

# 安全感情の保護に対する公権力の役割

## ドイツ公法学の議論を参考にした序説

植 松 健 一

—— 恐怖やそれに似たいろいろな状態はいつも或る特定のものに関係している  
のであるが、不安は可能性に先立つ可能性としての自由の現実性なのである。<sup>(1)</sup>

S. A. Kierkegaard

- 一 はじめに
- 二 安全感情の保護は公権力の任務か？
  - 1 安全の主観化
  - 2 安全感情の性質とその保護 C・グズイの所論
- 三 安全感情の維持向上のための法戦略とその問題点
  - 1 安全と安全感情の統一的把握
  - 2 公権力による安全感情の維持向上
  - 3 民間警備会社による安全感情の維持向上
  - 4 市民社会の諸力による安全感情の維持向上 M・ケッターの所論
- 四 まとめ

## 一 はじめに

本稿は、「安全感情」(Sicherheitsgefühl)<sup>(2)</sup>の保護に対する公権力の役割をめぐるドイツでの議論を考察し、我が国の憲法学における「安全・安心」をめぐる議論<sup>(3)</sup>への示唆を探るものである。「安全・安心」は多様な法領域の関心対象であり、「安全・安心」の内容も各領域による違いはあるが、本稿では国内治安(innere Sicherheit)に関する「安全法制」(Sicherheitsrecht)<sup>(4)</sup>での議論が検討の対象となる。

近時の社会的言説においては、「安全」と「安心」はワンセットとして人口に膾炙している。「安全・安心なまちづくり」<sup>(5)</sup>などはその典型であるが、「安全」と「安心」が同義語であるかのように用いられ、両者の質的差異にはあまり注意が払われていない。しかしながら、「安全・安心」をめぐる近時の政治的・社会的諸現象を憲法学的視点から考察した森英樹の論稿が指摘するように、「安全」という客観的要素から構成されるものと「安心」という主観的要素から構成されるものとは、時として矛盾関係に立つ場合すらある。<sup>(6)</sup>とりわけ、「安全・安心」の維持向上を求める市民の声に公権力が対応に乗り出すといった文脈の中では、<sup>(7)</sup>この両者の一体的把握は過剰な公権力の介入を正当化する危険性を伴うと言える。

ドイツにおいても「安全」と「安全感情」の維持向上が今や公法学の重要なトピックであることは、二三年の第六三回ドイツ国法学者大会第二部会において「様々な国家観・憲法観の下での安全と自由」<sup>(8)</sup>がテーマに設定されたことからもうかがえる。こうした状況の中で、安全の確保とは区別されるところの、市民の安全感情の保護は公権力の任務なのか否か、という点が——あるときは国家目的をめぐる抽象的な国家論において、あるときは警察業務の民間

委託や防犯ボランティアの活用の文脈において、またあるときは公共の場でのカメラ監視や性犯罪者の保安監置などをめぐる法的論議において——しばしば論じられてきた。

以下、警察法に精通し第六三回国法学者大会の報告者でもあつたビーレフェルド大学教授C・グズイ、およびベルリン・フンボルト大学法学部公法講座の若手研究員として治安法制の問題に取り組んでいるM・ケッターの議論を中心に、安全感情をめぐるドイツの議論状況を見ていくことにする。ただし、本稿は限られた範囲の文献に基づく検討であるという点でなお「序説」にとどまる。

## 一 安全感情の保護は公権力の任務か？

### 1 安全の主観化

最近の文献を参考<sup>(9)</sup>に近年の刑事法領域の特徴を列挙すれば、安全感情の保護法益化、予防・事前配慮の強化（例えば性犯罪者の保安監置など）、「象徴的立法」(symbolische Gesetzgebung)の多用（「大盗聴」など）、「実体法の手続化」現象、テクノロジーの進歩を背景として新たな犯罪予防や犯罪捜査の手法（カメラ監視、DNA鑑定、ラスタースearchなど）、民間を活用した新たな警察手法（警察業務の民間委託、地域・ボランティアとの連携など）、連邦軍の国内治安任務への介入などが挙げられる。

これらの諸現象には、安全の確保という課題が通奏低音となっていることはいうまでもない。しかし、近年の治安政策では、具体的な個々の法益の保護よりも、市民の不安(Angst)をどう取り除くか、すなわち安全感情をどう維

持向上させるかが課題の前面に出てきていると指摘される。<sup>(12)</sup> C・グズイが指摘するように人々の不安は具体的な危険の有無から離れて拡大するから、市民の不安の除去を公権力の課題とする場合、危険そのものの除去よりも、より抽象的なリスクの予防 (Prevention) へと公権力の措置の重心は移動していく。そして、リスク制御のための措置は事前予防的な性格を帯びざるを得ず、刑事法領域における刑法の早期化現象、治安政策における予防的活動の比重が増大する。<sup>(13)</sup> このような現象をグズイは「安全の主観化」および「安全の動態化」という呼び方で総括する。こうした現象の背景には、米国での「九・一一事件」を受けて急遽整備された二一年の二次にわたる「安全一括法」(Sicherheitspaket) または「反テロ一括法」(Anti-Terror-Pakte) と呼ばれるテロ対策法制の存在があることは言うまでもないが、<sup>(14)</sup> 「法治国家思考から安全思考へ」、<sup>(15)</sup> 「危険思考からリスク思考へ」といわれる傾向<sup>(16)</sup> それ自体は、九十年代から着実に進行してきた現象である。<sup>(17)</sup>

警察活動における安全感の重視傾向を象徴する現象の一例として、公共の場におけるカメラ監視措置がある。カメラ監視は、ドイツにおいても九十年代後半から各州で試行的に導入され始め、現在では州警察法上の明文の根拠に基づき、犯罪予防の手法として一般化している。<sup>(18)</sup> このようなカメラ監視の合憲性が争われた事件では、当該措置による基本権 (情報自己決定権) 介入 (Eingriff) が憲法上正当化されるか否かの判断の際に、住民の安全感が正当化事由の一つとして援用されている。<sup>(19)</sup> カールスルーエ地方行政裁判所は述べる。「本件の争点の地域に関する限り、住民の多数が上記監視状態 (ビデオカメラ) の存在により、その生活感情や運動の自由を継続的に制約を受けていると感じていると認めることはできそうもない。むしろ住民は安全にとまなう利益を歓迎し、そのことと関連し、かつ諸外国の経験が裏付けている犯罪の減少とりわけ路上犯罪の減少にメリットを感じているのである。かかる感情は近年のテロの脅威を背景にして、より強まってすらいる」。<sup>(20)</sup>

## 2 安全感情の性質とその保護 C・グズイの所論

そもそも安全感情の保護について、憲法学上どのような把握が妥当であるか。この点について、C・グズイは以下のような議論を展開している<sup>(18)</sup>。

「安全とは大多数の事例におけるリスクの不在であり、安全感情とは個々の事例におけるリスクの不在の個人的感覚<sup>(19)</sup>と定義できる。この場合、安全と安全感情は相互依存的ではあるが、完全に重なり合うものではなく、安全感情は現実の状態としての安全に必ずしも依存しない<sup>(20)</sup>。

そもそも、個々人の抱く感情一般が警察の保護や規制の対象たりえない。個人の感情の形成や内容は、「個人の人格性を形成する核心に属するものであり、それゆえに、人間の尊厳の保障とも、さらに一般的人格権の保障とも密接な連関を示すもの」として基本法の保護領域に属する。かつ、個人の感情は信仰の自由や意見表面の自由のような、重要なコミュニケーション基本権の保護領域にも入る。いかなる感情を持つかは本人のみが関知しうる事項であり、他者がそれを代理することも、感情の内容について指令を発することもできず、当然ながら警察法上の介入や強制の及ぶものではないのである（国家の管轄権は感情の前で終わる）。

安全感情の場合も複雑な主観的要素から構成されているため、危険防除（Gefahrenabwehr）を主務とする警察任務に含めるべきではなく、したがって、安全感情の保護それ自体を理由にして警察が市民の基本権に介入する権限は否定されるべきである。警察法理上の「危険」とは「法益を将来的に危機にさらすこと」を意味し、それは将来

の損害が事実または「事実上の手がかかり」(tatsächlicher Anhaltspunkt) から明白である場合にのみ認定しうると理解されているのであり、単なる推測や感情では危険の要件を満たさない。したがって、不安感それ自体は、それが合理的な根拠に基くものでも危険とは認められない。また、安全感情は、個人のコミュニケーション関係・情報流通関係の結果として存在する点からも警察のコントロールが及ばない領域である。情報流通とコミュニケーションの自由は基本法で保障されており、報道機関が犯罪行為についてセンセーショナルに報道したとしても、あるいは警察の事件に対する不十分な対応から警察自身が批判の対象になったとしても、それらの報道はプレス(1)の自由(基本法五条一項第二文)として保障されており、警察は不安を高める要素を排除することはできない。

以上のようなグズイの議論は、警備業務の民間委託をめぐる法学的論議の文脈で登場してきた。彼の議論の前提には、「国家任務としての安全」(Staatsaufgabe Sicherheit) というテーゼに象徴される安全確保任務の国家独占およびその基本権上の具体化としての「安全に対する基本権」というコンセプトに対する批判的視点がある。<sup>(2)</sup>「国家任務としての安全」という発想は、「国家であること」(Staatlichkeit) から導き出される権限として国家には排他的な強制力(Gewaltmonopol)の行使が認められ、それと引き換えに市民に暴力のない状態を保障するものであり、また基本法上(民主国家および社会国家を宣言した)一条一項、並びに連邦の立法権限を定めた七三条および七四条)も危険防除は当然に国家の任務とみなされるとする考え方である。<sup>(3)</sup>これに対してグズイは、国家の任務自体が国家の政治的配分決定の結果なのであって、国家の属性から当然に導きだされるものではないという立場に立つ。<sup>(4)</sup>むしろ治国家的要請が満たされるのは、国家が実力(Gewalt)について正統なものが否かを定める権限を有し、その枠内において正統な実力の範囲を特定し、正統性のない暴力(Gewalt)を自己の手段——緊急時には実力——をもって阻止しう

るという場合である<sup>(23)</sup>。

すなわち、グズイは、安全の維持向上を国家の独立かつ専属的な任務と位置づけ、安全の確保と同一視されるとこの安全感情の維持向上に対して警察の任務として独立の地位を認める説に反対する。ただし、グズイは、安全感情を軽視しているわけではなく、また、公権力が安全感情への配慮 (Pflege) から撤退してよいと主張しているわけでもない。市民の規範への信頼感に連動する安全感情の状態は、国家が無視することのできない問題であり、このことは民主制においてこそ重要な意味を持つとグズイは考える。というのも、市民の規範への信頼感こそが基本法の民主的、法治国家的、社会国家的な憲法秩序の正統性を担保し、このような秩序を機能させる条件であるという意味で安全感情への配慮は憲法保障の意味を持つのであり、このような配慮を国家が放棄することはできないからである<sup>(24)</sup>。むしろ、ここでグズイが強調したいのは、安全感情は、あくまで警察が警察法で付与された適切な任務遂行の結果として付随的にもたらされるものと解するべきだという点である。また、安全感情の維持向上は危険防除の枠内には馴染まないと述べているだけであって、警察が安全感情に配慮しながら安全維持の任務を遂行することが否定されているわけではない。警察が法秩序の保護とその貫徹のための独自の能力と準備を維持するのみならず、そうした能力と準備をそのプレゼンスにより市民に対して可視化することも、必要なことであると考えているのである<sup>(25)</sup>。

このようなグズイの見解については、国法学者大会においても、安全感情の重要性を過小評価しすぎているのではない(批判<sup>(26)</sup>)、客観的な安全の維持も主観的な安全感情に左右されるというのが警察の現場感覚であり、主観的な安全感情の維持向上も独自の国家任務と捉えるべきではないのか(批判<sup>(27)</sup>)、とする批判を受けた。さらに、安全感情を民主的政治な基盤と捉えるグズイの見解、とりわけ民主的手続や参加への市民の信頼との連関が解りづらいという疑問も呈された(批判<sup>(28)</sup>)。

もつとも、すでに見てきたグズイの論旨からは安全感情が過小評価されているとは言えず、批判は必ずしも当たらない。批判については、「国家任務としての安全」というテーゼや「安全に対する基本権」という発想にコミットするか否かにかかっており、前述のようにグズイはこれを否定する。ただし、批判が言うように、安全感情の維持を政治的決定の問題に位置つけるグズイの主張には説明不足の感があり、現実の政治過程・立法過程と市民の安全感情との連関（例えば後述する象徴的立法に対する評価）が明確に示されているわけではない。<sup>28)</sup>

### 三 安全感情の維持向上のための法戦略とその問題点

#### 1 安全と安全感情の統一的把握

グズイのような安全と安全感情を別物 (alio) と捉えるのではなく、自覚的に両者を統一的に把握しようとする立場もある。例えば、ハンブルク大学の付属機関「安全と予防に関する研究所」(SIC) のウェブ・サイト上の「国内治安——現代社会の挑戦」と題されたページは、新自由主義的な社会における治安法制のあり方として積極的な予防戦略を打ち出しているが、そこでは、「安全とは、常に変動し、客観的な側面（犯罪統計）と主観的な側面（安全感情）に基づいて識別されるべき、動態的な規模として見なされなければならない」というテーゼが国内治安の指導原理の一つのたと説明されている。<sup>30)</sup> グズイによる安全と安全感情の分離論は、「国家任務としての安全」というテーゼの下で国家による警察業務の独占を当然としてきた伝統的な発想を打破し、私人の安全構築業務への参画を正当化するための理論的営為の一環であった。これに対して、SICの安全と安全感情との一体的把握は、安全と法益の保護



に関する国家と社会の「労働分配」を新たに行い、「社会の固有任務や市民の自己責任にいつそ高い比重を与える」ことを意図して語られている。後者もまた、安全構築への公権力と私人の役割分担の再編成を求める。このいずれの方向が妥当かという点を考察する上では、近年の安全構築任務への民間参入の問題をめぐる議論と、とりわけそこにおける安全感情の扱われ方を見ておく必要がある。そこで以下では、安全感情の維持向上を担う主体を、公権力、民間警備会社、市民社会の諸力という三つに分け、それぞれの理論的特徴を確認していく。

## 2 公権力による安全感情の維持向上

### (1) 国家の再擬人化 (Re-Personalisierung)

伝統的な警察法の対応は、自己の活動を客観的な危険の防除に限定する一方、情報提供を通じて市民の不安を除去しようとするものであった。恐怖に対する予防的措置は比例原則に違反するものとみなされる<sup>31)</sup>。しかしながら、九十年代以降とりわけ二一年以降、このような伝統的な法治国家的枠組みは大幅に掘り崩されてきた<sup>32)</sup>。こうした現象に、危険からの庇護者としての国家とそれによる包括的な市民的自由への介入を正当化するホップスの社会契約論的発想の復活を警戒的に見て取るのがM・ケッターである。彼は言う。国家の再擬人化は「国家的諸制度に対峙する市民の目線から見れば、ますます大きな従属性の関係を生み出す。国家は、市民的自由の減少という対価と引き換えに、またそのことをもって——市民の側からみれば——一人前の市民であること (Mündigkeit) を奪われるかたちで、包括的な『保護者』となる。強い国家の復興は、社会的不安定性の時代においては、国家に対する一定の期待や安全願望の声と結びついているがゆえに、なるほど理解できる。しかしながら、そのような強い国家の復興は、パースペク

タイプの方向性が市民社会に向かいつつあるように、絶対のものではない<sup>(33)</sup>」。

## (2) 象徴的立法 (symbolische Gesetzgebung)

市民の安全感情の維持向上に公権力が乗り出す場合、安全感情が主観的なものである限り、この任務を完全に果たすことは難しい。立法者は市民の安全要求に応答する姿勢をアピールするために、その実効性の有無とは関係無く、いわばアリバイとしての法定立を行なおうとする。ドイツの法律字は、このような動機で制定された法律を「象徴的立法」、「仮象の立法」(Schein-Gesetzgebung) と呼び、否定的評価を与える傾向が強い<sup>(34)</sup>。象徴的立法という分析視角は、環境刑法、経済刑法、麻薬刑法などの領域の議論においてしばしば用いられてきた。政治的インパクトに比して、実際の法の実効性が乏しいという意味においては七十年代のテロ対策立法や九十年代の組織犯罪対策立法も象徴的立法の側面が強い。さらに、基本法自体にも、環境保護を国家目標規定として挿入された二 a 条のような象徴的立法と呼びうる規定が存在する。

個々の市民の主観的な安全感情の維持向上という観点からは、象徴的立法は時に有益であるようにも思える。この点について、後に本稿の検討の対象となる M・ケッターの議論を見ておこう<sup>(35)</sup>。ケッターは象徴的立法が市民の脅威や不安を取り除く効果のあることを承認するが、憲法上の要請としての比例原則に反する、安全の維持向上について法に広範な制御機能を期待するのであれば、そうした法に自己確証の機能が備わっていなければならないが、象徴的立法は適用を通じた確証を受けることがないため、このような実効性のない法定立は結局のところ規範への信頼そのものを破壊してしまうという二つの理由から象徴的立法に批判的である。彼は、グズイと同じく安全と安全感情の区別を意識した上で、「根拠のない不安に基づいて膨らんだ行動への期待のために象徴的な国家的措置を調達するよ

りは、透明性の向上と、脅威の程度の徹底的な解明を通じて不安に対処した方が有意義<sup>(36)</sup>と述べている。

### 3 民間警備会社による安全感情の維持向上

損害保険に加入すること、民間警備会社と契約を結びセキュリティ役務の提供を受けること、スタンガンのような「自衛装備」を携帯すること、「ゲーテッド・コミュニティ」と呼ばれる住宅街に住むこと<sup>(37)</sup>など、私人が自己の安全感情の維持向上を目的として様々な方策を講じることは、いずれも個人の選択の範囲内である。

しかしながら、近年の警備会社の活動は、私企業や私人の土地家屋の警備にとどまらず、従来警察の任務であった領域にも及んできている<sup>(38)</sup>。例えば、バイエルン州の治安監視員(Sicherheitswacht)制度は、指定された民間人に身分確認や直接強制の権限を付与している<sup>(39)</sup>。こうした警察業務の民間委託や民間との協働の進展を背景に、私人による警察任務遂行の法的な評価が論議となってきた。この点については米丸恒治や高橋昭男が詳しい検討を行っており、ドイツの学説においては民間警備業拡大を不可避のものと許容しつつ、その法的性質や法的枠組みをめぐる意見対立が存在する点が明らかにされている<sup>(40)</sup>。

安全感情の維持向上が国家の独立かつ専属の任務ではないと考えるグズイの立場からすれば、公共の場における安全確保業務に民間警備会社が携わること自体は承認される行為である。多くの市民は民間警備会社の警備員の姿を公道や公園で見て安全感情を向上させるからである<sup>(41)</sup>。しかしながらグズイは、民間警備会社の活動に以下のような一定の留保を課す。警察法や刑事訴訟法の規律の対象とならない民間警備員の存在や活動が、かえって住民に脅威を与えてしまうこともありえる。したがって、民間警備員の活動に法的な枠組みを設けていく作業が不可欠であり、このよ

うな条件整備こそ政治の役割である。もっとも、この場合、感情が主観的なものである以上、住民の安全感情と治安維持力 (Sicherheitskraft) のプレゼンスとの相関係の把握は困難である。ある者にとっては、民間警備員の存在が安全感情を強める場合でも、別の者にとっては、民間警備員の存在に不安を感じるかもしれない。いずれにしても、公共の場で活動する民間警備員が、威圧的な制服を纏ったり、捜査犬を随行したり、可視的な武器を携帯することは、住民の安全感情にはマイナスである。<sup>(4)</sup>

#### 4 市民社会の諸力による安全感情の維持向上 M・ケッターの所論

##### (1) 市民社会による安全構築

安全感情の維持は民間警備会社のような私人によっても確保しうる——このグズイの示した方向性を、市民社会による安全構築という、より広いパースペクティブで展開して見せるのがM・ケッターの議論である。<sup>(4)</sup> U・ハーバーマスの社会理論の影響を受けるケッターは、自己の行動を自律的に社会規範に適合させることのできる市民達で構成される市民社会 (Zivilgesellschaft) を安全構築の主たる担い手に位置づける。すなわち、ここでは、安全法制の担い手として成熟した市民により構成される市民社会が指定され、国家「公的部門はその条件整備や下支えを担う存在と位置づけられている。

自律した市民は自己の行動を社会規範に適合させるように自らを律する力を本来的には備えている。しかしながら、市民が社会規範を完全に内面化することはなお困難であり、そのような場面では外的コントロールが必要になる。しかしながら、法の定立・執行を行う公権力は外的コントロールの唯一の担い手ではない。むしろそこでの公権力は補

充的な役割にとどまり、社会によるコントロールこそが重視される。個人の自律的なコントロールの際には消極的自由とりわけ個人の退避圏としての内心の自由やプライバシーの保護が重視される。他方、個人への外部からのコントロールについては、見張る者と見張られる者との同一性が成立している限りにおいて、市民が自律的に自己コントロールを行なう「民主的なパブティノコン」として評価される。治安監視員による防犯、自治体犯罪予防協議会を基盤とした地方団体による防犯、さらにDNAによる本人確認やカメラ監視なども、「同胞市民 (Mitbürger) の視線」として説明することができる。「個人は自己コントロールという道筋で自分自身の人格を通じて規範侵害を阻止するが、さらにそれを越えて、彼は自己の環境に社会的コントロールを及ぼし、かつ、それを通じて共同体的任務への参画を果たしているのである。……このように分節化された安全国家 (Sicherheitsstaat) は、市民が規律化や外的コントロールを通じて規範適合的行為を強制される権威的警察国家とはまさに正反対のものである<sup>(44)</sup>」。この文脈においてケッターは、バイエルン治安監視団の意義について述べたバイエルン内務省の見解を紹介する。「治安監視団は、犯罪を前にして見て見ぬふりをする事なく、これに目をむけ、警察に通報し、証人となることを申し出る点で、全ての市民の模範である。……治安監視団のメンバーは、とりわけ、路上犯罪と略奪を妨げるにちがいない。彼らは日常的に徒歩や自転車で徘徊するので、彼らがそこに居ることがすでに治安状態と市民の安全感情を改善しているのである<sup>(45)</sup>」。

ただし、安全構築を市民の相互監視の側面のみで語るのには正確ではない。ケッターの第一次的な関心は、いかにして個人が社会規範を内面化し自己コントロールを行ないうるかにあるから、治安政策はより社会政策的性格を帯びたものになる<sup>(46)</sup>。コミュニティ・ポッシングは、自治体レベルにおける犯罪撲滅・犯罪抑止の同質性ある社会の一体的な取り組みとして積極的に評価されている<sup>(47)</sup>。また、市民の規範意識を育成する基盤として、家族、学校、自発的サークル、犯罪矯正施設、移民の統合プログラムの果たす役割が重視されることになる。

(2) スリーパー (Schläfer) がもたらす不安

こうした市民社会が公権力の下支えを受けながら構築する安全・安全感の脅威となる存在が、スリーパー(「眠るふりをする人」の意味)と呼ばれるイスラム系のテロリストの行動である。凡庸な市民生活を送り、ある日突然自爆テロリストの本性を表すスリーパーは、その存在可能性だけで市民に不安をもたらす。公共の場での暴力行為や座込みは可視的であるため、社会主体での安全構築に馴染みやすい。ところが、社会の中で目立たなさ、すなわち不可視性を特徴とするスリーパーには、同胞市民の監視の目が届かない。スリーパーが市民社会の核心である匿名性とプライバシーの保護を隠れ蓑にすることで、市民社会への市民の信頼が崩れることを危惧するケッターは、「透明性が確立されるならば、その分だけスリーパーのあぶり出しには現実性が出てくるであろう」と述べ、テロの危険がないという安全感と引き換えであれば市民は匿名性の放棄を甘受すると見ている。テロ犯罪は社会的コントロールの基盤を掘り崩すものであり、かつ社会的コントロールでは十分に対処できないゆえに、テロ対策の場面では国家の抑止的措置が前面に出ることをケッターも承認せざるを得ないのである。<sup>48)</sup>

(3) 警察機関の透明性の確立

ケッターの想定する市民社会による安全構築が権威的警察国家のそれとは異なるものであるためには、いくつかの条件が必要になる。それはキーワードとして挙げれば「透明性と公開性」の確立ということになる。正確な情報は分別ある市民を増やし不安全を除去することに効果があるゆえに、市民に対する情報提供は国家の治安力への信頼を高める。また、情報は治安政策に関する市民に開かれた論議の前提でもある。したがって、例えば覆面捜査員や盗聴などをを用いた極秘捜査は例外的・限定的にのみ認められ、かつ、その捜査結果は公表を当然のものとされる。

#### (4) ケッター説の問題点

ケッターの議論は、市民の不安に対応した「強い国家」の登場への警戒感から出発している。ケッターは、近年の一部に見られる国家の再擬人化を批判し、また、象徴的立法が示そうとする「犯罪に対する国家の強い意思」にも懐疑的である。そして彼は、「強い国家」による安全構築への対抗戦略として、市民社会による安全構築を打ち出す。

しかしこのような構想については、ケッターの描く市民社会とその構成員である成熟した市民のモデルにコミットするか否かで、評価は分かれるであろう。仮にケッターの市民社会像に共感する者であっても、ケッターが自らの理想とする社会モデルを根拠に、現在のドイツで現実に実施されている治安法制の方向性を肯定的に評価してしまっている点には違和感を覚えるのではないか。現に、州警察、ゲマインデ、経済界の連携による防犯の要諦として期待される自治犯罪予防協議会にしても、本来の州の権限である警察任務をゲマインデに肩代わりさせる結果になっているというゲマインデ側からの批判がある<sup>(48)</sup>というのである。

市民社会の諸力が主体となった安全構築という形式をとりながら、国の治安政策に市民が取り込まれていく危険性はあらためて指摘するまでもないであろう。また、「社会的規範を身につけた成熟した市民」という発想自体、これらの行為規範から逸脱する少数派の排除につながるものである。主観的な安全感を求める「市民は、自分の自己コントロールの適切な行使の反対給付として、他の市民の自己コントロールを国家が担保することを国家に期待する」<sup>(49)</sup>。このような感覚を持った市民が安全構築に積極的に参画することで高まる「安全感」というものは、かかる任務に自らが主体的に関わっているという感覚それ自体から得られる安心感にすぎないとすらいえそうである<sup>(50)</sup>。

安全維持向上に関するケッターの戦略は、以上のような問題点を伴う戦略である点は意識しておく必要があるだろう。



## まとめ

公法学のチームとしての安全と安全感情の再定位を試みるC・グズイは、客観的な安全と主観的な安全感情との相違を強調し、安全感情の維持向上は公権力の独立かつ固有の任務ではなく、安全確保のために憲法や法律が警察等の機関に付与した権限を遂行する範囲の中で付随的にもたらされるものと捉えるべきだと主張する。あわせて彼は、安全感情の維持向上は国家の法的な義務と捉えない一方で、その維持向上は憲法秩序の基盤をなすものであるが故に政治責任が問われる問題であるという見方も示す。さらに、グズイは、安全感情の維持向上という機能は警察に限らず、民間警備会社に代表される私人によってももたらされる点を強調している。

要するに、グズイの議論は、安全感情の維持向上を軽視するものではなく、その役割を国家が独占すべきか（「国家任務としての安全」否か、また、それを国家の法的義務と捉えるべきか（「安全に対する基本権」否か、という争点における従来の議論への批判的応答なのである。この安全感情の維持向上という役割を民間警備会社にも認めるグズイの主張を発展させ、安全構築の主たる担い手を「市民社会」に求める方向で公権力と民間の役割を再構成するのがM・ケッターである。グズイやケッターの議論は、治安法制における国家の積極的な介入に歯止めをかけたつ、他方で、安全の確保と安全感情の維持向上という焦眉の課題について、今日の政治学や行政学の関心である公的部門の見直し論や「市民社会」論に適切な方向でビジョンを示した点にその意義を持つ。そこには、警察活動の透明性の確保や、市民の参画の要請など、我が国の治安法制を考える上では示唆に値する主張が確かに含まれてはいる。<sup>(32)</sup>

しかしながら、グズイ（のみならず「警察・民間パートナーシップ」を説くシュトーパーや、「協調社会における



「警察法制」を説く。チャーヌらも含めてということになるが<sup>(53)</sup>、ヤケッターらは、安全構築の担い手としての社会に過度な信頼を置きすぎているように思える。彼らの議論には、個々人の相互監視化がもたらす監視社会への警戒心が希薄である。この点に関しては、むしろ我が国の憲法学はこれまで十分に警戒的であったと評価してよいであろう<sup>(54)</sup>。

以上を踏まえて、我が国の「安全・安心」をめぐる憲法学の議論への示唆として、さしあたり以下の点を提示したい。「安全」とはある程度客観的な把握が可能な「危険のない状態」を意味すると定義すれば、「安全」をおびやかす「危険」を領域ごとに特定すること（原発の放射能漏れの危険なのか、地震による家屋倒壊の危険なのか、あるいは、青少年の麻薬汚染の危険なのか）は一応困難ではない。これに対して、「不安を感じていない状態」という個々人の感覚に左右される「安心」の場合は、「不安」が時として複合的な要素により形成されるために、その対象を特定することが難しい。例えば、失業に対する不安と災害に対する不安と食品の農薬汚染への不安が一緒に将来に対する不安を構成する。こうした「不安」の特徴を踏まえれば、少なくとも治安領域の議論においては、<sup>(55)</sup>客観的把握が可能な具体的な「危険」が存在していないという意味での「安全」を中心に構成する伝統的な発想を堅持し、他方、「安全感情」、「安心」、「不安」といった概念の使用には抑制的であることが望ましい。すなわち、グズイの言うように、「安全感情」、「安心」とは、客観的な「安全」の確保の付随効果として個々人にもたらされる（もしくは、もたらされる可能性のある）ものと考えるべきであろう。

\* 本稿は、文部科学省科学研究費一 四年度基盤研究「転換期における市民的安全構築の比較憲法的研究」（研究代表・森英樹）の研究成果の一部である。

- (1) キエルケゴール(齊藤信治訳)『不安の概念』(岩波文庫)六八頁。
- (2) こなれない訳語であるが、本稿では、日本語の「安心」(ましてや「体感治安」!)という語の持つ含意と区別するため、「安全感」とする。
- (3) 法時時報七六巻二三号(二四年)「学会回顧」一一二頁「村田尚紀・木下智史」、同七七巻一三三号(二五年)「学会回顧」一一二頁「村田・木下」、公法研究六七号(二五年)「学会展望」三三三頁「水島朝穂」でも、「安全・安心」はひとつのテーマ領域として設定されている。
- (4) M・ケッターは、狭義の安全法制(Sicherheitsrecht)を、刑法、刑事訴訟法、危険除去法が協働作用しつつも、これらの法制から自律した法領域と位置づける。加えて秩序維持法制、憲法擁護法制、謀報機関法制が広義の治安法制を構成すると述べている。Vgl. Mathias Köter, Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft: Ein Plädoyer für Transparenz in Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheit, KJ 2003, S. 65.
- (5) 警察の治安対策の文脈での「安全・安心」の使われ方として、例えば『平成一七年版警察白書』(二五年)一五頁以下参照。「安全・安心」を掲げての警察、自治体、地域社会が一体となった治安政策を批判的に考察する文献として、さしあたり、清水雅彦「安全・安心」イデオロギーと統治の「危機」憲法理論研究会編『危機の時代』と憲法(敬文堂、二五年)一七頁以下参照。
- (6) 森英樹「憲法学における『安全』と『安心』」樋口陽一先生古希記念『憲法論集』(創文者、二五年)五三頁以下とくに五一四―五一五頁。そこでは宗教上の理由から輸血を拒否する患者の身体の客観的「安全」と宗教上の主観的「安心」との相克が例として挙げられている。森英樹「自由・安全・自治」で読み解く憲法構造の転換と国際的文脈「憲法問題」二二(二一年)六五頁以下も参照。一九九八年の「安全学」(青土社)公刊以降、わが国において「安全学」という学問領域を構築しつつある村上陽一郎も近著では安全と安心の違いをより自覚的に使い分けているように見える。村上陽一郎『安全と安心の科学』(集英社、二五年)三六―三八頁参照。
- (7) 宗教団体アレフをめぐる一連の事件(団体規制法の適用、信者やその子どもの住民票不受理や就学拒否)はこのことを考える上での素材であろう。金尚均「刑法の変容とオウム裁判」法律時報七六巻九号(二四年)七三頁以下、清水雅彦「オウム事件と市民社会のありよう」同八五頁以下参照。

- (8) Winfried Brugger/Christoph Gusy, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, VVDStRL 63, 2004, S. 151 ff.
- (9) Vgl. z. B. C. Gusy, a. a. O. (Anm. 8), S. 152 ff.; Banno Kirsch, *Verbrechenskämpfung durch private Sicherheit*, z. B. C. Gusy, a. a. O. (Anm. 8), S. 233 ff. 邦語・邦訳文献として井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価」*刑法雑誌*四三巻(二四年)二六八頁以下、吉田尚正「ドイツにおける『安全と自由』論と日本の治安への含意」*自治研究*八巻一号一四頁以下、カール・ルートヴィッヒ・クンツ(高原力三訳)「講演」ポストモダンの刑事政策」*刑法雑誌*四一巻三号(二一年)三五頁以下を参照。
- (10) Matthias Köter, *Subjektive Sicherheit, Autonomie und Kontrolle*, *Der Staat* 2004, S. 372 f. ネットワーは「不安」法法的基準として民事法の領域にもその場を拡大していると指摘する。その上で、前の賃借人が設置した自動無線アンテナの電磁波被害に不安を感じる賃借人による家賃減額の訴えを、客観的な被害の証明がないにもかかわらず、かかる不安を根拠に原告の訴えを認めた判決(AG München v. 27. 3. 1998, Az. 432 C 738/95)が例示されている。
- (11) Uwe Volkman, *Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats*, *JZ* 2004, S. 696 ff., insb. S. 700-703. 其中、予防は、将来に存する具体的な被害の除去と解する限りにあらず、客観的な安全の観点から講じられる措置であること(vgl. M. Köter, a. a. O. [Anm. 4], S. 377 f.)。
- (12) 「安全」括法」の憲法上の問題については、vgl. Martin Nolte, *Die Anti-Terror-Pakte im Lichte des Verfassungsrechts*, DVBl 2002, S. 573 ff.; Thomas Groß, *Terrorbekämpfung und Grundrechte*, *KJ* 2001, S. 1 ff.
- (13) Vgl. Hans Lisken, „Sicherheit“ durch „Kriminalitätsbekämpfung“, *ZRP* 1994, S. 49 ff.
- (14) Vgl. z. B. Michael Dolderer, *Verfassungsfragen der „Sicherheit durch Null-Toleranz“*, *NVwZ* 2001, S. 130 ff.
- (15) この点につき、拙稿「ドイツにおける公共の場でのカメラ監視の憲法学的考察」名古屋大学法政論集二二二号(二六年)二九一頁以下参照。これは本稿と脱稿時期を同じくするが、カメラ監視を正当化する議論において市民の安全感が果たす役割や、社会による安全構築という議論の中でカメラ監視が正当化される状況に検討の焦点を当てた。本稿はその補遺の側面を持っている。あわせて参照を請いたい。
- (16) VG Karlsruhe, *NVwZ* 2002, S. 117 ff. 同判決を基本的に支持する評釈として Michael Anderheiden, *Videoüberwachung*, *VerfSt* 2002, S. 117 ff. 参照。

- berwachung in der Fußgängerzone, JuS 2003, S. 438 ff. 批判的な検閲について Joachim Pohl, Videoüberwachung im öffentlichen Raum, KJ 2003, S. 317 ff.
- (17) VG Karlsruhe, NVwZ 2002, S. 118.
- (18) Christoph Gusy, Polizei und private Sicherheitsdienste im öffentlichen Raum, VerwArch 2001, S. 359-362.
- (19) C. Gusy, a. a. O. (Anm. 8), S. 159.
- (20) ブライにみれば 犯罪被害や目撃の経験を持つ者は安全感の維持が他人よりも困難である。犯罪情報に関心の高い人物は客観的には発生のみれた事件に巻き込まれないか不安を感じやすい。警察による犯罪対策の公表やメディアの報じる犯罪認知件数増加や検挙率低下のニュースも不安を煽る効果がある (C. Gusy, a. a. O. [Anm. 18], S. 361 f.)。
- (21) Christoph Gusy, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, S. 573 ff.; vgl. ders., Polizeirecht, Aufl. 5, München 2003, Rdn. 71-73.
- (22) 1960年代のドイツに於いて vgl. C. Gusy, a. a. O. (Anm. 21 [Polizeirecht]), Rdn. 71-73.
- (23) C. Gusy, a. a. O. (Anm. 8), S. 170.
- (24) C. Gusy, a. a. O. (Anm. 18), S. 363; ders., a. a. O. (Anm. 8), S. 160, 181.
- (25) C. Gusy, a. a. O. (Anm. 18), S. 363.
- (26) Aussprache und Schlussworte [Frowein], VVDStRL 63, 2004, S. 201.
- (27) Aussprache und Schlussworte [Pitschas], VVDStRL 63, 2004, S. 203.
- (28) Aussprache und Schlussworte [Battis], VVDStRL 63, 2004, S. 204.
- (29) 1960年代のドイツに於いて (C. Gusy, a. a. O. [Anm. 8], S. 208 ff.) は噛み合っていない。安全感と政治・立法過程との連関について、M・ケッターによる以下の説明も紹介しておく。極めて限定的な範囲の潜在的犠牲者の脅威はメディア媒介的強化 (mediale Verstärkung) の過程を通じて、公共的意識としての不安を形成する。不安が公共意識になるからこそ、政治の争点となりうる。ただし、公共意識としての不安は具体的危険からは乖離しており、メディア媒介的強化はしばしば歪みを伴う。九十年代以降の大きな社会問題である性的動機からの児童への犯罪の増加とその

対処をめぐる論議はその典型例である。異常で残忍な性犯罪の報道は、性犯罪歴のある者への保安監視措置の導入へと結実したが、性的動機からの児童殺害は統計上では七十年代と比較しても実は減少しているのである (M. Köter, a. O. [Anm. 4], S. 72)。なお、俗説でも言われるようにであるが、ドイツ国民は犯罪への不安感を持つ傾向がとくに強いとケッターは指摘する (ebenda, S. 72)。

- (30) Institut für Sicherheits- und Präventionsforschung, Innere Sicherheit: Herausforderung moderner Gesellschaften, <http://www.isip.uni-hamburg.de/> ISSPは一九九六年に設立され、「犯罪予防、公共安全、および社会的・国家的コントロールの形態を学問的な調査」(会則二条)を目的とする研究機関であり、R・ラウトマン、F・サクらが研究員に名を連ねている。また、BeratendにはH・P・ブル、E・ティンガー、U・K・プロイスなど憲法学におなじみの名も見られる。

- (31) M. Köter, a. a. O. (Anm. 10), S. 378.

- (32) Vgl. Uwe Volkmann, Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats, JZ 2004, S. 696 ff.

- (33) M. Köter, a. a. O. (Anm. 4), S. 75 77, isnb. 77.

- (34) Vgl. z. B. Martin Führ, Symbolische Gesetzgebung: verfassungseidrig?, KriV 2003, S. 5 ff. 新谷一幸「紹介 ハセラー『象徴的刑法と法益保護』修道法学一七巻(一九九五年)一七九頁以下、金尚均『危険社会と刑法』(成文堂 二一年)七四 七六 一八 一八三頁参照。とくに一八二頁脚註(9)の金の指摘は鋭い。

- (35) M. Köter, a. a. O. (Anm. 4), S. 67 70; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 379.

- (36) M. Köter, a. a. O. (Anm. 4), S. 71.

- (37) グズイは「ケーニヒツル・ティリヒト・ティリヒト・ティリヒト・ティリヒトの安全観を視しよ」(C. Gussy, a. a. O. [Anm. 8], S. 164)。

- (38) Vgl. C. Gussy, a. a. O. (Anm. 18), S. 353 355.

- (39) 米丸恒治「私人による行政」(日本評論社 一九九九年)一七七頁参照。バイエルン治安監視員には職務質問、身元確認および移動命令の権限が認められている。なお、米丸論文では「保安監視員」と訳されている。

- (40) 米丸・前掲書・註(39)一六九頁以下とくに一九頁、高橋昭男「ドイツにおける警察任務の『民営化』、民間委託

民間との協働 国家の権力独占をめぐる法状況その二 大阪大学法学部創立五十周年記念『二十一世紀の法と政治』(有斐閣、二一 一年) 一一九頁以下とくに一四五頁。グズイの所説は高橋・同書一二九頁、一三四頁で検討されている。

(41) この点に関連して、公共交通機関(ヘルリン地下鉄と市内鉄道)で従事する警備員の活動を素材としたB・キルシュの考察が注目される。キルシュは、民間警備員は実際には犯罪予防ではなく、無賃乗車の摘発など犯罪抑止的な(repressiv)任務を果たそうとしていること、民間警備員の導入は「潜在的」犯罪者に対して向けられたというよりは、主観的安全を高めるという包括的コンセプトの一部であること、市民は犯罪の犠牲者になることを恐れて不安全な感覚を得るのではなく、誰の助けも期待できない状況、自分自身の無力感、知識の欠如などの理由から不安全感を感じていることなどを指摘する。B. Kirsch, a. a. O. (Anm. 9), S. 238 f.

(42) C. Gusy, a. a. O. (Anm. 18), S. 363 f. なお、バイエルン治安監視員の場合、法律は治安監視員に武器の携帯を認めておらず、また、標章の携帯以外は私服を着用するものとされている(米丸・前掲書・註「39」一七七頁参照)。

(43) M. Köter, a. a. O. (Anm. 4), S. 78 81; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 392 398.

(44) M. Köter, a. a. O. (Anm. 10), S. 398. ケッターが安全法制の場面で市民と公権力との関係に適用としているモデルは、行動の自己コントロール、集団的連帯意識、参加・諮問を通じた決定過程などを通じて企業と従業員の著しい自己同一化を特徴とする「ミタ型労務管理」である(ebenda, S. 397)。

(45) Zit. in M. Köter, a. a. O. (Anm. 10), S. 380.

(46) M. Köter, a. a. O. (Anm. 10), S. 380.

(47) ドイツの場合、九八年の連邦・州内相連絡会議で合意され、二一 年に第一次計画が提示された「安全ネット行動計画」(Aktion Sicherheitsnetz)が注目される。これは、ゼロ・トレランス政策にコミュニティの警察化や自治体による犯罪予防の発想を結び付け、同時に警察のイメージ・アップをねらいとした国内治安に関する包括的なプログラムであり、警察の増員、民間警備会社の積極的活用、自治体犯罪予防協議会の設置・支援、市民の目線に立った警察活動などのための施策が掲げられている(vgl. M. Köter, a. a. O. [Anm. 10], S. 380)。

(48) M. Köter, a. a. O. (Anm. 10), S. 389 392, 397.

- (49) 米丸・前掲書・註(39)一七一頁参照。
- (50) M. Köter, a. a. O. (Ann. 10), S. 397.
- (51) 芹沢一也『子どもを守れ』という快楽』論座一 六年二月号四 頁以下から示唆を得た。
- (52) 我が国の警察行政のあるべき姿として、原野翹『行政の公共性と行政法』(法律文化社、一九九七年)一六四 一六五頁の指摘を参照。
- (53) Vgl. Rolf Stober, Private Sicherheitsdienste als Dienstleister für die öffentliche Sicherheit?, ZRP 2001, S. 260 ff.; Rainer Pitschas, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste?, DÖV 1997, S. 393 ff.
- (54) それゆえ、ドイツの実務とグズイ説などの学説は、吉田・前掲論文・註(9)一二四 一二七頁のとく、我が国の近年の警察活動を正当化する論拠として扱われることになる。
- (55) さしあたり、清水・前掲論文・註(5)、岡本篤尚『安全』の専制』憲法問題二二号(二 一年)九三頁以下、同『パドックスとしての『安全・安心』』法律時報臨時増刊『憲法改正問題』(二 五年)二一七頁以下等参照。
- (56) 「安全・安心」は多様なアプローチによる検討が可能かつ必要な論点であり、本稿の検討は極めて限定的な射程にとどまる。例えば、村上・前掲書・註(6)等も参照。本稿脱稿直前に公刊された、堀井秀之編『安全安心のための社会技術』(東京大学出版会、二 六年)は興味深い視点を多く含むが、それを反映させることは、さしあたり筆者の手に余る作業である。今後の課題としたい。