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

Title	憲法学上の概念としての「安全」
Sub Title	
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法I : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.325- 359
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000001-0325

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.

憲法学上の概念としての「安全」

小山　剛

一　はじめに
二　国家目的論から憲法論へ
三　「安全」の二つの用例
四　自由との調整
五　むすびにかえて

一　はじめに

「安全（Sicherheit, se cura）」は、現在の憲法学における最も論争的な観念の一つであり、その内実にも、憲法上の位置づけにも、定説はない。[1]

(a)　安全の位置づけに関する、現在のドイツにおける有力な理解の一つが、国家目的から由来するところの、国家任務としての安全論である。一九八九年の国法学者大会は、「国家目的」を総会テーマに採用し、[2]一九世紀に憲法学から放逐された国家目的論の復権を印象づけた。ここで提示される国家目的論は、抽象的国家の普遍的目的という意味でのそれではなく、具体的国家の目的として描写される。また、抽出された国家目的は、具体的憲法に含まれている（あるいは、憲法が前提としている）という説明を経て、規範的拘束力を持つ憲法上の命題として語られる。[3]

憲法学における「安全」のもう一つの文脈が、「安全の権利」ないし「安全の基本権」である。安全の基本権という言葉は、時に国家の基本権保護義務[4]との関わりで登場し、時に国家目的としての安全との関わりで登場する。国家目的としての安全が憲法上の要請であるとすれば、それが基本権保護義務論と結びつくのも見えやすい理屈である。また、基本権と結びつくのであれば、単に国家の客観法的義務ではなく、主観的権利として（も）安全を構成した方が保障に厚いと考えるのも、見えやすい理屈であろう。

さらに、国家任務としての安全であれ、安全の基本権であれ、国家が憲法を根拠に安全に責任を負う以上、国家が安全を害しうる市民の行態に規制を加えうることもまた、見えやすい理屈である。現に、「安全」は、基本権制限を正当化する主要な論拠の一つとなっているのである。[5]

(b)　しかしながら、後述のように、前述の理屈に対する評価は種々に対立している。まず、国家目的論自体の

意義に対して、否定的な評価がある。次に、国家目的・国家任務としての安全が承認される場合でも、国家目的としての安全は公益の客観的保障であり、個人は反射的利益を受けるに過ぎないとし、「安全の基本権」という観念を否定する見解、さらには、基本権保護義務をも否定する見解がある。最後に、「安全」を理由とした基本権制限に対して、「監視国家」、「監視社会」等の批判が加えられているのは、周知のとおりである。

(c)　安全に対して憲法学の懸念が強いのは、「安全」という概念が不明確であること、現代の「安全」には「予防」が結びつくこと、そのことから、安全を理由とした国家の介入に統制をかけるすべを見出せないでいることに起因していよう。憲法学は、「危険」については経験がある（「明白かつ現在の危険」など）。しかし、危険にかわって「安全」が登場したことが、危険の反対（あるいは、危険がないこと）と定義したのではすまない課題が含まれていることの証しであるとすれば、憲法学の困惑は、当然のことなのかもしれない。

本稿では、国家目的としての安全、憲法上の権利としての安全、自由との調整という三点から、「安全」という切り口が憲法学においていかなる意義を持ちうるのか（あるいは、持ち得ないのか）について考察する。

（1）　二〇〇二年のドイツ国法学者大会では、「自由と安全」をテーマに、次の二報告が行われた。*W. Brugger/Ch. Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63, 2004. また、二〇〇六年の日本公法学会（公法研究六九号、二〇〇七年）の統一テーマは、「現代における安全と自由」であり、大沢秀介「現代社会の自由と安全」、大石眞「『安全』をめぐる憲法理論上の諸問題」ほかの報告が行われた。

（2）　*H-Ch. Link/G. Ress*, Staatszwecke im Verfassungsstaat—nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL Heft 48, 1990. 紹介として、石村修『憲法国家の実現』（二〇〇六年）七九頁以下。

（3）　小山剛「陰画としての国家」慶應大学法学研究八〇巻一二号一四三頁、一四六頁以下（二〇〇七年）。

（4）　「安全の基本権」というタイトルの下に基本権保護義務の基礎づけを試みたのが、*J. Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983

である。基本権保護義務について、詳しくは、小山剛『基本権保護の法理』（一九九八年）。

（5）　いわゆる生活安全条例のほか、「生活の安全」（ストーカー規制法）、「国民の安全」（武力事態対処法）など。

二　国家目的論から憲法論へ

憲法学で「安全」を論ずるための出発点ないしは歴史的先行形態[6]となるのが、国家目的としての安全である。

1　国家目的としての安全

国家目的論とは、国家の行為は目的の履行を通じて正当化され、これを履行しないならば、国家は正当性を奪われる、との理論である。[7] 国家目的は、最も抽象的に表現すれば「公共の福祉（Gemeinwohl）」であり、「安全」は、「公共の福祉の最も古い具体化」[8]、あるいは、「歴史的に第一義的な国家目的」[9]であるとされる。安全は、公共の福祉の第一の内実として国家に正当性を与え、同時に、国家の権力行使の限界を画す。国家目的としての安全という観念は、物理的暴力（vis）を独占する（Gewaltmonopol）「近代国家」という観念と不可分に結びついている。[10] 近代国家とは、歴史的には絶対君主制の確立、理論的にはボダン（J. Bodin）の主権論に結びついた観念であり、国家（lo stato）という言葉も、近代初期に支配団体という意味で用いられた（歴史、理論、概念）。[11]

以上の限りでは、「国家目的」という言葉に違和感があるとしても、内容自体は特異なものではなかろう。日本の憲法学でも共有されている社会契約論は、国家目的論の合理的形態であるにほかならない。その際、引用される名前は、ホッブス、ロック、ルソー、カント等、わが国でもおなじみの名前である。もとより、目的を通じた国家の拘束という観念は、これらの論者に始まるものではない。社会契約論の新しさとしてブルッガーが指摘

するのは、古代・中世の理論が前提とした所与の秩序と予定調和を放棄し、政治秩序の構築が「予定された不調和、自然状態において自然権を恒に脅かす不安全（Unsicherheit）を制御するために、自己保存の理性から立てられた任務」であるとされた点である。[12]

社会契約に至る前提説明や抵抗権の有無等、社会契約論の内容には論者間の顕著な差異があるが、ドイツの憲法学では、万人の万人に対する闘争というホッブス流の自然状態の説明に始まり、保護の客体が生命・身体の不可侵（ホッブス）からプロパティー（ロック）、自由（カント）へ拡張したという描写が有力である。[13] 権力独占近代国家から自由主義的法治国家へ、という国家目的の発展は、ホッブスからロックへの流れとして描写され、「ロックはホッブスの肩の上に乗っていた」[14]、すなわち、ロックはホッブスを否定したのではなく（自由主義的法治国家は権力独占近代国家の否定ではない）、近代国家を前提に、国家からの自由という新しい目的を付け加えたのだと理解される。[15]「国家学における内戦シンドローム」[16]という揶揄は、この支配的傾向の特徴を上手く表現している。

2　「憲法の前提」論

このような国家目的としての安全論が、憲法の前史としての物語にとどまるものではないとするのが、おそらく現在のドイツの、支配的な見解である。では、国家目的としての安全と憲法上の安全は、どのようにして接続するのであろうか。

(a)　スイス憲法のように、憲法条文に明文の規定がある場合には、問題は少ない。すなわち、一八七四年のスイス連邦憲法二条は、「対外的に祖国の独立を主張し、国内において平穏と秩序を実現し、国民の自由と権利を保護し、その共通の福祉を促進すること」を連邦の国家目的であると規定していた。また、世界で最も新しい憲

法に属する現行スイス憲法も、二条一項において、「スイス連邦は、国民の自由と権利を保護し、国の独立と安全を保障する」と規定している。

(b)　一方、ドイツ基本法には、そのような国家目的を正面からうたった規定が存在しない。しかし、そのドイツにおいても、安全という国家目的が実定憲法に碇着しているとの理解が、広く共有されている。[17] ここで登場するのが、「憲法秩序の不文の要素」[18]や「憲法の前提」というつなぎである。

その代表的論者であるイーゼンゼーは、次のように説く。「国家は憲法の対象であり、前提である」[19]。国家権力それ自体は、憲法が規定する事項なのではなく、むしろ憲法は、国家権力についての所与のコンセプトに結びついている。[20] 憲法は、立憲国家についての断片的な像しか与えないが、それは、自由主義的憲法の基礎にある、法治国家的配分原理に対応したものである。このような、規律のパースペクティヴの片面性は、解釈を通じて補正されなければならない。[21]「憲法律は、規律の法典であるだけではなく、諸前提への連結点の法典でもある。それら諸前提を通じて、規律は、意義、内容、輪郭および現実を獲得する」[22]。国家（近代国家）は、まさにそのような憲法の前提である。[23]

こうして、僅かな例外を除けば憲法の明文では語られない基本権保護義務や市民の法律への服従に対して憲法上の基礎づけが行われ、司法を通じた紛争解決の制度等に、暴力独占と結びつけて説明が与えられる。[24]

3　安全の「ルネッサンス」

ところで、国家目的としての安全という観念は、安全の「ルネッサンス」[25]という言葉があるように、断絶を経験した。ルネッサンスを祝う前に、安全は、憲法学から消滅した一時期があったのである。[26]

(a)　法治国家における安全の「縮減」として、メストルは、次の三点を指摘している。①積極的な福祉目的が

退けられ、国家目的が安全の保障という消極的目標に限られたこと。②保護義務という次元が無視され、安全任務の法的意義が侵害の正当化という観点に縮減されたこと。③予防的・抑圧的活動領域および法領域に対して、法治国家的な精緻化、解釈学的な浸透、対象の限定が加えられたこと。特に、警察の侵害権限が具体的危険の防御に限られたこと。以下では、第二点を見ることにしたい。

メストルによれば、[27] 啓蒙主義においては安全の保障は君主の義務であり、臣民の権利であるとみなされていたが、一九世紀に入ると、自由主義的傾向の中で、安全という国家目的は次第に国家の義務・市民の権利という法的意義を喪失した。その法的意義は、自由の侵害の正当化という文脈にとどまることになる。その背景として、メストルは、①市民と君主の政治的対峙という、二元主義的な立憲君主制に特有の、侵害防御に固定された視点、②ヘーゲルに代表される、超個人的な国家理論・社会理論を挙げる。こうして、安全は、自明の国家目的として一般国家学では意味を持つが、侵害正当化という以外には法的に関わりのない、また、憲法の条文化の対象でもないものとなった。安全任務の法的性格の喪失の帰結が、二〇世紀においても継続する、警察の任務に関する次のような理解である。すなわち、警察の任務は公共の安全および秩序の保護であり、個人の法益に対する危険の防御が問題となる場合でも、それは個人との関係で成立する保護義務の履行ではなく、専ら一般の利益のために成立し、一般の代表としてのみ各人の利益となる、警察の義務の反射である、との理解である。

(b)　基本法下における安全の「ルネッサンス」は、近代国家の単純な復活でもなければ、自由主義的法治国家において承認されてきた範囲内で、安全に関わる国家の法的義務ないし国家に対する個人の権利が承認されただけでもない。

安全のルネッサンスおよびその背景として指摘されているのは、次のような広範な事象である。[28] ①自由主義的法治国家の社会的・民主的法治国家への発展と、自由主義的法治国家が経験しなかった性質および程度のリスク

および危険との直面による、安全の保証者としての国家に対する期待。②これに応じた、自由主義的法治国家において消失した憲法の次元における安全任務の再発見（「安全の基本権」およびその基盤としての基本権保護義務）。③単純法律の次元における、伝統的介入閾値の手前での活動（リスク制御、リスク配慮）と、国家の給付能力の限界による私人との協力を通じた危険の克服。

もちろん、これは一つの見解であり、ドイツでも、「安全」を対内的安全に限定すべきなのか、「技術的安全」や「社会的安全」を含めて考えるのか[29]、「安全」の反対は「危険」なのか「リスク」なのか[30]といった基本事項が、未解決の問いとして残っている[31]。しかし、いずれにせよ確認できるのは、科学・技術の発展や環境問題、組織犯罪や国際テロに関連して、国家による安全が、憲法学のテーマとして確立したことである。

（6）もっとも、理論的出発点とするか、歴史的回顧の対象とするかの間には大きな違いがある。

（7）栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（一九九七年）三五八頁以下。大石（前掲注（1））公法研究六九号二三頁以下。

（8）*Link*,（前掲注（2））VVDStRL 48, S. 27.

（9）*Ress*,（前掲注（2））VVDStRL 48, S. 83.

（10）*J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1. Aufl. 1987, § 13, Rdnr. 74 ff.

（11）*Ch. Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 214 ff.

（12）*Brugger*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 113.

（13）*Isensee*,（前掲注（4））S. 4. 一方、社会契約論の間の差異に比較的詳しく言及するものとして、*Brugger*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 111 ff.

（14）*Isensee*,（前掲注（4））S. 7.

（15）*Ch. Calliess*, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat- Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatstheoretischem Kompass, ZRP

2002, 1 (4).

(16) *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, zit. nach Callies,（前掲注（15））ZRP 2002, 1 (3), N. 25. なお、イーゼンゼー自身は、「原トラウマ」としての内戦と語っている。*Isensee*,（前掲注（10））Rdnr. 46.

(17) *Brugger*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 130.

(18) *Ress*,（前掲注（2））VVDStRL 48, S. 78 f.

(19) *Isensee*,（前掲注（10））Rdnr. 1.

(20) *Isensee*,（前掲注（10））Rdnr. 13.

(21) *Isensee*,（前掲注（10））Rdnr. 14 f., 17.

(22) *Isensee*,（前掲注（10））Rdnr. 25.

(23) *Isensee*,（前掲注（10））Rdnr. 26 ff.

(24) *Link*,（前掲注（2））VVDStRL 48, S. 31.

(25) *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 17.

(26) *Möstl*,（前掲注（25））S. 10.

(27) *Möstl*,（前掲注（25））S. 11 f.

(28) *Möstl*,（前掲注（25））S. 18 f.

(29) *Pitschas*, Aussprache, VVDStRL 63, S. 202 f.

(30) リスクとするものとして、*Gusy*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 159, 160. 一方、イーゼンゼー（*Isensee*, Aussprache, VVDStRL 63, S. 197）は、「安全をリスクの不存在と理解するならば、自由および安全という概念の明確性が失われる。リスクは、チャンスの反対概念であり、……リスクという概念は、危険概念のような内在的限定が欠けている」と述べる。

(31) „Sicherheit" の概念の展開について、*W. Conze*, Sicherheit, Schutz, in: O. Brunner u.a.（Hrsg.）, Geschichtliche Grundbegriffe, Studienausgabe, Bd. 5, 2004, S. 831 ff. を参照。

三　「安全」の二つの用例

国家による安全という憲法論は、次の二つの文脈で具体化する。一つは、国家の作為を促す文脈であり、他の一つが、国家による基本権制限、特に、情報自己決定権の制限を正当化する文脈である。同根の主張であるが、「安全の基本権」論は前者の文脈に、「安全の中の自由」論は後者の文脈に属する。

1　「安全の基本権」論

(一)　「安全の基本権」という観念

(a)　日本の憲法学では、「安全」あるいは「安全の基本権（Grundrecht auf Sicherheit）」が論じられることはほとんどなかった。おそらく、これに最も近い概念は、憲法前文の平和的生存権論であったが、この議論は、平和的生存権を根拠に戦力である自衛隊あるいは安全保障条約を排除する（従って、国家に不作為を求める）という方向のものであり、[32] ドイツにおいて一般に論じられる「安全」とは、方向が逆である。

もちろん、安全を求める権利が国家に対して具体的に何を求めるかは、具体的文脈において変わってこよう。自国のある行為に付随して外国による攻撃の危険が高まるような場合には（自衛隊や日米安全保障条約はこのタイプに属する）、安全は、そのような自国の行為の撤回を求めることになる。ドイツにおいても、そのようなタイプの事例が存在する。一九八三年のパーシングⅡ決定[33]のように、米軍による核ミサイル配備にはドイツ国防上の適合性も必要性も認められず、かえってソ連邦による西ドイツ攻撃の蓋然性が高まるとして、連邦政府の保護義務違反が主張された事例、一九八七年の化学兵器備蓄決定[34]のように、米軍によるドイツ国内における化学兵器の貯蔵、移動、将来の使用が周辺住民の生命に脅威を与えるとして、化学兵器貯蔵に同意した連邦政府の行為の保

護義務違反が問われた事例がある。

(b)　一方、危険が、自国の先行行為とは無関係に発生する場合には、安全を求める権利は、国家に対する作為請求として観念されるほかない。この意味での「安全の基本権」という観念は、ドイツでは、まずイーゼンゼーの著書のタイトルで用いられ[35]、現在では、専門文献において常に言及される、標準的レパートリーとなっている[36]。

ただし、それは、安全の基本権がドイツにおいて確立しているという意味ではない。一九八九年の国法学者大会において、レスは、安全という国家目的が生命・健康・その他の基本権法益に対する、国家の保護義務を保障するとしながらも、「安全」という国家目的から安全の基本権を導出することはできないとしていた[37]。また、二〇〇三年の国法学者大会においても、ブルッガーとグズィが比較的詳しくこの概念を取り上げたが、後述のように、いずれも、安全の基本権に対して消極的である。

(二)　消極の論拠――1

このように、ドイツの学説は、安全の基本権に対して慎重な見解が支配的であるが、その理由づけは、大きく二つに分かれる。

まず第一は、安全を任とする国家機関の裁量を理由に、国家の客観法的義務と主観的権利との不対応を指摘する見解である。

(a)　ブルッガーは、安全の基本権を支持する論拠と、これに反対する論拠を挙げた上で、「具体的衡量問題に際して、両陣営の間にアクセントの相違は生じようが、差異は、劇的なものではない」とする[38]。彼の整理する賛成論拠は、国家の暴力独占から、少なくとも重大な危険が存在し、明白な責務がある場合には主観的権利が付与されるべきだというものであり、反対論拠は、私的自由と国家の規制の順序が逆転し、国家による侵害ではなく、市民による自由の行使が正当化を求められることになりかねない、というものである。この対立を劇的なもので

はないとするのは、次の理由からである。

安全の基本権の「発案者」[39]たちの主張も、はじめから抑制の効いたものであった。連邦憲法裁判所の判例も、国家および市民の安全が放棄し得ない憲法価値、国家目標であるとする一方、基本権の防御権的次元の優位を堅持した。過少な保護であると認定される場合には、保護義務が介入請求権へと凝縮することがありうるが、多くの場合、過剰侵害禁止と過小保護禁止との間には、明白な立法者および執行権の評価の余地が残る。[40]

(b)　確かに、この指摘自体は正当であろう。評価余地をどのように説明するかには、極めて複雑で本質的な対立があるが、[41]少なくとも国家の作為義務については、作為義務の構造から生じる手段選択の余地が第一次的判断権者に認められることに、争いはないためである。[42]

問題は、単なる立法者、執行権の評価の余地へと、安全の基本権論を矮小化してよいかである。安全という客観法上の国家任務の基本権化には、質の異なるものをつなぎ合わせるという、より本質的な問題があるのではないかと思われるためである。

(三)　消極の論拠——2

国家（目的）論を憲法学において論拠として援用する必要性はないとするメラースは、当然のことながら、国家目的論による基本権保護義務の基礎づけ自体を消極に解する。[43]また、国家目的論自体の評価はさておき、これを基本権化、特に主観的権利化することに対しては、国家任務としての安全はその性質上、主観的権利化になじまないとする、次のような批判がある。

(a)　まず、シュタルクは、国家目的、国家の任務としての安全と、基本権の要請としての保護義務との間に、質的断絶があることを指摘し、ドイツにおいて（さらに、ヨーロッパ諸国において）安全は、実質的には国家の客観的任務としてのみ観念されてきたと指摘する。[44]イーゼンゼーが保護義務を「再発見」と描写したのとは異なり、

シュタルクにとってそれは、「突然変異」以外の何物でもない。[45]

(b)　エンデルスは、[46] ホッブスからカント、ヘーゲル、フィヒテに至る思想家と、特に一九世紀前半までのドイツ国法学を参照することにより、個人の権利の保護（権利目的）と公益の客観的な保障（安全目的）との間に、根本的な差異があるとし、公益の保障を求める請求権が認容されたとすれば、この根本的差異が失われることになると指摘する。[47]

エンデルスは、「形式的な権利（保護）目的」と「実質的に特定された積極的目的（安全および福祉）」とを対置し、シュタールの形式的法治国家の定義もこの区別に従っているとする。[48] エンデルスによれば、市民社会にとって重要であったのは個人の等しい自由と財産権を、国家を通じて他の私人から保護することであり、権利保護秩序としての平和秩序である国家は、一般的で平等な私法の諸原則と刑法による制裁によって、この要求を十分に充足した。一般的な暴力独占に対応するのは、ここでは、権利保護目的である。これに対して、公益は、私法が対象として多数の個々人間の個別化可能な関係とは異なる、個別利益の保護を超える共通の利益として「新たに発見され、正当化された」。[49] 警察の任務は、公共の福祉のみを対象とするのであり、個人の利益ではない。個人は、さしあたり全体の一部としてのみ登場する。個人は、間接的に保護を受けるにすぎず、直接的な請求権を持つものではない。

(c)　これらの論者が国家任務と基本権、あるいは公法と私法の間の質的差異を理由とするのとは異なり、グズィは、両者の相対化を前提としつつ、次のように述べる。「新しい権利（＝安全の基本権――小山）の憲法的地位は、対立する基本権を制限することについての国家機関の権利および場合によっては義務を基礎づけるとされる。……かの新しい関心事は、一見すると、まさに自由と安全の最適な調整のように見える。これは、自由は基本権、

そして各人の下に、安全は国家任務、そして国家の手に、という二分法を溶解するものであるように見える。しかし、これが提供しうることは、この点に尽きている。新しい関心事は、基本権の新しい内容とはなり得ない」。安全は相対的なものであり、単純にあるとかないとか言えるものではない。その意味で、安全の基本権は「基本権の名宛人に対して、固有の任務の履行に際して法益保護を顧慮するよう求めるという、主観的権利の形式で定式化されたアピール」を基礎づけるにとどまる。「安全の基本権は、基本権保護義務を超えたところでは、せいぜい、アピール作用を持つに過ぎない」[50]。

㈣　検討

議論の前提にあるのは、安全は個人と結びついた観念なのか、個人を超えたところで観念すべきものなのか、という疑問である。個人権としての憲法上の基本権に結びつく限り、安全は、個人のためである。しかし、国家が責任を負うべき安全が、基本権保護義務を超えた部分においても成立するのであれば、これを個人的法益ないしは個人権に還元することはできない。アレクシーは、次のように指摘する。「われわれが『安全の基本権』という言葉を用いる場合、それはしばしば、総体として安全の権利に含まれるものを指す集合的名辞として用いられている。この非技術的意味において、『安全の基本権』を語ることができる。真性の安全の権利を語ることができないのは、安全が公共財だからである」[51]。

こうして、仮に安全の基本権という概念を用いるとしても、それが成立するのは、①個人の具体的な基本権法益に対する、第三者の侵害が存在し、②これについて、国家の具体的作為義務が成立するという、極めて限られた場合に限定されることになる[52]。いわば、二重のフィルターを通過したものだけが、安全の基本権として承認されることになる。しかし、このような限定を加えるのであれば、「安全」という言葉を用いること自体の適切性が問われることになろう。

基本権は、単数形ではない。相互の区画については、その憲法ごとの歴史的偶然性を伴うとしても、憲法は、複数形で基本権を保障している。そうであれば、問題となりうるのは、それぞれの基本権の保護義務としての内実であり、これに関して国家が負うところの作為義務の具体性である。「安全という国家任務」が、総称としてのみ理解できるものであり、その全体は各部分の集合であり、それ以上のものではないとすれば、[53]「安全」という集合的な名辞をここで用いるのは、むしろ誤解を招くことになろう。

2　「安全の中の自由」

「安全の中の自由」は、もとより、ヴィルヘルム・フォン・フンボルトに由来する言葉であるが、[54]九・一一後の脈略の中でテティンガーによって用いられ、日本でも知られるようになった。

(一)　安全の優位

「安全の中の自由」と「自由の中の安全」は、どちらが正しいというものではない。抽象的には、自由の享受は安全を前提とする。安全のために自由が一定の制約に服するのは、自由主義的法治国家においても自明のことであったし、安全を理由とした自由の制限は、まさに国家からの自由という、憲法上の限界に到達する。しかし、「安全の中の自由」論は、この自明の理を言うわけではない。

テティンガーの主張は、次のものである。[55]九・一一を経験した現在、今後数年間の政治の重要な目標となるのは、「安全の中の自由」である。自由と安全とのバランスは、常に最新の調整が図られねばならない。安全の要素を思い切って強化することなしには、自由な秩序はもはや保持できない。幻想に満ちた傍観も、警察国家をあわただしく求めることも適切ではない。現代の民主的法治国家において、現在の要求に適合した安全をいかにして適切に強化するかを、冷静に考えることが求められている。「情報自己決定権」のような重要な権利であって

も、現実を見据えた実践的整合に基づき、期間を限定した上でより強いコントロールに服させざるを得ない。銀行の秘密もまたテロリストへの資金提供との関係においてタブーではないし、大学の受講登録、教会の記録簿、公益企業の職員名簿もまたタブーではない。

その際、テティンガーは、「私は、九月一一日の悲劇が全く新しい知見をもたらしたとは思っていない。……攻撃の方式は確かに新しく、その象徴的意味は確かに極めて高く、それはテレビを通じてより一層強いものとなった。しかし、そのことが困難の末に獲得した法治国家の成果を危険にさらすものとなってはならない」とのグリムの発言[56]を引用し、「問題を鈍化したり、あるいは最小化しようとするもの」であると批判している。

(二)　場面分け論

次に、場面分けによって「安全の中の自由」の射程を探る見解を見ることにしたい。

(a)　カリースは、次のように説く[57]。「安全」および「法治国家・自由」を、部分的に重なり合う円として描くならば、国家任務としての安全は、一方では防御権に体現された法治国家原理の実質的内容と緊張関係に陥る。他方で、法治国家の安全・保護の次元[58]との関係では、国家任務としての安全は、共通の部分集合（Schnittmenge）を形成する。基本権の人間の尊厳としての内実を通じて、国家の尊重義務・保護義務は、他のあらゆる基本権の中に移植される。こうして、基本法二条二項一文[59]は、生命および身体の無傷性に対する国家の保護、すなわち身体的安全として主観化される。人間の尊厳の展開にとって不可欠な身体的安全の領域では、国家は最も広範に及ぶ侵害権限を持つ。国家の裁量は狭く、とりわけ人間の尊厳の核心に関わる場合には、ゼロに収縮する。このように略記される部分集合は、ある具体的事例において国家機関に衡量の余地が認められるのか、また、それがどこまで及ぶのかを判断するための、実質的拠り所を与える。その際、憲法という法規範の本質から、「軽、中、重」という三段階のスカラに分けるとすると、次のように記述することができる。

安全の中の自由という「政治的規準（politische Vorgabe）」は、身体的安全という部分集合の領域では「真」である。この場合、生命の保護は「重」であり、これに対して、自由（例えば、情報自己決定権）に対する侵害は「軽」であるため、衡量の余地は成立しない。この部分集合の外では、国家機関に衡量の余地が生じ、それに伴い、基本権侵害に際して高次の正当化が要求される。そこでは、次の公式が妥当する。「スライドするスカラの上で、一方における安全との距離、他方における自由との距離が大きければ大きいほど、……安全のために採られる国家の侵害の法治国家的正当化の必要は高くなる」。

(b)　これを適用するための具体的ルールおよび具体例としてカリースが挙げるのは、我田引水の観があるが、[60] 次のものである。①「市民の身体的安全との内容上の関連が希薄な措置に対しては、それだけ、自由という観点からの高い正当化が要求される」。例えば、環境的安全は、健康および身体的無傷性を含むものであるため、身体的安全に近接しているが、社会的安全および経済的安全はそうではない。②国家の措置が身体的安全に対して直接的に奉仕するのか、間接的に奉仕するのか。「国家の措置が市民の身体的安全の保護に間接的に関わるものであれば、それだけ、その措置に対する正当化の要請は高くなる」。例えば、バイオ・メトリックスの身分証明書への導入は、間接的であるため、自己決定権に対する強い侵害に当たり、立法者は、高次の正当化の要請に直面する。他方、危険な場所におけるビデオカメラによる監視は、身体的安全に直接に奉仕するものであるため、法治国家的観点からは容易に正当化できる。

㈢　検討

(a)　テティンガーが提唱した安全の中の自由論は、従来の法治国家の調整原理からの解放を求める一方、一定の期限を求めるほかは、新たな限界を示すものではない。[61] 安全の中の自由論は、日本においても同じ傾向を指向する論者がいるとされる一方で、強い批判も受けている。安全の中の自由論が、自由と安全の新たなバランスを

求めて警察ないし安全を目的とした国家の活動一般を自由主義的法治国家のくびきから解放するのであれば、同時に、新たなバランスの着地点が示されない限り、自由は、もう一つの古典的な敵である国家に対して無防備となろう。

その一方で、安全の中の自由論に対する対案が、自由主義的法治国家の墨守であるならば、安全のために環境保護や医薬品の認可等の分野で国家が現に行っている規制の多くを、違憲とせざるを得ないことになろう。しかし、生命・身体・財産権等に対する明らかで差し迫った危険が存在する場合にのみ国家は私人の活動を規制しうる、との法理を、医薬品の認可や原子力発電所の設置認可についても貫徹しようと考える者はいないであろう。この意味で、「安全の中の自由」は、射程の限定ないしは精緻化が必要だということになる。

(b)　カリースの衡量ルールの呈示は、そのような試みの一つであるが、そこには、多くの問題が残されている。カリースは、「安全の中の自由」を、自由と安全の論理的順序、あるいは自由の社会学的成立要件[62]から、衡量の余地なく安全が優先する場合を指すものという衡量の指針に置き換えた。しかし、身体的安全への近さおよび保護手段としての直接性を指標とした彼の衡量ルールには、国家の措置によって制約される基本権側の事情が十分に顧慮されていない。絶対的法益を保護するためであれば、すべての手段がいわば自動的に正当化されることになる。加えて、例示から明らかなように、環境保護と警察による情報自己決定権の侵害に対して、彼は、同じスカラを用いようとしている。

もとより、これらは、カリースの衡量ルールに固有の問題であり、直ちに「安全の中の自由」それ自体の否定につながるものではない。しかし、「安全の中の自由」の法命題としての適格性を問うことはできよう。カリース自身、「安全の中の自由」を「政治的規準」と形容していた。安全の中の自由論に意義があるとしても、それは、安全の基本権論と同じく、アピール作用の域を超えるものではないと見るべきであろう。特に連邦憲法裁判

所が、最近、ビデオカメラ監視（カリースはこれを容易に合憲にできるとした）や金融機関に対する自動的な口座情報の問い合わせ（テティンガーはこれを合憲とした）を（一部）違憲としたことが如実に示すように、具体的な基本権問題の解決には、およそ実践的意味を持たない。(63)

（32）関連文献を含め、小林武『平和的生存権の弁証』（二〇〇六年）を参照。

（33）BVerfGE 66, 39.

（34）BVerfGE 77, 170.

（35）*Isensee*,（前掲注（4））; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

（36）種々の基礎づけを含め、*R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 180 ff., 192 ff.

（37）*Ress*,（前掲注（2））VVDStRL 48, S. 90, 92.

（38）*Brugger*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 131 f.

（39）引用されているのは、イーゼンゼーとロッバースである。

（40）*Brugger*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 132.

（41）宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（二〇〇五年）二三六頁以下。

（42）*R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 421.

（43）*Möllers*,（前掲注（11））S. 207 f. これについては、小山（前掲注（3））法学研究八〇巻一二号一五七頁も参照。

（44）*Ch. Starck*, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: ders., Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46（特に、S. 64）を参照。邦訳として、シュタルク（小山訳）「基本権保護義務」名城法学四九巻一号（一九九九年）一八五頁以下。

（45）*Starck*,（前掲注（44））S. 72.

（46）*Ch. Enders*, Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, Der Staat 35（1996）, 351.

（47）同様の見解として、米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性（二・完）」東北大学法学七〇巻二号（二〇〇六年）一四四頁は、次のように指摘する。「個人の自由領域であるはずの〝私権〟を〝公益〟という名の下に包摂し、これによって国家による保護を要請する基本権保護義務論は、公法と私法の規範的区分を相対化し、〝私人の自律的意思〟の要素を無に帰せしめてしまう」。

（48）以下を含め、*Enders*,（前掲注（46））Der Staat 35, 365, 375.

（49）以下を含め、*Enders*,（前掲注（46））Der Staat 35, 368 f., 375

（50）*Gusy*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 169 f.

（51）*R. Alexy*, Aussprache, VVDStRL 63, S. 194 f.

（52）このような限定を加えるものとして、*Möstl*,（前掲注（25）), S. 84 ff.

（53）*Gusy*,（前掲注（1））VVDStRL 63, 167.

（54）*P.-J. Tettinger*, Freiheit in Sicherheit, in: FS für J. F. Kirchhof zum 75. Geburtstag, 2002, S. 281 ff. さらに、同（小山剛訳）「安全の中の自由」警察学論集五五巻一一号（二〇〇二年）一四四頁以下、吉田尚正「ドイツにおける『安全と自由』論と日本の治安への含意」自治研究八〇巻一一号（二〇〇四年）一一四頁。

（55）以下は、テティンガー（前掲注（54））の結論部分の要約である。

（56）*D. Grimm*, Der Spiegel, Nr. 44/2001, S. 41.

（57）以下は、*Calliess*,（前掲注（15））ZRP 2002, 1（6 f.）の要約である。

（58）カリースは、法治国家原理に「二重の委託」を読み込む。

（59）基本法二条二項一文は、「各人は、生命の権利および身体を害されない権利を有する」と規定する。

（60）カリースの教授資格請求論文のタイトルは、Rechtsstaat und Umweltstaat である。

（61）白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇七年）四五頁以下は、成田頼明、磯部力・櫻井敬子・田村正博を「安全の中の自由」論者として挙げている。白藤自身は、主としてデニンガーに依拠して、これを批判する。櫻井の反論は、同号二二〇頁以下（第二部会討論要旨）を参照。

(62) *Gusy*,（前掲注（1））VVDStRL 63, S. 164 f.

(63) BVerfG, 1 BvR 2368/06 vom 23. 2. 2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070223_1bvr236806.html; BverfGE 118, 168.

四　自由との調整

安全の基本権論、そして安全の中の自由論に、法命題としての給付能力の限界があるとすれば、その問題性は、つまるところ、「安全」を憲法上の概念として用いること自体の適否に帰着する。

1　「安全」への転換と「危険」への執着

安全は、国家目的論において公共の福祉の第一の内実であったとされる。このことから、次の二つのことを導き出すことが許されよう。

第一に、安全と自由の優劣関係を問うことは、公共の福祉と自由の優劣関係を問うに等しい。第二に、自由主義的法治国家は安全ではなく、危険に焦点を当てて、国家の介入の許容性を判断してきた。危険にかえて安全を持ち出すことは、比例原則および具体的危険による厳格な拘束から国家の介入の限界なり閾値を解き放つことには貢献するが、安全概念の中に新しい限界を同時に求めるのは、所詮は無理な企てである。

(a)　九・一一の以前から、日本においても、一九九四年の松本サリン事件、一九九五年の東京地下鉄サリン事件の結果、九五年に宗教法人法が改正され、「サリン等による人身被害の防止に関する法律」、「化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律」が制定された。また、一九九九年には、組織犯罪処罰法、通信傍受法のほか、「無差別大量殺人を行った団体の規制に関する法律」（オウム新法）が制定された。その後も、生活安全条例

や九・一一後の一連の立法に関連して、憲法学でも「安全」が考察対象になるとともに、安全のための基本権制限に対して、批判的検討が加えられてきた。[64]

しかし、安全が公共の福祉のある種の言い換えであるとすれば、この概念の漠然性を指摘しただけでは、事はおさまらない。安全のために自由を制限することができるか、という問いは、公共の福祉によって人権を制限できるか、という問いと同じ意味しか持たない。同様に、安全が多義的であるという指摘も、公共の福祉は多様な内実を含むという指摘と同じ意味しか持たない。人権と公共の福祉の関係を問うことは、含蓄のある議論を提供するが、いわゆる「公共の福祉三段論法」が支配した時代であればいざ知らず、基本権制限の具体的限界を画定する作業にとっては、ほとんど役に立たないであろう。安全に対する警戒的論調は、敵役との関係においてのみ、存在意義を持つことになる。[65]

(b)　「安全」がそのようなものであるとすれば、「安全のルネッサンス」という表現は、象徴的である。「危険」にかえて安全を持ち出すことには、自由主義的法治国家において失われた安全の法的意義の単なる回復ではなく、伝統的介入閾値からの解放の要求が含まれている。そして、国家の介入に具体的危険を要求する伝統的閾値が、今日、いたる所で通用力を失っていることは確かである。

カリースが、予防国家・事前配慮国家の問題にとって「シンボル的」であるとしたのは、[66]遺伝子工学施設の設置許可の取り消しを求める周辺住民の請求を認容した、カッセル上級行政裁判所の次のような裁判例である。[67]

「当裁判所の見解によれば、遺伝子工学的方法を利用する施設は、立法者の明示的な許容がある場合にのみ設置・操業が許される」。これは、基本法二条二項の保護法益について成立する、立法者の保護義務から生じる。……生命および身体の無傷性が問題となる限り、立法者は、遺伝子工学技術利用者の基本権を制限する、保護法律制定の権限を有し、

その義務を負うだけではない。この義務は、基本権主体の主観的請求権の主張とは無関係に、客観的に、保護義務思考から発生する。……基本法五条三項（学問・研究の自由）、一二条（職業の自由）、一四条（所有権）の基本権と二条二項の基本権とが抵触する場合には、「原理的に研究・職業・営業の自由が存在し、その制限に際して特別な理由づけが必要である、という事情は、生命および身体の無傷性の格別な重要性ゆえに、正反対に逆転する。すなわち、技術の利用こそが、人間に対するその広範な影響ゆえに、立法者の特別な許可を必要とするのである」。

この決定に対して、学説は一致して、基本権的自由と制限との原則―例外関係の逆転であると批判したが、[68] カリースが注目したのは、別のことである。それは、学説の批判は保護義務を援用した法律の留保の止揚に向けられており、結論に向けられているのではない、ということである。遺伝子工学の分野において、法律を定めた上で原則―例外を逆転させること自体は、批判されていないのである。

(c)　本稿では、「危険防御・事後配慮・損害排除から予防・事前配慮へ」、あるいは「回顧的で反作用的ではなく、予見的で目標志向的・将来志向的」、と特徴づけられる[69]諸問題へと立ち入ることはできない。[70] しかしながら、憲法学で危険という概念に代えて安全あるいは事前配慮を中心的概念として用いることに対しては、慎重であるべきであろう。それは、日常における基本権制限の多くにとって、危険が相変わらず有効な概念であり続けるためだけではない。後述のように、伝統的な介入閾値の前段階における国家の介入にとっても、少なくとも情報自己決定権に対する侵害の場面では、これは、侵害の正当化と同時にその限界を画定する、唯一の手がかりだと思われるためである。[71]

2　自由主義的法治国家と警察の情報活動

(一)　硬直的介入閾値の意義

(a)　一八八二年六月一四日、プロイセン上級行政裁判所は、「クロイツベルク判決」として後世に知られる判決を下した。[72] ベルリン・クロイツベルクの丘の上に建設された戦勝記念碑の保護を目的として、周辺住民に対して記念碑からの眺望および記念碑の景観を損なうような建築を禁止する警察命令が、プロイセン一般ラント法により付与された警察の職務の範囲を逸脱しているとされたのである。危険防御に限定された、自由主義的法治国家の警察概念への転轍である。[73]

(b)　原則として具体的危険が存在する場合にのみ、原因者を対象として、必要最小限度の範囲でのみ国家は個人の自由に介入できる、という自由主義的法治国家の命題には、今日なお、然るべき通用力があると考えるべきであろう。例えば、集会の自由に対する制限、特に、集会の禁止や解散命令が許されるのは、現在でも、重要な法益に対する、単なる憶測ではない、具体的危険が見込まれる場合だけなのである。[74]

他方、「危険」とは異なる「リスク」という概念が提唱され、浸透したことには、十分な理由がある。「環境に対する影響が事前に審査されていない活動から生じる、環境を害する帰結を受け入れた後、ようやくこれを公共に調和する範囲にまで限定する法」であったのでは、環境法は、もはや環境法ではない。[75] 科学的認識が限られている分野では、「危険」を想定することもできない。硬直的な介入閾値は、その硬直さゆえに、自由の保障に寄与した。しかし、不確実性が支配する領域において古典的危険防御モデルを強いるのは、無理強いである。

古典的危険防御モデルからの乖離の実例は、警察法の領域でも確認される。警察法の意味における危険防御が成り立つ条件は、一般に、次のように説かれている。危険防御は、損害の可能性、損害の経過、その発生の蓋然性を、一般的経験則に基づいて判断できることが前提となる。[76]「経験知に基づく判断可能性と、原則として見渡

すことのできる因果関係」が、「危険という法概念にとって不可欠」[77]なのである。そして、周知のように、①情報の事前調達、②介入閾値の緩和、③責任のない者の当事者性が、警察法の領域における古典的危険防御モデルからの乖離として指摘される[78]。

(c)　それでもなお、古典的危険防御モデルは、何がそこからの乖離であるのかを識別する指標として、意義を失うものではないと思われる。

ムースヴィークが的確に指摘するように、「緊張関係に陥るのは、自由が第三者との関係においても国家の措置によって保障され得、また、保障されなければならないためではなく、多くの場合に、そのような事例であるかどうかが不確実なためである」[79]。そのような不確実性の下、《古典的危険防御は現代のリスク社会においてリスクの事前配慮・リスク制御へと変遷した》として、危険防御をも含むものとしてリスク制御を観念すればすむのであろうか。

具体的危険こそが防御権と保護義務、自由と安全の比例的調整のための「蝶つがい」であり、危険防御は「法治国家の常態」であるとすれば[80]、具体的危険を前提としない介入は、当然のこととして正当化されるのではない。特に、一部の領域において予防が常態化していることから、警察による情報自己決定権への介入も当然に承認されると考えるべきではない。危険防御は、憲法の許容する侵害の唯一の場合ではないとしても、原形である。そこからの離脱や侵害の前倒しは、「前倒しが行われる目的の性質および重要性が、前倒しを正当化するものでなければならないという正当化の負担」[81]を負うと考えるべきであろう。

(二)　二種の「不確実性」

環境保護法制、原子力法制、薬事法制などの領域について、具体的危険が存在しない限り、規制を行うべきではないと主張する者はいないであろう。そこでは、「リスク」という言葉が用いられ、リスクの最小化が当然の

ように要求される。しかし、同じ者が、警察法の領域については、極めて抑制的な態度をとることを、どのようにして整合的に説明できるのだろうか。

(a)　リスク制御と、警察による事前の情報活動には、共通点がある。前者についても後者についても、危険―加害者という図式を当てはめることができない。両者はともに、伝統的な侵害要件が整う前の時点、すなわち危険の前域で行われる。[82] しかし、仮に両者が、全く同一の事象で領域のみを異にするのであれば、両者の間に、扱いの差異を設けることはできない。両者を別異に扱うのであれば、両者の間に決定的な相違点を見出さなければならない。

(b)　この問いに対する一つの説明が、次のものである。リスク制御が「構造的」不確実性の中で行われるのに対して、警察の情報収集活動について問題となるのは、原理的に解明可能な危険状態についての、「状況的」不確実性である。[83] 両者は、「経験知に基づく判断可能性と、原則として見渡すことのできる因果関係」に欠けるために行われる点では変わるものではない。しかし、古典的要件を満たすことのできない理由が異なる。

すなわち、リスクは蓋然性の程度について修正された危険なのではなく、構造的不確実性ゆえに危険の判断がはじめから不可能なものであり、それゆえ、危険とは異なる構成要件の構造を持つ。これに対して、警察の情報収集は、実は、リスク制御よりも危険防御に隣接している。メストルによれば、情報収集は、それ自体が損害発生の因果関係に対する介入を目的とするものではなく（この点で危険防御ともリスク制御とも異なる）、危険防御という主たる任務の履行のために行われるものであり、この主たる任務と結びついて、いわばその手段として位置づけられる。[84]「予防的安全保障の手段としての危険防御のコンセプトは、これによって放棄されるのではなく、その反対である。危険防御は、……危険についての十分な予測を支える認識水準を要求するのであり、危険の前域において情報が獲得されうることを前提とする」。[85]

(c)　この見解に従えば、警察の情報収集は、従来の危険防御の枠には収まらないが、リスク制御とも別のカテゴリーである。そうである以上、このカテゴリーに含まれる侵害は、危険防御、あるいは環境や科学技術についてリスク制御が許されることから、当然ないしは類推的に正当化されるものではない。状況的不確実性の中で、危険防御という主目的を無力化しないために、また、その限りで、認知されるのである。具体的危険の前域における情報事前配慮を行わなければ具体的危険を適時に認識することができない事情がある場合には、この必要不可欠性が認められ、その典型が組織犯罪対策やテロ対策だということになる。[86]

3　「監視社会」と法治国家

特にテロ等の組織犯罪を対象とした予防型の情報活動に対して、「監視社会」[87]という批判が加えられている。[88]通信傍受やビデオカメラによる特定の場所の監視など、具体的危険も具体的な危険の嫌疑も前提としない、「情報事前調達」[89]型の活動である。

連邦憲法裁判所は、具体的危険から離れた情報事前調達も直ちに違憲ではないとする一方で、法治国家的限界という枠付けをこれに与えた。[90]

(一)　原理的許容性

いわゆる戦略的監視等の措置も、「伝統的には危険防御の領域で具体的危険、刑事訴追の領域で十分な犯行の嫌疑として示されていた介入の閾値に欠けているというだけの理由で比例に反することになるわけではない」。「確かに監視は、嫌疑なしに行われる。加えて、基本権侵害は、不当な嫌疑にさらされるという一般的リスクに尽きているわけでもない。……すべての人が監視措置の客体となりうるのである。しかしながら、種々の目的は、G10法における侵害前提条件を、警察法・刑事訴訟におけるそれとは異なるように定めることを正当化する」。[91]

これは、具体的嫌疑なしに一定のキー・ワードを用いて国際通信の監視を許容することの合憲性が問われた事件であるが、この説示によって、連邦憲法裁判所は、戦略的監視は具体的な行為者と結びついた危険の嫌疑とも、行為と結びついた危険の嫌疑とも関わりなく行う網目スクリーン（Rasterfahndung）の手法であり、違憲であるとする異議申立人の主張を、明示的に退けた。別の判例でも、「立法者は、侵害権限の形成に際して伝統的危険概念に結びついた警察法上の侵害の限界に拘束されることを必ずしも強いられるわけではない」とされ、「立法者が危険状況についての新しい、または従来とは異なる認識を行うことは、その評価特権（Prärogative）に含まれることであり、そのような認識に基づいて、立法者が警察法の領域における伝統的な法治国家的拘束を継続的に発展させることを、憲法は原則として禁じるものではない」[92]と説かれている。

(二)　法治国家的限界

連邦憲法裁判所が情報事前調達の限界として設定した法治国家の諸条件には、①私的生活の核心領域に対する監視の禁止[93]のほか、②目的拘束の原則と規範の明確性・特定性、③比例原則、特に狭義の比例性がある。

(a)　情報自己決定権を確立した国勢調査判決[94]以来、連邦憲法裁判所が一貫して強く要請しているのが、目的拘束の原則[95]と、侵害を授権する規範の明確性・特定性である。

規範の明確性・特定性は、もとより、基本権の制限に際して一般的に妥当する要請であるが、判例によれば、この要請は「危険防御や刑事訴追の前域」において特に強く妥当する。

すなわち、「将来の犯罪行為に対する訴追準備や将来の犯罪行為の予防に際しては、危険防御やすでに行われた犯罪行為の訴追について展開された諸規準と同じ規準に結びつけることはできない」。具体的な危険状況を前提とした危険防御や、すでに実行された犯罪行為の嫌疑と結びついた刑事訴追とは異なり、危険防御や刑事訴追

の前域における将来生じうる犯罪行為に対する任務は、そのような関連性が欠けている。従って、「そのような状況において基本権侵害を予定するのであれば、立法者は、その契機となる犯罪行為や将来の犯行を示唆する事実について求められる要請を、前域探知の領域において予測の誤りのリスクが特に高いにもかかわらずこれを憲法上、容認しうるほど特定しうる形で記述しなければならない」[96]とされるのである。

規範の明確性・特定性の意義は、①当事者となる市民、②法律を執行する行政、③これを統制する裁判所、に分けて説かれている[97]。また、特定の目的のために取得されたデータの転用禁止（目的拘束）や、比例原則を適用する上でも、規範の明確性・特定性は、当然の前提となる[98]。このような意義にかんがみれば、合憲限定解釈による不明確・不特定な規定の救済は行われない[99]。

(b)　比例原則[100]は、①手段の適合性、②手段の必要性、③狭義の比例原則、という三つの部分原則から構成される。狭義の比例性は、「制限は基本権の重要性および意義に対して適切な関係になければならない」[101]という要請であるが、連邦憲法裁判所は、ここから、„je-desto"公式と呼ばれる特殊な衡量ルールを展開した。

この公式は、①基本権侵害の重大性、②発生しうる損害の重大性、③損害発生の蓋然性、という三変数間の均衡を求めるものであり、最近の判例[102]では、次のように定式化されている。「脅かされた、あるいはすでに発生した法益侵害が重大であれば重大であるほど、また、問題となる基本権侵害が重要でなければ重要でないほど、法益に対する危険やその侵害を推論させる蓋然性は低くてよいし、嫌疑の基礎となる事実も不確かであってよい」。連邦憲法裁判所は、実際に、いくつかの法律を„je-desto"公式に反するとして、排除した[103]。

(c)　これらの法治国家的統制は、法律または具体的措置が基本権を侵害するものであると観念されないことには、発動されない。通信の監視や住居の監視のように、個別の基本権（通信の秘密、住居の不可侵など）で保護された領域に対して行われる措置である場合には、基本権に対する侵害であることが当然の前提となる。一方、ビ

デオカメラによる犯罪多発地点の空間の監視や網目スクリーン捜査などについては、侵害的性格の有無が、そもそもの問題となる。

情報自己決定権の確立は、基本権に対する侵害、従って、法律上の根拠を要求する場面を著しく増大させた。これに関して、連邦憲法裁判所は、次のように説示している。「警察は、当初は法律による特別な授権なしに、法益を予防的に保護し、あるいは後の刑事訴追を容易にするために、危険の前域において情報を収集した。その種の観察や情報処理の措置は、長い間、基本権侵害であるとは位置づけられてこなかった。しかし、そのような措置の多数について侵害的性格が承認されるようになった後には、警察は、これに対して法治国家が求める特定性の要求を充足する侵害の授権を必要とするということが確立した（国勢調査判決を引用）[104]」。

(d)　侵害的性格の確認、規範の明確性・特定性が争点となった最近の判例に、犯罪多発地点をビデオカメラで監視したレーゲンスブルク市の措置を違憲とした、部会決定がある[105]。

(64)　「安全」という概念の含意の批判的検討として、西浦公「『安全』に関する憲法学的一考察」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力・下』（二〇〇三年）五五頁、森英樹「憲法学における『安全』と『安心』」藤田宙靖＝高橋和之『憲法論集：樋口陽一先生古稀記念』（二〇〇四年）五〇三頁、同「取扱注意のキーワード」法の科学三四号（二〇〇四年）四頁以下、石川裕一郎「『セキュリティ』と憲法学」憲法理論研究会編『現代社会と自治』（二〇〇四年）一三五頁、清水雅彦「『安全・安心』イデオロギーと統治の『危機』――治安政策に焦点を当てて」憲法理論研究会編『〝危機の時代〟と憲法』（二〇〇五年）一〇七頁、同「『安全』による自由の侵蝕」法律時報七五巻一一号（二〇〇三年）七六頁、生活安全条例研究会編『生活安全条例とは何か』（二〇〇五年）など。

(65)　もとより、このことの重要性を否定するものではない。そのような敵役として、後掲注（106）で後述する連邦内務大臣ショイブレの「防衛力ある法治国家」論を参照。

(66) *Ch. Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 28 f.

(67) Beschl. v. 6. 11. 1989, JZ 1990, 87 (89).

(68) *R. Wahl/J. Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 (555 ff.) は、本決定が基本権保護義務を「侵害名義」として扱っていると指摘し、これにより生じる損失として、①侵害的措置についての法律の留保、②行政が法律上の侵害前提条件の存在を証明しなければならないという負担、③法的安定性、④法治国家的配分原理を挙げている。二〇世紀における保護義務の発展が一九世紀の自由の保障を過去のものとしてはならず、また、行政や専門裁判所に対する憲法直接的な授権は、たとえ保護義務が一義的な要請に凝縮する場合であっても成立するものではないと指摘する。

(69) *I. Apel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 50.

(70) 詳しくは、山田洋「リスク管理と安全」公法研究六九号（二〇〇七年）六九頁。

(71) *Calliess*,（前掲注（66））S. 65 は、「法治国家から事前配慮型法治国家への変遷」を語る。

(72) PrOVGE 9, 353=DVBl. 1985, 219 (Neuabdruck). なお、*F. Schoch*, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, Der Staat 43 (2004), 347 を参照。

(73) 高田敏「現代行政の展開と警察法」公法研究三四号（一九七二年）二一九頁以下、米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性（一）」東北大学法学七〇巻一号（二〇〇六年）三三頁（四八頁以下）。

(74) 最判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁＝泉佐野市民会館事件、BVerfGE 69, 315 ＝ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（二〇〇三年）二四八頁（赤坂正浩）。

(75) *Calliess*,（前掲注（66））S. 157.

(76) *Calliess*,（前掲注（66））S. 155 f.

(77) *Möstl*,（前掲注（25））S. 190 f.

(78) *Schoch*,（前掲注（72））Der Staat 43, 347 (353 ff.).

(79) *D. Murswiek*, Aussprache, VVDStRL 63, S. 192.

(80) *Möstl*,（前掲注（25））S. 193.

（81）*Möstl,*（前掲注（25））S. 197.
（82）*Möstl,*（前掲注（25））S. 231 f.
（83）*Möstl,*（前掲注（25））S. 201 f.
（84）*Möstl,*（前掲注（25））S. 200, 208.
（85）*Möstl,*（前掲注（25））S. 209.
（86）*Möstl,*（前掲注（25））S. 226 f.
（87）特集として、「『監視社会』と市民的自由――法学からの批判的アプローチ」法律時報七五巻一二号（二〇〇三年）四頁以下、法律時報編集部編『新たな監視社会と市民的自由の現在』（二〇〇六年）、最近の論文として、小倉利丸「監視社会とプライバシー」法律時報七八巻四号（二〇〇六年）三三頁、塚田哲之「『監視社会』化の進行と人権論」法律時報七九巻八号（二〇〇七年）七〇頁、などがある。
（88）もとより、この批判は、生活安全条例のような非組織型犯罪の予防、国家ではなく、私人による監視カメラの設置等にも向けられる。
（89）*Möstl,*（前掲注（25））S. 208 ff.
（90）詳しくは、小山剛「『戦略的監視』と情報自己決定権――BVerfGE100, 313を中心に」慶應大学法学研究79巻6号（二〇〇六年）一頁。
（91）BVerfGE 100, 313（383）.
（92）BverfGE115, 320（360）.
（93）BVerfGE 109, 273.
（94）BVerfGE 65, 1=ドイツ憲法判例研究会編（前掲注（74））六〇頁（平松毅）、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（二〇〇一年）一三一頁以下、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集四二巻一号（一九九八年）一一五頁など。
（95）「匿名化されていない個人関連データの申告を強制するには、立法者が利用目的について領域に特化したかたちで、かつ、詳細に規定することに加え、申請がこの目的のために適合的であり必要であることが前提となる。匿名化されていないデータを、

不特定の目的または特定できない目的のために収集・蓄積してはならない。任務の履行のために個人関連データを収集する部署は、その目的を達成するのに必要な最小限にとどめなければならない。データの利用は、法律で特定された目的に限定される。データの自動処理がもたらす危険にかんがみれば、他への提供禁止および利用禁止を通じて、目的外使用に対する保護を行うことが必要である」。BVerfGE 65, 1 (46).

(96) BVerfGE 113, 348 (377 f.) を参照。

(97) 規範明確性・特定性の意義に関する教科書的な説示として、BVerfGE 110, 33 (53).

(98) BVerfGE 110, 33 (54 f.).

(99) BVerfGE 100, 313 (396). なお、規範明確性・特定性の要請に反するとされた事例に、BVerfGE 113, 348 がある。

(100) 比例原則一般については、クラウス・シュテルン（小山剛訳）「過度の侵害禁止と比例原則（一）（二・完）」名城法学四四巻二号（一九九四年）一五三頁以下、四四巻三号（一九九五年）一二五頁以下。

(101) BVerfGE 67, 157 (173).

(102) BVerfGE 115, 320 (360 f.).

(103) BVerfGE 100, 313 (390 ff.); 109, 273 (343 ff.); BVerfGE 115, 320 (368 f.).

(104) BVerfGE 110, 33 (56).

(105) BVerfG, 1 BvR 2368/06 vom 23.2.2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070223_1bvr236806.html

五　むすびにかえて

国家は、「安全」のために、あるいは基本権保護義務を履行するために、効果的な手段を用いて対処することができる。しかし、そこには、法治国家の画する限界がある。重要なのは、漠とした「安全」ではなく危険あるいはリスクの側から、また、漠とした「自由」ではなく具体的な基本権およびその制限の程度から、国家の介入の根拠お

よび限界を考えることである。憲法学が安全を今後も取り上げなければならないとすれば、それは、――国家目的という歴史的文脈あるいは国家の基本任務の確認をさておけば――安全と自由が無造作に対置されるためであり、また、その限りにおいてであろう。[106][107]

(106) そのような無造作な対置は、今なお続いている。その例として、連邦内務大臣ショイブレの次の発言を参照。「いずれにせよ、完全な安全は幻想である。国家による刑罰の威嚇や刑事訴追によっても、予防的犯罪対策によっても、テロの脅威を排除することはできない。しかしながら、――あるいは、まさにそれゆえに――我われは、最大の（optimal）解答を見出さねばならず、学習能力を持たねばならない。テロの脅威に対する完全な安全が存在しないということは、常に最大を模索することを免除するものではない。もし国家が特定の技術の使用を禁じられたり、国家による特定の技術の使用が胡散臭いと思われるようなことになれば、国家は、最大の模索を阻害されることになる」。市民は、国家に安全を保障するための行為の能力があり、人間として可能な限りのことを行うと確信できなければならない。「防衛力ある法治国家（wehrhafter Rechtsstaat）だけが、住民の信頼を獲得できるのである」。*Schäuble*, ZRP 2007, 210 (213).

(107) 一方、連邦憲法裁判所は、次のように説示している。法治国家に合致した手段でなければならないということは、「安全および国民の保護という根本的な国家目的に対しても妥当する。憲法は、立法者に対し、自由と安全との間の適切なバランスを求めている。このことは、絶対的な安全という目標の追求を排除するだけではない。そのような目標は、どのみち現実には達成できないし、また、自由の放棄という代償を払ってのみ達成されるものである。基本法は、さらに、事実に関わる諸事情の枠内で最大限の安全を樹立しようという目標の追求をも、法治国家の諸条件に従わせる」。そのような条件には、国家による侵害を防御する権利である基本権に対する不適切な侵害の禁止が含まれる。「この禁止は、国家の保護義務の限界でもある。……保護義務を履行する手段の選択に際して、国家は、その投入が憲法に合致する手段のみに限定される」。BVerfGE 115, 320 (357 f.).

なお、二〇〇八年初頭に、連邦憲法裁判所は立て続けに重要な判決を下した。その概要については、小山剛「監視国家と法治国家」ジュリスト一三五六号四八頁以下（二〇〇八年）、白藤博之「リスク社会下の警察行政」同誌八二頁以下を参照。