

「即時強制」と現代行政法理論

須藤陽子*

目次

はじめに

第1章 「即時強制」の変容と定着

1. 警察強制から「即時強制」へ
2. 昭和の教科書レベルでの定着

第2章 「行政強制」から「行政上の義務履行確保」へ

——平成の教科書に用いられた用語法が提起した意味——

1. 行政法総論における「即時強制」の問い直し
——「即時執行」説の登場——
2. 「即時強制」と行政上の強制執行の関係

第3章 「即時強制」と行政官庁理論

1. 組織と権限の法定化
2. 権限法と「執行機関」概念

おわりに

はじめに

現代行政法理論には、由来不明なもの、理論的に突き詰められていないように見えるものであっても、定着しているものが少なくない。たとえば現代の行政法教科書に不文法源として位置付けられている「判例法」は、占領期の東京大学法学部講義用教科書に、たった一行、突如著されたことが始まりである¹⁾。行政法における「判例法」とは何か、はたして「慣習

* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

1) 田中二郎『行政法講義案 上巻 第一分冊』（有斐閣、1949年）69頁参照。「判例法」に関する言及はわずか1行、「(2) 判例法 行政事件に関する通常裁判所の判例は、行政法のメ

法」なのか「条理」なのか、学界において目立った議論も研究上の蓄積も見られないまま昭和の教科書レベルで定着していった。行政法理論にそのような定着の仕方をしたものは、後世、すなわち現代からすれば、由来も議論の経緯もわからないため論じることが難しい²⁾。

本稿の主題は、やはり占領期に田中二郎により突如として行政法各論警察法から行政法総論に位置付けられた即時強制である。警察官職務執行法に基づく警察官の行為は即時強制の典型とされるが、立法史からすればアメリカ法の影響を受けたものである。学界では立法史に無頓着に即時強制の典型としてドイツ法的思考によって説明しがちであるが、しかしそのような捻じれた説明の仕方をすれば、いずれ理論的な行き詰まりを迎えるのではないだろうか。

平成の時代、即時強制を「行政の実効性確保」のために用いようとする学説などは見られたが、学界において即時強制自体に関する研究が進むことはなかった。そして令和の時代、筆者は COVID-19 対策として「強制」の研究に取り組み、その成果として即時強制論の研究成果を発表することができた。本稿は即時強制をめぐる論点として、新たに「即時強制と執行機関概念」という論点を加えようとする小論である。

第1章 「即時強制」の変容と定着

1. 警察強制から「即時強制」へ

即時強制という用語法が行政法理論において一般的になったのは、さほど昔のことではない。その概念および用語法が学界においてほぼ一致するようになったのは、占領期以降のことである。現代では「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

↘法源の一となす。」とあるが、論拠は示されていない。

2) 須藤陽子「行政法における不文法源の発達」立命館法学393・394号（2020年）407頁以下。

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³⁾という田中二郎による定義が用いられている。

田中二郎の「定義」は、美濃部達吉が大正時代に著した警察法における即時強制の要件によく似たものである。美濃部達吉の「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。」という記述にルーツが求められる⁴⁾。それは即時強制の定義ではなく、かつては警察権発動が許容され得る要件を示すものであった⁵⁾。

即時強制は明治憲法下に行政法各論警察法の制度であったが、即時強制という呼称が定まっておらず、「警察強制」という用語が警察上の即時強制の意味にも、警察下命と強制執行の意味にも、さほど区別されずに使われていた⁶⁾。また、佐佐木惣一は「直接制限」という用語を用いている。

3) 田中二郎『新版行政法上 全訂第二版』(弘文堂、1974年)180頁。

4) 美濃部達吉『行政法撮要 下巻』(有斐閣、1924年初版1929年再版1930年再版第11刷)70頁。

5) 須藤陽子「即時強制の系譜」立命館法学314号(2007年)9頁以下。以下、須藤・「即時強制の系譜」という。

6) 美濃部達吉は大正期に出版された前掲注(4)『行政法撮要 下巻』において「警察強制」に「強制執行及即時強制」という二種が含まれることを示し(68頁以下)、同『日本行政法 下巻』(有斐閣、1940年)において、「警察強制」を「警察の目的の為に実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することを明確にしている(147頁以下)。しかし、このように「警察強制」の下に二種を区別しようとする用語法はむしろ珍しい。須藤・「即時強制の系譜」6頁以下。

「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う⁷⁾。

田中二郎によって行政法各論警察法から行政法総論へ即時強制が移しかえられ⁸⁾、行政法総論において新たに「行政強制」⁹⁾という範疇の下に、即時強制という用語法が一般的なものとなったのは、占領期以降のことである。

2. 昭和の教科書レベルでの定着

行政法総論に即時強制を位置付けることは田中二郎の主唱であるが、1940年代に公刊された多くの行政法教科書に「即時強制」は見られない¹⁰⁾。行政法総論において即時強制という制度ないし概念が定着したのは、おそらく1950年代であると思われる。それは1961年に出版された広岡隆『行政上の強制執行の研究』と、1964年第28回日本公法学会における菊井康郎報告、1964年柳瀬良幹の論説「行政強制」から推察される。

広岡隆は『行政上の強制執行の研究』の冒頭において、「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

7) 佐佐木惣一『日本行政法各論 通則警察行政法』（有斐閣、1922年）182頁以下参照。

8) 行政法総論への即時強制の位置付けは田中二郎が始めたことであり、田上穰治がすでに昭和20年代にこれに従っている。田中二郎『行政法講義案 上巻 第二分冊』（有斐閣、1948年）、田上穰治『行政法原論』（春秋社、1952年）。

9) 渡辺宗太郎の論説「行政強制序説」『佐佐木惣一博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』（有斐閣、1937年）260頁があるが、渡辺宗太郎は戦前に公刊した自身の行政法教科書に行政強制という用語を用いていない。

10) 美濃部達吉の遺稿となった『行政法序説』（有斐閣、1948年）に即時強制はない。園部敏『新しい行政法』（新文化叢書、1949年）、渡辺宗太郎『改訂日本国行政法要論上』（有斐閣、1951年）、須貝脩一『法学大系行政法』（勁草書房、1952年）、杉村章三郎『改訂増補行政法要義上巻』（有斐閣、1948年初版1951年増補）、柳瀬良幹『行政法』（角川書店、1952年増訂版）に即時強制は見られない。

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。』¹¹⁾という。菊井康郎は学会報告にあたり「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。』¹²⁾とする。広岡、菊井は行政強制と即時強制という用語法に疑いを差し挟まず、所与の前提として論を進めている。

他方、柳瀬良幹は、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。「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¹³⁾。柳瀬良幹が1951年に公刊した『行政法講義』は、「国民を行政行為に従わせる方法」という表題の下に行政罰と行政上の強制執行を位置付けているが、即時強制は含まれていない。この教科書は大学で使用され版を重ねたが、1975年四訂版にもやはり即時強制はない¹⁴⁾。

学説史からすれば、三者のうち、柳瀬良幹の述べていることが正しい。しかし古い文献を渉猟しても、柳瀬良幹の論稿以外に田中二郎の学説に正面から立ち向かうような、「行政強制」という範疇に対する疑問や、即時強制を「行政強制」に含めない学説を見出すことは難しい。広岡隆は昭和を代表する「行政上の強制執行」「即時強制」に関する研究者である。広岡隆が田中二郎の「行政強制」を前提とする以上、「行政強制」に対する疑問を提起するような研究は進まなかったであろう。

1960年代後半以降の行政法教科書では、行政法総論に即時強制を位置付けることが普通に見られるようになった。しかしながら、警察法の制度で

11) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社, 1961年) 3頁。

12) 菊井康郎「行政強制と法の根拠」公法研究27号219頁。

13) 柳瀬良幹「行政強制」『行政法講座 第2巻』(有斐閣, 1964年) 189頁以下参照。

14) 柳瀬良幹『行政法講義 四訂版』(良書普及会, 1975年)。

あった即時強制を何ゆえに行政法総論に位置付けることが可能であるのか、誰も論拠を示していない。即時強制という制度ないし概念は、昭和の時代に行政法総論において議論が深められることなく、教科書レベルで「行政強制」の下に普及していったようである。そのように行政法総論に定着をした即時強制を、現代の私たちははたして理論的に説明できるだろうか。警察官職務執行法に基づく即時強制も含めて、行政法理論における即時強制について、検証すべき点は多いと思われる。

第2章 「行政強制」から「行政上の義務履行確保」へ

——平成の教科書に用いられた用語法が提起した意味——

1. 行政法総論における「即時強制」の問い直し

——「即時執行」説の登場——

行政法総論に位置付けられた即時強制に対して、学説による問い直しが多かったわけではない。平成の初めに塩野宏が提起した「即時執行」説が、行政法総論における即時強制を問い直した唯一の学説であろう。塩野宏の「即時執行」説は、即時強制から行政調査に該当する部分を取り出し、残余の部分を「即時執行」と称することを提唱した。この学説が提唱されて後、行政法総論には行政調査が新しい行為類型として位置付けられるようになった。「即時執行」説は、わが国の行政法理論に行政調査という新しい行為類型をもたらした、画期的な学説であった。

学界がもっぱら関心を示したのは、行政調査という新しい行為類型と「即時執行」という用語法である。しかし、もっと学界が関心を示すべきであったと思われる点が2点ある。

一つは、行政調査に該当するものを取り出した後の、残余の部分についてである。

塩野宏は、前述した「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(注:下線部筆者。以下、同)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」という田中二郎の定義に、二つの異なった制度が含まれていることを指摘する。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¹⁵⁾。定義中の下線部が「行政調査」に該当する箇所であり、「行政調査」に該当する部分を除いたものを「即時執行」と称することを提唱した。

塩野宏が提唱したのは、従来の即時強制とそこから「行政調査」に該当する部分を分離したものを混同しないために、従来の即時強制から「行政調査」を差し引いた残余の部分を「即時執行」と称する用語法であった。用語法であるから、「即時執行」説が提唱された後に、学説は即時強制と「即時執行」の意味するところの内容上の相違を検証する必要があったはずである。それをしないまま、30年以上が経過してしまっている。

本稿は、「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」から行政調査に該当するものを控除したならば、何が残るのか、あるいは、何も残らないのか、という論点を深めるべきであると考え。もし即時強制の定義から下線部を除外してしまったならば(何も残らないという説をとったならば)、警察官職務執行法3条保護のように義務を課しても相手方が義務を理解できない場合や、所有者不明の物¹⁶⁾に対して有形力を行使する場合(簡易代執行ないし略式代執行)¹⁷⁾などを、即時強制に位置付け

15) 塩野宏『行政法第一部講義案(下)』(有斐閣, 1989年)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。

16) 美濃部達吉は、前掲注(4)にあるように、『行政法撮要 下巻』の定義において「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「所有者不明ナル狂犬又ハ家畜ノ撲殺」を挙げている。

17) 須藤陽子「即時強制小論」行政法研究41号(2021年)66頁以下。

ることができなくなってしまう。残余の部分に関する論点は、「即時執行」説が残した課題といえるであろう。

もう一つは、即時強制から取り出す「行政調査」には何が該当するかという点である。塩野説の言うところが、すべての「行政調査」に妥当するわけではない。

即時強制の定義から控除すべき「行政調査」に何が含まれるかを明確にする議論が必要である。いわゆる「行政調査」は多種多様であって、即時強制に含まれないものもあれば、即時強制に含まれるものもある。高木光はすでに1986年の論稿において「所得税法に基づく調査は即時強制ではないというべきである、という消極的な命題に止まる」「即時強制と行政調査という概念は相互排他的なものではなく、次元の異なるものと考えるのが自然」¹⁸⁾と指摘している。

立入検査にも様々ある。即時強制の定義から取り出すべきものとして念頭に置かれているのは税法上の立入検査であるが、たとえば危険を確知するために立ち入らなければ目的を達し得ない立入検査の場合、実力の行使ないし有形力の行使を伴う即時強制である必要がある。税法上の検査とそのような検査は、立入検査自体の性質が異なり、また、由来も異なる¹⁹⁾。危険を確知するために立ち入らなければならない検査が警察上の即時強制に由来するのに対して、戦前の行政法各論の分類によれば、税法上の立入検査は財政法における財政強制に由来する²⁰⁾。立入検査と即時強制の関係を論じる場合、そのようなかつての行政法各論の即時強制の存在、由来の違いに留意すべきである。

現代の行政法教科書に著された即時強制に関する理論的記述は極めて乏

18) 高木光「行政の実効性確保の手法——強制及び制裁の概念を手がかりとして——」神戶法学雑誌36巻2号（1986年）201頁。以下、高木・「行政の実効性確保の手法」という。

19) 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（二・完）」立命館法学396号（2021年）110頁以下、同・前掲注（17）53頁以下。

20) 須藤陽子「〔財政強制〕と強制徴収に関する一考察」立命館法学397号（2021年）35頁以下。

しい。行政法総論における即時強制の歴史の浅さや、用語法としての「即時強制」と「即時執行」の相違に留意すべきである。即時強制についてわずか1行しか記述のない教科書もある。総論の即時強制研究が乏しければ、本来的な即時強制である警察官職務執行法に基づく即時強制についても研究が滞る。総論も各論も含めて、行政法理論における即時強制という存在に、今一度目を向ける必要があるのではないだろうか。

2. 「即時強制」と行政上の強制執行の関係

昭和から平成の行政法教科書には「行政強制」、「行政上の義務履行確保」、「行政の実効性確保」という三つの表題がある。その相違点は、行政上の強制執行に対する即時強制の位置付け方にある。

田中二郎による昭和の「行政強制」論は、即時強制の定義「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」という箇所に表れているように、「義務」と関わりのないはずの即時強制を行政目的と関係づけて手段化傾向を強めている点に特徴がある²¹⁾。これに対して、塩野宏、藤田宙靖の行政法教科書に見られる平成の時代に普及した「行政上の義務履行確保」は、義務に関わらない即時強制を、行政上の強制執行から切り離して位置付けることを意味する。

塩野宏の「即時執行」説は、「行政上の義務履行確保」の表題の下に行政上の強制執行を位置付け、行政上の強制執行と「即時執行」を分離している。つまり、「即時執行」は行政目的達成と関係づけられてはいない。それは田中二郎の「行政強制」に比して、塩野宏の「即時執行」説におけるもう一つの注目すべき点であろう。行政行為という行為形式を重視するゆえであり、両者の相違は義務を課する行為が強制の事実行為に前置しているか否か、行政行為という法形式を介在させているか否かにある。それ

21) 田中二郎の即時強制の位置付けについて、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）「第3章「即時強制」の系譜」「第6章「行政強制」と比例原則」、同「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（2020年）52頁以下。

は「法律→行政行為→強制行為」という三段階構造モデルを行政の過程の基本的骨格であるとする藤田宙靖の行政法教科書において明確に示され、即時強制は「三段階構造モデルの例外」の制度として位置付けられている²²⁾。

他方、「行政の実効性確保」²³⁾は、「行政上の義務履行確保」とほとんど同時期に学界に登場した。平成・令和と、行政上の義務履行確保の仕組みが一層危機的な状況に陥っていくのに伴って、公表、課徴金、サービスの停止・拒否など新たに様々な工夫を用いた行政手法論（手段論ではなく）が展開され、次第に学界に普及し、現在に至っている。「行政強制」「行政上の義務履行確保」がドイツ法の影響を受けているのに対して、「行政の実効性確保」はアメリカ法に触発されたものであり、行為形式ではなく「機能的」な側面に着目したものであると指摘されている²⁴⁾。

「行政の実効性確保」の下で即時強制は手段ではないが、それを用いることは手法の一つである。手法論であるがゆえに、「行政の実効性確保」論は、行政上の強制執行と即時強制の関係、換言すれば、即時強制の位置付け方には関心を示さない。そして、機能しない行政上の強制執行に代え

22) 藤田宙靖『[新版] 行政法総論 上』（青林書院、2020年）。高木・「行政の実効性確保の手法」193頁は、1986年当時、「行政上の義務履行確保」が室井力編や原田尚彦の行政法教科書で採用されていること、「行政上の義務履行確保」というグルーピングは、「行政強制」というグルーピングと比較すると、「行政上の強制執行」と「即時強制」を区別し、前者と「行政罰」の共通性を強調するものである。」と指摘する。

23) 高木光は、第51回日本公法学会において「実効性確保」と題する学会報告を行い、「行政の実効性確保」という新しいグルーピングを提唱したが（高木光「実効性確保」公法研究49号（1987年）（以下、高木・「実効性確保」という）186頁以下）、「行政の実効性確保」という用語自体は、佐藤英善『行政法総論』（日本評論社、1984年）289頁以下が「行政の実効性確保手段」という章題を行政強制と行政罰を含めた意味で用いている。

24) 高木・「行政の実効性確保の手法」204頁以下参照。1980年代に「行政の実効性確保」を学界において主唱したのは高木光であるが、高木光『行政法』（有斐閣、2015年）には「行政強制」という項目があるため、高木光の考え方はその後改められたのではないと思われる。しかし、それは即時強制の手段化傾向を示していた田中二郎の「行政強制」論とは違い即時強制を手段化せず、ドイツ法の影響を受けた手段原則を示そうとする。

て即時強制を便利使用する傾向がある。

第3章 「即時強制」と行政官庁理論

1. 組織と権限の法定化

田中二郎が行政法総論へ即時強制をもたらしたとき、具体の例として、行政法総論と行政法各論警察法の両方に、警察官等²⁵⁾職務執行法(昭和23年法律第136号。題名改正昭和29年法律第163号警察官職務執行法)に基づく警察官の職務行為を挙げていた²⁶⁾。それは即時強制の例示としてであったが、田中二郎が行政法総論と行政法各論警察法教科書の両方に何の説明もなく警察官(等)職務執行法に基づく警察官の行為を位置付けたことによって、現代において本来の即時強制の姿が見えにくくなっていると思われる。

即時強制の本来の姿、本来の用法は、やはり警察機関の適用する即時強制である。日本国憲法下、警察機関の適用する即時強制は、明治憲法下とは大きく異なるものとなった。本来の即時強制のその変容、その違いというものに、戦後の行政法学界が注目することは少なかったのではないかと思われる。

明治憲法下の警察は、組織が法律で定められておらず、警察官の権限についても一般法が制定されていなかったが²⁷⁾、日本国憲法下に組織と権限

25) 市町村警察であった旧警察法の下、警察官等職務執行法は国家公務員たる警察官とそれ以外の警察吏員を併せて「警察官等」とするものであった。旧警察法全部改正により都道府県警察となったことに伴って警察吏員はなくなり、警察官に統一され、1954(昭和29)年に題名が警察官職務執行法に改められた。

26) 「行政上の即時強制」について、田中二郎『行政法講義案 上巻 行政法総論』(有斐閣、1952年)207頁以下。「警察上の即時強制」について、田中二郎『行政法講義案 下巻 行政作用法』(有斐閣、1952年)53頁以下。

27) 明治憲法下に警察の責務、警察の目的は、1875(明治8)年太政官達第29号行政警察規則が定めた「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」に求められ、訓令という形式ではあっても、巡査が臣民に対して強制し得る職権の根拠と

が法律で定められることとなった。1947年、初めて警察の責務を明確化した組織法である警察法²⁸⁾が定められた。かつて行政警察の名の下にあらゆる行政の分野にわたって国民生活に関与し、干渉していた警察は、建築、衛生、労働、産業等の取締りについて、警察組織から一般行政組織へ権限が移されることとなった。GHQによる「警察国家」の解体ないし警察権の分散と呼ばれるものである。これによって警察機関は広義の警察から狭義の警察へ転化し、これを「アメリカ法の影響を受けて警察は行政官庁的なものから法執行部隊となったのだ」と当時の警察官僚宮崎清文はいう²⁹⁾。

権限法について、警察官の権限を定める法律がなかったことが行政執行法（明治33年法律第84号）を悪用するという結果につながったのだ、という見解が1946年12月23日警察制度審議会第一部会第二部会連合の審議に見られる³⁰⁾。戦後の警察制度について、警察組織と警察官の権限の法定化が特

↘解されていた。巡査の権限は、行政警察規則「第三章 邏卒勤方之事」に求められた。大部分がサービスの基準であるけれども、「外部人民ニ対スル作用」をも定めていた。それが第二条、第十条、第十五条、第十九条、第二十二條、第二十五条である。これらの条文は巡査の権限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。須藤・前掲書注（21）19頁以下。

28) 昭和22年法律第196号。いわゆる旧警察法。旧警察法は1954年に廃止され、現行警察法（昭和29年法律162号）が制定された。

29) 宮崎清文『警察官のための行政法講義』（立花書房、1960年）171頁以下参照。

30) 各界関係及び学識経験者のうち「警察先輩」の資格で審議に参加する「藤沼庄平委員」は、「第三に「警察官の保護検束や逮捕権の限界を明確にし」という項目でございますが、この点は委員会としても、従つて当局においても、その目的を達成するのに萬全の方策を講じていただきたいと思ひます。要するに警察がいろいろの非難を蒙つた原因の一つは、警察官に法規にもとづいた搜索権がないということが原因の一つであります。従つて行政執行法を悪用するというような結果になつたと思ひますのでありましてこの機会に、組織はいろいろに変へましても、地方警察官に正当に犯罪搜索に関する権限を與うことに、政府は勿論のこと努力していただきたいと思ひます。これは必ずしも警察官のためばかりでなく、治安の上からいつてもどうしてもこれは考えなければならぬ。すなわち警察制度が布かれて何十年の間、地方警察官に正当な権限が與えられておらなかつたということは、まことにこれは一方から言えば遺憾至極なことと考へるのでありまして、この項目を見ま

筆すべき点である。

2. 権限法と「執行機関」概念

警察官(等)職務執行法は、行政執行法1条～4条の即時強制に該当する部分を受け継いだものであるとされる³¹⁾。しかし規定の仕方を比較すれば、根本的な違いがあることがわかる。作用法の観点から警察官(等)職務執行法の特質を挙げるとするならば、第一に、法律が直接に警察官等(警察官と警察吏員)³²⁾に権限を付与した点である。

たとえば、行政執行法4条は「当該行政官庁ハ天災、事変ニ際シ又ハ勅令ノ規定アル場合ニ於テ危害予防若ハ衛生ノ為必要ト認ムルトキハ土地、物件ヲ使用、処分シ又ハ其ノ使用ヲ制限スルコトヲ得」(注：下線部強調は筆者による)という規定ぶりであった。

その変化を論じることが重要であるのは、行政執行法と警察官(等)職務執行法の条文比較で明らかになる。行政執行法は5条に置かれた強制執行の規定のみならず、即時強制の権限を規定する行政執行法1条から4条も権限行使の主体を、前述下線部のように「当該行政官庁ハ」と規定している。これに対して、1948年警察官(等)職務執行法1条は「この法律は、警察官及び警察吏員(以下警察官等という。)が警察法(昭和22年法律第196号)に規定する国民の生命、身体及財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な

、して非常に安心をいたしますが、これを法制化することに萬全の努力を拂つていただきたいという希望を申し述べておきます。」という(内務省警保局『昭和二十二年二月 警察制度審議会議事速記録』361頁)。

31) 国家地方警察本部総務部企画課編『警察官等職務執行法概説』(新警察社、1948年)16頁以下。行政執行法1条の保護検束、予防検束、仮領置、4条強制診断、強制治療等は、適当ではないという理由で警察官等職務執行法には規定されなかった。

32) 警察官等職務執行法は市町村警察制度をとった旧警察法に対応した権限法である。警察官は国家公務員の身分を有し、警察吏員は市町村警察に属していた。旧警察法が廃止されて現行警察法(昭和29年法律162号)となるに伴い、権限法も改正され、警察官職務執行法となった。

手続を定めることを目的とする。」と定め、2条から8条まですべて「警察官等は」（現行法では「警察官」と、法律が直接に警察官等に権限を付与している。即時強制の権限は個々の警察官に認められるものである。

警察官（等）職務執行法に基づく警察官の行為は、即時強制の典型である。行政上の強制執行制度がアメリカ法の影響を受けずに行政執行法5条を引き継いだのに対して³³⁾、即時強制はアメリカ法の影響を受けたということになるであろう。しかし残念ながら、警察が「行政官庁的な」ものから「法執行部隊」へ変わり、権限法で言えば、一般警察機関は「法律執行機関的性格を有するもの」となったというが、それが行政法理論において正しく受け止められただろうか。「法律執行機関」という言葉はアメリカから移入されたものであり、実定法上も学問上も一般的に使われる言葉ではなく、「実質的には、従来、学問上用いられた執行機関とほぼ同一の内容のもの」と解して差し支えないであろう³⁴⁾とされた。

アメリカ法的な「法律執行機関」と明治以来の行政官庁理論における執行機関概念との差異は、学説において、その差異が明らかにされることはなかった。両者は似ていることから、いつの間にか、わが国明治以来のドイツ法由来の行政官庁理論に溶け込んでいったようである。しかしながら、警察官（等）職務執行法という法律により直接に付与された権限を行使する警察官等は、明治憲法下の行政官庁理論における「執行機関」概念と本来区別されるべきものではないだろうか。

美濃部達吉は執行機関を「行政官庁ノ命ヲ承ケテ事実上国家意思ヲ執行スル機関ヲ謂フ。実力ヲ以テ人民ニ対スル強制力ヲ行フノ任ニ當ルコトニ於テ其ノ特色ヲ有ス。警察官吏、憲兵、収税官吏等其例ナリ。」³⁵⁾とする。行政官庁理論における執行機関は、行政官庁（行政庁）の意思を執行する

33) 須藤・前掲書注(21)「序章 問題の視角」「Ⅲ 行政執行法から行政代執行法へ」5頁以下。

34) 宮崎・前掲注(29) 206頁。

35) 美濃部達吉『行政法撮要』（有斐閣、1925年）121頁。

機関である。行政執行法の規定の仕方は、まさに行政官庁の命を承けてその意思の実現を図る執行機関の事実行為を規定するものである。実力を使用する機関という点において同じだが、警察官は警察官(等)職務執行法に基づき現場において自己の判断で職務を行い得る。明治憲法下においても、そして現代においても、警察官は行政官庁理論における執行機関の典型例として行政組織法の教科書で挙げられているが、明治憲法下の執行機関・警察官と現代の執行機関・警察官は似て非なるものではないだろうか。

おわりに

第3章で検討したのは警察官(等)職務執行法による警察官に対する権限付与であるが、戦後の立法者は、警察官以外にも、法律で現場職員に直接に権限を付与する方式を採用している。たとえば、漁業法128条³⁶⁾がある。3項は立入検査について「漁業監督官又は漁業監督吏員は、必要があると認めるときは」という規定の仕方をして、状況に即応した漁業監督官又は漁業監督吏員の判断権限を認め³⁷⁾、5項は指名により漁業監督官又は

36) 第128条 農林水産大臣又は都道府県知事は、所部の職員の中から漁業監督官又は漁業監督吏員を命じ、漁業に関する法令の励行に関する事務をつかさどらせる。

2 漁業監督官の資格について必要な事項は、政令で定める。

3 漁業監督官又は漁業監督吏員は、必要があると認めるときは、漁場、船舶、事業場、事務所、倉庫その他の場所に臨んでその状況若しくは帳簿書類その他の物件を検査し、又は関係者に対し質問をすることができる。

4 漁業監督官又は漁業監督吏員がその職務を行う場合には、その身分を証明する証票を携帯し、要求があるときはこれを提示しなければならない。

5 漁業監督官及び漁業監督吏員であつてその所属する官公署の長がその者の主たる勤務地を管轄する地方裁判所に対応する検察庁の検事正と協議をして指名したものは、漁業に関する罪に関し、刑事訴訟法(昭和23年法律第131号)の規定による司法警察員として職務を行う。

37) 193条は4号「第128条第3項の規定による漁業監督官又は漁業監督吏員の検査を拒み、妨げ、若しくは忌避し、又はその質問に対し答弁をせず、若しくは虚偽の陳述をした者」

漁業監督吏員が司法警察員となり得ることを定めている。他方、漁業法には176条³⁸⁾ 1項報告徴収等のように「農林水産大臣又は都道府県知事」が「必要があると認めるときは」「当該職員をして」「検査させることができる」という定め方をするものもある。

筆者は別稿において、128条3項に基づく立入検査が罰則による間接強制にとどまる行政調査ではなく即時強制の性質を有することを論じた³⁹⁾。学界には漁業法128条3項も176条1項も「行政調査」であるとする論者もいるであろう。しかし、学界において、法律が直接に現場職員に権限を付与することと、行政庁に権限を留保することの違いというもの十分に検証されているとは言い難い。即時強制論に、法律の規定の仕方、判断権限の所在という論点を加えるべきである。

ㄨに対して、6月以下の懲役又は30万円の罰金を科す旨の規定がある。

38) 第176条 農林水産大臣又は都道府県知事は、この法律又はこの法律に基づく命令に規定する事項を処理するために必要があると認めるときは、漁業に関して必要な報告を徴し、又は当該職員をして漁場、船舶、事業場若しくは事務所に臨んでその状況若しくは帳簿書類その他の物件を検査させることができる。

2 農林水産大臣又は都道府県知事は、この法律又はこの法律に基づく命令に規定する事項を処理するために必要があると認めるときは、当該職員をして他人の土地に立ち入って、測量し、検査し、又は測量若しくは検査の障害となる物を移転し、若しくは除去させることができる。

3 前二項の規定により当該職員がその職務を行う場合には、その身分を証明する証票を携帯し、要求があるときはこれを提示しなければならない。

39) 須藤・前掲注(17)59頁以下。