

再考 行政法における 強制措置に関する理論的基盤（一）

須藤 陽子*

目 次

- I 問題の視角
 - II 「実力の行使」の必要性
 - III なぜ直接強制は抑制的でないといけないか（以上、本号）
 - IV 即時強制の要件
- む す び

I 問題の視角

1. 再考の契機

令和の未来は「with コロナ」（新型コロナウイルス感染症（病原体がベータコロナウイルス属のコロナウイルスであるもの）。以下、新型コロナ感染症という）と名付けられた。新型コロナ感染症が日本国にもたらされた当初、2020年1月29日武漢からのチャーター帰国便乗客2名が検査を拒否した際に「協力をお願い」を繰り返さざるを得なかった。翌1月30日参議院予算委員会での厚生労働大臣は、この検査を「強制」ではなく「お願い」であると答えている¹⁾。新型インフルエンザ等特別措置法が改正されるまで、検疫法

* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

1) 加藤勝信厚生労働大臣は「もう正直言って、強制ということではなくて、私どもお願いをしているところであります。その方々に対しても、いろいろご説明をしたり、ご本人のためにもということをお願いしたんですが、どうしても納得されないということでありましたので、これはこれ以上私どもの法的な権限がありませんから、ご自宅にお戻りに

(昭和26年法律第201号)を根拠として診察・検査を強制できる「検疫感染症」に新型コロナウイルス感染症は含まれていなかったのである。

また、国および地方自治体は国民・住民に外出自粛、県境をまたぐ移動自粛、営業の自粛要請を繰り返し、国民・住民はそれが要請に過ぎないことを知っていても概ね従った。それらを経て、国民は根拠法である「新型インフルエンザ等特別措置法」(平成24年法律第31号。以下、特措法という。)が「強制力」を欠いたものであることを認識することとなった。特措法をめぐる一連の報道は特措法の問題点を露わにしたが、感染症をめぐる「強制」の議論は、特措法の問題にとどまらず、「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」(平成10年法律第114号。以下、平成10年に制定された法律を平成10年感染症予防法といい、改正された現行法律を改正感染症予防法という)²⁾および検疫法を含む感染症法制の問題として捉えるべきである。社会防衛のために必要な強制手段に関する議論が行政法学界には乏しいのである。

新型コロナウイルス感染症にり患していることが判明して大阪市住之江区の宿泊施設で過ごすようになった患者が閉じこもって生活することに耐えきれず、職員の説得を無視して外出したという報道もあった³⁾。この場合、

ゝなると。」(第201回国会参議院予算委員会第2号5頁)と述べ、内閣総理大臣は「人権の問題」として言及している。出発前の中国において「そして集まった方々に説明をしながらということをごさいますして、我々は御説明をさせていただいたわけでごさいますし、国内に帰った後も相当長時間にわたって説得させて、御本人のためですよということをお説得させていただいたんですが、法的な拘束力はないということでご残念ながらこういう結果になりましたが、第二便以降については、もっと明確にお一人お一人確認を取っているということをごさいますして、ここなかなか、人権の問題もごさいますしてちょっと踏み込めないところもごさいます、二便以降はかなり確かな形で確認をとっているということをごさいます。」(6頁)と述べている。

2) 筆者は2006年第71回日本公法学会第二部会において、平成10年感染症予防法制定を素材として「公衆衛生と安全」と題する学会報告を行った。「公衆衛生と安全」公法研究69号(2007年)を改題・加筆し、「第7章「強制的仕組み」の変質——公衆衛生と安全」須藤陽子『行政強制と行政調査』(2014年、法律文化社)に所収。以下、須藤・『行政強制と行政調査』と略す。

3) 2020年8月11日京都新聞。

説得しか術はなかったといえる。現行法である改正感染症予防法は、都道府県知事がり患した患者を感染症指定医療機関に入院させる権限（20条2項）、当該入院に係る病院又は診療所に移送しなければならないこと（21条）、病原体を保有していないことが確認されたときは、退院させなければならない規定もあるが（22条1項）、入院していなければならない患者が入院先を抜け出そうとするときに適用すべき手段は規定されていない。

現行法である改正感染症予防法22条の2は権限の行使について、「第16条の3から第21条までの規定により実施される措置は、感染症を公衆にまん延させるおそれ、感染症にかかった場合の病状の程度その他の事情に照らして、感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止するため必要な最小限度のものでなければならない。」と定める。これは戦後の立法に盛り込まれるようになった比例原則を表す条文である⁴⁾（34条にも「第26条の3から前条までの規定により実施される措置は、感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止するため必要な最小限度のものでなければならない。」とする規定がある）。人の身体または財産に実力を行使する必要がある場合、その権限の行使が人権侵害につながらないように、適切に行使されなければならないことはいうまでもない。22条の2は「感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止する」という目的に照らして「必要な最小限度」であることを求めているのであって、その措置が講じられるべきこと、権限の行使が必要であることが前提である⁵⁾。

学界の議論は、長らく、強制措置、とりわけ人の身体に対する強制の仕

4) 須藤陽子「日本法における「比例原則」——その歴史性と独自性——」公法研究81号（2019年）98頁以下。

5) 改正感染症予防法16条の3は検体の採取等を定めているが、3項および4項には検体を提出すべきという勧告、もしくは当該職員による当該検体の採取に応じるべきという勧告に従わない者に対して、当該職員に「検査のため必要な最小限度において」検体を「採取させる」ことができることを定めている。ここでいう「採取させる」とは人の身体に対する作用であって「強制」を意味し、即時強制に分類されている。

方に関する論点が深まらないという問題を抱えている。社会防衛のために必要な強制手段に関する議論も乏しい。行政実務の傾向をみれば、権力的な強制措置が手段として法定されているにも関わらずこれを適用せず、行政指導に代表される非権力的な手法に頼りがちである⁶⁾。

本稿は、行政法における「強制」をめぐる理論的基盤の脆弱さを痛感し、再考を試みる小論である。そしてその議論は、わが国行政法理論および行政実務が抱える「強制」に関する根本的問題に通じるものである。

2. 戦後行政法理論における「強制」と二人の行政法学者

本稿が着目するのは、占領期以降の強制措置に関する学説・行政実務に圧倒的影響を与えた昭和を代表する行政法学者田中二郎の学説と、平成を代表する行政法学者である塩野宏の即時強制と行政調査をめぐる学説である。

強制措置に関する田中二郎の学説の特徴を端的に言えば、①執行罰⁷⁾に

6) 「行政上の義務履行確保の機能不全」(鈴木潔『強制する法務・争う法務 行政上の義務履行確保と訴訟法務』(2009年, 第一法規)24頁)と表現されることもあれば、西津政信『行政規制執行改革論』(2011年, 信山社)では「行政強制消極主義」という。

7) 執行罰という学問上の名称は、その制度の本質を表現するに最適なものではないと思われる。強制のために過料を科すことから明治期の行政法教科書では「強制罰」と呼称されていた(須藤陽子『過料と不文の原則』(2018年, 法律文化社)29頁以下。以下、須藤・『過料と不文の原則』という)。田中二郎も「一定の期間内に義務の履行のないときは、一定の過料に処すべき旨を戒告することによって心理上の圧迫を加え、義務者をして自らその義務を履行せしめることを目的とする(その故に戒告罰或いは強制罰ともいわれる)」と説明している。田中二郎『行政法(上)』(1960年, 青林書院)189頁。以下、田中・1960年青林書院版という。

田中二郎が著した行政法教科書は数多くあるが、その中で本稿が参照するのは、1940年代後半GHQ占領下に書かれた『行政法講義案上巻 第二分冊』(1949年, 有斐閣。以下、田中・『講義案』という)、『新版行政法 上』(1958年, 弘文堂。以下、田中・1958年新版という)、行政強制と行政罰に多くの紙幅が割かれている田中・1960年青林書院版、公務員研修での口述がベースとなっていることから率直かつ簡明な言葉が選択されている『行政法講義(上)』(1965年, 良書普及会。以下、田中・『行政法講義』という)である。

対する低評価⁸⁾、②直接強制の抑制⁹⁾、③行政刑罰による「強制」の代替¹⁰⁾、④警察上の即時強制を行政法各論警察法から行政法総論に持ち込み、行政目的と関係づけた行政上の即時強制を位置づけた¹¹⁾、という4点を挙げる事ができる。田中二郎の学説は、戦前に陥った行政上の強制措置による人権侵害の轍を踏まないように強制措置を講じることに抑制的なのであるが、それは消極的というものではない。田中二郎は、罰則による間接強制では行政上の目的を達することのできない、實力の行使が必要な場合があることを議論の前提とするからである¹²⁾。

田中二郎の「強制」をめぐる学説は、時代とともに少しずつ変化する。占領期から1960年代にかけて示した学説は、戦前の反省に基づき抑制的でありながらもその後の立法に対する期待、あるべき立法の姿を思い描いているが、強制措置に関する法律制定は社会の抵抗が激しくあり、立法は容易に進まなかった¹³⁾。占領期から長い年月を経て、田中二郎の行

8) 1948年4月6日第2回国会司法委員会第10号における佐藤達夫政府委員の説明と同年8月10日発行の田中二郎「新行政執行制度の外観（一）」警察研究19巻8号3頁以下の記述は、ほぼ同じである。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、という評価である。どちらが、どちらに影響を与えたのか。須藤・『行政強制と行政調査』6頁。西津・前掲注（6）5頁以下。

戦前に執行罰の有用性が低いとされたのは、その手続的負担ゆえである。執行罰は過料を科する手続と過料を徴収する手続からなっているが、三田村武夫『警察強制の研究』（1900年、松華堂）20頁以下は「警察義務強制の手段としては徒に手続が煩雑にして実効なく、殆ど其の用を為さざるの観がある」と評している。須藤・『過料と不文の原則』32頁。

9) 田中・『行政法講義』290頁は、「従来、広く利用されていた直接強制の手段については、強い非難の声があがった。これは、行政上の目的を達成する上からいえば極めて有効な手段ではあったが、それだけにしばしば乱用され、基本的人権の侵害にわたることも少なくなかった。そこで、行政上の強制執行の一般的手段として、直接強制を認めることについては、強い反対が叫ばれるようになった。」と説明する。

10) 田中・『行政法講義』283頁、須藤・『過料と不文の原則』「第4章占領期以降の「行政処分と行政強制」」。

11) 田中・『行政法講義』283頁。田中二郎の即時強制の位置づけについて、須藤・『行政強制と行政調査』「第3章「即時強制」の系譜」「第6章「行政強制」と比例原則」。

12) 田中・『行政法講義』284頁以下参照。

13) 田中・『行政法講義』293頁、297頁、310頁。

政法教科書の記述から次第に強制措置の立法化に対する期待が消え、そして明治憲法下の行政を経験した田中二郎の感覚と日本国憲法下の行政しか知らない読者の感覚に隔たりが生じるようになった。読者が田中二郎の行政法教科書から言外の意味を読み取れなくなってしまったのである。

たとえば、なぜ直接強制は抑制的でなければならないのだろうか。田中二郎は「直接強制とは、行政法上の義務が履行されない場合に、直接に、義務者の身体又は財産に実力を加えて、義務の履行があったのと同様の状態を実現する作用をいう。」¹⁴⁾と定義するが、財産に実力を加える作用は代執行も同様である。代執行と直接強制はどこが違うのだろうか。田中二郎は「直接強制は、直接義務者の身体又は財産に実力を加えるもので、これを行政上の強制執行の一般的手段として認めることは、基本的人権の尊重を第一義とする憲法の精神からいって妥当ではない。」¹⁵⁾と説明するが、この説明では、なぜ代執行は許容され、直接強制が抑制されるべき性質のものであるかが読み取れないのである。

本稿には古い昭和の文献が使われている。現代の問題解決に古い時代の文献を用いるのは、強制措置をめぐる議論の行き詰まりを解消するためである。行政法学界で直接強制に関する研究が長い間進まなかった理由、現代の行政実務・立法が消極的と非難される原因、現代において強制措置の立法化が行き詰まった原因というものが、古い時代の議論中に見出し得るからである。

次に、平成の時代にあった即時強制をめぐる大きな問題提起、即時強制ではなく新たに「即時執行」という概念を立てることを試みた塩野宏の学説を取り上げる。塩野宏の学説が多大な影響を与えたと思われるのは、平成10年感染症予防法¹⁶⁾がとった強制の仕組みである。平成10年感染症予防

14) 田中・1960年青林書院版190頁。

15) 田中・1958年新版139頁。

16) 筆者はかつて2006年第71回公法学会報告準備のために厚生労働大臣に対して「平成8

法は、直接強制による強制手段をとらず即時強制を採用したが、それは従来の即時強制の理解とは大きく異なるものであった。即時強制から「即時性」を切り離し、即時強制の前に非権力的な「勧告」というものを置いて、十分な「説得」で解決を試みようとしたのである。

即時強制とは何か。この論点も学界では十分に論じられたことがない。塩野宏は即時強制から行政調査を取り出したが、即時強制というものを論じることはなく田中二郎の即時強制の定義を引用するにすぎない。即時強制を用いる立法を後追いつめるのではなく、即時強制というものを理論的に考察する試みが必要であると思われるのである。

II 「実力の行使」の必要性

1. 行政執行法5条「代執行、執行罰、直接強制」の踏襲

現代には行政上の強制措置に関する一般法がない。明治憲法下の強制措置（即時強制および行政上の強制執行）に関する一般法であった行政執行法（明治33年法律第84号）¹⁷⁾は、苛烈な人権侵害を引き起こしたことを理由

17) 年10月から平成9年12月までの、公衆衛生審議会伝染病予防部会基本問題検討小委員会の審議録すべて」を平成18年5月26日付で行政文書開示請求をした。その結果は「開示請求に係る行政文書は保存期間満了につき廃棄処分し、これを保有していないため。」不開示処分であった。データで保存できるものを紙媒体でしか保存しない運用なのか、公開によって何か不都合が生じるのかと、訝しく思った記憶がある。

平成10年感染症予防法は1897年に制定された伝染病予防法（明治30年法律第36号）を100年ぶりに抜本的に見直して廃止し、同時に、性病予防法（昭和23年法律第167号）、後天性免疫不全症候群の予防に関する法律（平成元年法律第2号）を廃止して制定された、感染症法制の中核をなす法律である。第71回公法学会第二部会の議論において、当該法改正に関わった学会構成員から、「強制」自体の不要論が小委員会にあり、強制の仕組みについて十分な議論を行っておらず、小委員会は直接強制をとるべきという明確な結論をとっているわけではないという発言があった。須藤・『行政強制と行政調査』168頁注(14)。

17) 須藤・『行政強制と行政調査』序章および第一部。警察上の即時強制に属する1条から4条の権限は警察官庁のみに認められていた。1条は検束、2条は居住者の意に反する邸宅への立入り、3条は売淫による伝染性疾患のり患者に対する診察・入院・隔離・外出

に¹⁸⁾、日本国憲法下1948年6月15日に廃止された。GHQから「警察国家」であったと評され、行政上の強制措置によって苛烈な人権侵害を引き起こしたという認識が持たれていたはずが、GHQは戦後の行政上の義務履行確保制度について特に方向性を示さなかったとされる。他の法制度のようにアメリカ法の影響を受けて作られたのではなく、行政執行法5条の代執行、執行罰、直接強制という仕組みが踏襲された。

当時の法制局は各省の意見を募ったうえで、1948年1月22日時点の方針を下記のようにまとめている。

「二、今後の法制をいかにするか

もとよりこの履行強制方法は行政庁が相手方の意に反して権力を行使する場合であるからその制度についても必要の最少限度に止めその運営に当つては濫用を戒め、公平公正に処理しなければならない。

従つて現在の行政執行法第五條の規定に再検討を加える外、行政執行法施行令に譲られている手続規定等も法律に移し、発動することのできる場合、発動の手続等をより厳密詳細に規定すべきであろう。

(イ) 現在の直接強制は、これを廃止すること。但し当事者の義務不履行を放任する場合において、直ちに安寧をおびやかす如き事態を生ずることは、是非とも避けなければならないので、別途警察官の権限に関する法律案中に必要な條項を設け、安寧をおびやかす事態（義務不履行の場合たとそれ以外の場合たとを問わず）がある場合に警察官がその原因を排除し得

ㄨ禁止、4条は天災に際して土地・物件の使用、処分又は使用の制限に関する権限である。

5条の行政上の強制執行の手段（代執行、執行罰、直接強制）、3条から5条の費用および5条の過料を国税徴収法の規定により徴収することを認める6条、国庫に帰属する物権に関する7条という権限が、警察官庁と一般行政官庁に認められていた。行政執行法および行政執行法施行令については、同書巻末所収。

18) 1948年4月6日第2回国会司法委員会第10号における佐藤達夫政府委員の説明で人権侵害の例として挙げられているのは1条の行政検束である。「過去の歴史において暗い陰影に満ちておるもの」という。これに対して、田中・『行政法講義』290頁が挙げているのは直接強制である。「しばしば、乱用され、基本的人権の侵害にわたることも少なくなかった。」と述べられている。

るものとする外、交通関係、衛生関係法律等各個の必要の場合を取り上げて直接強制の規定を設けること。

(ロ) 代執行は概ね現行制度を踏襲すること

(ハ) 「過料」¹⁹⁾は「履行督促料」とし金額を引き上げ第二回以後の金額は累進することとする²⁰⁾」。

本稿が注目するのは、上記まとめに見られる直接強制の必要性に関する認識である。行政法学界において戦後の行政上の強制執行を論じる際には、代執行の一般法（行政執行法廃止と同日、1948年6月15日行政代執行法制定。昭和23年法律43号）のみが制定されたことに注目が集まりがちである。しかしながら、人権尊重の観点から強制に対して抑制的な態度をとったとしても、人の身体に対して実力を行使することが必要な局面があるということは、否定し難いのである。

2. 執行力の喪失

人権が尊重されなければならないのは言うまでもないことであるが、日本国憲法下であっても実力を行使することが必要な行政分野があるということは否定し難い。それは衛生関係、とりわけ社会防衛の観点から「伝染病」対応に必要とされる作用である。なぜなら、たとえば衛生関係のうち、食品衛生や環境衛生は許認可の仕組みをとることができ、法令の不遵守、行政上の義務の不履行に際して、定期的監視活動・措置命令・営業禁

19) この「過料」は明治期に刑罰（違警罪）である科料と区別する意味で「過料」とされた。須藤・『過料と不文の原則』32頁。

20) 当時の法制局は執行罰を存続させるつもりであったと読み取れる。1948年4月6日第2回国会司法委員会では佐藤達夫政府委員が「その効用比較的乏しく、罰則による間接の強制によっておおむねその目的を達しうるもの」と述べ、田中・『行政法講義』291頁では砂防法（明治30年法律第29号）36条は戦後の「整理漏れ」と表現されている。1948年1月2日から4月6日までの短期間に執行罰に対する評価が変化したこと、「罰則による間接の強制によっておおむねその目的を達しうる」とする点に注目するべきである。「罰則によって目的を達成する」とあるが、執行罰においても、罰則による代替では目的を達成できない局面があり得ると思われる。

停止処分・許認可取消権限を行使するなど監督行政が機能するが、「伝染病」患者の対応・蔓延対策に監督行政の手法をとることが困難だからである。そして、相手方が罰則があることを前提としても意思を曲げない場合、人の身体および物に対して実力を行使して目的を実現するより外ない場合があり得るのである。

(1) 戦前：警察力による「強制」

立法史を紐解けば、わが国「伝染病」対策ないし衛生警察関連の法律における「強制」の考え方に一貫性があったとは言い難い。警察上の即時強制で実現を図ろうとする法律もあれば、法律上義務を課したうえで警察上の強制執行で実現を図ろうとする法律もあった。戦前の法律の規定の仕方は、強大な警察権力を背景として警察上の即時強制と警察上の強制執行の境界線は曖昧²¹⁾、その相違に無頓着であったかのようである。

戦前の「伝染病」対応の特徴を端的に言えば、警察力による「強制」であって、最終的に警察力によって目的の実現が図られている。1897年伝染病予防法には警察官吏の役割が定められ、人の身体に対する強制的根拠となる伝染病予防法19条1号「一 伝染病患者ノ有無ヲ検診セシムルコト」という規定の仕方²²⁾、および行政執行法3条売淫による伝染性疾患のり患者に対する診察・入院・隔離・外出禁止は、警察上の即時強制と解されていた。

他方、1919年制定の結核予防法（大正8年法律第26号。1951年結核予防法（昭和26年法律第96号）制定により廃止）は、法律の文面から義務を賦課する仕組みが比較的読み取り易いが、現場の判断で実力の行使を為し得るものなのか、あるいは義務の賦課を前置して実力の行使をしなければならないものか否か（義務の賦課は書面によるか、あるいは口頭でも可能か）が判別で

21) 須藤陽子「即時強制の系譜」立命館法学314号（2007年）1頁以下。

22) 田中・『講義案』99頁、下山瑛二「第10章 医療の強制と人権」加藤一郎・森島昭夫『医療と人権』（1984年、有斐閣）331頁以下参照。

きない規定もある²³⁾。罰則（罰金、科料）規定²⁴⁾を置くことによって義務履行を促す文面となっているが、科罰手続の側面からみれば、やはり警察力を背景とするものである。科料を科し得る罰則規定であれば、正式の裁判によらず警察署長またはその代理人たる官吏がこれを即決することができる違警罪即決例（明治18年太政官布告第31号。裁判所施行法1条により日本国憲法施行の日に廃止。）によることが可能であったからである²⁵⁾。

（2）「執行」の根拠と担い手

「執行」の問題は、強制措置の根拠となる授權規定の書き方の問題と、現実にこれを担う人的問題に分かれる。

戦前の警察力を背景とした衛生警察は、占領期にGHQがもたらした「公衆衛生」なる概念によって科学化、専門化されたものとなった。衛生警察と公衆衛生との違いは立法の仕方に顕著に表れ、概括的な裁量権を広く認める定め方から権限行使について詳細な定めを置くようになり、そして戦後の組織改革によって「公衆衛生」は警察官庁から一般行政組織へ移管し、執行は新しく設置された保健所の職員が担うようになった。それによって、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措置を保健所の職員がためらわずになし得るか、という問題を抱えるようになったのである。

23) たとえば、旧結核予防法4条4号「行政官庁ハ結核予防上必要ト認ムルトキハ左ノ事項ヲ行ウコトヲ得 一 中略 一 四 古着、古蒲団、古本、紙屑、襤褸、飲食物其ノ他ノ物件ニシテ病毒ニ汚染シ又ハ其ノ疑アルモノノ売買若ハ授受ヲ制限シ若ハ禁止シ、其ノ物件ノ消毒若ハ廃棄ヲ為サシメ又ハ其ノ物件ノ廃棄ヲ為スコト」の下線部。

24) 14条および15条。14条は2条の規定に違反した者（医師の義務）、または3条（消毒・予防義務）に基づく行政官庁の命令に違反した者に対して「科料」に処すとする規定である。「科料」であるから違警罪即決例による刑罰である。15条は4条1項（健康診断の施行（1号）、就業禁止（2号）、場所の使用制限・禁止・措置（3号）、媒介する物件の売買・授受の制限・禁止、消毒・廃棄、又は行政官庁が廃棄すること（4号））または5条（地方長官の命令による建物の使用制限・禁止）に基づく行政官庁の命令または処分に違反した者を百円以下の罰金または科料に処すとする罰則規定である。

25) 須藤・『過料と不文の原則』24頁以下。

法律が強制措置を可能としているか否か、強制措置が可能であると解されるとしても行政職員による執行が現実的に可能か否か、という問題がある。この種の問題は厚生労働省所管の法律に多く見出し得るが、所管官庁は意識的にこの議論を避けているのではないかと思われる。

たとえば、精神保健福祉法29条の2の2「移送」がこれに該当する。医療保護入院および措置入院には「移送」が行われるが、そもそも措置入院の際の「移送」は従来法律上の規定がないまま行われていた。1999年法改正によって、医療保護入院等のための移送制度導入にあわせて29条の2第1項に「都道府県知事は、第二十九条第一項又は前条第一項の規定による入院措置を採ろうとする精神障害者を、当該入院措置に係る病院に移送しなければならない。」と条文化された。しかしながら、これは「移送」の根拠ではあるが、この条文から「移送」というものが人の身体に対してどのような作用であるかを読み取ることができない²⁶⁾。

同意を要しない医療保護入院ないし措置入院に際して、患者から時として激しい抵抗があることは想定されるが(民間事業者による移送はしばしば人権侵害問題となる)、法律では「移送」に関する規律密度が非常に低い。警察官に臨場要請すべきとする「警察業務との関係」は法律に規定されず、地方自治法に根拠のある処理基準の形式で厚生省大臣官房障害保健福祉部長通知「精神障害者の移送に関する事務処理基準について」が発令され、運用されている。人の身体に対する作用は、法律レベルで明確になっていないのである²⁷⁾。

26) 改正感染症予防法21条にも移送の規定があるが、移送の対象となる者の「意思」を問題とする場合、精神保健福祉法29条の2の2「移送」とは問題の所在が異なっている。

27) 臨床精神医学43巻(2014年)5号「特集 精神科救急の最新知識 I. 精神科救急システムの知識」597頁～620頁(武井満・芦名孝一・今井航平・赤田卓志朗「精神科救急と精神保健福祉法」605頁以下、伊藤哲寛「患者移送をめぐる諸問題」605頁以下、野田哲朗「行動制限と人権擁護」615頁以下)参照。武井満・芦名孝一・今井航平・赤田卓志朗「精神科救急と精神保健福祉法」597頁は、「精神保健福祉法の存在意義は、言うまでもなく、強制権発動に関して法的手続きを遵守させることにある。精神科「救急」も例外ではありえないが、現実には、本来の法の趣旨に反して精神科救急の現場の混乱を放置し、指定

感染症法制に目を向ければ、人の身体に対する実力の行使が認められるか否か、検疫法の規定を問題としなければならない。本稿冒頭で言及したように、検疫感染症（2条）に該当すれば、質問の根拠となる検疫法12条「検疫所長は、船舶等に乗つて来た者及び水先人その他船舶等が来航した後これに乗り込んだ者に対して、必要な質問を行い、又は検疫官をしてこれを行わせることができる。」、診察及び検査について13条1項「検疫所長は、検疫感染症につき、前条に規定する者に対する診察及び船舶等に対する病原体の有無に関する検査を行い、又は検疫官をしてこれを行わせることができる。」（注：下線部筆者）が適用可能である。従来、行政法学説は、性病予防法（平成10年感染症予防法制定により廃止）11条「当該吏員に健康診断をさせることができる。」という規定の仕方を実力の行使を認めている直接強制の規定と解していたことから、「行う」あるいは「行わせることができる」という表現も、実力の行使を可能と解し得る規定であろう。

検疫法36条4号には「第13条の規定により検疫所長又は検疫官が行う診察（第34条の2第3項の規定により実施される場合を含む。）又は検査（同項の規定により実施される場合を含む。）を拒み、妨げ、又は忌避した者」に該当する者に対して、6月以下の懲役または50万円以下の罰金に処する規定もある。罰則を科せるという規定があっても違反行為が必ず刑事手続に至るとは限らず、罰則があることを承知で強固な意思で診察・検査を逃れようとする者もいる。そのような場合に、相手方の抵抗を排除して診察・検査すること、また、現実的に検疫官の職にある者がこれをなし得るのか、ということが問われるはずであるが、行政実務においてはたして議論されるであろうか。

▽ 医に責任を押しつける形で、厚生労働省は本来なすべき条文相互の法整理を、意図的に怠ってきた。本気で社会の安全と人権を守ろうとするならば、精神保健福祉法の申請・通報・届出制度の仕組みを生きたものにしなければならず、そのためには29条の2の2の措置入院のための移送制度を実施すること以外に道はないと考えられた。」と厳しく指摘する。

3. 「強制」と罰則の関係

2020年4月7日に発せられた特措法32条1項に基づく緊急事態宣言に際して、報道機関は「自粛」要請に従わない者に対する罰則の是非について、盛んに読者の意見を紙面に掲載した。つまり、報道で言われる強制力の欠如とは「罰則がない」という意味に解されるが、行政法理論において罰則は「強制」のための「手段」ではない。

公衆衛生行政において真っ先に議論されるべき「強制」とは、人の身体および物に対する実力の行使であり、とりわけ感染症蔓延防止において、人の身体に対して直接に実力を行使せざるを得ない局面があることを前提とすることにその特徴がある。罰則はあくまで過去の行政上の義務違反に対する制裁を目的とし、間接的に、心理的に強制を加えて義務違反行為を抑止しようとするものであるから²⁸⁾、たとえば強毒性感染症の症状を呈する人物の行為をその場で止めなければ他者への感染の虞が大きい場合、当該感染症患者の行為に事後的な罰則があっても、行為者が罰則の存在を気にかけなければ感染症蔓延防止には無力である。公衆衛生における「強制」問題は、行政法理論における「強制」に関する議論に本質的な問いを投げかけているのである。

(1) 刑罰の機能不全

罰則は「強制」に関する行政法理論において「第二義的もしくは補充的」²⁹⁾に位置付けられる。国民が「強制」と言えばまっさきに罰則を科すことを想起するのは、長い間、わが国行政実務が行政上の強制執行を用いた問題解決に消極的であったことを反映しているかのようである。しかし

28) 荻野徹「書評 立命館大学法学叢書第19号 須藤陽子『行政強制と行政調査』」立命館法学359号385頁は、「行政上の義務を間接的に「強制」するという仕組みは、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。）」と指摘する。

29) 田中・『行政法講義』282頁。

「罰則」による「強制」も機能しているわけではない。わが国の行政法規の多くには行政上の義務の不履行に対する刑罰が定められているが、「刑罰の機能不全」³⁰⁾が指摘されて久しい。行政上の義務の不履行、義務違反があっても、刑事事件として立件されることがまずないのである。刑罰を「罰則」として立法化したとしても、刑罰が機能するか否か疑問である。

「自粛」要請に応じない人々に腹立たしさを感じる国民は多いであろう。しかし法的にみれば、それはあくまで「自粛」要請という非権力的作用であって、「自粛」であるから文字通り自己の判断次第であるはずである。相手方が要請に応じない判断・行為を示したことが法的非難に値するとは言い難い。

近年、行政法教科書から「刑事犯」と「行政犯」との区別という論点が消えている。「刑事犯」という場合、「その行為自身が反道徳的・反社会的性質を有し、その可罰性が社会の通念の上で、また国民の健全な法感情の上で、当然に認められるもの」であるのに対して、「行政犯」は「その行為自体は必ずしも当然に反道徳的・反社会的性質をもつものではなく、従って、その可罰性も当然に認められるのではなく、或る行為上の目的のために法が人民に或る義務を課したことによって、それに対する違反が犯

30) 須藤・「行政強制と行政調査」195頁以下は、戦後の警察権の分散により、行政警察事項が警察事項から一般行政組織へ移り、行政上の義務違反行為の発見・調査と刑事事件として立件する判断を別々の組織が担当することになったこと、それによって、二つの組織がどのように連携するのか、いつ、何を契機にして司法警察活動を開始するのか、という実務上の問題、法的問題が生じ、この点について十分に論じられることなく現代に至ったと指摘する。

田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(2017年、弘文堂)9頁以下は、機能不全の理由として、①行政上の義務違反に対して刑罰を科すことは過酷に過ぎ、行政および司法の担当者が行政刑罰の告発や立件に慎重になること、②捜査機関の人的資源の限界から、膨大な数に上る行政刑罰規定すべてに対応することは困難であること、という二点を挙げる。萩野・前掲注(28)385頁は、「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)」こと、「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。」と告発を受ける警察側の視点を紹介している。

罪とされるに至る³¹⁾と説明されるが、刑事犯と行政犯の区別は絶対的なものではない。行政上の義務違反の質と程度も、刑罰に値するような違反行為から非常に軽微な(届出義務違反のような)違反行為まで様々ある。罰則が必要であると考えられたとしても、「自粛」要請していた行為自体が刑罰の対象とすべき行為であるか否かがまず問われなければならないであろう。

(2) 科罰手続

科罰手続の観点からも、感染症が蔓延する状況において、罰則を適用するにあたり困難な点があることが指摘される。刑罰が「罰則」としてあっても、感染症が社会に蔓延している中で、立件のために警察、検察、裁判所³²⁾が正常に機能し得るか疑問である。法律の文面に違反者に対しては刑罰を科す旨を書けば、多くの国民はその行為を控えると想定するであろう。しかし日常的な行為に刑罰を科す意味を理解しない人々が法律を遵守するとは考え難いのである。

行政法規違反に対して刑罰以外の「罰則」の形式もある。非訟事件手続法の手続によって科される「過料」である(地方自治法に根拠を有する条例で定める「過料」を除く)。「過料」は刑罰ではないという点において、日常的な行為ないし軽微な違反行為に対する罰則として適しているのであるが、やはり刑罰を科することと同様の問題点を抱えている。法律に定められた過料は裁判所が科するものである。そして「誰が」「どのように」違反行為を裁判所に通知するのかが問題となるのである。

ドイツでマスク着用義務違反に「罰金」を科すこととしたというニュースが伝えられたが、そこでいう「罰金」はわが国刑法にある「罰金」とは

31) 田中・1960年青林書院版205頁。行政罰について、画期となった占領期の刑罰と過料に関する考え方を表す論稿に、同「過料小論」国家学会雑誌62巻11号(1948年)635頁以下がある。

32) 政府の緊急事態宣言発令を受け、各地の裁判所は緊急性の高い裁判などを除き、多くの期日を取り消した。

異なり、行政行為の形式で科す Geldbuße あるいは Bußgeld である³³⁾。この Geldbuße あるいは Bußgeld は刑法や行政法では「過料」と翻訳されるが、わが国「過料」とは歴史的由来、法的性質が異なり、同列に論じることにはできない³⁴⁾。外国法制度を参照するにしても、刑罰の種類がわが国とは異なること、そして科罰手続が決定的に異なることを考慮しなければならない。

Ⅲ なぜ直接強制は抑制的でなければならないか

1. 直接強制とは？

直接強制は、概念上、確固としたものではない。現代の行政法学界においても、戦前においても、直接強制に関する研究は極端に少なく、「直接強制とは」という本質的問いに答えようとする学説は見当たらない。美濃部達吉は「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、義務者の身体又は財産に実力を加ふることに依つて直接に其の命じた状態を実現せしむるを謂う」³⁵⁾と定義し、「金銭給付義務の外総ての公法上の義務に適用せられ得る」³⁶⁾という。

定義から、同じく財産に対する実力の行使である代執行との違いを読み

33) 在ドイツ日本大使館ホームページ「新型コロナウイルスに関する最新情報（ドイツ）」参照（最終閲覧2020年11月13日）。在ドイツ日本大使館の翻訳では「反則金」となっている。

Geldbuße あるいは Bußgeld は秩序違反法 (Ordnungsstrafrecht) に基づき科せられる。秩序違反法制定について、田中良弘・前掲注 (30)「第3節 第二次世界大戦後の行政罰」125頁以下参照。Geldbuße あるいは Bußgeld の運用実態について、西津政信『ドイツの建築規制執行』（2019年、信山社）21頁以下参照。

34) 須藤・『過料と不文の原則』「第1章 過料の由来 —— 過料とはいかなるものか」13頁以下、「第4章 占領期以降の「行政処罰と行政強制」」79頁以下、「終章 過料とはなにか」153頁以下。

35) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（1936年、有斐閣）336頁。

36) 美濃部・前掲注 (35) 337頁。

取ることはできない。美濃部は、代執行は義務者のなすべき作為を代わって実行する作用であるが、直接強制は義務者の身体財産に実力を加えてその義務が充たされたのと同じの状態を実現する作用であるというが、その違いは執行方法を描写することによって説明する³⁷⁾。直接強制は代執行に比して執行の態様が苛烈なのであるが、なぜ苛烈になるのか、美濃部においては概念的に十分に説明できているとは言い難い。柳瀬良幹の説明の仕方³⁸⁾からすれば、直接強制と代執行の違いは執行方法の態様の違いと費用徴収の可否の違いであり、執行方法の態様の違いは費用徴収の可否から生じるものである（代執行は費用徴収するのであるから、義務者がやるのと同様に注意して執行する³⁹⁾）。

美濃部は、直接強制が金銭給付義務以外のすべての公法上の義務に適用可能であるということの論拠を示していないが、行政執行法5条⁴⁰⁾の規定から導いていると思われる。直接強制が可能であるのは、代執行（1項1号）と執行罰（1項2号）で強制することができないときであり（3項）、換言すれば、代執行（代替的作為義務）と執行罰（非代替的作為義務および不作為義務）

37) 風俗上有害な絵看板の取払いを命じ、その命令を履行しない場合に官庁が代わってこれを取扱うのは代執行であるが、ペンキでこれを塗りつぶすのは直接強制。航通の妨害となす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なすのは代執行であるが、爆発物でこれを粉砕するのは直接強制。美濃部・前掲注(35)337頁。

38) 柳瀬良幹『行政法講義 四訂版』（1951年初版1975年四訂版、良書普及会）202頁以下参照。

39) 須藤・『行政強制と行政調査』30頁以下。

40) 第五条 当該行政官庁ハ法令又ハ法令ニ基ツキテ為ス処分ニ依リ命シタル行為又ハ不行為ヲ強制スル為左ノ処分ヲ為スコトヲ得

一 自ら義務者ヲ為スヘキ行為ヲ為シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ為サシメ其ノ費用ヲ義務者ヨリ徴収スルコト

二 強制スヘキ行為ニシテ他人ノ為スコトヲ能ハサルモノナルトキ又ハ不行為ヲ強制スヘキトキハ命令ノ規定ニ依リ二五円以下ノ過料ニ処スルコト

前項ノ処分ハ予メ戒告スルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス但シ急迫ノ事情アル場合ニ於テ第一号ノ処分ヲ為スハ此ノ限りニ在ラス

行政官庁ハ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

が適用可能な義務に適用可能であるということである。すなわち人の身体と財産を対象とする、すべての義務に適用可能であるということになる。

行政法理論における直接強制という概念は、行政執行法の規定から得られること、実務の運用、それに基づく若干の学説の説明によって内容を得ていたのである。

2. 直接強制を抑制する田中二郎説の意図

(1) 田中二郎の「直接強制」

直接強制は抑制的でなければならぬとされてきたが、戦前と戦後で、「直接強制」の何が変化したのかが問われなければならない。概念上の変化であるのか、あるいは、執行にかかるものであるのか、という点である。

田中二郎は「直接強制とは、義務者の義務の不履行の場合に、直接に、義務者の身体又は財産に実力を加え、義務の履行があったのと同一の状態を実現する作用をいう。」⁴¹⁾と定義し、「直接強制は、金銭給付義務以外のすべての公法上の義務に適用しうる」⁴²⁾とする。田中二郎の直接強制に関する理解は、基本的に美濃部達吉のそれと異なるものではない。むしろ、それが問題であるといえる。明治憲法下の人権感覚と行政執行法5条の解釈・運用に依拠して形成された直接強制に関する理解が、そのまま戦後の日本国憲法下の行政法理論に通用することが問題なのである⁴³⁾。

41) 田中・『講義案』95頁。この定義は、他の1950年代、1960年代に著された行政法教科書でもほぼ変わらない。

42) 田中・1960年青林書院版191頁。

43) 田中二郎が1940年代、1950年代に著した行政法教科書は、直接強制に関して行政執行法の規定を引き合いに出して説明していたが、1960年代になると行政執行法に関する記述がほぼ見られなくなる。克服すべき過去の人権侵害の根拠として廃止となった法律が20年を経てなお行政法教科書に引用され論拠として挙げられることに著者・読者が違和感を覚えたのかもしれないが、直接強制に関する説明自体をほぼ変えずに論拠である行政執行法5条に関する記述をなくせば、時が経つにつれ、戦前の行政法理論を知らない世代は直接強制というものを理解できなくなる。説明に論拠がないからである。しかし、大学者の説明に異を唱えることは難しい。直接強制に関する研究は長い停滞期に入ったのである。

戦後、直接強制は一般法ではなく個別法に規定され、抑制的に用いられることとなった。占領期に直接強制を用いた法令に前述した1948年性病予防法11条（1998年廃止）と「学校施設の確保に関する政令」（昭和24年政令第34号）21条⁴⁴⁾があり、後者は現在も効力を有する規定である。占領期には問題なく条文の趣旨を理解可能であったかもしれないが、現代行政法理論を学んだ者からすれば、その意味するところを解し難い条文である。

性病予防法11条は人の身体に対する強制の根拠であり、非代替的作為義務を対象とする。これに対して、学校施設の確保に関する政令21条の義務ないし対象範囲は明確でない。21条「行政代執行法（昭和23年法律第43号）による代執行によつては義務の履行を確保することができないときは、管理者は、直接にこれを強制することができる。」という規定は、行政執行法5条を踏襲したものであり、代執行が直接強制に優先するという手段選択に関する考え方を明らかにしているが、現代人の知識では代執行と直接強制の違いが読み取れないことから、直接強制が可能となったときに（代執行と異なる）何を、どの範囲でなし得るかが条文から明確にならない。4条に基づき学校施設の占有者に対してその学校施設の全部又は一部の返還が命ぜられ、命令を受けた者には引き渡し義務が生じる（12条）。そして21条に基づき代執行、直接強制が行われるのであるが、直接強制であることを根拠にして、物に対する実力の行使の他に占有を排除するために人に対する実力の行使も認められるか否かが明確でない。

学校施設の確保に関する政令21条が適用されたことはないようであるが、閉鎖命令に応じない学校に対して学校の出入口を釘付けにして、そ

44) 学校施設の確保に関する政令

21条 この政令の規定により命ぜられ、又はこの政令の規定に基いて管理者により命ぜられた行為を義務者が履行しない場合において、行政代執行法（昭和23年法律第43号）による代執行によつては義務の履行を確保することができないときは、管理者は、直接にこれを強制することができる。

2 行政代執行法第3条及び第4条の規定は、前項の規定により直接強制をする場合に準用する。

の出入りを禁ずるような措置をした例があるという。不作為義務を法の根拠に基づくことなく作為義務に転換し、作為義務の違反として代執行の措置をとる例や、不作為義務に対して本来とれないはずの代執行の措置をとり、実質的に直接強制にあたる措置を講じるようなことがあったという⁴⁵⁾。田中二郎は、そういったことを違法な実力行使たる誇りを免れないと批判している⁴⁶⁾。

（2）実力の行使の必要性と公正さの確保

直接強制という手段に対する田中二郎の態度は、日本国憲法下において、一貫して非常に厳しい。行政実務が直接強制まがいの手段を適用することから、濫用を恐れ、厳しく戒める⁴⁷⁾。また、直接強制という手段を立法化することについて一般法から外しただけでは足りず、「現在の法制では、個々の、そういう直接強制の根拠を定めることも、できるだけ避けるべきだというのが普通の考え方であろう」⁴⁸⁾という。

しかしながら、同時に田中二郎は行政執行の手段が不十分であることが事実上の直接強制などが横行する一因となっていることを認識し、「罰則があれば、それで十分だという考え方で、現在の制度を立てているところに、問題の余地が残されている」と指摘する。厳重な制約をかけたうえで、行政上の見地からどうしても必要な状態を実現できるような最少限度の措置について、その法的な根拠を整えることが必要であることを肯定するのである。そして「厳重な制約」のかけ方の一案として、裁判所の事前の許可を得るなどの公正手続を提案している⁴⁹⁾。

45) 田中・『行政法講義』292頁参照。

46) 田中・1960年青林書院版191頁。

47) 田中・1958年新版144頁には「身体又は財産に対する重大な制限であるから、これを用い得る場合は、従来から、厳重に制限されていたが、それさえ濫用される恐れがあるため、原則的にこの手段は禁止された」とある。

48) 田中・『行政法講義』292頁。

49) 田中・『行政法講義』293頁参照。

美濃部達吉と田中二郎の定義を比較すると、美濃部達吉の定義には「法規に依り又は行政行為に依り或る義務を命ぜられて」とあるが、田中二郎の定義は義務の賦課の方法に言及していないという差異がある。1948年に制定された行政代執行法2条に「法律（法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた」とあるように、戦前ないし占領期の行政法理論において「義務の賦課」とは、法令により直接課する方法と行政行為により個別に課する方法の二通りであったと解されるが、占領期に制定された性病予防法は、3条「何人も、性病にかからないようにつとめるとともに、性病にかかったときは、速やかに医師の治療を受けなければならない。」と一般的に義務を課し、11条に基づき処分の形式で健康診断受診命令を発して個別に義務を課す仕組みをとっている。代執行については一般法が法令により義務を賦課することを認めているが、直接強制の場合、法令により一般的に義務を賦課してその履行を「苛烈な」直接強制によって実施し得るような方式は、誤用や濫用に至り易く、人権侵害に直結し得ることを危惧したのではないだろうか。

現代の人権感覚の下では、直接強制のような強い手段を講じ得ると解される義務の賦課の方法が、法令で一般的に課すことで足りるとは到底思われない。義務の賦課の仕方は行政手続の在り方に直結する論点であって、また、義務を賦課することで行政争訟の契機となり得るからである。現代の行政法理論では、通例、行政行為により個別に義務を賦課する方法を念頭に置くが、強制手段と手続的統制という観点をも意識して議論する必要があると思われる⁵⁰⁾。

50) 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和53年法律第43号）3条は、1項に基づき工作物の使用禁止命令を課し、6項に当該工作物について封鎖その他その用に供させないために必要な措置を講じる権限を定めている。物に対する直接強制の例であるとされるが、暴力主義的破壊活動に対する措置であるから、通常とられるはずの行政手続法第三章が適用除外となっている（8条）。最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。

3. 小括 非代替的作為義務と不作為義務の履行確保手段

現代において直接強制という手段を見直すとすれば、論点は三つあると思われる。一つは、対象となる義務の問題、そしてもう一つは、直接強制という手段に伴う「苛烈さ」と人権の問題、そして最後に、費用負担の問題⁵¹⁾である。

対象となる義務について、前述したように、直接強制は金銭給付義務を除くすべての公法上の義務に適用し得るという理解は行政執行法5条3項から導かれたものであるが、直接強制の対象となる義務について、現代では議論の前提が異なるはずである。現代では行政代執行法が行政上の義務の履行確保を定める基本となる法律であり、代替的作為義務について基本となるのは代執行である。代執行と直接強制の関係は、戦前には行政執行法5条3項の規定の仕方から、現行では「学校施設の確保に関する政令」21条の規定の仕方を一つの論拠として挙げ得るのであるが、現代行政法理論が直接強制の実体というものを見失っている以上、行政執行法5条3項と「学校施設の確保に関する政令」21条の規定から導かれる代執行と直接強制の関係を一般化することは適切ではない。

田中二郎が直接強制という手段に対して抑制的であったのは、直接強制は「苛烈な」執行を行い得る手段、という認識であったためと言える。しかしながら、直接強制は「苛烈な」執行を行い得るというのは戦前の不文律であって、行政執行法の条文から導かれるのではなく、学説によって構築されたものでもない。強大な警察権力を背景とした執行の実態に由縁し、戦前の執行方法の残影ともいうべきものである。

大前提として、日本国憲法下の行政において、学問上の直接強制であるという理由で「苛烈な」執行方法が許容されることはない。直接に人の身

51) 費用負担が問題となるのは、代執行と直接強制の違いとして費用負担の有無が挙げられるからであるが、費用負担の問題は代執行と即時強制の異同を論じる際にも論点となるため、別に取り上げる。須藤・『行政強制と行政調査』30頁以下「執行方法の態様の違いと費用徴収の可否」、172頁以下「IV 公衆衛生と補償、費用負担」。

体および財産に実力を行使する手段として理解される直接強制は、理論的にすべての公法上の義務に適用し得るとしても、代執行を行政上の義務履行確保の基本と定める行政代執行法1条の趣旨を踏まえて、代執行を適用することができない義務、非代替的義務と不作為義務に対応する手段として制度化するべきである。

執行方法の態様は個別法の定め方による。前述したように、執行に関する法令の規律密度の低さ、執行の担い手が問題とされるべきであり、学問上直接強制に分類されるものがすべて「苛烈な」方法をとるわけではない。

たとえば、不作為義務・物に対する強制について、田中二郎の分類に従えば、不作為義務の履行として、施設入り口や工作物、設備などに封印する措置は、直接強制に分類される⁵²⁾。暴力主義的破壊活動に適用される工作物使用禁止の例は別として、施設入り口や工作物、設備などに封印する措置は、現代においてはたして「苛烈な」措置と評価されるであろうか。法的根拠を整えて、現代の人権意識に即した執行方法を議論すべきである。

* 本研究は科研費 JP19H01414 の助成を受けたものである。

52) 田中・1958年新版147頁以下参照、田中・『行政法講義』288頁、290頁、292頁以下参照。