目 次

はじめに

第一部 自由と安全：情報技術の発展と諜報・捜査の展開

第一章 日独の諜報・捜査	3
——「安全」概念の変遷と諜報・捜査の接近	
1 問題意識——「比例原則の空転」の重圧	3
2 9.11を経た社会の変化と法的概念としての「安全」の変遷	10
緊張の時勢 13／新しい「安全」概念と現代 15／「安全」に隠れた イデオロギーと立法 18	
3 性 質——リスクとしてのテロリズムと「安全」の意義	21
テロリズムと法的リスク 21／「安全」概念と危険・リスク 23／客 観的「安全」・主観的「安全」 28	
4 法的概念としての「安全」を脅かすテロリズムと国家の任務	35
テロリズムに対抗する国家の任務——国家目的としての「安全」 35 国家目的としての「安全」と基本権保護義務 40／秘密的・予防的・広 域的な情報収集活動の特殊性と役割 47	
5 テロリズムに対抗するための国家の情報収集活動の実態	49
主 体 49／態 様 51	
6 小 括	55
第二章 ビッグデータと公共圏	56
1 諜報・捜査の活動に変容をもたらす公共圏の変容？	56

2	ビッグデータと公共圏	58
	データ保護と民主主義	58／民主主義と人間像 61
3	公共圏の形成の基礎理論—— Kant と Habermas	63
	Kant	63／ Habermas 65
4	インターネットを通じた公共圏の自由主義的形成	70
	ビッグデータに支えられたインターネット上のプラットフォームと公共圏	70／ Carl Schmitt の公共圏論とインターネット 71
5	小 括	74

第三章 国家の情報収集と情報技術…………… 77
 ——自動データ処理の日独比較から

1	国家の情報収集活動におけるデータ処理	77
2	日本の通信傍受を用いた捜査における 「特定電子計算機」の自動データ処理機能	77
	通信傍受法総論	77／通信傍受法上の「特定電子計算機」の定義 81
	／デジタル・フォレンジックの視点から見た法的評価	81
3	ドイツの刑執行後における電子的居所監視の自動データ処理機能	85
	—— BverfGE 156, 63, Beschluß v. 1. 12. 2020	
	“電子的足かせ” 導入までの背景	85／事案の概要と異議申立人の状況
	85／ “電子的足かせ” の技術	86／決定の内容 88／考 察 89
4	小 括	90

第二部 諜 報

第一章 諜報機関の透明性…………… 95
 ——日欧制度の鳥瞰的比較

1	問題の所在	95
2	諜報機関の定義と欧州各国の法制度	97
	諜報機関の定義	97／欧州各国の法制度 98／諜報機関の国際協力と

	「サード・パーティー・ルール」	104
3	欧州各国の諜報機関を監督・統制する機関の特徴 諜報機関に対する監督・統制の意義	109 / 109 / 欧州各国の法制度 109
4	小 括——秘密性が高い行政機関に対する法的統制のあるべき姿	115
第二章 独・連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決の分析と検討……116		
——客観法的統制の観点から		
1	問題の所在	116
2	国家の情報収集活動を統制する構造とその根拠 情報管理という「統制システム」の横軸 「統制システム」の縦軸	117 / 121 / 統治機構という「統制システム」への根本的疑問と本章の問題意識 122
3	連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決 事案の概要	123 / 判 旨 126
4	諜報機関の「客観法的統制」の内容形成に関する近年の議論 諜報機関に向けられた法的ドグマティックの形成	132 / 132 / 連邦情報局法外国間通信偵察違憲判決に対する学説の影響 136
5	基本権の客観法的側面と基本法の客観法領域における要請 基本権の構造	140 / 140 / 基本権の客観的次元と客観法に関する一視角——Alexy の用語法を契機として 146 / 若干の分析と Wahl の視点 152
6	小 括	156
第三章 国家の情報収集活動の個別的統制機関……159		
1	国家の情報収集活動に関する二つの仮説	159
2	諜報機関の統制 情報収集活動の主体としての諜報機関	160 / 160 / 諜報機関に対する監督と統制 163 / 日本における情報収集活動の監督・統制の現状 164
3	ドイツにおける個別的統制機関の検討 ——基本法10条審査会を題材として 基本法10条の保護領域	167 / 167 / 基本法10条審査会の組織 174 / 基本法

10条審査会の機能	180	基本法10条審査会の憲法上の位置付け	185
4	日本における国家の情報収集活動の個別的統制機関設置に向けて	195	
	設置形態の検討①——立法府	196	設置形態の検討②——行政府
	／第三者機関の設置と令状主義		捜査機関と諜報機関の接近・再訪
			205
5	小 括	209	
第四章 諜報活動と予防的警察活動の共通点とその争い方…………… 212			
——日・大垣警察市民監視事件第一審を契機として			
1	はじめに	212	
2	大垣警察市民監視事件岐阜地裁判決（第一審）の概要	212	
	事案の概要	212	甲事件について
		213	乙事件について
			215
3	憲法上の課題	216	
	従来の判決との関係における整理——違法性判断の重点の変遷から見る問題の所在	216	憲法上の権利をどのように保障するか？
			221
4	主張・立証責任の転換	231	
	——違法な情報収集であることの主張・立証責任を原告が負うべきか「伊方の定式」活用の余地？	231	強制処分・任意処分二元論の再訪
	——憲法32条の観点から	233	
5	小 括	235	

第三部 捜 査

第一章 暗号化通信の傍受…………… 241			
——独・刑事訴訟法における端末通信傍受とオンライン捜索			
1	はじめに	241	
2	端末通信傍受の性質	241	
	端末通信傍受導入の技術的背景	241	端末通信傍受の法的根拠
	／端末通信傍受とオンライン捜索の相違	243	
3	端末通信傍受に関するドイツ刑事訴訟法規定の改正経緯	247	

	2008年改正以前の刑事訴訟法100a条	247	/	2008年の刑事訴訟法100a条改正	247	/	オンライン搜索判決 (BVerfGE 120, 274)	249	/	2017年の刑事訴訟法100a条改正	249
4	現行刑事訴訟法100a条1項2文及び3文の憲法上の課題	250		100a条1項2文	250	/	100a条1項3文	252	/	若干の考察	253
5	小括	253									
第二章 プラットフォーマーから刑事訴追機関への情報提供の法的課題… 255											
——独・SNS 対策法5条を題材として											
1	はじめに	255									
2	ドイツにおける情報提供についての「同意」とプラットフォーム	258		ドイツにおける先行判例	258	/	ドイツの情報自己決定権における「同意」	260	/	「同意」の射程と刑事訴追	261
3	情報提供の「自由意志」と「窓口」設置の義務付け	264		SNS 対策法の制定過程における議論	264	/	2021年改正	274			
4	日本におけるプラットフォームから刑事訴追官庁への情報提供の法的課題への示唆	278									
5	小括	281									
第三章 国際司法共助により得た証拠の刑事手続における使用と憲法上の権利… 282											
——欧州・EncroChat への合同捜査を契機として											
1	はじめに	282									
2	国際司法共助による EncroChat へのオンライン搜索の背景	283		EncroChat への搜索	283	/	欧州における国境を越えた情報収集	284			
3	ドイツにおける EncroChat への搜索で得られた証拠の使用禁止の議論	286		ベルリン地方裁判所決定	286	/	ベルリン上級地方裁判所決定	290	/	何が問題か——憲法学的観点に基づく考察	292
4	日本への示唆——最決令和3年2月1日との比較から	293		最決令和3年2月1日の概略	293	/	ドイツの事例を通じて明らかになった問題意識との対比・分析	294			

第四章 国際司法共助を経ずに得た証拠の刑事手続における使用と主権… 298
——日・FC2事件から

- 1 はじめに——主権侵害の違法性と憲法秩序 298
- 2 主権侵害と「重大な違法」 299
憲法を頂点とする法制度を是認する国家にとっての他国の主権——法治国家のレーゾンデートル 299／「重大な違法」の限定の欠缺——誰にとつての「重大」さか？ 302
- 3 ドイツの裁判例から見る越境捜索と「主権」 305
EncroChat オンライン捜索事件第一審 305／抗告審を踏まえた検討と考察 307
- 4 小 括 309

第四部 諜報・捜査の共通課題と統制システム

第一章 予防的国家活動における比例原則の空転…………… 313
—— je-desto 公式と「安全」

- 1 国家の情報収集活動の裁判所による統制 313
比例原則と予防的警察活動 313／予防的警察活動に関するドイツの裁判例と je-desto 公式 316
- 2 je-desto 公式と狭義の比例性審査 327
比例原則と je-desto 公式 327／ je-desto 公式の位置付け— Alexy の重要性公式を用いた試論 330
- 3 小 括 344

第二章 予防的国家活動を統制する立法における立法評価…………… 346

- 1 はじめに——刑事訴訟法上の捜査と個人情報 346
日 本 346／ドイツ 349

2	ドイツにおける立法の展開と裁判例	351
	世界同時多発テロ発生以降——反テロ立法の確立	351/2006年以降——
	連邦憲法裁判所判例と立法	352
3	立法のチェック機能——立法評価	359
	立法評価論の憲法学上の位置付け	359/テロリズム対策立法と立法評価
	—— ATDG を題材に	362
4	小括	376
第三章 統制システムの構想		379
	—— 諜報・捜査の共通課題から	
1	情報収集統制の視点	379
	「情報収集」と「監視」	379/情報管理の端緒としての情報収集
	／予防的且つ秘密的な情報収集の特徴——情報管理の視点から	381 383
2	情報の「提供」と憲法上の要請	384
	情報の「提供」と情報公開	384/情報の「提供」としての令状呈示
		386
3	統制システム・縦軸——憲法上の統治機構の役割	389
	情報管理と憲法上の統治機構	389/統制システムにおける情報管理の諸
	段階と情報収集	392
4	統制システム・横軸	393
	—— 憲法上の権利の保障のための段階的アプローチ	
5	小括	395

おわりに
事項索引