論説

# 将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（1）

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
（以上本号）
　第4節　情報社会における警察活動の変容と法制度
　第5節　現代型の警察活動に対処するドイツ法理論
　第6節　検討とまとめ：犯罪対策に向けた警察活動の実態とドイツ法
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

## はじめに

通説にしたがい、捜査とは、「犯罪の嫌疑がある場合に、公訴の提起・追行のために、犯人を保全し、証拠を収集保全する行為」[1]であるとしたとき、いまだ行われていない犯罪に対する捜査というものはおよそ法の予定するものなのであろうか。また、いまだ行われていない犯罪に対する捜査が許されるとすれば、それはどこまで許されるのであろうか。

そもそも、いまだ行われていないが将来行われるであろうと思われる犯罪のことを「将来の犯罪」と呼ぶとして、国家はこの「将来の犯罪」にどう対応していかなければならないのであろうか。この場合、まずは警察がその発生を防止するはずだと思うのが素朴な感覚であろう。警察は、捜査とならんで犯罪の予防をその任務としている（警察法第一条）から、犯罪の発生を未然に防ぐことが警察の責務であることは当然である。

しかしながら、現行法制度において、犯罪の予防を理由として警察が行使できる権限は、警察官職務執行法などを根拠とするごく限られたものだけである。他方、捜査という名のもとで将来の犯罪を理由とした犯人の逮捕や証拠の収集・保全を行うとき、それは犯罪の予防を理由として行われる活動と区別しにくい。それゆえ、もしも将来の犯罪に対する強制捜査を許すとすれば、結果として、警察は、戦前のように、強力な手段を用いて犯罪を阻止することが可能となってしまうかもしれないのである。

将来の犯罪に対する捜査が許されるのか否かは、これまでもしばしば議論されてきた。もっとも、それは主として、強制処分を念頭において論じられてきた。その最大の理由は、将来の犯罪に対する強制処分の濫用が危惧されるからであろう。もちろん、強制処分を念頭においた議論には、一九九九年に成立した「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」（以下、「通信傍受法」とする）をめぐって活発な論議が交わされたことも影響しているし、そもそも任意捜査においては、将来の犯罪に対する捜査を問題にする必要性が乏しかったことも関係しているであろう。

本稿においては、将来の犯罪に対する捜査の可否とその限界について、より高いところからこのテーマをながめることにする。すなわち、強制捜査を含めた捜査一般のみならず、犯罪の予防を含めた警察の活動全体も視野に入れつつ論を進めていきたい。そして、現代の警察が将来行われるであろう犯罪に対処する場面ではどういう問題が生じるのかを分析することにより、本テーマについてさらに実質的に議論するための素材を提示していきたい。

（1）　平野龍一『刑事訴訟法』（一九五八）八二頁。

# 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

日本においては古くから、基本的な考え方として、捜査は犯罪発生後の活動として行うものと理解されていた。さしあたり、戦前の学説についてみると、刑事訴訟法学においては、「捜査の開始は犯罪ありとの嫌疑を生じたることを前提とする」(2)などと説明されたり、警察機関の活動には「事後において犯罪を捜査する機能」(3)があるものと認識されていた。また、時代をさかのぼると、「學者多クハ捜査權ハ犯罪アルト同時ニ発生スト謂」(4)っていたようであるが、この見解は、端的に犯罪の発生と捜査を結びつけたものだといえよう。いずれにしても、一般的には、すでに犯罪が行われた段階になってはじめて捜査が許されるものと考えられていた。

では、実定法は捜査についてどのように定めていたのであろうか。現行刑事訴訟法の第一八九条第二項によれば、「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」。この条文を一瞥する限り、文言上、犯罪発生後にのみ捜査の開始を許す規定なのか否かは即断できない。だが、同項とほぼ同内容の旧刑事訴訟法第二四六条は、「検事犯罪アリト思料スルトキハ犯人及證據ヲ捜査スヘシ」とし、同第二四八条も、警察官その他は「検事ノ輔佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スヘシ」と定めていた。さらに、ながく警察官吏の職務に関する根拠規定とされた旧行政警察規則第四条は、「行政警察豫防ノ力及ハスシテ、法律ニ背ク者アルトキ、其犯人ヲ探索逮捕スルハ司法警察ノ職務トス」と規定しており、法文のうえでは、すでに行われた犯罪のみを捜査の対象としていることがわかるのである。

さて、こうした戦前の諸法をみると、以下のような特徴があることに気づく。第一に、捜査は公訴を提起する検察官が中核として担うものとされ、警察機関はその補助者に過ぎない。第二に、警察機関の職務については、司法警察という語と行政警察(5)という語がそれぞれ用いられており、後者は犯罪の発生を防止する職務であり、対する前者は発生した犯罪を解明する職務とされる。

以上の二点は、職権主義を基調とする大陸法的な刑事訴訟の法体系に固有の特徴であるといわれる(6)。このことは、明治初期にフランスより警察作用を区別する考え方が持ち込まれた、といういきさつからもうかがい知れるであろう(7)。ただ、犯罪の予防と犯罪の捜査はともに密接するものであり、司法警察作用として行われる活動と行政警察上の活動は連続ないしオーバーラップするものであるから、行政警察上の活動に

従事する者が捜査をも合わせ行うことこそ効率的である。そこで、司法警察作用と行政警察作用を区別しつつ、両者ともに同一の機関がその職務とするようになった。[8] もっとも、捜査は犯罪発生後に限って行われる活動だから、建前上、犯罪発生前の段階において、刑事訴訟法の定める権限を用いて犯罪に対処することは許されない。

こうして、戦前の日本においては、実定法においても学問上も、ふたつの警察作用が犯罪発生の前後で区別されていたことになる。このうち、行政警察作用は、学問上、行政組織である警察機関に固有の職責とされていた。[9] これに対して、司法警察作用は、警察機関に固有の職責でなく、もともと検察官が掌握している犯罪捜査の職責を補う作用と考えられていた。「司法」警察作用という語それじたい、捜査が行政機関である警察の本務でないことを示唆していよう。

そもそも、捜査は、刑罰権の具体的な実現を目的とした国家作用の一種であるが、その目的である刑罰権の実現は裁判所によってなされる。戦前において、刑事裁判権の担い手である司法裁判所は、職権主義のもと、自己の責務として、真実の解明と適正な刑罰権の実現に積極的な関心をもっていた。その結果、捜査は、裁判所が真実を解明するためにとり行う活動の下準備と位置づけられた。すなわち、理解の仕方としては、まず、裁判所による公判手続が刑事訴訟の中心に置かれ、つぎに、これに先だつ捜査が、公判手続に奉仕する活動として、訴訟の対象物——すなわち事件——を公判手続へ引き渡すものとされたのである。旧刑事訴訟法の制定直後に著された概説書において、「豫審ハ……其ノ實質ヲ論スレハ捜査ノ延長ナリ、實質ニ重キヲ置ケハ捜査ト同シク之ヲ公訴ノ準備手續ト見ミルモ可ナリ、我法制ハ此ノ見解ニ依ラス、專ラ形式ニ重キヲ置キ公判ノ準備手續トシテ之ヲ審判ノ一階段トス」[10] というくだりがあるが、予審の合わせもつ証拠収集機関としての実質と審判手続の一部としての形式には、捜査から公判へと至る訴訟の連続性があらわれていよう。なお、捜査を公判手続の下準備と位置づける考え方は、大陸的な三権分立原理の所産であることを忘れてはならない。[11]

このように、大陸的な三権分立原理のもと、職権主義的な訴訟構造を採用すると、捜査は公判手続の下準備と位置づけられ、訴訟の全容は、捜査の結果が公判へと連続的に引き継がれ終局判決で頂点に至るようなかたちとなる。こうした訴訟構造は、さしあたって、公訴を提起・追行する検察官の地位に影響を及ぼす。すなわち、検察官は、裁判所と協同する司法機関として司法作用の一翼に組み込まれ、(準)司法官としての地位を与えられる。そして、公判手続の下準備である捜査および公訴提起もまた司法作用の一部分として性格づけ

られる。その結果、捜査は、(準)司法官である検察官が主宰することとなる。[12]これに対して、司法部門に属しない警察機関は、捜査のうえで検察官固有の職務を補助するものに過ぎないのである。

ここで、戦前における刑事訴訟の構造と捜査の位置づけを前提として、さらに議論が進むと、捜査の時間的限界について一定の理論的な方向性が生まれるであろう。すなわち、刑罰権の確認をゴールとする連鎖的な訴訟構造による限り、連鎖の一部に組み込まれた捜査もまた、犯罪の発生後に生じる(観念上の)刑罰権を前提とするのが自然だといえる。だとすれば、捜査の開始も犯罪の発生した後にはじめて認めるのがより論理的である。[13]捜査が犯罪発生後の活動とされる法原理上の理由は、ここにあったように思われるのである。

なお、大陸的な三権分立原理は、司法裁判所とならんで、行政機関の系統に属する行政裁判所がある。その結果、戦前までは、行政警察上の活動において違法な行為があったと疑われる場合、これを救済する手続は行政裁判所において行政上の争訟として行われ、他方、司法警察作用として行われた活動の違法性については、司法裁判所において判断された。[14]こうした取り扱いの違いは、警察作用を区別する実益のひとつであったといえよう。

ここまでの説明をまとめると、つぎのようになる。すなわち、戦前の日本においては、捜査＝事後活動とあらわせる図式があった。ここにいう捜査＝事後活動の図式とは、捜査が犯罪発生後に限って許されることを示したものであるが、この図式は、司法警察作用と行政警察作用を区別する考え方に織り込まれていた。そして、捜査＝事後活動の図式および警察作用を区別する考え方は、大陸的な三権分立原理のもと、職権主義的な訴訟構造を採用したことによりもたらされた理論上の帰結だったといえよう。なお、捜査＝事後活動の図式と職権主義的な訴訟構造を結びつけていたのは、捜査機関のもつ法的性格であったことに注意しなければならない。検察官を(準)司法官とし警察機関を検察官の補助者としたのがそれである。

## 第2節　現行法のもとで生じた学説の対立

しかしながら、現在においては、捜査＝事後活動という図式の背景事情が一変している。要するに、大陸的な三権分立原理も職権主義的な訴訟構造もすでに存在していないのである。

戦後、英米法に由来する司法制度の採用により、行政裁判所は廃止され、唯一の司法機関となる裁判所の独立が徹底さ

れ、それと同時に司法権が強化された。その結果、検察官は、組織上、裁判所から完全に分離して行政官となり、その活動は司法機関によるコントロールの対象となった。また、訴訟構造の当事者主義化が図られ、起訴状一本主義などにより捜査と公判は明確に分離され、捜査によって形成された犯罪の嫌疑を連続的に公判へと引き継ぐかたちは否定された。さらに、現行刑訴法は、司法警察という語を残しつつも、警察官をはじめとする司法警察職員に第一次的捜査権を与え、これを捜査の中心に置いている（同第一八九条、第一九二条）。他方、刑事訴訟法によって強力な捜査権限を与えられた司法警察職員は、検察官と同様、捜査権限の行使にあたって、裁判所という外部機関によるコントロールを受けねばならなくなった。

こうして、現行法のもとでは、捜査機関のもつ性格が一変し、それと同時に、警察による捜査の性質も大きく変わった。捜査は、司法作用すなわち裁判所による刑罰権の実現を目指して行われる活動ではあっても、それじたいはもはや裁判所による司法作用の一部分となりえない。そしてまた、警察による捜査も、（準）司法官である検察官の捜査を補助するものではないのである。こうなると、司法警察という語の意味もまた、それ相応に変化せざるをえないであろう。

このようにして、現行法のもとで司法警察という語の意味が変わるべきだとすれば、捜査＝事後活動の図式は、そのよりどころを失って消滅していたのかもしれない。ところが、戦後もこの図式はただちに消滅しなかった。これをより正確にいうと、刑事訴訟法の分野においては、比較的最近になるまで、捜査＝事後活動の図式が——とくに違和感をもたれることなく——ひろく認められてきたのである。

もっとも、捜査＝事後活動の図式が戦後も維持されてきたのには、おおよそ理由がふたつあるように思われる。第一の理由は、司法警察職員による捜査と行政警察上の活動が密接ないし交錯する場面——職務質問や任意同行などを実施する場面——について、そこでの活動が警察作用を区別する考え方にしたがって説明されることである。そして、第二の理由は、ある捜査の類型が将来の犯罪について犯人の保全や証拠収集を行っているようにみえても、理論上、図式を否定することなくこれらの捜査を許すことができたからである。

第一の理由についてふえんすると、職務質問や自動車検問、任意同行といった活動を説明するときには、学問上、警察作用を区別する伝統的な方法論が前提とされているため、捜査＝事後活動の図式もまた再検討のないまま踏襲されたことが指摘できよう。たとえば、職務質問は、捜査の端緒と理解されて捜査そのものとは区別された行政警察上の活動とされる

し、また、任意同行も、捜査を目的とするものと行政警察の目的を達成するためのものに分けて論じられる。[15]もっとも、職務質問や任意同行について定める警察官職務執行法（以下、「警職法」とする）第二条によれば、権限行使の対象となる者には刑訴法にいう被疑者および参考人となりうる者が含まれている。そのため、実際の場面においては、外形的にも、また、得られる効果という点でも、刑訴法にいう任意捜査か警職法にもとづく活動かの区別がしにくい。[16]そこで、すでに行われた犯罪に関する限りで、しかも犯罪の嫌疑がある場合にのみ刑訴法による規制を問題とするのが説明として明快であるといえよう。

他方、判例全体の傾向からすれば、警職法も含めた行政警察上の権限にもとづく活動は、刑訴法にもとづく同種の活動に相応した要件のもとで行うことができるし、さらに、行政警察上の活動によって得られた結果は、ひろく犯罪の捜査にも利用できる。[17]それゆえ、実務においても、司法警察職員による捜査と行政警察上の活動が密接ないし交錯する場面について、刑訴法にもとづく捜査をあえて犯罪発生前に許すこと——すなわち、捜査＝事後活動の図式を否定すること——が必要とはいえなかったのである。

つぎに、第二の理由については、おとり捜査やコントロールド・デリバリー、検証令状による電話傍受などが問題となる。たとえば、おとり捜査とは、その意図を隠した者が相手方に犯罪を行うよう働きかけ、これに応じた相手方が犯罪の実行に着手した時点で現行犯逮捕などを行う手法であるから、働きかけの時点ではいまだ検挙の対象となる者が犯罪を行っていない。[18]もっとも、この点については、働きかけの段階を「捜査のための準備行為」とみて犯罪発生前の捜査としてとり扱わない見解[19]や、すでに同種の犯罪が行われた疑いがある場合に限っておとり捜査を許す見解[20]がある。そして、むしろこれまでは、これらの見解がひろく受け容れられていたといってよいだろう。

また、後にくわしく説明することであるが、検証令状による電話傍受も、通信傍受法の制定以前に判例が扱った事案については、おとり捜査と同様の考え方によって説明されていた。すなわち、たしかに、傍受された会話内容が将来行われる犯罪についての謀議である場合は、将来の犯罪に関する証拠を収集したようにもみえる。しかしながら、判例が認めた検証令状は、すでに同種の犯罪が行われた疑いがある場合にのみ、それを被疑事実として発布されるものと理解できる。また、傍受された謀議については、被疑事実とされた同種の犯罪と関連性のある証拠といえ、いわば過去の犯罪について犯人の保全や証拠収集を行ったものと評価できる。[21]

ここまでにおいて、捜査＝事後活動の図式が戦後も維持さ

れてきた理由について説明したが、そこからわかることは、理論上も、また、実務においても、図式の当否を問い直す必要性に乏しかったことである。結局のところ、将来の犯罪に対する捜査を許すことがとくに必要とならない限りは、立法論においてはもちろんのこと、現行刑訴法の解釈論においても、図式を積極的に否定する理由がなかったといえよう。

もっとも、一九七〇年代には、捜査実務において、正面からこの図式の当否を問い直す動きがみられるようになった。いわば、実務において将来の犯罪に対する捜査を真正面から許すことがとくに必要となっていたのである。

図式の当否を問い直す動きは、令状実務における問題提起がきっかけであった。その問題とは、捜索・差押のような物に対する強制処分について、法解釈論上、いまだ行われていない犯罪を被疑事実とする令状が発布できるのか否か、というものであった。これがなぜ問題になったのかというと、刑事訴訟法第一九九条第一項によれば、逮捕が許されるのは「被疑者が罪を犯した」疑いのあるときであり、法文上、犯罪の嫌疑は過去のものでなければならないが、これに対して、捜索・差押・検証にはそういった文言がないからである。そのため、少なくとも法律上は、解釈論において、将来の犯罪に対する捜索・差押・検証を許す余地が出てくるのである。

もっとも、この問題を検討するにあたって典型的な事例として挙げられたのは、薬物犯罪に関する国外犯処罰規定がなかった当時において、事前に提供された情報にもとづき、外国から覚せい剤等の薬物を密輸入しようとしている者が日本行きの航空機に乗り込んだものと判断されるような場合であった。[22] この場合だと、航空機が日本に到着してから令状が執行される時点では、被疑者がすでに犯罪の実行に着手した後だということになる。[23] 結局のところ、ここで提起された問題は、基本的に、犯罪発生後に捜索・差押が実施されることを念頭に置いたものであった。

だとすれば、ここで令状の発布が可能と結論づけたからといって、ただちに将来の犯罪に対する証拠収集活動までも認めたことにはならないようにもみえる。げんに、さきの事例は「令状の執行時点で……犯罪の発生していることが確実であると認められる関係にある場合」だと理解し、この場合に令状の発布が許される余地を否定しない見解は、[24] 他方において、犯罪発生前に捜索・差押を実施する場合には令状の発布を許さない。すなわち、この見解によれば、「犯罪の発生前でも……犯罪を前提とした情報収集や捜査の準備行為などの司法警察上の作用があり得る……が、さらに、犯罪発生前に令状の執行という捜査のための強制処分を利用することは……犯罪発生を確認する運用にしたとしても、……犯罪の具体

的内容が確定していない以上、令状自体も一般探索的な令状になりかねない」ので、捜査に対する司法のコントロールという観点からみて、犯罪発生前に捜索・差押といった強制処分を実施することは許されないという。[25]

これに対して、提起された問題にさらなる検討を加え、犯罪発生前であっても捜索・差押の実施を許す見解がある。[26]この見解は、以下に示すとおり、犯罪発生前に行われる活動の性質を分析して、将来の犯罪に対する捜査一般の可否にまで論を進める。

そもそも、犯罪発生前に行われる実質的な証拠収集活動の性質は、行政警察上の防犯活動という面と刑訴法上の捜査という面から理解できるが、この活動を捜査という面からみるとき、そこには「捜査の準備行為」といえる活動と捜査そのものと評価されるべき活動がある。このうち、「捜査の準備行為」として位置づけられる情報収集活動は、捜査着手前に必要な準備として刑訴法が予定するものであり、ひろく許されるが、ただ、写真撮影や尾行などを伴う活動がどの範囲まで認められるかは検討しなければならない。他方、捜査そのものと評価される活動についても、必要なものであれば刑事訴訟法第一八九条第二項により許される。なぜ許されるかといえば、薬物の密輸入に関して事前に提供された情報を捜査報告書や供述調書として保全することなども捜査だとしたうえで、これを禁止すると不都合が生じるし、そもそも禁止する理由がないからである。[27]

そして、捜索・差押といった強制処分については、確度の高い情報が入ったことによってほぼ確実に犯罪が予測できるような場合であれば、犯罪発生前であっても令状の発布と処分の実施が許されるという。もっとも、ある犯罪が将来行われるか否かの判断は、すでに行われた犯罪の有無についての判断よりも不確実なものであるが、「特定の行為の有無という面から見れば、その確実さの程度という点では量的な問題にすぎない」[28]という。

以上においては、将来の犯罪を被疑事実とする令状が発布できるのか否かについて、これを肯定する代表的なふたつの見解に注目した。両見解はいずれも、現行法の解釈論というかたちをとって議論を展開している。しかしながら、よくみると、両見解は、現行法から離れて、およそ将来の犯罪に対する捜査一般について論じるにあたり、そこで検討しなければならないいくつかの問題を提供しているように思われる。

第一に、将来の犯罪に対する捜査とはどういったものかがはっきりしていない。後者の見解によれば、犯罪発生前の証拠収集活動を捜査という「面」からみたとき、それには「捜査の準備行為」といえる活動と捜査そのものと評価されるべ

き活動があるという。しかしながら、両者はどのように区別されるのかが判然としないばかりか、「捜査の準備行為」とはどのような性質のものを指すのかもわからない。「捜査の準備行為」とほぼ同じ語は、おとり捜査を犯罪発生前の捜査と評価しない見解によっても用いられているが、ここにいう準備の段階において行われる活動の実質が軽視されているように思われる。

第二に、前者の見解について指摘できることであるが、ある捜査を適法に実施するための要件は、その捜査の対象とされる犯罪が発生する前の段階において存在すればよいのか、という問題もある。前者の見解は、捜索・差押の実施が犯罪発生後であれば令状の発布を許す。しかしながら、令状を発布する段階における審査の内容は、将来犯罪が行われるであろうか否かの判断であるから、これまで行われてきた令状審査の内容とは異質なものであろう。

犯罪発生前における令状審査に関しては、後者の見解が、「特定の行為の有無という面から見れば、その確実さの程度という点では量的な問題にすぎない」という。[29]もっとも、この見解は、令状審査の段階において判断のための資料が十分あることを前提とした議論であり、さらに検討すべき課題は残っているように思われる。

第三に、第一の問題の延長線上にある問題であり、いわば根本的な論点といえることだが、捜査――すなわち司法警察職員による活動――と行政警察上の活動との区別についてどのように考えているのかが明らかでない。後者の見解についてとくに注目すると、犯罪発生前の証拠収集活動は、その性質にしたがって行政警察上の活動と捜査とに区別されるようであるが、具体的にははっきりとした説明はみられない。

もっとも、捜査＝事後活動の図式が維持されてきた理由について検討する中で、職務質問や任意同行が伝統的な方法論にしたがって説明されていることはすでに述べたが、ここにおいては一般に、捜査を目的とする活動と行政警察の目的を達成するための活動に分けて論じられる。しかし、ここにいう目的とは具体的に何であるのか――警察官じしんの主観をいうのか、活動の客観面における何かに着目するのか――は判然としない。

ただし、比較的最近になって、明確かつ意識的に捜査の定義を再構成しようという動きがあらわれている。たとえば、ある見解によれば、司法警察職員としての活動と行政警察上の活動とは両者のもつ目的・機能の違いによって区別されるべきだという。[30]また、「訴追・裁判手続への準備につながる行為」は捜査とする見解などもある。[31]もっとも、両者が定義のうえで区別されることによって法的な取り扱いもおのずと違ってくるのか否かは明確でない。また、これがただちに現

行刑訴法の解釈論による捜査権限の拡張に直結するとは限らないように思われる。さしあたっては用語のうえでの区別ということになるであろう。

さて、最近になって、捜査＝事後活動の図式を積極的に支持する見解が多くあらわれたのは、よく知られていることである。すなわち、通信傍受法によれば、将来行われるであろう犯罪の実行と関連する通信内容を傍受することができる（同法第三条第一項）。そのため、同法が制定されようという段階においては、立法化そのものに対する強い批判が多くの学者から投げかけられたが、その中で、同規定を設けることへの疑念と関連して、将来の犯罪に対する捜査が問題とされたのである。通信傍受法の成立に前後して立法化に反対した論考は数多いが、いずれも将来の犯罪に対する捜査を許さない立場である。[32]

もっとも、将来の犯罪に対する捜査をおよそ許さない見解は、戦前における訴訟構造が失われた現在において、現実的な理由からこうした否定論を主張する。

否定論から声高に投げかけられる批判は、戦前より維持されてきた司法警察作用と行政警察作用との区別――犯罪発生の前後による警察作用の区別――を放棄することによって、権限濫用ないし人権侵害の危険が現実化するという。たしかに、否定論の主張する懸念を軽視することは決してできないであろう。よく知られているとおり、戦前においては、旧行政執行法や旧違警罪即決例、さらには旧治安維持法など、それじたいの正当性に疑問のある諸法が濫用され、さまざまな場面で人権侵害が生じた。とりわけ、後にくわしく説明することになるが、根拠薄弱なまま対象となる者の身体を拘束して自白まで強要するようなやり方が横行していたことは、刑事訴訟に関する歴史的な研究においてしばしば指摘されている。[33] 否定論も、こうした歴史的事実を指摘し、近代ヨーロッパの法体系に由来する司法警察と行政警察との区別を無視・相対化・融合して法的規制を曖昧にすべきでないというのである。

もっとも、戦前の事実は、「厳格な……刑事手続上の要件・手続に従って〔被疑者の身体拘束・取調べを〕行うことが難しいため、それら〔＝要件・手続〕が比較的緩やかな行政警察上の処分を転用したという――むしろ、行政警察活動が司法警察的目的のために濫用される危険があることを示す――ものであって、司法警察活動が行政警察的目的のために濫用され易いことを例証するものではない」（亀甲カッコ内は本稿筆者による加筆もしくは説明）[34]ともいえよう。

しかしながら、真の問題は、そもそも、将来犯罪が行われるであろうという判断にもとづいて警察が行う活動そのもの

にあるのではなかろうか。すなわち、こうした活動それじたいが権限濫用の危険をはらみ、あるいは、さまざまなかたちで人権を不当に侵害しかねないことである。

否定論によれば、たとえば、将来の犯罪に対する活動のうち、これまで行政警察上の活動としては許されなかったもの——一例としては、刑訴法にもとづく捜索・差押と同じような態様で行われる所持品検査——を司法警察のカテゴリーに組み入れて、この活動に権限を付与すれば、これまで許されなかった行政警察上の活動に権限を付与することになり、その結果は許されないという。[35] また、否定論には、この批判のように歴史的見地から述べるだけでなく、濫用の危険が避けられない構造的な問題に分析を向けるものも多い。たとえば、「犯罪には……捜査当局の予見・予測を超える種々のファクターが複雑に……作用し合っており、……その発生や内容を……蓋然的に予測することも不可能に近い難事である」[36]として、活動の正当化根拠となる実体要件が十分に認められないまま当該活動が実施されてしまうことを危惧する。さらには、犯罪発生前に警察が行う活動は、たんに「行政警察目的を担う〈事前の情報探索・収集〉活動」となり、警察による活動の許される限界がわからなくなるという。[37]

いずれにしても、否定論において問題とされているのは、捜査であれ行政警察上の活動であれ、およそ将来の犯罪に対する活動そのものが抱える危険である。他方、否定論が前提としている司法警察作用と行政警察作用との伝統的な区別——以下、これを「伝統的区別論」と呼ぶことにする——は、将来の犯罪に対する捜査を肯定する見解からみれば、あらたな考え方によって積極的に否定しなければならないものである。伝統的区別論に検討を加えるのであれば、さきに述べたようないくつかの問題——将来の犯罪に対する捜査とはどういったものなのか、ある捜査の実体要件は対象とされる犯罪が発生する前の段階において存在すればよいのか、捜査と行政警察上の活動との区別についてどのように考えるべきなのか——に対する答えを積極的に示すことが望ましい。結局のところ、検討すべき課題は、およそ警察による活動全体にまでおし広げられねばならないであろう。

つぎの章においては、こうしたさまざまな問題に答えるための素材として、ドイツにおける警察の制度と実態ならびにその法理論についてみていくことにする。論述する内容には刑事訴訟法の分野からはみ出すものも多いが、すでに述べたとおり、日本における警察の活動全体を検討するうえで必要だと思われる限りにおいてくわしくみていくことにしたい。

(2) 小野清一郎『刑事訴訟法講義』(全訂第三版・一九三三)三四九頁。そのほか、団藤重光『刑事訴訟法綱要』(一九四三)四九四頁参照。

(3) 団藤・前掲注(2)一六九頁。

(4) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義下巻』(一九一三)一一五三頁。

(5) 旧行政警察規則の制定は明治八年のことであるが、その第一条には、「行政警察ノ趣意タル人民ノ兇害ヲ豫防シ安寧ヲ保全スルニアリ」と定められていた。

(6) 警察作用とは、伝統的な行政法学によれば、実質的な意味において、およそ社会の安全および秩序に対する障害を除去する権力的作用のことである。この意味からすれば、学問上の警察とは行政警察を指す語であり、すでに発生した犯罪を捜査する警察作用すなわち司法警察作用は、そもそも警察作用に属しないものである。佐々木惣一『警察法概論』八頁以下〔宮沢俊義ほか『行政法Ⅱ』(一九四〇)に収録〕、美濃部達吉『行政法撮要下巻』(第二版・一九二九)一二頁、など参照。

(7) 田宮裕「変容を遂げる捜査とその規制」法曹時報四九巻一一号(一九九七)四頁〔同『変革のなかの刑事法』(二〇〇〇)一三三頁以下に所収〕、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(一九九七)一四三頁、など。なお、明治期より前の日本においては、犯罪の防止のために公的機関が行う活動について、その法制や組織が整っていたわけではなく、むしろ治安は刑罰制度によって維持すべきとの考えが支配的で、警察と捜査の概念は渾然一体だったようである〔大國仁「海の治安と捜査3」捜査研究五二五号(一九九五)九四頁以下〕。それゆえ、フランスの考え方をとり入れて制定された旧行政警察規則などは、司法警察から行政警察が独立したことを宣言するため、警防査察を略した警察という語を用いてその職務を明らかにしたのである。須貝脩一「警察」田中二郎ほか編『行政法講座第六巻行政作用』(一九六六)三三一―三三五頁。

(8) 佐々木・前掲注(6)二〇―二一頁、大國仁「行政警察活動と犯罪捜査」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(一九九一)四八頁、など参照。

(9) もっとも、当初、警察機関の職責は限定的であったが、その後急速に所管事項の範囲が拡大していき、第二次世界大戦直後までの長い間、警察官庁をはじめとする行政組織上の警察機関は、広範な行政警察機能を一手に掌握していた〔須貝・前掲注(7)三七―三九頁〕。もっとも、戦後は、警察機関による行政警察機能の肥大化に反省が加えられ、警察法その他の行政法規定によって警察の組織およびその職責は制限された。しかしながら、学問上は、警察という語がいまだに伝統的な意味において用いられている。田上穣治『警察法』(新版・一九八三)一七―一八頁、四四―四五頁など。なお、田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』(一九九三)二六頁以下〔渡辺修〕参照。

(10) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』(第三版・一九二三)六頁。なお、同書四六五―四六六頁も合わせ参照。

(11) 田宮・前掲注(7)七―九頁、芦田一良「司法警察と行政警察に関する考察――警察概念の検討――(二)」警察研究一八巻七・八号(一九四七)三六―三七頁以下、など参照。

(12) 田宮裕『捜査の構造』(一九七一)六八頁。なお、松尾浩也『刑事訴訟の原理』(一九七四)三五三頁以下参照。

(13) 田宮・前掲注（7）八頁。もっとも、訴訟構造と捜査の開始時期との間に論理的な必然性まではないであろう。板倉・前掲注（4）一一五三―一一五四頁によれば、真実において犯罪がなかったからといって捜査がつねに違法となるわけではなく、その意味において捜査権は形式的（抽象的）公訴権と類似しており、結局のところ、捜査の開始すなわち捜査権の発生は、犯罪の発生と同時ではなく、刑罰権が発生したと思料するときに認められるものだという。この見解は、将来の犯罪に対する捜査を肯定したものでないが、訴訟構造と捜査権の発生時期との結びつきが必然でないことを示すものといえよう。

(14) 田宮・前掲注（7）七頁、貴志浩平「司法警察・行政警察区分論に関する一考察」警察学論集五二巻一号（一九九九）五四頁、など参照。げんに、旧刑訴法においてはじめて採用された準抗告の制度は、行政上の争訟において救済できた事件を刑事訴訟に取り込もうとするものでなかったから（井上正仁「捜索差押の際の写真撮影と準抗告の適否」警察研究六四巻二号（一九九三）四六頁）、司法警察作用として行われた活動に対する不服申立は行政裁判所の管轄でなかったといえよう。

(15) さしあたって、職務質問については、半谷恭一「職務質問」捜査法大系Ⅰ（一九七二）八頁以下など参照。また、任意同行については、三井誠『刑事手続法（1）』（新版・一九九七）八三―八七頁、田宮＝河上編・前掲注（9）一九五頁以下［渡辺咲子］、など参照。

(16) 河上和雄「行政警察権と司法警察権の谷間」判例タイムズ五二一号（一九八四）三三頁、三井・前掲注（15）八四頁。

(17) 判例も含めて説明したものとしては、城正憲「情報収集活動」河上和雄編『刑事裁判実務大系第一〇巻・警察』（一九九三）五〇六頁以下、渡辺咲子「行政警察権の行使と犯罪捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系第一一巻・犯罪捜査』（一九九一）五九頁以下、など参照。

(18) おとり捜査と犯罪の発生時期に関する問題については、さしあたって、酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号（二〇〇二）一〇二頁以下、山上佳子「おとり捜査」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法［Ⅰ］捜査』（一九九八）五頁以下、など参照。

(19) 村井敏邦＝田口守一＝白取祐司「対談　捜査の概念」法学セミナー五六二号（二〇〇一）九九―一〇〇頁［白取発言］、など。

(20) 三井・前掲注（15）八九―九〇頁など。

(21) 札幌高裁平成九年五月一五日判決・判例タイムズ九六二号二七五頁は、被疑事実とされた過去の犯罪が傍受の対象であることを明言する。同様に説明するものとしては、河上和雄「電話内容の検証」研修五二二号（一九九一）一一―一二頁、岩橋義明「電話の通話内容の傍受を内容とする検証が適法とされた事例」研修五二三号（一九九二）三一―三三頁、廣畑史朗＝松田伸一「電話検証をめぐる諸問題」警察学論集四五巻七号（一九九二）一〇七頁、三井・前掲注（15）七二頁、など参照。

(22) 中武靖夫＝高橋太郎編『捜査法入門』（一九七八）一六七―一六八頁［藤原寛］［令状の発布は可能と解釈する］、石井彦壽「裁判官の捜索・差押の必要性判断」判例タイムズ二九六号（一九七三）三九三頁。

(23) 薬物五法が定める輸出入罪や所持罪の解釈をめぐっては、さしあたり麻薬及び向精神薬取締法につき、古田佑紀＝齊藤勲『大コンメ

ンタール薬物五法Ⅰ』（一九九四）三五五頁以下〔本田守弘〕参照。

(24) 村瀬均「将来発生する犯罪事実についての令状発布の可否」『増補令状基本問題（上）』（一九九六）三七—三八頁参照。もっとも、本文中の事例については、国外犯処罰規定が新設された以上、犯罪発生前に令状を発布する必要性がほぼなくなったことも指摘する。

(25) 村瀬・前掲注（24）三七頁。

(26) 古田佑紀「犯罪の発生時期と捜査の開始時期」判例タイムズ五二八号（一九八四）五二頁以下。

(27) 古田・前掲注（26）五二—五三頁参照。

(28) 古田・前掲注（26）五三—五四頁参照。

(29) 同様の見解としては、田宮・前掲注（7）一七頁、井上・同注一五〇—一五二頁、長沼範良「犯罪・差押目的物の存在の蓋然性」刑法雑誌三六巻三号（一九九七）四二一頁以下、など。なお、通信傍受法の対象犯罪である将来の犯罪はきわめて「現在」に近いものと理解し、このような場合については判断が可能だとする見解として、田口守一『刑事訴訟法』（第三版・二〇〇一）九六—九七頁、同「将来犯罪の捜査の意義と限界」研修六二四号（二〇〇〇）八—一一頁。

(30) 辻裕教「検証許可状による電話の傍受が適法とされた事例」研修五八二号（一九九六）二七頁—二八頁。

(31) 田宮・前掲注（7）一〇頁。なお、後にくわしく検討することになるが、区別の実質的な必要性に疑問を投げかける見解としては、井上・前掲注（7）一四四—一四七頁、椎橋隆幸「電話傍受の適法性について」法学新報一〇三巻七号（一九九六）二五—二七頁、など参照。

(32) 通信傍受法に反対するのと関連して将来の犯罪に対する捜査を否定する文献のうち、代表的なものとしては、井戸田侃「犯罪がないのに『捜査』できるのか」ジュリスト一一一七号（一九九七）二一三頁、小田中聰樹「盗聴立法の違憲性」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（一九九七）八二頁以下〔初出：法律時報六九巻三号（一九九七）四五頁以下〕、村井敏邦「憲法的規制と盗聴立法」小田中ほか・同書五五頁以下〔初出：「盗聴立法は憲法的要件を具備しうるか」法学セミナー五〇七号（一九九七）一一頁以下〕、同「刑事立法の妥当性」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四巻』（一九九八）二五頁以下、高田昭正「通信傍受法案の問題点」自由と正義四九巻八号（一九九八）九四頁以下、白取祐司「盗聴立法と警察機能」小田中ほか・本注掲書一五六頁以下〔初出：「司法警察と行政警察」法律時報六九巻九号（一九九七）三五頁以下〕、同『刑事訴訟法』（二〇〇一）七八—七九頁、同「捜査の概念—論点の整理」法学セミナー五六一号（二〇〇一）九〇頁、川崎英明「盗聴の問題性格と理論性格」小田中ほか・本注掲書一二五頁以下〔初出：法律時報六九巻一〇号（一九九七）四四頁以下〕、久岡康成「『通信傍受』立法の問題点」季刊刑事弁護九号（一九九七）一〇頁以下、三島聡「人権保障の確実性の要請と盗聴立法」法律時報七〇巻二号（一九九八）五一頁以下、など。

(33) さしあたっては、戒能通孝『警察権』（一九六〇）五二頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（一九八六）六八頁以下、杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』（一九八〇）六頁以下、など参照。

(34) 井上・前掲注（7）一六三頁脚注三五六。

(35) 白取・前掲注（32）「盗聴立法と警察機能」一七六頁。

(36) 小田中・前掲注（32）「盗聴立法の違憲性」八三頁。

(37) 高田・前掲注（32）九七頁。

## 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

ドイツ法は、とりわけ戦前において日本の訴訟法に強い影響を与えたものとされる。ドイツでは、ドイツ帝国が成立する以前、すでにプロイセンその他の各ラントが、フランスの考え方を輸入するかたちで、刑事司法制度や警察制度をつくり上げていた。[38]そして、現在のドイツにおいてもなお、法理論上、検察官・警察の主従関係ならびに捜査＝事後活動の図式は維持されている。

まず、検察官と警察の関係についてである。公訴権を行使する機関は検察官（Staatsanwaltschaft）である。検察官は、適法にして厳正かつ信頼できる捜査手続の遂行に責任を負うものとされる。[39]捜査手続に関する検察官の任務を明らかにした規定は、ドイツ刑事訴訟法第一六〇条である。同条第一項によると、検察官は、ある犯罪の嫌疑（Verdacht）に関する情報を得たとき、公訴を提起すべきか否か決定するために、事実関係を究明しなければならない。

他方、刑訴法における警察（Polizei）[40]は、同第一六三条第一項にしたがい、検察官と同様に、犯罪の事実関係を究明しなければならない。そして、事実関係を究明するため、警察には、捜査権限としての初動（Erster Zugriff）が許されている。だが、この規定は、同第一六〇条と関連づけて解釈され、わずかに刑訴法が許している場合を除いて、[41]法定された強制力の行使を何ら許していないものと理解されている。そしてさらに、学説の大勢によれば、この権限は、——本来ならば——検察官の活動を待つ猶予を許さない場合に限られねばならない。[42]結局のところ警察は、みずからの任務に由来する捜査権限をもたず、検察官による主導とその監督のもとで活動する非独立的な補助組織として、原則において検察官の指示にしたがった活動ができるに過ぎないのである。[43]

つぎに、捜査の開始についてはどう考えられているのであろうか。ドイツの検察官は、「事実に関する十分な根拠（Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte）」[44]（同第一五二条第二項）にもとづき犯罪があるとの疑いをもったとき、ただちに捜査を開始しなければならない。[45]捜査開始の要件となる犯罪の嫌疑は、とくに初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）と呼ばれる。そして、初期段階の嫌疑は、——未遂や謀議も含め——すでに行われた犯罪についての疑いを意味するものと考えられている。[46]さらに、支配的見解によれば、この嫌疑が生じる以前の段階において、検察官が犯罪を探し求めたりすることは許されない。[47]また、学説では一般に、警察の捜査

権限が検察官のそれに従属している以上、警察による捜査の開始もやはり検察官の訴追活動の開始時期に従い決められるものと理解されている。[48] こうして、一般的な見解によれば、検察官ならびに警察は、すでに行われた犯罪に対してしか刑訴法上の捜査権限を行使できないのである。

以上のとおり、ドイツ刑事訴訟法の解釈論においては、警察が検察官の指揮下に置かれ、また、捜査が犯罪発生後に限って許されている。では、こうした法解釈も、戦前の日本と同じく、職権主義的な訴訟構造に由来するものなのであろうか。以下においては、さしあたって簡単にではあるが、こうした解釈論の背景にどういった考え方があるのかをみていきたい。

ドイツにおいては、一九世紀中葉以来の伝統的な法思想のもと、刑事裁判権から導き出される刑事訴追(Strafverfolgung)の任務が検察官にゆだねられている。まず、刑事裁判権を担う通常裁判所は、戦前の日本と同様に、職権主義的な訴訟追行の責務を負うものとされ、検察官は、刑罰権の実現を協同するかたちで裁判手続に関与する。そして、弾劾主義のもと、公訴権を有する検察官は、裁判所による手続の前段階において捜査手続を主宰し、犯罪事実の解明につとめるものとされた。[49] また、刑事訴追任務を達成するための権限は刑事訴訟法によって規制されるものと考えられてきた。

他方、犯罪を防止する国家作用については、これもまたドイツ帝国以来の行政裁判所および公法学によって形成された伝統的な警察法理論にしたがい、危険防除(Gefahrenabwehr)という任務が設定されている。伝統的な警察法理論にいう危険防除の任務とは、現在している生活利益(Schutzgut)や国家施設の損害に対する危険を取り除く任務であり、[50] 消極的・受動的な性格をもつ。そして、ながきにわたって、警察官庁その他の各種国家機関が行使する権限は、この任務を遂行するために必要な範囲に限定されてきたのである。[51]

このように、刑事訴追任務と危険防除任務はそれぞれ異なる法体系のもとにあり、任務の所管も別々である。だが、両者はともに犯罪に対処するための任務であり、すでに述べたように、その活動は連続ないしオーバーラップするものである。そこで、両者はどういう関係にあるのかが問題となってくる。

ドイツでも、戦前の日本における考え方と同様に、ある犯罪が将来行われるであろうという場合に、その犯罪に対する捜査は、それが発生した後になってはじめて開始されるものと理解されている。この理解については、たとえば、つぎのように説明されている。すなわち、害悪を引き起こすであろうと考えられる事象の進展に作用して害悪の発生を阻止する

ような処分は、危険防除任務を遂行するための活動に分類される。他方、過去に犯された犯罪を解明し適正な処罰へと導くような処分は、刑事訴追任務を達成するための活動に属する。[52] そして、支配的見解は、こうした理解を前提として、刑事訴追任務の議論を展開する。

ここで、ドイツにおける刑事訴追任務と危険防除任務の区別には看過しえないひとつの特徴があることを指摘しなければならない。その特徴とは、判例も学説も、そしてまた警察実務も、ともに刑事訴追任務の境界を積極的かつ厳密に形成していることである。[53] すなわち、「具体的な犯罪を解明するのに役立つ処分」[54]、あるいは、「ある犯罪の解明と具体的な関係がある」[55] 処分だけが刑事訴訟法による規制の対象であるという。そして、ある「具体的な犯罪を解明する」手続の開始点となるのは、その犯罪の嫌疑（Tatverdacht）が存在する情況でなければならないともいわれる。この嫌疑とは、構成要件を視野に入れつつ専門的もしくは一般的にみて、犯罪が犯された蓋然性ありという帰結（Wahrscheinlichkeitsschluß）を導けるような特定の事実が存在するときに認められるものを指す。また、学説における一般的な理解によれば、特定の構成要件すなわち犯罪行為に関連した事実のみが、ここでいわれている嫌疑の基礎になりえるという。つまるところ、捜査を開始するのに必要な犯罪があるという推論は、つねに過去の犯罪行為に関係する刑法上重要な事実でなければならないのである。なお、ここにいう犯罪の嫌疑があれば、現行法にいう初期段階の嫌疑もあることになる。[56]

以上のように、ドイツの刑訴法理論によれば、刑事訴追の対象となるのはすでに行われた個々の犯罪であり、また、捜査の開始は、そうした個々の犯罪を解明することに向けられなければならないのである。では、このように刑事訴追任務の範囲を限定する考え方が形成されてきた要因はいったい何であろうか。

第一に、ドイツにおける刑事訴訟の全体像に目を向けてみなければならない。以下のようなドイツの訴訟対象論がそれである。すなわち、刑事手続の対象は、現実生活上の事件（Lebensangelegenheit）とか歴史的事象（historischer Vorgang）であるといわれるが、それはつねに動態的に変化しながらも、全刑事手続の基礎を形成している。刑法上問題となる事象すなわち犯罪行為は、手続の開始から、確定力が発生する終結まで、つねに手続の対象である。そうだとすれば、いかにある人が犯罪を犯すと疑われてしまうような行動をしても、刑事手続上は何ら問題とならない。以上のように理解する。[57]

第二に、法定主義（Legalitätsprinzip）が挙げられる。すでに述べたとおり、支配的見解によれば、ドイツ刑事訴訟法第

一五二条第二項および同第一六〇条の解釈として、捜査の開始には初期段階の嫌疑が要求されると同時に、捜査の開始を義務づけられる。[58] これは、いわゆる起訴強制とならんで、ドイツの刑事司法を特徴づけるものといえよう。同第一五二条第二項にいう法定主義は、制度の創設以来受け継がれてきた検察官の地位と関係の深い法原理である。すなわち、法定主義は、職権主義的な訴訟構造がもたらす検察官の司法機関性と親近性があり、「法律の番人」としての役割あるいは政府による干渉から刑事手続を解放する必要性など、歴史的に形成されてきた法的な諸要請を根拠としているのである。[59] こうして、公正さを要求される検察官には、事案に応じてダイナミックに捜査権限を行使することが許されず、それゆえ、警察もまた、静的に任務を遂行するよう義務づけられた検察官の指揮権限下に置かれる限り、理論上、初期段階の嫌疑が生ずる以前から積極的に犯罪を探し求める権限が与えられることはない。

ここまでの説明において、簡単ではあるが、刑事訴追任務の範囲を限定する考え方の形成要因と考えられるものがふたつ示された。このうち、ドイツの訴訟対象論は、すでに行われた犯罪だけが捜査の対象とされることとの観念上の論拠に過ぎないといえよう。これに対して、法定主義は、警察による捜査の開始時期を規制する考え方であり、刑事訴訟の具体的な運用に強い影響を及ぼしうるものである。というのも、警察は、刑事訴訟法にしたがうと、建前上、過去に犯罪が犯された蓋然性ありとの判断に至るまで犯罪の証拠を収集できないからである。

しかしながら、第二次世界大戦後のドイツにおける社会情勢の変化をきっかけとして、警察活動は、事実上、刑事訴追任務のもつこうした制限から解放されていった。それは、治安の維持に強い関心をもつ警察実務の意識と、社会情勢の変化に対応した立法活動が結びつくことによって実現し、さらに、情報科学を駆使した警察の情報処理活動を通じて、近年ますます加速しているのである。

## 第2節　立法による警察権限の拡大

任務の範囲を限定した考え方が支配する刑事訴訟法による限り、警察は、初期段階の嫌疑が生じるまで犯罪の証拠を収集できない。そしてまた、検察官の補助組織に過ぎない警察にとって、刑事訴追任務のもつこうした受動的な性格から脱却することは、法的な論拠をもってしてはほぼ不可能なことであった。

他方、すでに述べたとおり、遂行すべき任務がこのように

受動的な性格をもつ点では、危険防除任務も同様である。すなわち、警察が危険防除のために行使する権限は、特別な根拠規定がない限り、現在している危険を直接除去する手段としての警察処分または警察命令も含め、概括的条項（Generalklausel）に法的根拠を求めなければならない。しかも、伝統的な警察法理論によれば、その場合に行使できる権限は、原則として具体的危険（konkrete Gefahr）の存在する場合に限られている。そのため、第二次世界大戦後間もなく各州ごとに定められた実定警察法[60]のもとでは、具体的危険を直接除去するのに先だってその存在を確認する必要があるなどの場合、その存在を確認するための処分もまた、具体的危険が存在していなければ行えなかったのである。[61]

もっとも、警察による権限の行使を制限した法制度は徐々に変わっていった。そのきっかけとなったのは、ドイツにおける社会情勢の変化であった。

一九六〇年代の終わり頃から、西ドイツ国内ではテロが多発し、大きな社会問題となった。その結果、国家として包括的なテロ対策の必要性が唱えられ、連邦レヴェルで法改正の動きが活発化していった。

まず、州ごとに異なっていた警察法律（Polizeigesetz）の内容を統一する試みがなされた。一九七二年、連邦及び州内務大臣常設協議会が設置され、一九七六年に統一警察法模範草案の原案が採択された。その後、刑訴法と警察法の調和を図る目的で、連邦と各州の司法機関・所管行政機関の代表者によって構成される作業グループが発足、一九七七年中に成果を取りまとめた。そして、前記の常設協議会は、作業グループによる修正の提案をもとに原案の内容を再検討した後、同年一一月二五日、修正案をほとんどそのまま取り入れた統一警察法模範草案（Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes: MEPolG）（以下、「模範草案」の語を用いる）が可決された。[62]

その後、模範草案に示された任務規定および権限規定は、各州の警察法律にひろく受け容れられた。もっとも、模範草案の成立に至る経緯や模範草案中の各規定をみると、伝統的な警察法理論とは異質な特徴がいくつか発見できる。

第一の特徴は、模範草案じたいに隠された警察の刑事訴追任務である。一九七六年の原案に明記されていた刑事訴追任務として、犯罪および秩序違反行為の追及（verfolgen）が規定されていた（原案第一条第四項第二文）。だが、この任務を設けることは、警察法が刑事訴追の任務を補充するのに等しい。[63]その後、この規定は、警察法によって刑事訴追の権限が「補充される方向へと導くものでないことを明らかにする」という理由から削除された。[64]だが、その理由じたい、刑事訴追任務の

補充部分といえる活動が事実上行われることを承認している。模範草案の制定に関与した各関係者の意図は、刑訴法に規制された捜査が開始される以前の段階で、警察に独自の刑事訴追任務を遂行させるつもりだったのである。

第二の特徴は、「手入れ（Razzia）」と呼ばれる身元確認の手法（模範草案第九条第一項第二号）によく示されている。すなわち、法定された処分の実体要件によれば、現場の警察職員は、手入れを行おうとする場所に犯罪を犯した者または犯そうとしている者がいるか否かについて、みずからの経験によって判断できる。これについて、模範草案の制定理由は、同項第一号と異なり、「手入れ」を行うにあたって具体的な疑いを要求していない[65]。くわしくは後の検討にゆずるが、結果として、個々の具体的な事実関係から危険が認定されることはなく、現実には、場所そのものの性質に関する警察職員の認識いかんによって、危険の有無に関する判断が左右されることになろう。

第三の特徴は、身元確認を目的とした検問所（Kontrollstelle）の設置（模範草案第九条第一項第四号）が代表例として挙げられよう。すなわち、法定された要件にしたがって検問を行うと、対象者をほとんど限定せずに処分がなかば無差別的に行えてしまう[66]。

すでに述べたとおり、模範草案は、あらたな法律のモデルとしてひろく各州に受け容れられ、ほとんどの州は、警察法律の改正において、模範草案の各規定と類似した条項を設けた[67]。こうして、警察は、第二および第三の特徴をもつ処分によって、いまだ犯罪が行われない段階で、具体的危険もないときに、犯罪発生の兆候と思うものを容易に探知できるようになった。だが、それだけではない。当然ながら、それらの処分によって補足された情報の中には、初期段階の嫌疑を生じさせるきっかけも多く混じっている。そして警察は、第一の特徴に示されているとおり、そうしたきっかけを刑事訴追任務につなげていくのである。事実上、警察が捜査の端緒となるものに触れるチャンスは、飛躍的に増大したのである[68]。

これまで説明した一連の法改正をみる限り、警察にとって、初期段階の嫌疑が生じていない段階で得た情報を捜査において十分活用できる環境は、十分整っているとみてよいであろう。つまり、警察は、告訴などによって生じた初期段階の嫌疑を具体化していくだけでなく、事実上、積極的に初期段階の嫌疑を獲得することが可能な状況にあるといえる。あえていえば、警察法によるあらたな権限は、「延長された警察の腕」[69]なのである。

## 第3節　現代の犯罪を視野に入れた警察実務の考え方

警察法の改正を経て、警察には「延長された警察の腕」がそなえ付けられた。となると、あとは、その腕が実際にどのくらい活用されているのか、という問題になる。現実にどう活用するかは、警察実務の考え方に大きく左右されよう。

この点、警察実務の考え方は、与えられた権限を最大限利用して社会の害悪をできる限り排除しようとするものであった。そして、この考え方は、初期段階の嫌疑にとらわれることなく、積極的な、そしてついには戦略的（strategisch）と呼ばれるまでに能動的な活動にとり組む警察実務をつくり出したのである。

一九七〇年代になると、公安の維持に強い関心をもつ警察実務は、テロの多発や組織犯罪（Organisierte Kriminalität）の伸張とともに、警察の任務に関するあらたなコンセプトを主張し始めた。すなわち、刑事訴追任務をも含んだ上位概念としての戦略的な治安確保が警察のあらたな任務であり、捜査もまた戦略的な治安確保の任務に最大限奉仕する活動として位置づけるのである。こうした警察実務の考え方は、一般に「予防の優位（Die Prädominanz der Prävention）」[70]と呼ばれる。

バーデン・ヴュルテムブルク州の警察庁長官であったシュトゥムパーは、早くから「策戦活動（Die operative Arbeit）」という新構想を唱えていた。その構想によれば、刑事政策において最上位に設定されるべき目標は予防（Vorbeugung）であり、その目標を実現するためには、効率的な犯罪対策という観点から、刑事訴追も含めたさまざまな活動がどう行われるべきかを考えねばならない[71]。そして、刑事訴追任務と行政上の警察任務を区別する考え方は時代遅れであり、現代の犯罪対策において「ねらいとされるべきなのは犯罪行為でも犯罪者でもなく、……犯罪性そのもの（Kriminalität schlechthin）の除去[72]」こそが目的となるべきであって、そのためには、「前領域での監視（Vorfeldüberwachung）」が積極的に行われねばならないという[73]。他方、ブレーメン市警察の警視総監であったシェーファーによれば、「刑訴法の全構造は刑法とともに一個の複雑な予防システムに過ぎず、……刑訴法の全体が予防に奉仕している[74]」のであって、むしろ警察は、「国内の治安を確保するというより大きな任務を遂行するために、検察官および刑訴法の助けをかりるのだ[75]」という。そしてまた、「どの犯罪を優先的に捜査するのかも警察の判断による。……警察が注意を払うべき犯罪の危険性は、再犯のおそれや……法定刑の重さなどにもとづき判断されるだけでなく、刑事政策的・犯罪捜査学的な知見にもとづき……危険性の萌芽が

あるか否かなども含めて評価されねばならない」[76]という。

さしあたって、こうした見解から読みとれるのは、警察実務が刑事訴訟法における法定主義からの解放を強く主張していることである。すなわち、「予防の優位」にもとづく統合された予防という任務を遂行するためには、そのときどきに応じて効果的な活動方法をみずから選択しなければならない。だとすれば、警察は、いまだ初期段階の嫌疑（および具体的危険）が生じていない段階すなわち前領域（Vorfeld）においても独自に活動しなければならない。また、逆に、初期段階の嫌疑が生じたからといってつねに捜査を開始しなければならないようだと都合が悪いのである。[77]

もっとも、捜査の開始が義務でないと考えることは、統合された予防の任務を遂行するうえで有効でないから刑事訴追を重視しない、という意味ではない。警察実務の真意はむしろ逆のようである。すなわち、前領域における独自の活動はむしろ刑事訴追を強く意識しつつなされるべきものと考えているようである。

シュトゥムパーの主張をさらに検討すると、警察実務の真意がかいま見えてくる。シュトゥムパーによると、組織犯罪などに対処する警察にとっては、「もはや何かが起きるまで待って、そのあとで個々の事件を捜査することなど許されない。……また、つねに個々の犯罪を防ぐことが重要とはいえず、……結局、決定的に重要なのは、犯罪組織の基本構造を掘り起こし、――可能であれば――全部ひっくるめて刑事訴追に送り、基本構造を破壊すること」[78]であるという。さらに、ノルトライン・ヴェストファーレン州の警察庁長官を務めたクニーゼルも、犯罪組織の「黒幕（Hintermänner）に向け、さしあたって関心の対象としなければならないのは、組織の構造を明らかにすることであり、前領域における情報入手が必要」[79]だと主張した後、「組織が見えるようになれば、黒幕に対して初期段階の嫌疑が生じる可能性ももたらされる」[80]と述べて、中心人物に対する刑事訴追の重要視および前領域における警察活動の必要性を示唆している。[81]

こうしてみる限り、おそらく警察実務は、解明が困難な犯罪形態といわれるテロや組織犯罪などについて、その組織の中心となる人物を検挙することこそが組織の壊滅につながるものと考えているだろう。つまり、「犯罪性そのものの除去」というねらいに込められた真意は、個々の犯罪の背後に隠れた組織の中心人物を最終的に刑事訴追することだったようである。そして、警察実務は、刑事訴追を強く志向するも、そうした真意をおもてに出さないまま、初期段階の嫌疑が生じていない段階すなわち前領域においても積極的に活動すべきだと主張したのであろう。

他方、警察実務は、中心人物の検挙が犯罪組織の壊滅につながるとまでいわないとしても、これとは異なる視点から、刑事訴追を十分視野に入れつつ前領域において積極的に活動することが必要だと主張している。そうした活動の必要性が唱えられる原因は、警察実務によって用いられる「予防」という語が――〈Prävention〉の訳語であれ〈Vorbeugung〉の訳語であれ――多義的であることと、前領域における活動の性質があいまいなことにある。

これらふたつの原因について説明するには、まず、警察が担う国家作用の性質を理解しなければならない。ドイツの刑事法学あるいは行政法学においては、警察活動を理解するうえで、禁圧（Repression）という語と予防（Prävention）という語がよく用いられる。このうち、学説によって通常用いられる予防とは、公共の安全および秩序に対する危険を防止し障害を除去する国家作用であり、ドイツ行政法学上の警察作用[82]とほぼ同義なのでわかりやすい。これに対して、禁圧という語は、――ここではあえて不明確な表現を用いるが――刑罰権の実現に向かって行われる国家作用のことである。この作用には、犯罪行為に対する反応（Reaktion）[83]として、裁判所による刑法の適用のみならず犯罪事実の解明も含まれる。刑事訴追は、まさに禁圧作用の一部である。もっとも、刑事訴追任務に属しない活動であっても、犯罪事実を解明する作用すなわち禁圧作用はありうる。すなわち、前領域における警察活動がまさにそれである。

ここで警察実務は、犯罪事実を解明する作用からある種の「予防」作用を拾い出し、それをとくに強調する。この「予防」作用は、つぎのような想定にもとづいている。すなわち、犯罪事実を解明する作用は犯罪者を処罰へと導くものであるから、犯罪が発覚して刑事訴追されるおそれすなわち発覚リスク（Entdeckungsrisiko）のあるとき、潜在的に犯罪を犯しうる者は発覚をおそれて犯罪を思いとどまるであろう。[84] このような効果があることを前提に、警察実務は、発覚リスクを高めることによってより強力に犯罪を「予防」しようとする。なぜならば、犯罪発生の原因を直接除去することにはかなりの労力と困難が伴うため、その実現にはおのずと限界があるが、これに対して、発覚リスクによる「予防」は、犯罪発生の原因をいちいち調べて介入する必要もなく、より簡単で効果的に犯罪の発生が抑制できるように思われるからだという。[85]

もちろん、この「予防」作用を支えるのは、実際に犯罪を発見して犯罪者を刑事訴追の危険にさらすことである。それゆえ、警察は、前領域において危険な人物やグループ（Risikopersonen und -Gruppen）を積極的にスクリーニング（Filteruntersuchungen: screening）しようとする。すなわち、警察は、犯罪を発見する手がかりとなり得るような情報に可能な限り

ふれるようにつとめ、こうして得られた情報を刑事訴追へと結びつけることによって発覚リスクを高め、「予防」の効果をより高めようとしているのである。(86)

（（2）に続く）

（38） 一九世紀以降のドイツにおける刑事司法制度の確立については、さしあたり、K.Peters, Strafprozeß (4., neubearb. u. erw. Aufl., 1985), S.67ff. を参照。また、司法制度との関連において形成された警察の地位については、さしあたり、H.Rüping, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei, ZStW 1983, S.894ff. など参照。なお、検察官と警察の関係をめぐる歴史の流れについてくわしい日本の文献として、田和俊輔『ドイツの検察官と司法警察の関係史及び西ドイツの現在の問題点』鳥取大学教養部紀要一五巻（一九八二）七一頁以下参照。

（39） Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar (hrsg. v. P.Rieß, 24., neubearb. Aufl.), 25.Lfg. (1989), 〈Abk.: LR-25〉, §160 RdNr.2 [Rieß]; Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz (hrsg. v. G.Pfeiffer, 4., neubearb. Aufl., 1999) 〈Abk.: KK4〉, §160 RdNrn.4f. [Wache]; K.Peters, oben FußNr.38, S.166f.

（40） ここにいう警察とは、組織または公務員としての警察を合わせて意味し、警察官庁およびそれに属する警察官のみならず、法律によって刑訴法にいう警察と同じ権限を与えられた官庁または公務員も含む。以下、ドイツ法に関する記述においては、とくに説明を加えない限り、「警察」という語を右の意味で用いる〔Vgl., KK4, §163 Rdnrn.5f. [Wache]〕。

しばしば誤解ないし混同されることであるが、ドイツ刑訴法第一六三条にいう警察と検察補助官（Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft）、あるいは、これらと刑事警察（Kriminalpolizei）とは、それぞれ異なるものである。すなわち、刑事警察は、執行警察（Vollzugspolizei）を任務とする警察官庁の一部局であって、重大な犯罪の予防および捜査に関して専門的な訓練を受けた警察官により構成されるが〔Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr (hrsg. v. K.Vogel u. W. Martens, 9., völlig neubearb. Aufl., 1986), S.92.〕、これに対して、検察補助員は、州政府の法規命令（Rechtsverordnung）により指定された公務員が捜査活動において有する身分であり、各州の警察官は、下級職以外の階級であればすべて検察補助員に指定されている〔Vgl. C.Gusy, Polizeirecht (4., neubearb. Aufl., 2000), Rdnr.62〕。検察官補助員は、緊急を要する場合に、一定の強制処分を命令することができる。

（41） Vgl. W.Beulke, Strafprozeßrecht (5., neubearb. Aufl., 2001), RdNrn. 107f.

（42） LR-25, §163, RdNr.24 [Rieß]; Peters, oben FußNr.38, S.182; C. Roxin, Strafverfahrensrecht (25., völlig neubearb. Aufl., 1998), S.56.

（43） ドイツ刑訴法第一六三条に関する記述一般については、LR-25, §163 RdNrn.3, 6ff. [Rieß]; Eb.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II (1957), 〈Abk.:

EbSchmidt II〉, §163 RdNr.5; KK4, §163 RdNrn.1, 2, 12 [Wache] など参照。

(44) 訳語は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』〔松尾浩也ほか訳・法務総合資料四六〇号〕（二〇〇一）にしたがった。なお、本稿において、ドイツ刑事訴訟法典中の用語は、同書にしたがって和訳されている。

(45) Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar (hrsg. v. P.Rieß, 25., neubearb. Aufl.), 21.Lfg. (2002), 〈Abk.: LR-21〉, §152 RdNr.32 [Beulke]; LR-25, Vor §158 RdNr.8 [Rieß].

(46) LR-25, Vor §158 RdNr.9 [Rieß]; KK4, §152 RdNr.18c [Schoreit]; vgl. auch EbSchmidt II, §152 RdNr.10.

(47) LR-21, §152 RdNr.22 [Beulke]; LR-25, §160 RdNr.18 [Rieß]; Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, (erl. v. L. Meyer-Goßner, 46., neubearb. Aufl., 2003) 〈Abk.: M-G〉, §152 RdNr.4; H.Walder, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 1983 S.867.

(48) LR-25, §163 RdNr.17 [Rieß]; KK4, §152 RdNrn.16f. [Schoreit]; M-G, §163 RdNrn.1, 3, 9. もっとも、初動の要件として初期段階の嫌疑を要求する明文規定はない。そのため、一部の学説は、初期段階の嫌疑が生じるより前にも警察に一定の捜査権限を認める。Vgl. K. Marxen, Straftatsystem und Strafprozeß, 1984, S.184ff.

(49) Peters, oben FußNr.38, S.160ff.; Beulke, oben FußNr.41, RdNr.79; LR-25, Vor §158 RdNrn.9ff. [Rieß].

(50) Vgl. F.-L.Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht (9., erw. Aufl., 2002) RdNrn.87ff., 100ff.; Drews et al., oben FußNr.40, S.220ff.



(51) Handbuch des Polizeirechts (hrsg. v. H.Lisken u. E.Denninger, 3., neubearb. u. erw. Aufl., 2001), Kap. A RdNrn.71ff.; Knemeyer, oben FußNr.50, RdNrn. 10f.

(52) E.Schwan, Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfolgungsrechtes von dem des Rechtes der Gefahrenabwehr, VerwArch 1979, S.120, der dieses Abgrenzungskriterium aber ablehnt. S. auch Knemeyer, oben FußNr.50, RdNr.87; H. Dreier, Erkennungsdienstliche Maßnahmen im Spannungsfeld von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, JZ 1987, S.1014; E.Weßlau, Vorfeldermittlungen (1989), S.44f.

(53) 判例および学説の概況については、Weßlau, oben FußNr.52, S.116 ff.; Dreier, oben FußNr.52, S.1012f. など参照。なお、この区別基準は、鑑識事務上の処置（Erkennungsdienstliche Behandlung）〔ドイツ刑訴法第八一条b〕をめぐる解釈論において表面化してくる。鑑識事務上の処置をめぐる解釈論については後述する。

(54) R.Riegel, Inhalt und Bedeutung des neuen Paragraph 111 StPO, NJW 1979, S.147. Vgl, auch ders., Neue Aspekte des polizeilichen Befugnisrechts zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, JR 1981, S.231.

(55) VG Frankfurt, DVR 1984, S.272(277). Vgl. BVerwGE 26, 169. Vgl. auch H.-H.Kühne, Strafprozeßrecht (6., neubearb. u. erw. Aufl., 2003), RdNr.319; Weßlau, oben FußNr.52, S.245.

(56) 嫌疑に関する一連の記述については、Walder, oben FußNr.47, S.866 ff.; Kühne, oben FußNr.55, RdNrn.143ff.; M.Kniesel, Neue Polizeigesetze contra StPO ?, ZRP 1987, S.380; E.Lohner, Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren (1994), S.46ff. など参照。

(57) Weßlau, oben FußNr.52, S.40. 訴訟対象に関する記述は、Peters, oben FußNr.38, S.278ff. を参考にした。なお、このような刑事手続像の存在の認識根拠として、ドイツ基本法第七四条第一号に関する解釈論を引き合いに出せるかもしれない。連邦と州との競合的立法権限をカタログ化した同条は、その第一号において「裁判手続き（Gerichtliches Verfahren）」を挙げている。憲法解釈によれば、同号の文言には「裁判手続」と「直に接する前領域（Unmittelbares Vorfeld）」すなわち刑事訴訟上の捜査手続（および捜査手続における警察の任務と権限）も含まれるという。なお、ドイツ基本法中の法文は、樋口陽一＝吉田善明編『解説世界憲法集』（第四版・二〇〇一）にしたがって和訳した。

(58) LR-21, § 152 RdNr.22 [Beulke]; Lohner, oben FußNr.56, S.140.

(59) 歴史的に形成されてきた検察官への法的な要請については、支配的見解として、Eb.Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafpflege (2., unveränderter Nachdruck der 3.Aufl., 1995), § 289 を参考にし、また、支配的見解とは異なる視点から研究した文献として、H.Rüping, Die Geburtsstunde der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA 1992, S.150ff. を参考にした。また、日本の文献としては、さしあたり、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四巻一〇号（一九六七）一二八五―一二八七頁など参照。また、くわしく研究したものとしては、川崎英明『現代検察官論』（一九九七）九三頁以下参照。

(60) 基本法によれば、連邦刑事局（Bundeskriminalamt）や連邦国境警備隊（Bundesgrenzschutz）などの組織および任務に関する立法権限は連邦が有している（基本法第八七条一項および同第七三条第一〇号）。その他の警察の組織および任務に関しては、基本法がとくに定めていないため、州に立法権限がある（同第三〇条）。

(61) ドイツの伝統的な警察法理論による警察活動の規制については、島田茂「西ドイツ警察法における予防的警察活動の法理（1）」横浜市立大学論叢（社会科学系列）三四巻一・二合併号（一九八三）一九一―一九二頁、一九七頁以下参照。

(62) 統一警察法模範草案の成立に関する一連の経緯は、G.Heise/R.Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes (1978), S.13ff. 一連の経緯についてくわしくふれた日本の文献として、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」ジュリスト七三三号（一九八一）五七頁以下、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」横浜市立大学論叢（社会科学系列）三三巻一号（一九八二）一一三頁以下、など。

(63) げんに、現行犯人以外の者に対する身元確認措置（原案第九条第二項）は、純粋に刑訴法の補充規定としての性質をもつと判断されたため、この規定を原案から削除し、その代わりに同種の規定を刑訴法改正案に盛り込んだのである。R.Riegel, Neueste Entwicklungstendenzen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, ZRP 1978, S.15.

(64) Riegel, oben FußNr.63, S.15. なお、作業グループは、身元確認のため行われるさまざまな処分について、危険防除や犯罪の防止一般に役立つと同時に、新たな犯罪（者）の発見あるいは将来行われる刑事訴追の負担軽減にも役立つものと評価していた。だが、作業グループの見解によれば、基本法第七四条第一号も合わせ考慮した結果、こうした混合的な権限にみられる禁圧効果との関連は刑訴法にいう刑事訴追とみることはできないから、これらの権限はネガティ

ヴに警察法に組み入れるべきものと判断したという。Riegel, ebenda.

（65）Heise/Riegel, oben FußNr.62, S.47.「手入れ」の法的性質についてくわしくふれた日本の文献として、島田・前掲注（61）一八八頁以下、同「西ドイツ警察法における予防的警察活動の法理（2・完）」横浜市立大学論叢（社会科学系列）三六巻一号（一九八五）三七頁以下など参照。

（66）模範法案にしたがって制定された各州の警察法律にみられる検問所の設置について、くわしくは、Handbuch des Polizeirechts, oben FußNr.51, Kap. F RdNrn.3431ff. を参照。また、刑事訴訟法に規定された同処分（刑事訴訟法第一一一条）との関係では、Riegel, oben FußNr.54, S.147ff. など参照。

（67）模範草案と州法との対応関係については、Heise/Riegel, oben FußNr.62 を参照。

（68）Weßlau, oben FußNr.52, S.284ff.

（69）Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (bearb. v. H.-J. Rudolphi), 15., Aufbau-Lfg. (Stand: März 1996)〈Abk.: SK-15〉, Vor § 151 RdNr.153. [Wolter].

（70）H.Schäfer, Die Prädominanz der Prävention, GA 1986, S.49ff.

（71）A.Stümper, Systematisierung der Verbrechensbekämpfung (1981), S.71 ff.

（72）A.Stümper, Prävention und Repression als überholte Unterscheidungen ?, Kriminalistik 1975, S.52.

（73）Stümper, oben FußNr.72, S.52.

（74）Schäfer, oben FußNr.70, S.52.

（75）Schäfer, oben FußNr.70, S.55.

（76）Schäfer, oben FußNr.70, S.54.

（77）薬物取引その他の組織犯罪に対する警察活動にとっては、法定主義が組織の実態解明をさまたげるという。W.Sielaff, Am selben Strang ziehen, Kriminalistik 1989, S.145.

（78）Stümper, oben FußNr.71, S.82ff.

（79）M.Kniesel, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit, ZRP 1992, S.165.

（80）Kniesel, oben FußNr.79, S.165.

（81）S. auch A.Stümper, Die kriminalpolitische Verantwortung der Justiz in unserer Zeit, ZRP 1994, S.464. なお、クニーゼルの見解は、一見すると、危険を予防することが刑事訴追よりもつねに優先するかのようにみえる。しかしながら、ここにいう予防とはつねに危険防除の意味で用いられており、つねに優先すべき任務として想定されているのは具体的危険の除去だけである〔Kniesel, oben FußNr.56, S.378f, 383.〕。

（82）なお、ドイツにおける行政法学上の警察は、日本の伝統的な行政法学にいう警察とほぼ同義である。これについては、保木本一郎「西ドイツにおける警察法の動向 —— 行政警察の解体」法学セミナー増刊／現代の警察（一九八〇）二二〇頁以下など参照。

（83）W.Hassemer, Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr, ZRP 1991, S.122f.

（84）この効果は、第二次的予防（sekundäre Prävention）と呼ばれる。H.Busch/A.Funk/U.Kauß/W-D.Narr/F.Werkentin, Die Polizei in der Bundesrepublik (1985), S.239; Weßlau, oben FußNr.52, S.46, 73.

（85）Busch et al., oben FußNr.84, S.241.

(86) Busch et al., oben FußNr.84, S.240ff., 421ff. Vgl. auch F.Sack/D. Nogala, Überwachungstechnik im Dienst der Polizei, in: Polizei und Datenschutz (hrsg. v. H.Bäumler, 1999), S.212ff.

（大学院博士課程社会科学研究科）