

# 西ドイツ警察法における 予防的警察活動の法理(2・完)

——身元確認の権限を中心として——

島 田 茂

- I はじめに
- II 危険状態及び警察義務者の法理
- III 身元確認の措置の法的性質(1)—行為形式に着目して
- IV 身元確認の措置の法的性質(2)—授權規定に着目して  
(以上、第34卷1・2合併号)
- V 模範草案における身元確認の措置
- VI 模範草案代替案における身元確認の措置
- VII おわりに

## V 模範草案における身元確認の措置

(1) 連邦及びラントの警察実定法制度の統一化を企図する模範草案は、各ラントの実定法間にみられる文言上の齟齬を解消することだけに止まらず、既存の実定法制度のなかでは必ずしも明示的な承認を与えられてこなかった警察措置について、その法的根拠を新たに明記したことにおいて、注目される。そして、このように新たに実定法制度への導入が企図された警察措置のなかでも、以下に述べるような目的及び形態を有する身元確認の措置は、国民の権利自由の保護の観点からみて特に重要な意味をもち、それ故、以前から多くの論者によって議論的になされてきたのである。

(ア) そのひとつは、「(a)事実上の手がかりに基づいて、経験上、そこで、(aa)人が犯罪を共謀し、準備し、または実行し、もしくは、(bb)人が必要な滞在許可をもたずに会合し、もしくは、(cc)犯罪者が潜伏していると認められる場所、または、(b)売春に関わる者が徘徊する場所に滞在する」者を対象に行なわれる身元確認の措置である (§ 9 Abs. 1 Nr. 2)。この種の身元確認の措置は、一般に「手入れ[Razzia]」と呼ばれており、前述の旧バイエルン警察任務法における「場所の審査」<sup>(1)</sup>と本質的に同様の作用である。

(イ) また、模範草案は、「交通・給付設備もしくは施設、公の交通手段、官公庁建物、または、特別に危険が存在する、その他の対象物 [Objekt]」の内部もしくは附近に所在する人々に対して向けられる身元確認の措置についても規定する (§ 9 Abs. 1 Nr. 3)。当該規定において定められた身元確認の措置は、特定の「対象物」に着目して規律されている点において、「場所」に着目して規律がなされる「手入れ」と異なるが、両者とも、危険状態及び警察義務者の法理による拘束をうけない点において、共通の性質を有する。<sup>(2)</sup>

(ウ) さらに、模範草案は、刑事訴訟法及び集会法(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge v. 24. 7. 1953) 上の特定の規定に掲げられた犯罪を防止するために、検問所(Kontrollstelle)を設置し、そこで身元確認を行なう警察の権限について規定する (§ 9 Abs. 1 Nr. 4)。犯罪捜査のための検問所の設置については刑事訴訟法において規定されており<sup>(3)</sup>(§ 111 StPO)、ここでは専ら犯罪予防のための検問所の設置が扱われている。

この検問所において審査の対象となる者は、犯罪を行なうことが外見からして明白である者に限定されない。例えば、検問所の設置によって予防されるべき犯罪のひとつである集会での武器携帯について言えば、武器を所持していることが個々の事実に基づいて明白であると判断された者に対

してのみ身元確認の措置が向けられるのではなく、武器を所有する者が所在すると認められる（または、その虞がある）集会に参加した者すべてが、検問所での審査の対象とされる可能性を有しているのである。従って、ここでも、危険状態及び警察義務者の法理は妥当せず、具体的な法益侵害の虞が明確になっていないにも拘わらず、また、非妨害者と妨害者の区別を前提とすることなく警察措置が行使される点において、前に挙げたふたつの身元確認の措置と同様の性質を指摘することができるのである。

以上のように、模範草案のなかには、伝統的な意味における危険状態及び警察義務者の法理の拘束から自由な身元確認の措置を根拠づける規定がおかれているが、<sup>(4)</sup>ここでは、特に「手入れ」を中心に検討することによって、この模範草案の規定する身元確認の措置の特質を明らかにしていくことにする。特定の公共的施設等に関係して行なわれる身元確認の措置及び検問所において行なわれる身元確認の措置も、原理的には「手入れ」と同様の構造を有しており、「手入れ」に対する考察から得られる帰結は、基本的には、これらの身元確認の措置にも妥当するものと考えられる。

(2) さて、「手入れ」<sup>(5)</sup>は、特定の場所に留まる不特定多数の人々を対象として、計画的・組織的に実行される、身元確認のための警察活動であると定義されうる。<sup>(6)</sup>そして、この種の警察活動については、その要件・目的が特に注目されるべきであり、<sup>(7)</sup>そこでは、以下に述べるように、伝統的な意味における危険状態及び警察義務者の法理の適用が排除されることになる。

(7) まず、模範草案の制定理由の解説からも明らかのように、「手入れ」は、「具体的危険」の法理による拘束をうけない。個々の具体的な事実から生じてくる、法益侵害の発生の虞は、ここでは問題とされる必要はないのである。さし迫った法益侵害の虞が確認されなくとも、経験則上、犯罪者や妨害者等が所在していると認められる場所においては、身元確認の措

置の行使が許容されることになる。確かに、この場合でも、犯罪者や妨害者が存在し、彼等によって新たな違法状態が生ぜしめられる虞が存するという意味においては、そこに、ある種の危険状態を認めることは可能であろう。しかし、このような危険状態が警察法上の「具体的危険」を意味するものでないことは論をまたない。「具体的危険」は、個々の具体的事実に基づいて、法益侵害の発生が目前に迫っていると認められる場合において成立するのであるが、「手入れ」における身元確認の措置にあつては、この特定の事実の、法益侵害の発生に対する時間的近接性は要件とはされない。当該措置について危険状態が問題になるとするならば、それは、「手入れ」の対象となる場所そのものから生じてくると言わざるをえないが、このことは、当該場所において法益侵害が具体的に生じようとしていることを意味するものではない。結局、「手入れ」において問題となる危険状態とは、法益侵害の発生についての具体的な虞の有無に関係なく、当該場所の性質から判断して、何らかの法益侵害が将来において生じる可能性が大であるという程度のものでしかないのである。

(イ) さらに、「手入れ」は、伝統的な警察法理論によって用いられてきた「抽象的危険」の法理によっても拘束されることはない。この「抽象的危険」の概念は、既述のごとく、法規命令（「警察命令 [Polizeiverordnung]」）の規制の対象となる危険状態を意味する。このように、一般的・抽象的な規範による規律がなされるのは、個々の具体的な事実を顧慮するまでもなく、「特定の種類の活動または状況」から「危険」の存在が認定できるからである。例えば、火薬類あるいは銃砲の使用・取扱については、たとえ爆発または発砲の虞が具体的に存在していなくとも、警察法上の「危険」をそこに認定し、一定の規制を行なうことは許容されることになるであろう。

そして、伝統的な警察法理論における「抽象的危険」の内容が上のよう

なものであるとするならば、これと、「手入れ」において問題となる危険状態との類似性が、まず指摘されることになる。すなわち、「具体的危険」のように、個々の事実に基づいて判断される、法益侵害の時間的近接性は要件として問題とはならず、一般的・抽象的に予め定められた一定の要件に該当する事実が生じれば、法益侵害の具体的な虞が存するか否かに拘わらず、警察権の発動が許容されることになる点において、両者の類似性が見出されることになる。しかし、このような類似点が存するにも拘わらず、ふたつの種類の危険状態の間には、法理論上、法定的な差異があることを見逃してはならない。この点を明らかにするために、まず、「抽象的危険」が「具体的危険」と同様の法理を内容としていることに注目しておこう。

(i) そのひとつは、法益侵害の発生についての「蓋然性」の程度に関するものである。すなわち、「抽象的危険」も「具体的危険」も共に、法益侵害の発生する「十分な蓋然性 [hinreichende Wahrscheinlichkeit]」が存在していなければ成立しないのであり、「具体的危険」に関しては、法益侵害の発生について、かなり高い程度の可能性が要求されるのに対して、「抽象的危険」については低い程度の可能性で十分であるといったとらえ方は否定されることになる。もともと、「具体的危険」と「抽象的危険」とでは、問題となる「蓋然性」の意味・内容において異なる点も見出せるが、それはともかくとして、両者は、特定の法益侵害の発生<sup>(1)</sup>の虞が現に存していることを成立の要件とする点において、共に、警察統制法理としての内実を有していると言えよう。

(ii) 「抽象的危険」と「具体的危険」との同質性は、さらに、警察義務者の法理との関係においても指摘されうる。すなわち、警察義務者の法理は、個々の具体的な「危険」が存する際の警察措置だけでなく、抽象的・一般的な危険状態に対処するために「警察命令」が制定される場合にも同

様に適用されるのである。従って、例えば、概括的授權条項に基づいて、<sup>12</sup>爆発物の取扱等について「警察命令」を制定し、これを取り扱う者に対して届出ないし許可申請を義務づけることは合法であるが、特定の地域住民すべてに対して、爆発物を取り扱っているか否かについての報告・届出を、当該命令において義務づけることは認められないことになる。

(3) 以上のように、伝統的な警察法理論によれば、「抽象的危険」は「具體的危険」と原理的に対立するものではなく、むしろ、両者は同一の性質を有する法理なのである。そして、「抽象的危険」の内容・性質が、このようなものであるとするならば、これと、「手入れ」において問題となる危険状態との差異は自ずから明らかになるであろう。

すなわち、「手入れ」において危険状態が問題になるとするならば、それは、すでに述べたように、規制の対象となる場所の性質そのものから生じてくると言わざるをえない。換言すれば、犯罪を共謀する者、必要とされる滞在許可をもたない者などが存在するとみられる場所において、法益侵害の虞が認知され、そこに警察権の発動の根拠が求められることになるのである。しかし、このような、特定の場所について見出される危険状態は、経験上、犯罪を典型とする法益侵害が過去において頻繁に生じてきたことが認められ、従って、将来においても同様の現象が生じる可能性が大であるという意味のものでしかなく、これは、伝統的な警察法理論の立場からみるならば、法益侵害の虞が未だ顕在化していない段階においてみられる一種の「潜在的危険」をあらわすにすぎない。

さらに、このように、「場所」の性質から危険状態が惹起されるという前提にたつ限り、警察措置の相手方の範囲を画定する警察義務者の法理もまた、「手入れ」には適用されないことになる。確かに、警察措置が向けられる人々は、「手入れ」の対象となる場所に所在する者に一応限定されてはいる。しかし、この場所には、犯罪者や妨害者だけでなく、何ら違法

行為を行わず、また行なう虞のない者も所在していることが多々ある。このような場合であっても、問題となる場所に所在しているということだけで、人々は身元確認の措置に服さなければならなくなるのである。

かくて、「手入れ」については、警察義務者の法理は妥当せず、妨害者と非妨害者の区別は、警察権の統制法理としての意味をもたないことになる。「手入れ」においてなお妨害者の概念が意味をもつとするならば、それは、警察措置が行使された以降に明らかになる特定の事実をあらわす概念としての意味にすぎない。すなわち、問題となる場所に所在する不特定多数の人々のなかから、身元確認の措置を通して、法益侵害をもたらす虞のある者が確認された場合に、その者を「妨害者」と言うにすぎない。しかし、この意味においてとらえられた「妨害者」の概念が、もはや警察活動に対して規範的・統制的な意味・内容をもちえないことは明らかである。妨害者と非妨害者の峻別が、警察活動に対する統制の機能を果たすためには、その前提として、妨害者とされる者の範囲が、警察権の発動の前に、すでに確定されていることが必要であり、この条件が満たされてはじめて、「危険」の発生に無関係な第三者の権利自由を保護するための法理の展開が可能となるのである。

(4) 以上のように、模範草案に規定された「手入れ」は、伝統的な警察法理論上の作用形式ないし概念によってはとらえきれない内容・性質を具有しており、この点において、もはや「危険排除」の任務を実現する手段として位置づけることのできない作用である。「危険排除」のための措置は、「危険」が生じてから行使されるのを原則とするが、しかし、「手入れ」が行使されるにあたっては、このような伝統的な意味における危険状態の存在は前提とされない。むしろ、当該警察活動は、「危険」が発生していない段階において、従って、妨害者が未だ明らかでない段階において行使される点では、「危険排除」の任務に前置される新たな任務領域において

活用される手段であると言える。この新たな任務領域は、今日の西ドイツの警察法及び秩序法（Ordnungsrecht）において一般に使われている概念を用いて表現すれば、「危険配慮〔Gefahrenvorsorge〕」と呼ぶことができる。行政の「危険配慮」活動とは、文字通り、行政機関が、「危険」が生じてから行動するのではなく、このような危険状態が生じてくる前の段階において種々の「配慮」をなし、また、そのために一定の措置を講じておくことを言うが、具体的な法益侵害の虞が未だ顕在化していない段階において行なわれる「手入れ」が、この意味における「危険配慮」活動のひとつにいれられることは明らかである。

しかし、「危険配慮」を目的とする権限が「執行警察」活動の領域に広汎に取り入れられることによって生じてくる問題も見逃すことはできない。すなわち、「警察法」のなかに、「危険排除」を目的とする権限だけでなく、当該任務と原理的に相容れない「危険配慮」を目的とする権限も含めることによって、従来の警察法理論が前提としていた「任務」と「権限」の統一性・整合性が崩れ、その結果、「警察法」＝「危険排除法」という伝統的な図式が妥当しえなくなる虞が生じてくることになる。また、「執行警察」活動の領域における「危険配慮」法理の広汎な浸透・展開は、すでに妨害者の概念について論じたように、従来一般に妥当していた警察法上の諸概念から規範的な意味を奪い、それらを警察活動の現実態（Realität）に適合させる結果をもたらす虞も否めない。そして、このような、模範草案の孕む問題点は、次章にみるような、当該草案に対して批判的な論者の手によって公にされた別個の警察法草案の内容をみたとき、一層明らかになるとと思われる。

〔注〕

- (1) Art. 14 Abs. 1 Nr. 7 PAG a. F.
- (2) Vgl. Begr. zu § 9 Abs. 1 MEPolG.

- (3) 模範草案9条1項4号は、刑事訴訟法100条a及び集会法27条（集会における武器携帯の禁止規定）に掲げられた犯罪の予防のために検問所の設置を認める規定であるが、特に、刑事訴訟100条aは、公安関係を中心として、かなり広い範囲の犯罪を挙げていることに留意すべきである。
- (4) Vgl. Jan Ehrhardt-Catharina Kunze, Musterentwurf des Polizeirechtsstaates, 1979, S. 68.
- (5) ただし、模範草案は、このような、危険状態及び警察義務者の法理の拘束をうけない身元確認の措置とは別に、伝統的な意味における「危険排除」の目的を達成するために行使される身元確認の措置もまた規定している（§9 Abs. 1 Nr. 1）ことにも留意しておく必要がある。
- (6) 「手入れ[Razzia]」という言葉は、本来、アラブの兵士が、奴隷や武器の捕獲を目的として行なった略奪行ないし踏査行を意味したが、ドイツにおいても、旧くから、犯罪捜査や警察違反行為の取締りの際に、本文に記したような意味において、一般に用いられてきた（vgl. Eggert Schwann, Identitätsfeststellung, Sistierung und Razzia, AöR 1977, S. 245）。この言葉の訳語としては「狩込み」という語をあてる者もいるが、ここでは、「手入れ」という語を用いる。ただし、ここで言う「手入れ」とは、身元確認を目的とする警察活動を意味し、その限りにおいて、わが国の警察実務において一般に理解されているような意味（すなわち、犯罪捜査や犯人の検挙のために、現場や犯人の居所に踏みこむこと）とは必ずしも同じものではないことに留意する必要がある。
- (7) 「手入れ」の特徴を作用形態に着目してとらえた場合、次の二点が特に注目される。その第一点は、「手入れ」が、様々な情報の収集・検討の結果として確定された場所において、多数の警察職員が、上司の命令・指揮のもとに、身元確認を目的として、計画的・組織的に遂行する警察活動であるという点であり、第二点は、この警察活動が、単一の措置によって成り立っているのではなく、身元確認を目的とする、鑑識措置、物または人の搜索などの種々の警察措置から構成される、いわば「警察措置の束 [Bündel]」としての性格を有していることである（vgl. Hans Sigrist, Probleme der Identitätsfeststellung und der polizeilichen Razzia nach dem Berliner ASOG, JR 1976, S. 397）。

このように、「手入れ」の特徴を、その作用形態についてみた場合、身元確認を目的とした警察活動の計画性・組織性、及び、この目的を遂行するために用いられる複数の警察措置の連関が特に注目すべき点として挙げられるが、ただ、ここで留意すべきことは、これらの「手入れ」の特徴が、伝統的な警察法理論の場では十分に論じられることはなかったという点である。

まず、「手入れ」の特徴のひとつとされる、警察活動の計画性・組織性に関して言えば、出動前の事前協議、出動準備及び出動命令などの作用は、警察が市民との接触をもつ以前の段階における準備行為としての性格を有し、それ故また、市民の権利自由に対して直接に影響を及ぼさない「警察に固有な単純な行為」としての意味しかもちえないとされ、このことによって、基本的には「侵害行政」法たる性格を有する警察法の統制の対象から外されることになった (vgl. Sigrist, JR 1976, S. 397)。さらに、「手入れ」は、身元確認を目的とする、鑑識措置や物または人の捜索のような警察措置もまた包摂する点において、ひとつの特徴を有するとされているが、しかし、この意味での「手入れ」の特徴は、必ずしも実定法によって根拠づけられたものではなかった点に留意すべきである。戦後制定された各ラントの実定法は、身元確認や鑑識措置などの個々の警察措置について特別の授權規定を設けたが、バイエルの旧警察任務法を別にすれば、「手入れ」そのものについては、これを独立の制度として規定することはなかった。もっとも、このような実定法制度のもとでも「手入れ」という言葉は一般に使用されてきたが、それは、上記のような実定法上の個々の警察措置が、身元確認を行なうために、それぞれの要件規定に従い連関して行使された結果として生じてくる、ひとつの「警察機能 [eine polizeiliche Operation]」を意味するにすぎず、「法律上の概念」ないし「法概念」としての内容までも有するものではないと考えられてきたのである (vgl. Fritz Sydow, Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht, ZRP 1977, S. 124; Schwann, AöR 1977, S. 245; Sigrist, JR 1976, S. 397)。そして、この点において、伝統的な警察法理論が「手入れ」を軽視した理由の一端を窺知することができる。ただし、法実証主義的な立場を採る伝統的な警察法理論からみるならば、「手入れ」を構成する諸措置を一括して授權する規定が存在せず、また、当該警察活動の適法性の問題が、結局、これを構成する個々の措

置の適法性の問題に還元して処理される以上、「手入れ」を独自の問題として法的に論じる必要性は殆ど存しなかったのである（戦後における伝統的な警察法理論の立場を代表するドレフス・ヴァツケの教科書が、「手入れ」に言及しているものの、「危険排除の法理」及び比例原則の適用がある旨を簡単に述べるのに止まっていることは、この点からみて興味深い（vgl. Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., 1961, S. 103）。

- (8) 注(7)でみたように、従来、作用形態に着目した場合の「手入れ」の特徴については、法理論上、さほど問題とされるようなことはなかったのであるが、このことは、「手入れ」自体が、一般に、実定法上の確かな地位を得ていなかったことからして、当然のことであると言えよう。しかし、「手入れ」に対する法理論上の議論を惹起する要因となった模範草案の作成後であっても、この状況に根本的な変化はみられなかったことは注目に値する。すなわち、模範草案の作成に起因して、「手入れ」に対する関心が今まで以上に高まったことは事実であるが、それは、権限発動の要件・目的及びその相手方の範囲にみられる「手入れ」の特質についてであり、これに比べて、今論じているような作用形態上の特徴をめぐる議論は、さしたる展開をみせなかったのである。その理由は、模範草案の規定する「手入れ」の内容から判断して、主に、次のようなことに求めることができよう。

まず、「手入れ」に関する模範草案の規定にあつては、その計画的・組織的な警察活動の過程の全体が規律の対象とされているわけではなく、例えば、警察権の発動前の準備行動のような事実上の作用については、従来の実定法制度と同様に、規律の対象から外されていることが注目される。また、もうひとつの「手入れ」の特徴として指摘される、複数の「警察措置の束」としての性格に関して言えば、確かに、模範草案のなかには、制止及び身分証明書類の手交の要求のほかにも、身元確認が他の方法ではできないか、または、それが可能であっても著しい困難を伴うときは、警察職員は、関係者を留置し、さらには、彼自身もしくは彼の携帯する物を捜索することができる旨の規定がおかれている。しかし、ここでも、制止及び身分証明書類の手交の要求は別として、同規定に挙げられたその他の警察措置の権限についてみれば、身元確認の措置に関する規定とは別個の授權ないし制限規定が模範草案のなかにおかれているのである。すなわち、人

や物の捜索については、身元確認の措置とは別個の警察措置として独自の権限規定 (§§ 17, 18) がおかれているほか、関係者の留置には、それが人の自由に対する一定の拘束を含む点において、「自由剥奪 [Freiheitsentziehung]」行為を規制する条項 (§§ 14—16) が適用されることになるのである。

このように、身元確認を目的として行使される種々の侵害的措置については、個々に授權規定等がおかれているのであって、この点では、模範草案と既存の実定法の間には根本的な差異は存しないことになる。そして、このように手入れの制度化によって、これに固有な警察措置が新たに取り入れられたり、また、既存の警察措置の内容に根本的な変更が加えられることがない以上、論者の関心が、「手入れ」の作用形態上の問題から離れて、個々の警察措置の要件・目的の方に向くのも当然のことであると言えよう。模範草案に関心をよせる論者にとって最も重要なことは、当該草案の内容が各ラントの実定法制度のなかに取り入れられていくことによって、既存の警察措置の要件・目的に如何なる変化が生じてくるのかを見定めることにあり、複数の警察措置がそれぞれの要件規定に従い連携して行使されることにより生じる機能あるいは効果の探求は第二次的な課題として位置づけられたのである。

- (9) Vgl. Begr. zu § 9 Abs. 1 MEPolG.
- (10) Vgl. Drews-Wacke-Vogel, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., Bd. 1, S. 273.
- (11) 「具体的危険」における蓋然性の要素は、個々の具体的な状況における法益侵害の発生の時間的近接性を基準として認知される性質のものである。「具体的危険」の内容を説明する際によく用いられる「急迫の危険 [akute Gefahr]」、 「目前に迫っている危険 [bevorstehende Gefahr]」という概念は、この点をよく示している。これに対して、「抽象的危険」は、「特定の種類の行為または状況」について認知されるのであり、「毀損への時間的近接性」は蓋然性の要素とはなっていない。
- (12) この場合の「警察命令」は、言うまでもなく、概括的授權条項に根拠をおくものを指している (vgl. Drews-Wacke-Vogel, a. a. O., S. 267 f.)。
- (13) Vgl. Drews-Wacke-Vogel, a. a. O., S. 274.
- (14) Hoffmann-Riem, Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizei-

recht?, JZ 1978, S. 338 ; KG, Urt. v. 18. 12. 1974, NJW 1975, S. 887.

- (15) Eggert Schwann, Identitätsfeststellung, Sistierung und Razzia, AöR 1977, S. 251 ff.
- (16) Johann-Friedrich Staats, Zur Aufgabenzuweisung in den Polizeigesetzen, DÖV 1979, S. 159 ; Reinhard Riegel, Polizei- und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, S. 30.
- (17) Thomas Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 205 ff.
- (18) Jan Ehrhardt-Catharina Kunze, Musterentwurf des Polizeirechtsstaates, 1979, S. 46 ff.

## VI 模範草案代替案における身元確認の措置

(1) 前章において述べたように、模範草案の規定する「手入れ」は、もはや「危険排除」という伝統的な任務を果たすための手段ではなく、その内容をみる限り、むしろ、「危険配慮」的な性質を有する作用であると言わなければならないが、しかし、このような「危険配慮」的な作用が、「執行警察」活動の領域にまで広汎に導入されることに関しては、警察権の行使に対する市民的自由の保護を重視する論者によって種々の批判が加えられることになった。「執行警察」活動における「危険配慮」法理の広汎な導入が、<sup>(1)</sup> 予防的警察活動の権限の強化をもたらし、ひいては人の権利自由に対する過度の警察介入を導くことになるのではないかという危惧が、これらの批判的な見解を惹起せしめた要因であると言ってよい。そして、このような、模範草案が内包する問題点を明らかにし、その検討の結果を踏まえたうえで、模範草案とは別個の警察法草案をつくる試みがあらわれたことに、ここでは特に注目しておく必要がある。憲法、行政法、刑事法などを専攻する研究者によって組織された「警察法研究会[Arbeitskreis Polizeirecht]」<sup>(2)</sup> から1979年に提示された「連邦及び諸ラントの統一警察法代替案 [Alter-

nativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und Länder, AEPolG)」（以下「代替案」と略す）が、これである。当該研究会は、「執行警察」活動に「危険配慮」の任務及び権限が広汎に取り入れられることによって、「危険排除」法理が従来果たしてきた法治主義的機能が弱められるのではないかという危惧を抱くと共に、「執行警察」活動については、なお「危険排除」法理を基軸として権限体系を組むのが、市民的自由の保護を重視すべき警察法にとって最も妥当であるという考えを基礎に据えて、当該代替案の作成を試みたのである。そこで、以下では、この代替案に焦点を合わせ、そこに規定された身元確認の権限の内容を検討することによって、当該研究会が、模範草案によってもたらされる予防的警察活動の権限強化の動きに対して如何に歯どめをかけようとしたのかをみていくことにしたい。

(2) 代替案によれば、まず、警察は、「個々の場合において存する危険」を排除するために、妨害者<sup>(5)</sup> (§§ 6,7) に対して身元確認の措置を向けるのを原則とし、ただ、「現在の重大な危険」が発生した緊急状態においてのみ非妨害者 (§ 8) に対しても当該措置を行使することができる (§ 15 Abs. 1)<sup>(6)</sup>。もっとも、模範草案にあっても、「具体的危険」及び警察義務者の法理の適用をうける、「危険排除」のための身元確認の措置が定められており (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 MEPolG)<sup>(7)</sup>、この点では、文言上、代替案の方が詳細な定めをしているものの、両草案の規定内容は、基本的には、変わるものではない。代替案が、このように、身元確認に関する権限規定のなかで伝統的な法理の内容を比較的詳しく記しているのには、警察実務側に対して当該法理の妥当性を確認させる意味があると言えよう。

身元確認の措置について両草案を比較した場合に最も注目されるのは、模範草案に規律された、特別の目的をもつ身元確認の措置の多くが、代替案においては除かれていることである。模範草案にあっては、すでに述べ

たように、特定の「危険な対象物」のなか、または、その附近で行なわれる身元確認の措置、及び検問所での身元確認の措置に関する規定がおかれているが、これらは、代替案においてはみられない。また、必要とされる滞在許可を与えられていない者、または売春に関わる者が所在するとみられる場所において行なわれる身元確認の措置も、同様に、代替案では規定されていない。代替案の作成者は、これらの身元確認の措置について特別の扱いをすることなく、伝統的な意味における危険状態及び警察義務者の法理の拘束をうける警察措置として取り扱うのが、市民的自由の保護を重視する立場からみて最も妥当であり、また、それによって警察任務の遂行が著しく阻害されるようなことはないと考えたのである。

(7) まず、空港、官公庁舎などの「危険な対象物」のなか、または、その附近において身元確認の措置が行なわれる場合にも、そこで犯罪などの法益侵害が生じる虞が現に存していなければならないのであって、単に、これらの施設においては多くの人々が頻繁に出入りすることから犯罪の生じる可能性が高く、また、事実、過去において犯罪が頻繁に生じてきたという理由だけで、当該施設のなか、またはその附近に所在する非妨害者に対してまで身元確認の措置を行使することは認められない。

(8) さらに、検問所における身元確認の措置も、犯罪捜査は別として、予防的警察活動については特に必要とはされず、また、当該警察活動のために検問所を設置し、そこで非妨害者の身元の審査を行なうことには違憲の疑いがある。例えば、集会法において禁止されているにも拘わらず、ある集会において武器を携帯しているとみられる者がいれば、その事実が個々の具体的な状況から明らかである限り、警察は彼に対して法定の措置を行使すればよく、これを超えて、非妨害者の権利自由まで制限する必要はない。また、その際とられる警察措置としては、捜索、押収 (§§24, 31, 32 AEPolG) などの措置が一般的であり、当該目的の達成手段としては、身

元確認の措置は不適切である。

(ウ) 必要とされる滞在許可を与えられていない者、または売春に関わる者が所在するとみられる場所での身元確認の措置についても、同様に、特別の規律の必要は存在しない。計画的に準備されたうえで、多数の人々に対して同時に身元確認の措置が行使される際にも、「具体的危険」の存在が要件とされ、また、「現在の重大な危険」が存しない以上、非妨害者に対して当該措置を向けることはできない。滞在許可を与えられていない者または売春に関わる者が所在する場所においては必ず「重大な危険」が生ずるという経験則は成立せず、従って、当該場所の性質だけを根拠として非妨害者に対する身元確認の措置の行使を正当化することはできない。<sup>112)</sup>

(3) このように、代替案の作成者は、身元確認の権限が行使されることの目的を、できる限り「危険排除」の任務の実現に限定しようと試みたのであるが、ただ、それにも拘わらず、模範草案において定められた「手入れ」のなかで、ある種のものが代替案のなかにもおかれたことは、注目に値する。「事実上の手がかりに基づいて、経験則上、そこで重大な犯罪が共謀、準備または実行されると認められる場所に留まる」者に対して行使される身元確認の措置が、それである (§15 Abs. 2 AEPolG)。かくて、代替案の作成者もまた、「手入れ」の存在を全く否定することはできなかったわけであるが、ただ、ここで注目しておかなければならないのは、代替案においては、当該規定が「伝統的な警察法上の授權の拡大」をもたらす点に鑑みて、模範草案より厳しい制限が課せられていることである。

まず、「実体法的な観点」からの制限が挙げられうる。すなわち、この種の身元確認の措置を行使するには、警察介入を正当化するだけの確固とした「事実上の手がかり」が存在しなければならず、且つ、そこで問題となる法益侵害は、最低1年以上の自由刑に処せられるような「重大な犯罪」でなければならない。従って、例えば、万引きが頻繁に行なわれてい

ることを理由に特定の百貨店を「手入れ」の対象とすることは違法とされる。<sup>143</sup>

さらに、代替案においては、このような「付加的な実体法的制限」に止まらず、手続法的な観点からの統制手法も用意されている。すなわち、「手入れ」の対象となる「場所」の確定にあたっては、「個々の場合」について、区裁判所 (Amtsgericht) の決定を経る必要があると定められているのである (§15 Abs. 2 AEPolG)。そして、この制度を設けることについては、例えば、警察権の行使をうける側からすれば、身元確認の措置が行なわれてから後に裁判所に出訴しても効果的な救済は期待できないこと、あるいは、一般的に言って、「手入れ」は計画的に準備され行なわれることから、実行されるまである程度の時間的余裕があり、その間に裁判所の決定を得ることは可能であることなど、幾つかの理由が存するが、そのなかでも中心的な理由として挙げられるのは、「手入れ」の要件・目的及びそこで問題となる「場所」の内容・範囲等を実体法的に確定することの困難性であろう。法律において「場所」の種類・内容等を制限的・完結的に規定しようとしても、危険状態が生じるであろう場所を予め確定しておくことは極めて困難であり、結局、個々の状況下における実質的な決定は、警察によって行なわれることになる。その意味において、「手入れ」の統制を実効あるものにするためには、実体法的な統制だけでは不十分であり、第三者的な立場にある裁判所の決定を事前に介在させるという手続法的な統制手法の導入が必要であると考えられたのである。<sup>144</sup>

(4) かくて、代替案によれば、「手入れ」が行使されうる場合は、模範草案に比べて著しく制限されており、且つ、それには実体法上及び手続法上の厳しい制限が加えられることになる。このように「手入れ」に対して厳しい統制を加えることには、伝統的な意味における危険状態及び警察義務者の法理の適用をうける身元確認の措置との間に、法的統制の厳格性の点

において均衡を保ち、よって、警察が、上記の伝統的な法理による拘束をうけない「手入れ」の濫用に向かわないように歯どめをかけるという目的がある。

<sup>16)</sup> もっとも、このように、「手入れ」に対して厳しい制限が加えられることによって、模範草案が意図したような、法益侵害の迅速・効果的な予防が、一定の範囲において制限をうけることになることは避けられない。また、警察が、個別・具体的に、自らが介入すべき危険状態が存するか否かを審査している間に法益侵害が現実のものになる可能性も、確かに存する。しかし、それにも拘わらず、代替案の作成者は、伝統的な警察法理論によって用意された手法の範囲内において問題の解決が図られるべきであるという基本的な立場を堅持し、また、当該理論によって提供された法理に依拠したとしても、警察が予防活動を効果的に行なっていくうえで特別の支障は存在しないと考えたのである。

例えば、彼等は、伝統的な警察法理論における「危険」概念が所謂「外観上の危険[Anscheingefahr]<sup>17)</sup>」もまた包摂する点を強調する。すなわち、「現実には危険な状況ではないにも拘わらず、客観的に危険が存するとみられる状況<sup>18)</sup>」があれば、警察の介入は承認されるのであって、当該介入が個別・具体的な状況において適正に判断・実行されたものである以上、法益侵害の虞が実際には存しなかったことが事後的に判明したとしても、警察措置は違法となるわけではないのである。また、伝統的な警察法理論によれば、「危険」が発生した時点及び「危険」の程度（「重大な危険」か否か）等についての判断も、保護されるべき利益の重要性や、それに対する危険の内容・程度などを相関的に考慮したうえで個別的になされるべきであり、従って、人の生命などの重大な利益が問題となるような場合には、たとえ当該法益に対する危害が未だ明確な形においてあらわれていない状況においても、「重大な危険」が生じたとして、非妨害者に対する警

察措置の行使が許容されることもある。かくて、例えば、人通りの多いところで爆発物が仕掛けられたような場合<sup>(19)</sup>には、警察は、上記のような伝統的な法理に基づいて、非妨害者に対して身元確認の措置を行使することもできるのであり、それにも拘わらず、模範草案に規定されたような、法的統制が大幅にゆるめられた「手入れ」等の措置の存在を認めることは警察権の濫用を導く虞があり、その点において違憲の疑いがあると解されたのである。<sup>(20)</sup>

[注]

- (1) Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts? JZ 1977, S. 335 ff.; Fritz Sydow, Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht, ZRP 1977, S. 119 ff. u. s. w.
- (2) この研究会の構成員としては、デニングガー (Erhard Denninger) をはじめ、デュルコプ (Marlis Dürkop), ホフマン・リーム (Wolfgang Hoffmann-Riem), シュナイダー (Hans-Peter Schneider) などの名が挙げられうる。
- (3) もっとも、このような「危険排除」法理の法治主義的な役割に対する当該研究会の積極的な評価は、即座に、1931年のプロイセン警察行政法律のような戦前の実定法の復活を求める動きとしてあらわれてこなかった。現代の警察が抱えている諸問題に対処していくには、このような古い法律では不十分であることは、代替案の作成者も認識しているところであり、この点では、彼等は、模範草案の作成者と共通の基盤のうえにたっていると言える。すなわち、戦後改革によってもたらされた「脱警察化」の実定法上の定着は、これを前提とせざるをえない。プロイセン警察行政法律のように、「実質的警察概念 [materieller Polizeibegriff]」を基軸とした「危険排除」の任務及び権限体系を採ることは、今日では妥当性を欠き、戦後のまもなく相次いで制定された各ラントの警察実定法がそうであったように、代替案においてもまた、「執行警察」活動の任務及び権限を中心に規律すべきであると考えられた。さらに、「任務と権限の分離」の原則も堅持され

ることになった。プロイセン警察行政法律にみられたような、概括的授權条項 (§14 prPVG) を中心とする権限体系は、法治主義の観点からみて問題があると判断され、侵害的な警察措置については、それらの要件・目的をできる限り個別的に規律すべきであるとする立場が採られることになった。また、警察の「予防[Prävention]」的活動のみを規律の対象とし、「鎮圧 [Repression]」的作用 (犯罪捜査) に対する規制を含まない点においても、両草案は立場を同じくしている。

(4) 代替案は、その「基本理念 [Leitidee]」として、「法治国家性の拡大 [Ausbau der Rechtsstaatlichkeit]」、 「公平性の保持 [Wahrung der Liberalität]」、 「市民の諸権利の強化 [Verstärkung der Bürgerrechte]」及び「警察実務上の必要性の顧慮 [Berücksichtigung polizeilicher Praxisbedürfnisse]」を掲げており、また、具体的には、身元確認の措置をはじめ、職務補助 (Amtshilfe)、武器の使用等を含む直接強制に関する諸規定において模範草案との実質的な相違がみられる。さらに、警察による情報収集活動に対する法的統制の必要性に鑑みて、「情報処理 [Informationsverarbeitung]」に関する規定 (§§37—46) がおかれていることも、模範草案にはみられない特徴として注目されてよい。ただ、本稿においては、身元確認の措置に関する規定にみられる代替案の特徴のみを扱い、その他の点は別の機会に検討することを断っておく。

(5) 代替案6条は、「行為責任」(Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen)、7条は、「状態責任」(Verantwortlichkeit für den Zustand der Sachen) について定める。

(6) このように、代替案は、身元確認の措置について特別の授權規定を設ける一方、ここでは、伝統的な意味における危険状態及び警察義務者の法理の妥当性を大幅に承認しようとする。このような授權規定は、一般に部分的概括条項[eine partielle Generalklausel]と呼ばれているが、当該規定の存在が、特別の授權規定がもつ法治主義的機能 (警察がとりうる措置の特定、個別的・具体的な形での要件・目的の限定等) と、危険状態及び警察義務の法理が有する法治主義的機能を結合させる役割を演じることは否めない。

(7) Begr. zu § 9 Abs. 1 MEPolG.

- (8) Anm. 3 zu § 15 AEPolG.
- (9) Anm. 4 zu § 15 AEPolG.
- (10) Anm. 7 zu § 15 AEPolG.
- (11) Anm. 31 ff. zu § 15 AEPolG.
- (12) Anm. 22 zu § 15 AEPolG.
- (13) Anm. 11 zu § 15 AEPolG.
- (14) Anm. 13 ff. zu § 15 AEPolG. なお、この制度に批判的な見解として、vgl. Reinhard Riegel, Musterentwurf und Alternativentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz : Ein Vergleich zweier Konzeptionen, DVBl. 1979, S. 712.
- (15) また、身元確認のために用いられる「附随的侵害 [Begleiteingriff]」にも一定の制約が課せられている。例えば、代替案は、このような措置の例として、1. 関係者の制止 2. 取締りの対象となる場所の封鎖 3. 身元についての質問 4. 身分証明書の手交の要求 5. 拘束 6. 身元確認のための物の搜索 7. 鑑識措置 8. 召喚等を規定する (§ 9 Abs. 2 AEPolG) が、このなかで、5から8にかけて挙げられている手段については厳格に比例原則に従うべきことが明記され、さらに、7と8の手段が非妨害者の意思に反して行使される場合は、その者が「同一人性について明らかにすることを拒むとき、または、特定の事実から同一人性について詐称がなされている疑いがある」とみられるときに限定されている (§ 15 Abs. 4 AEPolG)。
- (16) Anm. 12, 16 zu § 15 AEPolG.
- (17) この概念の内容の詳細については、vgl. Hoffmann-Riem, »Anscheingefahr« und »Anscheinverursachung« im Polizeirecht, Festschrift für Wacke, 1972, S. 331.
- (18) Bill Drews-Gerhard Wacke-Wolfgang Martens, Gefahrenabwehr (Allgem. Polizeirecht) 8. Aufl., Bd. 2, 1977, S. 111.
- (19) Anm. 7 zu § 15 AEPolG.
- (20) Anm. 20 zn § 15 AEPolG.

## Ⅶ おわりに

このように、身元確認の措置という、ひとつの具体的な警察措置を取り上げてみても、模範草案の作成者と代替案の作成者とは立場を異にすることが理解されよう。模範草案の作成者は、「危険配慮」的な任務に奉仕する警察措置の導入に対して積極的な立場にたつものに対し、代替案の作成者は、極力、このような警察措置を実定法から排除し、「執行警察」の任務を消極的＝「危険排除」的な活動に限定しようとする。そして、この両者の相違を身元確認の措置に関する規定についてみた場合、結局、危険状態及び警察義務者の法理の拘束から自由な身元確認の措置を如何なる程度において認めるのかという点の差異に帰着することになる。模範草案においては、この種の身元確認の措置が占める比重が大きいのに対し、代替案においては、極めて限定されたものとなっているのである。

代替案のように、特別の目的をもつ身元確認の措置を定める規定の数が少なければそれだけ、当該警察措置に対する「危険排除」法理の影響が大きくなるのは当然のことである。しかし、他方において、「危険排除」という伝統的な目的・任務を実現するうえにおいて身元確認の措置の果たす役割は必ずしも中心的ないしは直接的なものではないことに留意すべきである。この場合に中心的な役割を果たすのは、「危険」が生じたときに、それを除去するために行なわれる命令的・強制的処分であって、身元確認の措置は、せいぜい、当該「危険」の惹起について法的責任を有する者（妨害者）が存するときに、その者の氏名、住所等を確認する意味をもつにすぎない（この場合、妨害者が、すでに特定されていることが前提である）。ところが、模範草案に規定された「手入れ」や検問所で行なわれる身元確認の措置は、もはや、このような、他の警察措置に対して附随的あるいは副次的な立場に止まることなく、「危険配慮」の任務領域において

独自の機能・目的をもつに至るのである。

警察の「危険配慮」活動とは、平たく言って、法益侵害の発生を、できる限り完全な形で且つ効果的に予防しようとする視点から、警察が、「危険」が生じてから行動するのではなく、「危険」そのものの発生を事前に抑止するために種々の措置をとることを意味する。そして、この「危険配慮」の任務領域においては、「危険」を生ぜしめる要因を、できる限り速やかに探しだすことが重要な意味をもつのであり、この点において、「手入れ」等の警察活動が、ひとつの有効な手段となる。例えば、警察が、特定の場所において一般市民のなかにかくれて現われてこないテロリストを探しだすような場合には、これが活用されることになる。このような目的・機能を与えられた身元確認の措置が、「危険排除」の法理のもとで認められないことは、すでに述べたとおりであり、それは、「危険配慮」という、警察の新たな任務領域が与えられてはじめて自らの存在場所を見出すことができるのである。

しかし、ここで述べられている「危険配慮」の法理論上な内容は、現在のところ必ずしも明確にはされていない。「執行警察」活動の領域において「危険配慮」の法理が展開することによって如何なる種類の法益が守られることになるのか、また、衛生警察、建築警察等の「行政警察」の領域における「危険配慮」の法理の浸透・展開が、実質的な意味における「脱警察化」(＝「行政警察」の解体)の現象をもたらした主因であることは周知のとおりであるが、<sup>(2)</sup>「執行警察」活動の領域における「危険配慮」の法理の展開もまた、これと同様の現象としてとらえることができるのかという点も、十分に論じられていない。単に予防的警察活動の権限強化の必要性から伝統的な「危険排除」法理の導入の制限ないし排除を主張するだけに止まり、これに替わる具体的な統制法理を提示することがなければ、「危険配慮」の理念に基づく警察行政の積極行政化は、結局、「法律上の

概念〔die gesetzliche Konzeption〕を警察の現実態に合わせる<sup>(8)</sup>ことを意味するにすぎないのではないかという批判から逃がれることはできない。19世紀のドイツにおいて形成されてきた近代的な警察法理論から、あるべき現代的警察法理論への脱皮が、警察行政に対する規範的統制の緩和の正当化論としてあらわれることは、「警察法」(理論)を、警察行政を統制する法(理論)としてとらえる限り、問題があると言わざるをえない。この意味において、戦後の警察実定法制度のあり方に対して画期的な意味をもつ模範草案の作成が、これからのドイツ警察法及びその理論の発展に対して如何なる影響を与えるかについては、今後も慎重に吟味されていくことが必要とされよう。

〔注〕

- (1) 本稿においては、身元確認の措置に関する規定に焦点を合わせて両草案の比較を行ってきたが、その他の規定を含めた全体的な比較・検討については、vgl. Reinhard Riegel, Musterentwurf und Alternativentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz : Ein Vergleich zweier Konzeptionen, DVBl. 1979, S. 709.
- (2) Vgl. Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., S. 18 ff.
- (3) Jan Ehrhardt-Catharina Kunze, Musterentwurf des Polizeirechtsstaates, S. 59.