

論 説

続・権利ドグマティックの可能性（3・完）： ドイツにおける裁判官留保の新展開と限界

山 田 哲 史

1. はじめに
2. 形式的規律密度要請としての明確性の原則
3. 実質的規律密度要請としての比例原則（以上、69巻1号）
4. 手続的な代替的保障としての制度的な権利保障
 - 4.1. 裁判官留保の概要（以上、70巻1号）
 - 4.2. 連邦憲法裁判所判例における裁判官留保ルネサンス
 - 4.3. 裁判官留保の現実と限界
 - 4.4. 裁判官留保を代替あるいは補完する仕組み
 - 4.5. 手続的補償としての評価
5. おわりに（以上本号）

4.2. 連邦憲法裁判所判例における裁判官留保ルネサンス

4.2.1. 2001年決定を中心とする裁判官留保の原則性の強調

前節では、ドイツにおける裁判官留保の概要を見てきた。そこでも見たように、連邦憲法裁判所の国勢調査判決を契機として、警察法分野にも裁判官留保が多く取り入れられるようになり、立法実務を中心とした裁判官留保の「活況」が見られた。さらに、20世紀から21世紀への転換期からの国際的なテロリズムの活動激化や情報通信技術のめざましい発展といった状況の変化も相まって、この「活況」は持続した⁽⁴²⁶⁾。これらに呼応する形で、裁判官留保

⁽⁴²⁶⁾ 前掲註⁽⁴²⁾ないし⁽⁴³⁾及び⁽⁴⁴⁾、並びに、これらに対応する本文参照。

に対する学説の関心も高まっていった。こういった状況の中で、連邦憲法裁判所を中心とする裁判所の判例においても、裁判官留保の意義が強調されることとなった。連邦憲法裁判所の判例における裁判官留保の重視を象徴づける⁽⁴²⁷⁾判決とされるのが、2001年2月20日の連邦憲法裁判所判決⁽⁴²⁸⁾である。

4.2.1.1. 前史：1997年の2つの決定

もっとも、この2001年判決以前の連邦憲法裁判所の1997年の2つの決定は、2001年判決への伏線を用意するような、裁判官留保を重視する姿勢をすでに窺わせるものであった。そこで、1997年の2つの決定の内容を簡単に見ておくことにしよう。この2つの1997年決定については、実は本稿でもすでに触れているのであるが、まず、同年4月30日の決定⁽⁴²⁹⁾は、裁判官留保に関する瑕疵についての不服申立の可能性を開いたものとして紹介した⁽⁴³⁰⁾ものである。この決定は、従来の判例を変更して、基本法19条4項を根拠に、すでに執行の完了した裁判官命令や緊急性を理由とした検察官等の命令であっても、不服を申し立てる途を開かなくてはならないとした。そこでは基本的に基本法19条4項の解釈論が展開されており、裁判官留保に関する判示としては、当該事案において問題となった住居の搜索についての裁判官留保が、当事者への事前の聴聞を欠くものであることに言及し、実効的な権利保障の確保の観点から、不服申立ての可能性を認めたものである⁽⁴³¹⁾。その背景には、裁判官留保、あるいは、ここで問題となった裁判官留保の必要性を基礎付ける、住居の不可侵というものが重要な基本権だという理解があるということができよう⁽⁴³²⁾。

⁽⁴²⁷⁾ Siehe z.B. *Reiter/Serban* a.a.O. (Anm. 199), S.342; *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.101.

⁽⁴²⁸⁾ BVerfGE 103, 142.

⁽⁴²⁹⁾ BVerfGE 96, 27.

⁽⁴³⁰⁾ 前掲註⁽⁴²⁹⁾ないし⁽⁴²⁷⁾と、これらに対応する本文参照。

⁽⁴³¹⁾ BVerfGE 96, 27 (42).

⁽⁴³²⁾ Siehe *Kriäs/R. Wehowsky*, Verfassungsgerichtliche Leitlinien zur Wohnungsdurchsuchung, NJW 1999, S.685. なお、連邦憲法裁判所は2003年3月12日の判決で、憲法上の裁判官留保が存在せず、法律上のそれがあるにとどまる、基本法10条が保障する通信の秘密について、重要な基本権の保障に関わることを理由に、主として基本法19条4項に依拠する形で、住居搜索の場合と同様の不服申立の機会付与を要求している (BVerfGE 107, 299

2つ目の5月27日決定⁽⁴³³⁾は、裁判官命令を下すにあたって、裁判官は比例性審査をすることができるとした判例の一つとして⁽⁴³⁴⁾、また、裁判官留保における裁判官命令の効力に関して、6ヶ月という絶対的な効力期限を設定した判例として⁽⁴³⁵⁾紹介したものである。すでに紹介した以上のような判示に関連して、5月決定は、裁判官が自己の責任において、措置の比例性を審査すべきこと、比例性が確認される限りにおいて裁判官命令を下すべきことを述べている⁽⁴³⁶⁾ほか、個人の生活領域の保護の重要性とそれを保護する実効的な手段としての裁判官留保が真に権利保障に資するものとなるべき条件を追求する姿勢が示されている⁽⁴³⁷⁾。さらに、2年以上も前に発出された裁判官命令に基づいて捜索を行なった検察官の措置を違法としなかった州裁判所の判断についても、基本法13条の基本権侵害を認めており⁽⁴³⁸⁾、ここには、抗告において当事者が「危険が急迫している場合」が存在していなかったと主張した場合には、裁判所はそれについて判断することもできるし、また、しなくてはいけないという、2001年決定で明示される判断が暗示されているという見解⁽⁴³⁹⁾も示されていた。

4.2.1.2. 2001年判決

こういった1997年の2つの決定における伏線を回収しつつ、裁判官留保の重要性を明示し、これを重視する立場を鮮明にしたのが、前述の2001年判決⁽⁴⁴⁰⁾である。

[337f.]。この判決を踏まえると、重要なのは被保護利益たる基本権の重要性であり、裁判官留保を基本法自体が規定しているかではないというのが連邦憲法裁判所の立場ということにはなる。

⁽⁴³³⁾ BVerfGE 96, 44.

⁽⁴³⁴⁾ 前掲註⁽⁴⁴⁾と、それに対応する本文参照。

⁽⁴³⁵⁾ 前掲註⁽⁵⁰⁾と、それに対応する本文参照。

⁽⁴³⁶⁾ BVerfGE 96, 44 (51f.).

⁽⁴³⁷⁾ Siehe BVerfGE 96, 44 (52).

⁽⁴³⁸⁾ BVerfGE 96, 44 (55).

⁽⁴³⁹⁾ *Kruis/ Wehowsky* aa.O. (Anm. 432), S.685. *Talaska* aa.O. (Anm. 205), S.125f. は、2001年判決は、解釈手法も伝統的なそれに則ったものであり、特段新しい判示をしたわけではないが、従来の実務を問題視する、強いメッセージを示したものであると評価している。

⁽⁴⁴⁰⁾ BVerfGE 103, 142.

住居の搜索が問題となった同判決は、まず、私的空間への搜索による侵害が重大なものであることを強調した上で、裁判官留保が、そのような重大な基本権侵害に対する独立・中立な機関による予防的な統制を目的としたものであり、裁判官は、憲法上、あるいは法律上予定された要件に十分に留意して、予定される措置について自己の責任において審査することが求められるとともに、決定においては、基本権への侵害の程度が把握可能で、(事後的に) 審査可能なものとなるようにしなくてはいけないなどと、本稿でもこれまでに確認してきた裁判官留保の基本的な意義、機能を確認して、強化された基本権保障のあり方であると位置付ける⁽⁴⁴¹⁾。そして、基本法13条は、裁判官留保が基本権保障として実際に効果のあるものとなるよう配慮する義務を全ての国家機関に課しているのだといい、これは裁判所に対しても、十分な制度構築を求めるものであるとする⁽⁴⁴²⁾。

このような裁判官留保をめぐる一般論を踏まえて、13条2項が裁判官以外による搜索命令が許容される場合として規定する、「切迫した危険 (Gefahr im Verzug)」がある場合をめぐる解釈問題に議論を進める。ここでは、最初に、13条2項の文言や体系的観点から、裁判官による搜索命令が原則であり、裁判官以外による搜索命令は例外であるということが確認される。そして、このような例外性に加えて、裁判官に特有な独立性・中立性に裏付けられた予防的統制という、先に確認したような裁判官留保の基本権保障における機能の重大性から、「切迫した危険」というのは狭く解釈する必要があるとする⁽⁴⁴³⁾。こうして、「切迫した危険」とは、単なる証拠喪失の可能性では不十分であり、個別の事案に基礎付けられた事実に根拠づけられなければならないし、対応する裁判所側の責任として、緊急対応体制を構築するなどして、

⁽⁴⁴¹⁾ BVerfGE 103, 142 (149ff.).

⁽⁴⁴²⁾ BVerfGE 103, 142 (152f.).

⁽⁴⁴³⁾ 裁判官以外による命令の例外性の確認も含めて、BVerfGE 103, 142 (153f.)を参照。ここでは、検察官や警察機構では中立性を欠き、中立性は裁判官に特有なものであることや、裁判官命令は原則的に書面によるべきことも強調されている (siehe u.a. S.154)。

捜査判事の対応可能性を確保しておく必要があるのだという⁽⁴⁴⁴⁾。

次に、連邦憲法裁判所は、「切迫した危険」の存在を認めた検察官など捜査機関の判断も、基本法19条4項によって、裁判所の完全な審査のもとに置かれるとする⁽⁴⁴⁵⁾。もっとも、法律によって、執行権に一定の判断の余地が与えられている場合には、「完全審査」にも限界は生じるが、基本法13条1項、2項は、「切迫した危険」の概念は不確定概念とはいえ、憲法が示した不確定概念の解釈、具体化は裁判官の役割なのであって、「切迫した危険」の解釈、適用について、裁判官以外の機関に判断余地を認めてはおらず、裁判官によって審査が可能であるとした。こうして、帝国刑事訴訟法典における「危険が切迫している場合」について、裁判所の審査可能性を否定した、帝国裁判所(Reichsgericht)の判例⁽⁴⁴⁶⁾は基本法下においては妥当しないと判示したのである⁽⁴⁴⁷⁾。判決は、「切迫した危険」について、裁判官以外の者に判断権限を委ねてしまうことは、例外の範囲を拡大し、私的生活領域の保障という基本法13条の機能を著しく弱めてしまうとも付け加える⁽⁴⁴⁸⁾。

そして、事後的な裁判官による審査は、個別事件における具体的な事情に基づいて行われなければいけないことから、緊急の命令の場合について、判断の結果だけではなく、その根拠も文書化しておくことが、緊急の命令を発出する捜査機関には求められるという⁽⁴⁴⁹⁾。

以上のように、2001年判決は、中立な裁判官による事前の予防的審査の機能を重要視することを通じて、裁判官以外による緊急命令の例外性を強調し、また緊急命令に対する、裁判所による事後的な審査についてもその可能性及び審査範囲の確保を図った⁽⁴⁵⁰⁾。さらに、そのために、検察や警察が緊急の命令を行う際に、事後的なものを含めた裁判所の審査に資するような資料

⁽⁴⁴⁴⁾ BVerfGE 103, 142 (156).

⁽⁴⁴⁵⁾ BVerfGE 103, 142 (156).

⁽⁴⁴⁶⁾ RGSt 23, 334 (334)[1892年の判決である].

⁽⁴⁴⁷⁾ BVerfGE 103, 142 (157f.).

⁽⁴⁴⁸⁾ BVerfGE 103, 142 (158).

⁽⁴⁴⁹⁾ BVerfGE 103, 142 (159f.).

⁽⁴⁵⁰⁾ Siehe *Reiter/ Serban* a.a.O. (Anm. 199), S.343ff.; *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.125.

等を提供する義務としての書面作成などの必要性に踏み込んで判示した⁽⁴⁵¹⁾ほか、捜査機関側のみならず、裁判所の側にも、裁判官留保の原則性を確保すべく、緊急対応が可能な体制を整えるべき義務を含め⁽⁴⁵²⁾、責任が求められることを強調した点も注目される⁽⁴⁵³⁾。

4.2.1.3. 2002年決定

2001年判決が住居の捜索に関して示した基本線は、翌2002年の連邦憲法裁判所決定⁽⁴⁵⁴⁾で、自由剥奪の文脈においても同様に認められることが示された⁽⁴⁵⁵⁾。

すなわち、連邦憲法裁判所は、基本法2条2項2文が保障する人身の自由の重要性を確認した上で、104条1項及び2項がその重要性に対応する形でその侵害に対する制約を規律しているところ、中でも侵害の烈度の高い自由剥奪に用意された2項の規律は、13条と同様、強化された基本権保障としての裁判官留保を規定したものであるとした⁽⁴⁵⁶⁾。そして、2001年判決を明示的に引用する形で、権限のある裁判官が常に対応可能である必要があるという⁽⁴⁵⁷⁾。なお、13条が「切迫した危険」がある場合に裁判官以外の命令を許すという形で、裁判官以外の命令によって身柄拘束ができる場合を限定しているのに対して、104条2項は、裁判官の命令に基づかない自由剥奪について、事後的

(451) Siehe *Gusy* a.a.O. (Anm. 249), S.683ff.[*Gusy* は、検察・警察の協力義務(Kooperationspflicht)と呼んでいる]; *Talaska*, ebd., S.112f.

(452) 裁判所、裁判官への義務付けに関して、2001年判決が、裁判官が自己の責任において判断すべきことを強調していることに注目するものとして、*Talaska*, ebd., S.110がある。

(453) Siehe *C. Krehl*, Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten, NStZ 2003, S.461; *M. Spaniol*, Grundrechtsschutz im Ermittlungsverfahren durch qualifizierten Richtervorbehalt und wirksame richterliche Kontrolle, in *J. Arnold et al* (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht (FS für A. Eser zum 70. Geburtstag), S.473 u. 476[S.473でSpaniolは、裁判実務や捜査実務に異例なほど詳細な要求を課した判決であるとしている]; *Talaska*, ebd., S.107ff.; *Gusy* a.a.O. (Anm. 249), S.682f.; *Brüning* a.a.O. (Anm. 205), S.221[ただし、Spaniolとは対照的に、具体的な体制構築のありようについては、連邦憲法裁判所が沈黙していることも指摘する]。

(454) BVerfGE 105, 239.

(455) *Reiter/Serban* a.a.O. (Anm. 199), S.345.

(456) BVerfGE 105, 239 (247f.).

(457) BVerfGE 105, 239 (248).

な遅滞のない裁判官の決定を要求する条文構造を採っているが、ここでも13条と同様、裁判官命令が原則であり、裁判官の決定を待っている、憲法によって許容された自由剥奪の目的が達せられない場合にのみ事後的な審査が許容されるとし、この事後的な審査も、裁判官以外の命令によることがどうしても避けられない場合を除いて、遅滞があると認められてしまうことが確認されている⁽⁴⁵⁸⁾。

このように、保護対象となる基本権の重要性への言及と、それに対応する裁判官留保の意義の重大性の指摘、それに基づく裁判官留保の原則性の強調という論理展開は、随所で明示的に引用しているところからもわかる通り、基本的に2001年判決を踏襲するものである。なお、ここでは、裁判官命令の請求の場合や、例外的な裁判官以外の命令による場合における、捜査機関の文書作成義務等について明示的な言及はないが、あらゆる国家機関に裁判官留保が実効的なものとなるよう配慮する義務が認められる点は、2001年判決を引用して再度確認している⁽⁴⁵⁹⁾し、自由剥奪の場合についても、捜査機関の協力義務についてこれを前提にしている、少なくとも否定する趣旨の決定ではないと解されよう。

4.2.1.4. 2002年決定以降の部会決定

連邦憲法裁判所は、ここまで見てきたように、2001年判決、2002年決定において、憲法上の裁判官留保の意義を強調し、その例外の許容性について限定的な立場をとるという、基本的な考え方を提示した。そして、その後も、数次の連邦憲法裁判所の部会決定を経て、上記の判決・決定の判示は詳細化されてきた。以下では、簡単にそのあらましを振り返っておこう。

まず、検察官をはじめとする捜査機関の緊急権限を基礎付ける、「切迫した危険」の認定をめぐる、捜査機関が自ら「切迫した危険」を創出したよ

⁽⁴⁵⁸⁾ BVerfGE 105, 239 (248f). なお、この「どうしても避けられない場合」というのは、道路の状況などにより移動が困難である、記録・登録の必要がある、被拘束者の反抗的な振る舞い、あるいはこれらに相当する状況によって生じる遅滞のことであり、単に、裁判官が対応可能ではないということでは足りないとする。

⁽⁴⁵⁹⁾ BVerfGE 105, 239 (248). Siehe auch *Reiter/Serban* aa.O. (Anm. 199), S.345.

うな場合、すなわち、緊急権限を導くために、切迫した危険を創出すべく事態を放置したような場合には、実際に切迫した危険が生じたのちであっても、法的評価として切迫した危険の存在は否定されることが確認されている⁽⁴⁶⁰⁾。関連して、裁判官命令を一切請求しようと試みてもいない場合⁽⁴⁶¹⁾には、13条2項の「切迫した危険」を認めることはできないとしたものもある⁽⁴⁶²⁾。

次に、「切迫した危険」の存在を判断した事情をめぐる、文書、記録化についても、精緻化が進んでいる。これは本稿でもすでに触れたところであるが、捜査機関による緊急命令についての、捜査機関の文書作成、記録義務を基本法19条4項に基づくものであることを改めて明確化するとともに、文書は事前にあるいは捜査直後に作成すべきであるとした⁽⁴⁶³⁾。文書を作成する主体については、できるだけ現場の捜査官ではなく、それに優位する責任のある検察官によって作成される必要があるという⁽⁴⁶⁴⁾。文書、記録の形式に関連して、緊急命令後間も無く作成された、容疑や捜索の目的、捜索を基礎付けるだけの嫌疑や切迫した危険が認識可能な警察作成のメモで十分であるとされる⁽⁴⁶⁵⁾一方で、捜索の翌日あるいは二日後に作成した警察官のメモでは、捜査直後に作成された文書とは言えないとした決定もある⁽⁴⁶⁶⁾。また、文書、記録の内容については、犯罪の嫌疑や捜索対象の証拠物件、証拠喪失の切迫した

⁽⁴⁶⁰⁾ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 3. 12. 2002 - 2 BvR 1845/00, NJW 2003, S.2303 (2304).

⁽⁴⁶¹⁾ これに対して、裁判官が徒らに審査を拒んだ場合に、切迫した危険が認められるかをめぐって、学説上は議論があるものの、連邦憲法裁判所は未だこの点について明確に判示していない (*Reiter/Serban* aa.O. (Anm. 199), S.364)。なお、連邦憲法裁判所の学術助手の筆になる *Reiter/Serban*, ebd., S.364は、独立・中立な機関である裁判官による命令に、多くの場合、事前の法的聴聞の機会の得られない関係者の権利保護にとっての特別な意義を見出している連邦憲法裁判所の立場からは、捜査判事の徒らな拒否だけで緊急命令を許容するかはかなり疑わしいとする。

⁽⁴⁶²⁾ BVerfGK 7, 392 (396)。また、BVerfGK 5, 74 (79) は、19時まで裁判所の夜間対応がなされていたにもかかわらず、17時の段階で裁判所の夜間対応による命令の取得を試みなかった場合に、「切迫した危険」の存在を認めなかった。

⁽⁴⁶³⁾ BVerfGK 2, 310 (315)。

⁽⁴⁶⁴⁾ BVerfGK 5, 74 (78)。

⁽⁴⁶⁵⁾ BVerfGK 2, 176 (177f.); 5, 74 (78)。

⁽⁴⁶⁶⁾ BVerfGK 7, 392 (396)。

危険を基礎付ける事実、加えて、裁判官への接触を試みたことを文書化する必要があるとするのに対して、事実的な状況の描写を通じて上記の事項が明らかである場合は、改めて文書化する必要はないと判示されている⁽⁴⁶⁷⁾。なお、2001年判決では緊急命令が問題となったため、「切迫した危険」を基礎付ける文書、記録の作成が問題となったが、裁判官命令を請求する際の、捜査機関から裁判官に対する情報提供の問題についても、部会決定による明確化が進んでいる。一般的な規範を提示したものを挙げておくと、2006年の第二法廷第三部会決定は、2001年判決が裁判官命令の際に裁判官が自己の責任において審査しなければならないとしたこと⁽⁴⁶⁸⁾を引いて、このような審査を可能とする前提として、請求においては、起訴状や有罪判決のような完全な描写を行う必要はないが、被疑事実の可罰性を示す、犯罪構成要件の本質的な特徴(wesentliche Merkmale)が指摘されていなければならないと判示した⁽⁴⁶⁹⁾。

最後に、夜間の命令請求などに対応可能な体制を整備する義務についても、2001年判決を具体化するような決定が出ており、裁判官の対応可能性を整える義務も、どのような地域においても常に夜間の当直裁判官などを用意しておく必要はなく、実際上の必要性に対応する形で整備すれば良いとされた⁽⁴⁷⁰⁾。

⁽⁴⁶⁷⁾ BVerfGK 5, 74 (79). Siehe auch *Reiter/ Serban* a.a.O. (Anm. 199), S.349f.

⁽⁴⁶⁸⁾ BVerfGE 103, 142 (151f).

⁽⁴⁶⁹⁾ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 4. 7. 2006 - 2 BvR 950/05 -, StV 2006, S.505 (506). 結局は、問題となる刑罰規定の特徴や捜査の状況等、個別の事案に依存することとなる(*Gusy* a.a.O. (Anm. 246), S.357)が、本質的な特徴の意味するところを考える上で参考になる判示として、BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 15. 12. 2005 - 2 BvR 372/05 -, StV 2006, S.565 [565][容疑の端緒を基礎付けるのに必要な、すべての本質的事実示される必要があるとした]; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 28. 4. 2007 - 2 BvR 361/02 -, juris, Rn.20[直接は搜索命令の記載に関する判示だが、どの条文の犯罪に該当するのか指摘することが必要であるとする]; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 26. 3. 2007 - 2 BvR 1006/01 -, Rn.18[漠然とした手がかりや単なる推測を超える容疑の根拠が必要であるとする]なども参照。

⁽⁴⁷⁰⁾ BVerfGK 2, 176 (178); 5, 74 (78); 7, 87 (98)[前二者は基本法13条の住居の搜索に関する判示であるが、最後の決定は、104条2項の自由剥奪の場合にも同様の枠組みが妥当するとした]。これに関連して、München(人口規模は150万人弱のドイツ第3の都市)のような大都市(Großstadt)で、18時という午後の遅く、あるいは早い夕刻といった時間帯に裁判官が対応できないということは許されないとした BVerfGK 9, 287 (290)や、Wuppertal

4.2.1.5. 通常法上の裁判官留保への妥当性

2001年判決は基本法13条2項の住居の捜索について、2002年決定は基本法104条2項の自由剥奪について判断を行ったものであり、いずれも憲法上の裁判官留保についての判示であった。では、これらの判例で示された考え方が通常法上の裁判官留保にも妥当するものなのか。この点については、学説上議論も呼んだが、判決・決定の直後から、判例内在的理解としては憲法上の裁判官留保と同様、重要な基本権保障と機能している場合には、少なくとも射程が及ぶとするものが一般的であったといえる⁽⁴⁷¹⁾。連邦憲法裁判所も、数次の部会決定において、切迫した危険の存在について、捜査機関がその根拠を文書、記録化する義務や、夜間などの対応を行う体制構築を行う裁判所の義務について、通常法上の裁判官留保の場面にも憲法上の裁判官留保と同様のものが原則的に要求されるのだとしている⁽⁴⁷²⁾。もっとも、通常法上の裁判

(人口規模は35万人程度)において夜間対応を行う裁判官が用意されていなかったことについて、大都市においては、夜間対応を可能にしておかなくてはならないとして違法と判断した専門裁判所の判断を肯定した、BVerfG (I. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 24. Februar 2011 – 2 BvR 1596/10 –, EuGRZ 2011, S.184 Rn.8[siehe auch *Gusy* aa.O. (Anm. 246), S.356]がある。なお、*Reiter/Serban*, ebd., S.356によれば、多くの州の州裁判所管区では、21時まで夜間の対応体制が整えられているとされる。*Reiter/Serban* aa.O. (Anm. 199), S.359は、「実際上の必要性」の具体的指標については、なお判例の集積が待たれるとしている。

⁽⁴⁷¹⁾ *Gusy* aa.O. (Anm. 249), S.675; *Spaniol* aa.O. (Anm. 453), S.489; *M. Einmahl*, Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichter bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen, NJW 2001, S.1396; *K. Amelung*, Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ i.S. des Art. 13 II GG, NSTz 2001, S.342. 学説の概観については、*Talaska* aa.O. (Anm. 205), S.127ff.[歴史的沿革を踏まえた場合、憲法上の裁判官留保か通常法上の裁判官留保かというアプローチ自体が妥当ではないとして、裁判官留保一般に射程を及ぼす、*Talaska* 自身の見解については、S.134ff.を参照。]

⁽⁴⁷²⁾ BVerfGK 5, 74 (81); 10, 270 (272f.); 12, 374 (376f.); 14, 107 (110); 17, 340 (345f.)。なお、これらの決定の多くは、事後的な審査を確保する必要性から、「切迫した危険」の存在について、文書、記録化を求める文脈で、憲法上の裁判官留保に関する2001年判決以降の判例の枠組みを、通常法上の裁判官留保にも適用するものであるが、裁判官命令を得ようとするものが求められることなど、文書、記録化に止まらない要求内容を通常法上の裁判官留保についても展開している。また、比較の後期のBVerfGK 14, 107 (110); 17, 340 (345f.)は、「原則として(grundsätzlich)通常法上の裁判官留保にも妥当する」というような言い方をするものの、「原則として」の意味するところは必ずしも明らかではない。この点、これらの決定が最初の先例として引用する、BVerfGK 5, 74 (81)は、被保護利益たる通信の秘密(基本法10条)の重要性を手がかりに、憲法上の裁判官留保と同様の事後的権利保

官留保におけるこれらの要請は、法治国の最低水準要求を超えるものであり、これに対する違反が直接的に証拠使用禁止を導くものではなく、あくまで衡量の一要素とならしている点⁽⁴⁷³⁾には留意する必要がある。さらに、安易に通常法上の裁判官留保に射程を広げることは、現実にとぐわな過ぎる要求を行うことになるのではないかというような疑義は、なおも呈されている⁽⁴⁷⁴⁾。

4.2.2. 書かれざる憲法上の裁判官留保の承認と強調

4.2.1.において、連邦憲法裁判所が2000年前後から、裁判官留保の権利保障における意義を強調する判例を積み重ねてきたことを確認した。もっとも、そのような判例の議論は、基本的に犯罪発生後の刑事手続の文脈におけるものであったのに対して、これもすでに紹介した通り⁽⁴⁷⁵⁾、従来裁判官留保が馴染みのないものであった、危険排除、すなわち警察法の領域も巻き込む形で、一定の場合には、憲法上、裁判官留保の設定が求められるという議論（書かれざる憲法上の裁判官留保）も、連邦憲法裁判所の判例において展開されてきた⁽⁴⁷⁶⁾。これも、連邦憲法裁判所における裁判官留保を重視する

障を要求した BVerfGE 107, 299 (337f) を引用しており、この判決は、携帯電話の監視について、住居捜索の場合に裁判官留保が要求されるのと同様の理由が妥当する場面であるとして、憲法上裁判官留保が求められる場面であるとも判示している (325)。こういった点を踏まえれば、「原則として」という留保には、被保護利益の重要性の要求の意味が込められていると解することも可能であろう。

⁽⁴⁷³⁾ BVerfG (I. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 24. Februar 2011 – 2 BvR 1596/10 –, EuGRZ 2011, S.185 Rn.13. 法治国の最低水準云々という記述はないが、文書作成義務の違反だけで証拠評価禁止を導くものではないとしたものとして、BVerfGK 14, 107 (112) も参照。Siehe auch *Reiter/Serban* aa.O. (Anm. 199), S.357. もっとも、憲法上の裁判官留保についても、その違反のみでは証拠評価禁止を導くものではないという点は同様であり、その差は相対的なものといえよう。最後の点については、前掲註⁽⁴⁷²⁾と対応する本文を参照。

⁽⁴⁷⁴⁾ *Krey/Reiche* aa.O. (Anm. 218), S.695.

⁽⁴⁷⁵⁾ 前掲註⁽⁴⁷²⁾と、それに対応する本文参照。あわせて前掲註⁽⁴⁷⁰⁾も参照。

⁽⁴⁷⁶⁾ なお、通常法上の裁判官留保の場面において、憲法上の裁判官留保と同様の権利保障や、緊急性を理由とする例外的措置の限定性を求める連邦憲法裁判所の姿勢は、前掲註⁽⁴⁷²⁾で示唆したように、裁判官留保の規定が憲法上のものか通常法上のものかにかかわらず、保障対象となる基本権の重要性に着目したものであるという理解が可能である。もしそうであれば、翻って、一定の重要性を有する基本権の侵害にあたっては、憲法上要求される手続保障が裁判官留保という文脈において実現されなくてはならないという意味で、書かれざる憲法上の裁判官留保の発想と軌を一にするものであるということも不

姿勢の現れと位置付けることが可能であり、以下では、その概要を簡潔に確認しておくことにしよう。

連邦憲法裁判所は、基本権侵害の重大性が高く、加えて隠密性のある侵害について、比例原則に基づく要請として、裁判官留保を設定することが憲法上要求されるという判示を、これもまた2000年前後から幾度も行ってきた⁽⁴⁷⁷⁾。ここに、基本権侵害が重大であるというのは、その意味するところが必ずしも明確ではない⁽⁴⁷⁸⁾が、連邦憲法裁判所のこれまでの判例は、情報自己決定権(基本法1条1項2文と結び付けられた基本法2条1項)や通信の秘密(基本法10条)について憲法上裁判官留保が要求されるとしてきた⁽⁴⁷⁹⁾。もっとも、

可能ではなからう。この点に関連して、通常法上の裁判官留保の場面において、憲法上の裁判官留保と同様の、権利保障や緊急性を理由とする例外的措置の限定を求めた決定が、通常法上の裁判官留保が定められるに止まる携帯電話の監視について、憲法上、裁判官留保を設定する必要があるとした判決(BVerfGE 107, 299 [325])を、当該判示は直接の引用箇所とは異なるものの、参照していることもすでに述べたとおりである。さらに、*VoBkuhle* a.a.O. (Anm. 201), S.1213 Rn.33は、書かれざる憲法上の裁判官留保に該当するとされることの効果として、憲法上の裁判官留保についての、文書、記録化要請や、裁判官命令と検察官など捜査機関による命令原則・例外関係の妥当を挙げている。

また、本文のような、刑事手続法と警察法の対比については、危険排除の警察法と犯罪発生後の危険鎮圧、解消の刑事手続法の区別が相対化していることにも留意しておく必要がある。

(477) 後に少し詳しく述べる BVerfGE 120, 274(オンライン検索判決)以前のものものでは、BVerfGE 100, 313 (361)[基本法19条4項による権利保障の必要性にも言及しながら、通信の秘密(基本法10条)への、通信の関係者にはわからない侵害について、独立した、他の機関の命令に服さない機関による審査が求められるとした]; 103, 21 (33f)[比例性の要求にも言及した上で、DNA型の特異性、保存と利用に関して、刑訴法が定めた裁判官留保を通じて、実効的な基本権保障の要請を満たさなければならないとした]; 107, 299 (325) [BVerfGE 103, 142 (151f)を引用しつつ、基本権13条2項の住居捜索の場合と同様の事情があてはまり、電信電話装置法12条(当時)や刑訴法100b条(当時)における電話傍受についての裁判官留保が、比例原則を根拠として、憲法上要求されるものであるとした]; 112, 304 (316f. u. 318f.)[判決当時の刑訴法163f条4項による裁判官留保が、憲法上の要求(この詳細としては、比例原則に伴う要件設定の明確性要求とその手続的担保について述べた部分[316f.]の参照を求めるのみである)を反映したものであるとした]; 118 168 (202)[特別に保護されたプライバシー領域(*Zone der Privatheit*)に関するか、他の形で特に高い重大性を示す基本権侵害についての、特別な手続的保護や一定の実体的な介入への障壁が要求されるとした]。

(478) *Gusy* a.a.O. (Anm. 246), S.355.

(479) *Gusy*, ebd., S.354; *VoBkuhle* a.a.O. (Anm. 201), S.1214 Rn.33.

とりわけ情報自己決定権については、その侵害の程度によって裁判官留保が要求されるのかどうか判然としないところがあり、もう一つの要素である、隠密裡の侵害措置であることという点に、基準としてより重要な意義があるとも言われている⁽⁴⁸⁰⁾。また、裁判官留保という手続的な保障を要求するにあたっては、基本権は、実体的側面のみならず、手続的側面、すなわち実体的保護内容を確保するための手続や制度の保障を要求する機能を持つという、連邦憲法裁判所が古くから提示してきた議論⁽⁴⁸¹⁾との接合がなされている⁽⁴⁸²⁾。もう少し敷衍すると、被侵害利益の重大性に対応する形で、侵害に対する、手続的、制度的な制約が要求されることになるが、隠密裡に行われる基本権侵害については、事前の告知と聴聞に代表される手続が保障できず、これに対する補償的な措置⁽⁴⁸³⁾としての、独立、中立な機関、すなわち裁判官による事前の予防的審査が要求されるのである⁽⁴⁸⁴⁾。

例えば、書かれざる裁判官留保についての判例の集大成とも言われる⁽⁴⁸⁵⁾、

⁽⁴⁸⁰⁾ *Gusy*, ebd., S.354. なお、先にも触れたように、BVerfG 118, 168 (202) は、特別に保護されたプライバシー領域(Zone der Privatheit)に関係するか、他の形で特に高い重大性を示す基本権侵害についてのみ、特別な手続的保護や一定の実体的な介入への障壁が要求されるとしており、侵害の重大性と侵害の隠密性は択一的要素であるとの理解も不可能ではない。また、BVerfGE 125, 260 (337) は、とりわけ隠密裡の侵害である場合、裁判官による事前の予防的審査を必要とするなど、隠密性のみで裁判官留保の必要性を基礎付けると位置付けているようにも見受けられる。この点について、*Schmidt-Abmann* a.a.O. (Anm. 205), S.440f. は、BVerfGE 125, 260の場合も含めて、特にセンシティブな情報に関係することや現存する信頼の毀損が認められる場合など、侵害の重大性が認められる場合に例外的に求められることが強調されている(*Schmidt-Abmann* は BVerfGE 125, 260 [318]においては、当該事案で問題となっている、侵害の重大性が強調されることも指摘する[S.441 Fn.39])として、基本権侵害の重大性と隠密性の双方を憲法上の裁判官留保を要求する基準として見るべきだとしている。

⁽⁴⁸¹⁾ 例えば、本稿の関心に近いところでは、一般的人格権について BVerfGE 63, 131 (143)、一般的人格権の一つに位置づけられる情報自己決定権について BVerfGE 65, 1 (44) があ

る。そのほかの例については、*VoBkuhle* a.a.O. (Anm. 201), S.1213 Rn.33 Fn.147を参照。

⁽⁴⁸²⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1213 Rn.33; *Gusy* a.a.O. (Anm. 249), S.672.

⁽⁴⁸³⁾ ただし、完全な穴埋めとなるわけではないという点には留意すべきである。この点については、前掲註⁽⁴⁸¹⁾と対応する本文参照。

⁽⁴⁸⁴⁾ *Gusy* a.a.O. (Anm. 246), S.354; *Schmidt-Abmann* a.a.O. (Anm. 205), S.439f.; *VoBkuhle* a.a.O. (Anm. 201), S.1213f. Rn.33

⁽⁴⁸⁵⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1214 Rn.35. なお、BVerfGE 125, 260 (337) も、BVerfGE 120, 274 (331) を引用して、重大な基本権侵害、とりわけ隠密裡に行われる基本権侵害の場合には、事

2008年のオンライン検索判決では、先に註⁴⁸⁶でも触れたように、IT基本権⁽⁴⁸⁶⁾など被保護利益の重要性を前提としつつ、オンライン検索の隠密性を踏まえて、隠密裡の捜査活動について、裁判官留保が補償的な統制であることを、ザクセン州憲法裁判所判決⁽⁴⁸⁷⁾も引用しながら指摘し、裁判官留保の設定を憲法上の要求であるとしている⁽⁴⁸⁸⁾。こうして、権利保障の仕組みの構築は、基本的には立法者に委ねられるところ⁽⁴⁸⁹⁾、裁判官留保を設定する憲法上の要求によって、立法者の裁量は限定されることになるのである⁽⁴⁹⁰⁾。

通信履歴保存に関する連邦憲法裁判所判決においても、オンライン検索判決の基本線は引き継がれた⁽⁴⁹¹⁾。すなわち、比例原則を根拠に、基本法10条への特に重大な侵害に当たっては、この侵害の透明性確保の観点から、憲法上、中立的機関の予防的審査が必要であるとしており⁽⁴⁹²⁾、透明性要求の根拠づけに当たっては、通信履歴の取得、保存について事後的な通知もないという隠密性の高さを指摘している⁽⁴⁹³⁾。この様に、同判決は、オンライン検索判決を受けて、侵害の重大性と隠密性を丁寧にとともに、裁判官留保の要求の背後には、比例原則と実効的な権利保障の観点が存在することを踏まえた判示となっている⁽⁴⁹⁴⁾。

最近のBND法判決でも、憲法上の要請として、重大な基本権侵害を構成するところの戦略的監視活動⁽⁴⁹⁵⁾について、個別の当事者に対する主観的権

前の裁判官の審査を要求するのが連邦憲法裁判所の判例であるとする。

⁽⁴⁸⁶⁾ これについては、拙稿・前掲註(1)714頁以下などを参照。

⁽⁴⁸⁷⁾ VerfGH Sachsen, Urteil v. 14.5.1996 – Vf 44-II-94, JZ 1996, S.957.

⁽⁴⁸⁸⁾ BVerfGE 120, 274 (332f.).

⁽⁴⁸⁹⁾ BVerfGE 120, 274 (332). Siehe auch *Gusy* aa.O. (Anm. 246), S.355.

⁽⁴⁹⁰⁾ *VoBkuhle* aa.O. (Anm. 201), S.1216 Rn.37.

⁽⁴⁹¹⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1215 Rn.36.

⁽⁴⁹²⁾ BVerfGE 125, 260 (334f. u. 337).

⁽⁴⁹³⁾ BVerfGE 125, 260 (335).

⁽⁴⁹⁴⁾ なお、立法裁量の存在を前提として、憲法上の裁判官留保の承認によって、それが制限されることに帰結することも繰り返し述べられている。

⁽⁴⁹⁵⁾ この判決の審査対象となった、BND法や戦略的監視(引用文献では、戦略的制限)については、渡辺富久子「ドイツの連邦情報庁法——対外情報機関の活動の法的根拠——」外国の立法275号(2018年)55頁以下を参照。

利保障が不十分なことへの代償として、裁判官留保を含む、高度かつ詳細な客観法的統制制度を整備する必要性があることが説かれている⁽⁴⁹⁶⁾。もっとも、ここでは、客観法的統制手法という新たな括りの中の一つとして、裁判官留保が扱われており、もう一つの客観法的統制としての行政機関による統制と対置されている上、裁判的統制も、厳密には、裁判官留保類似のものという形で、裁判官留保の設定に限定されていない点が、むしろ注目される⁽⁴⁹⁷⁾。ここまで見てきた裁判官留保を重視し、その原則性を強調する連邦憲法裁判所に対して、次に見るように、学説においては昨今、裁判官留保の限界が指摘されているということ踏まえたとき、連邦憲法裁判所判例が、必ずしも裁判官による判断に限定していないとも解しうることは、裁判官留保に代替する手段の検討へと我々の関心を向けてくれる⁽⁴⁹⁸⁾。

⁽⁴⁹⁶⁾ BVerfG (I. Senat), Urteil vom 19. 5. 2020, 1 BvR 2835/17, Rn.265[監視活動の統制において、透明性の高い個別の権利保障の代償として、独立の客観法的統制が必要としてきた、従来の判例として、BVerfGE 133, 277 (369 Rn.214)[反テロデータ判決]; 141, 220 (284f. Rn.140f.[BKA 法判決を引用する], Rn. 273[一般論] u. Rn. 275[裁判的統制の求められるあり様について]]。

⁽⁴⁹⁷⁾ もっとも、BVerfGE 125, 260 (337) もすでに、重大な基本権侵害を伴う捜査上の措置について、憲法上中立的機関の予防的審査が必要であるとしており、直後に裁判官の特殊な地位・性質について強調し、原則としては裁判官が想定されることを示唆する(vgl. *Voßkuhle* a.a.O. (Anm. 201), S.1215 Rn.36)ものの、憲法上の中立的機関について、文面上、裁判官、裁判所に限定しておらず(これを引用して、裁判官でなければならぬわけではないと明記するものとして、*T. Schwabenbauer, G. Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht*, in: *M. Bäcker/ E. Denninger/ K. Graulich* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts* 6.Aufl., 2018, S.841 Rn.226 i.V.m. Fn.633), BVerfGE 141, 220 (312, Rn.235)[BKA 法判決]もこれを引用していた点に留意しておく必要がある。さらに、前掲註⁽⁴⁷⁷⁾で見たところからもわかるように、BVerfGE 120, 274以前の連邦憲法裁判所の判例も、当該事件で問題となっている、通常法上の裁判官留保が憲法上の要求を反映したものであることが述べられる(すなわち、現行の通常法とは異なり裁判官以外の機関に審査を委ねる立法がなされていた場合、憲法上の要請を満たしていないかについては判断していない)か、独立の機関などという形で裁判官と明示しないものばかりであり、裁判官以外の機関による審査の可能性はもともと開かれていたみることもできよう。この点について、前掲註⁽⁴⁷⁷⁾と対応する本文も参照。

⁽⁴⁹⁸⁾ なお、オンライン捜査判決において、連邦憲法裁判所は裁判官留保を要求するに際して、BVerfG 110, 53 (67f.)の参照を求めて(BVerfGE 120, 274 [331])おり、その引用先では、基本権侵害の根拠規定の明確性の欠如を填補するものとして、裁判官による審査を用意するなどの手続的手当が提示されている。もっとも、そこでは同時に、手続的手当が規定の明確性そのものを補うものではないことも指摘されており、少なくとも、手続

4.2.3. まとめ

本節でここまで見てきたように、連邦憲法裁判所は2000年前後から、裁判官留保の重要性を強調する立場を明確にしている。すなわち、まずは、憲法上の裁判官留保の場面における緊急命令の例外性を明確に打ち出すとともに、それを担保するための制度構築の必要性和各国家機関の協力義務にまで言及するに至っている。さらに、それにとどまらず、明文の憲法上の裁判官留保の他にも、憲法上、裁判官留保を設定する必要がある場面が存在することを認め、そこでは、明示される憲法上の裁判官留保の場合と同様の要求が各国家機関に課されるというのである。

しかし、連邦憲法裁判所のこのような厳格な姿勢には、実務や学説からの反発や、実態に即していないという指摘も存在している。さらに、連邦憲法裁判所の判例が、書かれざる憲法上の裁判官留保を要求する文脈で、裁判官以外の中立的機関による手続を設定する可能性を認めていると解する余地があることについても言及し、裁判官留保を代替、補完する仕組みにも目を向ける必要があることがわかった。そこで、まずは、裁判官留保の実態についての批判的な見方に留意して、裁判官留保の現実、実態を明らかにし、代替的、補完的の制度の検討へとつなげていく作業が必要となる。次節で展開されるのは、まさにこの作業である。

4.3. 裁判官留保の現実と限界

先述のように、裁判官留保について、連邦憲法裁判所がその意義や重大性を強調したところとは逆に、実態として、その権利保障の機能は決して十分なものではないという指摘が様々になされている。以下では、最近の文献であり、わかりやすくまとめられた、Voßkuhleの整理に基本的に依拠しながら、裁判官留保の現実（4.3.1）と、その現実であるところの裁判官留保の

的手当が実効的なものでなければ、明確性欠如に対する補償としての意義は損なわれることとなろう。そうすると、裁判官留保等が実効的な手段であるか、裁判官以外の者を主体とする実効的な代替手段が存在するかといった点について検討することは、そもそも我々が裁判官留保に注目することになったきっかけ、すなわち、明確性要求の緩和に対する代償としての裁判官留保の可能性の判断にも結びつくものとも言えよう。

権利保障機能の相対化の要因 (4.3.2), そして, 裁判官留保の機能を改善させるための方策 (4.3.3) について, それぞれ見ていくことにしたい。

4.3.1. 裁判官留保の現実：権利保障機能の相対化

裁判官留保の現実として, 裁判官命令の請求に対する拒否率が非常に低いということがまず指摘されている⁽⁴⁹⁹⁾。この拒否率の低さ自体は, 検察官など捜査機関による裁判官命令の請求が一定の質を確保しており, 裁判官命令を下すのに適切な場合にのみ請求がなされているのであれば問題はない。しかし, この請求の質は高くなく, かなり欠陥を含むものであるとされる⁽⁵⁰⁰⁾。具体的には, 法律上求められる最低限の要求を満たしていない, つまり, 命令の対象となる措置について, 具体的事案に即した根拠づけがなされていない場合も少なくないのだという⁽⁵⁰¹⁾。緊急性を理由とする捜査機関限りの命令

⁽⁴⁹⁹⁾ Voßkuhle a.A.O. (Anm. 201), S.1252 Rn.96; C. Gusy, Überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt: Effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi?, ZRP 2003, S.275; Schwaabenbauer a.A.O. (Anm. 4), S.338f. Voßkuhle も引用するように, 統計によれば, 電気通信の傍受についての拒否率は, 0.3% (O. Backes/ C. Gusy, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?: Eine empirische Untersuchung zum Richtervorbehalt bei der Telefonüberwachung, 2003, S.44[1996年から1998年の3年間のノルトライン・ヴェストファーレン州の4つの検察管区を対象としたものである。Siehe auch S.10f.])とか, 0.4% (H.-J. Albrecht/ C. Dorsch/ C. Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003, S.178[1998年におけるドイツ全土の刑事訴訟法100a, 100bの2ヶ条に関連する事案からの1000件の抽出調査である (S.132)。なお, Voßkuhle, ebd., S.1252 Fn.404では, 23頁が引用されているが, 本稿筆者がウェブ上で入手したPDF版では, 前掲のページに記載されている。WebでのPDFの入手先は, 以下の通り。 < http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/telekueberw/rechtswirklichkeit_%20abschlussbericht.pdf > 本号掲載分のウェブ資料の最終訪問日は2020年10月3日である])といった低いものとなっているとの調査結果もある。電話傍受の人口あたりの数や裁判官命令の拒否率についてアメリカとドイツとの比較に言及するものとして, von Kühlewein a.A.O. (Anm. 197), S.429ff. も参照。

⁽⁵⁰⁰⁾ Voßkuhle, ebd., S.1252 Rn.96; Gusy, ebd., S.275; Backes/ Gusy, ebd., S.43[電気通信傍受の裁判官命令への検察官の請求の少なくとも79.7%が不十分な理由づけをしているにとどまると指摘する]。

⁽⁵⁰¹⁾ Voßkuhle, ebd., S.1252 Rn.96. Voßkuhle も引用するように, Albrecht/ Dorsch/ Krüpe a.A.O. (Anm. 499), S.227 u.229によれば, 警察の請求の28.5%, 検察の請求の21.9%が犯罪の実質的な内容に立ち入って根拠づけしているにとどまっている。さらに, H.-J. Albrecht/ A. Grafe/ M. Kilchling, Rechtswirklichekeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO, 2008, S.188[2003年の

や、それに対する事後的な裁判官審査の場合は、より一層、定型的で形ばかりのものになる傾向があるとされる⁽⁵⁰²⁾。

このような質の高くない請求に対して、裁判官が独自の調査等に基づく慎重な審査を加えて、裁判官命令の段階では法律上の要求を満たすような根拠づけを伴う、質の高い決定が下されているのかといえ、そのようなことはなく、捜査機関の質の低い請求を、その瑕疵を改めることもなく、そのまま引き写した裁判官命令が発出されているというように、裁判官命令はラバースタンプ化しているのだという⁽⁵⁰³⁾。

さらに、裁判官命令と緊急性を理由とする捜査機関の命令の数を比較すると、裁判官命令が原則であり、裁判官以外の機関による命令は、あくまで緊急性が求められる場合の例外であるという構図は成り立たず、むしろ原則・例外構造は逆転しているとも指摘される⁽⁵⁰⁴⁾。

このように、2000年前後から連邦憲法裁判所が強調してきた裁判官留保の権利保障機能と、それを基礎とした原則性の強調とは逆に、裁判官留保の権利保障機能が相対化している実態が描写されているのである⁽⁵⁰⁵⁾。

最終四半期と2004年全年の間の、バーデン・ヴュルテンベルク、ベルリン、メックレンブルク・フォアポメルン、ノルトライン・ヴェストファーレンの各州の、刑事訴訟法100g, 100hの2ヶ条に関連する事案から150件を抽出調査したもの]¹⁾は、警察の請求の55%、検察の請求の34%が犯罪の実質的な内容に立ち入って根拠づけしているにとどまっているという。

⁵⁰²⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1252 Rn.96.

⁵⁰³⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1253f. Rn.96f.; *Gusy* a.a.O. (Anm. 499), S.275f. mit 277; *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.85; *von Kühlewein* a.a.O. (Anm. 197), S.428. 裁判官命令のうち犯罪の実質的な内容に踏み込んだ理由づけをするものは、*Albrecht/ Dorsch/ Krüpe* a.a.O. (Anm. 499), S.232によれば23.5%, *Albrecht/ Grafe/ Kilchling* a.a.O. (Anm. 501), S.188では25%にとどまるといふ。さらに、このような状況を規範的に批判するものとして、*Brüning* a.a.O. (Anm. 205), S.223; *Helmken* a.a.O. (Anm. 218), S.197なども参照。

⁵⁰⁴⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1253 Rn.96; *J. Brüning*, Der Richtervorbehalt – ein zahnloser Tiger?: Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seine Ineffizienz in der Praxis, ZIS 2006, S.29; *Amelung* a.a.O. (Anm. 471), S.337. Siehe auch *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.81ff.. 警察法分野における裁判官留保の有用性を検討する上で、原則・例外の逆転の問題に触れるものとして、*Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.168ff. も参照。

⁵⁰⁵⁾ 裁判官留保に関する理論と現実については、ここまで引用したもののほか、*Bitzingeio* a.a.O. (Anm. 197), S.43ff. なども参照。

4.3.2. 裁判官留保の権利保障機能の相対化の要因

4.3.1 でみた、裁判官留保の現実、実態は、1980年頃から指摘されてきた⁽⁵⁰⁶⁾のものであり、文献において参照される統計等も、20世紀末のものなどが多い⁽⁵⁰⁷⁾。そうすると、裁判官留保の権利保障機能が相対化してしまった実態に鑑みて、連邦憲法裁判所は2000年前後から、理論的に導かれる原則に立ち戻って実務の改善を図るべく、先に見たような裁判官留保の意義を重要視、強調する判例を展開してきたと見る可能性もある。しかし、権利保障機能の相対化の背景には構造的な問題が存在しているとされ、もしその通りであるのならば、連邦憲法裁判所の一連の判決後にも基本的に妥当するはずである。また、VoBkühleによれば、捜査機関による緊急命令の例外性を強調し、とりわけエポックメイキングな性格を持つ2001年判決の後でも、2013年の段階ではなお、捜査機関の意識や実務が変化したことを示す証拠は存在していないという⁽⁵⁰⁸⁾。それでは、その構造的な問題とは何か。VoBkühleは、①審査のための時間の不足、②裁判官の不十分な専門化、③裁判官にとってのインセンティブの欠如と認知的不協和の3つにまとめている⁽⁵⁰⁹⁾。それぞれについて、もう少し詳しく説明しておこう。

まず、①審査のための時間の不足についてであるが、これは裏返せば捜査判事の職務の過重を意味し、捜査判事が多くの事案について判断しなくては

⁵⁰⁶ 二つの先駆的研究として、*J. Benfer*, Die Haussuchung im Strafprozeß, 1980, S.352ff. [調査年次は 1978年]と、*U. Nulles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenz in Strafprozeßordnung, 1980, S.246ff. [調査年次は1971年]が挙げられる。Siehe *VoBkühle*, ebd., S.1252 Fn.402.

⁵⁰⁷ 前掲註⁴⁹⁹及び⁵⁰⁰参照。

⁵⁰⁸ *VoBkühle* a.a.O. (Anm. 201), S.1253f. Rn.96. ただし、ここでは、緊急対応の仕組みを導入する規則の制定などは行われたこと (S.1253 Fn.417)、統計資料が新しくなるに従って、裁判官命令の比率は向上していること (S.1254 Fn.418) も指摘されている。後者の点について、当該引用部分でも紹介されているが、1978年から2000年の間で、捜索の裁判官命令の比率が33% から67% に増加していることを指摘する。A. *Finke*, Die Durchsuchung von Räumlichkeiten im Ermittlungsverfahren: Eine empirische Untersuchung zur Anwendung der §§ 102ff. StPO durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter, 2009, S.137なども参照。

⁵⁰⁹ *VoBkühle*, ebd., S.1254f. Rn.98.

ならないため、1件の裁判官命令にかけられる審査の時間は、数分から30分程度であるともされ、優先順位をつけることは避けられず、比較的侵害が軽微だと見受けられる措置についてはとりわけ注意が向けられないこととなる⁽⁵¹⁰⁾。

次に、②裁判官の不十分な専門化というのは、捜査判事という役職がそれに特化した専門の裁判官によって担われるのではないということである。捜査判事は、通常は区裁判所（一部は州裁判所）の裁判官がその任にあたり、区裁判所での通常の任務と並行する形で職務を遂行しなくてはいけないのである。また、区裁判所の裁判官は民刑事法には通じていても、公法には決して明るくはなく、立法動向と立法の技術の両面において複雑な、裁判官留保に関連する法律の解釈には適さないところがあるとも指摘される⁽⁵¹¹⁾。関連して、実務上、捜査判事は若手の裁判官がその任にあたることが多いとされ、その判断には習熟していないところがあるとも指摘されている⁽⁵¹²⁾。

最後に、③裁判官にとってのインセンティブの欠如と認知的不協和である。

⁽⁵¹⁰⁾ *Voßkuhle*, ebd., S.1254 Rn.98. Siehe auch *Albrecht/Dorsch/Krüpe* a.a.O. (Anm. 499), S.258; *Albrecht/Grafe/Kilchling* a.a.O. (Anm. 501), S.144ff. u. 184[ただし、後者においては、数分で判断する場合もあれば、数日を費やす場合もあるという回答が捜査判事から得られたことが示されている]。Siehe auch z.B. *von Kühlewein* a.a.O. (Anm. 197), S.432; *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.89; *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 4), S.341f.

⁽⁵¹¹⁾ *Voßkuhle*, ebd., S.1255 Rn.98. Siehe auch *Schwabenbauer*, ebd., S.337f. これは、とりわけ警察法の分野では問題になろう。この点については、*Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.195f. [行政法であるところの警察法と通常裁判権の系列に属する区裁判所(Amtsgericht)の管轄となることとのミスマッチを指摘した上で、行政裁判権と区裁判所の連携が求められると指摘する]; *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S.277f. なども参照。また、裁判官留保に関する規定に体系的な一貫性がなく、複雑であることも、裁判官の審査能力の欠如の一因となっていると指摘するものとして、*Helmken* a.a.O. (Anm. 218), S.195; *Asbrock* a.a.O. (Anm. 197), S.17; *Talaska*, ebd., S.87などがある。

⁽⁵¹²⁾ *Gusy* a.a.O. (Anm. 499), S.276; *Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.171; *Talaska*, ebd., S.90; *Schwabenbauer*, ebd., S.337f. さらに、捜査判事が若手であることに限らず、審査にあたるための専門知識に欠けることについては、組織犯罪や経済犯罪等についての知識が裁判官に欠如していることなどを指摘する、*Brüning* a.a.O. (Anm. 504), S.33; *ders.* a.a.O. (Anm. 205), S.224f. を参照。さらに、*Brüning* は、捜査活動が検察の統率からも離れ、「警察化」していることが、法的統制の軽視につながっているとも指摘する。Siehe *Brüning* a.a.O. (Anm. 504), S.32; *ders.* a.a.O. (Anm. 205), S.220f. 同趣旨を述べるものとして、さらに、*Talaska*, ebd., S.93も参照。

これは、裁判官の心理に着目したものであり、ここで Voßkuhle は Helmken の議論⁽⁵¹³⁾に依拠している⁽⁵¹⁴⁾。②でも触れたように、裁判官にとって、あくまで副次的な職務として位置付けられ、独自のイニシアティブによって調査を行うこともできない、捜査判事としての職務は、多くの裁判官にとって、自身の職務としての自覚させるものではない⁽⁵¹⁵⁾。さらに、このような副次的な職務に心血を注いだところで、裁判官としてのキャリア形成においてプラスに働くものではなく、裁判官にとってのインセンティブを生まない⁽⁵¹⁶⁾。そこへ来て、捜査機関等から力のこもった命令の案文が提示されているのであれば、それに対して理由を示して否定するよりも、それに沿った命令を下す方が余程容易である⁽⁵¹⁷⁾し、裁判官留保の場面のように関係者からの異議の申立てがない状況では、抗告審の審査などにさらされる心配もなく、捜査判事にとって、命令発出を拒否するインセンティブはますます少ない⁽⁵¹⁸⁾。このよ

⁵¹³ Helmken a.a.O. (Anm. 218), S.193ff.

⁵¹⁴ Voßkuhle a.a.O. (Anm. 201), S.1255 Rn.98 (u.a. Fn.426). 同様に、Helmken の議論を参照し、その説得性を認めるものとして、Talaska a.a.O. (Anm. 205), S.90ff. [Talaska の賛意の表明については、S.92f.] も参照。

⁵¹⁵ Voßkuhle, ebd., S.1255 Rn.98. 関連して、Helmken a.a.O. (Anm. 218), S.195では、裁判官にとって、当事者への共感を持ちにくい場面であることも指摘されている。

⁵¹⁶ Voßkuhle, ebd., S.1255 Rn.98; Helmken, ebd., S.195 [ここでは、キャリア形成においてプラスに働かないことに加えて、検察、警察組織からの負の反応を受けることを回避しようとする心理が働くことも指摘されている]; Aschmann a.a.O. (Anm. 210), S.171 [キャリアが浅い時点で負担も多いことが魅力的でないという形で若手に割り振られることとの関連性にも触れている].

⁵¹⁷ Voßkuhle, ebd., S.1255 Rn.98. 判断を行うにあたって不明な事柄がある場合の心理として、先に他者の判断がある場合にその判断と同じ結論に至る傾向にあるという、「団結効果 (Schulterschlußeffect)」によるものであると説明される。「団結効果」については、B. Schünemann, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter?: Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffect, StV 2000, S.162ff.; Helmken, ebd., S.196を参照。関連して、情報提供が一方的であることを指摘するものとして、Brüning a.a.O. (Anm. 504), S.32f.; ders. a.a.O. (Anm. 205), S.222f.; Aschmann, ebd., S.170; Weber a.a.O. (Anm. 210), S.195; Talaska a.a.O. (Anm. 205), S.84 u. 88 も参照。Talaska は加えて、裁判官の手続全体の中での関与の断片性 (S.87f.) や、事件の事実自体からの裁判官の距離の遠さについても指摘する (S.88f.)。Siehe auch Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.279 [裁判官に事実調査権限が法律上は存在することとその利用の少なさについて言及する].

⁵¹⁸ Voßkuhle, ebd., S.1255 Rn.98; Helmken, ebd., S.195. 類似する指摘として、裁判官の独立性から、行政官と異なり、上位の機関による監督、統制がなく、責任の所在、追求が不

うな状況のもと、捜査判事には認知的不協和が生じ、自身の命令発出の拒絶率を過剰に認識してしまい、ますます拒絶を避けるようになるという⁽⁵¹⁹⁾。

4.3.3. 裁判官留保の機能改善のための対応策

4.3.2. で見たような問題は、裁判権の本来的作用とは見られていないからこそ、副次的な職務として位置付けられ、裁判官の専門性も欠如するのだという意味では、究極的には、裁判官留保における手続・決定が、実質的意味の裁判権の一種と位置付けられるか、同じく実質的意味の執行権に含まれるかはともかく、本来は執行府によって担われる作用の一部について、裁判官に委ねられた、本来的、あるいは核心的な裁判権の作用との間に差異を認めざるを得ない、特殊な作用であるということ⁽⁵²⁰⁾に起因すると解することもできる。したがって、その意味において、これを構造的問題と呼ぶことも諾なるかなというところがある。しかし、裁判官の心理面での問題はともかく、それ以外は、裁判所内部での組織構造や職務配分に関する実務的な問題でもあるように見受けられる。そうすると、予算面など、裁判所のみで対応可能かはともかくも、2000年前後以降の連邦憲法裁判所の判例が示す裁判官留保像が、憲法上の要求であるとされる以上、それに従って改善することは求められこそせよ、改善を否定することはできないはずである⁽⁵²¹⁾。

そこで、学説上、裁判官留保の対象を限定し、現場の警察官などの行政機関に判断をさせるのではなく、現場からは一定の距離のある、検察官や警察の上層部などに判断を留保し、客観的判断と効率的判断を両立させようとす

十分となるという点を挙げる、*Aschmann*, ebd., S.171f. や、キャリア型の任用システムによって外部からの批判的視点が欠けることを指摘する、*Schwabenbauer* aa.O. (Anm. 4), S.340も参照。

⁽⁵¹⁹⁾ *VoBkuhle*, ebd., S.1255 Rn.98. Siehe auch *Finke* aa.O. (Anm. 508), S.207ff.

⁽⁵²⁰⁾ この点については、前掲註⁽⁵¹⁹⁾と対応する本文を参照。

⁽⁵²¹⁾ 関連して、裁判官留保に構造的欠陥があるからといって、その改善を行わず、検察官に命令権限を全て移譲するなどというのは、立法者による、基本権保障の責任を放棄した、実務上の問題に対する降伏に他ならないという、*Talaska* aa.O. (Anm. 205), S.204や、2001年判決を従来の運用(事実)に対して、憲法の優位を貫徹した判決であると評価する、*O. Lepsius*, Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, *Jura* 2002, S.266を参照。また、裁判官留保が無用の長物となっているとは言えないが、現状を放置するのでもた憲法上問題となるとする、*Schwabenbauer* aa.O. (Anm. 4), S.344もある。

る見解⁵²²⁾の他にも、裁判官留保のありようを改善しようとする見解が見られる。例えば、Voßkuhkeは改善策として、一つには、①裁判所の組織構造を変更し、捜査判事の任務を他の裁判官の職務とは独立したものとし、捜査判事の任務に集中させることで、専門性を得させることと、裁判官の職務負担を軽減するというものである⁵²³⁾。二つ目に、職務負担の軽減という点では、もちろん、捜査判事の専門化と密接に関わるが、②一つの事案に割ける時間を多くし⁵²⁴⁾、余裕を持って判断が可能にする必要もある。さらには、③裁判官の判断の質向上のため、裁判官留保の実務の継続的、統計的な把握を行うこと⁵²⁵⁾や、④事後的な裁判所による統制を強化し、権利保障を十全なもの

522) このような見解(裁判官と検察官の法律家としての類似性などを強調し、裁判官留保の縮減の方向性を比較的強く打ち出すものとして、例えば、*J. Krüger*, *Der Richtervorbehalt als Königsweg für den Schutz von Grundrechten? – Überlegungen zum Anwendungsbereich des strafprozessualen Richtervorbehalts –*, DRiZ 2004, S.250[あわせて参照、*Talaska*, ebd., S.200f.]を挙げておく)については、次節で検討する。なお、このような議論は、当該分野における裁判官留保の歴史が浅く、危険概念の変容など、法治国の統制のありようが特に流動的な警察法分野において、あるべき制度設計を模索する上でよく展開される傾向にある。そのような傾向を示すものとして、*Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.179ff. や *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.202ff. などがある。

523) この点について、同趣旨の指摘をするものとして、*Helmken* a.a.O. (Anm. 218), S.196f. [捜査判事の職務を独立させるとともに、若手の職務としてではなく、上位の裁判官に担わせて、権限も拡大すべきだとする]; *Brüning* a.a.O. (Anm. 504), S.34f.; *ders.* a.a.O. (Anm. 205), S.227; *Weber*, ebd., S.197[組織的裏付けのある独自の事実調査権限の確保の必要性を強調する]; *Bitzingeio* a.a.O. (Anm. 197), S.79ff.; *Hilger* a.a.O. (Anm. 205), S.487などがある。関連して、単独裁判官ではなく、基本法13条3項(住居の聴覚的監視)のように合議体による審査を導入する可能性に触れるものとして、*Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.176f.; *Weber*, ebd., S.197; *von Kühlewein* a.a.O. (Anm. 197), S.435などがある。これに対して、合議体を導入しても、合議体によく見られるように、実質的に一人の裁判官が調査し、判断の原案を示し、他の裁判官がこれに連署するというようなものであれば統制の質は上がらず大きな意味はないとするものとして、*Gusy* a.a.O. (Anm. 499), S.276f.; *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.280も参照。

524) ただし、慎重に審査を行い、裁判官命令に必要とされる時間が長くなればなるほど、緊急性が認められやすくなるという逆説(siehe *Gusy*, ebd., S.277; *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.93f.)には留意する必要がある。

525) この点について、同趣旨の主張をするものとして、*Gusy*, ebd., S.277f. がある。*Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.177f.; *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.199ff.; *von Kühlewein* a.a.O. (Anm. 197), S.436f. は、一般への報告義務のほか、裁判官命令の効力期限を短く設定し、継続的に統制ができるようにする可能性にも触れる。もっとも、*Weber*(裁判官の独立の観点からの批判を踏まえつつ、報告義務の有効性を肯定する[S.201])や *von Kühlewein*(慎重な

するとともに、裁判官命令の統制と是正を図ること⁽⁵²⁶⁾を提案している⁽⁵²⁷⁾。

4.3.4. まとめ

比較的近時の連邦憲法裁判所の判例による裁判官留保の重要性の強調にもかかわらず、裁判官留保における審査・決定の現実はいかなるからこそ、連邦憲法裁判所が理論的な本来の姿に戻るべきだとして、上記のような判断を示したと解することも可能であるが——判例が想定するものとは程遠いものにも思われる、権利保障機能が不十分なものであった。これには、裁判官留保そのものの性質にも起因する構造的な要因があり、限界を抱えているといえる。そこで、学説上は、裁判官留保の限定と、執行府内部での統制による代替も説かれている。もっとも、裁判所の組織改革などによって権利保障機能の回復・改善の余地もなお認められるところであり、まずはそれが追求されるべきであると言えよう。

それでも、裁判官留保の機能向上に向けた改善策についても、判断すべき内容の複雑化、最新科学技術との関連性の深化というものも踏まえたとき、裁判官留保における審査・決定を行うことに固執し、専門化を進める組織、機関を、裁判官に限定する必要はないだろうし、場合によっては、それが望ましくない場合もありえよう。さらに、裁判官留保に関する継続的、統計的把握を確保する点も、議会による政治的統制や裁判官とは異なった専門家による統制を通じた、裁判官留保制度の補完の必要性が論じられていると見ることもできよう⁽⁵²⁸⁾。そこで次節では、執行府内部における統制のほか、議会による政治的統制、さらには、裁判官とは異なる、独立的専門家に統制について検討し、裁判官留保を如何に代替、補完するものとなりうるのかを考察してみることにしよう。

立場を示す[S.437])は、報告義務が、裁判官の独立との関係で問題となりうることも指摘している。

⁵²⁶ この点について、同趣旨の主張をするものとして、*Aschmann*, ebd., S.178f.; *Bitzingeio* a.a.O. (Anm. 197), S.77ff.; *Hilger* a.a.O. (Anm. 205), S.487f. などがある。関連して、*Gusy* a.a.O. (Anm. 499), S.278は、関係者への事後通知の徹底の重要性を説く。

⁵²⁷ 以上について、*Voßkuhle* a.a.O. (Anm. 201), S.1256f. Rn.100。

⁵²⁸ ある意味では、これらも裁判官留保の限界を示していると解することができる。

4.4. 裁判官留保を代替あるいは補完する仕組み

4.4.1. 検察官留保

先に見たように、裁判官留保における裁判官の審査能力の欠如、迅速な対応が難しいという点に着目して、捜査法の分野では検察官に、警察法の分野では警察など行政機関の上層部に、命令権限を移転するという見解が主張されている。とりわけ検察官は、執行府の中に位置付けられる機関ではあるものの、裁判官と同様に法律専門家として養成されており、「法律の番人」として位置付けられる存在であることを理由に、一定の措置をとることについての審査・決定権限をより広く認めて良いという見解⁽⁵²⁹⁾が見られる。

もっとも、これに対して、あくまで執行府の機関である検察官⁽⁵³⁰⁾は、裁判官のような独立性はなく、上級機関による命令に服する存在である⁽⁵³¹⁾ため、

⁽⁵²⁹⁾ Siehe *Brüning* aa.O. (Anm. 205), S.176ff.; *Krüger* aa.O. (Anm. 522), S.250; *H. Kintzi*, Die Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren und Richtervorbehalt, DRiZ 2004, S.85; *Krey/Reiche* aa.O. (Anm. 218), S.695, 705 u. 708.

⁽⁵³⁰⁾ もっとも、*C. Roxin*, Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRiZ 1997, S.114は、検察機構は単なる執行府の機関ではないので、執行府の個別の利益を志向するのではなく、一般的に法を志向する組織であると強調し、連邦通常裁判所の判決(BGHSt 24, 170 [171])にも、検察を裁判所と同等の司法の機関であるとしたものが見られることなどを指摘する。

⁽⁵³¹⁾ *Krüger*, ebd., S.250は、検察官と裁判官の法律家としての同質性を強調する一方、検察官の指揮命令依存性を指摘し、裁判官留保の検察官留保への代替は現実的ではないと結論づける。ドイツの検察機構における指揮命令の実態については、やや古くなってしまったが、*W. Maier*, Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland?, ZRP 2003, S.387ff.[検察官に対する上位の検察官による指揮権(裁判所構成法146条)の存在、それに対応する報告義務の存在と、そのような仕組みをきっかけとした、上司の実際上の影響力行使と、部下による忖度、それらが主に口頭で行われることによる不透明性などが指摘されている。なお、Maierは、指揮命令による利点もあり、これを一概に廃止すべきだとは言えないとする一方、当事者保護の観点から、裁判官による統制も確保することが必要だという]を参照。これに対して、*Roxin* aa.O. (Anm. 530), S.117f.は、任免の手続における検察官の独立の確保を強調する一方、検察機構内部の命令拘束性については、統一的な措置を確保するために必要なことであると肯定的に論じる。検察機構内外からの検察官への監督、統制については、*J. Eisele/C. Trentmann*, Die Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt“?, NJW 2019, S.2366f.を参照。また、この論文は、民主的正統性の確保の観点から、司法大臣など外部からの一般的な指揮、監督を認めつつ、個別事案についての指揮、監督権限は明文で削除すべきだとしている(S.2367ff.)。

また、2009年には欧州審議会会の決議(*Parliamentary Assembly*, Resolution 1685: Allegations of Politically Motivated Abuses of the Criminal Justice System in Council

所属組織に不利となるような判断を下すことには困難を伴うといった反論が見られる⁽⁵³²⁾。また、これとも関連するが、検察官はあくまで刑事裁判の一方当事者であり、一定の措置を要求する側であるということも、独立、中立な存在としての裁判官との差異として強調される⁽⁵³³⁾。

なお、「法律の番人」としての検察官像も、古く von Savigny に由来するものであるとされる⁽⁵³⁴⁾が、ドイツ——より正確には、その先駆となったプロイセン⁽⁵³⁵⁾——における検察官制度の導入は、犯罪が増加、複雑化する中で、

of Europe Member States, 2009 < <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17778&lang=en> >が、ドイツの検察官の政治的圧力からの独立性に問題があることを指摘し、司法大臣による指揮を廃止するよう求めている(同決議 5.4.3.)ほか、2019年には、EU 司法裁判所が、上述の裁判所構成法146条と、司法大臣による検察官への監督を定めた同法147条に着目して、ドイツの検察官には独立性がないとして、欧州逮捕状を発付することのできる司法当局にドイツの検察官は含まれないと判示していること(EuGH (Große Kammer), Urteil v. 27. 5. 2019 - C-508/18, C-82/19 PPU (OG und PI), NJW 2019, S.2145 [2149f. Rn.73ff.])も注目される。EU 司法裁判所判決の内容の詳細については、*W. Kluth*, Systemische Muengek im deutschen Rechtsstaat wegen fehlender Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften?, NVwZ 2019, S.1175などを参照。

⁽⁵³²⁾ *Talaska* aa.O. (Anm. 205), S.203; *M. Kutschka*, Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsbehörden, NVwZ 2003, S.1299; *Kintzi* aa.O. (Anm. 529), S.85; *von Kühlewein* aa.O. (Anm. 197), S.466.

⁽⁵³³⁾ *Talaska*, ebd., S.203; *S. Beichel / J. Kieninger*, „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters?, NStZ 2003, S.12.

⁽⁵³⁴⁾ Von Savigny は、プロイセンに検察官制度を導入する際に、司法大臣を務め、法案の起草にも関わっており、検察官について、法律全体を見通し、被告人の保護の責任を負う存在としての「法律の番人」でなければならないと表現しているという(*C. Schaefer*, Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem, NJW 2001, S.1396)。Siehe auch *H. Radtke*, Der Europäische Staatsanwalt: Ein Modell für Strafverfolgung in Europa mit Zukunft?, GA 2004, S.12; *B. Schünemann*, Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Dir Strafprozessordnung nach 130 Jahren, ZIS 2009, S.486 Fn.19. もっとも、これに対して、*P. Collin*, „Wächter der Gesetz“ oder „Organ der Staatsregierung“?: Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium Von den Anfängen bis 1860, 2000, S.84f. によれば、警察や捜査判事と検察官との関係性について、von Savigny 自身、深入りを避けているとされる。この点については、*F.C. von Savigny*, Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung, 1846, S.46f. も参照。

⁽⁵³⁵⁾ なお、*Roxin* aa.O. (Anm. 530), S.112も指摘するように、ドイツにおける検察官制度の導入はプロイセンが初めてではないが、捜査権限も持った、現代の検察官につながる制度が初めて導入されたのは、プロイセン(のうち、当初はベルリン)である。

捜査、訴追の合理化を進め、捜査、訴追の活動から裁判官を解放し、その中立性を確保するとともに、捜査、訴追をめぐる執行府の裁判官への介入を防ぐ目的の中で、とりわけ捜査、訴追の合理化という前者の目的においては意見の一致のある、自由主義勢力と政府の妥協のもと行われたものであったと指摘されている⁽⁵³⁶⁾。すなわち、プロイセンにおいて検察制度が導入されたのは1849年と、3月革命と時期的に重なっているため、「革命の子 (Kind der Revolution)」であるとか、発足当初から、法治国的であったり、自由主義的な性格を持った存在であったという評価もあるところである⁽⁵³⁷⁾が、従来の君主政のもとにある政府において既に決定されていた仕組みが導入されたのであった⁽⁵³⁸⁾し、検察組織は、司法省の強い指揮監督の下に置かれ⁽⁵³⁹⁾、組織内部における指揮命令も広範に及んでいたという⁽⁵⁴⁰⁾。しかも、革命の収束後も維持された、歴史的基盤に欠ける検察組織は、歴史の浅さや、刑事被告人と同列の存在とされることから生じる政府内での風当たりの強さから⁽⁵⁴¹⁾、法律を維持、徹底する存在として自己を規定するとともに、対外的にその存在を正当化し、革命の残党狩りなどの政治犯の訴追・追及に邁進した⁽⁵⁴²⁾。このよ

⁽⁵³⁶⁾ 要約として、*Collin* a.a.O. (Anm. 534), S.99ff. u.405を参照。

⁽⁵³⁷⁾ Siehe *Collin*, ebd., S.1f.; *Brüning* a.a.O. (Anm. 205), S.26; *Roxin* a.a.O. (Anm. 530), S.107. 内田一郎「ドイツ検察制度の成立」早稲田法学39巻2号(1964年)185頁もあわせて参照。

⁽⁵³⁸⁾ *Collin*, ebd., S.98は、3月革命下で1849年に成立し、プロイセン全土へと検察制度を拡大した命令は、先に1846年に成立、施行され、ベルリンにのみ検察制度を導入した法律から内容面で変化しておらず、革命は検察制度の性格づけにおいて有意な影響を及ぼしていないと結論づける。もっとも、*Roxin*, ebd., S.110ff. は、リベラルな裁判所の傾向を抑え込みたいプロイセン王フリードリッヒ・ヴィルヘルム4世の意向が、プロイセンにおける検察官制度導入の端緒となったことを指摘する一方、政府内部での不一致などを抱え、紆余曲折は経つつも、被疑者・被告人の権利にも配慮し、警察への監督も任務とする検察制度が設計されたとしている。

⁽⁵³⁹⁾ *Collin*, ebd., S.118ff.[要約として, S.133f.].

⁽⁵⁴⁰⁾ *Collin*, ebd., S.172ff.[要約として, S.180].

⁽⁵⁴¹⁾ *Collin*, ebd., S.117によれば、裁判所に対する検察官の地位を強化すべく、司法省、検察当局によって、遅くとも1851年には、当事者(Partei)という言葉は使用されなくなり、代わりに法律の番人という言葉が用いられるようになったという。

⁽⁵⁴²⁾ その詳細については、*Collin*, ebd., S.247ff.を参照。さらに、*Collin*, ebd., S.387ff.によれば、本文記載のような政治犯の訴追のほか、検察は、保守的な道徳政策の実施に活用され、司法省の強い指揮のもと性風俗の取締りや貧困犯罪の取締りで威力を発揮したとされる。

うな Collin の歴史研究を前提とすれば、司法省の強い指揮下に置かれつつ、保守的な政策実現のために、法律の執行を徹底する「政府の機関 (Organ der Staatsregierung)⁽⁵⁴³⁾」としての役割を担っていく中で、検察当局が自身の存在を正当化すべく用いたのが「法律の番人」という位置づけであったと評価される⁽⁵⁴⁴⁾。そうすると、法治国的保障を徹底する存在という「法律の番人」という標語から我々が今日において抱きがちなイメージとは全く異なるものであったこととなる⁽⁵⁴⁵⁾。

もちろん、今日の基本法下における検察機構を19世紀の立憲君主政下の検察機構と同一に扱うことはできない⁽⁵⁴⁶⁾が、少なくとも、「法律の番人」など

643) Collin, ebd., S.113によれば、被告人と同等の「当事者」ではなく、国家の機関として重要な機関であることを示すべく用いられた表現である。

644) Siehe Collin, ebd., S.407.

645) 関連して、Kutscha a.a.O. (Anm. 532), S.1299は、19世紀末の教科書(A. von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrecht, 1892, S.282[Google Booksにてオープンアクセス可能])では既に、検察官による中立的な判断など望むべくもないとの記載があったことを強調する。他方で、Roxin a.a.O. (Anm. 530), S.113は、1908年にベルリーンの主席検事イーゼンビール(Hugo Isenbiel)が、自らの属する検察機構を「世界一客観的な機関」であると自負していたことを紹介している。ドイツにおける伝統的な検察機構の位置づけ、性格については、Eisele/ Trentmann a.a.O. (Anm. 531), S.2365f も参照。

なお、帝国刑事訴訟法典、裁判所構成法の成立に至るまでの、ドイツ検察制度の成立史を詳細に扱った邦語文献として、川崎英明「ドイツ検察制度の史的考察——検察官論の視角から——」刑法雑誌25巻1号(1982年)1頁以下[ここでは、検察制度の導入が自由主義的性格を持つことは認めつつも、プロイセンでの検察制度導入時における von Savigny の「法の番人」としての検察官像がフランスの「法律の番人」としての検察官像の影響を受けた、被疑者・被告人に対する権利保護を確保する義務を有する、司法に対する監督者としての検察官像であった一方で、糾問主義的刑事訴訟像の形成につながるアンビヴァレントなものであったこと、その後の帝国刑事訴訟法典、裁判所構成法の制定過程を経て、弾劾主義的刑事裁判における、当事者たる、行政官としての検察官像へと変化していったことが説かれ、論文執筆当時の西ドイツにおける客観的義務論、準司法官論の妥当性に疑義が呈されている]がある。あわせて、同一筆者が同様のテーマを扱った論稿として、川崎英明「成立期におけるドイツ検察制度(一)・(二・完)」法学雑誌(大阪市立大学)23巻3号(1976年)369頁以下、23巻4号(1977年)510頁以下も参照。

646) この点に関連して、検察機構の発足当初、そして全体主義体制下において、検察機構が、von Savigny の言葉にあるような法治国的役割を担うものではなく、国家の代弁者として個人に目を向けなかった現実を認めつつ、第二次大戦後には、自己認識を新たにし、法治国的役割を果たしてきたとする、フランクフルト(a.M.)主席検事(2001年当時)の筆になる、Schaefer a.a.O. (Anm. 534), S.1396f. を、第二次大戦後の意識変化について同様の指摘をする、Roxin, ebd., S.110とあわせて参照。他方で、現在における検察官の強い

というスローガン、曖昧なイメージのみで、検察官による判断によって、裁判官の判断を置き換えてしまうことは適切ではないと言えよう⁽⁵⁴⁷⁾。そうすると問題は結局、当事者の権利保障との関係の中で、捜査活動を主張する検察官が判断することによる効率性をどこまで重視するかということになるが、中立・独立な第三者である裁判官の判断を介入させるという裁判官留保の基本的コンセプトと正面から対立するものであるがゆえに、裁判官留保を完全に放棄するというのではなければ、検察官留保に全面的に置き換えるというような議論は不可能である⁽⁵⁴⁸⁾。

したがって、明文の憲法上の裁判官留保の場面では、緊急性を理由とする例外をどこまで認めるかという議論に回収されるし、書かれざる憲法上の裁判官留保に関しては、それが被侵害利益と効率性の相関関係の中で、裁判官への権限の留保がどの範囲で認められる、あるいは、求められるのかという問題に落ち着くことになる。さらに、通常法上の裁判官留保との関連では、効率性と権利保護との衡量の中でどの場合に、裁判官留保を配置すべきかということとなり、これも裁判官留保の意義や範囲をめぐる議論の裏返しに過ぎないと言えよう⁽⁵⁴⁹⁾。また、裁判官留保を配置する必要はないが、これに準

指揮命令依存性や付随する問題を指摘する, *Maier* a.a.O. (Anm. 531)[こちらの筆者は、2003年当時のアウクスブルク上級州裁判所判事である]も参照。現代においては、「政府の下吏」というような検察官への見方はかなり少なくなったが、それでも、そういったものに陥っていないかという批判的な見方はなおも強いと指摘する, *Eisele/ Trentmann*, ebd., S.2366も参照。

⁽⁵⁴⁷⁾ *Collin*を参照して、安易な法律の番人論を戒めるものとして, *Schünemann* a.a.O. (Anm. 534), S.486 Fn.19がある。

⁽⁵⁴⁸⁾ ここで改めて、裁判官留保に構造的欠陥があるからといって、その改善を行わず、検察官に命令権限を全て移譲するなどというのは、立法者による、基本権保障の責任を放棄した、実務上の問題に対する降伏に他ならないという, *Talaska* a.a.O. (Anm. 205), S.204が参照されるべきであろう。

⁽⁵⁴⁹⁾ 血液検査のための採血命令(刑訴法81a条)という具体的文脈に落とし込んだ検討として, *Disselkamp* a.a.O. (Anm. 251), S.293ff.[検察官が完全な法律家であること、実際上の問題として裁判官の審査が検察官の請求を引き写すものとなっており、検察官の請求の質も低くないことを挙げて、採血による危険が存在しない場合には、検察官(あるいは警察上層部)による命令で足りるとする]を参照。刑訴法81a条の採血命令の裁判官留保に対する批判については、あわせて、連邦通常裁判所長官(2010年当時)の裁判官留保に対する否定的見解にも言及する, *Krey/ Reiche* a.a.O. (Anm. 218), S.705も参照。

ずるような形で一定の手続的保障が必要だという場合に、検察官による判断を追加的に求めるということもありうる。そして、このように検察官留保では裁判官留保の等価物による「代替」とはならないというのであれば、裁判官留保に代えて検察官留保を導入する場合に、検察官留保を補足する付加的な仕組みについても考える必要が出てこよう⁽⁵⁵⁰⁾。

以上の検討からは、検察官留保に関して論じられるべきは、裁判官留保に代替するものかということよりもむしろ、裁判官留保が存在しない措置について、裁判官に命令権限が留保しないことが許されることを前提として、主として現場で捜査を行う、捜査官、警察官ではなく、法律専門家でもある検察官でなければ審査・決定できない措置として留保すべき範囲をどう画定するかであろう⁽⁵⁵¹⁾。

⁽⁵⁵⁰⁾ 文書化の拡大(siehe *Maier* a.a.O. (Anm. 531), S.391), 議会や当事者、関係者への事後的な通知、報告、独立機関の関与などが考えられよう。また、緊急性を理由に検察官に命令を委ねるというのであれば、事後的な裁判官の確認、承認という仕組みを併用する可能性があるが、これも、裁判官留保の文脈で既に触れたところであり、裁判官留保の問題の鏡像であるという点が浮き彫りになっていると言えよう。なお、上記の補足の手法は、裁判官留保を補足するものとしても同様なものが考えられているところであり、裁判官留保に関連して既に触れたもの以外については、項目を改めて扱うことにする。

⁽⁵⁵¹⁾ 先に指摘した捜査の警察化という傾向(前掲註⁶¹²参照)からすれば、検察官の判断権限を確保し、「捜査手続の主宰者(Herrin des Ermittlungsverfahrens)」としての検察官を維持することが求められよう(なお、*Brüning* a.a.O. (Anm. 205), S.177f. は警察の統制のしやすさという点も、裁判官に対する検察の利点であるとする)。この点について正面から取り組むものは管見の限り見当たらないが、緊急性の要求により検察官の命令を確保できない場合に、検察官による事後的な確認、承認を定める仕組みへの言及も含めて、*Brüning*, ebd., S.177f. を参照。また、命令自体は裁判官に留保するにしても、裁判官への命令の請求権限を検察官に留保、独占させることも、捜査手続の主宰者としての検察官の地位を確保する手法として考えられよう。捜査手続の主宰者としての検察官については、*Brüning*, ebd., S.26; *H. Ostendorf*, *Europol – ohne Rechtskontrolle?*, NJW 1997, S.3418; *Beulke/Swoboda* a.a.O. (Anm. 407), §5 S.60f. Rn.79[同書第11版(2010年)の該当部分の邦訳として、加藤克佳=辻本典央「翻訳 ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法』(2) 近畿大学法学62巻1号(2014年)227-229頁」などを参照。

なお、現行法上の検察官留保の例を挙げておくと、刑法110b 条 1 項の隠密捜査官の使用(ただし、特定の被疑者に向けて使用する場合、公衆の立ち入りの認めれていない住居への立ち入りを伴う場合は、裁判官の同意を必要とする[同条 2 項]ほか、緊急の場合は、警察限りの判断で使用することができるが、その場合も、事後的な検察官の同意が必要とされている[同条 1 項 2 文])がある。

4.4.2. 上層部留保 (Behördenleitervorbehalt)

犯罪発生後の捜査手続を指揮監督するのが検察官であり、捜査手続の場面においては、検察官に一定の措置を行うことについての審査・命令権限を付与、留保するのが検察官留保であるのに対して、危険が発生しているにとどまり⁽⁵⁵²⁾、その除去を目的とする、警察法の領域においては、検察官の関与は基本的に存在しない⁽⁵⁵³⁾。そこで、警察法の領域においては、各警察管区の本部長 (Polizeipräsident)⁽⁵⁵⁴⁾であるとか、州刑事庁 (Landeskriminalamt) の長官といった警察機構の上層部に位置する行政庁 (Behördenleiter)⁽⁵⁵⁵⁾、さらに、場合によっては、警察機構のトップに位置づけられる州⁽⁵⁵⁶⁾の内務省などに、一定の措置を取るについて、審査・命令権限を付与、留保する仕組み

⁽⁵⁵²⁾ 現在では、危険すらも発生する前段階に警察法の領域が広がっていることについては、さしあたり、**3.4.**(とりわけ本誌69巻1号119-118頁)を参照。

⁽⁵⁵³⁾ このため、逆に、現行法上の上層部留保は、危険排除すなわち警察法の領域に限定されていることを指摘するものとして、*Disselkamp* aa.O. (Anm. 251), S.292 Fn.996がある。

⁽⁵⁵⁴⁾ 例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州では、郡(Kreis)ごとに警察管区が設置され、独立都市郡については州内務大臣が、その他の郡については住民により選出される郡庁(Landrat)が、それぞれの管区の本部長を任命する。Siehe C. Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl., 2017, S.30 Rn.59.

⁽⁵⁵⁵⁾ 例えば、バーデン・ヴェルテンベルク州警察法22条6項は、写真撮影や画像の表示、公開の場におけるものではない発言の傍受、音声記録媒体への記録を行うための、隠密裡の技術的手段の投入(同条1項2号)については、管区警察本部、出動本部(Polizeipräsidium Einsatz)、州刑事庁の長の命令が必要であるとしている。このような技術的手段を用いた監視行為、長期間の監視、隠密捜査官や秘密連絡員(V-Leute)の投入について、多くの州法で、警察幹部への命令権限の留保がなされてきた(vgl. *F. Rachor*, *F. Polizeihandeln*, in: *H. Lisken/ E. Denninger/ F. Rachor* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl., 2007, S.523ff. Rn.357ff.)。もっとも、連邦憲法裁判所は、2016年のBKA判決で、画像の表示自体はともかく、長期間の監視の枠内においてそういった技術を用いる場合には、独立機関による命令が必要であり、原則裁判官留保が求められるとしており(BVerfGE 141, 220 [294 Rn.174])、上層部留保には一定の見直しが必要となった。この点については、*T. Pertri*, *G. Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahren*, in: *M. Bäcker/ E. Denninger/ K. Graulich* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl., 2018, S.979 u.981 Rn.742f. u. 751も参照。上層部留保を一覧的に列挙するものとして、*K. Graulich*, *E. Das Polizeihandlung*, in: *M. Bäcker/ E. Denninger/ K. Graulich* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl., 2018, S.562 Rn.722ff. がある。

⁽⁵⁵⁶⁾ ドイツにおいて警察法領域の活動(すなわち、一般的な危険排除)は、基本的に州の管轄である。Siehe z.B. *M. Bäcker*, *B. Die Polizei im Verfassungsgefüge*, in: *M. Bäcker/ E. Denninger/ K. Graulich* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts* 6.Aufl., 2018, S.103 Rn.99.

が採用されることがある⁽⁵⁵⁷⁾。このような仕組みは、警察機構の内部にありながらも、現場のスタッフや事件との距離がある一方で、とりわけ上層部に位置する行政庁となる職に補される上級官僚は、実務上の知識のほか、法的知識も十分に備えている⁽⁵⁵⁸⁾ため、効率的でありながら客観的な判断を下せるものであると評価されている⁽⁵⁵⁹⁾。もっとも、法律専門家としての性格は、大臣はいうまでもなく、上級官僚にあっても、先に見た検察官とは異なり不十分なものであるし、検察官以上に組織内の存在として、独立性に欠けることは否定できない⁽⁵⁶⁰⁾。さらに、大臣の場合に特に当てはまるが、裁判官、検察官と異なり、審査・命令の権限が与えられる行政庁の数は限定されるのであって、厳密にこの行政庁のみが判断するということになれば、夜間や勤務時間

⁽⁵⁵⁷⁾ 例えば、メックレンブルク・フォアポメルン州公共安全秩序法44条4項1文は、ラスター捜査について、内務省のみが命じることができるとしており、内務省としての判断を行う行政庁は内務大臣であるため、このような省への決定の留保を大臣留保と呼ぶのが一般的である (siehe z.B. *Aschmann* aa.O. (Anm. 210), S.179)。この他の例として、ザクセン・アンハルト州公共安全秩序法18条5項4文が3ヶ月以上に渡る隠密捜査官の投入について、公共の安全と秩序に権限のある省の同意を必要としている。

⁽⁵⁵⁸⁾ 例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州では、「非制服組による指導の原理 (Prinzip der zivilen Führung)」が存在し、警察管区本部長は原則警察官ではない者が選任されることとなっており、原則として二次国家試験の合格者 (Volljurist) であることが任命の要件となっているとされる。この点については、*Landkreistag Nordrhein-Westfalen, Kreispolizeibehörden NRW: Polizeistruktur in Nordrhein-Westfalen*, < <https://www.lkt-nrw.de/themen/polizei> > を参照。

なお、*Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.288は、警察上層部が専門的な知識を実際に備えていることと、それを前提としつつ、判断の基礎となる事実状況が、具体的事案において適切に入手可能であることが重要であると指摘する。

⁽⁵⁵⁹⁾ *VerfGH Sachsen, Urteil v. 14.5. 1996 – Vf 44-II-94, JZ 1996, S.957 (964)* [ただし、実体部分への補償としての効果は限定的だとする]; *Bonin*, ebd., S.249; *Weber* aa.O. (Anm. 210), S.90f.; *Graulich* aa.O. (Anm. 555), S.561 Rn.720。さらに、上層部の判断であることがもたらす正統化効果にも触れて、実務上確かな効果を発揮するものであるとするものとして、*K. Habermehl, Das neue Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, JA 1990, S.334f.* も参照。

⁽⁵⁶⁰⁾ *Weber*, ebd., S.91; *Kutscha* aa.O. (Anm. 532), S.1299; *Aschmann* aa.O. (Anm. 210), S.217。また、*Schwabenbauer* aa.O. (Anm. 497), S.841 Rn.226も、独立の機関による同意は、必ずしも裁判官によること必要性はないとする連邦憲法裁判所の判例の立場 (この点については、前掲註⁽⁴⁹⁶⁾乃至⁽⁴⁹⁸⁾と、それらに対応する本文も参照)を確認しつつ、警察上層部については独立性が十分ではないと指摘している。

外の対応の困難は裁判官留保における問題の比ではない⁽⁵⁶¹⁾。したがって、現実には、審査・命令権限の委任が認めている⁽⁵⁶²⁾が、この委任が適切な範囲に留められないのであれば、そもそもの留保の意義が没却されることとなりかねない⁽⁵⁶³⁾。このように見えてくると、検察官留保であっても、裁判官留保の全面的な代替とはならないと先に確認したところとあわせて考えれば、上層部留保がそれ自体で裁判官留保の代替とはならないことは言うまでもない。また、逆に委任を厳格に限定するのであれば、大臣留保の場合は、裁判官による統制として機能する裁判官留保とは異なる、政治的、あるいは民主的統制としての性格を強く有するということになる⁽⁵⁶⁴⁾。

実際に、学説上も上層部留保がそれ自体で裁判官留保の代替とはならない点については理解をした上で⁽⁵⁶⁵⁾、様々な仕組みを併用することで裁判官留保

⁽⁵⁶¹⁾ これに関連して、緊急対応のみならず、とりわけ大臣の場合は、個別事案への対応について執行府の構造上、適合的なものではないと指摘する、Weber a.a.O. (Anm. 210), S.92 u. 203や von Kühlewein a.a.O. (Anm. 197), S.464f. も参照。

⁽⁵⁶²⁾ Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.287; H. Lisker/ E. Mokros, Richter- und Behördenleitervorbehalt im neuen Polizeirecht, NVwZ 1991, S.613. 例えば、先に挙げた、バーデン・ヴュルテンベルク州警察法22条6項についても、1文で各本部長等への留保を行った上で、2文において委任の可能性を認めている。

⁽⁵⁶³⁾ Bonin, ebd., S.289; Habermehl a.a.O. (Anm. 559), S.335 Fn.331.

⁽⁵⁶⁴⁾ von Kühlewein a.a.O. (Anm. 197), S.464f. は、大臣留保には政治的な統制としての意義があることを強調する一方、それによって、個別事案についての判断効果が削がれるとしている。政治的な統制となる一方で、政治的な立場から、大臣は命令を拒絶しづらくなることを指摘するものとして、Weber a.a.O. (Anm. 210), S.91f. も参照。また、Aschmann a.a.O. (Anm. 210), S.201f. は、内務大臣が対議会の政治的責任を負うにとどまる存在であることを、それによって得られる独立性については肯定的にも評価しつつ、強調する。加えて、Bonin, ebd., S.288は、大臣留保に限らず、上層部留保一般が公衆の圧力から自由ではない点を問題にしつつも、この公衆からの圧力を通じて、法治国的、あるいは、当事者の権利志向の判断が得られる可能性もあるとする。さらに、Aschmann, ebd., S.179が上層部留保に関するリーディング・ケースと位置付ける、BVerfGE 57, 250 (288) も、監視官庁の長は、政府の一員であり、国家的な利益をよく評価できることを指摘している。

⁽⁵⁶⁵⁾ なお、裁判官留保の代替とはならないとしても、上層部留保には、一般に行われる指揮命令を可視化し、責任の所在を明瞭化する(Graulich a.a.O. (Anm. 555), S.561 Rn.720)とともに、指揮命令への違反を単なる内部規律違反にとどまらず違法と評価する、独自の効果を持つ(siehe Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.249 u. 289; Aschmann a.a.O. (Anm. 210), S.182, 184 u. 186[法律によって定められた、審査範囲に限定のないものであり、これに違反して得られたデータの使用禁止という効果をもたらすものであると解すべきだとする])という点は、重要である。関連して、警察上層部に特別な権限を与える反面、それ

に代替、あるいは、裁判官留保との結びつく形でこれを補充する仕組みを構築する議論が展開されてきた⁽⁵⁶⁶⁾。以下では、そのあらましを確認しておくことにしよう。

まずは、ここでも、裁判官留保の場合と同様に、現場の警察官の申請、そして、上位の行政庁の命令にあたって、文書、記録を作成し、理由を明確にして、措置の透明性を高めるとともに、事後的な追試可能性を確保することが提唱されている⁽⁵⁶⁷⁾。また、当事者、すなわち措置の対象となる市民に対して事後的な通知を行う義務も課されるべきだとされる⁽⁵⁶⁸⁾ほか、収集したデータの消去義務、使用の必要がなくなった場合の遮断義務なども論じられている⁽⁵⁶⁹⁾。

に伴う責任を課すことが上層部留保本来の意義であるとする、*Lisken/ Mokros* a.a.O. (Anm. 562), S.613も参照。

⁽⁵⁶⁶⁾ もっとも、既に述べたように、憲法上の明文の裁判官留保である、住居の搜索や自由の剥奪に該当するものについてはともかく、警察法分野において、従来、裁判官留保は馴染みのなかったものであり、1983年の国勢調査判決を契機に、データ保護の領域を中心に警察法分野でも法律上の裁判官留保の整備が進むことになった。そのため、裁判官留保に代替する仕組みとして主題化されるというよりは、裁判官留保を含む、統制システム構築の構想の中で、上層部留保が論じられてきた。以上の点については、留意しておく必要がある。

⁽⁵⁶⁷⁾ *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.202f.; *F. Schoch*, Abschied vom Polizeirecht des Liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des preussischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, *Der Staat* Bd.43, 2004, S.367f.; *Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.192ff. [理由の提示は、行政手続法39条に表れた、法治国的手続準則の基本であるとした上で、事後的な統制を充実したものとし、当事者への通知を実質的なものとするために、上層部留保の場面でも理由の提示を明確に行う必要性があるとする]。逆に、*BayVerfGH, Entscheidung v. 19. 10. 1994, DVBl* 1995, S.347 (352) は、文書化による事後的な裁判所あるいは議会による評価が可能であること理由に、当該事件で問題となった上層部留保が、形式、実体両面で情報収集の前提条件として十分に機能するものであると評価している（この点について、*Aschmann*, ebd., S.182も参照）。

⁽⁵⁶⁸⁾ *Aschmann*, ebd., S.189ff.; *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.265 u. 307 [ここ (S.265) にも書かれている通り、各種データ保護法等において、このような規律はなされてきたところである]。また、*Aschmann* も紹介する通り、*VerfGH Sachsen, Urteil v. 14.5. 1996 – Vf 44-II-94, JZ* 1996, S.957 (966) は、基本法19条4項と同様の有効的権利保障を規定するザクセン憲法38条を根拠に、通知義務が導かれるとしている。

⁽⁵⁶⁹⁾ *Bonin*, ebd., S.266f. [ここにも書かれている通り、各種データ保護法等において、このような規律はなされてきたところである]; *Trute* a.a.O. (Anm. 216), S.422 [消去義務について]。関連して、長期的に継続する処置に関する、必要性が消滅した場合の終了義務、期限を設けて、その都度の審査・更新等を要求する必要性を説く、*Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.197ff. も参照。

ここまでは裁判官留保や検察官留保の場合と同様である⁽⁵⁷⁰⁾が、これに加えて、他の機関の関与を要求すべきだという見解も見られる。一つには、検察官への報告等、検察官の関与を求めるべきではないかという議論⁽⁵⁷¹⁾があるが、これについては、検察官は警察法分野に馴染みのない存在であるし、後に犯罪捜査につながる場合は、結局、検察官によって捜査活動が主宰されるのであるから、検察官を危険排除や危険予防の段階で関与させたところで、権利保障の面を初めとして、関与の意義は限定的なものにとどまるといった批判がある⁽⁵⁷²⁾。また、裁判官留保との併用を説く見解⁽⁵⁷³⁾もあるが、これについては、命令権限の上層部留保というよりは、申請権限を上層部に留保し⁽⁵⁷⁴⁾、上層部による内部的統制と、裁判所による外部的統制を、法律によって確保する、すなわち、特に内部統制への違反を明確に違法と評価するということ⁽⁵⁷⁵⁾に重きがおかれることになろう⁽⁵⁷⁶⁾。

⁽⁵⁷⁰⁾ 関連して、*Schulze-Fielitz* (Anm. 172), S.430は、裁判官留保の場合も問題となるのが、当事者の命令段階での不関与であり、これにどう対処するのが、上層部留保を評価する上での肝となるとし、オンブズマンのような存在による当事者の代表可能性について、それに肯定的な *M. Albers*, *Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge*, 2001, S.309を引いて示唆している。

⁽⁵⁷¹⁾ *VerfGH Sachsen, Urteil v. 14.5. 1996 – Vf 44-II-94, JZ 1996, S.957 (964); D. Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit: Die kriminalpräventive Informationserhebung im Polizeirecht*, 1994, S.189; *von Kühlewein* a.a.O. (Anm. 197), S.46; *Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.200; *H.U. Paeffgen*, *Amtsträgerbegriff und die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten*, JZ 1997, S.189; *Trute*, ebd., S.421 Fn.54; *Albers*, ebd., S.310. 実際に、検察官の同意を要求する例として、ザクセン・アンハルト州公共安全秩序法18条5項2文が隠密捜査官の投入一般についてこれを求めていることが挙げられる。

⁽⁵⁷²⁾ *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.218f.; *Aschmann*, ebd., S.200.

⁽⁵⁷³⁾ *Weber*, ebd., S.203.

⁽⁵⁷⁴⁾ この点に関連して、大盗聴についての基本法改正を含む法整備以前に書かれ、その立法論を扱った、*A. Böttger/C. Pfeiffer*, *Der Lauschangriff in der USA und in Deutschland: Empirische Befunde und kriminalpolitische Folgerungen zu Überwachungsmaßnahmen der Strafjustiz*, ZRP 1994, S.17は、大盗聴について、検察官、あるいは警察上層部に請求権を限定すべきだとしていた。

⁽⁵⁷⁵⁾ Vgl. *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.249 u. 289. あわせて、前掲註⁶⁶⁹も参照。

⁽⁵⁷⁶⁾ 似て非なるものとして、命令権限を本部長クラスの上層部に留保しつつ、内務省、あるいは内務大臣の同意を要求し(主たる責任の所在については相違が生じうるが、内務省、内務大臣の「同意」が必要的なものであるならば、申請権限を本部長クラスの上層部に、命令権限を内務大臣に配分すると言い換えても良いように思われる)、外部的には、後述するデータ保護監察官への報告を組み合わせたものが、警察法領域においては、

この他、警察法分野で問題となっているのが、主として情報自己決定権保障、とりわけデータ保護の文脈であることから、各州のデータ保護監察官への諮問や措置の実施状況の事後的な報告を盛り込むなど、データ保護監察官を審査・命令過程に取り込む可能性も論じられてきた⁽⁵⁷⁷⁾。データ保護監察官のオンブズマンとしての機能⁽⁵⁷⁸⁾に着目し、また、それにヒントを得るような形で、より一般的に警察オンブズマンとして理解することを示唆する見解もみられた⁽⁵⁷⁹⁾。データ保護監察官については、これ自体に審査・決定権限を委ねようという見解⁽⁵⁸⁰⁾もあり、これとあわせる形で、項目を分けてまとめて検討することにする。

さらに、議会の委員会への事後的な報告や、議会によって設置、任命された独立機関の関与も考えられてきた⁽⁵⁸¹⁾が、これらについても、項目を分けて検討することにしたい。

4.4.3. データ保護監察官の関与

すでに見たように、情報、データを収集、保存、利用する措置に関しては、連邦、そして州のレベルに設置される、データ保護（・情報自由）監察官⁽⁵⁸²⁾

裁判官留保よりも有益であるとする、*Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.216 u. 226も参照。

⁽⁵⁷⁷⁾ Z.B. *Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.203ff.; *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.204ff.; *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 4), S.353ff.

⁽⁵⁷⁸⁾ Siehe *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.295f.

⁽⁵⁷⁹⁾ *H. Liskén*, Für eine demokratische Polizeiverfassung, ZRP 1998, S. 274. なお、データ保護監察官を、警察法分野一般に拡大した、警察監察官制度を導入する可能性について検討したものとして、*K. Waechter*, Brauchen wir einen Polizeibeauftragten?, ZRP 1986, S.293ff. がある。Siehe auch *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.204[*Weber* 自身は、基本法における権力分立構想の下で独立の統制を行うのは裁判官、裁判所であるとして、警察監察官の設置には否定的である (S.205)].

⁽⁵⁸⁰⁾ Siehe *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.296. なお、同書は、データ保護監察官の同意が要求される場合は、これまで(2012年段階)のところなかったとするが、例外として、2011年改正のラインラント・プファルツ警察・秩序法41条4項1文が、警察データファイル作成にあたっての一般的命令作成に際して、州データ保護監察官の同意を要求していることに言及している (S.296 Fn.1541)。

⁽⁵⁸¹⁾ *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.205ff. u. 223ff.; *Trute* a.a.O. (Anm. 216), S.424f.; *Bonin*, ebd., S.308ff.; *Aschmann* a.a.O. (Anm. 210), S.210ff.; *Schulze-Fielitz* (Anm. 172), S.430.

⁽⁵⁸²⁾ 連邦での正式名称は、Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheitであり、州レベルでも半数以上が情報自由(Informationsfreiheit)を職名に含んでいるが、ここでは、人口に膾炙した呼称である、データ保護監察官をいわば一般名詞のように用

に何らかの関与をさせるべきであるとの議論があり⁽⁵⁸³⁾、また、現行制度上、すでに一定の関与が必要とされている。以下では、データ保護監察官の権限、裁判官留保や検察官留保、上層部留保との関係性を中心として、警察活動の統制においてどのような機能を持ち、統制のシステム全体の中でどのような位置づけを与えられるべき存在であるかを簡潔に確認しておきたい。

4.4.3.1. データ保護監察官の地位、位置づけ

2016年に制定された EU 一般データ保護規則 (DSGVO) にいう、監督機関 (Aufsichtbehörde) に該当する、連邦及び州のデータ保護監察官は、DSGVO の規定するところ⁽⁵⁸⁴⁾にも従う形で、法律上独立性が認められている⁽⁵⁸⁵⁾。

いることにする。連邦データ保護監察官についての邦語の紹介として、EU データ保護法改革による法改正以前のものであるが、寺田麻佑・板倉陽一郎「特定個人情報保護委員会の機能と役割：各国における同種機関との比較を中心に」情報処理学会研究報告 EIP69 No.14 (2015年) 5-6 頁などがある。

⁽⁵⁸³⁾ 夙に、1983年の連邦憲法裁判所国勢調査判決では、データ保護監察官のような独立した機関による、情報の収集、利活用に対する統制の必要性、重要性が強調されていた (BVerfGE 65, 1 [46])。この判決によって、データ保護監察官による監督が憲法上の要求として定着したとするものとして、*Schwabenbauer* aa.O. (Anm. 497), S.1091 Rn.1162も参照。

⁽⁵⁸⁴⁾ Art.52 DSGVO なお、本稿において、DSGVO の日本語訳については、個人情報保護委員会による仮日本語訳 (<https://www.ppc.go.jp/files/pdf/gdpr-provisions-ja.pdf> にて入手) を参照している。

⁽⁵⁸⁵⁾ 連邦レベルでは、連邦データ保護法 (BDSG) 10条 1項によって、データ保護監察官はその任務の遂行、権限の行使を、完全に (völlig) 独立して行うものとされ (DSGVO 52条 1項に対応)、直接にも間接にも外部から影響を受けず、指示を要請することも、また、これを受けることもない (DSGVO 52条 2項に対応) とされているほか、BDSG 10条 2項では、会計検査院の監査も独立性が害されない限度でなされる (DSGVO 52条 6項に対応) と規定されている。州レベルでも同様の規定が置かれており、例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州データ保護法 21条の 1項と 2項は BDSG 10条の 1項と 2項を引き写したのとなっており、同条 3項では、これに加えて、州議会議員による質問への返答も、独立性を害しない範囲で義務付けられることが規定されている。この他の州では、データ保護監察官の独立性と法律のみに従うといった規定されている場合も多い (例えば、バイエルン憲法 33a 条 3項 [もっとも、州のデータ保護法 19条において身分保障や一定の職業との兼職の禁止、会計検査の限界などが規定されている]、ヘッセンデータ保護・情報自由法 8条、ブランデンブルク州一般データ保護法 16条 [解職の制限等の規定は存在]、ラインラント・プファルツ州データ保護法 14条 1項など)。この他の個別の関連条文は以下の通り、ハンブルク憲法 60a 条 2項・4項、ベルリンデータ保護法 10条、プレーメンデータ保護法 17条、ニーダーザクセンデータ保護法 18条 1項・8項、ノルトライン・ヴェストファーレンデータ保護法 25条 2項・4項・6項、メックレンブルク・フォルボメルン州データ保護法 17条、ザールラントデータ保護法 16条 1項・4項・7項、17条 2

また、DSGVO53条及び54条は、監督機関の任命手続について、規定を設けることを加盟国に求めているが、基本的には、その規定についての条件を設けるもので、加盟国に規定にあたっての裁量を認めている。連邦データ保護法（BDSG）11条では、連邦データ保護監察官は、連邦議会の提案に基づいて、討議なしに、法定議席数の過半数によって連邦議会によって選出され、連邦大統領によって任命されると規定されており、任期は5年で、一度のみ再任が認められている。各州のデータ保護監察官も、州政府の提案に従って州議会が選出し、州議会議長が任命する形をとることが多い⁽⁵⁸⁶⁾。

加えて、監督機関（の構成員）に任命されるにあたって要求される資格や適格条件についても、DSGVO54条1項(a)は加盟国が法律によって定めることを求めており、BDSG11条1項は、選出の時点で35歳以上であり、任務の遂行と権限の行使にあたって必要となる、能力、経験、特に個人データの保護の領域における専門知識を備えていることを要求するとともに、関連する職務経験を通じて得られたデータ保護についての知識を用いることができ、裁判官あるいは上級の行政官となる資格を有することが必要であるとしている。各州のデータ保護監察官についても概ね同様の規定がなされている⁽⁵⁸⁷⁾。

項、18条5項、ザクセン・アンハルトデータ保護法21条、ザクセンデータ保護法15条、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州独立データ保護センター設置法7条、テューリングエンデータ保護法4条6項、12条3項、32条15項。

⁵⁸⁶⁾ 個別の関連条文については、以下の通り。ハンブルク憲法60a条3項(州議会会派の提案による)、バイエルン憲法33a条1項、バイエルンデータ保護法15条1項、バーデン・ヴュルテンベルク州データ保護法22条、バルリーエンデータ保護法9条1項、ブランデンブルク州一般データ保護法15条、プレーメンデータ保護法18条、ニーダーザクセンデータ保護法18条3項、ラインラント・プファルツ州データ保護法14条2項(州議会会派の提案による)、ヘッセンデータ保護・情報自由法9条、ノルトライン・ヴェストファーレンデータ保護法25条1項、メックレンブルク・フォルポメルン州データ保護法16条、ザールラントデータ保護法17条1項、ザクセン・アンハルトデータ保護法20条、ザクセンデータ保護法16条、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州独立データ保護センター設置法5条、テューリングエンデータ保護法3条。

⁵⁸⁷⁾ 個別の関連条文については、以下の通り。バイエルンデータ保護法19条1項、バーデン・ヴュルテンベルク州データ保護法22条1項、バルリーエンデータ保護法9条1項、ブランデンブルク州一般データ保護法15条、プレーメンデータ保護法18条2項、ニーダーザクセンデータ保護法18条2項、ラインラント・プファルツ州データ保護法14条2項、ハンブルクデータ保護法20条、ヘッセンデータ保護・情報自由法10条、ノルトライン・

また、DSGVO53条4項は、任期途中の、任意の辞任ではない、解任についても、重大な非違行為があった場合、職務の遂行のために求められる条件をもはや満たさなくなった場合に限定しており、BDSG12条2項3文には、そのような事情が認められる場合に、連邦議会議長の提案に基づいて、連邦大統領が解任を行う旨の規定がある⁽⁵⁸⁸⁾。

このように、連邦及び州のデータ保護監察官は高度な専門性と独立性を有する存在として位置付けられている⁽⁵⁸⁹⁾。

4.4.3.2. データ保護監察官による「監督」の意義

DSGVOの制定による、データ保護監察官制度の大幅な改革がなされる前から、隠密理に行われる情報収集、保存、活用の措置については、データ保

ヴェストファーレンデータ保護法25条1項、メックレンブルク・フォルポメルン州データ保護法16条1項、ザールラントデータ保護法17条1項、ザクセン・アンハルトデータ保護法20条1項、ザクセンデータ保護法16条、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州独立データ保護センター設置法5条2項、テューリンゲンデータ保護法3条2項。

⁽⁵⁸⁸⁾ 当然ながら、各州のデータ保護法も解任事由を、DSGVO52条4項に沿ったものとしており、解任にあたっては州議会の特別多数の賛成を要するなどの規定が設けられている場合もある。個別条文は、以下の通り。ハンブルク憲法60a条5項、メックレンブルク・フォルポメルン州憲法37条1項、バイエルンデータ保護法20条2項、バーデン・ヴュルテンベルク州データ保護法23条2項、バルリールデータ保護法9条3項、ブランデンブルク州一般データ保護法16条3項、プレーメンデータ保護法19条2項、ニーダーザクセンデータ保護法18条5項、ラインラント・プファルツ州データ保護法14条3項、ヘッセンデータ保護・情報自由法10条2項(国事裁判所の判決を要求)、ノルトライン・ヴェストファーレンデータ保護法25条5項、ザールラントデータ保護法17条2項、ザクセン・アンハルトデータ保護法21条1項、ザクセンデータ保護法16条4項、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州独立データ保護センター設置法6条3項、テューリンゲンデータ保護法4条3項。

⁽⁵⁸⁹⁾ なお、EUデータ保護法改革が実施される以前においても、データ保護監察官の独立性は法文上認められていた(この点については、*Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.291などを参照)ものの、連邦データ保護監察官も連邦内務省に設置された機関とされており、連邦政府の法的監督の対象となるとともに、州のデータ保護監察官も、同様の監督の下におかれていた。これに対して、2010年のEU司法裁判所大法廷判決は、当時のデータ保護規則の求める独立性を満たすものではないと判示(EuGH (Große Kammer), Urteil v. 9. 3. 2010 - C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn.55f. この判示は、EUデータ保護法改革に取り込まれたとされる[siehe *D. Kugelmann*, Art.52, in: *R. Schwartmann/ A. Jaspers/ G. Thüsing/ D. Kugelmann* (Hrsg.), DS-GVO / BDSG, 2. Aufl., 2020, S.1266 Rn.18])し、これを受けた2015年の連邦データ保護法の改正(2016年施行)で、連邦データ保護監察官は連邦の最高官庁と位置付けられ、連邦政府の監督を受けないことになるなど、独立性の強化が図られていた(siehe *Kugelmann*, ebd., S.1264 Rn.8; BT-druck 18/2848 S.1)。

護監察官による事後的な監督、統制が行われてきた。連邦憲法裁判所がその意義を認め、必要性を説いてきたのも、まさにこの事後的な監督についてである⁽⁵⁹⁰⁾。もっとも、従来連邦憲法裁判所が語ってきた、「監督（Aufsicht）」というものは、そこでのデータ保護監察官の判断に法的拘束力を伴うものではなく、データ保護監察官には、異議の形で非難を表明することしか出来なかったのである⁽⁵⁹¹⁾。他方、DSGVO 制定後の文脈においては、拘束力のある指示を出すことができない場合は、「監視（Aufsicht）」とは認められず、「統制（Kontrolle）」と呼ばれることとなることに注意しなくてはならない⁽⁵⁹²⁾。そして、DSGVO 制定後は、当該規則にいう監督機関として位置付けられるデータ保護監察官は、法的な拘束力を有する「監督」を行えるようになってきている⁽⁵⁹³⁾。また、監督の範囲の面でも、かつては刑事捜査を行う官庁に対する「監督」権限を有していなかったが、EU 司法・内務分野におけるデータ保護指令（DSRLJI）の制定後、この制限は廃止されている⁽⁵⁹⁴⁾。

なお、DSGVO 制定後の監督も、一般的には、（本稿でもすぐ後に述べるが、）一定の事前に行われるものを除いて事後のものとなるが、厳密には、事後的なものに限定されているわけではない。基本的には、EU 法の諸規定や

⁽⁵⁹⁰⁾ 以上について、*Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 497), S.843 Rn.234を参照。最近の例を挙げれば、連邦刑事庁法判決で連邦憲法裁判所は、国勢調査判決 (BVerfGE 65, 1 [46]) などを引用しながら、隠密裡の監視措置は透明性に欠け、個人の権利保障も十分とは言えないため、実効的な監督の統制が必要であると強調し、その監督の前提となる文書作成の重要性などにも言及している (BVerfGE 141, 220 [284f. Rn.140f.])。

⁽⁵⁹¹⁾ *Schwabenbauer*, ebd., S.843f. u. 1093 Rn.236 u. 1168. Siehe auch *D. Zöllner*, Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995, S.57; *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.251f.

⁽⁵⁹²⁾ *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 497), S.1092 Rn.1164.

⁽⁵⁹³⁾ DSGVO 58条 2項は「監督機関」に、DSGVO 違反の警告を発すること、違反への懲戒、遵守命令、違反の関係者への通知命令、取扱いの禁止等の制限、データの消去や修正等の命令などの拘束的手段をとることを認めている。これを受けて、BDSG 16条 1項は実施期間に事前の意見表明の機会を与えることなど手続について定めている。また、DSGVO と同時に制定された、EU 司法・内務分野におけるデータ保護指令 (DSRLJI; Richtlinie (EU) 2016/680) の47条においても、法規定を設けて、指令等への違反を警告し、是正などを命令する権限を監督機関に認めている。なお、指令については、国内実施措置が必要とされることには留意が必要である。Siehe auch *Schwabenbauer*, ebd., S.1092 Rn.1165.

⁽⁵⁹⁴⁾ *Schwabenbauer*, ebd., S.1094 Rn.1172.

連邦、各州のデータ保護法、場合によっては、警察法等の関連法の諸規定にしたがって、監督の機会が生まれるのである。監督のきっかけとなる主なものは、関係者による異議の申立⁽⁵⁹⁵⁾や、監督を受ける機関からの協議の要請⁽⁵⁹⁶⁾であるが、メディアの報道などに基づいてデータ監察官が自発的に開始することもある⁽⁵⁹⁷⁾。なお、DSGVO 制定後新しく導入された仕組みとして注目されるのが、個人データの侵害が生じた場合に、データの管理者(Verantwortlicher)⁽⁵⁹⁸⁾が「監督機関」に通知を行う義務である⁽⁵⁹⁹⁾。ドイツにおいても、これを受けて、BDSG 65条や多くの州データ保護法で関連する規定が設けられている⁽⁶⁰⁰⁾。

⁽⁵⁹⁵⁾ これについては、後述する。さしあたり、DSGVO77条、BDSG 60条、バイエルンデータ保護法20条、ベルリンデータ保護法46条、ニーダーザクセンデータ保護法55条、ラインラント・プファルツ州データ保護法48条、ヘッセンデータ保護・情報自由法55条、ノルトライン・ヴェストファーレンデータ保護法61条、ザクセン・アンハルトデータ保護法19条、シュレスヴィヒ・ホルシュタインデータ保護法36条、テューリンゲンデータ保護法8条を参照。基本的には、確認的にDSGVO 77条を引き移すような条文が多く、DSGVO 自体直接適用可能であるため、一部の州(バーデン・ヴュルテンベルク、ブランデンブルク、プレーメン、ハンブルク、メックレンブルク・フォルポメルン、ザクセン)では、そもそも州法上規定をおいていない。

⁽⁵⁹⁶⁾ これについても後述する。さしあたり、BDSG 69条、DSGVO36条、あわせてDSRLJI 28条、46条1項kを参照。DSGVO 自体直接適用可能であることもあり、これについて、明示的に条文を設けている州法は必ずしも多くはない。明示的な条文を設けている州として、ベルリン、ニーダー・ザクセン、ラインラント・プファルツ、ヘッセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、テュービンゲンの7州がある。

⁽⁵⁹⁷⁾ *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 497), S.1094 Rn.1173.

⁽⁵⁹⁸⁾ DSGVO 4条7項は、「管理者」を、「自然人又は法人、公的機関、部局又はその他の組織であって、単独で又は他の者と共同で、個人データの取扱いの目的及び方法を決定する者」と定義する。

⁽⁵⁹⁹⁾ DSGVO 33条、あわせてDSRLJI 30条と同指令の考慮要素(Erwägungsgrund)61も参照。Siehe auch *Schwabenbauer*, ebd., S.1094 Rn.1175.

⁽⁶⁰⁰⁾ 基本的には、確認的にDSGVO 33条を引き移すような条文が多く、DSGVO 自体直接適用可能であるため、一部の州では、そもそも州法上規定をおいていない場合(バーデン・ヴュルテンベルク、ハンブルク、ザールラント、ザクセン・アンハルト)。DSGVO 33条に関連する仕組みである、34条に定められた、関係個人への個人データ侵害の通知については、規定を有するが、侵害のデータ保護監察官への通知についての条文を設けていない州として、ブランデンブルク、プレーメン、メックレンブルク・フォルポメルン、ザクセン)もある。規定を設けている州の個別条文は以下の通り。バイエルンデータ保護法33条、ベルリンデータ保護法51条、ニーダーザクセンデータ保護法41条、ラインラ

4.4.3.3. 事前の監督

DSGVO 35条は、新たな技術を用いる取扱いを中心として、データ取扱が、自然人の権利、自由に対する高いリスクを生じさせるおそれがある場合に、管理者に取扱いの開始前に、個人データ保護への影響評価を行わなければならないとしており、同36条1項は、このデータ保護影響評価を通じて、リスク軽減の措置が講じられなければ、高いリスクが見込まれることが示された場合、管理者が監督機関に事前に協議することを要求している。同条2項によれば、この協議において、監督機関は、書面による助言のほか、DSGVO 58条に定める監督権限を行使することができる。すなわち、この協議において、先に見たような⁽⁶⁰¹⁾拘束力ある命令を含む監督を行うことができる。連邦レベルにおいては、BDSG 69条において、この事前協議についての規定が設けられており、全体の半数弱の州法にも規定があることは先に見た通りである⁽⁶⁰²⁾。これに対してEUデータ保護法改革以前には、拘束力のある監督を行なわなかったが、当時から、命令や行政規則、加えて計画の制定、策定前に案文に対する意見聴取を設ける規定が置かれていた⁽⁶⁰³⁾ほか、警察法令において、データベースの導入や、ラスター捜査⁽⁶⁰⁴⁾などの場面で、データ保護監察官への事前の協議を求める規定が置かれてきた⁽⁶⁰⁵⁾。権利侵害の当事者に対する通知を欠くような場合にはとりわけそうである⁽⁶⁰⁶⁾が、この事前の協議における監督に際して、データ保護監察官は、当事者の利害を代弁する

ント・プファルツ州データ保護法54条、ヘッセンデータ保護・情報自由法60条、ノルトライン・ヴェストファーレンデータ保護法59条、シュレスヴィヒ・ホルシュタインデータ保護法41条、テューリンゲンデータ保護法55条。

⁽⁶⁰¹⁾ 前掲註⁶⁰²及び⁶⁰³、並びにそれらに対応する本文参照。

⁽⁶⁰²⁾ 前掲註⁶⁰⁰を参照。

⁽⁶⁰³⁾ *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 497), S.1095 Rn.1176.

⁽⁶⁰⁴⁾ ラスター捜査などの警察の措置については、措置がとられた後に、データ保護監察官に通知、報告する仕組みも存在している(例えば、バイエルン警察任務法46条3項、メックレンブルク・フォルポメルン安全秩序法44条4項2文、ザクセン・アンハルト州安全秩序法31条4項2文、テュービンゲン警察任務法44条4項2文)。Siehe auch *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.294.

⁽⁶⁰⁵⁾ *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 497), S.1041, 1090 u. 1094 Rn.962, 1159 u. 1174.

⁽⁶⁰⁶⁾ *Schwabenbauer*, ebd., S.1094 Rn.1174. Siehe auch *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.294.

機能を持つと指摘されている⁽⁶⁰⁷⁾。

ここまで紹介してきた事前の協議におけるデータ保護監察官の権限は、一般性、抽象度の高い措置についてのものであるが、個別の具体的な措置について、事前にデータ保護監察官の同意を要求する場合も、例外的ながら存在することもすでに紹介した通りである⁽⁶⁰⁸⁾。このような場合は、独立性が高いデータ保護監察官による事前審査は、裁判官留保にかなり近い機能を営むことになる⁽⁶⁰⁹⁾。むしろ、当該分野についての専門性が高いデータ保護監察官が判断することによって、権利保障の実効性が高いものとなる可能性もある。もっとも、裁判官と異なり、データ保護監察官は連邦、各州にそれぞれ1名ずつしかおらず、裁判官留保の際に問題となっていた、緊急対応の問題はより大きなものとなるし、この意味での効率性は低いものとなろう。

4.4.3.4. 異議申立の処理

個人データの収集、保存、利活用によって自身の権利が侵害されたとするものが、データ保護監察官に異議を申立てることのできる仕組みは従来から、連邦、州双方のデータ保護法によって認められてきた。ただし、それは法的救済として不定形のものであり、一般的な請願権の適用がなされる場面であるとも言われてきた⁽⁶¹⁰⁾。

しかし、ここでも EU データ保護法改革は変革をもたらしている。すなわち、DSGVO 77条は、1項で、同規則違反についての、データ主体⁽⁶¹¹⁾による監督機関に対する異議申立手続を規定しており、2項では、監督機関が異議の審査の進展状況や審査結果に対して申立人に情報提供することを要求して

⁽⁶⁰⁷⁾ *Bonin*, ebd., S.295.

⁽⁶⁰⁸⁾ 前掲註⁽⁶⁰⁾を参照。

⁽⁶⁰⁹⁾ *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.296[独立性の観点から、上層部留保よりも裁判官留保に近いことにも指摘している]。

⁽⁶¹⁰⁾ *R. Schwartmann/ L.M. Keppeler*, Art.77, in: *R. Schwartmann/ A. Jaspers/ G. Thüsing/ D. Kugelmann* (Hrsg.), *DS-GVO / BDSG*, 2. Aufl., 2020, S.1600 Rn.2. 以上の DSGVO 以前の異議申立の仕組みについては、さしあたり、*Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 497), S.1095 Rn.1178を参照。

⁽⁶¹¹⁾ 「データ主体」とは、DSGVO 4条1号において、特定のデータの帰属先として、識別された、あるいは識別された自然人のことを言うとして定義されている。

いる。さらに、同規則78条2項において、監督機関がこの情報提供を、申し立てがあってから3ヶ月以内に行わない場合は、データ主体は実効的な司法による権利救済を受ける権利を有することとなるとして、監督機関を相手方とする、監督機関の帰属する加盟国の国内裁判所への出訴権が認められることとなる⁽⁶¹²⁾。このように、監督機関への異議申立は、裁判所への出訴権とも結びついた仕組みとして、その定式性が増し、監督機関による応答の必要性が高められたのである。応答のありようも、「監督」として、法的拘束力を持つ措置も取ることができるようになったことになる一方で、異議の受付や審査、判断の形式、効果については、個別に規定されているわけではない⁽⁶¹³⁾。その意味では、従来理解されてきたように⁽⁶¹⁴⁾、広く市民からの苦情を受け、調査、勧告を行うオンブズマンとしての性質を残していると言うべきだろう⁽⁶¹⁵⁾。

⁽⁶¹²⁾ DSGVO 78条3項(なお、これ自体は国際的な管轄についての規定であると解されている。Siehe A. Schneider, Art. 78, in: R. Schwartmann/ A. Jaspers/ G. Thüsing/ D. Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO / BDSG, 2. Aufl., 2020, S.1619 Rn.64)も参照。なお、以上のような仕組みは、BDSG 60条、61条を初め、多くの州法でも規定されている。監督機関に対する異議申し立てについての各州法における条文は、前掲註⁽⁶⁰⁹⁾に記載した通りであり、監督機関の措置に対する裁判所における司法的救済を定めた州法規定は、以下の通り。バルリーンデータ保護法47条、ブランデンブルク州一般データ保護法20条、ニーダーザクセンデータ保護法56条、ラインラント・プファルツ州データ保護法49条、ヘッセンデータ保護・情報自由法56条、ノルトライン・ヴェストファーレンデータ保護法25条1項、ザールラントデータ保護法26条、ザクセン・アンハルトデータ保護法31b条、ザクセンデータ保護法16条、シュレスヴィヒ・ホルシュタインデータ保護法37条、チューリンゲンデータ保護法9条。

もっとも、このように異議申し立てへの応答がない場合について、出訴権を認めているということは、単に苦情を申し立てたのみでは、裁判所による権利救済が存在しないということの意味する(siehe Schwabenbauer a.a.O. (Anm. 497), S.1096 Rn.1181)。その一方で、直接、データ管理者を相手取って出訴することは妨げられない(Schwabenbauer, ebd., S.1096 Rn.1183; DSGVO 78条1項)。

八一 ⁽⁶¹³⁾ ただし、他の監督機関との協力については、DSGVO60条の諸規定に従うことになる(siehe z.B. Schwartmann/ Keppeler a.a.O. (Anm. 610), S.1602 Rn.8)。審査のありようについては、Schwabenbauer, ebd., S.1096 Rn.1182も参照。

⁽⁶¹⁴⁾ 前掲註⁽⁶⁷⁸⁾及び⁽⁶⁷⁹⁾、並びにそれらに対応する本文参照。

⁽⁶¹⁵⁾ もっとも、出訴権へのリンクにより、裁判所による法的救済の前段階としての性格は強められたと言うべきであり、この点に関連して、裁判所の法的救済の前段階というよりは、市民に近いオンブズマンとして位置付けられていたことに対する積極的評価を示唆していた、Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.251を参照。

なお、裁判官留保との関係でいえば、異議申立の制度は、事後的な権利救済としての性格の強いものであり、事前の予防的措置としての裁判官留保に対する直接的な代替機能を営むものではない。その意味では、規範の明確性の不十分さに対する補償としての機能を論じる余地はあるものの⁽⁶¹⁶⁾、裁判官留保との関係性では、あくまで補完的な意義を持ちうるものに過ぎないといふべきであろう。

4.4.3.5. まとめ

以上見てきたように、データ保護監察官は独立性が高く、専門性も確保された存在であり、オンブズマンとしての性格により、関係者の利害の代表も上手に行えるのであれば、統制の仕組みとして、かなり有益なものであるといふことができよう⁽⁶¹⁷⁾。もっとも、EU データ保護法改革を経た現在の仕組みは2018年に運用が開始されたばかりであり、実際上の機能の仕方、効果については、今後の運用を注視していくほかない。

また、裁判官留保との代替性、あるいは関係性という、ここ問題となっている視点から検討すれば、一部の事前の関与を除いて、事前の予防的措置とは言えないという意味で、裁判官留保の直接的な代替とはならない。事前の関与であっても、個別・具体的な措置の実施を直接決定する権限は限定されているのであるからその意味でも、代替とは言い難い。もっとも、裁判官留保に近い機能を持つのが、データ保護監察官の事前の同意を必要とする場合

⁽⁶¹⁶⁾ もっとも、この点についても、そもそもの判断基準となる規範が明確でなければ、データ保護監察官が仮に専門的知識を有していたところで、効果的な判断は実現されない。また、オンブズマンとして柔軟な対応が可能であることに意義を見出すのであれば、法的な明確性に対する補償とはますます言いづらいうに思われる。

⁽⁶¹⁷⁾ EU データ保護法改革以前のデータ保護監察官についての評価であるが、*Bonin* aa.O. (Ann. 511), S.297は、独立性、専門知、利害代表の三要素が一つにまとまったものとして高く評価している。もっとも、独立性、専門知については、4.4.3.1.で見たように法文上裏付けが図られている——もっとも、この場合も実際の運用次第のところがある——が、とりわけ利害代表については、オンブズマンとしての機能をする際に、必ずしも当事者、関係者の利害に十分にコミットするかどうかは制度上定かではないし、当事者が関与しない場面での審査においては、*Bonin* も認めるように(S.295)、当事者は、データ保護監察官が自分たちの利害を適切に汲み取ってくれることを期待するよりほかないのであって、実際の運用次第というところが大きいように思われる。

であるが、これについても、専門性の高さから裁判官留保以上の効果をもたらす可能性がある反面、データ保護監察官の数の点から、活用できる範囲は限定されざるを得ず、効率性という意味では問題があることはすでに4.4.3.4.の末尾で指摘した通りである。そうすると、結局、データ保護監察官は、主として事後的な場面で、裁判官に欠ける技術面を中心とする専門性を補完する存在として、裁判所留保との関係では、並立的、補完的に機能する仕組みであるということになる。また、個別・具体的な事案についての判断も行えないわけではないが、どちらかと言えば、一般的・抽象的な統制を担う存在であり⁽⁶¹⁸⁾、その意味においても、裁判官による統制とは棲み分けができる制度であるように思われる⁽⁶¹⁹⁾。

最後に、データ保護監察官は、文字通り、データ保護の文脈において機能するものであり、データ保護に関連する限りにおいて、警察の監督、統制に関わるものであるのに対して、警察に特化しつつ、また逆に警察の業務一般に拡大する形で監督を行う存在へと展開させる可能性がかつて指摘されていた点⁽⁶²⁰⁾について、若干検討しておこう。この点に関連して、データ保護監察官は、DSGVOに定められたデータ保護に関する「監督機関」として、今やこれを廃止することはできない。そこで、現実的に考えられるのは、DSGVO上の監督機関であるデータ保護監察官に警察一般の監督機能を付与するか、警察についてのデータ保護の監督機関としての権限・機能を持ちつつ、それに止まらない警察一般に関する監督権限も有する独立の機関を、(警察についてのデータ保護監視機関としての権限・機能が控除された)データ保護監察官とは別に創設するかということであろう⁽⁶²¹⁾。しかし、このような構想につ

⁽⁶¹⁸⁾ 前掲註⁽⁶⁰⁸⁾と、それに対応する本文を参照。

⁽⁶¹⁹⁾ 個別・具体的な事案における判断と、一般・抽象的な統制という対比であれば、裁判官との住み分けが可能であるのみならず、データ保護監察官の関与と検察官留保、上層部留保との併用も可能ということになる。

⁽⁶²⁰⁾ 前掲註⁽⁶⁷⁷⁾乃至⁽⁶⁷⁹⁾と、それらに対応する本文を参照。

⁽⁶²¹⁾ オンブズマン機能を重視するのであれば、EUデータ保護法改革以降、データ保護監察官の監督が法的な厳格性を持つものになったのに対して、より柔軟な苦情処理のシステムとして、警察関連事項一般について扱う警察オンブズマンを、データ保護監察官とは別に設置するという事も考えられなくはないが、これも、以下に述べるように、そこ

いては、まず、データ保護監察官に警察一般の監督の役割も委ねたのでは、専門性の確保という意味で問題があるというべきである。また逆に、警察一般について、警察に特化した専門性から判断する組織を創設するのであれば、その組織にデータ保護の専門性を期待できるかという問題が生じる。そうすると、法的な専門組織としての裁判官、裁判所と、警察に特化した専門性を有する警察監察官、データ保護についての専門性を有するデータ保護監察官を並立させ、それぞれ異なった観点からの統制を可能にするということ⁽⁶²²⁾が考えられるが、これはこれで、複雑な所掌関係の処理、調整を必要とし、このような組織の乱立ともいえる事態を招いてまで、警察活動の統制が必要とされるか、必要とされるとしても、適切な統制の効果を期待できるか⁽⁶²³⁾が問われよう。そして、合議体か独任制か、扱う主題の限定性という点では、見逃せない相違もあるが、独立した組織を創設し、一定の判断を委ねるという意味では、信書、郵便、電信電話の秘密の制限に関する法律（通称 G10法）15条に基づいて設けられた、いわゆる G10審査会（G10-Kommission）は、新たな統制機関の創出の一つのありよう（のモデル）とも解しようところである。また、この G10審査会による事前の同意については、裁判官留保にかわる事前同意の仕組みとして関心を持つ論者もいる⁽⁶²⁴⁾。そこで、続く **4.4.4**

まで複雑なシステムを構築してまで警察を統制する必要があるか、それに見合う効果が得られるかという問題に帰着することになる。

⁽⁶²²⁾ これに関連して、例えば、前掲註 679でも指摘したように、*Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.205 は、基本法における権力分立構想の下で独立の統制を行うのは裁判官、裁判所であるとして、警察監察官の設置には否定的であるが、裁判所が現代において、十分な統制機能を果たし得ないようになったのであれば、各分野の専門的評価を個別の専門家組織に委ねつつ、裁判所はそれを踏まえた最終的な法的な評価を、伝統的な意味での法的統制と並行させる形で行うことは、基本法上も許容されうる構想であるように思われる。なお、*Waechter* a.a.O. (Anm. 579), S.295が指摘するように、権力分立との関係では、警察監察官の設置には、議会による一般的・抽象的な執行統制の機能を独立の機関に委任する側面もあるため、特に議会少数派の関与可能性を奪うという点との関係で議会権限の委任の限界という観点から検討することも重要である。

⁽⁶²³⁾ 関連して、警察についての専門性を有しつつ、執行府、より具体的には警察機構からも独立した人物が確保できるののは大きなポイントとなろう。この点、*Waechter*, ebd., S.295も、権力分立との関係で、議会少数派の関与可能性を奪うという点に照らして、執行寄りの人選にならないことの重要性を説いている。

⁽⁶²⁴⁾ *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 4), S.345ff.

では、このG10審査会のあり様や機能、そして、他分野への拡大・展開可能性を検討してみることにはしたい。

4.4.4. G10審査会とその拡大・展開可能性

4.4.4.1. 基本構造と権限

ここにG10審査会とは、G10法15条によって設置されたものであり、国民代表、すなわち連邦議会が選出した「補助機関」として位置付けられる⁽⁶²⁵⁾。このG10審査会は、連邦及び州の憲法擁護庁、連邦情報局(Bundesnachrichtendienst; BND)、連邦軍の諜報機関といった、諜報機関による通信の秘密への介入措置に対する統制を行っている。裁判による救済に替わる事後審査の導入を認めた、1968年の基本法改正で挿入された基本法10条2項2文を憲法上の根拠とする⁽⁶²⁶⁾が、G10審査会は、職権で、あるいは関係者による異議申立によって制限措置の許容性と必要性を判断する(G10法15条5項)ほか、制限措置が執行される前にその実施の可否を判断する権限を有している(G10法15条6項)⁽⁶²⁷⁾。このうち、執行前の審査は、裁判官留保と類似した機能を営むこととなるが、この場合も、許容性と必要性を判断することとなり、とりわけ必要性の判断においては、法的な衡量のみならず、政策的な衡量も含むと解されており⁽⁶²⁸⁾、その意味では、法的な許容性の判断に限定される裁判官留保の場合の裁判官よりも、判断が可能な範囲は広いものとなっている⁽⁶²⁹⁾。ただ

⁽⁶²⁵⁾ *Schwabenbauer*, ebd., S.345. このG10審査会について、詳細に紹介・検討する最新の邦語文献として、小西葉子「テロリズムに対抗するための国家的監視活動の統制：諜報機関の統制機関としての基本法10条審査会を中心に」一橋法学18巻3号(2019年)1263頁以下がある。あわせて、渡辺・前掲註⁽⁴⁹⁾58頁も参照。

⁽⁶²⁶⁾ BVerfGE 143, 1 (14f. Rn.45) は、基本法10条2項2文は裁判的救済に替わる仕組みを導入することを許容するにとどまり、通常の法的救済を維持する可能性も立法者に認めていることを強調している(*K.F. Gärditz*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvE 5/15 – G10-Kommission ist Organstreitverfahren nicht parteifähig, DVBl 2016, S.1541)。

⁽⁶²⁷⁾ なお、裁判官留保の場合、措置の命令(Anordnung)を行うのは裁判官であるが、G10法において制限措置の命令を行うのは、あくまで、各州の最上級の行政庁、あるいは、連邦内務大臣であり(G10法10条)、G10審査会は、その執行の可否を執行前に判断する。

⁽⁶²⁸⁾ *C. Gusy*, Der Schutz vor überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG, NJW 1981, S.1583.

⁽⁶²⁹⁾ *Schwabenbauer* aa.O. (Anm. 4), S.345f. 裁判官留保における裁判官の審査権限の範囲については、前掲註⁽⁴⁹⁾乃至⁽⁵⁰⁾と、それらに対応する本文を参照。また、事項的な審査範囲

し、実際の運用をみると、権限行使のありようは謙抑的であるとされる。やや古くなるが、2001年から2005年の5年間に124件の事前の請求があったのに対して、これを拒絶したのは1件にとどまるという⁽⁶³⁰⁾。

委員会の構成に目を移すと、G10審査会は、会長と3名の委員、会議において発言権と質問権を有するオブザーバーとしての4名の代理委員から構成される(G10法15条1項1文)。これらの構成員は、その職務について独立しており、他者からの命令に従わない(G10法15条1項3文)という形で、独立性の確保が図られている。連邦憲法裁判所の判例も繰り返し、G10審査会は、裁判的救済を排除してその代わりに設けられた組織であるという、その性格に照らして、裁判官と同様の独立性と中立性、職務権限が認められなければならないとしている⁽⁶³¹⁾。他方で、G10審査会の会長については、裁判官

についても、実効的な執行府統制を確保するため、執行府の権限の広さに対応して、委員会の審査範囲も限定のない広いものでなければならないとする、BVerfGE 110, 313 (399ff.)[とりわけ、S.401以下で、データの把握と評価の全プロセスを委員会の審査範囲に収めていないとして、旧法の9条2項3文を違憲としていることが注目される]を、Weber a.a.O. (Anm. 210), S.125f.とあわせて参照。もっとも、後述するように、裁判所に替わる審査組織であるので、あくまで法的な統制として機能することが必要であるとされている(BVerfGE 30, 1 [23]; Weber, ebd., S.125)。

⁽⁶³⁰⁾ Die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der nach Artikel 22 Abs. 2 des Terrorismusbekämpfungsgesetzes befristeten Änderungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes, des MAD-Gesetzes, des BND-Gesetzes, des Artikel 10-Gesetzes, des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes und des § 7 Abs. 2 des BKA-Gesetzes, 2015, S.21, < <https://www.legislationline.org/download/id/3295/file/Report%20of%20the%20German%20Government%20on%20the%20effects%20of%20the%20changes%20under%20Article%2022%20of%20the%20Fight%20Against%20Terrorism%20Act%20...pdf> >.

⁽⁶³¹⁾ BVerfGE 30, 1 (23f.; 30f.)[裁判官と同様の独立性を享受し、判断の基礎となる、法的あるいは専門的な知識を有し、他者の命令を受けず、特定の時間に構成員を確実に集めることが可能であり、介入措置に関する行為者と措置の過程全てを監督することが可能であることを求めている]; 67, 157 (185)[G10審査会による統制が、独立性と命令を受けない機関によるものであることに言及]; 100, 313 (361) [G10審査会による統制が、独立性と命令を受けない機関によるものであることに言及]; 143, 1 (11f. Rn.37) [G10審査会による統制が、独立性と命令を受けない機関によるものであることに言及]。Siehe auch z.B. *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.308; *Schwabenbauer* a.a.O. (Anm. 4), S.346 u. 352; *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.125. さらに、G10審査会の備えるべき性質について述べるものではないが、類似の性格を持つ機関による統制の可能性について述べるものとして、BVerfGE 120, 274 (332) [私的保護領域への隠密裡の侵入については、裁判官留保か、裁判官と同様の独立性と中

となる資格を有することを要求している（G10法15条1項1文）ものの、その他の委員についての資格要件は法律上設けられていない。また、会長と委員は、連邦議会の議会統制委員会において任命され（基本法45d条）、一立法期が会長・委員の任期となる（G10法15条1項4文）。

4.4.4.2. 権力分立構造の中での位置づけと改革の余地

4.4.4.1. で見たような基本構造と権限を有する G10審査会を、権力分立構造の中でどのように位置づけるかについては、難しいところがある。すなわち、連邦議会の統制委員会によって委員が任命されるという点において、とりわけ正統化の面において議会に近い組織である⁽⁶³²⁾が、議員によって構成される議会内の委員会ではないし、独立性を有する存在である⁽⁶³³⁾。また、裁判官、裁判所に替わって法的統制を行う機関であるという意味では裁判権とも近く⁽⁶³⁴⁾、委員の権限や地位のあり方については、憲法上、裁判官との類似性が要求されると考えられていることは先に述べた⁽⁶³⁵⁾とおりである。また、とりわけ事前の承認という作用は、裁判官留保の場合もそうであるが⁽⁶³⁶⁾、本来的には執行府の権限領域に位置付けられるものである⁽⁶³⁷⁾。裁判官留保をめぐっても、そこにおける裁判官の審査・命令が裁判権に属するのか、執行権に属するのかという問題、そして、通常法上の裁判官留保については、裁判

独立性を保障された統制が必要とされるとする]; BVerfG (1. Senat), Urteil vom 19. 5. 2020, 1 BvR 2835/17, Rn.275[戦略的監視に必要とされる, 客観法的統制の仕組みとして, 裁判官と同様の独立性を認められた者によって構成され, 政府や情報機関からの影響を受けないで判断可能な機関による判断がありうるとする]がある。

⁽⁶³²⁾ Schwabenbauer, ebd., S.346.

⁽⁶³³⁾ BVerfGE 143, 1 (16f. Rn.50) も、基本法10条2項2文は、基本法45b条の連邦議会の国防受託者とは異なり、単に補助機関とするのみで、連邦議会の補助機関であるとされしていないことなどに加えて、構成員の独立性も指摘して、G10審査会は連邦議会の一部を構成するものではないとする。Siehe auch z.B. M. Sachs, Verfassungsprozessrecht: Parteifähigkeit im Organstreit, JuS 2017, S.480.

⁽⁶³⁴⁾ Schwabenbauer, ebd., S.346.

⁽⁶³⁵⁾ 前掲註⁽⁶³⁰⁾と、それに対応する本文参照。

⁽⁶³⁶⁾ 裁判官留保が設定されている場合における裁判官の審査・決定自体は、(実質的意味の)裁判権に分類されるとする(BVerfGE 22, 49 [76f.]; 49, 329 [341])連邦憲法裁判所も、その行政行為との類似性などを指摘してきたこと(BVerfGE 16, 194 [201])などについては、前掲註⁽²⁸⁰⁾ですでに紹介したところである。

⁽⁶³⁷⁾ Vgl. BVerfGE 143, 1 (18 Rn.54); 30, 1 (28).

官による権限行使が、執行権の侵害となりうるのではないかという問題があった⁽⁶³⁸⁾。G10審査会についても、前者と類似の権限の帰属問題が生じるし、後者の問題は、いわゆる独立機関による執行権の行使の限界の問題として整理することができる⁽⁶³⁹⁾。また、事前の措置執行の承認を実質的意味の裁判権として位置付けるのであれば、逆に、裁判官、裁判所以外の機関による、許容されざる裁判権の行使となっていないかが問題となってくる。最後の点については、裁判官留保における裁判官の命令も、少なくとも裁判権の典型的な作用ではないということはすでに見たところである。そして、国家機関相互の抑制と均衡によって、特定の機関の独走を防止しつつ、効率的、実効的な国家運営を実現させるというふうに、権力分立の意義を理解するのであれば⁽⁶⁴⁰⁾、裁判権と執行権のいずれに分類するかということよりも、G10審査会がその組織構造やそれに伴う能力に照らして、与えられた任務に適した存在となっているかが問われるべきである。そうすると、当該分野の専門家によって構成される、裁判官とは異なった審査能力を持った機関を設け、諜報活動についての審査をそこに委ねるという発想自体は、妥当なものであるし、

⁽⁶³⁸⁾ 4.1.4. 参照。

⁽⁶³⁹⁾ BVerfGE 143, 1 (13f. Rn.41) は、裁判上の救済に替わる作用を提供するが、裁判所ではなく、執行府の機能領域において活動しながら執行府に取り込まれるのではなく、法的な統制を行い、それでいて、不当についての衡量 (Opportunitätserwägung) も行うことができる機関 (Gärdtitz a.a.O. (Anm. 626), S.1541 は、ここで述べられたような特徴を持つ機関——まさに、G10審査会がそうなのであるが[siehe BVerfGE 143, 1 (18 Rn.54)]——のことを、特別な統制機関 (Kotrollorgan *sui generis*) と呼ぶ) を立法者が設置することについて、従来の連邦憲法裁判所の判例は許容しているとする。なお、B. Huber, Anmerkung, NVwZ 2016, S.1707 は、この判示に関連して、G10審査会には、具体的な個別の事案を離れて、職権で統制を行うことが可能であることにも留意するよう述べる。独立機関の権力分立構造の中での位置付けについての考察として、さらに、小西・前掲註⁽⁶²⁹⁾ 1297頁以下及び1304頁以下も参照。

⁽⁶⁴⁰⁾ このような権力分立観については、差し当たり、前掲註⁽⁶²⁹⁾などを参照。連邦憲法裁判所も、権力分立原則の存在理由 (Ratio) は、国家権力の相互の制限と統制にあるとし、G10審査会のような、執行府の措置への裁判所以外の独立機関による統制は、この権力分立原則の存在理由に適合したものであると判示する (BVerfGE 30, 1 [28])。そして、このような権力分立観は、G10審査会の位置付けについて扱った、最近の BVerfG 143, 1 (17 Rn.52) でも引き続き示されている。なお、小西・同上1298-1299頁や、そこに引用される Gärdtitz, ebd., S.1541f. が指摘するように、連邦憲法裁判所のこのような判示は、Möllers の権力分配 (Gewaltengliederung) 論の影響を窺わせる。

その意味では、基本的には、権力分立の基本構想に合致しているということができよう⁽⁶⁴¹⁾。もっとも、この構想に見合った権限を十分に与えられているか、また、その権限、能力を十分に発揮できているかは、別途検討されなければならない⁽⁶⁴²⁾。この文脈において、先に見た⁽⁶⁴³⁾介入措置への承認率の高さは、G10審査会が能力を十分に発揮する意思を欠いているか、そもそも十分な能力と、その基礎となる権限を与えられていないのではないかという疑問を招くものである⁽⁶⁴⁴⁾。

また、根本的な問題として、裁判官にはない専門的な知識を取り込むということと、裁判官による審査に匹敵するだけの十分な法的統制としての機能を保持すること⁽⁶⁴⁵⁾ということの間に存在する、ある種の緊張関係⁽⁶⁴⁶⁾に留意する必要がある。このような点にも留意して、Schwabebauerは、裁判においても、裁判官、すなわち法律専門家以外の専門知識等を有する者を関与させることは許容しており、それ自体は問題ないものの、裁判官となる資格を有することが会長にのみ要求されており、非法律専門家が過半数をしめうる現行法上の仕組みは、法的統制を行う機関として問題であるとする⁽⁶⁴⁷⁾。さ

⁽⁶⁴¹⁾ BVerfGE 30, 1 (28); Schwabebauer aa.O. (Anm. 4), S.347. これに対して、G10審査会が違憲であるとはしないが、権力分立原則によって設けられた法治国的制約に、相当の損失を与えるものとなりうることを指摘し、G10審査会のような独立の監督機関は例外的なものであるべきだと示唆するものとして、Weber aa.O. (Anm. 210), S.210f.がある。

⁽⁶⁴²⁾ このような問題は、同様に問題領域的な専門性と独立性を有する機関に、法的な判断を委ねることになるデータ保護監察官などにも当てはまるものであり、独立監督機関創設一般の問題である。

⁽⁶⁴³⁾ 前掲註⁽⁶³⁰⁾と、それに対応する本文参照。

⁽⁶⁴⁴⁾ Schwabebauer aa.O. (Anm. 4), S.348.

⁽⁶⁴⁵⁾ この点に関連して、Schwabebauer, ebd., S.351は、G10審査会への議員の関与は法的統制機関としてのG10審査会の性質にそぐわず、議員の関与による政治的統制は、基本法45b条とG10法14条に定められる、議会議制委員会を通じてなされるべきだという。

⁽⁶⁴⁶⁾ 関連して、本文とは逆の方向からの指摘ということになるが、法律による規律の密度が低下すると、法的専門性の外部にある社会科学などの専門性への依存が高まり、法的規律から解放された領域の形成につながることで、その弊害を緩和するために、社会科学の研究成果を法的な文脈において利用可能なものにする努力が必要とされることについて指摘するものとして、I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL Bd.67, 2008, S.268ff.を参照。

⁽⁶⁴⁷⁾ Schwabebauer, ebd., S.349f.

らに、Schwabenbauer は、利益相反についての規定が G10法など現行法上存在していないこと⁽⁶⁴⁸⁾、裁判的判断の核心をなすともいえる理由提示について現行法上は規定がないこと⁽⁶⁴⁹⁾、委員の再任が否定されず、任命機関の影響が廃しきれない可能性があること⁽⁶⁵⁰⁾なども、問題であるとして、現状の G10審査会が裁判官留保の完全な代替物といえるだけの存在とはなっていないという⁽⁶⁵¹⁾。そして彼は、事前の場面では機密性の観点などから裁判官、裁判所の関与を排除することが止むを得ないにしても、現状において、事後的な場面では、裁判官、裁判所による審査を確保することが求められると結論づける⁽⁶⁵²⁾。Schwabenbauer が問題視するような事項については、法律で明示的に定める必要があるのか、運用、慣行に委ねれば足りるのかは、別途論じうるところであるが、G10審査会についても、制度設計におお改善、あるいは合理化・明確化の余地があるということは確認できたといえよう。

4.4.4.3. 拡大可能性

最後に、G10審査会のような独立の機関を諜報機関による通信の秘密への介入措置の領域以外にも設ける可能性について、若干の検討をしておくことにしたい。Weber の指摘するように⁽⁶⁵³⁾、独立機関による統制は権力分立構造に変容をもたらすものであり、G10審査会を例外的な存在に止めるべきだということであれば、この問題に対する回答は否定的なものとなる。もっとも、

⁽⁶⁴⁸⁾ Schwabenbauer, ebd., S.350.

⁽⁶⁴⁹⁾ Schwabenbauer, ebd., S.352.

⁽⁶⁵⁰⁾ Schwabenbauer, ebd., S.352.

⁽⁶⁵¹⁾ Schwabenbauer, ebd., S.352.

⁽⁶⁵²⁾ Schwabenbauer, ebd., S.352f. これに関連して、Schwabenbauer(S.353)は、1978年に欧州人権裁判所の判決(EGMR, Urteil v. 6.9. 1978, NJW 1979, S.1755)が、欧州人権条約8条の権利制約との関係で、一般論として、個別事案における濫用的な権限行使が容易に可能であり、それゆえ民主的社会全体に有害な結果をもたらす可能性がある場合には、裁判官による事後的な審査が確保される必要があるとしつつ、G10審査会と議会統制委員会による統制の有効性を評価し(S.1758 Rn.56)、結局は当事者への通知義務を原則として要求するにとどめていること(S.1758 Rn.58)を批判する。なお、この判示は、2006年の欧州人権裁判所決定(EGMR (III. Sektion), Entscheidung v. 29.6. 2006 – 54934/00 Weber u. Saravia/ Deutschland, NJW 2007, S.1433 [1438 Rn.117])でも引き継がれている。

⁽⁶⁵³⁾ Weber aa.O. (Anm. 210), S.210f.

憲法上も認められている裁判官留保も、多かれ少なかれ似た性格を有するものであって、とりわけ、その裁判官留保が裁判官の能力などとの関係で必ずしも十分に機能しないような場面において、裁判官とは異なる専門知識を持つ委員によって構成される組織による審査・決定によって代替させるということは、権力分立の基本的な発想からしても、否定されるべきではないだろう⁽⁶⁵⁴⁾。連邦憲法裁判所の近時の判例も、G10審査会に関するかつての判決などを引きながら、隠密裡の私的領域・私的情報への侵入について、行われる事前の審査が裁判所によるものである必要はなく、同等に独立性や命令からの解放性を確保しているものであれば良いし、逆に、裁判所を含め、そのような性格を有する機関による審査を設定する必要があると判示しているところである⁽⁶⁵⁵⁾。

ただし、裁判所の機能に限界があるために、他の専門性を有する機関に審査・決定を委ねるというのであれば、独立機関による監督は、実効的なもので、裁判官留保の欠点を実際に補うものでなければならぬだろう。この点、介入措置の執行について、現行のG10審査会が承認を与える割合が非常に高いものとなっていることは実効性を疑わせるものである⁽⁶⁵⁶⁾し、対象を相当限定しているG10審査会であれば、4名の委員による、月1回を基本とする（G10法15条4項[ただし、最低限月に1回とされている]）会合で対応が可能だとしても、より広く情報収集行為などに範囲を広げるのであれば、人員も、審査の請求に対する体制も、大規模なものとならざるを得ない⁽⁶⁵⁷⁾。Schwabebauerのいうところ⁽⁶⁵⁸⁾にしたがって、現行のG10審査会の制度をより強化したような仕組みを構築しなければならないのであれば、尚更コストは大きなものとなる。これらのことを考慮すると、既存の裁判所機構を利

⁽⁶⁵⁴⁾ 前掲註⁽⁶⁴⁰⁾及び⁽⁶⁴¹⁾、並びにそれらに対応する本文参照。

⁽⁶⁵⁵⁾ BVerfGE 120, 274 (332); BVerfG (I. Senat), Urteil vom 19. 5. 2020, 1 BvR 2835/17, Rn.275.

⁽⁶⁵⁶⁾ 前掲註⁽⁶³⁰⁾及び⁽⁶⁴⁾、並びにそれらに対応する本文参照。

⁽⁶⁵⁷⁾ Siehe Weber a.a.O. (Anm. 210), S.209f.

⁽⁶⁵⁸⁾ 前掲註⁽⁶⁴⁷⁾乃至⁽⁶⁵²⁾と、それらに対応する本文参照。

憲法上も認められている裁判官留保も、多かれ少なかれ似た性格を有するものであって、とりわけ、その裁判官留保が裁判官の能力などとの関係で必ずしも十分に機能しないような場面において、裁判官とは異なる専門知識を持つ委員によって構成される組織による審査・決定によって代替させるということは、権力分立の基本的な発想からしても、否定されるべきではないだろう⁽⁶⁵⁴⁾。連邦憲法裁判所の近時の判例も、G10審査会に関するかつての判決などを引きながら、隠密裡の私的領域・私的情報への侵入について、行われる事前の審査が裁判所によるものである必要はなく、同等に独立性や命令からの解放性を確保しているものであれば良いし、逆に、裁判所を含め、そのような性格を有する機関による審査を設定する必要があると判示しているところである⁽⁶⁵⁵⁾。

ただし、裁判所の機能に限界があるために、他の専門性を有する機関に審査・決定を委ねるというのであれば、独立機関による監督は、実効的なもので、裁判官留保の欠点を実際に補うものでなければならぬだろう。この点、介入措置の執行について、現行のG10審査会が承認を与える割合が非常に高いものとなっていることは実効性を疑わせるものである⁽⁶⁵⁶⁾し、対象を相当限定しているG10審査会であれば、4名の委員による、月1回を基本とする（G10法15条4項[ただし、最低限月に1回とされている]）会合で対応が可能だとしても、より広く情報収集行為などに範囲を広げるのであれば、人員も、審査の請求に対する体制も、大規模なものとならざるを得ない⁽⁶⁵⁷⁾。Schwabebauerのいうところ⁽⁶⁵⁸⁾にしたがって、現行のG10審査会の制度をより強化したような仕組みを構築しなければならないのであれば、尚更コストは大きなものとなる。これらのことを考慮すると、既存の裁判所機構を利

⁽⁶⁵⁴⁾ 前掲註⁽⁶⁴⁰⁾及び⁽⁶⁴¹⁾、並びにそれらに対応する本文参照。

⁽⁶⁵⁵⁾ BVerfGE 120, 274 (332); BVerfG (I. Senat), Urteil vom 19. 5. 2020, 1 BvR 2835/17, Rn.275.

⁽⁶⁵⁶⁾ 前掲註⁽⁶³⁰⁾及び⁽⁶⁴⁾、並びにそれらに対応する本文参照。

⁽⁶⁵⁷⁾ Siehe *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.209f.

⁽⁶⁵⁸⁾ 前掲註⁽⁶⁴⁷⁾乃至⁽⁶⁵²⁾と、それらに対応する本文参照。

用し、裁判官の専門性を強化する方が、まだ現実的であるように思われる。また、裁判官にない専門性の要求と、裁判官によるのと同等の法的統制の要求という二つの要求が緊張関係を持つものであるという点を改めて想起すれば、その意味でも人材の確保などの点で実現可能性は疑わしいと言わざるを得ない。前述の連邦憲法裁判所の判決の事案も、オンライン検索⁽⁶⁵⁹⁾や外国での戦略的情報収集⁽⁶⁶⁰⁾など、かなり特異な領域に関する事案を扱ったものであることも踏まえれば、G10審査会型の特別な独立統制機関を設置すべき分野は、結局は、相当程度限定されざるを得ないだろう。

4.4.5. 議会による統制

4.4.5.1. 主な議会による統制とそのあらまし

一定の重大な情報収集措置については、議会にその統制を行うための委員会 (Greminum) を設けて、この委員会に対して、政府が情報収集措置についての報告を行い、この報告に基づく統制を委員会が行う仕組みが用意されている⁽⁶⁶¹⁾。

その一つが、基本法13条6項において直接規定されるものである。これは、同条3項乃至5項に基づいて行われる技術的手段を用いた住居の監視等について求められるものであり、連邦政府による、連邦議会への報告、この報告に基づく委員会による統制が予定されている。同条6項3文は、州における同等の議会による統制の保障を謳っており、全ての州の警察法において、同様の仕組みが導入されている⁽⁶⁶²⁾。また、刑事訴訟法も101b条において、連

⁽⁶⁵⁹⁾ BVerfGE 120, 274.

⁽⁶⁶⁰⁾ BVerfG (I. Senat), Urteil vom 19. 5. 2020, 1 BvR 2835/17.

⁽⁶⁶¹⁾ 4.4.5.1における以下の記述については、基本的に、Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.257ff. に負っている。

⁽⁶⁶²⁾ バーデン・ヴェルテンベルク州警察法23条8項、バイエルン州警察任務法52条1項7号、バルリーナー一般安全秩序法25条10項、ブランデンブルク警察法33a条9項、プレーメン警察法33条・36条2項、ハンブルク警察データ処理法22条、75条、ヘッセン公共安全秩序法15条9項、メックレンブルク・フォアポメルン公共安全秩序法48h条1項2号、ニーダーザクセン安全秩序法35a条、37b条1項・2項、ノルトライン・ヴェストファーレン州警察法68条、ラインラント・プファルツ警察・秩序法29条8項、ザールラント警察法28a条5項、ザクセン警察法38条1項2号・13項、ザクセン・アンハルト州安全秩序法16条2項、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州行政法186b条1項、テューリンゲン

邦政府の連邦議会に対する報告について規定している⁽⁶⁶³⁾。

もう一つの仕組みが、基本法45d条に基づいて設置された議会統制委員会⁽⁶⁶⁴⁾に、G10法14条によって、基本法10条2項2文にいう事後審査機関としての統制権限を与えたものである。同条1項によれば、同法に定める制限措置を命じる権限を有する連邦内務省は、同法の執行に関して遅くとも6ヶ月の間に議会統制委員会に報告を行い、委員会は、同法の執行と、同法3条、5条、7a条、8条の各条に定める措置の態様や範囲を、連邦議会に対して毎年報告する。ここでも、多くの州の警察法において類似の制度が規定されている⁽⁶⁶⁵⁾。この議会統制委員会における統制は、基本法13条6項の委員会と類似する仕組みであるが、同委員会によるものとは異なり、議会統制委員会による統制は、同法10条2項2文にいうところの、裁判所による法的救済の代替として位置付けられるものであるという点が大きな違いとなっている⁽⁶⁶⁶⁾。

なお、基本法上の規定のある、この二つの議会による統制の仕組みのほか、各州の警察法において、一定の措置について、州政府による議会への報告を義務付ける規定は多くみられるようになっていく⁽⁶⁶⁷⁾。

警察任務権限法36条7項。

⁽⁶⁶³⁾ 条文番号は変化しているが、これについては、植松・前掲註(4)1079-1080頁も参照。

⁽⁶⁶⁴⁾ 議会統制委員会については、小西・前掲註(4)189-191頁に邦語による関連の記述が、また、同・前掲註(2)1283-1285頁、渡辺・前掲註(4)58頁に簡潔な邦語での紹介がある。

⁽⁶⁶⁵⁾ バーデン・ヴュルテンベルク州警察法23a条10項、23b条14項、バイエルン州警察任務法52条1項6号、ブランデンブルク警察法33b条11項、ハンブルク警察データ処理法23条、75条、ヘッセン公共安全秩序法15a条5項、15b条3項、メックレンブルク・フォアポメルン公共安全秩序法48h条1項4号、ニーダーザクセン安全秩序法33a条、37b条1項・2項、ノルトライン・ヴェストファーレン州警察法68条、ラインラント・プファルツ警察・秩序法31条8項、ザールラント警察法28b条7項、ザクセン警察法42条9項、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州行政法186b条1項、テューリンゲン警察任務権限法36条7項。規定が設けられていないのは、ベルリン、ブレーメン、ザクセン・アンハルトの3州である。

⁽⁶⁶⁶⁾ *Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.258. Siehe auch BVerfGE 109, 279 (373); 143, 1 (18 Rn.53).

⁽⁶⁶⁷⁾ 枚挙に暇はないが、例えば、ブレーメン警察法36条、ハンブルク警察データ処理法75条、メックレンブルク・フォアポメルン公共安全秩序法48h条1項、ニーダーザクセン安全秩序法37b条、ノルトライン・ヴェストファーレン州警察法68条、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州行政法186b条、テューリンゲン警察任務権限法36条7項といった条文は、住居の技術的手段による監視や、通信の秘密の制限の場合に限らず、一定の隠密裡の情報収集措置について、州政府による議会への報告義務を包括的に定めた条文である。

4.4.5.2. 統制の効果と意義

4.4.5.1. でみた議会（の委員会）への報告義務と、それに伴う、議会の委員会の審査は、措置がなされてから比較的早い時点で、措置に欠陥がなかったかを知るきっかけとなる、「敏感化効果（Sensibilisierungseffekt）」があるなどと指摘される⁽⁶⁶⁸⁾。他方で、報告の手間を避けるために、執行機関が報告の必要な措置を不必要に行うインセンティブを削ぐ効果があるなどとも言われることもあるようである⁽⁶⁶⁹⁾。また、議会の側から見れば、議会による、自身の立法の執行府による適用に対するフィードバックであるとともに、自身の立法に不備がなかったか、改善の余地はないかという点を自己点検する機会を付与するものでもある⁽⁶⁷⁰⁾。つまり、先述の敏感化効果は議会にとっても生じるものと言えよう⁽⁶⁷¹⁾。議会には、警察法の領域においても詳細な制度構築については、広い立法裁量が認められる⁽⁶⁷²⁾が、他方で、事後的、継続的に自身の立法を見直し、評価する義務があるとされる⁽⁶⁷³⁾。執行府による立法

Siehe auch *Bonin*, ebd., S.258. また, *Aschmann* aa.O. (Anm. 210), S.210は, 90年代前半に, 警察法分野への裁判官留保の導入が検討されつつ, 権力分立構造との関係上それが見送られた場面で, その引き換えのように, 事後的な議会による統制が導入されたと指摘する。

⁽⁶⁶⁸⁾ *Bonin*, ebd., S.258f.

⁽⁶⁶⁹⁾ Vgl. *Bonin*, ebd., S.259. *Böttger/Pfeiffer* aa.O. (Anm. 574), S.16.

⁽⁶⁷⁰⁾ *Weber* aa.O. (Anm. 210), S.96 u. 208. なお, 現行の仕組みを維持するかどうかを判断することを迫られるという意味において, 見直し規定を設けるほか, そもそも時限立法とすることというのは, 立法事後評価と密接な関連を持つことになる。この点については, *Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.306f.; *Schoch* aa.O. (Anm. 567), S.368のほか, 植松・前掲註(44) 1081-1082頁を参照。

⁽⁶⁷¹⁾ Vgl. *Trute* aa.O. (Anm. 216), S.425.

⁽⁶⁷²⁾ 統制の仕組みの設定自体も, 基本的には立法者の裁量に委ねられることは, 連邦憲法裁判所の判例も再三指摘してきたところである。ここでは, 差し当たり, 最新の BVerfG (I. Senat), Urteil vom 19. 5. 2020, 1 BvR 2835/17, Rn.277を挙げておく。この点について詳しくは, *Trute* aa.O. (Anm. 216), S.420や *Schwabenbauer* aa.O. (Anm. 4), S.355f.などを参照。

⁽⁶⁷³⁾ Siehe z.B. *Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.259ff. 邦語文献では, 治安法制を題材として, 植松健一「ドイツ治安法制における立法事後評価(1)・(2)・(完)」立命館法学379号(2018年)1061頁以下[なお, (1)については, 前掲註(44)でも引用済], 383号(2019年)22頁以下が, 立法の事後的な評価について詳細な検討を加えている。本文で問題となっている, 立法者の観察義務・事後是正義務に関しては, (1) 1073-1076頁に詳しい記載がある。あわせて, 小西・前掲註(93)[事後是正義務については, 192頁]も参照。

府への報告義務は、そのような立法の事後的評価に対して、材料を提供するものであるということができるのである⁽⁶⁷⁴⁾。とりわけ、テロリズムの危険性や新技術の発展などにより不安定化する状況の中で、具体的な危険の排除からリスク回避の法へと性質を転換しようとしている警察法については、不確定要素を抱えたままでの立法が必要になってきていること⁽⁶⁷⁵⁾を踏まえれば、実際の運用に照らした、事後的、継続的な立法評価は大きな意味を持つものであり、その意味でも、議会への報告義務は重大な意義を持つといえよう。

4.4.5.3. 政治的統制としての性質

4.4.5.2. でみたように、議会による統制は、個別の事案についてその適法性を論じるというのではなく⁽⁶⁷⁶⁾、運用のあり方一般に目を向け、執行府による適用⁽⁶⁷⁷⁾と、立法府によるそもそもの立法の妥当性を見直すものとなっている⁽⁶⁷⁸⁾。統制の主体に着目しても、議会に属する議員は、裁判官について言われるような独立性を有するものではない⁽⁶⁷⁹⁾し、中立性も、法的な専門性も有さない。むしろ、議会統制委員会には野党議員も含まれることは、党派性が委員会には持ち込まれる一方、少数派の見解も反映された民主的な統制としてかえって評価されている⁽⁶⁸⁰⁾。裁判官留保との比較においては重要な差異ではないが、当事者の参加を欠く構造は、裁判の基本構造と相容れないものである⁽⁶⁸¹⁾。このような次第で、議会による統制は、合法・違法を論じる法的な統制ではなく、立法とその運用の実効性を論じる政治的な統制であるといわれることになる。そうすると、ある意味自明なことかもしれないが、議会による統制は、裁判官留保の代替ということはず、これもや

⁽⁶⁷⁴⁾ *Bonin*, ebd., S.259.

⁽⁶⁷⁵⁾ 差し当たり、3.4.を参照。

⁽⁶⁷⁶⁾ *Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.314. *Weber* aa.O. (Anm. 210), S.99も、議会による統制には、個々の事案を抽象化する効果があると指摘している。

⁽⁶⁷⁷⁾ *Bonin*, ebd., S.260.

⁽⁶⁷⁸⁾ 前掲註⁽⁶⁷⁾と、それに対応する本文参照。

⁽⁶⁷⁹⁾ *Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.310.

⁽⁶⁸⁰⁾ Vgl. EGMR, Urteil v. 6.9. 1978, NJW 1979, S.1755 (1757 Rn.53)[議会委員会には、野党議員も参加していることを重視している].

⁽⁶⁸¹⁾ *Bonin* aa.O. (Anm. 511), S.311.

はり、裁判官留保などの法的統制と車の両輪として、機能すべきものであるということになろう⁽⁶⁸²⁾。なお、政治的統制としての性格を有する議会による統制は、立法の見直しによって、法律上の要件設定の将来的な密度向上に資することはあっても⁽⁶⁸³⁾、現状の法律の明確性を補うものではない⁽⁶⁸⁴⁾ということは、わざわざ指摘するまでもないだろう。

4.4.6. まとめ

ここまで、裁判官留保を代替、あるいは補完する機能を持ちうるものとして、検察官留保、上層部留保、データ保護監察官の関与、G10審査会をはじめとする独立機関の関与、議会による統制といったものについて、紹介、検討してきた。検討の結果を、端的に言ってしまうと、厳密な意味においてこれらはいずれも裁判官留保に代替するものはない。もちろん、ここであげた手法の間で、裁判官留保との距離には相違がある。以下では、裁判官留保との距離に沿う形に再構成しながら、本節(4.4.)での検討内容を確認しておくことにする。

まず、検察官留保や上層部留保、そして、データ保護監察官やG10審査会における事前の監督や審査は、裁判官留保にかなり近い機能を有する。

とりわけ、データ保護監察官(やそれを発展させた警察活動についての監察官など)やG10審査会(やそれを発展させた独立機関)による事前関与は、裁判所に欠ける専門性を、裁判所とは異なる独立の組織に委ねるという意味で、裁判官留保への代替としての機能可能性は高い。もっとも、そのマンパワーという観点からは、単独の組織体である、監察官や独立機関の機動性は、数多くの裁判官が存在する裁判官留保に対して劣ることになるし、専門性の観点から、個別の所掌事項は限定的なものとならざるを得ず、その意味での

⁽⁶⁸²⁾ 関連して、EGMR, Urteil v. 6.9.1978, NJW 1979, S.1755 (1757 Rn.53)が、少数派も関与する政治的統制を担う、議会の委員会と、裁判所類似の独立性、中立性を有するG10審査会による統制の双方が用意されていることを重視する形で、ドイツ法が通信の秘密の制約について裁判的救済を排除していることを正当化していることが注目される。

⁽⁶⁸³⁾ Vgl. *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.314f.

⁽⁶⁸⁴⁾ *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.126; *Bonin*, ebd., S.315f.

代替性は低い。

これに対して、検察官や（警察など行政組織の）上層部は、裁判官とは異なって独立性を有さず、検察官留保や上層部留保というものは、裁判官留保が要求される場面で、これにとってかわるというものではない。これらは第一に、効率性を重視して裁判官による判断の要請を緩和するものの、事後的な審査の確保などと組み合わせることでバランスを取る必要がある仕組みとして位置付けられる。第二に、内部的には行われることになる指揮・命令を、明文化し、違反を違法と評価する効果などに着目して、裁判官留保が必要とされない場合の権利保障を充実させるために新たに導入されるべき仕組みとも位置付け可能であろう⁽⁶⁸⁵⁾。

検察官留保や上層部留保との関係で、これらと裁判官留保との均衡をとるために、導入が模索される仕組みとして登場するのが、申請や命令の文書化、（継続的な）措置や根拠法律そのものの期限設定等のほか、監察官やG10審査会の事後的な関与、事前であっても拘束的でない関与、さらには、議会による統制である。もっとも、これらの仕組みは、裁判官留保が確保される場面においても、さらに保障を万全なものとするために併用することは可能であるし、実際、すでに要求されてもいる。

最後に、補完的手法としての利用が既に先取りされた形になってしまったが、議会による統制についてである。これは、大臣などの政治的トップによる命令の留保⁽⁶⁸⁶⁾と同じく、裁判所による法的な統制とは異なる、政治的統制を担うものであって、裁判所に代わってより充実した法的な統制を行うという意味での代替性は有さない。むしろ、裁判所を中心とする法的統制の限界を政治的統制によって補う、裁判官留保と統制システムにおいて車の両輪を

⁽⁶⁸⁵⁾ もっとも、ここでいう裁判官留保が必要とされるかどうかという判断は、基本的には権利侵害の重大性をもとに行われることが想定され、本稿が元々の問題としている、法律による要件設定の必要性、あるいはその密度に関する場面と同様に、権利侵害の重大性自体が基準として成り立っているかが別途論じうるところである。

⁽⁶⁸⁶⁾ ただし、政治任用ではない一般公務員への判断の委任が一般化している場合ではなく、真に大臣によって判断が為される場合に限定されよう。

なすものと整理されることになる。

このように整理し直すと、並行的に取り入れられない仕組みは当然ながらあるものの、結局は、権利保障のために、裁判官留保も含めた様々な仕組みが複合的に、実際用意されているし、さらなる実効的な権利保障のため、導入や関連性の向上について論じられているのだということを改めて確認することができよう。

4.5. 手続的な代替保障としての評価

本稿はここまで、裁判官留保を初め、それに代替する、あるいは、それを補完する可能性のあるものを含めて、明確性要求を緩和し、その代替的な保障となるとされる手続的な仕組みについて、検討を進めてきた。これは、そもそも、テロリズムの脅威や新しい技術の発展などといった、現代的な現象に伴い、警察法、あるいは刑事訴訟法の分野における比例性要求、あるいは、明確な法律規定による警察等の国家機関の活動規律が困難を抱えるようになったことを背景に、その補償的な位置付けとして、手続的保障を確保しようという、連邦憲法裁判所の判例にも見られる考え方の適否を判断するためであった⁽⁶⁸⁷⁾。

この検討の結果、確かに、裁判官留保は、手続的保障の中核をなすものとして、重要視されてきたし、近年において、連邦憲法裁判所はその重要性を強調する立場を鮮明にしてきたことが確認された⁽⁶⁸⁸⁾。もっとも、それにも拘らず、裁判官留保の実務上の機能不全も明らかになっているのもまた確かである⁽⁶⁸⁹⁾。また、実務上の機能不全もさることながら、そもそも、裁判官留保は、法律の留保あるいは法律の優位を前提として⁽⁶⁹⁰⁾、法律上の要件の充足を独立かつ中立な第三者であるところの裁判官に判断させる趣旨の仕組

⁽⁶⁸⁷⁾ 3.5. 参照。

⁽⁶⁸⁸⁾ 4.2. 参照。

⁽⁶⁸⁹⁾ 4.3. 参照。

⁽⁶⁹⁰⁾ *Lepsius* a.a.O. (Anm. 521), S.261 u. 263は、裁判官留保が一般的な基本権保障の仕組みである法律の留保を前提としたものであることを指摘する。この点については、前掲註⁽⁶⁸⁾で紹介した、Schmidt-Aßmann の議論も参照。

みである以上、大元の法律の規定が明確でない場合に、その規定内容を明確にするという、狭い意味での補償としての機能を果たすものではないことは確かである⁽⁶⁹¹⁾。

さらに、今確認した裁判官留保の機能不全の問題は、我々をして、先に述べたような裁判官留保を代替、あるいは補完する仕組みについての検討に向かわしめた。しかし、ここでも、いずれの仕組みも、裁判官留保に求められる機能すらも完全に代替するものではなく、法的な統制とは性質の異なる政治的統制までも含めて、複合的に適切な統制を図ろうというのが実際のところであった⁽⁶⁹²⁾。すなわち、これらの仕組みも、根拠規範の明確性——さらには、裁判官留保による保障機能——の補償となるものではないということになる⁽⁶⁹³⁾。

もっとも、だからと言って、裁判官留保やその他の仕組みが無意味であるということではなく、当事者の権利保障、客観的法の維持について一定の効果を生み出すことは確かである⁽⁶⁹⁴⁾。また、このような効果を再評価することを通じて、根拠規範の明確性の要求に対する、広い意味での代替、あるいは補償として機能するものであると捉える可能性も指摘されている。つまり、議会が法律において明確な要件設定をし、古典的な解釈方法論に則って、侵害的措置の条件付けが確定され、侵害的措置が統制されるという、古

⁽⁶⁹¹⁾ *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.282ff.; *Lisken/Mokros* a.a.O. (Anm. 562), S.613; *C. Gusy*, *Vfassungsfragen vorbeugenden Rechtsschutzes*, JZ 1998, S.172. 手続的保障一般についての記述であるが、*Kutscha* a.a.O. (Anm. 532), S.1300; *Weber* a.a.O. (Anm. 210), S.193f. も参照。関連して、裁判所による法的救済を中心とする手続保障が、明確性の欠如を填補するものであるとする、BVerfGE 110, 33 (68) も、完全に (insgesamt) 不明確な規範を明確なものとする効果は、そのような手続保障にはないとしている。この点については、*Weber*, ebd., S.126もあわせて参照。

⁽⁶⁹²⁾ 4.4.6. 参照。

⁽⁶⁹³⁾ 本稿でも検討した様々な手続的保障を検討した後、総括としてこの旨を述べるものとして、*Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.316ff. u.a. S.317を挙げておく。

⁽⁶⁹⁴⁾ 総括的な評価として、例えば、*Bonin*, ebd., S.319を参照。具体的には、明確性の穴埋めとなるかは別として、本稿でもこれまで見てきたように、執行府の内部における統制の合理化、執行府の外部の機関による審査の存在によって、執行府の判断が慎重なものとなること、この外部からの審査によって、権限の濫用や誤った当てはめが是正されるといった効果は得られる。

典型的な行政法の規律枠組みそれ自体から離れるものであるというのである。そこでは、議会のみではなく、執行府や裁判所、独立機関、さらには当事者なども含めた多数の主体の関与と相互作用を通じて、侵害的な措置が目的に照らして妥当なものとなるよう、制御を行うために用意された複合的な仕組みを構成するものとして、裁判官留保をはじめとして、ここで紹介した様々な仕組みは理解される⁽⁶⁹⁵⁾。

このような考え方をとる基盤として、システム理論にも影響を受けた⁽⁶⁹⁶⁾、

⁽⁶⁹⁵⁾ Weber aa.O. (Anm. 210), S.193f.; Bonin, ebd., S.320f. さらに、民間アクターの関与も視野に入れるものとして、R. Pitschas, Polizeirecht im kooperativen Staat – Innere Sicherheit zwischen Gefahrenabwehr und kriminalpräventiver Risikovorsorge –, DöV 2002, S.231も参照。関連して、本稿もここで関心を寄せるリスクに関係する法領域においては特に、手続と組織による、情報、専門知の獲得、コミュニケーションの実現が重要となっており、後に述べる制御学的発想のここでの取り込みが有用であると指摘する、M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL Bd.67, 2008, S.325ff.があるほか、裁判官留保の意義を強調した前出(4.2.1.2.)の連邦憲法裁判所の2001年判決(BVerfGE 103, 142)が、手続や組織構成に強い関心を払った、Habermasの議論(ただし、制御的な手続への注目と、討議理論に依拠する Habermasの手続への注目との間に隔たりがあることに留意すべきことは当然である)などに影響された時代精神を反映した判決であると指摘していた、Lepsius aa.O. (Anm. 521), S.263も注目される。

⁽⁶⁹⁶⁾ Siehe z.B. O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und parlamentarismuskritik, 1999, S.35 [Lepsius (Systemtheorie)]. なお、Lepsiusはこの書籍で、システム理論が、議会民主政や人間の尊厳など(後者が前者の前提となっていることについては、S.62参照)ドイツの実定憲法である基本法の基本的構想、価値と相容れないものであり、システム理論に依拠した行政法、あるいは憲法改革論は認められないという立場を鮮明にしている。以上の点についての要約として、S.71f.を参照。もともと、後述の「新しい行政法学」を牽引してきた Schmidt-Aßmannは、Lepsiusの批判について、理論的モデルに拘泥しすぎだとはしつつも、システム理論批判それ自体についてはそれを肯定的に受け止めた上で、システム理論の論者のように、法の制御能力を全面的に否定するのではなく、法を有用な、また捨て去ることのできない制御手段として、その機能の欠如と効果を発揮する条件とを分析するに値すると見るプラグマティックな立場に立つとしていることには、留意しておく必要があろう(E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S.19 Rn. 1/34 u. 1/38)。また、Lepsius, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit der Parlamentarismus, in: M. Bertschi et al (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S.139ff. [Lepsius (D. u. F.)]は、経済学的分析を通じた立法の限界論についても、システム理論と同様、議会主義が克服しようとしている、認識論的な困難の問題(これについては、S.146ff. [客観的な対象理解の不可能性を前提にして、議会による一般的・抽象的で、個別の事案における判断を嚮導するような間主観的な合意形成の必要性、重要性を説く])を無視したものであり、人間の多様性を無視するものであるという意味でも、基本法の基本的な構想と合致しない考え方であるなどとして、否定する。

制御学（Steuerungswissenschaft）の知見に基づいて、行政法を再構成する考え方を据えることができると Bonin は指摘する⁽⁶⁹⁷⁾。この考え方によれば、現代において、行政はもはや法律のみによって制御されるものではないし、制御というものは、全過程を視野に入れたものでなくてはならない。そこでは、法行為それ自体に着目するのではなく、制御を行う主体とその客体、制御の媒体や組織の間の影響の連関に着目して、国家の活動に対して、将来志向で規範的な視点が向けられる。この規範的視点において、嚮導的な役割を担うのが、任務達成の事物的な適合性、つまり、手続法や組織法の要素⁽⁶⁹⁸⁾も取り込んで判断される、ある主体の活動可能性とその主体に期待される任務の達成との関連性がどれだけあるのかという観点である。もっとも、全てがこのような制御学的発想で置き換えられるのではなく、古典的な法律によ

⁽⁶⁹⁷⁾ Bonin aa.O. (Anm. 511), S.322.

⁽⁶⁹⁸⁾ Bonin の記述では必ずしも明瞭にされないが、経済学的分析や、予算・財政管理を通じた制御も、制御学として行政法学を定位する見方の主張内容となっている。この点については、Schmidt-Abmann aa.O. (Anm. 696), S.22ff. Rn.1/40f.; A. Voßkuhle, §1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders./ W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-AmBann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, 2. Aufl., 2012, S.34 u. 42ff. Rn.39 u. 49ff.などを参照。なお、警察法、治安法の分野において、私的アクターの取り込みや、予算、財政的規律が比較的視野に入っていないのは、法治国的規律の枢要な部分である治安法においては、他の分野に比して、ガバナンス論的アプローチが浸透していないという指摘がされていること（M. Albers, Funktionen, Entwicklungsstand und Probleme von Evaluationen im Sicherheitsrecht, in: ders./ R. Weinzierl (Hrsg.), Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, 2010, S.26ff. [これについては、植松・前掲註(44)1064-1065頁, 1068-1069頁も参照])とも関連があるように思われる。

なお、Appel はむしろ、経済学などの社会科学の知見による手法を制御学的発想の中心的な領域と捉えていると解され、手続や組織による規律を、法的な規律が及ばなくなってしまう法創造の領域（ただし、Appel も、これと「法適用」の領域との区別の相対性を強調していることについては、Appel aa.O. (Anm. 646), S.256ff.を参照）を限定し、法的規律の確保を図るものとして整理している（Appel, ebd., S.271f.）。明確性要求の困難、緩和必要性への対応策としての手続の重要性を説くものとして、さらに、W. Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 2005, S.35f.も参照。それでも、手続的規律が機能するためには、どのような場面でどのような手続が法的に意義のあるものとなるのかについて、一定の定型化を通じて基準を設けることや、手続の瑕疵の効果についてきちんとした規律を設けることが必要であるとしており（Appel, ebd., S.273f.）、これらの手当てを誰がどう確保、統制するかという問題はここでも生じることとなる。

る制御が尽きるところ、つまり、十分な規律密度のある法律規定によって行政の活動を制御できない場面で⁽⁶⁹⁹⁾、様々なアクターの持つ特性、機能を踏まえつつ、それぞれが関与する仕組みを確保することで、妥当な国家活動の制御を行うのである⁽⁷⁰⁰⁾。その意味で、制御学的なアプローチに基づく手続保障は、補償、穴埋めとなるのである⁽⁷⁰¹⁾。

制御学を踏まえた行政法についての考え方は1990年代からのドイツ行政法学の有力な潮流をなす⁽⁷⁰²⁾ものの、もちろん、このような行政法理解そのものの妥当性は根本的に問われなければならないところである⁽⁷⁰³⁾。それでも、

⁽⁶⁹⁹⁾ 本文の内容は、Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.324の記述に依拠している。なお、このようなBoninの記述は、Appel, ebd., S.262の、法律の拘束性や(伝統的なドグマティックを通じた)法適用の尽きるところで、(学際的な知見に支えられた)法創造の領域(Rechtserzeugungsraum)が始まるという記載を意識しているものと思われるが、Appelが法創造の領域に、手続法的規律を入れていないということは、前註で述べたとおりであり、これに留意しておく必要がろう。

⁽⁷⁰⁰⁾ この点に関連して、Schmidt-Abmann, ebd., S.18 u. 22 Rn.1/33 u. 1/40も、制御学的アプローチが伝統的な法的制御を補完するものであり、両者の融合が目指されていることを強調している(zu diesem Punkt, siehe auch VoBkühle, ebd., S.18 u. 22ff. Rn.15 u. 19ff.)。古典的な行政法の統制手法と、制御学的発想の相互補完性を強調するものとして、Eifert a.a.O. (Anm. 695), S.319ff.も参照。

⁽⁷⁰¹⁾ 以上、当該段落の内容一般については、Bonin a.a.O. (Anm. 511), S.323f.を参照。

⁽⁷⁰²⁾ いわゆる「新しい行政法学(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)」である。制御学として行政法学を定位する見方の要約については、Schmidt-Abmann a.a.O. (Anm. 696), S.18f. Rn.1/33[基本的な立場を、①執行府の正統化はもはや単線的、ピラミッド型にのみ行われるのではなく、下から上、水平的、回帰的な影響可能性も視野に入れる、②行政機構は、対外的に閉じられ、対内的にピラミッド構造で形成される統一体ではなく、様々な構成された立場や機関に分化される多様性のある組織であると捉える、③行政の行為の法的性質は、裁判所による統制の観点からだけでなく、第一に行政活動の観点から考える、④高権的行為のみならず、私法上の行為、決定に並んで合意、フォーマルなものに並んでインフォーマルなものを扱うものであるとまとめている]などを参照。新しい行政法学一般に関する、歴史的沿革も含めた、詳細なまとめとして、VoBkühle a.a.O. (Anm. 698)が便利である。治安法制との関係性で、この「新しい行政法学」について概説する邦語文献として、主として立法事後評価焦点を当てたものであるが、植松・前掲註(44)1068-1073頁がある。植松もいうように、この考え方は、保障行政法論、保障国家論を展開するものであり、拙稿・前掲註(24)140-141頁でも、保障国家論が、議会に高度な規律密度を持った規律を要求できない場面では、手続的補償を要求するものであることについて少し指摘したところである。その意味では、本稿は、ここで結局、本質性理論の現代的意義を問い直すという振り出しに戻ったという感拭えないところがある。

⁽⁷⁰³⁾ Siehe z.B. Lepsius (Systemtheorie) a.a.O. (Anm. 696).

法律の規律密度は緩和することとなるものの、自由と安全の間における国家の位置どりを決定した上で、ある特定の国家機関の措置をそもそも導入するか、その目的をどう設定するのか、加えて、それに対応する制御の仕組みをどのように設計し、どう投入するかという基本的な決定を行うことから、議会はなお解放されない⁽⁷⁰⁴⁾のであって、民主的正統性を有する議会が、他の機関、存在の知見や能力に沿った協働を得ながら、具体的な国家行為の目的適合性を確保し、不断の是正を測っていくこととなる。このように構想する限りでは、不確実性をまず現代社会⁽⁷⁰⁵⁾において基本的に妥当な考え方と言えよう⁽⁷⁰⁶⁾。もっとも、これでは、複合的な主体の協働による適切な目的達成

⁽⁷⁰⁴⁾ *Bonin* a.a.O. (Anm. 511), S.326f. Siehe auch A. *Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S.9; *Hoffmann-Riem* a.a.O. (Anm. 698), S.35.

⁽⁷⁰⁵⁾ 議会にとっての知見の不確実性、入手困難性を強調し、明確な内容を持つ法律の制定が困難となっていること、そのため法適用者に一定の判断余地を認めざるを得ないが、その場合にも、事後的な見直しの余地などを確保しておくことが立法者に求められるについては、例えば、*Hoffmann-Riem*, ebd., S.35f. u. 39[リスク法の分野では、とりわけそれが当てはまることについて、S.41も参照]が指摘している。

⁽⁷⁰⁶⁾ もっとも、*Lepsius* (Systemtheorie) a.a.O. (Anm. 696), S.30ff. は、システム理論に基盤を置く、制御学的アプローチ、あるいは保障国家論は、その実、社会構造の複雑性を理由に、議会の処理能力を根本的に否定するものであるとするほか、そもそも保障国家論が指摘する、今日における因果経過の不透明性、複雑性も、システム理論に依拠して、複数の学問領域を跨ぐ、異質な因果概念を混同したことによる、見せかけの複雑性であるなどとしている。ただし、*Lepsius* も、彼のいう基本法の議会中心主義に根差した、制御のありようの構築は否定していないように見受けられる。すなわち、*Lepsius* は本質性理論を、取り扱う事項の認識必要性に応じて変わる密度を有する一般・抽象的決定を、形式的意味の法律を通じて行うことを求める理論と理解するが、新しく、よく知られていない事柄については、本質性の制約は緩く、個別・具体的決定に多くを委ねることを許容している(*Lepsius* (D. u. F.) a.a.O. (Anm. 696), S.170)し、専門家の領分を間主観的な一般・抽象的合意ではなく、個別・具体的な当てはめの場面に求めていること(S.173)からすれば、個別・具体的判断を担う執行府や裁判所、さらには専門家の当てはめ段階での複合的な関与を否定していないように思われるのである。また、議会報告と結びついた立法事後評価を重視すること(立法事後評価の要求が、新しい行政法学と密接に関係することについては、植松・前掲註(44)1068-1076頁を参照。また、議会による統制としての議会報告が立法事後評価につながるものであることについては、前掲註(673)乃至(679)と、それらに対応する本文も参照)は、個別の当てはめの当否を議会に判断させるというのではなく(個別・具体的判断を議会に委ねることになる、法規命令への承認・修正権限を議会に留保することを *Lepsius* は強く否定する[S.172])、運用を通じて得られた新たな一般・抽象的決定の材料として運用する限りは、議会を伝統的構想とは異なる場面で関与させることにもなりはするものの、議会の責任と能力を重要視するものと捉えることも

が図られるべきであるということに過ぎない。ある意味で問題は複雑性を増すのであり、具体的な制度構築はブラックボックスに入れられてしまうことにもなりかねない⁽⁷⁰⁷⁾。その意味では、議会に制度設計を行う上での指標を与え、事後的な制度の評価の基準となるような枠組みを提示することこそが、今、必要とされている⁽⁷⁰⁸⁾。

5. まとめ：権利ドグマティックの可能性

ここで、改めて本稿の目的を振り返ると、本稿は、前稿⁽⁷⁰⁹⁾から「権利ドグ

できよう。ただし、その場合も実際には、少なくとも議会による評価の基盤となるような専門の評価は、議会外の専門家に委ねられることとなろうし、この実質的に評価を担う主体をどう位置付けるかは重要な問題である。最後の点については、*Albers* a.a.O. (Anm. 698), S.46ff.などを参照。

⁽⁷⁰⁷⁾ *Lepsius* (Systemtheorie), ebd., S.27は、民主的正統性を相対化してしまうと、憲法は、他にどのような正統化の手法が、どの程度必要になってくるのかを提示しておらず、十分な正統性の水準というもの、法学の外側で探究されることになってしまうと指摘する。関連して、新しい行政法学を支持する側でも、*VoBkuhle* a.a.O. (Anm. 698), S.35f. Rn.39は、学際的なアプローチゆえに、不十分・不適切な他分野の参照・取り込みが行われることになりかねず、トランスディシプリンなメタ理論が用意される必要があることを強調している。さらに、2010年段階の治安法制における立法事後評価の文脈に限定されるものだが、*Albers*, ebd., S.39ff.も、評価の対象や基準、手続、手法、担い手といった点について、統一的な仕組みが確立しているわけではなく、まだスタート地点にあるという(要約として、S.48)。その後の展開も含めた、治安法制における立法事後評価の実際については、植松・前掲註⁽⁶⁹⁹⁾379号1083頁以下、383号22頁以下を参照。また、ドイツにおける実状の検討を経た、植松による、機能する立法事後評価の条件の提示については、383号65頁以下参照。

⁽⁷⁰⁸⁾ 現状においては、個別の代替的な手続保障がかなりの程度独立して、ある意味では詳細に論じられており、複数の仕組みを有機的にどう結びつけ、配置するべきなのかという全体像を探る議論は、少なくとも、警察法、治安法、さらには捜査法といった領域においては、十分になされていないように見受けられる。

Appel a.a.O. (Anm. 646), S.264ff. u.a. 267f.も、制御学的なパースペクティブを採用して、行政の決定の正しさを確保しようとしても、どのような基準や方法によって規範的な方向性を与えられるのか、そして、その規範性をどのように基礎づけるのかという大きな問題が残るとして、これらは法的には判断できないし、限定的な方法論的規律によって、相対的な信頼性を確保することしかできないとしている。なお、*Appel*が手続による規律を、このような法外の規律の範囲を狭めるための方策と捉えていることについては、前掲註⁽⁶⁹⁸⁾でも述べたとおりである。

⁽⁷⁰⁹⁾ 拙稿・前掲註(1)。

「マーティク」の可能性を探るプロジェクトを引き継ぐものであった。前稿では、国家による情報の取得、保存、利活用といった場面において、ドイツの連邦憲法裁判所の判例が、本来であれば政治的な重要性から導かれるべき、議会の規律責任を主観的な基本権の新たな創出を通じて導いていると見る可能性を指摘した⁽⁷¹⁰⁾。これを踏まえて、本稿では、議会による法律を通じた統制を要求するにあたって、そのように主観的権利の保護に拘った論理構成をとる必要があるまでに、法律による規律を要求するに際して、「権利」を指標とすることが有用なのかを検討すべく、権利侵害の重大性を規律密度の要求の基準としていると目された、ドイツの議論を検討してきた。もう少し具体的に言えば、まずは、形式的、あるいは量的といっても良い、規律密度要求としての、法律規範の明確性、あるいは確定性の要求について、結局はスライディングスケールであると言わざるを得ないものの、侵害される権利の重大性などによって、わかりやすい基準が構築されているかを見た。さらに、実質的な規律密度要求と解することのできる、比例性原則が基本権を基準として十分に機能しているかについても検討を及ぼした。結局、前者において、判例法を通じても、基本権侵害の重大性と対応させた（形式的な）規律密度要請の明瞭な基準が提示されているとは言い難いこと⁽⁷¹¹⁾、後者についても、基本権なり基本的法益なりについて、一定程度の序列化とそれに伴う正当化要求の強さの相違を見出すことは可能であるものの、個別の事案における侵害の烈度などに依存せざるを得ず、ここでも結局、大まかな判断の手がかりが示されるにとどまること⁽⁷¹²⁾を指摘した。

さらに、治安、警察法領域における国家活動の性質変更に伴い、被侵害権利が重大であったとしても、法律による明確な規律を求めることが困難な場合があり、それに対する補償として、手続的保障を要求する傾向が生じていること⁽⁷¹³⁾も指摘した。この手続的補償の中心をなすのが裁判官留保であり、

⁽⁷¹⁰⁾ 拙稿・同上394-393頁参照。

⁽⁷¹¹⁾ 2.3. 参照。

⁽⁷¹²⁾ 3.5. 参照。

⁽⁷¹³⁾ 3.4. 参照。

本稿の後半は、主にその検討に費やされてきた。

ここでは、裁判官留保の基本的な仕組みや機能、性質などを踏まえた上で、近時の連邦憲法裁判所判例が、裁判官留保を重要視し、その意義を強調しているものの、実務上、また、構造上の問題を抱えるものでもあり、これをさらなる手続、制度によって代替、補充しようという議論が盛んになっていることを明らかにした。こうして、最終的には、裁判官留保を含む手続的補償が、文字通り、明確性の欠如を穴埋めするものではなく、議会に全体的な制度構想、構築の規律義務と権限を与えつつ、私的アクターを含む諸機関との協働によって、生命、身体、安全の保障と自由の確保を図るという、「新しい行政法学」あるいは、保障国家論によって基礎付けることによって、議会の規律限界を穴埋めするものであると位置付ける余地があると結論づけられた⁽⁷¹⁴⁾。

もっとも、こういった、手続的「補償」が要求されるかどうかの判断に関しても、保障国家論などを参照すれば、分野の特徴などに照らした、国家、あるいは議会の規律能力の限界が指標となってくるが、判例などの場合、権利の重大性を理由に手続保障の整備が要求されている点⁽⁷¹⁵⁾には留意しておく必要がある。つまり、そもそも法律による規律が必要なのかも、法律による規律がいかにあるべきなのかも、権利、主として基本権が基準とされているのであるが、究極的には、システム構築において、立法者がどこまでの責任を負うのかということに問題の本質があるという構図は、少なくとも判例に従えば、手続的補償の場面においても同じなのである。他方で、手続的補償の場合も含めて、権利の重大性から要請される具体的内容に関する指標は、判例においても構築されていない。結局は、明確性、確定性の場面、比

⁽⁷¹⁴⁾ 前掲註(69)乃至(70)に対応する本文参照。

⁽⁷¹⁵⁾ 前掲註(62), (66), (47)と、それらに対応する本文参照。また、手続的保障の種類によっても、要求される理由と権利の重大性との関係に差がある。例えば、もっとも古典的な手続的保障である裁判官留保は、特に、侵害される権利の重大性によってその導入の必要性が基礎付けられているもの(4.1.3.2.参照)であって、内容としても、権利を基準とする、法的な統制という古典的なモデルに沿うものである。これに対して、データ保護監察官やG10委員会などの独立監督機関は、裁判官の独立性・中立性を引き継ぎつつ、法的専門性以外の専門性にも依拠しようとするもの(4.4.3.5., 4.4.4.3.を参照)であり、権利を基礎とする法的統制から一定の距離を見出しているものである。

例性の場面、手続的補償の場面のいずれにおいても、権利、あるいは基本権という代理変数を利用することで、明瞭な指標を提供することには必ずしも成功していないということになる。

もっとも、そもそもの法律による規律を要求する政治的重要性にしても、そのはっきりとした指標はない⁽⁷¹⁶⁾し、私的アクターを含む議会以外の機関の協働を取り込む手続設定のあり方についても、細かな基準が用意されているわけでもない⁽⁷¹⁷⁾。基本的な枠組みの設定は、国家、その中で、議会が責任を持つといっても、そもそも議会の制御能力に限界があることが背景にある⁽⁷¹⁸⁾以上、本当に議会に委ねられるのかは問題となりうる。また、そういった問題を踏まえた場合、議会の規律責任が十分に果たされているかを審査、統制する仕組みも必要になってこようが、十分な規律責任が果たされていないとして、議会に差し戻すことだけに限定するにしても、国家や議会の上記のような枠組み決定の権限を設定するグランドデザインが憲法上必ずしも明瞭に現れていない⁽⁷¹⁹⁾中で、連邦憲法裁判所⁽⁷²⁰⁾をはじめとする審査・統制機

⁽⁷¹⁶⁾ 拙稿・前掲註(1)130-134頁参照。

⁽⁷¹⁷⁾ 4.4.6. 参照。例えば、*Albers*, aa.O. (Anm. 698), S.33も、個別の治安立法において立法事後評価を導入するかどうかについて、憲法上の要請に基づいて判断されているというよりも、立法当時の政治的状況や議論経過に依存しており、多分に政治的妥協としての性格が強いことを指摘している。

⁽⁷¹⁸⁾ 関連して、ある問題領域について、機能的、組織的、手続形成の面からもっとも適切なアクターに、規範を定立し、法を創造させるべきであるという、本質性理論の背景にもある、機能的な権力分立観に基づけば、環境法や技術法などの領域では、議会による決定を否定する、「逆本質性理論」が導出されかねないことについては、例えば、*Appel* aa.O. (Anm. 646), S.260; *Hoffmann-Riem* aa.O. (Anm. 698) S.51が指摘しているところである。

⁽⁷¹⁹⁾ 前掲註(1)の繰り返しとなるが、*Lepsius* (Systemtheorie) aa.O. (Anm. 696), S.27の、憲法は、民主的正統性の他にどのような正統化の手法が、どの程度必要になってくるのかを提示しておらず、十分な正統性の水準というものは、法学の外側で探究されることになってしまうという指摘は重要である。また、*Lepsius* (Systemtheorie), ebd., S.22, 28 u. 34は、そもそも議会中心的基本法の権力分立構想と、立法の制御力、プログラム設定力を根本的に疑問視する保障国家的発想の間には、強い緊張関係があるという、根本的な指摘を行っている。

⁽⁷²⁰⁾ なお、我が国での展望を考えるのであれば、一定の政治的決定を行うことも想定されている憲法裁判所と、我が国における司法裁判所としての最高裁判所では、ここでの判断能力も異なってこよう。

関が、自身の適切な審査・統制の範囲をどう画定するのか、本当に機能的な審査・統制をすることが可能なのか、やはりここでも不透明であると言わざるを得ない。加えて、議会自体の能力の限界が問われている以上、議会に差し戻せば、議会で熟議が行われて、最適な解が得られるというような話でもなく、その先を考えなくてはならないが、それを考える主体が誰なのか、そもそもそのような主体は想定可能なのかという根本的な問題が横たわっている。

こうしてみると、「権利ドグマティック」は、ドイツにおいてもやはり究極的には成功していないというべきである。しかし、これに代わる理論構築が未だ十分になされておらず、他方で、権利を指標とすることで、長年の実務がなんとか議論を取り繕って一定の統制スキームを構築できている以上は、暫定的な次善の策と評価することは可能であるということにはなろう。したがって、本当に可能なのかはともかく、今後求められるのは、議会の能力限界を踏まえた、私的アクター、場合によってはグローバル、トランスナショナルなアクター⁽⁷²¹⁾を含めた、複合的な機能連関について基本法適合的な設定・評価指標の創出を模索することである⁽⁷²²⁾。

[付記]

本稿は、JSPS 科研費（課題番号17K03354）の交付を受けて行った研究の成果の一部である。また、在外研究中に執筆したものであり、邦語文献については十分に参照できていない。

(721) 例えば、ドイツにおいては、さしあたって、EU 法や他の EU 加盟国の法が重要な意義をしめることとなるが、制御の選択肢として、そのような枠組みの中での実践も考慮する必要が出てくると2008年の段階で指摘するものとして、*Appel* a.a.O. (Anm. 646), S.274ff. がある。

(722) 在外研究中を理由とする、資料へのアクセスの制約を考えると、ここで不用意な言及は本来控えるべきではあるが、日本における見直しについて若干のコメントをしておくことにする。この点、権利保障を基準とするとすることはともかく、その先の規律枠組みの構築が、ドイツ以上に未成熟であると見受けられる我が国において、「権利ドグマティック」を墨守する、あるいは取り込む妥当性は低いように思われる一方で、日本においても暫定的な規律枠組みが必要とされるのは確かであり、その限りにおいて、「権利ドグマティック」が維持、あるいは導入される余地はゼロではないのではないだろうか。