

## 直接強制に関する一考察

須 藤 陽 子

### 問題の視角

直接強制は、その輪郭を得にくい概念である。「直接強制」という文言を用いる行政執行法5条3項「行政官庁八第一項ノ処分ニ依リ行為又ハ不行為ヲ強制スルコト能ハスト認ムルトキ又ハ急迫ノ事情アル場合ニ非サレハ直接強制ヲ為スコトヲ得ス」は、具体的内容について触れるところがなく、行政上の強制執行の手段を規定した5条の解釈論によって明らかにすることを期待せざるを得ないものであった<sup>1)</sup>。現代行政法学における直接強制の意義は、廃止された行政執行法5条の制度的内容と講学上形成された内容が混合して形づくられている。

現代行政法学の代表的教科書において、「直接強制とは、義務者の身体又は財産に直接力を行使して、義務の履行があった様態を実現するものである。行政法上、直接強制によって実現されるべき義務は、作為・不作為のいずれの義務であるかを問わない。ただ、身体又は財産に直接実力を行使するものであるので、行政執行法においても、代執行、執行罰のいずれによっても目的を達成できない場合および急迫の事情ある場合に限られていた（法5条3項）」とされる<sup>2)</sup>。強制執行の手段間との関係、つまり手段適用の優先性を説明するために、行政執行法5条3項の規定を今なお引き合いに出さざるを得ない。「物」に対する直接の実力行使という作用面において共通性を有するはずの代執行が、何故直接強制に優先して適用され

なければならないのか。直接強制は、一面において即時強制と、他面において代執行と共通する性質を有する。したがって、直接強制の意義・内容を得るためには、代執行との異同、即時強制との異同が論じられなければならないのであるが、昭和36年(1961年)に出版された広岡隆『行政上の強制執行の研究』、同「行政強制」(公法研究27号)以降の論稿において取りあげられることは稀である。広岡隆氏の業績は、行政執行法下の行政上の強制執行制度の研究はもとより、わが国に多大な影響を与えたプロイセンにおける行政上の強制執行制度の歴史研究、及びフランス法までも比較法研究の対象とした包括的かつ大部のものである。広岡氏の包括的な研究以後、代執行<sup>3)</sup>、執行罰<sup>4)</sup>に関する研究は発表されているが、直接強制に関する研究が進んでいない。

広岡氏による研究で知られるように、行政執行法の定める行政上の強制執行制度は1883年プロイセン一般邦行政法の影響を受けたものである。プロイセン法制における代執行とは、代替的作為義務を行政官庁が自ら行うことを含まず第三者に行わせることのみを指すのであるが、わが国の代執行制度は代替的作為義務を行政官庁が自ら行うことも含んでいる。つまり、わが国では代執行に含まれる作用がプロイセン法制では直接強制と解される<sup>5)</sup>。このため、代執行との異同を論じて直接強制の意義・内容を得ようとするようなテーマの場合、比較法研究の手法は必ずしも適したものである。また、「制度」について比較法研究を進めようとしても、現行法令に直接強制の立法例が極端に少なく、学問上の議論が発展しにくいものであった。

現在学説が一致して直接強制の例に挙げるのは、学校施設の確保に関する政令21条(昭和24年)、成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条8項のみである。現代行政法学の代表的教科書では、戦後の議論において行政代執行を行政上の義務履行確保のための一般法とした理由、行政罰による間接強制を採った理由を、日本国憲法下の基本的人権の保障と中立的な裁判所による統制という観点から説明する<sup>6)</sup>。戦前の、人の身体・財

産に対する直接的な実力行使の過酷さに鑑みれば、直接的な実力行使を許容する立法化に対して慎重であったことは首肯できる。直接強制を規定した法律が極めて少ないという現実には、今なお立法者が直接強制という手段をとることに抑制的であることを示しているといえる。しかし、日本国憲法が制定・施行され、行政執行法廃止から65年を経て基本的人権の保障という意識が根付いた現代行政においても、行政権による実力の行使が必要とされる局面は存在する。基本的人権を最大限尊重することを基軸に置いたとしても、なお行政権による実力行使の必要性は否定しきれないものではない。平成10年に制定された感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（以下、平成10年感染症法という。平成18年に結核予防法を廃止して感染症法制を一本化すべく法改正が行われたが、人の身体及び財産に対する強制の仕組みは平成10年に定められている）は、前文において、過去にハンセン病、後天性免疫不全症候群等の感染症患者に対するいわれのない差別や偏見が存在した事実を重く受け止め教訓とすることを宣明しつつ、感染症対策のために人の身体・財産に対して直接実力を加える強制の仕組みを定めている。

平成10年感染症法の制定にあたって、人の身体に対する強制について、直接強制の仕組みを採り得たにもかかわらず、立法者はあえて即時強制を意図したのではないかと指摘されている。平成10年感染症法17条と19条は、ともに2項において「当該職員に健康診断を行わせることができる」「入院させることができる」という、人の身体に実力を加えることを許容する趣旨であると解される規定ぶりしつつ、実力行使の要件を規定することとなる各条1項において「勧告」という文言を用いている。「勧告」として十分に時間をかけながら「命令」を発せず、直接強制の仕組みである「命令」「強制」という構図をとっていないように見られるからである<sup>7)</sup>。

代執行では目的を果たせない非代替性があり、かつ、行政罰による間接強制では不適當であると考えられる場合に、どのように行政上の目的を達するか。行政権による実力行使の態様に着目したならば、直接強制と即時

強制の二通りがあり得る。立法者が強制の仕組みを立法化する必要に迫られている場合、直接強制と即時強制のいずれを採るべきかという問題は政策的問題に止まらないはずである。学問上の議論が立法者に対して立法化の規律を提示すべきであるが、制定法上の直接強制の例が極端に少ない現状では直接強制の概念を論じる実益に乏しく、また、即時強制は一般行政法において戦後に定着した概念であり、戦前の警察上の即時強制と直接強制の異同、戦前の警察上の即時強制と戦後の一般行政法における即時強制の異同について、議論の蓄積を欠いているのが現状である。

直接強制の立法例が極端に少ない中で、平成10年感染症法が新たに定めた人の身体・財産に対する強制の仕組みは、強制に関する新たな議論の切り口を提供するものである。戦後、何故直接強制を強制手段として立法化することが避けられたのか。行政執行法廃止・行政代執行法制定時のGHQの真意は、関係者の多くがご存命であったと思われる昭和52年の段階(実務家を交えた座談会等大特集が組まれたジュリスト増刊『行政強制 行政権の実力行使の法理と実態』)でも記憶は薄れて「覚えていない」「わからない」とされた<sup>8)</sup>。平成19年となった現在では、GHQの真意にたどりつくことよりも、直接強制という強制手段が立法政策において忌避され続けていることの合理性を問うことが先決であろう。過酷な人権侵害と結びつくことがあったからこそ直接強制という手段に距離を置いたはずであるが、行政執行法廃止60年を経て、現代人の人権意識を下敷きにして叙述される現代行政法学の教科書の洗練された文面から、即時強制よりも立法化を避けなければならないと思わせるような、「直接強制に固有の問題性」が浮び上がってこない歯がゆさがある。直接強制の立法化の例が極端に少なく、直接強制に固有の問題性が何とはなしに時の経過とともに風化され、しかし他方で直接強制を忌避する政策だけが固持されたまま即時強制によって代替されていく。

本稿は、かかる問題意識に端を発する小論である。筆者はかつてドイツ法を素材として「行政強制論」を論じたが、本稿の問題意識・テーマに比

較法研究の手法は不向きであり、戦前の行政執行法下の学説・実務家の見解に注目して論を進める。行政執行法下の直接強制と代執行、直接強制と即時強制の異同に焦点をあて、かつて概念上の異同として認識されたことが、現代行政法学においてもなお妥当するかどうかを検証する。

## 1. 行政執行法における直接強制

### (1) 行政執行法と行政警察規則

行政執行法は、1条検束及び仮領置、2条邸宅侵入、3条密売淫に対する強制診断及び強制治療、4条土地物件の使用、処分及び使用の制限、5条代執行、執行罰、直接強制、6条費用等の強制徴収、7条物件の国庫帰属、について定めた7か条よりなる法律（明治33年法律84号）である。明治憲法下の行政執行法の存在によって、かつてわが国には包括的で完備した行政上の強制執行制度が整えられていたと評価される<sup>9)</sup>。現代行政法学の教科書に今もなお引用されるのは行政上の強制執行の手段を規定した5条であり、1条から4条までの、実力行使の仕組みが取りあげられることはほとんどない。広岡氏の『行政上の強制執行の研究』においても、行政執行法に関して5条と6条のみが取りあげられている。しかし、戦後に田中二郎氏が立てた「行政強制論」の範疇の下で戦前の警察法の仕組みから一般行政法上の仕組みへ改められた「行政上の即時強制」の原型は、1条から4条にある。1条から4条までの部分と5条とを画然と分けて行政上の強制執行を論じることは、「実力の行使」という強制の要素を十分に捉えきれないことにつながり、また即時強制と直接強制の異同を論じようとする場合、1条から4条までの部分と5条に規定された行政上の強制執行との関係に留意すべきであると思われる。

1条から4条まではいわゆる「警察強制」ないし「警察上の即時強制」に属するものであって、警察官庁のみが適用可能な条文であった。1条から4条までは行政法総論ではなく各論である警察法において扱われ、警察

上の作用であるから行政法総論には登場しない。5条と6条は警察官庁も一般行政官庁も適用可能な条文であったため、行政法総論においては「行政上の強制執行」として、各論警察法においては「警察上の強制執行」として登場するが、「行政上の強制執行」も実際には主として警察事項に関して用いられることが多かったといわれる<sup>10)</sup>。当時の行政執行法逐条解説書は、行政執行法の条文中に「警察」の文言が一語も用いられていないにもかかわらず、行政執行法の大部分は警察権に基づく強制に関するものであるとする。行政執行法起草委員を務めた内務省書記官有松英義氏(有松英義君講述『行政執行法 治安警察法 講義 全』警眼社、明治36年発行昭和5年第9版)は、次のように述べる。

「或る学者の説くが如く、警察は果して内務行政の強制手段に外ならずとせば、行政執行法は其實に於て、警察権執行の方法を規定したるものと謂はざるを得ず、唯夫警察なる語は現行制度の實際に於て、斯くの如く廣義に解釋して使用するの例にあらず、故に本法は名くるに警察執行法を以てせずして、之を行政執行法と稱し、適用上の疑義を避けたるものとす故に土木、衛生、教育、交通其他如何なる事件に拘はらず、行政各般の事項に關し、各種行政官庁の處分を強制するが為め、必要なる手段は総て本法に依ることを得るものとす、但し本法は未だ以て各種の行政手段を網羅したものと謂うを得ず、本法の規定以外に於ても、他に適法的手段あるときは亦之に依ることを妨げざること勿論とす」<sup>11)</sup>。

行政執行法は實質的に警察権の執行方法を規定したものとしつつ、「各種行政官庁の處分を強制するため」であれば警察官庁以外の行政官庁も適用可能であるとしている。また、行政執行法の規定のみが執行の根拠ではなく、他に適法に規定されていればそれに依拠することを妨げないのであって、たとえば、旧伝染病予防法は行政執行法制定に先立つ明治30年に制定されており、法定伝染病については旧伝染病予防法に基づいて執行される。行政執行法3条1項にいう伝染性疾患はもっぱら性病を意図していると解される。

行政警察との関連でいえば、行政執行法は行政警察の手段、執行手段を規定するものであって、警察権限の根拠は別にあり、警察権限を包括的に規定すると解されるのは明治8年太政官達第29号行政警察規則である。

行政警察規則は、第一章警察職務之事、第二章警察掛勤務之事、第三章邏卒勤方之事、第四章邏卒心得之事の四章からなり、警察官に対する訓令として発せられた。市村光恵氏によれば、行政警察規則は明治維新後の警察法の淵源にして最初のもの、最重要のものである。とりわけ第一章第一条は警察権の基礎を明らかにするものであり、第三条は第一条と相俟って警察権の範囲を明らかにするものである。明治憲法制定以後も新たに法令によって廃止するという措置が講じられなかったことから効力は存続し、明治憲法25条の「法律」と同視し得るとされた。個別の警察活動の法的根拠を定める法令は多々あっても、第一条以外に行政警察の包括的な目的を示すものはなく、訓令という形式ではあっても警察官が臣民に対して強制し得る職権の根拠と解されていた。第三章邏卒勤方之事がそれである。大部分が服務の基準であるけれども「外部人民二対スル作用」をも定めていた。それが2条、10条、15条、19条、22条、25条である。これらの条文は巡査の職務を挙げるものであるが、その強制手段について定めるものではない。行政警察規則は強制手段について定めるところがなく、警察権の性質により当然に強制が可能であるとされていた。したがって行政執行法は、新たに執行権限を与えたものではなく、むしろ行政警察権を制限する法律であると解される<sup>13)</sup>。行政警察規則は警察の目的と職務を規定するものであるが、法律に「警察の責務」が明文化されたのは、戦後の警察法制定によってである。同時に、全国的な警察組織の骨格を規定するものでもあり、昭和22年警察法が警察組織原理の転換をはかるまで行政警察規則の定めが妥当していた<sup>14)</sup>。

## 行政警察規則（関連条文抜粋）

### 第一章 警察職務之事

第 一 条 行政警察ノ趣意タル人民ノ凶害ヲ予防シ安寧ヲ保全スル  
ニアリ

第 二 条 略

第 三 条 其ノ職務ヲ大別シテ四件トス

第一 人民ノ妨害ヲ防護スル事

第二 健康ヲ看護スル事

第三 放蕩淫逸ヲ制止スル事

第四 国法ヲ犯サントスル者ヲ隠密中ニ探索警防スル事

### 第三章 邏卒勤方之事

第 一 条 第一章第三条ヲ以テ職務ノ大目的トナスヘキ事

第 二 条 持区内ノ居民並道路行人ヨリ困難出来シテ救護ヲ乞トキ  
八何時ニテモ乞ニ応シ或ハ救護ヲ乞ハサルモ見聞次第力  
尽シテ防護スヘシ

但街路其外ニテ人命ニ係ル危難有リノ節ハ瞬速救護シ最  
寄ノ医ヲ頼ミ治療ノ手續懇切ニ取計フヘシ

第 十 条 往来筋ノ妨害トナルヘキ物ヲ見ルトキハ速ヤカニ之ヲ取  
除カシムヘシ

第 十五 条 芝居其他群集ノ所ニハ出張シテ乱雜ヲ防御スヘシ

第 十九 条 路上ニ狂犬アレハ之ヲ撲殺シ戸長ニ告ケ之ヲ取棄ル手續  
ヲナスヘシ

第二十二条 鳥獸魚類其他飲食物販売スル店ニ贗造腐敗ノ品之アルヤ  
ヲ常ニ検査スヘシ

第二十五条 失火ノ節ハ羅卒失火ノ合図ヲナシ一般ニ知ラシム且焼失  
ニ罹ル家ハ其家人ヲ助け消防ノ事モ勤ムヘシ消防人巳ニ  
集マルニ至レハ勉メテ乱雜及窃盜ヲ防ク事ニ注意スヘシ

## (2) 警察強制と行政上の強制執行

行政執行法1条から6条に用いられている「当該行政官庁」とは、法令

の規定により職権を有する行政官庁を指す。「警察」「警察官庁」という文言は条文中に規定されていないが、行政執行法は警察権の広範さ故にほぼ警察権の執行を意味する。有松英義氏は、前述したように、警察官庁以外の行政官庁も行政執行法に基づいて処分を強制することができること、つまり5条の適用がある旨を述べつつも、なぜ警察官庁以外の行政官庁には5条の適用のみが考えられるかについて触れるところがない。

明治期（有松英義君講述『行政執行法 治安警察法 講義 全』警眼社、明治36年発行昭和5年第9版）、大正期（加々美武夫・有光金兵衛『行政執行法論』良書普及会、大正13年改版）、昭和期に出版された行政執行法の逐条解説書を比較すると、昭和期にはいつて出版された逐条解説書には警察法理論生成の影響が散見される。沼田照義『実務理論 行政執行法』（松華堂、昭和7年）、有松昇・有光金兵衛『行政執行法詳論』（良書普及会、昭和12年）は、有松英義氏の述べるところを踏まえつつ、1条から4条までの部分と5条を大別し、学問上の「警察」の概念と「警察強制」の意義という視点を加えて説明しようとする。沼田氏、有松・有光氏ともに、警察法理論ないし警察権の限界論を行政執行法の逐条解説にとりこみ、警察権力の濫用を抑止しようとする。沼田氏、有松・有光氏に共通しているのは、警察上の必要ないし警察目的を論拠に行政執行法1条から4条までの適用を警察官庁に認める点、及び1条から4条までの部分と5条を分けるメルクマールを「義務」に求める点である。

沼田氏は、警察とは「社會の秩序を維持する為に、国家が、人民に命令し、強制し、其の自由を拘束する作用をいふ」と定義する。警察強制とは、警察権に基づく強制であって、「警察上の目的を達するが為に、人民の自由又は財産に侵害を加えて其の希望する状態を実現する権力作用」であり、行政執行法に規定する大部分は警察強制であるという。1条から4条までを警察上の即時強制（又は単に即時強制という）、5条を一般行政上の強制執行、6条を財政上の強制徴収の規定に区分し、1条から4条までを「警察上の必要に基づき、主として警察官庁に認められたる強制手段」、

5条を「一般行政上の必要に基づき、一般行政官庁に認められたる強制手段」として説明する。行政上の強制執行は、行政上の強制力の行使であるが、いわゆる警察上の即時強制と区別する必要があるという。両者は、第一に、強制が認められる理由ないし必要とされる理由において異なる。前者は「警察上の必要」に基づき、後者は「一般行政上の必要」に基づいて認められる。第二に「義務」というメルクマールで区別され得る。前者は、何ら義務に関わらないものであるのに対し、後者は義務を前提とし、義務違反者に対する手段である<sup>15)</sup>。

他方、有松・有光氏は、警察官庁の強制権を警察強制と称する。有松・有光氏は、1条から4条に規定されている強制を警察強制の例として挙げるが、警察上の即時強制という用語を用いず、また、警察強制の下に警察官庁による行政上の強制執行をも位置づけるか否かが判然としない。5条の行政上の強制手段は、行政法規に基づき命じられる義務を履行しない場合に強制するための手段であり、必ずしも警察上の強制手段に限るものではないことから各種の行政官庁もこの権限を有し、警察強制との差異は、義務を負担することを要件とする点にあるとする<sup>16)</sup>。

行政執行法の逐条解説から警察法理論の体系に目を転じれば、美濃部達吉『日本行政法 下巻』(昭和16年)では、「警察強制」概念が明確に示されている。「警察強制」とは、「警察の目的の為に実力を以って人民の自由又は財産に事実上の侵害を加え、以って必要な特定の状態を実現せしむ作用を謂う」と定義し、強制執行としての警察強制と、強制執行の手段としてではなく直接に警察上必要な状態を実現するための警察強制を区別し、前者を「警察上の強制執行」、後者を「警察上の即時強制」と称する。前者が、先ず警察下命によってある義務を命じ、義務者がその義務の履行を果たさない場合であることを前提とするのに対し、後者が妥当するのは義務の不履行を前提とするものではなく、先ず義務を命じることなく、直接に警察上必要な状態を実現させることを要する場合である。「警察上の即時強制」とは、「警察上目前の障害を生じ、その障害を除くが為に責任者

に対し必要な作為不作為を命ずるだけの暇なく、又はこれを命ずるに依っては目的を達し難い場合に、其の障害を除くに必要な限度に於いて、実力を以って直ちに人民の自由又は財産に事実上の侵害を加ふるもの」と定義される<sup>17)</sup>。

美濃部博士の「警察上の即時強制」の定義は、学問上の定義を示すことによって、警察目的によって正当化される強大な警察権力の行使を限定する。警察上の強制執行（行政上の強制執行）と区別する点を「義務」の有無に求め、義務を賦課できる場合に賦課することを当然として、義務を賦課するだけの「暇がない」、義務を賦課することによって「目的を達しがたい」という場合を限定しようとする。

### (3) 行政執行法5条3項の趣旨

行政執行法に「直接強制」という文言が登場するのは5条3項のみである。5条は、代執行、執行罰を各々1項1号及び2号に制度としての実体を規定しているが、3項には直接強制という文言があるだけで、その文面から直接強制という制度の実体を得ることはできない。したがって、行政執行法における直接強制の意義・内容を得ようとするれば解釈論に頼らざるをえず、学説は直接強制の内容を代執行、警察上の即時強制との異同を述べることによって明らかにしようとする。

戦前に出版された法律学辞典第1巻（昭和13年）において「行政執行法」の項目を担当しているのは佐々木惣一博士である。佐々木博士の「義務」「強制」「行政上ノ強制執行」の理解には特徴があり、『日本行政法論総論改版』（大正13年）では、一方的に課せられたる義務の強制執行と公法上の契約に因り生じたる義務の強制執行に大別され、前者がさらに「身上ノ義務ノ強制執行」（代執行、執行罰、直接強制）、金銭給付や給付義務等の「物上ノ義務ノ強制執行」に区分される<sup>18)</sup>。かかる「行政上ノ強制執行」の理解を前提とし、法律学辞典において次のように述べる。

「行政法上の義務を履行せざる者には、或は強制を加えてこれを履行す

るに至らしめ、或は其の履行ありたると同一の状態を実現する。これを行政上の強制執行といふ。固より権力作用である。行政上の強制執行に付ては、其の全體を総括的に定めた一般的法規はないが、行政法上の義務中の身上の義務の強制執行に付ての一般的法規がある。それは行政執行法である。行政執行法に依れば法令又は法令に基づいて為された行政処分に依つて生じたる義務を強制する為に、当該行政官庁は代執行・執行罰・直接強制の手段を用いることを得る。」

『日本行政法論 総論改版』と法律学辞典を比較すると、直接強制についての記述はほぼ重なっている。法律学辞典によれば「直接強制とは義務者に實力を加えて直接に義務履行ありたると同一の状態を実現することをいふ。即ち、(イ) 直接強制は義務者に實力を加へるものである。而も、(ロ) これに實力を加へることが常に直接強制なのではない、これに實力を加へて義務履行ありたると同一の状態を実現するものである。」という<sup>19)</sup>。

佐々木博士の「義務」「強制」「行政上ノ強制執行」の理解に見られるもう一つの特徴は、「警察強制」「警察上の即時強制」「即時強制」という概念を用いず、美濃部達吉博士のいう警察上の即時強制に該当する行為を「警察上ノ直接制限」という概念で捉える点である。「強制」とは、義務に関連して用いる用語であって、義務の存在を前提として「強制」があり、義務を前提としないのであるから「即時強制」という用語法は適さないという。法律学辞典では「直接制限」という用語を用いていない。それは警察作用において多く見られる「義務の強制たる實力使用と別つべきもの」であって、「一定の場合に初めより實力を加へることに依つて行政の目的を実現する」「本来義務の強制に非ざる實力使用」として区別する。かかる「本来義務の強制に非ざる實力使用」が「警察上ノ直接制限」であり、佐々木博士は『日本行政法論各論 通則警察行政法』(大正11年)において、直接強制と警察上ノ直接制限を混同してはならないこと、「警察上ノ直接制限モ亦警察上ノ直接強制ト同シク私人ニ實力ヲ加フルモノナレトモ、前ニ一定ノ警察義務課セラレ其ノ履行アラサルニ由リ之ヲ強制スルカ為メ

ニ実カヲ用イルニ非ス，社会ノ秩序ノ障害ヲ除去スルカ為メニ初メヨリ実カヲ用イルナリ。即チ全ク義務ヲ強制スト云フノ觀念ヲ存セス」<sup>20)</sup>として、義務の強制か否かが両者を分けるメルクマールであることを述べる。

佐々木博士は、直接強制と代執行の異同を義務の性質という視点から説明し、代執行及び執行罰の手段を適用し得ない義務として直接強制を行い得る義務の別を論じる。代執行及び執行罰に対する区別は、もっぱら義務の性質を決定的なものとしていると解されるが、「急迫の事情のあるとき」に代執行及び執行罰をなし得る義務であっても直接強制を行い得るとする。義務の性質で分けようとするものの、「急迫の事情のあるとき」には義務の性質で分けることができないのであれば、佐々木博士にあっては、つまるところ直接強制と代執行の異同を説明しきれていないと思われる。

他方、美濃部達吉博士は、直接強制と警察上の即時強制の異同について『日本行政法 下巻』第一章第六節「警察強制」では言及していない。「即時強制は警察義務の不履行を前提とするものではないことに於いて、強制執行と区別せらるべきもので、義務を充たさない為に其の義務が充たされたと同じ状態を實現するのではなく、義務を命ずることなくして、直ちに實力強制を加へる」<sup>21)</sup>作用として、警察上の強制執行との異同を述べるのみである。「直接強制（unmittelbarer Zwang）とは法規に依り又は行政行為に依り或る義務を命ぜられて居る者が其の命に従はない場合に、義務者の身體又は財産に實力を加ふることに依つて直接に其の命じた状態を實現せしむるを謂ふ」と定義し、代執行や執行罰は既に成立している義務とは異なった新規の義務を命じるものであるから、代執行や執行罰を行うには法律の特別の定めを必要とするが、直接強制は既に成立している義務をそのままの形において実現させるものであり、特別の法律の定めを待たずに行う権限があることを当該行政庁に認めるべきであるという<sup>22)</sup>。

「義務をそのままの形において実現させる」とは、藤田田靖氏の表現を借りれば、「行政行為中に既に含まれている義務をそのまま直線的に執行するもの」である。藤田氏は、直接強制に関しては行政執行法のような法

律がなくても当然に行えるという考え方の下では、行政執行法は根拠規範ではなく手続規範としての意味を持つことになる」と指摘する<sup>23)</sup>。

有松英義氏は、直接強制は行政執行法制定によって可能となったものではなく、5条3項が二つの条件を定め、その条件に適合しない場合には「一切直接強制を為すことを禁じたるもの」<sup>24)</sup>という立法者の意図を強調する。ここで筆者が注目するのは執行権限の問題ではなく、何故立法者は直接強制を制限するのか、という点である。これについて有松英義氏は言及していないが、加々美・有光氏、有松・有光氏は、直接強制という実力による義務のそのままの形での実現に付随するものとして、濫用の恐れ、濫用による臣民の自由の侵害の甚だしさ、人の精神に対する甚だしい圧迫を指摘し、5条3項の制限の趣旨を語る。

有松・有光氏によれば、「直接強制とは代執行又は執行罰を以つて強制することを得ないとき又は急迫の事情ある場合に於て實力を以て法令又は行政処分の要求する行為不行為の状態を実現せしむこと」であり、直接強制の意義を三点から構成する。1) 代執行もしくは執行罰によることが出来ない場合又は急迫の事情に基づく強制、2) 法令又は行政処分の要求する行為又は不行為の義務違反がある場合の強制、3) 実力による義務違反の是正、すなわち、實力をもって義務の履行があったと同一の状態を実現させる、という三点である。

1) は強制執行の手段間について述べるところである。5条3項の立法の趣旨として、直接強制が實力をもって特定の行為もしくは不行為を強制し身体又は財産に対して圧迫を加えるものであり、その濫用が臣民の自由を侵害することが甚だしいということに鑑みて、先ず代執行及び執行罰によるべしと定めたのであるという。2) は直接強制が「義務」違反がある場合の手段であることをいい、行政上の強制執行の手段として直接強制を位置づけ、警察強制との違いを述べる。そして3) において、実力行使の限度を語る。義務の履行があったと同一の状態とは、実力使用の限度を示し、実力使用の程度は義務履行の状態を作成するに必要な限度で

あることを要する。直接強制は法律の根拠を要しないものであるが、行政執行法が5条3項の規定を設けたのは行政官庁の職権を制限する趣旨であり、たしかに実力を行使することは義務をそのままに実現するものであるけれども、人の精神に対し甚だしき圧迫を加えるものであるからだといふ<sup>25)</sup>。

## 2. 直接強制と代執行

前章の考察から、直接強制という手段が代執行よりも過酷な手段であると認識され、それ故に手段適用の優先度が規定されていたことがわかる。それでは、直接強制という手段は「何故」「どういふうに」代執行よりも過酷であるのか。

美濃部博士は、直接強制と代執行を「実力を以つて義務が充たされたと同一の状態を実現する作用」において類するとしつつ、両者の違いを、代執行が「義務者の為すべき作為を代わつて実行する作用」であり、直接強制は「義務をそのままの形において実現させるもの」である点に求める。そして「義務者の為すべき作為を代わつて実行する作用」と「義務をそのままの形において実現させるもの」との違いを、執行の態様の違いと費用徴収の可否によって説明する。

「例えば風俗上有害な絵看板の取払いを命じその命を履行しない場合に官庁が代わってこれを取払うのは代執行であるが、ペンキでこれを塗り潰すのは直接強制である。航通の妨害となるべき沈没船の引揚を命じその不履行の場合に、官庁が代わって引揚を為すのは代執行であるが、爆発物でこれを粉碎するのは直接強制である。代執行の場合には費用を義務者から徴収し得るが、直接強制の場合には費用を徴収し得ない。」<sup>26)</sup>

執行の態様の違いを描写した部分は、直接強制のドラスティックな側面を表すものとして塩野宏氏の教科書においても引用されている部分であるが、費用徴収の可否について現代行政法学ではこれまであまり注目してこ

なかったと思われる。以下に、直接強制と代執行の違いを、執行方法の態様の違いと費用徴収の可否の二点から考察する。

直接強制の場合に義務者から費用徴収できないことは、戦前の学説・実務において一致している。佐々木博士による法律学辞典の直接強制に関する末尾にも「これに要したる費用を義務者より徴収するを得ない」とあり、沼田照義氏、有松・有光氏の逐条解説書では、6条1項「第5条の費用及第5条の過料」は代執行と執行罰を指すのであって、直接強制について誰がこれを負担すべきか、義務者から費用を徴収することができる旨を規定していないため、国庫又は地方官庁の負担となすとする。美濃部博士は、義務者が費用を負担する資力が無いときに代執行ではなく直接強制とすることがあり得ると指摘する<sup>27)</sup>。

「他人が代わって為すことの出来る作為義務に付いては、通常は代執行に依って確實に其の目的を達し得べく、急迫の場合には即時代執行も許さるのであるから、直接強制の適用を見ることは稀であるが、全然其の適用が有り得ないのではなく、特に急迫の必要が有って而も他に人夫を得難い場合や、義務者が無資力で代執行の費用徴収の見込が無いような場合には、實力をもって義務者を壓迫し、義務者をして自ら其の義務の履行せしむる必要を生ずることが有り得る。」<sup>28)</sup>

5条3項が直接強制を認める要件は二つあり、「代執行又は執行罰によって行為又は不行為を強制をすることが出来ない場合」と「急迫の事情ある場合」である。前者は義務の性質から強制執行の可否が問題となる場合であり、後者は代執行又は執行罰が可能であっても「急迫の事情」により強制執行を認める場合のはずである。有松英義氏によれば、前者は、義務の性質上代執行又は過料によって強制することができない場合のみならず、性質上代執行又は過料によって強制し得る事項であっても、特別の事情によって強制の効力なしと認められるとき、及びいったん代執行又は過料によって強制を試みた後に到底目的を達し難いと判断された場合も含むとされた<sup>29)</sup>。費用徴収の可否という視点を持ち込み、代執行の費用徴収が

できない場合に直接強制を許容することによって、直接強制の要件はかなり緩和されることになる。渡辺宗太郎『行政法』（昭和16年）はより端的に、「代執行又は執行罰の方法を以て義務の履行を強制し得ない場合とは、代執行に要する労力を得難き場合、義務者が無資力にして代執行の費用又は執行罰を納付する能力なき場合、執行罰が法定限度に達して反覆不能に陥りたる場合などをいふ」と述べる<sup>30)</sup>。

費用徴収と関連づけて、なぜ義務をそのままの形において実現させようとするか、という問いに一つの説明が可能である。相手方に費用負担を期待し得ないのであれば、目的の実現方法の選択にあたって自ずと選択肢が減り、費用を抑えるために目的さえ達成できればよいという手段選択になり得るであろう。しかし、費用負担を望めないことが手段選択に影響を与えることは指摘できるが、それだけでは「義務者の為すべき作為を代わつて実行する作用」と「義務をそのままの形において実現させるもの」との違いを説明しきれないと思われる。

直接強制と代執行の執行の態様の違いに言及しているのは、柳瀬良幹『行政法講義 四訂版』（昭和26年初版昭和50年四訂版）である。法令に改廃はあっても行政法学の概念や理論の本質は変わるところがないとの認識から、昭和26年に出版されてから昭和50年の改訂にあたっても内容が変わりがないと著者自らが言う。出版された「昭和26年」という時期に着目したい。直接強制の立法化が抑制され、個別法の規定に委ねられるようになってまだ間もない時期であり、行政執行法下の直接強制の制度が人々の意識に色濃く残る時代である。かつての行政執行法の制度的内容から、制度を離れて一般化・普遍化できる直接強制の本質的内容が摘示されているかどうか、直接強制の固有の問題性が見出し得るか否かに注目すべきである。まえがきに大学の講義向けに書かれたものではない旨、「要は現在の行政法上の色々の制度がどういう考え方から来ているかをということを読者の説くのが主眼」であり、学術語を避けて平談俗語を用いるように努めた、とある。柳瀬良幹氏が敢えて平易に叙述したところを下手な要約はかえつ

て誤りの原因となる。長文ではあるがそのまま以下に引用する。

「例えば水路に材木が引掛かって水が溢れているとき、代執行のやり方であると、警察で鳶の者を探してきて、その鳶の者が鳶口などを持って来て、木遣りなどを歌いながら、ソロソロと引揚げるのであるから、そのうちには田畑は大方流されてしまう。執行罰に至っては、先ず何月何日までと言う通りにしなければ過料に処すると言渡して、その日まで果たして言う通りにするかしないか様子を見ていて、いよいよ言う通りにしないとわかったときに徐ろに過料をとるというのであるから、例えば火事場の野次馬を追い散らす場合などには全く役に立たないことは子どもでもわかる。第二に又、この二つのやり方は相手が無資力の者であるときは何にもならない。何故なら、右にも言ったように、この二つのやり方ではもとの義務は何れも結局は金銭納付義務に形が変わるのであるから、金をもった者には多少の効き目はあるが、素寒貧に対しては何の威力もない。例えば道端に寝ている乞食に、宿屋へ行って泊まれ、泊まらなければ千円の過料をとるなどと言っても、千円ある位なら初から宿屋へ泊まったであろうから、乞食は恐らく平気であろう。従ってこのような場合には、そんな廻りくどい方法ではなく、いきなり材木を打毀して水を通し、野次馬や乞食を突き飛ばし引摺って立ち退かせるやり方が必要なので、それが直接強制である」「このやり方は、右のように、直接義務者の身体や財産に手をかけるものであるから、義務者は常にもとの義務以上の損害を受ける。例えば右の例で言えば、代執行のやり方であれば材木は無事であるが、このやり方では粉微塵になってしまう。又野次馬や乞食も、自分で立ち退くときは、焼け木杭に突当たらぬよう、物に躓かぬよう、慎重に立退くから、着物も身体も無事であろうが、このやり方であると、巡査が突き飛ばし引摺るのであるから、着物も裂けるし、手足の脱臼ぐらい起こるかも知れぬ。従って人権尊重の上から言うと、このやり方はなるべく用いないほうがよいので、その結果、現在では、このやり方を用いるのは、右に言ったように、代執行や執行罰の方法では駄目な場合に限るということになっている」<sup>31)</sup>。

昭和26年初版の教科書で語られる柳瀬良幹氏の例えは「ドラスティック」であり、率直に言って、直接強制とはそんなにも苛烈なものであって相手方を慮ることのないものなのかと、現代人の人権感覚を備えた筆者にとっては極めてショッキングな例えである。しかし柳瀬氏の例えは、行政執行法逐条解説書において抽象的に語られる代執行と直接強制の違いを正確に具体化した表現であるかもしれない。有松・有光氏は、「両者何れも實力を以て義務者の抵抗を抑制し或いは状態を實現せしむるものであるけれども、代執行は常に被強制者の義務に属する行為を代わって行うものであり、直接強制は被強制者の義務に属するものを強制するのではなくして単に被強制者が違法に作成したる状態を除去し違法状態を抑制するに止るものである」<sup>32)</sup>という。代執行にあつては、代執行が義務違反に対して行われるものであつても費用徴収が可能であるために、義務者の意思を忖度する、義務者の立場を尊重する、義務者の財産権に配慮する、というような執行方法をとる。他方、直接強制は、義務者の意思を實力で曲げるものであり、代執行が直接に實力を行使するとはいえ義務者に対する配慮を含むこととは対照的に、執行において、義務者のためにという視点、義務者を慮る視点がなく、あくまで違法な状態を除去するという行政の意思が實現される。

柳瀬良幹氏は、『行政法講座第二巻』「行政強制」において、代執行と執行罰が本来の義務を金銭給付義務に変形するものであり、これらの方法がいずれも義務者が資力ある者であることを前提とすることを指摘する<sup>33)</sup>。柳瀬良幹氏の直接強制の理解は美濃部博士のそれと異なり、また代執行に関しても、美濃部博士が単に「義務者に代わり」とするところを「義務者の履行すると同じ方法によって」と義務の具体化の方法を詳細に述べる。「代執行は行政機関において義務者のなすべき行為を代わってなし、即ち義務者の履行すると同じ方法を以て義務の内容を實現するもの」であり、「直接強制は義務者に対し本来の義務以上の負担を課すもの」であると理解する。また、執行力の根拠についても、美濃部博士が「義務をそのまま

の形において実現せしむるもの」であるから法律の定めを特に要しないと理解したのに対し、「義務者に対し常に本来の義務の内容には含まれない新たな不利益を課するもの」であるから、必ず法律の根拠が必要であるという<sup>34)</sup>。

### 3. 直接強制の実体

#### (1) 直接強制か即時強制か？

前述したように、佐々木博士は、直接強制と警察上の直接制限（警察上の即時強制）の異同を「義務の強制」というメルクマールに求める。沼田氏、有松・有光氏も、「義務の有無」ないし「義務の強制」という点から直接強制と警察強制の違いを説明する。

有松・有光氏は、逐条解説書において「警察強制」（有松・有光氏は警察上の即時強制という用語を使用していないため、警察上の即時強制の意味）の意義を総論として述べる箇所直接強制との違いに言及する。

「警察強制とは、警察の目的を達成するの必要上、警察官庁が職権として実力を行使するを謂うものである。従って警察強制は後に説明する行政上の強制執行たる直接強制と頗る相似たる如きも、直接強制は行政法上の義務を強制するが為に行はるるものであって、此の点に於て其の性質を異にしている。即ち、直接強制は其の要件として私人が法律、命令又は行政処分により特定の行為又は不行為の義務を負担することを前提とし、其の義務を履行せざる場合に執行を全うする目的に出づるものである。之に反し、警察強制は社会上の障害を除去するが為に初めより実力を行使するものであって、一個独立の目的を有し他の法令上の義務の執行を全うするが為に存するものではないのである。」<sup>35)</sup>

有松・有光氏の述べるところから、そもそも警察上の即時強制は、特定の行政目的のために用いられるものではないこと、即ち、行政目的に対する「手段」として理解すべきではない、と解されるのである。有松・有光

氏にあっては、直接強制と警察強制の違いは、同時に、警察強制（1条から4条）と行政上の強制執行（5条）の違いを説明するものでもある。それは沼田氏においても同様であるが、沼田氏の場合には「義務の有無」という視点がより明確に示されている。

「直接強制は各人が作為又は不作為の義務ある場合、その義務を履行せざるときに強制されるものであるが、警察強制（又は即時強制例へば検束）は、各人が何ら義務なきに警察上の目的を達する為め、強制するもので、この義務を前提とするや否やか、両者の区別点であることは前述の通りである。」<sup>36)</sup>

沼田氏の逐条解説書は具体的に直接強制の例を多く挙げるよう試み、執行の方法についても言及する。しかし沼田氏の挙げる例は、現代人の目から見れば「義務の有無」という点で直接強制と警察上の即時強制を明確に分けることは困難なものである。

集会の解散命令に従わない者を実力を以って退散させる

交通遮断区域に立ち入ろうとする者を実力を以って阻止する

選挙演説会場に持参した戎器凶器を領置する

火災に際し、類焼を防止するため家屋を破壊する

演説の中止命令に従わなかった弁士を演壇から曳きおろすこと、又は検束すること

禁猟区域に猟具を持って立ち入った者を実力をもって退去させる

前述したように、行政執行法5条3項「第一項ノ処分ニ依リ行為又ハ不行為ヲ強制スルコト能ハスト認ムルトキ」とは、代執行若しくは執行罰によることが性質上不能である場合、及び代執行若しくは執行罰によることが可能であっても、特別な事情により其の目的を達成することが出来ないと認められる場合の、両方を含むとされる。代執行もしくは執行罰によることが性質上不能であるとは、実現されるべき義務の性質、つまり非代替義務の執行であり、現代行政法学で直接強制という手段選択を根拠づける理由でもある。沼田氏が挙げた例でいえば の事例が典型例として説明

される。 の例は、解散・退去しなければ過料を課するという手段では、その時点で実効性を確保できない例である。

は、警察上の即時強制ではないかと思われる事例であるが、沼田氏は義務違反に対する強制という視点を強調する。義務違反に対する強制という視点で捉えれば、集会場へ凶器を持ちこんではならないのは勿論のこと、そもそも持ち歩いてはならないという義務が法令で課されているのであれば、凶器の領置は直接強制となる。演説してはならないという禁止命令が発せられているのであれば、その命令に反して演説を続行する弁士を演台から曳き降ろして検束することは、警察上の即時強制ではなく直接強制に分類される。 の例は、現代行政法学でいえば即時強制に分類される典型例である。「急迫の事情」の例として挙げられたものと推察するが、なほ考察が必要であろう。急迫の事情の例として、この他に、火災洪水に際して交通の妨害となる物件があり、これを代執行で取り除こうとしても緊急の目的を達成することが出来ないため妨害物を爆破する、というような例を挙げる<sup>37)</sup>。

から の例は、直接強制の例として挙げられているが、警察上の即時強制にも分類され得るような例である。現代行政法において対応する例は、レッカー移動が直接強制か即時強制か、という議論である。すなわち、法令が禁止することによって不作為義務を課していると理解して直接強制と理解するか、車両移動命令なしに道路交通上の危害防止のために行うことが可能であるから即時強制とみるか、という問題である。現代行政法学において直接強制の意義を定義するとき、義務の賦課が前置されることは通説的理解であると思われるが、その義務を課する法形式について特に議論がない。また、行政執行法5条2項は代執行と執行罰の執行にあたって戒告を前置すべきことを求めているが、直接強制について戒告の規定がない。したがって、直接強制について戒告は法律上の要件ではない。沼田氏、有松・有光氏の逐条解説書では「戒告は特に求められていないが、行えるのであれば行ったほうが穏当である」という認識を示し、美濃部博士は「戒

告」ではなく「通告」と表現している。

もし現代行政において直接強制に再び光が当てられたなら、「戒告」は必須とされるものか、あるいは「あったほうが穏当である」程度のものであるかが重要である。現代行政において再び直接強制という手段を活用しようとするならば、義務を課する法形式をめぐる議論、実力の行使に前置する行政手続の整備という視点を忘れてはならないであろう。

## (2) 執行の担い手

柳瀬良幹氏は、『行政法講義 四訂版』において、直接に人の身体に実力を行使する直接強制の問題点の一つを以下のようにいう。「次に又、このやり方は、右のように、直接相手に実力を施すのであるから、相手の実力がこちらより上な場合には役に立たない。そのため、主としてこれを任務とする警察職員は、誰も知っての通り、それを補うために警棒や短銃で武装しているのであるが、併しそれも限りがあるから、例えば二・二六のときのように、相手が本職の兵隊で、機関銃などを持出して来たときは、やはり手に負えない。従来はこういう場合に應ずるために、そういうときには軍隊の出動を求め、更に進むと、行政戒厳とか本式の戒厳とかのように、直接軍隊が行政を担当するところまで行くことになっていたが、軍隊のない今日では、その役目は恐らく自衛隊が引き受けるのであろう。」<sup>38)</sup>

前述したように、行政執行法という法律名であっても大部分が警察権の行使を規律したものであり、5条の行政上の強制執行も実際には警察官庁による執行が多かったと渡辺宗太郎氏は述べる。柳瀬良幹氏の叙述によって気づかされるのは、「直接相手に実力を施す場合には相手より力が勝っていないとてはならない」という現実実力を行使することの意味と、実力を行使する担い手の変化の問題である。かつて警察事項であるから警察官が最終的に実力を担保して執行を図ったものが、戦後の行政警察権の分散により、人の身体及び物に対する直接の実力行使の担い手が警察官から一般の行政職員へと変化している。

たとえば、衛生及び風俗に関する事項は、かつて警察官庁の所管事項であった。行政警察規則第3条第2号及び第3号により警察権に属することとされ、明治8年6月、衛生行政は文部省から内務省所管に移された。旧伝染病予防法には人の身体に対する強制である隔離処分、物に対する強制である消毒等の処分が規定されており、強制については、市町村長、区長、戸長又は予防委員に職権が属し、警察官吏、衛生官吏、郡吏員、島庁吏員又は検疫委員の指示監督の下に置かれていた。人の身体及び物に対する強制には警察官が加わっていた<sup>39)</sup>。明治30年制定の旧伝染病予防法は、昭和23年行政執行法廃止以後も存続し、平成10年まで100年以上にわたって存続したが、法文に大きな改正が加えられなかったとしても、戦後の行政警察権の分散により、所管官庁は内務省から厚生省へ変わり、執行の担い手も警察官から地方公共団体の保健所職員に変わることとなった。人の抵抗を実力で排除して目的を達成しようとする強制的措置を、保健所職員はためらわずになし得るか、という問題がある。

戦後導入された行政罰による間接強制の仕組みが機能不全に陥っている状況が認識されて久しいが、感染症法のように直接に人の身体に実力を行使する仕組みが法律上認められていても、現実には機能することが困難な状況にある。人権意識の高まりとともに、厳格な解釈・慎重な運用が図られるようになったことが主要な要因であると思われるが、「執行の担い手」という視点からの考察も必要であると思われる。衛生分野においては、「強制」を担保する人的環境が戦前・戦後で大きく変わっているからである。実力を行使し得る旨を法令で明確化するのみでは足りず、「誰が、どのように、どの程度」実力を行使し得るかを示さなければ、「強制」の仕組みが機能することはないであろう。

## 結 び

ここまで本稿が論じてきたのは、行政執行法下の制度であった直接強制

の「過酷さ」であり、また直接強制と警察上の即時強制との近接した関係についてであった<sup>40)</sup>。行政執行法下の制度を検証することによって、現代行政における直接強制のあり方を問う視角が得られたと思われる。本稿が焦点をあてた直接強制の「過酷さ」は、現代においてもなお直接強制に備わる固有の性質であろうか。直接強制を法令又は法令に基づく行政処分によって課された義務を「そのままの形で」実現するものと理解する場合、義務者に対する配慮は行政の都合に当然に劣後するものと考えられていた。直接強制は義務違反に対してなされるものであるが、しかしそれは代執行も同様であるから、義務者に対する配慮のなさの根拠にはなり得ない。費用徴収に関しても、直接強制であるから費用徴収できないという考え方は現代行政においては一般的ではない。たとえば、精神保健福祉法30条、30条の2、31条の費用負担に関する規定は、同法29条1項及び29条の2第1項の規定により身体に直接に実力を加えて入院措置を講じることは、患者に医療保護を加えることをもって完結するものであって、当該措置を採ったことに伴う経費を当然に公費負担することにはならないという考え方に立っている<sup>41)</sup>。また、日本国憲法13条が適用されるのであるから、直接強制であっても義務者の人権・財産権が最大限尊重されるべきことは言うまでもないことであり、かつて直接強制に当然に随伴すると考えられていた「過酷さ」は法的に許容されるものではない。実力の行使の限度は、明治憲法下では条理法として理解された警察比例の原則によって語られ、現在では日本国憲法13条に根拠を有する行政上の一般法原則である比例原則によって統制され得る。

最高裁平成14年7月9日判決が行政権の主体として行政上の義務履行確保を求める民事訴訟を不適法として以降、不作為義務の履行確保の問題が再認識されている。直接強制は人の身体・財産に対する実力の行使であるから、行政上の手段として「過酷」であることは否めない。しかし、直接強制を「制度」として、また実力を行使するための「手続」として理解することによって、行政執行法下の制度的内容と明治憲法下の不十分な人権

保障に捕らわれた次元とは異なった議論の展開が可能ならばである。前述したように、行政執行法下の直接強制は「戒告」を規定しておらず、急迫した事情のある場合に「戒告」なしで執行を認めていた。行政執行法下の直接強制がいかにか「手続」に無頓着に設計された「制度」であったか、また、争訟手続の保障という観点を欠いたものであったかを再確認し、行政「手続」の整備としても直接強制の概念論を論じる意義があると思われる。

- 1) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』法律文化社(昭和36年,1961年),287頁。
- 2) 塩野宏『行政法〔第四版〕行政法総論』有斐閣(平成17年,2005年),214頁。
- 3) 広岡隆『行政代執行法〔新版〕』有斐閣(昭和54年,1979年),福井秀夫「行政代執行制度の課題」公法研究58号206頁以下参照。
- 4) 折登美紀「ドイツ行政法における強制金」自治研究68巻3号117頁以下,森口佳樹「国政調査の申告義務の強制をめぐる問題について 1987年ドイツ国政調査における強制金賦課に関して」経済理論263号84頁以下,同「ドイツにおける強制金の性質の変化について」経済理論281号199頁以下,西津政信「大陸法部会 間接行政強制制度に関する日独仏の比較研究」比較法研究66号241頁以下参照。
- 5) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』法律文化社(昭和36年,1961年),109頁以下,273頁以下参照。
- 6) 塩野宏・前掲書214頁以下,原田尚彦『行政法要論 全訂第六版』(平成17年,2005年)222頁以下。
- 7) 新しい感染症法制の基本的な枠組みを検討した公衆衛生審議会伝染病予防部会基本問題検討小委員会平成9年6月30日中間報告,平成9年12月8日の最終報告は,勸告 命令 強制的措置の段階的な対応をとし,命令を捉えて不服申立てを構じるべきことを提言していたが,立法化段階で勸告 強制的措置という仕組みが採用されている。  
厚生労働省は,平成16年に勸告 強制的措置という仕組みを採用した結核予防法5条定期外健康診断にかかる処理基準において「講学上の即時強制」であると明言しているが,学説においてその法的性格が明確化されているわけではない。  
小早川光郎『行政法 上』弘文堂(平成11年,1999年)193頁は,平成10年感染症法により一定の勸告を経たうえでそれに従わない者に対してなされる健康診断と入院の措置(17条2項,19条2項,20条2項等)は当該措置それ自体についてみれば即時強制にあたると思われるとしてつつ,241頁で平成10年感染症法の例を挙げて,行政上の即時強制と行政上の強制執行としての直接強制との区別はときに微妙な場合があるという。原田・前掲書223頁,236頁は,平成10年感染症法17条を直接強制と即時強制の両方の項目で例として挙げている。
- 8) ジュリスト増刊『行政強制 行政権の実力行使の法理と実態』有斐閣(昭和52年,1977年),13頁以下。行政執行法が廃止され,行政代執行法が制定された昭和23年第2回国会の衆議院司法委員会議事録によれば,「人権蹂躪の法規」とされたのは行政執行法1

## 直接強制に関する一考察（須藤）

条から4条までの警察強制ないし警察上の即時強制の部分である。

9) 原田尚彦・前掲書220頁。佐々木惣一『日本行政法論総論 改版』有斐閣（大正13年，1924年）「第三章外部行政法第一節行政行為法第五款行政上ノ強制執行及ヒ行政上ノ処罰第一項行政上ノ強制執行」において、行政執行法5条に規定された代執行、執行罰、直接強制を扱う。佐々木博士によれば、「行政上ノ強制執行」とは「行政法上の義務を履行せざる者に強制を加えて之を履行するに至らしめ或は其の履行ありたると同一の状態を実現することを謂う」のであるが、「行政上ノ強制執行ニ就イテハ一般的法規ナシ」という（528頁）。行政上の強制執行が行政法上の義務の実現をはかるものであるとすれば、行政執行法が対象としている「義務」は行政法上の義務の一部であるからである。

10) 織田萬『日本行政法』有斐閣（昭和9年，1934年）116頁，273頁。碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究58号137頁以下は、浅井清『日本行政法論』（巖松堂，昭和7年，1932年）が「行政上の強制手段」という項目の下に「即時強制」を扱っていることを紹介し、その他、織田萬、美濃部達吉らの戦前の学説が行政法総論において即時強制を論じていないことを指摘する。碓井氏は、「なお、即時強制は、行政法総論において登場することはほとんどなく、警察強制や財政強制という各論において論じられていた。行政上の強制執行中心の体系であったことによるということもできる。」と述べる。本文で後述するところであるが、警察上の即時強制は「義務」に関わらないものであるため、そもそも「行政上の義務履行確保」という視点の下で扱われることはない。

上述佐々木惣一は、『日本行政法論総論 改版』有斐閣（大正13年，1924年）において代執行、執行罰、直接強制を扱う。『日本行政法論各論 通則警察行政法』有斐閣（大正11年，1922年）では「警察強制」ないし「警察上の即時強制」という用語法は用いられておらず、「警察上の直接制限」として論じられている（182頁以下）。「警察上の強制執行」は、警察義務が履行されないときに行われる。警察上の強制執行は、一般に行政上の強制執行の一種であって行政執行法に基づくという（227頁以下）。

明治期の行政法教科書である市村光恵『行政法原理』宝文館（明治39年，1906年）には、「行政上の強制執行」という項目がない。第一編総論第二章「法規及処分ノ維持」第二節「処分ノ維持」において代執行、執行罰、直接強制を扱い、第三編各論第二章「内務行政」第三節「警察」第四款「警察ノ強制手段」において、行政執行法が規定する、人身ノ検束、物件ノ仮領置、邸宅ノ侵入、健康診断、土地物件ノ使用処分又ハ使用権ノ制限、代執行、強制罰、直接強制という八つの強制手段を挙げる。

- 11) 有松英義君講述『行政執行法 治安警察法 講義 全』警眼社（明治36年発行昭和5年，1930年，第9版）2頁。
- 13) 市村光恵『行政法原理』宝文館（明治39年，1906年）796頁以下。有松英義・前掲書2頁以下。
- 14) 小林博志『行政組織と行政訴訟』成文堂（平成12年，2000年）66頁以下，警察制度調査会『警察制度百年史』（昭和50年，1975年）68頁以下参照。
- 15) 沼田照義『実務理論行政執行法』松華堂（昭和7年，1932年）3頁以下，16頁以下，204頁以下。
- 16) 有松昇・有光金兵衛『行政執行法詳論』良書普及会（昭和12年，1937年）6頁以下。

- 加々美武夫・有光金兵衛『行政執行法論』良書普及会(大正13年改版,1924年)も警察上の即時強制ではなく、警察強制という用語を用いる。語法は行政執行法詳論と同様である。
- 17) 美濃部達吉『日本行政法下巻』有斐閣(昭和15年,1940年)147頁以下。織田萬『日本行政法』有斐閣(昭和9年,1934年)にいう「警察強制」は、警察上の即時強制を指し、警察上の強制執行を含まない。「此に警察強制と云うは、公の秩序を保持するに必要な状態を生ぜしむるがために私人の自由及び財産に対して実力によって拘束を加ふるの謂ひであって、私人に対する行政法上の義務の強制執行とは全く無関係のものである。行政法上の義務の強制執行も其の強制手段たるに於ては異なる所ないが、私人の義務の存在を前提とする点において同じからざるのみならず、広く行政のあらゆる部類に涉って行はれ得るものであって、独り警察の範囲に限って存するのではない。但し行政法上の強制執行も其の対人強制に属するものは主として警察事項に関して実用あることは、第一編に於て既に述べたる所である。」(273頁)。
- 18) 佐々木惣一『日本行政法論総論 改版』有斐閣(大正13年,1924年)
- 19) 末弘蔵太郎・田中耕太郎責任編集『法律学辞典第一巻』岩波書店(昭和13年,1938年)「行政執行法」(佐々木惣一)447頁。佐々木博士が参考文献として挙げるのは、有松英義氏、加々美武夫・有松金兵衛氏、沼田照義氏の逐条解説書、そして外国法文献として、W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931である。
- 20) 佐々木惣一『日本行政法各論 通則警察行政法』有斐閣(大正11年,1922年)183頁。
- 21) 美濃部達吉『日本行政法下巻』有斐閣(昭和15年,1940年)149頁。
- 22) 美濃部達吉『日本行政法上巻』有斐閣(昭和16年,1941年)336頁。
- 23) 藤田宙靖『行政法(総論)第三版』254頁以下。藤田氏は、「直接強制」という語は、「代執行」や「滞納処分」としてシステム化されていない場合であっても「直接強制」すなわち「行政行為等によって命ぜられた義務をそのまま直線的に実現する強制執行」であるならば、特に個別的な法律の授權を必要とせず、これを行い得る、という帰結を導くために機能した概念であったとする。
- 24) 有光英義・前掲書24頁以下。
- 25) 有松・有光・前掲書224頁以下。同旨、加々美・有光・前掲書145頁以下。
- 26) 美濃部達吉『日本行政法上巻』337頁。
- 27) 佐々木惣一『法律学辞典第一巻』449頁、沼田照義・前掲書224頁以下、有松・有光・前掲書230頁。
- 28) 美濃部達吉『日本行政法上巻』338頁。
- 29) 有松英義・前掲書24頁以下。
- 30) 渡辺宗太郎『行政法』ダイヤモンド社(昭和16年,1941年)180頁。
- 31) 柳瀬良幹『行政法講義 四訂版』良書普及会(昭和26年初版昭和50年改訂四版,1975年)202頁以下。
- 32) 有松・有光・前掲書230頁。同旨、加々美・有光・前掲書148頁以下。
- 33) 柳瀬良幹『行政法講座 第二巻』有斐閣(昭和39年,1964年)「行政強制」207頁、同『行政法講義 四訂版』197頁以下。
- 34) 柳瀬良幹『行政法講座 第二巻』「行政強制」210頁以下。

直接強制に関する一考察（須藤）

- 35) 有松昇・有光・前掲書15頁。同旨，加々美・有光・前掲書9頁。
- 36) 沼田照義・前掲書235頁。
- 37) 沼田照義・前掲書220頁以下。
- 38) 柳瀬良幹『行政法講義 四訂版』204頁，同『行政法講座 第二巻』「行政強制」209頁以下。
- 39) 山田準次郎『衛生行政法論 再版』明治大学出版部（大正元年初版大正二年再版，1913年）51頁。
- 40) 原田尚彦氏は，現代行政において直接強制が必要とされるのは，「公共の秩序を維持し社会的危害から国民の健康や安全を保護するには，早急かつ確実に義務の履行を強制する必要が高い場面」であると指摘する。しかし，かかる局面は即時強制の必要性が語られる局面でもある。原田・前掲書223頁。
- 41) 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』中央法規（平成14年，2002年）221頁以下。