

警察政策学会資料 第142号
令和7（2025）年11月

即時強制と警察

警察政策学会
管理運用研究部会

まえがき

本資料は、令和7年8月28日に開催された警察政策学会フォーラムでの立命館大学法学部須藤陽子教授による「現代における即時強制の諸相—警察活動なども視野に」と題する御講演を中心とした記録である。

須藤教授は、東京都立大学大学院博士課程を修了後、大分大学、日本社会事業大学で教鞭を執られた後、現職を務められている。

御著書としては2010年に『比例原則の現代的意義と機能』、2014年に『行政強制と行政調査』、2018年に『過料と不文の原則』、2024年には『即時強制と現代行政法理論』を出版されている。

須藤教授は、行政上の強制として、①行政上の強制執行（代執行、執行罰、直接強制）、②即時強制があるとされている。ところが、学界においては、即時強制総論の議論が少ないだけでなく、各論についても「警職法の世界」としてほとんど議論されていないという問題意識をもっておられる。

なお、警職法については、実務においても、警備警察や覚醒剤取締の領域で必要に迫られ議論されてきただけで、全体的な議論はほとんどなされていないという実情がある。

そこで、フォーラムでは、警察活動を視野に、現代における即時強制の諸相について講演をいただき、その後、荻野徹教授をコーディネーターとして討論を実施した。

令和7年11月

松尾 庄一

目 次

基調講演 立命館大学法学部教授 須藤陽子	1
討 論 立命館大学法学部教授 須藤陽子	
管理運用研究部会幹事 松尾庄一 (司会)	
京都大学客員教授 萩野 徹 (コーディネーター)	
[指定発言者]	
日本大学危機管理学部教授 古谷洋一	20
開会挨拶に代えて 管理運用研究部会幹事 松尾庄一	28
閉会挨拶 管理運用研究部会長 野田 健	30
【巻末資料】警察官職務執行法	31

〈基調講演〉

現代における即時強制の諸相－警察活動なども視野に

立命館大学法学部教授 須藤陽子

| コロナ禍を振り返って

1. コロナ禍の警察活動の法的根拠とは？

初めまして立命館大学の須藤です。今日はお招きいただきましてありがとうございます。

先ほど御案内いただきましたように、2024年3月に『即時強制と現代行政法理論』という本を刊行いたしました。それはコロナ禍の4年間に書いた11本の強制に関する論文をまとめたものです。コロナ禍に強制の研究を全うしようと強く思ったのです。その強く思ったきっかけというの、官房長官の記者会見をニュースで見たことです（レジュメ1参照）。

〈レジュメ1 官房長官記者会見〉

2020年7月21日 朝日新聞

菅氏、法律上問題視せず 風営法による警察の感染症対策呼びかけ 新型コロナ

菅義偉官房長官は20日の記者会見で、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。

記者会見で「法律上の問題はないのか」と問われ、「ご指摘は当たらない」と反論した。

何を調査するのか聞かれた際には、風営法で営業所ごとに「従業者名簿」を備えることが義務づけられ、徹底すれば、感染者が出た場合にすみやかに連絡が取れる、と例示した。

調査について「各都道府県警の判断」「対象となる地域や店舗について予断を持って答えることは控える」としつつも、「（風営法など）各法令の義務の徹底を図り、あわせて新型コロナウイルス感染症対策の徹底を呼びかけることによって、さらに感染拡大防止を図ることができる」と必要性を強調した。

菅氏は19日のフジテレビの報道番組で、調査の対象として、キャバクラやホストクラブを挙げたうえで、「警察官が足を踏み入れることも厳しくやりながら、（感染の）根源をひとつひとつ潰していく」と語っていた。

警察関係の方を前にしてこんなことを申し上げるのは恐縮なのですが、私にとっては非常に衝撃的な記者会見でした。風営法の権限を目的外に行使することをテレビで言い、それを法律上問題はないのだと言っているのを聞いて、それはあり得ないと思ったからです。それは私だけがそう思うのか、それとも他の行政法研究者もそう思うのか、あるいは警察関係の方がどういうふうに思ったのかということを問い合わせてみたいと思いました。著書の中で最後のほうに強く、それはおかしいと書きましたが、なぜおかしいのかという理由を本には実は書いていません。

今日お話をさせていただくところですが、行政目的を達成するために他の法律の権限を使うというのは、一般行政でも見られることです。それは褒められたことではなくて、違法だと言えます。裁判沙汰になれば争われますが、めったに裁判になりません。そういうふうな運用がなされているとしても、それはやってはいけないことだということは、一般的に言えることです。一般行政でも、行政権の濫用が許されないとして、それを警察がやるのかと私は思ったわけです。一般行政でも法律上の問題はないと言い切れるようなことではないのに、警察機関が堂々と目的外の権限を行使すると言って許容されていいはずがないと、強制の問題を論文に書き始めようと思いました。

目的外に権限を行使することは行政権の濫用であるということは、有名な余目ソープランド事件¹で、国賠法でも刑事事件でも、どちらでもそれは行政権の濫用だ、それは許されないということが言われています。警察行政について、私は比例原則の研究者ですので、比例原則の観点から、それはやはり許されないのだということを言おうと思って書いています。明治時代に日本に入ってきた比例原則のそもそもの姿は、警察権の濫用を戒める、警察権の権限を濫りに使ってはいけない、目的外に使ってはいけないということであって、日本行政法における比例原則の原点というのは、目的外の権限行使を違法とする美濃部達吉の考え方が明治期に示されたものです²。

ですから、それは今の比例原則の姿とはかなり違ってはいますが、最初に比例原則がもたらされた意味が、今なに崩しにされるとコロナ禍に思いました。比例原則の研究者としても、これはやってはいけないことだということを言い続けようと思った次第です。

なぜ風営法の権限を使ってもいいと思ったかといえば、非権力的な行政活動だからそれは別に問題にならないだろうとお考えになったのだろうと思います。私は、だったら、どうして警察法2条を使わないのだろうと思いました。公共の安全と秩序という概念を掲げている警察法2条を使わずに風営法を使う、風営法を非権力的に使うというのは、私とは発想が違うと思いました。考えてみると、公共の安全と秩序という概念自体を研究する人間がいない、戦後、概念を深めることがないままにこれまで来たんだなということが分かりました。

2. 直接強制と即時強制 その違いを、果たして高校生、大学生は理解できるだろうか？

(1) らい予防法の即時強制

お話を移りますが、コロナ禍の4年間に私が書いた11本の論文は、行政法研究者しか買わない紙媒体の行政法研究という雑誌に載せたものもありますが、立命館法学に掲載してネットで読めるようにしたものもあります。今、ネットの反響というのはとても大きくて、私の一番熱心な読者は農林水産省の官僚の方です。一度もお目にかかったことがないのですが、本当によく私の論

¹ 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）

² 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。

文を読んでくださっています。びっくりするぐらい熱心に読んでくださるのです。ネットを通じて行政実務の方が論文を読んでくださるというのは、とてもありがたいことです。行政法研究者の論文を実務家が読んでくださるようになったというのは、時代が変わったと、私の恩師の一人である磯部力先生もおっしゃっています。行政法研究者の論文が実務家に読まれなかつたのは、平成の時代も昭和の時代もそうであったと思うのですが、比較法研究を使うと実務の方は読んでくださらない、ということがあります。

私には珍しい読者がもう一人いて、東京の女子高校生から、大学の広報課を通じて即時強制についてオンラインで教えてほしいという申込みがありました。それは個人的な依頼で、その女子高校生の方はハンセン病の問題を勉強していて、それでコロナ禍の強制の問題にも関心を持つようになつたということでした。私の「再考 行政法における強制措置に関する理論的基盤」というネットに上がつた論文を一生懸命読んでくれたようです。それで即時強制のお話をしてほしい、ということでした。

けれども、その高校生が関心を持つたらい予防法という法律と感染症予防法 19 条はどこが違うのか、強制的に入院させるという仕組みであつても、どこが違うのかということを、その女子高校生に説明してあげれば良かったのですが、これがとても難しい。

らい予防法 6 条 3 項は直接強制と即時強制の 2 種類を規定していました。原則は直接強制、例外として即時強制です。入所しなさいという命令を課した上で身体に実力を行使する直接強制と、その直接強制の手続をとる時間的なゆとりがないとき、要するに命令を発出することができないときに即時強制をするのだということが、らい予防法から読み取れます（レジュメ 2 参照）。

〈レジュメ 2 らい予防法〉

らい予防法（昭和 28 年法律第 214 号、廃止平成 8 年法律第 28 号）

（国立療養所への入所）

第 6 条 都道府県知事は、らいを伝染させるおそれがある患者について、らい予防上必要があると認めるときは、当該患者又はその保護者に対し、国が設置するらい療養所（以下「国立療養所」という。）に入所し、又は入所させるように勧奨することができる。

2 都道府県知事は、前項の勧奨を受けた者がその勧奨に応じないときは、患者又はその保護者に対し、期限を定めて、国立療養所に入所し、又は入所させることを命ずることができる。

3 都道府県知事は、前項の命令を受けた者がその命令に従わないとき、又は公衆衛生上らい療養所に入所させることが必要であると認める患者について、第二項の手続をとるいとまがないときは、その患者を国立療養所に入所させることができる。

4 第一項の勧奨は、前条に規定する医師が当該患者を診察した結果、その者がらいを伝染させるおそれがあると診断した場合でなければ、行うことができない。

（2）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 114 号）

日本の伝染病予防法と云うのは、基本的にこの仕組みで來ているはずですが、それがなぜか、

平成 10 年の感染症予防法制定時にこの仕組みはとられませんでした。なぜこの仕組みがとられなかったのかを高校生に説明することは、もう至難の技なのです（レジュメ 3 参照）。

〈レジュメ 3 感染症予防法〉

感染症予防法（平成 10 年法律第 114 号）

（入院）

第 19 条 都道府県知事は、一類感染症のまん延を防止するため必要があると認めるときは、当該感染症の患者に対し特定感染症指定医療機関若しくは第一種感染症指定医療機関に入院し、又はその保護者に対し当該患者を入院させるべきことを勧告することができる。ただし、緊急その他やむを得ない理由があるときは、特定感染症指定医療機関若しくは第一種感染症指定医療機関以外の病院若しくは診療所であって当該都道府県知事が適当と認めるものに入院し、又は当該患者を入院させるべきことを勧告することができる。

2 都道府県知事は、前項の規定による勧告をする場合には、当該勧告に係る患者又はその保護者に対し適切な説明を行い、その理解を得るよう努めなければならない。

3 都道府県知事は、第 1 項の規定による勧告を受けた者が当該勧告に従わないときは、当該勧告に係る患者を特定感染症指定医療機関又は第一種感染症指定医療機関（同項ただし書の規定による勧告に従わないときは、特定感染症指定医療機関若しくは第一種感染症指定医療機関以外の病院又は診療所であって当該都道府県知事が適当と認めるもの）に入院させることができる。

直接強制とは何ぞや、というところから説明しないと即時強制の理解はできません。向学心に燃えて大学にまで申込みをしてくる熱心な高校生に申し訳なかったのですけれど、広報課に「丁重に断ってください」とお願いして断りました。いや、この高校生だけではなくて、行政法の授業で大学生にこの強制の仕組みを説明することも実はすごく難しい。この感染症予防法 19 条に、なぜこのような仕組みが用いられたのか、というのを説明して納得してもらうことがすごく難しい。

高校生に教えることも大学生に教えることも即時強制に関して難しいのは、教材の問題でもあります。今出版されている行政法の教科書で、即時強制について詳しく書いてある教科書は、全くありません。教えるのも苦労するぐらい教科書に即時強制に関する記述がない、というのが実はあります。私は自分で『行政本入門』という教科書を書いたので、私の教科書は即時強制に関する記述は結構多いのですが、授業で私の教科書だけを使うわけではなく、学生たちには私の教科書以外も使ってもいいと言っているので、私の教科書以外だと、一行もない教科書、あるいは一行しか即時強制がない教科書ということがあります。

それが非常によく売れている教科書だったりすると、その教科書を使用することによって学生が即時強制を勉強する機会が狭められることになります。なぜ教科書に即時強制の説明が一行しか記述がないような状態になってしまったのか。非常に言いづらいのですが、即時強制という概念は平成の時代に学問的に行き詰まりを迎えたからだと私は思います。

こういうふうなことを論文ではとても書けないので、今日、野口貴公美先生がいらしています

が、こんな行き詰まりを迎えた原因というのを、行政法研究者は何となく皆知っていますが、口に出して言うことがありません。即時強制の研究がなぜ行き詰ったのかという点を、御説明しようと思うのです。

皆様方が行政法を履修なさったのは昭和の時代なのか平成の時代かで、即時強制に関する理解は、実はかなり違います。即時強制について田中二郎先生の教科書で習うことと、塩野宏先生の教科書で習うことというのは、全く違うものです。実は私は、大学の授業で即時強制を習った記憶がありません。田中二郎先生の教科書を読んでいましたが、授業で即時強制のことを習った記憶がありません。普通の授業だと即時強制は一番最後のほうに出てくるので、たとえば行政裁量で時間を取ってしまったりすると、即時強制にはたどり着けないような事態になることがあります。昭和の時代に行政法を習って、即時強制まで授業が行き着かなかつたという方は結構いらっしゃると思いますが、昭和、平成、そして現在の令和の時代に、行政法の授業で即時強制に関する教え方はかなり違います。

教科書が違うと言ってしまえばそれまでですが、平成の時代に厄介だったのは、即時強制ではなく、塩野先生が提唱した即時執行という用語を使って説明する先生方が結構いて、それが即時強制と即時執行、どこが違うのかを教えないままに即時執行という用語を使うので、そうすると、学生は即時強制も塩野説も理解できない、というような状況でした。

現在は、即時強制という用語を徹底する先生もいれば、即時執行を使う先生もいるし、即時強制（即時執行）と書く先生もいる、非常に分かりにくい現状にあります。

今日は「警職法の即時強制というものを中心にして」というふうに御依頼いただきましたが、警職法の即時強制の研究というのは行政法学界にありません。今回改めて調べてみて、びっくりしました。本当にありません。

即時強制の研究を比較的最近、行政法学者がやるようになりましたが、警職法の即時強制に関する研究がないという現状で、なぜ警職法上の即時強制というのが研究されにくいのかということをお話したいと思います。

行政法学者による警職法の即時強制に関する研究はないとして、警職法以前の問題として、即時強制の研究もほぼありませんでした。平成の終わり頃に私が『行政強制と行政調査』という本で初めて即時強制に関する論文を本にまとめたのですが、それまで 1960 年代に出た廣岡隆先生という有名な先生の御本の中で即時強制が扱われて以来、即時強制に関する研究はほぼありませんでした。そういう時代が続いていました。

II 即時強制という概念と制度

1. 即時強制の研究が進まない原因

(1) 比較法研究の手法をとることが困難な理由

即時強制について、比較法研究が困難な理由からお話をいたします。基本的に即時強制について研究の進まない理由は二つあります。一つは、比較法研究という方法をとって研究することができないことです。できないというか、それがしつこい。それでもう一つが、占領期以降に

田中二郎先生が強引に即時強制を行政法総論に持ってきてしまったことです。「強引な「通説」化」とタイトルを付けましたけれどもその二つです。

即時強制は、先ほども申し上げたように、明治時代にドイツ法から入ってきた概念ですが、実は明治時代から現在に至るまで、ドイツ法と根本的に違う点があります。それは 1900 年（明治 33 年）に制定された行政執行法 5 条、これは 1948 年（昭和 23 年）に廃止された法律ですが、今も学問上頻繁に引用される条文です。行政執行法 5 条の規定の仕方にドイツ法との違いがあります。

即時強制とは何ぞや、とは、基本的には行政上の強制執行というものが明確になって初めて、それとの違いとして即時強制というものが語られます。けれども、行政上の義務の不履行を強制する行政上の強制執行の手段とどう区別するかという点で、ドイツ法と日本法では決定的に違います³。

現在の行政代執行法もそうですが、行政執行法 5 条も行政代執行法 2 条も法令が直接に義務を課すことを認めています。法令が直接義務を課すという方法と、行政行為・行政処分によって義務を課すという 2 種類が、明治時代から日本法にはあります（レジュメ 4 参照）。

〈レジュメ 4 行政執行法・行政代執行法〉

行政執行法（明治 33 年法律第 84 号、昭和 23 年 5 月 15 日廃止）

第 5 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 自ラ義務者ヲ為スヘキ行為ヲ為シ又ハ第三者ヲシテ之を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イテ第一号ノ処分ヲ為スハ此ノ限リニ在ラス

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

行政代執行法（昭和 23 年法律第 43 号）

第 2 条 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官庁により命ぜられた行為（他人が代つてなすことのできる行為に限る。）について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政官庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収することができる。

³ 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 卷 10 号（1964 年））、須藤陽子『即時強制と現代行政法理論』17 頁以下。

ところが、その概念を輸入したドイツでは法令によって直接に義務を課すという方式がない。義務を課すのは、行政行為⁴によって課すという方式であって、法令によって直接に義務を課すという方法をとません。行政行為によって義務を課します。そうすると行政行為によって課した義務を実現するものが行政上の強制執行となり、代執行、直接強制、あるいは執行罰という、行政上の強制執行の手段となります。これが明確です。

そういう行政行為というものによって義務を課す暇もないような場合、即時強制という実力の行使が許容される、という行政上の強制執行と即時強制の区別がドイツ法では明確ですが、日本法ではこれで区別できない。なぜなら、法令で直接に義務を課すことを認めているからです。日本法の場合、法令によって直接に義務を課し、その不履行を行政上の強制執行の対象とすることが可能となっているような条文の規定の仕方があるために、代執行・直接強制と即時強制との区別がつかない場合が出てきます。

例えば、直接強制と即時強制との区別がつきにくいことを指摘したのは、皆様方の先輩でいらっしゃる関根謙一さんの昔の論文にあります。関根謙一さんの「行政強制と制裁」という論文です。1995年に書かれた古いですが、行政法学者はこの論文を非常によく引用します⁵。直接強制と即時強制の区別のつきにくさを初めて指摘した論文ではないかと思います。私は関根謙一さんの御著書の書評を書かせていただきました。それからもう御一方、道路交通法の宮崎清文さんという戦前戦後に御活躍なさった有名な警察官僚の方がいらっしゃいますが、私はその方の御本も非常によく拝読する機会がありまして、その御二方の論考を読んでいくと、ある時点で、比較法研究というものに非常に腹立たしさを覚えているのではないかと思われる記述が出てきます。比較法研究をして何が得られるのだ、というようなことが論文の中に実際に出てきます。

この二人の警察官僚の方の腹立ちというのは非常にもつともで、即時強制の研究を進めいくと、行政上の強制執行と即時強制の区別ができなくなってしまう。その原因は、義務の課し方、義務の履行のさせ方が日本法とドイツ法では違うのに、それを区別せずに比較法研究してしまうからだ、という指摘が当たるのではないかと思います。書評を書いていて、比較法研究など役に立たないという実務の方の気持ちはすごくよく分かる、と共感を覚えました。比較法研究は、新しく法律を作るとき等には必ず必要ですが、即時強制の場合、解釈論であるとか、あるいは制度の問題点を考察しようとするときに、比較法研究というのは非常に不向きな手法だと思います。

義務を法令が直接に課すことを認める日本法の特質は、韓国法にも見られるそうです。要するに、戦前の行政執行法の影響を受けた法制下にあった国です。法令上の義務を直接に課す方法をも認めるため、即時強制と行政上の強制執行の区別がつきにくい。これが第一点、ドイツ法との比較法研究が意味をなさない理由です。

⁴ ドイツ法では「行政行為」は法令用語

⁵ 関根謙一「行政強制と制裁」『関根謙一警察法等論文集』所収 883 頁（初出ジュリスト 1073 号（1995 年））。

(2) 強引な「通説」化

二つ目、占領期以降の強引な「通説」化です。研究テーマを深めるときに物事を相対化して考える必要があるので、縦に相対化する場合は歴史研究、横に相対化する場合は比較法研究という、相対化するにはそうした手法を用いますが、即時強制については、先ほども申し上げたように、比較法研究の手法が不向きです。では、歴史研究の手法はどうかというと、歴史研究にも困難さがあります。

なぜなら、戦前に警察法の概念、仕組みであった即時強制を、戦後に田中二郎先生⁶が行政法総論に説明もなく持ってきてしまったからです。この強引さ、即時強制が行政法総論に昔からあったかのように「通説」化を図る意図が見えます。私の批判したい点というのをここに尽きます。理由を明らかにせずに警察法から行政法総論に持ってきてました。レジュメ5に 1950 年代の占領期の行政法総論における即時強制と、警察法の教科書に見られる即時強制の説明を両方載せましたが、ほとんど違いがないことが分かります。

〈レジュメ5 行政法講義案〉

【『行政法講義案 上巻 行政法総論』(有斐閣、1949年初版 1952年第3版) 194頁】

「行政上の強制」⁷とは、「行政上の目的のために、人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事実上の作用をいう。」

「行政上の強制執行」とは、「行政法上の義務の不履行に対し、行政権の主体が、実力をもって、その義務を履行せしめ、または、その履行があったのと同一の状態を実現する作用である。」

「行政上の即時強制」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、または、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。」

【『行政法講義案 下巻 行政作用法』(有斐閣、1951年初版) 52頁】

「警察強制」(Polizeizwang)とは、「警察上の目的のために、人の身体又は財産に実力を加え、以て警察上必要な状態を実現する事実上の作用をいう。」

「警察上の強制執行」とは、「警察義務の不履行に対し強制的に義務を履行せしめ又は義務の履行があったのと同一の状態を実現する作用」である。

「警察上の即時強制」(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がたい場合に、直接に、人民の身体又は財産に実力を加え、以て警察上必要な状態を実現する作用をいう。」

⁶ 田中二郎東京大学名誉教授 1906年（明治39年）～1982年（昭和57年）。

⁷ 田中二郎の行政法教科書において「行政強制」という用語法が現れるのは、（有斐閣全書）『行政法上』（有斐閣、1953年）以降である。

行政法一般における即時強制の説明を警察法の即時強制と同じようにしてしまったならば、かえって意味が分からなくなってしまうと思いますが、田中先生は説明を全くしていない。恨み節になってしまいますが、そういう状況でした。

行政法総論に警察法各論で扱われていた即時強制をもたらしたのは田中二郎先生、そして同時代に生きた東北大学教授であった柳瀬良幹先生⁸は、同じ美濃部門下でしたが、全く両極にあるような学風をお持ちの方で、1985年（昭和60年）に亡くなるまで、柳瀬良幹先生の行政法教科書には即時強制が現れませんでした。即時強制は警察法の概念であって行政法総論にはない、という理解をずっと貫かれていました。

昭和の時代に行政法を習った時、田中二郎先生の教科書で習ったので、当然に行政法総論に即時強制はあるものだと思っていましたが、なぜ柳瀬良幹先生の行政法教科書に即時強制はないのか、ということを理解できるようになったのは、自分が研究を積んで『行政強制と行政調査』の本を出した頃です。ようやく理解できるようになりました。田中先生が強引だったということです。行政強制というのは田中先生の用語です。行政上の強制執行と即時強制を行政強制という範疇の下に位置付けることを通説だと、昭和の時代は言われましたが、その通説という理解そのものがおかしいのではないかと、私は思うようになりました。警察法から行政法総論に、即時強制を説明もなく持ってきたことによって、即時強制というものが分からなくなってしまった、ということが言えると思います。

田中二郎先生の即時強制の定義というものは、美濃部先生の大正時代の教科書『行政法撮要』とほとんど同じです。田中先生は美濃部先生の即時強制の定義を使っているということですが、説明が全くないので、私は田中先生の定義を理解するために、大正時代の美濃部先生の教科書にまで遡って行かざるを得なかったということがあります。

田中二郎先生の場合、行政法総論と行政法各論警察法の即時強制に違いが見られません。行政法総論の中で、警職法の仕組みを具体例として典型例として挙げられていますが、なぜそれを挙げるのか、という説明が全くありません。即時強制の要件のどこに警職法の何条が位置付くのか、という説明もありません。ですから私は、田中先生の教科書を読んでいると非常に不満を覚えるのですが、今言っても、田中先生が亡くなつてからもう随分経っているので、仕方ありません。

2. 昭和の即時強制から平成の即時執行へ

（1）塩野説の登場 即時強制に代わる「即時執行」の提唱

占領期以降、行政法総論において田中先生の即時強制の定義が通説化されたわけですが、1989

⁸ 柳瀬良幹東北大学名誉教授 1905年（明治38年）～1985年（昭和60年）。田中二郎と柳瀬良幹は美濃部達吉の門下生。柳瀬良幹『行政法教科書 再訂版』（有斐閣、1970年）は、第三章行政作用「第三節 行政上の強制執行及び行政罰」となっている。即時強制は、第五章警察「第四節 警察の作用 第三款 警察強制」に位置付けられている。柳瀬の『行政法教科書 再訂版』は電子ブック化されて読み継がれている。

年（平成元年）に行政調査を行政法総論に位置付けた塩野先生の教科書が出たことによって、平成の時代の行政法教科書は大きく変わりました⁹。即時強制の定義から、行政調査に該当する部分を取り出した、というものでした。行政調査というのを、行政上の一般的な制度として行政法総論に位置付けたことは塩野先生の大功績ですが、しかし同時に、行政調査というものを即時強制の定義から導く必要はなかったのではないかと私は思っています。

行政法総論に行政調査を定着させたという側面からすると多大な意味がありますが、即時強制の側面からすれば、説明のつかない困難な問題をそれによって生じさせてしまったと思います。具体的に言えば、警職法の即時強制が即時強制として理論的な説明がつかなくなってしまった。塩野先生の提唱した即時執行という概念を持ってくることによって、警職法の説明が難しくなってしまった、ということが言えるかと思います。

塩野先生は即時強制に替えて、即時執行という用語法を提唱しました。これは塩野先生の教科書を読んでみれば分かりますが、実はさほど深い意味はありません。簡単に言えば、即時執行とは、田中先生の即時強制の定義「行政上の即時強制とは、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」という定義から、「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」を引き算しただけのものなのです（レジュメ6参照）。

〈レジュメ6 即時強制の定義〉

田中二郎『新版行政法上 全訂第二版』（弘文堂、1974年）180頁

「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、①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②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」

そうすると、即時強制から行政調査に該当するのだという下線部②の「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」というのを引き算してまた即時強制という言葉を使うのは分かりにくいかから、これを即時執行としよう、引き算の結果として中身も変わったわけですから用語も変える、即時執行にしようという、そういう提唱でした。概念的に深い意味があるわけではありません。塩野先生の言っている即時執行は、用語法の提唱ということです。

（2）塩野説の欠点 下線部②の理解が狭すぎる！！

それではレジュメの「（2）塩野説の欠点」というところに入っていきます。

塩野説の欠点というのは、まず行政調査の側面、そして即時強制の側面から指摘できます。塩

⁹ 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頁以下参照。

野先生の即時強制に関する批判的な検討は 1970 年代から始まりますが、きっかけは租税法学者の金子宏先生の指摘だったと言われています。それは「行政法学者というのは、従来一般に刑罰によって間接的にその実効性を担保された行政目的の立入検査を即時強制の一種として理解していると思われる。しかし、それは即時強制とは種々の点で性質を異にしているから、即時強制とは区別された、行政の一つの独立の行為形式として捉えるのが妥当であり、その意味で、行政調査ないし行政検査という新しい概念のもとに質問検査権の行使を説明し、またその法理を究明すべきではないかと考える」という指摘です。これは判例評釈に載った短い一文ですが、その批判に応えたと言われています。

金子宏先生の「税務調査を即時強制として理解すべきではない」という指摘はもっともですが、それは税務調査と即時強制の関係を論じれば済むことで、税務調査を行政調査一般論として論じる必要はないと思います。その指摘をしたのが塩野宏先生の門下生高木光先生です¹⁰。この高木光先生の批判は 1986 年に出されたのですが、その 1986 年以降、塩野先生の行政調査論をこんなに厳しく批判した人は一人もいらっしゃらない。行政調査論で塩野先生を批判したのは、門下生の高木光先生だけだろうと思います。

塩野先生の教科書には行政調査と即時強制をどうやって区別するか、その区別の標準が書かれていません。藤田宙靖先生の教科書を読んでいると、どうやら塩野説は刑罰の有無で区別しているらしいことが書かれています。要するに、法律が応じなかったら刑罰がありますという書き方をしていれば行政調査、刑罰がついていなかったら即時強制、という分け方です。そういう考え方方がなぜ区別の標準となるかというと、警職法には罰則がないからです。警職法は即時強制の典型例と言われるわけですが、警職法には罰則規定がありません。警察関係の方はそれを疑問に思ったことはないと思います。それは実力を行使するのにさらに刑罰を科す必要もないだろうという考え方によるものなのか、それとも深い意味があって、即時強制には罰則は要らないと考えるのか、どちらなのかは分かりませんが、即時強制の典型例である警職法には罰則がありません。警職法が即時強制の典型例だと考えるとすると、罰則が付いているものは行政調査、付いていないものは即時強制、という発想をとる行政法学者がいるとしても、それは無理からぬことです。

しかし、この即時強制には罰則はないという考え方には、コロナ禍の令和 3 年感染症予防法の法改正によって崩壊しています。なぜなら、感染症予防法 19 条の入院の強制は即時強制だと厚生労働省は言っているのに、19 条に反したら過料を科すという法改正をしたからです。即時強制だと言って平成 10 年に立法化し、即時強制だという主張を変えずに、罰則を付けてしまった。それでは即時強制には罰則がないという前提は成り立たなくなってしまう。即時強制と行政調査を区別してきた一つの重要な観点が崩れてしまって、これからどうするのだろう、区別の標準が失われたことが問題なのだ、ということを本の中で書いています。即時強制に罰則をつけると理論的に

¹⁰ 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—」神戸法学雑誌 36 卷 2 号 (1986 年) 201 頁参照。

おかしくなってしまう、という指摘が本の中に書かれています¹¹。

高木光先生はただ一人、行政調査論の観点から塩野説を批判したわけですが、即時強制の観点から塩野説を批判したのもやはり私一人でした。塩野説を批判するのもすごく勇気が要ります。2024年に公刊した著書の中で、私は初めて塩野説を名指しで学説の欠点を挙げて批判しました。行政調査を行政法総論に位置付けた塩野説の意義に鑑みれば、批判は躊躇われます。先人の業績を批判するのではない方法で論文を書きなさいという指導を恩師の兼子仁先生から受けたので、批判したくなかったということもあるのですが、いやしかし、即時強制について学界における学問的な行き詰まりを感じ、もうついに批判せざるを得ないという気持ちに至りました。

入院の強制を直接強制ではなく即時強制とした感染症予防法19条は、機能しませんでした。機能しない原因は、塩野宏先生の即時執行説に依拠したからだと私は思っています。そこから即時執行、塩野説の検討を始めたのです。塩野説というのは、田中説から要件の②の部分を控除する学説ですが、私が著書の中で指摘しているのは、②の下線部に該当するのは行政調査だけではないということです。義務を課すことによって目的を達せられないというのは、たとえば相手方が分からなければ義務を課すことはできないし、相手方が泥酔していたり、相手方が精神疾患であったりすると、義務を課すことそのものが意味がなくなってしまうことがあります。要件②というのは、美濃部先生の教科書では所有者不明の例というのが出てきます。著書の中で、行政調査というものに絞って下線部②を考える必要はないという批判をしています。

もし下線部②を行政調査だけを示すものとして即時強制の要件から外してしまうと、警職法3条の説明がつかなくなってしまいます。警職法3条は塩野説・即時執行では説明が付かなくなるという問題があります。下線部②の要件に検査や臨検、立入りのようなものが含まれるというのは正しいと思いますが、相手方が義務を理解しない場合、所有者不明、名宛人とすべき人間が不明な場合も、即時強制であることを下線部②は示しているという指摘を著書でしています。

レジュメ7に具体例として、いわゆる簡易代執行・略式代執行と呼ばれる相手方を特定できない場合の措置を挙げています。これまで、簡易代執行・略式代執行の法的性質は、代執行なのか対物的な即時強制なのか、実は行政法ではさして議論になりませんでした。

〈レジュメ7 簡易代執行・略式代執行〉

簡易代執行・略式代執行は「即時強制」（須藤陽子『行政法入門』コラムより）

簡易代執行ないし略式代執行と称される制度がある。「過失がなくてその措置を命ぜられるべき者を確知することができ」ない（河川法75条3項）場合の措置について建設省の通達は「簡易代執行」という用語を用い、空き家対策について国土交通省は、「過失がなくてその措置を命ぜられるべき者を確知することができないとき」（空き家特措法14条10項）の措置を「略式代執行」という用語を用いている。いずれも法令用語ではなく、用語の由来ははっきりしない。

「簡易」ないし「略式」とは、行政代執行法の定める手続に合致していないことからそのように呼ばれていると推察されるが、相手方に義務を課していないのだから代執行ではなく、その性質は即

¹¹ 須藤陽子『即時強制と現代行政法入門』「第三章 即時強制と即時執行」

時強制である。あらかじめ「公告」や「公示」をする規定となっているが、それによって義務を命じるものではないからである。

なぜ議論がなかったかというと、即時強制の研究自体がなく、代執行の研究自体も学界にほとんどなかったので問題にされなかったということです。道路交通法の条文を簡易代執行・略式代執行の例として挙げる先生がいたので調べてみると、道路交通法の生みの親である警察官僚宮崎清文さんが昭和30年代にお書きになった『警察官のための行政法講義』という本があり、その本の中で対物上の即時強制だと明言されています。現代の教科書では対物上の即時強制に関する記述はほとんどありませんが、昭和30年代の古い教科書だと対物上の即時強制に関する記述が出てきます。調べてみて、時代を遡らないと即時強制の姿は見えてこない、ということが非常によく分かりました。

(3) 塩野説を「誤解」？「利用」？した感染症予防法19条の即時強制

先ほど私の論文の読者として女子高校生のお話をしましたが、その女子高校生の要望に応えられなかつたのは、感染症予防法19条の入院の強制が塩野説に依拠したものであつて、厳しい表現をすれば、塩野説を「誤解」ないし「利用」したものだからです。

高校生に説明してあげたかったのですが、感染症予防法の仕組みを高校生に説明したくても、立法に際して非常に情けない実情が背景にあって、とても高校生に理解してもらえるとは思えないようなものです。

平成10年（1998年）に制定された感染症予防法は、明治30年（1897年）に制定された伝染病予防法を廃止して100年ぶりに抜本的に法改正したものでした。法改正にあたり基本問題検討小委員会が設けられましたが、そこの中で実は強制の仕組みをどうするかという話合いがほとんどなされなかつたと言われています。委員の中に、強制は一切要らないと強行に主張する弁護士さんがいたからだそうです。要するに、強制措置をとったがゆえに差別は起こつたという理解がどうやらその弁護士さんの理解であつたらしく、強制など要らないという主張が立法の議論においてなされたようです。

基本問題検討小委員会の中間報告や最終報告によれば、即時強制ではなくて、らい予防法などと同じように勧告をし、命令をし、そして強制措置をとるという仕組みが書かれています。けれども、委員だった方からお話を聞いてみると、それはそういうふうに取りまとめられているが、実質的にどういうふうに強制措置をとるべきかということは、ほとんど話されなかつたというふうに聞きました。

しかし、そういうふうに勧告、命令、強制措置という段階を踏むという報告でしたが、立法化的最終段階で変わりました。非権力的な勧告をし、十分に説明をし、説得し、納得してもらって入院してもらう、という仕組みになりました。そしてそれに応じない場合に即時強制をする、というふうに突如変わりました。その突如変わった理由というのが不明なのです。

私は2007年に「公衆衛生と安全」というテーマで日本公法学会で報告をする必要があったの

で、立法時の議論について情報公開請求をしましたが、「不存在」と返ってきました。要するに、強制について議論をしたかどうかということも分かりませんでした。けれども、直接強制ではなく即時強制をとるほうが行政実務にとってメリットがある、ということははっきりしていて、メリットというものは主に二つあります。

一つは、直接強制は義務を課す命令を前提とするために、不服申立てや行政訴訟の対象となります。ところが、即時強制の仕組みでは、義務を課していないので争うことができない。要するに、不服申立てや行政訴訟を避けたかったら、即時強制のほうが適しているのです。

もう一つは、非常に実際的なことですが、命令によって義務を課せば、行政実務は義務を履行させなければならない。でも、義務を課さなければ、履行させる必要はない。履行させる行政上の強制執行の措置をとることはできないので、そうすると、ずっと行政指導での対応でいいわけです。即時強制の仕組みをとる場合に、行政の側にとっては非常にメリットがありますが、国民の側からしてみると、はっきり義務を課して強制してくれたほうが、そのような強制の仕組みを作ってくれたほうが、実は権利救済につながるということがあります。

行政実務にとっての二つのメリット、即時強制をとる上での二つのメリットというのを高校生に説明できるかというと、情けなくて説明したくないです。大学の授業で説明するときも、一つ目の不服申立てや行政訴訟を起こされたくなかったら即時強制のほうが都合がいいというぐらいは説明しますが、強制措置をとりたくないから行政指導をずっとする、という情けない説明をすると、学生が変な顔をするので、なかなか説明しにくいのです。高校生や大学生にそのような仕組みを立法化した理由を説明すると、この強制の仕組みの場合、がっかりさせてしまうので高校生に答えたくなかったというのがあります。説明がしにくいというのもありますが、答えたくなかったというのがあります。

即時強制とは何かという問いは、行政上の強制執行の線引きや、行政上の強制執行の役割の問題でもあります。けれども、塩野説の考え方とは、相手方の義務を介在させないものが即時執行、という考え方になります。その相手方の義務を介在させないという点に重点を置いた学説が塩野説です。感染症予防法の立法時、義務を介在させなければ行政上の強制執行でなくていい、という考え方をとったのではないかと思います。

この感染症予防法 19 条の立法例は、塩野説の考え方を利用しているのではないか、と思います。塩野先生は法治主義ということを強くおっしゃる方なので、こんななし崩しの即時執行は決して良しとされないとと思いますが、塩野先生がどのようにお考えになるかを、直接聞く勇気は到底ありません。

行政調査論と即時強制論は不即不離の関係にあります。しかしこれまで批判した人間は 2 人しかいません。行政調査論で高木光先生、即時強制論で私です。批判するのはとても怖いと思います。とても今お話しているような内容を論文には書けません。今日、講演を聞いてくださった行政法学者が野口さんで良かったと心から思う次第です。

III 卒業論文のテーマとしての即時強制

1. 即時強制の要件充足性 審理のあり方、事実認定に変化？

ちょっとお話を変えさせていただき、今の大学4年生が関心を持つ即時強制の例に移らせていただきます。

立命館大学の法学部は、卒論は必修ではありませんが、卒論を書くことを推奨しています。私のゼミ生は全員ではありませんが、大半は卒論を書きます。大体4年生になると就職活動と公務員試験で忙しく、大学に出てくる時間がなかなかないのですが、今はオンラインという便利なものがあるので非常に出席率が良く、オンライン授業の形式のゼミに出てきます。就職活動の面接対策として何でもいいから関心を持つものをちょっとだけ調べてきなさいと言ったところ、即時強制の2例、亡くなった安倍首相の札幌での遊説で、ヤジを飛ばした者に対して警職法4条と5条を適用したという例と、ヒグマの駆除にハンターが住宅街で発砲して猟銃の所持許可が取り消されてしまったという事件、2人の学生がそれを取り上げ調べて報告しました。

レジュメ9にある令和4年3月25日札幌地裁判決というの、非常に珍しいことですが、警職法4条と5条の要件を満たさないとして、要するに、即時強制を適用する状況ではなかったということで原告側勝訴になった判決です（注：原告はX1、X2の2名。警職法4条及び5条の要件充足性が問題となったのはX1の事例であり、X2の事例では警職法2条及び警察法2条の限度が問題とされた）。

〈レジュメ9 札幌地裁判決〉

【札幌地判令和4年3月25日の概要】

2019年7月15日札幌で行われた首相・自民党総裁の選挙演説で「辞めろ」、「帰れ」などと声を上げた原告X1に対して、警察官ら2名が肩や腕をつかみ、更に警察官ら4、5名がこれを取り囲んで移動させた。裁判所は、動画によれば、X1が「辞めろ」と声を上げてから警察官らが動き出すまでにわずか数秒程度、肩や腕をつかむまででも10秒程度であって、そのわずかな間、原告X1と聴衆との間で騒然となったり、小競り合いが生じたりしたようにはうかがえないとして、警職法4条1項、5条の要件を充足せず、かかる有形力の行使は、国賠法1条1項の適用上、違法であると判示した。

また「増税反対」と言った原告X2は、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）。被告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、X2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として、国賠法1条1項の適用上、違法であるとした。

X1勝訴の地裁判決は高裁段階で覆りました。高裁段階では4条と5条の要件を満たしている

として認めました。なぜそのようにして判断が覆ったかといえば、学生によれば、どうやら新しい動画が出てきたようです。学生は動画を見た上で報告しましたが、確かに地裁の段階で出てきた動画と高裁の段階で出てきた動画があるようです。控訴する側が必死で集めたのでしょうか、動画によって4条と5条の要件を充足する事情、介入の必要性が肯定され、原告側、被控訴人側が敗訴となったというものです。

それが非常に珍しい例だと思ったのは、4条と5条に関する判例をデータベースで調べたからです。過去の裁判例はほとんどが請求棄却です。国賠訴訟で警職法4条と5条について訴訟を起こしたとしても、ほとんどが介入の必要性を認められて、原告側が敗訴になっています。

ところが、札幌地裁の判決というのは、要件を厳格に審査しています。介入の要件というものを厳格に審査した非常に珍しいケースです。これから先、スマホを手にして誰でも録画と録音ができる時代では、警職法4条と5条の要件充足性というのは、国賠訴訟においてはおそらく厳格化していくのではないかと思います。昔のように、状況的に必要性を主張すれば済んだような時代ではなく、ビデオ・音声で確認されていく時代が来るのではないかと思います。

2. 警職法4条1項 「危害防止のため通常必要と認められる措置をとることを命じ」

もう一つ、ヒグマの例ですが、その例を学生たちがよく知っていました。ネットニュースでよく取り上げられた例です。ハンターによるクマの駆除です。学生の関心は実は即時強制にあったのではなくて、行政契約にありました。というのも、砂川市獣銃所持許可取消事件は、ヒグマの目撃通報を受けて砂川市の職員がハンターに対してヒグマの駆除をお願いし、ハンターは「ヒグマはまだ子グマだから、見逃したらどうか。撃たない方がいい。逃した方がいい」と言ったのに、市職員は「いや、撃ってほしい」と言い、その場にいた警察官は撃つことを止めなかつたというものです。警察官は何も言わなかつたので、ハンターがヒグマを撃ち殺しました。それが住宅街だったので、住宅街での発砲を理由に獣銃所持許可が取消しになってしまったというものでした（レジュメ10参照）。

〈レジュメ10 警察庁通達〉

【令和5年警察庁保安課長・企画課長通達】

ア 「狂犬、奔馬の類等の出現」

動物園から逃げ出した猛獣、人を襲うおそれのある野犬等の人の支配の及ばない状態にある動物の出現とされているところ、住宅街に熊が現れた場合も該当するものと解される。

イ 「危害防止のため通常必要と認められる措置」

当該措置については、人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大な損害を及ぼすおそれのある危険な事態に応急的に対処するためのものであり、現実の危害を防止する上で必要最小限度のものに限られるものとされているところ、住宅街に熊が現れた場合、周辺の人々を安全な場所に避難させた上で、熊を獣銃で駆除することも当該措置に該当するものと解される。

ウ 「その場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者」

事物の管理者等事態収拾に責任がある者だけでなく、危害防止に協力し得る者が含まれることから、猟銃の扱いに熟達したハンターも該当するものと解される。

(3) 結論

警職法第4条第1項の活用により熊の駆除を積極的に推進できることまでは言えないが、現実・具体的に危険が生じ特に急を要する場合には、警職法第4条第1項を根拠に、人の生命・身体の安全等を確保するための措置として、警察官がハンターに対し猟銃を使用して住宅街に現れた熊を駆除するよう命じることは行き得るものと解される。

学生たちはそれを聞いて高裁判決に非常に怒りを覚えたらしく「おかしい。一体これはどういう契約なのだ」と疑問を持ったのです。確かに雇った側に「撃ってほしい」と言わされて、本人は「止めたほうがいい」と言っても、「いや、撃ってほしい」と言われたら撃たざるを得ないことがあります。しかしその責任はハンターに行ってしまう。警職法4条の問題として考えても、警察官の「これを撃ってはいけない」という判断は示されていないので、「これを撃ってもいいのかもしれない」と思って撃ったら猟銃所持許可は取り消された、という問題になります。

この事例を学生は即時強制の問題ではなく、ハンターが結ぶ契約の問題として、契約の観点から取り上げたいというものでした。この報告を学生がゼミでしたのは4月のことでしたが、その後、鳥獣保護法が改正になり、緊急時に住宅街で猟銃を撃てるようになりました。

今日の資料の中には入れなかつたのですが、その法改正された法律の条文というのがとても興味深い。市町村長は職員に対して駆除を命じることができる。職員に「撃ちなさい」と命じることができるほかに、「委託してそれをさせることができる」と書いてあります。そのほかにヒグマのような危険な動物が出てきたところに「職員を立ち入らせることができる」と書かれています。それは当然、即時強制になるわけですが、それを委託して職員以外にさせることができると書いてあります。その委託というのは一体何か。それは契約なのか。契約だとしたら、駆除と障害物の除去という即時強制に該当する行為を、民間人に委託契約によりさせるのか、という論点が出てきます。それを学生に卒論で書きなさいと言うのはとても難しく、諦めさせたほうがいいのではないかと最近思っています。鳥獣保護法の改正によって、即時強制に該当するような作用を行政契約で私人に委託してやらせることができるのか、それは果たして即時強制なのかという論点が新しく出てきました。

環境省はどういうふうに考えてそれを立法化したのかという説明がホームページには全然ないので、逐条解説を待つしかありません。あるいは裁判でも起こってほしいと待つしかないのですが、私にとっても学部生にとっても論文は書きにくいです。文献がなさすぎて、書きにくいと思います。

以上が、学生たちが最近関心を持った即時強制の問題です。非常に現代的な問題が含まれています。私も一緒に卒論で取り組もうとすると、すごく大変です。私の勉強にもなりますが、学部4年生にはやはり難し過ぎますね。

IV 木曽三川下流部船舶対策協議会における警察の役割

最後に「木曽三川下流部船舶対策協議会における警察の役割」を付けました。国土交通省による第3次計画です（レジュメ11参照）。

〈レジュメ11 第3次計画〉

【木曽三川下流部における不法係留船対策に係る第3次計画（9頁）】

自治体広報紙や警察との連名による看板の設置により広報活動、強制的な撤去等の措置に向けた合同パトロール、警察の立ち合いにおける撤去措置等を行った。関係機関と連携・協力した取り組み全体の効果として第2次計画期間中、相当数の船舶が減少したところである。複数県市町にまたがる木曽三川下流部においては、各自治体をはじめとする関係機関と連携・協力した対策を実施しなければ、例えば、自主的撤去に関して、異なる自治体への移動に留まってしまうことがある等、抜本的な不法係留船対策としては不十分となる恐れがある。残る船舶への各種対策の実施においても一層の関係機関の連携・協力が必要不可欠である。

私はこの協議会に2016年4月から出ています。ちょうど第1次計画が終わり、第2次計画を策定するところでした。それから9年経ちますが、その9年間に私以外の全員が代わりました。会長も代わり、所長は1年ぐらいで毎年代わりますし、職員さんは国家公務員なので異動でいなくなりますし、自治体の職員も異動します。ずっと会議に出ているのは私だけという状況です。

その第1次計画の終わりから、第2次計画、第3次計画というものを見てきて、とても勉強になったことがあります。代執行はなぜされないのだろうとずっと疑問でしたが、代執行というのではなく、実はお金がとてもかかるということを学びました。一艘の船を移動させるのに100万かかると職員さんはおっしゃる。陸上輸送なので警備の人も出さなければいけないし、トラックも借りなければいけないし、予算が必要でいきなりはできない、計画的にやらないといけないというので、なるほどと納得しました。河川は国土交通省所管なので事業費はあるし、予算は取りやすいとは思いますが、これが自治体であったり、あるいは他の省庁にとって、強制措置を講じるだけの予算を確保することは、甚だ難しいだろうと思いました。

協議会に警察の方々が参加していますが、珍しいのは岐阜県、愛知県、三重県の警察署の方々が参加していることです。川は上流から下流に流れて行きますが、広域的に流れていますので、警察が関与するとしても1県の問題ではなく、3県が関わっています。3県の警察署の方々がわざわざ出席しています。

協議会はとても形式的な会議で、その協議会で何かが決まるわけではありません。何も決まりません。もうあらかじめ決まっていて、あらかじめ決めてある台本どおりに動いていく会議です。それでも、協議会を開催することには意義があるのだと、最近思うようになりました。というのも、そこに警察の方々が参加することによって、警察は一般行政が抱えている問題というのを理解できるようになります。警察の協力が必要となった場合、いきなり河川行政の抱えている問題を警察に説明に行っても、警察は多分分からんだろうと思います。協議会に参加して一緒に話を聞いているから理解できるのであって、理解がないと警察の協力は得られない、ということです。

す。

第1次計画の終わりに参加した時、警察署の方々は会議が終わった後に少しいライラしていたのです。会議が終わってから、「何も決まらないし、強制措置をすぐやろうと思えばできるのに強制しない。何でこんなに停滞しているのだ」と愚痴をこぼしていました。なるほど、やはりそういうふうに考えるのかと、私は思いました。

一般行政は、できるだけ行政指導で解決しようとします。強めの行政指導をすれば解決されるはずですが、どのような協力を警察に依頼するのかというのも最初は決まっていなくて、警察の役割がはっきりしてきたのが第2次計画の途中ぐらいからでした。パトロールであったり、あるいは警告する看板に警察署の名前を出してみたり。そういうものに警察署の名前を入れるだけですがそれでも「その警察署の名前を入れることによって相手はちゃんと言うことを聞くようになった」と河川事務所の職員さんたちがおっしゃっていました。警察署の名前を入れるだけでも河川事務所にとってはありがたいことです。しかも、代執行などの時にトラブルが起きないようにパトロールをし、代執行に付き合い、人手を出して協力体制をとってくれます。

そして、三つの県の警察署が参加しているので、どこかが非協力だとは言われたくないために、会議の席上で「県は違いますが、協力姿勢は一緒です」と警察の方が発言していました。確かに、よその県がちゃんと協力しているのに自分たちだけ非協力だというのはできないことです。一緒の会議をすることは、形式的な会議であったとしても、理解を共有するということでは非常に意味のあることだと分かりました。

不法係留船が少しずつ少しずつなくなり、洪水の時に被害が起きないようにということを願って、滋賀県から三重県桑名まで、年に2回会議に出ています。

私が警察の方と接するのはその会議くらいですが、確かに警察の役割というのは強制力という問題だけではなくて、そういうような一般行政への理解を通じて、地域における役割があるというふうに実感している次第です。

というわけで、ちょっと長くなりましたが、これで終わらせていただきます。どうもありがとうございました。

〈討論〉

- ・パネリスト：須藤陽子、松尾庄一（司会）、荻野徹（コーディネーター）
- ・指定発言者：古谷洋一
- ・フロア：野口貴公美（警察政策学会副会長）、茂田忠良（テロ・安保問題研究部会長）、竹内直人（警察法令研究部会長）、四方光（中央大学法学部教授）

○松尾 荻野徹教授は須藤先生との親交が長く、実は『行政強制と行政調査』あるいは『即時強制と現代行政法理論』この2冊につきましては書評を書いておられるぐらい良く内容を理解されております。

実は恥ずかしい話ですが、最初はこの『即時強制と現代行政法理論』を買って読みましたけれども、論文書を集めているという性質もあるのでしょうかけれども、なかなか難解でした。

先ほど女子高校生がこの本を読んでうんぬんという話をされて大した女子高校生もいるものだなと思ったのですが、「この本をどの順番で読めば一番理解しやすいか」という趣旨のことをお尋ねしたら丁寧に「ここからここを読んで、それから何とかを」というのを教えていただいたというようなちょっと裏話があります。

それでは以後の司会進行を一つ、荻野教授よろしくお願ひいたします。

○荻野 ありがとうございます。それでは早速、時間の都合もありますので始めさせていただきたいと思います。

非常に理論的にも実務的にも多岐にわたる興味深いお話で、いろいろな論点があろうかと思いますが、まず冒頭広い意味の実務の立場から、警職法の著書もある古谷さんから主として実務の立場からの感想をコメントいただきまして、それから須藤先生のお話の中でも何度かお名前が出ております野口先生、行政上の実効性確保についていろいろと御研究されているところで、続いて野口先生から簡単にコメントいただくという形で口火を切らせていただきまして、その後はいろいろ一家言ある方がたくさんおられますので、ちょっと時間もありませんが、挙手をしていただいて順次御発言いただく形で進めたいと思います。それでは古谷さんお願ひします。

○古谷 日本大学の古谷です。須藤先生、今日は大変興味深いことをお教えいただきましてありがとうございます。実務を代表してというわけでもございませんが、いくつか感想めいたことを申し上げたいと思います。

先生もおっしゃったように大学で行政法を習うことは習ったわけですが、普通の役人というの、それ以降ほとんど勉強することなく三十数年間仕事をしてきて、その間は基本的には実定法と判例が全てであり、そういう意味では学術の世界のように理屈で仕事をしているかというと必ずしもそうではないところがあると思います。

法律は全てのことを規定しているわけではないので、どうしても隙間があります。警察の分野で言えば、警察法2条の世界ということかもしれません。そういうところに、学術の世界から御

覽になると、行政のやっていること、警察行政のやっていることにおかしなところがあると感じられるのではないかと思いました。冒頭でコロナの呼び掛けの話が出たり、最後の方でヤジ演説の話が出たりしていますが、これは、ヤジのところは警職法4条5条もありますけれども、追随のところは警察法2条の話だと思います。そのあたりの隙間で何も決まっていない部分、ここがどうしても警察の足元がすぐわれてしまう部分なのだろうと改めて認識をした次第です。そのあたりについてどう考えていくのかというのを、比例原則だと、即時強制だと、この警職法も正にそういうものを中心にして組み立てられている法律なので、いろんな時点で考えることの重要性というのを非常に認識をしたわけですが、そこができないからこそ、やりすぎだったりやらなすぎだったり、ということで批判を受けることになっているのだと思います。

実務の立場からいきますと、理屈としてはこういう事実関係があって、こういう方法でこうやっているのだということなのかもしれません、おそらく、学術の世界では、裁判で出てきたことを前提にして議論がされているわけです。事実認定の問題がありますので、どういうふうに切り取って事実を認定していくのか、それ次第によってどういう方法でいくのかというのが変わってくる部分があります。ヤジ演説のところのレジュメに、高裁判決で「新しい動画」が出たから事実認定が変わったのではないかといったことが書いていましたが、そのあたりが実際はどうだったのかという事実認定のところをもう少しきちんと行政側が説明をして、その上でそういう場合だったらこういうことができるんだということを実務と学術の間で情報共有をしながらやっていくと、更に一層深い議論ができるのではないかというような感想を持ったところです。

本当に今日は大変有意義な話だったと思います。これから質疑応答も含めて、今後の参考にできれば大変幸いであると存じます。よろしくお願ひします。

○荻野

野口先生よろしくお願ひします。

○野口 須藤先生、本日は大変貴重なお話をいただきましてありがとうございました。また、このような発言の機会を最初にいただきましたことありがとうございます。お礼申し上げます。

先生が想像されている以上に最近私はいろいろな所でいろいろなことを申しております。先生は盛んに「伝統的な行政法学説に声を上げることは怖いのです」とおっしゃっておられましたが、私は、自分の方が、言いたいことをもっとたくさん言ってしまっているような気がしています。先生は驚かれてしまうかもしれないのですが、そのような観点から、本日是非先生にお伺いしたいと思うことを、一つ、御質問させていただけたらと思います。

本日の資料にもお配りいただいている警職法が、先生も御承知のとおり、2025年に改正されました。警職法の改正を、自分が生きている間に現実のものとして体感する人生が送れるとは思っていなかつたのですけれども、6条の2が入っておりました。私からは、この条文を先生が御覧になられ、どう思われますかということを質問したいと思うのです。なぜそのような質問を差し上げたいと思ったのかということを、まず先生に聞いていただけたらと思います。

先生の御理解とは見方がちょっと変わっているかもしれません、即時強制・即時執行というのは、行政法の執行者にとってはありがたい仕組みと私の目には映ります。それは伝統的な行政法モデルというのは、命令・執行・強制という三段階であることが通常であり、それをもって行政法が定める目的や強制状態を実現するというものを、即時執行は一気にやることができる。このような即時執行・即時強制の手法が、法の成り立ちから警職法の中に散りばめられていると行政法では学ぶのではないかと思うのです。

法執行をコストレスにやるという観点からすれば、三段階モデルではなく一気に一度でいけるということが即時執行のメリットであり、しかば、制度にするハードルというのは、命令・強制の仕組みよりも、即時強制を制度にインストールする方が高いはずです。それにもかかわらずせっかく既存の制度の中に即時執行を入れてもらっているのに、そこによく分からぬ法改正が行われるということがあるのではないか。今日の感染症予防法に関して罰則をつけたという先生の話はこれで、即時執行が入っているのになぜ罰則をつける改正をしてしまったのかなととらえられるものと、お伺いいたしました。

別の領域では、令和5年に入管法が改正されて、退去強制令書を発し執行するという一段階でいける仕組みであったにもかかわらず、罰則付きの退去命令制度が創設されております。この制度を導入したのは罰則をつけたかったからというのが所管庁の考え方ではないかと思うのですが、このように、即時執行に見える仕組みがインストールされている法律の中に、罰則だったり、命令だったりというものが逆に入ってくるみたいな状況があるのではないかなと思っておりましたが、このような観点から今回の警職法の改正を見ると、この6条の2というものが、やや傾向の違う条文が入ったように思われます。資料の6条の2は、何らかの状態になったらすぐに執行官が執行しますという仕組みではなく、執行の前に協議があり、後には承認を得なければならないというやや複雑な仕組みを入れ込んでいるように見えるのです。

おそらく、この後警職法の話も出てくるかと思いますので、改めて議論の最後の方にでも、先生が今回の改正で入った6条の2を御覧になられた時にどのような感想を持たれるのかなということをお伺いできたらなと思いました。

○荻野 最後にコメントいかがですかということですが、あるいは簡単に解説をさせますか。

○須藤 是非お願いします。

○荻野 では、ちょっと勉強で、中央大学の四方さんから、立法の背景、理由をコンパクトに説明してください。

○四方 私は立法の担当者ではないのですけれども、サイバー犯罪対策をかつて警察庁でさせていただいた後も一応勉強を続けておりまして、実際の担当者のお話なども聞く機会がありましたので、知っている範囲で御説明をさせていただきたいと思います。

この6条の2のサイバー危害防止措置執行官が行う措置というのは、国会答弁では即時強制だと言っているので、即時強制のつもりなのだとということらしいですね。何で即時強制としたかというと、命令前置ではないというのが大きかったということを担当者から間接的に伺っているところでございます。

先生のレジュメにもありました、即時強制をする理由が大きく分けて二つあって、「①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」なのか、「②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」なのか。どちらの要素もあるようなのですけれども、ひょっとしたら私の感覚としては②番に近いのかなと思います。相手がいわゆるステートアクターだったり、あるいはどこにいるの分からぬような人たちであったりする。特に外国人だったりする可能性がありますので、そっちに近いのかなと思うのです。

ただ①番の「目前急迫の障害」という要素が関係する条文がないことはなくて、6条の2の2項の真ん中辺りですが、「そのまま放置すれば人の生命、身体又は財産に対する重大な危害が発生するおそれがあるため緊急の必要があるときは」とする要件がありますので、①番のようにも見えるのですけれど、ただ今野口先生から御指摘がありましたように、3項には外務大臣との協議があり、4項ではサイバー通信情報監理委員会の承認を受けるということになっています。今までの警職法の即時強制は正しく現場警察官がやらなければいけないというのですが、これはサイバー空間ですから、現場と言っても執行官は日本にいてこんな協議をやっているような状況の下でやるということなので、緊急性といつても従来の緊急性とちょっと違うのかなと思います。

もう一つ、この条文は国際法にも非常に関係しており、他国の主権侵害になる可能性がある。主権侵害にも、ちょうど刑法の違法性阻却事由に似ているのですけれども、正当防衛に相当するものと緊急避難に相当するものがあります。正当防衛に相当するものは相手国の責任が認められないと適用できないという話があって、そこで相手国の責任追及ができないものが緊急避難だという話がある。ひょっとしたら今言いました2項の真ん中にある緊急性というのは、国際法上の緊急性の方を念頭に置いた緊急性なので、即時強制のための緊急性とはちょっと違うのかもしれませんという論点はございます。

いずれにしても、相手方に対して義務を命じることができない状況では多分あるのでしょうか、私の感想としては、この2項の真ん中の規定は、国際法の方をどちらかと言えば念頭に置き、即時強制の要件としては命ずることができない方で説明するのがきれいだなと思っているところです。これは私の感想が入っているもので、別に通説になっているわけでもありませんが、そんなところで解説に代えさせていただきたいと思います。

○須藤 教えていただきたいと思います。これはなぜ個別法にしなかったのか。これは警職法に入れるものではなくて、個別法でより権限を強化し、より詳細に書くべきではなかったか。たかだか一条を入れるのではなくて、個別法で扱われるべき問題で、警職法のような一般法化するようなものではないと思うのです。これはなぜ警職法なのでしょう。こういう条文が必要だというのは分かります。必要性も分かるのですけれど、警職法に規定する必要性が分からぬ。

○四方 そこまでは私もまだ取材ができていないのですけども、聞いた話では別法を考えたのだけれども、政府内の検討の過程で警職法になったようです。そこはおっしゃるとおり、何でなんだろうということはあるかもしれない。

○野口 私も同じ感想を持ちました。先生の御見解がお伺いできて嬉しく思います。

○荻野 私も聞いた話では、置き場所としてはここしかなかった。ここからは推測ですけれども、置き場所を考えると、一部改正をこれでやりたかったということなのかなと思うのです。新法でやるのか、既存法律の改正でやるのか。その辺は立法実務上のいろいろな作戦があるのだろうと思うのですが、ここから先はもっと取材しないと与太話になってしまいますけれども。

○須藤 警職法にこの規定を入れると、所管ははっきりします。これを個別法にするいろんな省庁が入ってきて、機能しなくなるだろうなとも思ったのです。でも警職法には向かないのではないかかなと思いました。この権限は必要だと思うのですけれど、警察にこの権限は必要なのだけれども、警職法には要らないのではないかというところです。

○荻野 これはこれで面白いのですけれども、他にもいろいろお話になりたい方、いろいろいらっしゃると思うので、とりあえず御発言をという方。では竹内さんお願ひいたします。

○竹内 竹内と申します。大変興味深い御発表ありがとうございました。即時強制と罰則が相成りたたないという点は、目から鱗でした。他方、長らく法制実務に携わった立場で申せば、違憲無効とされない限り、実定法になってしまったらそれが実例となるということだと思います。先ほどの警職法6条の2もそうです。

感染症予防法19条の罰則を調べると、80条の過料規定がそれです。過料ですので、罰則の感銘力だけを生かそうとする趣旨だろう、実際に適用する場面はほとんどないだろうと思います。

具体的な罰則の書き方は、一つは、入院させられた人が入院期間中に逃走したケース。これは即時強制とはまた別だと思います。もう一つ、興味深いのは、3項のいわゆる強制入院について、入院措置を実施される者が正当な理由なく期間の始めに入院しない場合と書いてあります。厚生労働省の立場を忖度すると、3項の強制入院そのものを、正当な理由がある場合は発動しないという方針の裏返しと理解できるのかもしれません。

○須藤 本当におっしゃるとおりです。強制的に入院させることはできるだけ避けたいというのが大前提にあります。正当な理由というのは何かというところですが、家に犬がいて、犬に餌をやらなきゃいけないから入院できないと言う場合、それを正当な理由と言えるかというと、コロナ禍で実際にあった拒否理由の一つですけれども納得しますね。自分がいなくなったら犬が死ん

てしまう。ペットが死んでしまう。ペットの面倒を誰も見る人間がいないから入院しませんというのは、正当な理由に該当するのではないかと思うのです。

なかなか難しいのは、実は厚生労働省は罰金刑を入れたのですが、国会が過料にしたのです。ですから、刑罰を課すのはおかしいのではないかと思ったのは国会の側です。罰則をつけてもつけなくとも、入院したくない人は結局入院しないと思います。

○荻野 一点、理論に疎い者としてちょっと分かりにくいくらいに、皆さん気になつておられると思うのは、強引な「通説」化のところで、警職法上の即時強制と一般制度としての即時強制は同じではないはずだということなのですけれども、そこの違いはどういうことでしょうか。

○須藤 それは誰が執行するかというのが一番違います。警職法上の即時強制は、警察官が警職法に基づいて執行する。一般行政の場合は、一般の職員さんがやるわけです。そこが違う。

もう一つは、一般行政の場合は、行政目的のために即時強制を使おうとする。先ほど野口先生は法執行とコストの問題とおっしゃいましたが、即時強制というのは例外的なものであって、義務を果たさせたいのであれば直接強制を使えばいいだけの話です。即時強制という義務すら課さずに実現させてしまうような仕組みを作るのは例外的な方がいいのではないか。私は実力の行使の必要性というのは否定しませんが。

一般行政の行政法総論と各論の警職法の違いというのは、大前提で違うのは誰が執行するのかということと、目的がそもそも違う。警職法に権限規定がありますから、警職法の権限規定で判断されますが、一般行政の場合はその縛りが緩いというか、目的のために即時強制を使おうとする傾向が強い。

○荻野 例えば、昔の議論でいう保安警察と行政警察で言えば、警職法は保安目的であり、一般行政になると特定の行政目的の実現になるというような発想ですか。

○須藤 そういう発想と保安警察の議論というのは分かりませんが、即時強制という仕組みを行政目的の達成のために手段化して使おうとするところに田中二郎先生の学説の傾向が見えるということです。

警察の場合は確かに手段ではありますが、それは警職法の世界での話になるということです。

○荻野 私も個人的な関心を持って聞いておりました。ただ行政執行法を考えると行政官庁の権限を実際は警察官庁でやっていた。昔はそういう制度でした。茂田さんいかがですか。

○茂田 茂田と申します。名前を呼んでいただいたので一つ失礼な質問をさせていただきますけれども、塩野先生の説を批判するということは、それほど心理的なハードルが高いことなのでしょうか。

○須藤 研究会の席上で批判するのと、論文に書いて批判するのでは違いがあります。2018年に比例原則について日本公法学会の総会報告をした時にかなり大胆なことを言ったのです。そうしたら私の報告が終わった後にある有名な名誉教授の先生が寄ってこられて「君もいい年だから、これぐらい言ってもいいよね」と言われました。「あっそうか、この年だとこう言ってもいいけど、10年前だったら、私が同じことを言っても人は聞いてくれなかつたかもしれないな」と思いました。やはり批判するのは勇気がいる。今日こちらに伺った時も、その前に荻野さんにメールして「誰に行政法を習ったのですか」と聞いたら、塩野先生ということを聞かされました。それはやはり塩野先生に習った方の前で塩野先生の批判をするのは心が痛みますし、田中先生の教科書を読んで勉強をなさった方に田中先生の批判をするのは心の痛いことで、かなり勇気は要ります。しかも、公の場で学説について批判的に発言するというのは勇気が要ります。

○茂田 私の質問の背景には、学生時代の経験があります。憲法の試験で東大の教授の説によらないで、京都学派の説にのっとって答案を書いたところ、極端に悪い成績を付けられてしまいました。

その後アメリカに留学して、いろんなゼミを履修しましたが、ゼミで教授に対して反対意見を言ってもアメリカの教授はウェルカムなのですね。ディスカッションのネタを出してくれたと。日米の大学の教授の姿勢に大きな差異を感じたものです。まだそういう差異は残っているのだなという理解でございます。

○須藤 塩野先生はとても寛容な先生でいらして、高木先生という御自分の門下生が塩野先生の行政調査論をたった一人批判しても全然態度は変わらない。むしろ批判的な学説が出てこないほうがおかしいわけで、私も塩野先生の学説に批判的なことを書いた本を差し上げると、塩野先生からお便りが来て、ちゃんと感想をくださるのですよ。ですから、塩野説を批判することは、塩野先生に対しては、敬愛している先生ですので問題ではないのですが、学界・周辺の反応が怖いというのは確かにあります。

私も学生が自分の学説と違ったことを試験答案に書いても、自分の教えたことと違ったことを書いても、筋が通っていれば高い点数を出します。自分の言ったことと違うことを書いたから点数が悪いというような採点方法はとりません。

○野口 別の研究会でも先生のお話を聞いていて、今日のお話にもありました、即時強制について比較法的考察が難しいことの背景には構造的なものがあるという御指摘が、とても勉強になる部分とお伺いしています。ドイツはすごくシンプルで、行政行為により義務を課す。必ずそうなっている。けれども、先生が今日レジュメの中で引いてくださったように、日本の法制度においては、行政執行法も行政代執行法も、法律で直接課す場合と、法律に基づいて行政が命令で課す場合が両方混在しているという構造的な違いがあるというお話がありました。

即時強制から離れてしまうのですけれども、法律上の義務の履行確保ということを考えたとき、法律が直接義務を課しているパターンと、行政の命令による義務が出てくるという場合では、やはりその義務の履行確保の在り方にも違いがあると考えた方が良いのかどうか、お伺いしたいです。

○須藤 法令が直接に義務を課す場合というのは、実は珍しいのではないかと思います。ただ法令上直接に義務を課さざるを得ない場合もやはりあるのではないかと思います。広岡隆先生の昔の昭和30年代の本を読んでいますと、法令上義務を課すとしたら、法令はより明確な書き方をしなければいけない。漠然とした義務ではダメで、義務の特定化が必要であって、そうでなければダメだという話が書かれている。法律の書き方にもよるのではないかと思いますが、法令上直接に義務を課しているから何をやってもいい、執行はすぐできるというものではないと思います。いっそ行政行為にしたほうがすっきりしていいのではないかと思うのです。かえって法令で直接義務を課してそれを執行しようとする方が、すごく大変だと思います。

○野口 ありがとうございます。ドイツはどうクリアされているのかなと思ったのですが、先生の今のお話を聞いていると、日本も今法律で直接義務を課しているものを、行政行為で義務を課す方法に転換することは不可能ではないということでしょうか。

○須藤 両方あるのではないかですか。法律の中に両方書いてあるものがあるのではないかと思います。

○荻野 どうもありがとうございます。ちょっと時間が押しているということで、特段のことがなければ、最後に松尾さんからお願ひいたします。

○松尾 時間が足りなくて、まだまだ言い足りない方がたくさんあろうかと思いますが、そろそろお開きにしたいと思います。

開会挨拶に代えて

管理運用研究部会
幹事 松尾 庄一

本日の御講演に先立ち、いくつか基本的事項を整理します。

1 警察官職務執行法（警職法）の構成

保護措置（3条）、災害、事故等の際の危害防止措置＝避難・引留め（4条）、立入り（6条）は戦前と考え方はほぼ同様で規定されています。

ただし、6条（立入）では、犯罪、災害等により人の生命等に対する危害が切迫するなどの危険な状態において、危害の予防、損害拡大の防止、被害者の救助のため、他人の土地・建物への立入りの措置が定められました。

また、5条では犯罪の予防・鎮圧のための措置が戦後詳しく定められました。戦前は、犯罪は各種の危害の原因の一つとされていました。

2条では、戦前は、「不審尋問」と呼ばれた、犯罪の疑いのある者に対して、停止させて質問するという規定が定められました。なお、質問は、容疑者の疑いに白黒をつけるという須藤先生のいう「行政調査」の一環であると思われます。

7条では、武器の使用の基準が明確に規定されました。戦前は武器（帶剣）使用の基準が法律では定められていませんでした。

2 警職法と即時強制の関係

警職法の各条に規定される措置は、即時強制の例とされることが多い。しかし、実務においては警職法の各条に規定される状況においていきなり有形力行使する例は少ない。まず、説得、警告等によって相手の同意を得て目的を達する例がほとんどで、即時強制となる場合は例外です。

むしろ、現場では、即時強制の要件を満たしているか否かというより、「どこまで実力の行使が許されるか」の観点で評価するのが普通です。そして、その基準は、最判S53・6・20 米子銀行強盗事件判決にあるとされるのが一般的でしょう。

S53・6・20 最判の骨子は、①所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないわけではない、②検索に至らない程度の行為は、強制にわたらぬ限り、許容される場合があるというもので、「検索に至らない」「強制にわたらぬ」という条件があるものの、一定の実力の行使を認めています。そして、その基準として「所持品検査は限定的な場合において、必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡等を考慮し、具体的な状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容される」という比例原則の考え方を判示しています。

この基準は、実力の行使の限界について、他の警職法各条の措置についても当てはまると思わ

れます。

3 警職法1条2項との関係

警職法1条2項には、「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」と規定され、実力の行使は必要最小限に限られるということが明記されています。

ところが、先のS53・6・20最判もそうですが、警職法の各条の措置が裁判で争われる場合、警職法に基づく職務行為の限界が「必要かつ相当な手段」か否か、すなわち比例原則に基づいて審査されています。なぜ裁判所は立法化されている必要最小限度ではなく、比例原則の観点から審査するのか？そもそも身体に対する実力を伴う行為に対して「比例原則」はどのように適用されるべきであろうか？このような疑問が生じます。

本講演、並びに「討論」の場においてその答えの一部が明らかになれば幸いです。

閉会挨拶

管理運用研究部会
部会長 野田 健

今日は、警察政策学会のフォーラムということで、「即時強制と警察」というテーマで、大事だけど普段あまりしない御議論をいただきました。

即時強制はなかなか難しくて、実際現場で起きたようなことが後で裁判その他で議論になるときは、最大の問題は、証拠化がどれぐらい警察活動と一緒に行われていて、それがきちんと説明できるのかということにあります。

ある人は現場でこうでしたと言う。ところが、他の人は違うことを言って、それがどれぐらいの時間だったかなど、そういうものが再生されないままに結論が取りあえず出るのです。

ところが、実際には、もうちょっと証拠保全をしっかりやっておけば、何てことないよねというようなことも一杯あるのです。即時強制以外のその他の場面でも同じようなことが起きるのかかもしれません。

それから、今日お話がありましたけれども、関係機関の連携という中で、警察は別に大して関与していないはずなのに「警察署長という名前を是非出してくれ」と言われて、「いいだろう」と応じるようなことがあります。これら実務の活動が、法律的にどのように位置付けられるのかということも確かにあります。

こうした趣旨も含めながら、今日はいろいろな意味で、須藤先生を始め皆様には、非常に貴重なお話をいただきました。誠にありがとうございました。

警察政策学会としては非常にハッピーでした。どうもありがとうございました。

昭和二十三年法律第百三十六号
警察官職務執行法

(この法律の目的)

第一条 この法律は、警察官が警察法（昭和二十九年法律第百六十二号）に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、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、必要な手段を定めることを目的とする。

2 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であつて、いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない。

(質問)

第二条 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何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知つていると認められる者を停止させて質問することができる。

2 その場で前項の質問をすることが本人に対して不利であり、又は交通の妨害になると認められる場合においては、質問するため、その者に附近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる。

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。

4 警察官は、刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者については、その身体について凶器を所持しているかどうかを調べることができる。

(保護)

第三条 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次の各号のいずれかに該当することが明らかであり、かつ、応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者を発見したときは、取りあえず警察署、病院、救護施設等の適当な場所において、これを保護しなければならない。

一 精神錯乱又は泥酔のため、自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者
二 迷い子、病人、負傷者等で適当な保護者を伴わず、応急の救護を要すると認められる者（本人がこれを拒んだ場合を除く。）

2 前項の措置をとつた場合においては、警察官は、できるだけすみやかに、その者の家族、知人その他の関係者にこれを通知し、その者の引取方について必要な手配をしなければならない。責任ある家族、知人等が見つからないときは、すみやかにその事件を適当な公衆保健若しくは公共福祉のための機関又はこの種の者の処置について法令により責任を負う他の公の機関に、その事件を引き継がなければならない。

3 第一項の規定による警察の保護は、二十四時間をこえてはならない。但し、引き続き保護することを承認する簡易裁判所（当該保護をした警察官の属する警察署所在地を管轄する簡易裁判所をいう。以下同じ。）の裁判官の許可状のある場合は、この限りでない。

4 前項但書の許可状は、警察官の請求に基き、裁判官において已むを得ない事情があると認めた場合に限

り、これを発するものとし、その延長に係る期間は、通じて五日をこえてはならない。この許可状には已むを得ないと認められる事情を明記しなければならない。

5 警察官は、第一項の規定により警察で保護をした者の氏名、住所、保護の理由、保護及び引渡しの時日並びに引渡先を毎週簡易裁判所に通知しなければならない。

(避難等の措置)

第四条 警察官は、人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大な損害を及ぼす虞のある天災、事変、工作物の損壊、交通事故、危険物の爆発、狂犬、奔馬の類等の出現、極端な雜踏等危険な事態がある場合においては、その場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者に必要な警告を発し、及び特に急を要する場合においては、危害を受ける虞のある者に対し、その場の危害を避けしめるために必要な限度でこれを引き留め、若しくは避難させ、又はその場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者に対し、危害防止のため通常必要と認められる措置をとることを命じ、又は自らその措置をとることができる。

2 前項の規定により警察官がとつた処置については、順序を経て所属の公安委員会にこれを報告しなければならない。この場合において、公安委員会は他の公の機関に対し、その後の処置について必要と認める協力を求めるため適当な措置をとらなければならない。

(犯罪の予防及び制止)

第五条 警察官は、犯罪がまさに行われようとするのを認めたときは、その予防のため関係者に必要な警告を発し、又、もしその行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があつて、急を要する場合においては、その行為を制止することができる。

(立入)

第六条 警察官は、前二条に規定する危険な事態が発生し、人の生命、身体又は財産に対し危害が切迫した場合において、その危害を予防し、損害の拡大を防ぎ、又は被害者を救助するため、已むを得ないと認めるときは、合理的に必要と判断される限度において他人の土地、建物又は船車の中に立ち入ることができる。

2 興行場、旅館、料理屋、駅その他多数の客の来集する場所の管理者又はこれに準ずる者は、その公開時間において、警察官が犯罪の予防又は人の生命、身体若しくは財産に対する危害予防のため、その場所に立ち入ることを要求した場合においては、正当の理由なくして、これを拒むことができない。

3 警察官は、前二項の規定による立入に際しては、みだりに関係者の正当な業務を妨害してはならない。

4 警察官は、第一項又は第二項の規定による立入に際して、その場所の管理者又はこれに準ずる者から要求された場合には、その理由を告げ、且つ、その身分を示す証票を呈示しなければならない。

(サイバー危害防止措置執行官による措置)

第六条の二 警察庁長官は、警察庁又は都道府県警察の警察官のうちから、次項の規定による処置を適正にとるために必要な知識及び能力を有すると認められる警察官をサイバー危害防止措置執行官として指名するものとする。

- 2 サイバー危害防止措置執行官は、サイバーセキュリティ（サイバーセキュリティ基本法（平成二十六年法律第百四号）第二条に規定するサイバーセキュリティをいう。）を害することその他情報技術を用いた不正な行為（以下この項において「情報技術利用不正行為」という。）に用いられる電気通信若しくはその疑いがある電気通信（以下この項及び第四項ただし書において「加害関係電気通信」という。）又は情報技術利用不正行為に用いられる電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下この項において同じ。）若しくはその疑いがある電磁的記録（以下この項において「加害関係電磁的記録」という。）を認めた場合であつて、そのまま放置すれば人の生命、身体又は財産に対する重大な危害が発生するおそれがあるため緊急の必要があるときは、加害関係電気通信の送信元若しくは送信先である電子計算機又は加害関係電磁的記録が記録された電子計算機（以下この条において「加害関係電子計算機」と総称する。）の管理者その他関係者に対し、加害関係電子計算機に記録されている加害関係電磁的記録の消去その他の危害防止のため通常必要と認められる措置であつて電気通信回線を介して行う加害関係電子計算機の動作に係るもの（適切に危害防止を図るために通常必要と認められる限度において、電気通信回線を介して当該加害関係電子計算機に接続して当該加害関係電子計算機に記録されたその動作に係る電磁的記録を確認することを含む。）をとることを命じ、又は自らその措置をとることができる。
- 3 加害関係電子計算機が国内に設置されていると認める相当な理由がない場合における当該加害関係電子計算機の動作に係る前項の規定による処置は、警察庁の警察官であるサイバー危害防止措置執行官に限り、とることができるものとする。この場合において、当該サイバー危害防止措置執行官は、あらかじめ、警察庁長官を通じて、外務大臣に協議しなければならない。
- 4 サイバー危害防止措置執行官は、第二項の規定による処置をとる場合には、あらかじめ、サイバー通信情報監理委員会の承認を得なければならない。ただし、当該加害関係電子計算機から重要電子計算機（重要電子計算機に対する不正な行為による被害の防止に関する法律（令和七年法律第四十二号）第二条第二項に規定する重要電子計算機をいう。）に対してその機能に重大な障害を生じさせ、又は生じさせるおそれのある加害関係電気通信が現に送信されている場合その他の当該危害防止のためにはサイバー通信情報監理委員会の承認を得るいとまがないと認める特段の事由がある場合は、この限りでない。
- 5 第三項に規定する場合における前項の承認の求めは、第三項の規定による協議の結果を添えて行わなければならない。
- 6 サイバー通信情報監理委員会は、第四項の承認の求めがあつた場合において、当該求めが第二項及び第三項の規定に照らして適切であると認めるときは、当該承認をするものとする。
- 7 サイバー危害防止措置執行官は、第二項の規定による処置をとるに際しては、みだりに関係者の正当な業務を妨害してはならない。
- 8 サイバー危害防止措置執行官は、第二項の規定による処置をとつたときは、当該加害関係電子計算機の管

理者に同項に規定する措置をとることを命じた場合を除き、国家公安委員会規則で定めるところにより、遅滞なく、その旨を当該管理者に通知するものとする。ただし、当該加害関係電子計算機に関係する危害の防止に支障がある場合及び当該管理者の所在が不明である場合は、この限りでない。

9 サイバー危害防止措置執行官は、第四項ただし書の規定によりサイバー通信情報監理委員会の承認を得ないで第二項の規定による処置をとつたときは、速やかに、当該処置についてサイバー通信情報監理委員会に通知しなければならない。

10 前項の規定による通知を受けたサイバー通信情報監理委員会は、当該通知に係る処置が第二項、第三項及び第四項ただし書の規定に照らして適切に行われたかどうかを確認し、第二項の規定による処置に係る事務の適正な実施を確保するため必要があると認めるときは、当該確認の結果に基づき、当該通知を行つたサイバー危害防止措置執行官が所属する警察庁又は都道府県警察の警察庁長官又は警視総監若しくは道府県警察本部長（次項において「警察庁長官等」という。）に對し、必要な措置をとるべきことを勧告するものとする。

11 サイバー危害防止措置執行官は、この条の規定による措置の実施について、警察庁長官等（第三項に規定する場合にあつては、警察庁長官）の指揮を受けなければならない。

（武器の使用）

第七条 警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。ただし、刑法（明治四十年法律第四十五号）第三十六条（正当防衛）若しくは同法第三十七条（緊急避難）に該当する場合又は次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、人に危害を与えてはならない。

一 死刑又は無期若しくは長期三年以上の拘禁刑に当たる凶悪な罪を現に犯し、若しくは既に犯したと疑うに足りる充分な理由のある者がその者に対する警察官の職務の執行に対して抵抗し、若しくは逃走しようとするとき又は第三者がその者を逃がそうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相当な理由のある場合

二 逮捕状により逮捕する際又は勾引状若しくは勾留状を執行する際その本人がその者に対する警察官の職務の執行に対して抵抗し、若しくは逃走しようとするとき又は第三者がその者を逃がそうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相当な理由のある場合

（他の法令による職権職務）

第八条 警察官は、この法律の規定による外、刑事訴訟その他に関する法令及び警察の規則による職権職務を遂行すべきものとする。

附 則

この法律は、公布の日から、これを施行する。

警察政策学会資料 第142号

即時強制と警察

令和7（2025）年11月

編集 警察政策学会
管理運用研究部会

発行 警察政策学会

〒102-0093
東京都千代田区平河町1-5-5 後藤ビル2階
電話 (03) 3230-2918・(03-3230-7520)
FAX (03) 3230-7007