

## 「即時強制」の系譜

須 藤 陽 子

### 問題の所在

本稿は、拙稿「直接強制に関する一考察」(立命館法学2007年2号)に続き比較法研究の手法に拠らず、戦前の学説・実務及び昭和20年代の「新しい行政法」形成期を主な研究対象とする論稿である。敗戦を画期とする時代に注目するのは、いわゆる「行政強制」論をめぐる戦前の学説・実務と現代行政法学の常識との間に断絶が存すると考えるからである。

たとえば、火災の延焼を防ぐために家屋を破壊する行為の法的性質を問われれば、現代行政法学ではおそらく異口同音に即時強制という答えが返ってくるであろう。しかし、昭和23年に出版された美濃部達吉氏の遺稿『行政法序論』(有斐閣)は、代執行として他人が代わってなし得べき作為義務を、急迫の事情のある場合に直接強制として認める例であるという<sup>1)</sup>。破壊消防を直接強制に分類するのは美濃部博士だけではない。昭和7年に出版された沼田照義『実務理論 行政執行法』(松華堂)は、集会の解散命令に従わない者に対して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兇器を領置する、火災に際し類焼を防止するため家屋を破壊する、演説の中止を命じたにもかかわらず、これに従わない弁士を演台から曳き下ろす、又は検束する、禁猟区域に猟具を持って立ち入った者を実力を以って退去させる、という六つを直接強制の例として挙げて

いる<sup>2)</sup>。この例は『行政法序論』でも挙げられており、戦前の直接強制の典型例として理解される。

上記六つの具体例を直接強制か即時強制のいずれかに分類しようとすれば、筆者自身がそうであるように、現代行政法学においては即時強制に分類する論者がおそらく多いであろう。戦前と戦後のズレは何故生じるのであろうか。直接強制と即時強制という各々の概念の理解が戦前と戦後では異なっているのか、あるいは直接強制と即時強制の境界線の引き方が異なるのか。かかる問題意識の下、拙稿「直接強制に関する一考察」では直接強制の概念の輪郭を得るべく、代執行及び即時強制と対比させたが、本稿では即時強制の側からアプローチを試みている。戦前・戦後を通じた即時強制概念の変容を追究することは、たんなる学説史の整理にとどまらない。直接強制と即時強制との境界線を明確にする一助となり、また、現代行政法学が抱えている「強制」の仕組みの歪みを矯正する視点を得ることができると思われる。

戦前の行政法総論教科書に即時強制は登場しない。各論である警察法上の概念として理解されていたからである。敗戦を画期として即時強制は行政法総論に位置づけられるようになるが、戦後の学説は各論である警察法から行政法総論へ位置づけを変えた論拠を十分に示していないと思われる。警察法から行政法総論へ即時強制の位置づけを変えようとした時期は、強大な警察権力を警察組織から一般行政組織へ分散させようとした時期でもある。つまり、警察組織による実力行使によって強制力を担保されていた時代から、一般行政組織による行政目的の実現と実力行使を論じる時代へ移り変わる時期である。

戦後の「警察権の分散」を問題とする場合、これまでの行政法学の関心は、警察組織から一般行政組織に移された事項ではなく、もっぱら昭和22年に制定された警察法が掲げた警察の責務「国民の生命、身体及び財産の保護」に含まれる非司法警察事項にあった。警察組織が担当する行政警察事項として警察組織に残された事項と、責務規範に警察活動の法的根拠が

求められるか否かという点もっぱら論じられていると思われる。本稿の関心は、警察組織から一般行政組織に移された事項、いわゆる、保安警察に対する意味での狭義の行政警察に属する事項であり、警察事項を一般行政組織が所管することによって何が変わったのか、という点に着目したい。

## 1. 「行政強制」と「警察強制」

### (1) 包括的上位概念？

わが国の行政法総論において、「行政強制」という上位概念を設定したうえで行政上の即時強制と行政上の強制執行を位置づけるようになったのは、はたしていつ頃からか。昭和30年代の論説を見ると、「行政強制」という上位概念に関して極端な理解の相違が存在する。それは、議論の土俵が違って見えるように見える。

広岡隆氏は、昭和36年に出版された『行政上の強制執行の研究』の冒頭で「行政上の強制執行は、まず、行政上の即時強制（sofortiger Zwang）と区別されなければならない。ドイツおよびわが国の行政法理論において、行政上の強制執行と行政上の即時強制とを区別し、両者を総括して行政強制（Verwaltungszwang）と称するのが通例である。」<sup>3)</sup>とする。菊井康郎氏は、昭和39年に開催された第28回日本公法学会報告で「なお小稿に用いる行政強制という言葉は、行政法学一般の用法にしたがい、行政権が行政目的の達成のために人民の身体・財産等にくわえる侵害を指す意味である」と定義する<sup>4)</sup>。両氏は、「行政強制」という上位概念を用いることを、行政法学において通例、行政法学一般の用法、としたうえで論を展開する。しかし柳瀬良幹氏は、行政法学において通例、行政法学一般の用法、という認識は全く逆であるとする。

柳瀬良幹氏は、昭和39年に出版された『行政法講座第2巻』に収録された論説「行政強制」において、行政強制という概念の下に即時強制を含めることを日本の普通の用例ではないという。日本の普通の用例として「行

政強制」は概ね行政上の強制執行と同義に用いられ、即時強制は原則として警察の領域においてのみ見られるものであることから、「行政強制」という論題の下で即時強制を含めず行政上の強制執行のみを論じている<sup>5)</sup>。

戦前の学説史を追えば、柳瀬良幹氏の位置づけのほうが「通例」ないし「普通」である。戦前のわが国行政法総論教科書には「行政強制」という項目はない。戦前に「行政強制」という用語を用いたのは、昭和13年に出版された『佐々木惣一博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』に収録された渡辺宗太郎氏の論説「行政強制序説」であるが、昭和6年に出版された渡辺氏の行政法総論教科書では「行政強制」は用いられておらず、即時強制も扱われていない<sup>6)</sup>。論説「行政強制序説」は、行政による法の実現化を實力をもって強制する場合には、義務を課する手続を先行させる場合（行政上の強制執行）と義務を課さずに現実化する場合（即時強制）を包含するという理論の方向性を示しつつ、論説の中身自体は強制の前提とする抵抗は服従すべき義務を命じる個別的行為の存在なしには考えられないとして、行政強制の意義を行政上の強制執行に限定して論じている<sup>7)</sup>。

渡辺氏の論説も示しているように、戦前の学説では行政法総論に即時強制という概念は登場しない。即時強制は、戦前には「警察上の即時強制」として各論である警察法において取り扱われていた概念である。したがって行政法総論において「行政強制」という上位概念が用いられることもなかったのであるが、各論である警察法においては「警察強制」を上位概念として用いる例が見られる。美濃部達吉氏の学説である。美濃部氏は、「警察強制」を「強制執行及即時強制」の二種に分ける考え方を、大正期に出版された『行政法撮要』において既に示している。美濃部氏は、『日本行政法下巻』（昭和16年）において「警察強制」を「警察の目的の為に實力を以て人民の自由又は財産に事実上の侵害を加え、以て必要なる特定の状態を実現せしむ作用を謂う」と定義する。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<sup>8)</sup>。

しかし警察法において、「警察強制」という上位概念の下に「警察上の即時強制」と「警察上の強制執行」を位置づける美濃部氏の体系的な考え方が、戦前の学説において支配的であったと言い難い。後述するように、大正期・昭和初期に出版された佐々木惣一、織田萬、渡辺宗太郎各氏の教科書には「警察強制」を上位概念として用いるという発想が見られないからである。

即時強制を行政法総論に取り込み、行政法総論において「行政強制」という上位概念の下に行政上の強制執行と並べて位置づけたのは、戦後の田中二郎氏の試みに始まる。東大法学部講義用教科書として出版された『行政法講義案上 第1・第2分冊』（昭和23年6月、有斐閣）は本論行政法通則に即時強制を取り入れ、本論第六章に「行政上の強制」という章題を付している。そして、昭和28年2月に新たに東大法学部講義用教科書として出版された『行政法 上』（有斐閣全書）から「行政強制」の項目が本論第一篇行政法通則第六章に登場する。

前述の広岡隆氏、菊井康郎氏の用例は戦後の田中説にしたがったものと思われ、柳瀬良幹氏の用例は学説史にむしろ忠実である。19世紀ドイツ警察法において形成された警察下命、警察許可、警察強制についての法理論が、その後一般行政法理論において行政行為論、行政強制論として展開されたと言われるように<sup>9)</sup>、警察法理論を行政法総論に移植することに異を唱えるものではないが、戦前のわが国において警察法固有の制度として位置づけられていた「即時強制」が戦後行政法総論に取り込まれた経緯、理由づけを検証すべきである。

(2) 「警察強制」と「警察上の即時強制」

塩野宏氏は即時強制に代わって「即時執行」という用語法を提唱するが、即時強制という用語法が定着したのはさほど古いことではない。警察法においても即時強制とは呼称されず、その概念は「警察強制」と呼称されていた。「警察強制」を「警察上の強制執行」と「警察上の即時強制」の上位概念として用いる美濃部氏の用語法は、戦前の諸学説の中にあって、むしろ突出したものである。戦後に田中二郎氏が行政法総論において「行政強制」論を打ち出したことにより、「行政強制」論の定着とともに即時強制という用語法も定着したのではないだろうか。

明治期の学説及び実務は、即時強制という概念、呼称を用いず、行政執行法によって法定された手段を個別に把握するのみである。明治期の行政執行法逐条解説書である行政執行法起草委員有松英義『行政執行法 治安警察法 講義 全』(明治36年発行昭和5年第9版)には「警察強制」即時強制のいずれの文言も見られない。行政法教科書でも同様である。市村光恵『行政法原理』(明治39年)は、第一編総論第二章「法規及処分ノ維持」第二節「処分ノ維持」において行政執行法5条の代執行、執行罰、直接強制を位置づけ、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」の下に、行政執行法1条から5条が規定する人身ノ検束、物件ノ仮鎖置、邸宅ノ侵入、健康診断、土地物件ノ使用処分又八使用権ノ制限、代執行、強制罰、直接強制という八つの手段を挙げる。「警察強制」「警察上の即時強制」という概念も用いられておらず、手段を列挙するのみである<sup>10)</sup>。

佐々木惣一氏は、独自の用語法を用いることで知られている。『日本行政法論各論 通則警察行政法』(大正11年)では、「警察上の即時強制」という用語ではなく「警察上の直接制限」という用語を用い、また、「警察強制」という概念も用いていない。佐々木氏は、西洋において「警察上ノ目的ノ為メニ実力ヲ使用スルコト」を意味する「警察上ノ強制」という用語法がわが国では即時強制に該当するという見解を明らかにしつつ、西洋

からの用語法をそのまま取り入れることをしない。

「警察上ノ直接制限」とは、「初メヨリ私人ニ実カヲ加エテ社会秩序ノ障害ヲ除去スルコト」であり、「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実カ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」。

佐々木氏は、「強制」とは義務に関連して用いる用語であって、履行すべき義務の存在を前提として「強制」があるという考え方に立っている。履行すべき義務の存在を前提としないのであれば即時強制という用語は不適切であるといい、また、「警察強制」を即時強制と同義に用いることも、「警察強制」という上位概念の下に「警察上の直接制限」を位置づけることも考えられないことであろう<sup>11)</sup>。

「警察強制」を「警察上の即時強制」と同義に用いているのは、昭和初期に出版された織田萬『日本行政法』（昭和9年）である。「警察上の即時強制」は用いられていない。第一編総則第三章「行政行為」に位置づけられる行政上の強制執行に対して、第三編行政活動第一章警察に位置づけられる「警察強制」を「此に警察強制と云ふは、公の秩序を保持するに必要な状態を生ぜしむるが為めに私人の自由及び財産に対して実力に依つて拘束を加ふるの謂ひであつて、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」という<sup>12)</sup>。

他方、同時期に出版された教科書である渡辺宗太郎『行政法講義各論』（昭和7年）には「警察強制」が用いられていない。「警察上の即時強制とは、警察の目的の為に、直接に実力を以つて人民の自由または財産に事実上の侵害を加えることをいふ」と定義し、「警察行政作用」として、三項「警察上の即時強制」四項「警察上の強制執行」五項「警察罰」を列挙して述べる<sup>13)</sup>。

実務に目を向ければ、大正期、昭和期の行政執行法逐条解説書では「警

察上の即時強制」ではなく「警察強制」という用語法がもっぱらである。加々美武夫・有光金兵衛『行政執行法論』(大正12年初版),有松昇・有光金兵衛『行政執行法詳論』(昭和12年)では,「警察上の即時強制」という用語は用いられておらず,「警察強制」が「警察上の即時強制」の意味に用いられていると解される<sup>14)</sup>。沼田照義『実務理論 行政執行法』(昭和7年)には,「警察上の即時強制」という用語も用いられている。「警察強制」を「警察権に基づく強制」であるといい,言い換えて「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」であるというが,他方「警察上の即時強制」について特に意義内容を規定していない。行政執行法に規定する三つの強制手段を,5条の一般行政上の強制執行,1条から4条までの警察上の即時強制(又は単に即時強制),6条の財政上の強制徴収として区分する際に用いるのみである。「警察強制」と「警察上の即時強制」が用いられていても,両者の位置づけ,関係は不明である<sup>15)</sup>。

以上のように,戦前の学説・実務において「警察強制」「警察上の即時強制」という用語法自体が一致をみているわけではない。「警察強制」「即時強制」という概念を用いて説明することが一般的でない明治の時代から,ドイツ法の影響を受けつつ,大正,昭和と強制手段論,警察権の限界論及び行政執行法の解釈論が次第に形成されてゆく。

## 2. 「即時強制」の目的

### (1) 即時強制の要件

即時強制の根拠は,個別法の規定に基づく他一般法である行政執行法及び行政執行法施行令に求められていた。行政執行法には「警察」の文言はなく,「警察官庁」ではなく「行政官庁」の文言が用いられているが,「警察上の即時強制」の一般的根拠とされる1条から4条までは「警察官庁」のみが適用可能であると解されていた。しかし,なぜ1条から4条までは

「警察官庁」のみが適用可能であるかを行政執行法起草者有松英義氏は言及していない。

1条から4条までの部分と行政上の強制執行を定めた5条の文面を比較してみれば、権限発動のための要件の違いが明らかであり、警察作用であることを読みとることができる。5条は「法令又八法令ニ基ツキテ為ス処分」が前置していることを強制力の発動の要件として定めているにすぎないため、適用にあたり警察か否かを問う必要がない。一般行政官庁も警察官庁も、いずれも適用可能であるとされる。しかし、1条から4条までの条文は、措置の対象（1条検束・仮領置「危険ノ虞アル物件」「公安ヲ害スル者」）、権限発動の許容される場合（2条夜間の邸宅立入りは「危害切迫セリトミトムルトキ」、3条居住地指定・外出禁止命令は「伝染性疾患ニ罹リ必要アルト認ムルトキ」）、権限発動の目的（4条財産に対する侵害「危害予防若ハ衛生ノ為」）など、警察目的のもとに強制力の発動を限定しようとする定め方であり、警察権発動の要件を定めていると解される。

「警察上の即時強制」の根拠法には「危険」「危害」「危害切迫」「危害予防」といった文言が見られるのであるが、戦前のわが国の警察法教科書では警察権発動の要件として「危険」の存在が論じられることがない。「障害発生の十分な蓋然性」=「危険」として捉えるドイツ警察法の視点からすれば、即時強制の権限発動に「目の障害」「障害の除去の必要」を設定することは、権限発動に「危険」の存在を求めることを意味するのであるが、戦前の警察法教科書では警察権の限界論に「危険」という文言が見られる程度であって、警察権発動にあたって「危険」の種別や程度を論じる危険概念論の萌芽は見られず、戦後に出版された警察法教科書でもやはり危険概念論の発達は見られない。

美濃部氏による「警察上の即時強制」の概念定義は、他の論者に比して、実力行使の許容され得る要件を明確に示している点に特徴がある。たとえば織田萬氏は「此に警察強制と云ふは、公の秩序を保持するに必要な状態を生ぜしむるが為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」<sup>16)</sup>と述べるにとどまり、佐々木氏の「警察上の直接制限」の定義<sup>17)</sup>も実力行使の要件を欠いている。渡辺氏は、法が即時強制を認める場合として「警察上の障害を除くが必要急迫し、警察命令を以って義務を課するの暇なき場合、または事の性質上先づ義務を課して後にする間接的方法行われ得ない場合」を挙げ、「警察上の即時強制」とは「警察の目的の為に、直接に実力を以って人民の自由または財産に事実上の侵害を加へることをいう」<sup>18)</sup>と定義する。

美濃部氏は『日本行政法下巻』において、「警察上の即時強制」を「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」と定義する<sup>19)</sup>。この定義は、即時強制が許容され得る要件を定義に取り込んでいるが、大正期に出版された『行政法撮要』ではまだかかる概念定義を示すには至っていない。「警察上ノ即時強制ハ警察義務ヲ履行セザル者ニ対シ其ノ義務ヲ執行スルガ為ニスルニ非ズシテ、直接ニ或ル警察上ノ必要ヲ充ス為ニ実力ヲ以テ人民ノ自由又ハ財産ニ事実上ノ侵害ヲ加フル作用ヲ謂フ」と述べ、上記下線部の部分は定義には入れず、下記のように具体例を列挙して説明を加えている。

「即時強制ノ許サレ得ベキハ唯警察上ノ目前ノ障害ヲ生ジ其ノ障害ヲ除クノ必要急迫ニシテ下命ニ依リ義務ヲ命ズルノ暇ナキ場合（例、天災事変ニ際シ目前ノ危害ヲ防御スル為ニスル場合、個人ノ生命身体財産ニ対スル目前ノ危害ヲ救護スルガ為ニスル場合、犯罪行為ヲ制止スルガ為ニスル場合等）又ハ事ノ性質上下命ニ依リ其ノ目的ヲ達スル能ワザル場合（例、所有者不明ナル狂犬又ハ家畜ノ撲殺、家宅搜索、発売禁止トナリタル出版物ノ差押）ニ限ル。」<sup>20)</sup>

即時強制の許容され得る要件の問題は、現代行政法学において塩野宏氏が提起した即時強制と「行政調査」の分離に関わる問題である。塩野宏氏

は、「義務の履行を強制するためではなく、目前急迫の障害を除く必要上義務を命ずる暇のない場合又は その性質上義務を命ずることによってはその目的を達しがたい場合に、直接に人民の身体又は財産に実力を加え、もって行政上必要な状態を実現する作用である」（田中二郎『行政法上巻』）という田中二郎氏による定義下線部の部分から、「行政調査」という概念を取り出し、そして残余の部分で「即時執行」という新しい概念で括る用語法を提唱したことで知られている<sup>21)</sup>。田中二郎氏の「行政上の即時強制」の定義は、実力行使の許容され得る二つの要件を取り込むところから美濃部氏による定義を踏襲していると思われるが、美濃部氏と異なって、下線部の示すところを十分に説明しているとは言い難い。

塩野氏は、臨検検査、立入りなど、いわゆる行政調査が下線部に該当するとするが、美濃部氏の説明にしたがって『行政法撮要』下線部の例示するところからすれば、戦前に想定されていたのは行政調査に尽きるものではない。また、美濃部氏は『日本行政法下巻』下線部をさらに、「目前急迫の必要に基づく」場合と「その必要がそれ程急迫でないにしても事の性質上任意履行の望み難い」場合の二つに分ける。下線部が目前急迫性を前提とするのは無論のこと、下線部も目前急迫性が求められているのであって、『行政法撮要』が示す「所有者不明ナル狂犬又八家畜ノ撲殺」は「目前急迫の必要に基づく」場合であり、「発売禁止トナリタル出版物ノ差押」「危険の虞ある事業の装置その他の物件の実地検査」「営業上の帳簿その他の書類の検閲」はさほど急迫性を要求されない後者に分類される<sup>22)</sup>。

臨検検査、立入り等は戦後の警察制度改革によって一般行政組織へ行政警察権限が移管されたものが多い。戦前の「警察上の即時強制」の執行が警察官を念頭に置いたものであり、強大な警察権力からすれば目の危険が存すると考えられる場合に、臨検検査、立入り等に実力行使を認めることを特に議論する必要がなかったと思われる。しかし、戦後の「行政上の即時強制」は、警察官職務執行法に基づく警察官の実力行使と一般行政組

織の職員による臨検検査，立入り等が混在して位置づけられている。田中二郎氏が下線部 について特に説明を加えていないため，戦前の即時強制が許容される要件とどう異なるのか，田中氏が何を想定していたか判然としない。

(2) 「義務の有無」

即時強制という概念を規定するにあたり，「義務の有無」という視点は，行政上の強制執行ないし直接強制と区別する意味で必須であり，誤判断・濫用が人権侵害につながる即時強制の目的を浮き彫りにする要素である。

美濃部氏の「警察上の即時強制」の理解は，義務の不履行を前提としないことが警察上の強制執行ないし直接強制の概念との分け目であった。「義務の不履行」とは既に警察義務が成立していることが先にあるため，「義務の不履行を前提としない」とは，先ず義務を命じることをしないとすることを意味している<sup>23)</sup>。

これに対して，佐々木氏は義務の性質，履行すべき義務の有無が「警察上の直接制限」を性格づけるものであり，直接強制と区別するメルクマールであるとする。「警察上ノ直接制限ハコレヲ警察上ノ強制執行トシテ行ハルル直接強制ト混同セサルコトヲ要ス」，「此ノ場合ニハ警察命令ニ依ツテ課セラルル警察義務ハ実カヲ加工エラレルルコトニ堪フルノ義務即チ愛忍ノ義務ナリ。警察上ノ間接制限ニ在ツテハ先ス行為マタハ受忍ノ義務ヲ課セラレ，此ノ義務ノ履行アリテ社会秩序ノ障害ヲ除去セラルト雖，直接制限ニ在ツテハ此ノ如キ義務ヲ課スルコトナク初メヨリ私人ニ実カヲ加工テ社会秩序ノ障害ヲ除去スル」<sup>24)</sup>。「警察上の直接制限」は実力の行使を受忍しなければならない義務はあっても履行を強制されるような義務は存在しない，という理解である。

警察実務家による行政執行法の逐条解説書では「義務の負担」という視点が明瞭である。有松昇・有松金兵衛『行政執行法詳論』は，直接強制がそ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、その義務が履行されない場合に執行をまっとうする目的を有するのに対して、警察強制（警察上の即時強制の意味）は社会上の障害を除去するために初めから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まっとうするために存するものではないという<sup>25)</sup>。沼田照義『実務理論 行政執行法』は、行政執行法1条から4条まで及び行政執行法施行令2条を「何らの義務を負担せざる第三者に対しても強制をなし得ることを認めている」と解する<sup>26)</sup>。

履行を強制される義務は無いのに、なぜ実力行使を受忍しなければならないのか。佐々木氏の表現を借りれば、「社会ノ秩序ノ障害ヲ除去スルカ為メニ初メヨリ実力ヲ用イル」作用だからである。つまり、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ものとして説明される。即時強制が行政法総論で扱われず警察法において「警察上の即時強制」として位置づけられたのは、警察目的、警察の必要に裏づけられた作用だからである。

田中氏は、即時強制の一般法であった行政執行法の廃止を受けて、昭和23年の時点で「新憲法の下においても、行政上の義務の履行を強制する手段を確保し、且つ、社会公共の秩序を保持するため、その他行政上の目的を達成するために必要な即時強制の手段を保障する必要がある」という<sup>27)</sup>。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。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ていないだろうか。「行政上の即時強制は、公共の秩序の維持、社会公共の福祉の実現等の行政上の目的を達成するために必要な措置であるが、その結果として、人民の身体又は財産に対する重大な制限を加えるものであるから、法律の根拠のある場合に限り、法律の定めるところに従い、しかもその目的を達成するために必要な最小限度においてこれをなし得べきもの」として、「行政上の即時強制」の許容する余地を「社会公共の福祉の実現等の行政

上の目的を達する」場合まで含めている<sup>28)</sup>。つまり、「警察上の即時強制」を行政法総論に取り込んだ結果、「公共の秩序の維持」という警察目的のみならず、「社会公共の福祉の実現等の行政上の目的の達成」までを即時強制適用の目的に含めることによって、目的的な側面で即時強制適用に対する制約を結果的に緩めたのではないだろうか。

### (3) 「義務の介在」と「義務の賦課」

「警察上の即時強制」と行政上の強制執行ないし直接強制を分けるメルクマールは、戦前には「義務の有無」及び義務の性質に求められたのであるが、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と思われる<sup>29)</sup>。

塩野氏は、「即時執行は相手方に義務を賦課することなく、実力により行政目的に対応した状態を作り出す」といい、即時強制ないし「即時執行」の「即時」を、時間的切迫性よりは、「相手方の義務を介在させない」という意味に理解すべきであるという。「義務の介在」は、直接強制の要件でもあり、「即時執行は、義務の不履行を前提とせず、人又は物に対して実力を行使する制度である。その意味で、私人の側の義務（作為・不作為）の存在を要件とする直接強制と異なる」とする。塩野氏のいう「義務の介在」とは「義務の賦課」の意味であると解され、「即時強制」と直接強制を分けるメルクマールは「義務の賦課」に求められる<sup>30)</sup>。

しかし、「即時」を時間的切迫性ではなく「相手方の義務を介在させない」という意味に理解することは、「義務を命じる暇のない場合」という即時強制の許容される要件を緩めるおそれがあると思われる。塩野説は、むろん相手方の義務を介在させるだけの時間が十分でないことが前提であると思われるが、近年の立法例をみると、義務を課するだけの時間が存するにもかかわらず、あえて立法者は義務を介在させないことを選択した例がある<sup>31)</sup>。「相手方の義務を介在させない」ことを時間的要素と切り離すことは、即時強制の必要性をそもそも問われることとなり、「なぜ義務を

介在させなくてもよいのか」という問いに答えることが困難になると思われる。

また、「義務の賦課」を即時強制と直接強制を分けるメルクマールとする近年の学説は、義務を賦課する法形式について論じることがない。現代においては直接強制は個別法に規定され、義務を課する根拠法令と実力行使の根拠法令が一致しているため、さして問題とする必要がないためであろう。本稿の冒頭及び拙稿「直接強制に関する一考察」（立命館法学2007年第2号）で問題としたように、戦前の学説・実務における即時強制と直接強制の分かれ目は現代行政法学における理解とは異なる。近年の学説は行政行為によって義務を賦課することを前提としているのではないかと思われるが、戦前の学説の理解では法令によって一般的・抽象的に不作為義務を課してある場合に、不作為義務に違反する行為に対してとられる実力行使は直接強制に分類されている。

### 3. 警察権の分散と「即時強制」

#### (1) 警察制度改革と狭義の行政警察

戦前の警察行政は、一般行政と比較してその比重が非常に重かった。戦前に内務省の所管とされた事項が非常に多く、広範囲に警察行政が展開されたためである。一般行政と警察行政との境界線は「行政警察」生成当初の明治初期より不明確であり、行政警察権限をめぐる一般行政組織と警察組織間の対立を経て、結果的に狭義の行政警察権限は警察組織の担当するところとなった<sup>32)</sup>。

警察作用は、社会生活の極めて広範囲に及んでいた。美濃部氏によれば、「警察は社会目的の作用であるから、内務行政の一部を為すものである。内務行政は社会生活の総ての方面に互って行はれるもので、衛生・風俗・交通・社会経済・労働問題又は精神的文化生活の総てに通じて行政作用の及ばないものはなく、而して此等の何れの目的の為に常にも或る範囲に於

いては権力を以て人民に命令し強制する必要が有る。其の命令及強制は即ち警察作用に外ならぬもので、之に依って衛生警察・風俗警察・交通警察・産業警察・労働警察・文化警察などの各部門を生ずるのである」とされる<sup>33)</sup>。警察権を基礎づけると理解されていた明治8年太政官達行政規則第1条が「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コトニアリ」と定めるところから、学問上の警察概念の要素である目的の消極性をめぐる京都学派・東京学派の対立的見解はよく知られるところであるが、現実には警察活動は消極的にとどまらない。田中二郎氏は、警察は行政権の中心をなしほとんど全行政分野に互って極めて重要な地位を占め頗る大きな役割を演じたと回顧する<sup>34)</sup>。園部敏氏は、警察作用でないものを警察作用として取り込んでいたことを指摘し、「しかして国家の活動が著しく増加し来るところ、中央集権的独裁的国家においては必然に警察活動の複雑化を伴ない、一般警察機関は、本来の使命たる治安の維持を超えて多くの非警察的活動をなすにいたった。この實際を指示するがために、あるいは治安の維持乃至公共の安全と秩序の維持を極めて広義に解し、あるいは他の機関の権限に属しないかぎり行政活動は警察機関によってなすべきものと説かれたのであった」という<sup>35)</sup>。昭和22年9月16日付けマッカーサー元帥総理宛書簡は、中央集権化された警察官僚制に支えられた日本社会を「日本はかくてまったく警察国家であった」と断じている<sup>36)</sup>。

警察制度改革にむけて昭和21年にアメリカから招かれた都市警察改革企画団(元ニューヨーク市警察局長ルイス・J・バレンタイン団長)と地方警察企画委員会(ミシガン州警察部長オスカー・G・オランダール委員長)の二つの調査団は、警察本来の職務ではない事項を警察組織から分離すべきであると指摘した。バレンタイン報告は、警察から非警察事務を分離すべきであること、分離するために保健厚生及び衛生などの各分野の専門家を設置することが、警察の能率の向上、警察権の濫用防止につながる意義を述べ、オランダール報告でも「新聞検閲、消防、保健行政、災害救護、商社(ビジネス・ファーム)の認可等の余分な仕事は適正な警察事項とは言

い難く他の機関に委譲すべきもの」とされた<sup>37)</sup>。田中二郎氏によれば、昭和21年に設置された警察制度審議会の議論でも警察の所管事項を徹底的に整理し、警察の職務を警察本来の任務に限定すべしとすることはほとんど一致した意見であった。昭和22年警察法が警察事項としたのは「警察本来の職務たる消極的な治安維持の事務の外には、いわゆる司法警察の事務に限って」であり、産業、衛生等に関する事務は当然警察以外の行政組織に移管されなければならないことになったという<sup>38)</sup>。

警察官に即時強制として認められていた事項を一般行政組織の職員が執行することとなった場合、それはやはり即時強制として分類し得るのか、という関心を筆者は抱いている。しかし警察権の分散における執行の担い手の問題は、実力行使如何という問題ではなく、警察行政の分化・専門化の問題として、公衆衛生等の専門的知識のない警察官による執行から専門性に裏づけられた執行の問題としてもっぱら議論されていた。

## (2) 「警察上の即時強制」から「行政上の即時強制」へ

昭和20年代に出版された行政法総論教科書には、戦前には見られなかった「行政強制」ないし「行政上の強制」という項目がある。田中二郎『行政法講義案上巻 第2分冊』（昭和23年）、園部敏『新しい行政法』（昭和24年）、渡辺宗太郎『改訂日本国行政法要論上』（昭和26年）、須貝脩一『法学大系行政法』（昭和27年）、田上穰治『行政法原論』（昭和27年）が「行政強制」ないし「行政上の強制」という項目を採用している。田中二郎氏は、昭和28年『行政法上』（有斐閣全書）以降に出版した教科書では「行政上の強制」ではなく「行政強制」という用語を用いている。田中氏の場合、「行政上の強制」も「行政強制」も概念定義の内容は変わらない。しかし、「行政上の即時強制」を行政法総論へ取り込んで位置づけているのは田中二郎氏と田上穰治氏の行政法総論教科書のみである。他の教科書では警察法上の概念であった即時強制をすぐには行政法総論に取り込み難い様子が看取される。たとえば園部敏氏は「行政強制」という用語を用い

ていても概念定義がなく、また即時強制ではなく「警察上の実力行為」という。須貝脩一氏も「行政強制」の定義を行わず、即時強制を含めていない。戦前から「行政強制」を論じていた渡辺宗太郎氏は、「行政強制」の下に「行政上の強制執行」と「行政上の直接手段」を位置づけ、行政法総論において即時強制という用語を用いていない。田上穰治氏は「行政上の強制」の概念定義を行っていないところから、行政法総論において「行政強制」という上位概念の下に積極的に「行政上の即時強制」を取り込もうとするのは田中二郎氏のみである<sup>39)</sup>。なぜ各論である警察法から行政法総論へ位置づけを変えることが可能なのだろうか。

警察制度改革及び行政執行制度改革をめぐる諸論考、戦後に出版された行政法教科書をたどっても、田中二郎氏がこの点について説明を加えた記述が見当たらない。即時強制が警察法から行政法総論へ位置づけを変えたことについて、あえて言及する行政法研究者は珍しい。戦後も即時強制を警察法に位置づけて行政法総論では論じなかった柳瀬良幹氏以外には、昭和52年の塩野宏の小論が著名である。実務にも目を配った「行政強制」の研究成果として、昭和52年に出版されたジュリスト増刊号『行政強制 行政権の実力行使の法理と実態』を越えるものは以後出ていないが、塩野宏氏はその巻頭論文において、即時強制が各論としての警察法で論じられていた理由を、おそらく即時強制の適用場面が原則として警察の領域であったことに対応するものと解されるという。田中二郎氏が行政法総論に「行政強制」の包括概念を打ち立てて警察法から即時強制を取り込んだ点を、現代行政においては警察目的とそれ以外の行政目的とが必ずしも明確に区分し難いものがあること、また土地への立入り等は、警察以外の領域でも広く認められていることに鑑みれば、即時強制も行政法通則の対象適格性を有し、実力行使の要素を中核として行政上の強制執行と共に、行政強制という包括概念の下に論じることの意義が備わっていると評価する<sup>40)</sup>。

田中二郎氏自身が説明を加えていないのであるから、警察制度と行政執行制度をめぐる戦後の制度改革の脈絡に沿って推測を加えざるをえない。

筆者は、広範な行政警察権限が警察組織から一般行政組織へ移管されたことが行政法総論へ即時強制を位置づけ得る根拠ではないかと考える。つまり、実質的警察概念からすれば権限が移管されてもその作用の性質は変わらず「警察作用」であるが、形式的警察概念で捉えれば警察組織の所管する範囲から外れたのであるからもはや「警察作用」ではない<sup>41)</sup>。一般行政組織に行政警察権限が移管され、警察組織と一般行政組織、両方に共通する法的仕組みが存在するのであれば、行政法総論・行政法通則として論じ得ると思われる。

## 結 び ～警察の関与と「強制」の仕組み～

警察組織が所管していた行政警察事項が多すぎたという認識は一致するところであるが、杉村章三郎氏は行政警察事項に対する警察の関与という点について言及する。杉村氏は、マッカーサー元帥総理宛書簡によって警察法案の方向性が定まる以前、昭和22年2月に出版された警察研究18巻1・2号において、「新憲法に於ける警察の任務」は「警察の任務は犯罪に対する刑事警察を除いては、交通、衛生等の民衆保護の作用に重点が置かれるべき」と述べる。警察法が制定された後、杉村章三郎氏は警察が他の行政部門に比して強力であり得た理由を、第一に警察の関与する国民の生活部面が広範であったこと、第二に警察に与えられた手段が強力であること、第三に警察の組織が強靱なものであったことを挙げる。何故警察権が国民の生活に広範に関与するのか。杉村氏は、国民の生活行動への警察の関与を犯罪の予防という観点から説明する。従来警察の権限とされた事項は保安警察としての出版、集会等思想の発表に伴う警察、営業警察、風俗警察、建築警察等、この他に衛生、交通、経済に関する警察を挙げ、多かれ少なかれ刑罰の定めのある法規の執行については警察権がこれに関与するといっても差し支えないという<sup>42)</sup>。

犯罪の予防と警察の関与という杉村章三郎氏の視点は、警察の地方分権、

警察権の分散と並行して行われた行政執行制度改革の問題点を考察するうえで興味深いものである。田中二郎氏は、廃止された執行罰について、その効用が比較的乏しく、罰則による間接の強制によって概ねその目的を達しうると評価する<sup>43)</sup>。罰則による間接強制の実効性を得るには、単に法律で罰則を定めるだけでは足りず、刑事事件として立件する警察の関与が不可欠であることを意味するはずである。しかし、戦後の新しい行政執行制度改革を論じるにあたり、行政法研究者が警察組織と権限を委譲された一般行政組織との関係に論じたものは見当たらない。たとえば現代では廃棄物の不法投棄のように「犯罪」として摘発する警察庁の方針が出されることがある。警察権の分散が図られた当時、強大過ぎた警察権を抑制しようとする時代の趨勢にあっては、積極的に警察の関与をいうことは難しかったと思われる。

警察官僚である宮崎清文氏は、権限を委譲された一般行政組織を「特別行政警察機関」として位置づける論考を昭和25年に発表している。警察組織から一般行政組織へ権限が移されても、警察組織には警察法から導かれる国民の生命、身体、財産の保護という一般的な責務がある。宮崎氏は、一般警察機関と、刑事訴訟法の規定により一定の地域もしくは特別の事項について司法警察員の職務を行う特別司法警察機関間の、権限の競合あるいは両者の連絡調整にかかる論点を整理したうえで、一般警察機関と「特別行政警察機関」間の権限の競合、連絡調整等を考察する。「特別行政警察機関」として、委譲された行政権限を有する行政庁の中で専従的な機関又は職員を有し且つ一般警察機関と密接な関係のあるもの（収税官吏、国税庁監察官、経済調査官、消防職員、少年調査官、保護観察官、食品衛生監視員、環境衛生監視員、防疫官吏、防疫技師、薬事監視員）を挙げ、専従者でない官吏もしくは吏員は行政権限を有する者でも含めていない。一般警察機関から権限の委譲に基づいて設置されたものは、原則として純然たる行政的権限のみしか持たずその限りにおいては一般警察機関の職権行使を全面的に排除し、個々の法令に対する違反行為（行政犯）が起こった

とき始めて警察法2条に基づく職権を及ぼすことができると解すべきであるという。行政警察権限が移管された一般行政組織に対して、法令に規定のない限り権限を行使できないと結論づけ、一般的に協力義務の規定のみを以って合理的な権限の調整が困難であるという。宮崎氏は警察組織と移管先の一般行政組織の関係に生じる問題は移管されたばかりの過渡期的な現象であって、将来の運営の問題として解決されるべきとするが<sup>44)</sup>、両者の関係がどうあるべきかという議論は現代においてもなお十分ではない。

行政法学からすれば行政手続にかかる問題も想起される。昭和30年代にすでに「行政手続に関する報告」（昭和39年2月臨時行政調査会第3専門部会第2分科会）行政手続法草案第29条は、調査権と犯罪捜査との関係として、「行政庁が法令に基づいて行う立入検査その他の調査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」とまとめている<sup>45)</sup>。罰則による間接強制を「強制」の仕組みとして採用し、行政調査権が犯罪捜査のために認められたものではないことを前提として、行政調査権をめぐって警察組織と一般行政組織がどのような関係であるべきかということは、「強制」の仕組みに関する行政手続が未整備の現在、現代にも通じる論点であると思われる。

- 1) 美濃部達吉『行政法序論』有斐閣（昭和23年）138頁以下。しかし、同『日本行政法下巻』有斐閣（昭和16年）150頁では、火災消防のために家屋を破壊することは「警察上の即時強制」の許容され得る場合としているため、類焼防止のための破壊と現に燃えている家屋の破壊を区別していると思われる。
- 2) 沼田照義『実務理論 行政執行法』松華堂（昭和7年）223頁以下。
- 3) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』法律文化社（昭和36年）3頁。
- 4) 菊井康郎「行政強制と法の根拠」公法研究27号219頁。
- 5) 柳瀬良幹「行政強制」『行政法講座第2巻』有斐閣（昭和39年）。
- 6) 渡辺宗太郎『行政法講義総論』弘文堂（昭和7年）。
- 7) 渡辺宗太郎「行政強制序説」『佐々木惣一博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』（昭和13年）260頁。
- 8) 美濃部達吉『行政法撮要下巻』有斐閣（大正13年初版昭和4年再版昭和5年再版第11刷）68頁以下、同『日本行政法下巻』有斐閣（昭和15年）147頁以下。
- 9) 宮田三郎『警察法』信山社（平成14年）75頁以下。
- 10) 市村光恵『行政法原理』宝文館（明治39年）800頁以下。

- 11) 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)182頁以下。
- 12) 織田萬『日本行政法原理』有斐閣(昭和9年)273頁。
- 13) 渡辺宗太郎『行政法講義各論』弘文堂(89頁)以下。
- 14) 加々美武夫・有光金兵衛『行政執行法論』良書普及会(大正12年初版)9頁以下,有松昇・有光金兵衛『行政執行法詳論』良書普及会(昭和12年)15頁以下。
- 15) 沼田・前掲書3頁以下,10頁以下。
- 16) 織田・前掲書273頁。
- 17) 佐々木・前掲書182頁。
- 18) 渡辺・前掲書『行政法講義各論』89頁。
- 19) 美濃部・前掲書『日本行政法下巻』149頁。
- 20) 美濃部・前掲書『行政法撮要下巻』70頁。
- 21) 塩野宏『行政法 [第4版] 行政法総論』229頁。
- 22) 美濃部・前掲書『行政法撮要下巻』150頁。
- 23) 美濃部・前掲書『日本行政法下巻』148頁以下。
- 24) 佐々木・前掲書182頁以下。
- 25) 有松・有光・前掲書15頁。
- 26) 沼田・前掲書17頁。
- 27) 田中二郎『行政法講義案上巻第2分冊』有斐閣(昭和23年)86頁以下。
- 28) 田中二郎『行政法総論』(昭和44年,有斐閣法律学全集6)397頁。
- 29) 阿部泰隆『行政の法システム(下)新版』(平成9年,有斐閣)438頁は、「即時強制と直接強制は義務をいったん賦課するか(賦課することができるか)どうかというシステムの差異にすぎない」という。
- 30) 塩野・前掲書230頁。
- 31) 須藤陽子「公衆衛生と安全」公法研究69号,同「直接強制に関する一考察」立命館法学2007年第2号。
- 32) 福沢真一「明治初期における行政警察の形成と展開 東京府におけるコレラ対策の事例を中心として」法学政治学論究37号282頁以下参照。
- 33) 美濃部達吉『行政法』岩波書店(昭和14年)177頁。
- 34) 田中二郎「警察制度の改革 新警察法の構想」法律時報20巻2号3頁。
- 35) 園部敏『行政法論』法律文化社(昭和32年)263頁。
- 36) 田中・前掲論文6頁。占領政策について,西村めぐみ「対日占領下における警察制度改革」一橋論叢第109巻1号98頁以下参照。
- 37) 総司令部の警察制度改革について,警察庁警察史編さん委員会『戦後警察史』(昭和52年)53頁以下参照。
- 38) 田中・前掲論文9頁。
- 39) 田中二郎『行政法講義案上巻第2分冊』有斐閣(昭和23年),園部敏『新しい行政法』(昭和24年)新文化叢書,渡辺宗太郎『改訂日本国行政法要論上』有斐閣(昭和26年),須貝脩一『法学大系行政法』勤草書房(昭和27年),田上稷治『行政法原論』春秋社(昭和27年),杉村章三郎『改訂増補行政法要義上巻』有斐閣(昭和23年初版昭和26年増補),柳

「即時強制」の系譜（須藤）

瀬良幹『行政法』角川書店（昭和27年増訂版）は、行政法総論に「行政強制」の項目がなく、「即時強制」も含まれていない。

- 40) 塩野宏「「行政強制」論の意義と限界 序にかえて」ジュリスト増刊号『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）5頁注（3）。
- 41) 園部敏氏の『行政法論』法律文化社（昭和32年）285頁は、「警察の作用」を「警察機関の行為」であるとするところから、形式的警察概念で捉えていると思われる。「警察上の実力行為」とは「警察機関の行為」であって、一般行政組織に移管された法律に定められた措置は「警察上の実力行為」に含まれていない。しかし園部氏の場合、かつて警察機関が行い、そして戦後一般行政機関が行うこととなった措置をどう位置づけるかについて言及していないという問題点がある。関根謙一「警察の概念と警察権の限界（八） 警察法の体系的考察」警察学論集37巻6号94頁は、「もはや警察の作用とみるべきものではない」とは「警察の作用」なるものの定義の問題にすぎないという。
- 42) 杉村章三郎「新憲法に於ける警察の任務」警察研究第18巻第1・2号（昭和22年2月）3頁以下、同「警察法」国家学会雑誌62巻6号46頁。
- 43) 田中二郎「新行政執行制度の概観（一）」警察研究第19巻第8号（昭和23年8月）8頁。
- 44) 宮崎清文「一 警察権の分配 現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係」『警察学の諸問題』立花書房（昭和25年）152頁以下。
- 45) 橋本公巨『行政手続法草案』有斐閣（昭和49年）54頁以下。