

警察法 2 条に基づく警察活動に関する一考察

須 藤 陽 子*

目 次

第1章 「警察行政法」論の試み

1. 警察活動における非権力的行為を問う意味
2. 制定法上の警察を論じる意味

第2章 警察法における行政警察と司法警察

1. 警察の責務としての「犯罪の捜査及び被疑者の逮捕」
2. 行政警察と司法警察の境界線は引けるか？

第3章 警察活動における「任意」と一般行政法理論

1. 室井論文の指摘から50年
2. 行政法学と刑事訴訟法学の接点 強制と任意
3. 一般行政法理論における統制法理の発達

おわりに 警察法 2 条に基づく警察活動の限界

第1章 「警察行政法」論の試み

1. 警察活動における非権力的行為を問う意味

行政法学界において、警察活動を取り上げる論考はあまりにも少ない。忸怩たる思いを筆者が抱いたのは、警察の情報収集活動について、司法警察作用ではなく行政警察作用の観点から論じようとする刑事訴訟法研究者の論考¹⁾に接したことによる。その論考は警察法 2 条をテーマとするものであるが、挙げられている憲法学の文献は新しく、他方、警察法 2 条に基づ

* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

1) 福井厚「警察の情報収集活動 ——ドイツ警察法を手掛かりとして——」日本法育学会『日本法育研究特別号』(2024年9月) 1頁以下。

く非権力的行為に関する行政法学の文献は非常に古く、1970年代の室井力のものであった。行政法学の文献として、1970年代の室井力の論考を挙げざるを得ないこと、文献がそれしかないことが問題なのである。

コロナ禍の2020年から2023年にかけて、筆者は強制に関する11本の論文を書き、『即時強制と現代行政法理論』(信山社、2024年)を出版した。その著書の最後に、強制に関する研究の原動力となったのは、コロナ禍の2020年7月20日、官房長官の記者会見をテレビで見たことであったと記した。その記者会見を見たことが強制に関する研究の契機となったのみならず、警察活動における非権力的行為の効果を考え始める契機となった。

記者会見翌日の新聞記事によれば「警察官が風俗営業法（風営法）に基づくキャバクラやホストクラブなどへの立ち入り調査に合わせて新型コロナウイルス感染症対策を徹底するよう店側に促すことについて、法律上の問題はない、との認識を示した。」²⁾ということであった。しかし、法律上の問題はない、という認識は誤りである。ある行政目的を達成するために、関連性のない他の法律の権限を使うことは行政権の濫用であって、違法である³⁾。警察活動の場合、権限の濫用は深刻な人権侵害を招くのであって、警察法2条2項は「いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならない。」と明文で戒めている。

行政法を学んだ者ならば、新聞記事を読み、行政権の濫用の禁止という大原則と行政権の濫用を違法とした2つの最高裁判決⁴⁾をまっさきに思い

2) 2020年7月21日朝日新聞記事より。

3) 美濃部達吉が明治時代にドイツ法から日本法にもたらした警察上の比例原則の原型は、警察権限を目的外に行使することを違法というためのものであった。警察強制を中心とする警察法理論において、行政裁判所への出訴が著しく限定されていた状況下では、警察官による警察権限の目的外行使を、学問上違法ということが何より重要であった。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84頁以下。

4) 最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁（国賠）、最判昭和53年6月16日刑集32巻4号605頁（刑事）。

浮かべるであろう。本稿が問題としたいのは、行政実務が「法律上の問題はない」という認識に至る理由である。警察実務の側に立てば、非権力的な行政指導をしているにすぎないから許容されると考えるのかもしれない。また、仮に違法であるとしても行政指導であるから処分性がなく、違法な行為であるとしても行政訴訟を提起して差止めることもできず、相手方にとて司法上の救済を得にくい。非権力的な行為は、非権力的であるがゆえに、そのメリットが相手方と警察実務側の双方にある。

本稿の検討の対象は非権力的行為の統制枠組みであり、警察機関の行う非権力的行為の限度に着目して論じる小論である。

2. 制定法上の警察を論じる意味

本稿でいう警察法とは、学問上の警察法理論を指すのではなく、現在の警察組織を定めた、実定法律の警察法（昭和29年法律第162号）を意味する。これを「制定法上の警察」ないし「実定法上の警察」といい⁵⁾、警察法2条1項はその責務として、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつてその責務とする。」と定めている。しかし行政法学では、警察法2条1項の「警察の責務」と合致しない、建築、衛生、労働、産業等の取締りを含む、より広い範囲を行政警察といい、学問上・理論上の問題として扱ってきた。いわゆる学問上の警察、理論上の警察法である。

実定法律の定める警察の責務の範囲と学問上・理論上の警察法理論の範囲が異なることによって、警察をめぐる問題は学問上扱い難く、論じ難い。本稿の狙いの一つは、現行法である警察法（いわゆる新警察法、昭和29年法162

5) 制定法上の警察について藤田宙靖「警察行政法学の課題」（警察政策1巻1号（1999年）初出）『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣、2005年）所収347頁以下、高木光「警察行政法の現代的位置づけ」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開上巻』（東京法令出版、2001年）163頁以下参照。

号)に基づく警察活動、「制定法上の警察」をめぐる議論を始めようとする点にある。かつて行政法学では行政法各論の成否が盛んに議論された時代があった。行政法各論は目的と手段に着目した議論であり、かつて行政法各論の中核に位置したのは警察法理論であった。行政法各論の存在意義は「共通の性質をもつ行政作用類型ごとに、それぞれの行政過程を整理、分析して、体系的に説明する」⁶⁾ことであるが、1970年代の塩野宏による個別法論は目的と手段の予定調和を否定し、1980年代の兼子仁による特殊法論は関係諸学問分野をも取り込み、行政法各論を否定する学説であった。

結論を言えば、学界において行政法各論という議論は衰退し、現在ではドイツ法に学んだ参照領域論を唱える論者が見られるようになった。参照領域論とは「行政法総論と個別行政分野との関係を相互学習過程と捉える」⁷⁾考え方である。本稿は、参照領域論の手法を借りて、警察法2条1項に基づく非権力的行為の特質を一般行政における非権力的行為との対比において明らかにしようとする小論であるが、行政法学界における警察法研究の進捗の度合いからすれば、参照領域論に依拠してすぐに行政法各論警察法に代わる新たな警察法理論構築とはならない⁸⁾。

室井論文から50年以上が経過し、一般行政法理論における非権力的な行為に関する法的統制は、理論的にも制度的にも大きな進歩があった。本稿の問題意識は、一般行政法理論における非権力的行為に関する統制と同様のことが警察活動にも妥当するか否かにあるが、論じる前提として、1993年(平成5年)に制定された行政手続法(平成5年法律第88号)が一般行政活

6) 小高剛『行政法各論』(有斐閣、1984年) 1頁。

7) 原田大樹『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会、2015年)「序章 行政法総論と参照領域理論」1頁。同3頁以下は、行政法各論と各論不要論、行政法各論と参照領域論との相違点が論じられている。高木光「警察行政法の現代的位置づけ」「警察行政の新たな展開」編集委員会編『警察行政の新たな展開 上巻』(東京法令、2001年)163頁以下は、参照領域論を探って警察行政法の必要性を述べた論稿であるとされる。同『行政法』(有斐閣、2015年)19頁参照。

8) 須藤陽子「警察強制の変容」行政法研究48号(2022年)57頁以下。

動と警職法に基づく警察官の警察活動では適用関係が異なることを踏まえなければならない。行政手続法 3 条 1 項 13 号が適用除外として「公衆衛生、環境保全、防疫、保安その他の公益に関わる事象が発生し又は発生する可能性のある現場において警察官若しくは海上保安官又はこれらの公益を確保するために行使すべき権限を法律上直接に与えられたその他の職員によってされる处分及び行政指導」（下線部筆者）を定めているからである。

手続的規律には行政手続法と行政手続条例によるものがあり、その適用関係は行政手続法 3 条 3 項により分かれる。行政手続法 3 条 3 項は地方公共団体のする処分と行政指導について「第 1 項各号及び前項各号に掲げるもののほか、地方公共団体の機関がする処分（その根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）及び行政指導、地方公共団体の機関に対する届出（前条第 7 号の通知の根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）並びに地方公共団体の機関が命令等を定める行為については、次章から第六章までの規定は、適用しない。」と定めている。地方公共団体の機関がする処分は、その根拠となる規定が条例又は規則に根拠がある場合には行政手続条例、その根拠となる規定が法律にある場合には行政手続法の適用となる。そして地方公共団体の機関がする行政指導は、行政手続条例による規律を受けることとなる。

警察機関が処分庁となって法律を執行する場合に行政手続法の適用はむろんあるが、執行機関として法律上直接に権限が与えられている「警察官」による処分および行政指導には、行政手続法の適用がない。つまり、警察官職務執行法に基づく警察官の行為には行政手続法の規律は及ばないが、組織規範である警察法 2 条のみを根拠とする非権力的な警察活動には行政手続条例による手続的規律が及び得ることとなる。行政手続法による手続的規律は、平成の時代にもたらされたわが国行政法理論における新たな統制方法であるが、現場における警察官職務執行法に基づく警察官による処分、行政指導については、一般行政法理論と同様に考えることはできず、別途、理論構築が必要である。

第2章 警察法における行政警察と司法警察

1. 警察の責務としての「犯罪の捜査及び被疑者の逮捕」

学問上の警察であっても制定法上の警察であっても、行政法学の議論の対象は行政警察であり、まずは行政警察と司法警察を観念的に区分するところから始まる。区分したうえで、行政法研究者は司法警察について論じないが、刑事訴訟法研究者はときに行政警察に属する事柄を取り扱う。警察法2条1項および警察官職務執行法に基づく警察官の行為が犯罪捜査の端緒になるからである。

美濃部達吉の警察法理論に即して言えば、大正期に司法警察という用語は用いられておらず⁹⁾、行政警察と司法警察という区分が登場するのは昭和に入ってからである。司法警察はドイツ法ではなくフランス法に学んだ概念であり、1940年に刊行された『日本行政法 下巻』には、行政警察と司法警察という区分が見られるようになる。司法警察とは「犯罪が行われたと認めらるる場合に、犯罪者を捜査し及びその證據を集むるが為にする作用」である。犯罪捜査は警察の責務ではなく、明治憲法下の刑事訴訟法(大正11年法律第75条)246条は「検事犯罪アリト思料スルトキハ犯人及證據ヲ捜査スヘシ」と定めていた。美濃部は司法警察を行政法上の觀念としての警察の分類として認めるものではなく、行政法の意義における警察は司法警察を含まず、行政警察のみであるという¹⁰⁾。

行政法の意義における警察に司法警察は含まれないという理解は、占領期、そして占領期以降の田中二郎の警察法理論でも同様である。明治憲法下の議論との大きな違いは、警察法(いわゆる旧警察法、昭和22年法律第196号。昭和29年全部改正)が警察の責務として犯罪の捜査と被疑者の逮捕を明文化

9) 美濃部達吉『行政法摘要 全』(有斐閣、1925年)45頁は、警察権の作用をその目的から保安警察、風俗警察、衛生警察、交通警察、産業警察という5つに分けている。

10) 美濃部達吉『日本行政法 下巻』(有斐閣、1940年)36頁以下参照。

し、警察法が行政警察と司法警察を区別していないことである。しかし田中二郎は、観念上は行政警察と司法警察を区別することができるといい、両者を区別する実益があるとする。「警察法の規定によって、司法警察が警察官及び警察吏員の本来の職務となったというだけであって、司法警察は、その職権の行使が、刑事訴訟法の規定に従ってなされる点等において他の警察と区別することができる」¹¹⁾とする。

田中二郎は、1960年の行政法教科書で行政警察と司法警察の逆転現象を指摘している。警察機関はかつて行政警察の機関であって副次的に司法警察の作用を営んでいたが、現行法の下では本来司法警察の機関となり、兼ねて保安警察、交通警察という限られた行政警察の機能を営むものになった、という。このような逆転の下で田中二郎が挙げる行政警察と司法警察を区別する実益は、司法警察が刑事訴訟法によって規律され、行政警察が行政法規によって規律されるとする点にある¹²⁾。

行政警察と司法警察に区分すること自体は否定されるものではない¹³⁾。しかし、筆者のような比例原則および行政上の強制措置の研究者の問題関心からすれば、田中二郎の言う意味での区別は、行政法理論にとって「実益」と呼び得るような良きことばかりをもたらすものではない。田中二郎のいう「実益」というものは、結局のところ、行政法学と刑事訴訟法学の学問的な守備範囲を画することにつながっていると思われるが、相互理解がならず、隣接する学問分野から説明困難な影響を受けることがある。行政警察と司法警察についていえば、後述するように、前提となる強制と任意に関する理解が、行政法学と刑事訴訟法学では大きく異なっている。

11) 田中二郎『行政法講義案 下巻 行政作用法』(有斐閣、1952年) 28頁。

12) 田中二郎『行政法 下巻』(青林書院、1960年) 282頁以下参照。

13) 磯部力「犯罪予防の法理——行政法の視点から」警察学論集60巻8号(2007年) 77頁は、行政警察と司法警察を区切る議論をすることの実務上の煩わしさを指摘しつつ、理論上は「犯罪が発生した後の、基本的に刑事訴訟法に規律された捜査以降の作用が、警察組織が行う作用の中でもある種の特別なプロセスとして取り扱われることは十分理由のあること」という。

2. 行政警察と司法警察の境界線は引けるか？

当該警察活動が予防的な行政警察活動であるのか、あるいは犯罪の捜査、逮捕を目的とする司法警察活動に属するのか、両者の線引きが国賠訴訟に現れたのが富山パトカー追跡事件である。

富山パトカー追跡事件の富山地裁判決は、司法警察権と行政警察権の2つの観点から警察官の職責を述べている。「警察法第二条に定める責務を有する警察官は、現行犯を現認した以上これを放置することは許されず、司法警察権に基づき、速かに犯人の検挙、場合によつては逮捕の職責を有し（警察法第二条、第六五条、刑事訴訟法第二一三条）、その職責遂行のため犯人を追跡しうることは当然のことであり、また、道路交通法違反の行為により交通事故発生のおそれがあり道路交通の安全と秩序が犯されている場合にあつては、行政警察権に基づき、速かに違反状態を摘除して道路交通の安全と秩序の回復を図るべく（警察法第二条、警察官職務執行法第一条、第二条）そのために違反車両を停止させ又は停止させるためこれを追跡しうることも多言を要しない。」¹⁴⁾ という。

これに対して、最高裁判決中には刑事訴訟法の条文が挙げられていない。「およそ警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断してなんらかの犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由のある者を停止させて質問し、また、現行犯人を現認した場合には速やかにその検挙又は逮捕に当たる職責を負うものであって（警察法二条、六五条、警察官職務執行法二条一項）」¹⁵⁾ といい、挙示された条文からすれば、パトカーによる追跡行為を行政警察に属すると解しているようであるが、「現行犯人を現認した場合には速やかにその検挙又は逮捕に当たる職責を負う」という箇所は、行政警察ではなく司法警察に該当する。最高裁が司法警察に関わる条文を挙げなかった理由は不明であるが、行政警察とも司法警察とも解し得る具体的な事例である。

パトカー追跡行為によって第三者に損害が生じた場合、第三者との関係

14) 富山地判昭和57年4月23日民集40巻1号187頁。

15) 最判昭和61年2月27日民集40巻1号124頁。

で当該追跡行為の国賠法上の違法が問われる。パトカー追跡行為が行政警察に属するのか、あるいは司法警察に属するのか、という論点は、国家賠償法1条の要件からすれば、過失論において警察官の職責というものをまず明らかにすることを意味する。田中二郎がいうように、行政警察は行政法規、司法警察は刑事訴訟法によって規律されるのだとすれば、行政活動の要件が法律で定められ、さらに内部法によって具体化されている行政警察活動は、司法警察活動よりも警察官の行為規範という点で明確である。過失の判断に際して依るべき行為規範を得るために、行政警察活動か司法警察活動かを明らかにすることは有益であろう。

第3章 警察活動における「任意」と一般行政法理論

1. 室井論文の指摘から50年

(1) 室井論文の主旨

古い論文であるが、警察法2条1項に基づく警察活動について現代でもなお引用されるのは、室井力による3本の小論である（以下、論稿発表順に、1970年「警備情報収集活動と法治主義」を①室井、1978年「警察権力行政の法的統制」を②室井、1980年「警察行政の民主的統制」を③室井という）¹⁶⁾。3つの小論のベースにあるのは、1970年代に名古屋市内の大学で起きた連続放火事件および窃盗事件において、その犯人が中部公安調査局および愛知県警の「協力者」として愛知県下の各大学に立ち入りつつ警備情報収集活動を行っていたことに関する問題意識である¹⁷⁾。室井論文によれば1972年に判決が出されているとあるが、残念ながら論文中に判決年月日の引用がなく、そし

16) ①室井力「5 警備情報収集活動と法治主義」『現代行政法の原理』（勁草書房、1973年）60頁以下（法学セミナー175号（1970年）初出）、②同「第六章 警察権力行政の法的統制」（有斐閣、1978年）80頁以下、③同「警察行政の民主的統制」法学セミナー増刊『総合特集シリーズ13 現代の警察』（日本評論社、1980年）51頁以下。以下、引用する際には①室井、②室井、③室井という。

17) ①室井60頁以下参照。

て現代の判例データベースにも当該事件は見当たらない。裁判例を検証できないことが残念でならないが、室井力の3つの小論は、50年の時を経ても失われない論点を含んでいる。

警察の答弁は、「一般的に将来に備えて公安の維持または犯罪の予防のため平素から行われている一般情報活動は、命令・強制による「権力行政」ではないところから、必ずしも具体的な法令の根拠を要さず、警察法2条1項の警察法に規定する警察組織の一般的責務規定でもって可能」¹⁸⁾ というものである。1972年に出された上記被告人に対する名古屋地裁判決においても、そのこと自体はほとんど疑われていないという。しかし、50年の時を経れば、非権力的行為の統制に関して一般行政法理論にも進歩がある。50年前とは異なった視点から上記言説に対する疑問や異議というものを明らかにし、警察法2条1項に基づく警察活動を見直したい。

(2) 事実行為

ここまで非権力的行為という用語を使用してきたが、それは非権力的事実行為の意味であって、法的効果の発生を予定しない行為形式である。事実行為は「法的効果の発生を目的としない行為をいい、物理的事実行為と精神的事実行為に区分される」¹⁹⁾。執行などの有形力の行使ないし実力の行使が前者に該当し、「勧告」や行政指導は後者に該当する。事実行為ないし事実上の行為という用語の使用法は、学問上、必ずしも定まったものではなく、事実行為は行政行為・行政処分、契約などの法律行為ないし法的行為に対置される概念である。行政行為・行政処分の法的性質が行政法体系書等において詳論されるのに対して、事実行為は特に説明されることがない。行政法理論が行政行為・行政処分を中心としているためである。

「権力的」「非権力的」という修飾語の他に、「侵害的」「非侵害的」や「規

18) ②室井83頁。

19) 興津征雄『行政法 I 行政法総論』(新世社、2023年) 319頁。

制的」「非規制的」が同様に用いられる。「侵害的」「規制的」が当該行為によって侵害される個人の財産や身体、あるいは、規制される権利・自由など、それらは行為と侵害法益との関係性を表現しているのに対して、「権力的」・「非権力的」という語は、必ずしも当該行為と侵害法益との関係を表現しているわけではない。権力的事実行為の典型例は、行政行為・行政処分の強制執行、裁判官の許可状のある行政調査、罰則のある行政調査、即時強制等である。

室井力の論考は、法的効果の発生を予定しない行為は個別法律の根拠を要しない、という前提であると思われるが、行政指導や公表は、いずれも個別法律に根拠のあるものと個別法律に根拠を有しないものの二通りある。非権力的行為であれば個別法律の根拠を要しないはずが、立法者があえて個別法律に根拠を置く制度とする意義を問うべきである。権力的事実行為に個別法律の根拠を要することは言うまでもないが、非権力的事実行為の中にも個別法律の根拠を有するものがある。個別法律の根拠規定の有無 자체が権力的・非権力的事実行為を分けるのではなく、罰則ないし実力の行使という「強制」の要素が権力的事実行為という概念のメルクマールとなっている。

2. 行政法学と刑事訴訟法学の接点 強制と任意

行政法学において、強制と任意という概念の内容、説明の仕方に確たるものはないが、一定の用法がある。行政法学における「強制手段」²⁰⁾は、法

20) 行政執行法（明治33年法律第84号）5条は「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」に、代執行、執行罰、直接強制の3つの手段を規定している。占領期にGHQは行政上の強制執行については特に干渉せず、行政執行法は廃止され行政代執行法（昭和23年法律第43号）が制定されたが、行政上の強制執行の基本的な考え方は行政執行法5条が踏襲された。須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）4頁以下。

令によって直接に課され²¹⁾、または法令に基づいて²²⁾行政行為・行政処分の形式で課される行政上の義務の履行に関わる。金銭債権と非金銭債権に関して、前者を行政上の強制徴収といい、後者を行政上の強制執行という。後者のために代執行、執行罰、直接強制という3つの強制手段がある。即時強制は、予め義務を賦課するものではないため、実力の行使を伴うものであっても「強制手段」ではない。また、「強制力」という表現は、直接的な実力の行使を意味するのみならず、刑罰等²³⁾の罰則規定を設けることによる間接強制を表現するにも用いられ、間接的、心理的な圧力をかけることによって義務の履行を促すことも意味する。すなわち「強制」力は相手方の意思を曲げるために用いられる。

21) 行政上の強制執行、即時強制は明治期にドイツ法の影響を受けているが、強制の仕組みについてドイツと日本では根本的な違いがある。プロイセン法以降、ドイツ法は行政行為によって行政上の義務を課すが、日本法は明治期の行政執行法も占領期の行政代執行法も、法令によって直接に義務を課す方法と法令に基づいて行政行為・行政処分によって義務を課すという2つの方式を規定している。広岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社、1961年)23頁以下、関根謙一『いわゆる警察上の即時強制について』『関根謙一警察法等論文集』(立花書房、2018年)所収3頁以下(初出、警察学論集17巻10号(1964年))、須藤陽子『即時強制と現代行政法理論』(信山社、2024年)17頁以下。

22) 行政代執行法2条は「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」という規定の仕方をしている。括弧内に注目すれば、条例は法律による委任を受けて制定されるものを意味し、独自条例を含まないはずである。しかし、現在では法律の委任によらない自主条例にも適用されている。この問題は占領期からすでに生じていた。地方公共団体が国に照会し、行政代執行法2条にいう条例は法律の個別的な委任に基づく条例のみでなく、地方自治法14条1項および2項の規定(現行法では1項および3項)に基づいて制定される条例を含む、という1951年(昭和26年)10月23日付け自治庁行政課長の福岡県議会事務局宛て回答がある。地方自治法は1947年(昭和22年)5月3日施行後すぐに幾度も法改正が行われ、条例制定権が漸次拡大していたのに対して、行政代執行法2条がそれに見合った制度になっていなかったのである。須藤陽子『行政法入門』(法律文化社、2022年)「第13章行政上の強制措置【行政法こぼれ話13-2】自主条例に行政代執行は適用できるか?」。

23) 過料は刑罰ではないから刑事訴訟法の適用がないが、現代の立法実務では、過料は刑罰と同様に間接的に「強制力」を有すると解され、行政罰として利用されている。現在の学説、立法実務には、過料と刑罰を使い分けたる考え方が見られない。須藤陽子『過料と不文の原則』(法律文化社、2018年)1頁以下。

明治憲法下、「公の権力に基づく国家意思はそれ自体執行力を本来具備している」という前提であったとされる。行政執行の一般法であった行政執行法が廃止されたことにより、戦後の行政法学説は、私人に行政上の義務を課す根拠規範と、行政上の義務を履行させるための行為に関する根拠規範は次元を異にすると解し、それぞれ別に法律の根拠を必要であるとする²⁴⁾。

他方、刑事訴訟法における強制手段は「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」²⁵⁾。強制手段を「個人の意思を制圧する」という意味に解するなど、行政法における強制の考え方とあまりに違う。原田大樹は「有形力の行使=物理的な力の行使は、侵害作用の最たるものであり、さらに刑事司法作用あるいは刑事責任が持つ重大な社会的意味からすれば、強制処分の概念が「個人の意思を制圧」するものに限定されているというような刑事訴訟法学の考え方は、行政法学にとって俄かには理解しがたい。」²⁶⁾という。強制手段が「個人の意思を制圧する」ものであるとしたら、それ以外の許容され得る任意手段というものが広くなり過ぎてしまう²⁷⁾。

行政法において「任意」が問題とされるのは、行政行為・行政処分以外の行為形式をとる場合である。行政手続法32条1項に行政指導の一般原則として「相手方の任意の協力」によるべきことが規定されているが、「任意」の説明は特にされていない。行政指導は、行政手続法2条「六 行政指導 行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助

24) 塩野宏『行政法I 行政法総論〔第六版補訂版〕』(有斐閣、2024年) 252頁参照。

25) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

26) 原田大樹「行政法学から見た強制処分法定主義」犯罪と刑罰29号(2020年) 98頁。

27) 大久保貴隆志「任意と強制の狭間——留め置きにおける「二分論」について——」広島法科大学院論集11号(2015年) 153頁以下参照。

言その他の行為であって处分に該当しないものをいう。」と定義される。行政指導は相手方に対する働きかけであって、「一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為」によって相手方の内面が形成されるが、強制、強要であってはならない。たとえば行政機関による寄付金の求めについて、「寄附金を割り当てて強制的に徴収する行為（これに相当する行為を含む）とは、国または地方公共団体がその権力関係または公権力をを利用して、強制的に寄附の意思表示を為さしめて、これを収納する行為」がこれに当たると判示した下級審裁判例²⁸⁾があるが、これに該当せず任意であれば贈与契約となる。最高裁は武蔵野市マンション事件判決において、指導要綱所定の教育負担金を納付しなければ水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、教育施設負担金の納付を求める行政指導を「事実上強制」²⁹⁾に該当するとして違法とした。

これに対して、刑事訴訟法における任意手段の根拠は「「目的を達するため必要な」を一般的・概括的に許容する」法197条1項本文であり、「警職法2条3項³⁰⁾の規制に抵触しない（刑訴法上の「強制処分」に至らない）という特殊な術語」³¹⁾であるという。

刑事訴訟法では強制処分法定主義³²⁾を中心に論じられているが、行政法学における国民の自由・権利の保護の考え方との隔たりが大きい。「刑事訴訟法における強制処分の概念が限定的に用いられていることから、行政法

28) 大阪地判昭和61年9月26日判時1240号92頁高槻市開発負担金事件。

29) 最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁武蔵野マンション事件。

30) 「3 前二項に規定する者は、刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない。」

31) 笹倉宏紀「103 警職法上の職務質問に伴う所持品検査」斎藤誠・山本隆司編『行政判例百選I〔第8版〕』209頁。

32) 強制処分法定主義について、中川孝博「裸の強制処分法定主義——刑事訴訟法197条1項の解釈試論——」犯罪と刑罰29号（2020年）5頁以下。

からみれば「任意」の範疇には入らない任意検査も存在する³³⁾という指摘が見られる。近年、刑事訴訟法学において強制処分をめぐる議論に行政法理論の「法律の留保論」が参照されているが、それに関しておそらく行政法研究者と憲法研究者は同様の疑問を抱くと思われる。

行政法理論における「法律の留保」論は根拠規範の問題であり、いかなる行政活動に法律の根拠が必要か、という議論である。行政法学説を大まかに時系列で並べれば、侵害留保論、全部留保論、社会権留保論、権力留保論、本質性留保論の順である。これらの学説の中で、最も古い侵害留保論が行政実務において今なお通説的な地位を占めていることからすれば、刑事訴訟法における強制処分と法律の要否の関係を「法律の留保」論で説明する困難さが窺がわれるであろう。すなわち、5つの行政法学説の中で「どのような行政活動に法律の根拠が必要か」という問いに明確に答えられるのは侵害留保論と全部留保論であり、他の3説は侵害留保説と全部留保説の折衷的な説であることから、かかる問い合わせすぐに明確に答えることができない。たとえば、社会権留保説をとれば「日本国憲法において社会権とはどのようなものか」という議論をまずしなければならず、権力留保論では「権力的とはいかなることを意味するのか」に答えなければならない。本質性留保論はドイツ法に学んだ学説であるが、基本的人権という用語を用いる日本国憲法についてドイツ法と同様に「基本権」を措定し、ドイツ憲法裁判所判決を引用して、はたして日本国憲法上の権利・自由を論じたことになるであろうか。ドイツ法の議論を日本法に移し替えることをまずしなければならない³⁴⁾。

33) 原田・前掲注(26) 104頁。

34) 学界において、比較法研究は外国法研究の「紹介」にとどまり、日本法の議論に移し替えられていないものが散見される。東京高判平成21年1月29日判タ1295号193頁は、控訴人らがドイツ憲法裁判所判決の判断について我が国への妥当性等を主張したこともあるて、ドイツ憲法裁判所判決に言及しつつ警察法2条1項について判示している。「ドイツ憲法裁判決は、そのような公権力の行使は法律の定めに基づくことを要すると理解されると、我が国においては、警察は、警察法2条1項の規定により、強制力を伴わない限り

そもそも、強制の処分に関する刑事訴訟法学の通説的な理解は「重要な権利利益に対する実質的な侵害ないし制約」を伴う処分をいうとされるが³⁵⁾、「重要な」権利利益か否かを区分する基準を立てることがはたして可能だろうか。重要でない権利利益ならば法律なくして侵害が許容されるという発想は、行政法研究者にはない。また、「実質的な」侵害ないし制約をいう場合、「実質的」とはどのような態様を指しているのかと、行政法研究者は困惑するばかりである。原田は、「権利・自由の保護という側面から強制処分法定主義を説明することは、少なくとも行政法学の視点あるいは感覚からは困難を覚える点が多い。もし、強制処分法定主義が、捜査対象者の権利や自由を保護する機能を本当に重視しているのであれば、強制処分の概念を少なくとも行政法学における「侵害」概念と同程度かそれ以上に広げなければならないようと思われる。」という³⁶⁾。

刑事訴訟法学における「強制」の理解について行政法研究者が最も違和を覚えるのは、警職法2条1項に基づく職務質問に付隨する所持品検査に関する最高裁の判示である。警察官の行為は職務質問に付隨する所持品検査において許容された限度を超えた行為であるとしつつ、証拠能力を肯定した最高裁判例が存在する。最高裁は、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたりない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との權衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度に

犯罪捜査にも必要な諸活動を行うことが許されていると解されるのであり、上記のような態様で公道上において何人でも確認し得る車両データを収集し、これを利用することは、適法に行い得るというべきである（最高裁昭和55年9月22日第三小法廷決定・刑集34巻5号272頁等参照）。』と述べている。

- 35) 緑大輔『刑事捜査法の研究』（日本評論社、2022年）3頁以下、笹倉宏紀「強制・任意・プライバシー——「主觀法モデル」でどこまで行けるか」酒巻匡・大澤裕・川出敏裕編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）256頁以下参照。
- 36) 原田・前掲注（26）105頁。山田哲史「法律の留保原則と強制処分法定主義——憲法学の観点から」犯罪と刑罰29号（2020年）84頁は「1 公法学からの疑問」という見出しの下に論を進めている。

おいて許容される場合があるとした³⁷⁾。

筆者が抱く疑問というのは、かかる警職法2条1項に基づく警察官の行為を、刑事訴訟ではなく国賠訴訟で争うならば裁判所の評価は変わり得るか、というものである。刑事訴訟法における「強制」の理解はあまりに狭く、「任意」はあまりに広い。警察官の行為は警職法という権限法に反し限度を超えていながらも証拠として認めるという裁判所の判示は、刑事訴訟における証拠能力の問題であって、これが公権力の行使について「過失」と「違法」の有無を判断する国賠訴訟ならば、警職法に基づく警察官の行為に対する評価の仕方は自ずと異なると思われる。

3. 一般行政法理論における統制法理の発達

(1) 個別法律に根拠のある非権力的事実行為の影響力

非権力的事実行為には、個別法律に根拠の有るものとこれを欠くものの二通りある。法律の根拠を要しないはずの非権力的事実行為であるのに、なぜ個別法律でもって非権力的事実行為を規定するのか。この問い合わせることは難しい。なぜなら非権力的事実行為の有り様について立法者にビジョンがあるわけではなく、行政法学説は法律の要否によって成し得ることの違いを示すにすぎないからである。非権力的事実行為を法律で定めることの目的は強制力を持たせることではないにせよ、法律で規定する利点は多くある。

非権力的事実行為を法律で規定するのは、非権力的事実行為を単体で機能させるのではない場合、法律に根拠を有する仕組みに意味があるとされる。藤田宙靖は、医療法30条の7の規定に基づき都道府県知事が病院を開設しようとする者に対して行う勧告を抗告訴訟で争うことを認めた最高裁判決の補足意見において、三段階モデルではないメカニズムについて述べている。「行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為

37) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

が、普遍的かつ恒常に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている」³⁸⁾ という。

このようなメカニズムに組み込まれた非権力的事実行為は、法定化によって非権力的事実行為でありながらその事実上の影響力が甚だしい。そして、そのように法定化された非権力的事実行為は、ときに法的救済を要する「損害」を生じさせる。非権力的事実行為の法外的な影響力には程度の差があり、法的効果の発生を目的としていなくても、事実上の影響力を無視し得ない場合がある。救済の途を開くにあたり、非権力的事実行為が法定化されているか否かによって決せられる。50年前と違って、現代では行為単体のみの法的評価で「救済」の要否が決せられるわけではない。

法律に基づく非権力的事実行為である場合、その行為自体は非権力的であったとしても、それがなされたことをもって相手方の社会的評価が損なわれることがある。その重大さに鑑みて、2014年（平成26年）法改正により行政指導の中止を求めることが可能とする行政手続法36条の2が挿入された。それは「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」について、行政指導の相手方が、「当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと思料するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる。」とするものである。このような規定が設けられたのは救済の必要性が認識されたゆえであるが、本来であれば事後手続において救済されるべきところ、行政不服審査法が「処分」に関する救済となっているため、事前手続に関する行政手続法に「事前救済」の規定が置かれることとなった³⁹⁾。

38) 最判平成17年10月25日判決集民第218号91頁。

39) 大橋洋一『行政法 I 第5版』（有斐閣、2023年）313頁参照。

(2) 個別法律に根拠のない非権力的事実行為の利点

非権力的事実行為について個別法律に根拠を置く利点がある一方で、個別の法律に根拠を求めないことによる利点もある。法律に定められた非権力的事実行為は、法律の定めた要件を満たすことを要するが、法律に根拠のない非権力的事実行為にはそれがない。また、機動性に優れている。たとえば、公表という事実行為について、東京高裁平成15年5月21日O-157事件判決は、個別の法律に明示の規定がない中で調査の中間報告を公表したことを適法とした著名な判決である。裁判所は国賠請求を認容しつつ、厚生大臣が調査報告の中間報告公表を決定したことを「食品製造業者の利益よりも消費者の利益を重視して講じられた厚生省の初めての措置として歴史的意義を有」と評価した。

非権力的事実行為の根拠を法律に置くべきか否かは立法実務の問題であるが、他方、個別の法律に根拠を求めることのできない非権力的事実行為の行使は、行政実務の問題であり、イレギュラーな事態に臨機応変に対応するための手法である。重大な社会問題に対して法律が最初から整備されていることはないからである。

(3) 小括

本章の検討を通じて、筆者は今後の研究のために幾つかの問題提起をしたい。室井力が強く批判しているのは「伝統的警察概念の権力行為中心主義が、現実には予想外の危険な警察活動の法理に利用されている」「権力行政であるが故に、具体的な作用法的根拠を要し、非権力行政であるが故に、具体的な作用法的根拠を要しないというごとき」法治主義の形式的把握である。法治主義を形式的に把握することによって、行政上の不服申立て、行政訴訟の提起を回避し得る非権力的事実行為を都合よく使っていないだろうか。

また、学説・判例は概して、非権力的だから任意である、と言いがちである。しかし、そこでいう「任意」とは行政法の任意か、あるいは刑事訴

訴訟の任意であろうか。相手方への警察機関による「非権力的」な行為は、行政法と刑事訴訟法で「任意」の意味合いが異なることから、一般行政機関による非権力的行為よりも相手方に及ぼす影響力の度合いが強くなり得るのではないだろうか。

筆者の関心は主として警察法2条1項に基づく警察機関による非権力的行為にあるが、裁判例を見れば、警察法2条1項に基づくとして適法とされた行為は単発的なものではなく、自動車一斉検問⁴⁰⁾のようにそのまま立法化が図られず、制度として運営されているものが散見される。組織規範である警察法2条1項を非権力的行為の根拠と成し得るか、という問題と、立法化せずに継続化・制度化して運用する根拠を変わらず警察法2条1項に求めることの是非は、別に論じ得るのではないだろうか。

おわりに 警察法2条に基づく警察活動の限界

組織規範である警察法2条1項を根拠規範と解し得ることを判示した最決昭和55年9月22日刑集34巻5号272頁（以下、昭和55年最高裁決定という）は自動車一斉検問の事例であるが、裁判所は警察法2条に関して他の雑多な行為についてもこの最高裁決定を引用している。問題となるのは、いかなる場合に組織規範である警察法2条1項を適用し得るかという点と、その限界に関する点である。

注(34)で挙げた東京高判平成21年1月29日判タ1295号193頁は、Nシステムに関する裁判例であり、裁判所は「警察は、警察法二条一項の規定により、強制力を伴わない限り犯罪捜査にも必要な諸活動を行うことが許されていると解される」と述べている。これは昭和55年最高裁決定が「警察法二条一項が「交通の取締」を警察の責務として定めていること」に照らして「交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動」を認め

40) 今村哲也『自動車検問の行政警察法』（信山社、2022年）参照。

たことに倣つたものである。つまり、警察法2条1項が明示で掲げている責務があれば、それに関連する諸警察活動を必要なものとして認める、という考え方をとっていると思われる。

次に、国賠訴訟である令和4年の下記札幌地裁判決は、警察法2条1項に基づく警察活動の限界を示している。昭和55年最高裁決定は「それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なものと解すべき」と述べているが、自由を不当に制約する方法、態様について言及しておらず、「任意」の限界は明らかでなかった。昭和55年最高裁決定は刑集に収録されているが、ここでいう「任意の協力」とは刑事訴訟法学における「任意」の意味であろうか。刑事訴訟法学における「任意」であるならば「自由を不当に制約することにならない方法、態様」というものが狭く解されることに繋がらないか、という疑問を筆者は抱いていた。

札幌地判令和4年3月25日判タ1504号130頁はヤジ訴訟と呼ばれ、自民党総裁の遊説に際して「増税反対」と声をあげた原告の一人（以下、Xという）に対する警察法2条1項に基づく追従行為を違法である判断した。従前、警察法2条1項に基づく追従行為は適法とされてきたのであるが、ヤジ訴訟の事案は原告女性Xが警察官らに肩や腕をつかまれて移動させられ、その後、複数の警察官らがずっと追従し続けた（約1.9km、40～50分）というものであった。被告北海道は、警察官らの追従行為は、犯罪を予防するという目的で、警職法2条1項に基づき、Xを説得するために、警察法2条の責務を達成するために必要かつ相当な程度で行われたものであるから、適法に行われた職務行為であったと主張した。しかし、裁判所は、説得するために必要であったとの主張はその前提を欠き、追従行為の態様等に照らせば、「警察官らの追従行為は、もはや警察法2条1項の趣旨から認められる必要かつ相当な手段を超えていたものといわざるを得ない」（下線部筆者）として、国賠法1条1項の適用上、違法であるとした。裁判所は、そもそも追従する必要を認めていない。

警察官の行為は限度を超え、「必要かつ相当な手段を超えていた」という表現は、比例原則違反を示している。しかし、比例原則の研究者としての筆者の関心からすれば、警察法2条1項の警察活動に対してこのような比例原則の内容を示すことがはたして妥当か、という問題意識がある。権限法である警職法2条2項が「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきもの」と規定しているからである。

組織規範である警察法2条1項に基づく警察活動に妥当する比例原則の内容は如何にあるべきか。それが権限法である警職法2条2項に明文化された比例原則とどのような関係にあるかを、次の機会に、日本法における比例原則の観点から論じることとする。