

Title	統治論としての情報権力分立原則の理論と限界： 統治論から基本権論への理論的転換
Sub Title	Theorie und Grenze des Grundsatzes der informationellen Gewaltenteilung als ein staatsorganisatorisches Prinzip : eine dogmatische Wende vom staatsorganisatorischen zum grundrechtlichen Prinzip
Author	石原, 悠大(Ishihara, Yuta)
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.135, (2022. 12) ,p.221- 263
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20221215-0221">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20221215-0221</a>

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.

# 統治論としての情報権力分立原則の理論と限界

——統治論から基本権論への理論的転換——

石 原 悠 大

- 一 はじめに
- 二 統治論としての情報権力分立原則
  - (一) 脅威——電子的データ処理
  - (二) 「データ保護作業部会」の見解
  - (三) Ernst Benda の見解
  - (四) Hermann K. Heubner の見解
  - (五) Horst Herold の見解
  - (六) 連邦データ保護監督官の見解
  - (七) 州データ保護法における「二つの支柱」
  - (八) 検討・中間総括
- 三 情報機関と法執行機関の分離要請
  - (一) 歴史的背景
  - (二) 分離要請の内実
- (三) 分離要請の憲法地位？
- (四) 分離要請の弱体化
- (五) 中間総括
- 四 むすびにかえて

## 一 はじめに

かつて、国家の「情報の権力分立」は無意識のうちに担保されていた。<sup>(1)</sup> まだ紙の上で個人情報を取り扱われていた時代、「行政機関相互、あるいは同一機関の内部部署相互の縦割り行政と縄張り意識」は個人を保護する「自然の要塞」であった。<sup>(2)</sup> しかし、情報技術が飛躍的な進化を遂げると「自然の要塞」は瓦解し、代わりに個人情報の（一元化）への途が開かれた。それは、これまで一元化に消極的であったわが国においても同様であり、近年はとりわけ公衆衛生行政や教育行政等において、個人情報の一元化が推進されている。<sup>(3)</sup> しかし、個人情報の一元化には時折市民からの強い反発があり、政府は一元化に慎重にならざるを得ない状況にある。

もっとも、情報の一元化は単に市民が嫌悪してきたにとどまるものではない。わが国の憲法学もまた、個人情報の一元化を忌避してきたのである。実際、最高裁は住基ネット判決において、構造審査の一要件に「一元的管理機関の不存在」を組み込んでいた。<sup>(4)</sup> しかし、憲法がなぜ個人情報の一元化を忌避するのか、またそもそも一元化が何を指すのかは、今日に至るまで判然としていない。差し当たり、前者については人権論のほかに統治論が、<sup>(5)</sup> 後者については目的転用に加えてデータベースの物理的な統合等が主張されているところである。<sup>(6)</sup>

翻ってドイツをみると、ドイツにおいてはすでに一九七〇年代に、国家が個人情報を一元的に取り扱ってはならないとする思考が学説にて誕生していた。これは〈情報権力分立原則 (Grundsatz der informationellen Gewaltenteilung)〉と命名され、一九八三年の国勢調査判決にて憲法原則として承認された。加えて、それとほぼ同時期に、情報機関と法執行機関の情動的な結合を忌避する思考も学説にて登場したのであるが、こちらも二〇一三年の反テロデータ法判決にて憲法地位を付与された。しかしながら、情報自己決定権論の母国たるドイツにおいても、必ずしも一元化の忌避

は基本権論一筋で語られてきたわけではなかった。国勢調査判決以前の学説はデータ保護を基本権論と統治論の両方から論じていたし、また判例が基本権論のみを採用した今日においても、学説においては統治論からのデータ保護という議論が残存しているのである。

本稿では、個人情報の一元化について、憲法が統治論的な動機からこれを忌避するかという問いを検討してみた。ただし、一元化を忌避しうる統治論には様々な可能性がありうることから、本稿では既存の権力分立原則を情報権力分立へと拡張させる議論と(二)、情報機関と法執行機関の〈分離要請 (Trennungsgebot)〉を検討し(三)、そのような議論が誕生した背景と、判例により採用されなかった原因を明らかにすることとしたい。

## 二 統治論としての情報権力分立原則

情報権力分立原則は、今日のドイツにおいてもしばしば権力分立原則の拡張型であると論じられる。「権力分立原則は情報権力分立原則でもある」<sup>(8)</sup>との指摘は、その最たるものであろう。無論、連邦憲法裁判所はそのような見解を採用していないが、情報権力分立原則は国勢調査判決以前の憲法学説において、既存の権力分立原則から着想を得て誕生したものであった。ここでは、国勢調査判決以前の学説におけるデータ保護の議論を検討するが、その前に、ドイツにおいてデータ保護の議論が開始した背景を確認する。

### (一) 脅威——電子的データ処理

ドイツにおいてデータ保護が語られる契機となったのは、戦後のドイツにおける情報技術の飛躍的發展、とりわけ行政実務における電子的データ処理 (elektronische Datenverarbeitung, EDV) の実装であった。すでに一九六〇年代終盤

には、ドイツを含めた各国が警察実務における電子的データ処理の実装を開始していたが、当初は単に従来のデータや作業方法を電子化するにとどまっていたため、電子的データ処理の導入により直ちに警察実務のあり方が変容したわけではなかった。電子的データ処理がそのような潜在性を内包することも、当初は認識されていなかったのである。<sup>(9)</sup>それは警察実務のみならず行政実務一般においても同様であり、一九七〇年代中盤の時点でまだ統合的なデータ処理システムは構築されていなかった。<sup>(10)</sup>

一方、政治サイドにおいては、国家による電子的データ処理に対する法的規制の必要性が早くから認識されていた。州レベルでは一九七〇年にヘッセン州が世界初となるデータ保護法を制定し、続けてラインラント・プファルツ州が一九七四年にデータ保護法を制定したほか、ハンブルク州、ノルトライン・ヴェストファーレン州およびシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州でも同時期にデータ保護法の草案が作成された。同様に連邦レベルでも、一九七三年九月に連邦データ保護法の草案が連邦議会に提出された。<sup>(11)</sup>もともと、そうしたデータ保護立法の土台となりうる憲法理論が当時確立していたとは言い難い。電子的データ処理が脅かしうる憲法原理、また電子的データ処理を統制する憲法原理として主張されたのは、もっぱら基本権と権力分立原則であった。しかし、論者によりその主張は様々であり、とりわけ権力分立原則の位置づけは論者により大きく異なっていた。

ここでは、当時の学説サイドにおける有力な見解と思しきものを幾つか紹介しつつ、当時の実務サイドにおける認識も同時に確認する。

## (二) 「データ保護作業部会」の見解

まず、「データ保護作業部会」(Arbeitsgemeinschaft Datenschutz)の見解から確認する。同作業部会は、後の連邦データ保護法の土台を形成することを目的として、連邦内務省の委嘱により設置されたものであった。作業部会のメン

バーは Wilhelm Steimüller をはじめとする五人であり、一九七一年六月に「データ保護に関する基本問題 (Grundfragen des Datenschutzes)」と称する報告書を作成した。

作業部会の見解は、データ保護に統治と人権の「二つの支柱 (zwei Säulen)」を据え置き、それぞれの「支柱」からデータ保護を論じた点で特徴的である。作業部会のいう「二つの支柱」とは基本権および法治国家原則であるが、とりわけ作業部会が重視するのは、人格権 (基本法二条) と権力分立原則 (基本法二〇条) である。<sup>12)</sup>

## 1 一つめの「支柱」——人格権

まず、一つ目の「支柱」である人格権からみていく。作業部会は、当時の憲法学説における支配的見解では基本法二条一項により個人情報保護されないことから、基本法二条一項を再解釈する必要性があると指摘する。

支配的見解は、人格の自由な発展の基本権を「一般的行為自由 (allgemeine Handlungsfreiheit)」と解し、個人の活動が実際に制限された場合にはじめて制約を認定する。しかし、行政府が個人情報を保有することの危険性は、個人の活動が直接的に制限されることではなく、個人が行為することを躊躇し自らの行為余地を狭めてしまうことで、人格の発展を潜在的に阻害されてしまうことにある。それゆえ、一般的行為自由では行政府による個人情報の保有を統制できず、別の論理を持ち出す必要があるという。

そこで作業部会が参照するのが Hans Evers の議論である。Evers は、一般的行為自由における行為の概念を行為それ自体から、行為が行われる状況 (Begleitumstände) へと拡張することを主張する。曰く、たとえ同一の言葉が発せられるとしても、それが友人に対して話されると議会において発せられるのでは、両者の行為は同等には評価しえない。「行為は……その帰結との観点において、あるいはその帰結を考慮することによってのみ、意義をもって捉えられることができるのである」。

このEvensの議論を基に作業部会はより一歩進んで、基本法二条一項の射程を行為後に環境に残留する行為の痕跡——例えば、行為者に関する情報——に拡張することを主張する。曰く、行為者が行為を行うと、行為者を取り巻く環境はその行為に反応するが、行為者はその反応を注視し、行為以降の自身の態度——いわば、自身に内在する人格モデル——を修正してゆく。言い換えれば、自身が行った行為の社会における痕跡は個人の人格形成に作用しうるから、個人の人格には多かれ少なかれ社会的・環境的要素が介在するという。

このような心理学的・社会学的説明をベースに、作業部会は基本法二条一項が自己に内在する情報的な人格モデルに関する自己決定権——いわば、「いかなる個人情報をいかなる状況下において、誰に渡すかに関する自己決定権」——を保障すると論じ、個人情報基本法二条一項による保障の下に置く。そして、この自己決定権は、基本法二条一項に基づき他者の権利、合憲的秩序 (verfassungsmäßige Ordnung) および道徳律 (Sittengesetz) による制限に服するのであるが、作業部会は合憲的秩序に合致する個人情報の処理の条件として、人間の尊厳を含む基本権の核心と抵触しないことと、権力分立原則に反しないことという二つの条件を設定する<sup>13)</sup>。

## 2 二つめの「支柱」——権力分立原則

作業部会はそのように、基本法二条一項の合憲的秩序の内容に権力分立原則を読み込むのであるが、作業部会のいう権力分立原則とは単なる三権分立原則にとどまらず、行政府内の権力分立、すなわち「行政府内の管轄分配 (Zuständigkeitsverteilung)」<sup>14)</sup>であつた点に留意する必要がある。

行政府内の管轄分配とは、行政官庁間の相互的分離に三権分立原則的な意義を見出し、これに憲法地位を付与しようとする主張である。もともと、行政府内の管轄分配それ自体は行政府の肥大化に対抗するための理論として提唱されたものであり、データ保護のための理論として提唱されたものではなかった。そこで作業部会は、行政府内の管轄

分配をデータ保護のための理論に応用することを試みたのである。

まず、作業部会は行政府内の管轄分配を主張する論者として Hans Peters の見解を参照する。Peters は、現代において強大な国家権力が行政府に集約しており、行政府の肥大化が生じていることから、行政府の管轄を分配したうえで、相互に独立した管轄を持つ複数の行政官庁を設置する「行政領域内における国家権力の分配」が有効な処方箋であると論じる。例えば、帝国給付法 (Reichsteuergesetz) に基づき、ある特定の機関のみが市民に対して戦争遂行のための物資の提供を要求できることは、行政府内の管轄分配の例であるという<sup>(14)</sup>。

無論、行政府内の管轄分配は基本法上に明記されていないが、基本法上の権力分立を機能的な権力分立と捉えることで、その射程を三権分立から行政府内へと拡張させる見解が存在した。Hugo Hahn は、国家機関が相互に監視・訂正を通じて統制しあうことで公権力の抑制が担保されるから、単に国家権力を分裂させるのではなく、国家機能を分配させ、ある機能を他の機能により監視させることこそが権力分立であると主張する。そのように権力分立原則を機能的なものとして解することで、憲法上の権力分立の射程は古典的三権分立を超えた現象形態、例えば「内容的には一体的な機能の内部における区分」にも波及するという<sup>(15)</sup>。

作業部会はこの行政府内の管轄分配をデータ保護の議論に発展させる際に、Thomas Ellwein の議論を参照する。Ellwein 曰く、行政府はその意思形成過程において、市民や政治からの呼びかけに応じて、あるいは自らの管轄領域を常に観察し情報を収集することでその意思を形成し、後に報告書や提案、法律草案等の様々な認識可能な帰結に昇華させる<sup>(16)</sup>。したがって、情報は行政府による意思形成の構成要素であり、その意思形成プロセスが分配された各々の管轄の範疇で行われる以上、管轄は意思形成のために引き合いに出される情報の量と種類を制限するから、管轄を超越する情報の取扱いは許容されないという<sup>(17)</sup>。

このようにして作業部会は、管轄領域を超越する個人情報処理を権力分立原則（基本法二〇条三項）および基本



法二条一項違反であると論じたのである<sup>(18)</sup>。

## (二) Ernst Benda の見解

作業部会は基本法上の権力分立原則をデータ保護における統制原理として活用する姿勢を示したが、他の論者らは必ずしも基本法上の権力分立原則を論じたわけではない。そこで次に、国勢調査判決当時に連邦憲法裁判所長官であった Ernst Benda の見解をみる。

### 1 脅威

Benda は電子的データ処理が孕む危険性を、電子的データ処理を用いることで国家が膨大なデータを保管し、極めて短期間で統合的な情報システムを構築することが可能となることに見出す。以前は情報共有ができなかった、あるいはできたとしても限定的でしか可能でなかったのが、今日では電子的データ処理を用いることで、迅速かつ随意に個人に関する情報を集約することが可能である。それゆえ、電子的データ処理を用いて国家が個人の人物プロフィールをその掌中に収めるならば、国家により個人のあらゆる人格が登録され、カタログ化される危険が生じうるとい<sup>(19)</sup>う。

このような性質を持つ電子的データ処理は、個人の私的領域を破壊しうると Benda は指摘する。Benda は、アメリカの自己情報コントロール権説の大家である Alan Westin の議論を参照して、私的領域の基本権が「優越的公益が要求しないかぎり、いつ、いかなる範囲で個人的な生活実態 (Lebensverhalte) を公開するかを自ら決定する権限<sup>(20)</sup>」を保障するとしうえで、電子的データ処理により個人が誰にいかなる目的で情報を提供するかコントロールを喪失すること——すなわち、個人を機能不全に陥れるような情報の共有 (dysfunktionale Weitergabe) ——が、個人の私的領域を破壊すると論じる<sup>(21)</sup>。

一方、Benda は、電子的データ処理が国家活動の質を従来から大幅に変更しようと指摘し、権力分立原則をはじめとする諸法治国家原則は、国家による電子的データ処理に直面して再解釈されなければならないと論じる。<sup>(22)</sup>しかし、具体的に電子的データ処理が権力分立原則にいかなる影響をもたらさうかについて、Benda は子細に論じていない。

## 2 統制原理

Benda は電子的データ処理を統制する原理として、私的領域の基本権と権力分立原則の両方を設定する。

まず、Benda は個人情報収集を統制する原理に私的領域の基本権を設定する。曰く、国家の電子的データ処理は個人の私的領域を破壊しうるため、国家はその任務を充足するために必要最小限度の個人関連情報のみを収集してよい。加えて、個人情報を提供する市民は、自らがいかなる目的のために、いかなる機関に情報を提供するかを知っていなければならないという。

一方、国家内部における個人情報の共有を統制する原理に Benda が据え置くのは、私的領域の基本権ではなく権力分立原則等である。曰く、職務共助 (Amshilfe) 原則 (基本法三五条) を引き合いに出して国家機関間で随意に情報を共有することは、連邦憲法裁判所の判例上も許容されていない。他方で、国家の一体性を完全に否定して国家機関を相互に競合させることは、国家機関間の「バリケード (Blockade)」を意味し、国家の行為能力を阻害しうる。それゆえ、データ保護における基本原則とは、職務共助原則でも「バリケード」でもなく、権力分立原則、国家機関間の相互コントロールおよび市民に対する公開性であり、他機関への情報提供は単なる職務共助原則に基づくことはできず、特段の法律上の根拠か、本人の同意を前提としなければならないという。

このように論じると同時に、Benda は、個々の官庁の任務を法的に定義し、当該官庁が任務充足のためにいかなる情報にアクセスできるかを確定することの必要性も指摘している。それにより、市民はいかなる目的に情報が寄与す

るかを知り、相応しい振る舞いを取ることができるようになるという。<sup>(23)</sup>

#### (四) Hermann K. Heußner の見解

Bendaと同じく、国勢調査判決当時に連邦憲法裁判所裁判官であったHermann Heußnerの見解をみる。

##### 1 脅威

Heußnerは、国家による電子的データ処理が基本権の空洞化を惹起するのみならず、権力分立原則も脅かすと指摘する。

まず、基本権の空洞化であるが、電子的データ処理は国家が個人に関するあらゆるデータを様々なデータバンクやネットワークシステムから集約し、個人の人物プロフィール、すなわち「データの影 (Datenschatten)」を作成することを可能にするという。いわば、国家は電子的データ処理を用いることで、市民を完全に監視・透視し、市民への統制を強化することが可能になる。他方で、「データの影」を国家に握られた個人は、「ガラスの人間 (glasene Mensch)」と化してしまう。個人情報共有が無制限に可能となれば、個人はもはや自らについて保存されたデータを支配し、その利用をコントロールすることができない。そのような個人は、例えば図書館で本を借りることや、政治的な集会に参加すること等を躊躇し、その行為能力を剝奪されてしまう。したがって、電子的データ処理は個人が様々な基本権を行使することを困難にし、基本権の空洞化を惹起するという。<sup>(24)</sup>

加えてHeußnerは、国家によるデータ処理から保護されるべき法益は個人の人格のインテグリティのみならず権力分立原則でもあると論じ<sup>(25)</sup>、その理由として次の二つを挙げる。

一つ目は、電子的データ処理が国家内部における管轄の境界を瓦解しうることである。曰く、かつて国家が情報を

収集する際には立法府、行政府および司法府は各自で情報を収集していたが、統合されたデータ処理においてはそれらの区切りに関係なく、国家は一度だけ市民から情報を取得・保存した後、様々な方法で処理、共有し、その後一度だけ削除する。それゆえ、国家や私的な権力主体が随意にアクセスできる統合的な情報システムの構築は、権力分立原則（基本法二〇条二項および三項）を脅かすという。<sup>(26)</sup>

二つ目は、電子的データ処理が国家内部における権力的均衡を動揺させることである。曰く、国家がより多くの情報を取得することは国家の知識 (Wissen) と権力が増強されることを常に意味するから、国家による情報処理は立法府、行政府および司法府の三権間を含めた国家内部において「権力の転位 (Machtverlagerungen)」を生じさせるといふ。したがって、国家権力の一体性を引き合いに出して国家機関間における無制限の情報共有を正当化しようとする試みについては、特段の注意を払わねばならないという。

このように Heubner は、国家による電子的データ処理が国家内部における権力分立的な統治構造を二つの観点から揺るがしうると指摘したのであるが、彼のいう権力分立とは三権分立にとどまるものではなかった。Heubner は、後述する各州データ保護法が規定していたような、より広い意味での国家権力の分立を想定していたのである。<sup>(27)</sup>

## 2 統制原理

しかし、Heubner は国家による個人情報処理を統制する原理に、権力分立原則ではなく基本権のみを設定する。曰く、国家によるあらゆるデータ処理は、市民の人格的なインテグリティを阻害しない形でなされなければならない。そこで私的領域の基本権の内実を見ると、Benda が主張するような「優越的公益が要求しないかぎり、いつ、いかなる範囲で個人的な生活実態を公開するかを自ら決定する権限」という主観的権利のほか、基本権として保障される自由を行使する上での前提となる状況を維持することで、基本権を脅威から防御するという国家の客観法的義務が保障

されているという。

この私的領域の基本権については、すでに連邦憲法裁判所の判例上、次のような要求が存在すると Heubner は主張する。まず、個人を機能不全に陥れるようなデータの共有 (dysfunktionale Weitergabe) は私的領域を破壊しうるから、データ処理は当初の利用の文脈と結びついていなければならない。次に、一定の期間を経た後は、データを提供してはならず、データを閉鎖 (sperren) ないし完全に抹消しなければならない。最後に、国家による個人関連データの処理は、総じて比例原則を遵守しなければならない。このような論理はすでに連邦憲法裁判所の判例法理から導かれるのであって、新たにデータ保護権等を創出する必要はないという。<sup>(28)</sup>

## (五) Horst Herold の見解

最後に、一九七一年から一九八一年の間に連邦刑事庁 (Bundeskriminalamt) 長官を担当した Horst Herold の見解を紹介する。

### 1 脅威

Herold は、犯罪対策や危険防御を目的とする情報システムの構築が必要であることを肯定しつつ、電子的データ処理が人権と抵触する可能性を指摘する。曰く、国家は電子的データ処理を用いることで、国家の内外における場所や事物に基づく境界を超越して情報を利用し、かつより一層多くの情報を保存・集約することが可能になるが、そうした境界無き情報処理は人間の尊厳と抵触しうる。なぜなら、国家が電子的データ処理を介して個人の全生活実態を追跡、把握、登録、保存できるようになれば、個人は単なる客体、物体へと貶められてしまうからである。<sup>(29)</sup>

## 2 統制原理

Heroldは、そうした国家による電子的データ処理を統制するデータ保護を、基本権や人権そのものではなく、それらを実現する装置と位置づけ、その内実として①警察と他官庁・機関間におけるデータネットワーク構築の禁止（情報の分離）、②官庁間における職務共助の制限、③情報システムの透明性、④市民への情報提供、⑤プログラム化された忘却の導入、⑥技術的なデータ保全（Datensicherung）という六つの原則を設定する。

Heroldが権力分立原則に言及するのは、このうちの①においてである。曰く、警察が情報機関や税務署、銀行等の様々な官庁や機関とコンピュータを介して自動的に情報を共有するならば、警察は個人の全生活実態を追跡することが可能となる。そのようにして「ガラス化」された個人は、単なる国家権力の客体へと貶められ、その私的領域と人間の尊厳を剥奪されてしまう。それゆえ、個々の国家機能間におけるデータネットワークの構築を統制するため、権力分立原則的な思考を古典的な三権分立原則から「情報権力分立原則（Informationsgewaltenteilung）」に発展させる必要があるという。

Heroldのいう情報権力分立原則とは、古典的な三権分立原則と同一の目的——すなわち、国家機関間における相互的な抑制と制限により権力的均衡を創出し、制約なき国家権力から市民を保護すること——を指向するものではないが、立法府、行政府および司法府間のみならず、それらの三権内部においても権力分立を要求するものであり、「各々の官庁の相互的な隔絶と、その固有の任務への情報の限定」と定義されるものである。この原則に基づけば、警察は財務行政、社会行政等との間でデータネットワークを構築してはならないという。ただし、データネットワークの構築は絶対的に禁止されているわけではなく、例えば警察は住民登録事務や自動車登録事務との間において、データネットワークを構築してよいとする。その類のデータネットワークの構築は、国家がその秩序任務を充足するにあたり必要な協働として要求されるといえる。<sup>(40)</sup>

(六) 連邦データ保護監督官の見解

このように、学説サイドにおいてはデータ保護における権力分立の存在が意識されていたのであるが、それは実務サイドにおいても同様であった。これ以降は国勢調査判決以前の実務サイドにおいて、データ保護における権力分立がいかに語られていたのかをみていくことにする。

まず、当時の連邦データ保護監督官の認識を確認する。初代連邦憲法データ保護監督官 Hans Peter Bull の第一次活動報告には、次のような記述がある。

「……、一体的な国家権力 (Einheit der Staatsgewalt) という思考を引き合いに出すことはできない。なぜなら、遅くとも連邦データ保護法の成立以降、法律でもって複数の国家機関に情報を分配することが……権力分立に相応するということは、確立した理解となっているからである。」

この記述は、憲法擁護庁から他国家機関に情報を共有する際の条件を論じた箇所にて登場する。曰く、憲法擁護庁を含めた情報機関は一般的に本人が知覚できない方法で情報を収集するから、その正当性が本人および裁判所により審査されることは稀である。したがって、憲法擁護庁から他国家機関に情報を提供する際には特段の注意を要するという。例えば、情報を受領する機関の任務遂行に必要であれば情報を共有してよいとする連邦データ保護法の規定は、この関係においては適用すべきではない。憲法擁護庁が情報機関以外の他国家機関に情報を提供できるのは、情報の提供が憲法擁護庁の任務の遂行に必要な場合だけである。例えば、憲法擁護庁は国家保護犯罪 (Staatsschutzdelikte) の訴追のために刑事訴追官庁に情報を提供してよいが、それ以外の犯罪の訴追のためには提供してはならないという。<sup>(31)</sup>

(七) 州データ保護法における「二つの支柱」

データ保護における「二つの支柱」は当時の立法上にも反映されていた。まず、データ保護法の先駆けと称される一九七〇年のヘッセン州データ保護法は、一〇条二項において次のように規定していた。

データ保護監督官は、機械的データ処理が一条に列挙された機関の作業方法と決定権限にもたらす影響によつて、州憲法機関、地方自治組織間および国家行政と地方自治行政間の権力分立において変位 (Verschiebung) が生じうるかを観察する。データ保護監督官は、そのような影響を回避するために適当と思われる措置を促すことができる。<sup>(32)</sup>

ここでは、Herold が指摘していたように、国家による電子的データ処理が国家内部の権力的均衡を動揺させることが認識されており、それを防止することがデータ保護監督官の責務として明記されている。

ヘッセン州のほか、ベルリン州、ブレーメン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州とラインラント・プファルツ州のデータ保護法においても、データ保護の目的として、州憲法機関の権力分立原則に基づく憲法的構造と、地方自治機関の相互間における管轄分配の保持が個人情報濫用の市民の保護と併記されていた。<sup>(33)</sup> 一例として、一九七八年のノルトライン・ヴェストファーレン州データ保護法一条一項を載せておく。

この法律の任務は、以下である。

1. 個人関連データの処理 (保存、伝達、改変および削除) 時における濫用を阻止することで、市民を保護すること。また、保護に値する利益に対する妨害に対処すること。



2. 国家、とりわけ州憲法機関の権力分立原則に基づく憲法的構造および地方自治機関の相互間における管轄分配を、自動化されたデータ処理による変更から保持すること。<sup>(34)</sup>

### (八) 検討・中間総括

以上を要約すれば、国勢調査判決以前のドイツにおいては多かれ少なかれデータ保護における権力分立が意識されており、権力分立は基本権と相俟ってデータ保護の「二つの支柱」を構成していたといえよう。もともと、論者によりその論じ方は様々であった。まず、データ保護作業部会とBendaは共に、権力分立原則と基本権の両方を国家による個人情報処理を統制する原理に設定したが、作業部会が基本法二〇条の権力分立原則を行政府内の管轄分配に拡張することを主張した一方、Bendaは「バリケード」に對置される概念として権力分立に言及したにとどまっていた。これに対し、Heubnerは権力分立原則が電子的データ処理により脅かされる可能性を指摘しつつ、統制原理としては基本権のみを設定した。逆にHeoldは、基本権が電子的データ処理により脅かされるとしつつ、統制原理の一つに権力分立原則を設定した。また、実務サイドにおいてもデータ保護における権力分立は意識されていたが、それは三権分立原則から乖離したものであった。

このように、データ保護における権力分立という主張は当初からその内実が不明瞭であったが、筆者の考える限りでは次のような理論的欠陥を孕むものであった。

まず、多くの論者は権力分立原則を単なる三権分立から行政府内の管轄分配、国家内部における権力的均衡等に拡張することを主張したが、そのような権力分立原則の射程の拡大に問題がある。基本法二〇条が規定するのはもっぱら三権分立原則にとどまるのであって、個々の行政官庁の分離ではないし、<sup>(35)</sup>はたまた国家内部における権力的均衡の

保持や管轄の境界の維持でもない。

また、仮にこれを肯定したとしても、権力分立原則から必然的に情報共有の制限が導かれるかは疑わしい。確かに三権分立原則は権力抑制的、自由保護的な側面を有するが、他方では諸部門・機能の専門性を高め、国家任務の効率的な遂行を目指すものでもある<sup>(36)</sup>。行政府内の管轄分配についてもそれは同様であり、権力分立原則は必ずしも国家作用の一体性を否定しない<sup>(37)</sup>。そうであれば、権力分立原則が国家任務の効率的な遂行に寄与する国家内部における情報共有を禁止するとは、必ずしも断言できない。

最後に、権力分立原則から仮に何らかのデータ保護に関する帰結が導かれたとしても、その帰結は個人情報に特化したものにはなり得ない。例えば、仮に権力分立原則が諸行政機関に対し、各々の管轄の範疇において情報を取り扱うことを要求するならば、それは個人情報を含めたあらゆる情報に通用する論理となろう<sup>(38)</sup>。個人情報に特化した理屈は、少なくとも権力分立原則から導かれることはできない。

このような背景から、権力分立原則は国家による個人情報処理を統制しうる実体的な原理になり得なかつたといえよう。国勢調査判決において、連邦憲法裁判所は情報自己決定権のみから情報権分立原則を論じ、以後権力分立原則からのデータ保護という議論は下火になっていった。今日のドイツにおいて、データ保護における権力分立は単にメタファー的な意義を持つにとどまるものとされているのである<sup>(39)</sup>。

### 三 情報機関と法執行機関の分離要請

他方で、統治論としての情報権分立原則とは異なり、今日のドイツの憲法学説においてなお残存している議論が、情報機関と法執行機関の分離要請である。分離要請とは、情報機関と法執行機関間の情報的な分離を要求する原則で

あり、二〇一三年の反テロデータ判決にて連邦憲法裁判所により否定された感もあるが、未だ完全に消滅したわけではない。

なお、わが国ではTrennungsgelotを分離原則と訳してきた感があるが、本稿ではTrennungsprinzipを分離原則、Trennungsgelotを分離要請と訳すことにする。<sup>(40)</sup>

### (一) 歴史的背景

まず、分離要請の議論の歴史的背景を確認する。

#### 1 警察書簡

分離要請の起源は、一九四九年四月一四日に連合国の軍政長官が議会評議会の議長に送付した「警察書簡(Polizeibrief)<sup>(41)</sup>」である。第二次世界大戦後にドイツ連邦共和国を占領した連合国は既存の警察制度の改革を進める一方、連邦政府が連邦国境警備隊(Bundesgrenzschutz)、連邦刑事庁および連邦憲法擁護庁(Bundesamt für Verfassungsschutz)を設置することを容認した。<sup>(42)</sup> それらの設置を許可した文書が警察書簡であるが、連邦憲法擁護庁の設置を許可した書簡二項には次のように記載されていた。

連邦政府は同様に、政府の転覆を試みる連邦政府に対する活動について情報を収集・拡散する機関を設置できる。当該機関は、警察権限を持たないものとする。(This agency shall have no police authority).<sup>(43)</sup>

情報機関たる連邦憲法擁護庁から警察権限を排除した連合国側の意図は明らかでないが、後述するように、ナチス

時代の秘密警察 (Gesapo) が戦後に復活することを危惧したためとされている。ただ、この文言は基本法制定時に採用されておらず、その後の基本法改正においても一度も採用されていない。単純法上においては警察書簡の趣旨が反映されたが、分離要請の語が用いられたことはないし、そもそも警察書簡の原文上に分離要請に相当する英単語は存在しなかった。<sup>(45)</sup>

## 2 無制限の情報共有

分離要請が誕生する直接的な契機となったのは警察書簡ではなく、一九七〇年代後半に治安機関による市民監視の実態が表面化したことであった。とはいえ、それ以前の連邦共和国において、治安機関による個人情報処理を統制しようとする動きは微弱であった。とりわけ治安機関における情報共有については、その活発化・効率化が長らく欲されていたのである。<sup>(46)</sup> 例えば、一九五四年一〇月八日の連邦と州の内務大臣の会議において議決された「ウンケル指針 (Unkeher Richtlinien)」には、次のように記載されていた。

警察は憲法擁護庁に対して、途絶えることなく、憲法擁護庁がその任務を遂行するにあたり……関心を持ちうるあらゆる注目に値する事象について通知する。憲法擁護庁は警察に対して、警察が自らの任務を充足する上で把握していなければならぬあらゆる事情について通知する。<sup>(47)</sup>

学説もまた、情報機関と法執行機関との間で無制限に情報が共有されることを黙認していたが、これには東西冷戦という当時の時代背景も関係していた。一九六〇年代終盤には、ドイツ連邦共和国の防衛力に対する信用を揺るがすような事件——例えば、ミサイルを含む武器の盗難とモスクワへの輸送、三人の科学技術者のドイツ民主共和国（東

ドイツ)への亡命、連邦情報局副長官を含む複数の政府関係者の自殺——が立て続けに発生した。一九六八年一〇月三〇日、ドイツ社会民主党(SPD)は連邦議会に対し、これらの事件を調査するための調査委員会の設置を申し立て、連邦議会は同年一月一三日にこれを承諾した。同調査委員会は、「連邦政府と州政府が最終的に、あらゆる協働問題が明確かつ現実に規律された一つの指針に折り合いをつけること」が必要であると述べたため、一九七〇年に内務大臣会議(IMK)は協働指針(ZAR)を議決した。一九七三年に改められた協働指針によれば、情報機関、警察および検察は「効果的な国家保護のため、信頼に満ちた協働を義務づけられている」とされていた。<sup>(49)</sup>

### 3 情報共有の統制へ

こうした風潮が変化したのは一九七〇年代に入ってからである。その背景には、一九七七年に連邦データ保護法(BDSG)が成立したことに加え、国家による市民監視の実態が次々と明らかにされたことがあった。まず、連邦データ保護法が施行された数週間後に、連邦憲法擁護庁職員の内部告発と『デア・シュピーゲル(Der Spiegel)』誌の報道により、連邦憲法擁護庁が原子力学者Klaus Traubeの自宅に赤軍派(RAF)のテロリストとの接触の疑いを理由として盗聴器を設置していたことが判明した。この事件は当時の連邦内務大臣Werner Maihoferが辞職する事態にまで発展した。その翌年には、連邦国境警備隊が東ドイツとの検問所において、渡航者を左派過激主義の組織および出版物に関する「国境警備リスト」に基づき検査し、秘密裡に収集したデータを連邦憲法擁護庁と連邦情報局に引き渡していることが報じられた。

このような一連のスキャンダルは市民の国家に対する不信を招いたほか、憲法上どこまで警察と情報機関が個人情報を取り扱えるかを問う契機となった。とりわけ議論されたのは、職務共助の要請(基本法三五条、一九七二年連邦憲法擁護庁法三条四項)<sup>(50)</sup>が警察と情報機関における情報共有の法的根拠として十分か否か、またデータ保護がいかに警

察と情報機関間の情報共有に限界を設けるかであった。

この時期に、分離要請や分離原則といった概念が学説にて誕生する。まず、一九七八年に Erhard Denninger が「法律および憲法が要求する警察、刑事訴追官庁および憲法擁護官庁の組織的分離」に言及し、その翌年に Bull が分離原則の語を、一九八一年に分離要請の語を使用した。<sup>(51)</sup>

## (二) 分離要請の内実

分離要請が憲法原則であるかは極めて重要な問いであるが、分離要請の憲法地位の検討に入る前に、単純法上の分離要請の内実を確認しておきたい。分離要請の内実は権限、組織、機能および情報の分離という四つの要素から構成される。

### 1 権限の分離

#### (1) 情報機関からの警察権限の排除

権限の分離とは、情報機関から警察権限が排除されていることを意味する。連邦憲法擁護庁法八条三項は、「連邦憲法擁護庁は警察権限および指示命令権を有さない。連邦憲法擁護庁は警察に自らが授権されていない措置を、職務共助の過程においても要請してはならない」と規定しており、他の情報機関についても同様の規定が存在する（連邦情報局法二条三項、軍事保安局法四条二項）。学説はこれを「分離要請の核心的構成要素」や「分離原則のエッセンス」<sup>(52)</sup>、「警察と情報機関の境界画定の最も重要な基準」<sup>(54)</sup>、「議論の余地無き核心」<sup>(55)</sup>等と評価する。

もっとも、ここでは一文の「警察権限」の解釈が問題となるが、Mareike Rehbein は、警察権限が情報機関の権限と必ずしも排他的関係に立つわけではないと解する。そうでなければ、立法府が警察に情報機関的手段を付与すれば

するほど情報機関は秘密裡の活動を禁じられ、情報機関からますます多くの権限が奪われることになるからである。それゆえ *Reibelin* は、情報機関から排除されるのは法的、事実的な強制措置であると論じる。<sup>(56)</sup> これは、連邦憲法裁判所が権限の分離を「秘密機関 (*Geheimdienst*) が警察の強制権限を有してはならないこと、すなわち、例えば尋問、捜査や押取をしてはならないこと、またはその他の強制力を行使してはならないこと」と定義すると合致する。<sup>(57)</sup>

(2) 警察が情報機関的手段を有することの禁止？

一方で、警察が情報機関的手段 (*nachrichtendienstliche Mittel, ND-Mittel*) を有することを禁ずる法律上の規定は存在せず、警察が情報機関的手段を行使できるかについては議論がある。学説には肯定説、否定説および折衷説が存在する。折衷説は、特定の危険や嫌疑を裏付ける事実があれば、警察は情報機関的手段を用いてよいとする。<sup>(58)</sup>

*Christoph Gusy* は、法執行機関と情報機関の任務と権限の相違から、警察権限は危険防衛と刑事訴追の領域に限定され、それ以外の領域は情報機関的手段によって解明されるとする。その理由として、危険前域 (*Vorfeld*) における介入である情報機関的手段が、危険の存在を前提に活動する警察と無関係であることを挙げている。<sup>(59)</sup>

他方で、*Christoph Streiß* は、警察が情報機関的手段を有することを禁ずる単純法上の規定が存在せず、また分離要請は憲法地位を持たないため、基本法からこの意味での分離要請は導出され得ないとする。ただし、それゆえ無制限に警察が情報機関的手段を獲得してよいわけではなく、法治国家原則から生ずる限界が存在すると論じる。曰く、法治国家原則は法的安定性、法的明確性の要請、法律の留保および権利保護の原則を包含するが、法律の留保原則は介入行為に特別な法律上の根拠を、法的安定性および法的明確性は十分に明確な文言による授權を要求する。さらに、基本法一九条四項の権利保護の保障から「国家行為の公開性の要請」が導かれ、警察は市民に対し原則として公開に活動しなければならぬ。仮にそのような要請を認めないにしても、警察の権限は「手法が明確であり、統制可能」であるように規律されなければならない。情報機関が議会統制委員会による統制に服する一方、警察は議会統制に服

さないため、警察に情報機関的手段を授権する規定は連邦憲法擁護庁法八条二項一文の文言では不十分であり、諸法治国的要求——手段の厳密な描写、十分に明白な手段行使の前提、本人による権利保護およびコントロール可能性——を充足しなければならぬという。<sup>(60)</sup>

## 2 組織の分離

連邦憲法擁護庁法二条一項三文は、「連邦憲法擁護庁は警察の官庁に編入されてはならない」と規定し、連邦憲法擁護庁が警察組織から組織的に分離されていることを命ずる。他の情報機関についても、同様の規定が設けられている（連邦情報局法一条二項二文、軍事保安局法一条四項）。

支配的見解は、情報機関が警察に編入されることのみならず、逆の方向、すなわち警察が情報機関に編入されてはならないことも認める。<sup>(61)</sup> その根拠は連邦憲法擁護庁法八条三項とされるが、理由付けは論者により異なる。Karszen Brandtは、憲法擁護庁は警察権限を有してはならないところ、警察が憲法擁護庁に編入することで憲法擁護庁が警察権限を獲得することは禁止されると論じる。<sup>(62)</sup> 一方、Nora Schneiderは、同規定により憲法擁護庁は警察に対する指揮命令権限を有してはならないから、暗示的に警察が憲法擁護庁に編入されてはならないことが要請されていると論じる。<sup>(63)</sup>

ただし、憲法擁護庁と警察の監督官庁 (Aufsichtsbehörde) が共に内務省であることは、組織的分離の観点からは問題にならないとされる。例えば、憲法擁護庁が官庁 (Behörde) ではなく内務省の部局 (Abteilung) として設置されている場合があるが、その場合も組織的分離には違反しない。また、共同テロ防御センター (G T A Z) 等の連絡調整機関についても、組織の分離に違反しないとされる。<sup>(64)</sup>

支配的見解は、さらに人員の分離も認める。<sup>(65)</sup>



## 3 機能の分離

機能の分離ないし任務の分離とは、警察と情報機関が異なる機能や任務を有していなければならないという要請であるが、これ以降分離要請を巡る議論は複雑化する。

多くの論者は、権限と組織の異なる二つの組織があるのはそれらの機能が異なるからであるとして、機能の分離の存在自体は認める<sup>(67)</sup>。情報機関は、警察や検察のために前域で情報収集し、伝達するための機関ではない<sup>(68)</sup>。したがって、機能の分離は、権限と組織の分離から間接的に導出可能であると論じられる<sup>(69)</sup>。

確かに、単純法上の規定から警察と情報機関の任務の差異を読み取ることが可能である。例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州警察法一条一項は、「警察の任務は、公共の安全ないし秩序を危険から防衛することである（危険防衛）」と規定する。一方、情報機関は自由で民主的な基本秩序、また連邦と州の治安と存立を保護するため、危険の前域を観察する（連邦憲法擁護庁法三条一項を参照）。しかし、これらはいくまで単純法に規定された任務の差異にすぎず、仮にこれを要請と捉えるにせよ、それは憲法上のものではない<sup>(70)</sup>。

さらに、支配的見解は機能の分離を意義あるものと捉えていない。Schneiderは、連邦憲法裁判所が戦略的監視判決において、連邦の立法権限から情報機関が警察任務に接近することの限界を論じたことを参照し、機能の分離を肯定する<sup>(71)</sup>。しかし、連邦憲法裁判所が同判決において分離要請の議論を明示的に回避したことからも、この意味における分離要請は、立法権限から生じる限界以上のものを意味しない「脆弱な、任務と関連する要素」にすぎず<sup>(72)</sup>、「この原則に……一方ないし他方への逸脱（Abweichungen）を許容しないほど高い地位を付与することはできない」とされる<sup>(74)</sup>。

また、そもそも情報機関と法執行機関の任務や機能を厳格に区別できないとの指摘もある。Michael Lysander Prenzkiは、情報機関と法執行機関の厳格な任務の分離は不可能であると主張する。なぜなら、実質的な意味での憲

法擁護は、あらゆる国家機関に義務付けられた包括的な任務だからである。したがって、「機能の分離が法的拘束力をもって分離要請から導かれるか……疑わしい」という。<sup>(75)</sup>

#### 4 情報の分離

##### (1) 「情報的協働要請」——分離要請の「裏面」

情報の分離は反テロデータ法判決にて憲法地位を獲得したが、同判決以前は多くの論者により否定されており、むしろ分離要請から情報的な協働の要請が導かれると主張されていた。<sup>(76)</sup> 例えば、Kay Nohmは次のように述べている。

分離要請は、情報機関が確かに自由で民主的な基本秩序にとつての潜在的な危険を早期に知覚するが、行政権限を欠くがゆえに、自らではそれらに対処できないことを惹起する。それゆえ、情報機関は原則として、国家保護と関連する情報を政府のみならず、警察と検察にも提供することを義務付けられている。情報機関、警察および検察間における情報的協働は、分離要請の機能的な裏面 (Kehseite) である。<sup>(77)</sup>

実際、かつての連邦憲法擁護庁法である一九七二年の協働法は、三条三項にて権限と組織の分離を規定する一方、四項にて職務共助義務を明記していた。<sup>(78)</sup> これについてGünzは、「職務共助は分離を前提とし、分離は相互的な援助をもつてのみ可能である」と述べ、分離ゆえに協働が求められる一方、職務共助を通じて分離要請が事実上迂回されてはならないと指摘している。<sup>(79)</sup>

##### (2) 「権限の分離からの反射」

このような分離要請と職務共助原則の「緊張関係」<sup>(80)</sup>においては、情報的な文脈における分離要請が何を意味するか

が問題となるが、多くの論者は「情報の分離は独立した分離要請ではなく、権限の分離からの反射にすぎない」と主張した。<sup>(81)</sup> 要するに情報の分離とは、職務共助の過程においても情報機関が警察権限を用いてはならないことを意味するにとどまるといえる。<sup>(82)</sup>

もつとも、学説は「権限の分離からの反射」を許容される職務共助の「極限」<sup>(83)</sup>、すなわち絶対的禁止とみなし、それに加えて情報自己決定権により相対的に職務共助が禁止される領域があることを認識していた。<sup>(84)</sup> また、逆の方向——すなわち、法執行機関が情報機関を活用する場合——の統制は、「権限の分離からの反射」から基礎付けられることはできないとされていた。<sup>(85)</sup>

### (三) 分離要請の憲法地位？

このような単純法上の分離要請が憲法原則でもあるかは、学説では一時期激しく議論された。憲法上の分離要請の根拠として主張されたのは、基本法上の条文と各種憲法原則である。

#### 1 基本法上の条文からの導出の試み

分離要請の基本法上の根拠として主張されたのは、基本法八七条一項二文および七三条一項一〇号であった。前者は連邦固有行政の対象を定める規定であり、連邦が連邦法に基づき、各種治安機関を設置できることを規定する。

連邦法により、連邦国境警備隊、警察の情報収集伝達のための中央機関、刑事警察のための中央機関、ならびに憲法擁護および武力の行使またはその準備行為を通じて、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試みからの保護を目的とする、資料収集のための中央機関を設置することができる。

他方で、後者は連邦の排他的立法権限の対象として、次の安全保障にかかわる事項を規定する。

以下の諸事項における連邦と州の協働、ならびに連邦刑事警察庁の設置および国際犯罪対策

a 刑事警察

b 自由で民主的な基本秩序の保護、連邦と州の存立と安全の保護（憲法擁護）

c 武力の行使またはその準備行為を通じて、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試みからの保護

このように、基本法上の条文は明示的に情報機関と法執行機関の分離を規定していないことから、これらの規定の解釈が問題となる。

(1) 「複数形説」

分離要請の憲法地位に肯定的な論者は、「複数形説 (Plural-Argument)」を主張する。曰く、基本法八七条一項二文の「中央機関 (Zentralstellen)」の語が複数形であるから、右条文で列挙された事項毎に中央機関が設置されなければならないという。しかし、右条文は「できる (kann)」と述べているだけで、「しなければならぬ (muss)」とは規定していない。<sup>(86)</sup> 対して、Gusy は、Zentralstellen を設置する権限と Zentralstelle を設置する権限は異なるのであって、八七条が規定するのは連邦の複数の中央機関を設置する権限であり、一つの中央機関を設置する権限ではないと主張した。<sup>(87)</sup> しかし、そのように解するならば、八七条に列挙された諸事項の内、一つの事項について中央機関を設置する場合でも、複数の中央機関を設置しなければならないことになる。これに対して、Gusy は、そのような場合でも複数の機関を設置することが理想的であるが、必ずしも複数の機関を設置する必要はないと述べており、主張を一貫させていない。<sup>(88)</sup>

また、Streif は複数形説を「一般的な語感 (allgemeines Sprachgefühl)」に依った見解にすぎないと一蹴し、その証左として連邦刑事法二条一項を提示する。<sup>(88)</sup>

連邦刑事庁は、警察の情報収集伝達および刑事警察のための中央機関 (Zentralstelle) として、州横断的な犯罪行為、国際犯罪または相当な意義を有する犯罪行為の予防と訴追において、連邦警察および州警察を援助する。

## (2) 歴史的解釈

次に、基本法上の規定の歴史的背景から憲法上の分離要請を基礎付けようとする主張があった。曰く、議会評議会は警察書簡二号に暗示された連合軍の分離要請的な意思を読み取り、基本法八七条に落とし込んだという。

しかし、この主張が成立するためには次の諸点が問われなければならない。まず、連合軍が分離要請的な観念を有していたか否か<sup>(1)</sup>。さらに、そうだととしても、議会評議会が連合軍の意思を基本法に反映させたか否か<sup>(2)</sup>。また、その場合でも、基本法八七条を解釈する際に、今日において全く効力を喪失した警察書簡を考慮してよいか否か<sup>(3)</sup>。

①の点については、多数の論者が否定している。すなわち、連合軍は、単に政治警察が戦後に復活することを回避したかっただけであり、分離要請まで意識していたわけではなかったという。<sup>(90)</sup> もっとも、Jens Singer が指摘するように、連合軍と議会評議会の意思を確認することは、今日においてはもはや不可能であるとの指摘もある。<sup>(91)</sup> 一方、Gusy は②、③について肯定的な立場であった。<sup>(92)</sup> また、連邦憲法裁判所は連邦国境警備隊判決において、基本法八七条が警察書簡に対する「憲法制定者の反応」であったと明示的に述べている。<sup>(93)</sup>

しかし、このような警察書簡の歴史的背景に基づく主張は、分離要請の「空転」を招く可能性がある。なぜなら、

仮にゲシュタポの復活を回避するという連合軍の意思を議会評議会が基本法上に反映させたとするならば、分離要請は単にゲシュタポの復活を禁止するにとどまるものとなってしまうからである。<sup>(94)</sup>今日のドイツにおいてそのようなゲシュタポの復活を語るのには「馬鹿げている」との指摘があることから、<sup>(95)</sup>警察書簡の歴史的背景を重視するアプローチはそもそも無意味な可能性がある。

### (3) 体系的解釈

体系的解釈とは、基本法八七条一項二文と七三条一項一〇号との間に何らかの関連性を見出そうとする立場である。曰く、八七条一項二文の「刑事警察」、「憲法擁護」および「ドイツ連邦共和国……試みに対する保護」は、それぞれ七三条一項一〇号a、bおよびcに対応する。それゆえ、七三条がこれらの事項を区別している以上、八七条一項二文に基づき中央機関を設置する際には、連邦はそれぞれの事項に応じて中央機関を設置しなければならないという。

しかし、Steigは、八七条一項二文には「*die* (kommen)」とあるから設置しなければならないという義務は導出されないし、<sup>(96)</sup>また八七条は行政権限、七三条は立法権限に関するものであるから両者に関連性はなく、差異も存在する——すなわち、七三条のみが「連邦刑事警察庁の設置」と「国際犯罪対策」に言及している——と反駁する。<sup>(97)</sup>

### (4) 目的論的解釈

Guyは、警察と情報機関の任務と権限の差異を読み込んで基本法八七条一項二文を解釈すれば、分離要請が導出されると主張する。任務の差異とは、警察は危険防御と刑事訴追を担うのに対して、情報機関は危険のより前域で活動するということであり、また権限の差異とは、警察が強制権限を行使できるのに対し、情報機関はそのような権限を行使できないということである。<sup>(98)</sup>

対して、Steigらは、この主張を循環論法であると批判する。曰く、任務と権限の差異が分離要請により基礎付けられるという順序でなければならないのであって、そもそも任務と権限の差異を前提に分離要請を基礎付けることは

循環論法であるという<sup>(99)</sup>。

## 2 憲法原則からの導出の試み

このように、学説は主として基本法上の規定から分離要請を導出することの是非を論じたが、対して連邦憲法裁判所が注目したのは、法治国家原則や連邦国家原則といった諸国家原則であった。連邦憲法裁判所は連邦国境警備隊判決において、次のように述べた。

基本法八七条一項二文に規定された連邦の特別警察官庁について、分離要請の問いが立てられる。法治国家原則、連邦国家原則および基本権の保護は、特定の官庁を互いに融合させること、また特定の官庁をその憲法上の任務と合致しない任務に携わらせることを禁止しうる。そのように、憲法擁護ないしインテリジェンスを目的とする中央機関は——その異なる任務と権限に直  
面して——執行警察官庁と統合されてはならない可能性がある（一九四九年四月一四日の警察書簡参照）。

もっとも、この説示は傍論におけるものであり、直後に連邦憲法裁判所は「この問いに関する最終的な確定は、ここでは必要ではない」と述べた。<sup>(100)</sup>

この連邦憲法裁判所の説示について、学説は総じて批判的であった。とりわけStreifは、連邦憲法裁判所が分離要請を説得的に基礎付けできていないと批判した。<sup>(101)</sup>

### (1) 権利保護の保障

法治国家原則はその一内容として、権利保護の保障を内包する。基本法一九条四項一文は、「何人も公権力によってその権利を侵害されるとき、出訴の途が開かれる」と規定する。

分離要請に肯定的な論者らは、情報機関の秘密性に注目して権限の分離を論じる。曰く、情報機関は秘密裡に活動するため、情報機関に監視される人物は自らが監視されていることを認識できず、裁判所に対して監視措置の合法性を審査させるに至らない。したがって、裁判所は情報機関に対して権利保護の保障を介した統制を及ぼしにくい<sup>(10)</sup>ため、秘密裡に活動する情報機関には警察権限が付与されるべきでないという。しかし、そのような主張に対しては、警察が全く秘密裡に活動しないわけではない<sup>(11)</sup>し、また仮に情報機関が警察権限を行使したならば、その瞬間に情報機関は秘密裡ではなく公開に活動することになるはずだと指摘される<sup>(12)</sup>。

Streisは、情報機関が警察権限を行使することよりも、むしろ警察が秘密裡に活動することの方が問題であると指摘する。曰く、警察が秘密裡に活動して収集した情報については、情報機関が警察に情報を提供する場合とは異なり、情報の分離の隔壁が存在しない。もともと、そのような警察の秘密裡の活動については、本人への事後報告等の措置で統制可能であるため、わざわざ分離要請を持ち出す必要はない。したがって、分離は確かに権利保護に寄与するものではあるが、必要不可欠なものではないとする<sup>(13)</sup>。

## (2) 権力分立原則

次に、権力分立原則であるが、Streisは警察と情報機関が共に行政府に属するから、権力分立は問題にならないと論じる<sup>(14)</sup>。また、同様にFennellも、警察は行政警察と司法警察という二重の機能を有するが、それゆえ法治国家性が欠如していると批判されるわけでもないし、またドイツ以外の分離要請を有さない国家が、それゆえ法治国家原則を欠くと批判されることもないと指摘する<sup>(15)</sup>。

## (3) 連邦国家原則

StreisやSchneiderは、連邦国家原則の内実は基本法七三条や八七条等の基本法上の諸規定により初めて具体化されうるのであって、連邦国家原則という一般原則から分離要請の導出を論じることはできないと主張した<sup>(16)</sup>。



(4) 基本権

反テロデータ判決以前の学説は、基本権から憲法上の分離要請を導出することにはもっぱら否定的であった。Schneider曰く、基本権（情報自己決定権）は分離要請の根拠として引き合いに出される一方、他方では分離要請が基本権を保護する機能を有すると論じられる。しかし、実際のところ重視されているのは後者であり、基本権からの分離要請の導出は、結論ありきの主張になってしまっているという<sup>(10)</sup>。そして、たとえ分離要請が基本権の保護に寄与するものであったとしても、そのことは分離要請が憲法地位を有することを必ずしも意味しないという<sup>(10)</sup>。

(四) 分離要請の弱体化

このように、分離要請を憲法原則として基礎付ける試みは失敗したのであるが、その傍ら、実務では情報機関と法執行機関が互いに接近し続けた。両者の接近の過程には、大きく分けて二つのフェーズがある。

1 組織犯罪対策

第一のフェーズは、一九九〇年代から二〇〇一年九月二一日のアメリカ同時多発テロ事件までのフェーズである。このフェーズでは、組織犯罪 (Organisierte Kriminalität) への対抗を目的として「情報機関の警察化 (Verpolizeichung)」と「警察の情報機関化 (Vernachrichtendienstlichung)」が推進された。

「警察化」の一つは、一九九四年の犯罪対策法<sup>(11)</sup>によるG10法の改正である。同法改正により、連邦情報局による戦略的監視の対象が一定の組織犯罪に拡張されると同時に、連邦情報局が監視により獲得したデータを情報機関および法執行機関に伝達することが授權された（三条一項および五項）。これに対して、学説からは機能的分離との抵触が指摘されたが、連邦憲法裁判所は戦略的監視判決において分離要請の議論を回避した<sup>(12)</sup>。

もう一つの「警察化」は、州憲法擁護庁法の改正である。一九九七年のバイエルン州憲法擁護庁法<sup>(13)</sup>は「州憲法擁護庁は組織犯罪からの保護にも資する」と規定し（一条一項三文）、さらに憲法擁護庁による監視の対象として「基本法の適用領域における組織犯罪の試みと活動」を明記していた（三条一項四号）。同様に、ヘッセン州、ザールラント州、ザクセン州およびチューリンゲン州の州憲法擁護庁法上にも類似する規定が設けられた<sup>(14)</sup>。

情報機関が「警察化」した一方、警察も「情報機関化」した。例えば、一九九二年に改正された対外経済法（Außenwirtschaftsgesetz）は税関刑事庁に、対象人物が「ドイツ連邦共和国の対外的安全、人民の平和的な共生、またはドイツ連邦共和国の対外的関係を相当に脅かす」行為を計画していることの推測を正当化する事実がある場合に、信書等の開示・閲覧および電気通信の監視・記録を授権した（三九条一項、二項一号および三四条二項）。しかし、後に連邦憲法裁判所は「ドイツ連邦共和国の対外的関係を相当に脅かす」という文言の不明確性ゆえ「監視措置の契機が果てしないものになるおそれがある」とし、法三九条を違憲とした<sup>(15)</sup>。

## 2 国際テロリズム対策

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、ドイツの治安アーキテクチャにとっても「転回点（Zäsur）<sup>(16)</sup>」であった。これ以降、対処されるべき脅威は組織犯罪から国際テロリズムへと推移し、「情報機関の警察化」がより一層推進されるとともに新たな協働形態が誕生した。

このフェーズにおける「警察化」の一つは、二〇〇二年のテロ対策法<sup>(17)</sup>により情報機関に情報提出請求権（Auskunftsanspruch）が付与されたことである<sup>(18)</sup>。情報提出請求権とは、情報機関が特定の事業者に対して特定の情報を提出することを請求できる権限である（例えば、連邦憲法擁護庁法八 a 条一項）。もともと、事業者は情報を遅滞なく完全に、かつ所定の形式で提出することを義務付けられているため（八 b 条六項）、学説からは権限的分離との抵触が指

摘されている。<sup>(19)</sup>

さらに、このフェーズでは情動的協働の新たな形態の一つとして、共同センター (Gemeinsames Zentrum) が登場した。共同センターとは、テロ対策を目的とする諸機関間のコミュニケーション、情報提供および協力のためのプラットフォームである。二〇〇四年に共同テロ防御センター (GTAZ) がベルリンに設置され、これを皮切りに様々な共同センターが設置されてきた。<sup>(20)</sup>

このように、実務において情報機関と法執行機関の権限と機能がますます接近し、同時に両者間の情報共有がより一層活発化されてゆく状況に鑑みて、情報機関と法執行機関の分離要請は消滅したとする見解が有力である。すなわち、「組織の分離は原則として残存した」一方、「機能の分離は部分的に消滅した」という。<sup>(21)</sup>

## (五) 中間総括

二〇一三年、連邦憲法裁判所は反テロデータ判決において情報自己決定権から情報機関と法執行機関の「情報分離原則」を導出し、情報機関と法執行機関間における個人情報共有を原則として禁止した。これまでみてきた統治論としての分離要請と、基本権論としての情報分離原則の関係は明らかではないが、分離要請は実質的に破棄されたとの見解も学説では有力である。<sup>(22)</sup>

分離要請という議論の背景にあったのは、治安機関間における情報共有が一方では国防力の強化や国内治安の維持に寄与するものの、他方では国家の情報統一体化を惹起、助長しようという認識であった。そして、議論の契機となった事案が必ずしも情報機関と法執行機関間における情報共有に関するものではなく、むしろ治安機関一般による個人情報処理であったことに鑑みれば、単なる観念上の秘密警察にとどまらず、より広い意味での情報統一体の登場が危惧されていたと言っても過言ではない。

ただし、そうした情報統一や秘密警察を憲法が忌避する動機が、分離要請の議論からは今ひとつ見えてこない。分離要請を主張する論者らは連邦の立法権限や行政権限、はたまた法治国家原則等からこれを基礎付けようとしたが、それらが忌避されるべき直接的な原因であったわけではない。そこでゲシュタポという過去の反省が動機として主張されたのであるが、分離要請の契機となった事案に鑑みれば、果たして本当に情報機関と法執行機関の融合が危惧されていたかは疑わしいし、そうした過去の反省の話と情報共有の統制の話が必ずしも合致しないことはすでにみたりである。そして、そのように議論の動機付けが不明であれば、統制原理に関わる議論も不明瞭にならざるを得なかったのは当然であった。総じて分離要請の議論は、情報機関と法執行機関が情報的に分離していなければならぬという結論ありきの議論であり、その憲法上の根拠として主張されたものは、どれも説得的な論拠とは言いがたいものであった。

#### 四 むすびにかえて

本稿の結論としては、憲法は統治論的な動機から個人情報の一元化を忌避するわけではないというものになる。ただし、冒頭にて述べた通り、本稿はあらゆる統治論の可能性を検討したものではない。例えば、場所的管轄を跨ぐ個人情報の一元化については、連邦国家原則が統制原理として作動しうる可能性がある<sup>(13)</sup>。本稿の検討のみをもってして、統治論的な動機からの一元化の忌避の可能性を排除することはいささか早計であろう。

さらに言えば、本稿で検討した議論が誕生したのは、基本権論もまた不完全であったからだというのが筆者の見解である。本稿にて見てきた通り、情報の一元化の忌避は必ずしも人格権と結びつきやすいものではなかった。そして、基本権論に立つ場合には、保護範囲の確定や侵害の認定といった根本的な理論的課題に直面せざるを得なくなる<sup>(14)</sup>。国

勢調査判決以前の学説は、個人情報保護を既存の防御権論で語り切ることに躊躇していたからこそ、統治論を並列的に展開した可能性がある。

加えて、今日の学説が分離要請を支持し続けているという事実も、基本権論の不完全性の表れであろう。なぜなら、治安法領域においては比例原則が自己崩壊しており、情報機関と法執行機関間の情報の〈カベ〉を保持するためには、基本権論以外の論理を持ち出す必要があるからである。この点は別稿にて検討する。

いずれにせよ、今日の通説たる基本権論も完全なものではないし、それを補完する形で統治論からのデータ保護という議論が成立しうる余地は未だ残存していよう。それらの関係性および異同等については、今後の筆者の検討課題としたい。

〔付記〕本研究はJSPS科研費(22211153)の助成を受けたものである。

- (1) *Nikolaus Forgo/Tina Krügel/Stefan Rapp, Zwecksetzung und Informationelle Gewaltenteilung, 2006, S. 49 f.*
- (2) 棟居快行「公共空間とプライバシー」西原博史編『岩波講座 憲法(2) 基本権論の新展開』(岩波書店、二〇〇七年)二〇九頁以下。
- (3) 教育行政における個人情報一元化の例として、大阪府箕面市における「ことも成長見守りシステム」がある。また、新型コロナウイルス感染症対策との関連では、自宅療養者に関する情報の県と市町村間における共有や、同意を要しない自治体間におけるワクチン接種記録の共有等が挙げられる。
- (4) 例えば、デジタル庁が「教育データ活用ロードマップ」を公表したところ、「twitter」上で「#教育データ一元化に反対します」のハッシュタグとともに炎上騒動に発展した。
- (5) 最判平成二〇年三月六日民集六二卷三号六七七、六八四頁参照。
- (6) 棟居・前掲注(2)二二二頁以下。

- (7) 広田恭子「個人番号制度の法的課題(下)」大阪経大論集七一巻五号(二〇二一年)一八五頁以下。
- (8) *Christoph Gazy*, Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, ZRP 1987, S. 45 (49).
- (9) *Horst Herold*, Polizeiliche Datenverarbeitung und Menschenrechte, RuP 1980, S. 79 (79).
- (10) *Ernst Benda*, Privatsphäre und „Persönlichkeitsprofil“, in: Gerhard Leibholz (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung: Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S. 23 (25).
- (11) *Benda* (Anm. 10), S. 25 f.
- (12) BT-Drucks. 6/3826, S. 60, 83.
- (13) BT-Drucks. 6/3826, S. 84 ff.
- (14) *Hans Peters*, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, in: Heinz Rausch (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S. 78 (102 f.); *Hans Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 191 f.
- (15) *Hugo J. Hahn*, Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes, in: Heinz Rausch (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S. 438 (446 f).
- (16) *Thomas Ellwein*, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966, S. 104 f.
- (17) BT-Drucks. 6/3826, S. 91, 116.
- (18) BT-Drucks. 6/3826, S. 99.
- (19) *Benda* (Anm. 10), S. 36 f.
- (20) *Benda* (Anm. 10), S. 32
- (21) *Benda* (Anm. 10), S. 37
- (22) *Benda* (Anm. 10), S. 24 f.
- (23) *Benda* (Anm. 10), S. 37 ff.
- (24) *Hermann Heubner*, Zur Funktion des Datenschutzes und zur Notwendigkeit bereichsspezifischer Regelungen, in: Wolfgang Gitter/Werner Thiem/Hans F. Zacher (Hrsg.), Im Dienst des Sozialrechts: Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag am 26. Juni 1981, 1981, S. 173 (174 ff).
- (25) *Hermann Heubner*, Aufgaben und Mittel des Datenschutzes, VSSR 1979, S. 293 (313).

- (26) *Heugner* (Ann. 24), S. 176.
- (27) *Heugner* (Ann. 25), S. 313; *Heugner* (Ann. 24), S. 199.
- (28) *Heugner* (Ann. 24), S. 176 ff.
- (29) *Herold* (Ann. 9), S. 80 f.
- (30) *Herold* (Ann. 9), S. 81 ff.
- (31) BT-Drucks. 8/2460, S. 23 f.
- (32) GVBl. II 1970 S. 627 vom 12. 10. 1970.
- (33) *Heugner* (Ann. 24), S. 199.
- (34) GVBl. I 1978 S. 640 vom 07. 02. 1978.
- (35) *Forög/Krügel/Rapp* (Ann. 1), S. 50 f.
- (36) *Christoph Gröpl, Staatsrecht I*, 10. Auflage, 2017, Rn. 872.
- (37) *Forög/Krügel/Rapp* (Ann. 1), S. 49. 例えは、警察と秩序行政庁の分離は単なる「権力抑制に基づく組織的分離」にとどまらず、「事態処理のために相応しい行政組織の機能的分離」でもある。米田雅宏「警察権の限界」論の再定位」（有斐閣、二〇一九年）五三頁。
- (38) BT-Drucks. 6/3826, S. 116.
- (39) *Ingwer Ebsen, Informationelle Selbstbestimmung und informationelle Gewaltenteilung im Sozialrecht*, IuR 1988, S. 335 (336).
- (40) なお、反テロレータ法判決にて「要請（Gebot）」ではなく「原則（Prinzip）」の言葉が用いられたことについて、原則には例外が存在するからなどの指摘がある。Peter Schar/Nils Bergemann, „Trennung ist unser Los, Wiedersehen ist unsere Hoffnung“, in: Fredrik Roggan/Dörte Busch (Hrsg.), *Das Recht in guter Verfassung?: Festschrift für Martin Kutscha*, 2013, S. 123 (124).
- (41) Memorandum der Militärgouverneure zur Regelung der Polizeigewalt vom 14. April 1949.
- (42) *Christoph Streiß, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten*, 2011, S. 144 ff.
- (43) *Jans Singer, Trennungsgebot – Politisches Schlagwort oder verfassungsrechtliche Vorgabe?* Teil 1, Die Kriminalpolizei 2006,

- abrufbar unter: <https://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2006/sepember/detailansicht-sepember/artikel/das-trennungsgebot-teil-1.html> (zuletzt abgerufen am 6. 8. 2022).
- (44) 例えは、一九五〇年の連邦憲法擁護庁法三条二項は、「警察権限および監督権限を連邦憲法擁護庁は有しない。連邦憲法擁護庁は警察の機関に併合されてはならぬ」と定め、一文で権限の分離を、二文で組織の分離を規定していた。Streiß (Anm. 42), S. 147.
- (45) Singer (Anm. 43).
- (46) Johannes Unterreimeier, Das informationelle Trennungsprinzip, AöR 2019, 234 (247).
- (47) Jens Brückner/Hans Theo Schmitt, Verfassungsschutz und innere Sicherheit, 1977, S. 84.
- (48) BT-Drucks. 5/4208 S. 1 ff.
- (49) Unterreimeier (Anm. 46), S. 248 f.
- (50) 一九七二年連邦憲法擁護庁法三条四項：「裁判所、官庁および連邦憲法擁護庁は、相互に司法共助および職務共助を行う(基本法三五条)。」Brückner/Schmitt (Anm. 47), S. 21.
- (51) Unterreimeier (Anm. 46), S. 249 ff.
- (52) Nikolaos Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 58.
- (53) Streiß (Anm. 42), S. 168.
- (54) Singer (Anm. 43)
- (55) Streiß (Anm. 42), S. 168.
- (56) Mareike Rehbein, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 98.
- (57) NJW 2011, 2417 (2420).
- (58) Streiß (Anm. 42), S. 169 f.
- (59) Gasy (Anm. 8), S. 48.
- (60) Streiß (Anm. 42), S. 170 f.
- (61) Gazeas (Anm. 52), S. 59; Singer (Anm. 43).



- (62) *Karsen Brandt*, Das Bundesamt für Verfassungsschutz und das strafprozessuale Ermittlungsverfahren, 2015, S. 254.
- (63) *Nora Schneider*, Das Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten im Spannungsfeld von Freiheitsschutz und effektiver Gefahrenabwehr, 2019, S. 181.
- (64) *Schneider* (Anm. 63), S. 182. 例えは、バーデン・ヴュルテンベルク州やバイエルン州等においては、憲法擁護庁は独立した官庁であり、監督官庁が内務省とやれている。
- (65) *Streiß* (Anm. 42), S. 173.
- (66) *Gazetas* (Anm. 52), S. 59; *Streiß* (Anm. 42), S. 172; *Michael Lysander Fremuth*, Wächst zusammen, was zusammengehört?, AöR 2014, S. 32 (35); *Singer* (Anm. 43); *Gasy* (Anm. 8), S. 49; *Christoph Gasy*, Polizei und Nachrichtendienste im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität, KritV 1994, S. 242 (243); *Markus Thiel*, Die „Engrenzung“ der Gefahrenabwehr: Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, 2011, S. 385 f.
- (67) *Schneider* (Anm. 63), S. 182; *Singer* (Anm. 43); *Christoph Gasy*, Die Rechtsstellung der Nachrichtendienste, Jura 1986, S. 296 (300).
- (68) *Ralf Poscher/Benjamin Rusterberg*, Die Aufgabe des Verfassungsschutzes, KI 2014, S. 57 (59 ff).
- (69) *Gazetas* (Anm. 52), S. 60.
- (70) *Fremuth* (Anm. 66), S. 38.
- (71) *Schneider* (Anm. 63), S. 182 f. 連邦憲法裁判所は戦略的監視判決にて、「基本法七三條一項は、連邦立法者が連邦情報局に犯罪行為の予防、回避および訴追を自己に向けられた権限を付与することを授權しなう」と述べた。
- (72) BVerfGE 100, 313 (369 f.).
- (73) *Singer* (Anm. 43); *Streiß* (Anm. 42), 176 f.
- (74) *Gazetas* (Anm. 52), S. 60.
- (75) *Fremuth* (Anm. 66), S. 38 f.
- (76) *Thiel* (Anm. 66), S. 387 ff.; *Gazetas* (Anm. 52), S. 61; *Rehbein* (Anm. 52), S. 102.
- (77) *Kay Nehm*, Das nachrichtendienstrechtliche Trennungsgesetz und die neue Sicherheitsarchitektur, NJW 2004, S. 3289 (3294).
- (78) 一九七二年協働法三条四項「裁判所と官庁、及び連邦憲法擁護庁は相互的に司法共助、職務共助をする(基本法三五

- ※) J. Brückner/Schmitt (Ann. 47), S. 21 に採録。
- (79) Gusy (Ann. 67), S. 300.
  - (80) Erhard Denninger, Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, ZRP 1981, S. 231 (233).
  - (81) Singer (Ann. 43).
  - (82) Denninger (Ann. 80), S. 233; Gusy (Ann. 8), S. 49.
  - (83) Gazeas (Ann. 52), S. 62.
  - (84) Denninger (Ann. 80), S. 233.
  - (85) 類の大正の雑誌及びそのほかの『Gusy (Ann. 8), S. 49 f.
  - (86) Streiß (Ann. 42), S. 155.
  - (87) Gusy (Ann. 8), S. 46 f.
  - (88) Gusy (Ann. 8), S. 47.
  - (89) Streiß (Ann. 42), S. 155.
  - (90) Streiß (Ann. 42), S. 156 f.
  - (91) Singer (Ann. 43).
  - (92) Gusy (Ann. 8), S. 47.
  - (93) BVerfGE 97, 198 (215).
  - (94) Thiel (Ann. 66), S. 381.
  - (95) Bernd Walter, Das Trennungsgebot, VEKO ONLINE 2014, abrufbar unter: <https://www.veko-online.de/archiv-ausgabe-03-2014/polizei-das-trennungsgebot.html> (zuletzt abgerufen am 6. 8. 2022).
  - (96) Streiß (Ann. 42), S. 157.
  - (97) Streiß (Ann. 42), S. 158.
  - (98) Gusy (Ann. 8), S. 48.
  - (99) Streiß (Ann. 42), S. 159.

- (100) BVerfGE 97, 198 (217).
- (101) *Streisß* (Anm. 42), S. 160.
- (102) *Streisß* (Anm. 42), S. 161.
- (103) *Thiel* (Anm. 66), S. 383.
- (104) *Streisß* (Anm. 42), S. 161.
- (105) *Schneider* (Anm. 63), S. 287 f.
- (106) *Fremuth* (Anm. 66), S. 51.
- (107) *Streisß* (Anm. 42), S. 163; *Schneider* (Anm. 63), S. 285 f.
- (108) *Schneider* (Anm. 63), S. 292.
- (109) *Schneider* (Anm. 63), S. 293.
- (110) „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechenbekämpfungsgesetz)“ vom 28. Oktober 1994, BGBl. 1994 I, S. 3186-3198.
- (111) *Streisß* (Anm. 42), S. 174.
- (112) BVerfGE 100, 313 (369 f.).
- (113) GVBl. 1997 S. 70-76 vom 15. 05. 1997.
- (114) *Thiel* (Anm. 66), S. 369 f.
- (115) BVerfGE, 110 33 (67).
- (116) *Bundesamt für Verfassungsschutz*. Kompendium des BfV: Darstellung ausgewählter Arbeitsbereiche und Beobachtungsjekte, S. 10, abrufbar unter: [https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/allgemein/2018-12-kompendium-des-bfv-darstellung-ausgewaehelter-arbeitsbereiche-und-beobachtungsjekte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=11](https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/allgemein/2018-12-kompendium-des-bfv-darstellung-ausgewaehelter-arbeitsbereiche-und-beobachtungsjekte.pdf?__blob=publicationFile&v=11) (zuletzt abgerufen am 6. 8. 2022).
- (117) „Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)“ vom 9. Januar 2002, BGBl. 2002 I, S. 361–395.
- (118) *Thiel* (Anm. 66), S. 370 ff.

- (119) *Fremuth* (Ann. 66), S. 53 ff.
- (120) *Fremuth* (Ann. 66), S. 64 ff. 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(編著)『変容するテロリズムと法 各国における〈自由と安全〉法制の動向』(弘文堂、二〇一七年)一七五頁以下。
- (121) *Gusy* (Ann. 66), S. 245.
- (122) *Clemens Arzi, Antiterrordelei verfassungsgemäß – Trennungsgelbort?*, NVwZ 2013, S. 1328 (1329).
- (123) *Peter Schaar, §56 Datenschutz und Föderalismus*, in: Ines Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus Band III: Entfaltungsbereiche des Föderalismus*, 2012, S. 95 (99).
- (124) 差し当たり筆者の問題意識に近いものとして、山田哲史「『権利ドグマティク』の可能性・基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界」岡山大学法学会雑誌六八巻三・四号(二〇一九年)二〇七頁以下を挙げておく。
- (125) ラルフ・ポッシャー、米田雅宏(訳)「国内治安法制における介入関：最近の憲法判例に照らして見たその体系」北大法学論集六五巻四号(二〇一四年)一三六頁。

石原 悠大(いしはら ゆうた)

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(DC1)

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、全国憲法研究会

専攻領域 憲法