

論説 将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4)

| | |
|-----|---|
| 著者 | 岩下 雅充 |
| 雑誌名 | 筑波法政 |
| 巻 | 39 |
| ページ | 123-144 |
| 発行年 | 2005-09-30 |
| URL | http://hdl.handle.net/2241/00156072 |

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（4）

岩 下 雅 充

はじめに

第1章 日本における議論の状況

第1節 戦前における考え方とその背景

第2節 現行法のもとで生じた学説の対立

第2章 ドイツにおける警察活動と刑事手続

—— 将来の犯罪に対する警察活動の本質

第1節 ドイツにおける刑事訴追 (Strafverfolgung)

とは

第2節 立法による警察権限の拡大

第3節 現代の犯罪を視野に入れた警察実務の考え方

(以上、本誌第三十五号)

第4節 情報社会における警察活動の変容と法制度

1 概観

2 前領域における警察活動および警察による
情報活動について

3 さまざまな情報活動の実態

4 国勢調査判決と警察法律の改正案

(以上、本誌第三十七号)

5 刑事訴訟法の改正と警察による情報活動

(以上、本誌第三十八号)

第5節 現代型の警察活動に対処するドイツ法理論

- 1 警察法理論と戦後の警察制度
- 2 予防・犯罪対策・内的安全
- 3 警察実務による活動方法の提案

（以上本号）

4 現代型の警察活動と法理論

5 警察法律の改正案に対する評価

第6節 検討とまとめ

第3章 将来の犯罪に対する捜査とは

——その本質と法的規制のあり方

第4章 将来の犯罪に対する捜査と現行法

おわりに

第2章 ドイツにおける警察活動と刑事手続

——将来の犯罪に対する警察活動の本質

（つづき）

第5節 現代型の警察活動に対処するドイツ法理論

1 警察法理論と戦後の警察制度

本章の第2節および第4節において述べたとおり、警察実務は、早くから情報活動にとり組んでいたというだけでなく、とりわけ前領域（Vorfeld）において、情報の採取からその処理・利用に至る大規模な情報活動を日常的にくり返してきた。国勢調査判決によって情報活動に対する法的規制が問題となったが、その後に警察法律（Polizeigesetz）が改正され、情報活動の実態を追認するように権限が明文化されたのである。情報活動は、近年ますます活発化していることであろう。警察法律によれば、前領域における活動は、危険防除の任務を遂行するためのものと位置づけられている。しかしながら、この任務を遂行するための警察活動は、実際のところ、刑事訴追（Strafverfolgung）につながる活動としてはたらくものであった。そして、刑事訴追につながる警察活動が事実上ひろく行われるような状況も、刑事訴訟法の改正によって

追認されたのである。

要するに、ドイツにおける最近の警察活動を特徴づけているのは、刑事訴追につながる情報活動がひろく行われているという現実なのであり、また、そうした現実を追認するような法制度なのである。もともと、これらの特徴は、情報活動に着目して明らかになったものであり、警察活動全体の特徴だと断定することはできない。そもそも、警察活動に対しては、法理論によっても、また、警察制度においても、さまざまな規制の枠が設けられていたはずである。

本章第1節において確認したとおり、警察 (Polizei) という語は、ドイツ法に関する記述において、組織または公務員としての警察を意味している。ここにいう組織および公務員は執行警察 (Vollzugspolizei) を担うものであって、組織法上の警察、あるいは、制度という意味での警察 (Polizei im institutionellen Sinne) ⁽¹⁰⁾ といわれる。

警察によって遂行される任務のうち警察はんらいのものだといえるのが、危険防除 (Gefahrenabwehr) である。危険防除の内容は、公共の安全および秩序 (öffentliche Sicherheit und Ordnung) に対する危険の防止と障害の除去である。ドイツの行政法学によれば、危険防除の内容は、国家作用という意味での警察を理解することによって明らかになる。国家作用

という意味での警察は、日本の伝統的な行政法学とほぼ同じように、実質的な意味での警察 (Polizei im materiellen Sinne) ⁽¹¹⁾ といわれる。

このように、制度という意味での警察については、危険防除任務を遂行するために許された活動が執行警察に限定されている。こうした限定は、第二次世界大戦後の制度改革によってもたらされたものである。すなわち、戦後まもなく、脱警察化 (Entpolizeichung) ⁽¹²⁾ のスローガンにしたがって警察制度の改革がすすめられ、危険防除のほとんどが警察以外の行政機関の所管となった。そして、戦後の制度における組織法上の警察は、法律によって個別に定められた専属の所管を別にすれば、他の行政機関が危険を防除できないという場合または適時に防除できないような場合に限定して活動するものとなった。結局のところ、戦後の制度における警察の独自性⁽¹³⁾ といえば、執行警察——すなわち、現場で (vor Ort) 危険に直接対処するという様式の活動——を担うことと、危険防除任務において警察以外の行政機関に対する補充性 (Subsidiarität) ⁽¹⁴⁾ があることくらいなのである。

これに加えて、警察による権限の行使は、法律の中に特別な根拠規定がない限り、原則として具体的危険 (konkrete Gefahr) ⁽¹⁵⁾ の存在する場合に限られてしまった。というのも、警察活動に対する法的規制が執行警察を中心として体系化され

たため、警察法理論にしたがいつつ概括的条項 (General-Klausel) を根拠とする限り、警察命令のようにもともと具体的危険の存在を要しない処分であつても、緩やかな要件のもとでは実施が許されなくなつたからである。

以上のようないくつもの限定によつて、警察にゆだねられた危険防除任務は消極的・受動的な性格を強めたのであるが、こうした性格をもつという点では、警察による刑事訴追任務の遂行も同様であつた。たしかに、第二次世界大戦後も、警察が刑事訴追任務を遂行するということで変更はなかつた。

しかしながら、本章第1節において言及したとおり、いぜんとして警察は検察官の補助組織として任務に関与するしかないため、初期段階の嫌疑 (Anfangsverdacht) が生じていなければ捜査は開始できないというだけでなく、これとは逆に、初期段階の嫌疑が生じているのであれば捜査を開始せねばならないのであつた。いづれにしても、戦後の改革によつてつくれた警察制度は、警察活動に多くの制限を加えるものだったのである。

しかしながら、一九七〇年代になつて、テロの多発や組織犯罪 (Organisierte Kriminalität) の伸長に危機感を覚えた警察実務は、現代における犯罪対策のあり方を模索するようになった。ここにおいて検討すべき課題となつたのは、本章第

3節において簡単に述べたとおり、社会の害悪を最大限排除するための環境づくりがどのような考え方にもとづいてできるのかということだつた。このような課題を設定した警察実務からすれば、当時の警察制度による制限から解放されることは重要な案件だったのである。

ドイツの警察法理論によれば、危険防除の任務をゆだねられた警察は、法によつて保護された利益の侵害を防止するために予防の (präventivvorbeugend) 活動を行わねばならない³⁰⁾。もつとも、ここにいう予防 (Prävention) という語は、その対象を犯罪行為に限定すれば、刑法学においてひろく用いられている。それは、刑罰の目的をめぐる議論において用いられる語、すなわち、一般予防 (Generalprävention) および特別予防 (Spezialprävention) である。危険防除という犯罪の予防と刑罰による犯罪の予防は、その意味を大まかにとらえれば、将来の犯罪を発生させないというはたらきにおいて共通したものだといえよう。こうしたはたらきの共通性に早くから着目したのが、警察実務だったのである。

2 予防・犯罪対策・内的安全

一九七六年、連邦刑事局 (Bundeskriminalamt) の主催で、「警察と予防 (Polizei und Prävention)」というタイトルの研

研究会が開催された。この研究会において警察実務の間で支持されたのが、警察にとつて「まさに主となる任務 (vornehmste Aufgabe) は予防 (Prävention) だ」という見解であった。また、「禁圧をこつじた予防 (Prävention durch Repression)」という問題が提起され、刑罰権の実現に向けた国家作用と犯罪の予防との関係が議論となった。

この研究会において表明された見解あるいは意見がもつぱら警察実務のおもいつきだとは考えられない。というのも、その基礎となる考え方が連邦と各州の政府によって示されていたからである。すなわち、連邦及び州内務大臣常設協議会は、一九七四年に「ドイツ連邦共和国の内的安全のためのプログラム (Programm für die Innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland)」(以下、「内的安全プログラム」の語を用いる) を公表し、このプログラムにおいて、「治安確保に関する警察の責務 (Sicherheitsauftrag der Polizei) には、犯罪対策 (Verbrechensbekämpfung) の全領域、すなわち、犯罪の防止 (Verhütung) および刑事訴追が含まれる」ということを明らかにした。その後、内的安全プログラムに対する支持が警察実務からも表明され、これとともに、治安確保のために遂行する任務の全容が——刑事訴追任務の位置づけも含めて——改めて議論されることとなった。

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4) (出右)

警察の任務についての議論が活発化していた時期に、シュトゥムパーは、「策戦活動 (Die operative Arbeit)」という新構想を唱えた。すなわち、本章第3節においてふれたとおり、策戦活動をつうじた「犯罪性そのもの (Kriminalität schlechthin) の除去」こそが犯罪対策の目的であつて、もはや危険防除任務か刑事訴追任務かという区別にしたがつて個々の犯罪に対応するのは時代遅れだといふのであつた。

もつとも、策戦活動は、もともと、「前領域での監視 (Vorfeldüberwachung)」といった活動方法を提案するために、その論法として用いられる語であつた。しかしながら、その後、策戦活動という語は、活動方法の提案にとどまらず、警察に与えられた任務の内容を体系的に説明しようという段階に至つて、統合化の役割を果たすことになつたのである。

すなわち、シュトゥムパーは、まず、治安確保に関する国家の政策のひとつが刑事政策だと明確に位置づけたうえで、刑事政策については、治安確保に関する他の政策と同じように予防 (Vorbeugung) が目標だと述べる。また、シュトゥムパーによれば、刑事政策にいう予防とは当然ながら犯罪の予防であつて、危険防除および刑事訴追に策戦活動を加えた犯罪対策の全体がテーマである。そして、警察による刑事政策の実現についていえば、犯罪の予防における「到達点で最上位とされるべきなのは、犯罪を生み出す基盤の除去といふ策

戦活動の使命ができる限り余すところなく果たされることだ」という。そのうえで、危険防除と刑事訴追のそれぞれがもつはたらきは策戦活動の観点からひとまとめにされ、あらゆる活動の有効性および相当性は、より高い段階で (auf eine höhere Ebene) 検討されることなのであった。

シウトウムバーの見解によれば、危険防除および刑事訴追は、策戦活動の使命があることよって、犯罪の予防という目標のもとに統合されるのであろう。ここにいる犯罪の予防は、犯罪対策という語で言いあらわされているが、策戦活動という特別な語の役割に着目すれば、統合された予防と呼ぶこともできるだろう。そして、警察はその目標を達成するよう国家から命じられているのであれば、統合された予防とは警察に与えられたあらたな任務だと理解することが可能であろう。

シウトウムバーが唱えた新構想については、その後の警察実務に多大な影響を及ぼした見解だと評価されることが少なくない。シウトウムバーの見解がそれほど影響を及ぼしたというのであれば、引き続いてとり上げるふたつの見解にシウトウムバーの見解と共通する部分があるのだろうか、——後に検討することになるが——たしかめておきたいことであろう。というのも、内的安全プログラムがそうであったように、シウトウムバーの見解においても、犯罪の予防にお

ける刑事訴追の位置づけが危険防除との関係ではくわしく説明されておらず、それゆえ、刑事訴追の位置づけについて知るためには、シウトウムバーと同じような見解を参照するのがよいからである。

危険防除に対する刑事訴追の位置づけを端的に表現したのは、本章第3節において簡単にふれたとおり、シエーファアの用いた「予防の優位 (Die Prädomanz der Prävention)」という語であった。シエーファアによれば、危険防除という唯一の使命を負う警察は、内的安全の確保を目標として、絶えず犯罪の予防にたずさわっていなければならない。これに対して、刑事法による犯罪の予防は、過去の犯罪という個別の問題を処理するのにともなうて効果が生じるだけであり、独立した予防の領域を形成しているでもなく、犯罪対策の一局面として、危険防除という大きな使命の中に埋もれた (eingebettet) ものだというのである。

シエーファアは、刑事手続および刑罰に由来する予防の効果をとくに強調したうえで、この効果を手がかりにして、刑事訴追任務の遂行も危険防除に関する問題の一部だと把握している。この結果として、別個独立だと考えられている刑事訴追任務の地位は、危険防除という大きな使命の達成に関係する限りで、いわば相対化されることとなる。ここにいう

刑事訴追任務の相対化こそ、「予防の優位」における重要なポイントなのである。

もつとも、シエーファーによる説明の中では、危険防除がしばしば予防という語に置きかえられているか、あるいは、どちらの語も犯罪対策と同じ意味で用いられている。また、危険防除は警察法によってゆだねられた任務であるにもかかわらず、なぜ危険防除任務が「予防の優位」というあらたなコンセプトにもとづいて説明できるのかは明らかでない。それゆえ、シエーファーによる説明は、法として十分に体系化されていないように思われる。とはいえ、シエーファーの見解は、結論において刑事訴追任務の位置づけを明確化したことから、警察実務の考え方をくわしく知るうえでとりわけ重要だといえることができる。

クニーゼルは、シエーファーによる説明のいくつかに賛同しつつ、法の細かな解釈をつうじて、犯罪の予防における危険防除任務と刑事訴追任務との関係を解き明かそうとした。クニーゼルは、まず、とりわけ組織犯罪の伸長を念頭に置きつつ、犯罪組織を支える環境・条件の変更が現代における犯罪対策の目的であるべきだと主張した。そして、この目的の達成が警察にとつてもつとも重要な課題であることをふまえたうえで、危険防除任務と刑事訴追任務との関係について

は、ドイツ法理論における体系的な説明を完成させようとして、つぎのように論じた。

すなわち、クニーゼルによれば、そもそも、警察によつて遂行される任務を国家の義務という観点からみたととき、最優先されるべき任務は危険防除だといふ。また、このような危険防除任務の優先は、警察によつて遂行されるべき任務が「衝突する状況において法益を衡量する際に適用されるといふだけでなく、警察活動全体にとつても普通のルールとされている」。

そして、クニーゼルは、危険防除任務の優先から導かれる法の解釈について、警察法と刑事法との関係というテーマの中で説明した。すなわち、第一に、刑事法についていえば、法治国家原理から派生したさまざまな要請に反しないためには、刑事訴追任務の範囲を限定する考え方が維持されねばならないし、さらには、刑法の適用範囲をむやみに拡張して刑事司法による介入が積極化することも許されるべきでない。第二に、結果として刑事訴追をつうじた犯罪の予防にはおのずと限界があるため、刑事訴追任務は犯罪対策の一面面に過ぎないものと考えられるしかないが、これに対して、危険防除任務は、刑事訴追任務のような範囲の限定がないため、率先してとり組まなければならないものである。それゆえ、警察は、現代における犯罪対策の目的を達成するために、警察法

にもとづいて積極的に犯罪を予防せねばならない。第三に、危険防除任務と刑事訴追任務のうち一方を遂行しようとするれば他方を達成することが難しくなるという状況に關していえば、たとえば、犯罪組織の黒幕 (Hintermänner) に到達するためには監視の継続が必要だというのであれば、危険防除任務の優先という観点から、さしあたって被疑者を逮捕しないといった判断が要求される。^(一四)

こうして、クニーゼルは、警察のもつ二重のはたらき (Doppelfunktion) すなわち危険防除および刑事訴追のふたつが任務として法的規制の対象となるのであれば、それぞれのはたらく範囲が法の体系にしたがつて確定されねばならないはずだと考えた。そして、クニーゼルの見解においては、それぞれの範囲を確定するために、まず、危険防除任務の優先というルールがうち立てられ、つぎに、刑事訴追任務の範囲を限定する考え方が根拠として挙げられたのである。

また、クニーゼルは、さらなる説明によって危険防除任務の範囲も明らかにした。もつとも、その説明は、「統一警察法模範草案を改正するための予備案 (Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes: VEMERPOLG) (本稿 (2) および (3) に引き続きいて、「補正案」の語を用いる) について解説するうえで展開された。そして、その説明は、補正案の賛否をめぐる論争において賛

成する側を代表していたため、厳しい批判にさらされたのである。だとすれば、クニーゼルによるさらなる説明は、本稿が後に補正案の問題点を分析する中で紹介したほうがよいであろう。したがって、さしあたってはクニーゼルの見解にこれ以上立ち入るのをやめ、危険防除任務の範囲に關しては後の検討にゆずることとしたい。とはいえ、危険防除任務の優先についての説明からすれば、クニーゼルが危険防除任務の範囲を厳しく限定しなかったのは予想できることであろう。

以上においては、警察実務の中から表明された見解のうち代表的なものをとり上げて分析し、警察実務の考え方がどのように体系化され説明づけられていったのかを明らかにした。さしあたって、これらの見解から読みとれるのは、いずれも根本において発想が共通するということだろう。すなわち、警察にとつてもつとも重要なものは——〈Prevention〉の訳語であれ〈Vorbeugung〉の訳語であれ——「予防」だという発想である。このような共通した発想があるのは、シュトゥムパーおよびクニーゼルが「予防は回復よりもよい (Vorbeugen ist besser als Heilen)」という古い格言を引用していたことからもうかがい知れるであろう。^(一五)

ただし、それぞれの見解における発想の意味合いや、発想がドイツ法理論に及ぼすはたらきなど、発想のくわしい内容

については、さらなる検討が必要のように思われる。とりわけ、本章第3節においてふれたとおり、実際のところ警察実務は刑事訴追を強く志向しているはずだと考えられるので、さらなる検討はとくに必要だといえよう。

警察実務が刑事訴追を強く志向しているというのであれば、さらなる検討において注目されねばならないのは、刑事訴追任務が犯罪の「予防」という観点からみてどのように位置づけられるのであろう。また、この問題に立ち入ったとき、まずもって関心の対象となるのは、「犯罪対策」という語だろう。というのも、この語は、本節の記述をみればわかるとおり、警察実務の中から表明された見解のいずれも、また、内的安全プログラムも、どちらにおいても用いられたからであり、加えて、語の用法も、基本部分においてどれも同じだからである。すなわち、少なくとも、犯罪対策が危険防除と警察による刑事訴追をひとつにまとめた語だということでは、すべて共通しているのである。

犯罪対策という語は、用法に限っていえば、簡単でわかりやすいものだといえよう。結局のところ、後にくわしく検討されねばならないのは、語の意味あるいはドイツ法理論における語のはたらきであろう。

犯罪対策といえは、——警察実務の中から表明された見

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制(4) (山石下)

解をみればわかるとおり——これと同じくらい多く用いられた語があるのを忘れてはならない。それは「内的安全」(innere Sicherheit)という語である。すでに内的安全プログラムにおいて示されたとおり、内的安全の確保には犯罪対策が含まれている。しかしながら、内的安全の確保はこれに尽きるものでなく、さらに、憲法擁護機関その他の情報機関にゆだねられた任務も含まれている。もっとも、内的安全という語それじたいは基本法の中にみられないし、また、語の意味も明確とはいいがたい。それゆえ、一九七〇年代には、治安確保をめぐる政策論においてこの語が用いられるだけであろうと考えられていた。⁽²⁰⁾

しかしながら、その後、ドイツ法理論においても、内的安全という語の意味を憲法上明らかにするために、国家の義務という観点から内的安全の確保が説明されるようになった。たとえば、ある見解によれば、基本法が治安確保に関して定めている個別の任務は、自由と民主主義を基本要素とする国家が明文の規定どおりに設定すべきものであるが、これに対して、内的安全の確保は、個別の任務からその要請の存在が認識できるものであって、任務の前提条件として形成されていた国家の義務だという。⁽²¹⁾ また、ある理論は、「安全を求め基本権(Das Grundrecht auf Sicherheit)」の保障から内的平和(Innere Frieden)の維持という国家の義務を導き出して

いるが、この理論によれば、内的安全は内的平和とほぼ同じ意味で理解できるというのである。国家の義務を明らかにするうえで内的安全という語が用いられることに對しては、任務の範囲が不明確になるのを警戒する判例^(註)もあり、また、後にくわしく説明するとおり、学説からも数多くの疑問が投げかけられている。しかしながら、ドイツの憲法学において語の意味を体系的に明らかにしようという動きは、今後もみられることだろう。

内的安全の確保を基本法上の義務として位置づけようとする立場からすれば、警察による情報活動の正当性を憲法学あるいは行政法学において根拠づけることも、それほど難しくはないはずである。げんに、安全を求める基本権の保障あるいは基本権保護義務を根拠とすれば、ひろく情報活動にとり組む余地が生まれるだろうと考えられている。すなわち、国家机关には、任務の遂行にあたって、内的安全の確保に必要な範囲で情報の備え (Informationsvorsorge) が許されており、とりわけ警察についていえば、現代における犯罪対策のためには情報の備えが積極的に認められねばならないという^(註)。

これまでみてきたさまざまな見解に関してひとまずまとめれば、いずれの見解も、考え方において似ているだけでなく、

多かれ少なかれ、戦後の制度によって加えられた多くの制限から警察活動を解放する可能性があるものだと考えられよう。ここにおいて、ドイツ法理論における体系的な説明のために用いられるのは、「予防」・「犯罪対策」・「内的安全」といった語であった。これらの語については検討すべきことがいろいろつか残されているが、その前に、別の観点から警察活動を解放しようとする考え方がるので、こちらもみておくことにしたい。

3 警察実務による活動方法の提案

本章第4節においてくわしく検討したとおり、現代型の警察活動は、科学技術の発展に強く影響されている。そもそも警察は、早くから、科学技術が警察活動に恩恵をもたらすというだけでなく、むしろその導入が不可欠だと考えていた^(註)。情報技術もまた例外ではなかった。もともと、情報技術をどのようにに应用するかという問題も、現代における犯罪対策のあり方が問われていたからこそ生じたものであった。ここにおいて、情報技術の応用に関する一大構想を唱えたのがヘーホルトであった。前節において言及したとおり、ヘーホルトは、情報活動の将来像について精力的に研究した後、現代の犯罪に對処するうえで効果的な活動方法という観点か

ら、情報の採取よりもむしろその処理・利用に重点が置かれるべきだと提案したのである。

警察情報システム (Informationssystem der Polizei) (本稿(2) および(3)に引き続いて、「INPOL」の語を用いる)の本格的な運用が開始されようとしていた頃、ヘーロルトは、犯罪に対処する能力が高まるような情報技術の応用に關して、ふたつの方針を提示した。ひとつは、犯罪および犯罪者の追跡 (Pahndung) に役立てようという方針であり、もうひとつは、あらゆる犯罪対策の基礎となる科学的な調査 (Forschung) に生かそうという方針である。

もつとも、前者の方針に対するヘーロルトの理解によれば、追跡そのものは警察にとって何らあたらしいものでないため、——情報技術の応用によってその成果は格段に高められるはずであっても——犯罪の現象にそのつど対応するだけでは犯罪対策として限界があるというのであった。^(註1)

これに対して、当時のヘーロルトがINPOLの機能と關連させながらつよく推していたのは、後者の方針だった。その背景にあつたのは、将来における犯罪の現象をより早い段階でより精確に予測 (Prognose) することこそ警察の任務を確実に達成するうえで欠かせないという理解である。すなわち、情報活動の反復・継続をつうじてできる限り多くの情報を科学的に分析すれば、事実認識がより正しいものに更新されて

社会の状況をより精確に診断 (Diagnose) できるようになり、さらには、診断結果にもとづいて、犯罪の現象をより精確に予測することがより早い段階で可能になるというのであった。^(註2) 要するに、情報活動による予測の精確化が進行すればするほど予防の効果もより増大するはずだと考えていたのである。^(註3)

その後、ヘーロルトは、予測の精確化に加えて、証明の客観化 (Verobjektivierung) も唱えるようになった。^(註4) ここにいう客観化とは、さしあつて、刑事手続における証拠の方法および評価が科学的あるいは客観的に裏づけられるものであるべきだという主張であつた。もつとも、この主張の核心は犯罪対策一般に關連したところにあつた。すなわち、電子式データ処理 (elektronische Datenverarbeitung: EDV) がより正しい事実認識に役立つというだけでなく、この結果として、誤った判断のせいで個人の利益が不当に侵害されるおそれも少なくなるだろうというのであった。^(註5)

ヘーロルトは連邦刑事局長官として警察実務を指導する立場にあつたため、情報活動を基礎とした犯罪対策という一連の考え方は、警察活動のあり方に多大な影響を及ぼしたといわれる。^(註6) しかしながら、この考え方は、より現実に即したかたちで警察実務に受け容れられていくこととなつた。というのも、ヘーロルトが情報活動の方針として思い描いていた

調査とは、さまざまな科学を駆使した犯罪原因の究明であつたのだが、それゆゑ、大がかりな調査は予防の効果を増大させるためにそもそも必要なかという疑問が生じていたからであつた。すなわち、社会の状況を診断したうえで予測するという壮大なプロセスは警察の態勢からみて無理な要求であるばかりでなく、治安確保のために要するものでもないといふのであつた。

一九八〇年代になつて、警察実務が情報技術をつぎつぎと警察活動に応用していく段階では、その方針がいわは「調査から追跡へ」と後退していったといふ。要するに、犯罪(者)だといふ判断の手がかりをつかんでから判断の正しさを確かめていくといふ活動の手法は、基本的に変わらなかつたのである。

ただし、情報活動を基礎とした犯罪対策という考え方の論理そのものは、主として警察実務によつて、情報活動の必要性——あるいはその正当性——を根拠づけるうえで援用された。すなわち、予測の精確化および証明の客観化を追求することが警察活動のあり方として正しいのであれば、そのためには、より早い段階で犯罪発生危険を探索すること、あるいは、より確実に犯罪の嫌疑 (Tverdacht) を獲得することが不可欠だといふのであつた。

ここにいう危険の早期探知あるいは嫌疑の獲得 (Vor-

dachtsgewinnung/schöpfung) を目的とした情報活動とは前領域におけるそれであるが、情報活動が犯罪対策の基礎となるのは、前領域に限られたことでない。犯罪対策における情報活動の必要性は、犯罪対策のあらゆる場面で妥当するものだといえよう。こうしてみる限り、警察実務は、技術的手段を用いた情報採取のみならず INPOL による活発な情報処理も不可欠だと理解したうえで、よりよい警察活動の基礎になるものとして、情報活動につね日ごろからとり組むべきだと考えているのではないだろうか。

ところで、ドイツ法理論においては、犯罪の予防における刑事追任務の位置づけを体系化して説明づけようという見解がいくつも唱えられたが、刑事政策の分野においても、犯罪の予防における刑事手続および刑罰の位置づけは、予防の効果という観点から明らかにされようとしている。

すなわち、刑事政策における犯罪の予防は、治安確保に関するとり組みの分類として論じられるとき、とり組みの主体あるいは手段にしたがつた分類——すなわち、危険防除にいう予防と刑罰による予防といったような分類——ではなく、とり組みのターゲット (Ziel) に着目して、どのターゲットに対してどのように予防の効果が及ぶのかという観点から分類された。というのも、こうした分類は、とり組みが犯

罪の予防にどのくらい有効なのかを分析するために——しかも、国家によるあらゆるとり組みを分析の対象とするために——必要だと考えられたからであつた。

後に連邦刑事局犯罪捜査学研究所の所長となるクーベは、現代型の警察活動に適した理論を提供するために、さまざまなり組みのもつ性質をくわしく調べつつ、予防の全体像について体系的に説明しようとした。クーベによる説明は、その結論に対して疑問が投げかけられているものの、犯罪の予防をめぐる研究において一定の到達点にたどり着いた理論だつたと評価されている。それゆえ、さしあたっては、クーベの見解にしたがつて予防の分類をくわしくみていくのがよいであらう。

まず、およそすべての人をターゲットとする第一次的予防 (Primitive Prävention) は、犯罪原因を根本から除去しようというものである。また、すでに犯罪を行った者に対しては、再び犯罪者とならないようにはたらきかけるべきであるが、これは第三次的予防 (Tertiäre Prävention) と呼ばれる。このふたつに加えて、第二次的予防 (Sekundäre Prävention) がある。第二次的予防のおもなターゲットは、犯罪を行うおそれがある者すなわち潜在的行為者であり、これらの者にはたらきかけて犯行の機会を失わせるといふのが効果であつて、いわば表面上 (an der Oberfläche) の予防だといえる。

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4) (出石下)

このうち第一次的予防についていえば、刑罰による積極的一般予防 (positive Generalprävention) はその一部だとされている。もつとも、これ以外のさまざまな社会政策をつうじた予防も重要だと理解されているが、警察がこうした社会政策に関与する余地は、——警察法理論のうえでも、また、とり組みに必要な態勢という面からみても——ごく限られている。また、第三次的予防は、犯罪者に対する制裁あるいは教育をテーマとするものであつて、刑事司法によって実現される効果といへば、主として刑罰による特別予防である。もつとも、警察の関心はダイヴァージョン (Diversion) くらいにしかないといわれることがある。

これらに対して、第二次的予防におけるテーマの中心は、潜在的行為者にとって犯罪の実行が損となるよう、犯行の機会構造 (Targelegenheitsstruktur) を変更することである。第二次的予防の効果には、刑罰による威嚇すなわち消極的一般予防 (negative Generalprävention) も含まれる。他方、犯行の機会構造を変更する方法についていえば、類型のひとつとして挙げられるのは、有罪判決に至るおそれあるいはおそれの発覚・解明というひろい意味でのリスクを高めることである。この類型も含めて、機会構造の変更には、これまでの警察も何らかのかたちで関与してきたものが多い。クーベは、以上のような分類にしたがつて、さまざまなど

り組みが犯罪の予防にどのくらい有効なのかを分析し、分析の結果として、ひとつの結論を示した。すなわち、現代の社会状況においては第一次の予防や第三次の予防の効果があまり期待できないという評価を前提として、国家とりわけ警察実務は機会構造の変更にすすんでとり組むべきだということであった。^(一四)

この結論は、当時の警察実務においてひろく受け容れられていたものと考えられる。というのも、予防の効果という観点からみた警察活動のあり方に関してつぎのような議論が展開されたが、これらの議論はいずれも、クーベの示した結論の延長線上に位置づけられるからである。

まず、くわしくは後の検討にゆずるが、クーベじしんが積極的に主張したのは、犯罪発生の潜在的な危険を早い段階で認識することだった。^(一五) この主張は、「前領域での監視」といった活動方法の提案とほぼ同じものであるし、また、情報活動を基礎とした犯罪対策という考え方にもつながるであろう。

つぎに、情報活動それじたいが犯罪の予防に有効だという議論についてである。本章第3節において解説したとおり、第二次の予防のひとつだと位置づけられる発覚リスク (Erfassungsrisiko) の効果は、潜在的行為者に対して犯罪を思いとどまらせるというものである。もつとも、発覚リスクの効果は、人の意思にはたらきかけるといふ性質をとくに拾い

上げてみれば、刑罰による犯罪の予防と同じである。^(一六) そして、情報活動については、刑罰権の実現に向かつて行われる国家作用としてのはたらきがあるのと同時に、このはたらきを前提として生じる発覚リスクもあるようにみえる。それゆえ、予防の効果という観点から情報活動のはたらきについて検討する場面では、刑事訴追のための活動と発覚リスクを高めるための活動とが明確に区別できなくなり、加えて、情報活動が犯罪の予防にどのくらい有効なのかを判断する場面では、単なる刑事訴追のための活動以上のはたらきがあるというメリットを強調できるのであった。^(一七) さらに、第一次の予防のように犯罪原因をいちいち調べて除去するのは異なり、発覚リスクによって犯罪の発生を抑制するのは警察実務の現実^(一八)に即した効果的な活動方法だとも考えられていたのである。^(一九)

以上においては、情報活動を基礎とした犯罪対策という考え方や、予防の効果という観点からみた警察活動のあり方など、警察実務がみずから提案した活動方法についての説明をみてきた。いずれの説明にも共通しているのは、現代型の警察活動において情報活動の必要性がとりわけ高くなったという主張であろう。この主張は、戦後の警察制度によって加えられた多くの制限から警察活動を解放しようというとき、あるいは、警察実務の考え方にしたがって現代型の警察活動に

とり組もうとしたとき、その結果がなかなかたまたまで影響を及ぼすように思われるのである。

(5) に続く

- (196) 警察制度の歴史からすれば、制度という意味での警察は、原則として、州の行政組織である警察官庁およびこれに属する警察官を指す語だと考えられる。もちろん、執行警察を担うものであれば、連邦の行政官庁および公務員も、制度という意味での警察に含めてよいだろう。Vgl. z. B. V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht (12., neubearb. Aufl., 1995) (oben FußNr.142), RdNm.3, 19, 469; Drews/Wacker/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr (bearb. v. K. Vogel u. W. Martens, 9., völlig neubearb. Aufl., 1986) (oben FußNr.40), S.43f.
- (197) Drews et al., oben FußNr.40, S.33; F.-L. Krenneyer, Polizei- und Ordnungsrecht (9., erw. Aufl., 2002) (oben FußNr.50), RdNm.1, 24ff.
- (198) Krenneyer, oben FußNr.50, RdNr.10; Lisken/Demninger, Handbuch des Polizeirechts (Hrsg. v. H.Lisken u. E.Demninger, 3., neubearb. u. erw. Aufl., 2001) (oben FußNr.51), Kap. C RdNr.2 [Lisken].
- (199) 第二次世界大戦後に制定された各州の法律によれば、警察に専属する所管は、交通秩序の維持、集会に対する規制、武器・爆発物の取締りなどに限定されている。Drews et al., oben FußNr.40, S.118.
- (200) H.Lisken, Polizei zwischen Recht und Politik, KritVj 1988, S.316ff.; Lisken/Demninger, oben FußNr.51, Kap. A RdNr.90 [Böldt]. なお「統一警察法模範草案 (Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes: 将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4) (岩下)

MEPoG) (本稿(1)ないし(3)に引き続いて「模範草案」の語を用いる)第一条aも、「他の官庁によって危険が防除できないあるいは適時に防除できないように思われる (erscheinen)」場合に限り警察は活動できるものと定めた。

- (201) Vgl. dazu Lisken, oben FußNr.200, S.316; Drews et al., oben FußNr.40, S.49f.; C.Gusy, Polizeirecht (4., neubearb. Aufl., 2000) (oben FußNr.40), RdNm.129ff.
- (202) Vgl. dazu G.Heise/R.Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes (1978) (oben FußNr.62), S.19. なお、島田茂「西ドイツ警察法における予防的警察活動の法理(一)」(横浜市立大学論叢(社会科学系系列)三四巻一・二合併号(一九八三)〈前掲注(61)〉一八一—一八三頁、二〇三—二〇四頁を参照)。
- (203) E.Demninger, Zehn Thesen zum Ethos der Polizeität, JA 1987, S.131; Lisken/Demninger, oben FußNr.51, Kap. E RdNr.4 [Demninger]; Gusy, oben FußNr.40, RdNr.103.
- (204) 犯罪の発生は公共の安全に対する危険だと理解されている。Drews et al., oben FußNr.40, S.132.
- (205) この見解は、連邦刑事局の長官であったハーロルトが表明したものであった。Vgl. näher P.-A. Albrecht, Perspektiven und Grenzen polizeilicher Kriminalprävention, 1983, S.1, 100f.
- (206) Vgl. näher G.Bauer, Prävention durch Repression? — aus der Sicht eines Kriminalisten, in: Polizei und Prävention (Hrsg. v. Bundeskriminalamt, 1976), S.122f.
- (207) 「ドイツ連邦共和国の内的安全のためのプログラム」は、「内的安全のための五カ年計画」に端を発したものであり(水島朝穂「西

ドイツ緊急事態法制の展開——七〇年代の「対内的安全」を中心にして」法律時報五一巻二〇号(一九七九)六九頁以下)、一九七二年六月、連邦及び州内務大臣常設協議会によって採択された。その後、一九七四年二月には追加のプログラムも採択された。一連のプログラムは、本章第四節においてふれた「検察官と警察とのあらゆる関係づくりに関する基本方針」の作成に影響を及ぼし〔Vgl. dazu H.-J. Ulrich, Das Verhältnis Staatsanwalt—Polizei, ZRP 1977 (oben Fuß Nr.164), S.158f.〕⁽²⁰⁸⁾ あるいは「模範草案の作成が開始されるまでか」⁽²⁰⁹⁾ けともなつたのである〔S. zu Einzelheiten Heiser/Riegel, oben Fuß Nr.62, S.13. なお、川崎英明「西ドイツ警察の動向——『統一警察法模範草案』をめぐって』ジュリスト七三三三号(一九八二)〈前掲注(62)〉五八頁を参照〕。

(208) 上記においては、「犯罪対策」という語が〈Verbrechensbekämpfung〉の訳語として用いられている。〈Verbrechensbekämpfung〉とよく似た語句に「Kriminalitätsbekämpfung」あるいは〈Bekämpfung der Kriminalität〉がある。後二者の語句は、主として刑事政策上の問題を扱った文獻にみられる。もともと、用法からすれば、どちらについても〈Verbrechensbekämpfung〉と区別して訳す必要はないであろう。これに対して「Bekämpfung von Straftaten」という語句を〈Verbrechensbekämpfung〉と区別して訳す必要があるのか否かは、いちおう検討されねばならない。というのも、両者はともに成文法の中にもみられる語句であるが、両者に違いがあることはドイツ刑法典第一二条によって明らかだからである。ただし、本稿の記述においては、両者の違いを意識する必要があまりないように思われる〔Vgl. m. w. N. F. Raator, Vorbeugende Straftatenbekämpfung und Kriminalakten

(1989) (oben Fuß Nr.91), S.13f.。それゆえ、本稿は、原語がいずれであっても、すべて統一して「犯罪対策」という語に訳している。

(209) Vgl. näher F. Gørgen, Strafverfolgungs- und Sicherheitsauftrag der Polizei, ZRP 1976 (oben Fuß Nr.156), S.62f. 59; W. Steinke, Selbstentmachtung der Justiz, Kriminalistik 1976, S.395. なお、水島・前掲注(207)七二頁を参照。

(210) S. z. B. Steinke, oben Fuß Nr.209, S.395.

(211) Vgl. zunächst A. Stümper, Die Wandlung der Polizei in Begriff und Aufgaben, Kriminalistik 1980, S.242f.

(212) A. Stümper, Systematisierung der Verbrechensbekämpfung (1981) (oben Fuß Nr.71), S.70.

(213) Stümper, oben Fuß Nr.71, S.68.

(214) Stümper, oben Fuß Nr.71, S.83. 前領域での監視は犯罪性を生成・増幅させる環境・条件に対して行われるべきものだと考えていた。

ders., oben Fuß Nr.71, S.54f. Vgl. auch O. Backes, Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritikJ 1986 (oben Fuß Nr.136), S.326.

(215) Stümper, oben Fuß Nr.71, S.82.

(216) シュトゥムバーの新構想は、あらたな法制度の骨格を組み立てようというものであって、必ずしも法の解釈として唱えられたわけではない。しかしながら、後に述べるとおり、新構想にみられる考え方の基本部分は、警察実務の間でひろく共有されているものといえよう。それゆえ、さしあたっては、新構想の全体像をもう少しくわしくみておいたほうがよいであろう。

シュトゥムバーによれば、警察は、法治国家の要請や警察の脱中央集権化といった制約のもとでは、各種の国家机关をひろく横断す

るかたちで協働して内的安全の確保に力り組まねばならないのである [ders., oben FußNr. 71, S.13ff., insbesondere 52f.; ders., oben FußNr. 211, S.242.]²¹⁷ そのためには、治安確保に関する政策を実現しようという段階で統一したコンセプトが必要となる [ders., oben FußNr. 71, S.31ff., 38f.].²¹⁸ 統一したコンセプトのもとで刑事政策の目標を達成するためには、刑事司法も警察と協働しなければならぬ [ders., oben FußNr. 71, S.84f.; ders., Die Polizei auf dem Weg in das Jahr 2000, Kriminalistik 1979, S.255f.].²¹⁹ とりわけ、近年は刑罰権の実現よりも犯罪の予防に重点が置かれるようになったのであるから、刑事司法にも策戦活動の観点から要求されるあらたな権限が与えられねばならぬ [ders., oben FußNr. 211, S.243.]²²⁰。

(217) H. Busch/A. Funk/U. Kaul/W.-D. Narff/Werkent, Die Polizei in der Bundesrepublik (1985) (oben FußNr. 84), S.229f.; E. Weßlau, Vorteldermittlungen (1989) (oben FußNr. 52), S.49; A. Geiger, Vorfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung (1994), S.50f.; Vgl. auch Baekes, oben FußNr. 136, S.325f.

(218) H. Schäfer, Die Prädominanz der Prävention, GA 1986 (oben FußNr. 70), S.52f. シェーファーによれば、警察は「犯罪対策の戦略として、危険防除任務のあり方をみずから考えておかねばならず、また、犯罪対策の戦術として、そのあり方を現場で具体化しなければならぬ」という。Schäfer, ebenda.

(219) Schäfer, oben FußNr. 70, S.53. 警察は、刑事訴追任務の遂行によって危険防除の使命を果たすこともできるが、これは嫌疑に始まり裁判の確定で終わってしまうものだけという [Schäfer, ebenda.]. また、

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4) (岩下)

これと関連して、つぎのような説明も加えられている。すなわち、警察法にしたがった活動ならびに警察は、ひろく社会事象を観察・評価したうえで、公共の安全と秩序に対する危険が生じた場合には事前に防除する。これに対して、刑法にしたがった手続ならびに刑事司法は、原則として、過去の構成要件該当行為という社会事象の一片片 (ein Ausschnitt) を解明する [ders., S.51f.].²²¹ 犯罪をめぐる情報の取り扱いにおいて両者の違いがあるとすれば、その違いは、取り扱いの対象となる社会領域の範囲だけである [ders., S.51.]²²²。

(220) Schäfer, oben FußNr. 70, S.53.
(221) シェーファーの見解は、立論が明確でわかりやすいのみならず、その結論も率直なものである。シェーファーは、「予防の優位」というコンセプトから刑事訴追任務の位置づけを明らかにしようとして、つぎのように説明している。

そもそも、刑事訴訟法が犯罪の予防と関係なく制定されたものだと考えられない。目的刑論によって明らかにされる刑罰の効果を見ればわかるだけでなく、現行犯逮捕による排害、早期解明のおそれによる威嚇、刑事司法をつうじた再社会化などからもうかがい知れるように、刑法は、一般予防あるいは特別予防の効果もねらっている [Schäfer, oben FußNr. 70, S.52.].²²³ もしろ、刑罰の執行も含めた刑事手続の全体が犯罪の予防に奉仕しているのだと理解できる [ders., S.52f.]. 危険防除の使命は、潜在しているとはいえずねにあるのであって、誘拐事件における被害者の保護といった場面で具体的にあらわれてくる。この場合にも、より上位にある危険防除の使命を確実に果たすことが課題となっているから、この観点からみて必要であれば、刑事訴追任務の遂行をしばしば断念することもし

はしば認められる [ders., S.55ff.]。

(22) Schäfer: oben FußNr.70, S.53. 同「よび」を誤解として、Steinke: oben FußNr.209, S.395f.

(23) クニゼルによれば、組織犯罪に対するとり組みは戦略的でないればならないが、このにいう戦略的などり組みとは、大きく分けて、策戦上の予防 (operative Vorbeugung) —— すなわち、犯罪発生環境、条件となる組織の構造を解明する作業——と策戦上の措置 (operatives Vorgehen) —— すなわち、収益の剥奪やネットワークの解体のうちに、犯罪組織を支える諸条件に対して実際に介入する作業——のふたつにわけられる。M.Kniesel, Neuzuschnitt der Polizeigesetze zum Nachteil der Strafverfolgung ?, in: Sicherheit durch Gesetz ? (Hrsg. v. H.P.Bull. 1987) (oben FußNr.151), S.119.

(24) クニゼルによれば、危険防除任務の優先に関して基本法上の根拠となるのは、ドイツ基本法第一条第二項第二文にいう基本権保護義務や、改正前の同第一三条第三項が急迫の危険を防除するために住居の不可侵を制約できるものと定めていたことなどである。M.Kniesel/H.Tegmeyer/Vahle, Handbuch des Datenschutzes für Sicherheitsbehörden (1986) (oben FußNr.92), RdNr.57; Kniesel, in: Sicherheit durch Gesetz ?, oben FußNr.223, S.106.

(25) Kniesel, in: Sicherheit durch Gesetz ?, oben FußNr.223, S.106.

(26) M.Kniesel/Vahle, Politische Informationsverarbeitung und Datenschutz im künftigen Polizeirecht (Hrsg. v. H.Claes, bearb. v. M.Kniesel u. J.Vahle, 1990) (oben FußNr.130), RdNr.13f.; M.Kniesel, "Neues" Polizeirecht und Kriminalitätskontrolle, Kriminalistik 1996 (oben FußNr.142), S.233f. なお、刑事訴追任務を限定すべきを方については、

さしあたって、本章第一節を参照。

(27) M.Kniesel, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht — Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung ?, ZRP 1989, S.329f.; Kniesel, oben FußNr.142, S.231.

(28) M.Kniesel, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit, ZRP 1992 (oben FußNr.79), S.164f.; Vgl. auch ders., oben FußNr.142, S.234. この説明において、犯罪対策という語は、危険防除および刑事訴追の上位概念 (Oberbegriff) として用いられている。ただし、クニゼルは、警察によって遂行される任務が法制度上明確に区別されているのを理由として、任務の統合を主張したシエナムパーには賛成しつゝなさ。ders., in: Sicherheit durch Gesetz ?, oben FußNr.223, S.119 FußNr.74.

(29) Kniesel, oben FußNr.79, S.164; Kniesel/Vahle, oben FußNr.130, RdNr.34; vgl. auch Kniesel, oben FußNr.142, S.233f.

(30) M.Kniesel, Neue Polizeigesetze contra StPO ?, ZRP 1987 (oben FußNr.56), S.383; ders., oben FußNr.142, S.234. もちろん、クニゼルによれば、任務の衝突という場合には、危険防除任務の優先に配慮する作業を前提として、警察と検察官との間で解決策を協議すべきなどという。そして、協議による解決ができないような状況であれば、警察は、みずからの判断にしたがって活動の内容を選択すべきだとす。

(31) M.Kniesel/Tegmeyer/Vahle, oben FußNr.92, RdNr.57; Kniesel, in: Sicherheit durch Gesetz ?, oben FußNr.223, S.106. ただし、シエナムパーにも引用した「予防 (vorbeugen) は回復 (Heilen) よりもよい、回復は防護 (Sichern) よりもよい、防護は刑罰 (Strafen) よりもよい」という主張は、

りもよる」という表現に拡張されている〔このように防護とはおそらく現状の維持という消極的な意味であり、また、このように刑罰とは古典的な懲罰を意味するものだと考えられる〕。Stümpgen, oben FußN.71, S.70. これらの格言は素朴な内容であって、これだけでは見解に説得力を与えることが難しいものだと考えられるが、格言が発想の出発点にあるのは間違いないように思われる。

(232) Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III — Das Handeln des Staates (Hrsg. v. J. Isensee u. P. Kirchhof, 1988), § 79, RdN.4 [Götz].

(233) Vgl. näher A. Diemel, "Innere Sicherheit" — Verteidigung und reale Möglichkeit, in: Sicherheit durch Gesetz? (Hrsg. v. H.P. Bull, 1987) (oben FußN.151), S.58.

(234) Isensee/Kirchhof, oben FußN.232, § 79, RdN.3f. [Götz]. ケッツによれば、内的安全の確保に含まれる任務の範囲は憲法によってあらかじめ確定されるものでなく、したがって、どのような任務が内的安全の確保に含まれるのかは、国家がその任務を実際に果たすおぼろげでない段階で明らかになるという〔ケッツは、内的安全プログラムを参照するべき指示(ツプス)〕。Isensee/Kirchhof, ebenda [Götz].

(235) Vgl. dazu J. Isensee, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag (Hrsg. v. G. Müller et al., 1982), S.33f.; ders., Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 22ff., insbesondere 33f. Vgl. auch Kriesel/Regimeyer/Vahle, oben FußN.92, RdN.4f. なお、ノイゼンゼーの見解は、ついでにふれた日本の文献として、小山剛『基本権保護の法理』(一九九八)一七五—一七六頁、一八八頁以下。

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4) (岩下)

(236) BGHSt. NJW 2001, S.1359. Vgl. auch H.C. Schaefer, Verfahrensübernahme durch den Generalbundesanwalt — nach der "Eggen"-Entscheidung des BGH, NJW 2001, S.1621.

(237) R. Scholz/R. Pirschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung (1984), passim.

(238) Scholz/Pirschas, oben FußN.237, S.103ff., 157f. Vgl. näher M. Walden, Zweckbindung und -änderung präventiv und repressiv erhobener Daten im Bereich der Polizei (1996), S.84ff., der dieser Auffassung aber kritisch gegenübersteht.

(239) T. Württemberg/D. Heckmann/R. Rüggen, Polizeirecht in Baden-Württemberg (3., Neubearb. Aufl., 1997), RdN.31. なお、情報社会という観点からの説明によれば、犯罪対策において情報の信頼性を確保するためには国家による情報活動が不可欠であるから、警察による情報への備えも正当な活動としてひろく認められるべきであろう。R. Pirschas/J. Aulehner, Informationelle Sicherheit oder "Sicherheitsstaat"? NJW 1989, S.2354f.

(240) Geiger, oben FußN.217, S.45f.

(241) H. Herold, Gesellschaftliche Aspekte der Kriminalitätsbekämpfung, Ruf 1974, S.28. また、当時のローホルツは、大規模な情報活動が追跡のためだけに行われると主張したのであれば、INPOLのような情報技術の応用に秘められた可能性を十分に生かすことも、また、さまざまな情報活動に正当性を与えることも必要だったのであると考えた。ders., Künftige Einsatzformen der EDV und ihre Auswirkungen im Bereich der Polizei, Kriminalistik 1974 (oben FußN.117), S.390f.

(242) H. Herold, Polizeiliche Informationsverarbeitung als Basis der Präven-

tion, in: Prävention und Strafrecht (Hrsg. v. Deutsche Kriminologische Gesellschaft e.V., 1977) (oben FußNr.117), S.34f.; ders., Kriminalistik 1974, oben FußNr.117, S.392. ヘーロルトは「これらの文献の中で述べているとおり、INPOLによる絶え間ない情報処理が「追跡の域から調査の域へ」と発展していくことを期待していた。なお、情報技術の応用による予測の精確化というヘーロルトの考え方については、本稿注(17)を参照。

- (23) なお、ヘーロルトは「INPOLの確立によって警察が「洞察力」の特権(Erkennnisprivileg)」を獲得したとき、予防の効果がより高い段階で「すなわち、より完全なかたちで」——生じるようになるだろうと述べていた。Herold, Kriminalistik 1974, oben FußNr.117, S.392.

- (24) H.Herold, Erwartungen von Polizei und Justiz in die Kriminaltechnik, Kriminalistik 1979, S.18ff.

- (25) H.Herold, Polizeiliche Datenverarbeitung und Menschentechnik, Rupp 1980 (oben FußNr.117), S.85f. Vgl. auch ders., oben FußNr.244, S.24.

- (26) Busch et al., oben FußNr.84, S.115; Weglau, oben FußNr.52, S.48f.

- (27) Vgl. näher F.Werkenin, "Von der Fahndung zur Forschung." — Polizeiliche Präventionstechnik in den siebziger Jahren, KrimJ 1985, S.224.

- (28) Weglau, oben FußNr.52, S.57; s. auch Werkenin, oben FußNr.247, S.224; Geiger, oben FußNr.217, S.50.

- (29) Vgl. in dieser Richtung H.P.Bull, Die "Sicherheitsgesetz" im Konzent von Polizei- und Sicherheitspolitik, in: Sicherheit durch Gesetz? (Hrsg. v. H.P.Bull, 1987) (oben FußNr.151), S.28. なお「ブルは」当時のINPOLが犯罪および犯罪者の追跡に役に立つようなものでないことを

指摘していた。Bull, ebenda. しかしながら「ブルは、後にINPOLの有効性を認めるようになった。」ders., Polizei und Datenschutz aus der Mitte betrachtet ... in: Polizei und Datenschutz (Hrsg. v. H.Bäumler, 1999) (oben FußNr.86), S.319ff.

- (25) 当時の警察実務は、ヘーロルトの考え方を引用しつつ、「予測の精確化が前領域における警察活動の必要性——あるいはその正当性——に根拠を与えるものだ」と理解していた。すなわち、嫌疑の獲得や危険な人物(Risikopersonen)の選別に役立つ活動方法は、予防型や危険対策(vorbauende Verbrechensbekämpfung)という目的のもとで「洞察力」の特権を獲得することによって、合理的に使い分けられるようになり、さらには、その結果として「警察が「内的安全」とは何なのかをみずから客観的に定義せざるようになる」というのであった[Busch et al., oben FußNr.84, S.424]。また、「予測の精確化そのものではないが、検察官も、迅速で誤りのない刑事手続のために日常的電子式データ処理がとりわけ必要になってくるはずだと考えていた」[K.Rehmann/A.Schorri, Elektronische Datenverarbeitung (EDV) in Strafverfolgungsmöglichkeiten und Datenschutz, NSZ 1984 (oben FußNr.114), S.4f.]。

- (26) もともと「警察実務が証明の客観性と前領域における警察活動を結びつけようとしているのは、とりわけ組織犯罪について供述以外の証拠ないし情報を得ることが必要だ」という警察実務の真意からである。S. zu Einzelheiten W.Sielaff, Bis zur Besetzung leitender Polizeibeamter?, Kriminalistik 1983, S.21f.; vgl. auch Busch et al., oben FußNr.84, S.237.

- (27) 警察実務のみならず学説の中にも、つぎのような見解がみられる。

すなわち、「警察によるデータの採取および処理が行われることによつてはじめて、……〔危険を直接除去するための〕処分は可能となる。情報活動の対象となるのは、あらゆる警察活動を合理的に基礎づけるものとしての情報である……。全体としてみれば、データの採取および処理は、あらゆる効果的な警察活動の前提条件〔oraussetzung〕だと理解すべきである。〔電甲カッコ内は本稿筆者による加筆〕」〔Würtenberger/Hackmann/Riggert, oben FußNr.239, RdNr.358.〕。Vgl. auch F.L.Lorenz, "Operative Informationserhebung" im Strafverfahren, "Unverfägliches" und Grundrechtsschutz durch "institutionelle Kontrolle", JZ 1992, S.1001; M.Deutsch, Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei (1992) (oben FußNr.122), S.203f.; H.Bäumler, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sicherheitsbereich und der maschinenlesbare Ausweis, in: Freiheitsicherung durch Datenschutz (hrsg. v. H.Hohmann, 1987) (oben FußNr.113), S.236.

- (253) 刑事政策の分野においては、「犯罪予防(Kriminalprävention/prophylaxe)」という語がひろく用いられているが、本稿において「は」づくに必要でない限り、犯罪の予防という語で一括している。(254) もともと、クーベによる説明の土台となるものは、一九七〇年代に唱えられてきた。Vgl. dazu Albrecht, oben FußNr.205, S.7.

- (255) G.Kaiser, Kriminologie (3., völlig neubearb. u. erw. Aufl., 1996), § 31, RdNr.3. Vgl. auch Weglau, oben FußNr.52, S.46; Schäfer, oben FußNr.70, S.51.

(256) クーベによれば、第一次的予防は、「主として規範意識を高めることと」や「違法精神を刺激すること」によって「E.Kube, Systematische Krimi-

nalprävention (2., erw. Aufl., 1987), S.13ff.

- (257) Kube, oben FußNr.256, S.10 und Abbild 1 auf derselben Seite. なお、被害者となるおそれのある者すなわち潜在的被害者もターゲットに含まれる。Kube, ebenda.

- (258) たとは、教育・啓発・訓練の不足あるいは失業や貧困といった状態を解消するための社会政策が挙げられる。Kaiser, oben FußNr.255, § 31, RdNr.5; E.Kube/W.Vahlenkamp, Möglichkeit und Chancen präventiver Maßnahmen zur Bekämpfung des Organisierten Verbrechen, Die Polizei 1993, S.243f.

- (259) Vgl. z. B. Albrecht, oben FußNr.205, S.198f.

- (260) Kube, oben FußNr.256, S.19f. 「おこしめ」刑罰による消極的「一般」予防の効果は第一次的予防の一部だと理解されることがある。H.J. Schneider, Kriminologie (3., neubearb. Aufl., 1992), S.263.

- (261) 機会構造の変更には「このほか、犯罪の実行に要する労力を高めること」や「犯罪のもらす利益を与えないこと」などが含まれる〔Kube, oben FußNr.256, S.19f.〕。なお、クーベは、機会構造を変更する方法によつて「銀行強盗などを例に挙げて説明している」〔ders., S.25f.〕。(262) Kube, oben FußNr.256, S.34ff.

- (263) 当時のクーベは、経済犯罪あるいはテクノロジーの発展を支えとした犯罪の予防に関して「いわゆる「危険社会(Risikogesellschaft)」論なども援用して、早期警戒システム(Frühwarnsystem)の構築が必要だと主張していた」。E.Kube/W.Bach/E.Ehardt/U.Glaser, Technologische Entwicklung und Kriminalitätsvorbeugung, ZRP 1990, S.303; E.Kube, Kriminalität als Technikfolge und proaktive Prävention, in: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag (hrsg. v. E.Schlüchter,

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (4) (岩下)

(筑波大学大学院人文社会科学科学研究科担当準研究员)

- 1995), S.379f., 382.
- (264) Weßlau, oben FußNr.52, S.73. Vgl. im Verbindung damit W. Hassener, Prävention im Strafrecht, Jus 1987, S.261.
- (265) Vgl. dazu Weßlau, oben FußNr.52, S.74.
- (266) 警察実務は「メリットを強調する」ことによって「個々の情報活動がもたらす利益あるいは情報活動一般の重要性を主張していた」といふ。P. Floercke, Kriminalprävention durch Polizei?, KrimJ 1983, S.176.
- (267) 一部の指摘によれば「近年の警察実務も、発覚リスクの効果を期待して積極的な監視にとり組んでいる」といふ。F. Sack/D. Nogała, Überwachungstechnik im Dienst der Polizei, in: Polizei und Datenschutz (Hrsg. v. H. Bäumler, 1999) (oben FußNr.86), S.212f.
- (268) クーンによる説明は「犯罪の予防における刑事司法の役割をあまり重視していないため、近年、あらたなモデルによって補充されるべきだとわらわっている」[Kaiser, oben FußNr.255, § 31, RdNr.8; H.-H. Kühne, Gegenstand und Reichweite von Präventionskonzepten, in: Festschrift für Klaus Rolinski zum 70. Geburtstag (Hrsg. v. H.-H. Kühne et al., 2002), S.3f.]。また「犯罪の予防という語は、ひろい意味で用いられ、一般予防および特別予防も含まれるとはいえ、刑罰による犯罪の予防を他のとり組みによる犯罪の予防と一括して分析しながら用いられる」[Vgl. z. B. U. Eisenberg, Kriminologie (4., vollst. neugest. Aufl., 1995), § 50, RdNr.80]。なお「近年にならび、「犯罪予防」は「犯罪対策における第三の柱 (der dritter Pfeiler) だと位置づけられること」がある」[S. zunächst R. Pitschas, Öffentliche Sicherheit durch Kriminalprävention, in: Kriminalprävention und "Neues Polizeirecht" (Hrsg. v. R. Pitschas, 2002), S.13ff.]。