in 1972] や，米田雅宏「第３章 危険概念の規範構造」同『「警察権の限界」論の再定位』（有斐閣，2019年）209頁などを参照。

(171) 前掲註(163)乃至(168)及び，対応する本文参照。

(172) *H. Schulze-Fielitz*, Nach dem 11. September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts?, *H.-D. Horn* (Hrsg.), Recht im Pluralismus: FS für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, 2003, S.414は，警察法はリスク行政法に変容したとまでいう。

(173) z.B. *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.225ff..

(174) この「危険」という概念自体必ずしも明確なものではないし，その判断構造に至っては，とりわけ我が国において従来議論がなされてこなかった。ドイツにおける議論の参照を通じて，危険概念の整理と判断構造の解明・設定に取り組んだものとして，米田・前掲註(170)189頁以下が注目される。

(175) 権利侵害自体もその存在認定が前倒しされ，あるいはそれに伴う形で客観化されてい

しかし，それはあらゆる事前の危険配慮を合憲・適法としてしまわないかといった議論[176]がドイツではなされている[177]。

この点，連邦憲法裁判所の判例は，（害悪発生の）具体的危険が存在することが基本権侵害を伴う，国家の除去行為の前提条件となるという従来の枠組みを，少なくとも文面上は，維持している。すなわち，ラスター捜査[178]やオンライン捜索[179]，通信履歴の保存[180]など，予防，危険配慮としての性格が強い国家活動が問題になった事案において，その秘匿性や侵害の量的広範性，質的重要性という観点を手がかりに，あくまで個別の捜査手法に関する限りという形をとるというものではありながらも，連邦憲法裁判所は，具体的な危険の存在をその実施要件として設定しているのである[181]。ただし，ここで示される，具体的危険の概念は従来の伝統的なそれとは異なるものとなっていることは，学説上も指摘されている[182]し，おそらく連邦憲法裁判所も自覚

ないかということについては，拙稿・前掲註(1)720-718頁及び700頁以下を参照。

(176) 「比例原則の空転」と言われる問題であり（小西・後掲988-990頁参照），比例性判断の定式としての「je-desto 公式」（損害の程度と介入の前提とされる危険の存在を認定するのに必要とされる蓋然性の高さが反比例するというものであり，反比例公式とも呼ばれる［小西・後掲993頁以下や米田・前掲註(170)219頁（米田は，Je-Desto 定式，反比例定式と呼ぶ）などを参照］）の有用性の検討や，「安全」概念の定位を試みることを通じて，これに取り組んだ邦語文献として，小西葉子「テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(1)・（２・完）」一橋法学16巻３号（2017年）981頁以下，17巻１号（2018年）27頁以下がある。

(177) 以上について，比例性判断の複雑化，その背景事情の点も含めて，*R. Poscher,* Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung Bd.41, 2008, S.348ff.［邦訳として，ラルフ・ポッシャー（米田雅宏・訳）「国内治安法制における介入閾」北大法学論集65巻４号（2014年）992-990頁］を参照。

(178) BVerfGE 115, 320 (360). Siehe auch *Poscher*, ebd., S.358［邦訳146頁］. ラスター捜査の意義については，本稿でも，２.２.１.とりわけ，前掲註(53)に対応する本文において触れたように，捜査当局に保存された情報と個人情報を，個別事案に即した犯罪捜査学上の調査基準を用いて，自動的に比較，トラッキングするものをいう。

(179) BVerfGE 120, 274 (329).

(180) BVerfGE 125, 260 (330). 通信履歴の保存とは，インターネットなど，コンピュータ・ネットワークを利用した犯罪における証拠保全などに対応するため，通信プロバイダ等に対して，一定期間通信履歴を消去せず，保存するよう求めるものである。

(181) Siehe z.B. *Schwabenbauer* (Anm. 4), S.234. さらに，以上の判決を振り返るような形で，隠密裏の情報収集について，具体的危険の要求を説く，BKA 判決（BVerfGE 141, 220 [273f., Rn.112]）も参照。

(182) *Schwabenbauer,* ebd., S.235; *T. Böckenförde*, Auf dem Weg zur elektronischen

している[183]。そして，そのような判示の中で示される具体的危険の定義については，不明瞭であるとか，適当ではないとの批判も多い[184]。

とりわけ Möstl は，次のように，近時の連邦憲法裁判所判例による具体的危険概念の（暗黙の）変容を批判する。すなわち，具体的危険とはそれによって具体的な害悪発生の因果経過が動き出したことを確認し，その因果経過に介入し害悪を防ぐ，危険除去（Gefahrenbeseitigung）の活動を開始させるための基準，条件である[185]。したがって，予防やリスク回避という，現代的文脈の中で語られる活動，すなわち，危険明確化（Gefahrenaufklärung）を許容する条件として機能するものではなく，危険配慮，あるいは予防と整理するのがふさわしい，上記判例において問題となった活動の許容条件設定に持ち出すべき概念ではないということになるのである[186]。そして，それゆえに，具体的危険に固執する連邦憲法裁判所判例は，予防的警察活動の統制を効果的に構築することができず，混乱に陥っているという[187]。もっとも，

Privatsphäre, JZ 2008, S.931［konkrete Gefahr sui generis（独特な意味の具体的危険）と表現する］.

(183) 例えば，BKA 判決（BVerfGE 141, 220 [273, Rn.112]）で，「このような意味での具体的危険は，損害につながる因果経過がなお十分な蓋然性を持って理解されていなくても良い」などとしており，これは，従来考えられてきた具体的危険概念からの逸脱を自覚した記述であるように思われる。また，*Schwabenbauer*, ebd., S.234f. は，オンライン捜索判決（BVerfGE 120, 274 [328f.]）や通信履歴保存判決（BVerfGE 125, 260 [330]）において提示された具体的危険の判断枠組み（個別の場合について，危険が損害へと転化するまでの時間的接近性と，発生源となる個人に関連づけて判断する）に，損害や危険の発生源となる個人の考慮を盛り込まれたことを指摘し，これを従来の警察的危険概念からの黙示的な乖離であると指摘する一方，従来の概念を発展させ，新たな「憲法上の具体的危険概念」を連邦憲法裁判所が示したものだと見る可能性があるとしている。

(184) Siehe z.B. *Poscher* (Anm. 177), S.351f.［邦訳138-140頁］.

(185) *M. Möstl*, Gefahr und Gefahrenvorfeld in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts und des Bayerischen Verfassungsgerichtshof, in: *U. Hösch* (Hrsg.), Zeit und Ungewissheit im Recht: FS für Wilfried Berg zum 70. Geburtstag, 2011, S.281.

(186) Siehe *M. Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts: Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl 2007, S.586f..

(187) Siehe *Möstl* (Anm. 40), S.808ff. さらに，具体的危険の要求とも呼応して，授権規範の明確性要求も高いものとなっているが，これについても，*Möstl* は，危険明確化については緩和すべきだとしている（*Möstl* (Anm. 186), S.586; *ders* (Anm. 40), S.813f.）。

Möstl も，具体的危険が存在する場合にのみ，警察活動が許されるという定式を否定するにとどまり，実際の場面で危険排除と危険明確化を区別することは困難であり，複合的な判断が行われることになるとしている(188)。そして，問題となる具体的な犯罪類型が明らかになっているか，問題となる行為者，すなわち，警察活動の対象となる者が特定できているか，また，それぞれの明確性・確実性の度合いといった要素を指摘するものの，基本的に特定の警察活動の許容性判断は，具体的な事情に依存した個別判断であるとされるにとどまる(189)。

危険明確化という，具体的危険発生前の段階における情報収集等の活動の可能性を認めた上で，その許容性判断は具体的事情に依存した総合判断によるということは，予防と比例原則の本来的な相性の悪さや，テロの脅威などを背景にあらゆる警察活動を許すことになりかねないという危惧の指摘(190)も踏まえれば，Möstl の議論は具体的危険概念の変容自体を不要とするものの，これによって，先に述べた具体的危険概念の揺らぎとそれに伴う規律枠組みの流動化という問題が場面を変えて生じるだけとも評価できよう。

以上のように，社会構造やそれに伴う国家活動の変化によって，以前以上に実体的な権利侵害の閾値，限界設定にどうしても限界があることを認めざるを得ない現代において，判例(191)，学説(192)双方において示されたのが，手続的な補償を要求することであった。すなわち，裁判官留保に代表されるよ

(188) *Möstl* (Anm. 186), S.585.

(189) Siehe *Möstl*, ebd., S.587f.; *ders* (Anm. 185), S.282f.; *ders*, Eingreifschwellen im polizeilichen Informationsrecht, in: *I. Spiecker / P. Collin* (Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens in System des Verwaltungsrechts, 2008, S.253.

(190) 事前配慮の要求はその限度を知らないことになり，比例原則が統御の枠組みとして用をなさないことを強調する *Poscher* (Anm. 177), S.349［邦訳136頁］や，小西・前掲註(176)16巻３号985-990頁など参照。

(191) Siehe z.B. BVerfGE 110, 33 (67f.); 120, 274 (331ff.).

(192) Siehe z.B. *Schulze-Fielitz* (Anm. 172), S.430. この点については，ポッシャー・前掲註(177)164頁［米田執筆解説部分］も参照。ただし，米田によれば Poscher は手続的代替保障について，必ずしも肯定的ではなく，危険概念の徹底した客観化と判断の明瞭化を目指しているという。そして，米田自身も，米田・前掲註(170)においてこのような Poscher の立場と同様の研究を志向している。

うな，個別具体的な適用における妥当性を確認し担保できるような制度を導入するように求めたのである。これについては，ドイツ法における裁判官留保の位置付けなどの前提的な点を含めて，やや詳しい検討を行う必要があるため，項目を改めて，４で扱うこととする。

３.５. まとめ

手続保障による代替的な権利保障をめぐる議論の検討に早速移りたいところではあるが，ここで一旦，比例原則を通じた統制に関してここまで見てきたことを簡単に振り返っておくことにしたい。

比例原則を通じた裁判所による，情報収集・保存・利用活動に対する統制のありようを端的に表現すれば，判断枠組みの明瞭な定式化は判例の積み重ねによっても行われていない。もちろん，これは比例原則元来の性質からすれば驚くには値せず，当然のこととも言える。他方で，それでも，３.２.１. で見たように基本的価値の序列化がなされたり，３.３. で確認したように一定の考慮要素や判断の定式化されたりといった現象が見られなくはないことも，本稿の検討を通じて明らかになった。ただし，従来の判例によって一定程度定式化されてきた枠組みも，新たな技術の発展や，国際的テロリズムの脅威の拡大などによって変容，あるいは掘り崩しを余儀なくされている面が否めず（３.４. 参照），一定の傾向，あるいは定式化も具体的事情の考慮を留保したものであった(193)以上，端的にまとめるのであれば，上記のように，判断枠組みの明瞭な定式化は判例の積み重ねによっても行われていないという評価を下さざるを得なかったわけである。

判例による判断，統制枠組が十分に定式化されていない一方で，連邦憲法裁判所の判決が立法に対してかなり立ち入った判断を行っており，違憲判断も多くなされているという指摘がなされていることが重要である。すなわち，一部の論者の説くところによれば，連邦憲法裁判所の要求は厳格である一方，

(193) とりわけ，絶対的な保障を享受するとされる人間の尊厳についても，一定の相対化を認めざるを得ないのが現状であること（３.２.２. 参照）は，象徴的である。

その根拠や判断思考が必ずしも明瞭ではなく，立法府が新たな立法に際して準拠すべき思考枠組みを提示できていないというわけである[194]。立法者に第一次的な評価・判断特権が存在するといった[195]ところで，その判断をも覆すことが認められた，連邦憲法裁判所の思考枠組が不透明であれば，立法者の判断も事実上大きな制約を受けることとなり，立法者の評価特権を害することにもなりかねない[196]。さらに，それによって法律を通じた適切な統制が困難に陥る可能性も生じうる。

以上のような問題を踏まえると，実体的な判断が困難になってきている現在において，手続的補償を要求することには一定の合理性が認められるように思われる。その一方で，手続的補償が裁判官留保であるならば，裁判官による個別具体的な判断，統制に重きを置くものであり，裁判所や裁判官といったものの能力に照らしたとき，それが妥当かという問題も生じかねない。この意味でも判例や学説が要求する手続的補償の内容を明瞭化し，その機能を検証する，次章**4**における作業は重要性を増すわけである。

［付記］
本稿は，JSPS 科研費（課題番号17K13607）の交付を受けて行った研究の成果の一部である。

(194) Siehe *H.A. Wolff*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz, ZG 2016, S.387f.; *ders*, Vorratdatenspeicherung – Der Gesetzgeber gefangen zwischen Europarecht und Verfassung?, NVwZ 2010, S.751f.. あわせて，明確性判断における連邦憲法裁判所の積極性を指摘し，通常裁判権との関係で，補充的な立場を貫徹できていないと指摘するものとして，*Möstl* (Anm. 40), S.814も参照。

(195) 基本的には立法者に委ねられる立法事実等の評価に対する統制に関連して，本稿が関心を向ける領域を題材として，立法過程や立法の内容に対する評価のありようについて論じる邦語文献として，植松・前掲註(44)や，小西葉子「テロリズムに対抗するためのデータに関する立法と立法評価」一橋法学18巻1号（2019年）169頁以下もあげておく。

(196) 重要判決後の立法が，判決のコピー・アンド・ペーストに陥る可能性について指摘するものとして，*M. Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr: Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl 2018, S.156も参照。