

バイエルン憲法擁護法違憲判決 (1 BvR 1619/17) について (2・完)

山 本 真 敬

目次

I. 序

II. 事案の概要

III. 判旨

1. 憲法異議の適法性 (Rn.92ff.)
2. 判断枠組み (Rn.147ff.) (以上、56巻1号)
3. あてはめ (Rn.291ff.)
4. 結論 (Rn.392ff.)

IV. 結にかえて

3. あてはめ (Rn.291ff.)

そして判決は、以上の審査尺度をバイエルン憲法擁護法の諸規定に当てはめ、ラントの憲法擁護庁の個々の権能は、確かに、正当な目的に奉仕し、この目的を達成するために原則として適合的かつ必要的なものであるものの、しかし、狭義の意味における比例性の原則を部分的に充たしていないとした。

(1) BayVSG 第9条第1項一居住空間の監視 (Rn.292ff.) : 部分的に違憲
第1に、BayVSG 第9条第1項第1文に基づく聴覚的および視覚的な居住

空間の監視について、裁判所は、それが住居の不可侵の制約となることとして、うえて（Rn.293）、基本法第13条第1項および第4項に照らすと、部分的に違憲となると判断した。

一方で判決は、保護法益について、十分な制約の根拠（「切迫した危険」）が前提されているとする。

居住空間の監視は私的領分にとりわけ深く達するので、特に厳格な要件に服する（Rn.294）。基本法第13条第4項は、聴覚的または視覚的な居住空間の監視を、官庁の性質に基づく差異化をせず、すなわち憲法擁護庁にも、切迫した危険を防禦するためにのみ認めている（Rn.295）。確かに、立法者は、原則として基本法第13条第4項と両立し得る侵害の閾値および十分に重要な保護法益（特に重要な保護法益）を規律している（Rn.296）。BayVSG第9条第1項第1文は、切迫した危険が存在することについての事実に基づく手がかりを要求する点で、この基準を充たしており（Rn.298）、同項第1文第1号から第3号の定める法益は、いずれも重要な法益である（Rn.299）。

しかし判決は、切迫した危険の防禦という目的への明示的な限定が無いことを非難する。

BayVSG第9条第1項第1文は、監視の要件を、言及された法益に対する切迫した危険が存在することの事実に基づく手がかりが存在することで充分としており、切迫した危険の防禦という目的に明示的に限定されていない限りで、違憲である。その事実に基づく手がかりが存在する限り、データが居住空間の監視によって、憲法擁護という一般的な目的で取得され得るが、これは基本法第13条第4項に適合しない。また、目的を危険防禦に限る不文の要件も読み取ることもできず、確定性の要請を充たさない。居住空間の監視の権能を切迫した危険の防禦という目的に限定する明示的規律が必要であった（Rn.301f.）。

また判決は、居住空間を監視する権能について、憲法上要請される補充性の規律が欠けていることも、非難する (Rn.303)。

さらに、BayVSG第8a条第1項の核心領域保護の規律も、憲法上の要請を完全には充たしていないと判決は指摘する。

第1に取得のレベルでは、それは、居住空間の監視の場合に憲法上要請される方法において、プライバシー (Privatheit) の保護に有利になるような推定ルールとしては明示的に内容形成されておらず、諜報機関的手段の投入は、それに反対する充分に重要な事実に基づく手がかりがない場合には許容されるべきである、ということを出発点としている。しかし、居住空間における会話に関しては、特に人格的に信頼関係にある者との会話が予想されるべき私的空間は核心領域保護に含まれるという憲法上の推定がまず積極的に打ち破られる場合に限り、会話を監視することが許されるということが、法律上の規律から明示的に生じなければならぬ (Rn.305)。第2に、評価のレベルでも、BayVSG第8a条第1項は、監視に由来する全ての情報が、完全に、かつ官庁によって把握される前に、まず独立した機関によって核心領域との関連について精査される、ということを確認していない (Rn.306)。

(2) BayVSG第10条第1項—オンライン監視 (Rn.307ff.) : 部分的に違憲

第2に、技術的手段を用いた秘密裏のデータ取得を伴うオンライン監視を定めるBayVSG第10条第1項についても、判決は、それが一般的人格権の特別のあらわれとしての情報技術システムの機密性および不可侵性 (Integrität) の保障を求める基本権 (基本法第1条第1項と結び付いた第2条第1項) の制約となるとしたうえで (Rn.307)、これを部分的に違憲と判断した。

まず、保護法益に関して裁判所は次のように述べ、BayVSG第9条第1項と同じ瑕疵があることを指摘する。

確かに、BayVSG第10条第1項は、侵害の閾値についての要件および保護

されるべき法益に関して、BayVSG第9条第1項を参照する点では憲法適合的である。しかし、この規定は、目的設定を含んでいないという限りで広範に過ぎ、憲法上の要請を充たしていない。確かに、基本法上、オンライン監視は、居住空間の監視とは異なって、危険の防禦への明文上の限界付けは見出されない。しかし、危険の防禦という目的への限定は、基本法における明示的言及と関係なく、本件では憲法上要求される。さもなければ、警察的意味における危険という特別の侵害の閾値が、その憲法上要請される限界付け機能を失ってしまうことになるからである（Rn.310f）。

裁判所は加えて、本件で憲法上要請される補充性の規律も欠けていることを批判する（Rn.312）。

さらに、BayVSG第8a条および第10条第2項第1文第3号において企図された核心領域保護のための規定が、オンライン監視に求められる憲法上の要請に、部分的にしか対応していないという。

取得のレベルでは、BayVSG第10条第2項第1文第3号が核心領域の情報へのアクセスを可能な限り予防的に制限することを命じている点で、BayVSG第8a条第1項第1文および第10条第2項第1文第3号において含まれる基準は、オンライン監視に関しての核心領域保護の要件を充たしている（Rn.314）。しかし、評価のレベルでは、取得されたデータについてその利用前に要請されている独立した統制が欠けている点で、核心領域保護の内容形成が不十分である（Rn.315）。

一方で判決は、BayVSG第10条第1項に基づく制約と、情報技術システムの安全性に対する後続リスクが結び付いていることから、憲法違反は生じないという。オンライン監視のための権能の存在により高められたITシステムへのアクセスの制約の重大性は、侵害の前提条件に対する厳格な要件を通じて既に考慮されているからである（Rn.316）。

(3) BayVSG 第12条第1項—携帯通信機器の位置測定 (Rn.317ff.) : 違憲

第3に、アクティブな(電源の入っている)携帯通信機器の位置測定または機器もしくはカード番号を突き止めるための技術的手段の投入について規律するBayVSG第12条第1項は、行動プロファイル(Bewegungsprofilen)の作成に至り得る点で情報自己決定権を強く制約するものとしたうえで(Rn.319)、それは憲法上の要件を充たしていないとした。まず、裁判所は、制約の重大性について次のように述べる。

BayVSG第12条第1項は、現在地の特定の頻度および措置の期間についての基準を含んでいないので、或る人物の現在地を密な時間間隔で繰り返し特定することを法的に許容することになる点で、行動プロファイルを作り出す権能を開き、それによって深刻な基本権制約をも可能にする(Rn.320f.)。特に、立法者が念頭に置いていたIMSI-Catcher(スティングレイ)だけでなく、携帯電話の位置特定のためにサイレントSMS(stille SMS)が点描的にのみ使用されない可能性があることからすると、サイレントSMSの使用により行動プロファイルの作成が可能となり、それにより情報自己決定権を著しく制約する。

判決は、このような制約の重大性ゆえに、その正当化には厳格な憲法上の要件が適用されるとし、立法者が制約の重大性を持続的に限界付けようとするならば、BayVSG第12条の文言において、そのことを規範の明確性を伴った形で規律しなければならなかったとしたうえで(Rn.325f.)、次のように述べる。

しかし、BayVSG第12条は、十分に確定された侵害の前提条件を含んでいない。狭義の比例性との関係では、BayVSG第12条第1項に基づく措置は、個別事例において、特定の、情報機関による監視の必要性のある行為または集団の解明のために要請されている場合にのみ、許容される。その際、憲法に敵対する試みの更なる解明のために、この措置によって獲得されるべき認識との具体的な関連性が重要となる。当該措置は、通

例、特定の人物に狙いを絞って向けられることになろうから、まさにこの人物の監視が解明に貢献するものでなければならない。それを越えた当該権能の利用は、潜在的に高い制約の重大性ゆえに、高められた監視の必要性がなければならない（Rn.328）。BayVSG第12条第1項は、憲法擁護という保護法益に対する深刻な危険についての事実に基づく手がかかりが存在していることを要求するが、それを警察的意味で理解すれば憲法擁護庁の措置がほとんど禁じられることになるので、憲法擁護庁の監視活動のためにこの権能は効果的に使用されるべきである、ということを出発点としていた（Rn.329）。しかし、BayVSG第12条第1項は、長期間継続する行動追跡およびそれによる重い基本権制約を排除していないので、侵害の前提条件の確定性についての厳格な要件が妥当するところ、深刻な危険という構成要件メルクマールは、それ自身として監視の根拠の憲法擁護に特有の記述を含んでいない。立法者は、憲法擁護に特有の要件付けられた侵害の閾値を、BayVSG第12条第1項に基づく権能のために規律しなければならなかった。その際、高められた監視の必要性が前提とされなければならず、官庁に対しては、その必要性の出発点となるべき時期についての根拠が与えられなければならないが、その点が欠けている（Rn.331）。

さらに判決は、独立した事前の統制についても、次のように述べる。

BayVSG第12条第1項の権能を行使する場合、広範囲の行動プロファイルの作成に至り得る長期間続く監視を行うための権能を利用することが明示的には排除されていない限りで、その潜在的には高い制約の重大性ゆえに、独立した事前の統制が必要となる。しかし本件ではこれが欠けている。もっとも、事前の統制は広範囲の監視措置の命令のみが対象となる（Rn.332）。

(4) BayVSG第15条第3項—義務により保存された通信履歴からの通信データに関する情報 (Rn.333ff.) : 違憲

次に判決は、TKG (電気通信法) に基づく義務として保存された通信履歴 (Vorratsdatenspeicherung) につきサービスプロバイダ (Diensteanbietern) が蓄積したデータをラント当局が取得 (Abruf) することについて規律するBayVSG第15条第3項も、それが基本法第10条第1項の電気通信の秘密を制約するとしうえで (Rn.334)、規範明確性の要請と両立し得ず、基本法第10条第1項に反するとした。

TKG旧第113c条第1項第2号は、サービスプロバイダに対して、提供を治安維持官庁に限って容認しており、憲法擁護庁は提供の対象に挙げられていない。TKG旧第113c条第1項第2号に基づく提供が許容されるのは、人の生命、身体もしくは自由に対する具体的危険または連邦もしくはラントの存立に対する具体的危険を防禦するために、あらかじめ保存されたデータの取得を許容する法律上の規定に依拠して、官庁が取得を要求する場合に限られる。しかし、憲法擁護庁には具体的危険を防禦するための権能はない。加えて、法律が貯蔵データを憲法擁護庁への提供を容認していると想定することは、同一の規律の連関にあるTKG旧113条 (現第174条) に反する。同条は、その第3項でも第5項でも、治安維持官庁と憲法擁護庁を明確に区別しており、TKG旧第113c条第1項第2号はラントの憲法擁護庁への提供を許容していない (Rn.335)。連邦法上サービスプロバイダがラント当局に提供することが許されていないデータについて、その取得を、BayVSG第15条第3項がラント当局に授權することになれば、当該規範は違憲なものとなる。ラント法上の取得規律が連邦法上の提供規律に適合しないことは、BayVSG第15条第1項を単に空文化するだけではなく、規範明確性の要請に違反し、それによって違憲に至る。取得の規律は、それが提供の規律によって限界付けられた利用目的の枠を遵守する場合にのみ規範明確性の要請を充たすが、本件はこの場合にあたらない (Rn.336)。

（5）BayVSG第18条第1項—潜入捜査官（Rn.337ff.）：違憲

身分を偽り作り話（Legende）のもとで活動する、ラント当局の職員たる潜入捜査官（覆面捜査官）（Verdeckte Mitarbeiter）の投入に関するBayVSG第18条は、それに基づく措置で潜入捜査官が個人関連データを取得する場合、情報自己決定の基本権（基本法第1条第1項と結びついた第2条第1項）を制約し得ると判決は述べる。

確かに、制約は、憲法擁護庁の職員が秘密裏にコミュニケーションをとるや否や存在するというわけではないが、当該職員が、自らのコミュニケーションの相手方の保護に値する信頼を利用し、それを利用するのであれば得ることができなかった個人関連データを獲得する場合には、制約が存在する。潜入捜査官が監視の必要性のある試みに対して投入される場合、そのような信頼を通例は利用する。試みの構成員だけでなく第三者に情報が関係する場合、この第三者の情報自己決定権の制約として評価されなければならない（Rn.338）。そして、潜入捜査官の投入はかなり制約の強度なものであり得る。国家により偽の信頼関係が構築され、次いでそれが利用される際に、真実を認識していた場合であれば打ち明けることなどしないであろう情報を関係者から引き出すからである（Rn.340）。もっとも、BayVSG第18条第1項に基づく措置の制約の重大性は、その内容形成次第で著しく変化し得る。制約の重大性は、とりわけ潜入捜査官の投入期間や、具体的な人物とのコミュニケーションの量と質がどの程度強いかによって依存する。偽の信頼関係が深まれば深まる程、そして影響を受ける者が私的な情報を打ち明ければ打ち明けるほど、基本権制約は強くなる。同じく制約は、それが自らは試みの当事者ではない人物を目標としている場合には、とりわけ深刻なものとなる（Rn.341）。

判決はまず、この規定が十分な侵害の閾値および許される名宛人群の限界付けに関する規律を含んでいないと非難する。

BayVSG第18条第1項の措置は、個別事例において情報機関による監視

の必要な行為・集団の解明のために要請される場合に許容される。潜入捜査官の投入が長期になればなるほど、信頼関係が深くなればなるほど、私的な情報が獲得されればされるほど、監視の必要性はより切迫したものととならなければならない。措置がより大きな解明の成果を獲得することが約束されなければならない。立法者は、比例性の要請を守ることを官庁に完全に委ねてしまうことは許されず、一方では制約の重大性について、他方では措置の切迫性について決定的な観点を自ら規律しなければならない。とりわけ、投入が長期間になる場合の基本権制約が常により深刻なものとなり、それゆえその憲法上の正当化のためにより高い監視の必要性および解明の成果が前提されることが、法律それ自身において顧慮されていなければならない (Rn.343)。しかし BayVSG 第18条第1項は、BayVSG 第5条第1項の一般的規律に基づくだけで独自の侵害の閾値を含んでおらず、また、潜入捜査官の投入の許容される期間などの要件もないため、上記の憲法上の要件を充たしていない (Rn.344)。加えて、潜入捜査官の投入が特定の人物を目標としている事例に関して、BayVSG 第18条も同第5条も、情報機関の措置について、それが許容される名宛人についての規定を含んでいない (Rn.345)。潜入捜査官の投入が不可避免的に第三者に関係する場合に潜入捜査官の投入を行うこと自体には憲法上の疑念はないが (Rn.346)、潜入捜査官による監視において、(試みに) 関与していない人が目標となればなるほど、投入を限界付ける一層厳格な要件が必要であるにもかかわらず、そのような規律が欠けている (Rn.347)。

さらに判決は、BayVSG 第18条第1項が、独立した機関による (繰返しの) 事前統制も欠けている点も、非難する。

BayVSG 第18条はまた、制約の重大性ゆえに独立した事前統制が憲法上不可欠であるにもかかわらず、それを規律していない点で、違憲である (Rn.348)。作り話の下で情報を集める国家の職員の投入は、関係者がそ

れにいつか気づき法治国家の備える統制手段を使う可能性が無いので、情報自己決定の基本権に対する高い危険を根拠付ける。それゆえ、このことは事前の外部機関による独立した統制を必要とし、潜入捜査官の長期的投入に際しては、事前統制は繰り返されなければならない。独立した統制は、その都度の監視の期間について侵害の条件—そしてこれは、立法者が詳細に決すべきものである—が充たされるか否かに向けられる。立法者が潜入捜査官の投入を法律上短期間に限定している場合には統制の繰り返しは不要であるが、BayVSG第18条はそのような期限付けも含んでいない（Rn.348）。

（6）BayVSG第19条第1項—嘱託協力者（Rn.349ff.）：違憲

次に、ラント当局との計画的で永続的な協力を行っていることを第三者から知られていない嘱託協力者（Vertrauensleute）—こちらは、潜入捜査官と異なり、ラントの職員ではなく私人である—の投入について、BayVSG第19条第1項は、BayVSG第18条の前提条件を参照しつつ規律を行う。判決は、この規定についても、情報自己決定権（基本法第1条第1項と結びついた第2条第1項）を制約すると指摘する。

嘱託協力者が、他人から情報を獲得するために偽の信頼関係を利用する点に、基本権制約がある。嘱託協力者自身はラント当局の職員ではなく、それゆえ国家権力の直接的な一部分というわけではないということは、（結論に）差異をもたらすものではない。嘱託協力者はBayVSG第19条第2項第1文に基づいて、官庁の長の決定に応じて義務付けられ、ラント当局と協力し、獲得した情報をラント当局に転送するからである（Rn.350）。嘱託協力者の場合、もともと実際に存在していた信頼関係が国家の介入によって一方的で秘密裏に破壊され、監視関係に置き換えられる可能性がある（Rn.351）。

それゆえ判決は、BayVSG第19条に基づく嘱託協力者の投入に際して

は、原則として、BayVSG第18条に基づく潜入捜査官の投入に際してと同様に、侵入の閾値および名宛人の群の規律に対して、同じ憲法上の要件が妥当すると指摘する (Rn.352)。しかし、ここでも判決は、十分な侵害の閾値や、許容される名宛人の限界付け、そして独立機関による事前統制の規律が欠けていると指摘する。

しかしここでも、十分な侵害の閾値が欠けており、また囑託協力者の投入が特定の人物を目標としている事例における許容される名宛人の群の限界付けが欠けている。もっとも、囑託協力者の投入のための侵害の閾値を規律する場合には、潜入捜査官の投入の場合と比べてより長期の期間が必要となり得るということを考慮することが許されるが、その当初から十分な憲法擁護に特有の解明の必要性が存在していなければならず、立法者が囑託協力者の契約を適切な期間内に限定付けていなければならない (Rn.353)。制約の重大性ゆえに、BayVSG第19条に基づく囑託協力者の投入に際しても、その募集および試用が時限的に限界付けられている場合の事前統制および契約が短く期限が付されていない場合の繰返しの統制が憲法上不可欠であるが、BayVSG第19条は、第2項第4文の特別事例 (故殺またはもっぱら終身刑のみの犯罪の行為者として判決が下された人物の契約に限り最長6か月と定める) の場合を除き、その双方とも予定していない (Rn.354)。その際、囑託協力者がその身分を暴露された場合に特に生命および身体が脅かされ得る特別の危険を考慮して、囑託協力者の基本権が保護されるように独立した事前の統制を内容形成することは憲法上許容されるだけでなく、とりわけ基本法第2条第2項第1文によって要請されている (Rn.355)。

(7) BayVSG第19a条第1項—住居外での監視 (Rn.356ff.) : 部分的に違憲

BayVSG第19a条第1項は、ラント当局に、或る人物を連続して48時間以上または1週間に3日以上秘密裏に技術的手段をも用いて計画的に監視

することを授権するが、判決によると、この長期間の監視の授権規定は、情報自己決定権を制約する。

BayVSG第19a条により認められた長期間の監視は、情報自己決定の権利を制約する。とりわけ、言葉や姿の長期間の秘密裏の記録も動員される場合には制約は重大となる（Rn.357）。狭義の意味における比例性を守るために、BayVSG第19a条に基づく措置は、個別事例において、特定の、情報機関による監視の必要な行為または集団を解明するために要請されている場合にのみ許容され得る。その際、憲法敵対的な試みの更なる解明に、この措置によって獲得されるべき認識が具体的に関連していることが重要となる。BayVSG第19a条に基づく監視について、立法者は、特に深刻な制約に対してはこの権能を高められた監視の必要性和結び付けるなど、具体的な制約の重大性に依りて異なる厳格さの侵害の前提条件を規律することができる。しかし、立法者がこのことを行わない場合には、規律は、あり得る最も深刻な制約を正当化する憲法上の要件をも満たすものでなければならない（Rn.359）。

判決はここでも、この規定は、十分な侵害の閾値を含んでおらず、独立した機関による（繰返しの）事前統制が欠けているがゆえに、情報自己決定の基本権を侵害すると指摘する。

この要件に、BayVSG第19a条は完全には対応していない。確かに、BayVSG第19a条第2項は、許容される名宛人の群について憲法上の要件を充たす限界付けを含み、BayVSG第19a条第1項後段に基づく監視は、これが著しい意義（*erhebliche Bedeutung*）を有する試みまたは活動の解明のために必要な場合、つまり、高められた監視の必要性がある場合にのみ、許容されている。しかし、この「著しい意義」という要件は、特別に高められた監視の必要性がある事例のみを対象としておらず、最も優先度の低いものしか排除できていない点で、十分に確定されていない（Rn.360）。BayVSG第19a条第1項はまた、独立した事前統制を予定して

いない点でも、違憲である。少なくとも関係者の基本権を深く制約する長期間の監視の場合は、危険の切迫する例外事例を除き、期限を区切るか、繰り返しこの統制が必要である (Rn.361)。

(8) BayVSG 第25条—ラント当局による情報の提供 (Rn.362ff.) : 違憲

以上が、ラントの憲法擁護庁による情報取得に関する規律に対する判断であった。次に判決は、ラントの憲法擁護庁による他機関への情報提供に関する規律の審査へと進む。

判決は、データおよび情報を他の機関に提供することは、独自の基本権制約を根拠付け、この制約は、もともとのデータ取得に際して制約される基本権に照らして審査されなければならないとしたうえで、まず BayVSG 第15条第1項第1号第2選択肢について、次のように述べる。

BayVSG 第25条第1項第1号第2選択肢は、国内の機関への提供を「さもなくば (sonst) 公的安全の目的のために」可能としているが、公的安全 (öffentlichen Sicherheit) という構成要件メルクマールによって、法秩序総体の不可侵 (Unversehrtheit) が含まれ、あらゆる規範抵触が提供の根拠となりかねず、抜きん出た公的利益という法益の保護のためにのみ許容されるという前提要件が第1項第1号には解釈上も欠けている (Rn.364f.)。また、憲法上要請される提供の閾値も欠けている。確かに、具体的危険の前段階における提供は、提供される側の官庁が強制権能を利用することができない限りでは、考慮し得る。しかし、第1項第1号第2選択肢は単に、提供される側〔の機関〕が公的安全の目的のために情報を必要とするということの事実に基づく手がかりが存在することのみを前提とし、かなり広範な「必要」という基準に基づいているところ、提供される側の官庁が強制権能を有していないことが条件付けられていないので、憲法上の要請を充たさない (Rn.368)。

次に判決は、BayVSG 第25条第1項第3号についても、以下のように述

べて同じく違憲とした。

確かに、この規律は、自由で民主的な基本秩序という十分に重要な法益に言及する。しかし、この規律は、提供される側の官庁が、自由で民主的な基本秩序の保護のために「も」寄与すればよく、提供される側の官庁において自らの任務の遂行に当該情報が必要であれば良くなってしまい、実際には完全に提供が自由となる点で、保護されるべき利益は十分に具体的には挙げられていない（Rn.370）。第1項第3号も、提供される側が自らに割り当てられた任務を遂行するために情報を必要としているという事実に基づく手がかりが存在することで充分とされており、充分な提供の閾値を予定していない（Rn.371）。

第3に、ラント官庁による欧州諸国の公的機関および非公的機関への情報の提供を規律するBayVSG第25条第1a条について、適法に異議申立てされている公的機関への提供の規律は、憲法上の要件を充たさない。第1a条は限定なく第1項を参照しているので、第1a条はその憲法上の欠陥を共有すると判決は述べる（Rn.372）。

さらに、BayVSG第25条第2項第1文は、独自の執行権能（Exekutivbefugnissen）を有する官庁への提供を授権するが、次のように述べて、それが憲法上の要請を下回っているとする。

第1文第2号第1および第2選択肢における著しい意義を有する犯罪の抑止もしくはその他の防止、またはその訴追のための情報提供の授権に関しては、十分に重要な法益が設定されていない。危険防禦のための提供により保護されるべき法益は、抜きでた公的利益がでなければならず、それは特に重大な犯罪への限定に対応する（Rn.374）。加えて、この点について、充分な提供の閾値が予定されていない。憲法擁護庁により最初に取得されたデータを治安維持官庁に提供するための閾値は具体的危険を前提とするにもかかわらず、本法は、ここで提供を一般的に著しい犯

罪の抑止のために認めており、提供の根拠の限界付けがなく、憲法上の要件を充たさない (Rn.375)。同じく、第1文第2号第3選択肢も、提供の要件を単に著しい意義を有する犯罪としており、特に重大な犯罪の訴追に限定していない点で問題がある (Rn.377)。BayVSG第25条第2項第1文第3号も、同じく十分な提供の前提条件を規律していない。或る規範が別の使用目的のためにデータの取得を授権する場合、提供を授権する規範それ自身において既に、当該別の使用目的が憲法適合的な方法で規律されていない (Rn.378)。

最後に、BayVSG第25条第3項第1文第2号は、情報を提供される側の著しい安全の利益の擁護のために必要であることの事実に基づく手がかりが存在する場合に、外国の公的機関への提供ならびに超国家機関および国家間機関への提供を授権しているが、判決は、これも提供の根拠が憲法上十分な形で具体化されていないという。

情報機関の情報を外国に提供することについては、情報機関により最初取得された情報の国内への提供と同じ憲法上の要件が妥当する。それゆえ、提供は、抜きんでの公的利益の保護のためにのみ許容され、提供の閾値としては十分に具体的な提供の根拠が予定されなければならない。提供は、「必要性」のある場合に限定することでは充分ではなく、抜きんでの公的利益の保護のためにのみ許容され、情報が提供される側の著しい安全の利益を守るために必要であることの事実に基づく手がかりがなければならない (Rn.380)。

(9) BayVSG第8b条第2項第1文第2号—居住空間の監視およびオンライン監視から得られた情報 (Rn.381ff.) : 違憲

居住空間の監視およびオンライン監視から得られた情報・データの更なる処理について規律するBayVSG第8b条第2項について、判決は、目的を変更した処理または提供に存する基本権制約は、もともとのデータ取得

と同じく、基本法第13条ならびに秘密および情報技術システムの不可侵性の保護としてあらわれる一般的人格権に照らして審査されなければならないとしたうえで、本規定の採用していた動的参照¹³に関して、次のように述べてこの規定を違憲とした。

BayVSG第8b条第2項に含まれる刑事訴訟法第100b条への参照は、刑事訴訟法第100b条第2項のその都度現行の版を参照しており、いわゆる動的参照を行っているが、この動的参照の憲法上の要件を充たさず、違憲である（Rn.382）。立法者は、自らの法律の議決の公布の際に妥当している版のいわゆる静的参照によって他の規範制定者の法規定の内容を採用する場合、その参照は憲法上疑念が無いが（Rn.384）、動的参照の方法で事態を規律する場合、特別な憲法上の要件に服する。ラント法律による連邦法律の動的参照は、引き合いに出された規律が、狭く輪郭付けられた領域に関わり、その内容につき既に本質的なところが確定されている場合に、許容され得る（Rn.385）。しかし、BayVSG第8b条第2項第1文第2号は、動的参照のこの憲法上の要件を充たしていない。この規定は、刑事訴訟法第100b条第2項の動的参照によって、いかなる犯罪の危険や実行が再処理および提供を正当化すべきかという問題について、連邦立法者の可変する評価を借用している。しかしこの評価をラント立法者は今日なお知っておらず、それゆえこの評価はラント立法者の責任の下での基本権の衡量の天秤に掛けられ得ない。刑事訴訟法第100b条第2項に関してはまた、その内容が広範囲にわたり、狭く輪郭付けられた領域に関わるわけではない（Rn.386）。

13 動的参照・静的参照につき、岸本太朗「立法のアウトソーシング」西埜章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』（信山社、2019）45頁以下、宮村教平「立法の拡張形式についての考察」阪大法学67巻6号（2018）1216頁以下参照。

(10) BayVSG第8b条第3項—情報の要求から得られたデータ (Rn.389ff.) : 違憲

最後に、BayVSG第15条第2項および第3項ならびに第16条第1項に基づき措置から得られた個人関連データのラント当局内での再処理および他の機関へのその提供を規律するBayVSG第8b条第3項について、判決は、次のように述べて、目的を変更した処理または提供に存する基本権制約は、もともとのデータ取得と同様に、情報自己決定の保護としてのあらわれにおける一般的人格権および部分的には基本法第10条第1項に照らして審査されなければならず、多くの段階を伴う形で規範を参照すること (vielgliedrigen Normenverweise) は、規範明確性の要請に反すると述べ、この規定を違憲とした。

BayVSG第8b条第3項は、データがさらに利用され提供されることが許されるか、許されるとしていかなる条件の下で許されるかということを自ら規律しておらず、G10法第4条の準用を完全に参照しており、動態的参照についての憲法上の要請を充たさない。また、G10法第4条に基づく提供権能および数多くそこで引き合いに出された治安法制の犯罪構成要件に関しては、その内容につき既に本質的なところが確定され、狭く輪郭付けられた領域は問題となっていない (Rn.390)。加えて、G10法第4条第4項第1文第1号および第2号の参照は、規範明確性の要請に反する。立法者が多くの段階を伴う形で参照の連鎖を用いた場合には、規範明確性の要請は侵害され得る。見通すことのできない参照の滝 (Verweisungskaskaden) は、基本法と両立し得ない (Rn.391)。

4. 結論および法効果

(1) 結論 (Rn.392ff.)

結論として判決は、適法に争われた規範は部分的にしか憲法上の要件を充たしておらず、その限りにおいて憲法異議の多くには理由があるとし

て、BayVSG第9条第1項第1文（居住空間の監視）、BayVSG第10条第1項（オンライン監視）、BayVSG第12条第1項（携帯通信機器の位置測定）、BayVSG第15条第3項（義務により保存された通信履歴からの通信データ情報の取得）、BayVSG第18条第1項（潜入捜査官）および第19条第1項（囑託協力者）、BayVSG第19a条第1項（住居外での監視）、BayVSG第25条（第1項第1号第2選択肢、同第3号、第1a項、第25条第2項第1文第2号および第3号、ならびに第25条第3項第1文第2号）（情報提供）、BayVSG第8b条第2項第1文第2号（居住空間およびオンライン監視から得られたデータの更なる処理）を、違憲とした（Rn.393ff.）。

（2）法効果（Rn.401ff.）

このうち判決は、BayVSG第15条第3項は、「比較可能な規律内容を持つ憲法適合的な規律を、ラント立法者は、事後是正（Nachbesserung）によっても生じさせることはできない」として、違憲無効とした（Rn.402）。

これに対して判決は、BayVSG第9条第1項第1文、第10条第1項、第12条第1項、第18条第1項、第19条第1項、第19a条第1項、第8b条第2項第1文第2号、第8b条第3項、第25条第1項第1号第2選択肢、第25条第1項第3号、第25条第1a項、第25条第2項第1文第2号および第3号、ならびに第25条第2項第1文第2号については、単に憲法と両立し得ないと宣言（憲法不適合宣言）した。そして判決は、次のように述べて、この憲法不適合宣言を、2023年7月31日までの期限を付して、継続的妥当の命令と結び付けた。

これらの規定の違憲性の根拠は、これら規定によって認められた権能の核心ではなく、その法治国家的内容形成の個別的側面に関わる。立法者は、これらの事例において、憲法上の異議を事後是正し、そのことによりこれら規定によって追求された目標の核心を憲法適合的な方法で実現することができる。自由で民主的な法治国家にとって効果的な憲法擁護が持つ大きな意義を目の前にすると、この状況では、新規規律までラン

ト当局から憲法擁護の中心的な調査権能を奪うことになる無効宣言と比べて、これら規定の一時的な継続的妥当のほうがヨリ甘受され得る (Rn.403)。

もっとも判決によると、この継続的妥当の命令は、影響を受ける基本権を考慮して、次のような限定を必要とするという (Rn.404ff.)。

BayVSG第9条第1項第1文および第10条第1項に基づく措置は、そこで前提された危険の防禦のためにのみ、そして脅かされる法益に対する適切な警察の助力がさまなければ時宜にかなった形で獲得され得ない場合に限り、行うことが許される (Rn.404)。また、BayVSG第12条第1項の根拠に基づいて、監視される人物の携帯通信機器の行動が長期間にわたり追跡されるような形で、技術的手段を投入することは許されない (Rn.405)。さらに、BayVSG第18条第1項に基づく潜入捜査官の投入、またはBayVSG第19条第1項に基づく囑託協力者の投入は、この投入が連邦憲法擁護法第3条で掲げられた保護利益を危険に晒す特に深刻な犯罪を行うことに向けられた試みの究明のために不可欠ではない場合には、最長6か月で終了しなければならない。潜入捜査官または囑託協力員の投入が特定の人物を目標とするものである場合には、この投入は、BayVSG第19a条第2項を準用し、その人物が試みまたは活動に関与しているということが事実に基づく手がかりに基づいて想定されるべき人物か、最初に述べた意味での人物と接触し、試みまたは活動を知っているか最初に述べた意味の人物を試みや活動の援助のために利用している人物に限られる。BayVSG第19a条第1項の根拠に基づいて、画像の撮影・作成を行うための技術的手段および公然と語られていない言葉の盗聴および記録のための技術的手段が秘密裏に投入することが許されるのは、このことが連邦憲法擁護法第3条で挙げられた保護利益を危険に晒し、その他法律上予定された前提条件が充たされる特に重大な犯罪を行うことに向けられている試みの究明のために、不可欠である場合に限られる。最後に、

BayVSG第25条に基づく諜報機関的手段によって獲得された個人関連データおよび情報の提供は、抜きんできた公的利益という法益の保護のためにのみ許容されるが、それは特に重大な犯罪に限定することに相当する。加えて、その都度の提供の根拠に関する判決理由の基準に基づいて据えられるべき要件（提供の閾値）が、充たされなければならない（Rn.406）。

IV. 結にかえて

1. 判決の位置付け

連邦憲法裁判所は、BKAG判決（BVerfGE 141, 220）において、断片化され、概観できなくなっていた「治安憲法（Sicherheitsverfassungsrecht）」の判例を整理、統合し¹⁴、あるいはBKAG判決、反テロデータファイル判決、動的IPアドレス保存義務判決において、情報機関法を秩序付け、情報機関の権能を限界付ける試みをしてきたが¹⁵、本判決は、秘密裡の監視措置に関する一連の判例法理を更新するものとされる¹⁶。本判決は、憲法

14 Gärditz, a. a. O., S.4.

15 Werner-Kappler, a. a. O., S.63.

16 Gärditz, a. a. O., S.1. 本判決は、主として次のような先例を引用・参照している：①第一次遠隔通信監視判決（BVerfGE 100, 313）—小山剛『『戦略的監視』と情報自己決定権』法学研究79巻6号（2006）1頁以下、同「戦略的監視の限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008）247頁以下参照、②「大盗聴」判決（BVerfGE 109, 279）—平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編・前掲『ドイツの憲法判例Ⅲ』320頁以下参照、③オンライン検索判決（BVerfGE 120, 274）—石村修「コンピュータ基本権」ドイツ憲法判例研究会編・前掲註7）50頁以下参照、④NシステムI判決（BVerfGE 120, 378）—實原隆志「ドイツ版『Nシステム』の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編・前掲註7）42頁以下参照、⑤通信履歴保存義務判決（BVerfGE 125, 260）—カール＝フリー

擁護庁の権能に対して厳格な憲法上の限界を据える一方で、具体的危険の「前段階の監視」について憲法擁護庁の権能を著しく拡大もするものでもある¹⁷。憲法擁護と人格権というカテゴリカルな緊張関係を背景にして、連邦憲法裁判所は、本判決で、憲法擁護庁の諸措置に対して、尺度と要件の大きなカタログを定式化したのである¹⁸。

バイエルンでは、BKAG判決の後でバイエルン憲法擁護法を大改正した。この改正がラントの憲法擁護庁の権限を大きく拡大し、連邦憲法擁護

ドリッヒ・レンツ「通信履歴保存義務と通信の秘密」ドイツ憲法判例研究会編・前掲註7) 185頁以下参照、⑥動的IPアドレス保存義務 I 判決 (Bestandsdatenauskunft I) (BVerfGE 130, 151) — 實原隆志「通信サービスの利用者データの保存義務と『アクセス・コード』提供義務の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編・前掲註7) 189頁以下参照、⑦反テロデータファイル I 判決 (BVerfGE 133, 277) — 入井・前掲註7) 46頁以下参照、⑧BKAG判決 (BVerfGE 141, 220) — 石塚・前掲註9) 参照、⑨Nシステム II 判決 (BVerfGE 150, 244) — 高橋和広「ドイツ版『Nシステム』の合憲性 II」自治研究96巻9号 (2020) 155頁以下参照、⑩BND判決 (BVerfGE 154, 152) — 小西葉子「基本権の『客観法的』側面と憲法訴訟」一橋法学20巻1号 (2021) 269頁以下、石村修「連邦情報局法による『国外の外国人』通信監視と基本権」自治研究97巻9号 (2021) 151頁以下参照、⑪動的IPアドレス保存義務 II 判決 (Bestandsdatenauskunft II) (BVerfGE 155, 119)、⑫反テロデータファイル II 判決 (BVerfGE 156, 11)。これらのうち、本判決は⑧⑩⑫を特に多く引用・参照しており、⑧の引用・参照は100箇所を超える。なお、秘密裏の情報収集に関する概説的検討として、高橋雅人「秘密裡の情報収集と憲法的統制」水島朝穂先生古稀記念『自由と平和の構想力』(日本評論社、2023) 366頁以下を、さらにドイツの治安法制と立法事後評価に関しては、植松健一「ドイツの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) 1061頁以下および立命館法学383号 (2019) 22頁以下を参照。さらに、憲法擁護庁についてより広くは、武市周作「憲法保障機関の正統性」東洋法学61巻3号 (2018) 49頁以下、石村修『憲法の保障』(尚学社、1987) 315頁以下を参照。本稿は、以上の先行研究から多くの示唆を受けている。

17 Hufen, a. a. O., S.1182.

18 Hufen, a. a. O., S.1182.

法においても与えられていないオンラインでの監視権能も法律上創設するものであった¹⁹。裁判所は、批判の多かったバイエルンのこの試みを違憲としたが、本判決は、上記の通り原則的・指針付与的な内容となっているので、その影響はバイエルンを超え、連邦や他のラントにも及ぶと考えられる²⁰。

2. 各論点について

(1) 総論、情報機関と治安維持官庁の区別について

各論点について少し立ち入ってみると、本判決は、BayVSGの各規定を比例原則に基づき審査したが、BKAG判決同様、狭義の比例性以外の目的審査、手段の適合性審査、そして手段の必要性審査については、あっさり合憲とされた²¹。学説上、憲法擁護については、具体的危険という古典的な警察上の侵害の閾値に結び付けられてはならないということに争いは無く²²、本判決が、憲法擁護庁の特殊性を踏まえて、侵害の閾値を治安維持官庁と比べて原則的に低下させたこと自体には、異論は見られない²³。本判決の特徴は、さらに進んで、監視権能の段階付けられた統制システム—本稿末尾の表を参照—を展開したことである²⁴。もっとも、強制

19 Vgl. *Mark A. Zöller*, Die Entscheidung des BVerfG zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz und ihre Auswirkungen auf das Sicherheitsrecht, StV 2022, S.694, 700; *Werner-Kappler*, a. a. O., S.63.

20 *Hufen*, a. a. O., S.1182; *Gärditz*, a. a. O., S.1; *Zöller*, a. a. O., S.694; *Werner-Kappler*, a. a. O., S.69; *Ogorek*, a. a. O., A.1572; vgl. *Markus Löffelmann*, Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, JR, 2022, S.434.

21 *Hufen*, a. a. O., S.1180.

22 Vgl. *Werner-Kappler*, a. a. O., S.63.

23 *Gärditz*, a. a. O., S.1; *Ogorek*, a. a. O., S.1571.

24 *Werner-Kappler*, a. a. O., S.63.

権能を有する「治安維持官庁」の外延一例えば、青少年局は？外国人庁は？—が明確でないとの指摘もある²⁵。

(2) 段階的な要件設定について

このように判決は、監視権能について段階付けられた統制システムを展開したが、批判もないわけではない。いくつかの指摘について紹介すると、例えば、「憲法に特殊な解明の必要性」と「切迫した危険」の限界付けは曖昧である²⁶、「憲法敵対的な試み」・「事実に基づく手がかり」・「監視の必要性」という概念が明確でない²⁷、「人格の広範囲の把握」概念が不明確で制約度合いの高い措置も完全に排除され得ない²⁸、居住空間の監視およびオンライン監視の要件が厳しすぎて、実際に用いることができないのではないかと²⁹、独立機関の事前統制は、官庁の長の留保は許容されないが、裁判官留保でなければならないわけではなく、不明確な点が残る³⁰、といった点である。今後は、これらの点の明確化も求められよう。

(3) データ・情報の提供 (仮想的なデータ新規取得の基準) について

仮想的なデータ新規取得の基準は、これまでの判例で展開されてきたものであるが³¹、本判決も、データの提供をこの基準で審査した。

もっとも、この基準について、*Löffelmann*が様々な指摘を行っている。

25 *Löffelmann*, a. a. O., S.435f.

26 *Werner-Kappler*, a. a. O., S.69.

27 *Hufen*, a. a. O., S.1180.

28 *Ogorek*, a. a. O., S.1571.

29 *Werner-Kappler*, a. a. O., S.66f.

30 *Zöller*, a. a. O., S.695f.

31 本判決が仮想的なデータ新規取得の基準の先例として引用しているのは、BKAG判決 (BVerfGE 141, 220 [327f.Rn.287])、BND判決 (BVerfGE 154, 152 [266f. Rn.216])、反テロデータファイルII判決 (BVerfGE 156, 11 [49f. Rn.99]) である。

例えば、監視対象が広く定義される情報機関の行為の場合は「個別事例」の輪郭が明確ではなく、さらに「同じ官庁」をどのように理解するか（連邦の警察官庁とラントの警察官庁は異なる官庁なのか、共同任務の場合に「違う」官庁とは何か、憲法擁護と組織犯罪のように一つの官庁が色々な任務を遂行する場合はどうか）³²、この基準は歴史的現実（官庁Aによる実際のデータ取得）と、仮想的な状況（官庁Bによるデータ取得）の比較を必要とするが、双方の状況は文脈が異なるところ、比較の基準が明確ではない³³、あるいは、スパイ諜報の防禦は憲法擁護庁の核心的権能に属するにも関わらず、そこで獲得された認識が秘密諜報機関のスパイ活動の刑事訴追のために利用することが許されなくなる—例えば刑法典第99条³⁴は、連邦憲法裁判所により展開された基準（BVerfGE 109, 279 [343ff.]）によれば、特に重大な犯罪に属さないからである—³⁵といった指摘である。

さらに、仮想的なデータ新規収集の基準を具体的に変換しようとする、治安官庁の実務の要請にとってはほとんど適合的ではなく、最終的には基本権保護にも役に立たない過剰に複雑な規律に至るとLöffelmannは指摘する³⁶。しかしこれに対しては、データ提供の閾値は、実務における憲法擁護の通常の任務領域（過激主義およびテロリズムの撲滅、部分的にはまた組織犯罪の撲滅、スパイからの防禦）に直面すると、通例は実現されるとの指摘もある³⁷。

32 Löffelmann, a. a. O., S.438.

33 Löffelmann, a. a. O., S.438f.

34 刑法典第99条は、他国の諜報機関のために諜報活動を行った者、またはそのような活動に従事する準備があると宣言した者に5年以下の自由刑または罰金を科し（第1項）、特に深刻な事例においては、刑を1年から10年の自由刑にする等を定める（第2項）。

35 Löffelmann, a. a. O., S.439f.

36 Löffelmann, a. a. O., S.441.

37 Ogorek, a. a. O., S.1571f.

(4) 無効と違憲確認

最後に、本判決は、無効にするか違憲確認（憲法不適合宣言）にとどめるかを検討するに際しての考慮要素に触れている。違憲無効とされた BayVSG 第15条第3項については「比較可能な規律内容を持つ憲法適合的な規律を、ラント立法者は、事後是正によっても生じさせることはできない」と述べたのに対して、憲法不適合宣言がなされた諸規定については、それらの違憲性の根拠が①「権能の核心ではなく、その法治国家的内容形成の個別的側面に関わる」ために立法者が事後是正し得るものであり³⁸、②憲法擁護が重要な法益であるので無効宣言により憲法擁護庁から憲法擁護のための中心的な権能を奪うことは適切でない、ということ、無効としない根拠としている³⁹。

3. 後日談

本判決の後の事情について3点触れ、筆を擱く。

38 Gärditzは、これらの規定に関して、基本的に、細部の修正やより正確な構成要件の記述が問題となっており、それゆえ本判決は、継続的妥当命令を付した違憲確認にとどめ立法者に事後是正を委ねたとする (Gärditz, a. a. O., S.5f.)。

39 これまでしばしば、違憲無効判決を回避し憲法不適合宣言にとどめる場合として、立法不作為、違憲の明白性の欠如、平等違反の優遇措置、法的空白の回避などが指摘されてきた (畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第2版〕』〔中央大学出版会、2013〕236頁〔有澤知子〕; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12.Aufl., 2021, S.332ff. [Rn.401ff.] は、平等違反の優遇措置、立法者の形成の自由、経過期間における当該規範の一時的な継続的妥当、立法不作為を挙げる。なお、ドイツの議論につき、山本真敬『立法裁量と過程の統制』〔尚学社、2022〕279頁以下も参照)。無効判決を回避する本判決の理由付けが、これまでの憲法不適合宣言を基礎付ける根拠との関係でどのように位置付けられ得るのかは、更なる検討を要しよう。

(1) 2022年9月28日の連邦憲法裁判所第二法廷の決定（1 BvR 2354/13）

連邦憲法裁判所第二法廷は、本判決の約半年後の2022年9月28日に、第20条第1項第1文および第2文・第20条第1項第1文および第2文と結び付いた第21条第1項第1文について、2023年12月31日を期限とする制限的な継続的妥当命令を伴う憲法不適合宣言を行った⁴⁰。

本決定によれば、連邦憲法擁護法の上記規定は、連邦憲法擁護法第8条第2項の諜報機関的手段を投入して憲法擁護庁が収集した個人関連データの警察および検察への提供を義務付けているが、同第20条第1項第1文および第2文は規範明確性を欠く。同規定は、全般的に、提供を、特に重要な法益の保護または特に重大な犯罪の訴追に限定しておらず、提供は、十分に具体化された危険状況または特定の実事によって裏付けられた特に重大な犯罪の嫌疑に拘束されていない。さらに、特別に規範化された記録義務が欠けている。以上の理由で上記規定を違憲と判断した。

(2) 2022年12月9日の連邦憲法裁判所第一法廷の決定（1 BvR 1345/21）

その後さらに、連邦憲法裁判所第一法廷は、2022年12月9日、潜入捜査官および囑託協力員の投入に際しての核心領域保護や、居住空間の秘密裏の監視、そして情報技術システムの秘密裏の監視などについて定めている、メクレンブルク＝フォアポンメルンにおける治安および秩序に関する法律（Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern）の規定を違憲とし、一部を無効としつつ、残部につき2023年12月31日を期限とする制限的な継続的妥当命令を伴う憲法不適合宣言を行った⁴¹。

40 NVwZ 2023, S.66ff.

41 K&R 2023, S.266ff.

本決定では、長期的監視や、音声および画像を記録するための技術的手段の秘密裏の使用、囑託協力員の投入、そして潜入捜査官の投入という特別なデータ取得(第33条)の要件が具体的危険を要件としていないこと(同第2項)、囑託協力員および潜入捜査官の投入に関する監視の中断義務の例外規律(第26a条第3項)の具体的な内容形成が核心領域保護の憲法上の要請を充たさないこと、居住空間の監視のための技術的手段の秘密投入が切迫した危険を要件としていないこと(第33b条第1項)、情報技術システムへの侵入(オンライン監視)(第33c条第1項)および電気通信の監視(第33d条)は予備行為(Vorfeldtat)の実行の具体的危険があれば充分となり得ること、居住空間への秘密裏の立入りおよび搜索(第33c条第5項)や、ラスター捜査(第44条第1項)が具体的危険を要件としていないことなどが、違憲の理由とされている。

(3) バイエルン憲法擁護法の改正動向

本判決後の2022年12月13日、バイエルンのラント政府は、バイエルン憲法擁護法の改正案—2022年3月2日提案(BayLTDrucks 18/21537)の改正案—を決定した⁴²。その後、2023年1月24日、バイエルンラント議会(現在、CSUが第1党)に、CSUおよび自由な有権者(FREIE WÄHLER)(これらは現在、連立与党を構成している)が現行法の改正案を提出し、SPDや、緑の党、AfDなどもそれぞれの改正案を提出した。

この2023年1月24日のCSUおよび自由な有権者の改正案(BayLTDrucks 18/26159)は、主として本判決および上記(1)の2022年9月28日の連邦憲法裁判所第二法廷の決定に対応するための改正案であり⁴³、政府の改

42 バイエルンラント政府のプレスリリース(2022年12月13日付)(<https://www.bayern.de/herrmann-kabinett-beschliesst-aenderung-des-bayerischen-verfassungsschutzgesetzes/>)(最終閲覧2023年7月31日)。

43 Vgl. BayLTDrucks 18/26159, S.13.

正案を下敷きにしたものである。2023年5月15日、上記（2）の2022年12月9日の連邦憲法裁判所第一法廷の決定にも対応するための改正案（BayLTDruucks 18/29057, BayLTDruucks 18/29650）がCSUおよび自由な有権者から提出され（それに伴い、上記BayLTDruucks 18/26159は2023年5月24日に撤回された）⁴⁴、委員会で微修正のうえでCSUと自由な有権者の賛成により可決され⁴⁵、その後第二読会を通過し、成立した（Bayern GVBl. 2023, S.374ff.）。そして2023年8月1日、この改正法は施行された。

〔附記〕本判決は、連邦憲法裁判所判例集162巻1頁以下（BVerfGE 162,1）に収められた。なお、本研究は、JSPS科研費21K13187の助成を受けたものです。

44 Vgl. BayLTDruucks 18/29057, S.13.

45 Vgl. BayLTDruucks 18/29860, S.13ff.

（表）バイエルン憲法擁護法判決における段階付けられた要件設定

	憲法擁護庁の一般的措置	憲法擁護庁の重大な措置	特に制約の度合いの高い措置（憲法擁護庁・治安維持官庁共通）	治安維持官庁の一般的措置
活動の前提	個別事例において、（具体的危険の前段階で）憲法擁護に特有の監視および解明の必要性が充分に存在		①具体的危険の防禦 ②切迫した危険の防禦	具体的危険（または差し迫った危険）の防禦
対象保護法益		十分に重要な法的利益	特に重要な法益	特に重要な法益（または抜き込んで重要な法益）
その他の要件		第三者への侵害禁止 独立機関の事前統制	核心領域保護 第三者への侵害禁止 独立機関の事前統制 （補充性—憲法擁護庁の場合のみ）	
本件での対象措置		携帯通信機器の測位 潜入捜査官、囑託協力者 長期間の監視・非公的な会話の盗聴	居住空間の監視、オンライン監視、情報技術システムへの秘密アクセス	
備考	監視の必要性は事実に基づく手がかりによって根拠付ける必要がある、措置の制約の度合いが高くなればその分監視の必要性も高くなければならない（右列）。		人格の広範囲の把握に至る措置は許容されない	具体的危険の存在は事実に基づく手がかりが根拠として必要。潜在的な存在の予測が焦点となる。

データ利用・治安維持官庁への提供	危険の程度	強制権能を有する機関への提供	刑事訴追機関への提供	外国の官庁への提供
目的変更（居住空間・オンライン監視で取得したデータの提供については同一目的〔目的拘束〕であっても妥当）に該当	具体的危険か切迫した危険を前提	抜き出した公的利益が存在し、特に高い価値を有する法益が問題となっている場合に限り	特に重大な犯罪の訴追に限る（嫌疑に対する事実の根拠が必要）	抜き出した公的利益が存在し、当該外国でデータ保護法上適切で基本的人権の保障と両立することをドイツが確認した場合のみ

※その他の機関への提供も、特に重要な法益のためであることが必要ではあるものの、具体的な要件は変わり得る（一律の引下げが正当化されるわけではない）。