

學界展望

警察法の歴史的習俗的性格

田上穰治

一九二六年ミュンスターに於けるドイツ公法學會の席上で公法に於ける法律的思惟の危機が叫ばれ (Verfehlungsgang der deutschen Staatsre) ところで新精神科學的方法 (die neue geisteswissenschaftliche Methode) への轉向が強調されたことは注目すべきことである (Holstein, Arch. Nr. II, S. 31)。それはゲルバー及びライバントが確立して以來約五十年間ドイツ公法學を支配した實證主義的傾向を克服する爲の努力を意味する。實證主義による所謂法律學的方法 (juristische Methode) は既に一九二一年エリヒ・カウフマンによつて批判せられ、そこでは新カント學派の思惟が一面的に偏し (Eindimensionalität) 且つ形而上學を缺くことが指摘された (Erich Kaufmann, Kritik der neukanntischen Rechtsphilosophie)。けれどもミュンスター以後は實證主義の衰退が決定的なものとなつたのである。

法律學に於ける實證主義 (Positivismus) につきシュヴァインゲはロータッカー (Rothacker, Logik und Systematik) に従つ

て二の意味を區別する (Erich Schwinge, Der Methodenstreit in)。第一は原理の問題 (Prinzipienfrage) としての實證主義であつて、例へばケルゼンがすべての法現象中で形式的要素すなはち規範或は當爲の領域のみが本質的なものとして存在の世界を問題の外におくことが、マールブルヒ學派の世界觀によるのはこれである (Kelsen, Hauptprobleme der Staat. VIII: 2 Aufl. S. XVII)。第二は概念構成の問題 (Begriffsbildungsproblem) としての實證主義であつて、専ら實定法規のみを材料として概念を構成する方法である。それは又ラーバントの學派がすべて概念構成を解して、一般化的性質をもち換言すれば、一般概念を得ることを目的とするものといふのと (Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, Vorwort zur 2 Aufl. 同一に歸し、論理及び數學に於ける概念構成の方法を法律學に移植せんとするものである (Vgl. Heller, Arch.)).

右の如き實證主義は法に獨自の存在・價值を否定して、これを國家が定立し若くは承認する規範と考へ、しかも國家の統治權は法律學の外に存する社會學的實力なりとしてその存在及び活動を問題の外におかんとするものである。

それは第一に國家が法に據り且つ法の爲に存するものとする自然法に反對する (Vgl. Gierke, Johannes)。前世紀の初頭に歴史法學派は自然法と實定法の區別を止揚して、法と國家は相共に發達し相互に規定され拘束されるものと考へたがその哲學的基礎は薄弱であつて、次第に概念構成の範圍を實定法に限局する實證主義におき替へられるに至つた。第二に實定法がこれを定立する實力によつて決定的な影響を受けることはいふまでもない。固より法以外の實力によつて左右されることは、法の規範性を危うくするもので、ここにエリネックの所謂國家の自律的制限 (Georg Jellinek, Die der Staatenverf.) の理論構成が必要となり、ケルゼンに至つては根本規範の要件たる法規定立の權威が常に一般に服従を豫定されるものたるべしとすることに止まる (Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 65)。けれども法律學上の相對主

義はこれによつて世界觀の對立乃至は自然法の問題に觸れることを拒否せんとして、遂に實定法を定立する實力からも絶縁するの已むなきに至り、かくて法内容を捨象した形式的な無内容の法律學に化するのである。

従つて法律學に於ける實證主義は相對主義であり、それは又不可知論 (Agnosticismus) とも稱することが出来る。そしてこれに反對する爲には窮極に於いて世界觀の對立に觸れざるを得ず、しかも世界觀的價值判斷は認識の問題でなく信仰の問題であるから、特定の時代及び國家といふ具體的地盤を離れて抽象的論理を以て解決せんと試みるときは、多種多様な世界觀に眩惑されて結論を見失ふこととなる。

けれども精神科學、従つて又法律學に於ける概念構成は主としてリッケルトの所謂個別化的 (idiographisch) 方法によるべく、一般概念は補助概念として用ゐられるに止まり、個別的 concept を得ることを第一の目的としなければならぬ。すなはち法律學研究の窮極の目的は、實定法規をその歴史的所與の特殊態 (geschichtlich gegebene Besonderheit) に於いて客觀的な把握 (gegenständliche Erfassung) を試みることにある。それは法規の目的すなはち法規に意味及び内容を與へるものを、意識的に概念構成の出發點におくことによつてのみ可能であり、形式論理的でなく目的論的 (teleologisch) 方法によつて初めてなし得るのである (Schwinge, a. a. O. S. 15, 16)。ただ法規の目的はその字句及び制定の沿革等より決定し得ざること多く、結局それはトリーペルのいふやうに超實定的生活秩序 (überpositive Lebensordnung) の中の思想に關聯するものであり (Veröffentlichungen der Vereinigung der Juristen der deutschen Staatsrechtler, Heft III, S. 51)。換言すれば特定法秩序の前提する——或はこれに客觀化された——特定の世界觀的價值判斷と本質的に不可分の關係をもつのである。

以上の如き目的論的方法は、特に憲法の基本權の規定について多く論ぜられる。例へばトリーペル、トマ、スメン

トの如し。エリヒ・カウフマン (Veröffentlichungen der Vereinigung der Juristen in Deutschland, Heft IV, S. 17ff.) が法律的概念構成に關して制度的方法 (institutionelle Methode) すなはち具體的な法律制度に實現されていばその肉となれる倫理的内容にまで遡ることを主張するの亦同じ。ただ基本權の規定については別の機會に論じたから(批稿、國家學會雜誌第四六卷三號五三、以下には警察法の概念構成につき、その歴史的習俗的性格が如何なる意味をもつかを示し、併せてこの點に關する實證主義の學說を批判して見よう。)

*

*

*

先づ警察の目的が消極的な治安の目的に限定されるか否かは、我が實定法の規定では必ずしも明瞭でない。森林法(六)に所謂森林警察、鑛業法(四)に所謂鑛業警察が治安目的の作用なることは明かであるが、官制に於ける警察の觀念は行政警察規則第一條によつて解釋するのが普通である。この規定の性質については學説が分れるが、それが専制治下の制定にかかることから警察權の授權を含まざりしことは明かであり、又必ずしも福利行政を否定するものと解する理由なく、従つて私は警察權の獨立なる發動を留保する旨の注意の規定と考へる。固よりその字句は § 10 II 17 ALR. 及び Code des délits et des peines, art. 16 等に於けるプロイセン法・佛法の警察觀念を繼承せるものであり、これ等の母法が啓蒙的自然法思想に基づいて國家目的を限定する意味をもつたことはいふまでもないが、ALR.の規定及び Loi du 5 avril 1834(五)等の佛法はその後の意味を失つたから、明治八年に於ける我が行政警察規則が福利行政の爲の權力的作用を否定するものとは考へられない(反對、御瀬、行政法の基、(確理論第二卷二〇〇頁))。

警察法の歴史的習俗的性格

けれどもこの規則は憲法の制定によつて意義を變じたのであり、それが憲法施行後も有効な法とされる爲には憲法第九條及び第二章の規定との調和が保たれなければならぬ。すなはち憲法第九條は警察命令の授權を規定するから、行政警察規則の規定は警察處分の範圍に減縮さるべく、又立法事項の規定により警察權の發動にも立憲的な法律の根據を要するから、包括的な警察權の留保は立法事項以外の場合なるか或は憲法の規定に代はるべき獨立處分の授權に關する規定でなければならぬ。渡邊博士は行政警察規則が公共の安寧秩序を障害すべからざる人民の一般的義務を規定したものとすればここに立法事項の領域以外に於ける警察權の發動の一般的根據が與へられるとされるが(日本行政法一〇八頁以下)、法律の留保は憲法上の立法事項に限られないから、立法事項の領域なりや否の區別は理由なきものと思ふ(拙稿、國家論第四六卷二號)。美濃部博士はこの規則を單に警察法令の解釋の標準を示すもので授權の規定とは解されないが(日本行政法一〇八頁以下)。後述の如く立法事項について獨立の警察命令が認められることは憲法の規定の字句が直接意味するところではなく警察權の特別な性格が立憲主義を變更せしめたのであり、これと同様に警察上の獨立處分の規定も認めることが出来る。固より後者は憲法の規定でないが、プロイセンに於いて一八五〇年の警察行政法(五條)が獨立命令の授權を規定し、§ 10 II 17 AIR. が獨立處分を規定するものとする解釋(Rosin, Polizeiveror.)に徴するも疑を容れない。獨立處分を否定すれば、官廳に非ざる警察官吏に屢々認められる處分の包括的委任もすべて違法となるが、それが警察法の精神に非ざることには美濃部博士の示される通りである(公法判例大系下、卷二八頁以下)。佐々木博士も亦行政警察規則が我が國の法的意識に於いて警察の任務と思考してゐるものを假り來つてこれを根本前提として警察機關の行動の標準を示したものとされるが(公法雜誌第一、卷三號四一頁)、これによれば警察の任務は行政警察規則の規定を俟たざることになる。この他杉村教授は行政警

セン警察行政法(條)が警察廳が法律の特に委任せる職務を行ふ旨を規定し、又その以前でも權限裁判所が一八〇八年二月二六日の命令(§3 der Verordnung über die verbesserte Einrichtung)により警察廳の職務を福利警察に及ぶものとしたことは注意しなければならぬ(Reichs. a. a. O. S. 21. 30ff)。オーリューは國の豫防的下命(Reglement preventif)を廣義に於ける警察と稱し、軍政權・教育の權利の如きすべて公共役務を組織する統治權をこれに包含せしめるが、それは下命及び強制の通則を説明する爲に過ぎず、公共の秩序の爲の行政警察 (police administrative, ou de l'ordre public) を認め(2)とは通説に同じ(Haurion, Précis élémentaire de droit administratif, 1938, pp. 317, 326;)。

思ふに輸出生絲検査法等による取締は經濟統制の作用と解するを得べく、又警視廳官制(條)に所謂建築警察が市街の美觀の爲にする建築制限を含むのはいふまでもないが、形式的に警察官廳の權限に屬することが必ずしも實質的に警察作用たるを意味せず(美濃部、前掲、八七九頁參照)、少くともこの建築制限が都市計畫として指定される場合は公用負擔に屬する。

殊に美濃部博士が社會の文化又は經濟の健全性を保護することを直接の目的とする作用は普通の警察作用とは主眼とする所を異にし行政組織の上でも警察とは分離して發達せるものとして、文化目的及び經濟目的の爲にする統制作用を警察より區別されることは(前掲、三頁)、福利警察の存在を稀薄ならしめる。私は福利目的の爲にする權力的作用には警察權の根據及び限界に關する法理の適用なく、公用負擔或は統制作用に屬するものならざるかと考へる。ナチス法制に於ける警察の觀念が協同體の秩序の保障に求められることは(Mannz Verw., ナチス法制と我が法制の相異を意識しつゝなほ右の憶測を深からしめる。治安目的による警察作用の限定は當初の國家目的の限定より獨立なる警察權の限定に變じ、更に統制法の發展に伴つて警察觀念の限定にその意義を變じたものではあるまいか。柳瀬教授は實定法上

の警察觀念が歴史的所産であつて、その背景並びに基礎たる國家制度の變つた現代では必ずしも支持すべき妥當の觀念とはいひ得ないとされるが（前掲、五頁註）、現代の實定法上の觀念も亦歴史的所産であるから變遷を免れず、警察權の根據と警察の觀念はかかる意味で互に關聯するに至る。

* * *

次に警察權の根據に關しては、憲法上の立法事項につき警察上の獨立命令を認むることが出来るか否、及び一般に慣習法殊に條理法を以て足りるか否が問題となる。後者は警察法に固有な問題ではないから省略するが、立憲主義に於いて制定法の支配が強調されるに拘はらず警察法についてはその事宜と場所に應じて便宜の措置を必要とし殊に急迫の必要が屢々豫想される爲に、積極的に解する説（佐々木、日本行政法論各論二三）があるのを指摘したい。我が憲法第九條の警察命令が立法事項を制限し得るかについては、通説はこれを消極的に解し（清水、帝國憲法講義一三四頁）憲法第五條に法治主義の原則を認める佐々木博士も亦同じ（日本憲法論三九頁）。憲法規定の字句は立法事項に於ける法律が形式的意義の法律たることを意味するけれども（憲法義解、第六四條註）、第九條の如き明文の規定なきドイツ及び佛國に於ては、ALRの規定或は佛國憲法上の慣習法の如き不充なる授權が容認されてゐる（私の、警察法制と法（治主義、一頁以下））。それはゲオルグ・マイヤー（Ge. Meyer, *Hirths Jahrb.*）及びビート（Thoma, *Polizei*）が考へるやうな經過現象でなく、警察法の特種な性質及び傳統的な君主の大權によつて實定法規の内容が變更されたことを意味する。詳細は別の機會に述べたところに譲るが（前掲、國家學會雜誌第四、六卷二號一八頁以下）、我が國に於ては積極的に解しなければならぬ。我が判例及び立法の實際も亦これを示し、例へば明治二三年法律第八四號

警察法の歴史的習俗的性格

の認むる範圍に於いて警察罰命令が發せられ、所有權の制限も亦獨立命令によることが出来る(○民法三六條)。これ等の法律が委任命令を認めるに過ぎざるものとする事は(清水、前掲二三、三頁三七頁等)、法律による委任が法律の規定に於いて委任事項を豫見し得べきことに矛盾するもので、又直接には人民に對して何等の規定をも定めざる場合が獨立命令の留保たるは疑を容れない。

*

*

*

警察權の限界は條理法によるものとされるから、實定法が定める警察權の根據と異り、實證主義に従へば結局は法律學の領域から驅逐さるべきものである。例へば野村博士は法令の特に明示する場合の外は單なる便宜の原則に過ぎざるものとされ(警察行政法、現代法學、全集所收、三二二頁註)、渡邊博士も亦警察權の發動につき自由裁量が認められる場合に、警察行政の目的に違反する方法に於いて人民の自由を拘束するとき、その限界の踰越は警察作用を不當ならしむるとされる(前掲)。但しこの場合にも警察權の限界は國家行爲として行政客體を拘束する効果を生じ得る限界とされるから(同上)、その限度で幾分明瞭を缺いてゐる。これに反して通説は條理法による限界を認めるが、その根據は區々である。

先づ警察權の限界として、(1)それが法律又は警察命令の根據を要すること、(2)治安の目的の爲なること、(3)公共の秩序を害する行爲又は状態を對象とすること、(4)その發動が必要の最小限度に止まるべきこと、(5)警察違反の行爲又は状態が自己の生活範圍より出づる者に對することが擧げられる(渡邊部、前掲七、〇頁以下参照)。けれども警察權の限界はその發動そのものを可能ならしめることを前提とするとも考へられ(佐々木、警察法概論、新法學全集所收九四頁)、殊に警察權の根據は實定法に求められる

から(渡邊、前掲一六頁参照)(1)は暫く措き、又警察目的は上述の如く少くとも實證主義の學說では我が實定法によるものと解されるから、(2)の原則も格別の問題とならない。警察公共の原則・警察比例の原則及び警察責任の原則については、次の二の法理によつてその根據が説明される。

第一は警察目的より演繹するものである。例へば渡邊博士によれば警察官廳の權限として自由裁量が認められ、或は警察權發動の條件又は態様が制定法により多義的に羈束される場合に警察行政の目的に違反することが、警察權の限界の踰越を意味する(前掲、以下)。佐々木博士は警察責任の原則を警察權の根據の問題と同様にその限界の前提なりとして區別されるが、それは公共及び比例の原則と同じく警察の概念(目的或は性質)より當然に演繹されるものと解される(日本法論各論二二七頁一三四頁)。この中で警察公共の原則が警察の目的より演繹されることは一般に承認されるところである(美濃部、前掲七二頁三三四頁)。佐々木博士はこの場合を警察の合目的性に基づいて生ずる限界と稱する(警察法概論九五頁)。たゞ民事上の關係が私生活の自由の中に包含されることに反對され、それは社會秩序に對する障害であるが、現行制度の一般的建前が直接の被害者の意思に基づく民事裁判によつてのみこれを除去するにある結果警察の干渉なきに止まり、警察の性質から直接演繹される警察權の限界と異なるものとされる(前掲一〇〇頁以下)。けれども私住所の自由についても、各人に對する障害は結局社會に對する障害となるが、一身上の安全はなるべく各人自ら保護する所に任ずるのを適當とするからであり(美濃部、前掲七三頁七四頁)、この點で民事上の關係を限界論から除外されるのは當らない。次に警察比例の原則が治安の目的に對する關係はただこれに必要なことにある。佐々木博士のいはれる如くそれは警察の手段の必要性に基づく限界であつて(前掲九)、治安の目的の内容から直接に示されるのではなく、寧ろすべて國權を以て權利又は自由を制限する場合の通則の一適

用に過ぎなし(美濃部前掲、七五頁)。ドイツに於いて § 10 II 17 ALR. が治安の爲に「必要なる」手段と規定することから、警察権の限界を演繹する(Z. B. Volzendorff, Arch. f. d. R. XXVII, S. 22ff.)の亦同じ。これに對しては警察急状態権 (Polizei-notstandsrecht, polizeiliche Selbstvertheidigung) の如く警察権の限界を超える行爲と雖も具體の場合に警察目的上必要なる行爲たり得るものとして、所謂必要性と限界の原則が異るとする反駁がある(神淵前掲、二三三頁)。それは警察急状態権も亦警察法規に基づくとして、一般に國家緊急権 (Jus omniens) が一層高き利益の爲に現存の法秩序を破り得るとする思想を否定する主張と關聯する(佐々木前掲、九〇頁)。固より警察急状態権が國法を超越する權力でなく、又それ自體必要の限度に止まるべきはいふまでもない。けれどもその適法なる所以は障害が目前に迫り普通の手段を以ては除き得ざる場合の已むを得ざる應急手段たるが故で(美濃部前掲、五一頁一五三頁)、實定法に規定を缺く場合にも條理法によつて承認さるべきところであつて、これを以て警察比例の原則を否定するのは當らない。例へば警察官吏が武器を以て暴行者を殺傷することは常に障害を除くに必要なる程度を超ゆるもので、その警察急状態権として適法なる所以は訓令の規定(警察官吏武器使用規程)に求むるを得ず、右の如き條理法から理解しなければならぬ。

以上の如く警察権の限界を警察法の目的より演繹することは、佛法に所謂權力の篡奪 (détournement de pouvoir) の法理に該當し、警察権の行使が客觀的に見て財政的利益又は私益の如き警察目的以外の目的を追及するものとして違法となる。佛法ではこの他に比例原則及び警察責任の原則を事實の錯誤 (Erreur de fait) からも説明するが、事實の錯誤は實定法の明文に抵觸する場合に準じて法律の侵犯 (violation de la loi) の一種と考へてゐる(私の佛國判例邊境記念論文集所載参照)。警察責任の原則は屢、警察権の限界と區別されるのみならず、警察目的の内容とも直接の關聯は

ない。けれども警察違反の事實が客觀的にその生活範圍に屬する者が責任者たるべきことは、警察作用の性質上自明の理であつて、實證主義の立場でも認められるから(佐々木、前、獨八三頁)、事實の錯誤と同様に考へられる。ただ法規に内在する目的は上述の如く實定法の規定の字句からは必ずしも明瞭でなく、従つて權力篡奪の法理も判例の發見せるところと解すべく、又事實の錯誤を法律の侵犯に加へることは佛法に於いても争はれた。ここにオ・マイヤーの先天的一般的な臣民の義務(O. Mayer, Deutsches Verw. 3 Aufl. I, S. 212)が想起せられ、限界理論の根據が超實定的な條理法に求められることになる(美濃部二頁、杉村、前掲二四八頁)。

第二に警察權の限界は、憲法第二章の認むる自由權の規定及びその前提たる憲法上諭第三段に宣示せられたる法治主義から演繹することも出来る。蓋し立憲制度は臣民各個の自由及び財産の安全を貴重な權利として確保するが、この自由は秩序ある社會を前提とするもので、各個人の自由と國權の必要を調和するのが立法事項に於ける法律なるが故である(憲法義解第二條註 Ver. S. 389)。これについて柳瀨教授は單に法律に據ることすなはち侵害の形式に關する保障と侵害の程度態様が原則として處分の目的上必要な限度に止まるべしとすることすなはち侵害の内容に關する保障を混同するものと非難されるが(前掲二)、それは立法權に無制限の權能あることを承認するものであり、かくては基本權の規定に於ける法律の留保の意味を解することが出来ない。教授は更に憲法第二八條の示す「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル」旨の條件が一般に立法事項に於ける法律の解釋の標準たるものとされるが(前掲二)、臣民たるの義務と警察權の關係は明かでなく、又右の解釋自體が基本權の規定の前提する世界觀的價值判斷によるものと解する他はなし。

警察法の歴史的習俗的性格

基本権の規定は臣民の自由及び財産を侵害する行為を制限するもので、これに對する警察権は各人の治安維持に關する先天的義務を前提とする。従つてここに考へられる警察権の限界は同時に自由裁量の限界の通則たり得るものであり、しかもそれは憲法規定の字句によらず學說及び判例によつて發展せしめられたところである。この點で柳瀬教授の展開する實證主義の理論に言及しなければならぬ。先づ警察法に於ける如き義務を命じ又は權利を侵害する處分が公益上必要な場合に限り且つ公益上必要な限度に止まるを要する旨の條理法は、公益上必要な場合に必ず處分をなすべく且つその處分が必ず公益上必要な限度に及ぶべきことを意味せざる限り、裁量権の限界に止まり自由裁量たることを否定するものに非ずとされるが(柳瀬、行政法の基礎、理論第一卷二一四頁)、處分の要件及び内容が實定法を以て一義的に限定される場合のみならず自由裁量の處分も亦實定法の規定に違反するとき違法たるはいふまでもないから (violation *proprement dite*)、問題は處分の要件・内容若くは處分を行ふべきや否やについて規定を缺き或は不特定概念を以て指定されるときに條理法に違反して違法たる場合ありや否やであり、それが裁量の限界の踰越なりや或は法による羈束の違反なりやは相對的に區別されるのみで、行政法學では格別の意味をもたない。次に權利毀損の有無を以て裁量處分と羈束處分を區別することは、教授の指摘されるやうに(前掲一八〇頁三二頁)必ずしも理由がない。羈束裁量を誤まることは當然に違法であるが、行政訴訟の提起について權利侵害を要件とする制度の下では、自由権の侵害なる理論を構成せざれば法的救済が與へられないのに反して、佛法の越權行為取消の訴訟の如く權利侵害を要件とせざる時は、羈束裁量の違反或は裁量の限界踰越と權利侵害は直接の關聯がない。更に教授が條理法による警察権の限界を認めざるに拘はらず、制定法の文言の背後に密着せる立法者の默示の意思としての條理法が處分を羈束することあるを認められ

るのは(前掲一)矛盾である。かかる條理法として例へば、行政機關が法の掲ぐる要件の存在する場合に必ず法の定むる處分をなすことを要すとされる主張(頁以下)は、覆審の争訟を原則とする我が法制が處分なきを違法とする争訟を認めざる爲に格別の意義なきことは暫く措くも、それが實定法の文言の背後に密着せる立法者の意思なりやは明かでない。又法律の授權なき限り法律の留保の範圍外に於いても處分をなし得ざることは(二六七頁)一應認めるとしても、この場合に法律の根據を要することから當然に裁量が羈束されるものとすることは疑はしい。

*

*

*

警察法の特色は徹底した實證主義の下では消滅する他はない。警察の手段が命令及び強制の權力的作用なることは、警察國的な福利行政を認めつつ、しかも警察を治安の目的に限定せんとする法治國思想の表はれであるが、この點では他の權力的作用より警察を區別するを得ず、更に警察目的に於ける公の秩序が法秩序だとすれば、その維持は警察に特別な任務ではなし(Verf. Merk. Allgemeines)。けれども法律並びにこれに相應しき概念構成は事物の多様性と個性が全く顧慮されざる場合にのみ無制約たるに止まる。すべて精神的現實は常に歴史的現實であり、その求むる概念構成は種屬概念の構成に於ける如き個性的なもの破壊ではなく、却つてこれを保持するものである(Recht, a. a.)。法治國に於いて私法的な對等關係の觀念が著しく、反對に保守的世界觀の下で公法の優位が考へられるのと同じく、警察法の性格も亦歴史的に變遷を免れない。

97
警察の目的に於ける公の秩序 (l'ordre public, öffentliche Ordnung) は社會的倫理的通念に於いてその服従が人類
警察法の歴史的習俗的性格

の共同生活の繁榮にとつて必須の前提と考へられる規範の全體であり (Kersters, Verw. 212) 街路に於ける公の平穩 (tranquillité publique) 犯罪の防止による公の安寧 (sécurité publique) 傳染病豫防の爲の公の衛生 (salubrité publique) を含む秩序付けられた事實状態である (Hauriou, op. cit., p. 326)。それは社會すなはち不特定多數の人の集團生活が國家組織から一應區別され、前者の爲にする警察作用が財政・軍政の如く行政廳側の特殊の必要によるのではなく、作用の客體たる私人の生活する社會の爲なることを意味する。警察作用について特に法律による行政權の羈束が論ぜられ又優越せる統治權の發動に對して法的救済を與へんとする主張が強いのはこれが爲である。それは當然に歴史と場處によつて制約される。例へば第十六世紀以降の警察國時代には福利警察が認められたのみならず、警察權の發動も法の拘束を受けること少く、前世紀の立憲主義の下では警察權の目的・根據及び限界が嚴格に解せられ、更にナチス・ドイツの協同體理念の下に國家對社會の二元的對立が否定されるに及んで根本的な修正を蒙るが如し。

ナチス・ドイツに於いては、第一に警察權の根據に關して形式的意義の法律による支配が止揚された結果、法律と命令の關係も一變した。第二に警察の目的は協同體の秩序の保障にあり、それが國家の秩序たると下級協同體の秩序たるとを問はない。それは從來の國の警察 (police générale de l'Etat) と地方警察 (police communale) の如き警察行政廳の區別と異り、一面に於いて各具體的協同體に固有なる權能として、警察權が多元的に構成され、その結果特別權力關係に於ける秩序の維持と警察の區別が不明瞭になると共に、他面に於いて國の政治目的が警察作用に結合することとなる。第三に警察權の限界についても、先づ政治的指導の優位が認められるから、警察官廳の裁量は從來の法規による羈束以上に拘束されるけれども、裁判上の監督に必ずしも服せざるに至り、従つて法律問題と裁量問題

の差異は相對的なものとなる。次に協同體にあつて全體と個人が本質的に結合し、各人はその協同體の構成員たる地位を協同體の秩序に従つて行使する義務があるから、警察公共の原則が修正され、私法關係と雖も政治的指導に反するときは警察權の發動するを妨げず、又一般に公共の災厄の防止鎮壓に協力する義務があるから警察責任の範圍が著しく擴大する。かくて警察比例の原則も最早格別の制限とならず、警察急狀權の概念も存在する餘地がない(私の、協同體理念による)

る法治主義の修正、本誌、第二卷四號七〇頁以下。

然らば我が警察法制に客觀化された世界觀的價值判斷は何を意味するか。それは憲法第二章の自由權の規定に求めなければならぬ。この規定はベルギー憲法に於ける同様の規定が法律の留保として例示的列擧の意味をもつのと異り、傳統的な君主主義によつて制限的列擧と解せられ、その列擧する特定の自由及び財産についてのみ獨立命令を否定するものであつたが、立法・學說及び判例により一般に行政處分が法規に羈束される原則が確立されたと共に、憲法第九條の規定及び便宜應急の措置を要する警察權の性質に基づき警察命令が自由權を制限することが認められて、ここに自由權の規定の特異性が消滅するに至つた(拙稿、國家學會雜誌第四、六卷二號一〇八頁以下)。これによつて見れば、我が法制の意味は、社會上有害ならざる限り臣民をして天賦の能力を發揮せしむるにあり、換言すれば警察命令の大權を留保しつつ臣民の權利及び財産の安全を貴重し給ふ御精神(憲法上論、第三段)に拜せられるのである。

要するに警察法は警察の目的・根據及び限界に關して種々の制約を認めるが、それは實定法の規定の字句に於いては必ずしも明瞭でなく、その解釋は立法・學說及び判例に於いて變遷する可能性があり、その法規範としての意味は我が現時の法秩序の根柢をなす世界觀的價值判斷に基づいてのみ把握し得るのである。