

《 論 説 》

憲法保障機関の正統性 ——連邦憲法擁護庁を中心に

武市 周作

はじめに

- 1 連邦憲法擁護庁の組織と任務・役割概観
 - 1.1 連邦憲法擁護法の改正経緯
 - 1.2 組織
- 2 憲法保障
 - 2.1 憲法保障、国家保障、そして自由で民主的な基本秩序
 - 2.2 基本法上の規定
 - 2.3 連邦憲法擁護法
 - 2.4 分離原則
 - 2.5 連邦憲法裁判所と憲法保障
- 3 憲法保障機関の正統性
 - 3.1 正統性に関する議論の必要性
 - 3.2 基本法・法律による正統性
 - 3.3 統制による正統性
 - 3.4 統制の限界

おわりに

はじめに

2017年1月、連邦憲法裁判所は、連邦参議院によるNPD(Nationaldemokratische Partei Deutschlands ドイツ国民社会主義党)の違憲確認と解散を求めた申立てに対して、基本法21条2項の要件に該当しないとして棄却決定を下した。この重要な判決の前に、連邦憲法裁判所は2003年に、連邦政府・連邦議会・連邦参議院によって提起された同党の違憲確認訴訟に対して、手続中止の判断を下している⁽¹⁾。その理由は、同党指導部に憲法擁護庁の諜報員が相当数入り込んでおり、また申立ての理由の資料が諜報員によって作られたおそれがあることで

あった⁽²⁾。政党の違憲確認に関する結論は措いても、手続中止という予想外の結果は、連邦憲法擁護庁の活動をまた強調することにもなった。

日本でもこれまでも連邦憲法擁護庁について、その権限や法改正について紹介されてきた⁽³⁾。国内外の情勢や情報技術の発展の中で連邦憲法擁護庁はその任務や役割を徐々に拡張されてきたし、これからもその傾向が強くなる可能性が考えられる。本稿では、憲法保障の現況や連邦憲法擁護法（Bundesverfassungsschutzgesetz）の改正を踏まえて、これまでも論じられてきた連邦憲法擁護庁の正統性について改めて考察することを目的とする。ただし、憲法保障は連邦憲法擁護庁の重要な役割であるが、後述するように憲法保障は単独の国家機関が担うものではない。したがって、憲法保障の連邦憲法擁護庁のみを考察するのでは足りず、他の憲法保障機関も対象としなければならない（憲法「擁護」機関とも表記されるが、連邦およびラント憲法擁護庁・憲法擁護官庁の意味合いが含まれるおそれを避けて、あえて憲法「保障」機関とした）。国内外の情勢から憲法保障機関の活動が期待されるとしても、あるいはその期待が強くなればなるほど、その正統性や統制可能性を問い直し続けなければならない。

日本国憲法も憲法保障のための規定をもっている。第10章において定められた基本権的人権の意義、最高法規としての憲法、憲法尊重擁護義務の三本柱もその一つである。この基本的人権の保障と最高法規性を担保するために、81条は違憲審査権限を裁判所に認めている。基本権の保障もまた、公権力による憲

(1) 3名の連邦憲法裁判所裁判官が手続侵害を理由として手続中止の立場を示した結果である。連邦憲法裁判所法15条4項は、政党の違憲性による「手続において被申立人に不利な判決を下す場合、部の裁判官の3分の2の多数を必要とする」と規定している。

(2) BVerfGE 107, 341. 加藤一彦「NPD 違憲政党訴訟と憲法裁判」現代法学10号（2005年）119頁。

(3) とりわけ石村修「西ドイツ・連邦憲法擁護庁」専修法学論集38号（1983年）141頁、渡辺齊志「ドイツにおける議会による情報機関の統制」外国の立法230号（2006年）124頁、岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制—その憲法上の問題点」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』（成文堂、2006年）95頁、大沢秀介・小山剛編『自由と安全—各国の理論と実務』（尚学社、2009年）、渡辺富久子「ドイツにおけるテロ防止のための情報収集—テロ対策データベースと通信履歴の保存を中心に」外国の立法269号（2016年）24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）49頁以下。

法侵害に対するブレーキとなる。とりわけ憲法21条は、国民が憲法侵害に対して批判をする自由を保障するものであり、憲法保障において重要な役割を担っているといえる⁽⁴⁾。

ドイツでは、基本法の規定において憲法保障機関が想定されているのに対して、日本国憲法は憲法保障そのものには沈黙していながらも、憲法保障自体は（解釈上）否定されていない。その限りで憲法保障機関の正統性について考察することは、日本国憲法下でも意義がある。本稿は連邦憲法擁護庁を中心にドイツの憲法保障機関を考察の対象とするが、この議論が日本と無関係であるとは考えていない。

1 連邦憲法擁護庁の組織と任務・役割概観

1.1 連邦憲法擁護法の改正経緯

連邦憲法擁護法の改正経緯は次のようにまとめられる⁽⁵⁾。

同法のはじまりは、1950年9月27日の施行である。当初は、憲法保障機関の共同の規律や情報収集の任務について規律するにとどまり、介入権限を与えていたわけではない。その後、権限規範も規定されるようになり、その権限も徐々に拡張されていき、介入手段も法律上の根拠が与えられていく。その後、連邦憲法裁判所による情報自己決定権を認める判例⁽⁶⁾が下されるなどする中で、1990年に抜本的な改正をすることになる（BGBl. I S.2954）⁽⁷⁾。

その後も、同法は繰り返し改正されるが、2001年9月11日のアメリカ同時多発テロ以降のテロリズム対策に合わせた改正、とりわけ2002年の第2次⁽⁸⁾テロ対策法（Terrorismusbekämpfungsgesetz）及び2007年のテロ対策補充法（Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz）による同法改正が重要である⁽⁹⁾。第2次テロ対策法は、2015年12月3日に5年間期限が延長されている（同年12月

（4） 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）16頁。なお、2017年のNPD違憲確認訴訟については、土屋武によるドイツ憲法判例研究会報告（2017年12月9日、於：早稲田大学）によっている。

（5） Roth in: Schenke/ Graulich/ Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BverfSchG, Vorbemerkung, Rn. 1ff..

10日施行)。その後もすべてを取り上げることはできないが、2007年8月19日のEUの滞在権・庇護権に関する指令に伴う同法改正（2007年8月28日施行）、2011年12月7日に改正（規定により異なるが多くは2012年1月10日施行）、2013年6月20日のマスターデータに関する新しい規律に関する法律6条に伴う改正がなされている（同年7月1日施行）。さらに、2015年11月17日に憲法保障機関の協力を改善する法律に伴う連邦憲法擁護法の改正（同年11月21日施行）⁽¹⁰⁾、また、2016年7月26日に「国際テロ対策を目的として、外国の情報機関と共同データベースを設置することができるように」する同法改正（同年7月30日施行）、2017年6月16日に安全検査法（Sicherheitsüberprüfungsgesetz）の改正に伴う同法改正（同年6月21日施行）がなされている。その後も、2017年6月30日にデータ保護に関するEU規則・指令に応じた改正がなされており、

-
- (6) 情報自己決定権については、西土彰一郎「インターネットにおける基本権保障のあり方」総務省情報通信政策レビュー9号（2014年）62頁以下、高橋和広「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集法学政治学篇60巻2号（2014年）105頁以下、小山剛「単純個人情報上の憲法上の保護」論究ジュリスト1号（2012年）118頁以下、高橋和広「情報自己決定権に関する一考察—ドイツ連邦憲法裁判所の「国勢調査」判決の再考を中心に」六甲台論集59巻1号（2012年）77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42巻1号（1998年）115頁以下、小山・前掲注（11）。なお、国勢調査判決（BVerfGE 65, 1）については、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』（信山社、2003年）60頁以下、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94巻5号（1985年）728頁以下、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817号（1984年）64頁以下、818号（1984年）76頁以下。
- (7) 1972年までの改正については、石村・前掲注（3）143頁。
- (8) 先行して2001年12月8日に、これまで結社法では規制対象外であった「宗教的な性格を有する結社」についてもテロ組織とみなされる場合には禁止が可能とした「第1次テロ対策法」が施行されている。渡辺富久子「ドイツにおけるテロ防止のための情報収集」外国の立法269号（2016年9月）35頁以下。渡邊齊志「【短信：ドイツ】テロ対策のための立法動向」外国の立法212号（2002年5月）105頁も参照。
- (9) テロ対策に関する一連の立法については、渡辺・前掲注（8）35頁以下。
- (10) Nils Bergemann, Die Freiheit im Kopf?, NVwZ 2015, S.1705; Dietmar Marcholleck, Das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes, NJW 2015, S.3611; Thomas Blome/ Dirk Sellmeier, Die neuen Regeln für den Einsatz von Vertrauensleuten durch das Bundesamt für Verfassungsschutz, DÖV 2016, S.881.

2018年5月に施行される予定である（BGBl I S.2097.）。

1.2 組織

憲法保障に関わる情報機関は、連邦憲法擁護庁に加えて、16のラントの憲法擁護庁、軍事防諜局（MAD: Militärischer Abschirmdienst）、連邦情報庁（BND: Bundesnachrichtendienst）に分かれている。連邦憲法擁護庁は、長官と副長官（2名）の下に、今日では以下の8つの部局に分かれて、それぞれの任に当たっている。

Z部…中央局／IT部…情報技術、特殊技術⁽¹¹⁾／1部…基本方針／2部…右翼過激派、右翼テロ／3部…中央専門支援／4部…スパイ防止、秘密・妨害工作・経済保護／5部…外国人及び左翼過激派／6部…イスラム及びイスラムテロ⁽¹²⁾

また、2012年からは、従来の共同テロ防止センター（GTAZ）と共同過激派・テロ対策センター（GAR）を改組した、警察と憲法擁護庁、連邦とラントの協働で、右派・左派・外国人にの過激派やテロ、スパイ防止、大量破壊兵器拡散（Proliferation）⁽¹³⁾関連に取り組む「過激派・テロ対策センター（GETZ: Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum）」も置かれている。さらに連邦・ラントの憲法擁護庁及び軍事防諜局の共同教育機関である憲法擁護アカデミーも連邦憲法擁護庁も置かれている⁽¹⁴⁾。

犯罪捜査のための情報収集と憲法保障のためのそれとの違いは、上でみたよ

(11) いわゆるサイバー空間の技術に止まらず、電車や自動車などの乗り物、機械、電気技術などにも広く及ぶ。

(12) 部局を8つに区分すること自体は以前と変わらないが（石村・前掲注（3）147頁）、時局に応じて対応する問題を変更していることが分かる。

(13) 連邦憲法擁護庁サイトの語句説明によると、Proliferationとは、「核・生物・化学兵器などの大量破壊兵器や関連する兵器運搬システム、あるいはそれを作るために私用される製品、必要な技術などの拡散」を意味する。https://www.verfassungsschutz.de/de/service/glossar/_IP#proliferation（2017/12/20参照）。

(14) なお、Wolfram Cremer, Organisationen zum Schutz von Staat und Verfassung, in: HStR XII 3.Auf., 2014, § 278 Rn. 1f.

うな分離を帰結するものの、現実的にテロ対策等を講じようとするれば、相互協力は欠かすことができない。GETZの前身であるGTAGについても、分離原則に反するという批判が向けられてきた。組織・権限についても分離原則に反さず、情報分離についても、対テロデータ法（ATDG）に関する連邦憲法裁判所判決⁽¹⁵⁾にそって考えれば、両機関の情報共有・蓄積が「重大な公共的利益の実現という目的拘束に服して行われている限りにおいては、正当化されうる」と指摘される⁽¹⁶⁾。

2 憲法保障

2.1 憲法保障、国家保障、そして自由で民主的な基本秩序

憲法保障は、プロイセン一般ラント法に基づいたライヒ刑法において反逆罪にもその源流はみられ、今日の刑法でもなお残っている（刑法典各則第1章）。1871年のライヒ憲法、ヴァイマル憲法においては、公共の安全に対する危険や戒厳状態の導入に、憲法保障の理念はみられる。しかし、ヴァイマル憲法48条2項が「公共の安全及び秩序に著しい障害が生じ、又はそのおそれがあるときは、ライヒ大統領は、公共の安全及び秩序を回復させるために必要な措置を取ることができる」と規定され、形式的には憲法保障としてライヒ大統領の専制権限を与えたことが、憲法内部からの憲法破壊を生んでしまったことは忘れてはならない。ヴァイマル期は、憲法保障が足りなかったのではなく、過剰であったということもできる⁽¹⁷⁾。いずれにしてもこの反省が、戦後ドイツにおける過度な相対主義的民主主義に対する反対の姿勢と、予防的な憲法保障に繋がっていく。戦後も引き続き「憲法保障の過剰と過少のバランス」⁽¹⁸⁾に向き合

(15) BVerfGE 133, 277. 入井凡乃「対テロデータファイル法による情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権」自治研究90巻6号（2014年）119頁。

(16) 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『変容するテロリズムと法』（弘文堂、2017年）177頁。

(17) Christoph Gusy, Legitimation des Verfassungsschutzes, in: Hans-Jürgen/ Jens Lanfer (Hrsg.), Verfassungsschutz, 2016, S.78.

(18) Gusy (Fn.17), S.79.

うことが求められる。

「憲法保障（Verfassungsschutz）」の語は、国家保障（Staatsschutz）とも関連して用いられ、国外からの敵対的な行為からの国家の保護だけでなく、国内外を問わず国家の法的・事實的存立に対する攻撃からの保護のための国家機構、予防措置、対応策を含むものと考えれば、狭義の憲法保障ともいえる。ここから「自由で民主的な基本秩序と連邦とラントの存立と安全を保障する」という基本法上の憲法保障に関する法的定義に繋がっていく。ドイツ基本法は、いわゆる戦闘的民主主義（wehrhafte Demokratie, streitbare Demokratie）を採用し、公権力はもちろん（国内の外国人も含めた）国民に自由で民主的な基本秩序を遵守する義務を課している⁽¹⁹⁾。

2.2 基本法上の規定

狭義の意味で憲法保障という文言が用いられているのは、基本法73条1項10号bと87条1項2文のみである⁽²⁰⁾が、その他にも憲法保障の刻印（Ausprägung）は以下の規定にみられる⁽²¹⁾。長くなるが確認しておく。

(19) 戦闘的民主主義については、渡辺洋「『たたかう民主制』批判の対象と方法—『戦闘性』の諸相」憲法問題15号（2004年）45頁。

(20) 基本法73条1項「連邦は以下の事項について専属的立法権を有する。

10 以下の事項に関する連邦とラントの協力

a 刑事警察

b 自由で民主的な基本秩序、連邦又はラントの存立及び安全の保障（憲法保障 Verfassungsschutz）のため、及び

c 暴力の行使によって、又は暴力の行使を目的とする準備行為によって、ドイツ連邦共和国の対外的利益を脅かす、連邦領域内における企図に対する擁護のため

ならびに、連邦刑事警察庁の設立及び国際的な犯罪予防

基本法87条1項2文「連邦法律によって、連邦国境警備官庁、警察情報・通報制度のための中央官庁、刑事警察のための中央官庁、ならびに、憲法保障を目的として、及び、連邦領域において、暴力を行使して、もしくは暴力の行使をめざす準備行為によって、ドイツ連邦共和国の対外的利益を危険にする企図に対する保護を目的として、必要な資料を収集するための中央官庁を組織することができる。」

(21) Gusy (Fn.17), S.78.

2条1項	行為自由の保障の限界としての「憲法的秩序（verfassungsmäßige Ordnung）」
5条3項2文	教授の自由の限界としての「憲法忠誠（Treue zur Verfassung）」
9条2項	結社の自由の限界としての「憲法的秩序」
10条2項	信書の秘密等に対する制限としての「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」
11条	移転の自由に対する制限としての「連邦もしくはラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険の防止」
18条	諸基本権の喪失要件としての「自由で民主的な基本秩序に対抗する基本権行使」
20条3項	立法者に対する「憲法秩序」の拘束
21条2項	政党の違憲性要件である「自由で民主的な基本秩序の侵害・除去、またはドイツ連邦共和国の存立に対する危険」
87a条4項	軍隊出動要件の一つとしての「連邦もしくはラントの存立またはその自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険の防止」
91条	ラントの他ラントへの協力要請要件としての「連邦もしくはラントの存立又はその自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険の防止」

これらの基本法に組み込まれた憲法保障とその刻印は、民主的な自由にとっても、これらの規定自身の制限によって得られる保護にとっても微妙な問題を含んでいる。この「憲法保障のアンチノミー」というパラドクスを基本法がその中に取り込むことになったのは、まさにドイツの過去の経験ゆえである⁽²²⁾。

他方で、より広く憲法尊重の保障と捉えるならば、立憲国家の保持が国家機関にも求められ、それら国家機関が立憲国家を破壊することのような予防措置が講じられることになる⁽²³⁾。憲法保障の手段は様々である。基本法1条3項や20条3項のように憲法規範や基本権規定が直接的に拘束力をもつように明示することも、憲法改正要件を厳格にすることや憲法の不可侵性を規定することも

(22) Gusy (Fn.17), S.79f.

(23) 以上、Klaus Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2.Aufl., 1984, S.180ff; s.a. Werner Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, 2006, S.2568.

含まれる。包括的な権限をもった憲法裁判所制度の設置や、国家行為を複数機関による多層的な手続にかからしめること、権力分立による抑制と均衡、さらに例外状態や国家緊急事態における特別な憲法保障制度の導入なども憲法保障手段としてあげることができよう。このような国家機関に対する制度整備だけではなく、公共の意見を形成するための報道の自由や情報の自由を基本法上保障することも、独裁を防ぎ、公権力を監視する意味でも、憲法保障の役割を担う⁽²⁴⁾。

2.3 連邦憲法擁護法

憲法自身が憲法保障を規律している限りで、憲法保障機関、権限・任務は憲法上の根拠をもちうるが、さらに国民代表機関が憲法に基づいて法律を制定（して具体化）することが求められる。

「自由で民主的な基本秩序及び連邦又はラントの存続と安全の保護」という狭義の憲法保障に対応した制度整備のため、連邦憲法擁護法は1950年に制定された。その後の改正の大まかな流れについては先にみたとおりである。基本法73条10b項を受けて、同法は、この狭義の憲法保障について、連邦とラントの協働を義務づけ、憲法保障機関の設置を定めている（同法1条、2条）。同法3条は、憲法保障機関の任務として以下に関する「情報、とりわけ物的及び人的情報、報告、資料の収集と分析」を掲げる。

- 1 自由で民主的な基本秩序、連邦もしくはラントの存立もしくは安全に対する企て、または、連邦、ラント憲法機関の構成員の職務遂行に対する不法な侵害を目的とした企て
- 2 この法律の適用領域における、外国の安全を脅かす行為あるいは諜報活動
- 3 この法律の適用領域における、暴力の行使、あるいはそのための予備行

(24) 以上、Stern (Fn.23), S.183ff.

為によってドイツ連邦共和国の対外的利害を危険にする企て

- 4 この法律の適用領域における、諸国民の間の強調（基本法9条2項）に対する企て、とりわけ諸国民の平和的共同生活に対する企て（基本法26条1項）

基本法は包括的なテロ対策規定をもたず、法律によって情報機関や警察の権限を与えることなどを通じて果たそうとしている。そもそも基本法の規定にあるように、憲法保障は連邦とラントの協働によって進められなければならない、連邦憲法擁護庁の専権事項ではない。1949年の軍政府による「警察書簡」に由来する連邦憲法擁護庁は、基本法87条1項2項において、「連邦法律により組織できるものは……憲法保障を目的として、及び刑事警察のために、必要資料を収集する中央官庁である」と規定されている。この規定の「中央官庁（Zentralstellen）」が複数形であることから導かれるのが、「安全確保権限に対する組織法的な制限のなかで最も重要な警察組織法上の原則」である「警察と情報機関の分離原則」である⁽²⁵⁾。この規定から憲法保障に関する中央官庁を置くことは許されており、また必要とされるところであるが、他方で、「警察書簡」において、連邦への権限集中は避けられる方針が取られており、憲法保障の具体的な権限配分については、原則としてラントの権限とすることとされていた。ラントの憲法保障機関については、8州は独立したラント憲法擁護庁を置いており、残りの8州はラント内務省の部局としている。連邦憲法擁護法3条は、連邦とラントの憲法擁護官庁の責務を挙げているが、ラント法律によっても広い権限が与えられていると指摘される。これもラントの権限を重視してきたことの現れであり、連邦法もそれを禁止していないし、連邦とラントの共同義務を侵害しない限りで認められていると考えられる⁽²⁶⁾。

先に憲法保障に関する条文を挙げたように、直接的に憲法保障に規定している条文は少なく、それ以外は「刻印」と条文解釈に委ねられることになる。

(25) 上代・前掲注(16) 167頁。Cremer (Fn.14), § 288 Rn.21ff.

連邦憲法擁護法が制定された当初は、任務を概略的にのみ挙げ、連邦官庁の設置と、「情報機関による手法」について言及するにすぎなかった。広義の安全確保を任務とするのは、37の官庁—先に挙げたように、16のラント憲法保障機関、連邦憲法擁護庁、軍事防諜局、連邦情報局に加えて、16のラント刑事局（Kriminalamt）、連邦刑事局、連邦警察がそこに含まれる—であるが、これらの機関が共同・協力して諸問題に取り組むことが目指される⁽²⁷⁾。

先にみたように当初の狙いとしては中央集権的な憲法保障を目指すものではなかったが、実際には、連邦の機関にも注力されていく。一例にすぎないが、2016年度で連邦憲法擁護庁の職員数は2,972名、支出も2億5千万ユーロに上っており、さらに2017年度の予算では3億4千万ユーロに増加している⁽²⁸⁾。これに対して、連邦警察はラント警察官の数の4分の1にすぎない。

基本法87条1項2文は、「連邦法律により組織することができるもの」として、「憲法擁護を目的として、及び、連邦領域において、暴力を行使し、若しくは暴力の行使を目指す準備行為によって、ドイツ連邦共和国の対外的利益を危うくする企図に対する保護を目的として、必要資料を収集するための中央官庁」を挙げている。連邦とラントのバランスについてはこの条文から一義的には導き得ない。ヴァイマル期の国家弁務官（Reichskommissar）、プロイセン弁務官に遡ることが指摘されるが、なにより東西ドイツの分離と対立の下で、連邦官庁の偵察にあたってとりわけ重要な地位を占めていったことが、連邦の機関の拡張に影響しているといえる⁽²⁹⁾。

情報機関に関する連邦とラントの規律について、連邦憲法裁判所は戦略的監視判決において若干の言及を行っている。同事件においては、通信の秘密に関する基本法10条の改正と同時に、授權された監視を具体化する法律（G10法）が認めた連邦情報局（BND）の通信監視・記録・分析権限、データの転送権

(26) Cremer (Fn.14), S.886

(27) 以上、Gusy (Fn.17), S.86.

(28) Bundesministerium des Innen, Verfassungsschutzbericht 2016, S.15; Bundesministerium der Finanzen, Bundeshaushaltsplan 2017 Einzelplan 06 Bundesministerium des Innen, S.159.

限の合憲性が争われた。G10法の諸規定が争われたが、ここでは G10法 3 条 5 項が、ラントの官庁にデータ提供がされる場合に、ラントの行政の領域でも、十分な統制が行われることを求めている⁽³⁰⁾。

冷戦期の共産主義諸国からのスパイ・諜報活動や、NPD や赤軍派、アラブテロに対する偵察など、時代に応じた活動をしてきた情報機関も、東欧ブロックの解体を経て、「何から憲法保障をするのか」という問題にさらされることもあった。その間、憲法保障機関の基本的な役割は変わるものではないが、近年の情報技術の発展や右派・左派の過激派やイスラム過激派によるテロリズムへの対策の必要性から、制度的なまた実務的な権限拡大や社会的な役割の強化が図られてきた⁽³¹⁾。

連邦憲法擁護庁やその他の憲法保障機関の活動は、予防的である限りで「憲法保障という名目の下に、情報の収集と分析をなすにすぎない」が、IT 技術の爆発的な進展と拡張、テロリズムの多発といった今日の状況では、この情報収集とその分析・活用が持つ意味は大きくなるばかりである。しかし、憲法保障のために必要な情報であるかどうかは集めてみなければ分からず、そのため日常の些細なプライベートな情報のやりとりも収集することが必要となり、情報収集の対象者となればそのプライバシーの露呈は膨大に継続的になされることになる⁽³²⁾。このような基本権侵害となるおそれの強い諸活動に対する統制は、憲法学にとって重大な課題として認識され、これまでも広く検討がなされてきたし、これからもその必要性が減じることはなさそうである⁽³³⁾。連邦憲法

(29) 以上、Gusy (Fn.17), S.86f.

(30) BVerfGE 100, 313, 401f. この判決については、小山剛『『戦略的監視』と情報自己決定権：BVerfGE 100, 313を中心に』法學研究79巻6号（2006年）1頁以下、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）〔42 小山剛〕（以下では、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2003年）、同『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2006年）、同『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）を、それぞれ『ドイツの憲法判例Ⅰ』『ドイツの憲法判例Ⅱ』『ドイツの憲法判例Ⅲ』とし、〔 〕内に番号と執筆者を記す）。さらに G10 法については、岡田・前掲注（3）103頁以下、渡邊斉志「ドイツ『信書、郵便及び電信電話の秘密の制限のための法律』の改訂」外国の立法217号（2003年）115頁も参照。

(31) Gusy (Fn.17), S.81f.

裁判所も、「国家の監視体制の行き過ぎを抑制しよう」としており、「安全（Sicherheit）と自由（Freiheit）の均衡が模索されている」⁽³⁴⁾。

情報機関に対する（憲）法的統制は、ゲシュタポ、シュタージを経験したドイツにおいて、とりわけ強く要請される場所である⁽³⁵⁾。この憲法保障機関に対する統制は、憲法保障機関あるいは情報機関に対する活動の制限であると同時に、その正統性を論じる上でも重要な役割を演じる⁽³⁶⁾。連邦憲法裁判所は、自らの憲法保障に関する手続によって、また憲法訴訟を通じた他の憲法保障機関の諸活動に対する合憲性の統制によって、憲法保障の役割を担うことになる⁽³⁷⁾。

2.4 分離原則

機能、権限、組織、情報の観点から、警察機関と情報機関は分離されている。機能の点から、「警察は、違法な行為のみに対応する」のに対して、「憲法保障機関の職員は、適法な行為についても対応することも許されて」おり、また、収集する情報についても、警察機関のそれは「危険の存在を前提として、

(32) 拙稿「外国権力による基本権侵害と保護義務—外国の情報機関からの保護義務の可能性」工藤達朗・西原博史・鈴木秀美・小山剛・毛利透・三宅雄彦・斎藤久編『戸波江二先生古稀記念憲法学の創造的展開〔上巻〕』（信山社、2017年）369頁。

(33) 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）—je-desto 公式と、法的概念としての『安全』—」橋法学16巻3号（2017年）449頁、山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報87巻5号（2015年）60頁以下、同「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号（2010年）111頁以下など。

(34) 渡辺富久子「ドイツにおけるテロ防止のための情報収集—テロ対策データベースと通信履歴の保存を中心に」外国の立法269号（2016年）24頁。

(35) 連邦議会における「憲法保障に関する連邦とラントの協働に関する法律」についての議論の中で出た「新たなゲシュタポ（neue Gestapo）」について、Clause Leggewie/ Horst Meier, „Verfassungsschutz“. Über das Ende eines deutschen Sonderwegs, in: Hans-Jürgen Lange/Jens Lanfer（Hrsg.）, Verfassungsschutz, 2016, S. 9f..

(36) Christoph Gusy, Legitimation des Verfassungsschutzes, in: Hans-Jürgen Lange/Jens Lanfer（Hrsg.）, Verfassungsschutz, 2016, S. 85ff.

(37) 名雪健二「ドイツ連邦憲法裁判所の権限—憲法擁護手続と選挙審査手続」日本法学（2006年）459頁。

特に犯罪の解明のため」のものであるのに対して、情報機関の収集する情報は「危険を前提とするものではなく、それ自体は犯罪の解明のために必ずしも向けられたものではない」点で大きく異なる。さらに、「警察機関と情報機関がそれぞれ別個にその必要とする情報を収集及び管理し、両機関の情報の混合や交換は禁止される」⁽³⁸⁾。ただし、各機関の権限・任務に基づいて分離して保持・分析されたデータは、基本権保護のために目的に拘束されなければならず、他機関に伝達されてはならないとしても、機関の共同関係自体が禁止されるわけではない（上述したように、警察と連邦憲法擁護庁は共同の機関を設置してきた）。もちろん、その関係内での情報の扱いについての規律と権限の限界については慎重な考慮を要する⁽³⁹⁾。

合法的な活動に対しても監視が許されるのは憲法保障機関の役割であり、その活動の違法性と合法性がはっきりとしないケースも活動の場である。違法行為に対する尋問・捜査・逮捕などの権限は憲法保障機関に与えられないが、秘密裡に行動する権限は広範に与えられることになる⁽⁴⁰⁾。

後述するように基本権保障の観点からの統制はこれまでも日本で広く紹介されてきたが、組織的な統制もまた重要であることはいうまでもない。

2.5 連邦憲法裁判所と憲法保障

これらの警察・情報機関とは異なり、連邦憲法裁判所もその一端を担っている点を確認しておきたい。基本法10条は、この義務に反する基本権行使をした場合には、基本権を喪失する旨規定しており、基本権喪失の決定管轄は連邦憲法裁判所が担っている（基本法73条10項b、連邦憲法裁判所法36-41条）。また、冒頭でもみたように、政党についても自由で民主的な基本秩序を侵害・除去するようなこと等を目指すものは違憲とされ、同じくその管轄は連邦憲法裁判所にある（基本法21条、連邦憲法裁判所法43-47条）。憲法に敵対的な政党の

(38) 上代・前掲注(16) 169頁。

(39) Gusy (Fn.17), 85.

(40) 以上、Gusy (Fn.17), S.83.

活動は、それが禁止されるまでは合憲的であり（政党特権 *Parteienprivileg*）、基本権喪失についても連邦憲法裁判所による喪失の決定が下されるまではその活動自体が禁止されるわけではない⁽⁴¹⁾。なお、連邦憲法裁判所が設置された1951年から2016年末までの間に、政党の違憲確認訴訟の係属はNPD判決を含めて9件であった⁽⁴²⁾が、違憲と判断された例は1950年代のライヒ社会主義党（SRP: Sozialistische Reichspartei）と共産党（KPD: Kommunistische Partei Deutschlands）の2件にすぎない⁽⁴³⁾。いかに政党の違憲性判断のハードルが高いかが分かる。基本権喪失手続も、1992年に4件目の基本権喪失手続が申し立てられて以来、例はない。民主主義と自由を守る憲法保障の難しさを物語る件数といえる。

このように連邦憲法裁判所は、基本法によって与えられた個別の管轄をみても、憲法保障の機能を有していることは明らかである。また、いわゆる「憲法訴訟」に焦点を当てても、主観的な基本権保障機能と並んで、またそれと密接に関連して客観的な憲法保障機能があると考えられる⁽⁴⁴⁾。その限りで、憲法訴訟を専属的に担う連邦憲法裁判所は、上の管轄を除いたいわゆる憲法訴訟の諸手続を権限とする点でも、憲法保障の役割が期待されていることは先にも触れた通りである。

連邦憲法裁判所が担う憲法保障は予防的・匡正的なそれであり、憲法保障機

(41) 基本権喪失については、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』（中央大学出版部、2013年）474頁以下、山岸喜久治「基本権喪失の思想と制度—ドイツ公民の自由と憲法忠誠〔上・下〕」宮城学院女子大学研究論文集79号（1994年）1頁、同80号（1994年）17頁（同『ドイツの憲法忠誠』（信山社、1998年）所収）。

(42) 連邦憲法裁判所の2016年の年次統計年報（Jahresstatistik 2016）による。http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik_2016_node.html（2017年12月17日確認）

(43) それぞれ、BVerfGE 2, 1; BVerfGE 5, 85. KPD判決については、『ドイツの憲法判例Ⅰ』〔68 樋口陽一〕を参照。Uwe Backes, „Sonderweg“ Verfassungsschutz? Kritik der Fundamentalkritik an der behördlichen Säule „streitbarer Demokratie“, in: Lange/ Lanfer (Fn.35), S.27.

(44) なお、憲法異議に限定した議論ではあるが、拙稿「憲法異議の客観的機能について」東洋法学56巻3号（2013年）57頁。

関に課された予防的憲法保障とは異なる⁽⁴⁵⁾。憲法保障それ自体については、ゲオルク・イェリネク、ハンス・ケルゼンに遡ることになるが、今日の憲法解釈に適合させてまとめれば、憲法内在的保障のうち、予防的憲法保障として「憲法の最高法規性、宣言的保障、憲法改正手続の厳格化、権力分立制、憲法意識の高揚」が、匡正的保障として「違憲審査権、国民による憲法保障活動」が挙げられる⁽⁴⁶⁾。

少しく日本の憲法保障との関連についても言及しておく。付随的審査制を採用した日本の憲法訴訟は、合憲性の統制という点で「その働きはきわめて限られたもの」と指摘され、さらに、審級制に伴う限界、違憲判決の個別的効力、合憲性の統制への注力の限界といった問題も抱える⁽⁴⁷⁾。近時の憲法訴訟をみえればあたかも活発になっているかのようでもあるが、しかしなお憲法保障の実務、制度論に残された課題は多い。この点で、諸外国の憲法訴訟との比較研究は今日なお重要であるといえる。とりわけ合憲性の統制の任務を独占的に担うドイツの連邦憲法裁判所は、付随的審査型とされる日本の制度・運用とは大きく異なるものの、抽象的規範統制だけでなく、具体的規範統制手続と憲法裁判部の可能性⁽⁴⁸⁾や、連邦憲法裁判所の処理件数のほとんどを占める憲法異議とその判決を具に考察することは、日本の憲法保障（制度）論において重要な役割を担ってきた⁽⁴⁹⁾。

(45) 概念については、Klaus Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 6 I 3.

(46) 石村修『憲法国家の実現—保障・安全・共生』（尚学社、2006年）10頁〔初出：「憲法保障の理念と制度」川添利幸＝山下威士『憲法詳論〔改訂版〕』（尚学社、1990年）〕。また同9頁は、憲法内在的憲法保障を、平常的保障と非常の憲法保障に区別し、前者に「予防的憲法保障」と「匡正的憲法保障」が含まれ、後者に「実定憲法上の国家緊急権」と「実定憲法上の抵抗権」が含まれるとしている。また、非常の憲法保障には、「自然法上の国家緊急権」と「自然法上の抵抗権」が含まれる。

(47) 戸松・前掲注（4）19頁。

(48) 畑尻剛『憲法裁判研究序説』（尚学社、1988年）。

3 憲法保障機関の正統性⁽⁵⁰⁾

3.1 正統性に関する議論の必要性

上にみたように憲法保障にはバランスが求められることになり、また、他の国家機関によっても（部分的に）果たすことが可能であることも考えれば、連邦憲法擁護庁をはじめとする憲法保障機関はその存在の必要性は再確認を続けなければならない。NPD に対する連邦憲法擁護庁の介入は、同党の違憲性を主張する事実を提示するのに“実効的”でありえたが、この憲法保障の過剰性が違憲確認訴訟の手続中止をもたらすことになった。先にも憲法保障の過剰と過少について触れたように、すでにドイツにおいて戦闘的民主主義を原理的・

(49) 名雪健二先生が、ドイツ公法学者との密なネットワークを築かれ、連邦憲法裁判所の制度・判例、ドイツ公法学を研究・紹介されたことは、わが国のドイツ公法研究にとって欠かすことのできない基盤となっている。一連の連邦憲法裁判所に関連する論稿・翻訳の中でもとりわけここでは、名雪健二「ドイツ連邦憲法裁判所の抽象的規範統制手続」東洋法学37巻1号（1993年）67頁以下、同「西ドイツ連邦憲法裁判所の訴訟手続における諸原則」東洋法学32巻2号（1989年）249頁以下、「西ドイツ連邦憲法裁判所の地位及び組織」東洋法学32巻1号（1988年）143頁以下、同「西ドイツ連邦憲法裁判所の権限としての具体的規範審査」東洋法学31巻1・2号（1988年）249頁以下、同「西ドイツ連邦憲法裁判所の規範審査における決定のヴァリエーション」比較法25号（1988年）63頁以下、さらに、ドイツの連邦憲法裁判所の権限シリーズとして、「基本法第100条の第2項による手続」東洋法学53巻2号（2009年）47頁以下、「連邦争訟」東洋法学52巻1号（2008年）1頁以下、「機関争訟手続」東洋法学51巻1号（2007年）1頁以下を挙げるにとどめる。また、ドイツ連邦憲法裁判所の定番の概説書であるクラウス・シュライヒ『ドイツ憲法裁判所論』の一連の翻訳（掲載論文については巻末の一覧を参照）（なお、同書はシュライヒ教授が鬼籍に入られてからも新たな編者が引継ぎ、第10版を重ねている。Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015）、ヨーゼフ・イーゼンゼー／名雪健二訳「連邦憲法裁判所よ、いずこへ（1）（2）」東洋法学43巻1号（1999年）1頁以下、同44巻1号（2000年）193頁以下〔ヨーゼフ・イーゼンゼー著／ドイツ憲法判例研究会編訳（栗城壽夫／戸波江二／嶋崎健太郎編集代表）『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）所収〕。

また、ドイツ連邦憲法裁判所に関しては膨大な業績が積み重ねられているが、とりわけドイツ連邦判例研究会による『ドイツの憲法判例』シリーズと『自治研究』に連載される「ドイツ憲法判例研究」、畑尻・工藤・前掲注（41）を挙げておきたい。

(50) 憲法保障機関について以下の枠組自体は、合法性による正統性と統制による正統性から考察した Gusy (Fn.17), S.85ff による。

根本的に疑問視する必要はないにしても、正統性自体の問題が解消されたわけではない。正統性についても、Ob から Wie（民主主義はどこまで戦闘性を必要とし、どこまで耐性があるのか、だれに対する戦闘性なのか）の問題に関心が移っている⁽⁵¹⁾。憲法保障においては、敵味方の構図でいう敵だけを対象とするのでは十分ではない。いまだ露見していない潜在的な憲法の敵が、現存する敵よりも脅威になるおそれは十分にあり、それを監視することが憲法保障の重要な役割の一つである。

2017年 NPD 判決において連邦憲法裁判所が触れたように、NPD は、憲法21条2項の2つの要件である①自由で民主的な基本秩序の「侵害又は除去」、②その侵害又は除去を「目指す（darauf ausgehen）」ことについて、②が否定されることとなった。連邦憲法擁護法3条1項も「自由で民主的な基本秩序に敵対的で、連邦とラントの存立あるいは安全に向けられているか、連邦又はラントもしくはその構成員の職務執行に対する違法な侵害を目的とした企て（Bestrebung）」と規定しており⁽⁵²⁾、国家や憲法に対する批判や、憲法改正に基づく企てのすべてが、憲法保障の対象となるわけではない。あくまでも基本秩序に対する「積極的な戦闘的な行為」のみを対象としなければならない、また、それが行為に移される前の段階（前域 Vorfeld）で明らかにされなければならない⁽⁵³⁾。

3.2 基本法・法律による正統性

基本権上の法律の留保において、憲法擁護庁の基本権と関連する行為の正統性が問題となる。連邦憲法擁護庁が活動を始めた当初は、基本権理論として

(51) Gusy (Fn.17), S.80. 渡辺・前掲注（19）。

(52) Roth in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BverfSchG, § 3, 4, Rn.6ff.

(53) 例えば、連邦議会選挙における NPD の得票率でみても、2005年には1.8%（第1投票）、1.6%（第2投票）、2009年には1.8%、1.5%、2013年には1.5%、1.3%であったのに対して、2017年には0.1%、0.4%に落ち込んでおり、今日では NPD の影響力は減じていると評価することもできるが、このようなときになお連邦憲法擁護庁が従来—当時すでに問題があることは一旦措いても—と同様に介入を継続する必要性があるかは議論の余地があろう。

も、国家の命令によってのみ基本権が関わりとされる伝統的な見解が占めていた。ここでは国家の強制が重視されることになるが、情報機関の活動の多くは、情報収集等の対象とされている者にとっては、気付かれずに秘密裡に行われるため、ここでいうような強制性が存在しない、あるいは、少なくとも明らかではない。国家の強制がなければ基本権保護もなく、介入に関する法律の留保もまた重要ではなかったといえる。「特別な正統性の要件はかつては意識されていなかった」ともいえる⁽⁵⁴⁾。

その後、情報機関による情報収集等の活動が、少なくとも基本権の保護領域に対する目的的で直接的なものである限りで、基本権制限として理解されるようになっていく。とりわけ連邦憲法裁判所が盗聴判決、国勢調査判決において、新たな私的領域の保護や情報自己決定権⁽⁵⁵⁾を認めたことの果たした役割は大きい⁽⁵⁶⁾。

このような流れを受けて、憲法保障や情報機関の措置に対して法的に統制を受けるようになっていく。しかし、「一方で、問題となる基本権の重大性、過剰侵害の禁止、明確性の原則といった基本法上の要件が考慮されなければならないが、他方で、情報機関の任務の特殊性もまた顧慮されるべきところである」⁽⁵⁷⁾。基本法・法律上の統制として、一般的には行政裁判所法や行政手続法が想定されるが、情報機関の任務の性質上限界がある。一例として、G10法

(54) Gusy (Fn.17), S.88.

(55) 情報自己決定権に関する邦文の考察として、高橋和広「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集60巻2号（2014年）105頁、西土彰一郎「インターネットにおける基本権保障のあり方」情報通信政策レビュー5号（2014年）55頁、高橋和広「ドイツ連邦憲法裁判による情報自己決定権論の展開」六甲台論集法学政治学篇59巻2号（2013年）57頁、實原隆志「私生活における不可侵の各深慮域の保護」長崎県立大学研究紀要13号（2012年）29頁、小山剛「『安全』と情報自己決定権」法律時報82巻2号（2010年）99頁、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42巻1号（1998年）115頁、島田茂「ドイツにおける情報自己決定権と侵害留保論」法学志林92巻1号（1994年）127頁。

(56) BVerfGE 30, 1; 65, 1. 前者については、『ドイツの憲法判例Ⅰ』（42 西浦公）、後者については同〔7 平松毅〕。

(57) Gusy (Fn.17), S.88.

は、情報機関による告知は、制限の目的の危険が排除されることができず、又は、連邦又はラントの公共の利益にとって重大な不利益の発生が予見される場合には、告知はなされなくてもよい旨規定している（さらに、連邦憲法擁護法 8b 条 7 項 1 文）。他方で、連邦憲法擁護法 15 条 1 項において、連邦憲法擁護庁は、当事者に対して、申請に基づいて自らの人格に関わる保存データに関する情報を提示することを認めている⁽⁵⁸⁾。

また、規範の明確性についていえば、それが厳格に求められることになれば、柔軟な任務遂行はおよそ困難になる。とりわけ情報技術の発展が進めば進むほど、時代に応じた手法が取られる可能性が難しくなるおそれがある。連邦憲法裁判所判例において採用されてきた「基本権介入が重大であればあるほど、法律上の授權規範は明確でなければならない」という原則は限定されることになる。とはいえ、その後の法律では、更なる連邦憲法裁判所判例からのプレッシャーもあって、規律はますます具体的になっていくことになる⁽⁵⁹⁾。

というのも、根拠が不明確・不確定であればあるほど、法律に拘束される機関は、その活動の正統性が危うくなる。情報機関の場合、権限規範が不明確であれば、情報の収集・保存・分析・活用のどの場面でも、情報を利用することと濫用することが紙一重という事態をもたらす虞がある。判例・学説による解釈によってこの問題がすべて解消されるわけではなく、やはり規定の明確性は憲法保障機関にとって重要である⁽⁶⁰⁾。

さらに、Gusy は、基本法が憲法保障の枠として妥当かどうかについて、自由と安全の判断基準はやはり基本法の中にあること、国家と国民の安全は例外的事例ではなく可能性を証明するための事例であり、実効的な保護のための有

(58) Cremer (Fn.14), § 278, Rn.17.

(59) Gusy (Fn.17), S.88における Fn.25。「具体例においてどの程度の明確性の要請が満たされなければならないかの問題については、規律によって制限を受ける者に対する介入の強度も考慮されなければならない」（BVerfGE 49, 89, 133; 59, 104, 114）、「法治主義に基づく明確性命令の要求は、とりわけ基本権介入が強ければ強いほど、厳格になる」（BVerfGE 86, 288, 311）。

(60) 以上、Gusy (Fn.17), S.89f. 例えば、テロ対策法における連邦憲法擁護法改正と規範の明確性との間の問題について、岡田・前掲注（3）105頁以下。

益な枠組を提供するものであるとする⁽⁶¹⁾。

3.3 統制による正統性

憲法保障機関に対する統制は、比較的新しい議論として、とりわけ昨今扱われるテーマである。情報技術の加速度的な発展と浸透、憲法・国家保障が求められる場の拡張に伴って、保障されるべき基本権利益や基本権解釈も、漸次的に、場合によっては急進的に変更が加えられ、それによる統制の基準、程度も異なってくる。上でみたように、情報自己決定権の登場は、少なくとも国内の情報機関の情報収集等活動に対して強く影響を及ぼしている。また、分離原則も情報機関に対する統制の一つであり、単純に裁判所による統制ばかりが問題となるのではない。

憲法保障機関も行政機関である限りで、権力分立の下にあり、民主的統制に服する（基本法20条2項1文）。民主的な統制は、いわゆる法的統制とは異なり、国民と国家機関の間の民主的正統性が保たれているかを確認することが求められる。この役割を果たすことができるのが議会であることは当然であり、憲法保障機関に対して議会に対して政治的な責任を果たすことが求められることになる。また、議会による統制についても、議会統制委員会（PKK: Parlamentarische Kontrollkommission）、G10委員会と共に、連邦議会情報機関活動審査委員会（PKGr: Parlamentarisches Kontrollgremium）が設置されている⁽⁶²⁾。さらに、基本法19条4項1文（基本権侵害に対する救済の途）に基づく法治国家的統制も導かれ、そこでは判決手続と判決の結果に関する手続法上あるいは法律上の最低条件の維持が求められることになる⁽⁶³⁾。

統制の構造や手続は、相互に対立するものではなく、要件や形式、基準が異なったものとして並列している。基本法20条3項が求めるように、すべての国

(61) Gusy (Fn.17), S.90.

(62) Cremer (Fn.14), § 278, Rn.19f. なお、渡邊斉志「ドイツにおける議会による情報機関の統制」外国の立法230号（2006年）124頁参照。

(63) Gusy (Fn.17), S.92. Gusy, Kontrolle der Nachrichtendienste, VerwArch 2015/4, S.454f.

家権力が法に拘束を受ける限りで、情報機関もまた拘束を受け、それによる自己統制（行政内部の監視機関による統制）が求められる⁽⁶⁴⁾が、しかし行政府にはそれだけでは十分とはいえない。基本法20条2項2文が求める他機関からのチェックアンドバランスから、原則として行政機関ではない他の機関や、国民や輿論による統制が要請される⁽⁶⁵⁾。

3.4 統制の限界

基本法・法律上の規律や、民主的・法治国家的統制、さらには組織上の分離原則などは相互に関連して憲法保障機関に対する正統性をもたらす。しかし情報機関の活動は、他の行政活動に対する統制とは異なった特有の問題を生じさせる⁽⁶⁶⁾。「透明な情報機関はそれ自体一つの矛盾である」というのは決して単なるレトリックではない。職務に関する秘密は、その職員が独占的に持つ情報である。そうである限りで、統制すべき・できる・してよいものを知らない者は統制し得ないということになり、統制機関である裁判所や議会に委ねることは現実的に不可能である⁽⁶⁷⁾。基本法19条4項に基づく救済の途も、権利侵害自体を認識できなければ使うことはできない。当該情報が公にされない限りは、介入は秘密のままであり、憲法保障においてはまさに秘密のままであることに意味があるのである⁽⁶⁸⁾。もちろん、情報機関が有するすべての情報を暴露することは妥当性を欠くため、現実的には統制機関による情報の取り扱いに対して制限を課すことになる⁽⁶⁹⁾。

(64) 連邦憲法擁護法2条1項2文より、連邦内務省の下に、連邦憲法擁護庁に対する専門的・法的監視がなされている。Cremer (Fn.14), § 278, Rn.18.

(65) Gusy (Fn.17), S.92.

(66) Gusy (Fn.63), Kontrolle, S.439f.

(67) Gusy (Fn.63), Kontrolle, S.443.

(68) 情報機関内部の情報についても、逆スパイや二重スパイの懸念から広く共有されるばかりではないおそれもある。そうなればなおのこと、外的な統制は困難あるいは不可能になる。この点について、Gusy (Fn.63), Kontrolle, S.444f.

(69) 以上、Gusy (Fn.17), S.93f.

まずは統制機関の情報アクセスの制限である。これは、裁判所や議会、その他の統制あるいは監視機関は特定の情報から排除されることになり、それについては統制が及ばないとするものである。情報機関の当該任務の性質、第三者の報復からの協力者の保護、連邦とラントの公共の福祉といった点から、保護されるべき情報が否かが判断されることになる⁽⁷⁰⁾。

さらに、統制機関が扱う情報の範囲の制限である。すなわち、重要なデータにアクセスすることができるとしても利用については制限が及び、第三者に当該情報が知られてしまうことは制限されることになる。裁判所によるインカメラ手続などはこれに該当する⁽⁷¹⁾。情報の内容それ自体について当事者に対して渡すようなことは許されない。これは議会統制委員会についても該当し、政府や情報機関から提供された情報については、たとえ会派の構成員であっても転送することは許されない⁽⁷²⁾。

情報機関の情報の秘匿性をあまりに重んじれば、統制機関による統制の範囲・限界を統制される側の情報機関が決定することにも繋がり、裁判所等の他の機関はその情報を鵜呑みすることにもなりかねず、憲法・法律上の統制の要請とは矛盾するおそれもある。統制が情報機関の正統性をもたらしことを考えれば、統制が欠如すれば正統性も欠如することになる。したがって、秘密保持も統制もどちらも限定されたものとして慎重な利益衡量が求められる⁽⁷³⁾。

基本権・法律による統制、民主的統制、法治国家的統制が相互に関連していることを考えれば、それぞれの不足分をそれぞれが補うことが求められる。憲法保障の必要性について「Ob から Wie へ」と問題関心が移る中でも、しかしその必要性はやはり問われなければならない。共同機関の必要性が高まれば高

(70) 以上、Gusy (Fn.17), S.94.

(71) ドイツにおけるインカメラ手続については、春日偉知郎「インカメラ手続による秘密保護の新たな展開—ドイツ法における模索とわが法への示唆」判例タイムズ62巻10号（2011年）64頁、同「ドイツにおける行政庁の文書提出義務とその審理」法学研究83巻1号（2010年）183頁。

(72) 以上、Gusy (Fn.17), S.94.

(73) 以上、Gusy (Fn.17), S.94f.

まるほど、反対に情報機関が予防的な憲法保障から、匡正的な憲法保障にまで権限を担うほどに権限が拡散してしまえばかえって警察機関との統合という結果をもたらしかねない。国内の安全確保のための機関は、分離原則も手伝って数が多い。この数の多さは、常に効率化を生むわけではなく、むしろ共同や調整、さらには統制がどのようになされなければならないかの課題は残されている。Gusyの指摘する憲法保障の広報活動・啓蒙活動は民主的正統性の観点からは重要であり、実際に連邦憲法擁護庁は毎年年次報告書を公開しているが、しかし警察とは異なり自らの成果を公表することにはまた限界がある⁽⁷⁴⁾。

おわりに

筆者は、これまで国家がどのように基本権保障を含む憲法秩序を維持するべきかについて、基本権保護義務（grundrechtliche Schutzpflicht）や保護請求権（Schutzanspruch）の観点から考察を進めてきた。もちろん保護義務における「保護（Schutz）」と「憲法保障（Verfassungsschutz）」は異なるものであるが、憲法秩序の維持という点では類似する。国家は、一方で、国家によらない第三者による基本権侵害から被侵害者の基本権を保護することが求められ、他方で、国民が憲法や自由で民主的な基本秩序に敵対する行為を制限することで憲法を保障することが求められる。憲法秩序の維持は基本権保障の前提であるという点を強調しすぎれば、憲法保障が金科玉条の如く扱われ、基本権侵害が正当化されるおそれもある。これにブレーキをかけるのが、統制による正統性という視点である。民主制が求める透明性・公開性と、任務の性質からくる秘匿性のバランスは、正統性を担保するために学説・判例が今後も継続して追求していかなければならない。これまでも情報機関に対する統制は様々に論じられてきたものの、統制の範囲や限界について一般的で広範なコンセンサスを得ることはドイツにおいてもいまなお容易ではない⁽⁷⁵⁾。そうであっても Gusy が、

(74) 以上、Gusy (Fn.17), S.95ff.

(75) Gusy (Fn.63), Kontrolle, S.441.

ドイツの情報機関に対する統制の構造について、国際的に比較してみても平均以上に良いものであると評価しているのは重要である⁽⁷⁶⁾。これはもちろん裏側からみれば、そうであるからこそその学説からの水準の高い批判もなされていると評価することもでき、日本における情報機関や類似の機関に対する統制も同様に高い水準で議論することができているかは甚だ疑わしい。それ以前に、憲法の明文上の根拠はないものの、憲法保障の役割を果たす機関や任務があることを自覚しなければならない。

本来であれば、憲法保障機関の活動に対する統制について、判例・学説を広く考察するべきところではある。しかし、本稿では一般的な正統性について検討するにとどまり、そこまで踏み込むまでには至らなかったが、まずは憲法擁護庁を中心とした憲法保障機関・情報機関の正統性について概観することで、今後の考察の筋道を立てるといふ狙いからは外れてはいない。本論で触れたように、連邦レベルでも考察すべき論点は残されているし、ラントの憲法保障機関も含めて考察を続けていかなければならない。日本における憲法保障の議論とその任務・統制との比較も含めて、今後の課題としたい。

—たけち しゅうさく・東洋大学法学部准教授—

(76) Gusy (Fn.17), S.93.