

ドイツの治安法制における 立法事後評価（１）

植 松 健 一*

目 次

- I はじめに
- II 背景と輪郭
 - 1 立法事後評価の背景理論——「良き法」・「学習」・「改善義務」
 - 2 立法事後評価の現象形態
- III 現状と沿革
 - 1 テロ対策立法における立法事後評価の法状況
 - 2 テロ対策立法における立法事後評価の展開 (以上、本号)
 - 3 連邦刑事庁（BKA）法の立法事後評価
- VI 意義と課題
 - 1 治安法制における立法事後評価の意義
 - 2 治安法制における立法事後評価の課題
- VIII おわりに

I はじめに

本稿筆者の現下の課題は、① 量的拡大と質的転換の著しい治安法制（Sicherheitsrecht¹⁾の現状把握、② これに関する社会的背景と理論動向の

* うえまつ・けんいち 立命館大学法学部教授

1) „Sicherheitsrecht“ 概念に含意されたポレーミッシュな性格については、植松健一「ドイツにおける『自由と安全』」森英樹編『現代憲法における安全』（日本評論社、2009年）457-459頁を参照。本稿では、„Sicherheitsrecht“の「治安法」としての性格を意識するために、「安全法制」という訳は避けた（杉村敏正ほか『治安と人権』〔岩波書店、1984年〕↗

分析, および, ③ 治安法制の法的・政治的な統制手法の究明を, ドイツ連邦共和国を対象にして行うことにある²⁾。本稿においては, ドイツの治安法領域, とりわけ警察・諜報機関の監視・情報収集権限に対する立法事後評価を検討する。

立法事後評価 (Gesetzesevaluation) とは, 法律の運用状況に対する事後評価 (Evaluation)³⁾ のことであり, ある論者の定義を借りるならば, 「法律の積極的・消極的な影響 (当事者や第三者の基本権への影響を含む) の体系的で高精度な把握, または規範 (Regelung) の目的達成度の評定 (Bewertung)」⁴⁾ である。それは, 法律制定時に立法者が依拠した将来予測とその後の運用状況との乖離を可視化し, 当該法律の改廃を含む改善の契機として着目されてきた⁵⁾。このような事後評価を法律の施行後一定期間内に実施する旨を定めたのが立法事後評価規定 (立法事後評価条項) であり, 日本にも見直

↘ 2頁 [杉村] の問題意識も参照)。近年では „Sicherheitsverfassung“ という用語も散見される。Z.B. Ralf Poscher, Sicherheitsverfassungsrecht im Wandel, in: T. Vesting/S. Korioth (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, Tübingen 2011, S. 245 ff.; Steffen Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, Tübingen 2014. この点につき, 後掲注84) の記述も参照。

2) 最近の邦語文献では, 大沢秀介ほか編『変容するテロリズムと法』(弘文堂, 2017年) 所収の諸論攷 (渡辺富久子「ドイツにおけるテロ対策法制とその変容」同143頁以下, 上代庸平「安全確保権限の相互協力的行使と情報共有の憲法的課題」同161頁以下, 石塚壮太郎「テロ防止のための情報収集・利用に対する司法的統制とその限界」同180頁以下), 井上典之「ドイツのテロ対策・予防のための法制度」論究ジュリスト21号 (2017年) 49頁以下, 小西葉子「テロリズムに対抗するよ予防的警察活動と比例原則 (1) (2・完)」一橋法学16巻3号 (2017年) 449頁以下, 17巻1号 (2018年) 27頁以下などが本稿の叙述との関係で重要である。

3) 英語の 'evaluation' は単に「評価」と訳するのが一般的だが, 1970年代頃の行政学は, これを「事後評価」の文脈に限定し, 「事前分析」(analys) や「中間評価」(monitor) と区別していた (そうした区分の意義喪失の展開も含めて, 山谷清志『政策評価』[ミネルヴァ書房, 2012年] 13-19頁, 31-34頁参照)。本稿では, 事前評価 (法律影響評価) との区別を意識して, „Evaluation“ に「事後評価」の語を充てるが, 文脈に応じて単に「評価」とすることもある。

4) Bericht zur Evaluierung des Antiterrorrodateigesetzes, BT-Drs. 17/12665 (neu), S. 6.

5) Matthias Kötter, Von den Daten zur Empfehlung, in: Christoph Gusy (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, Wiesbaden 2015, S. 65.

し条項や検討条項と呼ばれる類似の法形式は存在する⁶⁾。しかし、日本での立法事後評価への理論的関心は——いわゆる政策評価についていうならば、90年代までには学問的にも実践的にも認知されていたとはいえ⁷⁾——ここ15年程の浅い歴史といえるし⁸⁾、まして治安法領域での見直し条項はあまり見当たらない⁹⁾。他方、ドイツでは、政策評価発祥の地である米国の影響を受けつつも¹⁰⁾、政策プログラム（法律もその一形態と解されている）のインプレメンテーション研究（Implementationsforschung）が、R. マイנטツを旗手とする1970年代以降の行政社会学の分野で独自の発展を遂げてきた¹¹⁾。また、H. ロットロイトナーの法社会学も法の実効性に関する実証

6) 一般にドイツの立法事後評価規定は、期間内の評価の義務づけにとどまる。対して日本の見直し条項は、「検討」に加えて「必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置」（例えば、行政不服審査法附則6条）までを政府に義務付けている（日本の法状況は、吉田利宏・いしかわまりこ「見直し条項の意味を考える」法学セミナー640号[2008年]86頁以下参照）。しかし、ドイツの治安法制の立法事後評価規定は限時規定とセットの場合が多く、事後評価と法律の見直しが連動しやすいかたちになっている。

7) 村松岐夫『行政学教科書〔第2版〕』（有斐閣、2011年）249頁参照。早くは、西尾勝「効率と能率」辻清明編集代表『行政学講座3 行政の過程』（東京大学出版会、1976年）所収192-205頁がある。政策評価の場合、理論と並走して実践上の展開（90年代の自治体レベルでの実践から2001年の政策評価法に至るまで）も確認できるが、なお試行錯誤の過程にあるといえよう（山谷・前掲注3）24-28頁参照）。国会による政策評価の可能性は、糠塚康江『現代代表制と民主主義』（日本評論社、2010年）170頁以下参照。

8) 寺山洋一「労働法の分野における見直し条項について」季刊労働法212号（2006年）170頁以下は、見直し条項の類型化や法的効果の分析、さらに改善提案を伴う先駆の仕事である。近年の業績では、岡本哲和「政策デザインとしての見直し条項」政策創造研究10号（2016年）1頁以下は数量分析を駆使した示唆に富む内容である。

9) 刑事法の括りでは、心神喪失者等医療観察法4条がある。国会への報告規定は、通信傍受法29条、特定秘密保護法19条などにおいてみられる。

10) 実務上の先駆でもある米国の場合、1967年-76年に制定された連邦法律のうち40本に事後評価条項が含まれていた（vgl. Klaus König, Evaluation als Kontrolle der Gesetzgebung, in: Schreckenberger/König/Zeh, Gesetzgebungslehre, Stuttgart, u.a. 1986, S. 102）。

11) Vgl. Renate Mayntz, Die Entwicklung des analytischen Paradigmas der Implementationsforschung, in: ders., (Hrsg.), Implementation politischer Programme, Athenäum, u.a. 1980, S. 1 ff. マイנטツの議論は、原田久『社会制御の行政学』（信山社、2000年）参照。R. シュタインベルグの公法学での先駆的業績（Rudolf Steinberg, Evaluation als neue Form der Kontrolle final programmierter Verwaltungshandeln, ↗

研究を重視するものであった¹²⁾。こうした社会学の成果を摂取した立法学が、そして、これら学際的知見を武器に公法の体系論・解釈論の組み換えを目指す動きが、立法事後評価の発展に貢献してきた(後述Ⅱ)。実務上も、すでに1980年代には社会法や環境法の領域で立法事後評価規定がみられるようになり¹³⁾、90年代には立法事後評価の実施を法律の延長の前提とする「実験法律」(experimentelle Gesetzgebung)と呼ばれる法形式も教育法や放送法の領域で登場してくる。そして、1997年に設立されたドイツ事後評価協会(DeGEval)のイニシアティブの下、事後評価の手法や基準をさらに精緻化する努力が続いている。

ところが、治安法領域での立法事後評価は「遅咲き」(Spätgeborene)¹⁴⁾だったといえる。人権インスティテュート(DIMR)¹⁵⁾の2005年総会でのM. アルバース報告は、「その憲法上の意義、法律上の制度化、実務上の現実などは、これまでほとんど分析されていない¹⁶⁾」と嘆いていた。この報

↘Der Staat 1976, S. 185 ff.)には、マインツからは批判されているN. ルーマン流の制御論の影響がみられる。

12) Vgl. Hubert Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 54 ff. (H・ロットロイトナー [越智啓三訳・六本佳平監修]『現代ドイツ法社会学入門』[不二出版, 1995年]第IV章)。

13) 立法事後評価規定の法状況一般は、vgl. J. Ziekow/A. G. Debus/A. Piesker, Die Planung und Durchführung von Gesetzesevaluationen, Baden-Baden 2013, S. 187-195. ドイツの議論をフォローした邦語文献として、手塚貴大『租税政策の形成と租税立法』(信山社, 2013年)第7章、西村枝美「立法過程への法的アプローチ」東北学院大学論集(法律学) 57号(2000年) 1頁以下。大石真「立法府の機能をめぐる課題と方策」同『統治機構の憲法構想』(法律文化社, 2016年)所収158-159頁も、ドイツの議論も視野に入れて「立法評価」(Evaluation der Gesetz)に注目している。

14) Detlef Sack, Sicherheitsgesetzgebung, Evaluation und die Legislative, in: Gusy, a. a. O. (Anm. 5), S. 129.

15) 2015年以降、それまで社団法人であったDIMRは、人権啓発や人権条約の履行支援、連邦議会への報告書提出、国内裁判所や国際人権機関への意見書提出を行う公法上の営造物に位置づけられている。

16) Martin Albers, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Evaluierung neuer Gesetze zum Schutz der Inneren Sicherheit, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Menschenrechte – Innere Sicherheit – Rechtsstaat, Berlin 2006, S. 21 ff.

告が活字化された2006年に C. グズィの論説がこのテーマを主題化し¹⁷⁾、さらに2008年にアルバーズ自身が本格的な考察を「行政論集」(Verwaltungsarchiv) 誌に発表するに至り¹⁸⁾、ようやくこの分野での事後評価研究は緒につくことになったのである。それでも現在では、立法・行政実務の進捗に支えられて、研究成果が蓄積されつつある¹⁹⁾。こうした研究動向を手がかりにドイツの治安法制における立法事後評価の法構造と運用状を確認し、その意義と課題を探ってみよう。

本稿が立法事後評価を取り上げるのは、冒頭で示した問題関心の一環として、治安法制（とくに事前予防的な監視・情報収集活動）の法的・政治的な統制手法としての当該制度の有効性を測定するためである。しかし、それにとどまらず、本稿の考察が立法の「質」保証に関心を寄せつつある公法学²⁰⁾に寄与するところも少なくないだろう。

17) Christoph Gusy, Leerlaufende Evaluationspflichten?, in: Fredrick Roggan (Hrsg.), *Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat*, Berlin 2006, S. 139 ff. 小稿だが、auch Ruth Weinzierl, *Die Befristung und Evaluierung von Sicherheitsgesetzen*, *Jahrbuch Menschenrechte* 2006, S. 93 ff.

18) Marion Albers, *Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen: Schritte von der symbolischen Politik zum lernenden Recht*, *VerwArch* 2008, S. 484-486.

19) 2010年の第79回全国データ保護監督官会議も、個人情報収集を認める治安立法に関して「包括的な評価アプローチに立脚した体系的で、結論ありきではない、専門知に基づく審査が必要」だとする決議 (https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DSBundLaender/79DSK_EvaluierungSicherheitsgesetze.pdf?__blob=publicationFile&v=1) を挙げている。なお、本注も含めて、以下、本稿脚注で掲げるウェブ・サイトの最終閲覧日は2018年8月1日である。

20) まず、川崎政司「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方」慶應法学12号(2009年)43頁以下参照(事後評価への言及は82-83頁)。現時点での学術的到達点として、井上達夫編集代表『立法学の前線』1～3(法律文化社、2014年)。高見勝利『現代日本の議会政と憲法』(岩波書店、2008年)第IV部も参照。ドイツの議論を摂取した、原田大樹『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂、2014年)第II部第5章、赤坂幸一「立法過程の合理化・透明化」法学教室440号(2017年)36頁以下なども参照。

II 背景と輪郭

1 立法事後評価の背景理論——「良き法」・「学習」・「改善義務」

はじめに、立法事後評価の推進力となってきた政治・行政学や公法学の諸潮流を確認する。いくつかの描き方が可能だろうが、ここでは、①「良き法」の定立を志向する立法学、②「知識の獲得」を重視する行政法学の新潮流、③立法者の観察・改善義務の法理、という3つの流れに注目してみたい。

(1) 立法学における「良き法」志向

ドイツでの立法事後評価の背景理論の一つとして、1970年代から本格化する立法学の体系化と、そこにおける「良き法」への関心の高まりがある²¹⁾。そこには現代の「規範の洪水」現象がもたらしている「法律の質低下」への危機感があり、あらためて立法に「合理性」や「最適性」を求めようとしたのであった²²⁾。目的プログラムとしての性格が強い社会国家の下での法律の場合、その実効性（あるいは規範と現実の合致）が、条件プログラムとしての古典的な法律よりも強く求められることになる。他方で、こうした目的プログラムの性格を持った法律に対する司法的統制は、伝統的なドグマティクをもってしては十分に対応できない場面に逢着する。そこで法律の統制手法として期待されることになったのが、法律制定前の影響評価

21) 重要な研究として、Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973. 連邦共和国の立法学の展開は、vgl. Winfried Kluth, Entwicklung und Perspektiven der Gesetzgebungswissenschaft, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Heidelberg u. a. 2014, § 1, Rn. 41-69. 「立法の合理性」や「良き法」への関心動向は、vgl. ebenda, Rn. 80-99, 138-149. Vgl. auch Philipp Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 2010, S. 630 ff.

22) Vgl. dazu Wolfgang Köck, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, VerwArch 2002, S. 1. ff. 「法律の質」について vgl. auch Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982, S. 47-52.

や法律施行後の立法事後評価である²³⁾。立法の「最適化」は立法者の憲法上の義務なのだと言く G. シュベルトフェーガーの所説²⁴⁾を中心に展開された1970年代後半の公法学の論争も²⁵⁾、このような文脈で生じたのである。シュベルトフェーガー説は通説を覆すには至らなかったが²⁶⁾、しかし最近の文献が「欧州法の影響と、法と法秩序に求められることが多くなった結果と成果の圧力の下で、立法者がこの義務を以前よりも強く引き受ける覚悟は高まりつつある」と評するように²⁷⁾、議論状況の変化も確認できる。他方、シュベルトフェーガー説を批判した論者たちも彼らなりの観点から立法の実体面と制定過程面の統制の道筋を追求しており、この点にこそ当論争の成果があったといえよう。若手研究者としてこの論戦に加わった C. グズィもそうであった。グズィは、最適化要請を憲法上の義務とすることは否定するものの、「最適な立法手続」に向けた立法者を名宛人とする責務——それは ① 事実関係の確認、② 衡量、③ 予測、④ 観察、⑤ 事後改善の5つに整理できる——の存在を一連の連邦憲法裁判判決から読み取った²⁸⁾。これらの諸責務を立法者が負うとグズィが解する以上——それが政治的な責務にとどまるものだとしても——、法律の影響評価や事後評価を義務付ける規定の具備を現代の立法形式のスタンダードとみなすのも自然な流れ

23) Vgl. dazu König, a. a. O. (Anm. 10), S. 96 ff.

24) Gunther Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: FS für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S. 171 ff.

25) 論争の概要は、西村・前掲注13) 4-8頁参照。

26) 西村・前掲注13) 4頁。ただし、手塚・前掲注13) 295頁が整理するように、同説にも一定の支持は存在する。手塚も批判説を吟味した後、シュベルトフェーガー説を妥当と結論づけている（同297-298頁）。

27) Ulrich Smeddinck, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth/Krings, a. a. O. (Anm. 21), Rn. 31.

28) Christoph Gusy, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP 1985, S. 291 ff. 高見・前掲注20) 252-254頁、西村・前掲注13) 4-7頁、手塚・前掲注13) 291-293頁に紹介がある。この論点に関するにグズィの最近の論考として、Christoph Gusy, Zur Gesetzgebungslehre der Sicherheitsgesetzgebung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, JBÖS 2016/17, S. 338 ff.

といえよう。

(2) 「新しい行政法学」

こうした立法学の成果も摂取しながら「行政法総論」の構築を目指そうとする「新しい行政法学」(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)も、立法事後評価の90年代以降における本格的な定着の理論的支柱となった²⁹⁾。その影響は、治安法制における立法事後評価研究を牽引してきた M. アルバースの議論にも色濃く表れている³⁰⁾。その所説をみておこう。彼女は、2001年以降の治安法制の「パラダイム転換」³¹⁾を批判的に分析する鍵が従来の警察法・治安法研究に欠けていた「ガバナンスの視点」(Governance-Perspektive)にあると考え、そこから立法事後評価の必要性を導き出す³²⁾。

「ガバナンスの視点が大陸的国家観とアクター志向・制御志向の思考アプローチに代えて用いるのは、問題もしくは任務に関連して制度化された行為とコミュニケーションのネットワーク(「制度的アレンジメント」)が中心に位置す

29) 「新しい行政法学」の概要は、vgl. Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffman-Ream/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 2012, Rn. 22, 29. これを検討する邦語文献も多いが、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社, 2017年), 三宅雅彦『保障国家論と憲法学』(尚学社, 2013年), 板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂, 2013年)のみを掲げておく。

30) アルバースもグズィも、「新しい行政法学」派が結集して刊行されたハンドブック『行政法の基盤』(Hoffman-Ream/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I～III)の執筆陣に加わっている。

31) その現状については多くの文献があるが、さしあたり、vgl. Poscher, a. a. O. (Anm. 1), S. 245 ff.

32) Marion Albers, Funktionen, Entwicklungsstand und Probleme von Evaluationen im Sicherheitsrecht, in: M. Albers/R. Weinzierl, Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, Baden-Baden 2010, S. 26-30. W. ホフマン-リームによれば、ガバナンス概念は国家と治者の「新しい物語」であり、この「物語」を通じてこそ、法の叙述と分析は「良き」法と「良き」ガバナンスのあり方を描き出せるのだという(Wolfgang Hoffman-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, S. 195 ff. insb. 196)。

るような、多元学際的に確立した観察・記述様式である。この枠組みの内では、法とは独自性をもった部分システムであり、独自の現実構成である。その場合、ガバナンス・アプローチがとくに関心を向けるのは、法定立・法適用の国際化と多層化、非国家的アクターの関与、法の新しい形式および多様な規制メカニズムの相互調和、階層的組織様式に代わるネットワーク的連関、トップ審級の機関による制御に代わる多様な当事者の協働、これらの協働と問題解決の際の知識の獲得（Wissensgenerierung）の重要性などである。治安法制の国際化・欧州化、治安任務の遂行への私人の取込み、官庁間相互および対議会の関係の変化などを鑑みれば、ガバナンス視点は先導的な洞察を提供しうるが、のみならず、その逆に、治安分野が特殊なガバナンス形態（Governance-Ausprägung）の例を提供しているものである。³³⁾

ここでアルバースが重視するのは「知識の獲得」である。知識の獲得は、環境の複雑性に直面した法システム——それは規範的基準を設定し、当該基準により具体化される部分システムであるから、環境の現状と規範の与える影響の観察が共に必要になる——の観察能力・学習能力を涵養・強化し、法の機能的安定に寄与するからである。「立法事後評価は、法システムの『現実』を映し出すことはできないが、現実状況をより良く見通すことや学習能力を高めることはできる」。また、知識の獲得こそが、行政のグローバル化と（とくに治安官庁の場合はその傾向が顕著な）自律化の進行に伴って制御の中心的主体としての正統性を失ってきた立法府の失地回復に資する。ここでも立法事後評価が立法者の知識基盤を改善し、同時に、治安官庁の情報提供義務と活動正当化義務を明確にする役割を果たすことをアルバースは期待するのである³⁴⁾。

「ガバナンス」、 「知識」、 「学習」などの用語がちりばめられたアルバースの言説が「新しい行政法学」の文法を忠実になぞっていることは、この学派的議論の特徴を知る者にとって一目瞭然であろう³⁵⁾。社会科学的な制

33) Albers, a. a. O. (Anm. 32), S. 28 f.

34) Albers, a. a. O. (Anm. 32), S. 29 f.

35) ガバナンス理論の簡潔な説明として、vgl. Renate Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Schuppert, a. a. O. (Anm. 32), S. 11 ff. 「新しいメ

御理論を現代社会の中心的な制御媒体たる法の効果態様の有効な分析手法と位置付ける「新しい行政法学」にとって、学際的手法を用いた「現実領域の正確な分析」は格別の意義を持つ方法である³⁶⁾。

例えば、この学派に属する C. フランツィウスは、「結果の方向付け」(Folgenorientierung) が主題化されるに至った現代の行政法の役割を踏まえ、「法律学的決定が、現行の諸規範を使っての過去の事実の処理(のみ)を通じてではなく、決定から生じる影響の予測を通じて制御されるというイメージ」を強調する³⁷⁾。そこでは、法的な効果(法律効果)よりも、現実の影響との連関が重要であり、行政には影響配慮力が強く求められる。とくに、フランツィウスは規制影響評価(後述2(1))のような事前予測に限界を感じ、効果のコントロールの「王道」は報告義務や立法事後評価といった事後評価だと考えている。事後評価は、①法定立の質の改善に加え、②調整的行政の正統性を高めるであろう。行政法学の関心の重心は②にあり、とくに、欧州法の進展に伴い不可避となる行政の相対的独立性も、議会に対する情報提供義務・報告義務によって防御されるというのである³⁸⁾。

同じように、この学派の中心人物の一人・A. フォスクーレも、公私協働に基づく保障行政法の解釈学の6つの礎石(Grundbaustein)³⁹⁾の1つに

「行政法学」における「ガバナンス」概念については、高橋・前掲注29)第1部第3章が扱う。制御とガバナンスの相違についても、同55-57頁参照。

36) Voßkuhle, a. a. O. (Anm. 29), Rn. 22, 29.

37) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, a. a. O. (Anm. 29), § 4, Rn. 68.

38) Franzius, a.a.O. (Anm. 37) Rn. 79 f., 90-91. フランツィウスは、「制御とは、常に決定が暫定的に決着するだけの、時間的に先延ばしされた事象」と捉えた上で、「影響と事後効果に目を配ることも制御の論理に内在するのであり、それは事後制御義務にまで凝縮しよう」とも述べる (ebenda, Rn. 88)。

39) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 2003, S. 310-326. このフォスクーレの議論は、板垣・前掲注29)304-313頁、高橋・前掲注29)180-182頁が詳しく紹介する(とくに板垣・同310-311頁には全訳に近い要約がある)。

「事後評価と学習」を挙げている。保障行政における「周期的な評価」は、具体的な任務遂行に生じた弱点——その原因は諸アクター個人に帰するものだけでなく、「システムにおける欠陥」に帰するものもある——を発見し、参加コンセプトのもつ全体的活動能力を保障するために必要なものであり、これを解釈学も組み込むべきだというのである⁴⁰⁾。しかしながら、フランツィウスが指摘するような将来予測を伴う事前の影響測定（すなわち規制影響評価）の限界——例えば法的決定を社会的アウトカムだけに限定させる傾向が強く、また、行政の責任が予期せぬ付随効果にまでは及ばない点など⁴¹⁾——はフォスクーレも認めるところであり、影響に対する回顧的な省察、すなわち事後評価に関心が向くことになる⁴²⁾。もとより事後評価が万能の制御装置ではないこともフランツィウスらは承知しており、事後評価が単なるシンボリックなものにとどまる危険性や、政治部門への過度な負担となる危険性について意識もされている⁴³⁾。それにもかかわらず、国家の負荷軽減に向けた現下の制御の取組みの多くは「試験的なもの」であって、とくに民営化に伴うリスクについては国家の責任において明らかにすべきである以上、「継続的な協働の要素の担保としての周期的

40) そのためには、①協働の開始にあたり参加アクター全員に対して業績測定の方法と基準を義務付けること、②参加の法的基盤を修正できる十分な可能性が、協働に期限を設けたり、実施契約に事後交渉条項を盛り込む義務を課すことなどを通じて存在していること、が不可欠だとフォスクーレは述べる（Voßkuhle, a. a. O. [Anm. 39], S. 325 f.）。

41) Vgl. Franzius, a. a. O. (Anm. 37), Rn. 79 f. フランツィウスは、リスク管理志向の行政が不確実性を伴う事案を扱う際には予期せぬ付随の効果への配慮までも期待されることになるが、しかし他方で、合理性のある事前検討とは程遠い結果も避けられないという「未知の知」への認識が、この前提を侵食していくという点にパラドクスを見出している（ebenda, Rn. 80）。フォスクーレも、「社会過程の複雑性を考えれば、見通しの効く将来においても、科学のディシプリンが社会の全体像に対する法的規律のアウトカムについての予測的な質問に信頼に足る回答を提供する状況にはない」と述べている（Voßkuhle, a. a. O. [Anm. 29], Rn. 34）。

42) Vgl. Voßkuhle, a. a. O. (Anm. 29), Rn. 33-35.

43) Franzius, a. a. O. (Anm. 37), Rn. 91 f. それゆえ、「『不成功な』法定立の欠点を事後評価により緩和することは、時宜に合った変更を必要とする諸力がその実現に向けて力を合わせなければ、意味をなさない」とフランツィウスは説く（ebenda, Rn. 92）。

な事後評価は不可避」と解されているのである⁴⁴⁾。

本稿は「新しい行政法学」を正面から論じる場ではないが、立法事後評価研究が「新しい行政法学」の影響下にある以上、この学説の国家観・政策論の積極・消極の両面を意識しておくことも大事であろう⁴⁵⁾。「新しい行政法学」について——その下で推奨される「保障国家」(保証国家)とは、福祉国家的な「国家の介入」とも新自由主義的な「国家の撤退」とも異なる、「第三の道」の追求なのだという自己規定にもかかわらず——新自由主義的傾向の強い新公共経営論(NPM)や新制御モデル(NSM)との親和性がかねてより指摘されてきたという事実は否定できない⁴⁶⁾。治安法領域に関していうなら、警察任務の「公私協働」や民営化の推進といった現象⁴⁷⁾と「新しい行政法学」の台頭は時期を同じくする。M.ケッターも初期の研究では、国家による権力的な秩序維持よりもソフトな新しい治安保障(neue Sicherheitsgewährleistung)のあり方として、国家・社会的諸集団・市民の多層的な規律責任・統制責任の分配に注目していた⁴⁸⁾。だが一

44) Franzius, a. a. O. (Anm. 37), Rn. 92.

45) 「新しい行政法学」への批判的視点からの整理として、vgl. Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006, S. 87-94 (ライナー・ヴァール [小山剛監訳]『憲法の優位』[慶應義塾大学法学研究会, 2012年] 92-101頁 [宮地基訳]). アウトプット次元での正当化・正統化を重視するアプローチへの懐疑的見方として、高橋・前掲注 29) 80頁, 194頁も参照。

46) ドイツ版 NPM としての NSM の特徴は、両者の異同も含めて、磯村篤範「ドイツにおける行政改革・NPM と行政法学」山村恒年編『新公共管理システムと行政法』(信山社, 2004年) 167頁以下, とくに173-175頁参照。三宅・前掲注 29) 21-23頁や高橋・前掲注 29) 9-10頁の記述も、NSM と憲法的諸原理との緊張関係に自覚的である。

47) この点でのドイツの動向を紹介する邦語文献も少なくないが、例えば、高橋昭男「ドイツにおける警察任務の『民営化』, 民間委託, 民間との協働」大阪大学法学部創立50周年記念『21世紀の法と政治』(有斐閣, 2002年) 119頁以下, 米田雅宏「私人による警察活動とその統制」岡村周一・人見剛編著『世界の公私協働』(日本評論社, 2012年) 211頁以下など参照。

48) Matthias Kötter, Pfade des Sicherheitsrechts, Baden-Baden 2008, S. 260-280. ケッターは多元的な治安保障モデルを、これも「新しい行政法学」のキー概念である「規律化された自己規律」と解する (ebenda, S. 269)。ケッターの「社会による安全構築論」は、植松・前掲注 1) 468-472頁, 同「安全感情の保護に対する公権力の役割」島大法学49

方では、「ガバナンス」概念を用いて「むしろ権力的要素を取り払った中性的な関係としての『規律関係』を表す風潮」⁴⁹⁾も批判的に指摘されてきたところである。ことに治安法領域に即して考えた場合、警察や諜報機関により講ぜられる措置に伴う権力的性格が過度に捨象されてしまうのは問題であろうし、他方で、公私協働の名で「社会」を治安構築の担い手とする方向も無批判に承認できるものではないだろう。とはいえ、ここで指摘しておきたいことは、立法事後評価の意義と機能（後述Ⅳ）にはガバナンスの視点を重視することから生じる射程の限界も存在するはずだという点にとどまり、事後評価の実務上の有用性全般を直ちに否定するものではない。

（３）立法事後評価の憲法上の根拠——立法者の観察義務・事後是正義務

上記(1)でみたような立法学における「立法の合理化」志向と通底するものが、ドイツ連邦憲法裁判所の判例上形成されてきた観察義務・事後是正義務の法理である⁵⁰⁾。立法事後評価の唱導論者は、その根拠を憲法に求めようとしてきた。もとより、ドイツの基本法には、スイス連邦憲法70条（「連邦議会（Bundesversammlung）は、連邦の講ずる措置の実効性（Wirksamkeit）が審査されるように配慮する」）のような明文の規定があるわけではない。そのため基本権の客観法的側面や規範明確性の原則を根拠にして立法事後評価を憲法上の要請と解する説もみられるが⁵¹⁾、いずれも決定打といえる論拠とはなりえていないようにみえる。そこでより有力な手掛かりとされてきたのが、立法者の観察義務・事後是正義務の法理である⁵²⁾。例えばアル

↘ 卷4号（2006年）360-363頁を参照。

49) 高橋・前掲注29) 51頁。

50) 観察義務・事後是正義務は、会原理映（「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学53号〔2004年〕1541頁以下など）や入井凡乃（「事後的是正義務と新規律義務」慶應大学法学政治学論究101号〔2014年〕103頁以下など）の紹介により、日本でも認知されるに至っている。

51) Vgl. dazu Ziekow/Debus/Piesker, a. a. O. (Anm. 13), S. 26.

52) 例えば、立法学的観点からのものとして、Wolfram Höfling/Andreas Engels, Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Kluth/Krings, a. a. O. (Anm. 21), § 34, Rn. 7-25. ここでは、判例の観察・

バースは、「観察義務・事後是正義務の中には、自ら適切に情報を獲得し、かつ説得力ある事後評価を——特定の条件下、とくに官庁や政府側との利益衝突のおそれがある場合には——自己の責任領域においてこれを実行することができなくとも、少なくとも官庁や政府に対して働きかけをするという議会の義務が含まれている」と捉えることで、立法事後評価を立法者の憲法上の義務にまで高めている。「観察や事後是正義務および法律上の授権の期限設定や事後評価の義務は、不確実性への法的な対応」だといふのである⁵³⁾。ただし、判例法理としての観察義務・事後是正義務が法律制定時点での立法者の予測とその後の事実の展開との乖離の有無を確認する義務のことを意味するのに対し (BVerfGE 103, 242 [267 ff.]; 110, 141 [158]), アルバースのいう事後評価とは、法律の効果にも着目することで運用経験の立法へのフィードバックを担保する作業までを意味するものである。そして、立法事後評価に好意的な論者の多くは、こうした考え方を共有している。例えば、G. ホーニングは、連邦憲法裁 GPS 監視判決の説示 (「立法者は、現行の手続法上の保護手段が将来の展開を見据えても基本権保護の実効的な維持に適っているか否かについて、観察しなければならないことになろう」[BVerfGE 112, 304 (320)]) から、「このような憲法裁の要請は治安法律の事後評価を直接に命ずるもの (direkter Auftrag)」だという帰結まで読み取っている。「立法者が自らの観察義務を果たし、場合によっては基本権保護的な態度を取ろうとするならば、ファクトに支えられた決定根拠を提供してくれる立法事実上の調査結果が立法者には不可欠だからである」⁵⁴⁾。

↘改善義務論は「外部主導の立法者の自己コントロール」に位置付けられている。

53) Albers, a. a. O. (Anm. 18), S. 484-486.

54) Gerrit Hornung, Die kummulative Wirkung von Überwachungsmaßnahmen: Eine Herausforderung an die Evaluierung von Sicherheitsgesetzen, in: Albers/Weinzierl, (Anm. 32), S. 76 f. Auch Ziekow/Debus/Piesker, a. a. O. (Anm. 13), S. 27. 連邦憲法裁 GPS 監視判決については、川又伸彦「ドイツ憲法判例研究 (137)」自治研究82巻6号 (2005年) 147頁以下参照。

このように憲法上のバックアップを得ることで、立法事後評価には安定した制度上の地位が保障されよう。しかし、以下のような疑問も生じうる。仮に事後評価が憲法上の要請だとすれば、すべての法律は事後評価規定を備えなければならないのだろうか。仮に立法者が法適用状況を観察し必要に応じて法律の改善を講ずることが、立法という事柄の本性上、当然の事理だというならば、取り立てて「憲法上の義務としての事後評価」を語る必然性はあるのだろうか⁵⁵⁾。さらに、判例法理としての観察義務自体にしても、S. フスターの鋭い批判⁵⁶⁾があるように、理論的にも難がな

55) Stefan Huster, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebung, ZRS 2003, S. 20 f.

56) Huster, a. a. O. (Anm. 55), S. 17-25. フスターの批判は以下のように要約できる。① 観察義務の具体的内実が基本法からは読み取れない。② 社会的変化を踏まえた法律の事後検証と是正が「政府内部の法案策定過程」(innere Gesetzgebungsverfahren)における立法技術上の「立法の最適化」の要素だとしても、それは基本法上の義務ではない。にもかかわらず連邦憲法裁判が観察義務に言及するのは、立法者予測に対する実体的統制からの撤退を手続的要請によって補うためである。この場合、手続的要請としての観察義務が実体的な憲法上の要請との連関を保っているのであればともかく、それと無関係に「合理性の公準」や「立法手続の最適化の要請」として実体規定の内容とは独立して主張することには、解釈上の難点が伴う。③ 立法者は現代社会の不確実な条件下での決定を求められるわけであるから、その後の条件変化に不断に対応するのは当然であり、わざわざ「観察義務」と定式化する必然性は乏しい。④ 仮に観察義務を語るとしても、高次の法益の回復不能な瑕疵の回避が問われる場面（例えば妊娠中絶判決 [BVerfGE 88, 203] のような生命の保護が争点の事案）に限定すべきであり、立法者が影響評価や立法事後評価を行う憲法上の義務一般なるものは存在せず、せいぜい違憲状態の是認が政治的に非難されるという意味での責務 [Obliegenheit] が存在するにとどまる（ところが現下の実務では、社会保険上の所得認定変更の平等原則違反性が争点となった事案においてまで不当にも観察義務が援用されている [BVerfGE 97, 271 (294 f.)]）。⑤ 立法府の有限な政治的注意力に憲法裁判が優先順位を付ける根拠の提供が観察義務論の役割なのだろうが、そうした順位付けは政治過程で行われるべきである。立法者が社会的現実の変化や法定立の影響に鈍感だという想定は、立法者が常に選挙を意識する存在である以上、妥当ではない。他方、裁判過程での観察の優先順位設定は、結局は憲法裁判で勝訴するだけの原告（市民や政治的諸勢力）の努力や力量に偶然的に左右されるものにすぎない。法解釈的には非合理で経過観察を要するような法律でも、政治的には幸福な妥協の成果として、当面は改正を論じない方が合理的 (rational) な場合もある。⑥ 観察義務とは理論上の帰結として導出されたものではなく、プラグマティックな観点から憲法裁判が採用してきた法理である。すなわち、この法理は憲法裁判内の意見対立の先鋭化を回避しうる。本来は個別意見で違憲判断を書き

いわけではない。ただし、これらの留保すべき点があるとはいえ、立法者の観察義務の法理の判例上の定着が立法事後評価の認知度を高めたという事実は、否定できないであろう。

2 立法事後評価の現象形態

ここでは、関連する概念や制度の整理を通じて、立法事後評価の輪郭を描き出していく。

(1) 規制影響評価 (Gesetzesfolgenabschätzung)⁵⁷⁾ と立法事後評価

法律事後評価は、法律の運用状況の検証と一般に解されており、この点で、法律制定の前段階（一般には議会への法案提出前の起草段階）で法律の影響を予測する「規制影響評価」(GFA)とは区別される。講学上は、時系列的に、「事前の評価」(ex-ante Evaluation)、「事後の評価」(ex-post Evaluation)と呼び、さらに両者の中間点、すなわち議会での法案審議段階での評価を「中間評価」(begleitende Evaluation)と三区分する場合が多い(逆に、立法事後評価が「回顧的な規制影響評価」[rGFA]と呼ばれる場合もある)⁵⁸⁾。

沿革的にみれば、事前評価としての規制影響評価の方が早くから注目され、また制度的にも定着してきた。1996年には連邦省庁共通業務規則(GGO)(旧)第2編(各則)に、連邦の法規について連邦政府が定める審査項目が省庁の法律案作成の各段階において考慮されるべき旨が規定された(22a条)。さらに、2000年施行の新たな共通業務規則は、法案の提出理

たい裁判官も、今後の解釈変更に開かれた立法者の観察義務を留保した合憲判断であれば、これに与しやすい(憲法裁は外部的には全会一致の体裁が保てる)。さらに、この法理は、憲法裁の判断の時間的限定性を強調することで——敗訴した当事者の主張も将来の事情変化次第で認容される余地がある——憲法訴訟に不可避の政治的緊張を緩和しうるのがかもしれないが、その結果、憲法裁の政治的な判断余地も拡大してしまうのではないか。

57) この点でのドイツの学説・実務の状況は、手塚・前掲注13)第7章参照。フランスでの運用は、糠塚康江「立法手続における『影響調査』手法の可能性」高見勝利先生古希記念『憲法の基底と憲法論』(信山社、2015年)所収499頁以下参照。

58) Vgl. Köck, a. a. O. (Anm. 22), S. 9; Ziekow/Debus/Piesker, a. a. O. (Anm. 13), S. 15.

由書と趣旨説明書において、効果予測の記載を義務付けている（43条1項5号・44条⁵⁹⁾）。また、法令に伴う歳出の削減を目的として2006年に設置された国家法規統制委員会（Nationaler Normenkontrollrat）には、2011年以降、文字通り「より良き法定立」（besserer Rechtsetzung）への寄与が所掌任務に加えられ（国家法規統制委員会設置法1条2項）、法案の影響評価に活動の比重を移すようになった⁶⁰⁾。政府からの一定の独立性を持つ同委員会の活動が、法案に第三者的客観性を担保することに資すると解されている。また、技術影響評価（Technikfolgenabschätzung）の制度化も70年代から試みられていき⁶¹⁾。

もっとも、学説の関心は、事前評価から事後評価へと重心移動しているように見える。1970年代から80年代にかけては規制影響評価は「立法学のキー概念」⁶²⁾であるとして大いに注目されたが、やがて立法段階での将来予測の理論的限界と実務上の負担も指摘されるようになる⁶³⁾。「予測とは常に蓋然性の言明にすぎず、その正確性の程度は、規律の効果にとって重要な全ての因果係数が影響評価の時点でわかっていて、それらが全て算入され、それに応じてその重要性が評価されているのか否かに依存するもの

59) Vgl. dazu Wolfgang Kahl, Gesetzesfolgenabschätzung und Nachhaltigkeitsprüfung, in: Kluth/Krings, a. a. O. (Anm. 21), § 13; Köck, a. a. O. (Anm. 22), S. 1. ff. 2000年 GGO の解説と訳として、古賀豪「ドイツ連邦政府の事務手続」外国の立法214号（2002年）130頁以下参照。邦語文献では、手塚・前掲注13）277-279頁、片桐直人「ドイツにおける政府提出法案の起草過程とその規律」川崎政司・大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望』（尚学社、2016年）所収200-202頁などの紹介がある。

60) 片桐・前掲注59) 204-207頁参照。

61) ドイツにおける技術影響評価については、Vgl. Armin Grunwald, Technikfolgenabschätzung-eine Einführung, 2. Aufl., Berlin 2010. 大磯輝将「諸外国の議会テクノロジーアセスメント」レファレンス726号（2011年）49頁以下も参照。

62) Carl Böhret, Gesetzesfolgenabschätzung: Soll sie institutionalisiert werden?, in: FS für Willi Blümel, Berlin 1999, S. 51. マインツのインプリメンテーション研究も、主眼は事前の影響評価である（原田・前掲注11）114頁参照）。

63) Köck, a. a. O. (Anm. 22), S. 10. ただし、ケックは事後評価にも同様の難点があることを認める（ebenda）。Vgl. auch Franzius, a. a. O. (Anm. 37), Rn. 79.

である。このような条件が満たされるのは、法的規制の直接的影響を問題にするかぎりでも、すでに困難なかたちでしか存在しないだろうが、法規が効果領域の中で発生させるかもしれない網目状に及んでいる間接的・長期的な効果を問題にするとなると、完全に不可能であろう⁶⁴⁾。すでに述べたように(1(2)), 規制影響評価や技術影響評価の有用性を説くフォスターも、これらの手法で得られるのは特定の観点からみて重要な影響とみなされる情報にすぎないのだと付言することを忘れていない⁶⁵⁾。ゆえに、事前予測は事後評価による補完が必要であり、「そこで獲得された成果は、限られた人的・事項的手段のせいで選別的であり、なお普遍化されうるものではないのは確かだが、方法論の点でいえば、予測的な規制影響評価を手段とするよりも、安定した地平を歩んでいる⁶⁶⁾」といえる。

かくして、「回顧的な規制影響評価」としての立法事後評価に期待が集まることになる⁶⁷⁾。実務上も理論上も後発の法律事後評価は、実施機関や評価手続の統一性・体系性の点でいえば、なお規制影響評価に劣後している。しかし、規制影響評価は実効性・費用対効果・経済的影響などの観点からの予測を目的とするものであり、基本的侵害という観点からの当事者への影響という視点が基本的に欠落している⁶⁸⁾。これはGGOが検証範囲をそのように設定しているという事情もあるが、そもそも事前の影響予測という作業は経済や環境への影響といったマクロ的観察となる傾向があり、個人の基本権への具体的な影響予測というミクロ的視点を組み込む余地が少ない⁶⁹⁾。それゆえ、基本権の保護という観点から立法をコントロー

64) Köck, a.a.O. (Anm. 22), S. 9. f.

65) Voßkuhle, a. a. O. (Anm. 29), Rn. 34.

66) Voßkuhle, a. a. O. (Anm. 29), Rn. 35.

67) Vgl. Höfling/Engels, a. a. O. (Anm. 52), Rn. 35.

68) Vgl. Albers, a. a. O. (Anm. 18), S. 499-505. Vgl. auch Christoph Gusy/Annika Kapitza, Evaluation von Sicherheitsgesetzen, in: Gusy, a. a. O. (Anm. 5), S. 16-19.

69) Vgl. Christoph Gusy, Von der Evaluation zur Evaluationsforschung, in: Gusy, a. a. O. ↗

ルする上では、事後評価の方が事前の影響予測よりも有用であると解されているのである。

（2）報告と事後評価

立法事後評価規定と類似性を持つものとして、法律の実施機関による上級庁への報告や、省または連邦政府による議会への報告を義務づける報告規定がある。治安法制の範囲を犯罪捜査の領域まで拡げてみると、ここでは立法事後評価の本格導入に先行して、報告規定の運用が確認できる。

その代表例として、聴覚的監視を可能にするための基本法改定（1998年の第45次改定⁷⁰⁾の際に憲法上明記された報告義務がある。すなわち、基本法13条6項は、同3～5項に基づき講ぜられた住居内の聴覚的監視につき、連邦政府の連邦議会に対する毎年の報告義務を課し（第1文）、連邦議会の委員会がこの報告に基づき統制を行うことを定め（第2文）、さらに、これと同等水準の議会的統制の保障を各州にも義務づけている（第3文）。これに対応して刑事訴訟法も、電気通信傍受（100a条）に対する裁判所の命令や傍受措置の実施件数に関して、検察庁は連邦司法省に、各州は連邦政府に対してそれぞれ報告を行うことを義務付けた（旧100b条5・6項）。また、住居の聴覚監視（旧100c条）にも同100b条5項が準用されるのに加えて、連邦政府の連邦議会への報告が定められた（100e条1項）。その後、100e条は、2004年3月3日の連邦憲法裁決定（BVerfGE 109, 279）の要請を受けて、さらに精密な改定（2005年6月24日の改正法）がなされ、報告に示す内容については、①措置令状の件数、②監視措置の根拠となる罪名、③監視措置の組織犯罪との関連性の有無、④監視対象住居の数、⑤監視対象者の数、⑥監視措置の期間、⑦措置の中断または中止の件数、⑧監

↘O. (Anm. 5), S. 226-228.

70) この時の基本法・刑事訴訟法改定の経緯と内容については、井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』（有斐閣、2014年）第Ⅶ論文が詳しい。

視対象者への通知の状況、⑨ 監視の目的である訴追手続との関連における成果の有無、⑩ 監視の目的である訴追手続以外の刑事手続上の成果の有無、⑪ 監視が成果を得なかった事例における、その理由、⑫ 監視措置に関する費用、と詳細に指示されている(同2項)。もっとも、2000年から開始された連邦政府報告の内容は、住居監視の統計的数値の単純な公表にすぎず、その不十分さが議会統制審査会(2009年までは議会統制委員会)⁷¹⁾から指摘されていた。こうした批判を受け、2001年には連邦司法省が各州の法務機関に対して監視措置の包括的な運用報告の提出を要請し、一定の運用改善を促す結果になった。しかしながら年次の報告制度自体の改善は進まず、2005年の法改正後も報告のスタイルに顕著な変化は生じていない⁷²⁾。

別の例としては、税関捜査庁の権限拡大に伴って付された税関捜査法の報告義務がある⁷³⁾。また、事後評価義務と報告義務との併存もみられる。例えば、2001年以降のテロ対策強化の中で連邦憲法擁護庁法に付与されてきた諸権限の多くは限時規定化され、事後評価の対象となっているが(後述Ⅲ参照)、併せて同法には報告義務規定も設けられている。すなわち、連邦憲法擁護庁法は、航空事業者、通信事業者、信用・金融機関等の有する顧客情報照会(8a条2項)や連邦税務局への課税関連情報の提供要請(同

71) 議会統制審査会(PKGr)は、2009年の基本法改正により従来の統制委員会を改編・改称した連邦議会の補助機関であり、諜報機関の活動に対する議会的コントロールの要の役割が期待されている。Vgl. Tobias Kumpf, Die Nachrichtendienste des Bundes, Hamburg 2014. 植松健一「軍事・諜報機関に対する議会統制」法律時報90巻5号(2018年)50頁以下も参照。

72) 以上の展開につき、vgl. Albers, a. a. O. (Anm. 16), S. 34-36.

73) 同法23c条8項は、同法23a乃至23f・45条・46条の運用状況(とくに措置の事由、範囲、期間、効果、費用、当事者への通知状況)について、連邦議会議員9名から成る委員会に対して遅くとも6カ月周期での報告を連邦財務省に義務付け、また同委員会に対しては、連邦議会が立法事後評価を行うために、上記各条の施行から3年を経過した時点で措置に関する実施概要報告を義務付けている。同項に従った税関捜査審査会(ZFdG)の報告は2008年7月19日に連邦議会に提出されているが(16/9682)、それ以降の事後評価は予定されていない。

2 a項) を認めているが、これらの措置に関しては、所管省である連邦内務省は、少なくとも6か月ごとに当該期間に実施された措置の端緒事由、範囲、期間、結果、費用に関する概要を議会統制審査会に報告しなければならない(8b条3項)。もっとも、ここで連邦政府が負っているのは統計上のデータ資料の公表義務にとどまり、報告は付随効果も含む当該措置の影響全般を説明するものたりえていない。それゆえ、これらの報告は公権力による情報公開一般としての意義はあるにしても、「事後評価研究の質的要請を維持した立法事後評価を含むものではない」⁷⁴⁾という厳しい診断もなされている。

(3) 限時規定とのリンク

立法事後評価が義務付けられる規定は、限時規定(サンセット条項)であることも多い。ドイツでは、適用を時間的・地域的に限定した上で、運用の検証を予定する「実験的立法」の通称を持つ法形式も存在し⁷⁵⁾、英米圏由来のサンセット条項⁷⁶⁾と同視されることもあるが、厳密には両者は区別されるべきである。実験的立法の場合、事後評価の結果次第で改廃はあり得るとはいえ、失効を必ずしも前提にしていないのに対して、限時規定の場合は失効期日もあらかじめ設定されているからである⁷⁷⁾。治安法領域で

74) Gusy/Kapitza, a. a. O. (Anm. 68), S. 32 f.

75) ドイツにおける時限法律や実験的立法について、Vgl. Antonis Chanos, *Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung*, Berlin 1999. 邦語文献としては、大橋洋一『対話型行政法学の創造』(弘文堂、1999年)第10章、手塚・前掲注13)第8章などがある。

76) サンセット条項の起源を1976年の米国コロラド州法に求めるのが一般的だが、法の限時性という発想の淵源は中世イングランドにまで遡ることもできる。See, Antonios E. Kouroutakis, *The Constitutional Value of Sunset Clauses* (Routledge, 2017), 21-77.

77) See, Sofia Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation* (Edward Elgar, 2014), 31-38. Vgl. auch Chanos, a. a. O. (Anm. 75), S. 33-36. 手塚・前掲注13) 312頁脚注(9)も参照。ただし、機能上の同一性を重視する見方もありえる(Vgl. Höfling/Engels, a. a. O. [Anm. 52], Rn. 43-45)。手塚・同前も実験法律を時限法律の一類型と解している。

の立法事後評価は、後述Ⅲでたどる沿革からもわかるように、サンセット形式を採用する例が多い。2000年代以降のテロ対策法制の一部にサンセット条項を採用する法形式は、米国の愛国者法(Patriot Act 2001)や英国のテロリスト資金凍結法(Terrorism Asset-Freezing Act 2010)などにもみられ、ドイツ特有の現象とはいえませんが、義務的な事後評価との連結が多いのはドイツの傾向といえよう⁷⁸⁾。

ヘッセン州では原則としてあらゆる法律・命令を5年の限時規定としている⁷⁹⁾。そこまで徹底してはいないにしても、連邦でも州でも限時形式を採用する例は少なくない。立法学・行政学ではこれを法秩序の現代化・動態化の一現象と捉えたり⁸⁰⁾、「保障国家」の立法形式と位置付けたりしてきた⁸¹⁾。実際には、制定過程で激しい政治的対立を伴った法律に対して、政治的妥協として限時形式を採用する場合も多い。もちろん、そうした政治的思惑による装置であっても、ともかく延長の時期に再び政治的耳目を集めることで、立法者および法適用者へのコントロールになるという意義は是認されてよいだろう。ただし、実際の運用一般については、ルーティンな延長を繰り返すだけで立法府の政治的負担となってしまうという冷ややかな見方もある⁸²⁾。

78) S. ランコルダスは、明文上の根拠の有無にかかわらず、事後評価の実施義務は限時規定の内在的要素だと解する。Ranchordás, *supra* note 77, at 33-36.

79) Vgl. Ulich Smeddink, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth/Krings, a. a. O. (Anm. 21), § 3, Rn. 65.

80) Antonis Chanos, Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung, Berlin 1999.

81) Smeddink, a. a. O. (Anm. 79), S. 69-71.

82) Helmuth Schulze-Fielitz, Zeitoffene Gesetzgebung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 160. 同稿でシュルツェ＝フィーリッツは、「規範の洪水」や頻繁な法改正といった諸現象を「限時的な立法」(zeitoffene Gesetzgebung)という視角から分析を加えている(ebenda, S. 139 ff.)。それによれば、限時的な立法は、激しく変化する社会的・経済的諸関係への対応が強く求められる領域(すなわち租税法や経済法)には有効だが、予測可能性が重視される古典的な監視法・秩序法の領域ではそうではないとい

Ⅲ 現状と沿革

1 テロ対策立法における立法事後評価の法状況

冒頭で述べたが、2001年以降に制定された治安法制には、立法事後評価が——連邦法のみならず州法でも⁸³⁾——標準装備だといっても言い過ぎではない。その実数は、治安法制もしくはテロ対策法制の範疇設定⁸⁴⁾——刑

ゝう。彼は、サンセット方式が経験に基づいた熟慮の契機となりうるという議論についても懐疑的であり、これまでの運用は失効後の本質的な見直しのないまま自動延長化しているし、仮に、また規範が明確に失敗だったという事後評価は政党政治政争を激化することになると指摘する。そもそも、シュルツェ＝フィーリッツからすれば、限時規定や事後評価規定という発想（とその背景にある改善義務論）は、実は「持続的に設定され原理上期限のない実定法と、議会制定法の中心的な終局的な決定的役割というドグマ」に囚われたものとして批判の対象となりうる。制御の要素を構成するのは、法律だけではなく、基本法はもちろん、法規命令や行政規則、審議会や委員会の指針や勧告、その他の行政慣行なども含まれるのである（ebenda, S. 163-166）。

83) 州の警察法や憲法擁護法にも参照に値する事例は多いが、本稿では扱わない。概要については、vgl. Dieter Kugelmann, Die Evaluierung von Polizei- und Sicherheitsgesetzen, in: Gusy, a. a. O. (Anm. 5), S. 162-164. ハンブルク州などの警察法上のカメラ監視措置の立法事後評価について、vgl. Jens Lanfer, Politische Evaluationsprozesse in Gesetzgebungsverfahren zur Videoüberwachung öffentlicher Räume, in: Gusy, a. a. O. (Anm. 5), S. 85 ff. NRW州憲法擁護法の立法事後評価として、vgl. Heinrich Amadeus Wolff, Gutachten zum Gesetz zur Änderung der gesetzlichen Befristung in § 29 des Gesetzes über den Verfassungsschutz in NRW, 2011, in: Gusy, a.a.O. (Anm. 5), S. 39 ff.

84) „Sicherheitsrecht“ 概念を早い時期から使用していた M. ケッターは、刑法、刑事訴訟法、危険防除法の関連規定を狭義の安全法制と位置づけ、これに公共秩序法制、憲法擁護法制、諜報法制等を含めて広義の安全法制が構成されると整理する（Matthias Kötter, Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft, KJ 2003, S. 65）。S. タンネベルガーの「安全憲法」は、V. ゲッツが範疇化した「国内的治安」（Volkmar Götz, Innere Sicherheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 3）を前提にする。ゲッツのいう「国内的治安」とは、①「犯罪対策」（犯罪予防・刑事捜査）、住民登録・旅券発給・外国人登録・集会許可等の事務における②公安警察的性格の任務と刑事警察的性格の任務、③執行警察的性格の任務（vollzugspolizeiliche Aufgabe）、④憲法擁護機関・諜報機関の任務、⑤災害救助であるが、タンネベルガーは、このうち、⑤と集会法制以外の②を除外したものが「安全憲法」の主な構成要素だとする（Tanneberger, a. a. O. [Anm. 1], S. 8-14）。R. シェンケ他編のコンメンタール

事訴訟法100e条のような犯罪捜査，連邦警察法のような国境警備，右翼過激派データベース（RED）法などの公安警察的情報収集，出入国・滞在法制上の移民・難民管理などを含めるか否か——により異なるが，さしあたり（表）のような整理ができる。

（表）ドイツの治安法制における立法事後評価規定と運用状況（2000～2016年）⁸⁵⁾

根拠規定	評価対象条規とその内容	評価対象条規の限時性/評価期限	評価の直接の実施主体	評価報告	評価に対する連邦議会の対応
① 2002年1月9日のTB法22条3項	TB法の運用	施行後5年の現時規定/失効までに実施	内務省	2005年5月11日に公表	TB補充法の制定
② 2006年12月22日の共通データベース法5条2項	ATD法の運用	2017年12月30日までの限時規定/施行後5年で実施	Ramböllが関与し，内務省が実施	2013年3月7日に連邦議会に提出	（直接には連邦憲法裁判決を受けての）ATG法改定法による延長
③ 2007年1月10日のTBE法11条	TBE法全体の運用（実際には重要規定に限定して実施）	2012年1月10日までの限時規定/失効までに実施	Ramböll実施の評価にWolff教授の鑑定書を加え，報告を作成	2011年7月1日に連邦議会内務委員会に提出	BVerfSchG改定法による延長

ㄨ 『連邦の治安法制』（Schenke/Graulich/Ruthig [Hrsg.], Sicherheitsrecht des Bundes, München 2014）所収の法令は，① 連邦警察法，② 連邦刑事庁（BKA）法，③ 行政執行法（VwVG），④ 直接強制法（UZwG），⑤ 税関捜査官法，⑥ ATD法，⑦ RED法，⑧ 航空安全法，⑨ 在留許可情報アクセス法（VISZG），⑩ 結社法，⑪ 連邦憲法擁護庁法，⑫ 統制審査会法，⑬ 連邦情報技術安全庁法，⑭ 適性審査（SÜ）法，⑮ 欧州警察庁設置法である（警察法・公共秩序法は各州の管轄なので対象外）。

85) この整理は，ドイツ連邦議会調査官の調査資料「2001年以降のテロリズム対策に関する連邦の措置：立法と事後評価」（WDDb, Maßnahmen des Bundes zur Terrorismusbekämpfung seit 2001: Gesetzgebung und Evaluierung, 2015, WD 3-30000-044/15）を参考にした（ただし同資料は，刑事訴訟法やRED法などを対象外とする一方，移民法や旅券法を対象に含めている）。なお，2016年9月時点までのドイツのテロ対策法を一覧にした，渡辺富久子「ドイツにおけるテロ防止のための情報収集」外国の立法269号（2016年）35-38頁は資料的有用性が高い。

ドイツの治安法制における立法事後評価（１）（植松）

④ 2008年12月25日のBKA法改定法6条	BKA法4a・20j・20k条の運用	2020年12月31日までの限時規定／施行後5年で実施	MPG外国刑法・国際刑法研究所／Poscher教授	2017年6月23日に連邦政府から連邦議会に報告	(直接には連邦憲法裁判決を受けての)改定法による基本枠組みの延長
⑤ 2011年12月22日の旅券警告データベース(VWD)法17条	VWD法の運用	非限時規定／施行後3年で実施			2018年8月段階で実施の報告なし
⑥ 2012年1月10日のBVerfSchG改定法9条	同条に基づく諸権限の運用	2016年1月10日までの限時規定／失効までに実施	InGFAに委託		2015年12月3日のTB諸権限延長法による再延長
⑦ 2012年8月20日の右翼過激派対策改善法3条2項	RED法の運用	RED法7条のみ2016年1月31日までの限時規定／同日までに実施	InGFAに委託	2016年4月7日に報告を連邦議会に提出	7条は失効前の2014年12月8日のATD法等改定法で一部改定されたことに伴い、恒久規定化
⑧ 2014年12月18日のATD法改定法1条に基づくATD法9条3項	ATD法の運用	非限時規定／3年ごとの報告義務			
⑨ 2015年12月3日のTB権限延長法5条	①③⑥に基づく諸権限の運用	2021年1月10日までの限時規定／失効までに実施			

* 略記されている法律の正式名称は、本文を参照。

なお、この(表)には載せていないが、外国人移住滞在規正法⁸⁶⁾や「国

86) 2004年7月30日の外国人移住滞在規正法(Gesetz zur Steuerung und Begrenzung ↗

の脅威となる重大暴力犯罪の予備を処罰する法律」(GVV法)⁸⁷⁾のように、立法事後評価規定の不存在にもかかわらず、連立与党内の政治的妥協として立法事後評価が実施された例も存在する。また、(表)から分かるように、立法事後評価が義務付けられるのは、法令全般ではなく、基本権を侵害する強いおそれのある条規に対してである。とくに公権力による密行的な監視・情報収集(通信傍受、住居会話傍受、電子通信源監視、オンライン搜索、通信事業者や金融機関への情報照会)やデータベースによる個人情報管理(ATD, VWD, RED)に関する授權規定に対しては、立法事後評価は標準装備の傾向にある。その意味では、治安法制の立法事後評価には、例えば財政支出の有効性について費用対効果の面から検証するという視点——それは他の領域の立法事後評価では時に中心的な関心である——と同程度あるいはそれ以上に、法律の運用がもたらす不当な基本権侵害の有無の検証を重視する立法者の意図が反映されていると解しうる(そのことは立法事後評価規定の沿革からも明らかだが、実際の事後評価の運用が立法者意思と乖離していることも多い点は後述する)。もちろん、最新技術による監視・情報収集(例えばGPS, IMS キャッチャー, PC 通信監視ソフト等)やビッグ・データ型の情報管理には実効性の点で不確かな部分も多いため、これらの技術投入を費用対効果の面から検証することも、それはそれとして重要であろう。

↘ der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern)の立法事後評価は、2005年11月11日のCDU/CSU = SPD 連立協定(Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit, S. 119)に基づき、連邦内務省により実施され、2006年7月に報告書が提出されている(http://www.migration-online.de/data/evaluierungsbericht_zum_zuwanderungsgesetz.pdf)。

87) 2009年7月30日のGVV法の立法事後評価は、同年10月26日のCDU/CSU = FDP 連立協定(Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt, 2009, S. 100)に基づき、連邦司法省の委託の下、社団法人「犯罪学センター」がT. フェルテス(ルール大学ポーフム教授)と共同で事後評価を実施し、2012年8月14日に大部に及ぶ報告書を公表した(http://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/Endbericht_GVVG_Evaluierung.pdf)。

2 テロ対策立法における立法事後評価の展開

(1) テロ対策法（TB 法）事後評価

以下では、治安法制における立法事後評価の展開を概観する⁸⁸⁾。その起点は、2002年1月9日公布の「国際テロリズム対策のための法律」（テロ対策法 [TB 法] : BGBl I 2001, S. 361）である。同法は、連邦憲法擁護庁、軍防諜局、連邦情報庁、連邦国境警備隊、連邦刑事庁に「テロ対策」の新たな権限を付与する他、適性審査（SÜ）の対象拡大や結社法による規制権限強化などを内容とするものであり、多くの点において憲法上の疑義が指摘されていた⁸⁹⁾。だが他方では、「9・11事件」直後の世論を追い風に野党 CDU/CSU がより強力なテロ対策を求める中、SPD と同盟90/緑の連立政権（シュレーダー内閣）が制定した同法を「最悪のことを阻止した」と好意的に評価する向きもあった⁹⁰⁾。この立場からすれば、同法に基づき改定された関連法（連邦憲法擁護庁法、軍防諜局法、連邦情報庁法、連邦国境警備隊法、連邦刑事庁法基本法10条法、適性審査法）の諸規定を2007年1月10日までの限時規定とし、また、その失効前の立法事後評価の実施を定めた点（22条2項・3項）は、ぎりぎりのところで「非常事態の常態化」を回避する装置であった。限時規定化を「本法が設けた諸権限に対する時宜に適った（rechtzeitig）、徹底的な（intensiv）事後評価を確保するもの」と説明する同法の法案提出理由書（BT-Drs. 14/7386, S. 69）も、この立場からの期待を根拠づけるものであった。

にもかかわらず、同条に基づき連邦内務省が実施した立法事後評価は、法案提出理由書のいう「徹底した」ものとは評し難い。2005年5月11日に公表された評価報告書（TB 法事後評価報告）は⁹¹⁾、限時規定である評価対

88) 2000年代のテロ対策法制の展開は、vgl. Isa Alexandra Matz, Die Anti-Terrorismusgesetzgebung und Ihre Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht, Hamburg 2017.

89) TB 法の概要や問題点については、岡田俊幸「ドイツにおけるテロ対策法制」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』（成文堂、2006年）所収95頁以下参照。

90) Vgl. dazu Mark Holzberger, Ein Gesetz, das niemals untergeht, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 99, 2011, S. 56 f. Vgl. auch Kötter, a. a. O. (Anm. 48), S. 281-299.

91) Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der nach Artikel 22 Abs. 2 ↗

象が「どの範囲ならば期限付きでなくとも事柄に即するか、またその際、可能ならば、どのような修正が行われるべきか」を明らかにするための、「立法者の目的の実行可能性 (Praktikabilität) と達成度」を測る効果検証であったと自己規定している (S. 2)。そのためもあって、本評価の基調は、あくまでも「実効的なテロ対策は人間とその自由の保護に奉仕する」という大前提の上でのみ、「テロ対策の権限については、市民の基本権侵害の場合に、合理性、必要性および比例性が保障されねばならない」という要請にも注意を払うものになっており、評価対象である法令や政府の治安政策そのものに抜本的な批判を加えることはそもそも課題として想定していない。また、「連邦政府は可能な限り透明な立法影響評価に重きを置き、そのため可能な限り広く公衆に報告することを決めた」とするが、「諜報機関的活動の描写に際しては、秘密保護の視点をとくに配慮する姿勢を保った」とあるように、重要情報に関する具体的な表現の回避が意識的になされている (S. 2 f)。こうして、全53頁というそれなりのボリュームを持った報告書の結論は、「事後評価は、立法者の決定を圧倒的部分において裏書きするものであったが、若干の点においてさらなる改善可能性を示すものであった」という控え目な内容にとどまっている (S. 53)。

2007年1月10日のテロ対策補充法 (TB 補充法: BGBl. I 2007, S. 2) は、警察・治安官庁のテロ対策関連の権限を拡大したが、同法は TB 法の立法事後評価を踏まえて起草されたと説明されている (BT-Drs. 16/2921, S. 12)。しかし、実際には連邦議会の法案審議で評価報告が参照された形跡

↳ 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. 同報告は2017年12月1日段階では連邦内務省のウェブサイト上の掲載が確認できたが、2018年8月1日時点では閲覧できない。ただし、「市民権と警察 /CILIP」という季報を刊行している社団法人「市民権と公共の安全機構」のウェブサイト上には、連邦議会内務委員会提出版 (Innenausschuss A-Drs 15 (4) 218) がアップされている (https://archiv.cilip.de/alt/terror/eval_tbg_11052005.pdf)。

はなく、報告が僅かではあるが指摘していた改善点すらも反映されていない⁹²⁾。これらの問題点は当時から批判の対象になっており、①事後評価の専門学術的な質を高めるために外部の専門機関に調査を委託すること、②評価手続、必要なデータ根拠、議会審議の上で評価結果を利用すべき段階などを法律で予め規定しておくこと、などの必要性が指摘されてきた⁹³⁾。

（２）TB 補充法事後評価とヴォルフ鑑定

こうした経緯を経て制定されたTB 補充法も、同法の中核をなす第10条（連邦憲法擁護庁法、軍防諜局法、連邦情報庁法、SÜ法の改定による権限強化）を施行後5年間（2012年1月10日まで）の限時規定とし、失効日までに立法事後評価を義務づけていた。加えて、TB 補充法は、限時規定ではないシェンゲン協定法改定（同7条）と道路交通法改定（同9条）についても事後評価を義務づけている。また、TB 補充法において注目すべきは、これらの事後評価が「連邦議会の同意を得て任命された1名以上の専門学識者の参加の下で」実施される旨を定めている点である（同11条）。先のTB法が「新しい規定は期限の経過までに事後評価されねばならない」と定めるにとどまったのに対し、評価に専門学識者の参加とその選定への議会の関与を求める点で評価手法の羈束化の方向性がみられる⁹⁴⁾。加えて、TB 補充法に基づく関連法の改定に際して、同法に基づく措置の対象、期間、費用等に関する連邦議会の統制委員会（PKK、2009年以降は統制審査会）への報告を連邦宰相庁長官に義務づける規定が設けられ、立法事後評価との重層的なコントロールが可能になったといえる。

実施されたTB 補充法の立法事後評価には、2つの特徴がみられる。

92) Vgl. Fredrik Roggan/Nils Bergemann, Die „neue Sicherheitsarchitektur“ der Bundesrepublik Deutschland, NJW 2007, S. 879.

93) Vgl. Albers, a. a. O. (Anm. 18), S. 494 f., 497-499; Weinzierl, a. a. O. (Anm. 17), S. 93 f.

94) この点を積極的に評価するものとして, Albers, a. a. O. (Anm. 18), S. 495.

第1に、評価を実施したのがハンブルクの民間事業評価会社・ラムボル (Rambøll Management GmbH) だという点である (1名の専門学術的助言者が参加)。連邦内務省自身が実施した TB 法事後評価に比べれば、評価の客観性が担保されたと解する余地はあろう。第2に、評価対象のうち特に重要なものについて、ラムボル社の事後評価とは別に、ヴィアドリナ欧州大学公法講座教授 (当時) H. A. ヴォルフにも評価の委託がなされた点である。ヴォルフに委託されたのは、ラムボル社の評価に基づく報告原案を基に、とくに重要な規定の運用状況に関して、措置対象者の基本権への影響を「憲法学的観点」から鑑定することであった⁹⁵⁾。この憲法学的二次鑑定 (staatsrechtswissenschaftliches Zweitgutachten) の実施は、2009年9月の連邦議会選挙後の政治状況が影響している⁹⁶⁾。すなわち、SPD との大連立を解消した CDU/CSU は FDP との連立を選択した。経済・社会政策では新自由主義路線が主流派とはいえ、党内左派の影響で治安政策ではリベラルな姿勢を見せがちな FDP を連立相手に選んだことは、こと治安法制についていえば大連立時代よりも政権内不和の火種を抱えることを意味した。発足した第2次メルケル内閣では司法大臣ポストを FDP が獲得し、大臣には「フライブルク派」(古参リベラル議員の多い党内グループ) の重鎮 S. ロイトホイサーーシュナレンベルガーが就任した⁹⁷⁾。これにより連邦

95) BMI, Bericht zum Ergebnis der Evaluierung nach Artikel 11 des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes vom 5. Januar 2007. BT-Innenausschuss, Ausschussdrucksache 17 (4) 271, S. 5.

96) 以下の説明は、vgl. Jürgen Dahlkamp u.a., Berliner Mauer, Der Spiegel 26/2011, S. 34 ff.; Stefan Krempt, Bundesregierung: Verlängerung der Anti-Terror-Gesetz, heise online vom 17.08.2011 (<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Bundesregierung-Verlaengerung-der-Anti-Terror-Gesetze-1324438.html>). BKA 法の検証や電気通信監視の事後評価を盛り込んだ連立協定での治安政策については、Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP: WACHSTUM. BILDUNG. ZUSAMMENHALT., S. 98-112. 植松健一「連邦刑事庁 (BKA)・ラスター捜査・オンライン検索 (3・完)」島大法学53巻3号 (2010年) 112-113頁も参照。

97) 第5次コール内閣で司法大臣を務めた時には、住居内会話傍受 (大盗聴) 導入に反対して大臣を辞職している。第2次メルケル内閣の法務政策の自己総括として、vgl. Sabine

司法省は、H.-P. フリードリッヒ（CDU）を大臣とする連邦内務省と治安政策をめぐる対立を深めていく⁹⁸⁾。今回の事後評価をもってTB補充法を恒久法化したいCDUや内務省に対して、ロイトホイサー—シュナレンベルガーは再延長にさえ消極的な姿勢を見せていた。つまり二次鑑定の実施は、TB補充法の権限強化と恒久法化（少なくとも再延長）について司法省の合意を期待する内務省側の譲歩だったのである。こうした政治的綱引きの中での急遽の決定だったこともあり、連邦内務省からの委託後わずか14日間という突貫作業でヴォルフの鑑定は連邦内務委員会に提出されることになった⁹⁹⁾。このヴォルフ鑑定を「十分に顧慮して」内務省の事後評価報告が策定され、2011年6月1日に内務委員会に提出された¹⁰⁰⁾。そこでは、条項ごとの効果検証と「憲法学的評価」を受けた見直し勧告も付されている。立法事後評価に公法学者の手による「憲法学的評価」を組み込んだ点は、立法事後評価の展開の中での画期性が認められよう。

しかし、この評価報告に対しても「茶番」だとする否定的な見方が少なくない¹⁰¹⁾。たしかに、この報告書にはなお多くの問題点が存在していた。まず、ヴォルフ鑑定についていえば、内務省の設定した課題が極めて限定されていた点に根本的な問題点がある。すなわち、①侵害権限の適用困難性の解明、②治安官庁の運用の適法性の審査、③規範の合憲性の解明、④侵害授權延長の可否という立法政策的問題への回答、⑤評価報告草案

↳Leutheusser-Schnarrenberger, Recht ist, was der Freiheit dient, RuP 2013, S. 65 ff.

98) Severin Weiland, Terrorbekämpfung: Innenminister Friedrich düpiert die Liberalen, SPIEGEL-ONLEINE von 18.5.2011.

99) Heinrich Amadeus Wolff, Verfassungsrechtliche Bewertung des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes (TBEG) und seiner Anwendung, BT-Innenausschuss, Ausschussdrucksache 17 (4) 245, S. 20, 23 (Zit. in Thomas Schwabenbauer, Heimliche Grundrechtseingriffe, Tübingen 2013, S. 372).

100) BMI, a. a. O. (Anm. 95). ただし2011年7月1日付で内務委員会に提出された2011年3月14日版は「未定稿」とされている。

101) Schwabenbauer, a. a. O. (Anm. 99), S. 371. Vgl. auch Rosemarie Will, Die Evaluation als Bürgerrechtsfrage, Mitteilungen der Humanistischen Union, Nr. 214, 2011, S. 3; Holzberger, a. a. O. (Anm. 90), S. 60 f.

への評価、⑥ 鑑定任務の限定への評価についてはすべて委託課題の範囲外とされており、憲法的基準に照らして評価を行う余地が——それが期待されての委託であったはずであるのに——あらかじめ存在しなかったのである（ただし①と③を任意に行うことまでは妨げておらず、実際、鑑定はこれらの審査に踏み込んでいる）。作業期間の短さと作業課題の限定に加え、参照資料の限定（基本的に評価報告書原案の鑑定であり、独自のデータ入手権限は付与されていない）という悪条件の下、ヴォルフ鑑定に基づく内務省報告での「憲法学的評価」は対象規定の多くの部分について十分な論証の提示もなく合憲性の診断を下しており、「ヴォルフの憲法上の評価は自家薬籠中のもの（seitenstark）だったが、どちらかといえば内容的には空虚」¹⁰²⁾という厳しい評価を招く内容にとどまった。また、ヴォルフ報告も内務省評価報告も、一般的アクセスが困難な取扱いがなされている（「取扱注意：関係者限定」[VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH] 指定）という点での問題がある¹⁰³⁾。連邦議会内務委員会に提出されたのはあくまで内務省報告であって、閣議決定を経た政府報告ではない点にも批判がある¹⁰⁴⁾。とはいえ、この内務省報告には（立法技術上のやや些末な点も含むが）10項目の改善勧告に加えて、1項目の規定非延長勧告（連邦憲法擁護庁法8a条2項第1文3号に基づき憲法擁護庁・軍防諜局・連邦情報庁に付与された郵便記録の郵便事業者への照会権）があり（S. 44-47）、後者の勧告も含めて2012年の連邦憲法擁護庁法の改定（後述(5)）の際に反映された事実は記しておく価値があるだろう。もとより郵便記録照会は、電子通信記録や銀行口座の調査に比べて有効性に乏しく、実際に調査対象期間中に行使されなかったという必要性の観点からの廃止論であって、必ずしも基本権保護の観点に基づくもの

102) Schwabenbauer, a. a. O. (Anm. 99), S. 372.

103) ヴォルフ鑑定と内務省報告はいずれも連邦議会内務委員会に提出した公文書であるが、連邦議会のウェブ・サイトでは閲覧できない。本稿執筆にあたっては、内務省報告についてのみ H. A. Wolff 氏（現在はバイロイト大学教授）より PDF ファイルの提供を受けることができた。

104) Julian Krüper, Legitimation durch Evaluation, in: Gusy, a. a. O. (Anm. 5), S. 172.

ではない。それでも、必要性が生じる可能性が排除されない以上は維持するということではなく、活用されなければ廃止すべきというスタンスを示した点については過小評価すべきではない。しかし他方、9条2項第8-11文（職員の安全確保を目的とする住居監視）のように最終的に非延長になった規定が（ヴォルフの憲法学的鑑定も含めて）内務省報告では問題視されずに、恒久規定化の勧告すらなされている点は（S. 77-79）、この報告の実践上の役割を判定する上で押さえておくべきであろう。

（3）治安立法の調査に関する政府調査会（Regierungskommission）報告

その後の連立間交渉において FDP も TB 補充法の再延長を容認するが、その条件として、法定上の事後評価とは別に、ドイツの治安法制全体に関する専門家による検証を求めた。その結果、2011年8月17日に「2001年9月11日以降のドイツにおける治安のアーキテクチャー（Sicherheitsarchitektur）と治安立法の調査のための政府調査会」の設置が閣議決定された。ロイトホイサー-シュナレンベルガー法相は、次のように期待を表明している。「この新しい調査会によって、過去10年の治安のアーキテクチャーと治安立法は、包括的で批判的な全体的見取り図（Gesamtschau）が与えられることとなります。調査会は法治国家的という優越的視座をもって、将来の立法と治安のアーキテクチャーに対しての具体的な勧告に取り組むでしょう」¹⁰⁵⁾。

このような経緯で立ち上げられた政府調査会は、連邦内務省と連邦司法省が共同で事務局を担い、委員は S. カラー内務審議官、V. ギースラー司法審議官および4名の専門有識者（連邦検事総長 M. ハルムス、マンハイム大助教授 M. ベッカー、弁護士の B. ヒルシュ¹⁰⁶⁾、そして H. A. ヴォルフ）で構成された。ドイツのテロ対策立法の展開の「批判的な調査」により将来の「治安のアーキテクチャー」への示唆を任務とするこの委員会は、2013年

105) BMJ, Pressemitteilung vom 17.8.2011. Zit. in Will, a. a. O (Anm. 101), S. 2.

106) ロイトホイサー-シュナレンベルガーの盟友である FDP 系の弁護士。

に発覚した NSU 事件を受けて¹⁰⁷⁾、当初の「国際的なイスラム聖戦的 (jihadistisch) テロリズム」対策に加えて右翼テロリズム対策の法律にまで対象を拡大することになった¹⁰⁸⁾。

政府調査会は2013年1月末の初会合以降、連邦宰相府、連邦財務省、連邦防衛省の各職員も陪席した会合が行われ、同年8月28日に中間報告の位置づけで「ドイツにおける治安立法の審査に関する政府調査会報告」¹⁰⁹⁾ (以下、RK 報告) が提出された。全307頁に及ぶ RK 報告は、①「現状報告」、②「確認された効果の結びつき：法的・法政策的評価」、③「立法者に対する勧告」という3部構成となっている。同調査会に許された時間的制約から、評価の対象は重点項目として、「様々な官庁とその協働および当該諸官庁の任務・権限——とくに重複と多重権限の観点から——の展開の批判的全体像」(S. 1, 4) に絞られている。RK 報告は、各委員の作業が依拠する前提の相違を統一化しないことを意図的に選択し、意見対立のある評価や勧告については、委員の賛否状況を記している。「各テーマへの各個の勧告と解決アプローチへの賛否に関する異なる意見と多数の論拠の透明性ある表明を通じてこそ、どの委員の立場から見ても、将来的の説得力のある政治的決定が下しやすくなるだろう」(S. 5)。その結果、法律の運用に対する評価やその再調査勧告・改善勧告をめぐり、多くの点において基本権重視派(ベッカー、ヒルシュ、ヴォルフ、ギースラー)と治安重視派

107) 極右暴力組織 NSU (Nationalsozialistischer Untergrund) がドイツ各地で起こした外国系住民殺害の発覚の過程で、同組織を監視していたはずの各州の憲法擁護局が事件を阻止できなかったばかりか、当局による情報隠蔽、さらには擁護局職員による事件への関与疑惑まで浮上し、連邦憲法擁護庁長官の引責辞任にまで至った事件。

108) BML/BMJ, Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland (https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2013/regierungskommission-sicherheitsgesetzgebung.pdf?__blob=publicationFile), S. 1. なお、同じく2013年に社会問題化した米国連邦情報局(NSA)の防諜活動(とドイツ連邦情報局の関与)の問題は、その発覚が報告原案確定後のため検討から外されている(S. 5)。

109) BML/BMJ, a. a. O. (Anm. 108). JBÖS 2014/2015, S. 375 ff. には、同報告の評価と勧告の部分を中心に抄録がある。

（ハルムス，カラー）の対立が可視化されている¹¹⁰⁾。とはいえ，委員全員一致での評価や再調査勧告に至った点も少なくない。とくに，警察と諜報機関との情報共有については，連邦憲法裁 ATD 法判決が出た後の時期ということもあり，関連諸規定が同判決の基準を充たしているかの再審査を勧告している（S. 274 f.）。しかしながら RK 報告が出た直後には，フリードリヒ内相が軍防諜局の任務は将来的には連邦軍と憲法擁護庁によって協働で行われるべきだという発言をしている¹¹¹⁾。内務大臣が，報告書の勧告——治安重視派の委員は従来型の軍防諜局の自律性を主張し，他方，基本権重視派の委員は軍防諜局の活動を可能な限り連邦憲法擁護庁・連邦情報庁に移管することを主張していた（S. 268 f.）——とは異なる姿勢を明らかにしたことで，司法省＝FDP の影響力の強い RK 報告の権威は少なからず損なわれるかたちとなった。

（４） ATD 法（テロ対策データベース法）事後評価

政府委員会の活動期間であった2013年3月7日には，「テロ対策データベース法の事後評価報告」（BT-Drs. 17/12665（neu）. 以下，ATD 法事後評価報告）が連邦議会に提出されている¹¹²⁾。この立法事後評価の根拠規定は2006年12月22日の共通データベース法（連邦と各州の警察官庁および諜報機関の共通データバンク設置のための法律：BGBl. I 2006，S. 3409）5条2項であり，そこでは同法を受けて制定される ATD 法（BGBl. I 2006，S. 3409）の施行後5年の事後評価を義務付けていた。事後評価は，内務省統括の下，

110) ただし，この境界線が常に固定的だったわけではなく，基本権重視派の内部でも原理派といえるベッカーとヒルシュに対し，穏健派のヴォルフとギースラーは案件ごとに是非々の対応もしている。また，治安立法の今後の事後評価の際には隠密捜査の裁判官統制の実効性を審査すべきという勧告については，基本権重視派の4委員だけでなく，治安重視派のハルムスもこれに同調している（Vgl. BMI/BMJ, a. a. O. [Anm. 108], S. 265-267）。

111) Vgl. Severin Weiland, Überprüfung der Sicherheitsgesetze, SPIEGEL-ONLEINE von 28.8.2013. Auch Vgl. FAZ von 28. Jur. 2013.

112) ATD 法の内容と憲法上問題点については，vgl. z. B. Julia Stubenrauch, Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, Baden-Baden 2009.

司法省との調整の下で策定した調査計画 „Fainkonzept“ に基づき、ラムボル社と内務省職員から成る作業チームにより実施された。また、TB 補充法の事後評価と同様に、憲法学的二次鑑定も予定されていた。法定上の立法事後評価と憲法学的鑑定は「議会の立法者に向けた ATD 法のさらなる立法のための連邦政府の提案で完結する」(S.7) はずであった。しかし二次鑑定が実施されないまま先行して世に出た ATD 法事後評価報告の基調は、目的達成、効果などの観点から運用について概ね問題は無いとするものであった。しかし、報告の翌月24日に ATD 法を一部違憲とする連邦憲法裁判決が出たことで (BVerfGE 133, 277)、報告の権威は失墜したといわざるをえない¹¹³⁾。例えば ATD 法事後評価報告では、ATD の運用は情報・諜報機関の分離原則 (Trennungsgebot) に抵触しないと評されている¹¹⁴⁾。他方、連邦憲法裁判決は、ATD 法の基本構造に違憲性はないと解しながらも、データベースに参加する公共機関の範囲が法令上不明確なことにより分離原則の崩壊を導きかねず規範明確性の原則に違反すると判断

113) 違憲部分の2014年末までの改正を議会に求めるこの判決に従い、ATD 法は2014年12月18日に改正されている。こうした展開の中、結局、二次鑑定は見送られた。連邦憲法裁判決 ATD 法判決については、入井凡乃「対テロデータファイル法による情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権」自治研究90巻6号(2014年)119頁以下も参照。

114) 「……仮に憲法上の分離原則が認められるのだとしても、同原則が ATD 法によって侵害されることはない。連邦・各州の憲法擁護機関およびその他の治安官庁が共通データベースの中で個人関連情報を処理する権限は、連邦法上・各州法上の特段の定めが事由、範囲およびその他の情報保護法上の要件を規律していれば、これら諸官庁の融合をもたらしものではない。……諸官庁は、法的にも事実上も自己のその時々々の任務を追求する別個の官庁であることを失わない。別々の目的からの共通データベースの設置によって憲法擁護官庁と警察官庁との任務分野・活動分野の混合が生じることはないのだから、様々な監視活動領域・情報収集領域の並走や交差も憲法上排除されるものではないであろう。共通データベースを通じて情報交換は計量可能・事後調査可能なものになる。すなわち、データベース接続が明確に規律された条件にてらして必要である場合にのみ、情報は提供されており、加えて結合データベースとして制度化することによって、情報が提供要請宛の官庁の下にあるかが確実に確認されうる」(S.52 f.)。ただし、報告も、治安官庁間の情報交換が ATD 法ではなく別の関連諸法規を根拠と行われている点を、「構造的な難点」だと問題視している点 (S.55) も指摘しておきたい。ドイツの治安法制における一般原則である分離原則については、上代・前掲注 2) 161頁以下参照。

した¹¹⁵⁾。もとより、実際の運用上の検証から分離原則が維持されていると判断することと、分離原則違反を導きかねない規範の不明確性を指摘することとでは評価の対象・観点が異なるので両者の判断は両立しうるものではあるが、政治的・社会的な受け止め方としてみれば、行政部門の自己点検としての立法事後評価の判断を憲法裁判所が覆した印象はぬぐえないであろう。

加えて連邦憲法裁判決は、ATD法ではデータ処理の透明性と個人の法的保護が「極めて限定的にしか」保全されえない分だけ「実効的な監督的統制」が重要となり、そうした統制手段の制度化は「法律のレベルでも行政運用のレベルでも強まっている要求」だと述べている（BVerfGE 133, 277, Rn. 214）。そこで念頭に置かれている具体的な制度が立法事後評価であっても不思議ではないのだが、しかし憲法裁判決が明示的に言及するのはBKAによる報告制度の法定であった。「このような報告は、テロ対策データベースにより実行されるデータ交換についての公衆の議論を可能にし、かかるデータ交換を民主的なコントロールと審査に服せしめることを可能にするために必要であり、またそのための十分な内実を持つものでなければならぬ」（ebenda, Rn. 222）¹¹⁶⁾。連邦憲法裁判決がすでに法律上インストールされている立法事後評価には言及することなく、他方、報告制度の不在をATDへの民主的コントロールの欠損と捉えている点は、治安法制における立法事後評価がなお十分な信頼を得ていないことの証左なのかもしれない（その後、実際に立法者が採用したのは、事後評価規定の廃止と報告制度の法定であった）。

115) ATD法の分離原則抵触は制定時から問題視されてきた。さしあたり、vgl. Clemens Artz, Antiterroredatei verfassungsgemäß – Trennungsgebot tot?, NVwZ 2013, S. 1329 ff. 入井・前掲注113) 125頁は、判決が念頭におく分離原則の射程の曖昧さを指摘する。

116) こうした憲法裁判所による改善要求の根拠を立法者の「新規律義務」と捉え、いわゆる「事後的修正義務」との区別を重視する、入井・前掲注50) 103頁以下も参照。

(5) BVerfSchG 改定法事後評価から TB 権限延長法へ

① 連邦憲法擁護庁法改定法 (BVerfSchG 改定法) : 前記(3)で触れた連立与党間合意の結果, 2012年1月10日を失効日とする TB 補充法10条に基づく関連法の諸規定は, 2011年12月7日の BVerfSchG 改定法 (BGBl. I 2011, S. 2576) によって一括延長された。同法により連邦憲法擁護庁には, 航空会社の保有する旅客情報や金融機関の保有する顧客情報に対する照会権限が新たに付与された (連邦憲法擁護庁法 8a-8c条)¹¹⁷⁾。ただし, 照会の条件は厳格化され, 擁護庁法 8a条1項に基づく通信事業者からの通信履歴等照会の要件は, 同3条1項が挙げる法益に対する「事実上の手がかかり (tatsächlicher Anhaltspunkt) の存在」から「重大な危険 (schwerwiegende Gefahr) を示す事実上の手がかかり」へと加重され, さらに同2項に基づく航空旅客情報や預金・信用情報等の民間事業者への照会の要件は, 「重大な危険を示す事実上の手がかかりの存在」から「重大な危険の存在の推定を事実が正当化する (Tatsachen die Annahme rechtfertigten) 場合」へと加重された¹¹⁸⁾。他方, 郵便に対する照会権は事後評価の勧告を受け入れるかたちで廃止された。加えて, 職員の安全確保を目的とする住居監視 (擁護庁法9条2項第8-11文) も利用実績の無さを理由に廃止された。

この延長においても施行後5年 (2016年1月10日まで) の限時規定とされ, 失効期日までの関連法令の立法事後評価が義務付けられた (BVerfSchG 改定法9条)。しかも BVerfSchG 改定法9条は, 「基本権侵害の頻度と影響」や, 「テロ対策という目的に対する事実に基づき示されている実効性」な

117) Vgl. dazu Heinrich Amadeus Wolff/Daniel Mundil, Die Verlängerung der speziellen Auskunftsbefugnisse der Nachrichtendienste, ZG 2012, 278 ff.; Frank-Rüdiger Jach, Verfassungsrechtliche Fragen der Verlängerung und Neuregelung von Auskunftsrechten des Verfassungsschutzes, DÖV 2012, S. 797 ff. ヤッハは, これら照会権限の拡大は, 連邦憲法擁護庁に警察上の権限を付与することを意味し, 警察・諜報分離原則との関係で憲法上の重大な問題をはらむと指摘する (ebenda, S. 798 f.)。

118) 公権力介入の侵害閾域としての「危険」概念については, さしあたり, vgl. Christoph Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2017, Rn. 101-131.

どの観点を含めた事後評価を「連邦議会の同意を得て任命された1名以上の専門的見識を持つ者の関与の下で」実施すること明示していた。この規定は、立法事後評価規定の規律密度の低さへの批判に対する一応の応答といえよう。

② BVerfSchG 改定法事後評価の概要： BVerfSchG 改定法に基づく立法事後評価は、連邦議会の同意の下、シュパイヤー公行政研究所（FÖV）の附属研究機関である「規制影響評価・事後評価機構」（InGFA）に業務委託がなされた。企画主任には事後評価研究の業績を持つ J. ツィコー（シュパイヤー行政大学教授で FÖV の所長）が指名された。その成果である「連邦憲法擁護庁法の改正法第9条に基づく事後評価報告」は、連邦政府の責任において2015年9月2日に連邦議会に提出された（BT-Drs. 18/5935）¹¹⁹⁾。

評価の対象は、BVerfSchG 改定法9条で付与された諸権限（連邦憲法擁護庁10種、軍防諜局7種、連邦情報庁3種、および適性審査）について¹²⁰⁾、2013年11月15日から2014年11月30日までの運用状況である。評価には基本権侵害の有無の検証と実効性・費用対効果の検証とが含まれているが¹²¹⁾、

119) BVerfSchG 改定法事後評価の単行本化したものに、Jan Ziekow, u.a., Gesetzliche Regelungen zur Terrorismusbekämpfung in Deutschland auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2016.

120) 内訳は、① 諜報機関の権限拡大（擁護庁法3条1項4号・5条2項、防諜局法1条1項）、② とくに情報照会権（擁護庁法8a-8c条、防諜局法4a条、情報庁法2a条）、③ IMSI キャッチャーの使用（擁護庁法9条4項、防諜局法5条、情報庁法3条）、④ 点検・情報抹消期間の変更（擁護庁法12条3項、防諜局法7条1項、情報庁法5条1項）、⑤ シェンゲン情報システム上の諜報機関の監督（Veranlassung）のための登録（Ausschreibung）（擁護庁法17条3項）、⑥ 連邦移局・難民局などの関係機関からの諜報機関への情報提供（擁護庁法18条1a項、防諜局法10条1・3項、情報庁法9条1・2項）、⑦ 諜報機関による関係機関等への情報提供（擁護庁法19条4項・5項、防諜局法11条1項、情報庁法9条1・2項）、⑧ 破壊工作の個人を対象とした事前予防（vorbeugender personeller Sabotageschutz）のための適性審査（SÜ 法1条4・5項）である。

121) 本事後評価は、実施すべき対象を以下のように明示している（S. 13-15）。① 侵害範囲（目的、対象者の数、収集されたデータの量）、② 侵害の程度（個人情報の種類・範囲、個人情報の二次提供、侵害の期間）、③ 新設条規・拡大された権限の実用性（諜報機

「経験的に確認された基本権侵害は、法適用の実情を法学的な観点とりわけ侵害の合理性と必要性の観点から判断すべきという要請を通じて、テロ対策という目的に対する効果と関係づけねばならない」と述べており、両者の評価の連動性が意識されている。他方、措置の「相当性の衡量の際に提供された鑑定が導き出した結果の政治的評価は鑑定委託の内容ではない」こと、「鑑定者には、事後評価されるべき規範の一般的な憲法的评价を行うことも、それ以外の治安のアーキテクチャーや今後ありえる技術的な可能性に見解を述べることも、ごく僅かしか委託されていない」という点も、あらかじめ明示されている(S.12)。

このような基本方針に沿うかたちで、報告書では期間内に実施された措置の件数、措置の事由、措置実施機関、措置の対象(イスラム過激派、右翼過激派、左翼過激派など)に基づく分類がなされ、措置実施機関や民間事業者からの情報提供やヒアリングなどを通じて得たデータに基づき、効果検証と法学的評価が評価対象の権限ごとに加えられている。運用上の評価においては、効率性の観点などから課題点の指摘もなされている。他方、法学的評価は、比例原則の観点(合理性・必要性・相当性)に即して進められている。一定の実施件数のある措置については、いずれも、テロ防止等の目的のための合理性・必要性を充たしており、かつ実施件数も多いとはいえず相当であるという結論が基調になっている¹²²⁾。

③ 適性審査に対する事後評価： BVerfSchG 改定法事後評価の上記

㍷ 関の適用事例・運用状況、民間事業者の適用事例・運用状況、発生しうる運用上の問題点)、④ 民間事業者にとっての情報提供要請に関連する負担(情報提供業務に費やした人的コスト、時間的コスト等)、⑤ 想定外の消極的效果などの発生しうる運用上の問題点、⑥ テロ対策の目的への効果(諜報機関にとっての取得情報の利用価値、代替手段の有無等)。

122) 例えば、連邦憲法擁護庁法8a条1項・2項・2a項に基づく情報照会に関して裁判所が発した令状は計72件(連邦憲法擁護庁70件、軍防諜局および連邦情報庁各1件)で、具体的には電話通信事業者の接続記録の照会、金融機関・ファイナンス事業者、連邦税務局への照会などである(S.25-27)。この運用状況から、報告書は、法8a条に基づく情報照会の実施件数は多いとはいえず、官庁の権限行使は抑制的なものと解することができ、したがって合理性・必要性・相当性の基準を充たしていると判定する(S.42)。

のような特徴を確認する実例として、また、事後評価の見解が法改定に反映された唯一の例として、連邦憲法擁護庁法 8 a-8 c 条、連邦情報庁法 2 a 条および軍防諜局法 4 a 条に基づく適性審査に対する事後評価を概観しておこう¹²³⁾。

同各条に基づく適性審査は、2012年から2014年の間、合計94,453件（非公共部門従業員22,990、公共部門職員8,678、軍関係勤務者62,785）に実施され、77,678件が終了している。いずれの部門においても特に強い治安上のリスクが確認された対象者は僅かであり（部門によって段階づけが異なるが最高ランクのリスクは非公共部門 2、公共部門 7、軍 329）、圧倒的部分の対象者に治安上のリスクは確認されていない。報告書は、ヒアリングなどを通じて得た情報から適性審査の運用の面での問題にも若干の言及をしている。とくに、非公共部門の審査については、安全性の脆弱な部門を有しているにもかかわらず連邦経済省に報告していないために適性審査の実施対象となっていない企業が存在するという同省担当者の指摘などを紹介している。また、適性審査手続が連邦と州で相違がある点、軍事産業のように経済省と防衛省の双方の管轄にまたがる審査対象者が存在するにもかかわらず両者の審査基準に相異があることなども課題として挙げられている。

こうした運用上の評価に続く法的評価においては、個人を対象とした拡大適性審査（erweiterte Sicherheitsüberprüfung）¹²⁴⁾が一般的行為自由および情報自己決定権の侵害に該当すること、民間事業者の職業遂行の自由の侵害に該当することを前提に、それらの侵害が正当化されると結論づける。少し長くなるが結論部分を引用する。

「部内者による破壊活動の防止のための拡大適性審査の合理性の点についてうなら、連邦経済エネルギー省の担当者の疑義の示すように、挙げられている

123) 適性審査（安全性審査）については、小島裕史「ドイツの治安関係法令（3）」警察学論集56巻6号（2003年）183頁-192頁参照。

124) 適性審査には、その嚴重さに応じて、①簡易審査、②拡大審査、③調査（Ermittlung）を伴う拡大審査、という3つの段階があり、拡大審査は中間段階の審査を伴う（SÜ 法 7 条 1 項・9 条）。

根拠(……)からは、このような制度は、SÜ法1条4項第2文の意味における破壊工作者による危険の著しい高まりが非公共部門に対して裏付けられない場合には、十分な合理性があるものとはみなせない。合理性に対する疑義は——ただし原理的なものではなく、制度設計が不十分すぎるという見地からのものであるが——防諜局も公式に認めている。破壊活動の人物単位での事前阻止という規律システムの通則的および部門特性的な審査に対するこのような批判を招きかねないのではあるが、獲得されたデータは、憲法上の意味における合理性の不存在を示す証拠をもたらすものではなかった。

破壊活動の事前阻止という目的にとって、適性審査よりも穏当かつ同等の実効性を持つ措置は——適性審査の改善はありえるにしても——見当たらない。破壊活動は外部の敵だけから来るという推測の下での権限の削減は現行と同等の実効性を奪ってしまう。

狭義の比例性の審査の基準としてまず参照されるべきは、生活上・国防上の重要性をもつ施設等における適性審査は、多くの国民の生命および生活の保護をねらいとし、もって高度の法益保護をねらいとするものだという点である。危険の潜在性の高さに鑑みて、審査には原則として高い基準を課すことも可能である。これらの諸基準にてれば、確かに、実証的な調査により獲得されたデータの分析は、拡大適性審査の適用の比例性違反それ自体の証拠をもたらさなかった。拡大適性審査の実施件数に比して、機密安全性リスクが確認できた事案件数が極めて少ないという点も、そうした比例性違反を特定しうるものではない。というのも、生活上・国防上の重要性を持つ施設または機密安全性の特に脆弱な軍事部門における破壊活動の人物単位での事前阻止の際に問題になる法益の重要性は、憲法上の観点からみて、機密安全性の脆弱な業務を行う全ての従事者を網羅的に対象とした審査を許容するからである。」(S. 76)

その上で、「とはいえ、当分析からは、事後評価した規律の個々の要素に関しては憲法上許容できる目的-手段関係の観点に基づき立法者によって新たな評価がなされるべきだという結論が導きうる」と説き、①個別の事例では、生活上・国防上の重要な施設と位置づけることが目的達成に資さない施設がある点、②審査の競合に伴う課題、③(実効性と事務負担が釣り合わない指摘された)適性審査に際しての州刑事局への情報照会の見直し、④拡大適性審査の適用対象外となる短時間従事者(SÜ法9条2項2

号)の従事期間範囲の拡大の必要性, という4点を指摘している(S.76)。

④ 侵害閾域(Eingriffsschwelle)の変更の実務への影響: 前述のように, BVerfSchG改定法により, 擁護庁法8a条1項・2項の侵害閾域は高められたが, BVerfSchG事後評価では法的な評価においてではなく, 運用上の評価の文脈で, その影響について言及している。そこでは, 連邦憲法擁護庁や連邦情報庁の職員の見解として, 実務の観点からは「事実上の手がかり」と「事実が推定を正当化する」の要件を厳密に分けることは困難であり——もともと措置には厳しい要件が課せられているという感覚を前提にしてではあるが——要件の変更が実務に変更を及ぼすことはなかったという見解が紹介されている。他方, 軍防諜局職員からの要件の厳格化に対する不満も紹介されている(S.27)。措置の要件厳格化による権限濫用の抑止という法改定の理念と実務の現場感覚との乖離が示されていて興味深い。

⑤ TB権限延長法と事後評価規定: BVerfSchG改定法事後評価を受けた2015年12月3日の「テロ対策法に基づく諸規定を延長する法律」(TB権限延長法:BGBl. I 2015, 2161)により, 2021年1月10日までの関連規定の再延長が決定された¹²⁵⁾。このTB権限延長法に基づき, 拡大適性評価の適用除外となる短期従事者の範囲については従来の1日間から4週間を下回る者に拡大された(SÜ法9条2項2号)。これは評価報告書の意見が明確に反映された唯一の点である。

今回の延長法にも限時規定と立法事後評価義務がセットで盛り込まれた(TB権限延長法5条第1文)。同法では, 「調査にあたっては侵害権限と結びついた基本権侵害の頻度および影響が含められており, かつ, テロ対策という目的への事実に基づき示されるべき効果と関連づけられていなければ

125) 他に, 諜報機関による土地登記簿閲覧の扱いに関して土地登記簿規則の一部変更がなされている。延長法の概要と, 残された課題については, vgl. Ralf Gnüchtel, Das Gesetz zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen auf Grundlage der dritten Evaluation, NVwZ 2016 S. 13 ff.

ならない。専門学識者の選出は第2文に適う事後評価の基準を考慮したものでなければならない。」(同5条第2・3文)と、従前の事後評価規定以上に評価観点の詳細化されている点が注目に値する。TB 権限延長法に基づく事後評価作業は、再び InGFA の下で実施されている。前回の諸項目に加えて上記の SÜ 法9条2項2号が新たな審査対象とされ、2018年7月の評価報告公表が予定されている¹²⁶⁾。

(6) 右翼過激派データベース (RED) 法事後評価

RED (Rechtsextremismus-Datei) は、NSU 事件を受けて2012年9月に設立されたデータベースで、連邦・州36機関の治安関係官庁が暴力主義的右翼過激派に関する情報を RED に登録することになっている。共通データベース法と ATD 法との関係と同じように、RED 法 (BGBl. I 2012, S. 1798) は2012年8月20日公布の右翼過激派対策改善法 (BGBl. I 2012, S. 1798) 1条に基づき制定され、同3条2項により RED 法の立法事後評価が義務付けられている。法構造的にも RED 法は ATD 法に準拠している¹²⁷⁾。右翼過激派対策改善法3条2項は、RED 法の運用に対して、「2016年1月31日を期限として、連邦議会の同意を得て任命された1名以上の専門学識者を含めて、連邦政府により評価されなければならない。検証の際には、データ取得・加工・利用に伴う基本権侵害の頻度と影響が含まれなければならない、かつ、暴力的右翼過激派対策という目的に対する事実に基づき示されるべき効果が関連づけられていなければならない。専門学識者の選出は、第2文にてらした事後評価の基準を考慮したものでなければならない。」となっており、①実施の責任主体が(内務省のような行政各部ではなく)連邦政府とされていること、②実施期限が明示されている

126) InGFA のウェブ・サイト (<http://www.foev-speyer.de/de/beratung/ingfa/das-institut.php>) 参照。しかし、2018年8月1日時点では公表は確認できていない。

127) Vgl. Clemens Arzt, RED-G, in: Schneke/Graulich/Ruthig, a. a. O. (Anm. 84), Vorb. Rn. 1, § 1, Rn. 1.

こと、③複数の専門家の関与が想定されていること、また事後評価に適した人物の選出を指示していること、④検証の対象・方法の大枠が示されていること、などこれまでの立法事後評価条項について指摘されてきた課題点を規律内容上は踏まえたものになっている。

なお、RED 法15条（現在は削除）は、拡張基礎データの登録・利用を定める同7条を2016年1月31日までの限時規定としていた。しかし、7条は、ATD 法が連邦憲法裁の一部違憲判決への対応として改定された際（2014年12月8日のATD 等改正法 [BGBl. I 2014, S. 2318]）に、ATD 法の拡張基礎データ規定に合わせるかたちでの改定がなされ¹²⁸⁾、同時に恒久規定化されている。

RED 法に関する立法事後評価は、BVerfSchG 改定法事後評価と同じく InGFA に委託され、効果検証と憲法学的鑑定を両方を含んだ「右翼過激派データベース法事後評価報告」は2016年4月7日に連邦議会に提出されている（BT-Drs. 18/8060）。この報告では、連邦憲法裁 ATD 法違憲判決を踏まえての憲法学的鑑定を行った旨が強調されている（S. 22, 84 ff）。7条については、運用分析については改定前のデータに基づき実施し、憲法学的評価については改定後の規定も対象にしている（S. 112-119）。

このように2005年実施のTB 事後評価を起点とする治安法制の立法事後評価は、当初のデータの提示が大半を占める文字通りの「報告書」的な性格のものから、担当部局・関係者への照会・ヒアリング結果なども組み込んだ「効果検証」としての内実を強め、加えて、比例原則審査を用いた憲法学的評価を組み込むことで——なお多くの課題はあるとはいえ——質的な充実を遂げてきた。その延長線上にあるのが2017年6月公表のBKA 法の立法事後評価だが、その内容は次節（次号以降に掲載予定）で扱う。

* 本稿は、科研費基盤研究(C)課題番号 17K03372 の研究成果の一部である。

128) Vgl. Arzt, a. a. O. (Anm. 127), § 7, Rn. 1. ATD 法（改定前）における拡張基礎データ運用の連邦憲法裁による違憲性の指摘については、入井・前掲注 113) 123頁以下参照。