

# 実質的警察概念論と制度上の警察の法理論

島田茂

実質的警察概念論と制度上の警察の法理論

- I はじめに
- II 実質的警察概念の意義と問題点
  - 1 実質的警察概念と他の警察概念との関連
  - 2 実質的警察概念の継受
  - 3 戦後警察法学における実質的警察概念への批判
    - (1) 実質的警察概念にたいする批判
    - (2) 学問上の警察概念にたいする批判
- III 制度上の警察と警察権の統制法理
  - 1 法治主義の視点
  - 2 警察法上の基本原則としての抑制の原理
    - (1) 抑制の原理の意義
    - (2) 抑制の原理と警察権の限界論
  - 3 警察作用の機能的特徴
- IV おわりに

## I はじめに

ドイツにおいても、また、わが国においても、実質的警察概念は、戦前・戦後を通じて、警察法理論の中核に位置する概念として重要な意味を与えられ、この概念を基軸として警察権を統制するための様々な法理がつけられてきた。実質的警察概念は、一九世紀ドイツの行政裁判所の判例および学説を中心に形づくられてきたが、美濃部達吉、佐々木惣一などの戦前の公法学者の手によってわが国にも取り入れられ、さらに、戦後も、田中二郎等の行政法学者によって行政法（警察法）理論の体系化のための道具概念として重要視されてきた。

しかし、今日の両国の行政法（警察法）学においては、実質的警察概念および同概念を起点としてつくられてきた警察権の統制法理について様々な観点から批判的な見解がだされるに至っている。そこで、本稿では、まず、一九世紀ドイツにおいて形成されてきた実質的警察概念が戦後の両国の行政法（警察法）学に継受されることになった経緯を明らかにするとともに、今日のわが国の警察法の理論的考察においてこの概念の有する意味を検討することにしたい。<sup>(I)</sup>さらに、この検討の結果を踏まえたいうで、実質的警察概念を基軸とする伝統的な警察法理論とは異なる視点からの新たな法理論の展開の可能性についても論じていくことにしたい。

## II 実質的警察概念の意義と問題点

## 1 実質的警察概念と他の警察概念との関連

一 戦後ドイツの警察法関係の文献において実質的警察概念（*der materielle Polizeibegriff*）が扱われるときしばしば引用されるのは、一九三一年に制定されたプロイセン警察行政法一四条一項の規定である。この規定では、

「警察官庁は、現行法の範囲内において、公共の安全または秩序にたいする危険から公共または個人を防御するために必要な措置を義務適合的な裁量に従ってとることができる」と定められている。公共の安全と秩序にたいする危険の防除という消極的な警察任務の設定と、この警察任務の遂行に必要な措置の包括的な授権（警察概括的授権）が、ともに同規定において定められていたのである。<sup>2)</sup>

一方、わが国でも、警察法理論の体系化の際に実質的警察概念が重視されてきたのであって、この点では、ドイツと異ならない。田中二郎や田上稜治が著した行政法あるいは警察法の体系書では消極目的の権力作用として警察作用が捉えられ、この概念を基軸として警察法理論の体系が組み立てられてきた。<sup>3)</sup>

実質的警察概念は、「危険（障害）防除」という目的的契機と「権力作用」という手段的契機によってその範囲が画定されるところの特定の行政作用を意味する。誰がこの権力行政を担うかという主体的・組織的契機は実質的警察概念にとって本質的な要素ではない。また、ドイツやわが国においては、実質的警察概念は、「警察権は本来的に国家に帰属する」という考え方、すなわち「国家警察権の論理」と密接な関係のもとにおかれてきたが、この理論を前提にしなければ警察概念を実質的に捉えることができないというわけではない。この意味において、実質的警察概念は、純粹に行政作用（機能）上の概念であるということができる。

二 実質的警察概念には「形式的警察概念 (der formelle Polizeibegriff)」の語が対置される。形式的警察概念は、実質的警察概念のように、行政の目的および手段の要素に着目して「警察作用」と呼ばれる特定の行政作用の内容を確定する機能を有するものではない。同概念が提示するのは、実定法によって警察組織として位置づけられた特定の行政組織に帰属する権限の総体である。

プロイセン警察行政法一四条二項は、警察官庁が、法律の授権に基づいて、危険防除以外の任務を行うことを

認めている。同法の立法者は、まず、第一四条一項において、警察官庁の任務として危険防止の任務を掲げるとともに、この任務の遂行に必要な手段に関して包括的な授權を承認した。そして、同条二項において、法律による個別の授權があれば、警察官庁の任務が危険防止の枠を超えることも承認したのである。この点において、実質的警察概念の立法化の試みとして評価することのできるプロイセン警察行政法にあっても、形式的警察概念を設定する意義は否定されていなかったということができる。

形式的警察概念は、警察組織が危険防止以外の任務の遂行のために法令によって権限を付与されるとき、それも「警察作用」として捉える。この意味において、形式的警察概念は、行政作用ではなく特定の行政組織の権限に着目した概念であるといえ、「危険防止」や「権力作用」という行政作用の目的や手段の概念的契機による内容の限定を伴わない。積極目的の活動も、法令がその権限を警察組織に付与すれば、形式的警察概念の領域に入れられ、また、犯罪捜査などの司法警察上の作用も、それが警察組織の権限とされるかぎり、同概念の範疇のなかに取り込まれる。また、形式的警察概念によって捉えられる行政活動の範囲を判断するための基準は、この概念の内容から導くことはできず、結局、立法者の政策的判断に委ねられることになる。このように、形式的警察概念は、「警察」と称される特定の行政組織にたいして立法者が付与した権限の総体を示す記述的概念としての意味しかもたないということに留意すべきである。

また、「制度的警察概念 (der institutionelle Polizeibegriff)」あるいは「組織法的警察概念 (der organisationsrechtliche Polizeibegriff)」と呼ばれる警察概念は、警察組織の任務と権限に着目した概念である点において形式的警察概念と共通する側面を有する。しかし、形式的警察概念は、警察組織が有する権限の範囲を認識し記述するためにつくられた概念であって、それ自体は警察組織の権限の総体を示す概念にすぎず、実質的警察概念との

間で矛盾・対立の關係を生ぜしめることはない。これにたいして、制度的（組織的）警察概念は、警察作用の実質的定義を行うものではない点では形式的警察概念と同じであるが、単に警察組織の権限の総体を描き出すための記述的概念ではない。それは、実質的警察概念にたいする否定的・對抗的要素を内在させており、この点において形式的警察概念とは異なる。

三 実質的警察概念と形式的警察概念を区別する意味は、ドイツでは、ドレフスの警察法理論を継受したヴァツケ、また、わが国では、美濃部達吉の行政法理論を継受した田中二郎が強調した論点である。ヴァツケはプロイセン警察法の伝統を継受する観点から、また、田中二郎は行政作用法の理論的体系化の観点から実質的警察概念の意義を積極的に評価するとともに、第二次世界大戦後に占領軍当局の主導のもとに実施された警察制度改革の影響を組織法のレベルに留めることを試みた。実質的警察概念と形式的警察概念との峻別論は、伝統的なドイツ警察法理論の体系と、英米法的な思考を強く反映した戦後の警察実定法制度との關係を統合する方向ではなく、これらの理論と制度の間に存在する原理的思考の違いを認めたくえて、伝統的なドイツ法的警察法理論の体系にたいする英米法的警察制度改革の影響を極力排除し、よって戦前と戦後の警察法理論の体系的継続性を確保する方向において重要な役割を果たした。<sup>1)</sup>

他方、実質的警察概念と制度的警察概念の対立は、プロイセン警察法理論を批判するバイエルン警察法学派の論者によってもたらされた。第二次世界大戦前の南ドイツにおいて主張された個別的授權論を継承したF・マイヤーは、プロイセン警察法理論が採る概括的授權論を批判するとともに、戦後改革によってもたらされた英米法的な警察法制度の導入を肯定的に評価しただけでなく、当該制度改革の趣旨を反映しつつ、実質的警察概念に替わる新たな警察概念の創設を提唱した。これが制度的警察概念である。ただし、F・マイヤー等のバイエルン警

察法学派の論者によって行われた制度的警察概念の設定の試みは、プロイセン警察法の伝統である警察概括的授権の原則の批判の延長線上にあり、一九世紀後期から第二次世界大戦後にかけてドイツの自由主義的警察法理論の骨格を形成してきた実質的警察概念とは異なり、理論的に体系化された警察法理を提示する段階にまで至ることはなかった。<sup>5)</sup>

## 2 実質的警察概念の継受

一 ドイツにおいても、また、わが国においても、「警察」という語を冠した国家作用の内容を如何なるものとして捉えるかは、侵害行政法理論において極めて重要な課題とされ、このテーマを直接的または間接的に扱うモノグラフィも数多く公にされてきた。わが国で有名なのは、美濃部達吉と佐々木惣一の行政法理論にみられる警察概念の定義の相違であるが、ドイツにおいては一九世紀から警察概念をめぐって多様な見解が提示されてきた。一九世紀ドイツにおける警察概念、特にクロイツベルク判決（一八八二年）が現れた時期に唱えられた警察概念については、目的の要素を先行させるか、それとも権力（強制）の要素を先行させるかについて学説上の対立があったものの、結局、一九世紀後期のドイツにおいては、消極目的の権力的作用として両要素が統一的に把握され、さらに国家的必須性と授権原則の特殊性が当該行政作用を他の行政作用から峻別する実質的要素として警察概念のなかに組み込まれることになった。<sup>6)</sup>そして、このようにして、一九世紀プロイセンの立憲君主制的憲法構造下でつくられた実質的警察概念は、ワイマール憲法下に止まらず、第二次世界大戦後のボン基本法下においても、プロイセン警察法の伝統を高く評価するヴァツケ等の論者によって、その継受が試みられたのである。

ヴァツケは、一九三一年に制定されたプロイセン警察行政法およびドレスの警察法理論を戦後ドイツ警察法

の展開の礎石にしようと試みたが、その際、さしあたり二つ課題を克服することが必要とされた。その一は、一九世紀後半のドイツにおいて形成されてきたプロイセン警察法理論が、第二次世界大戦後の新しい民主的憲法秩序のもとでも妥当性を有することを如何に論証するかということであり、他は、占領国である英米の警察法思想の影響を強く受けた新たな警察法制度と、ドイツの伝統的な警察法理論の関係を如何に整合的に捉えるのか、という課題である。そして、後者の課題については、ヴァッケは、すでに触れたように、実質的警察概念と形式的警察概念を使い分けることによって対処しようとした。他方、前者の課題については、プロイセン警察法とナチス警察法の関係からみて比較的容易に克服することができたように思われる。

二 ヘーンなどのナチス警察法のイデオログは、自由主義的な要素を有していたプロイセン警察法にたいする敵意を顕にし、その徹底的な排除を主張するとともに、ヒトラー総統を中心とする民族主義的・中央集権的国家体制の確立という政治目標の実現の手段として警察を位置づけた。そこでの警察法は、権力統制法としての性格を著しく後退させ、もっぱら治安警察活動の正当化法としての性格のみが前面に押し出された。また、消極目的原則、比例原則、警察義務者の法理などの、プロイセン警察法が取り入れた自由主義的な警察権の統制法理は、その価値を尽く否定され、民族共同体の維持・発展というナチスの政治理念の実現に障害になると判断された市民の活動のすべてが警察による取締りの対象とされた。

ナチス警察法のイデオログが伝統的なプロイセン警察法をどのように評価したのかは、プロイセン警察法にたいする彼らの評価をみれば容易に理解できる。ヘーンに代表されるナチス警察法のイデオログは、この法律の自由主義的側面を厳しく批判し、その法律としての機能の停止に至る道筋をつくりあげた。ナチス政権下においてもプロイセン警察法は形式的には存続していたが、実質的には廃止同然の状況におかれた。同法一

四条一項の「公共の秩序 (die öffentliche Ordnung)」概念の拡張解釈を通じてナチス警察の活動の正当性を承認しようとしたドレフスの試みもナチスの警察実務や警察法学説によって拒否された。もし、同法をナチスの「一般警察法」として認めさせようとしたドレフスの試みが成功裡に実現していたならば、終戦後、占領軍当局は同法の廃止を決定していたかもしれない。<sup>7)</sup>

三 第二次世界大戦後の占領軍当局による警察制度改革が、ナチスの警察法思想の存続を全面的に否定したことはいうまでもない。占領軍当局は、ナチスの警察法イデオログについては、その過去の責任を追及するとともに、彼らが公的な場において活動する機会を奪った。また、ナチスの警察組織を解体し、その活動の根拠法令の廃止を決定した。このように、占領軍当局は、ナチス警察法の思想や制度については徹底して排除したが、戦前の伝統的な自由主義的警察法理論の存続の可否については特に関心を示すことはなかった。占領軍当局は、ナチス警察法のイデオログの公的活動の機会を奪ったものの、それに替わる新たな警察法理論の形成・普及には関与することなく、一九三三年以前の自由主義的警察法理論の復活についても、それを否定する意思を示すことはなかった。占領軍当局にとって関心があったのは、ナチス時代の全体主義的な警察制度と思想の排除であって、ナチス政権以前のプロイセン警察法理論の復活については特に異議を唱えることはなかったのである。

プロイセン警察行政法は、消極目的原則、比例原則、警察義務者の法理など、プロイセン上級行政裁判所の判例理論として形成されてきた自由主義的な警察権統制法理を内包していた。そして、同法は、このように、自由主義的な警察権統制法理を内包することによって、第二次世界大戦後のドイツにおいても存続することが可能となり、戦後警察法の理論と制度にたいする影響力を保持し続けることができたといえることができる。

四 国家権力の濫用から国民の権利・自由を擁護するという自由主義的な視点の重視は、ナチスの政治的支配を

経験した戦後のドイツ警察法学にとって特に強く意識されるべき憲法規範上の要請であった。そして、この憲法規範上の要請は、制度面では、警察の組織改革およびその活動領域の縮小並びに実定法による警察活動の規範的統制の強化によって実現されたが、法理論に関していえば、伝統的なプロイセン警察法の思想と理論の復活によって、その実現が図られた。

他方、戦前のわが国では、ドイツのプロイセン上級行政裁判所のように、自由主義的な警察法判例の形成を行える司法制度の基盤が欠如しており、わが国の行政裁判所からは警察法理論の体系化の基礎となるような判例理論も生まれてくることはなかった。また、プロイセンの国家制度改革の一環として自由主義的警察法理論の実定法化を試みたドレフスのような人物も現れてこなかった。明治政府がそのときどきの必要性から発した様々な前近代的な形式と内容を有する法令が整理されなままの状態でも有効なものとして存続することが認められてきたのである。<sup>(8)</sup>

五 このような、戦前のドイツとわが国の法状況の相違は、第二次世界大戦後における警察法の継受の面においても一定の差異をもたらすことになる。すなわち、戦後ドイツでは、一九五〇年代初頭までプロイセン警察行政法が大きな影響力をもち続けることができた。フランス占領地区においてはプロイセン警察行政法の直接の適用が認められ、<sup>(9)</sup> また、旧プロイセン州に属していたフランス占領地区以外においてもプロイセン警察行政法の規定が直接または補充的に用いられた。<sup>(10)</sup>

ヴァツケは、このような、第二次世界大戦後のドイツの法状況を考慮に入れたうえで、戦後ドイツの警察実定法秩序の中心に位置するのはプロイセン警察行政法であり、この点において、基本的には、一九三三年のナチス政権の成立以前の法状況と変わらない、と主張した。<sup>(11)</sup> これにたいして、ヴァツケと同様、戦前の自由主義的な警

察法理論の戦後への継受を試みた田中二郎は、実質的警察概念の根拠を実定法に求めることはなかった。かりに田中が、佐々木惣一が自らの警察法理論の実定法上の根拠を行政警察規則に求めたように、実質的警察概念の実定法上の根拠となる法令を戦後の新たな制定法のなかに求めたとしても、その試みが成功裡に実現する可能性は極めて低かったといわざるを得ない。プロイセン警察行政法のような体系的な警察法律はわが国にはなく、また行政警察規則も戦後になって廃止された。一九四七年の旧警察法および一九五四年の現行警察法の任務規定は、犯罪捜査等の司法警察作用も警察任務のなかに入れており、行政警察上の概念である実質的警察概念に対応する規律を有するものではない。また、警察行政活動の基本法である警察官職務執行法も即時対応的な執行警察的権限を中心に規律する法律であつて、実質的意義の警察作用に対応した法律であるといふことはできない。

六 戦前の自由主義的警察法理論は、ドイツではドレスフスからヴァツケへ、わが国では美濃部達吉や佐々木惣一から田中二郎へと受け継がれた。このように法理論の継受の面だけに限つていうと、ドイツとわが国では同じような現象がみられた。しかし、ドイツでは、ナチス政権下においてワイマール憲法下の遺物として批判されてきたプロイセン警察行政法が、第二次世界大戦後に再評価され、戦後の警察法制度の基点におかれることになったのにたいして、わが国では、戦前の警察法令は戦後になって悉く改廃され、その継受がなされることはなかった。ヴァツケも田中二郎も、警察概念を実質的意味と形式的意味の両面から捉えることによつて英米法的警察制度改革の警察作用法の理論体系への影響を最小限に抑えることを試みた。この点では、二人の所論に共通する点を見出すことができる。しかし、占領軍当局による警察制度改革の評価に関しては、両者は異なる立場を採つた。すなわち、英米占領軍当局による警察制度改革を、ドイツ警察法の歴史への誤った認識に基づく不当な改革であると批判的に評価するヴァツケに比べると、アメリカ占領軍当局による警察制度改革にたいする田中二郎の評価

は冷静かつ中立的である。田中は、戦後改革によって新たな警察実定法制度がつくられたことを一つの歴史的事実として受け入れ、これを前提としたうえで、戦前の自由主義的な警察法理論の体系を如何に戦後社会に継受し発展させるのかという課題だけに関心を示したのである。

七 このように、戦後の英米法的警察制度改革にたいする評価の面に着目するとき、ヴァツケと田中二郎の所見には一定の違いを見出すことができる。ここでその理由のすべてを明らかにすることはできないが、プロイセン警察行政法のような自由主義的警察法の基本を形づくる実定法がドイツでは存在して、わが国には存在しなかったということが、その主要な理由の一つとして挙げられるように思われる。ヴァツケにとってプロイセン警察行政法は、第二次世界大戦後にあつても、ナチス政権が成立する以前のドイツと同様に、警察法理論の基礎となる実定法でなければならなかった。ところが、英米占領軍当局の主導のもとにつくられた戦後ドイツの警察法律は、プロイセン警察法の伝統を継受するものではない。プロイセンの伝統的な自由主義的警察法理論の成果ともいべきプロイセン警察行政法と執行警察の任務と権限を中心に規律する戦後の英米法的警察実定法制度とはお互いに相容れない側面を有していたことは否定できない。ヴァツケは、このような、戦後の警察実定法制度の混乱した状況を前にして、プロイセン警察行政法を中心とする警察実定法秩序の統一の必要性を確信し、この観点から戦後の警察制度改革＝脱警察化を批判したのである。

他方、ドイツのように、戦前と戦後の警察実定法の間で緊張状況が生じることがなかったわが国では、警察法の継受はもっぱら学説の範囲に止まることになった。美濃部達吉や佐々木惣一の自由主義的警察法理論は、田中二郎等の行政法学者によって部分的な修正を加えられたうえで、戦後の行政法理論の一部として継受された。多様な国家作用のなかから「消極目的」と「権力作用」の概念をメルクマールとして警察行政作用を定義づけ、そ

れに固有な法理を解明するという実質的警察概念論は、もっぱら学説のレベルにおいて、講学上の警察概念論として戦前から戦後へと受け継がれることになったのである。

### 3 戦後警察法学における実質的警察概念への批判

#### (1) 実質的警察概念にたいする批判

一 すでに述べたように、ドイツやわが国では、第二次世界大戦前につくられた実質的警察概念が、その範囲や形態を異にしつつも、戦後の警察法学に継受されることになった。しかし、このような、伝統的な実質的警察概念の戦後への継受にたいしては様々な観点から批判も提示されることになった。以下では、戦後になって両国に現れた実質的警察概念への批判的見解を整理したうえで、それぞれの主張の内容や相互の関連を検討する。

まず、戦後ドイツにおいて現れた、法実証主義（ガレット）、法治主義（F・マイヤー）、脱警察化（ゲッツ）という三つの観点からの実質的警察概念にたいする批判論を取り上げる。

#### (ア) 法実証主義の観点からの批判

ガレットは、警察実定法の内容と立法者の意思を重視する。彼にとって警察概念の設定に何らかの意味を求めるとするならば、それは、警察組織の職務の範囲を画し、その作用の特色を明確にすることに見出されねばならなかった。危険防除の任務は、確かに警察の職務として捉えられる。しかし、ガレットは、それは警察の任務の一部にすぎないのであって、警察組織は、それ以外の作用を行うことも実定法によって認められている点を強調した。

ガレットがその具体例として挙げたのはプロイセン警察行政法の規定である。同法一四条一項では危険防除の

任務が警察官庁の任務として規定されていたが、同条二項においては「法律によって特別に委ねられた任務」の遂行もまた警察官庁の責務になることが明記されていた。この規定は、個別法律によって委ねられた任務が警察官庁の任務になることを明記するだけで、その任務の範囲を限定していない。したがって、福祉目的<sup>13</sup>積極目的の行政作用であっても、立法者の判断によって警察官庁の任務に取り入れることが可能となる。

プロイセン警察行政法一四條二項と同様の規定は、第二次世界大戦後に新たに制定された各州の警察実定法にもみられた。このことから、ガレットは、警察組織の任務と権限の内容・範囲等は、その時々々の立法者の判断によって決められるものであるから、それぞれの国の社会的・政治的状况の違いによって異なつてこざるを得ず、時代を超えて妥当する固定的・普遍的な警察概念といったものは存在しない、という帰結に至つた。

このような、警察組織の任務とこれに帰属する権限に着目するガレットの見解は、結局、形式的警察概念の内容として論じられていること以上の意味を警察概念に求めることを拒否する立場を示すものである。ガレットにとって、警察活動を規範的に統制するのは、警察実定法におかれた任務および権限に関する規定であり、実質的警察概念ではない。ガレットの主張する法実証主義的・機能主義的警察概念論の視点からすれば、実質的警察概念の実定法化の試みとして評価されてきたプロイセン警察行政法ですら、同法が立法者の判断によって危険防除以外の任務を警察官庁が行えることを承認している以上、警察組織の任務と権限の範囲を示す概念として実質的警察概念を取り入れていくわけではないということになる。

(イ) 法治主義の観点からの批判

戦後のバイエルン警察法学派において中心的な存在であったF・マイヤー<sup>13</sup>も、ガレットと同様、実質的警察概念にたいする批判論を積極的に展開した論者の一人であるが、実質的警察概念にたいするF・マイヤーの批判は、

ワイマール期の南ドイツにおいて唱えられた個別的授權論にその立脚点をおいており、ガレットのような法実証主義のおよび機能主義的な視点は、それほど重視されていない。

伝統的なプロイセン警察法の特徴は、何よりも警察概念論と警察権限の授權論との密接な関係において捉えられる。そこで、F・マイヤーは、まず、一九世紀のプロイセン警察法から継受されてきた概括的授權論の反法治国的性格に照準を合わせて批判論を展開し、当該授權論は、基本権の保護を重視するボン基本法のもとでは到底受け入れられないと主張した。そして、F・マイヤーは、このように、戦後の憲法秩序と伝統的な警察概括的授權論との間の矛盾について批判を加えたいうで、警察概念についても、実質的概念から制度的・組織的概念に変更する必要があることを説いた。

ドイツ警察法における実質的警察概念の重要な機能は、包括的・一般的な要件での授權が認められる国家作用の範囲を画定することにあつた。しかし、このような、警察作用に固有な授權原則が戦後憲法秩序によって否定されるといふことになれば、実質的警察概念についても、これを保持すべきか否かが改めて問われるようになる。F・マイヤーは、この間について否定の立場を採り、実質的警察概念の存在意義を認めず、これを放棄することを主張した。そして、これに替わる新たな警察概念を、戦後改革によつてもたらされた新たな警察実定法秩序に求めたのである。彼にとつて、概括的授權原則との関係が否定された警察概念は一つの空容器にすぎず、それを機能的・実体的内容で満たす替わりに、第二次世界大戦後に行われた警察制度改革の方針に従つて、特定の行政組織とその作用を指し示す概念として捉え直すことも可能であつた。

(ウ) 脱警察化の観点からの批判

すでに述べたように、ヴァツケは、占領軍当局による警察制度改革＝脱警察化をもつぱら警察組織のレベルで

の改革として位置づけ、その実体法への影響を制限的に捉えようとした。しかし、ゲッツは、このヴァツケの説に異を唱え、脱警察化には、より積極的な意味が与えられるべきであると主張した。彼によれば、営業、建築、食品などの狭義の行政警察領域にみられる積極行政化の現象（「危険防除」から「危険配慮」へ）あるいは危険概念の内容の多様化・専門化の現象は戦前のドイツにおいてすでに確認することができるのであって、占領軍当局の改革は、このような、戦前のドイツでみられた実質的な意味での脱警察化の傾向を肯定的に捉え、さらにそれを推し進めるといふ役割を担うものであった。ゲッツにとって、占領軍当局の主導による脱警察化の遂行は、ヴァツケが説くように、単なる警察権限の分散＝警察権限の所在の変更を意味するだけに止まるものではなく、伝統的な警察概念の存在意義に疑義を呈する契機を内包する点において実質的な意味を有する改革であった。

二 以上のような、戦後ドイツにおいてみられた三つの視点からの実質的警察概念の批判のなかで、法治主義の視点からの批判は、わが国では明確な形では現れてこなかった。その理由は、わが国では概括的授権原則という警察行政に固有な授権原則が学説・判例等において明示的に承認されることがなかったという事実に求められる。警察行政の領域では、他の行政領域に比べて行政裁量が広く認められるということは、わが国の学説においても戦前から承認されてきた。しかし、警察行政には他の行政領域には認められない固有の授権原則が妥当するといふ主張については、ドイツとは異なり、わが国では、戦前の学説においても支配的な見解になることはなかった。わが国では、戦前から、授権原則論と警察概念論の密接な関係は法理論上の争点とはならず、したがって、F・マイヤーのように、警察法上の授権原則をめぐる論争の延長線上において実質的警察概念の妥当性を問題とする論者も現れてくることはなかった。

また、法実証主義の観点から実質的警察概念の妥当性を直截に批判するガレットのような立場を採る論者もわ

が国ではみられない。ただ、伝統的な警察権の限界論にたいする批判を展開した田村正博の所論のなかにガレットと同様の法実証主義的な視点を見出すことは可能である。田村は、実質的警察概念（学問上の警察概念）にたいしても批判的な立場を採るが、その批判の主たる対象は、警察概念そのものではなく、伝統的な警察権の限界論に向けられている。彼は、警察権限がどのような要件のもとで、また誰にたいして行使されるのかを決めるのは、学者によってつくられた条理規範ではなく、実定法であることを強調し、本来あるべき警察権の限界は、実定憲法と警察法律の解釈によって導かれるのであって、学者が講学上つくりあげた条理規範に依拠して警察権の限界を論ずることは警察行政の適正な任務遂行を阻害する結果をもたらすだけであると批判する<sup>(15)</sup>。

このように、警察権限を創設し、それを規制するのは立法者であるという法実証主義的な視点が強調されるとき、警察権限の行使の統制法理だけでなく、実質的警察概念の中心的な構成要素である消極目的概念の評価についても必然的に一定の変化が生じることになる。一方で伝統的な「警察権の限界」の理論の一つである「警察消極目的の原則」の妥当性が否定され、他方で、警察組織にいかなる権限を付与するかかの決定が立法者の判断に委ねられるということになれば、かりに立法者の判断で積極目的・危険配慮的な権限が警察組織に与えられたとしても、そのこと自体に何ら問題はなく、警察の任務は、積極・消極の区別に関係なく、これらの権限の総体によって形づくられるということになる。

田村正博が法実証主義の立場を強調したのは、後に述べるように、伝統的な警察権の限界論を批判するためであり、実質的警察概念それ自体の妥当性に言及する際には、この視点は必ずしも強調されているということではない。しかし、警察責任の原則にたいする批判に関連して、「権限の行使の対象は、権限を規定した法律の条文によって定まるもの」という視点を一貫するのであれば、<sup>(16)</sup>実質的警察概念の批判にあたっては、警察任務は消極

的なものとア・プリオリに限定するのは妥当ではなく、警察の任務がどのようなものかは、警察作用を規律する「法律の条文によって定まるもの」と主張するのが道理にかなった考え方ということになる。そして、このような田村正博の所説にたいする理解が正しいとするならば、田村とガレットの思考方法において類似点を指摘することもまた可能になるであろう。<sup>17)</sup>

三 以上の二つの観点からの実質的警察概念の批判に比べると、脱警察化の観点からの批判は、わが国でも広く受け入れられているように思われる。たとえば、高田敏は、ゲッツと同様の視点にたち脱警察化を実質的に捉えることによって狭義の行政警察の概念を設定する意味を否定し、高木光も、この高田の見解に賛同する。<sup>18)</sup> 狭義の行政警察領域を警察法領域から除外することは、警察法領域の単なる量的縮小を意味するだけではない。「狭義の行政警察」という概念の解体は、消極目的概念による行政作用の理論的分類の意味、消極目的の行政作用に妥当する統一的な法理の提示の可能性等に関して、実質的警察概念の法的概念としての価値について根本的な疑問を提起することになる。また、集会結社・大衆運動・選挙・外国人・風俗・危険物などの、伝統的に「保安警察」と呼ばれてきた警察法領域に限定して実質的警察概念の妥当性を認めることもできない。「狭義の行政警察」と「保安警察」という対概念は、実質的警察概念によって捉えられる行政作用法領域を分類・整理するための下位概念であり、一方の概念を切り捨て、他方の概念を実質的警察概念と同列に位置づけることはできない。

(2) 学問上の警察概念にたいする批判

一 すでに述べたように、わが国における実質的警察概念の戦前から戦後への継受はもっぱら行政法学説のレベルにおいて行われた。しかし、このように、行政法学説において継受された実質的警察概念は、その後、行政作

用法各論の理論的検討作業のなかで、その妥当性が問われることになる。すなわち、「消極目的」「積極目的」等の一般的・抽象的な目的概念を設定することにより現行の実定行政法秩序を整理し、その全体像を把握するとともに、それらの目的のもとに包摂された諸法令の執行作用に統一的に適用される法解釈上の原則を見出そうとする行政法学方法論そのものが批判の対象とされることになった。<sup>20)</sup>

また、実質的警察概念を行政作用法の学問的体系化の手段として取り入れた田中二郎は、実定法上の警察の作用についても、これを消極目的の作用として捉え、実質的警察概念と不可分の関係にある「警察権の限界」の理論が適用されるとする立場を採ったが、このような戦後の通説的行政法学説の対応には警察実務の側から疑問が呈されることになった。ここでは、伝統的な警察権の限界論に疑問を呈した論者のなかで最も体系的に批判論を展開した田村正博の所論をみておこう。田村の見解は、以下の三点に整理することができる。

その一は、この理論の必要性である。警察権の限界論の存在意義は、法治主義の原理が制度的に十分に確立されていなかった明治憲法下において、国民の権利・自由を保護するために警察活動の条路上の限界を示すことにあった。しかし、人権尊重主義と法治主義を重視する現行憲法下においては、権利・自由の侵害の要件は法律によって規律されるのが原則とされることから、このような条路上の規範を別途設定する必要があるのが改めて問われることになる。<sup>21)</sup>

また、「私住所の不可侵」および「警察比例の原則」についていえば、そもそも私住所への立入りの制限や比例原則の適用は、憲法から直接導かれる原則としてすべての行政機関の活動に妥当するのであって、これらを警察法上の条理規範として構成する必要性は乏しいということになる。<sup>22)</sup>

その二は、同理論の内容それ自体についての疑問である。たとえば、田村正博は、「警察消極目的の原則」につ

いて、『警察』を『公共の安全と秩序の維持のための活動』と定義したのであるから、その活動が消極目的（公共の安全と秩序の維持の目的）なのは当然であって（そうでなければ定義と矛盾する）、何ら『原則』でも『理論』でもない<sup>23</sup>と述べ、「警察公共の原則」については、『学問上の警察』が公共の安全と秩序の維持を目的として行われる国民の権利・自由の制限の作用である以上、その目的達成と関係ない個人の私生活に介入してはならないという当然のことを述べたものである<sup>24</sup>として伝統的な警察法学における概念定義の問題点を指摘する。

その三は、伝統的な警察権の限界論が「実際の警察」の活動に及ぼす負の影響である。警察実務の職に携わっていた田村正博にとつて、この点が最も問題とされるべき論点であった。彼は、「学問上の警察」と「実際の警察」は相互に異なる内容をもつにもかかわらず、しばしば二つが混同して使われることにより、「学問上の警察」が「実際の警察」をその本来の枠を超えて規制するような状況がもたらされた、と指摘する。その際、田村正博が特に注目するのは、「警察消極目的の原則」と「民事不介入の原則」である。彼によれば、学者がつくったこれらの条理規範が「実際の警察」の活動に適用された結果、「あなたも実際の警察の活動がすべて消極目的でなければならぬ」とか、「警察が自らの責務を果たすために当然に必要とされる活動について、それがあなたも許されないものである」かのような誤解が生じることになった<sup>25</sup>。

二 以上の田村正博の批判的見解の特徴は、現行警察法上の警察組織の活動の視点から実質的警察概念（学問上の警察概念）および伝統的な警察権の限界論の問題点を指摘する点にみられる。その主張は、現行警察法上の警察組織の行う行政活動を統制する規範は、学者のつくる条理ではなく、憲法・法律等の実定法規から導かれるべきであるという法実証主義的な観点と、当該条理の拘束のもとでは警察任務の適正な遂行が阻害されるという機能主義的あるいは法政策的な観点からの批判の両方を含んでいる。実質的警察概念の学問上の概念としての有効

性については以前から行政法学界において疑問が呈せられてきたが、警察実務の観点からもこの概念の妥当性を疑問とする見解がだされたことは注目に値する。<sup>(27)</sup> 同概念について、行政作用法の理論的体系化のための道具概念としての価値だけでなく、警察行政権の統制法理を生み出すための理論的前提としての価値も否定されるとするならば、行政法学は、実質的警察概念論とは別の視点から警察作用法の理論的考察の方途を模索していくことが求められることになる。

そこで、以下では、実質的意味の警察の観念から一旦離れ、実定法上の警察（以下では、「制度上の警察」と呼ぶ）の作用に着目しながら、当該警察作用に適用される法理の内容を探っていくことにする。このような制度上の警察の作用に着目した法理論の考察は、警察作用法のドグマティックな理論体系を生み出すことを直接の目的とするものではない。制度上の警察の任務と権限は、理論的な観点から定められるものではなく、それぞれが国の社会的・政治的状况を背景にして立法者の政策的判断によって決められるものである。したがって、「制度上の警察」の概念に依拠して実質的警察概念論に対抗する新たな警察概念論を展開する試みに学問的な成果を期待することはできない。このことは、第二次世界大戦後にF・マイヤー等のバイエルン警察法学派によって提唱された制度的警察概念論のその後の展開をみれば明らかである。<sup>(28)</sup> 制度上の警察に注目するのは、そこに新たな警察概念の設定の理論的な可能性を求めるためではなく、警察権の実効的な統制法理のあり方を探求し、そこから警察法の新たな理論体系的構築の契機を見出すためである。伝統的な警察権の限界論にたいする田村正博の問題提起を受けて、より発展的な方向で警察権の統制法理についての議論を深めていくためにも、制度上の警察の作用に着目して検討するのが有意義であると考えられる。

### Ⅲ 制度上の警察と警察権の統制法理

伝統的な行政法（警察法）学は、行政作用の目的と手段の観点から抽象的な内容の警察概念を作り出し、当該概念を起点にして警察法の理論的体系化と警察活動の限界の設定を試みてきた。しかし、今まで述べてきたことから理解できるように、このような方法論では有意義な行政作用法の理論的体系化も、また実際の警察活動に対応した有効な統制法理の創出も困難であるといわざるを得ない。そこで、以下では、実質的警察概念論から離れて、現行実定法上の警察組織の作用に注目し、その機能的特徴に着目した統制法理の考察を行うことにする。

この視点は、すでに藤田宙靖、高木光等の論者が提唱しているところであるが、本稿においても、「学問上の警察」ではなく、実定法上の警察、すなわち「制度上の警察」に焦点を合わせて、法治主義、抑制の原理および警察作用の機能的特徴の三つの視点から警察作用法上の課題を整理し検討することにした。<sup>29)</sup>

#### 1 法治主義の視点

一 藤田宙靖は、警察法理論における諸概念・諸制度の法的（規範的）意味の抽出は、結局、「広い意味での法治主義が、制度・理論上、どのように展開されておりまた展開されて行くべきなのか、を考察することによって可能になるのではないか、という考えを示した。<sup>30)</sup> この藤田の指摘は基本的に同意できる。ただ、戦前の美濃部達吉や佐々木惣一、そして戦後の田中二郎の行政法学において形成されてきた警察法理論上の諸概念も、あるものはこの領域における法治主義を具体化する機能をもち、あるものはその限界を示す役割を担ったのであり、この意味では、藤田の所論は、特に新たな視点をもたらすものではなく、戦前・戦後を通じてわが国の警察法理論が

行ってきたことを再確認する意味しかもたないということもできる。

また、ここで藤田宙靖が用いた「広い意味での法治主義」という言葉が、伝統的な意味での「法律による行政の原理」を意味するのか、あるいは杉村敏正の主張した「法の支配」の理念に基づく実質的法治主義まで含めた「法治主義」を指しているのか、それとも、一般的に「行政作用の法的統制」という程度の意味で使われているのかは、必ずしも明確ではない。法治主義に言及する藤田の意図が警察法の理論体系の形成の観点からみて有意義な概念の抽出にあるとしても、そこでいう「法治主義」の内容が確定していなければ、「警察行政法理論における諸概念・諸制度の法的（規範的）意味」の十分な検討も困難になるであろう。

二 警察法学の中心的な課題は、藤田宙靖が指摘するように、法治主義の原則の警察行政への適用のあり方を検討することにある。ただ、法治主義の原則の内容の理解においては、法律への形式的な適合性で満足すべきではなく、実質的法治主義の視点を起点に据えるべきである。ドイツおよびわが国の法治主義（法治国）の原則をめぐる理論的展開について研究してきた高田敏は、実質的法治主義について、「人権保障を目的とし、その目的実現のために種々の法的手段を設けて行こうとするもの」であり、その内容としては、不可侵の基本的人権の保障、憲法の最高法規性、違憲審査制、民主的権力分立制、立法の憲法秩序への羈束等を含む、と指摘している。<sup>31</sup> このような高田の指摘を参照しつつ、実質的法治主義の観点から警察法学の課題を捉えた場合、さしあたり、次の点が重視すべき事項として挙げられる。

- ① 基本的人権の保障を重視する立場から、「権力を統制する法」としての警察法の性格を重視すること。この観点からすれば、警察裁量の統制が警察法学の重要な課題となる。
- ② 旧憲法下の形式的法治主義を否定し、警察の組織や活動の法律への適合性の確保に止まることなく、警察実

定法の憲法への適合性の問題にも踏み込んで検討すること。この意味では、警察実定法の存在を前提として、その警察行政の統制のあり方を明らかにするだけでなく、その前提である警察実定法そのものの内容の妥当性まで問うことになる。

③ 戦前の警察が、その治安機能を福利行政の領域にまで拡大するとともに、市民の権利・自由を不当に侵害した歴史的事実を直視し、警察活動の政治警察化にたいする法的統制の重要性を認識すること。この観点からすれば、田上穰治の主張するように、「政治警察」<sup>(32)</sup>に関わる論点を警察法学の対象から外すことは妥当性を欠く。

三 実質的警察概念においては、権力性の契機は、消極目的の概念と並んで、警察概念の重要な要素とされてきた。美濃部達吉や田中二郎にあつては、権力性の契機は、実質的警察概念の構成要素として組み入れられている。佐々木惣一の説にあつても、警察概念における権力性の契機については微妙な表現が用いられているものの、「権力を用いて人の自然の自由を制限する」行為が警察作用の中心部分になることは認められている。<sup>(33)</sup>

また、伝統的な警察法学においては、警察作用の権力性は「命令」と「強制」において捉えられる。美濃部達吉は、この点に関して以下のように述べる。「命令トハ或ル事ヲ為シ又ハ為サザルコトヲ命ズル行為ニシテ、即チ作為又ハ不作為ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ。之ヲ警察下命ト謂フコトヲ得。或ハ其ノ命ジタル義務ヲ免除スルコトアリ、之ヲ警察許可ト謂フ、等シク警察下命ノ反面ニ外ナラズ。強制トハ実力ヲ以テ身体財産ニ拘束ヲ加フル行為ニシテ之ヲ警察強制ト謂フ。警察ノ作用ハ此ノ何レカノ外ヲ出デズ」と。<sup>(34)</sup>さらに、佐々木惣一は「警察権の発動の形式」として「実力制限」（または「直接制限」と「命令制限」（または「間接制限」）を挙げる。「実力制限」とは「初めより人に実力を加へて之を一定の態度に置き、以て社会生活の秩序の障害を除去する」作用であり、これを行政法学上の行為類型論に当てはめるならば「即時強制」<sup>(35)</sup>に対応する。他方、「命令制限」は、「人

に一定の態度を命令し、其の態度を取らしむることに依つて社会生活の障害を除去する」作用を意味し、命令・禁止等の侵害的行政処分が該当する。これにたいして、田中二郎は、警察作用を「公共の安全と秩序を維持するために、一般統治権に基づき、人民に命令し強制し、その自然の自由を制限する作用」と定義したうえで、その具体的な行為形態として、警察下命、警察許可、警察強制、警察罰を挙げ<sup>36</sup>る。

このように、実質的警察概念論においては、警察作用の権力性の契機は、これを警察概念の構成要素として組み入れるか否かについては見解の相違があるものの、警察法の理論体系の規定的要素の一つとして位置づけられ、かつ、その権力性の内容は、もっぱら権利制限的・義務賦課的行政処分および市民の身体・財産にたいして直接的な侵害をもたらす実力行使の意味において捉えられてきた。

四 これにたいして、制度上の警察について適用される権限規定を参照しつつ警察作用の権力性の内容を確認していく作業を行う場合、実質的警察概念論のように、警察作用の権力性をア・プリアリに設定することはできない。多様な警察作用の根拠法令のなかには、伝統的な警察法理論でいうところの「警察命令」「警察許可」「警察強制」等の行為類型に当てはまる作用権限が収められている。これらの個々の行為類型に該当する作用権限を警察作用根拠法令のなかから見つけ出して整理する作業は、伝統的な行政法各論としての警察法学の重要な課題であった。しかし、このような整理作業は、ここでは重要な意味をもたない。

もとより、既述の侵害的行為類型に該当する警察作用が権力性を有することはいうまでもない。警察が市民にたいして一方的に作為または不作為の義務を課したり、実力の行使によって市民の身体の自由や財産を直接的に制限する作用について、その権力性を否定する者はいないであろう。この意味において、実質的警察概念における権力性の契機が命令的行政処分や行政強制において顕著に表れてくるといふことも容易に理解することができ

る。しかし、権力性の認められる警察作用が、このような侵害的行為類型に該当する行為だけに限定されるのかという点については問題とされる余地がある。

たとえば、警察官職務執行法が警察官の行う職務質問の要件を限定しているのも、そこに警察行政に付随する権力性の契機に着目してのことであると考えられる。職務質問自体は相手方に応答の義務を課し、また、それを法的に強制するものではない。その意味において、警職法上の職務質問は、伝統的な行政法学上の行為類型論に当てはめて考えるならば、非権力的事実行為として位置づけられることになる。しかし、治安維持や犯罪捜査の観点から強力な実力行使の権限を与えられた警察官の行う職務上の質問が相手方に与える心理的な影響<sup>37</sup>事実上の強制力は法的な観点からみても無視できないのであって、この意味においても、質問のための停止、質問、同行の要求等の行為を、単純に行政処分等の権力的行為形式と比較することによって、その法治主義的統制の必要性を低く評価する方向に議論を進めていくことは妥当ではない。<sup>37</sup>

さらに、警察による個人情報収集・処理活動の法的統制のあり方も警察法学の重要な検討課題となる。第二次世界大戦後のドイツとわが国の警察法制度の展開を比較した場合、両者の大きな相違点の一つとして、警察による個人情報収集・処理についての法的規制のあり方にみられる差異が挙げられる。ドイツでは、別稿で論じたように、一九八三年の連邦憲法裁判所の判決（国勢調査判決）をきっかけとして、個人情報収集・処理に関する警察権限の法定化が進められ、その結果、今日のドイツの警察実定法の定める権限規定のなかで個人情報収集・処理に関する権限規定の占める割合は相当高くなってきている。<sup>38</sup>

ドイツでは、本人の同意なしに国家機関によって行われる個人情報収集・処理は、憲法上の個人の権利（情報自己決定権等）にたいする「侵害（Eingriff）」を意味するものであるという前提のもとに、法律による規制が、

命令・強制等の権力的行為形式を伴わない情報の収集・処理活動にも徐々に拡大されていったという経緯がある。個々の市民を単なる警察行政の客体としてみるのではなく、個々に独立した人格的主体として捉えるならば、権力的行為形式によるものかどうかを問わず、本人の同意なしにこの者の個人情報収集・処理する行為そのものについて一定の法的規制を加えることが実質的法治主義の観点から必要となる。警察による個人情報収集・処理に関する権限を個別に法定化していくドイツの立法政策が妥当なものであるか否かについては検討の余地があるとしても、技術的に進歩した情報収集・処理機器を利用した警察の情報収集・処理活動の権利侵害性について十分に議論がなされているとはいえないわが国の状況に鑑みるならば、このような、ドイツの警察立法およびその立法の基底におかれる実質的法治主義の思考については我々が学ぶべき論点が多く含まれているといえることができる。<sup>(40)</sup>

## 2 警察法上の基本原則としての抑制の原理

### (1) 抑制の原理の意義

一 ここである「抑制の原理」とは、警察の職務範囲やその活動の内容は抑制的であるべきであるという原則を示す。<sup>(41)</sup> この原則は、後でまた触れるように、授権法令によって警察組織に与えられた権限の適切な行使の義務を免除または緩和することを正当化する主張を含むものではない。国賠法事件で裁判所によって違法と判断された多くの事例は、本来適切に警察権限が行使されるべきにもかかわらず、それがなされなかったことによって生じた損害に関するものであり、これらの事例の存在を警察行政の積極化の論拠の一つに挙げることは妥当ではない。<sup>(42)</sup>

田中二郎の警察法理論においても抑制の原理が前提とされているが、それは警察法の理論体系を構築する際の基本的視点として後背に退き、警察法理論を構成する原則の一つとして明確には示されていない。田中は、まず「基本的人権の保障を建前とする自由主義的法治国家」では警察権の行使は抑制的なものでなければならぬという前提をおいたうえで、これを具体化する法原則として「警察権の限界」の理論を導き出している。前者の原則は、国家の権力行使にたいする自由主義的な一般的・基本的視点を示すの<sup>44)</sup>にたいして、後者の原則は、警察権の具体的な行使の違法性の判断基準を提供する。

二 伝統的な自由主義的警察法理論では、実質的警察概念のもとに、建築、保健・衛生などの広範な行政領域が警察行政として捉えられてきた。そして、警察行政Ⅱ侵害行政という前提のもとに警察行政領域には抑制の原理が妥当すると主張されてきた。しかし、今日、このような理解が妥当性を欠くことは明らかである。これらの行政領域での活動を「侵害行政」として一面的に把握し、抑制の原理の妥当性を主張することは、そこで生じている多様な複雑な法現象への適切なアプローチの途を閉ざすことになりかねない。

また、制度上の警察の作用に関しても侵害行政の観点から抑制の原理の妥当性を導いてくることは妥当ではない。侵害的な行政活動が市民の権利・自由の保障の観点から非侵害的な行政活動よりも厳しい法的規制のもとにおかれることは、如何なる行政法領域であるかを問わず当然に承認されるべきことであり、これを警察法の領域において抑制の原理が妥当することの根拠とすることはできない。抑制の原理を制度上の警察の作用の基本原理として受け入れるには、他の行政領域の作用にはみられない制度上の警察の作用の特質を明らかにすることが必要になる。

三 警察は、市民の日常生活の身近に存在する行政組織の一つであると同時に、逮捕・勾留・搜索等の刑事法上

の強制処分を行う権限、あるいは緊急時には即時的・直接的な実力行使を行える権限も有している<sup>(45)</sup>。また、警察組織は、犯罪捜査や緊急時の危険（障害）防除の任務を実効的に行えるように指揮命令のシステムを重視した系統的な組織形態を採用している。このような制度上の警察の組織形態にみられる特徴は、その任務と権限の特質に由来する。今日に至るまで警察組織の職務範囲は個別法令による授權によって次第に拡大されてきたが、戦後改革によって新たにつくられた警察実定法秩序のもとにおいては、犯罪捜査と執行警察的任務は、一貫して制度上の警察の任務の中心に位置してきたことを確認しておく必要がある。

戦後のドイツやわが国で実施された警察制度改革<sup>(46)</sup>脱警察化によって、一般行政機関としての性格を色濃く有していた戦前の警察組織は解体され、犯罪捜査と執行警察を主たる任務とする警察組織が新たに設置されることになった。そして、この戦後の警察制度改革によって、警察と他の一般行政機関との間にみられる組織構成上の相違は一層鮮明になったともいえる。警察組織は、市民の日常生活と密接な関係をもつ活動を行うとともに、犯罪捜査や即時強制等の直接的な実力行使の権限を与えられた行政機関として組織構成と作用の両面において特殊性が認められる。他の行政領域における危険（障害）防除はその行政領域を司る一般行政機関に委ね、警察組織については、犯罪の捜査や予防、即時的対応を要する事態への対処がその任務の中心になるという当初の警察制度改革の趣旨は、行政組織間の役割分担という機能的・技術的側面から評価するだけでは不十分であり、戦前の法制度が、警察組織の福利行政領域への広範な関与を許容し、「福利行政の警察行政化」ともいべき現象を生み出してきたという歴史的事実への反省に基づくものとして捉えられる必要がある<sup>(46)</sup>。警察行政の活動領域の限定とその法的統制の厳格化を求める見解を「戦後社会における一部の国民の警察権力へのアレルギー<sup>(47)</sup>」とか、国民の「警察組織に対する潜在的な恐怖感・警戒心<sup>(48)</sup>」に基づく主張として片付けるのではなく、憲法原理のレベルにお

いて捉える必要がある。高田敏は、「危険の防止・除去のための機関に或種の福祉配慮的任務を与える方向は、『古の警察国家への歩み』を示すものであって、警察庁の権限を危険防除に限定することは、警察国家への歩みを防止する保障でもある」と述べるが、<sup>(49)</sup>現行憲法は、戦前の権威主義的国家統治構造の否定のうえに成立したのであり、この点からいっても、現行憲法が、基本的人権の保護の観点から、権力行政の中核に位置する警察組織の任務や権限については抑制的であることを求め、市民の権利・自由の保護の観点から他の行政機関の作用よりも一層厳格な法的統制のもとにおくことを求めているのは明らかである。<sup>(50)</sup>

(2) 抑制の原理と警察権の限界論

一 田中二郎は、実質的警察概念論に依拠し、警察作用を公共の安全と秩序の維持のために行われる権力作用と定義したうえで、その作用を福祉目的のために用いることを否定する原則、すなわち「警察消極目的の原則」を提示した。しかし、このような田中の概念定義には、田村正博から、結局、消極目的の行政作用は消極目的のために行われるべきであるという当然のことを述べているにすぎない、という批判がなされた。警察概念から消極目的の要素を外したうえで警察権の限界論において当該原則を取り入れた美濃部達吉や、消極目的の警察概念を設定する一方において警察権の限界論では同原則を排除した佐々木惣一の説であれば、少なくとも、このような同義反復の批判は避けられたと考えられる。田中二郎は、警察概念に消極目的の要素を取り入れながら、さらに警察権の限界論でも消極目的の原則を取り入れたことから、警察概念論において一度述べられたことが警察権の限界論でも重複して述べられているとの批判を受けることになった。

このような、田中二郎の警察法理論に向けられた田村正博の批判は、基本的に正当な内容を有するものと考え

られる。しかし、このことから警察消極目的の原則を放棄すべきであるとの結論を直ちに導き出すことには疑問がある。特に制度上の警察の作用に着目した場合、警察作用は法秩序の維持を目的とすべきであって、その目的を超えて、特定の価値観に基づく社会秩序の形成、あるいは他の専門的行政領域での政策の形成に積極的に関与すべきではないという規範論を展開することは可能であり、また、そのことに一定の意味を見出すことができる。これは、制度上の警察が、犯罪捜査や具体的な危険状態の発生に即時的に対処することを本来の任務とし、また、それらの目的の遂行に適合した権限と組織形態を法令によって与えられていることによる。また、戦前の警察制度が、犯罪捜査や具体的な危険（障害）防止の任務に止まらず福利行政領域にまでその活動範囲を広げるとともに、天皇制国家の封建的・反自由主義的価値観を国民の間に徹底して浸透させるといふ当時の政府の統治政策の実現の手段として使われたことにたいする反省に基づく。

また、警察消極目的の原則の妥当性は、現行警察実定法の規定からも確認することができる。現行警察法二条一項は「個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たる」ことをもって警察の責務とし、さらに、同条二項において「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべき」と規定する。同条において「個人の生命、身体及び財産の保護」の文言がおかれていることを根拠として、警察には、個人の生命・身体等を保護するために積極的に活動すべき義務があると主張する論者もいるが、この論者の主張は、ストーカー規制法等のように個人の保護を目的とする法律が制定されたとき、その法律によって与えられた権限の行使に消極的であってはならない趣旨のことを述べているのであって、「個人の生命、身体及び財産の保護」を実現するためであるならば、警察が「公共の安全と秩序の維持」の範囲を超えて活動することを承認すべきであるという内容の主張を展開しているわけではない。<sup>51</sup> 現在お

よび将来の立法によって警察組織に与えられる個別の任務と権限が「公共の安全と秩序の維持」という本来の警察任務と如何に関係づけられるのかという論点の検討は、これからも警察法学の重要な課題であり続けることになる。

二 警察比例の原則と私生活および私住所の不可侵の原則についていえば、これらの原則は憲法レベルの要請として捉えるべきであって、警察と市民との間の法関係に限定的に適用されるものではない<sup>52</sup>。また、民事不介入の原則は個人のプライバシー保護という憲法上の要請にも関係してくるが、裁判所等の法的紛争処理機関と警察組織との権限配分の問題として捉えたうえで補充性の原則の適用事例として整理・検討するのが妥当である。

警察責任の原則は、佐々木惣一のように先験的警察義務論を重視する論者からすれば伝統的な警察権の限界論のなかでもとりわけ重要な意味を有することになる。しかし、先験的警察義務論というドグマティックシユな理論から離れたところからこの原則の意義を再評価してみると、それは、結局、警察権の行使にあたっては、その原因をつくった者にまず向けられるべきであるという当然の事理を表しているのにすぎないことになる<sup>53</sup>。また、警察措置が誰に向けられるかは条理によって決められるのではなく、立法者が判断すべき事柄であると主張する論者もいる<sup>54</sup>。

三 確かに、現行憲法下において、警察責任の原則を警察法領域に固有な条理規範として堅持する必要があるのかという点については問題とする余地はある。しかし、警察が対処すべき事態（警察事実）が生じた場合、その対処手段は、第一に、そのような状況を引き起こしたことに責任を有する者に向けられるべきである、という一般原則を提示することそれ自体に問題はないであろう。警察事実の惹起に責任を有する者とそうでない者を分け、危険（障害）防除の観点から後者の者にも措置をとらざるを得ない状況が生じた場合には、警察は警察事実の発

生・存在に関係しない者の権利・自由を制限してまでもなお保護すべき重要な法益が存在するかなどの点について考慮して活動する義務があるということが出来る。この点において、「警察責任の原則」として今まで論じられてきた条理規範を、比例原則と同じように（あるいは比例原則の一部として）、憲法上の原則として再構成したうえで<sup>55)</sup>、警察活動を統制する原則の一つとして提示することは適切であると考えられる。

また、警察責任の原則は、予防警察の情報収集活動の法的統制の仕組みを考える際の前提的原理として再評価される可能性があることにも留意すべきである。戦後のドイツとわが国の警察実定法制度を比較した場合に即座に気づく点は、警察の情報収集・処理活動の権限についての実定法上の規律密度にみられる差異である。すでに述べたように、ドイツでは一九八三年の連邦憲法裁判所の判決を契機として連邦や州の警察実定法の改正が進められ、警察による個人情報情報の収集・処理に関する個別権限規定の整備が図られるようになり、今日では警察実定法の規定の相当多くの部分が当該警察権限の規律に当てられるようになってきている。これにたいして、わが国の警察実定法では、警察による個人情報情報の収集・処理活動を規律する規定の整備は極めて消極的かつ限定的である。

確かに、ドイツの警察実定法制度にみられるような個別的な権限規律方式をわが国でも採用すべきかどうかについては立法政策論として検討する余地はある。しかし、警察による個人情報情報の収集・処理が、単なる非権力的な事実行為ではなく、国民の権利・自由にたいする侵害の要素を含む行政活動であること、したがって、個人の権利保護の観点から当該警察活動を法的に規律する必要があるという認識を司法機関が明示的に示し、それを受けて立法機関が警察法令の改正に踏み切ったことは、わが国の法状況との大きな相違点を示すものである（もつとも、このような違いが現れてくるのは、わが国ではドイツとは異なり憲法裁判所が存在しないことが一つの理由になっていることは否定しがたい）。ドイツにおいては、警察による個人情報情報の収集・処理にたいする立法的統

制の必要性は、連邦憲法裁判所の判決の趣旨に即して、憲法が国民に保障した情報自己決定権等の権利の保護の観点から説明されてきた。連邦憲法裁判所は、一方において、警察による個人情報収集・処理の必要性を認めつつ、他方において、それが国民の情報自己決定権等の権利の侵害をもたらすが故に、当該警察活動の要件・手続を法律の形式において明確に指し示すことを立法者に求めたのである。

さらに、同裁判所は、立法者にたいして、比例原則だけでなく、具体的危険や警察義務者の法理といった伝統的な警察権統制法理にも配慮することを求めた。ドイツ警察法においては、一九世紀後期から、判例や学説によって、侵害的警察措置がなされる場合には、警察権の発動を必要とする危険状態が具体的に存在すること、また、警察措置が向けられる名宛人は、危険状態の発生・存在に責任を有する者、すなわち妨害者 (*Störer*) でなければならぬとする原則 (具体的危険および警察義務者の法理) がつくられてきた。しかし、警察が実際に犯罪予防のために行う情報収集活動は、テロ等の犯罪が行われる具体的な危険が明らかになった段階で実施されるのではなく、その危険性が抽象的なレベルに止まる段階から行われる。また、テロ等の犯罪に関わる者を警察が最終的に確定するまでの過程においては、当該犯罪とは実際に関わりのない人物の個人情報取得・分析も必要となる場合がある。このようにして、効果的な犯罪予防を実現する観点から、伝統的な警察法理によって設定されてきた警察権限の発動の人的・状況的制限を排し、抽象的・潜在的危険が存在するにすぎない状況のもとにおいても、また、警察措置の対象となる者が実際に犯罪に関わっているか否かが明確ではない状況のもとにおいても、警察が犯罪予防のために必要とする個人情報迅速かつ効率的に収集・分析することができるように法律の整備を行うべきであるとする主張が警察実務や学界において強まることになった。

しかし、連邦憲法裁判所は、このような状況のもとにおいても、具体的危険、警察義務者等の伝統的な警察

権統制法理を放棄することなく、犯罪予防のために必要な個人情報収集・処理の権限を規律するにあたっては、これらの法理に対応する、あるいは当該法理の適用に替わり得るだけの規律密度をもった規定の整備を行うよう立法者に求めた。<sup>(56)</sup> 効果的な犯罪予防の視点を強調すればするほど、警察措置の対象となる者の範囲は拡大し、その法的限界は曖昧になる。連邦憲法裁判所は、犯罪予防のための警察による個人情報収集・処理という行為も、警察処分や警察強制と同様、法律の授權を必要とする侵害的行為であるという認識を示したうえで、警察義務（警察責任）をもたない者の権利保護の観点から当該警察措置の要件・手続等を立法によって具体的に規律することの重要性を指摘したのである。

四 このような、警察による個人情報収集・処理活動の法的統制に関してドイツの連邦憲法裁判所が提示した基本的視点は、わが国の警察法学の今後の課題を考えるうえにおいても参考となる。連邦憲法裁判所は、テロ等の重大な犯罪の予防の必要性から、警察法上の危険状態の発生・存在に責任のない非妨害者の個人情報収集・処理が行われることを否定していない。しかし、同裁判所は、その一方において、警察による非妨害者の個人情報収集・処理は、重大な犯罪から市民の生命・身体の安全を護るという公益目的のためになされる侵害措置であるという前提にたち、当該警察措置の要件・手続は立法によって可能な限り詳細に規律すべきである、という認識を示した。効果的な犯罪予防の必要性を強調して警察権の法からの自由を説くのではなく、犯罪予防の必要性は認めつつも、犯罪の発生に責任のない市民の権利・自由への警察の関与を最小限に抑えるための法的仕組みは如何なるものであるかを検討することは今後の警察法学の重要な課題となる。<sup>(57)</sup> そして、警察責任の原則は、このような警察法の理論および制度上の課題の検討を行う際の基本的な立脚点を我々に提供する役割も担っている。

### 3 警察作用の機能的特徴

一 警察の行う即時対応型行政および直接的実力行使型行政によってもたらされる侵害の効果は、警察命令・警察許可等の行政処分に基づく侵害行為とは異なり、人の身体・財産等にたいする即時的・直接的侵害であることが多く、かつ、その権限行使の事前の手続的統制と事後の司法的救済には限界がある。この点に配慮して、警察による即時の実力行使には「警察比例の原則、警察責任の原則をはじめ条理上の制限が厳格に適用される」と主張する学説もある<sup>(58)</sup>。この説は、第一に、即時の実力行使は、行政処分による事前の作為・不作為・受忍等の義務づけを介することなく直接的に人の自由や権利の侵害をもたらす点において、また、この意味において権利侵害性が強いにもかかわらず、行政処分のように法令による要件・手続の厳格な規律が困難である点に条理法の積極的な適用の必要性の根拠を見出す。

警察行政上の即時の実力行使については、このように厳格な法的統制の必要性が主張される一方において、市民や他の行政機関からその積極的な活用が求められることもある。警察は、系統的な指揮命令により統一的かつ迅速に行動することができるよう組織された行政機関であり、警察官は、市民が自己の力だけでは回避することのできない危険状態に陥ったときや、他の行政機関が即時に対応できない緊急の状態にあるときに、危害の発生を最小限に抑えるために、それが一時的なものであれ、一定の対応をとることができるように日常的に訓練を受けている。

このような、市民や他の行政機関が適切に対処できない緊急の事態が生じた場合に即時に対応できる権限と能力を有する行政組織をつくっておくことは、市民の利益や効率的な行政機能の確保の観点からみて必要なことであり、この意味において、緊急時の即時的対処の任務を専門的に司ることが警察組織の存在理由に公共

説 性の重要な部分を成しているといふことができる。

論

以上のことを、視点を変えて、すなわち市民や他の行政機関の立場にたつて捉え直すと、自らの能力や権限によつては事態に適切に対処できない状態にあるときには警察の援助を求める道筋が法的に保障されるべきことを意味する。他の行政機関との関係においては、児童相談所が保護を必要とする児童の安全を確保するために警察に一時的な保護を依頼するような事例（児童福祉法三三条）が挙げられるが、それ以外にも、警察が、他の行政機関の要請に基づき、警察官職務執行法上の権限を用いて一時的な保護等の措置をとることは少なくない。また、市民が警察の保護を求める事例については、警察の不作為（危険管理責任の不十分な履行）により生じた被害の救済を求める一連の国賠訴訟の裁判事例によつて示されている。具体的な事実関係において市民の生命、身体等に何らかの危害が及ぶおそれが認められ、かつ警察がその危険状態に対応することが可能であるとき、警察は、その状態を放置することは許されず、警察官職務執行法等の規定に基づいて危険状態を排除する措置を講じなければならぬ。

二 私人間に紛争が生じた場合、第三者的裁断機関である裁判所等により解決されるのが原則であり、警察による紛争への関与はその例外をなす。言い換えれば、市民の生命・身体等への危害の発生の危険が差し迫った状況にあり、司法的手続を経ては本質的な権利救済が図られないような状況は実際に存在するのであり、このような状況下において警察が紛争に関与することはあり得る（紛争状態への例外的関与）。この場合の警察の役割は、裁判所という国家機関との関係では、いわば「間隙のない権利救済の確保」の観点からみた場合の裁判所の機能的限界を補完することにある。

裁判所とは異なり、行政機関の場合、その職務の遂行の過程において即時対応の能力を有する警察組織の援

助を必要とする場合がある。このような場合、当該行政機関の権限と警察組織の権限をどのように関係づけるかが問題となる。この論点に関して、田村正博は、他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるといふ特別の規定がないかぎり、警察の権限と他の機関の権限との間に優劣の差はないとして、「他の行政機関において、公共の安全と秩序の維持のための権限を有している場合であっても、それを定めた法律の規定によって、当該事象が警察の任務から明確に除外されていない限り、依然として警察の活動の対象とすることができると述べる<sup>(60)</sup>。これにたいして、米田雅宏は、「警察の援助活動は、専門性に裏付けられた行政機関による職務遂行を補完する措置であるべき」として、補完性の原則の積極的な適用を主張する<sup>(61)</sup>。警察組織と他の行政機関の権限が事実上競合する場合は少ないと考えられるが、統一的・体系的な行政活動の確保の観点からすれば当該行政領域の事務を専門的に司る行政機関の権限行使が優先されるべきであり、その行政機関の管轄領域への警察の関与は、危険（障害）の発生にたいして緊急に対処する必要があるにもかかわらず、当該行政機関が対応できない、あるいは適時に対応することができない状況が存在し、かつ当該行政機関がその任務を履行することができる態勢が整うまでの暫定的・一時的な措置としてのみ可能であると考えるのが妥当であろう。

#### IV おわりに

一 美濃部達吉・佐々木惣一から田中二郎へと受け継がれてきた伝統的な行政法各論の理論構成の枠内において警察法を捉えるという従来の行政法学的な方法論を継受するのは今後の警察法学の理論的な発展を期待することはできない。警察法理論の発展のためには、それを、伝統的な行政法各論の枠組みの外に出す必要がある。すなわち、実質的警察概念を基軸として警察法の理論体系の構築を試みるのではなく、警察実定法に着目し、そこに

定められた警察行政の任務や権限の具体的な意味を、警察法制度の発展の歴史的経緯や警察の実際の機能に着目しつつ、実質的法治主義の視点にたつて検討していくことが、今後の警察法学の課題になる。

また、伝統的な警察法学が前提としてきた「行政警察」と「司法警察」の区分の意味についても再考を必要とする。伝統的な警察法理論では、刑事訴訟法等の刑事法令で規定された犯罪捜査の権限は、行政作用法から峻別され、警察法学の対象から外されてきた。しかし、刑事訴訟法の規律する犯罪捜査の権限は、警察官職務執行法上の権限と並んで制度上の警察の基本権限の一つである。実際の警察活動をみても、刑事法上の権限と警察法上の権限が、警察が対処すべき状況に応じて相互に関連づけられて用いられることが少なくない。「行政警察」と「司法警察」の概念区分への拘りは、このような警察活動の実態を踏まえた警察作用の法的考察の機会を警察法学から奪うことにもなりかねない。

さらに、田上穰治が主張したような、「政治警察」の警察法学の対象領域からの排除も認めるべきではない。制度としての警察に妥当する原則のなかで最も重要な意味を有するのは抑制と政治的中立の二つの原則である。両原則は、現行警察法二条において警察の基本原則として明示されている。

二 実質的警察概念論から抑制の原則を捉える田中二郎等の論者からすれば、抑制の原理は、まず必要最小限の侵害の原則として具体化されることになる。しかし、同原則は、その他の警察権の限界論を媒体とすることによって、侵害の程度の問題だけでなく、さらに、警察行政の対象、範囲等の問題に至るまで多様な展開をみせることになる点にも留意しなければならない。

他方、制度としての警察について抑制の原理が論じられる場合、もっぱら、基本的人権の尊重の視点と、実定法によって警察組織に与えられた任務と権限の内容が注目されることになる。伝統的な警察権の限界論において

扱われてきた警察消極目的、警察責任および補充性の原則は抑制の原理を具体化する原則として再定位されることになるが、これらの原則は、行政作用法上の原則としての意味だけでなく、立法原則としての意味も有する。また、これらの原則は、比例原則とは異なり、警察行政作用の違法性の具体的な判断基準として機能し得る範囲は必ずしも大きくはない。

抑制の原理が警察の職務活動の懈怠を正当化する原則でないことは本論で繰り返し述べた。また、同原則は、立法を通じて警察の活動が犯罪捜査や執行的警察活動以外の任務に拡大することを否定するものではない。一九九一年に制定された暴力団対策法における暴力的要求行為にたいする命令制度や二〇〇〇年に制定されたストーカー規制法におけるつきまとい行為等への警告、禁止命令制度などは犯罪に至らない行為や生命・身体にたいする具体的な危険が差し迫っているとはいえない状態においても警察が関与することを認める制度であるが、このように、暴力団やストーカー行為者から個人を護るために警察が関与することについては一定の合理性を認めることができるであろう。

ただし、このように、立法者が法律の制定を通じて警察の任務と権限を拡大しようとする場合、その法律の制定の要否・内容等の決定は立法者の政策的裁量に一方的に委ねられると考えるのは妥当ではなく、犯罪捜査や即時強制の権限を与えられている警察の関与を正当化する合理的な根拠を提示すること、また、抑制の原理の視点にたちつつ、その関与の内容や範囲を明確に確定することが求められる。警察権限の活用の一必要性的のみが強調される立法政策論ではなく、また、実質的警察概念を前提とした伝統的な警察権の限界論でもなく、制度上の警察の機能的特徴と抑制の原理の関連に注目しつつ警察権の法治主義的統制のあり方を検討していくことが今後の警察法学の重要な課題となる。

- (1) ドイツやわが国では、実質的警察概念の定義について多様な説がだされてきたが、第二次世界大戦後の両国の行政法（警察法）学の展開をみるかぎり、「公共の安全と秩序にたいする危険（障害）の排除のための権力的行政作用」として警察概念を定義する説が通説的地位を獲得したことは明らかである。本稿において論じる「実質的警察概念」もこの意味において捉えることにする。
- (2) プロイセン警察行政法の制定の経緯については、島田茂「一九三二年プロイセン警察行政法に関する一考察（一）」甲南法学四七卷二号九五頁以下参照。
- (3) 田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』（弘文堂、一九八三年）（以下、「新版行政法下」と略記する）二九頁以下、田上穰治『警察法（新版）』（有斐閣、一九八三年）三〇頁以下参照。
- (4) 島田・甲南法学四七卷四号三頁以下参照。
- (5) バイエレン警察法学派の学説の展開については、島田「バイエルン邦における警察法理論の展開と『制度的警察概念』（一）（二・完）」法学論叢一〇四卷一号四六頁以下、三号二二頁以下参照。
- (6) 芝池義一「ドイツ警察法理論をめぐる若干の理論的諸問題（一）（二・完）」法学論叢九六卷二号一頁以下、九六卷三号一頁以下参照。
- (7) ナチス警察法理論とプロイセン警察行政法の関係については、島田・甲南法学四七卷三号一頁以下参照。
- (8) 佐々木惣一は、行政警察規則に収められた警察の職務に関する一般的な規定の存在を手がかりとして、わが国の警察実定法制度が消極目的の原則を基本原理とするものであると主張した（島田「明治憲法下における警察法理論の構造―先験的警察義務の概念の意義と限界―」甲南法学五三卷二号九頁以下参照）。しかし、佐々木がその存在に注目した行政警察規則は、警察の任務と権限を体系的に規定したのではなく、プロイセン警察行政法と同じレベルの法令として位置づけることはできな
- (9) D. Bastian, *Westdeutsches Polizeirecht unter allhierter Besatzung* (1945-1955), 2010, S. 49 ff.
- (10) A. a. O., S. 125 f.
- (11) ヴァッケは、旧プロイセン州以外の地区では慣習法によりプロイセン警察行政法と同様の法原理が妥当すると主張した（G. Wacke, *Allgemeines Polizeirecht*, 6. Aufl., 1957, S. 9）。

- (12) A. Galette, Zur Entwicklung des „Polizei- und Ordnungsrecht“ DVBl. 1955, S. 313, 279.
- (13) F. Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht, 1958, S. 182, 216.
- (14) V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, S. 11.
- (15) 田村正博『四訂版警察行政法解説』（東京法令出版、二〇〇一年）（以下、「四訂版解説」と略記する）六二頁以下。
- (16) 田村「警察行政法の基本的な考え方」（立花書房、二〇〇〇年）七頁。
- (17) 田村説にみられる法実証主義の傾向については、高木「警察行政法の現代的位置づけ」『警察行政の新たな展開（上巻）』（東京法令出版、二〇〇一年）一七三頁参照。
- (18) 高田「現代行政の展開と警察法」公法研究三四号二二五頁以下参照。
- (19) 高木・前掲書（注（17））一七〇頁。
- (20) 島田「現行憲法下における警察法理論の展開」甲南法学五五巻四号四〇頁以下参照。
- (21) 田村・四訂版解説六六頁。
- (22) 田村・同右六九頁。
- (23) 田村・同右六七頁。
- (24) 田村・同右六八、六九頁。
- (25) 田村・同右六七頁、七一頁。
- (26) 島田・甲南法学五五巻四号四〇頁以下参照。
- (27) 田村正博以外にも警察実務の側から伝統的な警察権の限界論の意味に疑問を呈した論者はいるが（たとえば、関根謙一「警察の概念と警察の任務（二）」警察学論集三四巻四号七九頁）、本格的に当該法理の問題点を追究したのは田村が初めてである。
- (28) F・マイヤー等のバイエルン警察法学派の論者が提唱した制度的警察概念論については、島田・法学論叢一〇四巻三号三一頁以下参照。
- (29) 「制度上の警察（die institutionelle Polizei）」とは何かという問にたいして、実質的警察概念と同様の概念定義を行うことは

できない。制度上の警察は、立法者が、社会的あるいは政治的な状況を考慮しつつ政策的な観点から作り上げる一つの法制度であり、実質的警察概念（学問上の警察概念）のように国家権力の統制を直接の目的とした法概念あるいは実定法の学問的体系化のための道具概念としての性格をもつものではない。本稿における「制度上の警察」とは、現行警察法の定める警察庁と都道府県警察およびこれらの行政機関を監督する国家公安委員会と都道府県公安委員会を指す（国の警察組織である国家公安委員会と警察庁について、これらを「制定法上の警察」として捉えることに疑問を呈する見解として、白藤博行「安全の中の自由論」と警察行政法」公法研究六九号五六―五七頁参照）。消防組織法や海上保安庁法上の行政機関の作用は制度上の警察の作用と緊密な関連にあり、実質的には職務において重複する点もあるが「制度上の警察」ではない。また、公安調査庁等の公安関係の国家機関も政治警察の領域において重要な役割を果たすが、「制度上の警察」としては捉えない。このように、警察法学の検討対象を制度上の警察の組織とその作用に限定するのは、実質的警察概念に替えて法制度に着目した警察概念を新たに設定し、それを起点として伝統的な警察法理論に対抗する別の警察法ドグマティックを作り出すことを目的とするものではない。また、警察法学の対象を制度上の警察の組織と作用に限定することは、制度上の警察と他の行政機関との組織法的・作用法的関連の探求を軽視することを意味しない。むしろ、制度上の警察が他の行政機関とどのような関係をもちながらその職務を遂行していくのかという点を検討することは警察法学の重要な課題となる。

(30) 藤田宙靖『行政法の基礎理論（上巻）』（有斐閣、二〇〇五年）（以下、「基礎理論上」と略記する）三三八頁。

(31) 高田敏『法治国家観の展開―法治主義の普遍化的近代化と現代化』（有斐閣、二〇一三年）四九七頁、六九四―六九五頁、七四七頁。

(32) 田上・前掲書（注（3））三二二頁以下参照。

(33) 佐々木惣一『警察法概論』（日本評論社、一九四〇年）（以下、「概論」と略記する）一五頁。

(34) 美濃部達吉『行政法撮要下巻』（有斐閣、一九三三年）一四―一五頁。権力性の契機に着目して警察概念を構成する美濃部は、権力の行為の範囲を警察下命・警察強制等の典型的侵害行為に限定する。この点は、「警察ノ作用ハ此ノ何レカノ外ヲ出デズ」と明記していることから明らかである。このように、美濃部が、警察作用の範囲を権力性の明らかかな行為に限定しようとしたのは、彼の提示する警察概念の内容から判断して当然のことであるということもできる。警察概念の定義にあたって消極目的の契機を排除し、「警察」を権力的行政作用と定義する美濃部の立場からすれば、権力作用の範囲を曖昧にするこ

- とは、警察概念の内容を曖昧にすることを意味する。美濃部が自らの主張する警察概念の概念的明確性を示すことによってその妥当性を示そうとすれば、自ずから権力作用の範囲を限定することが求められることになる。
- (35) 佐々木は、「即時強制」と「実力制限」の用語のどちらを使うかは「成文法外の名称のことであるから、いづれに依るも可である」としつつも、「強制」の語は、本来、「義務を前提とする観念」であり、具体的な義務の存在を前提としない単なる実力行使に「強制」の語を用いるのは妥当性を欠くと述べている（佐々木・概論一〇五―一〇八頁）。
- (36) 田中・新版行政法下、三三―三四頁、六一頁以下参照。
- (37) 警察官の職務質問にみられる権力性の契機については、田宮裕・河上和雄「大コンメンタール警察官職務執行法」（青林書院、一九九三年）八三頁以下（河上和雄）参照。
- (38) 島田「ドイツにおける予防警察的情報収集活動と侵害留保論」『各国警察制度の再編』（法政大学出版局、一九九五年）一一―五頁以下参照。
- (39) 国勢調査判決を契機としてなされたドイツ刑事訴訟法の改正については、池田公博「法的根拠を要する捜査手法―ドイツ法との比較を中心に」『刑法雑誌五五卷三号二〇頁以下参照。
- (40) この論点についての連邦憲法裁判所の判例の分析については、島田「ドイツの憲法判例と警察法」『甲南法学五四卷一・二号五五頁以下参照。
- (41) 警察行政権の行使が抑制的であるべきとする意見は警察実務の側からも聞かれる。元警察庁長官の田中節夫は、警察法施行六〇周年記念のインタビューを受けるなかで、「最近では、何でもかんでも警察の力で解決を図る、例えば地域、学校、家庭といった分野についても全て警察が介入することを是とするような風潮が見られます。この点については、社会全体の治安維持といえますか、基盤をしっかり作るという意味で、本当によいのかということになると、私はなかなか問題だと思えます。消極であってはいけないが、謙抑的でなければならぬのではないかと述べている（警察学論集六七卷七号二二頁）。
- (42) 警察の不作為の法的責任が問題とされた裁判例については、島田「警察法における犯罪防止義務論」『甲南法学五一卷三号六三頁以下参照。
- (43) 田村正博は、行政上の法律関係は、行政の活動によって利益を受ける国民を明確に位置づけた三面関係として構成されるべきであるとする立場から、直接の処分の相手方の利益の侵害を防止することのみを重視するような二者対立的関係での理解

による権限行使の消極化を避けるべきであると主張する(警察学論集五一巻二二号一三八頁以下)。そして、この主張を展開するにあたって、最高裁の二つの判例(ナイフ一時保管義務懈怠事件判決(最判昭和五七年一月一八日)と新島漂着砲弾爆発事件判決(最判昭和五九年三月二三日))を取り上げるが、このような、職務義務の懈怠の違法性が問題とされた判例を三面関係論の正当化のためにもちだすのは妥当ではないように思われる。

(44) 田中二郎の警察法理論については、島田・甲南法学五五巻四号三頁以下参照。

(45) 伝統的な警察法学は、「司法警察」と「行政警察」を異質の警察活動として明確に区別してきた。しかし、制度上の警察の作用に関していえば、このような、警察作用の観念的な二分論自体の妥当性が問題とされねばならない。田村正博は、この点に関して、「犯罪捜査は、警察がその責務を果たすために行う活動の一形態であるに過ぎず、……その本質において、その他の行政活動と異なるものではない」という認識を示す(警察学論集五一巻二二号一四八頁、同『全訂警察行政法解説(第二版)』(東京法令出版、二〇一五年)(以下、「全訂解説」と略記する)三二一三四頁)。制度上の警察は、伝統的な意味での司法警察と行政警察の両方の任務を担っており、権限行使の側面に着目してみても、根拠規定がおかれる法令に違いがあるものの、二つの警察作用は相互に密接な関係のもとにおかれている。伝統的な警察法学は、行政警察と司法警察の観念上の異質性に拘りすぎて、この両警察機能の密接な関連から生み出される特殊な権力性の契機に十分に配慮することができなかったように思われる。

(46) 戦前の内務行政において警察組織の権限が拡大していく過程については、大日方純夫『日本近代国家の成立と警察』(校倉書房、一九九二年)一八四頁以下参照。

(47) 成田頼明「社会の安全と法政策」警察政策一巻一号一二頁。

(48) 藤田・基礎理論上四三二頁。

(49) 高田・公法研究三四号二二八頁。

(50) 白藤博行は、「警察消極目的の原則」に関して、「警察官僚が『強い執行権』と呼ぶ『実力』(物理的強制)を有する特別な行政権である警察権の消極性であり、警察依存の危険性、警察権力の圧倒的優越性、特別の象徴的な意味を持つ刑事罰の重みにつながる権力発動に対する消極性であるといってもよいかもしれない」と述べるが(公法研究六九号六〇一六一頁)、この指摘は、抑制の原理の論拠として読み替えることができる。

- (51) 田村・全訂解説二六頁以下。
- (52) 憲法上の原則としての比例原則の内容については、高木光「比例原則の実定化―『警察法』と憲法の関係についての覚書―」  
 芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣、一九九三年）二二―頁以下参照。
- (53) 杉村敏正「憲法・行政法からみた警察権の理論的境界―戒能通孝編『警察権』（岩波書店、一九六〇年）二四六―二四七頁参  
 照。
- (54) 田村・四訂版解説六九頁。
- (55) この原則は、憲法一三条から導くことが可能であると思われる。
- (56) 島田「ドイツ警察法における犯罪予防の目的と危険概念の関係」甲南法学四九卷三・四号一頁以下参照。
- (57) 刑事法学においても情報プライバシー権の捜査法への導人が論じられている。これは、捜査法における規制の着眼点を情  
 報の取得行為に限定せず、当該情報の利用・処理行為にまで広げようとする試みとして評価することができる。ただ、刑事  
 法学では刑法の定める強制処分法定主義（一九七条一項ただし書）とのからみで議論が進められており、この点において  
 警察法学上の議論とは異なる（笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌五五卷三三三頁以下、緑大輔  
 「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報八七卷五号六五頁以下参照）。
- (58) 原田尚彦『行政法要論（全訂第七版「補訂版」）』（学陽書房、二〇一一年）二四四頁参照。
- (59) 小早川光郎は即時強制的な行政措置の例外的性格について以下のように述べる。「即時執行型手法の場合には、相手方は、た  
 とえ事実行為による侵害の可能性が一般的な法規の形で示されているにしても、法律関係の確定をふまえてみずからのと  
 るべき対応を具体的に判断するという機会のないまま、一方的に事実行為としての有形力の行使を受けることになるのであ  
 り、義務付け型手法と比較して相手方私人の自主性の尊重に欠けるところのあることは否定できない。したがって、即時執  
 行型手法は、義務付け型手法をとりえない場合に補充的かつ例外的にのみ用いられるべきものであり、このことは、侵害行  
 政全般に共通する、法的秩序付けの一つの重要な原則をなすもの言うことができる」（小早川「行政法の存在意義」磯部・小  
 早川・芝池編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、二〇一一年）一一頁）。
- (60) 田村「警察の活動上の『限界』（中）」警察学論集四一巻七号七〇頁。
- (61) 米田雅宏「脱警察化と行政機関に対する警察の役割―「間隙なき危険防御」の法的位置づけ―（二・完）」北大法学論集六六

