



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	ポッシャー, ラルフ; 米田, 雅宏//訳
Citation	北大法学論集, 65(4), 202 [131]-164 [169]
Issue Date	2014-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57465
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no4_07.pdf



国内治安法制における介入闘

—— 最近の憲法判例に照らして見たその体系 ——

ラルフ・ポッシャー
(Ralf Poscher)

米田 雅宏 (訳)

1. 翻訳
2. 解説

【1. 翻訳】

I 国内治安法制の展開

1990年代初頭の一連の警察法改正に続く、国内治安法制の地殻変動については既に多くの論者が論じている。この動きは2001年9月11日以降再び強まり¹、とりわけ諜報機関の活動の法的根拠²の創設や諜報機関と警察の協働活動をも取り込むものであった³。これに伴う諸変化は、危険を防御する法から危険を防

¹ 例えば2001年10月25日の Nds. SOG の改正 (GVBl. S. 664)、2002年1月9日の連邦刑事庁法 (BKAG) の改正 (BGBl. I, S. 361)、2004年3月2日の Rh.-Pf. POG の改正 (GVBl. S. 202)、2005年6月16日の HmbSOG の改正 (GVBl. S. 233) を参照。これらの法律改正についての包括的な概観は、C. Mayer, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2006.

² 例えば2002年1月9日のテロ制圧法 (TerrorBekämpfungG) 1条、2条、3条 (BGBl. I, S. 361)、2007年1月5日のテロ制圧法補充法 (TerrorBekämpfungErgG) 1条、3条、4条 (BGBl. I, S. 2)、参照。

³ 2006年12月22日のデータ共有法 (ATDG) (BGBl. I, S. 3409)。

御する法と危険に配慮する法への転換として記すことができよう⁴。危険に配慮する任務は各州の警察法に取り入れられ、広く“犯罪の予防的対処”として定義された。この任務は“犯罪を予防し将来の犯罪の訴追のために備えること”を含んでいたため⁵、一連邦憲法裁判所の見解によれば—この任務を挙げる各州の警察法は既に刑事法手続に係る連邦の競合的立法権限の領域（基本法74条1項1号）にまで足を踏み入れることになったのである⁶。

そして、これらの新しい任務規範の履行のために新たな介入権限が用意された。警察には広範囲に及ぶ新たな権限、とりわけ—必ずしもこれだけではないが⁷—データ取得並びに処理のための権限が整備されることとなった。2002年1月9日のテロ対策法⁸とこれを補充する2007年1月5日改正法⁹により、諜報機関¹⁰、連邦刑事庁¹¹、そして連邦警察（当時はまだ連邦国境警備隊¹²であったが）にも新しい—一部で包括的な—権限が認められることとなった。これに加え連邦改革の中では連邦刑事庁（BKA）の権限（基本法73条1項9 a号）が国際テ

⁴ H.-H. Trute, in : GS Jeand' Heur, 1999, S. 403ff. ; H. Schulze-Fielitz, in : H.-D. Horn (Hrsg.), FS Schmitt Glaeser, 2003, S. 407ff. ; H.-H. Trute, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501ff. ; C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382ff. u. a.

⁵ 例えば PolG NRW 1条1項2文。*犯罪の予防的対処。の任務は、バイエルン州、バーデン＝ヴュルテンブルク州、ヘッセン州、ザールラント州、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州では—必ずしも一般的には任務規範の中で規定されてはおらず—犯罪の予防的対処を授權する個別権限から明らかになっている。

⁶ BVerfGE 103, 21 (31) ; 113, 348 (367ff). 学説の議論状況については、O. Lepsius, Jura 2006, S. 929 (933).

⁷ 例えば PolG NRW 34条2項や34a条の、退去命令、住居立退き命令・帰宅禁止の権限や個々のデータ取得措置もまた、情報の取得という目的を越えて具体的危険の前領域において行動を制御する効果を持ちうる、ということのみここでは挙げておこう。これについては、BVerfGE 65,1 (42) ; 113, 29 (46), 115, 320 (354f) ; BVerfG, NVwZ 2007, S. 688 (691) ; BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (577).

⁸ BGBl. I, S. 361 - 375.

⁹ BGBl. I, S. 2 - 9.

¹⁰ 例えば、テロ制圧法1条3 b号、テロ制圧法補充法1条2号を見よ。

¹¹ 例えば、テロ制圧法10条2号を見よ。

¹² 例えば、テロ制圧法6条2号を見よ。

ロリズム対策にも及ぶこととなった¹³。オンライン検索といった広範囲に及ぶ新しい権限を規定した連邦刑事庁法改正も間近に迫っている¹⁴。さらに2006年12月22日の共同データ管理法¹⁵により、警察と課報機関は共同運営される情報システムを通じて初めて制度的に結びつけられることにもなった。

しかし仮に国勢調査判決やこれら法改正以前から既に警察と課報機関が危険に備えるべく情報を取得・管理していたとしても¹⁶、これは元々既に警察活動であったものが単に国勢調査判決¹⁷で示された基本権の要請に基づき法律形式でもたらされた、という話ではない。伝統的に警察には今日のような技術的能力、例えば音響ないし視覚による住居監視、車両ナンバーの自動認識、公共空間のビデオ監視、オンライン検索、GPS 位置探知¹⁸といった能力も、絶えず進化するデータの記憶能力や絶えず増大するデータをより効果的に加工する能力も自由に駆使することはできなかったのである。従ってこの度の新たな権限は、以前からあった実務を法化したり、これに一つ二つのオプション¹⁹を付け加えるといったようなものに止まるものではない。データ処理という現代的コンテキストにおいて技術的に可能になった警察の伝統的な活動形式もまた、執行措置と情報を駆使した全く新しい活動可能性と結びついて異なる質を帯びるに至っているのである。これは既に国勢調査判決²⁰で示された基本的な認識でもあったが、今ではデータ処理による照合という、同じく質的に新しい現象

¹³ 2006年8月28日の基本法改正法 (BGBl. I, S. 2034.) 1条6号 a, aa.

¹⁴ “BKA-Gesetz fast beschlussreif”, Der Tagesspiegel (2008年5月21日) (訳注: その後、2008年12月19日に連邦刑事庁法を改正する法律が連邦参議院で可決され、2009年1月1日に施行されている。)

¹⁵ BGBl. I, S. 3409 - 3415.

¹⁶ U.Stephán, VBl. BW 2005, S. 410 (410); B. Pieroth/B. Schlink/M. Kiesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 32.

¹⁷ BVerfGE 65, 1. (訳注: 解説として平松毅「自己情報決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社・2003) 60頁以下)

¹⁸ これに関しては、BVerfG, NJW 2007, S. 351.

¹⁹ この傾向を示すものとして、M. Möstl, DVBl. 2007, S. 581 (581f): 「ゆえに、既に存在するものの単なる法化に加え、新たな種類の警察権限の創出という状態にもなった。」; Stephan (FN 16), S. 410; Pieroth/Schlink/Kiesel (FN 16), § 1 Rn. 32.

²⁰ BVerfGE 65, 1 (42).

を扱うオンライン検索²¹判決においても引き続き確認されている。

危険配慮へと向かうこのような展開の諸要因についても既に多くの論者が論じている²²。それは、技術の進歩により高められた、警察と諜報機関による作戦活動の機会の増加のみならず、国内治安法制が対象とする潜在的な危険の変化にも認められる。技術の進歩は安全行政庁に対してのみならず組織的犯罪やテロリズムに対しても新たな可能性を与えることとなった²³。新しい情報テクノロジーは新たな種類の犯罪・テロネットワークを構築するための基盤を与えている。ヨーロッパ内における国境の撤廃やグローバリズムを特徴付ける国際的な人・商品・サービス・情報の増大する往来は、安全行政庁にとっての新たな課題である。安全行政庁は、情報の取得・処理という新たな手段でもってこれに対応しなければならない。この新たな手段に加えられるのは、危険配慮や危険阻止のための新たな戦略的構想である。これは、重大事件や都市中心部での事件を切っ掛けとしてビデオ監視や滞在禁止といった新たな活動権限の創設により初めて一部具体化されるものである。新技術の投入や事前配慮構想と結びついた、行政経済的な合理化作用²⁴もまた、このような動きを促進する形となっている。

この危険配慮の法の展開には、環境法並びに技術法との類似性が見られる²⁵。

²¹ BVerfG, NJW 2008, S. 822 (825f.). (訳注：解説として石村修「ドイツーオンライン判決」大沢秀介＝小山剛編『自由と安全—各国の理論と実務—』（商学社・2009）261頁以下。）

²² M. Kniesel, PFA-Schriftenreihe (3) 1996, S. 77ff. ; J. Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1999, S. 54ff. ; R. Pitschas, Speyerer Arbeitshefte Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 97ff. ; J. F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (361f.) ; Möstl (FN 19), S. 581f.

²³ Möstl (FN 19), S. 582.

²⁴ ビデオ監視と関連づけて、このような合理化の懸念を論じるものとして、例えば C. Schewe, NWVBl. 2004, S. 415 (420) ; 公行政に電子的データ処理を取り入れることによる経済性一般については、J. Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 6. Aufl. 2002, S. 65f. 国内治安法制における配慮のモチーフを「予防は治療よりもよい。また長い目で見ると安い。」と述べる、U. Volkmann, JZ 2006, S. 918 (919) も参照。

²⁵ Trute, in : GS Jeand'Heur (FN 4), S. 405 ; Albers (FN 22), S. 216. はこの類似性

制御理論の観点からは次のことが指摘されている。すなわち、環境法並びに技術法において既に、配慮領域における法律上の制御は制御すべき因果関係が高度に複雑であるがゆえに（危険防御の法における）既に具体化された危険よりも難しくなることが示されている、と。従って立法者はたいていの場合、曖昧な法律上の要件を状況に応じて具体化することを執行権に認める、枠の類いの要件を規定することに限られることになる。当然のことながら法律の規律密度が低下すると同時に行政に対する法的統制の可能性もまた低下することになる²⁶。

一連の変化の中にあるこれらの展開は、警察法ドグマーティクの中に表れている。プロイセン上級行政裁判所が下したクロイツベルク判決²⁷以来、具体的危険は警察措置の介入閾を示してきた。具体的危険が存在した場合に初めて警察は市民の自由と財産に介入することが認められた。しかし危険配慮のため警察が具体的危険の発生する前段階でも基本権に介入すべき場合には、その発生を警察措置で阻止するとされている具体的危険にもはや介入の限界は認め得ない。具体的危険に代わって登場するのは、危険状態・抽象的危险・危険の疑い・リスク・危険の推定である。かくして`具体的危険との決別、<sup>28</sup>`危機にある警察上の危険概念、²⁹、そして`危険閾の浸食、³⁰が語られることになる。

危険概念の意味喪失がもたらす直接的な帰結は`妨害者概念の浸食、である³¹。警察責任の所在は具体的危険の帰属を通じて決定される。しかし警察介入の限界が具体的危険を下回る場合、古典の意味における警察責任の中心的な前提条件は必然的に失われることになる。危険配慮のためには、警察責任を負う者のみならず、疑わしい者、接触者、同伴者³²、不可避免的に関連付けられる

を相対的なものとして見る。

²⁶ Trute, in : GS Jeand'Heur (FN 4), S.405f. ; 環境法について詳細に述べるものとして、R. Wahl/I. Appel, Prävention und Vorsorge, in : R. Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 72ff.

²⁷ PrOVG 9, 353ff. 同判決は、DVBl. 1985, S. 216ff. で新たに復刻されている。

²⁸ O. Müller, StV 1995, S. 602.

²⁹ D. Kugelmann, DÖV 2003, S. 781.

³⁰ Trute, in : GS Jeand'Heur (FN 4), S. 406.

³¹ Ebd., S. 410.

³² HSOG 17条2項、SächsPolG 42条1項2文（警察上の監視のための通告）。接

第三者、最終的にはすべての者に対して警察措置を向けることが可能になる。

特に比例適合性原則も、法治国家の浸食という渦に巻き込まれる³³。既に具体的になっている危険の防御や既に行使された犯罪の訴追とは異なり、危険配慮は比例適合性原則ではほぼ太刀打ちの出来ないダイナミズムを展開する³⁴。できる限り効果的な事前配慮を行うためにできる限りの多くの情報を収集することは、適格的であるのみならず、その効果を高めるためには必要でもある。また、9.11、マドリード、ロンドンで起きたようなテロ行為、あるいはさらに憂慮すべき襲撃を阻止することが求められる場合、情報を単に取得・保存・処理することがどうして不相当と言えるだろうか。比例適合性原則の裏をかき、その効果を失わしめているように見える配慮思考のダイナミズムは、既に比例適合性のみならず、その取扱い方法についても憲法上の基準へと高めることを要請している。これによれば、具体的危険に基づかない事前配慮措置は「それが比例適合的ではないという理由ではなく、常に比例適合的であるという理由によって、憲法違反である」³⁵ということになる。歴史的に見るならば、比例適合性原則がまさに警察法の中で崩壊の兆候を示しているということは悲劇的な展開である。というのも比例適合性原則は、プロイセン上級行政裁判所によって警察法において展開され³⁶、そこから行政法の中に、また続いて連邦憲法裁判所の医薬品判決³⁷により憲法の中に位置付けられたものだからである。

触者、同伴者の規定について憲法上の明確性を要求するものとして、BVerfG, NVwZ 2001, S. 1261 (1262) ; ちなみに刑事訴訟法の意味における接触者の形態については、BVerfGE 107, 299 (322) 参照。 ; 学説における議論状況については、Albers (FN 22), S. 290f. ; Trute, Die Verwaltung (FN 4), S. 517 ; F. Rachor, in: H. Liskén/E. Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Abschn. F, Rn. 344ff.

³³ Trute, in : GS Jeand'Heur (FN 4), S. 408ff. ; C. Enders, VVDStRL 64 (2005), S. 7 (46ff.); 予防の枠内における過剰禁止の意味一般については、D. Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994.

³⁴ Volkmann (FN 24), S. 919 ; Lepsius (FN 6), S. 931.

³⁵ Enders (FN 33), S. 47 ; Enders (ebd.), S. 46も参照。「徹底した配慮は明確な限界を知らない。」

³⁶ B. Remmert, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, 1995, 143ff.

³⁷ BVerfGE 7, 377 (407).

実体的統制基準によるコントロールが機能しなくなるのとともに、国内治安法制においても一他の配慮構想においてと同様一次第に手続による法治国家的補償³⁸に重要な意味が付与されることになる³⁹。裁判官留保、大臣留保、行政庁留保、通知義務、調査義務、修正義務、取消義務、また諜報機関の領域においては報告義務、評価義務といった議会による統制⁴⁰も、古典的警察法の法治国家的基準の浸食を埋めなければならない。

II 連邦憲法裁判所の反応

もともと連邦憲法裁判所は、国内治安法制のこのような展開をただ何もせず傍観するということはなかった。連邦憲法裁判所はその多くの判決において、事前配慮のダイナミズムを成りゆきにまかせた数多くの法規定や法適用に異議を唱えた。そこでの裁判所の判決は、特に、新たに制定された治安法律に対する実体的統制基準を展開させる努力によって形づくられている。裁判所は、不十分な実体的介入要件や介入閾は手続的な規律によって都合よく補填されるということはないと明確に指摘した⁴¹。補償思考という綱渡りの論理を踏まえるならば、実体的統制基準は伝統的な手続法・組織法による保障が解体されているところでも引き続き重要な意味をもつ。従って、例えば—共同データ管理法が定めるように—分離原則を制限するのであれば、警察と諜報機関の活動に対して高度の実質的正当化負担が、あるいはさらなる新しい手続法的保障が伴わなければならない。これらの諸判決はその憲法上の根拠を人間の尊厳の絶対

³⁸ 法における補償思考一般については、A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999.

³⁹ BVerfGE 100, 313 (383f.); BVerfG, NJW 2008, S. 822 (831, 834); SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (286); Trute, in: GS Jeand'Heuer (FN 4), S. 418 - 427; Albers (FN 22), S. 246ff., 335ff.; M. Kutscha, NVwZ 2003, S.1297; Schoch (FN 22), S. 367f.; S. Middel, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2006, S. 356ff.

⁴⁰ 2007年1月5日のテロ制圧法補充法11条 (BGBl. I, S. 9)。またテロ制圧法に関する連邦政府の評価報告書も見よ。BT-Drs.15/5506 (2005年5月12日)

⁴¹ BVerfGE 110, 33 (67f.).

的保障⁴²と明確性原則⁴³と並び、とりわけ比例適合性原則に見い出している。連邦憲法裁判所の判断は、その時々で介入の限界、危険に曝された法益、そして介入の程度という三つの極の関係性を測ることで形成されている⁴⁴。裁判所は様々な公益の違いを区別し、とりわけ強力な介入については、特別に重要な法益—身体、生命、自由、国家の存立⁴⁵—の保護のためにのみ正当化されると見なした⁴⁶。またこれらの判決では、その時々での介入の強度についても非常に慎重に検討されている。そこでは裁判所は、措置の名宛人に対する直接・間接の個別的侵害を踏まえるのみならず⁴⁷、意図しない行為制御的作用や萎縮作用をもたらし得る散乱的效果を備えた介入の場合にはとりわけ、その措置が全体として及ぼす効果をも考慮に入れている⁴⁸。

介入措置の程度と危険に曝される法益を測定することはほぼ問題はないが、介入の限界を測定することは判例においても学説においても全く不確実な状態にある。介入の限界を測定することが過剰禁止の遵守にとって決定的に重要であることは裁判所によってくり返し強調されているところである⁴⁹。しかし抽象的危険を、具体的危険、危険状態、リスクから厳密に区別するのは一体何で

⁴² BVerfGE 109, 279 (318ff.) (訳注：解説として平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社・2008）320頁以下）；115, 118 (151ff.)

⁴³ BVerfGE 113, 348 (375ff.)

⁴⁴ BVerfGE 100, 313 (376) (訳注：解説として小山剛「戦略的監視の限界」ドイツ憲法判例研究会編・前掲247頁以下）；113, 348 (382)；115, 320 (347)；特に、危険に曝された法益の意味については、BVerfG, NJW 2008, S. 822 (831)；BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (581).

⁴⁵ BVerfGE 115, 320 (346) (訳注：解説として徳本広孝「網目スクリーン捜査の法的統制」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂・2008）291頁）；BVerfG, NJW 2008, S. 822 (831).

⁴⁶ BVerfGE 100, 313 (392)；110, 33 (60)；113, 348 (358f.)

⁴⁷ BVerfGE, 93, 181(188)；107, 299 (320)；113, 348 (382)；BVerfG, NJW 2008, S. 822 (830).

⁴⁸ BVerfGE, 100, 313 (392)；107, 299 (320f.)；113, 348 (383)；115, 320 (354f.)；BVerfG, NJW 2008, S. 822 (830)；BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (577).

⁴⁹ BVerfGE 115, 320 (380)；BVerfG, NJW 2008, S. 822 (831)；BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (580f.)

あろうか。危険の疑い、危険の認定を正当化する事実、危険の事実上の手がかりは、それぞれ異なる危険闊なのであろうか。一部の判例は後者の問題について扱っている。犯罪対処法の個別規定に対する仮命令の事案において連邦憲法裁判所は、⁵⁰「信書、郵便及び通信の秘密の制限に関する法律、（基本法10条付属法。G10法）3条3項1文で規定されている「事実上の手がかり」というメルクマールを「特定の事実」⁵¹に置き換えた。しかしその本案判決では再びこの区別を放棄している。「『事実上の手がかり』という構成要件メルクマールは、判例においては時折『事実』のそれと比較してそれほど厳密なものとしては評価されていない。（・・・）このような異なる解釈は、本件においては問題になることはない。」⁵¹、と。この見解については、学説でも評価が分かれているところである⁵²。

個々の介入の限界がどのような関係にあるのか不明確であることは、国内治安法制における個々の介入措置の体系化において—これがそもそも試みられている限りにおいてであるが一整合的でないことの原因でもある。一部では事前配慮措置は抽象的危険を阻止する行為に分類されているが⁵³、他の論者は理論的理由から既にこれを不可能と見なしていた。というのも、抽象的危険は抽象的的一般的手段でもってのみ阻止することができるからである。ゆえに唯一警察命令のみが抽象的危険の阻止に寄与することになり⁵⁴、事前配慮措置はすべて危険の疑いに対する措置として分類されることになる⁵⁵。従って連邦憲法裁判所は、危険配慮の領域でも具体的危険が存在することを求める限り、既に理論的に不可能な要求をしていると非難されることになる。事前配慮措置において

⁵⁰ BVerfGE 93, 181; SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (284). も参照。

⁵¹ BVerfGE 110, 33 (60).

⁵² 連邦憲法裁判所の本案判決の意味においてとらえるのは、C. Gröpl, NJW 1996, S. 100 (102) ; H. - U. Paeffgen, StV 1999, S. 668 (677) ; M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 233 ; Rachor (FN 32), S. 462f. 二つの構成要件メルクマールに実質的な違いを認めるのは、K. Meixner, HSOG, 6. Aufl. 1994, S. 141f. ; H. Scholler/B. Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der BRD, 4. Aufl. 1999, S. 101.

⁵³ Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 16), § 5 Rn. 4.

⁵⁴ Möstl (FN 19), S. 587.

⁵⁵ Ebd., S. 584, 587.

はまさに具体的危険が存するか否かを確かめることが問題となるのであり、ゆえに「具体的危険にとって必要な蓋然性の程度も、危険防御にとって典型的な危険の具体性」⁵⁶も要求されてはならないのである。かくして介入の体系は、危険の疑いが様々な段階で分類される危険調査介入と具体的危険を根拠とした危険防御措置とに分かれることになる⁵⁷。

国内治安法制における介入措置の体系を組み立てることは、連邦憲法裁判所が採用する比例適合性ドグマティクにおいて重要な地位を占める危険のカテゴリー（但しその不明確性は顕著であるが）と、個々の介入目的—防御と調査—との関係が明らかにされることをその前提としている。従って以下では、蓋然性理論から導かれる様々な介入閾の分析に基づき、国内治安法制における介入措置の体系を説明することを試みる。その体系の中に連邦憲法裁判所が示した比例適合性判断を組み入れることで、その判断に対する理論的な問題点について検討することにした。

Ⅲ 理論的基礎：蓋然性判断の構造

危険のあらゆるカテゴリー—危険状況、抽象的危険、具体的危険、危険の疑い、危険の存在を認めることを正当化する事実、危険の事実上の手があり、リスク—に共通するは、これらすべてのカテゴリーには何らかの形で警察上の保護法益に対する損害発生の際の蓋然性が判断の基礎に置かれているということである。この蓋然性判断の特徴が認識され、また説明される限りにおいてのみ、個々のカテゴリーの相違や共通性もまた明らかとなる。ゆえに然るべき分析と説明のための基礎を提供するのは、蓋然性判断の理論的構造ということになる。

蓋然性判断は、事象の集合内における相対的頻度分布に基づいた命題として理解することができる⁵⁸。サイコロを振って偶数の目が出る蓋然性が0.5となる

⁵⁶ Ebd., S. 587.

⁵⁷ Ebd., S. 584.

⁵⁸ 蓋然性の頻度的説明あるいは統計的説明（その詳細は、W. Stehmüller, Personelle und Statistische Wahrscheinlichkeit, 1973）は、他の哲学的解釈と競合する。その最新の概観を与えるものとして、A. Hájek, Interpretations of Probability, in : E.N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2007 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/win2007/entries/probability-interpret/> さらに G. Gabriel, Wahrscheinlichkeitstheorie, Bd. 4, 2004,

蓋然性判断は、何度かサイコロを振ったクラスの中で偶数の目が出る結果と奇数の目が出る結果が均衡しているという観察に基づいている。ある一つのサイコロを振って偶数が出る蓋然性判断は、これまでに振ったサイコロのクラスにおける頻度分布の極限値の観察⁵⁹と、これから振るサイコロの結果を導き出す帰納的推論に基づいている。これまでの振ったサイコロのクラス内における偶数と奇数のサイコロ頻度分布が50%だった場合、この観察は、これから振るサイコロのクラス内での頻度分布も50%である（これは0.5の蓋然性に対応する）という帰納的な推論を正当化する。

これに基づく、あらゆる蓋然性判断は常に事象クラスと相対的な関係にあるということになる。例えば5つの面を持つサイコロを振って偶数が出る蓋然性判断では、偶数と奇数の数の頻度分布は5つの面を持つサイコロを振るクラス内で位置づけられることになろう。5つの面を持つサイコロを振るクラス内では偶数と奇数の頻度分布は奇数に有利なように変化する。従ってやはり個別にサイコロを振って偶数が出る蓋然性は0.5にはならない。

当然のことながら日常の蓋然性判断が統計的データに基づくことは稀である。むしろ日常の蓋然性判断は、主として相対的頻度分布に関する日常の経験に基づいている。車の往来が激しい道路において駐車車両の後ろでボール遊びをしている子供を見つけたとき、危険が迫っているという我々の判断は子供の交通事故に関する統計的知識に基づいているのではない。そうではなく、我々は統計的知識がなくても然るべき出来事に基づきこのクラスではしばしば事故が発生するということを認めるのである。確かにこのような日常の経験に基づ

S. 615. しかしながらいずれの解釈であっても、経験的頻度分布と蓋然性判断との関連性は顧慮しなければならない。これは、傾向性理論 (Propensitätstheorie) のような頻度的見解に近い見解のみならず、ベイズの主観的蓋然性理論にも当てはまる (ベイズの主観的蓋然性理論や主観理論にとって頻度分布が有する意味については、J. Weisberg, *Varieties of Bayesianism*, Manuskript, <http://www.utm.utoronto.ca/~weisber3/docs/Varieties.pdf>, 間もなく D. Gabbay/S. Hartmann/J. Woods (Hrsg.), *Handbook of the History of Logic*, edb., S. 18. に掲載)。頻度的説明は、国内治安法制における個々の危険判断の違いを説明するのに適しているため、本稿でも採用している。しかしこれら危険判断の違いは、別の解釈の枠内であっても表現することが可能でなければならない。

⁵⁹ 大数の法則、並びにその強法則・弱法則については、Gabriel (FN 58), S. 618.

く蓋然性判断は大雑把なものである。しかし数字で正確な蓋然性の値を算出することが重要なのではない。多い程度あるいは少ない程度の蓋然性という意味における、おおよその命題が重要なのである。また日常の経験に基づく蓋然性判断というものは、非常に乏しく、また統計的基準に比べ不十分な経験的基礎に基づいている点で誤りやすい。さら加えてこの判断は、経験的な根拠もなく肯定してしまう文化的並びに心理的な状況にも影響されうる。例えば飛行機による死亡事故の蓋然性は、事故統計は異なる結果を示しているにもかかわらずしばしば自動車によるそれよりも高いと直感的に判断されてしまう。

しかし日常的な蓋然性判断が相対的な頻度分布に関する日常的な受け取り方に基づくからといって、この判断が求められる事象クラスに対するその構造や相対性に何ら変わりはない。このことは、日常の蓋然性判断は経験的頻度分布に関する統計的知識によって否定されることもありうる、ということで示される。自動車事故と飛行機事故における死亡事故に関する統計が飛行機の乗員のクラス内よりも自動車の乗員のクラス内で多くの死傷者を出すことを示している場合には、もはや飛行機の利用は自動車のそれよりも危険であるという蓋然性判断を維持することはできない。

さて、このように対象とする事象クラスが蓋然性判断の結果にとって重要である場合、そのクラスがどのように形成されるかが問題となる。これは他方で蓋然性判断が基礎とする知識の範囲がどのようにして確定されるのかに決定的に依拠していることを意味する。このことは、例えば蓋然性判断が時間とともに推移するケースにおいて明らかである。イースターに雨が降る蓋然性の予想は、それがクリスマスに行われるのか聖金曜日に行われるのかによって全く異なる事象クラスと関連付けられることになる。聖金曜日においては非常に特殊な事情を取り入れたクラス形成を認める気象データが予測の基礎に置かれる一方、クリスマスにおいて予測の基礎に置かれるのは過去のイースターのクラスに関するもののみである。

蓋然性判断の基礎に置かれる知識の範囲は、時間的次元においてのみならず主観的な次元や内容的な次元においても異なって確定される⁶⁰。従って気象学者による天気に関する蓋然性判断は、日常の経験に基づいた蓋然性判断とは異なる結果になる。雲に覆われ全く気象学的データを用いることができないベテ

⁶⁰ これについては、R. Poscher, Gefahrenabwehr, 1999, S. 122ff.

ラン山岳ガイドは、自らの経験的知識に基づいて天気を予想する。例えば、突然北風が発生すると悪天候になる蓋然性が非常に高いため山岳隊の進行を中止しなければならない、という経験的知識がそれである。現場のデータに基づき形成されるこのような蓋然性判断は、気象学者が衛星画像に基づき警報の解除を発令することができることを理由にして誤っていると評価されることはない。山岳ガイドと気象学者の蓋然性判断はむしろ異なる知識範囲に基づいており、その異なる知識範囲のために蓋然性判断が形成されるクラスもまた異なって規定されるのである。ゆえに「突然の北風」というクラス内での悪天候の頻度は、「悪天候の兆候なき衛星画像」というクラス内でのそれとは異なる結果になるのである。

サイコロと天気予報に関する蓋然性判断に当てはまることは、国内治安法制の危険判断が基礎に置く異なる蓋然性判断にも当てはまる。国内治安法制における危険判断は、偶数か奇数かといった頻度分布や天候ではなく警察上の保護法益に対する損害の頻度を対象としているという点で内容的には異なるが、危険判断という点では蓋然性判断の一般的な構造的特徴を共有する。危険判断は事象クラス内における頻度分布を採用することで行われること、また危険判断にとってもその基礎の上でクラスが形成される知識の範囲や種類、方法が重要であるという特徴がそれである。

蓋然性判断は、事象クラスが様々な方法で形成されるということに加え、さらに蓋然性判断が対象とする結果がどの程度具体的であるかという点において区別することができる。蓋然性判断は、その対象がどの程度具体的に規定されるのかによっても相対的である。サイコロの例でいえば蓋然性は、その判断が特定の目の数（偶数・奇数）が出る蓋然性、つまり一般にある数字が出る蓋然性とかかわるのか、それともサイコロが縁の上で静止する蓋然性とかかわるのかで異なる。この例が分かりやすく示すように、蓋然性が判断されるべき結果が具体的であることは、蓋然性の程度と消極的な形で相関関係に立つ。逆に蓋然性が問題となる現象がより一般的になればなるほど蓋然性は高まる。危険判断との関連で言えばこのことは、危惧される損害が一般的また抽象的に把握されればされるほど肯定的な蓋然性判断結果が生まれるということを意味する。いつ、どこで、誰によって、どのような犯罪が犯されるかという蓋然性は、特定の日時あるいは場所で特定の人が特定の犯罪を犯すであろうという蓋然性よりも一通常は一高い。危惧される損害の具体化の要求が低ければ低いほど一層

肯定的な危険判断が生み出されることになるのである。

かくして蓋然性判断の理論的構造から国内治安法制の異なる危険カテゴリーを体系化する二つの側面が明らかとなる。一つは、事象クラスのような、蓋然性判断が対象とするところの種類、もう一つは危惧される損害の具体性の程度である。

IV 個々の介入閾

以下では、判例や学説で一定の役割を果たしている個々の介入閾を個別にまず分析し、次にその異なった適用可能性について問い、最後に判例で示された憲法上の条件との関係を示すこととしたい。

1. 一般的な危険状況

世間一般の議論においてのみならず連邦憲法裁判所の判決においても、一般的な危険状況という介入閾は一定の役割を果たしている。例えば国際通信による戦略的監視に関する判決では「連邦諜報機関による危険状況の十分な説明」⁶¹が要求されているところである。しかし、果たして一般的な危険状況の判断の基礎に置かれている蓋然性とは一体何であろうか。

一般的な危険状況とは、内容的には大まかな輪郭はあるが、しかしその他の時間的、場所的並びに人的には不特定である損害が発生する蓋然性を、ある特定の時点において認められるあらゆる有意な情報に基づいて判断するものである⁶²。蓋然性判断の頻度的説明によれば、これでもって、具体的に目前に迫っている襲撃と同じく有意な特徴示す社会情勢のクラス内においてテロ行為が発生する相対的頻度が見積もられている。事象クラスについて言えば、この一般

⁶¹ BVerfGE 100, 313 (378) — 執筆者による強調

⁶² 同じような形で構造化されているのは、基本法73条1項10 c号、87条1項2号の意味における「企図 (Bestrebung)」である。憲法敵対的な企図もまた、時間的にも場所的にも具体化されている必要はないが、内容的並びに人的にはいずれにせよおおまかに具体化されていなければならない損害に向けられている。これについては、BVerfGE 113, 63 (81- 83) を見よ。しかし企図についての判断は、危険判断とは異なり、蓋然性判断ではなく意思や行為の方向性の判断を前提としている。ゆえに憲法擁護庁は、憲法転覆という重大な蓋然性と全く結び付かない、特に意味のない企図もまた監視することができるのである。

的な危険状況の基礎に置かれている蓋然性判断は、具体的状況のメルクメールと結びついている。これは、例えば危険状況の時間的指数で示される。例えばアメリカでは、テロ攻撃を顧慮して宣言される一色でコード化された——一般的な危険レベルは、詳細な情報内容に応じて非常に短期間に変化しうる⁶³。一般的な危険レベルは、今日は黄色、明日はオレンジ、明後日は赤と変化しうる。

これに対し危惧される損害は、一般的な危険状況においては全く確定していない。G10法に基づく危険状況の評価では、危惧されている犯罪は一国家の存在を危険に曝しうるといったように一内容的に大まかに示されているにすぎず、時間的、場所的あるいは人的観点では具体化されていない。従って一般的な危険状況は、ある特定の犯罪の蓋然性を問うのではなく、いつどこで誰かによる何らかの特定の重大な犯罪が発生する蓋然性を問うものであるということになる。

では、一般的な危険状況はどのような種類の措置に根拠を与えうるのだろうか。基本的に一般的な危険状況は、調査措置にも防御措置にも根拠を与えることができる。一般的な危険状況に基づく危険防御措置としては、例えば外出禁止を挙げることができる。外出禁止は、犯罪の機会を一般的に制限することによって犯罪行為の高度の蓋然性を低下させることを試みるものである。外出禁止は、内容的には大まかな輪郭が与えられているが、その他の点では具体化されていない犯罪（略奪、強盗による襲撃など）に向けられている。

しかし戦略的通信監視の例が示すように、通常、危険状況は単に安全行政庁による調査権限に対して根拠を与えるに過ぎない。連邦憲法裁判所は自身の判決において、諜報機関では一般的な危険状況に基づく調査措置が許されることを原則として認めている⁶⁴。もちろんその際裁判所は、一般的な危険状況では、それほど強力でない介入を単に正当化する、非常に低い介入閾が問題になっていると説明している⁶⁵。これを示すのはオンライン搜索判決である⁶⁶。同判決は、

⁶³ 現在の「国家脅威レベル」は、<http://www.dhs.gov/xinfoschre/programs> で呼び出すことが可能である。

⁶⁴ BVerfGE 100, 313 (383) ; BVerfGE 67, 157 (171ff.) も見よ。

⁶⁵ BVerfGE 100, 313 (389f.)

⁶⁶ BVerfG, NJW 2008, S. 822 (831f.)

重大な介入の場合には、仮にそれが諜報機関によって実施される場合であっても、具体的危険が存在することを求めている。

他方で警察行政庁に関して連邦憲法裁判所は、一般的な危険状況に基づく介入措置を繰り返し否定している。裁判所で審理されたラスター捜査(Rasterfahndung)に関する警察法の規定は、確かに具体的危険を要求していたが、9.11の後、いくつかの下級裁判所はラスター捜査の命令には一般的な危険状況があることで十分であるとしていた⁶⁷。しかし連邦憲法裁判所は、これら判決では具体的危険が誤って認定されていると非難するのみならず、「立法者が高次の法益の保護のための措置を規定することが許されるのは、・・・ただ具体的危険が存在する場合のみである」⁶⁸とも確認している。同様に連邦憲法裁判所は自動車ナンバープレートの自動認識に関する判決において「漠然とした」警察の捜査を憲法違反とした⁶⁹。また州の憲法裁判所も秘密捜査に関する複数の判決において、警察が手がかりなきまま監視を行うには少なくとも抽象的危険が前提とされなければならないと指摘している⁷⁰。

これらの判決がどのように解釈されるべきかという問題は、幾分一貫しない結果となっている。これらの判決により、判定を下すべき介入が異なった強度を持つことについては簡単に説明がつく。そして、一般的な危険状況に基づく介入は一緊急ケースのみならず—ただ諜報機関によってのみ許され、その限りにおいて介入は情報取得といった比較的弱いものに限定されなければならない、ということもまた明らかにされている。一方で判決理由では「漠然とした」捜査は憲法上原則として許されないという一般的な定式も見られる⁷¹。しかしこの定式は戦略的通信監視に関する判決と矛盾しているように思われる。とい

⁶⁷ Volkmann (FN24), S. 918.

⁶⁸ BVerfGE 115, 320 (360).

⁶⁹ BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (581) (訳注：解説として實原隆志「ドイツ—N システム判決」大沢秀介＝小山剛編前掲・274頁以下)；BVerfGE 115, 320 (361) も見よ。

⁷⁰ MV VerfGH, LKV 2000, S. 149 (153f)；SächsVerfGE, SächsVBl. 2003, S. 247 (247)；BayVerfGH, NVwZ 2006, S. 1284 (1287) は、人や物の捜査のためには「高められた抽象的危険」が必要であるとしている。このような危険は例えば、状況認識にさらに犯人の特徴が付け加わった場合に認められるとされている。

⁷¹ BVerfGE 115, 320 (360f)；BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (581).

うのも、戦略的監視はまさに「漠然と」行われているからである。またさらにオンライン搜索判決では、警察と諜報機関に対するそれぞれの憲法上の要請に関し、介入による侵害という点ではいずれのケースでも同じであるためこれを区別する根拠は全くないとの指摘が見られる⁷²。しかし他方で裁判所はその次の段落では戦略的通信監視に関する自身の判例を挙げ、連邦諜報機関によって追求される特別な目的は「介入条件が、警察法あるいは刑事訴訟法におけるとは異なって規定される」⁷³ことを正当化としている。

この問題において介入閾に関するこのような区別を支えているのは、諜報機関に対する憲法上の活動委託⁷⁴である。この活動委託は、基本法78条1項10c号と基本法87条1項2文に基づき、既に明確に、危険の前領域で広範囲に認められる単なる企図並びに一般的危険状況に係る資料の収集と関連付けられている。機能的にも諜報機関の任務は、それが具体化した場合には警察行政庁によって執行されなければならない一般的な危険状況を（政府・議会など）政治家に適時に説明することである、とされている⁷⁵。そのため、警察行政庁が危険の前領域に広く配置された憲法上の任務委託に基づくといったことはできない。介入の程度を評価する際、諜報機関には執行権限が認められないという点に重要な意味が認められるのであり、諜報機関の情報が警察あるいは検察に転送された時に初めて、その監視による、さらなる基本権侵害が認められるのである。この場合には、当該データ転送規定は一般的危険状況よりも高い介入閾値を要求することが可能である⁷⁶。

2. 抽象的危険

抽象的危険は警察法の伝統的な概念であるにもかかわらず、しばしば明確に記述されることはない。その「本質は、個別ケースにおいて存在する（具体的）危険が問題となっているのではなく、『想定された』『仮説的な』危険が問題と

⁷² BVerfG, NJW 2008, S. 822 (832).

⁷³ Ebd.

⁷⁴ 同じことは、基本法73条1項10c号並びに87条1項2文の意味における単なる企図がもたらす基本権侵害に対しても妥当する。

⁷⁵ Piertoh/Schlink/Kniesel (FN16), § 2 Rn.18.

⁷⁶ BVerfGE 100, 313 (319f.) ; 110, 33 (71).

なっている（という点にある）。従って、抽象的危険にとって当該事実が現実
に証明されるということは重要ではない」⁷⁷。他に特徴を示したとしても、それ
はフィクションの類のものである。それは「具体的危険の想定された可能性に
過ぎない」⁷⁸。より詳細に言うならば、抽象的危険は「典型的に」存在する危険
を示すことを踏まえた諸規定である⁷⁹。

抽象的危険は、既に述べた蓋然性判断の構造の意味において、蓋然性判断が
形成される事象クラスが具体的状況のあらゆる有意な要素によってではなく単
に典型的な要素によって規定されるという点で、具体的危険と区別される。抽
象的危険判断の特徴は、事象クラスと関連しているという点にあるのではない
（事象クラスは頻度的説明ではすべての蓋然性判断と関わる。）。むしろ事象ク
ラスがどのように定義されるかという点にある。つまり抽象的危険判断ではそ
れは典型的な要素に基づいて、具体的危険では個別ケースのあらゆる有意な要
素に基づいて定義される。抽象的危険は、典型的な要素を取り出すことで、危
惧される損害にとって有意なその他具体的な状況の要素を考慮に入れないゆえ
に、抽象的なのである。

「ドアのないエレベーター（パケットエレベーター）」で事故が起きる抽象的
危険⁸⁰は、具体的な「ドアのないエレベーター」の有意な要素で定義されるク
ラス内での相対的頻度を問うことによってではなく、「ドアのないすべてのエ
レベーター」のクラスが基礎に置かれることで判断される。このクラスの中で
「すべてのエレベーター」のクラスよりも事故が高い頻度で示される場合には、
抽象的危険にとって、もはや具体的な「ドアのないエレベーター」がスポーツ
センターにあるか老人ホームにあるかは一仮にスポーツセンターにある「ドア

⁷⁷ J. Dietlein, in : J. Dietlein/M. Burgi/J. Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 73.

⁷⁸ E. Denninger, in : Liskén/Denninger (FN 32), Abschn. E, Rn. 42 ; H.- M. Wolfgang/M. Hendricks/M. Merz, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 1998, Rn. 235. も参照。

⁷⁹ D. Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Rn. 125 ; BVerwGE 116, 347 (351) も参照 ; W. - R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrechts, 4. Aufl. 2005, Rn. 70 ; Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 16), § 4 Rn. 9, 11.

⁸⁰ これについては、機械並びに製品安全法に関する第12次命令 3 条 1 項 1 号（昇降機令－12. GPSGV）参照。

のないエレベーター」が高い頻度で事故を起こすものではなかったとしても—重要ではない。

抽象的危険は、抽象的な蓋然性判断に基づくという点で具体的危険と区別されるのみならず、一般的危険状況とも区別される。一般的危険状況は、具体的状況において獲得しうる、危険にとって有意な結果にかかるすべての情報を基礎とした上で判断される。この判断は、確かに具体化されていない損害と関わるものであり、その限りで一般的なものであるが、しかし基礎に置かれたクラスがあらゆる事情に基づいており具体的状況の典型的なメルクマールだけで形成されているのではない限りにおいて、具体的な蓋然性判断によっている。確かに抽象的一般的危険判断も考えられる。例えば、自国による具体的な実状の検討がないまま友好国における診断からテロ行為の蓋然性が推論される場合である。しかしそのような抽象的一般的危険判断は、例えば G10法で諜報機関が具体的危険状況を説明しなければならない場合に要求されているものではない。戦略的通信監視もまた抽象的蓋然性判断に基づくものではない。戦略的通信監視は、国際通信が典型的に国家の存立を脅かす犯罪の準備・計画・遂行に寄与するといった抽象的蓋然性判断に基づくものではない。

抽象的危険が類型化された要素と結びついているということは、警察が抽象的危険を認定する際、抽象的危険が発生する典型的な事情を説明しなければならないという必要性に表れている。危険に曝されている、あるいは危険な場所です措置を講ずる場合、警察は、例えば危険に曝されている、あるいは自身が危険だとみなす場所の状況を書面化しなければならない⁸¹。その必要がないのは、立法者が自ら相応の抽象的危険判断を下している場合のみである。例えば覆面捜査⁸²がその例である。そこでは立法者は、国境を超える犯罪形態を考慮に入れた上で、国境に近い特定の場所や交通路を抽象的危険と見なしている⁸³。ここでは相応の説明責任が立法者に課せられることになる。もっともこの場合立法者は立法的評価特権 (legislative Einschätzungsprärogative) を用いることに

⁸¹ MV VerfGH, LKV 2000, S. 149 (156) ; Sächs VerfGH, SächsVBl. 2003, S. 247 (247).

⁸² BayPAG 13条 1 項 5 号 ; PolG BW 26条 1 項 6 号、HSOG 18条 2 項 6 号。

⁸³ 危険判断を立法者に委ねることに対する批判については、Möllers (FN 4), S. 383f.

なるが⁸⁴。

抽象的危険を防御する古典的な警察法上の手段は、警察命令である。しかし学説におけるその評価に反し⁸⁵、抽象的危険は抽象の一般的規律によってのみならず個別措置によっても防御することができる。その例は、危険に曝されている、あるいは危険な場所での犯罪の兆候なき人の監視や国境地域での覆面捜査の枠組みにおいて、また公共空間におけるビデオ監視を通じて用いられる、検査並びに監視制度 (Kontroll- und Überwachungsregime) である。この検査並びに監視制度は、典型的に危険なあるいは危険に曝された場所と結びついている。これらの場所を基礎とした蓋然性判断は、個々の検査あるいは監視においては具体的事情を考慮することなく専ら場所の類型とのみ結びついている。検査並びに監視制度による措置は、確かに具体的危険の発見にも貢献するが、しかしこの措置はその威嚇効果によって当該危険が発生しないこと、あるいは少なくとも損害をもたらさないことにも貢献するという点で二重の機能を担っている。例えばビデオ監視に関する連邦憲法裁判所の判決も、この措置は「負担を課す高権的措置を準備するとともに、当該場所を利用する人々の行為を制御する」⁸⁶ことに貢献すると確認している。

抽象的危険は、警察措置が原則として許される介入閾値である。もちろん介入閾値に達していなければならない。ヘッセン州並びにシュレスヴィヒ=ホルシュタイン州警察法の車両ナンバー自動認識規定に関し連邦憲法裁判所は、「この車両ナンバー自動認識は、具体的地域の状況（例えば、連邦国境近くの公道での走行）や、犯罪多発地点に関する書面化された状況認識が法益危険や毀損の高いリスクを示す手がかりを与えるような状況に限定されていない」⁸⁷と警告している。

個別的な措置が抽象的危険を根拠にして行われる場合、当該措置は通常、さらなる情報を入手するための措置に限られる。専ら抽象的危険のみに基づいて措置が講じられるのであれば、さらなる介入を必要とさせる情報は個別のケー

⁸⁴ Möllers (FN 4), S. 385. 立法者の評価特権一般については、H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Bd. 2, Art. 20 Rn. 190ff.

⁸⁵ Möstl (FN 19), S. 587.

⁸⁶ BVerfG, NVwZ 2007, S. 688 (691).

⁸⁷ BVerfG, DVBl. 2008, S. 575 (581).

スにおいてまだ全く存在しないということになる。さらなる情報から、あるいはそうでなければ目下存在する情報から具体的危険の兆候が明らかとなった場合にはじめて、さらなる介入措置が検討されるのである。個別ケースにおける情報が具体的危険判断を容認するものである以上、抽象的危険のみに基づくさらなる措置は比例適合的ではないということになる⁸⁸。ゆえに、警察法に予め規定されている抽象的危険に基づく個別措置は、典型的には身元確認や物や人の搜索に限定されているのである⁸⁹。

抽象的危険を根拠とする措置が特に強い強度を持つとされるのは、その時々個別基本権に対する作用というよりも、原則としてあらゆる者を個別ケースの手がかりなしに取り込んでしまうその広範囲な作用に認められる。この特別な強度ゆえに連邦憲法裁判所は公共空間のビデオ監視のケースにおいて、憲法上の明確性の原則から十分に具体化された介入授權の必要性を導き出したのである⁹⁰。抽象的危険を根拠とした措置は通常これに相応した散乱効果を示すため、この命題は一般化されてもよいだろう。警察によるデータ取得のための一般条項は、抽象的危険のみを根拠とした、あらゆる者に対する理由なき措置を決して正当化し得ないのである。

3. 具体的危険

具体的危険は警察活動の古典的な介入閾とされている。ここでいう具体性には二つの側面がある。第一に具体的危険は、損害発生にとって有意なあらゆる具体的状況の指標に基づく事象クラスに対して蓋然性判断が下される点に特徴が認められる。「ドアのないエレベーター」に由来する具体的危険の判断では、事象クラス形成のために、具体的エレベーターのあらゆる有意な指標を取り入れなければならない。従って、その具体的なエレベーターがスポーツトレーニング施設に存在するのであれば、競技スポーツ選手によって専ら利用される

⁸⁸ 抽象的危険に基づいた個別措置における、比例適合性原則のこの二重のアプローチは、なぜ警察の個別措置が警察命令とは異なり、情報入手といったより強度の弱い介入に限定されるのかを明らかにしている。

⁸⁹ 例えば、PolG NRW 12条、39条、40条。

⁹⁰ BVerfG, NVwZ 2007, S. 688 (691); BVerfGE 110, 33 (53ff.); 113, 348 (375ff.) も参照。

「ドアなしエレベーター」クラス内での事故の頻度が問われなければならない。具体的な危険判断は抽象的な危険判断とは異なり、具体的事情の、損害に有意なすべての指標に基づくがゆえに、具体的なのである。有罪が下された犯人のDNAデータの取得並びに保存に関する連邦憲法裁判所の判決では再犯の蓋然性が問題になったが、裁判所は、再犯の蓋然性判断では個別ケースのあらゆる有意な事情が取り入れられるのであって、一般的な再犯率や犯罪統計のみに基づくことはないという点を最も重要視した⁹¹。再犯率や犯罪統計が基礎付けることができるのは抽象的危険のみである。しかし法律や連邦憲法裁判所は、具体的な蓋然性判断を要求しているのである。

第二に具体的危険は、危惧される損害が一定程度具体化されていなければならないという意味においても具体的である。危惧される損害は、時間的、内容的な次元において、また場所的、人的な次元において様々な具体的に説明することができる。例えば洪水による堤防決壊のおそれがある場合、その損害発生はすべての次元において明確に説明することができる。洪水の発生時点は川の速度に基づき時間単位で正確に予見することができるし、内容的次元では洪水の危険が問題となっており、場所的次元では決壊のおそれがある脆弱な箇所がしばしば知られている、と説明することができる。人的次元では、犠牲者に関しては住民が問題となっているが、原因に関しては特定の人とは無関係である危険が問題となっていると説明することができる。

裁判所がこの上記二つの具体性の側面を要求していることは、例えば、ニーダーザクセン州警察法に関する判決が明らかにしている。まず裁判所は、通信並びに郵便監督に関する権限行使には具体的事実に基づく、特定人物による非常に重大な犯罪の蓋然性の判断が必要であることを認めている⁹²。これは、それ自体としては十分ではない「単なる推定や一般的経験則とを区別するものである。しかしながら、この構成要件メルクマールは、将来の犯罪との関連性という点において明確性の要求を満たしていない。・・・考えられうる犯罪指標や犯罪へと進展する蓋然性の程度の点でも、また時間の点でも、この法律は

⁹¹ BVerfGE 103, 21 (39); BVerfG, NJW 2001, S. 2320 (2321).

⁹² かくして裁判所は、適切にもこの構成要件は抽象的危険を規律していないと見ていた。BVerfGE 110, 33 (61) も見よ。Lepsius (FN 6), S. 930. も参照。

緩和することを想定してはいない」⁹³。つまりこの構成要件は、時間的にも場所的にも内容的にも具体化されていない損害と結び付けられているため明確性の要求を満たすものではないが、しかし通信並びに郵便の監督といった非常に重大な介入には、具体的な危険判断あるいはそうでなければ詳細に具体化された構成要件を必要としているのである⁹⁴。

危惧される損害の具体化によって、具体的危険は危険状況と区別される。具体的危険と同じく危険状況もまた具体的な蓋然性判断を基礎に置いている。確かに危険状況も、場合によっては損害と内容的（重大な犯罪、テロ攻撃等）に関連することもあるが、しかし時間的に場所的に人的には関連していない。危険状況は、具体化された損害に対する具体的蓋然性を示すものではなく、未だ確定していない損害が起きるであろうという具体的蓋然性を示すものなのである。

この具体性の二つの側面を区別すると、危険解明に寄与する危険調査措置の介入閾として具体的危険の必要性をどの程度まで要求することができるかも明確に示することができる⁹⁵。もし危険防御措置が、未だ具体化されてはいるが危惧されている個々の損害状況に向けられるのであれば、解明措置は危険防御措置におけるのと同程度の蓋然性を示す具体的な危険判断に基づくことができる。例えば妨害者調査介入におけるケースがそれである。そこでは危険は確認されるが、しかし人的観点においては誰がその危険に対して責任を負うのか調

⁹³ BVerfGE, 113, 348 (378f.).

⁹⁴ BVerfGE 110, 33 (58ff.) も見よ。一部の裁判所では、刑事訴訟法に分類される刑事訴追配慮のコンテキストにおいて比較的大雑把な処理がなされている。例えば裁判所は DNA データの取得並びに保存を、危惧される再犯を踏まえて合憲と見なしている (BVerfGE 103, 21 (39) 並びに BVerfG, NJW 2001, S. 2320 (2321)). 危惧される損害結果が責任者の人的次元においてのみ内容的に具体化されており、また危惧される再犯の種類によっては大まかに規定されているが、時間的にも場所的にも具体化されていないにも関わらずである。この評価には、関係者が既に具体的な行為に基づき既に有罪と判断されたという事実や、刑事訴訟配慮の枠内において伝統的な身元確認措置と機能的に近接していること、また比較的弱い介入であるということも、大きな役割を果たしていると言ってよいだろう。

⁹⁵ Möstl (FN 19), S. 587. 参照。

査されなければならない。地下水で有害物質が発見された場合、飲み水が汚染されている具体的危険が確認されることになる。この定まった危険を基礎にして、次に責任者の搜索と汚染原因の解明に寄与する調査措置を講ずることができる⁹⁶。

以上のことは、例えば連邦憲法裁判所がラスター捜査において具体的危険が存在していることを求めているケースにおいても異ならない。まず、具体的危険を求めているということは、すなわち、具体的に存在している事情を無視し専ら抽象的危険判断に基づいてラスター捜査を行うことは許されない、ということの意味している。従って、個別ケースにおける具体的状況をさらに調査することなく、大まかな評価に基づき後続犯罪の蓋然性があるという専ら抽象的判断に基づいたラスター捜査は、許されない。また具体的危険を求めているということは、一般的な危険状況に関する判断のみに基づいてラスター捜査を行うことはできないということも意味している。一般的危険状況は、損害発生にとって有意な、危険状況のあらゆる事情を考慮に入れ、不特定の時間に不特定な場所で不特定の行為者によって不特定の犠牲者に対する攻撃が行われる一定の蓋然性があると定式化できる、ということでも十分ではない。むしろ裁判所は、具体的事実に基づいた、損害のある程度の具体性を要求しているのである。もっともこのことは、危惧される損害が既にすべての次元において具体化されなければならないことを意味するものでない。危惧される損害の具体化は様々な次元において段階的なものである。危惧される損害が全く具体化されることなくラスター捜査が行われることを排除することによって、裁判所は、少なくとも時間的・場所的若しくは人的観点において具体化されていることを要求しているのである。いずれにせよ、幾つかの側面において一般的な危険状況に関する判断よりさらに具体化された損害の具体的な蓋然性判断を基礎にして初めて、ラスター捜査を用いて他方面でも危険を解明することが試みられうるのである。具体的危険が危険防御措置に対する古典的な介入の前提条件である場合であっても、これを危険調査措置の前提条件とすることも認めない如何なる理論の根拠も存在しない⁹⁷。

⁹⁶ VGH Mannheim, DÖV 1985, S. 687 (687f) ; VGH Kassel, DÖV 1987, S. 260 (260) ; VGH Mannheim, NVwZ 1991, S. 491 (492).

⁹⁷ 具体的危険の条件下で行われるラスター捜査が実務上重要であることについ

特に強力な基本権介入が過剰介入禁止の要請を前にして正当化されなければならない場合には、判例上具体的危険は、ラスター捜査との関連においてのみならず介入閾としても採用されている。例えば車両ナンバー自動認識判決において連邦憲法裁判所は、自動認識の投入が具体的危険の防御に限定されたのであれば比例適合性原則は遵守されたであろうと強く述べている⁹⁸。さらに同裁判所はブランデンブルク警察法の規定に注意を促している。同規定は、確かに自動認識の手段を用いて取得されたデータを特に介入の程度が強い形で広範囲に用いる目的を定めているが、しかし介入の条件を狭く制限している⁹⁹。同法が定めるその制限とは、差し迫った具体的危険による制限である¹⁰⁰。そして、強力な介入には具体的危険が必要であるというその憲法上の根拠は、(捜索が行われる場合に初めてでなく)住居の不可侵に対する単なる介入や制限であっても既に差し迫った具体的危険の存在を要求する基本法13条7項に求められている。

4. 危険の疑い、事実、そして事実上の手がかり

危険の疑いについて取り組むことは非常に困難を伴う。というのも、理論的な問題、法律の解釈の問題、用語の問題、憲法の問題をそれぞれ分けて論じなければならないからである。まず理論的な観点から言うと、危険の疑いは、蓋然性判断の基礎をなすクラスの種類によって、具体的危険と区別される。具体的危険では蓋然性は客観的に認識可能なあらゆる具体的事実に基づいて判断される一方、危険の疑いではそれは注意深い官吏であれば認識可能な具体的な状況に基づいて判断される¹⁰¹。仮に住居から聞こえてきた老婆の叫び声が強盗によるものであるのか夜の刑事ドラマによるものであるのか警察官吏に認識できなかったとしても、その老婆が事実として刑事ドラマを楽しんでいたということであれば、老婆に命の危機はなかったということになる¹⁰²。老婆が一大きな

て懐疑的な立場を示すのは、Volkmann (FN 24), S. 919. しかし、そこでは異なった側面を有する拡散幅や具体化の程度については論じられていない。

⁹⁸ BVerfGE, DVBl. 2008, S. 575 (581).

⁹⁹ Ebd., S. 582.

¹⁰⁰ BdgPolG 36 a 条

¹⁰¹ Poscher (FN 60), S. 118ff.

¹⁰² 類似の事案については、VG Berlin, NJW 1991, S. 2854.

音で一刑事ドラマを見ているという事象クラスは損害発生の高い頻度を何ら示すものではない。従って警察官吏は、仮にドアをこじ開けてしまったのであれば、その老婆に対しなぜ危険を免れてよかったのかではなく自らの誤解について説明することになろう。

具体的危険とは異なり危険の疑いにおける蓋然性は、官吏にとって主観的に認識可能な具体的状況を基礎にして判断される。確かに官吏は、叫び声はひょっとするとテレビかもしれないと推測することはできるが、しかしその叫び声が真実らしく聞こえる場合には強盗の可能性もありうる。そこで官吏は、住居から真実らしく聞こえる叫び声を聞いたというクラス内で蓋然性判断を形成するのである。確かにこのクラスでは現実には強盗である頻度は僅かかもしれないが、このクラスの中には多くのリアルな強盗が含まれている。問題になっている法益の重要性を踏まえるとこの蓋然性は、一客観的な一危険に対するそれとは異なるクラスを通じて判定されるにもかかわらず、具体的危険に要求される程度にまで達するのである。

なお両者、すなわち具体的危険と危険の疑いは、蓋然性がその時々であらゆる、あるいは少なくとも主観的に認識可能なあらゆる具体的個別の事情を基にして判断されなければならない、という点で抽象的危険と区別される。また両者は、危惧される損害がいずれにせよ二、三の次元において十分に具体化されているという点で、一般的な危険状況とも区別される。

次に法律の解釈の問題との関連では、危険の疑いの状況をどのように扱うべきかという問題が生じる。警察法は伝統的に、重要な法律規定の文言やその法体系の中では具体的危険に照準を合わせ、危険の疑いについては考慮に入れない¹⁰³。しかし他方で危険の疑いは実際上非常に重要な問題状況を生み出す。というのも、安全行政庁は予め客観的に入手可能な情報をすべて手に入れることができないまま、しばしば時間的制約の下で活動しなければならないからである。判例や支配的学説は、介入の適法性の問題においては危険概念を主観化しつつ¹⁰⁴、費用や損害賠償など、いわゆる二次レベルの問題において初めて

¹⁰³ Poscher, (Fn.60), S. 151ff.

¹⁰⁴ このドグマーティッシュな戦略は、問題の手続法上の次元を間違えており、この問題は証明度の軽減によってのみ最終的に解決することができることにつき、Poscher (Fn.60), S. 164ff.; ders., NVwZ 2001, S. 141 (145ff.).

元に戻り、古典的一客観的一危険の有無に応じて危険概念を区別する態度をとっている。従って介入措置の適法性判断では、危険と危険の疑いは法律解釈においては同置されているのである。

しかし危険の疑いの概念は警察法ドグマリーティクの一つの体系的概念に過ぎない。警察法その他の治安法律にはこの概念は表出ししない。むしろこれらの法律は、特に法律上規定された危険調査措置において主観による介入の必要性を客観的危険と区別するため、伝統的に、特定の損害が発生すると「認めることを正当化する事実」¹⁰⁵というような表現を用いている。しかし事案の中ではこの表現は、ほかならぬ危険の疑いにも基礎においている蓋然性判断を示している。適切にもこのような主観化には、危険の客観的な存在ではなく、危険の主観的な認定を正当化する蓋然性のみが求められているということが示されている。危険を主観的に認定することが正当化されるのは、活動する官吏にとって認識可能な具体的状況における事実が損害発生 of 積極的な蓋然性判断を導く場合である。

—いづれにせよ今日の支配的見解によれば—法律の解釈において、具体的危険、危険の疑い、そして危険の認定を正当化する事実、介入の適法性の問題では同じものとみなされている。裁判所が法律レベルのこの解釈論上の展開を憲法上問題視していたかどうかは連邦憲法裁判所の判決からは明らかではない。しかし裁判所が一部で具体的危険の必要性¹⁰⁶や危険の認定を正当化する事実の必要性¹⁰⁷に言及しているにもかかわらず、危険の疑いのケースも具体的危険の必要性で捉えられると見ていないとは言えないだろう。憲法上、具体的危険、危険の疑い、そして危険の認定を正当化する事実のそれぞれの介入閾は同値である¹⁰⁸。いづれのケースにおいても裁判所は、この蓋然性が—抽象的危険

¹⁰⁵ 例えば PolG NRW 9 条 1 項、12 条 1 項 2 号、39 条 1 項 2 号、参照。

¹⁰⁶ BVerfGE 115, 320 (360) ; BVerfG, NJW 2008, S. 822 (831) ; BVerG, DVBl. 2008, S. 575 (581).

¹⁰⁷ BVerfGE 100, 313 (393) ; 110, 33 (67) ; 113, 348 (386).

¹⁰⁸ しかしながら BVerfGE 111, 33 (58) 参照。そこでは構成要件が「正当化された認定、のみを要求し、`確実性、を要求していないという点に重要な意味が与えられている。この立場は介入閾のコンテクストではさらに注目すべき価値がある。なぜなら、それは適切にも、危険の疑いでは確実であるという通常の証明度が要求されないということを表しているからである。これについては

とは異なり一認識可能なあらゆる具体的個別事情を基礎にして判断され、また一般的危険状況とは異なり一少なくとも二、三の次元において十分に具体化された損害が関連付けられていることを一様に重視している。介入の強度とともに、蓋然性の程度の要求も危惧される損害の具体性の要求も高くなっている。

比較的最近の二、三の法律は、「認めることを正当化する事実」という古典的定式に加え、なお、危険が存することの「事実上の手がかり」がなければならないという定式も持ち出している¹⁰⁹。この定式は、「事実を基礎にした認定」を短く言い換えたものを取り入れようとしているとの疑いがかけられていたため、判例の一部ではあまり好意的に採用されず¹¹⁰、連邦憲法裁判所もしばらくの間これを疑問視する傾向にあった¹¹¹。

危険の疑いに基づく措置を審理した幾つかの判決において裁判所は、「具体的事実によって正当化された危険の認定」と「単なる推定」を区別しようと努めた。「事実上の手がかり」という定式は推定も含んでいるのではないかとの懸念を呼び起こしていたからである¹¹²。しかし「単なる推定」と「事実に基づいた認定」とを区別するものは一体何であろうか。一つに、感情あるいは超自然的な認識に基づいた推定は「事実に基づいた認定」とは区別されるだろう。しかし如何なる行政庁も実務上自らの措置を感情あるいは超自然的な観念でもって基礎付けることはないので、これは区別の核心ではありえない。これを別にしても、およそ推定と言われるものもまた事実に基づいている。例えば犯人は再犯を犯すであろうという推定は、犯罪者の有意な数が累犯になるという事実に基づいている。従って当該推定を「単なる」推定にするは、単なる推定が事実に基づいていないということではなく、具体的ケースにおいて認識可能なあらゆる事実に基づいていない、ということになる。「単なる推定」はその危険判断を具体的な状況を調査することなく一般的な考慮に基づいて基礎付けるのである。具体的な犯人の特殊事情に立ち入ることなく一なぜその者にはじ

Poscher, (FN 60), S. 164ff. ; ders. (FN104), S. 145ff.

¹⁰⁹ しかしこの定式は、例えば1984年3月25日のPolG NRW 9条、19条などのかつての警察法の条文規定 (GVBl. NRW S. 234) にも見られる。

¹¹⁰ SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (284).

¹¹¹ BVerfGE 93, 181 (191).

¹¹² BVerfGE 100, 313 (395) ; 110, 33 (61) ; 113, 348 (378).

めから執行猶予が付いた刑罰が言い渡されているのかについて調査することなく¹¹³—犯罪統計のみに基づいて再犯を予測することが、この意味における「単なる推定」である。ゆえに連邦憲法裁判所も一部で、具体的な危険判断は「単なる推定や一般的な経験則」¹¹⁴に基づいてはならないと述べている。従って、感情や超自然的な認識に基づく実際上有意ではない判断と並び、「単なる推定」は、具体的なケースにおける具体的事実を無視するということでまさに特徴付けられる抽象的危険判断を示しているのである。裁判所が「単なる推定」との違いを示すことで主張しているのは、新たに言い直せば、具体的な蓋然性判断の必要性である。

最終的に連邦憲法裁判所は、「事実上の手がかり」というメルクマールの使用について、その必要性を抽象的危険ではなく具体的な危険の疑いの意味において憲法適合的に解釈することで対応した¹¹⁵。ゆえにいずれにせよ「事実上の手がかり」という定式の憲法適合的解釈は、通常は、「事実上の手がかり」という表現であっても体系的には抽象的危険判断とは区別された危険の疑いが想定されていると言うことが許されよう。

5. リスク

介入闕という言葉領域には、なおもう一つのカテゴリーが付け加えられなければならない。それは、比較的近時の警察法に関する判例において同様に注目すべき概念、つまりリスクである。いわゆる闘犬を規制する警察命令をめぐる裁判において連邦行政裁判所は、リスク概念を憲法上の法効果と結びつけた。その際、裁判所は、リスクを特に僅かな程度の抽象的危険ないし具体的危険という意味で量的に理解するのではなく、質的に理解するリスク概念を採用した。この質的なリスク概念によれば、危険概念に対するその独自性は、不確実な因果関係を基礎にして蓋然性判断が行われるという点にある¹¹⁶。このような蓋然性判断は、特に環境法や技術法において知られている。数多くの新技術—例え

¹¹³ これについては BVerfGE 103, 21 (38f.) を見よ。

¹¹⁴ BVerfGE 113, 348 (378).

¹¹⁵ BVerfGE 113, 313 (395).

¹¹⁶ BVerwGE 116, S. 346 (352), このような意味におけるリスク概念を採用するものとして、例えば A. Reich, Gefahr-Risiko-Restrisiko, 1989, S. 132.

ば遺伝子、ナノ、モバイル技術—に関して言えば、これを生態系あるいは人の身体といった複雑な作用連関の中に投入すると意図しない損害を引き起こしうるか否かについて不確実性が認められる。

蓋然性判断の体系の中では、このようなリスク考慮は抽象的危険判断よりももう一段階高次の抽象度を示す蓋然性命題として示される。つまり抽象的危険は、その措置が講じられる現象の特定の典型的なメルクマールで形成される、事象クラス内での相対的頻度の認定に基づいている一方（例えば「ドアのないエレベーター」）、リスクはもう一つ、現象の特殊性を無視したクラス内での相対的頻度の認定に基づいている。この意味において、リスクの判断にはより高次の段階の抽象的な蓋然性判断が基礎に置かれている。ナノ技術に対するリスク判断は、ナノ技術が一定の役割を果たすクラス内での損害の相対的頻度に基づいているのではなく、「複雑な作用領域への新技術の投入」というメルクマールで形成される事象クラス内での頻度分布に基づいているのである¹¹⁷。闘犬のケースで言えば、リスク評価は、個々の闘犬を考慮しない蓋然性判断、つまり動物の品種改良による遺伝の変更は（一般にはある程度の蓋然性ないし僅かではあるがなお無視できない蓋然性で）その動物の行動に好ましくない影響を及ぼすという蓋然性判断に基づくことになる。

警察法に関して連邦行政裁判所は、社会はどの程度まで然るべきリスクを引き受ける用意があるかという評価を要する問いは立法者によって決定されなければならない、と述べている。闘犬の攻撃的な行動に対する、特定の遺伝的な特徴がまだ調査されておらず批判に耐えうる統計も存在していない限りにおいて、警察は闘犬の血統のみを根拠とする規律を命令制定という形で発することはできない。これに相応しい規律とは、「次のようなリスク評価を前提としたものである。それは、一危険の認定とは異なり一法適用というプロセスを越え、目下存在する疑いの強さの判断に加えて、リスクの甘受可能性の査定並びに問

¹¹⁷ BVerGE 116, 346 (352, 356) は、リスク判断を危険の疑いと解釈している。確かにリスクは危険の疑いと同じく不確実性に基づいているという点では正しい。しかし、不確実性が職務活動を行う官吏の主観の中にのみ存在するという点に危険の疑いの特徴がある一方、リスクのケースにおける不確実性は客観的なものである。さらに危険の疑いは具体的蓋然性判断に基づくものであるが、リスクはより高次の抽象的蓋然性判断に基づくものである。

題となる自由を制限することに対する公衆の受け入れ可能性もしくは不可能性を多かれ少なかれ必然的に含んだものであり、従って—この意味において—すべてにおいて、あるいは部分的に『政治的に』形成されるものである」¹¹⁸。国内治安法制においても安全行政庁は、リスクに対する立法者の特別な決定もないまま、単なるリスクの存在を根拠にして基本権地位に介入することはできない。立法者は、一般条項によってもこれを安全行政庁に授権することはできないであろう。警察命令制定のための一般条項と同じく、個人データ取得のための警察一般条項もまた、単なるリスクの調査あるいは対処のために援用することはできない。

V 要約

危険配慮により重点を置くことで国内治安法制は既に1990年代初頭から急激な展開を遂げて来た。この展開は、9.11テロ以降、諜報機関や警察の領域での更なる法改正により再び加速している。同様に注目すべき憲法レベルでの反応として、連邦憲法裁判所はその一連の判決において、事前配慮思考にあるダイナミズムが憲法上の基準の効果を失わしめることのないよう手立てを講じた。つまり、新しい介入権限の憲法適合性を審査する際、裁判所は、安全行政庁の介入措置が許容される実体的な条件も求めたのである。それは、介入の程度や保護すべき法益の重要性と並んで、特に様々な介入閾にも対応した条件である。(ゆえに) 蓋然性理論に基づいて導かれた個々の介入閾を分析すると、法律上の権限や憲法上の前提条件も体系的に説明することができる。そして総じて、その異なる機能と憲法上の要請との関係を説明する介入閾の体系が明らかとなるのである。この体系は、立法者にも法適用者にも、法律上の構成要件を理解し、またこれを憲法上評価するための一つの概観を与えようだろう。

【2. 解説】

一 本稿は、ドイツ・フライブルク大学法学部国家学・法哲学講座教授ラルフ・ポッシャー (Ralf Poscher) 氏が雑誌 Die Verwaltung に寄稿した論文、

¹¹⁸ BVerfGE 116, 346 (352).

『Eingriffsschwellen im Recht der Inneren Sicherheit. Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung』を翻訳したものである。本論文は2008年に公表されたものであり、その内容の一部は既にタイムリーなものではなくなっているが、蓋然性判断の構造分析に基づく警察介入閾の分類は、警察法解釈学にとってファンダメンタルな内容を含んでいる¹。教授の主要業績の一つにも挙げられている本論文は、フンボルト賞を受賞した博士論文『危険防御——一つのドグマ—ティシユな再構成 (Gefahrenabwehr. Eine dogmatische Rekonstruktion)』(1999)²のエッセンスを、連邦憲法裁判所の判例を素材に具体的に展開させたものと評することもできる。

二 ポッシャー教授は1962年生まれ。ベルンハルト・シュリンク (Bernhard Schlink) 教授³に師事。ベルリン・フンボルト大学で博士論文・教授資格論文を執筆後、2009年からフライブルク大学国家学・法哲学講座の教授を務めている⁴。2007年には大阪大学で在外研究を行うなど日本との関係も深く、2013年に

¹ なお引用される連邦憲法裁判所の判決につき、既に我が国において評釈が存在しているものについては読者の便宜を図るべく〔訳注〕内において紹介している。適宜参照されたい。

² ちなみに Gefahrenabwehr という語は、我が国では『危険防除、あるいは『危険防止』と訳されることがあるが、本稿では『危険防御』と訳している。既に発生した損害の『除去』も同概念に含めることは不可能ではないが、犯罪追討活動と対比された、事前の対応をその中心的な特徴とする Gefahrenabwehr においては、それはなお副次的・二次的作用と考えられること、また危険の『防止』は未だ危険が発生していないケースをも包含する概念であり、またその概念輪廓が『予防』の名とともに拡張するおそれもあることを踏まえている。本稿において『危険防御』と訳すのは、Gefahrenabwehr はドグマ—ティシユな意味における『危険 (Gefahr)』が発生した場合において、これに物理的ないし観念的に『直接的に事態に接して、対処することを想定する概念として把握すべきである』との観点による。基本権に対する Eingriff (介入) が生じた場合に作動する Abwehrrecht が、我が国において『防御権』と訳されていることからしても、特に違和感はないと思われる。

³ シュリンク教授はハリウッドで映画化もされた『朗読者』(新潮社・2003) (邦画タイトル『愛を読む人』) や『週末』(新潮社・2011) (2013年映画化) など、小説家としても有名である。

⁴ 石川敏行編著『ドイツ語圏公法学者プロフィール』(中央大学出版部・2012) 399頁以下も参照。

は警察政策研究センターにおいて「より成熟した安全法に向けて」(警察学論集 66巻12号(2013) 48頁以下〔稲垣吉博(訳)〕)と題する講演も行っている。著書としては上述の『危険防御』の他、教授資格論文『防御権としての基本権—法的に秩序付けられた自由の反射的規律(“Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit.”)』(2003)があり、主に警察法・集会法を参照領域として(防御)基本権の構造解明に取組む論稿を数多く発表している。邦訳として「人間の尊厳と核心領域保護—基本権思考の空間化の危険について—」(比較法雑誌46巻3号(2013) 119頁〔松原光宏・土屋武(訳)〕や「タブーとしての人間の尊厳」(同上4号(2013) 115頁〔同上)〕がある。さらに近時では、海外の研究者らとともに『曖昧な境界の理性的な取扱い』プロジェクトを立ち上げ、法学のみならず哲学・倫理学・心理学・社会学領域にもその研究対象を広げつつある⁵。

三 本論文は、伝統的な警察法・危険防御法体系を掘崩す傾向のある近時の立法・警察実務に対し、新たに法治国家的枠組みを与えようと試みる連邦憲法裁判所の判例を、蓋然性判断の理論構造を明らかにすることでこれを整序し、立法者並びに法適用者に危険概念の理解とその憲法上の評価指針を提示しようとするものである⁶。

⁵ 研究プログラムの詳細は、<http://unscharfe-grenzen.de> 参照。その成果の一部は、Keil/Poscher (Hrsg.), *Unscharfe Grenzen im Umwelt- und Technikrecht*, 2012として公刊されている。

⁶ ドイツの国内治安法制の展開を紹介・分析する論稿は、我が国において既に数多く存在する。本稿訳注で示した判例解説の他、渡邊斉志「ドイツにおけるテロリズム対策の現況」外国の立法228号(2006) 133頁以下、岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制—その憲法上の問題点—」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』(成文堂・2006) 95頁以下、小山剛「自由・テロ・安全—警察の情報活動と情報自己決定権を例に」大沢秀介・小山剛編・前掲305頁以下、白藤博行「リスク社会下における警察行政」ジュリスト1356号(2008) 82頁、山内敏弘「ドイツのテロ対策立法の動向と問題点」龍谷法学40巻4号(2008) 1155頁以下、島田茂「ドイツ警察法における犯罪予防の目的と危険概念の関係」甲南法学49巻3=4号(2009) 1頁以下、武田雅之「ドイツにおけるテロ規制法の分析」初満満編『テロリズムの法的規制』(信山社・2009) 243頁以下、宮地基「安全と自由をめぐる一視角」名古屋大学法政論集230号(2009) 335頁以下、上代庸平「テロ対策権限の垂直的配分」大沢秀介・小山剛編『自由と安全—各国の理論

ポッシャー教授も述べるように、危険概念は伝統的に警察措置の介入閾を示す概念として理解されてきた。しかし9.11以降（より正確には前世紀70年代から既にその兆候が現れていたが）、危険発生の前段階において警察措置を講じることの必要性が強く認識されるようになると、危険概念を中心とした伝統的な危険防御法体系が切り崩される懸念が高まってきた。伝統的に警察措置の介入閾を示してきた具体的危険に代わり現れたのは、危険状態・抽象的危险・危険の疑い・リスク・危険の推定・危険の事前配慮など、危険概念の輪廓を喪失させる多種多様な概念である。そこでは「具体的危険との決別」「危機にある警察上の危険概念」「危険閾の浸食」が語られ、⁶「危険防御から危険配慮へ」のパラダイム転換が指摘された（早期の実効的な危険防御を支えるべく警察官吏の主観的判断を重視する危険概念は、広く⁷「主観的危险概念」と称され、今日多数説を形成している。）。もっとも、このような危険配慮の現象に対し法治国家的警察法原理を及ぼすべく、警察措置に対する裁判官留保や諜報機関に対する議会への報告義務など、手続法による代替的な補償の有効性も注目された。しかしポッシャー教授はこのような補償的思考を「綱渡りの論理」と評し、あくまで実体的統制基準である危険概念の客観的な把握に取組むのであった。そこには、連邦憲法裁判所の一連の判例を単に記述し分析するのではなく、これを合理的に再構成するドグマティシユな営みが存在する。

四 ポッシャー教授による具体的な提案は博士論文『危険防御』において既に示されているが、その中心的なテーゼは、（師のシュリンク教授と同じく）危険判断者の⁸「主観」を徹底して排し、警察法ドグマティクを貫く客観性原則（客観的危险概念）を堅持するというものである⁷。客観性原則とは、自由を保障する「警察法の法治国家的調和体系」⁸と伝統的に解されてきたものであり、警察

と実務一』（商学社・2009）238頁以下、植松健一「連邦刑事庁（BAK）・ラスター捜査・オンライン検索（1）（2）（3・完）」島根法学52巻3号1頁以下、53巻2号（2009）1頁以下、53巻4号（2010）85頁以下、山口和人「ドイツの国際テロリズム対策法制の新たな展開」外国の立法247号（2011）54頁、島田茂「ドイツの憲法判例と警察法」甲南法学54巻1＝2号（2013）55頁以下がある。併せて参照されたい。

⁷ 簡単な概観として拙稿「危険概念の解釈方法（2）—損害発生の蓋然性と帰納的推論」自治研究83巻10号（2007）87頁以下。

⁸ Götz, Allgemeines Polize- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, S.61.

活動を常に客観的に判定可能な基準でもって統制するという考え方である。もっともこの客観性原則に基づき客観的危険概念を堅持することを主張した論者は、ポッシャー教授が初めてではない。警察法研究の泰斗ゲッツ教授(Volmar Götz)やシュヴァーベ教授(Jürgen Schwabe)もまた主観的危険概念による客観性原則の喪失を危惧し—なお少数説ではあったが—客観的危険概念を支持する有力な論者であった⁹。しかし彼らの見解はなお、通説的見解である主観的危険概念に対するボレミックの域を出ず、客観的危険概念を採用した場合における、危険防御法の体系的帰結まで見据えた主張ではなかった。その問題はとりわけ「危険の疑い」が認められる場合に行使される危険調査介入権の位置づけに現れている。例えばゲッツ教授は客観的危険概念を支持する立場から、危険概念は危険の疑い概念とは異なるという立場をとるにもかかわらず、最終的には危険の疑いを除去するための危険調査介入権を一特に明確な説明もなく一危険概念を前提とした警察一般条項によっても「意味適合的に、授權されているとした¹⁰。またシュヴァーベ教授も客観的危険概念を支持するが、これによって授權根拠なき違法な危険調査介入が生じることになったとしても實際上大きな問題はないとして、実務上広く認められている危険調査介入権を法体系の中に正しく位置づけることを事実上放棄していた¹¹。このような体系的説明の不徹底さに異議を唱えたのが、ポッシャー教授であった。ポッシャー教授は「世界知識を備えた客観的理想的観察者」の概念を導入することによって危険概念を徹底して客観的に把握するとともに、危険の疑い時における危険調査介入権の行使については、損害発生「の蓋然性(Wahrscheinlichkeit)」と、これを認定する警察官吏の「心証度(Überzeugung)」を区別し、時間的に限定された状況下では法は警察官吏に危険認定の心証度が低くても調査介入することを認めていると解釈することで、警察一般条項に基づく危険調査介入権を正当化することが可能になると論証して見せたのである¹²。「適法性の問題(蓋然性)。(実

⁹ 両説については、拙稿・前掲88頁以下参照。

¹⁰ Vgl. Götz, Allgemeines Polize- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 1985, S.71.

¹¹ Vgl. Schwabe, Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, in : Selmer/v. Münch, (Hrsg.), Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, S. 419ff.

¹² Vgl. Poscher, a. a. O., S.151ff.

体法)と「官吏の職務義務(心証度)の問題、(手続法)を峻別することで客観性原則を堅持するポッシャー教授の理論は、危険概念を巡る従来の議論に大きなインパクトを与え—その賛否はともかくも¹³—危険防御の法分野では無視することのできない業績として多くの論者によって評価・分析の対象とされている。五 『危険防御』で示された客観的危险概念を軸とする一貫性・体系化の追求は、本論文においても遺憾無く発揮されている。まずポッシャー教授は、様々な種類の危険の判断の基礎に置かれている「蓋然性判断の理論構造」を明らかにする。そして、ここから危険概念のカテゴリーを体系化するための二つの基準、すなわち、(1)蓋然性判断の対象となるクラスの種類の(2)危惧される損害の具体化の程度を導き出し、この二つの基準を論理的に展開させることで、連邦憲法裁判所の個別の判例を整序し、その矛盾点を指摘した上で合理的に再構成し直すことを試みている。いわば錯綜する危険類似の諸概念の中から蓋然性の理論構造を抽出することで、連邦憲法裁判所の判例を合理的に再構成し、その問題点を明らかにしているのである。

「一貫性と体系化の追求」というこのようなポッシャー教授の方法論的態度は、前世紀70年代に登場した《解釈学における客観性》《科学としての解釈学》を追求する法理論の延長線上に位置づけられる¹⁴。70年代に活発に議論された法理論は、解釈の厳格な科学性を強調し、科学を基準として評価されるドグマティックたることを目指すものであった。科学としての法ドグマティックの機能

¹³ 支持する論者として Jaeckel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 145ff. 批判的な論者として Möstl, Die Staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 172ff., Gromitsaris, Subjektivierung oder Objektivierung im Recht der Gefahrenabwehr, DVBl. 2005, S. 537. 「危険の疑い、概念の問題は、今日もなお決着がつかないと評されている。Vgl. Walper, Alles geklärt? Überlegungen zum polizeiliche Gefährerforschungseingriff, DVBl. 2012, S. 86ff.; Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, in: Jochum/Fritzmeyer/Kau (Hrsg.), Festschrift für K. Hailbronner, 2013, S. 737ff.

¹⁴ 同様の試みは既に1980年代において、Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983や Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983によって試みられていた。ダルトンシュテットによる危険概念の定式化については、拙稿「危険概念の解釈方法(3)—損害発生蓋然性と帰納的推論」自治研究83巻11号118頁以下を参照。

は、合理性を担保する要素である一貫性、完結性、表現の不変性、審査可能性、有益性、を追求することで法の欠缺を埋め、法の矛盾・衝突を解決し、もって実務に貢献することを特徴とする¹⁵。ポッシャー教授は、『危険防御』の「はじめに」で法ドグマーティクについて次のように述べている。

「ドグマーティシユな提案というものは、一貫性があり、出来る限り単純で、その実践的な帰結において実効的な危険防御の法をもたらすものでなければならない。・・・危険防御法は、実効的な法益保護を必要とするケースにおいて危険防御機関の手足を縛るドグマーティクなどではない。危険防御法は、危険防御の実効性を確保すべき多くのドグマーティシユな戦略が展開されたものである。」¹⁶

蓋然性の理解が曖昧であればあるほど、これを表現しようとする言語・諸概念もまた複雑でカズイスティックなものとなる¹⁷。意味の余剰・政治的イデオロギーは、この概念の曖昧さを介して法秩序に混入する。ポッシャー教授は続けて言う。「従来の提案は、概念の一貫性においても単純性においても優れたものではない。・・・概念の非一貫性や〔意味の〕過剰性はドグマーティクが持つ実践的価値を損なう。・・・これらは、〔ドグマーティクが有する〕負担軽減機能並びに媒介機能を弱めているのである」¹⁸。この意味において客観的危険概念による危険防御法の再構成、というポッシャー教授の試みは、一貫性と体系化をその任務の一つとする法ドグマーティクの効用を模範的に示すものであったと言えよう。

六 我が国の法治国家的警察法理論において、危険概念は未だ適切な場所を確保していない¹⁹。否、そもそも法治国家的警察法理論なるものがなお明確な形

¹⁵ Vgl. Schlink, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat 19, 1980, S. 87ff.

¹⁶ Poscher, a. a. O., S. 13.

¹⁷ 学説・判例上では数多くの危険類似の概念が語られ、眩暈を起こさせる。などと評されている。Vgl. Götz, Allgemeines Polize- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 50.

¹⁸ Poscher, a. a. O., S. 14.

¹⁹ 参照、須藤陽子「日独警察法の相違—『警察権の限界論』に対する批判に答え

で顕在化していないと言った方が正確かもしれない²⁰。我が国において広く流布した警察法に係る法治国家原則は、いわゆる警察権の限界論であるが、これが真にドグマーティシユな形で実定法上具現化されていると言えるかどうかは一既に多くの論者が指摘している通り一疑問なしとしない。警察の活動領域そのものを縮減するという発想で思考停止に陥ることなく、危険防御活動の有効性を認めつつその適正な統制を図るという観点から法治国家的警察法の姿を見出すのであれば、危険概念の正しい理解を含め、法治国家的警察法理論を今一度改めて確認する作業は不可欠であろう²¹。我が国では決定的に欠けている危険概念の理解が国内治安法制の実務において、また法治国家的警察法の体系形成において実際に極めて重要な役割を担っていることは、本論文から既に明らかな通りである。我が国における法治国家的警察法を豊かなものにする一助として、そして法ドグマーティクが持つ効用を模範的に示すものとして、本論文を紹介した次第である。

本翻訳は、訳者が2012年から2年間フライブルク大学法学部公法講座での在外研究中にポッシャー教授に申し出をし、ご快諾頂いたものである。ここに記して御礼申し上げたい。

なお、本翻訳はアレクサンダー・フォン・フンボルト財団による研究助成成

て」立教法学80巻(2010)176頁以下(同『比例原則の現代的機能と限界』(法律文化社・2010)104頁以下所収)。

²⁰ これは、(歴史的ないし政治的諸要因から強く影響を受けた)我が国の実定法の構造、そしてこれを法治国家的に解釈構成する(広い意味での)諸制度、の機能不全に大きく起因していると筆者はみているが、詳細は別稿に譲りたい。

²¹ 筆者は、このような作業を一部開始している。危険の存否が争われた我が国の裁判例を危険判断の論証モデルを用いて検証し、その合理的再構成を試みる論稿として、拙稿『危険判断の論証モデル』の有効性とその限界(1)(2・完)―危険の存否が争われた裁判例の分析」金沢法学52巻1号(2009)57頁、2号(2010)25頁以下。また、我が国の警察法秩序から脱警察化のドグマーティシユな意味を提示する論稿として、拙稿「脱警察化と行政機関に対する警察の役割(1)―『隙間なき危険防御』の法的位置づけ」北大法学論集65巻5号(近刊)。また我が国における危険防御法体系の一端を簡潔に示したものとして、拙稿「警察規制の概念と手法」高木光=宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣・2014)242頁以下。

果の一つである。

(2014年7月31日脱稿)