

安全と自由をめぐる一視角

——ドイツにおけるラスター捜査めぐって

宮 地 基

目次

はじめに

一 ラスター捜査の意義と法的根拠

二 ラスター捜査の展開

三 ラスター捜査に関する連邦憲法裁判所判決

四 連邦憲法裁判所判決の問題点と影響

まとめ

はじめに

安全と自由の調和をめぐる議論は、憲法学においても大きな注目を集めている。国民は、政府に対して安全な生

活を要求する一方で、政府が自分たちの自由を束縛することを拒否する。政府が国民の行動を監視すれば、国民が他の国民による加害行為からの安全を確保できる一方で、政府による自分たちの自由への加害行為を甘受しなければならなくなる。

本稿では、政府が国民の行動記録を大量に収集することによって潜在的な加害者を見つけ出そうとする「ラスター捜査」^①をめぐるドイツの議論を検討し、安全と自由との調和点を探る一助とする。

一 ラスター捜査の意義と法的根拠

(1) ラスター捜査の意義

ラスター捜査とは、様々な機関に保存された個人データを集め、電子的に照合することによって、特定のメルクマールに該当する人物を抽出する捜査手法である^②。現代の社会においては、多くの人が公的機関および私的団体に自分の個人情報をストックされている。ラスター捜査では、警察は様々な機関に蓄積されている個人情報を大量に収集し、対象者に関して判明している特徴を手がかりとして相互に照合して、すべての特徴を満たす人物を捜し出すのである。

この捜査手法は、大衆の中から目指す人物を効率的に捜し出すことができる反面、全く無関係な多くの人々を巻き込む危険をはらんでいる。少数の人物を捜し出すために、大量の個人情報警察に収集され、相互に照合、分析される。現代の社会において個人が様々な機関に残している情報の足跡を総合すれば、個人の活動のみならずその

人格の内容までを明らかにすることが可能である。また、ラスター捜査はそれ自体で完結するものではなく、あくまでも目指す人物について判明している特徴を手がかりに、すべての特徴を満たす人物を抽出する方法に過ぎない。通常は、ラスター捜査の後に、条件を満たすかなり多くの候補者が残り、その中から従来通りの捜査手法によって目指す人物を特定することが必要になる。絞り込まれた候補者の大多数は、たまたま対象者と同じ特徴を有しているに過ぎず、自分に何の責任もないにもかかわらず、周囲の人々への聞きこみ、監視など警察の捜査にさらされることになる。

（２）刑事手続におけるラスター捜査

捜査の目的によって区分すると、ラスター捜査は二通りの目的で行われる場合があり、ドイツではそれぞれ法的根拠が異なっている。第一に、ラスター捜査は通常の犯罪捜査の過程において、特定の事件の被疑者を捜し出すために行われる。これについては、刑事訴訟法九八a条に規定があり、第一項では「以下の各号のいずれかに該当する著しく重大な犯罪が行われたと考えられる、十分な事実に基づく根拠が存在する場合には、……容疑のない人物を除外しまたは調査のために重要なさらなる検査メルクマールを満たす人物を特定するために、犯人に該当すると推定される特定の検査メルクマールを満たす人物の個人的データを、他のデータと機械的に照合することができる。この措置は、事実関係の究明または犯人の所在の調査が、他の方法によっては成功の見込みが著しく小さい、または極めて困難である場合に限って、命ずることができる」とし、対象となる犯罪として具体的に、「一、無許可の麻醉剤もしくは武器の取引、通貨もしくは有価証券の偽造の領域の犯罪、二、国家保護の領域の犯罪、三、公安を害する罪の領域の犯罪、四、人の身体もしくは生命、性的自己決定もしくは人身の自由に対する犯罪、五、業とし

てもしくは常習的に行われる犯罪、六、徒党を組んでもしくはその他組織的に行われる犯罪」の6類型が挙げられている。また、捜査開始までの手続は、刑事訴訟法九八b条に定められており、これによるとデータの照合と引き渡しは、原則として裁判所の命令によらなければならない。急を要する場合には、検察官の命令によって行うこともできるが、この場合には直ちに裁判所の承認を求めなければならない、裁判所の三業務日以内に承認が得られない場合には、検察官の命令は効力を失う。

(3) 警察による予防的ラスタ―捜査

第二に、ラスタ―捜査は、すでに発生した事件の被疑者を捜し出すためではなく、近い将来に重大な犯罪が発生するおそれがある場合に、この犯罪を引き起こす可能性の高い人物を特定して、警察の監視対象とし、犯罪の発生を未然に防止する目的で行われる場合がある。これについては、各州の警察法令に定めがあり、発動の要件および手続は州によって異なっている。

発動の要件を見ると、①国家の存立や人の生命、身体、自由といった重要な法益に対する危険が存在することを求める州、②重大な犯罪を予防するために必要である限り発動を認める州、③両者の要件を選択的に結合して、いづれかの要件が存在すれば発動を認める州に分けることができる。①の例として例えばベルリンの警察法四七条では、「連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する、事実によって証明された現在の危険を防止するため」に必要な場合に限って、ラスタ―捜査の発動を認めている。この条文は、法益が極めて重大なものに限定されている点、危険が事実によって証明されていることを要求している点、さらに危険が「現在の」ものであること、すなわち法益侵害の発生が時間的に切迫していることを要求している点において、もっ

とも厳格な要件を課しているものといえる。このほか、ブランデンブルク州警察法四六条では、「連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する具体的な危険を防止するために必要な限りにおいて」ラスター捜査の発動を認める。この条文では、危険は「具体的」なものでありさえすれば、時間的切迫性は要求されておらず、この点では発動の要件を緩和したものになっている。さらに、州によっては明文の要件をさらに緩和して、重大な法益に対する抽象的な「危険」の存在だけでラスター捜査を認めているところもある。例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州警察法四〇条では、「連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の生命、健康もしくは自由に対する危険を防止するために必要な限りにおいて」ラスター捜査の発動が認められている。これに対して、いくつかの州では法益に対する危険の存在を前提とせず、重大な犯罪を予防するために必要である限りはラスター捜査の発動が認められている。例えばハンブルク警察情報処理法⁽⁹⁾二三条によれば、犯罪を防ぐためにラスター捜査が必要であると考えるに足りる事実に基づく手がかりがある場合には、「一、連邦もしくは州の存立もしくは安全に対する、または二、人の身体、生命もしくは自由に対する損害が予想される、重大な犯罪を予防するため」にラスター捜査を行うことが認められている。

二 ラスター捜査の展開

（１）ラスター捜査の発端

ドイツにおいてラスター捜査が初めて本格的に行われたのは、一九七〇年代の赤軍派のテロリスト捜査の時であっ

た。¹⁰⁰ 一九七九年に、連邦刑事局は、当時の赤軍派メンバーが多くは単身で大都市の高層住宅に住み、身元を隠すために住民登録を行わず、銀行口座から身元が判明することを避けるために家賃や公共料金をいつも現金で支払っていることに着目した。そこで多くの大都市において、電力会社の顧客名簿を押収し、この中から電力料金を家賃に含めて支払っているために、請求先が居住者ではなく住居の所有者になっているもの、あるいは料金が常に現金で支払われているものを抽出した。さらにこれらのデータを電話局、住民登録局、郵便局、土地登記局などのデータと電子的に照合して疑わしい事例を絞り込んだ。そして残った事例について、聞きこみなどの個別の捜査を行い、一人の赤軍派テロリストの逮捕に至ったのである。

その後、いくつかの組織犯罪、麻薬取引、東側スパイの摘発などにラスター捜査が応用されたとの報道があるが、必ずしも明らかな成果は報じられていない。¹⁰¹

(2) ラスター捜査の法制化

この時期のラスター捜査は、特別な法的根拠なしに行われており、他の一般的な刑事手続規定を根拠として合法的なものといえるか否かに争いもあった。¹⁰² そこで、一九九二年七月一五日の不法な麻薬取引およびその他の形態の組織犯罪に対処するための法律により、刑事訴訟法に九八 a 条および九八 b 条が挿入され、これによって特定の事件の刑事訴追を目的としたラスター捜査に明文の法的根拠が作られた。

これに対して、予防的ラスター捜査に関する各州警察法の規定が整備されるきっかけとなったのも、赤軍派テロリストへの対策の問題であった。州の境界を越えて連邦規模で組織的な犯罪行為を行うテロリストの活動に対処するためには、各州の警察が緊密な協調をとり、広域的に一体となった捜査活動を行う必要がある。そこで連邦内務

大臣と各州の内務大臣らで構成する常設内務大臣会議は、各州の警察法をできる限り均質化し、テロリストの活動を効果的に抑止するための新たな捜査手法に法的根拠を与えるため、各州の警察法のモデルとなる「連邦および諸州の統一的警察法模範草案」を作成した。この草案の中に、警察のラスタール捜査に関する規定が採用されたのである。この草案によれば、ラスタール捜査は「連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する現在の危険を防止するため」のものとしてされていた。この草案は、州に対して拘束力を持つものではなかったが、その内容は徐々に各州の警察法に取り入れられ、二〇〇一年までには、ニーダーザクセン州とシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州を除くすべての州において、ラスタール捜査に関する規定が警察法に導入された。

もっとも、法律的な根拠が作られた後は、ラスタール捜査は必ずしも効果的に発動されてきたわけではない。¹⁰⁵むしろ、発動の要件がラスタール捜査の現実に合わせておらず、捜査の実効性を妨げているとの批判がなされた。すなわち、模範草案およびこれに準拠した多くの州警察法によれば、ラスタール捜査を発動するためには「現在の」危険、すなわち法益侵害の危険が現実存在、ないし目前に迫っていることが要求されていた。しかし、ラスタール捜査を実施するためには、多くの公私の機関から大量の情報を収集し、これを相互に照合して求める特徴をすべて満たす人物を抽出しなければならない。しかも、ふるいにかけた後にも通常はかなり多数の人物が候補として残される。そのあとは、通常の捜査手法によって、目指す人物を特定する必要がある。これらの作業は通常かなりの期間（普通は数ヶ月間）を必要とし、危険が「現在の」ものになってから捜査を開始しても、法益侵害を防止することはほとんど期待できないことになる。実際、二〇〇一年九月一日の同時多発テロ事件の後、法制化後にはじめてドイツ全土で本格的に行われたラスタール捜査の時にも、当時ドイツにおいて重大なテロ攻撃が行われる「現在の」危険があったか否かが争われ、いくつかの下級審判決によって捜査が違法と判断される事態を招いた。¹⁰⁶

そこで多くの州では、警察法の規定を改正し、ラスタ―捜査発動の要件を緩和する傾向が生じた。一つの方法は、法律上要求されている「現在の」危険という要件を除去し、時間的切迫性がなくとも、重大な法益侵害の一般的な危険が存在すれば、ラスタ―捜査を認めるという改正である。その典型例が、ノルトライン・ヴェストファレン州の場合であり、それまでは模範草案に準拠して、ラスタ―捜査の発動に対して「連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する現在の危険を避けるために必要な限りにおいて」という要件を定めていたが、二〇〇三年の法改正により、「現在の」という文言を削除し、重大な諸法益に対する単なる「危険」の存在だけでラスタ―捜査の発動を認めることになった。⁸⁸⁾

もう一つの方法は、「危険」の防止という警察権発動の伝統的な要件を放棄し、重大な犯罪を予防するために必要と考えられる場合には、幅広くラスタ―捜査の発動を認めようとする傾向である。この典型例が、チューリンゲン州の場合であり、それまでの警察職務法では、模範法案にならって連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する現在の危険を防止するために限ってラスタ―捜査の発動を容認していたが、二〇〇二年の法改正⁸⁹⁾により、法律によって定義された一定類型の「著しく重大な犯罪に予防的に対処するために必要であることを示す、事実に基づく手がかりが存在する限り」ラスタ―捜査の発動が認められることになった。

二〇〇一年九月一日の同時多発テロ事件以降、多くの州では「危険」の概念を放棄して重大な犯罪の「予防」のためにラスタ―捜査の発動を認める傾向を強めた。さらに、伝統的な「危険」概念を維持した州においても、この概念の柔軟な解釈によって、実質的に具体的な危険が発生する以前に予防的にラスタ―捜査の発動が可能とされるようになった。一つは、「継続的危険」の考え方であり、重大な法益侵害の危険が相当の長期にわたって継続的に存在する可能性を承認するものである。このような考え方によれば、法律の文言上は「現在の」危険の存在が要

求られていても、重大な法益侵害がいつ発生してもおかしくない状態が継続している限り、危険はかなりの期間にわたって常に「現在」のものとして認められることになり、時間的切迫性の要請は実質的に意味を持たなくなって、ラスタ―捜査が効果を上げる時間的余裕が得られることになる。もう一つは、予想される法益侵害の重大性と、損害発生の蓋然性の要請との間に「反比例」の関係を認める考え方である。すなわち、伝統的な危険概念によれば、危険とは法益侵害が発生する蓋然性が高い状態をいい、法益侵害の蓋然性が高まってはじめて警察による介入的措置を講ずることが正当化される。予想される法益侵害が軽微なものであれば、その発生が確実といえるほど蓋然性が高まらなければ警察の介入は許されないのに対し、予想される法益侵害が重大なものになればなるほど、それが発生する蓋然性が低い段階で介入措置を講ずることが許されるというのである。この考え方によれば、同時多発テロ攻撃のように極めて大規模かつ重大な法益侵害が発生することが予想される場合には、その発生の蓋然性が極めて低くても、すでに危険の存在を肯定できることになる。この結果、伝統的な「危険」概念を維持する州と、これを放棄して重大な犯罪の一般的「予防」のためにラスタ―捜査の発動を認める州との相違は、実務上は極めて小さいものになる傾向にあったのである²⁰⁾。

しかし、この傾向に対して連邦憲法裁判所の判決が決定的な歯止めをかけることになった。その契機となったのは二〇〇一年九月一日の同時多発テロ事件の後、ドイツ全土で行われたラスタ―捜査に対して、捜査対象となった者から申し立てられた一件の憲法異議訴訟であった。

（3）二〇〇一年九月一日事件後の全国規模のラスタ―捜査²¹⁾

二〇〇一年九月一日にアメリカで発生した同時多発テロ事件は、ドイツにも影響を及ぼした。特に、犯人の一

部がかつてドイツに滞在していた事実は、ドイツ社会に大きな衝撃を与えた。彼らは、滞在中何の問題も起こさず平穩に生活し、大学に在籍して科学的知識や航空機の操縦技術を身につけ、指導者から命令を受けるや突然その知識や技術を利用して重大な攻撃に打って出たのである。このように普段は滞在国の社会に溶け込んで平穩な生活を送りながら諜報活動を行い、決定的な時点において突然破壊活動を引き起こす工作員をスリーパー（ドイツ語ではSchläfer）と呼ぶ。九月一日事件の後も、ドイツにはまだ多数のスリーパーが潜伏していて、将来のテロ攻撃に備えている可能性もある。ドイツ政府は、潜在的なテロリストを発見すべく、九月一日事件の犯人が共通して持っていた特徴を手がかりとしてドイツ全土でラスタール捜査を行うことになった。

二〇〇一年九月一日には、連邦内務大臣と各州の内務大臣で構成する常設内務大臣会議の「国内安全」作業部会が、連邦刑事局が主催し、連邦境界警備局、連邦憲法保護局、および連邦情報局の代表者からなる作業グループを設置し、ここでラスタール捜査の基準が作成された。これに基づいて、各州の刑事局が、大学、住民登録局、外国人登録簿からデータを抽出し、条件を満たす人物のデータを抽出した。抽出の基準となった条件は、一八歳から四〇歳までの男性で、現在または過去に大学に在籍していたこと、イスラム教徒であること、そしてイスラム国家の国籍者または出身者であった。

これらのデータは、各州の刑事局から連邦刑事局に送付された。裁判における連邦刑事局の申し立てによると、送付されたデータは総計で、三二、九八八件であった。連邦刑事局では、これらのデータをそれまでに収集した様々な手持ちのデータと照合した。照合対象となったファイルの中には、航空機操縦免許証所持者のリスト、放射性物質取扱者のリストなどがあった。照合の結果は、それぞれの州刑事局に送付され、さらなる捜査が行われたが、明らかになっている限りでは、「スリーパー」が発見されたり、破壊的犯罪の容疑で逮捕者が出るといった成果はあ

がらなかった。

三 ラスター捜査に関する連邦憲法裁判所判決⁽²⁾

（１）憲法異議の提起

このときの捜査に対して、捜査対象となったイスラム教徒学生から、多くの訴えが提起された。一部の下級審で捜査を違法とする判決もあったが、ほとんどの州では、最終的には同時多発テロ事件直後の状況が州法に定めるラスター捜査発動の要件を満たすものと認められ、ラスター捜査は適法であると判断された。唯一ヘッセン州では、ラスター捜査を命じた区裁判所の命令に対する抗告が地方裁判所、および上級地方裁判所によって認容され、捜査が中断された。これに対してヘッセン州の立法者は、州法におけるラスター捜査発動の要件を改正することによって、ラスター捜査を再開した。改正後の捜査の差し止めを求める仮処分申請が行政裁判所によって退けられたため、結局すべての州において、ラスター捜査は合法と判断されたことになる。

しかし、ノルトライン・ヴェストファレン州で捜査の対象となったモロッコ国籍の学生が、事件を連邦憲法裁判所に持ち込んだ。

当時ノルトライン・ヴェストファレン州では、ラスター捜査の発動に対して比較的厳格な要件を維持していた。

一九九〇年二月二四日公布の条文による同州警察法三一条は以下のように定めていた。

「① 警察は、連邦もしくは州の存立もしくはは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する現在の危険を

避けるために必要な限りにおいて、他の手持ちデータとの自動的な照合を行う目的で、公務所または公の領域外の機関に対して特定の人物群の個人的データをファイルから抽出して送付することを求めることができる（ラスター捜査）。

② 送付の要請は、氏名、住所、生年月日、出生地ならびにその他個別の場合において必要なデータだけに限定しなければならず、職業上または特別な職務上の秘密に属する個人的データに及ぶことは許されない。著しい技術的困難、または不相当に大きな時間的もしくは費用的な支出のために、要求されたデータだけに限定することが不可能な場合には、送付の要請に含まれないデータを送付することが許されるが、警察がこれらのデータを利用することは許されない。

③ 措置の目的が達成された場合、または目的の達成が不可能であることが判明した場合には、送付されたデータおよび措置に関連して追加的に得られたデータは、これを記録媒体から消去し、書類は、それが事実関係に関連した手続のために必要でない限りは、これを破棄しなければならない。とられた措置については、記録が取られなければならない。この記録は、別に保存し、技術的および組織的な措置によって保護され、第一文に基づくデータの消去または書類の破棄が行われた年の次の年の終わりに破棄されなければならない。

④ 措置は、官庁の長の申請に基づいてのみ、裁判官がこれを命ずることが許される。管轄権は、警察官庁が所在する区域の区裁判所がこれを有する。手続については、非訟事件手続に関する法律の諸規定を準用する。

⑤ ラスター捜査の終了後にさらなる措置を受けた者に対しては、警察は、引き続きデータを利用する目的を危険にさらすことなしにする事が可能になり次第、これについて通知しなければならない。同一の事実を理由として該当事者に対して刑事捜査の手続きが開始された場合には、警察による通知は行われない。」

この条文によれば、ラスター捜査発動のために重大な法益に対する「現在の危険」の存在が要件とされている点、さらに発動が例外なく裁判所の命令に基づかなければならない点で、ラスター捜査が導入された当初の厳格な要件が維持されていた。もっともこの条文は、二〇〇三年に改正され、本件判決の時点では、重大な法益に対する単なる「危険」を避けるために必要な限りにおいて、ラスター捜査の発動が可能となっていた。

申立人は、ラスター捜査を命じた区裁判所の命令が違法であると主張して地方裁判所に抗告を申し立てたが、地方裁判所は、二〇〇一年九月一日事件の後の状況においては、ドイツ国内においても重大なテロ攻撃が行われる「現在の危険」が存在していたと判断して抗告を棄却した。これに対する再抗告も上級地方裁判所によって退けられたため、申立人はこれらの裁判が基本法で保障された情報自己決定の基本権を侵害すると主張して、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てたのである。この基本権は、人間の尊厳の不可侵を保障した基本法一条一項、および人格の自由な発展の権利を保障した基本法二条一項を根拠として認められているもので、個人が、いつ、いかなる範囲において個人的な生活事情を明らかにするかを原則として自ら決定する権利を意味する。とりわけ個人に関するデータについては、この権利は、その享有者に対して、とりわけ自己に関する個人の特定されたまたは特定可能なデータを、無制限に収集、蓄積、利用および伝達されないという保護を与えると解されている⁸⁸。

（２）連邦憲法裁判所の決定——多数意見

連邦憲法裁判所は、結論的にこの憲法異議を認め、ラスター捜査命令に対する申立人の抗告および再抗告を退けた地方裁判所および上級地方裁判所の決定を破棄し、事件を地方裁判所に差し戻す決定を言い渡した。

① ノルトライン・ヴェストファレン州警察法の合憲性

連邦憲法裁判所は、ラスター捜査命令の根拠となっているノルトライン・ヴェストファレン州警察法（以下、NW警察法という）の規定については、その合憲性を認めている。「ラスター捜査の命令の根拠となった一九九〇年NW警察法三一条一項は、形式的にも実質的にも憲法に合致する」。

連邦憲法裁判所はまず、ラスター捜査によって、申立人の情報自己決定の基本権が介入を受けていることを肯定する。「警察の観察または監視活動は、基本権の保護領域にかかわり、基本権への介入としての法的性質を持つことがあり得る。それが特に言えるのが、電子的なデータ処理を目的として個人に関する情報が収集され、蓄積される場合である。このような情報は、その後、いつでも、距離に関わりなく瞬時にこれと呼び出すことができるだけでなく、——とりわけ統合された情報システムを構築した場合には——他のデータ集積と組み合わせることができる、それによって多様な利用、結合の可能性が生まれる」。

もっとも、憲法上正当な理由があれば、基本権の保護領域に介入することも許される。連邦憲法裁判所が本件のような基本権への介入が憲法上正当なものであるかを否かを審査する基準として一般に用いているのが「比例性審査」である。この審査基準は、適切性審査、必要性審査、そして狭義の比例性審査の三段階からなり、適切性審査においては、当該規制が憲法上正当な目的の達成に役立つものか否か、すなわち当該規制を行えば憲法上正当な目的が達成できるという関連が認められるか否かが審査される。必要性審査では、当該規制が目的達成のために必要不可欠といえるか、すなわち他のより穏やかな方法によって同じ目的を同じく効果的に達成できるか否かが審査される。最後に、狭義の比例性審査においては、基本権への介入の強度と、それを正当化する理由の重要性とが、総合的に衡量した場合に均衡を失っていないか否かが審査される。すなわち、たとえ憲法上正当な目的を達成するために役立ち、かつ他に方法のない必要不可欠な規制であっても、その目的の重要性に比して不相当に大きく基本権を侵害

する手段を用いることは許されないのである。

連邦憲法裁判所は、NW警察法がラスター捜査の目的として挙げている「連邦もしくは州の存立もしくは安全、または人の身体、生命もしくは自由に対する現在の危険を防ぐこと」が憲法上正当な目的といえること、またラスター捜査がこの目的を達成するために適切でありかつ必要であることを簡単に認めている。本決定がその理由の大部分を費やして論証しているのは、ラスター捜査に関するNW警察法の規定が狭義の比例性を満たしているか否かという点であった。すなわち、ラスター捜査規定の保護法益と、捜査によって生ずる基本権侵害の重大性を比較衡量して、両者が均衡を失っていないかという問題である。

まず、ラスター捜査規定の保護法益の重要性にはほとんど異論がない。「一九九〇年NW警察法三一条が授權している介入は、価値の高い憲法上の法益を保護するために役立つものである。」「連邦およびラントの存立および安全、ならびに人の身体、生命および自由という、危険から保護しようとしている利益は、憲法上高度の重要性をもった保護法益を示すものである。平和と秩序を維持する制度化された権力たる国家の安全、およびそれによって——個人の尊厳と自己価値を尊重した上で——保障される住民の安全は、他の様々な高度な価値と同じレベルの憲法上の価値である」。

他方で連邦憲法裁判所は、ラスター捜査に伴う情報自己決定権に対する介入も、極めて重大なものであるという。「かかる諸法益を守るために、一九九〇年NW警察法三一条は、情報自己決定権に対して極めて重大な介入を行う権限を与えている」。もっとも、ラスター捜査は捜査対象者に新たに負担を課することなく、すでに蓄積されているデータを元に電子的に行われる。照合対象となるデータも、すでに外部の機関に提供しているそれ自体としては秘密性の低い情報である。したがって、情報自己決定権との関係で必ずしも重大な侵害とはいえないという考え方も

あり得る。実際、後述する反対意見との間で大きく意見が分かれたのもこの点であった。介入が重大であると判断した理由として、連邦憲法裁判所は6つの論拠を挙げている。すなわち、①ラスター捜査の対象となる情報が、それ自体としてみれば人格との関わりが比較的少ないものであるとしても、他の情報と相互に照合し、結びつけることによって人格にかかわるようなのぞき見が可能になること、②法律上個人データの送付を命ずる相手方に限定がなく、あらゆる公私の機関に対して送付を命ずることができるため、把握されるデータが多様かつ広範囲に及ぶこと、③データを収集される個人にとっては、目指す人物と同じ特徴を持つというだけで警察による捜査の対象となり、またそのことが一般に知られるようになった場合には、周囲から危険視されるような偏見を生む効果が生ずるなど、重大な不利益を受けるおそれがあること、④データ照合の対象者にその旨が通知されるのは限定的な場合に限られており、多くの場合、基本権への介入は秘密のうちに行為されること、⑤ラスター捜査は必ずしも最後まで匿名で自動的に行われるわけではなく、照合が終わって候補として残ったデータについては、個人が識別されること、そして⑥ラスター捜査は、極めて多数の人々に対して、具体的な容疑や責任の有無にかかわらず、したがってそれらの人々が危険の発生に対して何ら責任がないにもかかわらず、その人々の基本権に介入することである。

したがって、規制の保護法益も、規制によって引き起こされる基本権への介入も、ともに重大なものであるから、それ自体として均衡を失するものとはいえないが、ラスター捜査が行われれば基本権への重大な介入が必ず現実を生じるのであるから、その発動が許されるのは保護法益である重大な利益に対して具体的な危険が生じている場合に限られる。「ラスター捜査に伴う介入は、一九九〇年NW警察法三一条一項が保護しようとしている高度な憲法上の価値に鑑みれば、確かにそれ自体としては比例性に反するとは言えない。しかしながらこの介入は、脅かされる法益に対する危険が十分に具体的になった段階からはじめて介入すべきことを立法者が定めることによって、法

治国家原理の要請を守っている場合に限って、相当なものであるといえる」。²⁸⁾「具体的な危険が発生する前の段階ですでにラスタ―捜査を可能にすることは許されない。なぜなら、もしそのようなラスタ―捜査を許せば、全く嫌疑もなしに、かつ極めて広範囲にわたって、人格に密接に関連した情報を把握しうる基本権介入を行うことにつながるからである」。²⁹⁾

本件で問題となった一九九〇年の警察法は、ラスタ―捜査を発動するためには保護法益に対する「現在の危険」があることを要件にしていたのであるから、文字通りに理解する限りは、この条件を満たしている。むしろ連邦憲法裁判所は、「現在の危険」の要件を厳格に解釈すれば、ラスタ―捜査の実効性に疑問が生ずることを指摘する。「しかしながら、この意味における現在の危険の存在は、必ずしも憲法上要求されているわけではない。個別の事例においてラスタ―捜査が短期間に成果を収めうる可能性もないわけではないが、ラスタ―捜査が通常要する時間と考えると、極めて近い将来に確実に近い蓋然性をもって損害の発生が予想されることを法律上要求すれば、このような要件が満たされるほとんどのケースにおいて、ラスタ―捜査が効果を発揮するには遅すぎるといふ事態を招くことになる。一九九〇年NW警察法三一条一項に列挙された法益が高い価値を有することを考えると、比例性の原則を守るために、この捜査手法をそれほどまで広範に制限することは要求されない」。³⁰⁾さらに、危険の存在について事実に基づく具体的な根拠さえあれば、危険が長期にわたって存在するいわゆる「継続的危険」の場合にも、ラスタ―捜査の発動を容認する。「かかる意味での具体的な危険は、継続的危険であってもよい。継続的危険とは、損害が発生する蓋然性が、比較的長期間にわたっていずれの時点においても存在する場合である。しかしながら、そのような継続的危険を確認する場合にも、同様に損害発生の十分な蓋然性および蓋然性予測の具体的な事実の根拠という、具体的な危険の必要性に伴う諸要請が適用される」。³¹⁾したがって、憲法上の要請よりもっと厳格な基

準を定めていた州警察法の規定は、基本法に違反しないことになる。

② 地方裁判所、上級地方裁判所の裁判の違憲性

しかしながら連邦憲法裁判所は、二〇〇一年九月二一日事件後の状況が「現在の危険」に該当するとしてラスター捜査を合法と認めた地方裁判所および上級地方裁判所の裁判は、この概念を不当に拡張して解釈したものであって、基本法に違反すると判断した。「異議の対象たる諸裁判は、憲法上の諸要請を満たしていない。これらの裁判は、一九九〇年NW警察法三一条一項における現在の危険の概念を、憲法上の諸原則に反して拡張する解釈に基づいており、したがって結果的に、この授權を前段階の権限に変質させる考え方に基づいている。この解釈によってこの規定は、もし立法者が定めたとしても基本法一条一項と結びついた二条二項に基づく情報自己決定の基本権を侵害することになるような内容を持つことになる。」

連邦憲法裁判所の判断によれば、二〇〇一年九月二一日事件後のドイツにおいて、テロ攻撃が発生する具体的危険があったとはいえない。「根拠として援用された事実の基礎は、本件ではあまりにも漠然としたものであり、具体的な危険を肯定することはできない。たしかに、——アフガニスタンにおけるアメリカ合衆国の軍事攻撃、およびアフガニスタン大使による報復攻撃の警告といった——軍事的対立の拡大、場合によってはテロ攻撃をも引き起こす原因となる可能性のある、外交的および安全保障政策的な前提的事実が説示されていた。しかしながら、これらの一般的な状態を超えるような、具体的な危険状態の認識、とりわけまさにドイツでテロ攻撃が行われあるいは準備されていることに関する認識は、存在しなかった」。にもかかわらず、地方裁判所は、特に重大な被害が発生する可能性が否定できないというだけで「現在の危険」の存在を認め、上級地方裁判所は、予想される損害が極めて大きい場合には、損害発生のみならず可能性があるだけでも「現在の危険」があるといえると判断した。し

たがって「両裁判所は、具体的な危険状態、すなわち個別の事例において存在し、十分な事実によって証明される危険状態の存在という条件を放棄したものであり、これは憲法上許されない」³⁰⁾。

このようにして、連邦憲法裁判所は、両裁判所の決定を破棄し、事件を地方裁判所に差し戻したのである。

（3）ハース裁判官の反対意見

これに対してハース裁判官が反対意見を付しており、その中で多数意見の判断を多角的に批判している。

① ラスター捜査による基本権介入の重大性

ハース裁判官はまず、多数意見がラスター捜査に伴う情報自己決定権に対する介入を極めて重大なものであると判断した点に異論を唱える。ハース裁判官によれば、むしろラスター捜査による基本権への影響は軽微なものに過ぎないという。

ラスター捜査では、集められたデータがコンピューターによって自動的に照合され、あらかじめ定められた基準に適合するデータだけが残され、残りのデータは自動的に消去される。したがって、基本権への介入であるとの判断は「一九九〇年NW警察法三一条一項に基づいて行われたデータ把握のうち、自動化された手続において直ちに消去されなかったものについてのみ、当てはまるものである。すなわち、ラスター捜査の措置によって把握された人物のうち、圧倒的多数は、その基本権に影響を受けなかったことになる」³¹⁾。

また、自動的な照合によって消去されずに残ったデータに該当する人々についても、介入の程度は軽微なものであるという。「私の見解では、介入の強度を判断するために決定的なことは、一九九〇年NW警察法三一条一項によって把握し、照合することが許されるのは、すでに該当事者が開示し、ファイルの中に蓄積されたデータに限られ

るという点である」。とりわけ、本件ラスター捜査で収集された、「性別、住所、親子関係、大学での専攻などのメルクマールは、もともと誰に対しても開示されているものである。誰でも、周囲を観察または質問することによって、これらのメルクマールを知ることができる、生活環境を作り出すことができる。同様に国家も、これらのメルクマールを知り、これを利用することができるのであって、そこに特に重大な人格権への介入を見出すことはできない」。

さらに、イスラム教徒という宗教的帰属がラスター捜査のメルクマールになった点にも問題はないという。「このことは、人の宗教的帰属のメルクマールについても当てはまる。まさにイスラム教徒の場合にも、彼らは通常その宗教を明らかにして生活しており、わが国のような自由な国家においては、それが不利益につながることはあり得ない。基本法三条三項により何人もその宗教的帰属の故に差別されてはならないため、宗教的帰属は、この関連において——同様に公表されている——使用言語または性別、すなわち同様に何ら不利益な結果をもたらしてはならないメルクマールと比較して、より大きな重要性、またはより高いセンシティビティを有するものではない」。「過激な宗教的原理主義者の捜査に際して宗教的帰属が捜査の目標を決める基準とならざるを得ないのは、女性の犯人を捜査する場合に性別が基準とならざるを得ないのと同様であると、市民は理解してくれる。これによって女性が見えなくなるようになるなどとは、誰も真剣に考えないはずである」。

② 安全と自由

ハース裁判官の批判の第二点は、さらに根源的な事柄に関わる。ハース裁判官は、ラスター捜査を自由の制限ではなく、むしろ自由を保護・促進する措置であると評価する。「多数意見には、私見によれば一九九〇年NW警察法三十一条一項を根拠に認められるラスター捜査のまさに決定的な側面が、視野に入れられていない。すなわち国家

は、すでに収集され、したがって国家が簡単にアクセスできるデータを、単にもう一度把握し、定められたやり方で有効活用することによって、まさにこのデータ照合の対象となる人々のためにも、自由を保護し、促進しているのである。したがってこれは、第一義的には自由の維持と促進なのである」。「自由を求める基本権は、国家による安全の保障を要求する。安全がなければ、基本法による自由の保障は実効的なものとなり得ない。安全は、その上にはじめて自由が完全に発展できる基盤である。これにより、自由と安全との間には、事柄の上でも意味の上でも不可分の関連が存在する。したがって、安全を保障するすべての措置は、同時に自由の発展を保障し促進する措置であると考えるべきである」。「自己の自由の強化のために、自己の生命または健康に対する他人からの攻撃を受ける心配をする必要もなく、妨げられることなく活動しうる権利を強化するために、それに比べればとるに足らない制約を個人は甘受しなければならない」。

③ 州警察法の合憲性

ハース裁判官の立場から見ても、州警察法の合憲性には問題がない。むしろ、ハース裁判官は「現在の危険」の要件の下ではラスター捜査の実効性に疑問が生ずるとして、この要件の柔軟な解釈によって、多数意見が要求するような「具体的危険」が発生していない段階においてもラスター捜査の発動を許容する。

「一九九〇年NW警察法三一条一項が現在の危険の存在を要件としている点に関する限り、憲法上の疑いの余地はない。もっとも、現在の危険というメルクマールだけが、ラスター捜査の開始に結びつけられる適切な基準であるわけではなからう。もし、危険がすでに現在とものとなっていなければラスター捜査を開始できないのだとすれば、ラスター捜査は調査手法として全く不適切なものになってしまふ。なぜなら現実的な考え方をすれば、その段階ではこの調査手法はもはや成功の見込みがないからである」。「もっとも、現在の危険を要件としている一九九〇

年NW警察法三一条一項は、……規定の解釈において反比例の公式を同時に考慮すれば、憲法に合致する」。「すなわち、発生するおそれのある損害が大きければ大きいほど、警察が活動を許されるために必要な、損害発生の蓋然性に対する要請は、それだけ小さくすることが許される。これに加えて、損害発生¹⁰¹の蓋然性の相対化には、時間的な次元を含めることも許されよう。これによれば、損害発生¹⁰²の蓋然性が小さければ小さいほど、損害発生¹⁰³の時点はそれだけ一層不確実なものとなる。この結果、現在の危険の存在が要件となっている場合でも、危険がすでに現実化または具体的に目前に迫っていなくとも捜査活動を展開することを可能にする時間的な余裕が生ずる。これにより、犯罪発生¹⁰⁴の前段階ですでに警察がこれを防止するために、そしてリスクに備えるために活動することが可能になるのであって、これらの活動には基本法も高い意義を認めている」¹⁰⁵。

④ 上級地方裁判所の決定の合憲性

したがってハース裁判官は、同様の柔軟な解釈によって現在の危険の存在を肯定した上級地方裁判所の決定を支持する。「……上級地方裁判所は、与えられた事実の手がかりに基づいて、ラスター捜査の実施を正当化するテロリストの脅威の存在を肯定した。この判断は妥当である」。二〇〇一年九月一日事件後の国際情勢およびドイツ国内の状況から見れば、「このような状況に基づいて、上級地方裁判所が危険状態を認めるに十分な事実の根拠があると判断したことは許されるものであった。多数の罪のない人々に対する脅威の状態を考えれば、上級地方裁判所が、申立人の利益およびその情報自己決定権に対する重大とはいえない侵害よりも、すべての市民の安全の利益および国家の保護任務を優先させたことは許される。本件では、ラスター捜査の対象となる者は、共同体と関係を持ち、これに結びついた市民として、一般の利益のために、問題となっている具体的な軽微な介入を甘受しなければならぬ」¹⁰⁶。

⑤ 司法の自己抑制の主張

ハース裁判官は最後に、多数意見が事件の判断に必要な範囲を超えていると指摘し、立法権に配慮した司法の自制を求めている。

「本件憲法異議手続の対象は、上級行政裁判所が解釈および適用した一九九〇年NW警察法三一条一項の合憲性に関するものであった。その限りにおいて、ラスター捜査を命ずるための要件として具体的な危険が存在することが憲法上要求されるか否かについては、考慮する必要はなかった。したがって、具体的危険が憲法上要求される発動の歯止めであると多数意見が確認したことは、事件から必要とされる審査の範囲を踏み越えるものである」。「立法者は、脅威の状態およびその性質の変化に鑑みて、自らに課されたリスク予防の義務の枠内において、侵襲度の低いいわゆる危険調査介入を発動するための歯止めおよび要件を、リスク管理を目的として新たに決定しおよび定義することを妨げられない。今日では犯罪の予防は、市民の基本権を保護するために有効なものにしようとするれば、多くの領域において多段階のやり方を必要とする。その中には、将来的な具体的危険の前段階において行動して具体的危険の発生を防止し、または後に具体的危険が発生した場合にはその危険の除去に役立てることを目的とした、危険の予防措置も含まれる」。「私の理解によれば、憲法は、直接の民主的正当性をもって新たな事態に対処し、あるいはまた事態の変化に応じて立法府における単純多数をもってその対処を再び変更するために、立法者に対してそのようなリスク予防を行う余地を認めている」。「私の見解によれば、連邦憲法裁判所は立法権に対して司法の自制を行わねばならない（“judicial self-restraint”）。基本法の権力分立的国家において、また諸権力の重みの均衡という観点から、憲法裁判権は、直接の民主的正当性をもつ普通の立法者の柔軟な形成能力に配慮することを求められる。本法廷多数意見は、この点への配慮を欠いたものである」¹⁰⁰。

四 連邦憲法裁判所判決の問題点と影響

この判決は、理論的に重要なものを含んでいると同時に、実務的にも大きな影響を与えている。

(1) 情報自己決定権の強化——秘匿性の低い情報による重大な侵害

この判決は、基本法による情報自己決定の基本権の保障を一層強化したという点では、おおむね好意的に受け止められている。⁴³⁾ 個人が様々な公私の機関に大量の情報とコンピュータ上のデータとして蓄積されている時代において、個人のデータを本人の承諾なしに収集されない権利は極めて重要な役割を果たす。国家権力が、これらのデータを強制的に収集し、相互に照合することが許されれば、個人の行動のみならず、その人格までを正確に把握することも不可能ではない。

とりわけ、本件で問題となったデータが、性別、住所、親子関係、大学での専攻など秘匿性の低いものであったにもかかわらず、それを強制的に収集したラスター捜査命令が個人の情報自己決定権に対する「重大な」介入であると認定された意義は大きい。かつての判例においては、連邦憲法裁判所は、一般的な人格権についていわゆる領域理論を採用し、個人の生活領域を不可侵の内密領域、私的領域、そして社会的領域に区分し、それぞれの生活領域の内密性、秘匿性の程度によって介入が許される要件に差をつけてきた。⁴⁴⁾ この考え方によれば、社会生活において他人に普通に開示されている秘匿性の低い情報は主に社会領域に含まれるものであって、本質的に社会との関連性を有するから、そこへの介入の合憲性は緩やかな基準によって認められることになる。これに対して一九八三年の国勢調査法に関する連邦憲法裁判所判決では、国勢調査の対象となる必ずしも秘匿性の高くない情報についても、その強制的な収集が個人の情報自己決定権を侵害する可能性が肯定された。もっとも、国勢調査法に関する判決で

は、法律の目的が単なる統計調査であったため、この法律による基本権への介入が「重大」なものであるか否かは大きな争点となっていない。これに対し本件判決では、比較的秘密性の低い情報を対象とする情報自己決定権に、国家の存立・安全、人の生命・身体といった重要な法益を保護する法律にも対抗しうる価値が認められたことになる。

（2）基本権への介入の強度

しかし、この判決の多数意見と少数意見との間でもっとも大きな見解の相違を見たのは、まさにラスター捜査が果たして個人の情報自己決定権に対する重大な侵害といえるか否かという、基本権への介入の強度の評価であった。連邦憲法裁判所多数意見が介入の重大性の理由としてあげている論拠には、個別的に見ると説得力に疑問の提起されているものも含まれている。たとえばハース裁判官は、収集されるデータが大量であることは、介入の重大性と無関係であると指摘する。すなわち基本権はあくまで個人の権利であるから、そこへの介入の重大性も、個人にとっての影響度によって判断されるべきであり、他の人々が同様の介入を受けるか否かによって個人への介入の程度が左右されるわけではない。むしろ情報自己決定権との関連では、データを把握される人数が多いほど特定の個人は目立たない存在となり、事実上の匿名性が保障されることになるという。¹⁰⁵さらに、データの収集が秘密裏に行われることが介入の重大性を高めるという一方で、データの収集が明らかになった場合に対象者が周囲から偏見を持たれるといういわゆる「烙印的効果」がやはり介入の重大性を高めるとするのは矛盾しているとの指摘もある。¹⁰⁶

基本権が本来個人の主観的な利益である以上、情報自己決定権のような非財産的な利益を保障する基本権への侵害の程度も、あくまで基本権主体にとっての主観的なものでしかない。自己に関する比較的秘密性の低い情報が他

人によって取得されることを重大な介入と感じるか否かは、結局のところ自己情報に関する個人の感受性の問題であって、そもそも客観的基準による評価が困難な問題なのである。⁽¹⁰⁾ しかしながら、主観的な基本権への介入の程度が客観的に判定困難であるということは、理論的に極めて重大な指摘である。すなわち、基本権への介入の程度が客観的に判定困難であるということは、とりもなおさず本件憲法裁判所判決のように、基本権への介入の重大性と法律の保護法益の重要性とを比較衡量して介入の合憲性を判断しようとする判断基準そのものが機能しなくなることを意味するからである。その意味で、本件に現れた基本権への介入の重大性をめぐる見解の相違は、介入の重大性を判断基準とする合憲性審査枠組みそのものに対する疑問につながる可能性を秘めているのである。

(3) 判決の影響

① テロ対策としてのラスタ―捜査の可能性

他方でこの判決は、ラスタ―捜査の発動にあまりにも厳格な要件を課すものであって、ラスタ―捜査をテロ対策として発動する余地がほとんど考えられなくなっているとの批判もある。⁽¹¹⁾ 確かに、ラスタ―捜査をテロ対策の手段と考えた場合、二〇〇一年九月一日事件の後に行われたドイツでの実例のように、まだ具体的な行動に出ていない潜在的なテロリストをこの方法で探し出すことはほとんど不可能になる。他方で、テロリストが行動を起こし、危険が具体化した時点では、ラスタ―捜査はすでにほとんど無意味になっている。

しかしながら、連邦憲法裁判所の要求する「具体的な危険」の要件は、いわば安全と自由との調和点であって、ラスタ―捜査が個人の自由に対する深刻な介入であるが故に安全確保のための措置に対しても限界が設定されるのである。逆に言えば、安全に対する脅威が具体化されていない段階では、個人の自由に対する介入は許されず、個

人の自由を侵害しない手段によって安全を維持する措置を講ずることだけが許されることになる。この点で、ドイツの各州警察法に基づくラスター捜査は、一種の強制捜査であって、情報の提供を求められた公私の機関は原則としてこれを拒否することができないことに注意が必要である。仮に国内に潜在的なテロリストがいたとしても、具体的な行動に出ていない段階、すなわち危険が具体的なものになっていない段階では、損害の発生までにかんがりの時間的余裕があることになり、個人の自由を侵害しない手段、すなわち強制的契機を含まない、対象者の任意の協力に基づく捜査活動によっても、危険の具体化を阻止できる可能性が高いのである。

もっとも、ラスター捜査は必ずしも常に、本件のように全国的規模で行われるわけではない。むしろ法益に対する危険が具体化すれば、危険の発生する地域が限定され、犯人の特徴もより多く判明することが考えられ、その場合には限定された規模でのラスター捜査が有効なものになる可能性もある。また、連邦憲法裁判所は、ラスター捜査による情報自己決定権への介入が重大なものである理由として、多くの事情を指摘しており、逆にこれらの事情を考慮することによって介入の重大性を下げることも不可能ではない。たとえば収集するデータの範囲を限定する、無関係な者のデータを収集前の段階で削除させることによって把握される人物の数を限定する、あるいは偏見の原因となるようなセンシティブなデータを除外する方法によって、連邦憲法裁判所判決の基準に照らして合理的な手続にすることも可能である。したがって、この判決によってラスター捜査がほとんど不可能になったと評するのは早計であろう⁸⁶。

② 判決後の州警察法の動向

この判決は、ラスター捜査発動の要件を緩和してきた各州警察法の動向に、大きな影響を及ぼすことになった。本件で直接の審査対象になったのは、ノルトライン・ヴェストファレン州警察法だけ、それも改正前の旧条文であ

り、さらに連邦憲法裁判所は法律の条文自体を違憲と判断したわけではなく、いわば合憲的限定解釈を加え、そのような解釈を行わなかった下級審の決定を覆したに過ぎない。しかし実質的には、ラストー捜査発動の要件を緩和した改正後の条文に対して、事実上の違憲判断を下し、あるいは少なくとも同様の限定解釈を要求したものであり、同じことは、ノルトライン・ヴェストファレン州と同様にラストー捜査発動の要件を緩和した他の諸州の警察法にも言えることになる。

実際に、本件判決の後、いくつかの州ではこれに対応した警察法の改正が行われ、ラストー捜査発動の要件が明確化された。たとえば、二〇〇二年の改正によってラストー捜査発動要件から「危険」概念をはずし、「著しく重大な犯罪に予防的に対処するために必要であることを示す、事実に基づく手がかりが存在する限り」ラストー捜査の発動を認めるようになったチューリンゲン州では、二〇〇八年の改正によって、犯罪発生により具体的な兆候を要求するとともに、発動要件として連邦憲法裁判所が指摘した「具体的な危険」概念を採用し、両者を選択的に結合することになった。改正後の条文によれば、「一．．．具体的な計画または準備行為により、三一条五項一文にいう特に重大な犯罪を犯そうとしている人物がいるという想定が正当化される場合、もしくは 二．連邦または州の存立または安全、もしくは人の身体、生命または自由、もしくは公共の危険が存在する限りにおいて物に対する具体的な危険を防止するために必要な場合」に限って、ラストー捜査の発動が許される。この条文によれば、重大な犯罪が発生する可能性が、具体的な計画または準備行為によって具体的なものになっていることが要求されており、選択的に結合されている「具体的な危険」の概念と併せて、連邦憲法裁判所判決の多数意見が設定した安全と自由との調整点を具体化したものとなっている。⁵⁹

③ 連邦刑事司法改正による連邦規模のラストー捜査の法制化

さらに、本件判決の後、連邦刑事局法の改正によって連邦規模での予防的なラスタ―捜査に法的根拠が与えられた。大規模な連邦制度改革に伴う二〇〇六年の基本法改正⁵¹により、連邦は、連邦参議院の同意を得て、複数の州におよぶ危険が存在する場合、州の警察官庁の管轄権が認められない場合、または州の最高官庁が要請している場合に、連邦刑事局による国際的テロリズムの危険の予防をおこなうための立法をする権限を認められることになった⁵²。これを受けて二〇〇八年一二月に連邦刑事局法の改正が行われ、連邦刑事局がテロ対策のために独自の捜査活動を行う権限が与えられた⁵³。その一つが、ラスタ―捜査である。改正された連邦刑事局法二〇j条は以下のような条文になっている。

「第二〇j条 ラスタ―捜査

（一）国家の存立もしくは安全、人の身体、生命もしくは自由、または公共の利益のために維持することが必要な重要な価値を有する物に対する危険を防止するために必要な限りにおいて、連邦刑事局は、公的または非公的な機関から、他のデータ在庫と自動的に照合することを目的として、ファイル内の特定の人物群の個人的データの送付を求めることができる。四a条一項二文に定める犯罪が犯されるとの想定を裏付ける具体的な準備行為が存在する場合には、原則としてここでいう危険が存在するものとする。連邦および諸州の憲法保護局、軍防諜局ならびに連邦情報局に対しては、第一文によるデータの送付を要求することができない。

（二）送付要請は、氏名、住所、出生日および場所、ならびにその他個別の事例において定められたメルクマールに限定しなければならず、職業上または職務上の秘密に属する個人的データに及ぶことは許されない。著しい技術上の困難のため、または不相当に時間または費用がかかるために、要求されたデータに限定することが不可能である場合には、送付要請に含まれない個人的データを送付することが許されるが、連邦刑事局がこれらのデータを利

用することは許されない。

(三) 措置の目的が達せられた場合、または目的が達成できないことが明らかになった場合には、事情に関連した手続のために必要でない限りは、送付されたデータおよび措置に関連して追加的に蓄積されたデータを消去し、書類を破棄しなければならない。とられた措置は、記録に残さなければならない。この記録は別に保存し、技術的および組織的な措置によって保護し、第一文によるデータの消去または書類の破棄が行われた年の次の暦年の終わりに、これを破棄しなければならない。

(四) 措置は、連邦刑事局長またはその代理人の申請によってのみ、裁判所がこれを命ずることができる。」

改正法の提案理由⁵⁴によれば、この条文は、連邦憲法裁判所の判決理由が、ラスター捜査の発動に具体的な危険が必要であるとしたこと、具体的危険があるといえるためには、予見しうる将来において被害が発生する十分な蓋然性があり、その蓋然性の予測が事実に基づいたものでなければならぬこと、そしてラスター捜査の発動には必ずしも現在の危険は要求されず、継続的な危険であってもかまわないとされたことを配慮したものだという。連邦政府、連邦議会も、連邦憲法裁判所判決によってラスター捜査の発動に厳格な要件が課せられたものの、いまだ十分に発動の余地があり、それがテロ対策に有効だと判断したことになる。本稿執筆の時点では、この条文が発動された事例はまだ報告されていない。この条文の合憲性とその妥当性および有効性を検討するためには、今後の適用事例とその審査を待たなければならない。

まとめ

「具体的な危険」の存在。これが連邦憲法裁判所がラスター捜査をめぐる安全と自由の調和点として到達した要件であった。警察による強制的捜査権限の発動が、一般的には国民の基本権に対する最も重大な介入である以上、少なくとも具体的危険の存在を要求することは当然のことと言えよう。これに伴ってラスター捜査の実効性が失われることへの疑問は提起されているものの、各州および連邦の警察法の動向に大きな実務上の影響を及ぼしている点も注目値する。

他方で、個別の措置が基本権にもたらす介入の強度をめぐる意見の相違は、個別的事例における介入の強度の客観的判定の困難さ、それとともに介入の強度を基準とする合憲性判定手法の問題点を浮き彫りにしている。この問題は、ドイツにとどまらず、保護法益の重要性和基本権侵害の程度の比較衡量によって合憲性を判断しようとする審査手法に共通して潜んでいる問題点である。比較衡量は、あくまでも質的に同等であり、かつ客観的に測定可能な利益の間でのみ可能になる手法であると言えよう。

注

(1) Rasterfahndung, 「情報検索捜査」、「スクリーン捜査」とも訳される。ラスターとは、ラテン語の *rastrum* に由来する言葉で、現代語では、印刷や照明に用いられる網目状のスクリーンを指すことが一般である。

(2) ラスター捜査について一般的には、Zschoch, Die präventiv-polizeiliche Rasterfahndung, 2007; Klever, Die Rasterfahndung nach § 98a StPO, 2003. 参照。

- (3) 二〇〇九年一月現在では、ブランデンブルク、バーデン・ヴュルテンベルク、ニーダーザクセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、ザールラント、メクレンブルク・フォアポンメルン、ベルリンの各州がこれにあたる。
- (4) 同じ時点で、ハンブルク、ヘッセン、ザクセン・アンハルトの各州がこれに属する。
- (5) 同じ時点で、ブレーメン、ラインラント・プファルツ、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、バイエルン、ザクセン、チューリンゲンの各州がこれに属する。
- (6) Allgemeines Gesetz zum Schutz der Öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Berliner Polizeigesetz) in der Fassung vom 11. Oktober 2006 (GVBl. S. 930), zuletzt geändert durch Artikel V des Gesetzes vom 15. Dezember 2007 (GVBl. S. 604).
- (7) Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg (Brandenburgisches Polizeigesetz) vom 19. März 1996 (GVBl. I/96, [Nr. 07], S.74), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. Dezember 2008 (GVBl. I/08, [Nr. 17], S.355).
- (8) Polizeigesetz in der Fassung vom 13. Januar 1992 (GBl. S. 1, ber. S. 596, 1993 S. 155), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. November 2008 (GBl. S. 390).
- (9) Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei vom 2. Mai 1991 (HmbGVBl. 1991, S. 187), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Oktober 2005 (HmbGVBl. S. 424, 428)
- (10) Klever, Anm. 2, S. 12f.
- (11) a. a. O., S. 13ff.; Zschoch, Anm 2, S. 5.
- (12) 前掲の雑誌の状況について、Simon/ Taeger, Grenzen kriminalpolizeilicher Rasterfahndung, JZ 1982, S. 140. 参照。
- (13) Gesetz vom 15. Juli 1992, BGBl. I, S. 1302.
- (14) Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder (MEPolG). 参考文献、Kremeyer, Polizei- und

- Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rdnr. 549. 2468°
- (5) § 10f MEPOG.
- (6) 法難化後に行われた若十のケースについて Klever, Anm.2, S. 19ff. 参照°
- (7) LG Berlin, Beschluss vom 15. 1. 2002, DuD 2002, S. 175.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21. 2. 2002, NVwZ 2002 S. 626; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. 1. 2002, NVwZ 2002 S. 627.
- (8) § 31 Abs. 1 S. 1 Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juli 2003 (GV. NW S. 441).
- (9) Thüringer Gesetz zur Änderung des Polizei- und Sicherheitsrechts vom 20. Juni 2002 (ThurGVBl. S. 247).
- (20) Volkman, Die Verabschiedung der Rasterfähdung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung, Jura 2007, S. 132., S. 133.
- (21) 1) 6) 7) 8) 9) 10) 11) 12) 13) 14) 15) 16) 17) 18) 19) 20) 21) 22) 23) 24) 25) 26) 27) 28) 29) 30) 31) 32) 33) 34) 35) 36) 37) 38) 39) 40) 41) 42) 43) 44) 45) 46) 47) 48) 49) 50) 51) 52) 53) 54) 55) 56) 57) 58) 59) 60) 61) 62) 63) 64) 65) 66) 67) 68) 69) 70) 71) 72) 73) 74) 75) 76) 77) 78) 79) 80) 81) 82) 83) 84) 85) 86) 87) 88) 89) 90) 91) 92) 93) 94) 95) 96) 97) 98) 99) 100) 101) 102) 103) 104) 105) 106) 107) 108) 109) 110) 111) 112) 113) 114) 115) 116) 117) 118) 119) 120) 121) 122) 123) 124) 125) 126) 127) 128) 129) 130) 131) 132) 133) 134) 135) 136) 137) 138) 139) 140) 141) 142) 143) 144) 145) 146) 147) 148) 149) 150) 151) 152) 153) 154) 155) 156) 157) 158) 159) 160) 161) 162) 163) 164) 165) 166) 167) 168) 169) 170) 171) 172) 173) 174) 175) 176) 177) 178) 179) 180) 181) 182) 183) 184) 185) 186) 187) 188) 189) 190) 191) 192) 193) 194) 195) 196) 197) 198) 199) 200) 201) 202) 203) 204) 205) 206) 207) 208) 209) 210) 211) 212) 213) 214) 215) 216) 217) 218) 219) 220) 221) 222) 223) 224) 225) 226) 227) 228) 229) 230) 231) 232) 233) 234) 235) 236) 237) 238) 239) 240) 241) 242) 243) 244) 245) 246) 247) 248) 249) 250) 251) 252) 253) 254) 255) 256) 257) 258) 259) 260) 261) 262) 263) 264) 265) 266) 267) 268) 269) 270) 271) 272) 273) 274) 275) 276) 277) 278) 279) 280) 281) 282) 283) 284) 285) 286) 287) 288) 289) 290) 291) 292) 293) 294) 295) 296) 297) 298) 299) 300) 301) 302) 303) 304) 305) 306) 307) 308) 309) 310) 311) 312) 313) 314) 315) 316) 317) 318) 319) 320) 321) 322) 323) 324) 325) 326) 327) 328) 329) 330) 331) 332) 333) 334) 335) 336) 337) 338) 339) 340) 341) 342) 343) 344) 345) 346) 347) 348) 349) 350) 351) 352) 353) 354) 355) 356) 357) 358) 359) 360) 361) 362) 363) 364) 365) 366) 367) 368) 369) 370) 371) 372) 373) 374) 375) 376) 377) 378) 379) 380) 381) 382) 383) 384) 385) 386) 387) 388) 389) 390) 391) 392) 393) 394) 395) 396) 397) 398) 399) 400) 401) 402) 403) 404) 405) 406) 407) 408) 409) 410) 411) 412) 413) 414) 415) 416) 417) 418) 419) 420) 421) 422) 423) 424) 425) 426) 427) 428) 429) 430) 431) 432) 433) 434) 435) 436) 437) 438) 439) 440) 441) 442) 443) 444) 445) 446) 447) 448) 449) 450) 451) 452) 453) 454) 455) 456) 457) 458) 459) 460) 461) 462) 463) 464) 465) 466) 467) 468) 469) 470) 471) 472) 473) 474) 475) 476) 477) 478) 479) 480) 481) 482) 483) 484) 485) 486) 487) 488) 489) 490) 491) 492) 493) 494) 495) 496) 497) 498) 499) 500) 501) 502) 503) 504) 505) 506) 507) 508) 509) 510) 511) 512) 513) 514) 515) 516) 517) 518) 519) 520) 521) 522) 523) 524) 525) 526) 527) 528) 529) 530) 531) 532) 533) 534) 535) 536) 537) 538) 539) 540) 541) 542) 543) 544) 545) 546) 547) 548) 549) 550) 551) 552) 553) 554) 555) 556) 557) 558) 559) 560) 561) 562) 563) 564) 565) 566) 567) 568) 569) 570) 571) 572) 573) 574) 575) 576) 577) 578) 579) 580) 581) 582) 583) 584) 585) 586) 587) 588) 589) 590) 591) 592) 593) 594) 595) 596) 597) 598) 599) 600) 601) 602) 603) 604) 605) 606) 607) 608) 609) 610) 611) 612) 613) 614) 615) 616) 617) 618) 619) 620) 621) 622) 623) 624) 625) 626) 627) 628) 629) 630) 631) 632) 633) 634) 635) 636) 637) 638) 639) 640) 641) 642) 643) 644) 645) 646) 647) 648) 649) 650) 651) 652) 653) 654) 655) 656) 657) 658) 659) 660) 661) 662) 663) 664) 665) 666) 667) 668) 669) 670) 671) 672) 673) 674) 675) 676) 677) 678) 679) 680) 681) 682) 683) 684) 685) 686) 687) 688) 689) 690) 691) 692) 693) 694) 695) 696) 697) 698) 699) 700) 701) 702) 703) 704) 705) 706) 707) 708) 709) 710) 711) 712) 713) 714) 715) 716) 717) 718) 719) 720) 721) 722) 723) 724) 725) 726) 727) 728) 729) 730) 731) 732) 733) 734) 735) 736) 737) 738) 739) 740) 741) 742) 743) 744) 745) 746) 747) 748) 749) 750) 751) 752) 753) 754) 755) 756) 757) 758) 759) 760) 761) 762) 763) 764) 765) 766) 767) 768) 769) 770) 771) 772) 773) 774) 775) 776) 777) 778) 779) 780) 781) 782) 783) 784) 785) 786) 787) 788) 789) 790) 791) 792) 793) 794) 795) 796) 797) 798) 799) 800) 801) 802) 803) 804) 805) 806) 807) 808) 809) 810) 811) 812) 813) 814) 815) 816) 817) 818) 819) 820) 821) 822) 823) 824) 825) 826) 827) 828) 829) 830) 831) 832) 833) 834) 835) 836) 837) 838) 839) 840) 841) 842) 843) 844) 845) 846) 847) 848) 849) 850) 851) 852) 853) 854) 855) 856) 857) 858) 859) 860) 861) 862) 863) 864) 865) 866) 867) 868) 869) 870) 871) 872) 873) 874) 875) 876) 877) 878) 879) 880) 881) 882) 883) 884) 885) 886) 887) 888) 889) 890) 891) 892) 893) 894) 895) 896) 897) 898) 899) 900) 901) 902) 903) 904) 905) 906) 907) 908) 909) 910) 911) 912) 913) 914) 915) 916) 917) 918) 919) 920) 921) 922) 923) 924) 925) 926) 927) 928) 929) 930) 931) 932) 933) 934) 935) 936) 937) 938) 939) 940) 941) 942) 943) 944) 945) 946) 947) 948) 949) 950) 951) 952) 953) 954) 955) 956) 957) 958) 959) 960) 961) 962) 963) 964) 965) 966) 967) 968) 969) 970) 971) 972) 973) 974) 975) 976) 977) 978) 979) 980) 981) 982) 983) 984) 985) 986) 987) 988) 989) 990) 991) 992) 993) 994) 995) 996) 997) 998) 999) 1000)

- (26) この権利についての代表的判例として、BVerfGE 65, 1 (いわゆる国勢調査判決。平松毅、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』60頁参照)。
- (27) Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, Rn. 279ff.
- (28) BVerfGE 115, 320 (346).
- (29) BVerfGE 115, 320 (357).
- (30) BVerfGE 115, 320 (362).
- (31) a. a. O.
- (32) BVerfGE 115, 320 (364).
- (33) BVerfGE 115, 320 (367).
- (34) BVerfGE 115, 320 (369).
- (35) 裁判は6対2の多数決で言い渡されているので、もう一人多数意見と判断を異にする裁判官がいたはずであるが、それが誰なのかは決定文には明示されていない。
- (36) BVerfGE 115, 320 (371).
- (37) BVerfGE 115, 320 (372).
- (38) BVerfGE 115, 320 (372f.).
- (39) BVerfGE 115, 320 (374f.).
- (40) BVerfGE 115, 320 (375ff.).
- (41) BVerfGE 115, 320 (379).
- (42) BVerfGE 115, 320 (380f.).

- (43) Schewe, Anm. 22, S. 175. 情報の自己決定権の「過大評価」と指摘する。
- (44) 判例の展開について Zschoch, Anm. 2, S. 18ff. 参照。
- (45) BVerfGE 115, 320 (373f.).
- (46) BVerfGE 115, 320 (371f.); Volkman, Anm. 20, S. 134.
- (47) Volkman, Anm. 20, S.134f.
- (48) Volkman, Anm. 22, S. 920.; Zschoch, Anm. 2, S. 209.; Bausback, Anm. 22, S. 1923.
- (49) Schewe, Anm. 22, S. 176.
- (50) 他に「フランス・ブルクドーム」本件判決の後の改正で「具体的な危険」の要件を条文に明記した。a. a. O., Anm.7.
- (51) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006, BGBl. I 2034
- (52) Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG.
- (53) Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008 (BGBl. I S. 3083). 一部の連邦刑事局法改正について全般的に「Roggen, Das neue BKA-Gesetz - Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, S. 257.参照」。
- (54) BT-Dr. 16/9588, S. 25.