

自由と安全のアシンメトリー——「安全の中の自由」論が生み出す安全と危険

白藤 博行

ポリツァイ (Polizei) から警察へ

白藤でございます。歴史的に日本の警察をいろいろ検討すると、優秀な警察官僚と現場との間に警察改革をめぐる乖離があったとみるべきだというのが一つの視点だと思います。ただ、私は余り「素直」ではございませんので、多少疑問も持ちます。

私の専門は、日独の行政法、地方自治法、そして警察法ですが、ドイツの警察行政の歴史をみていると、19世紀というのはまさに公共の福祉を建前にしつつ、警察が法の縛りなしにどこまでも無制限に個人の生活に入ってきて、警察行政を推進した時代でした。今日では、警察というと、私たちがただちにイメージするのは、制服を着た警察官だと思うのですが、警察に当たる言葉はドイツではポリツァイ (Polizei) と言いまして、これは伝統的には「行政」と置き換えられるような概念だったのです。だから、常に福祉行政だとか社会保障行政だとかとリンクしながら、それらと裏表の関係で歴史的には展開してくる。つまり、警察は、一方では社会主義者を抑圧するための治安政策の実施主体として出っ張りながら、他方では、社会保障だとか、社会保険だとかの社会政策の実施主体としても活動する。そういうなかなかややこしい性格のものなので、そう簡単に警察の問題は評価できない。そこが難しいところなんです。

警察法の目的

今の宮地先生のお話の続きを意識してお話しますと、明治・大正・昭和の時代をへて、日本は第二次世界大戦で敗戦することになるわけですが、その結果、大日本帝国憲法から日本国憲法へと憲法は大きく変わりましたが、警察法も大きく変わりました。今も警察法という法律がありますが、戦後最初の警察法は前文をもっておりました——今の警察法にはそれが無いのですが。ちょっとその部分だけ読ませて頂きますと、「国民のために人間の自由の理想を保障する日本国憲法の精神に従い、また地方自治の真義を推進する観点から、国会は、秩序を維持し、法令の執行を強化し、個人と社会の責任の自覚を通じて、人間の尊厳を最高度に確保し、個人の権利と自由を保護するために、国民に属する民主的権威の組織を確立する目的をもって、ここにこの警察法を制定する」とあります。これは現在でも読み返す価値のある内容です。今読み上げたところからも分かりますように、戦

前の警察のあり方を反省をして、二度と個人の権利と自由を侵害しないぞという強い決意と、警察の地方分権化が読み取れる前文になっております。なぜそういうふうにするかといえば、警察自身としても、あるいは国家自身としても、戦前・戦中の特別高等警察をはじめとする国家警察に対するキチンとした総括をして、民主的な警察の構築に向かう意思が明白だったからだとは私思っておりますし、多くの行政法、あるいは憲法の研究者はそのように読んでいます。

警察法と警察官職務執行法

警察法とならんで、警察官職務執行法という重要な法律があります。警察の組織については警察法で定めるが、警察がどんなときに具体的にどのように活動するかと言う点については警察官職務執行法という法律に基づくのが基本原則だからです。皆さんの中で、これまでに警察官からの職務質問（いわゆる職質）を受けた人がどれだけおられるか…。この警察官職務執行法という法律は非常によく出来た法律で、警察官がどういう時にどんなことが出来るか、ということが書いてあります。行政法的にはそういうのを行政作用法といいます。行政が活動できるのは、法律が行政組織を定めて、事務と権限を規定するからですが、どのような時にどのようなことが出来るかが書いてないと、どの行政でも——例えば警察でも——暴走してしまう可能性がありますので、それで行政作用法（活動法）で縛っているのです。警察官職務執行法の第2条が職務質問の規定なのですが、これによると、警察官は職務質問してもいいけれど、今から犯罪を犯そうとしているとか、犯罪を犯してきたところだとか、犯罪について何か知っていると、そういうことについて警察官が何か確信をもった時に初めて職務質問をしてもいいと書いてあります。逆に言うと、それ以外の目的で職務質問してはいけないとされているのです。警察行政については、組織法としての警察法と、個々の活動をする時にどういうことが出来るかについて警察官職務執行法で二重の縛りをかけているのです。それほど厳格に規定しているのは、当時の警察改革が戦後の民主改革の中で大きな柱であったからで、それはとりもなおさず、警察の活動或いは警察の組織そのものが、個人の権利や自由との関連では大変な緊張関係にあるものである、そういう性格を持っているということにほかなりません。

警察法上の重要な原則

したがって、日本の戦後の法制の下では、憲法の基本理念をもとに、警察行政について

は、特に厳格な法的縛りをかけてきたのです。警察は公共の秩序と安全のために働くものです。よく「公安」っていいですよ。公共の秩序と安全を守るために警察はある。そのため、「警察というのは個人の権利や自由を守るために行動するのではなくして、公共の秩序と安全を維持することが最大目的なんだ」というふうになりがちなのですが、そうではなくて、警察は個人の権利や自由を保護することに資するために活動しなくてはならないのです。だから、行政法や憲法の研究者は、警察公共の原則とか——あるいはそこからの演繹ですが——民間のことにそう簡単に介入してはいけないといった民事不介入の原則とか、警察が求められる状況というのはそんなに好ましい状況ではないのだから、そう簡単に出っ張ってくるんじゃない、必要悪なんだというような警察消極の原則とか、いくつかの重要な原則があります。そういう原則に立つことによって、戦前・戦中どうしても個人の権利や自由を侵害しがちだった警察を縛ろうよ、ということが戦後に出発点になったのは、ただ学者がそのように言っているだけではなくて、歴史的な出来事を反省しながら、理論的にいえば警察を法治主義で縛っていく方向で進んできたのだと考えて頂いてよいと思います。同時にそのことは、民主主義的な原理に基づいて警察を統制していくことにも繋がっています。

国民の「体感治安」の悪化から監視カメラの設置へ

ところが、従来からのこうした大原則に対する批判的な見解が出るようになってきました。2002年の刑法犯認知件数が285万3739件というデータがあります。なぜ2002年のものを出したか、といいますと、この時期は、あの忘れもしないアメリカ合衆国における9・11の事件が発生し、世界各地で様々なテロがあちこちで起こる、そういう時期でした。奇しくも、日本でも2002年の時点で300万件に垂々とする犯罪が起こっていて、警察庁は何とかしなくてはならないと動き出した時であったわけです。これまで、余り出っ張らない方がいいとされていた組織である警察が、そんな悠長なことを言っている場合ではない、もう少し国民の「体感治安」の悪化を払拭するような活動をしなければならないのではないか、という意識の下で、警察権の強化政策がこの頃から俄かに展開されるようになります。私たちの生活レベルでいうと、生活安全条例というかたちで、都道府県警察が日常の生活安全レベルでの安全確保にも尽力なさいという要請が強くなる時期です。決定的だったのは、警察法が改正されて、それまで警察庁にはなかった生活安全局という組織が出来たことです。これが警備局の右に来る、いわゆる筆頭局になっていくところに、

その後の警察庁の、或いは警察行政の力点の置き方の変化が見て取れるように思います。

国民の「体感治安」の悪化を食い止めよう、もうちょっと治安を回復しよう、警察が黙っていても日本が駄目になる、という話が積み重なって、それに輪をかけるのが、組織犯罪対策が必要だという議論です。組織犯罪というと暴力団などが念頭に置かれるのですが、過激派対策——私の学生時代は学生運動が華やかな頃でしたが——だとか、あるいは今の文脈からいえばテロ対策ですね。そうした様々な組織犯罪を含めて、それらに対する対策が重視されてきます。そのこととも関係するのですが、警察の人員だけではまもらないので、監視カメラをあちこちに設置し、監視カメラで監視しようということになってきました。もう数年前になりますか、新宿の JR 東口を出て歌舞伎町まで歩く間、ざっと監視カメラの数を調べてみたことがあります、実に 50 以上も設置されていました。今はもっと多く設置されていることでしょう。私たちはどこの店へ入ってどこから出て来たとか、そういうことを監視カメラで全部見られているんです。

「安全の中の自由」論の登場

こうして、2002 年ころ日本の警察状況は大きく変わります。そのことを理論的にどういうふうに整理するのか。私も理論家のはしくれですので、事実だけを伝えている訳にもいきません。一言でいいますと、安全であってこそ自由の謳歌が出来る、という考え方、つまり「安全の中の自由」論という議論が出てくることとなります。皆が自由ばかり言っていては我々の基本的な人権も絵に画いた餅になってしまう、安全があって初めて自由が確保出来るんだ、という思想を端的にあらわした理論、それが「安全の中の自由」論です。これは、後で触れますように、もともとはドイツから来た発想です。

わが国の「安全の中の自由」論いろいろ

わが国の「安全の中の自由」論にかかわって、主だった論客を紹介します。まずは成田頼明先生を挙げなければなりません。この方は警察法とか地方自治法の専門家で、2012 年亡くなられましたが、大変優れた行政法研究者でした。成田先生の考え方は、国民の「体感治安」の悪化に対処するためには、今までのように国民が警察にアレルギーをもっているだけでは事は済まない、もはやそんなことを言っている時代ではないというのが基本です。警察アレルギー云々といっている連中のことは全く理解に苦しむ、国民の安全の確保に向けて、警察の使命、任務、活動、手法等について新しい理論や制度を構築する時

期だというふうには主張され、恐怖と不安から国民を自由にするためには国民の安全をまず警察力によって確保しなくてはならないという議論を展開されました。

その次の磯部力先生というのは、旧東京都立大学の先生だった方で、彼もやはり、警察行政はこれまで消極行政だった。出っ張らない方がいいと言われてきたのだけでも、国民の安全の確保のためだったらもっと出っ張らなければならないという意味で、警察行政が消極行政から危険に備える能動的な行政へと原理的な転換をしなければならないという言い方をしておられます。磯部先生も、このような意味で、「安全の中の自由」論に与して行くことになります。

このお二人は日本の行政法学の中では大変影響力の大きい方なので、お二人の発言には非常に重みがありました。桜井敬子先生は、比較的若い、私よりおそらく十歳以上若い気鋭の研究者です。彼女は非常にハッキリとした物言いをされる方です。彼女の言いたいことを、誤解を恐れず要約すると、「予防的で直截的、即時的な行政警察活動」が必要なのだということです。要するに、悪い人がいる、変な人がいる、そういう悪い人、変な人については、そうした人たちが犯罪を犯す前に、警察がちゃんと退治しなさいということです。もちろん、実際に犯罪がおきた場合には司法警察がピシバシやりなさい、警察が出て来て何が悪い、という話です。「警察によって権利や自由が侵害されるというような議論は、私には意味が分からない」という意味の発言をしたり、書いたりしておられます。社会の治安を悪化させる反社会的行為に対して、必要な警察権の発動が躊躇されるいわれはないではないか、適切な公権力の発動を円滑にするための工夫とか努力とかが求められるのではないかと、という議論です。彼女とは日本公法学会という学会で、激しい議論になりました。彼女の理論は、刑法の学説の中にある「敵味方刑法 Feindstrafrecht」——こういう訳が正しいのかどうか分かりませんが——を想起させます。昔々、カール=シュミットというドイツの憲法学者・公法学者が「友敵論」という議論を展開しておりましたが、それに擬えていけば、「友敵刑法」ということかも知れません。要するに、「国家秩序を意識的に拒絶し或いは場合によっては破壊することを欲するいかなる者も、もはや市民および人としての権利を失い、それゆえに国家はあらゆる手段をもってこれらの者と闘うことが許される」として、そういった者に対しては徹底的に処罰しなさいというのが「敵味方刑法」の核心部分だと思いますが、桜井さんの行政法或いは警察行政法というのは、いわば、「敵味方警察法」或いは「敵味方行政法」ともいうべきものかなと、私は理解しています。

ドイツの「安全の中の自由」論

さて、このような議論は日本で急に出て来た訳ではなくて、それに大きな影響を与えたのが、実はドイツにおける「安全の中の自由」論であるということを少しお話しさせていただきます。

まず、ドイツでは、「安全 (Sicherheit)」概念が、「客観的安全」(Sicherheit im objektiven Sinne)と「主観的な安全」(Sicherheit im subjektiven Sinne) に区別されていることは重要です。前者は、客観的に確保されるべき制度化された安全であり、後者は、その客観的安全が確保されるのを前提として人々が主観的に感じる安全、言い換えれば、「安心」ということだろうと思います。ドイツの議論は、もっぱら「客観的安全」の確保について展開されていると、私は理解しています。したがって、日本のような意味での「体感治安」の悪化論とはそもそも違っていると思います。

さて、ドイツの「安全の中の自由」論の出発点は、国家論或いは基本権にありそうです。つまり、国家が、国民の安全を守るのは当たり前である、何となれば、ドイツの憲法(基本法)は国民に対して国民の基本権を保障しているからです。基本権には色々ありますが、表現の自由もそうですし、財産権の保障もそうです。日本でいう基本的人権と考えてもいいのですが、それよりは少し広い概念です。そのような国民の基本権を保護するのが国家の役割だ、ということから出発すれば、国家が国民に対して国民の安全を守ることは当然である。しかも、国民の基本権の中に「安全基本権」(Grundrecht auf Sicherheit)なるものが認められるとすれば、国家は一層、国民の安全基本権を守る義務があるわけになります。国家がこのような意味で国民の基本権保障をしなければならないことになります。そしてまた、その国民が、国家ではなく国以外の第三者によってその基本権——「安全」だけではなく、自由であったり財産であったりもしますが——を侵害される場合には、この第三者による侵害から国民を保護する義務が国家にはある。これを国家の「基本権保護義務」といいます。国家は国民の基本権を保障すると共に、国家以外の第三者の侵害から国民の基本権を保護しなくてはならないということになります。そういうふうにして、まず国民の基本権の中の最も重要な安全基本権を守ることは国家の基本権保護義務に属するのだから、それをちゃんと行使せよ、というのが、ドイツにおける「安全の中の自由」論者の憲法理論です。

このように言われると、当たり前のことのようにも思われますよね。「第三者からの安

全の侵害に対して、国家が守ってくれなかったら、他に誰が守ってくれんのだ」と、そう思いますよね。ところが、安全を守るということは、外国からの攻撃に対する防衛も確かに含みますが、その他色んなものが包括的にその中に入って来ます。そうした包括的なものに対して包括的に国民を守ろうとすると、予防的に色んな施策を打たなければなりません。予防的に施策を打とうとすれば、そしてそこに警察が加われば加わるほど、基本権侵害をしていない第三者の基本権は、今度は国家によって侵害される危険が生じる可能性が高まることにもなります。ここが悩ましいところなんです。

したがって、「安全の中の自由」論に反対する人たちは、「安全国家」だ「予防国家」というけれども、実際には国民の安全確保の名の下に国家自身が国民の基本権を侵害することになるじゃないか」という主張を展開することになります。この二つの立場、すなわち「安全の中の自由」論とそれに反対する立場とがせめぎ合っているのが現状だと考えて頂いて結構です。ドイツのテティンガー (Peter Tettinger) 教授が、最も強烈に「安全の中の自由」論を唱えました。このテティンガー教授は警察庁に招かれて日本のあちこちで講演などをされたのですが、ドイツに帰国されてから間もなくして亡くなりました。いずれにせよ、こういう理論的な問題があって、それが日本の学界に影響を及ぼしていることを、まずご確認くださいと思います。

ドイツ連邦憲法裁判所判決の動向

さて、学説や理論はともかく、実際の裁判判決で、「安全の中の自由」論にかかわる問題はどうなっているのが興味深いところです。かならずしもすべて、この範疇に入る判決ではないのですが、国民の基本権と国家・警察の役割に関するドイツ連邦裁判所の裁判例を、少し拾い上げてみましょう。

ドイツ連邦共和国基本法の下で、とりわけプライバシーの侵害に関わって重要な判決に、「国勢調査判決」(1983年)というのがあります。この裁判では、連邦憲法裁判所は「情報自己決定権」——いわゆるプライバシー権のことです——が保障されるべきだと宣言しました。この後、国民の情報自己決定権を侵害するような警察の情報収集活動などは違法だとする判決の流れが出来上がります。

これに対して、2001年の同時多発テロ以降、警察の情報収集活動にかかわって、この流れを変えようとする動きも現れてきて、せめぎ合うことになります。重要なものとしては、「大盗聴違憲判決」(2004年3月3日)というのがあります。「大盗聴 (Großer Lausch-

angriff)」とは何かというと、住居そのものを丸ごと盗聴することを言います。電話だけ盗聴するとかいうのではなく、とにかく住居の中のことは全部——それこそ夫婦の夜の営みまで——一切合財盗聴しようというのですから、大変な問題になりました。連邦憲法裁判所は先の国勢調査判決を踏まえて、違憲だという判断をしました。その後、「予防的遠隔通信監視違憲判決」(2005年7月27日)がありました。これは、犯罪を企てている、或いはテロを準備しているかも知れない者に対して、その者の使用するコンピューターに入り込むことによって得たい情報を得るという捜査手法に関する判決です。「スクリーニング捜査違憲判決」(2006年4月4日)というのも同様です。スクリーニングというのは、コンピューターで処理した大量の個人データから、髪の毛の色とか年齢とか様々な項目で篩にかけることで、容疑者を絞り込んでいく捜査手法です。これらの判決は、警察の予防的捜査活動にかかわって、国家の基本権保護義務に限界があることを示したものであると、いいと思います。

また、「ハイジャック航空機撃墜法違憲判決」(2006年2月20日)は、連邦国防大臣にハイジャックされた航空機の撃墜命令を出すことを認めた航空安全法を一部違憲・無効としました。一般的な国家の安全・国民の安全を理由に、人質とされた乗客の安全(人間の尊厳)を優先する判断を示しています。

さらに、「オンライン捜査判決」(2008年2月27日)では、これは先の遠隔通信監視システムよりも更に踏み込んで、対象者のコンピューターの中に入りこんでデータを取り出す捜査方法について、「情報技術システムの機密性と不可侵性の保障をもとめる基本権」という新たな基本権概念を提示して(いわゆる「コンピューター基本権」)、オンライン捜査が許されるのは、「特に重要な法益」(人の生命・身体・自由、国の存立基盤や人の生存の基礎にかかわる公共の財産など)に対する「具体的な危険」の存在が立証されるときに限られるとしました。

このようにドイツ連邦裁判所の判決は、もともと情報自己決定権の保障、プライバシー権の保障から出発しているのですが、安全に関わる問題についても、警察行政権の拡大論によって大きく揺れはじめているものの、「安全の中の自由」論との関係においては、辛うじて一線を越えずに持ちこたえてきたということが一応言えそうです。ただ、「オンライン捜査判決」にもかわらずというか、これを受けてというか、オンライン捜査の要件はきわめて詳細に規定されているとはいえ、国際テロリズム対策強化のため、連邦刑事庁(Bundeskriminalamt)に新たな任務を与える「連邦刑事庁による国際テロリズムの危険の

防止に関する法律」(2008年12月25日)が2008年12月31日に公布され、2009年1月1日から施行されています。「オンライン捜査判決」に対しては、様々な評価がありますが、警察行政権の拡大は着実に進んでいるように見え、ドイツの「監視国家」化は否定できないように思われます。

「自由と安心のアシンメトリー」

以上、「安全の中の自由」論が、警察権の発動にとって、極めて重要な理論であり、連邦憲法裁判所判決との関係でも、理論的な影響を与えるものであることは確認できましたが、最後に、「監視国家」化にかかわる問題として、「自由と安心のアシンメトリー」について、少しだけお話をさせていただきます。

アシンメトリーとは、非対称ということです。バランスを保っていたもの同士が、そのバランスを失って一方に偏っていく、それが非対称化です。これに関して、これまでの警察行政権の行使には、いくつかの傾向をみてとることができます。

まず、これまでは「個人の権利や自由、なかんずく個人のプライバシー権が何より大事だから、予防的な警察権の行使によってそれが侵害されてはならない」といわれてきたのですが、次第に、公共安全や秩序を保持することの方が優先される傾向が現われてきました。これが「脱個人化論」と言われるものです。

次に「脱相関関係化論」というものです。これは、行政法の原則と関わっています。行政法とりわけ警察行政法においては、行政目的の達成とそのための手段とが比例していることが大事とされてきました。例えば、雀を撃ち落とすのに戦車でズドンとやる必要はない、散弾銃で充分なわけです。或いは駐車禁止の目的を達成するために「違法駐車をした者は死刑だ」と規定すれば、違法駐車する者はいなくなるでしょうが、それでは目的と手段とが余りにもバランスを欠いてしまいます。行政目的を達成するには、その目的に比例した手段を用いなければならないのです。この警察比例の原則が、崩れ始めているのではないかという危惧が生じています。目的そのものがそもそも一般的或いは曖昧なままで警察行政権が発動されたりして、基本権侵害などの問題が生じていないか。比例原則はいったいどうなっているのか、バランスが取れていないのではないか、という批判が起こってきているということです。

それから「脱区別化論」。これは、日本ではさほど大きな問題ではありませんが、ドイツでは重要な問題になっています。ドイツでは連邦レベルで国家警察、国境警察があり、

連邦警事庁という組織があったり、また憲法を守るために憲法擁護庁というのがあったりします。連邦レベルを離れて各州にも憲法擁護庁があり、そして各州の警察組織があります。非常にこれらの関係が複雑なんですね。こういう複雑な警察組織がこれまでは、きちんと目的ごとに峻別されて運営されてきたのだけれども、テロ対策のためなら別に区別する必要もない、一緒に活動したらいいだろうと、という意見が出てきました。テロ対策という目的のために、それまでの組織の存立にかかる区別がなくなっていく傾向、これが脱区別化論と言われる現象です。

これらの現象は、総じて言えば、「安全」と「自由」との均衡が崩れて、「安全」の方に比重が偏ってきている、つまり両者のシンメトリーが崩れてアシンメトリーになってきているといえます。このアシンメトリーに対して、私たちはどうしたらいいのか、ということですが、これは非常に厄介な問題です。個人的には、たとえ国民の安全を守るためとはいえ、国家によって国民の自由や財産が侵害される状態が許されることは、自由主義的な法治国家のあり方だとは到底言えないと考えますが、そうかと言って、安全を疎かにしてそれらのものが守れるのかということ、そうでもないと言わざるを得ません。恥ずかしながら、まだ「安全と自由のアシンメトリー」の問題について、自分の結論を固めるに至っておりません。ここのところは短い時間でなかなか纏めるのが難しいということにして、今回は留保させて頂き、皆様のご意見も伺って、自分の考え方を固めていきたいと思っております。

最後に、警察国家・予防国家で守られるものと失われるものについて触れておきます。いみじくも「安全の中の自由」論が示唆しているように、安全あってこそその自由だということによって、余りにも多くのもの、私たちの基本的人権に相当するものが失われる。このことは、この間の様々な事件で明らかになってきました。それらの権利の保障をないがしろにしないためにはどうしたらよいか。日本の場合でいいますと、警察法なり警察官職務執行法なり、或いはそういう名前がついていなくても個別の法律の中で警察行政活動を許すものもあります。それらの法律において、どのような場合に警察権が発動されるのが好ましいのか、その要件を明確に一義的に定めること、その目的を達成するのにどのような手段まで使ってよいか、それを条文の中で明確に定めること、そしてその効果の及ぶ範囲をしっかりと定めることが重要になることは確かです。警察国家・予防国家を推し進めていくことによって、安全は確保されたけれども、そこに自由はなかったというのでは困りますので、そのバランスを考えながら施策を考えていかななくてはならないだろうと思

います。

以上で私の報告は終わりとし、後の議論の中で補うべき点は補いたと思います。ありがとうございました。

【参考文献】

この報告は、専修大学個人研究助成「『安全の中の自由』の法理の行政法学検討」（2007年）に始まる一連の研究成果の一部である。なお、本報告に直接関係するものとして、以下の拙稿を参照いただければ幸いです。

- ・『安全の中の自由』論についての覚書
専修大学法学研究所紀要第33号（2006年）16頁～29頁。
- ・『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究第69号（2007年）45～68頁。
- ・『リスク社会下の警察行政』ジュリスト第1356号（2008年）82～89頁。