

ドイツ警察法における「犯罪の 予防的制圧」の任務と権限

島 田 茂

はじめに

ドイツでは、1983年の国勢調査判決⁽¹⁾を契機として、各州において警察法の改正が行なわれ、警察領域における個人情報の収集・処理について新たに権限規定がおかれることになった⁽²⁾。この警察機関による個人情報の収集・処理に関わる権限規定の整備は、一面において、今まで非権力的事実行為あるいは警察機関の内部行為としてみなされ十分な法的規律がなされてこなかった個人情報の収集・処理過程の規律を試みるものとして、法治主義の徹底・充実の観点からみて、積極的な評価を与えることができる⁽³⁾。

(1) BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1983, BVerfGE, 65, 1. 本判決の内容については、平松毅「自己情報決定権と国勢調査—国勢調査法一部違憲判決—」『ドイツの憲法判例（第2版）』（2003年、信山社）60頁参照。

(2) ドイツの刑事手続における個人情報保護制度の整備と刑事訴訟法の改正の状況については、浅田和茂「刑事手続における個人関係情報の利用—ドイツ刑事訴訟法一部改正草案の場合—」高田卓爾博士古稀記念祝賀『刑事訴訟の現代的動向』（1991年、三省堂）315頁以下、「刑事手続における個人情報の収集と利用—ドイツ1999年刑事手続改正法の場合—」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集（上巻）』（2001年、成文堂）49頁以下参照。

(3) 各州において行われた警察法の改正は、伝統的な「侵害」概念の枠を外し、

しかし、その一方において、この改正によって、「犯罪の予防的制圧 (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)」と呼ばれる、近代法治主義的警察法の基本原理とは相容れない任務と権限が新たに警察実定法のなかに組み入れられることになり、これによって、伝統的な法治主義的警察法の構造が、さらには、「危険防除 (Gefahrenabwehr)」、「刑事訴追 (Strafverfolgung)」、「憲法擁護 (Verfassungsschutz)」といった国家の治安権力の分立原則が重大な変容を迫られることになったのである。

本稿の課題は、主として1970年代後半から90年代初めにかけてドイツにおいて行われた、犯罪の予防的制圧の任務と権限の警察実定法への導入あるいは組織的犯罪に対処するための連邦および州の治安権力の強化政策の推進によって、既存の警察法の体系、さらには、同法と刑事訴訟法および憲法擁護法との関係に、どのような変化が生じることになったのかという点を、立法、学説および裁判例の検討を通して明らかにすることにある。

1 犯罪の予防的制圧の任務と権限

(1) 任務規定

犯罪の予防的制圧の任務は、1977年の模範草案 (ME PolG) の作成を契機として、ドイツの警察実定法制度に取り入れられることになった。⁽⁴⁾ また、1986年に作成された模範草案補正案 (VE ME PolG) (以下、「補正案」と呼ぶ。) では、この新たな警察任務を示す概念の継受が行なわれ

法律による統制の範囲を、権力的手法の使用の有無に関わらず、個人情報収集・処理過程の全般にまで及ぼしたのである。この点については、島田茂「ドイツにおける予防警察の情報収集活動と侵害留保論」『各国警察制度の再編』(1995年、法政大学出版局) 123頁以下参照。

(4) § 10 Abs. 1 Nr. 2 ME PolG. 「犯罪の予防的抑止 (vorbeugende Verbrechensbekämpfung)」という用語は1973年の改正連邦刑事局法 (§ 5 Abs. 1 Bundeskriminalamtgesetz v. 29. 6. 1973) において初めて用いられた。

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

るとともに、第1条の任務規定において、その内容が新たに示されることになった。⁽⁵⁾

補正案によれば、「犯罪の予防的制圧」は、「将来の犯罪の訴追に備えておくこと (Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten)」および「将来の犯罪を予防すること (Verhütung künftiger Straftaten)」の両者の任務を含み、将来の危険の予防のための対応策を講じておくこと＝「危険防除への対応策 (Vorbereitung auf die Gefahrenabwehr)」と並んで、「危険防除」の任務のなかに位置づけられることになった (§ 1 VE ME PolG)。

補正案の作成に伴って、各州では警察法の改正が行われ、犯罪の予防的制圧の任務は様々な規定の仕方で警察実定法のなかに取り入れられることになった。ある州は、補正案と同様の規定を任務規定に取り入れ、⁽⁶⁾また、別の州は、「将来の犯罪の予防」のみを犯罪の予防的制圧の内容としてとらえた。⁽⁷⁾さらに、犯罪の予防的制圧を、任務規定にも一般的概括的授權条項にも入れずに、情報収集に関する個別的権限規定のなかにおくだけの州もあった。⁽⁸⁾

(2) 権限規定

補正案の作成および各州の警察法の改正に伴って新たに取り入れられた、犯罪の予防的制圧を目的とする権限規定は、その多くが警察による情報の収集・蓄積・改変・利用・外部提供等の行為に関するものである。⁽⁹⁾

(5) 模範草案の成立過程については、参照、島田茂「西ドイツ統一警察法模範草案をめぐる若干の法的諸問題」横浜市大論叢（社会科学系列）32巻1号113頁以下参照。

(6) § 1. Abs. 1 S. 2 PolG NW; § 1. Abs. 3 ASOG Bln; § 1. Abs. 1 S. 2 PolG Bbg; § 1. Abs. 1 S. 3 PolG RP.

(7) § 1. Abs. 4 HSOG; § 2. Abs. 1 SOG LSA.

(8) § 20. Abs. 3, § 22. Abs. 2 und 3 PolG BW; § 27 ff. BremPolG.

以下では、補正案を中心にして、また情報収集の権限に限定して、その内容をみることにする。⁽¹⁰⁾

(ア) 一般的権限規定

補正案は、まず、個人情報の収集に関する一般的権限規定をおく (§ 8a Abs. 2)。この規定によれば、警察は、「事実上の手がかりに基づいて、経験則上、犯罪の予防的制圧に必要とされる場合には」、将来犯罪を実行する根拠のある者やその者に接触ないし随伴する者等の情報を収集することができる。将来の犯罪の実行者とみられる者 (§ 8a Abs. 2 Nr. 1) だけではなく、この者に接触あるいは随伴する者 (Nr. 2)、犯罪の被害者になるおそれがある者 (Nr. 3)、証人や情報提供者 (Nr. 4) 等もまた当該警察措置の対象とされるのであり、この点において、当該規定の適用に際しては警察義務者の法理の適用は予定されていないといえる。⁽¹¹⁾ また、同規定による情報収集が警察の恣意的な判断によって行われることは許されず、犯罪の予防的制圧のために当該行為が実際に必要であるかどうか「事実上の手がかり (tatsächliche Anhaltspunkte)」に基づいて判断されねばならないが、この「事実上の手がかり」という要件は、「計画された犯罪についての詳しい状況 (実行者、犠牲者、時間、場所) が明確になるほどに具体的である」必要はなく、⁽¹²⁾ 「犯罪が行われるという単なるおそれ (Risiko)」が事実により認知されれば、それで十分であると⁽¹³⁾ されている点において、警察法上の「具体的危険 (konkrete Gefahr)」の

(9) この意味において、改正警察法においては、量的にも質的にも、情報の収集・処理に関する権限規定が重要な部分を占めるようになったといえる (Corinne Hoppe, *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, S. 26 f.)。

(10) ドイツ警察法における個人情報の管理・利用等にたいする法的規制に関しては、島田茂「個人情報の保護と警察法—ドイツ法を中心として (上) (下)」行財政研究31巻、46頁以下、32巻、29頁以下参照。

(11) Hoppe, a.a.O., S. 28.

(12) Vgl. Begründung zu § 8a, in: Kniessel/Vahle, VE ME PolG, S. 53.

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

要件とも異なるものである。⁽¹⁴⁾

(イ) 特殊な形態の情報収集

補正案は、情報収集の一般的権限規定とは別に、以下のような、「特殊な形態の情報収集 (besondere Formen der Datenerhebung)」について定める。

① 長期的監視活動 (längerfristige Observation) 長期的監視活動は、ある人物の活動の全体像を把握するために、長期にわたり、かつ目的、計画的に行なわれる警察の観察 (Beobachtung) 行為である。⁽¹⁵⁾ 特定の場所において短期で行なわれる情報収集活動は一般的な警察の情報収集権限 (§ 8a) によって根拠づけられる。これにたいして、長期的監視活動は、個人の全体的な活動状況、生活状況の警察による把握を可能にするおそれがあることから、特別の権限規定がおかれることになったのである。⁽¹⁶⁾

② 秘密裏に行われる技術的手段の設置 (verdeckter Einsatz technischer Mittel) 警察による情報の収集および処理の形態は、盗聴器や監視カメラ等の技術的手段を用いることによって大きく変ることになる。技術的手段を用いることなく行われる監視活動の範囲は自ずから限定されることになる。また、当該監視活動によって得られた情報の内容について

(13) Hoppe, a.a.O., S. 28.

(14) 補正案は、また、集会法の適用のない公開の催しや集会における情報収集についても規定する (§ 8b)。当該規定によって、集会等に参加する者の写真撮影やビデオ撮影が許容されることになるが、これらの警察措置については「公共の安全または秩序にたいする危険」の存在が要件となる。ただし、この場合の「危険」も「具体的危険」とは異なり、法益侵害の危険が顕在化していることを要件とするものではない (Vgl. Begründung zu § 8b, in: Kiesel/Vahle, VE ME PolG, S. 54)。

(15) 監視活動は、常に秘密裏に行なわれるとは限らず、本人に分かることを前提に行なわれる場合もある。この場合には、監視活動が行なわれていることを対象者に知らしめることによって、この者が特定の行為を行なわないように抑止することが目的となる。

(16) Vgl. Begründung zu § 8c, in: Kiesel/Vahle, VE ME PolG, S. 55.

も事後的に確認することが困難となる。これにたいして、技術的手段を用いた場合、警察職員が立ち入ることのできない場所においても情報を収集することができるようになるとともに、収集された情報を半永久的に保存・利用することも可能になる。このように、技術的手段の利用は警察の情報収集・処理能力を飛躍的に高めることになるが、その一方において、基本法によって保障された個人の私生活領域にたいする警察の過剰な介入を可能にするとともに、収集された個人情報の不当な目的外利用や外部提供のおそれを拡大することになる。このため、一般的な情報収集の権限規定とは別に固有の授権規定がおかれることになったのである。

③ 秘密捜査官 (verdeckte Ermittler) および警察と協力関係にある者 (sog. V-Personen) の投入 専門的な訓練を受けた秘密捜査官や警察職員としての資格をもたない民間の協力者などを犯罪組織等に潜入させることによって「内部から (von innen heraus)」情報収集を図る手段である。この手段の投入によって犯罪実行の可能性、組織的犯罪の関係者や首謀者、資金源など、犯罪の予防的制圧に必要な情報の収集が可能となる。しかし、これが犯罪と関わりのない政治団体等にたいする情報収集の手段として用いられた場合、政治的自由等の国民の基本権の行使にたいして深刻な影響を与えることになる。警察と協力関係にある民間人が主体となって犯罪組織等に関する情報を収集する活動も、警察活動の一環としてとらえ、これに法治主義的規制を加えることが妥当であるのかという問題も存在するが、この者の投入が警察の情報収集活動の一形態としてとらえられるかぎりにおいて、その法的規制の必要性は否定できない。⁽¹⁷⁾

(17) Vgl. Ralf Krüger, Verfassungsrechtliche Grundlagen polizeilicher V-Mann-Arbeit, NJW 1982, S. 855 ff.

2 犯罪の予防的制圧の帰属領域

犯罪の予防的制圧についてまず指摘されることは、当該任務を遂行するために行なわれる警察活動が、「危険防除」の活動領域に属するのか、それとも、「刑事訴追」の活動領域に属するのが必ずしも明確ではないということである。

犯罪の予防的制圧は、刑罰規定によって保護された法益にたいする侵犯行為を規制の対象とする点において、「公共安全または秩序にたいする危険の防除」という伝統的な警察任務よりも限定された内容を有する任務としてとらえられる。また、すでに述べたように、犯罪の予防的制圧の任務の中身として、「将来の犯罪の予防」と「将来の犯罪の訴追にたいする備え」という二つ任務が挙げられることになるが、前者の任務は、法益侵害の事前の予防を内容とする点において、その危険防除的性格は比較的認められやすいのにたいして、後者の任務については、将来のことではあるとしても、「犯罪の訴追」を目的とする点において、これを危険防除の任務の範疇においてとらえることが妥当であるのかという疑問が生じてくることになる。

犯罪の予防的制圧活動が危険防除と刑事訴追のいずれの警察活動の領域に属するのかという問題の検討は、当該警察活動を、どちらの警察領域に配すれば、既存の法体系との整合性が得られるのかという視点からなされることになる。しかし、このことは、犯罪の予防的制圧活動の帰属領域の判断が、警察活動の分類・整理に関わる問題にすぎないということの意味するものではない。この問題は、連邦と州の立法管轄の問題、犯罪の予防的制圧活動にたいする統制法理のあり方、既存の警察法および刑事訴訟法の体系の妥当性の問題などに広く関わってくることになるのである。

ドイツにおいては、原則として、犯罪捜査等の司法警察活動に関わる

論 説

事項の立法権限は連邦に、危険防除を中心とする行政警察活動に関わる事項については州に立法権限が帰属することとなる。したがって、犯罪の予防的制圧が、行政警察（危険防除）の任務領域に属するとするならば、その立法権限は州に委ねられることになるのにたいして、司法警察（刑事訴追）の任務領域に属するとするならば、刑事訴訟法との調整も含めて、連邦の立法事項とされることになる。

また、犯罪の予防的制圧が警察法の任務領域に属するとするならば、その活動と警察法理との整合性が問題とされることになる。この整合性を得るための調整作業は、犯罪の予防的制圧を既存の警察法体系に適合させるように一定の規制をかけることを企図する方向と、反対に、異質な内容を有する予防的警察活動もまた組み込むことができるよう、既存の警察法の体系を変質させていくという二つの異なる方向での立法あるいは法解釈的営為が必要とされることになる。そして、犯罪の予防的制圧を刑事訴訟法の体系のなかに組み入れる場合にも、それが成功裡になされるかどうかは別として、警察法の領域に導入する場合と同様に、犯罪の予防的制圧の任務と権限を既存の刑事訴訟法の体系に適合させるための立法的作業あるいは法解釈が不可欠になるのである。

ドイツでは、犯罪の予防的制圧を刑事訴追の領域に位置づけようとする見解、あるいは危険防除の領域に配すべきとする見解、さらには、このように、刑事訴追と危険防除のいずれかの領域に位置づけようとする考え方そのものに批判的な見解など、当該警察活動の帰属領域の問題に関して様々な観点から論じられてきた。以下では、これらの諸見解の主張の内容と論拠を整理することによって、犯罪の予防的制圧の任務と権限の特殊性を明らかにすることにしたい。

(1) 刑事訴追活動としての位置づけ

犯罪の予防的制圧を刑事訴追の領域における警察活動としてとらえる
(甲南法学'06) 47-1-60(60)

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

見解は、当該警察活動の主たる目的を、将来の犯罪の刑事訴追をできるかぎり容易かつ迅速に行なえるようにするための準備活動としてとらえ、当該活動が犯罪予防の目的からみて一定の意味を有するとしても、それは付随的な効果にすぎないとする⁽¹⁸⁾。そして、このことを前提として以下のことを主張する。

- ① 犯罪の予防的制圧の主たる目的は、将来の刑事訴追手続において利用されることになる情報を事前に収集することにある。したがって、この種の警察活動を「危険防除」の観点から論じることは妥当ではない⁽¹⁹⁾。
- ② 刑事訴追の準備活動としての性格を有する犯罪の予防的制圧は、刑事訴追について権限を有する検事局の指揮の下で行なわれるべきであって、検事局の関与を受けずに行なわれる行政警察上の活動として位置づけられるべきではない⁽²⁰⁾。
- ③ 犯罪の予防的制圧が刑事訴追の一環として行なわれる以上、当該警察活動について立法権限を有するのは連邦であり、州の警察法によって規律するのは違憲である⁽²¹⁾⁽²²⁾。

(2) 危険防除活動としての位置づけ

犯罪の予防的制圧活動を危険防除の活動としてとらえる見解は、ドイ

(18) Schoreit, CuR 1986, S. 230 f.; Eggert Schwan, Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfolgungsrechts von dem des Rechtes der Gefahrenabwehr, VerwArch 70(1979), S. 121, 125.

(19) Schwan, VerwArch 70(1979), S. 121; Helmut Schweckendieck, Daten zur "vorbeugenden Verbrechensbekämpfung" im Lichte der Rechtsprechung zu § 81b Alt. 2 StPO, ZRP 1989, S. 127; Horst Hund, Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat, ZRP 1991, S. 466.

(20) Schoreit, CuR 1986, S. 227.

(21) いわば「前置され、先取りされた刑事訴追 (vorgezogene antizipierte Strafverfolgung)」という表現が用いられる場合もある (Hoppe, a.a.O., S. 101)。

(22) Schweckendieck, ZRP 1989, S. 127; Merten, ZRP 1988, S. 172.

ツでは、裁判例においても、また学説においても、常に通説的な立場を堅持してきた。以下では、まず、裁判例の動向から検討していくことにする。

(ア) 裁判例の動向

裁判例においては、もっぱら、刑事訴訟法81b条の規定に基づいて発せられた鑑識措置の受忍命令にたいして、いかなる訴訟手続により権利の救済がなされるべきかという論点をめぐって、犯罪の予防的制圧活動の帰属領域の問題が提起されることになった。

刑事訴訟法81b条は、「刑事手続の遂行の目的または鑑識事務の目的のために必要であるかぎり、被疑者の意思に反しても、写真を撮影し、指紋を採取し、身体測定その他これに類する処分をすることができる」と規定する。このように、同規定は、警察による被疑者の写真撮影、指紋採取等の権限に関して、「刑事手続の遂行 (Durchführung des Strafverfahrens)」と「鑑識事務 (Erkennungsdienst)」という二つの目的を設定するのであるが、両者のうち、前者の目的から行なわれる鑑識措置については、犯罪容疑の有無を確定するために行なわれる点において、刑事訴訟手続における行為としての性格は明らかである。しかし、後者の鑑識措置の法的性格については必ずしも明確ではない。この点が、1950年代半ばから、司法の場において、専ら行政裁判所と通常裁判所の間における裁判管轄権の問題として論じられてきたのである。⁽²³⁾

1955年11月3日の連邦行政裁判所の判決は、「鑑識事務」の一環として行なわれる鑑識措置を刑事訴訟手続上の処分としてとらえ、当該措置の取消を求める行政訴訟の提起を不適法なものとして却下した。⁽²⁴⁾しかし、

(23) 「鑑識事務」の一環として行なわれる鑑識措置について、その受忍を被疑者にたいして命じる処分、あるいは当該措置を通じて収集・記録された指紋や容姿等の個人情報を探査の終結時において消去するよう求める元被疑者の請求を拒否する処分が、刑事訴訟法上の処分なのか、それとも警察法上の処分なのかという点についての判断の違いによって行政裁判所による救済の可否も決められることになる。

本判決は、当該措置の目的が、将来における犯罪を予防し、また犯罪が生じた場合の捜査を容易にすることにあり、これを否定していない。ただし、刑事訴訟法という法典のなかで、「刑事手続の遂行の目的」において行なわれる鑑識措置と同一の条文において並列的に規定されていること、また、当該措置について行政訴訟を認めることになると、警察にたいして不服申立てを提起することしか認められていない「刑事手続の遂行の目的」において行なわれる鑑識措置との間で権利救済上の不整合が生じることになるという点に着目して、当該措置も刑事訴追手続上の処分として位置づけるべきであるという結論に至っているのである。

ところが、この判決の5年後、連邦行政裁判所は、上記の判例の立場を改め、「鑑識事務」が、刑事司法上の事務ではなく、行政警察（危険防除）の領域に属することを明確に認めたのである⁽²⁵⁾。そして、これ以降、各州の裁判所においても、同様の裁判例がだされるようになり、ここに、「鑑識事務」が行政警察的作用に属するという判例理論は確立することになった⁽²⁶⁾。

刑事訴追手続の一環として行なわれる鑑識措置にあつては、警察職員は検事局の補助職員としての立場にたつ。これにたいして、警察が「鑑識事務」として指紋採取等の措置を行なう場合には、検事局から独立して、警察法上の権限に基づき行なうことになる。また、当該鑑識措置によって作成された個人の犯罪記録は、検事局に送付されることなく、将来の犯罪にたいする備えとして、警察機関のもとで保管されることにな

(24) BVerwG, Urt. v. 3. 11. 1955, BVerwGE 2, 302=NJW 1956, 234.

(25) BVerwG, Urt. v. 25. 10. 1960, BVerwGE 11, 181=NJW 1961, 571.

(26) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8. 7. 1959, NJW 1959, 1790; VG Neustadt, Kammer Mainz, Urt. v. 19. 2. 1965, NJW 1965, 1934; VGH München, Urt. v. 18. 1. 1966, DVBl. 1966, 904; OVG Hamburg, Urt. v. 13. 5. 1976, DVBl. 1977, 253; VG Freiburg, Urt. v. 3. 4. 1979, NJW 1980, 901; OVG NW, Urt. v. 14. 7. 1982, DÖV 1983, 603.

論 説

る。この意味において、当該鑑識措置は実質的に行政警察上の作用に属する。⁽²⁷⁾ 行政裁判所は、このような判断のもとに、当該措置に関わる処分を警察法上の処分としてとらえ、当該処分の違法性を争う行政訴訟の提起の適法性を認める立場を明確に示したのである。

その際、注目すべきことは、刑事訴追手続上の措置としての鑑識措置は、すでに生じた犯罪の嫌疑の有無を確認するために行なわれる行為に限定され、警察が、これ以外の目的のために行なう措置は、刑事訴訟法のなかに、その根拠規定がおかれている場合であっても、刑事訴追手続上の措置とみるべきではないという基本的な考え方が採用されたことである。このような、刑事訴追手続上の措置の範囲を限定的にとらえる考え方によると、必然的に、警察法の領域に入れられる措置の範囲は拡大することになる。しかし、裁判所の関心は、鑑識措置に関わって提起された行政訴訟の適法性を確認することであり、将来の犯罪の解明に向けられた警察の鑑識措置が警察法の領域に組み入れられることによって、伝統的な警察法の体系がどのような影響を受けるのか、また、そもそも、このような目的を有する鑑識措置が警察法の体系のなかで整合的に受け入れられる場をみつけだすことができるのかという論点にはなかつたといえることができる。

また、裁判所にとって、「鑑識事務」が警察法上の作用であるという結論を得るには、これが具体的な犯罪の訴追に向けられた警察の作用ではないこと、さらに、当該鑑識措置によって取得した情報を警察が検事局の監督を受けずに独自に管理・利用している実態があることの確認だけで十分であった。

このように、裁判所は、警察が行なう鑑識措置にたいする行政訴訟の提起の可否について言及するなかで、「将来の犯罪の解明に向けられた警察措置は警察法の領域に属する」という認識を示したが、ここでいう

(27) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8. 7. 1959, NJW 1959, 1790.

「将来の犯罪の解明」が「危険防除」という伝統的な警察法上の任務とどのような関係のもとにおかれるのかという点に関して明確な説明がなされることはなかった。しかし、それにも拘らず、将来の犯罪の解明に向けられた警察措置の帰属領域は危険防除法としての警察法であるという裁判所の認識は、1960年代以降、警察実務はいうまでもなく、学説においても、一般的に受け入れられていくことになったのである⁽²⁸⁾。

(イ) 学説の動向

多くの警察法関係の文献は、裁判例と同様に、具体的な理由を提示することなく、犯罪の予防的制圧活動が警察法＝危険防除法の領域に属することを前提にしたうえで、当該警察活動の内容の解説・検討を行なっているが、例外的に、比較的詳しく行政警察帰属説の正当性の論拠を提示しようとした論者としてクニーセルが注目される。

クニーセルは、検事局および警察機関が、刑事訴訟法の規定（160条1項、161条）に基づき捜査活動を遂行する場合には、同規定の趣旨に従って、具体的な事実関係に基づいて犯罪の嫌疑を立証するという目的から外れるべきではなく、抽象的な考慮（abstrakte Überlegung）、経験則（Erfahrungssatz）、統計的蓋然性（statistische Wahrscheinlichkeit）だけに頼って捜査活動を行なうことは認められないと主張する⁽³⁰⁾。

クニーセルが、このような主張を展開する第一の理由は、法治主義的

(28) Hoppe, a.a.O., S. 115 f.

(29) クニーセルが特に注目するのは、「検事局は、法律上別段の定めがないときは、事実につき十分な証拠がある限り、すべての訴追可能な犯罪にたいして起訴する義務を負う」と定める刑事訴訟法152条2項の規定である。これは起訴法定主義を定めた規定であるが、「事実につき十分な証拠がある」ときに検事局の訴追義務が生じるとされる以上、このような、具体的な事実関係によって根拠づけられない将来の犯罪の抑止活動は刑事訴追手続に位置づけることはできないとクニーセルは主張するのである。

(30) Michael Kniesel, Neue Polizeigesetze contra StPO?, ZRP 1987, S. 380. 1990年2月20日の連邦行政裁判所の判決は、次のように述べて、クニーセルと同様、具

な刑事訴訟法の体系を維持することの必要性である。彼は、具体的な事実によって根拠づけられない捜査を正当化する権限を刑事訴訟法のなかに取り入れた場合、これまで維持してきた刑事訴訟法の法治主義的な基盤が瓦解することになるのではないかと危惧したのである。⁽³¹⁾

クニーセルが第二に指摘するのは、警察法上の「危険」概念と刑事訴訟法上の「犯罪の嫌疑」概念との間にみられる、対象事実の発生・現象化に関わる時間的異同の存在である。すなわち、警察法上の「危険」は、犯罪が未だ生じていない状態を中心的に指し示す概念であり、その意味では、刑事訴訟法上の「犯罪の嫌疑」の概念よりも時間的 (zeitlich) に前方に位置する事実をとらえることになる。そして、このことから、「危険」概念が包摂しうる事実の範囲は「犯罪の嫌疑」のそれよりもはるかに広いものとなり、犯罪の予防的制圧の対象となる事実も、「犯罪の嫌疑」の対象としてとらえることは無理であるとしても、「危険」概念に包摂することは可能であると述べる。⁽³²⁾

第三点として、クニーセルは、警察活動の全体からみるならば、危険防除の任務の方が、刑事訴追のそれよりも重要性を有すると主張する。なぜならば、危険防除において警察活動の独自性がみられるとともに、そ

体的な犯罪事実の解明を目的とするかどうかによって刑事訴追活動と危険防除活動を分けるべきであるとする。「警察は、将来行なわれる犯罪捜査の際に事実関係の解明や被疑者の確定に役立てるという刑事訴追上の課題に対処するため犯罪記録 (Kriminalakten) を保有しているが、この犯罪記録は捜査記録 (Ermittlungsakten) とは異なる。犯罪記録は、刑事訴訟法152条2項の意味における具体的な容疑の存在が認められる犯罪行為の究明に直接つながるものではない。この理由から、犯罪記録の管理の法的根拠を、警察官庁にたいして犯罪の究明を義務づける刑罰法163条1項に求めることは妥当ではないということになる。むしろ、犯罪記録によって可能となる刑事訴追上の配慮もまた危険防除の任務として位置づけられるべきである」と (BVerwG, Urt. v. 20. 2. 1990, NJW 1990, 2765 ff.)。

(31) Kniessel, Vorbeugebde Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht — Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung, ZRP 1989, S. 329 f.

(32) Kniessel, ZRP 1987, S. 380.

の現実における守備範囲は刑事訴追よりも広範囲にわたるからである。⁽³³⁾ さらに、基本法 (Art.1 Abs. 1 S. 2 GG) が要請する、国家による個人の権利保護の必要性からすれば、犯罪が生じてから対処するのではなく、犯罪によって国民の生命・財産が侵されないように予防警察的に様々な状況を想定して事前に対応していくことが国家にとって重要な課題とされるからである。⁽³⁴⁾ そして、クニーセルは、このような認識に基づいて、犯罪の予防的制圧を危険防除の任務のなかに位置づけることを、むしろ積極的に評価するに至るのである。⁽³⁵⁾

以上のクニーセルの見解のなかで、刑事訴追の任務にたいする危険防除の任務の優位性を説く第三の主張については、一面的な論拠に基づくものであって説得性が乏しいとする批判がある。たとえば、ホッペは、この点に関するクニーセルの見解を次のように批判する。「警察活動内部における予防的措置の一般的な優位を憲法から導出することはできない。また、国家が憲法によって課せられた保護任務から、前置領域における捜査 (Vorfeldermittlung) の許容性だけを導いてくることもできない。なぜならば、社会的法治国家においては、自由と治安との間で微妙なバランスを維持することが必要とされるが、この見解によると、この意味でのバランスの維持が完全に無視されることになるからである」⁽³⁶⁾と。ホッ

(33) Knesel, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit — eine unendliche Geschichte, ZRP 1992, S. 164 f.

(34) Knesel, ZRP 1987, S. 378; Knesel/Vahle, Fortentwicklung des materiellen Polizeirechts, DÖV 1987, S. 955.

(35) クニーセルは次のように述べる。「予防的活動の領域は残されるべきである。というのは、後戻りができない状況まで危険が具体化しなければ組織犯罪にたいして警察は動けないということはもはや許されないからである。……警察はいまや反応的 (reaktiv) に行動するだけでなく、先行的 (proaktiv) にも行動することが認められるのであり、その意味において、犯罪抑止のために、危険防除 (犯罪の予防) の法を利用することが承認されるべきである」(ZRP 1992, S. 166)。

(36) Hoppe, a.a.O., S. 144.

べが指摘するように、国民の生命や財産の保護を実現するだけでなく、国家権力の違法な行使から国民の自由を守るということも国家の基本的な義務に属する。⁽³⁷⁾この点を無視して、国民の生命・財産の保護の側面だけを強調することによって、危険防除の任務の重要性、さらに、その刑事訴追の任務にたいする優位性を説くことは一面的な見解であるとの批判は避けられないであろう。

以上のように、裁判例においても、また、学説においても、犯罪の予防的制圧の任務と権限を行政警察（危険防除）の領域に位置づける見解が支配的であるが、多数説である行政警察帰属説にしても、犯罪の予防的制圧が警察法の領域に位置づけられることについて説得的な論拠を提示しているわけではない。クニーセルが提示する三つの理由のなかで、基本法のもとにおいては刑事訴追の任務よりも危険防除の任務の方が重要性を有するという第三の主張についての問題点はすでに指摘したところであるが、警察法上の「危険」概念が包摂しうる事実の範囲は刑事訴訟法上の「犯罪の嫌疑」のそれよりも広いという第二の論拠にしても、その主張の当否は別として、当該警察活動を危険防除活動としてとらえるべき積極的な論拠にはなっていないことに留意すべきである。すなわち、クニーセルは、犯罪の予防的制圧を目的とする警察活動を「犯罪の嫌疑」の存在を前提とした刑事訴追活動の一環としてとらえることが困難であるということの裏返しの論拠を提示しているにすぎないのである。

結局、クニーセルの主張する行政警察帰属説の論拠は、犯罪の予防的制圧活動を、具体的な犯罪の嫌疑の存在を前提にして行なわれる刑事訴追活動としてみることは困難であり（第二の論拠）、また、具体的な事実によって根拠づけられない、このような警察活動の権限を刑事訴訟法の体系のなかに取り入れた場合、同法の法治主義的な基盤が崩壊するおそれが生じてくる（第一の論拠）⁽³⁸⁾という点につきることになる。

(37) Hoppe, a.a.O., S. 139 ff.

(3) 伝統的な帰属領域論にたいする批判

以上のことから理解できるように、犯罪の予防的制圧は、伝統的な理論の枠組みを前提とするかぎり、警察法の領域にとっても、また刑事訴訟法の領域にとっても、異質な存在として扱われることになる。刑事訴訟法の領域からみるならば、将来の犯罪の捜査という観念を受け入れることに問題があり、また、行政警察の領域からすれば、将来の犯罪の訴追に備えて情報の収集を行うこともまた警察法上の目的に入れることが妥当であるのかという疑問が投げかけられることになる。さらに、当該警察活動が「犯罪の嫌疑」や警察法上の「危険」の存在を前提としない活動であることも、両法体系にとって異質な存在としてみられる理由となるのである。

そして、このような状況は、「危険防除」と「刑事訴追」という伝統的な警察任務の二分論の問題点ないし限界を提示するとともに、犯罪の予防的制圧を両法領域のいずれかに配する従来の考え方から離れて別の観点から当該警察活動をとらえようとする新たな見方を登場させることになる。たとえば、ドライバーは、犯罪の予防的制圧活動を、「予防 (Prävention)」と「鎮圧 (Repression)」の伝統的な二分論を超えた「第三のレベルにおける警察活動」として位置づけ、これを危険防除と刑事訴追のいずれかの領域に配することを拒否する。警察は、「包括的な治安維持任務 (umfassender Sicherheitsauftrag)」を遂行する必要から、伝統的な危険防除活動や犯罪捜査活動の範疇に収まらない多様な予防的警察活動を展開しており、また、関連法令をみても、「具体的危険」や「犯罪の嫌疑」を前提としない警察活動に関する権限規定がおかれるようになっている。このように、警察の実務や実定法制においては、「危険防除」と

(38) これにたいして、少数説である司法警察帰属説は、「犯罪の予防的制圧」を目的とする警察活動を司法警察の領域に入れることによって、検察官によるコントロールを可能にしようとする主張であるといえることができる。

論 説

「刑事訴追」という伝統的な二分論ではとらえることのできない警察活動の存在が認められており、犯罪の予防的制圧活動の帰属問題を見極めるにあたって、まず、この点を前提として確認しておく必要があると主張するのである。⁽³⁹⁾

しかし、ドライバーは、このように、犯罪の予防的制圧を目的とする情報収集が危険防除に属するか、それとも刑事訴追に属するかという問題設定そのものについては疑問を呈しつつも、危険防除と刑事訴追の二分論の必要性を否定するのではなく、反対に、警察による個人情報の利用を統制するための手段として、この二分論を積極的に活用すべきであるとの見解を示した点において注目される。ドライバーの見解は、犯罪の予防的制圧活動の実態が一種の情報収集活動であることに着目したうえで、目的拘束の原則の観点から収集された個人情報の利用を統制し、よって「警察法における予防概念の制限なき拡張」を阻止しようとするものであった。⁽⁴⁰⁾

犯罪の予防的制圧を目的として個人情報が収集される段階においては、それが危険防除のために使われるか、それとも刑事訴追のために使われるかは確定できない。言い換えれば、個人情報の収集段階での利用目的の不特定性が犯罪の予防的制圧活動の特徴とされるのである。しかし、一旦収集された個人情報が利用される段階では、その目的が危険防除なのか、それとも刑事訴追なのかが不明確であることは許されず、犯罪の予防的制圧を目的として無制限な個人情報の利用がなされないように、その目的の限定化が求められることになるというのが彼の主張の要点である。

このように、ドライバーは、犯罪の予防的制圧活動によって収集され

(39) Horst Dreier, Erkennungsdienstliche Maßnahmen im Spannungsfeld von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, JZ 1987, S. 1015.

(40) Dreier, JZ 1987, S. 1016 f.

た情報が危険防除にも刑事訴追にも利用される可能性があることに着目して、同活動の二面性を指摘したが、組織的犯罪に対処する警察活動の機能・実態から、危険防除と刑事訴追の二分論の批判を展開した論者としてシュトゥムパーが挙げられる⁽⁴¹⁾。彼は次のように述べる。「警察介入の本質は予防的 (präventiv) なものでも鎮圧的 (repressiv) なものでもなく、基本的に、機能的 (operativ) なものである。この機能 (Operativen) という概念は、予防的な要素と鎮圧的なそれを包摂しただけのものではない。それは、単なる合算物 (Addition) ではなく、新たな警察活動を指し示す上位概念 (Oberbegriff) である⁽⁴²⁾」と。シュトゥムパーがいうところの「機能的」な警察活動が展開する主たる場が犯罪の予防的制圧の領域であることはいうまでもない。シュトゥムパーの考え方によると、伝統的な「予防 (Prävention)」と「鎮圧 (Repression)」の概念は、共に、「同一目的の異なる側面」を示すにすぎない。その「同一の目的」とは、組織的犯罪を「包括的 (umfassend) に消滅させる⁽⁴³⁾」ということである。警察の本来の任務は、危険状態や犯罪行為の存在を前提にして、これらの事象に消極的・個別的に対処することではなく、「全体的な視野にたった刑事政策的観点」から犯罪防止の施策を積極的・計画的に展開していくことにあると彼は主張するのである。

このようなシュトゥムパーの考え方によれば、伝統的な警察法および刑事訴訟法上の統制法理が妥当する領域は、組織的犯罪の効果的な制圧の実現という刑事政策的な目的のもとに限りなく後退していくことを余儀なくされることになる。ドライヤーは、この点をとらえて、シュトゥムパーの主張する機能的警察活動論を「創造的な体系的内実を伴わない

(41) Alfred Stümper, Prävention und Repression als überholte Unterscheidung?, Kriminalistik, 1975, S. 49 ff.; ders., Die Wandlung der Polizei in Begriff und Aufgaben, Kriminalistik, 1980, S. 242 ff.

(42) Stümper, Kriminalistik, 1975, S. 50.

(43) Stümper, Kriminalistik, 1975, S. 49.

警察の戦略的比喩」にすぎないと批判する。⁽⁴⁴⁾シュトゥムパーは、組織的犯罪に対抗するために警察の機能強化を図るという政策的観点から、危険防除や刑事訴追とは区別された第三の法領域の存在を認めることの必要性を強調したが、ドライバーは、この見解にたいして、犯罪の予防的制圧を目的とする警察活動の存在を承認することは必ずしも危険防除や刑事訴追とは質的に異なる上位の法領域の設定の必要性を導くものではないと主張する。⁽⁴⁵⁾ドライバーが犯罪の予防的制圧活動の内実を警察による情報収集活動としてとらえたうえで、そのレベルでは危険防除と刑事訴追の区別を否定しながら、当該警察活動によって収集した情報を利用する段階では、なお伝統的な二分論にこだわったのは、シュトゥムパーの主張するような新たな法領域論では警察活動の統制を可能にする法理を生みだすことはできないという認識があったものと考えられる。

(4) 法治主義的警察法理論からの指摘

組織的犯罪の制圧という目的の実現に第一次的な価値を認めるシュトゥムパーの機能的警察活動論のもとでは、伝統的な帰属領域論の意味は否定されることになる。彼にとって、組織的犯罪を制圧するという目的の実現に向けられた警察権限を危険防除と刑事訴追のいずれかの領域に二者択一的に組み入れることは、当該権限の本質にたいする正当な評価を欠いた謬見にもとづく試みに他ならなかった。もとより、シュトゥムパーは、実定法の規定を無視して両者の法体系の融合を進めていくべきということまで主張しているとは考えられない。しかし、彼は、犯罪の予防的制圧の任務と権限を新たに実定法のなかに取り入れた立法者の意図を、警察が、両者の警察作用を有機的に関連させながら組織的犯罪の制圧に向けて積極的に対処していくことを可能にする点に求める。そし

(44) Dreier, JZ 1987, S. 1015.

(45) Dreier, JZ 1987, S. 1015.

て、この観点から、当該警察活動を危険防除と刑事訴追のいずれかの一方に押し込めようとする見解を、組織的犯罪の制圧のために警察権の機能強化を図ろうとする立法者の意図に反する試みとして批判するのである。

このように、シュトゥムパーは、組織的犯罪の制圧という警察任務を遂行するために新たに警察実定法のなかに取り入れられた権限の機能的意味を重視する観点から、伝統的な帰属領域論を批判したのであるが、ある意味において、シュトゥムパーの見解と同じ前提にたちながら、彼とは正反対の結論に至ったのがリスケンであった。リスケンも、犯罪の予防的制圧が危険防除の領域に属するか、それとも刑事訴追の領域に属するののかという、帰属領域に関する従来の議論に関しては、当該警察活動の任務・権限はいずれの領域にも属しないと帰結する⁽⁴⁶⁾。彼の主張する帰属領域否定論は、シュトゥムパーと同様、犯罪の予防的制圧活動の機能・性質と伝統的な警察法および刑事訴訟法の理論的・体系的枠組みとの不整合に着目することによってもたらされたものであった。しかし、シュトゥムパーは、両者の不整合の認識から、第三の警察活動領域を承認する必要性を説いたのにたいして、リスケンは、反対に、犯罪の予防的制圧活動の違憲論を展開したのである。そのリスケンの主張の背景には、伝統的な警察法と刑事訴訟法の実定法上の体系の類似性および同体系の存在を前提にした場合の危険防除と刑事訴追の峻別論にたいする憲法論的な観点からの肯定的な評価があったことは明らかである。すなわち、刑事訴追は、刑事訴訟法152条2項に規定されるように、具体的な犯罪の嫌疑があることを前提に行なわれる作用である点において、未だ生じていない犯罪の予防的制圧のために行なわれる警察作用は当該活動の範疇に入れることはできない⁽⁴⁷⁾。他方、具体的な危険状態が未だ発生して

(46) Hans Liskén, Über Aufgabe und Befugnisse der Polizei im Staat des Grundgesetzes, ZRP 1990, S. 15 ff.

(47) Liskén, Vorfeldeingriffe im Bereich der "Organisierten Kriminalität" — Gemein-

いない段階での侵害行為を正当化する権限を既存の警察法の体系のなかに持ち込むことは、伝統的な意味における妨害者と非妨害者との区別を排除する結果をもたらすことになり、警察法上の危険状態に関わらない者が、広く「潜在的妨害者」として警察措置の対象に組み入れられるおそれが生じることになる。⁽⁴⁸⁾

リスケンにすれば、基本法1条1項によって保障される個人の人格権への侵害は、「危険」や「犯罪の嫌疑」の存在が認識されてはじめて正当化されるものであるが、これらの危険や犯罪の嫌疑の存在は、将来犯罪が行なわれる可能性が存在するというだけでは不十分であって、警察権の発動時において、具体的な事実に基づいて、これらの要件の存在が明らかにされている必要があった。「犯罪の予防的制圧」という曖昧な内容の概念でもって刑事訴訟法上の「被疑者」や警察法上の「妨害者」（および緊急状態における「非妨害者」）以外の者にたいする警察権の発動を可能にする権限を既存の実定法の体系のなかに新たに組み入れることは、それ自体、憲法上の基本権保障の観点からみて問題がある、というのがリスケンの見解であった。⁽⁴⁹⁾

(5) 帰属領域論の検討

(ア) 司法警察帰属説の問題点

司法警察帰属説は、犯罪の予防的制圧活動の目的を将来の犯罪の解明を容易かつ効率的にするための情報収集としてとらえ、犯罪予防の効果については付随的なものとしてとらえる。そのうえで、犯罪の予防的制

same Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?, ZRP 1994, S. 267 f.

(48) Liskén, ZRP 1990, S. 16 f.

(49) リスケンは、「基本法下の民主主義的法治国家においては、警察は、前世紀の『福祉国家』や『予防国家』が担ってきたような社会衛生 (Sozialhygiene) 的な任務を担うものではない」と主張する (ZRP 1990, S. 20)。Vgl. auch, Liskén, "Sicherheit" durch "Kriminalitätsbekämpfung"?, ZRP 1994, S. 49 ff.

圧は、危険防除ではなく、刑事訴追の領域に位置づけるべきであると帰結するのである。

司法警察帰属説については、まず、それが採用する前提そのものが妥当であるかどうかが問題となる。ドライバーが指摘するように、たとえば、特定のデモ行進が平穏に行なわれるかどうかを判断するために、警察が主催者の行動を監視し情報を収集するような行為は、将来犯罪が生じた場合の起訴手続に備えての情報収集というよりも、行政警察的な目的⁽⁵⁰⁾において行われる活動としてとらえるべきであろう。このように、司法警察帰属説にあっては、如何なる基準でもって、将来の犯罪の解明を容易かつ効率的にするための情報収集が犯罪の予防的制圧の中心的な目的とされ、行政警察上の情報収集が付随的な目的とされるのかが明確ではない。

また、この説の問題点は、犯罪の嫌疑が未だ明確になっていない段階において、「犯罪の嫌疑を根拠づける手がかりの搜索 (Suche nach Anhaltspunkten für einen Verdacht)」という目的のために、警察が刑事訴訟法に基づく捜査活動を開始できるようになる点にみられる。これは、具体的な犯罪事実の解明のなかで被疑者の確定がなされるべきであるという刑事訴訟法上の原則に抵触するおそれがあり、実際には犯罪に関わり⁽⁵¹⁾のない国民を「潜在的犯罪者 (potentieller Rechtsbrecher)」として捜査活動の対象に組み入れる危険性を内包することになる。

(イ) 行政警察帰属説の問題点

犯罪の予防的制圧を危険防除の領域に入れる通説的学説および裁判例に共通するものは、刑事訴追手続の主たる目的は具体的な犯罪事実の解明にあるという前提にたち、その前提に合わない警察活動は刑事訴追活動の対象から外されるという比較的単純な発想に基づく。この考え方に

(50) Dreier, JZ 1987, S. 1014.

(51) Hoppe, a.a.O., S. 145 ff.

よれば、犯罪の予防的制圧が危険防除として位置づけられることの積極的な説明は不要となる。犯罪の予防的制圧が過去に行なわれた犯罪行為に関わる具体的事実を解明する警察活動ではないということは、刑事訴訟法上の刑事訴追活動には入らないことを意味し、このことは、結局、危険防除の法、すなわち警察法の領域に入れられることを意味することになる。この場合、犯罪の予防的制圧活動がいかなる意味において危険防除活動としての性質を有するかは不明なままである。また、この見解については、以下のような問題点が指摘される。

① 犯罪の予防的制圧のために新たに実定法のなかに取り入れられた権限の中心は情報収集に関わるものであるが、この種の警察活動が、どのような意味において、犯罪の制圧の効果を有するに至るのかは必ずしも明確ではない。警察の情報収集によってもたされる犯罪の抑止効果として考えられるのは、せいぜい警察によって監視されていることを対象者に気づかせることによって、犯罪の実行に至らないように「心理的強制 (psychischer Druck)」を加えるという程度のものである。しかし、秘密裏に行なわれる情報収集活動にあっては、警察は相手方に知られないように情報収集活動をするのが一般的であるので、このような意味での抑止効果を期待することはできない。このように、犯罪の予防的制圧活動が、如何なる意味において予防警察的機能を果たすのかという点は必ずしも明確であるとはいえない⁽⁵²⁾。

② 行政警察帰属説は、すでに述べたように、刑事訴追手続の主たる目的は具体的な犯罪事実の解明・起訴にあるという前提に基づいて立論する。したがって、行政警察帰属説が重視する刑事訴訟法の「法治主義的性格の維持」についても、犯罪の予防的制圧の任務を刑事訴訟法の体系

(52) この意味では、犯罪の予防的制圧の目的を将来の刑事訴追の準備のための情報収集としてとらえる見解は、この不明確な予防概念を特定の目的に限定する試みとして評価することもできる。

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

のなかに取り入れた場合、犯罪捜査等の司法警察活動の要件が曖昧なものとなり、その結果、司法警察権の濫用のおそれが生じるということだけでなく、刑事訴追の対象となる「犯罪」とは、すでに生じた犯罪であり、未だ犯罪として成立していない事実については、刑事訴追活動の対象とすべきではないという、刑事訴追手続の本質論に関わる主張も含まれていると考えるべきである。

犯罪の予防的制圧の任務と権限が刑事訴訟法の領域に取り入れられた場合、「犯罪の解明」という刑事訴追手続の目的は、過去の犯罪だけでなく将来の犯罪にまで拡張されることになる。他方、これが警察法の領域に取り入れられた場合、未だ生じていない法益侵害の予防活動の範囲は、具体的危険の状態を超えて抽象的・潜在的な危険状態にまで拡張されることになる。この両者の結果のいずれを選択することが妥当であるかの判断は困難であるが、少なくとも、行政警察帰属説に与する学説は後者を選択したといえることができる。

行政警察帰属説が、このように、従来の刑事訴追手続の法治主義的構造を維持するという観点から、犯罪の予防的制圧の帰属領域を危険防除に求めるものであるとするならば、結局、この説は、「法治主義的な刑事訴追手続」の保持のために、具体的危険や警察義務者の法理等の警察統制法理を基軸としてつくられてきた伝統的な法治主義的警察法の体系を放棄する立場を採ることになったと考えることもできるであろう。

クニーセルも指摘しているように、過去の犯罪の解明に向けられた刑事訴追手続にたいして、危険防除法としての警察法は、未だ法益の侵害が生じていない状況のもとでの警察活動を規律の対象にする。このことは、具体的危険の法理が適用される事例にあっても変わりはない。法益侵害の危険が個別的、具体的に確認しうる状況、すなわち「具体的危険」が存在する状況であっても、警察措置がとられる段階では法益の侵害は未だ生じていないのである。犯罪の予防的制圧は、この具体的危険の要

論 説

件に拘束されずに警察が行動しうる活動領域を正面から承認するものであるが、未だ生じていない法益侵害を事前に予防する点においては、具体的危険が顕在化している状況のもとでの警察措置とは時間的に連続しているものとも考えることもできる。しかし、そうであるとしても、このことをもって、犯罪の予防的制圧の任務と消極目的の原則に基礎をおく伝統的な警察任務とが整合的に「危険防除」という一つの領域に納められうるという結論が得られるわけではない。

行政警察帰属説は、伝統的な法治主義的警察法の存在を明示的に否定するものでもなく、また、シュトゥムパーのように、積極的警察行政論を展開するわけでもない。しかし、以上のことから理解できるように、「法治主義的な刑事訴追手続」の構造を維持するという目的があるにせよ、犯罪の予防的制圧の任務と権限を危険防除の領域に位置づける点において、この説は伝統的な法治主義的警察法の体系を否定する学説に与すると結論づけることができるのである。

(6) 犯罪の予防的制圧と伝統的な警察法理論

ドイツの警察実定法においては、身元確認の権限のように、個別の権限規定の創設によって、具体的危険の法理等の伝統的な警察統制法理の適用を受けない警察措置が認められてきた経緯がある⁽⁵³⁾。したがって、犯罪の予防的制圧活動が独自の権限規定をもつことによって具体的危険や警察義務者の法理の適用が排除されることになったとしても、このことをもって、犯罪の予防的制圧活動の特殊性としてとらえることはできない。1931年のプロイセン警察行政法以来、ドイツの警察実定法のもとにおいては、警察消極目的の原則を形づくる具体的危険や警察義務者の法

(53) この点については、島田茂「西ドイツ警察法における予防的警察活動の法理—身元確認の権限を中心として—(1)」横浜市大論叢（社会科学系列）43巻1・2合併号、177頁以下参照。

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

理は概括的授權条項が適用される範囲において妥当するとされてきたのであって、個別的権限規定が設けられ、そこで具体的危険とは異なる権限発動の要件が定められた場合、もはや、これらの法治主義的統制法理は適用されなくなるのである。そして、この点については、犯罪の予防的制圧活動についても同様のことがいえる。犯罪の予防的制圧活動について個別的権限規定が設けられた場合、当該警察活動と具体的危険の法理等との関係についての実質的な検証を経ることなく、当該警察活動にたいする具体的危険の法理等の適用は否定されることになるのである。このように、概括的授權条項の適用と具体的危険や警察義務者の法理の適用が直接リンクされる警察法制度のもとでは、個別的権限規定が設けられれば、それだけ概括的授權条項の適用範囲は狭まることになり、同時に、伝統的な警察統制法理が妥当する領域もまた縮小していくことになるのである。

犯罪の予防的制圧活動の権限が伝統的な警察統制法理の拘束を受けることなく行政警察の領域に受け入れられていく道筋は、このように、まず、個別的な権限の立法化を通じてつくられていくことになる。しかし、犯罪の予防的制圧の任務と権限が警察法の領域に組み込まれることは、伝統的な警察統制法理の適用を受けない警察措置が個別的に実定法の下に取り入れられるのとはまた違う意味において、既存の警察法の体系に深刻な影響を与えることになるのである。

「犯罪の予防的制圧」は、危険状態が具体的に顕在化する以前の段階での警察の活動領域（「前置領域（Vorfeld）」）を想定した概念であり、その意味では、具体的危険の法理等の伝統的な警察統制法理の排除が、個々の警察活動の手段（措置）についてではなく、警察の任務あるいは活動領域のレベルにおいて問題とされるのである。戦後のドイツ警察法の展開にも大きな影響を与えた1931年のプロイセン警察行政法は、その概括的授權条項（§ 14 Abs. 1 PVG）によって、警察に広範な活動権限を与

える一方で、当該条項に基づいて発せられる警察処分には具体的危険の存在を要件として課した。「公共の安全または秩序にたいする危険の防除」という伝統的な警察任務は、「具体的危険」の防除という限定的な要件を課せられることによって、消極的な性格を維持することができたのである。しかし、犯罪の予防的制圧が「危険防除」の任務に入れられ、具体的危険の法理の適用範囲が著しく後退していくなかで、「危険防除」という警察任務の内容や性質も変化することになる。「前置領域」における警察活動は、警察法上の「危険」が顕在化する前の段階において、「危険」の発生源を探求し必要な措置(後の刑事訴追に備えることも含む)を講じ(54)ることをその課題とする。この目的は、「危険配慮 (Gefahrenvorsorge)」とよばれるもので、積極目的の要素を内包するものである。

このように、犯罪の予防的制圧の任務と権限の警察法の領域への導入は消極目的を基軸とする伝統的な法治主義的警察法の体系に致命的な影響を与えることになるのである。シュトゥムパーとリスケンの見解の対立は、犯罪の予防的制圧の帰属領域の問題を超えて、伝統的な法治主義的警察法の体系を維持すべきか否かというレベルで行われていることに留意すべきである。リスケンは伝統的な法治主義的警察法の体系を基本的に維持すべきとする立場を採るが、伝統的な法体系を維持すること自体が彼にとって自己目的となっているわけではない。市民の権利・自由の擁護を掲げる基本法の立場からすれば、警察法における消極目的原則を放棄することは妥当ではないという判断がリスケンの主張の背景にはある。これにたいして、シュトゥムパーにおいては、組織的犯罪の制圧のために警察が機動的に活動できるような権限の体系を構築することが第一に重視され、この観点から、犯罪の予防的制圧の任務と権限の警察法の領域への導入は積極的に評価されることになるのである。「警察法」は、

(54) Scholz/Pitschas, Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984, S. 110 f.

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

その一般的性格として、警察権の行使を統制する側面と、これを正当化する側面の両者を併せもつが、シュトゥムパーとリスケンの見解の対立から看取することができるように、犯罪の予防的制圧の任務と権限の警察法への導入は、警察法の基本的性格を「警察権の行使を統制する法」から「警察権の行使を正当化する法」へと大きく方向を転換させる重要な契機となるのである。

(7) 積極的警察行政論とその問題点

ドイツにおける伝統的な法治主義的警察法学は、警察権力から国民の権利・自由を守るための法理論の提供という使命を担ってきた。そして、その法理論の中核を形づくるのが危険状態および警察義務者の法理である。この理論によれば、警察の強制的措置は、法益侵害の危険が顕在化した状態（具体的な危険状態）にあるときに、かつ、緊急状態が生じた場合は別として、それ以外の場合には、まず当該危険の除去に責任のある者（「妨害者（Störer）」）にたいして向けられることになる。

この伝統的な警察統制法理は、警察法令における個別的権限規定の整備によって、その適用領域を徐々に縮小してきた。しかし、これまでの個別的権限規定の整備によってもたらされた当該法理の適用範囲の縮小が「量的なもの」であるとすれば、犯罪の予防的制圧の任務と権限の警察実定法への導入によってもたらされる変化は「質的なもの」であるといえる。補正案の作成をきっかけとして各州において行なわれた警察法の改正によって、ドイツ警察法は、警察権力の濫用から国民の権利・自由を守るという伝統的な立場から、犯罪から国民の権利を守るために警察権力を強化するという方向に大きく転換することになったのである。

そして、ここで注目されるのは、このような警察法の改正の動向に呼応するようにして、1980年代には、警察権の強化の動きを正当化する論

論 説

説が展開されたことである。国民の権利保護の観点から危険防除の任務の重要性を説くクニーセルの見解もこれに含まれるが、これ以外にも、警察による「危険配慮」や「情報配慮 (Informationsvorsorge)⁽⁵⁵⁾」の必要性、さらには「安全にたいする基本権 (Grundrecht auf Sicherheit)」という新しい基本権概念の正当性を主張する説⁽⁵⁶⁾などが挙げられる。これらの説は、いずれも、国民の権利保護のためには警察活動の積極化が不可欠であるとの立場から、それを推し進めていくための論拠を提供する試みである点⁽⁵⁷⁾において共通する。

これらの「積極的警察行政論」ともいべき主張の背景には、まず、前提として、犯罪から国民を守るのは警察の義務であるという警察の国民保護義務論がある。次に、この義務を果たすために、警察は、危険の顕在化を待つのではなく、危険が具体化する前の段階において活動を開始すべきであるという警察の積極行政論が展開されることになる。さらに、テロ、誘拐、麻薬取引等に関わる、いわゆる「組織的犯罪」を制圧するには、通常の警察措置だけでは不十分であり、警察が、組織的犯罪に関わって生じる様々な現象の背後に伏在する「特定の情景 (bestimmte Szenen)」の確認にまで至ることができるよう、秘密裏に情報を収集する手段を用意することが求められることになる。

このような、積極的警察行政論においては、警察法の権力統制法としての性格は軽視されることになる。たとえば、この立場をとるシュトゥムパーは次のように述べる。今日のように犯罪が多発する社会においては、「こちら側には国家、向こう側には市民ということではなくて、一方

(55) Pitschas/Aulehner, Informationelle Sicherheit oder "Sicherheitsstaat"?, NJW 1989, S. 2356.

(56) Scholz/Pitschas, a.a.O., S. 198. この権利概念を最初に提示した著書 (講演記録) として、vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983.

(57) 「安全にたいする基本権」論にたいする批判として、vgl. Liskén, ZRP 1990, S. 16; Hoppe, a.a.O., S.192 f.; Roggan, a.a.O., S. 217 ff.

における市民の安全と他方における状況に応じた市民の協力が重要になるのである⁽⁵⁸⁾。ここで指摘されていることは、市民と警察の協力関係の確立の重要性である。そして、国民にたいする警察の「保護義務」に対応して、国民の警察にたいする「協力」の必要性が論じられているのである。この場合の警察の「保護義務」も国民の「協力」も法的概念のレベルでとらえられているとは考えられない。しかし、このような議論は、犯罪の予防的制圧の任務と権限の正当化の論拠になりうるのと同時に、警察権と市民との対抗関係を前提にした伝統的な警察法の体系にたいする批判の論拠にもなりうるのである。

すでに述べたように、犯罪の予防的制圧活動の権限に関する法令の要件は、一般的にいて、緩やかであり、警察が犯罪の予防的制圧の任務を遂行するうえで必要であると判断すれば、広範囲にわたる市民の個人情報⁽⁵⁹⁾が、本人の知らないうちに、収集できるようになっている。ある論者によれば、「ある人がある場所に所在していること、および（限度を超えた）犯罪を制圧しようとする警察の動機（Motiv）がある」だけで、その人は警察措置の対象とされることになるのである。国民を犯罪から守るという名目において主張される積極的警察行政論は、このような、犯罪の予防的制圧活動の法的問題点を覆い隠すおそれがある。ある論者は、「安全にたいする基本権」論について、この説は、「犯罪からの自由（Freiheit vor Kriminalität）」を確保するために「国家からの自由（Freiheit vor dem Staat）」を犠牲にするよう市民に求めるものであるという批判⁽⁶¹⁾を行っているが、このような批判は、ある意味において、積極的警察行

(58) Stümper, ZRP 1998, S. 464.

(59) クニーセルは、「予防の任務が危険配慮にたいする無制限な白紙委任として理解されることになると、警察上の必要性和市民の自由の間の力の均衡は維持できなくなる」と指摘する（Kniesel/Vahle, Fortentwicklung des materiellen Polizeirechts, DÖV 1987, S. 955）。

(60) Roggan, a.a.O., S. 220.

政論が有する問題点を指摘するものとして傾聴に値する。⁽⁶²⁾

3 犯罪の予防的制圧と憲法擁護法

憲法擁護庁 (Verfassungsschutzbehörde) は、憲法秩序を侵犯する活動を行なう個人や団体についての情報を収集し、それを分析・評価する任務を担う連邦および州の組織である (§ 3 BVerfSchG)。当該組織は、第二次世界大戦後、西側占領軍政府の軍令部が発した、いわゆる「分離指令 (Trennungsgebot)」に基づき、組織・任務・権限等に関して、実力行使の権限を有する警察機関から厳格に分離されてきた経緯がある。ところが、犯罪の予防的制圧の任務と権限を実定法において明確に定めようとする試みは、この両組織の関係についても、重要な変更を迫ることになったのである。以下では、この論点を中心に検討する。

(1) 軍令部警察書簡と分離指令

憲法擁護と警察の分離を求める規範的要請、すなわち「分離指令」は、1949年4月14日に西側占領政府の軍令部から議員評議会 (憲法制定議会) に向けて発せられた警察書簡 (Polizeibrief) に根拠をもつとされている⁽⁶³⁾。当該軍令部警察書簡は、連邦政府が警察権限をもたせないことを条件として憲法擁護のための諜報活動を専門的に行なう国家機関の設置を認め⁽⁶⁴⁾ たものであるが、これによって、憲法擁護と警察は異なる国家機関によって行なわれるべき国家作用であることが、超憲法的な占領政府の規範

(61) Roggan, a.a.O., S. 216 f.

(62) 「情報配慮」や「危険配慮」などの概念にたいする批判としては、vgl. Erhard Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: H. Hohmann (Hersg.), Freiheitssicherung durch Datenschutz, 1987, S. 128 f.

(63) Martin Koch, Überwachung der Organisierten Kriminalität durch den bayerischen Verfassungsschutz, ZRP 1995, S. 24.

(64) 軍令部警察書簡の内容については、vgl. Christoph Gusy, Das verfassungsrecht-

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

的意思として、確認されることになったのである。

軍令部警察書簡の作成の目的が、ナチス時代の国家秘密警察（Gestapo）の復活を阻止することにあつたことは否定できない。⁽⁶⁵⁾ 憲法擁護と警察の両者の任務と権限を掌握した国家機関が設置されることによってもたらされる、国民の権利・自由の侵害のおそれを除去するためにも、二つの任務と権限を異なる国家機関に配分する必要があつたのである。

軍令部警察書簡によれば、一つの国家機関が、憲法擁護と警察の両者の任務を担うことは認められない。さらに、「連邦政府は、政府転覆に向けられた諸活動に関する情報を収集・提供するための官署を設置できる。この官署は、いかなる意味においても警察権限を有するものではない」と記載されていることからみて、憲法擁護の任務を与えられた国家機関が警察権限を行使することは軍令部警察書簡の趣旨に反することになる。しかし、警察任務を担う国家機関に、憲法擁護機関に認められた諜報活動の権限を付与することが軍令部警察書簡の趣旨に反することになるのかという点については、当該書簡の内容から明確に判断することはできない。

分離指令が求める憲法擁護と警察の区分を厳格にとらえれば、憲法擁護機関が警察権限をもたないのと同様に、警察機関は「計画的に行なわれる諜報活動上の手段」をもたないこと、さらに、憲法擁護機関が警察任務を担わないのと同様に、警察機関は「憲法擁護に留保された過激派の監視活動の領域」⁽⁶⁶⁾には立ち入らないことが求められることになる。しかし、軍令部警察書簡から、警察機関は過激派集団等にたいする諜報活動は否定されるべきという結論を導きだすことができるかは疑問である。

liche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, ZRP 1987, S. 45.

(65) Helmut Albert, Das "Trennungsgebot" — ein für Polizei und Verfassungsschutz überholtes Entwicklungskonzept?, ZRP 1995, S. 106.

(66) Albert, ZRP 1995, S. 106.

論 説

軍令部警察書簡が連邦政府に設置を許可した官署は、政府転覆を目論む過激派集団等の動向に関する情報を収集し、分析する任務をもった国家機関であって、後に制定された連邦および各州の憲法擁護法は、そのような任務を実現するための手段として、当該官署（憲法擁護庁）に秘密裏に行なわれる情報収集の権限を承認したのである。そして、そのうえで、軍令部警察書簡および連邦憲法擁護法は、当該官署の権限が強大にならないように、警察権限を否定したのである。そのように考えるならば、軍令部警察書簡等が、憲法擁護の任務を有する国家機関について警察権限の帰属を否定したことは明らかであるとしても、このことから、軍令部警察書簡等は、警察機関についても、秘密裏に行なわれる情報収集活動の権限の取得を否定する趣旨であると結論づけることはできないことになる。秘密裏に行なわれる情報収集活動は、憲法擁護の任務を遂行するのにあたって有効な手段となるが、このことは、当該情報収集活動が「憲法擁護」に専属する排他的な手段であるとする論拠にはならない。また、秘密裏に行なわれる情報収集活動の権限が警察機関に与えられることによって警察権限が強化されることは否定できないとしても、それを否定する論拠を軍令部警察書簡や連邦憲法擁護法に求めることはできないのである。

(2) 基本法と分離指令

1949年に占領政府の軍令部が発した警察書簡は、(西)ドイツの主権回復が実現した1955年5月には、その効力を喪失することになったが、それが提示した分離指令は連邦憲法擁護法の規定に受け継がれることになった。すなわち、憲法擁護庁は警察組織に組み入れられないという「組織的分離 (organisatorische Trennung)」の原則 (§ 8 Abs. 3 S. 1 BVerfSchG) と憲法擁護庁には警察権限は帰属しないという「権限的分離

(67) Gusy, ZRP 1987, S. 46.

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

（Befugnistrennung）」の原則（§ 8 Abs. 3 S. 2 BVerfSchG）が法律上の原則として確認されたのである。⁽⁶⁸⁾しかし、ここで問題となるのが、分離指令が、法律レベルの効力に止まらず、基本法上の原則として連邦や州の立法機関および行政機関を拘束することになるのかという点である。

「警察」と「憲法擁護」の二つの語を共に用いる基本法上の規定は、73条10号と87条1項だけである。このなかで73条10号の規定は、刑事警察、憲法擁護等に関して連邦と州が協力する場合、それを規律する立法権は連邦に帰属することを定め、87条1項は、連邦法律によって、国境警備官庁、警察情報・通報制度のための中央官庁、刑事警察のための中央官庁、憲法擁護のための情報収集官庁を設置することができる旨を定める。

これらの規定は、連邦の立法権と行政組織権について定めるものにはすぎず、警察と憲法擁護の具体的な関係を直接的に規律するものではない。⁽⁶⁹⁾このことから、分離指令は、連邦憲法擁護法という法律のレベルでの原則であって、基本法上の原則としては認められていないと帰結する論者もいるが、一般的にみて、分離指令を基本法上の原則として位置づける見解が通説であるといえる。

たとえば、グズィは、特定の「中央官署（Zentralstellen）」を設置する連邦の権限について定める基本法87条1項の規定に関して、条文上の「中央官署」の語が、単数形ではなく、複数形で表現されていることに注目する。すなわち、これによって、同条項に規定された連邦の権限は、「唯一の中央官署（eine einzige Zentralstelle）」に集中的に与えられるのではなく、幾つかの官署に分散されることが基本法レベルで要請されていると考えるのである。⁽⁷¹⁾さらに、彼は、軍令部警察書簡に規定された、

(68) Helmut Roewer, Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, DVBl. 1986, S. 207.

(69) Roewer, DVBl. 1986, S. 205.

(70) Roewer, DVBl. 1986, S. 205 f.

憲法擁護を目的とする情報収集・処理の権限と警察権限の分離の要請に依拠しつつ、憲法擁護庁と警察機関の組織的・権限的分離の要請を憲法上の原則として位置づけたのである。

グズィは、1955年に軍令部警察書簡の実質的な拘束力が喪失した⁽⁷²⁾こと、また、基本法87条1項の規定は、連邦に帰属する権限を複数の官署に分散することを求めるものではあっても、この規定から即座に憲法擁護と警察の組織的および権限的分離の規範的要請はでてこない⁽⁷³⁾ということ⁽⁷³⁾を認める。しかし、それにも拘わらず、軍令部警察書簡と基本法87条1項の立法趣旨との密接な関連性を強調することによって、両者の分離を憲法規範に基づく原則としてとらえたのである。

グズィの見解において特に注目すべき点は、憲法擁護と警察の分離の意義を、連邦の組織構成と事務権限の配分のレベルにではなく、国家作用としての両者の実質的な差異に求めていることである。憲法擁護庁には警察権限は帰属しないと⁽⁷⁴⁾する軍令部警察書簡の趣旨は、ナチス時代の国家秘密警察のように、政治警察の情報収集権と警察執行権を併せ持った強力な国家機関が連邦に設置されることによって国民の権利・自由が不当に制限されることを避けることにあり、この観点からすれば、憲法擁護と警察の分離については、まず両領域の任務と権限に関する実質的な区別が先行させられねばならず、組織的分離はその延長線上にある一つの結果にすぎないと結論づけられるのである。⁽⁷⁴⁾

以上のようなグズィの主張は、結局のところ、憲法価値の実現に向け

(71) Gusy, ZRP 1987, S. 45 f.

(72) Gusy, ZRP 1987, S. 46.

(73) Gusy, ZRP 1987, S. 47.

(74) Gusy は次のように述べる。「異なる手段をもって異なる任務が『中央官署』によって遂行されるということがまずあって、次に異なる中央官署がでてくるのである。」「したがって、分離指令は基本法87条1項2号に規定される任務と権限の配分から必然的に導かれてくる組織上結果であり、これによって、当該指令は

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

られた実践的・政策的な治安権力の分立論ということができる。彼によれば、「前置領域における警察権限の浸透と潜行して進められる警察権限の拡大」を阻止するためには、秘密裏に情報を収集する権限が認められる憲法擁護の任務と、具体的な実力行使の権限が認められる警察の任務とは明確に峻別されるとともに、それぞれの任務と権限は異なる組織によって遂行されることが必要とされるのである⁽⁷⁵⁾。ナチスの国家秘密警察の再現を阻止するために占領政府が連邦政府に提示した分離指令は、国家の治安権力の一機関への集中を否定することにより市民の権利・自由を保護するという点において、占領期だけでなく、ドイツの主権が回復した以降であっても、その憲法的価値は否定されるべきではないというのが彼の基本的な考え方であるといえる。

分離指令が基本法上の原則として妥当するという見解は、グズィだけでなく、他の論者にも一般に受け入れられることになったが⁽⁷⁶⁾、すでに述べたように、憲法上の原則としての分離指令が、どのような内容を具体的に有するかについては、いずれの論者も明確には述べておらず、「警察と諜報活動とは、原則として、できるかぎり分離されねばならない」と

憲法レベルまで押し上げられることになるのである」と (ZRP 1987, S. 48)。

(75) このようなグズィの見解によれば、「情報配慮」の観点から憲法擁護と警察の両国家作用を統一的にとらえる見解、すなわち、憲法擁護も警察も国民の安全を確保する観点から様々な情報を収集・処理し、犯罪予防の施策を展開していく任務を有する点では同じであるとする見解 (Scholz/Pitschas, a.a.O., S. 103 ff.) は、「国家任務の一体性」と「官庁の任務の一体性」とを同視する謬見として批判の対象とされることになる (ZRP 1987, S. 48)。

(76) 分離指令を憲法上の原則とする立場をとる論者として、vgl. Koch, ZRP 1995, S. 24; Martin Kutscha, Die Aktualität des Trennungsgebots für Polizei und Verfassungsschutz, ZRP 1986, S. 194 ff.; Hans Christoph Schaefer, Strafverfolgung und Verfassungsschutz, NJW 1999, S. 2572 ff.; Erhard Denninger, Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, ZRP 1981 S. 231.

いう程度に止まっている。⁽⁷⁷⁾しかし、そうであるとしても、分離指令は基本法上の原則であるという前提が受け入れられることによって、憲法擁護庁と警察機関の競合関係が進展していった場合、その適法性を憲法レベルにおいて点検することが可能となるのであって、この意味においても、分離指令が基本法上の要請であることの確認は重要な意味を有することになる。⁽⁷⁸⁾

(3) 目的における憲法擁護と警察の競合

(ア) 警察法における状況変化

すでに述べたように、軍令部警察書簡においては、憲法擁護庁は警察権限を有すべきではないという意味は明確に確認されるが、それは、身元確認の措置、召喚、鑑識措置等の警察機関が法令上認められている権限の行使が認められないというだけであって、憲法擁護庁が警察機関に属するとされる任務（危険防除）を当該機関に与えられた権限を用いて遂行することもできないのかという論点については、当該書簡から明確に判断することはできない。⁽⁷⁹⁾

基本法によれば、「自由で民主的な基本秩序、連邦またはラントの存立と安全の擁護」等（Art. 73 Nr. 10b GG）が「憲法擁護」の目的であつ

(77) Koch, ZRP 1995, S. 24.

(78) ただし、分離指令を憲法上の原則と位置づける論者であっても、当該原則は「連邦に固有な行政の対象」を規律する基本法87条1項2文から導かれてくる以上、当該条項の適用のない州については、分離指令は憲法上の原則としてとらえることはできない（したがって、州法によって当該原則に変更を加えることができる）と主張する者もある（Koch, ZRP 1995, S. 24. この見解にたいする批判的な意見として、vgl. Fredrik Rogan, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, 2000, S. 223）。

(79) Albert, ZRP 1995 S. 109. また、反対に、軍令部警察書簡によれば、警察官庁が、秘密裡に行なわれる情報収集手段を使って、憲法擁護官庁が行なっているような過激な政治集団の監視活動を行なうこともできないのかという疑問も生じてくることになるであろう。

て、憲法擁護庁は、この目的を達成するために、国家体制の転覆を目論む過激な政治集団等にたいして諜報活動を行うことになる。しかし、この憲法擁護の目的は、本来的に、危険防除の目的と相互排他的な関係にたつとはいえない。過激な政治集団が違法行為を行なうおそれが明確になれば警察権の発動の対象となる。また、憲法擁護庁が具体的な犯罪を目論む過激な政治集団についての情報を収集する作用は、少なくとも外見的には、警察活動との峻別が困難となる。

このように、具体的な活動の実態に着目するかぎり、警察と憲法擁護の作用を明確に区別することは困難であるが、それにも拘わらず、法制度論のレベルでは、それが基本法に基づくものか、それとも憲法擁護法という法律に基づくものであるかはともかくとして、両者は異なる国家作用としてとらえられてきたのである。すなわち、警察の活動は、危険防除を目的とする権力的な作用として、あるいは、具体的な手がかりに基づき、すでに行なわれた犯罪の解明のために捜査等を行なう作用として理解され、他方、憲法擁護は、自由で民主的な国家体制の存立を脅かす反社会的な過激派分子を継続的に監視し、そこから得た情報を分析する作用として、それぞれ異なる目的を追求する国家作用として理解されてきたのである⁽⁸⁰⁾。しかし、組織的犯罪の制圧が国家の治安政策の中心的な課題として意識され、それを効果的に実施するための法体系の整備が実際に進められていくにつれて、伝統的な二分論の妥当性にたいしても疑問が投げかけられるようになってきたのである。

その契機となったのは1983年の国勢調査判決を受けて行なわれた補正案の作成と、これに呼応してなされた各州の警察法の改正である。当該草案の作成と警察法改正によって、今まで憲法擁護庁に認められてきた予防警察的情報収集の権限を警察機関も有することが実定法において確

(80) Liskan, in: Liskan/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 101.

論 説

認められたのである。ここに、警察は、具体的危険の発生を前提として、行政処分や実力行使によって、それを排除する国家作用であるのになんとして、憲法擁護は、「危険」の発生に関わりなく、その「前置領域 (Vorfeld)」において特殊な情報収集手段を利用して国家体制の保持を目的として行なわれる諜報的国家作用であり、この点において両者は異なる国家作用であるという、従来一般的に通用してきた治安権力の峻別論は一定の修正を余儀なくされるのである。警察は、組織的犯罪の制圧のために、具体的危険の有無に関係なく、その「前置領域」において秘密裏に情報を収集する権限を行使することができるのであって、この点では、憲法擁護庁の作用と変らないのである。そして、犯罪の予防的制圧の任務と権限が、警察法の体系のなかに取り入れられ、その比重を増大させていけばいくほど、警察の予防的機能は強化されることになり、同時に憲法擁護と警察を区別する基準はますます曖昧なものになっていくのである。

(イ) 憲法擁護法における状況変化

憲法擁護庁は、基本法 (Art. 70 Abs. 1 GG) に基づいて、「自由で民主的な基本秩序、連邦または州の存立と安全」等の確保という「憲法擁護」の目的のために、国家体制の危殆を惹起するおそれのある団体等の活動を長期的に監視する任務を担う。そして、この点において、警察法上の危険状態の防除や具体的な手がかりに基づき犯罪の解明にあたる警察機関とは組織・任務・権限等において異なると理解されてきたのである。しかし、1994年8月1日に成立したバイエルン州の改正憲法擁護法は、いわゆる「憲法敵対的 (verfassungsfeindlich)」な行動を企てる者だけでなく、組織的犯罪を企てる者も、州憲法擁護庁の監視下におくことを認めたのである (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BayVerfSchG)。

憲法擁護に関する連邦と州の協力関係についての規律は連邦の立法権に属する (Art. 73 Nr. 10b GG)。したがって、この規定に基づいて、連邦は、州憲法擁護庁の任務についても、連邦憲法擁護法を通じて、規定 (甲南法学'06) 47-1-92(92)

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

することができるが（§ 3 BVerfSchG）、連邦憲法擁護法に規定される憲法擁護の任務は、州の憲法擁護庁が行なうべき最小限の任務を規律するのみに止まるのであって、連邦法が規定していない任務については、州の判断によって、新たな任務を設定したとしても違憲にはならないのである（Art. 70 Abs. 1 GG⁽⁸¹⁾）。バイエルン州の議会は、このような認識に基づいて、連邦憲法擁護法には規定されていないにも拘わらず、組織的犯罪の制圧を目的とした監視活動もまた州憲法擁護庁の任務の一つに取り入れたのである⁽⁸²⁾。

また、ある論者は、「基本法87条の規定が関係するのは連邦だけであり、また、軍令部警察書簡もまた連邦政府だけに向けられていた」という理由から、組織的犯罪についての諜報活動を認める規定を州の憲法擁護法のなかにおいたとしても、このことは直ちに基本法に規定された分離指令に抵触する結果をもたらさないと主張する⁽⁸³⁾。この考え方によると、分離指令の法的拘束力は憲法擁護法という法律のレベルでしか認められないことになり、状況によっては、法律改正によって当該原則を廃止することも許されることになる⁽⁸⁴⁾。

「組織的犯罪の企てやその実行行為」にたいする監視活動もまた憲法擁護庁の任務として認められるということは、結局、当該機関と警察機関が類似した目的をもって活動する可能性が大きくなったことを意味する。バイエルン州憲法擁護法1条3項によれば、①「法秩序にとって重大な意味を有する、利益追求または権力追求のために計画された」犯罪行為、②「長期間または不特定の期間、分業的に活動する二人以上の者によって行なわれる」犯罪行為、③ (i) 営業的組織形態を用いる、(ii)

(81) Ebert, in: Borgs/Ebert, Das Recht der Geheimdienste, 1986, S. 27.

(82) Koch, ZRP 1995, S. 24.

(83) Koch, ZRP 1995, S. 24.

(84) しかし、この論者にあっても、バイエルン州の憲法擁護法改正は「分離原則の精神に反する」試みであることを認めている（Koch, ZRP 1995, S. 24）。

暴力またはそれに相当する威嚇をもちいる、(iii) 政治、行政、司法、メディア、経済にたいして影響力を行使するといった方法のいずれかを選択してなされる犯罪行為という三つの要件が整えば、州憲法擁護庁の行なう諜報活動の対象となる「組織的犯罪 (organisierte Kriminalität)」が存在することになるのである。同法の定義に従えば、「組織的犯罪を企てる者」の範囲は広く、必ずしも基本法秩序の転覆を目論む過激派集団に属する者に限られない。「組織的犯罪」の概念を定義することそれ自体が困難なことであることは否定できないが、少なくとも、バイエルン州憲法擁護法の定める目的規定に依拠するかぎり、自由で民主的な憲法秩序の転覆を目論むこと、また、その政治主張が過激であることが「組織的犯罪」を認定する場合の要件であるとすることはできないのである。

このように、少なくとも組織的犯罪の予防に関していえば、バイエルン州の憲法擁護法の改正によって、警察機関と憲法擁護機関の間の垣根は大幅に取り払われることになり、その結果、犯罪の予防的制圧の領域において秘密裏に行なわれる情報収集活動の権限を認められた警察機関と、組織的犯罪に関わる行為の監視活動の権限を認められた憲法擁護庁は、事務の競合による対立の契機とその目的と手段の共通性による協力の契機が複雑に絡みあうなかで、共に組織的犯罪に対処していくことになったのである。これは、組織的犯罪の制圧という目的の実現のために国家の関係諸機関の作用が機能的に統一化されていく現象としてとらえることが可能である。そこでは、如何に限られた資源で効果的に組織的犯罪を制圧することができるかという、特定の目的にたいする手段の効率性の視点が重視され、分離指令が意図した権力の分散の契機は軽視さ

(85) このような「組織犯罪」の定義によって憲法擁護と警察の任務が明確に分けられると主張する論者もいるが (Droste/Lehnen, Organisierte Kriminalität, ZRP 1994, S. 65)、バイエルン州の憲法擁護法が採用する「組織犯罪」の定義をみるかぎり、むしろ、同法は憲法擁護と警察任務との競合を前提にしているように思われる。

れることになるのである。

お わ り に

警察の予防的機能の強化＝警察行政の積極化の現象は、「組織的犯罪の制圧」という目標を掲げて展開される、国家の治安機能の強化政策の一環として現れてくることになるが、このような、連邦および州の治安政策の展開は、既存の法制度や法理論について、以下のような、変化をもたらすことになった。

(ア) 予防国家的警察法理の展開 伝統的な警察法理論は、国家と個人の二極的対立を前提としたうえで、個人の権利・自由を保護する観点から、警察権を統制するための法治主義的な原則を提示し、これらの原則に適合することによって警察権の行使の正当性が与えられる仕組みをつくり上げてきた。しかし、犯罪の予防的制圧の任務と権限の実定法制度への導入は、このような国家と個人の二極的対立を前提とした法治主義的警察法の構造そのものにたいして否定的な視点を提供することになる。シュトゥムパーやピチャス⁽⁸⁶⁾等の積極的警察行政論の立場をとる論者は、国家と個人の対立構造ではなく、両者の協力関係を前提としたうえで新しい警察法理論を構築していこうとする傾向がみられる。そして、この協力関係の形成を導くキーワードが「安全 (Sicherheit)」である。この概念は「危険 (Gefahr)」概念のように法的概念として熟したものではない。むしろ、この概念に関しては、立法・行政・司法さらには一般市民の法感情を共通の方向に向けさせていく嚮導的機能が注目されるべきである。国家や国民生活の「安全」を確保するという共通の目標のもとに、国民は一定の権利制限と義務づけを受忍するよう求められることになる。国家についても、国民生活の安全を保護する義務が語られること

(86) Rainer Pitschas, Polizeirecht im kooperativen Staat, DÖV 2002, S. 221 ff.; ders., Auf dem Wege zu einem "neuen" Polizeirecht, Kriminalistik 1999, S. 153 ff.

もあるが、ここで語られる国家の「義務」は、具体的な内容をもった、国民の権利に対応する法的義務ではなく、積極的な治安立法や警察行政を正当化するための政策的概念として機能することに留意すべきである。そして、この意味では、「安全」を求める国民の権利も国民の「安全」を確保する国家の義務も、一見、国家と個人の対立的な関係を前提にしているようではあるが、結局のところ、警察の積極的活動と、これに対応する個人の自由領域の制限を正当化する点において共通の機能を有するといわねばならない。

(イ) 治安権力の機能的集中化 危険防除、刑事訴追、憲法擁護の治安権力の分立は、戦後のドイツの治安法制を永く支配してきた原則の一つに挙げることができる。警察は危険防除と犯罪捜査の両者の任務を遂行することになるが、これらの任務と権限は「警察法」と「刑事訴訟法」という異なる法令によって規制され、さらに、犯罪捜査の手続においては、検察官が主宰者となり、警察職員は検察官の下に補助官として活動するという建前がとられてきた。しかし、近時、警察実務においては、このような刑事訴訟法上の前提そのものが崩れ、犯罪捜査は、検察官のコントロールを受けることなく、警察の固有の責任で行われるという現象が顕在化するようになってきたのである。⁽⁸⁷⁾さらに、特に秘密捜査官の投入や電話の通信傍受等の警察措置については、危険の防除と過去の犯罪の解明がほとんど分離できないような形で行われ、⁽⁸⁸⁾また、このような警察実務の実態を反映して、通信傍受に関する警察法の権限規定を犯罪捜査のために用いることを認める通常裁判所の司法判断もみられるようになった。⁽⁸⁹⁾

(87) 福井厚「ドイツにおける『刑事手続の警察化』論」法学志林101巻4号1頁以下参照。

(88) ベルト・シューネマン・山名京子訳「現代の刑事手続における警察の地位」立命館法学254号178頁以下参照。

ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限

さらに、警察機関が憲法擁護庁と同様の情報収集手段を用いることができるようになり、また、バイエルン州のように、憲法擁護庁が「組織的犯罪」に関わる団体等にたいする諜報活動も行うようになると、警察と憲法擁護を峻別する基準はますます不明確なものとなる。ある論者は、戦後改革でもたらされた分離指令は、実務においては、もはや、いかなる役割も期待されていないと断言する。⁽⁹⁰⁾

以上のように、特に1970年代後半から顕著になってきた、犯罪の予防的制圧活動の「効率性 (Effektivität)」を重視する国家の治安政策の展開を前にして、伝統的な法治主義的警察統制法理、危険防除と刑事訴追の峻別、さらには、戦後改革を通してつくられてきた警察と憲法擁護の組織的・作用的分離などの諸原則が限りなく後退していく現象が指摘されうる。そして、このような、ドイツにおいてみられる、国家の治安機能の強化と自由主義的・法治主義的な警察権統制法理の排除・衰退の現象は、2001年9月11日にアメリカで起こった同時多発テロを契機として、一挙に新たなレベルに達することになるのである。そこで、次の課題として、同時多発テロ以降、ドイツにおいて行われた治安法制の強化政策

(89) BGH, Beschl. v. 7. 6. 1995, NStZ, 1995, S. 601. 連邦通常裁判所は、当該決定において、警察が、警察法の規定に基づいて、私人の管理する施設内に盗聴器を仕掛けて傍受した会話記録を、連邦の検察機関に刑事訴追の目的のために提供したとしても、それは、警察法の規定 (§ 25b Abs. 1 PVG RhPf.) に抵触するものではないという判断を示した。その理由は、広域的に活動するテロ集団の犯罪を抑止するには、「連邦レベルで相互に調整された刑事手続上の執行措置」が不可欠であるという点に求められた。犯罪の予防的制圧を効果的に遂行するという目的のために、危険防除と刑事訴追との間にある権限の垣根がいつも簡単に乗り越えられた事例として注目すべきである。

(90) Riegel, ZRP 1999, S. 216.

(91) ロガンは、このような現象をとらえて、犯罪の予防的制圧活動には、『原理の喪失』という名の原理 (ein Prinzip namens "Prinzipienlosigkeit") が妥当すると、当該警察活動の特徴について皮肉をこめた指摘を行っている (Roggan, a.a.O., S. 222)。

論 説

に焦点を合わせつつ、警察法理論の新たな展開とその問題点について検討していくことにしたい。