

須藤陽子『行政強制と行政調査』

萩 野 徹\*

0 はじめに

「先生、直接強制は財産も対象にできるのでしょうか？だったら代執行と直接強制はどこが違うのですか？」本書は、著者の行政法演習の学生の素朴な疑問に答えるために書かれたという。学生たちは、直接強制と即時強制の違いや、即時強制と行政調査の関係などに疑問を呈し、著者の執筆意欲を喚起したかもしれない。これらの疑問は、著者が学生時代から抱いていた年来の疑問だからである。著者は、これらの疑問にどう答えているのであろう。(括弧内は本書からの引用頁)

1 「直接強制」, 「即時強制」, 「行政調査」

(1) 直接強制と代執行の異同

「直接強制は、その輪郭を得にくい概念である」(p.13)。

人に対する直接強制であれば、その苛酷さは想像に難くない。しかし、財産に対する執行はどうか。代執行も直接強制も、「財産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」(p.13)の、なぜ、直接強制の方が苛酷になるのか。

費用徴収の観点と関連付けて、代執行は「費用徴収が可能であるために、義務者の意思を付度する……、ような執行方法をとる」のに対し、直接強制は「あくまで違法な状態を除去するという行政の意思が実現され」、「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」という説明が可能かもしれない(p.33, 36)。

しかしこれらはあくまで、旧憲法下の行政執行法についての説明である。現行憲

---

\* おぎの・とおる 警察大学校長

法下であれば、直接強制といえども比例原則の適用があり、行政上の義務の実現のためとはいえ相手方の権利益の侵害の程度についての配慮を欠くことは許されない。「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、……まったく異なった議論の展開が可能なのはである」（p. 42）。

## (2) 直接強制と即時強制

直接強制と即時強制はともに相手方に対する実力の行使を内容とする作用であるが、戦後行政法学を代表する学説（田中二郎）は、「直接強制について新憲法下で一般的に認めるのは行き過ぎであると評価する反面、行政上の即時強制を許容する余地を広く解する傾向にある」（p. 55）。区別の「メルクマールは、……現代行政法学においては「義務の介在」ないし「義務の賦課」に求める説が有力である」（p. 56）。

即時強制の場合「履行を強制される義務は無いのに、なぜ実力の行使を受忍しなければならないのか」（p. 55）について、戦前の警察法理論では、「社会の秩序を維持するという警察目的、障害を除去するという警察の必要から、警察権に服しなければならない」と説明されていた（p. 55）。これに対し、田中説においては、「公共の秩序の維持」……のみならず、「社会公共の福祉の実現等の行政上の目的の達成」まで即時強制適用の目的に含めることによって、目的的な側面での制約を結果的に緩めることになったが、「直接強制を縮減しようとする反動で「即時強制」に負荷をかけすぎではないだろうか」（p. 55）。警察目的以外の行政目的の「手段」としての位置づけも与えられたことになる。

直接強制において、「義務を賦課することは争訟の契機を介在させることを意味する」（p. 172）。これに対し、「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」（p. 15）が、これは「行政側に都合の良い制度」（p. 172）というほかない。「法制度の設計にあたって、直接強制を用いることを避けて即時強制を「手段」として用いようとする、現代行政法学が抱えている「強制」の仕組みの歪み」（p. 44）の現れでもあろう。

## (3) 行政調査と実力の行使

「行政調査」というカテゴリーを「警察法理論」に由来する即時強制とはまったく別個に打ち立てるべきである（p. 96）。しかし、このような「行政法総論「行

政調査」というカテゴリーの下に、税務調査も当然のごとく括られ、各論である租税法上の制度である税務調査に関する最高裁判決を中軸において「行政調査」という行政上の一般的制度の性質を論じようとする点に」(p.185) 著者は違和感を感じる。

また、著者は、「刑事罰が定められていれば当然間接強制しか認められない」(p.192) という通念にも疑問を呈する。著者は、「立入検査に物理的力の行使の必要性を肯定するが、しかしそれは「相手方の抵抗を排除する」程度の力の行使ではない。罰則の有無にかかわらず、公衆衛生や消防のような生命・財産に対する危険存否の判断を迫られるような行政活動の性質に鑑み、法律・条例の規定の趣旨・目的から実質的に判断して、即時強制か否かを判断し、比例原則によって「実力の行使の程度」の問題として統制を図るべきではないだろうか」(p.191, 192) と主張する。強制力と言えば「相手方の抵抗を排除する」程度までの(強い) 実力の行使(だけ)を想起する固定観念に、「今もなお学説・実務が「囚われている」ように思われてならない」(p.191) という訳である。

### 3 理論と実務

本書は、長年にわたり比例原則と行政強制論を研究対象としてきた著者が、2010年刊行の『比例原則の現代的意義と展開』と同時期の出版を企図していたものであり、「第一部 戦前・占領期の警察法理論と行政執行法」、「第二部 アメリカ法の影響と「行政調査」活動の生成」、「第三部 現代行政における「義務」と「強制」」の三部からなる。各部の表題からも分かるように、戦前の学説・実務と占領期の議論に着目した研究の手法をとり、また近年のドイツ法における「行政強制」論の推移もフォローしている。

さて、評者は実務家であり、本書の学術的価値の論評となると、その任に堪えるものではないが、著者の執行の現場への強い関心については共感するところも多いので、この点につき、いくつかコメントしておきたい。

まず、戦後の警察制度改革による警察権の分散に際し、移管後一般行政組織が「どのように行使すべきかについての議論がない」(p.88)との指摘は重要で、これが「現代行政では、実力を行使する訓練をまったく受けていない人間が“たまたま”その職務に就く」(p.199)、という事態につながることになる。しかし、訓練が必要なのは実力の行使のような強制権限に限るものではない。たばこのポイ捨て禁止条例を施行すべく違反者に街頭で「声をかける」ことですら、そう簡単なこと

ではないのである<sup>1)</sup>。

また、著者は、児童虐待事案等について、「生命又は身体の安全」という重大な法益が脅かされていると考えられる場合に「拒絶や抵抗を理由に調査を断念してはならない」（p.200）と述べるが、他方、消防実務が「立入り検査を即時強制に位置づけつつも、その「強制力」の限界について非常に歯切れの悪い説明をする」（p.190）ことに違和感を隠さない。評者は消防実務に通じているわけではないが、任意と強制が単純には区別できない現場で何とか任務を果たそうとする人々の苦悩には共感するところもある（繁華街の雑居ビルに入居するいわゆる風俗店等への消防の訪問指導に警察の同行が求められることもあると聞く。一筋縄ではいかない人たちが大勢いるのである。）。単純に白黒つけてしまうか、運用ないし事実認定の問題として無視されがちな事柄であるが、事態を正面から把らえた分析的な検討があってもいいように思う。

最後に間接強制について。まず、行政上の義務を間接的に「強制」という仕組みは、基本的には、罰則規定があること自体の威嚇力によって心理的に強制されるということで完結しており、違反行為に対する事後的な処罰はかかる仕組みの実効性を担保するにとどまる（違反行為を処罰しても行政上の義務が実現されるわけではない）。刑罰である以上、刑法総則と刑事訴訟法の世界の作法が優先する（刑罰の謙抑性、起訴便宜主義等）。もとより、行政法規違反の取締は行政機関としての警察の重要な責務であり<sup>2)</sup>、「警察側の対応は、そもそも行政刑罰に対する理解に欠ける」（p.197）といった事態は是正しなければならない。他方、警察の現場にも、悪質業者を摘発しようにも法令所管部門がなかなか告発をしない等の不満があるようである。実務的には、関係機関が相互にリスペクトをもって穏やかに対話することで、国民にとって最適な行政運営を目指すべきであろう。理論的には、警察の行う捜査を警察法（行政法の一分野としての警察法）の中でどう位置づけるかに関わるものと考えている<sup>3)</sup>。司法警察という概念は刑事手続の中での役割を示すもので、そういう立場からだけ物事を見てみると、「行政側が重大と考える違反行為があるにもかかわらず刑事事件としての手続を進めようとしない」（同）ことも、ときに起きかねないのである。

#### 4 おわりに

本書は、2013年9月には原稿が完成していたが、著者は、同年のMBLポストシーズンにおけるボストン・レッドソックス上原浩治投手の「身を削るような投球

を見て思うところがあり」、年末までかけて終章を全面的に書き改めた。この年、上原投手は、リーグ優勝決定シリーズで MVP に選ばれ、ワールドシリーズでは胴上げ投手となったが、無論、楽な戦いではなかった。上原投手の不屈の精神が乗り移ったような本書が、行政法学の、さらに日本の行政実務そのものの発展に寄与することを期待したい。

- 1) 拙稿「新しい行政法学の構想」(『講座警察法第1巻』(2014)所収)、特に三参照。
- 2) 片桐裕「生活安全警察は何を目指し、いかに行動すべきか(上)」(『警察学論集』62巻5号)
- 3) 拙稿・前掲注(1)、特に四参照。