

平成 30 年 5 月 17 日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2015～2017

課題番号：15K03099

研究課題名(和文) 法治国家的警察法体系の再構築に関する研究 - 警察法2条による警察実体法形成の可能性

研究課題名(英文) A study on the reconstruction of "das rechtsstaatliche Polizeirecht-system".

研究代表者

米田 雅宏 (YONEDA, Masahiro)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：00377376

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)：本研究の目的は、戦後警察改革により分散的に規律された警察権限をドグマティックの手法を用いることによって統合し、法治国家的警察法体系の再構築することである。その主要な成果は、以下の通りである。戦後警察改革の経緯とその法的意味を警察実務の観点から明らかにした。「警察権の限界」論を、Dogmatikを用いて再定位することを提案した。児童虐待の事例など具体的な事例を素材としつつ、警察一般条項としての警察法2条1項の可能性について検討した。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this research is to reconstruct "rechtsstaatliche Polizeirecht-system" using "Dogmatik", which integrate Police authority decentralized by police reform.

The main achievements of this research are as follows: (1) Clarified the History of police reform and its legal meaning. (2) Proposed to reposition "Theory of limiting the police power" using "Dogmatik". (3) Discussed the role of Art.2 (1). Police law as police general clause while using the case of child abuse as a material.

研究分野：行政法、公法

キーワード：警察法 警察法2条 法ドグマティック 法治国家的警察法体系 警察権の限界論 ドイツ警察法 戦後警察改革 警察一般条項

1. 研究開始当初の背景

我が国において、いわゆる「警察権の限界」論は、法治国家的警察法体系の中心的役割を担ってきたが、その有効性については戦後早い時期から特に警察実務家から批判されてきた。例えば田村正博氏(元警察大学校教授)は実務的立場から「警察権の限界論」の無用論を主張したことで知られるが(「警察の活動上の『限界』(上・中・下)」警察学論集41巻6号~8号(1988))、他方で須藤陽子氏のように、限界論を中心とした伝統的警察法理論に欠けているものを確認した上で、なおこれを規範的な理論として再構成する余地があると主張するものもあった(「日独警察法理論の相違—『警察権の限界論』に対する批判に答えて」立教法学80号(2010))。もっとも、この田村・須藤論争については「実定法の定め」を重視して警察活動を語る警察実務家を前に「理論」の旗色は芳しくないとの評もあるように(今村哲也「国家活動法定主義と警察」警察政策13巻(2011))、「伝統的警察法理論」はなお克服されるべき対象として理解されている。今日、両者の対立は解消するどころか、法を安全政策実現の道具として見る「社会安全政策論」の実務的影響力とも相まって、ますます拡大している。

本稿執筆者は、これまで警察実体法の彫琢に関心をもち、「警察権の限界論」を現実の警察活動の実態に適合的な法理として再定位する研究を行ってきたが、これは最初から「伝統的警察法理論」を無用であるとして放棄しない立場である。具体的には、警察比例の原則の一部を危険概念の問題として位置づけ直し、(具体的・抽象的)危険概念の解釈方法を明らかにするほか、警察公共の原則についても裁判所に対する警察の補完性の問題として位置づけることで、民事事件の解決には私的自治の原則と警察の緊急権限の衡量が必要であること等を明らかにした。さらに直近では組織法に目を転じ、警察消極目的の原則を行政機関に対する警察の補完性の問題として捉え直すことで、専門的知見を有する行政機関と即時対応が可能な警察の役割分担という観点から、機関の適正に適合的な任務配分原理を明らかにした。いずれの研究も、講学上の警察概念を論理的に展開させたに過ぎない従来統制法理を、執行機関としての警察の特徴を踏まえた統制法理に転換しようとするものである。

しかし上記の研究の多くは、「伝統的警察法理論」形成に大きな影響を与えたドイツ警察法を参照領域とするものであり、我が国の実定法分析を対象とするものでありながら、なおドイツ法「理論」中心であったことは否定できない。これは分析対象となる実定法の違い、特に、ドイツ警察法史の中で時間をかけて彫琢されてきた警察一般条項のような規範が、我が国には存在しないことから、再定位した理論を我が国の実定警察法制の上

に基礎づけることに限界があったことに起因する。上記の田村・須藤論争を解決するためには、まさにこの問題が先決問題として解決されなければならない。そこで本研究では、再定位された「伝統的警察法理論」を現行警察法制の中に明確に位置づける必要性を痛感し、我が国において現実に行われている警察実務の実態を踏まえた上で、改めて、法治国家的警察法体系を再構築することを目指すという着想を得た。この再構築において特に重要な役割を果たすと考えられるのは、警察一般条項と類似した内容を持つ警察法2条1項の規定である。というのも、警察法2条1項は警察の責務を定めた組織法規定であると一般に理解されつつも、裁判実務では作用法たる警察官職務執行法等の個別権限と有機的に結び付けられており、ここに再定位された「伝統的警察法理論」と現行警察法制を繋ぐ糸口があるのではないかと考えたからである。本研究は、この警察法2条1項を軸として、戦後警察改革の後、個別法毎に分散的に規定された警察権限を統合的に把握し、法治国家的警察法体系の再構築を試みることを目的とするものである。

2. 研究の目的

1で述べた研究の背景を踏まえ、研究期間内で次の3点を明らかにすることを目的とした。

第一の目的は、戦前から戦後に至る警察法制の変遷を警察実務の視点から実証的に明らかにすることである。具体的には、戦前の警察活動を支えていた大陸法的警察法制(地方官制、行政警察規則、行政執行法)が、戦後、英米法的警察法制(警察法、警察官職務執行法)へと移行したプロセスの中で、現場の警察実務はどのような変化を経験したのか、また現在のような分散的な規律状況をもたらしている原因やその問題点について、個別の警察法規の制定過程や解釈論の展開を実証的に追いながら、検証する。

第二の目的は、戦後警察改革の結果生み出された警察権限の分散的規律を体系的に組み立て直すために、ドグマーティク(解釈構成)という解釈論的営為が果たす役割に注目し、体系化の手法としてのその有効性を検証することである。具体的にはドグマーティクが果たす①政治との距離の取り方、②矛盾衝突する規範の調整、③法秩序内部での首尾一貫性・単純性の確保が、実務を踏まえた法治国家原理の保障に大きく寄与するものであることを、明らかにする。

第三の目的は、警察の責務を規定する警察法2条1項を中心として、戦後行われてきた分散的規律を、上記で明らかにされたドグマーティクの手法を用いることにより、体系化・再構築することである。特に、戦後形成されてきた警察実務並びに裁判実務に統合的な説明を与えることで、警察実体法の形成、

さらには一般法たる「警察基本法」制定の可能性について展望する。

3. 研究の方法

従来、我が国の警察法学は「警察権の限界論」といった「理論」中心の考察が中心であり、実定法に基づいた解釈論をあまり豊かに展開してこなかったように思われる。これは特に学説の側に顕著であるが、他方で現実の警察活動を担う警察実務の側においては、「理論」とは別に個別実定法の解釈と実践の積み重ねが存在していた筈である。また、特に60年代以降、警察活動にかかる判例が増加したが、その中で裁判所もまた、伝統的な警察法理論を意識しつつも、個別事案に即した各種警察法令の解釈論を展開してきたように思われる。本研究では、これまでの警察法学においてあまり注目されることのなかった、これらの警察実務・裁判実務に光を当てることによって「伝統的警察法理論」が見落としてきた警察実務における解釈実践を調査し、これを警察権の限界論の中に改めて位置付けることを試みるものである。

その際、本研究は、法治国家的警察法体系を再構築するための方法論として、ドイツで主流の解釈方法論であるドグマーティク（解釈構成）の作用に注目し、これを通じて、理論と実務の統合を試みるのができないか、検討するものとする。ドグマーティクに注目するのは、完成された警察法体系を持つドイツ警察法もまた、ドグマーティクという営みを通じて警察実務・裁判実務が統合され、実定警察法が整備されるに至った歴史を持つからである（Wuertenberger, *Modernisierung des Polizeirechts als Paradigma fuer die Entwicklung des Rechtsstaates*, in: *Gedenkschrift fuer Ferdinand O. Kopp*, 2007）。むろんドグマーティクという解釈論的営みの解明は容易ではない。我が国でもかつて警察概念を中心とした体系化が行われたが、「行政法各論としての警察法」はその方法論に対する無自覚性ゆえに、その具体的姿を示すことができず、結果失敗に終わってしまったからである。

かくして本研究は、かつての体系化の失敗を反省しつつ、警察活動を見通しよく統制する法的基準を獲得すべく、戦後警察改革により分散的に規律された警察権限を、実務並びに警察実務・裁判実務を通じて体系化し、法治国家的警察法の再構築を試みることとなる。具体的には「伝統的警察法理論」を、警察法2条1項を中心とした現行実定警察法制において基礎づける方法が採られる。これにより、個々の警察法上の解釈論的課題を法治国家的警察法の理念（危険概念、「公共の秩序」概念、警察責任の原則等）の上で議論する土台を築くことが可能になると考えるからである。また警察法2条1項に法治国家的警察法の源泉規範としての意味が付与されるのであれば、今後の警察判例を通じて、我

が国の法治国家的警察法（警察実体法）が、「ドグマーティク」を通じてより鮮明な形で形成されることも期待される。その意味において本研究は、理論と実務の相互対話を可能にし、実務を側面支援することに寄与すると言えるだろう。

具体的な研究方法は、次の通りである。

まず研究初年度は、戦前・戦後の警察法制の変遷を警察実務の視点から実証的に分析した。周知の通り、戦後の警察法制は戦前の大陸法的警察法制から転換し、警察を法の執行隊と位置づけることから出発したが、既に田中二郎氏が指摘するように、これによって大陸法的警察法制が全面的に排除されたわけではない（『行政法の基本原理』（1949））。そこには、大陸法的警察法制の理論を引きずりながら英米法的警察法制との接合に苦心する実務家の苦悩があった。そこで戦前の警察法理論が、実務のレベルにおいてどのように切斷され、また受容されたのかを、警察法制の変遷史並びにその解釈論の展開から実証的に明らかにすることを目的とした。上記分析においては、立法担当者による法令解説や当時の警察大学校や講習所で使用されていた教科書、『警察研究』『警察学論集』に掲載された実務家による各種論文を、歴史的事件とともに年代を追って検証し、当時の実務における警察法制の適用実態を浮かび上がらせるよう心掛けた。この作業を通じて、実務家が理論に対してどのような限界を感じ、また克服しようとしてきたのか、より鮮明になると考えたからである。もともと、占領期における警察法制の形成過程の研究は、法制史研究としては充実しているものの、解釈論的視点からの実定法分析は手薄であるが、占領政策にかかる先行業績を活用しつつ（例えば『戦後警察史』所収の各種資料）、70年代以降に顕著に現れてきた警察法制の変化や、2000年代以降、ストーカー規制法に代表される、親密圏における問題に対応しようとする警察実務の態様変化に特に重点を置いた調査を行った。

平成28年度は、戦後警察関連立法を、法治国家的警察法体系として統合的に説明する方法論として、ドイツの法解釈実務を支配しているドグマーティクの作用に注目した。というのも、ドイツ警察法は、実定法の定めがプロイセン上級行政裁判所の判例と学説の協働作業（ドグマーティク）を経て有意義に解釈され、これが新たな立法制定に繋がったという経緯があるため、この手法を同じく活用することができれば、実定法の定めを絶対的に重視する制定法準拠主義に陥ることなく、また講学上の警察概念を中心とした悪しき体系化により実定法の定めを無視することもない、将来の立法策定に寄与するような一貫した解釈体系を示すことが期待されると考えたからである。ドグマーティクは、実定法を改変することなく法体系の矛盾を解消し一貫性・単純性を確保する解釈論的営

為として、我が国でも多用される言葉ではあるが、実はその母国であるドイツでもその内実が明確でないと評されるなど、しばしば論争のテーマとされていた（Kirchhof, ua (Hrsg.), Was weiss Dogmatik?, 2012）。この論争では、ドグマーティクによる過度の体系化による概念法学的思考が指摘され、その対抗思考として紛争の事案に即した体系化（Kontextierung）を重視する見解も提示されている。確かに過度の体系化は、講学上の警察概念を中心とした我が国の警察法理論と似た問題状況（「学問としての警察法」）を引き起こしかねず、その扱いには特に慎重さが求められるところである。かくして本研究では、かつての過度の体系化を自省しつつ、紛争の事案に即した体系化の要素も取り入れながら、バランスのとれたドグマーティクの機能を追求することを課題とした（参照、ヴァール「公法における法ドグマーティクと法政策」『法発展における法ドグマーティクの意義—日独シンポジウム』177頁以下）。

研究最終年度は、「伝統的警察法理論」と、実務家が理論を修正しつつ対応してきた実務とを、ドグマーティクの手法を用いることより統合的に把握し、これを警察法2条1項の規範の上に位置づけることにより、法治国家的警察法体系の全体像を提示することを目的とした。警察法2条1項は、警察の責務を限定する規定というのが現在の一般的な理解であるが、しかしこの条項は、戦前の行政警察規則や行政執行法と何の関係もなく忽然と現れたものではない。行政警察規則から受け継がれた保安警察の実質を踏まえるならば、警察法制全体を貫く原理規範としての役割を果たす余地もあり得、かくして如何にこの条文に新たな意味付けを与えるか（より正確には、如何に本来持つ意味を復活させるか）が重要な課題となる。

そこで検討においては、まず1957年「日本警察法制の欠陥」を指摘し、ドイツ警察法理論を背景に実務家の視点から我が国の警察実体法を構築しようとした土屋正三氏（元警察大学校教授）の「警察実体法要綱試案」（警察研究29巻1号以下）を分析対象とした。というのも、そこにはドグマーティクを背景にしつつ警察実体法を形成しようとする、本研究課題と同様の問題意識の萌芽が確認されるからである。また2013年に警察実務家と憲法・行政法研究者が共同で作成し、「警察基本法」の制定を提唱した『『これからの安全・安心』のための犯罪対策に関する提言』（警察政策学会）もまた、現代における実務と理論の一つの到達点として検討対象に加えた。なお、2006年度～11年度までの二つの科研課題は警察実体法の分析、2012年度～14年度までの科研課題は（広義の）警察組織法の分析ということで、作用法・組織法両面からの考察は既に終えているため、今回の研究課題でもって、これらの既存の研究成果が一つの形として完成することになる。

4. 研究成果

上記の通り初年度は、戦前・戦後の警察法制の変遷を、主に警察実務の視点から実証的に調査することを課題としたが、この初期調査において明らかとなったのは、大要以下の通りである。①戦前の警察法秩序は、内部規範たる行政警察規則を中核としつつ、大日本帝国憲法制定以前より存在していた各種取締規則と、治安警察法や出版法等から成る法体系を緩やかな形で形作っていた。②しかしこの体系は、（内部規範と外部規範の未分離、明確性原理の不徹底、手続的準則の不存在など）立憲主義ないし法治国家原理に相応しい形式を伴うものではなく、実定的内容が乏しいルールのコレクションに過ぎなかった。③このような法の不備・欠陥は、同時期において法治国家的警察法体系を築き上げたドイツのように、行政裁判所による判例の積み重ねによって是正・修正されるようなことはなかった（出訴事項の制限の存在など）。④我が国で期待されたのは、むしろ学者によって主張された条理としての「警察権の限界」の法理であるが、それも現行の実定法規と結びつくものではなかったことから実務上大きな影響力を及ぼすことはなかった。⑤戦後の警察改革により戦前の警察法秩序は解体されることになったが、必要最小限に限定された警察権限が個別法令ごとに分散的に規定されたことで、かえって警察活動を見通しよく統制する法的基準が不鮮明となった。⑥「警察権の限界論」の通用力に陰りが見えると、実務は個別法の積み重ねによって警察法秩序を肉付けしていったが、その立法技術には個別法で規律することの法的・政治的メリットを活かすと言う意味と同時に、包括的な実体的統制の可能性を回避し緩やかな統制のままであることが臨機応変な対応が求められる警察活動にとって合理的であるとする実務的感覚（警察的感覚）も見え隠れしていた。

研究年度2年目は、戦後分断的に規律された警察関連立法を統合的に把握するための方法論を探るべく、ドイツの法解釈実務に強い影響を与えている法ドグマーティクの機能について検討を行ったが、その結果は大要以下の通りである。連邦憲法裁判所長官であるフォスクーレ氏は、法ドグマーティクを“①プロフェッショナルな法治国家（裁判官、行政官、研究者等）によって定立、議論され、②規範的内容を持った、③互いに関係の中に配置される、④制定法や判例とは関連するが、その表現とは必ずしも一致しない、⑤諸命題の集まり”と説明しているが、この法ドグマーティクは、①単なる法テキスト、②法テキストの上で初めて構成されなければならない法規範、③裁判所による具体的事案の決定（判決）、④実践的な適用と無関係な、法素材の理論的描写、⑤法システムの内的関連の中で展開されるのではなく、

これまでの法実務との断絶をもたらそうとするような法政策的な提言とは、明確に区別されるものと位置づけられている。その点において、法ドグマーティクは、①(断片的に存在する法規定を)秩序付け・体系化する機能、②これに伴った(法解釈命題の)安定化機能、③(法解釈命題導出の)負担軽減機能、④批判及び継続的形成機能を、その重要な機能として持つとされる。上記のような法ドグマーティクの特徴・機能を踏まえた場合、我が国の警察法令を学説(理論)が十分に「統合化」「体系化」できなかったことの原因が、警察「概念」による演繹的解釈論によることが一層明らかとなった。その検討結果の一端については、「親密圏内事案への警察の介入過程の見える化による多機関連携の推進」(科学振興機構の社会技術研究開発センター(RISTEX)公募プロジェクト)に関する活動の一環として、社会安全・警察学研究所(6月23日、於:京都産業大学)にて「警察と他機関の連携を規律する『規範』—規範学としての警察法学の視点から」と題する報告を行ったところである。

研究最終年度は、伝統的警察法理論と、実務家が理論を修正しつつ実践してきた警察実務とを、前年の研究成果として明らかにした法ドグマーティクの手法を用いながら統合的体系的に把握し(法治国家的警察法体系)、これを警察法2条1項の上に基礎づけることの可否について研究を行った。これによれば、「日本警察法制の欠陥」を指摘し、ドイツ警察法理論をベースとして実務の視点から我が国の警察実体法を構築しようとした土屋正三氏(元警察大学校教授)の「警察実体法要綱試案」は、我が国の警察法制が戦後警察改革によって十分な規律密度を備えていないことの問題点を指摘している点では評価しうるものの、なお警察実体法の体系性や我が国の(法の執行隊としての意味を持つ)警察組織の実際という観点からみると(またドイツ警察法をベースとしている点で)問題点が少なくないこと、また2013年に警察実務家と憲法・行政法研究者が共同で作成し「警察基本法」の制定を提唱した『「これからの安全・安心」のための犯罪対策に関する提言」(警察政策学会資料71号)についても、見通し可能性を高めるという意味においての基本法の制定の提唱は高い意義が認められるも、既に先行する施策の法律上の根拠といった意味合いに留まるものも多く、やはり改善すべき問題点が少なくないことを明らかにした。以上を踏まえ、「干からびた理論とバラバラな実務」(元警察庁長官)と評されることもあった警察法理論と警察実務を、どのように有機的に結び付け、実務に寄与する警察法規範を豊かにさせていくかといった論点については、児童虐待の事例を例に検討を加え、その結果を「行政法理論と実務の対話—警察・安全、都市計画・まちづくり」を統一テーマとした第17回行政法フ

ォーラム(7月29日、於:東京大学)において、『「警察権の限界」論の再定位—親密圏内における人身の安全確保を素材として』と題して報告し、自治研究93巻12号27-51頁において公表したところである。また行政法フォーラムの後、神奈川大学共同研究グループ(「ドメスティック・バイオレンス対応政策研究—比較としてのアジア・参照としての欧米」)からの誘いを受け、「親密圏内への警察介入の諸問題」と題する研究報告を行い(8月24日、於:北海道大学)、DV法研究者や憲法学者、ジェンダー研究者と意見交換も行った。そのトータルな研究成果については、上記自治研究において簡潔に示している。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計4件)

- ① 米田雅宏、国家賠償法1条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察(1) —職務義務違反説の可能性—、法學(東北大学)、査読無、81巻6号、2018、1-35
- ② 米田雅宏、抽象的危険と危険防御命令—危険防御を目的とした行政立法の実体的統制—、行政法研究、査読無、19号、2017、61-157
- ③ 米田雅宏、「警察権の限界」論の再定位—親密圏内における人身の安全確保を素材にして、自治研究、査読有、93巻12号、2017、27-51
- ④ 米田雅宏、現代法における請求権—「客観法違反の是正を求める権利」の法的位置づけ—、公法研究、査読有、78号、2017、127-138

[学会発表](計2件)

- ① 米田雅宏、「警察権の限界」論の再定位—親密圏内における人身の安全確保を素材にして、第17回行政法研究フォーラム「行政法理論と実務の対話—警察・安全と都市計画・まちづくり」、東京大学、2017年7月29日
- ② 米田雅宏、現代法における請求権—「客観法違反の是正を求める権利」の法的位置づけ、日本公法学会、同志社大学、2015年10月18日

[図書](計5件)

- ① 米田雅宏、職権証拠調、行政判例百選II(第7版)、有斐閣、2017、400-401
- ② 米田雅宏(訳・解説)、科学技術の発展に対する行政法による対処、ディートリッヒ・ムルスヴィーク著/畑尻剛編訳、

基本権・環境法・国際法、中央大学出版部、2017、273-300

- ③ 米田雅宏、取消訴訟の対象（1）行政計画の処分性、亘理格・大貫裕之編、Law Practice 行政法、商事法務、2015、134-147
- ④ 米田雅宏、取消訴訟の対象（2）条例の処分性、亘理格・大貫裕之編、Law Practice 行政法、商事法務、2015、148-156
- ⑤ 米田雅宏、取消訴訟の対象（3）勧告の処分性、亘理格・大貫裕之編、Law Practice 行政法、商事法務、2015、157-167

〔その他〕

ホームページ等 なし

アウトリーチ活動等の成果（計2件）

- ① 米田雅宏、質疑応答（第17回行政法研究フォーラム—行政法理論と実務の対話）、自治研究、94巻1号、28-48、2018
- ② 米田雅宏、ブックレビュー：言葉を通して、行政法を解析する！大貫裕之『ダイアログ行政法』（日本評論社、2015）、法学セミナー、743号、126-126、2016

6. 研究組織

(1)研究代表者

米田 雅宏 (YONEDA, Masahiro)
北海道大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：00377376

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし

(4)研究協力者 なし