慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	集会の監視と萎縮効果に関する予備的考察
Sub Title	Preliminary considerations on surveillance of political assemblies and chilling effect
Author	門田, 美貴(Kadota, Miki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2022
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.134, (2022. 9) ,p.229- 268
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20220915-0229

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

集会の監視と萎縮効果に関する予備的考察

門田美貴

一　はじめに
二　基本権行使の内実としての「決定の自由」
㈠　何の自由か？
㈡　「前域保障」による保護領域の拡張
㈢　小　括
三　介入概念の拡張？
㈠　古典的介入概念
㈡　現代的介入概念へ
㈢　干渉の強度は必要か？
四　水平的加算による介入の強化
㈠　判例における介入の加算
㈡　若干の検討――水平的介入加算の客観法的側面
㈢　介入の強化と「潜在的集会参加者」への萎縮効果
五　むすびにかえて

一　はじめに

本稿は、監視が集会の自由にもたらす影響を、「萎縮効果」として位置づけ、その憲法学的分析を行うものである。基本権主体が自由に基本権を行使する場所とされる公共空間は、これまで公共空間の私化をはじめとして縮減しており、憲法上の権利をはじめとした諸自由への脅威として議論されてきた。[1] もっとも、こうした自由の縮減をもたらすのは公共空間の私化のみではない。公共空間の監視も、その要因の一つである。たとえば、ドイツ連邦憲法裁判所の部会決定である缶ビール・フラッシュモブ決定[2]において申立人は、私有地での集会実施の可否のほかに、当該集会が行われる時間における監視カメラの停止を求めていた。もっとも、連邦憲法裁判所は、申立人による理由付けが不十分であることなどを理由としたうえで当該主張を斥けており、同裁判所による詳細な判断は取り残されたままである。しかし、公共空間の監視は、その対象となる個人に対して、自らの基本権行使の帰結が何らかの不利益をもたらすであろうことを恐れて基本権行使を控えさせる効果をもたらすがゆえに、公共空間の使用を実質的に妨げるのではないか、との疑問が提起されている。

このような基本権行使を控えさせる効果は講学上、「萎縮効果（chilling effect）」として議論されてきた。この萎縮効果は、もとはアメリカ最高裁の判例法理によって、主に表現の自由への干渉を念頭に置いて展開されてきた概念である。[3] その後、当該概念は Abschreckungseffekt ないしは Einschüchterungseffekt としてドイツ連邦憲法裁判所をはじめ諸裁判例によって継受されている。[4] むろん、ドイツにおいても――アメリカと同じく――意見表明の自由という、とりわけ刑事処罰等によって萎縮を受けやすい基本権を中心に萎縮効果が議論されてきた。しかしながら、かかる萎縮効果によって影響を受ける基本権は、意見表明の自由のみに限定されるものではなかろう。たとえば、公共空間の

監視を行う場合に萎縮させられるものには、意見表明の自由のほか、芸術の自由、信教の自由、集会の自由、移動の自由、さらには一般的行為自由などもまた含まれるのである。

このうち、本稿では、――私有地における監視も今後検討課題となる余地があるが――国家による監視と集会の場へのアクセスへの事実上の制約を検討する。集会の「場」への権利を問題とする本稿からは、当該場所での集会の実施自体が禁止されるわけではない点で、集会への直接的な制約は存在しないとも思われる。しかしながら、監視のもとに置かれる集会には、基本権主体が基本権の行使を控える、すなわちそのような集会へ参加することを控える萎縮効果が指摘されている。ただし、かかる萎縮効果からの法的保護には否定的見解も根強く、それが単なる「感情」の保護にすぎないのではないのか、という批判も散見されるためである。もっとも、集会の前域――すなわち集会が生じる以前――において基本権主体が集会に参加することを「くじかれる」ことによって集会の自由が空洞化することを防ぐ必要があるのではないか。本稿では、萎縮効果論からの保護という観点から従来の法理の修正を図るドイツ憲法学の議論を参照し、予備的考察を行う。萎縮効果論は先にも述べた通り、その母国アメリカにおいても長い歴史を持つ概念であるのみならず、ドイツにおいても継受されて久しい。そして、萎縮効果論が問題となりうる場面もまた多様である。萎縮効果論の歴史的発展、さらには応用可能性に関する詳細な検討は今後の筆者の研究課題とし、本稿は、国家による集会の監視を基本権に対する介入として合憲性審査の俎上に載せる際に必要となる法理の修正につき、それぞれ「保護領域」「介入」「正当化」という各段階から理論的な検討を試みるものである。以下では、まず、萎縮効果からの保護を基本権の保護領域に含める試みを検討する。ドイツ憲法学において監視からの保護は広く情報自己決定権への干渉として議論されてきた。しかしながら、萎縮効果という観点からは、それにより行使を控えさせられるのは情報自己決定権ではなく、問題となる個々の具体的基本権であり、そうであるとすれば個々の基本権の保護領域に含めることが必要であり、集会の自由との関係では、集会の自由にはその具体的内実を自由に決定する「決定の

自由」が内在していることを明らかにする（二）。もっとも、萎縮効果による不当な影響力の行使からの保護が保護領域に含まれるとしても、それが当然に介入を構成するとは限らない。古典的介入概念によれば、とりわけ基本権への介入という目的志向性が必要とされてきたからである。しかしながら、萎縮効果に着目することによって、目的志向性を欠く国家的措置においても基本権行使の前域への不当な干渉をもたらすことを指摘し、当該要件の修正可能性につき検討を行う（三）。介入要件の修正が達成されつつある一方で、干渉の強度が僅少であれば、介入として審査され得ないという帰結が導かれる。こうした問題に対して判例は、具体的犯罪等に関する「嫌疑の不存在」のほか、「対象の広範性」、すなわち影響を受ける個人が社会の広範に及ぶことから介入の強度を強める方針を採用している。介入の「水平的加算」と呼ばれる、かかる介入の強化手法は、監視を受ける個人にとって対象の広範性は何ら無関係であるゆえに不当であるとの批判を受けている。しかし、本稿は、個々の主体が受ける干渉に着目する純粋な個人権的構成では汲み取ることができない、萎縮効果が社会全体へもたらす影響を審査に取り入れる必要があるとして暫定的な擁護を行う（四）。

二　基本権行使の内実としての「決定の自由」

監視がもたらす萎縮を憲法学においてどのように位置づけるか、という問いに対しては、いくつかの並立的なアプローチが提唱されてきた。シュターベン（Julian Staben）による列挙にしたがえば、それはすなわち、①萎縮からの保護を保護領域の段階で輪郭を与えること、②介入概念の修正による萎縮効果からの保護、③比例性、とりわけ狭義の比例性（Angemessenheit）において考慮すること[5]、が考えられる、という。

以下ではまず、議論の出発点として、基本権の保護領域において萎縮からの保護を導出しようとする試みを検討す

る。集会の自由との文脈においても、警察による画像・音声記録（Bild- und Tonaufnahmen）が萎縮効果を与えることが指摘されつつも、それが憲法上、個人権的保護を発動させる「介入」なのかは争われてきた。エンダースによれば、論点となるのは、そもそもこのような監視手法が基本権上のなんらかの自由の保護領域に介入しているのか、という点のみならず、仮に保護領域に介入しているとして、いかなる基本権への介入なのか、という点である。[6] また、データの記録を伴わない情景撮影（Übersichtsaufnahmen）に関してはより一層その対立が深く、一方でこれを憲法上の正当化が必要となる「介入」と構成する論者は「監視されているという感情」を引き起こし、萎縮効果をもたらしうることを論拠にしているが、エンダースをはじめとした論者の多くは、このような事実上の干渉から介入を導く立場は、その理論的正当化に成功していない、としている。[7] 集会の自由と監視の関係において、果たしてどのような場合に介入が認められるのかという問いに関する、詳細な場合分けに伴う検討は本稿では立ち入らないが、以下では萎縮効果からの自由を憲法上の権利の保護領域に取り込む試みにつき検討しておく。

(一) 何の自由か？

1 情報自己決定権からの保護？

ドイツの多数説は、監視からの自由を情報自己決定権から導いている。なお、ツァンガー（Johanna Zanger）は、情報自己決定権などの基本権による検討を行う前に、「恐怖からの自由」という鍵概念のもとで監視からの保護の可能性につき言及する。ただし、新たな基本権の創出という道を彼女は否定し、既存の基本権から監視から保護すべきであるとする。たしかに、自由で民主的な秩序において、「恐怖からの自由」は憲法の前提条件として機能しており、恐怖からの自由なしには、自由権を行使する可能性は空転する可能性すらある。[8] もっとも、ツァンガーは、当該自由が運用可能性の観点で困難をもたらすこと、そして当該自由の輪郭が不明確（konturlos）であることを理由とし、

「恐怖からの自由」それ自体を主観化する途を否定している。また、基本法一条一項の規定する人間の尊厳からの保障も、これが不可侵の権利として保障されることから、その保障範囲は狭く限定されるべきであるとしている。[9]

新しい基本権の創出を否定した現在、萎縮効果からの保護を期待される個別の基本権は、情報自己決定権である。情報自己決定権が監視からの保護を保障すると目される理由には、いくつか存在する。

まず、情報自己決定権は、私的領域の保護よりも広い範囲を保障することができるからである。監視や情報・データ収集の保護においては、従来、私的領域からの保護が論じられてきた。[10] かつて有力であった「領域理論（Sphärentheorie）」は、「私的生活形成の核心領域」とそれ以外の領域を区別し、前者を絶対不可侵とし、その他の領域についてはその他の利益との衡量によって保護されることとしていた。連邦憲法裁判所の日記決定[11]は、かかる領域の判断において①当該個人がその生活事態を秘密にしておこうとするか、②生活事態が一身専属的なものか、という主観的および客観的基準を定立している。

もっとも、公共空間における集会という観点では、私的領域性を強調する場合、「公の集会」は保護の対象外であることが前提であり、またそのように解するべきだとされる。たとえば、ウルリヒ（Norbert Ullrich）は、公共空間における監視が私的領域性の問題であることを明確に否定する。ウルリヒによれば、プライバシーが保障される物理的空間として、住居を越えた様々な場所が認められるものの、多くの人がおり、彼らに視認される場所でのプライバシーは主張できない。[12] もしもこのような場所で私的領域性ないしプライバシー（Privatheit）を主張しようとすれば、公共空間を包括的に「プライベート空間化（privatisieren）」することになってしまい、それにより社会的に受容された慣習的な他者の行為を縮減させてしまうからである。[13] たしかに、非公開および屋内集会に参加する者は、参加者以外から隔絶することを決めているが、デモンストレーションについてはこのことが妥当しないのである。なぜならば、「デモンストレーションに参加する者は、意図的に公共へと進み出る」からである、という。[14]

公共空間において実施される集会、とりわけデモンストレーションの自由の例が表すように、非私的領域における自己決定権は「私的領域性」の保護に着目する場合、保護されないか、もしくは極めて広範な制限を許してしまう。情報自己決定権の重要性を説くアルバース（Marion Albers）は、このような観点から領域理論を批判する。アルバースによれば、領域理論の問題として、保護の程度を段階づけていること、そしてそのような領域は相対的であり、明確な輪郭を描くことはできないことを挙げている。加えて、その他の通信の自由（基本法一〇条）の規定も領域理論の欠陥を裏付けている、と指摘する。もしも、私的領域のみが保護法益だとするならば、親密な（intim）もしくは私的な（privat）性質を持つコミュニケーション内容を保護することに当該条項は向けられ、それに限られるはずであり、すなわち私的な性質を持たないコミュニケーション内容は結果として保護されないことになってしまうはずである。[15] しかしながら、規範の文言上は（normtextlich）そのような内容を規定していないのである。[16] 通信の自由は、そのコミュニケーションの内容が私的なものであろうが、その他の商業的、政治的内容を有していようが、問題ではないのである。[17]

以上の理由から、判例上、自己の情報に関わる権利は、自己情報決定権として定立されている。連邦憲法裁判所の国勢調査判決[18]は、私的領域のパラダイムから脱却し、情報自己決定権を定立することとなる。同判決は、「個人的生活実態を、いつ、どこで、いかなる範囲で公開するかを、原則として自ら決定する個人の権能」として定式化するに至っている。[19] このような前提から、ウルリヒは、私的空間のみならず、公共空間に進み出る個人の情報をも考慮に入れる可能性を有する情報自己決定権からの監視による保護を第一に志向することを主張し、[20]「どの程度情報自己決定権が公共空間において認められるか」、という問題として定式化する必要があるとする。[21]

2　個別の基本権からの導出

多くの論者は、国勢調査判決以降の判例形成から、監視による萎縮からの保護を情報自己決定権の保護領域に位置づけることを当然の前提としている。もっとも、近時、監視による萎縮を情報自己決定権の問題として処理することを疑問視する見解がある。

まず第一に挙げられるのが、情報自己決定権が備える、諸基本権への害悪に対する予防的性質（preemptive character）に基づく論拠である。たとえば、ポッシャー（Ralf Poscher）は、こう述べる際に情報自己決定権とその他の諸基本権との違いを強調する。一方で、その他の諸基本権においては、実際に国家が現実に基本権の介入したあとに防御を行うことを念頭に置いている。たとえば、集会が警察によって禁止されたり解散させられる場合である。他方で、情報自己決定権についていえば、情報の収集、集積、処理、それ自体が害悪ではない、とする。[22] ポッシャーは以下のように述べる。

> 情報自己決定権は個人情報の収集、集積、処理に関わる抽象的な危険から保護するものである。データ保護は予防的に、個人情報の使用に潜在的に関わる自由および平等に関わる利益を保護する。情報の収集、集積、処理それ自体が害悪なのではない。これはデータが重要性を持つには、データが情報になる必要がある、という考えと共に表明される。自由および平等の利益が問題となりえるのは、特定のコンテクストにおけるデータの使用のみなのである。市民の政治的および宗教的信条に関する個人情報の国家による収集が一般的に禁止されるのは、たとえばそのデータが政治的および宗教的集団への差別に濫用される可能性があるからである。データ保護によって、このような濫用がたとえ抽象的な危険であるとしても、個人情報の収集への正当化が要求される。このような濫用が実際に生じる、あるいはそのような濫用がまさに生じようとしているとの具体的な証拠は必要ない。データ保護への権利はその体系において（systematically）個人情報の収集および処理に伴う抽象的な危険から守るべく、すでに存在しているその他の全ての諸基本権を促進する。[23]

以上のような考えに従い、ポッシャーは、情報自己決定権とは独立の実体的権利（substantive stand-alone right）として保障されるのではなく、そこで問題となる諸利益およびコンテクストに応じて、常に他の基本権との関わりで問題となるとしている。[24]

かかる叙述は、情報自己決定権に関する意義および理由付け（Begründung）と内実（Inhalt）を峻別すべきであるという見解として整理できる。ヘルド（Cornelius Held）によれば、自己の情報に関する決定権を保障するのは、諸基本権の行使に関する萎縮から保護する意義を持つが、そのような意義が直ちに基本権の内実に含まれるとは結論づけられない、と説く。以上の理由から、萎縮効果からの個人の自由の保護は、自己の情報に関する決定権によって間接的に保障されているにすぎず、したがって、両者は峻別されるべきなのである。[25] ザックス（Michael Sachs）もまた、萎縮において影響を受けるのは、情報自己決定権ではなく、集会の自由をはじめとした諸基本権であることを説く。ザックスは――後述のG8サミット判決の評釈において連邦行政裁判所の判断を好意的に評価する際――萎縮効果は集会の自由への介入ではなく、情報自己決定権への介入と構成することを斥けていると指摘する。[26] 後述のG8サミット判決で問題となったのは、集会参加予定者の情景撮影であり、情報自己決定権を保障するとされる基本法二条一項の保護領域からは救済が困難な事例として位置づけられている。なぜならば、連邦行政裁判所の認定によれば、当該情景撮影においては、個人的データは捕捉・記録されず、さらに技術的補助手段を用いても個人の特定は不可能であった、とされているからである。[27] たしかに、これに対して、――実際にはデータの捕捉および個人の特定がなされていない状態での――潜在的な萎縮効果さえ存在すれば情報自己決定権への干渉を根拠づけるに十分なのであるとする批判もまた存在するが、かかる批判は「萎縮がこの［情報自己決定権という――強調原文、補足筆者］基本権に対して介入の現代的な理解にしたがってどのように影響を与えるのかを説明することができないのである」。[28] こうした問題に対しザックスは、「萎縮は、萎縮によって（必然的に）影響を受ける基本権主体に対して、集会の自由行使の放棄

という形でのみ『間接的に』影響を与えるに過ぎない」と結論づけ、集会の自由への介入を前提としている当該判決を支持している。[29]

かかる記述は、情報自己決定権の出自からも裏付けられる。ポッシャーによれば、国勢調査判決の説示を仔細に検討すれば、データ保護それ自体を独立した一つの権利として捉えるのではなく、それぞれ問題となるコンテクストおよび影響を受ける利益に応じて、様々な諸基本権と関連づけて論じている、という。[30] 実際に、国勢調査判決は以下のように説示する。

> 個人の自己決定権は、――現代の情報処理技術という条件下においてもなお――個人がある行動を取るべきか否かという決定について、その決定に基づく行為可能性も含めて決定する自由を有することを前提としている。自らに関するいかなる情報が社会的環境の特定の領域において知られているのか、という点について十分な確証をもって知りえない個人ないしは、コミュニケーションの潜在的な相手方がいかなる情報を有しているのかを一定程度判断することができない個人は、自らの固有の自己決定から計画し決定する自由が著しく損なわれ得る。誰が、いつ、いかなる内容について、いかなる機会のもと自らについて知りうるのかを市民がもはや知ることができない、社会秩序およびこのような社会秩序を可能とする法秩序は、情報自己決定権とは相いれないものとなってしまう。逸脱した行為態様がいつでも記録され情報として長期間保存され、利用され、転送されるか否かに確証が持てない個人は、かかる行為によって目立ないようにしようと努めるだろう。たとえば集会および市民イニシアティブへの参加が当局によって登録され、それによるリスクが生じうることを考慮する個人は、対応する自らの諸基本権（基本法八条、九条）の行使を放棄するかもしれない。[31]

以上の前提から、問題となる個別の基本権によって萎縮効果からの保護を導出する方途が提唱されている。ヘルドやツァンガーは、萎縮効果によって影響を受けるそれぞれの基本権の保護領域によって対応することを目指す。あら

ゆる基本権には、決定の自由（Entschließungsfreiheit）が内在している。[32] 自由権には、それを行使するかしないかを決定する自由が内在している。自由というのは、個人が様々な行動の選択肢を自律的に決定できる場合にのみ存在する。[33] そうであるとすれば、自由権の行使に対する内的な決定の自由への干渉は、当該自由権への干渉と構成することができる、という。[34] たとえば、集会の自由の例でいえば、ブロックドルフ判決もまた、「過剰な監視（exessive Observation）」による干渉[35]を、内的な集会の自由（innere Versammlungsfreiheit）[36]への干渉として整理することもできる、としている。その後の判決である、バイエルン集会法判決[37]もまた、警察による主催者の届け出を定めた諸規定につき、集会の自由と併せて情報自己決定権による主張も申立人から行われていたが、申立人が情報自己決定権にも依拠することができるかについての判断は行う必要がないとしている。

(二) 「前域保障」による保護領域の拡張

萎縮効果からの保護を志向する際、保護領域をその前域へと拡張する必要がある。萎縮効果論が実際の訴訟において問題となる場合、とりわけ潜在的集会参加者が受ける萎縮が保護領域に含まれるのか、つづいて他の目的（多くは公共の安全の確保）のために採られた国家措置の意図しない副次的効果（Nebenfolgen）として生じたにすぎない萎縮効果を介入として構成し得るのかが問題となる。[38] 後者については次章で述べるとして、ここでは前者について取り扱う。

保護領域の前域保障を明示的に認めたのは、二〇一七年の連邦行政裁判所によるG8サミット判決[39]である。本件では、ドイツのハイリゲンダムで二〇〇七年に行われた主要国首脳会議（G8）への反対集会を行う参加者が近郊の町レッデリヒ（Reddelich）において宿泊していたキャンプ場の上空を戦闘機が一一四メートルの高さで飛行し情景撮影したことが問題となった。本件で問題とされた論点は主に三点あり、それぞれ、①職務共助（Amtshilfe）が合憲であったか、②そもそも集会そのものではないキャンプに基本法八条一項が規定する集会の自由の保障が及ぶのか、

③保障が及ぶとして、間接的・事実上の制約にすぎない本件戦闘機の飛行を介入と構成することができるのか、である。本稿では立ち入らないが、①の点について本件では肯定したため、実体的な判断である②、③の論点に進んでいる。③介入該当性の前提として②保護領域の問題について、前域保障として基本権による保護を肯定している。本判決によれば、本件キャンプそれ自体が集会として保護されるわけではない[40]。「重要なのは、意見形成および意見表明が公衆に影響を与えるという目的をもって行われることである[41]」。このような前提からは、キャンプにおいて多数人が、集会に参加するという目的および意図のもとにただ宿泊しているということのみでは、公的意見形成へ影響をもたらすという目的をもった共同の意見形成および意見表明とみなすことはできない、という[42]。

しかしながら、基本法八条一項の前域的効果の観点から、本件飛行は同条の保護領域に抵触しているという[43]。連邦憲法裁判所によれば、ブロックドルフ判決[44]および、明確に集会を妨害する意思を持つ個人の集会への警察によるアクセス禁止が問題となったレプブリカーナー事件[45]でも引用された通り、集会の自由という基本権は、「集会がまさに実施されている時間のみに限定されるのではなく、すでにその前域（Vorfeld）においてもその効力を持つ」という[46]。さもなければ、集会の自由は国家的措置によって基本権行使の前域において空洞化させられてしまう危険にさらされるからである[47]。それゆえ、基本法八条一項は、間近に迫った、もしくはまさに形成されようとしている集会へのアクセスおよび移動を含む、集会の全プロセスを保護するのである。このような観点からは、本件キャンプは集会の前域として基本法の保障を受けるもの、とされる。

㈢　小　括

以上述べてきた通り、萎縮効果からの自由はいかなる保護領域の問題であるか、という問いが争われてきた。多数説の説く情報自己決定権からの保護に代えて、本稿では――G8サミット判決でまさに判示されたように――ドイツ

の裁判例および学説が、問題となる利益に応じて個別の基本権の保障を前域にまで拡張することで、具体的な基本権の行使への萎縮からの保護を図っていることを示した。

集会の自由をはじめ諸自由の保護領域の前域への拡張に続いて問題となるのは、萎縮効果の「介入」該当性である。なぜならば、従来、間接的・事実上の干渉は「介入」に該当しないとされてきたからである。この点について詳しくは、次章に譲る。

三　介入概念の拡張？

㈠　古典的介入概念

萎縮効果を審査に取り込む場合には、保護領域を拡張したうえで、これを「介入」と位置づけることが求められる。もっとも、その際に必要となるのは、介入概念を拡張することである。

従来、特定の性質を備える国家的措置のみが「介入」と位置づけられてきた。「古典的介入概念（klassischer Eingriffsbegriff）」と呼ばれるこの概念によれば、それぞれ、①目的志向性（Finalität）、②直接性（Unmittelbarkeit）、③命令性（Imperativität）、④法形式性（Rechtsförmigkeit）が必要とされる。[48] ピエロート／シュリンク／キングレーン／ポッシャーらによれば、①目的志向性とは、国家行為が、全く別の目的に向けられた国家行為が意図せずに生じた行為を排除するものであり、②直接性とは、国家行為がたしかに意図的ではあったが、しかし、間接的な結果として現れたものを排除するもの、③命令性とは、命令または強制をもって命じられ、執行されることを指し、④法形式性は、法律・命令・判決といった法形式を伴うものを指し、単なる事実行為を排除するものである。[49] 萎縮効果をもたらす国

家的措置が常にこれら全ての要件を満たすとは限らない。集会の自由に対する萎縮効果においてはとりわけ、①目的志向性の欠如が問題となることが多い。なぜならば、萎縮効果とは、国家的措置の意図しない副次的効果として生じることが多いためである。[50]

(二) 現代的介入概念へ

1 間接的・事実上の干渉への拡張

従来の憲法論のうち一定の領域においては、上記の要件を全て充足しない間接的・事実上の干渉において「介入」該当性がたしかに認めてられてきた。それが、国家の情報活動が関わる諸判例である。国家の情報活動が問題となった代表的な判例は、オショー決定[51]およびグリコール決定[52]である。宗教団体に対する「警告」が問題となったオショー決定では、宗教団体が構成員を家族をはじめとした外界である社会から隔絶し、心理的操作および経済的搾取を行い、とりわけ若者をはじめとした集団に脅威を与えていることに照らし、連邦議会をはじめとして一般国民に向けた情報提供を行うようになった。このうち、問題となっているのは、連邦政府による議会からの質問に対する応答である。具体的には、連邦議会質問に対する連邦政府の答弁、請願委員会、連邦大臣による講演などが本件で差止の対象となっている。「セクト」や「若者セクト」といった用語のほか、講演では「破壊的な宗教カルト」といった表現が用いられた。たしかに、これらの一連の政府による情報活動は、オショー運動およびその構成員に直接に向けられたものではなく、議会および公衆に向けられたものである。[53] しかしながら当該情報活動は、その情報を得た個人が「問題となる集団から距離を置き、脱退し、同様のことを行うよう構成員や他の人々に働きかけ、あるいは財政的支援を行うこと（の継続）を控える」効果を持つ。[54] オショー決定では、このようにして政府の情報活動からもたらされる干渉を認め、「基本法のもとでは、基本権の保護は伝統的意味での介入のみに限定されるのではなく、事実上・間接的な

干渉へと拡張される（faktische und mittelbare Beeinträchtigungen）」と判示している。[55] なお、同様に政府の情報活動が問題となったグリコール決定においては、危険物であるジエチレングリコールが混入したワインリストの公表につき、正確かつ客観的な情報であることを理由として、形式的にも内容的にも必要な情報提供であるとして職業の自由への侵害は否定されている。

ただし、事実上の干渉を「介入」と構成するためには、国家にまず帰責できなければならない。この帰責性を判断する方針として、現実に基本権に干渉を与えるという効果のみならず、目的志向性が要請される。実際に、オショー決定において連邦憲法裁判所は、「当該措置がその目標設定および効果に照らして」介入の機能的等価物（funktionales Äquivalent）と位置づけられ、従来の意味での基本権への干渉と位置づけられると判示している。[56] 帰責性のメルクマールとして目的志向性を採用する同様の思考様式は、連邦行政裁判所によっても採用されている。レンスキ（Sophie-Charlotte Lenski）によれば、目的志向性は中心問題であり、[57] 連邦行政裁判所がこのことを明らかにしたのは、サイエントロジーと関わりの不存在を宣言させる「保護宣言（Schutzerklärung）」への署名を拒否した女性が商談の破棄をされたことが問題となった判決である。[58] なお、本件では国家はたしかに当該保護宣言を作成しているが、商談の破棄との間には、契約の相手方である私人の行為が介在しており、このような帰結を国家に帰責することができるかが問題となりうる。しかしながら、連邦行政裁判所は以下のように述べ、国家への帰責性を肯定している。

> 本件保護宣言は、当該条項の使用者のビジネスパートナーに対してサイエントロジーへの帰属を暴露するよう強制することを目的としている。たしかに、当該宣言の使用者側が、当該条項を渡すまえに、すでにサイエントロジーに帰属しているビジネスパートナーとの関係性を断ち切ることを決定していたという可能性はある。被告側「本件では自由ハンザ都市ハンブルク（Freie und Hansestadt Hamburg）」の申立によれば、一般的警告および情報に基づいて、当該措置に踏み切ることをすでに決定

した企業および個人に対して当該宣言を発行することにしているという。しかしながら、当該宣言の発行は、使用者側の意図を我がものとして採用し、その実現を支援するものである。保護宣言の使用意図から生じる結果は、被告側に帰責される。[59]

連邦行政裁判所は、オショー決定およびグリコール決定を引用しつつ、古典的介入概念の四要件の全てを備えるわけではない干渉も「介入」と構成できることを明らかにしている。しかし、すでに述べたように、本件でその判断において同裁判所は、国家措置の目標設定を重視している。なぜならば、国家の措置は、明確にその目的を意図していなければならず、単なる副次的効果であってはならないからである。オショー決定およびグリコール決定では、たしかに国家指揮（Staatsleistung）における国家の任務が認められた。このような国家の任務は政府が重大な出来事につき自らの政治活動の外部およびはるか前域において国民に情報を与えることを可能とし、このような時機に応じた活動によって政府は、国家と社会の衝突を解決し、迅速かつ適切に危機に対応することを可能とする。[60] しかしながら、本件免責条項の発行は、このような国家の任務からも支持されない、と結論づける。なぜならば、「経済部門におけるサイエントロジー運動の活動から生じると言われている危険について公衆に警告すること」を目的とするものではなく、「むしろ企業に免責条項を発行することによって、被告はサイエントロジーの信者が、ビジネスパートナーとの間で暴露され、そして彼とのビジネス関係から排除される」ことをまさに目的としているからである。[61] このような目的からは、ビジネス関係からの排除という帰結は偶然的（zufällig）でも付随的（nebenbei）でもなく、むしろ企業への保護宣言の配布による不可避かつ確実な結果なのである。[62] 商談取り消しを行った第三者であるビジネスパートナーの行為が介在することは重要ではなく、被告の目的は全事象プロセス（der gesamte Geschehensablauf）を捉えるものである。[63]

以上にように考えれば、結局のところ、機能的等価物として評価される干渉も、従来の四つの要件に対応するかた

ちで、目的および効果を要求している。レンスキによれば、連邦行政裁判所は、間接的・目的志向的（mittelbar-final）干渉と間接的・事実上（mittelbar-faktisch）の干渉を峻別しているのである。[64]

2　目的志向性の排除――G8サミット判決

萎縮効果と集会の自由との関係では、以上の修正された介入概念に基づき、目的志向性が肯定される事案が存在する。たとえば、リューネブルク高等行政裁判所（OVG Lüneburg）はゲッティンゲンの警察が文書において、予防的警察措置および刑事犯罪へ関与した際の刑事手続上の危険を予告しブリュッセルで行われるEUサミットに対する抗議集会への参加を断念するよう促した事案において、同裁判所は当該措置が介入を構成することを肯定する際、目的志向性を前提としている。[65]同裁判所は、あらゆる干渉が介入を構成するのではなく、問題となる措置がいかなる効果を持つことを目的としているのかが問題となるとしたうえで、集会への参加を妨げる効果を有することを指摘したほか、まさに警察がブリュッセルで行われる集会への参加を妨害することを意図していたことを認定し、直接に集会の自由ほかへの介入を認定している。[66]

しかし、連邦行政裁判所は先述のG8サミット判決で目的志向性重視の判決からの脱却を意識的に図っているとみられる。同判決では、先に検討を行った保護領域の拡張に加え、介入の認定において目的志向的介入（ein finaler Eingriff）の不存在が問題となっていた。これに対して、同裁判所は、たしかに、本件戦闘機の飛行は、集会の自由を妨害し、縮減し、そして困難にする目的で行われたものではないことを認めつつも、[67]事実上の介入（faktische Eingriffe）を構成すると結論づける。当該事実上の介入は、目的指向性をもった干渉の場合のほかに、事実上の介入が問題となるのは、国家の行為が集会に参加しようとする人々の自由な意思形成や決定の自由に対して、萎縮的（einschüchternd/abschreckend）に働く場合である。[68]目的志向的な介入のみならず、かかる目的志向性を欠くものの萎

縮効果をもたらしうる国家的措置を介入と構成することは、バイエルン集会法決定でも支持されている、という。[69] 以上の認定から、本件では地上一一四メートルの高さでの飛行、著しい騒音をもたらしたことから、恐怖心をあおる光景をもたらし不意打ち的な効果を与え、萎縮効果をもたらしたことを認定している。[70]

G8サミット判決が疑問視したように、目的志向性要件はたしかに明確性をもたらすが、基本権の実効的な保障との関わりで不十分性を抱える。「保護宣言」が問題となった先の判決のように、政府がサイエントロジーを商取引から排除するという明らかな目的のもと、私人を動員する場合、その「目的志向性」によって国家に帰責し基本権を保障する途が開かれよう。しかしながら、目的志向性を、果たして絶対的な前提条件とすべきかには疑問が残る。たとえば、クレプファー（Michael Kloepfer）は、伝統的介入概念がもはや十分ではないことを示す際にとりわけ目的志向性のメルクマールを取り上げる。なぜならば、「基本権主体からみれば、基本権への干渉が意図的に行われたのか、それとも意図せずに行われたのかということは何ら違いをもたらさない」からである。[71]

㈢　干渉の強度は必要か？

干渉が介入として認められるには、介入概念の拡張のみならず、介入の強度を一定程度強める試みが必要である。エアマン／シュターベン（Markus Oermann/Julian Staben）によれば、干渉が介入としての性質を備えるには三つの条件が必要となる、という。①基本権主体が国家措置によって自らの基本権を行使することが完全に行使できなくなっていることと（第一前提条件）、②当該干渉が国家に帰責されること（第二前提条件）、③それが一定の重大性に達していることである（第三前提条件）、[72] と指摘する。先のレンスキもまた、――オショー決定等を参照しながら――予備的な基準として干渉の強度が必要なのではないかとしている。[73]

干渉の強度が必要であるか否かについては議論があるが、介入には、その基本権行使への干渉が重大であることが

要求されることで一致している。たとえば、エクホッフ（Rolf Eckhoff）によれば、とりわけ古典的介入概念が拡張傾向をみせる現在、国家の行為の効果が問題となっているのであり、そうであるとすれば、ただ単にそれが「介入」に該当するかという「イエス・ノー」で応答し得る問題にとどまらず、「どの程度か」が必然的に問題となり、その際には、国家の干渉の強度を問わざるを得ない、という。[74] このような前提からは、些細な干渉は介入として保護の対象とされない。[75] この最低基準は軽微性の限界（Bagatellegrenze）と呼ばれている。かかる重大性の閾値（Erheblichkeitsschwelle）の要請は、介入概念の「氾濫（Ausuferung）」を防ぐために設けられている、とされる。[76]

干渉の重大性要件の必要性は、連邦憲法裁判所の審査システムからも同様に説明される。かつて、連邦憲法裁判所はかつて自らの判決[77]において、憲法固有の領域の問題についてであることが求められ、その際の審査は関係する基本的権利の意味についての根本的に誤った見方に基づく解釈の誤りが含まれているかどうか、を問うものであるとしている。[78]「ヘックの定式（Hecksche Formel）[79]」と呼ばれるこの定式は、そののち修正・発展をされることとなり、問題となっている決定が問題となる基本権を干渉する強度に応じて（je-desto）審査の射程が定まる、という。たとえば、ドイチュラント・マガジン判決[80]は、諸先例を引用しつつ、以下のように説示している。

> 特に重要なのは、基本権干渉の強度である。……民事裁判所の判決が結果として敗訴した当事者の基本権領域に持続的にさらに影響し続けるほど、この介入の正当化に対して課される要件は厳しくなり、連邦憲法裁判所の審査可能性は結果として広くなる。介入の強度が最も強い事案において（レーバッハ事件判決などBVerfGE 35, 202 - Lebach -）、民事裁判所によって行われた評価づけを自らのものによって完全に書き換える権限もまた認められる。[81]

以上に述べたような干渉の強度を前提とする姿勢はその他の判例のみならず、多くの論者によっても共有され、介

入が強ければ強いほど、連邦憲法裁判所による審査の可能性が広がるものと考えられている。

このように介入の強度を基準とする考えにしたがえば、単なる不安という主観的な感情のみでは介入を構成するのか、が疑問視されている。介入の強度を憲法審査の前提とする立場によれば、「単なる些細なもめ事や日常の煩わしさ、主観的な不快感においては、干渉や介入ということはできない」ものとされている。[82] 主観的感情のみでは、介入と構成できないのである。萎縮効果が介入の主観化ではないか、との懸念はエンダース（Christoph Enders）ほかの論者によって指摘されている。[83]

かかる懸念を考慮してか、G8サミット判決では、客観的考慮基準を定立している。同判決では、集会に参加しようとする人々に対して問題となる国家の措置が萎縮効果をもたらすかの判断において、ここで問題となっている具体的な人々の個人の主観的評価を基準とすることを退けているようである。[84] むしろ、法的安定性および法適用の平等性という観点からは、客観的な評価基準を設ける必要があると説く。[85] 重要なのは、「影響を受ける人間と同じ状況にいる人間のうち、合理的な人間が国家措置の結果として計画されている形式の集会に参加することを控えることを真剣に考慮するか、ということである」としている。[86]

このほか、仮に「介入」として構成できたとしても、容易に当該介入が正当化されてしまうのではないか、という疑問も提起されている。たとえばミュラー（Daniel Müller）は、先述のG8サミット判決とほぼ同様の事案における答案構成例を示す際に、介入該当性を肯定しつつも、干渉の軽微性（geringere Intensität）を理由にして、仮に介入として構成し得たとしても、容易に正当化可能な事案であると結論づける。たしかに、基本法八条一項が直接に保護の対象とする集会それ自体への戦闘機飛行が問題となる場合には、極めて強い介入が認められる。しかし、仮に潜在的集会参加者が本件戦闘機飛行によって萎縮したとしても、それは何ら核心領域にも触れず、したがって、潜在的集会参加者への萎縮は介入が存在したとしても軽微なものであるとする。[87]

以上のように考えれば、そもそも主観的な不安が存在するのみでは介入の重大性が認められず、また同時に仮に介入として認められたとしても、軽微な自由、トリヴィアルな自由を制約したにすぎないとして正当化されてしまうという問題を示している。このような問題に対応すべく、判例および学説は第三者および社会的利益の考慮を行うとするが、詳細は次章に譲る。

四　水平的加算による介入の強化

㈠　判例における介入の加算

萎縮効果が問題となる諸判例（多くは監視を伴う）は、問題となる措置の介入の強度を高める基準を定立している。それはすなわち、①当該措置が原因を作出していない個人に向けられていること、さらには②当該措置の対象が多くの基本権主体を捉えること、を理由として挙げ、とりわけ強い介入であるとの結論を導いている。一つの例は、具体的な危険を伴わない情報収集活動が問題となった第一次遠隔通信監視決定[88]である。ブラーデ（Alexander Brade）によれば、本判決で初めて②の要件となる対象の広範性（Streubreite）による介入の強化が行われたという[89]。本判決では介入の強度の「基準となるのは、介入の重大性の形態、影響を受ける主体の数、そして干渉の強度である[90]。」とし、「その際、干渉の強度にとって重要な役割を果たすのは、連邦情報局が、嫌疑の不存在（Verdachtslosigkeit）および対象の広範性から、とりわけ持続的に通信の秘密に抵触し」ているとの結論を導いている[91]。このほか、最低六ヵ月の期間、一定の通信履歴情報につき保存義務を課した通信履歴保存義務決定においても[92]、同様の判断がなされている。以下に引用しておく。

［本件で問題となる］情報の集積は、法秩序がこれまで経験していないほどの対象の広範性から、とりわけ重い介入となる。現実にはすべての市民の通信履歴情報が6ヵ月の期間にわたり、自らに帰責されうる非難に値する行為、抽象的な危険性およびその他の適した状況との関連なしに保存されるのである。その際に問題となっている保存は、日々の交流において基底的であり、現代社会における社会生活への参与（die Teilnahme am sozialen Leben in der modernen Welt）にとってもはや放棄することのできない、日常の行為（Alltagshandeln）に関わるものである。原則として、いかなる態様の遠距離通信も保存の対象から排除されることはない……。[93]

［個人の社会的・政治的属性、選好などのプロファイリングを可能とするような］情報利用を可能にし、特定の場合にはそのような利用を可能とすることを想定した保存は、重大な介入を構成する。この点でとりわけ重要なのは、データの使用がどのように利用されるかにかかわらず、理由なしにさらなる捜査に市民がさらされるリスクが大幅に高まる、という点である。広範囲にわたる捜査にさらされ、説明の圧力をかけられるのには、たとえば、望ましくない時間帯に無線セル（Funkzelle）にいたり、特定の人物から連絡を受けるだけで十分なのである。そのようなデータ収集に関連した誤用の可能性もまた、負荷を与える効果を強める。このことはとりわけ、通信履歴情報を保存する私的プロバイダーが多いことからなお一層あてはまる。……このことから、理由のない通信履歴情報の保存は、「監視されている」という威嚇的な感覚（ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins）を広く呼び起こし、この感覚は多くの領域で基本権の屈託のない行使を妨げうるのである……。[94]

これらの包括的に保存された通信履歴情報の使用サービスへの権限は、コントロールなく監視されているという感情を特殊な態様で引き起こし、自由の行使に対して持続的な萎縮効果をもたらす。[95]

さらに、こうした判示は、潜在的テロリストの発見を目的として諸機関の持つデータから基準に合致する人物データを抽出する捜査手法が問題となった、ラスター捜査判決において引き継がれる。[96]

嫌疑の不存在のみならず対象の広範性の両方を特徴とする基本権介入は――すなわちこれらの場合には特定の違法行為とは何ら具体的関係がなく、自らの行為を通じて介入を引き起こしているわけではない多数の人々が措置の行動範囲に含まれているのだが――原則として強度の介入となる。(BVerfGE100, 313（Telekommunikation 判決ほか）〈376, 392〉; 107, 299〈320 f.〉; 109, 279〈353〉; 113, 29〈53〉; 113, 348〈383〉). 参照。というのも、個人自身が国家の介入に理由（原因）の作出に関わっていないほど、当該個人の基本権上の自由が一層強く影響を受ける。かかる介入からはまた、さらに、諸基本権の行使への干渉につながり得る萎縮効果が生じる可能性がある（国勢調査判決参照 BVerfGE 65,1〈42〉; 113, 29〈46〉)[97]。

これらの諸判例が明らかとするように、原因の非作出性（Anlasslosigkeit）ないし嫌疑の不存在、さらには対象の広範性の存在から、萎縮効果の認定を行っている。これらの要件から認定される萎縮効果の存在は、介入の強度を強めるものである。たとえば、通信履歴保存義務決定の反対意見においてシュルッケビーア裁判官は、「介入を強化する萎縮効果（ein eingriffsintensivierend Einschüchterungseffekt）」を前提としているのである[98]。

(二) 若干の検討――水平的介入加算の客観法的側面

1 影響を受ける主体の数による加算

裁判所の説くように、広範な基本権主体が影響を受けることを捉えて介入を強めることは、「水平的加算」と呼ばれている。当該概念は「垂直的加算」の対概念として捉えられており、クレップファーによって初めて提唱される。クレップファーの定義によれば、まず垂直的加算とは、「一人の個人に対する介入の積み上げ（Summierung）」を指すものとされる[99]。この垂直的加算については判例上も学説上も蓄積が多い。問題となり得る領域の一つが、基本法一〇三条三項の定める二重処罰の禁止との関係である[100]。連邦憲法裁判所は、外出禁止に違反した兵役従事者につき司令部

により二一日間の拘禁が科されたのち、刑事裁判所によって五週間の懲役刑の判決が下された事件につき、二重処罰の禁止が適用されないとしても、先行する規律的拘禁を考慮することなく当該刑罰を科すことは法治国家原則と整合しないとの判断を行っている。これに対して、水平的加算とは、「[個別の介入を捉えれば――補足：筆者]許容される、同じ態様の介入によって住民の大部分が影響を受けるために生じる、広範にわたる自由の喪失」が問題となるものである。[101]

従来、「加算的基本権侵害（der additive Grundrechtseingriff）」や「負荷の累積（Belastungskumulation）」として広く議論されてきた現象は、前者の垂直的加算である。萎縮効果との関係で問題となる、水平的加算の輪郭をより鮮明とするためには、その他の法的概念との区別を行う必要がある。まず、垂直的加算との区別である。ブラーデ（Alexander Brade）によれば、垂直的加算においては、ある基本権主体の基本権に対して負担を課す、異なる措置を「束にする（bündeln）」思考であるのに対し、水平的介入加算は、措置の複数性ではなく、ある特定の措置のみを問題にしている。[102]次に必要となるのは、基本権競合（Grundrechtskonkurrenz）との区別である。基本権競合は、ある措置が多数の基本権に干渉する可能性がある場合を指すのに対し、水平的加算においては、問題となる基本権の多数性ではなく、影響を受ける基本権主体の多数性に主眼が置かれている。[103]

2　個人の数に基づく侵害の強化？

しかし、対象の広範性（Streubreite）に基づく介入を強めることは、まず連邦憲法裁判所の内部から批判を受けている。たとえば、ラスター捜査判決の反対意見においてハース裁判官は、当該措置により影響を受ける人々の数によって介入の強度を強める法廷意見を批判し、次のように述べている。

> 介入は、多数人のデータが捕捉され整序されているという理由から、特別に強度が強まるわけではない。介入は常に個人に関わるものである。それゆえ、重要なのは、当該措置が当該個人にとってどれほど深刻であるか、という点である。当該措置によって他の人々もまた影響を受けるのか、ということは影響を受ける個人の負担の重さを低めたり、高めたりすることはない。[104]

同様の指摘は、学界からも根強い。たとえば、同じくラスター捜査判決の評釈においてホーン（Hans-Detlef Horn）は、「どれだけ多くの人々が、当該措置によって影響を受けるのかということは関係のないことだ」と指摘する。[105]「たしかに、ラスター捜査において広範性（Breitflächigkeit）は固有のものである。しかしながら、基本権への介入とは、介入が多くの基本権主体に加えられるほど、強まるものではないのである。」なぜならば、「基本権の保護内実および防御権的内実は、量的カテゴリーではなく、質的カテゴリーである。介入によって影響を受ける人の数は、せいぜい狭義の比例性（適合性および要求可能性）で問題となるのである」。[106]

介入の「加算」について精力的に検討する論者たちも同様の指摘を行う。たとえば、ルッシェマイアー（Hannah Ruschemeier）は、自らの著書、『Der additive Grundrechtseingriff』において、水平的介入加算という概念を否定する。もっとも、ルッシェマイアー自身も、萎縮効果の法的分析そのものに冷淡なわけではない。ルッシェマイアーは、介入の加算が問題となりうる領域として租税法、環境法に基づく森林財産（Waldeigentum）および狩猟権（Jagdrecht）への累積的な制約を挙げるほか、[107]国家による行為変容を問題視し、そのなかで萎縮効果の問題に触れている。[108]ここでは、萎縮効果をもたらす様々な国家措置が累積し、基本権の行使に対して敵対的な全体的雰囲気（Gesamtklima）が生まれることが指摘されている。[109]そのうえで、ルッシェマイアーは先述のG8サミット判決を引用し、萎縮効果自体を介入として構成する試みを催しが行われる場所に対するアクセスを困難にさせること（Zugangserschwerung zum Veranstaltungsort）とし、介入の加算の問題として位置づけている。[110]

しかしながら、ルッシェマイアーによれば、水平的加算は生じえない。介入の加算が生じる条件として彼女が挙げるのは、①介入の複数性、②影響を受ける基本権の同一性、③基本権主体の同一性、④効果の同時性、である。[111] 水平的加算との関係でとりわけ問題となるのは、③基本権主体の同一性、である。たしかに、連邦憲法裁判所は、対象の広範性を理由に個別の介入の加算を行い、いくつかの事案では違憲との結論を導いてきた。しかしながら、「効果的な基本権保護にとっては、どれほど多くの市民が国家の措置によって影響を受けているか、ということは何ら関係がない。なぜならば、影響を受ける市民の量（Quantität）という観点に基づいた『総自由の衡量（Gesamtfreiheitsbilanz）』は、憲法上のカテゴリーではなく、むしろ政治上の決定のために留保されるべきだからである」。[112] もしも、介入の強度が影響を受ける市民の「数」によって計られてしまうのだとすれば、基本法の基本方針としての少数者保護（Minderheitenschutz）に関する困難な問いと、少数の影響を受ける人々の基本権保護を空疎化（Entleerung）させるという困難な問題に直面することになる、という。[113] 以上の問題から、個人権としての立場からは、どれほど多くの他の市民が影響を受けているか、ということは無関係とするべきであり、[114] そうであるとすれば、単に原因の非作出性のみを考慮すべきである、という。[115]

3　水平的加算の擁護

しかし、萎縮効果が基本権に与える効果とは、問題となる国家的措置の対象者のみに狭く限定されるのだろうか。問題を、それぞれの基本権主体が国家的措置によって受ける影響に細分化する結果、彼らが受ける影響は取るに足らない、トリヴィアルな自由への干渉にすぎないと映るだろう。しかしながら、そのような影響を広範囲の市民が受ける場合、全体としてみれば、個別事案を超えた、より大きな影響へと発展する可能性がある。

萎縮効果を孕む国家的措置により当該個人を超えた影響に意識的なのが、ラスター捜査判決である。本判決では、

次のように述べている。

> 基本権の行使を萎縮させる効果は、それにより影響を受ける個人の主観的権利を保護する目的のためのみ避けられなければならないのではない。自己決定は市民の行為および参与する能力に基づく自由で民主的な公共体の基本的な機能条件（eine elementare Funktionsbedingung）であるために、公共の福祉（Gemeinwohl）もまた、萎縮効果によって干渉を受けるのである（vgl. BVerfGE 113, 29〈46〉）。捜査措置が広範にわたるために、濫用のリスクおよび監視されているとの感覚をもたらす場合には、臆することのない行為を脅かすのである（vgl.BVerfGE 107, 299〈328〉）。[116]

影響を受ける主体の数によって介入の強度をはかる判例の姿勢は、基本権の客観法的側面から説明されている。[117] クレメントは、講学上の水平的加算を、純粋な防御権的・個人権的側面な基本権保護を強化ないし補完するものとして位置づける。たしかに、クレメントによれば、水平的な負担、すなわち、国家的措置に基づく基本権への干渉・負担が広範囲にわたることが問題となることは多く想定されていない。まず、ルッシェマイアーおよびその他の論者が主張するのと同様、「ある（国家）行為がある特定の基本権主体の基本権の保護領域に介入しているかということは、他の基本権主体も同様に影響を受けているのか、とは無関係に判断されるべきである」からである。[118] また、このような問題をさておいても、水平的介入加算は例外ではなく、むしろ「通常の事案（Normalfall）」であるとすら言えるからである。というのも、憲法上、個別法律の禁止（Verbots des Einzelfallgesetzes）（基本法一九条一項一文）および平等取り扱い原則（基本法三条一項）が規定されていることからわかるように、多くの基本権主体が負荷を負うことが当然のこととして想定されているからである。[119] 基本権の防御権的側面に鑑みれば、個人にとっては、他者も不利益を被ることで状況はなんら悪化せず、むしろその逆であるとすらされるのである。[120] すなわち、一定の理由から特定の市民の

みが負担を課せられているのではなく、広く他の市民も同様の負担を課されているという事情は、当該市民の介入の深刻さを緩和させるようにすら思えるのである。

以上のように、基本権をただ防御権として捉えるものは、水平的加算を説くラスター捜査判決や二〇〇八年Nシステム判決等の一連の裁判例に説得力を覚えることはない、という。[121] とりわけ、Nシステム判決を例にとり、客観法的側面の意味合いを説く。ナンバープレート認証を根拠づける法規範とそれを可能にする技術は、基本権主体が自動車を使用すること、したがって移動することを控えさせるものである。[122] クレメント自身も認める通り、ナンバープレート認証がもたらす萎縮効果は「たしかに個人においては、身体的移動の自由という基本権への侵害を理由づけ、それによって防御権的保護を発動させるには僅少にすぎない」。[123] しかしながら、これらの萎縮がもたらす効果を真に汲み取るには、個人権的・防御権的側面のみに着目するには不十分であり、客観法的側面が必要である。クレメントは次のように説明する。「基本権の客観法的次元においては、個人の移動の自由が問題となるのではなく、社会のモビリティ全体が問題となる。もしも法律の規制に基づき、誰もがいつどこでも法律の規制の宛名にされるとき、介入の理由もなく、予見することもできず、そして日常の行為（車両の使用（Benutzung des Kraftfahrzeugs））を放棄する以外にこれを回避できないとしたら、かかる社会のモビリティ自体が、たしかに強くはないものの広く（flächdeckend）危険にさらされる」。[124] 実際に、本判決において連邦憲法裁判所は、ナンバープレートの自動認証がもたらす「社会全体（die Gesellschaft insgesamt）」への影響を考慮する。[125] このように、個人が受ける個々の介入それ自体は重大なものと評価できないかもしれないが、社会の大多数がこの負担を受ける場合、自由な社会の前提条件そのものを脅かす可能性がある。こうした帰結を防ぐため、連邦憲法裁判所は「基本権審査の脱個人化（Entindividualisierung der Grundrechtsprüfung）」を行うのである。[126] この次元において、基本権は社会の特定の状態、プロセス、もしくは制度を保護することに向けられている。保障されるのは、単に法律上許されていること（Dürfen）ではなく、価値の現実的

な実現である。国家の措置によって影響を受ける基本権主体が多ければ多いほど、社会的価値の重大な毀損に必要となる作用力に達するだろう。そしてこの閾値を超えると、影響を受ける基本権主体の数に応じて客観法的議論の重みが確実に増える、という。[127]

萎縮の影響を社会的影響も含めて考慮する場合、嫌疑の不存在および原因の非作出性のみならず、対象の広範性という要件もまた必要となる。ヘルドは、――ルッシェマイアーをはじめとする論者とは異なり――原因の非作出性という要件によって対象の広範性という要件に替えることはできない、という。まず、原因の非作出性――より正確には嫌疑の不存在――という要件と、対象の広範性は、それぞれ主観的要素と客観的要素として分離されるべき基準であると説く。[128] 前者の嫌疑の不存在においては、本件で対象となっている個人が、当該国家的措置の対象となるような具体的な犯罪等の嫌疑があるのか、が問われる。しかしながら、嫌疑の不存在という要件がもたらす個人への防御権的な効果は、対象の広範性と同様に生じるわけではない。なぜならば、後者は問題となる措置の効果や目標の正確性を問題としており、それゆえ特定個人を問題とするわけではないからである。後者ではまさに客観法的な保護が問題となるのである。[129]

4　小　括

介入の水平的加算を支持する論者は、影響を受ける主体の広範性に着目することによって、申立人一人が負う軽微な介入ではなく、社会全体における基本権行使への敵対的空気を考慮することを企図していた。ミュラーはたしかに潜在的集会参加者が萎縮させられることをトリヴィアルな問題として扱ったが、このような客観法的観点を補完的に個人権的観点に組み込むことによって、社会における集会の自由の前提条件をも考慮する必要を指摘しておく。

㈢　介入の強化と「潜在的集会参加者」への萎縮効果

本稿では、集会の自由に対する国家による監視によって生じる萎縮効果を、集会の自由への基本権介入として捉え、連邦憲法裁判所による合憲性審査を可能とし、場合によってはその介入に対してより強い正当化を要請するためには、従来の法理にいかなる修正が必要あり、それは可能なのか、という問いに対し、ドイツの判例・学説を参照しながら検討を加えてきた。本稿では、この問いに対する理論的な基盤を提示しようと試みたが、具体的事案に即したより詳細な検討については、ドイツの諸裁判所が集会に対する監視と萎縮効果論をより意識的に論じるのを待つほかない。しかし、本稿が検討し擁護を行おうとした基本権行使の前提条件という客観法的視点から、近時の諸判例に関していくつか付言しておく。

従来、データ保存を伴う情景記録について情報自己決定権の観点から介入を構成することは容易に想定されてきた。しかし、近時、萎縮効果を理由として、データ保存を伴わない、単なる情景のモニター転送（Kamera-Monitor-Prinzip）についても、その介入性を認めた判例がある。ミュンスター高等行政裁判所（OVG Münster）は、国勢調査判決と同様の判示を行い、それが集会への参加を放棄させる可能性があると述べている。[130] もっとも、これに対してベルリン行政裁判所（VG Berlin）は、同様の単なる情景撮影が問題となる事案において、その介入性を否定している。[131] その理由とされるのが、集会の規模の相違である。[132] 前者は、およそ四〇名が参加する小規模な集会であったのに対し、後者は、およそ二万五〇〇〇名が参加する集会が問題となった、という。かかる判断をツァンガーは、具体的な状況に照らし、小規模集会については「監視されている」という感情を呼び起こしかねないものとして好意的に評価している。[133] しかし、このことは監視の対象が小規模集会であれば介入を構成し、大規模集会であれば介入とならない、という問題を抱える。[134]

萎縮効果論を援用することの本来の意味は、「潜在的集会参加者」の影響を考慮することである。先述のＧ８サミット判決では、――集会予定者が宿泊するキャンプが問題となっていたという特殊事情も存在するが――合理的な潜在的集会参加者が、果たして集会への参加を思いとどまるような、基本権行使への敵対的姿勢を感じるか、という点が重視されている。当該判決についてエンダースは、情景撮影を伴う戦闘機飛行が、参加者の果たしていかなる利益に干渉したのか明らかではない、とするが[135]、本稿の立場からは、これが集会の自由を行使している個人を超えた、社会的影響を持つことを指摘しておく。

五　むすびにかえて

本稿では、「萎縮効果」に焦点を当てることによって集会の自由の監視に対する憲法上の審査の枠組みを示した。そしてこの過程で、審査のそれぞれの段階で従前のアプローチに対する修正を迫ることもまた指摘した。ここでもたらされうる修正とは、それぞれ、保護領域の段階では保護領域の前域への拡張、介入の段階では間接的・事実上の干渉への介入概念の拡張と目的志向性要件の排除、さらに正当化の段階では客観法的視点の導入である。

我が国の判例との関わりでは、大阪府のあいりん地区における監視カメラ設置に関する判決[136]が記憶に新しい。本判決では、大衆闘争や労働運動の拠点である開放会館に向けられて設置された監視カメラの違法性につきプライバシーという枠組みで判断しつつも、それが「実際に監視がなされているか否かにかかわらず、対象となる可能性のある者にいつ監視がなされるかわからないという不安感を与え続けることになり、行動を抑制する」という萎縮効果を与えかねず、そしてこの主張を団結権や結社の自由という既存の憲法上の権利への干渉として位置づけている。このような判決の展開に照らせば、本稿が参照したドイツの萎縮効果論も我が国のそれとの隔たりがあるとはいえない。

むろん、集会の自由の監視を問題とする本稿も、さらなる検討に開かれている。「監視」といえど、それが想定する場面は様々であり、とりわけドイツにおいては集会法との関連で細かに場面分けされた議論が行われていることも事実である。本稿が序論的に考察した萎縮効果論の枠組みを判例の発展に応じて具体的に展開する作業は、筆者の今後の課題としたい。

〔付記〕本研究はＪＳＰＳ科研費（21J11836）およびＪＳＰＳ若手研究者海外挑戦プログラム（令和三年度）の助成を受けたものである。

（1）一例として、Daniel Moeckli, Exclusion From Public Space, 2016. このほか、邦語での検討として、門田美貴「集会の『場』への権利」法学政治学論究一二六号（二〇二〇年）三四一―三七三頁参照。

（2）BVerf (K) G, Beschluss. v. 18. 07. 2015, 1 BvQ 25/15. 邦語の評釈として、小山剛「私有地における集会の自由と基本権の私人間効力――缶ビール・フラッシュモブ決定」自治研究九六巻一一号（二〇二〇年）一五四頁以下。

（3）萎縮効果については多くの先行業績があるが、萎縮効果の米独比較を行った業績として、毛利透『表現の自由――その公共性ともろさについて』（岩波書店、二〇〇八年）を参照のこと。

（4）監視と萎縮について邦語で検討をしたものとして、小山剛「監視と萎縮――基本権侵害の「水平的加算」序説」憲法研究六号（二〇二〇年）一一一―一二二頁。

（5）*Julian Staben*, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2016, S. 144 ff.

（6）*Christoph Enders*, in: Cornelia Dürig-Friedl/Christoph Enders, Versammlungsrecht, 1. Aufl. 2016, §12a Bild- und Tonaufnahmen durch die Polizei, Rn. 1.

（7）*Enders*, (Anm. 6), Rn. 14 ff.

（8）*Johanna Zanger*, Freiheit von Frucht, 2017, S. 116.

（9）*Zanger*, (Anm. 8), S. 111 f.

（10）*Walter Schmidt*, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241 (242 ff.).

(11) BVerfGE 80, 367. 邦語評釈として、根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的人格権の保護――日記決定――」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、二〇〇六年）二四頁。

(12) *Norbert Ullrich*, Das Demonstratinosrecht, 2015, S. 440.

(13) ウルリヒは明確に慣習的な他者の行為の縮減を述べていないが、公共空間をプライベート化することによって他者とのコミュニケーションないし他者への働きかけをはじめとした、日常的な交流の機会は、「プライバシーへの介入」とされてしまい、縮減されてしまう帰結をもたらすということと考えられる。

(14) *Ullrich*, (Anm. 12), S. 441. 同様の記述として、*Zanger*, (Anm. 8), S. 103 f. このほか、公共空間における監視について論じたものとして、駒村圭吾「『視線の権力性』に関する覚書：監視とプライヴァシーをめぐって」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学：慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集　公法Ⅰ』（二〇〇八年）二八三―三二三頁。

(15) *Marion Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 372.

(16) *Albers*, (Anm. 15), S. 372.

(17) *Albers*, (Anm. 15), S. 373.

(18) BVerfGE 65, 1. 邦語の評釈として、平松毅「自己情報決定権と国勢調査――国勢調査法一部違憲判決――」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、二〇〇三年）六〇頁以下。

(19) BVerfGE 65, 1 (42).

(20) *Ullrich*, (Anm. 12), S. 447.

(21) *Ullrich*, (Anm. 12), S. 440.

(22) *Ralf Poscher*, Artificial Intelligence and the Right to Data Protection (January 19, 2021). Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law Working Paper No. 2021/03, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3769159 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3769159.

(23) *Poscher*, (Anm. 22), S. 7.

(24) *Poscher*, (Anm. 22), S. 8.

(25) *Cornelius Held*, Intelligente Videoüberwachung, 2014, S. 83 f.; 123 f.

(26) *Michael Sachs*, Grundrechte: Faktischer Eingriff in die Versammlungsfreiheit, JuS 2018, 596 (597).

(27) BVerwG, JZ 2018, 457 (459).
(28) *Sachs,* (Anm. 26), S. 597.
(29) *Ebd.*
(30) *Poscher,* (Anm. 22), S. 7.
(31) BVerfGE 65, 1 (42f.).
(32) トノのぢか、*Zanger,* (Anm. 8), S. 125 ff.; *Held,* (Anm. 25), S. 87 ff.; *Schmidt,* (Anm. 10), S. 241.
(33) *Robert Alexy,* Theorie der Grundrechte, 1986, S. 198; *Zanger* (Anm. 8), S. 127.
(34) *Zanger,* (Anm. 8), S. 127.
(35) BVerfGE 69, 315 (349). 邦語の評釈として、赤坂正浩「基本法８条の集会の自由と集会法による規制――ブロックドルフ決定」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、二〇〇三年）二四八―二五五頁。
(36) *Zanger,* (Anm. 8), S. 126.
(37) BVerfGE 122, 342. 邦語の評釈として、大森貴弘「集会の自由とラントによる集会規制立法――２００８年バイエルン集会法の一部を停止する仮命令」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）一六八―一七一頁。
(38) *Markus Oermann/Julian Staben,* Mittelbare Grundrechtseingriffe durch Abschreckung?, Der Staat, 2013, 630; *Zanger,* (Anm. 8), S. 160.
(39) *BVerwG,* JZ 2018, 457.
(40) *BVerwG,* (Anm. 39), S. 460.
(41) *Ebd.*
(42) *Ebd.*
(43) *Ebd.*
(44) BVerfGE 69, 315.
(45) BVerfGE 84, 203.
(46) *BVerwG* (Anm. 39), S. 460.
(47) *Ebd.*

(48) 小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』（信山社、二〇一六年）三六頁参照。なお、それぞれの要件につき論者によって用語の整理に相違はあるものの、概ね内容について一致している。

(49) 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（著）、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、二〇一九年）八三頁以下。

(50) 参照、*Zanger*, (Anm. 8), S. 146.

(51) BVerfGE 105, 279. 邦語評釈として、西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」ドイツの憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）一一七―一二二頁参照。

(52) BVerfGE 105, 252. 邦語評釈として、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報の国による公表」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）二九二―二九七頁以下。

(53) BVerfGE 105, 279 (300).

(54) BVerfGE 105, 279 (300).

(55) BVerfGE 105, 279 (303).

(56) BVerfGE 105, 279 (303).

(57) *Sophie-Charlotte Lenski*, Staatliches Informationshandeln als Grundrechtseingriff, ZJS 1/2008, 13 (15).

(58) BVerwG, 15.12.2005 – 7 C 20.04. 以下の引用については連邦行政裁判所のホームページ（https://www.bverwg.de/151205U7C20.04.0）の欄外番号に基づく。

(59) BVerwG, 15.12.2005 – 7 C 20.04., Rn. 25.

(60) BVerwG, 15.12.2005 – 7 C 20.04., Rn. 27.

(61) BVerwG, 15.12.2005 – 7 C 20.04., Rn. 30.

(62) BVerwG, 15.12.2005 – 7 C 20.04., Rn. 30.

(63) BVerwG, 15.12.2005 – 7 C 20.04., Rn. 31.

(64) *Lenski*, (Anm. 57), S. 16f.

(65) OVG Lüneburg, Urteil vom 22. 9. 2005 – 11 LC 51/04; NJW 2006, 391.

(66) *OVG Lüneburg*, NJW 2006, 391 (392).

(67) *BVerwG*, (Anm. 27), S. 461.
(68) *Ebd.*
(69) *Ebd.*
(70) *Ebd.*
(71) *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, S. 86, Rn. 26. なお、オショー決定はすでに政府の情報活動が、オショー運動に関わる人々への加害を意図したものではないことを認めつつも、それが彼らに与える影響力を重視している。このことからは、オショー決定においてすでに目的志向性の要件は重視されていないという分析も可能である。BVerfGE 105, 279 (300).
(72) *Markus Oermann/Julian Staben*, Mittelbare Grundrechtseingriffe durch Abschreckung, Der Staat 2013. 630 (637).
(73) *Lenski*, (Anm. 57), S. 17.
(74) *Rolf Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 253.
(75) *Kloepfer*, (Anm. 71), S. 87, Rn. 35.
(76) *Zanger*, (Anm. 8), S. 168.
(77) BVerfGE 18, 85
(78) *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage, 2021, S. 231 ff. (Rn. 307ff.)
(79) 「ヘックの定式」につき、邦語の解説としてドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）四〇〇頁［川又伸彦執筆］参照のこと。
(80) BVerfGE 42, 143.
(81) BVerfGE 42, 143.
(82) ピエロート／シュリンク／キングレーン／ポッシャー、前掲注（49）、八五頁参照。
(83) *Christoph Enders*, Grundrechtseingriffe durch Datenerhebung?, in: *Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow* (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S. 660.
(84) *BVerwG*, (Anm. 27), S. 461.
(85) *Ebd.*

(86) *Ebd.*
(87) *Daniel Müller, Tornadoüberflug,* Hanover Law Review 2019, 196 (206).
(88) BVerfGE 100, 313. 邦語評釈として、小山剛「戦略的監視の限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）二四七―二五三頁。
(89) *Alexander Brade,* Die horizontale Eingriffsaddition, DÖV 2019, 852 (854).
(90) BVerfGE 100, 313 (376).
(91) BVerfGE 100, 313 (392).
(92) BVerfGE 125, 260. 邦語評釈として、カール＝フリードリヒ・レンツ「通信履歴保存義務と通信の秘密」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）一八五―一八八頁参照。
(93) BVerfGE 125, 260 (318).
(94) BVerfGE 125, 260 (319 f.).
(95) BVerfGE 125, 260 (332).
(96) BVerfGE 115, 320. 邦語評釈として、宮地基「ラスター捜査判決」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）二九―三三頁。
(97) BVerfGE 115, 320 (354).
(98) BVerfGE 125, 260 (366).
(99) *Michael Kloepfer,* Belastungskumulationen durch Normenüberlagerungen im Abwasserrecht, VerwArch 1983, 201 (214).
(100) BVerfGE 21, 378. また、当該判決に関する記述として、*Alexander Brade,* Additive Grundrechtseingriffe, 2019, S. 33 ff.
(101) *Kloepfer,* (Anm. 99), S. 214.
(102) *Brade,* (Anm. 89), S. 853.
(103) *Ebd.*
(104) BVerfGE 115, 320 (373).
(105) *Hans-Detlef Horn,* Vorbeugende Rasterfahndung und informationelle Selbstbestimmung, DÖV 2003, 746 (748).
(106) *Ebd.*

(107) *Hannah Ruschemeier*, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 38 ff. なお、ルッシェマイアーと同じく介入の加算について論じたものとして、*Caroline Bronkars*, Kumulative Eigentumseingriffe, 2007; *Ilka Kromrey*, Belastungskumulation, 2018; *Daniela Winkler*, Der „additive Grundrechtseingriff“: Eine adäquate Beschreibung kumulierender Belastungen?, JA 2014, 881; Johannes Christoph Heu, Kulminierende Grundrechtseingriffe, 2018; Jens Puschke, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung, 2006.

(108) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 42 ff.

(109) *Ebd.* なお、ルッシェマイアーは、Abschreckungseffekt, chilling effect, Nudgingを例として挙げている。

(110) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 44.

(111) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 130 ff.

(112) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 140.

(113) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 140.

(114) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 141.

(115) *Ruschemeier*, (Anm. 107), S. 140.

(116) BVerfGE 115, 320 (354 f.).

(117) *Jan Henrik Klement*, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 2009, 35. ソのほか、*Christoph Gusy*, Die „Schwere“ des Informationseingriffs, in: Peter Baumeister, *Wolfgang Roth und Josef Ruthig* (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, 395.

(118) *Klement*, (Anm. 117), S. 46.

(119) *Klement*, (Anm. 117), S. 46.

(120) *Klement*, (Anm. 117), S. 46.

(121) *Klement*, (Anm. 117), S. 47.

(122) *Klement*, (Anm. 117), S. 48.

(123) *Klement*, (Anm. 117), S. 48.

(124) *Klement*, (Anm. 117), S. 48.

(125) BVerfGE 120, 378 (402 f.).
(126) *Klement,* (Anm. 117), S. 48.
(127) *Klement,* (Anm. 117), S. 47.
(128) *Held,* (Anm. 23), S. 132.
(129) *Held,* (Anm. 23), S. 132.
(130) *OVG Münster,* Beschluss vom 23. 11. 2010 – 5 A 2288/09.
(131) *VG Berlin,* Urteil vom 5. 7. 2010 – 1 K 905/09.
(132) *Christian Waldhoff,* Ordnungsrecht: Eingriff, JuS 2011, 479 (480).
(133) *Zanger,* (Anm. 8), S. 159 f.
(134) *Waldhoff,* (Anm. 132), S. 480.
(135) *Christoph Enders,* Anmerkung, JZ 2018, 466 f.
(136) 大阪地判平成六年四月二七日判時一五一五号一一六頁。

門田　美貴（かどた　みき）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
日本学術振興会特別研究員（ＤＣ２）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　ドイツ憲法判例研究会、比較憲法学会、日本法政学会、憲法理論研究会
専攻領域　憲法
主要著作　「集会の『場』への権利――アメリカにおける修正一条の機能的拡張」『法学政治学論究』一二六号（二〇二〇年）
「私有地における集会の自由と管理権――ドイツにおける空間的保護領域の拡張」『法学政治学論究』一二八号（二〇二一年）
「公共空間の私化と『財産権の社会的拘束』」『法学政治学論究』一三〇号（二〇二一年）