

# 再考 行政法における 強制措置に関する理論的基盤（二・完）

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あればならないか (以上, 391号)
  - IV 即時強制の要件
    - 1. コロナ禍に提起された論点
    - 2. 現代の即時強制とは？
      - (1) 即時強制と「即時執行」が混在する意味
      - (2) 塩野説に対する疑問
        - i) 「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難い場合」
        - ii) 「目前急迫性」と「義務の賦課」
    - 3. 即時強制に罰則を付する意味
      - (1) 罰則があるものは即時強制ではない？
      - (2) 行政権発動と裁判所による統制
      - (3) 小 括
    - 4. 即時強制の「要件」希薄化——行政上の強制執行と即時強制の関係——
- む す び (以上, 本号)

## IV 即時強制の要件

### 1. コロナ禍に提起された論点

本稿「再考 行政法における強制措置に関する理論的基盤（一）」(以

---

\* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

下、391号掲載分を本稿（一）といい、本号を本稿（二）という）の冒頭は、2020年1月29日武漢からのチャーター帰国便乗客2名の検査拒否というトピックから始まっている。それは強制の手だてを欠いた法制度の欠陥を指摘するに好例であったが、それへの政府の対応は2020年3月に成立した新型インフルエンザ等特別措置法（以下、特措法という）改正、検疫法改正であった。

2021年2月3日に可決・成立した「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律」は、特措法のみならず「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、制定時のものを平成10年感染症予防法といい、改正を加えられた現行法を令和3年感染症予防法という）にも改正を加えるものであった。新型コロナウイルス感染症が「新型インフルエンザ等感染症」に含められるようになるなど、感染症対策の法改正点は多々あるが、本稿が論じるのは強制措置であり、注目する改正点は感染症予防法19条1項に基づく入院に対する拒否に50万円以下の過料（80条）を設けたことである。感染症予防法に実効的な強制の手だてがないことを世論に非難されて立法者が選択したのは、即時強制による強制の仕組みに50万円以下の過料という罰則を付加することであった。その選択は、従来の即時強制論に、多くの論点を不可避免的に生じさせるものであった。

内閣が2021年1月22日付国会に提出した「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律案」<sup>1)</sup>には80条という条文はなく、72条に入院拒否に対する刑罰規定があった。内閣提出の法案を修正し入院拒否に対して刑罰ではなく過料を科す80条を新たに設けたのは国会の判断であり、もともとは「正当な理由がなくその入院すべき期間の始期までに入院しなかったとき」に「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」という刑

---

1) 内閣官房ホームページ「新型コロナウイルス感染症対策」「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律」（令和3年法律第5号）新旧対照表参照。https://corona.go.jp/news/pdf/tokuso\_shinkyu\_r3.pdf（最終閲覧2021年5月12日）。

罰を科すという内容であった<sup>2)</sup>。

この法改正が行政法理論における行政罰に与えたインパクトは、決して小さなものではない。非権力的な「勧告」を前置して「説得」に応じない場合に強制を加えるという19条の仕組みには改正が加えられていないからである。次に、即時強制の理論に与える影響を論じなければならない。人の身体に対して直接に実力を行使できるはずの即時強制の仕組みに、なぜ罰則が必要であるのか。法改正が議題とされた2021年1月15日第51回厚生審議会感染症部会資料<sup>3)</sup>によれば、厚生労働省は19条に基づく入院の性質を即時強制とする理解を変えていないことが読み取れる。現代の行政法理論において即時強制から行政調査を区別しようとする議論は、即時強制には罰則がないという前提で展開されていたはずである。今回の法改正は、行政法理論における即時強制と罰則の関係を問い直すことを迫るものであろう。

## 2. 現代の即時強制とは？

### (1) 即時強制と「即時執行」が混在する意味

現代の行政法理論において、即時強制の本質を論じることは非常に難しい。その理由を挙げるならば、一つには用語法に起因する問題がある。

「即時執行」は、1989年に公刊された塩野宏『行政法第一部講義案(下)』(以下、塩野・『講義案(下)』という)において提唱された用語法であるが、当該学説の主眼は「即時執行」にあるのではなく、田中二郎の「行政上の即時強制」<sup>4)</sup>の定義からある一部分を分離して「行政調査」という

---

2) 法改正について、新型コロナウイルス感染症対策分科会構成員、厚生科学審議会予防接種・ワクチン分科会委員等を務める磯部哲による、磯部哲「[自粛]や[要請]の意味」法学教室486号(2021年)10頁以下がある。

3) 「参考資料 新型コロナウイルス感染症対策における感染症法・検疫法の見直し(案)関係」<https://www.mhlw.go.jp/content/10906000/000720343.pdf>(最終閲覧2021年5月2日)。

4) 田中二郎による「行政上の即時強制」という概念自体が問題を孕んでいる。そもそも即時強制は行政法総論の仕組みではない。戦前には行政法各論警察法の仕組みであり、かつては警察強制とも称された。戦後に田中二郎が「行政上の即時強制」として行政法総論

事実行為のカテゴリーを創出することにあつた<sup>5)</sup>。塩野説が用いているのは、田中二郎『新版行政法上 全訂第二版』（弘文堂、1974年。以下、『新版行政法上』という）にある次の定義である。

「行政上の即時強制（sofortiger Zwang）とは、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難い場合に、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」<sup>6)</sup>（注：下線部筆者）。

塩野説は、かかる定義の中に二つの異なった制度が含まれていることを指摘し、後段下線部に「臨検検査、立入りの観念にみられるような行政調査の手段」、前段部分に「強制隔離・交通遮断のように、それ自体行政目的にかかる制度」が対応し、両者に「義務を先行させない実力の行使という点が共通する」ことから即時強制という一つの概念にまとめたものであろうという<sup>7)</sup>。下線部が「行政調査」に該当する箇所であり、下線部を除いたものを「即時執行」と称することを提唱したのである（以下、塩野説という）。

塩野・『講義案（下）』は1991年に『行政法Ⅰ 行政法総論』として改訂合本され、現在に至るまで版を重ねている（以下、最新第6版からの引用を

---

〳にもたらしたものである。行政法総論に「行政上の即時強制」があるが、行政法各論警察法に「警察上の即時強制」もあり、両方に警察官職務執行法に基づく作用が含まれているなど、両者の内容はほぼ変わらない。両者がほぼ変わらないことによって、「行政上の即時強制」というものが、戦前の行政法各論から何を行政法総論にもたらそうとしたのか不明になっている。端的に言えば、定義の意味するところが不明なのである。この論点については、別稿において論じる。

5) 塩野宏『行政法第一部講義案（下）』（有斐閣、1989年）197頁以下参照。

塩野説は即時強制に「行政調査」の由来を求めるが、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）はこれを批判し、「行政調査」という行政活動および概念は、占領期にアメリカ法からもたらされたものであることを論じている。

6) 田中二郎『新版行政法上 全訂第二版』（弘文堂、1974年）180頁。

7) 塩野・『講義案（下）』197頁以下、同・『行政法Ⅰ 行政法総論 第6版』（有斐閣、2015年）277頁以下。

塩野・第6版という)。30年以上にわたる塩野説の影響は非常に大きく、現代の行政法理論に残した功績もまた素晴らしい。現代の行政法教科書には「行政調査」というカテゴリーが見られるようになったからである。他方で、「即時執行」という用語法は「行政調査」のように定着しなかった。両者がセットであるからこそ意味があったはずであるが、結果的に「即時執行」の由来が塩野宏の教科書以外では語られることがなくなってしまった<sup>8)</sup>。

現代の多くの行政法教科書は即時強制という用語法を採用し、「即時執行」を用いる教科書はわずかであるが<sup>9)</sup>、教科書ではなく、たとえば近年の空き家法制に関する論稿には「即時執行」という用語法を用いる論者が見られる<sup>10)</sup>。2つの用語法の存在は、学問的に好ましいものではなく、弊害が大きいと思われる。行政法理論に即時強制と「即時執行」という2つの用語法が存在することによって、各々を用いる論者の意味するところが重なるのか、異なるのかが、明確に読み取れないという問題が生じるからである。

## (2) 塩野説に対する疑問

### i) 「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難い場合」

塩野説が依って立つ「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難い場合」に「臨検検査、立入りの観念にみられるような行政調査

---

8) 初学者向け行政法教科書である、石川敏行・藤原静雄・大貫裕之・大久保規子・下井康史『はじめての行政法 第3版』(有斐閣, 2013年)は、「第4章行政活動を実現する手段——行政の実効性確保」[5] 義務を課している暇のない場合——即時強制(144頁以下)「Column⑥ 行政調査」で「行政調査」というカテゴリーが創出された経緯を取り上げている(大貫裕之執筆145頁以下)。しかしながら、「即時執行」という用語法は説明されていない。

9) 原田大樹『例解 行政法』(東京大学出版会, 2013年)、大橋洋一『行政法I 現代行政過程論 第4版』(有斐閣, 2019年)など。

10) 北村喜宣「パンツが破れそう!? 即時執行の限界」自治実務セミナー669号(2018年)、北村喜宣・米山秀隆・岡田博史『空き家対策の実務』(有斐閣, 2016年)135頁以下。

の手段」が該当するという前提は否定されるものではないが、それゆえに当該部分は即時強制から分離されるべきであるという塩野説の結論には首肯し難い。かかる前提には、2点において疑義が有るからである。

一つは、立入調査の観点からいえることであるが、立入調査の性質は一樣ではないという点である。税法上の調査を念頭に置いて「行政調査」を一般化して<sup>11)</sup>「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難い場合」との関係を論じることは適切ではない。税法上の調査が即時強制ではないということはいえ<sup>12)</sup>、それが本来的に即時強制の仕組みが必要とされる消防、警察、公衆衛生などのような行政分野の「立入り」「検査」なども同様に妥当するとは限らない<sup>13)</sup>。それらの分野においては、即時強制でなければ目的を達成することができない「立入り」「検査」が存する。

次に、これまでの行政法学界の議論に鑑みれば、「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難い場合」に、「臨検検査、立入りの観念にみられるような行政調査の手段」以外のものが含まれ得ることが十分に論じられたことがなく、塩野説が基にしている田中二郎による行政上の即時強制の定義は、塩野宏が評しているように「その意味するところは必ずしも明らかではない」<sup>14)</sup>。「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難い場合」に含まれるものを明らかにするにあたり参照されるべき文献は、美濃部達吉『行政法撮要 全』（有斐閣、1923年初版1925年初

---

11) 税務調査は処分を行うために「資料収集の目的」で行われるということはいえるが、行政上の「検査」がすべて資料収集目的であるとは言い難い。かつて警察法に分類されていた公衆衛生関係など、厚生労働省所管法令の立入検査が税務調査と異なる性質のものであることは、1970年代に出版さ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』でも指摘されていたことである。「検査」というものの性質が押しなべて同じではないということに留意すべきである。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、1977年）137頁の富尾東京国税局査察部長発言参照。

12) 曾和敏文『行政調査の法的統制』（弘文堂、2019年）203頁以下参照。

13) 兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年）120頁以下参照。

14) 塩野・第6版277頁。

版第5刷。以下、『行政法撮要』という)および同『日本行政法 下巻』(有斐閣, 1940年)である。行政法総論に即時強制をもたらしたといっても, 田中二郎による「行政上の即時強制」の定義は, 彼の警察上の即時強制の定義とほぼ変わらない<sup>15)</sup>。そして田中二郎による定義は、『日本行政法 下巻』および『行政法撮要』の内容を下敷きにしたものである<sup>16)</sup>。

美濃部達吉は「警察上の即時強制」の内容について, 大正期に公刊された『行政法撮要』で述べたことを集大成ともいべき『日本行政法 下巻』において敷衍している。『行政法撮要』に「事ノ性質上下命ニ依リ其ノ目的ヲ達スル能ワザル場合」の例として挙げられているのは, 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, という3つである<sup>17)</sup>。家宅搜索という例から, 塩野説が想定している「臨検検査, 立入りの観念にみられるような行政調査の手段」というものは, たしかに「事ノ性質上下命ニ依リ其ノ目的ヲ達スル能ワザル場合」に含まれ得ると考えられるが, 「所有者不明ナル狂犬又ハ家畜ノ撲殺」は「行政調査」というカテゴリーとは無縁のものである。

「所有者不明ナル狂犬又ハ家畜ノ撲殺」の例は, 現代の行政法理論にとって示唆に富むものである。「所有者不明」の物に対しては, 義務を課したうえで強制執行することはできない。「所有者不明」という観点からの考察が, 現代の行政上の強制執行および即時強制に欠けていないだろうか。また, 徘徊する狂犬の殺処分は「目前急迫の必要に基づく」<sup>18)</sup>執行であり, 即時強制でなければならないものである。それは「事ノ性質上下命ニ依リ其ノ目的ヲ達スル能ワザル場合」の中に, 本来的に即時強制でなければならないものが含まれ得ることを意味している。

---

15) 田中二郎『行政法講義案(下)第一分冊』(発行者田中二郎, 1939年)38頁以下参照。

16) 須藤陽子『行政強制と行政調査』(法律文化社, 2014年)52頁以下。以下, 須藤・『行政強制と行政調査』という。

17) 美濃部達吉『行政法撮要 全』(有斐閣, 1923年初版1925年初版第5刷)40頁以下参照。

18) 美濃部達吉『日本行政法 下巻』(有斐閣, 1940年)150頁参照。

結論として、美濃部達吉および田中二郎の定義中「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難い場合」の内容とは、塩野説のいうような「行政調査」に尽きるものではない。つまり、即時強制の定義から「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難い場合」を切り離すことは、実定法の仕組みを論じて分類する場合、即時強制に分類し得る範囲が狭くなり、即時強制でもなく行政上の強制執行にも分類できないものを生み出すことに繋がるであろう。「即時執行」という用語法を用いる場合、「即時執行」に含め得る制度の範囲は即時強制よりも狭くなるのであるが、現在「即時執行」という用語法を用いる論者は、はたしてそれを意識しているだろうか。

## ii) 「目前急迫性」と「義務の賦課」

塩野説の特色をもう一つ挙げるとすれば、即時強制ないし「即時執行」の「即時性」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で理解すべきであるとする点である。「即時執行の要素として、その発動の急迫性が挙げられることがあるが（前掲の即時強制の定義参照）、現実の立法例は、必ずしも字義どおりの目前急迫性に対応するもののみではない（健康診断の強制、優性手術の強制等<sup>19)</sup>）。むしろ即時強制ないし即時執行の「即時」は、時間的切迫性を問題としているというよりは、相手方の義務を介在させないという意味で理解すべきである。」<sup>20)</sup>（注：下線部筆者）という。

しかしながら、即時強制のルーツは警察法にある。本来の警察上の即時強制、すなわち義務を課す暇もない実力の行使が必要とされ、それが正当化されるのは、危険の目前急迫性、時間的切迫性の度合いが高い事態が想定されるからである。塩野宏のいうように、現実の立法例は必ずしも字義どおりの目前急迫性に対応するもののみではないが（たとえば放置自転車の

---

19) 塩野・『講義案（下）』では健康診断の強制、優性手術の強制等が挙げられているが、塩野・第6版では健康診断の強制、外国人の退去強制等が挙げられている。

20) 塩野・『講義案（下）』198頁。

撤去を即時強制に位置付ける学説がある<sup>21)</sup>、それらは即時強制の中核にはなく、むしろ周辺に位置付けられる制度である。周辺に位置付けられた制度を理由として即時強制の本質的な要素を定義することは、適切ではないと思われる。

### 3. 即時強制に罰則を付する意味

#### (1) 罰則があるものは即時強制ではない？

1970年代に始まる塩野宏による即時強制に関する批判的検討は、税法上の調査に関する租税法からの問題提起に答えたものであるとされる。藤田宙靖は、租税法からの問題提起の意味を、以下の2つの観点から端的に説明する。「第一に、即時強制は通常、それ自体が直接に一定の究極の行政目的を実現するものであるのに対し、これらの質問・検査は、滞納処分とか反則行為に対する処分を行うための手段として、資料収集の目的で行われるものにすぎず、いわば間接的な行政目的を持つものでしかない」、「第二に、これらの場合には、質問や検査のために行政機関が出向いたが、これが拒絶された場合に、実力を行使して帳簿等を検査することまでは認められておらず、たかだか罰則による制裁が認められているにすぎない」（以下、第2の観点）という。これは「直接に国民の身体・財産に実力を加える」という即時強制の概念要素と必ずしも合致しないと述べている<sup>22)</sup>。

上記第2の観点に、行政法学説における即時強制と罰則（刑罰）との関係に関する理解が見い出される。すなわち即時強制と「行政調査」を分けるメルクマールを罰則（刑罰）規定の有無に求める考え方であり、わざわざ罰則規定があるのは、罰則による制裁が認められているに過ぎないからだという見方が現れている。このような理解の下では、令和3年感染症予防法が即時強制として理解される19条に基づく入院について、事後に罰則

---

21) 兼子・前掲注(13)159頁参照。

22) 藤田宙靖『新版 行政法総論 上』346頁以下参照。

規定を設けたことは、当該作用が即時強制であることの意義を根幹から揺さぶる出来事であった。いったい、何のために人の身体に対する実力の行使を許容しているかが問われるからである。

## （2）行政権発動と裁判所による統制

なぜ即時強制には罰則が付されないのか。この問いを現代の行政法教科書で目にするのではない。前述したように、行政法学界において、即時強制には罰則が付されることはないという認識があると思われる。その論拠というものが学説において特に検討されたことはないが、そのような認識が形成された理由を考えれば、即時強制という制度の主眼に即して答えることになるであろう。即時強制というものがそもそも相手方の意思に反して実力を行使してその目的を実現することを認める制度であるから、それに重ねて罰則を科する意義が問われる。立法例に目を向ければ、即時強制の典型例は警察官職務執行法（警察官等職務執行法昭和23年法律第136号。昭和29年題名改正）に基づく諸制度であるが、占領期に立法されたこの法律には罰則が付されていない。

即時強制に対する罰則規定の可否ないし要否の問題は、即時強制の問題というよりも、行政罰に対する関心の持ち方の問題である。

近年の行政法学界の行政罰への関心は、「行政上の義務履行の確保」とそのための「間接強制」という機能にある。執行罰の効用が否定され、直接強制が忌避された戦後の行政上の強制執行の状況において、本来「第二義的もしくは補充的」であるはずの行政罰に期待せざるを得なかったのであるが、1960年代に著された田中二郎の「行政強制と行政罰」の論稿では、田中二郎が戦後に行政法総論に新たに打ち立てた「行政強制」というカテゴリーの下（すなわち行政上の強制執行のみならず行政上の即時強制を含めて）、「行政強制」と行政罰の関係が述べられている。行政罰に対して「行政上の義務履行の確保」とそのための「間接強制」という期待とともに、できるだけ客観的の公正を保ち得よう強制措置の発動をチェックするとい

う視点がある<sup>23)</sup>。チェックするのは裁判所である。

「行政強制」ないし行政罰に関する1960年代の田中二郎の論稿に共通しているのは、裁判所は権力を濫用することがないという信頼である。即時強制に対する裁判所のチェックという場合、通例、事前手続として司法官憲の発する令状を取得することを求める令状主義が想起されるが、田中二郎の論稿には「司法権による事前の制御又は事後の審査」<sup>24)</sup>という、事後のチェックに関する視点がある。即時強制に罰則規定を付することは、裁判所による事後のチェック、事後の審査となり得るであろう。

たとえば、筆者は、本稿(一)で取り上げた検疫法13条1項<sup>25)</sup>に基づく診察及び検査を即時強制の作用であると理解している。これに対する罰則は「第36条 次の各号のいずれかに該当する場合には、当該違反行為をした者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。——中略——四 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、又は忌避したとき。」(注:下線部筆者)であり、公務執行妨害罪とは異なって、拒否ないし忌避をも対象としている<sup>26)</sup>。刑

23) 田中二郎「入門講座 行政法 一第27講一」自治実務セミナー3巻9号(1964年)2頁は「戦後、特に基本的人権の尊重確保ということが強調され、行政上の必要のため又は公共の福祉のために、行政権自身がそういう強制力を持つことが必要であるとしても、それは必要な最少限にとどめなければならないということ、かりにそういう行政措置をとることを認める必要があるとしても、できるだけ客観的公正を保ち得るよう、その発動をチェックすることを考えていかなければならないという考え方をとるとともに、従来、第二義的補充的な意味を持つに止まっていた行政罰を広く規定し、これに行政強制に代わる役割を期待することになった。」(注:下線部筆者)と述べている。

24) 田中二郎『行政法講義(上)』(良書普及会, 1965年)294頁。

25) 第13条 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。

26) 帳簿書類等に関する収税官吏の検査を妨げた事件において、公務執行妨害罪と「拒み、妨げ又は忌避する」罪の異同について、最高裁昭和45年12月18日第2小法廷判決判例集24巻3号1773頁は「公務執行妨害罪にいたらぬ程度の行為を禁じようとするものであって、公務執行妨害罪の補充的規定たる性格をも有し、同条各号所定の者の行為のみを処す

事訴追されるのであれば、権限発動自体の違法・適法を争い得る。それによって、事後にはあるが、司法権が行政権の発動をチェックすることは可能と解し得るであろう。

### （3）小 括

ここまで本稿は、即時強制には罰則が付されないという行政法学界の認識を問い直すべく、即時強制を行政法総論にもたらした田中二郎の「行政強制」と行政罰の考え方を論じてきたが、戦後に構築された「行政強制」と行政罰<sup>27)</sup>は、いまだ十分に論じられたものとは言い難い。たとえば、行政罰とは行政上の義務違反に対して科されると行政法教科書では説明されるが、即時強制は義務の賦課とも義務の不履行とも関わりがないから、行政上の義務違反を問われることはないはずである。即時強制について罰則を付することを肯定するとしても、その罰則ははたして行政罰といい得るのであるか。即時強制について考察を進めるにつれ、筆者の疑問はさらに増えることとなった。戦後、立法実務において即時強制にも罰則を付することが肯定されるようになった意味について、行政罰の観点からさらに論究されるべきであろう。

令和3年感染症予防法が新たに80条に規定したのは「正当な理由がなくその入院すべき期間の始期までに入院しなかったときは、50万円以下の過料に処する。」というものであり（注：本稿が論じているのは、あくまで19条1項に基づく入院である）、従来、執行を「拒み、妨げ、又は忌避したとき」に刑罰を科すこととしてきた、即時強制に対する罰則のあり様と根本的に異なっている。義務の賦課および義務の不履行と関わらないはずの即時強

---

↘罰するいわゆる身分犯を定めた規定ではないと解するのが相当である。」と判示している。

27) 田中二郎「入門講座 行政法 一第27講—自治実務セミナー3巻9号（1964年）2頁によれば、戦前には法律に法律上の義務違反に関する罰則規定があっても、ほとんど適用されることはなかった。義務履行のための強制的仕組みが整っていたから、強制によって義務が履行されたうえにさらに罰則を科する必要があると判断されたのは、「よくよくの場合」（注：悪質なケースの意味）であったという。

制が、まるで罰則規定の80条は義務違反に対する制裁のようである。80条は即時強制に対する罰則というものではなく、強制措置に関する理論的基盤から大きく逸れた罰則規定である<sup>28)</sup>。

#### 4. 即時強制の「要件」希薄化——行政上の強制執行と即時強制の関係——

筆者は、平成10年感染症予防法制定に際して、塩野説のいう「即時強制ないし即時執行の「即時」は、時間的切迫性を問題としているというよりは、相手方の義務を介在させないという意味で理解すべきである」という主旨を、行政実務は、ある種、誤解をしているのではないかという懸念を抱いた。換言すれば、危険の目前急迫性や時間的切迫性ということを問題とせずに即時強制という制度を設計してよいのだと行政実務は理解しているのではないか、という懸念である。

前述したように、田中二郎による行政上の即時強制の定義は、美濃部達吉が著した『行政法撮要』、『日本行政法 下巻』を下敷きにしたものであるが、決定的に異なるのは、美濃部の場合には定義ではなく、即時強制を許容する要件として論じられていることである。美濃部は「警察強制ハ強

---

28) 内閣提出法案では罰則規定に「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」という刑罰が用いられていたが、国会において50万円以下の過料に替えられた。それは「刑事罰の導入を見送ったことで、罰則が過剰で比例原則違反であるとの批判を免れようとしたのであろう。」(磯部・前掲注(2)13頁参照)と指摘されている。ここで問題とされるべきことは、刑罰と過料を比較した「重い」「軽い」ということではない。行政法上の比例原則違反を問うならば、あくまで、違反行為と罰則の関係が問題となるはずであるが、19条および80条に即して考えるならば、違反行為自体が不明である。したがって、裁判所は憲法と法律との関係を審査するべきであろう。行政上の比例原則と憲法上の比例原則について、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010年)第10章、同「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)104頁以下。

国会は、刑罰を科することによって国民に与えるインパクトを恐れ、刑罰ではないという理由で「過料」を選択したのかもしれない。しかし、「過料」は、非訟事件手続法に基づき科される、手続的権利保障の薄い罰則である。80条は、実体的にも手続的にも問題を有する条文である。須藤陽子『過料と不文の原則』(法律文化社、2018年)「終章 過料とは何か」。

制執行ヲ以テ常則トス」という原則を示し、常則ではない実力の行使が許容される要件を問題とする。戦前の警察上の即時強制は、義務を賦課することなく、義務の不履行を前提とせずに講じることが可能な警察上の措置として語られる。警察上の即時強制において「要件」を論じることは、警察権発動を統制する意義を有したのである。

強制措置を講じるにあたり、行政上の強制執行を原則、即時強制を例外とする考え方は、現代のドイツ法においても確固としている<sup>29)</sup>。翻って、戦後のわが国の行政法理論は、極端に直接強制が忌避されるなど、行政上の強制執行論自体が原則論を展開できないものであった。田中二郎によって提唱された行政上の即時強制は、行政上の目的と関係づけられ、行政上の目的を実現する強制措置となっている。即時強制は強制措置の例外であるはずが、行政法総論に位置付けたことによる即時強制の手段化傾向が指摘される<sup>30)</sup>。即時強制を行政法総論にもたらし手段化しつつ直接強制を忌避する田中二郎の考え方は、非常に歪であり、その歪さは歴史的に説明し得るとしても、日本国憲法下に生きる現代人には説得力を有するものではない。

筆者は、平成10年感染症予防法制定時に19条に基づく入院を直接強制ではなく即時強制として設計した、そもそもの考え方が誤りであったと考えている。人の身体に直接に実力を加える作用は、義務を課したうえで義務違反に対して実力を行使する直接強制と、義務を賦課することなく実力を行使する即時強制という2通りがある。法治国家において義務を賦課する

---

29) 須藤陽子「『行政強制』と比例原則」川上宏二郎先生古稀記念論文集刊行委員会編『情報社会の公法学』（信山社、2002年）所収599頁以下、重本達哉「ドイツにおける行政執行の例外の諸相（1）（2・完）—即時強制および略式手続の法的構造—」法学論叢169巻（2011年）1号38頁以下、2号52頁以下。

30) 田中二郎『行政法講義（上）』（良書普及会、1965年）283頁。田中二郎博士の即時強制の位置付けについて、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」、須藤陽子「再考 行政法における強制措置に関する理論的基盤（一）」立命館法学391号52頁以下。

ことなく(義務を課す処分を前置することなく)實力を行使することが許容されるのは例外とする考え方に立つべきである。塩野説は「義務の賦課」に重心を置いた学説であり、「義務の賦課」を避けるために(義務を賦課すれば直接強制としなければならないから)用いられるべき学説ではない。わが国は法治国家であり、法治国家において身体に対する強制に際して義務を課することの意義を再考すべきである。

## む す び

本稿(一)は強制手段の欠如を露呈するトピックで始まり、本稿(二)は、19条1項に基づく入院について、即時強制という強制の仕組みを備えながらこれを行使せず「間接強制」に期待して50万円の過料を科する罰則規定を新たに定めた法改正のトピックで始まっている。それは「間接強制」に期待した「実効性」を得るための方法であると考えられたのかもしれないが、本稿(一)で論じたように、社会防衛を目的として罰則を科することをその第一の手だてとすることは、無益である。入院を拒否しているのは感染者であり、はたして感染者に対して裁判所に出頭を求めるのであろうか(立法者は裁判所を介して感染が拡大することを恐れないのであろうか)。

わが国の強制の仕組みは、ひどく歪み、理論的に説明が困難な姿をしている。平成10年感染症予防法が採った仕組みがそれを物語っている。戦後に田中二郎が作り上げた強固な「直接強制の忌避」という意識と、直接強制を忌避するが故に義務を賦課することなく目的を達成できる即時強制を選択する傾向の現れである。今回の法改正はさらに行政罰の理論をも揺るがすようなものである。行政法研究者は強制にかかる理論的基盤の欠落と揺らぎを認識し、再構築に向けた議論を進めるべきである。

\* 本研究は科研費 JP19H01414 の助成を受けたものである。