

令和元年6月17日現在

機関番号：32702

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2016～2018

課題番号：16K03378

研究課題名(和文) 行政警察作用による犯罪対応の研究 行政法と刑事訴訟法の交錯

研究課題名(英文) A Study on Prevention of Crime from the point of view of intersection between administrative law and criminal procedure law

研究代表者

公文 孝佳 (Kumon, Takayoshi)

神奈川県・法学部・教授

研究者番号：30312333

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,400,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、犯罪予防の法制化に関して歴史的観点からの分析を行っている。手がかりとしたのは、軽微な逸脱行為の犯罪化と、危険防止に関する立法である。前者に関しては、近代法以前にさかのぼり、日本各地で制定されたものを収集し、旧刑法の違警罪への影響を検討した。後者に関しては、旧行政執行法から現在の警察官職務執行法への移行を検討し、「犯罪予防」の内実に関しては立法府では必ずしも十分に検討されなかったことを確認した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究では、明治初期からの各地の取り締まり令、明治4年以降全国で制定された違式かい違条例の収集と分析により、我が国でこれまで必ずしも十分に明らかにされていなかった、近代刑法継受前の軽微犯罪への法的対応とその位相の一端を明らかにするとともに、それらが近代刑法継受後の違警罪に相当程度受容されたことを明らかにし、我が国における明治初期の刑事法の世界の一隅を照らすとともに、近代法継受以前より、軽微な逸脱行為の犯罪化という手法が、治安維持の手段として使われたことを明らかにした。

研究成果の概要(英文)：In this study, the historic analysis of the legal system about the crime prevention was performed. It is the following points on this occasion to have assumed a clue. 1. The criminalisation of a slight deviance. 2. A legislation about the prevention of danger. As to the former point, Materials in early Meiji era were collected and analyzed. About the latter, the shifts from the act on Execution by Administration (-1948) to the act on Performance of Police Functions(1948-) were mainly examined. As a result, it was confirmed that it was not necessarily examined enough about the fact of "the crime prevention" at the legislature.

研究分野：刑事訴訟法

キーワード：違式かい違条例 警察犯処罰令 行政執行法 警察官職務執行法 行政警察作用

## 1. 研究開始当初の背景

犯罪対応を考える場合、犯罪が生じた後の事後的な司法的対応と、事前の「危険」予防としての行政警察的対応の二つに大きく分けて考えることができるが、従前、特に後者に関しては十分な研究がなされてこなかった。「犯罪」の前段階を含む「危険」の射程が十分に検討されぬまま、戦前のわが国は、近代法継受後、行政執行法による「危険防止」と、司法手続を経ぬままに「犯罪処理」を行う違警罪即決例が導入され、恣意的・示威的な運用がなされた歴史がある。第二次大戦後、これらは廃止され、警察官職務執行法が1948年に制定されたが、本法は上述の二つの制度の濫用に対する反動という点から、「危険防止」という点においては謙抑的な機能を持つものであった。しかし、刑事手続における捜査との関連性が議論されつつも、警職法が行政執行法になった危険防止という側面は、等閑に付された感があり、刑事訴訟法の分野で行政警察作用としての危険防止措置が論じられることがあっても、それは十分なものではなかった。この点は、行政執行法と警察官職務執行法の立法史・移行史の検討が不十分なことに由来し、研究の必要があること考えられる。

他方、違警罪即決例に関しても、その濫用の歴史が批判的検討がなされることがあっても、その背景、立法前史、違警罪の対象たる軽微な犯罪の取捨選択につき、なぜそれらが対象とされたのかという検討は十分になされてこなかった。軽微犯罪を公権力の関心対象とすることは洋の東西を問わず行われてきたことであるが、それがどのような目的で行われてきたのか、我が国では十分に検証がなされてこなかった。「歴史的現象」として違警罪即決例が、一定の思想運動などの摘発等に使われたことは周知であるけれども、なぜ対象たる犯罪が公権力の対象となるのかといった調査は不十分である。軽微犯罪に対する手続の濫用という歴史的経験を立法前史にまでさかのぼり調査の必要がある。

如上の点を検討するためには、我が国における近代法継受以前、明治初期からの立法例を見る必要があるが、刑事法の領域では従来の研究の関心領域は旧刑法による違警罪導入以降の時期であり、行政法の領域では行政執行法の制定過程に関しては蓄積が見られるものの、同法から現行警察官職務執行法への移行に関しては十分な蓄積がない。

## 2. 研究の目的

本研究においては、次の三点を目的とし、警察法中に犯罪予防目的に行使しうる規定を持つフランスとドイツを比較対象として、犯罪予防と行政警察作用の関連を検討する。(1)広い範囲を対象とする行政警察作用に関して、仏独両国における発展史を検証、行政警察作用における「犯罪予防」の位置価値を明らかにする。(2)犯罪予防を目的とする規定そのものの立法過程、適用事例、適用のためのガイドラインを丹念に検証し、同種制度のわが国における立法の可能性を検証する。また、立法時の検討素材となりうる資料を提供する。ドイツ法に関しては、前述のように、マクロ的な視点として、行政警察概念の史的検証を行うのに加え、ミクロ的な視点として犯罪予防措置として使われてきた諸制度の生成史と発展史に加え、特にそれら諸制度との相関関係が問題にされてきた「一般条項(Generalklausel)」をめぐる生成史・立法史・発展史・学説史の検討を行う。(3)治安政策目的の「犯罪予防」の見地から、近代法継受以前の位相を検証、行政警察規則(1875年)及び行政執行法(1900年)の制定過程を検証する。更に、行政執行法制定から廃止、現行警察官職務執行法制定に至る過程においても同様の作業を行い、わが国において「犯罪予防」が行政警察概念においてどのように具体的に位置づけられていたかを検証する。これに加え、実体刑法上の軽微犯罪に関する改正も、当該犯罪の摘発が治安維持目的等に流用される(された)可能性を持つ点にかんがみ、検証する。その際、視座となるのは、違警罪のわが国固有のルーツともいえるべき違式かい違条例の運用実態が違警罪即決例の導入にどのような影響を与えたかという点、また、違警罪を廃し、導入された警察犯処罰令が治安維持などを目的とする示威的・恣意的なものでなかったかどうかという点である。後者に関しては、さらに次の点もまた検証の対象としたい。すなわち、違警罪の刑法からの削除と内務省令たる警察犯処罰令への移行の背景である。警察での事件処理による司法の負担軽減という機能を担った違警罪即決例は、周知のように、違警罪廃止後の警察犯処罰令でも維持されている。警察限りの処分という機能面からすれば、根拠たる法規を「省令」に含ませるのは当然とも思われるところ、なぜ内務省令に移行させる必要があったのか、また、内務省令に移行させることで、旧刑法時代の違警罪即決例の運用と警察犯処罰令の時代の違警罪即決例の運用に関する相違を十分に検証する必要がある。同時に、刑法理論における法益論と違法論と軽微犯罪の関連についても、軽微犯罪対策において、それら理論が果たした役割についても視野に入れる。

明治初期、近代法継受前からの取締規則なども研究対象とし、近代法継受後の行政警察規則、行政執行法、これらが廃止された後の警職法のそれぞれの制定過程の立法資料を集成・分析し、「行政警察」概念受容前後を比較し、法継受の一つのモデルを提示する。また、行政執行法の廃止と警職法制定過程の調査、特に行政検束廃止とその後の警職法までの経過措置を調査し、戦前の「犯罪予防と行政警察概念」の反省過程の追跡を行い、現時に至る「犯罪予防と行政警察概念」の相関関係を明らかにする。

### 3. 研究の方法

本研究では犯罪予防の場面における行政警察作用の検証を行うための基礎研究として、文献研究中心に以下のものを行った。(1)近代法継受以前のわが国の犯罪予防対策の研究。三府五港(東京、大阪、京都、函館、新潟、横浜、神戸、長崎)における犯罪予防目的の各種取締規則の実態に関する研究。(2)(1)に続き行政警察規則制定までの三府五港で制定された取締規則の制定状況の研究、行政警察規則の制定過程の研究。(3)行政執行法の立法史研究、現行警察官職務執行法の制定過程及び改正案の研究。(4)違警罪廃止後、内務省令として警察犯処罰令が成立したことの歴史的意義を、内務省関連の史料・資料調査に基づき検証。比較法的研究として、(5)フランスおよびドイツ警察法における「行政警察概念」の発展史研究。(6)フランスおよびドイツ警察法における危険及び犯罪予防を目的とする強制的措置とその立法例、立法過程の調査。(7)(6)用の具体事例、適用のガイドラインの調査。

### 4. 研究成果

違式かい違条例の収集と整理に関しては三府五港を中心に順調に推移している。しかしながら、それに先行して各地で明治初期に整備された取締規則様のものに関しては、各 地域での史料の散逸等もあり、地域による格差を今後の資料集成にどう反映させるかが課題となって居る。よって資料公開に遅れが出ている。違式かい違条例後 の各地域の違警罪の収集に関しては順調に進んでいる。現行刑法導入に際しての違警罪廃止、警察犯処罰令導入に関して、内務省の資料も収集対象とし資料分析を進めている。その際視座としたのは以下の二点である。(1)刑法学における「抽象的危険」概念との関連付け。(2)法律ではなく「内務省令」となったことの意義。(1)に関しては、軽微犯罪を処罰対象とする場合の「危険」概念のありようを分析する作業に着手し、刑法分野の担当者が論考を作成中である。(2)に関しては、(1)より作業が遅れているものの、法律ではなく省令とされたことの歴史的な位置づけを分析する作業に着手している。また、省令への移行が違警罪廃止後の警察犯処罰令導入後にも維持された違警罪即決例と相まって、犯罪予防をその任務とする行政警察作用が肥大する危険が内務省の内外でどのように論じられたのかを明らかにする作業に着手している。以上に加え、行政執行法から現在の警察官職務執行法への移行過程についても検討に着手している。犯罪予防、危険防止の観点にたつとき、実相においては抽象的危険レベルでの直接強制も可能であるように運用された行政執行法の持つ「犯罪予防機能」が現行警職法制定過程でどのように批判的に議論されたのかを明らかにする作業に着手している。現時では、国会での審議に関してはこの点は十分に議論されていなかったことが明らかとなった。この点は、行政執行法の廃止が急務であったことが原因とも考えられるが、制定過程、内務省での議論、制定後の関係省庁内での議論、改正の議論も含め、分析を進める予定である。

比較法的調査に関しては、ドイツ警察法における強制的措置について、文献調査、資料の分析を行い、論考を作成中である。現時までに分析できた内容に簡単に触れておく。ドイツ警察法においては、危険防止措置として、場所への立ち入りの禁止、滞留禁止、監置、召喚、警察監視をはじめとする「通常措置(Standardmassnahme)」が用意され、それら措置で対応できない場合に「一般条項(Generalklausel)」に基づく措置で対応することが可能となっている。これは、各ラントの規定する警察法においても同様である。もっとも、通常措置以外の措置が問題となる場合、一般条項を即座に適用してなにかしらの措置がとれるかに関しては、その射程範囲につき激しい論争があることが分かった。その場合、問題となるのは、(1)一般条項が権限法的性質を持つかどうか、(2)権限法的性質を前提とする措置は通常措置との相違性を十分に検討しなければならない、という二点である。本研究に伴う調査では、以下のことが判明した。(1)に関しては、当初認められてはいなかったものの19世紀後半にプロイセンで認められるに至り、それがその後の諸改正に影響を及ぼしたものの、南北の諸ラントでいまだに見解の相違がみられること。(2)に関しては、21世紀に入りDV関連の警察措置導入の際に問題となったこと。すなわち、2002年の暴力保護法(Gewaltenschutzgesetz)の導入により、諸ラントにそれに即応する形で警察法の改正が求められたとき、多くのラントでは、従来の通常措置に加え住居からの退去(Wohnungsverweisung)が規定される一方で、従来の一般措置での対応で可能とする、あるいは一般条項での対応で可能とするラントも存在した。もっともそれらラントにおいても、事後的に住居からの退去処分を整備するに至っている。

通常措置と一般条項をめぐる議論は、わが国の警察法及び警職法をめぐる理論状況にも大いなる示唆を与えるものと考えている。我が国では、ある事象のための危険防止措置がない場合、組織法たる警察法にその根拠を求める立場すら存在するが(不特定犯罪に対する交通検問など)、権限法たる法規の中にある一般条項でもそれが具体的措置を行う根拠となるかどうかを厳格に論じるドイツ警察法をめぐる議論は、比較的有力な如上のような立場に対する一つの回答になるように思われる。また、暴力保護法に伴う住居退去処分の導入をめぐる議論も、ある危険状況に対する措置が、対象とする者の有する諸権利のうち、何を制限するかということにつき精密に考えていく-「場所に滞留する権利」と「住居に居住する権利」は似て非なるものである-というモデルを提示しているといわねばならず、この点は、警職法の解釈や将来における立法

に重大な示唆を含むものといわねばならないと考える。

一般条項と通常措置の多角的検討により、今後の課題となるのは、それらに基づく措置を発動するための「危険」概念の検討である。刑事訴訟法上の処分の場合、具体的な嫌疑の存在が先行することが要求されるが、権利制限を発動する根拠となる「危険」に関しては、十分な検討が進んでいない。この点はドイツ警察法上の各種措置の発動事例の検討、また、ガイドラインを検討することにより、分析することになる。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計0件)

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計0件)

## 6. 研究組織

### (1)研究分担者

研究分担者氏名：公文 孝佳

ローマ字氏名：Kumon Takayoshi

所属研究機関名：神奈川大学

部局名：法学部

職名：教授

研究者番号(8桁): 30312333

### (2)研究分担者

研究分担者氏名：加藤 正明

ローマ字氏名：Kato Masaaki

所属研究機関名：神奈川大学

部局名：法学部

職名：教授

研究者番号(8桁): 00587438

### (3)研究分担者

研究分担者氏名：白取 佑司

ローマ字氏名：Yuuji Shiratori

所属研究機関名：神奈川大学

部局名：法学部

職名：教授

研究者番号(8桁): 10171050

### (4)研究分担者

研究分担者氏名：安達 和志

ローマ字氏名：Adachi Kazushi

所属研究機関名：神奈川大学

部局名：法学部

職名：教授

研究者番号(8桁): 10409906

(5)研究分担者

研究分担者氏名：三浦 大介

ローマ字氏名：Miura Daisuke

所属研究機関名：神奈川大学

部局名：法学部

職名：教授

研究者番号（8桁）：30294820

(6)研究分担者

研究分担者氏名：幸田 雅治

ローマ字氏名：Kouda Masaharu

所属研究機関名：神奈川大学

部局名：法学部

職名：教授

研究者番号（8桁）：10635460

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属されます。